

בתי המשפט

ת"פ 366/99		<u>בבית המשפט המחוזי בירושלים</u>
		בפני: כבוד השופטת יהודית צור

בעניין:

מדינת ישראל

על-ידי עו"ד מזור מצקביץ'
 ב"כ היועץ המשפטי לממשלה
 מהרשות להגבלים עסקיים

-
 -

המאשימה

נ ג ד

1. אהוד סבירסקי (בן אמריה)
- על-ידי ב"כ עו"ד מ. קירש ושות'
- 2-5 הורשעו והופרדו
- 6-8 הורשעו והופרדו
- 10-16 הורשעו והופרדו
- 17-18 הורשעו והופרדו
- 10-23 הורשעו והופרדו

הנאשמים

הכרעת-דין

-

כללי

1. כתב האישום מייחס לאהוד סבירסקי (להלן הנאשם) שש עבירות של "צד להסדר כובל", לפי סעיף 47(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן - החוק או חוק ההגבלים העסקיים). על פי כתב האישום, היה הנאשם ונאשמים נוספים (להלן - החברות או היצרנים), צד להסדרים כובלים בתחום ייצור ושיווק של מרצפות טרצו ורזינה. ההסדרים כללו קביעת מחיר אחיד, חלוקת שוק, קביעת מכסות והתחשבנויות בגין. על פי כתב האישום, תקופת האחריות המיוחסת לנאשם היא משנת 1985 ועד 14.1.97.

האישומים

2. על פי האישום הראשון, המתאר **"הסדר מחיר מינימום לפרטיים"**, קבעו הצדדים להסדר, וביניהם הנאשם, מחיר מינימום למרצפות. על פי אישום זה, לצורך יישום ההסדר, נקבע מנגנון **"קנסות"** שיטלו על כל חברה שתחרוג מההסדר. הנאשם הטיל קנסות על חברות שמכרו מרצפות במחיר נמוך מהמחיר שנקבע בהסדר. לשם הפעלת מנגנון הקנסות דאג הנאשם לביצוע חקירות, על פי שיקול דעתו, והקנסות שנגבו חולקו בין החברות. על פי האישום, מחיר המרצפות עודכן, מעת לעת, על ידי החברות ובסמוך לאחר ההחלטה על שינוי המחיר הפיץ הנאשם בין החברות מחירון אחיד.
3. על פי האישום השני, המתאר **"הסדר קבלנים בלעדיים"**, תיאם הנאשם יחד עם הנאשמים האחרים, הסדר **חלוקת שוק**, לפיו נאסר על החברות למכור לקבלנים בלעדיים של חברה אחרת. לצורך יישום ההסדר ערך הנאשם **"ספר קבלנים"** שכלל את שמות ה"קבלנים הבלעדיים". על פי ההסדר, הוסכם כי במקרה שמספר חברות יפנו בהצעת מכירה לקבלן המשותף להן, יחליט הנאשם מי מבין החברות תמכור מרצפות לאותו קבלן. החלטה זו כונתה **"החלטת עדיפות"**. לצורך יישום ההסדר נקבע מנגנון של **"קנסות"** שיטלו על החברות שחרגו מן ההסדר. לשם הפעלת מנגנון הקנסות ריכז הנאשם תלונות של החברות ודאג לביצוע בדיקות לפי שיקול דעתו. הקנסות שנגבו חולקו בין החברות.
4. על פי האישום השלישי, המכונה **"הסדר מחיר מינימום לקבלנים חופשיים"**, תיאם הנאשם, יחד עם החברות, מחיר **מינימום** למרצפות אותן מכרו החברות לקבלנים שאינם "קבלנים בלעדיים" ואשר עליהם לא חל הסדר מחיר מינימום לפרטיים. לצורך יישום ההסדר נקבע מנגנון **"קנסות"** שיטלו על החברות שיחרגו מההסדר. על פי מנגנון הקנסות, הטיל הנאשם קנסות על החברות שחרגו מההסדר. על פי האישום, לשם הפעלת מנגנון הקנסות ריכז הנאשם תלונות ודאג לבצע בדיקות, על פי שיקול דעתו. הקנסות שנגבו חולקו בין החברות.
5. על פי האישום הרביעי, המכונה **"הסדר קבלנים חופשיים"**, תיאמו ביניהן החברות והנאשם **"הסדר חלוקת שוק"**. על פי ההסדר, אם תוצע הצעה ל"קבלן חופשי" שאינו מופיע ב"ספר הקבלנים", על ידי יותר מחברה אחת, יחליט הנאשם מי מהחברות תמכור מרצפות לאותו קבלן ("החלטת עדיפות"). לצורך יישום ההסדר, הסכימו החברות לדווח לנאשם על הצעות מכירה ל"קבלנים חופשיים". על פי ההסדר, החברה שנקבעה על-פי "החלטת עדיפות" כזוכה, תשלם ליתר החברות סכום שגובהו נגזר מכמות המרצפות שמכרה. על פי האישום, לצורך יישום ההסדר נקבע מנגנון **"קנסות"**. הנאשם ריכז תלונות של החברות ודאג לביצוע בדיקות והטלת קנסות.
6. על פי האישום החמישי, המכונה **"הסדר מכסות"**, תיאם הנאשם עם החברות את כמות המרצפות שתמכור כל אחת מהן באמצעות קביעת מכסה קבועה של כמות המכירות לכל חברה. על פי ההסדר, אחת לתקופה שילמו חברות שמכרו יותר מכפי מכסתן פיצוי ליתר החברות. לצורך יישום ההסדר הוסכם כי החברות ידווחו לנאשם על כלל מכירות המרצפות שביצעו.

7. על פי האישום השישי, המכונה "הסדרי הרזינה", תיאמו ביניהן החברות והנאשם הסדרים כובלים בתחום מכירת אריחי השיש המעובד (להלן - אריחי הרזינה). על פי ההסדר, נקבע מחיר מינימום של הרזינה לצרכנים פרטיים, נקבעה חלוקת שוק ונקבע "מחיר מומלץ". על פי האישום, לצורך יישום ההסדרים, הסכימו החברות לדווח לנאשם, באורח קבע, על מכירות הרזינה שביצעו.

תשובת הנאשם לאישום

8. הנאשם הודה שבתקופה הרלבנטית התקיים "הסדר כובל" בין החברות המפורטות בכתב האישום, וטען כי בינואר '85 (המועד הרלבנטי לאחריותו), מצא את ההסדר הכובל מגובש בין החברות. הנאשם טען כי אינו "צד" ל"הסדר הכובל". לטענתו, הוא אינו יצרן מרצפות, אין הוא מנהל עסק הקשור ליצור מרצפות או המתחרה בו ואינו "מנהל עסק" הקשור להגבל העסקי המתואר בכתב האישום. הנאשם טען כי אינו צד להסכמות בין יצרני המרצפות והוראות ההסדר אינן מכוונות אליו. לטענתו, ההסכמות העקרוניות נקבעו על ידי יצרני המרצפות עוד בשנת 1983, לפני שנטל בהן חלק פעיל. הנאשם הודה כי נטל חלק **באכיפת** ההסדרים וטען כי תפקידיו נגזרו מההוראות שקיבל מהחברות בקרטל. הנאשם טען כי היה כפוף להוראות אלה משך כל התקופה בה מילא את תפקידו בקרטל. הנאשם הודה כי פעולותיו נעשו תמורת שכר קבוע ששולם לו על ידי החברות. לטענתו, מדובר בשכר קבוע, שלא היה תלוי ברווחים שהופקו מההבנות ומההסדרים הכובלים שהוסכמו בין חברות יצרני המרצפות.

הנאשם הודה כי במסגרת תפקידו עשה את הפעולות הבאות:

- א. העלה על הכתב ורשם את החלטות יצרני המרצפות.
 - ב. הפעיל מערך בדיקה, על מנת לוודא שיצרני המרצפות עומדים בהחלטות שקיבלו.
 - ג. קיבל תלונות מעת לעת ובדק אותן.
 - ד. לעיתים שימש כבורר כאשר תלונה מסוימת, לאחר שנבדקה, נותרה במחלוקת בין יצרנים שונים" (סעיף 9 לתגובת הנאשם לכתב האישום).
9. הנאשם הודה כי אחריותו בפלילים הינה אחריות של **מסייע** לדבר עבירה על פי סעיף 31 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. לטענתו, החל משנת 1985 הוא סייע ליישום, הלכה למעשה, של ההסדר הכובל ששרר בין החברות בין השנים 1983-1997. התביעה לא הסתפקה בהודאת הנאשם ועמדה על טענתה כי הנאשם היה "צד להסדר כובל" כמשמעותו בחוק ולמצער, כי היה "מבצע בצוותא" של העבירות המפורטות בכתב האישום.

10. כאמור אין חולק כי במהלך השנים '83 ועד '97 נערכו הסדרים מסוגים שונים, בין החברות המהווים "הסדרים כובלים" כמשמעות בחוק. אין גם חולק כי הנאשם אינו יצרן מרצפות אלא שימש יועץ כלכלי וכיהן בתפקידים שונים במסגרת קרטל המרצפות, תפקידים שברובם אינם שנויים במחלוקת

עובדתית בין הצדדים. המחלוקת העיקרית בין הצדדים נוגעת לשאלת המשמעות המשפטית שיש לייחס לפעילותו של הנאשם; הנאשם טוען כי מעשיו כללו "סיוע" בלבד. התביעה טוענת כי הנאשם - כמו גם החברות ובעלי התפקידים שבחברות - הינו "צד להסדר כובל" או למיצער "מבצע בצוותא" של העבירות המתוארות בכתב האישום.

11. התביעה מייחסת לנאשם מעורבות בהסדרים הכובלים בשני סוגי עניינים עיקריים. האחד נוגע למעורבות בקביעת הכללים וההסכמות של ההסדרים הכובלים והשני נוגע ליישום ולאכיפת ההסדרים הכובלים, בין השאר באמצעות איתור ההפרות והענשת המפרים. הראיות בתיק זה הוגשו ברובן בהסכמה והן כוללות הודעות של המעורבים בפרשה וכן אלפי מסמכים שנתפסו ביום 14.1.97 בחיפוש שנערך על ידי חוקרי הרשות להגבלים עסקיים במשרדו של הנאשם ברעננה. בחלק הראשון של הכרעת הדין אבחן את הראיות שהוגשו ונשמעו בפני ואקבע מימצאים בכל הנוגע לתפקידיו של הנאשם בקרטל. בחלק השני אבחן את המשמעות המשפטית של התפקידים והפעילויות שביצע הנאשם בקרטל.

ההסדרים הכובלים שקדמו לינואר '85

12. כתב האישום מייחס לנאשם אחריות כ"צד" לקרטל החל מינואר '85. מן הראיות בפני עולה כי חלק נכבד מהסדרי הקרטל סוכמו לפני ינואר '85 באופן שבחלק מההסדרים הכובלים הגיע הנאשם למצב עובדתי נתון.

כך עולה כי הסדר הקבלנים הבלעדיים והסדר חלוקת השוק לקבלנים הבלעדיים היו הסדרים קיימים לפני המועד הקובע מבחינת הנאשם. הסדרים אלה סוכמו בישיבות של החברות בקרטל כפי שעולה מהפרוטוקולים של הישיבות מאותה תקופה. מפרוטוקול ישיבה מיום 21.6.83 עולה כי הוחלט "להדפיס רשימה של כל הסוחרים של כל מפעל ולהפיץ אותם בין כל החברים" (נספח 5 לסיכומי הנאשם). בישיבה מאוגוסט '83 הוסכם, כי "לגבי מחלוקת של חלוקת השוק בין יצרנים יעשו פגישות תיאום בין היצרנים שבו יציגו אחד לשני את רשימת הקונים (קבלנים) ולאחר שיסיכמו יורו לסוכנים בישיבה הבאה להעלות את הנושא מחדש לדיון של חלוקת השוק לפי קבלנים/יצרנים" (נספח 6 לסיכומי הנאשם). גם הסדר הכמויות היה קיים לפני המועד הרלבנטי לאחריות הנאשם (ראה פרוטוקול ישיבה מיום 11.10.83, נספח 9 לסיכומי הנאשם) וכך גם הסדר המחיר לפרטיים, כולל החיוב בקנסות על כל חריגה, היו קיימים לפני תקופתו של הנאשם (ראה פרוטוקול ישיבת חברי הקרטל מיום 13.12.83, נספח 11 לסיכומי הנאשם).

מפרוטוקולים של חברי הקרטל משנת 84' עולה בבירור כי ההסדרים בעניין המחירים, המכסות וחלוקת השוק פעלו והיו קיימים באותה תקופה, כולל מנגנון הפיקוח, הבדיקה והקנסות על חריגה מההסדרים (ראה פרוטוקולים מתאריכים 17.1.84, 7.2.84, 24.4.84, 15.5.84, 12.6.84, 19.6.84, 28.8.84 ו-14-22 נספחים לסיכומי הנאשם).

לסיכום האמור עד כה, עולה כי הסדר הקבלנים הבלעדיים, הסדרי מחירי המינימום לפרטיים ולחופשיים, הסדרי המכסות והכמויות, כמו גם מנגנון הבדיקה, הפיקוח והקנסות היו קיימים לפני 1.1.85, תחילת התקופה הרלבנטית לאחריותו של הנאשם.

מעורבות הנאשם בקבלת ההחלטות בקרטל

13. התביעה טוענת כי הנאשם נטל חלק והיה שותף מלא בקבלת ההחלטות שהתקבלו בקרטל. טענה זו לא הוכחה ואין לה תשתית מבוססת בראיות שבפני. אין חולק כי הנאשם שימש כמזכיר הקרטל, נכח בישיבות שהתקיימו כפעם בחודש, ואף רשם את הפרוטוקולים מאותן ישיבות. מהראיות עולה כי הנאשם לא ניהל את ישיבות הקרטל. העיד בעניין זה שלמה גלבוע, שהיה מנהל המפעל בשדות ים כי אבינועם זהבי ויצחק אלוני היו אלה שניהלו את ישיבות הקרטל:

"ש. מי ניהל את הישיבות?"

ת. אני זוכר את אבינועם זהבי ואת יצחק אלוני" (ת/13, עמ' 10).

כך גם העיד בן חורין שהיה מנהל השיווק במפעל שדות-ים, כי אלוני ניהל את הדיון בישיבות הקרטל (ת/91, עמ' 22). גם בכל הקשור לתיאום מועדי הישיבות עולה כי המועדים נקבעו על ידי החברות עצמן במהלך הישיבה ומזכירתו של הנאשם קבעה את המועד המדויק והודיעה עליו לצדדים (ת/165, עמ' 2).

14. מהפרוטוקולים של ישיבות הקרטל עולה כי הנאשם אמנם נכח בישיבות אך הוא לא השתתף בהצבעות. אין בפני ראיות המעידות על כך כי לנאשם היתה זכות הצבעה בישיבות הקרטל. אדרבא, מהראיות עולה כי הנאשם לא היה שותף בקבלת ההחלטות וכי היו אלה נציגי החברות עצמן שהצביעו והגיעו להחלטות, חלקן התקבלו פה אחד וחלקן ברוב דעות.

צוקרמן, שכהן כמנהל שיווק במפעל שדות ים, העיד כי היצרנים הם שהחליטו וקבעו את המחירים:

"ת. בגלל שהעמותה קנסה אותנו על מכירה בפחות ממחיר העמותה וזה הוסכם בין היצרנים..."

ש. איך ידעת שהמחירון של העמותה הוסכם בין היצרנים?"

ת. אני עצמי הייתי נוכח בפגישה אחת שסוכם על עלית מחיר, ויום לאחר מכן התקבל מאודי סבירסקי מחירון עמותה ובו מחירים עליהם סוכם בישיבת העמותה" (ת/89 בעמ' 6-7).

משה ויסלר, מנהל בחברת אלוני (להלן - ויסלר) העיד כי הנאשם לא קבע את המחירים:

- ש. איך התקבלו המחירים של הרזינה? סבירסקי קבע אותם?
- ת. המחירים נקבעו יחד עם המפעלים בישיבות העמותה. ואחרי זה סבירסקי הפיץ את אותם מחירים.
- ש. אני מבין שלא סבירסקי קבע את מחירי הרזינה?
- ת. סבירסקי לא קבע כאלה דברים. המפעלים החליטו וסבירסקי אחרי זה הפיץ את המסמכים.
- ש. אני מבין שהיה מחיר שקבעו המפעלים, וסבירסקי הפיץ לגבי מחיר רזינה לקבלן בלעדי, לקבלן חופשי, וללקוח פרטי.
- ת. כן.
- (ת/165, עמ' 7).

ובהמשך:

- ש. סבירסקי הוא זה שמחליט לכתוב אם משהו זה מחיר מומלץ ומשהו אחר מחיר מחייב?
- ת. לא. זה החלטה של המפעלים וסבירסקי שולח תכתובת על זה...
- (ת/165, עמ' 8).

בבית המשפט העיד בעניין זה ויסלר:

- ש. עכשיו תראה. נדמה לי שאתה כבר הסכמת אתי שאת המחירים קבעו היצרנים לא אהוד סבירסקי.
- ת. כן. (עמ' 43 לפרוטוקול מיום 20.3.01).

ובמקום אחר:

- ש. האם זה נכון שלסבירסקי לא היתה זכות הצבעה בישיבות?
- ת. על פי מיטב ידיעתי זה נכון. (עמ' 22 לפרוטוקול).

ובהמשך:

- ש. לכן מה שאני רוצה לקבל ממך כאישור אני מבקש ממך כאישור שהחלטות המהותיות נכתבו ונתקבלו על ידי הפורום, על ידי היצרנים וסבירסקי ביצע אותם.
- ת. אם אתה מתייחס לדברים כאלה אז כן.
- (עמ' 29 לפרוטוקול).

גם שלמה גלבוע העיד ברשות בעניין זה:

- ש. סבירסקי רק מוציא לפועל החלטות שחברים בעמותה מקבלים, הוא לא זה שממליץ על מחיר חדש. זו החלטה שיצרנים בעצמם מקבלים. האם נכון?
- ת. ההחלטה לגבי המחיר לא היתה כובלת. היא היתה המלצה. אנו, המפעלים היו מעלים דרישה להעלות מחיר, כשהשוק היה רעב כשאפשר היה להעלות מחיר. זה היה עדכון מדד... (ת/13, עמ' 13-14).

מהאמור עד כה עולה כי לנאשם לא היתה זכות הצבעה והוא לא נטל חלק בהצבעות שהתקיימו בישיבות הקרטל. הנאשם לא היה חלק מקבלת ההחלטות בעניין הקרטל בכלל ולא נטל חלק בהחלטות על קביעת המדיניות בעניין תיאום וקביעת המחירים בפרט. אכן, היו מקרים בהם התיר הנאשם לחברות מסוימות להוריד מחירים מתחת למחירון האחיד שקבעו החברות והדבר נעשה במסגרת המלחמה של חברות הקרטל בחברות שלא היו שותפות בקרטל (ראה למשל מכתבו של הנאשם לנמליט, א 536, מתוך ת/77). אולם החלטות אלה נגעו ליישום ולביצוע המחירון שנקבע כאמור על ידי חברות הקרטל עצמן. יש לזכור כי ההסכמות העקרוניות בכל הנוגע לקביעת מדיניות הקרטל, נקבעו כבר בשנת 1983, לפני המועד הרלבנטי למעורבותו של הנאשם וכי מדובר בהסדרים הנוגעים לתיאום המחירים, לחלוקת השוק ולהסדרי המכירות.

15. מהראיות שבפני עולה כי בנושאי **מדיניות - בהבדל מביצוע** - לא היה הנאשם בעל סמכות החלטה.

גלבוה העיד בעניין זה בהודעה שמסר ברשות:

"ש. האם סבירסקי ביצע פעולות על דעת עצמו או כשליח של משתתפי העמותה?"

ת. הוא עשה זאת כשליח של היצרנים" (ת/13, עמ' 30).

גם בבית המשפט העיד גלבוה:

"ש. תאשר לי שמי שהיה מטפל בחריגות מכל הסוגים ואחראי להטלת קנסות זה סבירסקי."

ת. על פי עקרונות היצרנים לאודי לא היתה סמכות להחליט אלא על פי עקרונות שנקבעו בישיבת העמותה" (עמ' 101 לפרוטוקול מיום 19.4.01).

כך גם העיד בן חורין ברשות:

"ש. האם סבירסקי עשה דברים ביוזמתו או שפעל על פי מפעלי המרצפות ונציגיהם?"

ת. להערכתי הוא לא פעל על דעת עצמו. בישיבות היו שואלים אותו שאלות למה החליט כפי שהחליט, והוא היה נותן תשובה" (ת/91, עמ' 22).

מהעדויות עולה כי כל המעורבים בפרשה התייחסו אל הנאשם כאל מי שמבצע את המדיניות שנקבעה על ידי יצרני המרצפות ולא כשותף לקבלת ההחלטות.

העיד בעניין זה ויסלר:

"ש. בתקופה שאתה היית שם, אתה חשבת, התייחסת אל אודי סבירסקי כאל צד להסכם? או כאל פקיד שמפקח על ביצוע ההסכם?"

ת. קודם כל אודי היה אמור להוציא לפועל את ההסכמים את הסיכומים שקיימים" (עמ' 25 לפרוטוקול מיום 20.3.01).

ובהמשך:

"בית המשפט: מה שהוא שואל האם סבירסקי היה חלק מההסכמה בישיבות שאתה השתתפת?"

ת. תראי סבירסקי היה המזכיר של הגוף הזה. ההסכמות שנעשו שם היו על דעת המשתתפים. אודי סבירסקי לא יכול היה להעביר דברים שהם לא על דעת המשתתפים. הוא גם העלה נושאים שהמשתתפים העלו... (עמ' 27-28 לפרוטוקול).

16. התביעה ביקשה ללמוד מדברים שהנאשם כתב אל מעורבים אחרים בפרשה על חלקו המרכזי

בקבלת ההחלטות בקרטל. באותם מכתבים השתמש הנאשם בלשון **רבים** כמי שרואה עצמו כחלק

ממקבלי ההחלטות בקרטל. כך למשל דברים שהנאשם כתב לחברת רצף:

"אני פונה לאור האי-שקט ששם בזמן האחרון באזור ירושלים. ולאור ההסדרים החדשים שקבענו..." (ג 1704, מתוך ת/63).

או במכתב אחר: **"רשימת הקבלנים שעליהם דנו והסכמנו לחלקם בין הנוגעים בדבר..."** (ג 1356, מתוך ת/56).

וכן:

"להזכירך כבר הזהרנו ובקשנו אתכם בעבר לרדת מהפרוייקט מה קורה?" (ג 40, מתוך ת/51).

וכן:

"אבקש לדווח בזמן על הצעות אני מזכיר לך שקבענו נוהלים חדשים וקנסות על הפרות" (ג 63, מתוך ת/51).

דרך הניסוח בה נקט הנאשם אין בה די, כשלעצמה, כדי להוכיח את מעמדו כשותף לקבלת ההחלטות בקרטל. כפי שנראה בהמשך, לנאשם היה חלק מרכזי בישום ובאכיפה של ההחלטות בקרטל וניתן לראות בניסוח בו נקט סגנון דיבור או, לכל היותר, דרך ליצירת אווירה של שיתוף פעולה. צורת התנסחות בלשון "רבים", אין בה די, כשלעצמה, כדי להוכיח כי הנאשם היה שותף פורמלי כמו גם מהותית בקבלת ההחלטות בקרטל. זאת כאשר מהעדויות ניתן ללמוד שלא כך היה המצב.

מסמך העקרונות

17. התביעה טוענת כי הנאשם היה שותף לקביעת **"הסדר הקבלנים החופשיים"** המתואר באישום

הרביעי, נוכח העובדה כי הוא נמנה על צוות ההיגוי שקבע את העקרונות המפורטים במסמך העקרונות (מוצג ת/7 נה'). לטענתה, יש ללמוד ממסמך זה על תפקידו המרכזי של הנאשם ועל היותו

שותף לקבלת ההחלטות החשובות בקרטל.

מסמך העקרונות שנחתם ביום 7.5.91 קבע את ההסדר שמנע תחרות גם בנוגע לקבלנים שאינם רשומים בספר הקבלנים. צוות ההיגוי שקבע את העקרונות היה מורכב מנציגי חברת זהבי, רצף, נמליט והנאשם אשר שימש כמזכיר העמותה (סעיף 1 למסמך).

18. הנאשם אמנם היה חלק מצוות ההיגוי שקבע את עקרונות המסמך, אולם המסמך עצמו נחתם על ידי נציגי החברות בלבד והוא גובש לאחר שההצעה הובאה לדיון בישיבת הקרטל מיום 19.3.91 (סעיף 2 למסמך). מעורבותו של הנאשם בצוות ההיגוי באה על רקע העובדה שהנאשם היה גורם מרכזי ביישום ההסדר. לא בכדי הנאשם אינו חתום על מסמך העקרונות עליו חתמו רק החברות בקרטל. חתימת נציגי החברות אינה עניין פורמלי בלבד, אלא יש בה כדי ללמד כי הנאשם לא היה שותף להחלטות ולהתחייבויות ההדדיות שקיבלו על עצמן החברות בקרטל, על בסיס אותו מסמך. אכן, מהמסמך עולה כי לנאשם היה תפקיד וחלק ביישום ובפיקוח על אותן התחייבויות, אולם הוא לא היה חלק מההסדר עצמו ולא היו לו התחייבויות הדדיות או זכויות כלשהן כלפי מי מהחברות שחתמו על אותו מסמך. לא בכדי הפקידו החברות ערבויות בנקאיות בסכומי כסף נכבדים כדי להבטיח את קיומן של החלטות הקרטל. סעיף 3 למסמך העקרונות שכותרתו "ערבויות בנקאיות" קובע:

"לקיום החלטות העמותה יפקידו המפעלים ערבויות בנקאיות לפי הפרוט:

ערבות 1 - לקיום החלטות העמותה בנוגע ל:-

א. הסדר המיכסות

ב. הסדר ה"פרטיים"

ג. גניבת קבלנים בלעדיים

ד. תשלום שכ"ט

ערבות 2 - לקיום החלטות העמותה בנוגע להסדר התשלומים בגין עיסקות - עם "קבלנים לא רשומים" (חופשיים).

להלן סכומי הערבויות שימציאו החברים:

	<u>קבוצה המפעלים</u>	<u>ערבות 1</u>	<u>ערבות 2</u>	<u>סה"כ</u>
1	זהבי.רצף.שדות ים	35,000	25,000	60,000
2	מרצפת	40,000	30,000	70,000
3	נמליט	48,000	36,000	84,000
4	אלוני	60,000	45,000	105,000.

(מסמך ת/7, נה).

אך ברור הוא כי נוכח העובדה שלנאשם לא היתה התחייבות על פי ההסדר כלפי מי מהחברות בקרטל, הוא לא הפקיד ערבות כלשהי, כפי שנקבע במסמך העקרונות. המסקנה העולה מהאמור היא כי אין במסמך העקרונות כדי ללמד שהנאשם היה שותף לקבלת ההחלטות במסגרת הקרטל. כמו כן הנאשם לא היה צד להתחייבויות ולזכויות שהיו קבועות באותו מסמך.

הסדרי הרזינה

19. התביעה טוענת כי הנאשם הוביל את הסדרי הרזינה (אישום מס' 6) ולכן יש לראותו כמי שהיה "צד"

להסדר זה. טיעון זה לא הוכח. גם אם הנאשם ניסה לקדם אכיפה בתחום הסדרי הרזינה, אין להסיק

מכך שהוא היה היוזם והמוביל בתחום זה. העיד בעניין זה ויסלר:

"ש. איך נולד ההסדר הזה, הכללים האלה לגבי הרזינה?

ת. פחות או יותר אותם אינטרסים שהיו במרצפות, היו גם ברזינה. זה הרי לא שונה. וכיוון שהרזינה היה בתקופת פריחה, כלומר עליה במכירות, זה התחיל לשמש כמקור לחיכוכים בין המפעלים, ואז נולד הרצון להסדיר את זה אבל פה לא היתה אכיפה.

ש. מי היה הפושר, הדוחף לכללים האלה בנוגע לרזינה?

ת. כל מי שעמדה בפניו הזמנה גדולה. כלומר אפשרות לסגור עסקה גדולה, היה הפושר של העניין, כשהעסק היה לרעתו, אז הוא אמר "זה לא בדיוק בכללים" (ת/165, בעמ' 5).

מדברים אלה עולה כי הנאשם לא "הוביל" את הסדר הרזינה אלא החברות עצמן, בהתאם לאינטרסים

הכלכליים שעמדו בפניהם ברגע נתון. עם זאת אין ספק כי לנאשם היה תפקיד חשוב בישום ובביצוע

של ההסדרים, ועל כך אעמוד בהמשך.

לסיכום האמור עד כה, מהראיות בפני עולה כי הנאשם לא היה שותף לקבלת ההחלטות של החברות

בקרטל במסגרת ההסדרים הכובלים.

פעילותו של הנאשם ביישום הסדרי הקרטל

הסדר הקבלנים הבלעדיים

20. על פי ההסדר, נאסר על החברות למכור לקבלנים בלעדיים או לקבלנים משותפים של חברות אחרות.

תפקידיו של הנאשם במסגרת זו, היו בחלקם טכניים ובחלקם מהותיים. החלק הטכני כלל את ניהול

"ספר הקבלנים". מדובר בספר שהכיל את רשימות הקבלנים הבלעדיים ורשימת הקבלנים

המשותפים. הנאשם הפיץ את הספר לכל החברות ודאג לעדכנו השוטף (עדות שלי וזוהרה, מזכירות

הנאשם, ת/44, עמ' 18-19 ו-ת/48, עמ' 15).

21. בחלק המהותי, תפקידו של הנאשם כלל שני תחומים: האחד, **הוספת** קבלנים לרשימת הקבלנים

והשני, **הכרעה** במקרה של קבלן המשותף לשתיים או יותר מהחברות. הנאשם החליט מי מבין

החברות תזכה בעבודה מאותו קבלן החלטה שכונתה **"החלטת עדיפות"**.

אך ברור הוא כי האינטרס של כל החברות היה כי יהיו כמה שיותר קבלנים שיופיעו בספר תחת

הכותרת "קבלנים בלעדיים". מהראיות עולה כי החברות עסקו בנסיון **לשכנע** את הנאשם כי ישייך להן

קבלן זה או אחר ויעדכן את "ספר הקבלנים" בהתאם לכך (ראה למשל מכתבה של מירי רגב מחברת רצף, ד 374, מתוך ת/85). לנאשם הוענקה הסמכות להחליט אם קבלן מסוים יהפוך ל"בלעדי" או ישאר תחת הכותרת "חופשי", על המשמעות הכלכלית שנלוותה לכך.

22. מהראיות בעניין זה עולה כי העריכה של ספר הקבלנים היתה, רובה ככולה, עניין בעל חשיבות מבחינת הקרטל. לנאשם ניתנה סמכות ההכרעה אם לשנות את מעמדו של קבלן מ"קבלן חופשי" ל"קבלן בלעדי" ולאizzo חברה תוענק הזכות למכור לאותו קבלן. הנאשם הפעיל שיקול דעת בהתאם לקריטריונים שנקבעו ועל בסיס הנתונים שהובאו בפניו ובעיקר תוך התחשבות באיזון המכסות בין החברות. מדובר בהפעלת שיקול דעת עצמאי ובמתן החלטות בעניינים שהיו בעלי משמעות מרכזית עבור החברות בקרטל.

אמנם ספר הקבלנים היה נהוג גם בתקופה שקדמה לתקופת כהונתו של הנאשם, אולם משך השנים עלה בצורה ניכרת מספר הקבלנים הרשומים (בלעדיים ומשותפים), עליה שנבעה מההתפתחות שחלה בשוק הקבלנים כמו גם מפעילותו האינטנסיבית של הנאשם. **לסיכום** עניין זה יש לקבוע כי פעולות הנאשם בתחום זה, לא כללו החלטות בדבר קביעת מדיניות. עם זאת, מדובר ביישום ובביצוע של מדיניות החברות בקרטל, בדרך שחייבה הפעלת שיקול דעת מצד הנאשם.

"הסדר הקבלנים החופשיים"

23. הסדר "הקבלנים החופשיים" נקבע במסמך העקרונות מיום 7.5.91:

- 2. .."**
- עסקאות עם קבלנים לא רשומים (חופשיים).**
- 1.2** כל הצעה שתוגש לקבלן לא רשום - בסכום העולה על 500 מ"ר - על המפעל המציע לדווח למזכירות העמותה...
- 2.2** במידה ותוגש הצעה ע"י יותר מיצרן אחד - יתאם המזכיר בין היצרנים הנוגעים בדבר. במקרה של מחלוקת יוסמך המזכיר לקבוע מי היצרן שזכאי לעדיפות בקבלת העבודה.
- 3.2** יצרן שזכה בעבודה מהסוג הנ"ל ידווח למזכירות העמותה ויעביר העתק "הזמנת מסגרת חתומה" ע"י המזמין... על כל 1 מ"ר יחוייב מקבל העבודה בתשלום פיצוי כספי לחברי העמותה בשיעור של 2 ₪ ... לכל 1 מ"ר מרצפות מכל סוג וגודל.
- 4.2** הפיצוי הכספי ע"פ סעיף 3.2 יתחלק בין חברי העמותה לפי מפתח המכסות. ההתחשבות תבוצע אחת ל- 3 חודשים בחפיפה עם ההתחשבות בגין הפיצוי עבור מיכסות.
- 5.2** הויסות בקבלת עבודות מקבלנים לא רשומים יהיו באחריות מזכיר העמותה והוא יחושב על בסיס מצטבר. בכוונת הויסות להגיע למצב שבו כל יצרן יקבל עבודות מהסוג הנ"ל ע"פ גודלו היחסי בעמותה. כאשר בכל מחלוקת יקבע המזכיר למי תנתן

- העדיפות בקבלת העבודה וזאת בהתחשב במצבו היחסי במערכת הויסות.
- 6.2 לקיום החלטה בסעיף זה - יפקידו חברי העמותה ערבות בנקאית נוספת לפי הפירוט בסעיף מס' 3.
- 7.2 במידה ומפעל לא ביצע את הדברים הבאים... ישלם המפעל קנס עפ"י פסיקת בורר...".
- (מוצג ת/7 נה).

וכך תיארה המזכירה של הנאשם את ההליכים בהסדר זה:

"אודי סבירסקי שקל למי מהמפעלים לתת את אותו פרויקט/קבלן. לשאלתך מתי אודי סבירסקי היה מוציא החלטות עדיפות כגון מסמך א 3 19/1/97 אני עונה שברגע שהיו 2 חברות ומעלה בתמונה, כלומר 2 חברות ומעלה הציעו הצעת מחיר לאותו פרויקט, היה צריך שאהוד סבירסקי יחליט למי מהחברות ניתנת העדיפות לספק את הפרויקט. לשאלתך כיצד היתה נקבעת עדיפות במקרה שהוגשו הצעות על ידי יותר מ-2 מפעלים בהפרשי זמן בין ההצעות אני עונה שברגע שיש לאודי סבירסקי 2 הצעות כלומר הצעה מ-2 חברות לאותו פרויקט אז יש צורך לעשות עדיפות ואם הוא נתן החלטה ל-2 החברות מי יספק את הפרויקט ואז חברה שלישית שולחת לנו הצעת מחיר על אותו פרויקט ואז מודיעים לחברה השלישית שכבר ניתנה עדיפות והיא היתה צריכה לרדת מאותו פרויקט" (ת/47 עמ' 13-14).

24. מהראיות בפני עולה כי בהסדר הקבלנים החופשיים היתה לנאשם מעורבות רבה. על פי ההסדר, דיווחו החברות לנאשם על כל עסקה שאמורה היתה להתבצע בין החברה לבין "קבלן חופשי". במידה והתברר כי מספר חברות התחרו על אותו קבלן הוענקה לנאשם סמכות ההכרעה מי מבין החברות תזכה לקבל את העסקה מאותו קבלן.

וכך תארה אורנה דרורי, פקידת מכירות במפעל שדות ים את סמכויותיו של הנאשם בהסדר זה:

"ש. מה היה נוהל קבלנים חופשיים?

ת. לדווח על כל קבלן חופשי שהגשנו לו הצעת מחיר וזה אני רואה מהמסמכים שהצגת לי. אני זוכרת מה היתה מטרתו של הנוהל ולא מה הוא היה. אני לא זוכרת את הפרטים. מטרתו היתה לחלק את נתח הקבלנים בין היצרנים.

ש. כיצד ידעת שזו היתה מטרתו של נוהל קבלנים חופשיים?

ת. בהתחלה, רב התקופה בעבודה התייחסתי לזה עניינית. אח"כ הבנתי שיש בורר מחליט שמחליט איך לחלק את העוגה, כלומר שהבורר היה זה שיחליט אם קבלן מסוים, אלה שדיווחתי עליהם לסבירסקי, יעבוד עם שדות ים או עם יצרן אחר.

ש. מי היה הבורר?

ת. אהוד סבירסקי" (ת/95 עמ' 5).

על מרחב שיקול הדעת של הנאשם בעניין זה, העיד ויסלר:

"... פניתי לאודי סבירסקי א. כדי לדווח. הנוהל היה שהיה צורך לדווח לסבירסקי על כל הצעה לקבלן חופשי. ב. כדי לקבל כבר מראש אישור מסבירסקי להמשיך לעבוד עם בצלאל מזרחי בפרויקט מסחרי נוסף. המשפט הסופי שכתבתי שאני מבקש הגנה שלא יפריעו לנו. כלומר אודי סבירסקי היה אמור לדאוג שאם הדיווח שלי היה נכון, אז להעניק לנו העדפה במכירה. כלומר שהוא יגיד לאחרים לא להפריע לנו במכירה. היה

מצב שמי שמדווח ראשון לסבירסקי, בדרך כלל יש לו העדפה אלא אם כן הוא היה בפלוס במכסות, כלומר מכר מעבר למכסה. במידה שיש התמודדות על הקבלן, כלומר יותר מחברה אחת רוצה למכור לקבלן, סבירסקי היה המחליט מי מוכר לקבלן החופשי. סבירסקי היה גם אמור לקנוס את אלה שמכרו לקבלנים ללא דיווח" (ת/165, עמ' 3).

25. ב"כ הנאשם טען בעניין זה כי יש לראות בנאשם מעין "סדרן עבודה בתחנת מוניות", אשר כללי שיקול הדעת שלו מוגבלים ומצומצמים ביותר. התביעה טענה כי הנאשם הפעיל שיקול דעת עצמאי ומכריע. מהראיות בפני עולה בבירור כי הנאשם פעל על בסיס עקרונות שנקבעו במסמך העקרונות ובעיקר על בסיס התחשבות במערכת ויסות המכסות בין החברות. עם זאת לא מדובר בשיקול דעת צר וטכני בלבד כטענת הנאשם. אדרבא, מהראיות עולה כי לנאשם היה מרווח של שיקול דעת. כך, למשל, ביום 28.3.96 כתב הנאשם לאבינועם זהבי:

"לדברי משה מ 4 הנ"ל [קבלן] בדר"כ קונה אצלם ולדבריו לא מכרתם בעבר לנ"ל. אם זה באמת נכון הנטיה שלי להעביר עדיפות אליהם וזאת לאור הנסיבות המצטברות" (ד' 949, מתוך ת/76).

וכך כתב הנאשם לעצמון:

"הבוקר קיבלתי נתוני אספקות... לפיכך אני דוחה את טענתך שרצף לא מכיר את הקבלן ומקבל את הערעור של רצף שהנ"ל הינו קבלן משותף לכל דבר" (ג 101, מתוך ת/51, כמו כן ראה ג 86, ג 227, מתוך ת/51).

בנוסף הנאשם היה מוסמך לשיקול גם עניינים נוספים והיתה לו גם הסמכות לחזור ולשיקול פעם נוספת את החלטותיו. כך למשל בעניין נמליט כתב הנאשם:

"דיברתי עם דורון - בשלב זה אין שינוי בהחלטתי. נמליט סיפקה בעבר רק 1200 מ"ר לא קיבלה בלעדיות. עקב הקרבה של הפרוייקט ללוסטיגון והאי שקט בירושלים בשלב זה הפרוייקט ישאר אצל אלוני" (ג 342, מתוך ת/51).

או דברים שכתב לאלוני:

"בדקתי בעקבות ערעורך את הנושא שנית ולאחר שיקול נוסף אינני משנה את החלטתי" (ג 589, מתוך ת/51).

לסיכום, מהראיות עולה כי ככלל, שיקול דעתו של הנאשם הופעל על בסיס השיקול המרכזי של **ויסות המכסות** בין היצרנים. במסגרת זו, הפונה הראשון זכה בעדיפות אלא אם הוא חרג מהמכסה. עם זאת הנאשם הוסמך לשיקול בנוסף שיקולים נוספים והחלטתו בעניינים אלה היתה מכרעת וסופית כלפי החברות בקרטל. מהאמור עולה כי לנאשם היה תפקיד מרכזי **ביישום ההסדר הכובל**, אף אם העקרונות להפעלת שיקול דעתו נקבעו על ידי החברות בקרטל.

הסדר המכסות

26. אין חולק כי המכסות נקבעו בראשית ימי הקרטל, לפני המועד הרלבנטי לאחריותו של הנאשם. תפקידו של הנאשם היה לרכז את חשבונות המכסות כדי שהחברות יוכלו לקזז זה מזה את סך

המכירות ביחס למכסתן. לנאשם היתה הסמכות לקבל מהחברות את נתוני המכירות (ראה ד' 224, מתוך ת' 79). הנאשם נהג להגיע אחת לחודש - חודש וחצי, לחברות כדי לקבל מהם את הדו"חות (ראה למשל הודעתה של אביבה כאפי מעצמון, ת' 2, עמ' 1 והודעתה של כוכבה מריק מנמליט, ת' 21, עמ' 6). הנאשם ריכז את החומר שקיבל מהחברות והפיק שלושה סוגי דו"חות: האחד - "ריכוז התחשבות קבלנים חופשיים" שכלל את סך המכירות שביצעו היצרנים לקבלנים החופשיים ופירוט התשלומים שעל החברות לשלם בגין מכירות אלו. השני - כונה "דו"ח משלוחים", והוא כלל את סך כל המכירות שביצעו היצרנים, לרבות הפרטיים, קבלנים בלעדיים, חופשיים ומשותפים. דו"ח שלישי היה "ריכוז התשלומים והתקבולים" שהשווה את סך המכירות הכלליות למכסה וקבע כמה ישלמו החברות שמכרו יותר ממכסתן לחברות שנמצאו בחסר על מנת "לקנות" את מכסתן. הדו"חות שערך הנאשם חולקו דרך שגרה בשיבות העמותה (ראה למשל הודעתו של ויסלר ת' 165, עמ' 2). בנוסף היה הנאשם אחראי ליישום הסדרי המכסות ותשלומי ההתחשבות בגינם. כך, למשל, כתב הנאשם לעצמון בעניין זה:

"לתדהמתי מסתבר שעדיין לא שילמתם את החוב לנמליט בגין המכסות לקבלנים חופשיים ל- 12/94 - זה לא יתכן וזה חורג מתנאי התשלום שסיכמנו בעמותה" (ג' 115, מתוך ת' 51).

הסדרי הרזינה

27. מהראיות בפני עולה כי הנאשם פעל ליישום הסדרי הרזינה שנקבעו על ידי החברות בקרטל. אין ספק כי האכיפה במסגרת ההסדרים הנ"ל היתה מועטה יחסית לאכיפה שפעלה בהסדרי המרצפות האחרים. האכיפה פעלה בעיקר בנושא ה"קבלנים החופשיים". בעניין זה העיד ויסלר:

"ש. היו נהלי דווח לגבי הרזינה כמו במרצפות לגבי קבלנים חופשיים.

ת. ... דברו על זה בשיבות העמותה. הנושא צץ. נקבעו כללים לרזינה, אבל האכיפה לא היתה במתכונת של מרצפות. לא נקבעו מכסות, ולא נקבעו קנסות. לשאלתך מה כן היה אני עונה שהיה צריך לדווח לסבירסקי על מכירת רזינה לקבלנים חופשיים... היתה שאיפה להתייחס אל הרזינה באותם כללי התנהגות של מרצפות אבל בלי אכיפה. מכיוון שלא היו כללי אכיפה, ומכיוון שלא הכל עבד, וכמו במרצפות מפעל אחד שיקר לפעמים למפעל אחר, ולא היתה פה אכיפה זה עבד באופן חלקי מאוד.

:

ש. אני מבין שהכלל היה כמו המרצפות, סבירסקי היה צריך להחליט מי ימכור לאותו קבלן של הרזינה הכוונה לקבלנים חופשיים.

ת. כן. סבירסקי היה צריך להחליט. אני רוצה להוסיף הסתייגות, שמי שהחליטה לא היתה לטובתו יכל לבעוט בזה ולא היו עליו סנקציות" (ת' 165 בעמ' 4-3).

לסיכום, מהראיות עולה בבירור כי לנאשם היה תפקיד גם ביישום וביצוע הסדרי הרזינה. עם זאת, לאור המדיניות של החברות בקרטל בנוגע לרזינה, היישום היה חלקי בלבד וכלל קבלת דיווחים ומתן "החלטות עדיפות" ל"קבלנים חופשיים".

מעריך האכיפה

28. לנאשם היה תפקיד מרכזי במעריך האכיפה של ההסדרים הכובלים. מעריך זה כלל מנגנון לאיתור הפרות של ההסדרים (בדיקות, בורריות, תלונות וחקירות) וכן מנגנון ענישה בדמות קנסות שהנאשם הטיל על החברות, שנמצאו אחראיות להפרות. בתשובתו לכתב האישום, הודה הנאשם כי הפעיל מעריך בדיקה על מנת לוודא שיצרני המרצפות עומדים בהחלטות ובהסדרים שהוסכמו ביניהם.

ביום 1.7.85 כתב הנאשם מכתב לחברי הקרטל שכותרתו: **"הצעה להגברת מנגנון הפיקוח על**

שמירת מחירי מינימום". במכתב זה הציע הנאשם, בעקבות בקשת היצרנים, מנגנון של פיקוח

ובקרה מחמיר:

"בהתאם לבקשתכם הרינו מעלים בפניכם הצעה לבניית מנגנון פיקוח הדוק ויעיל יותר לשמירה על מחירי המינימום שנקבעים.

להלן עיקרי ההצעה: -

3. משרדנו יעסיק לצורך הבדיקה מזכירה בכירה במשרה מלאה שתעסוק בניתוח ובבדיקת החשבונות ביחס למחירי המינימום שיקבעו לסקטורים השונים...

4. לאחר מיצוי הבדיקה תתפרסם רשימת הסטיות לגבי כל מפעל ועל פי גובה הקנסות שנקבעו בעמותה יחוייב כל מפעל עפ"י דרישה בע"פ או בכתב לשלם קנסות:....

...

6. תנאי הכרחי להצלחת הבקרה הוא מתן חופש מוחלט למבקרים לעיין בכל מסמך שיידרש על ידם לצורך הבדיקה.

7. לדעתנו עלות הקמת המנגנון הנוסף הדרוש לצורך הבדיקה מוערכת על ידנו ב- \$ 1500 לחודש בנוסף להוצאות הניהול הקיימות ע"פ הסכם קודם".

(ד 224, מתוך ת/79).

ואכן הנאשם העסיק מזכירה **במשרה מלאה** שטיפלה אך ורק בענייני הקרטל. ראוי לציין כי עבודת המזכירה הופסקה לאחר שהחלה החקירה של הרשות להגבלים עסקיים (עדות זוהרה, ת/47, עמ' 1). הנאשם קיים ביקורות במפעל החברות אחת לחודש וקיבל דו"חות על המכסות (עדות אביבה כאפי מעצמון, ת/2, עמ' 1 ועדות כוכבה מריק מנמליט, ת/21, עמ' 6).

29. מהראיות עולה כי הנאשם **העמיק** את מעריך האכיפה, וסמכויותיו בעניין זה קיבלו תוקף בהחלטות

החברות בקרטל. כך, בפרוטוקול מיום 9.2.88, נאמר:

"סוכם שחבר יעביר למזכיר שם של לקוח פרטי שלדעתו קנה בחריגה אצל יצרן אחר זכותו של המזכיר לבקש את ההזמנה מהמפעל" (ד 122, מתוך ת/79).

ובפרוטוקול נוסף נאמר:

"הבדיקות החל מחודש 11/88 יתבצעו ברמה כפולה מהבדיקות בחודשים קודמים. הבדיקות יתפרסמו בדו"ח ביקורת ויהוו תפיסה לתשלום קנס. גם במקרה של הצעה מחיר בכתב או הזמנה או הצעה בע"פ כנגד תוספת. תשולם

למשרד נ.ס. נתנאל סבירסקי תוספת של 50% לשכ"ט הנוגע בגין בדיקות אלה"
(ד 101, מתוך ת/79).

וכן בפרוטוקול מיום 28.8.88:

**"למזכיר סמכות להגיש דו"ח ביקורת גם ללא הזמנה במידה והתבצעה חריגה
או התחכמות שלא ניתן להוכיח בהזמנה כתובה" (ד 106, מתוך ת/79).**

כל אלה מלמדים על הגברת מנגנון האכיפה במסגרת הקרטל והענקת סמכויות אכיפה נרחבות
לנאשם, במגמה לאתר הפרות שביצעו מי מהחברות של הקרטל.

מנגנון התלונות, הבדיקות והבורריות

30. בתשובתו לכתב האישום הודה הנאשם כי **"קיבל תלונות מעת לעת ובדק אותן"** וכן כי **"לעיתים**

שימש כבורר כאשר תלונה מסוימת, לאחר שנבדקה, נותרה במחלוקת בין יצרנים שונים".

מהראיות בפני עולה כי טיפול הנאשם בנושא התלונות היה מהותי, מקיף ויום יומי. לטיפול זה הקדיש
הנאשם קלסר נפרד (תיק תלונות בורריות ת/67). בנוסף ניהל הנאשם תרשומות בבלוקים המכונים
"הבלוקים של סבירסקי" (ת/62). בבלוקים הנ"ל פרט הנאשם כ- 1000 תלונות שהיו בטיפולו
האינטנסיבי בתקופה שבין יוני '92 ועד לחשיפת הקרטל.

הנאשם ערך בדיקות ובירורים בכל סוגי ההפרות: מכירות לקבלן בלעדי של יצרן אחר; מכירה לקבלן
בניגוד להחלטת עדיפות; אי דיווח; דיווח לא מדויק על כמות מכירה או על מחיר; מכירה מתחת למחיר
המחירון; מחלוקת על זהות הקבלן או שיוכו למי מהחברות בקרטל.

כל החברות עשו שימוש נרחב בפניה אל הנאשם במטרה לכפות האחת על השניה ציות לחוקי
הקרטל. על טיפולו המתמשך של הנאשם בתלונות העיד אבי פרץ מחברת נמליט:

**"אני רוצה לציין שחלק מהתלונות שלנו לסבירסקי לא הסתיימו בשאלה
ותשובה, אלא חלקן נמשך בתהליך ארוך וממושך כוונתי למשל...
כשהתלוננתי נאמר לי שלא היו דברים מעולם ואז ביקשתי מהקבלן את
הצעת מחיר והעברתי אותה לאודי סבירסקי. לגבי אלדר מהנדסים... היה
קבלן בלעדי שלנו ואנחנו התלוננו שאחרים מכרו והם טענו שלא ואני
ביקשתי מאודי סבירסקי שיגיש לשטח עצמו יראה איזה מרצפות יש שם"
(מוצג ת/17, עמ' 14).**

ובהודעה נוספת:

"ש. מדוע פנית לסבירסקי...?"

**ת. אני רציתי שסבירסקי יביא את זה לתשומת ליבו. מכך משתמע
שרצף ירד מהפרוייקט. אני מתלונן לסבירסקי כי סבירסקי הוא
מבחינתי בורר לגבי הדברים האלה" (מוצג ת/18, עמ' 24).**

31. ב"כ הנאשם טען כי רוב התלונות לא דרשו בירור עובדתי שכן חלקם הסתיימו בהסכמת הצדדים והוא

מפנה בעניין זה לעדותו של גלבע (ת/14, עמ' 8). טיעון זה יש לדחות. מהראיות עולה כי גם אם

בחלק מהמקרים פתרו החברות את המחלוקות בין לבין עצמן, היו מקרים רבים בהם החברות נזקקו לשירותיו של הנאשם. באותם מקרים, הנאשם ערך בירור, הוצגו בפניו טענות והחלטתו הכריעה את המחלוקת בין החברות.

העיד בעניין משה ויסלר:

"אודי סבירסקי במידה שהיו חילוקי דעות בין המפעלים ישבנו אצלו, בדרך כלל העברנו לו פקסים, או שנפגשנו אצלו במשרד ברעננה והוא היה שומע את כל הטענות, מבקש את כל המסמכים ובסופו של דבר הוא היה מחליט" (מוצג ת/165, עמ' 11).

32. גם אם חלק מהמחלוקות נפתרו שלא באמצעות הנאשם אין בכך כדי לשנות. הנאשם ניהל מנגנון נרחב של בדיקות ובירורים, חלקם היו יזומים. העובדה כי החברות מצאו דרכי פשרה שיעקפו את המנגנון של הנאשם מצביעה דווקא על **יעילותו** של אותו מנגנון עליו היה אחראי הנאשם. כפי שעולה מהראיות, החברות ראו בנאשם **בורר** המכריע ביניהם במקרה של מחלוקת. העיד על כך משה ויסלר:

**"ש. מי היה מחליט לגבי הטענות של המפעלים?
ת. אודי סבירסקי אחרי שהיה שומע את הטענות.
ש. מי היה מחליט אם להטיל קנסות ואיזה קנסות, אם מישהו חרג מכללי העמותה?
ת. אודי סבירסקי אחרי שהיה שומע את טענות הצדדים, הוא היה בורר ופוסק.
ש. הוא היה בורר ופוסק, וקבלו את הפסיקה שלו.
ת. בדרך כלל, ברוב המקרים סבירסקי היה הפוסק. היו מקרים שהמחלוקות היו קשות, חריפות, כבדות, והבורריות היו נעשות אצל עורך דין שלוש ז"ל".**
(ת/165, עמ' 3).

33. לנאשם היתה סמכות לדרוש נתונים מהחברות והוא עשה שימוש נרחב בסמכות זו כדי לברר את התלונות (ראה ת/51, בקשות שונות של הנאשם לקבל הזמנות וחומר נוסף). במסגרת הבורריות שניהל הנאשם הוא שמע את טיעוני הצדדים, דרש מהם מסמכים והכריע במחלוקות. החלטותיו חייבו את החברות בקרטל. היו מקרים בהם הורה הנאשם לחברה המפרה "לרדת" ממכירה לקבלן "השייך" לחברה אחרת, מקרים בהם התרה בחברות ומקרים בהם הטיל קנסות על החברות שנמצאו אשמות בהפרה.

כך, למשל, טיפל הנאשם בתלונה של חברות אלוני על חברת רצף. באותה החלטה מצא הנאשם לנכון **להתרות ברצף:**

"לא יתכן שתתעלמו מכך ותודיעו לאחר כ- 23 יום שאתם לא מתייחסים לפקס וסוגרים את העסקה. יש כללים ברורים לנ"ל ולא יתכן שכל אחד יעשה בנושא דין לעצמו. אני חוזר ומתריע שההעדפה ניתנה ל- 4 ואם ניתן לעצור את ההתקשרות אזי זה עדיף על מצב שבו נאלץ להטיל עליכם קנס על סגירה בניגוד לכללים" (ד 905, מתוך ת/76).

או החלטה אחרת של הנאשם בנושא סביוני השרון המכונה על ידו "פסיקה":

"הנדון: פסיקה בנושא סביוני השרון."

1. סוכם שהחל ב 1/96 כל גניבת עדיפות כמוה כגניבת בלעדי.
2. סוכם שהתשלום עבור גניבות יהיה בפועל ולא בדרך של התחשבות אלא אם הנוגעים בדבר מסכימים על התחשבות. במקרה הנ"ל 5 דורש את התשלום" (ג 535, מתוך 51/ת).

מהאמור עד כה עולה בבירור כי לנאשם היה תפקיד מרכזי באיתור ההפרות והחריגות מההסדרים של הקרטל. הנאשם ניהל מנגנון נרחב של תלונות הדדיות בין החברות בקרטל, הוא דרש מהן נתונים, ניהל בורריות בעקבות התלונות והכריע במחלוקות בין חברות הקרטל.

פיקוח באמצעות חקירות

34. בתשובה לכתב האישום הודה הנאשם כי "הפעיל מערך בדיקה על מנת לוודא שיצרני המרצפות עומדים בהחלטות שקיבלו". הנאשם הודה כי דאג לביצוע חקירות בסוכנויות ובחברות של החברות, על פי שיקול דעתו, אך טען כי תפקיד זה נוצר על פי בקשתם של יצרני המרצפות ועל בסיס הסכמתם. בקשר לכך, ראוי לציין כי מערך בדיקות מסוים היה קיים בקרטל עוד לפני תקופת אחריותו של הנאשם (ראה למשל פרוטוקול דיון מיום 15.1.85, שלא בנוכחות הנאשם בו נקבע כי תערך בדיקה חודשית של 2/3 מהפעולות באופן מדגמי ושל 1/3 מהמפעלים באופן יסודי, נספח 23 לסיכומי הנאשם).
35. מהראיות עולה כי מערך הבדיקה השתכלל והעמיק עם כניסתו של הנאשם לתפקידו בקרטל. הנאשם ביצע את מערך הביקורת באמצעות חוקרים פרטיים. סוג החקירה הנרחב ביותר שביצע הנאשם באמצעות חוקרים פרטיים כונה "סקר שוק". מטרתה של חקירה זו היתה לבחון את הקפדתם של החברות על המחירים האחידים שנקבעו ליצרנים פרטיים. לצורך כך פנו החוקרים הפרטיים לסוכנויות השונות כשהם מתחזים ללקוח פרטי ומבקשים הצעת מחיר (עדותו של החוקר הפרטי רפי תירם ת/34, עמ' 13). החוקרים הפרטיים לא הסתפקו בהתחזות ללקוחות פרטיים אלא נהגו להקליט את השיחות כדי שאלה תשמשנה כ"ראיות" מוצקות להפירה (ת/34, עמ' 8).
- סקרים אלה שימשו בין השאר להרתעה כלפי החברות בקרטל וכדי למנוע הפרת כללי הקרטל והורדת מחירים. (דוגמה להרתעה פנימית של החברה כלפי אנשי המכירות ניתן למצוא בעדותה של אביבה כאפי מחברת עצמון, ת/1, עמ' 16). פעמים נזף הנאשם בחברה המפרה בעקבות מימצאי הסקרים והתריע מפני הפרות נוספות, ולעיתים אף נקט בסנקציות נגד אותה חברה. כך למשל במכתב ששלח הנאשם לוייסלר:

"רצ"ב בדיקה שנעשתה אצלכם במפעל."

1. הבדיקה גבולית - אך יש פה נסיון "לשחד" ולהבטיח הנחות נוספות במוצרים אחרים בתנאי "שנקנה מרצפות" - המשמעות הישירה שהנחה ניתנה ל"מרצפות" ולכן זאת עבירה. נא תקנו את הנוהל. בפעם הבאה נקנוס במקרה כזה" (ד 490, מתוך ת/74).

וכך גם בפתק ששלח הנאשם לחברת נמליט שצורף לדו"ח הביקורת:

"אני מציע שתעשו סדר מידי במקום כי אני ממשיך לבדוק עד שיהיה שם סדר" (ד 446, מתוך ת/74).

36. לעיתים דאג הנאשם לבצע ביקורות בעצמו, בין היתר על ידי ביקורות שערך באתרי בנייה כדי לפקח על ביצוע החלטות עדיפות שנתן, או במטרה לאתר "גניבה" של קבלנים בלעדיים (ג 253, מתוך ת/51).

מהראיות עולה כי הנאשם היה מי שהזמין את החקירות על פי שיקול דעתו ושילם לחוקרים הפרטיים (ת/34, עמ' 2). הנאשם טען כי עשה זאת כיישום החלטה של פורום חברות הקרטל. לטעון זה יש תמיכה בעדותו של ויסלר בבית המשפט:

"ש... היה מנגנון שסבירסקי הפעיל גם בדיקה עצמאית משל עצמו.

ת. נכון.

ש. על ידי משרד חקירות או סטודנטים או דבר דומה?

ת. לא יודע את מי, אבל הוא היה מפעיל.

ש. גם את הפעולה הזאת הוא לא עשה על דעת עצמו אלא לפי בקשת הפורום.

ת. נכון.

ש. וגם כאן את ההיקף של הבדיקה, לא את הטכניקה של הבדיקה קבע הפורום.

ת. נכון.

ש. וגם נכון שהמפעלים עצמם היו בודקים בפני עצמם.

ת. נכון.

ש. שלא באמצעות סבירסקי.

ת. נכון". (עמ' 40-41 לפרוטוקול מיום 20.3.01).

תמיכה נוספת לכך ניתן למצוא גם בהודעה שמסר גלבוע ברשות:

"ש. האם על התפיסות של סבירסקי דווח בישיבות העמותה.

ת. כן, סבירסקי קבל ממני רשימת סוכנויות של שדות ים והתבקש לבדוק אם הם מורידים מחיר.

ש. האם המנגנון הזה של קנסות על חריגה ממחיר לפרטי התחיל בתקופתך?

ת. לא. הצטרפתי למצב קיים.

ש. האם נכון שסבירסקי בצע בדיקות על מחיר לפרטים עבור כל היצרנים בעמותה מדי חודש בחודשו.

- ת. אני הזמנתי אצל אודי סבירסקי סקר לגבי מחירים, מחירי המכירה בנקודות המכירה של שדות ים. ולגבי כל היצרנים אני לא יודע. לפי דעתי הוא לא עשה את זה חודש.
- ש. אם לא היית מזמין אצלו כזאת בדיקה. האם סבירסקי היה עושה כזאת בדיקה.
- ת. לא.
- ש. אתה אומר שהצטרפת למצב קיים שחלק ממנו היו בדיקות אלה?
- ת. זה היה עפ"י דרישת היצרנים. ידעתי בישיבות העמותה שהבדיקה הזאת נעשית לכל היושבים בעמותה. והכסף חולק לאלה שלא נתפסו חורגים מהמחיר" (ת/13, עמ' 29).

מהאמור עד כה עולה כי לנאשם היתה סמכות עצמאית לבצע בדיקות וחקירות הן בעצמו והן באמצעות חוקרים פרטיים שהפעיל, הכל במסגרת מנגנון איתור הפרות של כללי הקרטל. עם זאת ההחלטה העקרונית להפעלת חוקרים פרטיים היתה של החברות בקרטל. הנאשם עסק ביישום ההחלטה כשבמסגרת זו היה לו מרווח שיקול דעת נרחב לשימוש באמצעים ובסמכויות שהוענקו לו.

מנגנון הקנסות

37. מנגנון הקנסות היה אמצעי האכיפה העיקרי והיעיל ביותר כנגד הפרות במסגרת הקרטל. מנגנון זה הפעיל הנאשם. הנאשם הודה כי הטיל את הקנסות, אולם הכחיש כי היתה לו שליטה על קביעת גובה הקנסות ולטענתו גובה הקנסות היה נתון להחלטה של חברות הקרטל. מהראיות עולה כי "מפתח" הקנסות נקבע באופן עקרוני בפורום של חברות הקרטל. כך עולה ממסמך העקרונות בעניין הסדר הקבלנים החופשיים:

"במידה ומפעל לא ביצע את הדברים הבאים: ישלם המפעל קנס ע"פ פסיקת הבורר:

א. לא דווח על עסקה שנעשתה עם "קבלן חופשי" בתוך 21 יום מיום חתימת ההסכם.

ב. לא דווח על הכמות הנכונה של מרצפות שנקבעה בעסקה.

ג. פעל בניגוד להכוונת מזכיר העמותה בסעיף 5.2.

בכל אחד מהמקרים הנ"ל ישלם המפעל קנס על פי פסיקת בורר לפי המפתח הבא:

1. \$ 10,000

2. \$ 5 לכל מ"ר

בכל מקרה הקנס ישולם ע"פ התשלום הגבוה מבין השניים. לבורר יהיה שיקול דעת בקביעת הקנס לנוגע לסעיף 7.2 ב"

(סעיף 7.2, מוצג ת/7 נה').

ויסלר העיד בעניין זה בבית המשפט:

" היה תעריף של נקרא לזה קנסות נכון?

ת. כן.

- ש. לפי מטרים זה היה בדרך כלל?
- ת. לא זוכר.
- ש. לפי כמויות?
- ת. אני זוכר גם לפי מחירים וגם לפי מטרים.
- ש. הבנתי. לפי מטרים אם אני מבין אז הקנס היה אם מכרת כך וכך לקבלן בלעדי אז פר-מטר כך וכך כסף אתה צריך להחזיר ליצרן שהוא הקבלן הזה הוא בלעדי לו.
- ת. היתה משוואה של מטרים וכמות.
- ש. כן. זה מה שהיה, מטרים וכמויות?
- ת. כן, בנושא של קנסות.
- ש. בנושא של קנסות.
- ת. כן.
- ש. את גובה הקנס קבעו היצרנים לא קבע סבירסקי, כמה זה קנס למטר זה קבעו היצרנים.
- ת. כן" (עמ' 30-31 לפרוטוקול מיום 20.3.01).

38. גובה הקנסות נקבע אמנם באופן עקרוני על ידי החברות בקרטל. עם זאת, אין ספק כי לנאשם היה שיקול דעת נרחב ביישום בפועל. סמכות שיקול הדעת נקבעה במפורש במסמך העקרונות שקבע "עבירות" על אי דיווח מצד החברות בקרטל. היו מקרים בהם החליט הנאשם להקל עם המפרים והסתפק באזהרה או בקנס סמלי. היו מקרים בהם הנאשם קבע למפרים הקלות שונות בתשלום הקנסות. כך למשל החליט הנאשם שלא למצות את הדין עם חברת עצמון ולהסתפק בהטלת קנס סמלי בלבד:

"במקרה הנ"ל בהתחשבות בנסיבות (אביבה לא עודכנה - חמור מאוד) אני קונס אתכם ב- 1 ₪ למ"ר סמלי" (ג 155, מתוך ת/51).

ובמכתב נוסף כתב הנאשם לעצמון:

"להווי ידוע שזאת עבירה חמורה על כללים של מכירה/הצעה לקבלן חופשי. במקרה הנ"ל מכיוון שמדובר בפעם הראשונה אנו נקנס אתכם ל- 5 ₪ למ"ר (במקום \$ 5) מעבר לתשלום הרגיל על קבלן חופשי" (ג 240, מתוך ת/51).

או למשל מכתב נוסף שכתב הנאשם לחברת רצף בעקבות מחירים נמוכים ואי דיווח בזמן על הצעת מחיר:

"במקרה הנ"ל נמסרת עדיפות ל- 4 שהגיש לפניכם. אני נמנע מהטלת קנס אך אבקש להקפיד הקפדה יתרה על הנוהלים" (א 22, מתוך ת/77).

39. אין ספק כי הקנסות שימשו כלי הרתעה יעיל נגד הפרות שונות ובעיקר כנגד מכירה מתחת למחירון האחיד. חלק מהיצרנים אף הזהירו את הסוכנים ואנשי המכירות שלהם כי במידה ויבצעו הפרות ויוטלו

קנסות, "יגולגלו" הקנסות אישית עליהם (ראה עדות צוקרמן משדות ים ת/89, עמ' 6, ועדות כוכבה מריק מנמליט ת/22 עמ' 9).

שכחותם של הקנסות חילחלה היטב ככלי הרתעה יעיל, לכל החברות בקרטל. העיד על כך צוקרמן משדות ים:

"ש. האם היו מקרים שגנבתם קבלנים כלומר למרות הרשימות, החלוקה ברשימות מכרתם לקבלן שלא שלכם. או היו מקרים הפוכים כלומר שיצרן אחר בעמותה גנב לכם קבלנים?

ת. כן. ואז היינו חוטפים על הראש מאודי ומשלמים קנסות. קרה גם שאנו ביקשנו שיקנסו יצרן אחר שגנב לנו קבלן שלנו..." (ת/89, עמ' 4).

ואכן, מנגנון הקנסות היה יעיל ומרתיע עד כדי כך שהפרת כללי הקרטל היתה לא כדאית עבור החברות בקרטל:

"ש. האם היו מקרים שלא היה שווה לגנוב קבלן בגלל הקנס?

ת. כן. שלמה גלבע הראה לי מקרים שבמחיר ההצעה לקבלן הקנס לא היה כדאי לבצע את המכירה והמכירה לא בוצעה..."

(הודעת צוקרמן, ת/89, עמ' 4).

לסיכום עניין זה, מדיניות הקנסות נקבעה בשנותיו הראשונות של הקרטל ובתקופה שקדמה למועד אחריותו של הנאשם. מהראיות עולה כי החברות בקרטל היו אלה שקבעו את הפרמטרים להטלת הקנסות. עם זאת לנאשם נותר מרחב שיקול דעת נרחב במסגרת סמכויותיו להטיל קנסות והיו לו מלוא הסמכויות להחליט אם להקל בגובה הקנס או להסתפק בהתראה ולוותר על מלוא הקנס.

מנגנון האכיפה - סיכום

40. מנגנון האכיפה היה המנגנון המרכזי עליו הופקד הנאשם. מנגנון זה כלל מערכת של איתור הפרות וכן מערכת **"ענישה"**. אף שמנגנון ה"ענישה" היה קיים עוד לפני מועד אחריותו של הנאשם, היה זה בעיקר מנגנון פנימי בין היצרנים, לפיו שולם הקנס "על כל הוכחה שיביא חבר כנגד חבר אחר בעמותה" (ראה פרוטוקול מיום 13.12.83, נספח 11 לסיכומי הנאשם). בתקופת הנאשם המנגנון השתכלל והתפתח והוא כלל מערכת עניפה ומשוכללת של בירור תלונות ובורריות, כמו גם חקירות עצמאיות שערך הנאשם וכן חקירות שנערכו באמצעות חוקרים פרטיים. בסיומם של הליכי החקירה, הכריע הנאשם בהחלטות אכיפה שכללו קנסות או אזהרות והתראות לעתיד. במסגרת מנגנון האכיפה פעל הנאשם בדומה למערכת משפט פנימית. כללי הקרטל היו ה"חוקים" והפרתם היוותה עבירה על החוק. ההחלטות בגין ההפרות כונו לעיתים **"פסיקה"**, העונשים כללו **"קנסות"** ולעיתים נערכו דיונים גם **"בערעורים"** על אותה "פסיקה".

אכן, למערך האכיפה בקרטל תפקיד משמעותי ובעל חשיבות. טיבו של הקרטל שחבריו ינסו מחד ליהנות מפרותיו ומאידך להפר את כלליו. חברי הקרטל נוטים לרמות האחד את רעהו, כך שבועוד הם

מבקשים לכבול את מתחריהם, הם עצמם מנסים להשתחרר מעולה של אותה כבילה. העיד בעניין זה גלבוע:

"ש. לעמותה היה מחירון. למשל מחיר לקבלן. האם זו היתה רק המלצה?
ת. כן. או מציין שכולם שיקרו. כל אחד עשה התחמקות שלא לשלם כסף במכסות. אם דיברתם עם רוני צוקרמן אז הוא היה שד בזה למשל לתת לקבלן על מחיר ואח"כ לתת לו הנחות או לתת לו מטרים בהטבה..." (ת/13, עמ' 13).

גם ויסלר העיד בעניין זה:

"ש. אתה טוען שלפי תורת המשחקים שאני לא יודע מה הם שיש הסכם כזה. תורת המשחקים אומרת א. כל הצדדים חותמים על ההסכם. ב. חלק מתורת המשחקים הזאת שכל אחד יצפה שאחרים יקיימו את ההסכם והוא לא. הבנת את ההרצאה. עכשיו אני שואל האם זה נכון, ההרצאה הזאת נכונה לגבי ההסכם הכובל נשוא משפט זה?

ת. אני חושב שכל אחד עשה במסגרת החוקים את כל מה שהוא יכול כדי לקמט אותם באופן כזה שהוא ישיג השגים יותר גבוהים לעצמו. זה נכון ככלל".

(עמ' 15 לפרוטוקול מיום 20.3.01).

לאור ההתנהגות האופיינית לקרטל בכלל ולקרטל מושא האישום בפני בפרט, אין ספק כי למנגנון האכיפה משמעות רבה וחשובה להמשך קיומו ויעילותו של הקרטל לאורך שנים. ואכן החברות ראו במנגנון האכיפה עניין חשוב וקבעו מנגנוני אכיפה שונים עוד בראשית ימיו של הקרטל. מנגנונים אלה השתכללו והתייעלו ברבות השנים. מדיניות האכיפה אמנם נקבעה בידי חברות הקרטל, אולם **יישומה וביצועה** בשטח הופקדו בידי הנאשם, שעשה מלאכתו בעניין זה ב"חריצות ובנאמנות".

41. לסיכום פועלו של הנאשם, מהראיות בפני עולה כי הנאשם **לא** היה שותף לקבלת ההחלטות או לקביעת המדיניות בקרטל.

ב"כ התביעה מבקשת למצוא חיזוק לראיות התביעה בשתיקתו של הנאשם בשלב החקירה כמו גם בבית המשפט. טיעון זה יש לדחות. בבית המשפט הודה הנאשם בסיוע לעבירות של צד להסדר כובל ושתיקתו בכל הנוגע לביצוע העבירה עצמה אינה יכולה לשמש תחליף לתשתית ראייתית מבוססת המוכיחה, מעבר לכל ספק סביר, את טענת התביעה כי הנאשם היה שותף בקבלת ההחלטות ו"צד" להסדרים הכובלים. מהראיות בפני הוכח כי תרומתו החשובה של הנאשם התבטאה ביישום ובביצוע ההסדרים השונים בקרטל (הסדר הקבלנים הבלעדיים, הסדר הקבלנים החופשיים והסדר המכסות). עיקר פעילותו של הנאשם היתה בהפעלת מנגנון האכיפה הן לצורך איתור הפרות (מנגנון התלונות והבורריות ומנגנון החקירות) והן בענישת המפרים (הטלת הקנסות). במסגרת פעולות היישום והביצוע כמו גם במסגרת האכיפה, היה לנאשם מרווח של שיקול דעת. עם זאת, עקרונות המדיניות נקבעה על ידי חברות הקרטל. על פעילותו של הנאשם במסגרת הקרטל הוא קיבל שכר טירחה קבוע

שלא הושפע מרווחי הקרטל בהם זכו חברות הקרטל בלבד (ראה עדותו של ויסלר עמ' 23 לפרוטוקול והודעתו של גלבווער/ת 13 עמ' 30).

על בסיס המימצאים העובדתיים שנקבעו לעיל אבחן את שאלת מעמדו של הנאשם - מסייע או

"צד להסדר כובל".

42. סעיף 47 לחוק קובע את העבירה של "צד להסדר כובל":

"(א) מי שעשה אחת מאלה:

(1) היה צד להסדר כובל שלא אושר כדין ולא ניתן לו היתר זמני או פטור לפי סעיף 14;

דינו מאסר שלוש שנים או קנס שהוא פי עשרה מן הקנס כאמור בסעיף 61 (א) (4) לחוק העונשין, התשל"ז-1977..."

סעיף 2 לחוק מפרט את מרכיבי ה"הסדר הכובל":

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

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

(1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;

(2) הריווח שיופק;

(3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו;

(4) כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם.

סעיף 1 לחוק מגדיר את המונח "עסק":

"עסק - עיסוק בייצור נכס, במכירתו, בשיווקו, ברכישתו, ביבואו או ביצואו, וכן עיסוק במתן שירות או בקבלתו".

בענייננו אין חולק כי ההסדרים השונים שהוסכמו בין החברות בתחום ייצור ושיווק המרצפות היו "הסדרים כובלים" במובנו של החוק. השאלה הדרושה הכרעה היא האם הנאשם הינו "צד" להסדרים אלה או למצער "מבצע בצוותא" כטענת התביעה, או "מסייע" בלבד, כטענת ב"כ הנאשם.

להלן אדון בשאלה האם הנאשם הינו "צד להסדר כובל".

43. על פי הגדרת סעיף העבירה בחוק, "צד להסדר כובל" הינו צד להסכם המגביל את אחד הצדדים

באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים. בהבדל מהגדרת החוק הקודם, סעיפים 4 ו-47

לחוק החדש קובעים כי די בעצם שכלולו של "הסכם כובל" ומתייתרת הדרישה לעשיית מעשה ליישום

ההסדר הכובל. בע"פ 7399/95 נחושטן תעשיות מעליות בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל פ"ד נב(2)

105. קובע בעניין זה כב' השופט י. קדמי:

"סעיף 4 החדש קובע איסור להיות "צד להסדר כובל" בלי להוסיף דרישה לעשיית מעשה ליישומו של ההסדר הכובל; להבדיל מסעיף 40 הישן, שקבע דרישה מפורשת - בלשון הסעיף - של "עשיית מעשה" על-פי ההסדר הכובל" (בעמ' 120).

ובהמשך:

"על מנת להיות "צד" להסדר כובל, די, לשיטתי, בעצם שיכלולו של הסכם המבטא "הסדר כובל"; ואין צורך בעשיית מעשה ליישומו של ההסדר הכובל" (שם).

44. בענייננו עולה כי הנאשם לא היה צד להתקשרות של ההסדר הכובל שהיתה בין החברות בקרטל.

מרבית ההסדרים המפורטים בכתב האישום, למעט הסדר הקבלנים החופשיים והסדר הרזינה נקבעו לפני המועד הקובע לאחריותו של הנאשם. שני ההסדרים הנוספים עוגנו בהסכמות בכתב של חברות הקרטל (מסמך העקרונות מיום 7.5.91, ת/7נה' ומסמך הרזינה ת/7עד). על מסמכים אלה חתומים נציגי החברות כצדדים להסכמים, ואילו הנאשם אינו חתום על אף אחד מהם. לא מדובר בחסר פורמלי בלבד אלא בעניין מהותי וחשוב. עיון באותם הסכמים מעלה כי הם מעגנים בחובם זכויות כמו גם התחייבויות הדדיות של חברות הקרטל. ואולם הנאשם אינו חלק מהזכויות ומההתחייבויות שקיבלו על עצמן החברות בקרטל. זאת ועוד, על פי ההסכמים, החברות הבטיחו את קיום ההתחייבויות ההדדיות שקיבלו על עצמן במתן ערבויות בנקאיות ואולם לנאשם לא היה חלק בכך. כאמור לא זו בלבד שהנאשם אינו חתום על אותם הסכמים הוא גם לא צרף ערבויות להבטחת ההתחייבויות על פי ההסכם, כפי שעשו כל שאר החברות בקרטל, בהיותן צד להסכם.

45. אמנם בהסכם העקרונות (ת/7נה') נקבע כי לנאשם תפקיד ביישום ההסדר, כגון - בקבלת דיווחים מהחברות בנוגע ל"קבלנים חופשיים" או במתן "החלטות עדיפות". אולם בכך אין די כדי להפוך את הנאשם כצד להסדר עצמו. כך למשל, אם א' מתקשר בהסכם עם ב' הקובע כי ג' ישמש ביניהם בורר אין בכך כדי להפוך את ג' לצד להסכם שבין א' ל-ב'. בענייננו, החברות בקרטל שכרו את שירותיו של הנאשם לצורך ביצוע וישום ההסדר שביניהן. אולם ההתחייבויות ההדדיות על פי אותו הסכם, הוטלו על החברות עצמן ולא על הנאשם. בהבדל מהחברות, הנאשם קיבל עבור פעולותיו שכר חודשי קבוע ששולם על ידי כל אחת מהחברות בקרטל. אין ספק כי הסכם שכר הטרחה בין הנאשם לחברות היה נפרד וחיצוני להסדר הכובל.

46. התביעה טוענת כי יש לראות את הנאשם כמנהל עסק של "קרטל המרצפות". טיעון זה לא הוכח ודינו להידחות. ראשית, ספק אם ניתן לראות ב"קרטל המרצפות", "עסק" כמשמעותו בחוק. שנית, גם אם מדובר ב"עסק" הנאשם לא היה מנהל העסק. הנאשם שימש בתפקיד של "מזכיר" הקרטל. הנאשם לא היה שותף לתהליך קבלת ההחלטות או לקביעת המדיניות של הקרטל. הוא מילא תפקיד של מיישם ומבצע ההסדרים שסוכמו על ידי החברות בקרטל. הנאשם לא ניהל את ישיבות הקרטל וגם

החברות לא ראו בו מנהל אלא שליח ועושה דברם בכל הנוגע לאכיפה והיישום היומיומי של ההסדרים.

47. סעיף 2 לחוק קובע כי צד להסדר כובל חייב להיות "מנהל עסקים". בענייננו, אין חולק כי הנאשם היה מנהל עסק של מתן שירות לייעוץ כלכלי. הפרשנות המשפטית למונח "מנהל עסקים" עברה שינוי במהלך השנים, מפרשנות מצמצמת לפרשנות מרחיבה. על פי הפרשנות המצמצמת, כפי שבאה לידי ביטוי בע"א 626/70 **שמעוני נ' אולמי לחיים בע"מ**, פ"ד כה(1) 824, עמ' 833, "מנהל עסקים" הוא מי שמנהל את העסק הנכבד בעצמו, ובמילים אחרות על ההגבלה להיות בתחום עסקיו של הצד להסדר. על פרשנות זו נשמעה ביקורת במאמרו של משה בורנובסקי, "על יסודות הכבילה שבהסדר ותוצאתה - חדש ואין חדש" (**מחקרי משפט** ה' (תשמ"ז) 125). לדעתו, ראוי לפרש את החוק כך שההגבלה תחול גם שלא בתחום העיסוק העיקרי, ולעיתים אף שלא בתחום העיסוק כלל אלא **בנלווה** או **בקשר אליו**. לדעת בורנובסקי, פירוש ברוח זו, מתבקש מלשון החוק, ממטרותיו ונוכח המציאות הכלכלית. פרשנות מרחיבה ניתנה על ידי כב' הנשיא זילר בת"א 396/87 **קיסין נ' פטרולוג** (דינים מחוזי, כרך לב(6), 650). כב' הנשיא זילר קבע כי נדרשת "זיקה" בין העסקים המנוהלים על ידי הצדדים להסדר הכובל לבין האובייקט העסקי עליו מוטלת ההגבלה האסורה, היוצרת את ההסדר הכובל:

"על כורחך אתה אומר שההסדר הכובל אליו התכוון המחוקק הוא הסדר הנעשה על ידי צד להסדר בתחום עיסוקיו" (עמ' 12 לפסה"ד).

ובהמשך:

"... תנאי הוא ששניהם יהיו 'מנהלי עסקים', במובן שנתפרש לעיל, ובכלל זה שתהיה זיקה בין העסק שמדובר בו לבין 'המצרך' או 'השירות' שאותם בא ההסדר האסור להגביל" (עמ' 12-13 לפסק הדין).

בפסק הדין בערעור, שניתן על-ידי בית המשפט העליון מפי כב' הנשיא שמגר, הורחבה עוד יותר הגישה הפרשנית ונקבע כי:

"אין נפקא מינה, אם ההסדר הכובל עניינו בתחום עיסוקו העיקרי של הצד לו אם לא. הסדר כובל אפשר שיגביל בעל עסק שלא בתחום עיסוקו העיקרי, ועם זאת יפגע במבנה התחרות ובטובת הכלל. כל עוד מדובר בגוף עסקי, שהוא מנהל עסקים, להבדיל למשל מגוף צרכני, אפשר שיכנס בגדר הסעיף, ובלבד שיתקיימו שאר התנאים שבו". (ע"א 2768/90 פטרולוג חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 599, 604).

גישה מרחיבה זו ננקטה לאחרונה על ידי כב' השופט חשין שכתב את דעת הרוב בדנ"א 4465/98

טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ ואח' (טרם פורסם), פסקה 35 לפסק הדין).

48. פרשנות המונח **"מנהל עסקים"** צריכה להיות עניינית ולא מילולית וטכנית. הפרשנות המרחיבה בה נקטה הפסיקה נועדה להחיל את האחריות הפלילית על פי החוק, גם על אותם המקרים שעמדו בפני בית המשפט, בהם ההסדר הכובל נגע לעיסוקו המשני של מנהל העסקים ולא לעיסוקו הראשי.

פרשנות זו עמדה בקנה אחד עם מטרת החוק "ללכוד" בחובו את ההסדרים הכובלים גם כאשר אין בהכרח זהות בין העסק או השירות המתנהל לבין העסק או השירות שאליו מתייחסת הכבילה. עם זאת, באותם מקרים היה **קשר** או **זיקה** בין תחום העיסוק של "מנהל העסקים" לבין תחום העיסוק שבו עסקה הכבילה והדגש היה כי אין צורך שההסדר הכובל יהיה בתחום עיסוקו **העיקרי** של "מנהל העסקים".

49. התנאי של "מנהל עסקים" אינו התנאי היחיד על פי הגדרת החוק. על מנת "להלכד" בתחום האחריות הפלילית על פי החוק נדרש **תנאי נוסף**, חשוב לא פחות, והוא כי "מנהל העסקים" יהיה "**צד**" לקשר ההסכמי בין הצדדים וכלשון החוק ל"**הסדר**" שבין הצדדים.

50. ההגדרה של המושג "**הסדר**" המופיעה בסעיף 1 לחוק כוללת בחובה מצבים שונים בהם ניתן להגיע לאותו "הסדר" הקובע את ההתנהגות המתואמת של הצדדים להסדר. עמד על כך חברי, כב' השופט דוד חשין בפסק דינו המקיף והיסודי שניתן ביום 18.12.01 בת"פ 417/97 מ"י נ. הפניקס הישראלי **חברה לביטוח בע"מ ואח' (טרם פורסם)**:

" המצפן" של דיני ההגבלים העסקיים הוא הגנה על קיומה של התחרות החופשית, ולאורה של תכלית זו עלינו לפרש את הוראות חוק ההגבלים. תכלית המבקשת להגן על התחרות חופשית, רק מחזקת את המסקנה - המתבקשת כאמור גם מעצם הגדרתו הרחבה של המונח הסדר - כי לדרך שבה הושג התיאום הכובל בין המתחרים, אין משמעות מיוחדת, ובלבד - זאת יש להדגיש - שחומר הראיות יהיה כזה שיעיד על הבנה כלשהי שמדובר בהתנהגות מתואמת, להבדיל מהתנהגות שאינה מתואמת הנעדרת פוטנציאל של פגיעה בתחרות. לפיכך, אין הכרח בהסדר היוצר יחסים משפטיים מחייבים. דיני ההגבלים אין מטרתם להגן על הוודאות המסחרית ויציבות חיי המסחר, אף לא לעודד קיום התחייבויות לצורך השגת מטרה זו. לשם כך נועדו דיני החוזים. על כן, הסכמה, סיכום, הבנה, או תיאום, המסדירים התנהגות של משתתפים בשוק תחרותי באופן שמונע או מפחית תחרות, יהוו הסדר לצורך עבירת ההסדר הכובל" (סעיף 6 לפסק הדין).

ובהמשך:

"אכן, רבות ומגוונות הן הדרכים בהן עלולים בני אדם להגיע להבנה בדבר התנהגות עסקית מתואמת. כל ניסיון למצות מראש נידון לכשלון, נוכח כוחה של המציאות. כשלון זה משמעותו עלולה להיות שהתנהגויות של מנהלי עסקים שיש בהן כדי לפגוע בקיומה של תחרות חופשית, לא תימצאנה בגדרה של הנורמה הפלילית, רק בשל כך שהדרך בה הגיעו הצדדים להסדר שפוגע בתחרות החופשית, אינה הדרך שהמחוקק חזה מראש. על כן, הגדרה גמישה של המושג "הסדר" היא הכרח בל יגונה של המציאות. הגדרה נוקשה מאפשרת למי שפגע בערך שעליו ביקש חוק ההגבלים להגן, שלא להיתפס בגדרו של החוק בגלל מאפיינים שאינם רלוונטים למידת הפגיעה באותו ערך - התחרות החופשית. בהגדרה רחבה וגמישה למונח "הסדר", הגובלת את עצמה בגבול תחתון בדמות דרישה למידה כלשהי של הבנה משותפת בקשר לתיאום, הבנה שניתן להסיקה אף מהתנהגות, יש כדי להבטיח שהדין ילכוד ברשתו את ההתנהגויות המסכנות את הערך המוגן, ולא יאבד את "הצפון" (סעיף 7 לפסק הדין, ההדגשות אינן במקור י.צ.).

51. עיננו הרואות: מדובר ב"צד" ל"הסדר" המסדיר התנהגות של **משתתפים בשוק תחרותי** המונע או מפחית את התחרות החופשית ומדובר ב"הסדר" בו הצדדים מגיעים לידי "**הבנה בדבר התנהגות עסקית מתואמת**". מה שאין כן בענייננו, בכל הנוגע לנאשם. אדרבא, הנאשם לא היה חלק מהמשתתפים הלוקחים חלק בתחרות העסקית. בענייננו, רוב ההסדרים הכובלים נכרתו **לפני** תקופת אחריותו של הנאשם והחלק הנוסף, הינם הסכמים שנחתמו על ידי החברות בקרטל, הנאשם **לא** היה צד להם, **לא** חתם עליהם **ולא** הבטיח את קיום התחייבויותיו, על פי אותו הסכם, בערבויות כספיות, כפי שעשו כל הצדדים האחרים להסכם. לא זו אף זו, הנאשם גם לא היה שותף בעל מעמד שווה לחברות בקרטל. הוא לא היה חלק מפורום מקבלי ההחלטות וגם לא היה מי שקבע את כללי המדיניות של הקרטל. נראה כי גם חוקרי הרשות **לא** סברו כי הנאשם היה "צד" להסדר הכובל. הדבר עולה בבירור מכיוון החקירה ומהשאלות ששאלו חוקרי הרשות את המעורבים האחרים בפרשה בקשר לתפקידו ומעמדו של הנאשם בקרטל. ראוי למשל להפנות לעמדת הרשות כפי שהוצגה בעניין זה בפני שלמה גלבע:

"ש. סבירסקי רק מוציא לפועל החלטות שחברות לעמותה מקבלות, הוא לא זה שממליץ על מחיר חדש. זו החלטה שיצרנים בעצמם מקבלים. זה נכון?"
(ת/13, עמ' 13).

או בחקירתו של ויסלר הוא נשאל על ידי חוקר הרשות:

"ש. אני מבין שלא סבירסקי קבע את מחיר הרזינה.
ת. סבירסקי לא קבע כאלה דברים. המפעלים החליטו וסבירסקי אחרי זה הפיץ את המסמכים.
ש. אני מבין שהיה מחיר שקבעו המפעלים, וסבירסקי הפיץ לגבי מחיר רזינה לקבלן בלעדי, לקבלן חפשי, וללקוח פרטי.
ת. כן" (ת/165, עמ' 7).

52. פרשנות טכנית לפיה כל "מנהל עסקים" הנותן שירות לקרטל מהווה צד להסדר כובל עשויה להביא לתוצאה המרחיבה את תחום האחריות הפלילית למקרים להם המחוקק לא התכוון. כך, כל אדם המנהל עסק כלשהו ומתקשר עם הסדר כובל כגון עורך דין, או יועץ כלכלי המספקים שירותי יעוץ משפטי או יעוץ כלכלי, ימצא עצמו אחראי בפלילים כ"צד" להסדר כובל. נראה כי לתוצאה מרחיבה מעין זו, ה"לכודת" בחובה את "מספקי השירותים" לקרטל, המחוקק לא התכוון.

53. החוק בניסוחו החדש, אכן ביקש **להרחיב** את מעגל האנשים שיתפסו אחראים בפלילים להסדר כובל. בעוד שבחוק הישן נדרש כי אדם יהיה "צד להסדר כובל" ובנוסף נדרש היה כי יעשה או ימנע ממעשה על פי אותו הסדר, השמיט החוק החדש את הדרישה השניה וקבע כי **די בהתקשרות עצמה של ההסדר הכובל, כדי להוות עבירה.**

אכן, במציאות הכלכלית המורכבת, במיוחד כאשר מדובר בהגבלים עסקיים החובקים חברות רבות, נוצר לעיתים הצורך לשכור את השירותים של **צד ג'** לתפקידי תיאום, ישום, יעוץ ופיקוח על ביצוע

ההסדר הכובל. אדם כזה המספק לקרטל שירותי ביצוע ואכיפה מהווה מעין "קבלן" של הקרטל. אין ספק כי לתפקיד מעין זה תרומה "חשובה" לקיומה של ההתקשרות הפלילית של הקרטל ובעיקר להמשך קיומו של הקרטל לתקופת זמן ממושכת ולאפקטיביות של הוראותיו על חברי הקרטל. עם זאת, על פי הגדרת החוק הקיים היום, נראה כי צד ג' מעין זה אינו נכלל כ"צד" להסדר הכובל. עם זאת, ראוי לזכור כי גם כך לא מדובר בתוצאה לפיה, "ספק" שירותי הקרטל יהיה פטור מכל וכל מאחריות פלילית. אדרבא, במקרים המתאימים, הוא ימצא אחראי **כמסייע** לחברות הקרטל ותוטל עליו אחריות פלילית כמסייע.

54. ב"כ התביעה הפנתה להחלטת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניינם של יצרני אריזות מקרטון גלי וביקשה ללמוד במקרה הנ"ל גזירה שווה לענייננו. אין לקבל טיעון זה והמקרים אינם דומים. באותו מקרה התקשרו הצדדים עם משווק משותף ששימש **גם** כאכפן. שם, המשווק היה **חלק מההתקשרות עצמה**. בהחלטת הממונה על ההגבלים העסקיים נאמר בעניין זה:

"לעיתים קורה, כי המשתתפים בקרטל ימנו גורם אחר, צד שלישי, לאכוף את תנאי הקרטל או לפקח על קיומם. מועמד טבעי לתפקיד זה יהיה משווק משותף, אשר ישמור על רמת מחירים אחידה ויעקוב אחרי הכמויות שכל יצרן מוכר דרכו. כל עוד היצרנים אינם עוקפים את המשווק המשותף בדרך של מכירות ישירות, הוא יוכל לשמש כאמצעי ויסות ופיקוח עבור היצרנים, מבלי שהאחרונים יידרשו לתיאום שוטף להכרת המשווק המשותף" (סעיף 14 להחלטת הממונה, ד"ר יורם טובוביץ מיום 26.12.95).

באותו עניין פעל המשווק הן ברמה ה"חיצונית", דהיינו בשוק התחרותי, והן במישור "הפנימי", דהיינו כמסדיר הפעילות הפנימית של החברות. בענייננו, פעל הנאשם במישור ה"פנימי" בלבד.

55. נראה כי בעת חקיקת החוק, לא ראה המחוקק לנגד עיניו מצב דברים שהתפתח בעיקר בשנים האחרונות, לפיו אדם שלישי, יהיה מחד, מעורב בצורה כה משמעותית בישום ובביצוע ההסדר הכובל, אך מאידך, לא יהיה "צד" להסדר הכובל עצמו. ניתן ללמוד על כך בין השאר גם מהעובדה כי המחוקק הגדיר את ההסדר הכובל כהסדר בין "בני אדם המנהלים עסקים". אדם שלישי המשמש מבצע ואכפן של ההסדר לא חייב להיות בהכרח "מנהל עסקים". אדרבא, אם מבקשים להחיל אחריות פלילית על אדם המסייע לאכוף וליישם את ההסדר הכובל, אין כל סיבה עניינית לפטור מאחריות אדם פרטי, המועסק על ידי הארגון הקרטליסטי כאכפן המקבל משכורת קבועה מחברי הקרטל. אדרבא, פרשנות מעין זו תביא לתוצאה בלתי מסתברת על פניה לפיה די יהיה בעובדה הטכנית כי לא מדובר ב"מנהל עסקים" כדי להוציא את ה"אכפן" מתחולת האחריות הפלילית, גם אם פעולותיו במהות יהיו זהות לחלוטין לאלה של הנאשם שבפנינו. נראה לי כי השאלה אם ראוי להטיל אחריות פלילית מלאה גם על מי שנותן לקרטל שירותי אכיפה ומסייע ליישום הסדר כובל, היא שאלה שראוי כי המחוקק יתייחס אליה במישורין. יש לזכור כי עניין לנו במשפט פלילי וכאשר החוק ניתן לפירושים סבירים אחדים לפי

תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם הנושא באחריות הפלילית (סעיף 34כא לחוק העונשין, תשל"ז-1977).

56. הפרשנות התכליתית של החוק, מצביעה על כך שהמחוקק ביקש להחמיר עם "בעלי עסקים" שהתקשרו בינם לבין עצמם בהסדרים הפוגעים בתחרות במשק. בעלי עסקים אלה, ברוב המקרים, הם גם בעלי האינטרסים הישירים בקיומו של ההסדר. הם הנהנים ישירים מהתועלת הכלכלית הנובעת מההסדר והם אלה המונעים במעשיהם מהציבור הרחב, את **התועלת והיתרונות שבתחרות החופשית**. החוק בנוסחו היום, אינו מאפשר להשוות בין רמת האחריות הפלילית המוטלת על מי שהוא "צד" בעל זכויות והתחייבויות על פי הסדרי הקרטל, לבין מי ששירותיו המקצועיים נשכרים על ידי הקרטל והוא ממלא תפקידים שונים בפעילות הקרטל. ההתפתחות הכלכלית והעוצמה הרבה והמסוכנת במיוחד הקיימת בקרטל החובק חברות רבות, תחייב את חברות הקרטל לעשות שימוש הולך וגובר בצד "חיצוני" לקרטל. קרטל רב מימדים והיקף מסוג זה, יתקשה לתפקד לאורך זמן וביעילות ללא העזרה של "צד חיצוני" מעין זה שישמש מפקח, אכפן ובורר בין החברות בקרטל. ראוי לזכור כי מצב דברים אופיני לקרטל הוא כי למרות ההסכם הקרטליסטי שבין החברות בקרטל, יעשו החברות בקרטל נסיונות לעקוף את אותם ההסדרים שהם עצמן קיבלו והתחייבו להם. מאפיין מיוחד זה, הינו גורם נוסף המביא את החברות בקרטל להיזקקות לגורם חיצוני - ניטרלי - שיפקח על פעילותן ויודא שההסדרים ייושמו ויבוצעו על ידי **כל** הצדדים להסדר. לפיכך נראה כי יש חשיבות לתת את הדעת לרמת האחריות הפלילית המתחייבת לסוג פעילות מעין זה, תפקיד השמור למחוקק.

57. לסיכום, עניין לנו בפרשנות של חוק פלילי ובשאלה פרשנית שיש לה השלכה ישירה על שאלת הרשעתו של אדם באחריות פלילית. הגדרת העבירה הפלילית בנוסחה היום, גם על פי פרשנות תכליתית המביאה בחשבון את מטרות החוק ויעודו, אינה מאפשרת "לכידתו" של הנאשם כצד להסדר הכובל או למצער מותירה בעניין זה ספק. לפיכך הגעתי למסקנה כי הנאשם **אינו** "צד" להסדר כובל, כמשמעותו בחוק.

58. הנאשם מבצע עיקרי או מסייע

סעיף 29 (ב) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן - חוק העונשין) מגדיר את המבצעים בצוותא:

"המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה, הם מבצעים בצוותא, ואין נפקה מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר".

סעיף 31 לחוק העונשין מגדיר את ה"מסייע":

"מי אשר לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו, או למנוע את תפיסת

המבצע, גילוי העבירה או שללה, או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה, הוא מסייע."

השאלה הדרושה הכרעה היא האם מעשי הנאשם מהווים ביצוע בצוותא או סיוע בלבד. ההבחנה בין

סיוע למבצע בצוותא מורכבת ונדונה בשורה ארוכה של פסקי דין. כב' השופט חשין עמד על כך, בע"פ

4188/93 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(1) 539, 559:

"עיון מקרוב יעלה, כי לא קל לעתים להבחין בין העברין העיקרי... לבין המסייעים בידו..., והרי הם ככלב וכזאב לפני עלות השחר... ואמנם, קשה להימנע ממסקנה כי יש 'תחום אפור' - והוא תחום שאינו צר-ממדים - בין הגדרת החייב בעבירה כ'מבצע'... לבין 'המסייע'... וההבחנה בין 'מבצע' לבין 'מסייע' אינה קלה כלל ועיקר. לא הבאנו כל דברים אלה מטעם זה: תחום אפור זה שבין 'מבצע' (עברין 'עיקרי') לבין 'מסייע' מעמיד לבית המשפט מרחב מחיה לתזוזות - מכאן לכאן ומכאן לכאן - ולעתים יש שאותו אדם עצמו יכול שיהיה גם 'מבצע' גם 'מסייע'."

59. בהבחנה בין המבצע למסייע נעזרה הפסיקה במבחני עזר שונים: מבחן השליטה הפונקציונלית, מבחן

הקירבה, מבחן הביצוע והמבחן המשולב.

פרופ' פלר בספרו **יסודות בדיני עונשין** (ירושלים, תשמ"ז-1987, כרך ב') עמד על ההבחנה בין

המבצע והמסייע:

"השותפות עשויה להיות ישירה, מקום שהיא מתבטאת בנטילת חלק בביצוע העיקרי של העבירה, והיא יכולה להיות עקיפה כאשר היא באה לידי ביטוי בשידול או בסיוע לביצוע העיקרי... צורות השותפות יכולות להיות ראשיות, והן הביצוע העיקרי והשידול... לעומת זאת, הסיוע היא צורת שותפות משנית, והמסייע אינו אלא שותף זוטרי לאירוע עברייני רב-משתתפים. המבצע העיקרי הגיע לרעיון ביצוע העבירה שלא באמצעותו של המסייע, וכל תפקידו של זה האחרון הוא לתרום לאפשרות הגשמת הצד המעשי שבעבירה, אשר המבצע העיקרי גמר בליבו לבצעו בלאו הכי" (עמ' 186-187).

בע"פ 2796/95 פלונים נ' מ"י, פ"ד נא (3) 388, תאר כב' הנשיא ברק את האלמנטים המאפיינים

את המבצע העיקרי:

"אכן, החוק רואה במבצעים בצוותא גוף אחד, הפועל באמצעות זרועות שונות. פעולתה של כל זרוע משויכת לגוף כולו, ולכל אחד ממשתתפיו... ביצוע בצוותא מחייב תכנון משותף. הוא מבוסס על חלוקת עבודה בין המבצעים. ביצוע בצוותא אינו מבוסס בהכרח על אחדות המקום והזמן..." (עמ' 402-403).

ובהמשך:

"המאפיין את המבצע בצוותא שהוא אדון לפעילות העבריינית. בידיו השליטה הפונקציונלית - מהותית, יחד עם המבצעים בצוותא האחרים. על העשייה העבריינית. הוא חלק מהחלטה משותפת לביצוע עבירה. הוא חלק מהתוכנית הכוללת להגשמת הפעולה העבריינית האסורה. הוא פועל עם המבצעים בצוותא האחרים, כך שכל אחד מהם שולט - יחד עם האחרים - על הפעילות כולה. מעמדו ביחס להחלטה לביצוע העבירה הוא של איש "פנים" תרומתו היא "פנימית". חלקו הוא מהותי להגשמת התכנית המשותפת" (עמ' 403).

את דמותו של ה"מסייע" תאר כב' הנשיא ברק בע"פ 4389/93, 4497/93 **מרדכי ועבודי נ' מדינת**

ישראל, פ"ד נ(3) 239, 251:

"המסייע - בדומה למשדל - הוא שותף עקיף ומשני. הוא מסייע ביצירת התנאים לביצוע העבירה על-ידי העבריין העיקרי (או העבריינים העיקריים המבצעים בצוותא) (סעיף 31 לחוק העונשין). תרומתו של המסייע היא חיצונית. אין הוא חלק פנימי של המשימה העבריינית עצמה. אין הוא היוזם, אין הוא המחליט על הביצוע ואין הוא שולט על הביצוע. אין הוא אדון לביצוע. הוא מבצע מעשי עזר הנפרדים מביצוע העבירה על-ידי העבריין העיקרי, ושיש בהם "כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח אותו".

60. עבירה של "צד להסדר כובל" הינה עבירה מסוג **"סטטוס"** שבה חל איסור על הימצאות של אדם במצב מסוים. מדובר במצב דברים בו ההגעה אל אותו "מצב" היתה בשליטת הנאשם, והענישה הפלילית מוטלת על כך שהביא עצמו לאותו "מצב". (ש"ז פלר, **יסודות בדיני עונשין**, כרך א', בעמ' 394). בעבירה מסוג סטטוס, בה הסנקציה הפלילית מוטלת נוכח העובדה שההגעה למצב העבריני היתה בשליטת הנאשם, יש למבחן השליטה הפונקציונלית חשיבות ומשקל מיוחדים.

מן הכלל אל הפרט

61. בענייננו, לא הוכח כי הנאשם היה "אדון" הפעילות העבריינית או שהיתה לו השליטה המרכזית על העשייה העבריינית. לנאשם לא היה חלק בהתקשרות הראשונית של הסכמי הקרטל. לא היה לו חלק בקביעת מדיניות הקרטל והוא גם לא היה חלק מתהליך קבלת ההחלטות בקרטל. זאת ועוד, הנאשם גם לא היה מי שיזם את ביצוע העבירה. לפיכך, על פי מבחן השליטה הפונקציונלית, לא ניתן לומר כי הנאשם הינו מבצע בצוותא.

62. גם אם נבחן את תרומת הנאשם, על פי **המבחן המשולב** נגיע לאותה תוצאה. המבחן המשולב, כפי שאומץ בפסיקה, משלב בין המישור העובדתי שביטוי באיכות התרומה הפיזית של עושה העבירה, לבין המישור הנפשי שביטוי ביחס החפצי לעבירה. בין שאר המרכיבים של היסוד הנפשי נבחנים מידת קירבתו של המשתתף למעגל המבצעים ויכולתו להשפיע על הביצוע (דנ"פ 1294/96 **משולם ואח' נ' מ"י**, פ"ד נב(5) 1, בעמ' 20) מבחינת התרומה לעבירה, תרומתו של המבצע היא תרומה "פנימית", בעוד שתרומת המסייע היא תרומה "חיצונית". בנוסף, תרומתו של המבצע היא תרומה מהותית להגשמת התכנית המשותפת.

63. בענייננו, אף שמעשיו של הנאשם סייעו במידה רבה בביצוע התוכנית הכוללת של ההסדר הכובל, אין לומר כי ללא מעשיו לא היתה מתבצעת העבירה או שהעבירה היתה שונה באופן מהותי. העבירה של "צד להסדר כובל" מתגבשת עם ההתקשרות ולכן אף אם יישום ההתקשרות היה שונה, אלמלא תרומת הנאשם, אין לומר כי העבירה עצמה היתה שונה. גם מבחינת יכולת ההשפעה של הנאשם על

ביצוע העבירה לא היתה לנאשם היכולת להשפיע על עצם ההתקשרות האסורה, שכן הוא לא היה חלק ממקבלי ההחלטות או מקובעי המדיניות בקרטל.

64. גם אם נבחן את תרומתו של הנאשם על בסיס הבחינה הערכית המכונה בפי כב' השופט חשין "מבחן העונש" (ע"פ 2796/95 הנ"ל בעמ' 411), נגיע לאותה תוצאה. בענייננו, לא ניתן לומר כי מעמדו של הנאשם זהה למעמדם של החברות היצרניות. החברות היו אלה שיזמו את הקרטל והתקשרו בהסדרים להגבלת התחרות במשק בתחום שיווק המרצפות. החברות היו אלה שהחליטו על הקמת הקרטל, הם קבעו את מדיניות הקרטל, הם מכרו בפועל במחירים אחידים והם אלה שחילקו ביניהם את השוק תוך הטלת מגבלות על עצמם. לנאשם אמנם היה חלק ביישום ובאכיפת אותן הגבלות, אך בכך הוא לא הפך עצמו "צד" לאותן הגבלות. מעשי העבירה שביצעו החברות התבטאו בהסכמה אליה הגיעו להתקשרות הכובלת. ללא החברות לא היתה מתבצעת כל עבירה, בעוד שללא פעילותו של הנאשם, עבירת ההתקשרות הכובלת היתה מתבצעת, גם אם בצורה שונה, יעילה ומשוכללת פחות.

65. לאור האמור לעיל, יש לקבל את הודאת הנאשם כי הוא היה **מסייע** לביצוע העבירות של **"צד להסדר כובל"**. מעמדו כמסייע מתיישב היטב בין אם נבחן את תרומתו ומעשיו לפי מבחן השליטה הפונקציונלית, בין לפי המבחן המשולב ובין לפי המבחן הערכי-מוסרי.

אכן, כפי שעולה מהראיות בפני, הסיוע שנתן הנאשם היה סיוע מהותי ובעל משמעות רבה לפעילותו של הקרטל. לולא הסיוע של הנאשם, סביר להניח כי ההסדרים הכובלים לא היו מחזיקים מעמד שנים כה רבות כפי שהיה במקרה זה. עם זאת אין בעובדה זו כדי לשנות את מעמדו המשפטי של הנאשם, כמסייע בלבד.

66. תמיכה למסקנה זו ניתן למצוא גם בפסק דין בת"פ 483/97 **מדינת ישראל נ' א.ה. יועץ כלכלי בע"מ ואח'** (הכרעת דין מיום 11.3.98). שם הואשם יועץ כלכלי לקרטל **בסיוע** לעשיית הסדרים כובלים. באותו מקרה הנאשם הפיק דוחות משותפים וריכז את המידע על כמויות המכירה של כל אחת מהחברות. בנוסף הוא חישב את מנגנון הקנס/פרס וסייע בהוצאת ההסדר אל הפועל, תוך שהוא נפגש אישית עם מנהלי החברות, נוכח בישיבות ומאמת את נתוני ההסדר. כטענת ב"כ התביעה, גם שם - **"הוא נטל חלק קבוע ופעיל בפעולות הקרטל"**, בעבירות שנמשכו משך מספר שנים והקיפו נתח שוק רחב. כאמור, באותו מקרה **הואשם והורשע היועץ כלכלי בסיוע בלבד**. לטענת התביעה בענייננו מעורבותו של הנאשם גבוהה הרבה יותר. לטענתה, אם היועץ בת"פ 483/97 היה מועמד לדין היום, ניתן להניח כי היה מואשם בביצוע עבירות של **"צד להסדר כובל"** מאחר ומדיניות האכיפה החמירה עם השנים. גם אם מדיניות האכיפה בה נוקטת התביעה, החמירה עם השנים, ראוי לציין כי בענייננו מדובר בעבירות שבוצעו בתקופה שחלקה זהה לתקופה בה בוצעו העבירות בהן הורשעו

הנאשמים בת"פ 483/97. אכן, ניתן לומר כי מעשיו ותרומתו של הנאשם בפני מקיפים ומשמעותיים יותר מהמעשים המתוארים בת"פ 483/97 הנ"ל. אולם שאלת מידת החומרה היא עניין לרמת הענישה. בשאלת ההרשעה, העיקר הוא שבמהותם של דברים, מדובר בביצוע תפקידים דומים ונוכח המבחנים שנקבעו בפסיקה, המסקנה המתבקשת הינה כי יש לראות בנאשם **מסייע ל"צד להסדר כובל"**.

התיישנות

67. העבירה של "צד להסדר כובל" היא עבירת "סטטוס" הנמשכת כל עוד ה"סטטוס" עומד בעינו. נוכח אופיה של עבירה זו והעובדה שעל פי החוק החדש אין צורך בעשיית מעשה ליישום ההסדר הכובל, תקופת ההתיישנות תחל רק עם סיום הסטטוס. בענייננו נקבע כי הנאשם לא היה צד להסדר הכובל ואחריותו הפלילית היא של מסייע בלבד. מעשה הסיוע אינו מהווה עבירה נמשכת. כדי לסווג עבירה כעבירה נמשכת, יש לבחון את ההגדרה הנורמטיבית של העבירה ואין להסתפק בבחינת היסוד ההתנהגותי כפי שבוצע בפועל. קובע בעניין זה פרופ' פלר:

"שאלת התשתית לסווג עבירה ספציפית בעבירות הנמשכות. תשובתנו לשאלה זו... מצויה בטבעו של הרכיב ההתנהגותי כתיאורו בהגדרה הנורמטיבית של העבירה. אם ההתנהגות שבה הוא מתבטא טעונה התמדה מסוימת בה, לשם גיבוש מושגי, ומהותה מאפשרת, עקב כך, גם התמדה נוספת בה, תיאורטית ללא הגבלה בזמן קבועה מראש, העבירה משתייכת, מטבע דברים זה, לסוג העבירות הנמשכות" (ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין, כרך ג', ירושלים, תשנ"ב-1992, בעמ' 192-193).

עבירת הסיוע עשויה להתבטא במעשה רגעי או בפעולה נמשכת. אולם מאחר ויש לבחון את ההגדרה הנורמטיבית של הסיוע, אין לומר כי מעצם הגדרה זו נדרשת התמדה כלשהי בהתנהגות. ניתן להעלות על הדעת מצבים בהם גם סיוע לעבירה נמשכת כגון לעבירה של "צד להסדר כובל", יתבטא באופן מעשי ב"מעשה רגעי" בלבד. לפיכך אין לומר כי הצירוף של עבירת הסיוע והעבירה הנמשכת של "צד להסדר כובל" הופך את עבירת הסיוע לעבירה נמשכת בעצמה. לפיכך החלטתי לקבל את טענת ההתיישנות שהעלה ב"כ הנאשם ולהרשיע את הנאשם בביצוע שש עבירות סיוע ל"צד להסדר כובל" (עבירה לפי סעיף 47(א)(1) לחוק בצירוף סעיף 31 לחוק העונשין) לתקופה שלאחר 14.1.92.

ניתנה בפומבי היום 6.2.02, בנוכחות ב"כ התביעה, עו"ד מ. מצקביץ', ב"כ הנאשם, עו"ד מ. קירש והנאשם.