

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

ע"פ 7829/03

### **בפני:**

כבוד השופט א' א' לוי  
כבוד השופט ס' גיבראן  
כבוד השופטת א' חיות

### **המעוררת:**

1. מדינת ישראל

נגד

### **המשיבים:**

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

ערעור על הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים, מיום 11.6.03, בתיק פ' 287/98, שניתן על ידי כבוד השופטת מ' מזרחי

**תאריך הישיבה:** י"א בכסלו תשס"ה (24.11.2004)

**בשם המעוררת:** עו"ד דוד גדעוני, עו"ד מיכל הלפרין, עו"ד אסף מוזס

**בשם המשיבים 1 ו- 2:** עו"ד דן שינמן, עו"ד נילי רוטלוי

**בשם המשיב 3:** עו"ד דורי קלגסבלד, עו"ד שרון קליימן, עו"ד גור בליי

## **פסק – דין**

### **השופט א' א' לוי:**

### **מבוא**

1. משיבה 1, "אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ" (להלן: "אריאל"), היא חברה העוסקת בתחזוקת רמזורים שעד לשנת 1983 תחזקה את מרבית מערכות הרמזורים בחיפה. משיב 2, אברהם הרשום (להלן: "הרשום"), שימש בתקופה הרלוונטית כמנהלה הפעיל של אריאל, וכן כמנהלה של חברת "וימאזור", שעסקה אף היא באותו תחום. משיב 3, שי אופיר (להלן: "אופיר" או "משיב 3"), הוא איש עסקים

שנתן את הסכמתו לשמש בורר בין חברת אריאל לחברת מנורה רמזורים בע"מ (להלן: "מנורה") בסכסוך שנתגלע ביניהן.

בכתב אישום שהוגש לבית המשפט המחוזי בירושלים נטען, כי המשיבים 1 ו-2 וארבעה אחרים היו צדדים להסדר כובל, אשר מטרתו היתה חלוקת שוק, היינו, שמנורה תתחזק את הרמזורים בחיפה, בעוד שאריאל תעשה זאת בירושלים. בגין אלה יוחסה להם עבירה לפי סעיפים 47(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק" או "חוק ההגבלים העסקיים"), בשילוב עם סעיפים 2(א), 2(ב)(3), 4, וסעיף 48 לחוק.

לאחר שמיעתן של ראיות הצדדים, זיכה בית משפט קמא את המשיבים. באשר למעורבים הנוספים בפרשה, חלקם הודו בעבירות שיוחסו להם במסגרת הסדר טיעון והורשעו, וביחס לאחרים חזרה בה המערערת מהאישום.

הערעור שבפנינו, שהוגש מטעם המדינה, מופנה כנגד זיכויים של המשיבים.

#### התשתית העובדתית

2. בשנת 1983 זכתה חברת מנורה במכרז מס' 28/83 של עיריית חיפה, לתחזוקת חלק ממערכת הרמזורים בעיר. כאמור, עד לאותה שנה עשתה זאת אריאל, ועקב זכייתה של מנורה במכרז, פרץ בין שתי החברות סכסוך שהוביל לתחרות עזה ביניהן. במהלך השנים הבאות, התנהלו מספר מאבקים משפטיים אשר הצדדים להם היו עיריית חיפה, חברת אריאל, חברת מנורה וחברת סינגלור, שעסקה אף היא בתחום זה. אותם הליכים משפטיים עסקו בעיקר בשאלת חובתה של עיריית חיפה לערוך מכרז לתחזוקת מערכת הרמזורים, וזאת על רקע ניסיונותיה של העירייה להתקשר בהסכם עם חברת מנורה מבלי להידרש למכרז. עמדה זו של העירייה נבעה מהבנתה, שזכייה של חברה אחרת במכרז תהיה כרוכה בייקור עלות תחזוקתם של הרמזורים, באשר הדבר יחייב החלפה של המנגנונים הקבועים בהם. כאן המקום להבהיר, כי מנגנוני הרמזורים ומרכז הבקרה הפועל בעיר, מיוצרים על ידי חברה גרמנית, שנציגתה הבלעדית בישראל היא מנורה. במצב זה היה חשש כי מנורה לא תהיה מוכנה להעמיד לרשות הזוכה במכרז את הידע הטכני שיידרש לצורך תחזוקת הרמזורים, והדבר עלול לחייב את החלפת המנגנונים, ומכאן ועד לייקור עלות התחזוקה, הדרך קצרה.

בסופו של יום, ומכוח הוראתו של בית המשפט הגבוה לצדק, פרסמה העירייה בשנת 1992, מכרז נוסף (מכרז 26/92, שייקרא להלן "מכרז חיפה"). ביום 25.10.92, יומיים בלבד לפני המועד האחרון להגשת ההצעות לאותו מכרז, חתמו אריאל ומנורה על שטר בוררין (להלן: "ההסכם"), אשר על פי נוסחו ליישב "חילוקי דעות לגבי חובם של מנורה איזו ו/או מנורה רמזורים ו/או יצחק ו/או אלי ... לאריאל ו/או להרשלום". מי שקיבל על עצמו לשמש כבורר בין החברות, ועשה זאת ללא תמורה, היה משיב 3, מר שי

אופיר. בכתב האישום נטען, כי הסכם זה היה מסווה ליצירתו של הסדר כובל, כהגדרתו בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים.

לענייננו חשובה הוראתו של סעיף 13 להסכם, בו התחייבה אריאל, הלכה למעשה, להימנע מלהשתתף במכרז חיפה, ובלשון המקור:

"א. אריאל ו/או הרשלוס מתחייבים בזה כי אריאל ו/או כל חברה הקשורה בהם, במישרין או בעקיפין, לרבות וימאזור בע"מ, לא יחתמו על הסכם עם עיריית חיפה לביצוע עבודות כלשהן על-פי מכרז מס' 26/92 (להלן: "מכרז חיפה") או מכרז אחר שיצא במקומו.

ב. להבטחת קיום התחייבותם של אריאל ו/או הרשלוס כאמור בס"ק א' לעיל, תפקיד אריאל בתוך \_\_ ימים מיום חתימת שטר בוררין זה, בידי הנאמנות של הבורר, כתב ערבות בנקאית אוטונומית ובלתי מותנית בסך של \_\_ ש"ח, צמוד למדד המחירים לצרכן (להלן: "המדד") לטובת מנורה איזו אהרון (להלן: "ערבות אריאל").

ג. ערבות אריאל תיעשה למשך 3 חודשים ותוקפה יוארך מעת לעת עד לחתימת הסכם לביצוע עבודות מכרז חיפה בין עיריית חיפה לבין הזוכה במכרז ...

ד. הבורר יהא חייב למסור לידי מנורה איזו אהרון את ערבות אריאל לאחר שהוכח לו להנחת דעתו כי אריאל ו/או הרשלוס הפרו את התחייבותם כלפי קבוצת מנורה על-פי ס"ק א' לעיל. אין במסירת ערבות אריאל לקבוצת מנורה כדי לגרוע מכל סעד העומד לקבוצת מנורה כלפי אריאל ו/או הרשלוס על פי כל דין.

ה. הבורר יחזיר את ערבות אריאל לידי אריאל מיד לאחר שייחתם הסכם בין עיריית חיפה לבין הזוכה במכרז חיפה, שאינו סותר את התחייבות אריאל ו/או הרשלוס על-פי ס"ק א' לעיל.

ו. ..."

מכוח אותו הסכם התחייבה מנורה לשלם לאריאל בגין מה שהוגדר כ"סכסוכי העבר" סכום כסף שייקבע על ידי הבורר (סעיף 3 להסכם), וביחס להתחייבות זו נקבע כי "הבורר יהא רשאי לקבוע בפסק דינו כי כחלק מתשלום החוב, יימסרו עבודות שונות ... לביצוע על ידי אריאל ו/או וימאזור בע"מ או לכל גוף אחר לפקודת אריאל" (סעיף 7 להסכם). הצדדים אף טרחו והפקידו בידי הבורר מסמכים נוספים אשר (בלשון סעיף 14(א) להסכם) "מבטאים הסכמות שהגיעו ביניהם, ומכתבים המודיעים לרשויות שונות על העברת ביצוע העבודות מאת מנורה איזו אהרון לידי אריאל ו/או לידי וימאזור

בע"מ". סעיף נוסף החשוב לדיון שבפנינו, הוא סעיף 16, בו נקבע כי ההסכם יכנס לתוקף "לאחר שמי מקבוצת מנורה יקבל את אישור ראש העיר לזכייתה במכרז 26/92 או שיחתם החוזה בגין המכרז האמור".

אריאל קיימה את התחייבותה לפי סעיף 13 להסכם, ולא הגישה הצעה למכרז 26/92. מנגד, הגישה חברת מנורה את הצעתה למכרז וזכתה בו, ובחודש דצמבר 1992 נחתם בינה לבין עיריית חיפה חוזה להחזקת מערכת הרמזורים בעיר. נציין, כי על אף שהצעתה של מנורה הייתה הזולה ביותר מבין ההצעות שהוגשו למכרז, היא הייתה יקרה במידה ניכרת מאומדנה של העירייה, אומדן שהתבסס על ממוצע הסכומים ששילמה העירייה במכרזים קודמים. עניין זה עורר תהיות בעיקר לנוכח העובדה שמנורה לא היתה צריכה להחליף את המנגנונים הקיימים ברמזורים.

3. לאחר כל אלה פנה הרשום לשי אופיר בדרישה להחזיר לידי אריאל את הערבות הבנקאית שהפקידה החברה, וכן לפסוק בשאלת חובה של מנורה. ואכן, ביום 15.6.93 פסק הבורר כי על מנורה לשלם לאריאל סכום של 1,150,000 ש"ח, והוא חייבה למסור לאריאל גם את הטיפול במערכת הרמזורים בצמתים שונים בירושלים, שתוחזקו עד אז על ידי מנורה.

כאן המקום לציין, כי עובר למתן פסק הבורר, תחזקה מנורה 28 צמתים מרומזרים בירושלים, אריאל תחזקה 33 צמתים, וחברת וימאזור 44 צמתים. ב-1994 פרסמה עיריית ירושלים שלושה מכרזים לתחזוקת הרמזורים בעיר (מכרזים 17/94 – 19/94). החברות שהשתתפו במכרזים אלה יכלו לבחור בין שתי חלופות: האחת, הצעת מחיר הכוללת החלפה של מנגנון הבקרה של הרמזורים (על ידי החברות שלא התקינו את הרמזורים), והשנייה - ללא החלפת המנגנון. העירייה סברה כי הבחירה בין החלופות תביא לידי ביטוי את היתרון היחסי של כל חברה בצמתים שכבר תחזקה, באשר זו לא תצטרך להחליף את מנגנון הבקרה, דבר שעשוי להביא להוזלת ההצעות. במהלך בדיקתן של ההצעות התבררו שתי עובדות מפתיעות ביחס למכרז 19/94, שעסק ברמזורים שתוחזקו עד אז על ידי מנורה. ראשית, בצד הצעתה של אריאל שכללה החלפה של מנגנוני הרמזורים, היא הגישה גם הצעה שלא חייבה את החלפת המנגנונים, ללמדך שאריאל הניחה כי תוכל להשתמש במנגנונים שהותקנו על ידי מנורה. שנית, הצעותיה של מנורה היו גבוהות לאין שיעור מהצעותיה של אריאל. והכוונה גם לזו שכללה את החלפת המנגנונים. בתאריך 28.7.94 הכריזה ועדת המכרזים של עיריית ירושלים על זכייתה של אריאל במכרז 19/94.

ועוד ראוי להדגיש, כי בשני מכרזים מאוחרים שערכה עיריית חיפה - האחד בשנת 1996 והשני בשנת 1997 - זכתה מנורה. נראה כי עובדה זו אינה מפתיעה לאור מכתב ששיגר הרשום לאופיר בשנת 1996 ובו נאמר כך:

"לכבוד שי אופיר

הנדון : מכרזים בעיריית חיפה  
הננו מתכבדים להודיעך בהמשך לשיחתנו מהבוקר כי אנו  
מסכימים באם יהיו מכרזים לעבודות בעיריית חיפה,  
להיות איתך בקשר ולהגיש הצעות בתיאום ובשיתוף  
איתך".

#### ההליכים בפני בית משפט קמא

4. המערערת טענה בפני הערכאה הראשונה וחזרה על כך גם בפנינו, כי הסכם הבוררות ופסק הבורר שניתן מכוחו, מלמדים כי מנורה ואריאל חטאו כאחת בחלוקת שוק, היינו, מנורה הבטיחה לעצמה את תחזוקת הרמזורים בחיפה, בעוד שאריאל הבטיחה לעצמה את התחזוקה בירושלים. המערערת הוסיפה וטענה, כי מכתבו של הרשלוס לאופיר משנת 1996, מלמד כי ההסכמה להימנע מתחרות לא הצטמצמה רק למכרז חיפה משנת 1992, אלא חלה גם על מכרזים עתידיים נוספים. באשר לשי אופיר, טענה המערערת, כי הוא היה זה אשר אפשר להסכמים בין מנורה לאריאל לקרום עור וגידים, והוא היה זה שגם דאג לאכיפתם.

5. המשיבים לא הכחישו את קיומן של ההסכמות בין מנורה ובין אריאל, ואף אישרו כי פסק הבורר שבא בעקבותיהן קיים. יחד עם זאת, לשיטתם, בהסכמות אלו לא התקיימו יסודותיה של עבירת הסדר כובל, הואיל והתחייבותה של אריאל בהסכם הבוררות נועדה למנוע את נקיטתם של אמצעים משפטיים על ידה, אמצעים אשר היו עלולים לסכל את זכייתה של מנורה במכרז. נטען, כי הסכמה זו אינה מהווה הסדר כובל, אלא השלמה של אריאל עם מצב קיים הנובע מחוסר יכולתה להתמודד עם מנורה בחיפה.

באשר להתחייבויותיה של מנורה כלפי אריאל טענו המשיבים, כי הסכום שמנורה התחייבה להעביר, נועד לפצותה על נזקים שנגרמו לאריאל בעבר, ולא בתמורה להתחייבות עתידית שלה להימנע מלהתמודד במכרז חיפה. הרצון לפצות את אריאל הוא שעמד, לטענת המשיבים, גם מאחורי ההחלטה למסור לידיה את התחזוקה בצמתים בירושלים. באשר לאלה נטען עוד, כי מנורה העבירה את השליטה בהם לאריאל בקבלנות משנה, ומכוח חוזה שהיה לה עם העירייה, לאחר שנוכחה לדעת כי תחזוקתם של צמתים אלה על ידה כרוכה בהפסד. כן נטען, כי להעברת הצמתים בירושלים לאריאל, נתקבל אישור של עיריית ירושלים. המשיבים הדגישו עוד, כי להסכמות שגובשו ביניהם לא הייתה השלכה של ממש על התחרות, ועל כן גם אם ייקבע כי יש בהן משום עבירה של הסדר כובל, עומדת להם ההגנה הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 בדבר זוטי דברים. אופיר טען, כי לא היה מודע כלל להיבט הפלילי שבהסכם בין אריאל למנורה, ומכל מקום מתוקף תפקידו כבורר, עומדת לו החסינות מפני העמדה לדין ממנה נהנית הרשות השופטת.

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

(א) מאפייניו של שוק הרמזורים:

בית משפט קמא מצא, כי שוק הרמזורים, ובייחוד בעיר חיפה, מכביד מחמת אופיו על התחרות. נקבע, כי מי שמחזיק בידע הטכני להתקנת הרמזור, נהנה מיתרון בכל הנוגע לתחזוקתו. זיקה זו שבין ההתקנה לתחזוקה, מביאה לכך שבהיעדר שיתוף פעולה מצידה של החברה המתקינה, עלולים להתעורר קשיים בהפעלה השוטפת של הרמזור, עניין שמשפיע באופן מיידי על רמת הבטיחות באותו צומת. עקב כך נטו רשויות מקומיות רבות, ואף מע"צ, לשכור את שירותיה של החברה שהתקינה את הרמזור גם לתחזוקתו.

ועוד נקבע, כי הכבדה זו על התחרות הייתה אופיינית במיוחד בחיפה. בשנת 1989 הקימה העירייה עם מנורה, אשר שימשה כקבלן משנה של חברת SBH הגרמנית, מרכז בקרה חדיש, ייחודי ויקר, שהפעלתו הייתה מורכבת במיוחד. מצב זה הקנה לחברת מנורה יתרון של ממש לעומת חברות אחרות, הואיל והיא החזיקה בידע טכני שלא היה מצוי בידי אף לא אחת ממתחרותיה. נקבע, כי לאור השקעתה של עיריית חיפה במרכז הבקרה החדש "התקשרות עם חברת רימזור שאינה מנורה, אשר לא יחא בידה לקיים את דרישות הקשר עם מרכז הבקרה, משמעותה הייתה גם "ויתור" העירייה על השקעה זו. עמדתה של עיריית חיפה כנגד התקשרות עם חברות אחרות, נגזרה, איפוא, מהרצון לנצל את ההשקעה במרכז הבקרה, ניצול שהיה מתאפשר ע"י התקשרות עם מנורה דווקא" (עמוד 40 להכרעת הדין). כתוצאה מכך נקבע, כי בפועל נבצר מאריאל להתמודד במכרז חיפה. בהמשך מצא בית משפט קמא, כי המחיר הגבוה שהוצע על ידי מנורה במכרז חיפה, אינו מוביל, כשלעצמו, למסקנה אודות פעילות קרטלית בין מנורה לאריאל. נקבע כי "אם אמנם התרחשה עליית מחירים בחיפה בשל ניצול כח השוק, היה על העירייה להלין על עצמה, לפי שיש לקשור זאת, קודם כל, להעדפה שנתנה היא עצמה למנורה מלכתחילה" (עמוד 48 להכרעת הדין).

(ב) תוכנם של הסכם הבוררות ופסק הבוררות:

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

הבוררות, ומאידך לא קיימות ראיות המלמדות על תיאום מכרז ביניהן. על רקע כל אלה אמר בית משפט קמא:

"כאשר עסקינן בהעברת צמתים לאריאל, על דרך של קבלנות משנה, משמעות הדבר היא, שהמחיר לביצוע העבודות כבר נקבע קודם לכן, בהסכם שנקשר בין מנורה לעיריה. במסגרת ההעברה לא היה ביד אריאל להעמיד מול העיריה מחיר אחר, ולכן ההעברה היא נטולת השלכה על מחירי ההתקשרות. בהעברה כזו גם אין משום "חלוקת שוק" (עמוד 53 להכרעת הדין).

באשר להתחייבותה של אריאל להימנע מהשתתפות במכרז חיפה, מצא בית המשפט, כי מנורה ואריאל ידעו היטב שעיריית חיפה אינה חפצה בתחרות, וכי אריאל אינה יכולה לזכות בתחרות שכזו. לפיכך, הדרך היחידה שהייתה פתוחה בפני אריאל להכשיל את זכייתה של מנורה במכרז, הייתה על ידי נקיטה בהליכים משפטיים אשר יסכלו את תוצאת המכרז ויביאו לביטולו. נקבע, כי על אף לשונו של סעיף 13 להסכם הבוררות לפיו התחייבה אריאל שלא לחתום עם עיריית חיפה על הסכם, וחרף הערבות הכספית שניתנה לשם הבטחת התחייבות זו, הרי שאין בכל אלה כדי לשנות מהעובדה שלאריאל לא היה כל סיכוי לזכות במכרז. לאור זאת, קיבל בית משפט קמא את עמדת המשיבים, לפיה את התחייבותה של אריאל כלפי מנורה יש לראות כהתחייבות להימנע מנקיטתם של הליכים משפטיים שיובילו לביטולו של ההסכם, ותו לא. בית משפט קמא קבע, כי בהתחייבות כאמור אין פסול באשר אין בה פגיעה ברציונאל ההגנה על התחרות, מחד, והיא תואמת את רצון העירייה להעדיף את מנורה מנימוקים בטיחותיים. על כן נקבע, כי גם בהקשר זה לא התקיימו יסודותיה של העבירה לפי סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים.

(ג) מכתבו של הרשלוס לשי אופיר:

כזכור, מכתב זה נשלח בשנת 1996, והמערערת טענה כי הוא ראיה להסדר כובל שהושג בשנת 1992, ונמשך עד לכתיבת המכתב. בית משפט קמא קבע, כי לשון המכתב דנה במפורש בתיאום הצעות למכרזים, ועל כן לא ניתן לומר כי כוונת הדברים היא בהתחייבות להימנעות מנקיטתם של הליכים משפטיים. יחד עם זאת, נקבע כי התחייבותה של אריאל להימנע מהתקשרות עם עיריית חיפה, כפי שעולה מהמכתב, היא נעדרת השפעה של ממש על התחרות.

על יסוד הטעמים שפורטו לעיל, מצא בית המשפט המחוזי כי מעשיהם של המשיבים אינם נכנסים לגדרו של סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים, שכן אין בהם משום השפעה על התחרות. יחד עם זאת, קבע בית המשפט המחוזי, כי יש לראות בהסכם שבין המשיבים הסכם של "חלוקת שוק", לפי סעיף 2(ב)(3) לחוק. בהקשר זה נאמר כי מלשונו של הסכם הבוררות עולה שההתחייבות אותה נטלה אריאל על עצמה "עוסקת היא בעצם ההתקשרות עם עיריית חיפה, ולא בנקיטת אמצעים משפטיים דווקא", וכן

"לאור לשון ברורה זו, מתבקשת המסקנה שהצדדים התייחסו בו גם למטרה הסופית של ההסכם ביניהם, והיא מניעת התקשרות בין עיריית חיפה ואריאל בעתיד, זאת גם אם לא היה צורך בהתחייבות כזו לעניין מכרז חיפה או למכרז שהיה בא במקומו" (עמוד 69 להכרעת הדין). במאמר מוסגר, אודה, כי התקשיתי להבין כיצד ניתן ליישב קביעות נחרצות אלה של בית משפט קמא עם ממצאיו האחרים, שהובאו לעיל, ולפיהם התחייבותה של אריאל הייתה התחייבות שלא לנקוט הליכים משפטיים בלבד. מכל מקום, על בסיס ממצא אחרון זה הוסיף בית משפט קמא, כי סעיף 2(ב)(3) לחוק קובע חזקה חלוטה בדבר פגיעה בתחרות, וחזקה זו כוחה יפה גם להסדר הנובע מההסכם הבוררות.

7. חרף מסקנה זו, החליט בית משפט קמא, כי יש לראות במעשיהם של המשיבים "זוטי דברים", ועל כן עומד להם הפטור מהרשעה, הקבוע בסעיף 34יז לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"), ובלשון המקור:

"הנסיבות הרלוונטיות ליכולתה של אריאל להתחרות בחיפה עוקרות את החומרה מההסכם הנדון. ההסכם בין הצדדים כטענת נאשמים 5 ו-6 [אריאל והרשלום-א' א' לוי], לא יצר את המגבלה הפוגעת בתחרות, אלא אך ורק תיאר מצב קיים. לא ניתן לומר שמאמצים משפטיים נוספים שלה היו מאפשרים זאת. לכן, גם אם המחוקק קובע, משיקולים של הבטחת לכידת עבירות הפוגעות בערך המוגן (התחרות), כי מקרה מעין זה "יראו כהסדר כובל" (כלשון סעיף 2(ב)), אין בכך כדי למנוע הכרה בהגנה הפלילית כאשר מתחוויר שמהיבט מניעת הפגיעה בערך האמור, לא נחוצה למעשה הטבעת "אות קין" של הרשעה. מניעת הגנה כזו- במקרים בהם החזקה החלוטה אינה הולמת את המציאות- יש בה כדי לפגוע שלא לצורך במי שמעשיהם אינם עוברים את סף "האנטי חברתיות" המינימלי, ובכך היא פוגעת בכלל המידתיות העולה מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" (עמ' 77 להכרעת הדין).

#### זיכוי של שי אופיר

8. לאור זיכויים של אריאל והרשלום, זיכה בית המשפט גם את אופיר מהעבירה של סיוע ליצירתו של הסדר כובל. בית המשפט הדגיש, כי חלקו של אופיר בעבירה היה שולי: "הוא לא הגה את רעיון ההסדר, וגם לא קבע את תוכן שטר הבוררים. הוא ראה את תפקידו כפוסק רכיבי הפיצוי במגמה לסיים את הסכסוך העסקי שבין הצדדים לשטר הבוררות. לא היה לו עניין אישי כלשהו בקיום ההסכם, ואף לא בעצם קיום הבוררות. כאמור, הוא אף לא קיבל שכר בשל סיועו" (עמוד 86 להכרעת הדין). עוד נקבע כי מכוח



מעמדו כבורר, יש לראות באופיר כמי שמהווה חלק מהרשות השופטת, ולפיכך הוא חוסה בצילו של סעיף 34 לחוק העונשין, המעניק לו חסינות מפני העמדה לדין אף שהוא אינו עובד מדינה.

#### טענותיה של המערערת

9. המערערת מלינה על זיכויים של המשיבים וממקדת את הודעת הערעור באלה: היקף תחולתה של העבירה בדבר תיאום מכרז, היקף תחולתו של סייג זוטי דברים הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין, והיקף תחולתה של ההגנה על הרשות השופטת הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין.

באשר לעבירה בדבר תיאום מכרז, טוענת המערערת, כי גם התחייבות להימנע מנקיטתם של הליכים משפטיים שיביאו לסיכולו של מכרז, כפי שבית משפט קמא מצא כי התרחש בענייננו, מהווה תיאום אסור של מכרז. באשר התחייבותה של אריאל הבטיחה כי זכייתה של מנורה תישאר על כנה ולא תעמוד בסיכון. ועוד נטען, כי בית משפט קמא לא ייחס חשיבות למכתבו של הרשום לאופיר משנת 1996, אף שמכתב זה מעיד על טיבם המפליל של ההסכמים בין שתי החברות.

באשר לסייג בדבר זוטי דברים, עמדתה של המערערת היא כי ראוי שתחולתו של סייג זה תצטמצם למקרים חריגים ויוצאי דופן, בהם למעשה הפלילי אין השלכה על הציבור. לא כך הדבר - לגישתה - כשמדובר בעבירות כלכליות, שנודעת להן השפעה על כספו של הציבור, כמו המקרה שבפנינו.

ועוד, לגישת המערערת, יצר המחוקק בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, הבחנה בין סוגים שונים של הסדרים כובלים, בעלי דרגות חומרה שונות. בסעיף 2(ב) כלל המחוקק את ההסדרים להם נודעת החומרה הרבה ביותר, ולגביהם לא נדרשה התביעה להוכיח פוטנציאל של פגיעה בתחרות. נטען, כי הסדרים כובלים שעניינם תיאום מכרז וחלוקת שוק, נכללים בגדרו של סעיף 2(ב), ועל כן נתפסים כהסדרים בעלי חומרה מיוחדת. משכך, לגרסת המשיבה אין להחיל בעניינם של הסדרים כאלה את הסייג בדבר זוטי דברים.

המערערת סבורה עוד, כי בית משפט קמא שגה כאשר התייחס לקשר בין התנהלותה של עיריית חיפה לבין הנסיבות שמנעו מאריאל לזכות במכרז חיפה. לטענתה, הערך בדבר קיומה של תחרות מגלם בתוכו אינטרס ציבורי שאין בידי צד כלשהו - אפילו היה אותו צד קרבנו של ההסדר הכובל - לוותר עליו, וכי אין באי יכולתו של צד להסדר להתמודד במכרז, ולקיים תחרות, כדי לפטור אותו מאחריותו לביצוע עבירה של תיאום מכרז. גם בשל כך נטען כי אין הצדקה לתחולתו של סייג זוטי דברים במקרה הנוכחי.

זאת ועוד, להשקפת המערערת, שגה בית משפט קמא בכך שהתייחס לעבירת ההסדר הכובל, ובפרט כשמדובר בתיאום מכרז, כאל עבירה תוצאתית אשר פגיעה בתחרות הוא אחד מיסודותיה. לפיכך, לעניין תחולתו של סייג זוטי דברים אין כל רלוונטיות לנתון לפיו הפגיעה בתחרות הייתה קלה בלבד. מכל מקום, לגרסת המערערת, הריכוזיות בשוק הרמזורים ונתח השוק המצרפי של מנורה ואריאל, המתקרב לחמישים אחוזים מכלל השוק, אינם מאפשרים להגיע למסקנה כי ההסכם בין מנורה לאריאל גרם לפגיעה קלה בלבד בתחרות.

המערערת סבורה כי כאשר מדובר בעבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים, לסייג בדבר זוטי דברים תחולה מצומצמת במיוחד. בהקשר זה מפנה המערערת לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך) התשס"א-2001 (להלן: "כללי הפטור"), המתווים קריטריונים אשר בהתקיימם תחשב הפגיעה בתחרות "קלת ערך". לטענתה, הסדרים שאינם עומדים בדרישות הפטור לא יכולים לחסות בצילו של הסייג הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין.

המערערת מלינה גם על זיכוי של אופיר. לגישתה, לא זו בלבד שתרומתו של אופיר להתגבשותו של ההסכם הייתה מכרעת, אלא שבמעשיו הוא תרם גם לאכיפתו של ההסדר. המערערת סבורה, כי מאחר שמדובר בהסדר הלוקה באי-חוקיות, לא יכולים הצדדים להסכם להיעזר במערכת המשפט לשם אכיפתו, ולפיכך נדרש גוף חלופי האמון על קיומו של ההסכם, ומכאן, לגישתה, מעמדו המרכזי של אופיר בפרשה.

באשר לתחולת ההגנה של הרשות השופטת על בורר, טוענת המערערת כי היא חלה רק על נושאי משרה שיפוטית הפועלים במסגרתה של הרשות השופטת, ולא על כל אדם שממלא, באורח פונקציונאלי, תפקיד שיפוטי או מעין שיפוטי. נטען, כי החלתה של ההגנה על בוררים עלולה לאפשר להם לתת את ידיהם למעשי עבירה, אגב הליך הבוררות, בלא חשש שיאלצו לתת על כך את הדין. לחלופין, טוענת המערערת, כי אם ההגנה על הרשות השופטת אכן חלה על בוררים, אין מקום להחילה בנסיבות העניין, בשל כך שבפעילותו חרג אופיר מתפקידו כבורר.

#### טענות המשיבים

10. המשיבים 1 ו-2 חזרו בפנינו על קו ההגנה בו נקטו בבית משפט קמא, לאמור, הם סבורים כי העבירה של חלוקת שוק, כמשמעה בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, כלל לא התקיימה בעניינם. לגישתם, מכיוון ששוק הרמזורים בחיפה היה בשליטתה של מנורה גם לפני ההסכם, ולאריאל לא היה כל סיכוי לזכות בשליטה כזו, כי אז המסקנה היא שאריאל לא וויתרה על פלח שוק פוטנציאלי כי אם השלימה עם מציאות קיימת. לכך מוסיף משיב 3, כי בשל אופיו של שוק הרמזורים בחיפה, ובעיקר בשל חסמי הכניסה לשוק זה, אין לראות באריאל ובמנורה כמתחרות, ומשכך אין להחיל בעניינם את האמור בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים.

ועוד, טענו המשיבים, כי עבירת ההסדר הכובל אינה עבירת התנהגות רגילה, שכן אחד מרכיביה הוא יסוד הפוטנציאל לפגיעה בתחרות. לטענת המשיבים, להסדר הנדון לא רק שלא הייתה השפעה בפועל על התחרות, אלא שגם פוטנציאל לפגיעה כזו נעדר ממנו ומכאן שרכיביה העובדתיים של העבירה כלל לא השתכללו בעניינם. באשר להרשלות, טוענים המשיבים כי מנקודת מבטו לא הייתה כל תחרות בשוק הרמזורים בחיפה, ומשכך הוא לא היה מודע לכך שההסדר מהווה "חלוקת שוק".

באשר לסייג בדבר זוטי דברים, טענו המשיבים, כי אין מקום לקביעה כללית לפיה אין לסייג זה תחולה בעבירה של הסדרים כובלים, א-פריורית. המשיבים מוסיפים, כי ביסודו של חוק ההגבלים ניצבת תכלית של מניעת הפגיעה בתחרות החופשית. לפיכך, מקום בו נמצא כי לא מתקיימת כל פגיעה בערך זה, אין טעם להחיל על אדם את האיסורים הקבועים בחוק אגב הכתמת שמו בהרשעה בפלילים. ועוד, לטענת המשיבים נכון נהג בית משפט קמא כאשר לקח בחשבון, לעניין החלתו של הסייג בדבר זוטי דברים, את התחרות ארוכת השנים שהתנהלה בין אריאל למנורה בשנים שחלפו עד לעריכתו של מכרז חיפה, הואיל וגם נסיבה זו שופכת אור על התנהגותם של מבצעי העבירה ומפחיתה מחומרת מעשיהם.

11. לטענות אלה הוסיף משיב 3, כי צדק בית משפט קמא משזיכה אותו מהעבירה של סיוע לעבירה של הסדר כובל, בשל חלקו השולי בעבירה זו. ועוד טען, כי במעשיו לא התקיים כלל היסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעה בסיוע לדבר עבירה, שכן הוא לא היה מודע לפליליותו של המעשה לו הוא סייע. יתרה מכך, לטענת אופיר, לשם הרשעתו בעבירה של סיוע לעבירה, היה על התביעה להוכיח כי התקיימה בו הכוונה לסייע, והרי בעת ששימש כבורר כל שנדרש היה להכריע בסכסוך המסחרי שבין מנורה לאריאל, ולא הייתה לו מטרה אחרת כלשהי.

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

דיון

12. הדיון בערעור שלפנינו יתחלק לשלושה חלקים. בחלק הראשון, נבחן אם במעשיהם של המשיבים התקיימו רכיביה של עבירת ההסדר הכובל. אם התשובה לכך תהיה חיובית, כי אז נפנה לבחון את היקף תחולתו של הסייג בדבר זוטי דברים על עבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים, ואף נבדוק אם ראוי להחיל סייג זה במקרה דנן. חלקו השלישי של הדיון יתמקד באחריותו של משיב 3 בפרשה, בעבירה של סיוע ליצירת הסדר כובל, ובהיקף ההגנה על הרשות השופטת.

13. הערך העומד בבסיסם של דיני ההגבלים העסקיים הוא הערך בדבר קיומה של תחרות חופשית. תחרות כזו מבטיחה לצרכן כי מבין היצע המוצרים בשוק, הוא יוכל לבחור ולרכוש את המוצר האיכותי ביותר, במחיר הזול ביותר. ואכן, לא בכדי כינה הנשיא ברק את דיני ההגבלים העסקיים כ'מגנא כרטא' של זכויות הצרכן (ע"א 2247/95 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ, פ"ד נב(5), 213, 230, להלן: "פרשת תנובה"). זאת ועוד, התחרות החופשית אף מעניקה ליצרן תמריץ לפתח ולחדש את מלאי המוצרים, ולא לקפוא על שמריו, שאם יעשה כן, יוכל לנסות לזכות ביתרון יחסי על פני מתחריו, יתרון שרווח בצדו. ברי, כי מהתפתחות זו יוצא גם הצרכן נשכר, אולם, תחרות חופשית מהווה גם תנאי הכרחי לקיומו של משק יעיל ובריא, ואף לצמיחה כלכלית. התחרות מעודדת יזמות, גורמת לשיפור מתמיד של היצע המוצרים בשוק, ולהדרתם של יצרנים בלתי יעילים ממנו (ראו יי יגור דיני הגבלים עסקיים (מהדורה שנייה) 47-48, (להלן: "יגור") וכן נ' כהן, "תחרות מסחרית וחופש העיסוק" עיוני משפט יט(2) (1995), 353). כל אלה, הפכו את ערך התחרות החופשית לערך מרכזי בשיטתנו הכלכלית, החברתית והמשפטית, ודיני ההגבלים העסקיים מבטאים הכרה זו (ראו רע"א 371/89 אילן ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2), 309, 327). בהקשר זה יפים דבריו של הנשיא בפרשת תנובה:

"התחרות החופשית היא אבן יסוד בכל שיטת משטר דמוקרטי, בהיותה סממן בולט של חירות הפרט להגשמת האוטונומיה שלו. בהגשמת התחרות החופשית ובשמירה עליה יש משום ביזור מוקדי ההכרעה החברתיים ומניעת ריכוז יתר של כוח בידי השלטון או גופים מונופוליים פרטיים. היו שראו בשמירה על התחרות החופשית, כמנגנון הכרעה דמוקרטי בקבלת החלטות חברתיות בתחום הכלכלי, כאשר שמירת כוחו של הצרכן להכריע בין אלטרנטיבות כלכליות מקנה לו, למעשה, כוח להשפיע ולהכריע גם בהכרעות כלכליות כלליות של החברה (ראה: K.J. Arrow, Social Choice and Individual Values 1-2 (1963)). ההגנה על התחרות החופשית עומדת גם ביסוד ההגנה על זכויות יסוד אחרות. כך, לדוגמא, אין לנתק בין חופש התחרות לבין חופש העיסוק (ראה: בג"ץ

3544/94 שחף נתיבי אוויר בע"מ נ' שר התחבורה (טרם פורסם)). קיומו של מונופולין או היעדר זכות שווה לעסוק, פוגע בחופש העיסוק (ראה: מ. גולדברג "חופש העיסוק: מזכות יסוד לחוק יסוד", הפרקליט מא (תשנ"ד) 304-5, 291; בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח נ' שר האוצר, פ"ד מח(5), 441, 471). כך, מצב בו שוק מסוים נשלט על ידי יצרן בודד יכול למנוע לעתים את יכולתו של פרט אחר להיכנס בשעריו של העיסוק האמור" (פרשת תנובה, עמ' 229 - 230).

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

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

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

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

עיון בסעיף 2, מעלה כי ההגדרה האחת, זו המצויה בחלקו הראשון של הסעיף, קובעת ארבעה יסודות מצטברים (ראו דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1), 56, 96, (להלן: "פרשת טבעול") וכן יגור, 145-151), ואלה הם: (1) קיומו של הסדר - לאור הגדרתו המרחיבה של יסוד זה בסעיף ההגדרות של חוק ההגבלים, הרי שדרישה זו עניינה בהסכמה בין שני צדדים או יותר, הסכמה שעשויה להתקבל הן בכתב והן בעל-פה, בין במפורש ובין מכללא; (2) היסוד השני עוסק בזהותם של הצדדים להסדר, קרי, בני אדם המנהלים עסקים; (3) יסוד ההגבלה, לפיו ההסדר מגביל את פעילותו של אחד הצדדים לו, או יותר; (4) ואחרון הוא יסוד הפוטנציאל לפגיעה בתחרות. ודוק: דרישה זו אינה מחדירה לעבירת ההסדר הכובל דרישה לאלמנט

תוצאתי של פגיעה בפועל בתחרות, כי אם דרישה למעשה שעלול, מבחינת הפוטנציאל הטמון בו, להביא לפגיעה כזו.

15. במקרה שלפנינו אין כל ספק כי שני התנאים הראשונים, היינו, קיומו של הסדר בין שני עוסקים, התקיימו. לדעתי, גם לא יכול להיות ספק כי בהסכם הבוררות שבין אריאל למנורה התקיימה דרישת ההגבלה. בין אם נפרש את ההתחייבות שאריאל נטלה על עצמה במסגרת הסכם זה כהתחייבות להימנע מנקיטתם של הליכים משפטיים, כפרשנותו של בית משפט קמא, ובין אם נפרש זאת כהתחייבות להימנע מהתקשרות עם עיריית חיפה, כלשונו של הסכם הבוררות, לא יכול להיות כל ספק כי ההסכם הצר את חופש הפעולה של אריאל, והגביל את יכולת התחרות שלה. עיקר הדיון בבית משפט קמא התמקד ביסוד הפוטנציאל לפגיעה בתחרות, אולם כפי שנראה בהמשך, בדיון כזה אין כל צורך ענייני.

16. נפנה עתה להגדרתו של הסדר כובל בסעיף 2(ב) לחוק העונשין. סעיף זה מפרט ארבעה סוגי הסדרים קונקרטיים, אשר בהתקיימותם מקימים הם חזקה בדבר פגיעה בתחרות, ומהווים, לפיכך, התנהגות אסורה של כבילה. בפרשת טבעול פירש מותב מורחב של בית משפט זה חזקות אלה כחזקות חלוטות, הקובעות כלל של מהות ושאין ניתנות לסתירה:

”השכל הישר וניסיון החיים יורנו כי אלה הם הסדרים טיפוסיים שנועדו למנוע או להפחית תחרות בעסקים. לשון אחר, כל אותם ”עניינים” המוצגים בשורה עורפית בפסקה (ב) לסעיף 2 לחוק, כולם נעשו מאותו חומר גנטי, והחומר הוא החומר הגנטי שעושה את פסקה (א) לאותו סעיף 2. מניעת תחרות והפחתת תחרות בשוק הסחורות והשירותים הן הממלאות חיים את הוראות סעיף 2(ב) כולן: זו התכלית בהן, זו מטרתן, זה העיקר בהן” (פרשת טבעול בעמ' 97).

קרא, משנמצא כי הכבילה עניינה באחד מהנושאים המצויים בגדרו של סעיף 2(ב), למשל - שעניינה בחלוקת השוק על ידי הצדדים להסדר - כי אז לא צריכה התביעה להוכיח כי בכבילה זו טמון פוטנציאל לפגיעה בתחרות. ההנחה היא, כי להסדרים הנתפסים ברשתו של סעיף זה אין, ולא יכולה להיות, כל תכלית ראויה, או הסבר לגיטימי, מלבד התכלית שעניינה פגיעה בתחרות. מכאן מתחייבת מסקנה נוספת, והיא כי הסדר המצוי בגדרן של החזקות החלוטות בסעיף 2(ב) לחוק, נכלל ממילא גם בגדרה של ההגדרה הכללית של ”הסדר כובל” בסעיף 2(א), אלא שאת יסודות ההגדרה בסעיף 2(א), ובהם יסוד הפגיעה בתחרות, פטורה התביעה מלהוכיח. אכן, ניסיון החיים והשכל הישר מורים, כי התועלת שצדדים להסדרים המנויים בסעיף 2(ב) מנסים להשיג, היא זו שתצמח להם באמצעות

פגיעה בתחרות, ולפיכך אלה הם הסדרים האסורים מטבע בריאתם. קיומן של חזקות חלוטות במצב דברים זה, יש בו כדי לקדם את הוודאות המשפטית של בעלי דין עתידיים, להגביר את רמת ההרתעה של האיסורים בחוק ההגבלים העסקיים, ואף לתרום לחסכון במשאבים יקרים הנדרשים במצב רגיל, במסגרת סעיף 2(א) לחוק, לשם הוכחת תוצאתו הפוטנציאלית של ההסדר על השוק (ראו מ' ש' גל "לבור את המוץ מהתבן - היקף תחולתו של האיסור לערוך הסדר כובל", דין ודברים א' (תשס"ה), 533, 547).

אולם אליה וקוץ בה, שכן מוחלטותן של חזקות סעיף 2(ב), צמצמה את שיקול הדעת של בתי המשפט, ולעתים ברשתן של חזקות אלו נתפסו גם הסדרים אשר להשפעתם לא נודעה השלכה כלשהי על התחרות, או אף פוטנציאל לפגיעה כזו. וברי כי הרשעתם של צדדים להסדר כזה, אינה משרתת את תכליתם של דיני ההגבלים העסקיים, עליה עמדנו בראשית דברינו.

17. ואכן, עוד בטרם נס ליחה של הלכת טבעול, החלו להראות בה סימנים של כרסום. אגב כך, התעורר במספר מקרים גם החשש כי צד לחוזה ינסה להתחמק מההתחייבויות הנובעות ממנו, באמצעות ניצול הוראותיו הרחבות של חוק ההגבלים העסקיים, שלא לתכלית אותה הן נועדו להגשים. בע"א 3700/98 א.מ. חניות (ירושלים) נ' עיריית ירושלים, פ"ד נז(2), 590 (להלן: "פרשת חניות"), דובר במכרז שעיריית ירושלים פרסמה ועניינו בהפעלת חניון עירוני. באחד מתנאי המכרז הגבילה העירייה את מספר המנויים בחניון, ואת המחיר המרבי שיוכל הזוכה במכרז לגבות עבור חנייה, מתוך רצון להבטיח את רווחתו של הציבור. המערערת, אשר זכתה במכרז, טענה כי הגבלה זו מהווה כבילה אסורה לפי סעיף 2(ב). חברי השופט א' ריבלין דחה את הטענה, וקבע באותה פרשה כך:

"לשונו של חוק ההגבלים העסקיים רחבה היא, וההגדרות המצויות בו עשויות לחבוק, על פי לשונן, מקרים רבים ושונים. פירוש פשטני שלהן יביא לתוצאה בלתי נסבלת על-פיה יחשבו כפסולים ואסורים הסדרים משפטיים רצויים שהם חלק מחיי המסחר והכלכלה והמתקיימים כדבר שבשגרה ... אם בחר המחוקק לנקוט בלשון רחבה, עשה כך בכוונה ללכוד ברשתו מעשים פסולים הנוגדים את התכלית שלשמה חוקק - את כולם, אולם אותם בלבד. לשון אחרת: יש להחריג מהוראת החוק את אותם מקרים - והמקרה שלפנינו הוא אחד מהם - הנכללים לכאורה בלשון הרחבה של הוראת סעיף 2 אולם בחינה תכליתית תבהיר כי הם נופלים מחוץ לגבולות החוק" (שם, 598).

השופט ת' אור, אמנם בחר באותה פרשה ללכת בדרך שונה, אולם אף הוא הגיע למסקנה לפיה אין לבטל את התניה האמורה.

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

"פירוש תכליתי של הוראת סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים יש בו כדי לקדם את מידת הוודאות ולהפחית מן הקיפאון העסקי העלול להיגרם עקב פרשנות מילולית - מרחיבה של הוראות החוק. כמו כן, יש בפירוש התכליתי כדי להסיר את החשש מפני כתם של אי-חוקיות, העלול לדבוק, שלא בצדק, בהסדרים 'תמימים' וראויים, ומפני סטיגמה עבריינית העלולה לדבוק במתקשרים בהם" (ע"מ 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים, נח(3), 293, 309).

למען שלמות התמונה אוסיף, כי בפרשה אחרת הביע השופט י' טירקל השגות לגבי "מוחלטותן" של החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, ובהמשך אף קבע כי חזקות אלה, בגרסתן ה"מוחלטת", יחולו רק לגבי הסדרים "אופקיים", אשר הצדדים להם מתחרים בשוק מסוים, להבדיל מהסכמים "אנכיים" שבין יצרן למשווק או מפיץ (רע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשיה, פ"ד נח(2), 634). זוהי אף דעתו של המלומד ד' גילה במאמרו "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוק? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים" (עיוני משפט כז(3), (2004) 751). לא ראיתי לנכון להכריע בסוגיה זו. הואיל ולהשקפתי במקרה שבפנינו לא יכול להיות ספק כי הכבילה שבין מנורה לאריאל היא כבילה "אופקית", ובאשר לכבילה כזו, כאשר היא נופלת בגדרו של סעיף 2(ב), מסכימים הכל כי היא מקימה חזקה חלוטה.

18. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים, על-פה ובכתב, מסקנתי היא כי הסכם הבוררות שבין אריאל למנורה נועד ליצור "חלוקת שוק" כמשמעה בסעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים, ולפיכך חטאו הצדדים להסכם בעבירה של יצירת הסדר כובל. מסקנה זו נסמכת על לשונו של ההסכם, על ניסיון החיים והשכל הישר, על קביעותיו העובדתיות של בית משפט קמא, ועל בחינה תכליתית של דיני ההגבלים העסקיים.



סעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים קובע כי "יראו כהסדר כובל, הסדר שבו הכבילה נוגעת לחלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים, שעמם יעסקו". ההסדר שבין מנורה לאריאל נועד למטרה זו של חלוקת שוק, ומכוחו קיבלה מנורה לידיה את תחזוקת הרמזורים בחיפה, ואריאל את ירושלים. לעניין זה אין כל חשיבות לשאלה אם את התחזוקה בצמתים בירושלים התכוונו הצדדים להעביר לאריאל בדרך של קבלנות משנה או בדרך של זכייה במכרז. הדגש בהקשר לסעיף 2(ב)(3) הוא בעצם חלוקתו של השוק על בסיס גיאוגרפי, ולא על הדרך בה בוצעה חלוקה זו. לו היה מדובר רק בהעברת הצמתים בירושלים, יתכן והייתי מתקשה לקבוע באופן חד-משמעי כי העברה כזו מהווה חלוקת שוק. אולם, במקרה שבפנינו העברתם של הצמתים בירושלים נעשתה על רקע הדרתה של אריאל מהשוק בחיפה, ובתמורה לכך. התחייבות הדדית כזו, בה כל חברה רוכשת חזקה בטריטוריה נפרדת מכוחה של הסכמה מוקדמת ביניהן, יש לראותה כחלוקת שוק.

19. העולה מכך הוא, כי ההסכם בין מנורה לאריאל מקים חזקה חלוטה לפיה פוגע ההסדר בתחרות, וככל חזקה חלוטה, היא אינה משמשת אך כלי עזר ראייתי, ולפיכך גם אינה ניתנת להפרכה. לאור זאת, לא ראיתי צורך לפנות להגדרתו של הסכם כובל בסעיף 2(א), ובכך יש כדי ליתר דיון ממושך במאפייניו של שוק הרמזורים בחיפה, ובאפשרותה של אריאל לזכות במכרז חיפה לולא הסכם הבוררות. כפועל יוצא, גם לא ראיתי מקום לדון בשאלה אם בהתחייבות להימנע מנקיטתם של הליכים משפטיים, טמון פוטנציאל לפגיעה בתחרות, אולם מצאתי לנכון להוסיף, כי לדעתי גם התחייבות כזו עשויה להיות, בנסיבות מסוימות, כרוכה בפגיעה בתחרות, בשל הוודאות שהיא מעניקה למשתתף במכרז בזכייתו. קביעתו של בית משפט קמא, לפיה לא ראוי בנסיבות אלו לחייב את אריאל להמשיך להשקיע משאבים בניהולם של הליכים משפטיים כנגד מנורה (עמוד 57 - 60 להכרעת הדין), היא קביעה תמוהה, שהרי כדי להימנע מביצוע העבירה אריאל לא נדרשה כלל להמשיך ולהתחרות במנורה, על כורחה. לאריאל עמדה הזכות להחליט באופן עצמאי, למשל בשל שיקולים כלכליים של עלות מול תועלת, שלא לנקוט בהליכים משפטיים כנגד מנורה. התנהגות שכזו מתיישבת עם ערכים של תחרות חופשית. עם זאת, כאשר אריאל התחייבה מראש שלא לנקוט הליכים משפטיים כנגד מנורה, ועשתה כן בתמורה לטובת הנאה אותה קיבלה, הרי שבכך התגבשה הכבילה האסורה. למעלה מן הדרוש אוסיף, כי את הקביעה לפיה את התחייבותה של אריאל יש לפרש כהתחייבות להימנע מנקיטתם של הליכים משפטיים גרידא, קשה ליישב עם לשונו המפורשת של ההסכם, אותו עיצבו הצדדים בעצמם, והכוונה להתחייבות זו: "אריאל או הרשלוס ... לא יחתמו על הסכם עם עיריית חיפה".

20. על יסוד "מוחלטותה" של החזקה בדבר חלוקת שוק, יש לדחות גם את טענת המשיבים לפיה בחיפה ממילא לא היתה תחרות, מה שגרם, לטענתם, לכך ש"הוויתור" על חיפה לא היה וויתור על פלח שוק פוטנציאלי. קבלתה של טענה זו, כמו גם טענות נוספות שהועלו על ידי המשיבים, ונועדו להראות כי ההסדר לא גרר אחריו פגיעה בתחרות, יש בה כדי לרוקן את רשימת החזקות החלוטות מתוכנן. ועוד, דינה של טענה זו

להידחות גם לגופה, שכן אם תאמר כי בחיפה ממילא לא הייתה תחרות, וכי זכייתה של מנורה היתה מובטחת, לא ברור כלל על שום מה היא ראתה לנכון לחרות הסכם עם אריאל, אשר במסגרתו התחייבה לשלם לה תמורה כנגד התחייבותה של אריאל "שלא לנקוט נגדה הליכים משפטיים", מינוח שלהשקפתי אינו אלא כסות להתחייבותה של אריאל שלא להתחרות במנורה. אם תוסיף לכך את הנתון לפיו הצעתה הזוכה של מנורה במכרז חיפה הייתה גבוהה באופן ניכר מאומדן העירייה, כי אז אין מנוס מהמסקנה כי טענות הצדדים להסכם, וקביעתו של בית משפט קמא לפיהן לא נגרמה פגיעה כלשהי בתחרות, אינן עומדות במבחן הביקורת.

ועוד, המקרה שבפנינו אינו מסוג המקרים אותם ראוי להחריג מתחולתו של חוק ההגבלים על דרך של פרשנות תכליתית. אדרבא, הסדרים מסוג זה הנדון הם בדיוק ההסדרים אותם ביקש המחוקק למנוע, באשר הם מהווים חלק מאיסורי הליבה של דיני ההגבלים העסקיים.

21. גם בטענותיו של משיב 2, הרשלום, כי לא נתקיימו בעניינו דרישותיו של היסוד הנפשי שבעבירה, אין ממש. היסוד הנפשי הנדרש לשם הוכחתה של עבירת הסדר כובל, הוא של מחשבה פלילית שעניינה מודעותו של העושה לכל רכיביו של היסוד העובדתי של העבירה, ולהם בלבד. מכאן, שטענתו של הרשלום כי לא היה מודע לפגיעה בתחרות או לקיומה של תחרות בחיפה, הנה בבחינת טענה חסרת נפקות בהקשר לחזקה החלוטה בדבר חלוקת שוק לפי סעיף 2(ב)(3). כפי שראינו, במסגרת היסוד העובדתי של סעיף זה, אין כל דרישה לפגיעה בתחרות או לפוטנציאל של פגיעה כזו, ומשכך, אין גם צורך במודעות העושה לקיומו של יסוד זה.

משמצאנו כי במעשיהם של המשיבים השתכללה עבירת ההסדר הכובל, נבחן עתה אם קביעתו של בית משפט קמא בדבר תחולתה של הגנת זוטי הדברים על המקרה שבפנינו היא החלטת ראווה. לשם כך, נעמוד בראשית הדברים על מהותה של הגנה זו.

#### ההגנה בדבר זוטי דברים

22. בשנת 1995 נכנס לתוקף תיקון מס' 39 לחוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד – 1994 (להלן: "תיקון 39"), ובין הוראותיו החדשות נכלל סעיף 34<sup>יז</sup> לחוק העונשין, אשר קובע:

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

הגנת זוטי הדברים אמנם מעוגנת בחלקו הכללי של חוק העונשין, אולם הרעיון הגלום בה אינו מצמצם עצמו אך ורק לדיני העונשין. תחולתו של סייג זה רחבה בהרבה, והעקרון הניצב בבסיסו מחלחל לתחומי משפט שונים ומגוונים כגון: נזיקין, קניין ומשפט חוקתי וזכויות אדם (ראה ע"א 3901/96 הועדה המקומית לתכנון נ. יהודית הורוויץ, פ"ד נו(4), 913, 929-928).

23. על משמעותו, פרשנותו והשלכותיו של סעיף זה ארחיב בהמשך, אולם, בטרם אעשה זאת, ברצוני לעמוד על המצב שקדם לחקיקת הסעיף. בחינתו של ההליך הפלילי לפני תיקון 39 מגלה, כי בכל שלב משלבו של ההליך - בין אם בחקירה, בין בהכנת כתב אישום, ובין אם בחנינה - ניתן לגורמים שונים המעורבים בו שיקול דעת לעצירתו. כך למשל, סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, נתן בידיו של קצין משטרה את הסמכות שלא לפתוח בחקירה בשל חוסר עניין לציבור; וסעיף 62 לאותו חוק אפשר לתובע, בידיו נמצא חומר ראיות מספיק לשם העמדה לדין, שלא לעשות כן אם מצא כי אין בקיומו של המשפט עניין לציבור. הגוף היחיד שלא ניתן בידיו שיקול דעת דומה הוא בית המשפט. אומנם, החלטה בלתי סבירה להעמיד אדם לדין, הייתה נתונה לביקורת שיפוטית של בית המשפט הגבוה לצדק, אך בהיעדר הוכחה של ממש כי התביעה נהגה בחוסר תום לב, הסיכויים להתערבותו של בית המשפט היו קטנים (ראו: פרופ' ד' פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין", הפרקליט לה (תשמ"ד) 161 (להלן: "פרידמן"); א' מגן "'זוטי דברים"- אך לא מילתא זוטרא", הפרקליט מג (תשנ"ז) 41, (להלן: "מגן").

העולה מכך הוא, שמי שהוכחו לגביו, מעבר לספק סביר, יסודותיה של העבירה שיוחסה לו, לא נותרה לבית המשפט ברירה אלא להרשיעו. זאת, גם אם היה משוכנע "כי העניין הוא טכני או פעוט, כי אנשים אחרים אינם עומדים לדין בנסיבות דומות, וכי לא הייתה הצדקה להגשת כתב האישום כפי שהוגש" (ראו פרידמן, בעמ' 161; וכן מגן, בעמ' 41). העדרה של סמכות מסוג זה יצר תחושה של אי-נוחות, ובלשונו של השופט ש' אגרנט (כתוארו אז):

"בסוף הדיון בערעור זה הייתה זאת הרגשתו של כל אחד מאתנו, שישב בדין, כי אפילו נחליט שקיים יסוד להרשעתו של המערער, מוטב היה אילו השלטונות השתמשו בשיקול דעתם ונמנעו בכלל להביא את הלה בפלילים" (ע"פ 45/49 פנחס מפן נ. היועץ המשפטי, פ"ד ד(1), 123, 124)

ואכן, נמצא לא אחת שבתי המשפט התייחסו במפורש או מכללא, לעקרון הכללי בדבר זוטי דברים עוד בטרם עוגן בחוק. השופט י' כהן קבע כי ישנם מקרים שעל אף שמתקיימים בהם כל יסודות העבירה, הרי שעצם המעשה כה זניח עד כי אין הוא ראוי

להגנתו של הדין הפלילי, זאת, מכוח "העיקרון שאין החוק עוסק בדברים של מה בכך" (ע"פ 839/78 מדינת ישראל נ. יצחק אבני, פ"ד לג(3), 821, 832).

פרופ' פלר עמד אף הוא על חשיבותו של הכלל בדבר זוטי דברים:

"כלל זה נועד להתאים את ההגדרה הפורמאלית של העבירה הפלילית, לתוכנה הענייני מבחינת סף האנטי חברתיות בה מותנית תופעה עבריינית ... אילו יכול היה המחוקק לוותר על ההגדרות המופשטות הללו, וניתן היה לערוך, במקומן, רשימות מפורטות של אירועים כאמור, הוא היה דואג להשמיט מרשימות אלה את מגזרי האירועים שנמצאים מתחת לאותו סף של חומרה ואנטי חברתיות. שכן, אין הם הולמים את התוכן הענייני של העבירה חרף העובדה שהם כלולים פורמאלית, בהגדרתה" (ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין (תשמ"ז), כרך ב' (615-616).

על הצורך בהרחבת שיקול הדעת של בית המשפט בהליכים פליליים, עמד גם

פרופ' פרידמן:

"ההליך הפלילי מורכב משלבים אחדים... בולט הדבר כי בכל השלבים, למעט בהליך השפיטה עצמו, קיים שיקול דעת רחב ביותר... בולט הדבר כי הגוף היחיד, אשר אין לו שיקול דעת בעניין זה, הוא בית המשפט... ההצעה הנראית לי היא לתקן את החוק על מנת להקנות לבית המשפט שיקול דעת דומה לזה שיש לתביעה וליועץ המשפטי בעניין העמדת ההליכים, באופן שבית המשפט יוכל, אם ימצא זאת לנכון, לסיים את ההליך או להפסיקו מבלי להרשיע את העבריין" (ראו פרידמן, בעמ' 161).

24. בשנת 1980 הציעה ועדה בראשותו של השופט אגרנט לשנות את המצב הקיים, ואף גיבשה הצעה לחלק כללי חדש לחוק העונשין. בין היתר, דנה הוועדה בסעיף 42 ("העדר עניין ציבורי"), וזו הייתה לשון הצעתה: "מצא בית המשפט כי אדם ביצע עבירה, אך לאור טיבו של המעשה ונסיבותיו לא יהיה זה מן הצדק להרשיעו וכי אינטרס הציבור לא ייפגע אם לא יורשע - רשאי בית המשפט לפטור אותו מאחריות פלילית" (ראו "הצעת חוק העונשין (חלק כללי), של ועדת אגרנט" משפטים י" (תשמ"מ), 209). בדברי ההסבר להצעתה הסבירה הוועדה את הצורך בסעיף זה:

"ההשתבצות הפורמאלית של המעשה בהוראה חקוקה, המגדירה עבירה פלילית פלונית, כשלעצמה אינה מוכיחה

בהכרח שיש באותו מעשה לפחות מינימום של אנטי –  
חברתיות האופיינית לעבירה פלילית" (שם, עמ' 227).

ביום 6.1.1992 הוגשה הצעת חוק נוספת לחוק העונשין (חלק כללי וחלק מקדמי), התשנ"ב-1992. הצעה זו התבססה במידה רבה על הצעתה של הוועדה בראשותו של השופט אגרנט (ראו: מגן, בעמ' 42; מ' גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992 (הצעות חוק 2098, מיום 6.1.1992)", משפטים כ"ד, (תשנ"ד), 9, (להלן: "גור-אריה")). בסעיף 53 להצעת החוק נקבעה הגנת זוטי הדברים כנוסחה היום. בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר:

"סייג זה, הנובע מכך שהחוק אינו עוסק בזוטות- de minimis non curat lex - הנו, בחלקו, חידוש לעומת החוק הקיים... אין זה ראוי שדווקא בית המשפט יהיה חייב להטיל עונש "סימלי" רק משום שהוא נטול סמכות למתוח את קו הגבול המינימלי הקונקרטי, לפי נסיבות העניין, בין התחום הפורמלי של האיסור הפלילי ובין מה שאינו מגיע עד כדי פליליות" (הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 2098).

מדברים אלה אנו למדים את שכבר אמרנו, היינו, מטרתו של סעיף זה הייתה להעניק לבית המשפט את הסמכות להוציא מגדר האחריות הפלילית מעשים שעומדים בקריטריונים הטכניים להתקיימותה של עבירה, אך אינם עוברים את רף הפליליות הנדרש, מבחינה מהותית, לשם הרשעה.

#### פרשנותו של הסייג ואמות המידה ליישום

25. בגוף הסעיף 34 מפורטים ארבעה תנאים מצטברים ליישום והם: "טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי". בחינתו של מעשה לאור התנאים הללו אמורה להוביל למסקנה אם במעשה קל ערך עסקינן. ניסוחו הכללי של הסעיף מעלה את השאלה בדבר המשקל הסגולי של כל אחד מהתנאים, וכיצד לערוך את השקלול הסופי ביניהם. נראה, שלא ניתן לקבוע מראש את המשקל המדויק שיש לייחס לכל תנאי, שכן לכל מקרה הנסיבות המיוחדות לו. עם זאת, הגישה הרווחת היא כי משקלו של התנאי האחרון, בדבר האינטרס הציבורי, רב יותר מזה של השאר (י' קדמי, על הדין בפלילים, חלק ראשון (תשס"ה), 556).

קושי נוסף ביישום ההגנה נובע מכך שהיא אינה מפרטת אלו מקרים נופלים לגדרה. ניסוחן הכללי והרחב של הוראות החוק, שהוביל מלכתחילה לצורך בהוראה

מסייגת ומצמצמת בדמותו של סייג זוטי הדברים, לא פסח גם על ניסוחה של הוראה זו. (ראו: גור-אריה, בעמ' 70). פרשנות מצמצמת תאפשר את החלתו של הסייג רק באותם מקרים בהם ברור כי מדובר במעשה "קל ערך", באספקלריה של הפגיעה באינטרסים ציבוריים, וללא כל התחשבות בנסיבותיו האישיות של העושה. פרופ' מ' גור-אריה המצדדת בפרשנות שכזו, גורסת כי "בית המשפט חייב להגביל את עצמו לבחינת טיבו הקונקרטי של המעשה במטרה לוודא האם הוא מקיים אחר המידה המינימלית של סכנה המצדיקה הטלת אחריות פלילית" (שם, עמ' 70). מנגד, פרשנות מרחיבה תאפשר את החלתו של הסייג גם למעשים אשר יש מקום להעניש בגינם, אולם נסיבות שונות שאינן קשורות במעשה דווקא עוקרות ממנו את חומרתו, כגון הזמן הרב שחלף מאז ביצוע העבירה, התנהגות המבצע, ונסיבותיו האישיות (ראו העמדה שהובעה במאמרו של פרופ' מ' קרמניצר "תיקון 39 לחוק העונשין-חמש שנים לחקיקתו", מגמות בפלילים-עיונים בתורת האחריות הפלילית (תשס"א, בעריכת א' לדרמן), 80; וכן מגן, בעמ' 54-52).

26. גם במגמה העולה מן הפסיקה יש כדי לספק קווים מנחים לבחינתו של הסעיף. בע"פ 4596/98 פלונית נ. מדינת ישראל (פ"ד נד(1), 145, 186-187), נקבע איסור גורף בדבר שימוש בכוח של הורים כלפי ילדיהם. השופטת ד' ביניש עמדה על הקושי באיסור שכזה וציינה כי "יטען הטוען כי בקביעתנו זו, אנו גוזרים על הציבור גזירה שלא יוכל לעמוד בה ... אין לשכוח, עם זאת, כי להורה עומדות ההגנות הקבועות בחוק העונשין... בנוסף קיימות בדין הפלילי "מסננות" מספיקות, על מנת שמקרים קלי ערך, לא ייכנסו לגדרו ... כן מצויה בדין הפלילי הגנת "זוטי דברים" (סעיף 34 יז לחוק העונשין), שאף בה יש כדי למנוע הטלת אחריות פלילית בשל שימוש בכוח קל ערך של הורה כלפי ילדו". בע"פ 807/99 מדינת ישראל נ' חיים עזיזיאן (פ"ד נג(5), 747, 762) דובר באדם שהתפרץ יחד עם המון אדם לשתי דירות, ובמהלך ההתפרצות נטל כלי איפור. נקבע, כי ישנן נסיבות בהן הערך האפסי של החפץ הגנוב יהווה שיקול משמעותי בהחלטה אם להרשיעו. ברם, ביחס למקרה זה נקבע כי "בנסיבות כפי שהיו כאן, כאשר המון מתפרע פרץ את הדירה וההמון בוזז אותה וזורק את תכולתה למדורה... אפילו רכוש בעל ערך אפסי, לא יוכל ליהנות מהגנתו של הסעיף... מי "שמצטרף לחגיגה" בנסיבות כאלו ומשתתף בביזה של דירה כזאת לא יוכל לטעון שמדובר בדבר קל ערך שלא ראוי בגללו להכתימו בפלילים. הוא מוכתם בפלילים לא בגלל ערכה הכלכלי של הגניבה אלא בגלל הנסיבות שבהן נעשתה". ברע"פ 2788/00 נמר שלמה נ. מדינת ישראל (פ"ד נד(3), 385, 388) טען המערער, נהג מונית שהורשע בהתנהגות בלתי אדיבה ובלתי מנומסת כי חל עליו הסייג בדבר "זוטי דברים". המשנה לנשיא ש' לויין קבע כי "הטענה בדבר זוטי דברים מבקשת לשכנענו כי לפנינו עניין פעוט, שאין להטריח בגינו את הציבור ושאינו לבוא בגינו חשבון עם האחראי לו ... אכן לא כל יחס בוטה, גס ובלתי אדיב נופל ברשתו של החוק הפלילי. אך רצה המחוקק- ולא במקרה רצה הוא כך - שיחסם האמור של משרתי הציבור בתחום החברה ייפול אף ייפול בתחומיו של המשפט הפלילי..."

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

תחולתו של הסייג בדבר זוטי דברים על חוק ההגבלים העסקיים 27. סעיף 34 לחוק העונשין קובע, כי "באין בחוק הוראה לסתור, יחולו הוראות החלק המקדמי והחלק הכללי גם על עבירות שלא לפי חוק זה". סעיף זה מורה איפוא, כי הוראותיו הכלליות של חוק העונשין חולשות על דיני העונשין כולם, בין אם אותם דינים הם בחוק העונשין גופו ובין אם מחוצה לו (בהקשר זה ראו גם ע"פ 4675/97 ישראל רוזוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 337, 372).

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

28. בפרשת חניות הנ"ל, הסתייג השופט ריבלין (בדעת מיעוט) מהחלתו של העיקרון בדבר זוטי דברים על תחומם של דיני ההגבלים העסקיים, וזאת לאור מנגנון הפיקוח שמפעיל חוק ההגבלים בדמותם של הכללים לפטור להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך. אולם דעתי היא כדעת המגמה העולה מן הפסיקה (ראו ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ ואח', (טרם פורסם); ע"פ 1042/03 מצרפס שותפות מוגבלת בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1), 721, 729; פרשת חניות, בעמ' 602; דנ"א 3113/03 א.מ חניות (ירושלים) נ' עיריית ירושלים (טרם פורסם); וע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' משרד הבטחון, פ"ד נב(3), 145, 173), ולפיה אין מניעה להחלתו של הסייג בדבר זוטי דברים על חוק ההגבלים העסקיים, זאת בכפוף להסתייגויות אותן אפרט.

בחוק ההגבלים מצויות מספר הוראות שתפקידן לשמש כמסננות, ומטרתן להוציא מגדרו מעשים שנלכדו ברשתו הרחבה, מבלי שנתכוון להם או שההרשעה בגינם לא תשרת כל אינטרס ציבורי, שכן הפגיעה בערך התחרות בשל מעשים אלה, היא מזערית

(ראו פרשת טבעול, בעמ' 82-84). כך למשל, סעיף 9 מסמך את בית הדין להגבלים עסקיים לאשר הסדר כובל :

"בית הדין יחליט לאשר הסדר כובל, כולו או חלקו, אם הוא סבור כי הדבר הוא לטובת הציבור, ורשאי הוא להתנות את אישורו בתנאים".

כן נמצא את סעיף 14 המסמך את הממונה על ההגבלים העסקיים, לבקשת צד להסדר כובל, לפטור צדדים להסדר כובל מסוים מן החובה לקבל אישור מבית הדין להגבלים עסקיים :

"(א) הממונה רשאי, לבקשת צד להסדר כובל ולאחר התייעצות עם הועדה לפטורים ולמיזוגים לפי סעיף 23 (להלן - הועדה), לפטור, בהחלטה מנומקת, צדדים להסדר כובל מהחובה לקבל את אישור בית הדין להסדר, אם שוכנע כי התקיימו כל אלה :

(1) הכבילות שבהסדר הכובל אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע מן ההסדר, או שהן עלולות להגביל את התחרות בחלק ניכר משוק כאמור, אך אין בהן כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשוק כאמור ;

(2) עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו.

(ב) הממונה רשאי, לאחר התייעצות עם הועדה, להתנות את הפטור בתנאים, לשנותו או לבטלו..." [ההדגשות הוספו].

סעיף 15א לחוק ההגבלים מסמך את הממונה על ההגבלים לקבוע פטורי-סוג שעניינם בסוגי הסדרים כובלים אשר יהיו פטורים מקבלת אישור בית הדין. מכוחו של סעיף זה הותקנו כללי פטור, ובהם נקבע כי הסדר כובל שפגיעתו בתחרות שולית, יהא פטור מהצורך באישורו של בית הדין להגבלים עסקיים :

"הסכם שפגיעתו בתחרות קלת ערך פטור מקבלת אישור בית הדין להגבלים עסקיים, אם התקיימו לגביו כל התנאים שבכללים אלה ; לעניין זה, "פגיעה קלת ערך" - פגיעה אשר קלה השפעתה המסתברת והשפעתה בפועל על



התחרות בעסקים, בהתחשב, בין השאר, במעמדם של הצדדים בשוק המוצר, משך הזמן שבו היא נועדה להתקיים ומידת התחרות הקיימת באותו שוק מוצר".

29. עינינו הרואות, כי לצד הגדרתו הרחבה של החוק עליה עמדנו, קיימים מנגנונים שונים שמטרתם אחת, לשמש פתחי מילוט במקרים בהם מידת הפגיעה בערך התחרות החופשית, אינה מצדיקה את הפעלתם של האיסורים הקבועים בחוק. מכאן, שמנגנונים אלה משלבים את העיקרון בדבר זוטי דברים במסגרת דיני ההגבלים העסקיים. האפשרות לזכות בהיתרים ובפטורים השונים שנזכרו לעיל, מבטאת את ההכרה בכך שמעשה שאין בו מינימום של אנטי-חברתיות, לא יהווה הסדר כובל, גם אם נתמלאו בו דרישותיה הפורמאליות של העבירה. אולם, קיומם של מנגנונים אלה אינו מונע את החלתו של העיקרון הכללי בדבר זוטי דברים, כפי שהוא בא לידי ביטוי בחוק העונשין. כך שוכנים להם, זה לצד זה, העיקרון הכללי בדבר זוטי דברים וההיתרים הספציפיים שמבטאים את רוחו. ברם, כאשר קבע המחוקק מנגנונים אלה בחוק ההגבלים, הוא העדיף מנגנונים של מניעה מראש על פני פטור שינתן בדיעבד. העולה מכך הוא, כי קודם להפעלתו של הסייג בדבר זוטי דברים, יפעיל חוק ההגבלים את המסננות הקבועות בו ורק משנעשה כן, יש לבחון את תחולתו של הסייג בדבר זוטי דברים. לדידי, מצב זה עשוי להגביה את המשוכה הניצבת בפני הטוען כי חל עליו סייג זה. אכן, מי שלא צלח לעבור דרך הפתח שפתחו בפניו ההיתרים של חוק ההגבלים, עדיין יש בידו פתח מילוט נוסף, אולם לשיטתי צר הוא יותר מקודמו ואישור למעבר בו יינתן במשורה.

#### מן הכלל אל הפרט

30. כאמור, בית משפט קמא מצא כי מעשיהם של המשיבים 1 ו-2 חוסים בצילו של הסייג בדבר זוטי דברים, אולם לאור האמור עד כה חוששני שאין בידי להצטרף למסקנה זו. מעובדות המקרה מצטיירת תמונה ברורה של חלוקת שוק, וחלוקה זו מהווה הסדר כובל כמשמעותו בסעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים. לרשותם של הצדדים להסכם עמדה האפשרות להשתמש בכל אותם מנגנונים והיתרים שחוק ההגבלים העמיד לרשותם, אולם מטעמים השמורים עמם, וסבורני כי אין קושי לעמוד עליהם, הם בחרו שלא לעשות זאת, ועניין זה לבדו חייב את בית המשפט לנקוט זהירות כפולה ומכופלת בעת שהוא ניגש לבחון את תחולתו של הסייג בדבר זוטי דברים על מקרה זה. אכן, עיריית חיפה לא היתה מעוניינת לקיים מכרז, עד שהדבר נכפה עליה על ידי בית המשפט. אולם, עמדה זו של העירייה אינה משקפת בהכרח את אינטרס הציבור. אדרבא, העירייה תמכה בעקיפין ביצירתו של הסדר כובל, ומנעה תחרות שאם היתה מתקיימת אפשר שהיתה מיטיבה עם הקופה הציבורית. אפשרות אחרונה זו אין מקורה בהשערות בעלמא, ודי אם אשוב ואדגיש את מה שכבר אמרתי, היינו, אם זכייתה של מנורה היתה כה ברורה וידועה מראש, מה טעם ראתה חברה זו להתקשר באותו הסכם בגדרו הבטיחה לאריאל תמורה כנגד התחייבות שמטרתה אחת – למנוע ממנה מלהגיש הצעה למכרז חיפה. לחלופין, ואם יש ממש בטענת המשיבים לפיה נועדה התמורה להניע את אריאל

שלא לפנות לערכאות, סבורני כי גם בכך גלומה פגיעה באינטרס הציבורי. ובמלים אחרות, אם היתה בידי אריאל עילה של ממש לפנות לבית המשפט, אינטרס הציבור הוא שעילה זו תתברר עד תום, הואיל ובירור כזה עשוי לסלק כל ספק ביחס לכשרות המכרז וזכייתה של מנורה בו. מאידך, אם סברה מנורה כי בידי אריאל אין עילה של ממש למנוע ממנה את זכייתה, מה טעם היה להתחייב לשלם לה תשלום כלשהו בהליך שתוצאתו ידועה מראש, במיוחד כאשר גם במהלכו של ההליך המשפטי, ואפילו סיומו יתמהמה, היא מוסיפה לתחזק את מערכת הרמזורים בחיפה, כפי שעשתה בעבר?

בנסיבות אלו אינני סבור שאת ההסדר הכובל לו נתנו מנורה ואריאל את ידן, ניתן היה להגדיר כ"קל ערך" או זוטות, ועל כן אין המשיבים יכולים לזכות בפטור מהרשעה מכוח סעיף 34<sup>34</sup> לחוק העונשין.

### אחריותו של משיב 3 כמסייע

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

סעיף 31 לחוק העונשין קובע:

"מי אשר, לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו, או למנוע את תפיסת המבצע, גילוי העבירה או שללה, או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה, הוא מסייע".

עבירת הסיוע הינה עבירה התנהגותית, המאופיינת בהיותה משנית ועקיפה לביצועה של העבירה העיקרית. המסייע הוא שותף זוטר, תרומתו עקיפה וחיצונית למעשה העברייני, הוא אינו לוקח חלק בביצוע העיקרי של העבירה, אלא, יוצר תנאים שהם בבחינת מעשי עזר לביצוע העבירה (ראו ע"פ 4389/93 יוסף מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3), 239, 251; ע"פ 7085/93 נפז בן כאמל נג'אר ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4), 221, 238; ע"פ 320/99 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3), 22, 31 להלן: "פרשת פלונית"). את התנהגותו של המסייע ניתן לאפיין כמי שיש ביכולתו לתרום או לאפשר את הגשמת היסוד העובדתי שבעבירה על ידי המבצע העיקרי. היסוד הנפשי בעבירת הסיוע מורכב משני נדבכים. האחד, נדבך המודעות, שנחלק אף הוא לשניים. בחלקו הראשון נדרשת מן המסייע מודעות כי בהתנהגותו הוא יוצר את התנאים שיקלו או יאפשרו למבצע העיקרי של העבירה להגשימה. בחלקו השני, נדרשת מן המסייע מודעות לקיום הנסיבות, דהיינו, המודעות לכך שהמבצע העיקרי מבצע או עומד לבצע עבירה, הגם שאין על המסייע להיות מודע לכל פרט מפרטי העבירה (פרשת פלונית, 32; ע"פ 7085/93 נפז בן כאמל נג'אר ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4), 221, 239; ע"פ 8710/96 דוד וינמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5), 481, 546-547; פלר עמ' 260). הנדבך השני, דורש כי במסייע תתקיים המטרה או

התכלית לסייע לעברייני העיקרי (ראה פרשת פלונית, 32-35; ע"פ 11131/02 אנג'ליקה יוסופוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח (3), 917, 924 (להלן: "פרשת יוסופוב"). לעניין זה יפים דבריו של פרופ' פלר:

"השתלבות כאמור של המחשבה הפלילית ברכיבי היסוד העובדתי שבסיוע לדבר עבירה מגלה מחשבה פלילית מיוחדת במטרה מסויימת- להשתתף באירוע העברייני כשותף עקיף בו... מטרתו של המסייע היא אך ורק לעזור לאחר, כדי שהוא יבצע באורח ישיר את העבירה. הניתוח של השתלבות המחשבה הפלילית של מסייע ביסוד העובדתי של הסיוע המוגש על-ידי למבצע העיקרי, על כל אפיוניו של הרכיב ההתנהגותי שלו, ועל כל הנסיבות הדרושות להתהוותו, אכן, מגלה את המטרה לסייע, ולסייע בלבד, animus socii ולא גם לבצע, animus auctoris. הביצוע ממנו והלאה" (ראו בספרו של פלר, בעמ' 260-261).

נסכם ונאמר, כי הדרישה ליסוד הנפשי באה על סיפוקה בעצם מודעותו של המסייע לטיב התנהגותו, לנסיבות, ובמטרתו להגיש עזרה למבצע העיקרי. אוסיף, כי גם אם המטרה לא עמדה לנגד עיניו של המסייע, הרי שדי במודעות לכך שהתנהגותו עשויה ברמת הסתברות של וודאות קרובה להוות אמצעי עזר למבצע העיקרי. מודעות מסוג זה, שקולה כנגד המטרה לסייע הנדרשת בהוראת הסיוע (פרשת פלונית, 35; פרשת יוסופוב; וכן פלר, בעמ' 264).

#### מן הכלל אל הפרט

32. לשיטתי, לא ניתן לחלוק כי נתקיימו במשיב 3 יסודותיה של עבירת הסיוע, ונראה כי גם בית משפט קמא לא סבר אחרת. לטעמי, אין כל ספק כי בהתנהגותו תרם אופיר לבצועה של העבירה. אכן, תוכנו של שטר הבוררין נקבע על ידי הצדדים טרם הובא בפניו, אולם, הייתה זו רק ראשית הדרך, ובהמשכה נטל אופיר לידי ערבויות שנועדו להבטיח את התחייבותם של הצדדים, ואף נתן את פסק הבוררות בו שחרר את אריאל מערבותה ופסק את חובה של מנורה לאריאל. באשר לקיומו של היסוד הנפשי, נקבע בהכרעת דינו של בית המשפט המחוזי כי:

"גם אם בשיבת הבוררות לא הובהרה לנאשם 7 [אופיר] התמונה במלואה, וגם אם סבירה האפשרות שהוא לא בחן בעיון את שטר הבוררין בעת שנוהלה ישיבת הבוררות, קשה להלום אפשרות שלא ספג את כלל

הפרטים הנוגעים לעניין... אין מתקבל על הדעת שהוא לא למד את הפרטים העיקריים בטרם קיבל את החלטותיו בעניינים אלו, ובכללם דבר התחייבות אריאל שלא להתקשר עם עיריית חיפה. מהראיות עולה כי תפקיד הבורר נמסר לו בהיותו איש עסקים רציני ואמין. בנסיבות אלו, קשה להשתכנע שהוא ראה לנכון לזלזל בתפקיד שקיבל על עצמו, וההין לתת את פסק הבורר מבלי שהכיר את יסודות ההסכם. התייחסות נאותה לתפקיד חייבה הכרת עקרונות אלו, ובכללם: ההוראה הנוגעת להתקשרות עם עיריית חיפה... שיקולים אלו מביאים למסקנה שנאשם 7 [אופיר] היה מודע לתוכן ההסכם בין הצדדים לבוררות" (עמ' 88-89 להכרעת הדין), (ההדגשות הוספו).

ועוד נאמר בהכרעת הדין :

"יש מקום לייחס לנאשם 7 [אופיר] חפץ ל"תמוך" בהסכם הספציפי אליו הגיעו הצדדים, בגדר רצונו לפתור את הסכסוך שביניהם על בסיס אותו הסכם. הסכם זה, על פניו, היה נגוע באי-חוקיות. משמע לא ניתן "לנקות" את נאשם 7 מהמטרה לבסס בין הצדדים לבוררות את ההסכמה המנוגדת לחוק" (עמ' 96 להכרעת הדין).

מודעותו של אופיר הן לטיבו של המעשה והן לנסיבותיו, עולה בבירור מן העובדות כפי שתוארו על ידי בית משפט קמא. באשר ליסוד המטרה, דומני כי גם יסוד זה נתמלא במלואו. אכן, נראה שמטרתו הראשונית ואולי אף העיקרית של אופיר הייתה לסיים את הסכסוך בין מנורה לאריאל. ברם, למטרה זו חברה מטרה משנית, והיא לסייע לצדדים לבסס ביניהם את ההסכמה המנוגדת לחוק.

לאחר כל אלו, ומשקבעתי כי התקיימו באופיר יסודות הסיוע כולם, אעבור לבחון האם ראוי ונכון היה להחיל את הסייג בדבר זוטי דברים בענייננו.

האם עומדת למשיב 3 ההגנה בדבר זוטי דברים?

33. בית המשפט המחוזי קבע כי על אף שנתקיימו באופיר כל יסודותיה של עבירת הסיוע, יש לזכותו מכוחו של הסייג בדבר זוטי דברים. את החלתו של הסייג נימק בית משפט קמא כך :

"היה מקום להחיל לגבי נאשם 7 [אופיר] את הסייג האמור, לאור חלקו השולי במעשה העבירה. תרומתו לעשייתו קטנה: הוא לא הגה את רעיון ההסדר, וגם לא קבע את תוכן שטר הבוררין. הוא ראה את תפקידו כפוסק רכיבי הפיצוי במגמה לסיים את הסכסוך העסקי שבין הצדדים לשטר הבוררות לא היה לו עניין אישי כלשהו בקיום ההסכם, ואף לא בעצם קיום הבוררות. כאמור הוא אף לא קיבל שכר בשל סיועו" (עמ' 86 להכרעת הדין).

ובהמשך, בהתייחסו ליסוד הנפשי של אופיר, ציין כי:

"...מזדקרת, למצער, העובדה שמטרת פעילותו כבורר הייתה קביעת היקף הפיצוי במגמה לסיים את הסכסוך. נראה, איפוא, כי גם אם מתקיימת הדרישה הנפשית האמורה, הרי היא צדדית להתנהגותו וההתייחסות הנאותה כלפיה מביאה לזיכוי בשל זוטי דברים" (עמ' 96 להכרעת הדין).

34. לדאבוני, אינני יכול להצטרף גם למסקנותיו אלו של בית משפט קמא. כאמור, הסייג בדבר זוטי דברים יופעל במשורה ובמקרים חריגים, והכוונה היא לאותם מקרים בהם מידת האנטי-חברתיות הנובעת מן המעשה כה זניחה, עד שהיא כמעט ואינה נראית. אינני סבור כי מעשיו של אופיר נכנסים לגדרם של מקרים אלה, באשר אף אם במעשיו לא סייע בגיבושו של ההסדר הכובל, יוחד לו תפקיד מרכזי בהוצאתו אל הפועל, ולאכיפתו במישור היחסים שבין מנורה ואריאל. מכאן, שבנסיבותיו של המקרה שבפנינו, לא זו בלבד שאין להחיל את הסייג בדבר זוטי דברים, אלא שהחלתו חותרת תחת המטרה שלשמה חוקק חוק ההגבלים ועליה עמדתו בראשית דבריו.

#### היקפה של ההגנה על הרשות השופטת

35. בית משפט קמא זיכה את אופיר מהעבירות שיוחסו לו, גם משום שסבר כי גם אם חטא, עומדת לו ההגנה הניתנת לרשות השופטת מפני הרשעה. אין בידי לקבל מסקנה זו. סעיף 34 לחוק העונשין מעניק לנושא משרה שיפוטית, חסינות מפני העמדה לדין בגין מעשים שעשה במהלך תפקידו, וזו לשונו:

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

## סמכותו.

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

לשונה של ההגנה בסעיף 34 לחוק העונשין אינה נוקבת באופן מפורש ב"בורר" כמי שיש להחיל עליו את החסינות. לו הייתה עובדה זו ניצבת לבדה, יתכן ולא הייתי ממנה לקבוע כי בהשמיטו את המילה "בורר" מסעיף 34, ביקש המחוקק ליצור הסדר שלילי באשר לתחולתה גם על בורר. עם זאת, ההגנה על בעלי תפקידים שיפוטיים, אינה באה לידי ביטוי רק במישור הפלילי. סעיף 8 לפקודת הנזיקין מעניק לבעלי תפקידים שיפוטיים חסינות גם במישור האזרחי-נזיקי, ובנסחו את חסינות זו כלל בה המחוקק את הבורר במפורש:

רשות	אדם שהוא גופו בית משפט או בית דין או
שופטת	אחד מחבריהם, או שהוא ממלא כדין
	חובותיו של אדם כאמור, וכל אדם אחר
	המבצע פעולות שיפוט, לרבות בורר - לא
	תוגש נגדו תובענה על עוולה שעשה במילוי
	תפקידו השיפוטי [ההדגשה הוספה].

הוא הדין גם בהגנה הקבועה בסעיף 13(5) לחוק איסור לשון הרע, התשכ"א-1965, אשר גם בה הוזכר הבורר במפורש, ולפיה, "לא ישמש עילה למשפט פלילי או אזרחי ... פרסום על ידי שופט, חבר של בית דין דתי, בורר, או אדם אחר בעל סמכות שיפוטית או מעין-שיפוטית על פי דין, שנעשה תוך כדי דיון בפניהם, או בהחלטתם, או פרסום על ידי בעל דין, בא כוחו של בעל דין או עד, שנעשה תוך כדי דיון כאמור". (ההדגשה הוספה).

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

36. באשר לתכלית הניצבת בבסיסה של ההגנה על הרשות השופטת, הכלל הוא כי מי שביצע עבירה ישא בגינה באחריות, בעוד שהסייגים לפליליות המעשה - המנויים בסימן ב' לפרק ה1 של חוק העונשין - הם, כזכור, בבחינת החריג. גם ההגנה על הרשות השופטת

מהווה סייג לאחריות הפלילית. המחוקק הכיר בכך שבמקרים החוסים תחת כנפיה של ההגנה הקבועה בסעיף 34 כחוק העונשין, העמדתו של נושא המשרה השיפוטית לדין תהא כרוכה בפגיעה באינטרסים בעלי חשיבות ציבורית, כך שהתועלת שהיא עשויה להצמיח קטנה במידה רבה מהנזק הכרוך בה.

האינטרס המרכזי עליו נועדה ההגנה הקבועה בסעיף 34 להגן, הוא כי שופט הממלא תפקידו יפעל באורח עצמאי ובלתי תלוי. אינטרס חשוב זה אף מעוגן כעקרון מרכזי בסעיף 2 לחוק יסוד: השפיטה, הקובע כי "בעניני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין". חסינותו של נושא המשרה השיפוטית נועדה אפוא להגן על חופש הפעולה שניתן לו, ולהבטיח כי יוכל לפעול בלא מורא ובלא חשש. ההקפדה על עצמאותו של השופט, כמי שכפוף למרותו של הדין בלבד, אף מבטיחה אינטרס חשוב נוסף, והוא כי אמונו של הציבור במערכת בתי המשפט לא יפגע. חסינותם של נושאי משרות שיפוטיות אף מבטיחה כי מועמדים מוכשרים וראויים לא יירתעו מלשאוף אליהן בשל החשש כי יחשפו לתביעות רבות, ויועמדו לדין בשל תלונות סרק של מי שלא השלימו עם הכרעותיהם. יתרה מכך, החסינות הניתנת לנושא המשרה השיפוטית מסייעת במימושו של עקרון סופיות הדיון. היא אינה מאפשרת מצב בו עניין אשר כבר נדון בפני הערכאות המוסמכות, ישוב וידון בפני שופט או הרכב שופטים אחר במסגרת תביעה שהוגשה כנגד השופט רק כדי לזכות בעקיפין בזכות לערעור נוסף (ראו ד"ר ד' אבניאלי, חסינות אישי ציבור (תשס"ב) 21 - 35; וכן פרופ' י' גלעד, "אוי לדור ששופטיו צריכים להישפט?", עלי משפט ב (תשס"ב), 255, (להלן: "גלעד").

התכליות הניצבות בבסיסה של ההגנה על הרשות השופטת, אשר עליהן עמדת עד כה, אינן מצדיקות בהכרח לבצע הבחנה בין נושא משרה שיפוטית המהווה אורגן של הרשות השופטת לבין בורר. כך למשל, ניתן לומר כי האינטרס בדבר אי-תלותו של נושא המשרה השיפוטית כוחו יפה גם כשמדובר בבורר. אכן, אמונו של הציבור במוסד הבוררות אף הוא אינטרס בר הגנה. פתרון סכסוכים בדרך של בוררות עשוי להיות, בנסיבות המתאימות לכך, יעיל ומהיר יותר מפתרון של הסכסוך במסגרת התדיינות בבית משפט. יש אפוא עניין להבטיח כי צדדים לסכסוך לא יחששו לבחור בדרך של בוררות מקום שהם סבורים כי דרך זו יעילה יותר לפתרון של מחלוקות. ועוד, כשמדובר בבוררות, עיקרון סופיות הדיון אף מקבל משנה תוקף. עקרון זה עובר כחוט השני דרך הוראותיו של חוק הבוררות. יש להדגיש, כי פסק בורר מחייב את הצדדים לבוררות מבלי שניתנת להם זכות לערער עליו; התערבות בתי המשפט בפסק הבורר היא מצומצמת ביותר, והדרך היחידה לנסות למנוע את אכיפתו של הפסק, היא על דרך של הגשת בקשה לביטולו מכוח אחת העילות המפורטות בחוק הבוררות (ראו סעיפים 23 ו-24 לחוק הבוררות התשכ"ח-1968; וכן פרופ' ס' אוטולנגי, בוררות דין ונוהל (מהדורה שלישית מורחבת, תשנ"א), 425 - 470, (להלן: "אוטולנגי").

37. התחשבות בשיקולים אלה לבדם, עשויה הייתה להוביל לגישה לפיה ההגנה על רשות שופטת צריכה לחול על אורגן של הרשות השופטת ועל בורר כאחד. אולם לקדירת

השיקולים יש להוסיף שיקולים נוספים, אשר מהווים את הטעם לאי-הכללתו של הבורר בגדרה של ההגנה הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין.

כאמור, ההגנה בסעיף 34 מהווה סייג לאחריות הפלילית, ומטבע הדברים נעשית פרשנותם של סייגים אלה על דרך הצמצום. החלטה של ה"הגנה על רשות שופטת" גם על בוררים, עלולה להביא לפריצתו של הסייג באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הפרשנות שיש ליתן לחריגים מסוגו. במה דברים אמורים? החלטה של ההגנה בסעיף 34 על אורגנים של הרשות השופטת, ובעיקר על שופטים, ממילא אינה מחסנת אותם כליל מפיקוח וביקורת בגין דרך התנהלותם במסגרת תפקידם, בעוד שפיקוח וביקורת מקבילים אינם קיימים שעה שמדובר בבוררים. נזכיר כי כל שופט - בהיותו עובד מדינה - יהיה כפוף בהכרח לכללי השירות הציבורי. ועוד, נראה כי המחוקק חזה אפשרות כי גם שופט יחטא בפלילים במסגרת תפקידו, והקים מוסדות פיקוח אלטרנטיביים, וכללים מיוחדים למצבים מעין אלה. אזכיר בהקשר זה, כי שופט שביצע עבירה במסגרת תפקידו יעמוד לדין בפני בית הדין המשמעתי לשופטים, אשר מוסמך לנקוט כנגד השופט באמצעי משמעת מגוונים, הכוללים גם העברה מכהונה (ראו סעיפים 17 - 21 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984). זאת ועוד, חוק נציב תלונות הציבור על שופטים, התשס"ב-2002, יצר אפיק נוסף לפיקוח על התנהלותו של השופט. סעיף 14 לחוק זה קובע, כי כל אדם הרואה עצמו נפגע בשל התנהגותו של שופט במסגרת תפקידו, רשאי להגיש תלונה לנציב תלונות הציבור על שופטים. ברי, כי מוסדות דומים אינם קיימים בעניינם של בוררים, ולהחלטה של ההגנה הקבועה בסעיף 34 גם על בוררים עשויה להיות משמעות מרחיקת לכת של התרת הרסן בכל הנוגע לתכניהם של הסכמי בורות. אם תוסיף לכך את העובדה כי חוק הבוררות אינו מציב מגבלה כלשהי באשר לזהותם של מי שיוכלו לשמש כבוררים (בורר הוא כל "מי שנתמנה בהסכם בורות או על פיו"), כי אז בהחלטה של ההגנה בסעיף 34 על בורר נמצאנו פורצים את גדר ההגנה המהווה סייג לאחריות הפלילית, בדרך ובהיקף הטומנים בחובם פגיעה אנושה באינטרס הציבור.

יתרה מכך, בעוד שהליכים שיפוטיים המתנהלים בפני מוסדותיה של הרשות השופטת הם, ככלל, הליכים פומביים, הנתונים לביקורת מצד הציבור ואף לביקורת שיפוטית, לא כך הוא לגבי הליכי בורות. הליכים אלה מעוצבים על פי רצון הצדדים, ולרוב הם מתנהלים בחדרי חדרים והרחק מעינו של הציבור (אוטולנגי, 312 - 313). החלטה של ההגנה הקבועה בסעיף 34 על בוררים, עלולה בנסיבות אלו להוביל לניצולו של מוסד זה לרעה, ובין היתר, להסדרתה של פעילות עבריינית בחסותו של החוק.

החלטה של ה"הגנה על רשות שופטת" רק על האורגנים של הרשות השופטת מוצדקת בשל טעם נוסף, באשר היא מיישמת הלכה למעשה את עקרון הפרדת הרשויות. העמדתם לדין של שופטים עשויה להיות כרוכה בערעור מערכת היחסים שבין הרשות השופטת לרשות המבצעת, שכן הפרקליטות, כשלוחתה של הרשות המבצעת, היא שתתבע את השופט, בה בעת שאותו שופט ידון בתיקים נוספים שבהם הפרקליטות היא בעלת דין. ועוד, יש חשש כי שופט שמעל ראשו תתנופף חרב התביעה, לא ימלא את תפקידו



באופן אובייקטיבי ובלתי תלוי, בשל החשש כי הרשות המבצעת, שגם בענייניה הוא דן, תעמיד אותו לדין. יתרה מכך, העמדתו של שופט לדין עלולה לגרום לפגיעה באיזון השורר בין ערכאות הרשות השופטת עצמה, כאשר שופטים יהיו אלה שיאלצו לדון בעניינם של עמיתיהם (ראו גלעד, בעמ' 263-265). שיקולים מן הסוג הזה אף הם אינם ישימים לעניינם של בוררים, וגם מכך מתחייבת המסקנה שאין להרחיב את תחולתו של סעיף 34 למי שאינו נמנה עם הרשות השופטת.

38. לבסוף, ראיתי לנכון להתייחס לעניין נוסף. הליך הבוררות הוא הליך השואב את כוחו מהסכמתם של הצדדים, והוא מוגבל למישור היחסים שביניהם. הם אלה שבחרו בבורר, ומכאן כוחם ל"וותר" על האפשרות לתבוע אותו בגין נזק שיגרם להם במהלכה של הבוררות. לא כך הדבר שעה שמדובר בדין הפלילי, הואיל והחלתה של ההגנה הקבועה בסעיף 34 גם על בוררים, משמעה כי הצדדים לבוררות חיסנו את הבורר, מכח הסכמתם, מפני הדין הפלילי. דא עקא, חסינות כזו אין בכוחם להעניק לו, שכן ההליך הפלילי מבוסס על אינטרסים כלליים, וככאלה הם חורגים מגדר הנושאים עליהם רשאים הצדדים לבוררות להסכים.

מעבר לנדרש אוסיף, כי גם אם הייתי מצטרף למסקנתו של בית משפט קמא, ומחיל את סעיף 34 על בוררים, הרי שבנסיבותיו של המקרה שבפנינו לא היה מקום להחיל אותו על משיב 3. ההגנה על רשות שופטת במשפט הישראלי אינה יוצרת חסינות מוחלטת מפני העמדה לדין. ככלל, חלה ההגנה על מעשים שנעשו במהלך ביצועו של התפקיד השיפוטי, אולם גם במצבים אלה לא בכל מקרה יוכל מבצעה של העבירה לחסות בצילה של ההגנה, שכן היא אינה חלה כאשר מבצעה פעל בכוונת מכוון. כך, לא הייתה מניעה להעמיד לדין אדם ששימש קאדי בבית הדין השרעי, ואשר ביצע במהלך תפקידו מעשה של זיוף ותרמית (ראו ע"פ 26/66 טאהר אבן מחמד חמאד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(3), 57); וכך גם לגבי אדם ששימש כראש ההוצאה לפועל, אשר נטען כי במהלך תפקידו נטל שוחד (ראו ע"פ 257/79 סווירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3), 757). לעניין זה ראוי להוסיף, כי בפרשת סווירי סברה השופטת בן-פורת, בהתייחסה לנושאי משרה שיפוטית המשתייכים מבחינה פונקציונאלית לרשות השופטת, כי יש להחיל לגביהם את ההגנה באופן רחב, גם במקרים של שחיתות ברורה וגלויה, והדרך לתקוף החלטות שהתקבלו על ידי נושא משרה שחטא בפלילים, תהא באמצעות ערעור או פנייה לבג"צ, ולא בדרך של העמדתו לדין. כאמור, בהליכי הבוררות, לא קיימת אפשרות לביקורת שיפוטית מסוג זה על הכרעותיו של הבורר, וגם מטעם זה לא היה אופיר יכול לזכות בהגנה הקבועה בסעיף 34, לאחר שנמצא כי הוא פעל מתוך מודעות לדבר העבירה, ובמטרה לסייע למבצעה. ועוד אוסיף, כי אין בידי לקבל את טענתו של משיב 3, לפיה אי-החוקיות שדבקה בהסכם הבוררות ובפסק הבוררות שבא בעקבותיו, היא אי-חוקיות שולית הנלווית להכרעה מסחרית לגיטימית. טול מהסכם הבוררות את התניות העוסקות בחלוקת השוק ואת החיובים הנובעים מחלוקה זו, וכל שנותר ממנו הוא מסמך נטול משמעות כלשהי. חלוקתו של השוק הייתה עיקרו של ההסכם, מהותו וטעם החיים שלו, ומכאן המסקנה כי הסכם הבוררות הוא בלתי חוקי מעיקרו.

39. לסיכום, דעתי היא כי דינו של הערעור להתקבל, ועל כן אני מציע לחברי להרשיע את המשיבים בעבירה לפי סעיף 47(א)(1) בשילוב עם סעיף 2(ב)(3), וביחס למשיב 2 בשילוב גם עם סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988. אני מוסיף ומציע להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי לצורך קיומם של ההליכים לעניין גזר הדין.

## ש ו פ ט

**השופט ס' ג'וראן:** אני מסכים.

## השופטת א' חיות:

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

1. חברי קובע כי הסכם הבוררות שבין אריאל למנורה נועד ליצור חלוקת שוק וכי משכך עניין לנו בהסדר כובל אשר לגביו קיימת חזקה חלוטה כי הוא פוגע בתחרות, מכוח סעיף 2(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק ההגבלים העסקיים או החוק) (ראו דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56 (להלן: פרשת טבעול)). מקובלת עלי מסקנה זו וכן מקובלת עלי מסקנתו כי המשיבים 1 ו-2 עברו עבירה על פי סעיף 4 לחוק, בהיותם צד להסדר זה. עם זאת, ברצוני להסתייג מן העמדה שהביע חברי בפסקה 16 לפסק-דינו, לפיה משבא הסדר כלשהו בגדר החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק קיימת גם הנחה חלוטה כי תכליתו היחידה של ההסדר היא פגיעה בתחרות. גישה זו נראית לי גורפת מדי ואין היא מתחייבת לדעתי מהלכת טבעול. ייתכנו מקרים לא מעטים בהם מתקיימת בצד הפגיעה בתחרות, המונחת ביסוד ההסדר הכובל, גם תכלית חיובית כלשהי (וראו ד' גילה "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השטפון בגדרות אד-הוק?" עיוני משפט כז(3) (תשס"ד) 751, 756-757 והמקורות המוזכרים שם (להלן: גילה, סכר ההסדרים הכובלים)). ראייה לכך היא המנגנון הקבוע בסעיף 9 לחוק, מכוחו מוסמך בית-הדין להגבלים עסקיים לאשר גם כבילות מובהקות, הבאות בגדר החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) לחוק, אם מצא כי יש בהן יתרונות לציבור העולים באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם לו כתוצאה מן ההסדר, בין השאר באותם עניינים המנויים בסעיף 10 לחוק.

2. מקובלת עלי קביעתו של חברי, כי כעניין שבעקרון חל הסייג בדבר "זוטי דברים" הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) גם על עבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים (ראו ע"א 3700/98 א.מ. (חניות) ירושלים נ' עיריית ירושלים, פ"ד נו(2) 590, 601 (להלן: פרשת חניות)). כן מקובלת עלי עמדתו כי המקרה שבפנינו איננו בא בגדר הסייג. אך ראיתי לנכון להתייחס בהקשר זה לטענה נוספת שהעלתה המערערת בפנינו, אליה לא נדרש חברי. לגישתה, הסייג של "זוטי-דברים" אינו חל א-פריורי על הסדר הנופל בגדר אחת החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) לחוק, משום שבקובעו את אותן החזקות הביע המחוקק דעתו כי מדובר בפגיעה של ממש בתחרות,

שאינן לראותה כזוטי-דברים. טענה זו הועלתה ונדחתה לאחרונה בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ (טרם פורסם), פסקאות 88 ו-184 (להלן: פרשת בורוביץ), ואף לדעתי מן הראוי לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו ואין מקום לקביעה נחרצת לפיה הסייג בדבר זוטי-דברים לעולם לא יחול מקום שההסדר נשוא העבירה בא בגדר החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) לחוק.

3. לבסוף, אני מבקשת לחלוק על דבריו של חברי הסבור כי מאז שנפסקה הלכת טבעול "החלו להיראות בה סימנים של כרסום". כראייה לעמדתו מפנה חברי אל פסק-הדין בפרשת חניות וכן לעע"מ 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים, פ"ד נח(3) 293 ולרע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשיה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע"מ ואח', פ"ד נח(2) 635. לגישתי, אין מדובר ב"כרסום" שחל בהלכת טבעול, אלא בפרשנות תכליתית של חוק ההגבלים והוראת סעיף 2 שבו, נוכח הגדרתו הרחבה של המונח "הסדר כובל" ובכללה החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) (ראו לעניין זה גם פרשת בורוביץ, פסקה 90; ת"פ (י-ם) 385/98 מדינת ישראל נ' חברת טגר בע"מ (טרם פורסם), פסקאות 6-7).

## **ש ו פ ט ת**

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

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

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט