

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 4855/02

ע"פ 4909/02

ע"פ 4917/02

בפני :

כבוד המשנה לנשיא (בדימ') א' מצא
כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופט א' גרוניס

המערערת בע"פ 4855/02

והמשיבה בע"פ 4909/02

ובע"פ 4917/02 :

מדינת ישראל

נ ג ד

המשיבים בע"פ 4855/02 :

1. ד"ר איתמר בורוביץ
2. איילון חברה לביטוח בע"מ
3. לוי רחמני
4. נגה רחמני

המערער בע"פ 4909/02

והמשיב 1 בע"פ 4855/02 :

ד"ר איתמר בורוביץ

נ ג ד

המשיבה :

מדינת ישראל

המערערים בע"פ 4917/02

והמשיבים 2-4 בע"פ

4855/02 :

1. איילון חברה לביטוח בע"מ
2. לוי רחמני
3. נגה רחמני

נ ג ד

המשיבה :

מדינת ישראל

ערעורים על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי
בירושלים מיום 22.2.02 בת"פ 417/97 שניתן על-ידי
כבוד השופט ד' חשין

תאריכי הישיבות :

(23.5.04)	ג' בסיון תשס"ד
(27.5.04)	ז' בסיון תשס"ד
(30.5.04)	י' בסיון תשס"ד
(18.7.04)	כט' בתמוז תשס"ד
(1.8.04)	יד' באב תשס"ד
(5.8.04)	יח' באב תשס"ד

בשם המערערת בע"פ
4855/02 והמשיבה בע"פ
4909/02 ובע"פ 4917/02 :

עו"ד שי דולן ; עו"ד שי קיסר ; עו"ד מ' כהן ;
עו"ד ד' מתניהו ; עו"ד ל' בלומנפלד
ועו"ד שי דמארי

בשם המערער בע"פ 4909/02
והמשיב 1 בע"פ 4855/02 :

עו"ד א' סופר ; עו"ד פ' שפר-עמנואל
ועו"ד א' רנצלר

בשם המערערים
בע"פ 4917/02
והמשיבים 2-4 בע"פ
4855/02 :

עו"ד ח' מלצר ; עו"ד ר' כספי ; עו"ד נ' תל-צור ;
עו"ד ר' מודריק ; עו"ד ד' פדר ; עו"ד ג'
אייל ; עו"ד ב' בר שלום ועו"ד ל' בן-צור

פסק-דין

הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ (הפניקס) ומי שכיהן כמנכ"ל הפניקס, ד"ר איתמר בורוביץ (בורוביץ), איילון חברה לביטוח בע"מ (איילון) ושניים מנושאי המשרה הבכירים בה (המנכ"ל מר לוי רחמני והסמנכ"ל מר נגה רחמני), הואשמו יחדיו לפני בית-המשפט המחוזי בירושלים בביצוע שורת עבירות בניגוד לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (חוק ההגבלים). לאחר שמיעת ראיות וטענות פסק בית-המשפט (השופט ד' חשין) להרשיע את שתי החברות ואת נושאי המשרה בהן בחלק מן העבירות שבהן הואשמו. על החברות הושתו קנסות: הפניקס נקנסה בסך 12 מיליון ₪, ואילו איילון נקנסה בסך 6.6 מיליון ₪. על נושאי המשרה הוטלו עונשי מאסר בפועל (בעבודות שירות), מאסר על-תנאי וקנסות. בורוביץ נידון לשישה חודשי מאסר בפועל, לשנים-עשר חודשי מאסר על-תנאי ולתשלום קנס בסך

600,000 ₪, או ריצוי שנים-עשר חודשי מאסר תמורתו; לוי רחמני נידון לשישה חודשי מאסר בפועל, לשנים-עשר חודשי מאסר על-תנאי ולתשלום קנס בסך 300,000 ₪, או ריצוי שישה חודשי מאסר תמורתו; ואילו נגה רחמני נידון לשלושה חודשי מאסר בפועל, לתשעה חודשי מאסר על-תנאי ולתשלום קנס בסך 150,000 ₪, או ריצוי שלושה חודשי מאסר תמורתו. לפנינו שלושה ערעורים: בורוביץ (בע"פ 4909/02) משיג בערעורו על צדקת הרשעתו, ולחלופין, על חומרת עונשו; גם איילון, לוי רחמני ונגה רחמני (להלן, ביחד: מערערי איילון) משיגים בערעורם (בע"פ 4917/02) על צדקת הרשעתם, ולחלופין, על חומרת עונשיהם; ואילו המדינה מלינה בערעורה (בע"פ 4855/02) על קולת העונשים שבית-המשפט המחוזי גזר על בורוביץ ועל מערערי איילון ועותרת להחמרתם. משהוגשו הערעורים ניתנו צווים המעכבים את ביצוע עונשי המאסר בעבודות שירות, שנגזרו בבית-המשפט המחוזי על בורוביץ ועל לוי ונגה רחמני. להשלמת התמונה נוסף, כי הפניקס והמדינה ביקשו להאריך להן את המועד להגשת ערעורים הדדיים על פסק-הדין, בכל הנוגע לחלקה של הפניקס בפרשת העבירות. משדחה כבוד הרשם את בקשותיהן, הפניקס לא הייתה צד לאיזה מבין הערעורים שלפנינו. עם זאת ברי, כי הדיון בפרשיות הנוגעות לבורוביץ יחייב התייחסות גם לחלקה במעשים של הפניקס.

רקע עובדתי ודיוני

2. בשנת 1992 שכר הממונה על ההגבלים העסקיים (הממונה על ההגבלים) את שירותיהם של שני חוקרים פרטיים (קציני משטרה בדימוס) והטיל עליהם לחקור את אורחות התנהלותו של שוק הביטוח. לחקירתם הגלויה, שנפתחה ככל הנראה בינואר 1993, קדמה חקירה סמויה קצרה. עד שסיימו החוקרים הפרטיים את מלאכתם (קרוב לסוף שנת 1993) הוקמה מחלקת חקירות אורגנית במסגרת רשות ההגבלים העסקיים. מחלקת החקירות, שממציא חקירתם של החוקרים הועברו לעיונה, המשיכה עוד זמן מה בניהול החקירה ומשהשלימה את בדיקותיה העבירה את תיק החקירה לפרקליטות.

ביום 13.2.1996 נמסרה לנחקרים הודעה, כי היועץ המשפטי לממשלה רואה מקום להגיש נגדם כתב-אישום וכי הם זכאים לשימוע. הליך השימוע התפתח

למשא-ומתן בדבר כריתתם של הסדרי טיעון. שש חברות ביטוח - והן: מגדל חברה לביטוח בע"מ, כלל חברה לביטוח בע"מ, המגן חברה לביטוח בע"מ, ציון חברה לביטוח בע"מ, סהר חברה ישראלית לביטוח בע"מ ומנורה חברה לביטוח בע"מ (להלן: החברות האחרות) - וכן אחד-עשר נושאי משרה בחברות האחרות, הורשעו על יסוד הודאותיהם ונענשו, במסגרת הסדר טיעון שנכרת עימם. גם איגוד חברות הביטוח (להלן: האיגוד) הורשע על יסוד הודאתו ונענש, במסגרת הסדר טיעון נפרד שנכרת עימו. הפניקס, בורוביץ ומערערי איילון השתתפו בשימוע, ואילו הפניקס ובורוביץ נטלו חלק גם במשא-ומתן, אך משסירבו להצטרף להסדרי הטיעון, הוגש נגדם כתב-אישום נפרד.

כתב-האישום

3. ביסוד כתב-האישום שהוגש (ביום 2.6.1997) נגד הפניקס, בורוביץ ומערערי איילון (להלן, ביחד: הנאשמים) ניצבה הטענה, כי האיגוד, הנאשמים והחברות האחרות היו מעורבים ביצירת קרטל רחב היקף אשר שלט בשוק הביטוח במהלך השנים 1991-1993. כתב-האישום מנה ארבעה אישומים, שהתייחסו (כסדרם) לארבעת ענפי הביטוח הבאים: ענף בתי-עסק, בתי-מלאכה ומשרדים (להלן: ענף בתי-העסק); ענף הרכב; ענף הדירות; ענף ציוד מכני הנדסי (להלן: ענף צמ"ה). בגדר כל אחד מן האישומים יוחסו לנאשמים עבירות של עשיית הסדר כובל, בניגוד לסעיף 4 לחוק ההגבלים בשילוב עם הוראות חיקוק נוספות. בחלקו הכללי של כתב-האישום נטען כי במהלך השנים 1991-1993 היו הפניקס ואיילון צדדים להסדרים כובלים שבמסגרתם הגבילו החברות את עצמן באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות ביניהן. את ההסדרים הכובלים עשו הפניקס ואיילון עם חברות הביטוח האחרות (אשר הורשעו במסגרת הסדר הטיעון), בין היתר, במהלך הפגישות הקבועות שקיימו נושאי המשרה בחברות הביטוח המעורבות במסגרת האיגוד ומטעמו. על-פי הנטען, ההסדרים הכובלים התגבשו, בין היתר, במסגרת שני פורומים שונים שבהם השתתפו נציגי החברות: הפורום האחד, אשר כונה בפיהם "הקבינט", נהג להתכנס במסעדות שונות והשתתפו בו נציגי החברות השותפות להסדר, בכללם בורוביץ, ובחלק מהשיבות גם לוי רחמני (להלן: "הקבינט"). הפורום השני, שהתכנה "ישיבות השולחן" או "ישיבות כלל", נהג להתכנס מדי שבוע במשרדי חברת הביטוח "כלל", והשתתפו בו נציגי ועד ענף הרכב באיגוד חברות הביטוח, בכללם נציגים

מטעם הפניקס ונגה רחמני כנציג איילון (להלן: "ישיבות השולחן"). בפגישות שהתקיימו בשני הפורומים נמנעו המשתתפים, על-פי הנטען, מרישום פרוטוקול ומעריכת תיעוד אחר המשקף את תוכן ההחלטות, ההבנות וקווי הפעולה שנתקבלו בהם.

האישום הראשון ייחס לנאשמים ביצוע עבירות של עשיית הסדר כובל בענף בתי-העסק. נכללו בו שלושה פריטי אישום: בגדר הפריט הראשון נטען, כי הנאשמים וחברות ביטוח נוספות היו צדדים להסדר כובל שבגדרו הוסכם על הפעלה מתואמת ובמועד אחיד של תעריף הביטוח בענף בתי-העסק אשר, בעיקרו, ייקר את מחירו של המוצר הביטוחי בענף זה. עוד נטען, כי בהתאם למוסכם גובש התעריף על-ידי ועדה מצומצמת מטעם חברות הביטוח והודפס על גבי נייר שאיננו נייר פירמה, ללא ציון שמו של עורך המסמך וללא חתימתו (להלן: נייר בלנקו). כן נטען, כי הנאשמים ושותפיהם הפיצו את התעריף בקרב סוכניהם כתעריף מחייב אשר ייכנס לתוקף במועד אחיד מוסכם ואף נקטו פעולות שמטרתן הייתה להבטיח את שמירתו של התעריף על-ידי כל החברות השותפות להסדר. בגדר הפריט השני נטען, כי במגמה לשמור על התעריף הוסכם בין הנאשמים ויתר הצדדים להכלילו כתנאי מחייב בחוזים שבין חברות הביטוח לבין מבטחי המשנה הזרים, וכך אכן נעשה. בגדרו של הפריט השלישי נטען, כי במגמה לשמור על רמת תעריפים זהה בכל חברות הביטוח השותפות, הסכימו ביניהן החברות להפחית את גובה עמלות הסוכנים בענף בתי-העסק ולהעמידו על שיעור זהה.

האישום השני ייחס לנאשמים ביצוע עבירות של עשיית הסדרים כובלים בענף הרכב. אף אישום זה כלל שלושה פריטים: בגדר הפריט הראשון נטען, כי הנאשמים ושותפיהם גיבשו תעריף ביטוח רכב אחיד לשנת 1991, ובהתאם לסיכום מוקדם ביניהם הגישה כל אחת מהחברות השותפות להסדר, בנפרד, את התעריף המוסכם למפקח על הביטוח והשיגה את אישורו לתעריף החדש, שביחס לקודמו כלל שינויים אחדים, בכללם הגבלת שיעור ההנחה המרבית למבוטח בקולקטיב ל-7.5%. בגדרו של הפריט השני נטען, כי הנאשמים ושותפיהם הסכימו ביניהם מי מבין קבוצות המבוטחים בענף הרכב יוגדרו כ"קולקטיבים" ויהנו מהנחות הקולקטיב. עוד הסכימו כי חברה לא תתחרה על ביטוחם של קולקטיבים המבוטחים בחברות אחרות. וכן, כי

לצורך הבטחת יישומו של ההסדר הכובל בשוק הקולקטיביים, קיימו הנאשמים ושותפיהם מעקב אחר ביצוע ההסדר ביניהם; דיווחו זה לזה על חריגות ממנו; דרשו ממפרי ההסדר לקיימו ולבטל פוליסות שניתנו בניגוד לו; ואף הפעילו לחץ על סוכניהם לקיים את ההסדר בדרך של איומים בסנקציות של הפסקת עבודה או פיטורין. בגדרו של הפריט השלישי נטען, כי במהלך שנת 1992 הסכימו הנאשמים ביניהם - בין היתר ב"ישיבות השולחן" - על הכנסתם, במועד שיתואם ביניהם מראש, של שינויים בתעריף ביטוח הרכב לשנת 1992; כי על-פי המוסכם פנתה כל אחת מהחברות, בנפרד, בבקשה למפקח על הביטוח וקיבלה את אישורו לשינויים בתעריף; וכי החל מספטמבר 1992 קיימו הנאשמים ושותפיהם מעקב אחר יישומו של ההסדר הכובל על-ידי החברות השותפות להסדר.

האישום השלישי ייחס לנאשמים עבירה של עשיית הסדר כובל בענף הדירות אשר במסגרתו הסכימו להקטין ולהעמיד על שיעור אחיד את ההנחות שתינתנה למבוטחים בענף. כן נטען, כי הנאשמים ושותפיהם להסדר נקטו בפעולות להבטחת יישומו של ההסדר, בין היתר, בכך שהסכימו שלא להציע הנחות גדולות יותר למבוטחים של חברות השותפות להסדר, ובכך שהסכימו להפסיק את עבודתם של סוכנים אשר יפרו את תנאי ההסדר.

האישום הרביעי והאחרון ייחס לנאשמים עבירה של עשיית הסדר כובל בענף הצמ"ה. על-פי הנטען באישום זה, עיבד ועד הענף ההנדסי שבאיגוד - שבראשו עמד בתקופה הרלוונטית לוי רחמני - טיוטה לשינויים בתעריף הביטוח שהיה קיים בענף. על-פי הנטען, התעריף המתוקן - שהיה גבוה מזה שקדם לו - הודפס על "נייר בלנקו" והופץ לחברות השותפות להסדר. כן נטען, כי בהתאם לסיכום מוקדם ביניהם, הפיצו הנאשמים ושותפיהם את התעריף לסוכניהם כתעריף מחייב אשר ייכנס לתוקפו, בכל החברות, ביום 1.12.1992.

יצוין, כי לבקשת הנאשמים צרפה התביעה לכתב-האישום "מכתב הבהרות" מטעמה שבו מסרה, בעיקר, פרטים קונקרטיים נוספים לגבי המועדים שבהם נעשו ההסדרים נשוא האישומים, הפורומים שבהם גובשו וזהות המשתתפים בהם.

קווי ההגנה שנקטו המערערים בחקירה ובמשפט

4. בשלב חקירת הפרשה, על-ידי החוקרים הפרטיים, נקטו המערערים גישות שונות. בורוביץ, אשר נחקר ארבע פעמים, שמר ככלל על שתיקה, ובנתון להרצאת דברים חד-צדדית שנשא בפתח חקירתו הראשונה, סירב להשיב על שאלות החוקרים. כך אירע שאת גרסתו השמיע בורוביץ, לראשונה, רק מקץ כשבע שנים, במסגרת עדותו בבית-המשפט בשלב פרשת ההגנה. מערערי איילון, לעומתו, לכאורה שיתפו פעולה עם חוקריהם; אלא שאת אחת הטענות המרכזיות, שעליהן סמכו בסופו-של-דבר את הגנתם, כבשו במשך זמן רב. כוונתנו לטענה, כי איילון נעשתה צד להסדרים הכובלים למראית-עין בלבד, וזאת לאחר שהייתה קורבן לחרם שהטילו עליה החברות האחרות לנוכח סירובה לשתף פעולה עימהן. טענה זו - שעליה חזרו מערערי איילון ועמדו במסגרת טענותיהם המקדמיות ופרשת הגנתם במשפט - הועלתה על-ידיהם לראשונה בהליך השימוע שהתקיים לפני היועץ המשפטי לממשלה, בעקבות החלטתו להגיש את כתבי-האישום נגד חברות הביטוח המעורבות בהסדרים הכובלים ומנהליהן.

בפתח הדיון לפני בית-המשפט המחוזי כפרו המערערים בלשון גורפת במעשים שיוחסו להם בכתב-האישום ובמרבית העובדות המהותיות שפורטו בו. רק מקץ כשנה וחצי, בעדויותיהם בשלב פרשת ההגנה, מסרו את תשובותיהם המפורטות לנטען בכתב-האישום. בשלב מסוים אישרו מערערי איילון כי אכן נעשו הסדרים כובלים בביטוח שוק הקולקטיבים בענף הרכב ובביטוחים השונים בענף הדירות. עם זאת טענו, כי הם עצמם לא הצטרפו להסדרים; ולחלופין, כי הצטרפותם להסדרים הכובלים בענפי הרכב והדירות הייתה למראית-עין בלבד עקב החרם שהוטל עליהם. עם זאת, המשיכו להכחיש באופן גורף עד לסיום המשפט את המעשים שיוחסו להם בכתב-האישום. כן הציגו טיעונים מפורטים על דבר הגדרתה של עבירת ההסדר הכובל וטענו כי המעשים שיוחסו להם אינם מקיימים את יסודות העבירה. בורוביץ, שאף הוא הכחיש את העובדות המהותיות שנטענו נגדו בכתב-האישום, טען לחלופין, כי עומדת לו הגנת ה"טעות במצב דברים", באשר לא היה מודע לכך שמעשיו עולים כדי הסדר כובל. עוד טען בורוביץ, כי את התנהגות חברות הביטוח בתקופה

הרלוונטית לכתב-האישום יש לייחס למשבר החריף אשר פקד את שוק הביטוח המקומי והעולמי בשנת 1992. לטענתו, המפתח להבנת התנהלותו של השוק, אשר התאפיין בקיום מפגשים בין נציגי החברות ובפניות הדדיות בנוגע לסטייה מתעריפים, הוא בהתחקות אחר דפוס פעולה רב-שנים ששרר בשוק הביטוח, על דעתו, בעידודו ובברכתו של המפקח על הביטוח. עוד טען בורוביץ כי שוק הביטוח מאופיין בדפוס של העתקת התנהגות מובילה, וכי יש בכך כדי להסביר את הדמיון בהתנהגותן של החברות השונות; כי הדמיון בהתנהגות החברות בענפי הרכב והדירות מקורו במעורבותו של הפיקוח על הביטוח; כי התנהגות חברות הביטוח בענפי הצמ"ה ובתי-העסק הוכתבה במידה רבה על-ידי מבטחי המשנה; וכי ההסבר לתופעת התלונות ההדדיות שהגישו החברות, על סטיות מן התעריף האחיד, נעוץ במעמדו המחייב של התעריף שאושר על-ידי המפקח.

החלטות הביניים

5. נדבך מרכזי בהגנתם של המערערים התבסס על שורה של טענות מקדמיות ודיוניות שהועלו על-ידי סניגוריהם לפני בית-המשפט המחוזי, הן על סף הדיון והן במהלכו. במסגרתן של מספר החלטות ביניים דן בית-המשפט, אחת לאחת, בטענות אלו ודחה אותן. בערעוריהם השיגו הסניגורים, בין היתר, גם על החלטות הביניים האמורות. עד שנסקור, בתמצית, את עיקרי הנושאים שעמדו לבירור במסגרתם של הליכי הביניים, נקדים ונזכיר, כי במהלך פרשת הגנתם במשפט גופו חזרו הנאשמים והסתמכו על כמה מטענותיהם שנדחו בהחלטות הביניים; וכי בית-המשפט, לאחר ששב ודן בטענותיהם במסגרת הכרעת-דינו, חזר ודחה אותן.

6. בפתח המשפט טענו מערערי איילון, כי מן הדין לבטל את כתב-האישום שהוגש כנגדם מטעמי "הגנה מן הצדק". לטענה זו היו שני ראשים. האחד, כי יש לבטל את כתב-האישום כנגדם בשל כך שבעצם האשמתם הפלתה אותם התביעה לרעה לעומת חברות ביטוח שונות נוספות, אשר היו שותפות להסדרים הכובלים אך לא הועמדו לדין. השני, כי ביטול כתב-האישום כנגדם מוצדק מחמת העובדה שאיילון הייתה קורבן לחרם שהוטל עליה על-ידי החברות שהיו צד לקרטל. בדחותו טענה זו (בגדר החלטת-ביניים שניתנה על-ידי ביום 7.4.1998) קבע השופט המלומד כי

טענות אלו אין בהן כדי להצדיק את ביטול כתב-האישום נגד מערערי איילון על הסף. עם זאת קבע, כי את טענותם בדבר היותם קורבן לחרם יהיה בידי מערערים אלה להוכיח במהלך המשפט עצמו, בין היתר בהסתמך על טענת ההפליה. כנגד החלטה זו עתרו מערערי איילון לבג"ץ (בג"ץ 2495/98 איילון חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' מנהל המחלקה הכלכלית בפרקליטות המדינה (לא פורסם)), אך עתירתם נדחתה על הסף בנימוק כי בג"ץ איננו יושב כערכאת ערעור על החלטות ביניים במשפטים פליליים. יצוין כי את טענותם, בדבר היותם קורבן לחרם, חזרו מערערי איילון והעלו - כאחת מטענות ההגנה המרכזיות שלהם - במשפט עצמו.

7. לפני בית-המשפט המחוזי טענו סניגורי המערערים, כי התביעה מנצלת לרעה את הראיונות שהיא עורכת עם עדי התביעה, קודם לעלותם על דוכן העדים, לעריכת חקירות משלימות של עדיה במטרה לדלות מהם פרטים נוספים שלא הוזכרו על-ידיהם בשלב החקירה. לפיכך, עתרו לבית-המשפט כי יורה לתביעה להעביר לידיהם את התרשומות המלאות של כל הראיונות שנעשו עם עדי התביעה, בהטעימים כי מדובר בחומר חקירה שזכותה של הסניגוריה לעיין בו מכוח סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982. בהחלטת ביניים ראשונה, שנתן לעניין זה ביום 10.12.1998, הורה בית-המשפט לתביעה, בהסכמתה, להעביר לידי המערערים את כל הפרטים הנוספים שעלו לראשונה בראיונות עם עדי התביעה, בהשוואה להודעות שמסרו בחקירתם. בהחלטת ביניים נוספת שניתנה לעניין זה ביום 18.4.1999, חייב בית-המשפט את התביעה, בהתאם לסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, למסור לידי המערערים את כל התרשומות המלאות של הראיונות שקיימה עם עדי התביעה, בקובעו כי הליך הראיונות שקיימה התביעה היה "מעין חקירה שלב ב'", וכי התביעה לא עמדה בחובתה ובהבטחתה להעביר לידי הסניגורים את כל הפרטים הנוספים שעלו בראיונות שקיימה עם עדיה. בית-המשפט הבהיר כי הפגם העיקרי שמצא במהלכי התביעה בהקשר זה התבטא בכך שרוב עדי התביעה, מקרב אלה שנמנו עם נושאי המשרה בחברות האחרות ואשר הורשעו במסגרת הסדר הטיעון, חזרו בהם במסגרת הראיונות מהודאותיהם, ולמעשה שבו וכפרו בעבירות שבהן הורשעו; אלא שהתביעה לא העבירה לידי הסניגוריה מידע מלא לעניין זה.

במשפטם, טענו הנאשמים כי הפגמים בהליך הראיונות גרמו נזק ממשי להגנתם, וכי גם משום כך על בית-המשפט לזכותם.

8. לאחר שהתביעה סיימה את פרשת ראיותיה טענו הסניגורים שכתב-האישום שהוגש בטל מעיקרו באשר ההחלטה להגישו התבססה על תוצאות חקירה שנוהלה על-ידי חוקרים פרטיים שלא הוסמכו לכך כדין, תוך ניגוד עניינים ואגב חריגה מכללי חקירה תקינים. בהקשר זה טענו, בין היתר, כי נפלו פגמים בניהול החקירה הסמויה; כי החוקרים הפרטיים זנחו כיווני חקירה שיכלו לבסס את הגנת החשודים והתמקדו בכיווני חקירה מפלילים; כי פעלו בתוך סבך של ניגוד עניינים אשר נגע, בעיקר, לקשריהם הקודמים עם חברות הביטוח הנחקרות ולאופי העסקתם על-ידי הממונה; כי הפרו את כללי החיפוש, הסימון והתפיסה; כי השתמשו בדינמיקת חקירה פסולה; וכי לא מילאו את חובות הרישום והתיעוד שהיו מוטלות עליהם. לפיכך טענו, כי שומה על בית-המשפט להכריז על בטלות כתב-האישום ולזכות את המערערים, ולמצער, כי על בית-המשפט לבטל את האישומים בגין חלק מהעבירות, מחמת התיישנותן, שכן החקירה שנוהלה (באשר נוהלה בידי מי שלא היו מוסמכים לנהלה) לא הפסיקה את מירוץ ההתיישנות. בהחלטת ביניים מיום 7.11.1999 דחה בית-המשפט את הטענה. בהחלטתו נקבע כי אמנם נפל פגם בהליך הסמכתם של החוקרים הפרטיים, אלא שעל-פי עקרון הבטלות היחסית אין בכוח הפגם האמור כדי להוביל לבטלות כתב-האישום. לעניין טענות הנאשמים, בדבר הפגמים שבהם לקה ניהול החקירה, קבע בית-המשפט כי לפגמים כאלה - שלעת הזאת נמנע מלהכריע בדבר עצם קיומם - עשויה להיות נפקות רק בשלב הכרעת-הדין בעת הערכת מהימנותן ומשקלן של הראיות.

9. הסניגורים השיגו לפנינו גם על שתי החלטות ביניים נוספות: בגדר האחת סירב בית-המשפט להורות על הסרת חיסיון לטובת הציבור, שהטיל שר המסחר והתעשייה על זהותו של אדם (שכונה "המודיע") אשר נפגש עם אחד מהחוקרים הפרטיים ומסר לו מידע על אודות ההסדרים הכובלים בשוק הביטוח. לעניין זה קבע בית-המשפט כי קיים עניין ציבורי חשוב בהותרת החיסיון האמור על כנו, בעוד שזהותו של "המודיע" אינה מהווה ראייה חיונית להגנת הנאשמים. בגדר ההחלטה

השנייה נעתר בית-המשפט לבקשת התביעה והתיר לה להגיש, בשלב הסיכומים, ראייה נוספת שמטרתה להוכיח כי להסדרים הכובלים נשוא האישומים לא ניתן היתר או אישור כדין בהתאם לאחת מן הדרכים המנויות בחוק ההגבלים.

פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי

10. לשמיעת המשפט הקדיש בית-המשפט המחוזי 185 ישיבות. היה זה הליך ארוך ומורכב. פרוטוקול הדיון מתפרס על פני כ-31,000 דפים. הצדדים הגישו במהלכו יותר מ-1400 מוצגים וכ-8,000 עמודי סיכומים בכתב. המחלוקת העובדתית והמשפטית הקיפה שאלות רבות. בסיומו של משפט רב-ממדים זה, הוציא בית-המשפט מתחת ידו הכרעת-דין המחזיקה 836 עמודים, החלטות ביניים המשתרעות יחדיו על-פני יותר ממאה עמודים נוספים וגזר-דין באורך של 29 עמודים. מבחינת היקפו הכמותי הרי זה פסק-דין ארוך. עם זאת הרי זה פסק-דין מנומק, הכולל ניתוח מקיף ומעמיק של יסודות עבירת ההסדר הכובל, בחינה מפורטת ויסודית של חומר הראיות הרב שהוגש ביחס לכל אחד ואחד מן האישומים ודיון מקיף בטענות המקדמיות וביתר הטענות העובדתיות והמשפטיות שהעלו הנאשמים להגנתם. בשלב זה נסתפק בסקירה כללית, תמציתית ביותר, של הכרעת-הדין.

11. בהכרעת-דינו חזר בית-המשפט, כאמור, ובחן - על יסוד חומר הראיות - את טענתם של מערערי איילון, כי הם זכאים ל"הגנה מן הצדק" מחמת החרם שהטילו חברות הביטוח השותפות לקרטל על איילון. בדחותו טענה זו קבע בית-המשפט, כי איילון כלל לא הייתה "קורבן לחרם" מצד חברות ביטוח אחרות, בשל סירובה כביכול לשתף עימהן פעולה בעריכת ההסדרים הכובלים, אלא הייתה שותפת מלאה ופעילה בגיבוש ובהפעלת ההסדרים האמורים ואף התעשרה מקיומם. את הטענות בדבר הפגמים שבהליך הסמכת החוקרים ובדבר מחדלי החקירה בחן בית-המשפט בהכרעת-דינו בהרחבה. מסקנתו הייתה כי בפגמים הנטענים, שבחלקם אכן הוכחו, אין כדי להצדיק את זיכוי הנאשמים מחמת קיפוח הגנתם, אלא רק להשפיע, במקרים המתאימים, על משקלן של הראיות שהוצגו. ולגבי הטענות כנגד הליך הראיונות קבע, כי אמנם נפל פגם בהתנהלות התביעה לעניין זה, אך הוסיף כי אין בו כדי להביא לזיכוי הנאשמים, באשר מן הראיות לא עולה כי פגם זה הסב נזק ממשי

להגנתם. בהקשר זה ציין בית-המשפט, כי בסופו של יום הועברו לידי הנאשמים כל תוצרי הראיונות; כי במקום שבו נמצאו ליקויים בהליך הראיונות, ניתן לכך ביטוי בבחינת משקלו של חומר הראיות; וכי הנזק הנטען תוקן במידה מסוימת בהחלטתו, בה התיר לנאשמים להחזיר לדוכן העדים, להשלמת החקירה, עדי תביעה שכבר סיימו את עדויותיהם; החלטה שעל-פיה זומנו מחדש, לבקשת הפניקס ובורוביץ, שמונה מעדי התביעה.

12. בית-המשפט בחן בהרחבה את טענות הנאשמים לעניין יסודותיה של עבירת ההסדר הכובל, ודחה אותן אחת לאחת. בהקשר זה קבע בית-המשפט, בין היתר, כי "התנהגות העולה כדי הסדר, לצורך עבירת ההסדר הכובל, הינה כל התנהגות מתואמת בין מתחרים... ואפילו הבנה משותפת בדבר פעולה מתואמת, הבנה אשר עשויה להשתמע לצדדים מהתנהגותם בלבד, די בה כדי להוות הסדר"; וכי סעיף 2 לחוק ההגבלים חל על תאגידים "המנהלים עסקים", ובנסיבות מסוימות גם על האורגנים הפועלים במסגרתם. כן קבע, כי עבירת ההסדר הכובל היא עבירת התנהגות; מכאן די שבהסדר יהיה טמון פוטנציאל לפגיעה בתחרות ברמת הסתברות מסוימת, ואין שכלולה של העבירה מותנה בכך שההסדר ייושם בפועל או כי תיגרם פגיעה בתחרות כתוצאה מביצועו. עוד קבע בית-המשפט, כי החזקות החלוטות לקיומו של הסדר כובל, שעל קיומן מורה סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, חלות גם במישור הפלילי, ועל כן, חלות החזקות גם על עניינם של הנאשמים. ולבסוף, כי היסוד הנפשי בעבירת ההסדר הכובל הוא, בתמצית, מודעות בפועל של הנאשם לכל רכיבי היסוד העובדתי, וכי היסוד הנפשי הנדרש אינו כולל כוונה להוציא את ההסדר אל הפועל או לפגוע בתחרות, ואף לא מודעות לאופייה האנטי-חברתי של ההתנהגות. בהקשר זה ציין בית-המשפט כי גם הצטרפות למראית-עין בלבד להסדר כובל מהווה עבירה של עשיית הסדר כובל.

13. משקבע כי ההסדרים הכובלים נשוא האישומים הוכחו, נפנה בית-המשפט ודן בהרחבה רבה בטענות הספציפיות שהעלו הנאשמים במסגרת התגוננותם מפני כל מעשה ומעשה שיוחס למי מהם. חלק מן הטענות, שבית-המשפט לא מצא להן ביסוס בחומר הראיות, נדחו; אך חלק מן הטענות התקבלו והביאו בכך לזיכויים של

הנאשמים מחלק מפריטי האישום שיוחסו להם. בסיכומו-של-דבר הרשיע בית-המשפט את מערערי איילון בחמש עבירות של עשיית הסדרים כובלים בארבעת ענפי הביטוח שפורטו בכתב-האישום; ואילו הפניקס ובורוביץ הורשעו בארבע עבירות של עשיית הסדרים כובלים בשלושה מענפי הביטוח.

בגדר האישום הראשון, שעניינו בענף בתי-העסק זיכה בית-המשפט, מחמת הספק, את כל הנאשמים מפריט האישום שייחס להם הכללה של התעריף המוסכם כתנאי בחוזים עם מבטחי המשנה הזרים. טעמו לכך היה כי לא שוכנע, ברמה הראייתית הנדרשת, כי היוזמה להכללתו של תנאי זה הייתה של חברות הביטוח המקומיות. מערערי איילון זוכו, בגדר האישום הראשון, גם מפריט האישום שעניינו הפחתת עמלות הסוכנים, וזאת לנוכח הספק שהתעורר בשאלת מעורבותם בפעולה זו. בכך הוגבלה הרשעת מערערי איילון, בגדר האישום הראשון, לעשיית הסדר כובל בענף בתי-העסק (כמיוחס להם בגדרו של הפריט הראשון), ואילו הפניקס ובורוביץ הורשעו, בנוסף לאמור, גם בפריט האישום הנוגע לעמלות הסוכנים. בגדר האישום השני, שעניינו בענף הרכב, זוכו כל הנאשמים מן העבירה של עשיית הסדר כובל ביחס לתעריף ביטוח הרכב בשנת 1991; זאת, הן מן הטעם שבית-המשפט לא שוכנע כי לפניותיהן הנפרדות של החברות למפקח על הביטוח קדמה, כנטען בכתב-האישום, הסכמה בין החברות, והן לנוכח מסקנתו כי השינוי בתעריף ביטוח הרכב לשנת 1991 היה פרי יוזמה משותפת של החברות ושל אגף הפיקוח על הביטוח במשרד האוצר. כן זוכו הנאשמים מרכיבי האישום שעניינם באישור המפקח על הביטוח להנחת הקולקטיב וביצירת רשימת קולקטיבים הזכאים להנחות. עם זאת, הורשעו הנאשמים בעבירה של עשיית הסדר כובל בגין חלוקתו של שוק הקולקטיבים. כן הורשעו בעבירה נוספת בגין ההחלה המתואמת של השינויים בתעריף הרכב לשנת 1992, שכן לעניין זה שוכנע בית-המשפט כי שינויים אלה היו פרי יוזמתן של חברות הביטוח וכי הפנייה אל המפקח לקבלת אישורו נעשתה לאחר שהושגה הסכמה מוקדמת בין השותפים להסדר הכובל. בגדר האישום השלישי, שעניינו בענף הדירות, הרשיע בית-המשפט את הנאשמים בעבירה שיוחסה להם, להוציא את רכיב האישום שייחס להם הסכמה להפסיק את עבודתם של סוכנים אשר יפרו את ההסדר, ממנו זוכו הנאשמים מחמת הספק. ובגדר האישום הרביעי, שעניינו בעשיית הסדר כובל בענף

הצמ"ה, פסק בית-המשפט להרשיע את מערערי איילון בלבד; ואילו את הפניקס ואת בורוביץ זיכה מחמת הספק, זאת, בשל היעדר הוכחה מספקת לכך שבורוביץ היה מעורב באופן אישי וישיר בכינונו וביישומו של ההסדר הכובל בענף זה. יצוין כי הרשעתו של נגה רחמני בעשיית הסדרים כובלים בענף בתי-העסק ובענף הצמ"ה התבססה על אחריותו הנגזרת למעשיה של איילון; זאת מכוח סעיף 48 לחוק ההגבלים, ואילו הרשעתו בשני האישומים האחרים, התבססה - בדומה להרשעתם של בורוביץ ולוי רחמני - על אחריותו הישירה לעשייתם של ההסדרים הכובלים.

טענות הצדדים - מבט על

14. לקראת הדיון בערעורים שלפנינו הגישו לנו פרקליטי הצדדים את עיקרי טיעוניהם בכתב. לעיקרי הטיעון, שהשתרעו על פני מאות עמודים, סופחו עשרות תיקי מוצגים וכרכי אסמכתאות. ולאחר שנדרשנו לכל אלה, הקדשנו שישה ימי דיונים מלאים לשמיעת הטיעונים על-פה. לנוכח רוחב היריעה וריבוי הטענות, נסתפק בשלב זה בסקירת הטענות המרכזיות בלבד שהועלו על-ידי הצדדים.

15. טענות המערערים נחלקו לארבעה פרקים מרכזיים: בפרק הראשון שטחו סניגורי המערערים את טענותיהם המקדמיות אשר, כאמור, נדונו ונדחו על-ידי בית-המשפט בהחלטות הביניים ובהכרעת-הדין. מערערי איילון שבו וטענו לבטלות כתב-האישום ועתרו לביטול הרשעתם מחמת "הגנה מן הצדק". לטענתם, שגה בית-המשפט בכך שלא קיבל את טענתם בדבר הפלייתם לרעה בעצם העמדתם לדין כבר בשלב המקדמי, בהסתמכו על מבחן מחמיר הדורש הוכחת קיומה של "הפליה מכוונת הנובעת ממניע פסול", וכן בכך שבהכרעת-דינו לא בחן בשנית את טענתם על-יסוד חומר הראיות שהוצג לפניו. כן טענו, כי שגה בית-המשפט בכך שדחה את טענותיהם לעניין "החרם והקורבן" ולעניין "מראית-העין"; לאמור, כי הצטרפותה של איילון להסדרים הכובלים הייתה למראית-עין בלבד, זאת בעקבות החרם שהטילו עליה חברות הביטוח האחרות. לטענתם נקט בית-המשפט בעניין זה ב"דואליות נורמטיבית" שעה שהציב אמות-מידה מחמירות להוכחת טענתם, לעומת אמות-מידה מקלות שהציב להוכחת טענות המדינה בדבר התקיימותם של ההסדרים הכובלים שיוחסו להם. מערערי איילון ובורוביץ טענו, כי שגה בית-המשפט בכך שלא הורה

על בטלותה של החקירה הפרטית מחמת הפגמים שנפלו בהליך הסמכתם של החוקרים הפרטיים. זאת, במיוחד, לאחר שמסקנותיו הלכאוריות של בית-המשפט בהחלטת הביניים, אשר על יסודן נדחתה טענתם בהסתמך על תורת הבטלות היחסית, נהפכו אחת לאחת בהכרעת-הדין. בהקשר זה שבו המערערים וטענו, כי בטלותה של החקירה חייבה את זיכויים ממרבית האישומים מחמת התיישנותם. כן טענו, כי הפגם בהליך הסמכתם של החוקרים הקרין על אופן ניהולה של החקירה הפרטית והוליד שרשרת של מחדלי חקירה שהיה בהם כדי להביא לזיכויים, בין מכוחה של "דוקטרינת הנזק הראייתי" - שלטענתם יש להחילה גם במשפט הפלילי - ובין מחמת קיפוח הגנתם. לעניין זה נטען, בין היתר, כי החוקרים הפרטיים פעלו תוך שהם מצויים בסכך של ניגודי עניינים; כי החקירה לא חתרה להגיע לחקר האמת, אלא התמקדה בכיוונים המפלילים בלבד, תוך שהחוקרים זונחים במתכוון כיווני חקירה מרכזיים שיכולים היו להעלות ממצאים שבכוחם לסייע להגנת החשודים; כי החוקרים פעלו בהיעדר פיקוח מצד הממונה ובלא שהיו כפופים להירארכיה של השירות הציבורי והדין המשמעתי; וכי החוקרים הפרו באופן בוטה את החובות המוטלות עליהם, ובמרכזן חובת הרישום והתיעוד. המערערים הדגישו, כי למרות שבית-המשפט קיבל חלק מטענותיהם לעניין מחדלי החקירה, הרי שבפועל לא נתן לכך את הנפקות הראויה. כן חזרו על טענתם בדבר נפקות הפגמים שנפלו בהליך הראיונות. לטענתם, שגה בית-המשפט משלא ייחס את המשקל הראוי לפגמים אלה, ומשקבע כי לא נגרם להם בגינם נזק ממשי.

בפרק השני לטיעוניהם השיגו המערערים על ניתוחו המשפטי של השופט המלומד בדונו ביסודותיה של עבירת ההסדר הכובל. מערערי איילון, הניצבים בחזית הטיעון בפרק זה, חתרו להציג מסגרת נורמטיבית שונה מזו שנקבעה בהכרעת-הדין. לגישתם, מלכתחילה לא היה מקום להחיל את חוק ההגבלים על תחום הביטוח, בהיותו תחום שהפיקוח עליו מוסדר בחוק מיוחד (חוק הפיקוח על עסקי ביטוח, תשמ"א-1981) ומופקד בידי המפקח על הביטוח. למצער, טענו, לא היה מקום להטיל אחריות על נושאי משרה בתחום הביטוח שבו פועלים תאגידי מורשים בלבד. בתוך כך השיגו גם על החלת חזקותיו החלוטות של חוק ההגבלים במישור הפלילי, וכן על צדקת קביעתו של בית-המשפט המחוזי כי גם בהצטרפות למראית-עין להסדר כובל

יש משום עבירה של עשיית הסדר כובל. מכל מקום, הוסיפו מערערי איילון וטענו, כי בית-המשפט שגה בהגדרת היסודות העובדתי והנפשי של עבירת ההסדר הכובל, וכדי לשכנענו בכך הציעו הגדרה חלופית ומצמצמת להגדרת יסודותיה של העבירה. לחלופין טענו, כי על התביעה היה להאשים בעשיית הסדר כובל בניגוד לסעיף 5 לחוק ההגבלים, שעניינו בקביעת "קו פעולה" בידי איגוד עסקי לחבריו, ולא בעבירה בניגוד לסעיף 2 לחוק, שעניינו בהסדר כובל הנעשה בידי בני-אדם המנהלים עסקים. עם זאת טענו, כי גם יסודות העבירה לפי סעיף 5 לחוק לא התקיימו בעניינם. ועוד טענו, כי למעשה - והגם שהדבר לא צוין בהכרעת-הדין - הרשיעם בית-המשפט בעבירה בניגוד לסעיף 6 לחוק ההגבלים, שעניינו בהתאמת פעולה להסדר כובל; וזאת, על אף שלא הואשמו בעבירה זו ואף שגם יסודותיה לא התקיימו בעניינם.

את הפרק השלישי הקדישו המערערים לפירוט השגותיהם על ממצאיו ומסקנותיו של בית-המשפט בעניינם של האישומים לגופם. טענותיו של בורוביץ כנגד הרשעתו בעשיית הסדרים כובלים בענפים השונים, התבססו, בעיקר, על ההסבר המקיף - שאל עיקריו הצטרפו גם מערערי איילון - אותו הציג לפני בית-המשפט המחוזי באשר להתנהגות שוק הביטוח בתקופה הרלוונטית לכתב-האישום. המדובר, בתמצית, בטענה, כי לא ניתן לבחון את הראיות שהובאו במשפט במנותק מהקשרן הרחב ומרצף האירועים שהתרחשו באותה התקופה. לטענתו, שגיאתו היסודית של בית-המשפט היא שלא יחס את המשקל הראוי, ובחלק מן המקרים לא יחס משקל כלל, למשבר החרף אשר פקד את שוק הביטוח בשנים 1991-1992; למעורבותו האינטנסיבית של המפקח על הביטוח בתהליכי קביעתם של תעריפים אחידים בשוק הביטוח ובאכיפתם כתעריפים מחייבים; ללחצם של מבטחי המשנה הזרים על החברות המקומיות לשנות את תעריפיהם ואת גובה העמלות ששילמו; לדינמיקה שאפיינה את שוק הביטוח בתקופה האמורה ואשר כללה - על דעתו ובעידודו של המפקח על הביטוח - מגעים גלויים בין חברות הביטוח, תלונות הדדיות, ופרקטיקה של חילופי מידע, שבחלקה נועדה לשמר את מעמדם של התעריפים המאושרים כתעריפים מחייבים; לתפקיד שמילא האיגוד בפרשת הקרטל וליחסי הגומלין ששררו בין האיגוד, חברות הביטוח ואגף הפיקוח על הביטוח; לעובדה כי חוק ההגבלים סבל בתקופה הרלוונטית מתת-אכיפה; ולכך שהיחסים בין המפקח על

הביטוח לבין הממונה על ההגבלים מוסדו רק לאחר שחקירת פרשת הקרטל הייתה בעיצומה. חיזוק לעמדתו מוצא בורוביץ בכך שבקבלו חלק מטענותיו האמורות פסק בית-המשפט לזכותו מחלק מפריטי האישום שיוחסו לו. הטעמים שהביאו לזיכוי בחלק מפריטי האישום צריכים היו, לטענתו, להוביל גם לזיכוי מיתר פריטי האישום; שכן המדובר ברצף אחד של אירועים שלא היה טעם מוצדק להבחין ביניהם. מוסיף בורוביץ וטוען, כי התביעה לא הוכיחה נגדו, כי היה מודע לכך שמעשיו עולים כדי הסדר כובל, ומכאן שהיסוד הנפשי הנדרש לשכלול העבירות שיוחסו לו לא הוכח. לחלופין טען כי עומדת לו הגנת "טעות במצב הדברים". מערערי איילון, שהצטרפו לעיקרי טיעונו של בורוביץ, אף הם הדגישו את מאפייניו של שוק הביטוח בתקופה הרלוונטית וצינו כי בשוק הביטוח נהגה פרקטיקה של העתקת התנהגות מובילה (Price Leadership), אשר בה טמון ההסבר לדמיון שנמצא בהתנהגותן ובתעריפיהן של חברות הביטוח השונות.

בעיקרי הטיעון מטעם המערערים פורטו טענות רבות נוספות לגוף האישומים. הטענות כווננו כנגד ממצאים ומסקנות שהעלה בית-המשפט מחומר הראיות. אלה מפרקליטיו של נגה רחמני, שהצטרפו להגנתו בשלב הערעור, ייחדו בטיעוניהם פרק נפרד לטענה כי בהרשעתו של נגה רחמני היה משום "כשל מיוחד": לנוכח התפקיד השולי וחסר ההשפעה, שעל-פי הנטען מילא מערער זה בניהולה של איילון, לא היה מקום להרשיעו מכוח היותו אורגן של איילון ואף לא להחיל עליו את הוראת סעיף 48 לחוק ההגבלים, שעניינו באחריותם הנגזרת של נושאי משרה בתאגיד.

בפרק הרביעי והאחרון השיגו המערערים על חומרת העונשים שהושתו עליהם, תוך שהתייחסו גם לטענות המדינה בערעורה כנגד קולת העונשים.

16. המדינה, בתשובתה לטענות המערערים, סמכה את ידיה על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי. לטענתה, חלק ניכר מטענות המערערים הופנה כנגד ממצאים שבעובדה וממצאי מהימנות, אשר נקבעו על-ידי בית-המשפט בהתבסס על הראיות שהיו לפניו, ושבהם אין עילה להתערבותנו. בהקשר זה, הדגישה המדינה את היקפו

החריג של הבירור שבגדרו הובאו מטעמה ראיות ועדויות רבות. בין היתר תמכה היא את יתדותיה ב"ראיות בכתב מזמן אמת", שהובאו על-ידה: פרוטוקולים משיבות ופורומים של נציגי חברות הביטוח, יומנים אישיים, תכתובות בין בכירים בשוק הביטוח, מסמכי תעריף מקוריים ומתוקנים אשר גובשו בפורומים השונים, העתקי תעריפים שהופצו בחברות הביטוח השונות והנחיות לסוכני ביטוח. ראיות אלו, שבית-המשפט המחוזי הכתירן בתואר "ראיות של ברזל" - טענה המדינה - מבססות היטב את אשמות המערערים; בעוד שבערעוריהם מבקשים המערערים לגרור את בית-המשפט אל תוך שדה הראיות הנרחב, בהעלאת טענות עובדתיות העומדות בסתירה לחומר הראיות בכללותו ובהסתמכם על גרסותיהם של עדים שנדחו על-ידי בית-המשפט כבלתי-מהימנות. בנסיבות אלו, טענה המדינה, מן הדין לדחות את השגות המערערים על הקביעות העובדתיות שעליהן ייסד בית-המשפט המחוזי את הרשעתם באישומים השונים. מאותם טעמים מבקשת היא כי נדחה את טענתו של בורוביץ, כי עומדת לו הגנת טעות במצב הדברים, שכן במהותה אינה אלא טענה לטעות במצב המשפטי. כן מבקשת המדינה כי נדחה את טענת מערערי איילון בדבר ה"כשל המיוחד" שבהרשעתו של נגה רחמני.

בתשובתה לטענותיהם המשפטיות של המערערים טענה המדינה, כי הטענות שהועלו מנותקות מן ההקשר שבו נטענו; וכן, כי לנוכח התשתית הראייתית החד-משמעית שהונחה לביסוס אשמותיהם, אף בקבלת חלק מטענותיהם המשפטיות לא יהיה כדי לחלץ מי מהם מהרשעתו. כך, בין היתר, חלקה המדינה על התזה שהציגו המערערים לגבי יסודותיה של עבירת ההסדר הכובל, וביקשה לאשר את ניתוחו המשפטי של בית-המשפט המחוזי. מכל מקום, הוסיפה המדינה וטענה, גם אם נאמץ חלק כזה או אחר מתפיסתם המצמצמת של המערערים, לא יהא בכך כדי לפטור אותם מאחריות בפלילים; שכן גם על-פי התפיסה שהוצעה על-ידם, בגיבוש וביישום ההגבלים העסקיים שהוכחו נגד המערערים יש משום הפרת איסורן של העבירות.

אשר לטענותיהם המקדמיות של המערערים, עמדתה הבסיסית של המדינה, בתמצית, היא, כי המערערים קיוו וניסו להסיט באמצעותן את תשומת-לבו של בית-המשפט מחומר הראיות החד-משמעי הקושר אותם בעשיית ההגבלים. לגופן של

הטענות, הודתה המדינה בתשובתה, כי אכן נפל פגם בהליך הסמכתם של החוקרים הפרטיים, אלא שלדידה לא היה בפגם כדי להצדיק הצהרה בדבר בטלות החקירה. לעניין הפגמים, שלטענת המערערים נפלו בהליך החקירה גופו, טענה המדינה, ראשית, כי חלק מן הפגמים הנטענים כלל לא הוכחו; שנית, כי הפגמים שהוכחו כלל לא נבעו מן הפגם שבהליך הסמכתם של החוקרים; ושלישית, כי בפגמים אלה לא היה - כפי שקבע בית-המשפט המחוזי - כדי לקפח את הגנת המערערים. לטענת המדינה, מבחן הבטלות היחסית, שעליו ייסד בית-המשפט המחוזי את מסקנתו לעניין היעדר נפקותם של הפגמים, כלל אינו מתאים לסוגייתנו, ואת טענות המערערים בנושא הפגמים בחקירה מן הדין לבחון לאור תורת "פירות העץ המורעל" במתכונתה הנוהגת בדיננו. המדינה הודתה, כי גם בראיונות שקיימה התביעה עם עדיה נפל פגם מסוים. זה, לשיטתה, התמקד בשאלת המידה שבה קיימה התביעה את חובתה להעביר לידי הסניגורים כל פרט חדש ומהותי שהעלתה בראיונות. עם זאת, טענה המדינה, כי צדק בית-המשפט בקובעו כי המערערים לא הוכיחו שפגמים אלה פגעו ביכולתם להתגונן. מכל מקום, הוסיפה המדינה, נתן בית-המשפט ביטוי לפגמי הראיונות במשקל שייחס לעדויות ש"נפגמו".

המדינה ביקשה לדחות גם את טענת ההפליה שהעלו מערערי איילון. לטענתה, ההחלטה בדבר העמדתם לדין של המערערים ושל החברות האחרות ונושאי המשרה בהן, התקבלה על בסיס שיקולים ענייניים אשר הנחו אותה מלכתחילה, ואשר שילבו שיקולים ראייתיים ושיקולים של עניין לציבור. בהקשר זה הוסיפה המדינה וטענה, כי על פי ההלכה הקיימת נדרשת הוכחת הפליה מכוונת על רקע מניע פסול, ולכן אין יסוד לטענת המערערים כי עומדת להם "הגנה מן הצדק". יתרה מזאת, לטענתה, גם אם תתקבל עמדת המערערים, המבקשת להרחיב את גדריה המוכרים של "הגנה מן הצדק", לא יהא בכך כדי להועיל להם, שכן ההחלטה את מי להעמיד לדין הייתה סבירה, עניינית, ונכונה בנסיבות העניין. לעניין טענת החרם והקורבן, טענה המדינה, כי זו כלל לא הוכחה, ולעניין זה צידדה בקביעותיו של בית-המשפט המחוזי שלפיהן איילון הייתה שותפת פעילה לקרטל ואף התעשרה מקיומו. כן טענה, כי טענת החרם והקורבן נכבשה על-ידי מערערי איילון, השתנתה חדשות לבקרים ואף עמדה בסתירה לכפירתם בעצם קיומו של הקרטל.

להלן, ובהתייחסה לערעורים ההדדיים על גזר-הדין, ביקשה המדינה כי נדחה את ערעוריהם של המערערים על חומרת עונשיהם, נקבל את ערעורה על קולתם ונחמיר בעונשי המערערים.

מתווה הדין בטענות הצדדים

17. נפנה אפוא לדון בערעורים. את הדיון נחלק לארבעה חלקים. בחלקו הראשון של פסק-הדין נידרש לטענותיהם המקדמיות של המערערים. תחילה נציג את יסודותיה וגדריה הנורמטיביים של ה"הגנה מן הצדק", שלאורה נדון בטענות ההפליה בהעמדה לדין ובטענת החרם והקורבן שהעלו מערערי איילון וכן בטענות כל המערערים לעניין החקירה הפרטית ומחדליה ובטענותיהם לעניין הפגמים בהליך הראיונות. חלקו השני של פסק-הדין יוקדש לדיון בטענות המערערים לעניין יסודותיה של עבירת ההסדר הכובל. בחלקו השלישי נעסוק בטענות המערערים כנגד צדקת הרשעתם באישומים לגופם. ובחלקו הרביעי, והאחרון, של פסק-הדין נדון (לפי הצורך) בערעוריהם ההדדיים של הצדדים על גזר-הדין.

הגנה מן הצדק - היבט נורמטיבי

18. "הגנה מן הצדק" הינה דוקטרינה הילכתית המכירה בסמכות בית-המשפט לבטל כתב-אישום שהגשתו או בירורו עומדים בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית. מקורה של הדוקטרינה במשפט המקובל האנגלי והיא יושמה (במספר מצומצם של מקרים) גם על-ידי בתי-המשפט בארצות-הברית. בפרשת יפת (ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221) זכתה הדוקטרינה להכרה עקרונית גם בדיננו. עניינה של פרשת יפת היה בערעורים על צדקת הרשעתם של מוסדות בנקאיים ונושאי משרה בהם בשל אחריותם לוויסות מניות הבנקים. המערערים טענו, כי יש לבטל את כתב-האישום שהוגש נגדם מטעמי "הגנה מן הצדק". טענה זו סמכו, בעיקר, על הטעם שמעורבותן העמוקה של רשויות השלטון בעידודה של מדיניות הוויסות מקימה להם זכות לסעד המבוקש על יסוד התפיסה של "השתק הרשות". כן טענו, כי משהוטלו עליהם סנקציות במישור הציבורי-מינהלי (בהתאם להמלצותיה של ועדת

חקירה ממלכתית), העמדתם לדין פלילי פוגעת בסיכוייהם לזכות למשפט הוגן וכן יש בה כדי להעמידם ב"סיכון כפול". בפסק-הדין (מפי השופט ד' לוי) הכיר בית-המשפט בסמכותו הטבועה של בית-המשפט לעכב או לבטל הליך פלילי, בהתקיים אחת מאלו: "משאין באפשרותו להעניק לנאשם משפט הוגן", או, "משיש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות" (שם, 370). בפסק-הדין הוסבר, כי ביסוד ההכרה בכוחו של בית-המשפט להפעיל את הדוקטרינה של הגנה מן הצדק ניצב האינטרס שיש לציבור בשמירת טוהר ההליך השיפוטי. עם זאת הוטעם, כי הגשמתו של אינטרס זה עלולה לפגוע באינטרסים ציבוריים חשובים אחרים, כמו האינטרס שיש לכלל הציבור בהעמדתם לדין של עבריינים ובהוצאת האמת לאור והאינטרס הפרטי שיש לקורבן העבירה במיצוי הדין עם העברייני שפגע בו. בהתייחסו לשאלה הכללית, אימתי "ייסוג אינטרס אחד מפני חברו ומהי ההצדקה לביטולו של המשפט", ציין השופט ד' לוי, כי ראוי שכל מקרה ייבחן לפי נסיבותיו. עם זאת, בהתייחסו לסוגיית החלתה של הגנה מן הצדק מחמת השתק הרשות, התווה את המבחן הבא:

המבחן הקובע, כפי שאני רואה לאמצו, הוא מבחן ה"התנהגות 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. ברי כי טענה כגון זו תעלה ותתקבל במקרים נדירים ביותר, ואין להעלותה כדבר שבשיגרה ובענייני דיומא סתם. חשיבותה של טענת ההשתק הפלילי במקרים שבהם התנהגות הרשות הייתה כה מקוממת עד כי אי-אפשר להרשיע אדם, כשמי שמעמידו לדין הוא שהביאו לכלל מעשה (שם, 370).

בהפעילו מבחן זה סבר בית-המשפט, בפרשת יפת, כי אין לקבל את טענת ההגנה מן הצדק שהועלתה לפניו, בין היתר, משום ש"מעורבותן הלא רצויה של הרשויות בנושא הויסות... לא הייתה שערורייתית, בלתי נסבלת וזועקת בחומרתה, עד שתצדיק קביעה כי בהעמדתם של המערערים לדין יש משום פגיעה כה מקוממת במי

שהוכשל על ידי אנשי הרשות, עד שהיא מעמידה לו הגנה מן הצדק בהיבט של השתק פלילי" (בעמ' 379). טענת המערערים להגנה מן הצדק בהיבטיה הנוספים נדחתה אף היא, זאת מאחר שבית-המשפט לא מצא כי קמה להם ההגנה "מההיבט של עינוי הדין או של חוסר האפשרות להעניק לנאשמים הליך משפטי ראוי והוגן" ומשסבר כי "אין לומר שהמערערים הועמדו לפני 'סיכון כפול' וכי משום כך עומדת להם ההגנה מן הצדק מזווית ראייה זו" (בעמ' 380).

19. מאז פסק-הדין בפרשת יפת "שוב אין מקום לוויכוח בדבר עצם קליטתה של הדוקטרינה של 'הגנה מן הצדק' במשפט הפלילי הישראלי" (דברי השופט י' קדמי בבג"ץ 1563/96 כץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נה(1) 529, 544 (להלן: פרשת כץ)), אלא שהלכה למעשה לא זכתה הדוקטרינה ליישום ממשי. בשורה של מקרים, שנדונו לפני בית-משפט זה מאז פרשת יפת, הועלתה לפניו הטענה כי פגם כזה או אחר בפעולתן של רשויות התביעה מצדיק לבטל את כתב-האישום מטעמי הגנה מן הצדק. במקרה אחד ויחיד פסק בית-המשפט לקבל את הטענה (על"ע 2531/01 חרמון נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין בתל-אביב-יפו, פ"ד נח(4) 55); ועיון בפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה בפרשה האמורה מעלה, כי המדובר היה במקרה שנסיבותיו חריגות ביותר. אך בכל יתר המקרים, שבהם הובאה לפניו הטענה, פסק בית-המשפט לדחותה. יש שהטענה, שהובאה במסגרת עתירה לבג"ץ נגד ההחלטה להגיש כתב-אישום, נדחתה על הסף מן הטעם שהערכאה המתאימה לבירורה היא בית-המשפט שלפניו יידון ההליך הפלילי (בג"ץ 8819/96 בן-עמי נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 97(1) 366; בג"ץ 1607/97 בר טוב נ' הפרקליט הצבאי הראשי, תק-על 97(1) 88; בג"ץ 6317/01 זאפט יחזקאל נ' כבוד השופט ש' טימן, תק-על 2001(3) 1084; והשוו: פרשת כץ, בעמ' 544). ביתר המקרים, שבהם נדרש לגופה של הטענה, קבע בית-המשפט כי לא מצא שהתנהגות הרשות עלתה כדי "התנהגות בלתי נסבלת" כהגדרתה בפרשת יפת (ראו: פרשת כץ, בעמ' 547; בג"ץ 5319/97 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נא(5) 67, 95; ע"פ 3052/00 לואבנה נ' מדינת ישראל, תק-על 2000(3) 1234; ע"פ 568/99 עסאף נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(4), 374, 381; בג"ץ 6781/96 אולמרט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 793, 811; ע"פ 6471/00 הר-שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 756 (להלן: פרשת הר-שפי); ע"פ 7113/02 מדינת ישראל נ' לוי, נז(3) 817, 842; רע"פ 3396/99

נאבסו נ' מדינת ישראל, תק-על 99(2) 684). שוב ושוב הטעימה הפסיקה את שורת הזהירות שבה מוטל על בית-המשפט לנהוג בהחלט הדוקטרינה. בין היתר צוין, כי "החלטה של 'הגנה מן הצדק'... יש בכוחה למנוע את הרשעתו של מי שאשמתו הוכחה, ויש בכוחה למנוע הטלת עונש חמור על מי שעבירתו מצדיקה לכאורה ענישה חמורה"; ו"כיוון שלהחלטה של 'הגנה מן הצדק' עלולות להיות גם השלכות בלתי רצויות מבחינתו של הציבור, גובשה התפיסה שדוקטרינה זו יש להפעיל במשורה ולהגביל את החלטה למקרים נדירים ויוצאי-דופן" (פרשת הר-שפי, בעמ' 763). ברוח זו נקבע, כי במסגרת בחינת הטענה אין די בבדיקת התנהגותה של הרשות, אלא יש לבחון גם את התלות והזיקה שבין מעשי הרשות לבין שאר הנסיבות שלפני בית-המשפט לרבות סוג העבירה (דנ"פ 3039/02 הר-שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 337, 342).

20. לא הכול - בקרב המלומדים וכנראה אף בקרב השופטים - דעתם נוחה מאמת-המידה שנקבעה בפרשת יפת, המתנה את החלטת הדוקטרינה של הגנה מן הצדק ב"התנהגות שערורייתית" של הרשות. כך, למשל, במאמרם "הגנות מן הצדק כיסוד לביטול אישום - על קו התפר בין המשפט הפלילי למשפט הציבורי", הפרקליט מז (תשס"ד-2003) 42, מביעים המחברים פרופ' ז' סגל והשופט א' זמיר את הדעה, כי "צמצום ההגנה שיסודה בהתנהגות רשויות אכיפת החוק, אך ורק לנסיבות של 'התנהגות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם', אין בו כדי לענות לקשת הטעמים, העשויים להצדיק את הפסקתו של ההליך הפלילי" (בעמ' 44), וכי חובת הצדק מחייבת שכתב אישום יבוטל "גם במקרים חמורים פחות של חקירה פסולה, שיהוי בלתי סביר בהגשת כתב אישום, הפרת הבטחה שניתנה על-ידי רשות, אכיפה בררנית של החוק והעדר מידתיות בבחירת האמצעי הפלילי" (בעמ' 72). לגישתם, בית-משפט הדן בהליך הפלילי בטענת הגנה מן הצדק מקיים וצריך לקיים ביקורת שיפוטית על שיקול-דעתו של התובע אשר החליט להעמיד לדין את הנאשם. השאלה שבה עליו להכריע היא, אם בנסיבות שבעטיין מועלית הטענה להגנה מן הצדק יש עניין לציבור בהעמדת הנאשם לדין ובשאלה זו מוטל על בית-המשפט הפלילי להכריע על-פי אותן אמות-מידה הנקוטות בידי בג"ץ בדונו בעתירות נגד החלטות היועץ המשפטי לממשלה בנוגע להעמדתם לדין של חשודים; כמו

סבירות, מידתיות ושוויון (השוו: ד' פרידמן, "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי", הפרקליט לה (תשמ"ד-1983) 155, 161; וכן "רב שיח: פיקוח שיפוטי על ההליך הפלילי - החלטות בדבר העמדה לדין וחנינות", המשפט ג (תשנ"ו-1996) 15).

תמיכה בהרחבת גדר תחולתה של ההגנה מן הצדק עולה גם ממאמרם של השופטים ב' אוקון וע' שחם, "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי", המשפט ג (התשנ"ו-1996) 265. לשיטתם, במסגרת ההגנה מן הצדק שומה על בית-המשפט לבחון, בחינה מהותית, את השאלה אם יש הצדקה להליך הפלילי ולניהולו. לדעת המחברים, הדגש בתורת ההגנה מן הצדק איננו, בהכרח, על בחינת התנהגותה של הרשות, כי אם דווקא, ובעיקר, על מצבו של הנאשם; "לכן, אף אם פעלה התביעה בתום לב גמור, לא יהא בכך כדי לחסום את דרכו של הנאשם המעלה טענה מבוססת של הגנה מן הצדק" (שם, בעמ' 267). ראו גם: ב' אוקון, "פרשת כלא 6", המשפט ד (התשנ"ט-1998) 53, 57; י' נקדימון הגנה מן הצדק (תשס"ד-2003) 150; א' פורת, "הגנה מן הצדק בעידן החוקתי", קריית המשפט א (תשס"א-2001) 381, 392; מ' לוי "עוד על מהות ההגנה מן הצדק ועל המבחן לקבלתה - הערות, ביקורת והצעה למבחן חלופי", המשפט 19 (התשס"ה-2005) 80. זאת ועוד: מסקירתו של נקדימון, בספרו הנ"ל (בעמ' 22), עולה, כי בערכאות דיוניות שונות התקבלה הטענה לביטול כתב-אישום מטעמי הגנה מן הצדק במגוון רחב של מקרים: מחמת הסתמכות הנאשם על מצג רשמי של הרשויות; מחמת החלטה, מצג או התחייבות מצד הרשות שלא להעמיד את הנאשם לדין; מחמת העמדתו של הנאשם בפני כפל דין עונשי; מחמת שיהוי בהגשת כתב-אישום; מחמת העמדה לדין משיקולים זרים; מחמת הפלייה בהעמדה לדין; מחמת מחדלי חקירה והליכי חקירה נפסדים; ומחמת אי גילוי או אובדן של חומר חקירה החיוני להגנת הנאשם. בהקשר זה מציינים המחברים סגל וזמיר (במאמרם הנזכר לעיל, בעמ' 67), כי בפסיקת הערכאות הדיוניות מסתמנת מגמה מרחיבה של הכרה בקיומן של הגנות מן הצדק, וזאת, תוך יצירת "מסלול עוקף" להילכת פסק-הדין בפרשת יפת.

21. על רקע הדברים הללו רואים אנו טעם להעיר: עיקר עניינה של ההגנה מן הצדק הוא בהבטחת קיומו של הליך פלילי ראוי, צודק והוגן. 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 החלתה 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; ובמקרים כאלה אכן מוטל על בית-המשפט לבקר את מהלכיהן. ברם, לא כל מעשה נפסד שעשו הרשויות החוקרת או המאשימה, או רשות מעורבת אחרת, יצדיק את המסקנה שדין האישום להתבטל מטעמי הגנה מן הצדק; בין מפני שבאיזון בין האינטרסים הציבוריים המתנגשים גובר העניין שבקיום המשפט, ובין (וזה, כמדומה, המצב השכיח) מפני שבידי בית-המשפט מצויים כלים אחרים לטיפול בנפסדות מהלכיהן של הרשויות. ביטולו של הליך פלילי מטעמי הגנה מן הצדק מהווה אפוא מהלך קיצוני שבית-המשפט אינו נזקק לו אלא במקרים חריגים ביותר. בדרך כלל יידרש הנאשם להראות, שהתקיים קשר סיבתי בין התנהגותן הנפסדת של הרשויות לבין הפגיעה בזכויותיו. עם זאת אין לשלול אפשרות שהפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיוחס, לא להתנהגות שערורייתית של הרשויות, אלא, למשל, לרשלנותן, או אף לנסיבות שאינן תלויות ברשויות כל-עיקר אך המחייבות ומבססות בבירור את המסקנה, כי במקרה הנתון לא ניתן יהיה להבטיח לנאשם קיום משפט הוגן, או שקיומו של ההליך הפלילי יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות. אך נראה כי מצב-דברים כזה אינו צפוי להתרחש אלא במקרים חריגים ביותר.

ההכרעה בשאלה, אם המקרה שלפני בית-המשפט מצדיק את החלתה של הגנה מן הצדק, אמורה לשקף איזון נאות בין מכלול הערכים, העקרונות והאינטרסים השונים הכרוכים בקיומו של ההליך הפלילי. מן העבר האחד, ניצבים האינטרסים התומכים בהמשך קיומו של ההליך, ובהם: העמדת עבריינים לדין ומיצוי הדין עימם; הוצאת האמת לאור; קיומם של מנגנוני גמול, הרתעה, וענישה; שמירה על ביטחון הציבור; והגנה על זכויותיו של הקורבן הנפגע. ומן העבר השני, ניצבים האינטרסים השוללים, במקרה הקונקרטי, את המשך קיומו של ההליך, ובהם: הגנה על זכויות היסוד של הנאשם; פסילת מהלכיה הנפסדים של הרשות והרתעתה מפני נקיטת מהלכים דומים בעתיד; שמירה על טוהר ההליך השיפוטי; ושמירת אמון הציבור בבית-המשפט. שאלת החלתה של הגנה מן הצדק על מקרה נתון טעונה בחינה

בת שלושה שלבים. בשלב הראשון על בית-המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם, וזאת, 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, שהעיקריים שבהם פורטו לעיל, תוך שהוא נותן דעתו לנסיבותיו הקונקרטיות של ההליך שבפניו. בתוך כך עשוי בית-המשפט לייחס משקל, בין היתר, לחומרת העבירה המיוחסת לנאשם; לעוצמת הראיות (הלכאוריות או המוכחות) המבססות את אשמתו; לנסיבותיהם האישיות של הנאשם ושל קורבן העבירה; למידת הפגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן; לחומרת הפגיעה בזכויות הנאשם ולנסיבות שהביאו לגרימתה; למידת האשם הרובץ על כתפי הרשות שפגעה בהליך או בנאשם, וכן לשאלה אם הרשות פעלה בזדון או בתום-לב. ברי כי בגיבוש האיזון בין השיקולים הנגדיים ייחס בית-המשפט לכל אחד מהשיקולים את המשקל היחסי הראוי לו בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה הנתון. כך, למשל, ככל שמעשה העבירה חמור יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבהעמדה לדין; וככל שמעשה הרשות שערורייתי יותר ופגיעתו בנאשם ובזכויותיו חמורה יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבשמירת זכויותיו של הנאשם ובריסון כוחה של הרשות. בשלב השלישי, מששוכנע בית-המשפט כי קיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, עליו לבחון האם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים יותר מתונים ומידתיים מאשר ביטולו של כתב-האישום. בין היתר, עשוי בית-המשפט לקבוע, כי הפגיעה שנגרמה לנאשם, אף שאינה מצדיקה את ביטול כתב-האישום שהוגש נגדו, מצדיקה היא את ביטולם של אישומים ספציפיים, או תהא ראויה להישקל לטובתו בקביעת עונשו, אם יורשע. כן עשוי בית-המשפט לקבוע, כי תיקון הפגיעה יכול שייעשה במסגרת בירורו של המשפט, כגון בבירור שאלת קבילותה של ראיה שהושגה תוך שימוש באמצעים פסולים.

דוקטרינת ההגנה מן הצדק עשויה לחול, בין היתר, אם שוכנע בית-המשפט בצדקת טענתו של הנאשם כי ההחלטה להעמידו לדין חרגה בבירור ממתחם הסבירות. לעניין אופי הביקורת שבידי בית-המשפט הפלילי לקיים על צדקת הגשתו של כתב-אישום, נבקש להעיר: החלטה "שגויה" להגיש כתב-אישום - כמוה כהחלטה "שגויה"

שלא להגישו - נתונה, גם היא, לביקורתו של בית-המשפט הגבוה לצדק. אך לא פעם נפסק, כי תרופתו הרגילה של נאשם המבקש להשיג על סבירות האשמתו היא בטענת "הגנה מן הצדק" שהמסגרת המתאימה לבירורה הוא ההליך הפלילי גופו (ראו, מן הזמן האחרון: בג"ץ 5675/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, דינים עליון סח 910). אך, במובחן מביקורתו של בית-המשפט הגבוה לצדק, בחינת סבירות שיקול-דעתה של הרשות המאשימה על-ידי הערכאה הפלילית עשויה להקיף גם את השאלה אם בנסיבות העניין הנתון יש בהגשת כתב-האישום כדי לפגוע באופן חריף בתחושת הצדק וההגינות. לכאורה הרי זה מבחן רחב וגמיש. אין תימה - ואפשר שדווקא משום כך - הפעלתו הלכה למעשה, היאה למקרים יוצאי-דופן, מחייבת זהירות רבה. פרשת יפת מהווה דוגמה לשורת הזהירות הנדרשת בכגון-דא: משטענו הנאשמים, כי הרשות היא זו שעודדה אותם לבצע את העבירה, קבע בית-המשפט כי עליהם להראות שהתנהגות הרשות בעניינם הייתה "שערורייתית" או "בלתי נסבלת". אמת-מידה זו אכן יאה למקרים מסוגה של פרשת יפת; אך לא מן הנמנע שבמקרים מסוגים אחרים תבוא דרישת הזהירות לכלל ביטוי בקביעתה של אמת-מידה שונה.

אשר לשלב שבו ראוי לנאשם להעלות לפני בית-המשפט את טענתו בדבר החלתה על עניינו של ההגנה מן הצדק: בבג"ץ 1607/97 בר טוב נ' הפרקליט הצבאי הראשי, תק-על 97(1) 88 נפסק, כי מקומה של הטענה הוא "במסגרת הדיון בטענות המקדמיות המועלות בפתיחת המשפט". זה הכלל, אך אין זה כלל בל-יעבור. מכל מקום, אם מצא בית-המשפט כי בירורה של הטענה מצריך שמיעת ראיות, עשוי הוא להשהות את הכרעתו בטענה עד לסיומו של המשפט.

22. על רקע הדברים הללו נפנה לדון בטענות המערערים, להחלת ההגנה מן הצדק על עניינם, בהקשרים הספציפיים שבהם הועלו הטענות. תחילה נתייחס לשתי הטענות המיוחדות שהועלו על-ידי מערערי איילון לבדם, להצדקת ביטול כתב-האישום שהוגש נגדם: האחת, מחמת הפלייתם לרעה לעומת אחרים שלא הועמדו לדין בגין אותם הסדרים כובלים; והשנייה, מחמת היותם קורבן לחרם שהוטל עליהם על ידי השותפים לקרטל, שבעקבותיו הצטרפו להסדרים למראית-עין בלבד. ובהמשך

הדברים נידרש לטענותיהם המשותפות של כלל המערערים: הפגם שבניהולה של חקירה פרטית ומחדלי החקירה וכן הפגם שנפל בראיונות שקיימה התביעה עם עדיה.

הפליה בהעמדה לדין

23. לטענת ההפליה שהעלו מערערי איילון היו ארבעה ראשים. בגדר הראש הראשון טענו, כי הופלו לרעה ביחס לשבע חברות ביטוח שלא הועמדו לדין חרף היותן קשורות, כחברות-בת או כחברות-אחיות, לאחת משלוש חברות-האם של קבוצות הביטוח הגדולות: "קבוצת מגדל", "קבוצת הפניקס" ו"קבוצת כלל", שהן עצמן וחברות אחרות שהיו קשורות בהן הועמדו לדין. בגדר הראש השני טענו, כי הופלו לרעה ביחס לארבע חברות ביטוח אחרות שלא הועמדו לדין; שבדומה לאיילון לא היו קשורות באיזו מחברות-האם האמורות, אלא שגודלן והיקף עסקיהן עלו על גודלה והיקף עסקיה של איילון. בגדר הראש השלישי טענו, כי בהעמדתו לדין של נגה רחמני הפלטה אותו המאשימה לרעה ביחס לנושאי משרה בחברות ביטוח אחרות, שלא הועמדו לדין אף שלמעורבותם של אלה בהסדרים הכובלים היו ראיות לכאורה. מכלל נושאי המשרה בכל אחת מחברות הביטוח שהועמדו לדין, הוסיפו מערערי איילון, הסתפקה התביעה בהאשמתם של המנכ"ל ושל מנהל אגף הביטוח האלמנטארי, בעוד שאת דרג הסמנכ"לים בחברות האמורות נמנעה מלהאשים. ואילו נגה רחמני הועמד לדין, אף שתפקידו באיילון היה סמנכ"ל. בתקופה האמורה, הסבירו, לא היה באיילון מנהל לאגף הביטוח האלמנטארי, ורק בשל כך (לטענתם) בחרה התביעה להאשים את הסמנכ"ל נגה רחמני, אף שדרגתו הייתה נמוכה יותר מדרגת מנהל אגף. למעשה, הוסיפו וטענו, נגה רחמני היה אך עושה דברו של אביו (המנכ"ל לוי רחמני); הוא לא החזיק בסמכות עצמאית כלשהי ולא היה מורשה לפעול על-פי הבנתו בעניין כלשהו. מערערי איילון אף הדגישו, כי אחדים מקרב נושאי המשרה הבכירים בחברות האחרות שלא הועמדו לדין, נמנו עם בכירי שוק הביטוח בתקופה האמורה, בכללם כאלה שהשתתפו בישיבות ה"קבינט" ובפורומים נוספים שעסקו בגיבושם וביישומם של ההסדרים הכובלים. בהקשר זה ציינו את שמותיהם של מי שבתקופה הרלוונטית כיהן כמנכ"ל חברת הביטוח "הראל המשמר" וכסגנו של יושב-ראש האיגוד, ושל מי שבתקופה האמורה שימש בתפקיד השני בחשיבותו בחברת הביטוח "מגדל". ובגדר הראש הרביעי טענו, כי בהעמדתה לדין של איילון

הפלתה אותה התביעה לרעה, במיוחד, לעומת אליהו חברה לביטוח בע"מ, שלא הועמדה לדין בשל היותה קורבן לחרם, מצד חברות הביטוח שהיו שותפות להסדרים הכובלים, בשל סירובה להצטרף להסדרים; ודין זה, טענו מערערי איילון, ראוי היה להחיל גם עליהם, באשר גם איילון (כטענתם) הייתה קורבן לחרם דומה.

בנסיבות שתוארו בגדרו של כל אחד מארבעת הראשים - טענו מערערי איילון - הרי שבעצם העמדתם לדין, תוך הפלייתם לרעה לעומת אחרים, כשלה התביעה באכיפה בררנית פסולה; והפליה בלתי מוצדקת זו הקימה להם זכות להגנה מן הצדק המצדיקה את ביטול כתב-האישום נגדם. לביסוס טיעוניהם העובדתיים, בגדר ארבעת ראשיה של טענת ההפליה, ביקשו מערערי איילון להביא לפני בית-המשפט המחוזי ראיות, מתוך חומר החקירה שהועמד לרשותם. בא-כוח המדינה, שהתנגד לבקשה זו, טען, בין היתר, כי גם אם יניח בית-המשפט, ברמה הלכאורית, כי אכן נפל פגם בשיקולי התביעה בסוגיית ההעמדה לדין, כנטען על ידי מערערי איילון, לא יהיה בכך כדי להקים למערערי איילון הגנה מן הצדק; שכן, לביסוס טענתם בדבר אכיפה בררנית מוטל עליהם להראות כי בהחלטתה להעמידם לדין פעלה התביעה ממניע פסול. על רקע מחלוקת זו, הגיעו התביעה ומערערי איילון לכלל הסדר דיוני. במסגרת ההסדר, שאומץ על-ידי בית-המשפט המחוזי, הסכימו צדדים אלה ביניהם כי תחילה יניח בית-המשפט כי בידי מערערי איילון ראיות מספיקות להוכחת העובדות שעליהן ייסדו את טענותיהם בדבר הפלייתם לרעה, ועל רקע הנחה זו יבחן אם מן הבחינה המשפטית יש בעובדות הנטענות כדי להקים למערערי איילון הגנה מן הצדק מחמת אכיפה בררנית פסולה; ורק אם יחליט, כי התשובה לשאלה זו היא בחיוב, יידרש בית-המשפט לשמיעת ראיות במטרה לברר אם לטיעונים העובדתיים יש תשתית ראייתית מספקת. לנוכח הסדר זה נדרש בית-המשפט, בשלב המקדמי, לשמיעת טענות לפן המשפטי של הסוגיה.

24. מחלוקתם המשפטית של הצדדים התמקדה בשאלה אם נאשם המבקש לבטל כתב-אישום שהוגש נגדו מטעמי הגנה מן הצדק, על יסוד הטענה שהעמדתו לדין מפלה אותו לרעה ביחס למעורבים אחרים בביצוע העבירה שבה הואשם, מצווה להראות כי בהחלטתה להאשימו פעלה התביעה ממניע פסול. מערערי איילון הבהירו,

כי אינם טוענים כי החלטת התביעה להאשימם התבססה על מניע פסול. אלא שעמדתם המשפטית הייתה, כי זכאותם להגנה מן הצדק אינה מותנית בהוכחה שהתביעה פעלה ממניע פסול, וכי די שבית-המשפט ייווכח כי בהעמדתם לדין יש משום הפליה לרעה ביחס למעורבים אחרים שלא הועמדו לדין; משמע, כי לא התקיימו נסיבות רלוונטיות ושיקולים ענייניים שיצדיקו להבחין בינם לבין מי שלא הועמדו לדין.

בהחלטת ביניים, שניתנה על-ידיו ביום 7.4.1998, דחה בית-המשפט המחוזי את שלושת ראשיה הראשונים של טענת ההפליה. החלטה זו ביסס השופט המלומד, בעיקר, על המבחן שנקבע בפרשת יפת לתחולתה של הגנה מן הצדק. כדבריו:

שאלתי את עצמי האם על פי מבחן זה ניתן לאמור שהתנהגותה של התביעה במקרה זה היא כה בלתי נסבלת, כה מזעזעת את המצפון עד כי יש צורך כבר בשלב המקדמי הזה לבטל את כתב האישום המיוחס ל[מערערי איילון], ותשובתי הברורה והחד משמעית לשאלה זו היא בשלילה, זאת למעט לגבי טענה מקדמית אחת, והיא הטענה שהנאשמים הללו היו קורבן לקרטל.

בהקשר זה ציין בית-המשפט (בהתייחסו, כנראה, לפסיקה זרה), כי ברוב פסקי-הדין שבהם התקבלה טענת ההגנה מן הצדק בהיבט של האכיפה הבררנית, היה זה משום שהתביעה או הרשות המוסמכת נהגו ב"הפליה מכוונת, מתוך מניע פסול, על בסיס גזעני וכיוצא באלה". ואכן, השופט המלומד היה נכון להכיר באפשרות שבית-המשפט יבטל כתב-אישום "אם ימצא שמדובר בהפליה מכוונת, על בסיס פסול, שלא ניתן להצדיקה, ושאכן מזעזעת את המצפון ופוגעת בחוש ההגינות והצדק הבסיסי". ואולם, מערערי איילון כלל לא ביקשו לייחס לתביעה מניע פסול אלא, לכל היותר, רשלנות, ולעניין זה קבע השופט כי "רשלנות בהעמדה לדין בעבירות מהסוג שהנאשמים הועמדו לדין בתיק זה, איננה מהווה בעיניי דבר שמזעזע את המצפון או פוגע אנושות בחוש ההגינות המקובל בחברה שלנו, או בחוש ההגינות והצדק של בית-המשפט". עוד ציין השופט כי מערערי איילון אינם מבקשים להעמיד לדין את אותם אחרים שלא הועמדו לדין חרף מעורבותם בקרטל; ולדידו יש מקום לפקפק

אם ההגנה מן הצדק עשויה לחול על נאשם המבקש "צדק חד-סטרי", היינו לשחררו מעולו של המשפט, מבלי לדרוש, ולו לחלופין, שהתביעה תעמיד לדין גם את האחרים. בהקשר זה הוסיף השופט, כי ביטול כתב-האישום שהוגש כנגד מערערי איילון, עלול אף לגרור בקשות מצד אותם חברות ואישים שהועמדו לדין והורשעו במסגרת הסדרי-הטיעון, לביטול העונשים שהושתו עליהם, "שהרי הצדק בוודאי איננו סובל שכנגד קבוצה אחת של נאשמים יבוטל כתב-האישום ואילו האחרים יהיו לוקים בעונשים משמעותיים". יצוין כי השופט נתן את דעתו לטענת מערערי איילון, שבין אלה שלא הועמדו לדין יש חברות ואישים שבשלב החקירה לא הכחישו את דבר מעורבותם בביצוע העבירות, ובכל זאת לא הועמדו לדין. אך לעניין זה הטעים לאמור: "מקובלת עליי טענת התובע כי לתביעה יש שיקול דעת, ומשלא הוכח שמדובר במניע פסול, כאשר לכך גם מצטרף השיקול של האפשרות להזמין חלק מאותם אחרים כעדים במשפט הנוכחי, אינני סבור שיש בכך בסיס כדי לבטל את כתב האישום". אשר לראשה הרביעי של טענת ההפליה, ולפיו הופלו מערערי איילון לרעה לעומת חברת הביטוח אליהו, שכמותה אף איילון הייתה קורבן לחרם מצד חברות הביטוח השותפות לקרטל, קבע השופט, כי בשלב הראיות יהיה על מערערי איילון להוכיח את טענתם לעניין החרם שהוטל על איילון, ואם יעלה הדבר בידם יוכלו "להסתמך על עניין ההפליה, זאת אומרת לשלב את השניים, גם את העניין של היותם קורבן 'החרם' לטענת[ם]", וגם את עניין ההפליה".

בהכרעת-דינו דחה בית-המשפט את טענת ההפליה של מערערי איילון על כל ארבעת ראשיה. משדחה (מטעם משפטי) את שלושת ראשיה הראשונים של טענת ההפליה במסגרת החלטת הביניים, שוב לא נדרש אליה בית-המשפט, במישור העובדתי, בהכרעת-דינו. ואילו ראשה הרביעי של הטענה, בדבר הפלייתה של איילון לעומת חברת הביטוח אליהו, אשר לא הוכרע במסגרת החלטת הביניים, שוב לא נדון בהכרעת-הדין מן הפן המשפטי, שכן בית-המשפט פסק לדחות את טענת החרם, לגופה, במישור העובדתי.

25. בטיעוניהם לפנינו השיגו מערערי איילון על צדקת הכרעתו המשפטית של בית-המשפט המחוזי, בהחלטת הביניים, בעניין ההפליה. טענתם העיקרית הייתה, כי

בית-המשפט שגה בקובעו כי משלא ייחסו את הפלייתם לרעה למניע פסול של התביעה, אין בטענתם כדי להקים להם זכות להגנה מן הצדק. על רקע זה קבלו על כך שבית-המשפט לא שב ונדרש לטענה ההפליה בהכרעת-דינו, על יסוד הראיות שהובאו במשפט ואף לאור ממצאיו וקביעותיו הוא. בתוך כך טענו, כי שגה בית-המשפט בקובעו כי היה עליהם לדרוש "צדק דו-סטרי", היינו את העמדתם לדין של מי שלא הואשמו אף שהיה יסוד להאשימם; וכן כי שגה בהערתו שלפיה יש לייחס משקל לחשש כי ביטול כתב-האישום נגדם מטעמי הגנה מן הצדק יעורר את מי שהורשעו במסגרת הסדרי-הטיעון לעתור לביטול עונשיהם. עוד טענו, כי בתשובות המדינה לטענת ההפליה, אשר ניתנו בשלביו השונים של ההליך, היה משום "שינוי חזית"; שכן, בעוד שמלכתחילה תלתה התביעה את ההבחנה, בין מערערי איילון לבין מי שלא הועמדו לדין, בעיקר בשיקולים ראייתיים - משמע כי הועמדו לדין רק המעורבים בקרטל שלדעת התביעה היו די ראיות להאשמתם - הרי שבהמשך הדרך, בסיכומי-טענותיה לפני בית-המשפט המחוזי וכן בעיקרי-טיעונה בערעורים שלפנינו, הסבה התביעה את הדגש לעבר שיקולים של עניין לציבור, אשר אף טיבם ומהותם השתנו מעת לעת.

באי-כוח המדינה, לעומתם, הגנו בטיעוניהם על צדקת קביעתו של בית-המשפט המחוזי, כי בית-המשפט עשוי לבטל כתב-אישום שיש בהגשתו משום אכיפה בררנית פסולה רק אם שוכנע שבהגישה את כתב-האישום פעלה התביעה ממניע פסול. ומשהוברר כי מערערי איילון כלל אינם מייחסים את האשמתם למניע פסול של התביעה, די היה בכך כדי להוביל לדחיית טענתם כי בהעמדתם לדין הייתה משום הפליה פסולה. עם זאת הוסיפו וטענו, כי החלטת התביעה - להעמיד לדין את מערערי איילון ושלא להעמיד לדין מעורבים אחרים בפרשת ההסדרים הכובלים - התבססה על שיקולים ענייניים שהצדיקו את ההבחנה בין המעורבים השונים. להלן חלקו באי-כוח המדינה על יתר השגותיהם של מערערי איילון ותמכו בצדקת הנימוקים האחרים שעל יסודם פסק בית-המשפט המחוזי לדחות את טענת ההפליה.

26. השאלה המרכזית שמערערי איילון ובאי-כוח המדינה חזרו ומיקדו בה את מחלוקתם המשפטית, בטיעוניהם לפנינו, הייתה, כלום רשאי בית-המשפט להורות על ביטולו של כתב-אישום, מחמת הפליה בהעמדה לדין, גם אם החלטת התביעה להגיש את כתב-האישום לא נבעה ממניע פסול, אלא התקבלה בתום-לב, אם כי עקב טעות בהפעלת שיקול-הדעת או רשלנות גרידא?

ככלל, יש לומר, כי בבוא בית-המשפט להחליט אם לבטל כתב-אישום מחמת אכיפה בררנית, שלכאורה הוכחה לפניו, מוטל עליו ליתן את הדעת לטיב מניעה של הרשות, שבהיעדר צידוק גלוי לעין להבחין בין שניים שביצעו אותה עבירה, בחרה להעמיד לדין את פלוני וחדלה מלהעמיד לדין את אלמוני. הכלל הוא, כי אכיפה חלקית עשויה להיות עניינית ומותרת בנסיבות מסוימות, אך עלולה להיחשב כאכיפה בררנית פסולה בנסיבות אחרות. וההכרעה בשאלה אם המדובר, במקרה נתון, באכיפה חלקית מותרת או באכיפה בררנית פסולה, עשויה, בדרך כלל, להיגזר מבחינת מניעה של התביעה. כדברי השופט זמיר, שהיטיב להסביר את ההבחנה:

אכיפה בררנית (באנגלית: selective enforcement) אינה היפוך של אכיפה מלאה. לעתים קרובות, אין אכיפה מלאה, ומבחינה מעשית אף לא יכולה להיות אכיפה מלאה, של חוק או תקנות. אכיפה חלקית אינה בהכרח אכיפה פסולה. כך גם אכיפה מדגמית, שהרי המדינה אינה יכולה להקצות אלא משאבים מוגבלים לאכיפת החוק. - - - אולם, אפשר שאכיפה חלקית תהיה אכיפה בררנית ובשל כך גם תהיה אכיפה פסולה. מהי אכיפה כזאת? אפשר להגדיר אכיפה בררנית בדרכים שונות לצרכים שונים... ללא יומרה להציע הגדרה ממצה, אפשר לומר, לצורך עתירה זאת, כי אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני-אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא. דוגמה מובהקת לאכיפה בררנית היא, בדרך-כלל, החלטה לאכוף חוק כנגד פלוני, ולא לאכוף את החוק כנגד פלמוני, על בסיס שיקולים של דת, לאום או מין, או מתוך יחס של עוינות אישית או יריבות פוליטית כנגד פלוני. די בכך ששיקול כזה, גם אם אינו שיקול יחיד, הוא השיקול

המכריע (דומיננטי) בקבלת החלטה לאכוף את החוק. אכיפה כזאת נוגדת באופן חריף את העיקרון של שוויון בפני החוק במובן הבסיסי של עיקרון זה. היא הרסנית לשלטון החוק; היא מקוממת מבחינת הצדק; היא מסכנת את מערכת המשפט. הסמכות להגיש אישום פלילי היא סמכות חשובה וקשה. היא יכולה לחרוץ גורל אדם. כך גם הסמכות לאכוף חוק בדרך אחרת, כגון הסמכות לעצור אדם או הסמכות להחרים רכוש. היא חייבת להיות מופעלת באופן ענייני, שוויוני וסביר (בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר שבע, פ"ד נג(3) 289, 304-305).

נמצא כי ההכרעה בשאלה, אם העמדתם לדין של חלק מן המעורבים בביצוע עבירה הינה בבחינת אכיפה חלקית מותרת או שמא בבחינת אכיפה בררנית פסולה, תהא לרוב תלויה (כפי שצוין בפרשת זקין) בבירור השאלה אם הרשות הבחינה בין המעורבים על יסוד שיקולים ענייניים או שמא פעלה "לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא". יסודו של כלל זה בהיגיון: כפי שכבר ציינו, החלטת בית-המשפט לבטל כתב-אישום מטעמי הגנה מן הצדק מותנית בכך שהחלטה להגישו פוגעת באופן חריף בתחושת הצדק וההגינות של בית-המשפט. כאשר הסיבה להפליה נעוצה בהתנהגות מכוונת וזדונית של הרשות, דבר קיומה של פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות הוא לכאורה גלוי וברור, בעוד שדבר קיומה של פגיעה כזאת הוא פחות מובן מאליו מקום שהרשות פעלה בתום-לב. עם זאת איננו רואים מקום לפסול את האפשרות - שמטבעה תהא נדירה ביותר - שההכרעה בשאלת קיומה של אכיפה בררנית פסולה תיגזר מנסיבות מיוחדות אחרות, ולא דווקא מן הקביעה שהחלטת התביעה התבססה על מניע זדוני או על שיקולים פסולים מובהקים. כך מתבקש מאופי הביקורת השיפוטית שמפעיל בית-המשפט לגבי החלטת התביעה להגיש כתב-אישום רק נגד חלק מן המעורבים בביצועה של עבירה. ובדומה לאמת-המידה שעל-פיה מנחה בית-המשפט את עצמו, לעניין ביקורתן של החלטות מינהליות אחרות, אף בביקורת החלטותיה של התביעה עשוי בית-המשפט לבטל כתב-אישום שהוגש - מטעמי הגנה מן הצדק - אם אכן שוכנע, כי בנסיבותיו של

המקרה הנתון, ההחלטה להאשים את פלוני ושלא להאשים את אלמוני חורגת בבירור ממתחם הסבירות.

27. סבירותה של אכיפה חלקית מותנית, בראש ובראשונה, בעמידתה במבחנו של עקרון השוויון. על התביעה חלה חובה להפעיל את סמכויותיה תוך קיום שורת השוויון בין חשודים ונאשמים. בהתייחסו לחובתה האמורה של התביעה, ולנזק החברתי הכרוך בהפרתה, ציין השופט ברק:

בהפעילו את שיקול-דעתו, חייב תובע לפעול מתוך שוויון וללא הפליה. - - - הפעלה ראויה של ההליך הפלילי מבוססת על אמון הציבור ברשויות התביעה ועל אמונה כי הן מקבלות החלטותיהן מתוך שוויון. הגשת אישומים בדרך מפלה פוגעת באמון הציבור ברשויות התביעה. פגיעה זו קשה היא למשטר הדמוקרטי. קושי זה הוא משולש: ראשית, שימוש מפלה בכוח התביעה פוגע בהנחות שביסוד הענקת שיקול-דעת לתובע; שנית, הפליה בהגשת אישומים פוגעת באמון שהציבור רוחש לרשויות התביעה בפרט ולרשויות שלטון בכלל, ובכך מכרסמת בעבותות, המקשרים את בני החברה; שלישית, הפעלה לא שוויונית של כוח התביעה פוגעת בכוח המרתיע של המשפט הפלילי (בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 512).

אכיפה בררנית פוגעת בשוויון. על נפקותה של פגיעה כזאת עמד השופט זמיר:

טענה של אכיפה בררנית היא טענה של פגיעה בשוויון. כל רשות מינהלית חייבת לנהוג בשוויון. כך גם תובע במשפט פלילי... מכאן, כפי שמקובל לגבי טענה של פגיעה בשוויון, אם לכאורה יש יסוד בראיות לטענה של אכיפה בררנית, מתערערת החזקה בדבר חוקיות ההחלטה המינהלית. כתוצאה עובר הנטל אל הרשות המינהלית להראות כי האכיפה, אף שהיא נראית בררנית, בפועל היא מתבססת על שיקולים ענייניים בלבד, שיש להם משקל מספיק כדי לבסס עליהם את החלטת הרשות. אם הרשות אינה מרימה נטל זה, עשוי

בית-המשפט לפסול את ההחלטה בגין שיקול זר או בגין פגם אחר שנתגלה בה, או לתת סעד אחר כנגד הפגיעה בשוויון (פרשת זקין, עמ' 308).

יצוין כי עניינה של פרשת זקין היה בעתירה שהופנתה נגד אמצעים שנקטו פקחי עיריית באר-שבע, תוך שהתיימרו להשתמש בסמכותם לפי חוק עזר עירוני המסדיר את נושא השילוט ברשות הרבים. הטענה, כי הפקחים חטאו באכיפה בררנית פסולה של סמכותם, הועלתה על-ידי העותרים רק לחלופין, ודברי השופט זמיר גבי סוגיה זו נאמרו מעבר לצורכי ההכרעה. זאת ועוד: בפרשת זקין ציין השופט זמיר, כי "שאלת הנפקות המשפטית של אכיפה בררנית אינה מתעוררת בעתירה זאת אלא בגיזרה צרה: בתקיפה ישירה של החלטה מינהלית, שיש בה משום אכיפה בררנית, בבית-משפט זה" (קרי: בגדר עתירה לבג"ץ לביטול ההחלטה המינהלית), ובכך נמנע מלקבוע עמדה ביחס לנפקות הטענה בדבר אכיפה בררנית במסגרתו של ההליך הפלילי. עם זאת נראה, כי דבריו - היפים לגופה של הסוגיה - ישימים גם למקרה שבו החלטת התביעה להגיש כתב-אישום, שיש בהגשתו משום אכיפה בררנית, נתקפת (על דרך "תקיפה עקיפה") בגדרו של ההליך הפלילי. כפי שכבר הזכרנו (בפסקה 21 לעיל), הרי שלא פעם נפסק כי תרופתו הרגילה של נאשם המבקש להשיג על סבירות האשמתו היא בטענת "הגנה מן הצדק" שהמסגרת המתאימה לבירורה היא ההליך הפלילי גופו. נמצא, כי אם נוכח בית-המשפט הדין באישום הפלילי, כי בהגשת כתב-האישום יש משום אכיפה בררנית וכי קיום ההליך כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, בידו הסמכות לנקוט אמצעים ראויים לתיקון הפגיעה. יש שימצא כי הפגיעה אינה מצדיקה לבטל את כתב-האישום וכי תיקונה של הפגיעה יכול שיושג באמצעי יותר מתון, כגון בהקלת עונשו של הנאשם (ראו, לדוגמה, את דעת המיעוט של השופט חשין בע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 441, בעמ' 456). אך אם נוכח כי המעוות לא יוכל לתקון אלא על דרך ביטולו של כתב-האישום, בידו להורות על ביטול כתב-האישום מטעמי הגנה מן הצדק. בכל אשר יעשה יפעיל בית-המשפט שלדיון ביקורת שיפוטית על החלטת המינהלית של התביעה.

28. בטיעוניהם בערעור חתרו מערערי איילון לשכנענו כי לטענת ההפליה שהעלו לפני בית-המשפט המחוזי יש עיגון ראייתי בחומר החקירה, שעליו התבססה הגשת כתבי-האישום, ואף בממצאיו ובקביעותיו של בית-המשפט המחוזי עצמו. מכל אלה, לטענתם, עולה, כי חברות הביטוח ונושאי המשרה הבכירים, אשר לא הועמדו לדין, היו מעורבים בקשירת וביישום ההסדרים הכובלים; כשמעורבותם נלמדת מהשתתפותם בפורומים הקרטליים השונים וכן מעובדות המעידות כי נטלו חלק פעיל בביצוע ההסדרים הכובלים, בהפצת התעריפים המוסכמים שנקבעו בהם, בשמירה עליהם ובמילוי משימות ה"שיטור" שמילאו שותפי הקרטל כלפי חברות שמיאנו לשתף פעולה עימם. ייאמר מייד, כי דבר מעורבותם בפרשת הקרטל של חברות ונושאי משרה שלא הועמדו לדין, כלל לא נשנה במחלוקת במשפט ומן האמור בגזר-דינו של בית-המשפט המחוזי אף עולה כי בקביעת עונשיהם של מערערי איילון ייחס בית-המשפט משקל לתחושת הקיפוח שההימנעות מהאשמתם של מעורבים נוספים גרמה להם ושבעטייה טענו כי התביעה הפלתה אותם לרעה. כדברי השופט בגזר-דינו:

עוד הבאתי בחשבון שיקוליי לקולא את טענת ההפליה של נאשמי איילון, שחזרו והביעו, לכל אורך המשפט, את תחושת הקיפוח הצורבת שבלבם, לנוכח העובדה שחברות ביטוח אחרות ונושאי משרה בכירים אחרים בשוק הביטוח לא הועמדו לדין אף הם, למרות שמחומר הראיות הרב שהובא בפניי עולה לכאורה כי גם נגדם ניתן היה להגיש כתב אישום על חברותם ופעילותם בקרטל של חברות הביטוח.

נוכל אפוא לקבוע, כהנחת-מוצא עובדתית מוסכמת, כי התביעה אכן נמנעה מהגשת כתבי-אישום נגד חלק מן החברות ונושאי המשרה שהיו מעורבים בקשירת וביישום ההסדרים הכובלים. על רקע זה מוטל עלינו להכריע בשאלה אם בהאשמתם של מערערי איילון אמנם הייתה משום אכיפה בררנית פסולה. לצורך ההכרעה בשאלה זו בחנו את הסבריהם של באי-כוח המדינה, לעניין השיקולים שהנחו את התביעה

בנושא הגשתם של כתבי-האישום בפרשתנו; ומסקנתנו היא כי לשאלה האמורה יש להשיב בשלילה.

29. בטרם נפרוש את שיקולי המדינה, לעניין ההעמדה לדין, נקדים ונציין, כי אין בידנו לקבל את טענת מערערי איילון כי בטעמי המדינה, לעניין זה, חל שינוי חזית. העיון בקורות ההליך מלמד כי עמדת המדינה מעיקרה הייתה, כי החלטתה בשאלה את מי מבין המעורבים בפרשת הקרטל יש להעמיד לדין התבססה על שיקולים ראייתיים ושיקולים של עניין לציבור כאחד. עמדה בסיסית זו לא השתנתה במהלך שלביו השונים של ההליך; זאת, בשונה מהבדלים בניסוח, בסגנון, במידת הפירוט והדיוק ובדגשים השונים שניתן לזהות בתשובותיה השונות של המדינה לעניין ההפליה. הדברים אמורים הן ביחס למכתבו של היועץ המשפטי לממשלה למערערי איילון, מיום 20.11.1997, קודם להגשת כתב-האישום - בו הוסבר כי המדינה הונחתה על יסוד המבחן הראייתי וכן על יסוד "שיקולים נוספים בהם מערכתיים" - והן ביחס לטיעוני באי-כוחה של המדינה לפני בית-המשפט המחוזי ולפנינו. למען השלמות נוסף, כי בתשובותיה של המדינה אמנם חלה התפתחות מסוימת באשר לתוכן שיקולי ה"עניין לציבור" שהנחו את התביעה. אך לכך אין, לדעתנו, השפעה ממשית על המסקנה, שאליה הגענו על יסוד בחינת שיקולי התביעה, והיא, כי בהעמדתם לדין של מערערי איילון לא הייתה משום אכיפה בררנית פסולה.

30. באי-כוח המדינה כלל לא חלקו כי בידי התביעה היו ראיות לכאורה לדבר מעורבותם של חברות ביטוח ונושאי משרה נוספים בעשיית הקרטל. וביחס לאחת-עשרה החברות, שעל אי-העמדתן לדין סמכו מערערי איילון את שני ראשיה הראשונים של טענת ההפליה, טענו באי-כוח המדינה כי ההחלטה שלא להעמיד לדין חברות אלו "נבעה בעיקר משיקולי עניין לציבור". נפרט, אם כן, את שיקולי העניין לציבור שהציגה המדינה; תחילה ביחס לשני ראשיה הראשונים של טענת ההפליה, לאחר מכן ביחס לראשה השלישי (שעניינו בהפלייתו האישית של נגה רחמני) ולבסוף ביחס לראשה הרביעי (שעניינו בהפלייתו של איילון לעומת חברת הביטוח אליהו).

באי-כוח המדינה הסבירו, כי לאחר שזיהתה - מבין כל חברות הביטוח שפעלו בשוק הביטוח בתקופה הרלוונטית - את החברות שלגביהן הייתה תשתית ראייתית מספקת לצורך העמדה לדין בגין מעורבותן בקרטל, בחנה התביעה שלוש דרכי פעולה חלופיות: האחת, להעמיד לדין את כל חברות הביטוח וכל נושאי המשרה שחומר הראיות הצביע על מעורבותם בקרטל. השנייה, להעמיד לדין רק את חברות-האם בשלוש קבוצות הביטוח הגדולות שפעלו באותה העת (היינו, מגדל, הפניקס וכלל). והשלישית, להעמיד לדין, בכל אחת מקבוצות הביטוח, רק חברה אחת, והיא החברה שעל-פי הראיות הייתה היותר דומיננטית מכלל החברות בקבוצה בפעילות הקשורה לקרטל, ובנוסף לכך חברות עצמאיות (כגון מנורה, ציון וסהר) שהראיות כנגדן היו ברמה דומה. החלופה הראשונה נשללה; שכן, לנוכח ריבוי המעורבים בקרטל, העמדת כולם לדין הייתה מכבידה על ניהול התיק ועל מערכת המשפט, מסרבלת את ההליך, מאריכה את משכו באופן שהיה גורם עינוי דין לנאשמים ואף מפחיתה ממידת העניין הציבורי שבקיומו. שיקול נוסף שתמך בשלילת החלופה הראשונה היה הצורך לגייס בעלי תפקידים בחברות הביטוח שניתן יהיה להביאם במשפט כעדי תביעה. ומבין שתי הדרכים החלופיות הנוספות העדיפה התביעה את הדרך השלישית; זאת מן הטעם שדרך זו איפשרה, מחד, לקיים את השוויון בין הקבוצות (באופן שכל אחת מהן תיוצג בכתב-האישום באמצעות אחת מן החברות הקשורות בה), ומאידך, איפשרה למקד את הדיון בחברות שעל-פי הראיות היו היותר דומיננטיות בפעילות הקשורה בקרטל. כן הוסבר כי בבחירת החברות ונושאי המשרה שהועמדו לדין הנחתה התביעה את עצמה על-פי המבחן "מן הכבד אל הקל", לאמור, שכמועמדים לאישום נבחרו מי שהיו בעלי החלק היותר דומיננטי בפעילות האסורה ואשר מידת השפעתם על הנזק שנגרם (או שעלול היה להיגרם) לציבור כתוצאה מן ההסדרים הכובלים, הייתה הגדולה ביותר. מבחן זה אף הבטיח, כי יועמדו לדין כל מי שלציבור היה עניין יותר ממשי בהעמדתם לדין. עוד הוסבר, כי האפשרות להעמיד לדין חברות שונות המשתייכות לאותה הקבוצה נשללה, הן משום ההכבדה הכרוכה בכך והן משום שלעניין מעורבותן בקרטל (ולאור הוראת סעיף 3(5) לחוק ההגבלים) נתפסו כל קבוצה והחברות הקשורות בה כיישות אחת.

על יסוד כלל השיקולים הללו הועמדו לדין שלוש חברות-האם בשלוש קבוצות הביטוח הגדולות שפעלו באותה העת (מגדל, הפניקס וכלל), שכן מן הראיות עלה כי הן אשר היו היותר דומיננטיות בהנהגתו ובהנהלתו של הקרטל; בעוד שהחברות הקשורות להן - כחברות-בת או כחברות-אחיות - לא הועמדו לדין. חריגה מעיקרון זה הייתה רק בעניינה של חברת הביטוח המגן, שאף כי נמכרה באותה העת לחברת מגדל, הועמדה לדין כחברה נפרדת, וזאת, לטענת המדינה, משום הדומיננטיות במעורבות שלה ושל מנכ"ל לה בעשיית הקרטל. איילון, שלא השתייכה לקבוצת ביטוח כלשהי ופעלה כחברה "עצמאית", הועמדה לדין; שכן, בדומה לחברת המגן, גם איילון בלטה מאוד בפעילותה בנושא הקרטל. בהקשר זה ציינו באי-כוח המדינה כי "העדויות ובמיוחד המסמכים מזמן אמת, בהם ניכרה מידת מעורבותם של מערערי איילון, היו בכמות ובעוצמה רבה לאין שיעור, בוודאי מחברות כמו מנורה, ציון וסוהר, שהורשעו במסגרת הסדר הטיעון".

31. על יסוד מערכת השיקולים האמורה, הציגה המדינה מענה מפורט לטיעוניהם הספציפיים של מערערי איילון - בגדר שני ראשיה הראשונים של טענת ההפליה - לעניין אי-העמדתן לדין של שבע החברות הקשורות בחברות-האם בקבוצות הביטוח הגדולות, ולעניין אי-העמדתן לדין של ארבע חברות הביטוח ה"עצמאיות". לטענת מערערי איילון, בדבר הפלייתו האישית לרעה של נגה רחמני, השיבו באי-כוח המדינה, שעל-פי החלטתה הכללית העמידה התביעה לדין שני נושאי משרה בכל אחת מהחברות שהוחלט להאשימן. ככלל נפלה הבחירה על המנכ"ל, כמי שהוחזק אחראי לקביעת מדיניות החברה בנושא הקרטל ולמתן ההוראות ליישומן; וכן על מי שהיה אחראי בחברה לביצוע פעילותו של הקרטל, כשלרוב היה זה מנהל המחלקה האלמנטארית בחברה. בגיבוש ההחלטה, להסתפק בהאשמתם של שני נושאי משרה בכל חברה, נשקל אף הצורך בגיוס בעלי תפקידים בחברות הביטוח כעדים מטעם התביעה. שיקול זה השפיע, בין היתר, על ההחלטה שלא להעמיד לדין נושא משרה שני בחברת הפניקס (מר יעקב צורני), חרף מעורבותו בענייני הקרטל; זאת משום החשיבות שיוחסה להבאתו כעד מטעם התביעה. ביחס להחלטה להעמיד לדין את לוי ונגה רחמני הסבירו באי-כוח המדינה, כי לשניים אלה היה חלק משמעותי בגיבושם של ההסדרים הכובלים. בהקשר זה צוין, בין היתר, כי לוי רחמני שימש באותה העת

כיושב-ראש ועד ענף ההנדסה באיגוד, וכי השפעתו על עשיית ההסדר הכובל בענף זה הייתה גדולה משל אחרים. ביחס לנגה רחמני נאמר, כי הוא השתתף ב"ישיבות השולחן" השבועיות, שבהן נדונו ההסדרים הכובלים בענפי הרכב, בתי-העסק והדירות; וכי ממסמכים שנגה רחמני ערך ושיגר בתקופה הרלוונטית, שנתפסו בשלב החקירה, עלה, כי לנגה רחמני הייתה מעורבות אישית ישירה בפעילות ה"שיטור" שביצעו השותפות לעשיית הקרטל כלפי חברות ביטוח שמיאנו להצטרף להסדרים הכובלים או הפרו אותם. עוד צוין, כי במהלך כל תקופת חקירתו נגה רחמני כלל לא טען - ככל שהוא טוען כיום - כי לא היה אלא עושה דברו של אביו, או שאת המסמכים הקרטליים הנושאים את חתימתו, כתב וחתם למראית-עין בלבד.

בתשובתם לטענת מערערי איילון, בדבר הפלייתו של איילון ביחס לחברת אליהו, הסתמכו באי-כוח המדינה על הכרעתו העובדתית של בית-המשפט המחוזי, כי איילון כלל לא הייתה קורבן לחרם מצד חברות הביטוח השותפות לקרטל. החקירה אמנם העלתה כי בפרוטוקול ישיבת ההנהלה המצומצמת של חברת ציון (מוצג נ/155) נרשם לאמור: "הוצע חרם על סוכני איילון/אליהו, אם חברה מפרה תעריפים שלה: או הם או אנחנו". אלא שמסמך זה היה האינדיקציה היחידה בחומר הראיות לאפשרות של הטלת חרם, ואילו כל שאר הראיות הצביעו בבירור על שותפותה המלאה של איילון בקרטל. כן טענו באי-כוח המדינה, כי בשלב החקירה לא באה כל טענה מצד מערערי איילון כי בתקופה האמורה היו נתונים לאיומי החרמה. כן ציינו כי אורי טייבר, מי שהדברים שנרשמו בפרוטוקול על אודות הטלת החרם יוחסו לו, מסר בחקירתו כי הצעתו להטיל חרם התייחסה לחברת אליהו בלבד וכי שמה של איילון השתרבב לפרוטוקול בטעות. עוד ציינו, כי לאפשרות שהוטל חרם על חברת הביטוח אליהו היו בחומר החקירה אינדיקציות נוספות על האמור במוצג נ/155.

טענת ההפליה - דיון והכרעה

32. תשובתם המפורטת של באי-כוח המדינה לשני ראשיה הראשונים של טענת ההפליה - שעל פרטיה איננו רואים צורך לחזור - הניחה את דעתנו כי החלטות התביעה ביחס לאי העמדתן לדין של החברות ה"קשורות" וה"עצמאיות", ששמותיהן פורטו בטיעוניהם של מערערי איילון, התבססו על שיקולים ענייניים שהובילו את

התביעה למסקנה כי אין עניין ציבורי בהעמדתן לדין של החברות הללו. לעיל עמדנו על ההבחנה בין אכיפה חלקית מותרת לבין אכיפה בררנית פסולה. ראינו כי אכיפה בררנית עשויה להקים לנאשם הגנה מן הצדק, ובהתקיים הנסיבות המתאימות לכך - אף להוביל לביטול כתב-האישום שהוגש כנגדו. הנחת המוצא היא אמנם, כי גם בעבירה מרובת משתתפים, מוטל על התביעה לשאוף להעמדה לדין של כל המעורבים בה. האשמת כל המעורבים מגשימה את האינטרס הכללי שיש לציבור בהעמדתו לדין של כל מי שהפר איסור פלילי ויש נגדו ראיות לכאורה. כן היא מקיימת את עקרון השוויון ומונעת חששות לתחושת אי-צדק ולפגיעה באמון הציבור במערכות האכיפה, המתלווים לאכיפה חלקית, שבעיני הציבור עלולה להתפרש כאכיפה שרירותית. אך לכלל זה יש גם יוצאים, ואף כשהמדובר בעבירה מרובת משתתפים רשאית התביעה, משיקולים ענייניים, להסתפק בהעמדתם לדין של חלק ממבצעי העבירה. יש שהשאפה להעמיד לדין את כל המעורבים איננה מעשית, לנוכח נסיבותיו הקונקרטיות של האירוע. כך, למשל, אינה דומה אכיפה חלקית בקרב משתתפיה של הפגנת המונים בלתי-חוקית, לאכיפה חלקית בקרב מספר מצומצם של שותפים לעבירה חמורה כגון שוד מזוין. אך ניתן לומר, כי גם כשאין המדובר בעבירה המערבת המונים, רשאית התביעה - במקרים חריגים ועל יסוד קריטריונים מוגדרים, ברורים ושוויוניים - להסתפק בהאשמת חלק מן המעורבים. בגיבוש עמדתה לעניין זה מוטל על התביעה להביא בחשבון ולייחס משקל ראוי למכלול של שיקולים, ובהם: מהות העבירה ונסיבות ביצועה; מספר מבצעי העבירה וחלקו (המוחלט והיחסי) של כל אחד מהם; מידת העניין הציבורי שיש, בנסיבות העניין, באכיפה מלאה, לעומת היתרונות האפשריים שבהעמדתם לדין של חלק מן המבצעים, כחיסכון במשאבים, ייעול ההליך והשגת הכרעה שיפוטית מהירה. סבירות החלטתה בכל מקרה שכזה נגזרת מקיום שיקולים ראויים התומכים בהחלטה ומקיום איזון ראוי בין שיקולים אלה לבין השיקולים הנגדיים. נראה לנו כי השיקולים שהנחו את התביעה בפרשתנו, להסתפק בהאשמתן של חלק מחברות הביטוח שהיו מעורבות בפרשת הקרטל, עומדים במבחן הסבירות. מן העובדות עולה כי הקרטל הקיף כמעט את כל משק הביטוח; והדעת נותנת כי העמדתן לדין של כל החברות כולן, מבלי להבחין בין מי שהיו יותר או פחות דומיננטיות בקשירתם וביישומם של ההסדרים הכובלים, עלולה הייתה להצמיח רעה תחת טובה, הן מבחינת גודל הנטל שהייתה היא מטילה על

מערכת התביעה ועל בית-המשפט, והן מבחינת עוצמת הטלטלה שהייתה היא גורמת למשק הביטוח. בפרשתנו ניצב לנגד עיני התביעה גם הצורך לגייס עדי תביעה מקרב בעלי התפקידים הבכירים בחברות השונות. בנסיבות העניין, ולנוכח אופייה של עבירת ההסדר הכובל, שביצועה מותנה בתיאום הדוק ובשיתוף פעולה בין מבצעה, אף צורך זה נראה לנו כשיקול לגיטימי.

באי-כוח המדינה הטעימו, כי בהבחנתה בין החברות שהועמדו לדין לבין החברות שלא הועמדו לדין, פעלה התביעה על-פי מבחן "מן הכבד אל הקל"; משמע שהגשת כתבי-האישום כוונה כלפי החברות שחלקיהן בקשירת וביישום ההסדרים הכובלים היה יותר דומיננטי מחלקיהן של חברות אחרות. ההסברים שנכללו בתשובתם המפורטת לשני ראשיה הראשונים של טענת ההפליה הניחו את דעתנו, כי הבחנת התביעה, בין החברות שהועמדו לדין לבין החברות שלא הועמדו לדין, אכן התבססה על מבחן לגיטימי זה. על-כל-פנים, בראיות שהובאו במשפט אין כדי לסתור מסקנה זו. נראה שבעניין זה נמנעו הצדדים מלהרחיב בשלב הבאת הראיות לנוכח ההסדר הדיוני שאליו הגיעו בפתח הדיון במשפט. אלא שבהסדרם האמור הסכימו הצדדים, כי בית-המשפט יניח שבידי מערערי איילון יש ראיות להוכחת טענתם בדבר מעורבותן בעשיית הקרטל של חברות נוספות על אלה שהואשמו. אך ספק אם ניתן להסיק מן ההסדר שהצדדים הסכימו שבית-המשפט יניח כי בידי מערערי איילון ראיות להוכחת טענתם שחלקן של החברות אשר לא הואשמו בעשיית הקרטל היה יותר דומיננטי מחלקה של איילון. זאת ועוד: מן הראיות שהובאו עולה, כי רשימת המועמדים להגשת כתבי-אישום גובשה על-ידי התביעה לאחר דיונים ממושכים בהם נטלו חלק פרקליטים בכירים. כן עולה, כי משהעלו מערערי איילון את טענת ההפליה, במסגרת השימוע שקדם להגשת כתב-האישום כנגדם, הסכימה התביעה לשמוע את באי-כוחם ולשוב ולבחון את טענתם. בנסיבות אלו לא ניתן לומר, כי החלטת התביעה להסתפק באכיפה חלקית הייתה שרירותית או רשלנית. נמצא אפוא כי ההחלטה להאשים חלק מן החברות ושלא להאשים אחת-עשרה חברות אחרות, הייתה בגדר אכיפה חלקית לגיטימית ולא בגדר אכיפה בררנית פסולה. יתר-על-כן: בהחלטת התביעה להגיש כתב-אישום נגד איילון לא נפל, לדעתנו, כל פגם. מחומר החקירה, שמערערי איילון הסתמכו עליו לביסוס טענת ההפליה, אכן עולה כי

בעשיית הקרטל היו מעורבות גם חברות ביטוח שלא הועמדו לדין, אך מחומר זה לא ניתן להסיק כי מעורבותן של חברות אלו בעשיית הקרטל הייתה יותר דומיננטית מזו של איילון. זאת ועוד: לוי רחמני שימש בתקופה הרלוונטית כיושב-ראש ועד ענף ההנדסה באיגוד; וממצאי בית-המשפט המחוזי עולה בבירור, כי מכוח תפקידו האמור מעורבותו בעשיית ההסדר הכובל, לפחות בענף הצמ"ה, הייתה מרכזית ביותר. גם שורת הראיות והמסמכים שהיו בידי התביעה עובר להגשת כתבי-האישום, מלמדת על מעורבותה הממשית של איילון בעשיית הקרטל. בנסיבות אלה, גם אם אין בידינו ראיות מבוררות בדבר היחס שבין מעורבותה של איילון למעורבותן של חברות אחרות; וגם אם נניח כי ייתכן והיו חברות נוספות שמעורבותן בקרטל הייתה דומיננטית ובכל זאת לא הועמדו לדין, אין בידינו לומר כי יש בהעמדתה של איילון לדין משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות המצדיקה את ביטול כתב-האישום שהוגש כנגדה.

33. במבחן ה"דומיננטיות", שעל-פיו החליטה התביעה אלו מן החברות להעמיד לדין, לא מצאנו כל פגם. באי-כוח המדינה טענו, כי אותו מבחן הנחה את התביעה גם בגיבוש החלטתה, לעניין ברירת המועמדים לאישום מקרב נושאי המשרה בחברות השונות. בצדקת הטענה הזאת נוטים אנו לפקפק. ביחס לאחד מנושאי המשרה (מר יעקב צורני), שחרף חשיבות תפקידו בחברת הפניקס ומעורבותו בענייני הקרטל לא הועמד לדין, נכלל בתשובת המדינה הסבר ספציפי. אך מסופקנו אם למדינה היה הסבר של ממש לאי-העמדתם לדין (או אף לאי-חקירתם) של נושאי משרה אחרים, ובכלל זה של מי שבתקופה הרלוונטית כיהן כמנכ"ל חברת הביטוח הראל המשמר וכסגן יושב-ראש ועד ענף ביטוח הרכב באיגוד; אף שלטענת מערערי איילון, נושא משרה זה נמנה עם המשתתפים בישיבות ה"קבינט" והיה מעורב בעשיית הקרטל. אך מספקותינו ביחס לנקודה שצוינה אין להסיק דבר היכול להועיל לטענת מערערי איילון, כי בהעמדתו לדין של נגה רחמני הייתה משום הפליה לרעה. ראשית, מפני שהראיות שהביאו הצדדים במשפט אינן מאפשרות להסיק מסקנה בטוחה ביחס לשאלה, חלקו בביצוע העבירות של מי מנושאי המשרה (שהועמדו או שלא הועמדו לדין) היה יותר או פחות דומיננטי מחלקו של נגה רחמני; ומה שנאמר לעיל, לעניין מגבלתו של ההסדר הדיוני להוות מקור לתשובה ביחס לחלקיהן של

החברות, יפה גם לעניין חלקיהם של נושאי המשרה. ושנית - ובכך העיקר - גם אילו הנחנו, כי בקרב נושאי המשרה בחברות האחרות היו כאלה שחלקיהם בקשירת וביישום ההסדרים הכובלים היו יותר (או לא-פחות) דומיננטיים מחלקו של נגה רחמני, לא היינו מוצאים יסוד לקבוע כי בהעמדתו לדין של נגה רחמני יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. הכול מודים כי גם בהעמדתו לדין של נגה רחמני פעלה התביעה בתום-לב. האשמתו עלתה בקנה אחד עם עקרונות ההחלטה להעמיד לדין שניים מנושאי המשרה הבכירים בכל אחת מן החברות המעורבות בעשיית הקרטל; ומקרהו בוודאי איננו נופל לגדר המקרים הנדירים שבהם, חרף תום-לבה של התביעה, ימצא בית-המשפט צידוק לבטל כתב-אישום, מטעמי הגנה מן הצדק, עקב אכיפה בררנית. לא למותר להוסיף, כי מחומר הראיות שהיה בידי התביעה בעת גיבוש החלטתה עלה כי נגה רחמני נמנה עם המשתתפים ב"ישיבות השולחן". על מעורבותו הישירה ביישום של הקרטל העידו מסמכים בחתימתו. מחלק מאלה, שנשלחו לבכירים בשוק הביטוח, ניכרה מעורבותו הישירה במשימות ה"שיטור" של הקרטל. כן יצוין כי בחקירותיו לא העלה נגה רחמני את הטענות, שעליהן השליך את יהבי הגנתו במשפט, כי בכל מעשיו מילא אחר הוראות שקיבל מאביו, או כי פעל למראית-עין. גם בכבישת טענותיו האמורות יש כדי לגרוע מעוצמת טענתו כי העמדתו לדין הייתה, כשלעצמה, בלתי-מוצדקת; שכן על המבקש סעד מכוח הגנה מן הצדק חלה חובת ניקיון הכפיים. בנסיבות אלו, לא ניתן לומר כי החלטת התביעה, אשר נשענה על התשתית הראייתית הלכאורית שעמדה לפניה באותה העת, ולאחר שכבר החליטה להעמיד לדין את איילון מחמת מעורבותה בקרטל, לקתה בחריגה ממשית ממתחם הסבירות שיש בה כדי להצדיק את ביטול כתב-האישום כנגד נגה רחמני.

טענת ה"חרם"

34. על טענתם המקדמית, כי מטעמי הגנה מן הצדק יש לבטל את כתב-האישום כנגדם לנוכח החרם שהשותפות לקרטל הטילו על איילון עקב סירובה לשתף עימהן פעולה, חזרו מערערי איילון גם במסגרת המשפט העיקרי, ובפועל הפכה טענה זו לאחת הטענות המרכזיות שמערערי איילון סמכו עליהן את הגנתם מפני האישומים גופם. טענתם כי איילון סירבה להצטרף להסדרים הכובלים לא התיישבה, כלל

ועיקר, עם ראיות שהעידו על מעורבותם של מערערי איילון בגיבוש ובאכיפת ההסדרים הכובלים; ודומה כי בניסיון ליישב את טענתם עם ראיות אלו הוסיפו מערערי איילון וטענו, כי הצטרפותם להסדרים הכובלים והשתתפותם בישיבות הפורומים הקרטליים, היו למראית-עין בלבד; היינו כי, מחשש שיבולע להם אם יוסיפו לעמוד בסירובם, פעלו כ"אנוסים", נטלו חלק בפעילויות הקרטל אך נמנעו מליישם בפעילותה העסקית של איילון את החיובים הנובעים מן ההסדרים הכובלים. במהלך בירור המשפט צמצמו מערערי איילון את טענת מראית-העין להסדר הכובל בענף הדירות ולהסדר הכובל בשוק הקולקטיבים; ועם זאת הותירו על כנה את טענתם, כי החרם שהוטל על איילון התייחס לכל ענפי הביטוח. נציין כי באף אחת משמונה ההודעות, שנגבו מהם במהלך תקופת חקירתם, לא העלו לוי ונגה רחמני את טענתם בדבר היותה של איילון קורבן לחרם מצד חברות ביטוח אחרות. לראשונה העלו את הטענה (במתכונת מצומצמת) במסגרת השימוע שנערך להם; ואף בשלב הטענות המקדמיות הועלתה הטענה בהיבט מצומצם. הפעם הראשונה, שבה הוצגה טענת החרם על שלל מופעיה, הייתה במסגרת עדותו של לוי רחמני, היינו כשנתיים לאחר תחילת ההוכחות במשפט.

35. בית-המשפט המחוזי דחה את טענת החרם "ללא שמץ של התלבטות או היסוס". בהסתמכו על הראיות קבע בית-המשפט, כממצא עובדתי, כי איילון כלל לא הייתה קורבן של הקרטל, אלא שותפה מלאה ופעילה בו, ואף התעשרה משמעותית מקיומו. בית-המשפט לא שלל, אמנם, את העובדה כי בשלב מסוים הועלתה הצעה כללית להטלת חרם על איילון, ואף לא שלל את האפשרות כי "פה ושם הועלו מספר הצעות ספציפיות להטלת חרם על איילון שאולי אף מומשו בחלקן". עם זאת קבע, כי מהלכים אלה לא כוונו כנגד איילון מחמת סירובה להצטרף לקרטל, כי אם עקב חריגות היתר שלה מן המגבלות שההסדרים הכובלים, שהצטרפה אליהם מרצונה, הטילו עליה. בנימוקיו לדחיית טענת החרם עמד בית-המשפט גם על חוסר מהימנותם של מערערי איילון, שבמהלך פרשת הראיות של התביעה כבשו את גרסתם ביחס לחלק ממופעי החרם. כן קבע בית-המשפט כי העובדה שמערערי איילון כבשו את טענתם במהלך החקירה "מפחיתה מאוד את משקלה הראייתי של גירסתם זו, ודוחקת

למסקנה כי טענת החרם והקורבן הינה בעיקרה וברובה גירסה דמיונית, בדומה, אשר, כטענת המאשימה, נבחרה ע"י [מערערי] איילון כטקטיקה לניהול המשפט".

36. בערעורם השיגו מערערי איילון בהרחבה ובחריפות על צדקת קביעותיו ונימוקיו של בית-המשפט המחוזי לדחיית טענת החרם. עיינו, עיין היטב, בטיעוניהם ולא מצאנו כי יש בהם כדי להקים עילה להתערבותנו בהכרעת בית-המשפט המחוזי לעניין זה. בהכרעת-דינו בחן השופט המלומד, בהרחבה ובקפידה, את הראיות והטענות שהתייחסו לנושא החרם. למערערי איילון ניתנו מלוא ההזדמנות והשהות הנדרשות להוכחת טענתם, אלא שבסופו-של-דבר הוברר לבית-המשפט כי טענתם תלויה על בלימה, וכי לבד מבדל ראיה שהוצג לתמיכתה (מוצג נ/155, שהוזכר בפסקה 31 לעיל), סומכת הטענה, בעיקרה, על גרסתם הכבושה והבלתי-מהימנה של לוי ונגה רחמני. יצוין כי מנגד, הציגה התביעה שורה ארוכה של עדויות ומסמכים, להוכחת העבירות שייחסה למערערי איילון; וכי גם אלה - שמשמעותם המפלילה הייתה ברורה לחלוטין - נבחנו על-ידי בית-המשפט בקפידה רבה.

יתרה מכך, גם אם נניח, כי פה ושם אכן הועלו הצעות כלליות כלשהן להטלת חרם על איילון בשל התנהגותה התחרותית, וכי איומים בחרם הופנו כלפיה - כטענת מערערי איילון - אף לפני הצטרפותה לקרטל, לא יהיה בכך כדי להועיל להם. לפני מנהל עסקים, הנתון ללחצים מצד מתחריו, הדורשים ממנו להצטרף לקרטל, פתוחות דרכים שונות ומגוונות להביא את עניינו לפני הרשות להגבלים עסקיים. מנהל עסקים איננו בן-חורין להצטרף לקרטל, בשל לחצים כאלה ואחרים המופעלים עליו, ואם הוא עושה כן, אין הוא יכול להישמע בטענה כי היה "אנוס" להצטרף. כן אין הוא יכול להישמע בטענה, כי הצטרפותו לקרטל הייתה "למראית-עין" בלבד. שכן, בעצם הצטרפותו, ולו למראית-עין, תורם הוא לחיזוקו של הקרטל; ומקל על חברי הקרטל - הסבורים כי הוא משתף פעולה עימם - לגבש את הסדריהם. במעשיו אלה, פוגע הוא, ללא ספק, בעקרון התחרות החופשית, שחוק ההגבלים נועד להגן עליו. בצדק, אם כן, ציין בית-המשפט המחוזי, כי כעניין של מדיניות יש להימנע "מלהעניק הגנה כלשהי לשותף לקרטל אשר מצדיק את מעשיו (בדיעבד) בטענת 'כורח' או 'אנוס' שמקורו בחרם שהוטל על-ידי הקרטל".

במקרה שלפנינו, כפי שעוד נפרט בהתייחסנו לאישומים גופם, לא זה בלבד שאיילון הצטרפה לקרטל מתוך בחירה חופשית, אלא שבחלק מן העניינים היא אף נטלה חלק פעיל בתהליכי גיבושם ואכיפתם של ההסדרים הכובלים. בנסיבות אלו איננו סבורים, כי בניהול ההליך הפלילי בעניינם של מערערי איילון יש משום פגיעה, ובוודאי לא פגיעה חריפה, בתחושת הצדק וההגינות שבכוחה להצדיק את ביטול כתב-האישום שהוגש כנגדם מטעמי הגנה מן הצדק.

הפגמים בחקירה

37. המערערים השיגו על חוקיות ותקינות החקירה שקוימה בעניינם. ראשית, טענו, כי הטלת החקירה על חוקרים פרטיים נגדה את הדין ולקתה בחוסר סמכות; ושנית, כי גם בהליך החקירה גופו נפלו פגמים חמורים. ליקויים אלה, טענו המערערים, הצדיקו הכרזה על בטלות החקירה וכתב האישום, ולמצער אינו את קבילותן ומשקלן של הראיות שהושגו במסגרת החקירה הפסולה.

38. העובדות הצריכות לעניין, שעיקריהן כבר הוזכרו לעיל, אינן שנויות עוד במחלוקת: בשנת 1992 שכר הממונה על ההגבלים את שירותיהם של שני חוקרים פרטיים (קציני משטרה בדימוס) והטיל עליהם משימות חקירה הקשורות באכיפת סמכויותיו לפי חוק ההגבלים. היה זה בטרם הוקמה רשות ההגבלים. הואיל ומשטרת ישראל לא הייתה נכונה לקבל על עצמה עריכת חקירות בתחום ההגבלים העסקיים, ולנוכח כוח האדם המצומצם שעמד לרשותו, החליט הממונה על ההגבלים להעסיק חוקרים חיצוניים לשם אכיפת הוראות החוק שהופקד על ביצועו. בסוף שנת 1992 הטיל הממונה על החוקרים הפרטיים לחקור את אורחות התנהלותו של שוק הביטוח. סמוך לתחילת שנת 1993 - לאחר מספר חודשים שבמהלכם הועסקו החוקרים הפרטיים כקבלניים עצמאיים - ניתנו להם כתבי הסמכה כחוקרי היחידה להגבלים עסקיים; ובחווה שנכרת עימם נקבע, כי הם יהיו כפופים להוראות הדין, לכללים ולנהלים החלים על חוקר בשירות המדינה, והוטלה עליהם חובת דיווח לממונה על ההגבלים. ביום 9.1.1993 (דהיינו מספר חודשים לאחר תחילת ההתקשרות עם החוקרים, וזמן קצר לאחר חתימת חוזה ההעסקה) פנה הממונה על

ההגבלים אל פרקליטת המדינה, וביום 23.2.1993 קיבל את אישורה להעסקתם של החוקרים הפרטיים. ביני לביני (במחציתו השנייה של חודש ינואר) עברו החוקרים מניהולה של חקירה סמויה לניהול חקירה גלויה. מספר חודשים לאחר פתיחת החקירה הוקמה רשות ההגבלים ובמסגרתה הוקמה גם מחלקת חקירות אורגנית של הרשות. אל החוקרים הפרטיים צורף עורך-דין, מן המחלקה המשפטית של רשות ההגבלים, אך עיקר ניהולה של החקירה הושאר בידיהם. לקראת סוף שנת 1993, לאחר השלמת רובה ועיקרה של החקירה, סיימו החוקרים הפרטיים את תפקידם ואת השלמות החקירה שנדרשו, בטרם הועבר התיק לפרקליטות, ביצעה מחלקת החקירות האורגנית של הרשות.

39. כפי שכבר הוזכר (בפסקה 8 לעיל), לאחר שהתביעה סיימה את פרשת ראיותיה במשפטם, טענו המערערים כי כתב-האישום שהוגש נגדם בטל מעיקרו באשר ההחלטה להגישו התבססה על תוצאות חקירה שנוהלה על-ידי חוקרים פרטיים, שלא הוסמכו לכך כדין. לממונה על ההגבלים, טענו, כלל לא הייתה סמכות להפקיד את ניהולה של החקירה בידי החוקרים הפרטיים, ומכאן שהסמכת החוקרים על-ידי נעשתה שלא כדין. כן טענו, כי החוקרים פעלו תוך ניגוד עניינים ממשי ואגב חריגה בוטה מכללי חקירה תקינים, ובכך פגעו בזכותם של המערערים להליך הוגן, הסבו להם נזקים ראייתיים וחוקתיים, ובכך קיפחו את יכולתם להתגונן מפני האשמות שיוחסו להם. לחלופין טענו המערערים, כי הראיות שנגבו במסגרת החקירה אינן קבילות משום שהושגו שלא כדין, וכי חלק מן העבירות שיוחסו להם התיישנו, שכן החקירה שנוהלה נגדם (בהיותה בלתי-חוקית) לא הפסיקה את מירון ההתיישנות. בהחלטת ביניים (מיום 7.11.1999) דחה בית-המשפט המחוזי את טענות המערערים. בהחלטתו נקבע כי הממונה על ההגבלים אמנם חרג מסמכותו, כאשר מינה חוקרים פרטיים לביצועה של חקירה פלילית; אלא שלנוכח עקרון הבטלות היחסית, ולאור האיזון בין האינטרסים המתנגשים בנסיבות העניין, אין בכוח הפגם בהסמכת החוקרים כדי להוביל להכרזה על בטלות החקירה וכתב-האישום שהוגש בעקבותיה. מאותו הטעם דחה בית-המשפט גם את טענת ההתיישנות. בהתייחסו לטענות על אודות הפגמים שנפלו בהליך החקירה גופו קבע בית-המשפט כי לפגמים הנטענים עשויה להיות נפקות במסגרת הכרעת הדין, לעניין מהימנות

הראיות ומשקלן, וכן לעניין השאלה אם ראוי לזכות את הנאשמים (להבדיל מלבטל את האישומים נגדם) מחמת קיפוח מהותי של יכולתם להתגונן. הטענה בדבר אי-קבילות תוצרי החקירה כראיות נדחתה אף היא, לאור ההלכה הפסוקה השוללת את תחולתה בדיננו של דוקטרינת "פרי העץ המורעל".

40. במסגרת סיכומי טענותיהם לפני בית-המשפט המחוזי חזרו המערערים והצביעו על הפגמים החמורים שלטענתם נפלו בהסמכת החוקרים הפרטיים ובהליך החקירה גופו. כן טענו, כי מן הראיות שהובאו על-ידם במסגרת פרשת ההגנה עולה, כי הפגמים שבהם לקתה החקירה היו אף חמורים ממה שנראה לאחר סיום פרשת התביעה ומתן החלטת הביניים. כך, בין היתר, טענו, כי בעת ביצוע החקירה היו החוקרים נתונים ב"סבך של ניגודי עניינים"; זאת לנוכח קשרי העבודה שהיו להם עם חברות הביטוח הנחקרות - לפני, אחרי ובמידה מסוימת אף במהלך תקופת העסקתם על-ידי הממונה על ההגבלים. כן טענו כי בייחסם לחברות הביטוח הנחקרות נקטו החוקרים מידה של איפה ואיפה, באופן שחברות שהחוקרים חפצו ביקרן לא הועמדו בסופו-של-דבר לדין. עוד טענו, כי בשל ניגוד העניינים שבו היו נתונים פעלו החוקרים מתוך מוטיבציית-יתר להשיג הרשעה, וכי משום כך אף התמקדו בכיווני החקירה המפלילים תוך זניחת כיווני חקירה בעלי פוטנציאל לזיכוי (כדבר מעורבותם של המפקח על הביטוח ושל מבטחי המשנה ביצירת התיאום שבין החברות). לנוכח כל אלה, טענו בסיכומיהם, כי יש לזכותם "מן הדין ומן הצדק", בין בשל קיפוח הגנתם ובין בשל הספק הסביר שלטענתם יצרו הפגמים בשאלת אשמתם.

41. בהכרעת-דינו שב בית-המשפט המחוזי ובחן, על יסוד הראיות שהובאו במשפט, את טענות המערערים לעניין הפגמים שבהם לקה הליך החקירה. בית-המשפט ציין, כי הראיות שהובאו לאחר החלטת הביניים אמנם הביאו ל"תנועה מתונה של 'מחוג עוצמת הפגמים' לכיוון הסניגוריה". בית-המשפט נכון היה לקבל חלק מהשגות המערערים על תקינות הליך החקירה, או, למצער, להניח לטובתם כי לחלק מהשגותיהם יש יסוד. אך בית-המשפט דחה את טענתם כי בפגמים שנפלו יש כדי להכריע את גורל ההליך כולו. למען השלמות נעמוד, בקצרה, על עיקרי קביעותיו של בית-המשפט ביחס לפגמים בחקירה שעליהם הלינו המערערים.

בהתייחסו לטענה כי החוקרים פעלו תוך ניגוד עניינים, היה בית-המשפט נכון להניח, כי "שוק הביטוח הוא שוק עבודה משמעותי ביותר עבור חוקרים פרטיים"; כי "החוקרים הפרטיים עבדו בעבר בשירות שוק הביטוח"; כי "נפח פעילות זה לא היה שולי"; כי "שוק הביטוח צפוי היה להיות מקור הכנסה עתידי של החוקרים הפרטיים"; וכי היו ככל הנראה מקרים ספורים שבהם העניקו החוקרים שירותים נקודתיים ללקוחות ותיקים שלהם מקרב חברות הביטוח גם תוך כדי החקירה (אך לדבריו, "לא היה בהם כדי להשפיע על החקירה"). עם זאת קבע בית-המשפט, כי ניגוד העניינים שעליו הלינו המערערים היה מדומה בלבד, שכן כל האינטרסים שפעלו על החוקרים כווננו לביצוע עבודה מקצועית, אשר תותיר רושם חיובי הן על הממונה על ההגבלים והן על חברות הביטוח. את הטענה, כי החוקרים הפלו לטובה חלק מחברות הביטוח דחה בית-המשפט כחסרת בסיס עובדתי. בית-המשפט לא שלל את טענת המערערים, כי החוקרים מיקדו את חקירותיהם בכיוונים המפלילים. עם זאת דחה את ניסיון המערערים לייחס זאת למניע פסול של החוקרים. בית-המשפט קבע, כי הממונה על ההגבלים עצמו - ולא החוקרים - הוא שקבע לאיזה כיווני חקירה יוקדשו מאמצי החוקרים; זאת מתוך שחתר לסיומה המהיר של החקירה שכבר בראשיתה העלתה ראיות מפלילות משמעותיות נגד המערערים.

42. בהכרעת-דינו עמד בית-המשפט על שורת פגמים נוספים שבהם לקה הליך החקירה: כך, בין היתר, צוין, כי לא הייתה היררכיה רשמית בין החוקרים הפרטיים; כי פיקוח הממונה על ההגבלים על עבודתם והתנהגותם של החוקרים כמעט שלא התקיים במרבית הזמן; כי החוקרים לא היו כפופים לדין המשמעתי החל על חוקרים שהם עובדי ציבור; כי התגלתה "תמונת מצב קשה בנוגע לאופן ביצוע הרישומים בחקירה"; כי לעתים הופרו כללי החיפוש, הסימון והתפיסה של מסמכים; לעתים לא נתפסו מסמכים שהיו צריכים להיתפס; לעתים אבדו מסמכים שנתפסו; לעתים (אמנם רחוקות) הופעל לחץ על נחקרים או שנעשה שימוש אחר ב"דינמיקת חקירה פסולה". לדברי בית-המשפט, "בחלק מהמקרים סטו החוקרים, שנהנו מעצמאות יתירה, מנוהלי חקירה ראויה", ו"גם העובדה שיחידת החקירות האורגנית [של רשות ההגבלים] אימצה את החקירה, אין די בה כדי לתקן את הפגמים שנפלו בחקירה,

באשר ה'אימוץ' התבצע בשלב מאוחר למדי ועל ידי יחידת חקירות חדשה, בלתי כשירה ובלתי מיומנת ... וגם פעולות החקירה שביצעה בעצמה לקו בפגמים". ליקויים חמורים במיוחד מצא בית-המשפט באופן שבו נחקרה שאלת השפעתו של הקרטל על המשק (אשר כונתה "חקירת כימות הישום" של הקרטל). חקירה זו, שלא הניבה כל תוצאות, התנהלה לדעת בית-המשפט "מתוך רשלנות רבתי", הייתה בעלת "נופך של חקירה חצי 'פרטיזנית'", והתאפיינה בין היתר ב"העדר כמעט מוחלט של תיעוד ... ובכלל זה העלמות מסמכים". אלא שהאחריות לפגמים בחקירה זו הוטלה, בעיקרה, על יחידת החקירות האורגנית של רשות ההגבלים; ובית-המשפט קבע, כי בפגמים חמורים אלה אין כדי "להביא למסקנות גורפות בדבר דרך ניהול החקירה בשלביה המוקדמים יותר". לנוכח מצבור הפגמים שנפלו בחקירת כימות הישום קבע בית-המשפט כי "שומה עלי להניח לטובת הנאשמים כי הרשות אכן ניסתה לבצע בדיקה שתנתח את התוצאות הכלכליות של יישום הקרטל - ולא העלתה דבר". בית-המשפט המחוזי קבע, כי לנוכח הפגמים שבהם לקתה החקירה, החוקרים הפרטיים אינם יכולים ליהנות מחזקת הכשרות המינהלית הגם ש"אין לקבוע כי מעשיהם יצרו חזקה הפוכה של העדר תקינות". ועוד ראה לציין, כי בעדויות החוקרים הפרטיים במשפט "נתגלו מקרים לא מעטים של אי-התאמה", וכי לפיכך יש לייחס להן "מהימנות חלקית, בעלת משקל מופחת, באופן שמחייב לבחון בקפדנות ובזהירות את דבריהם".

בסיכום מסקנותיו קבע בית-המשפט, כי בנסיבות העניין אין בפגמים שנפלו בהליך החקירה כדי להוביל לזיכויים ה"גורף" של המערערים; הן משום שרוב הפגמים נגעו לראיות מעטות, שביחס למכלול הראיות המפלילות התקינות שהוגשו במהלך המשפט היו שוליות, והן משום שפגמים רבים (ככל שהיו רלוונטיים לאישומים) רופאו במידה רבה בשלבים מאוחרים יותר של ההליך. כן קבע בית-המשפט, כי בנסיבות ענייננו אין מקום להסיק מהפגמים שהתגלו בראיות השוליות, כי קיימים פגמים מהותיים (בלתי ידועים) גם בראיות האחרות. מטעמים אלה דחה בית-המשפט גם את טענות המערערים בדבר קיפוח הגנתם. את טענת המערערים, כי הפגמים שבהם לקה הליך החקירה מעוררים ספק סביר באשמתם, בחן בית-המשפט במסגרת דיונו באישומים גופם. ברם, אף במקרים שבהם החליט לייחס לראיות

ש"נפגמו" משקל מופחת, ולעתים אף משקל אפסי, לא מצא יסוד לקבל את הטענה. יצאו מכלל זה רק שני פריטים (האחד בגדר האישום הראשון והשני בגדר האישום השני) שמהם זוכו המערערים מחמת הספק (הפירוט הובא בפסקה 13 לעיל), כשבגיבוש מסקנתו לעניין קיום הספק באשמתם הביא בית-המשפט בחשבון, בין יתר שיקוליו, גם את פגמי החקירה, שלגבי פריטים אלה נמצא כי היו מהותיים.

פגמי החקירה וההליך הפלילי - היבט נורמטיבי

43. בערעוריהם חזרו המערערים והעלו לפנינו את טענותיהם על אודות הפגמים שנפלו בהליכי החקירה וכן בהליך הפלילי שנוהלו כנגדם. טענותיהם על אודות פגמיה של החקירה (כמו גם השגותיהם, שתידונה להלן, על כשרות הראיונות שקיימה התביעה עם עדיה) נמנות עם סוגי הטענות שככלל ראוי לבחון לאורם של שני מבחנים נפרדים: עניינו של האחד הוא בשאלה, אם לנוכח הפגמים שבהם לקו הליכי החקירה היה זה מוצדק והוגן לפתוח (או להוסיף ולנהל) את ההליך הפלילי נגד המערערים; ואילו עניינו של השני הוא בשאלה, אם ועד כמה השפיעו פגמי החקירה על הוכחת העבירות שיוחסו למערערים ברמה הנדרשת בפלילים.

יושם-אל-לב כי המדובר בשני מסלולי בחינה נפרדים, שנועדו לקדם תכליות ערכיות שונות: המבחן הראשון נועד לקדם אינטרסים ציבוריים רחבים הקשורים בניהולם של הליכים פליליים, כצדק והגינות. בגדרו של מבחן זה פועלת, בין היתר, ה"הגנה מן הצדק", שעליה עמדנו לעיל. כן פועל בו שיקול הדעת המוקנה לתביעה שלא להגיש כתב אישום בשל היעדר "עניין לציבור" בהעמדת החשוד לדין (ראו: סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי; בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 506 ואילך). עוד פועלות במישור זה טענות הגנה מקדמיות שונות, כמו, למשל, טענת ההתיישנות; ואף הגנות מתחום הדין המהותי, כגון הגנת "זוטי דברים" (לפי סעיף 34 לחוק העונשין) המונה בין יסודותיה את "האינטרס הציבורי". ואילו ביסוד המבחן השני - המבוסס על דיני הראיות - ניצב אינטרס ציבורי מרכזי אחד, והוא חקר האמת. ברם, אף שהמדובר בשני מבחנים שונים ונפרדים, קיימות ביניהם השפעות גומלין. כך, למשל, האינטרס הציבורי בחקר האמת נמנה עם מרכיביהם האפשריים של מושגי הצדק וההגינות (השוו: א' ברק "על

משפט, שיפוט ואמת" משפטים כז(1) (תשנ"ו) 11, 14). לפיכך, מתן תשובה שלילית לשאלה, כלום פגמי החקירה השפיעו על רמת הוכחתן של העבירות, עשוי להשפיע על ההכרעה בשאלה אם קיומו או המשכתו של ההליך הינו מוצדק והוגן. הוא הדין בהיפוך היוצרות: האינטרסים הציבוריים הקשורים בהליך הפלילי - ובהם צדק והגינות - משפיעים על הגדרת מושג ה"אמת" שההליך יהיה מצופה לבססה. כך, למשל, הם קובעים כי ניהול הליך פלילי הינו מוצדק והוגן מבחינה חברתית, רק אם ה"אמת" המפלילה תוכח בגדרו מעבר לספק סביר. האינטרסים שבשמירת שורת הצדק וההגינות עשויים אף להצדיק את פסילת קבילותן של ראיות מסוימות משיקולים החורגים במוצהר מחקר האמת העובדתית הצרופה (השוו: נ' זלצמן "אמת עובדתית" ו'אמת משפטית' - מניעת מידע מבית-המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים" עיוני משפט כד(2) (תשס"א) 263). זוהי תוצאת הפעלתה של דוקטרינת פרי העץ המורעל, באותן שיטות משפט המכירות בה; וזוהי גם אחת מתוצאות הפעלתה האפשריות של דוקטרינת ההגנה מן הצדק (ראו פסקה 21 לעיל). מאידך, מן הראוי להדגיש, כי לשיקולי צדק והגינות אין, ולא יכולה להיות, השפעה על קביעת מהימנותן ומשקלן של הראיות הקבילות; שכן, ביסוד קביעה זו ניצב רק האינטרס להגיע לחקר האמת.

44. זאת ועוד: בחינת פגמים שבהם לקתה חקירה פלילית, בעזרת שילובם של שני המבחנים האמורים, עשויה להביא להכרעות אפשריות שונות בהליך הפלילי. כך, למשל, אפשר שיימצא כי הפגמים פוגעים באופן כה חריף בתחושת הצדק וההגינות עד שיש בהם כדי לערער את ההצדקה החברתית שבעצם קיומו של ההליך. במקרים קיצוניים כאלה אפשר שמסקנה כזאת תצדיק את ביטול כתב-האישום מטעמי הגנה מן הצדק; זאת, גם אם הפגמים לא גרעו מערכן ההוכחתי של הראיות המפלילות. מאידך ייתכנו מקרים (ואלה בבירור יותר שכיחים) שבהם לא יהיה בפגמים כשלעצמם כדי להוביל למסקנה כי המשך קיומו של ההליך יפגע בשורת הצדק וההגינות, אך יהיה בהם כדי להקים יסוד לספק סביר בהוכחת העבירה ולהוביל לזיכוי, או (מקום שביצוע העבירה הוכח) להצדיק הקלה בעונש (השוו: פרשת כז, בעמ' 544; פרשת הר-שפי, בעמ' 763; ע"פ 725/95 מנדלברוט נ' מדינת ישראל, דינים עליון

מב 876, בפסקה 3(ג)(4); ע"פ 173/88 אסרף נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 785, 792-790; וע"פ 5390/96 אבו מדיעם נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 29, 45-46.

45. נפנה אפוא לבחון - לאור שילובם של שני המבחנים שעליהם עמדנו - את טענות המערערים בערעוריהם; תחילה לעניין הפגם שנפל בהסמכתם של החוקרים הפרטיים, ובהמשך לעניין הפגמים בחקירה גופה.

הפגם בהסמכת החוקרים

46. בית-המשפט המחוזי קיבל, כזכור, את טענת המערערים, כי הסמכת החוקרים הפרטיים בידי הממונה על ההגבלים נעשתה שלא כדין. בהחלטת הביניים שנתן בנושא זה קבע, כי "הממונה לא היה מוסמך לבחור בפתרון של הסמכת חוקרים פרטיים לחקור חשדות לעבירות על חוק ההגבלים העסקיים, חרף מצוקת כוח האדם בה הוא היה נתון". ובהכרעת-דינו דחה בית-המשפט את טענת התביעה, כי אישורה (הרטוראקטיווי) של פרקליטת המדינה למינוי החוקרים תיקן את הפגם שנפל בהסמכת החוקרים, באשר "מקור הסמכות לפעולתם של החוקרים הפרטיים לא היה הסמכתה, או ברכתה, של פרקליטת המדינה, אלא הסמכתם על-ידי הממונה מכוח סעיפים 45-46 לחוק ההגבלים העסקיים". בית-המשפט קיבל גם את טענתם הנוספת של המערערים, כי הממונה על ההגבלים פעל בניגוד להנחיית היועץ המשפטי לממשלה כאשר לניהול החקירה מינה חוקרים פרטיים שלא היו בעלי רישיונות לניהול משרד חקירות. עם זאת, ובהסתמכו על עקרון הבטלות היחסית, קבע בית-המשפט כי בפגמים שפורטו אין כדי להצדיק את המסקנה כי החקירה הייתה בטלה מעיקרה.

לפנינו טענו המערערים, כי משקיבל בית-המשפט המחוזי את טענתם - שלממונה על ההגבלים לא הייתה סמכות להטיל את ניהול החקירה על חוקרים פרטיים - היה עליו לפסול מעיקרה את החקירה כולה בהיותה חסרת תוקף חוקי. באי-כוח המדינה, לעומתם, חלקו על צדקת קביעתו של בית-המשפט המחוזי כי במנותו את החוקרים פעל הממונה ללא סמכות כדין. מכל מקום, טענו, כי הסמכת החוקרים נעשתה בהתאם להנחיות היועץ המשפטי לממשלה וכי משאישרה פרקליטת

המדינה את מינוי החוקרים (הגם שעשתה כן בדיעבד) תוקן הפגם שנפל במינוי. בין כך ובין כך, הוסיפו וטענו, תוצאת פגם במינויו של חוקר אינה בהכרח בטלות החקירה.

47. ככלל, חקירתן של עבירות מן הדין שתבצע בידי משטרת ישראל, או בידי גופים ממלכתיים אחרים, שעל-פי הוראות שנכללו בחוקים שונים הוסמכו לחקור עבירות לפי החוקים שהופקדו על אכיפתם (רע"פ 322/03 משה ח. אלי ע. בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(3) 851, 859). בסעיף 46(א) לחוק ההגבלים הוסמך הממונה על ההגבלים לחקור חשדות לעבירות לפי החוק האמור, ולצורך זה להסמיק חוקרים. בסעיף 45א, שהיתוסף לחוק ההגבלים בתש"ס-2000 (במסגרת תיקון מס' 6 לחוק), נקבע לאמור:

לא יסמיק הממונה חוקר כאמור בסעיף 46(א), אלא אם כן הוא עובד מדינה והתקיימו שניים אלה:
(1) משטרת ישראל לא הודיעה, בתוך חודש מפנייתה של הרשות אליה, כי היא מתנגדת למינויו מטעמים של ביטחון הציבור;
(2) הוא קיבל הכשרה מתאימה, כפי שנקבעה בין הממונה לבין משטרת ישראל.

בעת הרלוונטית לחקירת האירועים נושא דיוננו, חוק ההגבלים לא כלל הוראה מפורשת (כדוגמת סעיף 45א הנ"ל), כי הממונה על ההגבלים אינו רשאי להסמיק כחוקר את מי שאינו עובד המדינה. עולה אפוא השאלה, כלום בזמן הרלוונטי היה הממונה רשאי להסמיק כחוקרים גם את מי שאינם עובדי מדינה. התשובה לשאלה זו עשויה להיגזר מפירוש תכליתו של סעיף 45א: כלום הוראת הסעיף נועדה לשנות נורמה קיימת ולקבוע תחתיה נורמה חדשה, או שמא נועדה ההוראה אך לעגן בחוק, בלשון מפורשת, את הנורמה שהייתה שרירה וקיימת גם לפני חקיקתו? בשאלה זו, שאינה פשוטה כלל ועיקר, איננו נדרשים להכריע; שכן, גם בהנחה שהדין בסוגיה זו הוא עם המערערים - לאמור, כי הממונה על ההגבלים לא היה מוסמך להטיל את ניהול החקירה על החוקרים הפרטיים - אין כדי להוביל למסקנה הנטענת על-ידי המערערים, כי החקירה שנערכה בעניינם הייתה בטלה מעיקרה וכי דין כתב-האישום

שהוגש נגדם בעקבותיה היה להתבטל מבלי להידרש כלל לראיות שהושגו במסגרתה.

48. עם זאת, ומשום חשיבותה של הסוגיה, מוצאים אנו טעם להתייחס אליה, בתכלית הקיצור, לפנים מצורכי ההכרעה בפרשתנו. הטעם לעסוק בכך איננו כרוך עוד בשאלת סמכותו של הממונה על ההגבלים, שהלוא בסעיף 45א לחוק ההגבלים מצוי מענה ברור לשאלה זו. אלא שהסוגיה עלולה להתעורר בגדר פעולתה של רשות שלטונית אחרת. לכאורה נראה, כי גם לפני חקיקתו של סעיף 45א היה יסוד לפקפק בדבר קיום סמכותו של הממונה על ההגבלים להטיל את ניהול החקירה על חוקרים פרטיים. שורש הספק נעוץ באופי התפקיד שהוטל על החוקרים. בהענקת הסמכות לקיים חקירה פלילית גלום כוח, וממילא כרוכה סכנה, לפגיעה בפרטיות הנחקרים, בכבודם, בחירותם ובקניינם (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עיניים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 831). מטעם זה מתחייב, שככלל יש לפרש סמכות הניתנת בדבר-חקיקה לרשות שלטונית, להסמיך אדם לחקור חשד לביצועה של עבירה, כמתייחסת למינויו של עובד ציבור, הנתון למרותה ולפיקוחה של הרשות השלטונית והכפוף לכללי המשמעת והאתיקה החלים על עובדי השירות הציבורי. אמנם כבר נקבע, כי רשויות המדינה רשאיות להיעזר בשירותיו של חוקר פרטי (בג"ץ 119/75 פילוביץ' נ' להט, פ"ד כט(2) 122), אלא שקביעה זו לא התייחסה להענקת סמכות לניהולה של חקירה פלילית. לכאורה נראה, כי הדין לעניין הסמכתם של חוקרים פרטיים אינו יכול (או צריך) להיות שונה מכללו הרגיל של המשפט המינהלי, שלפיו עשויה הרשות לאצול לגוף פרטי סמכויות ביצוע של פונקציות מוגדרות, אך אינה רשאית להקנות לו סמכויות סטטוטוריות ומעין-שיפוטיות שהפעלתן נתונה לשיקול-דעתה של הרשות השלטונית (השוו: בג"ץ 39/82 הנפלינג נ' צילקר, פ"ד לו(2) 537, 541; בג"ץ 2303/90 פיליפוביץ' נ' משרד המשפטים, פ"ד מו(1) 410, 425; ובג"ץ 2505/90 התאחדות סוכני נסיעות ותיירות בישראל נ' שר התחבורה, פ"ד מו(1) 543, 550). ומשום אופייה המיוחד של הפונקציה החקירתית, שהפעלתה כורכת חשש לפגיעה בזכויות יסוד של הפרט, מן הראוי להפקידה בידי עובדי ציבור. לא למותר להוסיף, כי ככל שאכן נפל פגם בהליך מינויים של החוקרים הפרטיים בפרשתנו - ובשאלה זו, כאמור, איננו נדרשים להכריע - לא היה במה שנעשה בדיעבד כדי לתקן את הפגם.

בעיקר אמורים הדברים בהחתמתם של החוקרים על חוזה העסקה. החוזה אמנם הכפיף את החוקרים להוראות הדין, לכללים ולנהלים החלים על חוקר בשירות המדינה, וכן הטיל עליהם חובת דיווח לממונה על ההגבלים; אך משלא הכפיף אותם לדין המשמעתי החל על עובדי המדינה, לקה החוזה בחסר. גם בהסתמכות על הנחיות היועץ המשפטי לממשלה ובקבלת אישורה של פרקליטת המדינה להעסקת החוקרים - שבוודאי אינם מקור נורמטיבי להענקת סמכות - לא היה כדי לרפא את הפגם שבו לקתה הסמכתם.

49. לצורך ההכרעה בערעורים נניח אפוא - מבלי לפסוק - כי הסמכת החוקרים הפרטיים אמנם נעשתה שלא כדין. אך כמו בית-המשפט המחוזי אף אנו הגענו למסקנה, כי בנסיבות העניין, הפגם שנפל בהסמכת החוקרים לא הוביל לבטלות תוצאות החקירה. השופט המלומד ייסד מסקנה זו על עקרון הבטלות היחסית, שלהחלתו על החלטת הממונה על ההגבלים מצא צידוק בנסיבות העניין. מאידך, עולה מדברי בית-המשפט, כי בנסיבות העניין אין בפגם שנפל בהסמכת החוקרים הפרטיים כדי להעמיד למערערים הגנה מן הצדק. שני פניה של המטבע הזאת, שיש ביניהם חפיפה ניכרת, מקובלים עלינו. אכן, מקורו של עקרון הבטלות היחסית הוא במשפט המינהלי; אך כבר היו דברים מעולם שהעיקרון הוחל גם במסגרתם של הליכים פליליים (השוו: ע"פ 866/95 סוסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 816,793; רע"פ 2413/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 684,673). מקל וחומר ניתן לכאורה להחיל את עקרון הבטלות היחסית על החלטה בתחום הפלילי שלפי מהותה היא בגדר החלטה מינהלית; והחלטת הממונה, להטיל את ניהול החקירה על חוקרים חיצוניים, בוודאי נמנית עם סוג זה של החלטות.

השיקולים שעל יסודם קבע השופט, כי מוצדק להבחין בין הפגם שנפל בהחלטת הממונה למינוי החוקרים לבין תוצאות החקירה שהתנהלה בעקבות ההחלטה, מקובלים עלינו. מן הראיות עלה בבירור, כי בהחלטתו למנות את החוקרים הפרטיים פעל הממונה בתום-לב ותוך שהאמין כי נתונה לו סמכות לעשות כן. יוזכר כי החלטתו ניתנה קודם להקמתה של רשות ההגבלים. משהתעורר חשדו, כי חברות ביטוח כאלה ואחרות נעשו צדדים להסדר כובל, וביודעו כי משטרת ישראל מסרבת

לסייע בחקירות בתחום ההגבלים העסקיים, הטיל על החוקרים הפרטיים לבדוק אם לחשדו יש יסוד; זאת במטרה לאכוף את הוראות חוק ההגבלים שהופקד על ביצועו. עוד יוזכר כי במסגרת התנאים שבגדרם אולץ הממונה לפעול, ובמטרה לקרב ככל האפשר את מעמדם וחיוביהם של החוקרים הפרטיים למעמדם ולחיוביהם של עובדי הציבור, דאג להחתים את החוקרים הפרטיים על חוזה ההעסקה, בגדרו הוכפפו הללו לכללי ההתנהגות החלים על עובדי הציבור וכן חויבו לדווח לממונה על פעולותיהם. בנוסף, ביקש וקיבל (הגם שבדיעבד) את אישורה של פרקליטת המדינה למהלכים שנקט. המסקנה המתבקשת מן האמור היא, כי חרף הנחתנו שבהסמכת החוקרים הפרטיים פעל הממונה על ההגבלים ללא סמכות כדיון, הרי שהליך החקירה קוים ביוזמתו ובשליחותו של הממונה, שהוא הגורם המוסמך לקיימו. די, לטעמנו, בכך כדי להצדיק את ההבחנה בין הפגם שנפל בהליך מינויים של החוקרים לבין אי-פסילתן על אתר של תוצאות החקירה. בכך יש גם כדי להוביל לדחיית טענת ההתיישנות שהעלו המערערים: טענה זו נסמכה על עמדתם בדבר בטלות החקירה, וממסקנתנו כי דין טענת הבטלות להידחות, מתחייבת המסקנה כי גם דין טענת ההתיישנות להידחות.

50. שיקולי בית-המשפט המחוזי להחלת עקרון הבטלות היחסית היו, מניה וביה, גם חלק מן השיקולים שעל יסודם קבע, כי בנסיבות העניין אין בפגם שנפל במינויים של החוקרים הפרטיים כדי להעמיד למערערים הגנה מן הצדק. פועלם הדומה של שיקולים זהים בשני התחומים נובע מן החפיפה הניכרת הקיימת בין מהות השיקולים העשויים לתמוך בהחלת עקרון הבטלות היחסית על החלטה בתחום האכיפה הפלילית, שנפל פגם בקבלתה, לבין השיקולים העשויים לתמוך בדחיית טענת נאשם כי הפגם שנפל בהחלטה מקים לו הגנה מן הצדק. כפי שכבר הסברנו, תחולת הדוקטרינה של הגנה מן הצדק מותנית בקיום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות; וקיומה של פגיעה כזאת נלמד, בדרך-כלל, מאורחות התנהגותן של רשויות האכיפה. נמצא כי גם המבקש להסתייג מתחולתו הישירה של עקרון הבטלות היחסית בשדה המשפט הפלילי, עשוי להשיג את תוצאות החלתו של העיקרון בפלילים באמצעות השימוש במוסד ההגנה מן הצדק. לגוף העניין לא מצאנו יסוד לקבל את טענת המערערים, כי הפגם שנפל בהחלטת מינויים של החוקרים מקים להם הגנה מן

הצדק. ראשית, לנוכח צדקת מסקנתו של בית-המשפט המחוזי כי בהחלטתו למנות את החוקרים הפרטיים פעל הממונה על ההגבלים בתום-לב, לתכלית ראויה (היינו עשיית המוטל עליו לאכיפת חוק ההגבלים) ועל יסוד הנחה מוטעית שהסמכות לעשות כן נתונה בידו. ושנית, לנוכח היקפם וחומרתם של ההסדרים הכובלים, שהחקירה חשפה את דבר קיומם, ועוצמת הראיות שנאספו בחקירה למעורבותם הפעילה של המערערים ביצירת וביישום ההסדרים האסורים. איננו מתעלמים מהנחתנו, בדבר הפגם שנפל בהחלטת הממונה על ההגבלים למינויים של החוקרים, ואף לא מהנחתנו כי המערערים אכן נפגעו עקב הכפפתם להליך חקירתי שהורתו ולידתו לקו בהיעדר סמכות; אך איזון מכלול השיקולים והאינטרסים הקשורים לעניין איננו מאשש את טענת המערערים כי האשמתם והמשכת ההליך הפלילי כנגדם הסבו להם אי-צדק חמור.

עמידת פגמי החקירה במבחן הצדק וההגינות

51. מסקנה דומה מתחייבת גם לעניין עמידתם במבחן הצדק וההגינות של הפגמים שנפלו בהליך החקירה גופו. יצוין כי בית-המשפט המחוזי סבר כי אין מקום לדון באופן מובחן בשאלת השפעתם של הפגמים על צדקתו והגינותו של ההליך, ולפיכך הסתפק בבחינת הפגמים במישור הוכחת העבירה בלבד. אך לנו נראה כי יש לבחון את הפגמים על-פי שני המבחנים.

בפסקה 42 לעיל פורטו הפגמים שמצא בית-המשפט המחוזי באופן ניהולה של החקירה. המדובר לעתים בפגמים מהותיים ובחלקם אף חמורים. אך נימוקי הכרעת-הדין הניחו את דעתנו, כי בפגמים אלה לא היה כדי להוביל לזיכויים ה"גורף" של המערערים מחמת הגנה מן הצדק. מסקנה זו היא תוצאתו של איזון ראוי בין מכלול השיקולים והאינטרסים הנוגעים לעניין. כנגד הפגיעה הבלתי-מבוטלת בזכויותיהם החוקתיות של המערערים, ניצבים שיקולים כבדי משקל: העובדה שהפגמים היו תוצאה מפעולת הרשות שנעשתה בתום-לב, היקפם וחומרתם של ההסדרים הכובלים שיוחסו למערערים, ועוצמת הראיות המבססות את אשמתם. כפי שכבר הוזכר, רוב הפגמים נגעו לראיות מעטות, שביחס למכלול הראיות המפלילות התקינות שהוגשו במהלך המשפט היו שוליות; ובחלקם הגדול אף תוקנו במהלכו של

ההליך. נשוב ונזכיר, כי לפגמים שנפלו בהליך החקירה נתן בית-המשפט ביטוי במשקל הדל, לעתים האפסי, שייחס לראיות שנפגמו; וכי ביחס למקצת העבירות שיוחסו למערערים אף הסיק מכך מסקנות אופראטיוויות. לעניין זה עוד נשוב (בפסקה 55 להלן), במסגרת דיוננו בשאלת השפעתם של פגמי החקירה על הוכחת העבירות. אשר לטענת ניגוד העניינים, אפשר אמנם, כי בקביעתו, כי ניגוד העניינים שעליו הלינו המערערים היה "מדומה", הקל בית-המשפט עם החוקרים יתר על המידה, אך אף בכך אין כדי להועיל למערערים: ראשית, מפני שהחשש מפני ניגוד העניינים שבו פעלו החוקרים צריך היה להטריד בעיקר את הממונה על ההגבלים ולא את חברות הביטוח הנחקרות. ושנית, משום שבית-המשפט דחה - במישור העובדתי - את טענות המערערים, כי בשל ניגוד העניינים שבו היו נתונים נקטו החוקרים מידה של איפה ואיפה בין חברות הביטוח וממניע פסול חתרו להוביל להרשעת חלק מן הנחקרים.

הטענה לגרימת "נזק ראייתי"

52. המערערים חזרו וטענו לפנינו, כי הפגמים שנפלו בהליך החקירה בעניינם פגעו בהגנתם ואף גרמו להם "נזקים ראייתיים". לטענתם, משהצביעו בראיותיהם על מחדלי החוקרים הפרטיים עבר הנטל אל המדינה להוכיח כי מחדלים אלה לא פגעו בהגנתם. לפיכך טענו, כי יש להחיל על עניינם את דוקטרינת הנזק הראייתי, המקובלת במשפט האזרחי. משמעות הטענה היא, כי בכל מקום שבו התגלה ליקוי או חסר בחומר החקירה היה על בית-המשפט המחוזי לקבוע שקמה לטובתם הנחה עובדתית שהנטל לסתרה רובץ על התביעה. יצוין כי בית-המשפט המחוזי בחר שלא לנקוט עמדה בשאלת תחולתה של דוקטרינת הנזק הראייתי בפלילים. תחת זאת העדיף לבחון, עניינית, אם קופחה הגנת הנאשמים בעקבות הפגמים בחקירה. באשר לנטל ההוכחה קבע בית-המשפט, כי מאחר שחלק מהפגמים אמנם פגעו במידה מסוימת במידע שהיה בידי ההגנה בנוגע לחקירה, הרי ש"הדרך הראויה בעניין זה היא להותיר על כתפי ההגנה את עול הוכחת טענותיה בדבר הפגמים שאירעו במהלך החקירה, אך להקל בעצמת נטל ההוכחה". בטיעונם לפנינו הלינו המערערים על קביעתו האמורה של בית-המשפט המחוזי. קביעה זו, טענו, מנוגדת להלכה הפסוקה ומטילה על כתפיהם נטל בלתי סביר.

53. אנו סבורים כי לשאלת נטל ההוכחה בענייננו יש תשובה פשוטה, וכלל אין צורך להידרש לשאלת תחולתה של דוקטרינת הנזק הראייתי. הלוא נטל הוכחתה של האשמה מעבר לספק סביר מוטל, כידוע, על כתפי התביעה. כאשר מתגלים פגמים בראיות התביעה נודעת לכלל זה משנה חשיבות, שכן במקרה כגון זה נדרשת התביעה לשכנע את בית-המשפט כי בפגמים הראייתיים שהתגלו אין כדי ליצור ספק סביר באשמת הנאשם. נמצא כי גילוי פגמים ראייתיים בפרשתנו לא עורר צורך בהעברת הנטל מכתפי הנאשם לכתפי התביעה, שכן הנטל רבץ ממילא על כתפי התביעה. מכאן שמחלוקתם האמיתית של הצדדים אינה בשאלת הנטל, אלא בשאלה אם לגוף העניין יש בפגמים שהתגלו כדי להקים ספק סביר באשמת המערערים. טענת המערערים, כי יש להטיל על המדינה להוכיח שפגמי החקירה לא פגעו בהגנתם, אינה אלא הטענה, כי פגמי החקירה שהתגלו מעוררים ספק סביר בדבר אשמתם וכי הנטל להסיר ספק זה רובץ על כתפי התביעה (ראו: רע"פ 933/95 מאירוביץ נ' מדינת ישראל, דינים עליון מא 3). טענת המערערים, כי מכוח דוקטרינת הנזק הראייתי יש להניח לטובתם את ההנחות העובדתיות הטובות ביותר עבורם, אינה אלא הטענה, כי פגמי החקירה שהתגלו מעוררים ספק סביר, שמא מתקיימות העובדות הנוחות להם ביותר, וכי על התביעה מוטל להסיר ספק זה. יצוין, כי הכרת הפסיקה בתחולתה של דוקטרינת הנזק הראייתי במשפט האזרחי (בפן הראייתי-דיוני שלה) נועדה לאפשר את העברת נטל השכנוע ביחס לעובדות החסרות, מן התובע, שמלכתחילה נושא בו, אל הנתבע אשר גרם ברשלנותו לנזק הראייתי (ראו: ע"א 361/00 ד'אהר נ' סרן יואב (טרם פורסם), בפסקה 19, והאסמכתאות המובאות שם). אלא שבענייננו, כאמור, הנטל להוכיח כי העובדות החסרות אינן יוצרות ספק סביר באשמה מוטל ממילא על כתפי התביעה, ונמצא כי להחלת הדוקטרינה על ענייננו אין כל משמעות מעשית. זאת ועוד: לפי דוקטרינת הנזק הראייתי, העברת הנטל לכתפי הנתבע מותנית בקיומו של "תיקו ראייתי" בין הצדדים. ופשיטא שכלל זה אינו ישים במשפט פלילי; שהלוא אם הראיות שהובאו במסגרתו אינן מאפשרות להכריע בשאלה אם הנאשם ביצע את העבירה המיוחסת לו, תתחייב המסקנה כי נותר ספק באשמתו ומן הדין לזכותו.

מכל מקום חשוב להדגיש, כי התשובה לשאלה אם פגמים ראייתיים שהתגלו מעוררים ספק סביר באשמת הנאשם, תיגזר תמיד מבחינת נסיבותיו המיוחדות של המקרה הנתון (ראו: ע"פ 4384/93 מליקר נ' מדינת ישראל, תק-על 94(2) 1988, בפסקה 6(ג)). מקומה של בחינה זו הוא בגדרו של מישור הוכחת יסודות העבירה, שאליו נפנה מיד. עד שנפנה לכך נקדים ונציין, כי עיון בהכרעת-דינו של בית-המשפט המחוזי מעלה שכך, בדיוק, הוא פעל בענייננו. לקביעתו בדבר נטל ההוכחה שכביכול "נותר" על כתפי ההגנה, אין לייחס חשיבות שכן בפועל בחן בית-המשפט את פגמי החקירה, כנדרש, במונחים של ספק סביר ולא במונחים של נטל הוכחה.

עמידת פגמי החקירה במבחן הוכחת יסודות העבירה

54. נותרה השאלה, אם ועד כמה השפיעו הפגמים שנפלו, בהסמכת החוקרים ובאורחות ניהולה של החקירה, על הוכחת העבירות שיוחסו למערערים. כפי שכבר ציינו, בחינתה של שאלה זו אינה מערבת שיקולים כלליים, כמו צדק והגינות; ובנתון לסייגים הנוגעים לקבילות הראיות ושמירת רמת ההוכחה הנדרשת להרשעה בפלילים, מתמקדת בחינתה של השאלה באינטרס המרכזי שעניינו חקר האמת. מנקודת מבט זו יש לחלק את תוצריה הראייתיים של החקירה לשני סוגים: ראיות (קרי: מסמכים) שנוצרו לפני תחילת החקירה, נתפסו על-ידי החוקרים והוגשו לבית-המשפט; וראיות שנוצרו במהלך החקירה, היינו הודעות נחקרים, זיכרונות-דברים ורישומים אחרים שנערכו על-ידי החוקרים עצמם.

הראיות מן הסוג הראשון כלל לא הושפעו מפגמי החקירה. זאת, בכפוף לטענות המערערים, כי היו מסמכים נוספים שהיו צריכים להיתפס ולא נתפסו, או שנתפסו ואבדו, ושאליו הוצגו כראיות היה בכוחם להאיר באור שונה את המסמכים והעדויות שהובאו במשפט; ובכפוף לטענותיהם בדבר פגמים שנפלו באופן סימונם של מסמכים שנתפסו, ואשר הביאו ליצירת רושם מוטעה באשר למקורם או להקשרם האמיתי. טענות אלו, שהועלו על-ידי המערערים (או שהיה בידיהם להעלותן) במסגרת פרשת הגנתם, תידונה לפי הצורך בגדר הדיון באישומים לגופם. אך נקדים ונציין, כי מקובלת עלינו עמדת בית-המשפט המחוזי, כי טענות מעין אלה חייבות להיות ממוקדות ונקודתיות; שכן, משלא נמצא יסוד לקבוע כי החוקרים פעלו מתוך

מגמתיות פסולה, אין בפגמי החקירה שהתגלו כדי ליצור ספק סביר "גורף" באשר לאיכות הראיות האמורות. אשר לראיות מן הסוג השני - היינו, ובעיקר, הודעות שנגבו בשלב החקירה - הרי שבית-המשפט היה נכון לקבל כי הפגמים שהתגלו בעניינן היו חמורים דים כדי לחייב חשדנות גורפת בהתייחסותו אליהן. כדברי בית-המשפט בהכרעת-דינו:

איזון מכלול השיקולים האמורים הביא אותי למסקנה, כי יש לבחון בזהירות יתירה את ההודעות שנגבו בחקירה, וככלל אין להסתפק בהן, כשלעצמן, כבסיס מוצק דיו להרשעת הנאשמים; הדברים אמורים במיוחד כאשר מבקשת התביעה, מכח סעיף 10א לפקודת הראיות, להעדיף אמרה מפלילה בהודעת העד בחקירתו על פני עדותו בבית המשפט. עם זאת, אינני קובע מראש משקל מופחת להודעות שהוגשו לבית המשפט. עוצמתן הראייתית של ההודעות שנוזקקתי להן בהכרעת הדין, נקבעה לאחר שהודעות אלו נבחנו ונשקלו על ידי לפי מידת התאמתן והשתלבותן במכלול חומר הראיות. רק אוסיף, כי לא הרביתי להסתמך על ההודעות שהוגשו לבית המשפט, ובאותם מקרים שבהם בכל זאת עשיתי שימוש באמרה מפלילה בהודעה כדי לסמוך עליה ממצא מרשיע, הדבר נעשה רק כאשר אותה אמרה נתמכה במספר ראיות חיזוק עצמאיות ובעלות משקל של ממש, או שהעד חזר ואישר בעדותו את הדברים שאמר בהודעתו.

נראה לנו כי החלטה זו מאיינת, למעשה, את עיקר טענותיהם של המערערים. לא למותר להזכיר בהקשר זה, כי גם לעדויותיהם של החוקרים הפרטיים בבית-המשפט, על אודות מהלכי חקירתם, החליט בית-המשפט המחוזי לייחס "מהימנות חלקית, בעלת משקל מופחת, באופן שמחייב לבחון בקפדנות ובזהירות את דבריהם"; ואף ראה לנכון לקבוע כי אין החוקרים יכולים ליהנות מחזקת הכשרות המינהלית. בדברים אלה, שחרף טענות המערערים לא מצאנו יסוד לפקפק כי הם משקפים הלכה למעשה את גישת בית-המשפט לניתוח הראיות, יש כדי לייתר את רוב טיעוני המערערים ביחס להשפעת פגמי החקירה על הוכחת העבירות שיוחסו להם.

55. כזכור, אחת מטענותיהם המרכזיות של המערערים הייתה, כי החוקרים התמקדו בבדיקתם של כיווני חקירה מפלילים אך לא התעמקו בבדיקת מסלולי חקירה בעלי פוטנציאל לזיכוי. לטענתם, המדובר בפגם גורף אשר פגע בהגנתם לכל רוחבה. אך עיון בטענותיהם מעלה כי, הלכה למעשה, התייחסה טענתם בעיקר לאי-חקירתם של שני כיוונים "מזכים" - מעורבות הפיקוח על הביטוח בעשיית ההסדרים ומעורבותם של מבטחי המשנה בתיאום בין החברות. נתייחס אפוא לטענות אלה בלבד. בית-המשפט המחוזי קיבל את הטענה שכיווני חקירה אלה לא נחקרו דים, וכי היה בכך כדי לגרוע מן המידע שעמד לרשות המערערים לצורך הגנתם. אלא שלדבריו, מידע חסר זה היה עשוי להיות רלוונטי לחלק קטן מפריטי האישומים בלבד. לפי קביעתו, הטענות בדבר מעורבותו של הפיקוח על הביטוח "עשויות להיות רלוונטיות אך ורק לחלק מהאישום השני, דהיינו: לתעריפי רכב 91' ורכב 92', מה שאין כן לגבי ביטוחי הקולקטיבים בענף הרכב (חלוקת השוק) ביטוחי צמ"ה, בתי עסק ודירות". קביעה זו מקובלת עלינו, ככל שהיא מתייחסת לטענות המערערים בדבר מחסור במידע חקירתי הנוגע למעורבות הפיקוח על הביטוח (להבדיל, אולי, מטענות אחרות שלהם הנוגעות להשפעת הפיקוח על הביטוח על התנהגות השוק - עניין שנידרש אליו בעת הדיון באישומים לגופם). והנה, בית-המשפט המחוזי החליט לזכות את המערערים בפריט האישום שעניינו תעריפי ביטוח רכב לשנת 1991, ואילו אנחנו החלטנו (כפי שעוד יוסבר) לזכותם מחמת הספק גם מפריט האישום שעניינו תעריפי ביטוח רכב לשנת 1992. נמצא שאי-מיצוי החקירה בנושא מעורבות הפיקוח על הביטוח בעשיית ההסדרים אינו עשוי להשליך על פריטי האישום שבהם הורשעו המערערים, וממילא אין בו כדי לעורר ספק סביר בדבר אשמתם בפריטים אלה.

הוא הדין בטענות המערערים בדבר מעורבותם של מבטחי המשנה. בית-המשפט המחוזי קבע - אף כאן בצדק - כי למעט פריט האישום שעניינו הישיבה עם מבטחי המשנה במשרדי הפניקס בנובמבר 1992 (בנושא ביטוח ענף בתי-העסק), שלגביו החליט לזכות את המערערים, מעורבותם של מבטחי המשנה אינה עשויה לסייע להם. "זאת, בין היתר, משום שטענת ההגנה בדבר תכתיב או דרישה של מבטחי המשנה, אין בה כדי להצדיק מהלכים מתואמים של החברות הנאשמות

(באמצעות מנהליהן) לעשיית הסדרים כובלים ביניהן; שכן, כאמור, היה ביכולתן לבקש 'הכשר' לכך [מהממונה על ההגבלים העסקיים] לרקע הנסיבות שנוצרו". מסקנה זאת לא הייתה משתנה, כמובן, גם אילו נחקרה מעורבות מבטחי המשנה ביתר שאת.

הזיכוי בשלושת הפריטים האמורים (רכב 1991, רכב 1992 והישיבה במשרדי הפניקס) הושפע, בין היתר, מהמחסור במידע חקירתי מספק. נמצא כי בסופו-של-דבר, הפגם של אי-מיצוי כיווני חקירה אמנם יצר ספק סביר (אך ממוקד) בדבר אשמתם של המערערים בפריטים אלה, ואיפשר להניח לטובתם הנחות עובדתיות המיטיבות עימהם בהקשרים שהיו רלוונטיים לפגם.

אשר לפגמים החמורים שנפלו בחקירת כימות יישומו של הקרטל, טענו המערערים כי לא די בנכונותו של בית-המשפט להניח כי החקירה "לא העלתה דבר", אלא כי היה עליו להניח לטובתם, כי הבדיקה העלתה תוצאות המיטיבות עימהם, לאמור, שהקרטל לא גרם כל נזק למשק. אך בצדק ציין בית-המשפט, כי יישומו של הקרטל בפועל, וממילא גם פגיעתו של הקרטל בתחרות במשק הלכה למעשה, אינם מהווים חלק מיסודות העבירה. לפיכך, אפילו קיבלנו את טענת המערערים כי היה מקום לקביעת הנחה פוזיטיבית שלפיה ההסדרים הכובלים נשוא הערעורים לא פגעו במשק ובצרכני הביטוח, לא היה בכך כדי לסייע להם במישור הוכחת יסודות העבירה (להבדיל, אולי, ממישור צדקת ניהולו של ההליך, וכן ממישור הטעוניהם לעונש). אלא שגם לגופה אין טענתם זו משכנעת. ההנחה כי הסדרים כובלים כה בוטים ורחבי היקף כמו אלה שהתגלו בתיק זה, בענף מרכזי במשק הנוגע במישרין לכל אזרח כמעט, לא פגעו כלל במשק ובצרכנים, היא הנחה מרחיקת לכת. אין היא יכולה להתבסס על קיומם של מחדלי חקירה בלבד, שכן אלה אינם יוצרים ספק סביר בדבר אפשרות קיומה. על המערערים היה אפוא להוכיחה באופן פוזיטיבי לוא רצו בכך, אך את זאת הם לא עשו.

56. בסיכום דיונו בטענות המערערים לפגיעה בהגנתם, ובהתייחסו להשפעתם הכוללת של הפגמים שנפלו בהליך החקירה ובהליך הראיונות (שאליו עוד נתייחס להלן), ציין בית-המשפט המחוזי:

1. לאחר שבחנתי את שלל טענות הסניגוריה בדבר הפגיעה בהגנת הנאשמים, הגעתי למסקנה כי לגודש הטענות בעניין זה לא הייתה כל הצדקה. התרשמותי הברורה היא, כי הסניגוריה ביקשה להעמיד בחזית את התנהגות רשויות החקירה והתביעה, במקום את התנהגות הנאשמים עצמם. ---

5. מכל מקום, משהגענו לסוף הדרך בטענת הפגיעה בהגנת הנאשמים, ברור כי לא היה בפגמים בחקירה ובראיונות כדי להאפיל, אפילו במידת מה, על מטען הראיות כבד המשקל התומך בהרשעת הנאשמים בפריטי האישום בהם הורשעו. כפי שצינתי לעיל, עיקרו של חומר הראיות בתיק זה, מורכב מראיות ישירות בכתב מ"זמן אמת", בחינת "טביעות אצבע", המגבשים כשלעצמם בסיס רחב ומוצק ביותר להרשעה, שכמעט איננו נתון להשפעת פגמים בחקירה או בראיונות, אליהם מצטרפים עדויות העדים אותם מצאתי מהימנים, כמו גם קטעי עדויות מהימנות של העדים הפחות מהימנים. זאת ועוד, אף לא במקרה אחד עשיתי שימוש ראייתי בהודעות העדים בחקירה - כשלעצמן - וכמעט ללא יוצא מן הכלל העדפתי את עדויות העדים בבית המשפט על פני ההודעות בחקירה, וממילא צומצם פוטנציאל ההשפעה של הפגמים בחקירה.

6. ואחרון - שהוא במובן מסויים ראשון - אין מנוס מלהקשות: אילו היו החוקרים מעמיקים חקירתם או טורחים ובודקים כיווני חקירה נוספים - האם היה בכך להכחיש את לשונם הברורה של המסמכים שנתפסו? האם ליד המילה "סוכם" או "הוסכם" על שלל מופעים - גם מפי הנאשמים עצמם - היתה מתווספת המילה "לא"? --- האם היתה החקירה מפחיתה מחומרתה של תופעת השיטור האינטנסיבי של ההסדרים הכובלים כפי שהיא נגלית מהתלונות ההדדיות בכתב שהוחלפו בין החברות השותפות בקרטל? האם ניתן היה לקעקע בחקירה את העובדה שבדיונים של החשובים שבפורומים שהתכנסו במסגרת שוק הביטוח בישראל (האסיפה השנתית של איגוד חברות הביטוח, הקבינט,

ישיבות כלל, ועד ענף אש, ועד ענף הנדסי ועוד) - שנערכו ללא רישום פרוטוקולים כלל או תוך רישום פרוטוקולים הלוקים בחסר מכוון אך תמימים למראה - התבצעה פעילות החלטית ותקיפה להגבלת התחרות בענפים מרכזיים בשוק הביטוח הנוגעים כמעט לכל אדם בישראל: בעל רכב, בעל דירה או בעל עסק? התשובה לכל השאלות האלה מצויה בפירטי הראיות הישירות והעדויות המהימנות שהובאו ונדונו בכל אחד מפירטי האישום בהם שוכנעתי - מעבר לכל ספק סביר - כי דין הנאשמים להרשעה.

דברים אלה, המדברים בעד עצמם, סותמים את הגולל על טענות המערערים ביחס לשאלת השלכתם של פגמי החקירה על הוכחת יסודות העבירה.

פרשת הראיונות

57. במהלך פרשת הראיות של התביעה במשפטם טענו המערערים, כי התביעה ניצלה את הראיונות, שקיימה עם עדיה קודם למתן עדויותיהם מטעמה, לעריכת חקירות משלימות שמטרתן לדלות מן העדים דברים נוספים על אלה שנמסרו על-ידיהם בשלב החקירה. במסגרת הראיונות - טענו המערערים - חקרה התביעה את עדיה בנושאים שבשלב החקירה לא נחקרו עליהם, הציגה לפניהם מסמכים חדשים, התעמתה עימם בניסיון להניאם מלחזור בהם מגרסותיהם המקוריות, הציגה לפניהם הודעות של עדים אחרים וכן חקרה אותם לגבי טענות ההגנה שהועלו במשפט. עוד טענו המערערים, כי עד שהעובדות בדבר אופי הראיונות שקיימה התביעה עם עדיה התגלו להם, הספיקה התביעה להשלים כשלושה-רבעים מפרשת ראיותיה. כך אירע שחלק גדול מעדי התביעה סיימו את עדויותיהם, בעוד ש"חומר חקירה" חדש, שנאסף במהלך הראיונות, מצוי בידיעתה של התביעה לבדה. בכך, טענו, הפרה התביעה את זכותם לעיין בחומר זה וכפועל-יוצא מכך נפגעה באופן חמור יכולתם להתגונן; ובנסיבות אלו יש לזכותם מטעמי הגנה מן הצדק. לחלופין טענו, כי הפגמים שדבקו במהלכי התביעה בנושא הראיונות גרעו ממשקל ראיותיה.

58. בית-המשפט המחוזי דן בטענות אלו בגדרן של שתי החלטות ביניים וחזר ודן בהן בהכרעת-דינו. בתוך כך נדרש בית-המשפט לסוגיות משפטיות הנוגעות למוסד

הראיון, ובהן: המגבלות המוטלות על התביעה בקיימה ראיונות עם עדיה; הנסיבות שבהן מחויבת התביעה להעביר את תוצרי הראיונות לידי הסניגוריה; והתשתית הנורמטיבית הנדרשת לבחינת טענת המערערים שהליך הראיונות קיפח את הגנתם. על יסוד ניתוחו המשפטי בחן בית-המשפט את הליך הראיונות שקיימה התביעה עם עדיה. מסקנתו הייתה, כי התנהלות התביעה בפרשת הראיונות אכן לקתה בפגמים. הפגם העיקרי נמצא בכך שהתביעה לא קיימה את חובתה להעביר לידי הסניגוריה מידע חדש ומהותי שעלה בראיונות עם עדיה. כן נמצאו פגמים באופן שבו ניהלה התביעה את הראיונות עצמם ובשימוש שעשתה בתוצרי הראיונות במהלך המשפט. אך משנדרש לשאלה, עד כמה פגעו פגמים אלה בהגנת המערערים, קבע בית-המשפט, בהכרעת-דינו, כי הפגיעה שנגרמה למערערים הייתה מצומצמת למדי והתייחסה למספר שאלות נקודתיות. כן קבע, כי בנקודות שבהן מצא יסוד לחשש שהגנת המערערים קופחה, נתן לכך ביטוי בקביעת משקלן של העדויות ש"נפגמו".

59. בטיעוניהם לפנינו הרחיבו הצדדים ביחס לסוגיית הראיונות. מחלוקתם, העובדתית והמשפטית, הקיפה שאלות רבות. אך דומה, כי חילוקיהם העיקריים התמקדו בשני נושאים מרכזיים: ביסוד הנושא הראשון עמדה השאלה, אם ועד כמה הפרה התביעה את חובתה להעביר את תוצרי ראיונותיה לידי הסניגוריה? בהקשר זה נחלקו הצדדים, בין היתר, בשאלת היקפה של חובת התביעה לגלות לסניגוריה את תוצרי הראיונות, וכן בדבר מקורה הנורמטיבי של חובה זו. כן נחלקו הצדדים בשאלה, אימתי קמו חובות התביעה לרשום ולגלות למערערים את תוצרי הראיונות. עניינו של הנושא השני, שבו נחלקו הצדדים, התמקד בשאלת הנזק שלטענת המערערים נגרם ליכולתם להתגונן בעטיו של הליך הראיונות. מחלוקתם בנושא הנזק הקיפה גם את השאלה על מי נטל ההוכחה: בעוד שהמערערים טענו, כי על התביעה מוטל להוכיח, מעבר לספק סביר, כי מחדלה לא פגע בהגנתם, טענה המדינה כי על המערערים היה להוכיח כי הפגמים שלטענתם נפלו בהליך הראיונות גרמו להם נזק קונקרטי או אף גרמו לקיפוח הגנתם. לחלופין טענו המערערים, כי גם אם יימצא כי הנטל רבץ על כתפיהם, הרי שבית-המשפט המחוזי שגה בקביעתו, כי הפגיעה שנגרמה להגנתם הייתה "מצומצמת למדי וממוקדת בשאלות נקודתיות", וכן בקביעתו כי הנזקים שהוכחו על-ידיהם באו, בגדרו של המשפט ובהכרעת-הדין,

על תיקונם. בהקשר זה הציגו המערערים מספר דוגמאות קונקרטיות לנזק שנגרם להגנתם בעטיו של הליך הראיונות וטענו, כי מדוגמאות אלו מוטל עלינו להסיק, כי הליך הראיונות הסב נזק גורף וכבד להגנתם וכי נזק זה חייב את המסקנה שיש לזכותם, אם מטעמי הגנה מן הצדק ואם מחמת הספק שדבק בחומר הראיות שעליו התבססה הרשעתם.

הליך הראיונות - הפגמים ועוצמתם

60. כאמור, בהחלטת הביניים הראשונה (מיום 10.12.1998), שבה התייחס לנושא הראיונות, הורה בית-המשפט לתביעה, בהסכמתה, להעביר לידי הסניגורים את כל הפרטים הנוספים שעלו לראשונה בראיונות עם עדי התביעה, בהשוואה להודעות שמסרו העדים בשלב החקירה. בהחלטת הביניים השנייה (מיום 18.4.1999), שבה חזר ונדרש לעניין, הורה בית-המשפט לתביעה, בהתאם לסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, למסור לידי המערערים את כל ומלוא התרשומות שערכו בעקבות הראיונות שקיימה עם עדיה. ביסוד צו זה ניצבה מסקנת בית-המשפט, כי התביעה לא עמדה בחובתה (על-פי החלטת הביניים הראשונה) להעביר לידי הסניגורים את כל הפרטים הנוספים שעלו בראיונות שקיימה עם עדיה. נימוק נוסף למתן הצו התבסס על קביעת בית-המשפט בדבר אופן ניהולם של הראיונות; לאמור, כי "למעשה הראיונות בפרקליטות נושאים אופי של חקירה - מעין חקירה שלב ב' - של עדי התביעה בתיק הזה". בית-המשפט אף קבע, כי יש לראות בחומר הראיונות משום "חומר חקירה". זאת, בין היתר, בשל המידע הנוסף הרב שאספה התביעה במסגרתם, בשל העובדה שבראיונות הציגה התביעה לעדים שאלות שלא הוצגו להם בשלב החקירה, ואף שאלה לעמדתם לגבי מסמכים שלא הוראו להם בחקירתם; ובשל בקשת התביעה, להחזיר לדוכן אחד מעדיה במטרה לעמת אותו עם תרשומת הראיון שנערך עמו. עם זאת, הדגיש בית-המשפט, כי אין מקום לחשוד בתביעה כי בעניין הראיונות פעלה בחוסר תום-לב. בהחלטת הביניים, וכן בהכרעת-דינו, הבהיר השופט המלומד כי היה פגם באופן שבו ניהלה התביעה את ראיונותיה עם אותם מעדי התביעה, אשר הודו בעבירות והורשעו במסגרת הסדר הטיעון ובמסגרת הראיונות שקוימו עימם חזרו בהם למעשה מהודאותיהם. בהקשר זה ציין השופט, כי "מוטב היה - למען חקר האמת - לו הייתה התביעה נמנעת מלהתעמת עם העדים בניסיון

ל'החזירם למוטב', אלא הייתה מפנה אותם עדים ('העדים הסוררים' מבחינתה) למסירת הודעה נוספת ברשות החוקרת, כפי שהמלצתי בפניה במהלך המשפט". ואולם, את הפגם העיקרי בהתנהלות התביעה בפרשת הראיונות ראה בית-המשפט המחוזי באי-הקפדתה של התביעה על קיום חובתה לגלות לסניגורים את תוצרי הראיונות ועל קיום חובת הרישום הנגזרת ממנה. בית-המשפט קבע, כי על-פי נוהלה הרגיל של הפרקליטות בתקופה האמורה היה על התביעה להעביר לידי הסניגוריה כל מידע חדש שהעלתה בראיון עם מי מעדיה ושהינו רלוונטי לאישום ומהותי להגנת הנאשם. עם זאת ציין, כי בעניינם של המערערים חויבה התביעה (לפי החלטת הביניים הראשונה) להעביר לידי הסניגורים את כל הפרטים הנוספים שעלו בראיונותיה, ללא הבחנה בין פרטים מהותיים לבין אלה שאינם מהותיים וכי לאחר החלטת הביניים השנייה חויבה להעביר לסניגורים גם את כל התרשומות המלאות של הראיונות. אשר לחובת הרישום הבחין בית-המשפט בין היקף החובה שחלה על התביעה בגין הראיונות שקוימו לפני החלטת הביניים הראשונה לבין הראיונות שקוימו לאחריה; שכן, בעוד שהראיונות הראשונים קוימו בטרם נתבארו בהלכה הפסוקה חובות הגילוי והרישום, הרי שלגבי ראיונות שקוימו לאחר ההחלטה חלה על התביעה חובה לרשום את כל הפרטים שהתווספו בראיונות ובכלל זאת גם את עובדת הצגתם לעדים של מסמכים. לגופו של עניין, ועל יסוד עמדתו המשפטית האמורה, קבע בית-המשפט, כי:

... במקרים רבים למדי, התנהלות התביעה בסוגיית הראיונות הייתה פגומה; בדרך כלל לא מבחינת סגנון הראיון ותוכנו, אלא בעיקר בנוגע לקיום החובה להעביר לידי הסניגוריה מידע חדש ומהותי שעלה בראיונות (בהתאם למדיניות המקובלת בתביעה הכללית). העברת הפרטים הנוספים מהראיונות לידי הסניגוריה (בעקבות הסכמת התביעה שקיבלה תוקף של החלטה) התבצעה לא אחת בצורה לקויה - בדרך של תמצית ופרפראזה - כך שהמידע החדש במלואו הגיע לידי הסניגוריה בשלב מאוחר למדי של פרשת התביעה. כמו כן, במספר מקרים, התברר כי התרשומת המלאה של הראיון לא כללה את כל חילופי הדברים שהתקיימו במסגרת הראיון, ולא תמיד צוינו כל המסמכים שהוצגו לעד במהלכו, אף כי מקרים אלו

אירעו בעיקר בראיונות שהתקיימו לפני שחייבתי את
התביעה להעביר את הפרטים הנוספים של הראיונות
לידי הסניגוריה.

61. באי-כוח המדינה טענו לפנינו, כי בממצאיו לעניין אופן ניהול הראיונות וקיום חובת הגילוי של תוצריהם, החמיר בית-המשפט המחוזי עם התביעה יתר על המידה. טענה זו אין בידנו לקבלה. תכליתו העיקרית של ראיון, שתובע רשאי לקיים עם עדו, היא לרענן את זיכרוננו של העד ביחס לדברים שנמסרו על-ידיו בשלב החקירה; זאת, לנוכח הזמן הניכר שלרוב חולף מאז המועד שבו מוסר העד את הודעתו בחקירה ועד למועד שבו הוא מוזמן להעיד לפני בית-המשפט. ברם, למוסד הראיון יש גם תכליות נוספות: הוא מאפשר לפרקליט התביעה למלא את חובתו המקצועית, לעמוד באופן בלתי-אמצעי על טיב עדיו ועל תרומתם לבירור האמת במשפט. כן הוא מאפשר לו להכין את עדיו לקראת הצפוי להם במשפט, בכדי להבטיח כי בעלותם על דוכן העדים ימסרו עדויות אמת מלאות ומפורטות. ראיון מוקדם עם עד עשוי לתרום גם לייעולו של ההליך השיפוטי, ואף מבחינה זו יש לקיומו תכלית ראויה (ראו: ע"פ 226/54 אלופי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ט 1345, 1348). ברם להכרה בלגיטימיות של מוסד הראיון מתלווים גם חששות. כך, בין היתר, עלול להתעורר החשש, שמא גלש הראיון - הנערך במעמד צד אחד ובהיעדר אותם מנגנוני פיקוח וכללים מרסנים ומנחים הקיימים בנוגע להליך החקירה - מרענן זיכרון והכנת העד למתן עדותו, להשגת ראיות חדשות אשר מקומה הטבעי הוא במסגרת החקירה. כן עשוי להתעורר החשש, שמא בעטיו של הראיון יתקשה בית-המשפט לעמוד על אמיתות עדותו של העד, בין היתר, בשל הספק עד כמה נבעה עדות העד מזיכרוננו החי ולא מכוחה של הדרכה מוקדמת (וראו: ע"פ 685/81 אהרונ' נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 673, 689). איננו סבורים, כי בנסיבות ההליך שלפנינו, יהיה זה נכון לקבוע כללים נוקשים בדבר האופן שבו מוטל על תובע לנהל את הראיונות עם עדיו. די שנאמר כי מחובתו של תובע לשקול ולקבוע, לאור נסיבותיו הקונקרטיות של המקרה הנתון, את גבול המותר והאסור בראיונות שיקיים עם עדיו; תוך שיקפיד להגביל את עצמו לגדר התכליות הלגיטימיות של מוסד הראיון ויישמר מפני יצירת חשש לפגיעה בהליך בירור האמת במשפט ובהגנת הנאשם. בקביעת גבול המותר בכל ראיון מוטל

על התובע להתחשב, בין היתר, באופיו של העד, בתוכן גרסתו ובחשיבותה לצורך בירור המשפט, במידת החידוש שיש בגרסתו ביחס לאשר מסר בשלב החקירה וכן בשאלה כיצד תשפיענה השאלות שתוצגנה לעד בראיון על תוכן תשובותיו במסגרת עדותו במשפט. למותר להדגיש, כי על התובע להישמר מפני הדרכת העד ביחס לתוכן גרסתו, וחלילה לו מלשים דברים בפיו. כן שומה עליו להיזהר מפני הרחבת מסגרתו של הראיון מרענון זיכרון לכדי "השלמת חקירה" יזומה; ואם העד מוסיף בראיון, מיוזמתו, פרטים עובדתיים חדשים, העשויים להיות רלוונטיים לכתב-האישום ומהותיים, בין לחיזוק עמדת התביעה ובין לתמיכה בהגנת הנאשם, מוטל על התובע לשקול אם בנסיבות העניין מן הראוי להפנות את העד להשלמת חקירה. מכל מקום, מוטל על התובע לתעד את אותם פרטים נוספים ומהותיים שמוסר העד בראיונו, ולהעבירם, מבעוד מועד, לידיעת הסניגוריה (השוו: בש"פ 687/00 מסיקה נ' מדינת ישראל, תק-על 2000(1) 532; מ' קירש "מימוש זכויות הפרט וחירויותיו במסגרת סדר הדין הפלילי", המשפט ז' (תשס"ב) 539, 543). נציין, כי בינתיים עודכנו הנחיות פרקליטת המדינה בסוגיית "תרשומת שעורך פרקליט מראיון עם עד" ברוח הדברים שנאמרו לעיל (ראו: הנחיה מס' 6.1 להנחיות פרקליטת המדינה "עיון הנאשם בחומר החקירה לאחר הגשת כתב אישום נגדו"; עדכון מיום 1.1.2003, סעיף 25).

נשוב לטענת באי-כוח המדינה: אף אם נניח, כי בתקופת בירורו של המשפט עדיין שררה אי-בהירות מסוימת בכל הנוגע לגדרי המותר והאסור לתביעה, במסגרת ראיונות שהיא מקיימת עם עדיה, ברי כי בפרשתנו שגתה התביעה באופן שבו ניהלה את הראיונות. התביעה אמורה הייתה להבין, כי אינה רשאית לנצל את הראיונות לביצוע "חקירה משלימה", תוך הרחבת היריעה אל עבר נושאים, מסמכים וראיות אחרות שהעדים כלל לא נשאלו על אודותיהם בחקירה. כן אמורה הייתה להבין, כי אינה רשאית להתעמת בראיונות עם עדיה על אודות גרסותיהם המקוריות, בניסיון "להחזירם למוטב". מממצאיו של בית-המשפט המחוזי עולה בבירור, כי התביעה חרגה ממתכונתו הקלאסית של הראיון וכי התנהלותה (כלשון השופט) "לא תמיד עלתה בקנה אחד עם הנהוג והמקובל בעניין זה בפרקליטות המדינה עצמה". הוא הדין ביחס לקביעת בית-המשפט, כי התביעה הפרה את חובות הגילוי והרישום של תוצרי הראיון, שהיו מוטלות עליה, למצער, מהשלב שבו ניתנה החלטת הביניים

הראשונה. בית-המשפט היה מודע לנסיבות שבהן ראתה התביעה לחרוג, בראיונותיה עם עדיה, ממתכונתו המקובלת של הראיון: ממדיו החריגים של ההליך, ההפתעה שנגרמה לתביעה עקב חזרתם של חלק מעדיה מן הגרסות שמסרו בשלב החקירה ושעל יסודן הודו והורשעו, והעובדה כי לאותן מגרסות המערערים שנכבשו בשלב החקירה נחשפה התביעה בשלבים מתקדמים של הבירור. עם זאת קבע, כי משהחליטה התביעה להרחיב את מסגרת הראיונות עם עדיה, במקום להפנותם לעריכת חקירה משלימה, הרי שהיה עליה לידע את הסניגורים, מבעוד מועד, על אודות קיומם ותוכנם של הפרטים החדשים והמהותיים שעלו בראיונותיה ושלא נזכרו בהודעות המרואיינים בחקירה. במיוחד קמה לה חובה זו משעה שבחרה, כפי שציין בית-המשפט, "פעם אחר פעם להשתמש בחומר הראיונות כחומר ראיות בידיה, לצרכיה היא, ולפי שיקול דעתה הבלעדי"; ומשעה שהיה בפניה מידע חדש ומהותי בדבר חזרתם של שורת עדי תביעה מגרסתם המפלילה. בנסיבות חריגות אלה, וגם בהנחה כי היקפה של חובת הגילוי טרם נקבע באותה העת בפסיקה, ברי כי היה על התביעה, למצער מכוח הנחיותיו של בית-המשפט המחוזי לעניין חובת הגילוי ועל יסוד הנוהג ששרר בעניין זה בפרקליטות, להעלות על הכתב את אותם פרטים חדשים שהיו רלוונטיים ומהותיים להגנת המערערים ולהעבירם מבעוד מועד לידיהם. השופט קבע, כי התביעה חדלה ממילוי חובת הרישום והגילוי, ובצדקתה של קביעה זו לא מצאנו יסוד לפקפק.

הליך הראיונות - הגנה מן הצדק ושאלת הספק הסביר

62. על-פי שני המבחנים שהצבנו לבחינת פגמי החקירה - מבחן צדקתו והגינותו של ההליך ומבחן הוכחת יסודות העבירה - ממצאי בית-המשפט המחוזי, בדבר הפגמים שנפלו בראיונות שקיימה התביעה עם עדיה, מעוררים שתי שאלות עיקריות: האחת, אם לנוכח הפגמים האמורים הייתה בהמשך ניהולו של ההליך הפלילי נגד המערערים משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, באופן אשר חייב את זיכויים של המערערים מטעמי הגנה מן הצדק? והשנייה, אם ועד כמה פגעו הפגמים שנפלו בהליך הראיונות ביכולת המערערים להתגונן מפני האישומים, וכלום בפגיעה זו (ככל שאכן נגרמה) היה כדי לעורר ספק סביר בדבר אשמתם באיזו מבין העבירות שבהן הורשעו?

63. תשובתנו לשאלה הראשונה היא בשלילה. נימוקי בית-המשפט המחוזי הניחו את דעתנו, כי בפגמים שנפלו בהליך הראיונות לא היה כדי לחייב את זיכויים של המערערים מחמת הגנה מן הצדק. מקומן הטבעי של טענות המערערים, בדבר הפגמים שנפלו בהתנהלותה של התביעה בנושא הראיונות, היה במסגרת בחינת מהימנותן ומשקלן של הראיות במשפט. האפשרות שבית-המשפט יראה לזכות נאשם, בשל פגם שנפל באופן שבו ראינה התביעה את מי מעדיה, או בשל מחדלה של התביעה להעביר לנאשם את תוצרי הראיון, שמורה למקרים שבהם הפגם שנפל הוא חמור ביותר וכשלבית-המשפט אין אמצעים לרפא את תוצאות הפגם בגדרו של הברור. אכן, במקרים מסוג זה, שמטבע הדברים יהיו נדירים ביותר, עשוי בית-המשפט לקבוע כי בהמשך קיומו של ההליך הפלילי יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות וכי הפגם שנפל מקים עילה לביטול ההליך מטעמי הגנה מן הצדק. פרשתנו אינה נמנית עם סוג זה של מקרים, והפגמים שנפלו בהליך הראיונות שקיימה התביעה עם עדיה - הגם שעוצמתם אינה מבוטלת - לא הצדיקו, בנסיבותיו הייחודיות של ההליך, נקיטת אמצעי כה דרסטי כביטול ההליך הפלילי וזיכוי המערערים. הם אף לא הצדיקו נקיטת אמצעים מתונים יותר שדוקטרינת ההגנה מן הצדק מאפשרת לנקוט, כגון, שלילת קבילותן של עדויות מרואיינים מסוימים משיקולי צדק. מקביעות בית-המשפט המחוזי עולה בבירור, כי במהלכים שנקטה בפרשת הראיונות כשלה התביעה בתום-לב ולכל היותר מתוך רשלנות גרידא. היקפו האדיר של ההליך, שלל הראיות שנאספו בגדרו והזמן הרב שחלף ממועד החקירה ועד למועדי העדויות במשפט, אכן חייבו את התביעה לזמן למשרדיה את עדי התביעה שעליהם ביססה את גרסתה, במטרה לרענן את זיכרונם. התפתחותם של חלק מהראיונות, מרענון זיכרון למעין השלמת חקירה, נבעה כמסתבר מכך שעדים מרכזיים, שבעדויותיהם בשלב החקירה הפלילו את עצמם וכן את המערערים, חזרו בהם במהלך הראיונות מהודאותיהם בעבירות במסגרת הסדר הטיעון והפכו בכך לעדים עוינים כלפי התביעה. אין זאת אלא שהתמורה בגרסותיהם של עדים אלה, שבשלב הראיונות התכחשו לעובדות שבהן הודו ושעל יסודן אף הורשעו ונענשו, הפתיעה מאוד את התביעה. ונראה שעל רקע ניסיונה, להניא אותם עדים מלהתכחש להודאותיהם, גלשה התביעה לעימות עם עדיה, שבגדרו הציגה לפנייהם גם עדויות ומסמכים שלא

הוצגו לפנייהם בשלב החקירה. למותר לומר, כי משעמדה התביעה על ההתפתחות, הייתה היא מיטיבה לעשות אילו ביקשה מבית-המשפט לעכב את המשך הבירור במטרה לאפשר לה להפנות את עדיה ה"סוררים" להליך של השלמת חקירה; ובניסיונה להשלים את חקירתם בעצמה חרגה מגבולות המותר במסגרת הראיונות. אך בנסיבות העניין, אין בהתנהלותה המוטעית של התביעה כדי להקים למערערים הגנה מן הצדק מפני האישומים שיוחסו להם.

64. גם באשר לשאלה השנייה, לא מצאנו יסוד לטענת המערערים כי הפגמים שנפלו בהליך הראיונות פגעו ביכולתם למצות את אפשרותם להתגונן ועוררו ספק סביר באשמתם. בית-המשפט המחוזי, שהיה מודע לחשש שהגנת המערערים תיפגע, עשה את כל שבידו לסילוק החשש. למערערים ניתנו מלוא האפשרות והזמן שנדרשו להם כדי לחקור בחקירה-שכנגד כל אחד ואחד מעדי התביעה. את חלקם חקרו סניגורי המערערים גם על קורות הראיונות שקוימו עימם, כשבידי הסניגורים תרשומות תמציתיות, ובשלב מאוחר יותר תרשומות מלאות, של הראיונות שקוימו. ומעת שעמד על הפגמים שנפלו בהליך הראיונות התיר בית-המשפט למערערים לשוב ולזמן את עדי התביעה לעדויות נוספות, ולוא גם לצורך המחשת הנזק שלטענתם נגרם להגנתם. למערערים ניתנו מלוא האפשרות והזמן שנדרשו להם כדי לפרוש לפני בית-המשפט את יריעת טענותיהם כדי מלוא אורכה ורוחבה, וכן להראות כי הפגמים שנפלו בהליך הראיונות שקיימה התביעה עם עדיה, פגעו ביכולתם להתגונן.

בטיעוניהם לפני בית-המשפט המחוזי ביקשו המערערים לקבוע, כי על התביעה רבץ הנטל לסתור את ההנחה כי חומר הראיונות שלא הועבר לידיהם היה רלוונטי להגנתם. כן הציגו המערערים חמש דוגמאות קונקרטיות לנזקים שנגרמו להם בעטיו של הליך הראיונות, וביקשו להסיק מהן כי להגנתם נגרם נזק גורף. בדחותו את טענתם לעניין הנטל קבע בית-המשפט המחוזי, כי בכל הנוגע לאי גילוי חומרי הראיונות הרי שיש לבחון ביחס לכל פרט ספציפי שלא הועבר לידיעת מי מהם עד כמה הינו מהותי להגנתו. בית-המשפט ציין, כי בבוחנו את טענות המערערים לעניין הנזק התחשב, בין היתר, גם בעובדה שבסופו של דבר חומר הראיונות הומצא לידיהם, וכן בכך שהתיר למערערים לשוב ולחקור עדים שסיימו את עדויותיהם

קודם שחומרי הראיונות נמסרו להם. חמש הדוגמאות, שבעזרתן ביקשו המערערים לשכנעו בדבר גודל הנזק שהליך הראיונות הסב להגנתם, נבחנו בהכרעת-הדין אחת לאחת; וביחס לחלק מן המקרים הספציפיים קיבל בית-המשפט את טענת המערערים לעניין הפגם ואף לעניין הנזק. עם זאת ראה בית-המשפט להבחין בין פגם נקודתי, שנפל בראיון עם אחד העדים, לבין פגם חוזר ונשנה בראיונות עם עדים אחדים. פגם מן הסוג השני נמצא לבית-המשפט בראיונות שקיימה התביעה עם אלה מעדיה שהורשעו במסגרת הסדר הטיעון ובמסגרת הראיונות עימם התכחשו להודאותיהם. ביחס להתנהלות התביעה בראיונות אלה מצא בית-המשפט כי היא אכן פגעה באופן גורף בהגנת המערערים, ולפיכך החליט להתעלם מהודאותיהם של אותם עדים במסגרת הסדר הטיעון ואילו את עדויותיהם במשפט בחן, באופן נקודתי, ביחס לכל רכיב עובדתי של העבירות שיוחסו למערערים.

65. בטיעוניהם לפנינו חתרו המערערים לשכנענו, כי הפגמים שנפלו בהליך הראיונות פגעו באופן כה חריף, יסודי וגורף ביכולתם לנהל את הגנתם ובמשקלו של חומר הראיות שהובא במשפט, עד כי אין מנוס מקבלת ערעוריהם ומזיכויים. בהקשר זה שבו המערערים והעלו את טענותיהם לעניין נטל ההוכחה, והלינו על הנפקות המצומצמת, לשיטתם, שנתן בית-המשפט לעצם קיומם של הפגמים. טענתם העיקרית הייתה, כי משהכיר בחומרת הפגמים שנפלו בהליך הראיונות, שגה בית-המשפט בכך שהסתפק בבחינת השפעתם של הפגמים באופן מצומצם ונקודתי ונמנע מלהתמודד עם המשמעויות הרחבות יותר שיש להסיק מהם לגבי ההליך כולו. לשיטתם, היה על בית-המשפט לבחון כיצד היה ההליך מתנהל אילו הפרטים המהותיים שעלו בראיונות היו מועברים לידיהם לפני שעדי התביעה התייצבו למתן עדויותיהם במשפט; שכן בחינה כזאת הייתה מעוררת, לכל הפחות, ספק לטובתם, שמא העברת החומר במלואו ובשלב מוקדם הייתה יכולה לסייע להם להיערך למשפטם באופן אחר. כן טענו, כי בית-המשפט שגה בייחסו חשיבות למהלך החזרתם של העדים לחקירה נוספת; שכן, לטענתם, היה זה מהלך מצומצם ומוגבל, שרק חשף את עוצמת הפגמים אך לא הביא לריפוי תוצאותיהם. בהקשר זה מזכירים מערערי איילון כי מלכתחילה טענו, שלא ניתן לנהל את המשפט "לאחור" וכי החזרתם לדוכן העדים של עדי תביעה שכבר העידו אך תספק לעדים הזדמנות לערוך "מקצה שיפורים" בגרסתם. כן טענו

המערערים, כי בית-המשפט שגה בייחסו משקל לעובדה שבסופו של דבר הועברו לידיהם התרשומות המלאות של הראיונות; שכן אלו הועברו לידיהם בשלב מאוחר של המשפט, כשהן אינן משקפות את מלוא תוכנם של הראיונות וכשנעדרות מהן תרשומות של שבעה ראיונות.

66. טיעוני הסניגורים לא שכנעונו, כי הפגמים בהליך הראיונות פגעו באופן ממשי ובלתי-הפיך ביכולתם של המערערים להתגונן. בנסיבותיו הייחודיות של הליך רב-ממדים זה, היו בידי בית-המשפט הכלים הנדרשים לבחינת השאלה, אם אמנם היה בהליך הראיונות כדי להסב נזק גורף להגנת המערערים, ולנקיטת אמצעים מתאימים לביטול או להפחתת תוצאותיו של נזק קונקרטי שנגרם להגנתם, מקום שבו היה יסוד להניח קיומו של נזק כזה. בחיוב התביעה למסור לסניגורים העתקים מלאים מן התרשומות שנערכו בראיונות, ובהחזרתם לדוכן של עדים שכבר העידו לחקירה משלימה, היה כדי לחשוף, אל-נכון, את מהות ואת עוצמת הנזק שנגרם להגנת המערערים ובכך, ממילא, גם כדי להפחית מהשפעתו של הפגם שנפל בהליך הראיונות מלכתחילה. גם בדוגמאות שהציגו המערערים - וחזקה על סניגוריהם כי בחרו להציג את הדוגמאות הנוחות ביותר מבחינתם - אין כדי ללמד על נזק גורף ומקיף שנגרם להגנתם. זאת, בעיקר, משום שלא מצאנו קשר הגיוני ממשי בין הפגמים הקונקרטיים בהליך הראיונות, שעלו מהדוגמאות שהוצגו, לבין טענת הנזק הכללית - שנשענה על השערות מופלגות המנותקות מחומר הראיות - שביקשו הסניגורים להסיק מהן. אשר לנזק הנקודתי שאפשר ונגרם להגנתם של המערערים, הרי שמהכרעת-דינו הנרחבת של בית-המשפט המחוזי עולה, כי בית-המשפט גילה נכונות מלאה לבחון, ביחס לכל ראיה וראיה שהובאה על-ידי התביעה, אם וכיצד פגעו הפגמים בהליך הראיונות באמינותה של הראיה, או גרעו מיכולתם של המערערים להביא ראיות לסתרה. בעצם ההכרה בקיומם של פגמים בהליך הראיונות, ובעובדה כי חומרים אשר היו רלוונטיים ומהותיים להגנת המערערים לא הועברו לידיהם אלא באיחור, אין בהכרח כדי להוביל למסקנה כי מן המערערים נשללה היכולת להתגונן מפני האשמות. שאלה זו נבחנה בהכרעת-הדין ביסודיות רבה ובמקומות שבהם סבר השופט כי אפשר שהפגם בהליך הראיונות גרר אחריו נזק להגנת המערערים, נתן לכך ביטוי במשקל שייחס לראיה שנפגמה. בהקשר זה

נציין, כי לא מצאנו ממש בטענות בורוביץ כנגד האופן שבו בחן בית-המשפט את הנזק הגורף שנגרם להגנת המערערים בשל הראיונות שקוימו עם מורשעי הסדר הטיעון.

גם את טענת הסניגורים, כי די בפגמים שנפלו בהליך הראיונות כדי לעורר ספק סביר באשמת המערערים, אין בידנו לקבל. שאלת קיומו של ספק אינה נושא להכרעה גורפת במקרה שלפנינו, אלא עניין הטיעון בירור קונקרטי על יסוד הראיות שהובאו לפני בית-המשפט ביחס לכל רכיב ספציפי של העבירות שבהן הורשעו המערערים. במיוחד הדברים אמורים שעה שהרשעת המערערים התבססה על שורה של מסמכים חד-משמעיים מזמן האירועים; על התרשמותו השלילית של בית-המשפט מן הגרסות שמסרו המערערים בעדויותיהם במשפט; וכן על שורה ארוכה של עדויות שתמכו בגרסת התביעה והתבררו, באופן יסודי, במשפט. לטענת המערערים בנושא נטל הראיה כבר התייחסנו (בפסקאות 52-53 לעיל). ברי כי הנטל להוכיח את אשמותיהם, מעבר לספק סביר, רבץ על שכמה של התביעה; וטענות הסניגורים לא שכנעונו כי בקביעותיו לעניין הפגמים בהליך הראיונות חרג בית-המשפט המחוזי מעיקרון יסודי זה.

סיכום ביניים: לאחר שבחנו את שלל טענותיהם של המערערים כנגד צדקתו והגינותו של ההליך הפלילי שנוהל בעניינם, מסקנתנו היא כי לא היה בהן, כל אחת כשלעצמה, כדי להקים להם סעד של ביטול כתב-האישום או זיכוי מחמת הגנה מן הצדק (זאת, להבדיל, אולי, מהשלכות קונקרטיות במישור הוכחתן של העבירות). גם משהשקפנו במבט-על על הפגמים שנפלו בהליכי החקירה ובראיונות כמכלול - בחינה שאף אותה יש לערוך במסגרת הדיון בטענת ההגנה מן הצדק - נחה דעתנו, כי לא הייתה בניהולו של ההליך הפלילי בעניינם של המערערים משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות המצדיקה את ביטולו של ההליך או את זיכויים מחמת הגנה מן הצדק (זאת, להבדיל, אולי, מסעד של הקלה בעונש).

נפנה, אם כן, לבחינת טענותיהם של המערערים כנגד צדקת הרשעותיהם בעבירות שיוחסו להם.

67. עד שנידרש לדיון בעבירות שבהן הורשעו המערערים נקדים ונסקור את יסודותיה של עבירת ההסדר הכובל ונתייחס לשאלות שמעוררת החלתה של העבירה בתחום הביטוח. תחילה נציג את עיקרי פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי ביחס לנושאים אלה, לאחר מכן את טענות הצדדים הנוגעות לעניין ולבסוף את הכרעתנו שלנו בסוגיות הרלוונטיות.

68. עבירת ההסדר הכובל מתגבשת, כפי שציין בית-המשפט המחוזי, כתוצאה משילובם של סעיפים 2, 4, ו-47(א)(1) לחוק ההגבלים. סעיף 2 לחוק מגדיר מהו הסדר כובל, בקובעו כי זהו "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"; סעיף 4 לחוק קובע את האיסור להיות צד להסדר כובל ללא קבלת אישור, היתר או פטור לפי החוק; ומסעיף 47(א)(1) לחוק עולה כי הפרת האיסור הקבוע בסעיף 4 לחוק היא עבירה. בית-המשפט המחוזי ניתח בפסק-דינו באופן מעמיק הן את היסוד העובדתי והן את היסוד הנפשי של עבירת ההסדר הכובל.

69. בניתוח היסוד העובדתי התייחס בית-המשפט המחוזי לרכיב ההתנהגותי בעבירה - עשיית ההסדר, לרכיב הנסיבתי - עשיית ההסדר על-ידי מנהלי עסקים ולרכיב התנהגותי-נסיבתי משולב - היותו של ההסדר הסדר כובל. כחלק מבחינת היסוד העובדתי של העבירה בחן בית-המשפט גם את מהות החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, לעניין סוגי הסדרים אותם יש לראות כהסדרים כובלים. לעניין הרכיב ההתנהגותי של עשיית ההסדר קבע בית-המשפט כי נדרשת התנהגות שתיצור הסדר, וכי הסדר זה איננו צריך להגיע לדרגה של הסכמה מחייבת מבחינת דיני החוזים. העיקר איננו בדרך ההגעה להסדר אלא בעצם קיומו. זאת, להבדיל מהתנהגות זוהי שאיננה מבוססת על הסדר כזה (כגון התנהגות המבוססת על העתקה מהמתחרים). בית-המשפט קבע, כי המונח "הסדר" צריך להתפרש באופן גמיש וכל שנדרש הוא מידה כלשהי של הבנה משותפת בין הצדדים, הבנה שניתן להסיקה אף

מהתנהגות. לעניין הרכיב הנסיבתי של "מנהלי עסקים" קבע בית-המשפט, כי האיסור שחל עליהם להיות צד להסדר כובל, תקף הן לגבי תאגידים שהם צד להסדר כובל והן לגבי מנהלים בתאגידים אלה. זאת, מכוח אחריותם האישית והישירה של המנהלים לביצועה של העבירה, אף כאשר העסק שאותו הם מנהלים איננו בבעלותם. לעניין הרכיב ההתנהגותי-נסיבתי בדבר היותו של ההסדר "כובל" קבע בית-המשפט כי נדרשת הגבלה, שמשמעותה היא צמצום אפשרויות הבחירה העומדות בפני האדם המנהל את העסקים. בנוסף לכך, צריך שבהסדר המגביל יהיה טמון פוטנציאל לפגיעה בתחרות ברמה מסוימת. בהקשר זה ציין בית-המשפט, כי עבירת ההסדר הכובל היא עבירת התנהגות ולא עבירת תוצאה, ולכן אין צורך כי בפועל יגרם ההסדר לפגיעה בתחרות. בית-המשפט המחוזי לא נדרש להכרעה בשאלה, מהי דרגת ההסתברות לפגיעה בתחרות כתוצאה מההסדר, שכן לגישתו את משמעות המונח "עלול למנוע או להפחית את התחרות" יש לבחון רק במקרים שאינם נופלים בגדר החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים. חזקות אלה קובעות הסדרים שונים שאותם יש לראות כהסדרים כובלים. החזקות הללו, שקובעות קביעה מהותית ולא ראייתית בלבד, הינן חזקות חלוטות הן במשפט האזרחי והן במשפט הפלילי. כאשר חזקות אלה חלות, אין כלל צורך לבחון אם ההסדר הספציפי פוגע בתחרות (בהקשר זה דחה בית-המשפט המחוזי את הטענה לפיה כבילה ביחס להנחה, כאשר המחיר הבסיסי שונה, איננה "נוגעת" למחיר, ועל כן איננה נכללת בחזקה הקבועה בסעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים). רכיב נסיבתי נוסף, שאליו התייחס בית-המשפט, הוא הרכיב השלילי הנדרש לשכלול העבירה; קרי: אי קבלת אישור או היתר זמני להסדר מבית-הדין להגבלים עסקיים (להלן: בית-הדין להגבלים) או פטור מאת הממונה על ההגבלים.

70. להלן ניתח בית-המשפט המחוזי גם את היסוד הנפשי של עבירת ההסדר הכובל, וזאת תוך בחינת מהות המחשבה הפלילית הנדרשת לשכלול העבירה והשוואת היסוד הנפשי בעבירת ההסדר הכובל ליסוד הנפשי בעבירת הקשר. לעניין המחשבה הפלילית, דחה בית-המשפט את הטענה כי עבירת ההסדר הכובל הינה "עבירת מטרה", וכי על כן כתנאי להרשעה בעבירה יש להוכיח שאדם או תאגיד פעלו מתוך מטרה או מניע מיוחד למנוע או להפחית את התחרות בעסקים. המחשבה הפלילית הנדרשת, קבע בית-המשפט, הינה מודעות בפועל לרכיבי היסוד העובדתי

של העבירה. לגבי עבירת ההסדר הכובל משמעות הדרישה היא, שעל עושה העבירה להיות מודע לכך שהוא צד להסדר, שלפיו אחד הצדדים לפחות מגביל את עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר. עוד קבע בית-המשפט, כי להוכחת המחשבה הפלילית בעבירת ההסדר הכובל אין צורך להראות כי הנאשם היה מודע לכך כי ההסדר אסור על-פי חוק ההגבלים; שכן, כל אדם מוחזק כמודע את הדין הפלילי ומבין את משמעות איסוריו. בית-המשפט השווה את היסוד הנפשי בעבירת ההסדר הכובל לזה הנדרש בעבירת הקשר ודחה את הטענה שלפיה יש לנתח את עבירת ההסדר הכובל כאילו הייתה מקרה פרטי של עבירת הקשר. לאור זאת, קבע בית-המשפט, כי בעבירת ההסדר הכובל - שלא כבעבירת הקשר - לא נדרש רצון של המתקשר בהתממשות המטרה הפסולה של ההסדר. כן נקבע, כי בניגוד לעבירת הקשר - שבה אין בהצטרפות לקשר למראית-עין בלבד כדי למלא את יסוד המחשבה הפלילית הנדרשת - הרי שבעבירת ההסדר הכובל ניתן להרשיע גם את מי שהצטרף להסדר למראית-עין.

71. טענות נוספות, שנדחו על-ידי בית-המשפט המחוזי, נגעו לרגולציה של תחום הביטוח על-ידי המדינה וליחס שבין סעיפים 2 ו-5 לחוק ההגבלים. בהתייחסו לסוגיית ההסדרים הכובלים בענף הביטוח, דחה בית-המשפט את הטענה לפיה תחום הביטוח מוסדר באופן בלעדי על-ידי המפקח על הביטוח, ועל כן איננו כפוף לפיקוחו של הממונה על ההגבלים. כן דחה בית-המשפט את הטענה, כי יש לראות בסעיף 5, העוסק בקביעת קו פעולה על-ידי איגוד עסקי, את הוראת הדין הבלעדית החלה על העניין. בית-המשפט קבע, כי הוראות סעיף 5 לחוק ההגבלים באות להוסיף על סעיף 2 לחוק ולא לצמצם את היקף התפרשותו.

עבירת ההסדר הכובל - טענות הצדדים

72. מערערי איילון מעלים טענות שונות בנוגע לניתוח המשפטי של עבירת ההסדר הכובל על-ידי בית-המשפט המחוזי ואנו נסקור אותן בתמצית. לגבי היסוד העובדתי טוענים מערערי איילון נגד האפשרות להרשעתם של בני אדם בעבירה של צד להסדר כובל, כאשר התאגיד הוא הצד להסדר (שלא על-פי אחריותם העקיפה של

המנהלים על-פי סעיף 48 לחוק ההגבלים). טענה זו מבוססת על שני אדנים - האחד פקפוק בתקפותה של ההלכה שנפסקה בפרשת נחושתן (ע"פ 7399/95 נחושתן תעשיות מעליות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 105), הקובעת כי אורגן בתאגיד יכול לשאת באחריות אישית וישירה לעבירה של צד להסדר כובל, גם כאשר התאגיד הוא הצד להסדר; והאחר - טענה כי בתחום הביטוח תאגידים הם בגדר "עושה מיוחד" ורק הם יכולים להיות מואשמים בעבירה של צד להסדר כובל. טענה זו מבוססת על כך, שעל-פי סעיפים 14 ו-15 לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א-1981, רק תאגידים רשאים לפעול בתחום הביטוח. עוד טוענים מערערי איילון, בנוגע לרכיב עשיית ההסדר, כי אי-אפשר לראות בהיעדר תגובה או בשתיקה כמספיקים לצורך הסכמה להסדר כובל. בנוסף לכך, טוענים מערערי איילון כי בית-המשפט המחוזי שגה, כאשר קבע כי אין צורך לבחון, במקרה דנא, את מידת פוטנציאל הפגיעה בתחרות שההסדר גורם לה. לטענת מערערי איילון, רק כאשר טמון בהסדר פוטנציאל לפגיעה משמעותית בתחרות הופכת עשיית ההסדר לעבירה, ואילו אחרת חל העיקרון של "זוטי דברים".

סוגיה נוספת המועלית על-ידי מערערי איילון היא מידת כפיפותו של תחום הביטוח לדיני ההגבלים העסקיים. לטענתם, תחום הביטוח כלל איננו נכלל בהגדרה של המונח "עסק" בסעיף 1 לחוק ההגבלים. כן טוענים הם, כי תחום הביטוח איננו כפוף לחוק ההגבלים, מפני שהתחום נמצא תחת פיקוח רגולטורי של המדינה ופיקוח זה מסדיר את הענף כולו לרבות את סוגיית התחרות. לטענת מערערי איילון, כאשר קיימים אישור של המפקח על הביטוח או מעורבות שלו בהסדר, יש בכך כדי "להכשיר" את ההסדר גם מבחינת דיני ההגבלים העסקיים. ביחס לחזקות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, המגדירות הסדרים מסוימים כהסדרים כובלים, טוענים מערערי איילון, כי חזקות אלה אינן חלוטות בתחום הפלילי. לטענתם, יש להחיל את ההלכה שנקבעה בדנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56 (להלן: פרשת טבעול), לפיה חזקות אלה הינן חלוטות, רק בתחום האזרחי.

בנוגע ליסוד הנפשי של עבירת ההסדר הכובל, טוענים מערערי איילון, כי בית-המשפט המחוזי לא הבחין כנדרש בין הפן האזרחי לפן הפלילי של דיני ההגבלים

העסקיים. האלמנט העיקרי בהבחנה זו, לטענתם, הוא דרישת המחשבה הפלילית הסובייקטיבית לשם הרשעה בפלילים ואי הסתפקות בבחינה אובייקטיבית של התנהגות הנאשם. את ההבחנה האמורה ניתן לבסס, לטענת מערערי איילון, גם על עקרון המידתיות, שממנו עולה כי התנהגויות מסוימות עשויות להצדיק את החלתו של חוק ההגבלים בפן האזרחי-מינהלי שלו, אך אינן מצדיקות התערבות פלילית. בהקשר זה טוענים הם כי גם אם החזקות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים הן חזקות חלוטות בהקשר הפלילי (עמדה, שכאמור לעיל, הם מתנגדים לה), הרי הן חלוטות רק ביחס ליסוד העובדתי של העבירה ולא ביחס ליסודה הנפשי, שכן אחרת תיהפך עבירת ההסדר הכובל לעבירה של אחריות מוחלטת.

מערערי איילון משווים בין עבירת ההסדר הכובל לעבירת הקשר וטוענים, על בסיס השוואה זו, כי יש ללמוד על היסוד הנפשי הנדרש בעבירת ההסדר הכובל מהיסוד הנפשי הנדרש בעבירת הקשר. על מנת שיתקיים היסוד הנפשי בעבירת הקשר נדרשות הן כוונה להתקשר לשם ביצוע מעשה בלתי חוקי והן כוונה כי מטרת הקשר תוגשם. לטענת מערערי איילון, קיימת זיקה הדוקה בין עבירת הקשר לעבירת ההסדר הכובל (זיקה שמקורה במאפיינים דומים של שתי העבירות), ועל כן ניתן להקיש מהיסוד הנפשי של עבירת הקשר לגבי היסוד הנפשי בעבירת ההסדר הכובל. בהתאם לאנלוגיה זו, טוענים מערערי איילון כי לשם התממשות היסוד הנפשי בעבירת ההסדר הכובל נדרשות הן כוונה להתקשרות בהסדר כובל והן כוונה להוציא את ההסדר הכובל אל הפועל. עבירת ההסדר הכובל הינה, אם כן, לטענת מערערי איילון, עבירת מטרה. בהקשר זה טוענים עוד מערערי איילון, כי אדם שהצטרף להסדר הכובל למראית-עין בלבד ובלא שהתכוון לקיים את ההסדר ולפעול על-פיו, איננו יכול להיחשב כצד להסדר. טענה נוספת, שמעלים מערערי איילון, נוגעת ליחס בין סעיף 2 לסעיף 5 לחוק ההגבלים. על-פי הטענה יש לראות את סעיף 5, שעניינו בקביעת קו פעולה על-ידי איגוד עסקי (במקרה דנא - איגוד חברות הביטוח), כמסדיר באופן בלעדי את סוגיית ההסדרים הכובלים הנעשים במסגרתו של איגוד עסקי. דהיינו, כאשר התיאומים האסורים נעשים תחת כנפיו של איגוד עסקי, להוראות סעיף 5 שהוא סעיף ספציפי יש בלעדיות, ואין תחולה במצב זה לסעיף 2 (בצירוף סעיף 4) לחוק ההגבלים. הרבותא בהבחנה זו הינה בדרישה המצויה בסעיף 5 לחוק,

כי חבר באיגוד העסקי יפעל על-פי קו הפעולה שקבע האיגוד, על מנת שייחשב לצד להסדר כובל.

73. טענותיו של בורוביץ לגבי מרכיבי עבירת ההסדר הכובל מתמקדות ביסוד הנפשי של העבירה. בורוביץ טוען כי על מנת להרשיע אדם בעבירה של צד להסדר כובל אין די בכך שהוא מודע לעובדות בדבר פעולותיו, אלא עליו להיות מודע לכך שמעשיו מהווים הסדר כובל. הגדרת המונח "הסדר כובל" בחוק ההגבלים הינה רחבה ועמומה. על כן, לא ניתן, לטענת בורוביץ, לחייב בפלילים נאשם, שלגביו לא הוכחה התביעה, כי היה מודע לכך שמעשיו מהווים "הסדר כובל". טענה נוספת של בורוביץ הינה כי אין לראות כשותף להסדר את מי שהצטרף להסדר לאחר שזה כבר גובש והיה בגדר מעשה עשוי.

74. המדינה בתשובתה סומכת את ידיה על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי. ובהסתמכה על ההלכה שנפסקה בפרשת טבעול טוענת המדינה, כי החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים הינן חזקות חלוטות גם בתחום הפלילי. עוד טוענת המדינה, כי אין כל בסיס לטענת מערערי איילון לפיה רק הסדרים שפגיעתם בתחרות "משמעותית" הם הסדרים פסולים. חומרתה של הפגיעה בתחרות, לטענת המדינה, היא שיקול חשוב בהליך לקבלת הפטור או האישור להסדר הכובל בפני הממונה על ההגבלים העסקיים או בפני בית-הדין להגבלים, אך היא אינה מהווה מבחן לתחולת דיני ההגבלים העסקיים עצמם. ביחס ליסוד ההסכמה להסדר טוענת המדינה כי די בהסכמה שבשתיקה לשם גיבוש ההסדר הכובל ולא נדרשת פעולה "אקטיבית" כלשהי. באשר ליסוד הנפשי טוענת המדינה, כי עבירת ההסדר הכובל איננה עבירת מטרה וקיומה של כוונה לפגוע בתחרות אינו תנאי להתהוות העבירה. עוד טוענת המדינה, כי גם כאשר צד הצטרף להסדר כובל למראית-עין בלבד, די בכך על מנת שייחשב צד להסדר כובל. לעניין הדמיון בין עבירת הקשר לעבירת ההסדר הכובל, המדינה מכירה בכך שקיים דמיון מסוים בין שתי העבירות. עם זאת, טוענת המדינה כי היסוד הנפשי של שתי העבירות הוא שונה, שכן עבירת הקשר היא עבירת מטרה ואילו עבירת ההסדר הכובל היא עבירת התנהגות. בתשובה לטענות המערערים, כי לשם השתכללות עבירת ההסדר הכובל נדרשת (כחלק מהיסוד הנפשי) מודעות לכך

שההסדר הוא הסדר כובל, האסור על-פי הדין, טוענת המדינה כי אי הבנת פליליותו של מעשה עריכת ההסדר הכובל היא טעות במצב משפטי, כקבוע בסעיף 34 ללחוק העונשין. המדינה מוסיפה וטוענת כי הגנה זו איננה חלה במקרה דנא.

ביחס לתחום הביטוח, טוענת המדינה, כי הפיקוח הרגולטורי שמקיימת המדינה על תחום זה איננו שולל את תחולת דיני ההגבלים העסקיים. כן היא טוענת, כי גם אם על-פי דיני הביטוח ניתן רישיון מבטח רק לתאגיד, אין בכך כדי להפוך את התאגיד ל"עושה מיוחד" בעבירה של הסדר כובל בתחום הביטוח (כפי שטוענים מערערי איילון). לאור זאת, אין מניעה, לפי טענת המדינה, להעמיד לדין מנהלים בתחום הביטוח בעבירה גופה. בתשובה לטענת בורוביץ, כי הצטרף להסדר הכובל לאחר שזה כבר גובש, גורסת המדינה כי עבירת ההסדר הכובל היא עבירת "סטטוס" או עבירה נמשכת, ובעבירה כזו ההשתלבות במעשה הפלילי בכל עת עשויה להביא להטלת אחריות פלילית. בנוגע ליחס שבין סעיפים 2 ו-5 לחוק ההגבלים טוענת המדינה, כי הסעיפים אינם מוציאים זה את זה וכי לתביעה מסור שיקול-דעת, כבכל הליך פלילי, לבחור את הסעיף שעל-פיו יועמד הנאשם לדין. סעיף 5 לחוק נועד, לטענת המדינה, למצב שבו יש קושי בהוכחת שותפותם של חברי איגוד עסקי בעשיית ההסדר הכובל עצמו, ובמצב דברים זה די שתוכנה חברותם באיגוד עסקי, שקבעו קו פעולה מסוים או המליץ עליו, ופעולתם על-פי הסדר זה.

עבירת ההסדר הכובל - יסוד עובדתי

75. סעיף 4 לחוק ההגבלים קובע את האיסור להיות צד להסדר כובל:

לא יהיה אדם צד להסדר כובל, כולו או מקצתו, אלא אם כן קיבל מאת בית-הדין אישור לפי סעיף 9 או היתר זמני לפי סעיף 13 או פטור לפי סעיף 14, או שכל הכבילות שבהסדר פטורות בהתאם לפטור סוג שנקבע לפי סעיף 15א; היו האישור, ההיתר הזמני, הפטור או פטור הסוג מותנים - לא יהיה להם תוקף, אלא אם כן נתמלאו תנאיהם.

הפרת האיסור האמור היא עבירה בניגוד לסעיף 47(א)(1) לחוק. האיסור בנוי על שלושה יסודות: (1) היותו של אדם "צד", (2) "הסדר כובל", (3) שלא "הוכשר" באחת הדרכים הקבועות בחוק ההגבלים.

מיהו צד להסדר כובל

76. אדם נחשב "צד" להסדר כובל, כאשר ההסדר חל לגביו והוא שותף לו בדרך זו או אחרת. אין צורך בעשיית מעשה כלשהו ליישום ההסדר על מנת להיות "צד" לו. הוצאתו לפועל של ההסדר אינה נדרשת לשם שכלול העבירה (ראו: פרשת נחושתן, עמ' 121; ע"פ 2929/02 מדינת ישראל נ' סבירסקי, פ"ד נז(3) 135, 142 (להלן: פרשת סבירסקי)). אדם נחשב צד להסדר גם אם הצטרף אליו לאחר שגובש, שכן עבירת ההסדר הכובל הינה עבירה "נמשכת" (ראו: פרשת נחושתן, עמ' 123; פרשת סבירסקי, עמ' 142-143). אכן, מבחינה תכליתית, אין כל היגיון בהבחנה בין מי שהשתתף בגיבוש ההסדר עצמו לבין מי שהצטרף להסדר במועד מאוחר יותר וכפף את עצמו להוראותיו. כל אדם שהצטרף להסדר במועד כלשהו וההסדר חל לגביו נחשב, אם כן, צד להסדר, החל ממועד הצטרפותו להסדר ואילך (זאת להבדיל מאדם, שנושא באחריות פלילית לפי סעיף 6 לחוק ההגבלים ומתאים את אופן פעולתו להסדר, אך לא מתקיים לגביו בהכרח יסוד ההסכמה הנדרש לפי סעיף 2 לחוק). על כן, כאשר אדם מבקש להימנע מלעבור על החוק, עליו לבקש ולקבל את "הכשר" הרשויות להסדר הכובל לפני מועד שכלולו של ההסדר לגביו; שאם לא כן ייחשב צד להסדר (ראו: סעיף 7 לחוק ההגבלים; פרשת נחושתן, עמ' 121-122).

77. מערערי איילון טענו, כאמור, שכאשר תאגיד נעשה צד להסדר כובל, מנהלי התאגיד אינם יכולים להיחשב בעצמם "צד" להסדר ולשאת באחריות אישית וישירה למעשי התאגיד (זאת, להבדיל מאחריות עקיפה של נושאי-משרה בתאגיד לפי סעיף 48 לחוק ההגבלים). שאלה דומה נדונה בפרשת נחושתן, בה נקבע מפי השופט קדמי:

לשיטתי, נעמן נושא באחריות אישית להתנהגותו כאורגן של נחושתן, על-אף העובדה שבסופו של דבר לא הוא אלא נחושתן הופכת לצד להסדר כובל. "תורת האורגנים" המסדירה אצלנו, מכוח ההלכה הפסוקה...

את אחריותם של תאגידים, מכתיבה באותה עת את אחריותם האישית של האורגנים לביצועה של אותה עבירה, שבמעשיהם עבר אותה התאגיד, שכן הדעת אינה סובלת, ש"האדם" שביצע בפועל את מעשה העבירה יימצא פטור מאחריות למעשהו, רק בשל כך שהמעשה נעשה תחת ה"כותרת" של התאגיד. אורגן של תאגיד, כמו כל בן אנוש, אחראי למעשיו בפלילים, גם כאשר הוא פועל כ"אדם-תאגיד", וכפי שיובהר בהמשך, כך הם פני הדברים לא רק כאשר עשיית המעשה על-ידיו עונה על כל יסודות העבירה, אלא גם - כבמקרה דנא - כאשר שכלול העבירה מותנה ב"מעורבות-רקע" בעלת אופי פורמאלי של התאגיד. במקרה שבפנינו "מעורבות-הרקע" האמורה באה לכלל ביטוי בכך שנחושטן - ולא נעמן - הופכת "צד להסדר כובל". "מעורבות" זו אינה נוטלת כהוא זה מפליליות התנהגותו של נעמן ואין בכוחה להשמיט את הבסיס מתחת להרשעתו באותה עבירה שבה חייבת נחושטן מכוחה של אותה התנהגות גופה. ה"כותרת" נחושטן היא בעת ובעונה אחת גם הכותרת "נעמן", ככל שמדובר באחריות הפלילית למעשהו של נעמן כאורגן של נחושטן. לנעמן ולנחושטן שני פנים; ואין האחד מכסה על רעהו. - - -

לעניין אחריותו הפלילית של נעמן להפיכת נחושטן ל"צד" כאמור, רואים אותו "כאילו" הוא עצמו הפך ל"צד", שהרי לא "מיהותו" הפורמאלית של ה"צד" היא הקובעת בהקשר זה, אלא עובדת קיומו של ה"הסכם הכובל" בין שני צדדים בניגוד לחוק. ה"צד" המשפטי "הפורמאלי" להסכם הכובל, היא אכן נחושטן, אך הנושאים באחריות המשפטית ה"עניינית" להיותה כזאת הם שניים: נעמן ונחושטן (שם, בעמ' 121, 126).

נראה כי פסק-הדין בפרשת נחושטן לא הבחין, באופן ברור, בין שתי שאלות: האחת, כלום מנהל בתאגיד (שנעשה צד להסדר כובל) נעשה אף הוא "צד" להסדר במשמעות סעיף 2 לחוק ההגבלים? והשנייה, כלום מנהל בתאגיד, כאמור, נושא באחריות ישירה לעבירת התאגיד, מכוח היותו אורגן של התאגיד, אף אם הוא עצמו איננו "צד" להסדר?

התשובה לשאלה השנייה - כעולה מן ההלכה שנפסקה בפרשת נחושתן - היא בוודאי חיובית; וטענות מערערי איילון לא שכנעונו כי יש מקום לסטות מהלכה זו. ממילא יש לדחות גם את טענתם הנוספת של מערערי איילון: אמנם, מהוראות סעיפים 14 ו-15 לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח לכאורה עולה, כי רק תאגידים רשאים לעסוק בתחום הביטוח. אך בין כלל זה, המיועד להבטיח את יציבותם הפיננסית של העוסקים בתחום הביטוח (ראו: מ' יפרח ור' חרל"פ ששון - דיני ביטוח (מהדורה שנייה, תשס"א-2001), 108-109), ובין שאלת הכשירות של האורגנים בתאגידים שעיסוקם בביטוח, לשאת באחריות פלילית לפי חוק ההגבלים, אין ולא כלום. שום תאגיד - ותאגיד העוסק בביטוח בכלל זה - איננו נעשה צד להסדר כובל אלא באמצעות האורגנים שלו; ומשהביאו במעשיהם לכך שהתאגיד יישא באחריות פלילית, אין האורגנים שלו יכולים לרחוץ בניקיון כפיהם, ואף עליהם (מכוח היותם האורגנים שבאמצעותם פועל התאגיד) מוטל לשאת באחריות ישירה לעבירתו, אף אם הם עצמם לא נעשו צד להסדר הכובל. ודוק: אחריותם הישירה של האורגנים מתווספת לאחריותו הישירה של התאגיד (ראו: א' לדרמן "אחריות פלילית של אורגנים ושל נושאי-משרה בכירים אחרים בתאגיד" פלילים ה(1) 101, 112-116; ע"פ 3027/90 חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 364, 384). יצוין כי גם בית-המשפט העליון של ארה"ב, שעסק בסוגיה זו, קבע, כי נושא-משרה בתאגיד נושא באחריות פלילית ישירה לעבירות על חוקי ההגבלים העסקיים, שביצע במסגרת פעילותו בתאגיד (*United States v. Wise*, 370 U.S. 405 (1962)).

להבדיל מן ההכרעה בשאלה השנייה, הנראית בעינינו קלה ופשוטה, התשובה לשאלה הראשונה איננה פשוטה כלל ועיקר. הואיל ונושאי המשרה מבין המערערים שלפנינו הם ממילא אורגנים של תאגיד, שאחריותם הישירה לעבירות התאגיד נגזרת מהיותם האורגנים שלו, איננו רואים צורך להכריע בשאלה הראשונה ונניח אותה בצריך עיון.

מהו הסדר כובל

78. הגדרתו הבסיסית של המונח "הסדר כובל" מצויה בסעיף 2(א) לחוק ההגבלים:

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.

ארבעת רכיבי ההגדרה הם: (1) קיומו של "הסדר", (2) ההסדר "נעשה בין בני אדם המנהלים עסקים", (3) הגבלה המוטלת על לפחות אחד הצדדים להסדר, (4) ההגבלה נעשית באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בין הצד המוגבל לבין אחרים (השוו: פרשת טבעול, עמ' 97).

79. המונח "הסדר" מוגדר בסעיף 1 לחוק ההגבלים: "בין במפורש ובין מכללא, בין בכתב ובין בעל פה או בהתנהגות, בין אם הוא מחייב על-פי דין ובין אם לאו". הגדרה זו, כפי שניתן לראות, הינה הגדרה רחבה ביותר והיא עוסקת בדרכים שונות ומגוונות בהן ניתן לגבש הסדר. המונח "הסדר" עצמו רחב יותר מהמונחים "חוזה" או "הסכם". הגדרה רחבה זו נועדה לכלול בחובה כל סוג של הסכמה וכל דרך של הגעה להסכמה בין הצדדים להסדר. ההסדר אינו צריך להיות בעל מעמד משפטי של חוזה (כך לדוגמה, הוא איננו כפוף לכללים הרגילים של הצעה וקיבול או מסוימות) ודי ברמה מינימלית כלשהי של הבנה משותפת, הסכמה או שיתוף פעולה בין הצדדים לשם יצירתו (ראו: ע"פ 1042/03 מצרפס שותפות מוגבלת בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 721, 729-728; י' יגור דיני הגבלים עסקיים (מהדורה שלישית, תשס"ב-2002) 148-149, להלן: יגור); ד' גילה "חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים ומונופולין" (בתוך דניאל פרידמן ונילי כהן - חוזים (כרך ג' - תשס"ד), 645-646)). מלשון הגדרתו של המונח "הסדר" עולה, כי ההסכמה להסדר איננה צריכה להיות מפורשת, ויכולה להיות גם הסכמה מכללא או הסכמה בהתנהגות. מכך ניתן ללמוד, כפי שטוענת המדינה, כי די גם בהסכמה שבשתיקה ליצירת ההסדר. יש לציין, כי כאשר נדונה בארה"ב שאלת ההסכמה להסדר כובל נקבע בפסק-דין *Esco Corporation v. United States*, 340 F.2d 1000 (1965) 1008.

It is not necessary to find an express agreement, either oral or written, in order to find a conspiracy, but it is sufficient that a concert of action be contemplated and that defendants conform to the arrangement. Mutual consent need not be bottomed on express agreement, for any conformance to an agreed or contemplated pattern of conduct will warrant an inference of conspiracy. An exchange of words is not required. Thus not only action, but even a lack of action, may be enough from which to infer a combination or conspiracy.

פרשנות רחבה זו של המונח הסדר תואמת גם את תכליתם העיקרית של דיני ההגבלים העסקיים, אשר נועדו להבטיח את התחרות החופשית במשק ועל-ידי כך לקדם את האינטרס של ציבור הצרכנים ליהנות ממוצרים באיכות טובה יותר במחירים סבירים (ראו: פרשת טבעול, עמ' 80-81; בג"צ 588/84 ק.שר. סחר אזבסט בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד מ(1) 29, 37-38). יתר על כן, התחרות החופשית, עליה מגנים דיני ההגבלים העסקיים, מגבירה את יעילות הקצאת המשאבים במשק, מעודדת את הצמיחה ואף תורמת לחלוקה צודקת יותר של ההכנסות במשק (ראו: יגור, עמ' 46-47; פרשת טבעול, עמ' 79). הנשיא ברק אף ציין בהקשר זה כי "דיני ההגבלים העסקיים הם ה'מגנא כרטא' של זכויות הצרכן והתחרות החופשית" (ע"א 2247/95 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ, פ"ד נב(2) 213, 231).

כאשר באים לפרש את המונח "הסדר", לאור תכליתם האמורה של דיני ההגבלים העסקיים, ברי כי אין לייחס חשיבות רבה לאופן שבו הביעו הצדדים את הסכמתם להסדר הכובל. הסדר כובל שנעשה על-פה, או הסדר שעליו הסכימו הצדדים בקריצת עין או על-ידי הנהון בראשיהם, עלול לפגוע בתחרות לא פחות מהסדר כובל שנעשה בכתב תוך הבעת הסכמה מפורשת של הצדדים. כאמור לעיל, ההסדר הכובל אף אינו צריך להיות מחייב על-פי הדין, על מנת שייחשב להסדר על-פי חוק ההגבלים (למעשה, ההסדר הכובל הוא חוזה בלתי חוקי לפי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ואיננו תקף אף בין הצדדים לו. ראו: פרשת טבעול, עמ' 109-110). חוק ההגבלים נועד למנוע את עצם עריכתם של הסדרים כובלים,

וזאת ללא קשר לאופן הבעת ההסכמה על-ידי הצדדים לגיבושם. החשיבות הנודעת לאופן הבעת ההסכמה איננה, אם כן, במישור המהותי אלא במישור הראייתי גרידא. לפיכך, דעתנו היא, שגם הסכמה שבשתיקה עשויה להיות מספקת לשם הבעת נכונות להצטרף להסדר כובל.

80. עם זאת חשוב לציין, כי התנהגות מקבילה של מתחרים או העתקה של מתחרים זה מזה אינן, כשלעצמן, בגדר "הסדר" לפי חוק ההגבלים. זאת, בתנאי שלא קיימים תיאום, הסכמה או שיתוף פעולה כלשהם בין המתחרים. אנו מסכימים לקביעתו של בית-המשפט המחוזי, כי התנהגות עסקית דומה או זהה של מתחרים, אשר כל אחד מהם מחליט עליה באופן עצמאי, אף אם הוא מושפע מהתנהגות המתחרים האחרים, איננה מהווה הפרה של דיני ההגבלים העסקיים (ראו, *Theatre Enterprises v. Paramount Film Distributing Corp.*, 346 U.S. 537 (1954) 541). התנהגות "חקיינית" זו מאפיינת במיוחד שווקים אוליגופוליסטיים (כמו שוק הביטוח בישראל), שבהם קיים מספר מצומצם של פירמות גדולות השולטות בשוק. בשווקים כגון אלה נפוצה התופעה של "Price Leadership", דהיינו מצב שבו אחד המתחרים בשוק האוליגופוליסטי מנחה את קצב עליית המחירים בשוק ושאר המתחרים "מתאמים" לפיו (ראו: יגור, עמ' 529-530). התנהגות מקבילה כזו איננה אסורה על-פי דיני ההגבלים העסקיים (ראו: *E.I. Du Pont De Nemours & Co. v. F.T.C.*, 351 U.S. 907 (1956) 913; *Clamp-All Corp. v. Cast Iron Soil Pipe Institute*, 729 F.2d 128 (1984) 139; *484 F.2d 478 (1988)*). עם זאת יצוין, כי בנסיבות מסוימות עשויה התנהגות כזאת להוות אינדיקציה ראייתית לקיומה של הסכמה מוקדמת אסורה.

81. הרכיב הבא בהגדרת המונח "הסדר כובל", אותו עלינו לפרש, הוא "בני אדם המנהלים עסקים". באשר למשמעות המונח "בני אדם" בהגדרת ההסדר הכובל, אין כל ספק כי המונח מתייחס גם לתאגידים (ראו: סעיף 4 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981). השאלה המורכבת יותר הינה מה משמעות הביטוי "מנהלים עסקים". בפסיקת בית-המשפט, ביחס לפרשנותו של מונח זה, ניתן להבחין במעבר מגישה מצרה לגישה מרחיבה יותר (ראו: יגור, עמ' 150-154; פרשת סבירסקי, עמ' 140). על-פי הגישה המצרה, הביטוי "מנהלים עסקים" מתייחס רק לכבילה בנוגע

לתחום העיסוק העיקרי של העסק. על כן, נפסק כי אולם חתונות המגביל עצמו להתקשרות עם צלמת אחת איננו עונה להגדרת אדם המנהל עסקים, מפני שאולם החתונות איננו מנהל עסק של צילום (ע"א 626/70 שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ, פ"ד כה(1) 824, 833-835). ואילו על-פי הגישה המרחיבה לביטוי "מנהלים עסקים", אין דרישה לזהות בין תחום העיסוק העיקרי של העסק לבין התחום שהוא נושא הכבילה (ראו: ע"א 2768/90 פטרולגז חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 599, 603 (להלן: פרשת פטרולגז); משה בורנובסקי "על יסודות הכבילה שבהסדר ותוצאתה - חדש ואין חדש" מחקרי משפט ה' 125, 128-130 (להלן: בורנובסקי). הפרשנות הרחבה של הביטוי "מנהלים עסקים" נקבעה בפרשת פטרולגז כפרשנות הראויה, ועמדה זו מקובלת גם עלינו. מטרת הדרישה, לפיה על ההסדר להיעשות בין "בני אדם המנהלים עסקים", איננה להבחין בין תחומים שונים של עיסוק אלא להבחין בין גופים עסקיים לבין גופים שאינם כאלה, כגון גופים צרכניים או המדינה בתפקידה השלטוני (ראו: פרשת פטרולגז, עמ' 604; פרשת טבעול, עמ' 92; בורנובסקי, עמ' 130).

82. סוגיה נוספת אותה יש לבחון, בהקשר האמור, היא משמעות המונח "עסק" בחוק ההגבלים. מערערי איילון טוענים, כאמור, כי תחום הביטוח איננו נכלל בהגדרת המונח "עסק" בחוק ההגבלים. סעיף 1 לחוק ההגבלים מגדיר את המונח "עסק" באופן הבא: "עיסוק בייצור נכס, במכירתו, בשיווקו, ברכישתו, ביבואו או ביצואו, וכן עיסוק במתן שירות או בקבלתו". הגדרת המונח נכס הינה: "מטלטלין, מקרקעין וזכויות". פוליסת ביטוח עונה להגדרה זו של המונח "נכס" (שכן הפוליסה מקנה זכויות מסוימות למבוטחים). על כן, לאור העובדה שחברות ביטוח עוסקות, בין היתר, במכירתן ובשיווקן של פוליסות ביטוח, אין כל מניעה לראות בהן "עסק", על-פי פרשנותו הלשונית של מונח זה. זאת ועוד, את הגדרת המונח "עסק" בחוק ההגבלים ניתן להחיל לגבי חברות ביטוח על יסוד העובדה, שהן עוסקות במתן שירותים בתחום הביטוח (ראו: אריה רייך "הסדרת התחרות בענף הביטוח: לקחים מן הקהילייה האירופית" מחקרי משפט טז (תשס"א) 377, 379 (להלן: רייך)). יש לציין עוד, כי איננו רואים בהגדרת ה"עיסוק בביטוח" בסעיף 1 לחוק הפיקוח על עסקי

ביטוח ("התקשרות דרך עסק בחווי ביטוח") דבר כלשהו, שיש בו כדי לשלול את הגדרת הביטוח כ"עסק" על-פי חוק ההגבלים.

83. טענה נוספת, המועלית על-ידי מערערי איילון, הינה כי פרשנות תכליתית של הביטוי "בני אדם המנהלים עסקים" צריכה להוביל למסקנה, לפיה הביטוי איננו מתייחס לענף כלכלי שבו יש הכוונה, פיקוח או רגולציה על-ידי המדינה. משמע כי רק ענפים עסקיים שבהם אין מעורבות של המדינה כפופים לחוק ההגבלים. אף אם נתעלם מהקושי הלשוני בהסקת מסקנה פרשנית זו ממילות החוק, נראה שפרשנות תכליתית של הביטוי "בני אדם המנהלים עסקים" איננה מונעת את החלת האיסור להיות צד להסדר כובל בתחומים עסקיים המפוקחים על-ידי המדינה. כאמור לעיל, מטרת הדרישה, שלפיה על ההסדר הכובל להיות בין "בני אדם המנהלים עסקים", הינה להבחין בין גופים עסקיים לגופים שאינם כאלה. תכליתם העיקרית של דיני ההגבלים העסקיים, כפי שכבר ציינו, הינה להבטיח את התחרות החופשית במשק. תכלית זו תקפה באופן עקרוני גם לגבי תחומים עסקיים הנתונים לפיקוח כזה או אחר של המדינה; זאת במיוחד כאשר הפיקוח של המדינה איננו מבטיח את התחרות החופשית בתחומים אלה. עם זאת, בענפים העסקיים המפוקחים על-ידי המדינה, לעתים עלולה להיווצר התנגשות בין הוראות דיני ההגבלים העסקיים, הבאים לקדם את התחרות החופשית, לבין הכללים הנקבעים על-ידי המדינה לגבי ענפים אלה. בדרך כלל, מטרתם של כללים מעין אלה הינה לקדם אינטרסים ציבוריים נוספים אחרים זולת קיומה של תחרות חופשית. אכן, לכאורה, עלול להיווצר מצב בו ההסדרים הללו, הנקבעים על-ידי המדינה, ייחשבו ל"הסדרים כובלים" על-פי חוק ההגבלים. על מנת להתמודד עם "התנגשות דינים" אפשרית זו, בא סעיף 3(1) לחוק ההגבלים וקובע, כי "הסדר שכל כבילותיו נקבעו על-פי דין" לא ייחשב להסדר כובל. מסעיף זה ניתן ללמוד, כי המחוקק לא התכוון לפטור כל תחום המוסדר על-ידי המדינה מתחולת דיני ההגבלים העסקיים, אלא לעשות זאת רק כאשר המדינה, כחלק מהסדרתו הסטטוטורית של ענף עסקי מסוים, קובעת כללים ספציפיים היוצרים, לכאורה, הסדר כובל (ראו, זאב גלמור "גישתו של הממונה לפיקוח על הגבלים עסקיים - סוגיות נבחרות" עיוני משפט טו (תש"ן-1990) 589, 599 (להלן: גלמור)). נחזור ונציין, כי במצב מעין זה, בו המדינה פועלת מכוח תפקידה השלטוני, היא

עצמה איננה נחשבת לצד להסדר כובל (ראו: פרשת פטרולגו, עמ' 603-604). דוגמה אחת להסדר מעין זה, שכבילותיו נקבעו על-פי דין, ועל כן אין הוא נחשב להסדר כובל האסור על-פי חוק ההגבלים, היא כללי לשכת עורכי הדין (התעריף המינימלי המומלץ), התש"ס-2000. בענף הביטוח אכן ישנה מעורבות של המדינה בהסדרת הענף, שכן בתחום זה, לאור האינטרס הציבורי החשוב בהגנה על ציבור המבוטחים וביציבותן הפיננסית של חברות הביטוח, התחרות החופשית איננה חזות הכול (ראו: בג"צ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625, 650-651 (להלן: פרשת שמאי הביטוח); מ' חת "השפעת מאפייני התחרות בשוק הביטוח על יישום חוק ההגבלים" מחקרי משפט טו (תש"ס-2000) 407, 419-422 (להלן: חת). ענף הביטוח מוסדר על-ידי חוק הפיקוח על עסקי ביטוח, וכן על-ידי התקנות והצווים שהוצאו על פיו. אולם, כאמור לעיל, עצם הסדרתו של תחום הביטוח על-ידי המדינה אין בה כדי לפטור אותו מתחולתם של דיני ההגבלים העסקיים. כפי שהביע את הדברים המלומד אריה רייך:

העובדה שענף הביטוח הנו ענף מוסדר מאוד על-ידי החוק ונתון לפיקוח הדוק של המפקח על הביטוח אינה מהווה, לדעתנו, סיבה מספקת לשלילת תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים עליו ולהפסקת הפיקוח של הממונה על ההגבלים העסקיים על כיבודם של דינים אלה. מן הפן המהותי ברור שחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א-1981, כמו גם כל מערכת ההסדרה הסטטוטורית של ענף הביטוח, אינו כולל בתוכו את הנורמות של הבטחת תחרות עסקית נאותה בענף ואינו מהווה תחליף לכללים הקבועים בחוק ההגבלים. גם אין לומר שקיימת סתירה אינהרנטית בין שתי המערכות הסטטוטוריות הללו. נהפוך הוא, נראה שהן משלימות זו את זו: האחת באה להבטיח את איתנותם הפיננסית של המבטחים ואת איכות המוצר שהם מציעים לצרכנים, ואילו האחרת באה להבטיח קיום תחרות בריאה בין המבטחים, שגם היא פועלת לטובתן של הצרכנים. אם קיים פוטנציאל להתנגשות בין נורמות ספציפיות משתי המערכות - כלומר, שהאחת תורה את שהאחרת אוסרת - נראה שזו תבוא על פתרונה מכוח סעיף 13(1) לחוק ההגבלים (רייד, עמ' 422).

דברים אלה מקובלים עלינו. תחום הביטוח כפוף, אם כן, לדיני ההגבלים העסקיים כמו כל תחום עסקי אחר, שלא ניתן לו פטור מתאים (השוו, סעיפים 3(4) ו-3(7) לחוק ההגבלים). ככלל, גם אם קיים דין ספציפי המסדיר את הפעילות בתחום עסקי כלשהו, מן הראוי לעשות מאמץ פרשני שמטרתו ליישב, ככל האפשר, בין ההסדר הסטטוטורי הספציפי לבין דיני ההגבלים העסקיים (ראו את פסק-דינו של בית-הדין להגבלים בערר 7/95 "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (לא פורסם), פסקה 18). רק כאשר לא ניתן להחיל במקביל הן את ההסדר הסטטוטורי הספציפי והן את דיני ההגבלים העסקיים, הרי שעל חוק ההגבלים (על-פי סעיף 3(1) לחוק) לסגת מפני ההסדר הספציפי.

נראה, שגישה זו, שלפיה יש ליישב ככל האפשר בין הסדרים רגולטוריים בתחומים שונים לבין דיני ההגבלים העסקיים, מקובלת גם במשפט האמריקאי. כך לדוגמה, קבע בית-המשפט העליון של ארה"ב כי:

Repeal of the antitrust laws by implication is not favored and not casually to be allowed. Only where there is a "plain repugnancy between the antitrust and regulatory provisions" will repeal be implied (*Gordon v. New York Stock Exchange, Inc.*, 422 U.S. 659 (1975) 682).

דוגמה נוספת לעמדה זו במשפט האמריקאי ניתן למצוא בפסק-דינו של בית-המשפט הפדראלי במחוז קולומביה:

Even When The regulation is "pervasive" and the precise conduct attacked in an antitrust suit is being regulated, an immunity will be found only if the antitrust remedy conflicts with rather than complements the enforcement efforts of the regulatory agency (*United States v. American Telephone & Telegraph Company*, 461 F.Supp. 1314 (1978) 1326).

84. בקביעתנו כאן, שלפיה תחום הביטוח כפוף לדיני ההגבלים העסקיים, אין כמובן כדי לשלול את האפשרות כי הממונה על ההגבלים יקבע, מכוח הסמכות הנתונה לו בסעיף 15א לחוק ההגבלים, "פטור סוג" לסוגים מסוימים של הסדרים כובלים בענף הביטוח. הסדרים כובלים הנכנסים לגדר "פטורי הסוג" נהנים, למעשה, מ"פטור אוטומטי" ואינם צריכים לקבל את אישורם הפרטני של בית-הדין להגבלים או של הממונה על ההגבלים. בקהילייה האירופית ניתן "פטור סוג" כזה, בתנאים מסוימים, להסדרים בין חברות ביטוח שעניינם, בין היתר, בשיתוף פעולה בקביעת תעריפי פרמיות סיכון על יסוד סטטיסטיקה ונתוני תביעות שנאספו באופן קולקטיבי, בתנאי פוליסה סטנדרטיים משותפים ובכיסוי משותף של סוגים מסוימים של סיכונים (ראו: רייד, עמ' 388-399). הצורך במתן הפטור התעורר לאחר שבית-הדין של הקהילייה האירופית קבע, כי סעיף 81 לאמנת רומא (בעבר סעיף 85 לאמנה), האוסר על עריכת הסכמים מתואמים שמטרתם או תוצאתם היא פגיעה בתחרות, חל לגבי ענף הביטוח (ראו: Case 45/85 Verband der Sachversicherer v. Commission ECR 405 [1987]). עוד יש לציין, כי חברות הביטוח יכולות, כמובן, לפנות לבית-הדין להגבלים או לממונה על ההגבלים בבקשת אישור או פטור מתאימים לגבי הסדרים כובלים אינדיבידואליים (כך לדוגמה, העניק הממונה על ההגבלים, לבקשת האיגוד, פטור לפי סעיף 14 לחוק, בנוגע להפעלתה במשותף של מערכת סליקה להסדרת החיובים, הנובעים מחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, בין חברות ביטוח הרכב השונות. ראו: פרסום מספר 3018123 משנת 2003, באתר האינטרנט של הרשות להגבלים - <http://www.antitrust.gov.il>).

85. המערערים טענו, כי במתן אישור להסדר כובל על-ידי המפקח על הביטוח יש כדי "להכשיר" את ההסדר, גם אם הצדדים להסדר תיאמו ביניהם את פרטיו לפני הגשתו לאישור המפקח. אלא ששאלה זאת כלל אינה טעונה הכרעה בענייננו. פריטי האישום היחידים, שלגביהם ניתן היה לטעון למתן אישור על-ידי המפקח על הביטוח, הם פריט האישום שעניינו בתעריפי הרכב לשנת 1991 - שממנו זוכו המערערים בבית-המשפט המחוזי - ופריט האישום שעניינו בתעריפי הרכב לשנת 1992 - שממנו, כפי שכבר צוין, החלטנו לזכותם בערכאתנו.

86. נימוק נוסף, שעליו סמכו מערערי איילון את טענתם כנגד החלת דיני ההגבלים העסקיים על תחום הביטוח, היה שבארה"ב תחום הביטוח הוצא כמעט לחלוטין מתחולתם של דיני ההגבלים העסקיים הפדראליים. אנו סבורים כי בטענה זו אין כדי לסייע למערערי איילון, מפני שה"פטור" האמור ניתן לתחום הביטוח בחוק מפורש של הקונגרס (חוק זה שנחקק ב-1945 מכונה McCarran-Ferguson Act, ראו: 15 U.S.C. § 1012-1015), שנחקק בעקבות פסק-דינו של בית-המשפט העליון שבו נקבע כי תחום הביטוח כפוף לדיני ההגבלים העסקיים (ראו: *United States v. South-Eastern Underwriters Association*, 322 U.S. 533 (1944)). החוק פטר מתחולתם של דיני ההגבלים העסקיים את תחום הביטוח ("business of insurance"), ככל שתחום זה מוסדר על-ידי המדינות עצמן, והפטור איננו חל על הסכם שמטרתו "להחרים, לכפות או לאיים" ("boycott, coerce or intimidate"). בהיעדר חקיקה מקבילה במשפט הישראלי, הפוטרת את תחום הביטוח מתחולתם של דיני ההגבלים העסקיים, אין מקום ליצור פטור כזה בפסיקת בית-המשפט. הבדל חשוב נוסף, שקיים בהקשר זה בין המשפט הישראלי לבין המשפט האמריקאי, הוא, שבדיני ההגבלים העסקיים האמריקאיים (בניגוד לדין הישראלי) אין אפשרות למתן פטורים להסדרים כובלים ספציפיים. זאת ועוד, הפטור לתחום הביטוח במשפט האמריקאי מבוסס על תפיסה שלפיה תחום הביטוח (ובכלל זה התחרות בענף) צריך להיות מוסדר על-ידי המדינות עצמן ולא על-ידי המחוקק הפדראלי. אשר על כן, אין מניעה להכפיף את ענף הביטוח לדיני התחרות המדינתיים, ומדינות שונות בארה"ב (בהן טקסס וקליפורניה) אכן נוהגות באופן זה, ונטייה זו אף גוברת בשנים האחרונות לאור הביקורת שמעורר הפטור האמור (ראו: רייד, עמ' 379-380; Macey & Miller "The McCarran-Ferguson Act of 1945: Reconceiving The Federal Role in Insurance Regulation" 68 N.Y.U. L. Rev. 13 (1993) 47).

87. הרכיב השלישי בהגדרת ההסדר הכובל הוא שמדובר בהסדר "לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו". יסוד זה של הגבלה עצמית נדרש כחלק מכל הסדר כובל, בין אם המדובר בהסדר שלגביו חלות החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים ובין אם לאו (ראו: פרשת טבעול, עמ' 97). יש אפוא להבחין, בין בחינת עצם קיומה של הגבלה לבין בחינת מידת הפגיעה של ההגבלה בתחרות (בחינה, שכפי

שנראה בהמשך, איננה תמיד נדרשת). הגבלה שתיחשב כיוצרת הסדר כובל, היא הגבלה המצמצמת את חופש הפעולה הנתון למי שמנהל את העסקים (ראו: בורנובסקי, עמ' 131-132). זאת, בין אם כתוצאה מההגבלה נאסר עליו לעשות דבר-מה (לדוגמה, לפנות לקהל מסוים של לקוחות) ובין אם ההגבלה מחייבת אותו לפעול רק באופן מסוים (לדוגמה, למכור את מוצריו רק במחיר מוסכם כלשהו). מלשון החוק עולה כי די בכך, שאחד הצדדים להסדר יגביל את עצמו באופן האמור, על מנת שההסדר ייחשב להסדר כובל מבחינת כל השותפים לו.

88. הרכיב הרביעי, שצריך להתקיים לשם התגבשות ההסדר הכובל, הוא שההגבלה האמורה נעשית "באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים". רכיב זה משקף מבחן פונקציונאלי, הבוחן את השלכותיו של ההסדר הכובל ומידת פגיעתו בתחרות (ראו: פרשת טבעול, עמ' 95). מנוסחו של רכיב זה ברור, כי די בהפחתה בתחרות כתוצאה מן ההסדר ואין דרישה למניעתה המוחלטת. כמו כן, מקובלת עלינו פרשנותו של בית-המשפט המחוזי למונח "עלול". אכן, משמעותו של מונח זה הינה, כי על-מנת שהסדר ייחשב כהסדר כובל, אין צורך להוכיח שהוא פגע בפועל בתחרות, ודי בכך שבהסדר טמון פוטנציאל לפגיעה בתחרות. עבירות כדוגמתה של עבירת ההסדר הכובל, שבה הרכיב התוצאתי מתבטא בפגיעה פוטנציאלית בלבד, נועדו לענות על הדרישה לתגובה עונשית על עצם העמדתם בסכנה של ערכים חברתיים מסוימים (במקרא דנא, הערך החברתי של תחרות חופשית). זאת, גם אם ערכים חברתיים אלה לא ניזוקו בפועל (ראו: ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (תשמ"ד-1984), כרך א', 425-426 (להלן: פלר, יסודות בדיני עונשין)). נראה, אפוא שעבירת ההסדר הכובל היא עבירה התנהגותית מסוג מיוחד; מחד, אין שכלולה מותנה בכך שהיא תגרום בפועל לפגיעה בתחרות, ומאידך, נדרשת בה התנהגות העלולה לגרום בהסתברות מסוימת לתוצאה של פגיעה בתחרות. במקרה דנא, איננו רואים צורך להכריע בדבר מידת ההסתברות לפגיעה בתחרות ובדבר עוצמת הפגיעה הפוטנציאלית בתחרות, הנדרשות לשם שכלול עבירת ההסדר הכובל, שכן המערערים הואשמו במעשים הנכנסים לגדר חזקות הכבילה הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים. במצב זה באה בחינת התקיימות חזקות הכבילה במקום בחינת מידת פגיעתו (הפוטנציאלית) של ההסדר בתחרות (ראו: פרשת טבעול, עמ' 97). איננו

נדרשים, אפוא, לקבוע אם לשם השתכללות ההסדר הכובל צריך להוכיח שבהסדר טמון פוטנציאל לפגיעה משמעותית בתחרות, כפי שטוענים מערערי איילון. עם זאת יש לציין, כי בפרשתנו הננו עוסקים בהסדרים כובלים שעניינם בתיאום מחירים ובחלוקת השוק בין המתחרים. הסדרים כאלה אינם יכולים ליהנות מפטור הסוג להסדרים שפגיעתם בתחרות היא קלת ערך (ראו: כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), התשס"א-2001; סעיף 4 לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), התשס"א-2001; ד' גילה "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוק? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים" עיוני משפט כז (תשס"ד) 751, 774-778 (להלן: גילה - הסדרים כובלים)). אולם, אנו סבורים כי אף לגבי הסדרים כאלה אין כל מניעה עקרונית משימוש בהגנת זוטי הדברים, כמשמעה בסעיף 34^{יז} לחוק העונשין, החלה אף לגבי עבירות לפי חוק ההגבלים (מכוח סעיף 34^{כג} לחוק העונשין). לעניין זה עוד נשוב.

החזקות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים

89. סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים קובע, כחלק מהגדרת המונח "הסדר כובל", מספר חזקות, שלפיהן הסדרים העוסקים בנושאים מסוימים, ייחשבו כהסדרים כובלים:

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.

המערערים הואשמו, כאמור, בעריכת הסדרים שעניינם תיאום מחירים או חלוקת השוק, ושני נושאים אלה נתפסים בגדר החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים. בית-משפט זה כבר קבע, כי החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק הן חזקות חלוטות, באשר נושאי הכבילה הקבועים בהן הינם כאלה שמטבעם כבילה לגביהם פוגעת בתחרות. השופט חשין הסביר מדוע יש לראות חזקות אלה כחלוטות:

השכל הישר וניסיון החיים יורונו כי אלה הם הסדרים טיפוסיים שנועדו למנוע או להפחית תחרות בעסקים. לשון אחר: כל אותם "עניינים" המוצגים בשורה עורפית בפיסקה (ב) לסעיף 2 לחוק, כולם נעשו מאותו חומר גנטי; והחומר הוא החומר הגנטי שעושה את פיסקה (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. לא תהא זו איפוא מסקנה מרחיקת לכת באומרנו כי בחזקה חלוטה מדבר הכתוב בהוראת סעיף 2(ב) לחוק (פרשת טבעול, בעמ' 97).

על כך שמדובר בחזקות חלוטות ניתן ללמוד גם מדברי ההסבר לסעיף 2 לחוק, שנכללו בהצעת חוק ההגבלים, התשמ"ד-1983:

בסעיף קטן (ב) באה רשימה של נושאים שבהם השלכת ההסדר בין הצדדים על צמצום התחרות אינה מוטלת בספק. הסדרים אלה ייראו כהסדרים כובלים מבלי שיהא צורך לבחנם בכל מקרה לאור המבחן הכללי האמור (ה"ח 1647, עמ' 42).

לפיכך נקבע כי הסדר הנוגע לאחד מן הנושאים המפורטים בחזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, ייחשב כהסדר כובל, ולגבי הסדר כזה אין כלל צורך להוכיח כי הוא עלול לפגוע בתחרות (ראו: פרשת טבעול, עמ' 96-97; פרשת חניות, עמ' 599; ד' גילה "לקראת מדיניות משפטית חדשה כלפי תניות אי-תחרות" עיוני משפט כג (תש"ס) 63, 102-103). היעדר הצורך להוכיח את פוטנציאל הפגיעה בתחרות בכל מקרה ומקרה מקל על היקף הבירור הנדרש בהליך השיפוטי ומאפשר חיסכון בזמן שיפוטי (ראו: פרשת אקסטל, עמ' 659). כן מקדמות החזקות החלוטות את הוודאות המשפטית ואת רמת ההרתעה של החוק (ראו, מ' גל "לבור את המוץ מהתבן - היקף תחולתו של האיסור לערוך הסדר כובל בהתאם לפסיקה האחרונה" דין ודברים א (תשס"ה) 533, 547 (להלן: גל)).

יצוין עוד, כי מקובלת עלינו קביעת בית-המשפט המחוזי, כי תיאום בין המתחרים בנוגע לשיעור ההנחה, גם כאשר מחיר הבסיס שונה, נחשב לכבילה הנוגעת למחיר לפי סעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים. זאת, הן לאור הגדרתו הרחבה של המונח "מחיר" בחוק ההגבלים (קרי: "לרבות הפרשי הצמדה למדד או למטבע, ריבית, שיעורי תשלום ותנאי תשלום אחרים"), והן לאור פרשנות תכליתית של חזקת הכבילה, שכן גם כבילה בנוגע לשיעור ההנחה מפחיתה, מעצם טבעה, את התחרות בשוק (ראו, *United States v. American Radiator & Standard Sanitary Corp.*, 433 F.2d 174 (1970) 185-186).

90. בפרשתנו עלתה השאלה, אם יש לראות חזקות אלה כחזקות חלוטות גם בפן הפלילי של הגדרת ההסדר הכובל. הגדרת ההסדר הכובל בסעיף 2 לחוק ההגבלים (ובכלל זה החזקות החלוטות בסעיף 2(ב) שהן חלק מההגדרה) הינה הגדרה מהותית התקפה לגבי כל חלקיו של החוק. על כן, משנקבע כי החזקות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק הן חזקות חלוטות, קביעה זו תקפה הן בתחום הפלילי והן בתחום האזרחי. ההבחנה שמערערי איילון ניסו ליצור בין הגדרת ההסדר הכובל בתחום האזרחי לבין הגדרתו בתחום הפלילי היא מלאכותית ונעדרת כל ביסוס בחוק. עוד מן הראוי לציין, שככלל אין מניעה לקביעתן של חזקות חלוטות גם בתחום המשפט הפלילי. שתי דוגמאות לחזקות חלוטות הקיימות במשפט הפלילי הן החזקות הקבועות בסעיף 24 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973, שעניינה בהדחת קטין לסמים מסוכנים והחזקה הקבועה בסעיף 34ט(ב) לחוק העונשין, שעניינה במחשבה הפלילית המתקיימת אצל מי שעבר עבירה כאשר הוא במצב של שכרות (ראו, ש"ז פלר "על הקטגוריות של החזקות" מחקרי משפט יג (תשנ"ז) 357, 369-370, 374-373).

אכן, כפי שכבר צוין בפסיקתו של בית-משפט זה, הגדרת המונח "הסדר כובל" בסעיף 2 לחוק ההגבלים (ובכלל זה הגדרת החזקות החלוטות) הינה רחבה ביותר. הגדרה זו עלולה להפוך הסדרים עסקיים מקובלים ורצויים להסדרים אסורים (במידה ואינם נכנסים לגדר הפטורים השונים הקבועים בחוק ההגבלים) ואת הצדדים להסדרים אלה לעבריינים (ראו: פרשת חניות, עמ' 598; ע"מ 6464/03 לשכת שמאי

המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים, פ"ד נח(3) 293, 308-309 (להלן: פרשת שמאי המקרקעין); פרשת אקסטל, עמ' 647; גילה - הסדרים כובלים, עמ' 755-757). אף שלבעיה זו לא ניתן להציע פיתרון שיפוטי מלא, הרי שפרשנות תכליתית של חוק ההגבלים בכלל ושל סעיף 2 לחוק בפרט תאפשר התמודדות מסוימת עם אותם מצבים בעייתיים. פרשנות כזאת עשויה לתחום את תחולתן של החזקות החלוטות לקטגוריות של כבילות הפוגעות בתחרות באופן ברור וחד-משמעי (ראו: גל, עמ' 551). דומה כי לכך כיוון השופט ריבלין באומרו כי "יש להחריג מהוראות החוק את אותם מקרים... הנכללים לכאורה בלשון הרחבה של הוראת סעיף 2, אולם בחינה תכליתית תבהיר כי הם נופלים מחוץ לגבולות החוק" (פרשת חניות, עמ' 598).

ודוק: כאשר מדובר במצבים בעייתיים מעין אלה, לא תהיה כלל תחולה להוראותיו של חוק ההגבלים, ובכלל זה לחזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק (ראו: פרשת חניות, עמ' 599-600; פרשת שמאי המקרקעין, עמ' 309). לעומת זאת, כאשר בחינה תכליתית של המקרה תצדיק את החלתו של חוק ההגבלים, ויהיה מדובר בהסדר שנכנס לגדר החזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק, יחולו חזקות אלה הן בתחום האזרחי והן בתחום הפלילי. במקרה דנא, שוכנענו כי ההסדרים בהם מואשמים המערערים, הינם הסדרים קרטליסטיים מובהקים, ועל כן ראוי להחיל בענייננו את הוראותיו של חוק ההגבלים על החזקות החלוטות הקבועות בו.

חשוב לציין בהקשר זה, כי איננו שוללים את הצורך להבחין בין מצבים בהם יש לאכוף את חוק ההגבלים באמצעות הפעלת הדין הפלילי לבין מצבים בהם ניתן להסתפק באכיפה מינהלית ואזרחית של החוק. עם זאת, איננו סבורים כי הדרך הנכונה ליישום הבחנה זו היא על-ידי פרשנות מלאכותית של הוראות החוק, המבקשת למצוא בו את מה שאין בו. כל עוד המחוקק לא יצר את ההבחנה האמורה בגדרי חוק ההגבלים עצמו (ויהיו שיטענו כי מן הראוי שיעשה זאת), דעתנו היא כי המקרים שאינם מצדיקים טיפול במישור הפלילי יכולים (וצריכים) לבוא על פתרונם במישור שיקול-הדעת הנתון לרשויות האכיפה בהפעלת הדין הפלילי. כידוע, לשם העמדתו של אדם לדין בגין ביצוע עבירה כלשהי, אין די בקיום ראיות לביצוע העבירה בידי רשויות התביעה, אלא נדרש קיומו של "עניין לציבור" בהעמדה לדין

(ראו: סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982; בג"צ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 507-515). כמה מבין השיקולים אותם על רשויות האכיפה להביא בחשבון, בבואן לקבוע האם קיים "עניין לציבור" להעמיד אדם פלוני לדין בשל הפרת דיני ההגבלים העסקיים, הם: מידת הפגיעה בתחרות לה גרם ההסדר; קיומה של כוונה סובייקטיבית של הצדדים להסדר לפגוע בתחרות; פרק הזמן בו התקיים ההסדר הכובל; טובות ההנאה שהפיקו מההסדר הצדדים לו והאם מדובר בהסדר כובל "אופקי" או "אנכי" (ראו: יגור, עמ' 653-656). למותר לציין, כי רשימה זו איננה רשימה סגורה. כן יצוין כי שיקולים אלה ודומיהם עשויים להישקל גם במסגרת דיונו של בית-המשפט בטענת הגנה מן הצדק.

91. חזקות הכבילה בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים מבוססות על "כלל ה-Per Se" במשפט האמריקאי, לפיו סוגים מסוימים של הסדרים בין מתחרים הינם אסורים על פניהם ואין צורך להוכיח לגביהם בכל פעם את הפגיעה בתחרות (זאת להבדיל מסוגים אחרים של הסדרים, בהם יש לבחון בכל מקרה לגופו את סבירות הפגיעה בתחרות לפי ה-Rule of Reason). המשפטן יצחק יגור מתאר את תכליתו של כלל ה-Per Se:

ההגיון המשפטי מאחורי "כלל ה-Per Se" או "חזקת הכבילה" מורכב ממספר טעמים: ראשית, יצירת וודאות באשר לאי חוקיותו של הסדר לתיאום או לקביעת מחירים. שנית, חסכון בזמן שיפוטי, כך שלא יהיה צורך להוכיח בכל מקרה ומקרה מחדש כי התיאום או קביעת המחיר אכן פוגעת בתחרות, או שהיא איננה סבירה בנסיבות העניין; ובמילים אחרות, ליצור "אכסיומה" שיפוטית. שלישית יצירת הנחיה תקדימית לעתיד שלפיה הסדרים המשפיעים על התחרות אסורים על פניהם (יגור, עמ' 164).

במשפט האמריקאי כלל ה-Per Se הוחל הן לגבי הסדרים כובלים הנוגעים לתיאום מחירים (ראו: *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392 (1927)); והן לגבי

הסדרים שעניינים חלוקת שוק (ראו: *United States v. Topco Associates Inc.*, 405 U.S. 596 (1972); *United States v. Koppers Co.*, 652 F.2d 290 (1981) (להלן: פרשת קופרס)). ההלכה במשפט האמריקאי הינה, אם כן, כי הסדרים אלה נחשבים לבלתי חוקיים מבלי צורך לבחון את סבירות ההסדר, הצדקתו או השפעתו הקונקרטית על התחרות בשוק. לאור זאת נקבע כי:

First, horizontal price fixing is a per se violation of the Sherman Act; there is no need for the prosecution to prove an adverse effect on competition (*United States v. Armand Gravelly*, 840 F.2d 1156 (1988) 1161).

לפיכך, אנו מקבלים את טענת המשיבה, כי משמעותם של פסקי-הדין שהובאו לעיל, שעסקו רובם ככולם בפן הפלילי של דיני ההגבלים העסקיים, הינה שלגבי הסדרים הנכנסים לגדר כלל ה-Per Se, קיימת חזקה חלוטה במשפט האמריקאי (ובכלל זה גם בדין הפלילי), לפיה הם פוגעים בתחרות.

היסוד הנפשי של עבירת ההסדר הכובל

92. עבירת ההסדר הכובל, כמרבית העבירות הפליליות, דורשת את קיומה של מחשבה פלילית לשם השתכללות העבירה (ראו סעיף 19 לחוק העונשין, שמוחל על עבירת ההסדר הכובל, כמו יתר הוראות החלק הכללי של חוק העונשין, מכוח סעיף 34 כג לחוק העונשין). יסוד המחשבה הפלילית עצמו מוגדר בסעיף 20(א) לחוק העונשין. האיסור להיות צד להסדר כובל קבוע, כאמור, בסעיף 4 לחוק ההגבלים. לשם שכלול יסוד המחשבה הפלילית נדרשת בראש ובראשונה מודעות של עושה העבירה לכל אחד מרכיבי הגדרת ההסדר הכובל, שפורטו לעיל. כמו כן, נדרשת מודעות שלו לכך שהוא "צד" (או אורגן של "צד") להסדר כובל. בנוסף לכך עליו להיות מודע לרכיב השלילי בהגדרת עבירת ההסדר הכובל בסעיף 4 לחוק ההגבלים - היעדר "הכשר" מתאים להסדר הכובל (נושא זה יידון בהמשך). יש לציין, כי העבירות בהן מואשמים המערערים שבפנינו בוצעו, על-פי הנטען, לפני כניסתו לתוקף של תיקון 39 לחוק העונשין. למען הסר ספק יובהר, כי לא מצאנו כל בסיס לקיומה של דרישה מקלה יותר לעניין היסוד הנפשי בעבירת ההסדר הכובל לפני

כניסתו לתוקף של תיקון 39. כפי שהסברנו לעיל, עבירת ההסדר הכובל איננה דורשת מבחינת היסוד העובדתי שלה התרחשות של תוצאה מסוימת כתנאי לשכלול העבירה. על כן אנו סבורים, כי אף לפני תיקון 39 לא נדרש יחס נפשי מיוחד וניתן היה להסתפק במודעות בפועל לרכיבים העובדתיים של העבירה לשם גיבוש היסוד הנפשי (ראו: פלר, יסודות דיני עונשין, בעמ' 492-493).

נתחיל את ניתוח היסוד הנפשי בבחינת המודעות הנדרשת לעניין פרטי ההסדר הכובל. אנו מקבלים את עמדתו של בית-המשפט המחוזי ולפיה המודעות הנדרשת הינה מודעות בפועל של עושה העבירה לטיב הפיזי של התנהגותו ולקיום הנסיבות הרלוונטיות. כלומר, נדרשת מודעות בפועל של עושה העבירה, לכך שהוא צד (או אורגן של צד) ל"הסדר, שנעשה 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". אם מדובר בהסדר שעניינו אחד מהנושאים המפורטים בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים, פוטנציאל הפגיעה של ההסדר בתחרות איננו אחד מרכיבי היסוד העובדתי של העבירה. אשר על כן, לא נדרשת במצב מעין זה מודעות לפוטנציאל הפגיעה של ההסדר בתחרות אלא די בכך שתוכח מודעות של עושה העבירה לנושא הכבילה הרלוונטי בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים. לדוגמה, מודעות לכך שהכבילה נוגעת למחיר שיידרש, שיוצע או שישולם; או מודעות לכך שהכבילה נוגעת לרווח שיופק (השוו: *United States v. Cooperative Theatres of Ohio, Inc.*, 845 F.2d 1367 (1988); 545-546; 1373; *United States v. Gillen*, 599 F.2d 541 (1979); פרשת קופרס, עמ' 295-296). יסוד המודעות הינו, כמובן, יסוד סובייקטיבי. על כן, אין די בכך שהתביעה תוכיח ברמת ההסתברות הנדרשת במשפט פלילי את התקיימות רכיבי היסוד העובדתי של עבירת ההסדר הכובל אלא עליה להוכיח גם את מודעותם של הנאשמים לקיום רכיבים אלה.

במקרה שלפנינו, איננו נדרשים, אם כן, להכריע בדבר מהות היחס הנפשי של מבצע העבירה לאפשרות הפגיעה בתחרות. עם זאת, נראה לנו כי היחס הנפשי הנדרש לגבי רכיב זה איננו שונה מהיחס הנדרש לגבי יתר רכיבי העבירה. כלומר,

נדרשת מודעות בפועל של מבצע העבירה, לכך שההסדר עלול לפגוע בתחרות. לא מצאנו כל בסיס בלשון החוק או בתכליתו לטענת מערערי איילון, לפיה נדרשים מניע מיוחד או מטרה של הצדדים להסדר לפגוע בתחרות. די בכך שהם יהיו מודעים לאפשרות זו (השוו: *United States v. Gypsum Co.*, 438 U.S. 422 (1978) 444-446). כמובן, ש"עצימת עיניים" של מבצע העבירה ביחס לאפשרות הפגיעה בתחרות עשויה, בהתקיים הנסיבות הקבועות בסעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין, להיחשב למודעות לאפשרות זו.

93. מערערי איילון טוענים, כי אדם שהצטרף להסדר הכובל למראית-עין, כלומר מבלי שכלל התכוון ליישם את כללי ההסדר, לא מתקיים בו היסוד הנפשי הדרוש לשם שכלול העבירה. על היסוד הנפשי של עבירת ההסדר הכובל מבקשים מערערי איילון ללמוד מהיסוד הנפשי של עבירת קשירת הקשר לפי סעיף 499 לחוק העונשין. לטענתם, יישום התנאים הנדרשים לשכלול היסוד הנפשי בעבירת הקשר לגבי היסוד הנפשי של עבירת ההסדר הכובל יוביל למסקנה כי עבירת ההסדר הכובל הינה עבירת מטרה. על כן, טוענים מערערי איילון, כי לשם גיבוש היסוד הנפשי של עבירת ההסדר הכובל נדרשת לא רק כוונה להגיע להסכמה עם המתחרים האחרים, אלא אף כוונה ליישם הסכמה זו ולהגיע לתוצאה המקווה שביסוד עריכת ההסדר הכובל. עוד טוענים מערערי איילון, כי אצל אדם שהצטרף להסדר הכובל למראית-עין לא מתקיימת מודעות לכך שהוא "צד" להסדר כובל. הם מבקשים, גם לעניין זה, ללמוד מעבירת הקשר, שכן, לטענתם, צד שהצטרף לקשר למראית-עין בלבד, לא מתגבש אצלו היסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעה בעבירת הקשר.

94. אין בידנו לקבל את טענות מערערי איילון ביחס ליסוד הנפשי הנדרש בעבירת ההסדר הכובל. לא מצאנו כל ביסוס בלשון החוק או בתכליתו לקיומה של דרישה לכוונה ליישום ההסדר הכובל כתנאי לשכלול העבירה. אמנם, קיים דמיון מסוים ביסוד העובדתי של עבירת הקשר ועבירת ההסדר הכובל, אך אין די בדמיון זה כדי ליצור יש מאין את הדרישה האמורה. זאת במיוחד לאור הקביעה בסעיף 2 לחוק, כי די בכך שאחד הצדדים להסדר הכובל יגביל עצמו באופן העלול לפגוע בתחרות, על מנת שכל הצדדים להסדר הכובל, דהיינו גם אלה שכלל לא מגבילים

עצמם לפיו, ישאו באחריות פלילית להסדר. אילו היינו קובעים כי נדרש יסוד נפשי של כוונה ליישום ההסדר הכובל היה נוצר מצב בעייתי, שכן מי שהצטרף להסדר הכובל למראית-עין ומבלי כוונה ליישמו היה פטור מאחריות פלילית. לעומת זאת, מי שהצטרף להסדר הכובל ולא הגביל עצמו לפיו, אך היה מודע לכך שאחד הצדדים האחרים להסדר מגביל עצמו, היה, לפי לשון החוק, נושא באחריות פלילית לעבירה. איננו סבורים, כי קיימת הצדקה כלשהי להבחנה בין השניים לעניין הטלת אחריות פלילית, שכן שניהם אינם מגבילים עצמם בפועל על-פי ההסדר ואף-על-פי-כן הם מודעים לכך שלפחות אחד הצדדים האחרים להסדר מגביל עצמו. זאת ועוד, אף מי שמצטרף להסדר הכובל למראית-עין בלבד עשוי בנסיבות מסוימות לגרום לחיזוק ההסדר הכובל ולפגיעה בתחרות, שכן הוא גורם לשותפים האחרים, שאינם פועלים למראית-עין, להתבסס על כך שגם הוא שותף להסדר הכובל ובכך הוא מעודד אותם להגביל את עצמם. אשר על כן, המסקנה אליה אנחנו מגיעים הינה כי לשם גיבוש היסוד הנפשי של עבירת ההסדר הכובל די במודעות לכך שלפחות אחד מהצדדים להסדר מגביל עצמו ואין צורך בקיומה של כוונה ליישום ההסדר בפועל. מכך נובע, כי אף מי שהצטרף להסדר הכובל למראית-עין וללא כוונה ליישמו עלול לשאת באחריות פלילית לפי חוק ההגבלים. יובהר עם זאת, כי כמובן שאין כל מניעה עקרונית משימוש במקרה המתאים בהגנת זוטי הדברים לפי סעיף 34 לחוק העונשין או ב"הגנה מן הצדק" אף ביחס למי שהצטרף להסדר הכובל למראית-עין. הערה נוספת שעלינו להעיר בהקשר זה הינה, כי לאור הקביעה הברורה בסעיף 2 לחוק, כי די בכך שצד אחד להסדר יגביל עצמו לפיו, לא מצאנו לנכון להחיל במקרה דנא את ההלכות שנקבעו במשפט האמריקאי, שמהן עולה כי הצטרפות למראית-עין בלבד להסדר הכובל איננה מספיקה לשם שכלול היסוד הנפשי של העבירה (ראו: *United States v. Bestway*; *United States v. Andreas*, 216 F.3d 645 (2000) 669 67 (*Disposal Corp.*, 724 F.Supp. 62 (1988)).

כן יש לציין, כי לשכלול היסוד הנפשי בעבירת ההסדר הכובל על מבצע העבירה להיות מודע לכך שהוא "צד" להסדר כובל, היינו שההסדר חל עליו או כי הוא שותף לו בדרך כזאת או אחרת. מודעות כזאת מתקיימת גם אצל מי שהצטרף להסדר הכובל למראית-עין בלבד. אף אדם כזה מודע להיותו צד להסדר הכובל

והעובדה שאיננו מתכוון ליישם את ההסדר, שנעשה שותף לו, איננה שוללת מודעות זו.

הטענה כי נדרשת מודעות לרכיב הנורמטיווי של העבירה 95. בורוביץ טען, כי שכלול יסודה הנפשי של עבירת ההסדר הכובל מותנה בכך שמבצע העבירה יהיה מודע שמעשיו עולים כדי עשיית "הסדר כובל", כהגדרתו בחוק ההגבלים, וכן יהיה מודע שהמעשים מהווים עבירה. בורוביץ הדגיש, כי היה מודע לעצם קיומו של חוק ההגבלים וכן לקיום האיסור שבעשיית הסדר כובל. אלא שלטענתו, לא היה מודע כי המעשים שבעטיים הובא לדין אכן עונים להגדרת המונח "הסדר כובל", וממילא לא היה מודע שבמעשים יש משום עבירה. בנמקו עמדה זו טען, כי יסודות העבירה של עשיית הסדר כובל לוקים בעמימות רבה; ולבל ימצא אדם מורשע בפלילים, אף שהאמין בתום-לב כי אין כל פסול במעשיו, מן הדין לטענתו לקבוע, כי למילוי יסודה הנפשי של העבירה אין די להוכיח כי מבצע העבירה היה מודע לטיבם הפיזי של מעשיו ולקיומן של הנסיבות שבגדרן פעל, אלא שעל התביעה להוכיח כי למבצע המעשה הייתה מודעות בפועל גם לקיום הרכיב הנורמטיווי של העבירה, דהיינו: כי היה מודע לכך שמעשיו פליליים. עמימות האיסור הפלילי שבעשיית הסדר כובל, טען בורוביץ, דומה לעמימות האיסור הפלילי שעניינו הפרת אמונים על-ידי עובד הציבור. ועל בסיס השוואה זו ביקש לגזור גזירה שווה, לעניין הגדרת יסודותיה של העבירה, מהגדרת יסודותיה של עבירת הפרת האמונים. לטענה זו הצטרפו גם מערערי איילון בציננס, כי אף לדידם נדרשת הוכחה שהנאשם היה מודע לכך שהמדובר בהסדר כובל אסור.

96. לא מצאנו כל ממש בטענות אלו. כפי שכבר צוין, היסוד הנפשי הנדרש בעבירת ההסדר הכובל הוא מודעות בפועל של עושה העבירה לטיב הפיזי של מעשיו ולקיום הנסיבות שבגדרן נעשו. בהגדרת יסודה הנפשי של העבירה האמורה אין כל דרישה להתייחסות סובייקטיווי-ערכית מצד עושה העבירה, ויסוד זה מתקיים גם כאשר העושה איננו מודע לאופי האנטי-חברתי של התנהגותו, או אף מאמין באמת ובתמים שבמעשיו אין כל פסול. הוספת הדרישה למודעות לקיומו של האיסור הפלילי, כטענת בורוביץ, איננה מתיישבת עם הוראת סעיף 34³⁴ לחוק העונשין,

אשר, ככלל, שוללת את נפקותה של "טעות במצב המשפטי" לעניין קביעת האחריות; והיא אף סוטה, בבירור, מלשונו של סעיף 20(א) לחוק העונשין. גם מניסיונו של בורוביץ, לגזור גזירה שווה מיסודה הנפשי של עבירת הפרת האמונים, אין המערערים יכולים להיבנות. בעבר אמנם נפסק, כי היסוד הנפשי הנדרש בעבירת הפרת אמונים, כהגדרתה בסעיף 284 לחוק העונשין, הוא "מודעות בפועל כי נעשה מעשה מירמה או הפרת אמונים" (ע"פ 5046/93 מדינת ישראל נ' הוכמן, פ"ד נ(1) 2, 13); ואולם לאחרונה קבע בית-המשפט, כי "הדרישה שנקבעה בפסיקה שהנאשם יהיה מודע לא רק לטיב מעשהו ולנסיבות שבגדרן נעשה, אלא גם לפסול שבו לוקה עשיית המעשה, חורגת ממושכלות היסוד שעל-פיהם נגזרות ההבחנות הנדרשות להכרעה בדבר ביצועה של עבירה שהמחשבה הפלילית הנדרשת לשכלולה היא מסוג 'מודעות'" (ע"פ 332/01 מדינת ישראל נ' שבס פ"ד נז(2) 496, 524). בערעור בפרשת שבס נפסק, כי "בהגדרת היסוד הנפשי הנדרש בעבירה של הפרת אמונים אין מקום לכלול את הדרישה שעובד הציבור היה מודע לכך שיש בהתנהגותו משום הפרת אמונים" (שם, 526). ובדיון הנוסף שקוים באותה פרשה צוין, ברוח דומה, כי לשכלולה של עבירת הפרת האמונים "הדרישה הינה כי לעושה יהא יחס סובייקטיבי-הכרתי לטיב המעשה... נדרש יחס נפשי לטיב הפיזי של ההתנהגות. לא נדרש כי העושה יהא מודע לכך כי מעשהו מהווה 'הפרת אמונים' או כי מעשהו פוגע בערכים שהאיסור הפלילי נועד להגן עליהם" (דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שמעון שבס, תק-על 2003(2), פסקה 55).

איננו מתעלמים מרוחב הגדרתו של הסדר כובל כמשמעו בחוק ההגבלים. כבר ציינו (בפסקה 90 לעיל), כי הגדרתו הרחבה של החוק עלולה להפוך הסדרים עסקיים מקובלים ורצויים להסדרים עברייניים. אך הפיתרון לקושי זה אינו טמון בהקשחת הגדרתו של היסוד הנפשי הנדרש בעבירה, באופן המנוגד לעקרונות היסוד של דיני העונשין, אלא בפרשנות תכליתית של היקף האיסור. על-כל-פנים, העבירות נשוא הערעורים שלפנינו עניינן בהסדרים הנוגעים לחלוקת שוק ולתיאום מחירים. לכאורה נראה, כי במעשים שעליהם הועמדו המערערים לדין אין כל עמימות או אי-בהירות, בדבר היותם בגדר הסדרים כובלים ובדבר קיומו של איסור פלילי על עשייתם.

97. לחלופין טען בורוביץ, כי מכל מקום יש לפטרו מאחריות פלילית למעשיו על יסוד הסייג של טעות במצב הדברים או (לחלופין) של טעות במצב המשפטי. כן טען כי למצער יש לפטרו מן האחריות מן הטעם שהמעשים אשר בעטיים הועמד לדין היו בגדר "זוטי דברים". לטענותיו אלו של בורוביץ נתייחס, בנפרד, לאחר שנשלים את דיוננו בפרשות האישומים לגופם.

היסוד השלילי בעבירת ההסדר הכובל

98. תנאי לשכלולה של עבירת ההסדר הכובל לפי סעיף 4 לחוק ההגבלים הינו היעדר "הכשר" להסדר האמור. "הכשר" זה יכול להינתן כאישור או היתר זמני על-ידי בית-הדין להגבלים או כפטור (ובכלל זה פטור סוג) מטעמו של הממונה על ההגבלים העסקיים. על התביעה מוטלת, כמובן, החובה להוכיח לא רק את יסודותיה ה"חיוביים" של העבירה אלא גם את היסודות ה"שליליים" (ראו: ע"פ 28/49 זרקא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ד 504, 529). כאשר עסקינן בעבירת ההסדר הכובל על התביעה להוכיח מעבר לספק סביר את היעדר ה"הכשר" להסדר הכובל ואת מודעות הנאשם להיעדרו של "הכשר". במקרה דנא הגישה התביעה תעודת עובד ציבור מטעמה של רשמת רשות ההגבלים העסקיים, שהיא האחראית בפועל לרישום ההגבלים העסקיים, לשם הוכחת היסוד השלילי האמור. ראיה זו הוגשה לבית-המשפט המחוזי לאחר שלב הגשת הסיכומים בכתב אך לפני הסיכומים על-פה.

מערערי איילון טוענים, כי לא היה מקום לקבל ראיה זו בשלב בו הוגשה. עוד טוענים מערערי איילון כי מלשוננו של סעיף 23 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, עולה, שכלל לא ניתן להוכיח באמצעות תעודת עובד ציבור את היעדרו של רישום במרשם אלא רק את קיומו של רישום. טענה נוספת של מערערי איילון הינה, כי על-פי סעיף 42 לחוק ההגבלים, הממונה על ההגבלים הוא עובד הציבור שעליו לנהל את המרשם ועל כן תעודת עובד הציבור צריכה הייתה להיות חתומה על-ידי ולא על-ידי רשמת ההגבלים העסקיים.

99. איננו רואים כל מניעה לאפשר את הוכחת היסוד השלילי של עבירת ההסדר הכובל באמצעות תעודת עובד ציבור, המוגשת לפי סעיף 23 לפקודת הראיות (ראו: ע"פ 566/77 אורינט קולור בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 666, 670). מקובלת עלינו בהקשר זה טענת המדינה כי עובד הציבור שבדק את המרשם רשאי לציין בתעודה הן את דבר קיומו של רישום והן את דבר היעדרו של רישום, שכן אין כל טעם רציונאלי להבחנה בין השניים. אף הטענה בדבר זהות העובד החתום על תעודת עובד הציבור איננה מקובלת עלינו. סעיף 23 לפקודת הראיות קובע מפורשות כי: "התעודה תהא חתומה בידי עובד הציבור שעשה את הרישום או את המעשה או קיבל את הידיעה שנרשמה". לפיכך, ברי כי אין פסול בחתימתה על התעודה של רשמת ההגבלים העסקיים, שהיא האחראית בפועל על ביצוע הרישומים, אף אם הממונה על ההגבלים הוא האחראי לניהול המרשם על-פי סעיף 42 לחוק. אף לעניין מועד הגשת התעודה לא מצאנו פגם בהחלטת בית-המשפט המחוזי להתיר את הגשת התעודה, שכן המערערים לא הצביעו על עיוות-דין העלול להיגרם להם כתוצאה מהגשת התעודה בשלב המאוחר שבו נעשה הדבר (השוו: ע"פ 951/80 קנר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 505). מכל מקום, נוסף, כי בענייננו הוכח היסוד השלילי גם בשלל הראיות האחרות שהובאו, בכללן גרסאות המערערים עצמם, שמכולן עלה בבירור כי אף לא אחד מן ההסדרים הכובלים זכה ל"הכשר" באיזו מהדרכים המנויות בחוק ההגבלים. לפיכך, מקובלת עלינו קביעת בית-המשפט המחוזי, כי יש לראות את היסוד השלילי של עבירת ההסדר הכובל כמוכח לגבי כל ההסדרים נשוא הערעור שבפנינו.

סעיף 5 לחוק ההגבלים

100. טענה נוספת של מערערי איילון היא כי היה על בית-המשפט המחוזי לזכותם מעבירה לפי סעיף 4 (בצירוף סעיף 2) לחוק ההגבלים מפני שההתרחשויות העובדתיות בהן הואשמו נכללות במסגרת הסיטואציה הייחודית בה עוסק סעיף 5 לחוק ההגבלים, שלפיו לא הואשמו. סעיף זה קובע כי:

קו פעולה שקבע איגוד עסקי לחבריו או חלקם העלול למנוע או להפחית תחרות בעסקים ביניהם, או קו פעולה כאמור שהמליץ עליו לפנייהם יראו כהסדר כובל כאמור בסעיף 2, ואת האיגוד העסקי וכל אחד מחבריו הפועל על פיו כצד להסדר כובל.

לטענת מערערי איילון, סעיף 5 לחוק ההגבלים יוצר נורמה מיוחדת לגבי הסדרים כובלים הנעשים במסגרתם של איגודים עסקיים. מערערי איילון טוענים כי נורמה זו יוצרת שני סייגים לנורמה הרגילה של האיסור להיות צד להסדר כובל. לפי האחד, קו הפעולה שנקבע על-ידי האיגוד צריך להיות כזה שעלול למנוע או להפחית את התחרות, כאשר לגבי סעיף 5 אין תחולה לחזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים. לפי האחר, לשם שכלול העבירה לפי סעיף 5 לחוק ההגבלים, יש להוכיח כי חבר האיגוד העסקי פעל על-פי קו הפעולה המומלץ. מערערי איילון טוענים, כי מטרתו של המחוקק בקביעת שני הסייגים הללו הייתה לקבוע סטנדרט, שנועד להקל על פעילותם של איגודים עסקיים. המדינה טוענת, לעומת זאת, כי סעיף 5 בא להוסיף על הנורמה הקבועה בסעיפים 2 ו-4 לחוק ההגבלים ולא לגרוע ממנה. סעיף 5 נועד, לטענת המדינה, "ללכוד" גם את מי שלא עונה להגדרה של "צד" להסדר הכובל, כאשר ההסדר הכובל נעשה על-ידי איגוד עסקי. הדרישה לפעולה על-פי הקו שהומלץ על-ידי האיגוד העסקי באה, לטענת המדינה, על מנת למנוע את הטלתה הבלתי צודקת של אחריות פלילית בשל עצם החברות באיגוד העסקי (כפי שניתן היה לעשות לפי סעיף 4 לחוק ההגבלים, תשי"ט-1959, חליפו הישן של חוק ההגבלים הנוכחי).

101. בית-המשפט המחוזי דחה את טענת מערערי איילון בנוגע ליחס בין סעיפים 2 ו-5 לחוק ההגבלים, ואף אנו סבורים כי דין הטענה להידחות. תכליתו של סעיף 5 לחוק ההגבלים, לתפיסתנו, היא להתמודד עם מצב בו נפגעת התחרות החופשית בענף מסוים כתוצאה מפעילותו של איגוד עסקי, שממליץ "המלצות" לחבריו והללו נוהגים לפיהן. במצב זה עשוי להיות קושי בהטלת אחריות על חברי האיגוד לפי עבירת ההסדר הכובל הקבועה בסעיף 4 לחוק. קושי זה נובע מכך, שייתכן מצב בו חבר באיגוד העסקי פעל לפי קו הפעולה, שהומלץ על-ידי האיגוד ושעלול לפגוע בתחרות,

אולם ללא שמתקיימים לגביו כל יסודות עבירת ההסדר הכובל (ראו: גלמור, עמ' 598). סעיף 5 לחוק נועד לאפשר את הטלתה של אחריות פלילית על אדם כזה (ואף על האיגוד העסקי עצמו). על כן הוא קובע כי יש לראות בקו הפעולה שהומלץ (או נקבע) על-ידי האיגוד כהסדר כובל ובחבר האיגוד שנהג לפיו כצד להסדר הכובל. לעומת זאת, כאשר עסקינן באדם שאין קושי להוכיח את היותו "צד" להסדר כובל, לא קיימת שום הצדקה לכך שייהנה מהגנה כלשהי מפני הטלת אחריות פלילית, רק מפני שביצע את פעולותיו במסגרתו של איגוד עסקי. לפיכך, אין כל מניעה להרשיע חבר באיגוד עסקי בעבירת ההסדר הכובל ה"רגילה" אם מתקיימים לגביו כל היסודות הדרושים לשכלול העבירה.

סעיף 6 לחוק ההגבלים

102. מערערי איילון טוענים, כי מבלי משים - ומבלי שהדבר נאמר בהכרעת-הדין במפורש - הרשיעם בית-המשפט המחוזי בעבירה לפי סעיף 6 לחוק ההגבלים. סעיף זה קובע כי: "אדם המנהל עסק וביודעו על קיום הסדר כובל מתאים את פעולותיו להסדר, כולו או מקצתו, יראו אותו כצד להסדר". לטענת מערערי איילון, הם כלל לא הואשמו בעבירה לפי סעיף 6 לחוק ההגבלים ולא ניתנה להם הזדמנות להתגונן מפני עבירה זו. כמו כן, טוענים הם כי לגופו של עניין לא היה מקום להרשיעם בעבירה לפי סעיף 6 לחוק. דינן של טענות אלו להידחות. בית-המשפט המחוזי, על סמך הראיות שהיו בפניו, הרשיע את נאשמי איילון בעבירת ההסדר הכובל לפי סעיפים 2, 4, 47 ו-48 לחוק. הרשעה זו, לפי הסעיפים האמורים, היא הנבחנת על ידינו בערעור. מערערי איילון אכן לא הואשמו בעבירה לפי סעיף 6 לחוק ההגבלים, ואף לא הורשעו בה. לפיכך נפטור את עצמנו מלהידרש לטענותיהם בנקודה האמורה.

על רקע תשתית נורמטיבית זאת, נפנה לבחינתם לגופם של האישומים שבהם הורשעו המערערים בבית-המשפט המחוזי.

פרשת האישום הראשון: ההסדר הכובל בענף ביטוח בתי-העסק

103. האישום הראשון ייחס לנאשמים ביצוע עבירות של עשיית הסדר כובל בענף ביטוח בתי-העסק. כפי שכבר הוזכר (בפסקה 3 לעיל) מנה אישום זה שלושה

פריטים: בפריט הראשון נטען, כי הנאשמים וחברות ביטוח נוספות היו צדדים להסדר כובל שבגדרו הוסכם על הפעלה מתואמת ובמועד אחיד של תעריף ביטוח חדש בענף בתי-העסק (קרי: בתי-עסק, בתי-מלאכה ומשרדים). עיקר מטרתו של התעריף החדש הייתה לייקר את תעריף הביטוח בענף בתי-העסק כשהכיסוי הביטוחי הניתן הוא עד לסכום של שלושה מיליון דולר. לפי הנטען, התעריף החדש התבסס על טיוטה שעובדה בידי ועדה מצומצמת מטעם ועד ענף אש של האיגוד, שלאחר הצגתה בישיבת הוועד שהתקיימה ביום 5.4.1992, הופצה כשהיא רשומה על "נייר בלנקו", כשבגוף המסמך פורטו סוגי הכיסויים הביטוחיים שהיקפם יצומצם וכן נקבעו בו הגבלה במתן ההנחות, גובה ההשתתפות העצמית המינימאלית של המבוטח והמחיר שיש לגבות עבור הכיסוי הביטוחי. לאחר קבלת הערות חברות הביטוח לטיוטה זו, אושר התעריף החדש ב"ישיבת שולחן", שהתקיימה במשרדי חברת הביטוח כלל ביום 4.5.1992, כשאף נוסחו של התעריף המאושר נרשם על גבי "נייר בלנקו". בכתב-האישום נטען, כי התעריף החדש הופעל על-ידי החברות השותפות להסדר הכובל ביום 1.6.1992, אך בעקבות קבלת הערות נוספות מצד החברות השותפות להסדר גובש תיקון לתעריף, אשר נכנס לתוקף ביום 20.7.1992. התוצאה המיידית העיקרית מהפעלת התעריף החדש הייתה ייקור המוצר הביטוחי בענף בתי-העסק. בפריט השני של האישום נטען, כי במגמה לשמור על התעריף הסכימו הצדדים להסדר להכלילו כתנאי מחייב בחוזים שבין חברות הביטוח לבין מבטחי המשנה הזרים. ובגדרו של הפריט השלישי נטען, כי במגמה לשמור על רמת תעריפים זהה בכל חברות הביטוח השותפות להסדר, הסכימו ביניהן החברות, בסוף שנת 1992, להפחית, החל מחודש ינואר 1993, את גובה העמלות המשולמות לסוכנים בגין ביטוחים בענף בתי-העסק לשיעור אחיד של 27.5% מן התעריף למבוטח.

104. הנאשמים הורשעו על-ידי בית-המשפט המחוזי בעשיית הסדר כובל, לפי הפריט הראשון. בהכרעת-הדין נקבע, כי הפניקס, איילון וחברות הביטוח האחרות שהיו שותפות להסדר כובל זה הסכימו ביניהן להעלות את התעריף בענף בתי-העסק כשהכיסוי הביטוחי הניתן הוא עד לסכום של שלושה מיליון דולר. הרשעתן של הפניקס ואיילון התבססה על היותן צדדים לעשיית ההסדר הכובל. ביחס לבורוביץ וללוי רחמני נקבע, שכאורגנים של שתי החברות ולנוכח מעורבותם האישית בעשיית

ההסדר הריהם נושאים באחריות פלילית ישירה להסדר. ואילו נגה רחמני הורשע בעבירה מכוח אחריותו הנגזרת לעשיית ההסדר הכובל, לפי סעיף 48 לחוק ההגבלים. הפניקס ובורוביץ הורשעו גם בעבירה שיוחסה לנאשמים בפריט השלישי (דבר ההסכמה להפחית את עמלות הסוכנים). כל הנאשמים זוכו מן העבירה הנוספת שיוחסה להם בפריט השני (עניין תיאום התעריפים מול מבטחי המשנה), ואילו מערערי איילון (להבדיל מהפניקס ומבורוביץ) זוכו גם מן העבירה נשוא הפריט השלישי. מערערי איילון השיגו בערעורם שלפנינו על צדקת הרשעתם בעשיית ההסדר, לפי הפריט הראשון, ואילו בורוביץ - שנמנע מלתקוף ישירות את הרשעתו באחריות לעשיית ההסדר - מיקד את ערעורו בצדקת הרשעתו בעבירה לפי הפריט השלישי. נתייחס תחילה להרשעה בעבירה לפי הפריט הראשון.

נושא תיאום התעריף

105. בית-המשפט המחוזי קבע, כי הפניקס ואיילון (באמצעות מנהליהן) היו צדדים להסדר, בגדרו הסכימו החברות השותפות להחלתו של תעריף הביטוח האחיד, וכי בנתון לשינויים קלים הפעילו הפניקס ואיילון, הלכה למעשה, תעריפי ביטוח חדשים כמוסכם במסגרת ההסדר. הרשעתן התבססה, בראש ובראשונה, על החלתם הסימולטאנית על-ידי כל החברות, בראשית חודש יוני 1992, של תעריפים זהים (או כמעט זהים). בית-המשפט דחה את טענת המערערים בדבר "התנהגות מקבילה" של החברות השונות, שלפי הנטען נבעה בעיקר מדרישותיהם של מבטחי המשנה. כן דחה בית-המשפט את טענתם, כי הדימיון בין תעריפי החברות השונות איננו פרי הסכמה בין החברות אלא פרי מנהגן של החברות להעתיק תעריפים זו מזו. גם ניסיון הנאשמים להיתלות בהבדלים מסוימים, בין תעריפיהן של הפניקס ואיילון לבין נוסח התעריף בנייר הבלנקו השני, כאינדיקציה להיעדר הסכמה בין החברות לאמץ תעריף אחיד, נדחה על-ידי בית-המשפט. בהכרעת-הדין נקבע, כי התעריף החדש והמוסכם לביטוח בתי-העסק גובש במהלך פגישות בין נציגי חברות הביטוח שנערכו בפורומים שונים. כן קבע בית-המשפט, כי לאחר פרסום התעריפים פעלו החברות השונות, שהיו שותפות להסדר הכובל, ל"שיטור" התעריף שנקבע והתלוננו זו בפני זו על סטיות ממנו.

106. בערעוריהם שלפנינו לא העלו המערערים כל טיעון ממשי כנגד קביעתו של בית-המשפט המחוזי, בדבר עצם גיבושו והנהגתו של הסדר כובל בענף ביטוח בתי-העסק. עיקר טענתם היה, כי מבטחי המשנה הזרים לחצו על חברות הביטוח הישראליות להעלות את תעריפיהן וכי בכך נעוץ שורש הדימיון בין התעריפים. בורוביץ אף נמנע מלתקוף במישרין את קביעת בית-המשפט, כי הפניקס הייתה צד להסדר כובל בענף בתי-העסק, ואת השגותיו על צדקת הרשעתו בעבירה זו מיקד במסגרת טענותיו המקדמיות (שעליהן כבר עמדנו) ובמסגרת טענותיו לעניין היסוד הנפשי. ואילו מערערי איילון הגבילו את ערעורם בעניין זה לטענה, כי איילון לא הייתה צד להסדר הכובל האמור.

107. מערערי איילון טענו, כי מעולם לא נטלו חלק בגיבושו של תעריף אחיד לביטוח בתי-העסק ומעולם לא הסכימו עם חברות ביטוח אחרות לאמץ וליישם תעריף כזה. הם הדגישו כי איילון לא הייתה מיוצגת בוועדה המצומצמת של האיגוד, אשר עיבדה את טיוטת התעריף, וכן לא השתתפה בישיבת השולחן מיום 4.5.1992, שבה חולק נייר הבלנקו השני והוסכם כי התעריף החדש ייכנס לתוקף ביום 1.6.1992. מאידך, הם לא חלקו כי נציג מטעם איילון (שלמה מילר) נכח בישיבת ועד ענף האש שהתקיימה ביום 5.4.1992, אשר בה חולק נייר הבלנקו הראשון, וכן בישיבת השולחן שהתקיימה ביום 20.7.1992, שבה חולק התיקון לתעריף. אלא שלטענתם, מעצם נוכחותו של נציג איילון בשתי הישיבות הנזכרות - ובהיעדר ראיה ישירה כי איילון הסכימה לתעריף החדש או החילה אותו בפועל על מבוטחיה - לא היה בית-המשפט רשאי להסיק כי איילון אכן הסכימה להחלת ההסדר הכובל ונעשתה צד לו. אף שהצביעו על הבדלים מסוימים, בין התעריף של איילון לבין התעריף שבנייר הבלנקו השני (על תיקונו ביולי 1992), מערערי איילון לא חלקו על הדימיון בין תעריפה של איילון לבין תעריפיהן של החברות האחרות; אך, לטענתם, מקור הדימיון בין התעריפים נעוץ בעובדה שבהכנת תעריפה נעזרה איילון בתעריף של חברת מגדל, ולכן אין להסיק ממנו שאיילון הצטרפה להסדר מוסכם עם חברות אחרות בעניין הנהגתו של תעריף אחיד. טענה נוספת של מערערי איילון היא, כי לא הוכח שאיילון נקטה ב"פעולות שיטור" לשם פיקוח על יישומו של ההסדר הכובל.

108. הרשעת מערערי איילון בעשיית הסדר כובל התבססה, לדעתנו, על תשתית ראייתית מספקת. לא הייתה מחלוקת, כי איילון לא הייתה מיוצגת בוועדה המצומצמת אשר עיבדה את טיוטת התעריף המוצע. כן נראה שהתביעה לא הביאה ראיה - ובית-המשפט לא קבע - כי נציג מטעם איילון נכח בישיבת השולחן מיום 4.5.1992. מאידך הוברר - ואף על כך, כאמור, לא הייתה מחלוקת - כי נציג איילון (שלמה מילר) נכח בישיבת ועד ענף האש, שהתקיימה מיום 5.4.1992, וכן בישיבת השולחן שהתקיימה ביום 20.7.1992. בישיבה הראשונה חולק (על-ידי מר יעקב קיהל, מנהל האגף האלמנטארי בחברת כלל) נייר הבלנקו הראשון. נייר זה הכיל את טיוטת התעריף האחיד, שבפועל הוכנה על-ידי מר קיהל והוצגה בפני המשתתפים כ"תעריף מומלץ" מטעם הוועדה המצומצמת. עותק ממסמך זה, שבשלב החקירה נתפס במשרדה של איילון, נשא הערות בכתב-יד בטבלת המחירים של התעריף. מילר העיד כי הערות אלו נרשמו על-ידיו, ככל הנראה, במהלך ישיבת ועד ענף האש. כן אמר, שבין נציגי החברות שהשתתפו בישיבה זו שררה אווירה של הבנה בדבר אימוץ ה"תעריף שבדרך", וכי מיד לאחר שחזר מישיבה זו עידכן את לוי רחמני בדבר התעריף שהוצע במסגרת נייר הבלנקו הראשון; ויצוין כי לוי רחמני עצמו לא חלק, במסגרת עדותו, כי היה מודע לכך שנייר הבלנקו מהווה תעריף מומלץ מוסכם. זאת ועוד: בעותקים נוספים של נייר הבלנקו הראשון, שנתפסו במשרדיהן של שלוש חברות ביטוח אחרות, שאף נציגיהן נכחו באותה ישיבה, הוכנסו תיקונים בכתב-יד בטבלת המחירים שהיו זהים לחלוטין לתיקונים שערך מילר בעותק שנתפס במשרדה של איילון. מעובדה זו ומעדותו של מילר הסיק בית-המשפט המחוזי, כי בישיבה האמורה התקיים דיון בתעריפי הביטוח וכי מילר, כנציגה של איילון, היה שותף ל"הבנה" שהשתררה ביחס לאימוצו של התעריף המומלץ. כבר הוסבר, שהוכחת עבירה של עשיית הסדר כובל אינה נדרשת לעמוד בתנאי המסוימות וגמירות-הדעת שבהם מותנית כריתתו של חוזה. משמע כי ב"הבנה", כאמור, יש כדי להעיד על הסכמה מכללא, או על הסכמה שבהתנהגות, שדי בהן כדי להביא לשכלולו של הסדר כובל.

אף שבישיבת השולחן שהתקיימה ביום 4.5.1992 במשרדה של כלל לא השתתף נציג מטעם איילון, הרי שבמשרדה של איילון נתפס עותק גם מנייר הבלנקו

השני, שחולק למשתתפים באותה ישיבה. כן עלה מן הראיות, כי במהלך חודש מאי הפיצו חברות ביטוח שונות לסוכניהן את התעריף שאושר בישיבת השולחן האמורה בצירוף הנחייה כי תעריף זה ייכנס לתוקפו ביום 1.6.1992. איילון, שהייתה אחת מן החברות שעשו כן, שלחה לסוכניה (ביום 24.5.1992) מכתב חוזר שבו ציינה כי את התעריף החדש יש להפעיל "מתחילת חודש 6/92". ואכן, על-פי ממצאי בית-המשפט המחוזי, בראשית יוני 1992 הפעילה איילון תעריף חדש בענף בתי-העסק ותעריף זה לא נשנה מהותית מן התעריפים שהופעלו באותו המועד על-ידי חברות אחרות. זאת ועוד: חברות הביטוח שיגרו את תעריפיהן החדשים לא רק לסוכניהן אלא גם זו לזו; ובמשרדה של איילון התגלו ונתפסו תעריפי ביטוח בענף בתי-העסק, וכן העתקי מכתבים חוזרים לסוכנים, של חברות שונות. בית-המשפט המחוזי בדק ומצא, כי רוב התעריפים שנתפסו מהווים העתק כמעט מושלם מנייר הבלנקו השני, על סיווגי העסקים ועל המחירים הנקובים בו. בחלק מן התעריפים, בכללם תעריפה של איילון, נמצאו שינויים קלים ביחס לנוסחו של נייר הבלנקו, אך באלה - שאף הם מן הסתם היו פרי של תיאום בין איילון לבין חברות הביטוח האחרות - לא היה כדי לגרוע מתוקף המסקנה שנלמדה ממכלול הראיות שהובאו נגדה, כי איילון הייתה שותפת מלאה לגיבושו וליישומו של ההסדר הכובל.

109. אם בכך לא סגי, הרי שלהיותה של איילון צד להסדר הכובל הובאו גם ראיות נוספות. מילר השתתף, כזכור, גם בישיבת השולחן שהתקיימה בחברת כלל ביום 20.7.1992. בישיבה זו חילק קיהל למשתתפים טיוטה של תיקון לתעריף האחיד. תיקון זה נועד להוזיל את עלויות הביטוח של סעיפים מסוימים בענף בתי-העסק; זאת לנוכח הערותיהן של חלק מן החברות, כי השיעורים שנקבעו ביחס לחלק מן הסעיפים בתעריף שאושר ביום 4.5.1992, ונכנס לתוקף בתחילת חודש יוני, הם גבוהים יתר על המידה. יצוין כי לעותק מטיוטת התיקון, שנתפסה במשרדה של איילון, צורף דו"ח בכתב שחיבר מילר ביום 23.7.1992. בדו"ח זה, שהופנה ללוי רחמני, נכתב לאמור:

רצ"ב נייר שחולק השבוע ע"י יעקב קיהל בישיבה ביום שני בערב (במכוון, הנייר הינו אנונימי) (ההדגש הוסף).

בעדותו מסר מילר, כי הכין דו"ח זה במטרה ליידע את לוי רחמני כי המדובר ב"נייר של ועדת משנה". עם זאת עלה מן הראיות, כי בנוסף לדו"ח הכין מילר גם טיוטת חוזר לסוכן של איילון, שבה הכניס שני תיקונים שהוצעו על-ידו. את טיוטת החוזר העביר מילר לעיונו של לוי רחמני שאישר את הטיוטה. כן הוכח כי איילון כללה את התיקון לתעריף האחיד בתעריפה הכולל לביטוח בענף בתי-העסק שפורסם על-ידה באוגוסט 1992, ובכך הפעילה, הלכה למעשה, את התעריף שעליו הסכימו החברות השותפות להסדר הכובל. לא למותר להוסיף, כי גם חברות ביטוח נוספות (ובהן הפניקס, כלל, אריה ואררט) הפעילו את התיקון לתעריף האחיד במהלך החודשים יולי ואוגוסט.

110. ראייה נוספת להיותה של איילון צד להסדר הכובל הוא מסמך שנגה רחמני שיגר בפקס, ביום 9.7.1992, למוקי שניידמן, מנכ"ל חברת הביטוח צור שמיר. וזה לשון המכתב:

לידיעתך נפגשתי בפוליסת משרדים של חברתכם אשר הופקה בחודש שעבר תאריך תחילתה 1.6.1992, על-ידי סוכנות חיתום גדולה במרכז ת"א ואשר תעריף רעידת אדמה נשאר משום מה - 0.5% והשתתפות עצמית בניזקי טבע רגילה וללא שינוי. במידה והינך חייב פרטים נוספים אשמח לעדכן.

במכתב זה ראה בית-המשפט המחוזי מעין תלונה מצד איילון על סטיית החברה צור שמיר מן התעריף המוסכם. נגה רחמני טען בעדותו, כי הסיבה שבגללה שיגר מכתב זה הייתה ידידותו עם שניידמן ודאגתו לגורל חוזה ביטוח המשנה של חברת צור שמיר. בית-המשפט המחוזי דחה הסבר זה כבלתי מהימן, תוך שציין כי במכתב גופו אין כל התייחסות למבטחי משנה כלשהם.

111. מערערי איילון השיגו לפנינו בהרחבה על צדקת המסקנות שבית-המשפט המחוזי העלה מן הראיות שפורטו. בין היתר טענו, כי מן העובדה שעותקי התעריפים שהוצעו בניירות הבלנקו הגיעו לרשותה של איילון - בין באמצעות נציגה, שלמה מילר, שנכח בישיבות מיום 5.4.1992 ומיום 20.7.1992, ובין בדרך אחרת - כלל לא נובע, כי איילון (במישרין או באמצעות מילר) הסכימה להצטרף להסדר הכובל. ההסבר לנטילת התעריפים על-ידי מילר, ולהימצאות עותקי תעריפים במשרדה של איילון, הוא, שאיילון קיוותה להיעזר במסמכים אלה להכנת תעריפה העצמאי, שכן באותה עת לא היה לאיילון אקטואר. בהקשר זה ביקשו מערערי איילון להיבנות מן העובדה, כי התעריפים שהופעלו על-ידי איילון בתקופה הרלוונטית לא היו זהים לתעריפי החברות שהצטרפו להסדר הכובל. בביקורתם על קביעת בית-המשפט המחוזי, כי המכתב שנגה רחמני שיגר בפקס לשניידמן היווה תלונה על סטיית של צור שמיר מכללי ההסדר הכובל, טענו מערערי איילון כי מכתבו של נגה רחמני נועד אך לספק מידע לחברה צור שמיר, הן על רקע ידידותו של נגה רחמני עם שניידמן והן על רקע העובדה שביטוחי המשנה של איילון ושל צור שמיר נעשו באמצעות אותו ברוקר אנגלי. עוד טענו מערערי איילון, כי בקובעו, על סמך נוכחותו של שלמה מילר בישיבת ועד ענף האש שהתקיימה ביום 5.4.1992, כי איילון הצטרפה להסדר הכובל עוד במועד האמור, סטה בית-המשפט המחוזי מן הנטען בכתב-האישום, שממנו ביקשו הם להעלות כי הסכמת החברות להסדר הכובל התגבשה רק בישיבת השולחן שהתקיימה ביום 4.5.1992 ואשר בה איילון כלל לא הייתה מיוצגת.

דינן של טענות אלו להידחות. הכרעת בית-המשפט המחוזי, כי איילון נעשתה צד להסדר הכובל, התבססה לא רק על נוכחות נציגה, שלמה מילר, בישיבת ועד ענף האש מיום 5.4.1992, אלא גם על מכלול של ראיות נסיבתיות אחרות שהמסקנה הסבירה היחידה שעלתה מהן היא שאיילון הצטרפה להסדר הכובל מתוך מודעות מלאה לקיומו. ההבדלים בין תעריפי איילון לבין התעריף האחיד על שני גלגוליו (זה שהופעל בראשית יוני וזה שהופעל בחודש אוגוסט), לא היו משמעותיים; ומכל מקום, בעצם קיומם של ההבדלים לא היה כדי לגרוע מתוקף הסכמתה של איילון להסדר הכובל, שהוכחה נגדה בשלל ראיות אחרות. הסברו של נגה רחמני, למטרה שלשמה שיגר את מכתבו לשניידמן, כלל לא התיישב עם פשטות לשונו של

המכתב; ומשלא האמין בית-המשפט המחוזי להסברו, איננו רואים טעם שבכוחו להצדיק התערבות בקביעתו. גם מן הטענה, כי בקביעתו שאיילון הסכימה להסדר הכובל עוד בישיבה מיום 5.4.1992 סטה בית-המשפט מטענות כתב-האישום, אין מערערי איילון יכולים להיוושע. מהכרעת-דינו של בית-המשפט המחוזי עולה בבירור שגיבוש ההסדר הכובל לא התחיל והושלם באותה ישיבה, אלא היה פרי של תהליך שארך חודשים מספר. על-כל-פנים, כעולה מממצאיו של בית-המשפט המחוזי, איילון הייתה צד להסדר כבר משלביו הראשונים של התהליך האמור. גם בטענה כי נוכחותו של מילר בשתיים מבין שלוש הישיבות שבהן גובש ההסדר (קרי: ישיבת ועד ענף האש מיום 5.4.1992 וישיבת השולחן מיום 20.7.1992) הייתה למטרות "איסוף אינפורמציה" בלבד, לצורך בניית תעריפה העצמאי של איילון, אין כדי לגרוע מאחריותם של מערערי איילון. טעם הדבר הוא, שבכעצם נוכחותו של נציג איילון בשתי הישיבות האמורות היה כדי ליצור, כלפי יתר החברות שהשתתפו בישיבות, מצג של שותפות להסדר; וכפי שכבר הסברנו, בהתייחסנו למשמעות ההצטרפות להסדר כובל למראית-עין, די היה ביצירת מצג כאמור כדי להטיל על איילון אחריות בשל היותה צד להסדר. לא למותר להוסיף, כי בעיני החברות האחרות, נוכחותו של מילר בשתי הישיבות הנזכרות אכן התפרשה כהסכמה מצד איילון להצטרף להסדר הכובל. הא ראייה שחברות ביטוח אלה שיגרו העתקים מתעריפיהן למשרדה של איילון.

112. נמצא אפוא כי ערעורה של איילון, על הרשעתה בעשיית הסדר כובל בענף ביטוח בתי-העסק, דינו להידחות. כפועל-יוצא מכך יש לדחות גם את ערעורו של לוי רחמני. כמנכ"ל של איילון נושא לוי רחמני באחריות פלילית ישירה לעבירה האמורה; אך לא למותר להוסיף כי ללוי רחמני היה חלק מרכזי גם בפעילות הקונקרטית שבעטייה נעשתה איילון צד להסדר הכובל. ביחס לנגה רחמני, שכיהן כסמנכ"ל של איילון, קבע בית-המשפט המחוזי, כי אין הוא נושא באחריות פלילית ישירה להיותה של איילון צד להסדר הכובל אלא אך באחריות פלילית נגזרת, בהתאם לסעיף 48 לחוק ההגבלים. כנגד קביעה זו טענו מערערי איילון, כי במשפט לא הוכח כי נגה רחמני היה "מנהל פעיל" באיילון, כנדרש בסעיף 48 לחוק. להלן עוד יוסבר,

על שום-מה דינה של טענה זו להידחות; ומן הטעמים שיובאו, אף את ערעורו של נגה רחמני על הרשעתו האמורה יש לדחות.

נושא הפחתת עמלות הסוכנים

113. ערעורו של בורוביץ נסב, כאמור, על הרשעתו בעשיית הסדר כובל בשל חלקו בתיאום ההפחתה בעמלות הסוכנים בענף ביטוח בתי-העסק. טענת המדינה הייתה, כי בישיבת הנהלת האיגוד מיום 3.11.1992 - שבה נכחו מנהלים מחברות ביטוח שונות (בהם בורוביץ ולוי רחמני) - דווח על הסכמה שהושגה בין כמה חברות ביטוח (ובהן הפניקס ואיילון), להפחית את עמלות הסוכנים בענף ביטוח בתי-העסק (כשהכיסוי הביטוחי הוא עד שלושה מיליון דולר) לשיעור של 27.5% מן התעריף למבוטח. בהכרעת-הדין נקבע, כי הדיווח על ההסדר האמור נמסר בשלב מקדמי של הישיבה האמורה. איילון ולוי רחמני זוכו מן האשמה לפי פריט זה, כשביחס לרחמני קבע בית-המשפט המחוזי כי לא הוכח מעבר לספק סביר כי נכח באותו שלב מקדמי של הדיון, שבו נמסר הדיווח על התיאום שהושג בין החברות בדבר הפחתת העמלות. הפניקס ובורוביץ הורשעו בפריט זה, כשביחס לבורוביץ נקבע, בין היתר, כי הוכחה נוכחותו גם בחלקה המקדמי של הישיבה.

114. הראיה העיקרית לנוכחותו של בורוביץ במעמד הדיווח, ומכאן אף להסכמתו בשם הפניקס להסדר המוסכם בין החברות להפחית את עמלות הסוכנים, היא דו"ח שנמסר ביום 4.11.1992 על-ידי שלמה יעקבי, נציג חברת הביטוח אליהו אשר נכח בישיבה, לממונים עליו אודות הדו"חות שנמסרו לפני ישיבת הנהלת האיגוד (היינו בשלב המקדמי של הישיבה). בהתייחסו, בין היתר, לעמלות הסוכנים בענף ביטוח בתי-העסק, כתב יעקבי בדו"ח שלו לאמור:

המבטחים בחו"ל רוצים לקבוע תעריף חדש לבתי עסק לחברות הישראליות לקראת 1/93 בסכומי בטוח עד 10 מיליון דולר וגם הקטנת העמלות. מציע לשמור לפחות על התעריף הקיים ולהוריד העמלות לסוכנים ולא יותר מ-27.5% בעסק עד 3 מ. \$. כך תנהג מגדל, כלל ופניקס החל מ-1/93.

ובסעיף אחר של אותו דו"ח, בהתייחסו לדו"חות שנמסרו בשלב המקדמי של הישיבה בנושא ביטוח הדירות, ציין יעקבי:

ההנחות של $10\%+10\%$ בדירות לא נשמר ונפרץ מעבר לזה כולל חב' הפניקס כפי שנמסר ע"י בורוביץ.

מדיווח זה הסיק בית-המשפט המחוזי, כי בורוביץ נכח בשלב המקדמי של הישיבה; זאת, למרות העובדה ששמו המפורש הוזכר ביחס לדיווח שנמסר בנושא הביטוח בענף הדירות ולא ביחס לדיווח בנושא ביטוח ענף בתי-העסק (אם כי ביחס לבתי-העסק צוין בדו"ח, כאמור, שמה של הפניקס). קביעת בית-המשפט, כי הדיווח שנמסר באותה ישיבה מעיד על "הבנה" או "הסכמה" שהושגה בין החברות להורדת עמלות הסוכנים לשיעור של 27.5% , התבססה לא רק על הדיווח של יעקבי אלא גם על עדותו במשפט, וכן על עדותו של אורי טייבר, נציג חברת ציון שנכח באותה ישיבה ושבית-המשפט קיבל כמהימנה את עדותו. בהקשר זה יצוין, כי לבית-המשפט המחוזי הוצג פרוטוקול משיבת ההנהלה המצומצמת של חברת ציון שהתקיימה ביום 7.12.1992; ומפרוטוקול זה עלה, כי טייבר דיווח בישיבה שחברות ביטוח שונות, ובהן "כנראה" גם הפניקס, יפעילו את ההסדר וישלמו לסוכניהן עמלות מופחתות.

הפניקס ובורוביץ כפרו בטענה, כי היה להם חלק בהסדר להפחתת עמלות הסוכנים. הפניקס טענה, כי התביעה לא הציגה כל ראיה כי תעריף העמלות המופחת יושם על-ידה. לטענתה, הפעילה כלפי סוכניה מדיניות עמלות דיפרנציאלית, ואף הציגה מסמכים המוכיחים כי לשניים מסוכניה שולמו בתקופה הרלוונטית עמלות בשיעור גבוה מ- 27.5% . בורוביץ טען בעדותו, שכלל לא נכח בחלקה המקדמי של הישיבה וכי אין לו כל מושג על קיומו של הסדר בנושא הפחתת העמלות שהפניקס הייתה צד לו. בית-המשפט המחוזי קבע, כי גם אם הפניקס לא הפחיתה בפועל את עמלות הסוכנים, אין בכך כדי לסייע לה, משום ששכלול עבירת ההסדר הכובל איננו מותנה ביישומו בפועל של ההסדר. את טענת בורוביץ, כי אינו יודע דבר על אודות

הדו"חות שהוצגו בחלקה המקדמי של הישיבה, דחה בית-המשפט בקובעו, כי בורוביץ איננו עד מהימן וכי אינו מאמין לדבריו.

115. בורוביץ טען בערעורו, כי לפני בית-המשפט המחוזי לא הובאה כל ראיה ישירה למעורבותו בתיאום ההפחתה בעמלות הסוכנים. את הדיווח של יעקבי בנוגע לכוונתן של חברות מסוימות, ובהן הפניקס, להוריד את עמלות הסוכנים ניתן, לטענת בורוביץ, להסביר כתוצר של מידע, שיעקבי אסף לפני ישיבת הנהלת האיגוד, ולא כביטוי להסכמה בין החברות. כן טען, כי בדיווח של יעקבי הוזכר שמו רק בקשר לנושא הביטוח בענף הדירות ולא ביחס לנושא הביטוח בענף בתי-העסק. בהתייחסו לדיווח שנמסר על-ידי טייבר, בישיבת ההנהלה של ציון מיום 7.12.1992, הדגיש בורוביץ כי את דיווחו על אודות הפחתת העמלות על-ידי הפניקס ליווה טייבר בתיבה "כנראה". מכך ביקש בורוביץ להסיק, כי דיווחו של טייבר לא התבסס על מה ששמע מפיו, אלא על ההנחה כי מה שנמסר על הסכמתן של חברות אחרות להפחית את עמלות סוכניהן מקובל גם על הפניקס. בפועל, הוסיף בורוביץ, הפחתת העמלות ששילמה הפניקס לסוכניה, וכן שיעור ההפחתה, התבססו על הסכמים שערכה עם כל אחד מהסוכנים בנפרד, ולא על המוסכם בין החברות במסגרת ההסדר הכובל. כן טען בורוביץ, כי בקבלו את עדותו של יעקבי לא ייחס בית-המשפט משקל ראוי לאפשרות שיעקבי הושפע בעדותו מהראיון שקיימה עימו התביעה לקראת מתן העדות ושפרטיו לא הועברו מבעוד מועד לסניגורים.

המדינה תומכת בפסק-דינו של בית-המשפט המחוזי וטוענת כי יש לדחות את ערעורו של בורוביץ, שנסב כולו אך ורק על ממצאיו העובדתיים של בית-המשפט המחוזי ועל קביעותיו בנוגע למהימנות הראיות שהובאו בפניו.

116. נחה דעתנו, כי לפני בית-המשפט המחוזי הובאו ראיות מספיקות לביסוס אשמתו של בורוביץ בעשיית הסדר כובל שעניינו הפחתת עמלות הסוכנים. הדיווח על אודות ההסדר הכובל האמור נמסר בחלקה המקדמי של ישיבת הנהלת האיגוד מיום 3.11.1992. דבר היותה של הפניקס צד להסדר האמור נלמד הן מן הדו"ח ששיגר שלמה יעקבי (למחרת הישיבה) לממונים עליו בחברת אליהו והן מדיווחו של

אורי טייבר להנהלה המצומצמת של חברת ציון. השניים העידו לפני בית-המשפט ועדויותיהם זכו לאמונו של בית-המשפט. די בראיות שהובאו להיותה של הפניקס צד להסדר הכובל כדי לחייב את בורוביץ - כאורגן של הפניקס - לכל הפחות באחריות פלילית נגזרת לעבירה. הטענה כי הפחתת שיעורי העמלות, שהפניקס שילמה לסוכניה, התבססה על הסכמים שכרתה עם כל אחד מהסוכנים בנפרד, אינה סותרת את הראיות שהובאו לעניין היותה צד להסדר הכובל; ואף אם השיעורים, שבהם הפחיתה את עמלות סוכניה, לא היו זהים לאשר נקבע במסגרת ההסדר הכובל, אין בכך כדי לגרוע (מן הבחינה העובדתית ומן הבחינה המשפטית) מאחריותה של הפניקס - וממילא אף מאחריותו של בורוביץ - לעשיית ההסדר הכובל.

נמצא כי לשאלת נוכחותו של בורוביץ בחלקה המקדמי של ישיבת הנהלת האיגוד, שבו נמסר הדיווח על אודות ההסדר, אין לייחס משמעות מכרעת. שכן, משהוכח כי הפניקס הייתה צד להסדר, אין באי-נוכחותו של בורוביץ בשלב זה או אחר של הישיבה כדי לגרוע מאחריותו לעבירה. עם זאת נציין, כי לא מצאנו יסוד לחלוק על קביעתו העובדתית של בית-המשפט המחוזי כי בורוביץ - שעדותו לעניין זה נדחתה כבלתי-מהימנה - אכן נכח בישיבה במעמד מסירת הדו"ח על אודות ההסדר להפחתת עמלות הסוכנים בענף ביטוח בתי-העסק. כך עלה, בבירור, מן הדו"ח שערך יעקבי סמוך לאחר הישיבה. אף שבדו"ח צוין שמו של בורוביץ רק בקשר לדיווח שנמסר על אודות ההסדר בענף ביטוח הדירות, נקל להסיק ממנו כי בורוביץ נכח גם בדיווח על אודות הסדר הפחתת העמלות בענף ביטוח בתי-העסק, שגם הוא נמסר באותו חלק של הישיבה, ודבר מעורבותה של חברת הפניקס צוין בו במפורש. הואיל ועיקרי גרסתו של יעקבי נלמדו מן הדו"ח שרשם סמוך לאחר הישיבה, לא מצאנו יסוד לקבל גם את הטענה, כי בית-המשפט המחוזי צריך היה להסתייג מעדותו בשל הראיון שקיימה עימו התביעה לקראת מתן עדותו.

117. נמצא כי גם ערעורו של בורוביץ, על צדקת הרשעתו בפריט השלישי של האישום הראשון, דינו להידחות.

118. האישום השני ייחס לנאשמים ביצוע עבירות של עשיית הסדרים כובלים בענף הרכב. כמבואר בפתח הדברים, כלל אישום זה שלושה פריטים: בגדר הפריט הראשון נטען, כי הנאשמים ושותפיהם גיבשו תעריף אחיד לביטוח רכב לשנת 1991 ובהתאם לסיכום מוקדם ביניהם הגישה כל אחת מהחברות השותפות, בנפרד, את התעריף המוסכם למפקח על הביטוח והשיגה את אישורו לתעריף החדש. על-פי הנטען, אחד השינויים שנכללו בתעריף, והרלוונטי לענייננו, היה הגבלת שיעור ההנחה המרבי למבוטח בקולקטיב ל-7.5%. בגדר הפריט השני נטען, כי הנאשמים ושותפיהם הסכימו ביניהם מי מבין קבוצות המבוטחים בענף הרכב יוגדרו כ"קולקטיבים" וייהנו מהנחות הקולקטיב. כן נטען, כי הנאשמים הסכימו ביניהם שחברה לא תתחרה על ביטוחם של קולקטיבים המבוטחים בחברות אחרות; וכן, כי לצורך הבטחת יישומו של ההסדר הכובל, קיימו הנאשמים ושותפיהם מעקב אחר ביצוע ההסדר ופעלו לאכיפתו. ובגדר הפריט השלישי נטען, כי במהלך שנת 1992 הסכימו הנאשמים ושותפיהם על שינויים בתעריף ביטוח הרכב לשנת 1992, שיוכנסו לתוקף במועד שיתואם ביניהם מראש; כי על-פי המוסכם פנתה כל אחת מהחברות, בנפרד, בבקשה למפקח על הביטוח וקיבלה את אישורו לשינויים בתעריף; וכי החל מספטמבר 1992 קיימו הנאשמים ושותפיהם מעקב אחר יישומו של ההסדר.

כאמור, זיכה בית-המשפט את הנאשמים מן העבירה של עשיית הסדר כובל הנוגע לתעריף הרכב לשנת 1991, ובכלל זאת גם מעניין הגבלת שיעור ההנחה לקולקטיב. כן זוכו הנאשמים מרכיב האישום שייחס להם הסכמה בדבר זהותם של הגופים שיוגדרו כקולקטיבים. עם זאת, הורשעו הנאשמים בעבירה של עשיית הסדר כובל בגין חלוקתו של שוק הקולקטיבים. כן הורשעו בעבירה נוספת בגין ההחלה המתואמת של שינויים בתעריף הרכב לשנת 1992.

119. ביסוד השגותיו הרבות של בורוביץ על צדקת הרשעתו בעבירה שעניינה חלוקת שוק הקולקטיבים ניצבה הטענה, כי זיכוי מעבירת ההסדר הכובל בענף ביטוח רכב בשנת 1991, ומשניים מתוך שלושת רכיביו של פריט האישום הנוגע לביטוח הקולקטיבים, מחייב את זיכוי גם מן העבירה של חלוקת השוק. בהקשר זה

טען, כי פעולות חברות הביטוח בשוק הקולקטיביים והתלונות ההדדיות שנלוו אליהן נועדו להבטיח שכל חברה תשמור על התעריף שאושר לה בשנת 1991 על-ידי המפקח על הביטוח. מערערי איילון טענו, כי לפני בית-המשפט המחוזי לא הונחה תשתית ראייתית להרשעתם כצדדים להסדר כובל בשוק הקולקטיביים; בין היתר, משום שהתנהגותה התחרותית של איילון מלמדת על היעדר הסכמה מצדה להסדר; וכן משום שלא הובאה ראיה לנוכחות מי מנציגי איילון במעמד גיבוש ההסכמות האסורות בשוק הקולקטיביים.

טענות המערערים לעניין הרשעתם בעבירת ההסדר הכובל בענף הרכב לשנת 1992 נסמכות אף הן, במידה רבה, על הזיקה שבין האירועים שהתרחשו בענף הרכב בשנת 1991 לבין המשך הפעילות - הלגיטימית לטענתם - שקיימו חברות הביטוח בענף זה בשנת 1992. בהקשר זה טענו המערערים, בין היתר, כי בדומה לתהליך שינוי התעריפים בשנת 1991, שהיה תוצר של פעילות משותפת של חברות הביטוח ומשרד המפקח על הביטוח, אף תהליך עדכון התעריפים ותיקונם בשנת 1992 היה פרי מעורבותו העמוקה של המפקח החדש על הביטוח, מאיר שביט, אשר נכנס לתפקידו בראשית שנת 1992.

המערערים, ובייחוד בורוביץ, מייחסים חשיבות רבה לטעמי הזיכוי מעבירת ההסדר הכובל בעניין תעריף הרכב לשנת 1991, לצורך ביסוס טענותיהם כנגד ההרשעה ביתר העבירות בענף. חלק מטענותיהם לפנינו אף נדונו בגדרה של הכרעת-הדין המזכה. לפיכך, נציג תחילה, בתמצית, את עיקרי הכרעת-הדין בעניין זה. לאחר מכן נדון, בנפרד, בטענות המערערים כנגד הרשעתם בעבירת ההסדר הכובל בשוק הקולקטיביים וכנגד הרשעתם בעבירת ההסדר הכובל בעניין תעריף הרכב לשנת 1992.

ענף הרכב לשנת 1991

120. באמצע חודש ספטמבר 1991 נוצרה בשוק הביטוח מציאות חדשה. שיטת התעריף הישנה לביטוח רכב-רכוש הוחלפה בשיטה חדשה, אשר הופעלה במקביל על-ידי חברות ביטוח רבות. במצב שקדם לשינוי השיטה היו פערים גדולים בין

מחירי ביטוח הרכב שהופיעו בתעריפי החברות השונות, ואשר אושרו על-ידי המפקח על הביטוח, לבין המחירים (הנמוכים בהרבה) שנגבו בפועל מן המבוטחים. "יריית הפתיחה", בלשונו של בית-המשפט, לתהליך החלפת השיטה הישנה הייתה מכתב ששלח המפקח על הביטוח דאז, גד ארבל, לחברות הביטוח, ובו הורה להן להגיש לאישורו תעריפים מתוקנים אשר ישקפו את דמי הביטוח שבכוונתן לגבות בפועל. הפניקס הייתה הראשונה שנכנסה, בהתאם להנחיותיו של המפקח על הביטוח, לעובי הקורה, וכחודש לאחר קבלת מכתבו כבר הייתה בידה נוסחה חדשה לחישוב עלויות ביטוח רכב-רכוש. על בסיס נוסחה זו הגישה הפניקס - לאחר הידברות עם המפקח - את הצעתה לתעריף החדש. הצעה זו כללה, בין היתר, את פרטי ההסכמות שיוחסו למערערים בגדרו של האישום הנוגע לענף הרכב לשנת 1991, למעט ההסכמה בדבר שיעור ההנחה המרבי לקולקטיב. בעקבות מגעים שקיים סגן המפקח על הביטוח עם נציגי הפניקס, ניתן לפניקס אישור להפעלת התעריף החדש החל מיום 15.9.91. בהכרעת דינו ציין בית-המשפט, כי "מבנה התעריף החדש שאושר לחברת הפניקס, כמו גם רבים מהמספרים המופיעים בו, התפשט בשוק הביטוח כמו 'דליקה בשדה קוצים'"; וכי בין תעריפיהן של החברות - שהוגשו בנפרד למפקח ואושרו על-ידו - נוצרה תאימות במבנה התעריף שהתבסס על הנוסחה שפותחה על-ידי הפניקס. כן נוצרה תאימות במספר פרמטרים נוספים הנוגעים למחיר ולמועד הפעלת התעריפים. התעריפים החדשים היו גבוהים ממחירי השוק שנגבו בפועל עובר להפעלתם, אך היו נמוכים מרמת המחירים הלא-ריאלית שהופיעה בתעריפים המאושרים הישנים.

סמוך לאחר הפעלת התעריפים החדשים על-ידי החברות השונות, החלו להתכנס במשרדי חברת כלל "ישיבות השולחן" בהן נכחו, בדרך כלל, ראשי אגפי הביטוח האלמנטארי של החברות. בראש "ישיבות השולחן" ישב, בדרך כלל, רימון בן-שאול, שבתקופה האמורה שימש כמנכ"ל כלל-ביטוח וכיושב-ראש ועד ענף הרכב של האיגוד. בית-המשפט המחוזי קבע, כי בישיבות אלו נהגו נציגי החברות להתלונן זה בפני זה על סטיות מהתעריפים החדשים, אשר אושרו על-ידי הפיקוח זמן לא רב קודם לכן, וכן על חריגות ממחירים ותנאים אשר סוכם בין המשתתפים גם ללא קשר לתעריפים המאושרים. תלונות הדדיות, בגין הפרת ההסכמות שהושגו ביניהן,

העבירו החברות גם באמצעות מסמכים בכתב. יצוין כי נוהג הגשת התלונות הוסיף להתקיים עד לראשית שנת 1993.

121. טענתה המרכזית של התביעה בנוגע לאישום בעניין תעריף ביטוח הרכב לשנת 1991 הייתה, כי במחצית השנייה של שנת 1991 נעשו מערערי איילון והפניקס, ביחד עם אחרים, צדדים להסדר כובל בענף הרכב. על-פי הנטען, הסדר זה התבטא בהסכמה מוקדמת בין הצדדים להסדר, בדבר הגשתו של תעריף חדש ואחיד (על-ידי כל אחת מהחברות לחוד) לאישורו של המפקח על הביטוח. התביעה הדגישה, כי ההסכמה בין החברות הושגה לפני שכל אחת מהן קיימה את מגעיה עם המפקח על הביטוח. הפניקס, על-פי הנטען, הייתה החלוצה במגעיה עם הפיקוח, תוך שהיא מעדכנת את כל החברות האחרות בתוכן המפגשים ומקבלת את הסכמת כל החברות להגיש בקשות דומות. טענות אלו לא התייחסו לבורוביץ, שבעת גיבושו של ההסדר טרם נכנס לתפקידו בפניקס, אלא שימש כמנכ"ל החברה הנכדה "דולב". עם זאת נטען נגדו, כי מעת שנכנס לתפקידו בפניקס נטל חלק פעיל ב"שיטור" התעריף החדש, ובכך הפך גם הוא צד להסדר הכובל. המערערים מצדם טענו כי לא הוכח קיומו של הסדר מוקדם בין החברות, שלפיו תגיש כל אחת מהן בנפרד תעריף אחיד לאישור המפקח. הדימיון שנוצר בין התעריפים נבע, לטענתם, בראש ובראשונה, מהנחיית המפקח לחברות השונות, לאמץ את התעריף החדש שאושר לפניקס, וכן מ"נוהג ההעתקה" שרווח בין חברות הביטוח.

לפני בית-המשפט המחוזי נחלקו הצדדים גם בשאלה - שחזרה והועמדה גם לפנינו במסגרת הטיעונים לעניין צדקת ההרשעה ביחס לתעריף ביטוח רכב לשנת 1992 - מי היה היוזם לשינוי שיטת התעריף בענף הרכב בשנת 1991. המדינה טענה כי היוזמה הייתה של חברות הביטוח ונועדה לעצור את התחרות ביניהן; ואילו המערערים טענו כי היוזמה לכך באה מצד המפקח על הביטוח, שבדרך זו ביקש למנוע את המשך התדרדרותו של השוק ואת הפער שבין התעריף המאושר לבין המחירים שנגבו בפועל. עוד חלקו הצדדים בשאלת מעמדו החוקי של התעריף המאושר: כלום יש לו מעמד מחייב (כטענת המערערים), ומכאן שנאסר על החברות לסטות משיעור ההנחות המרביות שנקבעו בו? או שמא (כטענת התביעה) היה חסר

מעמד מחייב, ומכאן שהמפקח לא אסר על החברות לסטות כלפי מטה מתעריפיהן? מחלוקת הצדדים בעניין זה השליכה על הסברי כל אחד מהם לנוהג התלונות ההדדיות שרווח בין החברות. התביעה טענה, כי התלונות נועדו לאכוף את קיומו של ההסדר הכובל וכוונתו כנגד הסטייה מהתעריף המתואם וכנגד הפרת ההסכמות על-פה שהושגו בין החברות; ואילו המערערים טענו, כי התלונות נבעו מן ההכרה במעמדו המחייב של התעריף המאושר, וכי מטרתן הייתה להבטיח שכל חברה תקפיד על שמירת תעריפה.

122. זיכויים של המערערים מפריט האישום הנוגע להסדר הכובל בשנת 1991 נשען על ארבעה נימוקים מרכזיים. הנימוק הראשון, והעיקרי, היה שהתביעה לא הוכיחה מעבר לספק סביר כי הפניקס ואיילון הגישו לפיקוח את הבקשות לאישור תעריפיהן מכוח הסכם מוקדם בדבר הגשת תעריף אחיד לאישור המפקח. בית-המשפט אף קבע כי סגן המפקח שלח את נציג איילון לנציג הפניקס כדי שיעתיק את מבנה התעריף החדש של הפניקס ויגיש אותו לאישור וכי "על רקע עובדה זו, אין כל פלא שאיילון העתיקה לא רק את מבנה התעריף, אלא גם רבים מהפרמטרים המופיעים בו ואשר נכללים בכתב האישום". הנימוק השני נסמך על ממצאי בית-המשפט, ולפיהם תהליך החלפת שיטת התעריפים הישנה נבע מיוזמה משותפת של שוק הביטוח ושל אגף הפיקוח על הביטוח במשרד האוצר, וכי סגן המפקח על הביטוח אכן עודד והנחה את החברות השונות "להתיישר" לפי מבנה תעריף הרכב שאושר לחברת הפניקס. בית-המשפט ציין כי במעורבותו זו תרם סגן המפקח תרומה משמעותית להיווצרות אחדות התעריפים בין החברות; לא רק ביחס למבנה התעריף אלא גם ביחס למספרים - שחלקם נכלל בפריט האישום - שהופיעו בו. בית-המשפט הוסיף בהקשר זה, כי מעורבות משרדו של המפקח, כעולה מעדות סגן המפקח דאז, הייתה על רקע חששו שרמת המחירים שהייתה מקובלת בשוק, עקב התחרות הקשה בין החברות, מסכנת את יציבותן של החברות. כן עולה כי המפקח הושפע מעצם הפער שבין המחיר המאושר למחיר שנגבה בפועל, שכן פער זה בא לידי ביטוי בסבסוד עלויות ביטוחם של הקולקטיבים על גבם של המבוטחים החלשים. הנימוק השלישי היה כי "שיטור" התעריפים לאחר הגשתם אין בו די כדי להוכיח את קיומו של ההסדר המוקדם להגשת תעריפים אחידים לאישור המפקח שבו - ורק בו -

הואשמו המערערים. עם זאת דחה בית-המשפט את טענת המערערים, כי העילה לתלונות הייתה מעמד המחייב של התעריפים המאושרים וציין שככלל מקובלת עליו טענת התביעה כי הבסיס לתלונות היו התיאומים הקרטליים בין החברות. והנימוק הרביעי היה שחקירת ההסדר הכובל הנטען, לגבי ענף הרכב בשנת 1991, הייתה מאוחרת ובלתי ממצה באופן שפגע בהגנת המערערים. זאת, בעיקר על רקע העובדה שסגן המפקח על הביטוח לא נחקר, למעשה, על מעורבותו העמוקה בהנחלת התעריף החדש, למעט שאלה אחת שנשאל בנושא; ובית-המשפט אף הוסיף כי ייתכן שבחקירה מעמיקה היה סגן המפקח מודה כי עודד ודחף את החברות "להתיישר" לפי מבנה התעריף של הפניקס.

חלוקת שוק הקולקטיבים

123. בפרשת הקולקטיבים נקטו הנאשמים שני קווי הגנה שונים. הפניקס ובורוביץ הכחישו כי היו צד להסדר כובל כלשהו בשוק הקולקטיבים וכפרו בקיום ההסכמות שיוחסו להם. הם אף טענו, כי לחברת הפניקס כלל לא היה עניין בביטוח קולקטיבים. מערערי איילון, לעומת זאת, נקטו - כהגדרת בית-המשפט המחוזי - קו הגנה "מעורפל ולוקה גם בסתירות", כאשר מחד הכחישו את עצם קיומן של ההסכמות האסורות בשוק הקולקטיבים ואילו מאידך הודו (כפי שעלה מעדותו במשפט של לוי רחמני) כי אכן היה הסדר לאי-תחרות על קולקטיבים, ואף הצביעו על הסדר זה, במסגרת טענת החרם, כאחד הגורמים המרכזיים להפעלת הלחץ מצד השוק כלפיהם. מכל מקום טענו, כי איילון הייתה שם דבר לתחרות בשוק הביטוח בכלל, ובשוק הקולקטיבים במיוחד, וכי עובדה זו מפריכה את הטענה בדבר היותה צד להסדר כובל כלשהו בשוק זה.

בית-המשפט החליט, כאמור, לזכות את המערערים מההסכמות שיוחסו להם לעניין שיעור הנחת הקולקטיב ולעניין זהותם של הגופים שיוגדרו כקולקטיב. עם זאת פסק להרשיעם בעבירה בשל חלוקת שוק הקולקטיבים. בית-המשפט קבע, כי הסדר השוק בדבר אי-תחרות על קולקטיבים "החל 'לתפוס תאוצה' בשוק הביטוח ברבעון הראשון של שנת 1992, ועלה לדיון נרחב בישיבות כלל". את מסקנתו האמורה ביסס בית-המשפט על שורה של עדויות, בהן עדויותיהם של משתתפי

"ישיבות השולחן". עדויות אלה, שלדעת בית-המשפט נתמכו במסמכים מזמן אמת, הסגירו "לא רק את קיומו של ההסדר הכובל בין החברות בדבר אי-התחרות על קולקטיבים, אלא גם את מעורבותם של הנאשמים שבפניי באותו הסדר". על רקע מסקנותיו אלה, בחר בית-המשפט שלא לדון בטענת איילון, כי בתקופה הרלוונטית לכתב-האישום היא תקפה קולקטיבים המבוטחים בחברות אחרות. בהכרעת-דינו דחה בית-המשפט את טענת הפניקס ובורוביץ כי תכלית התלונות ההדדיות הייתה להבטיח שמירה על התעריפים וקבע כי המדובר היה בשיטור של הסדר לאי-תחרות בשוק הקולקטיבים. כן דחה את הטענה שהפניקס כלל לא הייתה מעוניינת בביטוחי קולקטיבים בציינו כי טענה זו היא בלתי רלוונטית לעניין התגבשותם של יסודות העבירה, ואף אינה מדויקת מן הבחינה העובדתית. על רקע כל האמור, ולאחר שהצביע על חומר הראיות הקונקרטי הקושר את כל אחד מן המערערים להסדר הכובל בשוק הקולקטיבים, קבע בית-המשפט כי המערערים היו צד להסדר כובל לחלוקת שוק הקולקטיבים, שלגביו קיימת חזקה חלוטה כי הוא עלול לפגוע בתחרות, וכי בורוביץ, לוי רחמני ונגה רחמני נושאים באחריות אישית-ישירה לקיומו. בית-המשפט ציין כי מודעותם להיותם שותפים להסדר הכובל הוכחה, בין היתר, מתוך הראיות המצביעות על מחויבותם להסדר ועל מגבלות שנטלו על עצמם במסגרתו.

המערערים זוכו, כאמור, מן האשמה כי הסכימו ליצירתה של רשימת קולקטיבים. זאת, לאור מסקנת בית-המשפט כי מטרת הרשימה והפצתה הייתה הסדרת מסלול מתן "הנחות אינדיבידואליות" לחברי קולקטיב המבקשים לבטח את רכבם בחברת ביטוח אחרת אשר אינה מבטחת את הקולקטיב שאליו הם משתייכים. הרשימה נועדה, אם כן, ליידע את סוכני הביטוח, מיהם אותם לקוחות העובדים בקולקטיבים והעשויים ליהנות מהנחת קולקטיב, בכדי להציע להם הנחה שוות-ערך. בית-המשפט הוסיף וקבע, כי התביעה לא הוכיחה שמאחורי הכנת הרשימה עמדה הכוונה ליצור רשימה סגורה של קולקטיבים.

124. טענתו העיקרית של בורוביץ כנגד צדקת הרשעתו בחלוקת שוק הקולקטיבים הייתה, כי בית-המשפט המחוזי שגה בהתייחסו להתנהגות חברות הביטוח בשוק הקולקטיבים כאל הסכמה עצמאית ולא כאל רכיב מרכיבי התנהגות

השוק שהחלה בשנת 1991 בהנהגת הפיקוח על הביטוח. מממצאי בית-המשפט עולה, לטענתו, כי במהלך שנת 1991 ננקטו צעדים, שהיו משותפים לפיקוח ולחברות הביטוח, לשינוי תעריף הרכב ולשמירה עליו, בין היתר, מפני מתן הנחות חוץ-תעריפיות לקולקטיבים. צעדים אלה ננקטו על רקע המשבר החריף שפקד את שוק הביטוח, ולנוכח החשש כי המשך התחרות הפרועה בשוק הביטוח - שבאה לידי ביטוי, בעיקר, בשוק הקולקטיבים - עלול לערער את יציבותן של חברות הביטוח. לטענת בורוביץ, המפקח פעל נמרצות גם לאכיפת התעריפים שאושרו על-ידיו ושאותם ראה - כפי שנקבע בפסק-הדין - כתעריפי מינימום-מקסימום שתוקפם מחייב על-פי חוק. מכאן ביקש להסיק, כי המעשים שיוחסו לו בכתב-האישום, בנוגע לביטוח הקולקטיבים בענף הרכב, היו, למעשה, חלק מן המהלך הכולל של שינוי שיטת התעריף בשנת 1991. לטענתו, הפעולות, הדיונים, השיחות והתלונות ההדדיות שהתקיימו בשוק הקולקטיבים לא היו - כפי שסבר בית-המשפט המחוזי - בבחינת "שיטור" לאכיפת הסכמה אסורה בין חברות הביטוח, אלא היו חלק משרשרת פעולות לגיטימיות אשר נבעו ממעמדו המחייב של התעריף. מטרת הפעולות לא הייתה למנוע תחרות בשוק הקולקטיבים, אלא לפקח על שמירת תעריפי החברות שאושרו בשנת 1991, ושכין היתר כללו גם את שיעורי ההנחה המרביים שיינתנו לקולקטיבים. כן טען בורוביץ, כי בית-המשפט המחוזי שגה בכך שבחן את מידת אשמתו בנושא חלוקת שוק הקולקטיבים במנותק מזיכוי מהסעיפים שעניינם בהנחת הקולקטיב וברשימת הקולקטיבים. בהקשר זה ציין, כי המאשימה עצמה ראתה את הפעילות בשוק הקולקטיבים ואת מהלך שינוי התעריף בשנת 1991 כמקשה אחת; היינו כי רק שילובן יחדיו של קביעת שיעור הנחה מתואם מרבי, יצירת רשימת קולקטיבים סגורה וחלוקת שוק הקולקטיבים, יכול היה להשיג את מטרת הגבלת התחרות בשוק הקולקטיבים. לפיכך, טען בורוביץ, כי משקרו שני היסודות העיקריים שעליהם נבנה - על-פי הנטען בכתב-האישום - המהלך הכולל להגבלת התחרות בשוק הקולקטיבים, קרס הבניין כולו ולא היה בסיס להרשעתו בחלוקת השוק.

125. בערעורם על צדקת הרשעתם בחלוקת שוק הקולקטיבים השליכו מערערי איילון את עיקר ייבם על הטענה בדבר התנהגותה התחרותית של איילון בתקופה

הרלוונטיות. לטענתם, התעלם בית-המשפט משורת עדויות שהובאו לפניו בדבר התנהגותה של איילון בתקופה אשר בה - על-פי הנטען בכתב-האישום - היה הסכם חלוקת השוק בשיאו. מעדויות אלו עלה, לטענתם, כי בתקופה האמורה איילון "תקפה" קולקטיבים אשר היו מבוטחים על-ידי חברות אחרות; כי העניקה הנחות קולקטיב גם למי שלא השתייכו לקולקטיב כלשהו; כי העניקה הנחות קולקטיב שהיו גבוהות מאלו שניתנו על-ידי חברות אחרות; וכי בעיני יתר החברות נתפסה איילון כמי שמדרדרת, בהתנהגותה התחרותית, את שוק הביטוח לאבדון. עובדות אלו, טענו, היו מהותיות להגנתם; זאת לנוכח העובדה, שבהיעדר ראיות ישירות למועד שבו גובשה ההסכמה בין חברות הביטוח לחלוקת השוק, הסיק בית-המשפט את דבר ההסכמה מהתנהגותן הנמשכת של החברות בשוק הקולקטיבים, והתנהגותה התחרותית של איילון לאורך התקופה הרלוונטית צריכה הייתה להובילו למסקנה כי היא כלל לא הייתה צד לאותו הסדר שוק מתמשך. ההתנהגות התחרותית אף שוללת, לטענת מערערי איילון, את האפשרות שחברות אחרות בשוק הביטוח היו תחת הרושם שאיילון שותפה להסדר הכובל בשוק הקולקטיבים. לבסוף טענו, כי גם אם תמצי לומר שבית-המשפט ראה בישיבת השולחן מיום 10.2.92 - אליה נתייחס בהמשך הדברים - כמועד הספציפי שבו גובשה ההסכמה בדבר חלוקת שוק הקולקטיבים, הרי שאין כל ראיה הקושרת את מי מנציגי איילון לישיבה זו ובית-המשפט אף לא קבע ממצא פוזיטיווי בעניין זה.

126. לטענת המדינה, מכלול הראיות הצביע על כך שנציגי החברות השותפות, ובכללם נציגי הפניקס ואיילון, חילקו את שוק הקולקטיבים בהסכמה ועל-פי תיאום מוקדם. לטענתה, המערערים אף היו מהדמויות הדומיננטיות ביותר שתיאמו ודחפו לקיום ההסכמות האסורות. פעולות השיטור - שהמערערים היו שותפים לביצוען - נועדו אף הן לקיומו ולקידומו של ההסכם לחלוקת השוק. עוד טענה המדינה, כי זיכוי המערערים מן האישום בדבר תעריף הביטוח בענף הרכב לשנת 1991 מתיישב היטב עם הרשעתם בעניין הקולקטיבים ובעניין רכב 1992. זאת, משום שהזיכוי נבע, בעיקר, משילוב של גורמים מספר: מעורבות המפקח בשינוי תעריף רכב 1991, חקירה מוקדמת בלתי מספקת של העובדות הנחוצות ומיעוט ראיות ישירות לקיומה של הסכמה מוקדמת בין החברות. שילוב כזה, טענו באי-כוח המדינה, איננו מתקיים

ביחס ליתר פריטי האישום בענף הרכב; ומן הבחינה העניינית אין מקום לכרוך בין ההסכמה בין החברות לחלוקת שוק הקולקטיבים לבין ההסכמה שאליה הגיעו, בשנת 1991, בדבר שמירתו של תעריף לגיטימי. בטיעוניה שללה המדינה את טענת המערערים, כי פעולות השיטור היו מוצדקות משום שנועדו לאכוף שמירה על תעריף מחייב. לעניין זה הטעימה שאף ביחס לתעריף רכב 1991, שממנו זוכו המערערים, לא קיבל בית-המשפט את טענתם, כי התלונות שהוחלפו בין החברות נגעו לשמירת תעריפים שאושרו על-פי חוק, אלא קבע כי הבסיס לתלונות היו התיאומים הקרטליים בין החברות. לעניין טענותיהם של מערערי איילון בדבר היעדרו של מועד מוגדר בו הושגה ההסכמה ובדבר היעדרן של ראיות להוכחת מעורבותם בהסדר; השיבה המדינה, כי ההסכמה בדבר חלוקת שוק הקולקטיבים התגבשה במהלך המחצית הראשונה של שנת 1992 במסגרת "ישיבות השולחן" שהתכנסו מדי שבוע; וכי הסכמה זו התעצמה לקראת חידוש ביטוחיהם של הקולקטיבים באפריל 1992. עוד ציינה המדינה כי חומר הראיות מלמד שנציגי איילון נכחו בפגישות הרלוונטיות, שבהן גובש ההסדר וכי מעורבותם בהסדר חלוקת שוק הקולקטיבים נלמדת הן מהיקף ואופי פעילותם והן מסגנונם הבוטה והעוקצני העולה משורת המכתבים שנשלחו על ידם בנושא.

127. מהכרעת-הדין עולה כי בסוף שנת 1991 נוצרה בשוק הביטוח מציאות של תחרות מוגבלת בענף ביטוח רכב-רכוש. בקרב חברות ביטוח רבות הונהגו תעריפי רכב דומים. תעריפים אלה התבססו על שיטת חישוב חדשה ואחידה, ואף כללו מספר פרמטרים זהים הנוגעים לגובה המחיר שייגבה מהמבוטח. בנוסף, התקיימה פרקטיקה של מגעים הדדיים וחילופי מידע בין נציגי החברות בדבר מבנה התעריפים בענף הרכב ובנוגע לפרמטרים שונים המופיעים בהם. בית-המשפט המחוזי קבע כי מציאות זו נוצרה כתוצאה מפעילות משותפת, בה נטלו חלק האיגוד וחברות ביטוח שונות מחד ואגף הפיקוח על הביטוח במשרד האוצר מאידך. גורמים אלה חברו יחד להנהגתם של תעריפי רכב חדשים אשר נועדו לשקף אל-נכון את רמת המחירים הריאלית שנגבתה באותה העת בשוק הביטוח. גם בשוק הקולקטיבים הוגבלה התחרות. תעריפי הרכב לשנת 1991, שאושרו לחברות ביטוח שונות, כללו סעיף זהה אשר קבע כי ההנחה המרבית למבוטח בקולקטיב תוגבל ותעמוד על שיעור מרבי

של 7.5% שאין לסטות ממנו. בנוסף, רשימות המזהות בין הקולקטיבים לבין חברות הביטוח המבטחות אותם הועברו בין החברות השונות ובין סוכני הביטוח שחלקם אף פעלו במקביל עבור מספר חברות. עם זאת נראה, כי על אף ההגבלות האמורות עדיין נותרה רמה מסוימת של תחרות בשוק הקולקטיבים. תימוכין לכך ניתן למצוא, למשל, בעובדה שבתעריפיהן של חברות רבות - ותעריפה של איילון בכללם - נכלל סעיף המאפשר להן להעניק הנחה לקולקטיבים גדולים במיוחד ("היפר קולקטיב") בהתאם ליתרון הכלכלי למבטח בלא שננקב בסעיף זה שיעור הנחה מקסימאלי (ראו למשל: תעריפה של איילון מוצג נ/184; תעריפה של סהר מוצג ת/80). גם הגדרת גודלו המינימאלי של קולקטיב היכול ליהנות מן ההנחה נותרה, ככל הנראה, פתוחה.

מציאות זו, של תחרות מוגבלת בענף הרכב בכלל ובענף הקולקטיבים בפרט, היא הניצבת ברקע יצירתם של שני ההסדרים הכובלים בענף הרכב שבהם הורשעו המערערים. במובן זה צודק ברוביץ בטענתו העקרונית, כי אין מקום לנתק בין האירועים שפקדו את שוק הביטוח ואת ענף הרכב בשנת 1991, לבין התנהגות חברות הביטוח והמערערים בענף הרכב בשנת 1992. זאת, משום שהשאלה העיקרית הטעונה הכרעה, בערעורים על הרשעת המערערים בשני ההסדרים הכובלים שבענף הרכב היא, אם התנהגות המערערים ושותפיהם בענף הרכב בשנת 1992 היוותה, כטענת ברוביץ, המשך ישיר ולגיטימי לפעילותם בשנת 1991; או שמא תכליתה הייתה ליצור הגבלה נוספת של רמת התחרות בענף, מעבר להגבלה שהייתה קיימת בו ממילא.

טענת ברוביץ בדבר הזיקה שבין פעילות החברות בשוק הקולקטיבים לבין אירועי שנת 1991 בנויה משני נדבכים. האחד, כי התעריפים שאושרו לחברות הביטוח השונות נהנו ממעמד מחייב על-פי חוק; כי גורמי הפיקוח ואף האיגוד פעלו במשך השנים לאכיפת שמירת התעריפים על-ידי החברות; וכי לאור זאת, נציגי החברות פעלו אף הם להבטחת שמירתם של התעריפים המאושרים על-ידי החברות בראותם פעילות זו כלגיטימית וכמותרת על-פי חוק. והשני, כי פעולות החברות בתקופה הרלוונטית בשוק הקולקטיבים - בכלל זאת חילופי הדברים בישיבות השונות של חברות הביטוח ופעולות השיטור למיניהן - נועדו אך להבטיח את

השמירה על תעריפי הרכב לשנת 1991 שכללו, בין היתר, שיעורים אחידים של הנחת קולקטיב מרבית. נבחן, אם כן, את טענת בורוביץ על שני נדבכיה.

מעמד התעריף ופעולות חברות הביטוח

128. בקבלו את עמדת הסניגוריה, לעניין מעמד התעריף, קבע בית-המשפט המחוזי בהכרעת-דינו, כי "מעמדו של התעריף המאושר הינו זה של תעריף מחייב, כך שכל חריגה ממנו - בין כלפי מעלה ובין כלפי מטה - ללא אישור המפקח עולה כדי עבירה פלילית". עם זאת, דחה בית-המשפט את טענת המערערים כי מעמדם המחייב של התעריפים וסטיית חברות הביטוח מהם היוו את העילה לחילופי הדברים ולתלונות ההדדיות של החברות. בית-המשפט קבע בהקשר זה, שכלל, מקובלת עליו טענת התביעה כי הבסיס לתלונות היו התיאומים הקרטליים בין החברות.

שלא כבית-המשפט המחוזי, הננו נכונים להניח, כי פעולותיהן של חברות הביטוח בענף הרכב, ובכלל זאת תלונותיהן ההדדיות ופעולות השיטור, אכן נועדו להבטיח, בין היתר, כי החברות תקפדנה על שמירת תעריפיהן המאושרים. במיוחד אמורים הדברים ביחס לתלונות של החברות על סטייתן של מי מהן מתעריף הרכב שאושר לה לשנת 1991; אך גם לגבי חלק מהפעולות והתלונות שהועלו בשוק הקולקטיבים. עיון בחומר הראיות שהציגו הצדדים, על רקע קביעותיו של בית-המשפט בעניין אחידות התעריפים שנוצרה בענף הרכב בשנת 1991 ובעניין מעמדו המחייב של התעריף, מבסס את המסקנה, כי בשוק הקולקטיבים אכן ננקטו פעולות שנועדו למנוע מצב שבו חברה מגישה הצעה לביטוח קולקטיב תוך חריגה משיעור ההנחה המקסימאלי שאושר לה. לוא היינו משתכנעים כי בכך הסתכמו פעולותיהם של המערערים ושותפיהם בשוק הקולקטיבים, כי אז נוטים היינו לזכות את המערערים מעבירת ההסדר הכובל בשוק הקולקטיבים; וזאת מבלי לנקוט עמדה בשאלה אם "שיטור" תעריפים מאושרים, תוך קיום פרקטיקה של חילופי מידע ותלונות הדדיות, הינו בגדר פעולה מותרת על-פי חוק ההגבלים העסקיים. אלא שמחומר הראיות עולה בבירור, כי לצד הפעולות לאכיפת סעיפי הנחת הקולקטיב, שאושרו לחברות בתעריפי הרכב לשנת 1991, פעלו המערערים ושותפיהם להגבלה נוספת של התחרות בשוק הקולקטיבים ואף הגיעו לכלל גיבושו של הסדר כובל

שלפיו החברות השותפות להסדר לא יתחרו על ביטוחם של קולקטיבים המבוטחים כבר בחברה אחרת. כן עולה, כי תלונותיהן של החברות הועלו גם במקרים בהם החברות הגישו הצעות מתחרות במסגרת שיעור ההנחה שאושר להן בתעריפיהן; כן עולה, כי חלק מהתלונות ההדדיות שהוחלפו כווננו כנגד עצם ההתחרות בשוק הקולקטיבים, בניגוד להסדר שהושג, ולא כנגד הסטייה מהתעריפים המאושרים.

129. את מסקנתו בדבר קיומו של הסדר אי-תחרות בשוק הקולקטיבים ביסס בית-המשפט המחוזי על שורה של מסמכים ועדויות. חומר הראיות לעניין זה נפרש ונותח בהרחבה בהכרעת-הדין, ולא מצאנו מקום להביאו במסגרת דיוננו. בטיעוניהם משיגים המערערים כנגד כל ראיה, ממצא, עובדה, או מסקנה שהובאה בהכרעת-הדין לביסוס הרשעתם. המדובר, בעיקרו של דבר, בטענות כנגד עניינים שבעובדה ומהימנות שאין מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בהם. לפיכך, נסתפק בהצגת הנדבכים הראייתיים העיקריים שעליהם סומכת הרשעת המערערים, גם על-יסוד הנחתנו כי אכן ננקטו בשוק הקולקטיבים פעולות לאכיפת התעריפים המאושרים.

הנדבך הראשון, והעיקרי, מורכב מעדויותיהם של כמה ממשתתפי ישיבות השולחן, שלעניין קיומו של הסדר אי-תחרות בשוק הקולקטיבים וחלוקת השוק, נמצאו מהימנות על בית-המשפט. חלק מעדים אלה אמנם העלו גם את עניין השמירה על התעריפים המאושרים. עם זאת עלה מן העדויות בבירור, כי לפעילות היו שתי מטרות: האחת, שמירה על התעריפים; והשנייה, מניעת תחרות בשוק הקולקטיבים. המערערים, שהתקשו ליתן הסבר לעדויות אלו, הפנו לעדויותיהם של מספר עדים - בהם משתתפי ישיבות השולחן - אשר, לטענתם, הכחישו את דבר קיומו של הסדר לחלוקת שוק הקולקטיבים. לא מצאנו כי יש בעדויות אלה - שנבחנו על-ידי בית-המשפט ובחלקן נדחו על-ידי במפורש כבלתי מהימנות - כדי לגרוע מתוקפו של מכלול הראיות עליו ביסס בית-המשפט את הרשעת המערערים.

הנדבך השני הוא הודאתו של לוי רחמני. בית-המשפט קבע, כי לוי רחמני הודה מספר פעמים בעדותו לפניו, כי בתקופה הרלוונטית היה הסדר לאי-תחרות בשוק הקולקטיבים, וכי באחת ההזדמנויות אף אישר, כי היה עד להסדר זה באופן אישי.

בית-המשפט סבר, כי גם בדבריו של נגה רחמני ניתן למצוא הודאה בקיומו של הסכם לאי-תחרות בקולקטיבים. לעובדה זו חשיבות רבה בענייננו. בין שלל המסמכים, שהזכיר בית-המשפט בהכרעת-דינו, מצויים מספר מסמכים שנכתבו על-ידי לוי רחמני או על-ידי נגה רחמני והנוגעים לתחרות בשוק הקולקטיבים. חלק מן המסמכים עוסקים בתלונות הדדיות, שעניינן בתחרות בשוק זה וב"שיטור" ההסדר הכובל שהוחל עליו (ראו: ת/464; ת/211; ת/238; ת/204). לוי רחמני אף אישר בעדותו כי חלק מן המסמכים הללו נכתבו על רקע קיומו של הסדר לאי-תחרות בשוק הקולקטיבים; ואילו נגה רחמני טען, כי לפחות חלק מן המסמכים נכתבו למראית-עין, על רקע הלחצים שהופנו כנגד איילון בשל התחרותה בשוק הקולקטיבים. בכך, סתרה גרסת מערערי איילון - שאליה עוד נתייחס - באופן חזיתי את קו ההגנה שהציג בורוביץ, ולפיו בשוק הקולקטיבים כלל לא היה הסדר לאי-תחרות.

הנדבך השלישי, הוא שורת מסמכים התומכים בעדויותיהם המפלילות של משתתפי ישיבות השולחן, והמסגירים הן את קיומו של הסדר אי-התחרות בשוק הקולקטיבים והן את מעורבותם של המערערים בהסדר זה. המערערים מצדם טוענים כנגד העדפתו של בית-המשפט את הפרשנות המפלילה שייחסה התביעה למסמכים אלה. זאת, לטענתם, על אף שלשון המסמכים איננה חד-משמעית, ועל אף שפרשנותם המפלילה עומדת בסתירה לעדויות כותביהם. עיינו עיין היטב בטענות המערערים בעניין מסמכים אלה; ועל יסוד טענות אלה שבנו ובחנו את מסקנותיו של בית-המשפט בנוגע לכל אחד ואחד מהמסמכים. טיעוני המערערים אכן שכנעונו, כי חלק מכותבי המסמכים אכן חששו, בין היתר, מפני הפרת התעריפים המאושרים על-ידי חברות הביטוח, ובכלל זה מפני הפרת שיעורי ההנחה המרביים לקולקטיבים שאושרו להן. אולם, בכך לא די. שכן אותם המסמכים ממש, ואף מסמכים אחרים, מלמדים באופן שאינו משתמע לשתי פנים, כי החברות לא הסתפקו בשמירת התעריפים אלא פעלו, כאמור, לאכיפתו של הסדר אי-תחרות בענף הקולקטיבים; וכי למניעתה של תחרות זו, גם אם הייתה במסגרת המותר על-פי התעריפים המאושרים, העלו את תלונותיהן.

130. המערערים הרחיבו בטיעוניהם בעניינם של שני מסמכים שבית-המשפט המחוזי ראה בהם ראיה לאשמתם בחלוקת שוק הקולקטיבים. עניינו של המסמך

האחד בדו"ח ששלח שלמה יעקבי מחברת הביטוח אליהו לממונים עליו (ת/51) ובו פרטים על אודות נושאים שסוכמו בישיבת שולחן שהתקיימה בחברת כלל ביום 12.2.92. בין היתר ציין יעקבי, כי "הנציגים היו תמימי דעים לא להתחרות בקולקטיבים שמתחדשים באפריל כגון... סוכם לתאם לפני שמגישים הצעה". המסמך השני הוא מכתב ששלח דן ברית מחברת הביטוח צור שמיר (ת/146), אל נושא משרה בכיר בחברת מגדל, ועניינו בתלונה בגין הצעה שהגיש סוכן של מגדל לביטוח קולקטיב שבוטח באותה עת על-ידי חברת צור שמיר. המערערים טענו בהרחבה כנגד המסקנות שהסיק בית-המשפט ממסמכים אלה וכנגד ממצאי המהימנות שנבקעו גבי עדויות כותביהם. באמצעות ניתוח הראיונות, שקיימה התביעה עם כותביהם של שני המסמכים, קיוו המערערים לשכנענו בדבר חומרת הפגיעה שגרמו הראיונות ליכולתם להתגונן מפני המיוחס להם בעניין חלוקת שוק הקולקטיבים. כן ביקשו לשכנענו כי במהלכים שנקט בית-המשפט, לצמצום השלכות הפגמים שנפלו בהליך הראיונות, לא היה כדי לרפא את הנזקים שנגרמו בעטיים.

עיינו בטענות המערערים, בחנו את הראיונות שערכה התביעה עם העדים יעקבי וברית, בהשוואה לדברים שמסרו עדים אלה בשלב החקירה ובעדויותיהם במשפט, ועמדנו על משקלן ביחס למכלול הראיות שהובאו לביסוס ההרשעה בעבירה של חלוקת שוק הקולקטיבים. מסקנתנו היא, כי אין לקבל את טענות המערערים. מבלי לגרוע משורת הביקורת שבה יש להתייחס למחדלה של התביעה, להעביר לסניגורים מבעוד מועד את המידע הנוסף שמסרו עדים אלה בראיונותיהם, איננו סבורים כי בראיונות שקיימה התביעה עם שני עדים אלה יש כדי להוביל למסקנה, כי הראיונות הסבו נזק גורף להגנת המערערים או עוררו ספק סביר בדבר צדקת הרשעתם של המערערים בעניין חלוקת שוק הקולקטיבים. בפרטים ובשביבי המידע בדבר התחרות בשוק הקולקטיבים, שמסרו עדים אלה בראיונותיהם, בהשוואה לדברים שמסרו קודם לכן בחקירתם, לא היה משום חידוש מהותי להגנת המערערים. יתר-על-כן: איננו סבורים כי המסמכים שערכו שני עדים אלה היוו נדבך חיוני לביסוס אשמתם של המערערים בחלוקת שוק הקולקטיבים. איננו מתעלמים מן החשיבות שבית-המשפט המחוזי ייחס למסקנה העולה מן הדו"ח שערך יעקבי; עם

זאת יצוין, כי לעניין עדותו של דן ברית הבהיר בית-המשפט המחוזי, כי גם אלמלא עדות זו, לא היה נמנע מלהרשיע את המערערים בעבירת חלוקת השוק.

131. לטענת בורוביץ, כי זיכויו החלקי מפריטי האישום הנוגעים להסכמות בדבר שיעור הנחת הקולקטיב ורשימת הקולקטיבים מחייב בהכרח את זיכויו גם מן העבירה של חלוקת שוק הקולקטיבים, אין כל יסוד. נקודת המוצא לבחינת הרשעתם של המערערים בהסדר חלוקת השוק הוא כי בתחילת שנת 1992 שררה בענף ביטוח הרכב מציאות של תחרות מוגבלת. ההגבלה באה לידי ביטוי בגיבוש תעריפים דומים שכללו, בין היתר, סעיפי הנחת קולקטיב זהים. אך החברות, שהעבירו זו לזו רשימות של קולקטיבים, שמרו על יכולתן להעניק הנחות קולקטיב ליחידים שנמנו על קולקטיב שבוטח בחברה אחרת. עם זאת, כפי שכבר פירטנו לעיל, חברות הביטוח פעלו להגבלה נוספת של התחרות בדרך של הסדר חלוקת שוק. משמע, כי בין ההסכמות בדבר שיעור ההנחה שתינתן לקולקטיבים והעברת רשימות של קולקטיבים בין החברות, לבין ההסכמה בדבר חלוקת שוק הקולקטיבים, לא היה קשר הכרחי. כן איננו נדרשים גם לטענת בורוביץ בדבר מדיניותה המוצהרת של הפניקס שלא לבטח קולקטיבים. זו, כאמור, נדחתה על-ידי בית-המשפט במישור העובדתי, שאף הוסיף וציין, ובצדק, כי ממילא אין בטענה כדי לסייע לבורוביץ, שכן די בכך שאחד השותפים להסדר הגביל את עצמו באופן העלול לפגוע בתחרות. בפי בורוביץ היו טענות גם בעניין התקיימות היסוד הנפשי הנדרש לשכלולה של העבירה נשוא דיוננו. אך להיבטיהן המשפטיים של טענות אלו כבר התייחסנו (בפסקאות 96-95 לעיל) ובמה שנאמר שם יש מענה לטענות. די אפוא אם נאמר, כי הוכחה מודעותו של בורוביץ לטיבה הפיזי של התנהגותו ולקיום הנסיבות הרלוונטיות שבגדרן נעשה ההסדר הכובל בשוק הקולקטיבים.

שותפותה של איילון להסדר הכובל - טענת התחרותיות ומראית-העין

132. השגתם של מערערי איילון על צדקת הרשעתם בחלוקת שוק הקולקטיבים נסמכה, כאמור, על הטענות הבאות: כי לא הוצגה כל ראיה ישירה לקיומו של ההסדר; כי לא נטען, וממילא לא הוכח, מהו המועד המדויק שבו התגבש ההסדר; כי המסקנה המרשיעה התבססה על התנהגותן הנמשכת של החברות, ומנקודת-מבט זו

התחייבה המסקנה, שהתנהגותה התחרותית של איילון שוללת את האפשרות כי הייתה שותפה להסדר הכובל ואף את האפשרות שהחברות השותפות להסדר יכלו להתרשם כי היא חלק ממנו. עוד טענו, כי גם אם הצביע בית-המשפט על ישיבת השולחן מיום 2.10.92 - הישיבה נשוא הדו"ח שכתב יעקבי לממונים עליו (ת/51) - כ"צומת" מרכזי בתהליך גיבושו של ההסדר, הרי שלא הוכחה נוכחות מי מנציגי איילון בישיבה זו.

שלא כבית-המשפט - אשר בחר שלא לדון בטענת איילון בדבר תחרותה בשוק הקולקטיבים - הננו נכונים להניח כי איילון אכן הייתה תחרותית בשוק זה. להנחה זו יש לכאורה בסיס בחומר הראיות, והיא אף עולה בקנה אחד עם קביעת בית-המשפט, במסגרת דיונו בטענת החרם של מערערי איילון, כי "איילון הייתה בולטת יחסית לחברות אחרות בתדירות סטיותיה מההסדרים הכובלים, כמו גם במידת ה'שובבות' שלה, ובכך עוררה כלפיה תרעומת מצד חברות אחרות". ואולם ההנחה שאיילון אכן התחרתה בשוק הקולקטיבים איננה גורעת מצדקת מסקנתו של בית-המשפט בדבר אחריותם של מערערי איילון להסדר הכובל בשוק זה.

133. מטבעם של הסדרים כובלים שאין הם נכרתים בפומבי ולעין כל. ככלל - כך הדעת מחייבת - יימנעו הצדדים להסדר כובל מתיעוד הסכמותיהם האסורות במסמכים גלויים. הסדרים כובלים אף אינם מתגבשים, בהכרח, באחת. יש שההסכמה מתגבשת בהדרגה, ולאורך זמן, ונראה כי ההסדר הכובל בשוק הקולקטיבים היה מן הסוג האמור. על-פי ממצאי בית-המשפט המחוזי, הסדר אי-התחרות בשוק הקולקטיבים התגבש לאורך תקופה, עד שבמהלך הרבעון הראשון של שנת 1992 - כלשון בית-המשפט - החל "לתפוס תאוצה". הסדר זה התגבש במועדים ובפורומים שונים, בהם ישיבות השולחן, שבמהלכן, כזכור, נמנעו המשתתפים מרישום פרוטוקול.

על רקע מאפייניו האמורים של הסדר אי-התחרות בשוק הקולקטיבים, ברי כי היה קושי לזהות את המועד המדויק או את המעמד הקונקרטי, שבהם הושג ההסדר. ממילא תהא זו טעות לייחס אחריות לעשייתו של ההסדר רק למשתתפיה של

ישיבה זו או אחרת שבמהלכה נדונו או גובשו ההסכמות. בהסדר המתגבש לאורך זמן עשויות להיות אינדיקציות מגוונות המלמדות על קיומו; כגון, זיהוי פרקטיקה של חילופי מידע הדדיים, ישיבות משותפות, תלונות הדדיות בגין הפרת הסכמות קודמות ופעולות שמהותן מעידה עליהן כי נועדו ליישם הסכמות שהושגו. ודוק: מן הבחינה הראייתית, ראיות המצביעות, למשל, על קיומן של פעולות לאכיפתו של הסדר כובל עשויות לשמש, במקרים המתאימים, כראיות נסיבתיות מספיקות להוכחת עצם קיומו של הסדר זה; וכן להוכחת זהותם של הצדדים לו.

בהכרעת-דינו הצביע בית-המשפט על שורה של אותות ראייתיים המלמדים על קיומו של ההסדר הכובל. בכלל זאת הציג בית-המשפט את עדויותיהם של משתתפי ישיבות השולחן. מאלו עלה שבמהלך הישיבות שבהן השתתפו נדונו, לכל הפחות, הדרכים לשמירתו של ההסדר לאי-תחרות בשוק הקולקטיביים. כן הצביע בית-המשפט על פרקטיקת התלונות ההדדיות, שהתבססה על הסדר זה, וכן על ישיבת השולחן שהתקיימה ביום 10.2.1992, שבה הוסכם שלא להתחרות על ביטוחי הקולקטיביים הגדולים האמורים להתחדש באפריל 1992.

134. על יסוד האמור נבחן את מסקנות בית-המשפט בדבר שותפותה של איילון להסדר הכובל. נקדים ונאמר, כי טענת מערערי איילון, כי לא הוכחה נוכחותם בישיבת השולחן מיום 10.2.1992 בדין יסודה. בית-המשפט קשר את נגה רחמני לישיבה זו על יסוד קביעתו כי נגה רחמני השתתף בישיבות השולחן השבועיות שהתקיימו בין החודשים פברואר ומאי 1992. דא עקא שמן המסקנה הכללית, בדבר השתתפותו של נגה רחמני בישיבות השולחן לאורך התקופה האמורה, לא ניתן בנסיבות העניין להסיק ברמת הוודאות הנדרשת כי הוא נכח בישיבה ספציפית זו או אחרת. יתרה מכך, בית-המשפט עצמו, בגדרה של הכרעת-הדין בעניין ענף בתי-העסק, ציין כי לא ניתן לקבוע ברמת הוודאות הנדרשת כי נגה רחמני נכח בישיבת השולחן מיום 10.2.1992, בין היתר, משום שמנגה רחמני נמנעה האפשרות להסתמך על יומנו שנתפס על-ידי החוקרים הפרטיים ולא נמצא בחומר החקירה.

אולם במה שנאמר אין כדי לערער את הבסיס שעליו נשענה הרשעתם של מערערי איילון בשוק הקולקטיבים. שכן, הרשעתם בעניין זה לא התבססה על נוכחותו של מי מהם בישיבה קרטלית זו או אחרת, ואף לא נלמדה מהתנהגות איילון בשוק הקולקטיבים לאורך זמן. הרשעתם התבססה על מכלול של ראיות, שלדעת בית-המשפט המחוזי הצביע על כך שאיילון הפגינה מחויבות להסדר אי-התחרות בשוק הקולקטיבים וכן ציפייה לקיומו ולאכיפתו. מסקנה זו בדין יסודה. היא עולה בבירור מעובדת השתתפותם הפעילה של מערערי איילון בפרקטיקת התלונות ההדדיות, סביב הסדר אי-התחרות בשוק הקולקטיבים, שבאה לידי ביטוי בשורת מסמכים שלוי רחמני ונגה רחמני היו צד להם. מעורבותם המוכחת של מערערי איילון בפרקטיקת התלונות ההדדיות מהווה ראיה נסיבתית גם לשותפותם להסדר הכובל, שהיווה רקע להגשת התלונות. איילון אף הקפידה לשלוח נציג מטעמה לישיבות השולחן. בכך הציגה, כלפי השותפים להסדר אי-התחרות, מצג ברור בדבר היותה שותפה להסדר; גם אם - לנוכח התנהגותה התחרותית, שבעטייה הייתה מושא להתקפות מצד נציגי החברות האחרות -

הייתה שותפה בעייתית וסוררת. על כל פנים, התלונות עליה לא גרעו מהיותה צד להסדר הכובל. הן מפני שתלונות דומות (ולוא גם בעוצמה פחותה) הופנו גם כלפי חברות אחרות שהשתתפו בישיבות השולחן (שבפי משתתפיהן כונו "ישיבות גנבים"), והן מפני שנטיית השותפים להסדרים כובלים להפר את ההגבלות שנטלו על עצמם אינה תופעה בלתי-מוכרת. מטעם זה נוהגים קרטלים להקים מנגנוני מעקב ופיקוח, במטרה למנוע ניסיון של "אחד מחברי הקרטל להרוויח... על חשבון מתחריו" (יגור, 163). נמצא כי באפשרות שאיילון נחשבה כ"חריגה" בשוק הקולקטיבים, לא היה כדי לגרוע מן ההתרשמות שיצרה בעיני החברות כי היא חלק מההסדר. אלמלא חפצה ביצירת ההתרשמות האמורה, חזקה שהייתה נוהגת כפי שנהגה, משלב מסוים, חברת הביטוח אליהו ומדירה את רגליה מישיבות השולחן.

135. בצר להם טענו מערערי איילון לפני בית-המשפט המחוזי, ובשפה רפה גם לפנינו, כי לפחות חלק מהמסמכים ששלחו בנוגע לתחרות בשוק הקולקטיבים נכתבו על-ידיהם למראית-עין, במטרה להדוף את תלונותיהן של חברות אחרות על התנהגותה התחרותית של איילון. מעדויות לוי רחמני ונגה רחמני אף עלה, כי

טקטיקת מראית-העין אף שימשה בעיניהם כאחד הטעמים להצדקת המשך השתתפותו של נציג איילון בישיבות השולחן. דא עקא, שגם אם נקבל טענה זו - שנדחתה על-ידי בית-המשפט המחוזי במישור העובדתי - הרי שיהיה בכך רק משום חיזוק נוסף למסקנתנו כי, לפחות כלפי חוץ, הפגינה איילון מחויבות להסדר וציפייה ליישומו. שהרי אלמלא סברה איילון, כי בכוח מראית-עין של שותפות, שתותיר אצל החברות האחרות, תוכל להוסיף ליהנות משני העולמות - להסיר מעליה את איומי החרם ולהוסיף להתחרות בשוק הקולקטיבים - חזקה עליה שהייתה זונחת את דרך הפעולה הכוזבת ובוחרת באחת משתיים: הצטרפות אמיתית לקרטל או נסיגה מוחלטת ממנו.

136. בית-המשפט המחוזי דחה, במישור העובדתי, את טענתם של מערערי איילון כי פעילותם במסגרת ההסדר הכובל בשוק הקולקטיבים הייתה למראית-עין בלבד. מחומר הראיות שעליו ביסס בית-המשפט את הכרעתו בנקודה זו אכן עלה, כי איילון גילתה עניין ופעילות רבה ונמרצת באכיפת הגבלותיו של ההסדר האמור. במכתביהם של לוי רחמני ונגה רחמני נכללו תלונות וטרונות על הפרת תנאיו המגבילים של ההסדר על-ידי חברות אחרות. הם אף טענו, כלפי בכירים בשוק הביטוח, כי בשל "אזלת ידם" באכיפת ההסדר הכובל איבדה איילון תיקי ביטוח קולקטיב שהיו בידה. דרך פעולה זו שבה בחרו מערערי איילון, כעולה ממכתביהם ומגרסת מראית-העין שהעלו, אך מחזקת את מסקנתנו, כי צדק בית-המשפט בקביעתו כי איילון הייתה שותפה מלאה ופעילה בהסדר הכובל בשוק הקולקטיבים.

עם זאת, ושלא כבית-המשפט המחוזי, הננו נכונים להניח כי איילון אכן התחרתה בשוק הקולקטיבים; וכפועל-יוצא מכך אף להניח כי לפחות בחלק מפעילותם, כלפי השותפות האחרות להסדר הכובל, הפגינו מערערי איילון, כלפי חוץ ולמראית-עין, מצג שווא של שותפות להסכמות הקרטליות, בעוד שהלכה למעשה הם הפרו אותן. אך בהנחות אלו אין כדי להועיל להגנתם. כפי שכבר ביארנו (בפסקה 94 לעיל), שותף המצטרף להסדר למראית-עין בלבד, איננו נפטר מאחריות להסדר הכובל; שכן בהצטרפותו גורם הוא לשותפים האחרים, שאינם פועלים למראית-עין, להאמין שגם הוא שותף להסדר ולהגביל את עצמם על-פי תנאי ההסדר. בכך גורם המצטרף למראית-עין לחיזוקו של ההסדר הכובל. די אפוא בכך, שכלפי

החברות השותפות להסדר בעניין חלוקת שוק הקולקטיבים, הפגינה איילון למראית-עין מחויבות להסדר וציפייה ליישומו ולאכיפתו, כדי לחייב את המסקנה שהיא נושאת באחריות לעשייתו ולקיומו של הסדר זה. יתר על כן: במשחקה הכפול, כשמחד התחזתה כשותפת מלאה להסדר ודרשה את אכיפתו לתועלתה, בעוד שמאידך הפרה אותו, נהנתה איילון משני העולמות גם יחד, וניצלה לטובתה את ההגבלות שהטיל ההסדר על שותפותיה.

הפעלת לחץ על הסוכנים

137. בסעיף 6ב סיפא לאישום השני, בפריט העוסק בביטוח הקולקטיבים, נטען, כי במגמה לחלק את שוק הקולקטיבים "הפעילו הנאשמים לחץ על סוכני הביטוח שלהם לקיים את ההסכמים בדרך של איומים בסנקציות של הפסקת עבודה או פיטורין של סוכנים". בצדק טוענים המערערים כי בהכרעת-הדין לא הובאה כל ראיה לביסוס טענה זו המופיעה בכתב האישום; ואף המדינה איננה מתייחסת לעניין זה בתשובתה. לפיכך הטענה מתקבלת והרשעתם של המערערים בחלק זה של פריט האישום מתבטלת.

138. בסעיף 6א לאישום השני, בפריט העוסק בביטוח הקולקטיבים, נטען, כי המערערים ושותפיהם קיימו "מעקב על ביצוע ההסדר ביניהם לתת הנחת קולקטיב רק למי שהוסכם ביניהם כקולקטיב ולחלוקת השוק על-ידי החברות הנאשמות והחברות השותפות". בצדק טענו מערערי איילון, כי משזכו מסעיף האישום שייחס להם יצירת רשימה של קולקטיבים, לא היה מקום להרשיעם בגין מעקב אחר מתן הנחות רק למי שהוסכם ביניהם כקולקטיב. לפיכך, נבהיר, כי הרשעת המערערים באמור בסעיף זה נוגעת אך לפעולות המעקב אחר ביצוע הסדר חלוקת שוק הקולקטיבים.

ענף הרכב לשנת 1992

139. בגדרו של פריט האישום הנוגע לתעריף הרכב לשנת 1992 נטען, כי הנאשמים ושותפיהם הסכימו לגבש שינויים אחידים בתעריף הרכב שאושר להם בשנת 1991 ולהכניסם לתוקף בספטמבר 1992. עוד נטען, כי הנאשמים ושותפיהם

סיכמו ביניהם, כי כל אחת מן החברות השותפות תגיש למפקח על הביטוח, בנפרד, בקשה לאישור השינויים בתעריף. בכתב-האישום אף פורטו חמישה שינויים בתעריף, שהנאשמים הסכימו עליהם, ושעל-פי הנטען נכללו בבקשות שהוגשו על-ידי החברות לאישור המפקח; ואלה הם: ביטול ביטוח חפצים אישיים וביטול ביטוח שמשות (כיסויים שנכללו באותה העת במסגרת מיוחדת שכונתה "החבילה" ויכונן להלן: כיסויי החבילה); קביעת שיעור ההשתתפות העצמית לביטוח מקלט רדיו בגובה 15% מסכום הביטוח אך לא פחות מ-300 ש"ח; העמדת שיעור ההשתתפות העצמית במקרה של נזק לכלי הרכב בשיעור של 40% מהפרמיה, ולא פחות מ-500 ש"ח; והגדלת שיעור ההשתתפות העצמית לנהג שטרם מלאו לו 24. עוד נטען בכתב-האישום, כי הנאשמים ושותפיהם נקטו, החל מספטמבר 1992, בפעולות להבטחת יישום ההסדר.

140. טענת המדינה לפני בית-המשפט המחוזי הייתה, כי הנאשמים ביחד עם אחרים היו צדדים להסדר כובל בענף הרכב שהתבטא בהסכמה מוקדמת בדבר הגשת בקשות זהות לשינוי תעריפי הרכב לאישור המפקח על הביטוח. השינויים המבוקשים סוכמו, לטענתה, בין הנציגים במהלך ישיבות השולחן ופגישות ה"קבינט"; והצדדים להסדר תיאמו ביניהם גם את המועד להפעלתם. הנאשמים הכחישו טענות אלו. להגנתם טענו, כי השינויים הדומים שהוכנסו בתעריפי החברות השונות בקיץ 1992 היו פרי הוראתו של המפקח על הביטוח דאז, מאיר שביט. נאשמי הפניקס, באופן ספציפי, טענו כי המפקח הורה לבורוביץ, לראשונה, לבטל את כיסויי החבילה בישיבה שהתקיימה במשרדי הפניקס ביום 29.5.1992. כן טענו הנאשמים, כי השינויים הנטענים בכתב-האישום לא התבקשו על-ידי כל החברות וכי חלק מן החברות אף ביקשו שינויים אחרים. בהקשר זה הדגישו מערערי איילון, כי איילון הייתה האחרונה מבין החברות שהגישה למפקח בקשה לאישור שינויים בתעריפה. כן טענו, כי השינויים שהתבקשו על-ידי איילון היו שונים מאלה שהתבקשו על-ידי החברות האחרות. הנאשמים לא חלקו כי בישיבות השולחן שוחחו נציגי החברות ביניהם על אודות השינויים הנדרשים בתעריפים, אלא שלטענתם, מגעים אלה נועדו רק להעברת מידע עדכני על הנעשה בשוק ועל אודות בקשות שהוגשו למפקח וזכו לאישורו, ולא הייתה בהם משום פעילות קרטלית.

141. בית-המשפט המחוזי הרשיע את המערערים בעשיית הסדר כובל שעניינו תעריף הביטוח בענף רכב לשנת 1992. בית-המשפט קבע, כי הוכח לפניו מעבר לספק סביר כי הנאשמים היו צד להסדר כובל בדבר הגשת בקשות זהות לאישור המפקח על הביטוח; וכי יש לדחות את טענת ההגנה המרכזית לפיה השינויים נכפו, הוכתבו או הוצעו לחברות על-ידי המפקח. הכרעה זו ביסס בית-המשפט על שלושה אדנים עיקריים. ראשית קבע, כי היוזמה מאחורי השינויים שהוכנסו בתעריפים בקיץ 1992, וביניהם ביטול כיסויי החבילה והעלאת ההשתתפויות העצמיות, לא הייתה של המפקח על הביטוח, אלא של חברות הביטוח ובעיקר של מנכ"ל חברת כלל, רימון בן שאול, שבזמן הרלוונטי כיהן כיושב-ראש ועד ענף הרכב של האיגוד. לשאלת היוזמה לבקשת השינויים ייחס בית-המשפט חשיבות מרכזית; כדבריו: "ממצא עובדתי זה הינו מרכיב מרכזי בהחלטתי להרשיע את הנאשמים שבפניי בעשיית הסדר כובל בפריט האישום בשנת 1992". בתוך כך דחה בית-המשפט את גרסתו "העמומה" של המפקח שביט, כי היה זה הוא אשר יזם את ביטול כיסויי החבילה והורה לחברות לבטלם בתעריפיהן; וקבע - על יסוד עדותו של רימון בן שאול שנתמכה בעדויותיהם של משתתפי ישיבות השולחן - כי היה זה רימון בן שאול אשר יזם את ביטול החבילה ושכנע את המפקח שביט, ולאחר מכן את נציגי החברות, בצדקת השינוי. שנית, דחה בית-המשפט את גרסתו "המופרכת והבלתי מהימנה" של בורוביץ, כי רעיון ביטול החבילה הוצע לו, לראשונה, על-ידי המפקח בישיבה שקיימו במשרדי הפניקס ביום 29.5.1992, וכי המפקח ביקש ממנו להעביר את המסר לשאר החברות. ושלישית, קבע בית-המשפט כי "הבקשות שהוגשו על-ידי החברות השונות לאישור המפקח תואמו מראש, 'והתיישרו' כולן לפי הפרמטרים המופיעים בבקשה שהוגשה על-ידי רימון בן שאול ביום 24.6.92". בית-המשפט בדק ומצא, כי בקשותיהן של רוב חברות הביטוח, שהוגשו למפקח במהלך החודשים יוני-יולי 1992, היו דומות ולרוב אף זהות. גם מסמיכות הזמנים, שבין התכנסותם של נציגי החברות לישיבות השולחן לבין מועדי הגשת הבקשות למפקח, הסיק בית-המשפט כי תוכנן של הבקשות תואם בין נציגי החברות במסגרתן של ישיבות השולחן. בהקשר זה דחה בית-המשפט את טענת הנאשמים לפיה בישיבות השולחן דובר בהעברת מידע גרידא. על יסוד האמור הוסיף בית-המשפט וציין, כי גם אם היה

מקבל את טענת הסניגוריה לפיה היוזמה לשינוי התעריף באה מכיוונו של המפקח, לא היה בכך כדי "להכשיר" את התיאום הספציפי שנערך בין נציגי החברות ביחס להפעלת הוראותיו. לבסוף ציין בית-המשפט כי אישורם של תעריפי הרכב המתואמים על-ידי המפקח מוסיף להסדר הכובל ממד של חומרה, שכן בהיותו של התעריף המאושר תעריף מחייב הגבילו עצמם השותפים לא רק מכוח הסכמותיהם אלא גם מכוחו של הדין. על יסוד כל האמור, הרשיע בית-המשפט את המערערים בעשיית הסדר כובל שעניינו תעריף הביטוח בענף רכב לשנת 1992. הרשעתם בעבירה האמורה של בורוביץ, וכן של לוי רחמני ונגה רחמני, התבססה על קביעה - שהוסקה באורח פרטני מן הראיות - כי הם נושאים באחריות אישית-ישירה לקיומו של הסדר זה.

142. המערערים מאוחדים בטענותיהם כנגד צדקת הרשעתם בעבירה האמורה. טענתם העיקרית נוגעת לזיקה שבין האירועים שהתרחשו בענף הרכב בשנת 1991, ועמדו ברקע זיכויים מפריט אישום זה, לבין האירועים שהתרחשו בענף הרכב במהלך שנת 1992. לטענתם, התעריף החדש שאושר לחברות בשלהי שנת 1991 לא הביא לייצובו של שוק הביטוח. חלק מהפרמטרים שנקבעו בו - כגון אלה הנוגעים להשתתפות העצמית - לא התאימו לצורכי החברות והסבו להן הפסדים כבדים. חברות הביטוח השונות פנו מצידן למפקח בבקשה כי יאשר העלאה של תעריפיהן, אך בקשתן סורבה. תחת זאת, טוענים המערערים, הציע להן המפקח, כשלב ביניים, להכניס שורה של שינויים חיתומיים בתעריף עד לקיום דיון פרטני בבקשותיהן להעלאת שיעוריו. על יסוד האמור טוענים המערערים, כי שגה בית-המשפט בכך שניתק, באופן מלאכותי, בין מהלך שינוי התעריף בשנת 1991, שלגביו נקבע כי נעשה ביוזמת סגן המפקח דאז מיכאל כהנא ובהנהגתו, לבין המהלך לתיקון התעריף, שנעשה ביוזמת המפקח החדש מאיר שביט ובהנהגתו, בשנת 1992. להלן הוסיפו המערערים וטענו, כי שגה בית-המשפט בקובעו כי היוזמה להכנסת השינויים החיתומיים לתעריפי הרכב בשנת 1992 הייתה של רימון בן-שאול ולא של המפקח; ומכל מקום, שגה בית-המשפט בייחסו לסוגיית היוזמה חשיבות כה רבה. שכן, גם אם היה זה רימון בן-שאול שהגה לראשונה את הרעיון להכנסת השינויים החיתומיים ושכנע את המפקח בצדקת המהלך, הרי שמחומר הראיות עולה (כטענת בורוביץ),

"כי ההצעה, היוזמה, או הרעיון הפכו עד מהרה למדיניותו של המפקח על הביטוח" וכי "אימוץ המדיניות הוביל להנחלתה לחברות הביטוח בדרך של הצעה, הנחיה, אמירה או דרישה". לטענתם, די בכך שהמפקח התנה את העלאת התעריפים בביצוע השינויים החיתומיים, כדי להסביר את הכללתם בבקשותיהן של החברות. המערערים חלקו גם על קביעת בית-המשפט בדבר הזהות (או הדמיון) בין הבקשות לשינוי התעריפים. מערערי איילון טענו כי בקשת איילון נשנתה בפרטים קונקרטיים מכלל הבקשות האחרות, שהוגשו למפקח לפני בקשתה. כך, למשל, רק שניים מבין חמשת השינויים בתעריפים, שעליהם נסמך האישום, נכללו בבקשת איילון. בורוביץ טען, כי שגיאת בית-המשפט בעניין זהות הבקשות נבעה גם מכך שהוא התמקד רק בחלק קטן מהמהלך הכולל לשינוי התעריפים, בעוד שבחינת המהלך הכולל לשינוי התעריפים, שנמשך עד לשלהי שנת 1992, הייתה מלמדת על שונות רבה ביותר. המערערים לא חלקו כי סוגיית השינויים החיתומיים, ודבר מגעיהן של החברות עם המפקח בנושא שינוי התעריפים, הוזכרו בישיבות השולחן, אך, לטענתם, המדובר היה בחילופי מידע גרידא. מכל מקום, טענו, הרי שלפני בית-המשפט המחוזי לא הובאה כל ראיה, כי בישיבות אלו גובשה הסכמה להגשתן בנפרד של בקשות זהות לשינוי התעריפים, ועדים אחדים אף שללו את הדבר במפורש. כל שקבע בית-המשפט בנושא זה התבסס על סמיכות זמני הישיבות ומועדי הגשת הבקשות; ויציקת תוכן קרטלי לישיבות השולחן רק על יסודה של סמיכות הזמנים האמורה איננה עומדת ברף ההוכחה הנדרש בפלילים.

143. בתשובתם לטענות המערערים סמכו באי-כוח המדינה על ממצאי פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי. לטענתם, השגות המערערים מופנות כנגד ממצאי עובדה ומהימנות שאין מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בהם. אך למעשה נראה כי אין בפי המדינה תשובות של ממש לטענותיהם המרכזיות של המערערים לעניין צדקת הרשעתם בפריט אישום זה.

144. העיון בנימוקי הכרעת-הדין ובטיעוני הצדדים הביאנו לכלל מסקנה, כי אשמת המערערים בעשיית הסדר כובל בענף ביטוח רכב לשנת 1992 לא הוכחה מעבר לספק סביר. בממצאיו העובדתיים של בית-המשפט המחוזי לא מצאנו מקום

להתערב. אך סבורנו כי ממצאים אלה אינם מבססים במידה הנדרשת את מסקנת בית-המשפט, שבין המערערים ושותפיהם אמנם הושגה הסכמה להכניס שינויים אחידים בתעריפי ביטוח כלי הרכב בשנת 1992, להגישם, בנפרד, לאישור המפקח על הביטוח ולהכניסם לתוקף במועד אחיד. בין הבקשות לשינוי התעריפים, שהגישו החברות למפקח היה אמנם דימיון רב, אך מסופקנו אם ניתן לשלול את האפשרות שהדימיון אין מקורו בהידברות מוקדמת אלא בהעתקת "התנהגות מובילה" על-ידי החברות, בנוהג ששרר בעת האמורה לחילופי מידע בין החברות, בפעילותו הנמרצת למען שינוי התעריפים של רימון בן-שאול ובמעורבותו בהסדרת הנושא של המפקח על הביטוח. מסקנתנו, כי יש לזכות את המערערים מפריט אישום זה בשל ספק באשמתם, סומכת על ארבעה טעמים עיקריים. באף אחד מן הטעמים, כשלעצמו, אין כדי להוביל לזיכויים של המערערים, אך שילובם יחדיו מעורר ספק בצדקת ההרשעה.

145. הטעם הראשון נסמך על מאפייניו של שוק הביטוח כשוק אוליגופוליסטי, היינו, שוק הנשלט על-ידי מספר קטן של חברות גדולות. בשוק שכזה, כפי שציין בית-המשפט המחוזי בהכרעת-דינו, עשויים המתחרים לנהוג באופן זהה גם שלא מכוח הסכם ביניהם. המומחה, שחוות-דעתו הוגשה לבית-המשפט, ציין כי "בענף הביטוח קיימים מספר תנאים שבגינם התנהגות מקבילה שלא נובעת מתיאום בין מתחרים היא תוצאה סבירה"; וכן ש"מעצם העובדה שיש דימיון בהתנהגות הפירמות (כגון מחירים שעולים במקביל) לא ניתן להסיק בהכרח על קיום הסדר בין מתחרים בענף הביטוח". משלא ראה להסתייג מחוות-דעת זו, הבהיר בית-המשפט בפסק-דינו, כי אין לבסס הרשעה על זהות מחירים בלבד או "על סמך עדויות בדבר חילופי מידע גרידא אודות מחירים, למרות שחילופי מידע בדבר מחירים בין מתחרים בשוק אוליגופוליסטי - לפחות במשפט האמריקאי - הינם חשודים ביותר...". ואכן, בהתנהגות עסקית דומה או זהה של מתחרים, שכל אחד מהם מחליט עליה בהשפעת התנהגותם של מתחריו, אין משום הפרה של דיני ההגבלים העסקיים. בשוק הביטוח, בשל אופיו האוליגופוליסטי, זהות מחיריהם של מתחרים עשויה, למשל, לנבוע בין מאימוץ על דרך חיקוי של מחירי המתחרים ובין מפרקטיקה מקובלת של חילופי מידע ביניהם. בפרשתנו הובאו ראיות הן למנהגן של חברות הביטוח להחליף ביניהן פרטי מידע והן לדימיון בתעריפים. בשני אלה יש אמנם כדי לעורר חשד לגיבושו

הסמוי של הסדר כובל מוסכם, אך קיים קושי לבסס עליהם ממצא מרשיע ברמת הוודאות הנדרשת בפלילים.

146. טעמנו השני נעוץ במעורבותו המוכחת של המפקח על הביטוח (מאיר שביט) בשינוי תעריפי ביטוח הרכב. בית-המשפט המחוזי קבע, על יסוד עדותו של רימון בן-שאול, כי היה זה הוא אשר הגה את הרעיון לבטל את כיסויי החבילה ושכנע את המפקח בצדקתו של המהלך. בכך העדיף בית-המשפט את עדותו של בן-שאול על פני עדותו ה"עמומה" של המפקח על הביטוח. בקביעה זו, המבוססת על התרשמותו הבלתי-אמצעית של בית-המשפט המחוזי מעדויותיהם של המעורבים, איננו רואים מקום להתערב. עם זאת נראה, כי בית-המשפט הפריז במידת החשיבות שייחס לעובדה שהיוזמה לביטול כיסויי החבילה הייתה של בן-שאול ולא של המפקח. שכן, הקביעה כי היה זה בן-שאול ששכנע את המפקח על הביטוח בדבר הצורך לבטל את כיסויי החבילה איננה שוללת את האפשרות, שעלתה בבירור מעדותו של המפקח, כי בשלב מסוים אימץ את רעיון ביטול החבילה כמדיניותו האישית, וכי במגעיו עם חברות הביטוח השפיע עליהן בדבר צדקת המהלך ואף בדבר הכללתם, בבקשותיהן לשינוי התעריפים, של שינויים חיתומיים נוספים. יצוין, בהקשר זה, כי בית-המשפט המחוזי דחה את עדותו של המפקח רק לעניין טענתו כי הוא אשר הגה ויזם את ביטולם של כיסויי החבילה, אך בית-המשפט לא דחה - לפחות לא באופן מפורש - חלקים נרחבים אחרים בעדותו של המפקח, שבהם פירט את מדיניותו לעניין ביטול כיסויי החבילה וכן לעניין האופן שבו ניהל את מגעיו עם חברות הביטוח באותה התקופה. מעורבותו של המפקח בהיבטים נוספים אלה, לא זכתה לליבון ממשי בהכרעת-הדין, אך מעדותו עולה שמעת כניסתו לתפקידו (בשלהי ינואר 1992) קיים מגעים אינטנסיביים עם חברות הביטוח בנושא שינוי תעריפי הרכב לשנת 1992. היה זה על רקע מצבו המורכב של שוק הביטוח בתקופה האמורה: אף שהתעריפים החדשים שאושרו בשנת 1991 העלו את מחירי הביטוח בענף רכב-רכוש, התוצאות העסקיות של חברות הביטוח בענף זה הוסיפו להיות רעות. על רקע זה דרשו החברות מן המפקח לשוב ולהעלות את התעריפים. בעדותו הבהיר המפקח, כי דעתו לא הייתה נוחה מבקשות אלה, וכי סבר כי אין לאשר העלאה של תעריפים מבלי לערוך בדיקה פרטנית של הנתונים בכל חברה וחברה. המפקח, כעולה בבירור מעדותו, סבר, כי

ביטול כיסויי החבילה - לפחות כשלב ביניים - ישקף מדיניות תעריפית נכונה. לדבריו, אף לא הסתפק בביטול מספר כיסויים שנכללו ב"חבילה", אלא דגל בהנהגת מדיניות רחבה שתוביל להקטנת העלויות הביטוחיות ולהורדת שיעורי התביעות באמצעות החלתם של שינויים חיתומיים. הוא אף הצביע על שורה של צעדים ספציפיים שלדעתו היה על החברות לאמץ במטרה להקטין את עלויותיהן, ובהם: העלאת שיעורי ההשתתפות העצמית (הכללית, ברדיו ולצעירים); וביטול שורה של כיסויי חנם (ובכללם כיסויי שמשות וחפצים אישיים) שנכללו ב"חבילה". במגעיו עם חברות הביטוח פרש לפניהן את מדיניותו בעניין הצורך להחיל, לפחות כשלב ביניים, את השינויים החיתומיים. הוא אף אישר בעדותו, כי העביר מִסָּר לחברות השונות, כי ייטה לאשר בקשות לשינויים חיתומיים; בעוד שבקשות להעלאת תעריפים תצרכנה בדיקה מעמיקה של הנתונים. מלכתחילה נמנע מלהציע לחברות שיעורים פרטניים לתעריפים, ודומה כי בית-המשפט המחוזי יחס לעניין זה חשיבות. אלא ששלושה מבין חמשת השינויים בתנאי הביטוח, שבכתב-האישום יוחסו לתיאום מוקדם בין המערערים לבין שותפיהם (קרי: ביטול הביטוח של חפצים אישיים, ביטול ביטוח שמשות והגדלת ההשתתפות העצמית לנהגים צעירים) כלל לא נכרכו בקביעת שיעורים פרטניים. אך עם התפתחות המגעים בעניין שינוי התעריפים, גילה המפקח נכונות - מטעמי הגינות ושוויון - לנדב גם מידע בדבר השיעורים הספציפיים שאותם ייטה לאשר. כדבריו:

סביר מאד להניח לעומת זאת שאישור שנתתי לחברה אחת, הייתי רואה להביא את זה לידיעתם של אחרים, על מנת שלא תיווצר אפליה לא נאותה בין מבקרים [ייתכן מבטחים]; --- ככל שמדובר בצעדים מהנוסח של תנאים בפוליסה, כלומר גובה השתתפות עצמית, כן או לא כיסוי כזה או אחר וכן הלאה ... לא רק שהייתי מאשר, אלא ... אפילו טרחתי להביא את זה לידיעת החברות, כדי שלא יצא שאחד מקבל והשני לא.

על-כל-פנים נראה, כי מעורבותו של המפקח בתהליך שינוי התעריפים, כמו גם תרומתו ל"זליגת המידע" בין החברות בנוגע לשינויים המועדפים בעיניו ובנוגע

למתחם השיעורים הספציפיים שאותם יהיה נכון לאשר, מהווה מרכיב מרכזי בהבנת התהליך שבמסגרתו נוצר הדימיון התעריפי בענף ביטוח הרכב לקראת קיץ 1992. מעורבות זו, כשהיא נבחנת על רקע הפסדי החברות ובקשותיהן להעלאת תעריפיהן, תורמת ליצירת הספק שמא מקור הדימיון איננו נעוץ, בהכרח, בקיומה של הסכמה קרטלית מוקדמת.

ודוק: מעורבותו של המפקח רלוונטית אך ורק לשאלת התקיימותו של היסוד העובדתי בעבירה שיוחסה למערערים בעניין תעריפי הרכב לשנת 1992. בחומר שלפנינו אין כל עיגון לאפשרות שמעורבות כזאת הייתה גם בשוק הקולקטיבים או בענפי ביטוח אחרים. יתרה מכך, מעורבותו של המפקח אף אינה משליכה על שאלת התקיימותו אצל המערערים של היסוד הנפשי הנדרש לשכלול העבירה של הסדר כובל; שאלה שעוד נשוב אליה.

147. טעמנו השלישי, שאף לו נודעת חשיבות בהבנת תהליך גיבושן של הבקשות לשינוי התעריפים, שהגישו חברות הביטוח לאישורו של המפקח לקראת קיץ 1992, קשור בפעילותו הנמרצת של רימון בן-שאול. בעדותו ציין בן-שאול, כי במגעיו עם המפקח לשינוי תעריפה של חברת כלל, הביע את הדעה כי הדרך הנכונה לפתרון בעיית ההפסדים היא לפעול להקטנת העלויות הביטוחיות (למשל באמצעות ביטול כיסויי חינם שניתנו במסגרת החבילה ובאמצעות העלאת שיעורי ההשתתפות העצמית), ולא רק בדרך של העלאת הפרמיה הביטוחית; ועל-פי עדותו, המפקח שוכנע בצדקת עמדתו. בן-שאול לא הסתיר, כי במקביל למגעיו עם המפקח, פעל גם בקרב החברות במטרה לשכנען בנכונות עמדתו; וכי בשיבות השולחן טרח לעדכן את נציגי החברות בדבר מגעיו עם המפקח, בדבר בקשתו לבטל את כיסויי החבילה, בדבר נטייתו של המפקח להשתכנע מטיעונו ובדבר השינויים שהמפקח נוטה לאשר לחברת כלל. עם זאת הכחיש את טענת התביעה, כי בשיבות השולחן נעשה ניסיון לגיבוש הסכמה בין החברות, להגשתן (בנפרד) של בקשות אחדות לשינויים בתעריפי הרכב. לגרסתו של בן-שאול נודעת חשיבות, באשר גם היא תורמת לאפשרות, שלא נשללה בראיות של ממש, שמא בחירתן של החברות לשינויים דומים בתעריפיהן, נבעה מהחלטה עצמאית של כל אחת מהן לילך בדרך שהתווה רימון בן-

שאל, כנציג חברת כלל, במגעיו עם המפקח על הביטוח, ולא הייתה פרי הסכמה קרטלית מוקדמת.

148. הטעם הרביעי כרוך בקביעת בית-המשפט המחוזי, כי הבקשות לשינוי התעריפים שהגישו החברות לאישורו של המפקח היו "דומות, ולרוב גם זהות". בפי המערערים טענות רבות כנגד ממצא זה של בית-המשפט. לביסוס טענתם הגישו, באמצעות בא-כוחו של בורוביץ, טבלה מפורטת ובה השתלשלות הגשתן של הבקשות על-ידי החברות השונות והתפתחותן בהתאם למגעים שקיימו - בכתובים - עם המפקח. העיון בבקשות אמנם מעלה, כי הן כללו את מרבית השינויים החיתומיים שפורטו בכתב-האישום. אך השוואה של הבקשות במלואן מגלה, כי בכל הנוגע לשיעורי העלאת התעריף שנכללו בהן ניתן למצוא בחלקן שוני משמעותי. בהכרעת-דינו קבע בית-המשפט, כי הייתה זהות בין מרבית הבקשות רק בנוגע לארבעה מתוך חמשת השינויים הנטענים, כאשר ברוב המקרים הוסף גם סכום מינימום להשתתפות עצמית בסך 500 ש"ח (אשר לא נכלל בבקשותיהן של הפניקס ואילון). עיינו בבקשותיהן של הפניקס ושל איילון, תוך השוואתן לבקשתה של חברת כלל אשר על-פיה, לפי ממצאי בית-המשפט, הן "התיישרו". והנה מתברר, כי אין המדובר ב"התיישרות מוחלטת", כפי שסבר בית-המשפט. כך למשל, בקשתה של הפניקס לשינוי הכיסוי בעניין הרדיו כללה מרכיבים שלא נכללו בבקשתה של כלל; והפניקס אף הוסיפה, משלה, בקשות להגדלת ההשתתפות העצמית לנהג צעיר ולקביעת השתתפות עצמית בהגנה משפטית, אשר לא נכללו בבקשתה של כלל. גם בבקשותיהן של הפניקס ושל איילון לעניין כיסוי החינם לשמשות, היו שונות, במידה מסוימת, מבקשתה של כלל. המדובר אמנם בהבדלים שוליים אך בנסיבות העניין אף בהם יש כדי לתרום ליצירת ספק. גם לטענת האישום, כי החברות תיאמו ביניהן אף את הכנסת השינויים לתוקף במועד אחד, התקשינו למצוא ביסוס ממשי; שכן רק בחלק מבקשותיהן של החברות נכללו פרטים לגבי מועד הפעלתם המתוכנן של התעריפים החדשים, ואילו בבקשות אחרות צוינו מועדי הפעלה שונים. לעובדה זו נודעת משמעות; שכן, ביצירת הסדרים כובלים, שיוחסו למערערים באישומים אחרים בפרשתנו, הובאו ראיות לכך שהמערערים ושותפיהם הקפידו להוציא הנחיות ברורות גם בנוגע למועד הפעלתם של ההסדרים.

149. הרשעת המערערים בעשיית הסדר כובל שעניינו תעריף הביטוח בענף רכב לשנת 1992, התבססה על קביעת בית-המשפט, כי "הבקשות שהוגשו על-ידי החברות השונות לאישור המפקח תואמו מראש, 'והתיישרו' כולן לפי הפרמטרים המופיעים בבקשה שהוגשה על-ידי רימון בן-שאול ביום 24.6.92". בשונה, למשל, מן ההרשעה בעניין חלוקת שוק הקולקטיבים, שלביסוסה הובאו ראיות ישירות שהוכיחו את גיבושה של ההסכמה הקרטלית, הרי שאת דבר קיומה של הסכמה כזאת בעניין תעריפי ביטוח הרכב הסיק בית-המשפט, בעיקר, מסמיכות מועדי הגשתן של הבקשות הזהות לשינוי התעריפים למועדי כינוסן של ישיבות השולחן. כדברי בית-המשפט:

די בנתונים אלה כדי להוכיח מעבר לכל ספק סביר כי הבקשות לשינויי התעריפים תואמו בין נציגי החברות במהלך ישיבות כלל לפני שהוגשו לאישור המפקח, ולמעשה - אין כל דרך אחרת להסביר כיצד 'מתיישרות' בקשותיהן של החברות השונות בדיוק לפי בקשתו של רימון בן-שאול, כולל 'התיישרות' מוחלטת ביחס למספרים הספציפיים... (ההדגש במקור).

150. מארבעת הטעמים שפירטנו לעיל הננו מתקשים לקבל כי מסקנתו האמורה של בית-המשפט המחוזי אכן עומדת ברמת הוודאות הנדרשת במשפט הפלילי. לפיכך החלטנו לזכות את המערערים, מחמת הספק, מן העבירה של עשיית הסדר כובל, שעניינו בתעריפי ביטוח רכב לשנת 1992, שבה הורשעו בגדר הפריט השלישי של האישום השני.

פרשת האישום השלישי: ההסדר הכובל בענף ביטוח הדירות

151. המערערים (וכן הפניקס) הורשעו בעשיית הסדר כובל בענף ביטוח הדירות. בגדר הסדר זה נקבע, כי שיעור ההנחה המרבי שהחברות השותפות להסדר יוכלו להציע למבוטחיהן יועמד על 19% מן התעריף. יצוין כי בכתב-האישום יוחסה למערערים גם הסכמה להפסיק את העסקתם של סוכנים שיחרגו מן ההגבלה שנקבעה

בהסדר, אך מכך החליט בית-המשפט המחוזי לזכות את המערערים, וחלק זה של האישום שוב אינו עומד על הפרק. בורוביץ, בדומה לעמדה שנקט בערעורו בפרשת תיאום התעריף האחיד בענף ביטוח בתי-העסק, נמנע מלתקוף במישרין את קביעת בית-המשפט כי הפניקס הייתה צד להסדר הכובל בענף ביטוח הדירות, ואת השגותיו על צדקת הרשעתו בעבירה נשוא אישום זה מיקד במסגרת טענותיו המקדמיות והמשפטיות האחרות, שעל חלקן כבר עמדנו ובחלקן נשוב לדון להלן בנפרד. מערערי איילון, לעומתו, משיגים בערעורם על הממצאים העובדתיים ועל ההנמקה המשפטית, שעליהם ייסד בית-המשפט המחוזי את הרשעתם באישום זה, ודיוננו שלהלן יוגבל לערעורם.

152. בית-המשפט המחוזי קבע, כי בראשית שנת 1992 הסכימו נציגי חברות ביטוח שונות (ובהן איילון) להגביל את שיעור ההנחות המרבי בענף ביטוח הדירות ל-19% מהתעריף: 10% בגין הנחת קולקטיב ו-10% בגין הנחה מיוחדת. הסכמות אלו הושגו בפורומים ובמועדים שונים, שבהם נפגשו נציגי החברות השותפות להסדר. איילון הורשעה בעבירה בשל היותה צד להסדר הכובל; ואילו ביחס ללוי רחמני ולנגה רחמני נקבע כי שניהם נושאים באחריות פלילית ישירה לביצוע העבירה.

153. הרשעת המערערים בפרשת ההסדר הכובל בענף ביטוח הדירות התבססה הן על דיווחים בכתב "מזמן אמת", על אודות ההסכמות שהושגו בין הצדדים להסדר, והן על עדויותיהם של עדים שונים, אשר נכחו בפגישות שבהן גובשו ההסכמות. בית-המשפט המחוזי קבע, כי חברות הביטוח שהיו שותפות להסדר הכובל (ואיילון בכללן) אף הוציאו לפועל (אם כי במידה חלקית של הצלחה) את מדיניות הגבלת ההנחות שעליה הסכימו. עוד נקבע בהכרעת-הדין, כי החברות השותפות להסדר הכובל התלוננו זו בפני זו על סטיות ממדיניות ההנחות המוסכמת; ואף בתלונות אלו ראה בית-המשפט משום ראיה לקיום ההסדר. מערערי איילון לא הכחישו את עצם קיומו של ההסדר הכובל האמור, אך כפרו בטענה כי איילון הייתה צד להסדר. לטענתם, הצטרפותה של איילון להסדר הייתה למראית-עין בלבד, בשל הלחץ שהפעילו עליה חברות הביטוח האחרות, אך מבלי שהייתה לה כוונה לקיימו. בהקשר

זה טענו, כי מדיניות ההנחות שהופעלה על-ידי איילון חרגה באופן משמעותי מן המדיניות שעליה הוסכם במסגרת ההסדר. בית-המשפט המחוזי דחה את טענת מראית-העין של מערערי איילון, הן במישור העובדתי והן במישור המשפטי. דחיית הטענה במישור העובדתי התבססה על קביעת בית-המשפט, כי הגרסה שלפיה הצטרפות איילון להסדר הייתה אך למראית-עין אינה מעוגנת בראיות מהימנות; זאת, בין היתר, לנוכח היותה גרסה כבושה, שלא הועלתה על-ידי בכירי איילון במסגרת האמרות שמסרו בשלב החקירה. כן הצביע בית-המשפט על סתירה בין עדותו של לוי רחמני לבין עדותו של נגה רחמני ביחס לשאלה אם מנהלי הסניפים של איילון אמנם יכלו לדעת כי מדיניות ההנחות, שאיילון הנחתה אותם לגביה, היא למראית-עין בלבד. דחיית הטענה גם מצדה המשפטית התבססה על הקביעה, כי גם המצטרף להסדר כובל למראית-עין בלבד, עובר עבירה של עשיית הסדר כובל.

154. בערעורם טענו מערערי איילון, כי איילון כלל לא הייתה צד להסדר הכובל בענף הדירות, וכי לקביעת בית-המשפט המחוזי שאיילון הסכימה לקחת חלק בהסדר, לא הונחה תשתית ראיתית. טענה זו נסמכה על שלושה נימוקים עיקריים: האחד, כי בפגישות שבהן, לפי קביעת בית-המשפט המחוזי, גיבשו נציגי החברות את מדיניות ההנחות האחידה והסכימו להפעילה, לוי רחמני ונגה רחמני כלל לא נכחו. השני, כי אף מהשתתפותו של עובד איילון שלמה מילר בישיבות השולחן שהוקדשו לנושא ההסדר, לא היה מקום להסיק כי איילון מסכימה או מצטרפת להסדר; שכן, מילר לא היה אורגן של איילון, ולא ניתן היה לייחס לאיילון את אמירותיו ומעשיו. והשלישי, כי גם היסוד הנפשי של עבירת ההסדר הכובל לא התקיים לגביהם; שכן, אף מעדותו של מילר עולה כי המצג שהציג לפני נציגי החברות האחרות, בדבר הצטרפותה של איילון להסדר הכובל, היה מצג שווא. בהקשר זה חזרו מערערי איילון וטענו, כי אף אם יימצא שאיילון הצטרפה להסדר הכובל הרי שהצטרפותה הייתה למראית-עין בלבד.

בתשובתם לטענות אלו סמכו באי-כוח המדינה את ידיהם על הכרעתו של בית-המשפט המחוזי. לטענתם, הערעור של מערערי איילון נסב רובו ככולו על ממצאיה העובדתיים של הכרעת-הדין, שבהם אין מקום להתערבותנו. כן טענו, כי

בין טענתם של מערערי איילון, שאיילון מעולם לא הסכימה להצטרף להסדר הכובל, לבין טענתם שאיילון הצטרפה להסדר למראית-עין, יש סתירה שאינה ניתנת לגישור. מכל מקום, טענו, די בהודאתם של מערערי איילון - כי איילון הצטרפה להסדר הכובל למראית-עין - כדי לחייב את המסקנה כי לפחות היסוד העובדתי של העבירה התמלא לגביהם.

155. מממצאי הכרעת-הדין עולה, כי עיקרי ההסדר הכובל בענף ביטוח הדירות, שגובשו לקראת סוף חודש ינואר 1992, אושרו על-ידי החברות השותפות בישיבת השולחן שהתקיימה במשרדי חברת כלל ביום 10.2.1992. כך, בין היתר, עלה מדיווחו (לממונים עליו) של שלמה יעקבי, שהשתתף בישיבה האמורה כנציג חברת הביטוח אליהו; וחיזוק ממשי לאמיתות דיווחו של יעקבי מצוי בשורה של מכתבים חוזרים שחברות ביטוח שונות שיגרו לסוכניהן בסוף ינואר ובתחילת פברואר 1992, ובהם הוראות לסוכנים להגביל את ההנחות לשיעור המרבי של $10\% + 10\%$, החל מתחילת חודש מארס 1992. ממסמכים שהוצגו לפני בית-המשפט המחוזי עלה, כי נושא הגבלת ההנחות בענף ביטוח הדירות חזר ונדון, במהלך שנת 1992, הן במסגרותיהן הפנימיות של חברות ביטוח שונות והן בפורומים משותפים של נציגי החברות, בכללם שתי ישיבות שולחן נוספות שהתקיימו בתאריכים 2.3.1992 ו-4.5.1992.

בפסק-הדין לא נקבע, כי לוי רחמני נכח באיזו משיבות השולחן שבהן נדון עניינו של ההסדר. ואולם מן הראיות עלה, כי באסיפה השנתית של האיגוד, שהתקיימה ביום 20.2.1992, השמיע לוי רחמני דברי תמיכה בדברים שנשא קודם לכן יושב-ראש האיגוד, עזי לוי, שבהם פרש, בין היתר, את פרטיו של הסדר ההנחות הרצוי בענף הדירות ($10\% + 10\%$); ושעל-פניהם יכלו להתפרש כתמיכה בהסדר. ביחס לנגה רחמני קבע בית-המשפט המחוזי כי השתתף בשלוש ישיבות השולחן שהוזכרו (בתאריכים 10.2.1992, 2.3.1992 ו-4.5.1992). קביעה זו ייסד בית-המשפט על עדותו של נגה רחמני, כי במהלך התקופה שמפברואר ועד מאי 1992 אמנם נהג להשתתף בישיבות השולחן בחברת כלל. בערעורם טענו מערערי איילון, כי דבר נוכחותו של נגה רחמני בשלוש הישיבות האמורות לא הוכח מעבר לספק

סביר. מן הטעמים שכבר פורטו בהקשר אחר (בפסקה 134 לעיל) לא מצאנו יסוד לדחות טענה זו. ישיבות השולחן התקיימו בתדירות של אחת לשבוע ובדיווחים על אודות שלוש הישיבות הנזכרות, כמו גם בעדויות של משתתפיהן, שמו של נגה רחמני לא הוזכר. בנסיבות אלו, אין לשלול את האפשרות שחרף מנהגו של נגה רחמני להשתתף בישיבות השולחן בתקופה האמורה, הרי שבשלוש הישיבות האמורות הוא אכן לא נכח. למסקנה זו תורמת גם העובדה, שיומן הפגישות של נגה רחמני, אשר נתפס מרשותו בשלב החקירה, אבד בהיותו ברשות החוקרים; ומצאנו מקום להניח לטובתו של נגה רחמני, שאובדן יומנו מנע ממנו את האפשרות להסתמך על היומן לסתירת טענת התביעה בדבר נוכחותו בשלוש הישיבות האמורות. אלא שקבלת טענתם של מערערי איילון, לעניין אי-נוכחותו של נגה רחמני בשלוש ישיבות השולחן האמורות, אינה מנקה את נגה רחמני מאחריותו הישירה להיותה של איילון צד להסדר הכובל. הוא הדין ביחס ללוי רחמני, שדבר אי-נוכחותו האישית בישיבות השולחן, לא נשנה במחלוקת. נפתח בנגה רחמני ונמשיך בלוי רחמני.

156. כמו חברות אחרות, כך גם איילון, שיגרה לסוכניה ולסניפיה מכתבים חוזרים בדבר מדיניות ההנחות החדשה. טיוטת החוזר של איילון, הנושאת את התאריך 13.2.1992, חוברה על-ידי נגה רחמני; וביום 27.2.1992 שוגר החוזר על-ידיו בפקס למנהלי הסניפים ולסוכנויות החיתום של איילון. בחוזר נאמר, בין היתר, כי לאור השחיקה בפרמיות בענף ביטוח הדירות יש להגביל את שיעור ההנחה המצטברת המרבית ל-10%+10%; וזאת החל מיום 2.3.1992. נגה רחמני טען, כי שיגר את החוזר בעקבות שיחת טלפון עם יעקב קיהל מחברת כלל, שבה התרעם קיהל באוזניו על כך שאיילון מפרה את מדיניות ההנחות המוסכמת. לדבריו, שיגור החוזרים לסניפיה ולסוכניה של איילון נועד ליצור מראית-עין, כי בכוונת איילון לקיים את מצוות ההסדר הכובל, בעוד שלאיילון לא הייתה כוונה אמיתית לעשות כן. עם זאת, בטיעונו בערעור, נגה לא הכחיש, כי מנהלי הסניפים לא היו מודעים למדיניות מראית-העין שהפעילה איילון. בטרם נידרש לטענה זו נדגיש, כי כבר מגרסתו של נגה רחמני עולה כי היה מודע לקיומו של ההסדר וכי פעל, הלכה למעשה, להחלת מגבלותיו של ההסדר הכובל על סניפיה וסוכניה של איילון. בכך התקיים לגבי נגה רחמני המרכיב ההתנהגותי הנדרש בעבירה.

157. ואשר ללוי רחמני: אף שדבר תמיכתו בהסדר הכובל לכאורה הסתבר מן הדברים שהשמיע באסיפה השנתית של האיגוד שהתקיימה ביום 20.2.1992, הרי שהרשעתם של מערערי איילון בעבירת ההסדר הכובל בענף הדירות התבססה, בראש ובראשונה, על השתתפותו של עובד איילון, שלמה מילר, בכמה משיבות השולחן שבהן נדון עניינו של ההסדר האמור. מערערי איילון לא חלקו שמילר אכן השתתף - כנציגה של איילון - ב"ישיבות שולחן" מסוימות, שבהן עלה לדיון נושא מדיניות ההנחות בענף ביטוח הדירות. מילר העיד, כי בישיבות שבהן השתתף (שכוננו על-ידיו "ישיבות ועדת המשמעת") התלוננו נציגיהן של חברות ביטוח שונות על סטייתן של איילון ממדיניות ההנחות המוסכמת, וכי בתגובה לטענותיהן הבטיח להן כי איילון "תתיישר" בהתאם למדיניות המוסכמת ו"תלך בתלם". מדברים אלה של מילר לכאורה עולה, כי התקיים לגבי איילון המרכיב ההתנהגותי הנדרש בעבירת ההסדר הכובל. אלא שכאמור, מערערי איילון טענו, כי ההצהרה שמסר מילר בשמה של איילון אינה מטילה עליהם אחריות פלילית: ראשית, מפני שמילר לא היה אורגן של איילון; ושנית, מפני שגם ההצהרה שמסר מילר בשם איילון בישיבות השולחן הייתה למראית-עין בלבד.

עד שנתייחס לנימוקם השני של מערערי איילון (כי הסכמת איילון להסדר ניתנה למראית-עין בלבד), נקדים ונאמר, כי בנימוקם הראשון אין כל ממש. השאלה אם מילר היה אורגן של איילון עשויה הייתה להתעורר אילו הוברר שאת הצהרתו, כי איילון תנהג על-פי תנאי ההסדר הכובל, מסר מילר על דעת עצמו ומבלי שהוסמך על-ידי איילון למוסרה. אך לא אלה היו פני הדברים בענייננו. מילר העיד, כי משדיווח ללוי רחמני, כי החברות האחרות הלינו בישיבות השולחן שאיילון חורגת מן ההגבלות שנקבעו בהסדר, הורה לו לוי רחמני להצהיר כי איילון תתאים את מדיניותה לתנאי ההסדר. בכך - אף לדברי מילר - ביקש לוי רחמני ליצור מראית-עין של הסכמה להסדר, והוא מילא את שליחותו ככל שהורה לוי רחמני לעשות. ויצוין כי לוי רחמני, אף כי לא הודה בכך במפורש הרי שגם לא הכחיש, כי מילר פעל על-פי הנחיותיו. מעדותו של לוי רחמני עלה, כי נודע לו, בין היתר ובעיקר מפיו של מילר, כי החברות האחרות לוחצות על איילון להפעיל את מדיניות הגבלת

ההנחות בענף ביטוח הדירות. כן הודה כי היה מודע לכך, שמתוך כוונה ליצור מראית-עין של הסכמה להסדר, שיגר נגה רחמני למנהלי הסניפים של איילון מכתב חוזר ובו הנחייה לסוכנים להפעיל את מדיניות הגבלת ההנחות. הווי אומר, כי גם לוי רחמני - כגרסתו הוא - סבר שעל איילון להתנהג כמי שההסדר מקובל עליה ומחייב אותה (כך, לכאורה, התחייב גם מדברי התמיכה בהסדר, שהשמיע במו פיו, באסיפה השנתית של האיגוד ביום 20.2.1992). ומן האמור מתחייבת המסקנה, כי הבטחת מילר לנציגי החברות האחרות במסגרת ישיבות השולחן, בדבר מחויבותה של איילון להתאים את מדיניות ההנחות שלה להגבלות שעליהן הוסכם במסגרת ההסדר הכובל, נמסרה על דעתו ועל-פי הנחייתו של לוי רחמני. הצהרה זו הטילה אחריות לעבירה לא רק על איילון - כמי שהצהירה על הסכמתה להסדר ועל מחויבותה לבצעו - אלא שהיא הטילה אחריות פלילית ישירה גם על לוי רחמני, שפעל בעניין זה (אמנם באמצעות מילר) מכוח סמכותו כמנכ"ל איילון.

158. טענתם המרכזית של מערערי איילון, לפני בית-המשפט המחוזי ולפנינו, הייתה, כי כל מעשה או אמירה של מי מהם או מטעמם, שבעזרתם נתנו ביטוי להסכמת איילון להסדר הכובל בענף ביטוח הדירות, נועדו אך ליצור מראית-עין של הסכמה; זאת על רקע הלחץ הכבד שהופעל עליהם מצד מנהלי החברות האחרות, ומחמת החשש שאם איילון לא תשתף פעולה עם החברות האחרות בנושא ההסדר הכובל יממשו הללו את איומן להחרימה ולנקוט נגדה אמצעים "עונשיים" אחרים. בכך קיוו מערערי איילון לתרץ את המכתב החוזר בנושא ההנחות, ששוגר על-ידי נגה רחמני לסניפיה ולסוכניה של איילון ביום 27.2.1992, וכן את ההבטחה שמסר מילר, בשמה של איילון, למשתתפי ישיבות השולחן. לשיגור החוזר קדמה התרעומת, שלגרסת נגה רחמני השמיע יעקב קיהל בשיחה טלפונית עימו, על סטייתו של איילון ממדיניות ההנחות שעליה הוסכם במסגרת ההסדר; ולהבטחה שאיילון תתאים את מדיניות ההנחות שלה להגבלה שנקבעה בהסדר, שמסר מילר למשתתפי ישיבות השולחן, קדמו תלונותיהם של נציגי החברות כי איילון אינה מקיימת את תנאי ההסדר, שעליהן דיווח מילר ללוי רחמני.

דינה של טענת מראית-העין להידחות, בראש ובראשונה, מן הבחינה המשפטית; זאת מן הטעמים שכבר פורטו על-ידנו (בפסקאות 93-94 לעיל) במסגרת הדיון ביסוד הנפשי הנדרש לשכלול העבירה של עשיית הסדר כובל. אך כזכור, בית-המשפט המחוזי לא קיבל את הטענה האמורה מן הבחינה העובדתית, בין היתר בשל היותה בגדר גרסה כבושה שמערערי איילון חדלו מלהזכירה בשלב החקירה; ובקביעה זו איננו רואים עילה להתערב. אך לא למותר להוסיף, כי למצער ההסבר שנתן נגה רחמני לשיגור החוזר לסניפיה ולסוכניה של איילון - לאמור, כי עשה כן בעקבות תלונת יעקב קיהל כי איילון מפרה את תנאי ההסדר - היה על-פניו בלתי מהימן. הלוא בחוזרים, שחברות הביטוח השותפות להסדר (לרבות איילון) שיגרו לסוכניהן (בסוף ינואר ובתחילת פברואר), הורו החברות לסוכנים להגביל את ההנחות, על-פי המוסכם בהסדר, החל מתחילת חודש מארס. ואין זה מתקבל על הדעת כי ביום 27.2.1992 (היינו עוד לפני המועד שבו הצטוו סוכני החברות האחרות להפעיל את ההסדר) נמצאה ליעקב קיהל עילה להתלונן על איילון לפני נגה רחמני. בהקשר זה יצוין, שעדותו של נגה רחמני על אודות תלונתו של יעקב קיהל, לא רק שהייתה בבחינת גרסה כבושה, שזכרה לא הועלה על-ידיו בשלב החקירה, אלא שגרסה זו אף סתרה את ההסבר (השונה לחלוטין) למשלוח המכתב החוזר, שניתן על-ידיו בשלב החקירה.

159. המסקנה העולה היא אפוא כי יש לדחות את ערעורם של מערערי איילון על הרשעתם בעבירה נשוא האישום השלישי.

פרשת האישום הרביעי: ההסדר הכובל בענף ביטוח הצמ"ה

160. באישום הרביעי יוחסה לנאשמים עבירה של עשיית הסדר כובל בענף ביטוח הצמ"ה (קרי: ציוד מכני הנדסי). על-פי הנטען באישום זה, במהלך חודש אוקטובר 1992 עיבד ועד הענף ההנדסי שבאיגוד - בראשות לוי רחמני, שכיהן אז כיושב-ראש הוועד - טיוטה לשינויים בתעריף הביטוח שהיה קיים בענף. כפי שכבר הוזכר בפתח הדברים, טיוטת התעריף החדש הודפסה על גבי "נייר בלנקו". היא כללה שלושה שינויים עיקריים בתעריף הקודם, שתוצאתם הכוללת הייתה ייקור מחירו של הביטוח: האחד, תוספת פרמיה נטו בשיעור 1% נטו מ"בסיס הביטוח" עבור

סיכוני זדון, גניבה ופריצה. השני, העמדת שיעור ההשתתפות העצמית בגין נזקי זדון, גניבה ופריצה על 20% מסכום הנזק ולא פחות מ-2,500 דולר. והשלישי, הכפפת הפוליסה לקיומם של תנאי שמירה (שיפורטו בתוספת לפוליסה) וקביעה כי הנטל להוכיח את קיום התנאים יהיה על המבוטח. להלן נטען, כי על-פי הסכם מוקדם ביניהם הפיצו הנאשמים ושותפיהם את התעריף החדש לסוכניהם בצירוף הנחייה להפעילו ביום 1.12.1992. במהלך פרשת ראיותיה הוברר לתביעה, כי טיוטת התעריף, שהודפסה על גבי נייר הבלנקו, בפועל הוכנה על-ידי עמיחי הררי מחברת הביטוח המגן. עובדה זו נודעה לתביעה רק מן הראיון שקיימה עם הררי לקראת מתן עדותו בבית-המשפט, אך חידוש עובדתי זה לא הביא לשינוי בעמדת התביעה בדבר המהלכים שהובילו לעשייתו של ההסדר הכובל.

161. בית-המשפט המחוזי פסק להרשיע בפרשה זו את מערערי איילון בלבד, בעוד שאת הפניקס ואת בורוביץ פסק לזכות מחמת הספק. איילון הורשעה בשל היותה צד להסדר הכובל האמור. לוי רחמני הורשע, כאורגן של איילון, בשל אחריותו הישירה להיותה של איילון צד להסדר; ואילו נגה רחמני הורשע מכוח אחריותו הנגזרת, על-פי סעיף 48 לחוק ההגבלים, בשל היותו מנהל פעיל באיילון ומשלא הוכיח שהעבירה נעברה שלא בידיעתו ושנקט כל אמצעים סבירים להבטחת שמירתו של החוק, כדרישת סעיף 48 סיפה לחוק. הערעור בעניין ההסדר הכובל בענף ביטוח הצמ"ה הוא, אפוא, מטעמים של מערערי איילון בלבד.

162. בית-המשפט המחוזי קבע, כי הוכח מעבר לספק סביר, כי לצד חברות ביטוח נוספות נעשתה גם איילון, באמצעות לוי רחמני, צד להסדר כובל בענף ביטוח הצמ"ה. בהכרעת-הדין נקבע, כי בישיבת הוועד ההנדסי מיום 27.10.1992 התקיים דיון בשינויים שהוצעו בתנאי הביטוח, אשר פורטו בנייר הבלנקו, וכי דבר קיומו של דיון זה הועלם במכוון מן הפרוטוקול הרשמי של הישיבה. קביעה זו התבססה, בין היתר, על הודעה שמסר לוי רחמני בגדר חקירתו מיום 10.6.1993, ובה ציין, כי נושא נייר הבלנקו סוכם בישיבת הוועד ההנדסי. הודעה זו נמסרה על-ידי לוי רחמני לאחר שהחוקרים הציגו לפניו העתק של נייר הבלנקו ועליו תרשומת שערך בכתב-ידו ביום 2.11.1992, אשר הופנתה לשלמה מילר ובה נאמר: "זה בהתאם

למה שסוכם בישיבת ועד ענף הנדסי. נא בשנוי סגנון לסוכני איילון". דברים אלה, שהופנו על-ידי לוי רחמני למילר, שימשו אחת הראיות העיקריות להרשעתם של מערערי איילון בעבירת ההסדר הכובל בענף הצמ"ה. בית-המשפט דחה את טענתם, כי מה שסוכם בנייר הבלנקו הוא שכל חברה תפנה למבטח המשנה שלה ותדון עימו בתנאי ביטוח המשנה שלה. ראייה נוספת לאשמת איילון נמצאה לבית-המשפט המחוזי במגעים שקיימו ביניהן חברות הביטוח (ובהן איילון) במהלך חודש נובמבר 1992 ואשר במסגרתם העבירו זו לזו את העתקי החוזרים שהפיצו לסוכניהן. משבדק ומצא, כי החוזרים היו כמעט זהים לחלוטין, ראה בית-המשפט בחילופי העתקיהם בין החברות ראייה חזקה לקיומו של הסדר כובל, ודחה את טענת ההגנה כי המדובר בחילופי אינפורמציה מקובלים ולגיטימיים בין מתחרים. כן דחה בית-המשפט את הטענה, כי תנאי התעריף בנייר הבלנקו הוכתבו לחברות על-ידי מבטחי המשנה הזרים וכי מכאן נובע הדימיון בתנאי הביטוח בחברות השונות.

163. טענתם העיקרית של מערערי איילון בערעור שלפנינו הופנתה נגד דחיית גרסתו של עמיחי הררי מחברת המגן, אשר העיד כי המקור לתנאים שהופיעו בנייר הבלנקו הוא בדרישות שהציגו לו מבטחי המשנה הזרים במשא-ומתן שניהל עימם. בית-המשפט קבע, כי אף אילו ראה לקבל את גרסתו של הררי, לא היה בכך כדי להוביל לזיכוי הנאשמים. בבקרה קביעה זו טענו מערערי איילון, כי אף אם בית-המשפט היה מתעלם מעדותו של הררי לא היה מקום להרשיעם; זאת לנוכח עדויות אחרות שהובאו לפניו ולפיהן השינויים בתעריף ביטוח הצמ"ה בשלהי שנת 1992 היו פרי תכתיב של מבטחי המשנה, שהופנה, בנפרד, לכל אחת מהחברות, וככל שיש דימיון בין תעריפי החברות השונות הרי שמקורו הוא בתכתיב האמור. בתוך כך חלקו מערערי איילון על קביעת בית-המשפט, כי בישיבה מיום 27.10.1992 סוכם פרטיו של ההסדר הכובל בענף הצמ"ה. בישיבה האמורה, טענו, התקיימו אך חילופי דברים על אודות דרישותיהם של מבטחי המשנה בעניין דרישות המבטחים; ובידי כל אחת מהחברות נותרה האפשרות לפנות, בנפרד, למבטח המשנה שלה ולנהל עימו משא-ומתן ביחס לדרישותיו. לטענתם, מסמך הבלנקו שניסח הררי - שלטענתם היה פרי מגעיו עם מבטחי המשנה - אמנם הוצג בישיבה, אך לא התקבלה כל החלטה מוסכמת לאמצו. לביסוס הטענה בדבר היעדר קיומה של הסכמה לעניין השינויים בתעריף,

מצביעים מערערי איילון על מספר הבדלים בין נייר הבלנקו לבין החוזר של איילון בעניין תעריף ביטוח הצמ"ה מנובמבר 1992. באשר להחלפת החוזרים בין חברות הביטוח במהלך חודש נובמבר 1992 נטען כי המדובר היה בפעילות "מודיעינית" למטרת איסוף מידע על תעריפי החברות האחרות. לחלופין טענו מערערי איילון, כי הסכמה לאמץ את מסמך הבלנקו, בהיותו תוצר של משא-ומתן עם מבטחי המשנה, אינה נכנסת לגדר האיסורים הקבועים בסעיפים 2 ו-4 לחוק ההגבלים שלפיהם הואשמו.

בתשובתם לערעור סמכו באי-כוח המדינה את ידיהם על הכרעת-דינו של בית-המשפט המחוזי. לדידם, אין בפי מערערי איילון אלא השגות על ממצאים עובדתיים וממצאי מהימנות שנכללו בהכרעת-הדין. כן טענו, כי מכלל הראיות שהובאו לפני בית-המשפט המחוזי, ובהן מסמכים מפורשים "מזמן אמת", עולה, כי תעריפי ביטוח הצמ"ה תואמו בין חברות הביטוח השונות, ובהן איילון, וכי ההסבר לדימיון בין התעריפים נעוץ בתיאום זה ולא בתכתיב של מבטחי המשנה.

164. בית-המשפט המחוזי פירט בהכרעת-דינו בהרחבה את הראיות שעל יסודן קבע, כי הוכח קיומו של הסדר כובל בענף הצמ"ה וכי איילון הייתה אחת השותפות להסדר זה. בטרם נתייחס לקביעה זו נציין, כי מקובלת עלינו טענת באי-כוח המדינה, כי אפילו קיבל בית-המשפט המחוזי, כי נייר הבלנקו משקף את סיכום המשא-ומתן שעמיחי הררי קיים עם מבטחי המשנה, לא היה בכך כדי לסייע למערערי איילון, שכן אימוץ מוסכם ומתואם בין חברות הביטוח של תעריפים ותנאי ביטוח אחידים מהווה הסדר כובל; ובהנחה שתעריפים ותנאים אלה סוכמו במשא-ומתן שניהל הררי עם מבטחי המשנה אין כדי לגרוע מאופיו האסור של ההסדר. אלא שבית-המשפט המחוזי, כאמור, דחה את גרסת עמיחי הררי וקבע, כי התעריפים ותנאי הביטוח שנכללו בנייר הבלנקו סוכמו ותואמו בין החברות בישיבה מיום 27.10.1992, ולא עקב דרישה כזאת או אחרת מצד מבטחי המשנה. עיון בנימוקי הכרעת-הדין הניח את דעתנו כי לקביעתו האמורה של בית-המשפט הונחה תשתית מספקת. נזכיר אפוא בתמצית את עיקרי הראיות, שעליהן סמך בית-המשפט המחוזי את קביעתו האמורה.

165. מן הראיות העלה בית-המשפט המחוזי, כי ביום 4.10.1992 קיבל לוי רחמני - בתפקידו כיושב-ראש הוועד ההנדסי של האיגוד - פנייה ששוגרה אליו בפקס על-ידי צבי רווה, מי שהיה מנהל האגף ההנדסי בחברת הביטוח אררט. בפנייתו הציע רווה לרחמני לקיים דיון שמטרתו לתקן את התעריף בענף לאור הגידול שחל בגניבות של כלי צמ"ה. לפנייה זו צורפה הצעה לתיקון התעריף, במסגרתה הוצע, בין היתר, לקבוע שיעור השתתפות עצמית (למעט במקרים של רעידות אדמה) של 20% מגובה הנזק או 2500 דולר, לפי הגבוה מבין השניים. כן הוצע שהתעריף החדש ייכנס לתוקף ביום 1.12.1992. בפניית רווה לא נאמר כי הצורך בתיקון התעריף ותנאי הביטוח נובע מדרישותיהם של מבטחי המשנה.

בעקבות פנייתו של רווה כינס לוי רחמני, ביום 27.10.1992, ישיבה של הוועד ההנדסי. בחלקה ה"רשמי" של הישיבה, שתועד בפרוטוקול, פירט לוי רחמני באוזני המשתתפים את דרישותיהם של מבטחי המשנה, אשר היו זהות לדרישות שהוצגו ביום 1.10.1992 לחברת הביטוח מגדל על-ידי מבטחת המשנה שלה (חברת "סוויסרי"). אך לאחר חלק זה של הישיבה נפנו המשתתפים בה לקיומו של דיון "סמוי", אשר לא תועד בפרוטוקול, ושבסיומו אישר הוועד ההנדסי את נייר הבלנקו וקבע כי הוא יהווה תעריף מחייב וייכנס לתוקף בכל החברות ביום 1.12.1992. אילו היה זה נכון, כי הצורך בשינוי התעריף ובקביעת תנאי ביטוח חדשים נבע מדרישותיהם של מבטחי המשנה, הדעת הייתה מחייבת שדרישות מבטחי המשנה שפורטו בפרוטוקול הישיבה תזכינה לביטוי כלשהו במהות השינויים בתעריף ובתנאים שפורטו בנייר הבלנקו. אך השוואת מרכיבי התעריף ותנאי הביטוח שנכללו בנייר הבלנקו, לפירוט דרישותיהם של מבטחי המשנה (אלה שפורטו בפרוטוקול ואלה שהופנו לחברת מגדל), הוכיחה כי בין אלה לאלה אין כל קשר. ההשוואה העלתה, כי אף לא אחד מתנאי הביטוח שנכללו בנייר הבלנקו נמנה עם דרישותיהם האמורות של מבטחי המשנה. מאידך עלה, כי בנייר הבלנקו אומץ השינוי בשיעור ההשתתפות העצמית, שהוצע על-ידי רווה, שאת הצורך בשינוי התעריף נימק, כזכור, לא בדרישותיהם של מבטחי המשנה, אלא בריבוי המקרים של גניבת כלי צמ"ה. גם הצעת רווה להחיל את התעריף החדש ביום 1.12.1992 התקבלה, ותאריך זה הוא

שנקבע, בחוזרים שחברות הביטוח שיגרו לסוכניהן, כמועד הפעלתו של התעריף החדש.

166. בשלב החקירה נתפסו העתקים זהים של נייר הבלנקו במשרדיהן של חברות הביטוח איילון, אריה, סהר וציון. המסמך היה בן שני עמודים, שהודפסו על גבי נייר חלק. בעמודו הראשון פורטו השינויים בתעריף הביטוח בענף הצמ"ה, ובעמודו השני הופיע נוסח התוספת לפוליסה שהותאם לשינויים בתנאי הביטוח. באף אחד מההעתקים לא צוינו מקור המסמך ושם מחברו. אך על גבי אחד משני ההעתקים שנתפסו במשרדה של איילון התגלתה התרשומת שערך לוי רחמני בכתב-ידו ובציון התאריך 2.11.1992, ובה, כזכור, הנחה את שלמה מילר לאמור: "זה בהתאם למה שסוכם בישיבת ועד ענף הנדסי. נא בשנוי סגנון לסוכני איילון". ואילו להעתקו השני של נייר הבלנקו שנתפס במשרדה של איילון צורף פתק בכתב-ידו של נגה רחמני. אף פתק זה, שעליו נרשם התאריך 4.11.1992, הופנה לשלמה מילר, ובו נאמר: "המצ"ב הגיע כמות שהוא במעטפה אטומה. האם נדון בועד הנדסי? אם לא תברר מקור המסמך ובכל מקרה שוחח עימי על הפעלתו". התרשומת שערך לוי רחמני העמידה את החוקרים על מהותו של המסמך, ומשהוצגה התרשומת לפניו מסר לוי רחמני הודעה שבה תיאר את קורות יצירתו של נייר הבלנקו. ואילו התרשומת שערך נגה רחמני על גבי העתקו השני של נייר הבלנקו הוכיחה את מודעותו לדבר קיומו של המסמך וכן לכך שעליו לדאוג ל"הפעלתו". עוד עלה מן הראיות, כי רוב חברות הביטוח, ובהן איילון, שיגרו במהלך חודש נובמבר 1992 מכתבים חוזרים לסוכניהן, שבהם העמידו את הסוכנים על השינויים בתעריף ובתנאי ביטוח הצמ"ה, הכול כמפורט בנייר הבלנקו; ובכל החוזרים צוין התאריך 1.12.1992 כמועד הפעלתם של התנאים החדשים. במקביל שיגרו החברות גם זו לזו העתקים מן החוזרים ששיגרו לסוכניהן, ואף לאיילון שיגרו כמה מהחברות העתקי חוזרים כאלה.

167. יצוין, כי החוזר שחברת איילון הפיצה בקרב סוכניה נשנה במספר פרטים מנייר הבלנקו. אך לאחר שבחנו את ההבדלים בין שני המסמכים לא מצאנו, כי הם שונים זה מזה, באופן שיש בו כדי לסתור את הטענה בדבר אימוץ נייר הבלנקו על-ידי איילון, כשם שמסמך זה אומץ על-ידי החברות האחרות. שכן, גם בחוזר של

איילון נכללו שלושת השינויים העיקריים שעליהם הורה נייר הבלנקו: תוספת של 1% לפרמיה בשל סיכוני נזק בזדון וגניבה, קביעת השתתפות עצמית בשיעור 20% מסכום הנזק, ולא פחות מ-2,500 דולר, וקביעה כי הביטוח כפוף לקיום תנאי השמירה על כלי הצמ"ה.

כאמור, גם בערעורם שלפנינו חזרו מערערי איילון וטענו, כי מקור הדימיון בין תעריפי ביטוח הצמ"ה שנקבעו על-ידי חברות הביטוח השונות, נעוץ בדרישות זהות שמבטחי המשנה הזרים הפנו לחברות הביטוח. דינה של טענה זו להידחות. די לציין כי מערערי איילון לא השכילו להציג ולוא גם מסמך אחד שבו דורשים מבטחי המשנה שינויים בתעריף ביטוח הצמ"ה כדוגמת השינויים שפורטו בנייר הבלנקו ושנכללו בחוזרים ששיגרו חברות הביטוח לסוכניהן. ודוק: גם אם נניח כי היה משום חסר באי-חקירתם של מבטחי המשנה, הרי שאין בכך כדי לגרוע ממסקנתנו, כי לוא אכן היו דרישות קונקרטיות מצד מבטחי המשנה, כפי שנטען, הרי שהיה בידי המערערים להציג מסמכים המתעדים אותן. מסמכים שכאלה אף לא נמצאו בחברות ביטוח אחרות. הראיה היחידה לדרישות שהעלו מבטחי המשנה לשינויים בתנאי ביטוח הצמ"ה, שהוגשה לבית-המשפט המחוזי, הוא המכתב שנשלח ביום 1.10.1992 לחברת הביטוח מגדל, על-ידי מבטחת המשנה שלה חברת "סוויסרי". אך במסמך זה אין כל התייחסות לאיזה מן השינויים בתנאי הביטוח שפורטו בנייר הבלנקו. דרישותיה של "סוויסרי", בשינויי נוסח מסוימים, אמנם הוצגו על-ידי לוי רחמני, בחלקה הגלוי של ישיבת הוועד ההנדסי שהתקיימה ביום 27.10.1992, כדרישותיהם של מבטחי המשנה. אך בהקשר זה מקובלת עלינו מסקנת בית-המשפט המחוזי, כי "סוויסרי" כלל לא דרשה שינויים כדוגמת אלה שפורטו בנייר הבלנקו. כן ברי, כי שינויים כאלה לא נדרשו אף על-ידי מבטחי משנה אחרים, שאילו היו למי מהם דרישות לשינויים כאלה, חזקה שלוי רחמני היה מפרט אותן במסגרת חלקו הגלוי של הדיון ודואג שדבריו יירשמו בפרוטוקול.

168. בהיעדר ראיות שבכתב לטענתם, כי השינויים בתעריף ובתנאי הביטוח נבעו מדרישותיהם של מבטחי המשנה, ניסו מערערי איילון להוכיח את הטענה בעדותו של עמיחי הררי ובעזרת עדויותיהם של כמה עדים נוספים, מקרב עובדי חברות

הביטוח אשר השתתפו בישיבת הוועד ההנדסי מיום 27.10.1992. בית-המשפט המחוזי דחה את עדותו של עמיחי הררי, ואף מן העדויות האחרות לא היה מוכן להסיק כי השינויים בתעריף ובתנאי ביטוח הצמ"ה נבעו מדרישותיהם של מבטחי המשנה. מערערי איילון השיגו על צדקת הכרעתו של בית-המשפט המחוזי, אך העיון בנימוקיהם לא שכנע אותנו כי יש עימנו מקום להתערב בהכרעה האמורה.

איננו נדרשים לשאלה אם עמיחי הררי הוא שערך את נייר הבלנקו גופו, או שנייר הבלנקו נערך על יסוד נתונים שעובד עמיחי הררי קודם לכן. די לנו בהודאת לוי רחמני, כי נייר הבלנקו משקף את הסיכום שהושג בישיבתו הנזכרת של הוועד ההנדסי, ובראיות שהוכיחו את המהלכים שחברות הביטוח נקטו במהלך חודש נובמבר 1992 להפעלתם, ביום 1.12.1992, של השינויים בתעריף ובתנאי הביטוח, כדי להוביל למסקנה כי בנייר הבלנקו סוכמו תנאיו של הסדר כובל בענף ביטוח הצמ"ה. איילון - באמצעות לוי רחמני - הייתה, ללא ספק, צד ביצירתו של הסדר כובל זה; ובדין הרשיע בית-המשפט המחוזי הן את איילון והן את לוי רחמני בעשיית ההסדר הכובל האמור. נגה רחמני, שהורשע בעבירה מכוח אחריותו הנגזרת, התגונן בטענה כי לא מילא באיילון תפקיד של "מנהל פעיל", ועל-כן שגה בית-המשפט בהטילו עליו אחריות נגזרת לעבירתה של איילון. להלן ננמק בנפרד, על שום מה דין טענתו זו להידחות. בשלב זה די אם נציין, כי התרשומת שנגה רחמני צירף להעתק נייר הבלנקו והפנה (ביום 4.11.1992) לשלמה מילר, מהווה ראיה חזקה לביסוס אחריותו לעבירה. ראיה זו מוכיחה, כי נגה רחמני היה מודע לקיומו של נייר הבלנקו ולכך שעליו לטפל בהפעלתו של מסמך זה. משלא הוכיח, כחובתו לפי סעיף 48 סיפה לחוק ההגבלים, כי נקט כל אמצעים סבירים למניעת ביצועה של העבירה על-ידי איילון, מתחייבת המסקנה כי אף הרשעתו של נגה רחמני בדין יסודה.

169. מסקנתנו היא אפוא כי יש לדחות את ערעורם של מערערי איילון על הרשעתם בעבירה שיוחסה להם באישום הרביעי.

נפנה כעת לבחינת טענותיהם הנוספות של נגה רחמני ושל בורוביץ. תחילה נידרש לטענתו של נגה רחמני בדבר צדקת הרשעתו בארבעת האישומים שנדונו

לעיל. לאחר מכן נדון בטענתו של בורוביץ כי היה מקום לפטור אותו מאחריות פלילית למעשיו, מחמת התקיימותו בעניינו של סייג הטעות או בשל כך שמעשיו היו בגדר זוטי דברים.

הרשעתו של נגה רחמני

170. בתקופה הרלוונטית לביצוע העבירות כיהן נגה רחמני בתפקיד סגן המנהל הכללי של איילון. מכוח תפקידו זה ייצג את איילון ב"ישיבות שולחן" רבות, וכן חתם בשמה על מסמכים רבים שנגעו למעורבותה בהסדרים הכובלים; ובהם מכתבים וחוזרים למנהלי סניפיה ולסוכניה של איילון, מכתבים לנושאי משרה בכירים בחברות ביטוח אחרות, מסמכים שנגעו לקשרים בין חברות הביטוח השונות ועוד. בית-המשפט המחוזי הרשיעו בעבירות בגין ההסדרים הכובלים שנעשו בארבעת ענפי הביטוח: בתי-העסק, הרכב, הדירות והצמ"ה. ביחס לענפי הרכב והדירות חייבו בית-המשפט באחריות ישירה לביצוע העבירות; ואילו ביחס לענף בתי-העסק ולענף הצמ"ה הטיל עליו בית-המשפט אחריות עקיפה לעבירות, בהתאם לסעיף 48 לחוק ההגבלים, בגין מחדלו - כ"מנהל פעיל" בחברה שהורשעה בעשיית הסדר כובל - לנקוט אמצעים סבירים להבטחת שמירתו של החוק. בית-המשפט קבע, כי לנגה רחמני לא עומדות ההגנות הקבועות בסעיף 48 סיפה ובסעיף 49 לחוק ההגבלים; זאת באשר, אף שהיה מודע להיותה של איילון צד להסדרים הכובלים, לא נקט באמצעים כלשהם להבטחת שמירתו של חוק ההגבלים, ואף לא האמין בתום-לב כי במעשיו אין משום עבירה. בסכמו את חלקו של נגה רחמני בפעילות הניהולית והקרטלית של איילון, קבע בית-המשפט לאמור:

נגה היה פעיל מאד בהנהלת איילון לא רק בתחום המינהלי, אלא גם בתחום המקצועי-ייעודי, הווה אומר בניהול עסקי החברה עצמם. נגה עצמו העיד על תפקוד כללי כיד ימינו של אביו המנכ"ל, ולא הגביל זאת לתחום האדמיניסטרטיבי... בנוסף, ככלל נגה היה משתתף סדיר מטעם איילון ב"ישיבות השולחן", אשר המשתתפים בהן קיימו ביניהם דיונים לא רק בקשר ליצירת תעריף שוק בענף בתי-עסק (גם בתקופה שבגדרה נהג נגה להשתתף בהן בקביעות) אלא גם, כפי שיוברר בהמשך הכרעת דין זו, בנושאי רכב ודירות. בנושאים אלה ישנן אף ראיות בכתב מזמן אמת לשותפות פעילה

של נגה... נתונים אלה, שאינם ממצים את מידת מעורבותו של נגה בניהול הפעיל של עסקי החברה (כפי שעוד יפורט בהמשך), די בהם כדי לבסס את המסקנה כי נגה היה מנהל פעיל באיילון, במובן העובדתי של המונח.

171. בשלב הערעור יוצג נגה רחמני - בנוסף לייצוגו על-ידי באי-כוחם של איילון ושל לוי רחמני, אשר ייצגוהו בהליך לפני הערכאה הראשונה - גם בידי עורכי-דין נוספים. באי-כוחו החדשים חתרו לשכנענו, כי הגדרת תפקידו של נגה כ"סמנכ"ל" לא שיקפה כלל ועיקר את מעמדו האמיתי באיילון. דרגת הסמנכ"ל, טענו, הוענקה לנגה רחמני כ"תואר פורמאלי" גרידא, שאין עימו כל סמכויות. בפועל היה נגה רחמני כפוף לחלוטין לאביו, לוי רחמני, שכיהן כמנכ"ל איילון; שימש כעושה דברו של אביו ולא הפעיל (ואף לא היה מורשה להפעיל) שיקול-דעת עצמאי אף ביחס לעניינים פעוטים ושוליים. משום כך, טענו, אין נגה רחמני יכול להיחשב כאורגן של איילון ואף לא כמנהל פעיל בה, וממילא לא ניתן היה להרשיעו באחריות ישירה או עקיפה לעבירות. כן השיגו הפרקליטים לפנינו על ממצאיו העובדתיים של בית-המשפט המחוזי, ביחס לחלקו של נגה רחמני בפרשותיהם של ההסדרים הכובלים; על קביעותיו המשפטיות, באשר להגדרתו של "מנהל פעיל" כמשמעו בסעיף 48 לחוק ההגבלים; וכן על קביעתו, כי ההגנות הקבועות בסעיפים 48 ו-49 לחוק אינן עומדות לנגה רחמני.

172. בע"פ 3027/90 חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 364, הסביר השופט ברק, כי "גוף או נושא משרה בכיר בתאגיד (אסיפה כללית של בעלי המניות, דירקטוריון, דירקטור, מנהל כללי, מנהל עסקים) יהיו בוודאי אורגן של התאגיד. אך גם נושא משרה שאינו בכיר עשוי להיחשב כאורגן התאגיד, אם על-פי מסמכי התאגיד או על-פי מקור נורמטיבי אחר רואים את פעולתם ומחשבתם כפעולת התאגיד עצמו" (שם, בעמ' 382; ההדגש הוסף). הווי אומר: בשונה מנושא משרה שאינו בכיר, שדבר הגדרתו כאורגן של התאגיד מותנה במה שנקבע במסמכי התאגיד או במקור נורמטיווי אחר, נושא משרה בכיר בתאגיד הוא "בוודאי אורגן" של התאגיד. בדבריו בפרשת מודיעים התייחס בית-המשפט לשאלה, אם ניתן להטיל על

חברה אחריות פלילית "אישית" (להבדיל משילוּחית) מכוח פעולת אורגן שלה. אך כפי שכבר ציינו (בפסקה 77 לעיל), דברים אלה ישימים, מכוח הלכת נחושתן, גם בהיפוך היוצרות, היינו: ביחס לשאלה אם ניתן להטיל על אורגן, מכוח היותו אורגן, אחריות ישירה לעבירת התאגיד שבוצעה על-ידי אותו אורגן. ניתן אפוא להניח כי, לפחות בדרך-כלל, בעל תואר ניהולי רם בחברה יהיה ראוי להיחשב "נושא משרה בכיר" בה, לעניין הילכות מודיעים ונחושתן, גם אם תפקידו המהותי אינו מצדיק את התואר הניהולי שניתן לו. שכן, ככלל, מן הראוי שהזוכה בטובת ההנאה הכרוכה בקבלת תואר פורמאלי נכבד, יישא גם באחריות הנובעת מתוארו. אך בפרשתנו אין אנו נדרשים לקבוע מסמרות בעניין זה; שכן למצער יש לקבוע שכאלה הם פני הדברים מקום שבו בעל התואר הפורמאלי בא במגע עם צדדים שלישיים, מבלי להתריע בפניהם כי תוארו ריק מתוכן מעשי. כך נהג נגה רחמני בענייננו, ודי בכך כדי להוביל לאישור קביעתו של בית-המשפט המחוזי בדבר היותו של נגה רחמני אורגן של איילון. אך קביעתו האמורה של בית-המשפט מוצדקת גם מנקודת מבט מהותית. כעולה מממצאיו העובדתיים, שבהם לא ראינו מקום להתערב, פעילותו של נגה רחמני במסגרת הקרטל הייתה ענפה ומגוונת. נמצא כי הגדרתו כאורגן של איילון התחייבה, לא רק מהיותו סמנכ"ל החברה ועל-כן נושא משרה בכיר בה, אלא גם מן התפקיד הפונקציונלי הממשי שמילא מטעמה במסגרת הקרטל. בנסיבות אלו, שוב אין לייחס חשיבות לשאלה אם פעילותו במסגרת הקרטל הייתה תוצאה של הפעלת שיקול-דעת עצמאי מצדו, או שמא - כטענתו - תוצאת הכתבה מצד אביו. בין כך ובין כך, בדין הוטלה עליו אחריות ישירה, מכוח היותו אורגן של איילון, להסדרים הכובלים בענפי הדירות והרכב.

173. לעניין אחריותו העקיפה של "מנהל פעיל" בתאגיד לעבירת הגבל עסקי שנעברה על-ידי התאגיד, קובע סעיף 48 לחוק ההגבלים:

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

ושנקט כל אמצעים סבירים להבטחת שמירתו של חוק זה.

בית-המשפט המחוזי קבע, כי "מנהל פעיל" כולל את "כל ההנהלה הפעילה של החברה, לרבות משנה למנכ"ל וסמנכ"ל". כן דחה את טענת מערערי איילון, כי ההגנה המצומצמת המוקנית למנהל בסעיף 48 סיפה מחייבת להגביל, בדרך הפרשנות המצומצמת, גם את חוג האחראים הפוטנציאליים שהסעיף חל עליהם. בערעורו טען נגה רחמני, כי את המונח "מנהל" בסעיף 48 יש לפרש על-פי משמעותו בדיני החברות, ומכאן כי רק מנכ"ל החברה עונה להגדרה האמורה. בטענה זו אין כל ממש. המונח שאותו יש לפרש איננו "מנהל" כי אם "מנהל פעיל". מונח זה אינו מופיע כלל בחקיקה הרלוונטית לדיני החברות, אלא בסעיף 48 לחוק ההגבלים. תכליתו הכללית של חוק ההגבלים ותכליתו הספציפית של סעיף 48 מחייבות לפרש את המונח "מנהל פעיל" כך שיחול, לכל הפחות, על אותם נושאי משרה שבכוחם למנוע (או לצמצם) בפועל את מעורבות החברה בביצוען של עבירות לפי החוק (השוו: ע"פ 4148/03 ישי כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 629, 632-633). ממצאיו העובדתיים הנכוחים של בית-המשפט המחוזי, שעל עיקריהם עמדנו לעיל, מעלים בבירור כי נגה עונה להגדרה זו. כן עולה מהם כי תנאי ההגנה שבסעיף 48 סיפה לא התקיימו לגביו, ולא-כל-שכן כי לא עלה בידו להוכיח, כנדרש בסעיף, כי העבירות נעברו שלא בידיעתו וכי נקט כל אמצעים סבירים לשמירתו של חוק ההגבלים.

174. סעיף 49 לחוק ההגבלים קובע:

הגנה לעובדים ולמורשים
49. תהיה זו הגנה טובה לעובד או למורשה הנאשם
בעבירה לפי חוק זה, אם יוכיח שפעל בשם מעבידו או
בשם מרשו ובהתאם להוראותיו, וכי האמין בתום לב
שאין במעשהו משום עבירה על חוק זה.

יש הסבורים, כי בשל עצם בכירותו אין מנהל יכול לחסות בצילה של ההגנה הקבועה בסעיף 49 לחוק, שכן תכליתה של זו להגן על עובדים זוטרים בלבד (ראו: יגור, בעמ' 174).

669). אך גם אם נניח, כטענת נגה רחמני, כי על אף מעמדו הבכיר יכול הוא ליהנות מהגנה זו, הרי שבפועל אין הוא ממלא את תנאיה, שכן בהכרעת-הדין נקבע, עובדתית, כי הוא לא האמין בתום-לב בחוקיות מעשיו ומעשיה של איילון. כך ניתן להסיק גם מטענת מראית-העין, שנטענה על-ידיו בצוותא-חדא עם יתר מערערי איילון. זאת ועוד: בהגנה לפי סעיף 49 היה, לכל היותר, כדי לפטור את נגה רחמני מאחריותו הישירה, מקום שזו הוטלה עליו בגין מעשיו; אך לא היה בה כדי לפטור מאחריות עקיפה לביצוע העבירות, מכוח מעמדו כ"מנהל פעיל", בהתאם לסעיף 48, לנוכח מחדלו לנקוט אמצעים להבטחת שמירתו של החוק (השוו לפסק-דינו של השופט עדיאל בת"פ (י-ם) 209/96 מדינת ישראל נ' אהליך יעקב בע"מ, תק-מח 2002 (3) 708).

175. טענה נוספת, נפרדת, שהעלה נגה רחמני בערעורו, כוונה כנגד השימוש שעשה בית-המשפט קמא בעדות אביו (לוי רחמני) לחובתו, בניגוד לקבוע בסעיף 4 לפקודת הראיות. גם בטענה זו אין כדי להועיל לו, שכן מהכרעת-הדין עולה בבירור, כי לביסוס אשמתו נמצאו לבית-המשפט המחוזי ראיות מספיקות גם בהתעלם מעדות אביו.

טענותיו החלופיות של בורוביץ

176. כפי שכבר צוין (בפסקה 97 לעיל) טען בורוביץ, לחלופין, כי יש לפטור מאחריות פלילית למעשיו, שכן עומדים לו סייג הטעות במצב הדברים, או (לחלופין) סייג הטעות במצב המשפטי. להלן הוסיף וטען, כי מכל מקום יש לפטור מאחריות פלילית למעשיו, מחמת היותם בגדר זוטי-דברים. נדון בטענות כסדרן.

טעות במצב הדברים

177. בורוביץ לא חלק, כי היה מודע לעצם קיומו של חוק ההגבלים וכן לקיום האיסור שבעשיית הסדר כובל. אלא שלטענתו, טעה בהבנת המונח "הסדר כובל", המוגדר בסעיף 2 לחוק ההגבלים. לכן, לא היה מודע כי המעשים שבעטיים הובא לדין אכן עונים להגדרת המונח "הסדר כובל", וממילא לא היה מודע שבמעשים יש משום עבירה. בכך, טען, טעה בהבנת מצב הדברים העובדתי לאשורו, באשר האמין

בקיומו של מצב דברים אחר, לאמור, כי המעשים שבעטיים הובא לדין אינם בגדר הסדר כובל; וטעותו האמורה חוסה, לטענתו, בגדר סייג הטעות במצב הדברים.

טענת בורוביץ, כי המדובר בטעות במצב הדברים דווקא - ולא בטעות במצב המשפטי - נסמכה על קונסטרוקציה משפטית מוכרת, המבחינה בין טעות בדין פלילי לבין טעות בדין לבר-פלילי. לטענת בורוביץ, חוק ההגבלים הינו בגדר דין לבר-פלילי. על-כן, טעות בהבנת המונח "הסדר כובל" המופיע בחוק ההגבלים, אינה טעות בדין אלא טעות בדבר שבעובדה. בית-המשפט המחוזי נכון היה להניח, כי "אם טעו [הפניקס ובורוביץ] לחשוב שמעשיהם אינם עולים כדי הסדר כובל כהגדרתו בחוק ההגבלים העסקיים, אין הם אחראים בפלילים מפאת הסייג של טעות במצב הדברים". עם זאת קבע, כי הסייג האמור אינו חל עליהם "מן הטעם הפשוט שאין כל יסוד לטענת הטעות" מן הבחינה העובדתית, באשר הם היו "מודעים היטב לטבעם הפלילי של מעשיהם".

178. בית-המשפט המחוזי הניח, אפוא, שאילו קיבל את גרסת בורוביץ, כי אמנם טעה בהבנת המונח "הסדר כובל", רואה היה לסווג את טעותו כטעות במצב הדברים; ולהנחה זו אנו מתקשים להסכים. ההבחנה בין טעות בחוק פלילי לבין טעות בחוק לבר-פלילי, לצורך סיווגה של טעות בדין לבר-פלילי כטעות שבעובדה או כטעות שבדין, העסיקה בעבר לא מעט את הפסיקה (ראו: ע"פ 389/91 מדינת ישראל נ' ויסמרק, פ"ד מט(5) 705, 714 ואילך, והאסמכתאות המאוזכרות שם). ההנחה כי טעות בדין לבר-פלילי תסווג תמיד כטעות עובדתית עוררה ביקורת, ולצורך סיווגה של טעות כזאת הוצעו מבחנים שונים (ש"ז פלר "טעות בחוק הפלילי או הלבר-פלילי, היכן הגבול?" משפטים ה (תשל"ד) 508, 541; ד' ביין "טעות בעובדה, טעות בחוק ותביעת זכות בתום לב" הפרקליט כב (תשכ"ו) 152, 156). אך דומה שמאז כניסתו לתוקף של תיקון מס' 39 לחוק העונשין, שבסעיפים 34 ו-34יט עיגן בבירור את רכיביהן (השונים אלה מאלה) של "טעות במצב דברים" ושל "טעות במצב משפטי", שוב אין מקום להידרש להבחנה שהוכרה בפסיקה בעבר, בין טעות בדין פלילי לבין טעות בדין לבר-פלילי, לעניין שיוכה לאיזו משתי הקטגוריות של טעות נטענת בהבנת תוכנה של נורמה עונשית שנקבעה בחוק לבר-פלילי. סעיף 34כג לחוק העונשין מורה,

כי "באין בחוק הוראה לסתור, יחולו הוראות החלק המקדמי והחלק הכללי גם על עבירות שלא לפי חוק זה". בהיעדר "הוראה לסתור" בחוק ההגבלים מתחייבת המסקנה, כי טעות בהבנת תוכנה של נורמה עונשית שנקבעה בחוק ההגבלים הריהי "טעות במצב משפטי" כמשמעה בסעיף 34 יט לחוק העונשין (ראו: ש"ז פלר "טעות במצב הדברים" מחקרי משפט יב (תשנ"ה) 5). ואכן, משהועמדה לפני בית-משפט זה השאלה, כיצד יש לסווג טעות נטענת בהבנת חובת הדיווח הקבועה בחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968, קבע בית-המשפט, כי "טעות בדין על-פי חוק ניירות ערך אינה טעות בעובדה (לעניין סעיף 34 יח לחוק העונשין)", וכי "עניין לנו בטעות בדין פלילי ולא טעות בדין לבר-פלילי" (רע"פ 4827/95 ה.ג. פולק בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 97, 111).

איננו מתעלמים מכך שתיקון מס' 39 לחוק העונשין נכנס לתוקף לאחר מועדי ביצוען של העבירות נשוא הערעורים. אך הואיל וענייננו בסייגים לאחריות הפלילית, שהם בבחינת "חיקוק מקל" כמשמעו בסעיף 5(א) לחוק, הרי שהם חלים על ענייננו. לא למותר להוסיף, שאילו נדרשנו להכרעה בטענתו של בורוביץ על יסוד ההנחה כי המדובר ב"טעות בעובדה", כמשמעה בדין שקדם לתיקון מס' 39, סיכוייה להתקבל היו פחות טובים, לנוכח החובה שהייתה מוטלת על בורוביץ לשכנע את בית-המשפט כי טעותו עומדת במבחן הכפול של כנות ושל סבירות.

טעות במצב המשפטי

179. בורוביץ (כפי שכבר הוזכר) לא הכחיש, כי היה מודע לקיומו של חוק ההגבלים ולאיסור שהחוק מחיל על עשיית הסדר כובל. אלא שלטענתו, טעה בהבנת מהותו של הסדר כובל, וכי בשל טעות זו האמין כי מעשיו אינם בגדר הסדר כובל. טענתו כי טעה בהבנת המונח "הסדר כובל" היא, בבירור, טענה לטעות במצב המשפטי. הלוא גם טעות שאינה נופלת לתחום הראשוני של אי-ידיעת הדין (*ignorantia legis*), אלא מתבטאת בפרשנות מוטעית של הוראת-חוק (*error legis*), יש לסווגה כטעות במצב המשפטי (פרשת ויסמרק, עמ' 725). כך במפורש עולה גם מסעיף 34 יט לחוק העונשין, המגדיר את סייג הטעות במצב המשפטי ככולל "טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו את האיסור". אך טעות במצב המשפטי,

ככלל אינה שוללת את אחריותו הפלילית של מבצע העבירה, והיוצא היחידי מכלל זה, שעליו מורה סעיף 34 יט סיפה, הוא ש"הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר".

לא נותרה אפוא אלא השאלה, אם עלה בידי בורוביץ להראות כי באורח סביר לא היה בידו להימנע מן הטעות. בית-המשפט המחוזי קבע, כזכור, כי מן הבחינה העובדתית "אין כל יסוד לטענת הטעות". לשיטתו, כיוון בית-המשפט בקביעה זו לדחיית הטענה לטעות במצב הדברים, אך קביעתו האמורה כוחה יפה (אף מקל וחומר) גם לדחיית טענה לטעות במצב המשפטי. על-כל-פנים, חזרנו ובדקנו את טענתו של בורוביץ במישור העובדתי ואת נימוקי בית-המשפט המחוזי לדחייתה, ואיננו רואים עילה להתערב בהכרעת בית-המשפט המחוזי. נזכיר, בתמצית, את עיקרי הדברים.

180. בטיעונו לפני בית-המשפט המחוזי תלה בורוביץ את טעותו בארבע סיבות עיקריות: האחת, כי ההוראות והמסרים שהועברו אליו על-ידי המפקח על הביטוח או מטעמו נטעו בו את המחשבה כי מעשיו הם כדין. השנייה, כי הסתמך על חוות-דעת משפטית שנכתבה עבור האיגוד ושממנה ניתן היה להבין כי מעשי החברות לגיטימיים. השלישית, כי ברוב הפורומים שבהם גובשו ההסדרים הכובלים נכחו והשתתפו בדיונים יועצים משפטיים. והרביעית, כי רוב המעשים שהובילו כעבור זמן להגשת כתבי-האישום, נעשו בשעתם בריש גלי, נדונו בפורומים שונים ועוגנו במסמכים גלויים. כל אחת מאלו, טען, השפיעה על הבניית תודעתו כי במעשיו אין כל פסול. כן טען, כי הדינמיקה של חילופי מידע ותלונות הדדיות, שהייתה נחלת החברות עוד קודם לעשייתם של ההסדרים, מחד, ותת-האכיפה של הוראות חוק ההגבלים, שאפיינה את התנהלותן של הרשויות, מאידך, שוללות למעשה את האפשרות שהיה מודע לאיסור החוקי שחל על המעשים.

בית-המשפט דחה את טענותיו האמורות של בורוביץ וקבע, כי אין כל יסוד לטענת הטעות, הן מבחינה דיונית והן מבחינה עובדתית. מן הבחינה הדיונית ציין בית-המשפט, כי הכחשתו של בורוביץ את עצם המעשים שיוחסו לו סותרת, מניה וביה, את גרסתו, הכבושה כשלעצמה, כי טעה לחשוב שהמעשים, שאת עצם קיומם

הכחיש, אינם עולים כדי הסדר כובל. מן הבחינה העובדתית קבע בית-המשפט, כי מעורבות הפיקוח עשויה להיות רלוונטית אך ורק לחלק מהאישום השני שעניינו בענף הרכב. בית-המשפט הכיר אמנם בכך שהמפקח עודד את החברות להידבר ולהחליף מידע ביניהן, אך קבע, כי "עידוד החברות להידבר איננו יכול להיחשב כעידוד להסכים על התנהגות תעריפית זהה ומתואמת". אשר לטענה בדבר ההסתמכות על חוות-דעת משפטית, קבע בית-המשפט כי אין בה כדי לבסס את טענת הטעות, שכן בחוות-הדעת המשפטית, שעליה השליך בורוביץ את יהבו, נדונה השאלה אם מותר לאיגוד לאכוף על חבריו שמירה על תעריפים שאושרו על ידי הפיקוח על הביטוח; בעוד שבענייננו הוגשו לאישור המפקח רק התעריפים בענף הרכב. ומכל מקום, חוות-הדעת כלל אינה עוסקת בשאלה "אם הסכמות בין חברות הביטוח על שינוי זהה ומתואם של תעריפי הביטוח בענף זה או אחר (עובר להגשתם המתואמת למפקח לשם אישורם באותם מקרים בהם אכן הוגשו) הן בבחינת הסדר כובל אם לאו". את טענת ההסתמכות על היועצים המשפטיים דחה בית-המשפט במישור העובדתי. בין היתר ציין, כי יועצים אלה כלל לא נכחו בישיבות הקבינט ובישיבות השולחן, ואף לא בחלק מישיבות ועדי הענפים, שבהן גובשו חלק מההסדרים הכובלים. לבסוף דחה בית-המשפט את הטענה, כי ההסדרים הכובלים נעשו בריש גלי ולאור היום, בציינו כי טענה זו נכבשה, ואף איננה מתיישבת עם העובדה שבחלק מהפורומים הקרטליים כלל לא נערכו פרוטוקולים, ובחלקם הושמטו מן הפרוטוקולים, במכוון, פרטים מפלילים. בהקשר זה הוסיף בית-המשפט, כי "ממצאים עובדתיים אלה, לא רק שאינם תומכים בטיעונם של ב"כ הפניקס בו עסקינן, אלא אף דוחקים למסקנה ההפוכה, דהיינו - כי הנאשמים והשותפים האחרים היו מודעים היטב לטבעם הפלילי של מעשיהם".

181. בערעורו הרחיב בורוביץ בהשגותיו על כל אחת ואחת מקביעותיו של בית-המשפט המחוזי; אך בעיקר הטעים את עניין מעורבותו של המפקח. לטענתו, שגה בית-המשפט בכך שערך "הפרדה מלאכותית", לעניין מעורבותו של המפקח, בין ענף הרכב לבין שאר הענפים. לטענתו, היה המפקח מעורב גם בענפי ביטוח אחרים, ולא רק בענף הרכב; ומכל מקום, מעורבותו העמוקה של המפקח בתהליכי גיבוש התעריפים בענף הרכב גרמה לו להבין כי אין פסול בגיבושם של תעריפים גם

בענפים האחרים. כך הדבר, לטענתו, גם לגבי ההבנה כי בפרקטיקה של תלונות הדדיות שהגישו החברות, לרבות בעניין חריגה מתעריפים, אין כל פסול. כיוון שנקיטת אמצעים על-ידי החברות, לאכיפת תעריפים שאושרו על-ידי המפקח, נתפסה כלגיטימית, התגבשה ההבנה כי גם בנקיטת אמצעים לאכיפתם של תעריפים שלא אושרו על-ידי המפקח, אין משום מעשה פסול. להלן הסתמך בורוביץ על דברי המפקח עצמו שבעדותו אמר, כי עד לפתיחת החקירה שיזם הממונה על ההגבלים, לא הבין את רוחו של חוק ההגבלים שבאותה תקופה היה, לדבריו, "רדום". עוד טען, כי בית-המשפט המחוזי שגה במידת החשיבות שייחס לכך שבחלק מן הישיבות לא נרשמו פרוטוקולים, וכן בהנחתו שמן הפרוטוקולים שנערכו הושמטו במכוון פרטים מפלילים. לבסוף טען בורוביץ, כי היה על בית-המשפט לבחון את מודעותו על רקע ההשקפות אשר היו מקובלות במגזר העסקי ובשוק הביטוח באותה התקופה, ובהתחשב ברמת האכיפה הנמוכה של חוק ההגבלים.

182. בית-המשפט, כאמור, סבר, כי הפניקס ובורוביץ היו "מודעים היטב לטבעם הפלילי של מעשיהם". ייתכן שבהערכה זו החמיר בית-המשפט עימהם יתר על המידה. אף שמעורבותו הממשית של המפקח על הביטוח הייתה רלוונטית רק לתהליכי גיבושם ואישורם של תעריפי הביטוח לרכב בשנת 1991, ולגבי תהליכי עדכונם של התעריפים בשנת 1992 (כמוסבר בפסקה 146 לעיל), אין זה מן הנמנע כי מעורבותו בעניינים אלה השפיעה, במידה זו או אחרת, על תובנתו של בורוביץ - ומן הסתם גם על תובנתם של נושאי משרה אחרים - בדבר חומרת האיסור החוקי על עשייתם של הסדרים כובלים. אפשר שגם דפוסי התחרות המוגבלת, שנהגו בשוק הביטוח בתקופה האמורה, ורמת האכיפה הירודה של דיני ההגבלים, שאפיינה את התנהלותן של הרשויות, אף הם תרמו לקהות החושים ולשוויון הנפש שאפיינו את התייחסותם של בכירי חברות הביטוח לעשייתם של הסדרים כובלים אסורים. אך בהנחות אלו אין כדי להועיל לבורוביץ. הכלל הניצב ביסוד הוראתו של סעיף 34 ללחוק העונשין הוא, כי טעות במצב המשפטי היא חסרת כל נפקות לעניין קביעת אחריותו הפלילית של מבצע העבירה.

הסייג לתחולת האחריות הפלילית על מי שטעה במצב המשפטי מוגבל למקרים שבהם נוכח בית-המשפט כי "הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר". ובענייננו לא שוכנענו, כי טעותו של בורוביץ בהבנת משמעות האיסור הפלילי על עשיית הסדרים כובלים אמנם הייתה "בלתי נמנעת באורח סביר". ראשית, לא מצאנו ממש בטענתו בעניין הסתמכותו, כביכול, על חוות-דעת משפטית או על הדרכתם של יועצים משפטיים. נראה לנו כי בדין דחה בית-המשפט המחוזי טענה זו, שממנה קיווה בורוביץ להיבנות מבלי שטרח להציג ראיה כלשהי לביסוס טענתו שאמנם ביקש וקיבל ייעוץ משפטי הנוגע להיבטים המשפטיים הקונקרטיים שהתעוררו, או שצריכים היו להתעורר, סביב פעילותו של הקרטל (השוו: ע"פ 1182/99 הורביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 1, 159). שנית, גם במעורבות המפקח בפעילותו של שוק הביטוח אין משום נסיבה שבכוחה לשכנע כי טעותו של בורוביץ הייתה "בלתי נמנעת". כפי שכבר הוסבר, למעורבות המפקח הייתה השלכה ישירה על בחינת התקיימותם של יסודות העבירה שיוחסה למערערים בגין עשיית הסדר כובל בנושא התעריף לביטוח רכב בשנת 1992; ומשמצאנו, כי מעורבות המפקח באישור התעריפים לשנת 1991 ועדכונם בשנת 1992 מעוררת ספק סביר בדבר קיומה של הסכמה מגבילה בין החברות בשנת 1992, הגענו לכלל מסקנה כי יש לזכות את כל המערערים מפריט האישום האמור. לא כן הדבר מקום שמעורבות המפקח אך השפיעה, בעקיפין, על הבנת הפסול שבעשיית הסדרים כובלים. מממצאי בית-המשפט המחוזי עולה בבירור, כי המפקח על הביטוח - הגם שהיה מעורב באופן ממשי בפעילותן של חברות הביטוח באותה התקופה - לא הורה, לא עודד ולא הנחה את החברות לשתף פעולה, בתיאום מחירים ותעריפים או בחלוקתו של שוק הקולקטיבים, במטרה להגביל את התחרות ביניהן. נציגי הפיקוח על הביטוח לא נכחו בכל אותם פורומים קרטליים שבהם התגבשו ההסדרים הכובלים; הם לא נטלו חלק בפעולות השיטור למיניהן; ולא העבירו לחברות הביטוח מסרים שעליהן לתאם ביניהן את הפעלתם של תעריפים זהים ומתואמים במועד אחד. המפקח אמנם עודד את החברות להידבר ביניהן; ובענף הרכב אף תרם במסריו להיווצרותם של תעריפים אחידים. אך ממעורבות זו לא יכלו בכיריהן של חברות הביטוח להסיק - בוודאי לא באורח סביר - כי ניתן להם "הכשר" (אף לא במשתמע) מאת המפקח לתאם ביניהם מחירים, לחלק ביניהם את נתחי השוק, ולאכוף את הסכמותיהם בקרב חברי הקרטל.

ודוק: בורוביץ לא טען, כי החברות הגישו, בשלב כלשהו, את ההסדרים הכובלים לאישורו של המפקח על הביטוח (אף ששאלת סמכותו "להכשיר" הסדרים כובלים, כפי שכבר הערנו בפסקה 85 לעיל, צריכה עיון); או כי עדכנו אותו בפרטי הסכמותיהם. בנסיבות אלו, לא מצאנו יסוד לקבל כי במעורבותו של המפקח יש כדי לבסס את טענת בורוביץ כי טעותו במצב המשפטי הייתה בלתי-נמנעת באורח סביר. ושלישית, בורוביץ הלוא הודה כי היה מודע לקיומו של חוק ההגבלים ואף לקיום האיסור על עשיית הסדרים כובלים. אך חרף מודעותו האמורה, הוא לא הראה כי ניסה לבחון שמא מעשיו - שנגעו ללב האיסורים הקבועים בחוק ההגבלים - מפרים את הוראות החוק. בורוביץ לא טען, כי פנה לממונה על ההגבלים, או לבר-סמכא אחר, בבקשת הנחייה אם עשיית הסדרים הגורמים להגבלת התחרות בין חברות הביטוח מתיישבים עם הוראותיו של חוק ההגבלים, או שמא ניתן "להכשירם", בשל נסיבות עשייתם, בדרך כלשהי. לוא היה פועל בדרך פשוטה זו היה מונע, ללא ספק, את הטעות שלה נתפס, לטענתו, בהבנת משמעות מעשיו. כעולה מדבריו, היה בורוביץ מודע לקיומו של האיסור הפלילי שבעשיית הסדרים כובלים. בהיותו מודע לקיום האיסור, הדעת מחייבת כי לפחות חשד באפשרות שמעשיו מפרים את האיסור האמור. מכאן מתחייב כי גם אם לא היה - ככל שהעריך בית-המשפט המחוזי לגביו - "מודע היטב" לטבעם הפלילי של מעשיו, הרי משעשה את המעשים, מבלי שבדק אם ועד כמה מבוסס החשד להיותם אסורים, נמצא כי פעל ב"עצימת עיניים", ודינו לכל דבר ועניין כדין מבצע עבירה במודעות מלאה גם בדבר תחולת האיסור הפלילי על מעשיו (ראו מאמרו הנזכר לעיל של פרופ' פלר על "טעות במצב הדברים", בעמ' 35).

183. מסקנתנו היא אפוא, כי בורוביץ לא הוכיח, כדי יצירת ספק סביר לטובתו, שמא טעותו בהבנת פליליות מעשיו, ככל שאמנם טעה, הייתה בלתי-נמנעת באורח סביר (לעניין נטל ההוכחה ראו: סעיפים 34ה ו-34כב(ב) לחוק העונשין). נמצא כי דין טענתו האמורה להידחות.

184. כאמור, הוסיף בורוביץ וטען, כי מכל מקום יש לפטרו מאחריות פלילית למעשיו באשר הללו היו בגדר "זוטי דברים". טוב היה לה לטענה זו אלמלא נטענה. כפי שכבר צוין (בפסקה 88 לעיל), הסייג מאחריות למעשים שהם בבחינת זוטי דברים, כמשמעם בסעיף 34^ז לחוק העונשין, עשוי אמנם לחול גם על מעשים המהווים עבירה לפי חוק ההגבלים ואף לגבי מעשים הנכנסים לגדר חזקות הכבילה הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק. ולנוכח היותו של סעיף 34^ז, שהתווסף לחוק העונשין במסגרת תיקון מס' 39, בגדר "חיקוק מקל" כמשמעו בסעיף 5 לחוק, הרי שגם בכך שהמעשים נשוא הערעורים בוצעו לפני שהסעיף נכנס לתוקפו, אין כדי למנוע את תחולתו על פרשתנו. אלא שבהעלאת הטענה מטעמו של בורוביץ, ביחס למעשים שיוחסו לו בכתב-האישום, הייתה מידה לא מבוטלת של חריגה מגבול הטעם הטוב.

סעיף 34^ז, שהגדיר את הסייג בדבר זוטי דברים, אינו נדרש כלל לשאלה אם הנאשם ביצע את העבירה שבה הואשם, והוא עשוי לחול גם על רקע ההנחה שהנאשם אכן ביצע את העבירה. תכליתו של הסייג, הנלמדת מלשון הסעיף, היא לפטור את הנאשם מאחריות פלילית למעשהו, "אם לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך". הרעיון הניצב ביסודו של הסייג הוא שהחוק אינו עוסק בזוטות (De Minimis Non Curat Lex) וכלשון דברי ההסבר להצעת החוק, עיקרו בהנחה כי

השתבצותו הפורמלית של מעשה בהוראה חקוקה, המגדירה עבירה פלילית פלונית, כשלעצמה, אינה מוכיחה בהכרח שיש באותו מעשה לפחות מינימום של אנטי- חברתיות האופיינית לעבירה פלילית. הכלל שלפיו הוראה כאמור לא נועדה לזוטי דברים, בא לנגוס מן ההיקף הפורמלי של תחום ההסדרה של נורמה אוסרת, את הרובד התחתון שאינו שייך לה מבחינה עניינית (הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 2098, 115, בעמ' 139 - ההדגש הוסף).

185. בטיעוניו לפנינו חתר בורוביץ לשכנענו, כי המעשים שעשה בגדרו של הקרטל אכן אינם עולים לאותו סף מינימאלי של אנטי-חברתיות האופייני לעבירות הקשורות ביצירתם ובקיומם של הסדרים כובלים. טענתו העיקרית בהקשר זה הייתה כי בחינת מעשיו בהתחשב בנסיבות עשייתם מלמדת, כי לא היה במעשים כדי לפגוע ברמת התחרות החופשית. דומה כי טענה זו סמך, בין היתר, על קיום פרקטיקה להגבלת התחרות בשוק הביטוח שלפי הנטען נהגה גם קודם לגיבושם של ההסדרים הכובלים.

עיינו בטענותיו ולא מצאנו בהן גם שמץ של ממש. הקרטל שקורות יצירתו נחשפו לפנינו בערעורים אלה הוא מן החמורים שידענו. המדובר בקרטל אשר ריכז את פעילותן המתואמת של חברות ביטוח רבות ואשר ההגבלות שנקבעו בגדרו סתרו איסורים פליליים שקביעתם מבטאת את תכליתו היותר בסיסית של חוק ההגבלים. בגיבושן של הגבלות מעין אלו - שהושגו בין מתחרים מובילים בשוק הביטוח ונגעו למחיר שיידרש מן המבוטח ולחלוקת השוק - הייתה משום פעילות אנטי-חברתית מובהקת. חזקה חלוטה כי בהסדרים כובלים כדוגמת ההסדרים נשוא הדיון גלום פוטנציאל ממשי לפגיעה בתחרות. והדעת נותנת, כי בהתחשב במהות ההסדרים, מטרתם המוצהרת והחלתם על תחום משקי רחב ידיים, פגיעתם המסתברת בציבור המבוטחים הייתה ברורה וקשה. ביטוח נמנה עם צורכיהם של רוב בני הציבור. ייקור תעריפי הביטוח, כפועל-יוצא ממניעת תחרות חופשית, מתיאום תעריפיהן של החברות ומהסכמים לחלוקת השוק ביניהן, עלול, מעצם טבעו, להטיל מעמסה כספית יתרה ובלתי-מוצדקת כמעט על כל יחיד ומשפחה. אף בשיטות והאמצעים שנקטו השותפים לקרטל, לאכיפת ההסדרים האסורים על מי מהחברות שהעזה לסטות מן ההגבלות, יש כדי להעלות באופן ממשי את סף האנטי-חברתיות שהיה במעשיהם. בורוביץ, חשוב להטעים, לא היה דמות שולית, שניצבה מחוץ לגדר האירועים או נגרר אחריהם. כמי שכיהן כמנכ"ל הפניקס, שנמנתה עם חברות הביטוח שהובילו את מהלכי יצירתו ואכיפתו של הקרטל, נטל בורוביץ חלק ממשי וישיר בביצוע העבירות. אף מניסיונו להיתלות בקיומה של פרקטיקה נמשכת בשוק הביטוח, שלפי הנטען החלה עוד לפני גיבושם של ההסדרים הכובלים נשוא הדיון, אין בורוביץ יכול להיוושע. ככל שגם בעבר התקיימה פרקטיקה של הגבלת התחרות בין החברות, לא

נוצרה היא יש מאין, אלא הייתה מעשה ידיהם של מנהלי החברות. קיומה בעבר של פרקטיקה פסולה, לא רק שאינו מגמד את דמותם של מעשים פסולים חדשים והופך אותם ל"קלי ערך" במשמעות סעיף 34ז, אלא להיפך, קיומה בעבר של פרקטיקה פסולה אך מעצים את חומרתם של מעשים פסולים חדשים. בהעמדתו של בורוביץ לדין לא הייתה אפוא משום העסקת בית-המשפט בזוטות. לנוכח חומרת העבירות שבורוביץ נטל חלק פעיל בביצוען, העמדתו לדין התחייבה בעליל מן העניין הציבורי לאכוף על חברות הביטוח ועל מנהליהן הבכירים את הציות לחוק ההגבלים.

הערעורים על גזר-הדין

186. המערערים השיגו בערעוריהם גם על חומרת העונשים שנגזרו עליהם. בקשתם הייתה כי נפחית את הקנסות שהוטלו עליהם; ובעיקר, כי נבטל את עונשי המאסר הממשיים (בעבודות שירות), שבית-המשפט המחוזי גזר על שלושת נושאי המשרה שביניהם (בורוביץ, לוי רחמני ונגה רחמני). המדינה, בערעורה על קולת העונשים, עתרה להחמרת הקנסות שהוטלו על המערערים; ובעיקר, להענשת שלושת נושאי המשרה שביניהם במאסרים לתקופות ארוכות שיחויבו לרצותן מאחורי סורג ובריה.

187. בטיעוניהם לפנינו חזרו הצדדים ונחלקו - ככל שכבר נחלקו לפני בית-המשפט המחוזי - בשאלה אם ראוי שיתקיים יחס, ואיזה יחס ראוי שיתקיים, בין העונשים שמוצדק היה לגזור על המערערים לבין העונשים שנגזרו על שש חברות הביטוח האחרות ועל אחד-עשר נושאי משרה באותן חברות (הנאשמים האחרים), אשר הורשעו על יסוד הודאותיהם במסגרת הסדר הטיעון שנכרת עימם בעקבות השימוע שניתן לכל המעורבים לפני הגשת כתב-האישום. הנאשמים האחרים הודו והורשעו בעשיית הסדרים כובלים בענף בתי-העסק, בענף הדירות ובענף הצמ"ה. בהסדר הטיעון לעניין העונש שכרתו עם התביעה הסכימו הצדדים על טווח סכומי הקנסות שבית-המשפט יתבקש על-ידם להטיל, והתביעה התחייבה שלא לעתור להטלת עונשי מאסר בפועל על אחד-עשר נושאי המשרה.

בית-המשפט המחוזי, שלפניו התברר משפטם של הנאשמים האחרים (השופט י' עדיאל), הדגיש בגזר-דינו את חומרתם היתרה של ההסדרים הכובלים; זאת, בעיקר, לנוכח היקפם הרחב של ההסדרים, עוצמתן של חברות הביטוח וחיוניותו הרבה של הביטוח לכלל הציבור. מאידך, ראה בית-המשפט מקום להתחשב לקולה, ראשית, בעובדה שמידת יישומם בפועל של ההסדרים הכובלים, והיקף הנזק שנגרם לציבור בעטייהם, לא הובררו בהליך שלפניו; שנית, בכך שבזמן הרלוונטי לעשיית ההסדרים פקד את שוק הביטוח מצב כלכלי קשה; ושלישית, בהנחה כי בעצם פתיחתו של ההליך הפלילי נגד חברות הביטוח ומנהליהן יש משום "קפיצת מדרגה" (ביחס לעבר) ברמת האכיפה של חוק ההגבלים. לנוכח המשקל שראה לייחס לשיקולים מרכזיים אלה, החליט השופט עדיאל לכבד את הסדר הטיעון שהצדדים הציגו לפניו. על-פי המוסכם בהסדר נמנעה התביעה מבקשה להטלת עונשי מאסר בפועל על נושאי המשרה. לפיכך גזר בית-המשפט על החברות ועל נושאי המשרה קנסות בסכומים המרביים, שעליהם הוסכם במסגרת ההסדר, ואילו על נושאי המשרה גזר גם עונשי מאסר על-תנאי.

188. בענייננו דחה בית-המשפט המחוזי את טענת המערערים, כי אין לגזור עליהם עונשים חמורים מאלה שנגזרו על הנאשמים האחרים. בית-המשפט סבר, כי מאחר שהנאשמים האחרים הורשעו על יסוד הודאותיהם, ועונשיהם נקבעו על יסוד בקשת התביעה במסגרת הסדר הטיעון שכרתה עימם, הרי שהעונשים שהושמו עליהם בגין הרשעתם בעשיית הסדרים כובלים שגם המערערים הורשעו בעשייתם, מהווים רק נקודת-מוצא לעונשים שיש להטיל על המערערים בגין אותן עבירות. בית-המשפט היה ער לכך שהמערערים זוכו מכמה פריטי-אישום שיוחסו להם בפרשות ההסדרים בענף בתי-העסק ובענף הדירות. עם זאת קבע כי משקלם של פריטי-אישום אלה, ביחס למשקלם של פריטי-האישום שבהם הורשעו הן המערערים והן הנאשמים האחרים, אינו רב. מכל מקום סבר, כי בהרשעת המערערים בעבירות של עשיית הסדרים כובלים בענף ביטוח הרכב (ובעיקר בעניין חלוקת שוק הקולקטיבים) - אשר הנאשמים האחרים לא הורשעו בהן - יש משום טעם מספיק להטלתם על המערערים של עונשים חמורים מאלה שהוטלו על הנאשמים האחרים. להלן נדרש בית-המשפט לבחינת השיקולים שעליהם ייסד את גזר-דינו. מחד, עמד על שיקולי החומרה,

ובעיקר: היקפו ה"תעשייתי" של הקרטל, ריבוי המעורבים בגיבושו ובקיומו וריבוי הנפגעים ממנו. אף שלנזק הכספי המדויק שהקרטל הסב לציבור המבוטחים לא הובאה לפניו ראיה, הרי שמן הנתונים שהוצגו סבר כי למצער ניתן להסיק שחלק ניכר מן הגידול בפרמיות הביטוח שנדרש הציבור לשלם נבע במישרין מן ההסדרים הכובלים. מאידך, נתן בית-המשפט את דעתו לשיקולי הקולה. בכמה מן הטענות שהעלו לפניו המערערים בהקשר זה (בכללן טענות למעורבותו ביצירת ההסדרים של המפקח על הביטוח, הטענה כי המערערים לא היו מודעים שמעשיהם אסורים וטענות בדבר מצבו הירוד של משק הביטוח ולחציהם של מבטחי המשנה להעלאת הפרמיות) לא מצא בית-המשפט טעמים להקלה בעונש. אך בית-המשפט מצא טעם בטענת המערערים, כי פתיחתם של הליכים פליליים נגד המעורבים בעשיית ההסדרים הכובלים, והעונשים שהוטלו על הנאשמים האחרים במסגרת הסדר הטיעון, שיקפו "קפיצת מדרגה" ברמת האכיפה הפלילית של חוק ההגבלים. על רקע זה, ותוך שהביא בחשבון את "הענישה הציבורית" שהייתה מנת חלקם של המערערים וייחס משקל גם לעברם הנקי ולנסיבותיהם האישיות של נושאי המשרה, נתן בית-המשפט את דעתו לשאלה אם בשיקולי החומרה שנמנו יש כדי להצדיק "קפיצת מדרגה" נוספת בענישתם של המערערים, במובן זה שיוטלו עליהם קנסות גבוהים מאלה שהוטלו על הנאשמים האחרים וכן עונשי מאסר בפועל. לבסוף נמנה בית-המשפט וגמר, כי בקביעת עונשיהם של המערערים מן הראוי לאזן בין ציפייתם הלגיטימית, שדינם ייגזר בהתאם לרמת הענישה שנהגה בעת ביצוע העבירות, לבין האינטרס הציבורי המצדיק ליישם בענישתם אמות-מידה חדשות. מסקנתו הכוללת של בית-המשפט הייתה, כי חומרת מעשיהם של המערערים הצדיקה להטיל עליהם - לצד קנסות בשיעורים כפולים מאלה שהוטלו על הנאשמים האחרים, ועונשי מאסר על-תנאי - גם עונשי מאסר ממשיים לתקופות משמעותיות. אך משראה להתחשב בעקרון אחדות הענישה, ברמת האכיפה הירודה שנהגה עד לפתיחת החקירה בפרשתו של הקרטל וביתר השיקולים לקולת העונש, החליט להסתפק לגבי שלושת נושאי המשרה בעונשי מאסר בפועל שניתן לרצותם בעבודות שירות.

189. בערעוריהם שלפנינו השיגו המערערים על נימוקי גזר-דינו של בית-המשפט המחוזי לגופם, אך עיקר טיעוניהם הוקדש ליחס שבין העונשים שנגזרו עליהם לבין

אלה שנגזרו על הנאשמים האחרים. לטענתם, השיקולים שהנחו את התביעה להסכים להסדר הטיעון עם הנאשמים האחרים, צריכים היו להנחותה גם בבקשתה לגזירת עונשיהם שלהם; והשיקולים שהנחו את השופט עדיאל, שלא לחרוג לחומרה מן העונשים שהתבקשו מידו על-ידי התביעה (על-פי הסדר הטיעון) ביחס לנאשמים האחרים, צריכים היו להנחות את בית-המשפט אשר דן בעניינם, שלא להכביד כולי האי בקנסות שהטיל עליהם ושלא לגזור על בורוביץ, על לוי רחמני ועל נגה רחמני עונשי מאסר בפועל. לטענתם, על אף ההבחנות הקיימות בין נאשם שהורשע לאחר שמיעת ראיות לבין נאשם שהורשע על יסוד הודאתו ועונשו נקבע על-פי בקשת התביעה במסגרת הסדר טיעון, עקרון אחידות הענישה מחייב לשמור על יחס מידתי והוגן בין העונשים הנגזרים על נאשמים שהואשמו באותן עבירות. על-כל-פנים, בפרשתם לא הייתה הצדקה להבחין לעניין העונש בינם לבין הנאשמים האחרים. ראשית, לנוכח זיכויים מכמה פריטי אישום שהנאשמים האחרים הורשעו בהם; שנית, הואיל וגם במשפטם לא הוכחו היקף הנזק שנגרם לציבור כתוצאה מן ההסדרים הכובלים, ואף לא טובות ההנאה שלטענת התביעה הניבו ההסדרים לחברות הביטוח; ושלישית, לנוכח קביעת בית-המשפט, כי בהליך הפלילי שננקט נגד הנאשמים האחרים הייתה משום "קפיצת מדרגה" ברמת האכיפה הפלילית של חוק ההגבלים. בהקשר זה טענו, כי משלא נקבע שעבירותיהם היו חמורות מן העבירות שבהן הורשעו הנאשמים האחרים, היה על בית-המשפט להימנע מהענשתם בקנסות כבדים ובמאסרים ממשיים, שכן בכך הייתה (מבלי שהתקיים צידוק ענייני לדבר) משום "קפיצת מדרגה" נוספת.

190. המדינה חלקה מכול וכול על טענת המערערים, שמן הראוי היה להשוות את עונשיהם לעונשי הנאשמים האחרים. לזכות הנאשמים האחרים נזקפה הודאתם במעשים, שחסכה משאבים ציבוריים וזמן שיפוטי רב. מכך אין המערערים זכאים ליהנות, מה גם שנגדם הוכחו גם עבירות נוספות שכלל לא יוחסו לנאשמים האחרים. בערעורה על קולת העונשים טענה המדינה, כי העונשים שנגזרו על המערערים אינם הולמים את נסיבותיה החמורות של הפרשה הנדונה; כי בקביעת עונשיהם של המערערים ייחס בית-המשפט משקל מופרז לעונשים שנגזרו על הנאשמים האחרים, בעוד שלנסיבות המחמירות שנקבעו לחובתם בהכרעת-דינו לא ייחס משקל ראוי.

בכלל הנסיבות, שלטענת המדינה הצדיקו החמרה ניכרת בעונשיהם של המערערים, צוינו: היקפם של ההסדרים הכובלים וריבוי התיאומים האסורים שנערכו במסגרתם; אורך התקופה שבמהלכה נעברו העבירות; אכיפתם האינטנסיביות של ההסדרים הכובלים; והנזקים העצומים שנגרמו לציבור בגינם. כן נטען, כי היה על בית-המשפט המחוזי להתייחס ביתר חומרה לעובדה שהקרטל נעשה בשוק הביטוח, שהוא שוק חיוני מאין כמותו לכלל הציבור, וכן לעובדה כי בגבשם את ההסדרים הכובלים ניצלו המערערים לרעה את אמונו של ציבור המבוטחים בחברות הביטוח. לנוכח היקפו חסר התקדים של הקרטל שעניינו הועמד לבירור, וגודל הנזק שהסב לענפים משקיים שונים, לא ניתן היה להשוות בין ההליך שננקט נגד המערערים לבין הליכים פליליים שננקטו לפי חוק ההגבלים בעבר. לפיכך, טענה המדינה, אף לא היה זה נכון לראות במה שכונה "קפיצת מדרגה" באכיפת חוק ההגבלים, שיקול המצדיק להקל בעונשם של המערערים. עוד טענה המדינה, כי הקנסות שהוטלו על המערערים אינם משקפים את חומרת עבירותיהם ואינם עומדים ביחס סביר לנזק העצום שהקרטל הסב לציבור. הטלת קנסות בסכומים מתונים על עבירות לפי חוק ההגבלים, הזהירה המדינה, עלולה לעודד ביצוע עבירות מסוג זה, שההחלטה לבצען הינה בגדר החלטה עסקית ששיקולי רווח והפסד ניצבים ביסודה. ואף שבמקרה הנדון לא הובאה ראיה לשיעורו המדויק של הנזק אשר נגרם בעטיו של הקרטל, הרי שלדעת המדינה, היה בידי בית-המשפט לאמוד את שיעורו בעשרות מיליוני שקלים ולהשית על איילון (מכוח סמכותו לפי סעיף 63(א) לחוק העונשין) קנס ששיעורו פי ארבעה מגובהו המשוער של הנזק. ביחס לבורוביץ, לוי רחמני ונגה רחמני, טענה המדינה, כי חומרת מעשיהם, מעמדם הבכיר בחברות הביטוח וטובות ההנאה שהפיקו מעבירותיהם מחייבים להטיל עליהם עונשי מאסר בפועל לתקופה ממושכת.

191. על חומרת עבירות ההגבל העסקי, שעניינן בתיאום מחירים ובחלוקת שוק בין ספקים מתחרים, אין צורך להכביר מילים. בעבירות אלו טמון פוטנציאל לפגיעה קשה בתחרות החופשית, ובכוחן לשלול מן הציבור את זכותו ליהנות מיתרונותיה הרבים של התחרות המתבטאים בהפחתת מחירים, בשיפור איכות המוצרים ובהקצאתם היעילה של המקורות במשק. במיוחד אמורים הדברים בעבירות מסוג זה הכורכות גם גרימת נזק כלכלי בפועל לצרכנים ואף פגיעה ברווחת המשק כולו.

משום חומרתן היתרה של העבירות מסוג זה, העונש שככלל יש להטיל על מבצעהן ראוי לו שיכלול הן קנס בשיעור גבוה, שמטרתו לפגוע בכיסו של המבצע, שנשא את עינו להשגתה של טובת הנאה פסולה, והן מאסר בפועל שלא על דרך עבודת שירות, שמטרתו כפולה - לבטא את החומרה שבה מתייחס בית-המשפט לעבירות מסוג זה ולהרתיע את כלל ספקי הסחורות והשירותים מפני ביצוע עבירות דומות. יפים לכאן דברי השופט דורנר:

בעקרון, העונש ההולם בעבירות כלכליות הוא מאסר בפועל. מבצעהן של עבירות כאלה - אנשים שומרי-חוק בדרך-כלל, המוכרים בקהילותיהם כאנשים נשואי-פנים - אינם פועלים מתוך מצוקה כלכלית או סוציאלית, וכל מטרתם היא הפקת רווחים קלים על-חשבון הציבור. לעונש של מאסר בפועל אפקט מרתיע במיוחד כלפי מגזר עברייני זה (ע"פ 2919/02 אלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2002(3) 1865, פסקה 4 לפסק-הדין).

כן ראו: ע"פ 1042/03 מצרפס שותפות מוגבלת בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 721, 732; ופרשת סבירסקי, בעמ' 143-144.

חומרת העבירות שאותן ביצעו המערערים היא גלויה וברורה. מן העובדות שבית-המשפט המחוזי קבע בהכרעת-דינו עולה, כי המערערים - במטרה לשפר את מצבן הכלכלי של חברות הביטוח - גיבשו והפעילו הסדרים כובלים בענפי ביטוח שונים. בכך הרעו את תנאי הביטוח שהוצעו בעבר לציבור המבוטחים. שיעור הנזק הכספי, שאותו גרמו ההסדרים הכובלים לציבור המבוטחים, לא הוכח במדויק; ובנסיבות העניין אף איננו רואים צורך לקבוע שאכן נגרם נזק או את גובה הנזק שנגרם; שכן חומרתן היתרה של העבירות נגזרת גם מהיקפו התיאורטי של הנזק הפוטנציאלי. לפנים מן הצורך נוסיף, כי הדעת לכאורה נותנת שאמנם נגרם לציבור המבוטחים נזק ממשי. כך לכאורה מתחייב מריבוי ההסדרים, שהקיפו תחומי ביטוח חיוניים לחלקים נרחבים באוכלוסייה הכללית, ומן האמצעים שננקטו לאכיפתם

הרחבה. למעשי המערערים נודעת חומרה רבה גם מן הפן המוסרי, שכן במעשיהם ניצלו המערערים לרעה את אמונם ותלותם של המבוטחים בחברות הביטוח.

192. חומרת מעשיהם של המערערים, כשלעצמה, אכן הצדיקה - כטענת המדינה בערעורה - החמרה ניכרת בעונשיהם וחיובם של שלושת נושאי המשרה שביניהם לשאת גם בעונשי מאסר לריצוי בפועל שלא בדרך עבודות שירות. בצדק, לדעתנו, טענה המדינה כי העונשים שנגזרו על הנאשמים האחרים, על-פי בקשת התביעה במסגרת הסדר הטיעון, אינם יכולים להוות אמת-מידה להענשתם של המערערים. עם זאת מקובלת עלינו גישתו של בית-המשפט המחוזי, שראה בעונשים אלה - לעניין העבירות שבהן הורשעו הן המערערים והן הנאשמים האחרים - נקודת מוצא שיש להתחשב בה כבאחד השיקולים שעל בית-המשפט להביאם בחשבון. זאת ועוד: כמו בית-המשפט המחוזי, אף אנו ראינו מקום להתחשב בשיקולים שבהם נמצא טעם להקלה בעונשי המערערים, ובהם רמת האכיפה הירודה של חוק ההגבלים בזמן הרלוונטי. בנוסף ראינו מקום להתחשב לקולה, מטעמי הגנה מן הצדק, בפגמים שבהם לקו מהלכי חקירתם של המערערים ובהתנהלות התביעה בהליך הראיונות שקיימה עם עדיה. במידת-מה התחשבנו גם במעורבותו של המפקח על הביטוח בקורות גיבושו של תעריף ביטוח הרכב לשנת 1991 ועדכון התעריף לשנת 1992, ובהשלכה האפשרית שהייתה למעורבותו על מודעותם של המערערים לטבעם הפלילי של מעשיהם. ובמידת-מה התחשבנו גם בהתארכות ההליך השיפוטי בעניינם, שלא המערערים לבדם הם הנושאים באחריות לגרימתה. ולבסוף, ייחסנו משקל לעובדה שבמסגרת ערעור זה זוכו המערערים מן העבירה שיוחסה להם בגין החלה מתואמת של תעריף הביטוח בענף הרכב לשנת 1992, שמשקלה ביחס לכלל העבירות איננו מבוטל, וכן מהרכיב העובדתי שעניינו בהפעלת לחץ על סוכני הביטוח שפעלו בשוק הקולקטיבים.

משיקולים מצטברים אלה החלטנו שלא להתערב בעונשי המאסר שהוטלו על בורוביץ, על לוי רחמני ועל נגה רחמני בבית-המשפט המחוזי. מאידך נראה לנו כי ראוי להגדיל את גובה הקנסות שהוטלו על שלושת המערערים הללו, שכל אחד מהם נטל חלק פעיל אם בגיבושם ואם ביישומם של ההסדרים הכובלים. בקנסות

שהוטלו עליהם אין משום מתן ביטוי מספק וראוי לחומרת מעשיהם. אילו עמדנו לקבוע את שיעורי קנסותיהם מעיקרה, נוטים היינו להטיל עליהם קנסות בשיעורים גבוהים בהרבה מאלה שקבע בית-המשפט המחוזי. אך משום מידתנו הרגילה, שלא למצות עם נאשם את הדין בערכאת הערעור, נסתפק בהכפלת סכומי הקנסות ובהתאמה יחסית של תקופות המאסר שנקצבו בגינם. בקנס שהושת על איילון לא נתערב, שכן זה נקבע באורח יחסי לקנס שהוטל על הפניקס; ובהיעדר ערעור מטעם המדינה על קולת עונש הקנס שהוטל על הפניקס, אין זה מן המידה להתערב בקנס שהוטל על איילון.

ההכרעה

193. אשר-על-כן, החלטנו לזכות את המערערים בע"פ 4909/02 ובע"פ 4917/02, מחמת הספק, מן העבירה שבעשיית הסדר כובל שענינה בהחלת המתואמת של שינויים בתעריף הביטוח בענף הרכב לשנת 1992, וכן החלטנו לזכותם מן הרכיב העובדתי שעניינו הפעלת לחץ על סוכני הביטוח בשוק הקולקטיבים. יתר חלקי ערעוריהם של מערערים אלה על הכרעת-דינו של בית-המשפט המחוזי נדחים, ומכאן שהרשעותיהם בעשיית הסדרים כובלים בענף ביטוח בתי-העסק, בענף ביטוח הרכב - בכל הנוגע לחלוקתו של שוק הקולקטיבים - ובענף ביטוח הדירות, נותרות על כנן. כן נותרת על כנה הרשעתם של המערערים בע"פ 4917/02 בעשיית הסדר כובל בענף ביטוח הצמ"ה.

אף ערעוריהם של מערערים אלה על חומרת עונשיהם נדחים, ואילו ערעורה של המדינה על קולת עונשיהם (בע"פ 4855/02) מתקבל בחלקו, כלהלן: הקנס שהוטל על איתמר בורוביץ מועמד בזה על 1,200,000 ₪, או ריצוי עשרים-וארבעה חודשי מאסר תמורתו. הקנס שהוטל על לוי רחמני מועמד בזה על 600,000 ₪, או ריצוי שנים-עשר חודשי מאסר תמורתו. והקנס שהוטל על נגה רחמני מועמד בזה על 300,000 ₪, או ריצוי שישה חודשי מאסר תמורתו. עונשי המאסר בפועל והמאסר על-תנאי שנגזרו על השלושה נותרים על כנם. כן נותר על כנו הקנס שהושת, על-פי גזר-דינו של בית-המשפט המחוזי, על איילון חברה לביטוח בע"מ (המערערת 1 בע"פ 4917/02).

194. הממונה על עבודות השירות יגיש לבית-המשפט תוך שלושים ימים ממועד שימוע פסק-הדין חוות-דעת עדכניות ביחס למערערים איתמר בורוביץ, לוי רחמני ונגה רחמני, ועם קבלת חוות-הדעת יובאו הערעורים לפני הרכב למתן החלטה משלימה.

ניתן היום, כ' באדר ב' תשס"ה (31.3.05)

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיא (בדימ')