



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 1408/18
ע"פ 1417/18
ע"פ 1418/18
ע"פ 1420/18
ע"פ 2082/18
ע"פ 2185/18
ע"פ 2188/18
ע"פ 2191/18
ע"פ 2767/18
ע"פ 2773/18

לפני: כבוד השופט ד' ברק-ארז
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערערת
בע"פ 1408/18
והמשיבה ביתר
הערעורים: מדינת ישראל

נ ג ד

המשיבים 2-1
בע"פ 1408/18
והמערערים
בע"פ 1417/18: אברהם (ויקטור) בן דרור
ארם שירותי מדי מים בע"מ

המשיבים 4-3
בע"פ 1408/18
והמערערים
בע"פ 2767/18: יצחק ג'רבי
מד מים רימונים בע"מ

המשיבים 6-5
בע"פ 1408/18
והמערערים
בע"פ 2082/18: ניצן כהן
ארד בע"מ

המשיב 7 בע"פ
1408/18: יעקב צוויגנבוים

המשיבה 8
בע"פ 1408/18

והמערערת
בע"פ 2191/18 : מדי ורד בע"מ

המערער בע"פ
גלעד האוזמן : 1418/18

המערער בע"פ
אייל הדר : 1420/18

המערעים
בע"פ 2185/18 : דניאל בן עזרא
גת מדי מים בע"מ

המערער בע"פ
מוטק ויארניק : 2188/18

המערער בע"פ
אריאל גירבי : 2773/18

ערעורים על הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט המחוזי
בירושלים מיום 30.4.2017 ומיום 2.1.2018 בת"פ 49529-12-11
שניתנו על-ידי כבוד השופט ע' שחם

תאריכי
הישיבות : י"ד בתמוז התשע"ח (27.6.2018)
י"ט בתמוז התשע"ח (2.7.2018)
כ"א בתמוז התשע"ח (4.7.2018)

בשם
המערערת
בע"פ 1408/18
והמשיבה
ביתר
הערעורים : עו"ד תומר דגני, עו"ד אסף מוזס, עו"ד אסנת שלזינגר,
עו"ד אבי גרוסמן

בשם המשיבים
2-1 בע"פ
1408/18
והמערעים
בע"פ
1417/18 : עו"ד אפרת ברזילי, עו"ד ליאת ברגמן-רביד

בשם המשיבים
4-3 בע"פ
1408/18
והמערעים
בע"פ 2767/18
ובשם המערער
בע"פ
2773/18 : עו"ד איתן מעוז, עו"ד דניאל עינב

בשם המשיבים
 בע"פ 6-5
 1408/18
 והמערערים
 בע"פ
 עו"ד הלה פלג, עו"ד אורי פורת, עו"ד איילת גלעדי : 2082/18

בשם המשיב 7
 בע"פ
 עו"ד גל רוזנט, עו"ד רן כרמי, עו"ד רז אגרנט : 1408/18

בשם המשיבה
 בע"פ 8
 1408/18
 והמערערת
 בע"פ
 עו"ד עפר ברטל, עו"ד דב גלעד כהן : 2191/18

בשם המערער
 בע"פ 1418/18
 ובשם המערער
 בע"פ
 עו"ד לימור לוי, עו"ד שיר אנוטונבסקי : 1420/18

בשם
 המערערים
 בע"פ
 עו"ד מיכה גבאי : 2185/18

בשם המערער
 בע"פ
 עו"ד תמי אולמן, עו"ד יעקב שלומוביץ' : 2188/18

פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. האם קשרים ומגעים שניהלו ביניהן חברות שפעלו בשוק מדי המים בישראל היו הסדרים כובלים אסורים? ואם כן – האם הסדרים כובלים אלה היו, ולו חלקם, בנסיבות מחמירות? כמו כן, האם יש לייחס אחריות פלילית אישית למנהלים ועובדים שפעלו בשמן של חברות אלה, ומהם העונשים שיש לגזור על אותם מעורבים שהורשעו בדין? שאלות אלה עמדו במרכז הערעורים שבפנינו.

רקע כללי

2. פסק דיננו עוסק בפרשה סבוכה שעניינה הסדרים כובלים שנערכו בתחום של ייצור, התקנה, שיפוץ והסבה של מדי מים (להלן גם: מדים) בישראל בין השנים 2004-2009 (להלן: תקופת האישום). הפרשה נסבה על רשת מורכבת של תיאומים בין המתחרות שפעלו בשוק מדי המים בישראל אשר נחשפה באמצעות חקירה שערכה רשות ההגבלים העסקיים (להלן: רשות ההגבלים) החל משנת 2009. בעקבות כך, הוגשו מספר כתבי אישום שכללו ביחד יותר מעשרים נאשמים. כתב האישום העיקרי, שהוגש ביום 27.12.2011, התייחס ל-22 נאשמים. בהמשך, הוא הוחלף בכתב אישום מתוקן שכלל 21 אישומים בעניינם של 18 נאשמים. המשך הדברים מתייחס לכתב האישום המתוקן.

3. ברקע הדברים עומדות דרישות הדין בכל הנוגע למדידת השימוש במים אשר מוגדרות בכללי מדידת מים (מדי מים), התשמ"ח-1988 (להלן: כללי מדידת מים או הכללים). לפי הכללים, "מד-מים" הוא "מכשיר המונה וסוכם את כמויות המים המופקות או המסופקות". סעיף 44 לכללים מחייב, בין היתר, את הרשויות המקומיות לערוך בדיקה וכיול תקופתיים של מדי המים כל מספר שנים. כחלק מבדיקה זו הרשויות המקומיות מחליטות אם לרכוש מדים חדשים, או לחלופין לשפץ או להסב את המדים הקיימים. לצורך המשך הדיון, נוסף ונבהיר כי הפעילות בתחום של אספקת מדים חדשים הוגדרה בהליכים שהתקיימו בתיק זה כ"שוק הראשוני", ואילו הפעילות בתחום של שיפוץ והסבה של מדים קיימים הוגדרה כ"שוק המשני".

4. בתקופת האישום פעלו בשוק הראשוני בארץ שלוש חברות: ארד בע"מ – הנאשמת 8 (להלן: חברת ארד), מדי ורד בע"מ – הנאשמת 11 (להלן: חברת מדי ורד) ומד מים רימונים בע"מ – הנאשמת 13 (להלן: חברת רימונים). בשוק המשני פעלו חברות רבות יותר, אשר העיקריות שבהן היו: ארם שירותי מדי מים בע"מ – הנאשמת 3 (להלן: חברת ארם), חברת מדי ורד וחברת רימונים. כמו כן פעלו בשוק המשני חברת גת מדי מים בע"מ – הנאשמת 15 (להלן: חברת גת) ומד תקין בקרת מים אגודה שיתופית חקלאית בע"מ (להלן: חברת מד תקין) – אשר הייתה נאשמת בכתב האישום המקורי, אך עניינה הסתיים בהסדר טיעון כך שהיא לא הופיעה כנאשמת בכתב האישום המתוקן.

5. בשלב זה, נציג גם את בעלי התפקידים שהיו מעורבים בפרשה ואשר עניינם לווונטי לצורך הדיון בערעורים שבפנינו, בהתאם לחלוקתם לחברות שאזכרו לעיל:

חברת אדם – נאשם 1, אבי (ויקטור) בן דרור (להלן: בן דרור), היה בתקופת האישום המנכ"ל של חברת אדם. נאשם 2, רז מזרחי (להלן: מזרחי), היה בתקופת האישום מנהל אגף מדי מים בחברת אדם. עניינו של מזרחי הסתיים בהסדר טיעון כמתואר להלן.

חברת ארד – נאשם 5, ניצן כהן (להלן: כהן), היה בתקופת האישום המנכ"ל של חברת ארד. נאשם 4, גלעד האוזמן (להלן: האוזמן), ונאשם 6, אייל הדר (להלן: הדר), היו בתקופת האישום מנהלי תיקי לקוחות בחברת ארד.

חברת מדי ורד – נאשם 9, יעקב צוויגנבוים (להלן: צוויגנבוים), היה בתקופת האישום המנכ"ל של חברת מדי ורד וכן בעל מניות בה. גבריאל אלטמן (להלן: אלטמן) היה בתקופת האישום בעל מניות בחברת מדי ורד. עניינו של אלטמן נדון בהליך נפרד כמפורט להלן. נאשם 10, מוטק ויארניק (להלן: ויארניק), היה בעל מניות בחברת מדי ורד ומנהל המפעל שלה עד סוף שנת 2008. נאשם 17, עו"ד מיכאל עצמון (להלן: עצמון) ייצג את חברת מדי ורד בתקופת האישום. כמפורט להלן, עניינו של עצמון הופרד לאחר הגשת כתב האישום המתוקן ונדון בסופו של דבר במסגרת הליך אחר.

חברת רימונים – נאשם 12, יצחק ג'רבי (להלן: ג'רבי), היה בתקופת האישום המנכ"ל של חברת רימונים. אחיו של ג'רבי הוא נאשם 18, עו"ד אריאל ג'רבי (להלן: אריאל), שייצג את חברת רימונים במגעים שונים להסכמות עם החברות האחרות במהלך תקופת האישום. שלמה דור (להלן: דור), היה בתחילת תקופת האישום בעל מניות ומנהל בחברת רימונים והחל משנת 2009 עבר להיות מנהל בחברת גת. אף עניינו של דור נדון בהליך נפרד, כמפורט להלן.

חברת גת – נאשם 14, דניאל בן עזרא (להלן: בן עזרא), היה בתקופת האישום המנכ"ל של חברת גת ובעל המניות היחיד בה. כאמור לעיל, החל משנת 2009 דור היה מנהל בחברת גת.

ההליך בבית המשפט המחוזי

6. כתב האישום המתוקן נדון בבית המשפט המחוזי בירושלים בפני השופט ע' שחם, והוא זה שהוליד את הערעורים שבפנינו (ת"פ 49529-12-11).

7. עניינם של חמישה מהנאשמים בכתב האישום המקורי הסתיים בהרשעות שהתבססו על הודאתם במסגרת הסדרי טיעון. כמו כן, בעניינם של כמה נאשמים

התקיימו הליכים נפרדים. כך, עניינו של עצמון הופרד והועבר למותב אחר בהסכמת הצדדים, לאחר שבחר שלא לנהל הוכחות (ראו: ת"פ (י-ם) 5293-03-14 וכן ע"פ 6336/14 עצמון נ' מדינת ישראל (30.3.2015)). עניינם של שני נאשמים נוספים – אלטמן ודור – עודנו תלוי ועומד בבית המשפט המחוזי (ת"פ (י-ם) 49530-12-11 ו- ת"פ (י-ם) 16251-03-16, בהתאמה).

8. כתב האישום המתוקן התפרש על פני 53 עמודים וסקר בהרחבה את המעשים המיוחסים לנאשמים השונים. בקליפת אגוז, הוא התמקד בתיאומים והסכמות שנסבו על אופן השתתפותן של המתחרות בשוק מדי המים במכרזים והליכים תחרותיים אחרים שפורסמו על-ידי רשויות מקומיות רבות בתחום. בעיקרו של דבר, כך טענה המדינה בכתב האישום, המתחרות חתרו להגבלת התחרות ביניהן – בין על דרך של "חלוקת שוק" ובין על-ידי תיאום מחירים או הבנות אחרות שהגבילו את התחרות בשוק.

9. לשם בהירות הדברים, נסקור בשלב זה, בכלליות בלבד, את האישומים שבהם עסק כתב האישום המתוקן. כל המכרזים והצעות המחיר המתוארים להלן נוגעים לפעילות בשוק מדי המים.

האישום הראשון נסב על פגישה שהתקיימה בשנת 2004 בין חברת ארם, חברת מדי ורד, חברת רימונים וחברת מד תקין, ובה נערכו תיאום וחלוקת שוק גיאוגרפית בין הצדדים.

האישום השני נסב על תיאום שנערך בשנת 2004 בין חברת מדי ורד לחברת רימונים ועניינו שני מכרזים, בראשון לציון ובתל אביב.

האישום השלישי נסב על תיאום שנערך בתחילת שנת 2006 בין חברת מדי ורד לחברת רימונים, בהמשך לתיאום שבו עסק האישום השני, ובו השתיים הגיעו להסכמה בנוגע למכרז בתל אביב וכן על סיומו של הליך משפטי שהתנהל בעקבות האירועים שעליהם נסב האישום השני.

האישום הרביעי נסב על תיאום שנערך בשנת 2007 בין חברת מדי ורד לחברת מד תקין לגבי שני מכרזים, בבאר שבע ובנצרת עילית.

האישום החמישי נסב על תיאום שנערך בשנת 2008 בין חברת ארד לחברת מדי ורד שעניינו מכרז בחיפה.

האישום השישי נסב על תיאום שנערך בשנת 2009 בין חברת ארם, חברת רימונים וחברת מדי ורד בנוגע למכרז בתל אביב.

האישום השביעי נסב על תיאום שנערך בשנת 2009 בין חברת ארם לחברת רימונים וחברת מדי ורד בנוגע לשני מכרזים, ברחובות ובירושלים.

האישום השמיני נסב על תיאום שנערך בשנת 2009 בין חברת ארד לחברת מדי ורד בנוגע למכרז בירושלים.

האישום התשיעי נסב על שני תיאומים שנערכו בשנת 2009 בין חברת מדי ורד לחברת גת ולחברת ארם בנוגע להצעת מחיר במועצה המקומית גן יבנה.

האישום העשירי נסב על תיאום שנערך בשנת 2009 בין חברת ארד לחברת מדי ורד בנוגע להצעת מחיר ברמת השרון.

האישום האחד עשר נסב על תיאום שנערך בשנת 2009 בין חברת ארד לחברת מדי ורד בנוגע להצעת מחיר בנהריה.

האישום השנים עשר נסב על שני תיאומים שנערכו בשנת 2009 בין חברת מדי ורד לבין חברת גת וחברת ארם בנוגע להצעת מחיר מחודשת בגן יבנה, אשר נועדה להחליף את הצעת המחיר שעליה נסב האישום התשיעי.

האישום השלושה עשר נסב על ניסיון תיאום שנערך בשנת 2009 בין חברת ארם לחברת גת בנוגע למכרז בקרית גת.

האישום הארבעה עשר נסב על שלושה תיאומים שנערכו בשנת 2009 בין חברת ארם לבין חברת רימונים, חברת מדי ורד וחברת מד תקין בנוגע למכרז בקרית גת שעליו נסב גם האישום השלושה עשר.

האישום החמישה עשר נסב על תיאום שנערך בשנת 2009 בין חברת מדי ורד לחברת רימונים ואשר במסגרתו הן אישרו תיאום קודם בנוגע למכרז ברמת השרון.

האישום השישה עשר נסב על תיאום שנערך בשנת 2009 בין חברת ארם לחברת מדי ורד בנוגע למכרז בראשון לציון, וכן על ניסיון תיאום שנערך באותה תקופה בין חברת מדי ורד לחברת רימונים בנוגע לאותו מכרז ולשני מכרזים, ברעננה ובחיפה.

האישום השבעה עשר נסב על פגישת תיאום שנערכה בשנת 2009 בין חברת מדי ורד לחברת רימונים בנוגע לחלוקת שוק בין השתיים.

האישום השמונה עשר נסב על תיאום שנערך בשנת 2009 בין חברת ארד לחברת מדי ורד בנוגע להצעת מחיר באשקלון.

האישום התשעה עשר נסב על הסדר לחלוקת שוק שנערך בין חברת ארד לחברת מדי ורד, לכל המאוחר בשנת 2009, שעניינו אי-תחרות בין מוצרים של שתי החברות.

האישום העשרים נסב על תיאום שנערך בשנת 2009 בין חברת ארד לחברת מדי ורד בנוגע לשיתוף פעולה בהוצאת תו תקן ואי-תחרות, וכן על תיאום שנערך באותו הזמן בין חברת ארד לחברת מדי ורד בנוגע לחלוקת שוק עתידית.

האישום העשרים ואחד נסב על הפרה של תנאי המיזוג של חברת ארד עם חברת ארם שבוצעה בשנת 2009.

10. ביום 30.4.2017 נתן בית המשפט המחוזי את הכרעת דינו המפורטת שהתפרשה על פני 533 עמודים. כל הנאשמים שהכרעת הדין עסקה בעניינם הורשעו במסגרתה. בשלב זה די יהיה אם נציין בקצרה כי הנאשמים לא הורשעו בכל העבירות שיוחסו להם, וחלקם אף זוכו מאישומים מסוימים. עם זאת, בעיקרו של דבר, כל אחד ואחד מהם נמצא חייב, על-פי חלקו, בעבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק ההגבלים העסקיים או החוק), וכן בעבירות נוספות הקשורות בפעילותם האסורה, הכול כמפורט בהכרעת הדין.

11. ביום 2.1.2018 נתן בית המשפט המחוזי את גזר דינו בפרשה. בית המשפט המחוזי השית על הנאשמים השונים עונשים שכללו עונשי מאסר בפועל, עונשי מאסר על תנאי, קנסות, וכן פסילה מלשמש בתפקידים מסוימים (בחלק מן המקרים). ביחס לחלק מהנאשמים בית המשפט המחוזי קבע שעונשי המאסר בפועל ירוצו בדרך של עבודות שירות בלבד, וביחס לאחרים קבע כי עונשי המאסר בפועל ירוצו כך שחלק מן

התקופה יהיה במתכונת של מאסר מאחורי סורג ובריה וחלקה במתכונת של עבודות שירות.

12. כפי שיפורט להלן, פסק דיננו זה יעסוק בעניינם של חלק מהנאשמים בפרשה בלבד – חלק במסגרת ערעור המדינה וחלק במסגרת ערעוריהם של כמה מהנאשמים. לצורך המשך הדברים נציג – בקיצור נמרץ – את העונשים שהושתו על המעורבים בפרשה ושבעניינם הוגשו ערעורים שנותרו תלויים ועומדים.

גזר הדין בעניינו של בן דרור – בית המשפט המחוזי גזר על בן דרור שישה חודשי מאסר בפועל, מתוכם ארבעה וחצי חודשים לריצוי מאחורי סורג ובריה והיתר בדרך של עבודות שירות, קנס בסך של 125,000 שקלים, מאסר על תנאי לתקופה של שנה אחת שירוצה בפועל אם יעבור עבירת מרמה או עבירה על חוק ההגבלים העסקיים במשך תקופה של עשרים וארבעה חודשים, וכן פסילה מלכהן כדירקטור למשך חמש שנים.

גזר הדין בעניינו של ג'רבי – בית המשפט המחוזי גזר על ג'רבי שישה חודשי מאסר בפועל, מתוכם ארבעה חודשים לריצוי מאחורי סורג ובריה והיתר בדרך של עבודות שירות, קנס בסך של 225,000 שקלים, מאסר על תנאי לתקופה של שנה אחת שירוצה בפועל אם יעבור עבירת מרמה או עבירה על חוק ההגבלים העסקיים במשך תקופה של עשרים וארבעה חודשים, וכן פסילה מלכהן כדירקטור למשך חמש שנים.

גזר הדין בעניינו של בן עזרא – בית המשפט המחוזי גזר על בן עזרא שלושה חודשי מאסר בפועל שירוצו בדרך של עבודות שירות, קנס בסך של 35,000 שקלים, מאסר על תנאי לתקופה של שישה חודשים שירוצה בפועל אם יעבור עבירת מרמה או עבירה על חוק ההגבלים העסקיים במשך תקופה של שנים עשר חודשים, וכן פסילה מלכהן כדירקטור למשך חמש שנים.

גזר הדין בעניינו של אריאל – בית המשפט המחוזי גזר על אריאל שבעים וחמישה ימי מאסר בפועל שירוצו בדרך של עבודות שירות, קנס בסך של 27,500 שקלים, וכן מאסר על תנאי לתקופה של שישה חודשים שירוצה בפועל אם יעבור עבירה על חוק ההגבלים העסקיים במשך תקופה של שנים עשר חודשים.

13. על הכרעת הדין וגזר הדין שניתנו על-ידי בית המשפט המחוזי הוגשו כמה וכמה ערעורים – הן מטעם המדינה והן מטעם הנאשמים בפרשה. הערעורים נקבעו לשמיעה בפנינו במאוחד במהלכם של שלושה ימי דיונים.

14. ערעורה של המדינה נסב בעיקרו על הכרעת הדין, תוך התמקדות במי שהיו לטענתה הנאשמים המרכזיים – בן דרור, חברת ארם, כהן, חברת ארד, צוויגנבוים, חברת מדי ורד, ג'רבי וחברת רימונים. באופן יותר ספציפי, המדינה התמקדה בערעורה בטענה שהיה מקום להרשיע נאשמים אלה בעבירה של צד להסדר כובל בנסיבות מחמירות בכל אותם אישומים שבגדרם הם הורשעו בעבירה של צד להסדר כובל בלבד. כמו כן, טענה המדינה כי גם מבלי להתערב בהכרעת הדין יש מקום להחמיר בענישה של בן דרור, ג'רבי וכהן, שכאמור שימשו כולם כמנכ"לים בחברות שבהן עבדו, ולהשית עליהם עונשי מאסר בפועל לתקופות ארוכות יותר מאלה שעליהן הורה בית המשפט המחוזי.

15. מנגד, הונחו בפנינו ערעורים של חלק מן הנאשמים. רוב הערעורים נסבו הן על הכרעת הדין והן על גזר הדין, במובן זה שנטען בהם כי היה מקום לזכות את המערערים מן העבירות שבהן הורשעו, חלקן או כולן, ולחלופין כי היה מקום להקל בעונשם.

16. לאחר שנשלמו טענות הצדדים בפנינו, ובהמלצתנו, חזרו בהם מרבית הצדדים מערעוריהם. הערעורים בעניינם של כהן וחברת ארד ובעניינה של חברת מדי ורד נמשכו הדדית באופן מלא, מצד הנאשמים ומצד המדינה (ראו פסקי הדין בע"פ 2082/18 ובע"פ 1408/18 ככל שהוא עוסק בכהן ובחברת ארד, וכן בע"פ 2191/18 ובע"פ 1408/18 ככל שהוא עוסק בחברת מדי ורד מיום 4.7.2018). בנוסף לכך, הצדדים בערעורים בעניינם של בן דרור וחברת ארם ובעניינם של ג'רבי וחברת רימונים קיבלו את הצעתנו למשיכה מלאה של ערעור הנאשמים וקבלה חלקית של ערעור המדינה על הכרעת הדין בכל הנוגע להרשעה בעבירה של צד להסדר כובל בנסיבות מחמירות בחלק מסעיפי האישום כמפורט להלן, אך ללא התערבות בגזרי הדין (ראו ע"פ 1417/18 וע"פ 1408/18 ככל שהוא עוסק בבן דרור ובחברת ארם, וכן ע"פ 2767/18 וע"פ 1408/18 ככל שהוא עוסק בג'רבי וחברת רימונים). כמו כן, בהמלצתנו חזרו בהם המערערים האוזמן, הדר וויארניק מערעוריהם, וכן המדינה חזרה בה

מערעורה ביחס לצוויגנבוים (ראו פסקי הדין בע"פ 1418/18 ובע"פ 1420/18 מיום 4.7.2018, פסק הדין בע"פ 2188/18 מיום 16.7.2018 ופסק הדין בע"פ 1408/18 מיום 2.7.2018 אשר עוסק בעניינו של צוויגנבוים, בהתאמה).

17. בשלב זה, נדרשת אפוא הכרעתנו רק בחלק קטן מן המחלוקות שהתעוררו במסגרת הערעורים תחילה. להלן נפרט את הדברים.

18. ראשית, נעסוק במספר היבטים עקרוניים שעלו בערעורה של המדינה (ע"פ 1408/18) ביחס לבן דרור, חברת ארם, ג'רבי וחברת רימונים. בתום טיעוניהם של הצדדים האמורים, חיווינו את דעתנו כי יש מקום לקבל את ערעורה של המדינה על הכרעת הדין של נאשמים אלו באופן חלקי, במובן זה שרק בחלק מן האישומים אשר עליהם המדינה מערערת הרשעתם של המעורבים תהיה הרשעה בעבירה של צד להסדר כובל בנסיבות מחמירות, להבדיל מהרשעה בעבירה של צד להסדר כובל בלבד. עם זאת, סברנו כי, בהתחשב בנסיבותיו של ההליך דנן, אין מקום לקבל את ערעורה של המדינה על העונש ולהחמיר בעונשם של הנוגעים בדבר. אומנם, אנו סבורים כי צודקת המדינה בעמדתה העקרונית באשר לכך שיש מקום לקבוע רף ענישה מחמיר יותר מזה שננקט במקרה זה, אך כך מלכתחילה ולא בדיעבד בשלב הנוכחי. הצדדים הביעו את הסכמתם לכך במהלך הדיון. על שיקולינו בכל הנוגע לקבלתו החלקית של ערעור המדינה על הכרעת הדין ובכל הנוגע לענישה נרחיב בהמשך.

19. שנית, נדון בערעורם של בן עזרא וחברת גת (ע"פ 2185/18) ובערעורו של אריאל (ע"פ 2773/18), אשר בעניינם לא הוגש ערעור מטעם המדינה. מערערים אלה הודיעו כי הם מבקשים להתמיד בערעוריהם – הן בכל הנוגע להרשעותיהם והן בנוגע לגזרי דינם. בהמשך הדברים נדון אפוא בערעורים אלה לגופם.

20. קודם שנדון בפרטיהם של הערעורים המתוארים נפתח בהצגה קצרה של העקרונות והכללים המשפטיים הרלוונטיים.

פתח דבר: דיני ההגבלים העסקיים והאיסור על עשיית הסדר כובל

21. חוק ההגבלים העסקיים קובע את העקרונות החלים על הסדרים שעניינם הגבלת תחרות. תכליתו היא הגנה על קיומה של תחרות חופשית מתוך הכרה בחשיבותה המכרעת לקידום המשק והכלכלה (ע"פ 7829/03 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ, פ"ד (2) 120, 136-137 (2005) (להלן: עניין

אריאל – הכרעת הדין); ע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה כ"ז לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (10.8.2015) (להלן: עניין שופרסל). ההכרה בתחרות החופשית ככזו התורמת לייעול ולחדשנות, להורדת מחירים, לשיפור המוצרים והשירותים, ואף להבטחת הזדמנות שווה להתחרות בשוק באופן שמקדם את חופש העיסוק, היא שהובילה לאיסור הקבוע בחוק על קיומו של הסדר כובל אשר עלול לפגוע בתחרות החופשית (ע"פ 2560/08 מדינת ישראל - רשות ההגבלים העסקיים נ' וול, פסקאות פ-פ"א וההפניות שם (6.7.2009) (להלן: עניין וול). ראו עוד: מיכל גל, אמיר ישראלי ומנחם פרלמן "הסדרים כובלים – יסודות האיסור" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך ראשון 193, 196-200 (מיכל שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008).

22. סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים מגדיר את המונח "הסדר כובל" כך:

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

מלשונו של הסעיף עולה, וכך גם נקבע בפסיקתו של בית משפט זה, כי ב"הסדר כובל" צריכים להתקיים ארבעה רכיבים: הסדר; ש"נעשה בין בני אדם המנהלים עסקים"; יש בו הגבלה של לפחות אחד מהצדדים; ההגבלה עלולה להפחית או למנוע את התחרות בעסקים, מה שכונה "מבחן העלילות" (ראו: עניין וול, בעיקר בפסקאות צ"א ו-ק"ו; עניין שופרסל, בפסקה ל"ב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין). המשמעות המלאה של הגדרת המונח הסדר כובל מתחווה לנוכח ההדגשות הבאות.

23. הסדר – הגדרתו של המונח "הסדר" בסעיף 1 לחוק כוללת מנעד רחב של מצבים – "בין במפורש ובין מכללא, בין בכתב ובין בעל פה או בהתנהגות, בין אם הוא מחייב על פי דין ובין אם לאו". על רקע זה נקבע, כי יש לפרש את המונח "הסדר" במתכונת שאינה משקפת את דיני החוזים במובן הצר ולהעניק לו את המשמעות המרחיבה ביותר (ע"פ 1042/03 מצרפלט שותפות מוגבלת בע"מ (1974) נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 721, 728-729 (2003); עניין וול, בפסקאות ק"ו ו-קס"ב; עניין שופרסל, בפסקאות ל"ג-ל"ז לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין). יסוד ההסדר מתגבש מעת שהתגבשה ההסכמה ומימושה בפועל יכול להיות ראיה לכך, אך הוא אינו הכרחי (ע"פ 2929/02 מדינת ישראל נ' טבירסקי, פ"ד נז(3) 135, 141-142 (2003)). גם במקרה

שבו אחד או יותר מהצדדים להסכמה נסוגים ממנה בהמשך, ואף כאשר ההסדר לא ממומש בפועל כלל, אין בכך כדי לגרוע מהתקיימותו של ההסדר (ע"פ 7399/95 נחושטן תעשיות מעליות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 105, 120 (1998) (להלן: עניין נחושטן); עניין וול, בפסקאות ק"ב ו-קס"ג).

24. הגבלה – בהקשר הנוכחי, ניתן להסתפק בכך שהפסיקה אינה מעניקה תשובה חד משמעית לשאלה מה אמור להיות היקפו של יסוד ההגבלה ואלו סוגי הסדרים נופלים לגדרו. לצד זאת, נקבע כי אין להשתמש, ביסוד ההגבלה כדי לצמצם את תחולתו של סעיף 2 לחוק, וכי הדגש בסעיף מושם על הגבלת התחרות, דהיינו על מבחן העלילות (עניין שופרסל, בפסקאות ל"ח-מ"ב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין).

25. עלילות – מבחן העלילות הוא לכו של סעיף 2(א) לחוק (עניין שופרסל, בפסקה מ"ג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין). מבחן זה אינו דורש תוצאה של פגיעה בתחרות בפועל ואף אינו דורש הוכחה של נזק, אלא אך פוטנציאל לפגיעה בתחרות. פוטנציאל כזה יכול להתקיים אף במקום בו המחירים בפועל ירדו (עניין וול, בפסקאות ק-ק"א).

26. החזקה החלוטה בעניין הסדר כובל – סעיף 2(ב) לחוק קובע חזקה חלוטה לפיה הסדר בעניינים מסוימים הוא הסדר כובל, ואלה הם:

- (1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם
- (2) הריווח שיופק
- (3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו
- (4) כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם.

בהתקיים החזקה המנויה בסעיף 2(ב) לחוק אין צורך להוכיח כי מבחן העלילות המוגדר בסעיף 2(א) אכן התקיים (עניין אריאל – הכרעת הדין, בעמ' 138-139; עניין וול, בפסקאות פ"ג-פ"ה).

27. בית משפט זה נדרש בפסיקתו לשאלת היקף תחולתה של החזקה החלוטה הקבועה בסעיף 2(ב) לאורה של גישת הפרשנות התכליתית. לצורך ענייננו, די בכך שנציין כי הפסיקה הבחינה בהקשר זה בין הסדר כובל "אופקי", כלומר כזה שנעשה בין מתחרים או מתחרים פוטנציאליים, לבין הסדר כובל "אנכי", כלומר כזה שנעשה

בין מי שנמצאים בצדדים שונים של שרשרת המסחר (לדוגמא, ספק ולקוח). ככלל, נקבע בפסיקה כי כאשר מדובר בהסדר אופקי, אין כל מקום לסייג את החזקה החלוטה, בשים לב לפוטנציאל האנטי תחרותי הגבוה מאד הטבוע בהסדרים אופקיים הנסבים על הנושאים המנויים בסעיף 2(ב), באופן שמייתר בדיקה פרטנית של כל הסדר לגופו. לעומת זאת, כאשר לכבילה אנכית נחלקו הדעות, בשים לב לכך שכבילה מסוג זה אינה פוגעת בהכרח בתחרות (ראו: עניין אריאל – הכרעת הדין, בעמ' 140-142; ע"פ 7068/06 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל ומזורים ובקרה בע"מ, פסקה 9 וההפניות שם (31.5.2007) (להלן: עניין אריאל – גזר הדין); עניין וול, בפסקה קפ"א; עניין שופרטל, בפסקאות ע"א-פ"ח לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין ופסקי הדין של השופט נ' הנדל והשופט א' שהם). מכל מקום, במקרה זה איננו נדרשים לעסוק בשאלה זו, מאחר שענייננו עוסק בהסדרים אופקיים בלבד, אשר ביחס אליהם, כאמור, אין ספק לגבי תחולתו של סעיף 2(ב) לחוק.

28. הפן הפילי של חוק ההגבלים העסקיים – סעיף 4 לחוק קובע את האיסור להיות צד להסדר כובל. בהמשך לכך, סעיף 47(א)(1) לחוק קובע כי הפרה של האיסור האמור היא עבירה פלילית שדינה מאסר שלוש שנים או קנס.

29. סעיף 47 לחוק מוסיף וקובע את האיסור הפלילי המחמיר של היות צד להסדר כובל בנסיבות מחמירות, עבירה מסוג פשע שהעונש הקבוע בצידה הוא חמש שנות מאסר או קנס. המונח "נסיבות מחמירות" מוגדר בסעיף זה כך:

"נסיבות שבהן עלולה להיגרם פגיעה משמעותית בתחרות בעסקים, בין השאר בשל אחד או יותר מאלה:
 (1) חלקו ומעמדו של הנאשם בענף המושפע מן העבירה
 (2) פרק הזמן שבו התקיימה העבירה
 (3) הנזק שנגרם, או הצפוי להיגרם לציבור, בשל העבירה
 (4) טובת ההנאה שהפיק הנאשם".

רשימת הנסיבות המנויות בסעיף 47 לחוק היא רשימה פתוחה שעליה יכול להוסיף בית המשפט, ובלבד שתתקיים הדרישה שעניינה עלילות לפגיעה משמעותית בתחרות בעסקים (עניין וול, בפסקאות קי"ב ו-קמ"ח-קנ"ד). אם כן, לא בכל מקרה שבו קיימת עלילות לפגיעה בתחרות בעסקים, כנדרש בסעיף 2(א) לחוק, יהיה מדובר ב"נסיבות מחמירות" (שם, בפסקה קמ"ט) וכך אף לא בכל מקרה שבו נגרמה בפועל פגיעה בתחרות בעסקים.

30. טייגים לאחריות – סעיף 4 לחוק מסייג את האחריות הפלילית במצבים שבהם העוסק "קיבל מאת בית הדין אישור לפי סעיף 9 או היתר זמני לפי סעיף 13 או פטור לפי סעיף 14, או שכל הכבילות שבהסדר פטורות בהתאם לפטור סוג שנקבע לפי סעיף 15א". בהקשר זה, נוסף כי המונח "פטור סוג" מכוון לסמכותו של הממונה על ההגבלים העסקיים לקבוע, בהתקיים התנאים המנויים בסעיף 15א, כללים לגבי סוגי הסדרים כובלים שהצדדים להם יהיו פטורים מקבלת אישור של בית הדין להגבלים עסקיים (דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 87-88 (2001); עניין אריאל – הכרעת הדין, בעמ' 148-150; ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 865-866 (2005) (להלן: עניין בורוביץ)).

ערעור המדינה על הכרעת הדין

שאלת הנסיבות המחמירות בעבירה של צד להסדר כובל

31. השאלה האם נכון היה במקרה זה להרשיע את המעורבים שבפנינו בעבירות רבות של צד להסדר כובל בנסיבות מחמירות עמדה במידה רבה במרכזה של המחלוקת בין הצדדים. בית המשפט המחוזי הרשיע את בן דרור וחברת ארם בעבירה זו באישום אחד בלבד – האישום הראשון שנסב על חלוקת שוק. לטענת המדינה היה מקום להרשיעם בעבירה של צד להסדר כובל בנסיבות מחמירות בגדרם של ששה אישומים נוספים: 6, 7, 9, 12, 14 ו-16. בעניינם של ג'רבי וחברת רימונים בית המשפט המחוזי קבע כי יש להרשיעם בעבירה של צד להסדר כובל בנסיבות מחמירות בשני אישומים בלבד, האישום הראשון והאישום השבעה עשר, שנסב גם הוא על הסדר של חלוקת שוק. המדינה טענה כי היה מקום להרשיע את ג'רבי וחברת רימונים בעבירה של צד להסדר כובל בנסיבות מחמירות גם בגדרם של אישומים: 2, 3, 6, 7, 14 ו-15.

32. לאחר שבחנו את הדברים, אנו סבורים שיש מקום לקבל את ערעורה של המדינה על הכרעת הדין באופן חלקי, במובן זה שבן דרור וחברת ארם יורשעו בעבירה של צד להסדר כובל בנסיבות מחמירות בגדרם של שניים מן האישומים הנוספים – האישום השביעי והאישום הארבעה עשר. כמו כן, סברנו כי יש מקום לכך שגם ג'רבי וחברת רימונים יורשעו בעבירה של צד להסדר כובל בנסיבות מחמירות בגדרם של שניים מן האישומים הנוספים – האישום השלישי והאישום השביעי.

33. נקודת המוצא להכרעתנו, שלה הסכימו הצדדים בהמלצתנו, היא שהיה מקום לתת ביטוי רב יותר מזה שנתן בית המשפט המחוזי לשיטתיות בהתנהלותם של בן

דרור, חברת ארם, ג'רבי וחברת רימונים. יחד עם זאת, אנו סבורים שלא היה מקום ל"עליית מדרגה" זו בגדרם של כל האישומים. נסביר.

שאלת השיטתיות

34. ככלל, שיטתיות ואינטנסיביות בפעולה בתחום של הגבלים עסקיים הן אמות מידה חשובות לקביעה כי מדובר בהגבלת תחרות שהיא "בנסיבות מחמירות". זאת מאחר שעצם השיטתיות של המעשים עשויה ליצור עלילות לפגיעה משמעותית בתחרות בעסקים. מטבע הדברים, חזרתיות על ביצוע עבירות על החוק מאריכה את פרק הזמן שבו מתבצעות העבירות, גם אם לא מדובר בפעולה שנמשכת באופן אחיד לאורך כל תקופת הזמן הרלוונטית. שיטתיות מסוג זה אף מקדמת את האפשרות שהשחקנים בשוק יכלכלו את צעדיהם בהתאם לה, כלומר יבצעו תיאום דה-פקטו על בסיס "השיטה", ללא צורך בתיאום קונקרטי בכל מקרה ומקרה. בנוסף לכך, כפי שכבר צוין, רשימת הנסיבות המחמירות המנויה בסעיף 47 לחוק היא רשימה פתוחה. על כן, כאשר מתחרה שב וחוזר על עבירות על החוק, והופך את העבירה על החוק להרגל עבירו, עשויה להיווצר עלילות לפגיעה משמעותית בתחרות בעסקים בעתיד, גם אם בנסיבותיו של כל מקרה לגופו לא מתקיימת עלילות כזו.

35. מבחינה זו, התנהגותם החזרתית של בן דרור וג'רבי (ובהתאם לכך גם של החברות שבהן פעלו) בתיאום הליכים תחרותיים ויצירת חלוקות שוק, כאשר נבחנים כלל האישומים שבהם הורשעו, מצביעה על שיטתיות כזו המצדיקה מתן ביטוי לכך בסוג העבירה שבה יורשעו. בהקשר זה יצוין כי בן דרור וחברת ארם הורשעו בעבירות על חוק ההגבלים העסקיים במסגרתם של שמונה אישומים (1, 6, 7, 9, 12, 13, 14 ו-16) וכי ג'רבי וחברת רימונים הורשעו בעבירות מסוג זה במסגרתם של תשעה אישומים (1, 2, 3, 6, 7, 14, 15, 16 ו-17).

36. לצד זאת, אנו סבורים כי יש קושי באופן שבו הוצגו הדברים על-ידי המדינה בכתב האישום. התנהגותם השיטתית של הנאשמים "פורקה" לגדרם של אישומים רבים. חלק מאישומים אלה, כאשר כל אחד מהם עומד לבדו, אינם מקיימים את החומרה המצדיקה הרשעה "בנסיבות מחמירות". למעשה, נכון לומר כי ביחס לרוב האישומים השיטתיות המקימה את הנסיבות המחמירות מתגבשת רק כאשר מצרפים אותם זה לזה. אכן, כפי שצינו במהלך הדיונים, ייתכן שטוב הייתה עושה המדינה אילו כתב האישום היה מנוסח באופן מעט אחר – כך שמספר מעשים היו "מקובצים" בגדרו של אישום אחד – באופן שהיה מדגיש את הנסיבות המחמירות שבשיטתיות פעולתם.

37. כפי שנראה, האישומים שבהם סברנו כי יש מקום להרשעה בנסיבות מחמירות (בנוסף לעבירות שבהן ההרשעה הייתה בעבירה זו כבר בבית המשפט המחוזי) התאפיינו בשיטתיות מובהקת בפעולתם של הצדדים בגדרי האישום עצמו, לצד שיקולים נוספים כמפורט להלן. נקדים ונאמר כי השיקולים שעליהם אנו מצביעים אינם מהווים "רשימה סגורה" ואף לא משקפים תנאים מצטברים הכרחיים. הם משקפים את הכרעתנו בהתייחס לצירוף הנסיבות שהוכחו במקרה זה.

38. כאמור, בעניינם של בן דרור וחברת ארם סברנו שהיה מקום להרשעה בעבירה של צד להסדר כובל בנסיבות מחמירות גם באישומים השביעי והארבעה עשר, ובעניינם של ג'רבי וחברת רימונים סברנו שהיה מקום להרשעה בעבירה של צד להסדר כובל בנסיבות מחמירות גם באישום השלישי והשביעי. נציג כעת את האירועים שעליהם נסבו אישומים אלו ביתר פירוט תוך עמידה על השיטתיות והחזרתיות שאפיינו אותם.

39. השיטתיות בעניינם של בן דרור וחברת ארם –

האישום השביעי נסב על מצב של מעין "חלוקת שוק". במסגרתו הרשיע בית המשפט המחוזי את המעורבים, ובכללם את בן דרור, חברת ארם, ג'רבי וחברת רימונים, בהסכמה על אי-תחרות בשני מכרזים שהתפרסמו בשנת 2009 ברחובות ובירושלים. בית המשפט המחוזי קבע כי עולה קשר ברור של תמורה הדדית בין הזכייה של חברת מדי ורד במכרז ברחובות לבין הזכייה של חברת רימונים במכרז בירושלים. על רקע זה, אנו סבורים כי עצם ההסכמה על מעין "חלוקת שלל" של שני הליכים תחרותיים שונים במסגרתו של תיאום אחד מעידה על שיטתיות בכל הנוגע לביצוע העבירה של צד להסדר כובל. צירופה של שיטתיות זו לחלקם ומעמדם של הצדדים להסדר בשוק המשני, להיקפם הכספי של המכרזים ולעובדה שהדברים נעשו בהקשרם של מכרזים ציבוריים, מוביל למסקנה כי מתקיימות בעניין זה נסיבות מחמירות בהן עלולה להיגרם פגיעה משמעותית בתחרות בעסקים.

האישום הארבעה עשר פרס התנהלות אינטנסיבית של תיאומים חוזרים ונשנים בגדרו של המכרז שפורסם בקרית גת ביוני 2009. בית המשפט המחוזי קבע במסגרת הדיון באישום זה כי בן דרור וחברת ארם היו צד לשלושה תיאומים נפרדים עם שלוש חברות שונות בנוגע למכרז האמור. לשיטתנו, ריבוי התיאומים עם החברות והגורמים השונים ביחס לאותו מכרז מעיד על שיטתיות בהתנהגותו של בן דרור בכל הנוגע ליצירת הסדרים כובלים ועל נחישותו לשבש את הליך המכרז התקין כדי להוביל

לזכייתה של חברת ארם במכרז בקרית גת. שיטתיות זו, כשהיא מצטרפת לחלקן ומעמדן של החברות בשוק המשני, להיקפו הכספי של המכרז ולעובדה שמדובר במכרז ציבורי, יוצרת נסיבות מחמירות שבהן עלולה להיגרם פגיעה משמעותית בתחרות בעסקים. אכן, התיאומים שעליהם נסב האישום הארבעה עשר עסקו בגזרה המוגבלת יחסית של קרית גת, אך התאפיינו באינטנסיביות ובחזרתיות משמעותית שיוצרות כאמור את הנסיבות המחמירות.

40. השיטתיות בעניינם של ג'רבי וחברת רימונים –

האישום השלישי מתאר תיאום שג'רבי וחברת רימונים היו צד לו בשנת 2006, בנוגע למכרז שהתקיים בתל אביב ולהליך משפטי שנגע למכרז שנערך בשנת 2004 בראשון לציון. תיאום זה נעשה בהמשך לתיאום קודם משנת 2004 בנוגע לאותו מכרז שהתקיים בראשון לציון ומכרז אחר שהתקיים בתל אביב (שעליהם נסב האישום השני). התיאום שעליו נסב האישום השלישי כלל, בין היתר, הסכמה על חזרה מהליך משפטי שהתנהל בעקבות אי-הסכמות שהתעוררו בהמשך לתיאום שעליו נסב האישום השני. השיטתיות במקרה זה עולה באופן ברור מריבוי התיאומים הקשורים זה לזה במסגרת האישום השלישי עצמו ואף מהקשר ההדוק שלהם אל התיאומים שהתרחשו שנתיים קודם לכן ושעליהם נסב כאמור האישום השני. אם כן, הצירוף של השיטתיות העולה מהדברים לעובדה שדובר במכרזים ציבוריים ולכך שהתיאום כלל הולכת שולל של בית המשפט מוביל למסקנה כי מתקיימות נסיבות מחמירות בהן עלולה להיגרם פגיעה משמעותית בתחרות בעסקים.

האישום השביעי נדון לעיל בעניינם של בן דרור וחברת ארם, והדברים שנאמרו שם יפים גם לעניינם של ג'רבי וחברת רימונים.

41. שאר האישומים שאליהם מתייחסת המדינה בערעורה, הגם שמתוארות בהם נסיבות חמורות וקשות, אינם עומדים בתנאים הנדרשים להרשעה בעבירה של צד להסדר כובל בנסיבות מחמירות, כפי שהסביר בית המשפט המחוזי בפסק דינו.

שאלת המכרז הציבורי

42. אנו מבקשים לייחד מספר מילים נוספות לעובדה שההסדרים הכובלים בעניין זה נסבו על אופן השתתפותם של הנאשמים במכרזים ציבוריים או הליכים תחרותיים אחרים של רשויות ציבוריות, ולתרומה של היבט זה לחומרת העבירות.

43. כידוע, הליכי ההתקשרות של רשויות ציבוריות מבוססים על מערכים תחרותיים – מכרזים, דמויי-מכרז ומסגרות נוספות של בדיקת הצעות מחיר מתחרות, בהתאם לנסיבות. הליכים אלה נועדו למקסם את תועלתן של הרשויות, להבטיח שוויון הזדמנויות בקרב המתקשרים הפוטנציאליים ולמנוע התקשרות שעלולה להיות נגועה במשוא פנים (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ג – משפט מינהלי כלכלי 25-196 (2013)). ראו גם: עומר דקל חובת המכרז של גופים מינהליים 151-153 (2001); עומר דקל מכרזים 91-140 (2004)). ההנחה העומדת ביסוד הדברים היא, כמובן, קיומו של שוק תחרותי. ללא שוק תחרותי אין למעשה ערך של ממש בעריכת המכרזים, הכרוכה כשלעצמה בעלויות (ראו: עע"ם 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים, אגף שומת מקרקעין, פ"ד נח(3) 293, 302 (2004)). אכן, תיאום של הליכים תחרותיים הוא רעה חולה והוא מוביל לפגיעה חמורה בכלכלה בכל מקרה שבו הוא מתקיים. אך כאשר מדובר בתיאומים שעניינם הליכים תחרותיים של רשויות ציבוריות הפגיעה היא למעשה כפולה ומכופלת, בשל כך שהרשויות חייבות לקיים את ההליך התחרותי – גם אם לא תמיד במתכונת של מכרז פורמאלי – ובמובן זה הן "שבויות" שלו (ראו למשל: סעיף 197 לפקודת העיריות [נוסח חדש] וסעיף 2(א) לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992). כאמור, לקיומו של הליך תחרותי יש תועלת וגם מחיר. אולם, כאשר מתבצע ברקע הדברים תיאום נותר המחיר ללא התועלת. כפי שקבע בעבר בית משפט זה, "במקרה של תיאום ממושך בשוק מסוים, שאינו מתגלה, עשויה, איפוא, הרשות להידרש לשלם פעם אחר פעם סכומים גבוהים בהרבה מערכן הריאלי של העבודות שלהן היא נדרשת או מאומדנה הראשוני, בלא שיש לה שליטה על כך ובלא שהיא יכולה לבחור את הגורמים עמם היא מתקשרת בדרך אחרת. כל זאת כשעול הנזק הכספי הנגרם בשל התיאום מוטל על ציבור משלמי המסים" (עניין אריאל – גזר הדין, בפסקה 13).

44. המדינה טענה במקרה זה כי העובדה שהתיאומים נעשו בהקשר של הליכים תחרותיים של רשויות ציבוריות מוסיפה ממד של חומרה לדברים ותומכת בהרשעתם של המעורבים בביצוע העבירה של צד להסדר כובל בנסיבות מחמירות. אנו סבורים כי הדין עם המדינה, במובן זה שהתייחסותם של התיאומים להליכים תחרותיים של רשויות ציבוריות הייתה אחד מן השיקולים שהובילו אותנו להרשעה בעבירה של צד להסדר כובל בנסיבות מחמירות באישומים נוספים, כפי שהרחבנו לעיל. לצד זאת, חשוב להטעים, כפי שכבר נקבע בפסיקה, כי העובדה שמדובר בתיאום בהקשר של מכרז ציבורי אינה מעלה "באופן אוטומטי" את העבירה למסגרת הפורמאלית של עבירה של צד להסדר כובל בנסיבות מחמירות. על כן, לא בכל מקרה בו התיאום נסב על הליך תחרותי של רשות ציבורית יש מקום להחמיר ולהרשיע בעבירה של צד להסדר

כובל בנסיבות מחמירות. אולם, יש בעובדה זו כדי להשפיע על הערכת המרכיב של "הנזק שנגרם, או הצפוי להיגרם לציבור, בשל העבירה" כאמור בסעיף 47א(3) לחוק. ככלל תיאום של ההתנהלות במסגרתו של מכרז ציבורי בין מתחרים חותר תחת התכלית המרכזית שבעטייה מבוצע המכרז, ופוגם באופן קשה בשקיפותו של המכרז, ביעילותו ובסיכוי השווה של כל המתחרים לזכות בו (עניין אריאל – גזר הדין, בפסקאות 13-14; עניין וול, בפסקה קנ"ג). ככל שדרגת חומרתה של פגיעה זו רבה יותר, כך גם המשקל שיינתן לשיקול זה בהכרעה האם העבירה בוצעה בנסיבות מחמירות, יגבר.

ערעור המדינה על גזרי הדין

מדיניות הענישה הראויה

45. בשלב זה, וקודם שנתייחס להמלצתנו בעניין הערעור מטעם המדינה על גזרי הדין, אנו מבקשים להבהיר ולחדד את מדיניות הענישה שצריכה להנחות בתחום ההגבלים העסקיים.

46. נחזור ונדגיש כי נקודת המוצא לענישה בתחום ההגבלים העסקיים חייבת להיות גישה מחמירה ברורה המתבטאת בהטלתם של עונשי מאסר בפועל מאחורי סורג ובריח. זאת, על מנת לתת ביטוי הולם לפגיעה החמורה באינטרס הציבורי שנגרמת מביצוען של עבירות הגבלים עסקיים. עבירות אלה, שחלק מבעלי הדין בהליך זה חזרו וטענו בעניינן כי אינן "אינטואיטיביות", הן כאמור עבירות שפוגעות בחיי הכלכלה, ולכן גם בכל אחד ואחת מבני ובנות החברה. הן פוגעות בנשמת אפה של הכלכלה החופשית וברוחותם של יחידים כאחד. זאת ועוד, עבירות כלכליות, בהן עבירות על חוק ההגבלים העסקיים, הן עבירות אינסטרומנטליות שמבוצעות לרוב לאחר שהעבריינין ביצע תחשיב כלכלי של התועלת מול הנזק שיגרמו לו מביצוע העבירה. על כן, ניתן לייחס משנה תוקף להנחה של מדיניות הענישה הנוהגת צפויה להיות השפעה על הכוונת ההתנהגויות בתחום זה. על כך יש להוסיף את הקושי הרב הכרוך בחשיפת עבירות הגבלים עסקיים אשר מחייב קיומו של מסר הרתעתי הולם דרך קביעת מדיניות ענישה מחמירה (ע"פ 7014/06 מדינת ישראל נ' לימור, פסקאות 72-73 (4.9.2007) (להלן: עניין לימור); ע"פ 1656/16 דוידוביץ נ' מדינת ישראל, פסקאות 103-105 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (20.3.2017) (להלן: עניין דוידוביץ). לבעיה של הרתעת חסר בכל הנוגע לביצוע עבירות חמורות על חוק ההגבלים העסקיים, ראו: מיכל(שיצר) גל ואמיר ישראלי "דלות הסעדים ההגבליים – ניתוח מצבת הסעדים הקיימים והצעות לשיפור" עיוני משפט לה 5, 7-9, 21-23 (2012); John M. Connor & Robert H. Lande, ; *Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays*, 34 CARDOZO L. REV. 427

(2012). בהתחשב בכך, נקבע בעניין דוידוביץ, שעליו התבסס גם בית המשפט המחוזי בגזר דינו, כי "נוכח... הצורך להרתיע נאשמים פוטנציאליים מביצוע עבירות מסוג זה, ראוי כי יוטלו במקרים אלו עונשי מאסר בפועל שלא על דרך של עבודות שירות" (שם, בפסקה 106 לפסק דינו של השופט דנציגר). באותו עניין עמד בית משפט זה על מגמת ההחמרה בענישה בעבירות כלכליות ובפרט בעבירות הגבלים עסקיים, וקבע כי יש להמשיך במגמה זו בהדרגתיות (ראו: שם, בפסקאות 107-109, 112 לפסק דינו של השופט דנציגר). אנו ממשיכים אפוא לפסוע בדרך סלולה זו.

47. הבהרנו לצדדים במהלך הדיון בעל-פה, ואנו מבקשים לחזור על כך כעת, כי לפי מיטב שיפוטנו חרף העובדה שהושתו במקרה זה עונשי מאסר בפועל, במישור העקרוני היה מקום לאימוצה של מדיניות ענישה מחמירה יותר שתתבטא בריצוים של עונשי מאסר מאחורי סורג ובריח לתקופות ארוכות יותר. אנו מקבלים אפוא את עמדתה העקרונית של המדינה, הקוראת להחמרת הענישה בעבירות ההגבלים העסקיים. בהמשך לעניין דוידוביץ, יש להדגיש כי אמנם על מגמת ההחמרה של הענישה בעבירות הגבלים עסקיים להימשך בהדרגתיות ולא ב"קפיצות", ואולם עליה להיות עקבית וברורה (למגמה זו בהקשרן של עבירות כלכליות אחרות, ראו והשוו: ע"פ 6020/12 מדינת ישראל נ' עדן, פסקאות 22-23 (29.4.2013)).

48. נוסף ונאמר כי כחלק ממגמת ההחמרה בענישה בעבירות הגבלים עסקיים, וכדי לחזק את המסר ההרתעתי הכרוך בריצוים של עונשי מאסר, ככלל, על עונש המאסר בפועל כולו להתבצע מאחורי סורג ובריח. דומה כי הפתרון שבחר בית המשפט המחוזי – של פיצול תקופת המאסר בפועל כך שחלקה ירוצה מאחורי סורג ובריח וחלקה במתכונת של עבודות שירות – אינו דרך המלך. אנו סבורים כי במקרים שבהם נאשם הורשע בעבירה של הגבלים עסקיים ונמצאה הצדקה לשליחתו למאסר מאחורי סורג ובריח, על הכלל להיות כי עונש המאסר בפועל יבוצע במלואו במתכונת זו (ובמובן זה אנו סבורים שיש מקום לצעד נוסף בהשוואה להכרעות שהתאימו בעבר. ראו והשוו: עניין דוידוביץ, בפסקה 112 לפסק דינו של השופט דנציגר). אכן, סעיף 51ב(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) מקנה לבית המשפט את הסמכות לפצל את עונש המאסר בפועל, במקרים שבהם תקופתו אינה עולה על ששה חודשים, כך שחלקו יבוצע מאחורי סורג ובריח וחלקו בדרך של עבודות שירות. אולם, פיצול זה יעשה רק מקום בו האיזון בין נסיבותיו האישיות של העבריין לבין האינטרס הציבורי שבריצויו עונש משמעותי בגין מעשה העבירה מאפשר זאת (ראו והשוו: רע"פ 10379/07 דהן נ' מדינת ישראל (10.2.2008); ע"פ 5469/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה י"ח (13.4.2014); ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל, פסקה 145 לפסק דיני

(1.3.2017) (להלן: עניין גוטסדינר)). כאמור, לנוכח הפגיעה הרבה שנגרמת לציבור מביצוען של עבירות הגבלים עסקיים והאינטרס הציבורי המשמעותי ביצירת הרתעה אפקטיבית מפני עבירות מסוג זה, האיזון בהקשרים אלו ייטה, על-פי רוב, לעבר ביצועו של עונש המאסר בפועל כולו מאחורי סורג ובריח. סטייה מאיזון זה תתאפשר רק במקרים חריגים שבהם נסיבותיו האישיות הייחודיות של העבריין מצדיקות זאת.

49. על בסיס האמור לעיל, נעבור לבחינת העונשים הקונקרטיים שהושתו במקרה דנן.

הכרעתנו בערעור המדינה על גזרי הדין

50. חרף האמור לעיל, אך לא בניגוד לו, במקרה דנן מצאנו לנכון להבחין בין הגישה שיש ליישם מלכתחילה לבין ההתערבות הראויה בגזרי הדין שהושתו בדיעבד, כפי שאלו פורטו בפסקה 12 לעיל. זאת, בשים לב לגלגוליה של הפרשה שבפנינו. לאחר שבחנו את הדברים, וכך ציינו אף בפני הצדדים במסגרת הדיון בעל-פה, בעת הזו אין מקום לקבל את ערעורי המדינה להחמרה בענישה. אולם, חשוב להדגיש, כי השיקולים שנמנה כעת ושהובילו אותנו שלא להתערב בגזרי הדין שהושתו, אינם משליכים על הגישה העקרונית כפי שזו פורטה לעיל. הם משקפים בעיקר את הנסיבות של ההליכים דנן בנקודת הזמן הנוכחית.

51. ראשית, יש לתת משמעות לכך שחלף זמן רב מאד מאז בוצעו העבירות. שיקול זה לבדו לא מספיק, בהתחשב במורכבותן והיקפן של חקירות כלכליות ובקושי הכרוך בחשיפתם של מעשי העבירה שעליהם הן נסבות, גורמים המובילים בהכרח להתמשכות הזמן (ע"פ 2103/07 הורוביץ נ' מדינת ישראל, פסקאות 334-339 (31.12.2008); עניין וול, בפסקה רי"ז). אולם, לא ניתן להתעלם משיקול זה.

52. שנית, אנו מייחסים משקל משמעותי להתפתחויות אשר בגינן החמרה של עונשי המאסר במקרה זה הייתה יוצרת תוצאות לא שוויוניות באופן בלתי מוצדק בין נאשמים בפרשה. כך, אנו סבורים שיש משמעות לא מבוטלת לעובדה שבן דרור כבר השלים את ריצוי חלק המאסר שהוטל עליו מאחורי סורג ובריח (ודומה כי היה למדינה חלק בהשתלשלות שהובילה לכך שלא עוכב ביצועו). החמרת עונשו תהיה כרוכה בהכרח בפגיעה הקשה הנוספת שעניינה השבתו לבית הסוהר. ההלכה בעניין זה קובעת, כידוע, כי רק בנסיבות מיוחדות תחמיר ערכאת הערעור את עונשו של נאשם שכבר השתחרר מהמאסר שלו מאחורי סורג ובריח, גם אם בבחינה מלכתחילה היה ראוי

להחמיר את עונשו (בש"פ 1691/92 מדינת ישראל נ' ריבו, פ"ד מו(3) 332, 336 (1992); ע"פ 7876/07 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 18 (21.2.2008)). בנסיבות העניין לא מצאנו כי מתקיימות נסיבות חריגות כאמור שמצדיקות את החזרתו של בן דרור למאסר מאחורי סורג ובריח. בנוסף, ההליך בעניינם של אלטמן ודור עודנו מתנהל ובשל סיבות שאינן קשורות בצדדים ושאינן זה המקום לפרטן מועד סיומו אינו נראה באופן שמקשה על מיצוי אחיד של הדין עם כלל הנאשמים בפרשה. בהתחשב באמור לעיל, וכן בעקרון אחדות הענישה (ראו: עניין לימור, בפסקה 76; עניין דוידוביץ, בפסקה 99 לפסק דינו של השופט דנציגר) אנו סבורים כי אין מקום בנסיבות קונקרטיות אלה להתערבות בגזרי הדין גם של יתר הנאשמים שעל עניינם נסב ערעורה של המדינה על גזר הדין.

53. בשלב זה, ועל יסוד העקרונות שהתווינו, נבחן את הערעורים התלויים ועומדים מצדם של מקצת הנאשמים.

ערעורם של בן עזרא וחברת גת על הכרעת הדין

האישומים הרלוונטיים והכרעתו של בית המשפט המחוזי בהם

54. חברת גת ובן עזרא (שהיה, כזכור, המנכ"ל שלה ובעל המניות היחיד בה בתקופת האישום) הורשעו בשלושה מן האישומים – האישום התשיעי, האישום השנים עשר והאישום השלושה עשר. אישומים אלה נסבו על שני הליכים תחרותיים בתחום של מדי המים במועצה המקומית גן יבנה (להלן: גן יבנה), וכן על הליך תחרותי נוסף בקרית גת. נציג להלן את פרטיהם של האישומים אלה, וכן את פרטי הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי ביחס אליהם, במידה הנדרשת לצורך הדיון בערעורם של בן עזרא וחברת גת.

55. האישום התשיעי – בחודש מאי 2009 פנתה גן יבנה לחמש חברות בבקשה דחופה לקבלת הצעות מחיר להסבה של מדי מים (להלן: הצעת המחיר). חברת גת לא נכללה בפנייה זו. לפי הנטען באישום התשיעי, בעקבות הפנייה, דור, שבשלב זה כבר שימש כמנהל בחברת גת, ואלטמן, שכאמור בפסקה 5 לעיל היה בעל מניות בחברת מדי ורד, תיאמו את המחירים שתציע חברת מדי ורד. בסופו של דבר, הוגשו ארבע הצעות מחיר וחברת ארם, שגם היא ביצעה תיאום של הליך זה עם חברת מדי ורד, ושהצעתה הייתה הזולה ביותר זכתה. בהקשר זה נטען באישום התשיעי כי בן עזרא ידע, או לכל הפחות יכול היה לדעת, על התיאום שנעשה בין דור לבין אלטמן.

56. בהכרעת הדין קבע בית המשפט המחוזי כי הוכחו התיאומים הנטענים באישום התשיעי והרשיע את חברת גת בעבירה של צד להסדר כובל ואת בן עזרא באחריות מנהל פעיל לעבירה של צד להסדר כובל.

57. בית המשפט המחוזי ציין כי הפטור שנקבע בכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), התשס"ו-2006 (להלן: פטור הסוג בדבר זוטי דברים), לא חל מקום בו מדובר בהסכם בין מתחרים שעניינו תיאום מחירים וזאת לפי סעיף 4(1) לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), התשס"א-2001 (להלן: כללי ההגבלים – הוראות והגדרות). עוד ציין בית המשפט המחוזי כי במקרים שבהם ההרשעה מבוססת על חוק ההגבלים העסקיים יש להחיל בזהירות את הסייג הכללי בדבר זוטי דברים, מכוח סעיף 34 לזוטי דברים. בית המשפט המחוזי קבע בהקשר זה כי לא מתקיימות אמות המידה להחלת הסייג מאחר שהתיאום נעשה בהליך ציבורי, וזאת על אף שלא הוכח כי נגרם בשל התיאום נזק לציבור והגם שחברת גת הייתה במועדים הרלוונטיים חברה קטנה בעלת נתח שוק מזערי ושגן יבנה כלל לא פנתה אליה לקבלת הצעה במסגרת ההליך התחרותי.

58. באשר למעורבותו של בן עזרא, קבע בית המשפט המחוזי כי אין ראיות הקושרות אותו באופן ישיר לגיבוש ההסדר הכובל. אולם, בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי לבן עזרא אחריות מנהל פעיל לעבירה של צד להסדר כובל, כיוון שלא נקט באמצעים הנדרשים למניעת ביצוע עבירות על חוק ההגבלים העסקיים, כפי שהיה עליו לעשות בשל תפקידו בחברה בתקופת האישום. בית המשפט המחוזי הדגיש כי בשים לב למעמדו ולתפקידו של בן עזרא בחברת גת ולנסיבות המלמדות על אינטרס ציבורי לא מבוטל בקיום ההליך התחרותי כסדרו, אין מקום לקבל את הטענה להגנת זוטי הדברים גם בעניינו, ולא רק ביחס לחברת גת.

59. האישום השנים עשר – בחודש יוני 2009, בעקבות פניית חברת גת לגן יבנה בבקשה להשתתף בהליכים התחרותיים מטעמה, החליטה גן יבנה לצאת בבקשה מחודשת לקבלת הצעות מחיר למספר פעולות במדי מים (להלן: הצעת המחיר המחודשת). הצעת המחיר המחודשת נועדה להחליף את הצעת המחיר, שעליה נסב כאמור האישום התשיעי. היא נשלחה לשש חברות, ובהמשך לכך הוגשו במסגרתה הצעות מטעם חברת ארם, חברת גת ואשר ברוכי. על פי הנטען באישום זה, בעקבות הצעת המחיר המחודשת אלטמן תיאם, בין היתר עם דור, את המחירים שחברת מדי ורד תגיש במסגרתה. עוד נטען כי דור וחברת גת הציגו לגן יבנה מצג כוזב לפיו הצעתם הוגשה באופן עצמאי וכי בהסתמך על מצג זה התקבלה במרמה הנחת דעתה בדבר

כשרות ההצעה וחברת גת אף זכתה. כן נטען באישום זה כי בן עזרא ידע או לכל הפחות היה יכול לדעת על התיאום האמור.

60. במסגרת הדיון באישום השנים עשר בית המשפט המחוזי קבע כי הוכח הנטען ביחס לתיאום בין חברת מדי ורד לחברת גת, ובהתאם לכך הרשיע את חברת גת בעבירה של צד להסדר כובל ובעבירה של קבלת דבר במרמה ואת בן עזרא באחריות מנהל פעיל לעבירה של צד להסדר כובל.

61. בית המשפט המחוזי התבסס בקביעותיו, בין היתר, על שיחה שהתקיימה בין אלטמן לדור שבה השניים סיכמו את המחיר שתציע חברת מדי ורד במסגרת הצעת המחיר המחודשת. בית המשפט המחוזי קבע כי אין בעובדה שחברת מדי ורד לא הגישה הצעת מחיר בסופו של דבר כדי לגרוע מקיומו של הסדר כובל, מאחר שעצם הסיכום בין השניים הפחית את אי-הוודאות התחרותית בנוגע להצעת המחיר המחודשת והעובדה שההסכמה לא בוצעה אינה גורעת מכך.

62. בית המשפט המחוזי קבע כי אין ראיות הקושרות את בן עזרא באופן ישיר לגיבוש ההסדר הכובל. אולם, בדומה לקביעתו במסגרת האישום התשיעי, בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי בהתחשב בתפקידו של בן עזרא בחברת גת בתקופת האישום ובכך שהוא לא נקט באמצעים סבירים למניעת ביצוען של העבירות על חוק ההגבלים העסקיים, יש להטיל עליו אחריות מנהל פעיל לעבירה של צד להסדר כובל.

63. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי הוכחה העבירה של קבלת דבר במרמה ביחס לחברת גת. זאת, לאחר שקבע כי התיאום שנעשה בין חברת מדי ורד לחברת גת לא דווח לגן יבנה, ובכך החברות יצרו מצג כוזב אשר על יסודו התקבלה הנחת דעתה של גן יבנה לפיה הצעתה של חברת גת כשרה והיא אף זכתה.

64. האישום השלושה עשר – אישום זה נסב על מכרז לטיפול, רכישה והרכבה של מדי מים בקרית גת שפורסם ביוני 2009 (להלן: מכרז קרית גת). על פי הנטען באישום זה, במהלך המחצית הראשונה של שנת 2009 נערכו מספר פגישות בין בן דרור ומזרחי לבין בן עזרא ודור. נטען כי במהלך הפגישות בן עזרא ודור הציעו הסדר לחלוקת שוק גיאוגרפית ושיתוף פעולה בין חברת ארם וחברת גת לפיו, בין היתר, חברת ארם לא תתחרה בחברת גת במכרז קרית גת. נטען כי בסופו של דבר הצדדים לא הגיעו להסכמה. במכרז קרית גת הוגשו הצעות על-ידי חברת ארם, חברת גת וחברת מד תקין, וחברת גת היא שזכתה בו.

65. במסגרת הדיון באישום השלושה עשר בית המשפט המחוזי קבע כי הוכח הנטען בנוגע לניסיון להגיע להסדר ביחס למכרז קרית גת ולהסכמה על חלוקת שוק. בהמשך לכך, בית המשפט המחוזי הרשיע את בן עזרא ואת חברת גת בעבירה של ניסיון להיות צד להסדר כובל.

66. בית המשפט המחוזי דחה את גרסתו של בן עזרא לפיה לא הייתה לחברת גת ידיעה או מעורבות בניסיון לתאם את מכרז קרית גת, וקבע כי לבן עזרא היה חלק פעיל בניסיון התיאום בהתבסס על הודעתו הראשונה ברשות ההגבלים. בית המשפט המחוזי קבע כי מעורבותו של בן עזרא בנעשה בחברת גת הייתה רבה ואינטנסיבית, וכי הוא קיבל את ההחלטות החשובות בחברה והיה בקשר מקצועי וקרוב עם דור. לכן קבע בית המשפט המחוזי כי לא ניתן לקבל את האפשרות שחברת גת העלתה בפני חברת ארם הצעה מבלי שבן עזרא היה מודע לה בזמן אמת.

67. כמו כן, בית המשפט המחוזי דחה את טענתם של בן עזרא וחברת גת לפיה הפעולות המיוחסות להם אינן חורגות מגדר מעשי הכנה וקבע כי העובדה שהעבירה לא הושלמה, מאחר שהצדדים לא הגיעו להסכמה, אינה גורעת מהקביעה שדובר בעבירת ניסיון. יחד עם זאת, בית המשפט המחוזי קבע ביחס למעשיהם של בן עזרא וחברת גת, כי לא עלתה אפשרות סבירה לפגיעה משמעותית בתחרות בעסקים בשים לב למספר התיאומים המיוחסים לחברת גת, להיקפם ולגודלה היחסי של החברה.

טענות הצדדים בערעורם של בן עזרא וחברת גת

68. כאמור, בן עזרא וחברת גת מערערים על הכרעת הדין. באופן כללי, בן עזרא וחברת גת טוענים כי בית המשפט המחוזי טעה בכך שפירש את הוראות סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, המגדיר כאמור מהו הסדר כובל, באופן לשוני-דווקני, במקום להנחות עצמו לאורה של גישת הפרשנות התכליתית. בהקשר זה טוענים בן עזרא וחברת גת כי לא הוכח בעניינם שנפגעה איזו מן התכליות שעליהן החוק נועד להגן, כי התנהגותם לא יצרה אפילו פוטנציאל לפגיעה בתחרות וכי בתקופת האישום חברת גת הייתה חברה חדשה וחלשה בשוק שלא הייתה לה יכולת להשפיע על התנהלותו. יתרה מכך, לטענתם, חברת גת הייתה מוכנה להיכנס לשוק אף במחירי הפסד, מה שתרם לירידת מחירים לטובת הציבור בהתאם לתכלית החוק.

69. בן עזרא וחברת גת מוסיפים וטוענים כי היה על בית המשפט המחוזי לקבוע שחל על עניינם העיקרון הכללי של זוטי דברים מאחר שמעשיהם מצויים לכל היותר ברף התחתון של עבירת ההסדר הכובל ואינם עולים כדי הסף המינימלי של אנטי חברתיות הנדרשת לשם הרשעה. בן עזרא וחברת גת שבים גם בהקשר זה על הטענה כי

בפועל פעילותם הובילה לירידת המחירים למינימום האפשרי ובכך קידמה למעשה את הערך החברתי המוגן בחוק ההגבלים העסקיים. לחלופין נטען כי בית המשפט המחוזי היה צריך להחיל את העיקרון של זוטי הדברים, לכל הפחות, על בן עזרא שהיה דמות שולית באירועים המתוארים בכתב האישום. לטענתם, בן עזרא היה חסר ידע וניסיון בתחום והיה אמון אך על הצד הטכני של הפעילות – ובשל כך אף הורשע באישומים התשיעי והשנים עשר רק מכוח אחריות מנהל פעיל, מבלי שיוחסה לו מעורבות ישירה במעשים. עוד טוענים בן עזרא וחברת גת כי שיח בעניין מחירים עם חברות מתחרות שהן גם ספקיות וכן בנוגע לאפשרות של פעולה יחד בדרך של קבלנות משנה אינו חורג מגדרה של פעילות עסקית-כלכלית לגיטימית.

70. בנוגע לאישום התשיעי, בן עזרא וחברת גת מעלים טענות רבות ביחס לקביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי. בעיקרו של דבר, הם טוענים כי טעה בית המשפט המחוזי בכך שהרשיע אותם בעבירה של צד להסדר כובל מאחר שחברת גת כלל לא הגישה הצעה במסגרת הצעת המחיר שעליה נסב האישום, ואף לא קיבלה פנייה להגשת הצעה. עוד טוענים בן עזרא וחברת גת כי העובדה שהם פנו לביטול הזכייה של חברת ארם ולכך שתיעשה פנייה מחודשת להגשת הצעות מחיר מעידה כי חברת גת לא הייתה שותפה לתיאום. בן עזרא וחברת גת מוסיפים וטוענים כי טעה בית המשפט המחוזי בכך שהרשיע את בן עזרא באחריות מנהל פעיל לעבירה של צד להסדר כובל מאחר שבן עזרא כלל לא היה מודע לקיומן של השיחות בין דור לאלטמן ואף לא יכול היה לדעת עליהן.

71. בנוגע לאישום השנים עשר, בן עזרא וחברת גת טוענים כי לחברת גת לא היה צורך בתיאום מאחר שהיא קיבלה את המידע על המחירים שנכללו בהצעת המחיר שנפסלה. בן עזרא וחברת גת מוסיפים וטוענים כי בית המשפט המחוזי לא ייחס משקל מספיק לכך שחברת גת הביאה לביטול זכייתה של חברת ארם והציעה מחירים נמוכים מהשוק ובכך הגדילה את התחרות. גם בהקשר זה בן עזרא טוען כי הוא לא ידע ולא יכול היה לדעת על השיחה שנערכה בין דור לאלטמן.

72. בנוגע לאישום השלושה עשר, בן עזרא וחברת גת טוענים כי בית המשפט המחוזי לא נתן משקל מספיק לכך שזכייתה של חברת גת במכרז קרית גת הובילה לחסכון של מאות אלפי שקלים לקופה הציבורית, עובדה שגובתה לטענתם בעדויות. בן עזרא וחברת גת טוענים כי טעה בית המשפט המחוזי בקבעו שנעשה תיאום בהתחשב בכך שבין הצדדים התנהלה מלחמת חורמה על הזכייה במכרז קרית גת, והצדדים היו מוכנים לזכות בו בכל מחיר. בן עזרא וחברת גת מוסיפים וטוענים כי לכל היותר ניתן לדבר על הפעולות שנעשו כפעולות הכנה שאינן עולות כדי עבירה או לחלופין כניסיון

בלתי צליח שאינו בר-ענישה. באופן ספציפי יותר, נטען כי הניסיון היה בלתי צליח מאחר שלמעשה שני הצדדים לא היו מוכנים לוותר על הזכייה במכרז.

73. מנגד, המדינה טוענת כי דין הערעור להידחות. המדינה מטעימה כי עיקר הטענות של בן עזרא וחברת גת מופנות כלפי ממצאים עובדתיים. כמו כן, היא טוענת כי כבר הוכרע בפסיקה – בכל הנוגע להסדרים אופקיים – שסעיף 2(ב) לחוק קובע חזקה חלוטה בנוגע להתקיימותו של הסדר כובל במצבים המנויים בו. לבסוף, נטען כי לא מתקיימים במקרה זה התנאים לתחולתו של העיקרון הכללי של זוטי דברים או פטור הסוג בדבר זוטי דברים.

דיון והכרעה בערעורם של בן עזרא וחברת גת על הכרעת הדין

74. על אף ניסיונו של בא-כוחם של בן עזרא וחברת גת לשוות לערעורם נופך עקרוני, לאחר ששקלנו את הדברים, אנו סבורים כי הערעורים מכוונים נגד ממצאי עובדה מבוססים היטב של בית המשפט המחוזי ולא מצאנו להתערב בהם. הלכה ידועה היא כי ערכאת הערעור תתערב בממצאי עובדה שקבעה הערכאה הדיונית במקרים חריגים בלבד ומקרה זה אינו נמנה עליהם (עניין וול, בפסקה צ"ח; רע"א 4665/14 וייל נ' עזריהו, פסקה 13 וההפניות שם (23.10.2014); ע"פ 5622/08 משה נ' מדינת ישראל, פסקאות 21-23 וההפניות שם (14.2.2016)).

75. אכן, הטענה לפיה יש לפרש את סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים פרשנות תכליתית נכונה כשלעצמה. אולם, לצד זאת, וכפי שצוין לעיל, כבר נפסק כי במקרים שבהם מדובר בכבילה "אופקית" סעיף 2(ב) מקים חזקה חלוטה באשר לקיומו של הסדר כובל. כך, נקבע כי "באשר להסדרים אופקיים שכבילתם נוגעת לנושאים המנויים בחלופות סעיף 2(ב), לא זו בלבד שהסעיף חל עליהם, אלא שבדיוק בשבילם הוא נחקק ובא לאויר העולם מתחילה, והחמור שבהם הוא תיאום מחירים" (עניין וול, בפסקה קפ"א). בנסיבות העניין, המדובר בכבילה אופקית, על כן אין בכך כדי לשנות ממסקנתו של בית המשפט המחוזי בעניינם של בן עזרא וחברת גת. יתרה מכך, ממילא לא ניתן להטיל ספק בכך שמעשיהם של בן עזרא וחברת גת פגעו בתכליות החוק.

76. עוד נדגיש כי יש לדחות את טענתם של בן עזרא וחברת גת לפיה יש לזכותם מהעבירות שבהן הורשעו, מאחר שפעילותם הובילה לירידת המחירים. כפי שכבר צוין, העבירה של צד להסדר כובל אינה עבירה תוצאתית ולא נדרש להוכיח בגדרה יסוד של נזק. מכל מקום, עובדת קיומה של ירידת המחירים לא שוללת את האפשרות שאלמלא ההסדר הכובל המחירים היו יורדים אף יותר. יתרה מכך, כבר נקבע כי העובדה שחברה שמשתפת בהסדר כובל היא "מחוללת התחרות" בשוק – כפי שבן עזרא וחברת גת

טוענים שחברת גת הייתה – יכולה לפעול לרעתה לעניין ההרשעה (ראו: עניין וול, בפסקאות ק"ב ו-קפ"ב).

77. יש לדחות גם את טענתם של בן עזרא וחברת גת בנוגע לאישום השלושה עשר לפיה יש לראות במעשיהם פעולות הכנה שאינן בנות-ענישה בלבד. ההלכה בעניין זה היא כי העלאת הצעות ליצירתו של הסדר כובל מגבשת כשלעצמה את עבירת הניסיון לביצוע העבירה של צד להסדר כובל (ראו: עניין נחושטן, בעמ' 129-130). בעניינם של בן עזרא וחברת גת הניסיון להגיע להסכמה על חלוקת שוק הוכח בפני בית המשפט המחוזי, כפי שנקבע על-ידו באופן ברור ומפורט, ואין צורך לחזור על הדברים.

78. בנוסף, אין לקבל את טענתם של בן עזרא וחברת גת, לפיה אין להרשיעם מאחר שמדובר היה בניסיון בלתי צליח. סעיף 26 לחוק העונשין קובע כי "לענין ניסיון, אין נפקה מינה אם עשיית העבירה לא היתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו". ניסיון בלתי צליח מבחינה עובדתית הוא בר-הרשעה במצב בו המנסה לא היה מודע או טעה בנוגע ל"מצב הדברים" האובייקטיבי שמנע ממנו מלהשלים את ביצוע העבירה (ראו: רע"פ 2220/16 מור יוסף נ' התביעה הצבאית הראשית, פסקאות 17-20 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (26.10.2017)). על כן, אפילו היה מדובר בניסיון בלתי צליח – במובן זה שלא ניתן היה להגיע להסכמה כזו – אין בכך כדי לגרוע מן ההרשעה בעבירת הניסיון.

79. אף בנוגע לטענתם של בן עזרא וחברת גת להחלת פטור הסוג בדבר זוטי דברים דעתנו כדעת בית המשפט המחוזי. עניינם של בן עזרא וחברת גת אינו נכנס בגדר פטור הסוג בדבר זוטי דברים בהתחשב בהוראת סעיף 4(1) לכללי ההגבלים – הוראות והגדרות, לפיה "לא יחול פטור סוג על הסכם הכולל, במישרין או בעקיפין, כבילה באחד או יותר מעניינים אלה... תיאום מחירים שיוצרו, יידרשו או ישולמו, או הכתבתם". כן אין מקום להחיל על עניינם של בן עזרא וחברת גת את העיקרון הכללי בעניין זוטי הדברים הקבוע בסעיף 34 לז' לחוק העונשין. בית משפט זה כבר קבע כי אמת המידה להחלת העיקרון של זוטי הדברים בהקשרן של עבירות על חוק ההגבלים העסקיים צריכה להיות מחמירה במיוחד (ראו: עניין אריאל – הכרעת הדין, בעמ' 150-148; עניין בורוביץ, בעמ' 935-937). כפי שהטעים בית המשפט המחוזי בהכרעת דינו, מקרה זה לא עומד באמות המידה הנדרשות.

80. יתר טענותיהם של בן עזרא וחברת גת היו, כאמור, עובדתיות באופיין, ולא ראינו מקום להתערב בהן. לפיכך, אנו דוחים את ערעורם על הכרעת הדין.

81. לחלופין, בן עזרא בלבד מערער על גזר דינו – בכל הנוגע רק לרכיב המאסר בפועל.

82. כמפורט בפסקה 12 לעיל, בית המשפט המחוזי השית על בן עזרא, בין היתר, שלושה חודשי מאסר בפועל שירוצו בדרך של עבודות שירות, לצד קנס וכן מאסר על תנאי. זאת, לאחר שקבע כי מתחם העונש ההולם בעניינו נע בין חודשיים וחצי לחמישה חודשי מאסר בפועל שירוצו בדרך של עבודות שירות.

83. לטענת בן עזרא, מתחם העונש ההולם שקבע בית המשפט המחוזי בעניינו מחמיר יתר על המידה והמתחם הראוי צריך לנוע בין קנס למאסר על תנאי. בן עזרא מצביע על כך שהורשע מכוח אחריות מנהל פעיל (להבדיל מאשר מכוח מעורבות ישירה) וכן על כך שמעשיו עודדו, לטענתו, את התחרות בשוק מדי המים והובילו לירידת מחירים. עוד טוען בן עזרא כי עונשו הוא מחמיר בהשוואה לנאשמים האחרים שחלקם בכתב האישום גדול משלו. בהמשך לכך, בן עזרא טוען כי יש להקל בעונשו כך שעונש המאסר שהושת עליו במתכונת של עבודות שירות יומר במאסר על תנאי, ולמצער יקוצר במידה משמעותית.

84. המדינה מצידה סומכת את ידיה על גזר דינו של בית המשפט המחוזי וטוענת כי עונשו של בן עזרא הוא מידתי ושקול בהשוואה לעונשים שנגזרו על הנאשמים האחרים.

85. לאחר ששקלנו את טענותיו של בן עזרא לא מצאנו להתערב בגזר הדין שהושת עליו על-ידי בית המשפט המחוזי. השיקולים שהנחו אותנו בעניין זה נסבו על מדיניות הענישה הראויה בתחום, כפי שזו פורטה לעיל, כמו גם העובדה שלא שוכנענו מן הטענות הספציפיות שביקשו לצמצם את חלקו של בן עזרא במעשים. בא-כוחו של בן עזרא הצביע על העובדה שחברת גת הייתה לכאורה "שחקן קטן" בשוק שבו פעלו גורמים כלכליים רבי כוח, כמו גם על כך שפעילות החברה החלה אך מספר חודשים קודם לאירועים המתוארים בכתב האישום. גם אם מקבלים טענות אלה, איננו סבורים שהן מבססות עילה להתערב בגזר הדין שהושת על בן עזרא, אשר כשאר גזרי הדין בפרשה, אנו סבורים כי הוא נוטה לצד המקל. יש לציין כי העובדה שחברה שאך החלה לפעול בשוק צעדה את צעדיה הראשונים תוך השתלבות בפרקטיקה של הסדרים כובלים אינה מהווה דווקא נסיבה מקלה, ואולי אף להפך. אדרבה, ניתן להתרשם כי

מבחינתה של חברת גת, שבן עזרא עמד בראשה, הפעילות בשוק המדיים ומעורבות בהסדרים כובלים היו שלובות זו בזו עד בלי הפרד.

ערעורו של אריאל

האישום הרלוונטי והכרעתו של בית המשפט המחוזי בו

86. אריאל, שכזכור היה עורך דינה של חברת רימונים בתקופת האישום, הורשע באישום אחד בלבד – האישום השלישי. פרטיו של אישום זה יובאו להלן במידה הנדרשת לשם הדיון בערעורו של אריאל בלבד.

87. נקדים כרקע לדברים כי במסגרת האישום השני תואר תיאום שנעשה בין חברת מדי ורד לחברת רימונים בנוגע למכרזים שפורסמו בשנת 2004 בתל אביב ובראשון לציון. בהקשר זה, נטען כי חברת מדי ורד פעלה בניגוד לתיאום וכי בעקבות זכייתה במכרז בראשון לציון חברת רימונים הגישה השגות לוועדת המכרזים. בהמשך לכך, חברת רימונים הגישה אף עתירה מינהלית לבית המשפט לעניינים מנהליים בתל אביב – יפו והמכרז בראשון לציון נפסל (עת"ם 1513/05, להלן: העתירה המינהלית).

88. על פי המתואר באישום השלישי, חברת מדי ורד הגישה ערעור לבית משפט זה על פסק הדין שקיבל את העתירה המנהלית (עע"ם 4598/05). לקראת הדיון בערעור על העתירה המינהלית, כך נטען, צוויגנבוים, אלטמן, ג'רבי ודור הגיעו להסכמה לפיה חברת מדי ורד לא תתמודד במכרז שיפורסם על-ידי עיריית תל אביב בין השנים 2006-2007 במישרין או בעקיפין ואם תתמודד תידע את חברת רימונים בכך מראש ותפעל לפי מחירון מתואם. בתמורה, כך נטען, חברת רימונים לא תתנגד לקבלת הערעור של חברת מדי ורד על העתירה המינהלית או לזכייה מחודשת שלה בראשון לציון, אם יתקיים מכרז חדש שיחליף את המכרז משנת 2004. אריאל, לפי הנטען, ייצג את חברת רימונים במגעים להסכמות אלו, ואף נקבע כחלק מההסכמות כי חברת מדי ורד תשלם את הוצאותיו. בהתאם לכך, במסגרת הדיון בערעור של חברת מדי ורד על העתירה המינהלית, חברת רימונים הודיעה לבית משפט זה כי אינה מתנגדת לקבלתו. עוד נטען כי עצמון – שכאמור בפתח הדברים ייצג את חברת מדי ורד בתקופת האישום – ואריאל היו מעורבים לכל הפחות בניסוח ההסכמות ובאכיפתן.

89. בהכרעת דינו קבע בית המשפט המחוזי כי הוכח ההסדר הכובל הנטען באישום השלישי. באופן יותר ספציפי, קבע בית המשפט המחוזי כי יש בסיס ראייתי מוצק

לטענות המייחסות לאריאל מעורבות בניסוח ובביצוע ההסכם המתואר. בהמשך לכך, בית המשפט המחוזי הרשיע את אריאל בסיוע לעבירה של צד להסדר כובל.

90. בית המשפט המחוזי קבע כי אריאל העניק לחברת רימונים ייצוג משפטי בעניינים שונים, לרבות בנוגע להסכם שעליו נסב האישום השלישי. כך נקבע כי אריאל ייצג את חברת רימונים בהודעתה לבית משפט זה כי אינה מתנגדת לקבלת הערעור על העתירה המינהלית. בית המשפט המחוזי קבע כי הוכח מעבר לספק סביר שאריאל היה מעורב במישרין ובמשך פרק זמן משמעותי בפעולות שונות הנוגעות הן ליצירת ההסכם האמור והן לביצועו.

91. בית המשפט המחוזי דחה את טענתו של אריאל לפיה יש להימנע מהרשעתו בקבעו כי לא מתקיימים בעניינו התנאים לכך. בהקשר זה נקבע כי יש בעבירה ובנסיבות ביצועה יסוד מהותי של חומרה, שככלל אינו מתיישב עם הימנעות מהרשעה. לעומת זאת, כך נקבע, לא ניכר שתיגרם פגיעה חמורה או בלתי מידתית בשיקומו של אריאל בשל ההרשעה. בהקשר זה נקבע כי לא הונחה תשתית קונקרטית לאפשרות כי תישלל מאריאל היכולת לעסוק כעורך דין וכי מכל מקום אפשרות זו קיימת גם ללא הרשעה. בנוסף צוין כי מרכז חייו של אריאל אינו בישראל, עובדה המקרינה על הסכנה לפגיעה במשלח ידו.

92. בהמשך לכך, בית המשפט המחוזי גזר על אריאל שבעים וחמישה ימי מאסר בפועל שירוצו בדרך של עבודות שירות, לצד קנס וכן מאסר על תנאי (כמפורט בהרחבה בפסקה 12 לעיל). זאת, לאחר שקבע כי מתחם העונש ההולם בעניינו נע בין חודשיים לחמישה חודשי מאסר בדרך של עבודות שירות.

טענות הצדדים בנוגע לערעורו של אריאל

93. בעיקרו של דבר, אריאל טוען כי היה מקום לסיים את ההליך בעניינו ללא הרשעה. זאת, לטענתו, בהתחשב בשיקולים הבאים: הוא נעדר עבר פלילי; האירוע שעליו נסב האישום התרחש לפני 12 שנים; ניהול ההליך לא היה לשווא (בהתחשב בכך שזוכה מביצוע העבירה בנסיבות מחמירות); הוא הואשם והורשע באישום אחד בלבד ואף זאת בעבירה של סיוע בלבד; יוחס לו אירוע נקודתי שלא היה לו יישום בפועל בהליכים תחרותיים; הוא לא פעל לקידום אינטרס אישי שלו; הוא אינו גורם פעיל בשוק מדי המים ולא שייך לאף אחת מהחברות שביניהן נערך התיאום; הוא לא היה צד להסכמות ולא הגה את התיאום; בעת קרות האירועים שעליהם נסב האישום השלישי הוא היה עורך דין לא מנוסה ולא עסק במקצוע; כיום הוא לא גר בארץ קרוב

לעשור ומרכז חייו אינו בארץ; ההרשעה תפגע באופן פוטנציאלי במשלח ידו, הגם שאינו עוסק כעת בעריכת דין. בהמשך לכך, אריאל טוען כי יש להסתפק בכך שיוטל עליו צו שירות לתועלת הציבור.

94. לחלופין, וגם אם יוחלט שלא לבטל את הרשעתו, אריאל טוען כי העונש שהושת עליו אינו מידתי ומחמיר בהשוואה לפסיקה הנוהגת. זאת מאחר שלטענתו אין זה צודק להרחיק אותו ממשפחתו ולחייב אותו לבוא לארץ על מנת לרצות עונש מאסר בפועל, גם אם בדרך של עבודות שירות. עוד טוען אריאל כי גזר הדין שהושת עליו אינו מידתי גם מאחר שהוא חמור בהשוואה לגזר הדין שניתן בעניינו של עצמון, שהועמד על-ידי בית משפט זה על ארבעים וחמישה ימי מאסר שירוצו בדרך של עבודות שירות. לטענת אריאל, עצמון הורשע בעבירה חמורה יותר ממנו – סיוע לעבירה של צד להסדר כובל בנסיבות מחמירות – וכן היה בעל מעורבות גבוהה יותר באירועים ובעל אינטרסים אישיים. אריאל מוסיף וטוען כי אף השוואה ליתר הנאשמים בפרשה הייתה אמורה למקם אותו ברף הענישה הנמוך ביותר. על כן, לגישתו של אריאל, יש להסתפק בעניינו בהשתת עונש של קנס ומאסר על תנאי בלבד, ולחלופין במכסת שעות מינימלית של שירות לתועלת הציבור.

95. מנגד, המדינה טוענת כי עניינו של אריאל אינו עומד בתנאים המחמירים לביטול הרשעה, וכי העבירה של הסדר כובל אינה מסוג העבירות המתיישבות עם ביטול הרשעה מאחר שהיא ניצבת בלב חוק ההגבלים העסקיים. המדינה נסמכת על קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי לפיהן אריאל לא הוכיח כי הנזק שתגרום לו ההרשעה עולה על האינטרס הציבורי בהרשעתו. המדינה מדגישה כי בית המשפט המחוזי קבע שאריאל היה מעורב באופן ישיר בהכנת ההסדר, כי הוא הפיק ממעורבותו טובת הנאה כספית וכי הוא ביצע את העבירה במסגרת תפקידו כעורך דין. המדינה מוסיפה וטוענת כי כלל השיקולים שאריאל מעלה ניצבו לנגד עיניו של בית המשפט המחוזי בעת שגזר את דינו של אריאל וניתן להם המשקל ההולם. עוד טוענת המדינה כי תפקידו של אריאל באירועים שעליהם נסב האישום השלישי היה במובנים רבים משמעותי מתפקידו של עצמון וכי מכאן ההבדלים בין גזרי הדין של השניים.

דיון והכרעה בערעורו של אריאל

96. לא מצאנו מקום להתערב בהחלטתו של בית המשפט המחוזי שלא להימנע מהרשעתו של אריאל. כידוע, סיום הליך בלא הרשעה הוא חריג שיש לו מקום רק במקרים יוצאי דופן שבהם אין יחס סביר בין הנזק הצפוי לנאשם מן ההרשעה לבין חומרתה של העבירה. בהלכה הפסוקה נקבעו שני תנאים מצטברים להימנעות מהרשעה

או לביטולה: כאשר ההרשעה תפגע בשיקום הנאשם פגיעה חמורה וכאשר סוג העבירה מאפשר לוותר על ההרשעה בנסיבות המקרה בלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי הענישה האחרים (ע"פ 2083/96 כתב נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 337, 340-342 (1997); ע"פ 9893/06 לאופר נ' מדינת ישראל, פסקאות 8-11 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (31.12.2007); עניין גוטסדינר, בפסקה 123 לפסק דיני; ע"פ 3554/16 יעקובוביץ נ' מדינת ישראל, פסקאות 12-13 (11.6.2017)).

97. כמו בית המשפט המחוזי, אף אנו סבורים כי עניינו של אריאל אינו מקרה יוצא דופן ואינו מקיים את התנאים המצטברים האמורים. העיקר נעוץ בכך שעבירות על חוק ההגבלים העסקיים הן עבירות בעלות חומרה רבה שפגיעתן בציבור עשויה להיות רחבה וקשה. אלו עבירות אשר יש קושי רב לגלותן ולכן נודעת חשיבות מיוחדת ליצירת הרתעה מביצוען. בהתחשב בכך לא ניתן לוותר על ההרשעה מבלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי הענישה. כמו כן, לא מצאנו מקום להתערב בקביעתו העובדתית של בית המשפט המחוזי בנוגע לכך שלא עולה מההרשעה פגיעה חמורה או בלתי מידתית בשיקומו של אריאל במידה העשויה להצדיק את ביטול ההרשעה. ניתן אף להוסיף כי מגוריו של אריאל מחוץ לישראל מקטינים את מידת הפגיעה הצפויה במשלח ידו (ולא כל שכן בהתחשב במכלול ההסדרים והסייגים הקבועים בחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961 בכל הנוגע להגבלה על עיסוק בעקבות הרשעה).

98. בהמשך לכך, ולאחר ששקלנו את טענותיו, לא מצאנו מקום להתערב גם בעונש שהושת על אריאל. גם כאן, כמוסבר בעניינו של בן עזרא, הנחתה אותנו מדיניות הענישה הכללית בתחום, לצד התרשמותנו שאף לגוף הדברים אין מקום לקבל את טענתו של אריאל לפיה חלקו באירועים שעליהם נסב האישום השלישי בעל חומרה זניחה. אמנם, חלקו בפרשה היה קטן יחסית, אך גם גזר הדין בעניינו היה מקל. כידוע, ערכאת הערעור תתערב בגזר דינה של הערכאה הדיונית רק מקום בו העונש שגזרה חרג באופן קיצוני מהענישה הראויה (ע"פ 1242/97 גרינברג נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (3.2.1998); ע"פ 512/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ח' מלצר (4.12.2013)), ואין זה המצב בעניינו. אריאל הוא עורך דין שהיה אמור להיות מודע לחומרה המפליגה שבמעשיו. לא למותר לחזור ולהזכיר שמעורבותו בפעילות העבריינית כללה גם מסירת הודעה שמבוססת על הסדר כובל לבית המשפט העליון. אין אף מקום לקבל את טענותיו בכל הנוגע להשוואה לעניינו של עצמו. בית המשפט המחוזי לקח בחשבון את עניינו של עצמו בעת גזירת הדין של אריאל ונדרש להבדלים בין המקרים. בשלב זה, ניתן להסתפק בקביעה כי מכל מקום ההשוואה אינה מצדיקה את התערבותה של ערכאת הערעור בגזר הדין. לבסוף, יש

לדחות אף את הטענה לפיה ריצוי של עונש מאסר קצר בדרך של עבודות שירות אינו מתיישב עם חייו של אריאל מחוץ לישראל. משמעותה המעשית של טענה זו היא כי העתקת מקום מגוריו של אדם מחוץ לישראל תפטור אותו, הלכה למעשה, ממתן דין על מעשים חמורים, מצב שאין לקבל.

סוף דבר

99. הליכים תחרותיים רבים ננקטו בשוק מדי המים במהלך השנים שעליהן נסב כתב האישום בפרשה זו. אולם, כדברי הנביא, "ויקו לעשות ענבים ויעש באושים" (ישעיהו ה 2). מה בצע בפרסום מכרזים ובקיום הליכים תחרותיים, אם "המשחק מכור", פשוטו כמשמעו. הפרשה שבפנינו צריכה להדליק את כל נורות האזהרה האדומות בכל הנוגע לאופן שבו מתנהלים השחקנים בשוק. חוק ההגבלים העסקיים אינו המלצה ואינו מבטא אך התנהלות "יפה". הנורמות הקבועות בו הן סם חיים לכלכלה ומקור רווחה לאזרחי המדינה.

100. סיכומו של דבר: ערעור המדינה בע"פ 1408/18 מתקבל בחלקו בכל הנוגע להכרעת הדין, כאמור בפסקה 32, ונדחה בכל הנוגע לגזרי הדין, כאמור בפסקה 50. הערעורים בע"פ 2185/18 ובע"פ 2773/18 נדחים.

101. יצחק ג'רבי, המשיב 3 בע"פ 1408/18, יתייצב לריצוי עונש המאסר שהושת עליו ביום 3.10.2018 בכי"ר ניצן עד השעה 10:00, או על-פי החלטת שירות בתי הסוהר, כשברשותו תעודת זהות או דרכון. עליו לתאם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיון מוקדם, עם ענף אבחון ומיון של שירות בתי הסוהר, טלפונים: 08-9787377, 08-9787336.

102. לאור חוות דעתו העדכנית החיובית של הממונה על עבודות שירות (להלן: הממונה) שהתקבלה ביום 29.7.2018, החלק של עונש המאסר בפועל של אבי בן דרור, המשיב 1 בע"פ 1408/18, שנקבע לביצוע בדרך של עבודות שירות, ירוצה כאמור בחוות הדעת העדכנית. בן דרור יתייצב לתחילת ריצוי עונשו ביום 15.10.2018 בשעה 8:00 במשרדי הממונה במפקדת מחוז צפון. הוא מוזהר בזאת כי עליו לעמוד בדרישות ובתנאים של המאסר בדרך של עבודות שירות כמפורט בחוות דעתו של הממונה.

103. הממונה יגיש חוות דעת עדכנית בעניינם של אריאל ג'רבי, המערער בע"פ 2773/18, ודניאל בן עזרא, המערער 1 בע"פ 2185/18, עד ליום 13.9.2018. עוד יגיש

הממונה חוות דעת עדכנית בעניינו של יצחק ג'רבי עד ליום 30.11.2018. לאחר קבלת חוות הדעת העדכנית יינתנו החלטות משלימות בעניינם.

104. עותק מפסק דין זה יועבר לממונה.

ש ו פ ט ת

השופט ג' קרא:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ע' גרוסקופף:

אני מסכים לחוות דעתה המפורטת והמנומקת היטב של חברתי, השופטת דפנה ברק – ארז.

מקובלת עלי גם עמדתה של חברתי לעניין מגמת ההחמרה בענישה בעבירות ההגבלים העסקיים, ואבקש להוסיף לחיזוקה את הדברים הבאים:

ההליך הפלילי ביחס לעבירות כלכליות בכלל, ועבירות הגבלים עסקיים בפרט, הוא במקרים רבים הליך מורכב וממושך, הדורש מהמדינה השקעת משאבי אכיפה משמעותיים במיוחד – וההתדיינות בפרשיה שלפנינו תעיד.

ניתן היה לסבור כי עלויות ההתדיינות העצומות הללו מיותרות, במיוחד בשים לב לכך שעונשי המאסר המוטלים הם קצרים יחסית, וכי מוטב להמירם באמצעי אכיפה חילופיים, כדוגמת עיצומים כספיים אשר הממונה על ההגבלים העסקיים מוסמך להטילם (ראו הוראות פרק 11 לחוק ההגבלים העסקיים).

אפס, גישה זו אינה מקובלת על המחוקק הישראלי ועל הרשויות המופקדות על אכיפת דיני ההגבלים העסקיים, וטעמיהם עימם. חששם המובן הוא שגישה זו עלולה שלא להשיג את יעד ההרתעה מפני הפרת הוראות הדין, בשל כך שהסנקציות החילופיות פוגעות בעיקר בכיסן של החברות ומנהליהן, ופגיעה מסוג זה עלולה שלא

להיות שקולה לרווחים הכספיים שמפיקות החברות מההתנהגות המפרה, ולתגמול הכספי שניתן למנהלים בשעתו בגין רווחים אלו. בנסיבות אלו, איום ההרשעה הפלילית, וסיכון הענישה בכליאה, נתפס בעיני המחוקק ורשויות אכיפת החוק כאמצעי הרתעה חיוני, במיוחד בשים לב לעובדה שהנאשמים בהם מדובר הם "אנשים נורמטיביים", אשר הנזק שיגרם להם מהרשעה פלילית, וממאסר מאחורי סורג ובריה, ולו לתקופה קצרה, הוא משמעותי, ולפיכך מרתיע.

עמדת המחוקק ורשויות אכיפת החוק לפיה אכיפת דיני ההגבלים מצדיקה שימוש במשפט הפלילי משקפת מדיניות ענישה לגיטימית, אשר על בתי המשפט לכבדה. משמעות הדבר היא שאין מקום לרוקן מתוכן את האפקטיביות של האכיפה הפלילית באמצעות הטלת עונשים קלים יתר על המידה, המעקרים את אפקט ההרתעה. על רקע זה יש להבין את הפסיקה המורה כי ככלל ראוי להחמיר את הענישה בעבירות מתחום דיני ההגבלים העסקיים, ולהטיל עונשי מאסר בפועל על הצדדים להסדר כובל (ראו: ע"פ 1656/16 דוידוביץ נ' מדינת ישראל, פסקה 106 (20.3.2017); ע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקאות ק"ו-ק"ז (10.8.2015)). מכאן גם עמדתנו כי ביחס לעבירות הגבלים עסקיים "פיצול תקופת מאסר בפועל כך שחלקה ירוצה מאחורי סורג ובריה וחלקה במתכונת של עבודות שירות – אינו דרך המלך" (פסקה 48 לפסק דינה של חברתי); טעמים אלו עומדים גם מאחורי הגישה לפיה ככלל עבירות מתחום דיני ההגבלים העסקיים אינן מסוג העבירות שניתן לבטל את ההרשעה בגינן (השוו: ע"פ 248/18 גבאי נ' מדינת ישראל (2.7.2018)).

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז.

ניתן היום, י' באלול התשע"ח (21.8.2018).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט