

א

מדינת ישראל

נגד

1. אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ

2. אברהם הרשום

3. שי אופיר

ב

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

[14.7.2005]

ג

לפני השופטים א' א' לוי, ס' ג'ובראן, א' חיות

ד

בכתב אישום שהוגש לבית המשפט המחוזי נטען כי המשיבים 1 ו-2, חברה העוסקת בתחזוקת רמזורים ומנהלה, היו צד להסדר כובל שמטרתו הייתה חלוקת שוק ויחסה להם עבירה לפי סעיף 47(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (להלן – חוק ההגבלים). נטען כי בהסכם בודרות שערכו המשיבה 1 וחברה אחרת, שבו התחייבה המשיבה 1 להימנע מלהשתתף במכרז של עיריית חיפה לתחזוקת רמזורים בעיר, היה מסווה ליצירתו של ההסדר הכובל, שמכוחו קיבלה המשיבה 1 לידיה את תחזוקת הרמזורים בירושלים, והחברה האחרת את חיפה. למשיב 3, ששימש כבורר בין החברות, יוחסה עבירה של סיוע ליצירתו של הסדר כובל. בית המשפט זיכה את המשיבים וקבע, בין היתר, כי עומדת להם ההגנה הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 בדבר זוטי דבריו. באשר למשיב 3, נקבע כי הוא חוסה גם בצלו של סעיף 34 לחוק העונשין, המעניק לנושא משרה שיפוטית חסינות מפני העמדה לדין בגין מעשים שעשה במהלך תפקידו. מכאן הערעור.

ה

בית המשפט העליון פסק:

ו

א. (1) ההגדרה של הסדר כובל בסעיף 2(א) לחוק ההגבלים קובעת ארבעה יסודות מצטברים: קיומו של הסדר; זהותם של הצדדים להסדר, קרי בני אדם המנהלים עסקים; יסוד ההגבלה, שלפיו ההסדר מגביל את פעילותו של אחד הצדדים לו, או יותר; ויסוד הפוטנציאל לפגיעה בתחרות (1137 – ז, 1138 – ד).  
2(ב) סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים מפרט ארבעה סוגי הסדרים קונקרטיים, אשר בהתקיימותם מקימים הם חזקה בדבר פגיעה בתחרות, ולפיכך הם בבחינת התנהגות אסורה של כבילה. בית המשפט העליון פירש חזקות אלה כחזקות חלוטות, הקובעות כלל של מהות ושאינן ניתנות לסתירה. 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 (1138 – 1139 ד).

ז

- (3) במקרה דנן יש לקבוע כי הסכם הבוררות שבין המשיבה 1 לחברה האחרת נועד ליצור "חלוקת שוק" כמשמעה בסעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים, שלפיו יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לחלוקת השוק לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו. התחייבות הדדית כזו, שבה כל חברה רוכשת חזקה בטריטוריה נפרדת מכוחה של הסכמה מוקדמת ביניהן, יש לראות בה חלוקת שוק. על כן ההסכם בין החברות מקים חזקה חלוטה שלפיה ההסדר פוגע בתחרות, ויש לקבוע כי הצדדים להסכם חטאו בעבירה של יצירת הסדר כובל (141ד – ו, 142א – ב).
- (4) כמו כן, המקרה דנן אינו מסוג המקרים שאותם ראוי להחריג מתחולתו של חוק ההגבלים על דרך של פרשנות תכליתית. אדרבה, הסדרים מסוג זה הנדון הם בדיוק ההסדרים שביקש המחוקק למנוע (143א – ב).
- ב. (1) אף על פי שהסייג בדבר "זוטי דברים" אינו מונה רשימה של מקרים הבאים בגדרו, יש 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 מזערית 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 (148ב – ג).
- (2) נקיטת זהירות בהחלתו של הסייג אינה מונעת 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 לאורך לא תשרת כל מטרה ראויה (148ד).
- (3) אין מניעה להחלתו של הסייג בדבר זוטי דברים על חוק ההגבלים העסקיים. עם זאת, בחוק ההגבלים מצויות כמה הוראות שתפקידן לשמש כמסננות, ומטרתן להוציא מגדרו מעשים שנלכדו ברשתו הרחבה בלי שנתכוון להם או שההרשעה בגינם לא תשרת כל אינטרס ציבורי. על כן קודם להפעלתו של הסייג בדבר זוטי דברים יפעיל חוק ההגבלים את המסננות הקבועות בו, ורק משנעשה כן, יש לבחון את תחולתו של הסייג. מצב זה עשוי להגביה את המשוכה הניצבת בפני הטוען כי חל עליו סייג זה (149ב – ג, 150ז – ז).
- (4) במקרה דנן אין לקבוע כי את ההסדר הכובל שהחברות נתנו לו את ידן היה ניתן להגדיר כ"קל ערך" או זוטות, ועל כן אין המשיבים 1 ו-2 יכולים לזכות בפטור מהרשעה מכוח סעיף 34 לחוק העונשין (151ז).
- (5) גם מעשיו של המשיב 3 אינם נכנסים לגדרם של המקרים החריגים שבהם יופעל הסייג בדבר זוטי דברים. אף אם במעשיו לא סייע בניכושו של ההסדר הכובל, יוחד לו תפקיד מרכזי בהוצאתו אל הפועל ובאכיפתו במישור היחסים שבין החברות (155ב – ג).
- ג. (1) ההגנה בסעיף 34 לחוק העונשין היא 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. על כן, אין להרחיב את תחולתו של סעיף 34 למי שאינו נמנה על הרשות השופטת (157ז – 159ב).
- (2) אף אם הסעיף היה חל על בוררים, בנסיבותיו של המקרה דנן לא היה מקום להחיל אותו על המשיב 3 (159ד – ה).

- ד. הדרישה ליסוד הנפשי בעבירת זסיזע באה על סיפוקה בעצם מודעותו של המסייע לטיב התנהגותו ולנסיבות ובמטרתו לדגיש עזרה למבצע העיקרי. גם אם המטרה לא עמדה לנגד עיניו של המסייע, הרי שדי במודעות לכך שהתנהגותו עשויה, ברמת הסתברות של ודאות קרובה, להיות אמצעי עזר למבצע העיקרי. מודעות מסוג זה שקולה כנגד המטרה לסייע הנדרשת בהוראת הסיוע. במקרה דנן, נתקיימו במשיב 3 יסודותיה של עבירת הסיוע (153ב – ד, 154ג – ד).
- ה. לפיכך, יש לקבל את הערעור ולהושיע את המשיבים בעבירה לפי סעיף 47(א)(1) בשילוב עם סעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים, ואשר למשיב 2 – בשילוב גם עם סעיף 48 לחוק. יש להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי לצורך קיומם של ההליכים לעניין גזר הדין (160ב – ג).
- ו. (אליבא דשופטת א' חיות): אין מקום לקביעה נחרצת שלפיה הסייג בדבר זוטרי דברים לעולם לא יחול מקום שההסדר נושא העבירה בא בגדר החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) לחוק (161ג – ד).
- ג. חוקי יסוד שאוזכרו:  
– חוק-יסוד: השפיטה, סעיף 2.
- חקיקה ראשית שאוזכרה:  
– חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, סעיפים 2, 2(א), 2(ב), 2(ב)(3), 4, 9, 10, 14, 15א, 47(א)(1), 48.
- ד. חוק העונשין, תשל"ז-1977, סעיפים 31, 34ה, 34ז, 34כ, 34כג, פרק ה'1, סימן ב'.  
– חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ד-1994, ס"ח 348.  
– חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, סעיפים 59, 62.
- ה. פקודת הנזיקין [נוסח חדש], סעיף 8.  
– חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, סעיף 13(5).  
– פקודת החוק הפלילי, 1936.  
– חוק הבוררות, תשכ"ח-1968, סעיפים 23, 24.  
– חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, סעיפים 17-21.
- ו. חוק נציב תלונות הציבור על שופטים, תשס"ב-2002, סעיף 14.
- חקיקת משנה שאוזכרה:  
– כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), תשס"א-2001.
- ז. הצעות חוק שאוזכרו:  
– הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב-1992, ה"ח 115, סעיף 53.

## פסקי דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213. א
- [2] רע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309.
- [3] דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שפי-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56.
- [4] ע"א 3700/98 א.מ. חנויות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד נו(2) 590.
- [5] עע"מ 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים, פ"ד נח(3) 293. ב
- [6] רע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשייה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע"מ, פ"ד נח(2) 634.
- [7] ע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הדרוויץ, פ"ד נו(4) 913.
- [8] ע"פ 45/49 מפרן נ' היועץ המשפטי, פ"ד ד 123.
- [9] ע"פ 839/78 מדינת ישראל נ' אבני, פ"ד לג(3) 821. ג
- [10] ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145.
- [11] ע"פ 807/99 מדינת ישראל נ' עזיזיאן, פ"ד נג(5) 747.
- [12] רע"פ 2788/00 נמר נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 385.
- [13] ע"פ 4675/97 רוזוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 337.
- [14] ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בודוביץ, פ"ד נט(6) 776. ד
- [15] ע"פ 1042/03 מצרפלט שותפות מזגבלת בע"מ (1974) נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 721.
- [16] דנ"א 3113/03 א.מ. חנויות (ירושלים) (1993) בע"מ נ' עיריית ירושלים (לא פורסם).
- [17] ע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' משרד הביטחון, מינהל ההרכשה והייצור, פ"ד נב(3) 145. ה
- [18] ע"פ 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 239.
- [19] ע"פ 7085/93 נג'אר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 221.
- [20] ע"פ 320/99 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 22.
- [21] ע"פ 8710/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481. ו
- [22] ע"פ 11131/02 יוסופוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 917.
- [23] ע"פ 26/66 חמאד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(3) 57.
- [24] ע"פ 257/79 סורי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 757.
- פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים שאוזכרו: ז
- [25] ת"פ (י-ם) 287/98 מדינת ישראל נ' מנורה (רמזורים) בע"מ, פ"מ תשס"ג(1) 245.
- [26] ת"פ (י-ם) 385/98 מדינת ישראל נ' חברת טגר בע"מ (לא פורסם).

## ספרים ישראליים שאוזכרו:

- א [27] י' יגור דיני הגבלים עסקיים (מהדורה 2, תש"ס).
- [28] ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (כרך ב, תשמ"ז).
- [29] י' קדמי על הדין בפלילים – חוק העונשין (כרך א, תשס"ה).
- [30] ד' אבניאלי חטינות אישי ציבור (תשמ"ב).
- [31] ס' אוטולנגי בודרות – דין ודוהל (מהדורה 3, תשנ"א).

## ב

## מאמרים ישראליים שאוזכרו:

- [32] נ' כהן "תחרות מסתרת וחופש עיסוק" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 353.
- [33] מ' שיצר) גל "לבור את המוץ מהתבן – היקף תחולתו של האיסור לערוך הסדר כובל בהתאם לפסיקה האחרונה" דין ודברים א (תשס"ה) 533.
- ג [34] ד' גילה "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אדי-הוק? – הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים" עיוני משפט כז (תשמ"ג-תשס"ד) 751.
- [35] ד' פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה (תשמ"ג-תשמ"ד) 155.
- ד [36] א' מגן "זוטי דברים" – אך לאו מילתא דזותרתא" הפרקליט מג (תשנ"ז) 38.
- [37] מ' גוראריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992" משפטים כד (תשנ"ד-תשנ"ד) 9.
- [38] מ' קרמניצר "תיקון 39 לחוק העונשין – חמש שנים לחקיקתו" מגמות בפלילים – עיונים בתורת האחריות הפלילית (א' לדרמן עורך, תשס"א) 55.
- ה [39] י' גלעד "אוי לדור ששופטיו צריכים להישפט?" עלי משפט ב (תשמ"ב) 255.

## שונות:

- [40] "הצעת חלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר" משפטים י (תש"ס) 202.
- ו ערעור על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופטת מ' מזרחי) מיום 10.6.2003 בת"פ 287/98 [25]. הנרטר ותקבל.

- ז דוד גדעוני, מיכל הלפרין, אסף מוזני – בשם המערערים;
- ח דן שינמן, נילי רוטלוי – בשם המשיבים 1-2;
- ט דורי קלגסבלד, שרון קליימן, גור בליי – בשם המשיב 3.

## פסק דין

א השופט א' א' לוי

מבוא

1. המשיבה 1, "אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ" (להלן – אריאל), היא חברה העוסקת בתחזוקת רמזורים שעד לשנת 1983 תחזקה את מרבית מערכות הרמזורים בחיפה. המשיב 2, אברהם הרשלוס (להלן – הרשלוס), שימש בתקופה הרלוונטית מנהלה הפעיל של אריאל וכן מנהלה של חברת "וימאזור", שעסקה אף היא באותו תחום. המשיב 3, שי אופיר (להלן – אופיר או המשיב 3), הוא איש עסקים שנתן את הסכמתו לשמש כנרד 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 הייתה חלוקת שוק, היינו שמנורה תתחזק את הרמזורים בחיפה, ואריאל תעשה זאת בירושלים. בגין אלה יוחסה להם עבירה לפי סעיפים 47(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (להלן – חוק ההגבלים 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, ובאשר לאחרים, חזרה בה המערערת מהאישום.

הערעור שבפנינו, שהוגש מטעם המדינה, מופנה נגד 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 כמה 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 מגורה בלי להירשם למכרז. עמדה זו של העירייה נבעה מהבנתה שזכייה של חברת אחרת במכרז תהיה כרוכה בייקור עלות תחזוקתם של הרמזורים, באשר הרב יחייב החלפה של המנגנונים הקבועים בהם. כאן וזמקום להבהיר כי מנגנוני הרמזורים ומרכזו הבקרה הפועל בעיר מיוצרים על ידי חבורה גרמנית, שנציגתה הכלעדית בישראל היא מגורה. במצב זה היה חשש כי מגורה לא תהיה מוכנה להעמיד לרשות הזוכה במכרז את הידע הטכני שיידרש לצורך תחזוקת הרמזורים, והרב עלול לחייב את החלפת המנגנונים, ומכאן ועד לייקור עלות התחזוקה הדרך קצרה.

בסופו של יום, ומכוח הוראו של בית המשפט הגבוה לצדק, פרסמה העירייה בשנת 1992 מכרז נוסף (מכרז 26/92, שייקרא להלן – מכרז חיפה). ביום 25.10.1992, יומיים בלבד לפני המועד האחרון להגשת ההצעות לאותו מכרז, חתמו אריאל ומגורה על שטר בוררין (להלן – ההסכם). אשר על פי נוסחו נועד ליישב "חילוקי דעות לגבי חובם של מגורה איזו ו/או מנוויה רמזורים ו/או יצחק ו/או אלי... לאריאל ו/או להרשלום". מי שקיבל על עצמו לשמש בורר בין החברות ועשה זאת ללא תמורה, היה המשיב 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, שבו התחייבה אריאל הלכה למעשה להימנע מלהשתתף במכרז חיפה, ונ'לשון המקור:

ה. "א. אריאל ו/או הרשלום מתחייבים בזה כי אריאל ו/או כל חברת 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 התחייבותנו של אריאל ו/או הרשלום כאמור בס"ק א' לעיל, תפקיד אריאל בתוך \_\_\_ ימים מיום חתימת שטר בוררין זה, בידיו הנאמנות של הבורר, כתב ערכות בנקאית אוטונומית וכלתי מותנית בסך של \_\_\_ ש"ח, צמוד למדד המחירים לצרכן (להלן: 'המדד') לטובת מגורה איזו אהרון (להלן: 'ערכות אריאל').

ג. ערכות 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 ערכות 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 ערכות אריאל לקבוצת מנורה כדי לגרוע מכל סעד העומד לקבוצת מנורה כלפי אריאל ו/או הרשלום על פי כל דין.

א

ה. הבורר יחזיר את ערכות 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.

ב

ו. ...".

מכות אותו הסכם התחייבה מנורה לשלם לאריאל בגין מה שהוגדר כ"סכסוכי העבר" סכום כסף שייקבע על ידי הבורר (סעיף 3 להסכם), ואשר 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 אחר החשוב לדיון שבפנינו הוא סעיף 16, שבו נקבע כי ההסכם ייכנס לתוקף "לאחר שמי מקבוצת מנורה יקבל את אישור ראש העיר לזכייתה במכרז 26/92 או שייחתם החוזה בגין המכרז האמור".

ג

ד

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 לתחזוקת מערכת הרמזורים בעיר. נציין כי אף על פי 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 הייתה צריכה להחליף את המנגנונים הקיימים ברמזורים.

ה

ו

3. לאחר כל אלה פנה הרשלום לאופיר בדרישה להתזיר לידי אריאל את הערכות הבנקאית שהפקידה החברה, וכן לפסוק בשאלת חובה של מנורה. ואכן, ביום 15.6.1993 פסק הבורר כי על מנורה לשלם לאריאל סכום של 1,150,000 ש"ח, והוא

ז



חייבה למסור לאריאל גם את הטיפול במערכת הרמזורים בצמתים שונים בירושלים, שתוחזקו עד אז על ידי מנורה.

א

כאן המקום לציין כי עובר למתן פסק הבורר תחזקה מנורה 28 צמתים מרומזורים 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, כאשר זו לא תצטרך להחליף את מנגנון הבקרה, דבר שעשוי להביא להוזלת ההצעות. במהלך בדיקתן של ההצעות התבררו שתי עובדות מפתיעות בנוגע 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 28.7.1994 הכריזה ועדת המכרזים של עיריית ירושלים על זכייתה של אריאל במכרז 19/94.

ב

ג

ד

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:

ה

"לכבוד שי אופיר

הנדון: מכרזים בעיריית חיפה

ו

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

ז

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, ואריאל הבטיחה

לעצמה את התחזוקה בירושלים. המערערת הוסיפה וטענה כי מכתבו של הרשלום לאופיר משנת 1996 מלמד כי ההסכמה להימנע מתחרות לא הצטמצמה רק למכרז חיפה משנת 1992, אלא חלה גם על מכרזים עתידיים אחרים. באשר לאופיר טענה המערערת כי הוא שאיפשר להסכמים בין מנורה לאריאל לקרום עור וגידים, והוא שגם דאג לאכיפתם.

א

5. המשיבים לא הכחישו את קיומן של ההסכמות בין מנורה ובין אריאל, ואף אישרו כי פסק הבורר שבא בעקבותיהן קיים. 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 ידיה, אמצעים שהיו עלולים לסכל את זכייתה של מנורה במכרז. נטען כי הסכמה זו אינה הסדר כובל, אלא השלמה של אריאל עם מצב קיים הנובע מחוסר יכולתה להתמודד עם מנורה בחיפה.

ב

ג

באשר להתחייבותיה 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 ליריה 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 ידי 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, תשל"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 שממנה נהנית הרשות השופטת.

ד

ה

ו

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

(א) מאפייניו של שוק הרמזורים:

ז

בית משפט קמא מצא כי שוק הרמזורים, וכייחוד בעיר חיפה, מכביד על התחרות מחמת אופיו. נקבע כי מי שמחזיק בידע הטכני להתקנת הרמזור נהנה מיתרון בכל הנוגע לתחזוקתו. זיקה זו שבין ההתקנה לתחזוקה מביאה לכך שבהיעדר שיתוף פעולה

מצדה של החברה המתקינה עלולים להתעורר קשיים בהפעלה השוטפת של הרמזור, עניין שמשפיע באופן מידי על ומת הבטיחות באותו צומת. עקב כך נטו רשויות מקומיות רבות, ואף מע"צ, לשכונן את שירותיה של החברה שהתקינה את הרמזור גם לתחוקתו.

ועוד נקבע כי הכבדה זו על התחרות הייתה אופיינית בייחוד בחיפה. בשנת 1989 הקימה העירייה עם מנורה, אשר שימשה קבלן משנה של חברת SBH הגרמנית, מרכז בקרה חדיש, ייחודי ויקר, שהפעלתו הייתה מורכבת במיוחד. מצב זה הקנה לחברת מנורה יתרון של ממש על חברות אחרות, הואיל והיא החזיקה בידיה ידע טכני שלא היה מצוי אף לא בידי אחת ממתחרותיה. נקבע כי לאור השקעתה של עיריית חיפה במרכז הבקרה החדש "[...]התקשרות עם חברת רימזור שאינה מנורה, אשר לא יאה בידה לקיים את דרישות הקשר עם מרכז הבקרה, משמעותה הייתה גם 'זיתור' 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..." (הכרעת הדין בנ"י 287/98 מדינת ישראל נ' מנורה (רמזורים) בע"מ [25], בעמ' 272). בעקבות זאת 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 כי התקיימה פעילות קרטלית בין מנורה לאריאל. נקבע כי "...אם אמנם התרחשה עליית מחירים בחיפה בשל ניצול כוח השרוק, היה על העירייה להלין על עצמה, לפי שיש לקשור זאת, קודם כול, להערפה שנתנה היא עצמה למנורה מלכתחילה" (שם, בעמ' 276).

ה (ב) תוכנם של הסכם הבוררות ושל פסק הבוררות:

באשר להתחייבותה של מנורה להעביר לידי אריאל את הצמתים בירושלים נפסק כי אין בהתחייבות זו כבילה אסורה. נמצא כי בפועל חפסה אריאל את מקומה של מנורה באמצעות זכייה במכרז, ולא בשל ד סדר אחר ביניהן. עם זאת נקבע כי בעת יצירתו של הסכם הבוררות התכוונו החברות שהעברת הצמתים בירושלים תיעשה בדרך של קבלנות משנה, והחוזה שהיה קיים אותה עת בין מנורה לעיריית ירושלים איפשר זאת. ועוד נמצא כי בשנת 1992, בעת כריתתו של הסכם הבוררות, לא ידעו כלל החברות על המכרז שעתידיה עיריית ירושלים פרסם בשנת 1994, הואיל והחוזה בין העירייה למנורה היה אמור להסתיים רק בשנת 1997. כן נקבע כי גירסתם של המשיבים, שלפיה התכוונו לבצע את העברת הצמתים בדרך של קבלנות משנה, אף נתמכת בלשונו של

הסכם הבוררות, ומנגד אין ראיות המלמדות על תיאום מכרז ביניהן. על רקע כל אלה אמר בית משפט קמא:

א "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'" (ת"פ 9 (י-ם) 287/98 ה"ל [25], בעמ' 279).

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 נקיטת הליכים משפטיים אשר יסכלו את תוצאת המכרז ויביאו לביטולו. נקבע כי על אף לשונו של סעיף 13 להסכם הבוררות שלפיו התחייבה אריאל שלא לחתום עם עיריית חיפה על הסכם, וחרף הערכות 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 שלפיה בהתחייבותה 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 ברציונל ההגנה על התחרות, מחד, והיא תואמת את רצון העירייה להעדיף את מנורה מנימוקים בטיחותיים, מאידך. על כן נקבע כי גם בהקשר זה לא התקיימו יסודותיה של העבירה לפי סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים.

(ג) מכתבו של הרשום לאופיר:

זכור, מכתב זה נשלח בשנת 1996, והמערערת טענה כי הוא ראיה להסדר כובל שהושג בשנת 1992 ושנמשך 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. 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. עם זאת קבע בית המשפט המחוזי כי יש לראות בהסכם שבין המשיבים הסכם של "חלוקה שוק", לפי סעיף 2(ב)(3) לחוק. בהקשר זה נאמר כי מלשוננו של הסכם הבוררות עולה שההחייבות שנטלה אריאל על עצמה "...עוסקת היא בעצם ההתקשרות עם עיריית חיפה, ולא בנקיטת אמצעים משפטיים דווקא" (שם, בעמ' 287), 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 מכרו חיפה או למכרו שהיה בא במקומו" (שם, שם). במאמר מוסגו אודה כי התקשיתי להבין כיצד ניתן ליישב קביעות נחרצות אלה של בית משפט קמא עם ממצאיו האחרים, שהובאו לעיל, ולפיהם התחייבותה של אריאל הייתה הרחייבות שלא לנקוט הליכים משפטיים בלבד. מכל מקום, על בסיס ממצא אחרון זה זוסף 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 זפטור מהרשעה, הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין, ובלשון המקור:

"הגסיבות הרלוונטיות ליכולתה של אריאל להתחרות בחיפה עוקרות את החומרה מההסכם הנדון. ההסכם בין הצדדים, כטענת הנאשמים 5 ו-6 [אריאל והרשלוס – א' א' ל'ן, לא יצר את המגבלה הפוגעת בתחרות, אלא אך ורק תיאר מצב קיים. לא ניתן לאריאל, למעשה, להיכנס לשוק הרלוונטי ואף לא ניתן לומר שמאמציות 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 מתחורר שמהיבט מניעת הפגיעה בערך האמור לא נחוצה למעשה הטבעת 'אות קין' של הרשעה. מניעת הגנה כזו – במקרים בהם החזקה החלוטה אינה הולמת את הנציאות – יש בה כדי לפגוע שלא לצורך במי שמעשיהם אינם עוברים את סף 'האנטי חברתיות' המינימלי, ובכך היא פוגעת בכלל המירתיות העולה מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" (שם 25), בעמ' 291-292).

## זיכוי של אופיר

8. לאור זיכוי של אריאל ושל הרשלום 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 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" (שם, בעמ' 296). עוד נקבע כי מכוח מעמדו כבורר יש לראות באופיר כמי שהוא חלק מהרשות השופטת, ולפיכך הוא חוסה בצלו של סעיף 34 לחוק העונשין, המעניק לו חסינות מפני העמדה לדין אף שהוא אינו עובר מדינה.

## טענותיה של המערערת

9. המערערת מלינה על זיכוי של המשיבים וממקרת 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, היא 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 הרשלום 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, שבהם אין למעשה הפלילי השלכה על הציבור. לא כך הדבר – לגישה – כשמדובר בעבירות כלכליות שנודעת להן השפעה על כספו של הציבור, כמו המקרה שבפנינו.

ועוד: לגישה 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 שלהם נודעת החומרה הרבה ביותר, ובעניינם 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, אין להחיל לגיוסח המשיכה בעניינם של הסדרים כאלה את הסייג בדבר זוטי דברים.

א

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 הנדון.

ב

זאת ועוד, להשקפת המערערת, שגה בית משפט קמא בהתייחסו לעבירת ההסדר הכובל, ובייחוד כשמדובר בתיאום מכרז, כאל עבירה תוצאתית אשר פגיעה בתחרות הוא אחד מיסודותיה. לפיכך לעניין תחולתו של סייג זוטי דברים אין כל רלוונטיות לנתון שלפיו הפגיעה בתחרות הייתה קלה בלבד. מכל מקום, לגירסת 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.

ג

ד

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 להטכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), תשס"א-2001 (להלן – כללי הפטור), המתווים קריטריונים אשר בהתקיימם תיחשב הפגיעה בתחרות "קלת ערך". לטענתה, הסדרים שאינם עומדים בדרישות הפטור אינם יכולים לחסות בצלו של הסייג הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין.

ה

המערערת מלינה גם על זיכורו 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 מאחורי שמדובר בהסדר הלוקה באי-חוקיות, אין הצדדים להסכם יכולים להיעזר במערכת המשפט לשם אכיפתו, ולפיכך נדרש גוף חלופי האמון על קיומו של ההסכם, ומכאן, לגישוזה, מעמדו המרכזי של אופיר בפרשה.

ו

ז

כאשר 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 פונקציונלי, תפקיד שיפוטי או מעין-שיפוטי. נטען כי החלטה של

ההגנה על בוררים עלולה לאפשר להם לתת את ידיהם למעשי עבירה אגב הליך הבוררות בלא חשש שייאלצו לתת על כך את הדין. לחלופין טוענת המערערת כי אם ההגנה על הרשות השופטת אכן חלה על בוררים, אין מקום להחילה בנסיבות העניין משום שבפעילותו חרג אופיר מתפקידו כבורר.

א

## טענות המשיבים

10. המשיבים 1 ו-2 חזרו בפנינו על קו ההגנה שנקטו בבית משפט קמא, לאמור: הם סבורים כי העבירה של חלוקת שוק, כמשמעה בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, לא התקיימה בעניינם כלל. 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 ויתרה על פלח שוק פוטנציאלי כי אם השלימה עם מציאות קיימת. על כך מוסיף המשיב 3 כי בשל אופיו של שוק הרמזורים בחיפה, ובעיקר בשל חסמי הכניסה לשוק זה, אין לראות באריאל ובמנורה מתחרות, ומשכך אין להחיל בעניינן את האמור בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים.

ב

ג

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 לא השתכללו כלל בעניינם. באשר להרשולם טוענים המשיבים כי מנקודת מבטו לא הייתה כל תחרות בשוק הרמזורים בחיפה, ומשכך הוא לא היה מודע לכך שההסדר מהווה "חלוקת שוק".

ד

ה

באשר לסייג בדבר זוטי דברים טענו המשיבים כי אין מקום לקביעה כללית שאין לסייג זה תחולה בעבירה של הסדרים כובלים, א-פריורית. המשיבים מוסיפים כי ביסודו של חוק ההגבלים ניצבת תכלית של מניעת הפגיעה בתחרות החופשית. לפיכך מקום שבו נמצא כי אין מתקיימת כל פגיעה בערך זה, אין טעם להחיל על אדם את האיסורים הקבועים בחוק אגב הכחמת שמו בהרשעה בפלילים, ועוד, לטענת המשיבים בית משפט קמא נהג נכון כאשר הביא 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.

ו

ז

11. לטענות אלה הוסיף המשיב 3 כי צדק בית משפט קמא בזכותו אותו מהעבירה של סיוע לעבירה של הסדר כובל, בשל חלקו השולי בעבירה זו. ועוד טען כי במעשיו



א לא התקיים כלל היסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעה בסיוע לדבר עבירה, שכן הוא לא היה מודע לפליליותו של המעשה שלו הוא סייע. יתרה מכך, לטענת אופיר, לשם הרשעתו בעבירה של סיוע לעבירה היה על התביעה להוכיח כי התקיימה בו הכוונה לסייע, והרי בעת ששימש בורר כל שנדרש היה להכריע בסכסוך המסחרי שבין מגורה לאריאל, ולא הייתה לו מטרה אחרת כלשהי.

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

דין

ט 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 בנאחזותו של המשיב 3 בפרשה, בעבירה של סיוע ליצירת הסדר כובל ובהיקף ההגנה על הרשות השופטת.

ה 13. הערך העומד בבסיסם של דיני ההגבלים העסקיים הוא הערך בדבר קיומה של תחרות חופשית. תחרות כזו מבטיחה לצרכן כי מהיצע 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 הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיונוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ (להלן – פרשת תנובה [1]), בעמ' 230). 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 זו היא גם תנאי הכרחי לקיומו של משק יעיל ובריא, ואף לצמיחה כלכלית. התחרות מעודדת יזמות, גורמת לשיפור מתמיד של היצע המוצרים בשוק ולהררתם של יצרנים בלתי יעילים ממנו (ראו: י' יגור דיני הגבלים עסקיים (להלן – יגור [27]), בעמ' 47-48, וכן נ' כהן "תחרות מסחרית וחופש עיסוק" [32]). כל אלה הפכו

את ערך התחרות החופשית לערך מרכזי כשיטתנו הכלכלית, החברתית והמשפטית, ודיני ההגבלים העסקיים מבטאים הכרה זו (ראו רע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ [2], בעמ' 327). בהקשר זה יפים דבריו של הנשיא בפרשת תנובה [1], בעמ' 229-230:

א

"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 הכרעה החברתיים ומניעת ריכוז-יתר של כוח בידי השלטון או בידי 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 כלליות של החברה (ראה K.J. Arrow *Social Choice and Individual Values*, at pp. 1-2). ההגנה על התחרות החופשית עומדת גם ביסוד ההגנה על זכויות יסוד אחרות. כך, לדוגמה, אין לנתק בין חופש התחרות לבין חופש העיסוק (ראה בג"ץ 3544/94 שחף נתיבי אוויר בע"מ נ' שר התחבורה ואח'). קיומו של מונופולין או היעדר זכות שווה לעסוק, פוגעת בחופש העיסוק (ראה: מ' גולדברג "חופש העיסוק: מזכות יסוד לחוק יסוד", בעמ' 304-305; בג"ץ 726/94, 878 כלל חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' שר האוצר ואח', בעמ' 471). כך, מצב שבו שוק מסוים נשלט על-ידי יצרן בודד יכול למנוע לעתים את יכולתו של פרט אחר להיכנס בשעריו של העיסוק האמור".

ב

ג

ד

ה

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

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

ו

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

ז

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

עיון בסעיף 2 מעלה כי ההגדרה האחת, זו המצויה בחלקו הראשון של הסעיף, קובעת ארבעה יסודות מצטברים ("או: דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-היים (1994) בע"מ (להלן – פרשת טבעול' (3)), בעמ' 96 וכן יגור [27], בעמ' 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 על פה, בין במפורש ובין מכללא; (2) היסוד השני עוסק בזהותם של הצדדים להסדר, קרי בני אדם המנהלים עסקים; (3) יסוד ההגבלה, שלפיו ההסדר מגביל את פעילותו של אחד הצדדים לו, או יותר; (4) אחרון 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 שנפרש את ההתחייבות שאריאל נטלה על עצמה במסגרת הסכם זה כהתחייבות להימנע מנקיטתם של הליכים משפטיים, כפרשנותו של בית משפט קמא, ובין שנפרש 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 אותו יכולת התחרות שלה. עיקר הדיון בבית משפט קמא התמקד ביסוד הפוטנציאל לפגיעה בתחרות, אולם כפי שנראה בהמשך, בדיון כזה אין כל צורך בענייננו.

16. נפנה עתה להגדרתו של הסדר כובל בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים. סעיף זה מפרט ארבעה סוגי הסדרים קונקרטיים אשר בהתקיימותם מקימים הם חוקה בדבר פגיעה בתחרות, ולפיכך הם בבחינת התנהגות אסורה של כבילה. בפרשת טבעול

[3] פירש מותב מורחב של בית משפט זה חזקות אלה כחזקות חלוטות, הקובעות כלל של מהות ושאינן ניתנות לסתירה:

"השכל הישר וניסיון החיים יורונו 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 [3], 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 לבד מהתכלית 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) מגסים להשיג היא 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 לחיסכון במשאבים יקרים הנדרשים במצב רגיל, במסגרת סעיף 2(א) לחוק, לשם הוכחת חוצאתו הפוטנציאלית של ההסדר על השוק (ראו מ' (שיצר) גל "לבור את המוץ מהתבן – היקף תחולתו של האיסור לערוך הסדר כובל בהתאם לפסיקה האחרונה" [33], בעמ' 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 הרשתתם של צדדים להסדר כזה אינה משרתת את תכליתם של דיני ההגבלים העסקיים שעליה עמדנו בראשית דברינו.

17. ואכן, עוד בטרם נס לחה של הלכת טבעול [3] החלו להיראות בה סימנים של כרסום. אגב כך התעורר בכמה מקרים גם החשש כי צד לחוזה ינסה להתחמק מההתחייבויות הנובעות ממנו באמצעות ניצול הוראותיו הרחבות של חוק ההגבלים העסקיים שלא לתכלית שאותה הן נועדו להגשים. בע"א 3700/98 א.מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים (להלן – פרשת חניות [4]) 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 היא כבילה אסורה לפי סעיף 2(ב). חברי השופט 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 שעל-פיה ייחשבו כפסולים ואסורים הסדרים משפטיים רצויים, שהם חלק מחיי המסחר והכלכלה והמתקיימים כדבר שבשיגרה... אם בחר המחוקק לנקוט לשון רחבה, עשה כך בכוונה ללכוד ברשתו מעשים פסולים הנוגזים 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" (פרשת חניות [4], בעמ' 598).

השופט אור אמנם בחר באותה פוישה ללכת בדרך שונה, אולם אף הוא הגיע למסקנה שאין לבטל את התניה האמורה.

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

"...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 בפירושו 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 [5], בעמ' 309).

א

למען שלמות התמונה אוסיף כי בפרשה אחרת הביע השופט טירקל השגות בנוגע ל"מוחלטותן" של החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, ובהמשך אף קבע כי חזקות אלה, בגירסתן ה"מוחלטת", יחולו רק על הסדרים "אופקיים" אשר הצדדים להם מתחרים בשוק מסוים, להבדיל מהסכמים "אנכיים" שבין יצרן למשווק או מפיץ (רע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלחא ווי תעשייה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע"מ [6]). זוהי אף דעתו של המלומד ד' גילה במאמרו "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אר־הוק? – הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים" [34]. 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 הכול כי היא מקימה חזקה חלוטה.

ב

ג

ד

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 ועל השכל הישר, על קביעותיו העובדתיות של בית משפט קמא ועל בחינה תכליתית של דיני ההגבלים העסקיים.

ה

סעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים קובע כי "...יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת... [ל]חלוקת השוק. כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים, שעמם יעסקו" (ההדגשה שלי – א' א' ל'). 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 הנוגע לסעיף 2(ב)(3) הוא בעצם חלוקתו של השוק על בסיס גאוגרפי, ולא על הדרך שבה בוצעה חלוקה זו. לזו היה מדובר רק בהעברת הצמתים בירושלים, ייתכן שהייתי מתקשה לקבוע באופן חד־משמעי כי העברה כזו היא חלוקת שוק. אולם במקרה שבפנינו העברתם של הצמתים בירושלים נעשתה על רקע הדרתה של אריאל

ו

ז

מהשוק בחיפה, ובתמורה לכך. הנתחייבות הדרית כזו, שבה כל חברה רוכשת חזקה בטריטוריה נפרדת מכוחה של הסכמה מוקדמת ביניהן, יש לראות בה חלוקת שוק.

א

19. העולה מכך הוא כי ההסכם בין מנורה לאריאל מקים חזקה חלוטה שלפיה ההסדר פוגע בתחרות, וככל חזקה חלוטה היא אינה משמשת אך כלי עזר ראיתי, 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 מכך 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 שלפיה לא ראוי בנסיבות אלו לחייב את אריאל להמשיך להשקיע משאבים בניהולם של הליכים משפטיים נגד מנורה (ת"פ 9(י-ט) 287/98 ה"ל 25], פסקה 43), היא קביעה תמוהה, שהרי כדי להימנע מביצוע העבירה לא נדרשה אריאל כלל להמשיך ולהתחרות במנורה על כורחה. לאריאל עמדה הזכות להחליט באופן עצמאי, למשל בשל שיקולים כלכליים של עלות מול תועלת, שלא לנקוט הליכים משפטיים נגד מנורה. התנהגות שכזו מתיישבת עם ערכים של תחרות חופשית. עם זאת כאשר אריאל התחייבה מראש שלא לנקוט הליכים משפטיים נגד מנורה, ועשויה כן בתמורה לטובת הנאה שקיבלה, הרי שבכך התגבשה הכבילה האסורה. למעלה מן הדרוש אוסיף כי את הקביעה שלפיה את התחייבותה של אריאל יש לפרש כהתחייבות להימנע מנקיטתם של הליכים משפטיים גרדא, קשה ליישב עם לשונו המפורשת של ההסכם, שאותו עיצבו הצדדים בעצמם, והכוונה להתחייבות זו: "אריאל או הרשלוזם... לא יחתמו על הסכם עם עיריית חיפה".

ג

ד

ה

20. על יסוד "מוחלטותה" של החזקה בדבר חלוקת שוק יש לדרות גם את טענת המשיבים שלפיה בחיפה ממילא לא הייתה תחרות, מה שגרם לטענתם לכך ש"הוויתור" על חיפה לא היה ויתור על פלח שוק פוטנציאלי. קבלתה של טענה זו, כמו גם טענות אחרות שהועלו על ידי המשיבים ושנועדו להראות כי ההסדר לא גרר 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 וזוסיף לכך את הנתון שהצעתה הזוכה של מנורה

ו

ז

במכרו חיפה הייתה גבוהה באופן ניכר מאומדן העירייה, כי אז אין מנוס מהמסקנה כי טענות הצדדים להסכם וקביעתו של בית משפט קמא שלפיהן לא נגרמה פגיעה כלשהי בתחרות, אינן עומדות במבחן הביקורת.

א

ועוד, המקרה שבפנינו אינו מסוג המקרים שראוי להחריג מתחולתו של חוק ההגבלים על דרך של פרשנות תכליתית. אדרבה, הסדרים מסוג זה הנדון הם בדיוק ההסדרים שביקש המחוקק למנוע באשר הם חלק מאיסורי הליבה של דיני ההגבלים העסקיים.

ב

21. גם בטענותיו של המשיב 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, היא בבחינת טענה חסרת נפקות בהקשר של החזקה 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, גם אין צורך במודעות העושה לקיומו של יסוד זה.

ג

ד

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

ה

22. בשנת 1995 נכנס לתוקף תיקון לחוק העונשין בחוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ד-1994 (להלן – תיקון 39), ובהוראותיו החדשות של חוק העונשין נכלל סעיף 34ז, אשר קובע:

ו

"זוטי דברים 34ז. לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם, לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך".

ז

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, והעיקרון הניצב בבסיסו מחלחל לתחומי משפט שונים ומגוונים כגון נזיקין, קניין



ומשפט חוקתי וזכויות אדם (ראה ע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, דעננה נ' הורוויץ [7], בעמ' 928-929).

א

23. על משמעותו, פרשנותו והשלכותיו של סעיף זה ארחיב בהמשך, אולם כטרם אעשה זאת ברצוני לעמוד על המצב שקדם לחקיקת הסעיף. בחינתו של ההליך הפלילי לפני תיקון 39 מגלה כי בכל שלב משלביו של ההליך – אם בחקירה, אם בהכנת כתב אישום ואם בחנינה – ניתן לגורמים שונים המעורבים בו שיקול דעת לעצירתו. כך למשל סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 נתן בידיו של קצין משטרה את הסמכות שלא לפתוח בחקירה בשל חוסר עניין לציבור, וסעיף 62 לאותו חוק איפשר לתובע, שבידיו 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. אמנם, 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 פלילי" (להלן – פרידמן [35]); א' מגן "זוטי דברים" – אך לאו מילתא דזוטרחה" (להלן – מגן [36]), בעמ' 41).

ב

ג

ד

העולה מכך הוא שמי שהוכווז בעניינו, מעבר לספק סביר, יסודותיה של העבירה שיוחסה לו, לא נותרה לבית המשפט בררה 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 [35], בעמ' 161 וכן מגן [36], בעמ' 41). היעדרה של סמכות מסוג זה יצר תחושה של אי-נוחות, ובלשונו של השופט אגרנט (כתוארו אז):

ה

"בסוף הדין בערעור זה דיתה 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 מנן נ' היועץ המשפטי [8], בעמ' 124).

ו

ואכן, נמצא לא אחת שבתי המשפט התייחסו במפורש או מכללא לעיקרון הכללי בדבר זוטי דברים עוד בטרם עוגן בחוק. השופט י' כהן קבע כי קיימים מקרים שאף על פי שמתקיימים בהם כל יסודות זעבירה, הרי שעצם המעשה כה וניח עד כי אין הוא

ז

ראוי להגנתו של הדין הפלילי, מכוח "...העיקרון שאין החוק עוסק בדברים של מה בכך..." (ע"פ 839/78 מדינת ישראל נ' אבני [9], בעמ' 832).

א

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 (כרך ב) [28], בעמ' 615-616).

ב

ג

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 פרידמן [35], בעמ' 161).

ד

ה

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 חלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר" [40], בעמ' 209). בדברי ההסבר להצעתה הסבירה הוועדה את הצורך בסעיף זה:

ו

ז

- א "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, בעמ' 227).
- ב ביום 6.1.1992 הוגשה הצעת חוק נוספת – הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב-1992. הצעה זו התבססה במידה רבה על הצעתה של הוועדה בראשותו של השופט אגרונט (ראו: מגן [36], בעמ' 42; מ' גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992" (להלן – גור-אריה [37])). בסעיף 53 להצעת החוק נקבעה הגנת זוטי הדברים כנוסחה היום. בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר:
- ג "סייג זה, הנובע מכך שהחוק אינו עוסק בזוטות – De Minimis Non Curat – Lex – הנו, בחלקו, חידוש לעומת החוק הקיים.
- ד 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 פלילות" (הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב-1992, בעמ' 139).
- ה 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 הפלילות הנדרש, מבחינה מהותית, לשם הרשעה.
- ו פרשנותו של הסייג ואמות המידה ליישומו
- ז 25. בגוף סעיף 34 לחוק העונשין מפורטים ארבעה תנאים מצטברים ליישומו ואלה הם: "...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 ויניהם. 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 והאחרון, בדבר האינטרס הציבורי, רב מזה של השאר (י' קדמי על הדין בפלילים – חוק העונשין (כרך א) [29], בעמ' 556).

קושי אחר ביישום ההגנה נובע מכך שהיא אינה מפרטת אילו מקרים נופלים בגדרה. ניסוחן הכללי והרחב של הוראות החוק, שהוביל מלכתחילה לצורך בהוראה מסייגת ומצמצמת בדמותו של סייג זוטא הדברים, לא פסח גם על ניסוחה של הוראה זו (ראו גור-אריה [37], בעמ' 70). פרשנות מצמצמת תאפשר את החלתו של הסייג רק באותם מקרים שבהם 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 והקונקרטי של המעשה במטרה לוודא האם הוא מקיים אחר המידה המינימלית של סכנה המצדיקה הטלת אחריות פלילית" (שם, בעמ' 70). מנגד, פרשנות מרחיבה תאפשר את החלתו של הסייג גם על מעשים אשר יש מקום להעניש בגינם, אולם נסיבות שונות שאינן קשורות במעשה דווקא עוקרות ממנו את תומרתו, 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" [38], בעמ' 80; כן מגן [36], 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 [10] נקבע איסור גורף בדבר שימוש בכוח של הורים כלפי ילדיהם. השופטת ביניש עמדה על הקושי באיסור שכזה וציינה כי "טען הטוען כי בקביעתו זו, אנו גוזרים על הציבור גזרה שלא יוכל לעמוד בה... עם זאת, אין לשכוח כי להורה עומדות ההגנות הקבועות בחוק העונשין... בנוסף, קיימות בדין הפלילי 'מסגרות' מספיקות, על-מנת שמקרים קלי ערך לא ייכנסו לגדרו... כן מצויה בדין הפלילי הגנת 'זוטי דברים' (סעיף 34 לחוק העונשין), שאף בה יש כדי למנוע הטלת אחריות פלילית בשל שימוש בכוח קל ערך של הורה כלפי ילדו" (שם [10], בעמ' 186-187). בע"פ 807/99 מדינת ישראל נ' עזיזיאן [11] דובר באדם שהתפרץ עם המון אדם לשתי דירות, ובמהלך ההתפרצות נטל כלי איפור. נקבע כי קיימות נסיבות שבהן הערך האפסי של התפץ הגנוב יהיה שיקול כבד משקל בהחלטה אם להרשיעו. ברם אשר 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 ש'מצטרף לחגיגה' בנסיבות כאלו ומשתתף בבזוזה של דירה כזאת לא יוכל לטעון שמדובר בדבר קל ערך שאין ראוי בגללו להכתימו בפלילים. הוא מוכתם בפלילים לא בגלל ערכה הכלכלי של הגניבה אלא בגלל הנסיבות שבה נעשתה" (שם [11], בעמ' 762). ברע"פ 2788/00 נמר נ' מדינת ישראל [12] טען המערער, נהג מונית שהורשע בהתנהגות בלתי אדיבה ובלתי מגומסת, כי חל עליו הסייג בדבר "זוטי דברים". המשנה לנשיא לרין קבע כי "...הטענה בדבר הגנת זוטי דברים מבקשת לשכנענו

א כי לפנינו עניין פעוט, שאין להטריח בגינו את הציבור ושאינו 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" (שם [12], בעמ' 388).

ב הנה כי כן, אף על פי שהסייג בדבר "זוטי דברים" אינו מונה רשימה של מקרים הבאים בגדרו, הרי שהמגמה העולה מן הפסיקה היא שיש להחילו בוהירות תוך בחינת נסיבותיו של כל מקרה ומקרה. בנבואו לבחון מעשה שנתמלאו בו כל יסודות העבירה ישאל בית המשפט את עצמו אולי מעשה העבירה הצמיח מידה מזערית של סכנה לציבור. תשובה שלילית תחייב את המסקנה שהשפעתו של המעשה על החברה היא כה מזערית, עד שאין זה ראוי להכתיים את מבצעו בהרשעה בפלילים. לשיטתי, מגמה זו ראויה היא. אל לנו לשכוח כי הכלל בדבר זוטי דברים הוא אך סייג לאחריות הפלילית, ומשכך, אין הוא בבחינת הכלל, אלא התריג. ובלשונו של סעיף 34 לחוק העונשין: "מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חוקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית". יתרה מזאת, מידת הזהירות בהחלתו של הסייג נדרשת גם מן הטעם שמא ירוקנו מתוכן עבירות הנחפסות כ"קלות" מאחרות. עם זאת נקיטת זהירות בהחלתו של הסייג אינה מונעת, לגישתי, פרשנות שתבחין בין מכלול השיקולים גם את נסיבותיו האישיות של המבצע. שכן, יש שהשפעתן של נסיבות אלו תשנה את התמונה מן הקצה אל הקצה, והרשעתו לאורך לא תשרת כל מטרה ראויה.

תחולתו של הסייג בדבר זוטי דברים על חוק ההגבלים העסקיים

ה 27. סעיף 34 לחוק העונשין קובע כי "כאין בחוק הוראה לסתור, יחולו הוראות החלק המקדמי והחלק הכללי גם על עבירות שלא לפי חוק זה". סעיף זה מורה אפוא כי הוראותיו הכלליות של חוק העונשין חולשות על דיני העונשין כולם, בין שאותם דינים הם בחוק העונשין גופו ובין שהם מחוצה לו (בהקשר זה ראו גם ע"פ 4675/97 רחוב נ' מדינת ישראל [13], בעמ' 372).

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

28. בפרשת חניות [4] הטטייג השופט ריבלין (בדעת מיעוט) מהחלתו של העיקרון בדבר זוטי דברים על תחומם של דיני ההגבלים העסקיים, בשל מנגנון הפיקוח שמפעיל

חוק ההגבלים בדמותם של כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך). אולם דעתי היא כרעת המגמה העולה מן הפסיקה (ראו: ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורובין [14]; ע"פ 1042/03 מצרפלט שותפות מוגבלת בע"מ (1974) נ' מדינת ישראל [15], בעמ' 729; פרשת חניות [4], בעמ' 602; דנ"א 3113/03 א.מ. חנויות (ירושלים) (1993) בע"מ נ' עיריית ירושלים [16]; ע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' משרד הביטחון, מינהל ההרכשה והייצור [17], בעמ' 173), ולפיה אין מניעה להחלתו של הסייג בדבר זוטי דברים על חוק ההגבלים העסקיים, בכפוף להסתייגויות שאותן אפרט.

א

ב

בחוק ההגבלים מצויות כמה הוראות שתפקידן לשמש מסננות, ומטרתן להוציא מגדרו מעשים שנלכדו ברשתו הרחבה בלי שנתכוון להם או שההרשעה בגינם לא תשרת כל אינטרס ציבורי, שכן הפגיעה בערך התחרות בשל מעשים אלה היא מזערית (ראו פרשת טבעול [3], בעמ' 82-84). כך למשל סעיף 9 מסמיך את בית הדין להגבלים עסקיים לאשר הסדר כובל:

ג

ד

"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:

ה

"(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:

ו

(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;

ז

(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 כתנאים, לשנותו או לבטלו.

א

... (ההדגשות שלי – א' א' ל').

סעיף 15א לחוק ההגבלים מטמין 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:

ב

"הסכם שפגיעתו בתחרות קלת ערך פטור מקבלת אישור בית הדין להגבלים עסקיים, אם התקיימו לגביו כל התנאים שבכללים אלה; לענין זה, 'פגיעה קלת ערך' – פגיעה אשר קלה השפעתה המסתברת והשפעתה בפועל על התחרות בעסקים, בהחשבו, בין השאר, במעמדם של הצדדים בשוק המוצר, משך הזמן שבו היא הועדה להתקיים ומידת התחרות הקיימת באותו שוק מוצר" (כללי ההגבלות העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך)).

ג

ד

29. ענינו הרואה כי לצד זגדרתו הרחבה של חוק ההגבלים שעמדנו עליה קיימים מנגנונים שונים שמטרתם אחת, לשמש פתחי מילוט במקרים שבהם 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 שנוכרו לעיל מבטאת את ההכרה בכך שמעשה שאין בו מינימום של אנטיו-חברתיות, לא יהיה 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 שיינתן בדיעבד. העולה מכך הוא כי קודם להפעלתו של הסייג בדבר זוטי דברים יפעיל חוק ההגבלים את המסגרת הקבועות בו, ורק משנעשה כן, יש לבחון את תחולתו של הסייג בדבר זוטי דברים. לדידי, מצב זה עשוי להגביר 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 אחר, אולם לשיטתי צר הוא יותר מקודמו, ואישור למעבר בו יינתן במשורה.

ה

ו

ז

## מן הכלל אל הפרט

א 30. כאמור, בית משפט קמא מצא כי מעשיהם של המשיבים 1 ו-2 חוסים בצלו 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 היא הסדר כובל כמשמעותו בסעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים. לרשותם של הצדדים להסכם עמדה האפשרות להשתמש בכל אותם מגנונים והיתרים שחוק ההגבלים העמיד לרשותם, אולם מטעמים השמורים עמם, וסבורני כי אין קושי לעמוד עליהם, הם בחרו שלא לעשות זאת, ועניין זה לברו 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 הייתה מעוניינת לקיים מכרו עד שהרבר נכפה עליה על ידי בית המשפט. אולם עמדה זו של העירייה אינה משקפת בהכרח את אינטרס הציבור. אדרבה, העירייה תמכה בעקיפין ביצירתו של הסדר כובל ומנעה תחרות שאם הייתה מתקיימת אפשר שהייתה מיטיבה עם הקופה הציבורית. אפשרות אחרונה זו אין מקורה בהשערות בעלמא, ודי אם אשוכ ואדגיש את מה שכבר אמרתי, היינו אם זכייתה של מגורה הייתה כה ברורה וידועה מראש, מה טעם ראתה חברה זו להתקשר באותו הסכם שבגרור הבטיחה לאריאל תמורה כנגד התחייבות שמטרתה אחת – למנוע ממנה להגיש הצעה למכרו חיפה. לחלופין, ואם יש ממש בטענת המשיבים שלפיה נועדה התמורה להניע את אריאל שלא לפנות לערכאות, סבורני כי גם בכך גלומה פגיעה באינטרס הציבורי. ובמילים אחרות, אם הייתה בידי אריאל עילה של ממש לפנות לבית המשפט, אינטרס הציבור הוא שעילה זו תתברר עד תום, הואיל וברור כזה עשוי לסלק כל ספק בנוגע לכשרות המכרו ולזכייתה של מגורה בו. לעומת זאת אם סברה מגורה כי אין בידי אריאל עילה של ממש למנוע ממנה את זכייתה, מה טעם היה להתחייב לשלם לה תשלום כלשהו בהליך שתוצאתו ידועה מראש, בייחוד 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 שמגורה ואריאל נתנו לו את ידן, היה ניתן להגדיר כ"קל ערך" או זוטות, ועל כן אין המשיבים יכולים לזכות בפטור מהרשעה מכוח סעיף 34 לחוק העונשין.



אחריותו של המשיב 3 כמסייע

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

סעיף 31 לחוק העונשין קובע:

ב "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".

ג עבירת הסיוע היא עבירה התנדגותית המאופיינת בהיותה משנית ועקיפה לביצועה של העבירה העיקרית. המסייע הוא שותף זוט, תרומתו עקיפה וחיצונית למעשה העברייני, הוא אינו משתתף בביצוע העיקרי של העבירה, אלא יוצר תנאים שהם בבחינת מעשי עזר לביצוע העבירה (ראו: ע"פ 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל [18], בעמ' 251; ע"פ 7085/93 נג'אר נ' מדינת ישראל [19], בעמ' 238; ע"פ 320/99 פלונית נ' מדינת ישראל (להלן – פרשת פלונית [20]), בעמ' 31). את התנהגותו של המסייע ניתן לאפיין כמי שיש ביכולתו לתרום להגשמת היסוד העובדתי שבעבירה על ידי המבצע העיקרי או לאפשרה. 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 על המבצע העיקרי של העבירה, או יאפשרו לו, 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 [20], בעמ' 32; ע"פ 7085/93 הנ"ל [19], בעמ' 239; ע"פ 8710/96 מרקיד נ' מדינת ישראל [21], בעמ' 546-547; פלר בספרו הנ"ל [28], בעמ' 260). הנדבך השני דורש כי במסייע תתקיים המטרה או התכלית לסייע לעבריין העיקרי (ראו: פרשת פלונית [20], בעמ' 32-35; ע"פ 11131/02 יוסרוב נ' מדינת ישראל (להלן – פרשת יוסרוב [22]), בעמ' 924). לעניין זה יפים דבריו של פרופ' פלר:

ד "השתלבות כאמור של המחשבה הפלילית ברכיבי היסוד העובדתי שבסיוע לדבר עבירה מגלה מחשבה פלילית מיוחדת במטרה מסויימת – להשתתף באירוע העברייני 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-ידי  
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  
פ"ר בספרו הנ"ל [28], בעמ' 260-261).

א

נסכם ונאמר כי הדרישה ליסוד הנפשי באה על סיפוקה בעצם מודעותו של המסייע  
לטיב התנהגותו ולנסיבות, 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 ודאות קרובה, להיות אמצעי עזר למבצע העיקרי. מודעות מסוג זה  
שקולה כנגד המטרה לסייע הנדרשת בהוראת הסיוע (פרשת פלונית [20], בעמ' 35;  
פרשת יוספוב [22]; וכן פ"ר בספרו הנ"ל [28], בעמ' 264).

ב

ג

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 לביצועה של העבירה. אכן, תוכנו של שטר הבוררין נקבע על ידי הצדדים טרם  
הובא בפניו, אולם הייתה זו רק ראשית הדרך, ובהמשכה נטל אופיר לידיו ערבויות  
שנועדו להבטיח את התחייבותם של הצדדים, ואף נתן את פסק הבוררות שבו שחרר את  
אריאל מערבותה ופסק את חובה של מנורה לאריאל. כאשר לקיומו של היסוד הנפשי  
נקבע בהכרעת דינו של בית המשפט המחוזי, כי:

ד

ה

"...גם אם בישיבת הבוררות לא הובהרה לנאשם 7 [אופיר – א' א' ל']  
התמונה במלואה, וגם אם סבירה האפשרות שהוא לא בתן בעיון את שטר  
הבוררין בעת שנוהלה ישיבת הבוררות, קשה להלום אפשרות שלא ספג את  
כלל הפרטים הנוגעים לעניין... 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, וההינ לתת את  
פסק הבורר מבלי שהכיר את יסודות ההסכם. התייחסות נאותה לתפקיד  
חייבה הכרת עקרונות אלו, ובכללם ההוראה הנוגעת להתקשרות עם עיריית  
חיפה..."

ו

ז

- שיקולים אלו מביאים למסקנה שנאשם 7 [אופיר – א' א' ל'] היה מודע לתוכן ההסכם בין הצדדים לבוררוח" (ת"פ 9 (י-ט) 287/98 הנ"ל [25], בעמ' 297-298; ההדגשה שלי – א' א' ל').
- א ועוד נאמר בהכרעת הדין:
- ב "...יש מקום לייחס לנאשם 7 [אופיר – א' א' ל'] חפץ 'לתמוך' בהסכם הספציפי אליו הגיעו הצדדים, בגדר רצונו לפתור את הסכסוך שביניהם על בסיס אותו הסכם. הסכם זה, על פניו, היה נגוע באי-תוקיות. משמע לא ניתן 'לנקות' את נאשם 7 מהמטרה לבסס בין הצדדים לבוררות את ההסכמה המנוגדת לחוק" (שם, בעמ' 301).
- ג מודעותו של אופיר הן לטיבו של המעשה והן לנסיבותיו עולה בבירור מן העובדות כפי שתוארו על ידי בית משפט קמא. כאשר ליסוד המטרה דומני כי גם יסוד זה נתמלא במלואו. אכן, נראה שמטרתו הראשונית, ואולי אף העיקרית, של אופיר הייתה לסיים את הסכסוך בין מגורה לאריאל. ברם למטרה זו חברה מטרה משנית והיא לסייע לצדדים לבסס ביניהם את ההסכמה המנוגדת לחוק.
- ד לאחר כל אלו, ומשקבעתי כי החקיימו באופיר יסודות הסיוע כולם, אעבור לבחון אם ראוי ונכון היה להחיל את הסייג בדבר זוטרי דברים בענייננו.
- ה האם עומדות למשיב 3 ההגנה בדבר זוטרי דברים?
- ה 33. בית המשפט המחוזי קבע כי אף על פי שנתקיימו באופיר כל יסודותיה של עבירת הסיוע, יש לזכותו מכוחו של הסייג בדבר זוטרי דברים. את החלתו של הסייג נימק בית משפט קמא כך:
- ו "היה מקום להחיל לגבי הנאשם 7 [אופיר – א' א' ל'] 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" (שם, בעמ' 296).
- ז ובהמשך, בהתייחסו ליסוד הנפשי של אופיר, ציין כי:

"...מזדקרת, למצער, העובדה שמטרת פעילותו כבורר הייתה קביעת היקף הפיצוי כמגמה לסיים את הסכסוך. נראה אפוא כי גם אם מתקיימת הדרישה הנפשית האמורה, הרי היא צדדית להתנהגותו, וההתייחסות הנאותה כלפיה מביאה לזיכוי בשל זוטי דברים" (שם, בעמ' 301).

א

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 שבהם מידת האנטי- חברתיות הנובעת מן המעשה כה זניחה עד שכמעט אינה 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 ובאכיפתו במישור היחסים שבין מנורה ואריאל. מכאן שבנסיבותיו של המקרה שלפנינו לא זו בלבד שאין להחיל את הסייג בדבר זוטי דברים, אלא שהחלתו חותרת תחת המטרה שלשמה חוקק חוק ההגבלים ושעליה עמדת בראשית דבריי.

ב

ג

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:

ד

"הגנה על רשות 34. נושא משרה שיפוטית לא יישא באחריות פלילית שופטת למעשה שעשה במילוי תפקידו השיפוטיים, אף אם חרג בכך מתחום סמכותו".

ה

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

ו

לשונה של ההגנה בסעיף 34 לחוק העונשין אינה נוקבת באופן מפורש ב"בורר" כמי שיש להחיל עליו את החסינות. לו הייתה עובדה זו ניצבת לבריה, ייתכן שלא הייתי ממהר 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 [נוסח חדש] מעניק לבעלי

ז

תפקידים שיפוטיים חסינות גם כמישור האזרחי-נויקי, ובנסחו חסינות זו כלל בה המחוקק את הבורר במפורש:

א

"רשות שופטת 8. 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, לדבות בודד – לא תוגש נגדו תובענה על עוולה שעשה במילוי תפקידו השיפוטי" (ההדגשה שלי – א' א' ל').

ב

הוא הדין גם בהגנה הקבועה בסעיף 13(5) לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, אשר גם בה הוזכר הבורר במפורש, ולפיה "לא ישמש עילה למשפט פלילי או אזרחי... פרסום ע"י שופט, חבר של בית דין דתי, בודד, 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 שלי – א' א' ל').

ג

ד

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

ה

36. באשר לתכלית הניצבת בבסיסה של ההגנה על הרשות השופטת, הכלל הוא כי מי שביצע עבירה יישא באחריות בגינה, ואילו הסייגים לפליליות המעשה – המנויים בסימן ב' לפרק ה'1 של חוק העונשין – הם כזכור בבחינת החריג. גם ההגנה על הרשות השופטת היא 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, ולכן התועלת שהיא עשויה להצמיח קטנה במידה רבה מהנזק הכרוך בה.

ו

ז

האינטרס המרכזי שעליו נועדה ההגנה הקבועה בסעיף 34 להגן הוא כי שופט הממלא תפקידו יפעל באורח עצמאי ובלתי תלוי. אינטרס חשוב זה אף מעוגן כעיקרון 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 אחר והוא כי אמונו של הציבור במערכת בתי המשפט לא ייפגע. חסינותם של נושאי משרות שיפוטיות אף מבטיחה כי מועמדים מוכשרים וראויים לא יירחצו מלשאוף אליהן בשל החשש כי ייחשפו 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 הדין. היא אינה מאפשרת מצב שבו עניין אשר כבר נדון בפני הערכאות המוסמכות ישוב ויידון בפני שופט או הרכב שופטים אחר במסגרת תביעה שהוגשה נגד השופט רק כדי לזכות בעקיפין בזכות לערעור נוסף (ראו: ד"ר ד' אבניאלי חסינות אישי ציבור [30], בעמ' 21-35 וכן פרופ' י' גלעד "אוי לדור ששופטיו צריכים להישפט?" (להלן – גלעד [39])).

התכליות הניצבות בבסיסה של ההגנה על הרשות השופטת, אשר עליהן עמדת עדין כה, אינן מצדיקות בהכרח ביצוע הבחנה בין נושא משרה שיפוטית שהוא 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 מפתרונן 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 מחלוקת. ועוד, כשמדובר בבוררות, עקרון סופיות הדין אף מקבל משנה תוקף. עיקרון זה עובר כחוט השני דרך הוראותיו של חוק הבוררות. יש להדגיש כי פסק בורר מחייב את הצדדים לבוררות בלי שניתנת להם זכות לערער עליו; התערבות בתי המשפט בפסק הבורר היא מצומצמת ביותר, והדרך היחידה לנסות למנוע את אכיפתו של הפסק היא על דרך הגשת בקשה לביטולו מכוח אחת העילות המפורטות בחוק הבוררות (ראו: סעיפים 23 ו-24 לחוק הבוררות, תשכ"ח-1968 וכן פרופ' ס' אוטולנגי בוררות – דין ונוהל (להלן – אוטולנגי [31]), בעמ' 425-470).

37. התחשבות בשיקולים אלה לבדם הייתה עשויה להוביל לגישה שלפיה ההגנה על רשות שופטת צריכה לחול על אורגן של הרשות השופטת ועל בורר כאחד. אולם לקדרת השיקולים יש להוסיף עוד שיקולים המהווים את הטעם לאי-הכללתו של הבורר בגדרה של ההגנה הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין.

- כאמור, ההגנה בסעיף 34 כז היא סייג לאחריות הפלילית, ומטבע הדברים נעשית פרשנותם של סייגים אלה על דרך הצמצום. החלטה של ה"הגנה על רשות שופטת" גם על בוררים עלולה להביא לפריצתו של הסייג באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הפרשנות שיש ליתן לחריגים ממוגו. במה דברים אמורים? החלטה של ההגנה בסעיף 34 על אורגנים של הרשות השופטת, ובעיקר על שופטים, ממילא אינה מחסנת אותם כליל מפיקוח ומביקורת בגין דרך התנהלותם במסגרת תפקידם, ואילו שעה שמדובר בבוררים אין קיימים פיקוח וביקורת מקבילים. 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 יעמד לדין בפני בית הדין המשמעתי לשופטים, אשר מוסמך לנקוט נגד השופט אמצעי משמעת מגוונים, הכוללים גם העברה מכהונה (ראו סעיפים 17-21 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984). זאת ועוד, חוק נציב תלונות הציבור על שופטים, תשס"ב-2002 יצר אפיק נוסף לפיקוח על התנהלותו של השופט. סעיף 14 לחוק זה קובע כי כל אדם הרואה עצמו נמגע בשל התנהלותו של שופט במסגרת תפקידו, רשאי להגיש תלונה לנציב תלונות הציבור על שופטים. ברי כי מוסדות דומים אינם קיימים בעניינם של בוררים, ולהחלטה של ההגנה הקבועה בסעיף 34 גם על בוררים עשויה להיות משמעות מרחיקת לכת של התרת הרסן בכל הנוגע לתוכניהם של הסכמי בורות. אם תוסיף לכך את העובדה כי חוק הבוררות אינו מציב מגבלה כלשהי כאשר לזהותם של מי שיוכלו לשמש בוררים (בורר הוא כל "מי שנתמנה בהסכם בורות או על פיו"), כי אז בהחלטה של ההגנה בסעיף 34 על בורר נמצאנו פורצים את גדר ההגנה, שהיא סייג לאחריות הפלילית, בדרך ובזיקף הטומנים בחוכם פגיעה אנושה באינטרס הציבור.
- יתרה מכך, הליכים שיפוטיים המתנהלים בפני מוסדותיה של הרשות השופטת הם ככלל הליכים פומביים, הנתונים לביקורת מצד הציבור ואף לביקורת שיפוטית, אולם לא כך הוא כשמדובר בהליכי בורות. הליכים אלה מעוצבים על פי רצון הצדדים, ולרוב הם מתנהלים בחדרי חדרים והרחק מעינו של הציבור (אוטולנגי [31], בעמ' 312-313). החלטה 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.
- החלטה 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 שתחבט את השופט בה בעת שאותו שופט ידון בתיקים אחרים שבהם הפרקליטות היא בעלת דין. ועוד, יש חשש כי שופט שתתנופף מעל ראשו 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, כי שופטים הם שייאלצו לדון בעניינם של עמיתיהם (ראו גלעד [39], בעמ' 263-265). שיקולים מן הסוג הזה אף הם אינם ישימים בעניינם של בוררים, וגם מכך מתחייבת המסקנה שאין להרחיב את תחולתו של סעיף 34 על מי שאינו נמנה על 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 שבחרו בבורר, ומכאן כוחם "לוותר" על האפשרות לתבוע אותו בגין נזק שייגרם להם במהלכה של הבוררות. לא כך הדבר שעה שמדובר בדין הפלילי, הואיל והחלטה של ההגנה הקבועה בסעיף 34 גם על בוררים משמעה כי הצדדים לבוררות חיסנו את הבורר, מכוח הסכמתם, מפני הדין הפלילי. דא עקא, חסינות כזו אין בכוחם להעניק לו, שכן ההליך הפלילי מבוסס על אינטרסים כלליים, וככאלה הם חורגים מגדר הנושאים שעליהם הצדדים לבוררות רשאים להסכים.

מעבר לנדרש אוסיף כי גם אם הייתי מצטרף למסקנתו של בית משפט קמא ומחיל את סעיף 34 על בוררים, הרי שבנסיבותיו של המקרה שלפנינו לא היה מקום להחיל אותו על המשיב 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 בצלה 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 חמאד נ' היועץ המשפטי לממשלה (23)); כך גם בעניינו של אדם ששימש ראש ההוצאה לפועל אשר נטען כי בעת תפקידו נטל שוחד (ראו ע"פ 257/79 סווירי נ' מדינת ישראל (להלן – פרשת סווירי (24))). לעניין זה ראוי להוסיף כי בפרשת סווירי [24] סברה השופטת בן-פורת, בהתייחסה לנושאי משרה שיפוטית המשתייכים מבחינה פונקציונלית לרשות השופטת, כי יש להחיל בעניינם 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"ץ, ולא בדרך של העמדתו לדין. כאמור, בהליכי הבוררות אין אפשרות לביקורת שיפוטית מסוג זה על הכרעותיו של הבורר, וגם מטעם זה לא היה אופיר יכול לזכות בהגנה



א הקבועה בסעיף 34, לאחר שנמצא כי הוא פעל מתוך מודעות לדבר העבירה, וכדי לסייע למבצעה. ועוד אוסיף, כי אין בידי לקבל את טענתו של המשיב 3, שלפיה 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 הנוגעים 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.

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

ג

#### השופט ס' ג'ובראן

ד

אני מסכים.

#### השופטת א' חיות

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

ו

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 (להלן – חוק ההגבלים העסקיים או החוק) (ראו דנ"א 4465/98 הנ"ל (להלן – פרשת טבעול [3])). מקובלת עליי מסקנה זו, וכן מקובלת עליי מסקנתו כי המשיבים 1 ו-2 עברו עבירה על פי סעיף 4 לחוק בהיותם צד להסדר זה. עם זאת ברצוני להטתיג מן העמדה שהביע חברי בפיסקה 16 לפסק דינו, ולפיה 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 [3]. ייתכנו מקרים לא מעטים שבהם מתקיימת בצד הפגיעה בתחרות, המונחת ביסוד ההסדר הכובל, גם תכלית חיובית כלשהי (וראו גילה, במאמרו הנ"ל [34], בעמ' 756-757 והמקורות המוזכרים שם). ראייה

ז

לכך היא המגנון הקבוע בסעיף 9 לחוק, שמכוחו בית הדין להגבלים עסקיים מוסמך לאשר גם כבילות מובהקות הבאות בגדר החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) לחוק, אם מצא כי יש בהן יתרונות לציבור העולים באופן ממשי על הנוק העלול להיגרם לו מן ההסדר, בין השאר באותם עניינים המנויים בסעיף 10 לחוק.

א

2. מקובלת עליי קביעתו של חברי כי כעניין שבעיקרון חל הסייג בדבר "זוטי דברים" הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין גם על עבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים (ראו ע"א 3700/98 הנ"ל (להלן – פרשת חניות [4]), בעמ' 601). כן מקובלת עליי עמדתו כי המקרה שלפנינו איננו בא בגדר הסייג. אך ראיתי לנכון להתייחס בהקשר זה לטענה אחרת שהעלתה המערערת בפנינו, שאליה 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 הנ"ל (להלן – פרשת בודוביץ [14]), בעמ' 867-868, 935-937, ואף לדעתי מן הראוי לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו, ואין מקום לקביעה נחרצת שלפיה הסייג בדבר זוטי דברים לעולם לא יחול מקום שההסדר מושא העבירה בא בגדר החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) לחוק.

ב

ג

ד

3. לבסוף אני מבקשת לחלוק על דבריו של חברי הסבור כי מאז שנפסקה הלכת טבעול [3] "החלו להיראות בה סימנים של כרסום". כראיה לעמדתו מפנה חברי אל פסק הדין בפרשת חניות [4] ולענ"מ 6464/03 הנ"ל [5] ולרע"א 6233/02 הנ"ל [6]. לגישתי, אין מדובר ב"כרסום" שחל בהלכת טבעול [3], אלא בפרשנות תכליתית של חוק ההגבלים העסקיים והוראת סעיף 2 שבו, נוכח הגדרתו הרחבה של המונח "הסדר כובל", ובכללה החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) (ראו לעניין זה גם: פרשת בודוביץ [14], בעמ' 870-871; ת"פ (י-ם) 385/98 מדינת ישראל נ' חברת טגר בע"מ [26], בפסקאות 6-7 להכרעת הדין מיום 10.2.2005).

ה

ו

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

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

ז

א מובילי מים (1994) דבוריה בע"מ  
נגד  
מנהל מע"מ טבריה

ב בבית המשפט העליון  
[4.8.2005]

לפני הנשיא א' ברק והשופטים א' גרוניס, ס' גובראן

ג המבקשת הגישה ערעורים לבית המשפט המחוזי על החלטת המשיב להטיל עליה קנס בגין ניהול ספרים שלא כדין ועל החלטתו להוציא לה שומה לפי מיטב השפיטה בגין הוצאת חשבוניות שלא כדין. בית המשפט המחוזי, שדן בערעורים במאוחד, קבע כי המבקשת תפתח בהכאת הראיות בשני הערעורים. בהחלטה אחרת קבע בית המשפט כי גילוי המסמכים מטעם המשיב ייעשה רק לאחר שהמבקשת תגיש את הצהיריה. על החלטות אלה הגישה המבקשת בקשת רשות ערעור. הבקשה נדונה כערעור. המבקשת טענה, בין היתר, כי כל עוד לא הוכרע הערעור על הקנס יש לראות את הפנקסים כקבילים ועל כן על המשיב לשאת בנטל הכאת הראיות בערעור השומה.

ד בית המשפט העליון פסק:  
א. מטרת ההוראה הקבועה בסעיף 95(ד) לחוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975 (להלן – החוק) – שלפיה אם נדחו ערעור או ערר על קנס שהוטל בגין אי-ניהול ספרים כדין, ידאו את פנקסי החשבוניות כבלתי קבילים לעניין הערעור על השומה – איננה ליצור "חזקת קבילות" של הפנקסים כל עוד לא נדחה הערעור על הקנס. הכלל הקבוע בסעיף נועד לחסום אפשרות לחקוף פעם נוספת את קבילות הפנקסים, במסגרת הערעור על השומה, כאשר נושא זה עלה קודם והוכרע בגדרו של הערעור על הקנס. על כן יש לדחות את טענת המבקשת כי כל עוד לא הוכרע הערעור יש להתייחס לפנקסים שנפסלו כקבילים (1166 – ז, 1169, ג, ה).

ב. (1) אם השאלה שבמחלוקת בערעור מס היא שאלה לבר-פנקסית, היינו שאלה שבעניינה הפנקסים הם אינם אסמכתה, אזי נטל השכנוע ונטל הראיה באותו עניין ייקבעו על פי הדין הכללי ואין כלל חשיבות לשאלה אם הפנקסים באותו עניין נפסלו. לעומת זאת, אם השאלה שבמחלוקת היא שאלה פנקסית, ישנה חשיבות מכרעת לשאלה אם פנקסיו של הנישום נפסלו על ידי המנהל; אם הפנקסים לא נפסלו, יוטל נטל הבאת הראיות על כתפיו של המנהל; אם נפסלו הפנקסים, מוטלים על כתפיו של הנישום הן נטל השכנוע והן נטל הבאת הראיות (1167 ב – ה).