

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 7068/06

בפני : כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גובראן

המערערת : מדינת ישראל

נ ג ד

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

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים
מיום 29.6.06 בת"פ 287/98 שניתן על ידי כבוד השופט
מ' מזרחי

תאריך הישיבה : י"ח באדר תשס"ז (8.3.07)

בשם המערערת : עו"ד ד' גדעוני

בשם המשיבים 1-2 : עו"ד ד' שינמן

בשם המשיב 3 : עו"ד קליינמן

פסק-דין

השופטת ע' ארבל:

ערעור המדינה על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופטת מ' מזרחי), שבו הושטו על המשיבים שהורשעו בעשיית הסדר כובל עונשים כדלהלן: על המשיבה 1 הושט קנס של 120,000 ₪; על המשיב 2 הושט קנס של 40,000 ₪ והוא חויב לחתום על התחייבות בסך 150,000 ₪ להימנע מעבירה על חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: החוק) למשך שנתיים; ועל המשיב 3 אשר הורשע בעבירה של סיוע להסדר כובל, הושט קנס של 20,000 ₪ והוא חויב לחתום על התחייבות בסך 100,000 ₪ להימנע מעבירה על החוק למשך שנתיים.

1. המשיבה 1 היא חברה שעיסוקה בתחזוק ובהפעלת מערכות רמזורים. המשיב 2 כיהן בשנים הרלוונטיות כמנהל המשיבה 1. המשיב 3 הוא איש עסקים ששימש כבורר בסכסוך שפרץ בין המשיבה 1 לבין חברת מנורה רמזורים בע"מ (להלן: מנורה), שאף היא חברה העוסקת בהתקנת מערכות רמזורים ובאחזקתן. המשיבים 1-2 הורשעו בבית המשפט העליון בעבירה של עשיית הסדר כובל לפי סעיף 47(א)(1) בשילוב עם סעיף 2(ב)(3) לחוק, וביחס למשיב 2- בשילוב גם עם סעיף 48 לחוק, לאחר שבבית המשפט המחוזי זוכו מן העבירות שיוחסו להם מחמת הסייג לאחריות פלילית בדבר "זוטי דברים", לפי סעיף 34 לז' לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). המשיב 3 הורשע בעבירה של סיוע ליצירתו של הסדר כובל, לאחר שבבית המשפט המחוזי זוכה מעבירה זו, אף הוא מחמת "זוטי דברים", וכן נוכח סעיף 34 לחוק העונשין, המעניק פטור מאחריות פלילית לנושא משרה שיפוטית, עקב מעשה שעשה במילוי תפקידיו השיפוטיים, אף אם חרג בביצוע העבירה מתחום סמכותו. סייג זה ניתן למשיב 3, מכוח היותו בורר.

2. ברקע הדברים עומד הסכם שנחתם ביום 25.10.92 בין מנורה לבין המשיבים 1-2 (להלן: ההסדר), שבמסגרתו התחייבו אלה האחרונים כי המשיבה 1 תימנע מלהשתתף במכרז לתחזוקת מערכת הרמזורים בעיר חיפה (להלן: מכרז חיפה). עוד התחייבו המשיבים 1-2 במסגרת ההסדר, להפקיד בידיו של בורר מוסכם בין הצדדים, הוא המשיב 3, סכום כסף לשם הבטחת התחייבותה של המשיבה 1. מנורה התחייבה מצדה לשלם למשיבה 1 סכום כסף שייקבע על ידי המשיב 3 בשל מה שהוגדר כ"סכסוכי עבר". בעניין זה נקבע בסעיף 7 להסדר, כי הבורר יהיה רשאי לקבוע כי תשלום הכסף מצד מנורה ייעשה בדרך של מסירת עבודות שונות ממנורה למשיבה 1. ההסדר נחתם יומיים בלבד לפני המועד האחרון להגשת הצעות למכרז חיפה.

המשיבה 1 מילאה אחר חלקה בהסדר ונמנעה מלהגיש הצעה למכרז חיפה. מנורה זכתה במכרז לאחר שהצעתה הייתה הזולה ביותר, גם אם יקרה באופן משמעותי מאומדן הערייה שהתבסס על מכרזים קודמים. לאחר המכרז, פנה המשיב 2 למשיב 3 בדרישה כי ישיב לידי המשיבה 1 את הכספים ששילמה לשם הבטחת התחייבותה, וכי יפסוק בנוגע לגובה הסכום שחבה לה מנורה מכוח ההסדר. ואמנם, ביום 15.6.93 פסק המשיב 3 כי על מנורה לשלם למשיבה 1 סכום של 1,150,000 ₪ ולמסור לה את הטיפול במערכת הרמזורים במספר צמתים בירושלים, שעד לאותו הזמן, תוחזקו על-ידי מנורה. שתי החלטותיו אלו של המשיב 3 בוצעו כלשונן, ובמכרז שפרסמה עיריית ירושלים לתחזוקת הרמזורים בעיר בשנת 1994, זכתה המשיבה 1, לאחר שהצעתה

הייתה זולה במידה ניכרת מהצעתה של מנורה. ההסדר בין המשיבה 1 לבין מנורה נמשך לפחות עד לשנת 1997, כשם שעולה ממכתב ששיגר המשיב 2 למשיב 3 בשנת 1996 שלפיו "אנו מסכימים באם יהיו מכרזים לעבודות בעיריית חיפה להיות איתך בקשר ולהגיש הצעות בתיאום ובשיתוף איתך". התיאום המדובר הוליד כפי הנראה את זכייתה של מנורה גם בשני המכרזים שערכה עיריית חיפה בשנים 1996-1997.

3. בעקבות המעשים האמורים, הוגש נגד המשיבים כתב אישום, שבו נטען כי המשיבים 1 ו-2, יחד עם ארבעה אחרים, היו צדדים להסדר כובל שעניינו חלוקת שוק, כך שמנורה תתחזק את מערכת הרמזורים בחיפה, ואילו המשיבה 1 תתחזק את מערכת הרמזורים בירושלים. לאור הסדר זה ביקשה, כאמור, המדינה להרשיע את המשיבים 2-1 בעבירה לפי סעיפים 47(א)(1) לחוק, בצירוף עם סעיפים 2(א), 2(ב)(3), 2(ב)(4) וסעיף 48 לו, ואילו את המשיב 3 ביקשה המדינה להרשיע בסיוע לביצוען של עבירות אלה. בית המשפט קמא (כב' השופטת מ' מזרחי) זיכה את המשיבים מן העבירות שיוחסו להם.

בית המשפט קבע כי שוק הרמזורים בכלל, ובעיר חיפה בפרט, מתאפיין בקיומה של זיקה בין התקנה לתחזוקה, כך שמי שמחזיק בידע הטכני הנוגע להתקנת הרמזור, נהנה מיתרון תחרותי בנוגע לתחזוקתו, עקב ההשפעה הרבה של הידע הטכני של מתחזק הרמזורים על רמת הבטיחות באותו צומת. מצב זה הוביל רשויות מקומיות להשתמש בשירותיהם של מי שהתקינו את הרמזורים, גם לשם תחזוקתם, ובאופן קונקרטי הגביר את המוטיבציה של עיריית חיפה להתקשר דווקא עם מנורה, כדי לנצל את הידע שצברה עת הקימה בצוותא עם העירייה מרכז בקרת רמזורים חדיש ויקר שהפעלתו מורכבת. ביטוי לרצון העירייה להשתמש דווקא בשירותיה של מנורה, ניתן למצוא בניסיונות העירייה, שקדמו למכרז חיפה, להתקשר בהסכם עם מנורה ללא מכרז, ניסיון שנכשל רק בעקבות התערבות שיפוטית (בג"צ 4672/90 אריאל הנדסט חשמל רמזורים נ' עיריית חיפה, פ"ד מו(3), 267 (1992) (להלן: עניין אריאל)). לאור מאפייניו אלה של שוק הרמזורים, מצא בית המשפט המחוזי, כי לא הייתה למשיבה 1 אפשרות מעשית לזכות במכרז חיפה ומכאן שלא הייתה להסדר בינה ובין מנורה השפעה רבה על התחרות בשוק הרמזורים בעיר. במצב דברים זה, פסק בית המשפט שלהתחייבותה של המשיבה 1 שלא להשתתף במכרז חיפה יש להתייחס כהתחייבות להימנע מנקיטתם של הליכים משפטיים, ותו לא. בעניין זה הוסיף בית המשפט המחוזי, כי אין ללמוד מן המחיר הגבוה שהוצע במסגרת המכרז על-ידי מנורה, לבדו, אודות קיומו של קרטל בינה ובין המשיבה 1.

בית המשפט הוסיף וקבע כי אין לראות בהעברת הצמתים בירושלים לתפעולה של המשיבה 1 מהלך אנטי תחרותי, זאת משנקבע בהסדר כי הצמתים בירושלים יועברו למשיבה 1 בדרך של קבלנות משנה שאין בה כדי להשפיע על מחירי ההתקשרות עם העירייה. עוד נקבע כממצא עובדתי, כי בעת שנחתם ההסדר, והוסכם כי המשיבה 1 לא תשתתף במכרז חיפה, לא ידעו הצדדים על קיומו של המכרז בירושלים. כן ציין בית המשפט, כי בפועל זכתה המשיבה 1 בתחזוקת הרמזורים בירושלים בדרך של מכרז ולא כתוצאה מהסדר בינה לבין מנורה.

לאור הטעמים האמורים, פסק בית המשפט קמא כי לא היה במעשי המשיבים 1-2 כדי להשפיע על התחרות בשוק הרמזורים, ומכאן שלא ניתן להרשיעם בעבירה לפי סעיף 2(א) לחוק. עם זאת, פסק בית המשפט, כי ההסדר נשא אופי של חלוקת שוק ומכאן שהמשיבים 1-2 מקיימים את יסודות העבירה לפי סעיף 2(ב)(3), הקובע חזקה חלוטה בדבר פגיעה בתחרות. חרף כך, ונוכח קביעותיו שלעיל, מצא בית המשפט לזכות את המשיבים מכוח "זוטי דברים" לפי סעיף 34 לחוק העונשין.

בית המשפט זיכה את המשיב 3 מעבירה של סיוע לעריכת הסדר כובל, לאחר שקבע כי כמי שלא הגה את ההסדר, לא קבע את תוכן ההסדר ולא שימש אלא כבורר בהתנדבות בסכסוך שבין הצדדים, הייתה השפעתו על ביצוע העבירה שולית, ומכאן שאף הוא חוסה בצילו של הסייג בדבר "זוטי דברים". עוד קבע בית המשפט כי בהיותו בורר, נופל המשיב 3 אף בגדרה של ההגנה המעניקה חסינות מפני העמדה לדין למי שהם נושאי משרה שיפוטית לפי סעיף 34 לחוק העונשין, אף שאינו עובד מדינה, ואף מסיבה זו יש לזכותו. על הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי הוגש ערעור לבית משפט זה.

4. בית המשפט העליון (כב' הש' א' א' לוי, ס' ג' ובראן, א' חיות) קיבל את הערעור שהגישה המדינה על הכרעת הדין. בית המשפט פסק כי ההסדר בין מנורה לבין המשיבה 1 נועד לחלק את שוק תחזוקת הרמזורים והפעלתם בין השתיים, ומכאן שהוא מקיים את תנאי סעיף 2(ב)(3) לחוק, היוצרים חזקה חלוטה לפגיעה בתחרות, ולקיומה של כבילה אסורה. בעניין זה לא ראה בית המשפט חשיבות לשאלה אם את התחזוקה בצמתים בירושלים התכוונו הצדדים להעביר למשיבה 1 בדרך של קבלנות משנה או בדרך של זכייה במכרז, משקבע כי הדגש הוא על עצם חלוקת השוק על בסיס גיאוגרפי, ולא על הדרך שבה בוצעה החלוקה. כן דחה בית המשפט את טענת המשיבים כי ממילא הייתה תחרות בעיר חיפה, בקובעו, כי אם זה היה מצב הדברים, ניתן להניח כי מנורה לא הייתה חותמת על הסכם עם המשיבה 1 ומתחייבת במסגרתו לשלם לה תמורה כנגד

התחייבותה שלא לנקוט נגדה הליכים משפטיים, וכי הצעתה הזוכה של מנורה במכרז חיפה לא הייתה גבוהה בצורה ניכרת מאומדן העירייה.

בנוגע להחלטתו של בית המשפט המחוזי לפטור את המשיבים 1-2 מאחריות פלילית מחמת "זוטי דברים", פסק בית המשפט, כי אף שניתן להחיל את הסייג גם על עבירות מכוחו של החוק, אין הסייג חל בנוגע למשיבים 1-2, שכן לא ניתן להגדיר את ההסדר שערכו כ"קל ערך" או כזוטות. בית המשפט דחה גם את קביעתו של בית המשפט קמא שלפיה המשיב 3 חוסה תחת סייג ה"זוטי דברים" כשקבע כי "אף אם במעשיו, לא סייע בגיבושו של ההסדר הכובל, יוחד לו תפקיד מרכזי בהוצאתו אל הפועל ולאכיפתו במישור היחסים שבין מנורה ואריאל".

לבסוף, דחה בית המשפט את קביעתו של בית המשפט קמא, כי המשיב 3 נהנה מחסינות מפני העמדה לדין בגין המעשים שביצע במהלך תפקידו כבורר מכוח סעיף 34כ לחוק העונשין, בעמדו על ההבחנה שבין בורר לבין שופט, שיש בה, לאור התכלית העומדת בבסיס ההגנה על הרשות השופטת, למנוע את כניסתו של בורר לגדר הסעיף.

לאור קבלת הערעור, החזיר בית המשפט את הדיון לבית המשפט המחוזי לשם גזירת דינם של המשיבים.

5. בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופטת מ' מזרחי) קבע כי בגזירת העונש, יש לתת את הדעת למידת ההשפעה של ההסדר על התחרות בשוק הרלוונטי. לשם כך, סקר בית המשפט מספר נתוני רקע הרלוונטיים לשוק הרמזורים, שיש בהם, לפי קביעתו, כדי ליתן תמונה בנוגע להשפעת ההסדר על התחרות. כך, שב וסקר בית המשפט את נסיבות השוק, ובכלל זה את העובדה שמנורה הקימה בצוותא עם עיריית חיפה מרכז בקרה חדיש, אשר הציב מכשול של ממש בפני חברות שהתחרו מולה במכרז חיפה. לאור זאת, פסק בית המשפט, נבצר מן המשיבה 1, באופן מעשי, לזכות במכרז. מודעותה של המשיבה 1 לכך שעיריית חיפה מעדיפה להתקשר עם מנורה, ולסיכוייה הנמוכים לזכות במכרז באמצעות הורדת מחירים, הביא, על-פי קביעת בית המשפט, לכך שהתהליך התחרותי המוביל בסופו, להורדת מחירים, לא התפתח.

בית המשפט סבר כי מנורה חתמה על ההסדר עם המשיבה 1 מתוך רצון למנוע "צרות משפטיות" כהגדרתו, קרי התדיינות משפטית מצד המשיבה 1 לאחר זכייתה של מנורה במכרז, שאף אם לא תשפיע על זכייתה של מנורה, העדיפה זו האחרונה למנוע. מכאן, פסק בית המשפט, אין ללמוד מן החתימה על ההסדר לבדו, שלמשיבה 1 היה

סיכוי לזכות במכרז. בית המשפט הוסיף וציין, כי למכתב ששלח המשיב 2 למשיב 3 בשנת 1996, שבו דובר בהגשת הצעות למכרזים בעיריית חיפה "בתיאום ובשיתוף", אין, כשלעצמו, השפעה על התחרות. לפי קביעת בית המשפט, הנסיבה החשובה לעניין זה, היא עובדת ההשקעה במרכז הבקרה והשלכתה על סיכוייה של מנורה לזכות במכרז. נסיבה זו היא שצריכה להישקל במסגרת השיקולים לגזירת העונש, שכן עוצמתה בהקשר התחרותי גדולה בהרבה מעוצמת הטיעון המצביע על קיום הכבילה בהסדר. בהקשר זה הוסיף בית המשפט קמא, כי בית משפט זה לא ביטל את קביעותיו בנוגע להשפעת הקמת מרכז הבקרה על-ידי מנורה על יכולתה המעשית של המשיבה 1 להתמודד במכרז, וכי קביעתו של בית משפט זה שלפיה ההסדר פגע בתחרות, נשען בעיקרו על עצם קיומה של כבילה, ועל החזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2 לחוק.

מכל האמור הסיק בית המשפט, כי אף לאחר הכרעת דינו של בית המשפט העליון, וחרף דחיית הטענה ל"זוטי דברים", אין ללמוד כי מדובר בענייננו בדרגה גבוהה של פגיעה בתחרות בשוק הרמזורים. לדברי בית המשפט, קביעתו של בית משפט זה שאין מדובר בזוטי דברים, עניינה בשאלת עצם האחריות הפלילית, אך היא אינה מחייבת גם מסקנה שחומרת העבירה רבה. לפי קביעתו של בית המשפט קמא, הנימוקים שהובילו את בית משפט זה להכרעת דינו אינם משנים את התמונה בדבר השפעתו המועטה של ההסדר על התחרות בחיפה ובירושלים. לאור השפעה מועטה זו, מצא בית המשפט קמא כי מעשיהם של המשיבים אינם מחייבים ענישה מחמירה.

לצד השיקולים הנוגעים למידת הפגיעה בתחרות, סבר בית המשפט, כי משלא היה בהסדר כדי לפגוע באופן ממשי בציבור, לא היה מקום להחמיר בעונשם של המשיבים. את מסקנתו בנוגע לפגיעה המועטה של ההסדר בציבור, קשר בית המשפט לממצאו כי את מחיר ההתקשרות הגבוה של העירייה עם מנורה יש לייחס לסדר העדיפויות של העירייה, שבראשו עמדו שיקולי בטיחות, לעובדה שהצמתים בירושלים הועברו למשיבה 1 בדרך של קבלנות משנה, שאין לה השלכה תחרותית, ולכך שהכספים ששילמה מנורה למשיבה 1 במסגרת ההסדר לא באו על חשבון הציבור ולא גרעו ממנו דבר. עוד נשקלו על ידי בית המשפט פעולתם האינטנסיבית של המשיבים למען התחרות בשוק הרמזורים בשנים שקדמו להסדר, חלוף הזמן הרב מאז ביצוע העבירות ושיקולים אינדיבידואליים שונים, הפועלים לטובת המשיבים 2-3. לצד זה, ציין בית המשפט, כי העונשים שנגזרו על הנאשמים הנוספים בתיק, שמשפטם הסתיים בהסדר טיעון, לא הדריכוהו בגזירת העונש על המשיבים, מחמת כך שהקביעות העובדתיות שעמדו ביסוד גזר הדין נגד המשיבים התקבלו לאחר שמיעת ראיות והן

רלוונטיות לאלו שהמשיכו בניהול משפט בלבד. לאור הטעמים הללו גזר בית המשפט על המשיבים את העונשים שצוינו. על גזר דין זה הגישה המדינה את הערעור שבפנינו.

טענות הצדדים

6. טוענת המדינה במסגרת ערעורה על קולת העונש, כי העונש שנגזר על המשיבים חורג באופן קיצוני מנורמת הענישה הראויה והמקובלת שהותוותה על-ידי בית משפט זה בעבירות בתחום ההגבלים העסקיים ומטיל צל כבד על נושא האכיפה בתחום זה. לדידה, הסדר חלוקת שוק אשר נעשה על דרך של תיאום מכרז מהווה "הגרעין הקשה" של עבירות בתחום ההגבלים העסקיים ואף קיימת בחוק חזקה חלוטה בדבר היותו כובל. לפיכך, סבורה המערערת, נדרשת מדיניות עונשית ברורה שתמצה את הדין עם מי שעשו יד אחת כדי להפיק רווחים על חשבון הציבור ותשדר מסר מרתיע. בעניין זה, ובהתייחס למקרה דנן, גורסת המערערת, כי בית המשפט שגה בהסטת עיקר המשקל מעצם ההתקשרות בהסדר פסול אל עבר בחינת מידת השפעתו של ההסדר בפועל על התחרות בשוק הרמזורים. לדידה, ההתמקדות בשאלת הפגיעה בתחרות, מהווה כרסום בסעיף 2(ב) לחוק, אשר קבע חזקות חלוטות כי ההסדרים המפורטים בו פוגעים בתחרות, ופוגעים באפשרויות מניעתן של נורמות נפסדות אלה. לטענתה, העונשים הקלים שהטיל בית המשפט קמא על המשיבים, מעבירים מסר שלפיו ההתקשרות בהסדרים כובלים על חשבון הציבור היא כדאית.

אדן נוסף שעליו משתיתה המערערת את ערעורה, עניינו טענתה כי גזר דינו של בית המשפט המחוזי פוגע באחידות הענישה, בכך שהוא מתעלם מן העונש שהוטל על מי שהיו צד לאותו הסדר ממש, מנורה ומנהלה, במסגרת הסדר טיעון. בית המשפט נימק את החלטתו שלא להיות מודרך על ידי עונשים אלה, בכך שבעניינם של המשיבים נקבעו קביעות עובדתיות לאחר שמיעת ראיות, והן רלוונטיות רק לנאשמים שהמשיכו בניהול התיק. ואולם, לטענת המערערת, הסדר הטיעון עם מנורה ועם מנהלה נעשה בתום שמיעת ההוכחות במשפט, ואחרי שכל הראיות הנוגעות להסדר הובאו בפני בית המשפט. לדידה, משמדובר באותו מעשה, באותן הנסיבות ובאותה התקופה, לא הייתה הצדקה להתעלמות בית המשפט מהעונשים שנגזרו על הצדדים האחרים להסדר ולהטלת עונשים קלים לאין שיעור על המשיבים. יתרה מכך, לטענת המשיבים, מושכלת יסוד היא כי הסדר טיעון אמור לשקף הקלה מסוימת בעונש, ולשמש רף תחתון לענישה. במקרה דנן התעלם, כאמור, בית המשפט המחוזי מן העונשים שנגזרו בהסדר הטיעון והטיל על המשיבים עונשים קלים מהם באופן משמעותי, לטענת המערערת, באופן בלתי מוסבר וללא כל הצדקה.

לדעת המערערת, גזר הדין מתעלם מקביעותיו של בית המשפט העליון בעניין השלכותיו של ההסדר הכובל על רמת התחרות במשק, ומביא בחשבון שיקוליו את קביעותיו של בית המשפט המחוזי בהכרעת הדין, אף שחלקן נדחה בערעור, ובפרט קביעתו של בית המשפט המחוזי בהכרעת הדין, כי מעשי המשיבה לא פגעו בתחרות בשוק הרמזורים, אף שקביעה זו נהפכה על-ידי בית המשפט העליון.

קושי אחר הקיים בגזר דינו של בית המשפט המחוזי עניינו, לפי המערערת, גובה הקנס שהוטל על המשיבים. לדידה, הרתעה יעילה מחייבת כי הענישה הכספית תעלה במידה משמעותית על הרווח שציפה העברייני להפיק ממעשה העבירה, ולמצער עליה להיות בגובה טובת ההנאה שלה זכה העברייני כתוצאה מן העבירה שביצע. לדברי המערערת, ניתן לאמוד את התועלת הכלכלית שצמחה למשיבים כתוצאה מן התיאום הקרטלי בסכום העולה על מיליון ₪, ונע, על-פי הערכות, על סך שבין 1.5 ל-3 מיליון ₪. לטענת המערערת, העונשים שהוטלו על המשיבים אינם מהווים ולו עשירית מן הרווח שהופק על-ידם, הם בבחינת פרס לעברייני ופוגעים באופן משמעותי בהרתעה.

לבסוף, מעלה המערערת שורה של נסיבות המוסיפות מידה של חומרה לעבירות שבוצעו על-ידי המשיבים, ושלטענתה, לא זכו להתייחסות במסגרת גזר הדין. בין נסיבות אלה, מצויים פרק הזמן הממושך שבו נותר ההסדר הכובל, שנעשה ב-1992, וחודש ב-1996, בתוקף; העובדה שההסדר הכובל בוצע בפועל ובאופן מלא; מעורבותו האישית של המשיב 2, בעליה של המשיבה 1, בהסדר ובביצועו, והיותו הנהנה הישיר מפירותיו; התחרות האינטנסיבית שהייתה בשוק הרמזורים עובר להסדר, ואשר נמנעה בעקבותיו; ובאשר למשיב 3 - תפקידו המרכזי באכיפת ההסדר הכובל ובהוצאתו אל הפועל.

לאור הדברים האלה, סבורה המערערת, כי יש לצעוד בדרך שבה הילכה פסיקתו העקבית של בית משפט זה ולגזור על המשיבים עונש של מאסר בפועל לריצוי שלא בדרך של עבודות שירות, בנוסף לקנס כספי כבד.

7. המשיבים 1-2 טוענים בתגובה, כי בית המשפט המחוזי לא חרג במסגרת גזר דינו מן האמור בהכרעת הדין של בית המשפט העליון. לדידם, כל שקבע בית המשפט העליון, הוא כי המקרה דנן אינו מקיים אחר תנאי הסייג בדבר זוטי דברים, בלא שהוסיף דבר לגבי חומרת העבירות, או בנוגע למידת הפגיעה בתחרות, ובלא שדן

לעומקה במסכת העובדות בתיק. עוד מוסיפים הם, כי בית המשפט העליון לא שינה מקביעתו של בית המשפט קמא בנוגע לחוסר האפשרות של המשיבה 1 להתמודד באופן מעשי במכרז חיפה, ומכאן שאין לתהות על קולתו היחסית של העונש שגזר בית המשפט המחוזי, כפועל יוצא מכך שלא היה בהסדר כדי לפגוע בפועל בתחרות בשוק הרמזורים. עוד מציינים המשיבים 1-2 כי הדבקת תווית של תיאום מכרז ושל חלוקת שוק להסדר הנידון מתעלמת מן העובדות שהוכחו בבית המשפט.

המשיב 3 מצטרף לטיעונים אלה, ומוסיף, כי יש להבחין בין חלקו באירועים לבין חלקם של מי שהיו צדדים להסדר הכובל. לדבריו, משלא ניסח את ההסדר, לא היה מעורב במשא ומתן שהוביל אליו, ולא קיבל כל תגמול כספי או אחר על תפקידו כבורר, נופל חלקו בהסדר במידה ניכרת מחלקם של האחרים. לפי טענתו, חלקו בהסדר התמצה בקביעת סכום הפיצוי שישולם למשיבה 1, בעין ושלא בעין, על ידי מנורה, בתמורה להתחייבותיה במסגרת ההסדר, ובמתן פסק הבוררות שנועד לסיים את הסכסוך בין הצדדים. עוד טוען הוא כי להיעדר התמורה בעבור שירותיו כבורר יש לייחס משמעות גם בנוגע לגודל הקנס שיש להשית עליו, שלפי טענת המדינה צריך להלוו את גודל טובת ההנאה שהופקה על-ידי הצדדים. לבסוף, טוען המשיב 3, כי הוא אדם נורמטיבי, ללא הרשעות קודמות, אשר נקלע למעורבות באירוע נשוא הערעור משום שרצה לסייע לחבריו, בשל היושר והאמינות שייחסו לו. בנסיבות אלה סבור המשיב 3 כי העונש המקל שנגזר עליו הינו עונש ראוי.

8. לאחר שהאזנתי לטענות הצדדים, העמקתי בטענות הערעור בכתב, ובחנתי את הפסיקה בנושא, מצאתי כי יש להחמיר בעונשם של המשיבים. לתוצאה זו הגעתי לאחר שקלול הטעמים לקולא ולחומרא, כשם שאפרט להלן.

טעמים לחומרא

אופי העבירה וחומרתה

9. לפי קביעתו של בית משפט זה, מעשם של המשיבים הוא בגדר חלוקת שוק בין מתחרים ומכאן שהוא נמנה על ההסדרים האסורים מעצם טבעם, לפי סעיף 2(ב) לחוק, שלגביהם אין התביעה נדרשת להוכיח כי יש בהסדר כדי לפגוע בתחרות בין הצדדים בשוק הרלוונטי וקיימת חזקה חלוטה בדבר היותם כובלים ובדבר פגיעתם בתחרות ובאינטרס הציבורי (ראו למשל: ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', פ"ד נט(6), 776 (2005) (להלן: עניין בורוביץ'); רע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשייה,

שיווק אלומינים זכוכית ופרזול בע"מ, פ"ד נח (2) 635 (2004)). הסדר מסוג זה נמנה אף על ההסדרים שכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך) התשס"ו-2006 אינו חל עליהם (ראו סעיף 4 לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות) התשס"ו-2006).

בית משפט זה זיכה אמנם בעבר מי שנקבע כי היו צד להסדרים הנכללים לכאורה בגדר סעיף 2(ב), מאשמת יצירת הסדר כובל, כשפירש באופן תכליתי את ההסדרים ומצא כי אין מקום להכתימם בכתם של אי חוקיות, בהיותם הסדרים תמימים אשר נועדו לשרת תכליות ראויות (ראו: ע"א 3700/98 מ.חניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 590 (2003); ע"מ 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים-אגף שומת מקרקעין, פ"ד נח(3) 293 (2004)). עם זאת, בכל המקרים הללו דובר בהסדרים "אנכיים", בין ספקים ללקוחות, שלהם עשויים במקרים מסוימים להיות יתרונות פרו-תחרותיים, כגון הרצון לתמרץ שיווק אגרסיבי של מוצר או הרצון לשמור על מוניטין של רשת מוצרים באמצעות "כבילת" הזכין לרמת איכות מסוימת (ראו: מיכל (שיצר) גל "היקף תחולתו של האיסור לערוך הסדר כובל" דין ודברים 533, 548 (תשס"ה); ראו בעניין זה גם: דיויד גילה "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוק? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים" עיוני משפט כז(3) 751 (2004)).

ההסדר שבענייננו הינו הסדר אופקי, קרי הסדר היוצר תיאום בין מתחרים, שהפוטנציאל האנטי-תחרותי הקיים בו הביא להנחת יסוד חלוטה בדבר פגיעתו בתחרות, ולא נדרשת בחינה פרטנית של פגיעתו בפועל בתחרות בשוק. במקרים חריגים שיש בהם הצדקה חברתית יוצאת דופן, רשאים אמנם צדדים להסדר כובל לקבל מראש מן הממונה על ההגבלים העסקיים פטור מן החובה לקבל את אישור בית הדין להגבלים עסקיים להסדר, לפי סעיף 14 לחוק, או לקבל אישור מראש מבית הדין להגבלים עסקיים, במקרה שבו להסדר הנידון יתרונות חברתיים הגוברים על הפגיעה התחרות, לפי סעיף 9 לחוק. הצדדים בענייננו נמנעו מלעשות כן, ומכאן שחרף הטענה שהועלתה בדבר היתרון הבטיחותי שבהתקשרות העירייה עם מנורה, שמקורו בכך שבמרכז בקרת הרמזורים שהוקם בעיר גלום ידע מורכב המצוי בידיה ואינו מצוי בידי החברות האחרות, אין מקום לדון באפשרות זו.

10. טוענים המשיבים בפנינו, כי אף אם המקרה שבפנינו נכנס לגדר החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב), יש מקום לבחון את מידת הפגיעה בתחרות בפועל, כתוצאה מן ההסדר, במסגרת השיקולים הנשקלים לשם קביעת העונש. לדידם, ההסדר נשוא

ערעור המדינה לא פגע בתחרות בשוק הרמזורים ועל עובדה זו לשמש שיקול לקולא בגזירת העונש, בדומה לאופן בו נהג בית המשפט קמא.

ככלל בחינה כמותית מדויקת של מידת הפגיעה בתחרות שנגרמה בעקבות הסדר כובל, בעת גזירת העונש, טומנת בחובה קשיים. ראשית, כשם שטענה המערערת, וכשם שיוסבר להלן, בחינה שכזו נושאת עמה קשיי הוכחה מרובים ושאלות מורכבות של סיבתיות, שפעמים רבות אינן מאפשרות כימות מדויק של גובה הנזק בעקבות ההסדר. שנית, וכפועל יוצא מן הקושי הראשון, בחינה שכזו שמה לאל, במידה רבה, את התכלית בדבר חיסכון במשאבים ובזמן שיפוטי, שבעטייה, לצד תכליות נוספות, נקבעה החזקה החלוטה בדבר היותם של ההסדרים המנויים בסעיף 2(ב) לחוק, כובלים (ראו עניין בורוביץ'). שלישית, הסדרים כובלים מן הזן המנוי בסעיף 2(ב) לחוק נושאים חומרה יתרה מעצם טיבם וטבעם. על הסדרים אלה נאמר בדנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ פ"ד נו(1) 56, 97 כי "מניעת תחרות והפחתת תחרות בשוק הסחורות והשירותים (...) זו התכלית בהן, זו מטרתן, זה העיקר בהן". הצורך לשרש הסדרים שכאלה, שחומרתם בעצם ההיקשרות במסגרתם, בלא קשר לתוצאה הנובעת מהם, מצדיק, איפוא, שימוש ב"יד קשה" שתבטא במתן עונש חמור ומרתיע, בלא קשר למידת הפגיעה הפרטנית בשוק הרלוונטי.

עם זאת, אין דינם של כל ההסדרים, ואפילו נושאים הם מאפיינים משותפים המסווגים אותם לפי אותה קטגוריה בסעיף 2(ב) לחוק, זהה, ומידת הפגיעה בתחרות שעלולה להיגרם בעקבותיו של הסדר אחד אינה כמידת הפגיעה בתחרות שעלולה להיגרם כתוצאה מהסדר אחר. הנזק שנגרם לאינטרס שעליו נועדה הגדרת מעשה כעבירה להגן מהווה, ברגיל, שיקול שנשקל על-ידי בתי המשפט בבואם לגזור את עונשו של נאשם, גם כשמדובר בעבירות התנהגותיות (ראו למשל ע"פ 370/80 מירלשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (1) 391 (1980) שבו התחשב בית המשפט בערך השלל שנגנב משקי דואר בנמל התעופה כשיקול לעניין גובה העונש). יסוד זה מאפשר דירוג משני בין עבירות שנועדו להגן על אותו אינטרס ומהווה טעם והצדקה להבדלים במידת החומרה המיוחסת להם (ראו: רות קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט בעקבות דוח ועדת גולדברג" מחקרי משפט טו 147, 176-178 (1999); רות קנאי "הנחיות לקביעת גזר הדין בפסיקת בית המשפט העליון" משפטים כד 97, 118 (תשנ"ד); יעקב בזק הענישה הפלילית דרכיה ועקרונותיה 61-67 (תשמ"א)). לפיכך, אף כי עצם ההיקשרות בהסדר של חלוקת שוק נושאת חומרה יתרה, ויש מקום להחמיר בעונשם של הצדדים להסדר גם בלא שהתביעה הוכיחה כי ההסדר הספציפי גרם לפגיעה חמורה בתחרות בשוק הרלוונטי, הרי שבמקרה שבו מי מן הצדדים מוכיח כי

ההסדר בעניין הנדון גרם לפגיעה חמורה יותר או פחות בתחרות, יישקל הדבר במסגרת השיקולים לעניין העונש.

11. כאמור, המשיבים טענו שההסדר בעניינם לא פגע בתחרות בשוק הרמזורים. בית משפט זה דחה טענה זו באופן מפורש, גם לגופה. בית המשפט קבע, כי אם זכייתה של מנורה אמנם הייתה מובטחת מראש, כשם שנטען, היא הייתה נמנעת מלכרות הסכם עם המשיבה 1 ולהתחייב לשלם לה תמורה כנגד התחייבות המשיבה 1 "שלא לנקוט נגדה הליכים משפטיים". בית המשפט סבר כי המינוח שבו השתמשו הצדדים אינו אלא כסות להתחייבותה של המשיבה 1 שלא להתחרות במנורה, וכשעובדה זו מתווספת לנתון שלפיו הצעתה הזוכה של מנורה במכרז חיפה הייתה גבוהה באופן ניכר מאומדן העירייה, מתקבלת המסקנה כי דין טענת הצדדים כי לא נגרמה פגיעה כלשהי בתחרות בעקבות ההסדר, להידחות.

לא ניתן לקבל, איפוא, את קביעת בית המשפט המחוזי בגזר הדין, שלפיה "המעין בסעיף 20 לפסק הדין אינו מגלה התייחסות לנושא מרכז הבקרה ולשאלת היכולת של אריאל להתחרות" וכי "אין (...) בפסק הדין של בית המשפט העליון- התייחסות לנושא ההשקעה במרכז הבקרה ולחוסר האפשרות של אריאל להתחבר למרכז הבקרה". אף אם בפסק דינו של בית משפט זה אין התייחסות מפורשת לעובדת קיומו של מרכז הבקרה, ניתן ללמוד מהכרעתו, ומדחיית הטענה באשר להיעדר תחרות בשוק הרמזורים, כי אין הוא מקבל את הטענה שלפיה הקמת מרכז הבקרה על-ידי החברה הגרמנית, שמנורה הייתה סוכנתה הבלעדית, מנעה באופן מעשי מן המשיבה 1 להתמודד במכרז.

לכך ניתן להוסיף, כי קביעה כאמור, אף מרוקנת מתוכן את פסק הדין בעניין אריאל, אשר חייב את עיריית חיפה לקיים מכרז פומבי בשאלת זהות הגורם שיבצע את עבודות ההתקנה וההחזקה של הרמזורים בחיפה. במסגרת פסק הדין נקבע (כב' השופטים ש' לוין, ש' נתניהו, ש' מצא) כי לא היה מקום לקבוע כי מנורה היא ספק יחיד בתחום עבודות הרמזורים לאור קיומן של חברות נוספות בארץ העוסקות באותם נושאים. יצוין, כי העתירה האמורה הוגשה על-ידי המשיבה 1 עצמה, ובמסגרתה טענה היא כי מנורה אינה ספק יחיד וכי ביכולתה להתחרות בה משום שאין כל קושי לחבר את מנגנוני הרמזורים מתוצרתה למרכז הבקרה הקיים בחיפה. אין זה נהיר כיצד מתיישבים דברים אלה של המשיבה 1 עם טענתה הנוכחית בדבר אי פגיעה בתחרות מן הטעם שממילא לא הייתה תחרות בשוק הרמזורים בחיפה. לכך יוסף, כי המשיבה 1 השתתפה במכרז ובהליכים עד יומיים לפני עריכתו. לא ידעתי מה נתגלה לפתע

למשיבה 1 זמן כה קצר לפני המכרז, שלא היה ידוע לה קודם לכן, זולת החתימה על ההסדר עם מנורה אשר העניק לה פיצוי משמעותי בתמורה לפרישתה מן המכרז. לא ניתן שלא לתהות גם מדוע לא פרשו מן המכרז החברות הנוספות שהתמודדו בו, שודאי ידעו אף הן על העדפתה של העירייה להתקשר עם מנורה כעולה מפסק הדין בעניין אריאל.

מבנה השוק מלמד גם הוא על הפגיעה בתחרות הנובעת מן ההסדר. מדובר בשוק שבו מתקיימת תחרות בין שחקנים מועטים, ושחסימי הכניסה אליו, במונחים של ידע, השקעה, ניסיון ויתרונות לגודל, גבוהים ומשמעותיים. במצב דברים שכזה, תיאום בין שתי חברות, האוחזות בנתח שוק משותף של כ-40%, לפי חישובן שלהן, ואשר עובר להסדר ניהלו תחרות אינטנסיבית ביניהן, הוא בעל משמעות רבה על מידת יכולתן של חברות אחרות להתחרות עימן, ועל התחרות בכללותה בשוק הרמזורים.

על רקע כל הדברים האלה, ברי כי ההסדר שנערך בין מנורה לבין המשיבה פגע בתחרות, כאשר כאמור, אף אם לא היה מוכח הדבר, לא היה בכך כדי לשלול את חומרת ההסדר ואת ההצדקה לגזירת עונש בהתאם. מדובר בהסדר של חלוקת שוק שכזה, מצוי בליבת ההסדרים האסורים לפי החוק, פוגע בציבור ובכספיו, דבר שהתבטא, בין השאר במחיר הגבוה בהרבה מאומדן העירייה, שהוצע על-ידי מנורה לאחר פרישת המשיבה 1 מן המכרז, גורם לעיוות בהקצאת המקורות האופטימאלית במשק, יוצר חוסר צדק חלוקתי, בהביאו להתעשרותן של חברות בודדות ושל בעליהן על חשבון הצרכנים, ועל-כן נושא חומרה יתרה.

12. לצד החומרה היתרה שיש לייחס להסדר בגין היותו הסדר של חלוקת שוק בין מתחרים, יש לייחס חומרה רבה אף לעובדה כי ההסדר האמור הינו הסדר לתיאום מכרז פומבי שבוצע על-ידי רשות ציבורית. סעיף 197 לפקודת העיריות (נוסח חדש) קובע את חובתה של עירייה לערוך מכרז פומבי באשר לכל חוזה "להעברת מקרקעין או טובין, להזמנת טובין או לביצוע עבודה". בדומה לסעיף 2(א) לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, המטיל חובת מכרז על רשויות מנהליות, גם הסעיף בפקודת העיריות מטיל, בשינויי נוסח מסוימים, על הרשות חובה לערוך מכרז לגבי כל ההתקשרויות שלה, אלא אם מתקיימים בנסיבות העניין תנאי פטור (ראו: עומר דקל מכרזים 250-252 (2004)).

בענייננו, בתחילה, החליטה עיריית חיפה כי בנסיבות העניין מתקיימים תנאי הפטור לפי תקנה 3(4) לתקנות העירייה (מכרזים), התשמ"ח-1987, המסמיכה את

העירייה להתקשר בחוזה ללא מכרז, בין השאר, אם החוזה נערך עם הספק היחיד בארץ לטובין הנמכרים במסגרתו, או המומחה היחיד בארץ לעבודה הנעשית מכוחו. עם זאת, כאמור, העירייה חויבה בעניין אריאל לקיים מכרז לתחזוקת הרמזורים. ברי כי על מכרז זה חלים הכללים וההלכות של דיני המכרזים והוא נועד לקיים את אותן התכליות שנועד לקיים כל מכרז ציבורי.

13. שני אינטרסים מרכזיים, השזורים זה בזה, עומדים בבסיס החובה המוטלת על רשויות מנהליות, ובכלל זה עיריות, לקיים מכרז כשהן מתקשרות בחוזים עם גורמים עסקיים. האינטרס הראשון הינו האינטרס הציבורי להבטחת תקינות רשויות המנהל בדרך של ניהול ענייניה של הרשות בדרך שקופה ושוויונית שבמסגרתה יינתן יחס זהה והוגן לכל פרט בציבור. האינטרס השני הוא האינטרס העסקי לקבל את המוצר או השירות בעל האיכות הגבוהה ביותר תמורת המחיר הנמוך ביותר ובפרק הזמן התואם את צרכיה של הרשות המנהלית. היות שהרשות המנהלית מתנהלת וממומנת מכספי ציבור, יש בהקפדה על קיום אינטרס זה של המכרז כדי לבטא שימוש מושכל ויעיל בכספים אלה (ראו בג"צ 368/76 גוזלן נ' המועצה המקומית בית-שמש, פ"ד לא(1) 505 (1976); ע"א 1444/95 עיריית אילת נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מט(3) 749 (1995); ע"א 6585/95 מ.ג.ע.ר. מרכז גבייה ממוחשבת בע"מ נ' עיריית נשר, פ"ד נ(4) 206 (1996); ע"מ 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים - אגף שומת מקרקעין, פ"ד נח(3) 293 (2004)).

על רקע אינטרסים אלה, ברורה ונהירה החומרה הרבה שיש לייחס למעשה של תיאום מכרז ציבורי בין מתחרים. מדובר במעשה החותר תחת עצם התכלית המרכזית שבעטיה מבוצע המכרז, ומרוקן מתוכן את כלליו והוראותיו. מהלך שכזה, במיוחד כשהוא מתבצע בין מתחרים המחזיקים בנתח משמעותי מן השוק הרלוונטי, פוגם באופן קשה בשקיפותו של המכרז, בסיכוי השווה של כל המתחרים לזכות במכרז ובמיוחד ביכולת לשמר את המכרז כהליך יעיל שנועד לאפשר לרשות לזכות באיכות המקסימאלית במחיר מינימאלי, לרווחתו של הציבור. נזקו של תיאום מכרז מנהלי נובע אף מכך שהרשות הציבורית מחויבת על-פי דין לבחור את הגורמים שעמם היא מתקשרת בדרך של מכרז, כשלרוב יהיה עליה לבחור בהצעה הזולה ביותר. גם במקרה שבו ההצעה הזולה ביותר יקרה באופן משמעותי מאומדנה של הרשות המזמינה, כשם שקרה בענייננו, לא תוכל הרשות שלא לבחור בהצעה זו, אלא אם תעמוד בנטל לספק טעם סביר מדוע עשתה כן, ולרוב, לאור אופיו של המכרז, לא תוכל הרשות אף להפחית מהיקף השירות או העבודה שהוזמנו (ראו: ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667, 677 (1993); בג"צ 351/71 "צוות ניהול" בע"מ נ' ...

שר המסחר והתעשייה, פ"ד כו(1) 113 (1971)). במקרה של תיאום ממושך בשוק מסוים, שאינו מתגלה, עשויה, איפוא, הרשות להידרש לשלם פעם אחר פעם סכומים גבוהים בהרבה מערכן הריאלי של העבודות שלהן היא נדרשת או מאומדנה הראשוני, בלא שיש לה שליטה על כך ובלא שהיא יכולה לבחור את הגורמים עמם היא מתקשרת בדרך אחרת. כל זאת כשעול הנזק הכספי הנגרם בשל התיאום מוטל על ציבור משלמי המסים.

קושי נוסף הטמון בתיאום מכרז, ושעליו עמדה המערערת במסגרת טענותיה בפני בית המשפט המחוזי, קשור בעובדה שלאחר עריכת המכרז ניתן פומבי להצעות המועלות במסגרתו. עובדה זו, מקלה על הצדדים לתיאום לאתר בקלות כל חריגה מן המוסכם וכל הפרה של ההסדר, ומשמשת תמריץ שלילי ל"הסתלקות" אופורטוניסטית ממנו של מי מן הצדדים. עובדה זו, שאינה מאפיינת את כלל ההסדרים, מקנה יציבות להסדר תיאום המכרז, משמשת כ"ביטוח" למימושו ומוסיפה אלמנט נוסף של חומרה לדרך הפעולה של הצדדים להסדר בענייננו. לפרקטיקת תיאום המכרזים בין מנורה לבין המשיבה 1 שנשתקפה, בהסדר, וכן, "שחור על גבי לבן", במכתב ששיגר המשיב 2 למשיב 3 ובו דובר על הגשת הצעות למכרזים עתידיים בעירית חיפה "בתיאום ובשיתוף", יש להתייחס, איפוא, במלוא החומרה.

חשיבותו המיוחדת של עונש מרתיע

14. המדובר בעניינו בעבירות כלכליות, המזכות את מבצעהן, במקרים רבים, ברווח כספי שמן, תוך פגיעה ברווחה הכוללת של המשק ושל הציבור כולו. עבירות מסוג זה, כמו רבות מעבירות "הצווארון הלבן", מתבצעות במרבית המקרים על-ידי בני אדם המנהלים בשאר תחומי חיהם אורח חיים נורמטיבי, ולחלקם אף מעמד ציבורי או חברתי. המניע המרכזי המביאם לביצוע העבירות הוא המניע הכלכלי. הדרך להרתיע מפני ביצוע העבירות האמורות נעוצה במאפייניהן המיוחדים של העבירות ומבצעהן. בהיותם נטועים היטב בציבוריות, יש בעצם ההרשעה בעבירות פליליות כדי לפגוע בשמם הטוב של מבצעי העבירות ולשמש גורם מרתיע מפני ביצוען. בהיותם, לרוב, אנשים מבוססים, אשר אינם פועלים מתוך מצוקה כלכלית או סוציאלית, ראוי הוא כי, ככלל, רף הענישה בגין עבירות מעין אלה יהיה של עונש מאסר בפועל (ראו ע"פ 1042/03 מצרפלט שותפות מוגבלת בע"מ נ' מדינת ישראל, תק-על 2003(3), 396 (2003) (להלן: עניין מצרפלט)). עונש זה משקף אמירה קולקטיבית ברורה נגד מי שפוגע בציבור מתוך רדיפת ממון ומתוך רצון לזכות ב"רווחים קלים" על חשבון קבוצה גדולה של קורבנות שבמקרים רבים אינה מאורגנת ושאינה בידה לעשות דבר. לצד עונש המאסר

יש להטיל על מבצעה של עבירות אלה אף קנס כספי משמעותי. כאנשים רציונאליים המבצעים את העבירה כדי לזכות ברווחים, יש בקנס שכזה כדי לעקר את המוטיבציה המולידה הסדרים שכאלה.

ואמנם, בעניין בורוביץ', כמו גם במקרים אחרים שנידונו לאחר הגברת האכיפה נגד עבירות בתחום ההגבלים העסקיים בעשור האחרון, נקבע כי העונש שכלל יש להטיל על מבצעה של עבירות הגבל עסקי שעניינן בחלוקת שוק הינו "הן קנס בשיעור גבוה שמטרתו לפגוע בכיסו של המבצע, שנשא את עינו להשגתה של טובת הנאה פסולה, והן מאסר בפועל שלא על דרך עבודת שירות" (סעיף 191 לפסק הדין; ראו, כאמור, גם עניין מצרפלט, בעמ' 732; ע"פ 2919/02 אלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2002(3) 1865 ((2002); ע"פ 2929/02 מדינת ישראל נ' סבירסקי, פ"ד נז(3) 135, 143 (2003) (להלן: עניין סבירסקי); השוו: ע"פ 2754/97 צבי נ' מדינת ישראל, תק-על 98(1) 376, 373 (1998) (להלן: עניין צבי), שבו חרף אמירות דומות מצד בית המשפט, בדבר החשיבות שבענישה מרתיעה בדרך של מאסר, הומתק עונשם של המערערים, הופחת גובה הקנס שנגזר עליהם ובוטלו עונשי המאסר לריצוי בעבודות שירות, שנגזרו עליהם בבית המשפט המחוזי, בשל נסיבותיהם האישיות).

15. האפשרות של ענישה בדרך של קנס כספי, כשמדובר בעבירות בתחום ההגבלים העסקיים, מעוררת קושי לאמור באופן מדויק את הנזק שנגרם כתוצאה מן ההתנהגות האסורה, כמו גם את הרווח שהפיקו הצדדים כתוצאה מן ההסדר האנטי-תחרותי שבו נקשרו. הסוגיה טומנת בחובה שאלות של סיבתיות שעל חלקן קיים קושי להשיב בדרך כמותית. המערערת אף היא מודעת לקושי זה. עם זאת, סבורה המערערת, במקרה דנן אין קושי לקבוע רף מינימאלי לרווח שהפיקו המשיבים 1-2 כתוצאה מן ההסדר, ולהעמידו על הסכום שקיבלה המשיבה 1 ממנורה על-פי החלטת המשיב 3, ועל ערכו הכספי המשוער של שוק הרמזורים בירושלים, אשר הועבר ממנורה למשיבה 1, אף זאת על פי הוראתו של המשיב 3, וכחלק מתנאי ההסדר. לאור כל זאת, סבורה המערערת, עומד סכום רווחיהם של המשיב 1-2 כתוצאה מן ההסדר, באופן משוערך על כ-3 מיליון ₪.

בניגוד לטענת המערערת, סבורה אני כי הקושי לאמור את סכום רווחיהם של המשיבים 1-2 מתעורר בענייננו, לא רק בשאלת הנזק שנגרם לציבור עקב ההסדר, אלא אף בנוגע לטובת ההנאה שקיבלו הצדדים להסדר בעקבותיו. כך למשל, לא ניתן לקבוע בבירור כי הזכייה בשוק הרמזורים בירושלים לא הייתה מתרחשת בהיעדר הסדר. בית משפט זה

קבע בהכרעת דינו, כי את התחייבות המשיבה 1 "שלא לנקוט הליכים משפטיים נגד מנורה" יש לראות כהתחייבות מצדה שלא להתחרות במנורה במסגרת המכרז (פסקה 20 להכרעת הדין). סכום הכסף שקיבלה המשיבה 1 נועד איפוא לפצותה על הימנעותה מלהתמודד במכרז חיפה. בהינתן שלמשיבה 1 היה סיכוי מסוים לזכות במכרז חיפה, כשם שעולה מטענותיה של המערערת עצמה, קשה להצביע על סיבתיות חד משמעית בין זכייתה של המשיבה 1 בסכום הכסף שקיבלה במסגרת ההסדר, לבין ההסדר עצמו. אף ללא ההסדר עשויה הייתה המשיבה 1 לזכות במכרז חיפה ולזכות בסכום הכסף שקיבלה ואף למעלה ממנו. גם סכום זה, אם-כן, אינו יכול לשמש אמת מידה מספקת לקביעת גובה הקנס שיש להשית על המשיבה 1. חרף כך, אני סבורה, כי בהינתן סכומי הכסף שהיו מעורבים בהסדר האמור (ובכלל זה הכספים שנתקבלו על-ידי המשיבה במסגרת ההסדר והרווחים המשמעותיים שבהם זכו הצדדים, שההתקשרות בהסדר ודאי הקלה על קבלתם) אין בעונש הקנס המקל אשר נגזר על המשיבים כדי לממש את המטרות שצוינו ויש מקום להחמיר בו.

ביצוע ההסדר בפועל לאורך פרק זמן ממושך

16. אף כי לשם השתכללותה של העבירה האוסרת על אדם להיות צד להסדר כובל, אין זה נדרש כי ההסדר יבוצע בפועל, ודי בהתקשרות במסגרתו של הסדר כובל כדי להשלים את יסודות העבירה, אף אם טרם יושם בפועל (ראו למשל: ע"פ 2929/02 מדינת ישראל נ' סבירסקי, תק-על 2003(2) 6 (2003) (להלן: עניין סבירסקי)), ביצועו של ההסדר, הלכה למעשה, ישמש כנסיבה מחמירה שעשויה להיות לה השפעה על חומרת העונש. ענישה מחמירה כשההסדר מבוצע בפועל, מוצדקת הן מטעמים הקשורים בכך שביצוע ההסדר מגביר את מידת הנזק הנובעת ממנו לתחרות בענף, במונחים כספיים, הן מן הרצון לדכא "ברגע האחרון" את המוטיבציה של צדדים להסדר להוציאו אל הפועל, לאחר שכבר התקשרו בו, ולעודדם להפר את תנאי ההסדר ולהתחרות באופן אינטנסיבי בשותפם להסדר.

בענייננו, התקשרו הצדדים בהסדר אך יומיים לפני מכרז חיפה, ומיהרו ליישמו כבר בעת המכרז, דבר שמצא את ביטויו בהחלטת המשיבה 1 שלא להשתתף בו. בהמשך יושם סעיף 7 להסדר, כשהמשיב 3, בתפקידו כבורר, חייב את מנורה למסור למשיבה גם את תחזוקת מערכת הרמזורים במספר צמתים בירושלים, שעד אז היו בטיפול של מנורה. מכתבו של המשיב 2 למשיב 3 בשנת 1996, שעסק, כאמור, בתיאום מכרזים עתידיים בחיפה, וזכייתה של מנורה במכרזים בחיפה, בחלוף שנה,

מלמדים, כשם שהסיק בית משפט זה בהכרעת דינו, כי ההסדר יושם אף בשנה זו. לעובדה זו, קיימת, כאמור, השלכה על העונש שיש לגזור על המשיבים בגין ההסדר.

בעניין זה יוסף, כי העבירה לא בוצעה באופן חד פעמי על מנת להשיג מטרה נקודתית או כדי לתאם את התנהגות הצדדים בנוגע למכרז ספציפי. הסמכויות שניתנו למשיב 3 בנוגע להעברת עבודות עתידיות ממנורה למשיבה 1, כמו גם המכתב מן המשיב 2 למשיב 3, שפרטיו תוארו לעיל, מלמדים כי ההסדר בין הצדדים הפך ל"תוכנית עבודה" של ממש, אשר עם הזמן ועל-פי צרכי השעה, הצטרפו לה פרטים ונדבכים נוספים. אמנם, העבירות של צד להסדר כובל הן עבירות נמשכות באופיין ואף סעיף 47 לחוק, בהתייחסו לגובה הקנסות שניתן להטיל בעבירה של צד להסדר כובל, מפנה לסעיף 61(ג) לחוק העונשין, הדן בענישה בגין עבירה נמשכת (ראו: עניין טבירסקי, סעיף 8 לפסק הדין). עם זאת, העבירה בענייננו אינה נמשכת רק מעצם היותה עבירה של צד להסדר כובל, אלא אף בהינתן שכך, היא נפרסה על פני פרק זמן ארוך וממושך, ושבה והתחדשה במועדים שבהם התפרסם מכרז חדש בשוק הרלוונטי. בכך, טמון בה פסול מיוחד.

התייחסות לעונש שנגזר על הצד השני להסדר

17. המערערת מלינה על הפער שבין העונשים שנגזרו על הצד השני להסדר, חברת מנורה, ועל מנהלה, במסגרת הסדר טיעון. במסגרת הסדר הטיעון, הוטל, כאמור, על מנורה קנס בסך 900,000 ₪ ואילו על מנהלה נגזר מאסר של שלושה חודשים שירוצה בעבודות שירות וקנס בסך 100,000 ₪.

ככלל, גזר דין אשר ניתן במסגרת הסדר טיעון לא ישמש אמת מידה לעניין העונש אשר יש להשית על נאשמים שלא הסכימו להסדר הטיעון, ולא נטלו בו חלק (ע"פ 9449/01 יוספברג נ' מדינת ישראל, תק-על 2002(1) 203 (2002)). הדבר נעוץ בכך, שהעונש שנגזר במסגרת הסדר טיעון ניתן, במרבית המקרים, בלא שהצדדים הרחיבו בטענותיהם או הביאו ראיותיהם, ועל בסיס ההסכמה שאליה הגיעו, ושכך המושפט נמנע מלהתערב בה, אלא במקרים יוצאי דופן. לכך ניתן להוסיף, כי גם במקרה שבו הסדר הטיעון נחתם לאחר שנשמעו טענות והובאו הוכחות, אין בדבר, בהכרח, כדי לראות בעונש שנגזר במסגרת הסדר הטיעון אמת מידה מחייבת לגזירת העונש בנוגע למי שלא הודו במסגרת ההסדר ולא נקשרו בו. ודוק: גם כשמדובר באותה העבירה ובאותן הנסיבות עשויים שיקולים שונים הקשורים בניהול ההליך עצמו, בהודאת הנאשמים במסגרת ההסדר, בהתנהגות הצדדים לאחר המעשה, בנסיבותיהם האישיות וברצון להנהיג מדיניות

ענישה ראויה, כדי ליצור הבחנה מסוימת בין העונשים שיש לגזור על כל אחד מן הנאשמים (עניין צבי, בעמ' 376). עמד על כך השופט בייסקי בע"פ 392/88 דנאשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 309, 311 (1988):

"אחידות עונשים היא רק שיקול אחד מבין שיקולים נוספים שיש לקחת בחשבון בבוא בית המשפט לגזור הדין. ואין צורך לפרט כאן את כל הגורמים שיש לקחת בחשבון ודי אם נזכיר שניים: נסיבות אישיות של כל אחד מהנאשמים, כולל עברו, מצב בריאותו וכדומה שיקולים, וכן התייחסות כללית למדיניות ענישה רצויה באותו סוג עבירות במקרים אחרים, על מנת שתשמר אחידות הענישה לא רק לגבי עבריינים בתיק מסוים, אלא גם מבחינה כללית וכוללת ובהשוואה למקרים דומים או לעבריינים השייכים לאותה פרשה, שהורשעו בתיק אחר".

לא הייתי מציבה, איפוא, את העונש שנגזר בהסדר הטיעון כאמת מידה מדויקת הכרחית לקביעת העונש הראוי לנאשמים אחרים באותה העבירה שבחרו לנהל את ההליך עד סופו, דבר שארך כ-10 שנים. חרף כך, ניתן בכל זאת לומר, כי לאור החשיבות הנעוצה בשמירה על רמה כללית של אחידות בענישה כלפי מי שביצעו את אותה עבירה באותן הנסיבות ובאותו המועד, הנובעת הן מטעמים הקשורים בתחושת הצדק בקרב הציבור ואצל העברייני עצמו, הן מסיבות הקשורות במהות העבירה ובשיקולי הענישה הנדרשים, אין זה ראוי, ככלל, לנתק לחלוטין בין העונשים ולהשית על הנאשמים שלא הודו עונש החורג באופן משמעותי מזה שנגזר במסגרת הסדר הטיעון (ראו עניין בורוביץ', בעמ' 4865; ע"פ 419/81 פיביש נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 701 (1981)). יפים לעניין זה דבריו של השופט בכ בע"פ 711/85 ניר נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 45, 48 (1986):

"הכלל שיש לשאוף במידת האפשר להטלת עונשים שווים בחומרתם על עבריינים שביצעו עבירות במשותף ובנסיבות לוואי דומות, כבודו במקומו מונח, ואין לזלזל בחשיבותו. במקביל ישנו ענין ציבורי רב בכך, שכאשר הנסיבות, המתייחסות לשותפים לעבירה, אינן שוות, תישמר פרופורציה מתאימה וסבירה ביחס לעונשים שיוטלו על הנאשמים השונים ותימנע ההרגשה, שקביעת גזר הדין הינה הליך שרירותי ומפלה, אשר אינו תואם את תחושת הצדק והמחטיא את מטרת השפיטה".

בעניין זה יוסף, כי בהתעלם משיקולים נוספים, יש טעם בטענה שיש לראות בעונשים שנגזרו במסגרת הסדר טיעון כנקודת מוצא לעונשים שנגזרו על מי שלא נקשר

בהסדר כאמור (ראו עניין בורוביץ', פסקה 192 לפסק הדין), במיוחד כשמדובר בצדדים לביצועה של אותה העבירה, כשמידת החריגה מן העונש בהסדר הטיעון תיגזר, בין שאר השיקולים, גם על פי מידת ההמתקה בעונשו של הצד להסדר בעקבות נכונותו להיקשר בו, על כל היתרונות הנודעים להיקשרות בהסדר טיעון (ראו ע"פ 2153/02 אידלברג נ' מדינת ישראל, תק-על 2006 (4) 3370 (2006)).

18. בית המשפט המחוזי לא ראה לנכון להדריך עצמו בקביעת העונש שיש להשית על המשיבים, על-ידי העונשים שנגזרו במסגרת הסדר הטיעון. עניין זה הוסבר בכך שהקביעות העובדתיות שעמדו ביסוד גזר הדין בתיק דנן התקבלו לאחר שמיעת ראיות ולכן הן רלוונטיות רק לנאשמים שהמשיכו בניהול המשפט ולא נקשרו בהסדר הטיעון. על כך משיבה המערערת ומבהירה, כאמור, כי הסדר הטיעון עם מנורה ועם מנהלה נערך "אחרי תום שמיעת ההוכחות במשפט, אחרי שנשמעו כל העדויות בתיק ואחרי שכל הראיות בדבר מצב השוק, הנסיבות והרקע לעריכת ההסדר הכולל הובאו בפני בית המשפט". דברי המערערת נתמכים בהכרעת דינו של בית המשפט המחוזי בעניינם של המשיבים ובאמור בפרוטוקול. עם זאת, עיון בגזר הדין שניתן בעניינם של מנורה ושל מנהלה מלמד כי הבסיס לאישור העונשים המוסכמים על-ידי בית המשפט היה היותם "נראים סבירים על פניהם ו(...) עולים בקנה אחד עם עונשים שהוטלו בתחום ההגבלים העסקיים בשנים האחרונות". לאור הסדר הטיעון, לא נכנס, אם-כן, בית המשפט ל"עובי הקורה" של הטיעונים השונים לעונש בתיק, תוך עמידה מדוקדקת על האמור בהם, והסתפק באמירה הכללית כי "העונשים בגדר הסדר הטיעון מבטאים באופן מאוזן את כלל השיקולים לחומרה ולקולא". עם זאת, מן הטעמים שהוסברו, יש מקום לשמור בכל זאת על פרופורציה סבירה בין העונשים ולהימנע מפער ניכר ביניהם, אלא אם לפער שכזה יש הצדקה ברורה וגלויה.

טעמים לקולא

התארכות ההליכים

19. עניינם של המשיבים מתנהל זה כ-10 שנים. אי הוודאות והמתח שסביר כי נגרמו להם במהלך תקופה ארוכה זו- יש בהם בוודאי משום עונש חמור בפני עצמו, שלעיתים הוא קשה לא פחות מכל עונש שמטיל בית המשפט עם סיום בירורו של התיק. בדיון לפנינו לא הובהר מדוע זה נתארכו ההליכים בתיק זמן כה רב. מדובר בתיק מורכב, רווי מסמכים ורווי קושיות, אשר התנהל בשתי ערכאות, הן בשאלת הכרעת הדין והן בשאלת גזר הדין נגד המשיבים. על רקע זה, ובהינתן העומס הרב המוטל על

בתי המשפט, עשויה התארכות ההליכים להפוך לכורח מציאות. מכל מקום, במצב דברים זה, יש מקום לתת את הדעת לחלוף הזמן ולשקללו בגזירת העונש הראוי למשיבים.

שיקולים אינדיבידואליים

20. במסגרת השיקולים שיש להתייחס אליהם בגזירת הדין, מצאתי לתת משקל לעברו ולמעשיו של המשיב 2, כשם שעשה אף בית המשפט קמא. אכן, מי שצבר זכויות מיוחדות ויוצאות דופן, במעשים לטובת החברה, הכלל והמדינה, זכאי שזכויותיו יעמדו לנגד עיני בית המשפט, ויילקחו בחשבון, ביום בו עליו לתת את הדין (עניין צבי, פסקה 10 לפסק הדין).

המשיב 2 הינו בן למעלה מ-80, ניצול מחנה ההשמדה אושוויץ שעלה לאחר השואה לארץ והיה ממקימי חיל האוויר וממקימי התעשייה. בצדה האחורי של עטיפת ספר הזיכרונות שכתב אודות חוויותיו בשואה נכתב כי –

”אברהם (פרידברג) הרשלוס היה בן 16 כאשר נותר לבדו מכל משפחתו ב”בית החרושת למוות” שהפעילו הנאצים באושוויץ-בירקנאו. לנוכח מזימות הטבח השטניות של הנאצים, גמר אברהם אומר בליבו לא להישבר, לא למות – ולזכות לראות בנפילתו של הצורך הנאצי. הוא עמד במבחן הנוקב של מחנה-המוות, נמלט פעמיים מידי הנאצים-ובסוף המלחמה פתח דף חדש בחייו על אדמת צ’כוסלובקיה. כעבור ארבע שנים עקר שוב-הפעם לישראל, בה היכה שורשים, שירת בחיל-האוויר, הקים משפחה ויסד מפעל תעשייתי משגשג שזרועותיו חובקות עולם.”

אופיים וייחודם של מעשי המשיב 2 ונסיבות חייו- ראוי כי ימצאו מקום כשיקול לקולא בגזירת דינו.

למשיב 2, כמו גם למשיב 3, זוהי ההסתבכות הראשונה עם החוק.

שיקולים לחומרא- המשיב 3

21. המשיב 3 הורשע בעבירה של סיוע ליצירתו של הסדר כובל. לפי סעיף 31 לחוק העונשין, מסייע הוא מי שעשה, לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, מעשה

שנועד "לאפשר את הביצוע, להקל עליו (...) או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה". בפסיקה הענפה שעסקה בעבירת הסיוע, תואר המסייע כ-

"שותף עקיף ומשני(...) אין הוא היוזם, אין הוא המחליט על הביצוע ואין הוא שולט על הביצוע (...) הוא מבצע מעשי-עזר הנפרדים מביצוע העבירה על-ידי העבריין העיקרי" (ע"פ 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 239 (1996); ראו גם ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481 (1997)).

המשיב 3 שימש, למעשה, כמי שבידו הייתה נתונה אכיפת ההסדר הכובל. ההסדר בוצע בדרך של הפקדת כספים מטעם המשיבה 1 אצל המשיב 3 לשם הבטחת התחייבותה שלא להשתתף במכרז, והשבתם עם ביצוע חלק זה; העברת כספים, כשם שנקבע על-ידי המשיב 3, בתמורה לביצוע חלק זה; והעברת צמתים שונים בירושלים ממנורה למשיבה 1, אף זאת לפי החלטת המשיב 3, כתמורה נוספת מצד מנורה בגין הסכמתה של המשיבה 1 שלא להשתתף במכרז. בהמשך, היה זה המשיב 3 אשר אלו מוען המכתב בשנת 1996, אשר הוליד, כך נראה, תיאום נוסף של המכרז בשנת 1997. בכל האירועים הללו היה למשיב 3 חלק מרכזי ואף אינטגרלי בביצועו של ההסדר, וניתן להניח שלולא הוא היו מתקשים הצדדים להוציא את ההסדר אל הפועל.

ניהול התחייבות הצדדים על-ידי המשיב 3, ואכיפת ביצוען של התחייבויות אלה שימשו כ"חרב" אשר דיכאה את רצון הצדדים להתחרות האחד בשני ועודדה את שימור התיאום במהלכיהם. כשם שטענה המערערת, הדברים זוכים למשנה חומרה לאור מאפייניו הידועים של תיאום קרטליסטי, אשר במסגרתו שואפים הצדדים להסדר, היודעים כי הצד השני לו כבול למחיר שנקבע ביניהם, לנצל את המצב כדי להשתחרר מן הקרטל הבלתי חוקי, להוריד מחירים, ולזכות בלקוחות נוספים. מעשה אופורטוניסטי מעין זה, הנחשב לרצוי לאור תרומתו הברורה לתחרות, יתקשה להתממש במציאות שבה קיים מנגנון אכיפה המטיל את חיתתו על הצדדים ומהווה תמריץ שלילי מובהק להפר את תנאי ההסדר, פן יהיה כרוך הדבר בעלות כלכלית ניכרת.

טוען המשיב 3 כי אין להחמיר בעונשו עקב כך שהיו אלה הצדדים להסדר שניסחו את שטר הבוררין שמכוחו ביצע את פעולותיו כבורר, וכי מעשהו נעשה ללא תגמול. בהיבט זה, אכן ראוי כי עונשו של המשיב 3 ייפול בחומרתו מעונשם של המשיבים 1-2 אשר היו מעורבים ישירות בהסדר. המשיב 3 לא מילא את חלקו עבור בצע כסף ולא יזם בעצמו את המהלך שהוביל ליצירת ההסדר הכובל. על העונש לבטא את חלקו הפחות בהוצאתה לפועל של העבירה, שהרי "עונשים חמורים כי יטילו בתי

משפט על עבריינים – כך יהיה בעונשים קלים - מעשיהם יזכור, מעשיהם יחייבו, והאחריות על שיכמם תרבוץ" (דברי המשנה לנשיא מ' אלון בע"פ 433/89 אטיאס נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 170, 174-175 (1989)). עם זאת, קיימת חשיבות כי גם עונשו של המשיב 3, שהיווה גורם חיוני לתפעולו היעיל והרציף של ההסדר הכובל, יהלום את חומרת מעשהו, וירתיע מפני סיוע לביצועם של הסדרים כובלים, סיוע שבמקרים רבים, משמש נדבך רב השפעה על הוצאתו של ההסדר אל הפועל ועל שימורו. סבורה אני כי העונש שנגזר על המשיב 3 מקל יתר על המידה, ואינו מבטא רציונאל הכרחי זה.

תוצאה

22. בשקלול השיקולים שנסקרו, לחומרא ולקולא, סבורה אני, כאמור, כי חרף חלוף הזמן הרב והנסיבות האישיות שתוארו, העונש שנגזר על המשיבים בענייננו לא מיצה עימם את הדין, ולא שיקף במידה מספקת את חומרת מעשיהם ואת הצורך בהרתעה אפקטיבית. אשר על-כן אני סבורה שיש להחמיר בגובה הקנס שיש להטיל על המשיבים, ובהתחשב בכך שאין זה מנהגו של בית המשפט שלערעור למצות את הדין כשהמערערת היא המדינה (ראו למשל: ע"פ 150/87 מדינת ישראל נ' צייקובסקי, פ"ד מא (4) 492 (1987)), אני סבורה כי יש להעמיד העונשים על הסכומים הבאים:

המשיב 1 תשא בקנס של 1,000,000 ₪ שישולם בעשרים תשלומים חודשיים שווים, החל ביום 1.6.07 ועד ל-5 בכל חודש, בחודשים שלאחר מכן.

המשיב 2 ישא בקנס בסך 100,000 ₪ שישולם בחמישה תשלומים חודשיים שווים, החל ביום 1.6.07 ועד ל-5 בכל חודש, בחודשים שלאחר מכן. בשל גילו ונסיבות חייו של המשיב 2 אני סבורה שלא יהיה זה נכון לגזור עליו עונש מאסר בפועל או בדרך של עבודות שירות. עם זאת, וכשם שקבע בית המשפט המחוזי, יתחייב המשיב 2 לחתום על התחייבות להימנע מעבירה על חוק ההגבלים העסקיים. סכום ההתחייבות - 150,000 ₪. תקופת ההתחייבות: שנתיים מיום החתימה. החתימה על ההתחייבות תיעשה בתוך שבעה ימים, שאחרת ייאסר ל-7 ימים.

אני סבורה כי על המשיב 3 לשאת בקנס בסך של 50,000 ₪ שישולם בשני תשלומים חודשיים שווים, החל ביום 1.6.07. כמו-כן, וכשם שקבע בית המשפט המחוזי, יחתום המשיב 3 על התחייבות להימנע מעבירה על חוק ההגבלים העסקיים.

סכום ההתחייבות: 100,000 ₪. תקופת ההתחייבות: שנתיים מיום החתימה. החתימה על ההתחייבות תיעשה בתוך שבעה ימים, שאחרת ייאסר הוא ל-7 ימים.

ש ו פ ט ת

השופט א' רובינשטיין:

מסכים אני לחוות דעתה המקיפה של חברתי השופטת ארבל. בית המשפט המחוזי שהקדיש לתיק בשני גלגוליו מחשבה רבה ומאמץ רב, ראה לדעתי את הנושא בראש וראשונה במשקפיים אינדיבידואליות, על פי עקרון השפיטה האינדיבידואלית; ובנתחו את הנסיבות, לאחר שנתקבל ערעור המדינה על הזיכוי, סבר כי הנזק שנגרם לציבור לא היה גדול ולא הצדיק ענישה מחמירה. לדידי דומה כי עיקר השוני בין גישת בית המשפט קמא לזו שמבטאת השופטת ארבל, קשור במדיניות שיפוטית בראיות רוחב באשר לסוג עבירות זה, ובשיקול מרכזי של הרתעת הרבים לשם הגנה על אינטרס ציבורי מהותי, בחוק שכבר היה מבוסס וחומרתו נודעה גם בשנים הרחוקות יחסית שבהן נעברו העבירות. אנו בעידן שבו השעה צריכה ביסודה להחמרה בין השאר בעבירות הכלכליות, שעיקרן רווח כספי לעובריהן. עבירות אלה נעברות פעמים רבות על ידי "אנשים מן היישוב", שחלילה לא ירימו יד על הזולת ולא יפגעו בו באלימות, ועל פי רוב גם לא ישלחו יד ברכושו, אך נוטלים הם חרות לעצמם להפחית מקופת המדינה או הציבור, אם בעבריינות מס ואם בתחום ההגבלים העסקיים נשוא תיק זה, וכמובן אין זו כל הרשימה. פעמים עוברי העבירות הם אנשים שבמובנים אחרים מקובלים בחברה ובציבור, אך לשם רווח כסף, בלשון פשוטה בצע כסף, עושים את שעושים תוך תקוה כי לא תגיע אליהם עינן וידן של הרשויות; וחוששני כי לא אחת דרכם גם צולחת. החכם מכל אדם אמר (קהלת ג'):

- (א) לְכָל זְמַן נֶעֱת לְכָל חַפֵּץ תַּחַת הַשָּׁמַיִם:
- (ב) עֵת לְלִדְתָּ נֶעֱת לָמוֹת עֵת לְטֹעַת, נֶעֱת לְעֻקּוֹר נְטוּעַ:
- (ג) עֵת לְהָרוֹג נֶעֱת לְרַפּוֹא, עֵת לְפָרוֹץ נֶעֱת לְבָנוֹת:
- (ד) עֵת לְבָכוֹת נֶעֱת לְשִׁחוֹק, עֵת סִפּוֹד נֶעֱת רִקּוֹד:
- (ה) עֵת לְהַשְׁלִיךְ אֲבָנִים, נֶעֱת פְּנוּס אֲבָנִים עֵת לְחִבּוֹק נֶעֱת לְרַחֵק מִחֶבֶק:
- (ו) עֵת לְבָקֶשׁ נֶעֱת לְאַבֵּד עֵת לְשִׁמּוֹר נֶעֱת לְהַשְׁלִיךְ:
- (ז) עֵת לְקְרוֹעַ נֶעֱת לְתַפּוֹר, עֵת לְחִשּׁוֹת נֶעֱת לְדַבֵּר:
- (ח) עֵת לְאַהֵב נֶעֱת לְשִׁנּוֹא, עֵת מְלַחֵמָה נֶעֱת שָׁלוֹם:

ואכן, לכל זמן ועת לכל חפץ, ועידננו מצדיק החמרה בכגון אלה, באין מנוס, בשני הנדבכים הרלבנטיים בתיק זה, התחרות וקיומה ותיאום המכרז הציבורי. המקרה דנא גם חמור ערכית לא פחות מפרשת טבעול (ע"א 6222/97 טבעול נ' משרד הביטחון, פ"ד נב(3) 145; דנ"א 4465/98 טבעול (1993) נ' שף הים (1994), פ"ד נו(1) 56), ששם – בתיק שעסק במישור האזרחי – הדגיש השופט טירקל במיעוט את ערכי תום הלב, ההגינות והיושר בהתמודדות בינם לבין נושא התחרות; בסופו של יום הכריעה כף התחרות, וטעמה החשוב – הערכי אף הוא – עמה. בענייננו שלנו שאלת התחרות עומדת בטהרתה, ובמיוחד כשעסקינן בפעילות הגבלית אופקית, בליבת המאבק. ואשר למכרז הציבורי, מטרותיו היא "ליצור תנאים המאפשרים שמירה על טוהר המידות" (ראו ע' דקל, מכרזים, א', 93) וככל שיש פגיעה באלה, על-ידי זיהום מכרזים ציבוריים, אביה של חטאת, על הרשויות לפעול בגישת בית שמאי.

אודה כי התלבטתי בשאלה האם חרף כל אלה לא החמירה חברתי בגובה הקנס שהציעה להטיל, נוכח חלוף הזמן והנסיבות שמנתה לקולה, אך בסופו של יום באתי לכלל מסקנה כי בגדרי האמור, ראוי להצטרף לעמדתה.

ש ו פ ט

השופט ס' גובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ארבל.

ניתן היום, י"ד בסיון תשס"ז (31.5.07).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת