

בתי המשפט

פ 285/08	בבית המשפט המחוזי בירושלים
תאריך: 11/02/2010	בפני: כבוד השופט משה יועד הכהן

בעניין:

מדינת ישראל

ע"י ב"כ היועץ המשפטי לממשלה מרשות ההגבלים העסקיים

ע"י ב"כ עו"ד גולן קנטי

המאשימה

נ ג ד

1. מירון בן טוביה רכטמן ת"ז 008109092

2. אמיר בן אריאל אטקין ת"ז 54147715

3. בטי בם בע"מ ח"פ 511033474

ע"י ב"כ ד"ר חיים משגב

4. מאיר בן זשיק קילים ת"ז 42399261

5. קלמן בן זשיק קילים ת"ז 5047252

6. קילים אלקטרוניקה בע"מ

לשעבר - קילים אלקטרוניקה (1991) בע"מ ח"פ 512629586

ע"י ב"כ עו"ד יצחק (צחי) יגור ואח'

7. צבי בן דוד זילברבוים ת"ז 003556933

ע"י ב"כ עו"ד אורן גלעדי

8. י. את צ. זילברבוים בע"מ ח"פ 51160822

הנאשמים

החלטה

זוהי החלטה בטענות המקדמיות שהעלו ב"כ הנאשמים 4, 5 ו-6 בתיק זה.

הרקע והאישומים

1. הנאשמים הנ"ל מואשמים בתיק זה יחד עם הנאשמים 1,2,3 ו-7 בכתב אישום מתוקן בשני אישומים מתוך חמישה שעניינם עבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים. שאר האישומים: השני, הרביעי והחמישי מיוחסים ליתר הנאשמים בכתב האישום ואין להם נגיעה לנאשמים הנ"ל. לפי הנטען בחלק הכללי של כתב האישום הנאשמת 6 הינה חברה המנהלת עסקים בישראל ועסקה במועדים הרלבנטיים לכתב האישום בתחום ההגברה והתאורה והנאשמים 4 ו-5 היו מנהלים ובעלי מניות בנאשמת 6.

2. לפי האישום הראשון התקיימה ב 21.7.04 או בסמוך לכך, פגישה בין אדם בשם יהושע מצליח (להלן – מצליח) שעבד עבור חברה בשם פודיום עסקי במה בע"מ (להלן – פודיום), שעסקה אף הוא במתן שירותי הגברה ותאורה לבין הנאשם 1,

שהיה מנהל פעיל בנאשמת 3 שעסקה אף הוא במתן שירותי הגברה ותאורה. בפגישה זו הציע מצליח לנאשם 1 לקדם הסדר בין פודיום לבין שלפיו תחלקנה החברות הנאשמות 3, 6 ו-7 (להלן – החברות) עבודות שונות בתחום ההגברה והתאורה ותתאמנה ביניהן את המחירים. כמו כן הציע לנאשם 1 לתאם פגישה בנדון עם נאשמים נוספים (להלן – ההצעה). לטענת המאשימה בכתב האישום התקיימו בעקבות ההצעה שתי פגישות במשרדי הנאשמת 3 ב-8.8.04 וכן ב-16.8.04 שבהן נכחו הנאשמים 1 ו-2 כנציגי הנאשמת 3, הנאשם 5 כנציג הנאשמת 6, מר צבי זילברבוים (להלן – זילברבוים) כנציג הנאשמת 7 וכן מצליח ואדם נוסף בשם ציון מנהל מזוז (להלן – מזוז) בשם פודיום. באותן פגישות, כך נטען, ביקשו הנאשמים 1, 2, 3, 5, 6, 7 ומר זילברבוים להעלות את המחירים הנגבים ע"י החברות הנאשמות ופודיום עבור שירותי הגברה ותאורה.

3. על פי הנטען באישום הראשון, הסכימו הנאשמים 2 ו-3 בשם הנאשמת 3, הנאשם 5 בשם הנאשמת 6 וזילברבוים בשם הנאשמת 7, באותם מפגשים, לחלק ביניהם עבודות באירועים שחלקם רחבי היקף (להלן – העבודות). הוסכם ביניהם כי החלוקה תהיה בין החברות הנאשמות ובין פודיום (להלן – הצדדים) וכי במסגרתה יתואם מי מן הצדדים יקבל איזו עבודה ואת במקום שהצדדים יתחרו ביניהם על אותם עבודות. לפי הנטען אף ציינו המשתתפים בפגישות דוגמאות של עבודות לחלוקה.

בהמשך האישום נטען כי הנאשם 1 הציע שהחברה המבצעת תשלם בגין כל את מהעבודות שתחולקנה סכום שעליו יוסכם לקופה משותפת שתכולה תחולק בין הצדדים. עוד הוצע על ידו כי אחד המשתתפים ימונה כמפקח על יישום ההסכמות ובמהלך הפגישות דנו המשתתפים בהצעות אלה.

4. עוד נטען באישום הראשון כי במפגשים הושגה הסכמה בין הנאשמים 1 ו-2 בשם הנאשמת 3, הנאשם 5 בשם נאשמת 6, זילברבוים בשם נאשמת 7 ומצליח ומזוז בשם פודיום שגנרטורים שיושכרו ללקוחותיהם כשהם מלאים בדלק יוחזרו כשהם מלאים בדלק בתום ההשכרה.

על פי הנטען באישום פנו מצליח ומר עודד גלאי (להלן – גלאי), שהיה הבעלים של פודיום, לרשות ההגבלים העסקיים עוד בטרם המפגשים וטענו כי הנאשמים וזילברבוים מפרים את הוראות חוק ההגבלים. עוד נאמר כי מצליח הביא את תוכן פגישתו עם נאשם 1 לידיעת רשות ההגבלים העסקיים (להלן – הרשות) וכי טרם הפגישות המשותפות, יידעו מזוז ומצליח את הרשות בדבר תכנון ובהמשך הביאו לידיעתה את תוכן.

לגבי הנאשם 4 נטען כי הוא היה במועדים הרלבנטיים לאישום מנהל פעיל בנאשמת 6 וכי מועדים המפורטים באישום יכול היה לדעת על ההסדר הכובל המתואר בו.

5. על פי העובדות המתוארות באישום מואשמים הנאשמים 5 ו-6 (יחד עם יתר הנאשמים) בהיותם צד להסדר כובל לפי סעיף 47(א)(1) בצירוף הסעיפים 4, 2(א), 2(ב)(3), 2(ב)(4) לחוק ההגבלים. נאשמת 6 (יחד עם נאשמות 3 ו-7) בצירוף סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין, תשל"ז-1977. נאשם 4, מתוקף היותו מנהל בנאשמת 3, מואשם בעבירה לפי 48 לחוק ההגבלים בצירוף הסעיפים 47(א)(1), 4, 2(א), 2(ב)(3), 2(ב)(4) לחוק זה.

6. באישום השלישי שהוא האישום הנוסף המיוחס לנאשמים 4, 5 ו-6 בכתב אישום זה נטען כי הנאשם 4 בשם הנאשמת 6 הסכים עם נאשמים 1 ו-2 בשם נאשמת 3 כי הנאשמת 3 לא תתחרה בנאשמת 6 באספקת שירותי הגברה ותאורה עבור לפחות אירוע אחד מבין האירועים לציון פתיחתם של הגנים הבהאים בחיפה שתוכננו לחודש מאי 2001, אירוע או אירועים שתוכנו או תוכנם אינם ידועים במדויק למאשימה. בתמורה להסכמה זו כך נטען אמורה הייתה הנאשמת 3 לקבל סך שלא יפחת מ \$ 18,000. עוד נטען כי הנאשמת 2 בשם הנאשמת 3 והנאשם 4 בשם הנאשמת 6 תיאמו ביניהם את המחירים שיציעו למתן שירותים עבור אותם אירועים כך שהצעתה של הנאשמת 3 תהיה הגבוהה מביניהן והסכמו לתאם גם עם הנאשמת 7 את המחירים שהיא תציע עבור אותם אירועים וכי תקבל סכום זהה לזה של הנאשמת 3. באישום זה נטען כי בתקופה הרלבנטית היה הנאשם 5 מנהל פעיל בנאשמת 6. וכי ידע או היה עליו לדעת על האירועים המתוארים באישום.

7. הנאשמים 4 ו-6 מואשמים בכתב האישום (יחד עם נאשמים 1, 2 ו-3) בהיותם צדדים להסדר כובל, עבירה לפי הסעיפים 47(א)(1) בצירוף הסעיפים 4, 2(א), 2(ב)(1), 2(ב)(3) לחוק ההגבלים והנאשמת 3 (יחד עם נאשמת 6) בצירוף סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין. הנאשם 5 מואשם מתוקף היותו מנהל בנאשמת 3 בעבירה לפי 48 לחוק ההגבלים בצירוף הסעיפים 47(א)(1), 4, 2(א), 2(ב)(3), 2(ב)(4) לחוק זה. עד כאן תמצית האישומים הרלבנטיים לנאשמים שהעלו את הטענות המקדמיות.

טענות הנאשמים

8. הטענות מרוכזות תחת שני ראשים מרכזיים:
האחד, פגם או פסול בכתב האישום – טענה לפי סעיף 149(3) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן – החסד"פ או החוק). במרכזה

הטענה שכתב האישום מעורפל, מלא חללים ולא מפורט דיו ולפיכך מונע מן הנאשמים להתגונן באופן ראוי ולכן ראוי לבטל את האישומים נגדם או לחילופין להורות למאשימה לתקן את כתב האישום.

הראש השני, טענת הגנה מן הצדק – טענה לפי סעיף 149(10) לחסד"פ. תחת כנפיה של טענת "סל" זו חוסות ארבע טענות משנה:

א. השיהוי בהגשת כתב האישום וההתמשכות הבלתי סבירה של הליכי החקירה.

ב. השימוש שעשתה המאשימה בסוכנים מדיחים והסתמכותה הבלבדית או הכמעט בלבדית על תוצרי ההדחה כבסיס לאישום הראשון.

ג. העדר מידתיות בבחירת הליך האכיפה בכך שהרשות בחרה בנסיבות המקרה בנקיטת הליך פלילי ולא שקלה סנקציות אזרחיות המתאימות, לדעת הנאשמים, יותר במקרה שלפנינו.

ד. העובדה שבטיוטת כתב האישום, שהוצגה לנאשמים בטרם נערך להם שימוע, יוחסה להם באישום הראשון עבירה של ניסיון להסדר כובל אך לאחריו הוחלט להעמיד את הנאשמים לדין בעבירה מושלמת של עריכת הסדר כובל.

9. בפתח הדיון בע"פ הסכים ב"כ הנאשמים 4-6 להצעת בית המשפט לדחות את הדיון בטענת המשנה השנייה דלעיל, שעניינה השימוש בסוכנים מדיחים ובתוצרי ההדחה לצורך ביסוס האישום הראשון, לשלב המסכם של המשפט (ככל שהאישום הרלבנטי, האישום הראשון, לא יבוטל מן הטעמים האחרים שהעלה). בכך הצטמצמה זירת המחלוקת בין הצדדים הטעונה הכרעה בהחלטה זו לארבעה פרקים. אדון בטענות הנאשמים 4-6 כסדרן תוך סיכום טענות הצדדים ודיון והכרעה בהן.

העדר פירוט מספיק בכתב האישום - טענה לפי סעיף 149(3) לחסד"פ

טענות הנאשמים

10. סעיף 149 לחסד"פ קובע את זכותו של נאשם לטעון לאחר תחילת המשפט שורת טענות מקדמיות ובהן טענת "פגם או פסול בכתב האישום" ס"ק (3).

סעיף 150 לחסד"פ קובע, בין היתר, כי "נתקבלה טענה מקדמית, רשאי בית המשפט לתקן את כתב האישום או לבטל את האישום"

טענות של הנאשמים בראש פרק זה נסמכות על סעיף 84 לחסד"פ הקובע את הרכיבים שחובה על התביעה במשפט פלילי לפרטם במסגרת כתב האישום ובהם בס"ק (4):

והזמן במידה שאפשר "תיאור העובדות המהוות את העבירה, בציון המקום לבררם".

11. ב"כ הנאשמים טוען לעניין זה לפגם או פסול מובהקים בשני רכיבים בכתב האישום שדי בהם, לשיטתו כדי להביא לביטולם ולחילופין לחייב את תיקונם. הראשון, בפרק הרקע שבו (סעיף 1 לכתב האשום) והשני, באישום השלישי ובמדויק יותר, נוסח סעיף 39 לכתב האישום. בפרק הרקע של כתב האישום בסעיף 1 נכתב:

"לצורך הפקתם של טקסים הופעות ואירועים שונים (להלן – האירועים), נדרשים המארגנים לרכוש שירותי הגברה ותאורה. רכישת השירותים הללו נעשית לעתים על דרך של פרסום מכרז ולעתים על דרך של קבלת הצעת מחיר מן החברות הרלבנטיות. ככל שמדובר באירועים רחבי היקף, מספר החברות המסוגלות לארגן ולספק שירותי הגברה ותאורה בהיקף הנדרש מצומצם יותר".

12. ב"כ הנאשמים טוען, כי פסקה זו מהווה מבחינת הנאשמים את הגדרת "השוק הרלבנטי" לצורך הבנת האישומים ולדבריו "כך במילים רזות ומתחכמות גודרת המאשימה את אחת מיריעות המחלוקת החשובות להכרעה בעניין" במיוחד הוא קובל על עמימות הביטויים "אירועים רחבי היקף" ו"שירותי הגברה ותאורה בהיקף הנדרש" שאינם קונקרטיים וספציפיים דיים. בטיעונו בע"פ הרחיב עו"ד יגור את היריעה וטען למעשה, כי כתב אישום בעבירות שעניין היות אדם צד להסדר כובל, כמו זה שבו עסקין, מחייב למעשה את התביעה לכלול פירוט עובדתי של הגדרת השוק הרלבנטי וכן של חלקו של כל נאשם ספציפי באותו שוק רלבנטי, על מנת שהנאשם יוכל להתגונן כראוי בפני אותם אישומים.

עוד לטענתו: מאחר שסעיפי הוראות החיקוק שבהם מואשמים מרשיו כוללים גם את סעיף 2(א) לחוק ההגבלים, המגדיר אופן רחב את רכיביו של הסדר כובל אסור, הרי שאף אם ההסדרים הקונקרטיים הנטענים נגד מרשיו הם במעגל המצומצם של ההסדרים (per se), הכלולים בסעיף 2(ב) לחוק, חובה, בכל זאת על התביעה לציין כחלק מהרכיב העובדתי שבכתב האישום את הגדרת השוק הרלבנטי ומשלל צוינה כך, כתב האישום פגום וחסר הוא.

13. ראש הטיעון השני מתייחס לסעיף 39 לכתב האישום שזו לשונו:

"במועד שלא ידוע במדויק למאשימה בחודשים שקדמו לאירועים (המתוארים בסעיף 38 – מ.ה.) היו הנאשמים 1,2,3,4 ו-6 צדדים להסדר במסגרתו הסכימו הנאשמים 1 ו-2 בשם הנאשמת 3 והנאשם 4 (בשם הנאשמת 6) כי הנאשמת 3 לא תתחרה בנאשמת 6 באספקת שירותי הגברה ותאורה עבור

לפחות אירוע אחד מבין מספר אירועים אשר תוכנו או תכנם אינם ידועים במדויק למאשימה ותקבל סכום אשר אינו ידוע במדויק למאשימה ולא פחות מ-18,000 \$. כמו כן תיאמו הנאשם 2 בשם הנאשמת 3 והנאשם 4 בשם הנאשמת 6 את המחירים שיציעו למתן אותם שירותים כך שהצעתה של הנאשמת 3 תהיה הגבוהה מביניהן, והסכימו לתאן גם עם י. את צ. זילברבוים בע"מ את המחירים שהיא תציע למתן השירותים באירוע או באירועים הללו וכי תקבל סכום זהה לזה שתקבל הנאשמת 3".

לגבי נוסח סעיף 39 לכתב האישום, שהוא ליבת האישום השלישי, טוען ב"כ הנאשמים כי נוסח הסעיף חסר את רכיבי זמן עשיית ההסדר, הסכום המדויק של "דמי אי התחרות" שסוכמו וכן את תוכנם ומועדיהם של האירועים נשוא ההסדר. לגבי כל אלה נאמר שהם "אינם ידועים במדויק למאשימה". הניסוח החסר והמעורפל של רכיבים אלה פוגע לדעת ב"כ הנאשמים פגיעה ממשית ביכולתם של מרשיו להתגונן כראוי בפני העובדות הנטענות כלפיהם, שאירעו לפני למעלה משמונה שנים, עובדות שהן מרכזיות לאישום. לפיכך, לטענתו, דינו של האישום לביטול ולחילופין, לתיקון שיוסיף ויפרט את הנתונים החסרים.

עמדת המאשימה

14. המאשימה מבקשת בטיעוניה בכתב ובע"פ להדוף את שתי הטענות: לגבי פרק הרקע, טוענת המאשימה כי אין עליה חובה לפרט בכתב האישום את ניתוח השוק הרלבנטי ומוסיפה, כי סעיף 1 מפרט בתמצית את עיקרי העובדות ביחס לתחומי פעילותם של הנאשמים "אשר די בהן כדי לאפשר לנאשמים לשבץ לתוכן בכוחות עצמם כל ראיה וראיה".

15. המאשימה מדגישה את העובדה שבהסדרים לפי סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים עסקינן, הסדרם שבהם הפגיעה בתחרות נובעת מעצם עריכתם של הסדרים כובלים מהסוג המפורטים בסעיף האסורים כשלעצמם ללא קשר לפגיעה אפשרית בתחרות. שכן, בענייננו, כך גורסת התביעה התקשרו הנאשמים בהסדרים 'אופקיים' של מניעת תחרות עם מתחריהם בענף, הן על ידי חלוקת השוק כולו או חלקו לפי האנשים או סוג האנשים עמם יעסקו והן בהסכימם על כבילות הנוגעות לכמות הנכסים שבעסק, איכותם או סוגם. לכן, כך גורסת התביעה, אין צורך להוכיח לגביהם את יסוד "עלילות הפגיעה בתחרות" הנדרש להוכחת הסדר כובל לפי סעיף 2(א). משכך, הגדרת השוק כלל אינה רלבנטית ובוודאי שאין צורך לפרטה בכתב האישום. זאת ועוד גורסת המאשימה כי גם כשמדובר באישום לפי סעיף 2(א), שאינו נשען על החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב), "הגדרת השוק" עצמה אינה חלק מ**יסודות העבירה** ולכל היותר משמשת היא **ראיה** העשויה ללמד על עלילות הפגיעה בתחרות. לכן בהיותה ראיה אין מקום לפרטה בעובדות כתב האישום אלא

יש מקום להביאה במסגרת ראיות המאשימה בשלב ההוכחות, ככל שהדבר נדרש
בנסיבות העניין.

16. לגבי היעדר הפירוט הנטען בסעיף 39 טוענת המאשימה, כי הנתונים החסרים
בסעיף לשיטת הנאשמים – המועד המדויק שבו הפכו הנאשמים צד להסדר כובל,
סכום "דמי אי התחרות" ותכנם ומועדם של האירועים נשוא ההסדר – כלל אינם
נכללים ביסודות העבירה. המאשימה טוענת כי תיאור העובדות בסעיף הנ"ל כפי
שהוא, די בו כדי לאפשר לנאשמים לשבץ לתוכו בכוחות עצמם כל ראיה וראיה
ולכלכל את הגנתם בהתאם.

לצורך חידוד טענה זו, המאשימה מציינת, כי בחומר הראיות, שהעתקו מצוי בידי
הנאשמים, קיים מסמך בחתימת הנאשמים 2 ו-4 שבו הועלה על הכתב תוכנו של
ההסדר נשוא האישום השלישי. מסמך זה נושא, לפי הנטען, שורת פקס ממנה
עולה כי נשלח כחודשיים לפני האירועים (שתוכנו לחודש מאי 2001 – מ.ה.) מכאן
שליטת המאשימה לנאשמים עצמם ידועים תוכנם ומועדיהם של האירועים
הנדונים והסכום עליו הוסכם (10% מתמורת האירוע ולא פחות מ-18,000\$, לדברי
ב"כ המאשימה בטיעונו בע"פ) ואין לומר שנוסח הסעיף כפי שהוא פוגע בהגנתם.

דיון והכרעה

17. טענת הנאשמים הראשונה והפשוטה לכאורה בראש פרק זה, היא טענת היעדר
פירוט עובדתי מספיק בסעיף הרקע ובאישום השלישי. זאת על פי הנטען, בניגוד
לסעיף 84(4) לחסד"פ שלפיו יכלול כתב האישום את **"תיאור העובדות המהוות את
העבירה, בציון המקום והזמן במידה שאפשר לברר"**. טענה זו מתייחסת לכך
שהתיאור העובדתי **הקיים** בסעיפים הרלבנטיים לוקה בחסר מבחינת ניסוחו ואינו
כולל נתונים החיוניים להגנת הנאשמים.

הטענה השנייה והמורכבת יותר המתייחסת רק לסעיף הרקע, קרובה יותר,
במהותה, לטענה לפי סעיף 149(4) לחסד"פ, שעניינה העדר רכיב חיוני להרשעה
בגוף תיאור העובדות שבכתב האישום, למרות שטענה כזו לא נטענה במפורש. על
פי טענה שנייה זו, התביעה הייתה חייבת לכלול בכתב האישום את תיאור השוק
הרלבנטי, כדי לבסס את האישום בעבירות המיוחסות לנאשמים ומשלא עשתה
כן, כתב האישום חסר בנקודה זו וחובה להשלימו.

18. לצורך הכרעה בטענה הראשונה יש לבחון פרשנותו של סעיף 84(4) לפי תכליתו.
לחובה המוטלת על התביעה בסעיף 84 (4) לחסד"פ לתאר את "פרשת העובדות"
המהוות את העבירה, בציון המקום והזמן במידה שאפשר לברר, תכליתה
כפולה: האחת, לתת **לבית המשפט** תמונה על הפרשה תוך שימת דגש על חלקו של
הנאשם באחריות להתרחשותה ולאפשר לו לקבוע על פיו את תחומי הדיון.

השנייה, לתת לנאשם תמונה מספקת של העובדות שהתביעה מבקשת להוכיח ושמוכחן תבקש להרשיעו ולאפשר לו בדרך זו להכין את הגנתו.

ראה י.קדמי, **על סדר הדין בפלילים (2009), חלק שני, כרך א' עמ' 915**.

מידת הפירוט של העובדות נתונה לשיקול דעתו של מנסח כתב האישום בכפוף לכללים אלה:

- א. העובדות שיפורטו בכתב האישום חייבות לשקף את כל רכיבי העבירה המיוחסת לנאשם וסיפור העובדות צריך להיות כזה שאם הנאשם מודה בו די בכך כדי להרשיעו בהוראות החיקוק המצוינות בסעיף העבירות.
- ב. סיפור המעשה מיועד להצגת העובדות הרלבנטיות להרשעה ולא לתיאור הראיות שעל פיהן תבקש התביעה לקבוע כי העובדות התקיימו.
- ג. פרטים בדבר מקום האירוע נושא האישום הם פרטים חיוניים, במיוחד כאשר מועלית הטענה במקום אחר הייתי. עם זאת, כשאין מנוס מכך, ניתן להסתפק בתיאור הזמן והמקום במונח "בסמוך או" "בקירוב" ולעתים אף בציון "מקום בלתי ידוע" כאזור כלשהו או "זמן בלתי ידוע" בתחומי פרק זמן כלשהו ובלבד שאין בכך כדי לקפח את הנאשם בהגנתו (קדמי, שם, בעמ' 915-916).

19. באשר לנטען לגבי סעיף 39 באישום השלישי, טענות החסר של הנאשמים מתמקדות בהיעדר פירוט מספק על תוכנם של האירועים בגנים הבהאיים בחיפה נושא ההסדר הכובל ומועדיהם, העדר ציון זמן מדויק למועד עריכתו ותקופת קיומו של ההסדר וכן הסכום שנקבע בהסדר כדמי אי התחרות. באשר למועדי האירועים ותכנם, מצוין בסעיף 38 לכתב האישום, כי האירועים נערכו בחודש מאי 2001 וכי "במהלך החודשים שקדמו לאירועים" ביקשה קומטק קונגרסים ואירועים מיוחדים בע"מ מפיקת האירועים (להלן-קומטק) לרכוש שירותי הגברה ותאורה לצורך הפקתם. סעיף 39 לאישום מוסיף כי "בחודשים שקדמו לאירועים" היו הנאשמים צדדים להסדר כובל שעניינו מניעת התחרות באספקת שירותי הגברה ותאורה" עבור לפחות אירוע אחד מבין האירועים". הנה כי כן, נקודת הייחוס מבחינת הזמן לאירועים עצמם הינה חודש מאי 2001, שבו אמורים היו האירועים להתקיים ותקופת הייחוס להיות הצדדים צד להסדר היא תקופה בלתי מוגדרת של חודשים שקדמו לאירועים. האם די בציון תקופה זו ובהיעדר ציון תוכן האירועים ומועדיהם המדויקים כדי לענות בעניינו אחר דרישת הפירוט שבסעיף 84(4) לחסד"פ?

20. דומני שניתן למצוא את התשובה לכך בסוג העבירה שבו עסקינן. בהרכבים שונים של בית משפט זה, שהוא הערכאה הדיונית שלה סמכות מקומית ועניינית ייחודית

לדון בעבירות לפי חוק ההגבלים, נקבע כי לאור מהותה הייחודית של העבירה – שהיא עבירת סטטוס נמשכת – אין חובה על המאשימה לפרט את המועד המדויק ואת המקום שבו נוצר ההסדר. ראה ת"פ (י-ם) מ"י נ' ירון וול, תק-מח 2004(3), 6275, 6279 מפי כב' השופט שפירא והאסמכתאות שם. את הרציונל העומד ביסוד קביעה זו הסבירה כב' השופטת מזרחי בת"פ (י-ם) מ"י נ' מודגל תק-מח 2002(3) 70146, באומרה:

"התיאום מעצם מהותו אפשרי בדרכים רבות ומגוונות של תקשורת אנושית, ועל כן אין פגם בטענה כי התיאום התקיים, אף כי הדרך הספציפית אינה ידועה. ויטעם דרך התיאום הספציפית אינה אחד מרכיבי העבירה".

רציונל זה מתקיים גם בעניינו. האישום בפניו ניצבים הנאשמים הוא היותם צד להסדר כובל שהתקיים בנקודת זמן בסמוך לפני חודש מאי 2001 ותוכנו אי התחרות בהגשת הצעות לאירועים שהתקיימו באותו חודש בהפקת קומטק. פירוט המועדים המדויקים שבהם נכרת ההסדר והמקום בו נוצר אינם מן הנתונים שנדרש לפרטם בנסיבות האישום הנדון לפי סעיף 84(4) ואין באי הפירוט האמור משום פגיעה ממשית בהגנת הנאשמים. לכך יש להוסיף את העובדה, שאינה שנויה במחלוקת, שבחומר הראיות מצוי מסמך הנחזה להיות בחתימתם של נאשמים 2 ו-4 המפרט את תוכנו של ההסדר הנטען ונושא כותרת פקס לפיה נשלח כחודשיים לפני האירועים.

21. זאת ועוד, בהנחה שיוכח כי אירוע או אירועים מסוג כלשהו בהפקת קומטק, שנועדו לציין את פתיחת הגנים הבהאיים, שהצריכו שירותי תאורה והגברה, נועדו להתקיים בחיפה בחודש מאי 2001 וכי מניעת התחרות לגבי אספקת השירותים לאותם אירועים, היא שעמדה במרכזו של ההסדר הכובל, לא ברורה גם החשיבות שבציון מועדיהם המדויקים של האירועים ותוכנם בכתב האישום, שהרי בליבת האישום עומד ההסדר הכובל הנטען ולא האירועים כשלעצמם.

22. הוא הדין בחוסר הבהירות הנטען לגבי גובהם של "דמי אי התחרות". בכתב האישום מדובר על סכום שאינו ידוע במדויק ולא יפחת מ-18,000\$. גם לעניין זה נפסק ע"י הרכבים שונים בבית משפט זה, כי גובה המחיר שתואם כחלק מהסדר כובל אינו פרט שחובה לפרטו לפי סעיף 84(4) הנ"ל באשר **"העבירה מתייחסת לעצם התיאום, ואין למעשה חשיבות לשאלה אם תואם מחיר כזה או אחר"** דברי כב' השופטת מזרחי בת"פ (י-ם) 1268/01 תק-מח 2003(3) 14554, 14557 וכן דברי כב' השופט ענבר בת"פ (י-ם) 366/04 מ"י נ' בידרמן ואח' תק-מח 2004(4) 3880, פסקה 17 ודברי כב' השופט סולברג בת"פ 960/05 מדינת ישראל נ' מרגלית ואח' דינים מחוזי, כרך ל"ו (3), 981.

גם בעניינו, במידה ותוכח ההסכמה שלא להתחרות בין הנאשמים, לסכום המדויק שהוסכם עליו כ"דמי אי תחרות" אין נפקות לצורך ההרשעה.

23. באשר לפרק הרקע, ככל שהטענה מתייחסת לניסוח הרקע הכללי להבנת האישומים, במובחן מן הטענה בדבר הצורך לפרט באישום את ניתוח השוק הרלבנטי, לא מצאתי בה ממש. הניסוח נותן למעין מושג כללי, אף כי תמציתי, לגבי מהות הזירה העסקית שבה פעלו הנאשמים ואין חובה על התביעה לפרט מעבר לכך, במיוחד כאשר הרקע אינו נוגע לעובדה המהווה חלק מיסודות העבירה. בעניין זה נאמר כי:

"פרטי העובדות ניתנים להרחבה ולצמצום, אותו סיפור מעשה ניתן לתאר בפירוט רב יותר או פחות יותר, והדבר מסור לשיקול דעתה הטוב של התביעה" (מ' שלגי וצ' כהן, סדר הדין הפלילי (מהדורה שנייה, תשס"א), 238).

מכאן שגם טענה זו דינה להידחות.

24. מכאן אפנה לדיון בטענת החסר בתיאור השוק הרלבנטי, שאליה התייחסו הנאשמים בצמצום רב בטענותיהם בכתב ובהרחבה רבה בטענות בע"פ מפי עו"ד יגור.

האם מתחייבת הכללת תיאורו של השוק הרלבנטי בכתב אישום המייחס לאדם עבירה של היותו צד להסדר כובל והאם היעדרו של התיאור מהווה פגם או פסול בכתב האישום? אלו השאלות שבהן מתבקש ביהמ"ש לדון ולהכריע בהתייחס לראש טיעון זה.

לפי אופן הצגת הסוגיה על ידי הצדדים, היסוד להכרעה בשאלה טמון בקביעה האם מהווה תיאור השוק עובדה מן העובדות המהוות את יסודות העבירה של "צד להסדר כובל" כגרסת הנאשמים או שמא רק ראיה להוכחתם, כגרסת המאשימה. דומני כי זו אינה הגדרתה המדויקת של זירת הויכוח.

25. אין חולק כי המונחים "הגדרת השוק" או "תמונת השוק" אינה חלק מרכיבי העבירה של הסדר כובל. ראה דברי כב' השופט רובינשטיין בפרשת "קרטל המעטפות" ע"פ 2560/08 **מדינת ישראל נ' ירון וול תק-על** 2009 (3) 149, 174. מאידך אין גם חולק, כי יסוד הפגיעה האפשרית בתחרות או "עלילות הפגיעה בתחרות" שבסעיף 2(א), כפי שמקובל לקרוא לו, הינו יסוד הכרחי שעל התביעה להוכיח כשהיא נדרשת להוכחת אישום לפי סעיף 2(א) ללא התימוכין של החזקות העובדתיות שבסעיף 2(ב).

כדי להוכיח את אותו יסוד יש, לטעמי, לתאר מילולית את הפגיעה הנטענת ואין להסתפק בציטוט "עירום" של הסעיף. יש לזכור שבשיטתנו עבר סדר הדין הפלילי "מהפיכה זוטא", עם חקיקתו של חוק סדר הדין הפלילי מתשכ"ה, ששינה את הדין המנדטורי שקדם לו. במקום האשמה טכנית-פורמאלית החוזרת על לשון הגדרת העבירה המיוחסת לנאשם כנדרש בדין הקודם, נדרש כיום תיאור מילולי מפורט של העובדות. ראה קדמי, שם, בעמ' 912-913.

26. בהקשר זה, לא יכול להיות חולק היום, שתובע אינו יכול, למשל, להאשים אדם בגניבת דבר מה מבלי לפרט מה בדיוק נגנב, ממי נגנב, היכן ומתי או להאשים אדם בהחזקת כלי נשק שלא כדין מבלי לפרט את מהותו של הנשק ואת נסיבות אחזקתו או להאשימו בעשיית עסקה בסם מסוכן מבלי לפרט את נסיבות עריכתה ואת מהות הסם שבו מדובר ובכל אלה להסתפק בציטוט הלשון הטכנית של סעיף העבירה. באותה מידה, אין תובע יכול, לעמדתו, לטעון באישום בעשיית הסדר כובל, שאינו נשען על חזקות הפגיעה בתחרות שבסעיף 2(ב), כי פלוני התקשר בהסדר כובל ש"עלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים" מבלי לפרט עובדתית בכתב האישום כיצד פגיעה כזו עלולה להתרחש בשל עריכת ההגבל העסקי. תיאור הפגיעה יחייב, לעתים קרובות, לתאר גם את תמונת השוק שבה מדובר ואת השתבצותם של הצדדים הנטענים להסדר באותה תמונה. שהרי כדברי כב' השופט רובינשטיין בפרשת "קרטל המעטפות" לעיל בעמ' 41 של פסק הדין:

"במקרים רבים מאד הגדרת השוק הרלבנטי היא שלב ראשון ולעתים הכרחי לבחינת קיומו או העדרו של הגבל עסקי, ולקביעת "עוצמת השוק" של הצדדים ויכולת השפעתם על התחרות החופשית בשוק".

27. אין בידי לקבל את הגישה כי גם במקרים כאלה ניתן, ככלל, להימנע מלתאר את תמונת השוק באופן זה או אחר בכתב האישום לצורך תיאור "עלילות הפגיעה בתחרות" ולהסתפק בהצגת ראיות לכך רק בשלב ההוכחות, כשהנאשם צריך לנחש מתוך הראיות שיוצגו לעיונו ואחר כך יובאו לבית המשפט מהי הגדרת השוק הרלבנטי לשיטתה של התביעה ומהי ההשפעה הפוטנציאלית שמייחסת התביעה להגבל הנטען על התחרות באותו שוק. שהרי, כפי שכבר אמרנו לעיל, מטרה מרכזית של דרישת סעיף 84(4) לחסד"פ ביחס לפירוט העובדתי הנדרש בכתב האישום, הינה לתת לנאשם מראש תמונה מספקת של העובדות שהתביעה מבקשת להוכיח ושמכוחן תבקש להרשיעו ולאפשר לו בדרך זו להכין את הגנתו.

ודוק, אכן ייתכנו מצבים שבהם עשויה התביעה לסבור, גם כשמדובר באישום לפי סעיף 2(א) בלבד, כי מתוך תיאור ההגבל עצמו ניתן להסיק כי **"ברור כשמש בצהרי היום שלפנינו הגבל עסקי על פי הראיות"**, כדברי כב' השופט רובינשטיין בפרשת "קרטל המעטפות" שם ולהימנע מפירוט עובדתי כאמור. ואולם, ככל שהתמונה העובדתית-כלכלית מורכבת יותר וההגבל מעצם ניסוחו איננו מעיד על עצמו ככזה, ראוי לטעמי, שההסבר העובדתי בדבר "עלילות הפגיעה בתחרות" על רקע תיאור השוק הרלבנטי יפורט עובדתית בכתב האישום.

28. הניתוח שדלעיל הוא בבחינת למעלה מן הצורך משום שבנסיבות ענייננו מדובר באישום מובהק לפי סעיף 2(ב), שבו "עלילות הפגיעה בתחרות" נובעת מעצם ההתקשרות בהגבל הספציפי ככל שיוכח. לכן, אין לבוא בביקורת על התביעה שלא ציינה את פרטי "עלילות הפגיעה" ובכללם את תיאור תמונת השוק בכתב האישום.

29. עוד ראוי להוסיף כי לעמדתי, בניגוד לדעת ב"כ הנאשמים, עצם אזכורו של סעיף 2(א) כחלק מהוראות החיקוק באישומים הרלבנטיים דכאן, אינו מחייב את התביעה להוכיח את יסוד "עלילות הפגיעה בתחרות". זאת, משום שמעבר דרך סעיף 2(א), למעט הוכחת יסוד הפגיעה הפוטנציאלית בתחרות, הוא מבוא הכרחי לקביעה התקיימות תנאי סעיף 2(ב) ובלעדי זה לא ייכון זה. שהרי, כדי לקבוע שמדובר בהסדר כובל, חובה על התביעה להוכיח, תחילה, את קיומם של שלושת תנאיו הראשוניים של סעיף 2(א), קרי שמדובר ב"הסדר", שהצדדים לו הם "בני אדם המנהלים עסקים" וכי ההסדר כולל הגבלה שנטל על עצמו "אחד הצדדים לפחות". לעומת זאת את הוכחת היסוד הרביעי של "עלילות הפגיעה בתחרות", יכולה התביעה "לעקוף" באמצעות השימוש בחזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב).

אשר על כן טענות הנאשמים בראש פרק זה נדחות.

טענות הנאשמים בעניין ההגנה מן הצדק

30. כאמור נותרו לדיון תחת ראש טיעון הזה שלוש טענות משנה, שהן השיהוי בהליכי החקירה וההעמדה לדין, אי שקילת סנקציה מידתית יותר וחמורה פחות כלפי הנאשמים על פי חוק ההגבלים ע"י הרשות במקום העמדתם לדין פלילי, והשינוי שנעשה בסעיף האישום הראשון בעקבות השימוע שנערך לנאשמים **מנסיין** לעשיית הסדר כובל לעבירה **מושלמת** של עשיית הסדר כובל. ואלה בתמצית טענות ב"כ הנאשמים בעניין:

31. לעניין השיהוי טוען ב"כ הנאשמים, כי החקירה עצמה החלה במאי 2004 בעקבות פניית ע"ת 15 לרשות. בעקבותיה התנהלו פעולות חקירה סמויות ואח"כ גלויות, כולל עיכוב המעורבים לחקירה, שנמשכו ברמת אינטנסיביות זו או אחרת עד

אמצע שנת 2005. ממועד זה חלה הפסקה מוחלטת בפעולות החקירה וזו חודשה רק בתחילת שנת 2008. ממועד זה החלה פעילות חקירתית מחודשת בנוגע לאישום השלישי, שבסיומה הודיעה הרשות לנאשמים באוגוסט 2008 על כוונתה להגיש נגדם כתב אישום. לטענת הנאשמים, להם עצמם אין כל חלק בשיהוי כי הם שיתפו פעולה עם החוקרים באופן מלא. לפיכך לטענתם ההפסקה הבלתי מוסברת בת שנתיים וחצי בהליכי החקירה מקימה להם טענת הגנה מן הצדק או למצער מוסיפה למשקל הטענה, כטענה מצטברת לטענות המשנה האחרות.

32. לעניין היעדר המידתיות בנקיטת ההליך הפלילי טוענים הנאשמים, כי בארגז הכלים של הרשות קשת רחבה של סמכויות מנהליות – לא פליליות – שניתן היה להחילן כאן. למשל, צו מוסכם לפי סעיף 50ב או קביעה בדבר קיום הסדר כובל לפי סעיף 43. לטענת הנאשמים מקום שקיים בידי הרשות אמצעי אזורי או מינהלי פוגעני פחות כלפי הפרט, חלף ההליך הפלילי, חובתה לנקוט בו ואם לא עשתה כאן היא חותרת בכך תחת עקרונות הצדק וההגינות וקמה לנאשמים בגין כך טענת הגנה מן הצדק.

לטענתם, אמות המידה שהוזכרו בפסק הדין של בית המשפט העליון בענין **בורוביץ'** ע"פ 5855/02 פ"ד נ"ט (6) 776 כמצדיקות נקיטת הליכים פליליים לפי חוק ההגבלים אינן מתקיימות, ברובן, בעניינו: לא היתה כל השפעה להסדרים המיוחסים לנאשמים על ציבור הצרכנים הכללי, במישרין או בעקיפין, למעט השפעתו האפשרית על קומטק; ההסדרים הנטענים לא התקיימו בפועל ולו רגע אחד; טובת ההנאה שיכלו הנאשמים להפיק מן ההסדרים אילו שוכללו היתה מינימלית; הנאשמים לא ניסו כל להסתיר את מעשיהם; כלפי הנאשמים דגן מדובר בשני אירועים נקודתיים בלבד. מכל אלה, כך נטען, הבחירה בנקיטת הליך פלילי דווקא, אינה מידתית ודינה להיבטל.

33. בעניין שינוי סעיף האישום בעקבות השימוע טוענים הנאשמים, כי התשתית הראייתית שעמדה ביסוד ההחלטה הראשונית לייחס להם עבירה של ניסיון לא השתנתה עובר להחלטה להחמיר את סעיף האישום. החמרה זו נבעה לדבריהם רק ממסקנת הרשות עקב השימוע כי הראיות שבידה מיוסדות על כרעי תרנגולת. לכן החליטה, ברמה הטקטית, להחמיר את רף האישום, כך שבסופו של יום "ינותב בית המשפט הנכבד להתלבט בין הרשעה בעבירה מושלמת לבין הרשעה בעבירת ניסיון, במקום להתלבט בין הרשעה בניסיון בלבד לבין זיכוי". התנהלות זו חותרת תחת אושיות מוסד השימוע ומצדיקה את ביטול כתב האישום או את תיקון סעיף האישום לניסיון במקום עבירה מושלמת. במענה לטענות אלה משיבה המאשימה כדלקמן:

34. לעניין השיהוי בחקירה טען ב"כ המאשימה, כי החקירה בעניינם של הנאשמים החלה כחקירה סמויה במאי 2004 והפכה לחקירה באמצע שנת 2005. לטענתו עלו בחקירה 14 פרשיות שונות של הסדרים כובלים הנוגעות לנאשמים (כולם או חלקם), כאשר מדובר בחומר חקירה רב. התיק הועבר למחלקה המשפטית ולאחר מכן קוימה בו השלמת חקירה בין דצמבר 2007 לאוגוסט 2008 שאז גובשה טיוטת כתב אישום, בין היתר נגד הנאשמים דנא, והתקיים שימוע שבעקבותיו הוגש כתב אישום זה. בפער הזמנים שבין אמצע 2005 לסוף 2007 התקיים לדידו רצף חקירתי באמצעות חידוש בקשות להחזקה במסמכים שהיו בידי הרשות.

35. לטענת ב"כ המאשימה, הפסיקה מכירה בכך שחקירות כלכליות כמו בענייננו מצריכות זמן ארוך יותר מחקירות רגילות. עוד הוא מדגיש כי מאחר שמדובר בעברות המתבצעות בדרך כלל במסתרים "רחוק מקרני השמש" חשיפתן קשה יותר. כך למשל מצביע הוא על כך שהעבירה נשוא האישום השלשי נעברה לכאורה ב-2001 אך נחשפה רק בשנת 2004 בעקבות מידע שהגיע לרשות. מכל האמור נטען שאין בחקירה כפי שהתבצעה משום שיהוי בלתי סביר ולטענתו מה שמבקשים ב"כ הנאשמים לעשות הוא לעקוף את תקופת ההתיישנות הסטטוטורית באמצעות טענת הגנה מן הצדק.

36. לגבי היעדר המידתיות הנטען בכך שננקט בענייננו הליך פלילי דווקא ולא הליך מנהלי נטען ע"י המאשימה כי מדובר בהסדרים מן הסוג האופקי בין מתחרים שנועדו למנוע תחרות ולפיכך מצויים בליבת ההסדרים האסורים על פי חוק. זאת ועוד כך נטען הנאשמים ערכו ביניהם הסדרים כובלים מספר פעמים והסדרים אלה לא נפסקו בשל חרטה של מי מהנאשמים או חזרה שלהם מן ההסדר אלא עקב אי התערבות המאשימה. עוד נטען כי טענות הנאשמים ראויות להיטען תחת הכותרת של "זוטי דברים" שהמקום לדון בהן אינו בשלב זה של המשפט. לסיכום נטען כי התערבותו של בית המשפט בשיקולי התביעה הכללית להעמיד אדם לדין תיעשה על פי ההלכה הפסוקה רק במקרים נדירים בהם מתגלה חוסר סבירות מהותי בהחלטה ולא זה המקרה שלפנינו.

37. לגבי שינוי סעיף האישום לאחר השימוע טוען ב"כ המאשימה, כי אין כל מניעה לא מצד הדין ולא מצד ההלכה הפסוקה לשנות בכל עת ועד לתחילת המשפט את הטיוטה וכי הטיוטה עצמה איננה מסמך מחייב היוצר מצג רשמי, שלפיו ללא קשר לתוצאות השימוע ולהתרשמות התביעה מהטיעונים שעלו במהלכו, הטיוטה תהיה המסמך הסופי שיוגש לבית המשפט. זאת ועוד לאחר ההחלטה לשנות את סעיף

האישום ניתנה לנאשמים הזדמנות להגיב על השינוי אך הם בחרו, במודע, שלא לעשות כן.

דיון והכרעה

38. כאמור שלושת ראשי המשנה של טענות ההגנה בראש פרק זה נשענים בפן המשפטי שלה על הדוקטרינה של "ההגנה מן הצדק". משמעותה של דוקטרינה זו שתחילת השימוש בה הוא יציר ההלכה הפסוקה והמשכה בהוראת חוק מפורשת הינו, שלבית המשפט שיקול דעת להפסיק ההליכים, כשאין באפשרותו להעניק לנאשם **משפט הוגן**, או כשיש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות, ולצורך מניעת עיוות דין. בע"פ 2910/94 **ארנסט יפת נ' מדינת ישראל** (פ"ד נ(2), 221 הוכרה הדוקטרינה מכוח ההלכה הפסוקה, אך צומצמה למקרים קיצוניים שהמאפיין אותם הוא

"ההתנהגות הבלתי נסבלת של הרשות, היינו התנהגות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם... המדובר במקרים שבהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת, דבר שבית המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו".

(שם, בעמ' 372)

39. בהמשך הדרך "רוככו" המבחנים המחמירים ויש אומרים הבלתי ניתנים ליישום שבהלכת יפת, שעליהם נמתחה ביקורת לא מעטה, באופן שבו נקבע בע"פ 4855/02 **מ"י נ' איתמר בורוביץ**, פד"י נ"ט (3) 776 (להלן: "**הלכת בורוביץ**"), כי:

"בעיקרון עשויה אפוא ההגנה לחול בכל מקרה שבו קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות כפי שזו נתפסת בעיניו של בית המשפט. מטרת החלטה של ההגנה היא לעשות צדק עם הנאשם, ולא לבוא חשבון עם רשויות האכיפה על מעשיהן הנפסדים. ואולם לרוב (אם כי לא תמיד) תיוחס הפגיעה בצדקתו ובהגינותו של ההליך הפלילי להתנהגות נפסדת של הרשויות".

(שם בעמ' 807-806. (הדגש שלי- מ.ה.))

טענת הגנה זו, קיבלה לא מכבר עיגון חקוק באמצעות צירופה לרשימת הטענות המקדמיות שבסעיף 149 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

40. לגבי השלכת התיקון על הדוקטרינה הפסיקתית העיר בית המשפט העליון בע"פ 5672/05 **טגר בע"מ נ' מ"י**, תק-על 2007 (4) 395, מפי כב' השופטת ברלינר:

"עיוגונה של ההגנה מן הצדק בחוק מפורש והעדפת מבחן ה"סתירה המהותית" על פני מבחנים מצמצמים יותר, אפשר ויסמנו נכונות להרחיב במידת מה את תחומה של ההגנה. עם זאת, נראה כי המחוקק לא התכוון להביא לשינוי דרמטי באופיה של ההגנה. מבין ההצעות השונות שעמדו בפני הועדה כמפורט לעיל, מבחן "הסתירה המהותית" שאומץ בסופו של דבר בתיקון לחוק הוא הקרוב ביותר באופיו למבחן "הפגיעה הממשית" שנקבע בהלכת בורוביץ. ...הגנה מן הצדק, כך נראה, הייתה ונותרה טענה שיש לקבלה במקרים חריגים בלבד".

בית המשפט העליון העיר באותו עניין, כי חקיקת סעיף 149(10) הנ"ל לא ייתרה את הצורך להפעיל בכל מקרה שבו מועלית הטענה את המבחן התלת שלבי שנקבע בפרשת בורוביץ'. לפי מבחן זה בשלב הראשון, על בית-המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שנתקבלו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם במנותק משאלת אשמתו או חפותו. בשלב השני, על בית המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. בשלב זה, נדרש בית המשפט לאזן בין האינטרסים השונים הכרוכים בקיומו של ההליך הפלילי, תוך שהוא נותן דעתו על נסיבותיו הקונקרטיות של ההליך שבפניו. בשלב השלישי, משוכנע בית-המשפט כי קיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושות הצדק וההגינות, עליו לבחון אם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים מתונים ומידתיים יותר מביטולו של כתב האישום, כמו למשל מתן משקל לטובתו בקביעת עונשו, אם יורשע (רע"פ 1498/07 יוחאי הרשברג נגד מדינת ישראל, תק-על 200(1) 3737).

מן הכלל אל הפרט

טענת השיהוי

41. טענת ההגנה מן הצדק בנסיבות של שיהוי בהגשת כתב אישום התקבלה בפסיקה הישראלית במספר מקרים, כאשר השיקול המנחה שעמד בבסיס קבלת הטענה היה הצורך למנוע עיוות דין הנובע מפגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן ולא רק מעצם העובדה הטכנית שכתב האישום הוגש באיחור. כב' השופטת ברלינר ציינה בעניין זה בע"פ (ת"א) 70770/00 מדינת ישראל נ' משה ארויה (תק-מח 2001(1), 91) כי:

"בעיקרון – ניתן לבחון את ההגנה מן הצדק (בהקשר הנוכחי) בשני מסלולים: המסלול התיאורטי שאינו מתייחס לנתונים ספציפיים, ולמעשה הופך את ההגנה מן הצדק לחזקה משפטית, לפיה, כל אימת שחל שיהוי ארוך בהגשת כתב האישום – תעמוד לנאשם הגנה מן הצדק; המסלול הקונקרטי, הבוחן בכל מקרה ספציפי, את עיוות הדין ויכולת ההגנה... אימוץ המסלול התיאורטי, והליכה בדרך שבה הלך כב' השופט קמא

בתיק זה, יוצרת למעשה תקופת התיישנות בדרך של חקיקה שיפוטית, מעבר למה שנקבע על ידי המחוקק. זוהי תוצאה שאין לה מקום, והיא אינה מתקבלת על הדעת... המסקנה המתבקשת היא, כי המסלול הנכון הוא המסלול הקונקרטי המתייחס לעובדות בכל תיק ותיק, בוחן אותן ומגבש השקפה לאורן."

42. בעניינו אין חולק שכתב האישום בעניינו הוגש במסגרת תקופת ההתיישנות הסטטוטורית ודעתי היא כדעתה של כב' השופטת ברלינר שעצם העיכוב בהליכי החקירה במקרה דנן אינו יוצר מעין חזקה שיפוטית של הגנה מן הצדק הגוררת את ביטולו של כתב האישום. אכן מקובל עליי שנפל פגם בהתנהלות החקירה. לפער הזמנים שבין אמצע שנת 2005 לסוף שנת 2007 שבו לא התנהלו הליכי חקירה ממשיים לא ניתן הסבר ענייני שיש בו כדי לסבר את האוזן. מאידך, בחינת התנהלות זו בפריזמה של מבחני המשנה השני והשלישי הכלולים ב"מבחן המשולש" שבהלכת בורוביץ' אינה מובילה לדעתי לתוצאה המצדיקה את ביטול כתב האישום. גם אם ייאמר כי בהתנהלות הרשויות המקרה זה נפל פגם הפוגע "פגיעה חריפה בתחושות הצדק וההגיונות" ולא אוכל לומר בבטחה כי אלה פני הדברים, הרי שחובה על בית המשפט לאזן בהכרעתו בין תחושה זו לבין האינטרסים כבדי המשקל העומדים ממולה: העמדת עבריינים לדן ומיצוי הדין עמם; הוצאת האמת לאור; קיומם של מנגנוני גמול, הרתעה וענישה; ובמקרה של עבירות על חוק ההגבלים העסקיים, גם שמירה על אינטרס התחרות החופשית במשק ומניעת הפגיעה הכלכלית בציבור הנובעת מהגבלת התחרות בענף הרלבנטי. בהתנגשות אינטרסים זו לא אוכל לומר כי ידו של הפגם שנפל בהליכי החקירה היא, במקרה זה, על העליונה.

43. אולם אף אם סברתי שכך הוא, התרופה לפגם, בהתחשב במבחן השלישי שבהלכת בורוביץ' איננה צריכה להיות במקרה זה ביטולו של כתב האישום, אלא שימוש באמצעים אחרים, מידתיים יותר. למשל המשקל שיינתן לראיות שניגבו באיחור שעה שייבחן משקלן והערכת הנזק הראייתי שנגרם אם נגרם כתוצאה מעיכוב החקירה בשלב בירור הדין והתחשבות בפגם שנפל בהתנהלות החקירה בשלב גזר הדין, ככל שהנאשמים או מי מהם יורשע בסופו של יום.

הטענה שעל המאשימה היה לבחור אמצעי מידתי יותר שאיננו הגשת אישום פלילי

44. עיקרה של טענת הנאשמים מהיבטה המשפטי מתבסס על דברי בית המשפט העליון בעניין בורוביץ'. שם הוצעו, באגב אורחא, מספר מבחנים שעל המאשימה לשקול בבואה להעמיד אדם לדן בעבירה של עריכת הגבל עסקי לצורך קביעת קיומו "עניין לציבור" בהפעלת סמכותה לפי סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי ובהם:

"מידת הפגיעה בתחרות לה גרם ההסדר; קיומה של כוונה סובייקטיבית של הצדדים להסדר לפגוע בתחרות; פרק הזמן שבו התקיים ההסדר הכובל; טובות ההנאה שהפיקו מההסדר הצדדים לו; אם מדובר בהסדר כובל 'אופקי' או 'אנכי'..." (שם בעמ' 871).

נפסק כי אין המדובר ברשימה ממצה ועוד נאמר כי:

"שיקולים אלה ודומיהם עשויים להישקל גם במסגרת דיון של בית המשפט בטענת הגנה מן הצדק",

כפי שמתבקש בית המשפט לעשות במסגרת דיון זה.

45. לעניין מידת התערבותו של בית המשפט בהחלטת התביעה הכללית להגיש אישום פלילי, ראה בג"ץ 11221/05 **נאסר נ' היוהמ"ש** (פורסם בנבו- 2007) בפסקה 7 והאסמכתאות שם.

באשר למימושו של שיקול הדעת האמור בפרשת **בורוביץ'**, מפרט בא-כוחם המלומד של הנאשמים 4-6 שהעלו את הטענה, עו"ד יגור, שהוא עצמו מומחה בעל שם בתחום ההגבלים העסקיים, בחיבורו "דיני ההגבלים העסקיים" (ניר ספרות משפטית בע"מ 2002) רשימה של שיקולים שראוי לשקלם בהקשר זה. בעניין זה הוא אומר, בין היתר, לעניין השיקול של אבחנה בין הסדר אנכי להסדר אופקי, כי:

"ברור כי לגבי הסדרים במישור האופקי תגבר הנטייה לנקוט בהליכים פליליים... שכן בדרך כלל הסדרים אופקיים מעצם טבעם, פוגעים יותר בתחרות או בציבור, בהשוואה להסדרים אנכיים".

(שם בעמ' 654-655)

46. בהקשר זה דעתי כדעתו ומאחר שעל פני הדברים בענייננו אכן מדובר בהסדרים אופקיים ובמצטבר ליתר הנתונים, כמפורט בתגובת המאשימה, לא נראה לי כי ניתן להצביע על חוסר סבירות מהותי בהחלטת המאשימה להגיש אישום פלילי במקרה זה. כל זאת בוודאי באספקלריה המצומצמת מאוד של התערבות בית המשפט בהחלטת הרשות המוסמכת להעמיד אדם לדין פלילי ובהינתן העובדה שהמחוקק לא קבע בחוק ההגבלים עצמו אמות מידה לאבחנה מתי יש לנקוט בהליך אזרחי ומתי ראוי להגיש, על פי אותה מערכת עובדתית, כתב אישום ובית המשפט לא יעשה כן במקומו. ראה עניין **בורוביץ'** בעמ' 871. בהקשר זה לא נראה לי כי הקו המבחין בעניין צריך להיות, בעיקרו, מידת מימושו של ההסדר או הרווחים שהצדדים הפיקו או עשויים היו להפיק ממנו. שכן, בית המשפט ראה בעבר להרשיע נאשמים גם בעבירות של ניסיון בלתי ממומש להסדר כובל וגם נקבע במפורש כי אין צורך בביצוע מעשה כלשהו ליישום הסדר כובל שעשייתו הוכחה

כדי להיות "צד לו" במובן העבירה הפלילית. ראה עניין **בורוביץ'** בפיסקה 76 והאסמכתאות שם. לכן, הניסיון לבסס את התבחין בענייננו על הטענה שלא היה מימוש בפועל של ההסדר מצד הנאשמים המעלים את הטענה או שהשפעתו על התחרות אילו בוצע הייתה שולית, איננו יכול להיות שיקול מכריע בקבלת הטענה.

47. אגב כך יודגש, כי בשלב זה הכרעת בית המשפט מושתתת אך ורק על האמור בכתב האישום ואין לפניי ראיות לכאן או לכאן לעניין היקף היישום של ההסדר או של הפגיעה בתחרות. בהקשר זה נכונה גם טענת ב"כ המאשימה, כי אין לערבב בין טענת "זוטי דברים" שעיקר משקלה מושם על מעשה העבירה ומידת פלילותו לבין טענת "ההגנה מן הצדק" שבמרכזה עומדים שיקולי ההעמדה לדין והתנהגות הרשות כלפי הפרט האופפת אותה. על אף הדמיון ביניהן, מדובר בטענות שונות, הן מן ההיבט המהותי והן בהיבט הדיוני, כולל לעניין השלב שבו ראוי להעלותן ולעניין הנטל המוטל על הצד הטוען אותן. ראה י. נקדימון, הגנה מן הצדק, נבו – הוצאה לאור תשס"ט-2009, עמ' 205.

48. אין גם דמיון בין נסיבות ענייננו לבין המקרה שנדון בת"פ (קרית גת) 1615/95 **מדינת ישראל נ' שלוי ובניו בע"מ** שבו תומכים המבקשים יתדותיהם. כב' השופט א' זמיר הסתמך בהחלטתו לבטל את האישומים שם מטעמי הגנה מן הצדק על העובדה שהרשויות שם עודדו במפורש את המשך הליך הבניה נשוא האישום ואת הליך שינוי התוכנית וההליך הפלילי ננקט במפורש על מנת לגרום לנאשמים להשלים את ההליך הפורמאלי לשינוי התב"ע. בענייננו, לא עולה כל טענה שהוצג לנאשמים ע"י רשות ההגבלים מצג רשמי כלשהו שנתן להם "אור ירוק" להמשיך במעשיהם ואין חולק גם כי הנאשמים לא ביקשו וממילא לא קיבלו היתר זמני או פטור ומעשיהם גם לא נפלו בגדר פטור סוג.

49. בטיעונם בע"פ הוסיפו באי-כוח הנאשמים טענה של "אכיפה בררנית" שלפיה נוקטת רשות ההגבלים העסקיים במדיניות של איפה ואיפה כלפי גופים עתירי הון במשק לגביהם השתמשו, כך נטען, במקרים דומים באמצעי אכיפה אזוריים, כדוגמת הגעה לצו מוסכם סעיף 50 לחוק ההגבלים לעומת הנאשמים דכאן שעמם ממצים את הדין הפלילי. לעניין זה לא הונחו לפניי נתונים עובדתיים כלשהם, למעט אמירות כלליות שלא גובו בנתונים עובדתיים. לכן אין מקום להידרש לטענה זו.

מכאן שגם דינה של הטענה בראש טיעון זה להידחות.

השינוי בסעיף האישום לאחר השימוע

50. אין בידי לקבל את טענות הנאשמים כי קמה חובה למאשימה להיצמד לנוסח טיוטת כתב האישום שהוגשה להם לקראת השימוע. אין בדין דרישה מפורשת להמציא לנאשם טיוטה של כתב האישום לקראת עריכתו של שימוע. ניתן לעניין זה להסתפק בפירוט של עיקרי העובדות וסעיפי העבירות בגינן נשקל להגיש כתב אישום, אף כי משלוח טיוטה, מקום שזו הוכנה, הוא המצב הרצוי באין טעם נוגד מיוחד. ראה בג"ץ 4388/08 אורי שמואל ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם בנבו – 2008). עם זאת, בעצם מסירת הטיוטה אין כדי לכבול את ידיה של הרשות לגבי נוסח כתב האישום הסופי שיוגש לאחר השימוע. כנאמר באותו עניין, בפסקה י"ג של פסק הדין, מפי כב' השופט רובינשטיין:

"יתכן כי אף עשויה להישמע הטענה שטיוטת כתב אישום עלולה במקרים מסוימים להוביל לגיבוש דעה ולהעיב על שמיעת החשוד בלב פתוח ונפש חפצה, אף שעל כך ניתן להתגבר בגדרי השכל הישר... והרי טיוטת כתב האישום הנמצאת בהכנה עשויה להשתנות לאחר השימוע, תוך שקלא וטריא פנימיים של התביעה" (הדגשה שלי – מ.ה.).

לעניין זה ראה גם ת"פ (שלום נצ') 2260/04 מ"י נ' נסיכי שמעון, תק-של 2005(4) (2289). לא זו אף זו במקרה דנן גם ניתנה לנאשמים זכות להגיב על שינוי נוסח האישום בכתב האישום כפי שגובש לאחר השימוע אך הם בחרו שלא לעשות כן.

51. זאת ועוד מקובלת עלי לחלוטין אמירתו של ב"כ המאשימה, כי טענת הנאשמים שהשינוי שנערך בטיוטה לאחר השימוע מעבירת ניסיון לעבירה מושלמת של עריכת הסדר כובל הינו מהלך טקטי שנועד "לנתב" את בית המשפט להרשעה, מוטב היה לה אלמלא הושמעה וד"ל. אשר על כן גם טענה זו דינה להידחות.

סוף דבר

52. טענותיהם המקדמיות של הנאשמים 4-6 נדחות, למעט הטענה בדבר השימוש בסוכן מדיח אשר הוסכם כי תיטען במסגרת הסיכומים בתיק לגופו והכרעה לגביה תינתן במסגרת הכרעת הדין.

ניתנה בהעדר הצדדים היום, כ"ו בשבט תש"ע (10 בפברואר 2010).
המזכירות תעביר ההחלטה לצדדים.

משה יועד הכהן, שופט