

א

תיק פלילי 287 / 98

מדינת ישראל

נגד

ב

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

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

3. יצחק איזו אהרון (משפטו הסתיים בנפרד)

4. אלי אהרון (הוצאה מכתב-האישום)

ג

5. אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ

6. אברהם הרשום

7. שי אופיר

ד

בבית-המשפט המחוזי בירושלים

[10.6.2003]

לפני השופטת מ' מזרחי

ה

נגד הנאשמים הוגש כתב-אישום בגין חלוקת שוק ותיאום מכרזים בתחום אחזקת רמזורים, בניגוד לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (להלן – החוק). משפטם של חלק מהנאשמים בתיק הסתיים, והכרעת-הדין עוסקת בנאשמים 5-7. בכתב-האישום נטען כי הנאשמות 1 ו-2 (להלן – מנורה) והנאשמת 5 שיתפו פעולה באמצעות מנהליהן כדי להביא לחלוקת השוק ביניהן, באופן שמנורה תיתן שירותי אחזקת רמזורים בחיפה והנאשמת 5 בירושלים, זאת תוך תיאום הגשת הצעות למכרזים שהוצאו על-ידי העיריות (להלן – מכרז חיפה ומכרז ירושלים). ההסכם גובש בשטר בוררין שהובא לפני בורר מוסכם, הנאשם 7. פסק הבורר עיגן את ההסכמים בין הצדדים, וקבע, בין היתר, כי הנאשמת 5 לא תחתום על הסכם אחזקת רמזורים עם עיריית חיפה במסגרת מכרזים שיפורסמו על-ידי העירייה וכי בצמתים שמתוחזקים על-ידי מנורה בירושלים תאפשר מנורה לנאשמת 5 להפעילם כקבלן משנה, במסגרת החוזה שהיה קיים בינה לבין עיריית ירושלים. המאשימה טוענת כי מדובר בהסדר כובל אסור ולכן מייחסת לנאשמת 5 ומנהלה, הנאשם 6, עבירה לפי סעיף 147(1) לחוק, ולנאשם 7 עבירת סיוע לביצוע עבירה זו. הנאשמים 5 ו-6 טוענים כי לא מתקיימים היסודות הדרושים לקיום הסדר כובל, בין היתר משום שבהסכם הבוררות קיבלה על עצמה הנאשמת 5 אך ורק להימנע מלנקוט אמצעים משפטיים כדי לסכל התקשרות בין מנורה לעיריית חיפה, כאשר צפויה הייתה מראש זכיית מנורה באותו מכרז.

ז

בית המשפט המחוזי פסק:

- א. (1) בהעברת צמתים לנאשמת 5 על דרך קבלנות משנה מדובר במצב בו המחיר לביצוע העבודות כבר נקבע קודם לכן בהסכם שנקשר בין מנורה לעיריית ירושלים. במסגרת ההעברה לא היה בידי הנאשמת 5 להעמיד מול העירייה מחיר אחר, ולכן ההעברה נטולת השלכה על מחירי ההתקשרות. בהעברה כזו גם אין משום "חלוקת שוק". אכן, תוצאתה בפועל היא "יציאה" של מנורה כמבצעת העבודה מהצמתים שהחזיקה קודם בירושלים, ואולם מאחר שדובר על צמתים ספציפיים – אותם צמתים שמנורה החזיקה בגדר ההסכם שנקשר בינה לבין העירייה – מדובר בהתקשרות מקובלת שאין בה משום "כבילה", כמשמעותה בחוק (279ב – ג).
- ב. (2) "הכבילה" המצויה בהסכם כזה – ההתחייבות שמבצעת העבודה תהא הנאשמת 5 ולא מנורה – אינה חורגת מזו הקיימת בכל עיסקה שעניינה העברת עבודה מסוימת בקבלנות משנה. הגבלה מעין זו יש בכל הסכם לביצוע עבודה שבו נוטל על עצמו צד אחד חיוב לבצע אותה עבודה, ואין בה כדי להכניס את ההסכם לגדר "הסדר כובל". על-כן, נושא העברת הצמתים בירושלים אינו נתפס על-ידי הוראת סעיף 2 לחוק (279ד – ה).
- ג. (1) בהגנה על הערך המוגן על-ידי החוק אינה מחייבת המשכת מאבק משפטי על-ידי הגוף שמלחמתו על התחרות נכשלה, כאשר מוציא המכרז אינו מעוניין למעשה בקבלת הצעות מתחרות, והוא עצמו מעניק את כוח השוק לגורם שעמו בחר מראש להתקשר. רציונל ההגנה על התחרות אינו מתקיים במקרה כזה (281 – 282ג).
- ד. (2) במקרה דנן, לנאשמת 5 לא הייתה יכולת אמיתית להתקשר בחוזה עם עיריית חיפה מכוח המכרז. הצרכים המיוחדים של עיריית חיפה עשו את העיר חיפה לשוק חסום למעשה בפני הנאשמת 5. היות שאין לייחס להסכם השפעה של ממש על התחרות, הוא אינו נכנס לגדרו של סעיף 2(א) לחוק, שהמבחן הקבוע בו הוא "פונקציונלי", ועוסק בהשפעה של ההסדר על התחרות (282ד – ו, 287ב).
- ה. (3) לעומת זאת, ההסכם, בכל הנוגע להתחייבות הנאשמת 5 לגבי ההתקשרות עם עיריית חיפה, נכנס לגדר סעיף 2(ב)(3) לחוק, לפיו יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת ל"חלוקת השוק". זאת גם אם ההסכם מתייחס, בעיקרו של דבר, להפסקת הלוחמה המשפטית בין מנורה לנאשמת 5. לשון שטר הבוררין עוסקת בעצם ההתקשרות עם עיריית חיפה, ולא בנקיטת אמצעים משפטיים דווקא. לאור לשון ברורה זו, מתבקשת המסקנה שהצדדים התייחסו בו גם למטרה הסופית של ההסכם ביניהם, והיא מניעת התקשרות בין עיריית חיפה והנאשמת 5 בעתיד, גם אם לא היה צורך בהתחייבות כזו לעניין מכרז חיפה או למכרז שהיה בא במקומו (287ג – ה).
- ו. (4) כמו כן, סעיף 2(ב) לחוק אינו כולל כאחד מיסודותיו פגיעה בפועל בתחרות. יש אפוא לראות את ההסדר היונק מיסודותיו משטר הבוררין ומפסק הבורר כהסדר הפוגע בתחרות מכוח חזקה חלוטה שבחוק (288ב).
- ז. (5) עם זאת, חל במקרה דנן סייג זוטרי הדברים, המעוגן, בכל הנוגע לדין הפלילי, בסעיף 34 לחוק העונשין, תשל"ז-1997, זאת משום שטיב המעשה הוא קל ערך באספקלריה של תנאי הסייג. הקביעה שהאינטרס הציבורי לא נפגע – מאחר שהתחרות לא נפגעה – היא המכריעה בביסוס תחולתו של הסייג. אינטרס זה לא נפגע מאחר

- שהציבור – המיוצג על-ידי העירייה – לא חפץ בתחרות, בשל העדפת שיקולים חשובים כשלעצמם, והם שיקולי בטיחות. לכן, גם אילו הגישה הנאשמת 5 הצעה במכרז חיפה – לא היה בכך כדי להביא למימוש תכלית המכרז (ג288, ג290 – ג291).
- אין מניעה להחיל על ההסדר הנדון את סייג זוטי הדברים. אין בכך שההסדר נכנס לגדרו של סעיף 2(ב) לחוק כדי למנוע הכרה בהגנה הפלילית כאשר מתחוויר שמהיבט מניעת הפגיעה בערך עליו מגן החוק – תחרות – לא נחוצה למעשה הטבעת "אות קין" של הרשעה. מניעת הגנה כזו – במקרים בהם החזקה החלוטה אינה הולמת את המציאות – יש בה כדי לפגוע שלא לצורך במי שמעשיהם אינם עוברים את סף ה"אנטי חברתיות" המינימלי, ובכך היא פוגעת בכלל המידתיות העולה מתוך-יסוד: **כבוד האדם וחירותו** (291 – 292א).
- כמו כן, העובדה שהחוק הכיר בכך שלחלק מההסדרים הכובלים השפעה זניחה על התחרות, ואיפשר גביהם קבלת פטור מרישום ומאישור מראש, אינה מונעת את ההכרה בהגנת זוטי הדברים בגדרן של עבירות על-פי החוק. אין מקום לייחד לתחום ההגבלים העסקיים דין בהקשר זה, ולמנוע החלת ההגנה בשל העובדה שהחוק מעמיד אפשרות קבלת פטור מראש במצבים דומים (292ב, 294א – ב).
- עם זאת, יש מקום להכיר גם בכך שבמכלול השיקולים – לעניין תחולת הסייג במישור הפלילי – ניתן להביא בחשבון את העובדה שהיה בידי נאשם לקבל פטור במועד, תוך פנייה לממונה על ההגבלים העסקיים. ואולם שיקול אחרון זה, במקרה דנן, נדחה מפני השיקולים המצדיקים לגביו את תחולת הסייג (294ג – ד).
- ג. (1) היות שעומדת לנאשמים 5 ו-6 הגנת זוטי דברים, מתבקשת מסקנה זהה לגבי הנאשם 7. מסקנה כזו מתחייבת מעצם זיכוי הנאשמים האחרים, וזאת מן הטעם שמיוחסת לנאשם 7 עבירת סיוע (296ב – ג).
- (2) אף אם לא היה מקום לזכות את הנאשמים 5 ו-6 מהעבירות שיוחסו להם בשל סייג זוטי דברים, היה מקום להחיל לגבי הנאשם 7 את הסייג, לאור חלקו השולי במעשה העבירה. תרומתו לעשייתו קטנה: הוא לא הגה את רעיון ההסדר, וגם לא קבע את תוכן שטר הבוררין. הוא ראה תפקידו כפוסק רכיבי הפיצוי במגמה לסיים את הסכסוך העסקי שבין הצדדים לשטר הבוררות. לא היה לו עניין אישי כלשהו בקיום ההסכם, ואף לא בעצם קיום הבוררות. הוא אף לא קיבל שכר בשל סיועו (296ה).
- ד. (1) חסינות הרשות השופטת, הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין, עומדת גם לבורר, היות שהפונקציה שממלא הבורר דומה ביסודה לפונקציה שממלא השופט, ובשל חשיבותה הציבורית. הכרה בהגנה כזו מעודדת את מוסד הבוררות, שהוא רצוי מהבחינה הציבורית. החסינות ניתנת בגדר התפקיד בלבד, ומצבים שבהם מדובר בפגיעה גדולה בערכים המוגנים בדין הפלילי יצאו, מטבע העניין, מתחום ההגנה, ואפשר גם שייכנסו לגדר סעיפי העבירות המיוחדים לעובד ציבור. לכן, החשש מפני הפגיעה בתקנת הציבור אינו גדול יותר מזה הקיים בגדר ההגנה לשופטים ממש (1305 – 306א).
- (2) במקרה דנן, הנאשם 7 פעל כבורר לכל דבר ועניין. ההליך שנוהל לפניו נשא אופי של הליך שיפוטי. הוא פעל מבלי שקיבל תמורה, ועשה כן ללא משוא פנים, כגורם אובייקטיבי שקיבל על עצמו להכריע במחלוקת מסחרית כספית. תפקידו לא היה שונה במהותו מתפקיד של שופט, הסומך ידו, לעתים מבלי משים, על הסכם שיש בו

רכיב בלתי חוקי. שופט היה נהנה, במקרה מעין זה, מהחסינות הקבועה בחוק העונשין. בנסיבות העניין, אין מקום למנוע חסינות מעין זו מבורר (א306 – ב).

א

חוקי יסוד שאוזכרו:

– חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

חקיקה ראשית שאוזכרה:

ב

– חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, סעיפים 2, (א)2, (ב)2, (ב)3, 4, 14, 14(א), 15(א), 47(1).

– חוק העונשין, תשל"ז-1977, סעיפים 23, 31, 34, 34יז, 34יט, 34כ, 34כא, 34כד (המונחים "הליך שיפוטי", "עובד ציבור"), 117, 117א, 284, 285, 290, 390, 421, פרק ו'.

ג

– חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, סעיף 184.

– חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ד-1994.

– פקודת החוק הפלילי, 1936, סעיף 16.

– חוק הבוררות, תשכ"ח-1968, סעיף 14.

ד

– פקודת הנויקין [נוסח חדש], סעיף 8.

חקיקת משנה שאוזכרה:

– תקנות העיריות (מכרזים), תשמ"ח-1987, תקנה 3(4).

ה

– כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), תשס"א-2001.

הצעות חוק שאוזכרו:

– הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב-1992.

ו

פסקי-דין של בית-המשפט העליון שאוזכרו:

[1] בג"ץ 4672/90 אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ נ' עיריית חיפה, פ"ד מו(3) 267.

[2] דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56.

ז

[3] ע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' משרד הביטחון, מינהל ההרכשה והייצור, פ"ד נב(3) 145.

[4] ע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913.

- [5] [ע"א 6585/95 מ.ג.ע.ר. מרכז גביה ממוחשבת בע"מ נ' עיריית נשר, פ"ד נ\(4\)](#) 206.
- [6] [ע"א 3700/98 א.מ. חניות \(ירושלים\) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד נ\(2\)](#) 590.
- [7] [ע"פ 2929/02 מדינת ישראל נ' סבירסקי, פ"ד נ\(3\) 135](#).
- [8] [ע"פ 348/80 מדינת ישראל נ' בן ברוך, פ"ד לה\(1\) 589](#).
- [9] [ע"פ 1100/93 סובאח נ' מדינת ישראל, פ"ד מז\(3\) 635](#).
- [10] [ע"פ 4351/00 מדינת ישראל נ' אבו-אלהווא, פ"ד נה\(3\) 327](#).
- [11] [ע"פ 320/99 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נה\(3\) 22](#).
- [12] [ע"פ 807/99 מדינת ישראל נ' עזיזיאן, פ"ד נג\(5\) 747](#).
- [13] [ע"פ 4317/97 פוליאקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג\(1\) 289](#).
- [14] [ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ\(2\) 221](#).
- [15] [רע"א 6999/96 מכשירנות חדרה בע"מ נ' רויכמן, פ"ד נב\(2\) 752](#).

א

ב

ג

פסקי-דין של בתי-המשפט המחוזיים שאוזכרו:

- [16] ה"פ (חי') 546/92 (לא פורסם).
- [17] ה"פ (חי') 680/92 (לא פורסם).
- [18] [ע"פ \(ת"א\) 1720/95](#) מדינת ישראל נ' יוסף (לא פורסם).
- [19] [ע"פ \(חי'\) 2094/01](#) מדינת ישראל נ' פלונית (לא פורסם).
- [20] ת"א (י-ם) 396/87 קיסין נ' פטרולגז חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ, ההגבלים העסקיים – החלטות הממונה על ההגבלים העסקיים (כרך ב, תשנ"ו) 245.
- [21] ה"ע (י-ם) 2/97 מזרחי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (לא פורסם).
- [22] [ת"פ \(י-ם\) 366/99](#) מדינת ישראל נ' סבירסקי (לא פורסם).
- [23] [ה"פ \(ת"א\) 690/01](#) יורוקום שיווק (1986) בע"מ נ' אדיוסופט בע"מ (לא פורסם).

ד

ה

ו

פסקי-דין אמריקניים שאוזכרו:

- [24] *United States v. MMR Corp. (LA) 907 F. 2d 489 (1990)*.
- [25] *United States v. Reicher 983 F. 2d 168 (1992)*.
- [26] *United States v. Sargant Electric Co. 785 F. 2d 1123 (1986)*.
- [27] *United States v. Ashland Warren Inc. 537 F. Supp. 433 (1982)*.
- [28] *Fortner Enter Inc. v. United States Steel Corp. 394 U.S. 495 (1969)*.

ז

ספרים ישראליים שאוזכרו:

- א [29] ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (כרך ב, תשמ"ז).  
[30] י' קדמי על הדין בפלילים (כרך א, עדכון והשלמה, 1996).  
[31] ד' אבניאלי חסינות אנשי ציבור (2001).  
[32] ס' אוטולנגי בורות – דין ונוהל (מהדורה 3, תשנ"א).

ב מאמרים ישראליים שאוזכרו:

- [33] מ' מזרחי "מיזם משותף כהסדר כובל" משפטים כג (תשנ"ד) 213.  
[34] ד' פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה (תשמ"ד) 155.  
ג [35] מ' גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק) מקדמי וחלק כללי", התשנ"ב-1992 "משפטים כד (תשנ"ד-תשנ"ה) 9.  
[36] א' מגן "זוטי דברים" – אך לאו מילתא זותרתא" הפרקליט מג (תשנ"ז) 38.  
[37] ש"ז פלר "טעות במצב דברים" מחקרי משפט יב (תשנ"ה-תשנ"ו) 5.

ד מאמרים זרים שאוזכרו:

- [38] D.R. Nolan, R.I. Abrams "Arbitral Immunity" 11 *Indus. Rel. L. J.* (1989) 228.  
[39] C.L. Sabin "The Adjudicatory Boat Without a Keel: Private Arbitration and the need for public oversight of arbitrators" 87 *Iowa L. Rev.* (2002) 1337.  
ה

תביעה לפי חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 וחוק העונשין, תשל"ז-1977. הנאשמים זוכו.

אורית פרקש־הכהן – בשם המאשימה;  
דן שינמן, נילי רוטלוי – בשם הנאשמים 5-6;  
אביגדור קלגסבלד, שרון קליינמן – בשם הנאשם 7.

ז הכרעת־דין

השופטת מ' מזרחי

פסק־דין מחוזיים, כרך תשס"ג, חלק ראשון, תשס"ג-2003 250

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

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

האישום

א

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

ב

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

ג

ד

2. העובדות המפורטות בכתב-האישום הן, בעיקרו של דבר, עובדות אלו: בתקופה שבין 1992-1996, החברות מנורה ואריאל שיתפו פעולה באמצעות מנהליהן כדי להביא לחלוקת השוק ביניהן, באופן שמנורה תיתן שירותי אחזקת רמזורים בחיפה ואריאל בירושלים, זאת תוך תיאום הגשת הצעות למכרז 26/92, שהוצא על-ידי עיריית חיפה (להלן – מכרז חיפה). ההסכם גובש בשטר בוררין שהובא לפני בורר מוסכם, הוא הנאשם 7. הבורר שמע את הצדדים ביום 25.10.1992, וביום 15.6.1993 הוציא מתחת ידיו פסק בורר. בפסק הבורר עוגנה חלוקת השוק האמורה.

ה

ו

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

ז

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

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

רקע עובדתי

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

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



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

א

חברת אריאל – ועמה מתחרים אחרים כגון סינגלור – הפנתה משאבים רבים כדי לסכל את ניסיונות העירייה להשיג פטור מעריכת מכרזים (פרוטוקול מיום 5.9.2001, עמ' 40). בכלל זה ננקטו הליכים משפטיים שונים שהמעורבים בהם היו אריאל, מנורה ועיריית חיפה (ראו פרוטוקול שם, והמסמכים הרלוונטיים במסגרת הקלסר ת/37). בכלל אותן התדיינויות יצוינו [בג"ץ 4672/90](#) אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ נ' עיריית חיפה (להלן – פרשת אריאל הנדסת חשמל [1]); ה"פ (חי') 546/92 [16]; ה"פ (חי') 680/92 [17], ת/37. אריאל פנתה גם לגופים ממשלתיים שונים: לשר הפנים, למבקר המדינה, לנציב תלונות הציבור, למנכ"ל משטרת ישראל (שם). בסופו של מסע משפטי ארוך, קיבל בית-המשפט הגבוה לצדק את עתירותיהן המאוחדות של אריאל וסינגלור וביטל את החלטת העירייה לפעול בפטור ממכרז (פרשת אריאל הנדסת חשמל [1]). בתגובה חידשה מנורה את עתירתה הראשונה כנגד עיריית חיפה במטרה למנוע מהעירייה שוב מלצאת במכרז (ה"פ (חי') 546/92 הנ"ל [16], ת/37). אריאל הגיבה בפניות נוספות לערכאות (האחרונה שבהן ה"פ (חי') 680/92 הנ"ל [17], ראו ת/37), ובסופו של דבר יצאה עיריית חיפה במכרז 26/92, מכרז להחזקת רמזורים, הוא מכרז חיפה. באת-כוח המאשימה כותבת לעניין זה בסיכומיה: "מלחמתה של אריאל למימוש זכותה להתחרות בעיר חיפה נשאה פרי", וזאת לאחר שאריאל "השקיעה משך כעשר שנים משאבים בלתי מוגבלים כדי שיערך מכרז חדש שיחזיר לידיה את חיפה".

ב

ג

ד

ה

7. ביום 25.10.1992, יומיים לפני תום המועד להגשת ההצעות למכרז חיפה (שנקבע ליום 27.10.1992), הושג בין מנורה לבין אריאל הסכם בוררות. קדמו להשגתו מגעים בין הניצים, שנתמכו על-ידי מאמציו של אדורם, בעליה של חברת ר.ס., למנוע את הימשכות המלחמה ביניהם. אדורם העיד כי מלחמת המחירים הביאה לכך שבאזורים מסוימים המחירים בענף כולו ירדו לרמה בלתי סבירה, והגיעו ל"שקל לפנס". בשל כך, לדבריו, הציע למנורה ולאריאל בהזדמנויות שונות "להגיע למנוחה ולנחלה משום שמשקל לפנס רמזור אף אחד לא יכול הרבה להרוויח" (פרוטוקול מיום 7.12.1999, עמ' 72).

ו

ז

8. הנאשם 7, שי אופיר, קיבל על עצמו להיות בורר בין שתי החברות ללא כל תמורה. מחומר הראיות עלה כי אין זו הבוררות היחידה בה שימש בורר. בשל מוניטין

שרכש בין אנשי עסקים, פנו אליו גם אחרים לקבלת סיוע דומה, תוך שמכו על שיקול-דעתו ויושרו.

א

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

ט

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

ה

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

ו

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

ז

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

א

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

ב

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

סעיף 13 לשטר עסק אפוא בהתחייבות אריאל להימנע מלהתקשר עם עיריית חיפה ובמתן ערבות בנקאית להבטחת התחייבות זו. בשטר גם נכתב, בסעיף 14 (הנקשר כאמור על-ידי המאשימה למסירת ירושלים לאריאל), כי הצדדים מפקידים במעמד חתימת השטר מסמכים "לרבות מכתבים המודיעים לרשויות שונות על העברת עבודות שונות מאת מנורה איזו אהרון לידי אריאל ו/או לידי וימאזור", וכן "מכתבים המבקשים מרשויות שונות לשחרר את מנורה איזו אהרון מביצוע עבודות על-פי הסכמים שנערכו בין מנורה איזו אהרון לבין אותן רשויות (להלן – 'מכתבי הביטול')". סעיף 15 לשטר הבוררין מתייחס לערבות בנקאית אוטונומית ובלתי מותנית שתופקד על-ידי מנורה. ערבות זו מלכתחילה אמורה הייתה להינתן למשך 12 חודשים, כאשר צוין שתוקפה יוארך מעת לעת "עד לגמר כל התחייבויות קבוצת מנורה" על-פי שטר הבוררין, וכן עד ל"גמר מילוי כל התחייבויות קבוצת מנורה כלפי אריאל ו/או הרשלום לפי פסק-דינו של הבורר". הערבות אמורה להיות מוחזרת על-פי החלטת הבורר כאשר תנוה דעתו שקבוצת מנורה קיימה את כל התחייבויותיה כאמור. בסעיף 16 לשטר הבוררין נכתב כי ההסכם יכנס לתוקפו "לאחר שמי מקבוצת מנורה יקבל את אישור ראש העיר לזכייתה במכרז 26/92 או שייחתם החוזה בגין המכרז כאמור".

ג

ד

ה

ו

10. הנאשם 7 חתם גם הוא על שטר הבוררין. ברם, חומר הראיות מלמד כי לא זו בלבד שהוא לא ניסח את השטר, אלא שהוא גם לא היה מעורב במשא ומתן שקדם להכנתו. עיקר הסכסוך הוצג לפניו בפנייה טלפונית, כמה ימים לפני ישיבת הבוררין. הצדדים לשטר הבוררין נזקקו לו, למעשה, אך ורק בנושאים שהובאו להכרעתו, כפי שפורט בשטר – דהיינו, קביעת דרך הפיצוי שתסיים את הסכסוך המתמשך – ולא נועצו בו לגבי תוכנו. לשון אחר – להסכמות בדבר תוכן השטר הגיעו הצדדים לשטר קודם שהביאו את העניין לפניו. כהגדרת איזו אהרון: "מה שנשאר בינינו בעצם נשאר לקבוע

ז

רק את הסכום" (פרוטוקול מיום 8.11.2000, עמ' 13, וראו גם דברי הרשום בפרוטוקול מיום 10.9.2001, עמ' 20).

א

11. במהלך ישיבת הבוררות השמיעו הצדדים לפני הנאשם 7 את טענותיהם. הנאשם 6 העיד כי בישיבה זו הסבירו הצדדים לבורר במה מדובר (פרוטוקול מיום 10.9.2001, עמ' 66). על-פי עדות אמנון אדורם, בעליה של חברת ר.ס. – שהגיע אל הנאשם 7 באותו יום לצורך ישיבת בוררות אחרת ושמע חלק מהדברים שנאמרו בישיבה בה עסקינן – הישיבה נמשכה "מעל שעה לבטח" וכמהלכה "שני בעלי הדין דיברו, רבו ביניהם" (פרוטוקול מיום 7.12.1999, עמ' 87).

ב

מפרוטוקול ישיבת הבוררות (נ/46) עולה כי הנאשם 6, הרשום, טען אז שאריאל זכאית לקבל ממנורה 15% מהיקף העבודות שבוצעו על-ידי מנורה בעבר בעיר חיפה (שבה לשיטת אריאל, כאמור, זכתה מנורה במכרז "במרמה"), וכן סכומי כסף בגין חוב נוסף. הרשום הציע שאריאל תקבל סכום של מיליון וחצי ש"ח, ובנוסף שמנורה תעביר להחזקה צמתים המוחזקים על-ידיה. מדבריו של הרשום, כפי שנרשמו בפרוטוקול הנזכר, גם עלה כי דרישתו הכספית האמורה הלמה את הערכתו כי מנורה ביצעה בעבר – בתקופה בה דחקה את אריאל מחיפה – עבודות בהיקף של כ-30 מיליון ש"ח, והרווח שלה עמד על כ-30% מהמחזור. ממסמך שערך הנאשם 6, הרשום, לקראת הדיון לפני הבורר (ת/57, מסמך "הפרטים"), עלה כי בין השאר חפץ להעלות בפני הבורר "הסבר בקשר להחזקה של צמתים 'שמנורה חייבת לאריאל' תמורת הצמתים שהועברו לו בחיפה". גם איזו אהרון העיד כי הרשום ביקש פסיקת סכום של מיליון וחצי ש"ח, "ובנוסף שמנורה תעביר להחזקה אריאל או לפקודתה צמתים במרכז ובדרום הארץ" (פרוטוקול מיום 6.12.2000, עמ' 8).

ג

ד

ה

באותה עת (ביום 25.10.1992), שני הצדדים הפקידו בידי הנאשם 6 ערבויות בנקאיות בסכום של 1,500,000 ש"ח. כן הפקידו את מכתבי הבלנקו הנזכרים לרשויות (כגון נ/49). מפרוטוקול ישיבת הבוררות עלה כי נמסרה לבורר הסמכות לשלוח את המכתבים האמורים לנמענים לפי שיקול-דעתו.

ו

12. בישיבת הבוררות הנוספת שהתנהלה באותו יום בפני הבורר, סמוך לאחר הישיבה שעסקה בסכום אריאל ומנורה, נטלו חלק אדורם, איזו אהרון וכן מייק נוימן (מטעם וימאזור). בישיבה זו נבחנה יוזמת אדורם להביא להסדר חלוקת שוק ארצית בין חברות הרמזורים השונות. אין מחלוקת שתכנית זו הותנתה במפורש באישור הרשויות (סעיף 5 להסכם החלוקה, ת/17). אדורם ניסח טיוטת הסכם חלוקה (ת/16) בה מתחייבת כל חברת רמזורים שלא לחרוג מעבר לאזורי פעילות גיאוגרפיים מוגדרים. כן

ז

הועברו בין הצדדים מכתבים שונים לעניין העברת צמתים והחזקת משנה, ובאחד מהם מודיעה חברת ר.ס. שבכוונתה לגשת למכרז 26/92, הוא מכרז חיפה. התכנית האמורה לא יצאה אל הפועל, והמאשימה אינה רואה אותה כתכנית פלילית. אין מחלוקת, מכל מקום, כי הנאשם 6, הרשלום, לא הסכים להשתתף בישיבה לעניין החלוקה הארצית בהסבירו כי אינו מוכן לעשות כן בטרם יפתר הסכסוך הספציפי בינו לבין מנורה בעניין העיר חיפה.

א

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

ב

ג

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

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

ד

הצעתה של מנורה במכרז הייתה ההצעה הזולה ביותר, ואולם הצעה זו הייתה יקרה בלא פחות ממיליון ש"ח מאומדן העירייה לאותו מכרז. ועדת המכרזים החליטה על-כן למנות ועדת משנה לצורך "ניהול מו"מ עם חברת מנורה להורדת מחירים בפריטים בהם יש הפרשים בין האמדן לבין ההצעה" (ת/12, עמ' 7). אומדני העיריות, כעולה מהראיות, מבוססים על ממוצע מחירים אותו שילמה העירייה במשך השנים שקדמו למכרז, או על מחירי רשויות במכרזים דומים (ראו עדות זאב גולדנברג מעיריית ירושלים לעניין חשיבות האומדן, פרוטוקול מיום 8.5.2000). הצעתה של מנורה הייתה זולה אך במעט מהצעתה של חברת ר.ס., ובוועדת המכרזים הועלתה תמיהה בקשר לכך שהרי מנורה לא הייתה צריכה להחליף את מנגנוני הרמזורים, מאחר שהיא זו שהתקינה אותם ברמזורים הקיימים. חברת ועדת המכרזים, פרופ' יהודית נאות, הסתייגה מהחלטת הוועדה למסור את המכרז לידיה של מנורה (עדות עומר שילה פרוטוקול מיום 7.12.2000, עמ' 45). ביום 2.12.1992 קיימה ועדת המכרזים ישיבה עם מנורה במגמה להביא להפחתה, במחירים, אבל זו הסבירה שאין ביכולתה לעשות כן למעט בפריטים בודדים. כאמור, בדצמבר 1992 נחתם החוזה בין מנורה לבין עיריית חיפה.

ה

ו

ז

15. לאחר כריתת החוזה בין מנורה ובין עיריית חיפה פנתה אריאל ביום 30.4.1993 באמצעות הנאשם 6, אל הנאשם 7 בדרישה שיחזיר לידיה את הערבות הבנקאית שהופקדה בידיו. הנאשם 6 הסביר כי פנה לבורר להחזרת ערבותו מאחר ש"אותו כבר לא חייב שום דבר" (פרוטוקול מיום 10.9.2001, עמ' 70). הבורר גם נתבקש להורות למנורה לשלם את הכספים המגיעים לאריאל על-פי הסכם הבוררות.

16. פסק הבורר (ת/36) ניתן ביום 15.6.1993, ובו קבע הנאשם 7 כי מנורה תשלם לאריאל 1,150,000 ש"ח בתשלומים. הפסק מתייחס גם ל"צמתים נוספים" שיימסרו על-ידי מנורה לאריאל. בסעיף 5 לפסק נאמר:

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

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

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

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

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

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

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

א

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

ב

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

18. נושאי הבוררות עלו שוב בשנת 1996. ביום 18.1.1996 שלח הנאשם 6 לנאשם 7 שלושה מכתבים (ת/56), שעסקו במחלוקות כספיות בין מנורה ואריאל בגין עבודות שאריאל ביצעה עבור מנורה בצומת אפק ובכפר הירוק. אחד המכתבים נוסח בלשון זו:

ג

"לכבוד שי אופיר

כאן

ד

הנדון: מכרזים בעיריית חיפה

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

ה

הנאשם 6 אישר כי במתן התחייבות זו נענה לדרישת מנורה, ועשה כן כדי לקבל את סכום הכסף שהגיע לו הימנה. כדבריו: "נכון, מנורה לא רצה לשלם את הכסף... והוא קשר את זה לדברים של העבר" (פרוטוקול מיום 10.9.2001, עמ' 84).

ו

בתשובה לשאלת בא-כוחו של הנאשם 7 לעניין השיחה שקדמה לשליחת המכתב, ענה הנאשם 6 כי בשיחה מאותו בוקר לא דיבר עם הבורר בנושא תיאום המכרזים, והוסיף כי "ההדגש" בשיחה זו היה על סכומי הכסף שמנורה לא שילמה (פרוטוקול מיום 10.9.2001, עמ' 32). באת-כוח המאשימה לומדת מהמילה "ההדגש" שגם נושא התיאום הועלה בינו ובין הבורר באותה שיחה. מטעמו של הנאשם 7 נטען כי מילה זו יש לפרש כמתייחסת להטעמה בתשובתו הקודמת (של הרשום), שבה שלל שיחה

ז

שתוכנה תיאום המכרזים, ולא כמותירה מקום לאפשרות שהעלתה המאשימה. אציין כבר כאן כי פירוש זה לתשובת הנאשם 6 בעדותו מקובל עליי. אוסיף כי הנאשם 7 עצמו לא אישר בעדותו דבר קיום שיחה מוקדמת עם הנאשם 6 בעניין תיאום המכרזים. הוא לא זכר את השיחה, ומדבריו עלה כי לא היה מודע לתפקיד שייעד לו הנאשם 6 באותו מכתב, וגם לא ביקש לברר תפקיד זה לאחר קבלת המכתב (פרוטוקול מיום 19.12.2001, עמ' 113-116).

19. אעבור לעובדות הרלוונטיות לשוק הרמזורים בירושלים. אין מחלוקת כי בתקופה הסמוכה לפסק הבורר עמד בין מנורה לבין עיריית ירושלים הסכם שתוקפו עד לשנת 1997. ואולם בתקופה זו, פרט למנורה הייתה עיריית ירושלים קשורה עם אריאל ווימאזור: מנורה התקינה והחזיקה 28 צמתים, אריאל התקינה והחזיקה 33 צמתים ווימאזור (מקבוצת אריאל) התקינה והחזיקה 44 צמתים. ההסכמים של אריאל ווימאזור עם עיריית ירושלים עמדו להסתיים ביום 30.4.1993. עיריית ירושלים סברה אז כי היא זה נכון לצאת בחבילת מכרזים אחת גדולה, לכל הצמתים בעיר, כדי להעצים את התחרות. ואולם התעורר קושי, מאחר שההסכם הקיים עם מנורה אמור היה לעמוד בתוקפו עד 1997. לכן, בתיאום עם היועצת המשפטית של העירייה הוחלט להאריך את ההסכמים הצפויים להסתיים עם אריאל ועם וימאזור כדי שהעירייה תוכל לסיים את שלושת ההסכמים יחד.

20. על-פי גירסת מנורה, פעילותה העסקית בירושלים באותה עת לא הייתה רווחית (פרוטוקול מיום 8.11.2000, עמ' 81). ביום 15.2.1994, בסמוך למועד סיומם של ההסכמים (שהוארכו) בין עיריית ירושלים לבין חברת אריאל ווימאזור, פנתה מנורה במכתב לעיריית ירושלים (ת/32) שבו התלוננה כי מחירי החזקה בהם היא עובדת בירושלים גורמים לה להפסדים כספיים, וביקשה להעלותם.

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

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



פליאתה של העירייה הייתה גדולה כאשר במכרז 19/94, הנוגע לרמזורים שהותקנו על-ידי מנורה, הייתה הצעת מנורה גבוהה יותר מהצעות החברות האחרות. הצעת מנורה עמדה על 9,665,406 ש"ח, ולעומתה הצעת אריאל עמדה על 6,369,015 ש"ח ללא החלפת מנגנונים, ועם החלפת מנגנונים – על 6,833,770 ש"ח. הצעת מנורה הייתה גם יקרה בלא פחות מאשר 3.5 מיליון ש"ח מאומדן העירייה באותו מכרז. חברי ועדת המכרזים הביעו את חשדם כי מדובר בקרטל (ת/28, עמ' 10-12). העירייה גם הופתעה מכך שאריאל הציעה חלופה ללא החלפת מנגנוני מנורה, דהיינו חלופה המניחה שימוש במנגנוני חברה אחרת. לכן הוחלט בעירייה שיש לבחון את הצעתה של אריאל, כדי לברר כיצד זו תוכל לתחזק את המנגנונים של חברת מנורה, ובסופו של דבר, משיקולי בטיחות, העדיפה העירייה לאשר את זכייתה של אריאל במכרז, על-פי חלופת ההצעה שכללה החלפת מנגנונים. ביום 28.7.1994 החליטה ועדת המכרזים בעיריית ירושלים על זכיית חברת אריאל, ובין אריאל ובין העירייה נחתם חוזה.

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

22. הסכסוך בין מנורה ואריאל בא אפוא על פתרונו. פסק הבורר קיים (פרוטוקול מיום 10.9.2001, עמ' 71 ו-73). הרשולם תיאר את המצב שהשתרר בין הניצים כ"שבידת נשק".

המחלוקת העובדתית

23. הקשר בין אי-השתתפותה של אריאל במכרז חיפה (26/92) ובין ההסכמות שבבוררות עולה בבירור ממסמכי הבוררות. על-פי לשון שטר הבוררין, אריאל קיבלה על עצמה להימנע מלחתום הסכם עם עיריית חיפה, דהיינו גם להימנע מלהציע הצעות במכרז כבסיס להתקשרות כזו. יתר-על-כן, על-פי המוסכם בשטר הבוררין, הנאשם 7 החזיק בערבות אריאל שאמורה הייתה להבטיח את התנהגותה של זו בהתאם למוסכם. השבת הערבות אכן נעשתה לא לפני חתימת החוזה בין עיריית חיפה למנורה. המחלוקת בעניינים אלו היא לגבי משמעות העובדות.

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

עוד טוענת באת-כוח המאשימה שהצדדים חזרו ואישרו דבר קיום הכבילה, וכי הנאשם 7 היה "אכפן" ההסדר הכובל. לדבריה, בהסכמתו לשמש בורר הסיר את מכשולי חוסר האמון בין הצדדים ואיפשר להסכם שביניהם, שכלל כבילות המנוגדות ל**חוק ההגבלים העסקיים**, לקרום עור וגידים. לצורך זה העמיד לרשות הצדדים את משרדו (שבו קוימה הבוררות) ותרם להם מזמנו, בין בישיבת הבוררות, בין בנותנו את פסק הבורר, ובין בעת שפנו אליו מדי פעם. באת-כוח המאשימה מדגישה בהקשר זה את העובדה שהנאשם 7 החזיק את ערבות אריאל (כמו גם את ערבות מנורה), ובכך הבטיח את מילוי התחייבותה שלא להתקשר בהסכם עם עיריית חיפה.

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

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

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

א. המחלוקת לעניין השוק בחיפה

24. המחלוקת לעניין חיפה עוסקת במשמעות ההוראה שעניינה ההתקשרות בין העירייה לבין הנאשמת 5, אריאל. מטעונם של באי-כוח הנאשמים 5 ו-6 עולה כי אם משתמעת משטר הבוררין התחייבות של אריאל להימנע מלהתקשר עם עיריית חיפה, הרי זו התחייבות "מיותרת" בעליל, מאחר שממילא לא היה ביד אריאל להתקשר עם עיריית חיפה כעולה ממאפייני השוק בחיפה. על-פי טענתם, האמור לעניין זה בשטר בא לתאר את השלמת אריאל עם מצב של חוסר יכולת להתמודד במכרז, והתחייבות האצורה במילים שנרשמו היא ההתחייבות להימנע מנקיטת אמצעים משפטיים במגמה לשנות מצב זה. לשון אחר, אריאל קיבלה על עצמה לחדול מלעשות למנורה "צרות משפטיות" כפי שעשתה, ללא לאות, בשנים הקודמות.

לעניין חוסר היכולת של אריאל להתחרות בחיפה, מפנים באי-כוח הנאשמים 5 ו-6, בין השאר, לעדות הרשום, לפיה מאחר שעיריית חיפה לא העבירה לאריאל מידע חיוני חרף דרישותיה, נבצר מאריאל להגיש הצעתה למכרז:

"היה זה בלתי אפשרי להגיש הצעה, הלא אנחנו צריכים לתמחר סעיפים שאנחנו לא יודעים מה זה, ומצד שני אנחנו מבינים שהעירייה הביאה את חיפה לעובדה קיימת שיש שמה ציוד שאנחנו לא מכירים אותו, לא יודעים מה זה, העירייה לא אומרת" (פרוטוקול מיום 5.9.2001, עמ' 55).

וכן:

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

כן מפנים באי-כוח הנאשמים 5 ו-6 בהקשר זה לדבריו של איזו אהרון, המלמדים כי אף שהיה ברור לו שחברת אריאל אינה מסוגלת לקחת על עצמה את העבודות שלגביהן פורסם מכרז חיפה, ידע שהיא מסוגלת, באמצעים מסוג אלו שנקטה עד אותה עת, "לנצל בצורה צינית את הליכי המכרז הנדרשים על-פי החוק" (מכתבו ת/38, עמ' 4).

א יזו אהרון הבהיר בעדותו כי חשש שאחרי זכייתו במכרז יבואו "מכתבים" של אריאל שימנעו את החתימה של מנורה על החוזה (פרוטוקול מיום 8.11.2000, עמ' 27). עם זאת הבהיר כי ידע שאריאל אינה מסוגלת להתמודד עמו במכרז חיפה (פרוטוקול, שם, עמ' 66-69). בין השאר התייחס לחוסר היכולת של אריאל להתמודד עם המורכבות של הציוד בחיפה ועם התלות בידע של החברה הגרמנית. לשון אחר, טוענים הסניגורים, הוא לא חשש מפני ההתמודדות עם אריאל במכרז עצמו, אלא מהצרות שתגרום לו אחר כך, כאשר ירצה לקצור את פירות המכרז ולחתום על חוזה עם עיריית חיפה, כאשר, כדבריו, "סופי זה חוזה" (פרוטוקול מיום 6.12.2000, עמ' 61).

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

ג הבנת מכלול טענות הנאשמים 5 ו-6 לעניין משמעות ההתחייבות להימנע מהתקשרות עם עיריית חיפה תלויה אפוא בשאלה האם היה בידי אריאל להציע הצעה במכרז חיפה. שאלה זו תיבחן להלן, בפרק העוסק במאפייני השוק הרלוונטי.

ד

ה ב. המחלוקת לעניין השוק בירושלים

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

ז על-פי עדות איזו אהרון, נתבקשה הסכמת עיריית ירושלים לשלב את אריאל כקבלן משנה של מנורה (פרוטוקול מיום 8.11.2000, עמ' 26). ברם, אין מחלוקת שבסופו של דבר לא הועברו העבודות בצמתים בירושלים לביצוע על-ידי אריאל כקבלן משנה. גם אין מחלוקת שבפועל מנורה נטשה את ירושלים, ואריאל זכתה במכרז שיצא בירושלים בשנת 1994. האם הדבר התרחש, כטענת המאשימה, כתוצאה מההתחייבות ל"חלוקת

שוק" שיסודה בשטר הבוררין, ולאחר תיאום הצעות במכרז משנת 1994, או שהוא תוצאה של תהליך עסקי לגיטימי?

א

26. אוסיף ואפרט את העובדות הקשורות להתחייבות הקשורה לירושלים, לשם הארת המחלוקת שבה מדובר. מדינוי הבוררות עולה כי הרשום דרש כחלק מהפיצוי בגין סכסוך העבר שמנורה תשיב לו כ-30 צמתים כנגד אלו שנלקחו ממנו בחיפה בשנת 1983. באי-כוח הנאשמים 5 ו-6 מסבירים כי מנורה, אשר ממילא החזיקה צמתים בירושלים במחירי הפסד, הייתה מוכנה להעביר "בעיין" את 28 הצמתים שהוחזקו על-ידיה בעיר זו, בפרוצדורה של העברת עבודה לקבלן משנה, תוך קבלת הסכמת העירייה. לכן, כך נטען, הופקד בידי הבורר מסמך, כגון בקשה המופנית לרשות, שעניינה העסקת חברה אחרת (כקבלן משנה) (49/ג), והכול במסגרת החוזה התקף עם העירייה. הנאשם 6, הרשום, הסביר בעדותו כי אם עיריית ירושלים לא הייתה מסכימה להעברה, היה על מנורה להעביר לאריאל את הרווח הצפוי מאותם צמתים (פרוטוקול מיום 5.9.2001, עמ' 74, פרוטוקול מיום 10.9.2001, עמ' 73 ו-49/ג (מסמך ה"פרטים"), המדבר על פיצוי אם ההעברה לא תצא לפועל).

ב

ג

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

ד

"הפסדנו הרבה כסף, החזקנו משרד שמה ותורנים ומחסנים ורכבים ואנשים וזה לא הצדיק את עצמו, אבל לא היה לי ברירה כי יש חוזה חתום אי אפשר לעזוב... כתוב שהוא מקבל את ירושלים בהסכמת העירייה, ברור כי אני לא יכול להעביר דבר לא שלי..." (פרוטוקול מיום 6.12.2000, עמ' 18-19).

ה

איזו אהרון תיאר את מקור קשייו בירושלים במילים אלו:

ו

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

ז

וכן ראו עדות הרשום לעניין הפסד מנורה בירושלים, פרוטוקול מיום 5.9.2001, עמ' 75-76.

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

א

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

ב

לשיטת המאשימה, צעד ראשון בכיוון זה נעשה במכתב ששלחה מנורה לעיריית ירושלים (ת/32, הנזכר לעיל), שבו התלוננה כי מחירי ההחזקה שבגדר התקשרותה עם העירייה גורמים לה להפסדים. באת-כוח המאשימה טוענת לעניין זה כי שורת עובדות תומכת בכך שמדובר במהלך מתוכנן המשתלב עם תיאום ההצעות למכרז כנטען על-ידיה. תיאום זה עולה, לשיטתה, מהצעתה הגבוהה באופן בלתי סביר של מנורה; מהעובדה שבסופו של דבר הצמתים "הועברו" שלא בדרך של קבלנות משנה; ומהעובדה שהרשום אישר – חרף העובדה שלא הייתה העברת צמתים על דרך קבלנות משנה – כי פסק הבוררות בוצע בהתאם לפסק הבוררין. המאשימה מצביעה בהקשר זה – כתומכת בטענת התיאום – גם על העובדה שלמנורה היה תמריץ לגרום להעברת הצמתים, מאחר שעד למועד העברתם שילמה על-פי פסק הבורר מידי חודש בחודשו, מאז ינואר 1993, תשלום העומד על כ-7,000 ש"ח או 7,500 ש"ח, וגם התמודדה עם הכבדת עלות הערבות הבנקאית לאריאל. עוד טוענת באת-כוח המאשימה, שבפירושה לעובדות תומכת העובדה שאריאל הגישה למכרז הצעה ללא החלפת מנגנונים, ובסופו של דבר גם תחזקה את הרמזורים שהותקנו על-ידי מנורה מבלי להחליף את המנגנונים מעל לשנה לאחר זכייתה במכרז. לשיטתה, מדובר בעובדות תמוהות. כלל עובדות אלו, טוענת באת-כוח המאשימה, הן בבחינת "ראיות נסיבתיות", המלמדות על תיאום ההצעות למכרז ועמו תיאום הסתלקותה של מנורה מירושלים.

ט

ה

ו

28. לגירסת הנאשמים 5 ו-6, מלכתחילה התכוונו הצדדים להסכם הבוררות לקיים את פסק הבורר כלשונו, ולהעביר בקבלנות משנה ממנורה לאריאל את העבודה בצמתים, באישור עיריית ירושלים. ברם, מאחר שבמרץ 1994 החליטה העירייה לפרסם מכרז כולל ולהפסיק את ההתקשרות החוזית הקיימת בינה לבין מנורה, לא היה ביד מנורה להישען על החוזה הקיים ולהעביר במסגרתו את הצמתים. כדי לקיים את פסק

ז

הבורר, טוענים הם, היה על מנורה לזכות שוב במכרז, ולכן הגישה הצעתה למכרז שפורסם. אשר להצעת מנורה במכרז, ממשיכים הנאשמים וטוענים, זו הלמה את הפסדיה בירושלים בעבר, שנתמכו על-ידי עדות איזו אהרון (ראו לעיל). הנאשמים מוסיפים כי טענת תיאום המכרז בירושלים הועלתה על-ידי המאשימה ללא שמץ של ראיה והיא מבוססת על "השערות, ספקולציות וסימני שאלה". אשר לטענה בדבר ההפרש הגדול בין מחירי ההצעות של מנורה ואריאל טוענים הנאשמים כי דווקא הפרש זה מוכיח שגופים אלו לא ניסו להסתיר תיאום באמצעות הצעה, שלא תמושך תשומת לב, ומכל מקום, מוסיפים הם, אין די בכך כדי לבסס טענת תיאום. באשר לאישור שנתן הנאשם 6, הרשלום, לכך שפסק הבורר בוצע גם בירושלים, מסבירים הנאשמים כי השאלה עליה השיב בחקירתו הייתה האם הצמתים המוסכמים בירושלים הועברו לאריאל בסופו של דבר, מבלי שהתכוון לומר שפסק הבוררין קוים בדרך של תיאום בלתי חוקי. אשר לעובדה שאריאל הגישה הצעה לתחזק את הצמתים ללא החלפת מנגנונים, מפנים הנאשמים להסברו של הרשלום, לפיו התכוון לכך שאם יהא צורך להחליף רכיבים יעשה זאת על חשבונו, וזאת כדי להבטיח את הזכייה. ובאשר לעובדה שבתקופת הביניים הסמוכה לזכייתה תחזקה אריאל את הרמזורים, בהישען על מנגנונים של חברת מנורה – עד שהחליפה אותם במנגנונים משלה, מפנים הנאשמים, בין השאר, להסברו של איזו אהרון, לפיו מאחר שהתכוון מלכתחילה למסור את הצמתים בירושלים לחברת אריאל כחלק מהפיצוי, שיתף פעולה עם אריאל לאחר שזו זכתה במכרז עד להחלפת המנגנונים (פרוטוקול מיום 6.12.2000, עמ' 84).

אחזור לשאלת משמעות עובדות אלו, לאחר בחינת מאפייני השוק.

מאפייני שוק הרמזורים בתקופה הרלוונטית

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

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

אשר למאפיינים הטכניים – הידע הטכני המיוחד לגבי הרמזור, שהיה נחלתה של כל חברה שהתקינה רמזור, קשר בין ההתקנה ובין החזקה. החברה המתחזקת הייתה תלויה בחסדי החברה המתקינה, כל עוד מנגנון הרמזור נותר זה שהותקן על-ידי האחרת. כדי לתחזק מנגנונים של מערכת אחרת, נדרש הידע הטכני המדויק והמפרטים

- א הטכניים של אותה מערכת, ונדרשה יכולת השגת חלקי חילוף (ראו למאפיינים אלו עדות ד"ר הירש, פרוטוקול מיום 6.6.1999). היריבות בין חברות הרמזורים החריפה את סממניו של מצב זה, מאחר שהאחת לא שיתפה פעולה עם האחרת במסירת מידע וחלקי חילוף. משמע, ששומה היה על חברה שחפצה להיכנס לנעליה של מתקינת הרמזור, בהיעדר שיתוף פעולה של החברה המתקינה – או בהיעדר דרך אחרת לקבלת המידע או הציוד הדרוש – להחליף את המנגנון שברמזור.
- ב מכלל הראיות גם עולה כי כדי לחבר מנגנון של חברה אחת למרכז בקרה, שבו גולם ידע של חברה אחרת, היה צורך לבצע התאמה תכנונית מיוחדת, דבר שגורם לתלות של החברה הנותנת שירות אחזקה בחברה שציידה את מרכזו הבקרה. על כך ארחיב בהמשך.
- ג 30. ברי שלקשיים לתפעל רמזור השלכה מיידית על הבטיחות. בתקופה הרלוונטית הדריך את הרשויות החשש שמא קשיי החזקת הרמזור על-ידי חברה שאינה בעלת הידע והמכשור ההולם יביאו לתקלות בהפעלת הרמזורים, דבר שעלול לגרום לתאונות ולפגיעה בחיי אדם. גישה זו הייתה נחלת הרשויות המרכזיות שעסקו בתחום זה, דהיינו העריות ומע"צ.
- ד מר יום טוב ממע"צ, אשר שימש, בין השאר, מהנדס תנועה ראשי וסמנכ"ל מע"צ לתחזוקה, הדגיש בעדותו את משקל ההיבט הבטיחותי בעיצוב עמדת הרשויות, שקשרה בין מתקין הרמזור לבין הגוף הנותן לו שירות אחזקה (פרוטוקול מיום 25.9.2000, עמ' 28). מדבריו גם עלה כי שיקול זה ליווה את נושא המכרזים:
- ה "בשתי הזדמנויות בהן ניסתה מע"צ לפרסם מכרז – אחד בצומת גהה והשני בצומת מסובים לתחזוקה על-ידי גופים אחרים, הגופים האחרים נכשלו, כיוון שברגע של תאונה או תקלה לא יכלו לרכוש את הרכיבים הנחוצים והרמזורים נשארו ללא תחזוקה" (פרוטוקול, שם, עמ' 29).
- ו עורכת-הדין קונשטוק, המשנה ליועץ המשפטי של עיריית תל-אביב-יפו, תיארה עמדה זו מנקודת מבטה של עיריית תל-אביב-יפו, בציינה במכתב מאותה עת (נ/52 מיום 25.1.1990) כדלקמן:
- ז "התקנת ואחזקת רמזורים בעיר תל אביב יפו מבוצעת באמצעות 3 חברות, שזכו בזמנו במכרז. לדעתנו אחזקה והתקנה כרוכים זה בזה, וכדי להבטיח מינימום של בעיות הננו בדעה שאין לשנות המצב. בתחילת ינואר קיבלנו אישור משרד הפנים להמשך ההתקשרות עם 3 החברות הנ"ל..."



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

א

31. זו הייתה גם הגישה בעיריית ירושלים. מנהל מדור הרמזורים בעיריית ירושלים ענה לתהיית חברת מנורה, בדבר המועד שבו יפורסם מכרז לאחזקת רמזורים בירושלים, במכתב מיום 11.1.1990 (נ/44), כי הוחלט להאריך חוזים קיימים לתקופה בת שבע שנים בשל תלות הציוד הספציפי בתחזוקת היצרן או היבואן, וההיבט הבטיחותי של התקלות.

ב

32. תכונות שוק הרמזורים בתקופה הנדונה, אשר היה בהן כדי להכביד על התחרות מלכתחילה, היו מובהקות ביותר בעיר חיפה, שבה משנת 1983 פעלה מנורה כנותנת שירות יחידה. מנורה החליפה את לוחות הפיקוד – המנגנונים – הישנים שברמזורים הקיימים, בלוחות מתקדמים. ואולם, הדבר המכריע בתחרות באחזקת הרמזורים בחיפה היה העובדה שב-1989 הקימה העירייה, יחד עם מנורה קבלן משנה של חברת סיגלבהאווהובר הגרמנית (SBH), מרכז בקרה שבו הושקעו – על-ידי העירייה – כ-2,000,000 מארק בציוד שנקנה בחו"ל או כ-700,000 דולר (פרוטוקול מיום 5.9.2001, עמ' 43, שמעון אטיאס, פרוטוקול מיום 7.12.1999, עמ' 57, המסמכים ש/19 ו-ש/23 בקלסר שינמן, צדר, פרוטוקול מיום 3.9.2001, עמ' 82). הפעלת מרכז הבקרה הייתה מורכבת מבחינה טכנית (איזו אהרון, פרוטוקול מיום 8.11.2000, עמ' 61). מצב זה, מטבע העניין, הקנה יתרון למנורה מאחר שלא היה ביד חברה אחרת לבצע את עבודות התחזוקה בהיעדר ידע דרוש: למנורה היה חוזה בלעדיות עם החברה הגרמנית (עדות פון זטטרו, פרוטוקול 7.12.2000, עמ' 73-75).

ג

ד

ה

פרופ' צדר, מרצה בטכניון, שימש כיועץ ראש-עיריית חיפה לענייני תחבורה בתקופה הרלוונטית. מחוות-דעתו מיום 7.10.1990 (מסמך ש/19) עלה כי פרויקט מרכז הבקרה בחיפה נועד לענות על בעיות שליטה, בקרה ומידע של תנועה בחיפה, והמערכת שנבחרה על-ידי העירייה הייתה מושתתת "על מחשב גדול לעיבוד נתונים וקואורדינציה גרפית, ועל מחשבי זמן אמת המחוברים למנגנונים ולגלאים בשטח". מחוות-הדעת גם עלה כי עיריית חיפה העמידה דרישות קפדניות לעניין זה, והחברה הגרמנית עמדה בהן. לדברי צדר (שם), מכוח התקשרות זו, חיפה הייתה "הראשונה ליישום וללמידת לקחים ממערכת עתידית זו, כאשר חלקים ממנה (בעיקר אלמנטים של תוכנה) יפותחו בחיפה". גם בחוות-דעת זו הדגיש פרופ' צדר כי בשל גורמים מספר, מתקני המערכת והמנגנונים הינם הראויים ביותר לתחזק את הציוד. כדבריו: "זוהי נקודה הנגזרת ישירות מהרצון לשמור הן על אמינות והן על תפקוד נכון של המערכות". גם מחוות-דעת זו עלה כי עמדת צדר – שעמדה ביסוד גישת העירייה – התמקדה

ו

ז

א בשליטת היצרן על זמינות חלקי חילוף ועל הידע החיוני לאחזקה היעילה, ובכלל זה התוכנה הייחודית. עוד עלה כי ביסוד כלל השיקולים שהדריכו את העירייה הייתה מונחת הדאגה לבטיחות להולכי הרגל וכלי הרכב.

ב פרופ' צדר סבר שיש לייצב את המערכת הניסיונית והמתקדמת שנבנתה בשיתוף פעולה עם החברה הגרמנית SBH, ולהימנע ממכרז לפחות בשנים הראשונות של התקנתה (פרוטוקול מיום 3.9.2001, עמ' 69). להערכתו, מערכת זו הייתה ייחודית בתחכומה.

בחוות-דעת נוספת מיום 7.10.1990 (ת/44, נספח ל"ו) ציין צדר:

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

וכן:

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

וכן:

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

ו גישה זו עמדה ביסוד מסקנת עיריית חיפה, שעליה לקבל משר הפנים פטור ממכרז. כאמור, עמדתו של פרופ' צדר, שחזונו הדריך את העירייה, הושתתה על השיקול לפיו הקשר בין החברה המתקינה ובין החברה המתחזקת חיוני (פרוטוקול מיום 3.9.2001, עמ' 88), ולכן אין מקום למכרז העלול לשבש את הקשר האמור.

אותה גישה בוטאה במכתב מיום 27.2.1990 שנשלח על-ידי בא-כוח עיריית חיפה, עורך-דין יאראק, למשרד הפנים (ש/11), והדגיש את האופי המיוחד של עיריית חיפה בהקשר זה, הן מהיבט גודלה של העיר והן בשל קיומו של מרכז הבקרה החדיש:

"בעיריית ת"א הבהירו לנו (וזו גם עמדת ירושלים), כי לא יעלה על הדעת (מניסיון כאוב שלהם בעבר) ... גם החלפת מנגנונים שזה עתה הותקנו. התוצאה היא כי לא יעלה על הדעת לערוך מכרז לעבודות אחזקה של ציוד מנורה (סיגנלכאוהובר) לבין חברות אחרות".

וכן:

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

מודרכת על-ידי השקפה זו, פעלה עיריית חיפה במשך שנים באופן עקבי ונחרץ, כדי למסור את עבודות ההתקנה והאחזקה של רמזורים לחברת מנורה בלבד (ראו גם ש/12 ר-ש/13), תוך שנתנה פומבי לעמדתה זו. שמעון אטיאס, שהיה מנהל ענף הרמזורים בעיריית חיפה בתקופה הרלוונטית, אישר בעדותו כי משנת 1983 (אטיאס, פרוטוקול מיום 7.12.1999) הייתה מנורה למעשה החברה היחידה שפעלה בעיר חיפה ורוב עבודות ההתקנה נמסרו לה, מצב שנמשך כאשר בשנת 1989 הקימה מנורה, בשיתוף פעולה עם החברה הגרמנית, את מרכז הבקרה של עיריית חיפה.

בתצהיר שהוגש לפרשת אריאל הנדסת חשמל [1] – הוא אחד מההליכים שהוזכר לעיל לעניין מלחמתה של אריאל נגד עיריית חיפה ומנורה – הדגיש פרופ' צדר כי חברת מנורה היא "ספק יחיד" של החברה הגרמנית, וכי רק מנגנוני אותה חברה (SBH) והתוכנות שבפיתוחה "מסוגלות לתת בשלב זה מענה מלא לכל הדרישות של המערכת כפי שהעירייה הציבה אותן, כולל תמיכה פונקציונאלית במרכז הבקרה" (שם, סעיף 14; ש/20).

33. בהישען על שורה ארוכה של ראיות, שרק חלקן צוין לעיל, מבססים באי-כוח הנאשמים 5 ו-6 את טענתם כי המצב ששרר בכל הארץ עד שנת 1994 היה למעשה מצב של היעדר תחרות של ממש בתחום של אחזקת רמזורים, זאת כפועל יוצא ממדיניות

מוצהרת של הרשויות המקומיות ושל מע"צ, אשר קשרה בין ההתקנה וההחזקה משיקולי בטיחות. מדיניות זו נתמכה על-ידי משרד הפנים אשר הנפיק פטור ממכרזים לעניין זה. כך, מע"צ פרסמה מכרז ראשון לאחזקת הרמזורים באוגוסט 1994, שבגדרו חויבו כל המשתתפים להחליף מנגנונים. יוזכר כי החוק בעניין חובת מכרזים חוקק בשנת 1992. המכרז האמור היווה שינוי דרסטי בקונספציה שנהגה עד אז (יום טוב, פרוטוקול מיום 25.9.2000, עמ' 71). מדיניות מקובלת זו ברשויות המקומיות ובמע"צ, מדגישים באי-כוח הנאשמים, הייתה גלויה וידועה לכל המעורבים (עדות יום טוב, פרוטוקול מיום 25.9.2000, עמ' 28, עמ' 64-65).

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

כאמור, עיריית חיפה השקיעה במרכז הבקרה האמור סכום המגיע לשני מיליון מארקים. מהאמור לעיל עולה, לכאורה, שהתקשרות עם חברת רימזור שאינה מנורה, אשר לא היא בידה לקיים את דרישות הקשר עם מכרז הבקרה, משמעותה הייתה גם "ויתור" העירייה על השקעה זו. עמדתה של עיריית חיפה כנגד התקשרות עם חברות אחרות נגזרה אפוא מהרצון לנצל את ההשקעה במרכז הבקרה, ניצול שהיה מתאפשר על-ידי התקשרות עם מנורה דווקא, שהייתה סוכנת בלעדית של החברה הגרמנית.

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

בשל ביקורת מבקר המדינה החליט משרד הפנים שלא להעניק לעיריית חיפה פטור ממכרז. חרף זאת החליטה העירייה, בישיבת ועדת המכרזים מיום 14.11.1990, לפטור עצמה ממכרז על-פי תקנה 3(4) לתקנות העירייה (מכרזים), תשמ"ח-1987, על יסוד הטענה שלא ניתן להפריד בין התקנה לאחזקה. כתוצאה מכך נחתם בדצמבר 1990 חוזה בין העירייה למנורה, שתוקפו הוארך עד 19.12.1992. בעקבות פטור זה עתרה אריאל לבית-המשפט הגבוה לצדק, בפרשת אריאל הנדסת חשמל [1], נגד העירייה ומנורה (ת/44), ובג"ץ החליט ביום 14.5.1992 לבטל את הפטור.

35. בעקבות פסק-הדין שניתן כאמור על-ידי בית-המשפט הגבוה לצדק, פרסמה העירייה את מכרז חיפה בו עסקינן. היה זה המכרז הראשון שיצא לאחר שנת 1987. בעיר חיפה, באותה עת, היו מותקנים כ-100 רמזורים מתוצרתה של חברת מנורה (איזו אהרון, פרוטוקול 8.11.2000, עמ' 38). לא היה בידי העירייה למסור לחברות אחרות מידע לגבי הקשר בין הרמזורים למרכז הבקרה, ובכך לנטרל את היתרון של מנורה, שהייתה, כאמור, סוכנת בלעדית של החברה הגרמנית. לכן, בפועל, נבצר מאריאל להגיש הצעה של ממש, גם אילו החליפה מנגנונים. האופציה של החלפת מנגנונים לא הייתה פותרת את בעיית הקשר עם מרכז הבקרה (צדר, פרוטוקול 3.9.2001, עמ' 94). כרי שלא היה ביד אריאל להשקיע בעצמה במרכז בקרה חלופי. לעניין מכרז זה העיד צדר כי לאחר שעיריית חיפה השקיעה כספים והפכה למעין מעבדת ניסוי לעניין מרכז הבקרה, לא היה זה סביר שהיא תסכים להוריד את הרמה ולוותר על התקשורת בין המנגנונים לבין מרכז הבקרה (שם). עדות צדר גם הבהירה כי רק מנורה יכלה להשתתף במכרז באופן רציני (שם, עמ' 71, 73, 116, 121), כאשר הייתה בו דרישה "לעמוד בסטנדרטים של מרכז הבקרה שהקמנו" (פרוטוקול, שם, עמ' 71). צדר קשר זאת גם לחשיבות שיוחסה בעירייה לפיתוח המערכת של מרכז הבקרה, בהדגישו כי באותה עת טרם הושלם שלב זה (שם, עמ' 112).

36. הזמנה להציע הצעות למכרז חיפה פורסמה ב-4.10.1992, כאשר המועד הסופי נקבע ליום 27.10.1992. ביום 8.10.1992 נערך סיור קבלנים. אריאל התאמצה, גם במהלך סיור זה, לקבל מהעירייה מידע טכני על מרכז הבקרה והחיבורים שלו לרמזורים בשטח, כעולה מהפרוטוקול של סיור הקבלנים שבו השתתף מטעמה צירקל (מסמך ש/31). גם בפניות נוספות לעניין זה (מכתבים מ-13.10.1992 ומיום 20.10.1992) הבהירה אריאל כי לא יעלה בידה להגיש הצעה ללא הידע הטכני. בתגובה לפניות אריאל הודיעה העירייה כי לא מצוי בידה הידע הטכני הדרוש (מסמך ש/30), וכי "על הקבלן" לדאוג להשיגו "באמצעים המסחריים העומדים לרשותו". בעדותו הסביר צדר (פרוטוקול 3.9.2001, עמ' 79) כי נבצר מהעירייה למסור את המידע הדרוש, בשל זכויות היוצרים שהוחזקו על-ידי החברה הגרמנית.

כתוצאה מכך לא היה ביד אריאל לחבר את מנגנוניה למרכז הבקרה (צדר, פרוטוקול 3.9.2001, עמ' 89-90). ב-22.10.1992, שלושה ימים לפני מועד ישיבת הבוררות, כתבה אריאל לעירייה שוב כי לא יאה בידה להגיש הצעה. אריאל חזרה על כך במכתבים נוספים (מסמכים ש/35, ש/39).

37. כאמור, הנאשמת 5, אריאל, לא ניגשה למכרז. מנורה עשתה כן, וגם חברות וימאזור ו-ר.ס. אין מחלוקת שווימאזור נרכשה על-ידי אריאל, אך הניהול באותה

א תקופה המשיך להיות של גורם אחר למשך שנתיים. הזוכה במכרז הייתה מנורה, תוצאה שהייתה ברורה מאליה מאחר שלא ניתן לומר שלחברות האחרות שניגשו למכרז היו פתרונות לבעיית הקשר שבין הרמזורים למרכז הבקרה. לא באה לפניי ראייה כזו. נהפוך הוא: מכלול הראיות מלמד שלא היה להן כל סיכוי להתמודד עם מנורה, בשל בעיית הקשר עם מרכז הבקרה, ובכלל ראיות אלו עדות הרשולם בה שלל באופן עקבי את יכולת אריאל להתחרות במכרז, בשל חיסרון הידע הטכני הדרוש להשתלבות עם מרכז הבקרה.

ב

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

ג

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

ד

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

ה

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

ו

ברם, איני רואה מקום להעדיף את הגירסה המאוחרת האמורה שבאה בעדותו. הוכח מעבר לספק שמרכז הבקרה היה עובדה קיימת, ושרק למנורה הייתה יכולת להתחבר אליו. אין ספק כי עובדות אלו היו מחוורות גם לאיזו אהרון.

ז

מהאמור לעיל עולה כי עובר למכרז חיפה נחתה מנורה בלבד ביכולת לעמוד בדרישות הטכנולוגיה שהוטמעה בציוד המורכב והייחודי שבמרכז הבקרה. שליטת מנורה בעיר חיפה התעצמה אפוא בשל השקעת העירייה במרכז הבקרה. ב-1987 אריאל נטלה חלק במכרז והגישה הצעה משלה. אז השוק לא היה "סגור" בפניה, ודי היה שתחליף מנגנונים כדי שתוכל להשתלב בו. אך יותר מאוחר, ב-1992, השתנה המצב מיסודו, בשל השקעת העירייה במרכז הבקרה. אכן, פרופ' צדר העיד כי הוכן מכרז

שווינוני בהתייעצות עם היועץ המשפטי לעירייה ("הכנו מכרז שווינוני ככל שיכולנו" פרוטוקול מיום 3.9.2001, עמ' 115), ואף ציין כי באופן מעשי כלל החברות יכלו לגשת, אבל גם הוא הבהיר כי המכרז כלל דרישת עמידה "בסטנדרטים של מרכז הבקרה" (עמ' 71, שם). משמע, באופן אמיתי לא היה שוויון, ומנורה בלבד יכלה לעמוד בדרישות המכרז. באת-כוח המאשימה נשענת על דברי צדר בעדותו, לפיהם גם אם מנורה הייתה צריכה לעשות פחות מאשר חברות אחרות כדי לעמוד ברמה הנדרשת, גם חברות אחרות יכלו "לתת שוונג גדול יותר כדי לישר קו" (פרוטוקול, שם, עמ' 71), ולהיכנס במחירי הפסד (עמ' 121). אך דבריו אלו, של צדר, אינם מתייחסים לקושי של השתלבות עם מרכז הבקרה ואינם מתמודדים עמו. מדברים אחרים שאמר עלה בעליל שהמחסום שעמד לפני חברה כמו אריאל היה בלתי עביר, בשל סדר הגודל של השקעת העירייה במרכז הבקרה. לשון אחר, לא היה בידה של אריאל להחליף את השקעתה העצומה של העירייה בהשקעה משלה במרכז בקרה, וודאי שכך כאשר היה עליה להחליף גם מנגנוני הרמזורים שהותקנו על-ידי מנורה. אוסיף כי המאשימה לא הראתה בראיותיה כי היה ביד אריאל לפתור את בעיית הקשר עם מרכז בקרה הולם בהשקעה פחותה מזו שהשקיעה העירייה במרכז הבקרה.

א

ב

ג

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

ד

38. באת-כוח המאשימה קושרת בין ההסדר הבלתי חוקי הנוטע בין אריאל ומנורה לקשיים לתקצב את שוק הרמזורים, עמם התמודדו משרד התחבורה ומע"צ בתקופה הרלוונטית. כעולה מהראיות, משרד התחבורה נשא ב-70% בממוצע מהוצאות עבודות הרימזור ברשויות המקומיות, ומע"צ הייתה אחראית על תחזוקת רוב הכבישים הבינעירוניים ומימנה את עלויות עבודת הרימזור בצמתים אלה (מתקציב ממשלתי). הירש, לשעבר המפקח הארצי לתעבורה והמהנדס הראשי של משרד התחבורה, התרשם בסוף שנת 1992 כי קיים פער משמעותי בין האומדן לבין ההצעות בדבר התקנת רמזורים (פרוטוקול מיום 6.6.1999) וזו הייתה גם התרשמות יום טוב ממע"צ (פרוטוקול מיום 25.9.2000).

ה

ו

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

ז

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

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

בא-יכוח הנאשמים הוסיפו והעלו טענות רבות ושונוות כנגד הדוח, בהישען על דברים שאושרו על-ידי עורכת הדוח, אירית רחמני, מהנדסת תחבורה, ומר יעקב שצופק מחברת תומר מהנדסים בע"מ, ובכללם העובדה שלא נבדקו כלל טעמים אפשריים לעליית המחירים.

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

טענות הנאשמים 5 ו-6 – דיון



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

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

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

א. משמעות ההסכם ביחס לעיריית ירושלים

40. אבחן תחילה את השלכת ההסכם שגובש בשטר הבוררין ובפסק הבורר על השוק בירושלים. כאמור, לעניין ירושלים, על-פי המוסכם עסקינן ב"העברת" העבודה בצמתים. אכן, כטענת הנאשמים, העובדה שבפסק הבורר הובהר כי העברת הצמתים תיעשה בהסכמת העירייה מבססת את גירסת צדדי ההסדר שלא התכוונו לבצע פעילות אסורה של תיאום מכרזים בירושלים. מקובלת עליי גם טענת הנאשמים, לפיה העובדה שלא היה ידוע כלל בעת שהסכימו על שטר הבוררין, ואף בעת שניתן פסק הבורר, שיפורסם מכרז אחזקה כולל בירושלים, תומכת בפירוש זה. ויטעם, אם אריאל

הייתה משתלבת בהתחייבות מנורה כלפי עיריית ירושלים, דהיינו כקבלן ביצוע של העבודה שמנורה התחייבה לבצע, הייתה מנורה אף ממשיכה להיות צד לחוזה עם העירייה.

א

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

ב

ניתן להעלות על הדעת אפשרות לפיה מנורה עצמה סברה כי נוח יותר יהא מבחינתה שאריאל תהא קשורה ישירות עם העירייה, ולכן לא התאמצה במיוחד להעלות במכרז מ-1994 הצעה אטרקטיבית. מאידך, אין לומר שהיה ביד מנורה להניח שאריאל תזכה בו אם היא עצמה לא תשתתף במכרז ולא חברה אחרת. שיקול כזה תומך באפשרות שמנורה השתתפה במכרז במגמה לזכות, כדי לקיים את ההסכם עם אריאל. ניתן אפוא להעלות השערות שונות לגבי ההתרחשויות במכרז, אך נכונה טענת הנאשמים לפיה לא מצויות ראיות המלמדות על תיאום הצעות במכרז 1994. אין די בראיות הנסיבתיות שהמאשימה נשענת עליהן כדי לבסס את טענת התיאום, ואין גם לקבל טענתה שמצויה "הודאה" בתיאום כזה באישורו של הרשום שהסכם הבוררות בוצע גם בירושלים.

ג

ד

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

ה

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

ו

סיוע ממנורה בתקופת ביניים, והערכה זו משיבה על תמיהת באת-כוח המאשימה בעניין זה.

א

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

ב

41. כאשר עסקינן בהעברת צמתים לאריאל על דרך קבלנות משנה, משמעות הדבר היא שהמחיר לביצוע העבודות כבר נקבע קודם לכן, בהסכם שנקשר בין מנורה לעירייה. במסגרת ההעברה לא היה ביד אריאל להעמיד מול העירייה מחיר אחר, ולכן ההעברה היא נטולת השלכה על מחירי ההתקשרות. בהעברה כזו גם אין משום "חלוקת שוק". אכן, תוצאתה בפועל היא "יציאה" של מנורה כמבצעת העבודה מהצמתים שהחזיקה קודם בירושלים, ואולם מאחר שדובר על צמתים ספציפיים – אותם צמתים שמנורה החזיקה בגדר ההסכם שנקשר בינה לבין העירייה – מדובר בהתקשרות מקובלת שאין בה משום "כבילה" כמשמעותה [בחוק ההגבלים העסקיים](#). "הכבילה" המצויה בהסכם כזה – ההתחייבות שמבצעת העבודה תהא אריאל ולא מנורה – אינה חורגת מזו הקיימת בכל עיסקה שעניינה העברת עבודה מסוימת בקבלנות משנה. הגבלה מעין זו יש בכל הסכם לביצוע עבודה שבו נוטל על עצמו צד אחד חיוב לבצע אותה עבודה, ואין בה כדי להכניס את ההסכם לגדר "הסדר כובל"; וראו למשמעות "כבילה" מאמרי "מיזם משותף כהסדר כובל" [33], בעמ' 224-226. עיסקת העברת עבודה מעין זו היא הסכם מסוג מקובל, נטול השפעה על התחרות, שאף אינו מחייב את מנורה "לצאת" מהתמונה.

ג

ד

ה

ו

מסקנתי היא אפוא שנושא העברת הצמתים בירושלים אינו נתפס על-ידי הוראת [סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים](#).

אציין כי הנאשמים הוסיפו וטענו, אל מול טענות באת-כוח המאשימה בעניין תיאום המכרז בירושלים, כי בכתב-האישום לא פורטו עובדות הנוגעות לתיאום המכרז משנת 1994. באת-כוח המאשימה השיבה לטענה זו באומרה, בין היתר, שבכל מקרה יש לבית-המשפט סמכות להרשיע לעניין זה על-פי [סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי](#)

ז

א [נוסח משולב], תשמ"ב-1982. ברם, מהאמור לעיל עולה שלא מתעוררת כלל שאלת ההרשעה, כיוון שאין מדובר בהסדר כובל. מכל מקום, אדגיש שגם אם תקופת ההסדר צוינה בכתב-האישום כמגיעה עד שנת 1996, עדיין העובדה שהטענה בדבר תיאום המכרז בירושלים בשנת 1994 נפקדה מכתב-האישום היא בעלת משמעות, במיוחד לנוכח הפירוט המצוי בכתב-האישום לגבי מכרז חיפה. היעדר פירוט עובדתי בכל הנוגע למכרז ירושלים – ובכלל זה עצם אי-הזכרתו של מכרז ירושלים – די בו כדי לעשות את טענת תיאום המכרז שבאה בסיכומים לטענה מפתיעה, שלגביה לא ניתנה לנאשמים הזדמנות סבירה להתגונן.

ב. משמעות ההסכם ביחס לעיריית חיפה

א 42. אעבור עתה לחלקו האחר של ההסכם שגולם בשטר הבוררין ובפסק הבורר, הוא החלק הנוגע לחיפה. מהראיות שפורטו לעיל עולה כי העובדות הנחוצות להערכת יכולת ההתמודדות של המעורבים במכרז חיפה, ובכלל זה עמדת עיריית חיפה, היו ידועות לצדדים להסכם. אמנם, כאמור, איזו אהרון אמר בעדותו כי נבצר ממנו לדעת מה באמתחתה של אריאל ומה בידה לעשות כדי לקבל את העבודה בחיפה (פרוטוקול מיום 8.11.2000, עמ' 64), ואולם, כפי שכבר נאמר לעיל, האפשרות שהוא העריך כי קיים סיכוי של ממש שמנורה לא תזכה במכרז עצמו היא קלושה. חומר הראיות מבסס את ההערכה ששני הצדדים להסכם הבוררות ידעו היטב כי העירייה אינה חפצה בתחרות זו, כי אריאל אינה יכולה להתמודד במכרז, וכי הדרך היחידה העומדת לפני אריאל כדי למנוע את ההתקשרות בין העירייה למנורה – לאחר שזו תזכה במכרז – היא נקיטת הליכים משפטיים נוספים, דהיינו, בלשון הצדדים, "עשיית צרות". אוסיף כי גם אם איזו אהרון חשש מפני האפשרות שאריאל תוכל להתגבר על הקושי הטכני הנובע מהשקעה במכרז הבקרה – ובאת-כוח המאשימה נשענת בהקשר זה על אי-הוודאות לגבי הערכת פעולות אריאל שבוטאה בדבריו – נחה דעתי שהרשולם ידע היטב שאין ביד אריאל להתגבר על קושי זה. אוסיף כי לא מצויה לפניי ראיה המלמדת שהעירייה הניחה קיומה של אפשרות ממשית שתועדף הצעת אריאל. נהפוך הוא.

א באת-כוח המאשימה מעוררת בהקשר זה, בצדק, את השאלה הזו: אם ממילא ידעה מנורה שהיא זו אשר תזכה במכרז, מדוע ראתה צורך לכלול בשטר הבוררין הוראה לפיה אריאל "לא תחתום" עם עיריית חיפה? לשיטת באת-כוח המאשימה, די בדברים המפורשים שנכתבו בעניין זה בשטר הבוררין – המלמדים על נטילת התחייבות לקיום עתידי – כדי לחייב את המסקנה ששטר הבוררין הוא שנתן למנורה את הוודאות שהיא זו אשר תזכה במכרז, אף אם תעלה את מחירה. באת-כוח המאשימה מוסיפה בהקשר זה ומדגישה כי הבורר החזיק, בהסכמת הצדדים, גם ערבות של אריאל שלא הייתה

אמורה לשלם סכומי כסף למנורה, וחיובה על-פי שטר הבורר התייחס, בעיקרו של דבר, להתקשרות עם עיריית חיפה. עוד היא טוענת כי הבורר נתן את החלטתו בעניין הפיצוי – ובכלל זה לעניין השבת הערבות – רק לאחר חתימת החוזה בין מנורה לעיריית חיפה, משמע לאחר שהתברר שאריאל מילאה אחר חיובה. לא יכול אפוא להיות ספק, טוענת באת-כוח המאשימה, כי מטרת הערבות הייתה להבטיח שאריאל לא תציע הצעות במכרז חיפה כבסיס להתקשרות בעתיד.

א

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

ב

ג

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

ד

ה

ו

ברם, לנקיטת אמצעים משפטיים יש עלות, ובמקרה בו עסקינן הטלת נטל הנקיטה כאמור על אריאל משמעותו הטלתו על גוף שהשקיע כבר משאבים רבים לצורך זה ונכשל. יתר-על-כן, כפי שהובהר לעיל, לעיריית חיפה כלל לא היה עניין בתחרות כזו, ומטעם זה גם קשה לדאוגה כקורבן של היעדר התחרות. לשון אחר, העירייה עצמה חתרה למצב הנותן כוח מונופוליסטי לחברת מנורה, משיקולים שפורטו. בראש מעייניה של העירייה עמד פיתוח מערך הבקרה להשגת בטיחות מרבית. האם רציונל דיני

ז

ההגבלים העסקיים מטיל על מתחרה פוטנציאלי במצב כזה להוסיף ולהשקיע משאבים, שהיקפם בלתי ידוע מראש, כדי לכפות מצב של תחרות? מסקנה כזו היא מרחיקת לכת ונטולת היגיון.

א

בטרם ארחיב דברים בנושא זה, אדגיש כי השאלה המוצגת כאן אינה השאלה האם ההסדר נכנס לגדרו של סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים – שאלה שבה אדון להלן – אלא שאלה המתמקדת בערך המוגן על-ידי חוק זה. ההגנה על ערך זה, לשיטתי, אינה מחייבת המשכת מאבק משפטי על-ידי הגוף שמלחמתו על התחרות נכשלה בתנאים שנוצרו. יודגש כי המצב בו עסקינן שונה ממצב שבו מושג הסכם המגביל תחרות בין שני מנהלי עסקים נותני שירות, שאחד מהם מכיר בכך ואינו מסוגל להתמודד עם האחר מטעמים הקשורים בו. הסכם מהסוג האחרון פוגע בערך המוגן – הוא ערך התחרות – מאחר שמטבע העניין הוא מוסתר מעיניו של מקבל השירות המעוניין בתחרות, והמניח לתומו שהוא נהנה מיתרונותיה. שונה המצב כאשר, כבמקרה דנן, מוציא המכרו אינו מעוניין למעשה בקבלת מספר הצעות מתחרות, והוא עצמו מעניק את כוח השוק לגורם שעמו בחר מראש להתקשר. רציונל ההגנה על התחרות אינו מתקיים במקרה כזה. כך, בהקשר דנן, אין ממש בטענה כי ההסכם עם אריאל נתן למנורה את הוודאות של זכייה במכרו והשפיע על המחירים שהעמידה. וראות זו ניתנה למנורה על-ידי עיריית חיפה עצמה, משיקולים בטיחותיים. מכאן שעסקינן ביחס יוצא-דופן לתחרות מצד הגוף שאמור היה ליהנות הימנה, ולהעביר את היתרונות המופקים מקיומה לציבור. כדי לקדם את הנושא הבטיחותי הקריבה העירייה את האינטרס התחרותי. בשולי הדברים אציין כי אין למצוא בדבריי ביקורת על שיקול-הדעת של עיריית חיפה: אין בידי לומר כי סדר העדיפויות בו בחרה היה מוטעה, או שהיה בידה להשיג גם את מטרותיה בתחום הבטיחות, תוך שמירה על התחרות.

ב

ג

ד

ה

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

ו

ז

אמצעים משפטיים כנגד זכייתה הצפויה של מנורה במכרז. ידיעת העובדות הרלוונטיות עוקרת אפוא למעשה מלשון סעיף 13 לשטר הבוררין את משמעותו התחרותית.

א

44. הגם שהמאשימה לא סתרה את המסקנות הנוגעות ליכולת אריאל להתחרות בתחום עיריית חיפה – הנובעות מהקמת מרכז הבקרה – טוענת באת-כוחה כי אריאל נתנה למנורה, באמצעות הסכם הבוררות, את הוודאות של זכייה במכרז או את הסרת "האיום" שבזכיית מתחרה אחר. "איום" כזה – הקיים גם כאשר סיכויי המתחרה האחר קלושים – הוא השומר, לטענת באת-כוח המאשימה, על גחלת התחרות. באת-כוח

ב

המאשימה הוסיפה וטענה כי מנורה סחרה בחששה מפני התחרות עם אריאל, במקום להתמקד בהגשת הצעה ראויה.

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

ג

פסקי-דין אלו, שניתנו בבית-המשפט לערעורים, הם: *United States v. MMR Corp.* (1990) (LA) (להלן – עניין [24] MMR) וכן: *United States v. Reicher* (1992) (להלן – עניין [25] Reicher).

ד

בשני עניינים אלו נדחתה טענת החברות – שכלפיהן נטענה טענת התיאום – שלא היה בידן למעשה לבצע את הפרויקט שלגביו התקיים המכרז. המאשימה מפנה גם לפסקי-דין *Brinkley* (שהוזכר על-ידי בית-המשפט בעניין [25] Reicher), אשר בו נדחתה טענת הגנה לפיה לא היה בדעת החברה – שכלפיה הועלתה טענת תיאום – להגיש הצעה במכרז, והצעתה המתואמת הוגשה אך רק כדי שלא לפגוע במהנדס הפרויקט.

ה

באי-כוח הנאשמים 5 ו-6 טוענים כי דחיית טענות ההגנה שהעלו החברות בעניינים אלו מוסברת על-ידי נסיבותיהם המיוחדות. כך, בעניין [24] MMR ההסכמה לתאם את המכרז הובילה לתיאום בין יתר המתחרות הפוטנציאליות, ובעניין [25] Reicher ההצעה הפיקטיבית המתואמת יצרה מראית עין של מכרז תקין ושל מיצוי יתרונות המכרז, כביכול, על-ידי מוציאת המכרז. באי-כוח הנאשמים 5 ו-6 מפנים גם לפסיקה אחרת שהוזכרה בפסקי-הדין [24] MMR ו-[25] Reicher ולפיה הסכם בין צדדים שאינם מתחרים בפועל או בכוח אינו בלתי חוקי מאחר שהינו "חסר משמעות" מבחינת דיני

ו

ז

ההגבלים העסקיים. פסקי־דין אלו הם, בין השאר, *United States v. Sargant Electric*, *United States v. Ashland Warren Inc.* (1982) [27] וכן *Co.* (1986) [26] (שעסקו שניהם בסוגיית "הסיכון הכפול").

לעניין המסקנות שבאת־כוח המאשימה מסיקה מפסקי־הדין האמורים אציין כי גם אם ניתן ללמוד מהם כי הפסיקה האמריקנית מתעלמת – בעת שהיא עומדת על הדרישה להימנע מתיאום – מחוסר יכולתו, למעשה, של גוף המעורב בתיאום להתחרות, הרי הסיטואציות שנבחנו בהם שונות בתכלית מאלו בהן עסקינן. פסקי־הדין האמורים אינם עוסקים במצב שבו הגוף המשלם בעבור המוצר או השירות – בעניינו, עיריית חיפה – אינו מעוניין בתחרות ואינו מאפשר תחרות. בפסקי־הדין הנזכרים ההסדר כוון כנגד הגוף המשלם בעבור המוצר או השירות, אך בעניינו הגוף האמור לא היה מעוניין בתחרות. האם ניתן לייחס ערך חברתי לדרישת התחרות כאשר הגורם שאמור ליהנות הימנה אינו מעוניין בה כלל? יתר־על־כן, גוף שאינו מסוגל להתחרות במכרז בשל החלטותיו של מפרסם המכרז שלא לקבל את הצעותיו, אף אם מחיריו יהיו הנמוכים ביותר, ניתן לראותו כמי שאינו מתחרה בשוק, בין בפועל ובין בכוח, ולכן כגוף שמעשיו הם חסרי משמעות מהיבט דיני התחרות. בעניין, *Sargant Electric Co.* [26], כפי שהוטעם על־ידי הנאשמים 5 ו־6, נאמר:

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

ובעניין *Ashland* [27] נאמר:

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

מסקנתי היא, על־כן, שבחינת הפסיקה האמריקנית אינה מקשה על ראיית ההסכם בו עסקינן כנטול השפעה על התחרות, וכמצוי מחוץ לגדר האינטרס המוגן על־פי [חוק ההגבלים העסקיים](#).

בגישת המאשימה במקרה דנן – ככל שהיא טוענת, בכל זאת, לפגיעה בערך המוגן כאמור – יש משום התעלמות ממצבן המיוחד של חברות הרמזורים האחרות לעומת מנורה בחיפה. ויוטעם, אילו הקושי להתחרות היה זה הנובע מהצורך להחליף מנגנונים



ברמזורים, כפועל יוצא מכך שמנורה לא הייתה מוכנה לחשוף את הידע שבידה לפני החברה המחליפה, לא היה בכך כדי לבסס את טענת אריאל לפיה נחסמה דרכה להתמודד במכרז. החלפת המנגנון במקרה כזה היא חלק ממחיר שעל חברה מתחרה להביא בחשבון. לכן, על-פי דרכי, הדיון שהובא לעיל לעניין קשיי השגת המידע של חברה הנותנת שירותי החזקה, מול החברה המתקינה, ככל שהוא מתייחס להחלפת מנגנונים וציוד אחר בר־החלפה, הגם שהוא מתאר אחד מהמאפיינים של השוק הבולמים את התחרות, אינו עוסק במחסום התחרות הרלוונטי. ממילא, גם החברה שהתקינה את המנגנון שברמזור הוציאה את ההוצאה הכרוכה בעת שהתקינה את הרמזור. המחסום הוא ההשקעה הגדולה מכספי ציבור במרכז הבקרה, השקעה שהעצימה את יתרונה של מנורה, מאחר שרק מנורה יכלה לתפעל את ציוד החברה הגרמנית. הדעת נותנת שהעירייה התקשתה "להיפרד" מהשקעה כזו, ושנבצר מאריאל, כאמור, להחליפה בהשקעה משלה. נראה כי היה על עיריית חיפה, במועד ההתקשרות עם החברה הגרמנית – אילו חפצה לקיים את התחרות באחזקת הרמזורים – לוודא כי האחרונה תסכים לחשיפת הידע גם בפני חברות רמזורים שאינן קשורות עמה – ולו לאחר תקופת זמן מסוימת – אך היא נמנעה מעשות כן.

א

ב

ג

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

ד

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

ה

לעניין משמעות המכתב האמור, אקדים ואציין כי על-פי כתב־האישום היו הנאשמים צד להסדר כובל "משנת 1992 ועד ראשית שנת 1996". ואולם, כתב־האישום מתייחס ישירות להסדר שגולם בשטר הבוררין ואינו מתייחס להסכם אחר ונוסף שעניינו תיאום מכרזים משנת 1996. לשון אחר, ככל שמדובר בעיר חיפה, כתב־האישום מתמקד בתיאום הצעות מכרז חיפה – או מכרז אחר שיבוא במקומו – ואינו עוסק בתיאום הצעות למכרזים אחרים בשנים מאוחרות יותר. התייחסות זו מובילה לקביעה שלשיטת המאשימה, המכתב משנת 1996 הוא ראייה לקיום ההסדר שהושג כבר בשנת 1992.

ו

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

ז

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

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

לא מצאתי בחומר הראיות התייחסות לעמדת עיריית חיפה, בשנת 1996 (עובר למכתב מינואר 1996), לגבי אפשרות שילובן של חברות אחרות, פרט למנורה, באחזקה, והצדדים לא התייחסו לנושא זה בסיכומיהם. אין בידי אפוא, על-פי הראיות שבתיק לעניין מאפייני השוק, לקבוע פוזיטיבית כי המצב בשנת 1996 היה זהה לזה שאפיין את שנת 1992, או שונה ממנו. האם נכון להניח לטובת הנאשמים כי גם בשנת 1996 עיריית חיפה טרם הכשירה את הדרך לקליטת חברות שונות ממנורה כמחזיקות הרמזורים, בשל בעיית החיבור למרכז הבקרה? מנוסח המכתב עולה כי אותה עת טרם פורסם מכרז כלשהו של עיריית חיפה, שהרי המכתב מתייחס אך ורק לאפשרות שיהיו מכרזים לעבודות כאלה בעתיד. מהמכתב עולה מעין הסכמה "עקרונית" לתיאום, כהכנה לעתיד, ולכן ההסכמה האמורה, כשלעצמה, אינה מלמדת על שינוי המצב. מאחר שבמשפט פלילי עסקינן, מתבקשת המסקנה שיש לנקוט בגישה המקלה עם הנאשמים, המניחה כי לא השתנו הנסיבות חרף חלוף הזמן. תקופה של ארבע שנים אינה תקופה כה ארוכה, במיוחד כאשר מדובר בהשקעה כה גדולה (בציוד מרכז הבקרה).

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

מסקנות משפטיות לעניין הנאשמים 5 ו-6

46. בהישען על ההערכה האמורה לעניין המשמעות התחרותית של הסכם הבוררות, הגעתי למסקנה שהסכם זה אינו נכנס לגדרו של [סעיף 2\(א\) לחוק ההגבלים](#)

**העסקיים**, וכי גם אם ההסכם נלכד על-ידי **סעיף 2(ב)** לאותו חוק, יש לזכות את הנאשמים 5 ו-6 מכוח הגנת זוטי דברים. אפרט את הדרך בה הגעתי למסקנתי, ובכלל זה אתיחס ל"חזקה החלוטה" הקבועה **בסעיף 2(ב)** לחוק, לפיה כל הסדר הכולל "חלוקת שוק" הינו הסדר כובל.

א

**סעיף 2(א)** קובע כי הסדר כובל הוא כדלקמן:

"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".

ב

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

ג

**סעיף 2(ב)(3)** קובע כי יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת ל"חלוקת השוק". המבחן המופיע בו הוא "צורני" (ראו דנ"א טבעול [2], שם). האם ההסדר דנן, בכל הנוגע להתחייבות אריאל לגבי ההתקשרות עם עיריית חיפה, הוא בגדר "חלוקת שוק"? לשיטתי, התשובה על כך היא חיובית. הוראת **סעיף 2(ב)** לוכדת ברשתה את ההסכם בו עסקינן, זאת גם אם אצוק למילות ההסכם בין הצדדים את התוכן הנטען על-ידי הנאשמים, דהיינו אראה את ההסכם שגולם בשטר הבוררין כמתייחס, בעיקרו של דבר, להפסקת הלוחמה המשפטית. לשון שטר הבוררין ברורה: עוסקת היא בעצם ההתקשרות עם עיריית חיפה, ולא בנקיטת אמצעים משפטיים דווקא. לאור לשון ברורה זו, מתבקשת המסקנה שהצדדים התייחסו בו גם למטרה הסופית של ההסכם ביניהם, והיא מניעת התקשרות בין עיריית חיפה ואריאל בעתיד, זאת גם אם לא היה צורך בהתחייבות כזו לעניין מכרז חיפה או למכרז שהיה בא במקומו. כל התחייבות בין מנהלי עסקים שלא להתקשר עם גוף אחר היא בגדר חלוקת שוק, "לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו", כאשר כאמור, **סעיף 2(ב)(3)** לחוק קובע מבחן "צורני". חזקה שהצדדים להסדר התכוונו למשמעות הלשונית הטבעית והפשוטה של נוסח הכבילה, וחזקה זו לא נסתרה. גם אם את עיקר חשיבותו של ההסכם ראו אריאל ומנורה בתחום הלוחמה המשפטית, עובדה היא שלא נמנעו מקביעת סייג נוסף לפעולת אריאל, הנוגע לעצם ההתקשרות עם עיריית חיפה.

ד

ה

ו

ז

האם קביעה אחרונה זו תקפה חרף המימצאים דלעיל לעניין השלכת ההסכם בין הצדדים על התחרות? בדנ"א טבעול [2] הדגיש כבוד השופט מ' חשין – בעקבות כבוד השופט א' גולדברג בע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' משרד הביטחון, מינהל ההרכשה והייצור (להלן – ע"א טבעול [3]) – את נוסח ההוראה שבסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים ("יראו כהסדר כובל"), בהגיעו למסקנה כי מכוחה קמה חזקה חלוטה בדבר פגיעה בתחרות. כבוד השופט מ' חשין ציין, בין השאר:

א

ב

ג

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

ד

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

ה

47. חרף האמור הגעתי למסקנה שחל, בנסיבות העניין, סייג זוטי הדברים. מסקנה זו נובעת ממהות הסייג, המעוגן, בכל הנוגע לדין הפלילי, בסעיף 34 לחוק העונשין:

ו

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

ז

כדברי כבוד השופט טירקל בע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הדרוויץ [4], בעמ' 930-931, יסודו של כלל זה, החל בתחומי משפט שונים, בכלל הנרחב, לפיו אין בית-המשפט עוסק בעניינים זעירים וקלי ערך:

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

בחינה מקיפה של סייג זוטי הדברים נעשתה על-ידי כבוד השופט י' גרוס, בע"פ (ת"א) 1720/95 מדינת ישראל נ' יוסף [18]. השופט גרוס הסיק, לאור הקשרו

החקיקתי של הסעיף (**פרק ה' לחוק העונשין**, שכותרתו "סייגים לאחריות פלילית"), כי יש לצאת מנקודת מוצא ברורה, לפיה סייג זוטי הדברים זהה בטיבו ובמשמעותו לסייגים שעניינם אי-שפיות, היעדר שליטה וכדו', שנטל הוכחתם על הנאשם והרמת הנטל על-ידיו משמעותה – זיכוי מהאשמה שיוחסה לו. מדברי ההסבר להצעת **חוק העונשין** (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב-1992, למד כבוד השופט גרוס כי כוונת המחוקק הייתה להעניק לבית-המשפט (בנוסף לסמכויות המקבילות הנתונות לרשות התובעת וליועץ המשפטי לממשלה) סמכות לפטור אדם מאחריות במקרים קלי ערך, המהווים אמנם עבירה מהבחינה הטכנית-פורמאלית, אך קיימת הצדקה לפוטורם מאחריות בשל קלות המעשה.

במסגרת סקירת הספרות המשפטית בנושא זוטי הדברים, הפנה השופט גרוס למאמרו של פרופ' ד' **פרידמן** "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" [34], העומד על הצורך בהענקת שיקול-דעת לבית-המשפט לסיים הליך פלילי מבלי להרשיע עבריו, זאת לאור התפשטותו של המשפט הפלילי לממדים המחייבים את ריסון השימוש בו. השופט גרוס מפנה גם לדבריו של פרופ' ש"ז **פלר בספרו יסודות ביני עונשין** (כרך ב) [29], המדגישים כי הסייג האמור "נועד להתאים את ההגדרה הפורמאלית של העבירה הפלילית, לתוכנה הענייני מבחינת סף האנטי-חברתיות בה מותנית תופעה עבריינית" (שם [29], בעמ' 615). בהמשך מציין פרופ' פלר כי מכיוון שנבצר מהמחוקק לערוך רשימות מפורטות של אירועים הנמצאים מתחת לאותו סף של חומרה ואנטי חברתיות, מתבקשת דרך כללית המאגדת בתוכה את המעשים שאינם מחייבים "טיפול פלילי" (שם [29], בעמ' 616). באשר להגנה הניתנת על-ידי הסייג גופו, מציין פלר:

"סיכומו של דבר – מהות ה'זוטות' היא, וכאן ההבהרה וההעמדה על דיוקם של הדברים, של 'מעין' סייג, ששולל את פליליות המעשה, ולא סייג לכך, כגון הסייגים של כורח, צורך, הגנה עצמית או צידוק. יחד עם זאת, לא למותר להסיק את המסקנות עד תומן: קבע בית המשפט כי מעשה נתון נמנה על הזוטות, עליו לזכות את הנאשם. כלומר, אין זה סתם פטור רשות מאחריות פלילית, אלא עילה המחייבת לזיכוי ממנה" (שם [29], בעמ' 617).

השופט גרוס מפנה שם גם לדברי פרופ' מ' גור-אריה, המדגישה במאמרה "הצעת **חוק העונשין** (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992" [35], בעמ' 69-70 כי סמכותו של בית-המשפט בהקשר של זוטי דברים אינה זהה לסמכות הדיונית שלא לנהל הליך פלילי. האחרונה הינה רחבה מהגנת הזוטות, והשימוש בה הביא לא פעם לאי-ניהולו של הליך פלילי או לעיכובו בשל היעדר עניין לציבור מטעמים שאינם קשורים במעשה הפלילי עצמו. לעומת זאת, כותבת גור-אריה, אפיונה של הגנת הזוטות מתבטא בהגבלת

א שיקול-דעת בית-המשפט לבחינת טיבו הקונקרטי של המעשה, במטרה לוודא האם הוא עומד ברף המינימלי של האחריות הפלילית. גור-אריה מעירה כי ראוי ש"השימוש שיעשו בתי המשפט בהגנה זו יהיה אכן מוגבל למתחייב מהגיונה והיא תוחל רק במקרים שבהם אין במעשה מידה מינימאלית של סכנה לערך החברתי המוגן" (שם, שם).

ב י' קדמי בספרו על הדין בפלילים (כרך א, עדכון והשלמה) [30], בעמ' 133 כותב לעניין תנאי הסייג:

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

ד קדמי בספרו הנ"ל [30] הצביע, בין יתר דבריו, על האינטרס הציבורי שלא להטביע "אות קין" של פליליות במקרה שאין לציבור עניין בכך:

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

ו כבוד השופטת ש' וטרקרוג, בחוות-דעתה בע"פ (ח"י) 2094/01 מדינת ישראל נ' פלונית [19], בחנה אף היא ביסודיות את הסוגיה בה עסקינן, תוך שהפנתה לחיבור שהוגש לצורך קבלת תואר דוקטור פרי עטה של הגב' ג' ברודר, ממנו היא מביאה, בין השאר – לעניין ההנחה העומדת מאחורי הסייג – דברים אלו:

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

ח השופטת וטרקרוג מפנה גם למאמרו של כבוד השופט א' מגן "זוטי דברים" – אך לאו מילתא זותרתא" [36], בעמ' 54, בו אמר, בין השאר:

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

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

ויוטעם, הקביעה שהאינטרס הציבורי לא נפגע – מאחר שהתחרות לא נפגעה – היא המכריעה בביסוס תחולתו של הסייג. אינטרס זה לא נפגע מאחר שהציבור – המיוצג על-ידי העירייה – לא חפץ בתחרות, בשל העדפת שיקולים חשובים כשלעצמם, והם שיקולי בטיחות. לכן, גם אילו הגישה אריאל הצעה במכרז חיפה, לא היה בכך כדי להביא למימוש תכלית המכרז. [בע"א 6585/95 מ.ג.ע.ר. מרכז גביה ממוחשבת בע"מ נ' עיריית נשר \[5\]](#), בעמ' 212, ציינה כבוד השופטת שטרסברג-כהן כי מכרז:

"...הוא במהותו אמצעי להשיג התקשרות חוזית בעלת אופי כלכלי במטרה לקבל את ההצעה הטובה ביותר במחיר הזול ביותר".

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

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

לשיטתי, התשובה לשאלה זו היא חיובית. הנסיבות הרלוונטיות ליכולתה של אריאל להתחרות בחיפה עוקרות את החומרה מההסכם הנדון. ההסכם בין הצדדים, כטענת הנאשמים 5 ו-6, לא יצר את המגבלה הפוגעת בתחרות, אלא אך ורק תיאר מצב קיים. לא ניתן לאריאל, למעשה, להיכנס לשוק הרלוונטי ואף לא ניתן לומר שמאמצים משפטיים נוספים שלה היו מאפשרים זאת. לכן, גם אם המחוקק קובע, משיקולים של הבטחת לכידת עבירות הפוגעות בערך המוגן (התחרות), כי מקרה מעין זה "יראו כהסדר כובל" (כלשון [סעיף 2\(ב\) לחוק ההגבלים העסקיים](#)), אין בכך כדי למנוע הכרה בהגנה הפלילית כאשר מתחוויר שמהיבט מניעת הפגיעה בערך האמור לא נחוצה למעשה הטבעת "אות קין" של הרשעה. מניעת הגנה כזו – במקרים בהם החזקה החלוטה אינה הולמת את המציאות – יש בה כדי לפגוע שלא לצורך במי שמעשיהם אינם עוברים את סף ה"אנטי חברתיות" המינימלי, ובכך היא פוגעת בכלל המידתיות העולה [מחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו](#).

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

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

האפשרות להחיל את הגנת זוטי דברים בתחום ההגבלים העסקיים הועלתה לראשונה על-ידי כבוד השופט א' גולדברג בע"א טבעול [3], בעמ' 171-172, שאזכר, בין השאר, את פסק-דינו של בית-המשפט העליון בארצות-הברית בעניין *Fortner Enter Inc. v. United States Steel Corp.* (1969) [28]. כבוד השופט גולדברג הפנה (ע"א טבעול [3], בעמ' 173-175) [לסעיף 14\(א\)](#) לחוק הנזכר לעיל, וציין כי אף הוא מבטא את עקרון זוטי הדברים. כבוד השופט גולדברג הוסיף: "יש מקום לדעה כי אין מניעה להחלת עקרון זוטי הדברים בצד הפטור ובנוסף לו" (בעמ' 173). מדובר בהליך אזרחי,



ואולם עולה הימנו, למצער, שאין למצות את נושא זוטי הדברים בגדר הפטורים הקבועים בחוק ההגבלים העסקיים.

א

אף כבוד השופט מ' חשין, בדנ"א טבעול [2], הטעים את חשיבות עקרון זוטי הדברים בתחום בו עסקינן (שם [2], בעמ' 87), בציינו בצדו את דרכי המילוט מהחוק (סעיפים 14 ו-15 לחוק). באותו הקשר, ותוך שהפנה לדברי הנשיא ו' זילר בת"א (י-ם) 396/87 קיסין נ' פטרולגז חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ [20], התייחס כבוד השופט חשין גם ל"קול התבונה" אשר לאור "הטעם והמטרה הסופיים של החוק" לעניין החזקה החלוטה, צריך להביא לכך שלא יילכדו על-ידי הגדרת הסדר כובל עניינים ונושאים שהם, כלשונו, "דגים ודגיגים שהחוק לא יועד להם" (שם [2], בעמ' 87). באת-כוח המאשימה סבורה כי מדברי השופט חשין עולה שהעיקרון של זוטי דברים חל, בהקשר בו אנו עוסקים, אך ורק בגדר הסעיפים המאפשרים פטור מרישום ואישור שבחוק ההגבלים העסקיים עצמו, ולא בהקשר הפלילי. אכן, דברי השופט חשין שם אינם מתייחסים מפורשות להיבט הפלילי, אך לא ראיתי טעם לפרשם כמגבילים את תחולת העיקרון לתחום האזרחי בלבד, בגדר סעיפי הפטור הקבועים בחוק ההגבלים העסקיים בלבד.

ב

ג

האפשרות להעלות בהקשר לעבירת הגבלים עסקיים טענת זוטי דברים הוכרה מפורשות על-ידי כבוד השופט אור בע"א 3700/98 א.מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים [6]. באותו עניין – עניין אזרחי – סבר כבוד השופט ריבלין כי אין מדובר בהסדר כובל מטעם אחר והביע ספק בשאלת תחולתו של עקרון זוטי הדברים לאור כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), תשס"א-2001. ברם, כבוד השופט אור סבר (שם [6], בעמ' 602) כי כללי הפטור אין בהם כדי למנוע את תחולת העיקרון:

ד

ה

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

ו

ז

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

א

“אם בחר המחוקק לנקוט לשון רחבה, עשה כך ככוונה ללכוד ברשתו מעשים פסולים הנוגדים את התכלית שלשמה חוקק – את כולם, אולם אותם בלבד. לשון אחרת, יש להחריג מהוראת החוק את אותם מקרים... הנכללים לכאורה בלשון הרחבה של הוראת סעיף 2, אולם בחינה תכליתית תבהיר כי הם נופלים מחוץ לגבולות החוק” (שם [6], בעמ' 598).

ב

השופט השלישי במושב זה, כבוד השופט טירקל, סמך ידו על שתי הדרכים – השונות – שהוצעו על-ידי עמיתיו.

ג

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

ד

עם זאת, יש מקום להכיר גם בכך שבמכלול השיקולים – לעניין תחולת הסייג במישור הפלילי – ניתן להביא בחשבון את העובדה שהיה בידי נאשם לקבל פטור במועד, תוך פנייה לממונה על ההגבלים העסקיים. ואולם, שיקול אחרון זה, במקרה דנן, נדחה מפני השיקולים המצדיקים לגביו את תחולת הסייג.

ה

51. אחזור לשאלה שהועמדה בראשית פרק זה: האם הסדר הנכנס לגדר [סעיף 2\(ב\)](#) לחוק יכול להיחשב כעניין קל ערך?

ו

כבוד השופט י' עדיאל, בה"ע (י-ם) 2/97 מזרחי נ' הממונה על ההגבלים העסקיים [21], הביע דעתו כי הפעלת כלל זוטי דברים לגבי הסדרים כובלים המנויים [בסעיף 2\(ב\)](#) הינה “בעייתית” בשל החזקה הקבועה [בסעיף 2\(ב\)](#).

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

52. לסיכום, המקרה דנן הולם את החלת הסייג. כאמור, הוכח שלא ניתן לייחס לכבילה שקיבלה על עצמה אריאל לעניין מכרו חיפה משמעות תחרותית כלשהי, מן הטעם שעיריית חיפה לא הייתה מעוניינת בתחרות בינה לבין מנורה, ועשתה כל אשר לאל ידה להשתחרר מתחרות כזו. יתר-על-כן, כפי שאף באת-כוח המאשימה הטעימה, במשך תקופה ארוכה קודם למכרו חיפה השקיעה אריאל משאבים רבים במלחמה מול עיריית חיפה ומנורה. בסיכומיה מתארת באת-כוח המאשימה את מעשיה של אריאל בלשון זו:

“עשר שנים משקיעים מיליונים, מכריחים את כולם, הם לא יוותרו, הם יזכו במכרז הזה ויהי מה”.

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

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

לא מצאתי בעמדת המאשימה תשובה הולמת לתמיהה זו.

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

יש מקום להדגיש בהקשר זה כי לא הייתה מתחייבת תוצאה זהה לגבי מנורה ואילו אהרון, שעניינם הסתיים לפני בהסדר טיעון, ולו מהטעם שמנורה לא תרמה בפעילותה לקידומה של התחרות בתוככי חיפה, ולכן נסיבות מעשיהם של הנאשמים 5 ו-6 – אשר יש לשקלם לעניין החלת הסייג על-פי [סעיף 34](#) [לחוק העונשין](#) – שונות.

טענות הנאשם 7 – דיון

א. זיכוי בשל זוטי דברים

53. משהגעתי למסקנה שעומדת לנאשמים 5 ו-6 הגנת זוטי דברים, מתבקשת מסקנה זהה לגבי הנאשם 7, הוא שי אופיר. מסקנה כזו מתחייבת מעצם זיכוי הנאשמים האחרים, וזאת מן הטעם שמיוחסת לנאשם 7 עבירת סיוע. "סיוע למעשה שאינו בגדר עבירה, בשל ביצועו במצב המהווה סייג לפליליותו שוב אינו סיוע שמצמיח אחריות פלילית", כתב פלר בספרו הנ"ל [29], בעמ' 256.

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

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

אין בידי לקבל את טענת המאשימה, לפיה אין לראות את הנאשם 7 כ"בורר" גרדא. העובדות שפורטו מלמדות כי ביצע תפקיד שיפוטי – פסיקת הפיצוי בסכסוך בין הצדדים, ומעורבותו לא הגיעה מעבר לכך. באת-כוח המאשימה הפנתה לנ"9 2929/02 מדינת ישראל נ' סבירסקי (להלן – עניין סבירסקי [7]), שבו בית-המשפט העליון קבע כי המשיב שלפניו הוא "מבצע בצוותא", הגם שהוא לא ניהל עסק בתחום ייצור ושיווק של מרצפות, וקיבל מהצדדים לקרטל סמכות להכריע בנושאים שונים כבורר (כעולה מפסק-הדין שנתן בית-המשפט המחוזי בעניין זה, בת"פ 9 (י-ם) 366/99 מדינת ישראל נ' סבירסקי [22]). מדברי באת-כוח המאשימה עולה כי, לשיטתה, ראוי היה שלא לשנות את מעמדו למסייע (כאמור, כתב-האישום תוקן ובוצע שינוי כזה). ברם, ההשוואה עם עניין סבירסקי [7] מלמדת דווקא על מיעוט חלקו של הנאשם 7 בביצוע העבירות. שם היה המשיב שותף בגיבוש ההסכמים הקרטליים, שימש מזכיר הקרטל, והפעיל את מנגנון אכיפתו (אשר כלל מערכת לאיתור הפרת ההסכמים הקרטליים), הגם שלא נהנה מרווחי הקרטל (קיבל משכורת). בית-המשפט העליון נמנע מלכנותו "בורר", וראה בו "חלק מרכזי ועיקרי בגרדי ההסדר הכובל" (שם [7], בעמ' 134).

ב. טענת חוסר המודעות והיעדר מטרה לסייע לביצוע העבירה

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

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

ברם, גם אם בישיבת הבוררות לא הובהרה לנאשם 7 התמונה במלואה, וגם אם סבירה האפשרות שהוא לא בחן בעיון את שטר הבוררין בעת שנוהלה ישיבת הבוררות, קשה להלום אפשרות שלא ספג את כלל הפרטים הנוגעים לעניין, למצער בעת שנתן את פסק הבורר מספר חודשים לאחר מכן. הופקדה בידי, בין השאר, קביעת הסכום שיהא על מנורה לשלם כפיצוי, סכום שאינו מבוטל, וכן הופקדו בידי ערבויות אותן הוטל עליו למסור לצד זה או אחר, על-פי העניין ובבוא העת. במצב דברים זה אין זה מתקבל על הדעת שהוא לא למד את הפרטים העיקריים בטרם קיבל את החלטותיו בעניינים אלו, ובכללם דבר התחייבות אריאל שלא להתקשר עם עיריית חיפה. מהראיות עולה כי תפקיד הבורר נמסר לו בהיותו איש עסקים רציני ואמין. בנסיבות אלו קשה להשתכנע שהוא ראה לנכון לזלזל בתפקיד שקיבל על עצמו, וההיזן לתת את פסק הבורר מבלי שהכיר את יסודות ההסכם. התייחסות נאותה לתפקיד חייבה הכרת עקרונות אלו, ובכללם ההוראה הנוגעת להתקשרות עם עיריית חיפה. לאור האמור, גם אם כעדות הנאשם 7 היו המסמכים שקיבל בעת ישיבת הבוררות בגדר "ערימת מסמכים" לדידו, הדעת נותנת שמשמעותם התחוורה לו בהכרח מאוחר יותר, ולפני מתן פסק הבורר.

56. שיקולים אלו מביאים למסקנה שהנאשם 7 היה מודע לתוכן ההסכם בין הצדדים לבוררות. על-פי הפסיקה ניתן להגיע להערכת המודעות באמצעות שיקולי היגיון, המביאים בחשבון את מכלול הנסיבות. כך, בע"מ 348/80 מדינת ישראל נ' בן ברוך [8], בעמ' 592, קבע הנשיא ברק לעניין זה:

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

וכן ראו לקביעת צפונות מחשבתו של אדם בהישען על הנסיבות, ניסיון החיים ושיקולי היגיון: ע"מ 1100/93 סובאח נ' מדינת ישראל [9], רע"מ 4351/00 מדינת ישראל נ' אבו-אלהווא [10]. סבירות הטענה בדבר היעדר מודעות היא בהקשר כזה כלי עזר ראיתי, ראו ש"ז פלר "טעות במצב דברים" [37], בעמ' 11, 17.

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

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

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

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

ה "לא הייתה לי לא כוונה ולא יד ולא חשבתי שבעצם זה שאני עושה בוררות מסחרית, אני עלול להימצא פה, לאבד את זמני וגם להיפגע מבחינה כספית ולעמוד עכשיו במצב המביש שאני עומד פה" (פרוטוקול מיום 19.12.2001, עמ' 51).

ו באי-כוחו של הנאשם 7 טוענים בהקשר זה כי כאשר מדובר במסייע, על המאשימה להוכיח גם את מודעותו לפליליות מעשה העבריינים העיקריים, ובכלל זה הכרתו את הדין הקובע כי מעשה כזה הוא עבירה. הם הוסיפו וטענו כי העבירה שבה מדובר – עריכת הסדר כובל – אינה בגדר Mala per se, אלא היא Mala prohibita, דהיינו עבירה שבה המודעות לפליליות אינה מובנת מאליה, ועל-כן, לדבריהם, סבירה האפשרות שהנאשם 7 כלל לא הבין שהוא עובר על חוק כלשהו בעת שפעל כבורר. טענה אחרונה זו מבססים סניגוריו של הנאשם 7 על אמירות בפסיקה ובספרות, מהן עולה דרישה שהמסייע יהא מודע לפליליות של מעשה העברייין העיקרי. כך, בעמ' 320/99 פלונית נ' מדינת ישראל [11], בעמ' 32 נאמר על-ידי כבוד הנשיא ברק:

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

ב

ופרופ' פלר בספרו הנ"ל [29], בעמ' 260, כתב לעניין זה:

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

ג

עוד כתב פלר:

"נסיבה רלוונטית להתהוות סיוע לדבר עבירה כפועל יוצא של צמידות צורות השותפות העקיפה לדבר עבירה לביצוע הישיר היא פליליותו של ביצוע זה" (שם, בעמ' 256).

ד

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

ה

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

ו



58. אני סבורה שאין לייחד למסייע דין מהיבט ידיעת הדין הפלילי. אכן, על המסייע להיות מודע לא רק להתנהגותו שלו, אלא גם לחלקה במערך הכולל של התנהגות העבריין העיקרי. ההדגשה המלמדת כי עליו להיות מודע לפליליות המעשה הכולל יסודה בחשש שמא אינו רואה את התמונה כולה, מאחר שהסיוע מתרכז, בדרך-כלל, בהיבט או בחלק מסוים של המעשה בלבד. המודעות לפליליות היא, בדרך-כלל, פועל יוצא של ידיעת הטיב הכולל של המעשים הרלוונטיים (בהבדל מידיעת חלקן של המסייע בלבד) יחד עם ידיעת החוק. הדין מניח ידיעה כזו – או למצער אינו מוכן ליחס נפקות לאי-הידיעה או אי-ההבנה של האיסור, כעולה [מסעיף 34](#) [לחוק העונשין](#) – והחריג שהוכר בחוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ד-1994 (להלן – תיקון 39) (והמצוי בסיפה של הסעיף – "זולת אם הטעות הייתה בלתי נמנעת באורח סביר") אינו מועיל לנאשם 7. לא ניתן לקבוע שלא היה בידו להימנע מהטעות המשפטית, לפיה הסדר המונע התקשרות עם עיריית חיפה אינו הסדר כובל. אוסיף כי יש ממש בטענת באת-כוח המאשימה, לפיה דווקא טענת הנאשם 7 שלא התעמק בפרטי הסכסוך שבין הצדדים לבוררות עלולה לעמוד לו לרועץ בהקשר זה. ככל שהנאשם 7 ידע את הרקע לייאוש מדעת של אריאל לגבי אפשרות ההשתתפות במכרז חיפה, ניתן היה לקבוע כי הבין ממילא שהסכמתה שלא להתקשר עם עיריית חיפה אינה יוצרת מגבלה של ממש.

59. עוד טוען הנאשם 7 כי המאשימה לא עמדה בהוכחת מרכיב נפשי נוסף המתייחס למטרה לסייע למבצע העיקרי בביצוע עבירה. בפסיקה שלפני תיקון 39 לא הייתה מחלוקת לגבי הצורך בהוכחת מרכיב זה, וגישה דומה משתקפת בפסיקה שלאחר התיקון, כעולה מע"פ 320/99 הנ"ל [11], בעמ' 32, ומע"פ 807/99 מדינת ישראל נ' עזיזיאן [12], בעמ' 758. ואולם, כפי שמציינים באי-כוח הנאשם 7, הסתייגות מגישה זו מצויה בדברי כבוד השופט מצא [בע"פ 4317/97](#) פוליאקוב נ' מדינת ישראל [13].

אשר לעניין הגדון טוענים באי-כוחו של הנאשם 7 כי לא יכולה להיות מחלוקת לגבי קיומה של מטרה לגיטימית במעורבותו – לסייע בפתרון סכסוך כספי מסחרי. לשיטתם, המאשימה אינה מבחינה בין מטרה זו לבין המטרה הבלתי לגיטימית הנטענת על-ידיה. למען מטרה לגיטימית זו, טוענים הם, העמיד הנאשם 7 את משרדו, ופינה מזמנו לשמיעת הצדדים ולמתן הפסק. הם מדגישים כי לא היה לנאשם 7 כל עניין לסייע לצדדים לשטר הבוררין לבצע עבירה פלילית, ותפקידו התרכז בפתרון הסכסוך גרדא. על-פי טיעון זה, לא ניתן לומר כי הנאשם 7 פעל "בכוונה שהעבירה שבוצעה בפועל תתבצע", כלשון כבוד השופט ד' לוי [בע"פ 2910/94](#) יפת נ' מדינת ישראל [14], בעמ' 439, או "בכוונה שהעבירה שבוצעה בפועל תתבצע", כלשון כבוד הנשיא ברק [בע"פ 320/99 הנ"ל](#) [11], בעמ' 33.

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

ב

ג. טענת חסינות הבורר

60. הטענה השנייה היא הטענה לפיה עומדת לנאשם 7 ההגנה הניתנת לרשות השופטת על-פי [חוק העונשין](#). על-פי הנטען, נתונה לבורר חסינות שיפוטית הקבועה [בסעיף 334 לחוק העונשין](#). סעיף זה, שכותרתו "הגנה על רשות שופטת", קובע:

ג

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

ד

הוראה זו חוזרת על לשון ההוראה שהייתה קבועה [בסעיף 23 לחוק העונשין](#), קודם לתיקון המקיף של החלק המקדמי, ולפני כן [בסעיף 16 לפקודת החוק הפלילי](#), 1936. ההוראה לא הופיעה בהצעת החוק שקדמה לתיקון 39, ואין לגביה התייחסות בדברי ההסבר להצעה.

ה

לחיזוק טענת החסינות מפנה הנאשם 7 להגדרת המונח "הליך שיפוטי" [שבסעיף 334כד לחוק העונשין](#). בסעיף זה נאמר:

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

ו

בהקשר זה מדגישים באי-כוחו של הנאשם 7 כי בעיקרון, על-פי [חוק הבוררות](#), תשכ"ח-1968 ([סעיף 14](#)) בורר מוסמך להשביע עדים (כיום – להעידם תחת אזהרה). הם מוסיפים כי לבורר חסינות מאחריות על-פי [פקודת הנזיקין](#) [נוסח חדש], כאשר [סעיף 8 לפקודה זו](#), שכותרתו "רשות שופטת", קובע:

ז

"אדם שהוא גופו בית משפט או בית דין או אחד מחבריהם, או שהוא ממלא כדין חובותיו של אדם כאמור, וכל אדם אחר המבצע פעולות שיפוט,

לרבות בורר – לא תוגש נגדו תובענה על עוולה שעשה במילוי תפקידו השיפוטי".

א

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

עוד טוענים באי-כוח הנאשם 7 כי המסקנה לפיה בורר הוא "נושא משרה שיפוטית" לצורך [חוק העונשין](#) נתמכת על-ידי העובדה שהגדרת המונח "עובד ציבור", [בסעיף 34כד](#) לחוק זה, כוללת גם "בורר" ([בסעיף קטן 9](#)). אם בורר הוא "עובד ציבור", כך נטען, אין מקום שלא לראותו בה בעת גם "נושא משרה".

ב

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

ג

הגדרת המונח "משרה" (במילון א' אבן-שושן המיליון החדש) היא "כהונה, תפקיד שאדם ממנה תמורת שכר... (2) שלטון, שררה". על-פי הגדרה זו לא נדרש רכיב של קביעות, ואין הכרח בקשר עם הרשות. נראה אפוא כי על-פי מהות המונח, גם בורר, שהסמכות לפסוק בסכסוך בין צדדים הוענקה לו על-פי הסכמת הצדדים בעניין אחד, ואף מבלי שמשולם לו שכר, יכול להיחשב "נושא משרה". כך, כבוד השופטת ר' אליעז, [בה"פ \(ת"א\) 690/01](#) יורוקום שיווק (1986) בע"מ נ' אדיוטופט בע"מ [23], מתייחסת לבורר על-פי הסכם כאל "נושא משרה שיפוטית". אוסיף כי בפסיקה הודגש שמוסד הבוררות נשען על שני יסודות משולבים: היסוד ההסכמי והיסוד הציבורי, ובר"ע [א 6999/96](#) מכשירנות חדרה בע"מ נ' רויכמן [15], בעמ' 758-759, כתבה כבוד השופטת שטרסברג-כהן:

ד

ה

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

ו

היסוד הציבורי מקל על ראייתו של בורר כחלק מהרשות השופטת.

ז

62. כנגד הפירוש לפיו החסינות [בסעיף 34כד](#) חלה גם על בורר, ניתן להצביע על עצם השוני בנוסח סעיף החסינות [בחוק העונשין](#) לעומת נוסחו [בפקודת הנזיקין](#) [נוסח חדש]. בפקודה כאמור, ניתנה לבורר הגנה מפורשת. ברם, ניתן להתגבר על קושי זה,

בטענה שאין לצאת מראש מהנחה שצפויה קוהרנטיות בניסוח חוקים שונים אלו. טענה אחרת שניתן לטעון כנגד הפירוש הרחב של [סעיף 334](#) היא שדווקא הכללת המונח "בורר" בגדר "עובד ציבור" מלמדת על מגמת המחוקק להטיל על בורר אחריות, שהרי הרחבת המונח "עובד ציבור" מביאה לכך שהבורר יישא באחריות המוטלת על עובד ציבור [בסעיפים 117, 117, 284, 285, 290, 390, 421 לחוק העונשין](#). מאידך, ניתן גם לומר שההוראות שצוינו (החסינות וההוראות המתייחסות לאחריותו כעובד ציבור) משלימות זו את זו. החסינות "במילוי התפקיד" לא נפגעה בגין החלת סעיפי העבירות שצוינו גם על בורר, מאחר שלפי עצם טיבן מצויות העבירות הכלולות באותם סעיפים "מחוץ" לתפקידו כבורר.

63. שיקול התומך בחסינות הפלילית של הבורר נובע מרציונל מתן החסינות ל"רשות השופטת". בחינת רציונל הענקת החסינות לשופטים מלמדת ששיקולים מרכזיים התומכים בה הולמים גם את הבוררים, בשל תפקידם המעין-שיפוטי. דיון בשיקולים המביאים לחסינות השופטים מצוי בספרה של ד' אבניאלי חסינות אנשי ציבור [31], בעמ' 23-33. נראה שהבחינה בספר זה נעשית בעיקר מההיבט הנזיקי. ואולם, בדונה בחסינות הפלילית של שופטים, מכוח [סעיף 334 לחוק העונשין](#), אין המחברת מפנה לשיקולים אחרים כלשהם, ובאותו פרק היא כותבת כדלקמן:

"המונח 'נושא משרה שיפוטית' [בסעיף 334 לחוק העונשין](#) אינו מתייחס רק לשופטים, אלא לכל אדם הממלא תפקיד שיפוטי, כגון ראש ההוצאה לפועל" (שם [31], בעמ' 82).

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

"תפקידו – כמי שהוסמך להכריע בסכסוך קיים או עתידי – הוא תפקיד שיפוטי והחלטתו היא החלטה שיפוטית" (שם [31], בעמ' 184).

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

גם פרופ' ס' אוטולנגי אינה מתייחסת בספרה לשאלת אחריות הבורר בפלילים. בהתייחס לחסינות הנזיקית, כותבת היא בספרה בורות – דין ונוהל [32], בעמ' 218:

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

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

ב 64. בחינת פסיקה וספרות משפטית באנגליה ובארצות-הברית מלמדת כי לעניין החסינות מודגשת הקירבה בין השופט והבורר. קירבה זו מבוססת על הפונקציה השיפוטית שמבצע הבורר, וראו: D.R. Nolan, R.I. Abrams "Arbitral Immunity" [38], at p. 234. נולן ואברהמס מציינים כי האנלוגיה בין שני המוסדות אינה מושלמת, אך פעולת הבורר דומה דייה לפעולה שיפוטית כדי לבסס את חסינותו.

ג וכן ראו C.L. Sabin "The Adjudicatory Boat Without a Keel: Privae Arbitration and the need for public oversight of arbitrators" [39], at pp. 1352-1353.

ד חרף מאמצי, התקשיתי לקבל תמונה ברורה לגבי גישות הדין האנגלי והאמריקני לחסינות הבורר בפלילים. מהמקורות אותם בחנתי, עולה בבירור קיום חסינות אזרחית, אך אין בהם התייחסות מפורשת להיבט הפלילי. כך, גם המונח "Is not liable" שבסעיף החסינות (סעיף 29) ב־Arbitration Act, 1996 האנגלי, סובל גם את הפירוש לפיו הוא מתייחס לאחריות האזרחית בלבד. עם זאת, יש בידי לומר כי הבחינה ההשוואתית האמורה מלמדת שקיים בסיס מוצק למסקנה שיש להשוות בין שופט ובורר (ראה לעיל). אשר לחסינות הפלילית של השופט בדין האנגלי והאמריקני, ראו אבניאלי בספרה הנ"ל [31], בעמ' 113 הערה 90, ובעמ' 110 הערה 82.

ה 65. עם זאת, ניתן למצוא טעמים להבחנה בין בורר לבין שופט, ואף לבסס קביעה שהשוני ביניהם משמעותי יותר בתחום הפלילי. כך, הדעת נותנת שתקנת הציבור מתקשה להשלים עם קיומן של עבירות פליליות יותר מאשר עם עוולות נזיקיות, ואף ניתן לטעון שכאשר שניים הסכימו להטיל תפקיד על בורר, אין בכוח הסכמתם לשחררו מעול הדין הפלילי. עוד ניתן לומר כי השחרור מהאחריות הנזיקית מובן יותר, שהרי מדובר באחריות הבורר כלפי הצדדים שבחרו בו, אך כאשר הפגיעה היא באינטרס הציבור – שאני. מנגד, אפשר שהוראת [סעיף 34כא לחוק העונשין](#), לפיה יש לאמץ את הפירוש המקל עם הנאשם כאשר קיימים פירושים סבירים אחדים, מובילה להכרה

בחסינות גם לגבי בורר, מאחר שגם הפירוש לפיו חסינות הרשות השופטת העומדת לבורר הוא פירוש סביר. [סעיף 34כא](#) קובע:

א

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

ב

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

ד

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

ה

אוסף כי גדר הסייג הקבוע [בסעיף 34כב לחוק העונשין](#) הוא גדר ביצוע התפקיד השיפוטי, ולכן הנאשם סבירסקי, בעניין סבירסקי [7] הנזכר לעיל, לא היה נהנה מהגנה זו, מאחר שבפעולותיו חרג מביצוע התפקיד המעין-שיפוטי ונכנס לגדר הפעולות הקרטליות.

ו

67. לסיכום, מהמסקנה שיש לזכות את הנאשמים 5 ו-6 נובע גם, מניה וביה, זיכוי של הנאשם 7, מאחר שיוחסה לו עבירת סיוע. מכל מקום, בשל מידת מעורבותו השולית של הנאשם 7 בצד הבלתי חוקי של ההסדר בין אריאל ומנורה, יש מקום לזכותו בשל סייג זוטי דברים. כמו כן, מאחר שביצע תפקיד שיפוטי גרדא, יש לזכותו מכוח ההגנה הניתנת [בחוק העונשין](#) לרשות השופטת.

ז

סוף דבר

68. כטענת באת-כוח המאשימה בסיכומיה, נדירים המקרים מסוג המקרה שלפניי, שבו הובא לבית-המשפט הסכם קרטלי ערוך, מודפס וחתום. כזה היה הסכם הבוררות בין אריאל ומנורה ומנהליהן, בחלק שהתייחס להתקשרות שבין מנורה עם עיריית חיפה. חלק זה הכיל כבילה מסוג חלוקת שוק. ברם, בחינת מאפייני השוק בחיפה מבהירה כי את המכשול לתחרות בתקופה הרלוונטית יצרה עיריית חיפה, באופן מודע ועקבי, וזאת משיקולים ראויים כשלעצמם – שיקולי בטיחות. בחלקו של ההסכם, שעסק בפעילות הצדדים בירושלים, לא היה משום אי-חוקיות: הצדדים הסכימו על העברת ביצוע העבודה לאריאל, במסגרת ההתקשרות הקיימת בין מנורה לעיריית ירושלים ובהסכמת העירייה. מדובר בהסכם שאינו כובל. מידת ההגבלה – או הכבילה – בהסכם מעין זה, שקולה להגבלה שיש בכל הסכם העברת ביצוע עבודות בקבלנות משנה.

בנסיבות אלו, שתוארו בהרחבה לעיל, פעילותם של הנאשמים 5 ו-6 לא פגעה בערך המוגן על-ידי [חוק ההגבלים העסקיים](#) בתחרות – בין בירושלים ובין בחיפה. נהפוך הוא: אריאל ומנורה עשו כל אשר לאל ידם, מבחינה משפטית, כדי להביא את עיריית חיפה "לפתוח" את השוק לתחרות. עתירת אריאל לבית-המשפט הגבוה לצדק אילצה את עיריית חיפה לפרסם את מכרז חיפה. המכרז שפורסם, הגם שלמראית עין היה שוויוני, לאמיתו של דבר לא איפשר לאריאל התמודדות, זאת מאחר שהנוטלים בו חלק חויבו לעמוד בדרישות ההשתלבות עם מרכז הבקרה. למנורה בלבד הייתה יכולת לעמוד בדרישות אלו, בהיותה סוכנת בלעדית של החברה הגרמנית, שצידדה נרכש על-ידי העירייה עבור מרכז הבקרה, בהשקעה המגיעה לכשני מיליון מארק.

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

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

ניתנה היום, י' בסיוון תשס"ג (10.6.2003), במעמד הצדדים.

מיני-רציו:

הגבלים עסקיים – הסדר כובל – משמעו

א האם הסכמה שעבודה תיערך על-ידי חברה מסוימת בדרך של העברת העבודה בקבלנות משנה מהווה הסדר כובל – האם התחייבות להימנע מהליכים משפטיים שמטרתם לחייב מקבל שירות לאפשר תחרות מהווה הסדר כובל – כאשר מקבל השירות אינו מעוניין בתחרות – האם ניתן להחיל על עבירות לפי [חוק ההגבלים העסקיים](#), תשמ"ח-1988 את סייג זוטי הדברים שבדין הפלילי.

ב עונשין – הגנות – חסינות – החלת החסינות לפי [סעיף 334 לחוק העונשין](#), תשל"ז-1977 על בורר – לעניין ביצוע פעולות מעין-שיפוטיות.

\\main\MISRAD\00000000\05-07-19\0000 = pm\0307829.doc

ג

ד

ה

ו

ז