



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 4783/09

בפני : כבוד השופט א' גרוניס  
כבוד השופטת ע' ארבל  
כבוד השופט א' רובינשטיין

המערער : ראובן שולשטיין

נ ג ד

המשיבה : רשות ההגבלים העסקיים

ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים  
מיום 23.4.09 בת.פ. 1142/01 שניתן על ידי כבוד  
השופטת מ' מזרחי

תאריך הישיבה : י"א בטבת תש"ע (28.12.09)

בשם המערער : עו"ד שי' שולשטיין

בשם המשיבה : עו"ד מ' כהן, עו"ד א' מוזס

### פסק-דין

#### השופטת ע' ארבל:

ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כבוד השופטת מ' מזרחי) לפיו נגזר על המערער עונש של ארבעה חודשי מאסר שירוצו בדרך של עבודות שירות, הוטל עליו קנס בסך של 150,000 ₪ והוא הוגבל מלכהן כדירקטור בחברה ציבורית במשך חמש שנים. זאת, בעקבות הרשעתו בעבירה לפי סעיף 48 וסעיפים 2(א) ו-2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988 (להלן: החוק או חוק ההגבלים), בצירוף סעיף 4 לחוק זה.

1. ההליכים נגד המערער התנהלו בשני שלבים. בשלב הראשון הוגש נגדו, נגד חברת טמבור בע"מ (להלן: טמבור) ונגד ארבעה אחרים, כתב אישום בו יוחסה למערער עבירה לפי סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים וסעיפים 2(ב)(1), 2(ב)(2) לחוק ההגבלים, בצירוף סעיף 4 לחוק. כתב האישום עניינו בהסדרים כובלים בתחום הצבעים בין טמבור לרשתות שיווק שונות. בטרם ההקראה הגיעו המערער וטמבור להסדר טיעון עם המשיבה. בהתאם להסכמה בהסדר הטיעון תוקן כתב האישום כך שלא יוחסה למערער ידיעה על העבירות. בית המשפט המחוזי אישר את הסדר הטיעון, הרשיע את המערער וגזר עליו עונש של שלושה חודשי מאסר שירוצו בעבודות שירות וכן קנס בסך של 60,000 ₪. טמבור חויבה בקנס בסך 2,250,000 ₪. המערער הגיש ערעור לבית משפט זה על גזר הדין (ע"פ 1873/02). בהתאם להסכמת הצדדים במסגרת הערעור, בוטל הסדר הטיעון והתיק הוחזר לשמיעת ראיות בבית המשפט המחוזי. יצוין, כי לאחר עריכת הסדר הטיעון הודיעה המשיבה לשלושה מן הנאשמים בכתב האישום המקורי – אריה קלנר, מנחם גילור ואפרים רוזנצוייג (להלן: קלנר, גילור ורוזנצוייג) – על החלטתה שלא להעמידם לדין בעבירות על חוק ההגבלים.

כתב אישום מתוקן הוגש אפוא על-ידי המאשימה נגד המערער. בכתב האישום המתוקן יוחסה למערער ידיעה על ההסדרים הכובלים.

נאשם נוסף בכתב האישום המקורי, קובי שניידרמן (להלן: שניידרמן), הורשע על-פי הודאתו במסגרת הסדר טיעון בעבירות על חוק ההגבלים. על שניידרמן נגזר עונש של שני חודשי מאסר בפועל שירוצו בעבודות שירות, מאסר על תנאי, קנס כספי בסך של 20,000 ₪ וכן נדרש הוא לחתום על התחייבות להימנע מעבירה. ערעורו על חומרת העונש שנגזר עליו נדחה על-ידי בית משפט זה (ע"פ 7495/02).

ההליך בבית המשפט המחוזי התנהל אפוא עד תום רק נגד המערער, שכפר במיוחס לו.

2. לפי כתב האישום המתוקן, בתקופה הרלוונטית, בין ינואר 1994 לחודש יוני 1998, או במועדים סמוכים לאלה, עת שימש המערער כמנכ"ל טמבור, קבעה טמבור לרשתות שיווק שונות (אייס ישראל בע"מ, קנה ובנה שותפות מוגבלת, הום סנטר והנדימן) את מחירי המכירה לצרכן שייגבו עבור מוצריה המובילים של טמבור ותיאמה עימן מחירים. התיאומים נעשו מול כל רשת בנפרד, תוך שטמבור מבטיחה לרשתות כי מחיר המוצר יהיה אחיד בכולן. יצוין כי בכל התקופה הרלוונטית הייתה טמבור מונופולין מוכרז בשוק הצבעים.

3. בית המשפט המחוזי מצא כי המשיבה הוכיחה קיומו של הסדר כובל. נקבע כי בתקופה בה ניהל המערער את טמבור, הייתה החברה צד להסדר כובל משך כחמש שנים, שעניינו בתיאום מחיריהם של צבעים בין המשווקים השונים של טמבור – רשתות השיווק שאוזכרו לעיל ורשת חנויות הקריות "טמבוריות". נקבע כי המערער אחראי לביצוע העבירה כמנהל פעיל של טמבור, לפי סעיף 48 לחוק ההגבלים. בית המשפט מצא כי המשיבה לא הוכיחה ברמה הנדרשת כי המערער ידע על תיאום המחירים. אף על-פי כן מצא את המערער חייב בדינו, שכן לא עלה בידו להוכיח כי מתקיימת בעניינו ההגנה מפני הרשעה הקבועה בסעיף 48 סיפא לחוק ההגבלים. הגנה זו מוציאה מתחולת הסעיף נושא משרה אשר "הוכיח שהעבירה נעברה שלא בידיעתו ושנקט כל אמצעים סבירים להבטחת שמירתו של חוק זה". בית המשפט ציין כי סעיף 48 לחוק הינו עבירת אחריות קפידה ומצא כי המערער התרשל בביצוע תפקידו.

גזר דינו של בית המשפט המחוזי

4. במוקד גזר דינו של בית המשפט קמא ניצבה שאלת היסוד הנפשי שיש להוכיח בכדי לגזור עונש מאסר על מי שהורשע בעבירה של אחריות קפידה. המשיבה סברה שדי ברשלנות שהוכחה לצורך הטלת מאסר. באי כוח המערער לעומת זאת גרסו כי נוכח לשונו של סעיף 48 לחוק ההגבלים ובהתאם להוראת סעיף 19 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 (להלן: חוק העונשין), האפשרות לגזור עונש של מאסר מותנית בכך שהתביעה הוכיחה יסוד נפשי של מחשבה פלילית ביחס לעבירה לפי סעיף 48 לחוק, מה שלא אירע בעניינו.

בית המשפט המחוזי הזכיר כי בהתאם לרע"פ 2929/04 מדינת ישראל נ' אוחנה (לא פורסם, 25.6.07) (להלן: עניין אוחנה), ניתן לקבוע עבירות חדשות של אחריות קפידה רק אם עבירות אחרות שיש להן עימן מכנה משותף רחב זכו בדין לסיווג שכזה. מכנה משותף שכזה קיים בעבירות נושאי משרה, בהתאם להלכה שנקבעה בע"פ 26/97 לקס נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 673 (1998). העבירה לפי סעיף 48 לחוק ההגבלים, שהינה עבירת נושאי משרה, סווגה אפוא כעבירה של אחריות קפידה ועל סיווגה ככזו אין הצדדים שבפנינו חולקים.

בית המשפט המחוזי דחה את טענת המערער כי מכיוון שסעיף 19 לחוק העונשין מורה כי אדם מבצע עבירה "רק אם עשאה במחשבה פלילית", ומאחר שסעיף 48 לחוק ההגבלים אינו נוקב במילה "רשלנות", הרי שהיסוד הנפשי של סעיף זה הוא יסוד נפשי של מחשבה פלילית. נקבע כי אין בטענה זו ממש נוכח החריג שבסעיף 19(2) לחוק העונשין.

בית המשפט דחה גם את הטענה כי לשון הסיפא לסעיף 48 לחוק ההגבלים – הקובעת הגנה מפני הרשעה בעבירה זו – מלמדת על דרישת יסוד נפשי של מודעות. בית המשפט בחן

טבלה שהציג בא כוח המערער, בה השווה את ההגנות הקבועות בעבירות אחרות של אחריות קפידה, לרבות עבירות מנהלים. נמצא כי ההגנות הקבועות בסעיפים אלה נבדלות זו מזו בנוסחן, ואם ייקבע היסוד הנפשי של העבירה בהתאם להן ייווצר כאוס ביחס למצב הנפשי שיידרש בעבירות של אחריות קפידה, כאשר לחלק מעבירות האחריות הקפידה יהיו שני יסודות נפשיים, לחלקן יהיו יסודות נפשיים חלופיים ולחלקן לא יהיה יסוד נפשי כלל. הוסבר כי בבסיס עבירות האחריות הקפידה ניצבת ההנחה כי מי שביצע את העבירה נהג לפחות ברשלנות, ולכן בחינת מידת רשלנותו של הנאשם טבעית לעבירה מסוג זה. ואולם, הובהר, אם הוכיחה התביעה את היסוד הנפשי של עושה העבירה, ולא הסתפקה בהנחה האמורה - היינו הוכיחה רשלנות ממש או מחשבה פלילית – אין עומדת עוד המניעה שבסעיף 22(ג) לחוק העונשין להטיל על הנאשם עונש של מאסר.

5. אשר למידת הרשלנות שהוכחה, בית המשפט הפנה לקביעותיו בהכרעת הדין, התומכות בעמדה כי הרשלנות שדבקה במערער נושאת עמה מידת אשמה משמעותית, ולשם הנוחות נעשה כן אף אנו:

”מחומר הראיות עולה לכאורה, כי הנאשם יכול היה לדעת בנקל מה קורה בתחום היחסים העסקיים עם הרשתות. היה בידו לבקש מידע מפורט לגבי נושאי השיווק, אותו היה מקבל ללא קושי, כמצופה מכל מנהל מפעל שרווחיו באים משיווק תוצרתו. יתר-על-כן, הגיע אליו המכתב ת/45, אשר בחקירתו הודה שקרא אותו, אך גם טען כי עשה זאת לא בעיון, ובאמצעות מכתב זה יכול היה להבין כי קיימת הבנה בין טמבור להום סנטר בנושא מחירי המכירה לצרכן באותה רשת, זאת, אילו טרח לקרוא בעיון את המכתב כפי שמצופה ממנהל מפעל המתעניין בעניינים הנוגעים לעסק, ובמיוחד לשיווק. מקובל עלי, כי כמנכ”ל גם ניתן היה לצפות להתעניינותו של הנאשם לגבי הסדרי ההנחות לרשתות השיווק, וכן להתעניינותו בנושא מלחמת המחירים בין הרשתות לטמבוריות, מלחמה שלא היתה נסתר בשוק הרלוונטי, ומהראיות עלה כי מצאה ביטוי גם באמצעי תקשורת (מודעות בעיתונים). מנהל סביר היה בוחן נושאים אלה על-ידי חקירה ודרישה. הנאשם נמנע מלברר, כעולה מטענתו שלא ידע על כך – וכך מנע מעצמו את הידיעה כנטען, ויחד עם זה נמנע מלעשות דבר לשמירת חוק ההגבלים העסקיים. מסעיף 48 עולה, כי כמנהל היה עליו לנקוט אמצעים סבירים לשמירת החוק כדי שלא ישא באחריות. הנאשם לא הוכיח כי נקט אמצעים כאלה. (סעיף 87 להכרעת הדין).”

בית המשפט קבע כי התנהלותו הפסיבית של המערער תרמה לביצוע העבירה, על אף שהוא לא ידע על ביצועה. כן עמד על הנסיבות לחומרא שנטענו על-ידי המשיבה: האיסורים שהופרו נמנים על איסורי הליבה של החוק; העובדה שהסדרים הכובלים התקיימו משך תקופה

ארוכה של כחמש שנים; ההסדרים התקיימו בתקופה בה מדיניות האכיפה הייתה ברורה ונמרצת; ההסדרים נמשכו גם לאחר שנפתחה חקירת הרשות להגבלים עסקיים; ההסדרים בוצעו בפועל; פגיעת ההסדרים בציבור בכך שנדרשו למחירים גבוהים יותר על-ידי הרשתות; המוצר נשוא התיאומים – צבע - הוא מוצר חיוני ולטמבור היה מונופולין בשוק זה; הפעלת ההסדרים דווקא בשלב בו החלה תחרות בשוק הצבעים; טמבור, כמונופולין, הייתה הרוח החיה מאחורי ההסדרים; העובדה שטמבור הפעילה אמצעי אכיפה בכך שכרכה את השמירה על המחיר המומלץ במתן הנחות ומן הראיות עלה כי טמבור "קראה לסדר" חנויות שהורידו מחירים בניגוד להסכמות.

מנגד הביא בית המשפט המחוזי את השיקולים לקולא: העובדה שלא הוכח כי המערער ידע על ההסדר והיותו אדם נורמטיבי עם עבר נקי, אשר פעל לטובת הציבור. יחד עם זאת צוין, משקלם של שיקולים אלה אינו רב, שכן הם נכונים לרבים מן הנאשמים בעבירות "צווארון לבן" ובשים לב לחומרתן היתרה של עבירות מסוג זה, לקושי בחשיפתן ולפגיעתן הרחבה.

שיקולים נוספים שנלקחו בחשבון בגזירת העונש היו העונשים שנגזרו על טמבור ועל שניידרמן, כמו-גם העובדה שלבסוף לא הוגש כתב אישום נגד קלנר גילור ורוזנצווייג, להם יוחס לכתחילה ביצוע ישיר של העבירות. הובא בחשבון גם העונש שנגזר על המערער במסגרת הסדר הטיעון שנערך עמו בשלב קודם של ההליך ובוטל לאחר מכן. יחד עם זאת, הובהר כי לאחר שהתנהל המשפט והוצגו הראיות, הסדר הטיעון אינו הולם עוד את העובדות שהוכחו, ומשכך ניתן להטיל קנס גבוה משמעותית מזה עליו סוכם בהסדר.

6. בשים לב למכלול הנסיבות שפורטו לעיל ולהתרשלותו הבולטת של המערער במילוי תפקידו, סבר בית המשפט כי יש מקום לענישה מחמירה של המערער כמי שהיה המנהל הבכיר בחברה. בהתחשב באלה וביתר השיקולים לקולא ולחומרא שפורטו, גזר בית המשפט המחוזי למערער עונש של 4 חודשי מאסר שירוצו בדרך של עבודות שירות, חייבו בקנס בגובה של 150,000 ₪ והורה על הגבלת אפשרותו של המערער להתמנות כדירקטור בחברה ציבורית למשך 5 שנים, לפי סעיף 226 לחוק החברות, התשנ"ט – 1999 (להלן: חוק החברות).

טיעוני המערער

7. טענתו העיקרית של המערער היא כי שגה בית המשפט קמא בקבעו כי די בהוכחת יסוד נפשי של רשלנות ביחס לעבירה שבסעיף 48 לחוק ההגבלים לצורך גזירת עונש מאסר. לטענה זו מציג הוא שני בסיסים. הבסיס האחד הינו סעיף 19 לחוק העונשין ולפיו ככלל היסוד הנפשי

של עבירה הוא של מחשבה פלילית, למעט המקרים הנכנסים בגדר שני החריגים שמונה הסעיף – עבירות רשלנות ואחריות קפידה. בענייננו, כיוון שסעיף 48 "שותק" באשר ליסוד הנפשי שלו, הרי שבהתאם לסעיף 19 רישא לחוק העונשין מדובר בעבירה שהיסוד הנפשי שלה הוא של מחשבה פלילית ואותו על המשיבה להוכיח אם ברצונו לעתור לעונש של מאסר. משנקבע כי לא הוכחה מודעותו של המערער להסדרים הכובלים סבור הוא כי בהתאם לסעיף 22(ג) לחוק העונשין, לא ניתן היה להורות על שליחתו למאסר. בא כוח המערער גורס כי לא ניתן לקבוע באמצעות סעיף 22(ג) לחוק העונשין כי הרשלנות הינה היסוד הנפשי המינימלי של כל עבירות האחריות הקפידה, אלא יש לבחון מהו היסוד הנפשי שהוצמד לעבירה על-ידי המחוקק.

הבסיס השני שלשיטת המערער מלמד על כך שהיסוד הנפשי של העבירה שבסעיף 48 לחוק ההגבלים הוא של מחשבה פלילית בלבד, מצוי בהגנה מפני הרשעה הנקובה בסעיף זה. בא כוח המערער מבהיר כי מקובל עליו כי סעיף 22(ב) לחוק העונשין אינו חל על העבירה שבסעיף 48 לחוק ההגבלים, ותחת זאת חלה ההגנה מפני הרשעה בפלילים שקובע סעיף אחרון זה. סעיף 48 לחוק ההגבלים דורש לצורך זיכוי של נאשם כי יוכיח "שהעבירה נעברה שלא בידיעתו", ואינו מזכיר כל יסוד נפשי של רשלנות. לפיכך, סבור בא כוח המערער, היסוד הנפשי של הסעיף האמור הוא של מחשבה פלילית. הוא הציג טבלה המפנה לחוקים שונים הכוללים עבירות של אחריות קפידה, לרבות עבירות מנהלים. לדבריו, בחינת עבירות אלה מעלה הבדלים משמעותיים בין ההגנות שנקבעו בעבירות השונות ולכן אין היגיון בגישת המשיבה הגורסת כי יש להחיל את סעיף 22(ג) לחוק העונשין על כל עבירות האחריות הקפידה חרף השוני בנוסחיהן.

המערער טוען עוד כי בית המשפט המחוזי ביסס החלטתו כי אין מניעה להטיל עליו עונש מאסר בגין הרשעה בעבירה לפי סעיף 48 לחוק ההגבלים על פרשנות מרחיקת לכת, כדבריו, של עונשי המאסר בפרשת לקס. לדעתו, בית המשפט קמא התעלם מכך שבעניין לקס הודו הנאשמים בביצוע עבירות אישיות ישירות, דבר אשר איפשר את שליחתם למאסר. כן סבור הוא כי בית המשפט קמא התעלם מקביעות בית משפט זה בע"פ 4946/07 מקלדה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 19.2.09) (להלן: עניין מקלדה), בהתייחס ליסוד הנפשי בעבירות של אחריות קפידה. עוד הדגיש כי מעולם לא יוחס לו כי היה צד להסדר כובל.

8. יצוין כי בתגובתו לתשובת המשיבה ערך המערער הבחנה נוספת – לשיטתו עבירות האחריות הקפידה נחלקות לשני סוגים: האחד, עבירות אחריות מוחלטת חלוטות, שהן עבירות אחריות קפידה אשר ההגנות שבהן לצורך זיכוי מצויות בסעיף 22(ב) לחוק העונשין. השני, עבירות אחריות מוחלטת יחסית, לפי סעיף 22(א) לחוק העונשין, הנידונות בשלב האחריות

בהתאם להגנות הפרטיקולריות הרלוונטיות לכל עבירה על-פי נוסחה, ולא לפי סעיף 22(ב) לחוק העונשין.

9. המערער מלין על הגבלתו מלכהן כדירקטור בחברה ציבורית משך 5 שנים. לדבריו, טרם הותוו בפסיקה מבחנים מנחים להטלת מגבלה זו לפי סעיף 226(א)(3) לחוק החברות, התשנ"ט – 1999. עוד נטען כי פגמים דיוניים וראייתיים שונים מצדיקים את ביטול ההגבלה. כך, בקשת המשיבה בעניין זה הועלתה אך בשלב הטיעונים לעונש, בכתב האישום לא פורטו הנסיבות שבעטיין אין המערער ראוי לשמש כדירקטור, ולא התאפשר לו להתגונן בהקשר זה.

לגופו של עניין טוען המבקש כי העבירה לפי סעיף 48 לחוק ההגבלים שונה מהותית מן העבירות המנויות בסעיף 226(א) לחוק החברות, לגביהן נקבע באופן קטגורי כי עם ההרשעה בהן על בית המשפט לקבוע הגבלת כהונה מלכהן כדירקטור בחברה ציבורית. כיוון שסעיף 48 לחוק ההגבלים עניינו עבירת אחריות קפידה המטילה אחריות מעין שילוחית-מיניסטריאלית שעיקרה אינו מוסרי, ונוכח הקביעה בדבר היעדר מודעותו של המערער להסדרים הכובלים, אין לטענתו בסיס לקביעת הגבלה, גם לא לפי הקריטריונים שבסעיף 226(א)(3) לחוק החברות. סעיף זה לדידו הוא חלופת סל אשר צריכה להישמר למקרים חריגים לחומרא בלבד, שעניינו אינו נמנה עליהם.

לחלופין מבקש המערער, בהסתמך על ע"א 619/05 נמרודי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 8.6.05), כי ההגבלה שנקבעה לו תחול מיום שסיים את תפקידו בטמבור - 31.3.1999. אם תתקבל עמדתו הרי שתקופת ההגבלה שנקבעה לו חלפה זה מכבר.

10. המערער סבור עוד כי הקנס שהושת עליו, בגובה 150,000 ₪, אינו מידתי ואינו עומד ביחס ראוי לעונש שנגזר על שניידרמן ולמחיקת הנאשמים האחרים מכתב האישום. לדבריו, גובה הקנס חריג בחומרתו בהשוואה לקנסות שהוטלו בפרשות אחרות שנגעו לקרטלים אופקיים, ושנסיבותיהן היו חמורות יותר.

11. המערער סבור כי גם אם לא התקבלו בהכרעת הדין טענות ההגנה המרכזיות שלו, היה מקום ליתן להן משקל נכבד לקולא בגזירת הדין. מדובר בטענות הבאות:

- א. המלצות המחירים האנכיות של טמבור למפיציה אינן מהוות הסדר כובל.
- ב. הגנה מן הצדק – המערער סבור כי ראוי היה ליתן משקל נכבד בגזירת הדין לכך שנושאי משרה בכירים בטמבור, להם יוחס בכתב האישום המקורי ביצוע בפועל של העבירות, נמחקו מכתב האישום מבלי שנחתמו עימם הסדרי טיעון, וההסברים

שפרשה המשיבה למחיקתם אינם כנים, לטענתו. המערער מעלה בהקשר זה גם את ויתורה של המשיבה על העמדתן לדין של הרשות שהיו לכאורה צד להסדר הכובל ומלין על כי דווקא הוא, לגביו נקבע כי לא היה מודע כלל להסדרים הכובלים, נתבע ליתן את הדין.

ג. היעדר מודעותו לביצוע עבירות.

שיקולים נוספים לקולא שלא זכו לדידו של בא כוח המערער למשקל הראוי הם העובדה שהתקופה אליה מתייחס כתב האישום (03/94 – 06/98) התאפיינה במדיניות של תת-אכיפה של חוק ההגבלים, לא התקיימה כל אכיפה בגין הסדרים אנכיים ואף כיום קיימת אי-בהירות בסוגיה זו. לדבריו, כחמישה חודשים לאחר תום תקופת האישום, ב- 11/08, פרסמה הרשות להגבלים עסקיים לראשונה מסמך שמטרתו להנחות מנהלים כיצד לבצע אכיפה פנימית, מסמך אשר לא היה בנמצא ככלי עזר מדריך עבורו. בא כוח המערער מוסיף כי בית המשפט הניח קיומה של פגיעה בצרכנים מבלי שהדבר הוכח. כן טען כי מחירי טמבור היו מפוקחים בעת הרלוונטית ע"י המפקח על המחירים במשרד התעשייה והמסחר, מה שהעניק לו יסוד סביר להניח כי נושא מחירי הצבע אינו דורש תשומת לב מיוחדת. להשקפתו, דינו נגזר בהתאם לרף הענישה הנהוג כיום בעבירות כלכליות, תחת שייגור לפי רמת הענישה המקובלת בשנים בהן בוצעו העבירות.

בא כוח המערער מטעים כי המערער הינו איש משפחה ללא עבר פלילי ועם רקורד של תרומה לקהילה. בכל התקופה הרלוונטית שימש המערער כמנכ"ל שכיר בטמבור ולא הפיק כל רווח אישי מביצוע העבירות על-ידי טמבור. כן הוא מציין את התמשכות ההליכים כשיקול לקולא: כתב האישום הראשון הוגש ביוני 2001, בעוד שסוף תקופת האישום היא יוני 1998. המשפט ארך כשבע שנים, מסיבות שאינן נעוצות במערער. לבסוף נטען כי אין ממש בטענה כי ההסדרים נמשכו גם לאחר שטמבור וקברניטיה ידעו על החקירה בנושא תיאום המחירים.

ביום 12.7.10 הגיש המערער בקשה להתיר לו להגיש פסיקה נוספת והשלמת טיעון. המשיבה התנגדה לבקשה בחלקה. עיון בבקשה מעלה כי בעיקרה מדובר במקצה שיפורים של טיעוני המערער בפנינו. אנו מקבלים אפוא אך את ההפניה לפסקי דין שהגיש המערער ואשר ניתנו בתקופה שלאחר הדיון (ע"א 619/05, ע"פ 2287/09, ע"פ 6999/09), אך לא נידרש לטיעונים מעבר לכך. לא למותר לציין כי בסוגיה מרכזית, של שאלת הפסלות מכהונת דירקטור הציג המערער טענותיו בפנינו ופסק הדין שביקש לצרף כתימוכין לעמדתו זו מצוי בפנינו.



12. המשיבה סבורה כי עונש המאסר שהושת על המערער ניתן כדין. תמצית עמדתה היא כי לצורך הטלת עונש מאסר בעבירה לפי סעיף 48 לחוק ההגבלים, שהיא עבירה של אחריות קפידה, יש להוכיח יסוד נפשי – מחשבה פלילית או לפחות רשלנות.

המשיבה מסבירה כי כיוון שמדובר בעבירת אחריות קפידה יוצא הדיון מתחולת סעיף 19 רישא לחוק העונשין, שכן מתקיים החריג הקבוע בסעיף 19(2) לחוק זה. במצב זה חל סעיף 22 לחוק העונשין, אשר חל על כל עבירות האחריות קפידה, לרבות על העבירה לפי סעיף 48 לחוק ההגבלים. המשיבה גורסת כי לשון סעיף 22(ג) לחוק העונשין מפורשת באשר ליסוד הנפשי שעל המאשימה להוכיח אם מבקשת היא להטיל עונש מאסר בגין עבירת אחריות קפידה וכוללת הן רשלנות, הן מחשבה פלילית. לדבריה, פרשנות זו תואמת את תכלית סעיף 22(ג) שלא לענוש בשלילת חירות כל עוד לא הוכחה אשמה.

13. המשיבה חולקת גם על הטענה כי מנוסח ההגנות הקבוע בעבירות של אחריות קפידה, ניתן ללמוד על היסוד הנפשי הנדרש לצורך הקמת האפשרות להטיל עונש מאסר בעבירות אלה. לדידה, טענה זו סותרת את טענתו האחרת של המערער כי שתיקת העבירה מלמדת כי בעבירות של אחריות קפידה גזירת עונש מאסר מותנית בהוכחת מחשבה פלילית. מכל מקום, נטען, נוסחן השונה של ההגנות מפני הרשעה בעבירות אחריות קפידה אחרות, לרבות עבירות נושאי משרה, מהותן ותכליתן, מלמד כי הטענה אינה יכולה לעמוד. המשיבה גורסת כי גם לו היתה טענתו של המערער נכונה, עדיין אין בטיעונו של המערער מענה לכך שההגנה בסעיף 48 לחוק ההגבלים דורשת מהנאשם להוכיח גם כי "נקט כל אמצעים סבירים להבטחת שמירתו של חוק זה", דרישה הטומנת בחובה יסוד של "היעדר רשלנות".

המשיבה מבהירה כי הרלוונטיות של הוכחת רשלנות לאפשרות של הטלת עונש מאסר בגין העבירה לפי סעיף 48 לחוק ההגבלים נלמדת מתכליתן של עבירות אחריות הקפידה ועבירות נושאי המשרה בכללן, למנוע סטייה מסטנדרד התנהגות ולהבטיח נקיטת אמצעי זהירות מפני ביצוע עבירות על-ידי התאגיד. האחריות מכוח עבירות אלה מבוססת על חזקת קיומו של יסוד נפשי מינימלי של רשלנות. כן היא נלמדת מהוראתו המפורשת של סעיף 22(ג) לחוק העונשין ותכליתה.

14. המשיבה סבורה כי גזר הדין מנומק ומשקף את מכלול הנסיבות הרלוונטיות לקביעת העונש. לטעמה, העונש שנגזר על המערער מאוזן, מידתי ואף נוטה לקולא. המשיבה מטעימה כי אמנם אחריותו של המערער נגזרת מאחריות התאגיד שבראשו עמד, אך מדובר באחריות

לעבירה מרכזית הנמנית על קבוצת העבירות החמורות ביותר בחוק ההגבלים במועד ביצוע העבירות – עבירת ההסדר הכובל. היא מדגישה את קביעותיו של בית המשפט קמא ביחס לחומרת התרשלותו של המערער, תרומתה הממשית לביצוע העבירה והימנעותו מלפעול לשמירת הוראות חוק ההגבלים.

15. בהתייחס לטענת המערער כי מדובר בהסדר אנכי מטעימה המשיבה כי בית המשפט קמא קבע מפורשות כי ההסדר השפיע השפעה אופקית על כל השוק. המשיבה מסבירה כי כאשר צד להסדר בעל השפעות אופקיות כאלה הוא מונופולין, כפי שהיתה טמבור, הוא נכנס תחת איסורי הליבה של חוק ההגבלים ומצדיק ענישה חמורה. היא עומדת על נסיבות המקרה כפי שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית ומדגישה כי אין מדובר בהסדר שנכנס תחת ההסדרים שיש להם לכאורה מטרה כלכלית לגיטימית.

16. במענה לטענת המערער כי לא הוכח נזק לציבור הצרכנים או רווח כלשהו לטמבור, נטען כי עצם הימשכותו של ההסדר מלמדת כי הוא בוצע והניב רווח. בנוסף, בהכרעת הדין נקבע כי ההסדרים אכן בוצעו. נקבע כי תוצאת ההסדרים האסורים שבוצעו בפועל היתה פגיעה בציבור, שעמד מול מחירים גבוהים יותר ולא נהנה מן התחרות בשוק הצבעים שהינם מצרך חיוני.

המשיבה חולקת גם על נפקות הפיקוח על מחירי המוצרים של טמבור ביחס לשאלת הפגיעה בציבור. היא מסבירה כי הפיקוח היה על מחירי המקסימום בהם יימכרו מוצרי טמבור, בעוד שבמסגרת ההסדרים הכובלים תואמו מחירי מינימום אשר נמוכים מהמחיר המפוקח. לפיכך, עצם הפיקוח לא מנע את העלאת המחירים בעקבות ההסדרים, כפי שהוכח שאכן קרה.

המשיבה מבהירה כי התקופה הרלוונטית לא התאפיינה בתת-אכיפה של חוק ההגבלים ומעדות המערער עולה כי הוא היה מודע בעת קיומם של ההסדרים הכובלים להוראות החוק. נסיבה נוספת לחומרא עליה מצביעה המשיבה הינה כי ההסדרים נמשכו גם לאחר שבמסגרת חקירה שהתנהלה נגד טמבור בעניין אחר הוצגו למערער מסמכים הנוגעים להסדרים הכובלים דכאן.

המשיבה מוסיפה כי הטענות באשר לאחידות הענישה ולאבחנה בין עניינו של המערער לעניינם של מעורבים נוספים נבחנו על-ידי בית המשפט המחוזי, ונדחו נוכח הבדלים משמעותיים בין עניינו של המערער לעניינם של מעורבים אחרים – הבדלים עובדתיים והבדלים שיסודם בשיקולים מקצועיים של המשיבה.

17. המשיבה סבורה כי הקנס שהוטל על המערער נכון וראוי בנסיבות, מהטעמים שפירט בית המשפט קמא. היא מדגישה כי הוכיחה בהתבסס על עדות המערער כי מחזור המכירות של המוצרים נשוא כתב האישום בין השנים 1994 – 1998 עמד על כ- 700 מיליון ₪. נתון זה מצדיק לשיטתה הטלת קנס גבוה והיא מבהירה כי מדובר באחד מתיקי ההגבלים העסקיים הגדולים ביותר. כן מפנה היא לכך שעל טמבור נגזר קנס של 2,250,000 ₪, אשר שיקף הקלה עקב הסדר הטיעון.

18. בהתייחס להגבלת הכהונה כדירקטור, המשיבה סבורה כי העבירה שביצע המערער ונסיבות ביצועה, כפי שפורט בהכרעת הדין ובגזר הדין, מצדיקות את הגבלת כהונתו כדירקטור לפי סעיף 226(א)(3) לחוק החברות. לשיטתה, אין להקל עם המערער בשל כך שלא ביצע באופן ישיר את העבירה, שכן תפקודו הלקוי ורשלנותו בניהול ענייני טמבור אפשרו את ביצוע העבירות. לשיטת המשיבה, ההרשעה מטילה ספק ביכולתו של המערער למלא נאמנה תפקיד של דירקטור בחברה ציבורית. המשיבה סבורה גם כי אין להתערב במניין שנות הפסילה, בהדגישה כי המערער סיים את תפקידו כמנכ"ל טמבור ללא קשר לחקירה נגדו, ואין ללמוד מכך על הפנמה של הכשל בתפקודו.

ד"ר

מסגרת נורמטיבית

19. כאמור, הצדדים אינם חלוקים ביניהם על סיווגה של העבירה בה הורשע המערער כעבירה של אחריות קפידה. הנמקתו של בית המשפט המחוזי לעניין זה מקובלת אף עליי. השאלה המרכזית העומדת להכרעתנו על כן הינה האם לצורך הטלת עונש של מאסר בגין הרשעה בעבירה של אחריות קפידה – ובענייננו הרשעה בעבירה לפי סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים – נדרשת המאשימה להוכיח התקיימותו של יסוד נפשי של מחשבה פלילית אצל הנאשם, או שמא די בכך שתוכיח יסוד נפשי של רשלנות.

שלושה סעיפים תוחמים את הדיון בענייננו. הראשון שבהם הוא סעיף 48 לחוק ההגבלים, שבביצועו נמצא המערער חייב:

אחריות של חבר בני אדם

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

שהעבירה נעברה שלא בידיעתו ושנקט כל אמצעים סבירים להבטחת שמירתו של חוק זה.

מדובר אם כן בעבירה מן העבירות שעניינן באחריות נושאי משרה. ההרשעה בעבירה נגזרת מן הקביעה כי חבר בני האדם בו שימש הנאשם כנושא משרה, ביצע עבירה. משמעות סיווגה של עבירה זו כעבירה של אחריות קפידה הוא כי משנמצא כי אדם ביצע את היסוד העובדתי של העבירה – דהיינו היה בשעת ביצוע העבירה מנהל פעיל, שותף או עובד מנהלי בכיר האחראי לאותו תחום, בחבר בני אדם שנמצא לגביו שביצע עבירה לפי חוק ההגבלים – יימצא הוא אשם בעבירה לפי סעיף 48. יחד עם זאת, באפשרותו של אותו אדם לחמוק מבין מלתעותיה של ההרשעה בפלילים אם יעמוד בנטל הוכחתה של הגנה בעלת שני רכיבים מצטברים, שמעמיד לו הסעיף. הרכיב האחד הוא כי יוכיח שהעבירה נעברה שלא בידיעתו. הרכיב השני הוא כי נקט את כל האמצעים הסבירים להבטחת שמירתן של הוראות חוק ההגבלים. רק בהתקיים שני רכיבים אלה – אשר כונו "פתחי מילוט" – לא תיקבע אחריות לביצוע העבירה.

20. בעוד שסעיף 48 לחוק ההגבלים מציג בפנינו הסדר ספציפי, גודרים את הדיון בענייננו גם שני הסדרים כלליים אשר נקבעו במסגרת חוק העונשין (תיקון 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד – 1994 (להלן: תיקון 39). ההסדר הראשון מצוי בסעיף 19 לחוק העונשין, הקובע את הנורמה – המחשבה הפלילית היא היסוד הנפשי הנדרש לשם התגבשותה של עבירה:

דרישת מחשבה פלילית

19. אדם מבצע עבירה רק אם עשאה במחשבה פלילית, זולת אם –

- (1) נקבע בהגדרת העבירה כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש לשם התהוותה; או
- (2) העבירה היא מסוג העבירות של אחריות קפידה.

אם כן, הכלל הינו כי היסוד הנפשי בביצוע עבירות הוא של מחשבה פלילית, זולת אם נקבע בהגדרת העבירה כי היסוד הנפשי שלה הוא של רשלנות או שמדובר בעבירה של אחריות קפידה.

משכנסנו בגדרו של החריג הקבוע בסעיף 19(2) שלעיל ומצויים אנו בתחומן של עבירות האחריות הקפידה, חל ההסדר שבסעיף 22 לחוק העונשין, אשר לפיו:

אחריות קפידה והיקפה

22. (א) אדם נושא באחריות קפידה בשל עבירה, אם נקבע בחיקוק שהעבירה אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או

רשלנות; ואולם, אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לבטל את האחריות בשל עבירות שחוקקו טרם כניסתו לתוקף של חוק זה ונקבע בדין שאינן טעונות הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות. לעניין סעיף קטן זה, "בדין" – לרבות בהלכה פסוקה. (ב) לא ישא אדם באחריות לפי סעיף זה אם נהג ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות ועשה כל שניתן למנוע את העבירה; הטוען טענה כאמור – עליו הראיה. (ג) לעניין אחריות לפי סעיף זה, לא יידון אדם למאסר, אלא אם כן הוכחה מחשבה פלילית או רשלנות.

בהתאם לחוק העונשין כנוסחו לאחר תיקון 39, עבירה של אחריות קפידה היא אפוא עבירה שנקבע בחיקוק כי היא כזו. יחד עם זאת קבע המחוקק הוראה של שמירת דינים, המורה כי עבירות לגביהן נקבע בדין עובר לתיקון כי הן אינן טעונות הוכחה של מחשבה פלילית או רשלנות, תיחשבה לעבירות של אחריות קפידה גם לאחר תיקון 39.

שאלת סיווגן של עבירות כעבירות קפידה נדונה במספר הזדמנויות בבית משפט לאחר תיקון 39 לחוק העונשין, והובעו לגביה גישות שונות, אך משאין זו השאלה המתעוררת לפנינו, איני רואה להידרש לה (להרחבה בנקודה זו ראו: עניין לקס, בחוות דעתם של השופטים קדמי וביניש; רע"פ 1875/98 אורן בנגב – מתכות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 529, 536 (2000); עניין אוחנה). די שנזכיר כי בענייננו מדובר בעבירה לפי סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים שהינה עבירת מנהלים, עבירה של אחריות נושא משרה בתאגיד לעבירות התאגיד. העבירה נחקקה עובר לתיקון 39, אולם הוכרה כעבירה של אחריות קפידה מאחר שסוג זה של עבירות הוכר כבר כעבירות של אחריות קפידה עובר לתיקון החוק, ובהתאם להוראת שמירת הדינים שבסעיף 22(א) סיפא לחוק העונשין.

עבירות אחריות קפידה – כללי

21. טיעוניו של המערער נעים בציר שבין סעיף 48 לחוק ההגבלים לסעיף 22(ג) לחוק העונשין. בין הסדר כללי להסדר פרטיקולרי. בכדי לבחון הטיעונים נחזור מספר צעדים אחורה ונעמוד על טיבן של עבירות האחריות הקפידה ועל ההסדר החקוק בעניינן.

עבירות האחריות הקפידה קיימות ככלל בתחומים מסוימים של חיי החברה אשר הצריכו הסדרה כדי להבטיח את תקנת הציבור בהם. הן מיועדות לתמרץ לנקיטת רמת זהירות גבוהה בכדי להבטיח את שלום הציבור בתחום הרלוונטי (ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 796 – 798 (1984), להלן: פלר; יפעת רווה היקף תחולת סעיף 22 לחוק העונשין – עבירות של אחריות קפידה משפטים לב 177, 180 – 181 (תשס"ב). להלן: רווה). מדובר בעבירות

הקובעות "...הסדרים כלכליים וחברתיים אחידים ובני-אכיפה, שיש בהם כדי לקבוע סטנדרד התנהגות מותאם לצורכי החברה בת זמננו. כדי להבטיח אכיפה פשוטה ויעילה של אותם כללי התנהגות וכדי להעמיק את האכיפה באותם תחומים, נקבעו עבירות שדרכי הוכחתן פשוטות, ומטעם זה פטר המחוקק את התביעה מהוכחת היסוד הנפשי של העבירה" (השופטת (כתארה אז) ביניש, בעניין לקס, בעמ' 693. כן ראו: ע"פ 17/59 מאור-מזרחי נ' היועץ המשפטי, פ"ד יד 1882, 1887 (1960)). אכן, לצד האינטרס שבהנהגת רמת זהירות גבוהה, מתאפיינות עבירות האחריות הקפידה ברצון להבטיח אכיפה יעילה על-ידי מתן "פטור" לתביעה מן הצורך להוכיח את היסוד הנפשי. ההנחה הינה כי בעבירות אלה יהיה קושי באכיפה אם תידרש התביעה להוכיח את היסוד הנפשי, כיוון שהנתונים הרלוונטיים לבחינת התנהגותו של הנאשם מצויים בידיו, וכן בשל קשיים מעשיים אחרים (פלר, שם; דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב – 1992, ה"ח 115, בעמ' 124; יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין 389 (2008). להלן: רבין וואקי; רווה, שם).

22. לצורך הבטחתה של אכיפה יעילה והעלאת סטנדרד ההתנהגות נכון היה המחוקק לוותר על דרישת הוכחתו של יסוד נפשי בעבירות האחריות הקפידה. ואולם, היותו על דרישת ההוכחה אין משמעו ויתור על הדרישה לקיומו של יסוד נפשי. העבירות של אחריות קפידה אינן בנויות מרכיב עובדתי בלבד. עבירה של אחריות קפידה כוללת יסוד עובדתי ויסוד נפשי, ככל עבירה פלילית. יחד עם זאת, לשם השגת התכליות שפורטו לעיל, היה המחוקק נכון לקבוע כי היסוד הנפשי בעבירות אלה אינו טעון הוכחה. הפטור מהוכחת היסוד הנפשי מבוסס על ההנחה האשמה מוכחת מעצם כך שבוצע היסוד העובדתי של העבירה. כי אין זה אפשרי שהעבירה לא תתבצע לפחות מתוך רשלנות (פלר, בעמ' 794 – 795; רבין וואקי, בעמ' 394).

אם כן, עבירות האחריות הקפידה הן עבירות שלגביהן היה המחוקק נכון להניח קיומו של יסוד נפשי מינימלי של רשלנות. למען שתפרש היריעה בשלמותה אציין כי חזקת הרשלנות המונחת בבסיסן של עבירות אלה הייתה קיימת גם עובר לתיקון 39. עובר לתיקון החוק נהג ביחס לעבירות האחריות הקפידה משטר של אחריות מוחלטת. בבסיסן של עבירות אלה עמדה חזקת רשלנות חלוטה שלא היה באפשרותו של הנאשם לסתרה. בהתאם למשטר משפטי זה די היה לה לתביעה להוכיח קיומו של היסוד העובדתי של העבירה בכדי שיהיה בכך כדי להעיד על רשלנותו של המבצע, ומבלי שתהא לזה האחרון האפשרות לסתור חזקה זו.

הסדר משפטי זה זכה לביקורת משום אי-התאמתו לעקרונות יסוד של דיני העונשין שלנו, וניתן אף לומר שלערכי היסוד של שיטתנו ובראשם ערך כבוד האדם. כידוע, דיני העונשין מבוססים על תפיסתו של האדם כיצור אוטונומי בעל חופש ויכולת בחירה, המסוגל לבחור כיצד

לנהוג מתוך שליטה עצמית. ככזה, ההנחה היא כי הוא מפנים את הנורמות המחייבות בחברה בה הוא חי ואת ערכי היסוד שלה. רק מקום שאדם בהתנהגותו דוחה את ערכי החברה ואת הנורמות שלה על דרך הפרתן, ניתן לומר כי דבק בו אשם המצדיק הטלת אחריות פלילית (ראו: מרדכי קרמיניצר "עקרון האשמה" מחקרי משפט יג 109, 110 – 109 (1996); רווה, בעמ' 179). מכאן, אי-מתן אפשרות לנאשם לסתור את חזקת הרשלנות נגדו מעורר קושי נוכח העיקרון הבסיסי שלפיו האחריות בפלילים מוטלת מקום שהתנהגותו של המבצע מלווה באשמה (ד"נ 11/65 גדיסי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(1) 57 (1966); גבריאלי הלוי תורת דיני העונשין חלק ב 338, 340 – 345 (2009)). להלן: הלוי; רבין וואקי, בעמ' 386 – 387; מרים גור-אריה "אחריות מוחלטת לעבירות של "תקנת ציבור" – קריאה להוצאתה מן המשפט הפלילי ולהעברתה אל המשפט המנהלי" גבורות לשמעון אגרנט 241 (תשמ"ז)).

23. הביקורת על השימוש באחריות המוחלטת כבסיס להרשעה בפלילים הובילה לשינוי שהוכנס בתיקון 39 לחוק העונשין. תיקון 39 הביא עמו משטר של אחריות קפידה שחזקת רשלנות יחסית בבסיסה, תחת תפישת האחריות המוחלטת. חזקת הרשלנות עודה מהווה הבסיס החבוי להרשעה בעבירות אלה, עם הוכחת היסוד העובדתי של העבירה. ואולם - וזה עיקר חידושו של התיקון בסוגיה זו - בהתאם לסעיף 22(ב) לחוק העונשין, באפשרותו של נאשם לסתור את חזקת הרשלנות שקמה נגדו, אם יוכיח כי עומדות לו שתי ההגנות המצטברות שבסעיף: האחת - כי נהג ללא מחשבה פלילית ושלא ברשלנות; השנייה - כי עשה כל שניתן למנוע את העבירה (ראו גם: גבריאלי הלוי תורת דיני העונשין חלק ב 338 (2009)). להלן: הלוי).

המעבר למשטר של אחריות קפידה, על האפשרות הגלומה בו לנאשם לסתור את חזקת הרשלנות, משקף את מרכזיותם של עקרון האשם ותפישת הבחירה החופשית הניצבים בבסיסם של דיני העונשין. התנאי הראשון - הוכחת היעדר יסוד נפשי - בא לשלול את האפשרות כי נאשם יורשע ללא אשם. התנאי השני ולפיו על הנאשם להוכיח כי עשה "כל שניתן למנוע את העבירה", בא לקבוע סטנדרד התנהגות גבוה. במאמר מוסגר יצוין כי הדרישה לנקיטת "כל שניתן למנוע את העבירה" (ההדגשה שלי, ע.א.) מציבה סטנדרד גבוה יותר מזה הננקט בעבירות של רשלנות ולפיו נדרשת נקיטת אמצעים סבירים בכדי להימנע מביצוע העבירה (הלוי, 361). טרמינולוגיה זו תואמת את תכליתן של עבירות האחריות הקפידה להעלות את רף הזהירות בתחומי חיים שונים.

24. אופיין הייחודי של עבירות האחריות הקפידה, ובמיוחד העובדה שלשם הרשעה בעבירה פטורה התביעה מהוכחת רכיב מרכזי של יסוד נפשי, שהוא המעניק לעבירה את הנופך האנטי-חברתי שלה, מוביל אותנו אל סעיף 22(ג) לחוק. כזכור, סעיף זה מורה כי "לעניין אחריות לפי סעיף זה, לא יידון אדם למאסר, אלא אם כן הוכחה מחשבה פלילית או רשלנות". הסעיף, אשר הוסף במסגרת תיקון 39, מבוסס על התפישה כי לשם שלילת החירות נדרשת הוכחת אשם מסוג של מחשבה פלילית או רשלנות (דברי ההסבר לסעיפים 22 ו-60 בהצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב – 1992, ה"ח 115, 126). תפישה זו מתיישבת עם העובדה שכלל קיים מדרג של חומרה בין עבירות בהתאם ליסוד הנפשי שלהן. כך, אם נניח יסוד עובדתי זה למעשה מסוים, מקובל לסבור כי העונש הראוי לעבירה שבוצעה במחשבה פלילית חמור מזה הראוי לה אם בוצעה ברשלנות, והעונש הראוי לעבירה שבוצעה ברשלנות חמור מזה שיש לקבוע אם בוצעה העבירה כעבירה של אחריות קפידה. מיקומן של עבירות האחריות הקפידה בתחתית הסולם העונשי והאיסור על הטלת עונש מאסר בגין הרשעה בהן נובעים כאמור מכך שלא הוכח אשמו של המבצע, אלא מניחים את קיומו.

25. העיקרון שקובע סעיף 22(ג) לחוק העונשין משמעו כי כל עוד מתבססת התביעה על חזקת הרשלנות שביסודה של עבירת האחריות הקפידה, אין באפשרותה לבקש את מאסרו של הנאשם. מעיקרון זה, ומלשונו הפשוטה והברורה של סעיף 22(ג), ניתן ללמוד גם על המצב ההפוך: מקום שעסקינן בעבירה של אחריות קפידה ועלה בידה של התביעה להוכיח יסוד נפשי של רשלנות או של מחשבה פלילית, "מטפסת" העבירה במעלה שלביו של הסולם העונשי וניתן לגזור בגינה עונש של מאסר.

במילים אחרות, בגדרו של סעיף 22 לחוק העונשין יש להבחין בין שלב ההרשעה לשלב הענישה ביחס לעבירות של אחריות קפידה. לצורך הרשעה נדרשת התביעה להוכיח את היסוד העובדתי בלבד ומשהוכיחה אותו באפשרותה להסתפק בחזקת הרשלנות שמניח הסעיף. לעומת זאת, בשלב גזירת הדין, אם תבחר התביעה להסתפק בחזקת הרשלנות, לא ניתן יהיה לגזור לנאשם עונש של מאסר. ואולם, אם עלה בידי התביעה להוכיח כי היסוד העובדתי שבעבירה התקיים, תוך שמתקיים בנאשם יסוד נפשי של מחשבה פלילית או רשלנות, אין עומדת עוד בפניה מגבלת סעיף 22(ג) לחוק העונשין. משהוכח יסוד נפשי – משהוכח אשם – אין עוד מניעה לגזור עונש מאסר על הנאשם, אם מצא בית המשפט כי זהו העונש הראוי לו (פלר, בעמ' 820; הלוי, בעמ' 355 – 356; רבין וואקי, בעמ' 397; מרים גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב – 1992 והצעות חוק 2098, מיום 6.1.1992" משפטים כד 9,



33 (תשנ"ד)). זאת, בכפוף לעונש שקובע סעיף העבירה הקונקרטי, ולמגבלות ענישה נוספות על-פי חוק, דוגמת מגבלת הענישה הכללית על עבירות רשלנות שבסעיף 90ב לחוק העונשין.

26. השאלה האם ניתן להטיל עונש של מאסר על נאשם בגין הרשעה בביצוע עבירה של אחריות קפידה לא לובנה בפסיקת בית משפט זה. הסבר אפשרי לכך יכול להימצא בלשונו הפשוטה והברורה של סעיף 22(ג) לחוק העונשין. יחד עם זאת, ניתן למצוא בפסיקה שלאחר תיקון 39 התייחסות מצומצמת לסוגיה זו.

רמז לכך שעם הוכחת יסוד נפשי ניתן יהיה לגזור עונש של מאסר גם בגין הרשעה בעבירות של אחריות קפידה ניתן למצוא לדעתי בדבריה של השופטת (כתוארה אז) ביניש בעניין לקס. אזכיר כי שם דובר בשאלת סיווגם של סעיפים 219 ו-224 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] וסעיפים 117(א)(6) ו-119 לחוק מס ערך מוסף, תשל"ו – 1975 כעבירות אחריות קפידה:

"ספק בעיני אם הדיון בשאלת סיווגן של העבירות בעניין שלפנינו אכן דרוש לצורך ההכרעה בשאלה אם ניתן להטיל על המערערים עונש מאסר. שכן, אם יצאה התביעה ידי חובתה בהוכחת היסוד הנפשי, אזי ניתן היה להטיל עונש מאסר על המערערים בין שהעבירות הן עבירות של אחריות קפידה, ובין שלא, הכל בהתאם ליסוד הנפשי הדרוש. לעומת זאת, אם לא הוכח כי נתקיים היסוד הנפשי, ולו ברמה של רשלנות בלבד, הרי גם לשיטת התביעה, לא רק שלא ניתן היה להטיל עונש מאסר על המערערים, אלא שגם לא ניתן היה להרשיעם" (עניין לקס, בעמ' 692).

עוד נאמר שם כי בעקבות חקיקת סעיף 22(ג) לחוק העונשין יש לסיווגה של העבירה כעבירה של אחריות קפידה, בשונה מעבירה של מחשבה פלילית, חשיבות רבה ביחס לשאלת הוכחת יסודות העבירה לצורך הרשעה, אך חשיבות מעשית זו אינה מתקיימת ביחס לשאלת האפשרות להטיל עונש מאסר על נאשם שהורשע (שם). בדברים אלה יש כדי להצביע לפחות על נטיה לסבור כי משהוכח יסוד נפשי ניתן להטיל עונש מאסר גם בגין עבירה של אחריות קפידה.

27. ערה אני לטענת המערער כי הנסיבות בעניין לקס שונות מהותית מעניינו, וכי אין ללמוד דבר מאי-ביטול עונשי המאסר בעניין לקס לעניינו, שכן שם הודו המערערים בעובדות כתב האישום, לרבות הודאה באחריות אישית ישירה לעבירות. זאת, בנוסף להודאה באחריותם כמנהלים, שלגביה התעוררה השאלה אם עבירות המנהלים הינן עבירות אחריות קפידה. ואולם, איני סבורה כי יש בכך לשנות מן המסקנה העקרונית כי עם הוכחת יסוד נפשי ניתן להטיל עונש

של מאסר על מורשע בעבירה של אחריות קפידה. ראשית, בפסק דינה ציינה השופטת ביניש כי אמנם נוכח הוכחת היסוד הנפשי בעבירות האישיות, מעצם ההודאה בעבירות אלה, ניתן היה להטיל על המערערים שם עונש של מאסר בגין הרשעתם. ואולם, דבריה שהובאו לעיל הם בבחינת אמירה כללית שעומדת על רגליה במנותק מנסיבות המקרה שם. אין מדובר בדברים שצומצמו או יוחדו לנסיבות של הודאה באחריות אישית לביצוע עבירה. יתר על כן, בפסק דינה עמדה השופטת ביניש על הקושי הקיים במצב בו עצם סיווגה של עבירה כעבירה של אחריות קפידה ייטיב עם נאשמים לעניין הטלת עונש מאסר, יותר מעבירות בהן על התביעה להוכיח את היסוד הנפשי לצורך ההרשעה (עניין לקס, בעמ' 691 ו-701). בדברים אלה יש כדי לתמוך במסקנה כי סיווגה של עבירה כעבירה של אחריות קפידה אינו מיועד להפוך לקרני המזבח שימלטו ממאסר נאשם אשר עלה בידי התביעה להוכיח לגביו את התקיימות היסוד העובדתי והיסוד הנפשי של העבירה. דברי ההסבר להצעת החוק, הפסיקה והכתיבה המשפטית אינם מספקים בסיס של ממש לסבור כי עמדת המחוקק היתה כי עבירות האחריות הקפידה אינן מצדיקות עונש של מאסר בשום מקרה. תחת זאת יש בהם כדי להוביל למסקנה כי כוונת המחוקק היתה כי כל עוד לא הוכחה התביעה יסוד נפשי, אין מקום לשלילת חירותו של אדם.

בנקודה זו אפנה לבחון את טענות בא כוח המערער.

קביעת טיב היסוד הנפשי של עבירות אחריות קפידה

28. המערער טוען כי מקום שמדובר בעבירות אחריות קפידה אשר "שותקת" ביחס ליסוד הנפשי שלה - וכזוהי העבירה לפי סעיף 48 לחוק ההגבלים, בה הורשע - הרי שבהתאם לכלל שבסעיף 19 רישא לחוק העונשין, היסוד הנפשי של עבירה זו צריך להיות מחשבה פלילית. לפיכך, משעלה בידה של התביעה להוכיח יסוד נפשי של רשלנות בלבד, לא ניתן לגזור עליו עונש של מאסר לפי סעיף 22(ג) לחוק העונשין. כן סבור הוא כי אין לקבל מצב בו לצורך הטלת עונש מאסר, בידה של התביעה לבחור אחד מתוך שני יסודות נפשיים חלופיים.

בפתח הדברים אזכיר כי הדיון ביסוד הנפשי של רשלנות או של מחשבה פלילית ביחס לעבירות אחריות קפידה אינו מתקיים לצורך ההרשעה בעבירה אלא לצורך בחינת האפשרות להטיל עונש מאסר בגינה, בהתאם לסעיף 22(ג) לחוק העונשין.

לגופם של דברים, סעיף 48 לחוק ההגבלים אינו כולל את המילה "רשלנות". ואולם, אני סבורה כי ניתן להסיק מכך כי הסעיף מדבר ביסוד נפשי של מחשבה פלילית בלבד. במה דברים אמורים.

ראשית, כפי שצוין לעיל, מסעיף 19 לחוק העונשין עולה כי ככלל היסוד הנפשי הצמוד לעבירה הוא של מחשבה פלילית (וראו גם: רע"פ 4184/02 לוי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 30.6.02); ע"פ 3165/97 זילברמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 465, 470 (1998)). זאת, אלא אם כן נקבע בהגדרת העבירה כי היסוד הנפשי הדרוש לשם התגבשותה הוא של רשלנות (סעיף 19(1) לחוק העונשין) או שמדובר בעבירה של אחריות קפידה (סעיף 19(2) לחוק העונשין). מקום שנמצא כי עסקינן בעבירה של אחריות קפידה כבענייננו, נדרשים אנו לעבור להסדר הרלוונטי לעבירות מסוג זה - סעיף 22 לחוק העונשין. כפי שהובהר לעיל, עבירה של אחריות קפידה שותקת מעצם טיבה באשר ליסוד הנפשי, שהרי היא אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות. יותר מכך - ברי כי לו הייתה העבירה כוללת יסוד נפשי של רשלנות, לא ניתן היה לסווגה כעבירה של אחריות קפידה. לפיכך, אין לקבל את הטענה המעגלי המוצע על-ידי המערער ולפיו כל אימת שלפנינו עבירת אחריות קפידה השותקת באשר ליסוד הנפשי שלה, חוזר הדיון אל נקודת המוצא של סעיף 19 ואל כלל המחשבה הפלילית שהוא קובע. הפרשנות המוצעת על-ידי המערער מרוקנת מכל תוכן את סעיף 22 לחוק העונשין. היא מונעת למעשה את האפשרות להטיל עונש של מאסר בעבירות אחריות קפידה שהוכח לגביהן יסוד נפשי של רשלנות, שהרי מקרים אלה לא יעמדו בדרישה שמציב סעיף 19 רישא לחוק העונשין. תוצאה שכזו עומדת בניגוד לכוונת המחוקק, כעולה מלשון סעיף 22(ג) לחוק העונשין. כפי שכבר ציינתי, לשון סעיף זה ברורה: משנמצא כי מדובר בעבירה של אחריות קפידה, יש לבחון האם עלה בידי התביעה להפריך את חזקת הרשלנות הטמונה בסעיף, על דרך הוכחת רשלנות או מחשבה פלילית. אם עלה הדבר בידה, אין עומדת עוד מגבלת הענישה שבסעיף 22(ג) לחוק העונשין.

שנית, למעשה המערער חולק על כך שרשלנות הינה היסוד הנפשי המינימלי הכלול בכל עבירת קפידה. לדידו, לכל היותר ניתן להסיק מסעיף 22(ג) כי יסוד נפשי של רשלנות יכול להיות מיוחס לחלק מעבירות הקפידה, אם נקבע כי היסוד הנפשי שלהן הוא של רשלנות. כפי שהוסבר, על-פי ההגדרה הכללית שבסעיף 22 עשויות עבירות האחריות הקפידה להתבצע במחשבה פלילית, אך היסוד הנפשי המינימלי לגביהן הוא של רשלנות (ראו גם פלר, בעמ' 818, ביחס להצעת החוק שנוסחה קרוב ביותר לנוסח שהתקבל). אין לקבל אפוא טענה זו.

29. המערער טוען עוד כי אין זה אפשרי שנאשם יעמוד בפני שני יסודות נפשיים חלופיים - מחשבה פלילית או מודעות. מעבר ללשונו הברורה של סעיף 22 לחוק העונשין, ראוי להזכיר את תכליתן של עבירות נושאי המשרה להרחיב את אחריות נושא המשרה גם אל מצבים שאלמלא הוראות אלה לא היה ניתן לחייבו בגינם בפלילים (והשוו: ע"פ 3027/90 חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 364, 385 - 386 (1991). להלן: עניין מודיעים). בעניין מודיעים הובהר כבר כי היסוד הנפשי הנדרש אצל נושא המשרה והיסוד

הנפשי הנדרש לצורך ביסוס אחריות התאגיד אינם בהכרח זהים (שם, בעמ' 386). מכאן, אין ממש בטענה כי היסוד הנפשי שיש להוכיח בכדי להטיל עונש מאסר על נושא המשרה לפי סעיף 48 לחוק ההגבלים צריך להיות זהה ליסוד הנפשי של עבירת הבסיס ויש אף היגיון בהסתפקות ביסוד נפשי נמוך יותר של רשלנות מעצם הרצון להמריץ נושאי משרה לנקוט את אמצעי הזהירות הנדרשים כדי למנוע עבירות על החוק.

30. בנקודה זו אציין כי המערער מבקש לתמוך טיעונו באמור בפסק דיני בעניין מקלדה. כשלעצמי, סבורה אני כי המערער קורא בדברים שנאמרו שם יותר מכפי שיש בהם. בעניין מקלדה ציינתי כי גזירת עונש מאסר בעבירות של אחריות קפידה, בניגוד לסעיף 22(ג) לחוק העונשין, עשויה במקרים מסוימים להיחשב לעיוות דין חמור המצדיק את התערבותה של ערכאת הערעור. כן ציינתי, כי הסעיף משקף את התפישה כי עבירות של אחריות קפידה אינן נעדרות יסוד נפשי אלא הן עבירות שהתביעה אינה נדרשת להוכיח את היסוד הנפשי בהן על אף שמניחים כי הוא מתקיים.

ואולם, אין בידי לקבל את פרשנותו הנחרצת והגורפת של המערער לאמור בעניין מקלדה. גם אם ניתן להבין את הניסיון להיאחז בעניין מקלדה, הרי ששם לא עמדה במוקד הדיון שאלת טיב היסוד הנפשי שעל התביעה להוכיח אם מבקשת היא שיוטל על נאשם עונש מאסר בעקבות הרשעתו בעבירה של אחריות קפידה. השאלה לא הופיעה בצורתה המזוקקת בעניין מקלדה, בו צוין כי קביעותיה של הערכאה הדיונית מבססות למצער מצב נפשי של מודעות ביחס לכל רכיבי עבירת הבסיס, וממילא ברור כי הדיון בנקודה זו לא היה ממצה. לפיכך, ההתייחסות בפסק הדין נגעה ליסוד הנפשי שהוא בבחינת הכלל בהתאם לסעיף 19 לחוק העונשין – המחשבה הפלילית. מכאן אין ללמוד כי במקרים בהם "שותקת" העבירה ביחס ליסוד הנפשי נדרשת התביעה להוכיח מחשבה פלילית.

ההגנה מפני הרשעה בעבירות אחריות קפידה כמקור לאיתור היסוד הנפשי

31. המערער טוען כי על היסוד הנפשי של עבירת אחריות קפידה ניתן ללמוד מן ההגנה מפני הרשעה בפלילים המצויה בעבירות אלה. כך, גורס הוא, מסעיף 48 סיפא לחוק ההגבלים עולה כי היסוד הנפשי של עבירה זו הוא של מחשבה פלילית, בהיעדר כל אזכור של רשלנות. נשוב ונעיין בנוסח סעיף 48 לחוק ההגבלים:

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

ושנקט כל אמצעים סבירים להבטחת שמירתו של חוק זה"  
(ההדגשות שלי, ע.א.).

במקביל להוראה זו נציב את סעיף 22(ב) לחוק העונשין, אשר קובע הגנה כללית  
לנאשם מפני הרשעה בעבירה של אחריות קפידה, אם עמד בתנאים שבסעיף:

"לא יישא אדם באחריות לפי סעיף זה אם נהג ללא מחשבה  
פלילית וללא רשלנות ועשה כל שניתן למנוע את  
העבירה;..." (ההדגשות שלי, ע.א.).

בהתקיים הדרישות שבכל אחד מסעיפים אלה, לא תוטל אחריות פלילית על הנאשם.  
נוסח ההגנות בשני הסעיפים אינו זהה, אך במהותן הן דומות, כיוון שבהתקיימן ניתן לקבוע כי  
לא התקיימה אשמה אצל הנאשם – לא מחשבה פלילית ולא רשלנות. ואולם, בעוד שההגנה לפי  
חוק העונשין דורשת הוכחה כי לא נתקיים כל יסוד נפשי – בין אם מחשבה פלילית בין אם  
רשלנות, מדבר סעיף 48 לחוק ההגבלים לכאורה במחשבה פלילית בלבד. בנוסף, סעיף 22(ב)  
לחוק העונשין מציב רמת זהירות גבוהה יותר, בדברו על "עשה כל שניתן למנוע את העבירה",  
בעוד שנוסח ההגנה בסעיף 48 לחוק ההגבלים קרוב מבחינת הטרמינולוגיה שלו לעולם  
הרשלנות, בדרשו הוכחת נקיטתם של "כל אמצעים סבירים".

32. איני סבורה כי את היסוד הנפשי של העבירה לצורך גזירת העונש ניתן ללמוד מלשון  
ההגנה הקבועה בה.

ראשית, אני סבורה כי ההגנות שבסעיף 22(ב) לחוק העונשין, וההוראה המקבילה להן  
בסעיף 48 לחוק ההגבלים, פועלות במישור שונה מזה בו פועלת מגבלת הענישה שבסעיף 22(ג)  
לחוק העונשין. סעיף 22(ב) לחוק העונשין הוא בבחינת הסדר כללי בעבירות של אחריות  
קפידה. הסיפא לסעיף 48 לחוק ההגבלים, לעומת זאת, הוא בבחינת הסדר ספציפי לחוק  
ההגבלים. ואולם, שתי ההגנות גם יחד מקומן בשלב הכרעת הדין, בשלב ההחלטה בדבר קיומה  
של אחריות בפלילים אם לאו. לעומת זאת, סעיף 22(ג) לחוק העונשין מציג מגבלה כללית על  
הענישה בעבירות של אחריות קפידה. תחולתו בשלב גזירת הדין והדבר עולה בבירור מלשונו.  
חוק ההגבלים העסקיים אינו קובע הוראה מקבילה בתוכנה לסעיף 22(ג) לחוק העונשין ומכאן  
שהוא חל גם על הרשעה בעבירה לפי סעיף 48 לחוק ההגבלים.

שנית, גם לו מיקדנו מבטנו בהגנה שבסעיף 48 סיפא, בה תולה המערער ייחבו, הרי זו  
דורשת כי הנאשם יוכיח הן שלא התקיימה בו מחשבה פלילית, המגולמת ברכיב "אם לא הוכיח  
שהעבירה נעברה שלא בידיעתו", הן שלא התקיימה בו רשלנות לפחות, המגולמת בדרישה  
המצטברת "ושנקט כל אמצעים סבירים להבטחת שמירתו של חוק זה". אם כן, סעיף 48 לחוק

ההגבלים כולל בחובו דרישה כי הנאשם יראה כי לא התקיים בו כל יסוד נפשי בעת ביצוע היסוד העובדתי של העבירה. פרשנות זו מצויה בהרמוניה גם עם ההוראה הכללית שבסעיף 22(ב) לחוק העונשין. מכל מקום, העיקר לענייננו הוא כי בניגוד לנטען, ההגנות המצטברות שקובע סעיף 48 לחוק העונשין כוללות התייחסות ליסוד נפשי של רשלנות לפחות (והשוו: רבין וואקי, בעמ' 394). הפרשנות המוצעת על ידי המערער אינה נותנת את המשקל ההולם לשני רכיביה המצטברים של ההגנה שבסעיף 48 לחוק ההגבלים. טיעוניו מתמקדים ברכיב אחד בלבד וזונחים את הרכיב השני. די בכך לדחיית הטענות.

33. פרשנותו של המערער בנקודה זו אינה מתיישבת גם עם תכליתו של סעיף 48 לחוק ההגבלים. סעיף 48 לחוק ההגבלים מטיל אחריות על נושא משרה בכיר בתאגיד במטרה להביא להעלאת רף הזהירות הננקט על-ידי נושאי משרה בתאגיד, אשר בכוחם למנוע או לצמצם בפועל את מעורבות החברה בעבירות לפי חוק ההגבלים. במובן זה יש לראות את הוראת סעיף 48 לחוק ההגבלים, בדומה לעבירות מנהלים אחרות, כמכשיר הבא להגביר את השליטה, ההשגחה והפיקוח מצידם על פעולות החברה ולתמרץ נקיטתם של אמצעי זהירות על ידי מי שעמדתם בתאגיד מאפשרת להם להביא למניעת ביצוען של עבירות כאמור (והשוו: ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 929 (2005); עניין מודיעים, בעמ' 387; רע"פ 5389/01 המועצה האזורית לב-השרון נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(4) 364, 372 (2003)). צמצום האפשרות להטיל עונש מאסר בגין הרשעת מנהל בתאגיד בסעיף 48 לחוק ההגבלים אינו מתיישב עם התכלית של העלאת רמת הזהירות הננקטת על-ידי נושאי משרה בכירים. אשוב ואדגיש בהקשר זה, כי אני סבורה כי טענת בא כוח המערער, לפיה מגמתו הכללית של תיקון 39 הייתה להקל עם נאשמים בעבירות אחריות קפידה בשלב קביעת האחריות ובשלב העונש, אינה מדויקת. תכלית התיקון ביחס לעבירות אלה היתה להתאים את עבירות האחריות הקפידה לעקרונות הכלליים של דיני העונשין שלנו, ועקרון האשם בראשם. תפישה זו היא שעומדת ביסוד האיסור על שלילת חירותו של אדם בעבירות של אחריות קפידה כל עוד לא הוכח היסוד הנפשי. הכל כפי שהוסבר.

34. אוסיף, כי מקובלת עליי עמדת בית המשפט המחוזי כי התבססות על ההגנות מפני הרשעה המצויות בעבירות שונות של אחריות קפידה, לצורך קביעת היסוד הנפשי של העבירה, סופה שתוביל לכאוס ולאבחנה חסרת הצדקה בין עבירות שתכליותיהן דומות. כפי שהסביר בית המשפט המחוזי, בחינתם של סעיפים שונים הקובעים אחריות נושאי משרה מעלה כי בהתאם לשיטת בא כוח המערער לחלק מעבירות אלה יש שני יסודות נפשיים מצטברים (דוגמת סעיף 48 לחוק ההגבלים, סעיף 15 לחוק שכר מינימום, תשמ"ז – 1987 וסעיף 39(ב) לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח – 1957), לחלקן יש שני יסודות נפשיים חלופיים (דוגמת סעיף 22א לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]). חלקם קובעים כי ההגנה תקום אך אם יוכח כי לא

מתקיימים שני היסודות המנויים בסעיף, חלקם מסתפקים בהוכחת אחד מהם בלבד. מדובר בפרשנות שתיצור חוסר אחדות מובהק ביחס לרף הזהירות הנדרש מנושא המשרה. מצב זה אינו מתקבל על הדעת במיוחד אם מביאים בחשבון כי לעבירות המנהלים תכלית כללית משותפת – להביא לכך שעניינו של התאגיד יהיו נתונים בידי נושאי תפקידים הראויים לכך. זאת, בין היתר על דרך של הרתעה ותמרוץ לנקיטת ריסון עצמי בפעולותיהם בתאגיד. עמדתו של המערער מובילה כאמור לאי-אחדות ואי-בהירות, אך בעיקר היא מביאה לכך שנקבע לכאורה בכל מקרה רף שונה של יסוד נפשי. קשה לראות כיצד במצב זה תקודם התכלית שלשמה נחקקו עבירות נושאי המשרה. המערער אינו מציג מענה כלשהו, לא כל שכן מענה מניח את הדעת, לקושי זה. משכך, אני סבורה כי גם טענה זו דינה להידחות.

מניעות מלכהן כדירקטור

35. כאמור, בית המשפט המחוזי הורה על הגבלת מינויו של המערער לדירקטור בחברה ציבורית למשך חמש שנים, לפי סעיף 226(א)(3) לחוק החברות. נעיין בנוסח הסעיף בשלמותו:

226. הגבלת מינוי עקב הרשעה  
(א) לא ימונה לכהונת דירקטור בחברה ציבורית אדם שהורשע בפסק דין חלוט בעבירה מהמפורטות להלן, אלא אם כן חלפו חמש שנים מיום מתן פסק הדין שבו הורשע:  
(1) עבירות לפי סעיפים 290 עד 297, 392, 415, 418 עד 420 ו- 422 עד 428 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977, ולפי סעיפים 52ג, 52ד, 53(א) ו- 54 לחוק ניירות ערך;  
(2) הרשעה בבית משפט מחוץ לישראל בעבירות שוחד, מרמה, עבירות מנהלים בתאגיד או עבירות של ניצול מידע פנים;  
(3) הרשעה בעבירה אחרת אשר בית משפט קבע כי מפאת מהותה, חומרתה או נסיבותיה אין הוא ראוי לשמש כדירקטור בחברה ציבורית.  
(ב) בית משפט רשאי לקבוע, במועד ההרשעה או לאחריה, לבקשתו של אדם המעוניין להתמנות לדירקטור, כי על אף הרשעתו בעבירות כאמור בסעיפים (א)(1) ו- (א)(2), ובשים לב, בין היתר, לנסיבות שבהן נעברה העבירה, אין הוא מנוע מלכהן כדירקטור בחברה ציבורית.  
(ג) השר רשאי לקבוע עבירות נוספות על אלה הקבועות בסעיף קטן (א)(1).

אם כן, הכלל שקובע הסעיף הינו כי הרשעה בעבירה מן העבירות המנויות בו פוסלת את המורשע מלשמש כדירקטור בחברה ציבורית במשך חמש השנים שלאחר הינתן ההרשעה

החלוטה. בעוד שסעיפים קטנים (1) ו-(2) מונים את סעיפי העבירות שבעטיים תוטל ההגבלה האמורה, סעיף-קטן (3) גמיש יותר ומותיר לבית המשפט שיקול דעת רחב. לצד ההגבלה האמורה הותיר המחוקק לבית המשפט מרחב שיקול דעת לסטות מכלל הפסילה שבסעיפים קטנים (1) ו-(2), באותם מקרים בהם סבור הוא כי על אף ההרשעה ובהתחשב בנסיבות ביצוע העבירות ובשיקולים נוספים, אין קיימת מניעת שכזו (סעיף 226(ב) לחוק החברות).

36. שאלת פרשנותו של סעיף 226 לחוק החברות התעוררה בפסיקת בית משפט זה. ברע"פ 11428/04 אייל נ' מדינת ישראל (לא פורסמה, 9.2.05) צויין כי פרשנותו של הסעיף היא עניין נכבד, אולם היא הושארה לעת מצוא. העת להכריע בנושא בשלה אך לאחרונה עם הינתן פסק דינו של בית משפט זה בע"א 619/05 נמרודי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 9.6.10) (להלן: עניין נמרודי).

במוקד ההכרעה בעניין נמרודי עמדו הקווים המנחים להפעלת שיקול הדעת השיפוטי ביחס לסטייה מהמועד הקבוע בסעיף 226 לחוק החברות למניית תקופת הפסילה, הוא מועד ההרשעה החלוטה. חברי המותב היו תמימי דעים כי תכלית הסעיף היא להגן על הציבור בכלל ועל ציבור המשקיעים בשוק ההון בפרט מפני דירקטור בחברה ציבורית אשר אינו ראוי לתפקיד זה, כעולה מהרשעתו בפלילים. ואולם, חברי המותב נחלקו באשר לשאלה מהו המועד שממנו תימנה תקופת הפסילה.

דעת הרוב (השופטים ס' גובראן וא' לוי), סברה כי הגם שתקופת הפסילה מתחילה ככלל במועד ההרשעה, בהתאם ללשון חוק החברות, ניתן להביא בחשבון לצורך חישוב תקופת הפסילה גם פרק זמן שבו הנידון לא מילא בפועל תפקיד בחברה ציבורית, הגם שפרק זמן זה קדם למועד ההרשעה החלוטה. עמדתו של השופט גובראן היתה כי בהפעלתו של סעיף 226 יש משום פגיעה בחופש העיסוק של אדם ועל כן יש לפרש הסעיף באופן שהפגיעה בזכות תהא מינימלית. בעניין נמרודי התפטר הנאשם מכל תפקידיו כדירקטור עובר להרשעתו. בהתאם לרציונל של מזעור הפגיעה בחופש העיסוק נכון היה השופט גובראן להביא בחשבון, לצורך מניין תקופת הפסילה, גם את התקופה שקדמה למועד ההרשעה בפלילים, במהלכה לא מילא הנאשם כל תפקיד בחברה ציבורית, בסברו כי תכלית החוק הושגה עם הרחקתו של הנאשם מתפקיד ניהולי בחברה ציבורית לתקופה של חמש שנים.

השופט לוי, אשר הצטרף לעמדת השופט גובראן, עמד על הרציונלים לכלל הפסילה מכהונה: האחד הינו רציונל מניעתי של הגנה על החברה, ובפרט על בעלי המניות והנושים, מפני דירקטור אשר המעשים הפליליים שביצע מעידים עליו כי הוא עלול להוות סיכון להתנהלותה התקינה של החברה בעתיד. הרציונל השני, והעיקרי, הינו רציונל של הרתעת היחיד



שחטא מלשוב על מעשיו. עוד קבע השופט לוי כי שלושה מנגנונים ממתנים את הפגיעה בחופש העיסוק כתוצאה מפסילת הכהונה: כניסת הפסילה לפועל רק על ההרשעה החלוטה ובעבירות הנקובות בסעיף 226 בלבד; הגבלת הפסילה לחמש שנים מיום ההרשעה; שיקול הדעת הנתון לבית המשפט לקצר או לבטל את הפסילה, אם סבר שיש הצדקה לכך. השופט לוי הוסיף כי בשוקלו את הפסילה שומה על בית המשפט לבחון את נסיבות ביצוע העבירה באור התכליות שבבסיס הוראת הפסלות. בין היתר קבע, עליו ליתן דעתו "...לטיב העבירות וחומרתן, למידת הזיקה בינן לבין פעילות החברה, להיקף הנזק שנגרם או עלול להיגרם בעתיד בגין העבירות שבוצעו, למידת השפעתו של הדירקטור על התנהלות החברה, למעמדו והשפעתו על דירקטורים אחרים בחברה, למידת ההפנמה שהוא מגלה באשר ליסוד השליילי בהתנהגותו ולמאמצים שביכולתו לנקוט לשם צמצום הנזק" (פסקה 6 לפסק דינו של השופט לוי). בנסיבות עניין נמרודי סבר הוא כי על אף חומרת העבירות ומשמעותן ביחס להתאמת הנאשם לשמש כדירקטור, בפועל הנאשם ניתק עצמו מתפקידו בדירקטוריון למשך חמש שנים. הלכה למעשה הוגשם הטעם ההרתעתי שבפסילה ואין מקום שלא להכיר בתקופת הפסילה מנימוקים צרים שבלשון החוק. עוד הוסיף כי הדבר מתיישב עם האינטרס לעודד נאשמים לנתק עצמם מהעשייה הניהולית כל עוד עומדים החשדות נגדם.

דעת המיעוט בעניין נמרודי נכתבה על-ידי השופטת פרוקצ'יה. לגישתה, הכלל הקבוע בסעיף 226(א) לחוק החברות הוא כלל נוקשה שתכליתו להגן על הציבור מפני מי שאינם ראויים להחזיק בתפקידי ניהול בחברות ציבוריות. בחוות דעתה מסבירה השופטת פרוקצ'יה כי העמדת כלל הפסילה על חמש שנים משקפת את האיזון שערך המחוקק בין האינטרס הציבורי של הגנה על התאגיד הציבורי מפני מי שהורשע בעבירות אשר מטילות כתם על יכולתו להשתתף בניהול החברה, לבין ערכים כחופש העיסוק, חופש ההתאגדות וחופש הבחירה של האורגנים בחברה. שינוי נקודת הזמן שממנה תימנה תקופת הפסילה ממועד ההרשעה למועד בו נמנע לראשונה הנאשם מלכהן בתפקידי ניהול בשל ההליך הפלילי נגדו מפרה, כך השופטת פרוקצ'יה, את האיזון העדין בין השיקולים השונים הנוגעים בכלל הפסילה. עוד הבהירה כי הסייג לכלל הפסילה שבסעיף 226(ב) לחוק החברות נועד למצבים מיוחדים ויוצאי דופן. פרישה מתפקידי ניהול עובר להרשעה אינה נכנסת לדידה בגדר מצבים מיוחדים אלו.

37. טיעוניו של המערער בפנינו נוגעים הן להתווית שיקול הדעת השיפוטי בעת הפעלת הסמכות לפי סעיף 226 לחוק החברות, הן למועד שממנו ניתן למנות את תקופת ההגבלה על המינוי. שאלות אלה הוכרעו שתיהן בעניין נמרודי וכל שנותר לנו הוא להכריע באשר ליישום ההלכה שנקבעה שם על ענייננו. יחד עם זאת, ובטרם הכרעה, ראוי להעיר כי ענייננו שונה במידת מה מהעניין שנידון שם, במישור הנורמטיבי והעובדתי.

במישור הנורמטיבי, על פני הדברים, לשון חוק החברות ביחס לעבירות המנויות בסעיפים 226(א)(1)-(2) לחוק החברות, היא ברורה - עם הרשעה בהן פסול הנידון ממינוי לכהונת דירקטור בחברה ציבורית. שוני מסוים קיים ביחס לפסילה מכהונה לפי סעיף 226(א)(3) לחוק החברות. הפסילה לפי סעיף זה נעשית במסגרת שיקול הדעת הרחב הנתון לבית המשפט, הגם שהמרחב בו פועל הוא בהפעלת הסמכות הוא המרחב הפלילי. בנוסף, מדובר בפסילה מכהונה בגין הרשעה בעבירות שהמחוקק לא סבר כי הן מהעבירות המובהקות המלמדות על מבצען כי הוא אינו כשיר לשאת במשרת דירקטור בחברה ציבורית, אלא שהדבר נלמד מ"מהותה של העבירה, חומרתה או נסיבותיה". אכן, אם ביחס לכלל הפסילה לפי סעיפים 226(א)(1)-(2) הותיר המחוקק לבית המשפט מרחב של שיקול דעת לקבוע כי כלל הפסילה לא יחול בעניינו של נאשם מסוים, קל וחומר ששיקול דעת שכזה קיים ביחס להפעלת הסמכות לפי סעיף 226(א)(3) לחוק החברות והיקפו של שיקול דעת זה רחב הוא.

ככלל אני סבורה כי הקווים המנחים להפעלת שיקול הדעת במסגרתו של סעיף 226(א)(3) לחוק החברות צריכים לסוב סביב שני סוגי שיקולים דומיננטיים: השיקול האחד הינו הגנה על הציבור ועל האינטרס הציבורי בכך שנושאי התפקידים בחברות ציבוריות יהיו אנשים הראויים לכך מבחינת כישוריהם, נסיונם ותכונותיהם הרלוונטיות. השיקול השני הינו הפגיעה בחופש העיסוק של הנאשם המורשע, מעצם חסימת דרכו לכהונת דירקטור בחברה ציבורית משך חמש שנים. אלה ייבחנו לצד חומרת העבירה, טיבה ונסיבות ביצועה: האם מדובר בעבירה שדופי מוסרי טבוע בה? האם ההרשעה בעבירה מלמדת על היעדר כישורים לשמש בתפקיד או על פגם מהותי באופן מילוי? לנסיבות הכלליות של ביצוע העבירה חשיבות רבה לצורך הכרעה האם לעשות שימוש בסמכות: האם בוצעה העבירה כשלנגד עיני האדם טובתו שלו או טובת החברה? מה היו תוצאות העבירה? כמה זמן נמשך ביצועה? מה מידת התחכום או התכנון שהצריכה? מכלול השיקולים צריך להיבחן לאור תכלית ההגנה על הציבור, תוך הישמרות מפני הפעלת הסמכות כאמצעי עונשי. כמובן, אין ברשימת השיקולים שמניתי כדי להוות רשימה ממצה.

על ההבדל העובדתי בין עניין נמרודי לעניינו, אעמוד בהמשך.

38. המערער גורס כי העבירה בה הורשע – סעיף 48 לחוק ההגבלים – שונה באופן מהותי מן העבירות המנויות בסעיפים 226(א) + (ב) לחוק החברות. הוא מדגיש כי לא הורשע בעבירה אישית שעניינה הפרת אמון או פגיעה בטוהר המידות ועל כן אין מקום לדעתו להפעיל את הסמכות לפי סעיף 226(א)(3) לחוק החברות.

עמדתו הבסיסית של בא כוח המערער כי השימוש בסעיף 226(א)(3) לחוק החברות צריך להישמר למקרים חריגים לחומרא אינה מקובלת עליי. בבסיסה של תפישה זו ניצבת ראייתה של הסמכות לפי סעיף 226 כסמכות עונשית. כפי שהוסבר, לא זו תכלית הסעיף. אמנם, העבירה בה הורשע המערער שונה במהותה מן העבירות המנויות בסעיפים 226(א) ו- 226(ב) לחוק העונשין. אין זו עבירה שטבוע בה דופי מוסרי. אין זו עבירה אישית אלא עבירת מנהלים שביסודה אחריות המנהל לעבירות שמבצע התאגיד. יחד עם זאת, כיוון שמטרת ההגבלה לפי סעיף 226 הינה הגנה על הציבור, לא ניתן לומר כי יש מקום להגנה זו רק מפני מי שנקבע כי בהתנהלותו שלו דבק מעין-קלון. ההגנה על הציבור צריכה לחול מפני כל מי שהתנהלותו בביצוע העבירה בה הורשע מעידה עליו כי אין הוא ראוי לשמש כדירקטור בחברה ציבורית. יחד עם זאת, משום אופיו הגמיש של סעיף 226(א)(3) ומשום הפגיעה שהוא עלול להביא לחופש העיסוק של הפרט, אני סבורה כי לשם הפעלת הסמכות לפי סעיף זה נדרשת זיקה מהותית בין העבירה בה הורשע אותו אדם, טיבה ונסיבות ביצועה, לבין מאפייני התפקיד של דירקטור בחברה ציבורית. נדרש כי העבירה, טיבה או נסיבות ביצועה ילמדו עליו כי אין בו את יכולות הפיקוח, ההשגחה והאמון המצופות מדירקטור בחברה ציבורית, או תכונות וכישורים רלוונטיים אחרים. עוד אבהיר, כי ככלל יש לשמור השימוש בסמכות לפי סעיף 226(א)(3) לחוק החברות למקרים שחומרתם היא כזו שתצדיק הטלת מגבלה כה משמעותית על מבצעם. יחד עם זאת, אין לומר כי מדובר במקרים חריגים בלבד.

39. במקרה שלפנינו מקובל גם עלי כי נסיבות ביצועה של העבירה בה הורשע המערער, כפי שהן עולות מהכרעת הדין ומגזר הדין, הצדיקו את פסילתו מכהונת דירקטור בחברות ציבוריות לפי סעיף 226(א)(3) לחוק החברות. התמונה המצטיירת, גם מגרסתו של המערער עצמו, היא של התרשלות הזועקת למרחוק. המערער עמד בראש חברה אשר היוותה מונופול בתחומה. משך תקופה ארוכה, כחמש שנים, היתה החברה צד להסדר כובל, שבהתאם לקביעות בית המשפט המחוזי הביא לפגיעה בציבור הצרכנים ביחס למוצר בסיסי ולפגיעה בתחרות שאך החלה קורמת עור וגידים בשוק זה. למעשה, המערער הדיר רגליו מתחום מרכזי בפעילות החברה - תחום השיווק – ונמנע מלקבל מידע אודותיו. לו היה פועל כפי שמצופה ממנהל סביר, היה באפשרותו לעמוד ללא קושי על מצב הדברים לאשורו, לרבות על טיב יחסיה של טמבור עם הרשתות. בנוסף, כפי שפורט, המערער לא עשה דבר לאכיפת הוראות חוק ההגבלים בטמבור. התנהלותו יצרה למערער כר נוח ליצירתם ולהתקיימותם של ההסדרים הכובלים. מדובר בהתרשלות חמורה ביותר ובכשל בהפעלת אותן סמכויות פיקוח, השגחה, שליטה והנחיה המצופות מאדם בתפקידו של המערער ועם ניסיון כשלו. לפיכך, נכון היה לקבוע כי אין לאפשר את מינוי המערער לתפקיד ציבורי שמצריך את אותן יכולות שבגילויין כשל לתקופה הנקובה בחוק החברות.

40. ממתי תימנה תקופת ההגבלה? כשלעצמי, עמדתי בסוגיה זו דומה לעמדה שהביעה השופטת פרוקצ'יה בעניין נמרודי. בחירת מועד ההרשעה החלוטה כאירוע היוצר את ההצדקה להטלת המגבלה על המינוי אינה אקראית. הסדר זה מבטא את האיזון שמצא המחוקק כראוי בין אינטרס ההגנה על הציבור לחזקת החפות של הנאשם, בהקשר של מועמדות לכהונה בכירה בחברה ציבורית. עמדת המחוקק הייתה כי רק עם ההרשעה נוצר צורך מוצדק להרחיק את הנידון מענייניה של חברה ציבורית לתקופה במהלכה יימצא מחוץ למעגל נושאי המשרה בחברות ציבוריות, בבחינת תקופת הפנמה והפקת לקחים. יחד עם זאת, משבית משפט זה אמר את דברו והכריע בעניין הכרעה ברורה, יש לכבד את פסיקתו ולהכריע בעניינינו לאורה, מה גם שסבורני כי גם המחוקק עת אמר את דברו לא הניח כי ההליכים בתיקים מעין זה יארכו זמן כה רב, עניין אליו אתייחס בהמשך.

41. המערער מבקש לראות במועד בו סיים את תפקידו בטמבור בשנת 1999 כמועד שממנו יש למנות את תקופת ההגבלה על מינויו כדירקטור בחברה ציבורית. למעשה, מבקש הוא בכך להקדים את המועד שממנו נמנית תקופת ההגבלה, וכך להביא לתוצאה שלפיה תקופת ההגבלה בת 5 השנים הסתיימה זה מכבר.

בהתאם להלכת נמרודי, ובשים לב לכך שהמערער אינו נושא תפקיד בחברה כבר משנת 1999, יש מקום להכיר בתקופת הפסילה בעניינו של המערער מאז סיים תפקידו בטמבור. במילים אחרות, לפי כלל זה סיים המערער זה מכבר את תקופת הפסילה. המשיבה הדגישה בטיעונה כי בנקודה זו קיים הבדל עובדתי בין המקרה הנוכחי לעניין נמרודי. בעניין נמרודי סיים הנאשם שם את כהונתו בחברה מיוזמתו. המערער בעניינינו, לעומת זאת, השלים כהונתו וסיימה במועד.

לטעמי, בין מטרות כלל הפסילה נמצא לא רק את ניתוקו של נאשם מדירקטוריון חברה ציבורית, אלא ניתוקו לאחר שנקבע כי כשל. סיום התפקיד לפני שנקבע כי הנאשם אכן ביצע את העבירות יכול להבטיח אמנם את הרחקת הנאשם מן החברה, אך אינו מלמד כי הוא מודע לכך שנפל כשל במעשיו. דבר זה יתאפשר רק לאחר הכרעה בדינו של הנאשם. מניית תקופת הפסילה מרגע שהנאשם סיים תפקידו, עובר להרשעה מאפשרת לעתים לנאשם שהורשע – במקרים בהם התנהל הליך ממושך כבעניינינו – להתמנות לדירקטוריון חברה ציבורית מייד לאחר הרשעתו. חזרת הנידון למשרה כה משמעותית ורגישה בחברה ציבורית זמן קצר לאחר הרשעתו יש בה מסר ציבורי בעייתי ולטעמי גם חתירה תחת תכליות כלל הפסילה.

ויחד עם זאת, אחר כל הדברים האלה, וחרף עמדתי שלי, הלכת נמרודי עומדת על רגליה. לצדה ניצב שיקול משמעותי נוסף והוא התמשכותם המשמעותית של ההליכים בעניינינו.

המערער סיים כאמור את תפקידו בטמבור בשנת 1999, לאחר שההליכים נגדו החלו. אם תימנה תקופת הפסילה בעניינו ממועד ההרשעה החלוטה תהא משמעות הדבר כי הוא הורחק מחברות ציבוריות תקופת ארוכה כמעט פי שלוש מהתקופה שקבע המחוקק. בנסיבות אלה, אני רואה מנוס מלקבוע כי את תקופת הפסילה בעניינו של המערער יש למנות מהמועד בו סיים את תפקידו בטמבור.

במאמר מוסגר אעיר כי כשלעצמי אני סבורה כי המענה הנכון לקשיים הנובעים מהתארכות ההליכים יכול היה להימצא במסגרת שיקול דעת שצריך להיות לבית המשפט בקביעה האם תקופת ההגבלה תחול למשך 5 שנים או שמא לתקופה קצרה יותר. ברי כי הדבר אינו נדרש כאשר מחילים את הכלל לפי הלכת נמרודי.

42. המערער השיג על כך שבכתב האישום לא פורטו הנסיבות שבעטיין הוא אינו ראוי לכהן כדירקטור. אני סבורה כי יש לקבל טענה זו. ככלל, הנסיבות המצדיקות את הפעלת סעיף 226(א) נלמדות מממצאיו של בית המשפט בהכרעת דינו ובגזר דינו. לא יהא זה נכון לחייב את התביעה לפרטן מעבר לעובדות שפירטה בכתב האישום ואותן עליה להוכיח. יחד עם זאת אני סבורה כי תהא זו מידת ההגינות אם תציין התביעה בכתב האישום כי בכוונתה לעתור להגבלת כהונה לפי סעיף 226(א) לחוק החברות אם יורשע הנאשם. בטענותיו לפגמים דיוניים וראייתיים ביחס למגבלה שהוטלה עליו מלכהן כדירקטור בחברה ציבורית לא מצאתי ממש.

#### טענות נוספות

43. המערער טען כי שיקולים שונים לקולא לא קיבלו את המשקל ההולם בגזירת העונש ומנגד שיקולים שונים לחומרא קיבלו משקל יתר. לטעמי, בית המשפט המחוזי שקל את כלל השיקולים הצריכים לעניין ואיזן ביניהם באופן סביר ואינו מצדיק התערבותנו. מגזר הדין עולה כי השיקולים הצריכים לעונש נשקלו כולם ולטעמי ניתן להם משקל הולם. כך, בין היתר, ניתן משקל לכך שהמערער לא מילא חובתו כמנהל טמבור להבטיח את קיומו של חוק ההגבלים וכך התאפשרה פגיעה מתמשכת בצרכנים ופגיעה בתחרות שאך החלה בשוק הצבעים. לעניין זה אעיר כי אני סבורה כי עצם העובדה שלא הובאה חוות דעת מומחה אינה מובילה למסקנה כי לא הוכחה פגיעה בציבור הצרכנים, היות שעצם הדבקות בהסדר הכובל תקופה כה ממושכת מלמדת כי הוא הניב לצדדים המעורבים בו רווח וממילא פגע בצרכנים. בנוסף, כפי שנקבע, הוכח כי בעקבות ההסדרים עלו מחירי הצבעים. בגזירת הדין הודגשה התרשלותו הבולטת של המערער. מנגד נלקחו בחשבון נסיבותיו האישיות של המערער – היותו אדם מבוגר ונורמטיבי, ללא עבר פלילי, עברו רצוף פעילות למען הציבור ותרומה לתעשייה בישראל. כן נלקחה בחשבון העובדה שלא הוכח כי המערער ידע על ההסדר. לצד נסיבות ביצוע העבירה נלקח

בחשבון העונש שהוטל על מעורבים ישירים בעבירות בטמבור. כאמור, השיקולים הצריכים לעניין נשקלו ושוקללו ואיני סבורה כי שגה בית המשפט המחוזי במשקל היחסי שנתן לכל אחד מהם.

44. אדרש אפוא לאותן טענות שלא נידונו במישרין בגזר הדין. בעיקרו של דבר מדובר בטענות הגנה שנדחו בגזר הדין ולשיטת המערער צריכות היו לקבל משקל משמעותי לקולא.

הטענה הראשונה הינה כי המלצות המחירים האנכיות של טמבור למפיצה אינן מהוות הסדר כובל. טענה זו מבקש בא כוח המערער לבסס על מאמרו של פרופ' דויד גילה "האם המלצה על מחיר היא הגבל עסקי ומדוע?" עיוני משפט לג(1) 101 (2010) (להלן: גילה). במאמר זה, שהתפרסם רק לאחר הדיון, גורס גילה כי המלצת מחירים אופקית, בין מתחרים, מהווה הסדר כובל אסור, בעוד שהמלצת מחירים אנכית, היינו בין ספק ללקוחותיו, אינה מהווה הסדר כובל אסור.

השאלה האם הסדר אנכי הוא הסדר כובל הינה שאלה מורכבת שיש לה, להשקפתי, השלכות נכבדות לא רק על דיני ההגבלים העסקיים, אלא בראש ובראשונה על המגזר העסקי. הכרעה בשאלה זו מחייבת ליבון והתעמקות בהיבטיה השונים, כמו-גם שמיעת טיעונים מלאים של הצדדים בסוגיה. במסגרת הכרעה שכזו ראוי ונכון יהיה לשקול בכובד ראש את הטענות שמציג גילה במאמרו. ואולם, ענייננו שלנו בערעור על גזר הדין. המערער בחר שלא לערער על הכרעת הדין בה נקבע קיומו של הסדר כובל. ערעורו מתייחס אך לעונש שנגזר עליו. במצב דברים זה איני רואה כיצד זה ניתן לקיים דיון, במסגרת הערעור על גזר הדין, על קביעה שעומדת בבסיס הכרעת הדין, שעליה לא הוגש ערעור. הלכה למעשה מבקש בא כוח המערער להביא, במסגרת הערעור על העונש, לביטולה של קביעה מרכזית בהכרעת הדין. כידוע, גזירת הדין נעשית בהתבסס על העובדות שנקבעו בהכרעת הדין ולא נסטה מעיקרון זה.

אוסף, כי גם לו הייתה מתקבלת טענתו של המערער כי המלצת מחירים אנכית אינה מהווה הסדר כובל, עדיין אין בפיו מענה מניח את הדעת – במישור העונשי – לפגיעה שהייתה בהסדר זה לציבור הצרכנים ולתחרות בשוק הרלוונטי. כך, תמצית קביעותיו של בית המשפט המחוזי בהכרעת הדין, שאינן עומדות כאמור לבחינתנו הינה "...שהוכח דבר קיומו של תיאום מחירים ביוזמת טמבור, בינה לבין הרשתות, במגמה להביא לתיאום אופקי, בין מחירי הרשתות ומחירי הטמבוריות..." (פסקה 84 להכרעת הדין). כן צוין "...שלהסדר בכללו היתה השלכה אופקית ברורה".

עניין נוסף שראוי לציון הינו כי גילה עצמו מציין במאמרו כי "הטיפול המתירני של דיני ההגבלים העסקיים בהמלצת מחירים אנכית מותנה בהיות ההמלצה אותנטית ואמיתית" (פרק 3.1 לגילה). לעומת זאת, כאשר מדובר בהכתבת מחירים על דרך של הפעלת אמצעי כפייה או דרבון שיתמרצו את המפיץ לאמץ את ההמלצה, אין מדובר עוד בהמלצה גרידא. עיון בפסק דינו של בית המשפט המחוזי מעלה כי נקבע, על בסיס הראיות, כי טמבור לא יצאה אך בהמלצת מחיר. "טמבור אותתה לרשתות שעליהן לקבל את ההמלצות על-ידי כך שכרכה הצעתה באיום להקטין את ההנחות אם הדבר לא ייעשה. משמע, לא מדובר בהמלצה, אלא בפעולה המלווה אמצעי של אכיפה" (פסקה 8 להכרעת הדין). הרושם מן הראיות כפי שהוצגו בבית המשפט המחוזי הוא כי טמבור הכתיבה מחירים לרשתות ולא הסתפקה בהמלצת מחירים גרידא.

איני סבורה על כן שהיה מקום להביא בחשבון שיקול זה בגזירת העונש.

45. הגנה מן הצדק. המערער גרס כי היה מקום ליתן משקל רב יותר לעובדה שחלק מנושאי המשרה בטמבור להם יוחס בכתב האישום המקורי ביצוע ישיר של העבירה, נמחקו בהמשך מכתב האישום ולא התנהל נגדם הליך, ואף הרשתות המעורבות לא הועמדו לדין. במצב זה, גורס הוא, אין הצדקה לכך שדווקא הוא, לגביו נקבע כי לא היה מודע להסדרים הכובלים, ייתן בגינם את הדין.

איני סבורה כי יש לקבל טענה זו. העובדה שבכירים אחרים בטמבור לא הועמדו בסופו של דבר לדין, והטעמים לה כפי שהוצגו על-ידי המשיבה, נלקחה בחשבון על-ידי בית המשפט קמא, כפי שנלקח בחשבון העונש שנגזר על טמבור ועל שניידרמן. ואכן, העונש שנגזר על המערער הוא עונש מקל, אם מביאים בחשבון כי הוא זה שעמד בראש הפירמידה ולא עשה דבר כדי לפקח ולהשגיח על הנעשה בטמבור משך שנים, כשם שלא עשה דבר לאכיפת הוראות חוק ההגבלים בחברה. לכך יש להוסיף כי לא עלה בידו של המערער לבסס ולו במקצת את טענתו כי טעמיה של המשיבה במחיקת מעורבים אחרים מכתב האישום היו בלתי-ענייניים.

46. עניין נוסף שלשיטתו של המערער לא זכה למשקל הראוי הינו אי-מודעותו לביצוע העבירות. ראשית, ולמען הדיוק, בית המשפט קמא לא קבע כי המערער לא היה מודע לקיומו של ההסדר הכובל, כטענת בא כוחו. קביעתו של בית המשפט המחוזי היתה כי לא עלה בידה של המאשימה לבסס ידיעתו זו ברף הנדרש במשפט פלילי. אין מדובר בקביעות זהות. לגופו של עניין, העובדה שלא הוכחה מודעותו של המערער נלקחה בחשבון בגזירת העונש. ואולם, המשקל שיש לייחס לנתון זה הוא מוגבל. שכן, כפי שנקבע, אי-ידיעתו היא פרי התרשלותו החמורה, פרי הימנעותו מלבדוק את הנעשה בחברה משך תקופה ממושכת, פרי הימנעותו

מלנקוט אמצעים סבירים לשמירה על הוראות חוק ההגבלים. גם לכך, כמובן, ניתן המשקל ההולם בגזירת הדין.

כאמור, ביתר הטיעונים לא מצאתי ממש ולפיכך לא אדרש להם.

47. בא כוח המערער משיג על הקנס שהושת עליו, בגובה של 150,000 ש"ח. אכן, הקנס שהושת על המערער כבד בהרבה מהקנס בגובה 20,000 ש"ח שהושת על שניידרמן. ברם, הקנס עומד ביחס סביר לקנס בגובה 2,250,000 ₪ שהושת על טמבור. אף ביחס לשניידרמן קיימים הבדלים משמעותיים בין המערער לשניידרמן שעיקרם בכך שהמערער היה בכיר משניידרמן ושההסדרים הכובלים נוצרו והתקיימו בתקופת כהונתו של המערער כמנכ"ל טמבור, בעוד שניידרמן החל לעבוד בטמבור כשמערכת ההסדרים הכובלים כבר התקיימה בה. זאת ועוד, שניידרמן הודה במסגרת הסדר טיעון, בעוד המערער ניהל הליך מלא. הקנס שהושת על המערער משקף את חומרת התרשלותו בביצוע תפקידו כמנכ"ל טמבור, ואת הפגיעה בתחרות ובציבור הצרכנים שהתאפשרה בשל התרשלות זו, ואיני רואה להתערב בו.

סוף דבר

48. המערער הורשע בביצוע עבירת נושאי משרה שעיקרה באחריותו של מנהל בתאגיד לעבירה לפי חוק ההגבלים שביצע התאגיד. בית המשפט המחוזי אשר גזר את דינו של המערער הביא בחשבון את מכלול הנסיבות לקולא ובראשן את היותו אדם נורמטיבי, ללא עבר פלילי, אשר בעברו תרומה לקהילה ולחברה, כמו-גם כישלונה של התביעה בהוכחת מודעותו להסדרים הכובלים להם הייתה טמבור צד. יחד עם זאת, משקלם של אלה מוגבל: ראשית, משום שבעבירות מסוג זה הנאשמים הינם על-פי רוב אנשים שניהלו אורח חיים נורמטיבי, ואשר לא אחת עברם רצוף הישגים ותרומה לקהילה. ביצוע העבירות במקרים אלה שלא מתוך מצוקה כלכלית אלא מתוך בצע כסף גרידא, יש לו חומרה ייחודית משלו המצדיקה תגובה עונשית הולמת (ע"פ 2103/07 הורוביץ נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 31.12.08)). שנית, משום שחוסר המודעות במקרה דנן רובץ למעשה לפתחו של המערער, שלא דרש, לא חקר, לא התעניין ולא ביצע את המינימום הנדרש מתפקידו ומחובתו כי טמבור לא תקפיד על הוראות חוק ההגבלים.

לצד השיקולים לקולא משקף גזר הדין את השיקולים השונים לחומרא שהעיקריים בהם הינם התקופה הממושכת לאורכה התקיימו ההסדרים הכובלים, ביצועם בפועל ואכיפתם על-ידי טמבור, הפגיעה בציבור שניצב מול מחירים גבוהים יותר ביחס למוצר בסיסי כצבע והפגיעה בתחרות שאך החלה באותה תקופה בשוק זה בו היה לטמבור מונופולין. חומרה מיוחדת יש לייחס לכך שמצב דברים זה התאפשר כאמור בשל התרשלותו הברורה של המערער. אזכיר כי



המערער הודה בחקירתו כי הוא קרא את המכתב ת/45 ממנו יכול היה ללמוד על קיומה של הבנה בין טמבור להום סנטר בעניין מחירי המכירה לצרכן, אך לטענתו, הוא לא קרא את המכתב בעיון. אכן, חוסר התעניינות בולט – ואפשר לומר אף נוח – אפיין את התנהלותו של המערער וביסס את חומרת הרשלנות שלקה בה.

בנוסף ראוי להדגיש כי בהתאם לגזר הדין ירוצה העונש שהוטל על המערער בעבודות שירות. ההימנעות מלהורות על שליחת המערער למאסר ממש גם היא מבטאת את האיזון שערך בית המשפט ואת מתן המשקל לשיקולים לקולא העומדים לזכותו של המערער.

אני סבורה אפוא כי יש לדחות הן את הטענות נגד עצם האפשרות להטיל על המערער עונש של מאסר בגין הרשעתו בעבירה של אחריות קפידה, הן הטענות נגד רכיביו השונים של גזר הדין, למעט בעניין הפסילה מכהונה. כן אציע כי הממונה על עבודות השירות יגיש לנו בתוך 30 יום את חוות דעתו באשר למקום השיבוץ בו ממליץ הוא כי המערער ירצה את עונשו.

ש ו פ ט ת

השופט א' גרוניס:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' רובינשטיין:

א. מסכים אני לחוות דעתה המקיפה של חברתי השופטת ארבל. נראה לי כי ביסוד חוות הדעת, ככל שהמדובר ביחס שבין סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 לסעיף 22 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, מונחת ההרמוניה שיש לפרש בה דברי חקיקה העוסקים במאטריה דומה. פרשנות שלפיה אמות המידה בגדרי גזר דין ליישום סעיף 48 לחוק ההגבלים יהיו שונות מאלה של יישום סעיף 22 לחוק העונשין, משמעה מצב של תוהו ובוהו פרשני שאין לו מקום. אכן, המחוקק יצר, בנסיבות היסטוריות שבהן באה החקיקה, תדיר במדורג ופעמים טלאי על גבי טלאי, פסיפס של דברי חקיקה שאילו זכינו היתה ננקטת הרמוניה חקיקתית סדורה ביניהם - ולא בשמים היא. אלא שאנו במשפט המצוי עסקינן. הדברים אמורים לענייננו לגבי העבירות שבהן נקבעה אחריות נושאי משרה, וכבר עמד על כך בית המשפט המחוזי בתיק דנא. בולט בהקשר זה, למשל, השוני בין ההגנות שבשני הסעיפים, זו של סעיף 48 לחוק ההגבלים שהיא

"שהעברה נעברה שלא בידיעתו (של הנאשם - א"ר) ושנקט כל אמצעים סבירים להבטחת שמירתו של חוק זה", וזו של סעיף 22(ב) לחוק העונשין, על פי תיקון 39 מתשנ"ד לחוק זה, שהיא "אם נהג ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות ועשה כל שניתן למנוע את העבירה". ברי כי בחקקו את סעיף 22(ב) רצה המחוקק, ויפה עשה במובן התכליתי, להטעים את ההקפדה; בדברי ההסבר לתיקון (הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב-1992, הצעות חוק תשנ"ב 114, 126) נאמר לעניין "כל שניתן", כי בכך "מעלה הכתוב דרישה של רמת הקפדה גבוהה יותר מזו הנוהגת בעבירת רשלנות"; ראו גם יפעת רווח "היקף תחולת סעיף 22 לחוק העונשין – עבירות של אחריות קפידה", משפטים לב 177, 180 וכן 187 (תשס"ב). ואולם, בכך נוצר פער, המצריך פרשנות מרובה, בין דברי חקיקה שונים, כגון חוק ההגבלים (סעיף 48 סעיף נשוא ענייננו) ודוגמאות רבות שמביאה רווח (עמ' 184-188), הנוקטים לשון שונה, לבין סעיף 22.

ב. אין מנוס, והדברים נאמרים לדידי במוטעם, מן המסקנה שאליה הגיעה חברתי – וגם בית המשפט המחוזי – כי יש לעשות מאמץ לפרשנות הרמונית, למצער כך בעסקנו בגזר הדין. אוסיף באשר להגנות, כי הביטוי "עשה כל שניתן למנוע את העבירה שבסעיף 22(ב)" הוא על פניו מוקשה מטבעו, ואולי היה עדיף ביטוי שונה, שכן בחינת "כל הניתן" קשה מבדיקת "נקט כל אמצעים סבירים" או כיוצא בזה, כבחוק ההגבלים. העירה על כך פרופ' מרים גור-אריה ("סטיות מעקרון האשמה, חוק העונשין (תיקון 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, מחקרי משפט י"ג, 129, 138 (תשנ"ו)), באמרה כי "הדרישה לעשות כל שניתן פשוט איננה מציאותית"; לכך השיב פרופ' מרדכי קרמניצר במאמרו "עקרון האשמה", שם 109, 112, כי "מחד גיסא, ברור כי נדרש כאן יותר מאשר נקיטת אמצעים סבירים. מאידך גיסא, אין זה מתקבל על הדעת להבין את שנאמר בחוק ככל מה שאפשר לעשות, באופן אבסולוטי, ללא גבול או סייגים". כך או אחרת, המחוקק אכן ביקש לשדרג את הנושא ונתן לכך ביטוי באמרו "כל שניתן" (עוד בהצעת החוק כאמור), וברוח זו הכרח לפרש, בלא הקצנה אבסורדית, שאחרת יהא על הנאשם להיות כמלאכי השרת. עוד אשוב לעניין זה בקצרה בסיפת הדברים, אך מעניין שדיבור זה לא זכה לפרשנות רבה בבתי המשפט; והנה השופטת (כתארה אז) יונג-גפר בת"פ (נצרת) 1492/06 מדינת ישראל נ' המועצה המקומית בועינה נוג'ידאת (לא פורסם) סברה, כי הביטויים "כל שניתן" ו"בכל האמצעים הסבירים" (שם בחוק למניעת מפגעים, תשכ"א-1961) "משקפים במלים שונות אותו רעיון עצמו", קרי, שקידה ראויה למיצוי האפשרויות להסרת מפגע. באותו חוק משמשים, אגב, שני הביטויים, "כל שניתן", בסעיף 11ג(ב) שנחקק בתשנ"ז, לאחר תיקון 39 לחוק העונשין,

ו"כל האמצעים הסבירים" בסעיף 14 שנחקק מתחילה, בתשכ"א. לטעמי קרבה רבה יש בין הביטויים, זהות גמורה אין בשל הבחנת המחוקק.

ג. לא למותר לציין, לשלמות התמונה, כי חוק ההגבלים במתכונתו הנוכחית מתשמ"ח-1988 החליף את חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959 שההגנה בו (בסעיף 44 דאז) היתה "אם לא הוכיח אחד משני אלה: (1) העבירה נעברה שלא בדיעתו; (2) הוא נקט בכל האמצעים הנאותים (הדגשה הוספה – א"ר) להבטחת שמירתו של חוק זה", (וכך גם בהצעת החוק – סעיף 44 להצעת חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ח-1957, הצעות חוק תשי"ח 86, 90); בעוד הביטוי שנחקק "כל אמצעים סבירים" (בהצעת החוק – הצעת חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ד-1983, הצעות חוק תשמ"ד, 39, 62 דובר על "כל האמצעים הסבירים"); וכמובן כיום המדובר בתנאים מצטברים שבמקור היו חלופיים. דומה כי "סבירים" חזק מ"נאותים", וכמובן "כל הניתן" חזק ממנו.

ד. ועוד אדגיש, כי לשונו של סעיף 48 לחוק ההגבלים עצמו אינה יכולה – לטעמי – לתמוך בטענת המערער שהיא מייחדת עצמה למקרים של מחשבה פלילית, להבדיל מרשלנות. המלים "אם לא הוכיח שהעבירה נעברה שלא בדיעתו ושנקט כל אמצעים סבירים להבטחת שמירתו של חוק זה" משמען, שאין החזקה שביסוד הסעיף כוללת היעדרה של מחשבה פלילית בלבד; נקיטת "כל אמצעים סבירים" משמעה, כפשוטה, מילוי חובתו של נושא המשרה שאליו מכוון הסעיף באורח נאמן, דהיינו, אי התרשלות משקידה על אמצעים שימנעו עבירות מעין אלה, ואין מקום להאריך. זו תכלית החקיקה בחוק ההגבלים, והיא מדברת בעדה.

ה. ובסופו של יום, עסקינן עתה בגזירת הדין, וכאן חל בבירור בכל מקרה סעיף 22(ג) לחוק העונשין. בצדק ציינה חברתי, כי מחויבים אנו לבוא לסעיף זה, כפי שניתחה, וכי לפנינו מידרג של אופציות, ובעוד שלשם ההרשעה לפי סעיף 22(א) די בחזקת רשלנות, הנה לשם גזירת עונש מאסר נדרשת הוכחת רשלנות. דברים אלה עולים בבירור מהמשוואה בין סעיף 22(א) לסעיף 22(ג). ואולם, משהוכחה רשלנות, אמר המחוקק דברו בלשון ברורה שמאסר הוא אפשרי, וכדי לדון אדם למאסר יש צורך בהוכחת מחשבה פלילית או רשלנות. דומה שאין כאן מקום לספק פרשני, ומשהוכחה – כמו במקרה דנא – רשלנות, נפתחה הדרך להטלת מאסר. הדעת נותנת, כי בשל טיבן של עבירות הקפידה לא תהא יד בית המשפט קלה על הדק המאסר, בודאי נוכח עקרונות היסוד של שיטת המשפט בישראל, וכבוד האדם בראשם; אך אין הדלת נעולה.

ו. בשולי הדברים אבקש לציין, כי היחס בין שני התנאים המצטברים בסעיף 22(ב) לחוק העונשין ("אם נהג ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות ועשה כל שניתן למנוע את העבירה") מעורר שאלות מורכבות מסוגים שונים. במישור העיוני עשויה להתעורר גם שאלת הגדרת טיב האשמה (*culpa*), או "היסוד הנפשי", המצוי במעשיו של מי שהוכיח כי פעל "ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות" אך הוא מורשע בעבירה כיון שלא הוכיח שעשה "כל שניתן" כדי למנוע. חברתי מזכירה, כי "הויתור על דרישת ההוכחה אין משמעו ויתור על הדרישה לקיומו של יסוד נפשי" (פסקה 22). דבריה מעוגנים כמובן בדברי ההסבר, בפסיקה ובספרות - אך מבחינה עיונית מדובר בשאלה לא פשוטה, אם כי לאו דווקא בלתי פתירה, אשר יתכנו לה השלכות. הזכרתי כבר כי שאלה נוספת, הקשורה בקשר הדוק לקודמתה, מצויה במישור מעשי יותר, ועניינה הפרשנות הראויה לדיבור "ועשה כל שניתן למנוע את העבירה". ברם, בענייננו קבע בית המשפט קמא (בהכרעת הדין, ושוב בגזר הדין) כי במקרה דנא נהג המערער ברשלנות. לא רק שקביעה זו מאפשרת - כפי שהסבירה חברתי - להבין מדוע מתקיימים במערער תנאי סעיף 22(ג) לחוק העונשין, היא גם מייתרת את הצורך להכריע בשאלה עיונית זו ובקודמתה.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ע' ארבל.

הממונה על עבודות השירות יגיש בתוך 30 יום את חוות דעתו באשר למקום השיבוץ בו ממליץ הוא כי המערער ירצה את עונשו ובאשר למועד ההתייצבות לריצוי העונש.

ניתן היום, ח' בתשרי תשע"א (16.9.10).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט