

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 7829/03

בפני: כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופט ס' ג'ובראן
כבוד השופטת א' חיות

המערערת: מדינת ישראל

נגד

המשיבים: 1. אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ
2. אברהם הרשום
3. שי אופיר

ערעור על הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט המחוזי
בירושלים, מיום 11.6.03, בתיק פ' 287/98, שניתן על ידי
כבוד השופטת מ' מזרחי

תאריך הישיבה: י"א בכסלו תשס"ה (24.11.2004)

בשם המערערת: עו"ד דוד גדעוני, עו"ד מיכל הלפרין,
עו"ד אסף מוזס

בשם המשיבים 1 ו-2: עו"ד דן שינמן, עו"ד נילי רוטלוי

בשם המשיב 3: עו"ד דורי קלגסבלד, עו"ד שרון קליימן,
עו"ד גור בליי

פסק-דין

השופט א' א' לוי:

מבוא

1. משיבה 1, "אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ" (להלן: "אריאל"), היא חברה העוסקת בתחזוקת רמזורים שעד לשנת 1983 תחזקה את מרבית מערכות הרמזורים בחיפה. משיב 2, אברהם הרשום (להלן: "הרשום"), שימש בתקופה הרלוונטית כמנהלה הפעיל של אריאל, וכן כמנהלה של חברת "וימאזור", שעסקה אף היא באותו תחום. משיב 3, שי אופיר (להלן: "אופיר" או "משיב 3"), הוא איש עסקים

שנתן את הסכמתו לשמש בוורר בין חברת אריאל לחברת מנורה רמזורים בע"מ (להלן: "מנורה") בסכסוך שנתגלע ביניהן.

בכתב אישום שהוגש לבית המשפט המחוזי בירושלים נטען, כי המשיבים 1 ו-2 וארבעה אחרים היו צדדים להסדר כובל, אשר מטרתו היתה חלוקת שוק, היינו, שמנורה תתחזק את הרמזורים בחיפה, בעוד שאריאל תעשה זאת בירושלים. בגין אלה יוחסה להם עבירה לפי סעיפים 47(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק" או "חוק ההגבלים העסקיים"), בשילוב עם סעיפים 2(א), 2(ב)(3), 4, וסעיף 48 לחוק.

לאחר שמיעתן של ראיות הצדדים, זיכה בית משפט קמא את המשיבים. באשר למעורבים הנוספים בפרשה, חלקם הודו בעבירות שיוחסו להם במסגרת הסדר טיעון והורשעו, וביחס לאחרים חזרה בה המערערת מהאישום.

הערעור שבפנינו, שהוגש מטעם המדינה, מופנה כנגד זיכויים של המשיבים.

התשתית העובדתית

2. בשנת 1983 זכתה חברת מנורה במכרז מס' 28/83 של עיריית חיפה, לתחזוקת חלק ממערכת הרמזורים בעיר. כאמור, עד לאותה שנה עשתה זאת אריאל, ועקב זכייתה של מנורה במכרז, פרץ בין שתי החברות סכסוך שהוביל לתחרות עזה ביניהן. במהלך השנים הבאות, התנהלו מספר מאבקים משפטיים אשר הצדדים להם היו עיריית חיפה, חברת אריאל, חברת מנורה וחברת סינגלור, שעסקה אף היא בתחום זה. אותם הליכים משפטיים עסקו בעיקר בשאלת חובתה של עיריית חיפה לערוך מכרז לתחזוקת מערכת הרמזורים, וזאת על רקע ניסיונותיה של העירייה להתקשר בהסכם עם חברת מנורה מבלי להידרש למכרז. עמדה זו של העירייה נבעה מהבנתה, שזכייה של חברה אחרת במכרז תהיה כרוכה בייקור עלות תחזוקתם של הרמזורים, באשר הדבר יחייב החלפה של המנגנונים הקבועים בהם. כאן המקום להבהיר, כי מנגנוני הרמזורים ומרכז הבקרה הפועל בעיר, מיוצרים על ידי חברה גרמנית, שנציגתה הבלעדית בישראל היא מנורה. במצב זה היה חשש כי מנורה לא תהיה מוכנה להעמיד לרשות הזוכה במכרז את הידע הטכני שיידרש לצורך תחזוקת הרמזורים, והדבר עלול לחייב את החלפת המנגנונים, ומכאן ועד לייקור עלות התחזוקה, הדרך קצרה.

בסופו של יום, ומכוח הוראתו של בית המשפט הגבוה לצדק, פרסמה העירייה בשנת 1992, מכרז נוסף (מכרז 26/92, שייקרא להלן "מכרז חיפה"). ביום 25.10.92, יומיים בלבד לפני המועד האחרון להגשת ההצעות לאותו מכרז, חתמו אריאל ומנורה על שטר בוררין (להלן: "ההסכם"), אשר על פי נוסחו ליישב "חילוקי דעות לגבי חובם של מנורה איזו ו/או מנורה רמזורים ו/או יצחק ו/או אלי ... לאריאל ו/או להרשלום". מי שקיבל על עצמו לשמש כבורר בין החברות, ועשה זאת ללא תמורה, היה משיב 3, מר שי אופיר. בכתב האישום נטען, כי הסכם זה היה מסווה ליצירתו של הסדר כובל, כהגדרתו בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים.

לענייננו חשובה הוראתו של סעיף 13 להסכם, בו התחייבה אריאל, הלכה למעשה, להימנע מלהשתתף במכרז חיפה, ובלשון המקור:

"א. אריאל ו/או הרשלום מתחייבים בזה כי אריאל ו/או כל חברה הקשורה בהם, במישרין או בעקיפין, לרבות וימאזור בע"מ, לא יחתמו על הסכם עם עיריית חיפה לביצוע עבודות כלשהן על-פי מכרז מס' 26/92 (להלן: "מכרז חיפה") או מכרז אחר שיצא במקומו.
 ב. להבטחת קיום התחייבותם של אריאל ו/או הרשלום כאמור בס"ק א' לעיל, תפקיד אריאל בתוך ___ ימים מיום חתימת שטר בוררין זה, בידי הנאמנות של הבורר, כתב ערבות בנקאית אוטונומית ובלתי מותנית בסך של ___ ש"ח, צמוד למדד המחירים לצרכן (להלן: "המדד") לטובת מנורה איזו אהרון (להלן: "ערבות אריאל").
 ג. ערבות אריאל תיעשה למשך 3 חודשים ותוקפה יוארך מעת לעת עד לחתימת הסכם לביצוע עבודות מכרז חיפה בין עיריית חיפה לבין הזוכה במכרז ...
 ד. הבורר יהא חייב למסור לידי מנורה איזו אהרון את ערבות אריאל לאחר שהוכח לו להנחת דעתו כי אריאל ו/או הרשלום הפרו את התחייבותם כלפי קבוצת מנורה על-פי ס"ק א לעיל. אין במסירת ערבות אריאל לקבוצת מנורה כדי לגרוע מכל סעד העומד לקבוצת מנורה כלפי אריאל ו/או הרשלום על פי כל דין.
 ה. הבורר יחזיר את ערבות אריאל לידי אריאל מיד לאחר שייחתם הסכם בין עיריית חיפה לבין הזוכה במכרז חיפה, שאינו סותר את התחייבות אריאל ו/או הרשלום על-פי ס"ק א. לעיל.
 ו. ..."

מכוח אותו הסכם התחייבה מנורה לשלם לאריאל בגין מה שהוגדר כ"סכסוכי העבר" סכום כסף שייקבע על ידי הבורר (סעיף 3 להסכם), וביחס להתחייבות זו נקבע כי "הבורר יהא רשאי לקבוע בפסק דינו כי כחלק מתשלום החוב, יימסרו עבודות שונות ... לביצוע על ידי אריאל ו/או וימאזור בע"מ או לכל גוף אחר לפקודת אריאל" (סעיף 7

להסכם). הצדדים אף טרחו והפקידו בידי הבורר מסמכים נוספים אשר (בלשון סעיף 14(א) להסכם) "מבטאים הסכמות שהגיעו ביניהם, ומכתבים המודיעים לרשויות שונות על העברת ביצוע העבודות מאת מנורה איזו אהרון לידי אריאל ו/או לידי וימאזור בע"מ". סעיף נוסף החשוב לדיון שבפנינו, הוא סעיף 16, בו נקבע כי ההסכם יכנס לתוקף "לאחר שמי מקבוצת מנורה יקבל את אישור ראש העיר לזכייתה במכרז 26/92 או שייחתם החוזה בגין המכרז האמור".

אריאל קיימה את התחייבותה לפי סעיף 13 להסכם, ולא הגישה הצעה למכרז 26/92. מנגד, הגישה חברת מנורה את הצעתה למכרז וזכתה בו, ובחודש דצמבר 1992 נחתם בינה לבין עיריית חיפה חוזה להחזקת מערכת הרמזורים בעיר. נציין, כי על אף שהצעתה של מנורה הייתה הזולה ביותר מבין ההצעות שהוגשו למכרז, היא הייתה יקרה במידה ניכרת מאומדנה של העירייה, אומדן שהתבסס על ממוצע הסכומים ששילמה העירייה במכרזים קודמים. עניין זה עורר תהיות בעיקר לנוכח העובדה שמנורה לא היתה צריכה להחליף את המנגנונים הקיימים ברמזורים.

3. לאחר כל אלה פנה הרשום לשי אופיר בדרישה להחזיר לידי אריאל את הערבות הבנקאית שהפקידה החברה, וכן לפסוק בשאלת חובה של מנורה. ואכן, ביום 15.6.93 פסק הבורר כי על מנורה לשלם לאריאל סכום של 1,150,000 ש"ח, והוא חייבה למסור לאריאל גם את הטיפול במערכת הרמזורים בצמתים שונים בירושלים, שתוחזקו עד אז על ידי מנורה.

כאן המקום לציין, כי עובר למתן פסק הבורר, תחזקה מנורה 28 צמתים מרומזרים בירושלים, אריאל תחזקה 33 צמתים, וחברת וימאזור 44 צמתים. ב-1994 פרסמה עיריית ירושלים שלושה מכרזים לתחזוקת הרמזורים בעיר (מכרזים 17/94 – 19/94). החברות שהשתתפו במכרזים אלה יכלו לבחור בין שתי חלופות: האחת, הצעת מחיר הכוללת החלפה של מנגנון הבקרה של הרמזורים (על ידי החברות שלא התקינו את הרמזורים), והשנייה - ללא החלפת המנגנון. העירייה סברה כי הבחירה בין החלופות תביא לידי ביטוי את היתרון היחסי של כל חברה בצמתים שכבר תחזקה, באשר זו לא תצטרך להחליף את מנגנון הבקרה, דבר שעשוי להביא להוזלת ההצעות. במהלך בדיקתן של ההצעות התבררו שתי עובדות מפתיעות ביחס למכרז 19/94, שעסק ברמזורים שתוחזקו עד אז על ידי מנורה. ראשית, בצד הצעתה של אריאל שכללה החלפה של מנגנוני הרמזורים, היא הגישה גם הצעה שלא חייבה את החלפת המנגנונים, ללמדך שאריאל הניחה כי תוכל להשתמש במנגנונים שהותקנו על ידי מנורה. שנית, הצעותיה של מנורה היו גבוהות לאין שיעור מהצעותיה של אריאל.

והכוונה גם לזו שכללה את החלפת המנגנונים. בתאריך 28.7.94 הכריזה ועדת המכרזים של עיריית ירושלים על זכייתה של אריאל במכרז 19/94.

ועוד ראוי להדגיש, כי בשני מכרזים מאוחרים שערכה עיריית חיפה - האחד בשנת 1996 והשני בשנת 1997 - זכתה מנורה. נראה כי עובדה זו אינה מפתיעה לאור מכתב ששיגר הרשום לאופיר בשנת 1996 ובו נאמר כך:

"לכבוד שי אופיר
הנדון: מכרזים בעיריית חיפה
הננו מתכבדים להודיעך בהמשך לשיחתנו מהבוקר כי
אנו מסכימים באם יהיו מכרזים לעבודות בעיריית חיפה,
להיות איתך בקשר ולהגיש הצעות בתיאום ובשיתוף
איתך".

ההליכים בפני בית משפט קמא

4. המערערת טענה בפני הערכאה הראשונה וחזרה על כך גם בפנינו, כי הסכם הבוררות ופסק הבורר שניתן מכוחו, מלמדים כי מנורה ואריאל חטאו כאחת בחלוקת שוק, היינו, מנורה הבטיחה לעצמה את תחזוקת הרמזורים בחיפה, בעוד שאריאל הבטיחה לעצמה את התחזוקה בירושלים. המערערת הוסיפה וטענה, כי מכתבו של הרשום לאופיר משנת 1996, מלמד כי ההסכמה להימנע מתחרות לא הצטמצמה רק למכרז חיפה משנת 1992, אלא חלה גם על מכרזים עתידיים נוספים. באשר לשי אופיר, טענה המערערת, כי הוא היה זה אשר אפשר להסכמים בין מנורה לאריאל לקרום עור וגידים, והוא היה זה שגם דאג לאכיפתם.

5. המשיבים לא הכחישו את קיומן של ההסכמות בין מנורה ובין אריאל, ואף אישרו כי פסק הבורר שבא בעקבותיהן קיים. יחד עם זאת, לשיטתם, בהסכמות אלו לא התקיימו יסודותיה של עבירת הסדר כובל, הואיל והתחייבותה של אריאל בהסכם הבוררות נועדה למנוע את נקיטתם של אמצעים משפטיים על ידה, אמצעים אשר היו עלולים לסכל את זכייתה של מנורה במכרז. נטען, כי הסכמה זו אינה מהווה הסדר כובל, אלא השלמה של אריאל עם מצב קיים הנובע מחוסר יכולתה להתמודד עם מנורה בחיפה.

באשר להתחייבויותיה של מנורה כלפי אריאל טענו המשיבים, כי הסכום שמנורה התחייבה להעביר, נועד לפצותה על נזקים שנגרמו לאריאל בעבר, ולא בתמורה להתחייבות עתידית שלה להימנע מלהתמודד במכרז חיפה. הרצון לפצות את

אריאל הוא שעמד, לטענת המשיבים, גם מאחורי ההחלטה למסור לידיה את התחזוקה בצמתים בירושלים. באשר לאלה נטען עוד, כי מנורה העבירה את השליטה בהם לאריאל בקבלנות משנה, ומכוח חוזה שהיה לה עם העירייה, לאחר שנוכחה לדעת כי תחזוקתם של צמתים אלה על ידה כרוכה בהפסד. כן נטען, כי להעברת הצמתים בירושלים לאריאל, נתקבל אישור של עיריית ירושלים. המשיבים הדגישו עוד, כי להסכמות שגובשו ביניהם לא הייתה השלכה של ממש על התחרות, ועל כן גם אם ייקבע כי יש בהן משום עבירה של הסדר כובל, עומדת להם ההגנה הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 בדבר זוטי דברים. אופיר טען, כי לא היה מודע כלל להיבט הפלילי שבהסכם בין אריאל למנורה, ומכל מקום מתוקף תפקידו כבורר, עומדת לו החסינות מפני העמדה לדין ממנה נהנית הרשות השופטת.

6. בית משפט קמא זיכה את המשיבים מהעבירות שיוחסו להם בכתב האישום, בהתבסס על מספר טעמים:

(א) מאפייניו של שוק הרמזורים:

בית משפט קמא מצא, כי שוק הרמזורים, ובייחוד בעיר חיפה, מכביד מחמת אופיו על התחרות. נקבע, כי מי שמחזיק בידע הטכני להתקנת הרמזור, נהנה מיתרון בכל הנוגע לתחזוקתו. זיקה זו שבין ההתקנה לתחזוקה, מביאה לכך שבהיעדר שיתוף פעולה מצידה של החברה המתקינה, עלולים להתעורר קשיים בהפעלה השוטפת של הרמזור, עניין שמשפיע באופן מיידי על רמת הבטיחות באותו צומת. עקב כך נטו רשויות מקומיות רבות, ואף מע"צ, לשכור את שירותיה של החברה שהתקינה את הרמזור גם לתחזוקתו.

ועוד נקבע, כי הכבדה זו על התחרות הייתה אופיינית במיוחד בחיפה. בשנת 1989 הקימה העירייה עם מנורה, אשר שימשה כקבלן משנה של חברת SBH הגרמנית, מרכז בקרה חדיש, ייחודי ויקר, שהפעלתו הייתה מורכבת במיוחד. מצב זה הקנה לחברת מנורה יתרון של ממש לעומת חברות אחרות, הואיל והיא החזיקה בידיה ידע טכני שלא היה מצוי בידי אף לא אחת ממתחרותיה. נקבע, כי לאור השקעתה של עיריית חיפה במרכז הבקרה החדש "התקשרות עם חברת רימזור שאינה מנורה, אשר לא יהא בידי לקיים את דרישות הקשר עם מרכז הבקרה, משמעותה הייתה גם "ויתור" העירייה על השקעה זו. עמדתה של עיריית חיפה כנגד התקשרות עם חברות אחרות, נגזרה, איפוא, מהרצון לנצל את ההשקעה במרכז הבקרה, ניצול שהיה מתאפשר ע"י התקשרות עם מנורה דווקא" (עמוד 40 להכרעת הדין). כתוצאה מכך נקבע, כי בפועל נבצר מאריאל להתמודד במרכז חיפה. בהמשך מצא בית משפט קמא, כי המחיר הגבוה

שהוצע על ידי מנורה במכרז חיפה, אינו מוביל, כשלעצמו, למסקנה אודות פעילות קרטלית בין מנורה לאריאל. נקבע כי "אם אמנם התרחשה עליית מחירים בחיפה בשל ניצול כח השוק, היה על העירייה להלין על עצמה, לפי שיש לקשור זאת, קודם כל, להעדפה שנתנה היא עצמה למנורה מלכתחילה" (עמוד 48 להכרעת הדין).

(ב) תוכנם של הסכם הבוררות ופסק הבוררות:

באשר להתחייבותה של מנורה להעביר לידי אריאל את הצמתים בירושלים, נפסק כי אין בהתחייבות זו כבילה אסורה. נמצא כי בפועל תפסה אריאל את מקומה של מנורה באמצעות זכייה במכרז, ולא כתוצאה מהסדר אחר ביניהן. יחד עם זאת, נקבע כי בעת יצירתו של הסכם הבוררות, התכוונו החברות שהעברת הצמתים בירושלים תעשה בדרך של קבלנות משנה, והחווה שהיה קיים אותה עת בין מנורה לעיריית ירושלים אפשר זאת. ועוד נמצא, כי בשנת 1992, בעת כריתתו של הסכם הבוררות, לא ידעו כלל החברות על המכרז שעתידיה עיריית ירושלים לפרסם בשנת 1994, הואיל והחווה בין העירייה למנורה היה אמור להסתיים רק בשנת 1997. כן נקבע, כי גרסתם של המשיבים, לפיה התכוונו לבצע את העברת הצמתים בדרך של קבלנות משנה, אף נתמכת בלשונו של הסכם הבוררות, ומאידיך לא קיימות ראיות המלמדות על תיאום מכרז ביניהן. על רקע כל אלה אמר בית משפט קמא:

"כאשר עסקינן בהעברת צמתים לאריאל, על דרך של קבלנות משנה, משמעות הדבר היא, שהמחיר לביצוע העבודות כבר נקבע קודם לכן, בהסכם שנקשר בין מנורה לעירייה. במסגרת ההעברה לא היה ביד אריאל להעמיד מול העירייה מחיר אחר, ולכן ההעברה היא נטולת השלכה על מחירי ההתקשרות. בהעברה כזו גם אין משום "חלוקת שוק" (עמוד 53 להכרעת הדין).

באשר להתחייבותה של אריאל להימנע מהשתתפות במכרז חיפה, מצא בית המשפט, כי מנורה ואריאל ידעו היטב שעיריית חיפה אינה חפצה בתחרות, וכי אריאל אינה יכולה לזכות בתחרות שכזו. לפיכך, הדרך היחידה שהייתה פתוחה בפני אריאל להכשיל את זכייתה של מנורה במכרז, הייתה על ידי נקיטה בהליכים משפטיים אשר יסכלו את תוצאת המכרז ויביאו לביטולו. נקבע, כי על אף לשונו של סעיף 13 להסכם הבוררות לפיו התחייבה אריאל שלא לחתום עם עיריית חיפה על הסכם, וחרף הערבות הכספית שניתנה לשם הבטחת התחייבות זו, הרי שאין בכל אלה כדי לשנות מהעובדה שלאריאל לא היה כל סיכוי לזכות במכרז. לאור זאת, קיבל בית משפט קמא את עמדת המשיבים, לפיה את התחייבותה של אריאל כלפי מנורה יש לראות כהתחייבות להימנע מנקיטתם של הליכים משפטיים שיובילו לביטולו של ההסכם, ותו לא. בית משפט קמא קבע, כי

בהתחייבות כאמור אין פסול באשר אין בה פגיעה ברציונאל ההגנה על התחרות, מחד, והיא תואמת את רצון העירייה להעדיף את מנורה מנימוקים בטיחותיים. על כן נקבע, כי גם בהקשר זה לא התקיימו יסודותיה של העבירה לפי סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים.

(ג) מכתבו של הרשום לשי אופיר:

זכור, מכתב זה נשלח בשנת 1996, והמערערת טענה כי הוא ראיה להסדר כובל שהושג בשנת 1992, ונמשך עד לכתיבת המכתב. בית משפט קמא קבע, כי לשון המכתב דנה במפורש בתיאום הצעות למכרזים, ועל כן לא ניתן לומר כי כוונת הדברים היא בהתחייבות להימנעות מנקיטתם של הליכים משפטיים. יחד עם זאת, נקבע כי התחייבותה של אריאל להימנע מהתקשרות עם עיריית חיפה, כפי שעולה מהמכתב, היא נעדרת השפעה של ממש על התחרות.

על יסוד הטעמים שפורטו לעיל, מצא בית המשפט המחוזי כי מעשיהם של המשיבים אינם נכנסים לגדרו של סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים, שכן אין בהם משום השפעה על התחרות. יחד עם זאת, קבע בית המשפט המחוזי, כי יש לראות בהסכם שבין המשיבים הסכם של "חלוקת שוק", לפי סעיף 2(ב)(3) לחוק. בהקשר זה נאמר כי מלשונו של הסכם הבוררות עולה שההתחייבות אותה נטלה אריאל על עצמה "עוסקת היא בעצם ההתקשרות עם עיריית חיפה, ולא בנקיטת אמצעים משפטיים דווקא", וכן "לאור לשון ברורה זו, מתבקשת המסקנה שהצדדים התייחסו בו גם למטרה הסופית של ההסכם ביניהם, והיא מניעת התקשרות בין עיריית חיפה ואריאל בעתיד, זאת גם אם לא היה צורך בהתחייבות כזו לעניין מכרז חיפה או למכרז שהיה בא במקומו" (עמוד 69 להכרעת הדין). במאמר מוסגר, אודה, כי התקשיתי להבין כיצד ניתן ליישב קביעות נחרצות אלה של בית משפט קמא עם ממצאיו האחרים, שהובאו לעיל, ולפיהם התחייבותה של אריאל הייתה התחייבות שלא לנקוט הליכים משפטיים בלבד. מכל מקום, על בסיס ממצא אחרון זה הוסיף בית משפט קמא, כי סעיף 2(ב)(3) לחוק קובע חזקה חלוטה בדבר פגיעה בתחרות, וחזקה זו כוחה יפה גם להסדר הנובע מהסכם הבוררות.

7. חרף מסקנה זו, החליט בית משפט קמא, כי יש לראות במעשיהם של המשיבים "זוטי דברים", ועל כן עומד להם הפטור מהרשעה, הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"), ובלשון המקור:

"הנסיבות הרלוונטיות ליכולתה של אריאל להתחרות בחיפה עוקרות את החומרה מההסכם הנדון. ההסכם בין הצדדים כטענת נאשמים 5 ו-6 [אריאל והרשלום- א' א' לוי], לא יצר את המגבלה הפוגעת בתחרות, אלא אך ורק תיאר מצב קיים. לא ניתן לומר שמאמצים משפטיים נוספים שלה היו מאפשרים זאת. לכן, גם אם המחוקק קובע, משיקולים של הבטחת לכידת עבירות הפוגעות בערך המוגן (התחרות), כי מקרה מעין זה "יראו כהסדר כובל" (כלשון סעיף 2 (ב)), אין בכך כדי למנוע הכרה בהגנה הפלילית כאשר מתחוויר שמהיבט מניעת הפגיעה בערך האמור, לא נחוצה למעשה הטבעת "אות קין" של הרשעה. מניעת הגנה כזו- במקרים בהם החזקה החלוטה אינה הולמת את המציאות- יש בה כדי לפגוע שלא לצורך במי שמעשיהם אינם עוברים את סף "האנטי חברתיות" המינימלי, ובכך היא פוגעת בכלל המידתיות העולה מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" (עמ' 77 להכרעת הדין).

זיכיון של שי אופיר

8. לאור זיכויים של אריאל והרשלום, זיכה בית המשפט גם את אופיר מהעבירה של סיוע ליצירתו של הסדר כובל. בית המשפט הדגיש, כי חלקו של אופיר בעבירה היה שולי: "הוא לא הגה את רעיון ההסדר, וגם לא קבע את תוכן שטר הבוררים. הוא ראה את תפקידו כפוסק רכיבי הפיצוי במגמה לסיים את הסכסוך העסקי שבין הצדדים לשטר הבוררות. לא היה לו עניין אישי כלשהו בקיום ההסכם, ואף לא בעצם קיום הבוררות. כאמור, הוא אף לא קיבל שכר בשל סיועו" (עמוד 86 להכרעת הדין). עוד נקבע כי מכוח מעמדו כבורר, יש לראות באופיר כמי שמהווה חלק מהרשות השופטת, ולפיכך הוא חוסה בצילו של סעיף 34 לחוק העונשין, המעניק לו חסינות מפני העמדה לדין אף שהוא אינו עובד מדינה.

טענותיה של המערערת

9. המערערת מלינה על זיכויים של המשיבים וממקדת את הודעת הערעור באלה: היקף תחולתה של העבירה בדבר תיאום מכרז, היקף תחולתו של סייג זוטי דברים הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין, והיקף תחולתה של ההגנה על הרשות השופטת הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין.

באשר לעבירה בדבר תיאום מכרז, טוענת המערערת, כי גם התחייבות להימנע מנקיטתם של הליכים משפטיים שיביאו לסיכולו של מכרז, כפי שבית משפט קמא מצא כי התרחש בענייננו, מהווה תיאום אסור של מכרז. באשר התחייבותה של אריאל

הבטיחה כי זכייתה של מנורה תישאר על כנה ולא תעמוד בסיכון. ועוד נטען, כי בית משפט קמא לא ייחס חשיבות למכתבו של הרשום לאופיר משנת 1996, אף שמכתב זה מעיד על טיבם המפליל של ההסכמים בין שתי החברות.

באשר לסייג בדבר זוטי דברים, עמדתה של המערערת היא כי ראוי שתחולתו של סייג זה תצטמצם למקרים חריגים ויוצאי דופן, בהם למעשה הפלילי אין השלכה על הציבור. לא כך הדבר - לגישתה - כשמדובר בעבירות כלכליות, שנודעת להן השפעה על כספו של הציבור, כמו המקרה שבפנינו.

ועוד, לגישת המערערת, יצר המחוקק בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, הבחנה בין סוגים שונים של הסדרים כובלים, בעלי דרגות חומרה שונות. בסעיף 2(ב) כלל המחוקק את ההסדרים להם נודעת החומרה הרבה ביותר, ולגביהם לא נדרשה התביעה להוכיח פוטנציאל של פגיעה בתחרות. נטען, כי הסדרים כובלים שעניינם תיאום מכרז וחלוקת שוק, נכללים בגדרו של סעיף 2(ב), ועל כן נתפסים כהסדרים בעלי חומרה מיוחדת. משכך, לגרסת המשיבה אין להחיל בעניינם של הסדרים כאלה את הסייג בדבר זוטי דברים.

המערערת סבורה עוד, כי בית משפט קמא שגה כאשר התייחס לקשר בין התנהלותה של עיריית חיפה לבין הנסיבות שמנעו מאריאל לזכות במכרז חיפה. לטענתה, הערך בדבר קיומה של תחרות מגלם בתוכו אינטרס ציבורי שאין בידי צד כלשהו - אפילו היה אותו צד קרבנו של ההסדר הכובל - לוותר עליו, וכי אין באי יכולתו של צד להסדר להתמודד במכרז, ולקיים תחרות, כדי לפטור אותו מאחריותו לביצוע עבירה של תיאום מכרז. גם בשל כך נטען כי אין הצדקה לתחולתו של סייג זוטי הדברים במקרה הנוכחי.

זאת ועוד, להשקפת המערערת, שגה בית משפט קמא בכך שהתייחס לעבירת ההסדר הכובל, ובפרט כשמדובר בתיאום מכרז, כאל עבירה תוצאתית אשר פגיעה בתחרות הוא אחד מיסודותיה. לפיכך, לעניין תחולתו של סייג זוטי דברים אין כל רלוונטיות לנתון לפיו הפגיעה בתחרות הייתה קלה בלבד. מכל מקום, לגרסת המערערת, הריכוזיות בשוק הרמזורים ונתח השוק המצרפי של מנורה ואריאל, המתקרב לחמישים אחוזים מכלל השוק, אינם מאפשרים להגיע למסקנה כי ההסכם בין מנורה לאריאל גרם לפגיעה קלה בלבד בתחרות.

המערערת סבורה כי כאשר מדובר בעבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים, לסייג בדבר זוטי דברים תחולה מצומצמת במיוחד. בהקשר זה מפנה המערערת לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך) התשס"א-2001 (להלן: "כללי הפטור"), המתווים קריטריונים אשר בהתקיימם תחשב הפגיעה בתחרות "קלת ערך". לטענתה, הסדרים שאינם עומדים בדרישות הפטור לא יכולים לחסות בצילו של הסייג הקבוע בסעיף 34יז לחוק העונשין.

המערערת מלינה גם על זיכויו של אופיר. לגישתה, לא זו בלבד שתרומתו של אופיר להתגבשותו של ההסכם הייתה מכרעת, אלא שבמעשיו הוא תרם גם לאכיפתו של ההסדר. המערערת סבורה, כי מאחר שמדובר בהסדר הלוקה באי-חוקיות, לא יכולים הצדדים להסכם להיעזר במערכת המשפט לשם אכיפתו, ולפיכך נדרש גוף חלופי האמון על קיומו של ההסכם, ומכאן, לגישתה, מעמדו המרכזי של אופיר בפרשה.

באשר לתחולת ההגנה של הרשות השופטת על בורר, טוענת המערערת כי היא חלה רק על נושאי משרה שיפוטית הפועלים במסגרתה של הרשות השופטת, ולא על כל אדם שממלא, באורח פונקציונאלי, תפקיד שיפוטי או מעין שיפוטי. נטען, כי החלתה של ההגנה על בוררים עלולה לאפשר להם לתת את ידיהם למעשי עבירה, אגב הליך הבוררות, בלא חשש שיאלצו לתת על כך את הדין. לחלופין, טוענת המערערת, כי אם ההגנה על הרשות השופטת אכן חלה על בוררים, אין מקום להחילה בנסיבות העניין, בשל כך שבפעילותו חרג אופיר מתפקידו כבורר.

טענות המשיבים

10. המשיבים 1 ו-2 חזרו בפנינו על קו ההגנה בו נקטו בבית משפט קמא, לאמור, הם סבורים כי העבירה של חלוקת שוק, כמשמעה בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, כלל לא התקיימה בעניינם. לגישתם, מכיוון ששוק הרמזורים בחיפה היה בשליטתה של מנורה גם לפני ההסכם, ולאריאל לא היה כל סיכוי לזכות בשליטה כזו, כי אז המסקנה היא שאריאל לא וויתרה על פלח שוק פוטנציאלי כי אם השלימה עם מציאות קיימת. לכך מוסיף משיב 3, כי בשל אופיו של שוק הרמזורים בחיפה, ובעיקר בשל חסמי הכניסה לשוק זה, אין לראות באריאל ובמנורה כמתחרות, ומשכך אין להחיל בעניינם את האמור בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים.

ועוד, טענו המשיבים, כי עבירת ההסדר הכובל אינה עבירת התנהגות רגילה, שכן אחד מרכיביה הוא יסוד הפוטנציאל לפגיעה בתחרות. לטענת המשיבים, להסדר הנדון לא רק שלא הייתה השפעה בפועל על התחרות, אלא שגם פוטנציאל לפגיעה כזו נעדר ממנו ומכאן שרכיביה העובדתיים של העבירה כלל לא השתכללו בעניינם. באשר להרשום, טוענים המשיבים כי מנקודת מבטו לא הייתה כל תחרות בשוק הרמזורים בחיפה, ומשכך הוא לא היה מודע לכך שההסדר מהווה "חלוקת שוק".

באשר לסייג בדבר זוטי דברים, טענו המשיבים, כי אין מקום לקביעה כללית לפיה אין לסייג זה תחולה בעבירה של הסדרים כובלים, א-פריוורית. המשיבים מוסיפים, כי ביסודו של חוק ההגבלים ניצבת תכלית של מניעת הפגיעה בתחרות החופשית. לפיכך, מקום בו נמצא כי לא מתקיימת כל פגיעה בערך זה, אין טעם להחיל על אדם את האיסורים הקבועים בחוק אגב הכתמת שמו בהרשעה בפלילים. ועוד, לטענת המשיבים נכון נהג בית משפט קמא כאשר לקח בחשבון, לעניין החלתו של הסייג בדבר זוטי דברים, את התחרות ארוכת השנים שהתנהלה בין אריאל למנורה בשנים שחלפו עד לעריכתו של מכרז חיפה, הואיל וגם נסיבה זו שופכת אור על התנהגותם של מבצעי העבירה ומפחיתה מחומרת מעשיהם.

11. לטענות אלה הוסיף משיב 3, כי צדק בית משפט קמא משזיכה אותו מהעבירה של סיוע לעבירה של הסדר כובל, בשל חלקו השולי בעבירה זו. ועוד טען, כי במעשיו לא התקיים כלל היסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעה בסיוע לדבר עבירה, שכן הוא לא היה מודע לפליליותו של המעשה לו הוא סייע. יתרה מכך, לטענת אופיר, לשם הרשעתו בעבירה של סיוע לעבירה, היה על התביעה להוכיח כי התקיימה בו הכוונה לסייע, והרי בעת ששימש כבורר כל שנדרש היה להכריע בסכסוך המסחרי שבין מנורה לאריאל, ולא הייתה לו מטרה אחרת כלשהי.

גם באשר להגנה על נושא משרה שיפוטית, סבור משיב 3, כי הפרשנות בה נקט בית משפט קמא היא פרשנות ראויה. לטענתו, הליך הבוררות הינו "הליך שיפוטית", וככזה הוא מזכה את הבורר המנהל את ההליך בהגנה העומדת לנושא משרה שיפוטית. כן נטען, כי כאשר מדובר בסכסוך מסחרי-עסקי, פעמים רבות יישובו של הסכסוך עשוי להיות כרוך בהשלכות על התחרות, ואין זה רצוי שבוררים יפעלו תחת חשש מתמיד כי הם יורשעו בסיוע לעבירה של יצירת הסדר כובל.

12. הדיון בערעור שלפנינו יתחלק לשלושה חלקים. בחלק הראשון, נבחן אם במעשיהם של המשיבים התקיימו רכיביה של עבירת ההסדר הכובל. אם התשובה לכך תהיה חיובית, כי אז נפנה לבחון את היקף תחולתו של הסייג בדבר זוטי דברים על עבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים, ואף נבדוק אם ראוי להחיל סייג זה במקרה דנן. חלקו השלישי של הדיון יתמקד באחריותו של משיב 3 בפרשה, בעבירה של סיוע ליצירת הסדר כובל, ובהיקף ההגנה על הרשות השופטת.

13. הערך העומד בבסיסם של דיני ההגבלים העסקיים הוא הערך בדבר קיומה של תחרות חופשית. תחרות כזו מבטיחה לצרכן כי מבין היצע המוצרים בשוק, הוא יוכל לבחור ולרכוש את המוצר האיכותי ביותר, במחיר הזול ביותר. ואכן, לא בכדי כינה הנשיא ברק את דיני ההגבלים העסקיים כ'מגנא כרטא' של זכויות הצרכן (ע"א 2247/95 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ, פ"ד נב(5), 213, 230, להלן: "פרשת תנובה"). זאת ועוד, התחרות החופשית אף מעניקה ליצרן תמריץ לפתח ולחדש את מלאי המוצרים, ולא לקפוא על שמריו, שאם יעשה כן, יוכל לנסות לזכות ביתרון יחסי על פני מתחריו, יתרון שרווח בצדו. ברי, כי מהתפתחות זו יוצא גם הצרכן נשכר, אולם, תחרות חופשית מהווה גם תנאי הכרחי לקיומו של משק יעיל ובריא, ואף לצמיחה כלכלית. התחרות מעודדת יזמות, גורמת לשיפור מתמיד של היצע המוצרים בשוק, ולהדרתם של יצרנים בלתי יעילים ממנו (ראו י' יגור דיני הגבלים עסקיים (מהדורה שנייה) 47-48, (להלן: "יגור") וכן נ' כהן, "תחרות מסחרית וחופש העיסוק" עיוני משפט יט(2) (1995), 353). כל אלה, הפכו את ערך התחרות החופשית לערך מרכזי בשיטתנו הכלכלית, החברתית והמשפטית, ודיני ההגבלים העסקיים מבטאים הכרה זו (ראו רע"א 371/89 אילן ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2), 309, 327). בהקשר זה יפים דבריו של הנשיא בפרשת תנובה:

"התחרות החופשית היא אבן יסוד בכל שיטת משטר דמוקרטי, בהיותה סממן בולט של חירות הפרט להגשמת האוטונומיה שלו. בהגשמת התחרות החופשית ובשמירה עליה יש משום ביזור מוקדי ההכרעה החברתיים ומניעת ריכוז יתר של כוח בידי השלטון או גופים מונופוליים פרטיים. היו שראו בשמירה על התחרות החופשית, כמנגנון הכרעה דמוקרטי בקבלת החלטות חברתיות בתחום הכלכלי, כאשר שמירת כוחו של הצרכן להכריע בין אלטרנטיבות כלכליות מקנה לו, למעשה, כוח להשפיע ולהכריע גם בהכרעות כלכליות

K.J. Arrow, Social Choice (ראה: and Individual Values (1963) 1-2). ההגנה על התחרות החופשית עומדת גם ביסוד ההגנה על זכויות יסוד אחרות. כך, לדוגמא, אין לנתק בין חופש התחרות לבין חופש העיסוק (ראה: בג"ץ 3544/94 שחף נתיבי אוויר בע"מ נ' שר התחבורה (טרם פורסם)). קיומו של מונופולין או היעדר זכות שווה לעסוק, פוגע בחופש העיסוק (ראה: מ. גולדברג "חופש העיסוק: מזכות יסוד לחוק יסוד", הפרקליט מא (תשנ"ד) 5-304, 291; בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח נ' שר האוצר, פ"ד מח(5), 441, 471). כך, מצב בו שוק מסוים נשלט על ידי יצרן בודד יכול למנוע לעתים את יכולתו של פרט אחר להיכנס בשעריו של העיסוק האמור" (פרשת תנובה, עמ' 229 - 230).

14. שתי הגדרות קבע המחוקק למונח הסדר כובל, והן דרות זו לצד זו בסעיף 2 לחוק ההגבלים, שזו לשונו:

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

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

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

עיון בסעיף 2, מעלה כי ההגדרה האחת, זו המצויה בחלקו הראשון של הסעיף, קובעת ארבעה יסודות מצטברים (ראו דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף היים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1), 56, 96, (להלן: "פרשת טבעול") וכן יגור, 145-151), ואלה הם: (1) קיומו של הסדר - לאור הגדרתו המרחיבה של יסוד זה בסעיף ההגדרות של חוק ההגבלים, הרי שדרישה זו עניינה בהסכמה בין שני צדדים או יותר, הסכמה שעשויה להתקבל הן בכתב והן בעל-פה, בין במפורש ובין מכללא; (2) היסוד השני עוסק בזהותם של הצדדים להסדר, קרי, בני אדם המנהלים עסקים; (3) יסוד ההגבלה, לפיו ההסדר מגביל את פעילותו של אחד הצדדים לו, או יותר; (4) ואחרון הוא יסוד הפוטנציאל לפגיעה בתחרות. ודוק: דרישה זו אינה מחדירה לעבירת ההסדר הכובל

דרישה לאלמנט תוצאתי של פגיעה בפועל בתחרות, כי אם דרישה למעשה שעלול, מבחינת הפוטנציאל הטמון בו, להביא לפגיעה כזו.

15. במקרה שלפנינו אין כל ספק כי שני התנאים הראשונים, היינו, קיומו של הסדר בין שני עוסקים, התקיימו. לדעתי, גם לא יכול להיות ספק כי בהסכם הבוררות שבין אריאל למנורה התקיימה דרישת ההגבלה. בין אם נפרש את ההתחייבות שאריאל נטלה על עצמה במסגרת הסכם זה כהתחייבות להימנע מנקיטתם של הליכים משפטיים, כפרשנותו של בית משפט קמא, ובין אם נפרש זאת כהתחייבות להימנע מהתקשרות עם עיריית חיפה, כלשונו של הסכם הבוררות, לא יכול להיות כל ספק כי ההסכם הצר את חופש הפעולה של אריאל, והגביל את יכולת התחרות שלה. עיקר הדיון בבית משפט קמא התמקד ביסוד הפוטנציאל לפגיעה בתחרות, אולם כפי שנראה בהמשך, בדיון כזה אין כל צורך ענייני.

16. נפנה עתה להגדרתו של הסדר כובל בסעיף 2(ב) לחוק העונשין. סעיף זה מפרט ארבעה סוגי הסדרים קונקרטיים, אשר בהתקיימותם מקימים הם חזקה בדבר פגיעה בתחרות, ומהווים, לפיכך, התנהגות אסורה של כבילה. בפרשת טבעול פירש מותב מורחב של בית משפט זה חזקות אלה כחזקות חלוטות, הקובעות כלל של מהות ושאינן ניתנות לסתירה:

”השכל הישר וניסיון החיים יורנו כי אלה הם הסדרים טיפוסיים שנועדו למנוע או להפחית תחרות בעסקים. לשון אחר, כל אותם ”עניינים” המוצגים בשורה עורפית בפסקה (ב) לסעיף 2 לחוק, כולם נעשו מאותו חומר גנטי, והחומר הוא החומר הגנטי שעושה את פסקה (א) לאותו סעיף 2. מניעת תחרות והפחתת תחרות בשוק הסחורות והשירותים הן הממלאות חיים את הוראות סעיף 2(ב) כולן: זו התכלית בהן, זו מטרתן, זה העיקר בהן” (פרשת טבעול בעמ' 97).

קרא, משנמצא כי הכבילה עניינה באחד מהנושאים המצויים בגדרו של סעיף 2(ב), למשל - שעניינה בחלוקת השוק על ידי הצדדים להסדר - כי אז לא צריכה התביעה להוכיח כי בכבילה זו טמון פוטנציאל לפגיעה בתחרות. ההנחה היא, כי להסדרים הנתפסים ברשתו של סעיף זה אין, ולא יכולה להיות, כל תכלית ראויה, או הסבר לגיטימי, מלבד התכלית שעניינה פגיעה בתחרות. מכאן מתחייבת מסקנה נוספת, והיא כי הסדר המצוי בגדרן של החזקות החלוטות בסעיף 2(ב) לחוק, נכלל ממילא גם בגדרה של ההגדרה הכללית של ”הסדר כובל” בסעיף 2(א), אלא שאת יסודות ההגדרה בסעיף

2(א), ובהם יסוד הפגיעה בתחרות, פטורה התביעה מלהוכיח. אכן, ניסיון החיים והשכל הישר מורים, כי התועלת שצדדים להסדרים המנויים בסעיף 2(ב) מנסים להשיג, היא זו שתצמח להם באמצעות פגיעה בתחרות, ולפיכך אלה הם הסדרים האסורים מטבע בריאתם. קיומן של חזקות חלוטות במצב דברים זה, יש בו כדי לקדם את הוודאות המשפטית של בעלי דין עתידיים, להגביר את רמת ההרתעה של האיסורים בחוק ההגבלים העסקיים, ואף לתרום לחסכון במשאבים יקרים הנדרשים במצב רגיל, במסגרת סעיף 2(א) לחוק, לשם הוכחת תוצאתו הפוטנציאלית של ההסדר על השוק (ראו מ' ש' גל "לבור את המוץ מהתבן - היקף תחולתו של האיסור לערוך הסדר כובל", דין ודברים א' (תשס"ה), 533, 547).

אולם אליה וקוץ בה, שכן מוחלטותן של חזקות סעיף 2(ב), צמצמה את שיקול הדעת של בתי המשפט, ולעתים ברשתן של חזקות אלו נתפסו גם הסדרים אשר להשפעתם לא נודעה השלכה כלשהי על התחרות, או אף פוטנציאל לפגיעה כזו. וברי כי הרשתם של צדדים להסדר כזה, אינה משרתת את תכליתם של דיני ההגבלים העסקיים, עליה עמדנו בראשית דברינו.

17. ואכן, עוד בטרם נס ליחה של הלכת טבעול, החלו להראות בה סימנים של כרסום. אגב כך, התעורר במספר מקרים גם החשש כי צד לחוזה ינסה להתחמק מההתחייבויות הנובעות ממנו, באמצעות ניצול הוראותיו הרחבות של חוק ההגבלים העסקיים, שלא לתכלית אותה הן נועדו להגשים. בע"א 3700/98 א.מ. חניות (ירושלים) נ' עיריית ירושלים, פ"ד נז(2), 590 (להלן: "פרשת חניות"), דובר במכרז שעיריית ירושלים פרסמה ועניינו בהפעלת חניון עירוני. באחד מתנאי המכרז הגבילה העירייה את מספר המנויים בחניון, ואת המחיר המרבי שיוכל הזוכה במכרז לגבות עבור חנייה, מתוך רצון להבטיח את רווחתו של הציבור. המערערת, אשר זכתה במכרז, טענה כי הגבלה זו מהווה כבילה אסורה לפי סעיף 2(ב). חברי השופט א' ריבלין דחה את הטענה, וקבע באותה פרשה כך:

"לשונו של חוק ההגבלים העסקיים רחבה היא, וההגדרות המצויות בו עשויות לחבוק, על פי לשונן, מקרים רבים ושונים. פירוש פשטני שלהן יביא לתוצאה בלתי נסבלת על-פיה יחשבו כפסולים ואסורים הסדרים משפטיים רצויים שהם חלק מחיי המסחר והכלכלה והמתקיימים כדבר שבשגרה ... אם בחר המחוקק לנקוט בלשון רחבה, עשה כך בכוונה ללכוד ברשתו מעשים פסולים הנוגדים את התכלית שלשמה חוקק - את כולם, אולם אותם בלבד. לשון אחרת: יש להחריג מהוראת החוק את אותם מקרים - והמקרה שלפנינו הוא אחד

מהם - הנכללים לכאורה בלשון הרחבה של הוראת סעיף 2 אולם בחינה תכליתית תבהיר כי הם נופלים מחוץ לגבולות החוק" (שם, 598).

השופט ת' אור, אמנם בחר באותה פרשה ללכת בדרך שונה, אולם אף הוא הגיע למסקנה לפיה אין לבטל את התניה האמורה.

בפרשה אחרת, העלו המערערים טענה דומה בקשר למכרז שבו ביקשה המדינה להקים מאגר של שמאים שיבצעו עבודה עבודות שמאות, ואשר ידורגו על פי קריטריונים קבועים של איכות ושל מחיר עבודה. המערערת טענה כי המחיר המקסימאלי הקבוע במכרז הוא בבחינת הסדר כובל, והוא יביא, בין היתר, לכך ששמאים יעבדו במחירי היצף ולהורדת המחירים בענף בכלל. חברתי, השופטת א' חיות, דחתה את הטענה כי הגבלה כזו מהווה כבילה אסורה, ובלשונה:

"פירוש תכליתי של הוראת סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים יש בו כדי לקדם את מידת הוודאות ולהפחית מן הקיפאון העסקי העלול להיגרם עקב פרשנות מילולית - מרחיבה של הוראות החוק. כמו כן, יש בפירוש התכליתי כדי להסיר את החשש מפני כתם של אי-חוקיות, העלול לדבוק, שלא בצדק, בהסדרים 'תמימים' וראויים, ומפני סטיגמה עבריינית העלולה לדבוק במתקשרים בהם" (עע"מ 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים, נח(3), 293, (309).

למען שלמות התמונה אוסיף, כי בפרשה אחרת הביע השופט י' טירקל השגות לגבי "מוחלטותן" של החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, ובהמשך אף קבע כי חזקות אלה, בגרסתן ה"מוחלטת", יחולו רק לגבי הסדרים "אופקיים", אשר הצדדים להם מתחרים בשוק מסוים, להבדיל מהסכמים "אנכיים" שבין יצרן למשווק או מפיץ (רע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשייה, פ"ד נח(2), 634). זוהי אף דעתו של המלומד ד' גילה במאמרו "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוק? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים" (עיוני משפט כז(3), (2004) 751). לא ראיתי לנכון להכריע בסוגיה זו. הואיל ולהשקפתי במקרה שבפנינו לא יכול להיות ספק כי הכבילה שבין מנורה לאריאל היא כבילה "אופקית", ובאשר לכבילה כזו, כאשר היא נופלת בגדרו של סעיף 2(ב), מסכימים הכל כי היא מקימה חזקה חלוטה.

18. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים, על-פה ובכתב, מסקנתי היא כי הסכם הבוררות שבין אריאל למנורה נועד ליצור "חלוקת שוק" כמשמעה בסעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים, ולפיכך חטאו הצדדים להסכם בעבירה של יצירת הסדר כובל. מסקנה זו נסמכת על לשונו של ההסכם, על ניסיון החיים והשכל הישר, על קביעותיו העובדתיות של בית משפט קמא, ועל בחינה תכליתית של דיני ההגבלים העסקיים.

סעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים קובע כי "יראו כהסדר כובל, הסדר שבו הכבילה נוגעת לחלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים, שעמם יעסקו". ההסדר שבין מנורה לאריאל נועד למטרה זו של חלוקת שוק, ומכוחו קיבלה מנורה לידיה את תחזוקת הרמזורים בחיפה, ואריאל את ירושלים. לעניין זה אין כל חשיבות לשאלה אם את התחזוקה בצמתים בירושלים התכוונו הצדדים להעביר לאריאל בדרך של קבלנות משנה או בדרך של זכייה במכרז. הדגש בהקשר לסעיף 2(ב)(3) הוא בעצם חלוקתו של השוק על בסיס גיאוגרפי, ולא על הדרך בה בוצעה חלוקה זו. לו היה מדובר רק בהעברת הצמתים בירושלים, יתכן והייתי מתקשה לקבוע באופן חד-משמעי כי העברה כזו מהווה חלוקת שוק. אולם, במקרה שבפנינו העברתם של הצמתים בירושלים נעשתה על רקע הדרתה של אריאל מהשוק בחיפה, ובתמורה לכך. התחייבות הודית כזו, בה כל חברה רוכשת חזקה בטריטוריה נפרדת מכוחה של הסכמה מוקדמת ביניהן, יש לראותה כחלוקת שוק.

19. העולה מכך הוא, כי ההסכם בין מנורה לאריאל מקים חזקה חלוטה לפיה פוגע ההסדר בתחרות, וככל חזקה חלוטה, היא אינה משמשת אך כלי עזר ראייתי, ולפיכך גם אינה ניתנת להפרכה. לאור זאת, לא ראיתי צורך לפנות להגדרתו של הסכם כובל בסעיף 2(א), ובכך יש כדי לייתר דיון ממושך במאפייניו של שוק הרמזורים בחיפה, ובאפשרותה של אריאל לזכות במכרז חיפה לולא הסכם הבוררות. כפועל יוצא, גם לא ראיתי מקום לדון בשאלה אם בהתחייבות להימנע מנקיטתם של הליכים משפטיים, טמון פוטנציאל לפגיעה בתחרות, אולם מצאתי לנכון להוסיף, כי לדעתי גם התחייבות כזו עשויה להיות, בנסיבות מסוימות, כרוכה בפגיעה בתחרות, בשל הוודאות שהיא מעניקה למשתתף במכרז בזכייתו. קביעתו של בית משפט קמא, לפיה לא ראוי בנסיבות אלו לחייב את אריאל להמשיך להשקיע משאבים בניהולם של הליכים משפטיים כנגד מנורה (עמוד 57 - 60 להכרעת הדין), היא קביעה תמוהה, שהרי כדי להימנע מביצוע העבירה אריאל לא נדרשה כלל להמשיך ולהתחרות במנורה, על כורחה. לאריאל עמדה הזכות להחליט באופן עצמאי, למשל בשל שיקולים כלכליים של עלות מול תועלת, שלא לנקוט בהליכים משפטיים כנגד מנורה. התנהגות שכזו מתיישבת עם ערכים של

תחרות חופשית. עם זאת, כאשר אריאל התחייבה מראש שלא לנקוט הליכים משפטיים כנגד מנורה, ועשתה כן בתמורה לטובת הנאה אותה קיבלה, הרי שבכך התגבשה הכבילה האסורה. למעלה מן הדרוש אוסיף, כי את הקביעה לפיה את התחייבותה של אריאל יש לפרש כהתחייבות להימנע מנקיטתם של הליכים משפטיים גרידא, קשה ליישב עם לשונו המפורשת של ההסכם, אותו עיצבו הצדדים בעצמם, והכוונה להתחייבות זו: "אריאל או הרשלום ... לא יחתמו על הסכם עם עיריית חיפה".

20. על יסוד "מוחלטותה" של החזקה בדבר חלוקת שוק, יש לדחות גם את טענת המשיבים לפיה בחיפה ממילא לא היתה תחרות, מה שגרם, לטענתם, לכך ש"הוויתור" על חיפה לא היה וויתור על פלח שוק פוטנציאלי. קבלתה של טענה זו, כמו גם טענות נוספות שהועלו על ידי המשיבים, ונועדו להראות כי ההסדר לא גרר אחריו פגיעה בתחרות, יש בה כדי לרוקן את רשימת החזקות החלוטות מתוכנן. ועוד, דינה של טענה זו להידחות גם לגופה, שכן אם תאמר כי בחיפה ממילא לא הייתה תחרות, וכי זכייתה של מנורה היתה מובטחת, לא ברור כלל על שום מה היא ראתה לנכון לכרות הסכם עם אריאל, אשר במסגרתו התחייבה לשלם לה תמורה כנגד התחייבותה של אריאל "שלא לנקוט נגדה הליכים משפטיים", מינוח שלהשקפתי אינו אלא כסות להתחייבותה של אריאל שלא להתחרות במנורה. אם תוסיף לכך את הנתון לפיו הצעתה הזוכה של מנורה במכרז חיפה הייתה גבוהה באופן ניכר מאומדן העירייה, כי אז אין מנוס מהמסקנה כי טענות הצדדים להסכם, וקביעתו של בית משפט קמא לפיהן לא נגרמה פגיעה כלשהי בתחרות, אינן עומדות במבחן הביקורת.

ועוד, המקרה שבפנינו אינו מסוג המקרים אותם ראוי להחריג מתחולתו של חוק ההגבלים על דרך של פרשנות תכליתית. אדרבא, הסדרים מסוג זה הנדון הם בדיוק ההסדרים אותם ביקש המחוקק למנוע, באשר הם מהווים חלק מאיסורי הליכה של דיני ההגבלים העסקיים.

21. גם בטענותיו של משיב 2, הרשלום, כי לא נתקיימו בעניינו דרישותיו של היסוד הנפשי שבעבירה, אין ממש. היסוד הנפשי הנדרש לשם הוכחתה של עבירת הסדר כובל, הוא של מחשבה פלילית שעניינה מודעותו של העושה לכל רכיביו של היסוד העובדתי של העבירה, ולהם בלבד. מכאן, שטענתו של הרשלום כי לא היה מודע לפגיעה בתחרות או לקיומה של תחרות בחיפה, הנה בבחינת טענה חסרת נפקות בהקשר לחזקה החלוטה בדבר חלוקת שוק לפי סעיף 2(ב)(3). כפי שראינו, במסגרת היסוד העובדתי של סעיף זה, אין כל דרישה לפגיעה בתחרות או לפוטנציאל של פגיעה כזו, ומשכך, אין גם צורך במודעות העושה לקיומו של יסוד זה.

משמצאנו כי במעשיהם של המשיבים השתכללה עבירת ההסדר הכובל, נבחן עתה אם קביעתו של בית משפט קמא בדבר תחולתה של הגנת זוטי הדברים על המקרה שבפנינו היא החלטה ראויה. לשם כך, נעמוד בראשית הדברים על מהותה של הגנה זו.

ההגנה בדבר זוטי דברים

22. בשנת 1995 נכנס לתוקף תיקון מס' 39 לחוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד – 1994 (להלן: "תיקון 39"), ובין הוראותיו החדשות נכלל סעיף 34ז לחוק העונשין, אשר קובע:

זוטי	"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה,
דברים	אם לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו,
	תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה קל
	ערך".

הגנת זוטי הדברים אמנם מעוגנת בחלקו הכללי של חוק העונשין, אולם הרעיון הגלום בה אינו מצמצם עצמו אך ורק לדיני העונשין. תחולתו של סייג זה רחבה בהרבה, והעקרון הניצב בבסיסו מחלחל לתחומי משפט שונים ומגוונים כגון: נזיקין, קנין ומשפט חוקתי וזכויות אדם (ראה ע"א 3901/96 הועדה המקומית לתכנון נ. יהודית הורוויץ, פ"ד נו(4), 913, 928-929).

23. על משמעותו, פרשנותו והשלכותיו של סעיף זה ארחיב בהמשך, אולם, בטרם אעשה זאת, ברצוני לעמוד על המצב שקדם לחקיקת הסעיף. בחינתו של ההליך הפלילי לפני תיקון 39 מגלה, כי בכל שלב משלביו של ההליך - בין אם בחקירה, בין בהכנת כתב אישום, ובין אם בחנינה - ניתן לגורמים שונים המעורבים בו שיקול דעת לעצירתו. כך למשל, סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, נתן בידיו של קצין משטרה את הסמכות שלא לפתוח בחקירה בשל חוסר עניין לציבור; וסעיף 62 לאותו חוק אפשר לתובע, בידיו נמצא חומר ראיות מספיק לשם העמדה לדין, שלא לעשות כן אם מצא כי אין בקיומו של המשפט עניין לציבור. הגוף היחיד שלא ניתן בידיו שיקול דעת דומה הוא בית המשפט. אומנם, החלטה בלתי סבירה להעמיד אדם לדין, הייתה נתונה לביקורת שיפוטית של בית המשפט הגבוה לצדק, אך בהיעדר הוכחה של ממש כי התביעה נהגה בחוסר תום לב, הסיכויים להתערבותו של בית המשפט היו קטנים (ראו: פרופ' ד' פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין",

הפרקליט לה (תשמ"ד) 161 (להלן: "פרידמן"); א' מגן "זוטי דברים" - אך לא מילתא זוטרא", הפרקליט מג (תשנ"ז) 41, (להלן: "מגן").

העולה מכך הוא, שמי שהוכחו לגביו, מעבר לספק סביר, יסודותיה של העבירה שיוחסה לו, לא נותרה לבית המשפט ברירה אלא להרשיעו. זאת, גם אם היה משוכנע "כי העניין הוא טכני או פעוט, כי אנשים אחרים אינם עומדים לדין בנסיבות דומות, וכי לא הייתה הצדקה להגשת כתב האישום כפי שהוגש" (ראו פרידמן, בעמ' 161; וכן מגן, בעמ' 41). העדרה של סמכות מסוג זה יצר תחושה של אי-נוחות, ובלשונו של השופט ש' אגרנט (כתוארו אז):

"בסוף הדיון בערעור זה הייתה זאת הרגשתו של כל אחד מאתנו, שישב בדין, כי אפילו נחליט שקיים יסוד להרשעתו של המערער, מוטב היה אילו השלטונות השתמשו בשיקול דעתם ונמנעו בכלל להביא את הלה בפלילים" (ע"פ 45/49 פנחס מ'פן נ. היועץ המשפטי, פ"ד ד(1), 123, 124)

ואכן, נמצא לא אחת שבתי המשפט התייחסו במפורש או מכללא, לעקרון הכללי בדבר זוטי דברים עוד בטרם עוגן בחוק. השופט י' כהן קבע כי ישנם מקרים שעל אף שמתקיימים בהם כל יסודות העבירה, הרי שעצם המעשה כה זניח עד כי אין הוא ראוי להגנתו של הדין הפלילי, זאת, מכוח "העיקרון שאין החוק עוסק בדברים של מה בכך" (ע"פ 839/78 מדינת ישראל נ. יצחק אבני, פ"ד לג(3), 821, 832).

פרופ' פלר עמד אף הוא על חשיבותו של הכלל בדבר זוטי דברים:

"כלל זה נועד להתאים את ההגדרה הפורמאלית של העבירה הפלילית, לתוכנה הענייני מבחינת סף האנטי חברתיות בה מותנית תופעה עבריינית ... אילו יכול היה המחוקק לוותר על ההגדרות המופשטות הללו, וניתן היה לערוך, במקומן, רשימות מפורטות של אירועים כאמור, הוא היה דואג להשמיט מרשימות אלה את מגזרי האירועים שנמצאים מתחת לאותו סף של חומרה ואנטי חברתיות. שכן, אין הם הולמים את התוכן הענייני של העבירה חרף העובדה שהם כלולים פורמאלית, בהגדרתה" (ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין (תשמ"ז, כרך ב') 615-616).

על הצורך בהרחבת שיקול הדעת של בית המשפט בהליכים פליליים, עמד גם

פרופ' פרידמן:

"ההליך הפלילי מורכב משלבים אחדים... בולט הדבר כי בכל השלבים, למעט בהליך השפיטה עצמו, קיים שיקול דעת רחב ביותר...בולט הדבר כי הגוף היחיד, אשר אין לו שיקול דעת בעניין זה, הוא בית המשפט...ההצעה הנראית לי היא לתקן את החוק על מנת להקנות לבית המשפט שיקול דעת דומה לזה שיש לתביעה וליועץ המשפטי בעניין העמדת ההליכים, באופן שבית המשפט יוכל, אם ימצא זאת לנכון, לסיים את ההליך או להפסיקו מבלי להרשיע את העבריין" (ראו פרימן, בעמ' 161).

24. בשנת 1980 הציעה ועדה בראשותו של השופט אגרנט לשנות את המצב הקיים, ואף גיבשה הצעה לחלק כללי חדש לחוק העונשין. בין היתר, דנה הוועדה בסעיף 42 ("העדר עניין ציבורי"), וזו הייתה לשון הצעתה: "מצא בית המשפט כי אדם ביצע עבירה, אך לאור טיבו של המעשה ונסיבותיו לא יהיה זה מן הצדק להרשיעו וכי אינטרס הציבור לא ייפגע אם לא יורשע - רשאי בית המשפט לפטור אותו מאחריות פלילית" (ראו "הצעת חוק העונשין (חלק כללי), של ועדת אגרנט" משפטים י' (תש"מ), 209). בדברי ההסבר להצעתה הסבירה הוועדה את הצורך בסעיף זה:

"ההשתבצות הפורמאלית של המעשה בהוראה חקוקה, המגדירה עבירה פלילית פלונית, כשלעצמה אינה מוכיחה בהכרח שיש באותו מעשה לפחות מינימום של אנטי-חברתיות האופיינית לעבירה פלילית" (שם, עמ' 227).

ביום 6.1.1992 הוגשה הצעת חוק נוספת לחוק העונשין (חלק כללי וחלק מקדמי), התשנ"ב-1992. הצעה זו התבססה במידה רבה על הצעתה של הוועדה בראשותו של השופט אגרנט (ראו: מגן, בעמ' 42; מ' גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992 (הצעות חוק 2098, מיום 6.1.1992)," משפטים כ"ד, (תשנ"ד), 9, (להלן: "גור-אריה")). בסעיף 53 להצעת החוק נקבעה הגנת זוטי הדברים כנוסחה היום. בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר:

"סייג זה, הנובע מכך שהחוק אינו עוסק בזוטות- de minimis non curat lex - הנו, בחלקו, חידוש לעומת החוק הקיים... אין זה ראוי שדווקא בית המשפט יהיה חייב להטיל עונש "סימלי" רק משום שהוא נטול סמכות למתוח את קו הגבול המינימלי הקונקרטי, לפי נסיבות העניין, בין התחום הפורמלי של האיסור הפלילי ובין מה שאינו מגיע עד כדי פליליות" (הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 2098).

מדברים אלה אנו למדים את שכבר אמרנו, היינו, מטרתו של סעיף זה הייתה להעניק לבית המשפט את הסמכות להוציא מגדר האחריות הפלילית מעשים שעומדים בקריטריונים הטכניים להתקיימותה של עבירה, אך אינם עוברים את רף הפליליות הנדרש, מבחינה מהותית, לשם הרשעה.

פרשנותו של הסייג ואמות המידה ליישומו

25. בגוף הסעיף 34^ז מפורטים ארבעה תנאים מצטברים ליישומו והם: "טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי". בחינתו של מעשה לאור התנאים הללו אמורה להוביל למסקנה אם במעשה קל ערך עסקינן. ניסוחו הכללי של הסעיף מעלה את השאלה בדבר המשקל הסגולי של כל אחד מהתנאים, וכיצד לערוך את השקלול הסופי ביניהם. נראה, שלא ניתן לקבוע מראש את המשקל המדויק שיש לייחס לכל תנאי, שכן לכל מקרה הנסיבות המיוחדות לו. עם זאת, הגישה הרווחת היא כי משקלו של התנאי האחרון, בדבר האינטרס הציבורי, רב יותר מזה של השאר ("קדמי, על הדין בפלילים, חלק ראשון (תשס"ה), 556).

קושי נוסף ביישום ההגנה נובע מכך שהיא אינה מפרטת אלו מקרים נופלים לגדרה. ניסוחן הכללי והרחב של הוראות החוק, שהוביל מלכתחילה לצורך בהוראה מסייגת ומצמצמת בדמותו של סייג זוטי הדברים, לא פסח גם על ניסוחה של הוראה זו. (ראו: גור-אריה, בעמ' 70). פרשנות מצמצמת תאפשר את החלתו של הסייג רק באותם מקרים בהם ברור כי מדובר במעשה "קל ערך", באספקלריה של הפגיעה באינטרסים ציבוריים, וללא כל התחשבות בנסיבותיו האישיות של העושה. פרופ' מ' גור-אריה המצדדת בפרשנות שכזו, גורסת כי "בית המשפט חייב להגביל את עצמו לבחינת טיבו הקונקרטי של המעשה במטרה לוודא האם הוא מקיים אחר המידה המינימלית של סכנה המצדיקה הטלת אחריות פלילית" (שם, עמ' 70). מנגד, פרשנות מרחיבה תאפשר את החלתו של הסייג גם למעשים אשר יש מקום להעניש בגינם, אולם נסיבות שונות שאינן קשורות במעשה דווקא עוקרות ממנו את חומרתו, כגון הזמן הרב שחלף מאז ביצוע העבירה, התנהגות המבצע, ונסיבותיו האישיות (ראו העמדה שהובעה במאמרו של פרופ' מ' קרמניצר "תיקון 39 לחוק העונשין-חמש שנים לחקיקתו", מגמות בפלילים-עיונים בתורת האחריות הפלילית (תשס"א, בעריכת א' לדרמן), 80; וכן מגן, בעמ' 52-54).

26. גם במגמה העולה מן הפסיקה יש כדי לספק קווים מנחים לבחינתו של הסעיף. בע"פ 4596/98 פלונית נ. מדינת ישראל (פ"ד נד(1), 145, 186-187), נקבע איסור

גורף בדבר שימוש בכוח של הורים כלפי ילדיהם. השופטת ד' ביניש עמדה על הקושי באיסור שכזה וציינה כי "יטען הטוען כי בקביעתנו זו, אנו גוזרים על הציבור גזירה שלא יוכל לעמוד בה ... אין לשכוח, עם זאת, כי להורה עומדות ההגנות הקבועות בחוק העונשין... בנוסף קיימות בדין הפלילי "מסננות" מספיקות, על מנת שמקרים קלי ערך, לא ייכנסו לגדרו ... כן מצויה בדין הפלילי הגנת "זוטי דברים" (סעיף 34 יז לחוק העונשין), שאף בה יש כדי למנוע הטלת אחריות פלילית בשל שימוש בכוח קל ערך של הורה כלפי ילדו". בע"פ 807/99 מדינת ישראל נ' חיים עזיזיאן (פ"ד נג(5), 747, 762) דובר באדם שהתפרץ יחד עם המון אדם לשתי דירות, ובמהלך ההתפרצות נטל כלי איפור. נקבע, כי ישנן נסיבות בהן הערך האפסי של החפץ הגנוב יהווה שיקול משמעותי בהחלטה אם להרשיעו. ברם, ביחס למקרה זה נקבע כי "בנסיבות כפי שהיו כאן, כאשר המון מתפרע פרץ את הדירה וההמון בוזז אותה וזורק את תכולתה למדורה... אפילו רכוש בעל ערך אפסי, לא יוכל ליהנות מהגנתו של הסעיף... מי "שמצטרף לחגיגה" בנסיבות כאלו ומשתתף בביזה של דירה כזאת לא יוכל לטעון שמדובר בדבר קל ערך שלא ראוי בגללו להכתימו בפלילים. הוא מוכתם בפלילים לא בגלל ערכה הכלכלי של הגניבה אלא בגלל הנסיבות שבהן נעשתה". ברע"פ 2788/00 נמר שלמה נ. מדינת ישראל (פ"ד נד(3), 385, 388) טען המערער, נהג מונית שהורשע בהתנהגות בלתי אדיבה ובלתי מנומסת כי חל עליו הסייג בדבר "זוטי דברים". המשנה לנשיא ש' לויין קבע כי "הטענה בדבר זוטי דברים מבקשת לשכנענו כי לפנינו עניין פעוט, שאין להטריח בגינו את הציבור ושאין לבוא בגינו חשבון עם האחראי לו ... אכן לא כל יחס בוטה, גם ובלתי אדיב נופל ברשתו של החוק הפלילי. אך רצה המחוקק-ולא במקרה רצה הוא כך - שיחסם האמור של משרתי הציבור בתחום החברה ייפול אף ייפול בתחומיו של המשפט הפלילי..."

הנה כי כן, על אף שהסייג בדבר "זוטי דברים" אינו מונה רשימה של מקרים הבאים בגדרו, הרי שהמגמה העולה מן הפסיקה היא שיש להחילו בזהירות תוך בחינת נסיבותיו של כל מקרה ומקרה. בבואו לבחון מעשה שנתמלאו בו כל יסודות העבירה ישאל בית המשפט את עצמו, אם מעשה העבירה הצמיח מידה מינימאלית של סכנה לציבור. תשובה שלילית תחייב את המסקנה שהשפעתו של המעשה על החברה היא כה מזערית, עד שאין זה ראוי להכתים את מבצעו בהרשעה בפלילים. לשיטתי, מגמה זו ראויה היא. אל לנו לשכוח כי הכלל בדבר זוטי דברים מהווה אך סייג לאחריות הפלילית, ומשכך, אין הוא בבחינת הכלל, אלא חריג. ובלשונו של סעיף 34 לחוק העונשין - "מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית". יתרה מזאת, מידת הזהירות בהחלתו של הסייג נדרשת גם מן הטעם שמא ירוקנו מתוכן עבירות הנתפסות כ"קלות" יותר מאחרות. יחד עם זאת,

נקיטת זהירות בהחלתו של הסייג אינה מונעת, לגישתי, פרשנות שתבחן בין מכלול השיקולים גם את נסיבותיו האישיות של המבצע. שכן, יש והשפעתן של נסיבות אלו תשנה את התמונה מן הקצה אל הקצה, והרשעתו לאורן לא תשרת כל מטרה ראויה.

תחולתו של הסייג בדבר זוטי דברים על חוק ההגבלים העסקיים 27. סעיף 34 כג לחוק העונשין קובע, כי "באין בחוק הוראה לסתור, יחולו הוראות החלק המקדמי והחלק הכללי גם על עבירות שלא לפי חוק זה". סעיף זה מורה איפוא, כי הוראותיו הכלליות של חוק העונשין חולשות על דיני העונשין כולם, בין אם אותם דינים הם בחוק העונשין גופו ובין אם מחוצה לו (בהקשר זה ראו גם ע"פ 4675/97 ישראל רוזוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 337, 372).

לפיכך, השאלה העומדת בפנינו היא אם בחוק ההגבלים העסקיים קיימת אותה "הוראה לסתור". תשובה חיובית לשאלה זו, תוביל למסקנה כי לסייג בדבר זוטי הדברים אין תחולה על הוראותיו של חוק ההגבלים.

28. בפרשת חניות הנ"ל, הסתייג השופט ריבלין (בדעת מיעוט) מהחלתו של העיקרון בדבר זוטי דברים על תחומם של דיני ההגבלים העסקיים, וזאת לאור מנגנון הפיקוח שמפעיל חוק ההגבלים בדמותם של הכללים לפטור להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך. אולם דעתי היא כדעת המגמה העולה מן הפסיקה (ראו ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ ואח', (טרם פורסם); ע"פ 1042/03 מצרפלט שותפות מוגבלת בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1), 721, 729; פרשת חניות, בעמ' 602; דנ"א 3113/03 א.מ. חניות (ירושלים) נ' עיריית ירושלים (טרם פורסם); וע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' משרד הבטחון, פ"ד נב(3), 145, 173), ולפיה אין מניעה להחלתו של הסייג בדבר זוטי דברים על חוק ההגבלים העסקיים, זאת בכפוף להסתייגויות אותן אפרט.

בחוק ההגבלים מצויות מספר הוראות שתפקידן לשמש כמסננות, ומטרתן להוציא מגדרו מעשים שנלכדו ברשתו הרחבה, מבלי שנתכוון להם או שההרשעה בגינם לא תשרת כל אינטרס ציבורי, שכן הפגיעה בערך התחרות בשל מעשים אלה, היא מזערית (ראו פרשת טבעול, בעמ' 84-82). כך למשל, סעיף 9 מסמיך את בית הדין להגבלים עסקיים לאשר הסדר כובל :

"בית הדין יחליט לאשר הסדר כובל, כולו או חלקו, אם הוא סבור כי הדבר הוא לטובת הציבור, ורשאי הוא להתנות את אישורו בתנאים".

כן נמצא את סעיף 14 המסמיך את הממונה על ההגבלים העסקיים, לבקשת צד להסדר כובל, לפטור צדדים להסדר כובל מסוים מן החובה לקבל אישור מבית הדין להגבלים עסקיים :

"(א) הממונה רשאי, לבקשת צד להסדר כובל ולאחר התייעצות עם הועדה לפטורים ולמיזוגים לפי סעיף 23 (להלן - הועדה), לפטור, בהחלטה מנומקת, צדדים להסדר כובל מהחובה לקבל את אישור בית הדין להסדר, אם שוכנע כי התקיימו כל אלה:

(1) הכבילות שבהסדר הכובל אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע מן ההסדר, או שהן עלולות להגביל את התחרות בחלק ניכר משוק כאמור, אך אין בהן כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשוק כאמור;

(2) עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו.

(ב) הממונה רשאי, לאחר התייעצות עם הועדה, להתנות את הפטור בתנאים, לשנותו או לבטלו..." [ההדגשות הוספו].

סעיף 15א לחוק ההגבלים מסמיך את הממונה על ההגבלים לקבוע פטורי-סוג שעניינם בסוגי הסדרים כובלים אשר יהיו פטורים מקבלת אישור בית הדין. מכוחו של סעיף זה הותקנו כללי פטור, ובהם נקבע כי הסדר כובל שפגיעתו בתחרות שולית, היא פטור מהצורך באישורו של בית הדין להגבלים עסקיים :

"הסכם שפגיעתו בתחרות קלת ערך פטור מקבלת אישור בית הדין להגבלים עסקיים, אם התקיימו לגביו כל התנאים שבכללים אלה; לעניין זה, "פגיעה קלת ערך" - פגיעה אשר קלה השפעתה המסתברת והשפעתה בפועל על התחרות בעסקים, בהתחשב, בין השאר, במעמדם של הצדדים בשוק המוצר, משך הזמן שבו היא נועדה להתקיים ומידת התחרות הקיימת באותו שוק מוצר".

29. עינינו הרואות, כי לצד הגדרתו הרחבה של החוק עליה עמדנו, קיימים מנגנונים שונים שמטרתם אחת, לשמש פתחי מילוט במקרים בהם מידת הפגיעה בערך התחרות החופשית, אינה מצדיקה את הפעלתם של האיסורים הקבועים בחוק. מכאן, שמנגנונים אלה משלבים את העיקרון בדבר זוטי דברים במסגרת דיני ההגבלים העסקיים. האפשרות לזכות בהיתרים ובפטורים השונים שנזכרו לעיל, מבטאת את ההכרה בכך שמעשה שאין בו מינימום של אנטי-חברתיות, לא יהווה הסדר כובל, גם

אם נתמלאו בו דרישותיה הפורמאליות של העבירה. אולם, קיומם של מנגנונים אלה אינו מונע את החלתו של העיקרון הכללי בדבר זוטי דברים, כפי שהוא בא לידי ביטוי בחוק העונשין. כך שוכנים להם, זה לצד זה, העיקרון הכללי בדבר זוטי דברים וההיתרים הספציפיים שמבטאים את רוחו. ברם, כאשר קבע המחוקק מנגנונים אלה בחוק ההגבלים, הוא העדיף מנגנונים של מניעה מראש על פני פטור שינתן בדיעבד. העולה מכך הוא, כי קודם להפעלתו של הסייג בדבר זוטי דברים, יפעיל חוק ההגבלים את המסננות הקבועות בו ורק משנעשה כן, יש לבחון את תחולתו של הסייג בדבר זוטי דברים. לדידי, מצב זה עשוי להגביה את המשוכה הניצבת בפני הטוען כי חל עליו סייג זה. אכן, מי שלא צלח לעבור דרך הפתח שפתחו בפניו ההיתרים של חוק ההגבלים, עדיין יש בידו פתח מילוט נוסף, אולם לשיטתי צר הוא יותר מקודמו ואישור למעבר בו יינתן במשורה.

מן הכלל אל הפרט

30. כאמור, בית משפט קמא מצא כי מעשיהם של המשיבים 1 ו-2 חוסים בצילו של הסייג בדבר זוטי דברים, אולם לאור האמור עד כה חוששני שאין בידי להצטרף למסקנה זו. מעובדות המקרה מצטיירת תמונה ברורה של חלוקת שוק, וחלוקה זו מהווה הסדר כובל כמשמעותו בסעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים. לרשותם של הצדדים להסכם עמדה האפשרות להשתמש בכל אותם מנגנונים והיתרים שחוק ההגבלים העמיד לרשותם, אולם מטעמים השמורים עמם, וסבורני כי אין קושי לעמוד עליהם, הם בחרו שלא לעשות זאת, ועניין זה לכדו חייב את בית המשפט לנקוט זהירות כפולה ומכופלת בעת שהוא ניגש לבחון את תחולתו של הסייג בדבר זוטי דברים על מקרה זה. אכן, עיריית חיפה לא היתה מעוניינת לקיים מכרז, עד שהדבר נכפה עליה על ידי בית המשפט. אולם, עמדה זו של העירייה אינה משקפת בהכרח את אינטרס הציבור. אדרבא, העירייה תמכה בעקיפין ביצירתו של הסדר כובל, ומנעה תחרות שאם היתה מתקיימת אפשר שהיתה מיטיבה עם הקופה הציבורית. אפשרות אחרונה זו אין מקורה בהשערות בעלמא, ודי אם אשוב ואדגיש את מה שכבר אמרתי, היינו, אם זכייתה של מנורה היתה כה ברורה וידועה מראש, מה טעם ראתה חברה זו להתקשר באותו הסכם בגדרו הבטיחה לאריאל תמורה כנגד התחייבות שמטרתה אחת – למנוע ממנה מלהגיש הצעה למכרז חיפה. לחלופין, ואם יש ממש בטענת המשיבים לפיה נועדה התמורה להניע את אריאל שלא לפנות לערכאות, סבורני כי גם בכך גלומה פגיעה באינטרס הציבורי. ובמלים אחרות, אם היתה בידי אריאל עילה של ממש לפנות לבית המשפט, אינטרס הציבור הוא שעילה זו תתברר עד תום, הואיל ובירור כזה עשוי לסלק כל ספק ביחס לכשרות המכרז וזכייתה של מנורה בו. מאידך, אם סברה מנורה כי

בידי אריאל אין עילה של ממש למנוע ממנה את זכייתה, מה טעם היה להתחייב לשלם לה תשלום כלשהו בהליך שתוצאתו ידועה מראש, במיוחד כאשר גם במהלכו של ההליך המשפטי, ואפילו סיומו יתמהמה, היא מוסיפה לתחזק את מערכת הרמזורים בחיפה, כפי שעשתה בעבר?

בנסיבות אלו אינני סבור שאת ההסדר הכובל לו נתנו מנורה ואריאל את ידן, ניתן היה להגדיר כ"קל ערך" או זוטות, ועל כן אין המשיבים יכולים לזכות בפטור מהרשעה מכוח סעיף 34 לחוק העונשין.

אחריותו של משיב 3 כמסייע

31. בית המשפט המחוזי קבע, כי נתקיימו במשיב 3 כל יסודותיה של עבירת הסיוע. על קביעה זו משיג משיב 3. לדידו, לא התקיים בו היסוד הנפשי הנדרש לצורך הרשעה.

סעיף 31 לחוק העונשין קובע:

"מי אשר, לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו, או למנוע את תפיסת המבצע, גילוי העבירה או שללה, או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה, הוא מסייע".

עבירת הסיוע הינה עבירה התנהגותית, המאופיינת בהיותה משנית ועקיפה לביצועה של העבירה העיקרית. המסייע הוא שותף זוטר, תרומתו עקיפה וחיזונית למעשה העברייני, הוא אינו לוקח חלק בביצוע העיקרי של העבירה, אלא, יוצר תנאים שהם בבחינת מעשי עזר לביצוע העבירה (ראו ע"פ 4389/93 יוסף מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3), 239, 251; ע"פ 7085/93 נפז בן כאמל נג'אר ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4), 221, 238; ע"פ 320/99 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3), 22, 31 להלן: "פרשת פלונית"). את התנהגותו של המסייע ניתן לאפיין כמי שיש ביכולתו לתרום או לאפשר את הגשמת היסוד העובדתי שבעבירה על ידי המבצע העיקרי. היסוד הנפשי בעבירת הסיוע מורכב משני נדבכים. האחד, נדבך המודעות, שנחלק אף הוא לשניים. בחלקו הראשון נדרשת מן המסייע מודעות כי בהתנהגותו הוא יוצר את התנאים שיקלו או יאפשרו למבצע העיקרי של העבירה להגשימה. בחלקו השני, נדרשת מן המסייע מודעות לקיום הנסיבות, דהיינו, המודעות לכך שהמבצע העיקרי מבצע או עומד לבצע עבירה, הגם שאין על המסייע להיות מודע לכל פרט מפרטי העבירה (פרשת פלונית, 32; ע"פ 7085/93 נפז בן כאמל נג'אר ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4), 221, 239;

ע"פ 8710/96 דוד וינמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5), 481, 547-546; פלר עמ' 260). הנדבך השני, דורש כי במסייע תתקיים המטרה או התכלית לסייע לעבריין העיקרי (ראה פרשת פלונית, 32-35; ע"פ 11131/02 אנג'ליקה יוסופוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח (3), 917, 924 (להלן: "פרשת יוסופוב"). לעניין זה יפים דבריו של פרופ' פלר:

"השתלבות כאמור של המחשבה הפלילית ברכיבי היסוד העובדתי שבסיוע לדבר עבירה מגלה מחשבה פלילית מיוחדת במטרה מסוימת- להשתתף באירוע העבריין כשותף עקיף בו... מטרתו של המסייע היא אך ורק לעזור לאחר, כדי שהוא יבצע באורח ישיר את העבירה. הניתוח של השתלבות המחשבה הפלילית של מסייע ביסוד העובדתי של הסיוע המוגש על-ידיו למבצע העיקרי, על כל אפיוניו של הרכיב ההתנהגותי שלו, ועל כל הנסיבות הדרושות להתהוותו, אכן, מגלה את המטרה לסייע, ולסייע בלבד, animus socii ולא גם לבצע, animus auctoris. הביצוע ממנו והלאה" (ראו בספרו של פלר, בעמ' 261-260).

נסכם ונאמר, כי הדרישה ליסוד הנפשי באה על סיפוקה בעצם מודעותו של המסייע לטיב התנהגותו, לנסיבות, ובמטרתו להגיש עזרה למבצע העיקרי. אוסיף, כי גם אם המטרה לא עמדה לנגד עיניו של המסייע, הרי שדי במודעות לכך שהתנהגותו עשויה ברמת הסתברות של וודאות קרובה להוות אמצעי עזר למבצע העיקרי. מודעות מסוג זה, שקולה כנגד המטרה לסייע הנדרשת בהוראת הסיוע (פרשת פלונית, 35; פרשת יוסופוב; וכן פלר, בעמ' 264).

מן הכלל אל הפרט

32. לשיטתי, לא ניתן לחלוק כי נתקיימו במשיב 3 יסודותיה של עבירת הסיוע, ונראה כי גם בית משפט קמא לא סבר אחרת. לטעמי, אין כל ספק כי בהתנהגותו תרם אופיר לבצועה של העבירה. אכן, תוכנו של שטר הבוררין נקבע על ידי הצדדים טרם הובא בפניו, אולם, הייתה זו רק ראשית הדרך, ובהמשכה נטל אופיר לידי ערבויות שנועדו להבטיח את התחייבותם של הצדדים, ואף נתן את פסק הבוררות בו שחרר את אריאל מערבותה ופסק את חובה של מנורה לאריאל. כאשר לקיומו של היסוד הנפשי, נקבע בהכרעת דינו של בית המשפט המחוזי כי:

" גם אם בשיבת הבוררות לא הובהרה לנאשם 7 [אופיר] התמונה במלואה, וגם אם סבירה האפשרות שהוא לא בחן בעיון את שטר הבוררין בעת שנוהלה ישיבת הבוררות, קשה להלום אפשרות שלא ספג את כלל הפרטים הנוגעים לעניין... אין מתקבל על הדעת

שהוא לא למד את הפרטים העיקריים בטרם קיבל את החלטותיו בעניינים אלו, ובכללם דבר התחייבות אריאל שלא להתקשר עם עיריית חיפה. מהראיות עולה כי תפקיד הבורר נמסר לו בהיותו איש עסקים רציני ואמין. בנסיבות אלו, קשה להשתכנע שהוא ראה לנכון לזלזל בתפקיד שקיבל על עצמו, וההינ לתת את פסק הבורר מבלי שהכיר את יסודות ההסכם. התייחסות נאותה לתפקיד חייבה הכרת עקרונות אלו, ובכללם: ההוראה הנוגעת להתקשרות עם עיריית חיפה... שיקולים אלו מביאים למסקנה שנאשם 7 [אופיר] היה מודע לתוכן ההסכם בין הצדדים לבוררות" (עמ' 88-89 להכרעת הדין), (ההדגשות הוספו).

ועוד נאמר בהכרעת הדין :

"יש מקום לייחס לנאשם 7 [אופיר] חפץ ל"תמוך" בהסכם הספציפי אליו הגיעו הצדדים, בגדר רצונו לפתור את הסכסוך שביניהם על בסיס אותו הסכם. הסכם זה, על פניו, היה נגוע באי-חוקיות. משמע לא ניתן "לנקות" את נאשם 7 מהמטרה לבסס בין הצדדים לבוררות את ההסכמה המנוגדת לחוק" (עמ' 96 להכרעת הדין).

מודעותו של אופיר הן לטיבו של המעשה והן לנסיבותיו, עולה בבירור מן העובדות כפי שתוארו על ידי בית משפט קמא. באשר ליסוד המטרה, דומני כי גם יסוד זה נתמלא במלואו. אכן, נראה שמטרתו הראשונית ואולי אף העיקרית של אופיר הייתה לסיים את הסכסוך בין מנורה לאריאל. ברם, למטרה זו חברה מטרה משנית, והיא לסייע לצדדים לבסס ביניהם את ההסכמה המנוגדת לחוק.

לאחר כל אלו, ומשקבעתי כי התקיימו באופיר יסודות הסיוע כולם, אעבור לבחון האם ראוי ונכון היה להחיל את הסייג בדבר זוטי דברים בענייננו.

האם עומדת למשיב 3 ההגנה בדבר זוטי דברים?

33. בית המשפט המחוזי קבע כי על אף שנתקיימו באופיר כל יסודותיה של עבירת הסיוע, יש לזכותו מכוחו של הסייג בדבר זוטי דברים. את החלתו של הסייג נימק בית משפט קמא כך :

"היה מקום להחיל לגבי נאשם 7 [אופיר] את הסייג האמור, לאור חלקו השולי במעשה העבירה. תרומתו לעשייתו קטנה: הוא לא הגה את רעיון ההסדר, וגם לא קבע את תוכן שטר הבוררין. הוא ראה את תפקידו כפוסק רכיבי הפיצוי במגמה לסיים את הסכסוך העסקי

שבין הצדדים לשטר הבוררות לא היה לו עניין אישי כלשהו בקיום ההסכם, ואף לא בעצם קיום הבוררות. כאמור הוא אף לא קיבל שכר בשל סיועו" (עמ' 86 להכרעת הדין).

ובהמשך, בהתייחסו ליסוד הנפשי של אופיר, ציין כי:

"...מזדקרת, למצער, העובדה שמטרת פעילותו כבורר הייתה קביעת היקף הפיצוי במגמה לסיים את הסכסוך. נראה, איפוא, כי גם אם מתקיימת הדרישה הנפשית האמורה, הרי היא צדדית להתנהגותו וההתייחסות הנאותה כלפיה מביאה לזיכוי בשל זוטי דברים" (עמ' 96 להכרעת הדין).

34. לדאבוני, אינני יכול להצטרף גם למסקנותיו אלו של בית משפט קמא. כאמור, הסייג בדבר זוטי דברים יופעל במשורה ובמקרים חריגים, והכוונה היא לאותם מקרים בהם מידת האנטי-חברתיות הנובעת מן המעשה כה זניחה, עד שהיא כמעט ואינה נראית. אינני סבור כי מעשיו של אופיר נכנסים לגדרם של מקרים אלה, באשר אף אם במעשיו לא סייע בגיבושו של ההסדר הכובל, יוחד לו תפקיד מרכזי בהוצאתו אל הפועל, ולאכיפתו במישור היחסים שבין מנורה ואריאל. מכאן, שבנסיבותיו של המקרה שבפנינו, לא זו בלבד שאין להחיל את הסייג בדבר זוטי דברים, אלא שהחלתו חותרת תחת המטרה שלשמה חוקק חוק ההגבלים ועליה עמדתי בראשית דברי.

היקפה של ההגנה על הרשות השופטת

35. בית משפט קמא זיכה את אופיר מהעבירות שיוחסו לו, גם משום שסבר כי גם אם חטא, עומדת לו ההגנה הניתנת לרשות השופטת מפני הרשעה. אין בידי לקבל מסקנה זו. סעיף 34 לחוק העונשין מעניק לנושא משרה שיפוטית, חסינות מפני העמדה לדין בגין מעשים שעשה במהלך תפקידו, וזו לשונו:

נושא משרה שיפוטית לא יישא באחריות פלילית למעשה שעשה במילוי תפקידו השיפוטיים, אף אם חרג בכך מתחום סמכותו.	הגנה על רשות שופטת
--	--------------------

עיקר המחלוקת נסבה סביב הפרשנות הראויה למונח "נושא משרה שיפוטית", ובעיקר בשאלה האם אדם שמונה לשמש כבורר על ידי צדדים לסכסוך, ייחשב כמי שנושא במשרה שיפוטית, או שמא ה"הגנה על רשות שופטת" תחול רק על מי שמשתייך מבחינה פונקציונאלית לרשות השופטת.

לשונה של ההגנה בסעיף 34 לחוק העונשין אינה נוקבת באופן מפורש ב"בורר" כמי שיש להחיל עליו את החסינות. לו הייתה עובדה זו ניצבת לבדה, יתכן ולא הייתי ממחר לקבוע כי בהשמיטו את המילה "בורר" מסעיף 34, ביקש המחוקק ליצור הסדר שלילי באשר לתחולתה גם על בורר. עם זאת, ההגנה על בעלי תפקידים שיפוטיים, אינה באה לידי ביטוי רק במישור הפלילי. סעיף 8 לפקודת הנזיקין מעניק לבעלי תפקידים שיפוטיים חסינות גם במישור האזרחי-נזיקי, ובנסחו את חסינות זו כלל בה המחוקק את הבורר במפורש:

אדם שהוא גופו בית משפט או בית דין או אחד מחבריהם, או שהוא ממלא כדין חובותיו של אדם כאמור, וכל אדם אחר המבצע פעולות שיפוט, לרבות בורר - לא תוגש נגדו תובענה על עוולה שעשה במילוי תפקידו השיפוטי [ההדגשה הוספה].	רשות שופטת
--	------------

הוא הדין גם בהגנה הקבועה בסעיף 13(5) לחוק איסור לשון הרע, התשכ"א-1965, אשר גם בה הוזכר הבורר במפורש, ולפיה, "לא ישמש עילה למשפט פלילי או אזרחי ... פרסום על ידי שופט, חבר של בית דין דתי, בורר, או אדם אחר בעל סמכות שיפוטית או מעין-שיפוטית על פי דין, שנעשה תוך כדי דיון בפניהם, או בהחלטתם, או פרסום על ידי בעל דין, בא כוחו של בעל דין או עד, שנעשה תוך כדי דיון כאמור". (ההדגשה הוספה).

עינינו הרואות, כי מקום בו ביקש המחוקק להחיל את חסינותם של הנושאים בתפקידים שיפוטיים גם על בוררים, הוא עשה זאת במפורש, ובאופן שאינו משתמע לשתי פנים. ועוד, על אף שחסינותם של נושאי משרה שיפוטית במסגרת המשפט הפלילי הייתה קיימת כבר בפקודת החוק הפלילי 1936, הרי שנוסחו הקיים של סעיף 34 נכנס לתוקפו רק בתיקון 39 לחוק העונשין. מכאן, שגם כאשר היתה למחוקק הזדמנות להרחיב את תחולתו של סעיף 34, הוא נמנע מלעשות זאת.

36. באשר לתכלית הניצבת בבסיסה של ההגנה על הרשות השופטת, הכלל הוא כי מי שביצע עבירה ישא בגינה באחריות, בעוד שהסייגים לפליליות המעשה - המנויים בסימן ב' לפרק 1 של חוק העונשין - הם, כזכור, בבחינת החרוג. גם ההגנה על הרשות השופטת מהווה סייג לאחריות הפלילית. המחוקק הכיר בכך שבמקרים החוסים תחת כנפיה של ההגנה הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין, העמדתו של נושא המשרה השיפוטית לדין תהא כרוכה בפגיעה באינטרסים בעלי חשיבות ציבורית, כך שהתועלת שהיא עשויה להצמיח קטנה במידה רבה מהנזק הכרוך בה.

האינטרס המרכזי עליו נועדה ההגנה הקבועה בסעיף 34 כ להגן, הוא כי שופט הממלא תפקידו יפעל באורח עצמאי ובלתי תלוי. אינטרס חשוב זה אף מעוגן כעקרון מרכזי בסעיף 2 לחוק יסוד: השפיטה, הקובע כי "בעניני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין". חסינותו של נושא המשרה השיפוטית נועדה אפוא להגן על חופש הפעולה שניתן לו, ולהבטיח כי יוכל לפעול בלא מורא ובלא חשש. ההקפדה על עצמאותו של השופט, כמי שכפוף למרותו של הדין בלבד, אף מבטיחה אינטרס חשוב נוסף, והוא כי אמונו של הציבור במערכת בתי המשפט לא יפגע. חסינותם של נושאי משרות שיפוטיות אף מבטיחה כי מועמדים מוכשרים וראויים לא יירתעו מלשאוף אליהן בשל החשש כי יחשפו לתביעות רבות, ויועמדו לדין בשל תלונות סרק של מי שלא השלימו עם הכרעותיהם. יתרה מכך, החסינות הניתנת לנושא המשרה השיפוטית מסייעת במימושו של עקרון סופיות הדיון. היא אינה מאפשרת מצב בו עניין אשר כבר נדון בפני הערכאות המוסמכות, ישוב וידון בפני שופט או הרכב שופטים אחר במסגרת תביעה שהוגשה כנגד השופט רק כדי לזכות בעקיפין בזכות לערעור נוסף (ראו ד"ר ד' אבניאלי, חסינות אישי ציבור (תשס"ב) 21 - 35; וכן פרופ' י' גלעד, "אוי לדור ששופטיו צריכים להישפט?", עלי משפט ב (תשס"ב), 255, (להלן: "גלעד").

התכליות הניצבות בבסיסה של ההגנה על הרשות השופטת, אשר עליהן עמדת עד כה, אינן מצדיקות בהכרח לבצע הבחנה בין נושא משרה שיפוטית המהווה אורגן של הרשות השופטת לבין בורר. כך למשל, ניתן לומר כי האינטרס בדבר אי-תלותו של נושא המשרה השיפוטית כוחו יפה גם כשמדובר בבורר. אכן, אמונו של הציבור במוסד הבוררות אף הוא אינטרס בר הגנה. פתרון סכסוכים בדרך של בוררות עשוי להיות, בנסיבות המתאימות לכך, יעיל ומהיר יותר מפתרונו של הסכסוך במסגרת התדיינות בבית משפט. יש אפוא עניין להבטיח כי צדדים לסכסוך לא יחששו לבחור בדרך של בוררות מקום שהם סבורים כי דרך זו יעילה יותר לפתרון של מחלוקות. ועוד, כשמדובר בבוררות, עיקרון סופיות הדיון אף מקבל משנה תוקף. עקרון זה עובר כחוט השני דרך הוראותיו של חוק הבוררות. יש להדגיש, כי פסק בורר מחייב את הצדדים לבוררות מבלי שניתנת להם זכות לערער עליו; התערבות בתי המשפט בפסק הבורר היא מצומצמת ביותר, והדרך היחידה לנסות למנוע את אכיפתו של הפסק, היא על דרך של הגשת בקשה לביטולו מכוח אחת העילות המפורטות בחוק הבוררות (ראו סעיפים 23 ו-24 לחוק הבוררות התשכ"ח-1968; וכן פרופ' ס' אוטולנגי, בוררות דין ונוהל (מהדורה שלישית מורחבת, תשנ"א), 425-470, (להלן: "אוטולנגי").

37. התחשבות בשיקולים אלה לבדם, עשויה הייתה להוביל לגישה לפיה ההגנה על רשות שופטת צריכה לחול על אורגן של הרשות השופטת ועל בורר כאחד. אולם לקדירת השיקולים יש להוסיף שיקולים נוספים, אשר מהווים את הטעם לאי-הכללתו של הבורר בגדרה של ההגנה הקבועה בסעיף 34 כ לחוק העונשין.

כאמור, ההגנה בסעיף 34 מהווה סייג לאחריות הפלילית, ומטבע הדברים נעשית פרשנותם של סייגים אלה על דרך הצמצום. החלתה של ה"הגנה על רשות שופטת" גם על בוררים, עלולה להביא לפריצתו של הסייג באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הפרשנות שיש ליתן לחריגים מסוגו. במה דברים אמורים? החלתה של ההגנה בסעיף 34 על אורגנים של הרשות השופטת, ובעיקר על שופטים, ממילא אינה מחסנת אותם כליל מפיקוח וביקורת בגין דרך התנהלותם במסגרת תפקידם, בעוד שפיקוח וביקורת מקבילים אינם קיימים שעה שמדובר בבוררים. נזכיר כי כל שופט - בהיותו עובד מדינה - יהיה כפוף בהכרח לכללי השירות הציבורי. ועוד, נראה כי המחוקק חזה אפשרות כי גם שופט יחטא בפלילים במסגרת תפקידו, והקים מוסדות פיקוח אלטרנטיביים, וכללים מיוחדים למצבים מעין אלה. אזכיר בהקשר זה, כי שופט שביצע עבירה במסגרת תפקידו יעמוד לדין בפני בית הדין המשמעתי לשופטים, אשר מוסמך לנקוט כנגד השופט באמצעי משמעת מגוונים, הכוללים גם העברה מכהונה (ראו סעיפים 17 - 21 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984). זאת ועוד, חוק נציב תלונות הציבור על שופטים, התשס"ב-2002, יצר אפיק נוסף לפיקוח על התנהלותו של השופט. סעיף 14 לחוק זה קובע, כי כל אדם הרואה עצמו נפגע בשל התנהלותו של שופט במסגרת תפקידו, רשאי להגיש תלונה לנציב תלונות הציבור על שופטים. ברי, כי מוסדות דומים אינם קיימים בעניינם של בוררים, ולהחלתה של ההגנה הקבועה בסעיף 34 גם על בוררים עשויה להיות משמעות מרחיקת לכת של התרת הרסן בכל הנוגע לתכניהם של הסכמי בוררות. אם תוסיף לכך את העובדה כי חוק הבוררות אינו מציב מגבלה כלשהי באשר לזהותם של מי שיוכלו לשמש כבוררים (בורר הוא כל "מי שנתמנה בהסכם בוררות או על פיו"), כי אז בהחלתה של ההגנה בסעיף 34 על בורר נמצאנו פורצים את גדר ההגנה המהווה סייג לאחריות הפלילית, בדרך ובהיקף הטומנים בחובם פגיעה אנושה באינטרס הציבור.

יתרה מכך, בעוד שהליכים שיפוטיים המתנהלים בפני מוסדותיה של הרשות השופטת הם, ככלל, הליכים פומביים, הנתונים לביקורת מצד הציבור ואף לביקורת שיפוטית, לא כך הוא לגבי הליכי בוררות. הליכים אלה מעוצבים על פי רצון הצדדים, ולרוב הם מתנהלים בחדרי חדרים והרחק מעינו של הציבור (אוטולוגי, 312 - 313). החלתה של ההגנה הקבועה בסעיף 34 על בוררים, עלולה בנסיבות אלו להוביל

לניצולו של מוסד זה לרעה, ובין היתר, להסדרתה של פעילות עבריינית בחסותו של החוק.

החלתה של ה"הגנה על רשות שופטת" רק על האורגנים של הרשות השופטת מוצדקת בשל טעם נוסף, באשר היא מיישמת הלכה למעשה את עקרון הפרדת הרשויות. העמדתם לדין של שופטים עשויה להיות כרוכה בערעור מערכת היחסים שבין הרשות השופטת לרשות המבצעת, שכן הפרקליטות, כשלוחתה של הרשות המבצעת, היא שתתבע את השופט, בה בעת שאותו שופט ידון בתיקים נוספים שבהם הפרקליטות היא בעלת דין. ועוד, יש חשש כי שופט שמעל ראשו תתנופף חרב התביעה, לא ימלא את תפקידו באופן אובייקטיבי ובלתי תלוי, בשל החשש כי הרשות המבצעת, שגם בענייניה הוא דן, תעמיד אותו לדין. יתרה מכך, העמדתו של שופט לדין עלולה לגרום לפגיעה באיזון השורר בין ערכאות הרשות השופטת עצמה, כאשר שופטים יהיו אלה שיאלצו לדון בעניינם של עמיתיהם (ראו גלעד, בעמ' 263-265).

שיקולים מן הסוג הזה אף הם אינם ישימים לעניינם של בוררים, וגם מכך מתחייבת המסקנה שאין להרחיב את תחולתו של סעיף 34 למי שאינו נמנה עם הרשות השופטת.

38. לבסוף, ראיתי לנכון להתייחס לעניין נוסף. הליך הבוררות הוא הליך השואב את כוחו מהסכמתם של הצדדים, והוא מוגבל למישור היחסים שביניהם. הם אלה שבחרו בבורר, ומכאן כוחם ל"וותר" על האפשרות לתבוע אותו בגין נזק שיגרם להם במהלכה של הבוררות. לא כך הדבר שעה שמדובר בדין הפלילי, הואיל והחלתה של ההגנה הקבועה בסעיף 34 גם על בוררים, משמעה כי הצדדים לבוררות חיסנו את הבורר, מכח הסכמתם, מפני הדין הפלילי. דא עקא, חסינות כזו אין בכוחם להעניק לו, שכן ההליך הפלילי מבוסס על אינטרסים כלליים, וככאלה הם חורגים מגדר הנושאים עליהם רשאים הצדדים לבוררות להסכים.

מעבר לנדרש אוסיף, כי גם אם הייתי מצטרף למסקנתו של בית משפט קמא, ומחיל את סעיף 34 על בוררים, הרי שבנסיבותיו של המקרה שבפנינו לא היה מקום להחיל אותו על משיב 3. ההגנה על רשות שופטת במשפט הישראלי אינה יוצרת חסינות מוחלטת מפני העמדה לדין. ככלל, חלה ההגנה על מעשים שנעשו במהלך ביצועו של התפקיד השיפוטי, אולם גם במצבים אלה לא בכל מקרה יוכל מבצעה של העבירה לחסות בצילה של ההגנה, שכן היא אינה חלה כאשר מבצעה פעל בכוונת מכוון. כך, לא הייתה מניעה להעמיד לדין אדם ששימש קאדי בבית הדין השרעי, ואשר ביצע במהלך תפקידו מעשה של זיוף ותרמית (ראו ע"פ 26/66 טאהר אבן מחמד חמאד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(3), 57); וכך גם לגבי אדם ששימש כראש ההוצאה

לפועל, אשר נטען כי במהלך תפקידו נטל שוחד (ראו ע"פ 257/79 סווירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3), 757). לעניין זה ראוי להוסיף, כי בפרשת סווירי סברה השופטת בן-פורת, בהתייחסה לנושאי משרה שיפוטית המשתייכים מבחינה פונקציונאלית לרשות השופטת, כי יש להחיל לגביהם את ההגנה באופן רחב, גם במקרים של שחיתות ברורה וגלויה, והדרך לתקוף החלטות שהתקבלו על ידי נושא משרה שחטא בפלילים, תהא באמצעות ערעור או פנייה לבג"צ, ולא בדרך של העמדתו לדין. כאמור, בהליכי הבוררות, לא קיימת אפשרות לביקורת שיפוטית מסוג זה על הכרעותיו של הבורר, וגם מטעם זה לא היה אופיר יכול לזכות בהגנה הקבועה בסעיף 34כ, לאחר שנמצא כי הוא פעל מתוך מודעות לדבר העבירה, ובמטרה לסייע למבצעה. ועוד אוסיף, כי אין בידי לקבל את טענתו של משיב 3, לפיה אי-החוקיות שדבקה בהסכם הבוררות ובפסק הבוררות שבא בעקבותיו, היא אי-חוקיות שולית הנלווית להכרעה מסחרית לגיטימית. טול מהסכם הבוררות את התניות העוסקות בחלוקת השוק ואת החיובים הנובעים מחלוקה זו, וכל שנותר ממנו הוא מסמך נטול משמעות כלשהי. חלוקתו של השוק הייתה עיקרו של ההסכם, מהותו וטעם החיים שלו, ומכאן המסקנה כי הסכם הבוררות הוא בלתי חוקי מעיקרו.

39. לסיכום, דעתי היא כי דינו של הערעור להתקבל, ועל כן אני מציע לחברי להרשיע את המשיבים בעבירה לפי סעיף 47(א)(1) בשילוב עם סעיף 2(ב)(3), וביחס למשיב 2 בשילוב גם עם סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988. אני מוסיף ומציע להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי לצורך קיומם של ההליכים לעניין גזר הדין.

ט פ ו ט

השופט ט' ג'ובראן:

אני מסכים.

ט פ ו ט

השופטת א' חיות:

אני מצטרפת לתוצאה אליה הגיע חברי, השופט לוי וברצוני להוסיף שלוש הערות:

1. חברי קובע כי הסכם הבוררות שבין אריאל למנורה נועד ליצור חלוקת שוק וכי משכך עניין לנו בהסדר כובל אשר לגביו קיימת חזקה חלוטה כי הוא פוגע בתחרות, מכוח סעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק ההגבלים העסקיים או החוק) (ראו דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56 (להלן: פרשת טבעול)). מקובלת עלי מסקנה זו וכן מקובלת עלי מסקנתו כי המשיבים 1 ו-2 עברו עבירה על פי סעיף 4 לחוק, בהיותם צד להסדר זה. עם זאת, ברצוני להסתייג מן העמדה שהביע חברי בפסקה 16 לפסק-דינו, לפיה משבא הסדר כלשהו בגדר החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק קיימת גם הנחה חלוטה כי תכליתו היחידה של ההסדר היא פגיעה בתחרות. גישה זו נראית לי גורפת מדי ואין היא מתחייבת לדעתי מהלכת טבעול. ייתכנו מקרים לא מעטים בהם מתקיימת בצד הפגיעה בתחרות, המונחת ביסוד ההסדר הכובל, גם תכלית חיובית כלשהי (וראו ד' גילה "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השטפון בגדרות אד-הוק?" עיוני משפט כז(3) (תשס"ד) 751, 756-757 והמקורות המוזכרים שם (להלן: גילה, סכר ההסדרים הכובלים)). ראייה לכך היא המנגנון הקבוע בסעיף 9 לחוק, מכוחו מוסמך בית-הדין להגבלים עסקיים לאשר גם כבילות מובהקות, הבאות בגדר החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) לחוק, אם מצא כי יש בהן יתרונות לציבור העולים באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם לו כתוצאה מן ההסדר, בין השאר באותם עניינים המנויים בסעיף 10 לחוק.

2. מקובלת עלי קביעתו של חברי, כי כעניין שבעקרון חל הסייג בדבר "זוטי דברים" הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) גם על עבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים (ראו ע"א 3700/98 א.מ. (חניות) ירושלים נ' עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 590, 601 (להלן: פרשת חניות)). כן מקובלת עלי עמדתו כי המקרה שבפנינו איננו בא בגדר הסייג. אך ראיתי לנכון להתייחס בהקשר זה לטענה נוספת שהעלתה המערערת בפנינו, אליה לא נדרש חברי. לגישה, הסייג של "זוטי-דברים" אינו חל א-פריורי על הסדר הנופל בגדר אחת החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) לחוק, משום שבקובעו את אותן החזקות הביע המחוקק דעתו כי מדובר בפגיעה של ממש בתחרות, שאין לראותה כזוטי-דברים. טענה זו הועלתה ונדחתה לאחרונה בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ (טרם פורסם), פסקאות 88 ו-184 (להלן: פרשת בורוביץ), ואף לדעתי מן הראוי לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו ואין מקום לקביעה נחרצת לפיה הסייג בדבר זוטי-דברים לעולם לא יחול מקום שההסדר נשוא העבירה בא בגדר החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) לחוק.

3. לבסוף, אני מבקשת לחלוק על דבריו של חברי הסבור כי מאז שנפסקה הלכת טבעול "החלו להיראות בה סימנים של כרסום". כראייה לעמדתו מפנה חברי אל פסק-הדין בפרשת חניות וכן לעע"מ 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים, פ"ד נח(3) 293 ולרע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשיה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרדול בע"מ ואח', פ"ד נח(2) 635. לגישתי, אין מדובר ב"כרסום" שחל בהלכת טבעול, אלא בפרשנות תכליתית של חוק ההגבלים והוראת סעיף 2 שבו, נוכח הגדרתו הרחבה של המונח "הסדר כובל" ובכללה החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) (ראו לעניין זה גם פרשת בורוביץ', פסקה 90; ת"פ (י-ם) 385/98 מדינת ישראל נ' חברת טגר בע"מ (טרם פורסם), פסקאות 6-7).

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט א' א' לוי.

ניתן היום, ז' בתמוז תשס"ה (14.7.2005).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט

תיק פלילי 287 / 98

מדינת ישראל

נגד

א

1. מנורה (רמזורים) בע"מ (משפטה הסתיים בנפרד)
2. מנורה איזו אהרון בע"מ (הוצאה מכתב-האישום)
3. יצחק איזו אהרון (משפטו הסתיים בנפרד)
4. אלי אהרון (הוצאה מכתב-האישום)
5. אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ
6. אברהם הרשום
7. שי אופיר

ב

ג

בבית-המשפט המחוזי בירושלים

[10.6.2003]

לפני השופטת מ' מזרחי

ד

נגד הנאשמים הוגש כתב-אישום בגין חלוקת שוק ותיאום מכרזים בתחום אחזקת רמזורים, בניגוד לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (להלן – החוק). משפטם של חלק מהנאשמים בתיק הסתיים, והכרעת-הדין עוסקת בנאשמים 5-7. בכתב-האישום נטען כי הנאשמות 1 ו-2 (להלן – מנורה) והנאשמת 5 שיתפו פעולה באמצעות מנהליהן כדי להביא לחלוקת השוק ביניהן, באופן שמנורה תיתן שירותי אחזקת רמזורים בחיפה והנאשמת 5 בירושלים, זאת תוך תיאום הגשת הצעות למכרזים שהוצאו על-ידי העיריות (להלן – מכרז חיפה ומכרז ירושלים). ההסכם גובש בשטר בוררין שהובא לפני בורר מוסכם, הנאשם 7. פסק הבורר עיגן את ההסכמים בין הצדדים, וקבע, בין היתר, כי הנאשמת 5 לא תחתום על הסכם אחזקת רמזורים עם עיריית חיפה במסגרת מכרזים שיפורסמו על-ידי העירייה וכי בצמתים שמתוחזקים על-ידי מנורה בירושלים תאפשר מנורה לנאשמת 5 להפעילם כקבלן משנה, במסגרת החוזה שהיה קיים בינה לבין עיריית ירושלים. המאשימה טוענת כי מדובר בהסדר כובל אסור ולכן מייחסת לנאשמת 5 ומנהלה, הנאשם 6, עבירה לפי סעיף 47(1) לחוק, ולנאשם 7 עבירת סיוע לביצוע עבירה זו. הנאשמים 5 ו-6 טוענים כי לא מתקיימים היסודות הדרושים לקיום הסדר כובל, בין היתר משום שבהסכם הבוררות קיבלה על עצמה הנאשמת 5 אך ורק להימנע מלנקוט אמצעים משפטיים כדי לסכל התקשרות בין מנורה לעיריית חיפה, כאשר צפויה הייתה מראש זכיית מנורה באותו מכרז.

ה

ו

בית-המשפט המחוזי פסק:

ז

א. (1) בהעברת צמתים לנאשמת 5 על דרך קבלנות משנה מדובר במצב בו המחיר לביצוע העבודות כבר נקבע קודם לכן בהסכם שנקשר בין מנורה לעיריית ירושלים. במסגרת ההעברה לא היה בידי הנאשמת 5 להעמיד מול העירייה מחיר אחר, ולכן ההעברה

- נטולת השלכה על מחירי ההתקשרות. בהעברה כזו גם אין משום "חלוקת שוק". אכן, תוצאתה בפועל היא "יציאה" של מנורה כמבצעת העבודה מהצמתיים שהחזיקה קודם בירושלים, ואולם מאחר שדובר על צמתיים ספציפיים – אותם צמתיים שמנורה החזיקה בגדר ההסכם שנקשר בינה לבין העירייה – מדובר בהתקשרות מקובלת שאין בה משום "כבילה", כמשמעותה בחוק (279ב – ג).
- א (2) "הכבילה" המצויה בהסכם כזה – ההתחייבות שמבצעת העבודה תהא הנאשמת 5 ולא מנורה – אינה חורגת מזו הקיימת בכל עיסקה שעניינה העברת עבודה מסוימת בקבלנות משנה. הגבלה מעין זו יש בכל הסכם לביצוע עבודה שבו נוטל על עצמו צד אחד חיוב לבצע אותה עבודה, ואין בה כדי להכניס את ההסכם לגדר "הסדר כובל". על-כן, נושא העברת הצמתיים בירושלים אינו נתפס על-ידי הוראת סעיף 2 לחוק (279 – ה).
- ב. (1) ההגנה על הערך המוגן על-ידי החוק אינה מחייבת המשכת מאבק משפטי על-ידי הגוף שמלחמתו על התחרות נכשלה, כאשר מוציא המכרז אינו מעוניין למעשה בקבלת הצעות מתחרות, והוא עצמו מעניק את כוח השוק לגורם שעמו בחר מראש להתקשר. רציונל ההגנה על התחרות אינו מתקיים במקרה כזה (281 – 282ג).
- ג (2) במקרה דנן, לנאשמת 5 לא הייתה יכולת אמיתית להתקשר בחוזה עם עיריית חיפה מכוח המכרז. הצרכים המיוחדים של עיריית חיפה עשו את העיר חיפה לשוק חסום למעשה בפני הנאשמת 5. היות שאין לייחס להסכם השפעה של ממש על התחרות, הוא אינו נכנס לגדרו של סעיף 2(א) לחוק, שהמבחן הקבוע בו הוא "פונקציונלי", ועוסק בהשפעה של ההסדר על התחרות (282 – ד, 287ב).
- ד (3) לעומת זאת, ההסכם, בכל הנוגע להתחייבות הנאשמת 5 לגבי ההתקשרות עם עיריית חיפה, נכנס לגדר סעיף 2(ב)(3) לחוק, לפיו יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת ל"חלוקת השוק". זאת גם אם ההסכם מתייחס, בעיקרו של דבר, להפסקת הלוחמה המשפטית בין מנורה לנאשמת 5. לשון שטר הבוררין עוסקת בעצם ההתקשרות עם עיריית חיפה, ולא בנקיטת אמצעים משפטיים דווקא. לאור לשון ברורה זו, מתבקשת המסקנה שהצדדים התייחסו בו גם למטרה הסופית של ההסכם ביניהם, והיא מניעת התקשרות בין עיריית חיפה והנאשמת 5 בעתיד, גם אם לא היה צורך בהתחייבות כזו לעניין מכרז חיפה או למכרז שהיה בא במקומו (287 – ה).
- ה (4) כמו כן, סעיף 2(ב) לחוק אינו כולל כאחד מיסודותיו פגיעה בפועל בתחרות. יש אפוא לראות את ההסדר היונק מיסודותיו משטר הבוררין ומפסק הבורר כהסדר הפוגע בתחרות מכוח חזקה חלוטה שבחוק (288ב).
- ו (5) עם זאת, חל במקרה דנן סייג זוטי הדברים, המעוגן, בכל הנוגע לדין הפלילי, בסעיף 34 לחוק העונשין, תשל"ז-1997, זאת משום שטיב המעשה הוא קל ערך באספקלריה של תנאי הסייג. הקביעה שהאינטרס הציבורי לא נפגע – מאחר שהתחרות לא נפגעה – היא המכריעה בביסוס תחולתו של הסייג. אינטרס זה לא נפגע מאחר שהציבור – המיוצג על-ידי העירייה – לא חפץ בתחרות, בשל העדפת שיקולים חשובים כשלעצמם, והם שיקולי בטיחות. לכן, גם אילו הגישה הנאשמת 5 הצעה במכרז חיפה – לא היה בכך כדי להביא למימוש תכלית המכרז (288ג, 290 – 291ג).

(6) אין מניעה להחיל על ההסדר הנדון את סייג זוטי הדברים. אין בכך שההסדר נכנס לגדרו של סעיף 2(ב) לחוק כדי למנוע הכרה בהגנה הפלילית כאשר מתחוויר שמהיבט מניעת הפגיעה בערך עליו מגן החוק – תחרות – לא נחוצה למעשה הטבעת "אות קין" של הרשעה. מניעת הגנה כזו – במקרים בהם החזקה החלוטה אינה הולמת את המציאות – יש בה כדי לפגוע שלא לצורך במי שמעשיהם אינם עוברים את סף ה"אנטי חברתיות" המינימלי, ובכך היא פוגעת בכלל המידתיות העולה מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (291ה – 292א).

(7) כמו כן, העובדה שהחוק הכיר בכך שלחלק מההסדרים הכובלים השפעה זניחה על התחרות, ואיפשר גביהם קבלת פטור מרישום ומאישור מראש, אינה מונעת את ההכרה בהגנת זוטי הדברים בגדרן של עבירות על-פי החוק. אין מקום לייחד לתחום ההגבלים העסקיים דין בהקשר זה, ולמנוע החלת ההגנה בשל העובדה שהחוק מעמיד אפשרות קבלת פטור מראש במצבים דומים (292ב, 294א – ב).

(8) עם זאת, יש מקום להכיר גם בכך שבמכלול השיקולים – לעניין תחולת הסייג במישור הפלילי – ניתן להביא בחשבון את העובדה שהיה בידי נאשם לקבל פטור במועד, תוך פנייה לממונה על ההגבלים העסקיים. ואולם שיקול אחרון זה, במקרה דנן, נדחה מפני השיקולים המצדיקים לגביו את תחולת הסייג (294ג – ד).

ג. (1) היות שעומדת לנאשמים 5 ו-6 הגנת זוטי דברים, מתבקשת מסקנה זהה לגבי הנאשם 7. מסקנה כזו מתחייבת מעצם זיכוי הנאשמים האחרים, וזאת מן הטעם שמיוחסת לנאשם 7 עבירת סיוע (296ב – ג).

(2) אף אם לא היה מקום לזכות את הנאשמים 5 ו-6 מהעבירות שיוחסו להם בשל סייג זוטי דברים, היה מקום להחיל לגבי הנאשם 7 את הסייג, לאור חלקו השולי במעשה העבירה. תרומתו לעשייתו קטנה: הוא לא הגה את רעיון ההסדר, וגם לא קבע את תוכן שטר הבוררין. הוא ראה תפקידו כפוסק רכיבי הפיצוי במגמה לסיים את הסכסוך העסקי שבין הצדדים לשטר הבוררות. לא היה לו עניין אישי כלשהו בקיום ההסכם, ואף לא בעצם קיום הבוררות. הוא אף לא קיבל שכר בשל סיועו (296ה).

ד. (1) חסינות הרשות השופטת, הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין, עומדת גם לבורר, היות שהפונקציה שממלא הבורר דומה ביסודה לפונקציה שממלא השופט, ובשל חשיבותה הציבורית. הכרה בהגנה כזו מעודדת את מוסד הבוררות, שהוא רצוי מהבחינה הציבורית. החסינות ניתנת בגדר התפקיד בלבד, ומצבים שבהם מדובר בפגיעה גדולה בערכים המוגנים בדין הפלילי יצאו, מטבע העניין, מתחום ההגנה, ואפשר גם שייכנסו לגדר סעיפי העבירות המיוחדים לעובד ציבור. לכן, החשש מפני הפגיעה בתקנת הציבור אינו גדול יותר מזה הקיים בגדר ההגנה לשופטים ממש (1305 – 306א).

(2) במקרה דנן, הנאשם 7 פעל כבורר לכל דבר ועניין. ההליך שנוהל לפניו נשא אופי של הליך שיפוטי. הוא פעל מבלי שקיבל תמורה, ועשה כן ללא משוא פנים, כגורם אובייקטיבי שקיבל על עצמו להכריע במחלוקת מסחרית כספית. תפקידו לא היה שונה במהותו מתפקיד של שופט, הסומך ידו, לעתים מבלי משים, על הסכם שיש בו רכיב בלתי חוקי. שופט היה נהנה, במקרה מעין זה, מהחסינות הקבועה בחוק העונשין. בנסיבות העניין, אין מקום למנוע חסינות מעין זו מבורר (306א – ב).

חוקי יסוד שאוזכרו:

— חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

א

חקיקה ראשית שאוזכרה:

— חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, סעיפים 2, 2(א), 2(ב), 2(ב3), 4, 14, 14(א), 15(א), 47(1).

ב

— חוק העונשין, תשל"ז-1977, סעיפים 23, 31, 34, 34יז, 34יט, 34כ, 34כא, 34כד (המונחים "הליך שיפוטי", "עובד ציבור"), 117, 117א, 284, 285, 290, 390, 421, פרק ו'.

— חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, סעיף 184.

— חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ד-1994.

ג

— פקודת החוק הפלילי, 1936, סעיף 16.

— חוק הבוררות, תשכ"ח-1968, סעיף 14.

— פקודת הנזיקין [נוסח חדש], סעיף 8.

חקיקת משנה שאוזכרה:

ד

— תקנות העיריות (מכרזים), תשמ"ח-1987, תקנה 3(4).

— כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), תשס"א-2001.

ה

הצעות חוק שאוזכרו:

— הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב-1992.

פסקי־דין של בית־המשפט העליון שאוזכרו:

ו

[1] בג"ץ 4672/90 אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ נ' עיריית חיפה, פ"ד מו(3) 267.

[2] דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56.

[3] ע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' משרד הביטחון, מינהל ההרכשה והייצור, פ"ד נב(3) 145.

ז

[4] ע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913.

[5] ע"א 6585/95 מ.ג.ע.ר. מרכז גביה ממוחשבת בע"מ נ' עיריית נשר, פ"ד נ(4) 206.

[6] ע"א 3700/98 א.מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 590.

[7] ע"פ 2929/02 מדינת ישראל נ' סבירסקי, פ"ד נז(3) 135.

- [8] ע"פ 348/80 מדינת ישראל נ' בן ברוך, פ"ד לה (1) 589.
- [9] ע"פ 1100/93 סובאח נ' מדינת ישראל, פ"ד מז (3) 635.
- [10] ע"פ 4351/00 מדינת ישראל נ' אבראלהווא, פ"ד נה (3) 327.
- [11] ע"פ 320/99 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נה (3) 22.
- [12] ע"פ 807/99 מדינת ישראל נ' עזיזיאן, פ"ד נג (5) 747.
- [13] ע"פ 4317/97 פוליאקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (1) 289.
- [14] ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (2) 221.
- [15] רע"א 6999/96 מכשירנות חדרה בע"מ נ' רויכמן, פ"ד נב (2) 752.
- פסקי-דין של בתי-המשפט המחוזיים שאוזכרו:
- [16] ה"פ (חי') 546/92 (לא פורסם).
- [17] ה"פ (חי') 680/92 (לא פורסם).
- [18] ע"פ (ת"א) 1720/95 מדינת ישראל נ' יוסף (לא פורסם).
- [19] ע"פ (חי') 2094/01 מדינת ישראל נ' פלונית (לא פורסם).
- [20] ת"א (י-ם) 396/87 קיסין נ' פטרולגו חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ, ההגבלים העסקיים – החלטות הממונה על ההגבלים העסקיים (כרך ב, תשנ"ו) 245.
- [21] ה"ע (י-ם) 2/97 מזרחי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (לא פורסם).
- [22] ת"פ (י-ם) 366/99 מדינת ישראל נ' סבירסקי (לא פורסם).
- [23] ה"פ (ת"א) 690/01 יורוקום שיווק (1986) בע"מ נ' אדיוסופט בע"מ (לא פורסם).
- פסקי-דין אמריקניים שאוזכרו:
- [24] *United States v. MMR Corp.* (LA) 907 F. 2d 489 (1990).
- [25] *United States v. Reicher* 983 F. 2d 168 (1992).
- [26] *United States v. Sargant Electric Co.* 785 F. 2d 1123 (1986).
- [27] *United States v. Ashland Warren Inc.* 537 F. Supp. 433 (1982).
- [28] *Fortner Enter Inc. v. United States Steel Corp.* 394 U.S. 495 (1969).
- ספרים ישראליים שאוזכרו:
- [29] ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (כרך ב, תשמ"ז).
- [30] י' קדמי על הדין בפלילים (כרך א, עדכון והשלמה, 1996).
- [31] ד' אבניאלי חסינות אנשי ציבור (2001).
- [32] ס' אוטולנגי בוררות – דין ונוהל (מהדורה 3, תשנ"א).

מאמרים ישראליים שאוזכרו:

- א [33] מ' מזרחי "מיזם משותף כהסדר כובל" משפטים כג (תשנ"ד) 213.
[34] ד' פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה (תשמ"ד) 155.
[35] מ' גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992" משפטים כד (תשנ"ד-תשנ"ה) 9.
ב [36] א' מגן "זוטי דברים" – אך לאו מילתא זוטרתא" הפרקליט מג (תשנ"ז) 38.
[37] ש"ז פלר "טעות במצב דברים" מחקרי משפט יב (תשנ"ה-תשנ"ו) 5.

מאמרים זרים שאוזכרו:

- ג [38] D.R. Nolan, R.I. Abrams "Arbitral Immunity" 11 *Indus. Rel. L. J.* (1989) 228.
[39] C.L. Sabin "The Adjudicatory Boat Without a Keel: Privae Arbitration and the need for public oversight of arbitrators" 87 *Iowa L. Rev.* (2002) 1337.
ד תביעה לפי חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 וחוק העונשין, תשל"ז-1977. הנאשמים זוכו.

- ה אורית פרקש-הכהן – בשם המאשימה;
דן שינמן, נילי רוטלוי – בשם הנאשמים 5-6;
אביגדור קלגסבלד, שרון קליינמן – בשם הנאשם 7.

הכרעת דין

ו השופטת מ' מזרחי

החלטתי לזכות את הנאשמים 5, 6 ו-7 מהעבירות שייחס להם כתב-האישום.

האישום

- ז 1. כתב-האישום בתיק זה ייחס לנאשמים שנכללו בו חלוקת שוק ותיאום מכרזים בתחום אחזקת רמזורים, בניגוד לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (להלן גם – החוק). משפטם של חלק מהנאשמים בתיק כבר הסתיים, על-פי הסדר טיעון שהושג

לאחר שמיעת ראיות: הנאשמים 1 ו-3 הורשעו ודינם נגזר, והמאשימה חזרה בה מהאישום כלפי הנאשמים 2 ו-4. הנאשמות 1 ו-2 ייקראו להלן – מנורה.

נותרו בתיק שלושה נאשמים שבהם עוסקת הכרעת-דין זו: הנאשמת 5, אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ (להלן – אריאל), שהיא חברה העוסקת בתחום הרימזור, מנהלה הנאשם 6, אברהם הרשום, ועמם הנאשם 7 שי אופיר. הנאשם 7 הוא איש עסקים אשר קיבל על עצמו תפקיד בורר בסכסוך עסקי בין הנאשמים 5 ו-6, מחד, ובין הנאשמים שמשפטם הסתיים, מאידך (קבוצת מנורה), על-פי הסכם בוררות שהושג ביניהם. בכתב-האישום נאמר כי הנאשמים 5 ו-6, יחד עם חברות מנורה ומנהליהן, היו צדדים להסדר כובל שיסודו בהסכם הבוררות. לנאשם 7 מייחס כתב-האישום – לאחר שתוקן וחדל מלייחס לו מעמד של עבריין עיקרי – עבירת סיוע לביצוע העבירה על-ידי הצדדים להסדר כאמור. על-פי כתב-האישום, ההסדר האמור לא נרשם ולא קיבל אישור כנדרש בחוק ההגבלים העסקיים.

2. העובדות המפורטות בכתב-האישום הן, בעיקרו של דבר, עובדות אלו: בתקופה שבין 1992-1996, החברות מנורה ואריאל שיתפו פעולה באמצעות מנהליהן כדי להביא לחלוקת השוק ביניהן, באופן שמנורה תיתן שירותי אחזקת רמזורים בחיפה ואריאל בירושלים, זאת תוך תיאום הגשת הצעות למכרז 26/92, שהוצא על-ידי עיריית חיפה (להלן – מכרז חיפה). ההסכם גובש בשטר בוררין שהובא לפני בורר מוסכם, הוא הנאשם 7. הבורר שמע את הצדדים ביום 25.10.1992, וביום 15.6.1993 הוציא מתחת ידיו פסק בורר. בפסק הבורר עוגנה חלוקת השוק האמורה.

בגין מעשים אלו, המאשימה מייחסת לנאשמים 5 ו-6 עבירה על סעיף 1(47) לחוק ההגבלים העסקיים בצירוף סעיפים 2(ב), 3), 2(א) ו-4 לאותו חוק, ולנאשם 7 – עבירת סיוע לעבירות אלו, על-פי ההוראות הנזכרות ובצירוף סעיף 31 לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

3. הנאשמים 5 ו-6 אינם מכחישים כי אמנם גובשו בין אריאל לבין מנורה ההסכמות שפורטו בשטר הבוררין, והם אף מאשרים כי שני הצדדים קיימו את פסק הבורר שאימץ הסכמות אלו, ואולם, לשיטתם, אותן הסכמות אינן מקיימות את יסודות העבירות המיוחסות להם. לעניין מכרז חיפה הם טוענים, בין היתר, כי בהסכם הבוררות קיבלה על עצמה אריאל אך ורק להימנע מלנקוט אמצעים משפטיים כדי לסכל התקשרות בין מנורה לעיריית חיפה, כאשר צפויה הייתה מראש זכיית מנורה באותו מכרז. עוד טוענים הם כי ממילא נבצר מאריאל להגיש הצעות למכרז חיפה, בשל מכשולים שהעמידה עיריית חיפה עצמה כלפי התחרות בשוק אחזקת רמזורים. לגבי

א ירושלים טוענים הנאשמים 5 ו-6 כי הוסכם על העברת העבודה לאריאל בקבלנות משנה, בגדר החוזה שהיה למנורה עם עיריית ירושלים ובהסכמת העירייה. הסכמה כזו, טוענים הם, אינה מנוגדת לחוק ההגבלים העסקיים. כן טוענים הנאשמים 5 ו-6 כי להסכמות לא הייתה השלכה של ממש על התחרות, ולכן חל עליהם – אם יש בהן משום עבירה – עקרון זוטי דברים.

ב הנאשם 7 מצטרף לטענות הנאשמים 5 ו-6 ומוסיף כי לא היה מודע לקיום היבט פלילי להסכמות שהושגו בין הצדדים לבוררות, וכי מכל מקום עומדת לו חסינות משפטית מפני העמדה לדין, היא החסינות העומדת לרשות השופטת.

רקע עובדתי

ג 4. בתקופה הרלוונטית לכתב-האישום, דהיינו בשנים 1992-1996, פעלו בארץ בתחום הרימזור החברות אריאל ומנורה, חברת וימאזור בע"מ (שהנאשם 6 היה גם מבעליה), חברת ר.ס. תעשיות בע"מ (להלן – ר.ס.), וחברת סיגנלור (להלן – סיגנלור). שי אופיר עסק בתקופה זו בתחום אחר – באספקת מוצרי חשמל, ואריאל ומנורה היו לקוחותיו, בין רבים אחרים. שי אופיר הוא אחד הבעלים ומנהל בחברה הפועלת כסיטונאית למוצרי חשמל (קבוצת לב אופיר).

ד 5. אין מחלוקת כי להסכמות שגובשו בשטר הבוררין קדם סכסוך ממושך בין אריאל למנורה. ראשיתו של הסכסוך בזכייתה של מנורה במכרז 28/83 של עיריית חיפה, שיצא בשנת 1983. קודם לכן תחזקה אריאל את רוב מערכות הרימזור בחיפה. הנאשם 6, הרשלום, סבר כי ביסוד זכייתה של מנורה במכרז מ-1983 מונח מידע שקיבלה מעובד של אריאל, מר שרון פתאל, ש"ערק" ושיתף פעולה עם מנהל מנורה, איזו אהרון. אריאל "איבדה" אז את אחזקתם של כשלושים צמתים בחיפה. כתוצאה מכך התפתח בין אריאל למנורה סכסוך, שהביא לתחרות עזה. לתחרות זו הייתה השפעה על כלל המחירים בענף.

ה 6. עיריית חיפה יצאה בשנת 1987 במכרז נוסף (מכרז 12/87) לביצוע עבודות אחזקה, פיקוח, החלפה, התקנה ושינויים במערכת הרמזורים בעיר חיפה, שגם בו זכתה מנורה. המכרז בוטל על-ידי העירייה בשל פגמים שונים שנפלו בהליך הקשור בו. מנורה עתרה לבג"ץ כנגד החלטת עיריית חיפה לבטל את המכרז. במסגרת ניסיונות הפשרה לעניין הליך זה פעלה עיריית חיפה כדי להשיג פטור מעריכת מכרז לעבודות רימזור בעיר חיפה, ובתמורה חזרה בה מנורה מעתירתה.

חברת אריאל – ועמה מתחרים אחרים כגון סינגלור – הפנתה משאבים רבים כדי לסכל את ניסיונות העירייה להשיג פטור מעריכת מכרזים (פרוטוקול מיום 5.9.2001, עמ' 40). בכלל זה ננקטו הליכים משפטיים שונים שהמעורבים בהם היו אריאל, מנורה ועיריית חיפה (ראו פרוטוקול שם, והמסמכים הרלוונטיים במסגרת הקלסר ת/37). בכלל אותן התדיינויות יצוינו בג"ץ 4672/90 אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ נ' עיריית חיפה (להלן – פרשת אריאל הנדסת חשמל [1]); ה"פ (חי') 546/92 [16]; ה"פ (חי') 680/92 [17], ת/37. אריאל פנתה גם לגופים ממשלתיים שונים: לשר הפנים, למבקר המדינה, לנציב תלונות הציבור, למנכ"ל משטרת ישראל (שם). בסופו של מסע משפטי ארוך, קיבל בית-המשפט הגבוה לצדק את עתירותיהן המאוחדות של אריאל וסינגלור וביטל את החלטת העירייה לפעול בפטור ממכרז (פרשת אריאל הנדסת חשמל [1]). בתגובה חידשה מנורה את עתירתה הראשונה כנגד עיריית חיפה במטרה למנוע מהעירייה שוב מלצאת במכרז (ה"פ (חי') 546/92 הנ"ל [16], ת/37). אריאל הגיבה בפניות נוספות לערכאות (האחרונה שבהן ה"פ (חי') 680/92 הנ"ל [17], ראו ת/37), ובסופו של דבר יצאה עיריית חיפה במכרז 26/92, מכרז להחזקת רמזורים, הוא מכרז חיפה. באת-כוח המאשימה כותבת לעניין זה בסיכומיה: "מלחמתה של אריאל למימוש זכותה להתחרות בעיר חיפה נשאה פרי", וזאת לאחר שאריאל "השקיעה משך כעשר שנים משאבים בלתי מוגבלים כדי שיערך מכרז חדש שיחזיר לידיה את חיפה".

7. ביום 25.10.1992, יומיים לפני תום המועד להגשת ההצעות למכרז חיפה (שנקבע ליום 27.10.1992), הושג בין מנורה לבין אריאל הסכם בוררות. קדמו להשגתו מגעים בין הניצים, שנתמכו על-ידי מאמציו של אדורם, בעליה של חברת ר.ס., למנוע את הימשכות המלחמה ביניהם. אדורם העיד כי מלחמת המחירים הביאה לכך שבאזורים מסוימים המחירים בענף כולו ירדו לרמה בלתי סבירה, והגיעו ל"שקל לפנס". בשל כך, לדבריו, הציע למנורה ולאריאל בהזדמנויות שונות "להגיע למנוחה ולנחלה משום שמשקל לפנס רמזור אף אחד לא יכול הרבה להרוויח" (פרוטוקול מיום 7.12.1999, עמ' 72).

8. הנאשם 7, שי אופיר, קיבל על עצמו להיות בורר בין שתי החברות ללא כל תמורה. מחומר הראיות עלה כי אין זו הבוררות היחידה בה שימש בורר. בשל מוניטין שרכש בין אנשי עסקים, פנו אליו גם אחרים לקבלת סיוע דומה, תוך שסמכו על שיקול-דעתו ויושרו.

9. לפני הנאשם 7 הובא שטר בוררין (ת/35) שהוכן על-ידי הצדדים לבוררות מראש. הצדדים לשטר היו מנורה, אריאל, איזו אהרון, אלי אהרון (בנו של איזו אהרון) וכן אברהם הרשלום. על-פי השטר, הצדדים הסכימו למסור את הכרעת הסכסוך ביניהם "לפסיקתו הבלעדית הסופית והמחייבת של מר שי אופיר", כבורר. בסעיף 3 לשטר

נקבע שהבורר יקבע את הסכומים אותם על חברות מנורה ומנהליהן לשלם לאריאל ולמנהלה ואת תנאי התשלום. בסעיף 7 – שבו, לטענת המאשימה, עוגנה הסכמה בדבר יציאת מנורה מירושלים לטובת אריאל – נקבע כי הבורר יהא מוסמך להציע פשרה או ליתן פסק-דין באם הצדדים לא יגיעו לפשרה, ויהא רשאי לקבוע בפסק-דינו כי כחלק מתשלום החוב "ימסרו עבודות שונות לפי קביעת הבורר לביצוע על-ידי אריאל ו/או וימאזור בע"מ או לכל גוף אחר לפקודת אריאל". בסעיף 10 נאמר שהבורר יסיים את הבוררות תוך זמן קצר וסביר ככל האפשר ולא יאוחר מתום שישה חודשים ממועד קבלת תפקידו. בסעיף 13 לשטר – הנקשר לטענת המאשימה בדבר "מסירת" חיפה למנורה – נכתב:

א. אריאל ו/או הרשלום מתחייבים בזה כי אריאל ו/או כל חברה הקשורה בהם, במישרין או בעקיפין, לרבות וימאזור בע"מ, לא יחתמו על הסכם עם עיריית חיפה לביצוע עבודות כלשהן על-פי מיכרז מס' 26/92 (להלן – 'מכרז חיפה') או מכרז אחר שיצא במקומו.

ב. להבטחת קיום התחייבותם של אריאל ו/או הרשלום כאמור בס"ק א' לעיל, תפקיד אריאל בתוך ___ ימים מיום חתימת שטר בוררין זה, בידי הנאמנות של הבורר, כתב ערבות בנקאית אוטונומית ובלתי מותנית בסך של ש"ח, צמוד למדד המחירים לצרכן (להלן – 'המדד'), לטובת מנורה איזו אהרון (להלן – 'ערבות אריאל').

ג. ערבות אריאל תיעשה למשך 3 חודשים ותוקפה יוארך מעת לעת עד לחתימת הסכם לביצוע עבודות מיכרז חיפה בין עיריית חיפה לבין הזוכה במיכרז. במידה ועד ל-20 יום לפני פקיעת תוקפה על ערבות אריאל, לא יוארך תוקפה ל-3 חודשים נוספים, ימסור הבורר את ערבות אריאל לידי מנורה איזו אהרון, אשר תהא זכאית לחלט את ערבות אריאל ולגבות את סכומה, מבלי שתהא לאריאל ו/או להרשלום כל תביעה ו/או דרישה מאת קבוצת מנורה בשל כך, או מבלי שיהא בכך כדי לגרוע מכל סעד העומד לקבוצת מנורה כלפי אריאל ו/או הרשלום על-פי כל דין ו/או פסק הבורר.

ד. הבורר יהא חייב למסור לידי מנורה איזו אהרון את ערבות אריאל לאחר שהוכח לו להנחת דעתו כי אריאל ו/או הרשלום הפרו את התחייבותם כלפי קבוצת מנורה על-פי ס"ק א' לעיל. אין במסירת ערבות אריאל לקבוצת מנורה כדי לגרוע מכל סעד העומד לקבוצת מנורה כלפי אריאל ו/או הרשלום על-פי כל דין.

ה. הבורר יחזיר את ערבות אריאל לידי אריאל מיד לאחר שייחתם הסכם בין עיריית חיפה לבין הזוכה במיכרו חיפה, שאינו סותר את התחייבויות אריאל ו/או הרשלום על-פי ס"ק א לעיל.

א

ו. חתימת הצדדים על שטר בוררין זה, מהווה מתן הוראות בלתי חוזרות לבורר לפעול כאמור לעיל.

סעיף 13 לשטר עסק אפוא בהתחייבות אריאל להימנע מלהתקשר עם עיריית חיפה ובמתן ערבות בנקאית להבטחת התחייבות זו. בשטר גם נכתב, בסעיף 14 (הנקשר כאמור על-ידי המאשימה למסירת ירושלים לאריאל), כי הצדדים מפקידים במעמד חתימת השטר מסמכים "לרבות מכתבים המודיעים לרשויות שונות על העברת עבודות שונות מאת מנורה איזו אהרון לידי אריאל ו/או לידי וימאזור", וכן "מכתבים המבקשים מרשויות שונות לשחרר את מנורה איזו אהרון מביצוע עבודות על-פי הסכמים שנערכו בין מנורה איזו אהרון לבין אותן רשויות (להלן – 'מכתבי הביטול')". סעיף 15 לשטר הבוררין מתייחס לערבות בנקאית אוטונומית ובלתי מותנית שתופקד על-ידי מנורה. ערבות זו מלכתחילה אמורה הייתה להינתן למשך 12 חודשים, כאשר צוין שתוקפה יוארך מעת לעת "עד לגמר כל התחייבויות קבוצת מנורה" על-פי שטר הבוררין, וכן עד ל"גמר מילוי כל התחייבויות קבוצת מנורה כלפי אריאל ו/או הרשלום לפי פסק-דינו של הבורר". הערבות אמורה להיות מוחזרת על-פי החלטת הבורר כאשר תנוה דעתו שקבוצת מנורה קיימה את כל התחייבויותיה כאמור. בסעיף 16 לשטר הבוררין נכתב כי ההסכם יכנס לתוקפו "לאחר שמי מקבוצת מנורה יקבל את אישור ראש העיר לזכייתה במכרז 26/92 או שייחתם החוזה בגין המכרז כאמור".

ב

ג

ד

ה

10. הנאשם 7 חתם גם הוא על שטר הבוררין. ברם, חומר הראיות מלמד כי לא זו בלבד שהוא לא ניסח את השטר, אלא שהוא גם לא היה מעורב במשא ומתן שקדם להכנתו. עיקר הסכסוך הוצג לפניו בפנייה טלפונית, כמה ימים לפני ישיבת הבוררין. הצדדים לשטר הבוררין נזקקו לו, למעשה, אך ורק בנושאים שהובאו להכרעתו, כפי שפורט בשטר – דהיינו, קביעת דרך הפיצוי שתסיים את הסכסוך המתמשך – ולא נועצו בו לגבי תוכנו. לשון אחר – להסכמות בדבר תוכן השטר הגיעו הצדדים לשטר קודם שהביאו את העניין לפניו. כהגדרת איזו אהרון: "מה שנשאר בינינו בעצם נשאר לקבוע רק את הסכום" (פרוטוקול מיום 8.11.2000, עמ' 13, וראו גם דברי הרשלום בפרוטוקול מיום 10.9.2001, עמ' 20).

ו

ז

11. במהלך ישיבת הבוררות השמיעו הצדדים לפני הנאשם 7 את טענותיהם. הנאשם 6 העיד כי בישיבה זו הסבירו הצדדים לבורר במה מדובר (פרוטוקול מיום

א 10.9.2001, עמ' 66). על-פי עדות אמנון אדורם, בעליה של חברת ר.ס. – שהגיע אל הנאשם 7 באותו יום לצורך ישיבת בווררות אחרת ושמע חלק מהדברים שנאמרו בישיבה בה עסקינן – הישיבה נמשכה "מעל שעה לבטח" ובמהלכה "שני בעלי הדין דיברו, רבו ביניהם" (פרוטוקול מיום 7.12.1999, עמ' 87).

ב מפרוטוקול ישיבת הבוררות (נ/46) עולה כי הנאשם 6, הרשלוס, טען אז שאריאל זכאית לקבל ממנורה 15% מהיקף העבודות שבוצעו על-ידי מנורה בעבר בעיר חיפה (שבה לשיטת אריאל, כאמור, זכתה מנורה במכרז "במרמה"), וכן סכומי כסף בגין חוב נוסף. הרשלוס הציע שאריאל תקבל סכום של מיליון וחצי ש"ח, ובנוסף שמנורה תעביר להחזקה צמתים המוחזקים על-ידיה. מדבריו של הרשלוס, כפי שנרשמו בפרוטוקול הנזכר, גם עלה כי דרישתו הכספית האמורה הלמה את הערכתו כי מנורה ביצעה בעבר – בתקופה בה דחקה את אריאל מחיפה – עבודות בהיקף של כ-30 מיליון ש"ח, והרווח שלה עמד על כ-30% מהמחזור. ממסמך שערך הנאשם 6, הרשלוס, לקראת הדיון לפני הבורר (ת/57, מסמך "הפרטים"), עלה כי בין השאר חפץ להעלות בפני הבורר "הסבר בקשר להחזקה של צמתים 'שמנורה חייבת לאריאל' תמורת הצמתים שהועברו לו בחיפה". גם איזו אהרון העיד כי הרשלוס ביקש פסיקת סכום של מיליון וחצי ש"ח, "ובנוסף שמנורה תעביר להחזקה אריאל או לפקודתה צמתים במרכז ובדרום הארץ" (פרוטוקול מיום 6.12.2000, עמ' 8).

ג באותה עת (ביום 25.10.1992), שני הצדדים הפקידו בידי הנאשם 6 ערבויות בנקאיות בסכום של 1,500,000 ש"ח. כן הפקידו את מכתבי הבלנקו הנזכרים לרשויות (כגון נ/49). מפרוטוקול ישיבת הבוררות עלה כי נמסרה לבורר הסמכות לשלוח את המכתבים האמורים לנמענים לפי שיקול-דעתו.

ד 12. בישיבת הבוררות הנוספת שהתנהלה באותו יום בפני הבורר, סמוך לאחר הישיבה שעסקה בסכסוך אריאל ומנורה, נטלו חלק אדורם, איזו אהרון וכן מייק נוימן (מטעם וימאזור). בישיבה זו נבחנה יוזמת אדורם להביא להסדר חלוקת שוק ארצית בין חברות הרמזורים השונות. אין מחלוקת שתכנית זו הותנתה במפורש באישור הרשויות (סעיף 5 להסכם החלוקה, ת/17). אדורם ניסח טיוטת הסכם חלוקה (ת/16) בה מתחייבת כל חברת רמזורים שלא לחרוג מעבר לאזורי פעילות גיאוגרפיים מוגדרים. כן הועברו בין הצדדים מכתבים שונים לעניין העברת צמתים והחזקת משנה, ובאחד מהם מודיעה חברת ר.ס. שבכוונתה לגשת למכרז 26/92, הוא מכרז חיפה. התכנית האמורה לא יצאה אל הפועל, והמאשימה אינה רואה אותה כתכנית פלילית. אין מחלוקת, מכל מקום, כי הנאשם 6, הרשלוס, לא הסכים להשתתף בישיבה לעניין החלוקה הארצית

בהסבירו כי אינו מוכן לעשות כן בטרם ייפתר הסכסוך הספציפי בינו לבין מנורה בעניין העיר חיפה.

א

13. למכרז חיפה, הוא מכרז 26/92, לא הגישה אריאל הצעה משלה. לאחר המועד להגשת ההצעות נמסרה מטעמה לעיריית חיפה מעטפה שהכילה הודעה, לפיה אין ביכולתה להגיש הצעה רצינית מן הטעם שלא נמסרו לה הפרטים הדרושים להתמודדות במכרז. אין מחלוקת שכבר קודם למועד זה פנתה אריאל בבקשת פרטים טכניים לגבי הרמזורים שהותקנו בחיפה, ואולם אלה לא נמסרו לה על-ידי העירייה.

ב

מנורה זכתה במכרז חיפה, ובדצמבר 1993 נחתם בינה לבין עיריית חיפה חוזה להחזקת מערכת הרמזורים בעיר חיפה (ת/13).

14. עם בחינת הצעותיהן של החברות שהשתתפו במכרז חיפה, התחוויר כי למכרז ניגשו החברות ר.ס., וימאזור ומנורה (ת/5). אריאל, כאמור, לא עשתה כן.

ג

הצעתה של מנורה במכרז הייתה ההצעה הזולה ביותר, ואולם הצעה זו הייתה יקרה בלא פחות ממיליון ש"ח מאומדן העירייה לאותו מכרז. ועדת המכרזים החליטה על-כן למנות ועדת משנה לצורך "ניהול מו"מ עם חברת מנורה להורדת מחירים בפריטים בהם יש הפרשים בין האמדן לבין ההצעה" (ת/12, עמ' 7). אומדני העיריות, כעולה מהראיות, מבוססים על ממוצע מחירים אותו שילמה העירייה במשך השנים שקדמו למכרז, או על מחירי רשויות במכרזים דומים (ראו עדות זאב גולדנברג מעיריית ירושלים לעניין חשיבות האומדן, פרוטוקול מיום 8.5.2000). הצעתה של מנורה הייתה זולה אך במעט מהצעתה של חברת ר.ס., ובוועדת המכרזים הועלתה תמיהה בקשר לכך שהרי מנורה לא הייתה צריכה להחליף את מנגנוני הרמזורים, מאחר שהיא זו שהתקינה אותם ברמזורים הקיימים. חברת ועדת המכרזים, פרופ' יהודית נאות, הסתייגה מהחלטת הוועדה למסור את המכרז לידיה של מנורה (עדות עומר שילה פרוטוקול מיום 7.12.2000, עמ' 45). ביום 2.12.1992 קיימה ועדת המכרזים ישיבה עם מנורה במגמה להביא להפחתה, במחירים, אבל זו הסבירה שאין ביכולתה לעשות כן למעט בפריטים בודדים. כאמור, בדצמבר 1992 נחתם החוזה בין מנורה לבין עיריית חיפה.

ד

ה

ו

15. לאחר כריתת החוזה בין מנורה ובין עיריית חיפה פנתה אריאל ביום 30.4.1993 באמצעות הנאשם 6, אל הנאשם 7 בדרישה שיחזיר לידיה את הערבות הבנקאית שהופקדה בידיו. הנאשם 6 הסביר כי פנה לבורר להחזרת ערבותו מאחר ש"אותו כבר לא חייב שום דבר" (פרוטוקול מיום 10.9.2001, עמ' 70). הבורר גם נתבקש להורות למנורה לשלם את הכספים המגיעים לאריאל על-פי הסכם הבוררות.

ז

16. פסק הבורר (ת/36) ניתן ביום 15.6.1993, ובו קבע הנאשם 7 כי מנורה תשלם לאריאל 1,150,000 ש"ח בתשלומים. הפסק מתייחס גם ל"צמתים נוספים" שיימסרו על-ידי מנורה לאריאל. בסעיף 5 לפסק נאמר:

א

"לבורר אין התנגדות, כי מנורה רמזורים תמסור צמתים נוספים, מלבד אלו שיימסרו ע"פ הבוררות, או כל תמורה אחרת במקום החוב הכספי, ובלבד שהדבר יעשה בהסכמת שני הצדדים בכתב, וכי המסמך יימסר לבורר. בהסכמה יצוין איזו צומת או תמורה אחרת הועברו, באיזה מחיר, ובמקום איזה תשלום. הדבר יכול להיעשות גם על חלק מהחוב".

ב

בסעיפים 7-11 מתייחס הבורר מפורשות להעברת צמתים ממנורה לאריאל בירושלים, כדלקמן:

ג

7. "מנורה רמזורים תאריך את הערכות הבנקאית, שפגה ב-10/93 בשנה נוספת. לבורר אין התנגדות, שמיד עם העברת הצמתים בירושלים, הערכות תלך ותקטן בהתאם ליתרת החוב, שכוללת הצמדה, שחייבת מנורה לאריאל.

ד

8. מנורה רמזורים תעביר את הצמתים המוסכמים על הצדדים בירושלים לא יאוחר מה-1.1.94 לידי אריאל תוך תיאורם בין הצדדים (אריאל ומנורה), והדבר ייעשה תוך תיאום מראש עם עיריית ירושלים.

ה

9. אין התנגדות לבורר, שתארכי העברת הצמתים בירושלים יסוכמו בין הצדדים באופן שונה מזה שנקבע על ידו, וזאת על-מנת למנוע משני הצדדים נזקים מיותרים. אם יוסכם על ביצוע שינוי, יש להעלותו על הכתב, ולמסור את המסמך לבורר, לא יאוחר משלושים יום לפני ה-1.1.94.

ו

10. מנורה רמזורים תשלם לאריאל את סכום אחזקת הרמזורים בירושלים החל מתאריך 12.1.93 ועד לתאריך מסירת הצמתים על-ידי מנורה רמזורים לאריאל בירושלים כדלהלן...

ז

11. עם העברתם של הצמתים בירושלים לאריאל, יוחלפו תוך זמן סביר, אך לא יאוחר מה-31.12.94 כל המנגנונים מסוג MTC-3000 על-ידי אריאל, ויוחזרו למנורה בשלמותם, מבלי שתעשה בהם כל שימוש".

אין מחלוקת שנושא העברת הצמתים בירושלים עלה לפני הבורר במועד קיום ישיבת הבוררות, כעולה מפרוטוקול ישיבת הבוררות (וגם ממסמך הפרטים). ואולם כאמור אין התייחסות מפורשת לנושא זה בשטר הבוררין.

17. מאז מכרו חיפה ועד היום לא התקיימה התדיינות משפטית נוספת בענייני מכרזים בחיפה בין הצדדים לבוררות, ומנורה היא שזכתה בשני מכרזים מאוחרים יותר בהם יצאה עיריית חיפה, בשנים 1997-1998 (ת/65, ת/66).

18. נושאי הבוררות עלו שוב בשנת 1996. ביום 18.1.1996 שלח הנאשם 6 לנאשם 7 שלושה מכתבים (ת/56), שעסקו במחלוקת כספיות בין מנורה ואריאל בגין עבודות שאריאל ביצעה עבור מנורה בצומת אפק ובכפר הירוק. אחד המכתבים נוסח בלשון זו:

"לכבוד שי אופיר

כאן

הנדון: מכרזים בעיריית חיפה

הננו מתכבדים להודיעך בהמשך לשיחתנו מהבוקר כי אנו מסכימים באם יהיו מכרזים לעבודות בעיריית חיפה, להיות איתך בקשר, ולהגיש הצעות בתיאום ובשיתוף איתך".

הנאשם 6 אישר כי במתן התחייבות זו נענה לדרישת מנורה, ועשה כן כדי לקבל את סכום הכסף שהגיע לו הימנה. כדבריו: "נכון, מנורה לא רצה לשלם את הכסף... והוא קשר את זה לדברים של העבר" (פרוטוקול מיום 10.9.2001, עמ' 84).

בתשובה לשאלת בא-כוחו של הנאשם 7 לעניין השיחה שקדמה לשליחת המכתב, ענה הנאשם 6 כי בשיחה מאותו בוקר לא דיבר עם הבורר בנושא תיאום המכרזים, והוסיף כי "ההדגש" בשיחה זו היה על סכומי הכסף שמנורה לא שילמה (פרוטוקול מיום 10.9.2001, עמ' 32). באת-כוח המאשימה לומדת מהמילה "ההדגש" שגם נושא התיאום הועלה בינו ובין הבורר באותה שיחה. מטעמו של הנאשם 7 נטען כי מילה זו יש לפרש כמתייחסת להטעמה בתשובתו הקודמת (של הרשלוס), שבה שלל שיחה שתוכנה תיאום המכרזים, ולא כמותירה מקום לאפשרות שהעלתה המאשימה. אציין כבר כאן כי פירוש זה לתשובת הנאשם 6 בעדותו מקובל עליי. אוסיף כי הנאשם 7 עצמו לא אישר בעדותו דבר קיום שיחה מוקדמת עם הנאשם 6 בעניין תיאום המכרזים. הוא

לא זכר את השיחה, ומדבריו עלה כי לא היה מודע לתפקיד שייעד לו הנאשם 6 באותו מכתב, וגם לא ביקש לברר תפקיד זה לאחר קבלת המכתב (פרוטוקול מיום 19.12.2001, עמ' 113-116).

א

19. אעבור לעובדות הרלוונטיות לשוק הרמזורים בירושלים. אין מחלוקת כי בתקופה הסמוכה לפסק הבורר עמד בין מנורה לבין עיריית ירושלים הסכם שתוקפו עד לשנת 1997. ואולם בתקופה זו, פרט למנורה הייתה עיריית ירושלים קשורה עם אריאל ווימאזור: מנורה התקינה והחזיקה 28 צמתים, אריאל התקינה והחזיקה 33 צמתים ווימאזור (מקבוצת אריאל) התקינה והחזיקה 44 צמתים. ההסכמים של אריאל ווימאזור עם עיריית ירושלים עמדו להסתיים ביום 30.4.1993. עיריית ירושלים סברה אז כי היא זה נכון לצאת בחבילת מכרזים אחת גדולה, לכל הצמתים בעיר, כדי להעצים את התחרות. ואולם התעורר קושי, מאחר שההסכם הקיים עם מנורה אמור היה לעמוד בתוקפו עד 1997. לכן, בתיאום עם היועצת המשפטית של העירייה הוחלט להאריך את ההסכמים הצפויים להסתיים עם אריאל ועם וימאזור כדי שהעירייה תוכל לסיים את שלוש ההסכמים יחד.

ב

ג

ד

20. על-פי גירסת מנורה, פעילותה העסקית בירושלים באותה עת לא הייתה רווחית (פרוטוקול מיום 8.11.2000, עמ' 81). ביום 15.2.1994, בסמוך למועד סיומם של ההסכמים (שהוארכו) בין עיריית ירושלים לבין חברת אריאל ווימאזור, פנתה מנורה במכתב לעיריית ירושלים (ת/32) שבו התלוננה כי מחירי ההחזקה בהם היא עובדת בירושלים גורמים לה להפסדים כספיים, וביקשה להעלותם.

ה

21. מכתב זה דחף את עיריית ירושלים לצאת בשנת 1994 במכרזים ביחס לכלל הרמזורים: מכרז 17/94 ביחס ל-33 הרמזורים שהותקנו על-ידי חברת אריאל, מכרז 18/94 ביחס ל-44 הרמזורים שהותקנו על-ידי חברת וימאזור, ומכרז 19/94 ביחס ל-28 הצמתים שהתקינה חברת מנורה.

ו

העירייה מצאה לנכון לאפשר למציעים במכרז להגיש הצעות מחיר בשתי חלופות. חלופה אחת כוללת החלפת מנגנון הבקרה (לאותן חברות שלא הקימו את הצמתים), והאחרת – ללא החלפת מנגנון, לאותן החברות שהקימו את הצמתים ולא היו זקוקות להחלפה כזאת. העירייה סברה כי העמדת החלופות תביא לידי ביטוי את היתרון היחסי של כל חברה בצמתים שהקימה (ת/30).

ז

פליאתה של העירייה הייתה גדולה כאשר במכרז 19/94, הנוגע לרמזורים שהותקנו על-ידי מנורה, הייתה הצעת מנורה גבוהה יותר מהצעות החברות האחרות. הצעת

מנורה עמדה על 9,665,406 ש"ח, ולעומתה הצעת אריאל עמדה על 6,369,015 ש"ח ללא החלפת מנגנונים, ועם החלפת מנגנונים – על 6,833,770 ש"ח. הצעת מנורה הייתה גם יקרה בלא פחות מאשר 3.5 מיליון ש"ח מאומדן העירייה באותו מכרז. חברי ועדת המכרזים הביעו את חשדם כי מדובר בקרטל (ת/28, עמ' 10-12). העירייה גם הופתעה מכך שאריאל הציעה חלופה ללא החלפת מנגנוני מנורה, דהיינו חלופה המניחה שימוש במנגנוני חברה אחרת. לכן הוחלט בעירייה שיש לבחון את הצעתה של אריאל, כדי לברר כיצד זו תוכל לתחזק את המנגנונים של חברת מנורה, ובסופו של דבר, משיקולי בטיחות, העדיפה העירייה לאשר את זכייתה של אריאל במכרז, על-פי חלופת ההצעה שכללה החלפת מנגנונים. ביום 28.7.1994 החליטה ועדת המכרזים בעיריית ירושלים על זכיית חברת אריאל, ובין אריאל ובין העירייה נחתם חוזה.

הנאשם 6 אישר בחקירתו ובעדותו כי בוצע פסק-דינו של הבורר ביחס לעיר ירושלים ("כן בוצע הדבר לפי ידיעתי וזכרוני" – ראו עדותו, פרוטוקול מיום 10.9.2001, עמ' 73). אריאל קיבלה לידיה את 28 הצמתים שהיו בחזקת מנורה בירושלים, ואף זכתה בשני המכרזים האחרים שערכה עיריית ירושלים, צמתים שתוחזקו גם קודם על-ידי קבוצת אריאל, ובכך תחזקה קבוצה זו את כל הצמתים המרומזרים שהיו בירושלים באותה תקופה.

22. הסכסוך בין מנורה ואריאל בא אפוא על פתרונו. פסק הבורר קיים (פרוטוקול מיום 10.9.2001, עמ' 71 ו-73). הרשום תיאר את המצב שהשתרר בין הניצים כ"שביתת נשק".

המחלוקת העובדתית

23. הקשר בין אי-השתתפותה של אריאל במכרז חיפה (26/92) ובין ההסכמות שבבוררות עולה בבירור ממסמכי הבוררות. על-פי לשון שטר הבוררין, אריאל קיבלה על עצמה להימנע מלחתום הסכם עם עיריית חיפה, דהיינו גם להימנע מלהציע הצעות במכרז כבסיס להתקשרות כזו. יתר-על-כן, על-פי המוסכם בשטר הבוררין, הנאשם 7 החזיק בערבות אריאל שאמורה הייתה להבטיח את התנהגותה של זו בהתאם למוסכם. השבת הערבות אכן נעשתה לא לפני חתימת החוזה בין עיריית חיפה למנורה. המחלוקת בעניינים אלו היא לגבי משמעות העובדות.

המאשימה רואה גם את זכייתה של אריאל במכרז נוסף שיצא בירושלים בשנת 1994 כפרי תיאום שיסודו בבוררות, וכך גם את יציאתה של מנורה מפעילות בירושלים. לשיטת באת-כוח המאשימה, העובדות שתוארו לעיל, שרובן אינן במחלוקת, מלמדות

א שהצדדים לשטר קיבלו עליהם כבילה שעניינה חלוקת שוק (באופן שמנורה קיבלה את חיפה ואריאל את ירושלים) ותיאום מכרזים לצורך החלוקה, וגם קיימו את הכבילה על-ידי תיאום מכרז חיפה, ותיאום מכרז ירושלים מ-1994. באת-כוח המאשימה מוסיפה שהצדדים חזרו ואישרו דבר קיום הכבילה בנוגע לחיפה, כעולה מהמכתב לבורר, ומכאן שהם לא הסתפקו בתיאום שני המכרזים – מכרז חיפה ומכרז ירושלים מ-1994 – אלא המשיכו והרחיבו את ההסכמה משנת 1992 בעיר חיפה למכרזים עתידיים נוספים בעיר זו, והכול "בניצוחו של הבורר" (עמ' 56 לסיכומים). לטענת באת-כוח המאשימה, המכתב אישר את ההתחייבות שקדמה למכרז חיפה, ולפיה החלטת אריאל אם להשתתף במכרז כלשהו הצפוי להתקיים בעיר חיפה אמורה הייתה להיות כפופה להחלטת הנאשם 7.

ג עוד טוענת באת-כוח המאשימה שהצדדים חזרו ואישרו דבר קיום הכבילה, וכי הנאשם 7 היה "אכפן" ההסדר הכובל. לדבריה, בהסכמתו לשמש בורר הסיר את מכשולי חוסר האמון בין הצדדים ואיפשר להסכם שביניהם, שכלל כבילות המנוגדות לחוק ההגבלים העסקיים, לקרום עור וגידים. לצורך זה העמיד לרשות הצדדים את משרדו (שבו קוימה הבוררות) ותרם להם מזמנו, בין בישיבת הבוררות, בין בנותנו את פסק הבורר, ובין בעת שפנו אליו מדי פעם. באת-כוח המאשימה מדגישה בהקשר זה את העובדה שהנאשם 7 החזיק את ערכות אריאל (כמו גם את ערכות מנורה), ובכך הבטיח את מילוי התחייבותה שלא להתקשר בהסכם עם עיריית חיפה.

ה אין מחלוקת בין הצדדים שהחברות אריאל ומנורה הן בגדר "מנהלי עסקים" כמשמעות מונח זה בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים. אין גם מחלוקת שההסדר לא נרשם ולא קיבל אישור או פטור על-פי חוק ההגבלים העסקיים. לאור האמור טוענת המאשימה כי יש להרשיע את הנאשמים בעבירות שיוחסו להם בכתב-האישום, כאשר, לשיטתה, הוכח שנתמלאו יסודות העבירה.

ו הנאשמים 5 ו-6 חולקים על הטענה ששטר הבוררין כלל "כבילה" בדבר חלוקת שוק, וטוענים כי בפועל לא הייתה לפעילותם כל השפעה על התחרות. הנאשם 7 מוסיף על טענותיהם טענות הקשורות למעמדו כבורר.

ז למחלוקת בין הצדדים, בנוסף לפן המשפטי שייבחן להלן, יש גם פן עובדתי, ובו ארון תחילה.

א. המחלוקת לעניין השוק בחיפה

24. המחלוקת לעניין חיפה עוסקת במשמעות ההוראה שעניינה ההתקשרות בין העירייה לבין הנאשמת 5, אריאל. מטיעונם של באי-כוח הנאשמים 5 ו-6 עולה כי אם משתמעת משטר הבוררין התחייבות של אריאל להימנע מלהתקשר עם עיריית חיפה, הרי זו התחייבות "מיותרת" בעליל, מאחר שממילא לא היה ביד אריאל להתקשר עם עיריית חיפה כעולה ממאפייני השוק בחיפה. על-פי טענתם, האמור לעניין זה בשטר בא לתאר את השלמת אריאל עם מצב של חוסר יכולת להתמודד במכרז, וההתחייבות האצורה במילים שנרשמו היא ההתחייבות להימנע מנקיטת אמצעים משפטיים במגמה לשנות מצב זה. לשון אחר, אריאל קיבלה על עצמה לחדול מלעשות למנורה "צרות משפטיות" כפי שעשתה, ללא לאות, בשנים הקודמות.

א

ב

לעניין חוסר היכולת של אריאל להתחרות בחיפה, מפנים באי-כוח הנאשמים 5 ו-6, בין השאר, לעדות הרשום, לפיה מאחר שעיריית חיפה לא העבירה לאריאל מידע חיוני חרף דרישותיה, נבצר מאריאל להגיש הצעתה למכרז:

ג

"היה זה בלתי אפשרי להגיש הצעה, הלא אנחנו צריכים לתמחר סעיפים שאנחנו לא יודעים מה זה, ומצד שני אנחנו מבינים שהעירייה הביאה את חיפה לעובדה קיימת שיש שמה ציוד שאנחנו לא מכירים אותו, לא יודעים מה זה, העירייה לא אומרת" (פרוטוקול מיום 5.9.2001, עמ' 55).

ד

וכן:

"יש להתייחס לתקופה שאנשי מנורה פחדו שמא אני אלך עוד פעם לבג"צ ואנקוט באמצעים משפטיים על-מנת לעשות בעיות מחדש. למרות שלנו כבר היה ברור שבמכרז הזה לא ניתן להשתתף, הגענו למסקנה שהמכרז תפור וסגור כמה שלא ניתן לחדור, ולכן הגעתי למסקנה שעדיף לקבל את הפיצוי מאשר להמשיך להילחם הלאה" (פרוטוקול מיום 5.9.2001, עמ' 59).

ה

כן מפנים באי-כוח הנאשמים 5 ו-6 בהקשר זה לדבריו של איזו אהרון, המלמדים כי אף שהיה ברור לו שחברת אריאל אינה מסוגלת לקחת על עצמה את העבודות שלגביהן פורסם מכרז חיפה, ידע שהיא מסוגלת, באמצעים מסוג אלו שנקטה עד אותה עת, "לנצל בצורה צינית את הליכי המכרז הנדרשים על-פי החוק" (מכתבו ת/38, עמ' 4).

ו

ז

איזו אהרון הבהיר בעדותו כי חשש שאחרי זכייתו במכרז יבואו "מכתבים" של אריאל שימנעו את החתימה של מנורה על החוזה (פרוטוקול מיום 8.11.2000, עמ' 27).

עם זאת הבהיר כי ידע שאריאל אינה מסוגלת להתמודד עמו במכרז חיפה (פרוטוקול, שם, עמ' 66-69). בין השאר התייחס לחוסר היכולת של אריאל להתמודד עם המורכבות של הציוד בחיפה ועם התלות בידע של החברה הגרמנית. לשון אחר, טוענים הסניגורים, הוא לא חשש מפני ההתמודדות עם אריאל במכרז עצמו, אלא מהצרות שתגררם לו אחר כך, כאשר ירצה לקצור את פירות המכרז ולחתום על חוזה עם עיריית חיפה, כאשר, כדבריו, "סופי זה חוזה" (פרוטוקול מיום 6.12.2000, עמ' 61).

באי-כוח הנאשמים 5 ו-6 מדגישים, לעניין הבנת משמעות ההתחייבות שקיבלו עליהם הצדדים לשטר הבוררין, את החלק "הלגיטימי" שבהסכם, והוא פתרון הסכסוך הכספי, שמקורו בזכיית מנורה במכרז בשנת 1983. סכומי הכסף שהסכימה מנורה לשלם מכוח הסכם הבוררות, טוענים הם, שולמו בעיקרו של דבר, כפיצוי בשל פגיעתה של מנורה באריאל בעבר ("לקיחת" 30 הצמתים בחיפה), ולא בתמורה להתחייבות להימנע מההתקשרות עם עיריית חיפה. היה על מנורה, על-פי טענה זו, לשלם לאריאל חלק הולם מרווחיה בגין הפעלת צמתים אלו בתקופה שחלפה מאז ההפסד במכרז, וגם "להחזיר" לה, ולו בירושלים, מספר צמתים מקביל לזה שאיבדה.

הבנת מכלול טענות הנאשמים 5 ו-6 לעניין משמעות ההתחייבות להימנע מהתקשרות עם עיריית חיפה תלויה אפוא בשאלה האם היה בידי אריאל להציע הצעה במכרז חיפה. שאלה זו תיבחן להלן, בפרק העוסק במאפייני השוק הרלוונטי.

ב. המחלוקת לעניין השוק בירושלים

25. אשר לירושלים, המחלוקת נוגעת למשמעות ההסכמה בדבר "העברת צמתים", כאשר לשיטת הנאשמים 5 ו-6 דובר על העברת צמתים במסגרת הסכם קיים בין מנורה לבין העירייה, דהיינו צמתים שלגביהם כבר נקבע מחיר השירות. הנאשמים מכחישים את הטענה שהוסכם על תיאום הצעות למכרזים בירושלים, כדרך להעברת הצמתים.

על-פי עדות איזו אהרון, נתבקשה הסכמת עיריית ירושלים לשלב את אריאל כקבלן משנה של מנורה (פרוטוקול מיום 8.11.2000, עמ' 26). ברם, אין מחלוקת שבסופו של דבר לא הועברו העבודות בצמתים בירושלים לביצוע על-ידי אריאל כקבלן משנה. גם אין מחלוקת שבפועל מנורה נטשה את ירושלים, ואריאל זכתה במכרז שיצא בירושלים בשנת 1994. האם הדבר התרחש, כטענת המאשימה, כתוצאה מההתחייבות ל"חלוקת שוק" שיסודה בשטר הבוררין, ולאחר תיאום הצעות במכרז משנת 1994, או שהוא תוצאה של תהליך עסקי לגיטימי?

26. אוסיף ואפרט את העובדות הקשורות להתחייבות הקשורה לירושלים, לשם הארת המחלוקת שבה מדובר. מדיוני הבוררות עולה כי הרשלום דרש כחלק מהפיצוי בגין סכסוך העבר שמנורה תשיב לו כ-30 צמתים כנגד אלו שנלקחו ממנו בחיפה בשנת 1983. באי-כוח הנאשמים 5 ו-6 מסבירים כי מנורה, אשר ממילא החזיקה צמתים בירושלים במחירי הפסד, הייתה מוכנה להעביר "בעין" את 28 הצמתים שהוחזקו על-ידיה בעיר זו, בפרוצדורה של העברת עבודה לקבלן משנה, תוך קבלת הסכמת העירייה. לכן, כך נטען, הופקד בידי הבורר מסמך, כגון בקשה המופנית לרשות, שעניינה העסקת חברה אחרת (כקבלן משנה) (49/נ), והכול במסגרת החוזה התקף עם העירייה. הנאשם 6, הרשלום, הסביר בעדותו כי אם עיריית ירושלים לא הייתה מסכימה להעברה, היה על מנורה להעביר לאריאל את הרווח הצפוי מאותם צמתים (פרוטוקול מיום 5.9.2001, עמ' 74, פרוטוקול מיום 10.9.2001, עמ' 73 ו-49/נ מסמך ה"פרטים"), המדבר על פיצוי אם ההעברה לא תצא לפועל).

גירסה זו – לפיה מדובר בהעברת עבודה במסגרת קבלנות משנה – נתמכה על-ידי כלל העדויות של המעורבים, והיא עולה בקנה אחד עם נוסח פסק הבורר, שבו נקבע כי ההעברה תבוצע בהסכמת הרשויות. אשר למניעים של מנורה להסכים להעברה כזו, הסביר איזו אהרון כי ההעברה הלמה את שיקולי הכדאיות של מנורה, שהשוק בירושלים גרם לה הפסד. כדבריו:

"הפסדנו הרבה כסף, החזקנו משרד שמה ותורנים ומחסנים ורכבים ואנשים וזה לא הצדיק את עצמו, אבל לא היה לי ברירה כי יש חוזה חתום אי אפשר לעזוב... כתוב שהוא מקבל את ירושלים בהסכמת העירייה, ברור כי אני לא יכול להעביר דבר לא שלי..." (פרוטוקול מיום 6.12.2000, עמ' 18-19).

איזו אהרון תיאר את מקור קשייו בירושלים במילים אלו:

"ההוצאות היו גדולות מאוד בירושלים, כי הייתי צריך לפתוח משרד שמה, להחזיק אנשים, להחזיק תורנים 24 שעות, גם בלילה צריך להיות תורן, השכרתי משרד, החזקתי רכבים, צוות שלם בשביל מספר צמתים... הפסדתי המון כסף..." (פרוטוקול מיום 8.11.2000, עמ' 24-25).

וכן ראו עדות הרשלום לעניין הפסד מנורה בירושלים, פרוטוקול מיום 5.9.2001, עמ' 75-76.

מהראיות לעניין זה עולה כי בשל הצורך לשאת בנטל החזקת צוות קבוע בירושלים – כאשר מרכז הפעילות של מנורה היה במקום אחר – נעשה היחס בין ההוצאות להכנסות ההחזקה שלה בעיר זו לבלתי רווחי.

א

27. כאמור, לא הועברו צמתים בירושלים על דרך קבלנות משנה, דהיינו במסגרת החוזה הקיים עם העירייה. ואולם, אריאל תפסה את מקומה של מנורה באמצעות זכייה במכרז שפורסם בשנת 1994. הצעת מנורה במכרז זה הייתה גבוהה באופן משמעותי מהצעת אריאל – אף כי לא היה על מנורה להחליף מנגנונים, מאחר שדובר במכרז שהתייחס ל-28 הצמתים שהוחזקו על-ידיה בעבר (מכרז 19/94). המאשימה טוענת כי ההצעות למכרז תואמו, ובכלל זה המחירים הגבוהים של הצעת מנורה, והכול מכוח ההסדר הטמון בשטר הבוררין.

ב

ג

לשיטת המאשימה, צעד ראשון בכיוון זה נעשה במכתב ששלחה מנורה לעיריית ירושלים (ת/32, הנזכר לעיל), שבו התלוננה כי מחירי ההחזקה שבגדר התקשרותה עם העירייה גורמים לה להפסדים. באת-כוח המאשימה טוענת לעניין זה כי שורת עובדות תומכת בכך שמדובר במהלך מתוכנן המשתלב עם תיאום ההצעות למכרז כנטען על-ידיה. תיאום זה עולה, לשיטתה, מהצעתה הגבוהה באופן בלתי סביר של מנורה; מהעובדה שבסופו של דבר הצמתים "הועברו" שלא בדרך של קבלנות משנה; ומהעובדה שהרשום אישר – חרף העובדה שלא הייתה העברת צמתים על דרך קבלנות משנה – כי פסק הבוררות בוצע בהתאם לפסק הבוררין. המאשימה מצביעה בהקשר זה – כתומכת בטענת התיאום – גם על העובדה שלמנורה היה תמריץ לגרום להעברת הצמתים, מאחר שעד למועד העברתם שילמה על-פי פסק הבורר מידי חודש בחודשו, מאז ינואר 1993, תשלום העומד על כ-7,000 ש"ח או 7,500 ש"ח, וגם התמודדה עם הכבדת עלות הערבות הבנקאית לאריאל. עוד טוענת באת-כוח המאשימה, שבפירושה לעובדות תומכת העובדה שאריאל הגישה למכרז הצעה ללא החלפת מנגנונים, ובסופו של דבר גם תחזקה את הרמזורים שהותקנו על-ידי מנורה מבלי להחליף את המנגנונים מעל לשנה לאחר זכייתה במכרז. לשיטתה, מדובר בעובדות תמוהות. כלל עובדות אלו, טוענת באת-כוח המאשימה, הן בבחינת "ראיות נסיבתיות", המלמדות על תיאום ההצעות למכרז ועמו תיאום הסתלקותה של מנורה מירושלים.

ד

ה

ו

28. לגירסת הנאשמים 5 ו-6, מלכתחילה התכוונו הצדדים להסכם הבוררות לקיים את פסק הבורר כלשונו, ולהעביר בקבלנות משנה ממנורה לאריאל את העבודה בצמתים, באישור עיריית ירושלים. ברם, מאחר שבמרץ 1994 החליטה העירייה לפרסם מכרז כולל ולהפסיק את ההתקשרות החוזית הקיימת בינה לבין מנורה, לא היה ביד מנורה להישען על החוזה הקיים ולהעביר במסגרתו את הצמתים. כדי לקיים את פסק

ז

הבורר, טוענים הם, היה על מנורה לזכות שוב במכרז, ולכן הגישה הצעתה למכרז שפורסם. אשר להצעת מנורה במכרז, ממשיכים הנאשמים וטוענים, זו הלמה את הפסדיה בירושלים בעבר, שנתמכו על-ידי עדות איזו אהרון (ראו לעיל). הנאשמים מוסיפים כי טענת תיאום המכרז בירושלים הועלתה על-ידי המאשימה ללא שמץ של ראיה והיא מבוססת על "השערות, ספקולציות וסימני שאלה". אשר לטענה בדבר ההפרש הגדול בין מחירי ההצעות של מנורה ואריאל טוענים הנאשמים כי דווקא הפרש זה מוכיח שגופים אלו לא ניסו להסתיר תיאום באמצעות הצעה, שלא תמשוך תשומת לב, ומכל מקום, מוסיפים הם, אין די בכך כדי לבסס טענת תיאום. באשר לאישור שנתן הנאשם 6, הרשלום, לכך שפסק הבורר בוצע גם בירושלים, מסבירים הנאשמים כי השאלה עליה השיב בחקירתו הייתה האם הצמתים המוסכמים בירושלים הועברו לאריאל בסופו של דבר, מבלי שהתכוון לומר שפסק הבוררין קוים בדרך של תיאום בלתי חוקי. אשר לעובדה שאריאל הגישה הצעה לתחזק את הצמתים ללא החלפת מנגנונים, מפנים הנאשמים להסברו של הרשלום, לפיו התכוון לכך שאם יהא צורך להחליף רכיבים יעשה זאת על חשבונו, וזאת כדי להבטיח את הזכייה. ובאשר לעובדה שבתקופת הביניים הסמוכה לזכייתה תחזקה אריאל את הרמזורים, בהישען על מנגנונים של חברת מנורה – עד שהחליפה אותם במנגנונים משלה, מפנים הנאשמים, בין השאר, להסברו של איזו אהרון, לפיו מאחר שהתכוון מלכתחילה למסור את הצמתים בירושלים לחברת אריאל כחלק מהפיצוי, שיתף פעולה עם אריאל לאחר שזו זכתה במכרז עד להחלפת המנגנונים (פרוטוקול מיום 6.12.2000, עמ' 84).

אחזור לשאלת משמעות עובדות אלו, לאחר בחינת מאפייני השוק.

מאפייני שוק הרמזורים בתקופה הרלוונטית

29. בחינת משמעות כלל העובדות למול הוראות חוק ההגבלים העסקיים, במיוחד בכל הנוגע להתחייבות שנגעה לפעילות בחיפה, מחייבת התייחסות למבנה השוק שבו פעלו מנורה ואריאל.

מהראיות שלפני עולה כי השירותים שנתנו חברות הרמזורים – התקנת הרמזורים והחזקתם – משלבים מאפיינים בטיחותיים וטכניים.

אשר למאפיינים הטכניים – הידע הטכני המיוחד לגבי הרמזור, שהיה נחלתה של כל חברה שהתקינה רמזור, קשר בין ההתקנה ובין החזקה. החברה המתחזקת הייתה תלויה בחסדי החברה המתקינה, כל עוד מנגנון הרמזור נותר זה שהותקן על-ידי האחרת. כדי לתחזק מנגנונים של מערכת אחרת, נדרש הידע הטכני המדויק והמפרטים

- א הטכניים של אותה מערכת, ונדרשה יכולת השגת חלקי חילוף (ראו למאפיינים אלו עדות ד"ר הירש, פרוטוקול מיום 6.6.1999). היריבות בין חברות הרמזורים החריפה את סממניו של מצב זה, מאחר שהאחת לא שיתפה פעולה עם האחרת במסירת מידע וחלקי חילוף. משמע, ששומה היה על חברה שחפצה להיכנס לנעליה של מתקינת הרמזור, בהיעדר שיתוף פעולה של החברה המתקינה – או בהיעדר דרך אחרת לקבלת המידע או הציוד הדרוש – להחליף את המנגנון שברמזור.
- ב מכלל הראיות גם עולה כי כדי לחבר מנגנון של חברה אחת למרכז בקרה, שבו גולם ידע של חברה אחרת, היה צורך לבצע התאמה תכנונית מיוחדת, דבר שגורם לתלות של החברה הנותנת שירות אחזקה בחברה שציידה את מרכזו הבקרה. על כך ארחיב בהמשך.
- ג 30. ברי שלקשיים לתפעל רמזור השלכה מיידית על הבטיחות. בתקופה הרלוונטית הדריך את הרשויות החשש שמא קשיי החזקת הרמזור על-ידי חברה שאינה בעלת הידע והמכשור ההולם יביאו לתקלות בהפעלת הרמזורים, דבר שעלול לגרום לתאונות ולפגיעה בחיי אדם. גישה זו הייתה נחלת הרשויות המרכזיות שעסקו בתחום זה, דהיינו העריות ומע"צ.
- ד מר יום טוב ממע"צ, אשר שימש, בין השאר, מהנדס תנועה ראשי וסמנכ"ל מע"צ לתחזוקה, הדגיש בעדותו את משקל ההיבט הבטיחותי בעיצוב עמדת הרשויות, שקשרה בין מתקין הרמזור לבין הגוף הנותן לו שירות אחזקה (פרוטוקול מיום 25.9.2000, עמ' 28). מדבריו גם עלה כי שיקול זה ליווה את נושא המכרזים:
- ה "בשתי הזדמנויות בהן ניסתה מע"צ לפרסם מכרז – אחד בצומת גהה והשני בצומת מסובים לתחזוקה על-ידי גופים אחרים, הגופים האחרים נכשלו, כיוון שברגע של תאונה או תקלה לא יכלו לרכוש את הרכיבים הנחוצים והרמזורים נשארו ללא תחזוקה" (פרוטוקול, שם, עמ' 29).
- ו עורכת-הדין קונשטוק, המשנה ליועץ המשפטי של עיריית תל-אביב-יפו, תיארה עמדה זו מנקודת מבטה של עיריית תל-אביב-יפו, בציינה במכתב מאותה עת (נ/52 מיום 25.1.1990) כדלקמן:
- ז "התקנת ואחזקת רמזורים בעיר תל אביב יפו מבוצעת באמצעות 3 חברות, שזכו בזמנו במכרז. לדעתנו אחזקה והתקנה כרוכים זה בזה, וכדי להבטיח מינימום של בעיות הננו בדעה שאין לשנות המצב. בתחילת ינואר קיבלנו אישור משרד הפנים להמשך ההתקשרות עם 3 החברות הנ"ל..."

לשון אחר: גם בתל-אביב-יפו גיבשה העירייה קו פעולה, לפיו חברות שהתקינו את הרמזור ימשיכו לתת לו שירות אחזקה מחשש לתקלות.

א

31. זו הייתה גם הגישה בעיריית ירושלים. מנהל מדור הרמזורים בעיריית ירושלים ענה לתהיית חברת מנורה, בדבר המועד שבו יפורסם מכרז לאחזקת רמזורים בירושלים, במכתב מיום 11.1.1990 (נ/44), כי הוחלט להאריך חוזים קיימים לתקופה בת שבע שנים בשל תלות הציוד הספציפי בתחזוקת היצרן או היבואן, וההיבט הבטיחותי של התקלות.

ב

32. תכונות שוק הרמזורים בתקופה הנדונה, אשר היה בהן כדי להכביד על התחרות מלכתחילה, היו מובהקות ביותר בעיר חיפה, שבה משנת 1983 פעלה מנורה כנותנת שירות יחידה. מנורה החליפה את לוחות הפיקוד – המנגנונים – הישנים שברמזורים הקיימים, בלוחות מתקדמים. ואולם, הדבר המכריע בתחרות באחזקת הרמזורים בחיפה היה העובדה שב-1989 הקימה העירייה, יחד עם מנורה כקבלן משנה של חברת סיגנלבהאובהור הגרמנית (SBH), מרכז בקרה שבו הושקעו – על-ידי העירייה – כ-2,000,000 מארק בציוד שנקנה בחו"ל או כ-700,000 דולר (פרוטוקול מיום 5.9.2001, עמ' 43, שמעון אטיאס, פרוטוקול מיום 7.12.1999, עמ' 57, המסמכים ש/19 ו-ש/23 בקלסר שינמן, צדר, פרוטוקול מיום 3.9.2001, עמ' 82). הפעלת מרכז הבקרה הייתה מורכבת מבחינה טכנית (איזו אהרון, פרוטוקול מיום 8.11.2000, עמ' 61). מצב זה, מטבע העניין, הקנה יתרון למנורה מאחר שלא היה ביד חברה אחרת לבצע את עבודות התחזוקה בהיעדר ידע דרוש: למנורה היה חוזה בלעדיות עם החברה הגרמנית (עדות פון זטטרו, פרוטוקול 7.12.2000, עמ' 73-75).

ג

ד

ה

פרופ' צדר, מרצה בטכניון, שימש כיועץ ראש-עיריית חיפה לענייני תחבורה בתקופה הרלוונטית. מחוות-דעתו מיום 7.10.1990 (מסמך ש/19) עלה כי פרויקט מרכז הבקרה בחיפה נועד לענות על בעיות שליטה, בקרה ומידע של תנועה בחיפה, והמערכת שנבחרה על-ידי העירייה הייתה מושתתת "על מחשב גדול לעיבוד נתונים וקואורדינציה גרפית, ועל מחשבי זמן אמת המחוברים למנגנונים ולגלאים בשטח". מחוות-הדעת גם עלה כי עיריית חיפה העמידה דרישות קפדניות לעניין זה, והחברה הגרמנית עמדה בהן. לדברי צדר (שם), מכוח התקשרות זו, חיפה הייתה "הראשונה ליישום וללמידת לקחים ממערכת עתידית זו, כאשר חלקים ממנה (בעיקר אלמנטים של תוכנה) יפותחו בחיפה". גם בחוות-דעת זו הדגיש פרופ' צדר כי בשל גורמים מספר, מתקני המערכת והמנגנונים הינם הראויים ביותר לתחזק את הציוד. כדבריו: "זוהי נקודה הנגזרת ישירות מהרצון לשמור הן על אמינות והן על תפקוד נכון של המערכות". גם מחוות-דעת זו עלה כי עמדת צדר – שעמדה ביסוד גישת העירייה – התמקדה

ו

ז

בשליטת היצרן על זמינות חלקי חילוף ועל הידע החיוני לאחזקה היעילה, ובכלל זה התוכנה הייחודית. עוד עלה כי ביסוד כלל השיקולים שהדריכו את העירייה הייתה מונחת הדאגה לבטיחות להולכי הרגל וכלי הרכב.

א

פרופ' צדר סבר שיש לייצב את המערכת הניסיונית והמתקדמת שנבנתה בשיתוף פעולה עם החברה הגרמנית SBH, ולהימנע ממכרז לפחות בשנים הראשונות של התקנתה (פרוטוקול מיום 3.9.2001, עמ' 69). להערכתו, מערכת זו הייתה ייחודית בתחומה.

ב

בחוות דעת נוספת מיום 7.10.1990 (ת/44, נספח ל"ו) ציין צדר:

ג

"כל הציוד בחיפה על 90 צמתים מרומזרים הוחלף לאחרונה בציוד חדש של החברה הגרמנית SBH, לאחר שבזמנו נבדק ביסודיות, ונגזרה המסקנה שזהו הציוד המתאים ביותר לדרישות עיריית חיפה, וכמו כן הינו מן המתקדמים ביותר בעולם".

וכן:

ד

"לאור התחכום היחסי של הציוד בחיפה, אין אפשרות מעשית כיום לחברה כלשהי, מלבד SBH לתחזק ו/או לשנות חומרה ותוכנה בציוד הקיים. יש לציין כי המערכת בחיפה הינה ייחודית בתחומה... ולטובת ציבור המשתמשים ובטיחותם אין אפשרות כיום, לפי מיטב ידיעתי, להחליפה בכל מערכת רמזורים אחרת".

ה

וכן:

ו

"כתוצאה מפיתוח מערכת בקרת הרמזורים, אין לקבל בשום פנים מצב בו לא החברה שהתקינה את הרמזורים תתחזק את הציוד הקיים. לכן הכרחי לתחזק את הציוד הקיים עם נציגי SBH..." (שם, עמ' 3).

ז

גישה זו עמדה ביסוד מסקנת עיריית חיפה, שעליה לקבל משר הפנים פטור ממכרז. כאמור, עמדתו של פרופ' צדר, שחזונו הדריך את העירייה, הושתתה על השיקול לפיו הקשר בין החברה המתקינה ובין החברה המתחזקת חיוני (פרוטוקול מיום 3.9.2001, עמ' 88), ולכן אין מקום למכרז העלול לשבש את הקשר האמור.

אותה גישה בוטאה במכתב מיום 27.2.1990 שנשלח על-ידי בא-כוח עיריית חיפה, עורך-דין יאראק, למשרד הפנים (ש/11), והדגיש את האופי המיוחד של עיריית חיפה בהקשר זה, הן מהיבט גודלה של העיר והן בשל קיומו של מרכז הבקרה החדיש:

א

"בעיריית ת"א הבהירו לנו (וזו גם עמדת ירושלים), כי לא יעלה על הדעת (מניסיון כאוב שלהם בעבר) ... גם החלפת מנגנונים שזה עתה הותקנו. התוצאה היא כי לא יעלה על הדעת לערוך מכרז לעבודות אחזקה של ציוד מנורה (סיגנלכאוהובר) לבין חברות אחרות".

ב

וכן:

"...לא יעלה על הדעת כי למערכת המקורית כיום כולה, כשלמות אחת, על ציודה האחיד – ממרכז הבקרה החדיש ועד לאחרון המנגנונים – יתווסף סרח עודף של צומת פה צומת שם וכו' ציוד שונה שיותקן ויתוחזק על-ידי גורם אחר. הגודל של העיר לא מצדיק פיצול כזה, לכן אין מקום לעריכת מכרז גם על מעט הצמתים שאותם יש לרמזר בשנים הקרובות".

ג

מודרכת על-ידי השקפה זו, פעלה עיריית חיפה במשך שנים באופן עקבי ונחרץ, כדי למסור את עבודות ההתקנה והאחזקה של רמזורים לחברת מנורה בלבד (ראו גם ש/12 ו-ש/13), תוך שנתנה פומבי לעמדתה זו. שמעון אטיאס, שהיה מנהל ענף הרמזורים בעיריית חיפה בתקופה הרלוונטית, אישר בעדותו כי משנת 1983 (אטיאס, פרוטוקול מיום 7.12.1999) הייתה מנורה למעשה החברה היחידה שפעלה בעיר חיפה ורוב עבודות ההתקנה נמסרו לה, מצב שנמשך כאשר בשנת 1989 הקימה מנורה, בשיתוף פעולה עם החברה הגרמנית, את מרכז הבקרה של עיריית חיפה.

ד

ה

בתצהיר שהוגש לפרשת אריאל הנדסט חשמל [1] – הוא אחד מההליכים שהוזכר לעיל לעניין מלחמתה של אריאל נגד עיריית חיפה ומנורה – הדגיש פרופ' צדר כי חברת מנורה היא "ספק יחיד" של החברה הגרמנית, וכי רק מנגנוני אותה חברה (SBH) והתוכנות שבפיתוחה "מסוגלות לתת בשלב זה מענה מלא לכל הדרישות של המערכת כפי שהעירייה הציבה אותן, כולל תמיכה פונקציונאלית במרכז הבקרה" (שם, סעיף 14; ש/20).

ו

33. בהישען על שורה ארוכה של ראיות, שרק חלקן צוין לעיל, מבססים באי-כוח הנאשמים 5 ו-6 את טענתם כי המצב ששרר בכל הארץ עד שנת 1994 היה למעשה מצב של היעדר תחרות של ממש בתחום של אחזקת רמזורים, זאת כפועל יוצא ממדיניות

ז

מוצהרת של הרשויות המקומיות ושל מע"צ, אשר קשרה בין ההתקנה וההחזקה משיקולי בטיחות. מדיניות זו נתמכה על-ידי משרד הפנים אשר הנפיק פטור ממכרזים לעניין זה. כך, מע"צ פרסמה מכרז ראשון לאחזקת הרמזורים באוגוסט 1994, שבגדרו חויבו כל המשתתפים להחליף מנגנונים. יוזכר כי החוק בעניין חובת מכרזים חוקק בשנת 1992. המכרז האמור היווה שינוי דרסטי בקונספציה שנהגה עד אז (יום טוב, פרוטוקול מיום 25.9.2000, עמ' 71). מדיניות מקובלת זו ברשויות המקומיות ובמע"צ, מדגישים באי-כוח הנאשמים, הייתה גלויה וידועה לכל המעורבים (עדות יום טוב, פרוטוקול מיום 25.9.2000, עמ' 28, עמ' 64-65).

כן טוענים באי-כוח הנאשמים 5 ו-6 כי לא זו בלבד שכדי להתמודד במכרז חיפה היה על אריאל להחליף מנגנונים, אלא שהתמודדות זו נעשתה בלתי אפשרית למעשה, בשל ההשקעה הכספית המשמעותית של עיריית חיפה במרכז הבקרה.

כאמור, עיריית חיפה השקיעה במרכז הבקרה האמור סכום המגיע לשני מיליון מארקים. מהאמור לעיל עולה, לכאורה, שהתקשרות עם חברת רימזור שאינה מנורה, אשר לא היא בידה לקיים את דרישות הקשר עם מכרז הבקרה, משמעותה הייתה גם "ויתור" העירייה על השקעה זו. עמדתה של עיריית חיפה כנגד התקשרות עם חברות אחרות נגזרה אפוא מהרצון לנצל את ההשקעה במרכז הבקרה, ניצול שהיה מתאפשר על-ידי התקשרות עם מנורה דווקא, שהייתה סוכנת בלעדית של החברה הגרמנית.

34. עמדתה האמורה של עיריית חיפה אילצה את אריאל להשקיע משאבים ניכרים במלחמה שתביא את העירייה לפרסם מכרז שיאפשר כניסתה המחודשת לחיפה. בחומר הראיות מצויים, בין השאר, מכתבי משרד עורך-דין פירון בשם אריאל מ-1990-1991 לרשויות השונות, כנגד ההתקשרות של העירייה עם מנורה ללא מכרז (משרד הפנים, נציבות תלונות הציבור, מבקר המדינה, וראו ש/16, עדות הרשום מיום 5.9.2001, עמ' 44-49, ת/44 נספחים ו"ל"ח).

בשל ביקורת מבקר המדינה החליט משרד הפנים שלא להעניק לעיריית חיפה פטור ממכרז. חרף זאת החליטה העירייה, בישיבת ועדת המכרזים מיום 14.11.1990, לפטור עצמה ממכרז על-פי תקנה 3(4) לתקנות העירייה (מכרזים), תשמ"ח-1987, על יסוד הטענה שלא ניתן להפריד בין התקנה לאחזקה. כתוצאה מכך נחתם בדצמבר 1990 חוזה בין העירייה למנורה, שתוקפו הוארך עד 19.12.1992. בעקבות פטור זה עתרה אריאל לבית-המשפט הגבוה לצדק, בפרשת אריאל הנדסת חשמל [1], נגד העירייה ומנורה (ת/44), ובג"ץ החליט ביום 14.5.1992 לבטל את הפטור.

35. בעקבות פסק־הדין שניתן כאמור על־ידי בית־המשפט הגבוה לצדק, פרסמה העירייה את מכרו חיפה בו עסקינן. היה זה המכרו הראשון שיצא לאחר שנת 1987. בעיר חיפה, באותה עת, היו מותקנים כ־100 רמזורים מתוצרתה של חברת מנורה (איזו אהרון, פרוטוקול 8.11.2000, עמ' 38). לא היה בידי העירייה למסור לחברות אחרות מידע לגבי הקשר בין הרמזורים למרכז הבקרה, ובכך לנטרל את היתרון של מנורה, שהייתה, כאמור, סוכנת בלעדית של החברה הגרמנית. לכן, בפועל, נבצר מאריאל להגיש הצעה של ממש, גם אילו החליפה מנגנונים. האופציה של החלפת מנגנונים לא הייתה פותרת את בעיית הקשר עם מרכז הבקרה (צדר, פרוטוקול 3.9.2001, עמ' 94). ברי שלא היה ביד אריאל להשקיע בעצמה במרכז בקרה חלופי. לעניין מכרו זה העיד צדר כי לאחר שעיריית חיפה השקיעה כספים והפכה למעין מעבדת ניסוי לעניין מרכז הבקרה, לא היה זה סביר שהיא תסכים להוריד את הרמה ולוותר על התקשורת בין המנגנונים לבין מרכז הבקרה (שם). עדות צדר גם הבהירה כי רק מנורה יכלה להשתתף במכרו באופן רציני (שם, עמ' 71, 73, 116, 121), כאשר הייתה בו דרישה "לעמוד בסטנדרטים של מרכז הבקרה שהקמנו" (פרוטוקול, שם, עמ' 71). צדר קשר זאת גם לחשיבות שיוחסה בעירייה לפיתוח המערכת של מרכז הבקרה, בהדגישו כי באותה עת טרם הושלם שלב זה (שם, עמ' 112).

36. הזמנה להציע הצעות למכרו חיפה פורסמה ב־4.10.1992, כאשר המועד הסופי נקבע ליום 27.10.1992. ביום 8.10.1992 נערך סיור קבלנים. אריאל התאמצה, גם במהלך סיור זה, לקבל מהעירייה מידע טכני על מרכז הבקרה והחיבורים שלו לרמזורים בשטח, כעולה מהפרוטוקול של סיור הקבלנים שבו השתתף מטעמה צירקל (מסמך ש/31). גם בפניות נוספות לעניין זה (מכתבים מ־13.10.1992 ומיום 20.10.1992) הבהירה אריאל כי לא יעלה בידה להגיש הצעה ללא הידע הטכני. בתגובה לפניות אריאל הודיעה העירייה כי לא מצוי בידה הידע הטכני הדרוש (מסמך ש/30), וכי "על הקבלן" לדאוג להשיגו "באמצעים המסחריים העומדים לרשותו". בעדותו הסביר צדר (פרוטוקול 3.9.2001, עמ' 79) כי נבצר מהעירייה למסור את המידע הדרוש, בשל זכויות היוצרים שהוחזקו על־ידי החברה הגרמנית.

כתוצאה מכך לא היה ביד אריאל לחבר את מנגנוניה למרכז הבקרה (צדר, פרוטוקול 3.9.2001, עמ' 89-90). ב־22.10.1992, שלושה ימים לפני מועד ישיבת הבוררות, כתבה אריאל לעירייה שוב כי לא יהא בידה להגיש הצעה. אריאל חזרה על כך במכתבים נוספים (מסמכים ש/35, ש/39).

37. כאמור, הנאשמת 5, אריאל, לא ניגשה למכרו. מנורה עשתה כן, וגם חברות וימאזור ו־ר.ס. אין מחלוקת שווימאזור נרכשה על־ידי אריאל, אך הניהול באותה

א תקופה המשיך להיות של גורם אחר למשך שנתיים. הזוכה במכרז הייתה מנורה, תוצאה שהייתה ברורה מאליה מאחר שלא ניתן לומר שלחברות האחרות שניגשו למכרז היו פתרונות לבעיית הקשר שבין הרמזורים למרכז הבקרה. לא באה לפניי ראיה כזו. נהפוך הוא: מכלול הראיות מלמד שלא היה להן כל סיכוי להתמודד עם מנורה, בשל בעיית הקשר עם מרכז הבקרה, ובכלל ראיות אלו עדות הרשולם בה שלל באופן עקבי את יכולת אריאל להתחרות במכרז, בשל חיסרון הידע הטכני הדרוש להשתלבות עם מרכז הבקרה.

ב

גם מחקירת איזו אהרון עלה שנבצר מחברת רמזורים זולת מנורה להגיש הצעות למכרז. בלשונו:

ג

"מעשית אין לי מנורה' מתחרים על המכרז של עיריית חיפה בגלל ייחודיות הציוד. למרות שעיריית חיפה לא קיבלה את הפטור, ידעו כל חברות הרמזורים שאין להן סיכוי של ממש להצליח בחיפה כל עוד לא ישיגו מנגנון של הפירמה הגרמנית הנ"ל או מקביל לו בטיבו" (ת/38).

ד

באת-כוח המאשימה הפנתה, מנגד, לדברים שאמר איזו אהרון בעדותו, המלמדים כי הוא לא ידע בוודאות שאריאל אינה יכולה לגשת למכרז. בתשובה לשאלה האם ידע ערב המכרז שאין אפשרות מעשית לאף חברת רמזורים, פרט למנורה, להגיש הצעה או להתחרות במכרז, ענה:

ה

"אני לא יכול לאשר, לא יודע את הידע של האחרים, כדי לאשר דבר כזה צריך לדעת מי לא מסוגל, אני יודע שאני מסוגל" (פרוטוקול מיום 8.11.2000, עמ' 64).

ו

ברם, איני רואה מקום להעדיף את הגירסה המאוחרת שבאה בעדותו. הוכח מעבר לספק שמרכז הבקרה היה עובדה קיימת, ושרק למנורה הייתה יכולת להתחבר אליו. אין ספק כי עובדות אלו היו מחוורות גם לאיזו אהרון.

ז

מהאמור לעיל עולה כי עובר למכרז חיפה ניחנה מנורה בלבד ביכולת לעמוד בדרישות הטכנולוגיה שהוטמעה בציוד המורכב והייחודי שבמרכז הבקרה. שליטת מנורה בעיר חיפה התעצמה אפוא בשל השקעת העירייה במרכז הבקרה. ב-1987 אריאל נטלה חלק במכרז והגישה הצעה משלה. אז השוק לא היה "סגור" בפניה, ודי היה שתחליף מנגנונים כדי שתוכל להשתלב בו. אך יותר מאוחר, ב-1992, השתנה המצב מיסודו, בשל השקעת העירייה במרכז הבקרה. אכן, פרופ' צדר העיד כי הוכן מכרז

שווינוני בהתייעצות עם היועץ המשפטי לעירייה ("הכנו מכרז שווינוני ככל שיכולנו" פרוטוקול מיום 3.9.2001, עמ' 115), ואף ציין כי באופן מעשי כלל החברות יכלו לגשת, אבל גם הוא הבהיר כי המכרז כלל דרישת עמידה "בסטנדרטים של מרכז הבקרה" (עמ' 71, שם). משמע, באופן אמיתי לא היה שוויון, ומנורה בלבד יכלה לעמוד בדרישות המכרז. באת"כוח המאשימה נשענת על דברי צדר בעדותו, לפיהם גם אם מנורה הייתה צריכה לעשות פחות מאשר חברות אחרות כדי לעמוד ברמה הנדרשת, גם חברות אחרות יכלו "לתת שוונג גדול יותר כדי לישר קו" (פרוטוקול, שם, עמ' 71), ולהיכנס במחירי הפסד (עמ' 121). אך דבריו אלו, של צדר, אינם מתייחסים לקושי של השתלבות עם מרכז הבקרה ואינם מתמודדים עמו. מדברים אחרים שאמר עלה בעליל שהמחסום שעמד לפני חברה כמו אריאל היה בלתי עביר, בשל סדר הגודל של השקעת העירייה במרכז הבקרה. לשון אחר, לא היה בידה של אריאל להחליף את השקעתה העצומה של העירייה בהשקעה משלה במרכז בקרה, וודאי שכך כאשר היה עליה להחליף גם מנגנוני הרמזורים שהותקנו על-ידי מנורה. אוסיף כי המאשימה לא הראתה בראיותיה כי היה ביד אריאל לפתור את בעיית הקשר עם מרכז בקרה הולם בהשקעה פחותה מזו שהשקיעה העירייה במרכז הבקרה.

א

ב

ג

אם כך, מאמציה של אריאל ליתן שירות אחזקת רמזורים בחיפה נכשלו, בהיתקלה במחסום בלתי עביר למעשה.

ד

38. באת"כוח המאשימה קושרת בין ההסדר הבלתי חוקי הנטען בין אריאל ומנורה לקשיים לתקצב את שוק הרמזורים, עמם התמודדו משרד התחבורה ומע"צ בתקופה הרלוונטית. כעולה מהראיות, משרד התחבורה נשא ב-70% בממוצע מהוצאות עבודות הרימזור ברשויות המקומיות, ומע"צ הייתה אחראית על תחזוקת רוב הכבישים הבינעירוניים ומימנה את עלויות עבודת הרימזור בצמתים אלה (מתקציב ממשלתי). הירש, לשעבר המפקח הארצי לתעבורה והמהנדס הראשי של משרד התחבורה, התרשם בסוף שנת 1992 כי קיים פער משמעותי בין האומדן לבין ההצעות בדבר התקנת רמזורים (פרוטוקול מיום 6.6.1999) וזו הייתה גם התרשמות יום טוב ממע"צ (פרוטוקול מיום 25.9.2000).

ה

ו

בשל רושם זה יזם משרד התחבורה עריכת בדיקה ארצית ומקיפה לעניין מחירי עבודות רימזור. הבדיקה נעשתה באמצעות חברת נתיבי אילון וזו פנתה למשרד מהנדסי תנועה בשם נתן תומר מהנדסים בע"מ. באת"כוח המאשימה מדגישה בסיכומיה את משמעות העובדה שהרשויות היו מוטרדות מעליית המחירים כמלמדת על המציאות בשטח – עד כדי כך שראו לנכון לפנות למומחים ולממן את בדיקת התופעה.

ז

מימצאי הבדיקה הושלמו בסוף 1993, ולפיהם בחינת השתנות המחירים לאורך זמן מצביעה על עלייה תלולה ברמת המחירים "החל מספטמבר 1992" (ת/22). כן הצביעו המימצאים על כך שהמחירים הגבוהים היו בעיריית חיפה, והנמוכים ביותר – בעיריית תל-אביב-יפו. בדוח נאמר גם כי לא נמצא הסבר הגיוני למחיר הגבוה בחיפה, כאשר מרכיב ההובלה, אשר יכול להצדיק תוספת עלות מסוימת בירושלים לחברות שלהן בסיס באזור תל-אביב-יפו, אינו מסביר בחיפה את העניין, מאחר שבסיסה של מנורה נמצא באזור זה. בשל מימצאים אלו עיכב משרד התחבורה העברת כספי ההקצבה לעיריית חיפה.

בא-יכוח הנאשמים מדגישים כי מעדות הירש עלה שהתרשמות הרשויות שקיימת עליית מחירים התעוררה כבר באמצע שנת 1992, וכי עליית המחירים על-פי הדוח הסתמנה כבר בספטמבר 1992, דהיינו קודם לחתימה על שטר הבוררין. כמו כן מצביעים בא-יכוח הנאשמים על כך שהירש שחרר את ההקצבה שיועדה לעיריית חיפה (יותר מ-2.5 מיליון ש"ח) לאחר שהוצגה לו בדיקה מטעמה, המלמדת כי השוואת מחירי התקנת הרמזורים מוכיחה שהטענות שהועלו נגד תוצאות המכרז בחיפה אינן מבוססות. כן מדגישים בא-יכוח הנאשמים כי הן חוות-הדעת והן דברי הירש התייחסו לנושא ההתקנה דווקא ולא לתחום החזקת הרמזורים, בעוד שענייננו במחירי החזקת הרמזורים.

בא-יכוח הנאשמים הוסיפו והעלו טענות רבות ושונוות כנגד הדוח, בהישען על דברים שאושרו על-ידי עורכת הדוח, אירית רחמני, מהנדסת תחבורה, ומר יעקב שצופק מחברת תומר מהנדסים בע"מ, ובכללם העובדה שלא נבדקו כלל טעמים אפשריים לעליית המחירים.

אכן, טענות הסניגורים בעניין זה מובילות למסקנה שאין לקשור בין הפעילות הקרטלית המיוחסת לנאשמים ובין עליית המחירים. די בעובדה שעליית המחירים, על-פי דוח הבדיקה, החלה בתקופה שקדמה למכרז חיפה, כדי לערער את טענת הקשר הסיבתי בין עליית המחירים וההסדר הנדון. מכל מקום, כפי שיודגש להלן, אם אמנם התרחשה עליית מחירים בחיפה בשל ניצול כוח השוק, היה על העירייה להלין על עצמה, לפי שיש לקשור זאת, קודם כול, להעדפה שנתנה היא עצמה למנורה מלכתחילה. ובאשר לירושלים – התיאום הנטען הוא תיאום במרכז משנת 1994, כאשר מימצאי חוות-הדעת נוגעים לתקופה קודמת.

טענות הנאשמים 5 ו-6 – דיון

39. שטר הבוררין ופסק הבורר, על פניהם, ניתבו את פעילותה העסקית של אריאל לירושלים, והותירו את חיפה למנורה. כנגד הטענה שמדובר בהסדר כובל העלו באי-כוח הנאשמים 5 ו-6 שתי טענות עיקריות:

א

האחת – הטענה שהסכם הבוררות לא בא לעגן הסכמה בדבר אי-תחרות לגבי חיפה, מן הטעם שממילא לא היה ביד אריאל להתחרות בה עם מנורה. טענה זו הם מבססים על תכונות השוק בחיפה, שפורטו לעיל. על-כן – מוסיפים הם וטוענים בגדר טענה זו – ההסכם נטול השלכה על התחרות. לשיטתם, ההסכם ביטא למעשה השלמה של אריאל עם מצב של אי-יכולת להתחרות שנכפה עליה על-ידי עיריית חיפה בצד הסכמתה שלא לנקוט אמצעים משפטיים כדי לשנות את המצב האמור.

ב

השנייה – הטענה שההסכם גולם במסמכים האמורים, בכל הנוגע לירושלים, התייחס להעברת צמתים בגדר החוזה הקיים בין העירייה למנורה, בקבלנות משנה. על-פי הסבר זה, ההסכם נועד לסיים את הסכסוך הכספי רב השנים בין מנורה ואריאל, על-ידי כך שמנורה תפצה את אריאל בשני אופנים: באמצעות פיצוי כספי, ובאמצעות העברת העבודה בצמתים בירושלים, בהסכמת העירייה. הסכמה להעביר עבודה בצמתים על דרך קבלנות משנה, טוענים באי-כוח הנאשמים, אינה מנוגדת לחוק ההגבלים העסקיים. בגדר טענה זו הם מדגישים כי לא מצויה ראייה המלמדת שבעת שנחתם שטר הבוררין היה צפוי בירושלים מכרז אשר "יפתח" גם את הצמתים של מנורה, קודם למועד תום החוזה בינה לבין העירייה (דהיינו, 1997). בנסיבות אלו, לדבריהם, העברת צמתים של מנורה לאריאל בירושלים יכולה הייתה להיעשות, על-פי ציפיות הצדדים להסכם מלכתחילה, אך ורק בהסכמת העירייה, ולא בדרך תיאום מכרז, שלא עמד כלל על הפרק. כך גם, מוסיפים הסניגורים, נאמר במפורש בסעיף 8 לפסק הבורר, המצמיד העברה כזו להסכמת העירייה. על-כן, לדבריהם, לא היה זה כלל הסדר כובל.

ג

ד

ה

א. משמעות ההסכם ביחס לעיריית ירושלים

ו

40. אבחן תחילה את השלכת ההסכם שגובש בשטר הבוררין ובפסק הבורר על השוק בירושלים. כאמור, לעניין ירושלים, על-פי המוסכם עסקינן ב"העברת" העבודה בצמתים. אכן, כטענת הנאשמים, העובדה שבפסק הבורר הובהר כי העברת הצמתים תיעשה בהסכמת העירייה מבססת את גירסת צדדי ההסדר שלא התכוונו לבצע פעילות אסורה של תיאום מכרזים בירושלים. מקובלת עליי גם טענת הנאשמים, לפיה העובדה שלא היה ידוע כלל בעת שהסכימו על שטר הבוררין, ואף בעת שניתן פסק הבורר, שיפורסם מכרז אחזקה כולל בירושלים, תומכת בפירוש זה. ויטעם, אם אריאל

ז

א הייתה משתלבת בהתחייבות מנורה כלפי עיריית ירושלים, דהיינו כקבלן ביצוע של העבודה שמנורה התחייבה לבצע, הייתה מנורה אף ממשיכה להיות צד לחוזה עם העירייה.

ב אכן, כפי שהמאשימה מדגישה וחומר הראיות מלמד – בפועל לא התרחשה העברת העבודה בצמתים בירושלים לאריאל, במסגרת החוזה שקשר אז בין מנורה לבין העירייה. ב-1994 זכתה אריאל במכרז ולא נזקקה ל"העברה" כזו. ברם, אין בכך כדי להביא למסקנה שמלכתחילה לא התכוונו הצדדים להעברה מעין זו, או כי התכוונו לתאם מכרז כדי שתתרחש אותה "העברה".

ג ניתן להעלות על הדעת אפשרות לפיה מנורה עצמה סברה כי נוח יותר יהא מבחינתה שאריאל תהא קשורה ישירות עם העירייה, ולכן לא התאמצה במיוחד להעלות במכרז מ-1994 הצעה אטרקטיבית. מאידך, אין לומר שהיה ביד מנורה להניח שאריאל תזכה בו אם היא עצמה לא תשתתף במכרז ולא חברה אחרת. שיקול כזה תומך באפשרות שמנורה השתתפה במכרז במגמה לזכות, כדי לקיים את ההסכם עם אריאל. ניתן אפוא להעלות השערות שונות לגבי ההתרחשויות במכרז, אך נכונה טענת הנאשמים לפיה לא מצויות ראיות המלמדות על תיאום הצעות במכרז 1994. אין די בראיות הנסיבתיות שהמאשימה נשענת עליהן כדי לבסס את טענת התיאום, ואין גם לקבל טענתה שמצויה "הודאה" בתיאום כזה באישורו של הרשום שהסכם הבוררות בוצע גם בירושלים.

ה כדי להסיק תיאום מאישור זה יש קודם כול לקבוע כי הסכם הבוררות דיבר על תיאום כזה. אין הדבר עולה ממסמכי הבוררות. את אישורו יש להבין על רקע העובדה שבסופו של דבר זכתה אריאל במכרז ובאה על סיפוקה, ומנורה שיתפה עמה פעולה בכל הנוגע להחלפת המנגנונים.

ו על-פי עדות איזו אהרון, מחירי הצעת מנורה במכרז זה הושפעו מקשייה להגיע למצב של רווחיות בירושלים, כאשר מתן שירות האחזקה בירושלים תבע הימנה העמדת צוות זמין בכל עת ומצויד היטב בעיר זו. אין בידי לומר כי עדות זו הייתה כוזבת. אכן, דווקא הפער הגדול בין הצעת מנורה להצעת אריאל במכרז תומך בטענת היעדר תיאום ההצעות עצמן, או, למצער, אינו תומך דווקא בטענת התיאום – שהרי אם היה תיאום, די היה בהפרש לא גדול כדי להשיג את התוצאה של הפסד מנורה במכרז, והפרש כזה היה מפיג רושם שהצעת מנורה מלכתחילה לא הייתה רצינית. אוסיף כי סבירה האפשרות שבהישען על הסכמת מנורה להעביר לה צמתים, העריכה אריאל שתוכל לעמוד בהצעה להחזיק את הרמזורים גם ללא החלפת המנגנונים, תוך קבלת

סיוע ממנורה בתקופת ביניים, והערכה זו משיבה על תמיהת באת-כוח המאשימה בעניין זה.

א

חשוב להדגיש כי הקביעה שמדובר בהעברת העבודה במסגרת החוזה הקיים עם העירייה עולה בקנה אחד עם לשון פסק הבורר, גם מהטעם שזו עוסקת ב"העברת" צמתים, או "במסירת" צמתים, ולא בתיאום מכרזים. המונח "העברה" מיטיב להתיישב, מהבחינה הלשונית, עם הטענה שמדובר בהעברת ביצוע העבודות שמנורה התחייבה לבצע על-פי הסכם קיים בינה לבין העירייה. גם בשטר הבוררין דובר על "מסירת עבודות" בצמתים. בנוסף, אין התייחסות ישירה בשטר הבוררין להתקשרות של מנורה עם עיריית ירושלים – בהבדל מההתייחסות להתקשרות כזו בין אריאל ועיריית חיפה.

ב

41. כאשר עסקינן בהעברת צמתים לאריאל על דרך קבלנות משנה, משמעות הדבר היא שהמחיר לביצוע העבודות כבר נקבע קודם לכן, בהסכם שנקשר בין מנורה לעירייה. במסגרת ההעברה לא היה ביד אריאל להעמיד מול העירייה מחיר אחר, ולכן ההעברה היא נטולת השלכה על מחירי ההתקשרות. בהעברה כזו גם אין משום "חלוקת שוק". אכן, תוצאתה בפועל היא "יציאה" של מנורה כמבצעת העבודה מהצמתים שהחזיקה קודם בירושלים, ואולם מאחר שדובר על צמתים ספציפיים – אותם צמתים שמנורה החזיקה בגדר ההסכם שנקשר בינה לבין העירייה – מדובר בהתקשרות מקובלת שאין בה משום "כבילה" כמשמעותה בחוק ההגבלים העסקיים. "הכבילה" המצויה בהסכם כזה – ההתחייבות שמבצעת העבודה תהא אריאל ולא מנורה – אינה חורגת מזו הקיימת בכל עיסקה שעניינה העברת עבודה מסוימת בקבלנות משנה. הגבלה מעין זו יש בכל הסכם לביצוע עבודה שבו נוטל על עצמו צד אחד חיוב לבצע אותה עבודה, ואין בה כדי להכניס את ההסכם לגדר "הסדר כובל"; וראו למשמעות "כבילה" מאמרי "מיזם משותף כהסדר כובל" [33], בעמ' 224-226. עיסקת העברת עבודה מעין זו היא הסכם מסוג מקובל, נטול השפעה על התחרות, שאף אינו מחייב את מנורה "לצאת" מהתמונה.

ג

ד

ה

ו

מסקנתי היא אפוא שנושא העברת הצמתים בירושלים אינו נתפס על-ידי הוראת סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים.

אציין כי הנאשמים הוסיפו וטענו, אל מול טענות באת-כוח המאשימה בעניין תיאום המכרז בירושלים, כי בכתב-האישום לא פורטו עובדות הנוגעות לתיאום המכרז משנת 1994. באת-כוח המאשימה השיבה לטענה זו באומרה, בין היתר, שבכל מקרה יש לבית-המשפט סמכות להרשיע לעניין זה על-פי סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי

ז

[נוסח משולב], תשמ"ב-1982. ברם, מהאמור לעיל עולה שלא מתעוררת כלל שאלת ההרשעה, כיוון שאין מדובר בהסדר כובל. מכל מקום, אדגיש שגם אם תקופת ההסדר צוינה בכתב־האישום כמגיעה עד שנת 1996, עדיין העובדה שהטענה בדבר תיאום המכרז בירושלים בשנת 1994 נפקדה מכתב־האישום היא בעלת משמעות, במיוחד לנוכח הפירוט המצוי בכתב־האישום לגבי מכרז חיפה. היעדר פירוט עובדתי בכל הנוגע למכרז ירושלים – ובכלל זה עצם אי־הזכרתו של מכרז ירושלים – די בו כדי לעשות את טענת תיאום המכרז שבאה בסיכומים לטענה מפתיעה, שלגביה לא ניתנה לנאשמים הזדמנות סבירה להתגונן.

ב. משמעות ההסכם ביחס לעיריית חיפה

42. אעבור עתה לחלקו האחר של ההסכם שגולם בשטר הבוררין ובפסק הבורר, הוא החלק הנוגע לחיפה. מהראיות שפורטו לעיל עולה כי העובדות הנחוצות להערכת יכולת ההתמודדות של המעורבים במכרז חיפה, ובכלל זה עמדת עיריית חיפה, היו ידועות לצדדים להסכם. אמנם, כאמור, איזו אהרון אמר בעדותו כי נבצר ממנו לדעת מה באמתחתה של אריאל ומה בידה לעשות כדי לקבל את העבודה בחיפה (פרוטוקול מיום 8.11.2000, עמ' 64), ואולם, כפי שכבר נאמר לעיל, האפשרות שהוא העריך כי קיים סיכוי של ממש שמנורה לא תזכה במכרז עצמו היא קלושה. חומר הראיות מבסס את ההערכה ששני הצדדים להסכם הבוררות ידעו היטב כי העירייה אינה חפצה בתחרות זו, כי אריאל אינה יכולה להתמודד במכרז, וכי הדרך היחידה העומדת לפני אריאל כדי למנוע את ההתקשרות בין העירייה למנורה – לאחר שזו תזכה במכרז – היא נקיטת הליכים משפטיים נוספים, דהיינו, בלשון הצדדים, "עשיית צרות". אוסיף כי גם אם איזו אהרון חשש מפני האפשרות שאריאל תוכל להתגבר על הקושי הטכני הנובע מהשקעה במרכז הבקרה – ובאת־כוח המאשימה נשענת בהקשר זה על אי־הוודאות לגבי הערכת פעולות אריאל שבוטאה בדבריו – נחה דעתי שהרשולם ידע היטב שאין ביד אריאל להתגבר על קושי זה. אוסיף כי לא מצויה לפניי ראיה המלמדת שהעירייה הניחה קיומה של אפשרות ממשית שתועדף הצעת אריאל. נהפוך הוא.

באת־כוח המאשימה מעוררת בהקשר זה, בצדק, את השאלה הזו: אם ממילא ידעה מנורה שהיא זו אשר תזכה במכרז, מדוע ראתה צורך לכלול בשטר הבוררין הוראה לפיה אריאל "לא תחתום" עם עיריית חיפה? לשיטת באת־כוח המאשימה, די בדברים המפורשים שנכתבו בעניין זה בשטר הבוררין – המלמדים על נטילת התחייבות לקיום עתידי – כדי לחייב את המסקנה ששטר הבוררין הוא שנתן למנורה את הוודאות שהיא זו אשר תזכה במכרז, אף אם תעלה את מחירה. באת־כוח המאשימה מוסיפה בהקשר זה ומדגישה כי הבורר החזיק, בהסכמת הצדדים, גם ערבות של אריאל שלא הייתה

אמורה לשלם סכומי כסף למנורה, וחיובה על-פי שטר הבורר התייחס, בעיקרו של דבר, להתקשרות עם עיריית חיפה. עוד היא טוענת כי הבורר נתן את החלטתו בעניין הפיצוי – ובכלל זה לעניין השבת הערכות – רק לאחר חתימת החוזה בין מנורה לעיריית חיפה, משמע לאחר שהתברר שאריאל מילאה אחר חיובה. לא יכול אפוא להיות ספק, טוענת באת-כוח המאשימה, כי מטרת הערכות הייתה להבטיח שאריאל לא תציע הצעות במכרז חיפה כבסיס להתקשרות בעתיד.

א

לשיטתי, התמיהות המועלות על-ידי המאשימה אין בהן כדי לגבור על המסקנות העולות מתמונת מבנה השוק בחיפה, כפי שפורטה לעיל. תמונה זו מבססת את עובדת אי-יכולתה של אריאל להתמודד מול מנורה בגדרו של מכרז חיפה. לשון אחר, אין די בלשון סעיף 13 לשטר הבוררות כדי לבסס טענה שאכן מנורה חששה מפני זכייתה של אריאל במכרז (שאמור היה להיסגר יומיים אחר כך). הדעת נותנת שמנורה חששה מכך שאריאל תמנע, באמצעים משפטיים, את חתימתה שלה על הסכם עם עיריית חיפה לאחר שהיא עצמה תזכה במכרז. אפשר שמנורה גם חששה שאמצעים משפטיים כאלו יאפשרו, בסופו של דבר, התמודדות שוויונית מולה בעיריית חיפה, בכך ש"ינטרלו", בדרך זו או אחרת, את בעיית ההשקעה במכרז הבקרה.

ב

ג

43. האם התחייבות להימנע מהליכים משפטיים, כאמור, היא גם התחייבות להימנע מתחרות? אכן, אם אריאל הייתה ממשיכה לנקוט אמצעים משפטיים כדי לאלץ את העירייה לאפשר לה להתמודד באופן שוויוני עם מנורה, ואם אלו היו משיגים את מטרתם, מעמדה של מנורה כמתחזקת הבלעדית של הרמזורים בחיפה היה מתערער וכך התחרות הייתה נשכרת. באת-כוח המאשימה מדגישה בהקשר זה כי אותה התדיינות משפטית שהתקיימה בגדר מאבקה הקודם של אריאל להביא לפתיחת השוק בחיפה הייתה "התדיינות לצורכי הגשמת הזכות להתחרות", ולדבריה, גם אם מכרז חיפה היה "חסום" בפני אריאל, הרי ש"הזכות שהייתה קיימת לאריאל להמשיך ולתקוף את פגמי המכרז בערכאות נמנעה גם היא בתיאום, ומכאן שתוצאת ההסכם היא מניעת תחרות" (הסיכומים). משמע, באת-כוח המאשימה סבורה כי דין ההתחייבות להימנע מלנקוט אמצעים משפטיים כדין התחייבות שלא להתחרות.

ד

ה

ו

ברם, לנקיטת אמצעים משפטיים יש עלות, ובמקרה בו עסקינן הטלת נטל הנקיטה כאמור על אריאל משמעותו הטלתו על גוף שהשקיע כבר משאבים רבים לצורך זה ונכשל. יתר-על-כן, כפי שהובהר לעיל, לעיריית חיפה כלל לא היה עניין בתחרות כזו, ומטעם זה גם קשה לראותה כקורבן של היעדר התחרות. לשון אחר, העירייה עצמה חתרה למצב הנותן כוח מונופוליסטי לחברת מנורה, משיקולים שפורטו. בראש מעייניה של העירייה עמד פיתוח מערך הבקרה להשגת בטיחות מרבית. האם רציונל דיני

ז

ההגבלים העסקיים מטיל על מתחרה פוטנציאלי במצב כזה להוסיף ולהשקיע משאבים, שהיקפם בלתי ידוע מראש, כדי לכפות מצב של תחרות? מסקנה כזו היא מרחיקת לכת ונטולת היגיון.

א

בטרם ארחיב דברים בנושא זה, אדגיש כי השאלה המוצגת כאן אינה השאלה האם ההסדר נכנס לגדרו של סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים – שאלה שבה אדון להלן – אלא שאלה המתמקדת בערך המוגן על-ידי חוק זה. ההגנה על ערך זה, לשיטתי, אינה מחייבת המשכת מאבק משפטי על-ידי הגוף שמלחמתו על התחרות נכשלה בתנאים שנוצרו. יודגש כי המצב בו עסקינן שונה ממצב שבו מושג הסכם המגביל תחרות בין שני מנהלי עסקים נותני שירות, שאחד מהם מכיר בכך ואינו מסוגל להתמודד עם האחר מטעמים הקשורים בו. הסכם מהסוג האחרון פוגע בערך המוגן – הוא ערך התחרות – מאחר שמטבע העניין הוא מוסתר מעיניו של מקבל השירות המעוניין בתחרות, והמניח לתומו שהוא נהנה מיתרונותיה. שונה המצב כאשר, כבמקרה דנן, מוציא המכרז אינו מעוניין למעשה בקבלת מספר הצעות מתחרות, והוא עצמו מעניק את כוח השוק לגורם שעמו בחר מראש להתקשר. רציונל ההגנה על התחרות אינו מתקיים במקרה כזה. כך, בהקשר דנן, אין ממש בטענה כי ההסכם עם אריאל נתן למנורה את הוודאות של זכייה במכרז והשפיע על המחירים שהעמידה. ודאות זו ניתנה למנורה על-ידי עיריית חיפה עצמה, משיקולים בטיחותיים. מכאן שעסקינן ביחס יוצא-דופן לתחרות מצד הגוף שאמור היה ליהנות הימנה, ולהעביר את היתרונות המופקים מקיומה לציבור. כדי לקדם את הנושא הבטיחותי הקריבה העירייה את האינטרס התחרותי. בשולי הדברים אציין כי אין למצוא בדבריי ביקורת על שיקול-הדעת של עיריית חיפה: אין בידי לומר כי סדר העדיפויות בו בחרה היה מוטעה, או שהיה בידה להשיג גם את מטרותיה בתחום הבטיחות, תוך שמירה על התחרות.

ב

ג

ד

ה

בנסיבות האמורות ניתן אף לומר כי בפועל – להבדיל מלהלכה – לא נגרמה "חלוקת שוק" בגדרו של הסכם הבוררות אף בכל הנוגע לחיפה. אמנם משמעות המילים שנבחרו על-ידי הצדדים היא שאריאל תדיר רגליה מחיפה. ברם, כאמור, לא הייתה לאריאל יכולת אמיתית להתקשר בחוזה עם עיריית חיפה מכוח המכרז, מאחר שנבצר ממנה להתמודד במכרז. אכן, גם חברות אחרות – פרט למנורה – השתתפו באותו מכרז, אבל הן לא זכו בו, והדעת נותנת כי מלכתחילה סיכוייהן היו אפסיים. הצרכים המיוחדים של עיריית חיפה – חיבור מנגנוני הרמזורים בעיר למרכז הבקרה – עשו את העיר חיפה לשוק חסום למעשה בפני אריאל. משהשוק כלל לא נפתח לפניה, ממילא גם לא יכלה לחלקו עם מנורה. מאותו טעם גם קל לקבל את הטענה שההסכמה שבשטר הבוררין הייתה ביטוי להשלמה עם קיומו של המחסום האמור וכוונה להימנעות מנקיטת

ו

ז

אמצעים משפטיים כנגד זכייתה הצפויה של מנורה במכרז. ידיעת העובדות הרלוונטיות עוקרת אפוא למעשה מלשון סעיף 13 לשטר הבוררין את משמעותו התחרותית.

א

44. הגם שהמאשימה לא סתרה את המסקנות הנוגעות ליכולת אריאל להתחרות בתחום עיריית חיפה – הנובעות מהקמת מרכז הבקרה – טוענת באת-כוחה כי אריאל נתנה למנורה, באמצעות הסכם הבוררות, את הוודאות של זכייה במכרז או את הסרת "האיום" שבזכיית מתחרה אחר. "איום" כזה – הקיים גם כאשר סיכויי המתחרה האחר קלושים – הוא השומר, לטענת באת-כוח המאשימה, על גחלת התחרות. באת-כוח

ב

המאשימה הוסיפה וטענה כי מנורה סחרה בחששה מפני התחרות עם אריאל, במקום להתמקד בהגשת הצעה ראויה.

בתגובה לטענה – שהוכחה, כאמור, בעובדות – כי לא היה ביד אריאל להתחרות בתחומה של העיר חיפה, הפנתה באת-כוח המאשימה לפסיקה אמריקנית המלמדת כי אין בעובדה שאחד ממתאמי המכרז אינו יכול לעמוד בתנאי מכרז בפועל כדי לשחררו מאחריות לתיאום במכרז ולהפרת חוקי ההגבלים העסקיים.

ג

פסקי-דין אלו, שניתנו בבית-המשפט לערעורים, הם: *United States v. MMR Corp.* (1990) (LA) (להלן – עניין [24] MMR) וכן: *United States v. Reicher* (1992) (להלן – עניין [25] Reicher).

ד

בשני עניינים אלו נדחתה טענת החברות – שכלפיהן נטענה טענת התיאום – שלא היה בידן למעשה לבצע את הפרויקט שלגביו התקיים המכרז. המאשימה מפנה גם לפסקי-דין *Brinkley* (שהוזכר על-ידי בית-המשפט בעניין [25] Reicher), אשר בו נדחתה טענת הגנה לפיה לא היה בדעת החברה – שכלפיה הועלתה טענת תיאום – להגיש הצעה במכרז, והצעתה המתואמת הוגשה אך רק כדי שלא לפגוע במהנדס הפרויקט.

ה

באי-כוח הנאשמים 5 ו-6 טוענים כי דחיית טענות ההגנה שהעלו החברות בעניינים אלו מוסברת על-ידי נסיבותיהם המיוחדות. כך, בעניין [24] MMR ההסכמה לתאם את המכרז הובילה לתיאום בין יתר המתחרות הפוטנציאליות, ובעניין [25] Reicher ההצעה הפיקטיבית המתואמת יצרה מראית עין של מכרז תקין ושל מיצוי יתרונות המכרז, כביכול, על-ידי מוציאת המכרז. באי-כוח הנאשמים 5 ו-6 מפנים גם לפסיקה אחרת שהוזכרה בפסקי-הדין [24] MMR ו-[25] Reicher ולפיה הסכם בין צדדים שאינם מתחרים בפועל או בכוח אינו בלתי חוקי מאחר שהינו "חסר משמעות" מבחינת דיני

ז

ההגבלים העסקיים. פסקי-דין אלו הם, בין השאר, *United States v. Sargent Electric*, [26] (1986) *Co.* וכן [27] (1982) *United States v. Ashland Warren Inc.* (שעסקו שניהם בסוגיית "הסיכון הכפול").

א

לעניין המסקנות שבאת-כוח המאשימה מסיקה מפסקי-הדין האמורים אציין כי גם אם ניתן ללמוד מהם כי הפסיקה האמריקנית מתעלמת – בעת שהיא עומדת על הדרישה להימנע מתיאום – מחוסר יכולתו, למעשה, של גוף המעורב בתיאום להתחרות, הרי הסיטואציות שנבחנו בהם שונות בתכלית מאלו בהן עסקינן. פסקי-הדין האמורים אינם עוסקים במצב שבו הגוף המשלם בעבור המוצר או השירות – בעניינו, עיריית חיפה – אינו מעוניין בתחרות ואינו מאפשר תחרות. בפסקי-הדין הנזכרים ההסדר כוון כנגד הגוף המשלם בעבור המוצר או השירות, אך בעניינו הגוף האמור לא היה מעוניין בתחרות. האם ניתן לייחס ערך חברתי לדרישת התחרות כאשר הגורם שאמור ליהנות הימנה אינו מעוניין בה כלל? יתר-על-כן, גוף שאינו מסוגל להתחרות במכרז בשל החלטותיו של מפרסם המכרז שלא לקבל את הצעותיו, אף אם מחיריו יהיו הנמוכים ביותר, ניתן לראותו כמי שאינו מתחרה בשוק, בין בפועל ובין בכוח, ולכן כגוף שמעשיו הם חסרי משמעות מהיבט דיני התחרות. בעניין, *Sargent Electric Co.* [26], כפי שהוטעם על-ידי הנאשמים 5 ו-6, נאמר:

ב

ג

ד

"An agreement among persons who are not actual or potential competitors in a relevant market, is meaningless for Sherman act purposes".

ה

ובעניין *Ashland* [27] נאמר:

ו

"Bidrigging poses such a threat only when its participants would otherwise be competitors, unless the offending group consists of competitors, a bidrigging scheme lacks any utility".

מסקנתי היא, על-כן, שבחינת הפסיקה האמריקנית אינה מקשה על ראיית ההסכם בו עסקינן כנטול השפעה על התחרות, וכמצוי מחוץ לגדר האינטרס המוגן על-פי חוק ההגבלים העסקיים.

ז

בגישת המאשימה במקרה דנן – ככל שהיא טוענת, בכל זאת, לפגיעה בערך המוגן כאמור – יש משום התעלמות ממצבן המיוחד של חברות הרמזורים האחרות לעומת מנורה בחיפה. ויוטעם, אילו הקושי להתחרות היה זה הנובע מהצורך להחליף מנגנונים

ברמזורים, כפועל יוצא מכך שמנורה לא הייתה מוכנה לחשוף את הידע שבידה לפני החברה המחליפה, לא היה בכך כדי לבסס את טענת אריאל לפיה נחסמה דרכה להתמודד במכרז. החלפת המנגנון במקרה כזה היא חלק ממחיר שעל חברה מתחרה להביא בחשבון. לכן, על-פי דרכי, הדיון שהובא לעיל לעניין קשיי השגת המידע של חברה הנותנת שירותי החזקה, מול החברה המתקינה, ככל שהוא מתייחס להחלפת מנגנונים וציוד אחר בר־החלפה, הגם שהוא מתאר אחד מהמאפיינים של השוק הבולמים את התחרות, אינו עוסק במחסום התחרות הרלוונטי. ממילא, גם החברה שהתקינה את המנגנון שברמזור הוציאה את ההוצאה הכרוכה בעת שהתקינה את הרמזור. המחסום הוא ההשקעה הגדולה מכספי ציבור במרכז הבקרה, השקעה שהעצימה את יתרונה של מנורה, מאחר שרק מנורה יכלה לתפעל את ציוד החברה הגרמנית. הדעת נותנת שהעירייה התקשתה "להיפרד" מהשקעה כזו, ושנבצר מאריאל, כאמור, להחליפה בהשקעה משלה. נראה כי היה על עיריית חיפה, במועד ההתקשרות עם החברה הגרמנית – אילו חפצה לקיים את התחרות באחזקת הרמזורים – לוודא כי האחרונה תסכים לחשיפת הידע גם בפני חברות רמזורים שאינן קשורות עמה – ולו לאחר תקופת זמן מסוימת – אך היא נמנעה מעשות כן.

א

ב

ג

אבהיר שוב כי הדיון כאן בעניין השלכת הסכם הבוררות על התחרות בתוככי העיר חיפה אינו ממצה את הדיון בשאלה אם מדובר בהסדר כובל, ובשאלה אחרונה זו ארחיב להלן.

ד

45. האם ניתן לייחס אותה השלכה על התחרות גם להסכמה שמצאה ביטוי במכתבו של הנאשם 6 לבורר משנת 1996 ?

ה

לעניין משמעות המכתב האמור, אקדים ואציין כי על-פי כתב־האישום היו הנאשמים צד להסדר כובל "משנת 1992 ועד ראשית שנת 1996". ואולם, כתב־האישום מתייחס ישירות להסדר שגולם בשטר הבוררין ואינו מתייחס להסכם אחר ונוסף שעניינו תיאום מכרזים משנת 1996. לשון אחר, ככל שמדובר בעיר חיפה, כתב־האישום מתמקד בתיאום הצעות מכרז חיפה – או מכרז אחר שיבוא במקומו – ואינו עוסק בתיאום הצעות למכרזים אחרים בשנים מאוחרות יותר. התייחסות זו מובילה לקביעה שלשיטת המאשימה, המכתב משנת 1996 הוא ראיה לקיום ההסדר שהושג כבר בשנת 1992.

ו

לעניין משמעות המכתב האמור אציין, ראשית, כי תוכנו אינו עומד בסתירה לראיות המלמדות כי עובר למכרז חיפה נבצר מאריאל להתחרות בחיפה בשל סיבות הקשורות בעמדת העירייה, זאת ולו מן הטעם שמדובר בתקופות שונות (1992 לעומת 1996), והנסיבות הרלוונטיות למכרז חיפה (דהיינו, לשנת 1992), הובהרו היטב.

ז

אשר לשנת 1996 – מהמכתב האמור עולה כי בשנה זו אריאל הכירה בהתחייבותה לתאם מכרזים, וזאת עשתה בתגובה לדרישת מנורה מאותה עת לעשות כן. לגבי שנת 1992 קבעתי לעיל כי כלל הנסיבות מבססות את המסקנה שלא היה ביד אריאל להתחרות. האם הנתונים המתארים את מבנה השוק השתנו ב-1996?

אכן, עצם כתיבת המכתב, על-פי דרישת מנורה, מלמדת שמנורה ייחסה חשיבות להתחייבות מסוג זה גם בשנת 1996, וכך שוב קמה השאלה – אם נכון לומר שממילא לא "איימה" אריאל כמתחרה על מעמדה של מנורה מסיבות התלויות בהעדפות עיריית חיפה, מדוע ראתה מנורה צורך בהכרת אריאל בהתחייבותה הקודמת? יתר-על-כן, במכתב דובר מפורשות בתיאום הצעות למכרזים, וקשה לומר כי כוונת הדברים לאי-נקיטת אמצעים משפטיים על-ידי אריאל.

לא מצאתי בחומר הראיות התייחסות לעמדת עיריית חיפה, בשנת 1996 (עובר למכתב מינואר 1996), לגבי אפשרות שילובן של חברות אחרות, פרט למנורה, באחזקה, והצדדים לא התייחסו לנושא זה בסיכומיהם. אין בידי אפוא, על-פי הראיות שבתיק לעניין מאפייני השוק, לקבוע פוזיטיבית כי המצב בשנת 1996 היה זהה לזה שאפיין את שנת 1992, או שונה ממנו. האם נכון להניח לטובת הנאשמים כי גם בשנת 1996 עיריית חיפה טרם הכשירה את הדרך לקליטת חברות שונות ממנורה כמחזיקות הרמזורים, בשל בעיית החיבור למרכז הבקרה? מנוסח המכתב עולה כי אותה עת טרם פורסם מכרז כלשהו של עיריית חיפה, שהרי המכתב מתייחס אך ורק לאפשרות שיהיו מכרזים לעבודות כאלה בעתיד. מהמכתב עולה מעין הסכמה "עקרונית" לתיאום, כהכנה לעתיד, ולכן ההסכמה האמורה, כשלעצמה, אינה מלמדת על שינוי המצב. מאחר שבמשפט פלילי עסקינן, מתבקשת המסקנה שיש לנקוט בגישה המקלה עם הנאשמים, המניחה כי לא השתנו הנסיבות חרף חלוף הזמן. תקופה של ארבע שנים אינה תקופה כה ארוכה, במיוחד כאשר מדובר בהשקעה כה גדולה (בציוד מרכז הבקרה).

לאור האמור, הגעתי למסקנה כי "הוויתור" של אריאל על חיפה גם ב-1996 נעדר השפעה של ממש על התחרות. יש לציין כי המאשימה אינה טוענת כי התפרסמו בתקופה הרלוונטית למכתב מכרזים נוספים, וכי בפועל הייתה להסכמה שבמכתב השלכה על השתתפות אריאל במכרזים כאלה.

מסקנות משפטיות לעניין הנאשמים 5 ו-6

46. בהישען על ההערכה האמורה לעניין המשמעות התחרותית של הסכם הבוררות, הגעתי למסקנה שהסכם זה אינו נכנס לגדרו של סעיף 2(א) לחוק ההגבלים

העסקיים, וכי גם אם ההסכם נלכד על-ידי סעיף 2(ב) לאותו חוק, יש לזכות את הנאשמים 5 ו-6 מכוח הגנת זוטי דברים. אפרט את הדרך בה הגעתי למסקנתי, ובכלל זה אתיחס ל"חזקה החלוטה" הקבועה בסעיף 2(ב) לחוק, לפיה כל הסדר הכולל "חלוקת שוק" הינו הסדר כובל.

א

סעיף 2(א) קובע כי הסדר כובל הוא כדלקמן:

"הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר".

ב

הדיון דלעיל מלמד כי אין לייחס להסדר בו עסקינן השפעה של ממש על התחרות. לכן, ההסדר אינו נכנס לגדרו של סעיף 2(א), שהמבחן הקבוע בו הוא "פונקציונלי", ועוסק בהשפעה של ההסדר על התחרות. ראו דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ (להלן – פרשת דנ"א טבעול [2]), בעמ' 95.

ג

סעיף 2(ב)(3) קובע כי יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת ל"חלוקת השוק". המבחן המופיע בו הוא "צורני" (ראו דנ"א טבעול [2], שם). האם ההסדר דנן, בכל הנוגע להתחייבות אריאל לגבי ההתקשרות עם עיריית חיפה, הוא בגדר "חלוקת שוק"? לשיטתי, התשובה על כך היא חיובית. הוראת סעיף 2(ב) לוכדת ברשתה את ההסכם בו עסקינן, זאת גם אם אצוק למילות ההסכם בין הצדדים את התוכן הנטען על-ידי הנאשמים, דהיינו אראה את ההסכם שגולם בשטר הבוררין כמתייחס, בעיקרו של דבר, להפסקת הלוחמה המשפטית. לשון שטר הבוררין ברורה: עוסקת היא בעצם ההתקשרות עם עיריית חיפה, ולא בנקיטת אמצעים משפטיים דווקא. לאור לשון ברורה זו, מתבקשת המסקנה שהצדדים התייחסו בו גם למטרה הסופית של ההסכם ביניהם, והיא מניעת התקשרות בין עיריית חיפה ואריאל בעתיד, זאת גם אם לא היה צורך בהתחייבות כזו לעניין מכרז חיפה או למכרז שהיה בא במקומו. כל התחייבות בין מנהלי עסקים שלא להתקשר עם גוף אחר היא בגדר חלוקת שוק, "לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו", כאשר כאמור, סעיף 2(ב)(3) לחוק קובע מבחן "צורני". חזקה שהצדדים להסדר התכוונו למשמעות הלשונית הטבעית והפשוטה של נוסח הכבילה, וחזקה זו לא נסתרה. גם אם את עיקר חשיבותו של ההסכם ראו אריאל ומנורה בתחום הלוחמה המשפטית, עובדה היא שלא נמנעו מקביעת סייג נוסף לפעולת אריאל, הנוגע לעצם ההתקשרות עם עיריית חיפה.

ד

ה

ו

ז

האם קביעה אחרונה זו תקפה חרף המימצאים דלעיל לעניין השלכת ההסכם בין הצדדים על התחרות? בדנ"א טבעול [2] הדגיש כבוד השופט מ' חשין – בעקבות כבוד השופט א' גולדברג בע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' משרד הביטחון, מינהל ההרכשה והייצור (להלן – ע"א טבעול [3]) – את נוסח ההוראה שבסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים ("יראו כהסדר כובל"), בהגיעו למסקנה כי מכוחה קמה חזקה חלוטה בדבר פגיעה בתחרות. כבוד השופט מ' חשין ציין, בין השאר:

א "ל... פירשנו את הוראת סעיף 2(ב) כקובעת אך חזקה לכאורה, כי-אז גרענו באורח ניכר מן התכלית שהוליכה לקביעתה של החזקה, ולא נמצא לנו טעם ראוי לגריעה זו. אם כך ככלל, לא-כל-שכן בתתנו דעתנו על אותם עניינים המנויים בסעיף 2(ב). השכל הישר וניסיון החיים יורונו כי אלה הם הסדרים טיפוסיים שנועדו למנוע או להפחית תחרות בעסקים" (שם [2], בעמ' 97).

ב לשון אחר: סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים אינו כולל כאחד מיסודותיו פגיעה בפועל בתחרות. יש אפוא לראות את ההסדר היונק יסודותיו משטר הבוררין ומפסק הבורר כהסדר הפוגע בתחרות מכוח חזקה חלוטה שבחוק. אוסיף כי אין בחוק הוראה ה"משחררת" את ההסדר מעולו של החוק כאשר הוא "מוסכם" על הזכאי ליהנות מהתחרות.

ג 47. חרף האמור הגעתי למסקנה שחל, בנסיבות העניין, סייג זוטי הדברים. מסקנה זו נובעת ממהות הסייג, המעוגן, בכל הנוגע לדין הפלילי, בסעיף 34 לחוק העונשין:

ד "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם, לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך".

ה כדברי כבוד השופט טירקל בע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ [4], בעמ' 930-931, יסודו של כלל זה, החל בתחומי משפט שונים, בכלל הנרחב, לפיו אין בית-המשפט עוסק בעניינים זעירים וקלי ערך:

ו "כלל עתיק יומין הוא שאין דרכו של בית-המשפט לעסוק בעניינים זעירים וקלי ערך, בעניינים של מה בכך, 'זוטי דברים' (כמו שנאמר De Minimis non curat Lex)".

ז בחינה מקיפה של סייג זוטי הדברים נעשתה על-ידי כבוד השופט י' גרוס, בע"פ (ת"א) 1720/95 מדינת ישראל נ' יוסף [18]. השופט גרוס הסיק, לאור הקשרו

החקיקתי של הסעיף (פרק ה' לחוק העונשין, שכותרתו "סייגים לאחריות פלילית"), כי יש לצאת מנקודת מוצא ברורה, לפיה סייג זוטי הדברים זהה בטיבו ובמשמעותו לסייגים שעניינם אי-שפיות, היעדר שליטה וכדו', שנטל הוכחתם על הנאשם והרמת הנטל על-ידיו משמעותה – זיכוי מהאשמה שיוחסה לו. מדברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב-1992, למד כבוד השופט גרוס כי כוונת המחוקק הייתה להעניק לבית-המשפט (בנוסף לסמכויות המקבילות הנתונות לרשות התובעת וליועץ המשפטי לממשלה) סמכות לפטור אדם מאחריות במקרים קלי ערך, המהווים אמנם עבירה מהבחינה הטכנית-פורמאלית, אך קיימת הצדקה לפוטורם מאחריות בשל קלות המעשה.

במסגרת סקירת הספרות המשפטית בנושא זוטי הדברים, הפנה השופט גרוס למאמרו של פרופ' ד' פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" [34], העומד על הצורך בהענקת שיקול-דעת לבית-המשפט לסיים הליך פלילי מבלי להרשיע עבריו, זאת לאור התפשטותו של המשפט הפלילי לממדים המחייבים את ריסון השימוש בו. השופט גרוס מפנה גם לדבריו של פרופ' ש"ז פלר בספרו יסודות בדיני עונשין (כרך ב) [29], המדגישים כי הסייג האמור "נועד להתאים את ההגדרה הפורמאלית של העבירה הפלילית, לתוכנה הענייני מבחינת סף האנטי-חברתיות בה מותנית תופעה עבריינית" (שם [29], בעמ' 615). בהמשך מציין פרופ' פלר כי מכיוון שנבצר מהמחוקק לערוך רשימות מפורטות של אירועים הנמצאים מתחת לאותו סף של חומרה ואנטי חברתיות, מתבקשת דרך כללית המאגדת בתוכה את המעשים שאינם מחייבים "טיפול פלילי" (שם [29], בעמ' 616). באשר להגנה הניתנת על-ידי הסייג גופו, מציין פלר:

"סיכומו של דבר – מהות ה'זוטות' היא, וכאן ההבהרה וההעמדה על דיוקם של הדברים, של 'מעין' סייג, ששולל את פליליות המעשה, ולא סייג לכך, כגון הסייגים של כורח, צורך, הגנה עצמית או צידוק. יחד עם זאת, לא למותר להסיק את המסקנות עד תומן: קבע בית המשפט כי מעשה נתון נמנה על הזוטות, עליו לזכות את הנאשם. כלומר, אין זה סתם פטור רשות מאחריות פלילית, אלא עילה המחייבת לזיכוי ממנה" (שם [29], בעמ' 617).

השופט גרוס מפנה שם גם לדברי פרופ' מ' גור-אריה, המדגישה במאמרה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992" [35], בעמ' 69-70 כי סמכותו של בית-המשפט בהקשר של זוטי דברים אינה זהה לסמכות הדיונית שלא לנהל הליך פלילי. האחרונה הינה רחבה מהגנת הזוטות, והשימוש בה הביא לא פעם לאי-ניהולו של הליך פלילי או לעיכובו בשל היעדר עניין לציבור מטעמים שאינם קשורים במעשה הפלילי עצמו. לעומת זאת, כותבת גור-אריה, אפיונה של הגנת הזוטות מתבטא בהגבלת

שיקול-דעת בית-המשפט לבחינת טיבו הקונקרטי של המעשה, במטרה לוודא האם הוא עומד ברף המינימלי של האחריות הפלילית. גור-אריה מעירה כי ראוי ש"השימוש שיעשו בתי המשפט בהגנה זו יהיה אכן מוגבל למתחייב מהגיונה והיא תוחל רק במקרים שבהם אין במעשה מידה מינימאלית של סכנה לערך החברתי המוגן" (שם, שם).

י' קדמי בספרו על הדין בפלילים (כרך א, עדכון והשלמה) [30], בעמ' 133 כותב לעניין תנאי הסייג:

"התנאים ליישום הסייג מפורטים בגוף ההוראה והם אם 'טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי מלמדים כי המעשה הוא קל ערך', והגישה הרווחת היא שמדובר ב'תנאים' מצטברים, כאשר האחרון שבהם – 'האינטרס הציבורי' הוא המכריע".

קדמי בספרו הנ"ל [30] הצביע, בין יתר דבריו, על האינטרס הציבורי שלא להטביע "אות קין" של פליליות במקרה שאין לציבור עניין בכך:

"המדובר בהסרת התווית 'הפלילית' מעל מעשה העבירה; כאשר ההסרה נעוצה באינטרס הציבורי, שלא להטביע אות קין פלילי על מצחו של אדם, במקום שאין לציבור עניין בכך" (שם).

כבוד השופטת ש' וטרקרוג, בחוות-דעתה בע"פ (ח"י) 2094/01 מדינת ישראל נ' פלונית [19], בחנה אף היא ביסודיות את הסוגיה בה עסקינן, תוך שהפנתה לחיבור שהוגש לצורך קבלת תואר דוקטור פרי עטה של הגב' ג' ברודר, ממנו היא מביאה, בין השאר – לעניין ההנחה העומדת מאחורי הסייג – דברים אלו:

"לא כל פגיעה בערך חברתי מוגן ראויה להטלת אחריות בגינה אלא רק פגיעה משמעותית".

השופטת וטרקרוג מפנה גם למאמרו של כבוד השופט א' מגן "זוטי דברים" – אך לאו מילתא זותרתא" [36], בעמ' 54, בו אמר, בין השאר:

"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מתיישב עם פגיעה בכבוד האדם על ידי הרשעה לא נחוצה".

48. עמדתי לעניין תחולת הסייג בנסיבות העניין הנדון לפניי נשענת על העובדה שלפני אריאל לא עמדה האפשרות להתחרות מסיבות הקשורות בעמדות ופעולות של עיריית חיפה, דהיינו הגוף שהיה אמור להפיק תועלת מהתחרות בינה לבין אחרים בעבור ציבור תושבי העיר. כאמור, עיריית חיפה תמרנה עצמה למצב שבו לא היה בידה, למעשה, לבחור באריאל בשל השקעתה הגדולה במרכז הבקרה. הוכח גם כי עובדה זו הייתה ידועה הן לאריאל והן למנורה. לכן, לא זו בלבד שלא ניתן לומר כי ההסכם בין השתיים פגע בתחרות, אלא גם ניתן לקבוע שמי שמנע את התחרות היא עיריית חיפה עצמה. יתר-על-כן, הנאשמים 5 ו-6 הם אלו שכבר השקיעו במלחמה על התחרות, עד לאותה עת, משאבים רבים בהליכים משפטיים. לאור האמור מתבקשת המסקנה כי טיב המעשה הוא קל ערך באספקלריה של תנאי הסייג, דהיינו על-פי "טיבו של המעשה, נסיבותיו והאינטרס הציבורי" (כלשון הסייג בחוק העונשין).

ויוטעם, הקביעה שהאינטרס הציבורי לא נפגע – מאחר שהתחרות לא נפגעה – היא המכריעה בביסוס תחולתו של הסייג. אינטרס זה לא נפגע מאחר שהציבור – המיוצג על-ידי העירייה – לא חפץ בתחרות, בשל העדפת שיקולים חשובים כשלעצמם, והם שיקולי בטיחות. לכן, גם אילו הגישה אריאל הצעה במכרז חיפה, לא היה בכך כדי להביא למימוש תכלית המכרז. בע"א 6585/95 מ.ג.ע.ר. מרכז גביה ממוחשבת בע"מ נ' עיריית נשר [5], בעמ' 212, ציינה כבוד השופטת שטרסברג-כהן כי מכרז:

"...הוא במהותו אמצעי להשיג התקשרות חוזית בעלת אופי כלכלי במטרה לקבל את ההצעה הטובה ביותר במחיר הזול ביותר".

במקרה דנן, עיריית חיפה לא ביקשה כלל לקבל את ההצעה הזולה. מבחינתה, השירות שהיה ביד אריאל לספק לא היה תחליפי לשירות שהיה ביד מנורה לספק. בנסיבות אלו די היה בעצם התנאים שיצרה העירייה – בשל השקעותיה במרכז הבקרה – כדי להקנות למנורה את כוח השוק שמאפשר העלאת מחיר. מכאן, שאם אמנם המחיר עמו התמודדה העירייה לא היה תחרותי – אין לייחס לנאשמים 5 ו-6 כל אשם בשל כך. יתר-על-כן, עומדת לזכותם בהקשר זה מלחמתם ארוכת השנים על התחרות, מלחמה שעלתה לאריאל בדמים רבים. לשון אחר – יש בידם להצביע גם על נסיבות מיוחדות המצדיקות תחולת הסייג.

49. שאלה מטרידה נוספת היא השאלה האם ניתן להחיל על ההסדר הנדון את סייג זוטי הדברים אף כי הוא נכנס לגדרו של סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים.

לשיטתי, התשובה לשאלה זו היא חיובית. הנסיבות הרלוונטיות ליכולתה של אריאל להתחרות בחיפה עוקרות את החומרה מההסכם הנדון. ההסכם בין הצדדים, כטענת הנאשמים 5 ו-6, לא יצר את המגבלה הפוגעת בתחרות, אלא אך ורק תיאר מצב קיים. לא ניתן לאריאל, למעשה, להיכנס לשוק הרלוונטי ואף לא ניתן לומר שמאמצים משפטיים נוספים שלה היו מאפשרים זאת. לכן, גם אם המחוקק קובע, משיקולים של הבטחת לכידת עבירות הפוגעות בערך המוגן (התחרות), כי מקרה מעין זה "יראו כהסדר כובל" (כלשון סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים), אין בכך כדי למנוע הכרה בהגנה הפלילית כאשר מתחוויר שמהיבט מניעת הפגיעה בערך האמור לא נחוצה למעשה הטבעת "אות קין" של הרשעה. מניעת הגנה כזו – במקרים בהם החזקה החלוטה אינה הולמת את המציאות – יש בה כדי לפגוע שלא לצורך במי שמעשיהם אינם עוברים את סף ה"אנטי חברתיות" המינימלי, ובכך היא פוגעת בכלל המידתיות העולה מחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו.

50. היבט נוסף הטעון ליבון לעניין החלת סייג זוטי הדברים נוגע לאופן שבו חוק ההגבלים העסקיים מתייחס לפגיעה קלת ערך בתחרות. גם חוק זה הכיר בכך שלחלק מההסדרים הכובלים השפעה זניחה על התחרות, ואיפשר גביהם קבלת פטור (מרישום ומאישור) מהממונה על הגבלים עסקיים (סעיף 14 לחוק), ואף הקנה לממונה סמכות לקבוע פטורי סוג כלליים (סעיף 15א). מתעוררת אפוא השאלה הזו: אם אמנם ניתן לקבל בדיעבד פטור מאחריות פלילית לקיום הסדר שלא נרשם ולא אושר באמצעות הגנת זוטי דברים, האם הדבר עולה בקנה אחד עם מגמת המחוקק לחייב את הנוגעים בדבר להביא את ההסדר שביניהם – גם כאשר הם סבורים שפגיעתו בתחרות קלה – לבחינתו של הממונה על הגבלים עסקיים, בטרם יהא בידם לקיימו?

אף שהחלת הסייג לגבי מי שלא פנה במועד וביקש פטור מכבידה על המגמה הרצויה שצוינה – לפיה סינון המקרים הקלים צריך להיעשות מראש על-ידי הממונה – קיימים שיקולים טובים המצדיקים תחולת הסייג בדיעבד, ונראה כי פסיקת בית-המשפט העליון מניחה לה מקום.

האפשרות להחיל את הגנת זוטי דברים בתחום ההגבלים העסקיים הועלתה לראשונה על-ידי כבוד השופט א' גולדברג בע"א טבעול [3], בעמ' 171-172, שאזכר, בין השאר, את פסק-דינו של בית-המשפט העליון בארצות-הברית בעניין *Fortner Enter Inc. v. United States Steel Corp.* (1969) [28] כבוד השופט גולדברג הפנה (ע"א טבעול [3], בעמ' 173-175) לסעיף 14(א) לחוק הנזכר לעיל, וציין כי אף הוא מבטא את עקרון זוטי הדברים. כבוד השופט גולדברג הוסיף: "יש מקום לדעה כי אין מניעה להחלת עקרון זוטי הדברים בצד הפטור ובנוסף לו" (בעמ' 173). מדובר בהליך אזרחי,

ואולם עולה הימנו, למצער, שאין למצות את נושא זוטי הדברים בגדר הפטורים הקבועים בחוק ההגבלים העסקיים.

א

אף כבוד השופט מ' חשין, בדנ"א טבעול [2], הטעים את חשיבות עקרון זוטי הדברים בתחום בו עסקינן (שם [2], בעמ' 87), בציינו בצדו את דרכי המילוט מהחוק (סעיפים 14 ו-15 לחוק). באותו הקשר, ותוך שהפנה לדברי הנשיא ו' זילר בת"א (י-ם) 396/87 קיסין נ' פטרולגז חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ [20], התייחס כבוד השופט חשין גם ל"קול התבונה" אשר לאור "הטעם והמטרה הסופיים של החוק" לעניין החזקה החלוטה, צריך להביא לכך שלא יילכדו על-ידי הגדרת הסדר כובל עניינים ונושאים שהם, כלשונו, "דגים ודגיגים שהחוק לא יועד להם" (שם [2], בעמ' 87). באת-כוח המאשימה סבורה כי מדברי השופט חשין עולה שהעיקרון של זוטי דברים חל, בהקשר בו אנו עוסקים, אך ורק בגדר הסעיפים המאפשרים פטור מרישום ואישור שבחוק ההגבלים העסקיים עצמו, ולא בהקשר הפלילי. אכן, דברי השופט חשין שם אינם מתייחסים מפורשות להיבט הפלילי, אך לא ראיתי טעם לפרשם כמגבילים את תחולת העיקרון לתחום האזרחי בלבד, בגדר סעיפי הפטור הקבועים בחוק ההגבלים העסקיים בלבד.

ב

ג

האפשרות להעלות בהקשר לעבירת הגבלים עסקיים טענת זוטי דברים הוכרה מפורשות על-ידי כבוד השופט אור בע"א 3700/98 א.מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים [6]. באותו עניין – עניין אזרחי – סבר כבוד השופט ריבלין כי אין מדובר בהסדר כובל מטעם אחר והביע ספק בשאלת תחולתו של עקרון זוטי הדברים לאור כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), תשס"א-2001. ברם, כבוד השופט אור סבר (שם [6], בעמ' 602) כי כללי הפטור אין בהם כדי למנוע את תחולת העיקרון:

ד

ה

"...כללים אלה אינם חלים בענייננו, שכן הם לא היו בתוקף בעת קשירת ההסכם נושא המקרה דנן, אולם דעתי היא כי העיקרון שעוגן בכללים אלה, העיקרון של 'זוטי דברים' (DE MINIMIS), היה קיים גם טרם קיבל ביטוי מפורש במסגרתם. עיקרון זה ניתן להחיל במקרה דנן ובמקרים דומים אשר יתכן ויעלו בעתיד... עיקרון זה קובע כי גם כאשר קיימת פגיעה בזכות, או כאשר מתבצע מעשה שהוא עבירה, לא ייטה בית-המשפט לעסוק בכך אם מדובר בפגיעה מזערית או במעשה קל ערך" (ההדגשה שלי – מ' מ').

ו

ז

כבוד השופט ריבלין הביע ספק, כאמור, אם עקרון זוטי דברים חל בהקשר של פגיעה קלת ערך בתחורות, ואולם הגיע למסקנה שהמקרה שנדון לפניו חרג מגדר תחולת חוק ההגבלים העסקיים לאור בחינה תכליתית, כדבריו:

א

"אם בחר המחוקק לנקוט לשון רחבה, עשה כך בכוונה ללכוד ברשתו מעשים פסולים הנוגדים את התכלית שלשמה חוקק – את כולם, אולם אותם בלבד. לשון אחרת, יש להחריג מהוראת החוק את אותם מקרים... הנכללים לכאורה בלשון הרחבה של הוראת סעיף 2, אולם בחינה תכליתית תבהיר כי הם נופלים מחוץ לגבולות החוק" (שם [6], בעמ' 598).

ב

השופט השלישי במושב זה, כבוד השופט טירקל, סמך ידו על שתי הדרכים – השונות – שהוצעו על-ידי עמיתיו.

ג

אני סבורה כי השיקולים המטים להכרה בהגנת זוטי דברים, בגדרן של עבירות על-פי חוק ההגבלים העסקיים, גוברים על הקשיים שקביעה כזו מעוררת. איני רואה מקום לייחד לתחום ההגבלים העסקיים דין בהקשר זה – ולמנוע החלת הסייג – בשל העובדה שהחוק מעמיד אפשרות קבלת פטור מראש במצבים דומים. מקל וחומר מתבקשת מסקנה הפוכה: המחוקק עצמו הכיר בכך שאפשר שהפגיעה בתחורות תהא קלת ערך. מדוע, אם כך, לא תהא לכך נפקות פלילית מלאה במקרה הנכון, גם אם לא קיבל ההסדר פטור מראש? ניתן להצביע על החשש שמא יעדיפו צדדי ההסדר להעלים אותו מעינו של הממונה, ולאחר מכן, כאשר ייתפסו בכף, יעלו טענת זוטי דברים. ברם, אם אמנם במסגרת מקרה מסוג זה תתבקש החלת ההגנה, הדעת נותנת שהיא תיכשל בשל עצם ההסתרה כאמור. החשש שמא תינתן הגנה במקרה שאינו הולם אינו צריך אפוא להדאיג.

ד

ה

עם זאת, יש מקום להכיר גם בכך שבמכלול השיקולים – לעניין תחולת הסייג במישור הפלילי – ניתן להביא בחשבון את העובדה שהיה בידי נאשם לקבל פטור במועד, תוך פנייה לממונה על ההגבלים העסקיים. ואולם, שיקול אחרון זה, במקרה דנן, נדחה מפני השיקולים המצדיקים לגביו את תחולת הסייג.

ו

51. אחזור לשאלה שהועמדה בראשית פרק זה: האם הסדר הנכנס לגדר סעיף 2(ב) לחוק יכול להיחשב כעניין קל ערך?

ז

כבוד השופט י' עדיאל, בה"ע (י-ם) 2/97 מזרחי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים [21], הביע דעתו כי הפעלת כלל זוטי דברים לגבי הסדרים כובלים המנויים בסעיף 2(ב) הינה "בעייתית" בשל החזקה הקבועה בסעיף 2(ב).

לשיטתי, המקרה דנן מוכיח את חשיבות החלת הסייג גם לגבי מקרים הנכנסים לגדר סעיף 2(ב) לחוק. אני מתקשה לומר – על-פי הדרך שננקטה על-ידי כבוד השופט ריבלין בע"א 3700/98 הנ"ל [6] – כי ההסכם בין הצדדים שלפניי אינו נכנס לגדר חוק ההגבלים העסקיים על-פי מבחן התכלית: החוק ביקש ללכוד – כמצב עברייני – כל מצב של חלוקת שוק, ולראות בו הסדר כובל. דבר זה משרת את המגמה להבטיח לכידת כל הסדר כובל ברשת החוק, המביאה לבחינתו לא רק על-ידי הצדדים. ואולם, מאחר שהמעשה הוא קל ערך על-פי המבחנים הרלוונטיים להחלת הסייג בחוק העונשין, מוצדקת החלתו מכוח הדין הפלילי. גם אין מקום להגביל את תחולת הסייג למצבים שבהם לא חלה החזקה החלוטה. המקרה דנן מוכיח כיצד, חרף היעדר השלכה על התחרות, נלכד ההסדר על-ידי סעיף 2(ב) לחוק. ואולם, איזה ערך חברתי תשרת הרשעת הנאשמים 5 ו-6 בנסיבות שתוארו? עקרון זוטי הדברים הוא עיקרון כללי במשפט וגם בדין הפלילי, ולא ראיתי לפניי טעם ענייני שיצדיק צמצום תחולתו.

52. לסיכום, המקרה דנן הולם את החלת הסייג. כאמור, הוכח שלא ניתן לייחס לכבילה שקיבלה על עצמה אריאל לעניין מכרו חיפה משמעות תחרותית כלשהי, מן הטעם שעיריית חיפה לא הייתה מעוניינת בתחרות בינה לבין מנורה, ועשתה כל אשר לאל ידה להשתחרר מתחרות כזו. יתר-על-כן, כפי שאף באת-כוח המאשימה הטעימה, במשך תקופה ארוכה קודם למכרו חיפה השקיעה אריאל משאבים רבים במלחמה מול עיריית חיפה ומנורה. בסיכומיה מתארת באת-כוח המאשימה את מעשיה של אריאל בלשון זו:

“עשר שנים משקיעים מיליונים, מכריחים את כולם, הם לא יוותרו, הם יזכו במכרז הזה ויהי מה”.

אכן, אריאל היא שנלחמה למען התחרות קודם למכרו חיפה, בהשקיעה סכומי כסף לא מבוטלים – כעולה מריבוי הפעולות וההליכים שננקטו על-ידיה. כספים אלו ירדו לטמיון, שהרי לא עלה בידה להתמודד במכרז בשל חוסר היכולת לעמוד בדרישת ההשתלבות עם מרכז הבקרה. בעדות הרשלום הובעה תרעומתו על כך שדווקא כלפיו וכלפי אריאל הוגש כתב-האישום, חרף מלחמתו הבלתי נלאית להגברת התחרות. הוא תמה:

“איך יתכן שאנחנו נלחמים על שוויון על מכרז במיטב כספנו ואותו ממסד בא להאשים אותנו בהסדר כובל, איפה זה נשמע דבר כזה” (פרוטוקול 9.5.2001, עמ' 86).

לא מצאתי בעמדת המאשימה תשובה הולמת לתמיהה זו.

אני סבורה שאין מקום לגנות חברתית את מי שחדל ממלחמה על התחרות לאחר שכבר השקיע במלחמה זו משאבים רבים במשך שנים, וכאשר הגוף שאמור להפיק תועלת מהתחרות בחר לוותר עליה. אכן, השיקולים שתוארו היה בהם גם כדי להקל בעונשם של אריאל והרשלום, אילו הורשעו. ואולם, אין בכך כדי למצות את ההתייחסות הפלילית כלפיהם. בנסיבות העניין, כלל אין מקום להרשיעם.

יש מקום להדגיש בהקשר זה כי לא הייתה מתחייבת תוצאה זהה לגבי מנורה ואיזו אהרון, שעניינם הסתיים לפני בהסדר טיעון, ולו מהטעם שמנורה לא תרמה בפעילותה לקידומה של התחרות בתוככי חיפה, ולכן נסיבות מעשיהם של הנאשמים 5 ו-6 – אשר יש לשקלם לעניין החלת הסייג על-פי סעיף 34 לחוק העונשין – שונות.

טענות הנאשם 7 – דיון

א. זיכוי בשל זוטי דברים

53. משהגעתי למסקנה שעומדת לנאשמים 5 ו-6 הגנת זוטי דברים, מתבקשת מסקנה זהה לגבי הנאשם 7, הוא שי אופיר. מסקנה כזו מתחייבת מעצם זיכוי הנאשמים האחרים, וזאת מן הטעם שמיוחסת לנאשם 7 עבירת סיוע. "סיוע למעשה שאינו בגדר עבירה, בשל ביצועו במצב המהווה סייג לפליליותו שוב אינו סיוע שמצמיח אחריות פלילית", כתב פלר בספרו הנ"ל [29], בעמ' 256.

אכן, חברת מנורה (רמזורים) בע"מ הורשעה בתיק זה – כאשר מנורה איזו אהרון בע"מ, שהייתה החברה המרכזית אשר באמצעותה פעל איזו אהרון, נמחקה מכתב-האישום בהסכמה – אך הרשעה זו היא פרי "הסדר טיעון" שנערך עם קבוצת מנורה, ואין היא עומדת כלפי הנאשמים 5, 6 ו-7. כלפי אלה צריכה האשמה להיות מוסקת מהראיות שהצטברו בתיק, ואלו, כפי שפורט לעיל, אינן מובילות להרשעה. מכאן שיש לזכות, ולו מטעם זה, גם את הנאשם 7.

54. אוסיף כי אף אם לא היה מקום לזכות את הנאשמים 5 ו-6 מהעבירות שיוחסו להם בשל סייג זוטי דברים, היה מקום להחיל לגבי הנאשם 7 את הסייג האמור, לאור חלקו השולי במעשה העבירה. תרומתו לעשייתו קטנה: הוא לא הגה את רעיון ההסדר, וגם לא קבע את תוכן שטר הבוררין. הוא ראה תפקידו כפוסק רכיבי הפיצוי במגמה לסיים את הסכסוך העסקי שבין הצדדים לשטר הבוררות. לא היה לו עניין אישי כלשהו בקיום ההסכם, ואף לא בעצם קיום הבוררות. כאמור, הוא אף לא קיבל שכר בשל סיועו.

אין בידי לקבל את טענת המאשימה, לפיה אין לראות את הנאשם 7 כ"בורר" גרדא. העובדות שפורטו מלמדות כי ביצע תפקיד שיפוטי – פסיקת הפיצוי בסכסוך בין הצדדים, ומעורבותו לא הגיעה מעבר לכך. באת-כוח המאשימה הפנתה לע"פ 2929/02 מדינת ישראל נ' סבירסקי (להלן – עניין סבירסקי [7]), שבו בית-המשפט העליון קבע כי המשיב שלפניו הוא "מבצע בצוותא", הגם שהוא לא ניהל עסק בתחום ייצור ושיווק של מרצפות, וקיבל מהצדדים לקרטל סמכות להכריע בנושאים שונים כבורר (כעולה מפסק-הדין שנתן בית-המשפט המחוזי בעניין זה, בת"פ 9 (י-ם) 366/99 מדינת ישראל נ' סבירסקי [22]). מדברי באת-כוח המאשימה עולה כי, לשיטתה, ראוי היה שלא לשנות את מעמדו למסייע (כאמור, כתב-האישום תוקן ובוצע שינוי כזה). ברם, ההשוואה עם עניין סבירסקי [7] מלמדת דווקא על מיעוט חלקו של הנאשם 7 בביצוע העבירות. שם היה המשיב שותף בגיבוש ההסכמים הקרטליים, שימש מזכיר הקרטל, והפעיל את מנגנון אכיפתו (אשר כלל מערכת לאיתור הפרת ההסכמים הקרטליים), הגם שלא נהנה מרווחי הקרטל (קיבל משכורת). בית-המשפט העליון נמנע מלכנותו "בורר", וראה בו "חלק מרכזי ועיקרי בגדרי ההסדר הכובל" (שם [7], בעמ' 134).

ב. טענת חוסר המודעות והיעדר מטרה לסייע לביצוע העבירה

55. חרף מסקנתי שיש לזכות את הנאשם 7 בשל תחולת סייג זוטי הדברים, ובשל האפשרות שטעיתי במסקנתי לעניין תחולתו, אני רואה לנכון לדון, ולו בקיצור, בשתי טענות נוספות הרלוונטיות לנאשם 7.

הראשונה מהן היא הטענה שלא הוכחה מחשבתו הפלילית. בהקשר זה נטען כי הוא אף לא היה מודע לעובדה שביסוד הבוררות מונח הסכם שעניינו התקשרות אריאל עם עיריית חיפה. לעניין זה העיד הנאשם 7 כי לא התעמק בפרטי העניין שהובא לפניו להכרעה כבורר. טענה זו עולה בקנה אחד עם העובדה ששטר הבוררין נמסר לו כשהוא מוכן, כפי שנוסח על-ידי הצדדים, ונמסרו לו, מוכנים, המסמכים הנלווים, וביניהם כתב-הערבות. בפרוטוקול הבוררות נפקדת התייחסות מפורשת לנושא מכרז חיפה, ולכן לא ניתן לקבוע כי בעת השמעת דברי הצדדים לשטר באוזני הנאשם 7 הועלה עניין זה. נראה כי הצדדים ראו כמרכזית את פעולתו בנושא הפיצוי בגין העבר. פעמוני האזהרה היו צריכים לצלצל באוזני הנאשם 7 כבר כאשר ראה לראשונה את האמור בשטר הבוררין לעניין ההתקשרות עם עיריית חיפה, אך עומדת בעניין זה טענתו כי לא נתן דעתו אז לכתוב בו. בעדותו אישר הנאשם 7 כי חתם על שטר הבוררין, אך לא אישר שקרא את השטר אותה עת.

ברם, גם אם בישיבת הבוררות לא הובהרה לנאשם 7 התמונה במלואה, וגם אם סבירה האפשרות שהוא לא בחן בעיון את שטר הבוררין בעת שנוהלה ישיבת הבוררות, קשה להלום אפשרות שלא ספג את כלל הפרטים הנוגעים לעניין, למצער בעת שנתן את פסק הבורר מספר חודשים לאחר מכן. הופקדה בידי, בין השאר, קביעת הסכום שיהא על מנורה לשלם כפיצוי, סכום שאינו מבוטל, וכן הופקדו בידי ערבויות אותן הוטל עליו למסור לצד זה או אחר, על-פי העניין ובבוא העת. במצב דברים זה אין זה מתקבל על הדעת שהוא לא למד את הפרטים העיקריים בטרם קיבל את החלטותיו בעניינים אלו, ובכללם דבר התחייבות אריאל שלא להתקשר עם עיריית חיפה. מהראיות עולה כי תפקיד הבורר נמסר לו בהיותו איש עסקים רציני ואמין. בנסיבות אלו קשה להשתכנע שהוא ראה לנכון לזלזל בתפקיד שקיבל על עצמו, וההיזן לתת את פסק הבורר מבלי שהכיר את יסודות ההסכם. התייחסות נאותה לתפקיד חייבה הכרת עקרונות אלו, ובכללם ההוראה הנוגעת להתקשרות עם עיריית חיפה. לאור האמור, גם אם כעדות הנאשם 7 היו המסמכים שקיבל בעת ישיבת הבוררות בגדר "ערימת מסמכים" לדידו, הדעת נותנת שמשמעותם התחוורה לו בהכרח מאוחר יותר, ולפני מתן פסק הבורר.

56. שיקולים אלו מביאים למסקנה שהנאשם 7 היה מודע לתוכן ההסכם בין הצדדים לבוררות. על-פי הפסיקה ניתן להגיע להערכת המודעות באמצעות שיקולי היגיון, המביאים בחשבון את מכלול הנסיבות. כך, בע"פ 348/80 מדינת ישראל נ' בן ברוך [8], בעמ' 592, קבע הנשיא ברק לעניין זה:

"על ידיעתו של אדם – כמו גם על התנהגותו – ניתן ללמוד לא רק מתוך ראיות ישירות אלא גם מתוך הנסיבות הכוללות של העניין העשויות ליצור הנחה בדבר אותה ידיעה או התנהגות...".

וכן ראו לקביעת צפונות מחשבתו של אדם בהישען על הנסיבות, ניסיון החיים ושיקולי היגיון: ע"פ 1100/93 טובאח נ' מדינת ישראל [9], וע"פ 4351/00 מדינת ישראל נ' אבו-אלהווא [10]. סבירות הטענה בדבר היעדר מודעות היא בהקשר כזה כלי עזר ראיתי, ראו ש"ז פלר "טעות במצב דברים" [37], בעמ' 11, 17.

אכן, כפי שהובהר לא פעם בפסיקה, יש ביד נאשם לסתור חזקות עובדתיות שהן פרי ניסיון חיים והיגיון, ובמקרה דנן אמנם חזר הנאשם 7 שוב ושוב על כך שלא נתן דעתו לפרטי העניין. ואולם, אני מתקשה לקבוע כי נסתרה החזקה הנובעת מניסיון החיים, לפיה קרא בשלב זה או אחר את שטר הבוררין לצורך מילוי התפקיד שקיבל על עצמו.

לסיכום, יש לדחות כבלתי סבירה את האפשרות שהנאשם 7 כלל לא היה מודע – ולו בעת שנתן את פסק הבורר – להוראה בשטר הבוררין, שעסקה בהתקשרות שבין אריאל לעיריית חיפה.

א

אשר למכתב משנת 1996, איני רואה קושי לקבוע – על דרך הקביעות בפלילים – כי הנאשם 7 היה מודע לכך שישלח אליו מכתב זה – מכוח שיחה קודמת עם הרשלום מאותו יום – וגם איני רואה לנכון לקבוע כי התעמק בו כאשר קיבלו. מעדות הרשלום עלה שבשיחה המוקדמת עם שי אופיר, בבוקר תאריך המכתב, עלו בעיות כספיות בלבד (פרוטוקול מיום 10.9.2001, עמ' 32). משלא עולה מהראיות כי הנאשם 7 קיבל על עצמו אותה עת לעשות מעשה כלשהו בקשר לאותו מכתב, נראה כי, בעיקרו של דבר, שימש הנאשם 7 לעניין זה "כתובת" שהיה בה, מנקודת מבטם של הרשלום ואיזו אהרון, כדי להקנות רצינות להתחייבות שבמכתב, מבלי שהתעורר מבחינתם צורך שהוא גם ייתן דעתו לפרטי העניין.

ב

ג

57. ואולם, טענת הנאשם 7 רחבה יותר. לשיטת באי-כוחו, מאחר שיוחסה לו עבירת סיוע בלבד, די באי-היותו מודע לכך שהתחייבות שלא להתקשר עם עיריית חיפה מנוגדת לחוק כדי למנוע את הרשעתו. בתשובה לשאלת סניגורו בדבר כוונתו לעבור על החוק או לתת יד לעבירה על החוק ובדבר מודעותו לאחד הדברים האלה, ענה הנאשם 7:

ד

"לא הייתה לי לא כוונה ולא יד ולא חשבתי שבעצם זה שאני עושה בוררות מסחרית, אני עלול להימצא פה, לאבד את זמני וגם להיפגע מבחינה כספית ולעמוד עכשיו במצב המביש שאני עומד פה" (פרוטוקול מיום 19.12.2001, עמ' 51).

ה

באי-כוחו של הנאשם 7 טוענים בהקשר זה כי כאשר מדובר במסייע, על המאשימה להוכיח גם את מודעותו לפליליות מעשה העבריינים העיקריים, ובכלל זה הכרתו את הדין הקובע כי מעשה כזה הוא עבירה. הם הוסיפו וטענו כי העבירה שבה מדובר – עריכת הסדר כובל – אינה בגדר Mala per se, אלא היא Mala prohibita, דהיינו עבירה שבה המודעות לפליליות אינה מובנת מאליה, ועל-כן, לדבריהם, סבירה האפשרות שהנאשם 7 כלל לא הבין שהוא עובר על חוק כלשהו בעת שפעל כבורר. טענה אחרונה זו מבססים סניגוריו של הנאשם 7 על אמירות בפסיקה ובספרות, מהן עולה דרישה שהמסייע יהא מודע לפליליות של מעשה העברייין העיקרי. כך, בעמ' פ' 320/99 פלונית נ' מדינת ישראל [11], בעמ' 32 נאמר על-ידי כבוד הנשיא ברק:

ז

א "מכאן שהמחשבה הפלילית הנדרשת בעבירת הסיוע – שאינה עבירה תוצאתית – הינה כפולה: ראשית, מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת, כלומר מודעות לכך שההתנהגות תורמת ליצירת התנאים לשם עשיית עבירה עיקרית בעלת ייעוד מוחשי. שנית, מודעות לקיום הנסיבות הרלוונטיות בעת ההתנהגות המסייעת. כלומר, מודעות שהמבצע העיקרי מבצע או עומד לבצע עבירה, הגם שאין נדרשת מודעות לכל פרט מפרטי העבירה".

ב

ופרופ' פלר בספרו הנ"ל [29], בעמ' 260, כתב לעניין זה:

"צריך המסייע להיות מודע לטיב ההתנהגות המסייעת, כהתנהגות שעשויה לאפשר למבצע העיקרי להגשים את מזימתו או להקל עליו את הגשמתה".

ג

עוד כתב פלר:

"נסיבה רלוונטית להתהוות סיוע לדבר עבירה כפועל יוצא של צמידות צורות השותפות העקיפה לדבר עבירה לביצוע הישיר היא פליליותו של ביצוע זה" (שם, בעמ' 256).

ד

הסניגורים מוסיפים וטוענים כי המאשימה לא עמדה בנטל להוכיח שהנאשם 7 היה מודע לנסיבה שלפיה ההתנהגות של הצדדים להסדר היא התנהגות פלילית. לדבריהם, אי-ידיעת הדין שלפיו התנהגותם של אריאל ומנורה מהווה עבירה פלילית שוללת את אחריותו הפלילית, וזאת בשל אי-קיום יסוד המחשבה הפלילית (עמ' 53 לסיכומים).

ה

הסניגורים מדגישים בהקשר האמור את ייחודה של עבירת הסיוע, וטוענים שאחד מיסודותיה הוא ידיעת הדין. לקיום היסוד הנפשי בעבירה זו לא די, לדבריהם, במודעות לטיב התנהגותו של הנאשם מהיבטה הפיזי, אם אינו יודע כי התנהגותו של המבצע העיקרי מהווה עבירה פלילית. עם זאת, הסניגורים מאשרים שהפסיקה הקיימת ביחס לעבירת סיוע אינה מתמקדת במודעות לפליליות ההתנהגות של המבצעים העיקריים, ומסבירים כי הטעם לכך הוא פשוט: הרוב המכריע של המקרים שנדונו בפסיקה בקשר לעבירת סיוע עסק בעבירות מסוג Mala per se, עבירות שכל אדם מודע לפליליותן. לשיטתם, בעבירות מסוג Mala prohibita שבהן עסקינן כאן, שאלת מודעות המסייע לפליליות ההתנהגות של העבריין העיקרי מקבלת משמעות מיוחדת, ועל המאשימה מוטל לעשות מאמץ מיוחד להוכיחה.

ו

58. אני סבורה שאין לייחד למסייע דין מהיבט ידיעת הדין הפלילי. אכן, על המסייע להיות מודע לא רק להתנהגותו שלו, אלא גם לחלקה במערך הכולל של התנהגות העבריין העיקרי. ההדגשה המלמדת כי עליו להיות מודע לפליליות המעשה הכולל יסודה בחשש שמא אינו רואה את התמונה כולה, מאחר שהסיוע מתרכז, בדרך-כלל, בהיבט או בחלק מסוים של המעשה בלבד. המודעות לפליליות היא, בדרך-כלל, פועל יוצא של ידיעת הטיב הכולל של המעשים הרלוונטיים (בהבדל מידיעת חלקן של המסייע בלבד) יחד עם ידיעת החוק. הדין מניח ידיעה כזו – או למצער אינו מוכן ליחס נפקות לאי-הידיעה או אי-ההבנה של האיסור, כעולה מסעיף 34 ל"חוק העונשין – והחריג שהוכר בחוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), "תשנ"ד-1994 (להלן – תיקון 39) (והמצוי בסיפה של הסעיף – "זולת אם הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר") אינו מועיל לנאשם 7. לא ניתן לקבוע שלא היה בידו להימנע מהטעות המשפטית, לפיה הסדר המונע התקשרות עם עיריית חיפה אינו הסדר כובל. אוסיף כי יש ממש בטענת באת-כוח המאשימה, לפיה דווקא טענת הנאשם 7 שלא התעמק בפרטי הסכסוך שבין הצדדים לבוררות עלולה לעמוד לו לרועץ בהקשר זה. ככל שהנאשם 7 ידע את הרקע לייאוש מדעת של אריאל לגבי אפשרות ההשתתפות במכרז חיפה, ניתן היה לקבוע כי הבין ממילא שהסכמתה שלא להתקשר עם עיריית חיפה אינה יוצרת מגבלה של ממש.

59. עוד טוען הנאשם 7 כי המאשימה לא עמדה בהוכחת מרכיב נפשי נוסף המתייחס למטרה לסייע למבצע העיקרי בביצוע עבירה. בפסיקה שלפני תיקון 39 לא הייתה מחלוקת לגבי הצורך בהוכחת מרכיב זה, וגישה דומה משתקפת בפסיקה שלאחר התיקון, כעולה מע"פ 320/99 הנ"ל [11], בעמ' 32, ומע"פ 807/99 מדינת ישראל נ' עזיזיאן [12], בעמ' 758. ואולם, כפי שמציינים באי-כוח הנאשם 7, הסתייגות מגישה זו מצויה בדברי כבוד השופט מצא בע"פ 4317/97 פוליאקוב נ' מדינת ישראל [13].

אשר לעניין הנדון טוענים באי-כוחו של הנאשם 7 כי לא יכולה להיות מחלוקת לגבי קיומה של מטרה לגיטימית במעורבותו – לסייע בפתרון סכסוך כספי מסחרי. לשיטתם, המאשימה אינה מבחינה בין מטרה זו לבין המטרה הבלתי לגיטימית הנטענת על-ידיה. למען מטרה לגיטימית זו, טוענים הם, העמיד הנאשם 7 את משרדו, ופינה מזמנו לשמיעת הצדדים ולמתן הפסק. הם מדגישים כי לא היה לנאשם 7 כל עניין לסייע לצדדים לשטר הבוררין לבצע עבירה פלילית, ותפקידו התרכז בפתרון הסכסוך גרדא. על-פי טיעון זה, לא ניתן לומר כי הנאשם 7 פעל "בכוונה שהעבירה שבוצעה בפועל תתבצע", כלשון כבוד השופט ד' לוינ בע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל [14], בעמ' 439, או "בכוונה שהעבירה שבוצעה בפועל תתבצע", כלשון כבוד הנשיא ברק בע"פ 320/99 הנ"ל [11], בעמ' 33.

לעניין זה אומר כי יש מקום לייחס לנאשם 7 חפץ "לתמוך" בהסכם הספציפי אליו הגיעו הצדדים, בגדר רצונו לפתור את הסכסוך שביניהם על בסיס אותו הסכם. הסכם זה, על פניו, היה נגוע באי-חוקיות. משמע, לא ניתן "לנקות" את הנאשם 7 מהמטרה לבסס בין הצדדים לבוררות את ההסכמה המנוגדת לחוק. עם זאת מזדקרת, למצער, העובדה שמטרת פעילותו כבורר הייתה קביעת היקף הפיצוי במגמה לסיים את הסכסוך. נראה אפוא כי גם אם מתקיימת הדרישה הנפשית האמורה, הרי היא צדדית להתנהגותו, וההתייחסות הנאותה כלפיה מביאה לזיכוי בשל זוטי דברים.

ב

ג. טענת חסינות הבורר

60. הטענה השנייה היא הטענה לפיה עומדת לנאשם 7 ההגנה הניתנת לרשות השופטת על-פי חוק העונשין. על-פי הנתען, נתונה לבורר חסינות שיפוטית הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין. סעיף זה, שכותרתו "הגנה על רשות שופטת", קובע:

ג

"נושא משרה שיפוטית לא יישא באחריות פלילית למעשה שעשה במילוי תפקידו השיפוטיים, אף אם חרג בכך מתחום סמכותו".

ד

הוראה זו חוזרת על לשון ההוראה שהייתה קבועה בסעיף 23 לחוק העונשין, קודם לתיקון המקיף של החלק המקדמי, ולפני כן בסעיף 16 לפקודת החוק הפלילי, 1936. ההוראה לא הופיעה בהצעת החוק שקדמה לתיקון 39, ואין לגביה התייחסות בדברי ההסבר להצעה.

ה

לחזוק טענת החסינות מפנה הנאשם 7 להגדרת המונח "הליך שיפוטי" שבסעיף 34 לחוק העונשין. בסעיף זה נאמר:

"הליך שיפוטי" – כל הליך לפני בית משפט, בית דין, רשות שיפוטית, ועדת חקירה או אדם המוסמכים להשביע עדים".

ו

בהקשר זה מדגישים באי-כוחו של הנאשם 7 כי בעיקרון, על-פי חוק הבוררות, תשכ"ח-1968 (סעיף 14) בורר מוסמך להשביע עדים (כיום – להעידם תחת אזהרה). הם מוספים כי לבורר חסינות מאחריות על-פי פקודת הנזיקין [נוסח חדש], כאשר סעיף 8 לפקודה זו, שכותרתו "רשות שופטת", קובע:

ז

"אדם שהוא גופו בית משפט או בית דין או אחד מחבריהם, או שהוא ממלא כדין חובותיו של אדם כאמור, וכל אדם אחר המבצע פעולות שיפוט, "

לרבות בורר – לא תוגש נגדו תובענה על עוולה שעשה במילוי תפקידו השיפוטי".

א

לשיטת באי-כוח הנאשם 7, אין כל מקום לנקוט כלפי בורר גישה שונה בתחום הפילי, כשרציונל מתן החסינות – שבעיקרו הינו החשש מהרתעה מלשמש בתפקיד – קיים לגבי בורר, כמו לגבי שופט.

ב

עוד טוענים באי-כוח הנאשם 7 כי המסקנה לפיה בורר הוא "נושא משרה שיפוטית" לצורך חוק העונשין נתמכת על-ידי העובדה שהגדרת המונח "עובד ציבור", בסעיף 34 כד לחוק זה, כוללת גם "בורר" (בסעיף קטן 9). אם בורר הוא "עובד ציבור", כך נטען, אין מקום שלא לראותו בה בעת גם "נושא משרה".

ג

61. טיעון זה מעורר את השאלה האם אין הביטוי "נושא משרה שיפוטית", המצוי בסעיף 34 לחוק העונשין, מתייחס דווקא לנושא תפקיד רשמי (כגון בעל משרה ממשלתית) או, למצער, לנושא תפקיד בעל קביעות מסוימת (כגון בעל תפקיד שיפוטי בבית-דין שהוקם על-ידי חברי קבוצה).

ד

הגדרת המונח "משרה" (במילון א' אבן-שושן המיליון החדש) היא "כהונה, תפקיד שאדם ממנה תמורת שכר... (2) שלטון, שררה". על-פי הגדרה זו לא נדרש רכיב של קביעות, ואין הכרח בקשר עם הרשות. נראה אפוא כי על-פי מהות המונח, גם בורר, שהסמכות לפסוק בסכסוך בין צדדים הוענקה לו על-פי הסכמת הצדדים בעניין אחד, ואף מבלי שמשולם לו שכר, יכול להיחשב "נושא משרה". כך, כבוד השופטת ר' אליעז, בה"פ (ת"א) 690/01 יורוקום שיווק (1986) בע"מ נ' אדיוסופט בע"מ [23], מתייחסת לבורר על-פי הסכם כאל "נושא משרה שיפוטית". אוסיף כי בפסיקה הודגש שמוסד הבוררות נשען על שני יסודות משולבים: היסוד ההסכמי והיסוד הציבורי, וברע"א 6999/96 מכשירנות חדרה בע"מ נ' רויכמן [15], בעמ' 758-759, כתבה כבוד השופטת שטרסברג-כהן:

ה

"יש המדגישים את היסוד הציבורי ורואים במוסד הבוררות חלק ממערכת המשפט, כאשר התפקיד שהוא ממלא רלוונטי לציבור כולו ולא רק לצדדים המתדיינים".

ו

היסוד הציבורי מקל על ראייתו של בורר כחלק מהרשות השופטת.

ז

62. כנגד הפירוש לפיו החסינות בסעיף 34 חלה גם על בורר, ניתן להצביע על עצם השוני בנוסח סעיף החסינות בחוק העונשין לעומת נוסחו בפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. בפקודה כאמור, ניתנה לבורר הגנה מפורשת. ברם, ניתן להתגבר על קושי זה,

בטענה שאין לצאת מראש מהנחה שצפויה קוהרנטיות בניסוח חוקים שונים אלו. טענה אחרת שניתן לטעון כנגד הפירוש הרחב של סעיף 34 כהיא שדווקא הכללת המונח "בורר" בגדר "עובד ציבור" מלמדת על מגמת המחוקק להטיל על בורר אחריות, שהרי הרחבת המונח "עובד ציבור" מביאה לכך שהבורר יישא באחריות המוטלת על עובד ציבור בסעיפים 117, 117א, 284, 285, 290, 390, 421 לחוק העונשין. מאידך, ניתן גם לומר שההוראות שצוינו (החסינות וההוראות המתייחסות לאחריותו כעובד ציבור) משלימות זו את זו. החסינות "במילוי התפקיד" לא נפגעה בגין החלת סעיפי העבירות שצוינו גם על בורר, מאחר שלפי עצם טיבן מצויות העבירות הכלולות באותם סעיפים "מחוץ" לתפקידו כבורר.

63. שיקול התומך בחסינות הפלילית של הבורר נובע מרציונל מתן החסינות ל"רשות השופטת". בחינת רציונל הענקת החסינות לשופטים מלמדת ששיקולים מרכזיים התומכים בה הולמים גם את הבוררים, בשל תפקידם המעין-שיפוטי. דיון בשיקולים המביאים לחסינות השופטים מצוי בספרה של ד' אבניאלי חסינות אנשי ציבור [31], בעמ' 23-33. נראה שהבחינה בספר זה נעשית בעיקר מההיבט הנזיקי. ואולם, בדונה בחסינות הפלילית של שופטים, מכוח סעיף 34 לחוק העונשין, אין המחברת מפנה לשיקולים אחרים כלשהם, ובאותו פרק היא כותבת כדלקמן:

"המונח 'נושא משרה שיפוטית' בסעיף 34 לחוק העונשין אינו מתייחס רק לשופטים, אלא לכל אדם הממלא תפקיד שיפוטי, כגון ראש ההוצאה לפועל" (שם [31], בעמ' 82).

ובפרק אחר, המתייחס למונח "פעולה מעין שיפוטית" – אליו היא מפנה בהקשר העונשי האחרון, עוסקת היא, בין השאר, בחסינות הבורר כממלא תפקיד מעין-שיפוטי (אמנם גם כאן בהיבט הנזיקי), בהדגישה כי:

"תפקידו – כמי שהוסמך להכריע בסכסוך קיים או עתידי – הוא תפקיד שיפוטי והחלטתו היא החלטה שיפוטית" (שם [31], בעמ' 184).

נראה כי לשיטת אבניאלי, אין מקום להבחין בין שופט לבין בורר, ואולם אין היא אומרת דברים מפורשים לגבי החסינות הפלילית של הבורר.

גם פרופ' ס' אוטולנגי אינה מתייחסת בספרה לשאלת אחריות הבורר בפלילים. בהתייחס לחסינות הנזיקית, כותבת היא בספרה בורות – דין ונוהל [32], בעמ' 218:

"כידוע, בורר נהנה מחסינות מפני תביעת נזיקין בגין רשלנות, ממש כמו שופט. הדבר נובע מטעמי מדיניות וטובת הציבור, שכן אם היו בוררים חשופים לתביעות בנזיקין – ספק אם היו נמצאים אנשים אשר היו מסכימים לכהן בתפקיד זה".

א

שיקולי המדיניות וטובת הציבור תקפים לכאורה גם כאשר עסקינן בהיבט הפלילי.

64. בחינת פסיקה וספרות משפטית באנגליה ובארצות-הברית מלמדת כי לעניין החסינות מודגשת הקירבה בין השופט והבורר. קירבה זו מבוססת על הפונקציה השיפוטית שמבצע הבורר, וראו: D.R. Nolan, R.I. Abrams "Arbitral Immunity" [38], at p. 234. נולן ואברהמס מציינים כי האנלוגיה בין שני המוסדות אינה מושלמת, אך פעולת הבורר דומה דייה לפעולה שיפוטית כדי לבסס את חסינותו.

ב

וכן ראו C.L. Sabin "The Adjudicatory Boat Without a Keel: Privae Arbitration and the need for public oversight of arbitrators" [39], at pp. 1352-1353.

ג

חרף מאמצי, התקשיתי לקבל תמונה ברורה לגבי גישות הדין האנגלי והאמריקני לחסינות הבורר בפלילים. מהמקורות אותם בחנתי, עולה בבירור קיום חסינות אזרחית, אך אין בהם התייחסות מפורשת להיבט הפלילי. כך, גם המונח "Is not liable" שבסעיף החסינות (סעיף 29) ב־Arbitration Act, 1996 האנגלי, סובל גם את הפירוש לפיו הוא מתייחס לאחריות האזרחית בלבד. עם זאת, יש בידי לומר כי הבחינה ההשוואתית האמורה מלמדת שקיים בסיס מוצק למסקנה שיש להשוות בין שופט ובורר (ראה לעיל). אשר לחסינות הפלילית של השופט בדין האנגלי והאמריקני, ראו אבניאלי בספרה הנ"ל [31], בעמ' 113 הערה 90, ובעמ' 110 הערה 82.

ד

65. עם זאת, ניתן למצוא טעמים להבחנה בין בורר לבין שופט, ואף לבסס קביעה שהשוני ביניהם משמעותי יותר בתחום הפלילי. כך, הדעת נותנת שתקנת הציבור מתקשה להשלים עם קיומן של עבירות פליליות יותר מאשר עם עוולות נזיקיות, ואף ניתן לטעון שכאשר שניים הסכימו להטיל תפקיד על בורר, אין בכוח הסכמתם לשחררו מעול הדין הפלילי. עוד ניתן לומר כי השחרור מהאחריות הנזיקית מובן יותר, שהרי מדובר באחריות הבורר כלפי הצדדים שבחרו בו, אך כאשר הפגיעה היא באינטרס הציבור – שאני. מנגד, אפשר שהוראת סעיף 34 כא לחוק העונשין, לפיה יש לאמץ את הפירוש המקל עם הנאשם כאשר קיימים פירושים סבירים אחדים, מובילה להכרה

ה

ו

בחסינות גם לגבי בורר, מאחר שגם הפירוש לפיו חסינות הרשות השופטת העומדת לבורר הוא פירוש סביר. סעיף 34 כא קובע:

א

"ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין".

ב

66. בסופו של דיון, ואף כי תחילה נטיתי לדעה אחרת, הגעתי למסקנה שחסינות הרשות השופטת עומדת גם לבורר. נטייתי לקבל את הטענה מבוססת על הפונקציה שממלא הבורר, הדומה ביסודה לפונקציה שממלא השופט, ועל חשיבותה הציבורית. הכרה בהגנה כזו מעודדת את מוסד הבוררות, שהוא רצוי מהבחינה הציבורית. כאמור, לעמדה לפיה יש להשוות את מעמד הבורר למעמד שופט בשל הפונקציה הדומה שהם מבצעים יש בסיס מוצק בגישות האנגלית והאמריקנית. אטעים כי החסינות ניתנת בגדר התפקיד בלבד, ומצבים שבהם מדובר בפגיעה גדולה בערכים המוגנים בדין הפלילי יצאו, מטבע העניין, מתחום ההגנה, ואפשר גם שייכנסו לגדר סעיפי העבירות המיוחדים לעובד ציבור. לכן, החשש מפני הפגיעה בתקנת הציבור אינו גדול יותר מזה הקיים בגדר ההגנה לשופטים ממש.

ד

בענייננו, הנאשם 7 פעל כבורר לכל דבר ועניין. ההליך שנוהל לפניו נשא אופי של הליך שיפוטי. הוא פעל מבלי שקיבל תמורה, ועשה כן ללא משוא פנים, כגורם אובייקטיבי שקיבל על עצמו להכריע במחלוקת מסחרית כספית. תפקידו לא היה שונה במהותו מתפקיד של שופט, הסומך ידו, לעתים מבלי משים, על הסכם שיש בו רכיב בלתי חוקי. שופט היה נהנה, במקרה מעין זה, מהחסינות הקבועה בחוק העונשין. בנסיבות העניין, אין מקום למנוע חסינות מעין זו מבורר.

ה

אוסף כי גדר הסייג הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין הוא גדר ביצוע התפקיד השיפוטי, ולכן הנאשם סבירסקי, בעניין סבירסקי [7] הנזכר לעיל, לא היה נהנה מהגנה זו, מאחר שבפעולותיו חרג מביצוע התפקיד המעין-שיפוטי ונכנס לגדר הפעולות הקרטליות.

ו

67. לסיכום, מהמסקנה שיש לזכות את הנאשמים 5 ו-6 נובע גם, מניה וביה, זיכוי של הנאשם 7, מאחר שיוחסה לו עבירת סיוע. מכל מקום, בשל מידת מעורבותו השולית של הנאשם 7 בצד הבלתי חוקי של ההסדר בין אריאל ומנורה, יש מקום לזכותו בשל סייג זוטי דברים. כמו כן, מאחר שביצע תפקיד שיפוטי גרדא, יש לזכותו מכוח ההגנה הניתנת בחוק העונשין לרשות השופטת.

ז

סוף דבר

68. כטענת באת-כוח המאשימה בסיכומיה, נדירים המקרים מסוג המקרה שלפניי, שבו הובא לבית-המשפט הסכם קרטלי ערוך, מודפס וחתום. כזה היה הסכם הבוררות בין אריאל ומנורה ומנהליהן, בחלק שהתייחס להתקשרות שבין מנורה עם עיריית חיפה. חלק זה הכיל כבילה מסוג חלוקת שוק. ברם, בחינת מאפייני השוק בחיפה מבהירה כי את המכשול לתחרות בתקופה הרלוונטית יצרה עיריית חיפה, באופן מודע ועקבי, וזאת משיקולים ראויים כשלעצמם – שיקולי בטיחות. בחלקו של ההסכם, שעסק בפעילות הצדדים בירושלים, לא היה משום אי-חוקיות: הצדדים הסכימו על העברת ביצוע העבודה לאריאל, במסגרת ההתקשרות הקיימת בין מנורה לעיריית ירושלים ובהסכמת העירייה. מדובר בהסכם שאינו כובל. מידת ההגבלה – או הכבילה – בהסכם מעין זה, שקולה להגבלה שיש בכל הסכם העברת ביצוע עבודות בקבלנות משנה.

בנסיבות אלו, שתוארו בהרחבה לעיל, פעילותם של הנאשמים 5 ו-6 לא פגעה בערך המוגן על-ידי חוק ההגבלים העסקיים בתחרות – בין בירושלים ובין בחיפה. נהפוך הוא: אריאל ומנורה עשו כל אשר לאל ידם, מבחינה משפטית, כדי להביא את עיריית חיפה "לפתוח" את השוק לתחרות. עתירת אריאל לבית-המשפט הגבוה לצדק אילצה את עיריית חיפה לפרסם את מכרו חיפה. המכרו שפורסם, הגם שלמראית עין היה שוויוני, לאמיתו של דבר לא איפשר לאריאל התמודדות, זאת מאחר שהנוטלים בו חלק חויבו לעמוד בדרישות ההשתלבות עם מרכז הבקרה. למנורה בלבד הייתה יכולת לעמוד בדרישות אלו, בהיותה סוכנת בלעדית של החברה הגרמנית, שצידדה נרכש על-ידי העירייה עבור מרכז הבקרה, בהשקעה המגיעה לכשני מיליון מארק.

בנסיבות אלו, יש מקום להחיל לגבי הנאשמים 5 ו-6, אריאל ומנורה, את סייג זוטי דברים. הגנה זו עומדת גם לנאשם 7, בין כפועל יוצא מזיכויים של הנאשמים 5 ו-6 – מאחר שיוחסה לו עבירת סיוע בלבד – ובין בשל דלות תרומתו לחלק הבלתי חוקי שבמעשיהם. בנוסף, עומדת לנאשם 7, כמי שמילא תפקיד בעל אופי שיפוטי, ההגנה הנתונה ל"רשות השופטת" בחוק העונשין.

לאור האמור, אני מזכה את הנאשמים מהעבירות שיוחסו להם בכתב-האישום.

ניתנה היום, י' בסיוון תשס"ג (10.6.2003), במעמד הצדדים.

מיני-רציו:

הגבלים עסקיים – הסדר כובל – משמעו

א האם הסכמה שעבודה תיערך על-ידי חברה מסוימת בדרך של העברת העבודה בקבלנות משנה מהווה הסדר כובל – האם התחייבות להימנע מהליכים משפטיים שמטרתם לחייב מקבל שירות לאפשר תחרות מהווה הסדר כובל – כאשר מקבל השירות אינו מעוניין בתחרות – האם ניתן להחיל על עבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 את סייג זוטי הדברים שבדין הפלילי.

ב עונשין – הגנות – חסינות – החלת החסינות לפי סעיף 34 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 על בורר – לעניין ביצוע פעולות מעין-שיפוטיות.

\\main\MISRAD\00000000\05-07-19\0000 = pm\0307829.doc

ג

ד

ה

ו

ז

בית המשפט

ת"פ 287/98	בית משפט מחוזי ירושלים	
29/06/2006	כבוד השופטת מרים מזרחי	לפני:

בעניין: **מדינת ישראל**

באמצעות עו"ד א' מוזס
 ב"כ היועץ המשפטי לממשלה
 מרשות ההגבלים העסקיים

המאשימה

נגד

1. אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ

2. אברהם הרשום

ע"י ב"כ עו"ד ד' שינמן

3. שי אופיר

ע"י ב"כ עו"ד ד"ר א' קלגסבלד

הנאשמים

חקיקה שאוזכרה:

[חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988](#)[חוק העונשין, תשל"ז-1977](#)

גזר דין

הנאשמים

1. נאשמת 1 (להלן גם - **אריאל**) היא חברה העוסקת בתחזוקת רמזורים, ונאשם 2 הוא מנהלה. נאשם 3 הוא איש עסקים שנתן הסכמתו לשמש בורר (להלן גם - הבורר) בסכסוך בין נאשמת 1 לחברת מנורה רמזורים בע"מ (להלן - **מנורה**), ועשה כן ללא כל תמורה. הנאשמים הורשעו ע"י בית המשפט העליון, בעבירת הסדר כובל על-פי [חוק ההגבלים העסקיים](#), התשמ"ח-1982 (להלן – חוק ההגבלים העסקיים), לאחר שזוכו בשל "זוטי דברים" בהכרעת הדין שיצאה מתחת ידי (להלן - הכרעת הדין), והתיק הוחזר אלי לגזירת עונשם. בכתב האישום המקורי נכללו נאשמים נוספים, ובכללם מנורה ומנהלה. משפטם של הנאשמים הנוספים הסתיים לפני מספר שנים בהסדר טיעון.

העבירות

2. ביסוד ההרשעה מונח הסכם מיום 25.10.92 בין מנורה לאריאל ומנהלה (להלן – ההסכם), לפיו התחייבה אריאל להימנע מלהשתתף במכרז לתחזוקת מערכת רמזורים שפורסם ע"י עיריית חיפה בשנת 1992 (להלן – המכרז). בהסכם נכתב מפורשות כי נאשמים 1 ו-2 מתחייבים כי "לא יחתמו על הסכם עם עיריית חיפה לביצוע עבודות כלשהן על פי מכרז מס' 26/92, או מכרז אחר שיצא במקומו". בהסכם גם התחייבה מנורה לשלם סכום שייקבע ע"י בורר בעבור מה שהוגדר "סכסוכי העבר". ב"סכסוכי העבר", על פי הראיות, הכוונה היתה לטענות שהעלתה אריאל כנגד מנורה, לפיהן ניצלה האחרונה מידע שמסר לה עובד לשעבר של אריאל בשנת 1983 וזכתה במכרז של עיריית חיפה, דבר שגרם להעברת הטיפול ב-30 צמתים בחיפה מאריאל למנורה. עוד נקבע בהסכם כי הבורר יהא רשאי לקבוע כי כחלק מתשלום החוב בגין אותם סכסוכים תמסור מנורה עבודות שונות לביצוע אריאל.

הבורר בו בחרו הצדדים להסכם הוא נאשם 3. הבורר שמע את הצדדים ומילא את תפקידו לעניין קביעת סכום הפיצוי ומתן ההוראה בעניין מסירת העבודות. להבטחת קיום התחייבות אריאל ומנהלה, שומה היה עליהם, על פי ההסכם, להפקיד בידי

הבורר ערבות, אותה היה עליו להעביר למנורה אם לא יקוימו התחייבויותיהם בעניין ההתקשרות עם עיריית חיפה. הערבות הופקדה בידי הבורר.

אריאל קיימה את התחייבותה לפי סעיף 13 להסכם ולא הגישה הצעה למכרז 26/92. מנורה זכתה במכרז. ניגשו למכרז גם חברות וימאזור ו-ר.ס, אך הצעתה של מנורה היתה הזולה מבין ההצעות, אם כי היתה יקרה במידה ניכרת מהאומדן של העירייה. במועד מאוחר יותר פסק הבורר כי על מנורה לשלם לאריאל סך 1,150,000 ש"ח, וגם חייב את מנורה למסור לאריאל את הטיפול במערכת הרמזורים בצמתים שונים בירושלים שתוחזקו עד אז על ידי מנורה. גם התשלום וגם העברת הצמתים בירושלים בוצעו.

על-פי כתב האישום (וההרשעה בעקבותיו), ההסדר הכובל נמשך עד 1996. חומר הראיות של התביעה כלל מכתב ששיגר בשנת 1996 נאשם 2 לנאשם 3, שבו אישר "אנו מסכימים באם יהיו מכרזים לעבודות בעיריית חיפה, להיות איתך בקשר ולהגיש הצעות בתאום ובשיתוף איתך".

שיקול מידת הפגיעה בתחרות

3. שאלת פגיעת ההסדר בהתחרות ורווחי היתר שהופקו ע"ח הציבור כתוצאה ממנה היא השאלה המרכזית שיש לבחון בעת גזירת העונש בגינו, מאחר שתכלית [חוק ההגבלים העסקיים](#) הוא הבטחת התחרות. "מטרת החוק הינה הגנה על הציבור הרחב מפני עיוותים כלכליים שמקורם בריכוזיות ייתר בשוקים מסויימים" ([ע"א 2247/95](#) הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (תקדיו)). ולעניין מטרת החוק, ראו גם [בג"צ 47/83, תור אויר ישראל נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד לט\(1\), 169, 178; בג"צ 588/84, ק.ש.ר. סחר אסבסט בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים](#), פ"ד מ(1) 33, 37. מידת הפגיעה באינטרס המוגן האמור היא המלמדת על מידת החומרה שיש לענות עליה בעונש (ראו ת"פ 162/99 (י-ם) מדינת ישראל נ' המשביר לחקלאי).

4. בבוחנו את ההסדר, הדגיש בית המשפט העליון (כב' השופט א' לוי), את העובדה שההסכם כולל "כבילה" (מסוג חלוקת שוק), כמשמעות המונח [בחוק ההגבלים העסקיים](#). כידוע, [חוק ההגבלים העסקיים](#) מגדיר "הסדר" בשני אופנים. האחד מתמקד בהשפעת ההסדר על התחרות (ס' 2א) [לחוק ההגבלים העסקיים](#). השני, בוחן

את השאלה אם יש בהסכם "כבילה" באחד מהנושאים שפורטו בסעיף, וביניהם "חלוקת השוק" (ס' 2(ב)). במסגרת המבחן השני יש חשיבות רבה ללשון ההסכם, ודבר קיום הסדר כובל נלמד מתוכן ההסכם גופו. די שהסכם יענה על מבחן משפטי של כלילת כבילה כדי שייחשב הסדר כובל. ואולם, כאשר ההסדר הוא כובל על-פי מבחן משפטי זה, לא נובעת מכך בהכרח התוצאה שהשפעתו על התחרות היא ממשית. מאחר שמבחן זה אינו בוחן את המתרחש בשוק. כך, לדוגמא, ניתן לתאר מצב שבו בעלי שתי חנויות מתאמים ביניהם את שעות הפתיחה והסגירה של העסק באזור בו פועלות חנויות רבות אחרות המוכרות אותם מוצרים – ההשפעה על התחרות תהיה זניחה, על אף שההסכם מכיל כבילה. על השלכת שני חלקי הגדרת הסדר כובל, האחד המתמקד בקיום "כבילה" והאחר המתמקד בהשפעה על התחרות, ראו מאמרי "מיזם משותף כהסדר כובל", **משפטים**, כ"ג, (1994), 213. מכל מקום, בהכרעת הדין ציינתי מפורשות כי ההסכם נלכד ע"י ס' 2(ב) **לחוק ההגבלים העסקיים**, מאחר שיש בו כבילה בדבר חלוקת שוק (סעיף 42 להכרעת הדין, עמ' 58, וכן סעיף 46 עמ' 68-70). אכן, די היה בכך כדי להביא למסקנה שמדובר בהסדר כובל. ואולם, בשל טענת הסנגורים לעניין זוטי דברים, בחנתי באריכות בגדר הכרעת הדין את השפעת ההסכם על התחרות.

5. בית המשפט העליון, כאמור, ביטל את קביעתי שמדובר בזוטי דברים. ואולם, לצורך גזר דין זה, חשובה השאלה אם בית המשפט העליון ביטל גם את קביעותי העוסקות בהשפעת ההסדר על התחרות, שהרי, כאמור לעיל, יש להפריד בין השאלה אם בפועל יש להסדר השפעה על התחרות לבין השאלה אם ההסדר כולל כבילה. באי-כח הנאשמים טענו כי בית המשפט העליון לא שינה למעשה את הקביעות העובדתיות הרלבנטיות לתחרות, זולת לעניין התוצאה המשפטית, לפיה מדובר ב"זוטי דברים", כמשמעות המונח **בחוק העונשין**. ויוטעם, גם אם נכון לטעון כי בכל מקרה של קיום כבילה – שעל דבר קיומה בהסכם אין הנאשמים יכולים לחלוק – יש השפעה על התחרות, עדיין חשובה לענייננו **מידת** ההשפעה על התחרות. לכן, שומה עלי לבדוק את קביעותי בהכרעת הדין מול אלו של בית המשפט העליון בהקשר להשפעה על התחרות.

נסיבות השוק

6. אתחיל בהצגת נסיבות השוק כפי שנקבעו בהכרעת הדין.

בהכרעת הדין הגעתי למסקנה כי גם אם מילולית יש בהסכם משום חלוקת שוק והוא נכנס לגדר ס' 2(ב), לא היה בו כדי להשליך על תוצאת המכרז. מאחר שפירות התחרות אמורים להתבטא בתוצאת המכרז, הגעתי גם למסקנה שלא היתה להסכם השלכה של ממש על התחרות. מרכזי בהקשר זה היה הממצא שנקבע בהכרעת הדין – ושלא שונה ע"י בית המשפט העליון – לפיו עיריית חיפה השקיעה סכום גדול של 2,000,000 מארקים במרכז בקרה חדש של חברה גרמנית בשם SBH, שמנורה היתה סוכנת בלעדית שלה. החברה הגרמנית האמורה נמצאה הטובה ביותר ע"י מומחי הבטיחות של העירייה. ברם, רק **מנורה יכלה לקיים את הקשר עם מרכז הבקרה הנדרש לתפעול הרמזורים בגדר מכרז זה**. עובדה זו לא היתה במחלוקת, ומשמעותה הפשוטה היתה שבפני אריאל או כל חברת רמזורים אחרת זולת מנורה עמד מכשול תמיר לזכות במכרז, מאחר שהתקשרות העירייה עמה חייבה "ויתור" העירייה על ההשקעה.

כך, בהקשר דומה, פרופ' צדר, אשר חוות דעתו המקצועית עמדה ביסוד עמדת עיריית חיפה בנושא הרמזורים, כתב באחת מחוות הדעת שלו, שנועדה לבסס פטור העירייה ממכרז בעניין החזקת הרמזורים:

"כתוצאה מפיתוח מערכת בקרת הרמזורים אין לקבל בשום פנים מצב בו לא החברה שהתקינה את הרמזורים תתחזק את הציוד הקיים. לכן הכרחי לתחזק את הציוד הקיים עם נציגי SBH" (הכרעת הדין, סעיף 31).

כאמור, מנורה היתה סוכנת בלעדית של החברה הגרמנית. עדות פרופ' צדר גם הבהירה כי רק מנורה יכלה להשתתף במכרז באופן רציני (להבדיל מעצם הגשת הטפסים), מאחר שהיתה בו דרישה "**לעמוד בסטנדרטים של מרכז הבקרה שהקמנו**" (הכרעת הדין, עמ' 42).

בהכרעת הדין אף הודגש, כי המאשימה לא הראתה כי היה ביד אריאל לפתור את בעיית הקשר עם מרכז הבקרה בהשקעה פחותה מזו שהשקיעה העירייה במרכז זה.

מצירוף עובדות אלו נבעה מסקנתי שנבצר מאריאל להתמודד ולזכות במכרז. עוד קבעתי כי מנורה ואריאל ידעו היטב שעיריית חיפה, משיקולי בטיחות, מעוניינת להתקשר עם מנורה ולא עם חברה אחרת. ויוטעם, מההיבט התחרותי - כאשר

המתחרים יודעים כי לא יזכו במכרז באמצעות הורדת מחירים, התהליך התחרותי המביא להזלת המחירים אינו מתפתח.

משמעות הכבילה שבהסכם

7. הקביעה הנ"ל, לפיה כל המעורבים ידעו שמנורה תזכה במכרז, עומדת לכאורה בניגוד לתוכן ההסדר, שהרי אריאל קיבלה בו התחייבות שלא להתקשר עם עיריית חיפה. באופן טבעי נשאלת השאלה מדוע ראו הצדדים צורך בהתחייבות כזו אם הזוכה במכרז הייתה ידועה מראש. ואכן בית המשפט העליון הדגיש כי לשון ההסכם מובילה למסקנה שונה.

בהכרעת הדין, על פי הראיות שנפרשו, הגעתי למסקנה כי, בעיקרו של דבר, היה טעם בהסכם מבחינת מנורה למנוע "צרות משפטיות", דהיינו – התדיינות עם מנורה שתגרום אריאל לאחר זכייתה של מנורה במכרז. ודוק – לא קבעתי כי תוכן ההסכם שונה ממה שנכתב בו – אין ספק שההסדר כלל כבילה - אלא הסברתי את הצורך בכבילה לאור הקביעה בדבר סיכוייה של מנורה לזכות במכרז.

צרות משפטיות גרמה אריאל למנורה קודם למכרז, בפתחה בהליכים מרובים שנועדו למנוע את התקשרות העירייה עם מנורה ללא מכרז (ראו להליכים אלו סעיף 6 להכרעת הדין). חשיבות הבאת דברים אלה כאן היא גם בכך, שיש בהם כדי ללמד על השקעתה של אריאל בפתירת השוק לתחרות בחיפה, דבר שיש בו כדי לשמש שיקול לקולא. הצדדים להסדר היו מעורבים בהתדיינות ארוכת שנים, שבגדרה ביקשה אריאל, בין השאר, להכשיל את ניסיונותיה של עיריית חיפה לפטור עצמה מעריכת מכרז לתחזוקת מערכת הרמזורים, כדי שתוכל להתקשר בהסכם דווקא עם חברת מנורה. עמדה זו של העירייה נבעה, כפי שהובהר בהכרעת הדין, משיקולי בטיחות. ויוטעם, הדעת נותנת כי מכרז בתנאים נעדרי שוויון, בהם לאריאל למעשה אין סיכוי לזכות, יש בו משום פגם היכול להוליד "צרות משפטיות". יתר על כן, ברי שאם אריאל לא ניגשת למכרז, היכולת שלה להעלות טענות משפטיות נגד ההליך מתערערת. מכאן, שהיה למנורה עניין להשיג התחייבות של אריאל, גם אם לא חששה מתוצאות המכרז. כך איזו אהרון, מנכ"ל מנורה, הבין שאריאל מסוגלת "לנצל בצורה צינית את הליכי המכרז הנדרשים על פי החוק" (סעיף 24 להכרעת הדין), דהיינו, יש ביכולתה לנצל את המכרז גם אם לא תזכה בו.

למכתב משנת 1996 שנשלח למנורה – ארבע שנים לאחר מכן – שבו נאשם 2 דיבר על הגשת הצעות למכרזים בעיריית חיפה "בתיאום ובשיתוף", ייחסה המאשימה חשיבות בטיעונה לפני בית המשפט העליון, בטענה כי הכרעת הדין מתעלמת ממכתב זה. גם בית המשפט העליון הביע תמיהה כיצד נקבע נחרצות בהכרעת הדין שההסדר יועד למניעת צרות משפטיות לנוכח לשון המכתב. אכן, תוכנו של המכתב מדבר בעד עצמו. ברם, גם המכתב האמור אינו "מייצר", כשלעצמו, השפעה על התחרות. השפעה כזו יש ללמוד תוך ירידה לפרטי הנסיבות בשוק. בענייננו, הנסיבה החשובה היא עובדת ההשקעה במרכז הבקרה והשלכתה על סיכויי חברה אחרת, זולת מנורה, לזכות במכרז. לא עמדה בתיק זה ראייה המלמדת כי ההיערכות בחיפה בנושא הרמזורים בשנת 1996 השתנתה עם חלוף הזמן. מכל מקום, בית המשפט העליון לא התייחס לנושא מרכז הבקרה בפסק דינו, וכן לא התייחס לידיעת סיכויי הזכייה ע"י המעורבים. בשל אי-ההתייחסות, גם לא ניתן לומר כי בוטלו בו קביעותי לעניין זה. במקרה דנן נסיבה זו היא המשמעותית, לפי שמכוחה ברור שרק מנורה יכלה לזכות במכרז. עוצמת העובדות הקשורות למרכז הבקרה בהקשר התחרותי גדולה הרבה יותר מעוצמת הטיעון המצביע על קיום הכבילות בהסכם. משלא בוטלו קביעותי העובדתיות בהקשר זה ע"י בית המשפט העליון, יש טעם בטענת הסנגורים שהן שרירות וקיימות, ויש להתחשב בהן בגדר גזר דין זה. מידת הפגיעה בתחרות שיש ליחס להסדר נובעת ישירות מקביעות אלו.

התייחסות בית המשפט העליון בערעור לפגיעה בתחרות

8. ב"כ הממונה טוען כי בית המשפט העליון קבע מפורשות כי ההסדר בין הצדדים גרם לפגיעה בתחרות, ולעניין זה הפנה לסעיף 20 לפסק הדין של בית המשפט העליון. ברם, המעיין בסעיף 20 לפסק הדין אינו מגלה התייחסות לנושא מרכז הבקרה ולשאלת היכולת של אריאל להתחרות. הדיון בסעיף 20 נושא אופי משפטי, והוא נשען בעיקרו על עצם קיומה של כבילה ועל החזקות החלוטות הקבועות בחוק. אביא את סעיף 20 במלואו:

"על יסוד 'מוחלטותה' של החזקה בדבר חלוקת שוק, יש לדחות גם את טענת המשיבים לפיה בחיפה ממילא לא היתה תחרות, מה שגרם, לטענתם, לכך ש'הווייתורי' על חיפה לא היה וויתור על פלח שוק פוטנציאלי. קבלתה של טענה זו, כמו גם טענות נוספות

שהועלו על ידי המשיבים, ונועדו להראות כי ההסדר לא גרר אחריו פגיעה בתחרות, יש בה כדי לרוקן את רשימת החזקות החלוטות מתוכנן. ועוד, דינה של טענה זו להידחות גם לגופה, שכן אם תאמר כי בחיפה ממילא לא הייתה תחרות, וכי זכייתה של מנורה הייתה מובטחת, לא ברור כלל על שום מה היא ראתה לנכון לכרות הסכם עם אריאל, אשר במסגרתו התחייבה לשלם לה תמורה כנגד התחייבותה של אריאל שלא לנקוט נגדה הליכים משפטיים, מינוח שלהשקפתי אינו אלא כסות להתחייבותה של אריאל שלא להתחרות במנורה. אם תוסיף לכך את הנתון לפיו הצעתה הזוכה של מנורה במרכז חיפה הייתה גבוהה באופן ניכר מאומדן העירייה, כי אז אין מנוס מהמסקנה כי טענות הצדדים להסכם, וקביעתו של בית משפט קמא לפיהן לא נגרמה פגיעה כלשהי בתחרות, אינן עומדות במבחן הביקורת."

אכן, השיקול המופיע בדברים אלה, ולפיו אם אמנם זכייתה של מנורה היתה מובטחת לא ברור על שום מה היא ראתה לנכון לכרות הסכם עם אריאל הוא שיקול הגיוני, וכוונתו לבטל את ההסבר שניתן בהכרעת הדין לקיומו של ההסכם, דהיינו - היותו מיועד למניעת טרדות משפטיות. ברי שהכרעת בית המשפט העליון גם בהקשר זה גוברת. ברם, יודגש שוב כי אין בסעיף 20 האמור – וגם לא בכל מקום אחר בפסק הדין של בית המשפט העליון – התייחסות לנושא ההשקעה במרכז הבקרה ולחוסר האפשרות של אריאל להתחבר למרכז הבקרה. לשון אחר, בית המשפט העליון לא ביטל את הקביעה כי ידוע היה לכל שרק ביד מנורה לענות על דרישות המכרז ולזכות בו, ומכאן נובע בהכרח שלהסדר הכובל היתה השפעה זניחה על התחרות.

אי התיישבות טיעון הפגיעה בתחרות עם עובדות השוק

9. אציין כי, חזרתי ושאלתי את ב"כ המאשימה בעת הדיון כיצד מתיישבות עובדות ההשקעה במרכז הבקרה שלא התערערו בפסק הדין של בית המשפט העליון עם טיעונו בדבר הפגיעה בתחרות, ותגובתו היתה שעובדה היא שאריאל פעלה כדי לאפשר את השתתפותה במכרז ונטלה חלק בהליכים עד ליומיים לפני עריכתו, ומעובדה זו הוא לומד כי היא ידעה שתוכל להתגבר על בעיית מרכז הבקרה. הוא הוסיף כי עובדה היא שהשתתפו במכרז חברות נוספות, וכנראה - כך הוא טוען – ידעו גם הן שהדבר אפשרי.

ברם, עובדה היא שמנורה זכתה במכרז ולא חברה אחרת. בנוסף, כפי שהטעימו הסנגורים, עובדה היא שאריאל העלתה את בעיית המידע הטכני הדרוש לצורך הקשר עם מרכז הבקרה בסיוור הקבלנים לפני המכרז, ואין כל ראייה שהעירייה השיבה שהבעיה פתירה (ראו סעיף 36 להכרעת הדין). נהפוך הוא: העירייה הודיעה כי לא מצוי בידה הידע הטכני הדרוש, ובעדותו הסביר פרופ' צדר (פרוי' מיום 3.9.01, עמ' 79) כי נבצר מהעירייה למסור את המידע הדרוש בשל זכויות היוצרים שהוחזקו על ידי החברה הגרמנית. לכן כתבה אריאל לעירייה, שלושה ימים לפני מועד ישיבת הבוררות, כי לא יהא בידה להגיש הצעה (שם).

עוד אציין כי, ההשקעה במרכז הבקרה היתה גדולה ולא בנקל ניתן לדלג מעבר לה.

מסקנות לעניין הענישה

10. אעבור למסקנות הנובעות מהדיון דלעיל לנושא הענישה. לאחר בחינת נימוקי בית המשפט העליון לקבלת הערעור על הכרעת הדין, ובכללם הנימוקים הקובעים שאין מדובר בזוטי דברים (שרוכזו בסעיף 30 לפסק דינו), עולה המסקנה שאותם נימוקים אינם מונעים ענישה על פי רף נמוך, מאחר שאין בהם כדי ללמד כי לשיטת בית המשפט העליון מדובר בדרגת חומרה גבוהה של פגיעה בערך המוגן על פי החוק בו עסקינן, דהיינו התחרות. באופן יותר ספציפי ייאמר כי, אין בהם משום ביטול הממצא שרק מנורה יכלה לזכות במכרז חיפה, דבר שהיה ידוע לה, ליתר המתחרים בשוק וגם לעירייה. הטעם העיקרי לכך היה, כאמור, השקעתה של העירייה קודם למכרז במרכז בקרה שרק מנורה יכלה לחבר את הרמזורים אליו, בהיותה סוכנת בלעדית של החברה הגרמנית שייצרה אותו. עיריית חיפה, אפוא, היא זו שהעדיפה על פני התחרות שיקולי בטיחות.

יתר על כן, אפילו אם די בטענה הלומדת את ההשפעה על התחרות על דרך הסקת מסקנה, מעצם קיומה של כבילה, כעולה מהשיקול שאם לא היה צורך בכבילה לא היתה זו מופיעה בהסכם, עדיין נסיבות השוק מלמדות שאת ההשפעה המכרעת על התחרות ואת הוודאות של זכיית מנורה במכרז יש לייחס לפעולות העירייה דווקא. אדגיש שוב כי, מהכרעת הדין לא עולה כל ביקורת על עיריית חיפה בהקשר זה, מאחר שמדובר בסדר עדיפויות סביר – העדפת שיקול הבטיחות על השיקול התחרותי. לשון אחר, אין כאן משום זלזול בקופה הציבורית.

אשר להתרשמות בית המשפט העליון שמדובר בחלוקת שוק, אציין כי חלוקת השוק שבה דובר בכתב האישום היתה כזו שמנורה תקבל את חיפה ואריאל את ירושלים. בהשלכה של ההסכם על התחרות בחיפה דנתי לעיל. אשר לירושלים נקבע בהכרעת הדין – מבלי שבית המשפט העליון שינה ממצא זה – כי ההסכמה התייחסה להעברה בקבלנות משנה של עבודות שמחירן נקבע קודם לכן, וזאת תוך קבלת הסכמת הרשויות. מדובר בעבודות שמחירן נקבע כבר במסגרת הסכם קיים, ולכן גם אין לייחס להעברה השלכה תחרותית למעשה. עוד נקבע בהכרעת הדין כי לא מצויות ראיות על תיאום הצעות במכרז שיצא בירושלים בשנת 1994. ויוטעם - כתב האישום לא כלל התייחסות לתיאום מכרז בירושלים.

משזו תמונת ההשפעה על התחרות בחיפה וגם בירושלים, ובית המשפט העליון לא שינה אותה, אזי גם אם אין ההסדר הכובל בגדר זוטי דברים כקביעת בית המשפט העליון, לא ניתן לומר כי קביעותיו מחייבות ענישה מחמירה.

שיקולי ענישה נוספים למול השיקול המרכזי

11. אעבור משיקולי ההשפעה על התחרות לשיקולי ענישה נוספים. ב"כ המאשימה טען כי את העונש יש לגזור מכך שעבירות על חוק הגבלים עסקיים הן חמורות על פי עצם טיבן, ונשען על פסיקה. ברם, פסיקת בית המשפט העליון חזרה והבהירה בהקשרים שונים שהענישה היא תמיד אינדיבידואלית ותלויה בנסיבות המיוחדות, וכי גם אם נקבעו מסלולי ענישה ככלל, יש להם יוצאים מהכלל. ראו: [רע"פ 3674/04](#), **מוחמד אבו סאלם ואח' נ' מדינת ישראל** (תקדין).

המקרה שלפני, מהטעמים שפורטו, לא זו בלבד שאינו יכול להצדיק ענישה מחמירה, אלא שהוא מצדיק ענישה קלה, הגם שבוצע הסדר כובל. זאת מאחר שלא הוכחה פגיעה ממשית בציבור הקשורה בהסדר. אף אם לאחר המכרז התקשרות העירייה עם מנורה נעשתה במחירים גבוהים, דבר זה נבע ישירות ובאופן מכריע מסדר עדיפויות של העירייה, אשר בראשו עמדו שיקולי בטיחות הפעלת הרמזורים. בנסיבות שתוארו, אפוא, לא ניתן לייחס לנאשמים פגיעה בציבור בחיפה. אין גם בהעברת העבודות בירושלים לאריאל משום פגיעה בציבור, וזאת מאחר שנקבע בהכרעת הדין, כממצא

שלא שונה ע"י בית המשפט העליון, שהעברת הצמתים נעשתה על דרך של קבלנות משנה, במסגרת חוזים קיימים (שבהם כבר נקבעו המחירים). להעברה כזו אין השלכה תחרותית: לא היה בה כדי להשפיע על המחיר ששילם הציבור באמצעות עיריית ירושלים בעבור השירות.

כמו כן, העובדה שאריאל קיבלה תמורה במסגרת הסכם זה, באמצעות הסכום שנקבע ע"י הבורר, ואשר הוסברה בהכרעת הדין כבאה לפצות על פגיעות שגרמה מנורה לאריאל בעבר – לא באה על חשבון הציבור ולא גרעה ממנו דבר.

המסקנה העולה, אפוא, מניתוח ההשפעה על התחרות שהובא לעיל (ראו בעיקר סעיפים 5, 6 ו-7) היא, שהמעשים שהנאשמים ביצעו אינם חמורים מהיבט השלכתם על טובת הציבור. מסקנה זו מיתרת את הדיון בשורת השיקולים לחומרה שהעלה ב"כ המאשימה, ובכללם – מידת מעורבות של הנאשמים בעשיית ההסדר, העובדה שמדובר בתיאום מכרז, העובדה שההסדר בוצע, שהרי כאשר נעקרת החומרה מן היסוד, כל השאר אינו יכול לשנות את התמונה באופן משמעותי. גישה זו נכונה לא רק לגבי נאשמים 1 ו-2, אלא גם לגבי נאשם 3, הבורר. גם אם נכוונותו של הבורר לשמש בתפקיד אפשרה את קיומו של ההסדר והיתה חיונית לו, אין בכך כדי להקנות למעשיו את החומרה החסרה מן היסוד.

12. בנסיבות שתוארו, השיקול המכריע לצורך גזר הדין הוא השיקול שלא יהא זה נכון לייחס לנאשמים 1 ו-2 פגיעה של ממש בתחרות. העירייה מנעה את התחרות משיקולי בטיחות. יתר על כן, הנאשמים 1 ו-2 השקיעו במלחמה על התחרות, דהיינו – על יכולתם להתחרות, משאבים רבים. כאמור, נאשמת 1, בניהולו של נאשם 2, פעלה במשך שנים רבות – בדרך משפטית – כדי לנתק את הקשר המיוחד שנוצר בין העירייה לבין מנורה, ובכך להגביר את התחרות. כאשר טוענים כנגד הנאשמים 1 ו-2 שהם פגעו בתחרות, מן הראוי לזכור גם את מלחמתם למען התחרות בשנים שקדמו.

שיקולים מיוחדים לגבי נאשם 3

13. לנאשם 3 יוחסה עבירת **סיוע** בלבד. ב"כ המאשימה הדגיש בטיעונו לפני כי עונשו המקסימאלי על פי **חוק העונשין** (מחצית העונש של עבריין עיקרי) נגזר מהמסגרת המקסימלית הקבועה בחוק, ולא מהעונש שיוטל על הנאשמים 1 ו-2. מקובל עלי

טיעון זה, ואולם, הנסיבות שתוארו אינן מניחות מקום לענישה מחמירה. בהכרעת הדין נקבע שנאשם 3 לא הגה את רעיון ההסדר, לא קבע את תוכן שטר הבוררין ולא היה מעורב בניסוחו או במו"מ שקדם להכנתו. תפקיד הבורר נמסר לו בהיותו איש עסקים ישר ואמין, מבלי שהיה לו קשר אחר לענף התקנת הרמזורים. בהכרעת הדין נקבע גם כי הוא ראה תפקידו כפוסק רכיבי הפיצוי, במגמה לסיים את הסכסוך העסקי שבין הצדדים לבוררות. עוד נקבע כי לא היה לו עניין אישי כלשהו בקיום ההסכם, ואף לא בעצם קיום הבוררות. הוא אף לא קיבל שכר בשל סיועו ולא היה לו רווח כלשהו מן ההסדר.

ב"כ המאשימה טען מנגד כי נאשם 3 היה "אכפן" ההסדר הכובל וכי בהסכמתו לשמש בורר הסיר את מכשולי חוסר האמון בין הצדדים ואיפשר להסכם שביניהם לקרום עור וגידים. ב"כ המאשימה הטעים כי נאשם 3 החזיק את ערבות אריאל, ובכך הבטיח את מילוי התחייבותה שלא להתקשר בהסכם עם עיריית חיפה. עוד יש לציין שבית המשפט העליון ציין לגבי נאשם 3 כי לא ניתן לקבוע שמידת האנטי-חברתיות הטמונה במעשה בו הורשע זניחה. כב' השופט לוי נימק זאת באומרו: "באשר אף אם במעשיו לא סייע בגיבושו של ההסדר הכובל יוחד לו תפקיד מרכזי בהוצאתו אל הפועל ולאכיפתו". אין לי אלא לקבל את גישתו של בית המשפט העליון לעניין מרכזיותו של נאשם 3 באכיפת ההסדר. ואולם, עדיין מדובר בהסדר כובל שלא היתה לו השפעה ניכרת על התחרות, וכאמור, על פי תכלית החוק, זה השיקול המרכזי לעניין העונש. לא נקבע אחרת על ידי בית המשפט העליון. לאור האמור, אני סבורה כי מן הראוי להקל עם נאשם 3 ולהסתפק בענישה בלתי מחמירה.

שיקולים אינדיבידואליים

14. עד כאן השיקולים הקשורים ישירות לעבירות עצמן. אעבור לשיקולים אחרים העוסקים בנאשמים. גם השיקולים האינדיבידואליים פועלים באותו כיוון. גילו של נאשם 2 מעל 80 שנה. כנער צעיר הוחזק באושוויץ ושרד בדרך פלאית. לאחר מכן נסע לצ'כיה, למד הנדסה וגם עבר קורס טייס. כשפרצה מלחמת השחרור, היה ממקימי חיל האוויר. משהשתחרר מהצבא בראשית שנות ה-50, היה מראשוני מקימי התעשייה בארץ. אין ספק שנאשם 2 בעל היסטוריה מרשימה וצבר זכויות רבות שיש מקום להתחשב בהן כיום.

אשר לנאשם 3 – לא פורטו לגביו נסיבות אישיות אבל חומר הראיות לימד על השקפת הצדדים המעורבים לגבי יושרו ואמינותו. השקפה זו הביאה אותם להפקיד בידיו את תפקיד הבורר. לשני הנאשמים אין עבר פלילי כלשהו.

מועד ביצוע העבירות

15. בנוסף, לגבי כלל הנאשמים, יש להתחשב בעובדה שהעבירות המיוחסות להם בוצעו לפני שנים רבות (בשנת 1992). חלוף הזמן מאז ביצוע העבירה הוא שיקול העומד בפני עצמו, ואולם, כאן הוא משמעותי במיוחד, מאחר שבמועד הביצוע האכיפה של דיני ההגבלים העסקיים טרם קפצה מדרגה (ראו לשיקול זה [ע"פ 2754/97 צור צבי ואח' נ' מדינת ישראל \(תקדין\)](#); ת"פ (י-ם) 201/96 מ"י נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ ואח'). כמו כן, ניהול התיק (לרבות הערעור) נמשך זמן רב, ובוודאי גרם לעינוי דין.

עונשם של הנאשמים שסיימו בהסדר טיעון

אוסף כי, לא ראיתי לנכון להדריך עצמי בקביעת העונש ע"י העונשים שנגזרו על הנאשמים הנוספים בתיק זה, שמשפטם נסתיים בהסדר טיעון, מן הטעם שהקביעות העובדתיות שביסוד גזר דין זה התקבלו לאחר שמיעת ראיות, והן רלבנטיות לנאשמים שהמשיכו בניהול המשפט בלבד.

הטעמה: הגישה שננקטה כאן עולה בקנה אחד עם פסק דינו של בית המשפט העליון

16. בשל החשש שמא הדברים שנכתבו על ידי בגור הדין יוצגו כמנוגדים לעמדה שנקט בית המשפט העליון, וכדי להבהיר שאין זה כך, אחזור ואדגיש מספר עניינים. גזר הדין מבוסס על קבלת טענת הסנגורים לפיה בית המשפט העליון, בקבלו ערעור על הכרעת הדין ובקבעו כי אין מדובר בזוטי דברים, לא ביטל את ממצאי הכרעת הדין, לפיה ההסדר לא פגע פגיעה של ממש בתחרות. כדבריהם, קביעה שאין מדובר בזוטי דברים חשיבותה במישור שאלת עצם האחריות הפלילית, אך אין בה כדי לחייב גם מסקנה

שחומרת העבירות רבה. בית המשפט העליון קבע כי אין מדובר בזוטי דברים משיקולים משפטיים, מבלי שביטל ממצאים שביסוד גזר הדין. פסק הדין שלערעור מניח, אפוא, מקום לגישה מקילה לגבי העונש שאומצה לעיל לעניין החומרה.

העונשים

17. לאור כלל השיקולים שפורטו, אין בידי לקבל את טענות ב"כ המאשימה, לפיהן ראוי להשית קנס של 3 מיליון ש"ח על נאשמת 1, מאסר על תנאי וקנס של 500,000 ש"ח על נאשם 2; מאסר של שלושה חודשים לריצוי בדרך של עבודת שירות, מאסר על תנאי וקנס של 100,000 ש"ח על נאשם 3. זאת גם כשאני מדריכה עצמי ע"י קביעת בית המשפט העליון שאין מדובר בזוטי דברים המשפיעה לחומרה. בהתאם לשיקולים שפורטו לעניין חומרת העונש, ובהתחשב בעמדת בית המשפט העליון שאין מדובר בזוטי דברים, אני גוזרת על הנאשמים עונשים כדלקמן:

א. נאשמת 1 – קנס בסך 120,000 ש"ח, שישולם בעשרה תשלומים חודשיים שווים, החל ביום 1.9.06, ועד ל-5 בכל חודש בחודשים שלאחר מכן.

ב. נאשם 2 –

(א). קנס בסך 40,000 ש"ח, שישולם בארבעה תשלומים שווים, החל ביום 1.9.06, ועד ל-5 בכל חודש בחודשים שלאחר מכן.

(ב). לחתום על התחייבות להימנע מעבירה על [חוק ההגבלים העסקיים](#). סכום ההתחייבות 150,000 ש"ח. תקופת ההתחייבות – שנתיים מיום החתימה. החתימה על ההתחייבות תעשה תוך שבעה ימים. לא יחתום – ייאסר ל-7 ימים.

ג. נאשם 3 –

(א). קנס בסך 20,000 ש"ח, שישולם עד ליום 1.9.06.

(ב). יחתום על התחייבות להימנע מעבירה על [חוק ההגבלים העסקיים](#). סכום ההתחייבות 100,000 ש"ח. תקופת ההתחייבות – שנתיים מהיום. החתימה על ההתחייבות תעשה תוך שבעה ימים. לא יחתום – ייאסר ל-7 ימים.

ניתן היום, ג' בתמוז תשס"ו (29 ביוני 2006), במעמד הנאשמים ובאי-כוחם עו"ד ענת אוריאל, עו"ד קליין ועו"ד קלגסבלד ובמעמד ב"כ המאשימה עו"ד מוזס.

זכות ערעור לבית המשפט העליון תוך 45 יום מהיום.

מרים מזרחי 54678313-287/98

מרים מזרחי, שופטת

הוקלד ע"י נעמי ביטון
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה