



ת"פ 13298/12/17 - מדינת ישראל נגד יהודה בר אור, איגוד נהגי המוניות הארצי

בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 13298-12-17 מדינת ישראל נ' בר-אור ואח'

לפני כבוד השופטת חנה מרים לומפ
מדינת ישראל
מאשימה
באמצעות ב"כ עו"ד מורן מיארה

נגד
נאשמים
1. יהודה בר אור
2. איגוד נהגי המוניות הארצי
באמצעות ב"כ עו"ד צחי יגור וליאור פרנק

החלטה

לפניי בקשה לביטול כתב האישום, התלוי ועומד נגד הנאשמים בשל טענת הגנה מן הצדק, בהתאם להוראת סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב - 1982 (להלן: "**החסד"פ**") ובשל כך שהעובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה, בהתאם להוראת סעיף 149(4) לחסד"פ. כתב האישום מייחס לנאשמים עבירות לפי סעיפים 47(א)(1), 2(א), 2(ב)(1), 2(ב)(2), 4, 5 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1998 (להלן: **חוק ההגבלים העסקיים**) ולנאשמת 2 אף מיוחסת עבירה לפי סעיף 23(א)(2) לחוק העונשין התשל"ז - 1977 (להלן: **חוק העונשין**).

כתב האישום - חלק כללי

- נאשמת 2 היא עמותה רשומה אשר בין מטרותיה, קידום מקצוע נהגי המוניות בישראל, ייצוג מגזר נהגי המוניות לפני המוסדות המוסמכים בישראל, השגת תעריפים מוזלים לנהגי מוניות בשירותים נדרשים להם ודאגה לפרנסת נהגי המוניות. נאשמת 2 נותנת שירות לנהגים בתחנות החברות בה ומטפלת בבעיות הנוגעות לכלל נהגי המוניות.
- נאשמת 2 מייצגת את נהגי המוניות בכנסת, במשרדי הממשלה ובפני הרשויות, וכן מביעה עמדתה בענייני הפחתת מחירי הנסיעה במונה, אישור להפעלת תחבורה שיתופית ועוד. לנוכח מטרותיה ופעילותה היתה נאשמת 2 במועדים הרלוונטיים לכתב האישום איגוד עסקי בישראל.
- נאשם 1 הוא נהג מונית, שותף ומנהל תחנת מוניות. משנת 2000 ובמועדים הרלוונטיים לכתב החשדות (כך במקור ח.מ.ל) שימש נאשם 1 כיושב ראש נאשמת 2 בשכר.
- מחירון משרד התחבורה- מחירון המצוי בתוספת לצו פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים (מחירי נסיעה במוניות), התשע"ז - 2017. לפי סעיף 2 לצו, מחיר ההסעה המרבי במונית לא יעלה על הנקוב בתוספת. לפי התוספת לצו, מחיר נסיעה יכול שיהא על פי מונה או על פי מחירון המצוי בתוספת ובו מחירים מפורטים לפי מוצא הנסיעה ויעדה.
- מערכת סופראנו- מערכת לשליחת הודעות SMS באמצעות האינטרנט לקבוצות גדולות של



נמענים תמורת תשלום.

6. בתאריך 29.3.17 פורסם מכרז מס' 2017/15/040/014/00 על ידי רשות שדות התעופה (להלן: **המכרז**). המשתתפים במכרז הוזמנו להציע הצעות לקבלת הרשאה למתן שירותי ניהול והפעלת מערך כולל של הסעת נוסעים במוניות, בנסיעות מיוחדות, מנמל תעופה בן גוריון (להלן: **נתב"ג**) אל כל חלקי הארץ ומתן שירותים של פיקוח ואכיפה כולל על המוניות הפועלות בנתב"ג.
7. המציעים נדרשו להתחרות על אחוז ההנחה ממחיר נסיעה מיוחדת מנתב"ג על פי המונה או על פי מחירון משרד התחבורה לפי בחירת הנוסע, לנוסעים היוצאים מנתב"ג.
8. בתאריך 14.5.17 התפרסמה הודעה על זכייתם של חברת Gett בשיתוף חברת מוניות הדר במכרז, לאחר שאלו הציעו הנחה של 31% על מחיר המונה או על מחיר מחירון משרד התחבורה לנסיעה מיוחדת מנתב"ג, לפי בחירת הנוסע.

כתב האישום-העובדות

9. בין התאריכים 14.5.17-22.5.17 המליצו הנאשמים לנהגי המוניות ובכללם חברי נאשמת 2, על קו פעולה לפיו לא ייקחו נהגי המוניות נוסעים מנתב"ג במחיר ההנחה שהוצעה על ידי הזוכים במכרז, אלא על פי מונה או על פי מחירון משרד התחבורה בלבד, ובכך יסוכלו תוצאות המכרז.
10. ההמלצה הופצה על ידי נאשם 1, בין היתר, באמצעות מתן ראיונות ברדיו ובערוצי הטלוויזיה, בפקסים שהועברו לעשרות תחנות מוניות לתליה במשרדיהן ובהודעות SMS שהועברו בתוכנת הסופראנו לכ-2300 נהגי מוניות.
11. לאחר מספר ימים, בשל אי חתימת החברות הזוכות על החוזה בוטל המכרז. רשות שדות התעופה נאלצה לספק פתרונות זמניים עד לפרסום מכרז חדש.
12. נאשמים 1,2 המליצו על קו הפעולה מבלי לקבל אישור מבית הדין (להלן: **אישור**), היתר זמני מאב בית הדין (להלן: **היתר זמני**) או פטור מן הממונה לקבל את אישור בית הדין להסדר כובל (להלן: **פטור**), ומעשיהם לא היו פטורים על פי כללי פטור סוג (להלן: **פטור סוג**) בהתאם לחוק ההגבלים העסקיים.
13. במעשיהם המתוארים לעיל המליצו נאשמים 1,2 על קו פעולה לחברי האיגוד או חלקם באשר למחיר הנסיעה במונית מנתב"ג כאמור, קו הפעולה לעיל, עלול היה למנוע או להפחית את התחרות ביניהם. קו הפעולה נגע למחיר שיידרש, שיוצע או שישולם ולריווח שיופק. בכך היו נאשמים 1,2 צד להסדר כובל. זאת, מבלי לקבל אישור, היתר זמני או פטור להסדר, ומבלי שהכבילות שבהסדר היו פטורות בהתאם לפטור סוג.

טענות הצדדים

14. טענת ב"כ הנאשמים באשר לתחולת ההגנה מן הצדק ואכיפה הבררנית התבססה על שלושה מקרים דומים בהם לא הוגש כתב אישום נגד המעורבים (או כנגד חלקם) כדלהלן:



א. **אכיפה בררנית ביחס לארגון "וועד נהגי המוניות" (להלן: וועד נהגי המוניות) בראשות מצליח שבתאי (להלן: שבתאי) ושי דין (להלן: דין), שאף הם נחקרו בגדרי בפרשה זו. לטענת ב"כ הנאשמים, "וועד נהגי המוניות" נכלל תחת הגדרת "איגוד עסקי" בהתאם לסעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים, הן בהתאם לרישא של הוראת החוק והן בהתאם לסיפא שלו. לדבריהם, מספר החברים בוועד "נהגי המוניות" הוא מעל ל-300, כפי שעולה מחקירותיהם של שבתאי ודין על ידי רשות ההגבלים העסקיים.**

ב"כ הנאשמים פירטו את הפעולות שנקטו "וועד נהגי המוניות" וראשיו לסיכול, לכאורה, של תוצאות מכרז רשות שדות התעופה, אשר עולה, לדבריהם, מחומר החקירה והודעותיהם של ראשי הארגון, כמפורט להלן:

1. הפצה בשם "וועד נהגי המוניות" של פרסומים ומכרזים נגד מכרז רשות שדות התעופה בפייסבוק ובהודעות וואטס-אפ בקבוצות רבות, שבכל אחת מהן חברים לא פחות ממאה נהגי מוניות (ראה נספח 4-5 לכתב הטענות המקדמיות).

2. תכנון צעדים נוספים של החרמה והשבתה על מנת לפגוע בחברות שזכו במכרז (ראה נספח 4-6 לכתב הטענות המקדמיות).

3. פרסומים ומסרים שהופצו לנהגי מוניות על ידי "וועד נהגי המוניות" בסמוך לאחר פרסום תוצאות המכרז, אשר המליצו לא לשתף פעולה עם תוצאות המכרז (ראה נספח 7 לכתב הטענות המקדמיות).

ב"כ הנאשמים טענו, כי על אף מעשים החמורים אלה של "וועד נהגי המוניות" וראשיו הכוללים שביתות, השבתות, חרם והחתמה על עצומות ועל אף שנחקרו באזהרה בחשד לביצוע עבירות של קו פעולה של איגוד עסקי והסדר כובל בניגוד לחוק ההגבלים העסקיים, המאשימה בחרה שלא להגיש כנגדם כתב אישום. לדידם, מעשיהם חמורים יותר ממעשי הנאשמים, כך שמקל וחומר לא היה מקום להגיש כתב אישום כנגדם. על כן הם סבורים שהגשת כתב האישום בעניינם היא אפליה בוטה ואכיפה בררנית מובהקת, שדינה ותוצאתה ביטול האישום מחמת הגנה מן הצדק. לטענת ב"כ הנאשמים, הם לא פעלו לסיכול תוצאות המכרז וכל חפצם היה להביא לידיעת הנהלים והציבור שתוצאות מכרז רשות שדות התעופה מנוגדות לתקנות 509-510 לתקנות התעבורה הקובעות, כי חובה על כל נהג לגבות מחיר נסיעה רק על פי הפעלת מונה או מחירון שאישר משרד התחבורה.

ב. **אכיפה בררנית ביחס להתבטאויות פומביות של מר גיל שרון (יו"ר גולן טלקום המיועד) (להלן: שרון) בעניין גולן טלקום המקימות חשש לפגיעה בתחרות.**

לטענת ב"כ הנאשמים, ביום 4.1.17 הסביר שרון בראיון לתחנת הרדיו גלי צה"ל, מדוע מחירי שירות הסלולר בישראל נמוכים מדי ועל כן הם חייבים לעלות (ר' נספח 8 לכתב הטענות המקדמיות). לדברי ב"כ הנאשמים, דבריו של שרון פוגעים באופן חמור בציבור הצרכנים בישראל משני טעמים: ראשית, חברת גולן טלקום היא גורם מחולל תחרות בשוק הסלולר שהובילה למחירים נמוכים במיוחד בשוק זה עבור ציבור הצרכנים, כך שהתבטאות כזו מצד המנהל המיועד של החברה עלולה להוביל להעלאת מחירים כוללת בשוק הסלולר, באופן שגולן טלקום תחדל מלהיות גורם מחולל תחרות שתורם למחירים נמוכים בשוק וציבור הצרכנים יפסיד. שנית, שוק הסלולר בישראל הוא שוק "אוליגופולי" מובהק, ממועט מתחרים, ולפיכך



התבטאות כזו ואיתות למתחרים המעטים, עלולה להקל על גיבוש הסדר כובל בשוק הסלולר ובתוך כך להוביל להעלאת מחיר מתואמת בפועל, מצד השחקנים בשוק, כך שציבור הצרכנים ייצא מופסד. החשש התחרותי בהתבטאויות פומביות כגון זו שהוסברה בטיטת גילוי דעת הממונה על הגבלים עסקיים מיום 3.8.14 (ראה נספח 9 לכתב הטענות המקדמיות) ממנה עולה, כי התבטאות כזו עלולה הייתה להוביל, בהסתברות גבוהה, לפגיעה בתחרות בשוק הסלולר בשל טיב המידע (מהלכים אסטרטגיים עתידיים שגולן טלקום צפויה לנקוט בנוגע למחיריה בשוק, מבנה השוק- שוק הסלולר ממועט מתחרים והתבטאות כזו עלולה להוביל לתיאום מחירים קרטליסטי בשוק והתקופה לגביה מתייחס המידע- העתיד המאותת למתחרים על העלאת מחירים עתידית באופן שמאפשר להם לדעת מה צפויים להיות מהלכיה העתידיים של חברת גולן טלקום ככל שהדבר נוגע לתמחור). ברם, המאשימה לא בחרה להגיש כתב אישום נגד מר שרון והסתפקה בצעדים מנהליים, והטלת תנאים מגבילים למיזוג בין חברת גולן טלקום לאלקטרה, על אף המודעות לכך שדברי מר שרון בכלי התקשורת מקימים חשש לפגיעה בתחרות.

לטענת ב"כ הנאשמים, על אף שעניין זה חמור בשני היבטים מהמעשים המיוחסים לנאשמים בכתב האישום, לא הוגש כתב אישום כנגד שרון, כמפורט להלן: ראשית, נוכח התייחסות שרון למחיר הראוי בשוק הסלולר, אל מול הנאשמים בענייננו אשר לא התייחסו בקריאתם לנהגי המוניות לשיעור ההנחה הראוי. יתר על כן, הנאשמים לא קראו לנהגים לא לתת הנחות. כל פועלם של הנאשמים על פי כתב האישום התמצה בכך שקראו לנהגים לפעול על פי חוק ולגבות מחירי הסעים כמתחייב בתקנות התעבורה המחייבות לגבות מחירים בהתאם למונה או מחירון משרד התחבורה בלבד. שנית, בעוד ששוק הסלולר הוא שוק ריכוזי וממועט מתחרים, שוק המוניות הוא מבוזר ומתאפיין בתחרות ערה. לפיכך, קריאת הנאשמים לנהגי מוניות בשוק תחרותי ומבוזר לא הייתה יכולה לייצר הסדר כובל מתואם בין כלל נהגי המוניות בנוגע לשיעורי הנחה לנוסעים. לעומת זאת, ההתבטאות של שרון אשר הופנתה לשלושה עד ארבעה מתחרים בשוק הסלולר עלולה הייתה להביא לפגיעה משמעותית בתחרות שוק הסלולר, וכפועל יוצא לפגיעה ישירה בציבור הצרכנים.

ג. **אכיפה בדרנית ביחס לקביעת הממונה על הגבלים עסקיים בדבר קו הפעולה של ארגון בתי החולים הפרטיים לחולים כרוניים בישראל, שם ננקטו הליכים מנהליים ולא פליליים.**

לטענת ב"כ הנאשמים, ארגון זה הנחה או לכל הפחות המליץ למוסדות אשפוז גריאטריים לא ליטול חלק באופן קולקטיבי ומתואם במכרז לרכישת שירותי אשפוז. לדבריהם, בפועל ניגשו למכרז רק ארבעה מוסדות מתוך כ-20 מוסדות אשפוז הפועלים באזור הרלוונטי למכרז. ביום 31.12.07 קבע הממונה על הגבלים עסקיים, כי התנהלות הארגון מהווה קו פעולה שדינו כדין הסדר כובל (ראה נספח 2 לכתב הטענות המקדמיות). מכאן, שארגון בתי החולים הכרוניים ויו"ר הארגון פעלו לשם סיכול המכרז. למרות זאת, הוחלט שלא להגיש נגדם כתב אישום והמאשימה הסתפקה בנקיטת צעד מנהלי. בניגוד לארגון בתי החולים שפעל לסיכול המכרז מראש כאמור על ידי הנחייה ברורה ומפורשת למוסדות הרפואיים לא להשתתף במכרז, בענייננו הנאשמים לא קראו לאיש לא להשתתף במכרז או להחרימו, אלא רק לאחר שפורסמו תוצאות המכרז, הנאשמים ביקשו להדגיש ששיעור ההנחה שנקבע במכרז הוא בלתי חוקי וכי יש לגבות מחיר בהתאם לחוק. כך שהגשת כתב האישום בענייננו היא מפלה ובלתי סבירה באורח קיצוני ובשל פגיעה קשה בחוש הצדק והשוויון יש להורות על ביטול כתב האישום.



15. לתמיכה בטענותיהם הפנו ב"כ הנאשמים לת"פ 22847-12-10 **מדינת ישראל נ' בובליל** (7.6.12)(להלן: **עניין בובליל**) (ראה נספח 10 לכתב הטענות המקדמיות). שם לדבריהם, בנסיבות מקרה דומות לענייננו, קיבל בית המשפט את הטענה המקדמית של אכיפה בררנית ובוטל כתב האישום. כך שהמסקנות בעניין בובליל חלות אף בענייננו.

16. **טענה נוספת שהעלו ב"כ הנאשמים הייתה, כי העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מגלות עבירה.**

לטענת ב"כ הנאשמים, מכיוון שהזכות במכרז רשות שדה התעופה היו חברת GETT וחברת מוניות הדר, אשר אינן חברות באיגוד נהגי המוניות הארצי (נאשמת 2) (כפי שעולה מרשימת התחנות החברות בנאשמת 2 נכון למועדים הרלוונטיים לכתב האישום (ראה נספח 11 לכתב הטענות המקדמיות) וכן עולה מעיון בהעתקי דרישת תשלום דמי החבר בנאשמת 2 (ראה נספח 12 לכתב הטענות המקדמיות)), לא מתקיים רכיב העילות למניעה או להפחתה של התחרות בעסקים בין חברי האיגוד בהתאם לסעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים. הקריאה באמצעות נאשם 1 לא הייתה יכולה להפחית תחרות בין חברי האיגוד, מהטעם שאף לא אחד מחברי נאשמת 2 השתתף במכרז רשות שדות התעופה. בשים לב לכך שהחברות שזכו במכרז אינן חברות בנאשמת 2 ואף לא היו חברות בו בזמנים הרלוונטיים לכתב האישום, ועל כן כתב האישום אינו מגלה עבירה, ויש לבטל את כתב האישום גם מכוח טענה זו.

17. ב"כ המאשימה טענה, כי יש לדחות את טענות הנאשמים ואת בקשתם לבטל את כתב האישום על הסף, משום שהנאשמים לא עמדו בנטל הנדרש לביסוס טענת אכיפה בררנית, ומכל מקום המקרים שפירטו אינם מהווים כלל אכיפה בררנית כדלהלן:

א. באשר לטענה, כי **התקיימה אכיפה בררנית ביחס ל"וועד נהגי המוניות" בראשות שבתאי ודיין, נחקרים אחרים בפרשה זו-** ב"כ המאשימה סברה שיש לבדוק תחילה, האם הנאשמים ו"וועד נהגי המוניות" נמצאים באותה קבוצת שוויון. לטענתה, נאשמת 2 מאגדת תחתיה כ-50 תחנות מוניות המונות אלפי נהגי מוניות. כן לאיגוד מבנה ארגוני מסודר והוא כולל חברי הנהלה, גזר, וועדת ביקורת. האיגוד מלווה בעו"ד המעניק לו ייעוץ משפטי והחברים באיגוד משלמים דמי חבר עבור החברות בו. כמו כן לאיגוד הישגים רבים (ר' נספח 1-2 לתשובת המאשימה לטענות המקדמיות). מכאן עולה, לדבריה, מעמדו המשמעותי של ארגון נהגי המוניות בענף והשפעתו על המתרחש בענף כולו ועל נהגי המוניות כולם ללא קשר לחברותם באיגוד.

מנגד, "ועד נהגי המוניות" הוא איגוד המצוי בשלבי הקמה, לאיגוד אין עדיין שם רשמי והוא טרם נרשם ברשם העמותות וטרם נבחרה לו הנהלה. הוועד הצליח לגייס עד כה כשלוש מאות חברים שנרשמו (ראה נספח 3-4 לתשובת המאשימה לטענות המקדמיות). גם נאשם 1 בחקירתו הבחין בין נאשמת 2 שהוא עומד בראשה והשפעתה לבין האיגוד אשר מנסים להקים שבתאי ודיין (ר' נספח 2 לתשובת המאשימה לטענות המקדמיות). בנוסף, נאשם 1 פנה בעצמו באמצעות ראיונות ברדיו ובטלוויזיה לכלל נהגי המוניות בענף, תוך



שהוא קורא להם לגבות את מחיר המחירון עבור נסיעה מנתב"ג.

מעובדות אלה עולה, לשיטת ב"כ המאשימה, ששבתאי ודיין, אינם מצויים באותה קבוצת שוויון של האיגוד ולכן ההבחנה שנעשתה ביניהם על ידיה, היא הבחנה עניינית שאינה נובעת משיקולים זרים ומפלים. כן ציינה, כי ההבחנה בין הנחקרים נעשתה רק בשלבי גיבוש כתב האישום ולא בשלב החקירה עצמה, וזאת לאחר שנגבו כל העדויות ונאספו כל הראיות הרלוונטיות. מכאן שטענת הנאשמים בדבר האכיפה הבררנית ביחס לנחקרים אחרים בפרשה אינה עומדת במבחן הראשון שנקבע בפסיקה לעניין אכיפה בררנית ויש לדחותה.

ב. **באשר לטענה, כי התקיימה אכיפה בררנית בייחס להתבטאויות פומביות של שרון בעניין גולן טלקום המקימות חשש לפגיעה בתחרות- ב"כ המאשימה טענה, כי הנאשמים אינם עומדים בתנאי הראשון ביחס לביסוס קבוצת השוויון. העילות לפגיעה בתחרות כתוצאה מהמלצת הנאשמים, נובעת ממעמדם כאיגוד העסקי המרכזי והמשמעותי בענף נהגי המוניות. ניסיונם של הנאשמים לבסס קבוצת שוויון, אך על בסיס השימוש בפלטפורמה במסגרתה הופצו אמירותיהם ואמירות גיל שרון, שגוי מיסודו. קו הפעולה אותו נקטו הנאשמים אמנם הופץ באמצעות מסרונים, פקסים וכן ראיונות לתקשורת, אולם עצם השמעת הדברים בכלי התקשורת אינה יוצרת את קו הפעולה, אלא מהווה פלטפורמה נוספת להפצתו בנסיבות ענייניו.**

מעשיו של שרון, גם לפי בחינה מחמירה של גילוי הדעת, עלולים היו לכל היותר לעלות כדי ניסיון להסדר כובל. אף הצעדים המנהליים שנקטה הרשות נגד שרון מהווים כלי המפיג את החשש התחרותי העתידי שהמזיג מעלה. הגשת כתב אישום מהווה הליך אכיפה בגין מעשה שבוצע ועלול היה לפגוע בתחרות בעבר, ולא נועדה להפיג את החשש התחרותי מתוך נקודת מבט צופה פני עתיד. כך שמדובר בשני מסלולים בעלי תכלית שונה המתקיימים במקביל זה לזה.

ג. **באשר לטענה לאכיפה בררנית בהשוואה לקביעת הממונה על הגבלים עסקיים בדבר קו פעולה של ארגון בתי החולים הפרטיים לחולים כרוניים בישראל בו ננקטו הליכים מנהליים ולא פלייטים- ב"כ המאשימה טענה, כי נפלה שגגה בטענות ב"כ הנאשמים בהפנייתם לפסק הדין בעניין בובליל בבית המשפט המחוזי בירושלים, שכן על פסק הדין הוגש ערעור לבית המשפט העליון, וזה הפך את תוצאתו במסגרת ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פולדי פרץ (10.9.13) (להלן: עניין פולדי פרץ). שם בית המשפט העליון קבע, כי הימנעות מהגשת כתב אישום, בנסיבות אותן פירטה התביעה, אינה מהווה אכיפה בררנית ביחס למקרים אחרים בהם הוגש כתב אישום. ב"כ הנאשמים אינם מסבירים מדוע עניין ארגון בתי החולים דומה לעניינים, אלא מפנים למסקנות אליהן הגיע בית המשפט המחוזי בעניין בובליל (אשר "נהפך" בעליון), כך שהם לא הרימו את הנטל להוכחת הטענה ולא ביססו טענתם.**

כמו כן, ב"כ הנאשמים לא הוכיחו מדיניות מבוססת של הרשות, שבניגוד אליה, הועמדו לדין (כלומר בעניין פולדי פרץ נקבע כי לצורך הוכחת אכיפה בררנית לא מספיק להראות מקרה אחד בו הרשות פעלה אחרת).



18. **אשר לטענה כי העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה** - לטענת ב"כ המאשימה, טענה מקדמית זו היא מסוג הטענות המקדמיות שהיה ראוי שיידונו תוך כדי ההליך, כשלבית המשפט יש אפשרות להתרשם באופן ישיר מהראיות בתיק ומהעדים שיפיעו לפניו ולא בשלב מקדמי זה. מעבר לכך, על פי מסמכי המכרז (ר' נספח 7 לתשובת המאשימה לטענות המקדמיות), המפעיל שיזכה במכרז ידרש לאפשר למוניות שאינן מהוות חלק מצי המונית שלו, להיכנס לנתב"ג ולקחת אנשים בנסיעות בהתאם למחיר בו זכה במכרז מול רשות שדות התעופה. מונית אלה, שכונו במסמכי המכרז "מוניות מזדמנות", היו מחויבות להירשם באפליקציה הייעודית שיפתח המפעיל לצורך מתן השירות במכרז, באופן חד פעמי. לפיכך, נהגי המוניות שהיו צפויים לגבות את מחיר הנסיעה המופחת כפי שנקבע בזכייה במכרז, בעת איסוף נסיעה מנתב"ג, היו כלל נהגי המוניות ולא רק נהגים העובדים ב GETT ובמוניות הדר. לכן המלצת האיגוד לנהגי המוניות לסרב לקחת נסיעות משדה התעופה בשיעור ההנחה שנקבע במכרז הייתה עלולה להפחית את התחרות בין חברי האיגוד עצמם.

19. ב"כ הנאשמים השיבו לתגובת המאשימה לטענות המקדמיות וטענו באופן כללי, כי בעניין פולדי פרץ נקבע שאין צורך שתהא זהות מלאה בין מקרים על מנת להראות שהם משתייכים לאותה קבוצת שוויון רלבנטית, ודי בכך שמתקיים מכנה משותף בין המקרים המצדיק את ביטול כתב האישום מחמת אכיפה בררנית.

א. **אשר לטענת האכיפה הבררנית ביחס לנחקרים אחרים באותה פרשה**, ב"כ הנאשמים דחו את טענת ב"כ המאשימה שאין להשוות בין איגוד נהגי המוניות הארצי לבין "וועד נהגי המוניות" מהטעם שאיגוד נהגי המוניות הארצי הוא ארגון ותיק ומבוסס והאחרון הוא ארגון בהקמה. לדידם, מסעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים עולה ש"איגוד עסקי" מוגדר כ"חבר בני אדם, בין מאוגד ובין שאינו מאוגד". כך שסעיף 1 אינו עורך הבחנה בין ארגון גדול ותיק ומבוסס לבין ארגון קטן או ארגון בהקמה. הפרשנות המצמצמת של המאשימה בהקשר לזה, מרוקנת מתוכן את הגדרת "איגוד עסקי" בסעיף 1 ועל כן יש לדחות טענה הסותרת את לשון החוק. לפיכך, יש לדחות את הטענה להבחנה המלאכותית בין נאשמת 2 לבין "וועד נהגי המוניות" על בסיס קריטריונים של "ותק" או "גודל" שאין לה אחיזה בחוק.

ב. **אשר לטענת האכיפה בררנית ביחס לגולן טלקום ושרון**, ב"כ הנאשמים דחו את ההבחנה המלאכותית, לשיטתם, שב"כ המאשימה יצרה, לפיה הנאשמים ביצעו, לכאורה, עבירה של קו פעולה של איגוד עסקי, ואילו שרון אינו עומד בראש איגוד עסקי. בעניין זה הם הפנו לפסקה 56 להחלטת הממונה בעניין ארגון בתי החולים הפרטיים לחולים כרוניים בישראל (צורף כנספח 2 לטענות המקדמיות) שם נקבע, כי פעולות שנעשו על ידי מנהל עסקים בעצמו (דוגמת שרון בעניינו) ופעולות שנעשו על ידי איגוד עסקי (דוגמת נאשמת 2 בעניינו), שעלולות להוביל ליצירת הסדר כובל, הן פעולות זהות לחלוטין, בראי חוק ההגבלים העסקיים. משכך, אם המאשימה סבורה שדברי נאשם 1 מהווים קו פעולה שעלול ליצור הסדר כובל בין נהגי המוניות, הרי שיש לראות בהם כזהים לדבריו של שרון באמצעי התקשורת, שאף הם עלולים היו ליצור הסדר כובל בענף הסלולר.



ג. **אשר לטענת האכיפה בברנית ביחס להחלטת הממונה בעניין ארגון בתי החולים**, ב"כ הנאשמים שבו על טענותיהם, כי בשונה מארגון בתי החולים שפעל לשם סיכול המכרז מראש, בענייננו כתב האישום לא מייחס לנאשמים קריאה שלא להשתתף במכרז או להחרימו מראש, כך שמעשה ארגון בתי החולים עולה בחומרתו על המיוחס לנאשמים בכתב האישום ואי הגשת כתב האישום נגד ארגון בתי החולים יפגע קשות בתחושת הצדק. אשר לטענה שארגון בתי החולים הסתמך על ייעוץ משפטי כמצדיק את הימנעות הגשת כתב האישום נגד ארגון זה, טענה זו אינה עולה בקנה אחד עם החלטת הממונה בעניין ארגון בתי החולים, שם נקבע באופן מפורש בפסקה 59, כי הסתמכות על ייעוץ משפטי לא גורעת מאחריות הארגון לקו הפעולה שנקט. כך שהטענה שהעצה המשפטית היא המבדילה בין המקרים היא שגויה וסותרת את קביעת הממונה עצמה. בנוסף, הנאשמים ערכו השוואה לשלושה מקרים הדומים לעניינם בהם דובר במעשים שעולים בחומרתם על המעשים המיוחסים לנאשמים בכתב האישום, בהם הוחלט שלא להגיש כתב אישום.

ד. **אשר לטענה, כי העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה**, ב"כ הנאשמים טענו, שטענת המאשימה ביחס למועד העלאת הטענה עומדת בניגוד מוחלט ללשון סעיף 149(4) לחסד"פ הקובע, כי טענה לפיה העובדות המתוארות באישום אינן מהוות עבירה, ראויה להתברר בשלב ראשון כטענה מקדמית וטרם הקראת כתב אישום. יתר על כן, על רשויות התביעה להפעיל שיקול דעת ולהגיש כתב אישום רק באותם מקרים בהם הן משוכנעות שקיים סיכוי סביר להרשעה. בענייננו, אין בדל ראיה לכך שהזכות במכרז הן חברות בנאשמת 2, אלא להיפך, הנאשמים הציגו ראיות, כי הם אינם חברים בנאשמת 2. כן אין למאשימה להשלים חוסר ראיתי זה בדיעבד. ראיות אלה אמורות להיות בפניה טרם הגשת כתב אישום. הטענה לפיה גם חברי הארגון יכלו לקחת נוסעים במחיר ההנחה, אין לה אחיזה בכתב האישום, והיא טענה ספקולטיבית שאינה יכולה לבסס הרשעה מעבר לכל ספק סביר. על כן, לשיטתם, יש להורות על ביטול כתב האישום.

20. בדיון שנערך לפניי, ב"כ הנאשמים שבו על טענותיהם והוסיפו ביחס לטענה המקדמית, כי כתב האישום לא מגלה עבירה, שכן אחד האינטרסים אותו המכרז נועד להבטיח הוא שתנאי מינימום שחברה שתגיש מועמדות למכרז יהיה לה צי של לפחות 250 מוניות, וזאת מכיוון שרשות שדות התעופה רוצה להבטיח זמינות לבאי שדה התעופה. לטענתם חברת GETT וחברת הדר מונות כ-4,500 מוניות, כאשר תנאי הסף הוא 250 מוניות. לכן התנאי של מונית מזדמנת הוא זניח ושולי, מדובר במונית שתגיע לשדה התעופה כאשר היא יודעת שיש עדיפות למוניות של חברת GETT והדר על פניה, ותאלץ להמתין שעות. מכאן עולה, לדידם שהתנאי בסעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים "בין חבריו" לא מתקיים. עוד טענו שאין טעם לנהל את התביעה כאשר יסוד מיסודות העבירה אינו מתקיים.

21. עוד הוסיפו, כי המקרים האחרים אליהם השוו את האכיפה הבררנית, יותר חמורים מהמקרה המיוחס לנאשמים בענייננו. שם דובר על התערבות בוטה בהליך המכרזי והחתמה על מסמכים טרם הגשת המכרזים. בענייננו, ההתערבות הייתה אחרי ההליך המכרזי, ולכן לא מדובר בהתערבות בהליך זה, אלא בהפרת הסכם של חברות GETT והדר. מכאן שאין קשר סיבתי בין המיוחס



לנאשמים לבין נסיגתן של החברות כאמור מההסכם.

22. ב"כ המאשימה הפנתה לטיעוניה בכתב והוסיפה, כי סעד ביטול כתב האישום נוכח אכיפה בררנית הוא סעד נדיר. נטל ההוכחה הוא על הנאשמים, ונראה לשיטתה, שהנטל לא הורם על ידם. כן צוין ביחס לטענה שעובדות כתב האישום אינן מגלות עבירה, כי טענת ה"מונית המזדמנת" דורשת ברור עובדתי וצריכה להתברר בהליך עצמו.

דין והכרעה

23. בפי הנאשמים שתי טענות מקדמיות, שכל אחת מהן, לדבריהם, יש בה כדי להביא לביטול כתב האישום כנגדם:

(א) הגנה מן הצדק -

לטענת הנאשמים יש לבטל את כתב האישום נגדם מחמת הגנה מן הצדק, וזאת בשל אכיפה בררנית הנוגעת בשני רבדים:

1. הרשות להגבלים עסקיים לא העמידה לדין מעורבים אחרים בגין אותה פרשה - לדברי הנאשמים, דיין ושבתי שעמדו בראש "וועד נהגי המוניות" נקטו בפעולות חמורות בהרבה מהפעולות המיוחסות לנאשמים בכתב האישום וקראו במפורש לחרם, השבתה וסיכול תוצאות מכרז רשות שדות התעופה מבלי שהוגש נגד מי מהם כתב אישום.

2. הרשות נקטה בעבר, במקרים דומים, צעדים מחמירים פחות מאשר הגשת כתב אישום פלילי, וזאת בהשוואה לעניינו של מר שרון, היו"ר המיועד של חברת גולן טלקום, וכן בהשוואה לקביעה בדבר קו הפעולה של ארגון בתי החולים הפרטיים לחולים כרוניים בישראל.

(ב) העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מגלות עבירה.

טענת הגנה מן הצדק - כללי

24. טענת "הגנה מן הצדק" היא דוקטרינה המכירה בסמכות בית המשפט להורות על ביטולו של כתב אישום שהגשתו או המשך בירורו עומדים בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית, וזאת במנותק משאלת אשמתו או חפותו של הנאשם (ראה ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל (10.11.11)).



25. בתחילה, היתה ההגנה מן הצדק יציר ההלכה הפסוקה. ביום 15.5.07 עוגנה הלכה זו כטענה מקדמית, בסעיף 149 (10) לחוק סדר הדין הפלילי הקובע, שלאחר תחילת המשפט רשאי הנאשם לטעון כטענה מקדמית, כי: **"הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית"**. סעיף 151 לחוק סדר הדין הפלילי קובע, שאין מניעה לטעון טענה של הגנה מן הצדק גם בשלבים אחרים של המשפט. התוצאה הנובעת מקבלתה של טענה זו היא תיקון או ביטול של כתב האישום.

26. בעבר, גישת בית המשפט לעניין קבלת טענה של הגנה מן הצדק היתה נוקשה מאוד, כפי שעולה מהדברים בע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 361, 221:

"המבחן הקובע כפי שאני רואה לאמצו, הוא מבחן ה'התנהגות הבלתי נסבלת של הרשות' היינו התנהגות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם ... המדובר במקרים בהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת, דבר שבית המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו. ברי כי טענה כגון זו תעלה ותתקבל במקרים נדירים ביותר, ואין להעלותה כדבר שבשיגרה ובענייני דיומא סתם".

27. מבחן זה, של התנהגות בלתי נסבלת של הרשות, רוכך במידת מה בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ [פורסם בנבו] (2005).

"בעיקרון עשויה אפוא ההגנה לחול בכל מקרה שבו קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות כפי שזו נתפסת בעיניו של בית המשפט. מטרת החלטה של ההגנה היא לעשות צדק עם הנאשם, ולא לבוא חשבון עם רשויות האכיפה על מעשיהם הנפסדים. ואולם לרוב (אם כי לא תמיד) תיוחס הפגיעה בצדקו ובהגינותו של ההליך הפלילי להתנהגות נפסדת של הרשויות".

28. באופן מעשי, נקבע כי על בית המשפט לקיים תהליך בחינה בן שלושה שלבים ביישום העיקרון:

"בשלב הראשון על בית-המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם, וזאת, במנותק משאלת אשמתו או חפותו. בשלב השני על בית-המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. בשלב זה, נדרש בית-המשפט לאזן בין האינטרסים השונים, שהעיקריים שבהם פורטו לעיל, תוך שהוא נותן דעתו לנסיבותיו הקונקרטיות של ההליך שבפניו. בתוך כך, עשוי בית המשפט לייחס משקל, בין היתר, לחומרת העבירה המיוחסת לנאשם; לעוצמת הראיות (הלכאוריות או המוכחות המבססות את אשמתו); לנסיבותיהן האישיות של הנאשם ושל קורבן העבירה; למידת הפגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן; לחומרת הפגיעה בזכויות הנאשם ולנסיבות שהובילו לגרימתה; למידת האשם הרובץ על



כתפי הרשות שפגעה בהליך או בנאשם וכן לשאלה אם הרשות פעלה בזדון או בתום לב. ברי, כי בגיבוש האיזון בין השיקולים הנגדיים מייחס בית המשפט לכל אחד מהשיקולים את המשקל היחסי הראוי לו בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה. כך למשל, ככל שמעשה העבירה חמור יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבהעמדה לדין, וככל שמעשה הרשות שערורייתי יותר, ופגיעתו בנאשם ובזכויותיו חמורה יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבשמירת זכויותיו של הנאשם ובריסון כוחה של הרשות. בשלב השלישי, מששוכנע בית-המשפט כי קיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, עליו לבחון האם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים יותר מתונים ומידתיים מאשר ביטולו של כתב-האישום. בין היתר, עשוי בית-המשפט לקבוע, כי הפגיעה שנגרמה לנאשם, אף שאינה מצדיקה את ביטול כתב-האישום שהוגש נגדו, מצדיקה היא את ביטולם של אישומים ספציפיים, או תהא ראויה להישקל לטובתו בקביעת עונשו, אם יורשע. כן עשוי בית-המשפט לקבוע, כי תיקון הפגיעה יכול שייעשה במסגרת בירורו של המשפט, כגון בבירור שאלת קבילותה של ראיה שהושגה תוך שימוש באמצעים פסולים" (פרשת בורוביץ', פסקה 21).

29. יודגש, כי נקודת המוצא של בית המשפט העליון היא שהאינטרס הציבורי המרכזי הוא בהעמדתם לדין של נאשמים, ולכן דוקטרינת ההגנה מן הצדק תופעל במקרים חריגים בלבד.

30. אחת העילות לתחולתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק היא אכיפה בררנית. טענה זו מתייחסת למצב בו רשויות התביעה פעלו באופן לא שוויוני בהחלטותיהן בכל הנוגע להגשת כתבי אישום.

31. בע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פולדי פרץ** (10.9.13) נקבע ביחס לאכיפה בררנית כך: "אכיפת הדין נגד אדם אחד והימנעות מאכיפתו נגד אחרים - כאשר מדובר במקרים דומים - היא אכיפה בררנית (selective enforcement). אכיפה בררנית יכולה לקבל ביטוי באחד משני מופעים: הראשון, החלטה להעמיד לדין רק חלק מן המעורבים בפרשה נדונה; השני, החלטה להעמיד לדין בשעה שבפרשות אחרות שעניינן דומה לא הוגשו כתבי אישום. ענייננו שלנו נמנה - לפי הטענה - על הסוג השני. כך או כך, המשותף לשני פניה של הטענה הוא כי סמכות האכיפה הופעלה נגד אחד ולא נגד אחרים, ללא כל טעם טוב להבחנה ביניהם. בלשונו של השופט י' זמיר: "אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא" (בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע, פ"ד נג' 305, 289 (3) (1999) (להלן: עניין זקין))."

32. ככלל, עומדת לרשות המנהלית חזקת התקינות לפיה פעולתה המנהלית נעשתה כדין, אלא אם כן הוכח אחרת (רע"פ 2958/13 **סבאח נ' מדינת ישראל** (8.5.13), שם בפס' 12 להחלטת השופט שהם). לפיכך, על הטוען לאכיפה בררנית הנטל להפריך חזקה זו, ולהראות שבבסיס ההבחנה ניצב מניע פסול, כגון



שרירות או שיקולים זרים.

33. ואכן, בתי המשפט פסקו, כי בעת ההחלטה על העמדה לדין חייב התובע לפעול בתום לב, בהגיונות, ללא הפליה ובסבירות. סטייה ניכרת מעקרונות אלה תצדיק את התערבותו של בית המשפט בשיקול דעתה של התביעה.

34. בע"פ 8551/11 **יצחק כהן סלכגי נ' מדינת ישראל** (12.8.12) שם בפסקה 14 לפסק דינה, קבעה כב' השופטת ד' ברק-ארז מבחן המתייחס לשלוש שאלות, בבואו של בית משפט לקבוע האם מתקיימת אכיפה בדרנית, כדלהלן:

"באופן עקרוני, את טענת האכיפה הדרנית יש לבחון תוך התייחסות לשלוש שאלות: השאלה הראשונה היא מהי קבוצת השוויון שעמה נמנה מי שמעלה את טענת האכיפה הדרנית.השאלה השנייה היא - באותם מקרים שבהם אכן הרשויות לא אוכפות או לא אוכפות באותה מידה כלפי כל מי שנמנה עם אותה קבוצת שוויון - כיצד יש לאבחן מצבים של אכיפה בדרנית פסולה ממצבים רגילים ולגיטימיים של אכיפה חלקית מטעמים של מגבלת משאבים וסדרי עדיפויות. השאלה השלישית היא מהו הנטל הראייתי המוטל על מי שמעלה טענה של אכיפה בדרנית - באופן כללי, ובמשפט פלילי בפרט. יודגש, כי שלוש השאלות שהוצגו הן נפרדות, אך בחינתן צריכה להתקיים בזיקה הדוקה זו לזו. כך למשל, אי-בהירות עובדתית עלולה להקשות על שרטוטן של קבוצות השוויון. כמו כן, גם כאשר ניתן לקבוע שאנשים שונים נמנים על אותה קבוצת שוויון, הבדלים מסוימים בנסיבותיהם יכולים להשפיע על קביעת סדרי עדיפויות באכיפה במסגרת השלב השני של הבדיקה. הכרעה המתקבלת ביחס לאחת מהשאלות עשויה אפוא להשפיע על המשך הדיון."

35. כלומר, על הטוען לאכיפה בדרנית להראות, כי ניתן להצביע על הבדלים באכיפה בתוך קבוצת השוויון עימה נמנה הנאשם; שנית, עליו להראות כי מדובר באכיפה בדרנית, להבדיל מאכיפה חלקית לגיטימית, ולבסוף, עליו לעמוד על תשתית ראייתית לכאורית לטענת האכיפה הדרנית.

מן הכלל אל הפרט

אכיפה בדרנית ביחס למעורבים אחרים בגין אותה פרשה -דין ושבתאי שעמדו בראש "וועד נהגי המוניות"

36. ראשית, יש לבדוק אם הטענה עומדת בשלב הראשון, כך שהנאשמים ו"ועד נהגי המוניות" בראשות שבתאי ודין מצויים באותה קבוצת שוויון?



37. לאחר שעיינתי במכלול מסמכים שהוגשו, אשר צורפו לכתבי הטענות, עולה שמעמדה של נאשמת 2 כגורם משפיע הוא רב יותר, מזה של "ועד נהגי המוניות" שהוא ארגון בהקמה.

מחומרים מתוך אתר הבית של נאשמת 2 עולה, כי מדובר בעמותה הקיימת משנת 1996, היא מאגדת תחתיה 51 תחנות שמונות למעלה מ-8000 נהגי מוניות. לאיגוד מטרות שונות ועקרונות, לאיגוד מבנה אירגוני ברור, לאיגוד חברי הנהלה גזר וועדת ביקורת, והאיגוד מלווה על ידי עו"ד קבוע המעניק לו ייעוץ משפטי. באתר נאשמת 2 מפורטים הישגים שזו טוענת שהושגו בזכות פעולותיה, הישגים הקשורים למחיר השירות, הכרה בהוצאות, עניינים הקשורים בחקיקה ובאכיפה ועוד (ר' נספח 1 עמ' 11-14 לכתב התשובה של המאשימה לטענות המקדמיות).

כן מהודעת נאשם 1 עולה, שמספר החברים באיגוד כיום עומד על 5,000 (ר' נספח 2 לכתב התשובה של המאשימה לטענות המקדמיות, ש' 83-84) כן החברים באיגוד משלמים דמי חבר עבור החברות בו (ר' נספח 2 לכתב התשובה של המאשימה לטענות המקדמיות, ש' 153).

נאשם 1 העיד, כי **"אני באיגוד עובד קשה עבור כל הענף"** (ר' נספח 2 לכתב התשובה של המאשימה לטענות המקדמיות, ש' 173), ובהמשך: **"ברגע שההפחתה התגלתה, ופורסם מה ההפחתה, כל הנהגים וכל התחנות והנהגים ביקשו ממני להתערב"** ((ר' נספח 2 לכתב התשובה של המאשימה לטענות המקדמיות, ש' 213-214).

38. בניגוד לנאשמת 2, ניתן ללמוד מהודעות ראשי "ועד נהגי המוניות" שמדובר בארגון המצוי בשלב הקמה. מהודעת מצליח שבתאי מיום 24.5.17 עולה, כי טרם נבחרה הנהלה עבורו **"הארגון עדיין בשלבי הקמה, בחיתוליו.. ברגע שנהגי המוניות יהיו מאוגדים יתייחסו אליהם אחרת גם ברשויות וגם בעלי התחנות"** (ר' נספח 3 לכתב התשובה של המאשימה לטענות המקדמיות, ש' 316-321). כן העיד בהמשך **"עוד אין לו שם רשמי, בקבוצות הוואטס אפ והפייסבוק הוא נקרא ארגון נהגי המוניות בישראל"** (שם, ש' 322-324), הארגון לא רשום עדיין ברשם העמותות (שם, ש' 327-338). כן מהודעת דיין עולה, כי "ועד נהגי המוניות" הצליח לגייס עד כה כשלוש מאות חברים שנרשמו (ר' נספח 4 לכתב התשובה של המאשימה לטענות המקדמיות, ש' 624-625).

39. כן נאשם 1 בעצמו העיד באשר ל"ועד נהגי המוניות" שהוא לא רואה בו ארגון מסודר ומאורגן **"שני החברה שראיתי כאן, הכוונה לשי דיין, ומצי שבתאי. הם ונהגים חאפרים"** (כך במקור, ר' נספח 2 לכתב התשובה של המאשימה לטענות המקדמיות, ש' 54-56) ובהמשך מסר **"הדרך שלהם היא לא מקצועית אין להם מושג מה הענף צריך"** (שם, ש' 57-59). כמוכן מהודעתו מיום 20.6.17 עולה, כי נאשם 1 רואה בהם קבוצת וואטסאפ ולא ארגון (ר' נספח 5 לכתב התשובה של המאשימה לטענות המקדמיות, ש' 564-568).



40. בע"פ 7659/15 רוני זירר הרוש נ' מדינת ישראל (20.4.16) נקבע כך: "ואולם, החלטת רשויות התביעה להעמיד לדין פלוני ולהימנע מהגשת כתב אישום נגד אלמוני, החשוד במעורבות באותה פרשה, אינה מלמדת, בהכרח, על קיומה של אכיפה בררנית. על הטוען לכך להראות כי ההבחנה בין החשודים המעורבים באותו אירוע מבוססת על שיקולים זרים, גישה שרירותית, מטרה פסולה, וכיוצא באלה דברים (ע"פ 2681/15 שטרית נ' מדינת ישראל[פורסם בנבו] (14.2.2016) (להלן: עניין בן שטרית); ע"פ 8568/14 אבו גאבר נ' מדינת ישראל[פורסם בנבו] (19.5.2015); ע"פ 8204/14 זלום נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (15.4.2015)).".

41. עיון בראיות שהובאו לפניי מלמד, שהנאשמים לא עמדו בנטל עוד בשלב הראשון להוכחת טענתם לאכיפה בררנית, שמדובר באותה קבוצת שוויון, ועל כן ההבחנה שנעשתה ביניהם, מבוססת על שיקולים זרים, גישה שרירותית או מטרה פסולה. לדידי, אין מדובר בקבוצת שוויון, שכן אין דינם של ראש עמותה ועמותה הקיימת עשרים ושנים שנה, מאורגנת ומסודרת, שהשפיע רבות על מעמד נהגי המוניות בישראל, המייצגת אלפי נהגים, כדין וועד חדש בהקמה המייצג לכל היותר כמה מאות נהגים.

42. יתרה מזו, פוטנציאל הפגיעה, לכאורה, ממעשיו של נאשם 1 חמורים יותר ממעשיהם של ראשי "וועד נהגי המוניות", משום שנהגי מוניות ושאר ארגונים פנו אליו להתערב בעקבות מכרז רשות שדות התעופה, כפי שעולה מעדותו של נאשם 1, לפיה מסר "אני באיגוד עובד קשה עבור כל הענף" (ר' נספח 2 לכתב התשובה של המאשימה לטענות המקדמיות, ש' 173) ובהמשך: "ברגע שההפחתה התגלתה, ופורסם מה ההפחתה, כל הנהגים וכל התחנות והנהגים ביקשו ממני להתערב" (שם, ש' 213-214). דבריו אלה מלמדים על השפעתם הרבה של הנאשמים, ועל כן ההבחנה ביניהם לבין הנחקרים האחרים, היתה מטעמים ענייניים. מכאן, שגם אם היה נקבע שמדובר באותה קבוצת שוויון, הרי שהבדלים אלהבנסיבותיהם של הנאשמים אל מול הנחקרים האחרים, השפיעו על קביעת סדרי עדיפויות באכיפה, מטעמים ענייניים ולא מטעמים שרירותיים.

43. כלל ידוע הוא, כי סעד קיצוני של ביטול כתב האישום שמור למקרים חריגים בהם לא ניתן לרפא את הפגם באמצעים חריפים פחות: "על המבקש לטעון לקיומה של אכיפה בררנית להציג תשתית עובדתית מבוססת, התומכת בטענתו זו, ואין מדובר בנטל פשוט (ראו, לעניין זה, ע"פ 7696/14 עזרא (שוני) גבריאלי נ' מדינת ישראל[פורסם בנבו] (11.2.2015); ע"פ 3517/11 שמשון נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (6.3.2013); ע"פ 8702/12 זאוי נ' מדינת ישראל[פורסם בנבו] (28.7.2012); ע"פ 3215/07 פלוני נ' מדינת ישראל[פורסם בנבו] (4.8.2008) והשוו: עניין פרץ; מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית 373, 415-417 (2008)). גם אם הוכח קיומה של אכיפה בררנית, הרי שסעד קיצוני בדמות ביטול כתב האישום, שמור למקרים חריגים ביותר, בהם לא ניתן לרפא את הפגם באמצעים חריפים פחות, כגון תיקון כתב האישום, או הקלה במידת העונש (ראו עניין בן שטרית); (ע"פ 2375/12 מזרחי נ' מדינת ישראל[פורסם בנבו] (6.8.2013); ע"פ 8551/11 סלכגי נ' מדינת ישראל[פורסם בנבו]



(12.8.2012); אבו ג'אבר; עניין בורוביץ, 807) (ע"פ 7659/15 רוני זירר הרוש נ' מדינת ישראל (20.4.16)).

44. סיכומם של דברים, מקובלות עלי טענות המאשימה, לפיהן ערכה היא בחינה עניינית ושקלה את השיקולים הראייתיים בנוגע לכל אחד מהנדונים בפרשה, ואין בדעתי להתערב בשיקול דעתה. לדידי, החלטה זו של המאשימה סבירה בנסיבות העניין, ולא שוכנעתי כי יש במעשיה משום חוסר תום לב, שקילת שיקולים זרים או הפליה. כאמור, אין בית המשפט נכנס לנעלי התובע ושיקוליו אינם מחליפים את שיקול דעתה של התביעה. על כן אני סבורה, שאין בהגשת כתב האישום כנגד הנאשמים אל מול שאר הנחקרים, משום אכיפה בררנית.

אכיפה בררנית בהשוואה לעניינו של שרון, היו"ר המיועד של חברת גולן טלקום וכן בהשוואה לקביעה בדבר קו הפעולה של ארגון בתי החולים הפרטיים לחולים כרוניים בישראל.

45. ביחס להשוואה לעניינו של שרון, היו"ר המיועד של חברת גולן טלקום נראה, כי הנאשמים לא עמדו בנטל להוכיח שמדובר באותה קבוצת שוויון, משום שבעניינו מדובר ב"איגוד עסקי", כאמור, ודי בכך כדי לשלול את הטענה, כי הם מצויים באותה קבוצת שוויון יחד עם מר גיל שרון אשר אינו עומד בראש איגוד עסקי. כמו כן, בשונה מעניינו של שרון, לכאורה, אין מדובר רק בהתבטאות פומבית, כפי שמדובר במקרה של שרון, אלא נעשו פעולות נוספות על ידי הנאשמים, כך, שלכאורה, המקרה הנדון נמצא במדרג חומרה גבוה יותר.

46. ניתן להקיש לעניינו למקרה שנדון בע"פ 38411-12-11 **מדינת ישראל נ' חמו** (20.3.12), שם נקבע שכדי להוכיח אכיפה בררנית המבוססת על שרירות, אין די בהצגת פסקי דין לשם השוואה בין עניינו של המבקש לבין האחרים: **"כאמור לעיל, אין די בבחינת פסקי הדין כשלעצמם, ועל ב"כ המשיב היה להראות, כי ביסוד ההחלטה להעמיד לדין משמעתי בעניינו, עמדו שיקולים שרירותיים, העומדים בסתירה לקווים המנחים שהציגה המערערת... על הטוען לה, להציג תשתית עובדתית ולפיה עניינו שלו חריג באופן בולט ובלתי מנומק עד כי אין להסבירו אלא בשרירות".** כך אני סבורה שגם בעניינו, אין הנאשמים יכולים להתבסס ולהשוות את ענינם, לענינם של שרון וארגון בתי החולים הפרטיים לחולים כרוניים בישראל, מבלי להראות שהחלטת המאשימה עמדה על בסיס שיקולים שרירותיים.

47. במקרה דנן, הנאשמים לא הניחו תשתית ראייתית מתאימה ולא הציגו נתונים מהם ניתן ללמוד על אכיפה בררנית. בנוסף, המאשימה בטיעוניה הסבירה את השיקולים שהביאוה לבחור בהליך של הגשת כתב אישום, ושוכנעתי שהיא פעלה בהגינות תוך הפעלת שיקול דעת ולא באופן שרירותי ובחוסר סבירות.



48. זאת ועוד, בע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פולדי פרץ (10.9.13) קבע כבוד השופט גרוניס בדעת רוב, כי: "מסופקני אם ראוי לקבוע כי די במקרה זה אחד ויחיד בו פעלו הרשויות המינהליות בעבר בדרך שונה ולא הגישו כתב אישום, כדי להוביל בהכרח לביטולו של כתב אישום במקרה דומה אחר. נראה, כי על הנאשם להראות, כי לאורך זמן ובאופן שיטתי (או קרוב לכך) קיבלו הרשויות המינהליות במקרים דומים החלטות שונות מאלה שנתקבלו במקרה שלו".

49. לפיכך, הבאת מקרה יחיד, של מר שרון בו פעלו הרשויות המנהליות בעבר בדרך שונה ולא הגישו כתב אישום, אין בו כדי להביא בהכרח לביטול כתב האישום.

50. אשר על כן אני קובעת, כי הנאשמים לא עמדו בשלב זה בנטל הדרוש לבסס טענה של הגנה מן הצדק, ומכאן, ממילא, לא ניתן לטעון למתן הסעד הקיצוני המבוקש של ביטול כתב האישום.

עובדות כתב האישום אינן מגלות עבירה

51. מכאן לטענה המקדמית לפי סעיף 149(4)לחסד"פ שהעלו נאשמים, לפיה העובדות המפורטות בכתב האישום אינן מגלות את העבירה המיוחסת להם. בפירוט, טענתם הייתה שמאחר והזכות במכרז היו חברת GETT וחברת מוניות הדר, שאינן חברות באיגוד נהגי המוניות, לא מתקיים הרכיב בסעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים לפיו העילות למניעה או הפחתה של התחרות בעסקים היא בין חברי האיגוד.

52. על פי הוראות סעיף 149(4)לחוק סדר הדין הפלילי רשאי הנאשם -לאחר תחילת המשפט- לטעון טענה מקדמית ולפיה העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מגלות עבירה. מקום שנטענה טענה מקדמית כאמור, רשאי בית המשפט, על פי הוראות סעיף 150 לחסד"פ, להחליט בטענה לאלתר או להשהות החלטתו למועד אחר של המשפט, ומקום שנתקבלה טענה מקדמית - רשאי בית המשפט לתקן את כתב האישום או לבטלו.

53. משמעותו של סעיף 149(4)לחסד"פ, היא, כי גם מקום שיודה הנאשם בעובדות כתב האישום על פי נוסחון, רכיבי העבירה אינם מתמלאים ואינם מאפשרים להרשיעו.

54. לאחר שנתתי דעתי לטענות הצדדים, איני מוצאת מקום להיעתר אף לטענה זו של הנאשמים. מקובלים עלי נימוקי המאשימה, שטענות אלה ראויות להתברר תוך כדי ההליך, כאשר בית המשפט יחשף לעדויות ולמסמכים הרלוונטיים. בשלב מקדמי זה, די בכך שישנה אפשרות שכתב האישום מגלה עבירה, כפי שעולה ממסמכי המכרז אליהם הפנתה ב"כ המאשימה (ראה נספח 7 לתגובת המאשימה לטענות המקדמיות), לפיהם מונית מזדמנת נכללת בנסיעות המסיעות נוסעים מנתב"ג באמצעות אפליקציית השירות. מונית מזדמנת פירושה מונית, אשר הורידה נוסעים בנתב"ג ונרשמה



באפליקציית השירות של המפעיל לשם איסוף נוסעים מנתב"ג. נהג מונית מזדמנת יכול להיות חבר באיגוד נהגי המוניות. על כן לא ניתן לקבל את הטענה, כי כתב האישום אינו מגלה עבירה, שכן קיים פוטנציאל להרשעת הנאשמים בעבירה המיוחסת להם.

55. לפיכך, משמתקיימת דרישת סעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים "בין חברי האיגוד", שכן נהגי המוניות שהיו צפויים לגבות את מחיר הנסיעה המופחת, כפי שנקבע במכרז, היו כלל נהגי המוניות ולא דווקא נהגים העובדים בחברות, כאמור. לכן, בהצטרף נתונים אלה ובשים לב לשלב המקדמי של המשפט בו אנו מצויים, אין מקום לבטל את כתב האישום.

סוף דבר

56. על יסוד כל האמור לעיל, אני דוחה את כל הטענות המקדמיות של נאשמים.

57. נקבע לתשובת הנאשמים לכתב האישום ולדיון לפי סעיף 144 ליום 18.11.18 בשעה 10:00.

המזכירות תשלח ההחלטה לב"כ הצדדים.

ניתנה היום, כ"ו אלול תשע"ח, 06 ספטמבר 2018, בהעדר הצדדים.