

## **בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים**

ע"פ 2929/02

**בפני:**

כבוד השופט ט' שטרסברג-כהן

כבוד השופט ד' דורנר

כבוד השופט י' אנגלרד

**המעוררת:** מדינת ישראל

**נגד**

**המשיב:** אהוד סבירסקי

ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בירושלים מיום 6.2.02 בת"פ 366/99, שניתן על-ידי כבוד השופט י' צור

**תאריך הישיבה:** כ"ה בתשרי תשס"ג (01.10.02)

**בשם המעוררת:** עו"ד מזור מצקביץ'

**בשם המשיב:** עו"ד גדעון קירש

### **פסק – דין**

**השופט ד' דורנר:**

#### **העובדות ההליכיים והטענות**

1. בחיפוש, שנערך ביום 14.1.97 במשרד לייעוץ כלכלי שבבעלות המשיב, במסגרת חקירת פעילות המשיב בעניין אחר, חשפה הרשות להגבלים עסקיים קיומו של קרטל בתחום המרצפות, אשר קבע מחירי מינימום, הגביל את כמות המרצפות המיוצרות וחילק את השוק בין השותפות לקרטל. בכך הגיעה לקצה פעילות בלתי-חוקית של חברות הקרטל, שנמשכה 14 שנים.

אלפי המסמכים שנתפסו, רובם בכתב-ידו של המשיב – ששימש כמזכיר הקרטל, למצער החל משנת 1985 – העלו, כי ההסכם הכובל נעשה על-ידי יצרניות המרצפות בתאריך 7.6.83, זמן-מה לפני שהמשיב מונה כמזכיר, ובמהלך השנים, לאחר מינויו של המשיב, הרחיב הקרטל את פעילותו על-יסוד הסכמים בכתב, שהמשיב היה שותף בגיבושם ובגדרם נדרשו היצרניות להפקיד ערבויות בנקאיות להבטחת קיום התחייבויותיהן על-פי ההסדר הכובל. עוד נמצא, כי המשיב הוא זה שהפעיל את הקרטל על-ידי הקמת מנגנון אכיפה, אשר כלל מערכת לאיתור הפרות ההסכמים, הן באמצעות חוקרים פרטיים והן על-ידי המשיב אישית, ומערכת בירור וענישה, בגדרה קבע המשיב

את נוהלי הבירור ו"העניש" את המפרות. בהפרות קלות הסתפק המשיב במתן התראה ובגין הפרות חמורות יותר חויבה המפרה בתשלום קנסות בסך אלפי שקלים.

2. בחקירתו, בחר המשיב בזכות השתיקה. בכתב-האישום, שהוגש נגדו בבית-המשפט המחוזי בירושלים, הואשם המשיב בשש עבירות של צד להסדר כובל, על-פי חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (להלן: חוק ההגבלים העסקיים). במשפטו, נמנע המשיב מלהעיד ואף כי הודה במעשים שיוחסו לו, טען סניגורו, עורך-הדין מיכאל קירש, כי המשיב לא היה צד להסדר הכובל ואף לא היה מנהל עסקים – יסוד הנמנה עם רכיביה העובדתיים של העבירה, המתגבשת על-ידי עשיית ההסדר הכובל, להבדיל מיישום, וכי על-כן, שירות שנתן המשיב לקרטל אך ביישום ההסדר הכובל, הוא בבחינת סיוע בלבד.

טענה זו התקבלה. בית-המשפט המחוזי (השופטת יהודית צור) הטעים, כי ההסדר הכובל נעשה בשנת 1983 בלא מעורבות המשיב, כי המשיב לא היה מנהל העסקים של הקרטל אלא מזכירו, כי לא נהנה מרווחי הקרטל אלא אך קיבל משכורת, וכי לא חתם על ההסכמים הנוספים שגובשו בשעה ששימש כמזכיר, ואף לא נדרש להפקיד ערבויות בגדרם. בנסיבות אלה סבר בית-המשפט המחוזי, כי מקום שיישום ההסדר הכובל אינו מספיק לגיבוש העבירה על-פי החוק בנוסחו כיום (להבדיל מן הנוסח בעבר, שאסר על ביצוע ההסדר הכובל), ניתן לייחס למשיב אך סיוע לביצוע העבירה. בית-המשפט המחוזי אף סבר, כי עבירה של סיוע לצד להסדר כובל מתיישנת בחלוף חמש שנים מיום ביצועה.

המשיב הורשע, איפוא, בשש עבירות של סיוע לצד להסדר כובל, שבוצעו החל מיום 14.1.92. לבקשתו, לצורך גזירת-דינו, צורפה לעבירות אלה עבירה דומה נוספת שבה הודה, הנוגעת לקרטל אחר. על המשיב נגזרו 15 חודשי מאסר, מתוכם חמישה חודשים לריצוי בעבודות שירות והיתרה על-תנאי, בצירוף קנס בסך 250,000 ש"ח והתחייבות בסך 750,000 ש"ח, שלא לעבור כל עבירה על חוק ההגבלים העסקיים במשך שנתיים.

3. על פסק-דין זה הגישה המדינה את הערעור שבפנינו.

בערעורה טענה המדינה, כי יש לראות במשיב צד להסדרים הכובלים, שכן אין להפריד בין שלב גיבוש ההסדרים לבין שלב יישוםם ואכיפתם ויש לראות אף את יישום ההסדרים הכובלים ואכיפתם כחלק בלתי-נפרד מביצוע העבירה; כי דרישתו של בית-המשפט קמא, שצד להסדר יהיה בעל מחויבויות זהות לאלו של הצדדים האחרים להסדר, עומדת בניגוד ללשונו המפורשת של סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, שכלל אינה דורשת כי כל הצדדים להסדר יגבילו עצמם באותו אופן; וכי הפרשנות המצמצמת בה נקט בית-המשפט המחוזי כאשר פירש את המושג "מנהל עסקים" שבסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, כדורש זיקה בין תחום ניהול העסקים לבין תחום הכבילה, אינה תואמת את תכלית הסעיף, שהיא הרחבת תחולת האיסור על מצבים הפוגעים בתחרות ועל מנהלי עסקים המבקשים להגביל את התחרות, אף אם תחום עיסוקם שונה מהתחום שגרם לפגיעה בתחרות. ואילו לטענת המדינה, יש לתת משקל רב לתוכן השירותים שסופקו, למידת מעורבות הנאשם בפעילות הקרטל, ולשאלה עד כמה שירותים אלו היו חיוניים לקיומו של הקרטל. על-כל-פנים, המדינה טענה, כי מעורבותו המלאה של המשיב בפעילות הקרטל ותרומתו הרבה ליישום ההסדרים הכובלים ולאכיפתם הופכות את המשיב ל"מבצע בצוותא" על-פי מבחני הפסיקה, בלא שנדרשת מעורבות מלאה מצדו או שליטה מלאה שלו אף בשלב של גיבוש ההסדרים הכובלים. לבסוף, הוסיפה המדינה, כי אף אם לא יתקבלו טענותיה לעניין הכרעת הדין, יש להחמיר בעונשו של המשיב, שכן העונש שהוטל עליו על-ידי בית-המשפט המחוזי נוטה לקולא באופן בלתי סביר לנוכח חומרת מעשיו של המשיב, ואינו מקיים את תכליות הגמול וההרתעה שבענישה.

בתשובתו לערעור תמך המשיב יתדותיו בהכרעת-דינו של בית-המשפט המחוזי, ואף טען, כי העונש שהוטל עליו אינו חורג לקולא מהנהוג, עד כדי הצדקת החמרתו בערעור.

### **ההסדר הכובל**

4. התקופה הרלוואנטית לפעילותו האסורה של המשיב משתרעת בין 1.1.85 ל-14.1.97, על-פי המיוחס לו בכתב-האישום, שבעובדותיו הודה. תקופה זו, בכל הנוגע לאיסור על קיומו של הסדר כובל, נשלטת על-ידי שני חוקים: חוק ההגבלים העסקיים, תש"ט-1959 (להלן: החוק המקורי) וחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, שהחליפו (להלן: החוק המתוקן).

בשני החוקים, הגדרת הסדר כובל, בכל הנוגע לתחולתו על "מנהל עסקים", היא דומה בעיקרה. כך, בסעיף 2 לחוק המקורי נקבע, כי "הסדר כובל הוא הסדר בין בני-אדם המנהלים עסקים הבא להגביל במפורש או מכללא, את אחד הצדדים להסדר...", ואילו סעיף 2 בחוק המתוקן קובע, כי "הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני-אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו...".

המונח "מנהל עסקים" פורש על-ידי השופט משה לנדוי באורח מצמצם, כמתייחס אך לעסקים שנכבלו (ע"א 626/70 שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ, פ"ד כה(1), 824, בע' 833). על פירוש זה נמתחה ביקורת בספרות המשפטית. ראו משה בורנובסקי, "על יסודות הכבילה שבהסדר ותוצאתה – חדש ואין חדש" מחקרי משפט ה (תשמ"ז) 125, בע' 128. בפסיקה מאוחרת ניתנה למונח זה פרשנות רחבה, בגדרה אין לקשור בין העיסוק הנכבל לבין העיסוק המנוהל, אם כי בכל מקרה "נדרש שהצד [להסדר הכובל] יהיה מנהל עסקים כלשהם" (דברי הנשיא מאיר שמגר בע"א 2768/90 פטרולגו בע"מ נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד מו(3), 599, בע' 603). ניהול עסקים על-ידי צד להסדר, גם על-פי הפירוש המרחיב, הוא איפוא אחד מרכיביה העובדתיים של עבירת צד להסדר כובל.

### **המבצע בצוותא**

5. עם זאת, פשוט הוא, כי במקום שעבירה מבוצעת על-ידי מספר אנשים, אין הדרישה לקיומו של רכיב ניהול העסקים חלה על כל אחד מן המבצעים. בעניין זה קובע סעיף 34 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, כי "נתון שהוא תנאי להתהוות עבירה, תהיה לו נפקות לגבי כל צד לאותה עבירה, אף אם אינו מתקיים בו". כך, גם בחוק המתוקן עצמו נקבע בסעיף 49, כי "תהיה זו הגנה טובה לעובד או למורשה הנאשם בעבירה לפי חוק זה, אם יוכיח שפעל בשם מעבידו או בשם מרשו ובהתאם להוראותיו, וכי האמין בתום לב שאין במעשהו משום עבירה על חוק זה".

מכאן, כי עובד או מורשה, שהוא עצמו אינו מנהל עסקים, יכול להיות שותף לביצוע עבירה של צד להסדר כובל, אם ההגנה על-פי סעיף 49 לא תחול עליו. ואכן, השותף לביצוע עבירה, שאינו מקיים את התנאי הנדרש להתהוותה, בהצטרפו למעשהו של בעל הנתון הדרוש, פוגע בערך החברתי המוגן, אף אם הוא עצמו אינו בעל נתון דרוש זה.

נמצא, כי היותו של המשיב עצמו מנהל עסקים אינה דרושה לגיבוש העבירות המיוחסות לו, שכן אין חולק, כי בביצוע העבירה של צד להסדר כובל נטלו חלק גם מנהלי עסקים. השאלה היא, על-כן, אם מעשיו של המשיב הם בגדר "ביצוע בצוותא", עם אותם מנהלי עסקים.

6. כידוע, מבצע בצוותא הינו מבצע עיקרי, הנוטל חלק בביצוע העבירה, על-ידי עשיית מעשה, הדרוש להגשמת התוכנית הפלילית המשותפת, שעשויה להיות מורכבת ממעשים אחדים. אדם "ייחשב כמבצע בצוותא גם אם חלקו בעשייה אינו מקיים את רכיבי היסוד העובדתי של העבירה שנטל חלק בביצועה... [ו]לקיום הרכיב ההתנהגותי הנדרש להשלמת חלקו של כל אחד מן המבצעים בצוותא (שאין בסיס אחר לחייבו באחריות) די בעשייה פיזית שבמבצע יחיד עשויה

להעמיד בסיס להרשעה בניסיון לעבור את העבירה המושלמת" (דברי השופט אליהו מצא בדנ"פ 1294/96 משולם ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 1, בע' 32, 33).

כאמור, בענייננו היה המשיב שותף לדיונים, שבגדרם נקבעו מעת לעת המחירים המוסכמים בחלוקת השוק, וכן לגיבוש הסכמים שהרחיבו את הקרטל, והוא זה שהפעיל את ההסדר הכובל באמצעות מנגנון האכיפה, פיקח על הפעולה העבריינית של שותפיו – מנהלי העסקים – ואף הנחה אותם. מעשיו אלה תרמו להגשמת התוכנית הפלילית, שהיא עשיית הסדר כובל.

7. בעניין זה אין לקבל את הגישה, המפרידה בין ההסכמה להסדר כובל לבין הפעלתו. בסעיף 4 לחוק המתוקן נאסר על אדם להיות צד בהסדר כובל, ואילו סעיף 40 לחוק המקורי אוסר על צד להסדר כובל לעשות או להימנע מלעשות דבר על-פי אותו הסדר. לנוכח שוני זה, אף נפסק כי כיום, קשירתו של הסדר כובל מספיקה לגיבוש העבירה. ראו דברי השופט יעקב קדמי בע"פ 7399/95 נחושטן תעשיות מעליות בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 105, בע' 120. ברי, כי תכלית השינוי הייתה להרחיב את האיסור ולהחילו גם על אותם מקרים, שבהם ההסדר הכובל טרם בוצע. ברם, ביצוע המעשים האסורים הוא עצמו אחת הדרכים הקבועות בחוק המתוקן לעשיית ההסדר. שכן, סעיף 1 לחוק המתוקן מגדיר "הסדר", בין היתר, "בין במפורש ובין מכללה, בין בכתב ובין בעל-פה או בהתנהגות..." . לאמור, ההתנהגות עצמה – היינו, ביצוע פעולות כובלות – היא, על-פי החוק, עשיית הסדר כובל. נמצא, אם כן, כי הן החוק המקורי והן החוק המתוקן מטילים אחריות בגין הרכיב ההתנהגותי האסור על-פי דיני ההגבלים העסקיים, ואילו החוק המתוקן מרחיב את גדר האחריות ומטילה אף כאשר ההסדר הכובל גובש אך טרם יושם בפועל.

#### **עבירה נמשכת**

8. אף סברת בית-המשפט המחוזי, כי עבירה של צד להסדר כובל התגבשה לפני מינויו של המשיב כמזכיר הקרטל, אינה יכולה להתקבל.

שכן, רכיביה העובדתיים של עבירת צד להסדר כובל מאפיינים עבירה נמשכת. הסביר זאת פרופסור ש"ז פלר, שבכתביו גיבש את הדוקטרינה של עבירה נמשכת. וכך כתב:

אין הרכיב ההתנהגותי של העבירה הנמשכת נתון לחלוקה לפי קטעי-זמן של המשכיות, ובכך ליצירה של ריבוי עבירות; אף משך הזמן המזערי, הנדרש לשם השלמה תחילית של העבירה, אינו יכול לשמש קנה-מידה לחלוקה כזאת.

...

ניתן אפוא לסכם: העבירה הנמשכת היא עבירה שמצריכה לשם השלמתה התחילית התמדה במשך זמן מסוים ברכיב ההתנהגותי שבו היא מותנית, וכל התמדה נוספת בו דוחה, עד להפסקתו, את השלמה הסופית של העבירה, כעבירה אחת ויחידה מאז תחילתה; והכול, כאשר התמדה כאמור היא מעניינה של הטבע האובייקטיבי של הרכיב ההתנהגותי של היסוד העובדתי שבעבירה.

[שניאור זלמן פלר, יסודות בדיני עונשין (כרך ג', תשנ"ב) פרק א, בע' 186. ההדגשה במקור].

ראו גם S.Z. Feller, "The Classification of crimes in respect of continuity"

232, 236-237 (1967) **Is.L.R.**; ש"ז פלר, "לעיתוי ההשלמה של עבירת הגניבה (עבירה רגעית, עבירה נמשכת או עבירת שרשרת)", משפטים י (תש"מ) 121, בע' 131-132; וש"ז פלר, "שאלות ותשובות בסוגית העבירה הנמשכת", פלילים ב (תש"ן) 7, בע' 9.

דוקטרינה זו אומצה בפסיקה. ראו, למשל, ר"ע 122/82 עלפי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 326, בע' 330-331; וע"פ 4745/97 בוני הבירה בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 766, בע' 772-773. אף סעיף 47 לחוק המתוקן, בהתייחסו לשיעור הקנס שניתן להטיל בעבירה של צד להסדר כובל, מפנה לסעיף 61(ג) לחוק העונשין, הקובע דרגת ענישה לעניין עבירה נמשכת.

9. בענייננו, היה להתנהגותו של המשיב חלק מרכזי ועיקרי בגדרי ההסדר הכובל, הן בתקופה שבה נשלט תחום ההגבלים העסקיים על-ידי החוק המקורי – שאסר על יישומו של הסדר כובל – והן מעת שהתקבל החוק המתוקן, אשר בגדרו מוטלת אחריות פלילית על מי שהוא צד להסדר כובל, כאשר עצם ההתנהגות מקימה את ההסדר הכובל והופכת את המתנהג לצד לו. מבחינה זו קיימת רציפות בין שני החוקים, כך שעם הפסקת המעשים הפליליים על-ידי הרשויות, התגבשה ההתנהגות לכלל עבירה נמשכת שלמה. על-כן ברי, כי המשיב נמנה עם המבצעים בצוותא של העבירה כאמור.

10. אשר-על-כן, אני מציעה לקבל את ערעור המדינה, לבטל את הכרעת-דינו של בית-המשפט המחוזי ולהרשיע את המשיב בעבירות של צד להסדר כובל, כמיוחס לו בכתב-האישום.

#### **העונש**

11. התנהגותו של המשיב בפרשיות הנדונות וכן בפרשה הנוספת שצורפה מלמדת, כי המשיב התפרנס מהפעלת הסדרים כובלים. פעילותו הנמרצת היא זו שאפשרה את קיומו של קרטל המרצפות במשך שנים רבות, ואף כי, כשהוא לעצמו, לא נהנה המשיב מרווחי הקרטל, הרי עבור פעילותו בשירות הקרטל שולמו לו סכומי כסף גדולים.

עתה, משנמצא הוא אשם בביצוע מלוא העבירות שיוחסו לו, אין מקום לפטור את המשיב מעונש מאסר בפועל – אשר כפי שנפסק בעניינו של יצחק אלוני, שהיה מנהלה ובעליה של אחת מיצרניות המרצפות בקרטל ונידון ל-21 חודשי מאסר, מהם תשעה לריצוי בפועל – הוא "העונש ההולם בעבירות כלכליות... מבצעהן של עבירות כאלה – אנשים שומרי-חוק בדרך-כלל, המוכרים בקהילותיהם כאנשים נשואי-פנים – אינם פועלים מתוך מצוקה כלכלית או סוציאלית, וכל מטרתם היא הפקת רווחים קלים על-חשבון הציבור. לעונש של מאסר בפועל אפקט מרתיע במיוחד כלפי מגזר עברייני זה" (ע"פ 2919/02, יצחק אלוני נ' מדינת ישראל, טרם פורסם, ניתן ביום 1.10.02, בסעיף 4).

אשר-על-כן, בהתחשב בעונשים שהוטלו על שותפיו לעבירה, ובכך שאף בהחמירנו בעונש בערעור אין אנו נוהגים להטיל את מלוא העונש הראוי, אני מציעה להעמיד את עונש המאסר בפועל על 8 חודשים, ולהשאיר בעינם את העונשים האחרים שנגזרו על המשיב.

#### **שופטת**

#### **השופט י' אנגלרד :**

אני מסכים לתוצאה אליה הגיעה חברתי השופטת ד' דורנר, הן בעניין ההרשעה, הן בעניין העונש.

ברצוני להוסיף הערה בעניין היקף האחריות הפלילית בשל הסדר כובל במסגרת חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988. אין ספק כי כוונת החוק החדש משנת 1988 הייתה להרחיב את האחריות הפלילית, כדי לכלול בה את עצם עריכתו של הסדר כובל. אולם, כפי שקורה לעיתים, הניסוח של ההוראה השייכת לעניין אינו מוצלח, בלשון המעטה. עם זאת, נראה כי תכלית החוק

היא ברורה ולפיה מוטלת אחריות פלילית גם על הביצוע של ההסדר הכובל. לכן, לטעמי, העבירה הפלילית אינה מתמצת ביצירת "סטטוס" של צד להסדר כובל, אלא היא כוללת גם התנהגות בהתאם להסדר הכובל. ביטוי לכוונה זו עולה במפורש מהוראת סעיף 6 לחוק ההגבלים העסקיים. הוראה זו מצביעה על התכלית שבהטלת אחריות פלילית, שהיא כוללת, כאמור, גם התנהגות לפי ההסדר הכובל.

**שופט**

#### **השופטת ט' שטרסברג-כהן:**

אני מסכימה לפסק-דינה של חברתי, השופטת דורנר ומצטרפת להערתו של חברי, השופט אנגלרד.

**שופטת**

הוחלט כאמור בפסק-דינה של השופטת דורנר.

ניתן היום, כ"ט באדר ב'תשס"ג (2.4.03).

שופט

שופטת

שופטת