

בית המשפט

ת"פ 287/98		<u>בית משפט מחוזי ירושלים</u>	
11/06/2003		לפני :	כב' השופטת מרים מזרחי

בעניין:

מדינת ישראל

המאשימה

באמצעות ב"כ היועץ המשפטי לממשלה

מרשות ההגבלים העסקיים

עו"ד א' פרקש הכהן

נ ג ד

1. מנורה (רמזורים) בע"מ - משפטה הסתיים בנפרד

2. מנורה איזו אהרון בע"מ - הוצאה מכתב האישום

3. יצחק איזו אהרון - משפטו הסתיים בנפרד

4. אלי אהרון - הוצא מכתב האישום

5. אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ

6. אברהם הרשלוס

ע"י ב"כ עו"ד ד' שינמן ועו"ד נ' רוטלוי

7. שי אופיר

ע"י ב"כ עו"ד א' קלגסבלד ועו"ד ש' קליינמן

הנאשמים

הכרעת דין

החלטתי לזכות את נאשמים 5, 6 ו-7 מהעבירות שייחס להם כתב האישום.

האישום

1. כתב האישום בתיק זה ייחס לנאשמים שנכללו בו חלוקת שוק ותיאום מכרזים בתחום אחזקת רמזורים, בניגוד **לחוק ההגבלים העסקיים**, **התשמ"ח-1988** (להלן: חוק ההגבלים העסקיים). משפטם של חלק מהנאשמים בתיק כבר הסתיים, על פי הסדר טיעון שהושג לאחר שמיעת ראיות: נאשמים 1 ו-3 הורשעו ודינם נגזר, והמאשימה חזרה בה מהאישום כלפי נאשמים 2 ו-4. נאשמות 1 ו-2 ייקראו להלן: **מנורה**.

נותרו בתיק **שלושה** נאשמים שבהם עוסקת הכרעת דין זו: הנאשמת 5, **אריאל**, שהיא חברה העוסקת בתחום הרימזור, מנהלה נאשם 6, **אברהם הרשלוס**, ועמם הנאשם 7, **שי אופיר**. הנאשם 7, הוא איש עסקים, אשר קיבל על עצמו תפקיד בורר בסכסוך עסקי בין הנאשמים 5 ו-6 מחד, ובין הנאשמים שמשפטם הסתיים מאידך (קבוצת מנורה), על פי הסכם בוררות שהושג ביניהם. בכתב האישום נאמר כי נאשמים 5 ו-6 יחד עם חברות **מנורה** ומנהליהן, היו צדדים להסדר כובל שיסודו בהסכם הבוררות. לנאשם 7 מייחס כתב האישום - לאחר שתוקן וחדל מלייחס לו מעמד של עבריין עיקרי - עבירת סיוע לביצוע העבירה ע"י הצדדים להסדר כאמור. על פי כתב האישום, ההסדר האמור לא נרשם ולא קיבל אישור כנדרש בחוק ההגבלים העסקיים.

2. העובדות המפורטות בכתב האישום הן, בעיקרו של דבר, עובדות אלו: בתקופה שבין 1992-1996, החברות **מנורה ואריאל** שיתפו פעולה באמצעות מנהליהן כדי להביא לחלוקת השוק ביניהן, באופן **שמנורה** תיתן שירותי אחזקת רמזורים בחיפה **ואריאל** בירושלים, זאת תוך תיאום הגשת הצעות למכרז 26/92, שהוצא ע"י עיריית חיפה (להלן - מכרז חיפה). ההסכם גובש בשטר בוררין שהובא לפני בורר מוסכם, הוא נאשם 7. הבורר שמע את הצדדים ביום 25.10.92, וביום 15.6.93 הוציא מתחת ידיו פסק בורר. בפסק הבורר עוגנה חלוקת השוק האמורה.

בגין מעשים אלו, המאשימה מייחסת לנאשמים 5 ו-6 עבירה על סעיף 47(1) **לחוק ההגבלים העסקיים** בצירוף סעיפים 2(ב)(3), 2(א) ו-4 לאותו חוק, ולנאשם 7 - עבירת סיוע לעבירות אלו, על פי ההוראות הנזכרות ובצירוף סעיף 31 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

3. הנאשמים 5 ו-6 אינם מכחישים כי אמנם גובשו בין **אריאל** לבין **מנורה** ההסכמות שפורטו בשטר הבוררין, והם אף מאשרים כי שני הצדדים קיימו את פסק הבורר שאימץ הסכמות אלו. ואולם, לשיטתם, אותן הסכמות אינן מקיימות את יסודות העבירות המיוחסות להם. לענין מכרז חיפה, הם טוענים, בין היתר, כי בהסכם הבוררות קיבלה על עצמה **אריאל** אך ורק להימנע מלנקוט אמצעים משפטיים כדי לסכל התקשרות בין מנורה לעירית חיפה, כאשר צפויה היתה מראש זכיית **מנורה** באותו מכרז. עוד טוענים הם כי ממילא נבצר מ**אריאל** להגיש הצעות למכרז חיפה, בשל מכשולים שהעמידה עירית חיפה עצמה כלפי התחרות בשוק אחזקת רמזורים. לגבי ירושלים טוענים הנאשמים 5 ו-6 כי הוסכם על העברת העבודה ל**אריאל** בקבלנות משנה, בגדר החוזה שהיה למנורה עם עירית ירושלים ובהסכמת העיריה. הסכמה כזו, טוענים הם, אינה מנוגדת לחוק ההגבלים העסקיים. כן טוענים נאשמים 5 ו-6 כי להסכמות לא היתה השלכה של ממש על התחרות, ולכן חל עליהם - אם יש בהן משום עבירה - עקרון **זוטי דברים**.

נאשם 7 מצטרף לטענות נאשמים 5 ו-6 ומוסיף כי לא היה מודע לקיום היבט פלילי להסכמות שהושגו בין הצדדים לבוררות, וכי, מכל מקום, עומדת לו חסינות משפטית מפני העמדה לדין, היא החסינות העומדת לרשות השופטת.

-

רקע עובדתי

4. בתקופה הרלוונטית לכתב האישום, דהיינו - בשנים 1992-1996, פעלו בארץ בתחום הרימזור החברות **אריאל ומנורה**, חברת **וימאזור בע"מ** (שנאשם 6 היה גם מבעליה), חברת **ר.ס. תעשיות בע"מ** (להלן ר.ס.), וחב' **סיגנלור** (להלן "סיגנלור"). **שי אופיר** עסק בתקופה זו בתחום אחר - באספקת מוצרי חשמל, **ואריאל ומנורה** היו לקוחותיו, בין רבים אחרים. **שי אופיר** הוא אחד הבעלים ומנהל בחברה הפועלת כסיטונאית למוצרי חשמל (קבוצת לב אופיר).

5. אין מחלוקת כי להסכמות שגובשו בשטר הבוררין קדם סכסוך ממושך בין **אריאל למנורה**. ראשיתו של הסכסוך בזכייתה של **מנורה** במכרז 28/83 של עיריית חיפה, שיצא בשנת 1983. קודם לכן תחזקה **אריאל** את רוב מערכות הרימזור בחיפה. נאשם 6, **הרשלום**, סבר כי ביסוד זכייתה של **מנורה** במכרז מ-1983 מונח מידע שקיבלה מעובד של **אריאל**, מר **שרון פתאל**, ש"ערק" ושיתף פעולה עם מנהל **מנורה**, **איזו אהרון**. **אריאל** "איבדה" אז את אחזקת כ-30 צמתים בחיפה. כתוצאה מכך התפתח בין **אריאל למנורה** סכסוך, שהביא לתחרות עזה. לתחרות זו היתה השפעה על כלל המחרים בענף.

6. עיריית חיפה יצאה בשנת 1987 במכרז נוסף (מכרז 12/87) לביצוע עבודות אחזקה, פיקוח, החלפה, התקנה ושינויים במערכת הרמזורים בעיר חיפה, שגם בו זכתה **מנורה**. המכרז בוטל על-ידי העיריה בשל פגמים שונים שנפלו בהליך הקשור בו. **מנורה** עתרה לבג"צ כנגד החלטת עיריית חיפה לבטל את המכרז. במסגרת ניסיונות הפשרה לעניין הליך זה פעלה עיריית חיפה כדי להשיג פטור מעריכת מכרז לעבודות רימזור בעיר חיפה, ובתמורה חזרה בה **מנורה** מעתירתה.

חב' **אריאל** - ועמה מתחרים אחרים כגון **סיגנלור** - הפנתה משאבים רבים כדי לסכל את ניסיונות העיריה להשיג פטור מעריכת מכרזים (פרו' מיום 5.9.01

עמ' 40), בכלל זה ננקטו הליכים משפטיים שונים שהמעורבים בהם היו **אריאל, מנורה** ועיריית חיפה (ראו פרו' שם, והמסמכים הרלוונטים במסגרת הקלסר ת/37). בכלל אותן התדיינויות יצוינו: בג"צ 4672/90, ה"פ (מחוזי חיפה) 546/92, ה"פ (מחוזי חיפה) 680/92 ת/37). **אריאל** פנתה גם לגופים ממשלתיים שונים: לשר הפנים, למבקר המדינה, לנציב תלונות הציבור, למנכ"ל משטרת ישראל (שם). בסופו של מסע משפטי ארוך, קיבל בית המשפט הגבוה לצדק את עתירותיהן המאוחדות של **אריאל וסיגנלור** וביטל את החלטת העיריה לפעול בפטור ממכרז (בג"צ 5011/90, 4672 **אריאל הנדסת חשמל ומזורים ובקרה בע"מ נ' עיריית חיפה ואח'**, פ"ד מו (3) 267). בתגובה חידשה **מנורה** את עתירתה הראשונה כנגד עיריית חיפה במטרה למנוע מהעיריה שוב מלצאת במכרז (ה"פ 546/92, ת/37). **אריאל** הגיבה בפניות נוספות לערכאות (האחרונה שבהן ה"פ (מחוזי חיפה) 680/92, ראו ת/37) - ובסופו של דבר יצאה עיריית חיפה במכרז 26/92, מכרז להחזקת רמזורים, הוא **מכרז חיפה**. באת כח המאשימה כותבת לעניין זה בסיכומיה: **"מלחמתה של אריאל למימוש זכותה להתחרות בעיר חיפה נשאה פרי"**, וזאת לאחר שאריאל **"השקיעה משך כעשר שנים משאבים בלתי מוגבלים כדי שיערך מכרז חדש שיחזיר לידיה את חיפה"**.

7. ביום 25.10.92, יומיים לפני תום המועד להגשת ההצעות למכרז **חיפה** (שנקבע ליום 27.10.92), הושג בין **מנורה** הסכם בוררות. קדמו להשגתו מגעים בין הניצים, שנתמכו על-ידי מאמציו של **אדורם**, בעליה של חב' ר.ס., למנוע את הימשכות המלחמה ביניהם. **אדורם** העיד כי מלחמת המחירים הביאה לכך שבאזורים מסוימים המחירים בענף כולו ירדו לרמה בלתי סבירה, והגיעו ל"שקל לפנס" בשל כך, לדבריו, הציע למנורה ול**אריאל** בהזדמנויות שונות **"להגיע למנוחה ולנחלה משום שמשקל לפנס רמזור אף אחד לא יכול הרבה להרוויח"** (פרו' מיום 7.12.99 עמ' 72).

8. נאשם 7, **שי אופיר**, קיבל על עצמו להיות בורר בין שתי החברות ללא כל תמורה. מחומר הראיות עלה כי, אין זו הבוררות היחידה בה שימש בורר. בשל מוניטין שרכש בין אנשי עסקים, פנו אליו גם אחרים לקבלת סיוע דומה, תוך שסמכו על שיקול דעתו ויושרו.

9. לפני נאשם 7 הובא שטר בוררין (ת/35) שהוכן ע"י הצדדים לבוררות מראש. הצדדים לשטר היו **מנורה, אריאל, איזו אהרון, אלי אהרון** (בנו של איזו אהרון) וכן **אברהם הרשום**. על-פי השטר, הצדדים הסכימו למסור את הכרעת הסכסוך ביניהם "**לפסיקתו הבלעדית הסופית והמחייבת של מר שי אופיר**", כבורר. בסעיף 3 לשטר נקבע, שהבורר יקבע את הסכומים אותם על חברות **מנורה** ומנהליהן לשלם ל**אריאל** ולמנהלה ואת תנאי התשלום. בסעיף 7 - שבו, לטענת המאשימה, עוגנה הסכמה בדבר יציאת מנורה מירושלים לטובת **אריאל** - נקבע כי הבורר יהא מוסמך להציע פשרה או ליתן פסק דין באם הצדדים לא יגיעו לפשרה, ויהא רשאי לקבוע בפסק דינו כי כחלק מתשלום החוב "**ימסרו עבודות שונות לפי קביעת הבורר לביצוע על-ידי אריאל ו/או וימאזור בע"מ או לכל גוף אחר לפקודת אריאל**". בסעיף 10 נאמר שהבורר יסיים את הבוררות תוך זמן קצר וסביר ככל האפשר ולא יאוחר מתום 6 חודשים ממועד קבלת תפקידו. בסעיף 13 לשטר - הנקשר לטענת המאשימה בדבר "**מסירת**" חיפה למנורה - נכתב:

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

ב. להבטחת קיום התחייבותם של אריאל ו/או הרשום כאמור בס"ק א' לעיל, תפקיד אריאל בתוך __ ימים מיום חתימת שטר בוררין זה, בידי הנאמנות של הבורר, כתב

ערבות בנקאית אוטונומית ובלתי מותנית בסך של ____ ש"ח, צמוד למדד המחירים לצרכן (להלן - "המדד"), לטבות מנורה איזו אהרון (להלן - "ערבות אריאל").

ג. ערבות אריאל תיעשה למשך 3 חודשים ותוקפה יוארך מעת לעד עד לחתימת הסכם לביצוע עבודות מיכרז חיפה בין עיריית חיפה לבין הזוכה במיכרז. במידה ועד ל-20 יום לפני פקיעת תוקפה על ערבות אריאל, לא יוארך תוקפה ל-3 חודשים נוספים, ימסור הבורר את ערבות אריאל לידי מנורה איזו אהרון, אשר תהא זכאית לחלט את ערבות אריאל ולגבות את שכומה, מבלי שתהא לאריאל ו/או להרשלום כל תביעה ו/או דרישה מאת קבוצת מנורה בשל כך, או מבלי שיהא בכך כדי לגרוע מכל סעד העומד לקבוצת מנורה כלפי אריאל ו/או הרשלום על-פי כל דין ו/או פסק הבורר.

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

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

ו. חתימת הצדדים על שטר בוררין זה, מהווה מתן הוראות בלתי חוזרות לבורר לפעול כאמור לעיל."

סעיף 13 לשטר, עסק אפוא בהתחייבות אריאל להימנע מלהתקשר עם עיריית חיפה ובמתן ערבות בנקאית להבטחת התחייבות זו. בשטר גם נכתב, בסעיף 14 (הנקשר כאמור על-ידי המאשימה למסירת ירושלים לאריאל) כי הצדדים מפקידים במעמד חתימת השטר מסמכים "לרבות מכתבים המודיעים

לרשויות שונות על העברת עבודות שונות מאת מנורה איזו אהרון לידי אריאל ו/או לידי וימאזור", וכן "מכתבים המבקשים מרשויות שונות לשחרר את מנורה איזו אהרון מביצוע עבודות על-פי הסכמים שנערכו בין מנורה איזו אהרון לבין אותן רשויות (להלן - "מכתבי הביטול")." סעיף 15 לשטר הבוררים מתייחס לערבות בנקאית אוטונומית ובלתי מותנית שתופקד על-ידי מנורה. ערבות זו מלכתחילה אמורה היתה להינתן למשך 12 חודשים כאשר צוין שתוקפה יוארך מעת לעת "עד לגמר כל התחייבויות קבוצת מנורה" על-פי שטר הבוררין, וכן עד ל"גמר מילוי כל התחייבויות קבוצת מנורה כלפי אריאל ו/או הרשלום לפי פסק דינו של הבורר". הערבות אמורה להיות מוחזרת על-פי החלטת הבורר כאשר תנוח דעתו שקבוצת מנורה קיימה את כל התחייבויותיה כאמור. בסעיף 16 לשטר הבוררים נכתב כי ההסכם ייכנס לתוקפו "לאחר שמי מקבוצת מנורה יקבל את אישור ראש העיר לזכייתה במכרז 26/92 או שייחתם החוזה בגין המכרז כאמור".

10. נאשם 7 חתם גם הוא על שטר הבוררין. ברם, חומר הראיות מלמד כי לא זו בלבד שהוא לא ניסח את השטר, אלא שהוא גם לא היה מעורב במשא ומתן שקדם להכנתו. עיקר הסכסוך הוצג לפניו בפניה טלפונית, כמה ימים לפני ישיבת הבוררין. הצדדים לשטר הבוררין נזקקו לו, למעשה, אך ורק בנושאים שהובאו להכרעתו, כפי שפורט בשטר - דהיינו, קביעת דרך הפיצוי שתסיים את הסכסוך המתמשך - ולא נועצו בו לגבי תוכנו. לשון אחר - להסכמות בדבר תוכן השטר הגיעו הצדדים לשטר קודם שהביאו את הענין לפניו. כהגדרת איזו אהרון: "מה שנשאר בינינו בעצם נשאר לקבוע רק את הסכום" (פרו' מיום 8.11.00 עמ' 13, וראו גם דברי הרשלום פרו' מיום 10.9.01 עמ' 20).

11. במהלך ישיבת הבוררות, השמיעו הצדדים לפני נאשם 7 את טענותיהם. נאשם 6 העיד כי בישיבה זו הסבירו הצדדים לבורר במה מדובר (פרו' מיום 10.9.01

עמ' 66). על פי עדות **אמנון אדורס**, בעליה של חב' **ר.ס.** - שהגיע אל נאשם 7 באותו יום לצורך ישיבת בוררות אחרת ושמע חלק מהדברים שנאמרו בישיבה בה עסקינן - הישיבה נמשכה "**מעל שעה לבטח**" ובמהלכה "**שני בעלי הדין דיברו, רבו ביניהם**" (פרו' מיום 7.12.99 עמ' 87).

מפרוטוקול ישיבת הבוררות (נ/46), עולה כי נאשם 6, **הרשלוס**, טען אז שאריאל זכאית לקבל ממנורה 15% מהיקף העבודות שבוצעו על-ידי **מנורה** בעבר בעיר חיפה (שבה לשיטת **אריאל**, כאמור, זכתה **מנורה** במכרז "במרמה"), וכן סכומי כסף בגין חוב נוסף. הרשלוס הציע שאריאל תקבל סכום של מליון וחצי ש"ח, ובנוסף שמנורה תעביר להחזקתה צמתים המוחזקים על ידה. מדבריו של **הרשלוס**, כפי שנרשמו בפרוטוקול הנזכר, גם עלה, כי דרישתו הכספית האמורה הלמה את הערכתו כי **מנורה** ביצעה בעבר - בתקופה בה דחקה את **אריאל** מחיפה - עבודות בהיקף של כ-30 מליון ₪ והרווח שלה עמד על כ-30% מהמחזור. ממסמך שערך נאשם 6, **הרשלוס**, לקראת הדיון לפני הבורר (ת/57, מסמך "הפרטים"), עלה כי, בין השאר, חפץ להעלות בפני הבורר "**הסבר בקשר להחזקה של צמתים "שמנורה חייבת לאריאל" תמורת הצמתים שהועברו לו בחיפה**". גם איזו אהרון העיד כי **הרשלוס** ביקש פסיקת סכום של מליון וחצי ש"ח "**ובנוסף שמנורה תעביר להחזקת אריאל או לפקודתה צמתים במרכז ובדרום הארץ**" (פרו' מיום 6.12.00 עמ' 8).

באותה עת (ביום 25.10.92), שני הצדדים הפקידו בידי נאשם 6 ערבויות בנקאיות בסכום של 1,500,000 ש"ח. כן הפקידו את מכתבי הבלנקו הנזכרים לרשויות (כגון נ/49). מפרוטוקול ישיבת הבוררות עלה כי נמסרה לבורר הסמכות לשלוח את המכתבים האמורים לנמענים לפי שיקול דעתו.

12. בישיבת הבוררות הנוספת שהתנהלה באותו יום בפני הבורר, סמוך לאחר הישיבה שעסקה בסכסוך **אריאל ומנורה**, נטלו חלק **אדורס**, איזו אהרון וכן

מייק נוימן (מטעם **וימאזור**). בישיבה זו נבחנה יוזמת **אזורם** להביא להסדר חלוקת שוק ארצית בין חברות הרמזורים השונות. אין מחלוקת שתכנית זו הותנתה במפורש באישור הרשויות (סעיף 5 להסכם החלוקה, ת/17). **אזורם** ניסח טיוטת הסכם חלוקה (ת/16) בה מתחייבת כל חברת רמזורים שלא לחרוג מעבר לאזורי פעילות גיאוגרפיים מוגדרים. כן הועברו בין הצדדים מכתבים שונים לעניין העברת צמתים והחזקת משנה, ובאחד מהם מודיעה חברת **ר.ס** שבכוונתה לגשת למכרז 26/92, הוא מכרז חיפה. **התוכנית האמורה לא יצאה אל הפועל**, והמאשימה אינה רואה אותה כתכנית פלילית. אין מחלוקת, מכל מקום, כי נאשם 6, **הרשלום**, לא הסכים להשתתף בישיבה לעניין החלוקה הארצית בהסבירו כי אינו מוכן לעשות כן בטרם יפתר הסכסוך הספציפי בינו לבין **מנורה** בעניין העיר חיפה.

13. **למכרז חיפה**, הוא מכרז 26/92, לא הגישה **אריאל** הצעה משלה. לאחר המועד להגשת ההצעות נמסרה מטעמה לעיריית חיפה מעטפה שהכילה הודעה, לפיה אין ביכולתה להגיש הצעה רצינית מן הטעם שלא נמסרו לה הפרטים הדרושים להתמודדות במכרז. אין מחלוקת שכבר קודם למועד זה פנתה **אריאל** בבקשת פרטים טכניים לגבי הרמזורים שהותקנו בחיפה, ואולם אלה לא נמסרו לה על-ידי העיריה.

מנורה זכתה במכרז חיפה, ובדצמבר 1993 נחתם בינה לבין עיריית חיפה חוזה להחזקת מערכת הרמזורים בעיר חיפה (ת/13).

14. עם בחינת הצעותיהן של החברות שהשתתפו במכרז חיפה, התחוויר כי למכרז ניגשו החברות **ר.ס**, **וימאזור ומנורה** (ת/5). **אריאל**, כאמור, לא עשתה כן.

הצעתה של **מנורה** במכרז היתה ההצעה הזולה ביותר. ואולם הצעה זו היתה יקרה בלא פחות ממיליון ש"ח מאומדן העיריה לאותו מכרז. ועדת המכרזים החליטה על כן למנות ועדת משנה לצורך "**ניהול מו"מ עם חב' מנורה להורדת מחירים בפריטים בהם יש הפרשים בין האמדן לבין ההצעה**" (ת/12 עמ' 7). אומדני העיריות, כעולה מהראיות, מבוססים על ממוצע מחירים אותו שילמה העיריה במשך השנים שקדמו למכרז או על מחירי רשויות במכרזים דומים (ראו עדות **זאב גולדנברג** מעיריית ירושלים לענין חשיבות האמדן, פרו' מיום 8.5.00). הצעתה של **מנורה** היתה זולה אך במעט מהצעתה של חב' **ר.ס.**, ובוועדת המכרזים הועלתה תמיהה בקשר לכך שהרי **מנורה** לא היתה צריכה להחליף את מנגנוני הרמזורים, מאחר שהיא זו שהתקינה אותם ברמזורים הקיימים. חברת ועדת המכרזים, **פרופ' יהודית נאות** הסתייגה מהחלטת הועדה למסור את המכרז לידיה של **מנורה** (עדות **עומר שילה** פרו' מיום 7.12.00 עמ' 45). ביום 2.12.92 קיימה ועדת המכרזים ישיבה עם **מנורה** במגמה להביא להפחתה במחירים אבל זו הסבירה שאין ביכולתה לעשות כן למעט בפריטים בודדים. כאמור, בדצמבר 1992 נחתם החוזה בין **מנורה** לבין עיריית חיפה.

15. לאחר כריתת החוזה בין **מנורה** ובין עיריית חיפה, ביום 30.4.93, באמצעות נאשם 6, פנתה **אריאל**, ביום 30.4.93, אל נאשם 7 בדרישה שיחזיר לידיה את הערבות הבנקאית שהופקדה בידיו. נאשם 6 הסביר כי פנה לבורר להחזרת ערבותו מאחר ש"**אותו כבר לא חייב שום דבר**" (פרו' מיום 10.9.01 עמ' 70). הבורר גם נתבקש להורות ל**מנורה** לשלם את הכספים המגיעים ל**אריאל** ע"פ הסכם הבוררות.

16. פסק הבורר (ת/36) ביום 15.6.93, ובו קבע נאשם 7, כי מנורה תשלם לאריאל 1,150,000 ש"ח בתשלומים. הפסק מתייחס גם ל"צמתים נוספים" שימסרו על-ידי מנורה לאריאל. בסעיף 5 לפסק נאמר:

"לבורר אין התנגדות, כי מנורה רמזורים תמסור צמתים נוספים, מלבד אלו שיימסרו ע"פ הבוררות, או כל תמורה אחרת במקום החוב הכספי, ובלבד שהדבר יעשה בהסכמת שני הצדדים בכתב, וכי המסמך יימסר לבורר. בהסכמה יצוין איזו צומת או תמורה אחרת הועברו, באיזה מחיר, ובמקום איזה תשלום. הדבר יכול להיעשות גם על חלק מהחוב".

בסעיפים 7-11 מתייחס הבורר מפורשות להעברת צמתים ממנורה לאריאל בירושלים, כדלקמן:

"7. מנורה רמזורים תאריך את הערבות הבנקאית, שפגה ב 10/93 בשנה נוספת. לבורר אין התנגדות, שמיד עם העברת הצמתים בירושלים, הערבות תלך ותקטן בהתאם ליתרת החוב, שכוללת הצמדה, שחייבת מנורה לאריאל.

8. מנורה רמזורים תעביר את הצמתים המוסכמים על הצדדים בירושלים לא יאוחר מה- 1.1.94 לידי אריאל תוך תיאורם בין הצדדים (אריאל ומנורה), והדבר ייעשה תוך תיאום מראש עם עיריית ירושלים.

9. אין התנגדות לבורר, שתאריך העברת הצמתים בירושלים יסוכמו בין הצדדים באופן שונה מזה שנקבע על ידו, וזאת על מנת למנוע משני הצדדים נזקים מיותרים. אם יוסכם על ביצוע שינוי, יש להעלותו על הכתב, ולמסור את המסמך לבורר, לא יאוחר משלושים יום לפני ה- 1.1.94.

10. מנורה רמזורים תשלם לאריאל את סכום אחזקת הרמזורים בירושלים החל מתאריך 12.1.93 ועד לתאריך מסירת הצמתים על-ידי מנורה רמזורים לאריאל בירושלים כדלהלן...

11. עם העברתם של הצמתים בירושלים לאריאל, יוחלפו תוך זמן סביר, אך לא יאוחר מה- 31.12.94 כל המנוגונים מסוג MTC-3000 על-ידי אריאל, ויחוזרו למנורה בשלמותם, מבלי שתעשה בהם כל שימוש".

אין מחלוקת, שנושא העברת הצמתים בירושלים עלה לפני הבורר במועד קיום ישיבת הבוררות, כעולה מפרוטוקול ישיבת הבוררות (וגם ממסמך הפרטים). ואולם כאמור אין התייחסות מפורשת לנושא זה בשטר הבוררין.

17. מאז מכרז חיפה ועד היום, לא התקיימה התדיינות משפטית נוספת בענייני מכרזים בחיפה בין הצדדים לבוררות, ומנורה היא שזכתה בשני מכרזים מאוחרים יותר בהם יצאה עיריית חיפה, בשנים 1997-1998 (ת/65, ת/66).

18. נושאי הבוררות עלו שוב בשנת 1996. ביום 18.1.96 שלח נאשם 6 לנאשם 7 שלושה מכתבים (ת/56), שעסקו במחלוקות כספיות בין מנורה ואריאל בגין עבודות שאריאל ביצעה עבור מנורה בצומת אפק ובכפר הירוק. אחד המכתבים נוסח בלשון זו:

"לכבוד שי אופיר

כאן

הנדון: מכרזים בעיריית חיפה

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

נאשם 6 אישר כי במתן התחייבות זו, נענה לדרישת **מנורה**, ועשה כן כדי לקבל את סכום הכסף שהגיע לו הימנה. כדבריו: "**נכון, מנורה לא רצה לשלם את הכסף... והוא קשר את זה לדברים של העבר**" (פרו' מיום 10.9.01, עמ' 84).

בתשובה לשאלת בא-כוחו של נאשם 7 לענין השיחה שקדמה לשליחת המכתב, ענה נאשם 6 כי בשיחה מאותו בוקר לא דיבר עם הבורר בנושא תיאום המכרזים, והוסיף כי "ההדגש" בשיחה זו היה על סכומי הכסף ש**מנורה** לא שילמה (פרו' מיום 10.9.01, עמ' 32). באת כח המאשימה לומדת מהמילה "ההדגש" ש**גם** נושא התיאום הועלה בינו ובין הבורר באותה שיחה. מטעמו של נאשם 7 נטען כי מילה זו יש לפרש כמתייחסת להטעמה בתשובתו הקודמת (של **הרשלום**), שבה שלל שיחה שתוכנה תיאום המכרזים, ולא כמותירה מקום לאפשרות שהעלתה המאשימה. אציין כבר כאן כי פירוש זה לתשובת נאשם 6 בעדותו מקובל עלי. אוסיף כי נאשם 7 עצמו לא אישר בעדותו דבר קיום שיחה מוקדמת עם נאשם 6 בעניין תיאום המכרזים. הוא לא זכר את השיחה, ומדבריו עלה כי לא היה מודע לתפקיד שיעד לו נאשם 6 באותו מכתב, וגם לא ביקש לברר תפקיד זה לאחר קבלת המכתב (פרו' מיום 19.12.01 עמ' 113-116).

19. אעבור לעובדות הרלוונטיות לשוק הרמזורים בירושלים. אין מחלוקת כי בתקופה הסמוכה לפסק הבורר עמד בין **מנורה** לבין עיריית ירושלים הסכם שתוקפו עד לשנת 1997. ואולם בתקופה זו, פרט ל**מנורה** היתה עיריית ירושלים קשורה עם **אריאל ווימאזור**: **מנורה** התקינה והחזיקה 28 צמתים, **אריאל** התקינה והחזיקה 33 צמתים ו**וימאזור** (מקבוצת אריאל), התקינה והחזיקה 44 צמתים. ההסכמים של **אריאל ווימאזור** עם עיריית ירושלים עמדו

להסתיים ביום 30.4.93. עיריית ירושלים סברה אז כי יהא זה נכון לצאת בחבילת מכרזים אחת גדולה, לכל הצמתים בעיר, כדי להעצים את התחרות. ואולם התעורר קושי, מאחר שההסכם הקיים עם **מנורה** אמור היה לעמוד בתקפו עד 1997. לכן, בתיאום עם היועצת המשפטית של העיריה, הוחלט להאריך את ההסכמים הצפויים להסתיים עם **אריאל** ועם **וימאזור** כדי שהעיריה תוכל לסיים את שלושת ההסכמים יחד.

20. על-פי גרסת **מנורה**, פעילותה העסקית בירושלים באותה עת לא היתה רווחית (פרוי' מיום 8.11.00 עמ' 81). ביום 15.2.94, בסמוך למועד סיומם של ההסכמים (שהוארכו) בין עיריית ירושלים לבין חב' **אריאל ווימאזור**, פנתה **מנורה** במכתב לעיריית ירושלים (ת/32) שבו התלוננה כי מחירי ההחזקה בהם היא עובדת בירושלים גורמים לה להפסדים כספיים, וביקשה להעלותם.

21. מכתב זה דחף את עיריית ירושלים לצאת בשנת 1994 במכרזים ביחס לכלל הרמזורים: מכרז 17/94 ביחס ל-33 הרמזורים שהותקנו על-ידי חב' **אריאל**, מכרז 18/94 ביחס ל-44 הרמזורים שהותקנו על-ידי חב' **וימאזור**, ומכרז 19/94 ביחס ל-28 הצמתים שהתקינו חב' **מנורה**.

העיריה מצאה לנכון לאפשר למציעים במכרז להגיש הצעות מחיר בשתי חלופות. חלופה אחת כוללת החלפת מנגנון הבקרה (לאותן חברות שלא הקימו את הצמתים), והאחרת - ללא החלפת מנגנון, לאותן החברות שהקימו את הצמתים ולא היו זקוקות להחלפה כזאת. העיריה סברה כי העמדת החלופות תביא לידי ביטוי את היתרון היחסי של כל חברה בצמתים שהקימה (ת/30).

פליאתה של העיריה היתה גדולה כאשר במכרז 19/94, הנוגע לרמזורים שהותקנו על-ידי **מנורה**, היתה הצעת **מנורה** גבוהה יותר מהצעות החברות האחרות. הצעת **מנורה** עמדה על 9,665,406 ש"ח, ולעומתה הצעת **אריאל** עמדה על 6,369,015 ש"ח, ללא החלפת מנגנונים, ועם החלפת מנגנונים - על

6,833,770 ש"ח. הצעת **מנורה** היתה גם יקרה בלא פחות מאשר ב-3.5 מליון ש"ח מאומדן העיריה באותו מכרז. חברי ועדת המכרזים הביעו את חשדם כי מדובר בקרטל (ת/28, עמ' 10-12). העיריה גם הופתעה מכך **שאריל** הציעה חלופה ללא החלפת מנגנוני **מנורה** - דהיינו חלופה המניחה שימוש במנגנוני חברה אחרת. לכן הוחלט בעיריה שיש לבחון את הצעתה של **אריל**, כדי לברר כיצד זו תוכל לתחזק את המנגנונים של חב' **מנורה**, ובסופו של דבר, משיקולי בטיחות העדיפה העיריה לאשר את זכייתה של **אריל** במכרז, ע"פ חלופת ההצעה שכללה החלפת מנגנונים. ביום 28.7.94 החליטה ועדת המכרזים בעירית ירושלים על זכיית חב' **אריל**, ובין **אריל** ובין העיריה נחתם חוזה.

נאשם 6 אישר בחקירתו ובעדותו, כי בוצע פסק דינו של הבורר ביחס לעיר ירושלים ("כן בוצע הדבר לפי ידיעתי וזכרוני" - ראו עדותו, פרוטוקול מיום 10.9.2001, עמ' 73). **אריל** קיבלה לידיה את 28 הצמתיים שהיו בחזקת **מנורה** בירושלים, ואף זכתה בשני המכרזים האחרים שערכה עירית ירושלים, צמתיים שתוחזקו גם קודם על-ידי קבוצת **אריל**, ובכך תחזקה קבוצה זו את כל הצמתיים המרומזרים שהיו בירושלים באותה תקופה.

22. הסכסוך בין **מנורה** ו**אריל** בא איפוא על פתרונו. פסק הבורר קויים (פרו' מיום 10.9.2001, עמ' 71 ו-73). **ירושלים** תיאר את המצב שהשתרר בין הניצים כ"**שביתת נשק**".

המחלוקת העובדתית

-

23. הקשר בין אי השתתפותה של **אריל** במכרז חיפה (26/92) ובין ההסכמות שבבוררות, עולה בבירור ממסמכי הבוררות. על-פי לשון שטר הבוררין, **אריל**

קיבלה על עצמה להימנע מלחתום הסכם עם עיריית חיפה, דהיינו גם להימנע מלהציע הצעות במכרז כבסיס להתקשרות כזו. יתר על כן, על פי המוסכם בשטר הבוררין, נאשם 7 החזיק בערבות **אריאל** שאמורה היתה להבטיח את התנהגותה של זו בהתאם למוסכם. השבת הערבות אכן נעשתה לא לפני חתימת החוזה בין עיריית חיפה **למנורה**. המחלוקת בענינים אלו היא לגבי משמעות העובדות.

המאשימה רואה גם את זכייתה של **אריאל** במכרז נוסף שיצא בירושלים בשנת 1994 כפרי תיאום שיסודו בבוררות, וכך גם את יציאתה של **מנורה** מפעילות בירושלים. לשיטת באת-כח המאשימה, העובדות שתוארו לעיל, שרובן אינן במחלוקת, מלמדות שהצדדים לשטר קיבלו עליהם כבילה שעניינה חלוקת שוק (באופן **שמנורה** קיבלה את חיפה ו**אריאל** את ירושלים) ותיאום מכרזים לצורך החלוקה, וגם קיימו את הכבילה ע"י תיאום מכרז חיפה, ותיאום מכרז ירושלים מ-1994. באת-כח המאשימה מוסיפה שהצדדים חזרו ואישרו דבר קיום הכבילה בנוגע לחיפה, כעולה מהמכתב לבורר, ומכאן שהם לא הסתפקו בתיאום שני המכרזים - מכרז חיפה ומכרז ירושלים מ-1994 - אלא המשיכו והרחיבו את ההסכמה משנת 1992 בעיר חיפה, למכרזים עתידיים נוספים בעיר זו, והכל "**בניצוחו של הבורר**" (עמ' 56 לסיכומים). לטענת באת-כח המאשימה, המכתב אישר את ההתחייבות שקדמה למכרז חיפה, ולפיה החלטת **אריאל** אם להשתתף במכרז כלשהו הצפוי בעיר חיפה אמורה היתה להיות כפופה להחלטת נאשם 7.

עוד טוענת באת-כח המאשימה שהצדדים חזרו ואישרו דבר קיום הכבילה, וכי נאשם 7 היה "**אכפן**" ההסדר הכובל. לדבריה, בהסכמתו לשמש בורר, הסיר את מכשולי חוסר האמון בין הצדדים ואיפשר להסכם שביניהם, שכלל כבילות המנוגדות לחוק ההגבלים העסקיים, לקרום עור וגידים. לצורך זה העמיד לרשות הצדדים את משרדו (שבו קויימה הבוררות), ותרם להם מזמנו,

בין בישיבת הבוררות, בין בנותנו את פסק הבורר, ובין בעת שפנו אליו מדי פעם. באת-כח המאשימה מדגישה בהקשר זה את העובדה שנאשם 7 החזיק את ערבות **אריאל** (כמו גם את ערבות **מנורה**), ובכך הבטיח את מילוי התחייבותה שלא להתקשר בהסכם עם עירית חיפה.

אין מחלוקת בין הצדדים שהחברות **אריאל ומנורה** הן בגדר "מנהלי עסקים" כמשמעות מונח זה בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים. אין גם מחלוקת, שההסדר לא נרשם ולא קיבל אישור או פטור על פי חוק ההגבלים העסקיים. לאור האמור, טוענת המאשימה, כי יש להרשיע את הנאשמים בעבירות שיוחסו להם בכתב האישום, כאשר, לשיטתה, הוכח שנתמלאו יסודות העבירה.

הנאשמים 5 ו-6 חולקים על הטענה ששטר הבוררין כלל "כבילה" בדבר חלוקת שוק, וטוענים כי בפועל לא היתה לפעילותם כל השפעה על התחרות. הנאשם 7 מוסיף על טענותיהם טענות הקשורות למעמדו כבורר.

למחלוקות בין הצדדים, בנוסף לפן המשפטי, שייבחן להלן, יש גם פן עובדתי, ובו אדון תחילה.

א. המחלוקת לענין השוק בחיפה

24. המחלוקת לעניין חיפה עוסקת במשמעות ההוראה שעניינה ההתקשרות בין העיריה לבין נאשמת 5, **אריאל**. מטיעונם של באי כח נאשמים 5 ו-6 עולה כי אם משתמעת משטר הבוררין התחייבות של **אריאל** להימנע מלהתקשר עם עירית חיפה, הרי זו התחייבות "מיותרת" בעליל, מאחר שממילא לא היה ביד

אריאל להתקשר עם עיריית חיפה כעולה ממאפייני השוק בחיפה. עפ"י טענתם, האמור לענין זה בשטר בא לתאר את השלמת **אריאל** עם מצב של חוסר יכולת להתמודד במכרז, וההתחייבות האצורה במילים שנרשמו היא ההתחייבות להימנע מנקיטת אמצעים משפטיים במגמה לשנות מצב זה. לשון אחר, **אריאל** קיבלה על עצמה לחדול מלעשות **למנורה** "צרות משפטיות" כפי שעשתה, ללא לאות, בשנים הקודמות.

לענין חוסר היכולת של **אריאל** להתחרות בחיפה, מפנים באי כח נאשמים 5 ו-6 מפנים, בין השאר, לעדות **הרשלוס**, לפיה מאחר שעיריית חיפה לא העבירה ל**אריאל** מידע חיוני חרף דרישותיה, נבצר מ**אריאל** להגיש הצעתה למכרז:

"היה זה בלתי אפשרי להגיש הצעה, הלא אנחנו צריכים לתמחר סעיפים שאנחנו לא יודעים מה זה, ומצד שני אנחנו מבינים שהעירייה הביאה את חיפה לעובדה קיימת שיש שמה ציוד שאנחנו לא מכירים אותו, לא יודעים מה זה, העירייה לא אומרת" (פרו' מיום 5.9.01 עמ' 55).

וכן:

"יש להתייחס לתקופה שאנשי מנורה פחדו שמא אני אלך עוד פעם לבג"צ ואנקוט באמצעים משפטיים על מנת לעשות בעיות מחדש. למרות שלנו כבר היה ברור שבמכרז הזה לא ניתן להשתתף, הגענו למסקנה שהמכרז תפור וסגור כמה שלא ניתן לחדור, ולכן הגעתי למסקנה שעדיף לקבל את הפיצוי מאשר להמשיך להילחם הלאה" (פרו' מיום 5.9.2001, עמ' 59).

כן מפנים באי כח נאשמים 5 ו-6 בהקשר זה לדבריו של איזו אהרון, המלמדים כי אף שהיה ברור לו שחברת **אריאל** אינה מסוגלת לקחת על עצמה

את העבודות שלגביהן פורסם מכרז חיפה, ידע שהיא מסוגלת, באמצעים מסוג אלו שנקטה עד אותה עת, "לנצל בצורה צינית את הליכי המכרז הנדרשים על פי החוק" (מכתבו ת/38 עמ' 4).

איזו אהרון הבהיר בעדותו כי חשש שאחרי זכייתו במכרז יבואו "מכתבים" של **אריאל** שימנעו את החתימה של **מנורה** על החוזה (פרו' מיום 8.11.00 עמ' 27). יחד עם זאת, הבהיר כי ידע **שאריאל** אינה מסוגלת להתמודד עמו במכרז חיפה (פרו', שם, עמ' 69-66). בין השאר, התייחס לחוסר היכולת של **אריאל** להתמודד עם המורכבות של הציוד בחיפה ועם התלות בידע של החברה הגרמנית. לשון אחר, טוענים הסניגורים - הוא לא חשש מפני ההתמודדות עם **אריאל** במכרז עצמו, אלא מהצרות שתגרום לו אחר כך, כאשר ירצה לקצור את פירות המכרז ולחתום על חוזה עם עיריית חיפה, כאשר, כדבריו, "**סופי זה חוזה**" (פרו' מיום 6.12.00 עמ' 61).

באי כח נאשמים 5 ו-6 מדגישים לענין הבנת משמעות ההתחייבות שקיבלו עליהם הצדדים לשטר הבוררין, את החלק "הלגיטימי" שבהסכם, והוא - פתרון הסכסוך הכספי, שמקורו בזכיית **מנורה** במכרז בשנת 1983. סכומי הכסף שהסכימה **מנורה** לשלם מכח הסכם הבוררות, טוענים הם, שולמו, בעיקרו של דבר, כפיצוי בשל פגיעתה של **מנורה באריאל** בעבר (לקיחת" 30 הצמתים בחיפה), ולא בתמורה להתחייבות להימנע מההתקשרות עם עיריית חיפה. היה על **מנורה**, על-פי טענה זו, לשלם ל**אריאל** חלק הולם מרווחיה בגין הפעלת צמתים אלו בתקופה שחלפה מאז ההפסד במכרז, וגם "להחזיר" לה, ולו בירושלים, מספר צמתים מקביל לזה שאיבדה.

הבנת מכלול טענות נאשמים 5 ו-6 לענין משמעות ההתחייבות להימנע מההתקשרות עם עיריית חיפה - תלויה, איפוא, בשאלה האם היה ביד **אריאל**

להציע הצעה במכרז חיפה. שאלה זו תיבחן להלן, בפרק העוסק במאפייני השוק הרלוונטי.

ב. המחלוקת לענין השוק בירושלים

25. אשר לירושלים, המחלוקת נוגעת למשמעות ההסכמה בדבר "העברת צמתים", כאשר לשיטת נאשמים 5 ו-6 דובר על העברת צמתים במסגרת הסכם קיים בין **מנורה** לבין העיריה, דהיינו - צמתים שלגביהם כבר נקבע מחיר השירות. הנאשמים מכחישים את הטענה שהוסכם על תיאום הצעות למכרזים בירושלים, כדרך להעברת הצמתים.

על פי עדות **איזו אהרון**, נתבקשה הסכמת עיריית ירושלים לשלב את **אריאל** כקבלן משנה של **מנורה** (פרו' מיום 8.11.2000, עמ' 26). ברם, אין מחלוקת שבסופו של דבר לא הועברו העבודות בצמתים בירושלים לביצוע על ידי **אריאל** כקבלן משנה. גם אין מחלוקת שבפועל **מנורה** נטשה את ירושלים, ו**אריאל** זכתה במכרז שיצא בירושלים בשנת 1994. האם הדבר התרחש, כטענת המאשימה, כתוצאה מההתחייבות ל"חלוקת שוק" שיסודה בשטר הבוררין, ולאחר תיאום הצעות במכרז משנת 1994, או שהוא תוצאה של תהליך עסקי לגיטימי?

26. אוסיף ואפרט את העובדות הקשורות להתחייבות הקשורה לירושלים, להארת המחלוקת שבה מדובר. מדיוני הבוררות עולה כי **הרשלים** דרש כחלק מהפיצוי בגין סכסוך העבר **שמנורה** תשיב לו כ-30 צמתים כנגד אלו שנלקחו ממנו בחיפה בשנת 1983. באי-כח הנאשמים 5 ו-6 מסבירים כי **מנורה**, אשר ממילא החזיקה צמתים בירושלים במחירי הפסד, היתה מוכנה, להעביר "בעין" את

28 הצמתים שהוחזקו על ידה בעיר זו, בפרוצדורה של העברת עבודה לקבלן משנה, תוך קבלת הסכמת העיריה. לכן, כך נטען, הופקד בידי הבורר מסמך, כגון בקשה המופנית לרשות, שעניינה העסקת חברה אחרת (כקבלן משנה) (נ/49), והכל במסגרת החוזה התקף עם העיריה. נאשם 6, **הרשלוס הסביר** בעדותו כי אם עיריית ירושלים לא היתה מסכימה להעברה, היה על **מנורה** להעביר **לאריאל** את הרווח הצפוי מאותם צמתים (פרו' מיום 5.9.01 עמ' 74, פרו' מיום 10.9.01 עמ' 73 ו-נ/49) (מסמך ה"פרטים"), המדבר על פיצוי אם ההעברה לא תצא לפועל).

גרסה זו - לפיה מדובר בהעברת עבודה במסגרת קבלנות משנה - נתמכה ע"י כלל העדויות של המעורבים, והיא עולה בקנה אחד עם נוסח פסק הבורר, שבו נקבע כי ההעברה תבוצע **בהסכמת הרשויות**. אשר למניעים של **מנורה** להסכים להעברה כזו, הסביר **איזו אהרון** כי ההעברה הלמה את שיקולי הכדאיות של **מנורה**, שהשוק בירושלים גרם לה הפסד. כדבריו:

"הפסדנו הרבה כסף, החזקנו משרד שמה ותורנים ומחסנים ורכבים ואנשים וזה לא הצדיק את עצמו, אבל לא היה לי ברירה כי יש חוזה חתום אי אפשר לעזוב ... כתוב שהוא מקבל את ירושלים בהסכמת העיריה, ברור כי אני לא יכול להעביר דבר לא שלי..." (פרו' מיום 6.12.00 עמ' 18-19).

איזו אהרון תאר את מקור קשייו בירושלים במילים אלו:

"ההוצאות היו גדולות מאוד בירושלים, כי הייתי צריך לפתוח משרד שמה, להחזיק אנשים, להחזיק תורנים 24 שעות, גם בלילה צריך להיות תורן, השכרתי משרד, החזקתי רכבים, צוות שלם בשביל מספר צמתים... הפסדתי המון כסף..." (פרו' מיום 8.11.2000 עמ' 24-25).

וכן, ראו עדות **הרשלוס** לענין הפסד **מנורה** בירושלים, פרו' מיום 5.9.2001, עמ' 75-76.

מהראיות לענין זה עולה, כי בשל הצורך לשאת בנטל החזקת צוות קבוע בירושלים - כאשר מרכז הפעילות של **מנורה** היה במקום אחר - נעשה היחס בין ההוצאות להכנסות ההחזקה שלה בעיר זו, לבלתי רווחי.

27. כאמור, לא הועברו צמתים בירושלים על דרך קבלנות משנה, דהיינו - במסגרת החוזה הקיים עם העיריה. ואולם, **אריאל** תפסה את מקומה של **מנורה** באמצעות זכייה במכרז, שפורסם בשנת 1994. הצעת **מנורה** במכרז זה היתה גבוהה באופן משמעותי מהצעת **אריאל** - אף כי לא היה על **מנורה** להחליף מנגנונים, מאחר שדובר במכרז שהתייחס ל-28 הצמתים שהוחזקו על ידה בעבר (מכרז 19/94). המאשימה טוענת כי ההצעות למכרז תואמו, ובכלל זה המחירים הגבוהים של הצעת **מנורה**, והכל מכוח ההסדר הטמון בשטר הבוררין.

לשיטת המאשימה, צעד ראשון בכיוון זה נעשה במכתב ששלחה **מנורה** לעיריית ירושלים (ת/32, הנזכר לעיל), שבו התלוננה כי מחירי ההחזקה שבגדר התקשרותה עם העיריה גורמים לה להפסדים. באת כח המאשימה טוענת לענין זה כי שורת עובדות תומכת בכך שמדובר במהלך מתוכנן המשתלב עם תיאום ההצעות למכרז כנטען על ידה. תיאום זה עולה, לשיטתה, מהצעתה הגבוהה באופן בלתי סביר של **מנורה**; מהעובדה שבסופו של דבר הצמתים "הועברו" שלא בדרך של קבלנות משנה; ומהעובדה שה**ירושלים** אישר - חרף העובדה שלא היתה העברת צמתים על דרך קבלנות משנה - כי פסק הבוררות **בוצע** בהתאם לפסק הבוררין. המאשימה מצביעה בהקשר זה - כתומכת בטענת התיאום - גם על העובדה של**מנורה** היה תמריץ לגרום להעברת הצמתים מאחר שעד למועד העברתם שילמה ע"פ פסק הבורר מידי

חודש בחודשו, מאז ינואר 1993, תשלום העומד על כ- 7,000 ש"ח או 7,500 ש"ח, וגם התמודדה עם הכבדת עלות הערבות הבנקאית ל**אריאל**. עוד טוענת באת-כח המאשימה, שבפירושה לעובדות תומכת העובדה ש**אריאל** הגישה למכרז הצעה ללא החלפת מנגנונים ובסופו של דבר, גם תחזקה את הרמזורים שהותקנו על-ידי **מנורה** מבלי להחליף את המנגנונים, מעל לשנה לאחר זכייתה במכרז. לשיטתה, מדובר בעובדות תמוהות. כלל עובדות אלו, טוענת באת-כח המאשימה, הן בבחינת "ראיות נסיבתיות", המלמדות על תיאום ההצעות למכרז ועמו תיאום הסתלקותה של **מנורה** מירושלים.

28. לגירסת הנאשמים 5 ו-6, מלכתחילה התכוונו הצדדים להסכם הבוררות לקיים את פסק הבורר כלשונו, ולהעביר **ממנורה לאריאל** בקבלנות משנה את העבודה בצמתים, באישור עיריית ירושלים. ברם, מאחר שבמרץ 1994 החליטה העירייה לפרסם מכרז כולל ולהפסיק את ההתקשרות החוזית הקיימת בינה לבין **מנורה**, לא היה ביד **מנורה** להשען על החוזה הקיים ולהעביר במסגרתו את הצמתים. כדי לקיים את פסק הבורר, טוענים הם, היה על **מנורה** לזכות שוב במכרז, ולכן הגישה הצעתה למכרז שפורסם. אשר להצעת **מנורה** במכרז, ממשיכים הנאשמים וטוענים, זו הלמה את הפסדיה בירושלים בעבר, שנתמכו ע"י עדות **איזו אהרון** (ראו לעיל). הנאשמים מוסיפים כי טענת תיאום המכרז בירושלים הועלתה ע"י המאשימה ללא שמץ של ראיה והיא מבוססת על "**השערות, ספקולציות וסימני שאלה**". אשר לטענה בדבר הפרש הגדול בין מחירי ההצעות של **מנורה ואריאל** טוענים הנאשמים, כי דווקא הפרש זה מוכיח שגופים אלו לא ניסו להסתיר תיאום באמצעות הצעה, שלא תמשוך תשומת לב, ומכל מקום, מוסיפים הם, אין די בכך כדי לבסס טענת תיאום. באשר לאישור שנתן נאשם 6, **הרשלוס**, לכך שפסק הבורר בוצע גם בירושלים, מסבירים הנאשמים כי השאלה עליה השיב בחקירתו היתה האם הצמתים המוסכמים בירושלים הועברו ל**אריאל** בסופו של דבר, מבלי שהתכוון לאמר שפסק הבוררין קויים בדרך של תיאום בלתי

חוקי. אשר לעובדה שאריאל הגישה הצעה לתחזק את הצמתיים ללא החלפת מנגנונים, מפנים הנאשמים להסברו של הרשלוס, לפיו התכוון לכך שאם יהא צורך להחליף רכיבים יעשה זאת על חשבוננו, וזאת כדי להבטיח את הזכייה. ובאשר לעובדה שבתקופת הביניים הסמוכה לזכייתה תחזקה אריאל את הרמזורים, בהישען על מנגנונים של חברת מנורה - עד שהחליפה אותם במנגנונים משלה - מפנים הנאשמים, בין השאר, להסברו של איזו אהרון, לפיו מאחר שהתכוון מלכתחילה למסור את הצמתיים בירושלים לחברת אריאל כחלק מהפיצוי, שיתף פעולה עם אריאל לאחר שזו זכתה במכרז עד להחלפת המנגנונים (פרו' מיום 6.12.00, עמ' 84).

אחזור לשאלת משמעות עובדות אלו, לאחר בחינת מאפייני השוק.

מאפייני שוק הרמזורים בתקופה הרלוונטית

29. בחינת משמעות כלל העובדות למול הוראות חוק ההגבלים העסקיים, במיוחד בכל הנוגע להתחייבות שנגעה לפעילות בחיפה, מחייבת התייחסות למבנה השוק שבו פעלו מנורה ואריאל.

מהראיות שלפני עולה כי השירותים שנתנו חברות הרמזורים - התקנת הרמזורים והחזקתם - משלבים מאפיינים בטיחותיים וטכניים.

אשר למאפיינים הטכניים - הידע הטכני המיוחד לגבי הרמזור, שהיה נחלתה של כל חברה שהתקינה רמזור, קשר בין ההתקנה וההחזקה. החברה

המתחזקת היתה תלויה בחסדי החברה המתקינה, כל עוד מנגנון הרמזור נותר זה שהותקן ע"י האחרת. כדי לתחזק מנגנונים של מערכת אחרת, נדרש הידע הטכני המדויק והמפרטים הטכניים של אותה מערכת, ונדרשה יכולת השגת חלקי חילוף (ראו למאפיינים אלו עדות ד"ר הירש, פרו' מיום 6.6.99). היריבות בין חברות הרמזורים החריפה את סממניו של מצב זה, מאחר שהאחת לא שיתפה פעולה עם האחרת במסירת מידע וחלקי חילוף. משמע, ששומה היה על חברה שחפצה להיכנס לנעליה של מתקינת הרמזור, בהעדר שיתוף פעולה של החברה המתקינה - או בהעדר דרך אחרת לקבלת המידע או הציוד הדרוש - להחליף את המנגנון שברמזור.

מכלל הראיות גם עולה כי כדי לחבר מנגנון של חברה אחת **למרכז בקרה**, שבו גולם ידע של חברה אחרת, היה צורך לבצע התאמה תכנונית מיוחדת, דבר שגרם לתלות של החברה הנותנת שירות אחזקה בחברה שציידה את מרכז הבקרה. על כך ארחיב בהמשך.

30. ברי שלקשיים לתפעל רמזור השלכה מיידית על הבטיחות. בתקופה הרלוונטית הדריך את הרשויות החשש שמא קשיי החזקת הרמזור על-ידי חברה שאינה בעלת הידע והמכשור ההולם יביאו לתקלות בהפעלת הרמזורים, דבר שעלול לגרום לתאונות ולפגיעה בחיי אדם. גישה זו היתה נחלת הרשויות המרכזיות שעסקו בתחום זה, דהיינו העיריות ומע"צ.

מר **יום טוב** ממע"צ, אשר שימש, בין השאר, מהנדס תנועה ראשי וסמנכ"ל מע"צ לתחזוקה, הדגיש בעדותו את משקל ההיבט הבטיחותי בעיצוב עמדת הרשויות, שקשרה בין מתקין הרמזור לבין הגוף הנותן לו שירות אחזקה

(פרו' מיום 25.9.00 עמ' 28). מדבריו גם עלה כי שיקול זה ליווה את נושא

המכרזים :

"בשתי הזדמנויות בהם ניסתה מע"צ לפרסם מכרז - אחד בצומת גהה והשני בצומת מסובים לתחזוקה על-ידי גופים אחרים, הגופים האחרים נכשלו, כיוון שברגע של תאונה או תקלה לא יכלו לרכוש את הרכיבים הנחוצים והרמזורים נשארו ללא תחזוקה" (פרו', שם, עמ' 29).

עורכת הדין קונשטוק, המשנה ליועץ המשפטי של עיריית תל אביב, תיארה עמדה זו מנקודת מבטה של עיריית תל אביב, בציננה במכתב מאותה עת (נ/52 מיום 25.1.90) :

"התקנת ואחזקת רמזורים בעיר תל אביב יפו מבוצעת באמצעות 3 חברות, שזכו בזמנו במכרז. לדעתנו אחזקה והתקנה כרוכים זה בזה, וכדי להבטיח מינימום של בעיות הננו בדעה שאין לשנות המצב. בתחילת ינואר קיבלנו אישור משרד הפנים להמשך ההתקשרות עם 3 החברות הנ"ל...".

לשון אחר : גם בתל אביב גיבשה העירייה קו פעולה, לפיו חברות שהתקינו את הרמזור ימשיכו לתת לו שירות אחזקה מחשש לתקלות.

31. זו היתה גם הגישה בעיריית ירושלים. מנהל מדור הרמזורים בעיריית ירושלים ענה לתהיית חברת **מנורה**, בדבר המועד שבו יפורסם מכרז לאחזקת רמזורים בירושלים, במכתב מיום 11.1.90 (נ/44) כי הוחלט להאריך חוזים קיימים לתקופה בת **שבע שנים** בשל תלות הציוד הספציפי בתחזוקת היצרן או היבואן, וההיבט הבטיחותי של התקלות.

32. תכונות שוק הרמזורים בתקופה הנדונה, אשר היה בהן כדי להכביד על התחרות מלכתחילה, היו מובהקות ביותר בעיר חיפה, שבה משנת 1983 פעלה **מנורה** כנותנת שירות יחידה. **מנורה** החליפה את לוחות הפיקוד - המנגנונים - הישנים שברמזורים הקיימים, בלוחות מתקדמים. ואולם, הדבר המכריע התחרות באחזקת הרמזורים בחיפה היתה העובדה שב- 1989 הקימה העיריה, יחד עם **מנורה** כקבלן משנה של חברת **סיגנלבהאובר** הגרמנית (SBH), **מרכז בקרה** שבו הושקעו - על-ידי העיריה - כ- 2,000,000 מארק בציוד שנקנה בחו"ל או כ- 700,000 דולר (פרו' מיום 5.9.01 עמ' 43, **שמעון אטיאס** פרו' מיום 7.12.99 עמ' 57, המסמכים ש/19 ו- ש/23 בקלסר שינמן, **צדד** פרו' מיום 3.9.01 עמ' 82). הפעלת מרכז הבקרה היתה מורכבת מבחינה טכנית (**איזו אהרון**, פרו' מיום 8.11.00 עמ' 61). מצב זה, מטבע הענין, הקנה יתרון ל**מנורה** מאחר שלא היה ביד חברה אחרת לבצע את עבודות התחזוקה בהעדר ידע דרוש: ל**מנורה** היה חוזה בלעדיות עם החברה הגרמנית (עדות **פון זטטרו** 7.12.00, עמ' 73-75).

פרופ' **צדד**, מרצה בטכניון, שימש כיועץ ראש העיר חיפה לענייני תחבורה בתקופה הרלוונטית. מחוות דעתו מיום 7.10.90 (מסמך ש/19), עלה כי פרויקט מרכז הבקרה בחיפה נועד לענות על בעיות שליטה, בקרה ומידע של תנועה בחיפה, והמערכת שנבחרה, ע"י העיריה, היתה מושתתת "על מחשב גדול לעיבוד נתונים וקואורדינציה גרפית, ועל מחשבי זמן אמת המחברים למנגנונים ולגלאים בשטח". מחוות הדעת גם עלה כי עיריית חיפה העמידה דרישות קפדניות לעניין זה, והחברה הגרמנית עמדה בהן. לדברי **צדד** (שם), מכוח התקשרות זו, חיפה היתה "הראשונה ליישום וללמידת לקחים

ממערכת עתידית זו, כאשר חלקים ממנה (בעיקר אלמנטים של תוכנה) יפותחו בחיפה". גם בחוות דעת זו, הדגיש כי פרופ' צדר כי בשל מספר גורמים, מתקני המערכת והמנגנונים הינם הראויים ביותר לתחזק את הציווד. כדבריו - **"זוהי נקודה הנגזרת ישירות מהרצון לשמור הן על אמינות והן על תיפקוד נכון של המערכות"**. גם מחוות דעת זו עלה כי עמדת צדר - שעמדה ביסוד גישת העיריה - התמקדה בשליטת היצרן על זמינות חלקי חילוף ועל הידע החיוני לאחזקה היעילה ובכלל זה, התוכנה הייחודית. עוד עלה, כי ביסוד כלל השיקולים שהדריכו את העיריה, היתה מונחת הדאגה לבטיחות להולכי הרגל וכלי הרכב.

פרופ' צדר סבר שיש לייצב את המערכת הנסיונית והמתקדמת שנבנתה בשיתוף פעולה עם החברה הגרמנית SBH, ולהימנע ממכרז לפחות בשנים הראשונות של התקנתה (פרו' מיום 3.9.2001, עמ' 69). להערכתו, מערכת זו היתה ייחודית בתיחכומה.

בחוות דעת נוספת מיום 7.10.90 (ת/44 נספח לו) ציין צדר :

"כל הציווד בחיפה על 90 צמתים מרומזרים הוחלף לאחרונה בציווד חדש של החברה הגרמנית SBH, לאחר שבזמנו נבדק ביסודיות, ונגזרה המסקנה שזהו הציווד המתאים ביותר לדרישות עיריית חיפה, וכמו כן הינו מן המתקדמים ביותר בעולם".

וכן :

"לאור התחכום היחסי של הציווד בחיפה, אין אפשרות מעשית כיום לחברה כלשהי, מלבד SBH לתחזק ו/או לשנות חומרה ותוכנה בציווד הקיים. יש לציין כי המערכת בחיפה הינה ייחודית בתיחכומה... ולטובת ציבור המשתמשים ובטיחותם אין אפשרות כיום, לפי מיטב ידיעתי, להחליפה בכל מערכת רמזורים אחרת".

וכן :

"כתוצאה מפיתוח מערכת בקרת הרמזורים, אין לקבל בשום פנים מצב בו לא החברה שהתקינה את הרמזורים תתחזק את הציוד הקיים. לכן הכרחי לתחזק את הציוד הקיים עם נציגי SBH... " (שם, עמ' 3).

גישה זו עמדה ביסוד מסקנת עיריית חיפה, שעליה לקבל משר הפנים פטור ממכרז. כאמור, עמדתו של פרופ' צדק, שחזונו הדריך את העיריה, הושתתה על השיקול לפיו הקשר בין החברה המתקינה והמתחזקת חיוני (פרו' מיום 3.9.01 עמ' 88), ולכן, אין מקום למכרז העלול לשבש את הקשר האמור.

אותה גישה בוטאה במכתב מיום 27.2.90 שנשלח ע"י בא-כח עיריית חיפה, עו"ד יאראק, למשרד הפנים (ש/11), והדגיש את האופי המיוחד של עיריית חיפה בהקשר זה, הן מהיבט גודלה של העיר והן בשל קיומו של מרכז הבקרה החדיש :

"בעיריית ת"א הבהירו לנו (וזו גם עמדת ירושלים), כי לא יעלה על הדעת (מניסיון כאוב שלהם בעבר), שחברה אחת תתחזק רמזורים שהתקינה חברה אחרת... היקף המערכת בחיפה - להבדיל מהמצב בת"א - אינו מצדיק כיום פיצול העבודה, דבר שפירושו, בנוסף לכל, הוא גם החלפת מנגנונים שזה עתה הותקנו. התוצאה היא כי לא יעלה על הדעת לערוך מכרז לעבודות אחזקה של ציוד מנורה (סיגנל באוהובר) לבין חברות אחרות".

וכן :

"... לא יעלה על הדעת כי למערכת המקורית כיום כולה, כשלמות אחת, על ציודה האחד - ממרכז הבקרה החדש ועד לאחרון המנגנונים - יתווסף סרח עודף של צומת פה צומת שם ובו ציוד שונה שיותקן ויתוחזק על-ידי גורם אחר. הגודל של העיר לא מצדיק פיצול כזה, לכן אין מקום לעריכת מכרז גם על מעט הצמתים שאותם יש לרמזר בשנים הקרובות".

מודרכת ע"י השקפה זו, פעלה עיריית חיפה במשך שנים באופן עקבי ונחרץ, כדי למסור את עבודות ההתקנה ואחזקה של רמזורים לחברת **מנורה** בלבד (ראו גם ש/12 ו-ש/13), תוך שנתנה פומבי לעמדתה זו. **שמעון אטיאס** שהיה מנהל ענף הרמזורים בעיריית חיפה בתקופה הרלוונטית, אישר בעדותו כי משנת 1983 (**אטיאס**, פרו' מיום 7.12.99), היתה **מנורה** למעשה החברה היחידה שפעלה בעיר חיפה ורוב עבודות ההתקנה נמסרו לה, מצב שנמשך כאשר בשנת 1989 הקימה **מנורה**, בשיתוף פעולה עם החברה הגרמנית, את מרכז הבקרה של עיריית חיפה.

בתצהיר שהוגש לבג"צ 4672/90 - הוא אחד מההליכים שהוזכר לעיל לענין מלחמתה של **אריאל נ' עיריית חיפה ומנורה** - הדגיש פרופ' **צדור**, כי חברת **מנורה** היא "**ספק יחיד**" של החברה הגרמנית, וכי רק מנגנוני אותה חברה (SBH) והתוכנות שבפיתוחה "**מסוגלות לתת בשלב זה מענה מלא לכל הדרישות של המערכת כפי שהעירייה הציבה אותן, כולל תמיכה פונקציונאלית במרכז הבקרה**" (שם, סעיף 14, ש/20).

33. בהישען על שורה ארוכה של ראיות, שרק חלקן צוין לעיל - מבססים באי-כח נאשמים 5 ו-6 את טענתם, כי המצב ששרר בכל הארץ עד שנת 1994 היה למעשה מצב של העדר תחרות של ממש בתחום של **אחזקת** רמזורים, זאת כפועל יוצא ממדיניות מוצהרת של הרשויות המקומיות ושל מע"צ, אשר קשרה בין ההתקנה וההחזקה, משיקולי בטיחות. מדיניות זו נתמכה על ידי

משרד הפנים אשר הנפיק פטור ממכרזים לעניין זה. כך מע"צ פירסמה מכרז ראשון לאחזקת הרמזורים באוגוסט 1994, שבגדרו חויבו כל המשתתפים להחליף מנגנונים. יוזכר כי החוק בענין חובת מכרזים חוקק בשנת 1992. המכרז האמור היווה שינוי דרסטי בקונספציה שנהגה עד אז (**יום טוב**, פרו' מיום 25.9.00 עמ' 71). מדיניות מקובלת זו ברשויות המקומיות ובמע"צ, מדגישים באי-כח הנאשמים, היתה גלויה וידועה לכל המעורבים (עדות **יום טוב**, פרו' מיום 25.9.00 עמ' 28, עמ' 64 - 65).

כן טוענים באי-כח נאשמים 5 ו-6 כי לא זו בלבד שכדי להתמודד במכרז חיפה היה על **אריאל** להחליף מנגנונים, אלא שהתמודדות זו נעשתה בלתי אפשרית למעשה, בשל ההשקעה הכספית המשמעותית של עיריית חיפה במרכז הבקרה.

כאמור, עיריית חיפה השקיעה במרכז הבקרה האמור סכום המגיע לשני מליון מארקים. מהאמור לעיל עולה, לכאורה, שהתקשרות עם חברת רימזור שאינה **מנורה**, אשר לא יחא בידה לקיים את דרישות הקשר עם מכרז הבקרה, משמעותה היתה גם "ויתור" העיריה על השקעה זו. עמדתה של עיריית חיפה כנגד התקשרות עם חברות אחרות, נגזרה, איפוא, מהרצון לנצל את ההשקעה במרכז הבקרה, ניצול שהיה מתאפשר ע"י התקשרות עם **מנורה** דווקא, שהיתה סוכנת בלעדית של החברה הגרמנית.

34. עמדתה האמורה של עיריית חיפה, אילצה את **אריאל** להשקיע משאבים ניכרים במלחמה שתביא את העיריה לפרסם מכרז שיאפשר כניסתה המחודשת לחיפה. בחומר הראיות מצויים, בין השאר, מכתבי משרד עו"ד פירון בשם **אריאל** מ-1990-1991, לרשויות השונות, כנגד ההתקשרות של העיריה עם **מנורה** ללא מכרז (משרד הפנים, נציבות תלונות הציבור, מבקר המדינה, וראו ש/16, עדות **הרשלוס** מיום 5.9.2001, עמ' 44-49, ת/44 נספחים ו-לח).

בשל ביקורת מבקר המדינה, החליט משרד הפנים שלא להעניק לעיריית חיפה פטור ממכרז. חרף זאת, החליטה העירייה, בישיבת וועדת המכרזים מיום 14.11.90, לפטור עצמה ממכרז על-פי תקנה 3.4 לתקנות העירייה (מכרזים), על יסוד הטענה שלא ניתן להפריד בין התקנה לאחזקה. כתוצאה מכך, נחתם בדצמבר 1990 חוזה בין העירייה **למנורה**, שתוקפו הוארך עד 19.12.92. בעקבות פטור זה, עתרה **אריאל** לבית הדין הגבוה לצדק, בבג"צ 4679/90 הנזכר לעיל, נגד העירייה ו**מנורה** (ת/44), ובג"צ החליט ביום 14.5.92 לבטל את הפטור.

35. בעקבות פסק הדין שניתן כאמור ע"י בית הדין הגבוה לצדק, פירסמה העירייה את מכרז חיפה בו עסקינן. היה זה המכרז הראשון שיצא לאחר שנת 1987. בעיר חיפה, באותה עת, היו מותקנים כ-100 רמזורים מתוצרתה של חברת **מנורה** (איזו אהרון, 8.11.2000, עמ' 38). לא היה בידי העירייה למסור לחברות אחרות מידע לגבי הקשר בין הרמזורים למרכז הבקרה, ובכך לנטרל את היתרון של **מנורה**, שהיתה, כאמור, סוכנת בלעדית של החברה הגרמנית. לכן, בפועל, נבצר מאריאל להגיש הצעה של ממש, גם אילו החליפה מנגנונים. האופציה של החלפת מנגנונים לא היתה פותרת את בעיית הקשר עם מרכז הבקרה (**צדר**, 3.9.2001, עמ' 94). ברי, שלא היה ביד **אריאל** להשקיע בעצמה במרכז בקרה חלופי. לענין מכרז זה, העיד **צדר** כי לאחר שעיריית חיפה השקיעה כספים והפכה למעין מעבדת ניסוי לענין מרכז הבקרה, לא היה זה סביר שהיא תסכים להוריד את הרמה ולוותר על התקשורת בין המנגנונים לבין מרכז הבקרה (שם). עדות **צדר** גם הבהירה כי רק **מנורה** יכלה להשתתף במכרז באופן רציני (שם, 71, 73, 116, 121), כאשר היתה בו דרישה "**לעמוד בסטנדרטים של מרכז הבקרה שהקמנו**" (פרו', שם, 71). **צדר** קשר זאת גם

לחשיבות שיוחסה בעיריה לפיתוח המערכת של מרכז הבקרה, בהדגישו כי באותה עת טרם הושלם שלב זה (שם, 112).

36. הזמנה להציע הצעות למכרז **חיפה** פורסמה ב-4.10.92, כאשר המועד הסופי נקבע ליום 27.10.92. ביום 8.10.92 נערך סיור קבלנים. **אריאל** התאמצה, גם במהלך סיור זה, לקבל מהעיריה מידע טכני על מרכז הבקרה והחיבורים שלו לרמזורים בשטח, כעולה מהפרוטוקול של סיור הקבלנים שבו השתתף מטעמה **צירקל** (מסמך ש/31). גם בפניות נוספות לענין זה (מכתבים מ-13.10.92 ומיום 20.10.92), הבהירה **אריאל** כי לא יעלה בידה להגיש הצעה ללא הידע הטכני. בתגובה לפניות **אריאל**, הודיעה העיריה כי לא מצוי בידה הידע הטכני הדרוש (מסמך ש/30), וכי "**על הקבלן**" לדאוג להשיגו "**באמצעים המסחריים העומדים לרשותו**". בעדותו הסביר **צדד** (3.9.2001, עמ' 79), כי נבצר מהעיריה למסור את המידע הדרוש, בשל זכויות היוצרים שהוחזקו על-ידי החברה הגרמנית.

כתוצאה מכך, לא היה ביד **אריאל** לחבר את מנגנוניה למרכז הבקרה (צדד 3.9.2001, עמ' 90-89). ב-22.10.92, שלושה ימים לפני מועד ישיבת הבוררות, כתבה **אריאל** לעיריה שוב כי לא יאה בידה להגיש הצעה. **אריאל** חזרה על כך במכתבים נוספים (מסמכים ש/35, ש/39).

37. כאמור, נאשמת 5, **אריאל**, לא ניגשה למכרז. **מנורה** עשתה כן, וגם חברות **וימאזור ו-ר.ס.** אין מחלוקת ש**וימאזור** נרכשה על-ידי **אריאל**, אך הניהול באותה תקופה המשיך להיות של גורם אחר למשך שנתיים. הזוכה במכרז היתה **מנורה**, תוצאה שהיתה ברורה מאליה מאחר שלא ניתן לומר שלחברות האחרות שניגשו למכרז היו פתרונות לבעיית הקשר שבין הרמזורים למרכז הבקרה. לא באה לפני ראייה כזו. נהפוך הוא: מכלול הראיות מלמד שלא היה

להן כל סיכוי להתמודד עם **מנורה**, בשל בעיית הקשר עם מרכז הבקרה, ובכלל ראיות אלו עדות **הרשלום** בה שלל באופן עקבי את יכולת **אריאל** להתחרות במכרז, בשל חסרון הידע הטכני הדרוש להשתלבות עם מרכז הבקרה.

גם מחקירת **איזו אהרון**, עלה שנבצר מחברת רמזורים זולת **מנורה** להגיש הצעות למכרז. בלשונו:

"מעשית אין ל'מנורה' מתחרים על המכרז של עיריית חיפה בגלל ייחודיות הציוד. למרות שעיריית חיפה לא קיבלה את הפטור, ידעו כל חברות הרמזורים שאין להם סיכוי של ממש להצליח בחיפה כל עוד לא ישיגו מנגנון של הפירמה הגרמנית הנ"ל או מקביל לו בטיבו" (ת/38).

באת כח המאשימה הפנתה, מנגד, לדברים שאמר **איזו אהרון** בעדותו, המלמדים כי הוא לא ידע בוודאות שאריאל אינה יכולה לגשת למכרז. בתשובה לשאלה האם ידע ערב המכרז שאין אפשרות מעשית לאף חברת רמזורים, פרט ל**מנורה**, להגיש הצעה או להתחרות במכרז, ענה:

"אני לא יכול לאשר, לא יודע את הידע של האחרים, כדי לאשר דבר כזה צריך לדעת מי לא מסוגל, אני יודע שאני מסוגל" (פרו' מיום 8.11.2000, עמ' 64).

ברם, איני רואה מקום להעדיף את הגרסה המאוחרת האמורה שבאה בעדותו. הוכח מעבר לספק שמרכז הבקרה היה עובדה קיימת, ושרק ל**מנורה** היתה יכולת להתחבר אליו. אין ספק כי עובדות אלו היו מחוורות גם ל**איזו אהרון**.

מהאמור לעיל עולה כי, עובר ל**מכרז חיפה**, ניחנה **מנורה** בלבד ביכולת לעמוד בדרישות הטכנולוגיה שהוטמעה בציוד המורכב והייחודי שבמרכז הבקרה.

שליטת **מנורה** בעיר חיפה התעצמה, איפוא, בשל השקעת העיריה במרכז הבקרה. ב-1987 **אריאל** נטלה חלק במכרז והגישה הצעה משלה. אז השוק לא היה "סגור" בפניה, ודי היה שתחליף מנגנונים כדי שתוכל להשתלב בו. אך יותר מאוחר, ב-1992, השתנה המצב מיסודו, בשל השקעת העיריה במרכז הבקרה. אכן, פרופ' **צדק** העיד כי הוכן מכרז שוויוני בהתייעצות עם היועץ המשפטי לעיריה ("הכנו מכרז שוויוני ככל שיכולנו" פרו' מיום 3.9.2001, עמ' 115), ואף ציין גם כי באופן מעשי כלל החברות יכלו לגשת, אבל גם הוא הבהיר כי המכרז כלל דרישת עמידה "**בסטנדרטים של מרכז הבקרה**" (עמ' 71, שם). משמע, באופן אמיתי - לא היה שוויון, ו**מנורה** בלבד יכלה לעמוד בדרישות המכרז. באת כח המאשימה נשענת על דברי **צדק** בעדותו, לפיהם גם אם **מנורה** היתה צריכה לעשות פחות מאשר חברות אחרות כדי לעמוד ברמה הנדרשת, גם חברות אחרות יכלו "**לתת שוונג גדול יותר כדי לישר קו**" (פרו', שם, עמ' 71), ולהיכנס במחירי הפסד (121). אך דבריו אלו, של **צדק**, אינם מתייחסים לקושי של השתלבות עם מרכז הבקרה ואינם מתמודדים עמו. מדברים אחרים שאמר, עלה בעליל שהמחסום שעמד לפני חברה כמו **אריאל** היה בלתי עביר, בשל סדר הגודל של השקעת העיריה במרכז הבקרה. לשון אחר, לא היה בידה של **אריאל** להחליף את השקעתה העצומה של העיריה, בהשקעה משלה במרכז בקרה, ובוודאי שכך כאשר היה עליה להחליף גם מנגנוני הרמזורים שהותקנו על ידי **מנורה**. אוסיף כי, המאשימה לא הראתה בראיותיה כי היה ביד **אריאל** לפתור את בעיית הקשר עם מרכז בקרה הולם בהשקעה פחותה מזו שהשקיעה העיריה במרכז הבקרה.

אם כך, מאמציה של **אריאל** ליתן שירות אחזקת רמזורים בחיפה נכשלו, בהיתקלה במחסום בלתי עביר למעשה.

38. באת-כח המאשימה קושרת בין ההסדר הבלתי חוקי, הנטען, בין **אריאל ומנורה** לקשיים לתקצב את שוק הרמזורים, עמם התמודדו משרד התחבורה ומע"צ בתקופה הרלוונטית. כעולה מהראיות, משרד התחבורה נשא ב-70% בממוצע מהוצאות עבודות הרימזור ברשויות המקומיות, ומע"צ היתה אחראית על תחזוקת רוב הכבישים הבינעירוניים ומימנה את עלויות עבודת הרימזור בצמתים אלה (מתקציב ממשלתי). **הירש**, לשעבר המפקח הארצי לתעבורה והמהנדס הראשי של משרד התחבורה, התרשם בסוף שנת 1992 כי קיים פער משמעותי בין האומדן לבין ההצעות בדבר התקנת רמזורים (פרוי' מיום 6.6.99) וזו היתה גם התרשמות **יומטוב** ממע"צ (פרוי' מיום 25.9.00).

בשל רושם זה, יזם משרד התחבורה עריכת בדיקה ארצית ומקיפה לענין מחירי עבודות רימזור. הבדיקה נעשתה באמצעות חברת **נתיבי אילון** וזו פנתה למשרד מהנדסי תנועה בשם **נתן תומר מהנדסים** בע"מ. באת-כח המאשימה מדגישה בסיכומיה את משמעות העובדה שהרשויות היו מוטרדות מעליית המחירים - כמלמדת על המציאות בשטח - עד כדי כך שראו לנכון לפנות למומחים ולממן את בדיקת התופעה.

ממצאי הבדיקה הושלמו בסוף 1993, ולפיהם בחינת השתנות המחירים לאורך זמן מצביעה על עליה תלולה ברמת המחירים "**החל מספטמבר 1992**" (ת/22). כן הצביעו הממצאים על כך שהמחירים הגבוהים היו בעיריית חיפה והנמוכים ביותר - בעיריית תל אביב. בדו"ח נאמר גם כי לא נמצא הסבר הגיוני למחיר הגבוה בחיפה, כאשר מרכיב ההובלה, אשר יכול להצדיק תוספת עלות מסויימת בירושלים לחברות שלהן בסיס באזור תל אביב, אינו מסביר בחיפה את הענין, מאחר שבסיסה של **מנורה** נמצא באזור זה. בשל ממצאים אלו עיכב משרד התחבורה העברת כספי ההקצבה לעיריית חיפה.

באי כח הנאשמים מדגישים כי מעדות הירש עלה שהתרשמות הרשויות שקיימת עליית מחירים, התעוררה כבר באמצע שנת 1992, וכי עליית המחירים על-פי הדו"ח הסתמנה כבר בספטמבר 1992, דהיינו קודם לחתימה על שטר הבוררין. כמו כן מצביעים באי-כח הנאשמים על כך שהירש שיחרר את ההקצבה שיועדה לעיריית חיפה (יותר מ-2.5 מליון ש"ח) לאחר שהוצגה לו בדיקה מטעמה, המלמדת כי השוואת מחירי התקנת הרמזורים מוכיחה שהטענות שהועלו נגד תוצאות המכרז בחיפה אינן מבוססות. כן מדגישים באי כח הנאשמים כי הן חוות הדעת והן דברי הירש התייחסו לנושא ההתקנה דווקא ולא לתחום החזקת הרמזורים, בעוד שענייננו במחירי החזקת הרמזורים.

באי כח הנאשמים הוסיפו והעלו טענות רבות ושונות כנגד הדו"ח בהישען על דברים שאושרו ע"י עורכת הדו"ח, אירית רחמני, מהנדסת תחבורה, ומר יעקב שצופק מחברת תומר מהנדסים, ובכללם העובדה שלא נבדקו כלל טעמים אפשריים לעליית המחירים.

אכן, טענות הסניגורים בענין זה מובילות למסקנה שאין לקשור בין הפעילות הקרטלית המיוחסת לנאשמים ובין עליית המחירים. די בעובדה שעליית המחירים, עפ"י דו"ח הבדיקה, החלה בתקופה שקדמה למכרז חיפה, כדי לערער את טענת הקשר הסיבתי בין עליית המחירים וההסדר הנדון. מכל מקום, כפי שיודגש להלן, אם אמנם התרחשה עליית מחירים בחיפה בשל ניצול כוח השוק, היה על העירייה להלין על עצמה, לפי שיש לקשור זאת, קודם כל, להעדפה שנתנה היא עצמה למנורה מלכתחילה. ובאשר לירושלים - התיאום הנטען הוא תיאום במרכז משנת 1994, כאשר ממצאי חוות הדעת נוגעים לתקופה קודמת.

טענות נאשמים 5 ו-6 - דיון

39. שטר הבוררין ופסק הבורר, על פניהם, ניתבו את פעילותה העסקית של **אריאל** לירושלים, והותירו את חיפה **למנורה**. כנגד הטענה שמדובר בהסדר כובל, העלו באי כח נאשמים 5 ו-6 שתי טענות עיקריות:

האחת - הטענה שהסכם הבוררות לא בא לעגן הסכמה בדבר אי-תחרות לגבי חיפה מן הטעם שממילא לא היה ביד **אריאל** להתחרות בה עם **מנורה**. טענה זו הם מבססים על תכונות השוק בחיפה, שפורטו לעיל. על-כן - מוסיפים הם וטוענים בגדר טענה זו - ההסכם נטול השלכה על התחרות. לשיטתם, ההסכם ביטא למעשה השלמה של **אריאל** עם מצב של אי יכולת להתחרות שנכפה עליה על-ידי עיריית חיפה בצד הסכמתה **שלא לנקוט אמצעים משפטיים** כדי לשנות את המצב האמור.

השניה - הטענה שההסכם שגולם במסמכים האמורים, בכל הנוגע לירושלים, התייחס להעברת צמתים בגדר החוזה הקיים בין העירייה **למנורה**, בקבלנות משנה. עפ"י הסבר זה, ההסכם נועד לסיים את הסכסוך הכספי רב השנים בין **מנורה ואריאל**, ע"י כך ש**מנורה** תפצה את **אריאל** בשני אופנים: באמצעות פיצוי כספי, ובאמצעות העברת העבודה בצמתים בירושלים, בהסכמת העירייה. הסכמה להעביר עבודה בצמתים על דרך קבלנות משנה, טוענים באי כח הנאשמים, אינה מנוגדת לחוק ההגבלים העסקיים. בגדר טענה זו הם מדגישים, כי לא מצויה ראייה המלמדת שבעת שנחתם שטר הבוררין היה צפוי בירושלים מכרז אשר "יפתח" גם את הצמתים של **מנורה**, קודם למועד תום החוזה בינה לבין העירייה (דהיינו - 1997). בנסיבות אלו, לדבריהם, העברת צמתים של **מנורה לאריאל** בירושלים, יכולה היתה להיעשות, על פי ציפיות הצדדים להסכם מלכתחילה, אך ורק בהסכמת העירייה, ולא בדרך תיאום מכרז, שלא עמד כלל על הפרק. כך גם, מוסיפים הסניגורים, נאמר במפורש בסעיף 8 לפסק הבורר, המצמיד העברה כזו להסכמת העירייה. על כן, לדבריהם, לא היה זה כלל הסדר כובל.

א. משמעות ההסכם ביחס לעירית ירושלים

40. אבחן תחילה את השלכת ההסכם שגובש בשטר הבוררין ובפסק הבורר על השוק בירושלים. כאמור, לענין ירושלים, על פי המוסכם, עסקינן ב"העברת" העבודה בצמתים. אכן, כטענת הנאשמים, העובדה שבפסק הבורר הובהר כי העברת הצמתים תיעשה בהסכמת העיריה, מבססת את גרסת צדדי ההסדר שלא התכוונו לבצע פעילות אסורה של תיאום מכרזים בירושלים. מקובלת עלי גם טענת הנאשמים, לפיה העובדה שלא היה ידוע כלל בעת שהסכימו על שטר הבוררין, ואף בעת שניתן פסק הבורר - שיפורסם מכרז אחזקת כולל בירושלים, תומכת בפירוש זה. ויוטעם, אם **אריאל** היתה משתלבת בהתחייבות **מנורה** כלפי עירית ירושלים, דהיינו, כקבלן ביצוע של העבודה **שמנורה** התחייבה לבצע, היתה **מנורה** אף ממשיכה להיות צד לחוזה עם העיריה.

אכן, כפי שהמאשימה מדגישה וחומר הראיות מלמד - בפועל לא התרחשה העברת העבודה בצמתים בירושלים ל**אריאל**, במסגרת החוזה שקשר אז בין **מנורה** לבין העיריה. ב-1994 זכתה **אריאל** במכרז ולא נזקקה ל"העברה" כזו. ברם, אין בכך כדי להביא למסקנה שמלכתחילה לא התכוונו הצדדים להעברה מעין זו, או כי התכוונו לתאם מכרז כדי שתתרחש אותה "העברה".

ניתן להעלות על הדעת אפשרות לפיה **מנורה** עצמה סברה כי נוח יותר יהא מבחינתה **שאריאל** תהא קשורה ישירות עם העיריה, ולכן לא התאמצה במיוחד להעלות במכרז מ-1994 הצעה אטרקטיבית. מאידך, אין לומר שהיה ביד **מנורה** להניח **שאריאל** תזכה בו שאם היא עצמה לא תשתתף במכרז ולא

חברה אחרת. שיקול כזה תומך באפשרות **שמנורה** השתתפה במכרז במגמה לזכות, כדי לקיים את ההסכם עם **אריאל**. ניתן איפוא להעלות השערות שונות לגבי ההתרחשויות במכרז, אך נכונה טענת הנאשמים, לפיה לא מצויות ראיות המלמדות על **תיאום** הצעות במכרז 1994. אין די בראיות הנסיבתיות שהמאשימה נשענת עליהן כדי לבסס את טענת התיאום, ואין גם לקבל טענתה שמצויה "הודאה" בתיאום כזה באישורו של **הרשלום**, שהסכם הבוררות בוצע גם בירושלים.

כדי להסיק תיאום מאישור זה, יש קודם כל לקבוע כי הסכם הבוררות דיבר על תיאום כזה. אין הדבר עולה ממסמכי הבוררות. את אישורו יש להבין על רקע העובדה שבסופו של דבר זכתה אריאל במכרז ובאה על סיפוקה, ו**מנורה** שיתפה עמה פעולה בכל הנוגע להחלפת המנגנונים.

עפ"י עדות **איזו אהרון**, מחירי הצעת **מנורה** במכרז זה הושפעו מקשייה להגיע למצב של רווחיות בירושלים - כאשר מתן שירות האחזקה בירושלים תבע הימנה העמדת צוות זמין בכל עת, ומצוייד היטב בעיר זו. אין בידי לומר כי עדות זו היתה כוזבת. אכן, דווקא הפער הגדול בין הצעת **מנורה** להצעת **אריאל** במכרז, תומך בטענת העדר תיאום ההצעות עצמן, או, למצער, אינו תומך דווקא בטענת התיאום - שהרי אם היה תיאום, די היה בהפרש לא גדול כדי להשיג את התוצאה של הפסד **מנורה** במכרז, והפרש כזה היה מפיג רושם שהצעת **מנורה** מלכתחילה לא היתה רצינית. אוסיף כי סבירה האפשרות שבהישען על הסכמת **מנורה** להעביר לה צמתים, העריכה **אריאל** שתוכל לעמוד בהצעה להחזיק את הרמזורים גם ללא החלפת המנגנונים, תוך קבלת סיוע **ממנורה** בתקופת ביניים, והערכה זו משיבה על תמיהת באת-כח המאשימה בענין זה.

חשוב להדגיש כי הקביעה שמדובר בהעברת העבודה במסגרת החוזה הקיים עם העיריה, עולה בקנה אחד עם לשון פסק הבורר, גם מהטעם שזו עוסקת ב"העברת" צמתים, או "במסירת" צמתים, ולא בתיאום מכרזים. המונח "העברה", מטיב להתיישב, מהבחינה הלשונית, עם הטענה שמדובר בהעברת ביצוע העבודות **שמנורה** התחייבה לבצע על-פי הסכם **קיים** בינה לבין העיריה. גם בשטר הבוררין, דובר על "מסירת עבודות" בצמתים. בנוסף, אין התייחסות ישירה בשטר הבוררין להתקשרות של **מנורה** עם עירית ירושלים - בהבדל מההתייחסות להתקשרות כזו בין **אריאל** ועירית בחיפה.

41. כאשר עסקינן בהעברת צמתים **לאריאל**, על דרך קבלנות משנה, משמעות הדבר היא, שהמחיר לביצוע העבודות כבר נקבע קודם לכן, בהסכם שנקשר בין **מנורה** לעיריה. במסגרת ההעברה לא היה ביד **אריאל** להעמיד מול העיריה מחיר אחר, ולכן ההעברה היא נטולת השלכה על מחירי ההתקשרות. בהעברה כזו גם אין משום "חלוקת שוק". אכן, תוצאתה בפועל היא "יציאה" של **מנורה** כמבצעת העבודה מהצמתים שהחזיקה קודם בירושלים, ואולם, מאחר שדובר על צמתים ספציפיים - אותם צמתים שמנורה החזיקה בגדר ההסכם שנקשר בינה לבין העיריה - מדובר בהתקשרות מקובלת שאין בה משום "כבילה", כמשמעותה בחוק ההגבלים העסקיים. "הכבילה" המצויה בהסכם כזה - ההתחייבות שמבצעת העבודה תהא **אריאל** ולא **מנורה** - אינה חורגת מזו הקיימת בכל עסקה שעניינה העברת עבודה מסויימת בקבלנות משנה. הגבלה מעין זו יש בכל הסכם לביצוע עבודה שבו נוטל על עצמו צד אחד חיוב לבצע אותה עבודה, ואין בה כדי להכניס את ההסכם לגדר "הסדר כובל", וראו למשמעות "כבילה" מאמרי **מיזם משותף כהסדר כובל**, משפטים, כ"ג, תשנ"ד-1994, 213, עמ' 224-226. עסקת העברת עבודה מעין זו, היא הסכם מסוג מקובל, נטול השפעה על התחרות, שאף אינו מחייב את **מנורה** "לצאת" מהתמונה.

מסקנתי היא, איפוא, שנושא העברת הצמתים בירושלים אינו נתפס ע"י הוראת סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים.

אציין כי הנאשמים הוסיפו וטענו, אל מול טענות באת-כח המאשימה בענין תיאום המכרז בירושלים, כי בכתב האישום לא פורטו עובדות הנוגעות לתיאום המכרז משנת 1994. באת כח המאשימה השיבה לטענה זו באומרה, בין היתר, שבכל מקרה יש לביהמ"ש סמכות להרשיע לעניין זה על פי סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982. ברם, מהאמור לעיל עולה שלא מתעוררת כלל שאלת ההרשעה, כיוון שאין מדובר בהסדר כובל. מכל מקום, אדגיש, שגם אם תקופת ההסדר צויינה בכתב האישום כמגיעה עד שנת 1996, עדיין העובדה שהטענה בדבר תיאום המכרז בירושלים בשנת 1994 נפקדה מכתב האישום, היא בעלת משמעות, במיוחד לנוכח הפירוט המצוי בכתב האישום, לגבי מכרז חיפה. העדר פירוט עובדתי בכל הנוגע למכרז ירושלים - ובכלל זה עצם אי-הזכרתו של מכרז ירושלים - די בה כדי לעשות את טענת תיאום המכרז שבאה בסיכומים, לטענה מפתיעה, שלגביה לא ניתנה לנאשמים הזדמנות סבירה להתגונן.

ב. משמעות ההסכם ביחס לעירית חיפה

42. אעבור עתה לחלקו האחר של ההסכם שגולם בשטר הבוררין ובפסק הבורר, הוא החלק הנוגע לחיפה. מהראיות שפורטו לעיל עולה כי העובדות הנחוצות להערכת יכולת ההתמודדות של המעורבים במכרז חיפה, ובכלל זה עמדת עירית חיפה, היו ידועות לצדדים להסכם. אמנם, כאמור, איזו אהרון אמר

בעדותו, כי נבצר ממנו לדעת מה באמתחתה של **אריאל** ומה בידה לעשות כדי לקבל את העבודה בחיפה (פרו' מיום 8.11.00 עמ' 64), ואולם, כפי שכבר נאמר לעיל, האפשרות שהוא העריך כי קיים סיכוי של ממש **שמנורה** לא תזכה **במכרז** עצמו היא קלושה. חומר הראיות מבסס את ההערכה ששני הצדדים להסכם הבוררות ידעו היטב כי **העיריה** אינה חפצה בתחרות זו, כי **אריאל** אינה יכולה להתמודד במכרז, וכי הדרך היחידה העומדת לפני **אריאל** כדי למנוע את ההתקשרות בין העיריה ל**מנורה** - לאחר שזו תזכה במכרז - היא נקיטת הליכים משפטיים נוספים, דהיינו, בלשון הצדדים, "**עשיית צרות**". אוסיף כי גם אם **איזו אהרון** חשש מפני האפשרות ש**אריאל** תוכל להתגבר על הקושי הטכני הנובע מהשקעה במרכז הבקרה - ובאת-כח המאשימה נשענת בהקשר זה על אי-הוודאות לגבי הערכת פעולות **אריאל** שבוטאה בדבריו - נחה דעתי ש**הרשלום** ידע היטב שאין ביד **אריאל** להתגבר על קושי זה. אוסיף כי לא מצויה לפני ראיה המלמדת שהעיריה הניחה קיומה של אפשרות ממשית שתועדף הצעת **אריאל**. נהפוך הוא.

באת-כח המאשימה מעוררת בהקשר זה, בצדק, את השאלה הבאה: אם ממילא ידעה **מנורה** שהיא זו אשר תזכה במכרז, מדוע ראתה צורך לכלול בשטר הבוררין הוראה לפיה **אריאל** "לא תחתום" עם עיריית חיפה? לשיטת באת-כח המאשימה, די בדברים המפורשים שנכתבו בעניין זה בשטר הבוררין - המלמדים על נטילת התחייבות לקיום עתידי - כדי לחייב את המסקנה ששטר הבוררין הוא שנתן למנורה את הוודאות שהיא זו אשר תזכה במכרז, אף אם תעלה את מחירה. באת-כח המאשימה מוסיפה בהקשר זה ומדגישה, כי הבורר החזיק, בהסכמת הצדדים, גם ערבות של **אריאל**, שלא היתה אמורה לשלם סכומי כסף ל**מנורה**, וחיובה עפ"י שטר הבורר, התייחס, בעיקרו של דבר, להתקשרות עם עיריית חיפה. עוד היא טוענת כי הבורר נתן את החלטתו בעניין הפיצוי - ובכלל זה, לענין השבת הערבות - רק לאחר חתימת החוזה

בין **מנורה** לעיריית חיפה, משמע, לאחר שהתברר **שאריאל** מילאה אחר חיובה. לא יכול אפוא להיות ספק, טוענת באת-כח המאשימה, כי מטרת הערבות היתה להבטיח **שאריאל** לא תציע הצעות במכרז חיפה, כבסיס להתקשרות בעתיד.

לשיטתי, התמיהות המועלות ע"י המאשימה אין בהן כדי לגבור על המסקנות העולות מתמונת מבנה השוק בחיפה, כפי שפורטה לעיל. תמונה זו מבססת את עובדת אי-יכולתה של **אריאל** להתמודד מול **מנורה** בגדרו של מכרז חיפה. לשון אחר, אין די בלשון סעיף 13 לשטר הבוררות כדי לבסס טענה שאכן **מנורה** חששה מפני זכייתה של **אריאל** במכרז (שאמור היה להיסגר יומיים אחר כך). הדעת נותנת ש**מנורה** חששה מכך **שאריאל** תמנע את חתימתה שלה על הסכם עם עיריית חיפה לאחר שהיא עצמה תזכה במכרז, באמצעים משפטיים. אפשר ש**מנורה** גם חששה שאמצעים משפטיים כאלו יאפשרו, בסופו של דבר, התמודדות שוויונית מולה בעיריית חיפה, בכך ש"ינטרלו", בדרך זו או אחרת, את בעיית ההשקעה מרכז הבקרה.

43. האם התחייבות להימנע מהליכים ממשפטיים, כאמור, היא גם התחייבות להימנע מתחרות? אכן, אם **אריאל** היתה ממשיכה לנקוט אמצעים משפטיים כדי לאלץ את העירייה לאפשר לה להתמודד באופן שוויוני עם **מנורה**, ואם אלו היו משיגים את מטרתם, מעמדה של **מנורה** כמתחזקת הבלעדית של הרמזורים בחיפה, היה מתערער וכך התחרות היתה נשכרת. באת-כח המאשימה מדגישה בהקשר זה כי אותה התדיינות משפטית שהתקיימה בגדר מאבקה הקודם של **אריאל** להביא לפתיחת השוק בחיפה היתה "**התדיינות לצורכי הגשמת הזכות להתחרות**", ולדבריה, גם אם מכרז חיפה היה "**חסום**" בפני **אריאל**, הרי ש"**הזכות שהיתה קיימת לאריאל להמשיך ולתקוף את פגמי המכרז בערכאות נמנעה גם היא בתיאום, ומכאן שתוצאת ההסכם היא מניעת**

תחרות (הסיכומים). משמע, באת-כח המאשימה סבורה כי דין ההתחייבות להימנע מלנקוט אמצעים משפטיים כדין התחייבות שלא להתחרות.

ברם, לנקיטת אמצעים משפטיים יש עלות, ובמקרה בו עסקינן, הטלת נטל הנקיטה כאמור על **אריאל**, משמעותו - הטלתו על גוף שהשקיע כבר משאבים רבים לצורך זה ונכשל. יתר על כן, כפי שהובהר לעיל, לעיריית חיפה כלל לא היה עניין בתחרות כזו, ומטעם זה גם קשה לראותה כקורבן של העדר התחרות. לשון אחר, העירייה עצמה חתרה למצב הנותן כוח מונופוליסטי לחברת **מנורה**, משיקולים שפורטו. בראש מעייניה של העירייה עמד פיתוח מערך הבקרה להשגת בטיחות מירבית. האם רציונאל דיני ההגבלים העסקיים מטיל על מתחרה פוטנציאלי במצב כזה **להוסיף ולהשקיע משאבים**, שהיקפם בלתי ידוע מראש, כדי **לכפות** מצב של תחרות? מסקנה כזו היא מרחיקת לכת ונטולת היגיון.

בטרם ארחיב דברים בנושא זה, אדגיש כי השאלה המוצגת כאן אינה השאלה האם ההסדר נכנס לגדרו של סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים - שאלה שבה אדון להלן - אלא שאלה המתמקדת בערך המוגן ע"י חוק זה. ההגנה על ערך זה, לשיטתי, אינה מחייבת המשכת מאבק משפטי ע"י הגוף שמלחמתו על התחרות נכשלה בתנאים שנוצרו. יודגש כי המצב בו עסקינן שונה ממצב שבו מושג הסכם המגביל תחרות בין שני מנהלי עסקים נותני שירות, שאחד מהם מכיר בכך ואינו מסוגל להתמודד עם האחר מטעמים הקשורים בו. הסכם מהסוג האחרון פוגע בערך המוגן - הוא התחרות - מאחר שמטבע הענין, הוא מוסתר מעיניו של מקבל השירות המעוניין בתחרות, והמניח לתומו שהוא נהנה מיתרונותיה. שונה המצב כאשר, כבמקרה דנן, מוציא המכרז אינו מעוניין למעשה בקבלת מספר הצעות מתחרות, והוא עצמו מעניק את כוח השוק לגורם שעמו בחר מראש להתקשר. רציונאל ההגנה על התחרות אינו מתקיים

במקרה כזה. כך, בהקשר דנן, אין ממש בטענה כי ההסכם עם **אריאל** נתן ל**מנורה** את הוודאות של זכייה במכרז והשפיע על המחירים שהעמידה. וודאות זו ניתנה ל**מנורה** על ידי עיריית חיפה עצמה, משיקולים **בטיחותיים**. מכאן, שעסקינן ביחס יוצא דופן לתחרות מצד הגוף שאמור היה ליהנות הימנה, ולהעביר את היתרונות המופקים מקיומה לציבור. כדי לקדם את הנושא הבטיחותי, הקריבה העירייה את האינטרס התחרותי. בשולי הדברים אציין כי, אין למצוא בדברי ביקורת על שיקול הדעת של עיריית חיפה: אין בידי לומר כי סדר העדיפויות בו בחרה היה מוטעה, או שהיה בידה להשיג גם את מטרותיה בתחום הבטיחות, תוך שמירה על התחרות.

בנסיבות האמורות, ניתן אף לומר כי **בפועל** - להבדיל מלהלכה - לא נגרמה "חלוקת שוק" בגדרו של הסכם הבוררות, אף בכל הנוגע לחיפה. אמנם משמעות המילים שנבחרו על-ידי הצדדים היא שא**ריאל** תדיר רגליה מחיפה. ברם, כאמור, לא הייתה ל**אריאל** יכולת אמיתית להתקשר בחוזה עם עיריית חיפה מכח המכרז, מאחר שנבצר ממנה להתמודד במכרז. אכן, גם חברות אחרות - פרט ל**מנורה** - השתתפו באותו מכרז, אבל הן לא זכו בו, והדעת נותנת כי מלכתחילה סיכוייהן היו אפסיים. הצרכים המיוחדים של עיריית חיפה - חיבור מנגנוני הרמזורים בעיר למרכז הבקרה - עשו את העיר חיפה לשוק חסום למעשה בפני **אריאל**. משהשוק כלל לא נפתח לפניה - ממילא גם לא יכלה לחלקו עם **מנורה**. מאותו טעם, גם קל לקבל את הטענה שההסכמה שבשטר הבוררין הייתה ביטוי להשלמה עם קיומו של המחסום האמור וכוונה להימנעות מנקיטת אמצעים משפטיים כנגד זכייתה הצפויה של **מנורה** במכרז. ידיעת העובדות הרלוונטיות אפוא עוקרת למעשה מלשון סעיף 13 לשטר הבוררין את משמעותו התחרותית.

44. הגם שהמאשימה לא סתרה את המסקנות הנוגעות ליכולת **אריאל** להתחרות בתחום עיריית חיפה - הנובעות מהקמת מרכז הבקרה - טוענת באת-כוחה כי

אריאל נתנה **למנורה**, באמצעות הסכם הבוררות, את **הוודאות** של זכייה במכרז או את הסרת "**האיום**" שבזכיית מתחרה אחר. "**איום**" כזה - הקיים גם כאשר סיכויי המתחרה האחר קלושים - הוא השומר, לטענת באת-כח המאשימה, על גחלת התחרות. באת-כח המאשימה הוסיפה וטענה כי **מנורה** סחרה בחששה מפני התחרות עם **אריאל**, במקום להתמקד בהגשת הצעה ראויה.

בתגובה לטענה - שהוכחה, כאמור, בעובדות - כי לא היה ביד **אריאל** להתחרות בתחומה של העיר חיפה, הפנתה באת-כח המאשימה לפסיקה אמריקאית המלמדת כי אין בעובדה שאחד ממתאמי המכרז אינו יכול לעמוד בתנאי מכרז בפועל - כדי לשחררו מאחריות לתיאום במכרז ולהפרת חוקי ההגבלים העסקיים.

פסקי דין אלו, שניתנו בבית המשפט לערעורים, הם :

United States Of America V MMR Corporation (LA)and James B. Rutland 907 F.2d 489, 59 USLW 2134, 1999-2 Trade Cases P69, 136.

וכן :

United States Of America V Bernard D. Reicher, 983 F.2d 168, 1992-2 Trade Cases P 70,083.

בשני עניינים אלו נדחתה טענת החברות - שכלפיהן נטענה טענת התיאום - שלא היה בידן למעשה לבצע את הפרויקט שלגביו התקיים המכרז. המאשימה מפנה גם לפס"ד **Brinkley** (שהוזכר ע"י בית המשפט בענין **Reicher**), אשר בו נדחתה טענת הגנה, לפיה לא היה בדעת החברה - שכלפיה הועלתה טענת

תיאום - להגיש הצעה במכרז, והצעתה המתואמת הוגשה אך רק כדי שלא לפגוע במהנדס הפרויקט.

באי כח נאשמים 5 ו-6 טוענים כי דחיית טענות ההגנה שהעלו החברות בעניינים אלו מוסברת ע"י נסיבותיהם המיוחדות. כך בענין MMR, ההסכמה לתאם את המכרז הובילה לתיאום בין יתר המתחרות הפוטנציאליות ובענין Reicher ההצעה הפיקטיבית המתואמת יצרה מראית עין של מכרז תקין ושל מיצוי יתרונות המכרז, כביכול, ע"י מוציאת המכרז. באי-כח הנאשמים 5 ו-6 מפנים גם לפסיקה אחרת שהוזכרה בפסקי הדין MMR ו-Reicher ולפיה הסכם בין צדדים שאינם מתחרים בפועל או בכח אינו בלתי חוקי מאחר שהינו "חסר משמעות" מבחינת דיני ההגבלים העסקיים. פסקי דין אלו הם, בין השאר U.S. V Sargent Electric CO. וכן U.S. V Ashland Warren Inc. (שעסקו שניהם בסוגיית "הסיכון הכפול").

לענין המסקנות שבאת-כח המאשימה מסיקה מפסקי הדין האמורים אציין, כי גם אם ניתן ללמוד מהם כי הפסיקה האמריקאית מתעלמת - בעת שהיא עומדת על הדרישה להימנע מתיאום - מחוסר יכולתו, למעשה, של גוף המעורב בתיאום להתחרות - הסיטואציות שנבחנו בהם שונות בתכלית מאלו בהן עסקינן. פסקי הדין האמורים אינם עוסקים במצב שבו הגוף המשלם בעבור המוצר או השירות - בעניינו, עיריית חיפה - אינו מעוניין בתחרות ואינו מאפשר תחרות. בפסקי הדין הנזכרים, ההסדר כוון כנגד הגוף המשלם בעבור המוצר או השירות. אך, בעניינו - הגוף האמור לא היה מעוניין בתחרות. האם ניתן לייחס ערך חברתי לדרישת התחרות כאשר הגורם שאמור ליהנות הימנה אינו מעוניין בה כלל? יתר על כן, גוף שאינו מסוגל להתחרות במכרז בשל החלטותיו של מפרסם המכרז שלא לקבל את הצעותיו, אף אם מחיריו יהיו הנמוכים ביותר, ניתן לראותו כמי שאינו מתחרה בשוק, בין בפועל ובין בכח,

ולכן כגוף שמעשיו הם חסרי משמעות מהיבט דיני התחרות. בענין **Sargant**

Electric CO הנ"ל, כפי שהוטעם ע"י הנאשמים 5 ו-6, נאמר:

"An agreement among persons who are not actual or potential competitors in a relevant market, is meaningless for Sherman act purposes".

ובענין **Ashland** נאמר:

"Bidrigging poses such a threat only when its participants would otherwise be competitors, unless the offending group consists of competitors, a bidrigging scheme lacks any utility".

מסקנתי היא, על כן, שבחינת הפסיקה האמריקאית אינה מקשה על ראיית ההסכם בו עסקינן כנטול השפעה על התחרות, וכמצוי מחוץ לגדר האינטרס המוגן על פי חוק ההגבלים העסקיים.

בגישת המאשימה במקרה דנן - ככל שהיא טוענת, בכל זאת, לפגיעה בערך המוגן כאמור - יש משום התעלמות ממצבן המיוחד של חברות הרמזורים האחרות לעומת **מנורה** בחיפה. ויוטעם, אילו הקושי להתחרות היה זה הנובע מהצורך להחליף מנגנונים ברמזורים, כפועל יוצא מכך **שמנורה** לא היתה מוכנה לחשוף את הידע שבידה לפני החברה המחליפה, לא היה בכך כדי לבסס טענת **אריאל**, לפיה נחסמה דרכה להתמודד במכרז. החלפת המנגנון במקרה

כזה היא חלק ממחיר שעל חברה מתחרה לקחת בחשבון. לכן, על פי דרכי, הדיון שהובא לעיל לענין קשיי השגת המידע של חברה הנותנת שירותי החזקה, מול החברה המתקינה, ככל שהוא מתייחס להחלפת מנגנונים וציוד אחר בר-החלפה, הגם שהוא מתאר אחד מהמאפיינים של השוק הבולמים את התחרות, אינו עוסק במחסום התחרות הרלוונטי. ממילא, גם החברה שהתקינה את המנגנון שברמזור הוציאה את ההוצאה הכרוכה בעת שהתקינה את הרמזור. המחסום הוא - ההשקעה הגדולה **מכספי ציבור** במרכז הבקרה, השקעה שהעצימה את יתרונה של **מנורה**, מאחר שרק **מנורה** יכלה לתפעל את ציוד החברה הגרמנית. הדעת נותנת שהעיריה התקשתה "להיפרד" מהשקעה כזו, ושנבצר **מאריאל**, כאמור, להחליפה בהשקעה משלה. נראה כי היה על עיריית חיפה, במועד ההתקשרות עם החברה הגרמנית - אילו חפצה לקיים את התחרות באחזקת הרמזורים - לוודא כי האחרונה תסכים לחשיפת הידע גם בפני חברות רמזורים שאינן קשורות עימה - ולו לאחר תקופת זמן מסוימת - אך היא נמנעה מעשות כן.

אבהיר שוב כי הדיון כאן בענין השלכת הסכם הבוררות על התחרות בתוככי העיר חיפה, אינו ממצה את הדיון בשאלה אם מדובר בהסדר כובל, ובשאלה אחרונה זו ארחיב להלן.

45. האם ניתן לייחס אותה השלכה על התחרות גם להסכמה שמצאה ביטוי במכתבו של נאשם 6 לבורר משנת 1996?

לענין משמעות המכתב האמור, אקדים ואציין כי על פי כתב האישום היו הנאשמים צד להסדר כובל "**משנת 1992 ועד ראשית שנת 1996**". ואולם, כתב האישום מתייחס ישירות להסדר שגולם בשטר הבוררין ואינו מתייחס **להסכם אחר** ונוסף, שעניינו תיאום מכרזים משנת 1996. לשון אחר, ככל שמדובר בעיר חיפה, כתב האישום מתמקד בתיאום הצעות מכרז חיפה - או מכרז אחר

שיבוא **במקומו** - ואינו עוסק בתיאום הצעות למכרזים אחרים בשנים מאוחרות יותר. התייחסות זו מובילה לקביעה שלשיטת המאשימה, המכתב משנת 1996 הוא ראיה לקיום ההסדר שהושג כבר בשנת 1992.

לענין משמעות המכתב האמור, אציין, ראשית, כי תוכנו אינו עומד בסתירה לראיות המלמדות כי עובר למכרז חיפה נבצר **מאריאל** להתחרות בחיפה, בשל סיבות הקשורות בעמדת העיריה - זאת, ולו מן הטעם שמדובר בתקופות שונות (1992 לעומת 1996), והנסיבות הרלוונטיות למכרז חיפה (דהיינו - לשנת 1992), הובהרו היטב.

אשר לשנת 1996 - מהמכתב האמור עולה, כי בשנה זו **אריאל** הכירה בהתחייבותה לתאם מכרזים, וזאת עשתה בתגובה לדרישת **מנורה** מאותה עת, לעשות כן. לגבי שנת 1992 - קבעתי לעיל כי כלל הנסיבות מבססות את המסקנה שלא היה ביד **אריאל** להתחרות. האם הנתונים המתארים את מבנה השוק השתנו ב-1996?

אכן, עצם כתיבת המכתב, על פי דרישת **מנורה**, מלמדת ש**מנורה** ייחסה חשיבות להתחייבות מסוג זה גם בשנת 1996, וכך שוב קמה השאלה אם נכון לומר שממילא לא "איימה" **אריאל** כמתחרה על מעמדה של **מנורה** מסיבות התלויות בהעדפות עיריית חיפה - מדוע ראתה **מנורה** צורך בהכרת **אריאל** בהתחייבותה הקודמת? יתר על כן, במכתב דובר מפורשות בתיאום הצעות למכרזים, וקשה לומר כי כוונת הדברים לאי נקיטת אמצעים משפטיים על ידי **אריאל**.

לא מצאתי בחומר הראיות התייחסות לעמדת עיריית חיפה, בשנת 1996 (עובר למכתב מינואר 1996), לגבי אפשרות שילובן של חברות אחרות, פרט ל**מנורה**, באחזקה, והצדדים לא התייחסו לנושא זה בסיכומיהם. אין בידי איפוא על פי הראיות שבתיק לענין מאפייני השוק, לקבוע פוזיטיבית כי המצב בשנת 1996

היה זהה לזה שאיפיין את שנת 1992, או שונה ממנו. האם נכון להניח לטובת הנאשמים כי גם בשנת 1996 עירית חיפה טרם הכשירה את הדרך לקליטת חברות שונות **ממנורה** כמחזיקות הרמזורים, בשל בעיית החיבור למרכז הבקרה? מנוסח המכתב עולה, כי אותה עת טרם פורסם מכרז כלשהו של עירית חיפה, שהרי המכתב מתייחס אך ורק לאפשרות שיהיו מכרזים לעבודות כאלה בעתיד. מהמכתב עולה מעין הסכמה "עקרונית" לתיאום, כהכנה לעתיד, ולכן ההסכמה האמורה, כשלעצמה, אינה מלמדת על שינוי המצב. מאחר שבמשפט פלילי עסקינן, מתבקשת המסקנה שיש לנקוט בגישה המקילה עם הנאשמים, המניחה כי לא השתנו הנסיבות חרף חלוף הזמן. תקופה של ארבע שנים, אינה תקופה כה ארוכה, במיוחד כאשר מדובר בהשקעה כה גדולה (בציוד מרכז הבקרה).

לאור האמור, הגעתי למסקנה כי "הויתור" של **אריאל** על חיפה גם ב-1996 נעדר השפעה של ממש על התחרות. יש לציין כי המאשימה אינה טוענת כי התפרסמו בתקופה הרלבנטית למכתב מכרזים נוספים, וכי בפועל היתה להסכמה שבמכתב השלכה על השתתפות **אריאל** במכרזים כאלה.

-

מסקנות משפטיות לענין נאשמים 5 ו-6

46. בהישען על ההערכה האמורה לענין המשמעות התחרותית של הסכם הבוררות, הגעתי למסקנה שהסכם זה אינו נכנס לגדרו של סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים, וכי גם אם ההסכם נלכד ע"י סעיף 2(ב) לאותו חוק, יש לזכות את

הנאשמים 5 ו-6 מכח הגנת זוטי דברים. אפרט את הדרך בה הגעתי למסקנתי, ובכלל זה אתיחס ל"חזקה החלוטה" הקבועה בסעיף 2(ב) לחוק, לפיה כל הסדר הכולל "חלוקת שוק" הינו הסדר כובל.

סעיף 2(א) קובע כי 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".

הדיון דלעיל מלמד כי אין לייחס להסדר בו עסקינן השפעה של ממש על התחרות. לכן, ההסדר אינו נכנס לגדרו של סעיף 2(א), שהמבחן הקבוע בו הוא "פונקציונלי", ועוסק בהשפעה של ההסדר על התחרות, ראו דנ"א 4465/98, **טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ ואח', פ"ד נו (1) 56**, בעמ' 95.

סעיף 2(ב)(3) קובע כי יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת ל"חלוקת השוק". המבחן המופיע בו הוא "צורני" (ראו, **טבעול**, שם). האם ההסדר דנו, בכל הנוגע להתחייבות **אריאל** לגבי ההתקשרות עם עירית חיפה הוא בגדר "חלוקת שוק"? לשיטתי, התשובה על כך היא חיובית. הוראת סעיף 2(ב) לוכדת ברישתה את ההסכם בו עסקינן, זאת, גם אם אצוק למלות ההסכם בין הצדדים את התוכן הנטען ע"י הנאשמים, דהיינו, אראה את ההסכם שגולם בשטר הבוררין כמתייחס, בעיקרו של דבר, להפסקת הלוחמה המשפטית. לשון שטר הבוררין ברורה: עוסקת היא בעצם ההתקשרות עם עירית חיפה, ולא בנקיטת אמצעים משפטיים דווקא. לאור לשון ברורה זו, מתבקשת המסקנה שהצדדים התייחסו בו גם למטרה **הסופית** של ההסכם ביניהם, והיא מניעת התקשרות בין עירית חיפה ו**אריאל** בעתיד, זאת גם אם לא היה צורך

בהתחייבות כזו לענין מכרז חיפה או למכרז שהיה בא במקומו. כל התחייבות בין מנהלי עסקים שלא להתקשר עם גוף אחר היא בגדר חלוקת שוק, "לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו", כאשר כאמור, סעיף 2(ב)(3) לחוק קובע מבחן "צורני". חזקה שהצדדים להסדר התכוונו למשמעות הלשונית הטבעית והפשוטה של נוסח הכבילה, וחזקה זו לא נסתרה. גם אם את עיקר חשיבותו של ההסכם ראו **אריאל ומנורה** בתחום הלוחמה המשפטית, עובדה היא שלא נמנעו מקביעת סייג נוסף לפעולת **אריאל**, הנוגע לעצם ההתקשרות עם עירית חיפה.

האם קביעה אחרונה זו תקפה חרף הממצאים דלעיל לענין השלכת ההסכם בין הצדדים על התחרות? בדנ"א 4465/98 **טבעול (1993) בעמ' נ' שף-הים** הנזכר לעיל, הדגיש כב' השופט **מ' חשין** - בעקבות כב' השופט **א' גולדברג** בע"א 6222/97 **טבעול (1993)**, פ"ד נב(3) 145 - את נוסח ההוראה שבסעיף 2(ב) ("**ייראו כהסדר כובל**"), בהגיעו למסקנה כי מכוחה קמה חזקה חלוטה בדבר פגיעה בתחרות. כב' השופט **מ' חשין** ציין, בין השאר:

"אילו לא פירשנו את הוראת סעיף 2(ב) כקובעת אך חזקה לכאורה כי אז גרענו באורח ניכר מן התכלית שהוליכה לקביעתה של החזקה, ולא נמצא לנו טעם ראוי לגריעה זו. אם כך ככלל, לא כל שכן בתתנו דעתנו על אותם עניינים המנויים בסעיף 2(ב) השכל הישר ונסיון החיים יורונו כי אלה הם הסדרים טיפוסיים שנועדו למנוע או להפחית תחרות בעסקים" (97).

לשון אחר: סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים אינו כולל כאחד מיסודותיו פגיעה בפועל בתחרות. יש, איפוא, לראות את ההסדר היונק יסודותיו משטר הבוררין ומפסק הבורר כהסדר הפוגע בתחרות מכח חזקה חלוטה שבחוק. אוסיף כי אין בחוק הוראה ה"משחררת" את ההסדר מעולו של החוק, כאשר הוא "מוסכם" על הזכאי ליהנות מהתחרות.

47. חרף האמור, הגעתי למסקנה שחל, בנסיבות הענין, סייג זוטי הדברים. מסקנה זו נובעת ממהות הסייג, המעוגן, בכל הנוגע לדין הפלילי, בסעיף 34 לז' לחוק העונשין, התשל"ז-1997:

"לא ישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם לאור טיבו של המעשה נסיבותיו תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך".

כדברי כב' השופט י' טירקל, בע"מ 3901/96, הועדה המקומית לתכנון נ' יהודית הורוויץ, פ"ד נו(4), 913, עמ' 931-930, יסודו של כלל זה, החל בתחומי משפט שונים, בכלל הנרחב, לפיו אין בית המשפט עוסק בעניינים זעירים וקלי ערך:

"כלל עתיק יומין הוא שאין דרכו של בית המשפט לעסוק בעניינים זעירים וקלי ערך, בעניינים של מה בכך, 'זוטי דברים' (כמו שנאמר "De Minimis non curat Lex")."

בחינה מקיפה של סייג זוטי הדברים, נעשתה על ידי כב' השופט י' גרוס, בע"פ (תל-אביב-יפו) 1720/95 מדינת ישראל נ' מנשה יוסף, תק-מח 96(3), 3957. השופט גרוס הסיק, לאור הקשרו החקיקתי של הסעיף (פרק ו' לחוק, שכותרתו - "סייגים לאחריות פלילית"), כי יש לצאת מנקודת מוצא ברורה, לפיה סייג זוטי הדברים זהה בטיבו ובמשמעותו לסייגים שענינם אי-שפיות, העדר שליטה וכד', שנטל הוכחתם על הנאשם והרמת הנטל על ידו, משמעותה - זיכוי מהאשמה שיוחסה לו. מדברי ההסבר להצעת החוק, למד כב' השופט גרוס כי כוונת המחוקק היתה להעניק לבית המשפט (בנוסף לסמכויות המקבילות הנתונות לרשות התובעת וליועץ המשפטי לממשלה), סמכות לפטור אדם מאחריות במקרים קלי ערך, המהווים אמנם עבירה מהבחינה הטכנית-פורמלית, אך קיימת הצדקה לפוטורם מאחריות בשל קלות המעשה.

במסגרת סקירת הספרות המשפטית בנושא זוטי הדברים, הפנה השופט גרוס למאמרו של פרופ' ד' פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" (הפרקליט, לה (1983) חוברת א', עמ' 155), העומד על הצורך בהענקת שיקול דעת לבית המשפט לסיים הליך פלילי מבלי להרשיע עבריו, זאת, לאור התפשטותו של המשפט הפלילי למימדים המחייבים את ריסון השימוש בו. השופט גרוס מפנה גם לדבריו של פרופ' פלר בספרו "יסודות דיני עונשין" (תשמ"ז-1987), המדגישים כי הסייג האמור "נועד להתאים את ההגדרה הפורמלית של העבירה הפלילית, לתוכנה הענייני מבחינת סף האנטי-חברתיות בה מותנית תופעה עבריינית" (שם, כרך ב', עמ' 615). בהמשך מציין פרופ' פלר כי מכיוון שנבצר מהמחוקק לערוך רשימות מפורטות של אירועים הנמצאים מתחת לאותו סף של חומרה ואנטי חברתיות, מתבקשת דרך כללית המאגדת בתוכה את המעשים שאינם מחייבים "טיפול פלילי" (שם, עמ' 616). באשר להגנה הניתנת על ידי הסייג גופו, מציין פלר:

"סיכומו של דבר - מהות ה'זוטות' היא, וכאן ההבהרה וההעמדה על דיוקם של הדברים, של 'מעין' סייג, ששולל את פליליות המעשה, ולא סייג לכך, כגון הסייגים של כורח, צורך, הגנה עצמית או צידוק. יחד עם זאת, לא למותר להסיק את המסקנות עד תומן: קבע בית המשפט כי מעשה נתון נמנה על הזוטות, עליו לזכות את הנאשם. כלומר, אין זה סתם פטור רשות מאחריות פלילית, אלא עילה המחייבת לזיכוי ממנה" (שם, בעמ' 617).

השופט גרוס מפנה שם גם לדברי פרופ' מ' גור-אריה, המדגישה במאמרה העוסק בהצעת חוק העונשין (משפטים, כ"ד (תשנ"ד), עמ' 70-69), כי סמכותו של בית המשפט בהקשר של זוטי דברים אינה זהה לסמכות הדיונית שלא לנהל הליך פלילי. האחרונה, הינה רחבה מהגנת הזוטות, והשימוש בה הביא לא פעם לאי-ניהולו של הליך פלילי או לעיכובו בשל העדר עניין לציבור

מטעמים שאינם קשורים במעשה הפלילי עצמו. לעומת זאת, כותבת גור-
אריה, איפיונה של הגנת הזוטות מתבטא בהגבלת שיקול דעת בית המשפט
לבחינת טיבו הקונקרטי של המעשה, במטרה לוודא האם הוא עומד ברף
המינימלי של האחריות הפלילית. גור-אריה מעירה כי ראוי ש"השימוש
שיעשו בתי המשפט בהגנה זו יהיה אכן מוגבל למתחייב מהגיונה והיא תוחל
רק במקרים שבהם אין במעשה מידה מינימלית של סכנה לערך החברתי
המוגן" (שם, שם).

י' קדמי, בתוספת לחלק הראשון לספרו "על הדין בפלילים" ("עדכון
והשלמה") כותב לענין תנאי הסייג -

**"התנאים ליישום הסייג מפורטים בגוף ההוראה והם אם
'טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי
מלמדים כי המעשה הוא קל ערך והגישה הרווחת היא
שמדובר ב'תנאים' מצטברים, כאשר האחרון שבהם -
'האינטרס הציבורי' הוא המכריע" (שם, עמ' 133).**

קדמי הצביע, בין יתר דבריו, על האינטרס הציבורי שלא להטביע "אות קין"
של פלילות במקרה שאין לציבור ענין בכך:

**"המדובר בהסרת התווית 'הפלילית' מעל מעשה העבירה;
כאשר ההסרה נעוצה באינטרס הציבורי, שלא להטביע אות
קין פלילי על מצחו של אדם, במקום שאין לציבור ענין
בכך" (שם).**

כב' השופטת ש' וסרקרוג, בחוות דעתה בע"פ (חיפה) 2094/01 מדינת ישראל
נ' פלונית, תק-מח 2002(2) 2251, בחנה אף היא ביסודיות את הסוגיה בה
עסקינן, תוך שהפנתה לחיבור שהוגש לצורך קבלת תואר דוקטור, פרי עטה

של הגב' ג' ברודר, ממנו היא מביאה, בין השאר - לענין ההנחה העומדת מאחורי הסייג - דברים אלו:

"לא כל פגיעה בערך חברתי מוגן ראויה להטלת אחריות בגינה אלא רק פגיעה משמעותית".

השופטת וסרקרוג מפנה גם למאמרו של כב' השופט מגן "זוטי דברים - אך לא מילתא זוטרותא" (הפרקליט מג, עמ' 48, בעמ' 54), בו אמר, בין השאר:

"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מתיישב עם פגיעה בכבוד האדם על ידי הרשעה לא נחוצה".

48. עמדתי לענין תחולת הסייג בנסיבות הענין הנדון לפני, נשענת על העובדה שלפני **אריאל** לא עמדה האפשרות להתחרות, מסיבות הקשורות בעמדות ופעולות של עיריית חיפה, דהיינו - הגוף שהיה אמור להפיק תועלת מהתחרות בינה לבין אחרים בעבור ציבור תושבי העיר. כאמור, עיריית חיפה תימרנה עצמה למצב שבו לא היה בידה, למעשה, לבחור **באריאל** בשל השקעתה הגדולה במרכז הבקרה. הוכח גם כי עובדה זו היתה ידועה, הן **לאריאל** והן **למנורה**. לכן, לא זו בלבד שלא ניתן לומר כי ההסכם בין השתיים פגע בתחרות, אלא גם ניתן לקבוע שמי שמנע את התחרות היא עיריית חיפה עצמה. יתר על כן, הנאשמים 5 ו-6 הם אלו שכבר השקיעו במלחמה על התחרות, עד לאותה עת, משאבים רבים, בהליכים משפטיים. לאור האמור, מתבקשת המסקנה כי טיב המעשה הוא קל ערך באספקלריה של תנאי הסייג, דהיינו, על פי: **"טיבו של המעשה, נסיבותיו והאינטרס הציבורי"** (כלשון הסייג בחוק).

ויוטעם, הקביעה שהאינטרס הציבורי לא נפגע - מאחר שהתחרות לא נפגעה - היא המכריעה בביסוס תחולתו של הסייג. אינטרס זה לא נפגע מאחר שהציבור - המיוצג ע"י העירייה - לא חפץ בתחרות, בשל העדפת שיקולים

חשובים כשלעצמם, והם שיקולי בטיחות. לכן, גם אילו הגישה **אריאל** הצעה במכרז חיפה - לא היה בכך כדי להביא למימוש תכלית המכרז. בע"א 6585/95, מ.נ.ע.ר נ' **עיריית נשר**, פ"ד נ(4) 206, ציינה כב' השופטת ט' שטרסברג-כהן כי מכרז -

"... הוא במהותו אמצעי להשיג התקשרות חוזית בעלת אופי כלכלי במטרה לקבל את ההצעה הטובה ביותר במחיר הזול ביותר" (שם, עמ' 212).

במקרה דנן, עיריית חיפה לא ביקשה כלל לקבל את ההצעה הזולה. מבחינתה, השירות שהיה ביד **אריאל** לספק לא היה תחליפי לשירות שהיה ביד **מנורה** לספק. בנסיבות אלו, די היה בעצם התנאים שיצרה העיריה - בשל השקעותיה במרכז הבקרה - כדי להקנות ל**מנורה** את כח השוק שמאפשר העלאת מחיר. מכאן, שאם אמנם המחיר עמו התמודדה העיריה לא היה תחרותי - לנאשמים 5 ו-6 אין לייחס כל אשם בשל כך. יתר על כן, עומדת לזכותם בהקשר זה מלחמתם ארוכת השנים על התחרות, מלחמה שעלתה ל**אריאל** בדמים רבים. לשון אחר - יש בידם להצביע גם על נסיבות מיוחדות המצדיקות תחולת הסייג.

49. שאלה מטרידה נוספת היא השאלה - האם ניתן להחיל על ההסדר הנדון את סייג זוטי הדברים אף כי הוא נכנס לגדרו של סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים?

לשיטתי, התשובה לשאלה זו היא חיובית. הנסיבות הרלוונטיות ליכולתה של **אריאל** להתחרות בחיפה עוקרות את החומרה מההסכם הנדון. ההסכם בין הצדדים, כטענת נאשמים 5 ו-6, לא יצר את המגבלה הפוגעת בתחרות, אלא אך ורק תיאור מצב קיים. לא ניתן ל**אריאל**, למעשה, להיכנס לשוק הרלוונטי

ואף לא ניתן לומר שמאמצים משפטיים נוספים שלה היו מאפשרים זאת. לכן, גם אם המחוקק קובע, משיקולים של הבטחת לכידת עבירות הפוגעות בערך המוגן (התחרות), כי מקרה מעין זה "יִרְאוּ כְּהִסְדֵּר כּוֹבֵל" (כלשון סעיף 2(ב)), אין בכך כדי למנוע הכרה בהגנה הפלילית כאשר מתחוויר שמהיבט מניעת הפגיעה בערך האמור, לא נחוצה למעשה הטבעת "אות קין" של הרשעה. מניעת הגנה כזו - במקרים בהם החזקה החלוטה אינה הולמת את המציאות - יש בה כדי לפגוע שלא לצורך במי שמעשיהם אינם עוברים את סף ה"אנטי חברתיות" המינימלי, ובכך היא פוגעת בכלל המידתיות העולה מחוק היסוד: **כבוד האדם וחירותו.**

50. היבט נוסף הטעון ליבון לענין החלת סייג זוטי הדברים נוגע לאופן שבו חוק ההגבלים העסקיים מתייחס לפגיעה קלת ערך בתחרות. גם חוק זה הכיר בכך שלחלק מההסדרים הכובלים השפעה זניחה על התחרות, ואיפשר גביהם קבלת פטור (מרישום ומאישור) מהממונה על הגבלים עסקיים (סעיף 14 לחוק), ואף הקנה לממונה סמכות לקבוע פטורי סוג כלליים (סעיף 15א). מתעוררת איפוא השאלה הבאה: אם אמנם ניתן לקבל בדיעבד פטור מאחריות פלילית לקיום הסדר שלא נרשם ולא אושר באמצעות הגנת זוטי דברים, האם הדבר עולה בקנה אחד עם מגמת המחוקק לחייב את הנוגעים בדבר להביא את ההסדר שביניהם - גם כאשר הם סבורים שפגיעתו בתחרות קלה - לבחינתו של הממונה על הגבלים עסקיים, בטרם יהא בידם לקיימו?

אף שהחלת הסייג לגבי מי שלא פנה במועד וביקש פטור, מכבידה על המגמה הרצויה שצויינה - לפיה סינון המקרים הקלים צריך להיעשות מראש על ידי הממונה - קיימים שיקולים טובים המצדיקים תחולת הסייג בדיעבד, ונראה כי פסיקת בית המשפט העליון מניחה לה מקום.

האפשרות להחיל את הגנת זוטי דברים בתחום ההגבלים העסקיים, הועלתה לראשונה ע"י כב' השופט א' גולדברג בע"א 6222/97 **טבעול (1993) בע"מ נ' משרד הבטחון, מנהל ההרכשה והיצור ושף הים בע"מ**, פ"ד נ"ב (3) 145, 171-172, שאיזכר, בין השאר, את פסק דינו של בית המשפט העליון בארצות הברית בעניין Fortner Enter Inc V. United States Steel Corp 1969. כב' השופט גולדברג הפנה (שם, עמ' 173-175) לסעיף 14(א) לחוק הנזכר לעיל, וציין כי אף הוא מבטא את עקרון זוטי הדברים. כב' השופט גולדברג הוסיף: **"יש מקום לדעה כי אין מניעה להחלת עקרון זוטי הדברים בצד הפטור ובנוסף לו"** (173). מדובר בהליך אזורי, ואולם עולה הימנו, למצער, שאין למצות את נושא זוטי הדברים בגדר הפטורים הקבועים בחוק ההגבלים העסקיים.

אף כב' השופט מ' חשין, בדנ"א 4465/98 **טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ**, הנזכר לעיל, הטעים חשיבות עקרון זוטי הדברים בתחום בו עסקינן (שם, בעמ' 87), בצינו בצדו את דרכי המילוט מהחוק (סעיפים 14 ו-15 לחוק). באותו הקשר, ותוך שהפנה לדברי הנשיא זילר בפרשת **קסין נ' פטרולגז**, התייחס כב' השופט חשין גם ל"**קול התבונה**" אשר לאור "**הטעם והמטרה הסופיים של החוק**" לענין החזקה החלוטה - צריך להביא לכך שלא ילכדו ע"י הגדרת הסדר כובל ענינים ונושאים שהם כלשונו "**דגים ודגיגים שהחוק לא יועד להם**" (שם, 87). באת-כח המאשימה סבורה כי מדברי השופט חשין עולה שהעקרון של זוטי דברים חל, בהקשר בו אנו עוסקים, אך ורק בגדר הסעיפים המאפשרים פטור מרישום ואישור שבחוק ההגבלים העסקיים עצמו, ולא בהקשר הפלילי. אכן, דברי השופט חשין שם אינם מתייחסים שם מפורשות להיבט הפלילי, אך לא ראיתי טעם לפרשם כמגבילים את תחולת

העקרון לתחום האזרחי בלבד, בגדר סעיפי הפטור הקבועים בחוק ההגבלים העסקיים בלבד.

האפשרות להעלות בהקשר לעבירות הגבלים עסקיים טענת זוטי דברים הוכרה מפורשות ע"י כב' השופט ת' אור בע"א 3700/98 א.מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עירית ירושלים (טרם פורסם). באותו ענין - ענין אזרחי - סבר כב' השופט א' ריבלין כי אין מדובר בהסדר כובל מטעם אחר והביע ספק בשאלת תחולתו של עקרון זוטי הדברים לאור כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך) התשס"א 2001. ברם, כב' השופט אור סבר כי כללי הפטור אין בהם כדי למנוע את תחולת העקרון:

"כללים אלה אינם חלים בענייננו שכן הם לא היו בתוקף בעת קשירת ההסכם נשוא המקרה דנן, אולם דעתי היא כי העקרון שעוגן בכללים אלה, העקרון של "זוטי דברים" (DE MININIS) היה קיים גם טרם קיבל בטוי מפורש במסגרתם. עקרון זה ניתן להחיל במקרה דנן ובמקרים דומים אשר יתכן ויעלו בעתיד... עקרון זה קובע כי גם כאשר קיימת פגיעה בזכות או כאשר מתבצע מעשה שהוא עבירה, בית המשפט לא ייטה לעסוק בכך אם מדובר בפגיעה מזערית או במעשה קל ערך".

כב' השופט ריבלין הביע ספק, כאמור, אם עקרון זוטי דברים חל בהקשר של פגיעה קלת ערך בתחרות, ואולם הגיע למסקנה שהמקרה שנדון לפניו חרג מגדר תחולת חוק ההגבלים העסקיים לאור בחינה תכליתית, כדבריו:

"אם בחר המחוקק לנקוט בלשון רחבה, עשה כך בכוונה ללכוד ברשתו מעשים פסולים הנוגדים את התכלית שלשמה חוקק - את כולם, אולם אותם בלבד. לשון אחרת: יש להחריג מהוראת החוק את אותם מקרים.. הנכללים לכאורה בלשון הרחבה של הוראת סעיף 2, אולם בחינה

תכליתית תבהיר כי הם נופלים מחוץ לגבולות החוק" (ס')

10 לפסה"ד).

השופט השלישי במושב זה, כב' השופט **טירקל**, סמך ידו על שתי הדרכים - השונות - שהוצעו ע"י עמיתיו.

אני סבורה כי השיקולים המטים להכרה בהגנת זוטי דברים, בגדרן של עבירות על פי חוק ההגבלים העסקיים, גוברים על הקשיים שקביעה כזו מעוררת. אני רואה מקום לייחד לתחום ההגבלים העסקיים דין בהקשר זה - ולמנוע החלת הסייג - בשל העובדה שהחוק מעמיד אפשרות קבלת פטור מראש במצבים דומים. מקל וחומר מתבקשת מסקנה הפוכה: המחוקק עצמו הכיר בכך שאפשר שהפגיעה בתחרות תהא קלת ערך. מדוע, אם כך, לא תהא לכך נפקות פלילית מלאה במקרה הנכון, גם אם לא קיבל ההסדר פטור מראש? ניתן להצביע על החשש שמא יעדיפו צדדי ההסדר להעלים אותו מעינו של הממונה, ולאחר מכן, כאשר יתפסו בכף, יעלו טענת זוטי דברים. ברם, אם אמנם במסגרת מקרה מסוג זה תתבקש החלת ההגנה, הדעת נותנת שהיא תיכשל בשל עצם ההסתרה כאמור. החשש שמא תינתן הגנה במקרה שאינו הולם, אינו צריך, איפוא, להדאיג.

עם זאת, יש מקום להכיר גם בכך שבמכלול השיקולים - לענין תחולת הסייג במישור הפלילי - ניתן להביא בחשבון את העובדה שהיה בידי נאשם לקבל פטור במועד, תוך פניה לממונה על הגבלים עסקיים. ואולם, שיקול אחרון זה, במקרה דנן, נדחה מפני השיקולים המצדיקים לגביו את תחולת הסייג.

51. אחזור לשאלה שהועמדה בראשית פרק זה: האם הסדר הנכנס לגדר סעיף 2(ב)

לחוק יכול להחשב כענין קל ערך?

כב' השופט י' עדיאל, בה"ע (ירושלים) 2/97 עמית מזרחי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח', תק-מח 3988 (2)99, הביע דעתו כי הפעלת כלל זוטי דברים לגבי הסדרים כובלים המנויים בסעיף 2(ב) הינה "בעייתית" בשל החזקה הקבועה בסעיף 2(ב).

לשיטתי, המקרה דנן מוכיח את חשיבות החלת הסייג גם לגבי מקרים הנכנסים לגדר סעיף 2(ב) לחוק. אני מתקשה לומר - על פי הדרך שננקטה ע"י כב' השופט ריבלין, בע"א 3700/98, חניות ירושלים - כי ההסכם בין הצדדים שלפני אינו נכנס לגדר חוק ההגבלים העסקיים על פי מבחן התכלית: החוק ביקש ללכוד - כמצב עברייני - כל מצב של חלוקת שוק, ולראות בו הסדר כובל. דבר זה משרת את המגמה להבטיח לכידת כל הסדר כובל ברשת החוק, המביאה לבחינתו לא רק על ידי הצדדים. ואולם, מאחר שהמעשה הוא קל ערך על פי המבחנים הרלוונטיים להחלת הסייג בחוק העונשין, מוצדקת החלתו מכח הדין הפלילי. גם אין מקום להגביל את תחולת הסייג למצבים שבהם לא חלה החזקה החלוטה. המקרה דנן מוכיח כיצד, חרף העדר השלכה על התחרות, נלכד ההסדר על ידי סעיף 2(ב). ואולם, איזה ערך חברתי תשרת הרשעת הנאשמים 5 ו-6 בנסיבות שתוארו? עקרון זוטי הדברים הוא עקרון כללי במשפט וגם בדין הפלילי, ולא ראיתי לפני טעם ענייני שיצדיק צמצום תחולתו.

52. לסיכום, המקרה דנן הולם את החלת הסייג. כאמור, הוכח שלא ניתן ליחס לכבילה שקיבלה על עצמה אריאל לענין מכרז חיפה משמעות תחרותית כלשהי, מן הטעם שעירית חיפה לא היתה מעוניינת בתחרות בינה לבין מנורה, ועשתה כל אשר לאל ידה להשתחרר מתחרות כזו. יתר על כן, כפי שאף באת כח המאשימה הטעימה, במשך תקופה ארוכה קודם למכרז חיפה,

השקיעה **אריאל** משאבים רבים במלחמה מול עיריית חיפה ומנורה. בסיכומיה, מתארת באת-כח המאשימה את מעשיה של **אריאל** בלשון זו:

"עשר שנים משקיעים מליונים, מכריחים את כולם, הם לא יוותרו, הם יזכו במכרז הזה ויהי מה".

אכן, **אריאל** היא שנלחמה למען התחרות קודם למכרז חיפה, בהשקיעה סכומי כסף לא מבוטלים - כעולה מריבוי הפעולות וההליכים שננקטו על ידה. כספים אלו ירדו לטמיון, שהרי לא עלה בידה להתמודד במכרז בשל חוסר היכולת לעמוד בדרישת ההשתלבות עם מרכז הבקרה. בעדות **הרשלוס** הובעה תרעומתו על כך שדווקא כלפיו וכלפי **אריאל** הוגש כתב האישום, חרף מלחמתו הבלתי נלאית להגברת התחרות. הוא תמה:

"איך יתכן שאנחנו נלחמים על שוויון על מכרז במיטב כספנו ואותו ממסד בא להאשים אותנו בהסדר כובל, איפה זה נשמע דבר כזה" (9.5.2001, עמ' 86).

לא מצאתי בעמדת המאשימה תשובה הולמת לתמיהה זו.

אני סבורה שאין מקום לגנות חברתית את מי שחדל ממלחמה על התחרות לאחר שכבר השקיע במלחמה זו משאבים רבים במשך שנים, וכאשר הגוף שאמור להפיק תועלת מהתחרות בחר לוותר עליה. אכן, השיקולים שתוארו, היה בהם גם כדי להקל בעונשם של **אריאל** ו**הרשלוס**, אילו הורשעו. ואולם, אין בכך כדי למצות את ההתייחסות הפלילית כלפיהם. בנסיבות הענין, כלל אין מקום להרשיעם.

יש מקום להדגיש בהקשר זה כי לא היתה מתחייבת תוצאה זהה לגבי **מנורה ואיזו אהרון**, שעניינם הסתיים לפני בהסדר טיעון, ולו מהטעם **שמנורה** לא תרמה בפעילותה לקידומה של התחרות בתוככי חיפה, ולכן נסיבות מעשיהם של נאשמים 5 ו-6 - אשר יש לשקלם לענין החלת הסייג על פי סעיף 34ז - שונות.

טענות נאשם 7 - דיון

א. זיכוי בשל זוטי דברים

53. משהגעתי למסקנה שעומדת לנאשמים 5 ו-6 הגנת זוטי דברים, מתבקשת מסקנה זהה לגבי נאשם 7, הוא **שי אופיר**. מסקנה כזו מתחייבת מעצם זיכוי הנאשמים האחרים, וזאת מן הטעם שמיוחסת לנאשם 7 עבירת סיוע. "**סיוע למעשה שאינו בגדר עבירה, בשל ביצועו במצב המהווה סייג לפליליותו שוב אינו סיוע שמצמיח אחריות פלילית**", כתב ש.ז. **פלר** בספרו, **יסודות בדיני עונשין**, כרך ב', עמ' 256.

אכן, חברת **מנורה (רמזורים) בע"מ** הורשעה בתיק זה - כאשר **מנורה איזו אהרון בע"מ**, שהיתה החברה המרכזית אשר באמצעותה פעל **איזו אהרון**, נמחקה מכתב האישום בהסכמה - אך הרשעה זו היא פרי "הסדר טיעון" שנערך עם קבוצת **מנורה**, ואין היא עומדת כלפי הנאשמים 5, 6, ו-7. כלפי אלה, צריכה האשמה להיות מוסקת מהראיות שהצטברו בתיק, ואלו, כפי שפורט לעיל, אינן מובילות להרשעה. מכאן, שיש לזכות, ולו מטעם זה, גם את נאשם 7.

54. אוסיף כי אף אם לא היה מקום לזכות את נאשמים 5 ו-6 מהעבירות שיוחסו להם בשל סייג זוטי דברים, היה מקום להחיל לגבי נאשם 7 את הסייג האמור, לאור חלקו השולי במעשה העבירה. תרומתו לעשייתו קטנה: הוא לא הגה את רעיון ההסדר, וגם לא קבע את תוכן שטר הבוררין. הוא ראה תפקידו כפוסק רכיבי הפיצוי במגמה לסיים את הסכסוך העסקי שבין הצדדים לשטר הבוררות. לא היה לו ענין אישי כלשהו בקיום ההסכם, ואף לא בעצם קיום הבוררות. כאמור, הוא אף לא קיבל שכר בשל סיועו.

אין בידי לקבל את טענת המאשימה, לפיה אין לראות את נאשם 7 כ"בורר" גרידא. העובדות שפורטו מלמדות כי ביצע תפקיד שיפוטי - פסיקת הפיצוי בסכסוך בין הצדדים, ומעורבותו לא הגיעה מעבר לכך. באת-כח המאשימה הפנתה לע"פ 2929/02, **מדינת ישראל נ' א' סבירסקי** (טרם פורסם, ניתן ביום 2.4.2003), שבו בית המשפט העליון קבע כי המשיב שלפניו הוא "מבצע בצוותא", הגם שהוא לא ניהל עסק בתחום ייצור ושיווק של מרצפות, וקיבל מהצדדים לקרטל סמכות להכריע בנושאים שונים כבורר (כעולה מפסק הדין שנתן בית המשפט המחוזי בענין זה, בת"פ 366/99 (מחוזי י-ם), (טרם פורסם)). מדברי באת-כח המאשימה, עולה כי, לשיטתה, ראוי היה שלא לשנות את מעמדו למסייע (כאמור, כתב האישום תוקן ובוצע שינוי כזה). ברם, ההשוואה עם ענין **סבירסקי**, מלמדת דווקא על מיעוט חלקו של הנאשם 7 בביצוע העבירות. שם היה המשיב שותף בגיבוש ההסכמים הקרטליים, שימש מזכיר הקרטל, והפעיל את מנגנון אכיפתו (אשר כלל מערכת לאיתור הפרת ההסכמים הקרטליים), הגם שלא נהנה מרווחי הקרטל (קיבל משכורת). בית המשפט העליון נמנע מלכנותו "בורר", וראה בו "חלק מרכזי ועיקרי בגדרי ההסדר הכובל".

ב. טענת חוסר המודעות והעדר מטרה לסייע לביצוע העבירה

55. חרף מסקנתי שיש לזכות את נאשם 7 בשל תחולת סייג זוטי הדברים, ובשל האפשרות שטעיתי במסקנתי לענין תחולתו, אני רואה לנכון לדון, ולו בקיצור, בשתי טענות נוספות הרלוונטיות לנאשם 7.

הראשונה מהן היא הטענה שלא הוכחה מחשבתו הפלילית. בהקשר זה נטען כי הוא אף לא היה מודע לעובדה שביסוד הבוררות מונח הסכם שעניינו התקשרות **אריאל** עם עירית חיפה. לענין זה העיד נאשם 7 כי לא התעמק בפרטי הענין שהובא לפניו להכרעה כבורר. טענה זו עולה בקנה אחד עם העובדה ששטר הבוררין נמסר לו כשהוא מוכן, כפי שנוסח על-ידי הצדדים, ונמסרו לו, מוכנים, המסמכים הנלווים, וביניהם כתבי הערבות. בפרוטוקול הבוררות נפקדת התייחסות מפורשת לנושא מכרז חיפה, ולכן לא ניתן לקבוע כי בעת השמעת דברי הצדדים לשטר באזני נאשם 7 הועלה ענין זה. נראה כי הצדדים ראו כמרכזית את פעולתו בנושא הפיצוי בגין העבר. פעמוני האזהרה היו צריכים לצלצל באזני נאשם 7, כבר כאשר ראה לראשונה את האמור בשטר הבוררין לענין ההתקשרות עם עירית חיפה, אך עומדת בענין זה טענתו כי לא נתן דעתו אז לכתוב בו. בעדותו אישר נאשם 7 כי חתם על שטר הבוררין, אך לא אישר שקרא את השטר אותה עת.

ברם, גם אם בישיבת הבוררות לא הובהרה לנאשם 7 התמונה במלואה, וגם אם סבירה האפשרות שהוא לא בחן בעיון את שטר הבוררין בעת שנוהלה ישיבת הבוררות, קשה להלום אפשרות שלא ספג את כלל הפרטים הנוגעים לענין, למצער, בעת שנתן את פסק הבורר, מספר חודשים לאחר מכן. הופקדה בידיו, בין השאר, קביעת הסכום שיהא על **מנורה** לשלם כפיצוי, סכום שאינו מבוטל, וכן הופקדו בידיו ערבויות אותן הוטל עליו למסור לצד זה או אחר, על פי הענין ובבוא העת. במצב דברים זה, אין זה מתקבל על הדעת שהוא לא למד את הפרטים העיקריים בטרם קיבל את החלטותיו בענינים אלו, ובכללם

דבר התחייבות **אריאל** שלא להתקשר עם עירית חיפה. מהראיות עולה כי תפקיד הבורר נמסר לו בהיותו איש עסקים רציני ואמין. בנסיבות אלו, קשה להשתכנע שהוא ראה לנכון לזלזל בתפקיד שקיבל על עצמו, וההין לתת את פסק הבורר מבלי שהכיר את יסודות ההסכם. התייחסות נאותה לתפקיד חייבה הכרת עקרונות אלו, ובכללם: ההוראה הנוגעת להתקשרות עם עירית חיפה. לאור האמור, גם אם כעדות נאשם 7, היו המסמכים שקיבל בעת ישיבת הבוררות בגדר "ערימת מסמכים" לדידו, הדעת נותנת שמשמעותם התחוורה לו בהכרח יותר מאוחר, ולפני מתן פסק הבורר.

56. שיקולים אלו מביאים למסקנה שנאשם 7 היה מודע לתוכן ההסכם בין הצדדים לבוררות. על-פי הפסיקה, ניתן להגיע להערכת המודעות באמצעות שיקולי הגיון, המביאים בחשבון את מכלול הנסיבות. כך, בע"פ 348/80, 435 **מדינת ישראל נ' בן ברוך**, פ"ד לה(1) 589, עמ' 592, קבע הנשיא א' **ברק** לענין זה:

"על ידיעתו של אדם - כמו גם על התנהגותו - ניתן ללמוד לא רק מתוך ראיות ישירות אלא גם מתוך הנסיבות הכוללות של הענין העשויות ליצור הנחה בדבר אותה ידיעה או התנהגות..."

וכן ראו לקביעת צפונות מחשבתו של אדם בהישען על הנסיבות, נסיון החיים ושיקולי הגיון: ע"פ 1100/93 **סובאח נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(3) 635, וע"פ 4463/00, 4351 **מדינת ישראל נ' אבו אלהווא**, פ"ד נה(3) 327. סבירות הטענה בדבר היעדר מודעות היא בהקשר כזה כלי עזר ראיתי, ראו **פלר, טעות במצב דברים**, מחקרי משפט יב 5, בעמ' 11, ועמ' 17.

אכן, כפי שהובהר לא פעם בפסיקה, יש ביד נאשם לסתור חזקות עובדתיות שהן פרי נסיון חיים והגיון, ובמקרה דנן, אמנם חזר נאשם 7, שוב ושוב על כך, שלא נתן דעתו לפרטי הענין. ואולם, אני מתקשה לקבוע כי נסתרה החזקה הנובעת מנסיון החיים, לפיה קרא בשלב זה או אחר את שטר הבוררין לצורך מילוי התפקיד שקיבל על עצמו.

לסיכום, יש לדחות כבלתי סבירה את האפשרות שנאשם 7 כלל לא היה מודע - ולו בעת שנתן את פסק הבורר - להוראה בשטר הבוררין, שעסקה בהתקשרות שבין **אריאל** לעיריית חיפה.

אשר למכתב משנת 1996, איני רואה קושי לקבוע - על דרך הקביעות בפלילים - כי נאשם 7 היה מודע לכך שיישלח אליו מכתב זה - מכח שיחה קודמת עם **הרשלוס** מאותו יום - וגם איני רואה לנכון לקבוע כי התעמק בו כאשר קיבלו. מעדות **הרשלוס** עלה שבשיחה המוקדמת עם **שי אופיר**, בבוקר תאריך המכתב, עלו בעיות **כספיות** בלבד (פרו' מיום 10.9.2001, עמ' 32). משלא עולה מהראיות כי נאשם 7 קיבל על עצמו אותה עת לעשות מעשה כלשהו בקשר לאותו מכתב, נראה כי, בעיקרו של דבר, שימש נאשם 7, לענין זה, "כתובת" שהיה בה, מנקודת מבטם של **הרשלוס ואיזו אהרון**, כדי להקנות רצינות להתחייבות שבמכתב, מבלי שהתעורר מבחינתם צורך שהוא גם יתן דעתו לפרטי הענין.

57. ואולם, טענת הנאשם 7 רחבה יותר. לשיטת באי-כוחו, מאחר שיוחסה לו עבירת סיוע בלבד, די באי-היותו מודע לכך שההתחייבות שלא להתקשר עם עיריית חיפה מנוגדת לחוק, כדי למנוע את הרשתו. בתשובה לשאלת סניגורו בדבר כוונתו לעבור על החוק או לתת יד לעבירה על החוק ובדבר מודעותו לאחד הדברים האלה, ענה נאשם 7:

"לא היתה לי לא כוונה ולא יד ולא חשבתי שבעצם זה שאני עושה בורות מסחרית, אני עלול להימצא פה, לאבד את זמני וגם להיפגע מבחינה כספית ולעמוד עכשיו במצב המביש שאני עומד פה" (פרו' מיום 19.12.01 עמ' 51).

באי-כוחו של נאשם 7 טוענים בהקשר זה כי כאשר מדובר במסייע, על המאשימה להוכיח גם את מודעותו **לפליליות** מעשה העבריינים העיקריים, ובכלל זה - הכרתו את הדין הקובע כי מעשה כזה הוא עבירה. הם הוסיפו וטענו כי העבירה שבה מדובר - עריכת הסדר כובל - אינה בגדר Mala per Se, אלא היא Mala prohibita, דהיינו עבירה שבה המודעות לפליליות אינה מובנת מאליה, ועל כן, לדבריהם, סבירה האפשרות שנאשם 7 כלל לא הבין שהוא עובר על חוק כלשהו בעת שפעל כבורר. טענה אחרונה זו מבססים סניגוריו של נאשם 7 על אמירות בפסיקה ובספרות, מהן עולה דרישה שהמסייע יהא מודע **לפליליות** של מעשה העבריין העיקרי. כך בע"פ 320/99, **פלונית נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(3) 22, נאמר על-ידי כב' הנשיא א' ברק:

"מכאן שהמחשבה הפלילית הנדרשת בעבירת הסיוע - שאינה עבירה תוצאתית - הינה כפולה: ראשית, מודעות לטיב ההתנהגות המסייעת, כלומר מודעות לכך שההתנהגות תורמת ליצירת התנאים לשם עשיית עבירה עיקרית בעלת ייעוד מוחשי. שנית, מודעות לקיום הנסיבות הרלוונטיות בעת ההתנהגות המסייעת. כלומר, מודעות שהמבצע העיקרי מבצע או עומד לבצע עבירה, הגם שאין נדרשת מודעות לכל פרט מפרטי העבירה" (שם, עמ' 32).

ופרופ' פלר בספרו **"יסודות בדיני עונשין"** (תשמ"ז, כרך ב'), כתב לענין זה:

"צריך המסייע להיות מודע לטיב ההתנהגות המסייעת, כהתנהגות שעשויה לאפשר למבצע העיקרי להגשים את מזימתו או להקל עליו את הגשמתה" (עמ' 260).

עוד כתב פלר :

**"נסיבה רלוונטית להתהוות סיוע לדבר עבירה כפועל
יוצא של צמידות צורות השותפות העקיפה לדבר
עבירה לביצוע הישיר היא פלילותו של ביצוע זה"
(עמ' 256).**

הסניגורים מוסיפים וטוענים כי המאשימה לא עמדה בנטל להוכיח שנאשם 7 היה מודע לנסיבה שלפיה ההתנהגות של הצדדים להסדר היא התנהגות פלילית. לדבריהם, אי ידיעת הדין שלפיו התנהגותם של **אריאל ומנורה** מהווה עבירה פלילית שוללת את אחריותו הפלילית, וזאת בשל אי קיום יסוד המחשבה הפלילית (עמ' 53 לסיכומים).

הסניגורים מדגישים בהקשר האמור את ייחודה של עבירת הסיוע, וטוענים שאחד מיסודותיה הוא ידיעת הדין. לקיום היסוד הנפשי בעבירה זו, לא די, לדבריהם, במודעות לטיב התנהגותו מהיבטה הפיסי, אם אינו יודע כי התנהגותו של המבצע העיקרי מהווה עבירה פלילית. הסניגורים מאשרים, עם זאת, שהפסיקה הקיימת ביחס לעבירת סיוע אינה מתמקדת במודעות לפלילות ההתנהגות של המבצעים העיקריים, ומסבירים כי הטעם לכך הוא פשוט: הרוב המכריע של המקרים שנדונו בפסיקה בקשר לעבירת סיוע עסק בעבירות מסוג *Mala per se*, עבירות שכל אדם מודע לפלילותן. לשיטתם, בעבירות מסוג *Mala prohibita* שבהן עסקינן. כאן, שאלת מודעות המסייע לפלילות ההתנהגות של העבריין העיקרי מקבלת משמעות מיוחדת, ועל המאשימה מוטל לעשות מאמץ מיוחד להוכיחה.

58. אני סבורה שאין לייחד למסייע דין מהיבט ידיעת הדין הפלילי. אכן, על המסייע להיות מודע לא רק להתנהגותו שלו, אלא גם לחלקה במערך הכולל של התנהגות העברין העיקרי. ההדגשה המלמדת כי עליו להיות מודע לפליליות המעשה הכולל, יסודה בחשש שמא אינו רואה את התמונה כולה, מאחר שהסיוע מתרכז, בדרך כלל, בהיבט או בחלק מסויים של המעשה בלבד. המודעות לפליליות היא, בדרך כלל, פועל יוצא של ידיעת הטיב הכולל של המעשים הרלוונטיים (בהבדל מידיעת חלקו של המסייע בלבד) יחד עם ידיעת החוק. הדין מניח ידיעה כזו - או למצער אינו מוכן ליחס נפקות לאי הידיעה או אי ההבנה של האיסור - כעולה מסעיף 34 **לחוק העונשין** - והחריג שהוכר בתיקון תשנ"ד (והמצוי בסיפא של הסעיף - "זולת אם הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר") אינו מועיל לנאשם 7. לא ניתן לקבוע שלא היה בידו להימנע מהטעות המשפטית, לפיה הסדר המונע התקשרות עם עירית חיפה, אינו הסדר כובל. אוסיף כי יש ממש בטענת באת כח המאשימה, לפיה דווקא טענת נאשם 7 שלא התעמק בפרטי הסכסוך שבין הצדדים לבוררות, עלולה לעמוד לו לרועץ בהקשר זה. ככל שנאשם 7 ידע את הרקע לייאוש מדעת של **אריאל** לגבי אפשרות ההשתתפות במכרז חיפה, ניתן היה לקבוע כי הבין ממילא שהסכמתה שלא להתקשר עם עיריית חיפה אינה יוצרת מגבלה של ממש.

59. עוד טוען נאשם 7 כי המאשימה לא עמדה בהוכחת מרכיב נפשי נוסף המתייחס למטרה לסייע למבצע העיקרי בביצוע עבירה. בפסיקה שלפני תיקון 39, לא היתה מחלוקת לגבי הצורך בהוכחת מרכיב זה, וגישה דומה משתקפת בפסיקה שלאחר התיקון, כעולה מע"פ 320/99 **פלונית נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ"ה(3) 22, 32, ומע"פ 807/99 **מדינת ישראל נ' עזיזאן ואח'**, פ"ד נ"ג(5) 747, 758. ואולם, כפי שמציינים באי-כח נאשם 7, הסתייגות מגישה זו מצויה

בדברי כב' השופט **מצא** בע"פ 4317/97 **אולג פוליאקוב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ"ג(1) 289.

אשר לענין הנדון, טוענים באי-כוחו של נאשם 7, כי לא יכולה להיות מחלוקת לגבי קיומה של מטרה לגיטימית במעורבותו - לסייע בפתרון סכסוך כספי מסחרי. לשיטתם, המאשימה אינה מבחינה בין מטרה זו לבין המטרה הבלתי לגיטימית הנטענת על ידה. למען מטרה לגיטימית זו, טוענים הם, העמיד נאשם 7 את משרדו, ופינה מזמנו לשמיעת הצדדים ולמתן הפסק. הם מדגישים כי לא היה לנאשם 7 כל ענין לסייע לצדדים לשטר הבוררין לבצע עבירה פלילית, ותפקידו התרכז בפתרון הסכסוך גרידא. על פי טיעון זה, לא ניתן לומר כי נאשם 7 פעל "**בכוונה שהעבירה שבוצעה בפועל תתבצע**", כלשון כב' השופט **ד' לוי** בע"פ 2910/94 **יפת נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 221 עמ' 439, או "**בכוונה שהעבירה שבוצעה בפועל תתבצע**", כלשון כב' הנשיא **ברק** בענין **פלונית** (שם, עמ' 33).

לענין זה אומר כי יש מקום לייחס לנאשם 7 חפץ ל"תמוך" בהסכם הספציפי אליו הגיעו הצדדים, בגדר רצונו לפתור את הסכסוך שביניהם על בסיס אותו הסכם. הסכם זה, על פניו, היה נגוע באי-חוקיות. משמע, לא ניתן ל"נקות" את נאשם 7 מהמטרה לבסס בין הצדדים לבוררות את ההסכמה המנוגדת לחוק. עם זאת, מזדקרת, למצער, העובדה שמטרת פעילותו כבורר היתה קביעת היקף הפיצוי במגמה לסיים את הסכסוך. נראה, איפוא, כי גם אם מתקיימת הדרישה הנפשית האמורה, הרי היא צדדית להתנהגותו וההתייחסות הנאותה כלפיה מביאה לזיכוי בשל זוטי דברים.

ג. **טענת חסינות הבורר**

60. הטענה השניה היא הטענה לפיה עומדת לנאשם 7 ההגנה הניתנת לרשות השופטת עפ"י חוק העונשין. עפ"י הנטען, נתונה לבורר חסינות שיפוטית הקבועה **בסעיף 34כ'** לחוק העונשין. סעיף זה, שכותרתו "הגנה על רשות שופטת" קובע:

"נושא משרה שיפוטית לא יישא באחריות פלילית למעשה שעשה במילוי תפקידיו השיפוטיים, אם חרג בכך מתחום סמכותו".

הוראה זו חוזרת על לשון ההוראה שהיתה קבועה בסעיף 23 לחוק העונשין, קודם לתיקון המקיף של החלק המקדמי, ולפני כן, בסעיף 16 לפח"פ. ההוראה לא הופיעה בהצעת החוק שקדמה לתיקון 39, ואין לגביה התייחסות בדברי ההסבר להצעה.

לחיצוק טענת החסינות, מפנה נאשם 7 להגדרת המונח "**הליך שיפוטי**" שב**סעיף 34 כ"ד לחוק**. בסעיף זה נאמר:

"הליך שיפוטי" - כל הליך לפני בית משפט, בית דין, רשות שיפוטית, ועדת חקירה או אדם המוסמכים להשביע עדים".

בהקשר זה מדגישים באי-כוחו של נאשם 7 כי בעקרון, על-פי **חוק הבוררות, תשכ"ח-1968** (סעיף 14) בורר מוסמך להשביע עדים (כיום - להעידם תחת אזהרה). הם מוסיפים כי לבורר חסינות מאחריות עפ"י פקודת הנזיקין, כאשר סעיף 8 לפקודה זו, שכותרתו "**רשות שופטת**" - קובע:

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

לשיטת באי-כח נאשם 7, אין כל מקום לנקוט כלפי בורר גישה שונה בתחום הפלילי, כשרציונל מתן החסינות - שבעיקרו הינו החשש מהרתעה מלשמש בתפקיד - קיים לגבי בורר, כמו לגבי שופט.

עוד טוענים באי-כח נאשם 7 כי המסקנה לפיה בורר הוא **"נושא משרה שיפוטית"** לצורך חוק העונשין, נתמכת על-ידי העובדה שהגדרת המונח **"עובד ציבור"**, בסעיף 34 כד' לחוק זה, כוללת גם **"בורר"** (בס"ק 9). אם בורר הוא **"עובד ציבור"**, כך נטען, אין מקום שלא לראותו בה בעת גם **"נושא משרה"**.

61. טיעון זה מעורר את השאלה האם אין הביטוי **"נושא משרה שיפוטית"**, המצוי בסעיף 34 כ' לחוק העונשין, מתייחס דווקא לנושא תפקיד רשמי, (כגון בעל משרה ממשלתית) או, למצער, לנושא תפקיד בעל קביעות מסויימת, (כגון בעל תפקיד שיפוטי בבית דין שהוקם על-ידי חברי קבוצה).

הגדרת המונח **"משרה"** (במילון אבן-שושן) היא **"כהונה, תפקיד שאדם ממנה תמורת שכר... (2) שלטון, שררה"**. עפ"י הגדרה זו, לא נדרש רכיב של קביעות, ואין הכרח בקשר עם הרשות. נראה, איפוא, כי על-פי מהות המונח, גם בורר, שהסמכות לפסוק בסכסוך בין צדדים הוענקה לו על-פי הסכמת הצדדים בענין אחד, ואף מבלי שמשולם לו שכר, יכול להחשב **"נושא משרה"**. כך, כב' השופטת ר' אליעז, בה"פ 690/01 (תל אביב-יפו), **יורוקום שיווק (1986) בע"מ נ' אדיוסופט בע"מ**, תק-מח 2002 (3) 442, מתייחסת לבורר עפ"י הסכם כאל **"נושא משרה שיפוטית"**. אוסיף כי בפסיקה הודגש שמוסד

הבוררות נשען על שני יסודות משולבים: היסוד ההסכמי והיסוד הציבורי, וב-ברע"א 6999/96 מכשירנות חדרה בע"מ נ' פרץ רויכמן, פ"ד נ"ב(2) 752, עמ' 759-758, כתבה כב' השופטת ט' שטרסברג:

"יש המדגישים את היסוד הציבורי ורואים במוסד הבוררות חלק ממערכת המשפט, כאשר התפקיד שהוא ממלא רלוונטי לציבור כולו ולא רק לצדדים המתדיינים".

היסוד הציבורי מקל על ראייתו של בורר כחלק מהרשות השופטת.

62. כנגד הפירוש לפיו החסינות בסעיף 34 כ' חלה גם על בורר, ניתן להצביע על עצם השוני בנוסח סעיף החסינות בחוק העונשין לעומת נוסחו בפקודת הנזיקין. בפקודת הנזיקין, כאמור, ניתנה לבורר הגנה מפורשת. ברם, ניתן להתגבר על קושי זה, בטענה שאין לצאת מראש מהנחה שצפויה קוהרנטיות בניסוח חוקים שונים אלו. טענה אחרת שניתן לטעון כנגד הפירוש הרחב של סעיף 34 כ' היא, שדווקא כלילת המונח "בורר" בגדר "עובד ציבור", מלמדת על מגמת המחוקק להטיל על בורר אחריות, שהרי הרחבת המונח "עובד ציבור", מביאה לכך שהבורר ישא באחריות המוטלת על עובד ציבור בסעיפים 117, 117א', 284, 285, 290, 390, 421 לחוק העונשין. מאידך, ניתן גם לומר, שההוראות שצויינו (החסינות וההוראות המתייחסות לאחריותו כעובד ציבור), משלימות זו את זו. החסינות "במילוי התפקיד" לא נפגעה בגין החלת סעיפי העבירות שצויינו גם על בורר, מאחר שלפי עצם טיבן מצויות העבירות הכלולות באותם סעיפים "מחוץ" לתפקידו כבורר.

63. שיקול התומך בחסינות הפלילית של הבורר, נובע מרציונל מתן החסינות ל"רשות השופטת". בחינת רציונאל הענקת החסינות לשופטים, מלמדת ששיקולים מרכזיים התומכים בה הולמים גם את הבוררים, בשל תפקידם

המעין שיפוטי. דיון בשיקולים המביאים לחסינות השופטים, מצוי בספרה של ד' אבניאלי, **חסינות אנשי ציבור** 2001 (עמ' 33-23). נראה שהבחינה בספר זה נעשית בעיקר מההיבט הנזיקי. ואולם, בדונה בחסינות הפלילית של שופטים, מכח סעיף 34 כ' לחוק העונשין, אין המחברת מפנה לשיקולים אחרים כלשהם, ובאותו פרק היא כותבת -

"המונח 'נושא משרה שיפוטית' בסעיף 34 לחוק העונשין אינו מתייחס רק לשופטים, אלא לכל אדם הממלא תפקיד שיפוטי, כגון ראש ההוצאה לפועל" (שם, עמ' 82).

ובפרק אחר, המתייחס למונח "פעולה מעין שיפוטית" - אליו היא מפנה בהקשר העונשי האחרון - עוסקת היא, בין השאר, בחסינות הבורר כממלא תפקיד מעין שיפוטי (אמנם גם כאן בהיבט הנזיקי), בהדגישה כי:

"תפקידו - כמי שהוסמך להכריע בסכסוך קיים או עתידי - הוא תפקיד שיפוטי והחלטתו היא החלטה שיפוטית" (שם, עמ' 184).

נראה כי לשיטת אבניאלי, אין מקום להבחין בין שופט לבין בורר, ואולם, אין היא אומרת דברים מפורשים לגבי החסינות הפלילית של הבורר.

גם פרופ' ס' אוטולוגני אינה מתייחסת בספרה לשאלת אחריות הבורר בפלילים. בהתייחס לחסינות הנזיקית, כותבת היא בספרה **בוררות**, (מהדורה שלישית):

"כידוע, בורר נהנה מחסינות מפני תביעת נזיקין בגין רשלנות, ממש כמו שופט. הדבר נובע מטעמי מדיניות וטובת הציבור, שכן אם היו בוררים חשופים לתביעות בנזיקין - ספק אם היו נמצאים אנשים אשר היו מסכימים לכהן בתפקיד זה" (שם, עמ' 218).

שיקולי המדיניות וטובת הציבור תקפים לכאורה גם כאשר עסקינן בהיבט הפלילי.

64. בחינת פסיקה וספרות משפטית באנגליה ובארצות הברית, מלמדת כי לענין החסינות מודגשת הקירבה בין השופט והבורר. קירבה זו מבוססת על הפונקציה השיפוטית שמבצע הבורר. וראו: D.R.Nolan & R.I.Abrams 228, 234 (1989) 11 Indus.Rel.LJ "Arbitral Immunity". נולן ואברהמס מציינים כי האנלוגיה בין שני המוסדות אינה מושלמת, אך פעולת הבורר דומה דייה לפעולה שיפוטית כדי לבסס את חסינותו.

וכן ראו -

C.L. Sabin "The Adjudicatory Boat Without a Keel; Privae Arbitration and the need for public oversight of arbitrators" 87 Iowa L.Rev. 1337, 1352-1353.

חרף מאמציי, התקשיתי לקבל תמונה ברורה לגבי גישת הדין האנגלי והאמריקאי לחסינות הבורר בפלילים. מהמקורות אותם בחנתי, עולה בבירור קיום חסינות אזרחית, אך אין בהם התייחסות מפורשת להיבט הפלילי. כך, גם המונח "Is not liable" שבסעיף החסינות (סעיף 29) ב-Arbitration Act 1996 האנגלי, סובל גם את הפירוש לפיו הוא מתייחס לאחריות האזרחית בלבד. עם זאת, יש בידי לומר כי הבחינה ההשוואתית האמורה, מלמדת שקיים בסיס מוצק למסקנה שיש להשוות בין שופט ובורר (ר' לעיל). אשר לחסינות הפלילית של השופט בדין האנגלי והאמריקאי, ראו ספרה הנזכר של אבניאלי, עמ' 113 הערה 90, עמ' 110 הערה 82.

65. עם זאת, ניתן למצוא טעמים להבחנה בין בורר לבין שופט, ואף לבסס קביעה שהשוני ביניהם משמעותי יותר בתחום הפלילי. כך, הדעת נותנת שתקנת הציבור מתקשה להשלים עם קיומן של עבירות פליליות יותר מאשר עם עוולות נזקיות, ואף ניתן לטעון שכאשר שניים הסכימו להטיל תפקיד על בורר, אין בכח הסכמתם לשחררו מעול הדין הפלילי. עוד ניתן לומר כי השחרור מהאחריות הנזיקית מובן יותר, שהרי מדובר באחריות הבורר כלפי הצדדים שבחרו בו, אך כאשר הפגיעה היא באינטרס הציבור - שאני. מנגד, אפשר שהוראת סעיף 34 כ"א לחוק העונשין, לפיה יש לאמץ את הפירוש המקל עם הנאשם, כאשר קיימים פירושים סבירים אחדים, מובילה להכרה בחסינות גם לגבי בורר, מאחר שגם הפירוש לפיו חסינות הרשות השופטת העומדת לבורר הוא פירוש סביר. סעיף 34 כ"א קובע:

**"ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע
הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת
באחריות פלילית לפי אותו דין".**

66. בסופו של דיון, ואף כי תחילה נטיתי לדעה אחרת, הגעתי למסקנה שחסינות הרשות השופטת עומדת גם לבורר. נטייתי לקבל את הטענה מבוססת על הפונקציה שממלא הבורר, הדומה ביסודה לפונקציה שממלא השופט - ועל חשיבותה הציבורית. הכרה בהגנה כזו מעודדת את מוסד הבוררות, שהוא רצוי מהבחינה הציבורית. כאמור, לעמדה לפיה יש להשוות את מעמד הבורר למעמד שופט בשל הפונקציה הדומה שהם מבצעים, יש בסיס מוצק בגישה האנגלית והאמריקאית. אטעים כי החסינות ניתנת בגדר התפקיד בלבד, ומצבים שבהם מדובר בפגיעה גדולה בערכים המוגנים בדין הפלילי יצאו, מטבע הענין, מתחום ההגנה, ואפשר גם שיכנסו לגדר סעיפי העבירות המיוחדים לעובד ציבור. לכן, החשש מפני הפגיעה בתקנת הציבורי אינו גדול יותר מזה הקיים בגדר ההגנה לשופטים ממש.

בענייננו, נאשם 7 פעל כבורר לכל דבר וענין. ההליך שנוהל לפניו נשא אופי של הליך שיפוטי. הוא פעל מבלי שקיבל תמורה, ועשה כן ללא משוא פנים, כגורם אובייקטיבי שקיבל על עצמו להכריע במחלוקת מסחרית כספית. תפקידו לא היה שונה במהותו מתפקיד של שופט, הסומך ידו, לעיתים מבלי משים, על הסכם שיש בו רכיב בלתי חוקי. שופט היה נהנה, במקרה מעין זה, מהחסינות הקבועה בחוק העונשין. בנסיבות הענין, אין מקום למנוע חסינות מעין זו מבורר.

אוסף כי גדר הסייג הקבוע בסעיף 34 כ' הוא גדר ביצוע התפקיד השיפוטי, ולכן הנאשם **סבירסקי**, בע"פ 2929/02, **מדינת ישראל נגד סבירסקי** הנזכר לעיל, לא היה נהנה מהגנה זו, מאחר שבפעולותיו חרג מביצוע התפקיד המעין שיפוטי ונכנס לגדר הפעולות הקרטליות.

67. לסיכום, מהמסקנה שיש לזכות את נאשמים 5 ו-6, נובע גם, מניה וביה, זיכוי של נאשם 7, מאחר שיוחסה לו עבירת סיוע. מכל מקום, בשל מידת מעורבותו השולית של נאשם 7 בצד הבלתי חוקי של ההסדר בין **אריאל ומנורה**, יש מקום לזכותו בשל סייג זוטי דברים. כמו כן, מאחר שביצע תפקיד שיפוטי גרידא, יש לזכותו מכח ההגנה הניתנת בחוק העונשין לרשות השופטת.

סוף דבר

68. כטענת באת-כח המאשימה בסיכומיה, נדירים המקרים מסוג המקרה שלפני, שבו הובא לבית המשפט הסכם קרטלי ערוך, מודפס וחתום. כזה היה הסכם הבוררות בין **אריאל ומנורה** - ומנהליהן, בחלק שהתייחס להתקשרות שבין **מנורה** עם עיריית חיפה. חלק זה הכיל כבילה מסוג חלוקת שוק. ברם, בחינת מאפייני השוק בחיפה, מבהירה כי את המכשול לתחרות בתקופה הרלוונטית יצרה עיריית חיפה, באופן מודע ועקבי, וזאת משיקולים ראויים כשלעצמם -

שיקולי בטיחות. בחלקו של ההסכם, שעסק בפעילות הצדדים בירושלים, לא היה משום אי-חוקיות: הצדדים הסכימו על העברת ביצוע העבודה ל**אריאל**, במסגרת ההתקשרות הקיימת בין **מנורה** לעירית ירושלים, ובהסכמת העיריה. מדובר בהסכם שאינו כובל. מידת ההגבלה - או הכבילה - בהסכם מעין זה, שקולה להגבלה שיש בכל הסכם העברת ביצוע עבודות בקבלנות משנה.

בנסיבות אלו, שתוארו בהרחבה לעיל, פעילותם של נאשמים 5 ו-6 לא פגעה בערך המוגן ע"י חוק ההגבלים העסקיים בתחרות - בין בירושלים ובין בחיפה. נהפוך הוא: **אריאל** ומנהלה עשו כל אשר לאל ידם, מבחינה משפטית, כדי להביא את עירית חיפה "לפתוח" את השוק לתחרות. עתירת **אריאל** לבית המשפט הגבוה לצדק, אילצה את עירית חיפה לפרסם את מכרז חיפה. המכרז שפורסם, הגם שלמראית עין היה שוויוני, לאמיתו של דבר, לא איפשר ל**אריאל** התמודדות, זאת מאחר שהנוטלים בו חלק חוייבו לעמוד בדרישות ההשתלבות עם מרכז הבקרה. ל**מנורה** בלבד היתה יכולת לעמוד בדרישות אלו, בהיותה סוכנת בלעדית של החברה הגרמנית, שצידה נרכש ע"י העיריה עבור מרכז הבקרה, בהשקעה המגיעה לכ-2 מיליון מארק.

בנסיבות אלו, יש מקום להחיל לגבי נאשמים 5 ו-6, **אריאל** ומנהלה, את סייג **זוטי דברים**. הגנה זו עומדת גם לנאשם 7, בין כפועל יוצא מזיכויים של נאשמים 5 ו-6 - מאחר שיוחסה לו עבירת סיוע בלבד - ובין בשל דלות תרומתו לחלק הבלתי חוקי שבמעשיהם. בנוסף, עומדת לנאשם 7, כמי שמילא תפקיד בעל אופי שיפוטי, ההגנה הנתונה ל"רשות השופטת" בחוק העונשין.

לאור האמור, אני מזכה את הנאשמים מהעבירות שיוחסו להם בכתב האישום.

ניתנה היום, י' בסיון התשס"ג (10 ביוני 2003), במעמד באי-כח הצדדים ונאשם 6, ובהעדרו של נאשם 7 (ששוחרר מהתייצבות בשל מחלה).

מרים מזרחי, שופטת