

ת"פ 4016/06/12 - מדינת ישראל נגד עזרא שוהם, איגוד שמאי הביטוח בישראל

בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 4016-06-12 מדינת ישראל נ' שוהם ואח'
בפני כב' השופט עודד שחם

בעניין: מדינת ישראל על ידי עו"ד אבי גרוסמן

המאשימה

נגד

1. עזרא שוהם

2. איגוד שמאי הביטוח בישראל על ידי עו"ד

דרור מתיתיהו, עו"ד הגר נגלר

הנאשמים

הכרעת דין

1. כתב האישום. כתב האישום נשוא הכרעת דין זו הוגש ביום 4.6.12. הוא מופנה נגד שניים. מר עזרא שוהם, הנאשם 1 (להלן - הנאשם), ואיגוד שמאי הביטוח בישראל (להלן - האיגוד או איגוד שמאי הביטוח. ביחד ייקראו השניים להלן - הנאשמים). איגוד שמאי הביטוח הוא עמותה רשומה, המאגדת שמאים החפצים בכך. במסגרת העמותה, מאוגדים שמאים מענפים שונים, ובהם שמאות רכב, רכוש וחקלאות. בין מטרתיו של האיגוד מצויים קידום והגנה על ענייניהם של שמאים בכלל ושל חבריו, וכן קידום ענייניהם העסקיים של חברי האיגוד. ענף הרכב באיגוד הוא ענף מקצועי, בו חברים שמאים העוסקים בתחום שמאות הרכב. בתקופה הרלוונטית לכתב האישום, שימש הנאשם כיו"ר האיגוד.

2. כתב האישום סב על איגרת (ת/4) שנשלחה על ידי הנאשם מטעם האיגוד, בחודש יולי 2008 או במועד סמוך לכך (להלן - האיגרת). האיגרת הופנתה לחברי ענף הרכב באיגוד. בכתב האישום נטען, כי באיגרת הפנה הנאשם את חברי ועד הענף לחוות דעת מיום 1.7.08 (להלן גם - חוות הדעת) של הכלכלן מר דני ידובסקי (להלן - מר ידובסקי). נטען, כי בחוות הדעת תחשיבים ופירוט בדבר עלות שעת עבודה של שמאי, עלות ממוצעת להפקת חוות דעת שמאי, מספר השעות הנדרש בביצוע עבודת שמאות רכב, ושיטת חישוב שכר הטרחה. עוד נטען, כי באיגרת המליץ הנאשם לחברי ענף הרכב כי יקבעו את שכר טרחתם בהתבסס על הנתונים שפורטו באיגרת, ואשר כללו עלות ממוצעת להפקת חוות דעת שמאי, זמן השקעה ממוצע בהכנת חוות דעת, ועלות שעת עבודה של שמאי רכב. בכתב האישום נטען כי ביום 17.7.08, בהתאם להוראת הנאשם, הופצה האיגרת, בצירוף חוות דעת מר ידובסקי, לשמאי ענף הרכב באיגוד (ת/5).

3. בכתב האישום נטען כי הנאשמים הפיצו את האיגרת מבלי לקבל אישור, היתר או פטור מאיזה מן הגורמים המוסמכים

עמוד 1

לכך על פי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988 (להלן - חוק ההגבלים העסקיים). נטען גם, כי מעשיהם של הנאשמים לא היו פטורים על פי כללי פטור סוג בהתאם לחוק האמור.

4. בכתב האישום נטען, כי במועדים הרלוונטיים לו, היה האיגוד בבחינת "איגוד עסקי". נטען גם, כי במסגרת תפקידו, היה הנאשם מנהל פעיל באיגוד. בהקשר זה נטען, כי הנאשם ניהל את מזכירות האיגוד ואת קשרי החוץ שלו. נטען עוד, כי הנאשם היה אחראי על קידום ענייניהם העסקיים של חברי האיגוד, והיה בסמכותו לאשר הפצת איגרות לחברי האיגוד. כן נטען, כי נוכח תפקידו של הנאשם, סמכותו ואחריותו בניהול ענייני האיגוד, ובנסיבות העניין, יש לראות במעשיו נשוא כתב האישום ובמחשבתו הפלילית, את מעשיו ומחשבתו הפלילית של האיגוד.

5. בכתב האישום נטען, כי במעשים המתוארים הנאשמים המליצו על קו פעולה באשר לשכר הטרחה שעל שמאי הרכב לגבות. נטען עוד, כי קו הפעולה היה עלול למנוע או להפחית את התחרות ביניהם. כן נטען, כי קו הפעולה נגע למחיר שיידרש, שיוצע או שישולם לרווח שיופק. בכך, נטען, היו הנאשמים צד להסדר כובל. זאת, בלא לקבל אישור, היתר זמני או פטור, כנזכר לעיל.

6. כתב האישום מייחס לנאשמים, על יסוד כל האמור, עבירה של צד להסדר כובל לפי סעיף 47(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, בצירוף סעיפים 5, 2(א), 2(ב)(1), 2(ב)(2) ו- 4 לחוק. לגבי האיגוד, מפנה כתב האישום גם לסעיף 23(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 (להלן - חוק העונשין). ביחס לנאשם, נטען לחילופין גם לתחולת הוראת סעיף 48 לחוק ההגבלים העסקיים על העניין.

7. מסגרת הדיון. סעיף 47(א) לחוק ההגבלים העסקיים קובע שורה של מעשים המהווים עבירה עליו. העבירה נשוא כתב האישום קבועה בסעיף 47(א)(1). סעיף זה מתייחס למי ש"היה צד להסדר כובל שלא אושר כדין ושלא ניתן לו היתר זמני או פטור לפי סעיף 14". המונח "הסדר כובל" מוגדר בסעיף 2 לחוק. סעיף 2(א) קובע, כי הסדר כובל הוא "הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר". סעיף 2(ב) קובע לעניין זה מספר חזקות, אשר נתפרשו בפסיקה כחלוטות, לפיהן יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד ממספר עניינים. בין אלה, מצויים המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם (סעיף 2(ב)(1)); והרווח שיופק (סעיף 2(ב)(2)).

8. להוראות אלה מצטרפת הוראת סעיף 5 לחוק. עניינה של הוראה זו, על פי כותרתה, היא קביעת קו פעולה בידי איגוד עסקי. בסעיף זה נקבע, כי "קו פעולה שקבע איגוד עסקי לחבריו או חלקם העלול למנוע או להפחית תחרות בעסקים ביניהם, או קו פעולה כאמור שהמליץ עליו לפנייהם, יראו כהסדר כובל כאמור בסעיף 2, ואת האיגוד העסקי וכל אחד מחבריו הפועל על פיו כצד להסדר כובל". הוראה זו עומדת במרכז הדיון בהליך שבכותרת. ליחס בינה ובין הוראות סעיף 2 לחוק, עוד נשוב בהרחבה בהמשך.

9. בתשובה לכתב האישום לא כפרו הנאשמים בתיאור האיגוד המצוי בו, בכפוף להבהרה כי האיגוד אינו מאגד את כלל

השמאים, כפי שנטען בכתב האישום, כי אם אך את אלה שביקשו להצטרף כחברים, ואשר עמדו בתנאים שהציב בפניהם^[1]. הנאשמים אישרו בתשובתם את התיאור של ענף הרכב שבכתב האישום. כן אישרו את תיאור תפקידו של הנאשם באיגוד, כפי שפורט בכתב האישום, ובכלל זה את היותו מנהל פעיל של האיגוד במועדים הרלוונטיים. הנאשמים אישרו בתשובתם גם את הנטען בכתב האישום לעניין הפצת האיגרת נשוא כתב האישום^[2], ולעניין העדרם של אישור, היתר או פטור על פי חוק ההגבלים העסקיים. עם זאת, הם כפרו בנטען בכתב האישום לעניין תוכן האיגרת.

10. עיקר המחלוקת בין הצדדים הן בשאלה האם, כעניין שבעובדה, באיגרת הייתה המלצה של איגוד עסקי לחבריו, לקו פעולה אסור לפי סעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים; האם בהקשר זה ניתן להחיל את החזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים; והאם התקיים בנאשם היסוד הנפשי הנדרש ביחס לרכיבים העובדתיים הרלוונטיים הקבועים בדין. לדין בשאלות אלה, על רקע טענות הצדדים, העדויות שנשמעו והראיות שהוצגו, אפנה עתה.

11. יסוד עובדתי: "קו פעולה שהמליץ איגוד עסקי לפני חבריו". נקודת המוצא לדין בעניין זה מצויה באיגרת נשוא כתב האישום (4/ת). האיגרת נושאת את הלוגו של האיגוד. היא חתומה על ידי הנאשם, כיו"ר האיגוד. וזו לשונה:

"חברי ענף הרכב היקרים,

בימים אלה הושלמה עבודתו של הכלכלן דני ידובסקי, שמונה בקדנציה הקודמת על ידי הוועדה לאובייקטיביות השמאי שאני הייתי בראשה. במסגרת חוות דעתו היינו אמורים לקבל ניתוח כלכלי לעניין הוצאות הפקת חוות דעת שמאי, כבסיס לשכר טרחה הוגן וראוי שיאפשר להתפרנס בכבוד.) רצ"ב לעיונכם הניתוח הכלכלי והנתונים שנאספו.

בסיכום הבדיקה ניתן לראות את הנתונים כדלקמן:

עלות ממוצעת להפקת חוות דעת הינה כ - 240 ₪ (ללא מע"מ).

השקעה בחוות דעת, כולל זמן משרד, נסיעות וכיו"ב היא בין 3 ל - 4 שעות.

עלות שעת עבודה של שמאי, לפי נתוני החשב הכללי, היא בין 146 ₪ לבין 250 ₪ (ללא מע"מ) - תלוי בוותק השמאי, רמת מקצועיותו, השכלתו וכיו"ב.

מאחר ואנו כאיגוד, לא יכולים להמליץ, בשלב זה, על שכר טרחה מינימלי, נערכת בדיקה של הנשיאות מול היועצים המשפטיים למציאת הדרכים האפשריות במסגרת החוק לקביעתו (ייתכן והדבר יהיה כרוך בשינוי מבני של האיגוד). בשלב זה אנו בודקים את כל האפשרויות וברגע שיהיו ממצאים, נשמח לעדכן את החברים.

מעבר לכך, אני מציע, שכל שמאי יעשה לעצמו את חשבון הנפש ויתכנן מעין טבלת שכ"ט על בסיס הנתונים שלעיל, בכדי שיוכל להרוויח ולהתפרנס בכבוד.

במהלך השבועות הקרובים מתוכננות מספר פגישות עם מנהלי חברות הביטוח לנסות ולהידבר על שינוי גובה שכר הטרחה הקבוע מזה כ - 12 שנים.

אשמח לעמוד לרשות החברים בכל נושא הדורש הבהרה.

ברצוני להדגיש כי הבסיס לדרישה לשכ"ט ראוי יהיה מותנה בהבטחה מצידנו לתת עבודה ראויה, מקצועית, מחייבת ובבדיקה פיזית במהלך התיקון ובסופו".

(ההדגשות במקור)

12. האיגרת מפנה לחוות דעתו של מר ידובסקי (ת/5), אשר צורפה אליה. חוות הדעת נושאת תאריך 1.7.08. עניינה, על פי האמור בכותרתה, "עלות הכנת שומת רכב". היא ערוכה כחוות דעת מומחה על פי הוראות פקודת הראיות (נוסח חדש) התשל"א - 1971 (להלן - פקודת הראיות). מר ידובסקי מאשר בה, כי נתבקש על ידי האיגוד לחוות את דעתו המקצועית בעניין הנדון. בהמשך חוות הדעת מציין מר ידובסקי (בעמוד 2), כי התבקש על ידי האיגוד "לערוך את תחשיב שכר הטרחה הראוי לשמאי רכב (להלן: "שכר הטרחה").

13. מר ידובסקי מציין עוד, כי התבסס בחוות דעתו על נתונים שקיבל מ"מספר משרדי שמאים מייצגים"¹³ (סעיפים 1.1 - 1.3 לחוות הדעת); על הדרישות הסטטוטוריות הנדרשות משמאי רכב (כמפורט בסעיף 1.4); על טבלאות שפורסמו על ידי חברות ביטוח ובהן תעריפי שכר הטרחה של שמאי רכב (סעיף 1.5); על הפעולות הנדרשות משמאי רכב על ידי משרד התחבורה בהכנת חוות דעת ממוצעת (כמפורט בסעיף 1.6); ועל המידע שנמסר לו לעניין סדר הפעולות הנדרש משמאי רכב בהכנת חוות דעת כאמור (סעיף 1.7). בהקשר זה מדגיש מר ידובסקי כי היקף העבודה הנדרשת לצורך עריכת שומה הוערך על ידי מספר שמאים שתוחקרו לצורך הכנת חוות הדעת בכ - 4 שעות עבודה (סעיף 1.7). נתון זה מופיע גם בפרק סיכום הממצאים שבחוות הדעת (סעיף 4.2).

14. חוות הדעת מפרטת את ההוצאות שנבחנו כחלק מעבודתו של מר ידובסקי (סעיף 1.9). צוין, כי נבחנו כלל הוצאות ההנהלה והכלליות במשרדים השונים. עוד צוין, כי סעיפי ההוצאות המרכזיים שאותרו היה שכר עובדי מנהלה, הוצאות תקשורת, הוצאות רכב והוצאות משרדיות שונות (ראו גם סעיף 3.1.1). הוטעם, כי המחירים והעלויות המפורטים בחוות הדעת אינם כוללים מע"מ כחוק (סעיפים 1.9, 2.4). הובהר עוד, כי התחשיבים אינם מתייחסים למס הכנסה (סעיף 2.1); כי הנתונים משקפים מחירים ממוצעים לשנת 2006; וכי מאז עלה מדד המחירים לצרכן בשיעור מצטבר של כ - 5% (סעיף 2.3).

15. חוות הדעת עומדת על כך, שמתוך הנתונים חולצו יחסים פיננסיים שונים, הכוללים בין היתר הכנסה לשומה ממוצעת, הוצאות הנהלה וכלליות לשומה ממוצעת, הכנסה ממוצעת לשעת שמאי ועוד (סעיף 3.1.2). פורט, כי ההכנסה משומה ממוצעת מסתכמת בסך כולל של כ - 413 ₪, המשקף שומות מכל הסוגים, ובכלל זה שומות פרטיות ושומות לחברות ביטוח (סעיף 3.1.3.1). עוד פורט, כי סכום זה כולל 229 ₪ בגין החזר הוצאות, ו - 184 ₪ בגין שכר טרחת שמאי (סעיף 3.1.3.2). על רקע זה, ועל בסיס אומדן לפיו שומה ממוצעת דורשת בממוצע ארבע שעות עבודה, התקבל הנתון לפיו התמורה לשעת עבודה של שמאי מסתכמת בסך של 46 ₪ (סעיף 3.1.3.3).

16. חוות הדעת כוללת טבלה המפרטת נתונים מספריים וסטטיסטיים, בהתאם למפורט לעיל. הנתונים מתייחסים ל - 4 משרדי השמאים שנבחרו. בהמשך לכך (סעיף 3.2), מצוין בחוות הדעת במובלט כי "סה"כ הוצאות הפקת השומה (ללא שכר שמאי), כאשר הינן צמודות למדד המחירים לצרכן למועד עריכת חוות הדעת, מסתכמות בסך כולל של 239 ₪" (ראו גם סעיף 4.1 לפרק סיכום הממצאים בחוות הדעת).

17. בהמשך לדיון בנושא עלות הפקתה של שומה, פונה מר ידובסקי לדון ב"... במספר מאפיינים הרלוונטיים לקביעת תעריף שכרו של השמאי" (סעיף 3.3). הוא מוסיף ומציין (סעיף 3.3.1) כי "על מנת לנסות ולהעריך את שכרו הראוי של

השמאי", איתר מספר מדדים ונתוני השוואה רלוונטיים, ובהם תעריף שעת עבודה במוסך (סעיף 3.3.1.1), הנע לדבריו בתחום שבין 130 - 180 ₪ (סעיף 3.3.1.2). כן מפנה מר ידובסקי לטבלאות שפורסמו על ידי חברות ביטוח (סעיף 3.3.1.3), מהן עולה כי שכר טרחתו של שמאי שנדרש לצאת למקום אירוע יעמוד על סך של 250 ₪ לשעה. עוד מפנה מר ידובסקי לכך שבתקופת מלחמת לבנון השנייה אושר על ידי שלטונות מס רכוש שכר טרחת שמאי בגובה של 227 ₪ לשעה (סעיף 3.3.1.4). בפרק הסיכום של חוות הדעת מתייחס מר ידובסקי לנתונים אלה כאל "דוגמאות רלוונטיות לקביעת תעריף שעת שמאי" (סעיף 4.3).

18. מן התיאור לעיל עולה, כי הוכחה טענת המאשימה בכתב האישום, לפיה באיגרת ניתנה על ידי האיגוד לחבריו המלצה, שעניינה קו פעולה באשר לשכר הטרחה שעל שמאי רכב לגבות. האיגרת מתווה לנמעניה קו פעולה ברור לעניין קביעת שכר הטרחה. קו הפעולה מתייחס הן למרכיב ההוצאות בשכר הנגבה על ידי השמאי, הן לתעריף שכר הטרחה, הן למספר שעות העבודה הנדרש בממוצע לצורך הכנת חוות דעת. הנאשם אף טרח וציין במפורש את העובדה, כי הסכומים הנזכרים באיגרת אינם כוללים מע"מ. מן הדברים הכתובים במפורש באיגרת עולה בבירור, כי מטרתה המוצהרת היא להניע את נמעניה לפעול בהתאם למפורט בה, על מנת שאלה יוכלו, כדברי האיגרת, להתפרנס בכבוד. האיגרת דוחקת, בכל אחד ממקבליה, לתכנן טבלת שכר טרחה, על פי הפרמטרים המפורטים בה. היא עושה שימוש בביטוי "שכר טרחה ראוי", הן בחלקה הראשון, הן בסופה. גם חוות הדעת עליה היא נסמכת נעשה שימוש במספר מקומות, בביטוי האמור. כל אלה מלמדים, ללא קושי, כי יסוד ההמלצה על קו פעולה הוכח ברמת הוודאות הנדרשת לצורך הרשעה בפלילים.

19. אכן, האיגרת נוקטת לשון של "הצעה", ולא של המלצה. עם זאת, המבחן לעניין קיומה של המלצה אינו השימוש במילה כזו או אחרת. המבחן הוא מהותי. עניינו בשאלה האם בפנינו מסר חיובי ביחס לקו הפעולה הנדון. אין קושי לקבוע כי באיגרת ישנו מסר כזה. אין מדובר במסמך הנוקט גישה של שוויון נפש בדבר האופן בו על נמעני האיגרת לפעול. המדובר במסמך הקורא לנמעניו לפעול על פי קו פעולה מוגדר המותווה בו. בכך מתקיים יסוד ה"המלצה" שבהגדרת העבירה.

20. מסקנה זו מתחזקת נוכח גישת הפסיקה לעניין יסוד ההמלצה. בע"ש (חוזים אחידים) 1049/00 התאחדות בעלי אולמות ואירועים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (19.3.02), פסק בית הדין לחוזים אחידים, בראשות כב' השופט י' עדיאל, כי לצורך גיבושו של היסוד האמור,

"די בהמלצה מכללא. הצבעה בפני חברה של המבקשת על 'דרך התקשרות אפשרית עם לקוחות פוטנציאליים', כפי שנטען על ידה, נופלת באופן מובהק בגדרו של 'קו פעולה כאמור שהמליץ עליו' איגוד עסקי לחבריו, כמשמעו בסעיף 5 לחוק. העובדה שחבריה של המבקשת אינם חייבים לקבל המלצה זו וכי אימוצו של החוזה או חלקים ממנו נותר פתוח לשיקול דעתם, אינה גורעת מאופייה של המלצה זו כקו פעולה שקבע איגוד עסקי לחבריו כמשמעו בסעיף 5 לחוק".

דברים אלה יפים בשינויים המחויבים, ואף מקל וחומר, במקרה הנוכחי.

21. אכן, האיגרת אינה נוקבת בתעריף אחיד, עליו היא ממליצה לכלל שמאי הרכב אליהם נשלחה. עם זאת, היא מפרטת באופן ברור ומפורש את כל הפרמטרים הנדרשים, על מנת שכל אחד מן הנמענים יוכל לחלץ, ללא קושי, את התעריף המומלץ, על רכיביו. כל אלה מתווים, בבירור, קו פעולה עליו ממליצה האיגרת, לעניין קביעתו של שכר טרחתם של שמאי רכב.

22. לא למותר לציין, כי טווח שכר הטרחה בגין חוות דעת שמאי, על פי קו הפעולה המומלץ באיגרת, נע בין 678 ₪ (ללא מע"מ, על פי הנחה של שכר הטרחה הנמוך ביותר בו נוקבת האיגרת, וזמן עבודה של 3 שעות), ובין 1,240 ₪ (ללא מע"מ, על פי הנחה של שכר הטרחה הגבוה ביותר בו נוקבת האיגרת, וזמן עבודה של 4 שעות). יש ממש בטענת המאשימה, כי נתונים אלה, כמו גם הממוצע ביניהם, גבוהים באופן משמעותי משכר הטרחה הממוצע אשר שולם בפועל במועדים הרלוונטיים, על פי חוות דעתו של הכלכלן מר ידובסקי, ת/5, אשר צורפה לאיגרת.

23. לא נעלם מעיני המשפט באיגרת, בו מציין הנאשם כי "אנו כאיגוד, לא יכולים להמליץ, בשלב זה, על שכר טרחה מינימלי". בהמשך למשפט זה, מתאר הנאשם באיגרת פעולות שונות הנעשות לצורך קביעת שכר טרחה כאמור^[4]. ברם, גם משפט זה אינו גורע מהבנת האיגרת כהמלצה על קו פעולה בכל הנוגע לקביעת שכר טרחתם של שמאי רכב. המשפט האמור אינו עומד לעצמו. הוא אינו מייתר את הצורך בבחינה כוללת, אינטגרטיבית, של תוכן האיגרת, על מנת להבין את משמעותה^[5]. בחינה כזו מלמדת, כי המשפט האמור אינו גורע מהבנת האיגרת, כהמלצה על המחיר הראוי אותו יש לגבות. כך, בהמשך ישיר לפסקה בה כלול המשפט האמור, באה ההמלצה שבאיגרת, לקבוע טבלת שכר טרחה, על פי המפורט לעיל. ברוח דומה, מדברת הסיפא לאיגרת על "דרישה לשכ"ט ראוי".

24. זאת ועוד, לאיגרת מצורפת חוות הדעת, אשר נערכה, על פי האמור באיגרת, "כבסיס לשכר טרחה הוגן וראוי שיאפשר להתפרנס בכבוד". באופן תואם, גם בחוות הדעת, מתייחס מר ידובסקי לקביעת שכרו של השמאי, וזאת מעבר לחישוב מרכיב ההוצאות (ראו סעיף 3.3 ואילך). הוא מעלה אפשרויות שונות בהקשר זה^[6]. הן בהצגת מטרותיה של חוות הדעת, הן בדיון בשכר הטרחה של השמאי, קיימת בחוות הדעת התייחסות מפורשת לקביעת "שכר ראוי" לשמאים.

25. במאמר מוסגר אעיר, כי מן הראיות מזמן אמת עולה אינדיקציה ממשית כי אף הנאשם עצמו הבין את האיגרת כהמלצה על קו פעולה בכל הנוגע לקביעת שכרם של שמאי הרכב. בישיבה של הוועד המרכזי של האיגוד שהתקיימה ימים אחדים לאחר הפצת האיגרת (21.7.08, ת/22), מצוטט הנאשם כמי שאמר, תחת הכותרת "קביעת רף מינימום לשכ"ט", כי "בחוות הדעת שהתקבלה נקבע בסיס גבוה יותר מזה הקיים היום". הדברים נאמרו בתגובה לדוברים אחרים, אשר הביעו עמדה כי חוות הדעת אינה משרתת את עניינם של השמאים. עוד טען הנאשם באותו מעמד, כי טיטה של חוות הדעת "נבדקה מול היועמ"ש אשר ציין כי היא סבירה וכי אין בה עבירה על חוק ההגבלים העסקיים מאחר ומדובר על שכר בסיס, אשר אינו כלול במסגרת 'הסדר כובל'". לדברים אלה לא ניתן הסבר סביר על ידי הנאשם בחקירתו הנגדית (ראו עמודים 305 - 306). הם מלמדים כי בזמן אמת הבין הנאשם כי באיגרת יש משום המלצה על שכר מינימום, חרף האמירה שבאיגרת ממנה ניתן להבין אחרת^[7].

26. התמונה הכוללת הברורה, המתקבלת ממכלול הדברים, הינו של המלצה על קו פעולה, לעניין קביעת שכר טרחה,

בהתאם למותווה באיגרת. ההמלצה היא על שכר טרחה הגבוה, ובמידה משמעותית, מן הממוצע במועד הרלוונטי. מבחינת מהותם של דברים, תיוג שכר הטרחה המומלץ כ"ראוי" או "הוגן", להבדיל משכר טרחה מינימאלי, אינו מעלה או מוריד באופן ממשי. לא בתיוג כזה או אחר העיקר, כי אם בפוטנציאל האנטי תחרותי הטמון במסר שהועבר.

27. המסקנה אליה הגעתי בנקודה זו אינה משתנה נוכח טענת הנאשמים, המפנה לכך שבפתח האיגרת נכתב כי נתקבלה חוות דעת של הכלכלן ידובסקי, העוסקת בניתוח כלכלי לעניין הוצאות הפקת חוות דעת שמאי, כבסיס לשכר טרחה הוגן וראוי. הנאשמים מדגישים בהקשר זה את המלים "ניתוח כלכלי לעניין הוצאות". אף כאן יש להשיב, כי פרשנות האיגרת, ככל מסמך, נעשית מתוך ראיית המכלול השלם. התייחסות מבודדת למילה או לצירוף מלים אינה יכולה ללמד על משמעות המסמך. אין במלים האמורות, כדי לגרוע ממובנה הכולל של האיגרת, עליו עמדתי, או כדי להעלות ספק סביר לעניין זה.

28. הנאשמים מפנים, בהקשר זה, גם לעדותו של הנאשם (בעמוד 187), שם טען כי כוונת הדברים היא שכל שמאי יוכל לבסס את שכרו על הוצאותיו האינדיבידואליות ועל שעות העבודה שעבד בפועל. ברם, טענה זו אינה עולה בקנה אחד עם תוכנו הברור של המסמך, שם עומד הנאשם על עלויות ממוצעות, וממליץ לכל שמאי לתכנן שכר טרחה על בסיס הנתונים הממוצעים שפירט. משכך, יש לדחותה.

29. הנאשמים טוענים כי לא ניתן היה לעשות שימוש בערכים שנכתבו באיגרת, משום שמדובר בנתונים משתנים ממקרה למקרה ומשמאי לשמאי, בהתאם לנסיבות. ברם, האיגרת נוקבת בבסיס להוצאות; היא נוקבת בטווח מומלץ לשכר טרחה; היא נוקבת בערכים ממוצעים לשעות עבודה לכל חוות דעת. אין קושי, על בסיס נתונים אלה, ליצור טבלת שכר טרחה, כפי שאף המליץ הנאשם במפורש במסגרת האיגרת. אני דוחה, אפוא, גם טענה זו.

30. הנאשמים מעלים טענות לעניין תוכן חוות דעתו של מר ידובסקי (ת/5). הם מפנים בהקשר זה לעדותו, לפיה חוות הדעת שלו אינה מדברת על שכר טרחה ראוי, כי אם על כלים לקבעו, וכי מדובר בעניין סובייקטיבי לכל שמאי (בעמודים 514, 523 - 524, 526). ברם, שלא כנטען, מר ידובסקי דן בחוות הדעת במפורש בשכר טרחה ראוי. הוא אף טורח לחשב ממוצע של הוצאות להכנת חוות דעת; נוקב בערכים אפשריים לשכר טרחה שעתה; ואף נוקב במספר השעות הממוצע להכנת חוות דעת. כל אלה מופיעים בפרק סיכום הממצאים של חוות הדעת. מדובר בנתונים המאפשרים, ללא קושי, קביעה של שכר טרחה על ידי נמעני האיגרת.

31. אכן, ניסוח חוות הדעת שונה מזה של האיגרת, בכלל זה לעניין שכר הטרחה השעתי. לעניין זה התייחסה חוות הדעת תחת הביטוי "דוגמאות רלוונטיות". מימד ההמלצה שבה בולט פחות מזה שבאיגרת. ברם, יהיו הדברים כאשר יהיו, במרכז כתב האישום לא מצויה חוות הדעת, כי אם האיגרת, אשר על תוכנה עמדתי. אין בטענות הנאשמים לעניין חוות הדעת כדי לגרוע מתוכן זה.

32. בהקשר זה מפנים הנאשמים גם לדברים המובאים בפרוטוקול של ועד ענף רכב מיום 20.11.08 (נ/41). מפרוטוקול זה עולה כי התקיים דיון עם מר ידובסקי, לאחר שהביא בפני חברי הוועד את ממצאי חוות הדעת, וכי הועלתה

השאלה "לגבי היכולת והאפשרות לקבל ממר ידובסקי התייחסות מקצועית לשכ"ט ראוי". בפרוטוקול נכתב, כי מר ידובסקי "השיב בשלילה וציין כי מאחר וכל משרד יכול לחשב את שכ"ט שלו ובידיו הכלים לחשב את התקורה בתוספת למחיר שעת העבודה ושעות העבודה שהושקעו בתיק, לפיכך אין כדאיות לקבוע טבלת שכ"ט בהתאם לגובה הנזק".

33. אף בדברים אלה אין כדי לגרוע מתוכנה הברור של האיגרת נשוא כתב האישום. זאת ועוד, ניתן להבין מן הסיפא של הדברים (ומן השימוש במילה "לפיכך" שבסיפא) כי הנושא שעלה לדיון נוגע לאפשרות קביעתו של שכ"ט כפונקציה של גובה הנזק (ראו גם עדותו של מר ידובסקי, בעמוד 513). בנסיבות אלה, אין בטענה זו כדי לסייע לנאשמים. תהא הגישה שננקטה ביחס לאפשרות זו אשר תהא, גם בעניין זה אין כדי לסייע לנאשמים.

34. הנאשמים טוענים כי מן הדברים לעיל שבנ/41 עולה כי חברי ועד ענף הרכב לא סברו שבחוות הדעת ת/5 ובאיגרת ת/4 יש משום המלצה על שכר טרחה ראוי. אף בטענה זו אין כדי להועיל לנאשמים. אין בסברה זו או אחרת של מאן דהוא כדי לגרוע ממובנם הברור של הדברים שבאיגרת. אף אין בנ/41 כל אינדיקציה כי הדיון נשוא הפרוטוקול סב על האיגרת ת/4, בה עוסק כתב האישום. לא למותר לציין, כי עדותו של מר ידובסקי לעניין זה (בעמוד 513), לפיה נמנע מלנקוב בנתון המספק בסיס לקביעת שכר טרחה, אינה תואמת באופן מלא את תוכן חוות דעתו, ת/5.

35. עוד טוענים הנאשמים בסיכומיהם, כי אין לייחס את האמור באיגרת לאיגוד השמאים. הם מעגנים טענה זו בעדות הנאשם על כך, שלא נועץ קודם לניסוח האיגרת עם איש (בעמוד 181). הם מפנים גם לעדות הנאשם כי הפצת האיגרת נעשתה בהנחייתו הבלעדית (בעמודים 181 - 182).

36. דין טענה זו להידחות. הנאשם לא פעל בניסוח האיגרת והפצתה כאדם פרטי. האיגרת נושאת, כנזכר לעיל, לוגו של איגוד השמאים. באיגרת אף נוקט הנאשם בלשון "אנו כאיגוד". הוא חותם על האיגרת בתוארו כיו"ר האיגוד. הפצת האיגרת נעשתה באמצעות עובדת של האיגוד. מכלול נתונים אלה מלמד בבירור, ברמת הוודאות הנדרשת לצורך הרשעה בפלילים, כי אין מדובר באקט פרטי של הנאשם, כי אם בפעולה שביצע במסגרת תפקידו כיו"ר האיגוד. ממילא עולה, כי נוכח תפקידו של הנאשם, סמכותו ואחריותו בניהול ענייני האיגוד, יש לראות את המעשה שעשה כמעשהו של האיגוד (ראו סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין).

37. יסוד עובדתי: קו הפעולה עלול למנוע או להפחית תחרות בעסקים בין החברים באיגוד עסקי או חלקם. המאשימה טוענת, לעניין יסוד זה, כי יש להחיל את החזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים. מדובר בחזקות הנעוצות בשיקולים של יעילות ופשטות (ד' גילה, "האם המלצה על מחיר היא הגבל עסקי, ומדוע?" עיוני משפט לג 101 (2010), בעמוד 108). הן נקבעו לגבי מספר נושאים מוגדרים, "שבהם השלכת ההסדר בין הצדדים על צמצום התחרות אינה מוטלת בספק" (דברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד - 1983, הצעות חוק 1647, א' בכסלו התשמ"ד 7.11.1983 (להלן - הצעת החוק או דברי ההסבר), בעמוד 42). הן מייתרות, על פי טיבן, את הצורך בבירור פרטני של הפגיעה בתחרות בנסיבות המקרה המסוים (דברי ההסבר הנ"ל). הנאשמים שוללים את הפרשנות האמורה, באין קביעה מפורשת לעניין זה בסעיף 5 לחוק. במחלוקת זו, אני מעדיף את עמדת המאשימה. אבאר מדוע.

38. נקודת המוצא מצויה בלשון סעיף 5 לחוק, אשר הובאה לעיל. הסעיף קובע, כי יראו המלצה של איגוד עסקי על קו פעולה, באופן העלול למנוע או להפחית תחרות בעסקים, כהסדר כובל כאמור בסעיף 2. בלשון ההוראה אין התייחסות מפורשת לשאלת תחולתן של החזקות הקבועות בסעיף 2(ב). עם זאת, התיבה "עלול למנוע או להפחית תחרות בעסקים" זהה לזו בה נעשה שימוש בסעיף 2(א) לחוק. הואיל והחזקות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק מתייחסות ליסוד זה, יש בשימוש באותו יסוד עצמו גם בסעיף 5 כדי לספק עוגן לשוני לעמדת המדינה.

39. מן הבחינה הלשונית, טענת הנאשמים, כי ההפניה של סעיף 5 לחוק להוראת סעיף 2 מניחה את קיומו של היסוד של מניעה או הפחתה בתחרות, אינה נטולת יסוד. עם זאת, אין בטענה זו כדי ללמד כיצד נבחנת המניעה או ההפחתה בתחרות. ממילא, אין בה כדי לשלול פנייה, בהקשר זה, לחזקות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק.

40. לשון החקיקה מהווה נקודת פתיחה של הדיון בפירוש הדין. היא אינה מהווה את נקודת הסיום של הדיון. על מנת לעמוד על מובנו של הדין, הוא הוראת סעיף 5 לחוק, יש לזהות את תכליתו, בהקשר הרלוונטי. הואיל וסעיף 5 מפנה לסעיף 2 לחוק, תוך קביעה כי יראו קו פעולה של איגוד עסקי, אשר עלול למנוע או להפחית תחרות, "כהסדר כובל כאמור בסעיף 2", אפנה תחילה לתכליתו של סעיף 2. בפסיקה נקבע, כי סעיף זה נועד למנוע הסדרים כובלים, העלולים לפגוע בתחרות, תהא דרך יצירתם אשר תהא (ראו הגדרת המונח "הסדר" שבסעיף 1 לחוק; ראו גם דברי ההסבר להצעת החוק הנ"ל, בעמוד 39; ראו גם ד' גילה, במאמרו הנ"ל, בעמוד 103). לגישה יסודית זו ניתן ביטוי ציורי בפסיקה, בה צוין כי

"המילה הסדר כוללת כל דרך מתואמת שמגמתה השלטת הסדר כובל. אין זה מעניינו של החוק אם הושג בדרכי קונספירציה, או בדרכי הסדר, או באמצעות צד ג' או על ידי קריצת עין, או על ידי צחוק של הבנה, או על ידי מתאם שהוא זר להסדר, או על ידי דברים שנאמרו למאן דהוא שאינו שייך לעניין, כדי שהדברים יישמעו על ידי מי ששייך לעניין או בכל דרך אחרת... החוק דובר אל קוראיו כך: כל דרך שתנקטו אותה ושיש בה, או שהיא מובילה, לתיאום המוביל להסדר כובל, הוא ה'הסדר' הכתוב בחוק"
(דברי כב' השופט ו' זיילר בת"א (מחוזי - ירושלים) 396/87 קיסין נ' פטרולגז חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ (9.5.1990)).

41. סעיף 5 לחוק נועד להרחיב את תחולת החוק למצבים המפורטים בו, אשר אינם נופלים לגדר המונח "הסדר", אך מבחינה מהותית קיים בהם פוטנציאל אנטי תחרותי דומה לזה שבהסדר (ראו ת"פ (מחוזי - ירושלים) 417/97 מדינת ישראל נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ (18.12.01), בפסקה 203 לפסק דינו של כב' השופט ד' חשין; פסק הדין בנקודה זו אושר בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ' ואח', פ"ד נט(6) 776 (2005); ראו גם במאמרו הנ"ל של גילה, בעמודים 103 - 104). הוראת סעיף 5 משקפת את התובנה, כי באיגוד עסקי קיים, מעצם טיבם של הדברים, פוטנציאל משמעותי לפגיעה בתחרות. איגוד כאמור מקל ומאפשר החלפה שוטפת של מידע ומסרים. כתוצאה מכך, הוא מקל על פעולה מתואמת בין מתחרים. הפוטנציאל האנטי תחרותי הטמון באיגוד כזה אינו נופל, ואפשר שאף עולה, מזה הטמון בעריכת הסדר, במובנו הנזכר לעיל. לכן, מקום בו איגוד עסקי מוציא לחבריו המלצה, בכל הנוגע לקביעת המחיר על ידיהם, יש הצדקה עניינית מלאה להחיל את החזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק, ובכללן החזקות שבסעיפים קטנים (1) ו- (2), להן טוענת המאשימה במקרה הנוכחי.

42. לא למותר להפנות בהקשר זה למאמרו הנ"ל של גילה. המחבר מציין שם, כי "קיים רציונל כלכלי בסיסי לאיסור תיאום מחירים בין מתחרים, טנטטיבי ומומלץ ככל שיהיה. התיאום פותר למתחרים את בעיית הקואורדינציה של המחיר הקרטליסטי, ויכול לגשר על ניגודי האינטרסים ביניהם" (בעמוד 110). ברוח דומה מציין המחבר, כי הסכנה התחרותית בהמלצת מחירים אופקית, נעוצה בהקלת התיאום במסגרת קרטל (בעמוד 111). על רקע זה, גורס המחבר כי החזקה החלוטה שבסעיף 2(ב)(1) חלה על המלצה כאמור. הדברים יפים, באותה מידה, גם ביחס להמלצה על מחיר, הנעשית במסגרתו של איגוד עסקי. לא למותר לציין, כי הגישה העקרונית שבוטאה במאמר זה אומצה על ידי בית המשפט העליון, בכל הנוגע לתיאום מחירים אופקי בין מתחרים (ראו ע"פ 2560/08 מדינת ישראל רשות ההגבלים העסקיים נ' וול, 6.7.09), בפסקאות קפ' - קפא' לפסק דינו של כב' השופט א' רובינשטיין). כעולה מן המאמר הנ"ל, מצב זה שקול, מבחינת הפוטנציאל האנטי תחרותי הגלום בו, למצב של המלצה על מחירים, הנעשית בגדריו של איגוד עסקי.

43. בהקשר זה, אני דוחה את ניסיונם של הנאשמים למתוח הבחנה עניינית בין "הסדר" במובנו בחוק ההגבלים העסקיים, ובין קו פעולה של איגוד עסקי. הנאשמים טוענים, כי בהסדר לפחות שני גורמים כבר הגבילו עצמם לתנאין, בעוד שבקביעת קו פעולה של איגוד עסקי, מדובר בפעולה היכולה להיעשות באופן חד צדדי, ללא תיאום והסכמה עם גורם כלשהו. משכך, לשיטת הנאשמים, יתכן כי אף גורם לא הגביל עצמו בהתאם לקו הפעולה.

44. ברם, הן לגבי הסדר, הן לגבי קו פעולה, אין הדין דורש פגיעה בפועל בתחרות לשם גיבוש אחריות על פיו. לצורך הקמת האחריות, די בפגיעה בכוח בתחרות, המוצאת ביטויה במילה "עלול". לשאלה אם גורם פלוני פעל, הלכה למעשה, בהתאם להסדר או לקו פעולה, אין משקל מכריע בניתוח האם יסוד זה מתקיים. הדברים אמורים הן בהסדר, הן בקו פעולה. זאת ועוד. כפי שעולה מן הניתוח לעיל, כעניין מושגי כללי, עצם ההמלצה על קו פעולה לעניין המחיר שישולם עבור שירות, המועברת לכלל החברים באיגוד עסקי, נושאת בחובה פגיעה תחרותית פוטנציאלית אשר אינה פחותה מזו הטמונה בהסדר בין מתחרים בעניין המחיר. מנקודת מבט זו, היכולת של המלצה כאמור לגשר על פערי מידע ותקשורת, גם בלא הבעת הסכמה של נמעניה, מהווה לכל הפחות משקל נגד איכותי למגבלה שנוטל על עצמו צד להסדר. הדברים יפים אף למקרה הנוכחי, בו נשלחה האיגרת לכלל חברי ענף הרכב באיגוד. לפיכך, אין בהבחנה שמבקשים הנאשמים למתוח, כדי לסייע להם.

45. המסקנה אליה הגעתי, לפיה תכלית החקיקה מחייבת את קבלתה של עמדת המדינה לעניין תחולת החזקות שבסעיף 2(ב) גם ביחס לקו פעולה בו עוסק סעיף 5 לחוק, מתחזקת נוכח עיון בהיסטוריה החקיקתית. בחוק ההגבלים העסקיים, התשי"ט - 1959, אשר קדם לחוק הנוכחי, המבחינים לקיומו של קו פעולה אסור היו זהים לאלה שנקבעו ביחס להסדר כובל. סעיף 2 לחוק הקודם קבע, ביחס להסדר כובל, כי מדובר בהסדר הבא למנוע או להגביל במפורש או מכללא את אחד הצדדים לו באחד מכמה עניינים, ובהם התמורה, הרווח ומקום העיסוק (סעיף 2 לחוק הקודם). מדובר בעניינים הדומים לאלה המצויים כיום בסעיף 2(ב) לחוק. סעיף 4 לחוק הקודם, אשר עסק בקו פעולה של חבר בני אדם, אסר על קו פעולה "בעניין מהעניינים המפורטים בסעיף 2".

46. יוצא, כי בין שני האיסורים היה, עובר לחקיקת חוק ההגבלים העסקיים הנוכחי, יחס של הקבלה והתאמה מלאה. בהליכי החקיקה אין, ולו רמז, לכוונה של המחוקק לסטות מתפיסה בסיסית זו. אדרבא, השימוש בתיבה זהה, הן בסעיף 2, הן בסעיף 5, בדבר הסדר או קו פעולה "העלול למנוע או להפחית את התחרות", מלמד על כוונה ברורה כי יחס

ההתאמה וההקבלה בין שתי ההוראות יישמר במלואו.

47. בהקשר זה, לא נעלם מעיני כי בדברי ההסבר להצעת החוק הנזכרת לעיל צוין, ביחס לסעיף 5 המוצע, כי מושם בו "דגש על הפגיעה בתחרות העלולה להיגרם מקו הפעולה". לכאורה, ניתן למצוא בכך סיוע מסוים לעמדתם הפרשנית של הנאשמים. ברם, מעיון בדברי ההסבר לסעיף 2 המוצע עולה, כי אף שם נאמרו דברים דומים, לפיהם סעיף זה "מדגיש את הפגיעה בתחרות הנובעת מהסדרים כובלים". יוצא, כי אין בדגש האמור כדי לשלול את תחולתן של החזקות הקבועות בסעיף 2(ב). אדרבא, דווקא דברי ההסבר הדומים, הן ביחס לסעיף 2, הן ביחס לסעיף 5, מחזקים את המסקנה כי תכליתן של שתי ההוראות דומה. יש בכך כדי לספק תימוכין נוספים למסקנה, כי החזקות שנקבעו בסעיף 2(ב) חלות אף על הוראת סעיף 5 לחוק.

48. אוסיף, בהקשר זה, כי גם במשפט המשווה, הוחלה החזקה החלוטה על הסדרים שנעשו בין חבריו של איגוד מקצועי או עסקי (ראו פסק דינו של בית המשפט הפדראלי העליון של ארה"ב *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 U.S. 679 (1978); ראו גם *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332 (1982)). אף בכך יש כדי לתמוך במסקנה אליה הגעתי.

49. ההגנה טענה בסיכומיה, כי יש להחיל בהקשר הנדון את הוראת סעיף 34 ככא לחוק העונשין. הוראה זו מורה כי "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין". אין בהוראה האמורה כדי לסייע לנאשמים. היא חלה אך במצבים, בהם קיימים מספר פירושים סבירים באותה מידה, על פי תכלית ההוראה (ראו דנ"פ 1558/03 מדינת ישראל נ' אסד, פ"ד נח(5) 547 (2004), בעמוד 556). עולה ממנה, כי אמת המידה המכרעת לעניין פירוש הדין הפלילי היא תכלית החקיקה. כפי שהראיתי לעיל, אין מדובר במקרה בו קיימים שני פירושים שקולים, מנקודת המבט של תכלית החקיקה. כמוסבר, מתכלית ההוראה מתחייב הפירוש לו טוענת המאשימה. ממילא, אין תחולה להוראת סעיף 34 כא הנ"ל. יוצא, כי יש לדחות גם טענה זו של הנאשמים.

50. יישומם של הדברים למקרה שבפנינו מלמד, ללא קושי, כי יסוד הפגיעה המסתברת בתחרות הוכח מעבר לספק סביר. ענייננו בהמלצה על אופן קביעתו של המחיר הראוי, אשר נשלחה לחבריו של איגוד עסקי על ידי יו"ר האיגוד. עניין זה נופל לגרעין הקשה של החזקה החלוטה שבסעיף 2(ב)(1) לחוק. המדובר אף בהמלצה הנוגעת למרכיב הרווח, ומשכך חלה גם החזקה החלוטה שבסעיף 2(ב)(2) לחוק. מכל האמור עולה, כי מתקיים יסוד הפגיעה בתחרות שבסעיף 5 לחוק (השוו לניתוח בפסק דין האמור בעניין וול, בפסקה פד').

51. אכן, באיגרת אין המלצה על מחיר אחיד. ישנה נוסחה מומלצת, המאפשרת להגיע למחירים שונים. עם זאת, טווח המחירים הנגזר מן הנוסחה האמורה הוא מוגדר וברור. ההמלצה מספקת נתונים מפורטים, הגודרים את שיעוריו של המחיר המומלץ. כמבואר לעיל, הטווח האמור, לרבות ברף התחתון שלו, משקף עליה משמעותית במחיר ביחס לממוצע הנוהג בעת מתן ההמלצה. יוצא, כי באיגרת טמון איתות ברור לנמעניה, ביחס למגמת המחירים המומלצת, וביחס למחירים עצמם. בכך, מתקיים במקרה זה הגיון של פסיקות קודמות, הן של בית המשפט העליון, הן של בית המשפט המחוזי, אשר החילו את החזקות החלוטות גם במצב שבו ההסדר הכובל לא התייחס למחיר אחיד (ראו פסק הדין הנ"ל).

בעניין בורוביץ', בפסקה 89; ראו גם ת"פ 209/96 מדינת ישראל נ' אהליך יעקב בע"מ (4.8.02), בפסקה 124 לפסק דינו של כב' השופט י' עדיאל).

52. יש ממש גם בטענתה הנוספת של המאשימה, כי אף ללא שימוש בחזקות החלוטות, הוכח, ברמת הוודאות הנדרשת, היסוד של הפגיעה המסתברת בתחרות, שבסעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים. בהקשר זה, אין צורך להראות פגיעה בפועל בתחרות, כי אם פוטנציאל לפגיעה (פסק הדין הנ"ל בעניין בורוביץ', בפסקה 88). באותה פרשה צוין בהקשר זה, כי מדובר ברכיב תוצאתי, אשר ביטוי הקונקרטי בהעמדה בסכנה של הערך החברתי של תחרות חופשית, גם אם ערך זה לא ניזוק בפועל.

53. כפי שהובהר לעיל, ההמלצה שבאיגרת הייתה, הלכה למעשה, להעלאת שכר הטרחה של שמאים, ובאופן משמעותי. הדברים אמורים גם בערך הנמוך ביותר המתקבל מן הנתונים בהם נקבו הנאשמים באיגרת, ובהשוואה שלו לערך הממוצע עליו עמד מר ידובסקי בחוות דעתו. הם אמורים בוודאי בהשוואה של הערך הממוצע המתקבל מן ההמלצה שבאיגרת, אל שכר הטרחה הממוצע של שמאי רכב בתקופה הרלוונטית, הנקוב בחוות הדעת (ראו בטבלה שבסעיף 3.1.3.3, בעמודה הנוגעת לערכים הממוצעים).^[8]

54. לכך מצטרף היבט התיאום הפוטנציאלי הטמון באיגרת. האיגרת נשלחה במישרין, באמצעות דואר אלקטרוני, לכלל חברי ענף הרכב באיגוד. הדבר מצוין בה במפורש. מנקודת מבטו של השמאי הבודד, המקבל את האיגרת, הדבר מפחית במידה ממשית את הסיכון לכך שאם יעלה את שכרו, בהתאם למומלץ באיגרת, יהיה חשוף לתחרות, במישור המחיר, מצידם של שמאים אחרים. יוצא, כי האיגרת הייתה עלולה להביא להפחתה ממשית בתחרות בין חברי האיגוד, שכן היה בה כדי להפחית את חוסר הוודאות התחרותית בין השמאים. בכך מתקיימת דרישת סעיף 5 לחוק, כי ההמלצה לקו פעולה מופנית לחברי האיגוד או חלקם, ועלולה "למנוע או להפחית תחרות בעסקים ביניהם" (ההדגשה הוספה).^[9]

55. כאן המקום להתייחס לטענת הנאשמים, כי הטריגר למשלוח האיגרת ת/4 נעוץ בקרטל בין חברות הביטוח. על פי הטענה, במסגרת הקרטל האמור, לא עודכנו התעריפים המשולמים לשמאי רכב על ידי חברות הביטוח, ואלה עומדים, מזה כשבע עשרה שנה, בכל החברות, על סכום של כ - 400 ₪.^[10]

56. בעדות הנאשם (בעמוד 214) ובעדות מר יהודה יגן, נציג האיגוד (להלן - מר יגן) (בעמוד 443) יש תימוכין לטענה האמורה. עם זאת, מן החומר שבפני עולה, כי התמונה לעניין שיעור שכר הטרחה המשולם על ידי חברות הביטוח מורכבת יותר. כך, בעתירה שהגיש האיגוד עצמו נגד משרד הביטחון ואחרים (ת/103, עת"מ 1339/09) נטען (בפסקה 76), כי שכר הטרחה המשולם לשמאים על ידי חברות ביטוח עומד על כ - 450 ₪. הנאשם, אשר שימש כיו"ר האיגוד במועד האמור, ואף קיבל העתק מן העתירה בזמן אמת (ת/103), לא ידע להסביר את הפער בין הטיעון האמור ובין הנתען על ידו כעת. הדברים מתחדדים נוכח מעורבותו בעתירה, העולה ממכתב תודה שקיבל בהקשר זה (ת/128). הסברו של הנאשם (בעמוד 293), כי "שיתוף הפעולה והסיוע הצמוד בהגשת העתירה" הנזכר בת/128, מסתכם במתן הוראה למזכירתו לשלם את אגרת ההליך, אינו סביר.

57. מסמך נוסף מזמן אמת הנוגע לעניין הוא מייל מיום 18.2.09 ששלח לנאשם מר יגאל חטב, שהיה במועדים הרלוונטיים מזכיר ועד ענף רכב באיגוד (ת/134) (להלן - מר חטב). מר חטב כותב במייל, כי טווחי השכר המשולמים על ידי חברות הביטוח עומדים על 315 - 470 ₪, כולל מע"מ. מר חטב, אשר העיד מטעם הנאשם, אישר את נכונותו של נתון זה בעדותו (בעמוד 427). לא ניתן ליישב דברים אלה עם הטיעון בדבר תיאום של שכר הטרחה הנגבה על ידי חברות הביטוח, בסכום של כ - 400 ₪.

58. יצוין, כי טווח מחירים משמעותי (בין 315^[11] ועד 430 ₪, כולל מע"מ), מתקבל גם מעדויות עובדים של חברות ביטוח שהעידו בהליך (עדות מר אברהם ליבנה, אשר ניהל את אגף תביעות הרכב בחברת הביטוח מגדל (להלן - מר ליבנה), בעמוד 27; עדות מר דוד סלע, מנהל מחלקת תביעות רכב ורכוש בחברת הביטוח כלל (להלן - מר סלע), בעמוד 56; עדות מר שגיב יוגב, מנהל חטיבת התביעות בחברת הביטוח הראל וסמנכ"ל בכיר בחברה (להלן - מר יוגב), בעמוד 66; ראו גם מוצג נ/3).

59. זאת ועוד, קיומו הנטען של קרטל בין חברות הביטוח הוכחש על ידי העדים הממלאים תפקידים בחברות הביטוח (בעמודים 30, 34, 54, 55 - 56). אין בפניי תשתית ממשית הסותרת עדויות אלה. הדברים אמורים גם במוצג נ/1. מדובר בפרוטוקול דיון בתביעה קטנה, מיום 20.10.2010, שם טענה נציגת חברת הביטוח הראל כי בשנת 2009 הגיעו חברות ביטוח להסכמה לא לשלם לשמאים שכר טרחה גבוה ומופרז. המדובר באמירה אגבית. המקור לה לא הוברר. היא אינה מתייחסת למועדים הרלוונטיים להליך. היא בוודאי לא מתייחסת לתקופה של שנים ארוכות עליה העיד הנאשם. בנסיבות אלה, אין בה כדי להניח תשתית, ולו לכאורית, לטענה חמורה בדבר קרטל, אשר יש לה היבטים פליליים של ממש (לאיכות וכמות הראיות הדרושות לביסוס טענה מעין זו, ראו ע"א 2657/04 וילדר נ' ניסנקורן (19.7.06); כן ראו ע"א 6465/93 כהן נ' לנגרמן (20.7.95), במיוחד בפסק דינו של כב' השופט קדמי).

60. אכן, ניתן להתרשם ממכלול העדויות כי ככלל שכרם של השמאים לא עודכן באופן ממשי במשך תקופה ארוכה. ניתן להבין גם כי חברות הביטוח אינן מנהלות משא ומתן ממשי עם שמאים על שכרם. ברם, גם מאלה לא עולה בהכרח מסקנה בדבר תיאום. הדבר עשוי, למשל, לנבוע ממגמות בשוק הרלוונטי, הנוגעות לכוח המיקוח היחסי של הצדדים, ולנתונים הנוגעים לביקוש ולהיצע לשירותי השמאים, ובכלל זה היחס בין מספר השמאים ובין היקף העבודה בשוק. אינדיקציה לאפשרות זו אף ניתן למצוא בעדותו של מר שגיב יוגב, סמנכ"ל חברת הראל (בעמוד 86).

61. הנאשמים מפנים, בהקשר זה, גם לפרקטיקה נטענת של חברות הביטוח, לעניין קיזוז משכר הטרחה של שמאים. מדובר במצבים בהם שמאי רכב מספקים שירות לצדדים שלישיים, כנגד חברת ביטוח (בין חברה לה נותן השמאי, במקרים אחרים, שירות כשמאי חוץ, ובין חברה אחרת). על פי הטענה, לעתים צדדים שלישיים כאמור אינם מצליחים לגבות את נזקיהם מן המזיקים או מבטחיהם, וחוזרים לחברת הביטוח שלהם, תוך שימוש בחוות דעת השמאי. במצב זה, כך נטען, נוהגת חברת הביטוח לקזז משכרו של השמאי, הרשום אצלה כשמאי חוץ, את ההפרש בין שכר הטרחה שהוסכם בינו ובין הלקוח, ובין זה שהחברה נוהגת לשלם (ראו עדות הנאשם, עמודים 215, 225; עדות מר יגן, בעמוד 446; עדות מר חטב, בעמוד 372). ברם, גם תיאור זה אינו מלמד על פעולה מתואמת של חברות הביטוח, או על התארגנות קרטליסטית שלהן.

62. לכל האמור יש להוסיף, כי יש לכאורה ממש בטענת המאשימה, כי האיגרת ת/4 אינה סבה, בעיקרו של דבר, על היחסים שבין השמאים ובין חברות הביטוח. בהקשר זה עולה מן החומר, כי 20% - 25% מעבודת השמאים נעשית עבור גורמים פרטיים, להבדיל מחברות ביטוח (עדות הנאשם, בעמוד 225). עוד עלה מעדות הנאשם, כי בעבודה מול חברות ביטוח, התעריף ככלל קבוע, ונקבע על ידי חברת הביטוח, בעוד שבעבודה מול לקוחות פרטיים, הוא משתנה ונקבע על ידי השמאי (בעמודים 232 - 233). הנאשם נקב בהקשר זה בהודעתו במשטרה בסכומים העשויים להגיע ל - 2,000 - 2,500 ₪ (ת/1¹²¹). זאת, אף כי מדובר בהשקעת עבודה דומה מבחינתו של השמאי.

63. צודקת המאשימה בטענתה, כי נוכח האופי הקבוע של שכר הטרחה המשולם לשמאים על ידי חברות הביטוח, מתבקשת המסקנה כי ההמלצה שבת/4 לא כוונה לשכר זה. עולה מכך, כי ההמלצה האמורה התייחסה בעיקרה לשכר המשולם על ידי לקוחות פרטיים. ממילא, הטענות הנוגעות לחברות הביטוח אינן מקרינות על הבנת הפוטנציאל האנטי תחרותי הטמון באיגרת, ואינן יכולות להסביר את ההמלצה שבה.

64. הנאשמים טוענים, כי האיגרת ת/4 אינה עלולה לפגוע בתחרות, הואיל ושכר הטרחה המתקבל לשיטת המאשימה ממנה (678 - 1240 ₪, ובממוצע 959 ₪ לשומה), נמוך מן הסכומים אותם גובים בפועל שמאים במקרים מסוימים. גם בטענה זו אין כדי לסייע לנאשמים. הנאשמים מפנים בהקשר זה לעדויות הנאשם ומר חטב לגבי השכר אותו הם מקבלים בגין שומה. מעדותו של הנאשם עולה הטענה כי אינו גובה יותר משכר של 1,200 - 1,400 ₪ (בעמוד 235). גם מר חטב נקב בסכומים דומים (בעמוד 372).

65. ברם, מן העדויות עולה בבירור, כי השניים הינם שמאים ותיקים ומבוססים. קשה לראות בהם מקרה המשקף חתך מייצג של כלל השמאים. האיגרת ת/4 הופנתה לכלל השמאים, על רקע תחושתו של הנאשם בדבר מצוקה כלכלית בה הם נתונים. נזכיר, כי ההכנסה הממוצעת לשומה, העולה מחוות הדעת ת/5, היא בסדרי גודל של 421 ₪ (וכ - 400 ₪ לחוות דעת, לגבי 3 מתוך 4 משרדי שמאים שנבדקו).

66. הנאשמים מפנים בהקשר זה לכך, שחוות הדעת אינה מבחינה בין שומות הנערכות עבור חברות ביטוח, ובין שומות "פרטיות". מכך עולה לשיטתם האפשרות, כי השכר הממוצע בגין שומות "פרטיות" גבוה יותר מן הסך של 400 ₪. ברם, כאן יש להזכיר כי השכר הממוצע (אם כי לא האחיד) מחברות הביטוח עמד על כ - 400 ₪ עבור שומה. משילובו של נתון זה עם הממוצע הכולל לחוות דעת, העומד על 421 ₪, ובשים לב שמרבית חוות הדעת (כ - 80%) נעשות עבור חברות הביטוח, עולה כי השכר הממוצע בגין שומה "פרטית" עמד בתקופה הרלוונטית על כ - 425 ש"ח. הערך הממוצע המתקבל מן ההמלצה שבחוות הדעת גבוה בהרבה מנתון זה. בנסיבות אלה, אין בטענה זו כדי להועיל לנאשמים.

67. הנאשמים טוענים, כי אף לא חלק מחברי ענף הרכב פעל על פי תוכן האיגרת. יש ממש בטענה, כי אין ראייה לפעולה על פי תוכן האיגרת. עם זאת, אין מדובר באלמנט חיוני לביסוס הרכיב של פגיעה פוטנציאלית בתחרות. אף אין מדובר בנתון הגורע מן הפגיעה הפוטנציאלית האמורה, הטמונה בהמלצה על קו הפעולה נשוא ענייננו, עליה עמדת לעיל.

68. יוצא, כי טיעוני הנאשמים אינם משנים מן המסקנה, כי הוכח מעבר לספק סביר כי באיגרת הייתה טמונה פגיעה פוטנציאלית בתחרות. לכך יש להוסיף, כי אף במישור העקרוני, אין לקבל את הניסיון להצדיק פעילות אסורה על פי דיני ההגבלים העסקיים, בהיותה תגובה לפרקטיקה מונופוליסטית או קרטליסטית. קיומה של פרקטיקה כאמור, אפילו היה מוכח, אינו יכול להוות הכשר לפעולה שהיא בבחינת עשיית דין עצמית אסורה. הוא אינו יכול להקים, יש מאין, הגנה מפני אחריות בפלילים. ברוח זו פסק לאחרונה בית המשפט פדראלי במדינת ניו יורק (ראו *United States of America v. Apple Inc., et al.* (10.7.13)). באותה פרשה נדונה התארגנות קרטליסטית בתחום הספרים האלקטרוניים. בין היתר, עלתה טענה כי ההתארגנות נעשתה בתגובה לפרקטיקות בלתי חוקיות של חברה אחרת, אשר לא הייתה צד להליך, ואשר לגביה נטען כי היא מונופול בשוק האמור. נטען גם, כי בדרך הפעולה של הנתבעים שם הייתה טמונה תועלת, מנקודת המבט של ערך התחרות החופשית. בית המשפט הפדראלי דחה את הטענות (עמוד 157). הוטעם, בהקשר זה, כי:

This trial has not been the occasion to decide whether Amazon's choice to sell NYT Bestsellers or other New Releases was an unfair trade practice or in any other way a violation of law. *If it was, however, the remedy for illegal conduct is a complaint lodged with the proper law enforcement offices or a civil suit or both. Another company's alleged violation of antitrust laws is not an excuse for engaging in your own violations of the law.* Nor is suspicion "that that may be occurring a defense to the claims litigated at this trial" (ההדגשה הוספה)

69. דברים אלה יפים אף למקרה שבפניי. כוחם יפה גם נוכח טענת הנאשמים, כי עיקר עבודתם של שמאי הרכב מסופקת על ידי חברות הביטוח. לא למותר לציין, בשולי נקודה זו, כי הנאשם עצמו עמד בישיבה של הוועד המרכזי של האיגוד (ת/12, 19.6.08), זמן קצר טרם משלוח האיגרת נשוא כתב האישום, על האפשרות לפנות למפקח על הביטוח בנושא זה (ראו בראש הפרק של "קביעת רף מינימום" במסמך האמור). כעולה מפסק הדין בעניין *Apple* הנ"ל, דרך פעולה כאמור עשויה להוות אחד מכמה אפיקי פעולה אפשריים, כאשר עולה טענה להתארגנות או תיאום קרטליסטי אסור. זאת, להבדיל מן הדרך האסורה בה בחר הנאשם, והיא משלוח המלצה של האיגוד, החתומה על ידו, ואשר עניינה העלאה ממשית בשכר טרחתם של השמאים.

70. בסופם של דברים, אין בטיעוני הנאשמים לעניין זה כדי לערער את הקביעה, כי האיגרת ת/4 הייתה עלולה לפגוע בתחרות בין חברי האיגוד^[13].

71. יסוד עובדתי: העדר אישור כדן, היתר זמני או פטור. הנאשמים אישרו כי לא קיבלו אישור, היתר זמני או פטור טרם משלוח האיגרת נשוא כתב האישום (סעיף 9 לתשובתם לכתב האישום). יסוד זה הוכח גם בתעודת עובד ציבור (ת/116).

72. יסוד נפשי: מודעות לקיומה של המלצה על קו פעולה. היסוד הנפשי הנדרש בעבירה הנדונה הוא "מודעות בפועל של עושה העבירה לטיב הפיזי של מעשיו ולקיום הנסיבות שבגדרן נעשו" (פסק הדין הנ"ל בעניין בורוביץ, בעמוד 876; 876).

סעיפים 19, 34 כג' לחוק העונשין^[14]). כמתואר לעיל, כתב הנאשם באיגרת המלצה לעניין אופן קביעתו של שכר טרחתם של השמאים. על פי טיבה, אין מדובר בפעולה אקראית, הנעשית בהיסח הדעת. מדובר בפעולה מתוכננת אשר כרוכה בה, בהכרח, השקעה של מחשבה, תכנון וביצוע. ממילא, היה הנאשם מודע למהותה. מסקנה זו מתחזקת נוכח "חזקת המודעות הכללית", לפיה "אדם מודע, בדרך כלל, למשמעות התנהגותו, מבחינת טיבה הפיזי, קיום נסיבותיה ואפשרות גרימת התוצאות הטבעיות שעשויות לצמוח ממנה" (ע"פ 8150/05 חסון נ' מדינת ישראל (6.3.07), בפסקה 14 לפסק הדין). הואיל והנאשם היה מודע לתוכנה של חוות דעתו של מר ידובסקי, אותה אף צירף לאיגרת, היה הנאשם מודע בהכרח גם לכך, שהמלצתו נושאת בחובה העלאה משמעותית בשכר הממוצע של שמאי (ראו הנתונים בטבלה שבת/5).

73. כאן המקום להידרש למספר טענות שעלו בראיות מטעם הנאשם ובטיעונו. אומר כבר עתה, כי אין בטענות האמורות כדי להביא לשינוי במסקנה אליה הגעתי.

74. הנאשם טען בעדותו, כי לא ייחס בזמן אמת חשיבות רבה לאיגרת ולניסוחה (ראו עמודים 167, 281 - 282). לא ניתן לקבל טענה זו. האיגרת היא פנייה רשמית של ראש איגוד עסקי לכלל שמאי הרכב. נושא הפנייה הוא סוגיית הפרנסה של שמאי הרכב. מדובר בעניין לו ייחס הנאשם חשיבות רבה בזמן אמת. יש להטעים, בהקשר זה, כי הנאשם סבר בזמן אמת כי שכרם של השמאים "עלוב מאד", כי ישנם שמאים רבים אשר "אין להם מה לאכול", וכי בשכר אותו הם מקבלים "אי אפשר אפילו לקיים משק בית" (ראו עדותו, בעמוד 288). הנאשם אף טען, כי השכר שמקבלים שמאים מחברות הביטוח משקף "תנאי עבדות" (הודעתו ת/1; ראו גם עדותו, בעמוד 322). על רקע זה, קשה לקבל כי הנאשם לא ייחס חשיבות לאיגרת ולניסוחה.

75. לא למותר להעיר, בהקשר זה, כי הודעת המייל אליה צורפה האיגרת סומנה כנושאת "חשיבות גבוהה". חשיבות העניין אף עולה מכך, שהוצא סכום נכבד מקופתו הדלה של האיגוד, לצורך מימון חוות הדעת שצורפה לאיגרת. מתוכן האיגרת עולה גם, כי הנאשם ראה בה מסמך אופרטיבי. הדבר נלמד לא רק מן המסרים הברורים הנוגעים לקביעת שכר הטרחה, עליהם עמדתו. הוא נלמד גם מכך, שטרם לכתוב באיגרת כי "אשמח לעמוד לרשות החברים בכל נושא הדרוש הבהרה". על רקע כל אלה, לא ניתן לקבל את הניסיון הנעשה בדיעבד להמעט במשמעותה של האיגרת.

76. הנאשם טען בעדותו כי חוות הדעת של מר ידובסקי לא הייתה מועילה, שכן לא שיקפה את מצב הדברים הנכון, ולא הייתה מעמיקה דייה. על פי הטענה, "בתכלס לא קיבלתי כלום" (עמודים 186 - 187 לעדותו). ברם, טענה זו עומדת בסתירה חזיתית לדרך הפעולה של הנאשם בזמן אמת. בזמן אמת, צירף הנאשם את חוות הדעת לאיגרת. בזמן אמת, הסתמך הנאשם באיגרת על האמור בחוות הדעת^[15]. בנסיבות אלה, יש לדחות את עדותו של הנאשם כניסיון, בלתי מוצלח, להתנער ולהרחיק עצמו ממשמעותם הברורה של מעשיו בזמן אמת.

77. עניין זה מתקשר לקושי נוסף בעדות הנאשם. הנאשם טען בעדותו, כי הנתון הממוצע שבחוות הדעת הוא חסר משמעות, הואיל ולכל משרד הוצאות שונות (בעמודים 175 - 177). לטענתו, הנתון הממוצע האמור "אין לו שום משמעות לאף אחד ספציפי" (בעמוד 177). הנאשם גם אישר, כי לכל חוות דעת, ולכל שמאי, נדרש פרק זמן שונה לצורך הכנת חוות דעת (בעמוד 175). מכך עולה, כי לשיטת הנאשם, כעניין מתודולוגי, לא הייתה חוות דעת מעין זו

שהוכנה, אפילו הייתה מעמיקה ונרחבת יותר, יכולה על פי טיבה לספק בסיס לקביעת ההוצאות של כל שמאי ושמאי. הלכה למעשה, נדרשת, על פי עדות הנאשם, קביעה פרטנית לגבי כל שמאי ושמאי, אותה לא ניתן לעשות בחוות דעת דוגמת זו שהוזמנה ממר ידובסקי.

78. ברם, טענה זו אינה מתיישבת עם דרך הפעולה של הנאשם בזמן אמת. על פי הטענה, מלכתחילה לא הייתה חוות הדעת, אשר באה לקבוע שיעור ממוצע של עלויות, יכולה, כעניין מושגי, להועיל בנושא זה. מכאן, כי מדובר במסמך חסר ערך מעיקרו. אין כל היגיון בטענה זו. התיזה, כי איגוד השמאים שילם סכום נכבד למומחה, על מנת להפיק חוות דעת אשר ברור מראש כי אין לה כל ערך, היא בלתי סבירה בעליל. היא אף עומדת בסתירה חזיתית לעובדה, שבזמן אמת, בחר הנאשם לסמוך, באיגרת שחיבר, על הנתון הממוצע, ממנו הוא מבקש להתנער עתה.

79. כאן המקום להטעים, כי ההתבססות, באיגרת, על ההוצאות הממוצעות להפקת חוות דעת שמאי, אף מלמדת כי הנאשם היה מודע, בפועל, לכך שבאיגרת טמונה המלצה לקו פעולה בעל אופי כללי בקביעת שכר הטרחה של שמאי רכב, אשר אינו קשור בהכרח להוצאות בפועל של כל שמאי ושמאי בהכנת כל חוות דעת.

80. הטענה כי חוות הדעת של מר ידובסקי לא ענתה על הנדרש עומדת בסתירה לנתונים נוספים מזמן אמת. מעדות מר ידובסקי עולה, כי לאחר שמסר את חוות הדעת לא הועלו בפניו טענות כנגדה, וכי האיגוד המשיך לעבוד עימו לאחר הגשת חוות הדעת, במשך תקופה של שנתיים נוספות (בעמוד 538)^[16]. זו אף זו, מפרוטוקול של ישיבת ענף ועד הרכב מיום 2.6.09, קרוב לשנה לאחר משלוח האיגרת (ת/17), עולה כי אף בנקודת זמן מאוחרת זו, עמדתו של הנאשם הייתה כי הטיפול של האיגוד בנושא שכר הטרחה מבוסס על חוות דעתו של מר ידובסקי.

81. יסוד נפשי: מודעות לכך שמדובר באיגוד עסקי. הנאשם שימש במועדים הרלוונטיים כיו"ר האיגוד. הוא עשה את האיגרת על נייר מכתבים של האיגוד. הוא חתם על האיגרת כיו"ר האיגוד. הוא היפנה את האיגרת אל חברי ענף הרכב באיגוד. מכל אלה עולה בבירור, כי היה מודע ליסוד בעבירה שעניינו קו פעולה באיגוד עסקי.

82. יסוד נפשי: פגיעה פוטנציאלית בתחרות. מקום בו מדובר באחת מן החזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק, אין צורך בהוכחת מודעות לפגיעה הפוטנציאלית בתחרות, להבדיל ממודעות לכך שמדובר בכבילה הנוגעת לאחד הנושאים לגביה נקבעה חזקה חלוטה (מחיר, רווח) (ראו בעניין בורוביץ' הנ"ל, בפסקה 92). נוכח טיבה של ההמלצה, אין מנוס מקבוע כי הנאשם היה מודע לכך שהמלצתו נוגעת לנושא המחיר. בכך מתקיים בו היסוד הנפשי הנדרש לעניין זה.

83. זאת ועוד, יש ממש גם בטענתה החלופית של המאשימה, לפיה הוכחה מודעותו של הנאשם ליסוד הפגיעה הפוטנציאלית בתחרות גם אם לא חלות החזקות החלוטות. הנאשם היה מודע לכך שבאיגרת הוא ממליץ על קו פעולה שעניינו קביעת מחיר על ידי השמאים, ואף העלאת מחיר זה. התוצאה של פגיעה אפשרית בתחרות בין חברי האיגוד, בשל פנייה מסוג זה מצד האיגוד, היא תוצאה טבעית ומתבקשת. נוכח חזקת המודעות, עליה עמדתי, ונוכח מודעותו של הנאשם לטיב התנהגותו האמורה, צומחת הנחה עובדתית כי הנאשם היה מודע לתוצאה הטבעית הנובעת ממנה (ראו

ש"ז פלר, יסודות בידי עונשין (1984), חלק א', בעמוד 544). הנחה זו לא נסתרה. אדרבא, היא נתמכת בעובדה, שבזמן אמת, קשר הנאשם את חוות הדעת של מר ידובסקי לניסיון להביא לקביעתו של שכר טרחה מינימאלי לשמאים (ראו דבריו בפרוטוקול הוועד המרכזי של האיגוד מיום 19.6.08, ת/12, המפנה לסעיף 3.6 למסמך הרקע לדיון (ת/10)).

84. הנחה זו מקבלת חיזוק מסוים ממסר שהעביר הנאשם כשנה לאחר משלוח האיגרת. בברכה לשנה החדשה, שחיבר ביולי 2009 (ת/9), מדבר הנאשם על "קרן אור" שהייתה בשנה הקודמת בכל הנוגע לקביעת שכר טרחה ראוי לשמאים. הנאשם התקשה להסביר בעדותו דברים אלה. הוא העלה אפשרות, כי מדובר בפגישות עם חברות ביטוח, אך לא ידע לקשור פגישות כאמור עם הטענה האמורה (בעמוד 329). כשהוצע לו כי קרן האור האמורה הינן האיגרת וחוות הדעת של מר ידובסקי, השיב תשובה מעורפלת וחמקנית (בעמוד 330). התיזה האמורה מתחזקת, נוכח אמירה של הנאשם במקום אחר (הודעתו, ת/2), לפיה כתב את האיגרת ת/4 במטרה "לשמח את האנשים" (ראו בחקירתו הנגדית, בעמודים 237 - 238). דברים אלה מהווים אינדיקציה, מפי הנאשם עצמו, לכך שסבר שהאיגרת עשויה להגשים את התכלית של העלאת שכרם של השמאים. מכך משתמעת בבירור מודעות בפועל לפוטנציאל הפגיעה בתחרות הטמון באיגרת.

85. הנאשמים מבקשים לקשור את האמירה בת/9 אודות "קרן אור" לדבריו של הנאשם באיגרת נ/27, שם הוא מתייחס ל"פריצת דרך קלה" בפגישות (ככל הנראה עם חברות הביטוח) (אפריל 2009). הם מפנים בהקשר זה גם לדבריו בפרוטוקול של ישיבת הוועד המרכזי (ת/22), שם הוא מדבר על תגובה "חיובית" של חברות הביטוח לעניין העלאת שכר הטרחה של השמאים, בפגישה שהתקיימה ביום 2.7.08 במשרדי חברת הביטוח החקלאי.

86. אין בידי לקבל טענות אלה. כבר עמדתי על כך שבעדותו הנאשם לא ידע לקשור את דבריו באיגרת ת/9 לפגישות כאמור. הניסיון לעשות קישור כאמור מעורר קושי גם נוכח העובדה, שבת/9, הסיבה המובאת על ידי הנאשם עצמו לכך ש"קרן האור" הכזיבה, הייתה "המצב הכלכלי והתחרות הקשה בשוק", ולא עמדות חברות הביטוח. אף אין זה סביר גם כי באיגרת ת/9 הנאשם התייחס לפגישות עם חברות הביטוח כאל "קרן אור", כאשר באפריל 2009, מספר חודשים קודם לכן, (נ/27), דיווח, בכל הנוגע לפגישות עם חברות הביטוח, כי "במבחן התוצאה זה הוכח כבזבוז זמן". קשה, בנסיבות אלה, לקבל את טענת הנאשמים בנקודה זו.

87. יוער עוד, כי מן האיגרת ת/9 עולה כי לגישת הנאשם, קיימת זיקה של יחס הפוך בין תחרות קשה בשוק שמאי הרכב ובין האפשרות להשיג שכר ראוי והוגן לעבודת השמאים. אזכיר, כי במרכז האיגרת נשוא כתב האישום מצויה קביעתו של שכר ראוי והוגן כאמור. במצב זה, גם מהיבט זה של האיגרת ת/9 משתמעת מודעותו של הנאשם לפגיעה הפוטנציאלית בתחרות, הגלומה באיגרת ת/4 שבמרכז כתב האישום.

88. יסוד נפשי: מודעות להעדר פטור, אישור או היתר על פי חוק. הנאשמים הודו כי לא ביקשו פטור, אישור או היתר על פי חוק בטרם משלוח האיגרת. ממילא, היו מודעים לכך שאין בידם פטור, אישור או היתר כאמור.

89. טענות נוספות. הנאשמים מעלים טענות נוספות המבקשות להראות, כי לא התקיים בנאשם (וכפועל יוצא מכך, גם

באיגוד), היסוד הנפשי הנדרש לגיבוש האחריות הפלילית הנתענת. לטענות אלה אדרש עתה. אציין, בהקדמת המאוחר, כי אין בהן כדי לשנות מן המסקנה כי הוכח קיומו של היסוד הנפשי הנדרש, כפי שבואר לעיל.

90. אי מודעות לביצוע עבירה? קו טענות אחד המועלה על ידי הנאשמים בא להראות כי הנאשם לא היה מודע לכך שבמעשיו עבר עבירה, לרבות לפי חוק ההגבלים העסקיים (ראו, בין היתר, עדות הנאשם בעמוד 181, לפיה לא ראה כל פסול בהוצאת האיגרת). ברם, בעניין זה אין כדי לסייע לנאשם. בעניין בורוביץ פסק בית המשפט (בעמוד 876), כי היסוד הנפשי הנדרש לגיבוש האחריות הפלילית על פי החוק עשוי להתקיים, "גם כאשר העושה איננו מודע לאופי האנטי חברתי של התנהגותו, או אף מאמין באמת ובתמים שבמעשיו אין פסול" (שם). בתוך כך נקבע, כי האחריות הפלילית על פי החוק אינה מותנית במודעות לקיומו של איסור פלילי. בית המשפט ציין בהקשר זה, כי העלאת דרישה למודעות כאמור "איננה מתיישבת עם הוראת סעיף 34 לחוק העונשין, אשר ככלל, שוללת את נפקותה של 'טעות במצב המשפטי' לעניין קביעת האחריות, והיא אף סוטה בבירור מלשונו של סעיף 20(א) לחוק העונשין". דברים אלה נאמרו על העבירה של הסדר כובל לפי סעיף 2 לחוק. הם יפים באותה מידה אף למקרה הנוכחי.

91. בדברים אלה יש מענה לשורה של טענות שמעלים הנאשמים^[17], המבקשות ללמוד על העדר יסוד נפשי מהתנהגותו של הנאשם במהלך החקירה ברשות. בהקשר זה מפנה הנאשם לכך, שבחר שלא לממש את זכות ההיוועצות עם עורך דין (הודעותיו ת/1, ת/2; מזכר מנהל מחלקת החקירות ברשות ההגבלים העסקיים, מר חיים ארביב, ת/44, 28.7.09; עדותו, עמודים 217 - 218); לשיתוף הפעולה של הנאשם עם חוקרי הרשות, בלא לעשות שימוש בזכות השתיקה (הודעותיו ת/1, ת/2, ת/3, הכוללות גם בירורים שעשה הנאשם בהמשך לשאלות שנשאל); לויתור הנאשם על חיסיון עורך דין לקוח בינו ובין עו"ד תומר ריטרסקי, (הודעתו ת/3; ראו גם מייל שסומן נ/17); ולהסכמתו של הנאשם שהרשות תחזיק בתפוסים מעבר לתקופה הקבועה בדין (הודעתו, ת/2). ברם, כל אלה אינם מלמדים על העדר יסוד נפשי. לכל היותר, עולה מהם העדר תובנה לכך שמעשיו של הנאשם מהווים עבירה פלילית. בכך, כמבואר לעיל, אין כדי להועיל לנאשמים.

92. תום לב? הנאשם טען כי פעל בתום לב, ולא נתן דעתו למשמעות של הדברים הכתובים באיגרת (בעמודים 277 - 278, 281). אני מתקשה לקבל טענה זו, הן במישור העובדתי, הן במישור הנורמטיבי. במישור העובדתי, טענה זו אינה מציגה הסבר חלופי של ממש להבנה המתבקשת של האיגרת, כהמלצה על קביעת שכר טרחה על פי הנתונים שבה. היא אינה מציגה הסבר חלופי של ממש לקשיים הנזכרים לעיל בעדות הנאשם, ביחס לאותם נתונים. קיים גם קושי לסמוך על עדות הנאשם, נוכח הקשיים הרבים שהתגלעו בה. בכל מקרה, במישור הנורמטיבי טענה זו אינה יכולה לסייע לנאשם, נוכח פסיקתו של בית המשפט העליון בעניין בורוביץ' הנ"ל.

93. הסתמכות על ייעוץ משפטי? הנאשם טען גם, כי לא סבר שיש צורך בייעוץ משפטי עובר להוצאת האיגרת ת/4, הואיל וצירף אותה כנספח לחוות הדעת ת/5. לגבי ת/5, טען, כי מסמך זה עבר ייעוץ משפטי (בעמוד 181 לעדותו). לטענת הנאשם, מדובר בייעוץ של עו"ד תומר ריטרסקי, אשר בשלב מאוחר יותר שימש כיועץ משפטי של האיגוד, ונתן את הייעוץ לעניין ת/5 ללא שכר (להלן - עו"ד ריטרסקי), (בעמודים 170 - 173). על פי הטענה, עו"ד ריטרסקי אישר כי בחוות הדעת אין כל פסול (בעמוד 206). הנאשם העיד, כי עו"ד ריטרסקי היה מודע לכך שחוות הדעת תופץ לכל חברי ענף הרכב באיגוד (בעמוד 180). מעדותו עולה, כי הקשר עם עו"ד ריטרסקי נעשה באמצעות חבר האיגוד, מר יצחק

זריהן (להלן - מר זריהן), עימו היה לעו"ד ריטרסקי קשר קודם, ולא במישרין מול הנאשם (ראו עמודים 171 - 172, 256 - 259).

94. מר זריהן לא העיד בהליך. הנאשם, אשר לא עמד בקשר ישיר עם עו"ד ריטרסקי, אינו יכול להעיד מכלי ראשון על הייעוץ שניתן על ידי האחרון. עו"ד ריטרסקי עצמו העיד, כי לא טיפל מבחינה משפטית בנושא של חוות הדעת (בעמוד 606). הוא מסר, כי ההבחנה אם טיפל בעניין כיעוץ חברי או כיעוץ משפטי, נגזרת מן השאלה האם חייב בתשלום עבור הטיפול (בעמוד 610). אין אינדיקציה כי שולם לעו"ד ריטרסקי דבר מה עבור הטיפול בעניין זה. מן החומר עולה גם, כי הערות שהעיר עו"ד ריטרסקי ביחס לחוות הדעת (נ/48), לא יושמו הלכה למעשה. עו"ד ריטרסקי שלל (בעמוד 614) גם את האופן בו תיאר הנאשם בזמן אמת את הייעוץ שניתן על ידו (ת/22, ישיבת הוועד המרכזי של האיגוד, 21.7.08). במצב זה, ספק רב אם מדובר בעצה משפטית אשר הנאשם יכול לסמוך עליה, כבסיס לטענה בדבר העדר יסוד נפשי.

95. כך או כך, התמונה העולה מעדותו של עו"ד ריטרסקי לעניין הייעוץ שמסר, שונה מזו עליה העיד הנאשם. עולה ממנה, כי עו"ד ריטרסקי לא נתן אישור גורף להפצת חוות הדעת. עולה ממנה גם, כי האופן בו פעל הנאשם עמד בסתירה חזיתית לעצה שניתנה. לדברי עו"ד ריטרסקי, "אני לא זוכר שאישרתי חוות דעת כזאת להפצה. הפצה של חוות הדעת הייתה אמורה להיות חלק ממהלך מסוים, זה לא היה משהו שמישהו היה אמור להפיץ" (בעמוד 583). הוא הוסיף, כי "... השימוש שנעשה בה הוא שימוש של פיל בחנות חרסינה ... אם היא [צ"ל - עם (ע.ש.)] איזה שהיא איגרת שאני לא יודע מאיפה נחתה שכל הדברים שהזרתי לא לעשות אז הם נחתו שם ... לאורך כל הדרך הזהרתי שאסור להמליץ ובוודאי לא להנחות את השמאים לשכר טרחה מסוים... זה לא היה ספק בשום שלב. עם כל מי שאני הייתי איתו בקשר" (בעמוד 611).

96. עוד העיד עו"ד ריטרסקי, בהתייחסו להפצת חוות הדעת כשלעצמה, כי "חוות הדעת ... אם רוצים להיות יותר צדיקים מהאפיפיור אז אפשר לחשוב אולי שיש בה איזה שהוא, יכול להיות איזה טעם של המלצה ... אני עדיין לא חושב שחוות הדעת כזאת כמחקר מקצועי, לו הייתה מופצת כך, היא הפרה של דיני ההגבלים העסקיים... יכול להיות שאם מצרפים לה המלצה או הוראה לשמאים, לא יכול להיות ... בוודאות די גבוהה שאנו נופיע פה" (בעמודים 611 - 612; ראו גם בעמוד 583). עולה בבירור מן הדברים, כי העצה שניתנה על ידי עו"ד ריטרסקי לעניין חוות הדעת לא קוימה. עולה מן הדברים גם, כי בפני עו"ד ריטרסקי לא עמדה האיגרת ת/4, וכי לא היה מאשר, בשום אופן, את הפצתה לשמאי הרכב. תהא הסיבה לכך אשר תהא, אין הנאשם יכול להישען על חוות דעתו של עו"ד ריטרסקי, בנסיבות האמורות, לרבות כבסיס לטענה בדבר תום לב, או העדר יסוד נפשי נדרש (לדרישה כי הטוען להסתמכות על עצת עורך דין יראה כי לעורך הדין היו ידועות כל העובדות הרלוונטיות, ראו ע"פ 1182/99 הורביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 1(2000), בעמוד 157).

97. אשר לטענה כי הנאשם לא ראה צורך בהתייעצות משפטית ביחס לאיגרת ת/4, הואיל וצורפה לחוות הדעת, הרי שגם אותה לא ניתן לקבל. ראשית, חוות הדעת צורפה כנספח לאיגרת, ולא ההיפך מכך. עמדתו גם על כך, שהנאשם אינו יכול להישען, בנסיבות העניין, על ייעוץ משפטי שניתן ביחס לחוות הדעת. שנית, עיקרה של האיגרת עוסק בהתוויה כיצד לקבוע את שכר השמאי. חומר הראיות בתיק שזור בהתייחסויות המלמדות על כך שכל המעורבים היו מודעים לקשר האפשרי בין קביעת שכרו של השמאי ובין דיני ההגבלים העסקיים. בין היתר, עו"ד ריטרסקי העיד בהקשר זה כי

כל מי שעמד עימו בקשר הוזהר באופן מפורש כי אסור להמליץ או להנחות על שכר טרחה מסוים (בעמוד 611). הוא הוסיף והעיד, כי האיגרת ת/4 עומדת בסתירה חזיתית לעצה שמסר (שם).

98. לעדותו של עו"ד ריטרסקי אין משקל בכל הנוגע לפירושה של האיגרת, שכן לעניין זה המדובר בעדות סברה. עם זאת, יש לה משקל ניכר בכל הנוגע להבנת מצב דעתו של הנאשם בזמן אמת. לא למותר להוסיף, כי הנאשם אישר כי אכן קיבל עצה כאמור מעו"ד ריטרסקי (בעמוד 190 - 191), הגם שעצה זו לא התייחסה לאיגרת הספציפית שבדיון. מודעותו לאיסור הקיים לעניין קביעת מחיר מומלץ על ידי האיגוד אף עולה מת/126, פרוטוקול ישיבה של ענף רכב (18.1.07), בה נטל הנאשם חלק. התוצאה של כל האמור היא, כי אני דוחה גם טענה זו של הנאשם.

99. משלוח האיגרת לשמאים בחברות ביטוח. הנאשמים טוענים, כי העדר היסוד הנפשי הנדרש לגיבוש העבירה עולה גם מכך שהאיגרת ת/4 נשלחה, בצירוף חוות הדעת ת/5, גם לעובדי חברות הביטוח, החברים בארגון השמאים ("שמאי בית" או "שמאי בקרה" של חברות הביטוח). על פי הטענה, מדובר במתלוננים פוטנציאליים. בהקשר זה מטעימים הנאשמים, כי הנאשם לא ביקש להשמיט את אותם שמאים העובדים בחברות הביטוח, מרשימת התפוצה של האיגרת (עדות הנאשם, עמוד 182; ראו מוצגים ת/108 - ת/111). הנאשם אף הרחיק לכת בעדותו לעניין זה וטען, כי מטרתו במשלוח האיגרת לאותם שמאים הייתה כי יביאו את זה לידיעת החברות המעסיקות אותם (בעמוד 185).

100. אף טענות אלה אינן מסייעות לנאשמים. משלוח האיגרת לכלל חברי האיגוד, ובהם שמאים המועסקים על ידי חברות ביטוח, הוא פעולה מתבקשת. הנאשם עצמו ציין בעדותו, כי אף הם "משלמים מיסי חבר, הם זכאים לקבל את כל הנתונים" (בעמוד 185). הנאשם לא היה רשאי או יכול להפלותם לרעה. זאת ועוד. הטענה שמשלוח האיגרת לשמאים העובדים בחברות הביטוח נועדה להביא לידיעת החברות מעוררת תמיהה. כבר ציינתי לעיל, כי אילו רצה הנאשם להביא את האיגרת לידיעת הגורמים המוסמכים באותן חברות, הפעולה המתבקשת הייתה להעבירה במישרין אליהם. לכל אלה אוסיף, ואף על כך עמדתי לעיל, כי עיקר תכליתה של האיגרת אינו נוגע ליחסי השמאים עם חברות הביטוח, כי אם דווקא לאותן שומות הנערכות עבור לקוחות "פרטיים", אשר לגביהן יש לשמאים כוח מיקוח רב יותר לעניין מחיר השירות.

101. פעולות במישורים שונים בנושא שכר השמאים. הנאשמים טוענים כי היסוד הנפשי אשר נדרש כי יתקיים בנאשם נשלל נוכח העובדה, שעולה משיבות האיגוד בהן השתתף לאחר משלוח האיגרת ת/4, כי המשיך לחפש פתרונות לבעיה של שכר טרחת השמאי. בהקשר זה מפנים הנאשמים לפרוטוקול של הוועד המרכזי של האיגוד (ת/22, 21.7.08), שם מעדכן הנאשם על פגישה שהתקיימה בחברת הביטוח החקלאי ביום 2.7.08, ומציין כי "נראה כי תגובת חברות הביטוח לעניין העלאת שכ"ט השמאי הינה חיובית". עוד עדכן, כי בכוונתו "להיפגש עם חברות ביטוח נוספות על מנת לקדם נושא זה". על רקע זה טוענים הנאשמים, כי אין זה סביר שהנאשם סבר שהאיגרת שהפיץ פתרה את בעיית שכר הטרחה, ואף אין זה סביר כי ראה צורך בפגיעה בתחרות, נוכח האופטימיות שהקרין בדיון האמור.

102. אף טענות אלה אינן משכנעות. המדובר בהתמודדות עם בעיית שכר הטרחה, אותה ראה הנאשם בזמן אמת כאקוטית. הלכה למעשה עולה, כי הנאשם פעל בעניין זה במספר מישורים, ובכלל זה במשלוח האיגרת. משלוח האיגרת לא ייתר את הצורך לפעול במישורים נוספים, לרבות מול חברות הביטוח. יש להזכיר, כי עיקר פועלה של האיגרת לא

היה צפוי להיות במישור היחסים של השמאים עם חברות הביטוח. בכל מקרה, אחריותו של הנאשם לעבירה המיוחסת לו אינה מבוססת על ההנחה, או על התיזה, כי ראה במעשים נשוא כתב האישום משום פיתרון קסם בלעדי לנושא שכרם של השמאים. בה בעת, ההנחה כי הנאשם סבר כי משלוח האיגרת הינו פעולה אפקטיבית, היא מתבקשת ובלתי נמנעת בנסיבות העניין: אין זה סביר, כי הנאשם התכוון בהקשר זה לנקוט בפעולה חסרת תכלית.

103. לא למותר להוסיף בנקודה זו, כי הנאשם לא דיווח בישיבה כי הושג פיתרון מול חברות הביטוח, אלא על "תגובה חיובית" שלהן. רב המרחק בין דיווח כזה ובין מחויבות ממשית של חברות הביטוח לשלם שכר גבוה יותר לשמאים. ממילא, מנקודת מבטו של הנאשם, לא היה בדיווח האמור כדי לייתר את הצורך בפעולות נוספות, ובכלל זה במשלוח האיגרת ת/4.

104. הנאשמים מפנים לשורה של פעולות נוספות, אשר ביצע הנאשם בהמשך למשלוח האיגרת ת/4, בכל הנוגע לשכרם של השמאים, בטענה כי אלה שוללות את קיומו של יסוד נפשי של מודעות לפגיעה התחרותית הטמונה באיגרת, בעת משלוח האיגרת^[18]. ברם, פעולות אלה באו לאחר משלוח האיגרת ת/4. ביצוען אינו יכול לאיין את משלוח האיגרת. הוא אינו יכול למחוק את תוכנה הברור. הוא אינו יכול להשמיט את הבסיס מתחת למסקנה הבלתי נמנעת, כי הנאשם, בעת משלוח האיגרת, היה מודע לטיבה ולתוצאותיה המסתברות. הפעולות האמורות אינן אלא מהלכים הנוספים למשלוח האיגרת, אותם שקלו הגורמים הרלוונטיים, ובהם הנאשם, לקדם, בניסיון לפתור את בעיית שכר הטרחה של השמאים. הן מלמדות כי הנאשם לא הסתפק במשלוח האיגרת כפיתרון מלא ומיטבי לבעיה. אפשר, כטענת הנאשמים, כי בעת ביצוען ביקש הנאשם לפעול בהקשר זה בדרכים לגיטימיות. אין בכל אלה כדי לשלול את קיומו של היסוד הנפשי הנדרש בנאשם, בעת משלוח האיגרת. אין בכל אלה גם כדי ללמד כי הנאשם לא הבין, בעת ביצוע המעשים, את טיב מעשיו ואת תוצאותיהם הטבעיות.

105. הנאשמים טוענים, ברוח דומה, כי היסוד הנפשי המיוחס לנאשם נשלל, נוכח הראיות המלמדות על עריכת פגישות עם חברות הביטוח בניסיון למצוא פיתרון לבעיית שכר הטרחה. את הטענה כי פגישה כאמור בחברת כלל וסע הייתה טריגר לעריכת חוות דעתו של מר ידובסקי דחיתי לעיל. בחומר הראיות אכן קיימות אינדיקציות לפגישות שהתקיימו עם חברות ביטוח שונות, בין קודם^[19] למשלוח האיגרת ת/4 ובין אחריה^[20], בהן עלה נושא שכר הטרחה. אפשרות קיומן של פגישות כאלה אף נזכרת באיגרת ת/4. ברם, אין בפעולה בערוצים אלה (אשר בסופו של דבר לא הניבה תוצאות מעשיות), כדי ללמד על כך שבנאשם לא התקיים היסוד הנפשי הנדרש בעת משלוח האיגרת. כמוסבר, אין בניסיון לפעול במספר מישורים, כדי לאיין את משמעותה של דרך הפעולה בה בחר הנאשם עת ניסח והפיץ את האיגרת האמורה.

106. העדר פעולות אכיפה ביחס לאיגרת. הנאשמים טוענים כי העדר היסוד הנפשי הנדרש עולה מכך, שאין טענה או ראייה כי הנאשם פעל לאכוף או לוודא יישום של הכתוב באיגרת. גם טענה זו לא אוכל לקבל. אין בכך שלא בוצעו פעולות אכיפה או יישום כדי לערער, ולו במקצת, את התמונה הברורה העולה לגבי תוכנה של האיגרת ת/4, פועלה המסתבר, והמודעות הבלתי נמנעת של הנאשם לכל אלה, בהיותו מנסחה ומי שגרם להפצתה.

107. השתתפות נציגי ועדת ביקורת בישיבות. הנאשם טוען להעדר היסוד הנפשי הנדרש, נוכח העובדה שנציגי ועדת

הביקורת השתתפו בכל ישיבות הוועד המרכזי וועד ענף רכב. הנאשם טען בעדותו, כי אם היה מתעורר חשש לפעילות פסולה או בלתי חוקית, במהלך הישיבות, כי אז היה על נציגי ועדת הביקורת להעיר על כך (בעמוד 200). הנאשמים מפנים בהקשר זה לכך, שבישיבות הוועד המרכזי נדונו נושאים הקשורים לחוות דעתו של מר ידובסקי, לצורך בקידום קביעתו של שכר טרחה מינימלי, ונושאים נוספים. על רקע זה הם טוענים, כי לא נוצרה אצל הנאשם מודעות לאפשרות כי באיזה מפעולותיו יש חשש לפגיעה בתחרות.

108. דין טענה זו להידחות. למשלוח האיגרת ת/4 לא קדמה התייעצות עם ועדת הביקורת. זו לא נתנה על העניין את דעתה מבעוד מועד. ממילא, אין לטענה האמורה בסיס עובדתי מינימאלי, העשוי להקרין על מצב דעתו של הנאשם בנקודת הזמן הרלוונטית לגיבוש אחריותו, היינו בעת הפצת האיגרת. בשולי הדברים לא למותר להעיר, כי גם לא הונחה תשתית נורמטיבית כלשהי לטענה האמורה, לרבות בשאלות כגון סבירות ההסתמכות על עצתה של ועדת הביקורת, על רקע כשירות חבריה; האפשרות להסתמך על "עצה" המוצאת ביטוייה בשתיקה גרידא; והצורך בפנייה יזומה לוועדת הביקורת על מנת לקבל את חוות דעתה, תוך מסירת מלוא המידע הנדרש. בנסיבות אלה, דין הטענה להידחות.

109. מעבר לכל האמור לעיל, בעדות הנאשם נתגלעו קשיים נוספים, המקשים עוד יותר לקבל את טענותיו לתום לב ולהעדר מודעות לטיב מעשיו. אעמוד עליהם עתה.

110. (א) הנאשם ביקש להסביר את הצורך בחוות דעתו של מר ידובסקי בכל הנוגע להוצאות השמאים בהכנת שומות, בטענה כי שמאי אינו יודע לחשב את משך הזמן הדרוש לשם הפקת שומה, הואיל והעבודה נעשית, במקביל, ביחס לכמה שומות (ראו עמודים 270 - 271). הוא הוסיף בהקשר זה כי קיימים מרכיבים שונים בהכנת חוות דעת של שמאי, הכוללים לא רק נסיעות ובדיקת מכוניות במוסכים, אלא גם כתיבת חוות דעת ועבודה משרדית (שם).

(ב) קשה להשתכנע מטיעון זה. לא ברור איזה קושי יש לשמאי לאתר את עיקר העבודה שהשקיע בחוות דעת פלונית, ובכלל זה נסיעות, בדיקת המכונית במוסך וכתיבת חוות הדעת. אכן, שכרם של בעלי מקצוע רבים מחושב על פי שעת עבודה, ולרוב העניין אינו מעורר בעיות. מכל מקום, האיגרת אינה פותרת את הקושי האמור. היא נוקבת בנתון ממוצע. נתון כזה בוודאי שאין לשמאי קושי לחשב ביחס לעצמו, גם בלא צורך לעקוב אחר ההשקעה בכל חוות דעת וחוות דעת, שכן אין קושי לדעת מהו היקף השעות הכולל המושקע בפרק זמן נתון (שבוע, חודש), ומה מספר חוות הדעת המופקות. קשה לקבל, אפוא, את ההסבר לכך שהנאשם נקב בנתון זה באיגרת.

111. (א) הנאשם הוסיף וטען, כי נוכח העובדה שבתקופה הרלוונטית שמאים רבים החלו לעבוד כעצמאיים במקום כשכירים בחברות ביטוח, על רקע שינויים מבניים שחלו בשוק הרלוונטי, היה צורך בחוות דעת אשר תסייע להם לחשב את הוצאותיהם. לטענתו, יש שמאים שאינם יודעים לחשב את הוצאותיהם (בעמוד 266).

(ב) כאמור, קשה להשתכנע, כי היה לחברי האיגוד צורך ממשי בסיוע לעניין זה. קשה עוד יותר להשתכנע מן הטיעון האמור, נוכח העובדה שבכל מקרה אין בחוות הדעת או באיגרת נתונים בעלי תוקף כללי ביחס לכל המשרדים. נזכיר, כי מבנה ההוצאות של משרדים שונים אינו אחיד. ממילא, אין בנתונים שנמסרו כדי לספק את הסיוע הנטען, אפילו ניתן היה

להשתכנע כי הוא דרוש. יוצא, כי אין בטענה האמורה כדי להסביר את הצורך בחישוב נתון ממוצע לעניין זה (כפי שנעשה בחוות הדעת), ובמסירתו לשמאים החברים באיגוד (כפי שנעשה באיגרת).

112. הנאשם טען כי עניינה של חוות הדעת של מר ידובסקי היה לתת פרמטרים, כלי עבודה בנושא ההוצאות (בעמוד 169). שוהם טען כי "אנחנו לא ביקשנו ממנו [ממר ידובסקי - ע.ש.]. שום דבר, שקשור לשכר טרחה" (בעמוד 174). ברם, הן מן הנתונים שבחוות הדעת, הן מן האמירות שבה לעניין מטרתה, עולה בבירור כי היא חורגת מנושא ההוצאות, ועוסקת גם בתעריף שכר טרחה (ראו גם עדות ידובסקי, בעמוד 528). הוא הדין באיגרת. במצב זה, לא ניתן לקבל את טענתו של הנאשם לעניין זה.

113. בתוך כך, טענת הנאשם לעניין הצורך בחוות הדעת לשם קבלת כלי עבודה בנושא ההוצאות (בעמוד 265), להבדיל מנתונים מספריים, אינה מתיישבת עם המסמכים מזמן אמת. הן חוות הדעת, הן האיגרת, אינן עוסקות בכלי עבודה. הן עוסקות בנתונים מספריים מוגדרים, בהם נוקבים הן מר ידובסקי בחוות דעתו, הן הנאשם באיגרתו. אין לפער זה הסבר סביר בעדותו של הנאשם. מסקנה זו אינה משתנה גם נוכח טענת הנאשם, כי הבליט את הנתונים המספריים על מנת לגרום לנמעני האיגרת לפנות לחוות הדעת שצורפה לה (בעמוד 266). הגיונה הפנימי של טענה זו מוקשה. היא אף עומדת בסתירה מהותית לאמירה הברורה באיגרת, הקוראת לשמאים לבנות טבלת שכר טרחה, המבוססת על הנתונים בהם נקב הנאשם באיגרת באופן מפורש. משכך, אין בידי לקבל הסבר זה של הנאשם.

114. קושי נוסף בעדות הנאשם עולה מכך שבאיגרת, המליץ הנאשם כי השמאים יחשבו את שכרם, על בסיס ההנחה כי הזמן המושקע בהכנת חוות דעת הינו 3 - 4 שעות עבודה. ברם, בעדותו טען, כי מדובר בנתון חסר יסוד, הואיל וגם לעניין זה קיימת שונות בין שמאים שונים (בעמוד 175). על רקע זה טען, כי "אני לא חושב שזה נתון שאפשר להשתמש בו בכלל, כי לכל אדם זה אינדיבידואלי". גם כאן, קיים פער, אשר לא ניתן לגשר עליו, בין המסר שהעביר הנאשם בזמן אמת באיגרת, ובין גרסתו. אף בכך טמון קושי מהותי.

115. (א) עוד קושי התעורר בעדות הנאשם על רקע העובדה, שבאיגרת נקב הנאשם בנתוני שכר טרחה, הלקוחים, על פי הטענה, מן החשב הכללי במשרד האוצר. בעדותו לא ידע הנאשם לומר מהיכן נטל את הנתונים (בעמוד 274). הוא גם לא הצליח להסביר (בעמוד 276) מדוע כתב באיגרת כי הנתונים לקוחים מן החשב הכללי, בעוד שיומיים בלבד לפני משלוח האיגרת, התקבלו בידיו נתוני החשב הכללי (נ/24). נתוני החשב הכללי עומדים על טווח שבין 66.5 ₪ לשעת יועץ ובין 189.7 ₪ לשעה (ראו בהקשר זה את ת/114, הוראת חשב כללי הנוגעת לעניין; ראו גם את הודעתה של הגב' גיהאן אבזאך, רכזת תנאי שכר ושירות בחשכ"ל, בנושא זה (ת/113)). ערכים אלה נמוכים באופן משמעותי מן הטווח בו נקב הנאשם באיגרת, עליו עמדתי לעיל. הפער בין תעריף חשכ"ל לערכים שבאיגרת מתחדד עוד יותר נוכח העובדה, שעל פי התעריף האמור, לא זכאי נותן השירותים לתשלומים בגין הוצאות (סעיף 6 לת/115).

(ב) הנאשם טען, כי העתיק את הנתונים שבאיגרת ממקור כלשהו, בו לא יכול היה לנקוב, אך עמד על כך ש"אני לא המצאתי את זה מהראש שלי" (שם). הוא הזכיר כמקור אפשרי בהקשר זה את מס רכוש (בעמוד 274). ברם, אם אכן היה מקור מתועד לנתונים, ניתן לצפות כי הוא יוצג. הדברים אמורים בוודאי במקור רשמי כגון מס רכוש, אשר פעולותיו בנושאים כגון שכר טרחה מקבלות, בהכרח, ביטוי כתוב, מסודר ורשמי. לא למותר להעיר, כי בהינתן הטכנולוגיה הקיימת

לאחזור מידע, חלוף הזמן מאז כתיבת האיגרת לא יכול להוות טעם סביר למחדלו של הנאשם מלעשות כן.

(ג) אף עדותו של מר יגאל חטב, אליה מפנים הנאשמים בהקשר זה (בעמודים 434 - 435), אינה יכולה לסייע להם. אף עדות זו, בה נטען כי איגרת שניסח מר חטב (ת/106, 19.2.09), ובה נתונים דומים (אך לא זהים) לאלה שבאיגרת ת/4, התבססה על מסמך "שהסתובב באיגוד", נעדרת תמיכה מתבקשת בתיעוד אליו היא מפנה. הוא הדין בעדותו של מר יגן, אשר גם אליה מפנים הנאשמים (בעמוד 500). לא אוכל לסמוך על עדויות אלה.

116. (א) הנאשם נקלע לקושי גם כשהעיד על הרקע להכנת חוות הדעת. נטען כי טריגר עיקרי להכנת חוות הדעת היה בקשה של מר דוד בכר, מחברת הביטוח כלל וסע, במהלך ישיבה שקיימו עימו נציגי האיגוד, ובהם הנאשם (הודעת הנאשם, ת/1; עדותו, עמודים 239, 241, 242). על פי הטענה, נציגי האיגוד קבלו בישיבה על שכר הטרחה הנמוך המשולם לשמאי רכב, ונענו כי שכר הטרחה המשולם ריאלי. נטען, כי מר בכר אמר לנציגי האיגוד שיוכחו מה העלויות שלהם בכל תיק, ואחרי כן, ניתן יהיה לדון בנושא השכר המשולם לשמאים על ידי חברת הביטוח (ראו עדות הנאשם, בעמודים 164 - 165; לדברים דומים, בלא לנקוב מועד ברור כל הנוגע למועד קיומה של הפגישה האמורה, ראו גם בעדות מר יגן, בעמודים 453, 468).

(ב) הפנייה למר ידובסקי נעשתה כשנה לפני הגשת חוות דעתו (ראו עדות הנאשם, בעמוד 168; עדות מר ידובסקי, בעמוד 507; ראו גם הדיווח שמסר הנאשם בישיבת ענף רכב 2.12.07 (ת/124)). לא הוצג תיעוד מתבקש, להבדיל מטענות בעל פה, המלמדות על קיומה של ישיבה כאמור עם מר בכר מחברת כלל וסע טרם הפנייה למר ידובסקי. מדובר בישיבה אשר על פי טיבה ניתן היה לצפות כי תותיר שובל מתועד, בין אצל חברת הביטוח, בין אצל מי מנציגי האיגוד שנטל בה חלק לפי הטענה, בין בישיבות של האיגוד או של ענף הרכב בהמשך להתקיימותה. אין הסבר סביר לאי הצגתו של תיעוד כלשהו ביחס לישיבה הנטענת.

(ג) מנגד, התיעוד היחיד של ישיבה עם מר נציגי כלל, אשר הובא בפניי, הוא ת/138, ישיבה של ועד ענף רכב. בפרוטוקול זה מדווח על פגישה כאמור שהתקיימה ביום 6.1.08, ובה נטלו חלק הנאשם, מר יהודה יגן ומר שבתאי מנו, נציגי האיגוד. יוער, כי המשתתפים האמורים נזכרים גם על ידי הנאשם עצמו בהודעתו ת/2, כאשר הוא מעיד על הפגישה הנדונה עם נציגי חברת כלל. באופן תואם, מר יגן, אשר העיד בפניי, מסר על ישיבה אחת בה השתתף בחברת כלל (בעמוד 481; ראו גם בעמוד 483). המסקנה המתבקשת מן הראיות היא, כי הישיבה הנזכרת בחברת כלל וסע

התקיימה לאחר הפנייה למר ידובסקי, ולא לפנייה^[21]. במצב זה, הטענה כי מדובר בפנייה שהטריגר לה הייתה בקשת

חברת הביטוח, מעוררת קושי^[22].

(ד) אכן, מעדותו של מר ידובסקי עולה, כי העבודה הממשית שלו בנושא החלה זמן רב לאחר הפנייה הראשונה אליו (עמוד 510; ראו גם נ/46, פרוטוקול ישיבה של ועד ענף רכב, 20.12.07, המלמד כי שכרו של מר ידובסקי אושר סמוך לדצמבר 2007, וכי עבודתו החלה קודם לכן; כן ראו ת/124, פרוטוקול ישיבה של ועד ענף רכב, 2.12.07, שם מדווח על פנייה שנעשתה למר ידובסקי ועל כך שבמשך 4 חודשים לא התקבלה ממנו תמונה). באופן התואם זאת, עולה מעדותו של מר ידובסקי, כי הסיבה לכך שהעבודה "הממשית" התעכבה הייתה נעוצה בקושי לקבל שיתוף פעולה מצד

חברי האיגוד למסור לו נתונים כספיים (בעמוד 510). ראיות אלה אינן משנות, אפוא, את המסקנה, כי עבודתו של מר ידובסקי החלה לפני הפגישה עם נציגי חברת כלל וסע. ממילא, הפגישה האמורה לא הייתה הטריגר לעבודתו של מר ידובסקי.

(ה) לא למותר לציין, כי מהודעתו הראשונה של הנאשם, ת/1, עולה כי חוות הדעת של מר ידובסקי לא הוצגה על ידי הנאשם או על ידי האיגוד לחברות הביטוח. טענת הנאשם בהודעתו בהקשר זה הייתה, כי חוות הדעת נמצאת בידי חברות הביטוח, הואיל והופצה, ביחד עם האיגרת, לכל השמאים, ובכלל זה שמאים המועסקים במישרין על ידי חברות הביטוח. ברם, בכל הנוגע לתכלית של הכנת המסמך, יש הבדל ממשי בין הצגתו הישירה לחברת ביטוח, במהלך משא ומתן, ובין הנחה כי המסמך התגלגל או יתגלגל לידי מקבלי ההחלטות של החברה, בשל הפצתו לשמאים^[23]. גם על רקע עניין זה, קיים קושי לקבל את הטענה כי חוות הדעת הוכנה בהמשך לדרישה כלשהי של חברת או חברות ביטוח לקבל מסמך או חוות דעת, המלמדים על הוצאותיהם הממשיות של השמאים.

(ו) מסקנה זו אינה משתנה גם נוכח עדותו של מר ידובסקי, לפיה הביטוי שכר טרחה ראוי, הנזכר בחוות דעתו, עלה על ידי חברי האיגוד, בהקשר של פעילות שלהם מול חברות הביטוח (בעמוד 521). באופן דומה, הנאשם התייחס, בישיבה של הוועד המרכזי של האיגוד (ת/12, 19.6.08), טרם המועד בו הופצה האיגרת, לנושא ה"פניה למבטחות", ואמר כי "ננסה להידבר איתם, כאשר יהיו לנו נתונים מספריים". עולה מכך כי הייתה כוונה אפשרית לעשות שימוש בנתונים שיתקבלו, מול חברות הביטוח. ברם, לא עולה מכך תמיכה בטענה, כי מדובר בפעולה שנעשתה בעקבות דרישה של חברות הביטוח.

117. (א) הנאשם נקלע לקושי נוסף כאשר העיד גם, כי היה צורך בחוות דעתו של מר ידובסקי נוכח דרישה של משרד התחבורה, במסגרת חשבון שכר הטרחה של שמאים, להפריד בין מרכיב ההוצאות ובין מרכיב שכר הטרחה (בעמוד 165, 166, 167). טענתו בהקשר זה הייתה כי חוות הדעת נותנת לנמעניה פרמטרים כיצד לקבוע הוצאות משרד, ומה כולל מונח זה (בעמוד 180). הנאשם מפנה בטיעונו בהקשר זה גם לעדותו של מר ידובסקי (בעמוד 520), ולעדויות של מר יגן (בעמוד 458).

(ב) קשה לקבל גם טענה זו. אכן, משרד התחבורה דרש כי תיעשה הפרדה בין מרכיב שכר הטרחה ובין מרכיב ההוצאות (ראו נ/19, 7.10.97; ראו גם נ/20^[24], הבהרה של היחידה לפניית הציבור באגף שוק ההון, ביטוח וחיסכון, להכרעה עקרונית בנושא תשלום שכר טרחת שמאי, 30.5.99). ברם, קיים פער של כעשר שנים בין מועד הוצאתם של הכללים האמורים ובין הפנייה למר ידובסקי. מעדותו של הנאשם עצמו אף עלה, כי מדובר בהוראה אשר לא קוימה בפועל (בעמוד 242).

(ג) אכן, הנאשם טען כי במועדים הרלוונטיים חברות ביטוח החלו לדרוש הפרדה כאמור (שם). הוא נקב בהקשר זה בשמה של חברת הביטוח שומרה. ברם, טענה זו אינה עולה בקנה אחד עם עדותו של מר יגן, שהעיד מטעם ההגנה. מר יגן מסר כי הוא עובד, בין היתר, עם החברה האמורה (בעמוד 478). לדבריו, הן השמאים והן חברות הביטוח אינם נוהגים על פי הדרישה האמורה (בעמוד 494). מר יגן הוסיף, כי לחברות הביטוח אין עניין לדעת מהן ההוצאות, ומה

(ד) זאת ועוד. באיגרת לא נזכרים כללי ההתנהגות האמורים של משרד התחבורה, ולו ברמז. הוא הדין בחוות הדעת של מר ידובסקי. אילו עמד עניין זה במרכז המוטיבציה להפצת האיגרת, היה מתבקש כי יוזכר בה, במפורש, במפורט ובמודגש. אין בפני כל הסבר מדוע לא נעשה הדבר. יוצא, כי לא ניתן לקבל גם טענה זו של הנאשם.

118. התוצאה של כל האמור היא, כי אני קובע כי הוכח, ברמת הוודאות הנדרשת לשם הרשעה בפלילים, כי במועד הרלוונטי לביצוע העבירות, התקיים בנאשם (וכפועל יוצא מכך, גם באיגוד, נוכח קיומה של הוראת סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין, הנזכרת לעיל) היסוד הנפשי הנדרש לשם גיבוש האחריות לפי סעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים.

119. עוללות. בשולי הכרעת הדין, אדרש למספר טענות נוספות שהעלו הצדדים, אשר אין בהן כדי לשנות מן התוצאה אליה הגעתי.

120. היקפו הכספי של השוק הנדון. המאשימה טוענת כי ההיקף הכספי של שוק שמאות הרכב עומד על עשרות מיליוני ₪ בשנה. לטענה זו הונח בסיס מוצק בראיות, הן במסמכים (ראו ת/117), הן בעדויות של אנשי חברות ביטוח, אשר התייחסו לנתונים הנוגעים לחברות בהן הם עובדים, לרבות חלקן היחסי בשוק הרלוונטי (ראו עדותו של מר אברהם ליבנה, אשר ניהל את אגף תביעות הרכב בחברת הביטוח מגדל, בעמוד 17^[25]; עדות מר דוד סלע, מנהל מחלקת תביעות רכב ורכוש בחברת הביטוח כלל, בעמודים 43 - 44).

121. ההגנה טענה בסיכומיה, כי מסמכים שהוגשו לעניין זה אינם עומדים בדרישות הדין לעניין קבילותן של רשומות מוסדיות. אין בידי לקבל טענה זו בכל הנוגע לת/117. אכן, מסמך זה הופק בסיועו של איש מערכות מידע של חברת מגדל (עדות מר ליבנה, בעמוד 21). עם זאת, המדובר במסמך המבוסס על נתונים הנאגרים במהלך העסקים הרגיל של החברה (שם, בעמוד 22). המסמך מפורט ביותר, וכולל נתונים שנתיים ביחס לכל שמאי, לגבי כל אחת מן השנים 2006 - 2010. מר ליבנה העיד, כי וידא שהנתונים הופקו על פי ההגדרות שסיפק (בעמוד 22). הוא מסר כי בדק את סבירות הנתונים (שם). לא למותר להעיר, בהקשר זה, כי מדובר באיש מקצוע, הבקיא בתחום הנדון. הוא העיד, כי איסוף הנתונים נעשה בדומה לנתונים סטטיסטיים אחרים אשר חברת הביטוח עושה בהם שימוש במהלך פעילותה (בעמוד 21). בשים לב לכך, ולעובדה שהמסמך הופק ממחשביו של גורם מוסדי, ובאין כל טענה או ראייה המעלה ולו ספק קל ביחס למהימנות הנתונים שבמסמך, אין קושי לקבוע כי מתקיימים בו תנאי הקבילות הקבועים בסעיף 36 לפקודת הראיות [נוסח חדש] התשל"א - 1971, שעניינם "רשומה מוסדית". אין קושי גם לייחס למסמך זה את מלוא המשקל.

122. מסמך ת/118 הופק באופן דומה (עדות מר סלע, עמודים 43 - 44). בשונה מת/117, מסמך זה אינו מפולח לכל שמאי ושמאי, וכולל נתונים מצרפיים בלבד. עם זאת, מר סלע העיד באופן מפורש, כי הנתונים שבו תואמים את התרשמותו כמנהל מחלקה, אשר "בודק נתונים ביום יום, ... חי את המספרים, ... חי את סדרי גודל" (בעמוד 44). מר סלע מסר גם כי בדק מדגמית את הנתונים ששימשו מסד למסמך (בעדותו, שם). במצב זה, גם מסמך זה אינו מעורר קושי של ממש, הן מצד הקבילות, הן מצד המשקל. בכל מקרה, עדותו של מר סלע, המאשרת את הנתונים שבמסמך,

עומדת על רגליה שלה, ולא נסתרה.

123. אשר לת/120, אף הוא נערך באופן דומה (עדות מר שגיב יוגב, מנהל חטיבת התביעות בחברת הביטוח הראל וסמנכ"ל בכיר בחברה, בעמודים 71 - 72). ברם, הואיל ומדובר במסמך ובו נתונים מצרפיים בלבד, ובשים לב לכך שמר יוגב לא היה יכול להעיד, מידיעתו האישית, על בדיקה בלתי אמצעית של הנתונים שבו, ועל חלקה היחסי של החברה בשוק, אמנע, מטעמי זהירות, לסמוך על המסמך או על עדות מר יוגב לעניין זה (ראו בעמודים 66 - 67, 75 - 76).

124. כך או כך, אין בעניין זה כדי לשנות באופן מהותי. די בעולה מן העדויות, על מנת לקבל תמונה ברורה דייה לעניין סדרי הגודל של השוק הנדון. לא למותר להזכיר, כי אין מדובר בתביעה כספית. לא ההיקף הכספי המדויק של הפעילות הנדונה חשוב לעניין, כי אם סדרי הגודל בהם מדובר. אלה עולים בבירור מן העדויות, ובמרכזן עדותו של מר ליבנה, ידע לומר כי הם תואמים את ניסיון החיים היומיומי שלו, וידע לומר, ולו על דרך ההערכה, את החלק היחסי של החברה בה הוא עובד בשוק הרלוונטי. די בכך על מנת להצביע על סדרי הגודל בהם מדובר. בכל הנוגע לאלה, הייתה התאמה בין העדויות של עובדי חברות הביטוח.

125. לכך אוסיף, כי הנתונים וההערכות שהובאו על ידי עובדיהן של חברות הביטוח אף תואמים את העולה מחוות דעתו של מר ידובסקי. תחת ההנחה השמרנית כי יש לראות במשרד הקטן ביותר מאלה שנבדקו במסגרת חוות הדעת כמשרד מייצג, ובשים לב למספר השמאים החברים בענף הרכב של האיגוד^[26], מתקבל היקף פעילות שנתי בענף אשר אינו פחות, ואף עולה, על הנתונים המתקבלים מהעדויות של אנשי חברות הביטוח והמסמכים שהוגשו באמצעותם. יוצא, כי אין קושי לקבל את עמדת המאשימה ביחס להיקפו של השוק הנדון.

126. עניין זה אינו מהווה חלק מיסודות העבירה. עם זאת, מדובר בנתון המסייע לשפוך אור על ההקשר הכולל לעבירה הנדונה במקרה זה. למען שלמות התמונה יש להזכיר, כי לשיטת המאשימה עניינה העיקרי של האיגרת אינו בתעריפים המשולמים על ידי חברות ביטוח. יוצא, כי לשיטה זו, האיגרת נוגעת לכ - 20% מן השוק.

127. האפשרות לנקוט הליך חלופי להליך הפלילי. הנאשמים מפנים להוראות סעיפים 50ב, 50ד לחוק ההגבלים העסקיים, בטענה כי במקרים בהם לא נהגו על פי המלצת האיגוד העסקי, יכולה הרשות להגבלים עסקיים לעשות שימוש באותן הוראות, חלף הליך פלילי. ברם, גם אם כך הדבר, אין בפניי טענה של ממש, כי בהתנהלות הרשות לעניין זה נפל פגם, קל וחומר פגם מהותי העשוי להעמיד לנאשמים טענת הגנה, ובכלל זה הגנה מן הצדק. משכך, אין בטענה זו כדי לסייע לנאשמים.

128. זהות הגורם שפנה למר ידובסקי לשם הכנת חוות הדעת. הנאשם טוען, כי עולה מן העדויות שמי שקישר את מר ידובסקי לאיגוד השמאים הוא מר אביב ספרשטיין, אשר היה יו"ר האיגוד במועד הפנייה למר ידובסקי. בטענה זו יש ממש (ראו עדות מר ידובסקי, בעמוד 507). מר ידובסקי העיד, כי מר ספרשטיין הוא שהגדיר לו את הצרכים, והזמין את חוות הדעת (בעמוד 529). ברם, אין בעניין זה כדי לסייע לנאשם. במוקד ההתדיינות לא מצוי האקט של הזמנת חוות הדעת. במוקד ההתדיינות מצויה האיגרת שניסח והפיץ הנאשם, ת/4, אליה צירף את חוות הדעת. בנסיבות אלה, אין כל ממש

בטענת הנאשם כי בנסיבות האמורות, היה מקום להעמיד לדין גורמים אחרים, ולא את הנאשם.

129. גילוי דעת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין איגודים עסקיים (נובמבר 2013). הנאשמים מפנים לגילוי הדעת האמור, המעמיד, על פי הכתוב בו, תמרורי אזהרה מפני התנהלות אסורה במסגרת איגוד עסקי. הם מבקשים להתחשב בכך שבעת הרלוונטית לכתב האישום תמרורים כאמור לא הוצבו בפני הנאשם. אף בטענה זו אין כדי להועיל לנאשמים. המדובר ביו"ר איגוד עסקי, אדם משכיל ומנוסה, ובאיגוד העסקי עצמו. כמוסבר לעיל, בפני הנאשם הייתה פתוחה הדרך לפנות לייעוץ משפטי, בטרם ניסוח האיגרת והפצתה. הוא בחר שלא לעשות כן. בנסיבות אלה, אין הנאשמים יכולים להיבנות מכך, שרק במועד מאוחר יותר, פורסם גילוי הדעת הנזכר.

התוצאה

130. על יסוד כל האמור לעיל, אני מרשיע את הנאשמים בעבירה של צד להסדר כובל לפי סעיף 47(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, בצירוף סעיפים 5, 2(א), 2(ב)(1), 2(ב)(2) ו- 4 לחוק, וביחס לאיגוד, בצירוף סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין.

ניתנה היום, כ"ג אדר תשע"ד, 23 פברואר 2014, במעמד הצדדים

[1] התיאור שבכתב האישום עונה על הגדרת המונח "איגוד עסקי" שבסעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים ("חבר-בני-אדם, בין מאוגד ובין שאינו מאוגד, שמטרתו, כולן או חלקן, הן קידום עניניהם העסקיים של החברים בו").

[2] ראו בהקשר זה את מוצגים ת/108 - ת/111. ראו גם עמודים 180 - 181 לעדות הנאשם. ראו גם הודעתה של הגב' צלילית סולימן, מזכירת האיגוד, ת/90. מן החומר עולה, כי לאיגרת שנשלחה צורף העתק של חוות דעתו של מר ידובסקי. המאשימה טענה בסיכומיה, כי האיגרת הופצה לכלל חברי האיגוד, להבדיל מחברי ענף הרכב. היא נשענה בהקשר זה על הפער בין מספר החברים בענף הרכב, ובין מספר הנמענים אליהם נשלחה האיגרת (320). ברם, טענה זו חורגת הן מן הנטען בכתב האישום, הן מן הנטען בהודעת הגב' סולימן. בנסיבות אלה, אין בידי לקבלה.

[3] לעניין זה צוין כי נבחרו משרדים בעלי אופי פעילות שונה, אזור גיאוגרפי שונה, גודל שונה ואופן התאגדות שונה מתוך כוונה לתת ייצוג הולם למקובל בענף (סעיף 2.2 לחוות הדעת).

[4] לדיווח של הנאשם, בזמן אמת, על פעולות כאמור, ראו גם ת/17 (2.6.09).

[5] הנאשמים מפנים, בהקשר זה, גם לפסקאות באיגרת, המזכירות בדיקה מול יועצים משפטיים בכל הנוגע לקביעת שכר טרחה מינימאלי, ואת הפגישה המתוכננת עם מנהלי חברות הביטוח לעניין השכר המשולם על ידיהן. ברם, אף באלה אין כדי לגרוע ממובנם הברור של הדברים באיגרת, המהווים המלצה לעניין שכר הטרחה שיגבו שמאי הרכב, נמעני האיגרת. מסקנה זו אינה משתנה גם נוכח עדויות הנאשם ומר ריטרסקי, לפיהן עלה רעיון של שינוי מבנה האיגוד בהקשר של קביעת שכר טרחה מינימאלי (בעמודים 257, 580).

[6] בסופו של דבר, נוקב הנאשם באיגרת בפרמטרים אחרים במקצת בכל הנוגע לרכיב שכר הטרחה המומלץ. בנסיבות אלה, הגם שעולה מחוות הדעת טווח של ערכים מוצעים, אשר ניתן לראותם כמומלצים, והגם שמוקדש בה דיון לא קצר אשר נועד להסביר מדוע השוואה לשכר המשולם במוסכים היא רלוונטית לעניין, אני מייחס את עיקר המשקל בהקשר זה לאיגרת, ולא לחוות הדעת.

[7] לא למותר להעיר, כי הנאשם העיד כי הוא נוהג לקרוא את הפרוטוקולים האמורים ולאשר את הפצתם לאחר שוידא את תקינותם (עמודים 317 - 318 לעדותו). על רקע זה, יש יסוד מוצק להניח, כי הדברים המובאים מפיו בפרוטוקול משקפים את שנאמר על ידו בדיון.

[8] הערך הממוצע העולה מחוות הדעת הוא 421 ₪ לשומה. בשים לב לכך, שמן העדויות עולה כי בממוצע עיקר עבודתם של שמאים (כ - 80%) נעשה מול חברות ביטוח, וכי התשלום הממוצע מחברות ביטוח בתקופה הרלוונטית עמד על כ - 400 ₪ לחוות דעת, עולה מכך כי בממוצע, התשלום בגין חוות דעת מלקוח פרטי עמד על כ - 425 ₪. גם ביחס לנתון אחרון זה, משקפת האיגרת המלצה להעלאה ממשית של שכר הטרחה שמקבלים שמאי הרכב עבור הכנת חוות דעת.

[9] המאשימה מעלה טענה נוספת, והיא כי רוב שמאי הרכב במדינת ישראל חברים באיגוד. מכך גוזרת המאשימה את המסקנה בדבר העצמת פגיעתה של האיגרת בתחרות. טענה זו מבוססת על נתונים והערכות שמסר הנאשם בהודעתו הראשונה ת/1, בשאלה כמה שמאי רכב פעילים יש בסך הכל במדינת ישראל. מת/1 עולה לעניין זה הערכה כי מדובר בכ - 400 שמאים, מהם 266 חברים באיגוד (ראו ת/3). בהודעה ת/1 העריך הנאשם כי רבים מ - 800 השמאים הרשומים במשרד התחבורה אינם פעילים. הנתון של כ - 400 שמאים פעילים בתקופה הרלוונטית עלה בזמן אמת ממצגים של בעלי תפקיד נוספים באיגוד במועדים הרלוונטיים (ת/121, ישיבת ועד ענף רכב, 1.8.07, דברי יו"ר האיגוד מר אביב ספרשטיין; דברי מנכ"לית האיגוד, עו"ד מאיה אלמגור, כפי שתועדו בסיכום דיון הנושא תאריך 5.11.07 (ת/122); ראו גם טיוטת תגובה של האיגוד לעתירה בבג"צ 6755/07, בפסקה 15 (ת/123)).

הגם שאין מדובר במסמכים המהווים ראייה לאמיתות תוכנם, העובדה שעולה מהם תמונה דומה לעדותו הראשונה והספונטאנית של הנאשם בנקודה זו, קשה לקבל את ניסיונו של הנאשם להתנער מעדות זו בשלבים מאוחרים יותר (ראו הודעתו ת/3 ועדותו (בעמודים 277 - 278), שם טען לפתע כי רוב השמאים הרשומים במשרד התחבורה פעילים). לא למותר להעיר, כי ניסיון זה אינו נתמך בתיעוד רלוונטי ממשרד התחבורה, אשר לטענת הנאשם מהווה את מקור המידע עליו הוא סומך. במצב זה, יש בסיס מוצק לטענת המאשימה כי מרבית שמאי הרכב הפעילים חברים באיגוד.

כך או כך, כמוסבר לעיל, במרכז ההתדיינות מצויה הפגיעה בתחרות בין השמאים החברים באיגוד, בה עוסקת הוראת

סעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים.

מהודעה נוספת, ת/3, עולה הערכה שונה, והיא כי רוב השמאים הרשומים במשרד התחבורה פעילים. כך גרס הנאשם גם בעדותו (בעמוד 227). אי ההתאמה המהותית בין הגרסאות, ומה גם על רקע קשיים לא מבוטלים בעדותו של הנאשם, המפורטים בהכרעת הדין, מקשה לסמוך על הדברים ולחלץ מהם ממצא. זאת, הגם שכנקודת מוצא, ניתן לראות את ת/1 כגרסתו הראשונית והספונטאנית של הנאשם, הראויה ליתר משקל.

[10] הועלתה בהקשר זה טענה נוספת, הנוגעת לקשיי הפרנסה של שמאי רכב. טענה זו מעוררת קושי, נוכח הנתונים העולים מחוות הדעת ת/5 לעניין השתכרותם של שמאים. בהקשר זה יש ממש בטענת המאשימה, כי יש לתת את הדעת לא רק לתעריף בגין כל חוות דעת, אלא גם למספר חוות הדעת המופקות (ראו, בהקשר זה, העדויות בעמודים 32, 58, 81 - 82 לפרוטוקול).

[11] לגבי סכום זה, ראו גם בעדותו של הנאשם, בעמוד 298.

[12] בעדותו ביקש להתנער מדברים אלה, בלא טעם ברור (בעמוד 235).

[13] לא למותר לציין, כי כעניין נורמטיבי, הטענה בדבר התארגנות קרטליסטית של חברות הביטוח אינה יכולה, כשלעצמה, להוות הגנה מפני הטלת אחריות בגין דרך פעולה האסורה על פי חוק ההגבלים העסקיים. טענה כאמור אינה מגבשת, ולו לכאורה, איזה מן ההגנות המוכרות מפני אחריות פלילית, ובכלל זה הגנת הכורח.

[14] נטען על ידי הנאשמים כי נדרש יסוד נפשי של כוונה או מטרה לפגוע בתחרות. לטענה זו אין עוגן בלשון החוק. היא אף סותרת את פסיקת בית המשפט העליון בעניין בורוביץ הנ"ל (פסקאות 92, 96). אני דוחה טענה זו.

[15] הנאשם גם סמך על נתונים שהתקבלו ממר ידובסקי בשלבים שקדמו לגיבוש הסופי של חוות דעתו. ראו, בהקשר זה, הדיווח שמסר לוועד ענף רכב ביום 8.4.08 (ת/131). הנאשם נחקר על עניין זה, ולא מסר לו הסבר מניח את הדעת.

[16] לא למותר להזכיר, בהקשר זה, כי למר ידובסקי שולם, עבור חוות הדעת, סכום של אלפי דולרים (עדות הנאשם, עמוד 267; עדות מר ידובסקי, עמוד 531), וזאת אף כי מצבו הכלכלי של האיגוד לא היה מן המשופרים (עדות הנאשם, בעמוד 161).

[17] יש בהם אף מענה לטענה, כי הנאשם לא טרח להסתיר את האיגרת ת/4 ואת דבר הפצתה על ידו.

[18] ראו ישיבת ועד ענף רכב, נ/25, 8.9.08, שם מדווח הנאשם על פגישת עבודה בנושא שכר הטרחה עם חברת הביטוח הראלי; ישיבת הוועד המרכזי, נ/26, 24.12.08, שם נזכר סיכום לטפל בנושא שכר הטרחה דרך חברות הביטוח וההגבלים העסקיים, ובכלל זה ניסיון לקבל אישור לתעריף מנחה/תעריף מינימום/תעריף מוסדר בתיאום; איגרת הנאשם

לחברי האיגוד, נ/27, אפריל 2009, שם מדווח הנאשם, לעניין שכר הטרחה, כי התברר שלתחושה בדבר פריצת דרך קלה בפגישות, לא היה יסוד, ומוסיף כי על פי חוות דעת שקיבל יש לפנות להגבלים העסקיים על מנת לקבל היתר לפרסום תעריף מינימאלי; ישיבת ועד ענף רכב של האיגוד, 2.6.09, ת/17, בה מוסר הנאשם כי הבסיס לפעילות האיגוד בנושא קביעת שכר הטרחה על ידי המבטחות הינו חוות דעתו של מר ידובסקי, ומדווח כי עו"ד ריטרסקי הכין עבודה לפנייה וטיפול על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים, לשם "בקשה לאישור קביעת שכר טרחה מינימאלי מומלץ" (בפרוטוקול נזכרת פנייה של הוועד, פה אחד, לנאשם לאשר בוועד המרכזי את הפנייה לממונה על ההגבלים העסקיים או לכל גוף אחר); ישיבת הוועד המרכזי של האיגוד, 23.6.09, ת/18, שם נכתב, תחת הכותרת "הגבלים עסקיים - הגשת בקשה לממונה לתעריף מינימום", כי עלתה הצעה לחדש את הנושא מבחינה משפטית, וכי הוחלט לבדוק את הנושא מול היועץ המשפטי של האיגוד.

[19] ראו: ת/11, פרוטוקול ישיבה של הוועד המרכזי של האיגוד, 19.6.08, שם נזכרת פגישה של הנאשם בחברת "כלל"; גם ת/22, פרוטוקול ישיבה של הוועד המרכזי של האיגוד, 21.7.08, שם נזכרת פגישה בחברת הביטוח החקלאי;

[20] ראו: נ/39, ישיבה של ועד ענף רכב, 28.7.08, ובה דיווח הנאשם על פגישה שלו בחברת AIG (הנאשם טען בעדותו (עמוד 197), כי השתתף בפגישה האמורה, שהתקיימה לאחר משלוח האיגרת ת/4, ואותה קשר הנאשם לנושא שכר הטרחה); נ/25, ישיבה של ועד ענף רכב, 8.9.08, שם דיווח הנאשם על פגישה עם נציגי חברת הראל בנושא שכר טרחה (ראו גם בעדותו, בעמוד 198).

[21] מסקנה זו אינה משתנה גם נוכח התמדתו של הנאשם בגרסתו גם נוכח התזה שהוצגה לו על ידי המאשימה לעניין זה (בעמוד 249). אין בעקביות שגילה הנאשם בנקודה זו כי לחפות על הקשיים המהותיים בעדותו, בנקודה זו, ובכלל.

המסקנה האמורה אינה משתנה גם בשים לב לכך, שנושא הפגישה בחברת כלל היה, כעולה מת/138, "מעמד השמאי וועדה לאובייקטיביות השמאי" (ראו, בהקשר זה, גם ת/125, פרוטוקול ישיבה של ועד ענף רכב, 30.12.07, שם הוחלט ברוב קולות לאשר את קיומה של פגישה של נציגי השמאים עם מר דוד בכר מחברת כלל, ביחס ל"הבהרת נושאים כלליים - מעמד השמאי"). מן האיגרת ת/4, כמו גם מעדות הנאשם והעדים מטעמו, עלה בבירור הקשר ההדוק, אותו ראו הנאשם ואחרים באיגוד, בין נושא שכר הטרחה של השמאים ובין נושא מעמדם והאובייקטיביות שלהם (ראו בהקשר זה עדות מר יגן, בעמודים 450 - 452). במצב זה, איני מייחס משקל רב לכך, שלא נאמר במפורש בפרוטוקולים האמורים כי נושא הפגישה בחברת כלל הוא שכרם של השמאים. אוסיף, כי אין בעניין זה כדי לגרוע מן הקושי הנובע מכך, שלא הוצג כל תיעוד המלמד על פגישה כנטען בחברת כלל, טרם נקיטת המהלכים להכנת חוות דעתו של מר ידובסקי.

[22] לא נעלם מעיני כי בישיבה של הוועד המרכזי של האיגוד, ביום 19.6.08 (ת/11), טען הנאשם כי בפגישה עם חברת כלל נאמר לו "תביא תחשיב - נדבר איתך". ברם, אין מדובר בטענה, כי פנייה כאמור קדמה לפעולות להכנת חוות דעתו של מר ידובסקי. אף אין מדובר בטענה כי פנייה כאמור היוותה טריגר להכנת חוות הדעת. לא למותר לשוב ולהזכיר, כי חרף דברים אלה, אין ראייה כי הנאשם הביא את חוות דעתו של מר ידובסקי בפני הגורמים המוסמכים בחברת כלל. משכך, אין בעניין זה כדי לשנות מן המסקנה אליה הגעתי בנקודה זו.

[23] מסקנה זו עומדת בעינה גם נוכח הטענה, כי ממוצג ת/111, חלק מרשימת התפוצה של האיגרת ת/4, עולה כי

הופצה בין היתר למר שלום ראובן מחברת הביטוח AIG. הנאשמים מבקשים לייחס לכך משמעות, הואיל ולטענתם התקיימה בין נציגי השמאים, ובהם הנאשם, ובין מר ראובן, ובה עלה נושא שכר הטרחה של השמאים (ראו דיווח של מר חטב על תוכן הישיבה, נ/39). ברם, אין בראיות אחיזה לתזה, לפיה הפצת חוות הדעת למר ראובן נעשתה בשל תפקידו בחברת הביטוח. אדרבא, מהודעתה של הגב' סולימן, ומעדותו של הנאשם עצמו, עולה בבירור כי חוות הדעת הופצה לכלל חברי ענף הרכב באיגוד, ביניהם, כך ניתן להבין, מר ראובן. משכך, אין בעניין זה כדי להועיל לנאשמים. לא למותר להוסיף, כי בכל מקרה אין בתיאור האמור כדי ללמד כי דרישה או בקשה של חברות הביטוח היוותה טריגר להכנת חוות הדעת. אף אין בפניי טענה של ממש כי חוות הדעת נערכה לבקשת חברת AIG.

באופן דומה, אין הנאשמים יכולים להיבנות מהפצת האיגרת ת/4 למר ניר שמריהו, אשר היה הממונה על השמאים בחברת הביטוח הראל (ראו ת/111; לפגישה של נציגי השמאים, ובהם הנאשם, עם נציגי חברה זו, ובהם מר שמריהו, בנושא שכר הטרחה, ראו דיווח של הנאשם בישיבה של ועד ענף רכב, 8.9.08, נ/25).

[24] מסמך זה צורף כנספח למייל של מר ידובסקי לנאשם, ביום 15.7.08 (נ/24). עניינו של המייל בחוות הדעת ת/5. ברם, עיקרם של המסמך נ/20, והקביעה עליה הוא סב (נ/32, 19.4.99) אינו בדרישה האמורה להפרדה בין הוצאות ובין שכר טרחה, כי אם בהכרעה עקרונית הנוגעת להפחתה שעשתה חברת ביטוח בשכר טרחה של שמאי, נוכח גובה הנזק בו היה מדובר, ובמצב זה, ובאין התייחסות ספציפית, במייל נ/24, לטעם לצירוף המסמך נ/20 אליו, אני מתקשה לייחס לעניין זה משקל רב.

[25] מר ליבנה העיד כי ערך בעצמו את המסמך ת/117 (בעמוד 16 לעדותו). הוא הסביר כי התבסס על נתונים ששלף מתוך מערכת המיחשוב של החברה (שם).

[26] על פי הודעתו של הנאשם, ת/3, 266 שמאים בתקופה הרלוונטית. לאלה יש להוסיף כ - 150 שמאים נוספים הפעילים בשוק אף שאינם חברים באיגוד, להערכתו (הודעה, ת/1).