

Antitrust & Competition

קרטל הקבלנים - על תפקידם של יועצים משפטיים כשומרי סף



בית המשפט העליון במסר חד וברור לעורכי דין ויועצים משפטיים: נוכחות של עו"ד והשתתפות פאסיבית בישיבות לא מספיקה לצורך קבלת טענה של הסתמכות על עצה משפטית בהליך פלילי - חובתם של יועצים משפטיים להתריע באותם מצבים שבהם הליכי קבלת החלטות נוטים לעבר מסלול שאינו חוקי במובהק.

בית המשפט העליון פרסם לפני מספר ימים את הכרעתו בערעור שהוגש על ידי מנהלים בחברות קבלניות שהורשעו בכך שהיו צד להסדר כובל בפרשת "מיגון עוטף עזה". ראשית הפרשה, בכתב אישום שהוגש על ידי רשות התחרות בשנת 2010 נגד 35 נאשמים, ביניהם התאחדות הקבלנים ובעלי תפקידים בה (לרבות נשיא ההתאחדות), חברות קבלניות ומנהליהן, על כך שחברו יחד, בהמלצת התאחדות הקבלנים, ונמנעו באופן מתואם מהגשת הצעות למכרז שערך משרד הבינוי והשיכון לביצוע עבודות מיגון בעוטף עזה. בית המשפט המחוזי הרשיע את המעורבים וגזר עליהם עונשי עבודות שירות וקנסות כספיים.

טענת הגנה מרכזית שהעלו הנאשמים בבית המשפט המחוזי הייתה שהם טעו במצב המשפטי, זאת מתוך כך שמעשיהם נעשו בהסתמך על ייעוץ משפטי שקיבלו. לדבריהם, היועץ המשפטי של התאחדות הקבלנים נכח בפגישות שבמסגרתם נדונה סוגיית המכרז ואף ליווה את מהלכיהם בנושא, ויחד עם זאת - לא הזהיר כי יש בהחלטה המשותפת שלא להגיש הצעה למכרז כדי להוות עבירה על דיני התחרות. ביהמ"ש המחוזי דחה את טענת הנאשמים וקבע כי "לא מדובר על עצה פוזיטיבית מפורשת, אלא לכל היותר על שתיקת עורך הדין במהלך פגישות הקבלנים ואי הנפת 'דגל שחור' או 'תמרור עצור' בפניהם על ידו". בית המשפט העליון סמך ידיו על החלטתו של המחוזי והדגיש אף הוא שלא די בכך שעורך דין הנוכח בישיבות בהן נדונה ההתארגנות אשר מהווה ההסדר הכובל ימנע מלהניף "דגל שחור" בפני המשתתפים או שיהיה מעורה בפעילותם השוטפת מבלי להתריע על אפשרות של עבירה; אלא, שעל עורך הדין לתת עצה פוזיטיבית מפורשת, אשר תבוא לידי ביטוי בחוות דעת פורמאלית בכתב. בסיום פסק הדין, בית המשפט שולח מסר חד וברור ליועצים משפטיים בנוגע לתפקידם כשומרי סף:

"נסיבות המקרה שבפנינו מדגימות היטב את החשיבות הנודעת לתפקידם של יועצים משפטיים כשומרי סף. המערערים ביקשו להתילת בעצם נוכחותו של יועצה המשפטי של ההתאחדות בפגישות כדי לחסות תחת כנפיה של ההגנה של טעות במצב משפטי, לפי סעיף 34 לחוק העונשין. אולם, כפי שראינו, שתיקתו של היועץ המשפטי בנסיבות העניין אינה מקנה להם הגנה זו. בהקשר זה יש להטעים דברים ביחס לחובותיהם של יועצים משפטיים ומי שנוקקים לשירותיהם. מחד גיסא, זוהי חובתם של יועצים משפטיים להתריע באותם מצבים שבהם הליכי קבלת החלטות נוטים לעבר מסלול שאינו חוקי במובהק. או אז עליהם לצאת מן הצל וליתול על עצמם את התפקיד המחייב, גם אם לא נעים, של אמירת "לא" בתקיפות, ולהזהיר באופן יזום מפני ההיבטים הפליליים של המעשים. זהו אחד הביטויים של חובת הנאמנות של עורך-הדין כלפי לקוחו, כמו גם כלפי הציבור כולו".

בד בבד, בית המשפט העליון מטיל אחריות על מי שנזקק לשירותים משפטיים "להציג שאלות קשות ולפעול באופן רציני לבירורו, ולא רק לנקוט בגישה של "אל תעירו ואל תעוררו".

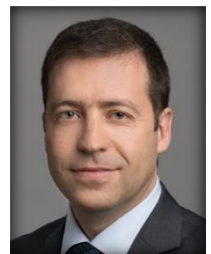
באשר לעבירת ההסדר הכובל, בית המשפט העליון קיבל את הכרעתו של המחוזי והבהיר שככלל, תיאום בין מתחרים שלא להגיש הצעות במכרז הינו הסדר כובל שחלה עליו חזקת הפגיעה בתחרות, שכן הוא כובל את שיקול הדעת של המתחרים – ובכך מהווה עבירה על חוק התחרות. ביהמ"ש העליון הדגיש כי חומרת העבירה מקבלת משנה תוקף במיוחד כאשר מדובר במכרז ציבורי, אשר נועד לקדם פעילות לטובת הציבור. ובלשונו של בית המשפט העליון: **"החרמת המכרז על דרך של החלטה מתואמת שלא לגשת אליו כלל – מהווה אמצעי להפעלת לחץ על עורך המכרז לשנות את תנאיו המסחריים, באופן שייטיב עם המתחרים במכרז על חשבון מתחרים פוטנציאליים אחרים. בכך יש כדי לפגוע בערך המוגן של העבירה – שמירה על קיומו של שוק חופשי ותחרותי. בהקשר של מכרז ציבורי מצטרפת לכך פגיעה נוספת בתכליותיו של המכרז ובאינטרסים הציבוריים הניצבים ביסודו".**

כמו כן, טענות חברות קבלני המשנה שהשתתפו בחרם על המכרז, אשר התמקדו בכך שלכאורה לא תרמו בפועל לצמצום התחרות מכיוון שבכל מקרה לא היו כשירות להגיש הצעה במכרז – נדחו על ידי בית המשפט העליון, אשר הבהיר כי עצם ההצטרפות להסדר הכובל תרמה לחיזוק החרם. בית המשפט העליון חזר על החלטות קודמות בהן קבע שהצטרפות להסדר כובל למראית עין בלבד, עשויה להיראות ככזאת התורמת להגבלת התחרות וכעבירה על חוק התחרות – ואין זה משנה אם הגבילו המשתתפים בהסדר את חופש הפעולה שלהם בפועל.

באשר להרשעה ולענישה בעבירות על חוק התחרות, בית המשפט העליון חזר על החלטות קודמות והדגיש שככלל, אופיין של עבירות על חוק התחרות אינו מאפשר להימנע מהרשעה או לבטלה וכן שמדיניות הענישה הראויה בעבירות אלו היא מאסר בפועל מאחורי סורג ובריח.

פסק דינו של בית המשפט העליון ממחיש את כובד משקלן של עבירות על חוק התחרות ומדגיש את החשיבות שבפנייה לקבלת ייעוץ משפטי פוזיטיבי בסוגיות הנוגעות לחוק זה, לצד האחריות המוטלת על יועצים משפטיים הפועלים כשומרי סף.

נשמח, כמובן, לעמוד לרשותכם בכל שאלה או הבהרה.



אבנר פינקלשטיין
שותף

avnerf@gornitzky.com

גורניצקי