

בית המשפט

ת"פ 288/98		<u>בבית משפט מחוזי ירושלים</u>	
01/10/02		כבוד השופטת מרים מזרחי	בפני:

בעניין: מדינת ישראל
ע"י ב"כ היועץ המשפטי לממשלה
עו"ד ת' תורג'מן
עו"ד ט' פרגר-סלומון

המאשימה

נ ג ד

הנאשמים

1. כהן ישי
ע"י בא-כוחו עו"ד י' שטיין
2. כהן דן
ע"י בא-כוחו עו"ד ש' אלוני

הכרעת – דין

האישום

1. הכרעת דין זו עוסקת בשניים מהנאשמים שנכללו בכתב האישום המקורי, ואשר בהבדל מיתר הנאשמים, שאלת אחריותם לעבירות שיוחסו להם בו טרם הגיעה להכרעה. המכנה המשותף לשניים אלה, הוא היותם מנהלים בשתיים מהחברות שלהן ייחס כתב האישום ביצוע עבירות על חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (להלן: חוק ההגבלים העסקיים). ישי כהן היה בתקופה הרלוונטית מנהל פעיל של המשביר לחקלאי בע"מ (להלן: "המשביר") ודן כהן שימש כמנהל בחברת הגרעין בע"מ (להלן: "הגרעין").

המשביר והגרעין הורשעו על ידי, על פי הודאתם ולאחר שמשפטם הופרד (בת"פ 162/99), בעבירות שייחס להן כתב האישום. גם לנאשמים שבפני עתה (להלן: "הנאשמים") מיוחסות בכתב האישום אותן

עבירות, דהיינו, היותם צד להסדרים כובלים, לפי סעיפים 2(ב)(1) ו-4, בצירוף סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים. ע"פ כתב האישום, ההסדרים הרלבנטיים היו הסדרי מחירים וחלוקת שוק בתחום חומרי ההדברה לחקלאות.

סיווג סעיף 48 כקובע אחריות קפידה

2. סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים שכותרתו "אחריות של חבר – בני-אדם", קובע:

"נעברה עבירה לפי חוק זה בידי חבר-בני-אדם, יואשם בעבירה גם כל אדם אשר בשעת ביצוע העבירה היה, באותו חבר-בני-אדם, מנהל פעיל, שותף – למעט שותף מוגבל – או עובד מינהלי בכיר האחראי לאותו תחום, אם לא הוכיח שהעבירה נעברה שלא בידיעתו ושנקט כל אמצעים סבירים להבטחת שמירתו של חוק זה".

סעיף זה אינו מתייחס לאחריות של התאגיד (חרף כותרתו), אלא דווקא לאחריות מנהלו, הנגזרת לאור סעיף 48 מאחריות התאגיד. לענייננו, אין מחלוקת שהנאשמים שימשו מנהלים פעילים בחברות המשביר והגרעין בתקופה הרלוונטית. לאחר הרשעתם של המשביר והגרעין, כאמור לעיל, גם אין עוד מחלוקת שהאחרונים - התאגידים - ביצעו עבירה על חוק ההגבלים העסקיים, בהיותם צד להסדרים כובלים. לפי סעיף 48 לחוק האמור, במצב כזה תוטל גם על הנאשמים אחריות לאותן עבירות, אלא אם יש ביד הנאשמים לצאת דרך "פתח המילוט" שנקבע בסיפא. נותר לכאורה אך לבחון אם יש ביד הנאשמים להראות שהעבירות נעברו שלא בידיעתם ובנוסף כי נקטו באמצעים סבירים להבטחת שמירתו של חוק ההגבלים העסקיים.

3. סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים דומה בנוסחו ובתוכנו להוראות אחרות בחקיקה, המגדירות אחריות נושאי משרה, שבהן מוטל על המנהל להראות שלא ידע על ביצוע העבירה וגם הנטל להראות כי נקט באמצעים למניעת העבירות, כדי למנוע הרשעתו באותה עבירה. בסעיף 48, כבהוראות האחרות שיצוינו להלן, לא מצויה התייחסות מפורשת למצב הנפשי הרלוונטי לביצוע העבירה. כידוע, ועל-פי הקבוע בסעיף 19 לחוק העונשין, תשל"ז-1967 (להלן: "חוק העונשין"), היסוד הנפשי הנדרש בדרך-כלל הוא יסוד נפשי של מחשבה פלילית, וזאת אלא אם נקבע בהגדרת העבירה כי די ביסוד נפשי של רשלנות, כמשמעותה בסעיף 21 לחוק העונשין, או שנקבע ש"היא מסוג העבירות של אחריות קפידה", כמשמעות המונח בסעיף 22 לחוק. המאשימה טוענת בפניי, כי בסעיף 48 נקבעה הוראת אחריות קפידה.

לעניין האחריות הקפידה קובע סעיף 22 לחוק העונשין הוראות אלו:

"22. אחריות קפידה והיקפה

(א) אדם נושא באחריות קפידה בשל עבירה, אם נקבע בחיקוק שהעבירה אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות; ואולם, אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לבטל את האחריות בשל עבירות שחוקקו טרם כניסתו לתוקף של חוק זה ונקבע בדין שאינן טעונות הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות.

לענין סעיף קטן זה, 'בדין' – לרבות בהלכה פסוקה.

(ב) לא יישא אדם באחריות לפי סעיף זה אם נהג ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות ועשה כל שניתן למנוע את העבירה; הטוען טענה כאמור – עליו הראיה.

(ג) לענין אחריות לפי סעיף זה, לא יידון אדם למאסר, אלא אם כן הוכחה מחשבה פלילית או רשלנות."

מהו דינה של הוראת סעיף 48 מבחינת סיווגה על פי היסוד הנפשי?
הוראות מסוגה של הוראת סעיף 48 נבחנו ברע"פ 26/97, 608 חיים לקס
ואח' נ' מ"י, פ"ד נ"ב(2) 673, ובהן הוראות סעיף 224(א) לפקודת מס
הכנסה וסעיף 119 לחוק מס ערך מוסף. כב' השופטת ד' בייניש קבעה
באותו עניין, כי העבירות לפי הסעיפים שצוינו, הן עבירות של אחריות
קפידה. כב' השופטת ד' בייניש ציינה, כי בסעיפים אלה נתקיימו
המאפיינים המקובלים לעבירות אחריות קפידה, הן בשל תכליתם, הן
בשל מבנה הסעיף המעביר על הנאשם את הנטל להוכיח קיום הגנה, והן
מאחר שעבירות מעין אלו סווגו בעבר בפסיקה כעבירות אחריות קפידה.
לעניין מאפייני עבירות האחריות הקפידה כתבה כב' השופטת בייניש:

**"בין המאפיינים המובהקים של עבירות אחריות
קפידה ניתן למנות את תכליתה של החקיקה
שבמסגרתה נקבעו העבירות ואת התחומים
שהיא נועדה להסדיר.
מאפיין אחר הוא אופן הוכחת ההרשעה בעבירות
אלה, שכן בעבירות האחריות הקפידה תצא
התביעה ידי חובת ההוכחה הנדרשת להרשעה
אם תוכיח את היסוד העובדתי שבעבירות.
לפיכך, בעבירות האחריות הקפידה מועבר הנטל
לשכמו של הנאשם להוכיח כי יש לו הגנה
הפוטרת אותו מאחריות. בנוסף לכך, בהגדרת
עבירות אלה אין מוזכר היסוד הנפשי, ובדרך
כלל העונשים הקבועים בהן קלים יחסית" (שם,
עמ' 693).**

כב' השופטת בייניש הוסיפה והצביעה על התחומים שבהם פוטר
המחוקק מהוכחת היסוד הנפשי:

**"האחריות הקפידה הונהגה על ידי המחוקק
בעבירות מיוחדות שנועדו להסדיר תחומים
מסויימים בחיי החברה. המדובר בתחומים**

המחייבים הסדרים כלכליים וחברתיים אחידים וברי אכיפה, שיש בהם כדי לקבוע סטנדרט התנהגות מותאם לצרכי החברה בת זמננו. כדי להבטיח אכיפה פשוטה ויעילה של אותם כללי התנהגות, וכדי להעמיק את האכיפה באותם תחומים נקבעו עבירות שדרכי הוכחתן פשוטות, ומטעם זה פטר המחוקק את התביעה מהוכחת היסוד הנפשי של העבירה" (שם, שם).

כב' השופטת בייניש התייחסה גם ל"חזקת" קיום היסוד הנפשי בעבירות מעין אלו, ולנטל הראייתי המיוחד המוטל בגינה על הנאשם:

"בבואנו לסווג עבירות כעבירות אחריות קפידה, עלינו להביא בחשבון כי בדרך כלל מדובר בעבירות התנהגות, אשר ככל העבירות כוללות הן יסוד עובדתי והן יסוד נפשי, אלא שבמובחן מהעבירות הרגילות, בעבירות של אחריות קפידה אין התביעה חייבת בהוכחת היסוד הנפשי, בהתקיים היסוד העובדתי קמה חזקת המחוקק כי נתקיים גם היסוד הנפשי, הנאשם יכול להסיר מעליו את האחריות הפלילית אם יסתור את היסוד הנפשי המיוחס לו על פי החוק, היינו – אם יראה כי פעל ללא מחשבה פלילית או ללא רשלנות, ובנוסף לכך, וזו דרישה מוגברת המיוחדת לאחריות הקפידה, יראה כי נקט את כל האמצעים למניעת העבירה. כיום באה דרישה זו לידי ביטוי בסעיף 22(ב) לחוק העונשין, לפיו על הנאשם להראות כי עשה כל שניתן כדי למנוע את העבירה" (שם, עמ' 694).

כב' השופטת בייניש הוסיפה ואמרה, כי שאלת הסיווג (כעבירה של אחריות קפידה או כעבירה הדורשת מחשבה פלילית או רשלנות), התעוררה במישרין בבית המשפט העליון ביחס להוראות דומות בתוכנן לאלו שנבחנו בפניה, ולגביהן כבר נקבע כי מדובר באחריות קפידה.

כאלו הן הוראות סעיף 39(ב) לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, שנבחנה בע"פ 880/85 מ"י נ' דן אגודה שותפית לתחבורה ציבורית בע"מ, פ"ד מא(2) 533, וכן הוראת סעיף 208 לחוק התכנון והבנייה שנבחנה בדיון נוסף 12/81 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (3) 645. הסעיפים האמורים דומים בנוסחם לסעיף 48.

כך, לדוגמא, נוסח סעיף 208 לחוק התכנון והבנייה הוא כדלקמן:

**"(א) בוצעה עבודה או השתמשו במקרקעין
בנסיבות ובדרך שיש בהם עבירה לפי סעיף 204,
ניתן להאשים בה אחד או יותר מאלה...**

**(8) האחראי לעבודה או לשימוש, לרבות
האדריכל, המהנדס המתכנן, המהנדס או
ההנדסאי האחראים לביצוע, הקבלן
הראשי וכן סוכניהם, אך למעט עובדים
המועבדים על ידיהם.**

**(ב) נאשם אחד מהמפורטים בסעיף קטן (א)
בעבירה לפי סעיף 204 תהא זו הגנה טובה אם
יוכיח שניים אלה:**

**(1) העבירה נעברה שלא בידיעתו; (2) הוא
נקט בכל האמצעים הנאותים לקיום
הוראת חוק זה והתקנות על פיו בכל הנוגע
לעבודה הנדונה."**

ונוסחו של סעיף 224א לפקודת מס הכנסה שנבחן בעניין לקס הוא כדלקמן:

**"א. חבר בני-אדם שעבר עבירה לפי הסעיפים
215-220, יראו כאשם בעבירה גם כל אדם אשר
בשעת ביצוע העבירה היה מנהל פעיל, שותף,
מנהל חשבונות או פקיד אחראי, נאמן או בא**

**כוח של אותו חבר, אם לא הוכיח אחת משתי
אלה:**

- (1) העבירה נעברה שלא בידיעתו;
(2) שהוא נקט בכל האמצעים הסבירים
להבטחת מניעת העבירה".**

שאלת הסיווג התעוררה בעניין **לקס** בהקשר לשאלת תקפות עונש המאסר שהוטל בגין אותן עבירות וזאת בשל המגבלה שנקבעה בסעיף 22(ג) **לחוק העונשין** לגבי הטלת מאסר בעבירות אחריות קפידה (ראו לעיל).

קביעתה של כב' השופטת **בייניש** בעניין הסיווג שם, היתה ברורה ונחרצת, ברם, כפי שהיא עצמה ציינה, למעשה לא היתה חשיבות בעניין שנדון בפניה לקביעה כי מדובר בעבירות אחריות קפידה מאחר שהמערערים הודו באחריות אישית ישירה למעשה העבירה ולא התעוררה שאלת אחריותם כמנהלים גרידא. מטעם זה, ניתן לראות את הכרעתה של כב' השופטת **בייניש** בשאלת הסיווג כבלתי נדרשת לעניין שנדון בפניה. כב' השופטת **שטרסברג-כהן** ציינה באותו עניין, כי נוטה היא להצטרף לעמדתה של השופטת **בייניש** בעניין הסיווג אם כי, כמוה, אין היא סבורה כי נדרשת הכרעה בנושא זה. ואילו כב' השופט **קדמי** סבר, כי אין המדובר בעבירות אחריות קפידה (בראותו בסעיפים האמורים סעיפים שאינם קובעים עבירה "עצמאית" ביחס לעבירת התאגיד עצמו), ואולם, הדבר לא הביאו למסקנות אחרות לגבי היסוד הנפשי הנדרש וגם לא לעניין הטלת המאסר.

4. אף אם לא נקבעה בעניין **לקס** הלכה לעניין מהותן של העבירות מן הסוג בו מדובר- וכך נטען בפניי – יש לשיטתי להגיע למסקנה כי העבירה על פי סעיף 48 היא עבירת אחריות קפידה, תוך אימוץ הדרך שבה הלכה

כב' השופטת **ביניש** לגבי העבירות שנדונו בפניה, ושנוסחן הוא כאמור דומה.

מסקנה זו נובעת ראשית מלשונו הברורה של סעיף 48. סעיף זה אינו קובע צורך בהוכחת מחשבה פלילית או רשלנות ועל פיו נגזרת אחריות המנהל מעצם העובדה שחבר בני האדם עבר את העבירה. הסעיף מעביר למנהל את הנטל להראות כי לא ידע על העבירה וכי נקט אמצעים למניעת עבירות. העברת נטל מעין זו קיימת גם בסעיף 22 לחוק העונשין הקובע כי לא ישא אדם באחריות הקפידה אם עשה כל שניתן למנוע את העבירה. הסעיף מוסיף וקובע, כי **"הטוען טענה כאמור – עליו הראיה"**. אכן, אין להגיע בנקל למסקנה שהמחוקק **"מוותר"** על היסוד הנפשי הרגיל של ידיעה או של רשלנות, ומעביר את הנטל לנאשם להוכיח הגנתו, ובמיוחד לאחר חקיקת **חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו**, ולעניין זה ראו דבריו של פרופ' **קרמניצר** במאמרו **תיקון 39 לחוק העונשין – חמש שנים לחקיקתו**, שפורסם במגמות בפלילים: עיונים בתורת האחריו הפלילית (עורך: אלי לדרמן).

"נטל משמעותי במיוחד מוטל על המחוקק מכיוונו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שעה שהוא שוקל היזקקות לאחריות קפידה. חובה להתייחס אליה כאל חריג שבחריג. העברת נטל ההוכחה לעניין היסוד הנפשי בפלילים מחייבת זהירות רבה, כדי שפגיעתה בעקרון כבוד האדם תהא מינימלית" (שם, עמ' 70).

גישה דומה עולה ממאמרה של מ' גור אריה, סטיות מעקרון האשמה חוק העונשין (תיקון 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ד–1994, שפורסם במחקרי משפט יג' תשנ"ו–1996 עמ' 129.

**"באופן תיאורטי, ההסדר שבסעיף 22 לחוק
המתוקן אכן מרכז את ההשלכות שנבעו
מקיומה של האחריות המוחלטת ברוח
המתחייבת משמירה על כבוד האדם" (שם,
137).**

**"מחויבות של ממש לכבוד האדם אינה
מתיישבת כך אני מאמינה עם הטלת אחריות
פלילית בהתבסס על חזקות משפטיות של
אשמה" (שם, עמ' 138).**

ואולם, אין ספק שבמקרים הולמים מקובלת בדין הפלילי הטלת
אחריות פלילית בהעדר מחשבה פלילית, ואף בהעדר רשלנות, זאת גם
לאחר תיקון חוק העונשין וקבלת החלק המקדמי החדש של חוק
העונשין. לאחר תיקון חוק העונשין, וע"פ הוראת סעיף 22, קיום
אחריות קפידה יוכר לאור קביעה בחיקוק **"שהעבירה אינה טעונה
הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות"**, ולגבי עבירות שנקבעו בחיקוקים
טרם כניסתו לתוקף של התיקון – אם נקבע הדבר בדין. סעיף 22 עצמו
מבהיר כי **"בדין" – לרבות בהלכה פסוקה**. לענייננו, משנקבע בהלכה
הפסוקה כי הוראות דומות הן עבירות אחריות קפידה, מתבקשת
המסקנה כי דין דומה חל לגבי סעיף 48. וכך כתבה לעניין זה כב'
השופטת בייניש :

**"אינני מתקשה לקבוע כי עבירות אלה של
אחריות "נושא משרה", הן עבירות שהדין
בישראל מכיר בהן משך שנים כבעברות של
אחריות קפידה. אמנם, שאלת הסיווג של
העבירות המסוימות שלפנינו לא נדונה עד כה
בפסיקתו של בית משפט זה. אולם, הפסיקה
שדנה בעבר בעבירות המנהלים ונושאי המשרה,
התייחסה תמיד ליסוד הנפשי במסגרת בחינת
טענות ההגנה של הנאשמים וסייגה עבירות**

**שהמבנה, הנוסח והתכלית שלהן כמעט זהה
לעבירות הנדונות לפנינו, כעבירות אחריות
קפידה" (לקס, עמ' 699-698).**

בנוסף ייאמר, כי הוראת סעיף 48, כהוראות האחריות שהוזכרו, היא הוראה מאוזנת, באפשרה לנאשם-המנהל להוכיח הגנה כדי למנוע הרשעתו. בקביעת הגנות מעין אלו, יש כדי להקהות את תחושת אי הצדק בשל הטלת אחריות קפידה. כך, בד"נ 12/81 הנ"ל, בהקשר לסעיף 208 לחוק התכנון והבניה, ציין כב' השופט בייסקי:

"גם אני בדעה כי ההוראה שבסעיף 204 לחוק יש בה כדי להטיל אחריות מוחלטת. הדבר עולה בעיקר מהוראותיו של סעיף 208 וההגנות המצומצמות המפורטות בו, המאפשרות הגנה למי שפעל ללא ידיעה וממילא ללא מחשבה פלילית. קביעת ההגנות האלה יש בה כדי להקהות העוקץ מרגש הצדק של כל משפטן לבל ייענש אדם על לא עוול בכפו ובלי שרבעה עליו אשמה מוסרית להתנהגות שפגעה באיסורו של החוק. ככל שהדעת אינה נוחה מעבירות מוחלטות, זהו כנראה שביל הזהב בו מנסה המחוקק לגבור על המציאות המחייבת לחימה בעבירות נפוצות, ואלה בהן אנו עוסקים הן כאלה, ויחד עם זאת לאפשר הגנה למי שיוכל להוכיח כי נעברה העבירה ללא ידיעתו ו/או כי נקט - אמצעים נאותים למניעת העבירה" (שם, בעמ' 667).

לעניין זה יצוין גם השוני בין המצב המשפטי שקדם לתיקון 39 לחוק, שבו בעבירות של אחריות מוחלטת לא איפשרו לנאשם לסתור את חזקת הרשלנות, לבין המצב לאחר התיקון שבו מתאפשרת סתירת החזקה,

וראו מאמרה של מ' גור-אריה, הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב 1992, משפטים כ"ד, תשנ"ד 9, 32.

כמו-כן, ההסדר החוקי הכולל כיום אינו מתעלם מהעובדה שמוטלת אחריות בהעדר מחשבה פלילית או רשלנות, בקובעו בסעיף 22(ג) לחוק העונשין מגבלת ענישה. לעניין זה נאמר במאמרו הנ"ל של פרופ' קרמניצר:

"ההסדרים המשפטיים, הקובעים אחריות קפידה, עוסקים בהתנהגות בעלת מידה מעטה יחסית של אנטי חברתיות, במידה מינימלית של אשמה וממילא גם במידה מעטה של סטיגמה – ועל כן נמצאים למעשה, על גבול התחום הפלילי. ביטוי לכך הוא שאין להטיל עונש של מאסר על מי שהורשע על יסוד אחריות קפידה" (שם, עמ' 70).

מ' גור אריה, במאמרה הנזכר לענין הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב–1992, מציינת, כי כאשר עבירה מוגדרת כעבירה של אחריות קפידה עומדת לתביעה ברירה:

"להתבסס על חזקת הרשלנות, שאז לא ניתן יהיה לגזור על הנאשם מאסר, או להוכיח כי הנאשם ביצע את העבירה מתוך מחשבה פלילית או רשלנות, שאז ניתן יהיה לגזור עליו גם מאסר" (שם, עמ' 32).

ולהשלמת התמונה יצוין, כי "רשלנות" כידוע, ע"פ סעיף 21 לחוק העונשין היא "אי מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות או לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה הנמנים עם פרטי העבירה, כשאדם מן היישוב יכול היה בנסיבות העניין, להיות מודע לאותו פרט".

שיקול נוסף המוביל להשלמה עם גישת האחריות הקפידה מתייחס לחשיבות המטרות החברתיות של החוק בו עסקינן. את סעיף 48 יש לראות בהקשר הרחב והכללי של מגמת הרתעת קברניטי תאגידים מביצוען של עבירות פליליות על **חוק ההגבלים העסקיים** באמצעות אחרים, הכפופים להם. הטלת אחריות כזו היא המתמרצת מניעה מראש של העבירות על-ידי הפעלת פיקוח הולם. בע"פ 3027/90 **חברת מודיעים בינוי ופיתוח נ' מדינת ישראל**, פ"ד מ"ה(4), 364, מתייחס כב' הנשיא ברק לטעם להטלת אחריות כעין שילוחית על נושאי המשרה בחברה, ודבריו יפים גם לענייננו:

"נראה שעמדתו של המחוקק הינה, כי בהטלת אחריות פלילית כעין שילוחית בגין עבירת נושא משרה קודמו המטרות החברתיות שהחוק בו מצויה עבירת נושא המשרה בא להגשים. הטלת אחריות פלילית כעין שילוחית על נושאי המשרה נועדה להמריץ אותם לנקוט באמצעים נאותים ולהבטיח כי אמצעי זהירות יקויימו על מנת למנוע ביצוע עבירות במסגרת התאגיד. היא גם באה להטיל אחריות על נושאי משרה בכירים אשר קיימת הסתברות גבוהה כי היו מעורבים בביצוע העבירות של התאגיד אך לא ניתן להוכיח זאת" (שם, עמ' 387).

א' לדרמן במאמרו **אחריות פלילית של אורגנים ושל נושאי משרה בכירים אחרים בתאגיד**, פלילים ה' 1 (תשנ"ו) 101, 138 עומד על את כוחם של נושאי המשרה למנוע עבירות כאלו:

"הנחת החיקוק היא שבידי אותם אורגנים ונושאי משרה בכירים יש הכוח למנוע את ביצוע העבירות שהחיקוק דן בהן על ידי הפעלה של שיטת פיקוח מתאימה" (שם, 138).

גם באנגליה כפי שמציינים המלומדים **Smith & Hogan**, בספרם על המשפט הפלילי, מוסקת אחריות מנהל התאגיד לעבירה שעבר התאגיד, מתוך הנחה של תרומת המנהל לביצוע העבירה, ולו בכל הנוגע ליכולתו למנעה:

"It is now common form to include the following provision in statues creating offenses likely to be committed by corporations:

'Where an offense... committed by a body corporate is proved to have been committed with the consent or connivance of or to be attributable to any neglect on the part of any director, manager, secretary or other similar officer of the body corporate or any person who was purporting to act in such capacity, he as well as the body corporate shall be guilty of that offense and shall be liable to be proceeded against and punished accordingly' "

**Smith & Hogan Criminal
Law (7th ed 1992) 185**

ההגנות ע"פ סעיף 48

5. אעבור עתה לבחון את "פתח המילוט" הקבוע בסעיף 48. מהאמור לעיל עולה כי משהובהרה אחריות התאגיד שבו מילאו תפקיד ניהולי, עובר הנטל אל הנאשמים להוכיח שניים אלו: כי לא ידעו על ביצוע העבירה וכי נקטו "כל אמצעים סבירים להבטחת שמירתו של חוק זה", משמע – אמצעים לשמירת חוק ההגבלים העסקיים. מהבחינה הראייתית, נטל זה הוא הנטל האזרחי: על הנאשמים לעמוד בנטל מאזן ההסתברויות

האזרחי, נטל שמקובל לראותו כבלתי מכביד. אכן, בגדרו הנאשם הוא הנושא בנטל השכנוע, אך "די לו אם יוכיח את המוטל עליו במידה הנוהגת במשפט האזרחי, לאמור: במידה של עמידה במאזן ההסתברויות" (ראו י' קדמי, על הראיות, תשנ"ט (1999) חלק שלישי עמ' 1225, והפסיקה שם).

6. האם יש קשר בין שני חלקי ההגנה, דהיינו, בין מידת הידיעה על ביצוע העבירה ובין היקף האמצעים שעל הנאשם לנקוט? סעיף 48 אינו קושר בין הידיעה על העבירה לבין נטל החובה לנקיטת האמצעים למניעת עבירות על חוק ההגבלים העסקיים. לשון אחר, עניין נקיטת האמצעים הוא תנאי עצמאי ונוסף, שאינו תלוי בשאלת הידיעה: גם אם אין למנהל כל ידיעה על ביצוע העבירה, עליו להראות כי נקט אמצעים למניעת עבירות על החוק. מסקנה זו עולה בבירור מנוסחו של סעיף 48, המדבר על שני תנאים שונים ומצטברים.

7. מהם אותם אמצעים סבירים שעל הנאשם לנקוט לשם מניעת העבירה? אין מדובר בנטל שקל להרימו. לעניין הדרישה הדומה שמציב המחוקק בסעיף 22 לחוק העונשין כותבת מ' גור אריה במאמרה הנזכר, העוסק בהצעת תיקון 39 לחוק העונשין:

"כדי להשתחרר מהאחריות הקפידה אין די להראות כי הנאשם נקט אמצעים סבירים למניעת התקלה, אלא נדרש כי הוא יעשה כל שניתן כדי למנוע את העבירה" (עמ' 33-32).

"אחריות פלילית לעבירות של תקנות הציבור מתמקדת בשלב שלפני קרות התקלה, דהיינו: בשלב הקודם להיווצרות הפגם...היא מטילה חובה לנקוט אמצעי זהירות כדי למנוע את התקלה ומניחה, כי עצם קרות התקלה מעיד על

חוסר זהירות (בין אם כהנחה מוחלטת ובין אם

כהנחה הניתנת לסתירה" (עמ' 33).

גם נוסחו של סעיף 48 הוא רחב, ומלמד כי נדרשת נקיטת אמצעים ממשיים, "כל אמצעים סבירים".

הפסיקה מבססת דרישה רחבה כזו. בע"פ 8511/96 דן אגודה שיתופית לתחבורה ציבורית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ"ב(2) 871, נבחה שאלת הרשעת האגודה השיתופית דן בגין התנהגות גסה וחסרת נימוס כלפי נוסעת על-ידי אחד מנהגיה. בית המשפט העליון, מפי כב' השופט קדמי, לא ראה לנכון להסתפק בהדרכה, ימי עיון וביקורות פנימיות שנערכו על-ידי האגודה לנהגים כדי שהללו יתנו שירות הולם, והביע דעתו לפיה נדרש הרבה מעבר כך:

**"בית המשפט המחוזי הצביע בהקשר זה –
להמחשה – על אי מיצוי כוחה של הנקיטה
ב'אמצעי משמעת' בהקשר זה. דברים אלה
מקובלים עלי, וגם אנוכי סבור כי נדרשת בהקשר
זה נקיטה מאסיבית יותר באמצעי משמעת, תוך
פרסום נאות של תוצאותיהם מצד אחד; וכי ראוי
שתלווה לכך פרסומת נאותה של חובות הנהגים
כלפי הנוסעים וזכותם להתלונן על הפרתן של
חובות אלו מצד שני. כאמור, אין בדברים אלה
כדי להציג את "כל האמצעים הסבירים שבידי
המערערת לנקוט על מנת לפטור עצמה מן
האחריות לפי סעיף 39 הנ"ל, ותכליתם אך
להמחיש את משמעותה של הדרישה בדבר
נקיטה ב'כל האמצעים'" (שם, עמ' 878).**

בע"פ 1060/97 בן עטר נ' מ"י, פ"ד נא(5) 321 נבחה הרשעת בעליה של תחנת דלק אשר בתחנתו נמהל הדלק. בית המשפט העליון, מפי כב' השופט י' זמיר, לא הסתפק בכך שבעל התחנה או מי מטעמו לא מהלו את הדלק והציג את ההוראות בדבר הזרמת הדלק, אלא הצביע על חסרונם של הסדרים למניעת המהילה לאחר ההזרמה בתחנה עצמה,

שלגביהם לא הובאה כל ראיה. בשל העדרם של אלה קבע ביהמ"ש כי בעל התחנה לא יצא ידי חובה להוכיח כי עשה כל שניתן לעשות כדי למנוע את מהילת הדלק בתחנה (שם, עמ' 327).

כב' השופט זמיר הסביר טעמה של דרישה זו במלים אלו:

"אכן, הנטל על המערער אינו קל. אך יש טעם לדבר. הטעם נעוץ במהות של אחריות קפידה. על הבעלים של תחנת דלק מוטלת אחריות קפידה... כדי להגן על הציבור מפני עבירות כאלה. שהרי אם הבעלים של תחנת דלק שנמצא כי מכר לציבור דלק מהול יוכל להשתחרר מאחריות פלילית, אף שברור כי בוצעה עבירה, בטענה כי לא עשה ולא ידע, קשה ביותר יהיה להרשיע אדם בעבירה זאת והפיתוי יגדל לעבור את העבירה. לכן, יש טעם וצורך לחייב את הבעלים של התחנה לנקוט זהירות ברמה גבוהה במיוחד: בלשונו של סעיף 22(ב), להראות כי 'עשה כל שניתן למנוע את העבירה' (שם).

אחריותו של נאשם 1

8. אעבור עתה לבחינת השאלה, האם הוכיחו הנאשמים כי העבירה נעברה שלא בידיעתם ושנקטו כל אמצעים סבירים להבטחת שמירתו של החוק.

אתחיל בעניינו של **ישי כהן** (להלן: "נאשם 1").

טענתו העיקרית של נאשם 1 היא הטענה, שבתקופה הרלוונטית היה חדש בתפקידו כמנהל **במשביר**, הכפופים לו ביצעו את תפקידם מבלי להיזקק לו. בשל כך לא ידע כי הללו ביצעו עבירות על החוק.

האישום השלישי שבגינו מיוחסת העבירה שביצעה **המשביר** גם לנאשם 1, עוסק בתיאום מחירים של חומרי ההדברה לחקלאות **מג'יק וקולטר**, בשנים 1994-1995. על-פי אותו אישום, מבצעי העבירה הגיעו להסכמים

בנושא בשנת 1994, וגם בתחילת 1995 וגם סיכמו מכסות מכירה. ההסדר התגבש בפגישות בהן השתתף, בין היתר, **לביא כנציג המשביר**. בא-כוחו של נאשם 1 מצביע בסיכומיו, על שורת עובדות המלמדות, לשיטתו, על כך, שמרשו לא ידע על ביצוע העבירות. ביסוד עובדות אלו מצויה העובדה שאינה שנויה במחלוקת, לפיה נאשם 1 נכנס לתפקידו **בהמשביר** בנובמבר 1994, כאשר מעדותם של העדים **בן נון** (פרו' מיום 14.10.99) ו**לביא** (פרו' מיום 7.6.00 עמ' 131) עולה, כי ככל הנראה הפגישה הרלבנטית לקרטל – בתקופת ניהולו של נאשם 1 - התקיימה זמן קצר לאחר מכן, בחודש ינואר או תחילת פברואר 1995.

על-פי גרסת נאשם 1, שלא נסתרה, מטרת הבאתו לחברה היתה ניצול ניסיונו כאיש כספים במגמה לשנות את התוצאות העסקיות הקשות שהיו לחברה זו. בתגובה על ההחלטה להצניח לו סמנכ"ל חדש "מהיום למחר", החליט המנכ"ל הקודם על פרישה מיידית (פרו' מיום 26.11.00, עמ' 3-2) וכך נכפתה על נאשם 1 כניסה מהירה לתפקיד. העיסוק במוצרי ההדברה דרש, לגרסת **נאשם 1**, מומחיות מיוחדת הנרכשת עם הזמן, ואילו הוא עצמו, שהיה אמור לשמש כאיש פיננסים וניהול כספי, חסר אותה. על-פי עדות נאשם 1 (פרו' מיום 26.11.00), עם כניסתו לתפקיד עסק ראשית לכל במיפוי מהיר של המצב ואיתור נקודות התורפה הרציניות בעיקר בתחום הפיננסי: התחום הראשון בו עסק היה יבוא גרעינים למאכל בהמות, שהיה תחום נכבד בפעילות החברה אך הסב לה הפסדים כבדים, וכן עסק בתחום הנהלים והטיפול בקניינות וארגון המלאים.

על קשיי הכניסה של הנאשם 1 לתפקיד העיד גם **לביא**, אשר אמר: "**אני זוכר שישי נכנס לקראת סוף 94 ובהתחלה הוא יסלח לי קצת, הוא היה קצת מעופף. אחר כך נכנסנו לעניינים**" (פרו' מיום 7.6.00, עמ' 57), ע"פ עדות **לביא** (פרו' שם, עמ' 133), נדרשו לנאשם 1 יותר מכמה חודשים על מנת להכיר את המערכת ובכלל זה את הגורמים הפועלים בשוק ולכן

נתן לאנשי המקצוע הכפופים לו חופש פעולה נרחב. **לביא** הוסיף, כי בשל המקצועיות שלו ושל **קינן**, רוכז הטיפול בעסקי המכירה וההפצה של חומרי ההדברה באותה עת בידם והנאשם 1 עסק אז בעיקר בתחומים אחרים, ארגוניים וכספיים.

גם העד **עמירם קינן** אישר כי בחודשים הראשונים התרכז נאשם 1 בלימוד ונמנע מהתערבות (פר' מיום 14.3.00 עמ' 117-118). ובתשובה לשאלה: **"וזה התקופה שבה למעשה לבקו ואתה קיבלתם יותר סמכויות כי באופן טבעי היה זמן שישי לומד את המערכת?" השיב קינן: "בוא נגיד שבתקופה זו לקחנו קצת יותר סמכויות" (פר' שם).**

9. מול טענת ההתמקדות בנושאים האחרים ואי המעורבות בנושאי הקרטל טוענת המאשימה כי בתקופה הרלבנטית – ובוודאי בתקופת חידוש ההסכמות הקרטליות בפגישה משנת 1995 או מסוף 1994 – שימש הנאשם בתפקידו כבר מספר חודשים. לשיטת המאשימה תקופת "ימי חסד" כה ארוכה היא בלתי סבירה. ברם, כמשקל נגד להערכה זו עומדת האפשרות שבנושאים האחרים היה כדי להשתלט על זמנו של נאשם 1. אכן אין מדובר בתקופה קצרה, ואולם לא מצאתי כי משך התקופה כשלעצמה מחייב את המסקנה שהנאשם 1 הכיר גם את הנושאים הקשורים בקרטל, זאת כאשר **לביא וקינן** תמכו בטענת אי-מעורבותו וריחוקו מנושאים אלה.

המאשימה אף מסיקה את ידיעתו של נאשם 1 מהודעתו ת/16, שבה התייחס לעסקה הרלוונטית משנת 1994, בציינו כי ידוע לו "שהמרווח הבסיסי נשאר גם ב-1995" וגם ציין כי נעשתה עסקה במחיר זהה בהיותו מנכ"ל. ואולם, אין בידי לקבוע כי אמנם ניתן להסיק מאותה הודעה על ידיעת תיאום המחירים שבו מדובר, **בזמן** הרלוונטי לביצוע העבירה. הנאשם הכחיש בעדותו ידיעה כזו (פרו' מיום 26.11.00 עמ' 9-11), ובאמירה הנזכרת דברים אלה לא נסתרו.

המאשימה מוסיפה וטוענת, כי נאשם 1 עודכן לגבי פגישה הרלבנטית לתיאום שנערכה בתקופתו על-ידי **לביא**. ברם, **לביא** לא זכר אם עדכן את נאשם 1 (פרו' מיום 7.6.00 עמ' 123), והוסיף שבהחלט יכול להיות שלא עדכן אותו (שם, עמ' 138). **לביא** ציין בהקשר זה, כי נאשם 1 היה אז חדש בתפקידו ולא התמצא בפרטים המקצועיים (פרו' שם, עמ' 64). כאמור, הוא תיאר אותו בתקופה כזו כ"**מעופף**" (שם, עמ' 57). גם **קינן**, שהשתתף באותה פגישה העיד שלא דיווח לו בעניין הפגישה ותוכנה (פרו' מיום 14.3.00, עמ' 115-116).

עוד טוענת המאשימה, כי הדעת נותנת שנאשם 1 לא הסתפק בידיעה על "רווח גולמי נמוך" בענף (ידיעה שבקיומה הודה לגבי שנת 1995), אלא ירד לפרטים, ומטעימה בהקשר זה, כי הוא עצמו הודה שהיה מודע לקיום הסכמים בשוק. בעניין זה אמר:

"... אני אומר עוד הפעם, לי כל העסק הזה נודע רק אחרי תחילת החקירה, אני לא ידעתי על העיסקה של '94, ב' – '95 ידעתי שאנחנו מוכרים ברווח גולמי נמוך, אבל עשינו בשטח מאמצים ולכן לא היתה סיבה לחשוד שזה לא מתנהל על ידי הארכת אשראי, או על ידי חלוקת בונוסים כמו מתנות ודברים כאלה קטנים בשביל לשמור שנמכור כמה שיותר, כיוון שבסך הכל התחרות בשוק היא היתה כזאת שעל פניו אף אחד לא האמין לאף אחד, וגם כשדיברו אז בעצם כל אחד ידע שהוא מצד אחד עושה הסכם, ומצד שני הוא הולך ומנסה למכור כמה שיותר..." (פרו' מיום 26.11.00, עמ' 36-37).

המאשימה לומדת מדברים אלה, כי נאשם 1 ידע על ההסכמות הנוגעות לקרטל, גם אם לא ייחס להן כל חשיבות, כדבריו, בשל קיומה של התחרות שתיאר. המאשימה מוסיפה ומדגישה לעניין זה, כי ביצוע

בפועל של ההסדרים הכובלים אינו דרוש לגיבוש העבירה הקבועה בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים. ברם, גם מהדברים דלעיל אין די כדי לחייב מסקנה כי נאשם 1 ידע על התיאום שבו נטלה חלק **המשביר**. בדבריו אלה אין הוא מתייחס במפורש לידיעת תיאום כזו. עם זאת, מידת יכולתו להבין כי בשוק מושגים בין המעורבים הסכמים כאלה ואחרים לעניין מחיר, רלוונטית לשאלה האחרת - האם נקט באמצעים הולמים למניעת העבירה, וגם לשאלה, אם אדם סביר במקומו היה מודע לטיב המעשה, הרלוונטית לעניין האפשרות להטיל עליו מאסר, במידה וזה יתבקש ע"י המאשימה ברם, יכולת זו אינה מכריעה לעניין קביעת עצם ידיעתו.

עוד טוענת המאשימה, כי ניתן ללמוד על ידיעתו של נאשם 1 על ביצוע העבירות גם מהראיות לעניין נוהלי הדיווח שהנהיג לגבי עסקאות בעלות השלכה כספית משמעותית, וכחלק מהתעניינותו המסתברת באותה עת בהיבט הרווחי, ומצביעה על כך שמעדות **קינן** (פרו' מיום 14.3.00, עמ' 82-83) עלה, כי רמת הדיווח לגבי תחומי פעילותו – של קינן - היתה אינטנסיבית. המאשימה מוסיפה שמדברי נאשם 1 עצמו עלה שתדירות פגישות העבודה עם **לביא** בתקופה הרלוונטית היתה אינטנסיבית. המאשימה מדגישה, כי נאשם 1 עצמו נפגש עם נציגי המתחרים. כך העד **בן נון**, עובד חברת **עמיר** העיד כי נפגש עם הנאשם ועם **קומורובסקי**, מנכ"ל חברת **עמיר**, כשנושא הפגישה היה הצורך להעלות את רווחיות הענף. ואולם, אין בסימנים אלו, המלמדים על מעורבותו במהלך העניינים ובכלל זה על רמת הדיווח האינטנסיבית כדי לחייב מסקנה בדבר ידיעה פוזיטיבית של הנאשם על התיאום הקרטלי דווקא, במובחן מנושאים אחרים הקשורים ברווחיות, שבה לדבריו עסק אותה עת.

10. טענה מרכזית נוספת של המאשימה, היא שיש ללמוד על ידיעתו של נאשם 1 לגבי ביצוע העבירה ע"י הכפופים לו **מפרשת רפפורט. עודד רפפורט**, בעלי חברת **טבעון כים** המספקת חומרי הדברה, שלח מכתב שבו התלונן על **"ניתוק הקשר המסחרי החד צדדי על ידי ארבע החברות: המשביר לחקלאי, עמיר, הגרעין ועזר ע"פ ארגון ותיאום ביניהן..."** (ת/27), ומחקירתו של נאשם 1 עלה, כי היה מודע לטענות **רפפורט** במכתב זה, מכתב שהגיע אליו בתקופה הרלוונטית. מחומר הראיות עלה גם, כי הנאשם 1 נטל חלק בפגישה עם **רפפורט** (יחד עם **לביא וקינן**), ואולם, יחד-עם-זאת עולה, כי הנאשם למד מפי **קינן** שתלונת **רפפורט** נובעת מכך שהוחלט **"להחזיק פחות חומרים שלו על המדף"** ולקנות רק **"לפי הצורך"**, מבלי שגילו לו את המצב לאשורו (פרו' מיום 14.3.00, עמ' 100-105). גם בהקשר אפוא זה נטלה עדות **קינן** את העוקץ, מאחר שממנה עולה כי **קינן** לא אישר בפני נאשם 1 את דבר התיאום בפעולות כלפי **רפפורט**.

11. מנגד אתייחס למספר טענות שהעלה נאשם 1 במגמה לתמוך בטענת אי-ידיעתו. אחת מהן היא הטענה, שהדיון בפגישה משנת 1995 (או סוף 1994), היה למעשה המשך הדיון שהביא לתאום בשנת 1994, ועל-כן לא היה צורך בהיערכויות מיוחדות **בגרעין** בנושא זה לגבי שנת 1995. לעניין זה מצביע הנאשם 1 על עדויות **לביא ובן נון** (פרו' מיום 14.10.99, עמ' 30), וטוען כי מאחר שבפועל לא היתה עסקה חדשה ומיוחדת בשנת 1995, לא היה עניין מהותי או עקרוני שהיה צריך להביא לפניו להכרעה. כל שהיה הוא עסקת המשך שנסגרה בדרג **"אנשי השטח"**. עוד טוען נאשם 1, כי היקף פעילות **המשביר** בכל הנוגע לתחום הקרטל היה מצומצם יחסית. **הגרעין** מכרה באותה עת מאות חומרי הדברה **ומג'יק וקולטר** היו שניים מהם בלבד, כאשר היקף מכירת חומרי ההדברה לא עלה על 35% מכלל פעילות החברה. כך, על-פי עדות **לביא**,

התקבולים בגין **המג'יק והקולטר** לא עלו על 2 מיליון ₪ מתוך שבעים עד שמונים מיליון דולר שהיו סך כל תקבולי החברה (פרו' מיום 7.6.00 עמ' 133, 135).

לשיטתי, אין מקום לאמר כי אכן מעורבותו של נאשם 1 בנושאים הרלוונטיים לקרטל שטופלו אותה עת ע"י **לביא וקנין** לא נדרשה בשל שוליותם של הנושאים בהם הללו טיפלו. אין ספק כי גם הסכומים שבהם מדובר אינם זניחים כלל ועיקר אף בהתחשב ביתר עיסוקיה של **המשביר**. כך, גם הנושאים שהובאו בפגישת הקרטל משנת 1995 – וגם אם מדובר בפגישת המשך – לא היו נטולי חשיבות לרווחיות **הגרעין**. מאידך, אין בידי לומר שחשיבות זו כשלעצמה מלמדת על ידיעת הנאשם, או מונעת כשלעצמה קבלת טענתו שלא הובא בסוד עניין התיאום.

12. נבחנו לעיל שורת טענות, אלו שהועלו לסתירת טענת אי הידיעה, ואלו שהובאו לתמיכה בה. לשיטתי, המסקנה העולה מהדיון דלעיל היא, שנאשם 1 עמד בנטל להוכיח את אי ידיעתו לגבי ביצוע העבירה. גרסה זו נתמכה כאמור על ידי **לביא וקנין**. גרסה זו נתמכה גם בעובדה שנאשם 1 נכנס לתפקידו כמנכ"ל בנובמבר 1994, תפקיד שלא הכיר קודם לכן. ניתן להבין את רצונו להתמקד בעניינים מסוימים בלבד וללמדם לאשורם, תוך סינון מודע של עניינים אחרים, כדי שלא להיות מוצף על ידי מידע בלתי חיוני מבחינתו לפעולה אותה עת, מה גם שהיה בידו לסמוך על עובדים ותיקים שהכירו את התפקיד וביצעו אותו קודם לכניסתו. ניתן לתמוך הערכה זו גם בעובדה שבתקופה הרלוונטית מדיניות אכיפת **חוק ההגבלים העסקיים** לא היתה נחרצת.

כך בע"פ 2754/97 **צור ואח' נ' מ"י תק-על** 98(1) 373 סמך ידו השופט **ת' אור** על גישתו של בית המשפט המחוזי (כב' השופט **י' עדיאל**), שהתחשב

לעניין העונש בעובדה זו, ביחס לקרטל שנמשך עד 1994 (קרטל חוליות),
באומרו:

**"כפי שציין בית המשפט, בתקופה שבה נעברו
העבירות, או לפחות במרבית התקופה, לא
הופעלה על ידי הרשויות מדיניות אכיפה
ממשית בתחום ההסדרים הכובלים, והרשויות,
לרבות היועץ המשפטי לממשלה, נטו במקרים
רבים להקל עם עברייני חוק ההגבלים
העיסקיים ולא למצות עמם את הדין".**

רמת המודעות להוראות החוק היא במקרים רבים פועל יוצא של רמת
אכיפתו. שיקול זה משתלב עם הראיות התומכות בטענת הנאשם 1, כי
לא ידע על ביצוע העבירות ע"י עובדיו. אטעים, כי גם אין לקבוע שהוא
חשד בתקופה זו בביצוע עבירות ע"י הכפופים לו. אכן ע"פ סעיף 20(ג)(1)
לחוק העונשין, **"רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר
אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם אך נמנע מלבררם".** גם
אם יש מקום להחיל הוראה זו גם לעניין הסקת הידיעה לפי סעיף 48 –
וכך אני סבורה – איני רואה מקום לקבוע כי נאשם 1 חשד בקיום
העבירה. עדות **לביא וקינן** – אשר אין מקום שלא לתת בה אמון –
הרחיקה את נאשם 1 מזירת ביצוע העבירה, וביססה את הטענה כי לא
ידע על ביצועה וגם לא ידע פרטים או נסיבות שהיה די בהם כדי לבסס
חשד.

שאלה אחרת היא, אם אדם סביר במקומו של נאשם 1 לא היה רגיש
יותר לסימנים הרלוונטיים לפעילות הקרטלית. טענות המאשימה
בהקשר הנדון אכן מעוררות שאלה זו בכל חריפותה. שאלת הרשלנות
כאמור, חשובה בהיבט העונשי לאור הוראת סעיף 22(ג) **לחוק העונשין**.
ואולם, לא זו השאלה העומדת בפניי עתה.

13. נותר עתה לברר אם עלה ביד הנאשם 1 גם להראות כי נקט אמצעים סבירים להבטחת שמירת חוק ההגבלים העסקיים. הנאשם 1 לא הצביע על אמצעי כלשהו שנקט לצורך זה. טיעונו התרכז בטעמים שהצדיקו, מזווית ראייתו אז, את אי נקיטת האמצעים. כאמור, לדבריו התמקד בנושאים אחרים, בשל היותו חדש בתפקיד, ולא ידע כלל על ביצוע העבירה.

ברם, די בעובדה שלא נקט כל אמצעי להבטחת שמירתו של החוק כדי להביא להרשעתו, לפי שדי באי קיום אחד התנאים בסיפא לסעיף 48 כדי להכשיל את הגנתו. טענותיו לעניין היותו חדש בתפקיד, אין בהן כדי לשחררו מהנטל להראות נקיטת אמצעים כדי להימנע מההרשעה. נטל נקיטת האמצעים, כאמור לעיל, אינו קשור כלל בידיעה הקונקרטית על ביצוע העבירות. בכל מקרה, בנסיבות שבהן הוא נמצא בתקופה הרלוונטית, במשך מספר חודשים בתפקיד הניהול, מתבקשת הקביעה, כי היה בידו לנקוט אמצעים להבטחת שמירתו של החוק. כך למצער היה בידו לתת הוראות כלליות לעובדיו שיהא בהן כדי להרחיקם מביצוע עבירות על חוק ההגבלים העסקיים, כאשר בוודאי ידע על קיום מתחרים בשוק. היה בידו גם לשוחח עם המנהלים הכפופים לו על חשיבות השמירה על הוראות החוק האמור. מאחר שנאשם 1 לא הראה כי נקט אמצעי כלשהו מסוג זה, אזי גם אם עמד בנטל הראייתי לעניין הוכחת אי-ידיעתו, לא עמד בהוכחת התנאי השני שענייננו הנקיטה באמצעים, ועל כן יש להרשיעו מכוח סעיף 48.

משדי בכך לצורך ההרשעה, איני רואה צורך למצות את הדיון בשאלת הרשלנות הרלבנטית לתחולת סעיף 22(ג) לחוק העונשין, ולו מן הטעם שאין לדעת אם טענות הצדדים מוצו לגביה, שעה שטרם עלתה שאלת העונש.

אחריותו של נאשם 2

14. **הגרעין** הורשעה בכל ששת האישומים שיוחסו לה בכתב האישום כצד לשורת הסדרים כובלים בשנים 1993, 1994, 1995, בתחום שיווק חומרי הדברה. הנאשם 2 שימש בכל התקופה הרלוונטית לכתב האישום, כמנכ"ל **הגרעין** והחזיק ב-70% ממניות החברה.

כאמור, על-פי סעיף 48 רובץ על כתפו של נאשם 2 – כמנהל התאגיד שהורשע - הנטל להראות שניים אלה: **ראשית**, כי לא ידע על ביצוע העבירות; **שנית**, כי נקט בכל האמצעים הסבירים להבטחת השמירה על הוראות **חוק ההגבלים העסקיים**.

15. טענתו העיקרית של הנאשם 2 היא, כי מנהל מחלקת ההדברה שהיה כפוף לו, **מר בוצ'ן**, היה עצמאי בפעולותיו וביצע את העבירות מבלי לערבו. הנאשם 2 תמך טענתו בדבר העדר הידיעה בעובדה, שבתקופה הרלבנטית מכרה הגרעין כ-20,000 פריטים בכלל מחלקותיה, ומהם מכרה מחלקת ההדברה כ-1,200 פריטים בלבד. על-פי טענתו, אין לצפות במצב דברים זה כי הנאשם יכנס לפרטים לגבי הפריטים בהם מדובר. כן הצביע על מעמדו הבכיר של **בוצ'ן** בהגרעין כמעיד על עצמאותו: **"הוא האיש הקונה מוכר אך לא חייב לדווח על פעילותו כמו שאר מנהלי המחלקות"** (הודעה מיום 4.12.95 עמ' 2). **בוצ'ן** עצמו אישר מעמד זה:

"אני היום בגרעין מנהל המחלקה לחומרי הדברה ודשנים ואחראי על נושא התפעול (הובלות, משלוחים), וכמובן אני חבר בהנהלת הגרעין... הגרעין התפתח להרבה כיוונים ומערכת היחסים אינה כמו שהיתה פעם עם האבות... יחד עם זאת אני בתחום המחלקה שלי כמו בעל הבית ויש לי סמכויות לקבל עובדים, לפטר עובדים, לייצג את חב'

**הגרעין כלפי חוץ במובן השיווקי וכל מה
שאני עושה מחייב את הגרעין" (הודעה מיום
3.7.35, עמ' 1).**

מעמד זה נרכש לאורך השנים הרבות שבהם **בוצ'ן** עבד עם הנאשם 2,
ובשל תרומתו לחברה.

16. המאשימה טוענת, כי טענת העצמאות אינה עולה בקנה אחד עם הראיות
המצויות בתיק המלמדות על הניהול הריכוזי של **הגרעין**. המאשימה
מצביעה בהקשר זה על תיאור התנהלות ישיבות ההנהלה בחברה
שבהודעת מר **בוצ'ן** (מיום 27.6.95, עמ' 2) כדלקמן:

**"בישיבות כאלה לא רושמים פרוטוקולים וגם לא
מקליטים הדברים הנאמרים בהם. יחד עם זאת
אציין, שדן בעצמו מכין בכתב ידו ראשי פרקים
לדיון ובשעת הישיבה מחלק הדפים בין האנשים
ובסוף הישיבה אוסף הדפים בחזרה, אף אחד
חוץ מדן כהן לא משאיר אצלו חומר כתוב
מהישיבה ולפי מיטב ידיעתי גם אחרי הישיבה
לא מופץ חומר על הנושאים שהועלו ונדונו
בישיבה".**

מתיאור זה מסיקה המאשימה כי לא יתכן כי שחרף הניהול הריכוזי לא
ידע הנאשם 2 מאוס על קיומן של כ – 15 פגישות תיאום קרטלי בהן
השתתף סגנו, מר **בוצ'ן** בתקופה הרלוונטית. המאשימה מוסיפה
וטוענת, כי נאשם 2 נהג להתעדכן באופן רצוף ומתמיד וקיים דרך קבע
שיחות טלפוניות עם **בוצ'ן**, כעולה מהודעתו הנזכרת: **"האמת שאין לי
קשר יומיומי, הקשר הרגיל מתנהל לפי הצרכים זה יכול להיות פעם
ביומיים בטלפון ולפעמים יותר או פחות"**. (שם) לשיטת המאשימה,
מקשר הדוק זה יש ללמוד כי הנאשם 2 הוא שסגר נושאים בעלי

חשיבות, או לפחות ידע על המתרחש. אכן, שיקולים אלו, מכבידים על קבלת טענת אי ידיעת המתרחש.

המאשימה מוסיפה וטוענת, כי מחומר הראיות עולה, שלקוחות הגרעין פנו אל הנאשם 2 ישירות, ודוגמא לכך היא הפנייה הישירה אליו של **סלוצקי**, זכיון חברה מתחרה שהיה מעוניין בחידוש קשרי המסחר עם חברת הגרעין. כן מפנה המאשימה להודעת **רפפורט**, מנכ"ל חברת **טבעון כים**, שפנה לנאשם בינואר 1995, והעלה טענת החרמה קולקטיבית. בהקשר זה אציין, כי אין די בפניות כאמור כשלעצמן כדי ללמד שנאשם 2 הוא שניהל מגעים ישירים עם כל המעורבים בשוק. תפקידו של **בוצ'ן** בתחום חומרי ההדברי אינו מוכחש, ועל כן, אין לומר כי בכל הקשרים העסקיים הרלוונטיים היה הנאשם 2 מעורב ישירות. עם זאת, יש מקום להניח כי נאשם 2 שמר על מעורבותו, לפחות ברמת הידיעה, בנושאים בעלי חשיבות לפעילותה העסקית של הגרעין.

17. שני הצדדים נשענים על דברי **רפפורט** בהודעתו. ואלו היו הדברים:

"פניתי בתחילת ינואר '95 למר דן כהן הנאשם בעל החברה טלפונית וסיפרתי לו על ההחרמה הקולקטיבית תגובתו היתה שאינו יודע דבר על כך על פעילות משותפת... חברות השיווק המוזכרות ונדהם לשמוע כי היתה לי פגישה באוגוסט עם חמשתם לשאלתך אם הנאשם מר כהן ידע כי בוצ'ן הפסיק לרכוש מטבעון כים מוצריה אני משיב הוא לא ידע..." (הודעת רפפורט מיום 6.7.95).

לשיטת הנאשם 2, דברים אלו מעידים על אי-ידיעתו. אכן, ההפתעה הספונטנית שביטא הנאשם 2 באזני **רפפורט**, יש בה כדי ללמד לכאורה על אי-ידיעת דבר התיאום הקרטלי. מאידך, אין ספק כי לנאשם 2 לא היה עניין להודות בפני **רפפורט** כי הובא בסוד החרמתו. בכל מקרה,

מדברי **רפפורט** בהודעתו עלה גם, כי ההחרמה הקולקטיבית מצד **הגרעין** לא פסקה לאחר השיחה עם הנאשם 2. **רפפורט** נחקר בחודש אפריל 1996 ולדבריו, רק אז חזרו לעבוד עמו (הודעתו מיום 2.4.96, עמ' 2). לכן, גם אם הופתע הנאשם 2 מגילוייו של **רפפורט**, הרי שלאחר הגילוי הובאה בפניו הידיעה הרלבנטית ויכול היה מאותה עת לנקוט צעדים משמעותיים כנגד **בוצ'ן** ולגרום לכך שהחרם יפסק כבר אז.

18. המאשימה מסיקה על ידיעת דבר ביצוע העבירות גם מרישומים ביומנו של נאשם 2 בעמוד המתייחס ליום 11.9.94, בעמוד זה נרשם בין השאר "**מוצרים זהים (תאום מחיר)**". לשיטת הנאשם 2, מדובר בהקשר זה על נושא אחר. הוא הצביע על כך, שבאותו עמוד מוזכר גם השם "**תפן**" שהנו מפעל הנוגע לפעילות אחרת של **הגרעין**, שאין לה קשר לשוק ההדברה. ואולם, אין בדבריו כדי להסביר את האמירה המתייחסת ל**תיאום המחיר**. גם אם אין הכרח ללמוד, כי מדובר בתאום מחירי מוצרי הדברה, עובדה היא שנושא של תיאום מחירים הובא לידיעתו. נסיבה זו אכן מכבידה על טענת אי הידיעה המועלית על ידו. בכל מקרה, יש בה למצער כדי ללמד על מידת יכולתו להסיק על דבר ביצוע העבירה או על הבנתו בדבר חשיבות נקיטת האמצעים להבטחת שמירת החוק.

19. המאשימה מסיקה דבר ידיעתו של הנאשם 2 על ביצוע העבירה גם מגרסתו שלו לעניין שיחותיו עם **בוצ'ן**, ובהן אזהרותיו ל**בוצ'ן** להימנע מעשיית קרטל. בחקירתו, במענה לשאלה האם הובאה לידיעתו כוונה לעשיית קרטל ענה נאשם 2, כי "**הובאה בשלב מאוחר עד כמה שאני זוכר באחת הישיבות ומנעתי את הדבר ונתתי הוראה מפורשת ליוסי בוצ'ן ולמנהלים אחרים בשום אופן לא לעשות קרטל**" (הודעה מיום 4.7.95, עמ' 10). כמו-כן, מצביעה המאשימה על כך שהמסמכים אשר בהם פורטו ההסכמים בין החברות המפיצות הועברו לעיונו ואישורו של

הנאשם 2, כעולה מהודעת בוצ'ן מיום 3.7.95 בעמ' 22, בהודעה זאת הוסיף בוצ'ן כי הנאשם 2 סירב לאשר אותם מסמכים:

**"עלי לציין שמסמך זה (מסמך שכותרתו
"מכירות לסוחרים" ומסומן ג669 – שימש
כהצעה יחד עם המסמך של חסין מינואר 1994
ואני הבאתי אותו יחד עם המסמך של חסין
לאישורו של דן ודן כמובן לא אישר".**

מדברי בוצ'ן גם עלה, כי בחודש ינואר 1994 התקיים דין ודברים בינו לבין הנאשם 2 בנוגע להסכמות בין מפיצי חומרי ההדברה, אך הנאשם 2 לא סמך ידו על הפעילות הקרטלית, ואף אמר שהפעילות בלתי חוקית. בוצ'ן הסביר את המריית פיו של הנאשם בדברים אלה:

**"...כאשר דן אסר עלי לנהל משא ומתן הנסיון
לתאומים היו קטנים מקומיים בלי פריצה
לדברים חדשים ולכן לקחתי על עצמי להמשיך
ולדון בהסדרים והבנות עם חברי ודן לא היה
בסוד העניינים ובהתפתחות העניינים" (הודעה
מיום 5.7.95 עמ' 14).**

גם בהודעתו מיום 3.7.95 (עמ' 12) אומר בוצ'ן: "... דן אמר לי
להפסיק בתחילת 1994". ובאותה הודעה (בעמ' 18):

**"... וכאשר הבאתי לדיון בהנהלת הגרעין זה
היה הזמן שדן אמר לי לרדת מדברים אלו כי זה
מהווה עבירה ואין להמשיך ללחוץ על
הספקים..."**

לשיטת המאשימה, בנסיבות אלו, היה לנאשם 2, למצער, סיבה לחשוד
שמה בוצ'ן לא דאג לביטול אותן הסכמות.

20. על ידיעתו של הנאשם 2 לומדת המאשימה גם ממכתב ששלח בוצ'ן אל מנכ"ל חברת המשביר, מר רפי חרמש ביום 23.5.94, אשר העתק ממנו נשלח - ע"פ הרשום בו - גם אל נאשם 2. מן המכתב עולה מפורשות דבר התיאום: "ב - 25.4.93 הפסקנו את התחרות עם סלוקי באזור לפי סיכום ביננו. לא עברו שבועיים ושוב הבן אדם משתולל...נותן הנחה...ועל דעת עצמו". מעובדת שליחת ההעתק אל הנאשם 2 מסיקה המאשימה, כי כבר בתחילת 1994 ידע על קיום הקרטל. ברם, הנאשם 2 הכחיש קבלת המכתב, וגרסתו זו נתמכת בעדותו של בוצ'ן (הודעתו מיום 5.7.95 עמ' 8), לפיה ייתכן שהמכתב לא נשלח:

**"אולי לא שלחתי אותו לנאשם ורשמתי את שמו
כדי לחזק את הכוח שלי. אני לא זוכר שדן קרא
לי ודיבר איתי על המכתב".**

21. עוד טוענת המאשימה, כי טענת הנאשם 2 בדבר העדר ידיעתו על ביצוע העבירות נסתרת גם על-ידי פנייתו ללשכת המסחר בעניין החרמת הספקים. בסמוך לחודש מאי 1994 פנה הנאשם 2 יחד עם מנהלי המשביר ועמיר ללשכת המסחר בתל אביב בשאלה האם יכולות החברות המפיצות להחרים במשותף ספקים (כעולה מהודעת הנאשם מיום 4.7.95, עמ' 15). לשיטת המאשימה, פניית הנאשם 2 עם מתחריו ללשכת המסחר באה על רקע ידיעתו על ביצוע העבירות בהן מדובר. לגרסת הנאשם 2 מנגד, נעשתה הפניה מתוך הרצון להקים סקציה של מפיצי חומרי הדברה במסגרת לשכת המסחר, כמקובל בענפים אחרים. הוא הוסיף והפנה לדבריו של מר תמיר עדוי מלשכת המסחר שטיפל בפנייה וציין כי למיטב זכרונו והבנתו "הם לא אמרו שכבר התארגנו אלא אמרו שבודקים אם מותר להם להתארגן".

22. שורת הטיעונים שהעלתה המאשימה בנושא ידיעתו של הנאשם מובילה למסקנה שנאשם 2 לא עמד בנטל הראייתי המוטל עליו להראות כי לא ידע על ביצוע העבירות. אכן, די בעמידה בנטל האזרחי, ואולם גרסתו לעניין זה לא אצרה את אותו כוח שכנוע הנדרש לעמידה אף בנטל זה. לא זו בלבד ששורת נסיבות מקשה על הסקת המסקנה שבוצ'ן לא דיווח לנאשם 2 על האירועים הרלבנטיים לבצוע העבירות אלא שמחומר הראיות עלה, כי העניין הועלה מפורשות בפני הנאשם 2. טענתו כי לאחר מכן האמין שהתיאום הקרטלי חלף עבר – עקב הוראותיו **לבוצ'ן** – אינה משכנעת. הידיעה שניתן לייחס לנאשם 2 על-פי הראיות האמורות היא למצער אותה ידיעה שבאה מפיו של **בוצ'ן** כבר בתחילת 1994 ומפיו של **רפפורט** מאוחר יותר בתחילת 1995. אכן, עומדת בפני ראייה לפיה מאחר שלא נסתרה הטענה כי משהובאה בפני נאשם 2 הידיעה מפי **בוצ'ן** על התיאומים שעל הפרק, לא סמך ידו עליהם. לשיטת הנאשם 2, האמין כי **בוצ'ן** מבצע הוראותיו להימנע מביצוע העבירות. ברם, אין ספק שגרסת הנאשם 2, שנתמכה על-ידי **בוצ'ן** לעניין זה מעוררת קשיים של ממש. האפשרות שבוצ'ן חפץ בטובת החברה יותר מהנאשם 2 שהוא מבעליה – ובשל כך אף המרה את פי הנאשם 2 וביצע את העבירות חרף הוראה מפורשת להימנע מביצוע – אינה משכנעת. אפשר שניתן להסביר גרסה כזו ברצונו של **בוצ'ן** לחוש כי הוא מקבל את ההחלטות בתחום ההדברה ולמצער להראות ככזה לגורמים האחרים הפועלים בשוק, וכי על-כן גם לא רצה לבטל אותן הסכמות אליהן הגיע קודם שהעלה את העניין בפני הנאשם 2. ואולם, הסבר כזה לא ניתן ע"י **בוצ'ן**. קיים גם קושי לקבל את הטענה, כי הנאשם 2 לא התעניין בהתפתחויות בשוק ולא שאל את **בוצ'ן** אם ביצע את הוראותיו הנטענות. לאור שורת העובדות שצוינו לעיל מתבקשת המסקנה, כי הנאשם לא עמד בנטל להראות כי לא ידע על ביצוע

העבירה. היה בידו לפחות לחשוד בביצוע העבירה. הוא הדין בכל הנוגע למידע שהגיע **מרפורט**.

23. מכל מקום, אפילו היה מקום לקבל את טענת נאשם 2, כי לא ידע על ביצוע העבירות, לא עמד בנטל להראות כי נקט אמצעים סבירים להבטחת שמירתו של חוק ההגבלים העסקיים. גם אם אמנם הורה **לבוצ'ן** להימנע מהפעילות הקרטלית, לא באה כל ראיה לפיה וידא שהוראותיו בוצעו. כך, גם לא נקט באמצעים הולמים לאחר שלמד מפיו של **רפורט** על תיאום בשוק. לאחר שיחתו עם **רפורט** ידע על החרמת חברת **טבעון כיס**. הדעת נותנת שברגע זה גם יכול היה להסיק כי הנחיותיו ל**בוצ'ן** לא מולאו.

נאשם 2 טוען, כי די באיסור שהשמיע בפני **בוצ'ן**, איסור מפורש שאינו משתמע לשתי פנים, כדי לעמוד בקריטריון "נקיטת כל האמצעים הסבירים". אין בידי להסכים עמו.

מתוקף מעמדו כמנכ"ל שהוא גם בעל המניות הראשי בחברה והנהנה העיקרי מקיום הקרטל, היה עליו לנקוט אמצעים ממשיים למיגור החשש הקונקרטי לתיאום שהתעורר בהכרח לאחר שיחתו בעניין זה עם **בוצ'ן**. דווקא עצמאותו של **בוצ'ן** כפי שתוארה ע"י שניהם הצריכה מעקב צמוד כזה כדי להבטיח הענות לאיסור. בנסיבות בהן נעשה מודע לאפשרות ביצוע העבירות, היה על הנאשם 2 להבהיר ל**בוצ'ן** באופן שאינו משתמע לשתי פנים, כי אין מקום לפעולות הקרטליות ולחקור לאחר מכן אם **בוצ'ן** עמד בהוראותיו. ויוטעם, קשה להלום אפשרות שאף כי ניתנה הבהרה חד-משמעית כזו, נתן **בוצ'ן** ידו לביצוע העבירה. אוסיף כי דרישת המחוקק בעניין היקף האמצעים שיש לנקטם, עולה בקנה אחד גם עם הודעה ברורה למעורבים בשוק, כי הגרעין אינה נוטלת כל חלק בפעילות הקרטלית. הנאשם 2 לא הראה כי ביצע פעולה כלשהי לאחר שיחתו עם **בוצ'ן** וכך גם לאחר שיחתו עם **רפורט**.

אוסוף כי מדברי נאשם 2 עצמו ניתן ללמוד, שהיה מודע היטב לפליליות המעשים - ועל כן אסר אותם בשיחתו עם בוצ'ן - על כן, ברי שהיה מקום לצפות שיערוך בדק בית יסודי. מהאמור מתבקשת המסקנה, כי הנאשם 2 לא עמד גם בנטל הראייתי להוכחת נקיטה באמצעים להבטחת שמירתו של החוק.

היקפם של האמצעים שיש לנקוט להבטחת שמירת החוק הוא בכל מצב פועל יוצא של היקף הבעיה שעמה מוטל על האמצעים להתמודד. כאמור, גם בהעדר כל ידיעה על ביצוע בפועל של עבירה, מוטל על בעל תפקיד ניהולי בתאגיד להראות כי נקט אמצעים לשמירת החוק. במצב דברים שבו כאשר ברור וידוע שאין לחברה מגעים עם מתחרים, ניתן להסתפק בהדרכה כללית. ברם, כאשר עצם קיום מגעים עסקיים עם המתחרים ידוע, וכאשר אף עולה בבירור כי הושגו הסכמות בדבר תיאום, ברי שלא ניתן להסתפק באמירה כללית האוסרת על מגעים כאלה, ללא קיום מעקב כדי לוודא את הביצוע.

המסקנות העולות מהאמור הן שהנאשם 2 לא עמד בהוכחת שני רכיבי ההגנה:

לא עמד בנטל להוכיח אי-ידיעתו וגם לא עמד בנטל להראות כי נקט באמצעים להבטחת שמירתו על חוק ההגבלים העסקיים. בנסיבות אלו יש להרשיעו בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום.

24. כאמור, בשלב גזירת הדין אם בכוונת המאשימה לבקש הטלת מאסר על הנאשם, שומה עליה להוכיח את רשלנותו, וזאת לאור הוראת סעיף 22(ג) לחוק העונשין. בשלב זה, כפי שכבר ציינתי לעיל (לעניין נאשם 1) אין צורך למצות את הדיון בשאלת הרשלנות (כמצב נפשי), ודי בבירור שאלת עמידת הנאשמים בנטל להוכיח את שני חלקי ההגנה הקבועים בסעיף 48.

25. לאור האמור, אני מרשיעה את הנאשמים בעבירות שיוחסו להם בכתב

האישום.

ניתנה היום כ"ה בתשרי, תשס"ג (1 באוקטובר 2002) במעמד הנאשמים ובאי-כוחם, ובאי-כוח המאשימה.

מרים מזרחי, שופטת