

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 5672/05

ע"פ 5679/05

בפני :  
כבוד השופט א' א' לוי  
כבוד השופטת א' חיות  
כבוד השופטת ד' ברלינר

המערערים בע"פ 5672/05 :  
1. טגר בע"מ  
2. אהוד ארזי

המערערים בע"פ 5679/05 :  
1. אלי שיפמן  
2. חברת אס. אר. אס. הנדסה וסוכנויות בע"מ

נ ג ד

המשיבה :  
מדינת ישראל

ערעור על הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט המחוזי  
בירושלים בת"פ 385/98 שניתנו ביום 10.2.05 וביום  
3.4.05 על ידי כבוד השופט י' עדיאל

תאריך הישיבה :  
כ"ה חשוון תשס"ז (16.11.06)

בשם המערערים בע"פ  
5672/05 :  
עו"ד קרגולה, עו"ד רות כהן מרכוס  
בשם המערערים בע"פ  
5679/05 :  
עו"ד יעל גרוסמן, עו"ד נאוה ורבקסל, עו"ד סאלי  
ליבט

בשם המשיבה :  
עו"ד אשר גושן

### פסק-דין

השופטת ד' ברלינר :

1. ערעורים מאוחדים כנגד פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים  
(כבוד השופט י' עדיאל). בהכרעת הדין הורשעו המערערים בעבירות לפי סעיף  
47(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק ההגבלים  
העסקיים), לאחר שנקבע כי הם היו צד להסדר כובל. בגזר הדין הוטלו על

המערערים עונשים של קנס, מאסר על תנאי ומאסר בפועל אשר ירוצה בעבודות שירות. הערעורים מופנים כנגד ההרשעה ולחלופין כנגד חומרת העונש.

רקע

2. המערערים בע"פ 5672/05 הינם חברת טגר בע"מ (להלן: טגר), חברה פרטית שעל פי כתב האישום עסקה בתקופה הרלוונטית בסחר בינלאומי של ציוד צבאי תעופתי, ואהוד ארזי (להלן: ארזי), בעליה של טגר ובתקופה הרלוונטית גם המנהל שלה (להלן ביחד גם: מערערי טגר). המערערים בע"פ 5679/05 הינם חברת אס. אר. אס הנדסה וסוכנויות בע"מ (להלן: SRS), חברה פרטית שעל פי כתב האישום עסקה בתקופה הרלוונטית ברכישה וייצוא של עודפי צבא, בעיקר חלקי חילוף תעופתיים, ואלי שיפמן (להלן: שיפמן), שעד ינואר 1995 היה שותף ומנהל ב-SRS ואז הפך לבעלים היחיד של החברה ולמנהלה הכללי (להלן ביחד גם: מערערי SRS). כתב האישום המקורי כלל שני נאשמים נוספים: חברת קמטק מערכות בע"מ (להלן: קמטק), חברה פרטית שעל פי כתב האישום עסקה בתקופה הרלוונטית בקנייה, שיווק ומכירה של ציוד תעופתי, ודוד בן אברהם מנשה (להלן: מנשה), בעליה של קמטק ובתקופה הרלוונטית גם המנהל שלה. בשלב מסוים, הופרד משפטם של קמטק ומנשה ממשפטם של יתר הנאשמים. עם זאת, חלק גדול מהמעשים שיוחסו למערערים כוללים שיתוף פעולה עם קמטק ומנשה, שעל כן לא יהיה מנוס מהתייחסות גם לחלקם באירועים, כפי שציין גם בית משפט קמא.

3. הרקע לעבירות נשוא כתב האישום הינו סחר בציוד צבאי תעופתי. על פי המתואר בכתב האישום, משרד הביטחון הוא הנושא באחריות למכירת ציוד עודף או ציוד שיצא מכלל שימוש של צה"ל. בשנת 1990 הקים משרד הביטחון את "מחסן 4000" שבו רוכז הציוד של חיל האוויר המיועד למכירה. הציוד מהמחסן נמכר בשלוש שיטות אפשריות: שיטה אחת – מכירה פריטית. היינו, מכירה של פריטים מסוימים לפי הזמנה. השיטה השנייה – מכירה מדורית. היינו, מכירת קבוצה שלמה של חלקי חילוף מסוג מסוים שכונו "מדור". השיטה השלישית – מכרז. שיטת המכרז הייתה ננקטת בשני מקרים: כאשר משרד הביטחון החליט מיוזמתו למכור ציוד מסוים בדרך של מכרז או כאשר ביקשו יותר משני לקוחות לרכוש את אותו הפריט. כתב האישום מייחס למערערים השתתפות בסדרה של הסדרים כובלים במספר פרשות של רכישה

ומכירה של חלקי חילוף תעופתיים. העסקאות נשוא כתב האישום – למעט האישום הראשון – נעשו במסגרת מכירה מתוך "מחסן 4000". נפנה אפוא לתאר ביתר פירוט את העובדות נשוא כתב האישום ואת פסק דינו של בית משפט קמא.

#### כתב האישום וקביעותיו של בית משפט קמא

##### אישום ראשון

4. מטוס המיראז' יצא מהשירות בחיל האוויר אי אז במהלך שנות השבעים. רובם של המטוסים נמכרו, אך במחסני משרד הביטחון הצטבר מלאי גדול של חלפים למטוס המיראז'. ביום 17.1.90 פנה שיפמן לראש תחום אוויר-ים בחטיבת העודפים בסיב"ט (סיוע ויצוא ביטחוני), מר דוד דוד (להלן: דוד דוד), והודיע לו כי SRS מעוניינת לרכוש חלקי חילוף מסוימים של מטוס המיראז'. בהמשך הועלתה ההצעה על הכתב (ת/100) והיקפה הורחב. ביום 18.3.90 נערכה שיחת טלפון בין דוד דוד לשיפמן, לגביה יש חילוקי דעות בין הצדדים. לגירסת שיפמן, הציע לו דוד דוד לרכוש ממשרד הביטחון את כל חלקי החילוף של מטוס המיראז' תמורת סכום של 2.1 מיליון דולר, הוא קיבל את ההצעה ובכך נכרת חוזה מחייב. המשיבה מודה שהושגה באותה שיחה הבנה מסוימת למכירת חלקי החילוף במחיר האמור, אך טוענת כי זו לא נתגבשה לכלל חוזה. בית המשפט המחוזי קבע בהכרעת דינו, כי אין צורך להכריע בשאלה זו. יצוין, כי SRS ניהלה משא ומתן עם חברה מארגנטינה, לטענתה, בהתבסס על הבנתה כי יש בידיה התחייבות ממשרד הביטחון. על היקף ההבנה יש מחלוקת. המדינה מפנה למסמך ת/98 ממנו עולה לכאורה כי בזמן אמת התייחס שיפמן למה שנאמר באותה שיחה כאל "הצעה" של סיב"ט שהועברה אכן לחברה מארגנטינה. מכל מקום, על סמך האמור ניגשה החברה מארגנטינה למכרז של חיל האוויר הארגנטיני וזכתה בו.

5. ביום 21.3.90 הגישה טגר למשרד הביטחון הצעה לרכישת מלאי חלקי החילוף בסכום של 2.15 מיליון דולר. בנקודה זו חלוקות גירסאות הצדדים. לגירסת שיפמן, הוא לא ידע בזמנו שטגר הגישה את ההצעה האמורה. הוא מוסיף וטוען, כי הייתה זו הצעה "מוזמנת" על ידי משרד הביטחון שנועדה לאפשר לו להתנער מההסכמה עם SRS ולהשיג מחיר גבוה יותר. המשיבה

גורסת, לעומת זאת, כי הצעתה של טגר הייתה הצעה אותנטית ושיפמן ידע עליה עוד בעת הגשתה. לנפקותה של מחלוקת זו ולהכרעתו של בית המשפט לגביה נגיע בהמשך. ביום המחרת, 22.3.90, פנה דוד דוד בכתב למספר חברות והזמין להגיש הצעות לרכישת מלאי חלקי החילוף. משנודע על כך לשיפמן הוא פנה לעורכי דינו והללו ניהלו מגעים בעניין עם משרד הביטחון ואף איימו בנקיטת הליכים משפטיים, אך נראה שאלו לא הבשילו לכלל מהלך מעשי. הפנייה שנעשתה על ידי דוד דוד ידעה מספר גלגולים ושינויים עד כי סופו של דבר שביום 4.6.90 פירסם משרד הביטחון (באמצעות סיב"ט) מכרז למכירת חלקי החילוף. יום 14.6.90 נקבע כמועד אחרון להגשת הצעות.

6. בזמן כלשהו בעת ההתנהלות האמורה, החלו שיפמן וארזי לקיים מגעים על אפשרות של שיתוף פעולה בין טגר ובין SRS בנוגע לרכישת חלקי החילוף של המיראז'. טיוטת הסכם שיתוף פעולה הועברה בין הצדדים ביום 28.5.90. ביום 6.6.90 התקיימה פגישה בה נטלו חלק שיפמן, ארזי ועורכי דינם – עורך-דין לוינסון (שייצג את מערערי טגר) ועורך-דין שביט (שייצג את מערערי SRS). נושא הפגישה, על-פי עדותו של עורך-דין שביט, היה "תיאומים בנושא אופן הגשת המכרז למשרד הביטחון". על פי תרשומת של הישיבה, שנערכה על ידי מתמחה שנכח בה, סוכם כי "עדיף להגיש מכרז אחד. להגיש הצעה שאינה bona fide אינה רצויה. רק SRS תגיש הצעה" (נ/170). ביום 7.6.90 חתמו SRS וטגר על שני מסמכים – הסכם שיתוף פעולה ביניהם בקשר לחלקי החילוף (ת/4) (להלן: הסכם שיתוף הפעולה) ו"מכתב צד" (ת/149).

7. הסכם שיתוף הפעולה כלל חלק מבואי בו הצהירו SRS וטגר כי לכל אחת מהן בנפרד יש מלאי של חלקי חילוף של מיראז'. כן נכתב שמטרת ההסכם היא להביא לשיתוף פעולה בכל הנוגע למסחר בחלקי החילוף של מטוס המיראז', ובכלל זה רכישה משותפת, קיום מלאי משותף, תיאום השיווק של החלפים וחלוקת הרווחים. בגוף ההסכם פורטה הדרך בה יבוא שיתוף הפעולה לידי ביטוי: החל ממועד חתימת החוזה יאחדו טגר ו-SRS את המלאי שלהם – פיזית ומשפטית – על דרך של מכירת הבעלות במחצית כל פרט שבמלאי לצד שכנגד. ממועד איחוד המלאים כל הרכישות והמכירות של טגר ו-SRS יבוצעו בשביל שתי החברות, מתוך או למען המלאי המשותף ובהסכמה. כמו כן הוסדרה דרך ההתחשבות בין החברות. כל אחד מהצדדים התחייב שלא למכור ולשווק

חלקי חילוף בארצות שיוחדו לשיווק של הצד האחר, בהתאם לרשימות שצורפו לחוזה. סעיף 7.1 להסכם קבע כי:

"השתתפותם של הצדדים, או של מי מביניהם, במכרז לרכישת חלקי חילוף מותנית בהשגת הסכמה, מראש ובכתב, בין הצדדים בדבר השתתפות במכרז כאמור וכן הסכמה לתנאי ההצעה (לרבות סכומה) שיוגשו למכרז. על רכישת חלקי חילוף ע"י הצד שזכה במכרז יחולו כל הוראות חוזה זה המתייחסות לרכישת חלקי חילוף..."

הסכם שיתוף הפעולה כלל גם תניה בה התחייבו הצדדים לשמור את דבר קיומו של ההסכם ופרטיו ב"סודיות מוחלטת".

8. ב"מכתב צד" האמור (ת/149) שנחתם באותו מועד הסכימו הצדדים שהסכם שיתוף הפעולה ייכנס לתוקף "אם ולאחר שיתברר כי הצעתנו המשותפת המוגשת [באמצעות SRS] למשרד הביטחון... קובלה על ידו וזכתה במכרז". עוד נקבע, כי הצדדים נותנים את הסכמתם, כנדרש בסעיף 7.1 להסכם שיתוף הפעולה (שצוטט בפיסקה הקודמת), לגשת למכרז של משרד הביטחון וכן מסכימים לתנאי ההצעה שתוגש על-ידי SRS. נקבע גם שטגר תפקיד בידיה של SRS ערבות בנקאית בגובה מחצית מהערבות שאותה תידרש SRS להפקיד במסגרת המכרז.

9. בהתאם למסוכם, העבירה טגר לידי SRS, ביום 14.6.90, ערבות בנקאית על סך 200,000 ש"ח. כמו כן היא הסמיכה את SRS להגיש הצעה למכרז עד לסכום של 4 מיליון דולר. ביום 14.6.90 הגישה SRS הצעה למכרז. סכום ההצעה עמד על 3.8 מיליון דולר ולא צוין בה כי היא מוגשת גם בשם טגר. מלבד הצעתה של SRS הוגשה למכרז הצעה אחת נוספת, שהייתה משותפת לחברת קמטק ולחברת מאירי סופלאי, בסכום של 1,672,402 דולר. ועדת המכרזים החליטה לא לבחור באף אחת מההצעות כיוון שהן היו נמוכות ממחיר המינימום עליו הוחלט מראש (6,050,000 דולר עם אפשרות לרדת עד לסכום של 5 מיליון דולר). ועדת המכרזים החליטה כי סיב"ט תמשיך במשא ומתן עם המציעים. ביום 26.6.90 פנתה סיב"ט למספר חברות, ביניהן SRS וטגר, והזמינה אותן להציע הצעות לרכישת מלאי חלקי החילוף. המועד האחרון להגשת ההצעות נקבע ליום 28.6.90. ביום זה, ה-28.6.90, נחתם מכתב בו

הסכימו SRS וטגר שהסכם שיתוף הפעולה ביניהן יהא בתוקף אם אחת מהן תזכה במשא ומתן זה (ת/153). בו ביום הגישו שתי החברות הצעות: SRS על סך של 4 מיליון דולר וטגר על סך של 4.005 מיליון דולר. בשתי ההצעות לא צוין שיתוף הפעולה בין החברות. לטענת שיפמן, הוא לא ידע באותו הזמן כי טגר הגישה גם היא הצעה. הצעותיהן של SRS וטגר היו היחידות שהוגשו. SRS נבחרה כזוכה בשל עדיפות לוח פרישת התשלומים שנכלל בהצעתה ונחתם עימה חוזה רכישה ביום 10.7.90. בהמשך נתגלעו חילוקי דעות בין משרד הביטחון ל-SRS בנוגע להצעה ולאחר שנתקיימו מגעים נחתם, רק ביום 28.4.93, הסכם שהגדיר את היקף הרכישה. ביום 12.7.90 חתמו SRS וטגר על מסמך בו אישרו כי התקיים התנאי המתלה שבהסכם שיתוף הפעולה והוא נכנס לתוקף (ת/6).

10. קרוב לשלוש שנים לאחר מכן, ביום 1.6.93, חתמו SRS וטגר על הסכם נוסף הנוגע לחלקי החילוף של המיראז' (ת/157). הסכם זה פתח במשפטים הבאים:

"הואיל ולחברת SRS מלאים של ציוד וחלפים למיראז'.  
והואיל ולחברת טגר מלאים של ציוד וחלפים למיראז'."  
..."

בהמשך נקבע כי שתי החברות יקיימו ביניהן שיתוף פעולה וחלוקה ברווחים בכל הנוגע למכירתם של החלפים ולתחזוקתם וכן באשר לרכישה עתידית של חלפים דומים. נקודה בעלת משמעות, בעיני בית משפט קמא, הייתה העובדה שעל אף שמכוחו של הסכם שיתוף הפעולה משנת 1990 היו שתי החברות שותפות בבעלותן על חלקי החילוף של מטוס המיראז', הדבר לא הוזכר בהסכם הנוכחי אלא נוצר הרושם שכל אחת באה אליו מעמדה של בעלות נפרדת. שיתוף הפעולה בין החברות נמשך עד שנת 1996 או 1997.

11. בית המשפט המחוזי קבע, כי בהסכמים האמורים יש משום הסדר כובל לפי סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, על כל ארבע חלופותיו. התמלאות התנאים שבסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, קבע בית המשפט, מקימה חזקה חלוטה לקיומו של הסדר כובל. בכך יישם בית המשפט את הילכתו של בית משפט זה בדנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף היס (1994) בע"מ, פ"ד נו (1)

56 (להלן: הילכת טבעול). בית המשפט דחה את הטענה, כי "רוחות חדשות" מנשבות מכיוונו של בית המשפט העליון ומכרסמות בהילכת טבעול.

12. לאחר שנקבע כי בנסיבותיו של אישום זה מתקיים הסדר כובל, עבר בית המשפט המחוזי לדון בטענות הגנה שהועלו על ידי הנאשמים. ראשית, נדונה הטענה לקיומה של הגנה מן הצדק, אשר נשענה על שני נדבכים. הנדבך האחד הוא טענת מערערי SRS ששיתוף הפעולה שלהם עם טגר היה פועל יוצא מהתנהגותו של משרד הביטחון והקשיים הכלכליים שהם נקלעו אליהם בעקבותיה. לפי הטענה, הפר משרד הביטחון את החוזה שנכרת בשיחת הטלפון מיום 18.3.90, חוזה שבעקבותיו נטלה על עצמה SRS התחייבויות כלפי לקוחה מארגנטינה. עוד נטען, כי מדובר בעסקה בהיקף גדול אשר הנטל הכלכלי הכרוך בביצועה חייב שיתוף פעולה בין החברות. בית המשפט דחה את הטענה. לגישתו של בית המשפט, אף אם הייתה הפרת הסכם על ידי משרד הביטחון – ושאלה זו, כאמור, לא הוכרעה – אין בכך כדי להצדיק כריתתו של הסדר כובל. גם טענה של היעדר אמצעים כספיים מספקים אינה יכולה להישמע כהצדקה ליצירת הסדר כובל.

הנדבך הנוסף עליו התבססה טענת ההגנה מן הצדק הינו הטענה שמשרד הביטחון ידע על שיתוף הפעולה בין החברות ואף עודד אותה. טענה זו נשמעה בקשר לכל האישומים ועסקה במכלול יחסי המערערים עם משרד הביטחון. את הטענה ואת הכרעתו של בית המשפט, לגבי אישום זה ולגבי שאר האישומים, נפרט בהמשך.

13. טענת הגנה נוספת שנשמעה על ידי המערערים הייתה שהם פעלו על פי עצה מעורך דין, ועל כן קמה להם הגנת ההסתמכות. בית המשפט ניתח בהרחבה את יסודותיה של הגנת ההסתמכות, לאור התוויות של בית משפט זה בע"פ 1182/99 הורביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (4) 1 (להלן: פרשת הורביץ). נקבע, שההגנה עשויה לחול, ברמה העקרונית, גם על עבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים. אולם בית המשפט קבע שהמערערים אינם זכאים להגנה זו מכיוון שהסתירו מידע מעורכי דינם. לקביעתו של בית המשפט ולהשגותיהם של המערערים לגביה נידרש בהרחבה בהמשך. טענה נוספת שהועלתה על ידי המערערים היא כי קמה להם הגנה בדמות סייג זוטי הדברים הקבוע בסעיף

34 יז לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). הטענה נשמעה לגבי כל האישומים והיא תפורט בהמשך.

כל האישומים שיפורטו להלן, דומים באופיים זה לזה (ולאישום הראשון שהינו כאמור, המרכזי). הטענות שהעלו המערערים ביחס אליהם זהות או כמעט זהות והכרעותיו של בית המשפט אף הן דומות או זהות בשינויים המתחייבים מן העובדות הפרטניות שבכל אישום ואישום. עדיין, אין מנוס מהבאת עיקרי הדברים כדלקמן.

## אישום 2

14. ביום 21.5.91 חתמה טגר על חוזה עם משרד הביטחון לרכישת ציוד בתחום מסוקי BELL בערך כולל של 302,805.90 דולר. בחודש יולי 1993 או בסמוך לכך נחתם הסכם בין טגר, קמטק וחברה אמריקנית בשם אירוספורט (להלן: אירוספורט) (להלן: הסכם ה-BELL) (ת/18). במבוא להסכם ה-BELL הצהירה טגר על הרכישה האמורה ממשרד הביטחון והוסכם, כי היא תמכור לקמטק ולאירוספורט שליש מהמלאי שרכשה, כך שהציוד יהיה בבעלות שווה של שלוש החברות. עוד נקבע בהסכם, שכל מכירה ממלאי זה תהיה מכירה משותפת. הסכם ה-BELL אף הסדיר את חלוקת העבודה ואופן ההתחשבות בין החברות וכן קבע שהוא יחול גם על רכישה עתידית של חלפים. בסופו של ההסכם התחייבו הצדדים לו לשמור על סודיות בנוגע לקיומו ולפרטיו.

15. לגירסת מערערי טגר בבית המשפט המחוזי, שיתוף הפעולה בין החברות החל רק לאחר שטגר חתמה על חוזה הרכישה עם משרד הביטחון. המשיבה טענה, לעומת זאת, כי שיתוף הפעולה בין החברות נוצר עוד קודם לכן והרכישה עצמה בוצעה כחלק מההבנה ביניהן. לטענת המשיבה, התנהלו מגעים על שיתוף פעולה בין שלוש החברות, וביום 3.4.91 אף הועברה טיוטה של הסכם ביניהן (ת/160). במבוא לטיוטת ההסכם נאמר שהצדדים מעוניינים לשותף פעולה בכל הקשור לרכישה של פרטי ציוד תעופתיים מסוימים המוצעים מעת לעת למכירה במחסן המכר של חיל האוויר. בית המשפט המחוזי קיבל את עמדת המשיבה וקבע שמהראיות עולה ששיתוף הפעולה בין שלוש החברות החל לפני חתימת חוזה הרכישה בין טגר למשרד הביטחון ביום 21.5.91. עוד קבע בית המשפט, כי בהסכם ה-BELL יש כבילות שונות המקיימות את כל החלופות



שבסעיף 2(ב). בית המשפט הוסיף וקבע, כי הסכם ה-BELL הוא הסדר כובל אף בעומדו בפני עצמו, ואף אם נניח, כטענת המערערים, שלפני חתימתו לא התקיים ביניהם שיתוף פעולה.

16. לטענת מערערי טגר, הוכן הסכם ה-BELL על ידי עורך-דינו של ארזי, עורך-דין לוינסון, אשר לא הפנה את תשומת ליבו לבעייתיות כלשהי מבחינת דיני ההגבלים העסקיים, ועל כן עומדת להם הגנת ההסתמכות. בית המשפט דחה את הטענה משני טעמים. ראשית, קבע בית המשפט, כי שיתוף הפעולה החל עוד לפני חתימת הסכם ה-BELL, שרק לגביו ניתן הייעוץ המשפטי. שנית, קבע בית המשפט, כי גם לגבי הסכם ה-BELL לא יכולה הגנת ההסתמכות לעמוד, וזאת מן הטעם שבפני עורך הדין לא הונחה התשתית העובדתית המלאה. בעיקר לא גולתה העובדה שהסכם זה הינו תוצאה של שיתוף פעולה שהחל שנתיים קודם לכן.

אישום 3

17. ביום 24.4.94 פירסם משרד הביטחון מכרז למכירת ציוד אוויוניקה, בו הוצעו למכירה ציוד וחלפים למכ"מ. למכרז הוגשו שתי הצעות: מטעם קמטק על סך של 138,000 ש"ח ומטעם טגר על סך של 33,000 ש"ח. הצעתה של קמטק נבחרה כזוכה. בחודש מאי 1994 נכרת הסכם בין טגר, קמטק ואירוספורט (ת/33) (להלן: הסכם האוויניקה). במבוא להסכם הצהירה קמטק על רכישתה במכרז האמור. כן הוצהר שהצדדים הסכימו שקמטק תמכור לכל אחת משתי החברות האחרות שליש בלתי מסוים מהמלאי שנרכש. ההסכם מוסיף ומפרט את חלוקת העבודה ואופן שיתוף הפעולה בין החברות. כמו כן כולל ההסכם התחייבות לשמירת דבר קיומו ופרטיו בסוד. לגישת המשיבה, ההסכמה לשיתוף הפעולה בין טגר לקמטק הושגה עוד לפני המכרז. לטענת ארזי בדיון בערכאה הראשונה, הייתה הבנה כללית בינו לבין מנשה שהתקיימה עוד משנות ה-80, אולם לא היה סיכום ספציפי על רכישה זו. בית המשפט העדיף את גירסת המשיבה, וקבע כי ההצעות למכרז הוגשו לאחר תיאום בין טגר לקמטק. בתיאום זה, קבע בית המשפט, יש משום הסדר כובל לפי סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים.

18. גם כאן נטען לקיומה של הגנת ההסתמכות על ייעוץ משפטי. לא הייתה טענה שהסכם האוויוניקה אושר על ידי עורך דין או היה כלל לנגד עיניו וארזי אף לא טען שקיבל ייעוץ משפטי קונקרטי בנוגע להסכם זה. כל אשר נטען הוא שהסכם האוויוניקה היה חלק מדפוס פעולה חוזי קבוע בו פעלו הצדדים ואשר אושר על ידי עורכי הדין. נטען כי הסכם זה דומה להסכם ה-BELL (נשוא האישום השני) שהוכן על ידי עורך-דין לוינסון. בית המשפט דחה את הטענה. נקבע, כי הסתמכות על כך שדפוס חוזי סטנדרטי אושר על ידי עורך דין אינה מקימה הגנה של הסתמכות, שכן אין היא "טעות בלתי נמנעת" במובן הנדרש להחלת ההגנה. עוד קבע בית המשפט, כי גם אם הייתה מוכרת הגנת ההסתמכות בנוגע להסכם האוויוניקה, אין בכך כדי להכשיר את שיתוף הפעולה שהחל, כאמור, עוד קודם לכן.

#### עסקאות המדורים

19. האישומים הרביעי, החמישי והשישי עוסקים במספר עסקאות רכישת ציוד ממשרד הביטחון שנעשו בשיטת ה"מדורים", שהוזכרה לעיל. המדובר בציוד ישן ופחות ערך יחסית, אשר מכירה בנפרד של כל פריט ופריט ממנו לא הייתה משתלמת ועל כן הוחלט למוכרו בשיטת המדורים, שמשמעה מכירת קבוצות ציוד כחבילה אחת ללא יכולת הפרדה על ידי הקונה. המכירה התבצעה על פי רשימת ציוד קטלוגית ולקונה גם לא התאפשר לבחון את פריטי הציוד. האירועים נשוא כתב האישום הקשורים לעסקאות המדורים התרחשו במסגרת שתי סדרות של עסקות מדורים אשר כונו: "לוט מדורים 1" ו-"לוט מדורים 2". האישומים הרביעי והשישי עוסקים בשיתוף הפעולה הקשור ל"לוט מדורים 1" ואילו האישום החמישי עוסק בשיתוף הפעולה במסגרת עסקת "לוט מדורים 2".

#### אישומים 5-6

20. על פי קביעת בית המשפט המחוזי, רק שלוש חברות היו מעוניינות ברכישת הציוד שנכלל ב"לוט מדורים 1" – SRS, טגר וקמטק. שלוש החברות הגיעו ביניהן להסכמה על נוהל לפיו תתבצע חלוקת המדורים ביניהן, כך שכל חברה בחרה בתורה את המדור אותו היא מעוניינת לרכוש (להלן: הסכם חלוקת המדורים). לטענת שיפמן בעדותו, הייתה שיטת פעולה זו ידועה ומוסכמת על

משרד הביטחון. האישום השישי עניינו בשיתוף פעולה בין טגר לקמטק ואלו עובדותיו:

ביום 22.6.92 נחתמו שני הסכמים - חוזה בין משרד הביטחון לטגר (עסקה 677) לפיו רוכשת טגר עשרה מדורים (נ/139, נ/142) וחוזה בין משרד הביטחון לקמטק (עסקה 676) לפיו רוכשת קמטק עשרה מדורים (נ/140, נ/143). מדורים אלו נכללו, כאמור, ב"לוט מדורים 1". כשנה לאחר מכן, בחודש יולי 1993, חתמו טגר, קמטק ואירוספורט על הסכם (ת/19, ת/36) (להלן: הסכם לוט מדורים 1). בחלקו המבואי של ההסכם הצהירו טגר וקמטק על רכישות המדורים האמורות. עוד נאמר, כי הבעלות על חלקי חילוף אלו תהיה משותפת לשלוש החברות וזאת על דרך של מכירת שליש בלתי מסוים על ידי טגר וקמטק. ההסכם קובע גם את אופן ההתחשבות ההדדית וחלוקת העבודה בין החברות וכן נכללת בו תניית סודיות. במקרה זה אין חולק, כי שיתוף הפעולה בין החברות החל עוד לפני רכישת המדורים על ידי קמטק וטגר וכלל גם תיאום של הרכישה. תיאום זה מהווה, על פי קביעת בית המשפט, הסדר כובל לפי הוראות סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים (לפי כל אחת מהחלופות שבו).

21. האישום החמישי עניינו, כאמור, עסקת "לוט מדורים 2", שהייתה עסקת המשך ל"לוט מדורים 1". ביום 13.1.93 רכשה טגר ממשרד הביטחון (עסקה 1150) את הציוד שנכלל ב"לוט מדורים 2" (נ/138, נ/144). בחודש יולי 1993 חתמו טגר, קמטק ואירוספורט על הסכם (ת/37) (להלן: הסכם לוט מדורים 2), הדומה להסכם לוט מדורים 1. גם כאן כלל ההסכם הצהרה של טגר על הרכישה, הסכמה שהבעלות תתחלק בין שלוש החברות, הסדרת חלוקת העבודה בינן לבין עצמן והתחייבות לשמור על סודיות. המשיבה טענה, כי ההסדר בין טגר לקמטק הושג עוד לפני רכישת הציוד ממשרד הביטחון. מערערי טגר טענו, לעומת זאת, כי בעת ביצוע עסקת "לוט מדורים 2" לא הייתה כל הסכמה בין טגר לקמטק ושיתוף הפעולה החל רק לאחר מכן. בית המשפט קבע, על סמך הראיות, שעסקת "לוט מדורים 2" הוצאה אל הפועל תוך תיאום בין קמטק לטגר. בית המשפט אף הוסיף וציין, כי הסכם לוט מדורים 2 מהווה הסדר כובל בפני עצמו, אף אם נניח ששיתוף הפעולה החל רק עם חתימתו.

22. גם לגבי האישום החמישי והשישי נטען לקיומה של הגנת ההסתמכות. ארזי העיד במשפט, כי עורך-דין לוינסון היה מעורב בעסקאות עם משרד הביטחון והוא לא חתם על אף חוזה בלא להתייעץ עימו. בית המשפט סבר, כי עדותו זו של ארזי אינה מצביעה על ייעוץ משפטי קונקרטי אלא על דפוס התייעצות כללי. בית המשפט ציין, כי עורך-דין לוינסון לא נשאל כלל בעדותו על עסקאות אלו. דפוס התייעצות כללי, סבר בית המשפט, אינו מבסס הגנת ההסתמכות. עוד ציין בית המשפט, כי עדותו של ארזי נוגעת רק למעורבותו של עורך-דין לוינסון בעריכת ההסכמים בכתב ואין בה טענה מפורשת בנוגע להסדרים בעל פה שנעשו קודם לרכישות. בית המשפט אף הטיל ספק בעדותו של ארזי, לפיה אמר לו עורך-דין לוינסון ש"כל עוד משרד הביטחון מכתیب לך את המחיר, מכתیب לך את הציוד, איזה בעיה יש בזה?". זאת, שכן לטענת ארזי היבט ההגבלים העסקיים כלל לא עלה בשיחותיו עם עורך-דין לוינסון. עורך-דין לוינסון אישר זאת בעדותו. איזו בעיה אם כן, הקשה בית המשפט, נשללה על ידי עורך-דין לוינסון, אם נושא ההגבלים העסקיים כלל לא עלה לדיון? מהטעמים האמורים נדחתה הטענה לקיומה של הגנת ההסתמכות גם בנוגע לאישומים אלו.

#### אישום 4

23. עניינו של אישום זה בעסקאות הקשורות גם הם ל"לוט מדורים 1". ביום 20.5.92 פנתה SRS למשרד הביטחון בבקשה לרכוש שורת מדורים שהכילה פריטים הקשורים לטיל ההוק (להלן: מדורי ההוק) (נ/182). העסקה יצאה אל הפועל וביום 25.8.92 נחתם הסכם רכישה מפורט בין משרד הביטחון ל-SRS (נ/56). ביום 14.1.93 נחתם הסכם (ת/3) בין SRS, קמטק וחברה בשם "דקסאורד" (להלן: דקסאורד) (להלן: הסכם מדורי ההוק). במבוא להסכם הצהירו הצדדים כי מלאי חלפי ההוק שנרכש על ידי SRS ממשרד הביטחון נמצא בבעלות שווה של שלוש החברות. עוד הוצהר, כי הצדדים מעוניינים להסדיר את מערכת היחסים ביניהם בנוגע להחזקתם, ניהולם ושיווקם של החלפים. ההסכם כלל הוראות שונות בנוגע לאופן השיווק של המלאי, התיאום בין החברות ודרך ההתחשבנות ביניהן. כן נקבע בהסכם כי החל ממועד חתימתו, כל חלפים מן הסוג נשוא ההסכם יירכשו על ידי מי מן הצדדים רק עבור המלאי המשותף ולמען שלוש החברות. בהסכם נכללה תניה המחייבת את הצדדים לשמור בסוד את דבר קיומו ואת פרטיו. לפי עדותו של שיפמן במשפט,

ההחלטה לשתף פעולה עם שתי החברות האחרות גמלה בליבו לאחר הרכישה ממשד הבריטחון ומשנוכח כי יש לו "בעיה לוגיסטית" עקב הצטברות ציוד בהיקף רב. תחילה הוא פנה לארזי והציע לו להיכנס כשותף בבעלות על ציוד מדורי ההוק. ארזי סירב, אך הציע לו לפנות לדקסאורד, הנמצאת בבעלות אחיו, גדעון ארזי (להלן, ובמובחן מ"ארזי" המערער שבפנינו: גדעון ארזי). גירסתה של המשיבה הייתה, כי ההסכמה על שיתוף פעולה קדמה לרכישה על ידי SRS.

24. בית המשפט לא הכריע במחלוקת העובדתית לגבי מועד ההסכמה על שיתוף פעולה בנוגע למדורי ההוק. בית המשפט הסתפק בקביעה, כי רכישת מדורי ההוק הייתה חלק מחלוקת המדורים הכלולים ב"לוט מדורים 1" שנעשתה על ידי SRS, טגר וקמטק בהסכם חלוקת המדורים. חלוקת המדורים, סבר בית המשפט, עולה כדי כבילה אסורה לפי סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים אף בעומדה בפני עצמה, וביתר שאת בהשתלבה בהסכם מדורי ההוק.

25. מערערי SRS טענו להגנתם כי הסתמכו על ייעוץ משפטי. טענת הגנה זו נסמכה על שני נדבכים: הנדבך האחד הוא טענתו של שיפמן לפיה הוא קיבל את נוסח הסכם מדורי ההוק מגדעון ארזי שאמר לו שההסכם הוכן על ידי עורך-דין לוינסון. עורך-דין לוינסון אישר בעדותו, כי ההסכם הוכן במשרדו. הנדבך השני הינו הטענה, שהסכם מדורי ההוק נערך, ביסודו, באותה המתכונת בה נערך הסכם שיתוף הפעולה בעניין חלקי המיראז' (נשוא האישום הראשון), אשר נעשה על ידי עורך-דין שביט. לטענת שיפמן, הוא הניח שדרך הפעולה אותה מתווים שני ההסכמים הינה כשרה.

26. בית המשפט דחה את טענת ההסתמכות. ראשית נקבע, שכיוון שהכבילה האסורה קמה עוד בשלב הסכם חלוקת המדורים, שלב שלגביו לא נטען שניתן ייעוץ משפטי, אין מקום להכיר בקיומה של ההגנה. עוד נקבע, כי באמירתו של גדעון ארזי לשיפמן שההסכם נוסח על ידי עורך-דין לוינסון אין כדי להקים הגנת הסתמכות. זאת מן הטעם שעורך-דין לוינסון לא היה עורך דינו של שיפמן, השניים כלל לא נפגשו ושיפמן לא ידע מה התשתית העובדתית שהונחה לפני עורך-דין לוינסון. בית המשפט אף שב ודחה את טענת ההסתמכות על דפוס פעולה שאושר על ידי עורך הדין. לגישת בית המשפט, הסתמכות

"גלובלית", המתבססת על אישור של הסכם אחד בעבר, אינה יכולה להיחשב טעות שהיא "בלתי נמנעת באורח סביר".

אישום 7

27. ביום 31.3.93 חתמה טגר על שני הסכמים עם משרד הביטחון לרכישת חלקי חילוף למנוע T-56. ביום 15.9.93, כחצי שנה לאחר מכן, נחתם הסכם שיתוף פעולה בין טגר לקמטק באמצעות מנהליהן (ת/43) (להלן: הסכם ה-T-56). בהסכם נקבע שטגר מעבירה לבעלות קמטק מחצית בלתי מסוימת מחלקי החילוף שרכשה ממשרד הביטחון וזאת תמורת מחצית מהסכום ששילמה טגר. כמו כן נקבע בהסכם, כי החלפים יועברו למחסני חברת אירוספורט אשר היא תהיה אחראית על שיווקם. עוד נקבע כי קיומו של ההסכם ופרטיו יישמרו בסוד. לטענת מערערי טגר, החל שיתוף הפעולה בין טגר לקמטק רק לאחר רכישת החלפים ממשרד הביטחון. המשיבה טענה ששיתוף הפעולה קדם לרכישה. בית המשפט המחוזי הכריע כגירסת המשיבה. ראיה לכך נמצאה בעובדה כי ביום 18.4.93, תשעה עשר ימים לאחר החתימה על ההסכמים עם משרד הביטחון, הוציאה טגר לקמטק חשבונית על חשבון קניית חלקי החילוף. משלא ניתן כל הסבר להוצאתה של הקבלה זמן כה קצר לאחר חתימת החוזים מול משרד הביטחון, אימץ בית המשפט את גירסת המשיבה ששיתוף הפעולה החל קודם לרכישה. שיתוף הפעולה, קבע בית המשפט, עולה כדי כבילה לפי כל חלופותיו של סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים.

28. בית המשפט הוסיף וקבע, כי טגר וארזי אימצו לעצמם דפוס קבוע לפיו חוזים המסדירים את שיתוף הפעולה ביניהם לבין צדדים שלישיים נחתמים לאחר הרכישות ממשרד הביטחון על אף שההסכמה על שיתוף הפעולה הושגה קודם לרכישה. בכך יש להצביע על התנהגות שיטתית של יצירת מצג עובדתי מטעה.

29. גם לגבי האישום השביעי נטענה הגנת ההסתמכות על ייעוץ משפטי. ארזי העיד, כי פנה לעורך-דין לוינסון בנוגע להסכם ה-T-56. עורך-דין לוינסון עצמו אישר בעדותו, כי היה מעורב בהסכם לפחות בשלביו המוקדמים. אולם בית המשפט ציין, כי שיתוף הפעולה בין טגר לקמטק החל זמן רב לפני חתימת

הסכם ה-T-56, ולגביו לא ניתן כל ייעוץ משפטי. אשר על כן נדחתה טענת הגנת ההסתמכות.

הסדר כובל לפי סעיף 2(א)

30. בית המשפט המחוזי קבע, כאמור, כי יסודות ההסדר הכובל שבסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים התקיימו לגבי כל האישומים. משום שהמדינה לא הסתפקה בקביעה זו וטענה גם לקיומו של הסדר כובל מכוח סעיף 2(א), פנה בית המשפט לבחון האם מתקיימים יסודות העבירה גם לפי סעיף 2(א) לחוק. המחלוקת בין הצדדים התמקדה בהתקיימותם של שניים מן היסודות שבסעיף: יסוד קיומו של הסדר "בין בני אדם המנהלים עסקים" ויסוד הפגיעה בתחרות.

31. בית המשפט קבע, כי המערערים מקיימים את התנאי של "בני אדם המנהלים עסקים" כמובנו בסעיף 2(א). נקבע, בעקבות הילכת טבעול, כי מיזם משותף מן הסוג בו עסקין יכול להיחשב הסדר כובל. אין לקבל את הטענה גם מכוח הדוקטרינה של "ישות כלכלית אחת" משום שהצדדים למיזם שמרו על עצמאות ושיתוף פעולה אינו יוצר ישות כלכלית אחת. לגבי יסוד הפגיעה בתחרות קבע בית המשפט, כי על פי הפסיקה די בהוכחת פגיעה בתחרות בין שני הצדדים להסדר ולא נדרשת הוכחת פגיעה בתחרות בשוק הרלוונטי. פגיעה בתחרות בין הצדדים להסדר, גרס בית המשפט, הייתה בכל האישומים. לשיטת בית המשפט, עם הבעייתיות שבהפללת הסדרים הפוגעים בתחרות בין הצדדים להם אולם פגיעתם בתחרות בכלל זניחה, יש להתמודד באמצעות טענת ההגנה של זוטי דברים.

טענת זוטי דברים

32. הטענה לתחולתה של הגנת זוטי הדברים התבססה על הטענה כי אף אם מן הבחינה הפורמלית נחשבים המעשים נשוא כתב האישום כיוצרים הסדר כובל, הרי לא הייתה בהם פגיעה של ממש בתחרות. לטענת המערערים, פעילותם לא טמנה בחובה פגיעה משמעותית בתחרות משלוש סיבות: סיבה אחת היא מעמדם בשוק, שלטענתם היה שולי. סיבה שנייה היא דפוסי המסחר בחלקי החילוף התעופתיים, שהוכתבו על ידי משרד הביטחון, ולטענת

המערערים לא איפשרו תחרות. סיבה שלישית להיעדר הפגיעה בתחרות, לגישת המערערים, היא שהמחיר שתואם ביניהם היה מחיר סביר. בתחילת הדיון בשאלת הפגיעה בתחרות הקדים בית המשפט וקבע, בניגוד לעמדת המדינה, כי ההכרעה מצריכה ניתוח שוק כלכלי, ניתוח אשר לא נעשה על ידי אף אחד מהצדדים. בית המשפט סבר, כי הראיות שהוגשו אינן מאפשרות לקבוע, על פי המבחנים המקובלים, מהו השוק הרלוונטי. לעובדה זו, כפי שנראה, הייתה משמעות קריטית לעניין טענת ההגנה של זוטי דברים.

33. לטענת המערערים, השוק הרלוונטי היה שוק העודפים של חיל האוויר. שוק זה הכיל הן סחר במערכות עיקריות והן סחר בחלקי חילוף, ופעלו בו מספר גדול של קונים, ביניהם חברות ענק וחברות מחו"ל. חלקם של המערערים בו, לטענתם, שולי, ועל כן ההסכמים עליהם הם חתמו לא הביאו לפגיעה ממשית בתחרות. המדינה, לעומת זאת, התמקדה במעמד המרכזי של המערערים כמובילים ברכישות ממחסן 4,000 של משרד הביטחון. לגירסת המדינה, החברות האחרות שפעלו בשוק העודפים של חיל האוויר פעלו בדפוס רכישה שונה, רכישה לצורך מיידית ולא לצבירת מלאי, ועל כן אין בגודלן של חברות אלו כדי להשליך על המערערים. עוד טענה המדינה, כי בפועל עמדו שלוש החברות (SRS, טגר וקמטק) בתחרות מועטה בלבד.

34. בית המשפט קבע כי בהיעדר אפשרות לקבוע את גבולות השוק הרלוונטי לא עלה בידי אף אחד מהצדדים להוכיח את טענותיו. זאת, שכן חסרונה של הגדרת שוק מביא לחוסר יכולת לזהות את הקבוצה שביחס אליה יש להעריך את משקל פעילותם של המערערים. מצב דברים זה, קבע בית המשפט, פועל לחובת מי שנטל השכנוע רובץ לכתפיו. לשיטת בית המשפט, הנטל להוכיח את טענת זוטי הדברים, שהינה טענת הגנה, מוטל על המערערים, שנדרשים לעמוד בו ברמה של מאזן הסתברויות (פיסקה 92 לפסק הדין). המערערים לא הצליחו להוכיח מהו השוק הרלוונטי וממילא לא הוכיחו כי מעמדם בו היה כה נמוך עד כי כבילתם את עצמם לא הביאה לפגיעה של ממש בתחרות בשוק. על כן נדחתה הטענה שהפגיעה בתחרות הייתה זניחה.

35. טענתם השנייה של המערערים הייתה כי המחיר של פריטי הצידוד נקבע מראש על ידי ועדת מחירים של משרד הביטחון (להלן: ועדת המחירים) ועל כן אין מקום לדבר על פגיעה בתחרות. טבלת המחירים נועדה אמנם, באופן



פורמלי, רק להיות לעזר לנציג המכירות של משרד הביטחון ולהוות בסיס למשא ומתן, אולם בפועל ידעו עליה הקונים ומעולם לא נמכר פריט במחיר גבוה ממנה. המערערים הודו, כי משרד הביטחון נהג, במקרה של ריבוי פניות, להוציא את המוצר למכרז (נהלי המשרד חייבו זאת אף לפני כניסתו של חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, לתוקף), וכך יכול היה להתקבל מחיר גבוה יותר. אולם, לגירסתם, עשו משרד הביטחון והקניינים ככל יכולתם כדי למנוע הוצאת מוצר למכרז. זאת מכיוון שההצעות האופייניות שהגיעו למשרד הביטחון היו דרישות להספקה מיידית, והשהייתן לצורך מכרז הייתה גורמת להחמצתן.

36. בית המשפט דחה את הטענה, וזאת מכמה טעמים. ראשית, נקבע כי בשיתוף הפעולה היו כבילות נוספות - למשל: תיאום מחיר המכירה ללקוחות, כמות הנכסים שבעסק וחלוקת השוק בין קניינים - מעבר לכבילה ביחס למחיר. שנית, נקבע כי המחירון, על אף שבדרך כלל נקשרו עסקאות על פיו, לא מנע משא ומתן להפחתת המחיר. לנציג המכירות ולוועדת המחירים הייתה סמכות להפחית מהמחיר הנקוב במחירון והיו טכניקות נוספות כדי להוריד את המחיר, כגון המתנה לירידת מחירים. לשיתוף פעולה בין קניינים יש, אפוא, השפעה על האפשרות להפחית את המחיר. שלישית, שיתוף הפעולה מנע תחרות בין הקניינים, שהייתה עשויה להביא להעלאת המחיר מעבר לקבוע במחירון. אכן, משרד הביטחון לא חיפש להשיג מחיר גבוה יותר, שכן, כדברי נציג המשרד צבי לשם - לא נמצא "הנדיב הידוע שייתן מחיר גבוה יותר" ומשרד הביטחון חשש שמא העסקה לא תצא אל הפועל. אלא שהיא הנותנת - שיתוף הפעולה הוא זה שמנע מההליך התחרותי לנבוט. רביעית, הטענה על מחיר קבוע אינה נוגעת לאישומים הראשון והשלישי, בהם מדובר במכרז. חמישית, נושא מחירי המינימום התייחס בעיקר למכירה פריטית. במכירה מדורית, לעומת זאת, היה המחיר לרוב נמוך ממחיר המינימום של כל פריט ופריט והיה נתון למשא ומתן.

37. הטענה השלישית של המערערים הייתה, כי המחיר שהושג היה סביר. בכך הם כיוונו בעיקר לעסקה נשוא האישום הראשון - עסקת חלפי המיראזי. בית המשפט דחה את הטענה וקבע, כי הכרה בהסדר ככובל אינה דורשת יסוד של מחיר בלתי סביר ואף לא של מחיר לא תחרותי, ודאי לא כאשר מדובר על הסדר לפי סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים. בלשונו של בית המשפט:

"סבירותו או אי סבירותו של המחיר אינה יסוד מיסודות העבירה". עוד הוסיף בית המשפט, כי אף אם במקרה זה מדובר במחיר סביר אין לדעת האם בתנאי תחרות לא היה מתקבל מחיר גבוה יותר.

מטעמים אלו נדחתה טענת המערערים כי עומדת להם הגנת זוטי הדברים.

הגנה מן הצדק

38. עיקרה של הטענה להגנה מן הצדק היה שמשרד הביטחון היה מודע לשיתוף הפעולה בין הקניינים, עודד את שיתוף הפעולה ולעיתים אף יזם אותו. האינטרס של משרד הביטחון בשיתוף הפעולה בין הקניינים נבע, לפי הטענה, משיטות המכירה שלו. המשרד נהג להציע למכירה חבילות שרכישתן לא הייתה אפשרית על ידי קניין אחד. זאת, אם בשל גובה המחיר (כגון חלקי המיראז'), אשר הצריך שיתוף פעולה כדי לעמוד במעמסה הכספית, ואם בשל כמות הציוד וגיוונו (כגון בעסקאות המדורים), אשר לא התאים לרכישה על ידי לקוח אחד בעל התמחות ספציפית. המשרד עודד שיתוף פעולה גם מכיוון שביקש להימנע מהצורך להוציא את הציוד למכירה על ידי מכרז, נוהל בו היה מחויב במקרה של פנייה על ידי יותר מלקוח אחד. נטייתו של משרד הביטחון שלא לקיים הליכי מכרז נבעה מהבנתו את השוק ככזה שדורש היענות מהירה לפניות וכן מכך שבמכרז היו צפויים להתקבל מחירים נמוכים. בנוגע לאישום 4 נטען בנוסף, כי אי העמדתה לדין של חברת דקסאורד מקים גם הוא הגנה מן הצדק.

39. המדינה טענה, לעומת זאת, כי אם היה עידוד לשיתוף פעולה, מדובר לכל היותר ביצירת "אווירה" כללית כזו. לא הובאו ראיות שמשרד הביטחון עודד את שיתוף הפעולה במקרים נשוא כתב האישום ובאווירת העידוד הכללית אין די כדי להקים טענת הגנה מן הצדק. המדינה אף טענה כי הסבריהם של המערערים על הצורך האובייקטיבי ברכישה משותפת לא עומדים במבחן ההיגיון. המערערים טענו, כזכור, כי הם נאלצו לשתף פעולה בשל כך שחלק מהעסקאות הכילו מבחר מגוון של מוצרים שלא התאימו לרכישה על ידי חברה אחת. אולם, ציינה המדינה, המערערים (וקמטק) לא חילקו ביניהם לאחר מכן את הציוד לפי תחומי התמחות אלא בחרו במודל של שיתוף בחלקים בלתי מסוימים בכל הציוד.

40. בית המשפט קבע, כי שיתוף פעולה בין קניינים היה דפוס פעולה מקובל במשך שנים רבות. אנשי משרד הביטחון היו מודעים לכך ולהשקפתם עלה הדבר בקנה אחד עם אינטרס המשרד, שכן היה בו כדי להגדיל את המכירות ולחסוך את הצורך לפרסם מכרז. המערערים היו מודעים ליחסו החיובי של משרד הביטחון לשיתוף הפעולה בינם. עוד נקבע, כי בשני מקרים (אישומים 4 ו-6) היה משרד הביטחון מודע גם לשיתוף הפעולה בנוגע לעסקה הספציפית ובמקרה של האישום השישי הוא אף עודד אותו. באשר לאישומים 2,3,5,7 קבע בית המשפט כי אין ראיה לכך שלאנשי משרד הביטחון הייתה ידיעה על שיתוף פעולה בין הנאשמים. על סמך קביעות עובדתיות אלו, פנה בית המשפט לבדוק האם קמה למערערים הגנה מן הצדק.

41. בית המשפט ציין, כי דוקטרינת ההגנה מן הצדק הוכרה במשפט הישראלי בפסק הדין בעניין יפת (ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (2) 370 (להלן: פרשת יפת)), אולם תחולתה הותנתה בהתקיימותן של נסיבות קיצוניות בהן "המצפון מזדעזע ותחושת הצדק נפגעת, דבר שבית המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו. ברי כי טענה כגון זו תעלה ותתקבל במקרים נדירים ביותר..." (פרשת יפת, עמ' 370). בית המשפט קבע כי בנסיבות העניין אין התנהגותם של אנשי משרד הביטחון עונה לקריטריון המחמיר שנקבע בפסיקה להחלת הגנה מן הצדק. התנהגות אנשי משרד הביטחון נבעה, ככל הנראה, מהיעדר מודעות להיבט ההגבלים העסקיים, אולם אין בה את המימד של "התנהגות בלתי נסבלת של הרשות" העשויה להביא להחלתה של ההגנה. באשר לאי העמדתה לדין של חברת דקסאורד, קיבל בית המשפט את הסבר המדינה כי הוחלט להתמקד בטגר מכיוון שדקסאורד היא חברה אחת שלה ואף נוהלה על ידה. אף אם שיקול דעת זה היה מוטעה, אמר בית המשפט, אין בו הפליה מכוונת ואין הוא מצמיח הגנה מן הצדק.

#### הערעורים

42. כנגד הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט המחוזי הוגשו הערעורים שבפנינו. בפי המערערים שלוש טענות אשר בגין כל אחת מהן, כך לשיטתם, ראוי לזכותם. טענה אחת היא כי ההסכמים נשוא כתב האישום אינם בגדר הסדר כובל. את הטענה ניתן לחלק לשתי טענות משנה. טענת משנה אחת הינה,

כי ההסכם נשוא האישום הראשון נעשה במסגרת "מיזם משותף", אשר אינו יכול להיחשב להסדר כובל כמובנו בחוק ההגבלים העסקיים. טענה זו הושמעה רק על ידי מערערי SRS. טענת משנה שנייה הינה כי אין בהסכמים נשוא כתב האישום משום הסדר כובל כיוון שלא הביאו לפגיעה של ממש בתחרות וכן עקב תחולתה של הגנת זוטי הדברים. הגם שהגנה זו היא הגנה כללית המוסדרת בחוק העונשין, תִּמְנָה על רקע נסיבותיו של תיק זה בין ההגנות הפנימיות (דהיינו: הקשורות ישירות לחוק ההגבלים העסקיים). שתי הטענות האחרות של המערערים הינן טענות הגנה "חיצוניות" לדיני ההגבלים העסקיים: האחת, כי עומדת להם הגנה מן הצדק; השנייה, כי עומדת להם הגנה של "טעות במצב משפטי", לפי סעיף 34<sup>34</sup> לכתב האישום, וזאת בשל הסתמכות על עצת עורך דין.

נדון בטענות המערערים אחת לאחת. תחילה נעסוק בטענות הנוגעות במישרין לדיני ההגבלים העסקיים ולאחר מכן בתחולתן של ההגנות ה"חיצוניות".

#### האם ההסכמים נשוא כתב האישום הם הסדר כובל?

הגדרת הסדר כובל

43. סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים מגדיר הסדר כובל:

- "2. (א) 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.
- (ב) מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים:
- (1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;
  - (2) הריווח שיופק;
  - (3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו;
  - (4) כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם."

הגדרת ההסדר הכובל בחוק ההגבלים העסקיים מכילה בתוכה ארבעה רכיבים: רכיב ראשון, קיומו של הסדר. רכיב שני, כי ההסדר יהיה "בין בני אדם המנהלים עסקים". רכיב שלישי, כי ההסדר יטיל מגבלה על לפחות אחד מהצדדים לו. רכיב רביעי, עניינו בתוכן המגבלה המופיעה בהסדר. רכיב זה כולל שתי חלופות: חלופה אחת מופיעה בסעיף 2(א) לחוק, ולפיה יש לבחון האם המגבלה שבהסדר עלולה "למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר". חלופה שנייה מופיעה בסעיף 2(ב) לחוק: אם הייתה הכבילה בנוגע לאחד מארבעה סוגי עניינים המנויים בסעיפי המשנה נחשב ההסדר להסדר כובל. יודגש, כי ההבחנה בין סעיף 2(א) לסעיף 2(ב) הינה רק בקשר לרכיב הרביעי (תוכן המגבלה), ובכל מקרה על ההסדר למלא את שלושת הרכיבים הראשונים (ראו פרשת טבעול, עמ' 96).

44. סביב הגדרת ההסדר הכובל שבסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים התפתחה פסיקה עניפה ודיון ער בספרות. בעניין שלפנינו אין אנו נדרשים לניתוח מלא ומקיף של יסודות סעיף 2 (לניתוח רחב של יסודות העבירה ראו ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט (6) 776, 851-880 (להלן: פרשת בורוביץ)) ועל כן לא נרחיב אודותיו. עם זאת, מן הראוי לציין שני נושאים שנדונו בפסיקה ואשר תהיה להם חשיבות לדיוננו בהמשך. נושא אחד הוא בשאלת היחס בין החזקות המופיעות בסעיף 2(ב) ליסוד הפגיעה בתחרות. סוגיה זו הוכרעה בפרשת טבעול, שם נקבע, כי סעיף 2(ב) מקים חזקה חלוטה, לפיה כבילה בנוגע לאחד מהעניינים המנויים בסעיף מהווה פגיעה בתחרות. כלומר, מרגע שנקבע שהסכם נופל לאחת מהחלופות המופיעות בסעיף 2(ב) אין צורך בבדיקה האם ההסכם פוגע בתחרות. בענייננו, אין חולק כי ההסכמים נשוא כתב האישום מכילים כבילות בעניינים המנויים בסעיף 2(ב).

אני רואה להעיר בנקודה זו הערה נוספת כדלקמן:

מדבריו של בית משפט קמא באשר לשילוב בין שני חלקיו של סעיף 2 עולה כאילו מדובר בשתי עבירות נפרדות: עבירה לפי סעיף 2(א) ועבירה לפי סעיף 2(ב). בית המשפט מתח ביקורת על התביעה הנוהגת להאשים בשתי העבירות וכך אמר:

"בעבר... הבעתי דעתי, כי ראוי שהמאשימה תשקול את הצורך להאשים, לצד העבירה לפי סעיף 2(ב) לחוק, גם בביצועה של עבירה לפי סעיף 2(א) לחוק. זאת, משום שטקטיקה זו, של הגשת אישומים בשתי עבירות ההסדר הכובל הקבועות בחוק... מקשה מאוד על ניהול המשפט" (עמ' 75 לפסק הדין).

נראה לי כי קריאת הסעיף בדרך זו כאילו מדובר בשתי עבירות נפרדות איננה נקייה מספקות. העבירה היא אחת והיא מוסדרת בסעיף 4 לחוק שכותרתו "איסור הסדר כובל". הסעיף אוסר על אדם להיות צד להסדר כובל, אלא אם כן מתקיים אחד החריגים המנויים בהמשך הסעיף. סעיף 2 מגדיר מהו הסדר כובל. ההגדרה הבסיסית נמצאת בסעיף קטן (א), כאשר סעיף 2(ב) יוצר, כפי שהוסבר בפרשת טבעול, חזקה חלוטה להתקיימות של ההגדרה בסעיף קטן (א) אם הוכחה אחת מ-4 החלופות המנויות בו. החזקה – מהווה דרך ראייתית להוכחת קיומו של הסדר כובל, בהבדל מיצירת עבירה נפרדת. העבירה היא אחת – היותו של פלוני (אדם או תאגיד) צד להסדר כובל. אין מניעה שהמדינה תציין בכתב האישום את שני הסעיפים הקטנים של סעיף 2, כדי להותיר לעצמה את האופציה להתקיימותו של הסדר כובל על פי כל אחד משני הסעיפים הללו. כך למשל אם לא יעלה בידה להוכיח כי הכבילה נוגעת לאחד הנושאים שבחלופות 1-4 לסעיף 2(ב), באופן שהחזקה החלוטה תיכנס לפעולה, תהיה פתוחה בפניה הדרך להוכיח על פי סעיף 2(א) כי הייתה פגיעה בתחרות, שעל כן מדובר בכל זאת בהסדר כובל. אולם – העבירה כאמור היא אחת, ועל כן אם מגיע בית המשפט לכלל מסקנה כי הוכחה אחת החלופות שבסעיף 2(ב) (תוך יציאה מנקודת הנחה כי אין כרסום בהלכת טבעול לעניין החזקה החלוטה) הרי הוא פטור מלדון בסעיף 2(א), אלא אם הוא רואה מקום לכך בבחינת למעלה מן הנדרש.

45. הנושא השני הראוי לציון נוגע לסוגי ההסדרים הנמצאים במרחב התחולה של סעיף 2(ב). השאלה האם סעיף 2(ב), כנוסחו היום, לוכד ברשתו גם "הסדר אנכי", בין ספק ללקוח, או שהוא מוגבל ל"הסדר אופקי", בין שני גופים מתחרים, שנויה במחלוקת בפסיקה (ראו רע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשייה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע"מ, פ"ד נח (2) 634 (להלן: פרשת אקסטל)). ראו גם ד' גילה "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוק?" עיוני משפט כז 751 (להלן: גילה); מ'

(שיצר) גל "לבור את המוץ מן התבן - היקף תחולתו של האיסור לערוך הסדר כובל בהתאם לפסיקה האחרונה" דין ודברים א' 533 (להלן: מ' גל)). יצוין, כי בהצעת תיקון לחוק, מוצע לשנות את נוסחו של סעיף 2(ב) כך שיובהר שהוא חל רק הסדרים אופקיים (ראו הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 9), התשס"ה-2005). שאלה זו אינה טעונה הכרעה בענייננו, שכן אין ספק שההסכמים נשוא כתב האישום הינם "הסדרים אופקיים". על כן, תחולתו הבסיסית של סעיף 2(ב) על המערכת העובדתית שתוארה בכתב האישום מוסכמת על הכל. המחלוקת בענייננו, ככל שהיא נוגעת לפרשנות סעיף 2 ולרוחב תחולתו, מתמצה בשתי נקודות: האחת, הטענה כי הסעיף אינו חל על צדדים היוצרים "מיזם משותף", כדוגמת אלו שנוצרו על ידי ההסכמים נשוא האישום הראשון; השנייה, הטענה שעקב היעדר פגיעה בתחרות אין מקום להחלתו של הסעיף, אם בשל אי התקיימות יסוד הפגיעה בתחרות המופיע בסעיף 2(א) ואם בשל היות הפגיעה בתחרות בגדר זוטי דברים. נפנה לעסוק בטענות אלו כסדרן.

מיזם משותף והסדר כובל

46. לטענת מערערי SRS, אין ההסכמים נשוא האישום הראשון נכנסים לגדרו של סעיף 2, שכן אין מדובר בהסכם המגביל תחרות אלא ביצירת מיזם משותף. לטענתם, הם יצרו מיזם משותף של רכישה, תיפעול ומכירה של מלאי חלקי חילוף של מטוס המיראז'. מיזם זה הינו שותפות לכל דבר. המגבלות שהשיתו על עצמם בהסכמים שיצרו את המיזם אינן אלא ביטוי לאיסור החל בכל מקרה על שותף להתחרות עם שותפו, וזאת מכוח חובת הנאמנות. מערערי SRS מדגישים, כי תניות אי התחרות אוסרות על תחרות אך ורק לעת קיומו של המיזם ואין בהן מגבלה על התקופה שלאחר מכן. לטענתם, השאלה האם תניה האוסרת על תחרות בזמן קיום השותפות, להבדיל מתניה האוסרת על תחרות לאחר קיום השותפות, עלולה להיחשב הסדר כובל לא הוכרעה עדיין בפסיקה. המערערים מוסיפים, כי במבנה השוק בו הם פעלו יצירת המיזם המשותף תרמה לתחרות ולא חסמה אותה. זאת, מכיוון שרק שיתוף הפעולה בין שתי החברות איפשר להן להתחרות על עסקה בסדר גודל של עסקת חלפי המיראז'.

47. השאלה המתעוררת נסובה סביב פרשנותו של הביטוי "בין בני אדם המנהלים עסקים", המופיע בסעיף 2(א) לחוק. לגישת מערערי SRS, ביטוי זה

אינו נפרש על מקרים בהם ההסכמה בין הצדדים מקיפה נתח פעילות שלם, אשר בגדרו הופכים הם למעשה למפעל אחד. "המערערים הקימו ביחד עם טגר שותפות מלאה אמיתית וגורפת בכל הנוגע לציוד המיראז' שברשותן" (עמ' 54 לעיקרי הטיעון של מערערי SRS). טענתם היא, אם ירדתי לסוף דעתם, כי חוק ההגבלים העסקיים מחיל עצמו אך ורק על מקרים בהם ישנו שיתוף פעולה בין שני גופים עצמאיים. אולם שיתוף פעולה עמוק ומקיף העולה, כביכול, כדי ויתור על קיום עצמאי בתחום מסוים אינו בא בגדרו של החוק. שלוחה נוספת, או שמא וריאציה נוספת של אותה טענה, עניינה בכך שאותו שיתוף פעולה בתחום מסוים יכול להניב מתן שירותים שאותם לא יכול היה להעניק כל אחד מן הגופים בנפרד. אינני מקבלת את הטענה. הערך המוגן בחוק ההגבלים העסקיים הוא התחרות. היא נשמת אפו של החוק. יצירת מצב של שיתוף פעולה עמוק בין שני גופים בתחום מסוים באופן שהתחרות תימנע לחלוטין בתחום זה – מהווה על כן אנטייתזה לרוחו ומטרתו של החוק. ככל שההסכם מקיף יותר וחוסם פרצות – כך לכאורה גובר אינטרס החוק למנוע אותו בשם עקרון התחרות. גם העובדה שאותו שיתוף פעולה בתחום שמדובר בו, יכול ויניב אפשרויות לשירותים נוספים שלא ניתנו בעבר על ידי הגופים המשתפים פעולה – אינה משנה את התמונה. הדגש הוא על כך שאין מדובר בהסכם היוצר שותפות מלאה לכל דבר ועניין בין שני אנשי עסקים. בעניין זה נקבע בדיון נוסף טבעול, בדעת רוב, כי ככל שתניות אלו עוסקות בתקופה שלאחר השותפות הן עשויות להיחשב כהסדר כובל. השאלה מה דינן של תניות התחומות את עצמן אך לתקופת השותפות הושארה בצריך עיון (ראו עניין טבעול, עמ' 92) וכך ננהג גם אנו. בענייננו, מדובר בשיתוף פעולה בין שני אנשי עסקים המנהלים עסקים נפרדים ואשר בוחרים לשתף פעולה בעניין מסוים. מקרים כאלו באים, ללא ספק, בגבולו של חוק ההגבלים העסקיים. עמד על כך השופט מ' חשין בעניין טבעול :

"ועוד, לעניינו של הסדר אי-תחרות, דומה שיש להבחין הבחן-היטב בין מקרה שבו ממזגים שני אנשי-עסקים את עיסוקיהם להיותם של העסקים עסק אחד, לבין מקרה שבו יוצרים שני אנשי-עסקים שותפות אך בחלק מעסקיהם, תוך שכל אחד מן השניים שומר על מסגרת פעילות נפרדת ועצמאית. גם אם אמרנו כי סוג המקרים הראשון לא יציג לפנינו הסדר כובל – בין שהחוק לא יחול מעיקרו על ההסדר ובין שההסדר כובל הוא אשר יזכה באישור או בפטור – אין כן דינו של



המקרה השני. מכל מקום, לעניין התנאי של "בני אדם המנהלים עסקים", תנאי זה מתקיים במלואו במקרה השני, ובבחינת תכליתו של החוק אין טעם טוב לשלול את חלותו על סוג מקרים זה" (ההדגשה במקור) (דיון נוסף טבעול, עמ' 93).

נראה לי כי האמור לעיל – יש בו מענה מלא לתיזה דלעיל, ואין לי אלא להצטרף לדברים. התייחסות להסדר שבין סגר ל-SRS כאל מיזם משותף היא פיקציה שאין לה מקום, אין לה הצדקה והיא פתח להסדרים מהסדרים שונים שיעקרו את החוק מתוכנו.

48. מערערי SRS הפנו לדעת המיעוט של כב' השופט טירקל בפרשת טבעול (שהובעה הן בערעור ע"א 6222/97 טבעול נ' משרד הבטחון, פ"ד נב(3) 145 והן בדיון הנוסף) ולפיה "הסדר בין צדדים - שהם רכיבה של ישות עסקית אחת, שאחדותה אינה פורמלית גרידא אלא מהותית... אין לראות בו הסדר כובל" (עמ' 160). בנוסף לעצם העובדה שמדובר בדעת מיעוט אינני משוכנעת שגם אליבא דהשופט טירקל היה ההסכם הנוכחי מוכר כ"ישות עסקית אחת". המערערים שמרו על ישויותיהם הנפרדות ו"עוקצה של הגבלת התחרות ביניהם" (שם) פגע בסופו של דבר בציבור שאותו מייצג משרד הביטחון. כדי להסיר כל ספק – הקביעה כי הפעילות נשוא כתב האישום אינה מהווה מיזם משותף אין בה משום הבעת עמדה השוללת מיזמים משותפים בכל מצב ובכל עניין. אפשר בהחלט שבסיטואציות מסוימות יתגלה המיזם המשותף כתופעה חיובית בשל תרומתו לתחרות או על אף פגיעתו בתחרות (ראו מ' מזרחי "מיזם משותף כהסדר כובל" משפטים כג 213 (להלן: מזרחי)). אולם בכל מקרה, המיזם הינו הסדר הנעשה "בין בני אדם המנהלים עסקים". השאלה אם המיזם הינו הסדר כובל תיבחן בהתאם למבחנים הנהוגים לגבי כל הסדר. בענייננו מדובר, כאמור, במיזם משותף שנוצר במסגרת הסדר אופקי שקיימות בו כבילות מן הסוגים המנויים בסעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים. מיזמים משותפים מסוג זה הינם ללא ספק הסדר כובל (ראו מזרחי, עמ' 214; ראו גם י' יגור דיני ההגבלים העסקיים, עמ' 268). יודגש, כי כיום סיווג של מיזם משותף כהסדר כובל אינו סותר עליו את הגולל, שכן בשיטת המשפט הישראלית ניתן להכשיר הסדר כובל. הכשר להסדר כובל יכול להתקבל על דרך קבלת אישור להסדר מבית הדין להגבלים עסקיים או על דרך קבלת פטור מהממונה מהצורך לקבל את אישור בית הדין (ראו סעיפים 7-15 לחוק ההגבלים העסקיים). על פי החוק מוסמך הממונה ליתן פטורים משני סוגים: פטור ספציפי להסדר מסוים (סעיף

14 לחוק) ו"פטור סוג" לגבי הסדרים מסוג מסוים (סעיף 15א לחוק). הממונה עשה שימוש בסמכותו והתקין פטור סוג לגבי מיזמים משותפים (ראו כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים), תשס"ו-2006). יצוין, כי בזמן האירועים נשוא כתב האישום לא היה בתוקף פטור סוג למיזמים משותפים. אין גם כל טענה מצד המערערים שההסכמים נשוא כתב האישום היו באים בתחומם של כללי פטור אלה אילו היו בתוקף, ועל כן היבט זה אינו מצריך כלל דיון.

יסוד הפגיעה בתחרות וטענת זוטי דברים

49. המערערים טוענים, כי הפעולות נשוא כתב האישום לא פגעו בתחרות באופן ממשי. לטענה, אליבא דהמערערים, שתי השלכות - פנימית וחיצונית: ההשלכה הפנימית מתייחס לחוק ההגבלים העסקיים. בית המשפט המחוזי קבע כי ההסכמים נשוא כתב האישום הינם הסדר כובל גם לפי ההגדרה המצויה בסעיף 2(א), אשר יסוד מיסודותיו הוא פגיעה פוטנציאלית בתחרות. קבלת הטענה כי לא הייתה פגיעה בתחרות משמיטה מטבע הדברים את הקרקע תחת קביעה זו. ההשלכה החיצונית "מייבאת" לדיון את הוראות חוק העונשין. היעדר הפגיעה בתחרות מביא להחלתו של סייג זוטי הדברים המופיע בסעיף 34 יז לחוק העונשין. אינני רואה מקום לדון בהשלכה הפנימית. כפי שהוסבר לעיל – העבירה היא אחת ושני הסעיפים הקטנים אינם יוצרים עבירות נפרדות. לכן, אין צורך בדיון בפגיעה בתחרות לצורך הכרעה בשאלה האם העבירה נעברה. אחת המטרות המרכזיות של החזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) היא החיסכון בעלויות ובזמן השיפוטי הכרוכים בבירור פרטני של השאלה האם בעסקה מסוימת יש פוטנציאל של פגיעה בתחרות (ראו פרשת אקסטל, עמ' 659; מ' גל, עמ' 551-552). לפיכך, משהגענו למסקנה שעובדות המקרים שלענייננו נופלות לגדרו של סעיף 2(ב), אין צורך לבדוק האם הן היו נחשבות להסדר כובל גם לפי סעיף 2(א). את שאלת הפגיעה בתחרות יש אפוא לבחון רק לעניין "ההשלכה החיצונית" (זוטי דברים), אשר לה יש רלוונטיות גם אם הגדרת ההסדר הכובל היא לפי סעיף 2(ב). המשיבה טענה לעניין זה, כי בית משפט קמא לא דן למעשה בסייג שבחוק העונשין כי אם בדוקטרינה של זוטי דברים ייחודית להגבלים עסקיים שאינה נשענת כלל על דיני העונשין ואין לה ולא כלום עם רכיבי הסייג שבסעיף 34 יז לחוק העונשין. נראה לי כי יש ממש בטענה זו. בית משפט קמא דן אכן בסוגיה כחלק מן השאלה קיימת פגיעה

בתחרות לצורך סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים. ההתייחסות לסעיף 34ז היא מינימליסטית, ואין דיון ברכיביו. כפי שהוסבר לעיל, תוך יציאה מנקודת הנחה כי מה שעומד על הפרק הוא סעיף 2(ב) (ולא הפגיעה בתחרות בפני עצמה), יש למקד את הדיון בסעיף 34ז ובשאלת התקיימותם של רכיביו.

50. סעיף 34ז לחוק העונשין קובע כדלהלן:

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

אין חולק עוד, כי סעיף 34ז עשוי לחול, מכוח סעיף 34כג לחוק העונשין, גם על עבירות על חוק ההגבלים העסקיים, ובאופן ספציפי יותר - גם על הסדרים שהינם כובלים על פי החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) (ראו ע"פ 7829/03 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ (טרם פורסם), פסקאות 27-29 לפסק דינו של השופט לוי (להלן: פרשת אריאל) והאסמכתאות שם). סייג זוטי הדברים הינו אחד מהגורמים המסייעים למתן את ההגדרה המרחיבה של הסדר כובל בחוק ההגבלים העסקיים כפי שפורשה בפסיקה (ראו דיון נוסף טבעול, עמ' 85-90. לביקורת על מגמה זו ראו גילה). בפרשת אריאל עסק בית המשפט בהרחבה בשאלת פרשנות הגנת זוטי הדברים הקבועה בסעיף 34ז לחוק העונשין (פסקאות 22-29 לפסק דינו של השופט לוי). בפסק דין זה הוצבו גם אמות המידה ליישומה של ההגנה על דיני ההגבלים העסקיים. לצד הקביעה כי באופן עקרוני ניתן להחיל את סייג זוטי הדברים על חוק ההגבלים העסקיים, קבע בית המשפט כי יש לפרש את הסייג בצמצום. מערערי SRS טענו בין היתר כי בתי המשפט פרשו בהרחבה באופן יחסי את תחולת הכלל של זוטי דברים בהקשר לחוק ההגבלים (עמ' 58 סעיף 5.2). לאור האמור בפרשת אריאל נראה כי בכך לא דקו פורתא. הסיבה לצמצום היקפו של הסייג נעוצה בכך שחוק ההגבלים העסקיים עצמו מכיל "פתחי מילוט" מפני הגדרתו הרחבה של ההסדר הכובל, בדמות האפשרות לקבל אישור מבית הדין להגבלים עסקיים או פטור מהממונה. מנגנונים אלה אינם מייתרים את הסייג הכללי של זוטי דברים, אך משפיעים על תחום פרישתו. וכלשונו של בית המשפט:

"כך שוכנים להם, זה לצד זה, העיקרון הכללי  
בדבר זוטי דברים וההיתרים הספציפיים  
שמבטאים את רוחו. ברם, כאשר קבע המחוקק

מנגנונים אלה בחוק ההגבלים, הוא העדיף מנגנונים של מניעה מראש על פני פטור שינתן בדיעבד. העולה מכך הוא, כי קודם להפעלתו של הסייג בדבר זוטי דברים, יפעיל חוק ההגבלים את המסננות הקבועות בו ורק משנעשה כן, יש לבחון את תחולתו של הסייג בדבר זוטי דברים. לדידי, מצב זה עשוי להגביה את המשוכה הניצבת בפני הטוען כי חל עליו סייג זה. אכן, מי שלא צלח לעבור דרך הפתח שפתחו בפניו ההיתרים של חוק ההגבלים, עדיין יש בידו פתח מילוט נוסף, אולם לשיטתי צר הוא יותר מקודמו ואישור למעבר בו יינתן במשורה" (פיסקה 29 לפסק דינו של השופט לוי).

עולה אפוא, כי מנגנוני ההיתר ה"פנימיים" בחוק ההגבלים העסקיים, הגם שאינם מייתרים את העיקרון הכללי של זוטי דברים, מביאים לכך שהוא יפורש על דרך הצמצום. אין להבין מכך, שלעיקרון הכללי אין מקום להתגדר בו, אולם "פתחי המילוט" מצמצמים את היקפו. בגדר פתחי המילוט יש מקום לציין כי לפי חוק ההגבלים העסקיים ניתן להתיר מראש הסדר כובל (על ידי אישור או פטור) ומאז שנת 2001 ניתן גם להכשירו גם בלא היתר ספציפי מראש אם הוא עונה על התנאים הקבועים ב"פטור סוג" שהותקן על ידי הממונה. כדי להבהיר: בשנת 2001 (ולאחריה) התקין הממונה מכוח סמכותו על פי סעיף 15 לחוק ההגבלים העסקיים מספר "כללי פטור סוג". לענייננו רלוונטיים כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), התשס"א-2001 (להלן: פטור הסוג לפגיעות קלות ערך) (בינתיים החליפו אותם כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), התשס"ו-2006). כללי הפטור הנ"ל לא היו קיימים בתקופה הרלוונטית לכתב אישום זה ונראה גם כי בכל מקרה לא ניתן היה להחילו בשל סוג הכבילה שמדובר בו (וראה לעניין זה סעיף 4 לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות) התשס"א-2001 וכן סעיף 4 לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות) התשס"ו-2006). אולם פתחי מילוט אחרים היו כאמור קיימים. סיכום הדברים הוא, כי ייתכנו מקרים בתקופה הרלוונטית בהם הסדר כובל לא ייכנס באחד מאותם פתחי מילוט, ובהתייחס למצב המשפטי המאוחר יותר לא יענה על התנאים האמורים לקבלת פטור סוג, ועדיין יהיה זה מן הראוי להגן עליו מכוח העיקרון המשפטי הכללי של זוטי דברים. אולם, הנטייה הפרשנית תהיה מצמצמת.

51. טענתם של המערערים לפיה לא הייתה בפעולותיהם פגיעה של ממש בתחרות (שעל כן יש לראות בהתנהגותם משום זוטי דברים) נסמכת על שני אדנים: האדן הראשון - מבנה השוק בו פעלו המערערים לא איפשר כל תחרות מלכתחילה. במקום בו אין תחרות, טוענים המערערים, לא תיתכן גם פגיעה בה. האדן השני מתבסס על הטענה שנתח השוק בו החזיקו המערערים בתקופה הרלוונטית היה שולי ועל כן שיתוף הפעולה שלהם לא היווה סיכון של ממש לתחרות. לגבי עניין אחרון זה קבע בית המשפט, כזכור, כי לא עלה בידי אף אחד מהצדדים להוכיח מהו השוק הרלוונטי והדבר פועל לחובת המערערים, שהם הנושאים בנטל להוכיח את טענת ההגנה של זוטי דברים. המערערים חולקים על קביעתו של בית המשפט על שני חלקיה. לשיטתם, הנטל להוכיח מהו השוק הרלוונטי, ולו באופן לכאורי, מונח על כתפי המשיבה. עוד הם טוענים, כי גם לו היה הנטל מונח על כתפיהם הם עמדו בו. לטענתם, הם הוכיחו כי השוק הרלוונטי הוא שוק העודפים של חיל האוויר, הכולל הן מערכות עיקריות והן חלקי חילוף. המערערים מוסיפים, כי משרד הביטחון מנע מהם מידע לגבי נתוני המכירה שלו ובכך הקשה עליהם לבסס את טענתם לגבי זהות השוק הרלוונטי ועובדה זו ראוי שתזקף לחובת המשיבה. בנוסף נטען, כי העובדה שמשרד הביטחון היה מודע לשיתוף הפעולה ואף יזם אותה תורמת למסקנה שלא הייתה כאן פגיעה של ממש בתחרות.

52. המשיבה סבורה, כי אין מקום להחלת סייג זוטי הדברים. לשיטתה, יש להבחין בין יישומה של דוקטרינת זוטי דברים בהקשרים לבר-פליליים לבין הסייג מפני אחריות פלילית הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין. כאשר באחריות פלילית עסקינן, יש לשקלל את ארבעת התנאים המופיעים בסעיף 34 – טיב המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי. הפגיעה בתחרות היא אחד מהפרמטרים הראויים להיבדק, אולם יש לבחון גם את הפרמטרים הנוספים: טיבו של המעשה (ובגדרו חומרת המעשה), הנסיבות שאפפו את העסקה (ובגדרן כוונת הצדדים, חוסר תום לב) וכדו'. המשיבה מפנה לע"פ 807/99 מדינת ישראל נ' עזיזיאן, פ"ד נג (5) 747 (להלן: פרשת עזיזיאן), שם הורשע אדם בגניבה של ערכת כלי איפור בעלת ערך פעוט בשל הנסיבות בהן נעשתה הגניבה – תוך כדי התפרצות של המון לדירה והשחתתה. לטענת המשיבה, פעולות המערערים – בעיקר סביב ההסכם נשוא האישום הראשון – לוו בהטעיה וחוסר תום לב ועל כן אין הם יכולים להיחשב ככאלו שפגיעתם קלת ערך, וזאת אף אם לא היה

בהם פגיעה ממשית בתחרות. המשיבה מדגישה, עם זאת, כי לגישתה בהסכמים נשוא כתב האישום ובפעולות שסבבו אותם הייתה פגיעה חריפה בתחרות.

זוטי דברים – דיון והכרעה

53. אין למעשה מחלוקת כי גם בהסדרים שהינם כובלים על פי החזקות החלוטות הקבועות בסעיף 2(ב) עשוי להתעורר הצורך לבדוק את מידת הפגיעה בתחרות, וזאת לצורך הכרעה בסוגיית זוטי דברים. אולם, כפי שהוסבר כבר לעיל, יש להקפיד על התייחסות שבין רכיב הפגיעה בתחרות בסעיף 2(א) לבין פגיעה בתחרות כהגנה מכוח זוטי דברים. אי הקפדה על התייחסות – תביא להחמצת תכליתו של סעיף 2(ב), המבקש לשחרר את בית המשפט מהצורך בבדיקה פרטנית של הפגיעה בתחרות. שני מאפיינים מרכזיים של הגנת זוטי דברים ממחיש את ההבדל. מאפיין אחד הוא עניין נטל ההוכחה. בעוד שפגיעה בתחרות לפי סעיף 2(א) הינה חלק מיסודות העבירה ועל כן רובץ הנטל להוכחתה על התביעה, לא כך הוא בהקשרה של טענת זוטי דברים. סעיף 34<sup>34</sup> לחוק העונשין הינו סייג בפני אחריות פלילית וחלים עליו מילותיו של סעיף 34<sup>34</sup> לחוק העונשין, הקובע כי "מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית". כלומר, כאשר מדובר בהסדר כובל לפי סעיף 2(ב) ונטענת טענת הגנה של זוטי דברים, הנטל להוכיח את מידת הפגיעה בתחרות מונח על כתפי הטוען. מאפיין שני הינו עוצמת הפגיעה בתחרות אשר מעבר לה לא יהיה ניתן לראות הסדר כובל כזוטי דברים. סייג זוטי דברים עשוי להכשיר הסדרים כובלים שפגיעתם הינה כה קלת ערך עד שאין הם חוצים את סף ה"אנטי חברתיות" שמוצדק להפעיל בגינו את המנגנון הפלילי. מטבע הדברים, רק פגיעה בתחרות ברמה נמוכה ביותר לא תגביה את המעשה אל מעבר לרף של "קל ערך".

54. נקודת המוצא הינה אפוא, כי המערערים הם הנושאים בנטל להוכיח כי אכן מדובר בזוטי דברים, כאשר החובה המוטלת עליהם היא לעורר ספק סביר (סעיף 34<sup>34</sup> כב(ב) לחוק העונשין). בית המשפט המחוזי קבע, כי הם לא עמדו בנטל מכיוון שלא הצליחו להראות מהו השוק הרלוונטי שבו יש לבדוק האם הייתה פגיעה בתחרות. בית המשפט הוסיף וקבע, כי העובדה שאף אחד מהצדדים לא הצליח להראות מהו השוק הרלוונטי הייתה עומדת לתביעה לרועץ, לו היה הנטל מונח על כתפיה היא. בית המשפט לא הבחין בין אמת המידה אותה יש

להפעיל לעניין בדיקת הפגיעה בתחרות לפי סעיף 2(א) לבין אמת המידה אותה יש לנקוט לבדיקת שאלת תחולתו של סייג זוטי דברים כאשר מדובר בהסדר כובל לפי סעיף 2(ב). לשיטתו, נדרש ניתוח שוק כדי להוכיח פגיעה בתחרות הן לעניין סעיף 2(א) והן לעניין הגנת זוטי דברים. בית המשפט הסכים, כי ישנם מקרים בהם הפגיעה בתחרות הינה ברורה מאליה ואינה מחייבת ניתוח שוק, אולם סבר שאין זה המקרה כאן. המשיבה בסיכומיה חולקת על גישתו של בית המשפט. לשיטתה, ניתן להוכיח פגיעה בתחרות גם ללא ניתוח שוק ובענייננו יש לקבוע כי ההסכמים עלולים היו לפגוע בתחרות גם אם אין זיהוי של השוק הרלוונטי. המשיבה מוסיפה ומנתחת בהרחבה את מבנה השוק בו פעלו המערערים ואת השחקנים הפעילים בו וגורסת כי גם על סמך ניתוח שוק ניתן להגיע למסקנה שהייתה פגיעה של ממש בתחרות.

55. כאמור, אין חולק כי ישנם מקרים בהם ניתן להכריע בשאלת ההשפעה על התחרות – לכאן או לכאן – ללא צורך בניתוח שוק פורמלי (ראו דיון נוסף טבעול, עמ' 97). זאת מחד גיסא. מאידך גיסא אין חולק גם כי הגדרת שוק הינה כלי חשוב, ובמקרים רבים גם הכרחי, לניתוח היבטי התחרות הנובעים מהסדר מסוים (לאופן זיהוי שוק ראו ע"א 2247/95 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ, פ"ד נב (5) 213, 231-232). הויכוח – כך נראה – הוא על הגדרת הכלל לעומת היוצא מן הכלל: האם בדרך כלל, ולמעט מקרים מובהקים, יהיה צורך בניתוח כלכלי המבוסס על הגדרת שוק או שניתוח כזה הינו רק אחת מהחלופות לבחינת ההשפעה על התחרות. שאלה זו אינה מצריכה הכרעה בענייננו, שכן, כפי שנראה, דין טענת זוטי הדברים להידחות לפי כל אחת מנקודות המבט. עם זאת אעיר כי לשיטתי, לפחות בכל הנוגע לטענת זוטי הדברים אין מקום לגישה לפיה יש לפנות, כדבר שבשגרה, לניתוח כלכלי המבוסס על הגדרת שוק. גישה כזו תביא לסירבול והארכת הדיון ועלולה ליטול את עוקצן של החזקות שבסעיף 2(ב) שתכליתן להביא לפישוט וייעול של ההליכים. ישנם הסדרים רבים אשר גם בלא להיכנס לניתוח מעמיק שלהם ניתן לקבוע כי פגיעתם בתחרות אינה "קלת ערך". יתכן גם שישנם מקרים הפוכים, בהם מדובר בהסכם שהינו כה שולי עד כי ברור שפגיעתו בתחרות הינה קלת ערך. אין להוציא אמנם מכלל אפשרות כי במקרים מסוימים לא יהיה מנוס מנקיטת ניתוח כלכלי גם לבירור טענת זוטי דברים, אולם בדרך כלל לא יהא זה המצב.

56. לענייננו: צדק בית משפט קמא כאשר קבע כי המערערים לא הוכיחו מהו השוק הרלוונטי. המערערים לא הביאו ראיה לטענתם כי השוק משתרע הן על מערכות עיקריות והן על חלקי חילוף. לא שוכנעתי כי העובדה שמשרד הביטחון מנע מהמערערים גישה למידע מסוים היא הגורם לאי הוכחת טענותיהם. בהקשר זה יצוין, כי המערערים הגישו לבית משפט זה ערר על החלטת בית המשפט המחוזי שלא לחייב את משרד הביטחון לחשוף מידע מסוים והערר נדחה בשל חוסר הרלוונטיות של המידע שגילוי התבקש (בש"פ 1078/00 טגר בע"מ נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). על כן, היעדרו של ניתוח שוק, ככל שהיה בו צורך, נזקף לחובת המערערים. עם זאת, הייתי מגיעה לאותה מסקנה גם לו היה נטל ההוכחה מונח על כתפי המשיבה. המדובר בהסכמים בין גופים מתחרים, המסדירים נתח פעילות משמעותי שהינו בליבת התחרות ביניהם. כבית משפט קמא, ומטעמיו, איני סבורה שמבנה השוק היה כזה שלא איפשר כל תחרות. המערערים ביססו טענתם זו בעיקר על כך שמשרד הביטחון התקין טבלת מחירים והמכירה בוצעה על פי המחירים שנקבעו באותה טבלה. כממצא עובדתי קבע בית משפט קמא כי הטבלה "לא מנעה קיומו של מו"מ, כמו גם תחרות, בין מציעים חרף קיומו של מחיר זה" (פסקה 94). אין כל מקום להתערב בממצא בעובדתי זה, המעוגן היטב בעובדות שהיו בפני בית משפט קמא ופורטו על ידו בהרחבה. ממצא זה משמיט במידה רבה את הקרקע תחת הטענה כי לא התאפשרה תחרות. מסתבר גם, כי לא כל המכירות נעשו תחת חסותה של טבלת המחירים וגם נתון זה מכרסם בטענה. מקובלת עלי גם קביעתו של בית משפט קמא כי סבירותו או אי סבירותו של המחיר שהתקבל בסופו של דבר – אינה מיסודות העבירה. הפגיעה בתחרות – אינה פונקציה של הנזק הכלכלי שנגרם אם נגרם למשרד הביטחון. גם קביעה כי משרד הביטחון יצא נשכר מהתהליך כולו אינה שקולה לאמירה שמדובר ב"זוטי דברים". צדק בית משפט קמא כאשר אמר שביסוד התחרות החופשית מונחות מטרות נוספות. אמירה זו משמעותית דווקא לעניין בחינת ההגנה על פי סעיף 34(א) לחוק העונשין (בהבדל מקביעה לצורך סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים), משום שבהגנה זו על פי הגדרתה יש מקום לבחינתו של האינטרס הציבורי שכונס תחת כנפיו היבטים ערכיים, לצד שורה תחתונה שמתבטאת במחיר שהתקבל (ראו פרשת עזיזיא).

סוף דבר בנקודה זו: שיתוף הפעולה בין המערערים כלל למעשה את כל הרבדים מהם מורכבת עסקה כלכלית: מחיר הרכישה, מחיר המכירה



ללקוחות, כמות הנכסים שבידי כל אחד מהשותפים וחלוקת השוק ביניהם. ריבוי הרבדים בפני עצמו מצביע על כך שלא ניתן להראות בהתנהלותם של המערערים משום מעשה קל ערך. הפגיעה בתחרות לעניין המחיר שישולם למשרד הביטחון היא רק אחד מאותם רבדים או מאפיינים שנמנו, שעל כן אפילו קביעה כי לא הייתה פגיעה בתחרות בעניין זה אינה מביאה למסקנה כי המערערים עמדו בנטל המוטל עליהם לעניין הוכחת הסייג.

התוצאה היא שדין טענת זוטי הדברים להידחות.

#### הגנת ההסתמכות

57. טענה נוספת של המערערים, בנוגע לכל האישומים, היא שעומדת לזכותם הגנה מפני אחריות פלילית בשל העובדה שפעולותיהם נעשו בהסתמך על עצתו של עורך דין. עד שנפנה לעסוק בהגנה הנטענת, נתעכב מעט על המצע המשפטי שעל בסיסו היא עשויה לצמוח.

טעות במצב משפטי

58. שאלת המשמעות שיש לייחס במשפט הישראלי לטעות בדין, לעניין האחריות הפלילית של הטועה, ידעה תפנית. בעבר היה מקובל הכלל המשפטי הגורס, כמעט ללא סייג, שאי ידיעת הדין אינה פוטרת מאחריות פלילית. כלל זה מצא את ביטויו בנוסחו הקודם של סעיף 12 לחוק העונשין אשר קבע כך:

"אי ידיעת הדין לא תשמש עילה לפטור מאחריות לעבירה, אלא אם נאמר במפורש שידיעת הדין היא אחד מיסודות העבירה".

כלל זה, בניסוח דומה, היה קבוע גם בסעיף 8 לפקודת החוק הפלילי, 1936, אשר חוק העונשין החליף אותה. טעמים שונים הוזכרו להצדקת כלל זה, ואין כאן המקום להיכנס אליהם (ראו מ' גור-אריה "הסתמכות על עצה מוטעית של עורך דין – האם פוטרת מאחריות פלילית" עלי משפט ב 33, 36-46 (להלן: גור-אריה); ע' אזר "אי-ידיעת הדין ועצה רשמית מוטעית" עיוני משפט י 535, 538-536 (להלן: אזר); ב' להב "אי ידיעת הדין" מחקרי משפט ו 165, 177-183 (להלן: להב); ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (כרך ב) 549-550 (להלן: פלר)). יחד עם זאת, לא

נעלמו מהעין גם הקשיים ואי הצדק שבכלל האמור. הבעיה המרכזית הינה כי נקיטת הכלל האמור מהווה סטייה מ"עקרון האשם" בדיני העונשין ויש בה משום אי הגינות כלפי הפרט, אשר, לעיתים, אינו מודע ואינו יכול להיות מודע לעובדה שמעשיו עומדים בניגוד לחוק (ראו פלר (כרך ב), עמ' 547-548; להב, עמ' 166). בעיה זו אינה קיימת או שממדיה מזעריים כאשר מדובר בסוג העבירות שהרוע שבהן נובע מטבען של המעשים (mala in se), אולם היא קיימת בצורה חריפה בסוג העבירות שהפסול בעשייתן נעוץ רק בכך שהמחוקק אסרן (mala prohibita). קושי זה הוביל, דומה, למאמץ פסיקתי לפתח דרכים לצמצום היקפו של הכלל לפיו אי ידיעת הדין אינה פוטרת. זאת, בנוסף לסייג שהיה קבוע בחוק עצמו לגבי מקרה בו נאמר במפורש שידיעת הדין היא חלק מיסודות העבירה. אחת הדרכים שפותחו בפסיקה הינה הבחנה בין דין פלילי לדין לבר-פלילי, תוך ראיית טעות בדין הלבר-פלילי כטעות בעובדה אשר הינה בת הגנה (ראו ע"פ 389/91 מדינת ישראל נ' ויסמרק, פ"ד מט (5) 705, 713-716 והאסמכתאות שם (להלן: פרשת ויסמרק); י' קדמי על הדין בפלילים (2004), 410-413 (להלן: קדמי); פלר (כרך ב), עמ' 557-567. לביקורת על גישה זו ראו להב, עמ' 183-192). השאלה מהו קו התיחום בין טעות בדין הפלילי לטעות בדין הלבר-פלילי הייתה נושא לדיון ער בספרות ונתגבשו בעניינה גישות חלוקות (ראו ש"ז פלר "טעות בחוק הפלילי או הלבר פלילי, היכן הגבול" משפטים ה' 508 (להלן: פלר, טעות בחוק); ד' ביין "טעות בעובדה, טעות בחוק ותביעת זכות בתום-לב" הפרקליט כב' 152; ד' ביין "טעות בחוק הפלילי או הלבר פלילי, קביעת הגבול או חיסול ההבחנה" הפרקליט ל' 106). הפסיקה, דומה, לא הכריעה בחילוקי דעות אלו (ראו בפרשת ויסמרק, שם צידד השופט בך במבחן שהוצע על ידי ד"ר ביין בעוד השופט מצא צידד במבחן שהוצע על ידי פרופ' פלר והנשיא ברק לא הביע דעתו בעניין; ראו גם קדמי, עמ' 566).

59. היחס לאי ידיעת הדין כגורם המשפיע על קביעת אחריות פלילית עבר שינוי של ממש בתיקון 39 לחוק העונשין. סעיף 12, כנוסחו לעיל, בוטל. הנושא מוסדר כיום בסעיף 34 יט לחוק העונשין, שכותרתו "טעות במצב משפטי", וזו לשונו:

"לענין האחריות הפלילית אין נפקה מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו את

האיסור, זולת אם הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר".

הכלל הכמעט מוחלט לפיו אי ידיעת הדין אינה פוטרת הומר בכלל הנכון להכיר, במקרים מסוימים, בפטור מאחריות פלילית בגין טעות משפטית. הכלל הבסיסי נותר, אמנם, בעינו ועל פיו אי ידיעת הדין אינה פוטרת. אלא שלצידו נקבע חריג משמעותי, הקובע פטור מאחריות פלילית במקרה של טעות במצב משפטי שהיא "בלתי נמנעת באורח סביר". ההגנה במקרה של טעות במצב משפטי מותנית בהתממשותם של שני תנאים: ראשית, על הטעות במצב המשפטי להיות טעות כנה ובתום לב. תנאי זה ברור מאליו, שכן טעות שאינה טעות כנה ובתום לב אינה בגדר טעות. שנית, על הטעות לעמוד בקריטריון של סבירות: "בלתי נמנעת באורח סביר". על בית המשפט להשתכנע שהטעות במצב המשפטי אירעה על אף שנעשו כל המאמצים שיש לצפות להם מאדם סביר כדי לברר את המצב המשפטי לאשורו. לא למותר לציין, כי בדומה לסייג זוטי דברים, טעות במצב משפטי לפי סעיף 34 יט לחוק אף היא סייג לאחריות פלילית, ועל כן הנטל להוכחתה מוטל על הטוען לה (סעיף 34 ה לחוק העונשין), כאשר די בכך שהטענה הוכחה ברמה של יצירת ספק סביר (סעיף 34 כב(ב) לחוק העונשין; ע"פ 4675/97 רוזוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (4) 337, 368-373).

60. אחת השאלות העולות למקרא סעיף 34 יט הינה האם יש עדיין מקום להבחנה שנעשתה בפסיקה בין טעות בדין הפלילי לטעות בדין הלבר-פלילי. לשאלה זו עשויה להיות חשיבות, שכן אם טעות בדין הלבר-פלילי תסווג כטעות עובדתית, יחול עליה סעיף 34 יח לחוק העונשין העוסק במי ש"עושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים". הגנת הטעות לפי סעיף זה אינה מותנית בדרישה של סבירות, ועל כן היא רחבה יותר מההגנה הניתנת במקרים של טעות במצב משפטי. נראה לי, כי יש מקום להבחנה בין דין פלילי לדין לבר-פלילי גם לאחר חקיקתו של סעיף 34 יט לחוק העונשין. יושם אל לב, כי ההבחנה בין טעות בדין הפלילי לטעות בדין הלבר-פלילי נוצרה בפסיקה, הגם שלא היה לכך עיגון לשוני בסעיף 12 לחוק העונשין (כנוסחו אז). כיום יש להבחנה זו עיגון של ממש בלשונו של סעיף 34 יט המדבר על "טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו את האיסור" (ההדגשה שלי – ד"ב) (ראו דברי ההסבר להצעת החוק: הצעות חוק (תשנ"ב) עמ' 140; ראו גם קדמי, עמ' 566). אכן, חלק מהטעם המקורי שהוביל ליצירתה של ההבחנה ניטל, שכן כיום סיווגה של הטעות כ"טעות בדין" אינו סותם את הגולל על האפשרות להעניק

פטור. אולם, כאמור, תחומה של ההגנה שבסעיף 34 יט צר משמעותית מזו המצויה בסעיף 34 יח, ויש היגיון בהענקת הגנה רחבה יותר לטועה בדין הלב-פלילי. עם זאת, אפשר שלתיקון בחוק תהיה השפעה, במישור הפרשני, על תיחום הקו המבחין בין דין פלילי לדין לב-פלילי. העובדה שגם למי שטעה בדין הפלילי יש תקווה למצוא ריווח והצלה במסגרת דיני הטעות, עשויה להצדיק צמצום מה בפרשנות המושג "דין לב-פלילי".

לכאורה, האמור לעיל עומד בסתירה לדברים שנאמרו בפרשת בורוביץ :

"אך דומה שמאז כניסתו לתוקף של תיקון מס' 39 לחוק העונשין, שבסעיפים 34 יח ו-34 יט עיגן בבירור את רכיביהן (השונים אלה מאלה) של "טעות במצב דברים" ושל "טעות במצב משפטי", שוב אין מקום להידרש להבחנה שהוכרה בפסיקה בעבר בין טעות בדין פלילי לבין טעות בדין לב-פלילי לעניין שיוכה לאיזו משתי הקטגוריות של טעות נטענת בהבנת תוכנה של נורמה עונשית שנקבעה בחוק לב-פלילי" (ההדגשה במקור) (עמ' 931).

אלא שעיון בפיסקה דלעיל מצביע על כך שלא קיימת סתירה. הדגש בפרשת בורוביץ אינו על הטעות בדין הפלילי לעומת טעות בדין הלב-פלילי, אלא על "שיוכה" של הנורמה: האם היא ממוקמת בדין הפלילי או בדין הלב-פלילי. במילים אחרות, לפי פרשת בורוביץ הקריטריון היחיד הוא האם מדובר בנורמה עונשית או לא. להבחנה זו - יש מקום גם לאחר תיקון 39 (ראו לעניין זה פרשת ויסמרק עמ' 72).

61. מכל מקום, דברים אלה הינם בבחינת למעלה מן הצורך. זאת, שכן הטעות לה טוענים המערערים - טעות בשאלה אם הסדר מסוים הינו הסדר כובל - הינה לכל הדעות טעות בדין הפלילי ולא בדין הלב-פלילי (ראו פרשת בורוביץ, עמ' 930; השוו רע"פ 4827/95 ה.ג. פולק בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (2) 97, 111). על כן, הגם שטעות בדין הלב-פלילי נחשבת לטעות במצב דברים, אין זה המצב כאן. טעותם של המערערים - אם הייתה - נחשבת לטעות במצב משפטי. יצוין, כי גם המערערים לא טענו כי טעותם הינה בגדר טעות במצב דברים. על כן, טענת ההסתמכות של המערערים תיבחן תחת האספקלריה של דין הטעות הרלוונטי - סעיף 34 יט לחוק העונשין.

62. הגנת ההסתמכות זכתה להתייחסותו של בית משפט זה בפרשת הורביץ. שם הסביר השופט אור את הטעמים העומדים ביסודה של הטענה:

"טענה זו מבוססת על ההנחה כי בשטחים רבים הדורשים התמחות, כמו ראיית-חשבון, משפטים, רפואה, וכן בשטחים רבים נוספים אין לאדם מן היישוב, אשר אינו מומחה באותם שטחים, ידע מספיק, והוא נאלץ להסתמך על ייעוץ של מומחים לדבר. כך, בבואו לפעול פעולה משפטית מסוימת או לעשות עיסקה פלונית, אם ירצה לדעת את השלכותיה, לרבות אם היא מותרת על-פי הדין או אסורה, הוא יזדקק לעצתם ולהנחייתם של מומחים. הסתמכות בתום-לב על עצה שיקבל בקשר לכך מעורך-דין, שעליו הוא יכול לסמוך כבעל הידע המשפטי הנדרש, ואשר ידועות לו כלל העובדות והנסיבות הדרושות לעניין, עשויה לשלול את קיומה של כוונה פלילית מצדו לפעול שלא כדין. במקרה כזה תעמוד לו טענת ההסתמכות" (עמ' 160).

בהמשך, חיווה בית המשפט את דעתו בנוגע לנקודות מספר הקשורות לתנאים בהם תוכר הגנת ההסתמכות ואליהן נתייחס בהמשך. יש לשים לב, כי הכרעת דינו של השופט אור בפרשת הורביץ לא התבססה בסופו של דבר על טענת ההסתמכות (ראו שם, עמ' 162, בין אותיות השוליים א-ב). ומה שחשוב יותר לענייננו: השופט אור אינו דן בסעיף 34יט ואינו מתייחס לשאלה האם הטעות שנבעה מההסתמכות על עצת עורך הדין הייתה "בלתי נמנעת באורח סביר". השופט אור מדבר על כוחה של טענת ההסתמכות לשלול "כוונה פלילית מצדו [של המסתמך] לפעול שלא כדין" (ההדגשה לא במקור). לגישה של המלומדת מרים גור-אריה, יש בדברים אלו הכרה בהגנה שהינה ייחודית ליסוד הנפשי של העבירה בה דובר בפרשת הורביץ, עבירה לפי סעיף 220 לפקודת מס הכנסה, הדורשת יסוד נפשי של כוונה מיוחדת. מקום בו נדרשת כוונה מיוחדת כזו (בין בעבירות מס ובין בעבירות אחרות בהן היא נדרשת) עשויה הפנייה לעורך דין לשמש כלי עזר ראייתי לשלילת הכוונה. לא כך בעבירה המותנית בידיעה – שבה הפנייה לעורך דין לא תספיק כתשתית להגנה של טעות במצב משפטי (ראה גור אריה, עמ' 64-62).

63. הדעה לפיה הסתמכות על עצת עורך-דין פרטי עשויה להקים הגנה היא נחלתם של מלומדים שונים (ראו אזר, עמ' 545; להב, עמ' 203-204; פלר, טעות בחוק, עמ' 562-563). גישה שונה מביעה המלומדת גור-אריה. את ההגנה למי שהסתמך על עצה שהובילה לטעות משפטית יש להגביל, כך לשיטתה, למסתמך על עצה של גורם רשמי המוסמך לפרש את החוק או לאוכפו. אין להעניק אותה למי שהסתמך על עצה של עורך דין פרטי. גור-אריה מזכירה במאמרה טעמים מספר התומכים בגישתה זו, ובהם הכוח שיינתן בידי עורכי הדין לפרש את החוק ולהעניק חסינות בפני העמדה לדין פלילי; הצורך של בית המשפט להביע דעתו על המוניטין של עורך הדין (כמדד לבחינת סבירות הפנייה אליו) והפיכתו של בית המשפט ל"גורם שנוטל חלק פעיל בקביעת ההיררכיה של עורך הדין"; ההשלכה הכספית שיכולה להיות לכך, כאשר בעלי אמצעים יוכלו לפנות לעורך דין בעל מוניטין ולקנות חסינות מפני העמדה לדין פלילי, כאשר חסינות כזו תימנע ממחוסרי האמצעים (ראו גור-אריה, עמ' 46-52). באופן כללי הדגש הוא על המחיר החברתי שכרוך בהענקת כוח לעורכי הדין ליצור חסינות במקרים מסוימים מפני העמדה לדין פלילי. החשש הוא כי הפנייה לעורכי הדין, שמטבע הדברים יש לה מקום בעבירות מסוג *mala prohibita*, תגלוש גם לעבירות מסוג *mala in se* וההסתמכות על האינטואיציה החברתית מוסרית בציבור באשר לפסול בהתנהגויות מסוימות תלך ותפחת.

64. דעתה של פרופ' גור אריה, מתבססת על נימוקי כבדי משקל ואין ספק כי הבעיות שהיא מעלה – הן בעיות שאין להקל ראש בהן, ובמקרים מסוימים – הן אף עשויות להכריע את הכף לכיוון של אי קבלת הטענה של הסתמכות על עצת עורך דין – כבסיס להגנה מכוח סעיף 34יט. עדיין אני סבורה – כי אין לשלול מראש ובאופן גורף את האפשרות כי עצת עורך דין תקים את ההגנה. אתחיל מכך שלהוצאתה של ההסתמכות על עצת עורך דין מכלל האפשרויות להקמת הגנה אין כל עיגון בלשון החוק. סעיף 34יט לחוק העונשין מציע מבחן גמיש הכולל קריטריון של סבירות ותום לב. אין למצוא בו תנאי מוקדם השולל, באופן קטגורי, את סבירותה של טעות הנובעת מהסתמכות על עצת עורך דין. פרופ' פלר אמר בנושא זה את הדברים הבאים:

"אין טעם, לדעתנו, לקבוע מראש רשימה סגורה של מקורות או בסיסים של פרשנות מוטעית "מוסמכת", עליהם סביר להסתמך. העיקר הוא, שלפי שיקול דעתו של בית-המשפט, טעותו של

האדם היתה, בנסיבות העניין, בלתי נמנעת באורח  
סביר ולכן, עדיף להשאיר את ההערכה לשיקול  
דעת זה" (פלר, טעות בחוק, עמ' 562-563).

נראה לי כי זוהי הגישה הראויה ונראה כי זוהי אף הגישה שאומצה בחוק, שעל כן לא נקבעו קטגוריות של מקרים בהם ניתן להכיר בהגנת הטעות במצב המשפטי. הקריטריון שנבחר הוא קריטריון גמיש של בחינה בדיעבד באשר לסבירות טעותו המשפטית של הנאשם. בגדרו של קריטריון זה אין אחיזה לפסילה גורפת של סבירות ההסתמכות במקרים של קבלת עצה מעורך דין פרטי. שנית, גם לגופו של עניין הטעמים להכרה בהגנת טעות במצב משפטי אינם מצדדים בשלילתה של ההגנה במקרים של קבלת ייעוץ משפטי פרטי. השאלה מה היקף פרישתו של איסור פלילי עשויה להיות, לעיתים, לא פשוטה. כך, כאמור, בעיקר באיסורים מסוג *mala prohibita*, שלא טמון בהם פגם מוסרי אינהרנטי האמור להיות נהיר לכל אדם. לא תמיד קיימת אפשרות לפנות לגורם רשמי אשר יפרש את החוק. יש אינטרס חברתי לתמרץ את הפרט לברר האם פעולותיו עולות בקנה אחד עם החוק. בתחומים מסוימים משמעות הדבר היא לעודד נורמה של קבלת ייעוץ משפטי מעורך דין. גישתה של פרופ' גור-אריה דורשת למעשה מעין *pre-ruling* של גוף מוסמך כבסיס לטענת הסתמכות, אלא שלא תמיד קיים גוף מתאים שניתן לפנות אליו. במאמר מוסגר אעיר כי בשנת 2000 תוקן חוק ההגבלים העסקיים והוסף לו סעיף 43א המעגן בחוק את האפשרות של *pre-ruling* על ידי הממונה (ראו גם את הכללים שהותקנו מכוח סעיף זה – כללי מתן חוות דעת מקדמיים מטעם הממונה על ההגבלים העסקיים מיום 5.8.04). אפשרות זו לא הייתה קיימת בתקופה בה עוסק כתב האישום. אוסיף, כי גם כאשר קיימת אפשרות לקבל *pre-ruling* איני בטוחה שיש מקום לקבוע כלל גורף שעצת עורך דין פרטי לא תספיק על מנת להקים טענה של טעות במצב משפטי. ייתכן ובנסיבותיו של מקרה מסוים זמינותו של מסלול *pre-ruling* תשלול את סבירות ההסתמכות על עצת עורך דין פרטי, אולם נראה לי כי אין לקבוע מסמרות בנושא זה והבחינה צריכה להיעשות על בסיס העובדות הקונקרטיות. ככלל, הרשעת אדם אשר נקט את כל המאמצים הסבירים שניתן לצפות שינקוט על מנת ללמוד האם יש במעשיו פגם של אי חוקיות, מעוררת תחושה חריפה של חוסר צדק. יש מקום להכיר, אם כן, במקרים המתאימים, בלגיטימיות ההסתמכות על עצתו המשפטית של עורך דין כמעניקה הגנה מפני אחריות פלילית.

65. המענה לחששות אותם הביעה פרופ' גור אריה, ובעיקר החשש מפני ניצול לרעה, צריך להימצא באופן היישום של הגנת הטעות במצב משפטי במקרה של הסתמכות על עצת עורך דין (ראו גם אזר, עמ' 545, הסבור שלעורך הדין קיים תמריץ להיות זהיר בעצתו ביודעו כי היא עשויה להיבחן בבית המשפט). כיוון שטענת הסתמכות על עצת עורך-דין הינה מקרה פרטי של טעות במצב המשפטי היא כפופה לשני התנאים שהוזכרו: תום לב וסבירות. תום לב משמעו, כי מהתנהגותו של המתייעץ עם עורך הדין ניתן ללמוד על ניסיון כן ואמיתי לדעת מהן דרישות החוק ולעמוד בהן. מאליו מובן, כי פנייה לעורך דין אשר נעשית שלא מתוך כוונה כנה לעמוד בכל דרישות החוק אינה פנייה בתום לב. כמו כן, על ההסתמכות על עצת עורך הדין לעמוד בתנאי של סבירות. דרישת הסבירות אופפת את ההסתמכות לכל אורך הדרך והיא משתרעת הן על מהלך ההתייעצות והן על ההחלטה להסתמך על העצה. היא כוללת את עצם הפנייה לעורך דין, את בחירת עורך הדין, את המידע שנמסר לעורך הדין והיקפו וכדומה. גם בהנחה שלא נפל מתום הן בתהליך ההתייעצות והן בהיקף המידע שנמסר ואלה הסתיימו בעצה שאומצה, אין זה סוף פסוק בבחינת השאלה האם קמה הגנת הטעות במצב משפטי. לא מן הנמנע כי יהיו מקרים בהם ייקבע שההסתמכות על עצת עורך דין הייתה בלתי סבירה חרף כל אלה. אין מקום לשרטט מראש, באופן קשיח, את המקרים בהם תיחשב הסתמכות על עצת עורך דין כטעות בלתי סבירה או בחוסר תום לב. על בית המשפט לבחון, בנסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה, האם ההתייעצות עם עורך הדין כפי שהתנהלה, וההסתמכות עליה, הובילו לכך שהטעות המשפטית הייתה "בלתי נמנעת באורח סביר". עם זאת, ניתן לאפיין מצבים שונים שיש בהם ללמד בדרך כלל, לכאן או לכאן, על סבירותה וכנותה של ההסתמכות. בהמשך דברינו נעסוק במספר מצבים כאלו. הדגש הוא על כך שאין מדובר ברשימה סגורה או אפילו ממצה של מאפיינים ויש להניח שנושא זה ילובן ויפותח בפסיקה בעתיד.

66. לפני ימים אחדים, ולאחר שכתובתו של פסק דין זה הושלמה, ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בע"פ 845/02 מדינת ישראל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית לישראל בע"מ (טרם פורסם, 10.10.07) (להלן: פרשת תנובה). בפסק הדין, שניתן על ידי הנשיאה ד' ביניש, הכיר בית המשפט באפשרות העקרונית להעניק את ההגנה של טעות במצב משפטי לפי סעיף 34 ל חוק העונשין למי שהסתמך על עצה של עורך דין פרטי. עם זאת, נקבע שההגנה תינתן במשורה



תוך שימת לב לקשיים אותה היא מעוררת. בפסק דינה מוסיפה הנשיאה ומונה אמות מידה להחלתה של ההגנה, תוך שהיא מבהירה כי אין מדובר ברשימה סגורה וממצה (ראו פסקה 36 לפסק הדין). מקובלת עלינו, בכל הכבוד, עמדתה העקרונית של הנשיאה אשר עולה בקנה אחד עם התזה אותה הצגנו לעיל. כפי שנראה בהמשך, הדיון בטענת ההסתמכות במסגרת פסק דיננו זה מתמקד בעיקר בשתי נקודות: היקף החובה למסור לעורך הדין את מלוא המידע הרלוונטי (דרישה אותה מזכירה גם הנשיאה אם כי אינה מרחיבה לגביה) והשאלה האם ההסתמכות על עצת עורך דין הנוגעת לדפוס פעולה כללי מקימה אף היא את ההגנה. בפסק הדין בעניין תנובה לא התעורר הצורך לדון בנושאים אלו, ועל כן אין לו השלכה ישירה על הדיון העקרוני שיערך.

נפנה כעת לעסוק בשאלה האם עומדת למערערים הגנת ההסתמכות באישומים הספציפיים.

אישום 1

67. לטענת המערערים, כל פעולותיהם נעשו בליווי צמוד של עורכי דין ועל כן הם זכאים לפטור מאחריות פלילית הנובע מהגנת ההסתמכות. בית המשפט קבע, כי מהראיות אכן עולה שההסכם גובש בהשתתפותם וייעוצם של עורכי הדין. עוד נקבע, שהמערערים לא היו מודעים כלל לאפשרות שלהסכם עליו חתמו יש נגיעה כלשהי לדיני ההגבלים העסקיים. גם עורכי הדין, כך נקבע, סברו שההסכם אינו בעייתי מבחינת דיני ההגבלים העסקיים מכיוון שהוא עוצב כמיזם משותף. בית המשפט דחה את טענת המשיבה לפיה אין המערערים זכאים ליהנות מההגנה בשל כך שלא עשו מאמץ לברר את המצב המשפטי לאשורו. נקבע, שהגנת ההסתמכות אינה מוגבלת למקרים בהם הוצגה הבעיה המשפטית הספציפית בפני עורך הדין והלה סבר שאין בהם עבירה על החוק. לגישתו של בית המשפט, אדם המבקש מעורך דין שיערוך עבורו חוזה זכאי, ברמת העיקרון, להסתמך על ההנחה שהיבטי המשפט הפלילי הכרוכים בו יילקחו בחשבון:

”גם אינני סבור שעל הנאשמים היה לשאול את עורכי דינם, כפי שמציעה המאשימה בסיכומיה, אם אין בעיות משפטיות אפשריות בעסקה המוצעת. כאשר אדם פונה לעורך דין כדי שזה יכין לו חוזה שיהווה את המסד המשפטי לביצוע עסקה

בה הוא חפץ, חזקה על הלקוח, שהוא מבקש מעורך הדין כי זה יתייחס לכלל ההיבטים המשפטיים האפשריים הקשורים בעסקה ויצביע בפניו על כל קושי חוקי, אם קיים כזה, אשר כרוך בעסקה. בנסיבות אלו, לא נדרשת לשם כך בקשה מפורשת" (פיסקה 24 להכרעת הדין).

גישה זו – מקובלת עלי. כאשר פונה אדם לעורך דין על מנת שיעניק ליווי משפטי כללי לחוזה או לפעולה אחרת, ניתן לייחס לו ציפייה כי כל היבטי המשפט הפלילי יובאו בחשבון. אין להעמיס על הפונה את הדרישה כי יגדיר מראש את המוקשים המשפטיים האפשריים, שאחרת מה הועילו חכמים בתקנתם. יש כמובן מקום לבדוק ולהתייחס לאופי הקשר בין עורך הדין ללקוח. כך למשל, כאשר פונה אדם לעורך דין על מנת שיחווה דעתו בנוגע להיבטי המס של חוזה פלוני, אין ספק שלא ניתן לראות בכך ייעוץ בקשר לסוגיות משפטיות אחרות. גם בייעוץ משפטי כולל ייתכן וייקבע כי במקרה מסוים היה על המתייעץ להפנות, מיוזמתו, את תשומת ליבו של עורך הדין לבעייתיות משפטית המתעוררת בעניין שבטיפולו, הכל בכפוף לדרישות תום הלב והסבירות. אולם אין מקום להתנות את הגנת ההסתמכות, בכל מקרה, בפנייה ממוקדת המגדירה את התחומים המשפטיים האפשריים לעניין כשרות העסקה.

68. בית המשפט קיבל את טענתה האחרת של המשיבה לשלילתה של הגנת ההסתמכות – הטענה כי ארזי ושיפמן לא הציגו בפני עורכי דינם תשתית עובדתית מלאה. לטענת המדינה, ארזי לא גילה לעורך דינו, עורך-דין לוינסון, כי SRS היא המציעה השנייה לרכישת ציוד המיראז' ושבעקבות קיומן של שתי ההצעות החליט משרד הביטחון להוציא מכרז. פרט נוסף אותו הסתיר ארזי מעורך דינו, לטענת המדינה, הינה העובדה שלטגר היה כבר הסכם התקשרות עם חברה אמריקנית בשם Deftrade, שהבטיח את מכירת ההמשך של הציוד. עובדה זו משליכה על ההצדקה להסכם עם SRS, שכן בהינתן העובדה שמכירת ההמשך הייתה מובטחת, נסתרת הטענה שההסכם נעשה בשל הקושי לשאת בנטל הכלכלי לבד. עוד נטען שארזי לא גילה לעורך הדין על הגשת ההצעה של טגר מיום 28.6.90, לאחר ההסכם עם SRS, שיצרה מצג שווא של תחרות. המשיבה טענה, כי גם שיפמן הסתיר מידע מעורכי דינו והיה שותף ביצירת רושם מוטעה שמשרד הביטחון מודע ומעודד את שיתוף הפעולה בין החברות.

69. בית המשפט קיבל את עמדת המדינה וקבע, כי הוסתרו מעורכי הדין שלוש עובדות. עובדה אחת שהוסתרה היא שמשרד הביטחון אינו יודע על שיתוף הפעולה בין SRS וטגר. עורכי הדין, כך קבע בית המשפט, היו תחת הרושם שמשרד הביטחון יודע ואף מעודד את שיתוף הפעולה של טגר עם SRS, בעוד לאמיתו של דבר לא היה משרד הביטחון מודע לכך. עובדה שנייה שהוסתרה היא שטגר הגישה במרץ 90 הצעה מתחרה להצעה מצד SRS, הצעה שבעקבותיה הוחלט על פתיחת ההליך התחרותי של מכרז. בית המשפט דחה את טענת שיפמן, כי לא היה מודע להגשת ההצעה על ידי טגר. בית המשפט ציין, כי הגשת ההצעה מטעם טגר הייתה הסיבה בגינה נסוג משרד הביטחון מההבנה המוקדמת עם SRS ושיפמן ראה במהלך זה של משרד הביטחון הפרת הסכם ופעל לסיכולו. על כן, אין זה הגיוני שלא היה מודע להגשת ההצעה. עובדה שלישית אשר עורכי הדין לא היו מודעים לה היא הגשת הצעתה של טגר ביוני 90. הצעה זו, קבע בית המשפט, הייתה פיקטיבית ונועדה ליצור מראית עין של תחרות. כיוון שהמערערים לא חשפו בפני עורכי דינם את כל מסד הנתונים הרלוונטי דחה בית המשפט קמא את טענת ההסתמכות.

70. המערערים תוקפים את מסקנותיו של בית המשפט, אם כי קו הטיעון שלהם אינו זהה. מערערי SRS חולקים על קביעתו של בית המשפט הן בפן העובדתי והן בפן המשפטי. מן הבחינה העובדתית הם טוענים, כי לא העלימו מעורכי הדין את המידע אליו התייחס בית המשפט. מן הבחינה המשפטית הם טוענים, כי אף אם היו פועלים כך לא היה בדבר כדי לפגוע בהגנת ההסתמכות העומדת להם. מערערי טגר אינם טוענים כנגד ממצאיו העובדתיים של בית המשפט (אם כי טוענים לחוסר דיוק בעניין מסוים). את טענתם הם מרכזים בהיבט המשפטי. לטענתם, אין באי גילוי המידע כדי לחתור תחת הגנת ההסתמכות. נציג ראשית את טענותיהם העובדתיות של מערערי SRS.

71. מערערי SRS חולקים על קביעותיו של בית המשפט המחוזי כי הם העלימו מעורכי דינם שלוש עובדות מרכזיות. בנוגע לידיעת משרד הביטחון על שיתוף הפעולה בין SRS לטגר, דבקים מערערי SRS בטענתם כי משרד הביטחון היה מודע לשיתוף פעולה זה. הם מוסיפים כי עורך-דין שביט ניהל משא ומתן עם משרד הביטחון ובעדותו אמר שהתרשם שמשרד הביטחון יודע על שיתוף הפעולה. לחלופין הם טוענים, כי טעו לחשוב שמשרד הביטחון מודע לכך, ועל כן זו התמונה שהציגו בפני עורכי הדין. בנוגע לידיעת עורכי הדין כי טגר היא

זו שהגישה את ההצעה במרץ 90, טוענים מערערי SRS כי שיפמן לא היה מודע לעובדה זו אלא בגדר שמועה, ועל שמועה זו הוא דיווח לעורך-דין שביט. באשר להצעתה של טגר ביוני 90 טוענים מערערי SRS, כי שיפמן עצמו לא ידע עליה. נאמר כבר עתה, כי בנוגע לנקודה אחרונה זו - הצעתה של טגר ביוני 90 - ציינה המשיבה כי לא ברור אם בית המשפט זקף גם אותה לחובת מערערי SRS ומכל מקום היא אינה עומדת עליה (עמ' 61 לסיכומי המשיבה). על כן הנחתנו תהא כי שיפמן לא ידע על הגשת ההצעה של טגר ביוני 90 וממילא לא הסתיר זאת מעורכי דינו.

72. כל המערערים טוענים, כאמור, כי מן הבחינה המשפטית, אף אם לא הציגו בפני עורכי דינם את הנתונים העובדתיים אותם הזכיר בית המשפט אין הדבר פוגע בהגנת ההסתמכות שלהם. בתמצית, עיקר הטענה היא כי החובה היא להציג בפי עורכי הדין מידע רלוונטי בלבד. המידע שלגביו נקבע כי הוא לא הונח בפני עורכי הדין אינו נוגע כלל לשאלת התחרות. לפי הטענה, יש לבחון כיצד היה משפיע המידע על החלטת עורכי הדין לו היה מונח בפניהם. רק אם יוכח כי עורכי הדין היו מייעצים בצורה שונה אילו היה ברשותם המידע החסר, אזי יש לשלול בשל כך את הזכאות להגנת ההסתמכות. במקרה הנוכחי, עמדת עורכי הדין לפיה אין בהסכמים נשוא האישום בעיה מבחינת דיני ההגבלים העסקיים לא הייתה משתנה גם אילו היו מודעים לנתונים שעל פי קביעת בית המשפט לא הונחו בפניהם. מכיוון שהמידע שהוסתר לא היה משפיע על ההחלטה, הסתרת המידע אינה חוסמת את הדרך בפני הגנת ההסתמכות.

73. המשיבה חולקת על טענות המערערים, הן מן ההיבט העובדתי והן מן ההיבט המשפטי. אשר לפן העובדתי, סומכת המשיבה את ידיה על קביעותיו של בית המשפט. זאת, למעט, כאמור, בנוגע לעובדה השלישית לגביה מסכימה המשיבה להניח ששיפמן לא היה מודע להגשת ההצעה הפיקטיבית של טגר ביוני 90. המשיבה טוענת, כי משרד הביטחון לא היה מודע באופן ספציפי לשיתוף הפעולה בין SRS לבין טגר ועובדה זו לא הובאה לידיעתם של עורכי הדין. עוד טוענת המשיבה, כי שיפמן היה מודע לכך שטגר היא זו שהגישה את ההצעה במרץ 90 והוא נמנע מלספר זאת לעורך דינו. גם בפן המשפטי סבורה המשיבה כי יש לדחות את טענות המערערים. לשיטת המשיבה, רק במישור סבירותה של הטעות במצב משפטי יש מקום לבחון האם יש קשר של סיבתיות בין אי חשיפת מלוא המידע לבין הטעות במצב המשפטי. אולם כאשר אי גילוי

המידע מלמד על התנהגות שלא בתום לב, די בכך כדי לשלול את ההגנה אף אם אין קשר בין אי הגילוי לבין הטעות. המידע שהסתירו המערערים, טוענת המשיבה, מעיד על חוסר תום לב מצידם ועל כן אין הם זכאים ליהנות מהגנת ההסתמכות. עוד טוענת המשיבה, כי גם במישור הסבירות, לא נדרש קשר סיבתי בין המידע שלא נחשף לבין טעותו של עורך הדין בשאלה המשפטית המוגדרת. די בכך שהמידע האמור היה עשוי לגרום לעורך הדין לשנות דעתו לגבי כשרות העסקה, מסיבה כלשהי, על מנת שייקבע שאין מדובר בטעות בלתי נמנעת באורח סביר. לענייננו, טוענת המשיבה כי אילו היו עורכי הדין מודעים לכך שהמערערים מנסים להטעות את משרד הביטחון, ודאי היו מושכים את ידיהם מהעסקה, אף אם לא היו מגיעים למסקנה שמדובר בהסדר כובל. על כן הטעות אינה "בלתי נמנעת באורח סביר".

נפתח בהתייחסות לשאלה המשפטית - החובה להציב בפני עורך הדין תשתית עובדתית מלאה והתוצאות הנודעות להפרתה של אותה חובה.

74. כאמור, הגנת ההסתמכות על עצת עורך דין הינה מקרה פרטי של טעות במצב משפטי, ועל כן עליה לעמוד בתנאים של תום לב וסבירות. אחת מהדרישות הקונקרטיות שמכתיבים תנאים אלו הינה פרישת התמונה העובדתית המלאה בפני עורך הדין. הסתרת מידע מעורך הדין אינה צועדת יד ביד עם התנהגות בתום לב. הסתמכות על עצתו של עורך דין שניתנה בלא שהונחה בפניו התשתית העובדתית ההולמת אינה סבירה. על כן, כאשר בוחן בית המשפט את השאלה האם ההסתמכות על עצת עורך הדין הובילה בתום לב לטעות משפטית בלתי נמנעת באורח סביר, עליו לבדוק האם הוצגה בפני עורך הדין תשתית עובדתית מלאה. המידע שיש לגלות לעורך הדין הינו, כמובן, המידע הרלוונטי. ומהו מידע רלוונטי? מידע רלוונטי הינו כל המידע הקשור לעניין לגביו התבקשה עצת עורך הדין ושעשוי להשפיע בצורה כלשהי על עמדתו המקצועית של עורך הדין לגבי חוקיותה של הפעולה עליה הוא מחווה את דעתו. נראה לי כי על דרך האנלוגיה ניתן להעזר (אם לא לאמץ במלואן) באמות המידה שהותוו לעניין חובת הגילוי של חומר חקירה המוטלת על התביעה במשפט פלילי. המבחן שנקבע הוא: "חומר חקירה", במובן ההוראה האמורה, גם ראיות השייכות באופן הגיוני לפריפריה של האישום במשמע" (בג"ץ 233/85 אל הווייל נ' משטרת ישראל, פ"ד לט (4) 124, 129). בהמשך הדברים, נבהיר ביתר הרחבה את פשרו של מושג הרלוונטיות בהקשר העניינים הנוכחי.

75. לטענת המערערים, נדרשת זיקה של סיבתיות בין המידע ובין הטעות המשפטית אשר נגרמה, על מנת לשלול את ההגנה. כלומר, יש לבדוק האם, לו היה המידע מונח לפני עורך הדין, הייתה משתנה העצה שנתן ועל כן הייתה נמנעת הטעות המשפטית. הטעות המשפטית שיש לבחון אם הייתה נמנעת היא אותה הטעות שבסופו של דבר אירעה. לדעתי, נדרש אכן קשר של סיבתיות, אלא שהכוונה היא לקשר פוטנציאלי בין טעות אפשרית של עורך הדין לבין המידע שסופק. מידע בעל קשר פוטנציאלי שכזה הוא מידע רלוונטי שאותו יש לספק. וביישום מעשי: כאשר מתברר כי פריט עובדתי מסוים לא הובא לידיעת עורך הדין יש לבדוק את השאלה האם עשוי היה המידע להשפיע על חוות דעתו של עורך הדין. המבחן הוא מבחן אובייקטיבי ובמסגרתו נבחנת השאלה האם היה למידע פוטנציאל השפעה על חוות הדעת של עורך הדין. לא נבדקת השאלה האם עורך הדין שנתן את חוות הדעת הספציפית, בנסיבותיו של ייעוץ פלוני, היה משנה את דעתו. השאלה היא האם, באופן כללי, למידע המדובר יש סיכוי להשפיע על מסקנתו של עורך דין, כל עורך דין, הבודק את שאלת חוקיותה של פעולה כדוגמת זו המדוברת. על כן, גם אם יעיד עורך הדין שהעניק את הייעוץ המשפטי כי אף אם היה יודע את העובדות שלא הוצגו בפניו לא הייתה משתנית חוות דעתו, אין משמעות הדבר בהכרח שהמידע לא היה רלוונטי. יש לבדוק האם, מן הבחינה האובייקטיבית, מדובר במידע שעורך דין היה מוצא בו חשיבות או אפילו יכול להעזר בו, אף אם אינו מוגדר כחשוב, לצורך גיבוש חוות דעתו. מקובלת עלי גם עמדת המשיבה שדי בכך שלמידע שלא נחשף היה פוטנציאל השפעה בנוגע לכשרותה של הפעולה, גם אם לא לגבי אותה עילה משפטית שבשלה נקבע לבסוף שהיא אינה חוקית. כך, למשל, אם הוסתר מידע שעשוי היה להצביע על היותו של חוזה מסוים נגוע בתרמית, לא תוכל הגנת ההסתמכות לעמוד גם אם התברר כי הבעיה המשפטית בה לקה החוזה הינה של דיני ההגבלים העסקיים. כשם שקבענו לעיל כי אין לדרוש מהמתייעץ להגדיר לעורך הדין מהם המוקשים המשפטיים שבהם יש להתמקד – כך אין להגביל את תוצאותיו הפוטנציאליות של המידע שהוסתר רק לתחום ממנו חשש המתייעץ.

76. יש לבחון, אפוא, האם המידע שלא גולה לעורך הדין היה רלוונטי - היינו שהיה בו פוטנציאל השפעה על חוות דעת משפטית לגבי חוקיות הפעולה נשוא הייעוץ בכל היבט שהוא. גם השאלה לאיזה מידע יש פוטנציאל להשפיע נגזרת

מאמת המידה של סבירות. כלומר, יש לבחון האם הועמד בפני עורך הדין כל המידע אשר אדם סביר היה רואה בו חשיבות לעורך הדין לשם גיבוש דעתו המקצועית. בשאלה מהו המידע שעשוי באופן סביר להשפיע על עורך הדין, יש לנקוט אמת מידה מרחיבה. נזכיר שוב לעניין זה את האנלוגיה לנושא חובת הגילוי של חומר חקירה. באשר לזה האחרון אמר בית משפט זה, כי "אין חקר לתבונת סניגור מוכשר" (ע"פ 35/50 חכמוב נ' היועץ המשפטי, פ"ד ד 429, 433). באותה רוח ניתן לומר, כי קשה להעריך מה יהיה אותו פרט עובדתי אשר ידליק נורת אזהרה בראשו של עורך הדין. קשה להתחקות אחר נפתולי מחשבתו של עורך הדין ולהעריך איזה מידע עשוי לגרום לו לשנות את דעתו המקצועית. על כן, נקודת המוצא הינה כי כל המידע הנוגע לפעולה לגביה מתבקשת עצת עורך הדין צריך להיות גלוי בפניו. בעניין זה יש להפעיל את מבחן השכל הישר, מתוך מגמה מרחיבה. שאלה נוספת הינה אופן הצגת המידע בפני עורך הדין. סבירות ותום לב הם עמוד האש ועמוד הענן גם בשאלה זו. לעיתים די בכך שהמידע חשוף בפני עורך הדין, אולם לעיתים אין די בכך ומצופה מאדם סביר להפנות את תשומת לב עורך הדין לעניין עובדתי זה או אחר. הכל, כאמור, בהתאם לנסיבות העניין.

77. בנוסף לדרישת הסבירות, מותנית, כאמור, הגנת ההסתמכות גם בתנאי של תום לב. נדרש כי התנהגותו של המתייעץ תשקף ניסיון כן לעמוד בדרישות החוק. הצגת תמונה עובדתית מקוטעת בפני עורך הדין עשויה, לעיתים, ללמד כי הפנייה לעורך הדין נועדה כדי להעניק לפונה את תעודת החיסיון הנכספת בהבדל מרצון אמיתי שלא לבצע פעולה או עסקה מסוימת, אם אינה "כשרה למהדרין".

78. על רקע האמור, נבחן את טענות המערערים בפן המשפטי. לטענת המערערים, המידע לגביו קבע בית המשפט שהוא הוסתר מעורך הדין היה מידע שאינו רלוונטי לשאלת ההגבלים העסקיים ועל כן אין באי גילוי כדי לפגוע בהגנת ההסתמכות. טענה זו יש לדחות. אין ספק שהמידע האמור היה בעל פוטנציאל השפעה על עמדת עורך הדין בנוגע לכשרות ההסכמים נשוא האישום, גם אם לא היה גורם לעורך הדין לראות בהם הסדר כובל. אילו היו עורכי הדין יודעים, כי ממשרד הביטחון הוסתרו עובדות מהותיות או שהוצגו בפניו מיצגים מטעים, הדעת נותנת שלא היו מכשירים את העסקה או לפחות מעבירים אותה בחינה מדוקדקת יותר. אוסיף, מעבר לדרוש, כי נראה שהמידע

היה עשוי להשפיע אף בעניין השאלה אם יש בהסכמים עבירה על חוק ההגבלים העסקיים, אף שכאמור אין זו דרישה הכרחית לשלילת ההגנה. הנתונים שהוסתרו הינם, כזכור: אי ידיעת משרד הביטחון על שיתוף הפעולה בין טגר לבין SRS; העובדה שטגר הגישה במרץ 90 הצעה מתחרה להצעתה של SRS ובכך הניעה את משרד הביטחון לפרסם מכרז והעובדה שטגר הגישה הצעה נוספת לצד ההצעה המשותפת של SRS וטגר. לפחות חלק מנתונים אלו יכולים למקד את תשומת הלב בהיבטי התחרות הבעייתיים בהסכמים נשוא האישום הראשון. עורכי הדין אמנם הסבירו את טעותם בכך שסברו שאין דיני ההגבלים העסקיים לוכדים מיזם משותף כדוגמת זה אותו יצרו. נתוני בסיס אלו לגבי אופי העסקה, אינם משתנים לאור המידע החסר. אולם אין לדעת אם המידע הנוסף, אשר ממחיש את הפגיעה בתחרות הצפונה בהסכמים אלו, לא היה גורם להם לבדוק מחדש את עמדתם. נטל ההוכחה לקיומה של הגנת ההסתמכות, נזכיר, מונח על שכם הטוען לה. מכל מקום, גם אם המידע האמור לא היה משפיע על חוות דעתם של עורכי הדין במקרה זה, די בכך, כאמור, שהיה בו פוטנציאל השפעה, מבחינה אובייקטיבית (של "עורך דין מן הישוב") על גיבוש חוות דעת משפטית בנוגע לכשרותם של ההסכמים. פוטנציאל השפעה אובייקטיבי כזה היה גם היה למידע האמור.

לפיכך יש לדחות את טענתם המשפטית של המערערים לפיה החומר שהוסתר אינו רלוונטי. ממילא אמרנו שאין לקבל את טענת ההסתמכות של מערערי טגר. נותר לבדוק את טענותיהם של מערערי SRS במישור העובדתי.

79. כדי למקד את הדיון, נזכיר שוב את "שלד" הטיעון: מערערי SRS טענו כי עומדת להם ההגנה שבסעיף 34יט משום שהסתמכו על עורך דינם – עורך-דין שביט. בית משפט קמא דחה טענה זו משום שלשיטתו לא סיפק שיפמן את מלוא המידע לעורך-דין שביט. אחד מפריטי המידע אותו לא סיפק הינו כי משרד הביטחון אינו יודע על שיתוף הפעולה בין טגר ו-SRS. שיפמן, כך לפי ממצאיו של בית משפט קמא, הניח לעורך הדין להאמין כי למשרד הביטחון ידיעה קונקרטית על שיתוף הפעולה בין שתי החברות. מן האמור לעיל עולה כי בהינתן אחת משתי האפשרויות שלהלן, היה בית המשפט מקבל את טענת ההסתמכות. האפשרות האחת: כי בפועל ידעו אכן אנשי משרד הביטחון ידיעה קונקרטית על שיתוף הפעולה. שהרי אם ידעו – האינפורמציה שסיפק שיפמן הייתה מדויקת, ומכאן שאם הסתמך על העצה שקיבל, עומדת לו ההגנה.



האפשרות השנייה: גם בהנחה שלא הייתה לאנשי משרד הביטחון ידיעה קונקרטית, שיפמן אמר את האמת כאשר טען שסיפק את כל המידע שהיה ברשותו. ייתכן שעורך הדין סבר אכן שמשרד הביטחון מודע לשיתוף הפעולה, אולם ידיעה זו לא מפי שיפמן קלט, אלא ממגעיו העצמאיים עם אנשי משרד הביטחון. שיפמן לא ידע בעצמו על שיתוף הפעולה הממשי בין שתי החברות, ומה שידע סיפר. גם במצב זה נראה שבית המשפט היה מקבל את הגנת ההסתמכות. על סמך המבנה "השלדי" הנ"ל – נפנה כאמור לבדיקת טענותיהם של מערערי SRS.

80. באשר לטענה הראשונה של מערערי SRS, קרי כי משרד הביטחון היה מודע לשיתוף הפעולה, הטענה נסמכה על מספר נדבכים: נדבך ראשון, הטענה כי משרד הביטחון הכיר היטב את יכולתה הכלכלית של SRS והיה מודע לכך שאין ביכולתה לעמוד לבדה בעסקה בהיקף של 4 מיליון דולר. נדבך שני, עדויותיהם של ארזי ושיפמן. ארזי העיד כי הוא אמר לדוד משרד הביטחון שהם פועלים בשיתוף פעולה עם SRS ולא הייתה לו התנגדות לכך. שיפמן העיד, כי דוד ודוד וכן אהרון אמרו לו בצורה מפורשת שאין להם התנגדות שייקחו שותפים. נדבך שלישי, עדותו של עורך דין שביט, לפיה התרשמותו הייתה שמשרד הביטחון מודע היטב לשיתוף הפעולה. עורך דין שביט העיד, כי:

"כל ההתרשמות שלי הייתה, שמשרד הביטחון מודע לחלוטין לכך, שההצעה היא הצעה משותפת, שאחרת לא הייתה שום הצעה בהיקפים שהם רצו, ושהדבר הזה היה ידוע ומסוכס עם עוזר מנכ"ל משרד הביטחון – חיים אביב. אני לא דיברתי בחיים עם חיים אביב, אז אני לא יכול לדעת, אבל זה מה שידעתי. אתה יושב, מכין עסקה, אתה מכין אותה על רקע מסוים, אתה עומד מול משרד רציני, כמו משרד הביטחון, אז אתה יודע את הרקע לעסקה. וזה מה שידעתי וזה גם מה שאני זוכר עד היום. יותר מכך, מה שאני זוכר עד היום הוא, ש-SRS אומרת למשרד הביטחון, איך אתם רוצים שנשלם מחיר כזה, או שנהיה מסוגלים לשלם מחיר כזה, ואומרים ל-SRS, "תלכו יחד עם טגר", אז תלכו יחד עם טגר. זה מה שאני זוכר. עכשיו, מי אמר למי ומתי, אני לא יכול לזכור אחרי 13 שנה. אם הייתם שואלים אותי הרבה לפני תום תקופת ההתיישנות, יתכן שהייתי זוכר. אבל את הרקע הזה אני זוכר" (פרוטוקול מיום 7.7.03).

נדבך רביעי, עדויותיהם של אנשי משרד הביטחון. מי שהתייחס בעיקר לנקודה זו היה דוד דוד, אשר במהלך עדותו חזר ושנה מספר פעמים, כי למשרד הביטחון לא היה כל עניין בשאלה האם המציע הפורמלי פועל בשיתוף פעולה עם גורם נוסף. הוא הוסיף כי:

"...ידענו כולנו, לא רק אני, שעסקה גדולה יכול להיות שלקוח לא מסוגל לעשות אלא צריך שותפים. גם היו שיחות בינינו לבין הלקוחות כל הזמן, שלנו לא איכפת מי קונה את זה, רק מי שקונה יהיה מאושר על-ידי משרד הביטחון ושיוכל לעמוד בתנאים שלנו, יהיה מי שיהיה. וידענו מראש, גם במקרה הזה, שאף לקוח לא יכול לעמוד בתשלום הזה, בזמנו זה היה תשלום אסטרטגי... לנו זה היה ברור, שאותו לקוח לא יהיה לבד, בגלל ההיקף הכספי.

...  
ש. בעסקה הזו ספציפית, ידעת משהו לגבי שיתופי פעולה?

ת. אם הייתי יודע, זה היה בשבילנו דבר מובן מאליו. אני לא זוכר אם ידעתי שאמרו לי. לנו זה היה ברור, שאותו לקוח לא יהיה לבד, בגלל ההיקף הכספי" (פרוטוקול מיום 8.7.03).

גם צבי לשם העיד שמן הבחינה העקרונית לא הייתה למשרד הביטחון התנגדות שמספר גורמים יתאחדו על מנת להגיש הצעה בהיקף גדול. נדבך חמישי, המלמד לטענת המערערים על ידיעת משרד הביטחון על שיתוף הפעולה, מצוי בעובדה שטגר העבירה למשרד הביטחון באופן ישיר את אחד התשלומים ומשכה חלק מציוד המיראז' ממחסני חיל האוויר. עוד נטען, כי בביקור שערכו בכירים במשרד הביטחון במחסני SRS הם פגשו שם את ארזי, ומכאן ודאי שהבינו שמתקיים ביניהם שיתוף פעולה.

81. בית המשפט המחוזי קבע, כממצא עובדתי, כי מהראיות עולה שבקרב אנשי משרד הביטחון לא הייתה אמנם התנגדות עקרונית לשיתופי פעולה אולם הם לא היו מודעים, באופן קונקרטי, לשיתוף הפעולה במקרה זה בין SRS לטגר. את מסקנתו זו ביסס בית המשפט על מספר אדנים, כדלהלן:

א. מעדויותיהם של שיפמן וארזי לא ניתן לקבוע שמשרד הביטחון היה מודע לשיתוף הפעולה. שיפמן לא טען, כי הייתה לו ידיעה אישית ברורה

על כך שמשרד הביטחון מודע לשיתוף הפעולה הקונקרטי בין SRS לטגר. מעדותו של שיפמן ומהודעתו ברשות להגבלים עסקיים ניתן להבין כי בזמנו הוא הניח כדבר מובן מאליו שבמשרד הביטחון ידעו על שיתוף הפעולה, וזאת נוכח גישת אנשי המשרד, לה הוא נחשף, לפיה אין פסול בשיתוף פעולה כזה. אולם הוא לא שמע זאת מפורשות מאנשי המשרד ולא הייתה לו ראייה ישירה לכך. ארזי, לעומת זאת, העיד שהוא דיבר עם דוד דוד באפן מפורש על שיתוף הפעולה בין SRS לטגר והאחרון עודד אותו לכך. אולם בית המשפט דחה את גירסתו של ארזי, מכיוון שסבר שהיא סותרת את ההודעה שמסר ברשות להגבלים עסקיים. בחקירה ברשות (ת/35) טען ארזי כי משרד הביטחון ידע רק בדיעבד כאשר טגר שילמה למשרד הביטחון חלק מהתשלומים הקשורים לעסקת המיראז'. לגבי התקופה שקודם לכן אמר ארזי, כי הוא "לא יודע אם משהב"ט יודע על קיום החוזה". בית המשפט דחה את הסברו של ארזי, כי בהודעה ברשות להגבלים עסקיים התכוון שהוא לא יודע אם משרד הביטחון ידע על תוכן החוזה שנחתם בין SRS לבין טגר, להבדיל מעצם שיתוף הפעולה. קביעותיו של בית המשפט באשר להסבריו של ארזי הן קביעות מהימנות מובהקות הנשענות על הכלים "הקלאסיים" המשמשים לקביעות מסוג זה שעל כן אין להתערב בהן, כאשר קביעה זו משתלבת ומחזקת את המסקנה בפיסקה 78 לעיל, דהיינו דחיית טענתם של מערערי טגר בנושא ההסתמכות.

ב. בעדויותיהם של אנשי משרד הביטחון לא ניתן למצוא תמיכה לטענה שהם ידעו על שיתוף הפעולה. מהעדויות עולה בבירור, כי לפחות חלק מאנשי משרד הביטחון ראו שיתוף פעולה בין לקוחות פוטנציאלים בעין יפה. אולם לא ניתן למצוא בהן ראייה כי הם היו מודעים לשיתוף הפעולה במקרה הקונקרטי.

ג. מכך שטגר ביצעה את אחד התשלומים ומשכה חלק מהציוד לא ניתן ללמוד על ידיעת משרד הביטחון. אנשי אגף הכספים והמחלקה שעסקה בהוצאת הציוד לא היו מעורבים בעסקה, ויש להניח שלא נתנו דעתם למשמעות הנודעת מכך שטגר היא זו שפועלת מולם.

ד. לא ניתן ללמוד דבר מעדותו של עורך דין שביט, שכן הוא ביטא התרשמות מכלי שני, הנחשבת לעדות שמיעה, שהוא בעצמו לא ידע להצביע על מקורה.

ה. העובדה שבהצעות למכרז שהוגשו על ידי SRS וכן בהתכתבות בין SRS למשרד הביטחון לא הוזכרה כלל טגר ולא היה כל רמז לשותפותה בעסקה, וכן העובדה שנציגי טגר לא השתתפו בפגישה בין משרד הביטחון ל-SRS, מרמזות ששיתוף הפעולה הוסתר ממשרד הביטחון. בית המשפט דחה את טענת המערערים לפיה הייתה זו דרישת אנשי משרד הביטחון כי בהליכים מולם יפעל רק אחד מהשותפים. זאת, מכיוון שבפועל הוגשו לעיתים למשרד הביטחון הצעות משותפות וגם מעדויות אנשי משרד הביטחון עולה שלא הייתה להם התנגדות לכך.

ו. ההצעה הנוספת שהגישה טגר ביוני 90 מלמדת שמשרד הביטחון לא ידע על שיתוף הפעולה. זאת, שכן אילו סבר ארזי שמשרד הביטחון יודע שטגר עומדת, למעשה, גם מאחרי הצעת SRS, לא היה מגיש הצעה נוספת.

ז. בחקירתם ביאח"ה ניסו המערערים להסתיר את המועד האמיתי של תחילת שיתוף הפעולה ביניהם, והציגו מצג לפיו החל שיתוף הפעולה ביניהם לאחר המכרז. בתשובה לשאלה אמר ארזי: "לשאלתך לא דיברתי עם שיפמן בנושא ההצעה שלי למכרז – ולא תיאמנו מחירים" (ת/21). שיפמן אמר בהודעתו דברים אלה:

"לאחר ש-SRS חתמה על החוזה עם משרד הביטחון לקנות מחסן המיראז' ב-4 מיליון\$, נחתם הסכם עם חב' טגר שניתן להם 50% בזכויות של חוזה המיראז' עם משרד הביטחון. ההסכם עם חב' טגר היה הסכם רחב שקבע שיתוף הפעולה מלא ולהרבה שנים בין השותפים, כולל הכנסת מלאי המיראז' הפרטיים שהיו לכל צד ביום ההסכם, כולל חלוקת טריטוריות, שיווק, כולל הסכם אי תחרות ורכישת מלאים נוספים לפרויקט המיראז'"" (ת/29).

בית המשפט דחה את הסבריהם של ארזי ושיפמן וקבע כי דבריהם בחקירה ביאח"ה היו כוזבים. מעשה הונאה זה נזקף לחובתם, שכן עולה

ממנו שהמערערים ידעו שמשרד הביטחון לא ידע על שיתוף הפעולה. בית המשפט הוסיף, כי גם מההסכם שנחתם בין SRS לטגר ביום 1.6.93 (ת/157) ניתן ללמוד על ניסיון הטעיה בנוגע למועד תחילת שיתוף הפעולה. ההסכם יוצר מצג ששיתוף הפעולה מתחיל מעת חתימתו, כשלוש שנים לאחר המועד בו החל בפועל שיתוף הפעולה.

82. מסקנתו של בית משפט קמא לפיה מהעובדות שהובאו לא ניתן ללמוד על כך שמשרד הביטחון ידע באופן קונקרטי וממשי על שיתוף הפעולה בין החברות – מקובלת עלי במלואה ומטעמיו, שיובאו להלן על קצה המזלג.

בעדויותיהם של אנשי משרד הביטחון אין ראיה לידיעתם על שיתוף הפעולה הקונקרטי בין SRS לטגר, ראו עדותו של דוד דוד אשר אמר כי לא זכור לו האם ידע על שיתוף הפעולה בין SRS לטגר ולא ניתן למלא את החסר; עדותו של עורך דין שביט היא על התרשמות כללית ולא על ידיעה קונקרטית שנשענת על מקור מסוים ומוגדר; גם מהעובדה שטגר העבירה את אחד התשלומים למשרד הביטחון ונטלה חלק מהציוד אין ללמוד לגבי ידיעתו של משרד הביטחון, שכן אין כל ראיה שאנשי המשרד שטיפלו בתשלומים ובהנפקת הציוד נתנו כלל את דעתם לנקודה זו. זאת ועוד, גם אם ידע משרד הביטחון על שיתוף הפעולה בשלב התשלום ומשיכת הציוד אין בכך כל אינדיקציה לידיעתו עוד בשלב הגשת המכרז; אפילו מעדויותיהם של שיפמן וארזי לא ניתן להגיע למסקנה ברורה בנוגע לידיעת משרד הביטחון. שיפמן הודה בעדותו שלא היה בפניו מידע קונקרטי ומפורש המצביע על ידיעה של משרד הביטחון. ארזי כן טען זאת בעדותו, אולם כפי שצוין לעיל בית משפט קמא דחה את גירסתו ובכך אין להתערב.

83. עם זאת, לאחר בחינת העובדות נראה לי כי לא ניתן להגיע בוודאות גם למסקנה הפוכה, דהיינו כי אנשי משרד הביטחון במובהק ובעליל לא היו מודעים לשיתוף הפעולה שבין SRS לטגר.

בית משפט קמא סבר כי העובדה שטגר לא הוזכרה כלל בהצעה שהגישה SRS למכרז ובהתנהלות של SRS מול משרד הביטחון מצביעה על כך שמשרד הביטחון לא היה מודע לשיתוף הפעולה בין שתי החברות, שאחרת היו מציינות זאת בהצעה או בהמשך הדרך. בפי כל אחד מן המערערים טענות שלשיטתו

מסבירות את אי הציון בהצעה. איני רואה להתייחס להסברים אלה משום שלא בכך העיקר. השאלה אינה האם היה על המערערים לציין בהצעה את היותה של טגר שותפה לה. השאלה היא האם ניתן ללמוד מאי ציון עובדה זו שהמערערים הסתירו ממוסד הביטחון את שיתוף הפעולה ביניהם, משום שהיו מודעים לכך שמוסד הביטחון אינו יודע על שיתוף הפעולה ביניהם. למסקנה נחרצת כזו איני סבורה שניתן להגיע. בית משפט קמא הניח, כי אילו היו המערערים סבורים שמוסד הביטחון יודע על שיתוף הפעולה לא היו מגישים הצעה שלא בשם שתי החברות. השקפתו זו של בית המשפט מתבססת על התזה כי הגשת ההצעה בשם חברה אחת בלבד מוכיחה שמגיש ההצעה סבר שבכך הוא מטעה את מוסד הביטחון, אשר אינו מודע לעובדה שמדובר למעשה בהצעה בשם שתי חברות. אולם, תזה זו נסתרת מעובדות המקרה דנא. ההחלטה על הגשת ההצעה בשם SRS בלבד התקבלה בישיבה עם עורכי הדין ביום 6.6.90 (נ/170). אין חולק שעורכי הדין חשבו שמוסד הביטחון יודע על שיתוף הפעולה בין שתי החברות. למרות זאת, הם המליצו על הגשת הצעה בשם SRS בלבד. לפיכך, ומן הפן העובדתי, התזה לפיה הגשת הצעה בשם SRS בלבד מלמדת על הנחה של מגיש ההצעה שמוסד הביטחון לא יודע על שיתוף הפעולה ויש להסתירו, אינה מבוססת.

אני רואה להעיר בנושא זה הערה נוספת כדלקמן: נראה לי כי קיים קושי אינהרנטי להגיע למסקנה בדבר ידיעתו של פלוני על סמך דרך פעולה שננקטה על ידי אחר ולא הוסברה. לענייננו: קשה לבסס את ידיעת אנשי מוסד הביטחון על דרך הפעולה שבחרו בה המערערים (להגיש הצעה בשם חברה אחת בלבד). מערך השיקולים שהכתיב את דרך הפעולה יכול להיות מורכב מנדבכים רבים, לא בהכרח כאלה שיש להם קשר עם ידיעה או אי ידיעה של הצד שכנגד על אופי היחסים בין שתי החברות. ללא עדות שתבהיר נושא זה ותקשר בין אותו מערך שיקולים לבין ידיעת מוסד הביטחון - כל מסקנה היא בגדר ספקולציה. אין בכך כדי לומר כי דרך הוכחה זו לעניין מודעותו של הצד שכנגד היא פסולה או כי בשום מקרה לא תוכל לשמש תשתית לממצא בדבר המודעות של הצד שכנגד. אבל – על פני הדברים יש בדרך זו קושי שמחייב זהירות יתר ובדיקה קפדנית.

84. גם שאר נקודות האחיזה שהזכיר בית המשפט אינן מובילות, לדעתי, למסקנה החד משמעית עליה הצביע, בין היתר בשל אותו היבט של קישור

ספקולטיבי בין פעולותיו של צד א' לידיעתו של צד ב'. הגשת ההצעה על ידי טגר ביוני 90 מצביעה אולי על התנהגות תכסיסנית פסולה של טגר, אולם אין היא מלמדת בהכרח, שמגיש ההצעה הניח שמשרד הביטחון אינו יודע על שיתוף הפעולה. מכל מקום, ודאי שאין כאן ראיה חד משמעית על ידיעתו של שיפמן. גם דברי המערערים בחקירתם ביאח"ה אינם מצביעים באורח חד משמעי על אי ידיעת משרד הביטחון. בית המשפט המחוזי סבר, כי המערערים ניסו להטעות את החוקרים בנוגע לשיתוף הפעולה, ומכך יש ללמוד שהניחו שמשרד הביטחון לא ידע על שיתוף הפעולה. בנוסף לאמור לעיל על הקישור בין שני חלקי המשוואה, מסקנה זו אינה מתחייבת, שכן ייתכן שהמערערים הבינו בשלב זה ששיתוף הפעולה ביניהם עלול לעמוד להם לרועץ אף אם משרד הביטחון ידע על כך. אוסיף עוד, כי בניגוד לבית משפט קמא אני סבורה שהסברו של שיפמן להודעתו ביאח"ה (אך לא הסברו של ארזי) אינו נטול יסוד. שיפמן הסביר, כי התכוון בהודעתו לחוזה שנחתם לאחר הזכייה במכרז, שכן בחוזים שנחתמו קודם לכן נכלל תנאי מתלה אשר התנה אותם בזכייה במכרז ועל כן לא היו בתוקף. עוד מוסיף שיפמן, כי בזמן החקירה ביאח"ה לא עמד כלל נושא ההגבלים העסקיים על הפרק ועל כן אפשר שלא דייק בלשונו, אולם לא הייתה כאן כוונת הטעיה.

85. אינדיקציה נוספת לידיעת משרד הביטחון ראה בית המשפט בהסכם מיום 1.6.93 (ת/157). הסכם זה, קבע בית המשפט, מהווה ניסיון להטעיה בנוגע למועד בו התחיל שיתוף הפעולה. גם כאן - מדובר במסקנה המבוססת על התנהלותם של המערערים, בהבדל מאמירה פוזיטיבית של אנשי משרד הביטחון. על פניו - מדובר בהסבר שאינו נקי מספקות, שעל כן לו היה עומד בפני עצמו על הפרק, ובית המשפט היה דוחה אותו - אינני סבורה שהיה מקום להתערבותה של ערכאת הערעור. אולם - במקרה הנוכחי לצד ההסבר הלא משכנע קיים נתון נוסף והוא תאריך יצירת ההסכם - 1.6.93. תאריך זה קודם בכשלוש שנים לחקירה בתיק זה שהתנהלה בשנת 1996.

המשיבה טענה, שמניעי המערערים בחתימת ההסכם ת/157 היו הסתרת שיתוף הפעולה בעת הרכישה ממשרד הביטחון, זאת לאחר שהבינו שאת שיתוף הפעולה כולו לא יעלה בידם להצניע. מכך יש ללמוד, לגישת המשיבה, כי בזמנו, הניחו המערערים שמשרד הביטחון אינו יודע על שיתוף פעולה זה ופעלו להסתירו. בהינתן העובדה שההסכם נחתם כאמור בשנת 1993, כאשר חקירה

בעניין הגבלים עסקיים כלל לא הסתמנה באופק, נראה כי טענת המדינה מעוררת סימני שאלה. אין אינדיקציה לכך שמערערי SRS היו מודעים באותו שלב לכך שבהסכמי המיראז' יש בעיה מצד דיני ההגבלים העסקיים. אין המשיבה מספקת כל הסבר מדוע, לפי שיטתה, ניעורו המערערים לפעולת הסתרה דווקא בעת הזו. לפיכך גם דחיית ההסבר לפיו ת/157 נועד להצגה בפני בנקים אין די בו כדי לבסס מסקנה חד משמעית לפיה ידעו המערערים או מי מהם כי משרד הביטחון אינו מודע לשיתוף הפעולה ביניהם. על רקע הדברים שנאמרו לעיל בדבר הקושי לתרגם התנהלותו של א' לידיעתו של ב' – ודאי אין די בכך לקביעה חד משמעית כי אנשי משרד הביטחון לא היו מודעים לשיתוף הפעולה בין שתי החברות.

86. סיכום ביניים: המערך העובדתי מותיר מקום לספקות בשאלת ידיעתם של אנשי משרד הביטחון. לא ניתן לקבוע בוודאות כי ידעו אולם לא ניתן גם לשלול את האפשרות. לפיכך, באשר לאופציה הראשונה שהוצגה בפיסקה 79 לעיל לפיה דין הגנת ההסתמכות להתקבל אם יוכח כי אנשי משרד הביטחון היו מודעים לקשר בין החברות, ובזכרנו כי הנטל שעל המערערים הוא להוכיח את טענתם ברמה של יצירת ספק סביר ולא מעבר לכך – דומה כי המסקנה המתחייבת היא כי מערערי SRS עמדו בנטל (אין לכך השלכה על מערערי טגר שלגביהם בכל מקרה נקבע שהעלימו עובדות מעורך דינם שעל כן לא תעמוד להם טענת ההסתמכות).

87. נראה לי, כי לאותה מסקנה, קרי כי יש לקבל במקרה זה את טענת ההסתמכות באשר למערערי SRS, ניתן להגיע גם על בסיס האופציה השנייה שהוצגה בפיסקה 79 הנ"ל, מבלי להתייחס למשמעות אי ההכרעה בדבר מודעותם של אנשי משרד הביטחון. כפי שהוסבר לעיל – שיפמן זכאי ליהנות מהגנת ההסתמכות אם ייקבע כי הוא מסר את מלוא המידע שהיה ברשותו לעורך דינו (או לפחות לא תישלל אפשרות זו) ולאחר מכן פעל על סמך הייעוץ שקיבל. כנתון פתיחה נזכיר כי לא הייתה מחלוקת על כך שמשרד הביטחון עודד שיתוף פעולה בין קניינים. שיפמן פעל תחת הרושם הכללי של עידוד שיתוף פעולה מצד משרד הביטחון, וממנו הסיק גם על ידיעת משרד הביטחון במקרה הקונקרטי. אין ראיה לכך כי שיפמן ידע באופן פוזיטיבי שמשרד הביטחון אינו יודע על שיתוף הפעולה. על רקע האמור לעיל – לו היה שיפמן טוען בפני עורך דינו כנתון ודאי ומוצק, כי משרד הביטחון יודע על שיתוף



הפעולה, או אפילו היה מניח לו להישאר תחת רושם כזה, בידיעה כי מדובר בהערכה שלו בלבד, ניתן היה לומר שהוא לא הניח תשתית עובדתית מלאה בפני עורך הדין. אולם מחומר הראיות לא עולה שכך היה. עורך-דין שביט העיד, כי היה תחת הרושם שמשרד הביטחון יודע על שיתוף הפעולה. הוא לא העיד שמידע זה נמסר לו על ידי שיפמן. ייתכן ששיפמן שיתף אותו בתמונה הכללית אותה מסר בעדותו - הרושם שלו כי למשרד הביטחון אין התנגדות עקרונית לשיתוף פעולה, ועורך-דין שביט הוא זה שהסיק מכך את המסקנה שלמשרד הביטחון הייתה ידיעה ספציפית. יש לזכור, כי עורך-דין שביט עצמו היה במגע עם אנשי משרד הביטחון והייתה לו הזדמנות להתרשם באופן ישיר ממדיניותו של משרד הביטחון לגבי שיתופי פעולה בין קניינים. מכל מקום, מחומר הראיות לא ניתן להסיק כי שיפמן הוא זה שנטע בו את הרושם על הידיעה הקונקרטית בהצגת מידע כוזב או חלקי.

על כן, אין בידי להסכים עם בית המשפט המחוזי אשר קבע כי שיפמן הסתיר מידע מעורך דינו בכך שלא אמר לו שמשרד הביטחון אינו מודע לשיתוף הפעולה בין SRS לטגר.

88. פריט המידע השני שעל פי קביעת בית המשפט לא גולה לעורך-דין שביט היה העובדה שטגר היא זו שהגישה, במרץ 90, את ההצעה המתחרה להצעתה של SRS. בית המשפט דחה את טענתו של שיפמן לפיה הוא עצמו לא ידע שטגר היא זו שהגישה את ההצעה השנייה. בית המשפט ציין, כי הצעתה של טגר הביאה לנסיגת משרד הביטחון מההבנות עם שיפמן, מהלך ששיפמן ראה כהפרת חוזה עימו. אין זה סביר, קבע בית המשפט, ששיפמן לא היה מודע לגורם לנסיגת משרד הביטחון מן ההסכמה עימו. בית המשפט הזכיר את דברי ארזי, כי "כל העולם ואחותו" ידעו על ההצעה שהגישה טגר. בית המשפט הוסיף, כי אין זה סביר שארזי לא סיפר לשיפמן על עובדה זו לאחר שהחל המשא ומתן ביניהם על שיתוף פעולה.

89. שיפמן, בעדותו בערכאה דלמטה, גרס שהוא לא ידע על הגשת ההצעה של טגר ואף לא היה מודע להגשת הצעה קונקרטית כלשהי בנוסף להצעתו הוא, אם כי ידע שמתקיימים גישושים :

”ש. בשלב הזה אתה ידעת שגם טגר הגישה הצעה למשרד הביטחון – נכון?

ת. לא נכון. את ההצעה שאתה מכוון אליה, של טגר ב- 2.15 מיליון דולר, ראיתי לראשונה ב-99, בחומר החקירה. לא ידעתי עליה עד אז.

ש. גם בלי מחיר, לא ידעת שטגר הגישה הצעה?  
ת. לא ידעתי שטגר הציעה הצעה. ידעתי שהם בהחלט מהמתעניינים וידעתי, כמו שהיו אחרים, הם מאוד היו פעילים בשוק החלפים, העודפים. לא ידעתי שהייתה הצעה כספית מעבר להצעה שלי, זאת אומרת, מעבר לעסקה שלי.

...

ש. מר ארזי העיד כאן, שכולם ידעו שיש שתי הצעות, של טגר ושל SRS. אתה רוצה שאקריא לך מהעדויות שלו?

ת. אתה לא צריך להקריא לי. הוא אמר ”כולם” ואני לא הייתי בין כולם. מה לעשות!! אני לא ידעתי. על ההצעה הזאת לא ידעתי” (פרוטוקול מיום 6.7.03).

בית המשפט דחה, כאמור, את גירסתו של שיפמן מן הנימוקים שהוזכרו לעיל. בית המשפט לא התייחס לאחת מהראיות, ושמה החשובה ביותר, אשר המשיבה טענה כי היא מוכיחה את ידיעתו של שיפמן. המדובר בתרשומת שערך עורך-דין שביט ביום 6.5.90 (נ/199) ובה העלה על הכתב רישומי שיחה שהתקיימה בינו לבין שיפמן. לתרשומת זו חשיבות רבה, ועל כן אצטט אותה במלואה:

”אחרי שסגרו העסקה עם SRS באה חברה נוספת ונתנה הצעה על כל המלאי. עם סכום. (זו לא ההצעה הכללית מלפני כן של חברה כללית שמביעה התעניינות בלבד). ההצעה – יום לאחר מכן. סך \$3.5-4M כנראה. הם קפצו מאורס [כך במקור – ד'ב'] והצטערו שסגרו על 2.1. עכשיו ברור למה רוצים פטור ממכרז ולמכור לאחרים. לא ברור למה החב' האחרת נתנה סכום כ”כ גבוה – אולי רק כדי לטרפד ל-SRS. כל הנ”ל השערה של אלי על יסוד שיחה עם המזכירה שלו עם איש מחי”א. נתן ברקן מחי”א – הוא שדיבר עם המזכירה אנה. לפני שבועיים-שלושה. רציתי לבדוק מה קורה. אמר – אין תשובה זה בדיון. אמרתי – קיבלת הצעה יותר גבוהה? אמר – כן. אמרתי – למה לא חזרת אלינו הוא אמר – לא הייתם יכולים לעמוד בזה. אמרתי - \$100-200K יכולנו. אמר – ואם זה היה כפול? אמר שזו חברת תגר. (זאת אחרי ש-8 חברות שלחו ללא

סכום)...[כאן מופיעים שמות חברות – ד'ב'] אמר  
שהמכתב התקבל יום אחרי שסוכם עם SRS.

ובשולי העמוד נרשם :

המכתב של תגר לפני שיצאו המכתבים לכולם –  
כנראה בגלל ששמע שסגרו איתנו [כל ההדגשות  
במקור – ד'ב'].

מתרשומת זו עולות, לכאורה, שתי מסקנות : מסקנה אחת היא, כי שיפמן היה מודע, ברמה כלשהי, להצעה שהגישה טגר. מסקנה זו מנוגדת, לכאורה, לעדותו של שיפמן לפיה לא ידע על הצעתה של טגר אלא רק על קיומם של מגעים שונים. אולם עולה גם מסקנה שנייה, לפיה שיתף שיפמן את עורך דינו במידע זה. מסקנה זו מנוגדת, לכאורה, לטענת המשיבה כי שיפמן הסתיר זאת מעורך דינו. כפי שנראה, כל אחד מהצדדים מציג תזה שונה לאשר אירע.

90. לטענת מערערי SRS, כפי שהיא משתקפת מסיכומי הערעור, לשיפמן לא הייתה ידיעה ממשית על ההצעה של טגר. לטענתם, שיפמן לא ידע בוודאות מה גרם לנסיגתו של משרד הביטחון מההבנות אליהן הגיעו. הם מוסיפים, כי הצעתה של טגר טירפדה את העסקה של SRS עם משרד הביטחון וגרמה לה נזק רב, ועל כן אין להתפלא שארזי הסתיר עובדה זו משיפמן. באשר לדברים שרשם עורך דין שביט, הרי מדובר בשמועה לא מאומתת אליה התייחס שיפמן ועליה הוא אכן סיפר לעורך הדין. שיפמן לא בדק את אמיתותה של השמועה לאחר מכן, ועל כן טעה בית המשפט כשקבע כי שיפמן ידע על הצעת טגר. עוד מוסיפים מערערי SRS, כי מן התרשומת עולה שעורך-דין שביט ידע על הצעת טגר.

המשיבה, בסיכומיה, מצביעה ראשית על כך שטענות מערערי SRS סובלות לכאורה מסתירה פנימית. מחד, הם טוענים כי שיפמן לא ידע על הצעת טגר ומנגד הם טוענים, בהתבסס על נ/199, כי הוא סיפר על כך לעורך-דין שביט. לגופו של עניין, טוענת המשיבה כי שיפמן ידע על הצעתה של טגר, והדבר עולה באופן ברור הן מהנימוקים שהזכיר בית משפט קמא והן מהתרשומת שערך עורך-דין שביט. לטענת המשיבה, לא יצא שיפמן ידי חובתו בכך שהזכיר זאת בפני עורך-דין שביט בשיחה ביום 6.5.90 (עליה נערכה התרשומת). בשיחה זו הוזכרו הדברים כבדרך אגב כאשר השם "תגר" עוד לא אמר דבר לעורך-דין

שביט. לגישת המשיבה, מוטל היה על שיפמן ליידע את עורך הדין "יידוע של ממש" ביום 28.5.90, בעת שהוא החל לטפל בטיטוט הסכם שיתוף הפעולה בין SRS לבין טגר. המשיבה מוסיפה, כי כשנשאל עורך-דין שביט האם היה מודע לכך שטגר הגישה את ההצעה המתחרה במרץ 90 לא היה לו זיכרון ספציפי בעניין.

91. מקובלת עלי הגישה העקרונית של המשיבה לפיה כאשר מדובר בטענת הסתמכות כבסיס להגנה מכוח הסייג שבסעיף 34יט – לא כל יידוע של עורך הדין באשר לעובדות רלוונטיות – יהיה די בו. בהחלט ייתכן כי הבלעת עובדה חשובה וקריטית בבלייל של נתונים שעליהם דווח לעורך הדין, מבלי לתת את הדגש ההולם לכך – תיחשב במקרה מתאים כאי גילוי וממילא לא יאפשרו להיבנות מההגנה הנ"ל. היקף הגילוי הנדרש, אופיו, הצורך להדגיש חלקים מסוימים וכו' ייבחנו במבחן הסבירות ותום הלב שהרי נקודת המוצא היא כי ההגנה שמורה למי שהוטעה שלא בטובתו, שלא מרצונו ושלא עקב תרומתו לכך על ידי עצתו של עורך הדין. משום שאלו מאפייניה של טענת ההסתמכות לא בהכרח יהיה משקל למניעים שבשלהם מנע צד את מלוא האינפורמציה מעורך דינו. ההערה האחרונה מכוונת כנגד טענתם של מערערי טגר בדיון בפנינו לפיה המערערים חששו זה מזה ולא מעורך הדין – ועל כן העלמת המידע. תהא הסיבה אשר תהא – אי מסירת מלוא המידע (לרבות הדגשים במסירתו) תכשיל, ככלל, את טענת ההסתמכות.

עדיין – נראה לי כי העובדות בתיק זה מצביעות על כך שהמידע שמסר שיפמן לעורך דינו עומד באותן אמות מידה של סבירות ותום לב. לשיטתי, הראיה החשובה ביותר היא אותה תרשומת נ/199 שהודגשה גם על ידי המשיבה. מתרשומת זו עולה כי מה שהיה ידוע לשיפמן וברמה שהיה ידוע לו – הועבר לעורך הדין. עמדתה של המדינה, ככל שהיא מסתמכת על מסמך זה, יש בה משום אחיזת החבל משתי קצותיו. אם התרשומת משקפת את ידיעת שיפמן (וזוהי אכן הטענה) היא משקפת גם את העובדה שמה שידע הועבר בדיוק מילולי (מי אמר, מה אמר, מתי נאמר) לעורך הדין. כהיקף הידיעה – היקף המסירה. לפיכך, אם מסתפקת המדינה בתרשומת זו כבסיס לידיעה – עליה להסתפק בכך גם לעניין היידוע. ככל שמדובר בתום הלב של שיפמן – עולה מכאן כי הוא לא התכוון להסתיר מעורך דינו אינפורמציה. מהראיות הנוספות לא עולה, שבשלב מאוחר יותר הגיע לידיעתו של שיפמן מידע מבוסס

יותר והוא נמנע מלשתף בו את עורך-דין שביט. מחוסר יכולתו של עורך-דין שביט להיזכר האם היה מודע בזמנו להצעת טגר, לא ניתן להסיק דבר לאחר שנים כה רבות. על כן, הגם שיש לקבל את מסקנתו של בית משפט קמא כי אין זה הגיוני ששיפמן לא היה מודע כלל לגורם שהביא לסיכול הבנותיו עם משרד הביטחון, אין הוכחה שידע מעבר למה שמופיע בתרשומת ובמידע זה שיתף, כאמור, את עורך דינו. אין בחומר הראיות אחיזה לסברה ששיפמן סינן את המידע שמסר לעורך הדין, כך שהביא לידיעתו רק את השמועות אבל לא את המידע האמין. לפיכך – דווקא בהסתמך על נ/199, שהיא כאמור הראיה הממשית היחידה לעניין היקף ידיעתו של שיפמן – נראה לי כי יש מקום לקבוע שהוא פעל כנדרש ורשאי היה על כן להסתמך על הייעוץ שקיבל.

92. פריט המידע השלישי שנטען לגביו שהוסתר מעורך הדין היה הצעתה הפיקטיבית של טגר שהוגשה ביוני 90. כפי שנאמר לעיל, המשיבה הודיעה כי אינה עומדת על הטענה ששיפמן ידע על הצעה זו.

93. הייעוץ המשפטי לא חשף את הבעייתיות שמעוררים ההסכמים נשוא אישום זה מבחינת דיני ההגבלים העסקיים. אין מחלוקת כי שיפמן לא היה מודע לבעייתיות זו. אין גם הוכחה כי שיפמן התכוון להסתיר ממשרד הביטחון את שיתוף הפעולה שלו עם טגר ובכך נהג בחוסר תום לב. המשיבה לא טענה בפנינו כי קיימת עילה אחרת לשלילת הגנת הטעות במצב משפטי ממערערי SRS באישום זה, והדיון כולו התמקד בשאלה אם הסתיר שיפמן מידע מעורכי דינו אם לאו. משהגעתי למסקנה כי יש לענות על שאלה זו בשלילה, מתבקשת המסקנה כי מדובר בטעות במצב משפטי, אשר הינה "בלתי נמנעת באורח סביר". אין גם הוכחה כי שיפמן התכוון להסתיר את שיתוף הפעולה שלו עם טגר ובכך נהג בחוסר תום לב. נעיר במאמר מוסגר כי בהתחשב בצמצומה של יריעת המחלוקת בנקודה זו (כאמור לעיל), אין גם מקום לדון בקיומם של התנאים שהוצעו בפסק הדין בעניין תנובה שהוזכר לעיל (פיסקה 66). משכך, אציע לחבריי לקבל את ערעורם של מערערי SRS בנקודה זו, ולזכות אותם מן האישום הראשון בהתבסס על הסייג שבסעיף 34 יט. שונים הדברים בכל הנוגע למערערי טגר. כאמור, מערערי טגר אינם מכחישים שארזי הסתיר מידע מעורך דינו. את טענותיהם מיקדו מערערי טגר במישור המשפטי, כשלטענתם אין בהסתרת המידע לפגוע בהגנת הטעות במצב המשפטי העומדת להם. על טענה זו עמדנו לעיל בהרחבה ודחינו אותה. על כן, יש לדחות את הערעור של מערערי

טגר על הרשעתם באישום הראשון, ככל שהוא נסמך על טענת ההסתמכות על עצת עורך דין.

## אישום 2

94. עניינו של אישום זה, הנוגע למערערי טגר בלבד, הינו שיתוף פעולה בין טגר לבין שתי חברות נוספות – קמטק ואירוספורט – בנוגע לציוד בתחום מסוקי BELL (הסכם ה-BELL). נחזור בקצרה על עובדותיו של אישום זה. ביום 21.5.91 נחתם חוזה לרכישת ציוד ה-BELL, בין טגר לבין משרד הביטחון. הסכם ה-BELL, הקובע את שיתוף הפעולה בין שלוש החברות, נחתם בחודש יולי 1993 או בסמוך לכך. בדיון בפני הערכאה הדיונית התגלעה מחלוקת בנוגע למועד בו התחיל שיתוף הפעולה בין החברות. מערערי טגר טענו, כי שיתוף הפעולה החל לאחר חתימת החוזה של טגר עם משרד הביטחון. המדינה טענה, כי שיתוף הפעולה החל עוד קודם לכן. לראיה, הצביעה המדינה על טיוטת הסכם שיתוף פעולה (ת/160) שנערכה על ידי עורך-דין לוינסון והועברה בין החברות ביום 3.4.91, כלומר לפני מועד חתימת החוזה של טגר עם משרד הביטחון. בית משפט קמא הכריע כגירסת המדינה. בערעור, כפי שניווכח, לא רק שאין מערערי טגר חוזרים על גירסתם בערכאה דלמטה, אלא מבקשים להיבנות מן המסקנה ההפוכה.

95. בית המשפט המחוזי קבע, כי על אף שהסכם ה-BELL נערך על ידי עורך-דין לוינסון אין מערערי טגר זכאים ליהנות מהגנת ההסתמכות, וזאת משני טעמים: האחד, שיתוף הפעולה החל לפני חתימת הסכם ה-BELL, אשר רק לגביו ניתן הייעוץ המשפטי; השני, ארזי לא חשף את מלוא העובדות בפני עורך דינו, ובעיקר לא גילה לו ששיתוף הפעולה החל עוד לפני חתימת הסכם ה-BELL. בערעורם טוענים מערערי טגר כי עורך דין לוינסון, לפי קביעותיו של בית משפט קמא עצמו, ליווה את שיתוף הפעולה עוד קודם לכן. לראיה, מצביעים מערערי טגר על טיוטת ההסכם מיום 3.4.91 אשר נערכה על ידי עורך-דין לוינסון.

96. בצדק מצביעה המשיבה על הסתירה בין קו ההגנה של מערערי טגר בערכאה הראשונה לבין טענותיהם בערכאת הערעור. בערכאה הדיונית טענו מערערי טגר, ששיתוף הפעולה בין שלוש החברות לא החל לפני חתימת החוזה

עם משרד הביטחון, כלומר – יום 21.5.91. בשלב הערעור, כאשר מבקשים הם לטעון שעורך-דין לוינסון ליווה את המגעים לשיתוף פעולה עוד מראשיתם, הם מצביעים על מעורבותו בניסוח טיוטת ההסכם שנערכה לכל המאוחר ביום 3.4.91. הסטייה, בשלב הערעור, מקו ההגנה שננקט בערכאה הראשונה מעוררת על פניה תחושה של חוסר נחת במיוחד כאשר מדובר בקו הנשען על עובדות שלא השתנו מטבע הדברים והטענה העובדתית המאוחרת יש בה ניסיון להתיישר עם הממצאים של בית משפט קמא תוך טיעון עובדתי הפוך. מכל מקום, כדי לתמצת את המשמעות, הסטייה פועלת במקרה זה לחובת מערערי טגר משתי סיבות: ראשית, מדובר בהתנהלות דיונית פגומה באופן מובהק שאין לה הסבר ופגימה דיונית זו די בה כדי להביא לדחיית הטענה. שנית, קו ההגנה שננקט בערכאה הדיונית אינו מאפשר, מן הבחינה העובדתית, את בירורה של הטענה המאוחרת (השוו, ע"פ 7193/04 יקירביץ' נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), פסקאות 11-15).

הנטל להוכחתה של הסתמכות על ייעוץ משפטי רובץ על הטוען לה. מקובלת עלי טענת המשיבה, כי מערערי טגר לא עמדו בנטל זה. בית המשפט קבע, ועל כך אין עוד חולק, ששיתוף הפעולה החל טרם חתימת החוזה של טגר עם משרד הביטחון. משכך, מוטל היה על מערערי טגר לשכנע כי הייעוץ המשפטי שקיבלו השתרע גם על תקופה זו. אולם ארזי לא העיד על ייעוץ משפטי שקיבל בנוגע לשיתוף הפעולה לפני חתימת החוזה עם משרד הביטחון. גם עורך-דין לוינסון כמעט ולא נשאל בעניין זה. העובדה שעורך-דין לוינסון הכין את טיוטת ההסכם שיתוף הפעולה (ת/160) אינה מספקת, שכן היא אינה נותנת תמונה באשר להיקף המידע שהיה בפניו, מה נאמר לו, האם התמונה שהוצגה לו הייתה כי שיתוף הפעולה התמצה כל כולו בטיוטה זו וכיו"ב. על מנת לבסס את הגנת ההסתמכות נדרש היה שתיפרש בפני בית המשפט תמונה עובדתית מלאה של המגעים בין החברות וכן גירסה פוזיטיבית מפורטת, ככל האפשר, על מעורבותו של עורך הדין במגעים אלו. תמונה כזו לא נפרשה, ועל כן אין מקום להכיר בהגנת ההסתמכות בגדרו של אישום זה.

אישום 3

97. בנסיבותיו של אישום זה, הנוגע למערערי טגר בלבד, אין חולק שלא ניתן ייעוץ משפטי קונקרטי. טענתם של מערערי טגר הייתה, כי ההסכם האוויוניקה

דומה עד מאוד להסכם ה-BELL, שלגביו כן ניתן ייעוץ משפטי, ובשל כך קמה להם הגנת ההסתמכות. בית המשפט המחוזי דחה טענה זו וקבע, שהסתמכות על דפוס פעולה סטנדרטי אינה מקימה הגנה של הסתמכות. בית המשפט הוסיף, כי שיתוף הפעולה הנחשב להסדר כובל החל עוד לפני החתימה על הסכם האוויניקה. בערעור טוענים מערערי טגר, כי דפוס פעולה חוזי סטנדרטי, שזכה לאישורו של עורך דין, עשוי להקים הגנה של הסתמכות. לטענתם, היה על בית המשפט להכיר במערכת היחסים הכללית בין טגר לעורך-דין לוינסון ולא לבחון את נסיבותיה הקונקרטיות של העסקה נשוא האישום. מכיוון שעורך-דין לוינסון ניסח הסכמים זהים רבים עבורם, הניחו הם כי גם בהסכם זה אין בעיה משפטית.

98. האם הגנת ההסתמכות עשויה לחבוק גם התבססות על עצתו של עורך דין שניתנה לגבי מקרים אחרים? כתשובה כללית, שעדיין אינה יורדת לפרטים ואינה מבחינה בין מצבים שונים, נראה לי כי התשובה היא בהכרח שלילית. דחינו (לעיל) את הגישה הדורשת כי קבלתה של הגנת ההסתמכות תהיה מותנית בכך שהייעוץ ניתן על ידי גוף רשמי שהוסמך לכך (pre-ruling). אין בכך כדי לומר כי הדלתות נפתחו לרווחה, ומכאן ואילך גם פרשנות עצמאית של פלוני באשר לעצה שקיבל מעורך דין בעבר תקנה לו את האפשרות ליהנות מהגנה. כדי לתחום את הסוגיה נאמר כך: הגנת ההסתמכות הינה, כפי שהדגשנו לעיל, מקרה פרטי של הגנת הטעות במצב המשפטי. על כן, יש לבדוק לגבי כל מקרה ומקרה האם ההסתמכות הובילה לטעות שהיא "בלתי נמנעת באורח סביר". לעניין זה, נראה כי יש מקום להבחין בין שני סוגי הסתמכות "גלובלית": סוג אחד, כאשר עורך הדין מחווה דעתו, כהנחיה כללית, לגבי סוג מסוים של פעולות שהינן כשרות. סוג שני, כאשר עורך הדין נותן חוות דעת קונקרטית לגבי מקרה אחד או שורת מקרים, והפונה – מבקש בדיעבד לחלץ מחוות דעת אלה מסקנה כוללת כי דפוס פעולה מסוים הינו כשר. את שאלת ההסתמכות בסוג המקרים הראשון – חוות דעת כללית של עורך הדין לגבי חוקיותה של פעולה מסוג מסוים – ניתן להשאיר בצריך עיון, אם כי אני נוטה לומר שיהיה קושי של ממש לקבל אותה ומכל מקום יהיה צורך בבחינה מדוקדקת וקפדנית של ההלימה בין הייעוץ הכללי למקרה הקונקרטי. לגבי סוג המקרים השני, נראה כי ככלל הסתמכות על ייעוץ משפטי שניתן על ידי עורך דין לא תיחשב לסבירה אם הייעוץ לא ניתן לגבי המקרה הקונקרטי. הטעם העיקרי לנכונות לראות בהסתמכות על עצת עורך דין פעולה העשויה להקנות



הגנה מפני אחריות פלילית, הינו ההכרה בנחיצותה של מומחיות להבנת איסורים פליליים מסוימים. צידו השני של המטבע הוא שתחולתה של חוות דעת שניתנה לגבי מקרה מסוים, תוך שקילת נתוניו הפרטניים והייחודיים, מצומצמת למקרה זה. אם במומחיות עסקינן, אין מקום להבנתו העצמאית של הפונה שתורכב על אותה מומחיות ותרחיב את התחום שלגביו ניתן הייעוץ, מבלי ש"המייעץ" היה בתמונה.

כפי שנאמר לעיל – מי שנעזר בעצת עורך דין יכול לצאת מנקודת ההנחה כי העסקה אותה מלווה עורך הדין מטופלת ונבדקת גם מבחינת היבטי המשפט הפלילי הכרוכים בה. אולם הליווי המשפטי צריך להיות לגבי העסקה הספציפית. אין די בייעוץ משפטי לגבי מקרים אחרים, גם אם מדובר במקרים דומים.

99. ומן הכלל אל הפרט: מערערי טגר טוענים שעומדת לזכותם הגנת ההסתמכות בשל כך שהסכם האוויוניקה דומה להסכם ה-BELL. אין כל טענה שעורך-דין לוינסון הבהיר להם שהסכמים מן הסוג שכדוגמתו נעשה הסכם ה-BELL הינם הסכמים כשרים. טענתם מתבססת על כך שהם הסיקו, באופן עצמאי, שהסכם האוויוניקה הינו כשר, וזאת על סמך דימיונו להסכם ה-BELL. לגבי אופן הסתמכות זה קבענו כי בדרך כלל הוא ייחשב ללא סביר. מערערי טגר לא הצביעו על מערכת נסיבות שמכוחה יש לראות במקרה הנוכחי חריג. על כן יש לדחות את הטענה להגנת ההסתמכות בגדרו של אישום 3.

אישום 4

100. אישום זה נוגע למערערי SRS בלבד. טענת ההסתמכות שלהם לגבי אישום זה, נשענה על שני נדבכים: האחד, הטענה לפיה הסכם מדורי ההוק נוסח עבור SRS על ידי עורך-דין לוינסון. השני, הטענה כי הסכם מדורי ההוק נעשה באותה המתכונת לפיה נעשה הסכם שיתוף הפעולה בעניין חלקי המיראז' על ידי עורך-דין שביט. בית משפט קמא דחה את הטענה על שני חלקיה, וזאת משלוש סיבות: ראשית, נקבע ששיתוף פעולה העולה כדי הסדר כובל התקיים כבר בחתימה על הסכם חלוקת המדורים. הסכם חלוקת המדורים לא נערך על ידי עורך דין ועל כן לא קיימת לגביו הגנת ההסתמכות. שנית, בנסיבות העניין אין מקום להגנת ההסתמכות אף לגבי הסכם מדורי ההוק. נוסח ההסכם נמסר

לשיפמן על ידי גדעון ארזי, שאמר לו כי הוא נוסח על ידי עורך-דין לוינסון. עורך-דין לוינסון אישר בעדותו פרט זה. שיפמן כלל לא נפגש עם עורך-דין לוינסון ולא ידע מה התשתית העובדתית שהונחה בפניו. בנסיבות אלו, קבע בית המשפט, לא יכולה הגנת ההסתמכות לעמוד לימינו של שיפמן. שלישית, בית המשפט חזר וקבע שבהסתמכות "גלובלית" על דפוס פעולה שאושר בעבר על ידי עורך דין אין די כדי להקים הגנת ההסתמכות.

101. מערערי SRS אינם חוזרים, מכל מקום לא במפורש, על הטענה כי הם חוסים תחת הגנת ההסתמכות בשל העובדה שהסכם מדורי ההוק נכתב על ידי עורך-דין לוינסון. ואכן, בדין דחה בית משפט קמא את הטענה כי מעורבותו של עורך-דין לוינסון הקימה למערערי SRS הגנה של ההסתמכות. שיפמן קיבל מגדעון ארזי נוסח של הסכם שלגביו נאמר לו כי הוא נערך על ידי עורך-דין לוינסון. בנסיבות אלו לא ידע שיפמן מה מידת מעורבותו של עורך-דין לוינסון בעסקה ומה רוחב היריעה העובדתית לה נחשף. במצב דברים זה, אין טעות של שיפמן נחשבת לטעות במצב משפטי שהיא בלתי נמנעת באורח סביר. על כך יש להוסיף, כי מעורבותו של עורך-דין לוינסון אינה משתרעת על הסכם חלוקת המדורים, שגם הוא, לפי קביעת בית משפט קמא עליה לא מצאנו השגה של ממש, מהווה הסדר כובל.

102. הטענה העיקרית בערעור הינה, כי בית המשפט שגה בסרבו להכיר בהגנת ההסתמכות מכוח הקירבה, מבחינת אופי העסקאות, בין ההסכמים נשוא אישום זה להסכם נשוא האישום הראשון. לאור מסקנתנו לעיל, כי ההסתמכות המתבססת על דפוס פעולה הנסמך על עצת עורך דין אינה נחשבת להסתמכות סבירה - דין הטענה להידחות.

אישומים 5-6

103. אישומים אלו נוגעים למערערי טגר בלבד. טענת ההסתמכות לגבי אישומים אלו נדחתה על ידי בית המשפט מכיוון שסבר שמדובר בדפוס התייעצות כללי ולא בייעוץ משפטי קונקרטי. כמו כן, ציין בית המשפט כי טענת ההסתמכות נטענה רק לגבי עריכת ההסכמים בכתב ולא לגבי סיכומים בעל-פה שהושגו קודם לכן. בערעור, חוזרים מערערי טגר על הטענה כי עקב דימונו של ההסכם נשוא אישום זה להסכם קודם, שנחתם תחת הנחיית עורך

דין, הם זכאים להגנת ההסתמכות. דינה של טענה זו, כדין דומותיה לגבי האישומים הקודמים – להידחות. בכתב הערעור נטען בנוסף, בשפה רפה, כי מסמכים שונים מראים שעורך-דין לוינסון כן היה מעורב בהסכמים נשוא אישומים אלו אם כי "לא ידע ספציפית בכל סעיף וסעיף בחוזה היבט עסקי זה או אחר" (סעיף 22 להודעת הערעור). טענה זו מוטב היה לה שלא נטענה. עורך-דין לוינסון כלל לא נשאל בעדותו לגבי עסקאות אלו. המסמכים עליהם מצביעים מערערי טגר הינם מאוחרים להסכמים נשוא האישומים ולא ניתן להסיק מהם דבר לגבי ייעוץ משפטי כלשהו שניתן על ידי עורך-דין לוינסון. בנסיבות אלו, לא עמדו מערערי טגר אף לא בראשית הנטל להוכיח את ההסתמכות להם טוענים.

#### אישום 7

104. אישום זה הודן בהסכם ה-T-56 בין טגר לחב' קמטק, נוגע למערערי טגר בלבד. כפי שצוין בפסקה 27 לעיל המדובר בהסכם לשיתוף פעולה בנוגע לציווד שרכשה טגר ממשד הביטחון כחצי שנה לפני חתימת ההסכם. בדיון בבית משפט קמא התגלעה מחלוקת בשאלה האם שיתוף הפעולה בין טגר לקמטק החל בהסכם ה-T-56 ובמגעיים ליצירתו – כגירסת מערערי טגר - או שהוא החל קודם לכן וכלל גם תיאום של רכישת הציווד על ידי טגר ממשד הביטחון. בית המשפט הכריע כגירסת המשיבה. את טענת ההסתמכות דחה בית המשפט בשל כך שמעורבותו של עורך-דין לוינסון החלה רק במגעיים ליצירתו של הסכם ה-T-56, והיא לא כללה את השלבים המוקדמים יותר של תיאום הרכישה ממשד הביטחון.

105. בערעור טוענים מערערי טגר, כי השלב בו לא היה מעורב עורך-דין לוינסון הינו רק השלב המוקדם של המשא ומתן לקראת חתימת הסכם ה-T-56. בשלב זה אמנם הושגו הסכמות בין הצדדים, אולם אלו לא נתפסו כמחייבות עד לחתימת ההסכם. לא מצאתי ממש בטענה זו. מערערי טגר אינם משיגים, ככל שניתן ללמוד על כך מהודעת הערעור, על קביעתו העובדתית של בית המשפט המחוזי לפיה טגר וקמטק תיאמו ביניהם את הרכישה ממשד הביטחון. תיאום הרכישה, לכשלעצמו, עולה כדי הסדר כובל. אין מדובר רק בהסכמות תיאורטיות לגבי תוכנו העתידי של חוזה, אלא בסיכומים

אופרטיביים שהם בפני עצמם בגדר הסדר כובל. על כן יש לדחות את הטענה כי עומדת למערערי טגר הגנת הסתמכות בגדרו של אישום זה.

#### הגנה מן הצדק

הפן הנורמטיבי

106. דוקטרינת ההגנה מן הצדק נותנת בידי בית המשפט את הכוח להורות על ביטולו של כתב האישום, אם הוא משתכנע שהגשתו או בירורו פוגעים בעקרונות צדק והגינות המשפטית, וזאת במנותק משאלת אשמתו או חפותו של הנאשם (ראו פרשת בורוביץ, עמ' 803). ראשיתה של הדוקטרינה בישראל באימוצה על ידי ההלכה הפסוקה. היא הוכרה לראשונה באופן מפורש בפסק דינו של בית משפט זה בפרשת יפת, שם קבע בית המשפט את מבחן "ההתנהגות הבלתי נסבלת של הרשות" כאמת המידה להענקת ההגנה:

"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" (פרשת יפת, עמ' 370).

על מבחן "ההתנהגות הבלתי נסבלת של הרשות" נמתחה ביקורת. אליבא דהמבקרים, רף ה"התנהגות השערורייתית" של הרשות הינו מחמיר מידי. עוד נטען, שמיקוד מעייניה של ההגנה מן הצדק בבחינת התנהגות הרשות, תחת בחינת מצבו של הנאשם, עלול לגרום להחמצת חלק מתכליותיה של ההגנה (ראו פרשת בורוביץ, עמ' 805-806 והאסמכתאות שם).

107. בפסק הדין בעניין בורוביץ נקבע מבחן שונה, מרוכך יותר, להחלתה של הגנה מן הצדק. בית המשפט גרס, כי "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" (עמ' 806). מבחן זה, "מבחן הפגיעה הממשית בתחושת הצדק", שונה מהמבחן שנקבע בפרשת יפת בשני

עניינים. ראשית, רף הפגיעה הנדרש לתחולתה של ההגנה הונמך במידת מה. עם זאת, בית המשפט חזר והדגיש, כי "ביטולו של הליך פלילי מטעמי הגנה מן הצדק מהווה אפוא מהלך קיצוני שבית-המשפט אינו נזקק לו אלא במקרים חריגים ביותר" (שם, עמ' 807). שנית, מוקד הבחינה הוסט מהתנהגות הרשות אל הסתכלות כוללת על נסיבות ההליך, אף כי ברוב המקרים תהיה סוגיית ההגנה מן הצדק קשורה להתנהגות הרשות. ובלשון בית המשפט:

"אין לשלול אפשרות שהפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיחס לא להתנהגות שערורייתית של הרשויות, אלא למשל לרשלנותן, או אף לנסיבות שאינן תלויות ברשויות כל-עיקר אך המחייבות, ומבססות, בבירור את המסקנה כי במקרה הנתון לא יהיה ניתן להבטיח לנאשם קיום משפט הוגן, או שקיומו של ההליך הפלילי יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות. אך נראה כי מצב דברים כזה אינו צפוי להתרחש אלא במקרים חריגים ביותר" (פרשת בורוביץ, עמ' 807).

108. מכוחה של דוקטרינת הגנה מן הצדק מוצדק להימנע מקיומו של משפט כדי לתת מענה לשני סוגי חששות: כי הנאשם לא יזכה למשפט הוגן או כאשר קיומו של משפט, אפילו הוגן הוא, יש בו משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות (ראו פרשת יפת, עמ' 370). קשת המקרים בהם עשויה להתעורר סוגיה של הגנה מן הצדק הינה רחבה והנסיבות עליהן משתרעת ההגנה עשויות להיות קשורות הן לשלב ביצוע העבירה והן לשלב החקירה וההעמדה לדין (לסקירה ראו, ישגב נקדימון הגנה מן הצדק (תשס"ד-2003) 412-173 (להלן: נקדימון)). עם זאת, גם כאשר יש אינטרס כאמור באי ניהול ההליך הפלילי, יש לבחון מהם השיקולים שמנגד המצדדים בהעמדה לדין. על הערכים והאינטרסים ביניהם מבקשת דוקטרינת הגנה מן הצדק לאזן, עמד בית המשפט בעניין בורוביץ:

"מן העבר האחד ניצבים האינטרסים התומכים בהמשך קיומו של ההליך, ובהם העמדת עבריינים לדין ומיצוי הדין עמהם; הוצאת האמת לאור; קיומם של מנגנוני גמול, הרתעה וענישה; שמירה על ביטחון הציבור; הגנה על זכויותיו של הקורבן הנפגע. ומן העבר האחר ניצבים האינטרסים השוללים, במקרה הקונקרטי, את המשך קיומו של ההליך, ובהם הגנה על זכויות היסוד של הנאשם; פסילת מהלכיה הנפסדים של הרשות והרתעתה מפני נקיטת מהלכים דומים בעתיד; שמירה על

טוהר ההליך השיפוטי; שמירת אמון הציבור  
בבית-המשפט" (פרשת בורוביץ, עמ' 807).

כאמצעי להגשמתו של האיזון האמור, קבע בית המשפט בפרשת בורוביץ מבחן  
תלת שלבי לבחינתה של טענת הגנה מן הצדק:

"בשלב הראשון על בית-המשפט לזהות את הפגמים  
שנפלו בהליכים שננקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד  
על עוצמתם 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 על  
נסיבותיו 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; לנסיבותיהם האישיות של הנאשם ושל  
קורבן העבירה; למידת הפגיעה ביכולתו של  
הנאשם להתגונן; לחומרת הפגיעה בזכויות הנאשם  
ולנסיבות שהביאו 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 ייחס  
בית-המשפט לכל אחד מהשיקולים את המשקל  
היחסי הראוי לו בנסיבותיו הקונקרטיות של  
המקרה הנתון. 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 אם לא ניתן לרפא את  
הפגמים שנתגלו באמצעים מתונים ומידתיים יותר  
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" (שם, עמ' 807-808).

109. ביום 15.5.07 קיבלה הכנסת בקריאה שנייה ושלישית את חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51), התשס"ז-2007 (להלן: התיקון לחוק). בתיקון לחוק הוסף סעיף קטן (10) לסעיף 149 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי). סעיף 149 קובע רשימת טענות מקדמיות אותן רשאי נאשם להעלות בתחילת משפטו. התיקון לחוק מוסיף לרשימה זו טענה מקדמית נוספת:

"149. לאחר תחילת המשפט רשאי הנאשם לטעון טענות מקדמיות, ובהן –

...  
(10) הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית".

התוצאה הנובעת מקבלתה של טענה מקדמית זו מופיעה בסעיף 150 לחוק סדר הדין הפלילי הקובע כי "נתקבלה טענה מקדמית, רשאי בית המשפט לתקן את כתב האישום או לבטל את האישום...". יש חשיבות לחלותו של סעיף 150 (בהבדל מיצירת מסלול נפרד לעניין קבלתה של טענת הגנה מן הצדק) שהרי עולה מכך שגם קבלת הטענה לא בהכרח תביא לביטול האישום. יצוין עוד, כי על אף שטענת הגנה מן הצדק מסווגת כטענה מקדמית, הרי לאור סעיף 151 לחוק סדר הדין הפלילי אין מניעה מלהעלות גם בשלבית מתקדמים יותר של המשפט. עם זאת, המקום הטבעי להעלות את הטענה ולהכריע בה הינו בתחילת המשפט (ראו פרשת בורביץ, עמ' 809).

110. ההצעה לעגן בחקיקה את ההגנה מן הצדק נדונה בוועדה המייעצת לשר המשפטים לעניין חוק סדר הדין הפלילי, בראשות השופטת מ' נאור. הוועדה המליצה שההגנה תעוגן בחוק, ושבפני חברי הכנסת יובאו שתי הצעות חלופיות לניסוחה: גירסה אחת, לפיה יש להחיל את ההגנה במקרה שניהול ההליך הפלילי עומד בסתירה קיצונית לעקרונות צדק והגינות; גירסה שנייה, לפיה ניתן להחיל את ההגנה גם במקרה שניהול המשפט עומד בסתירה מהותית לעקרונות אלו. בפני ועדת חוקה, חוק ומשפט הובאו שתי גירסאות אלו וכן נדונו הצעות נוספות, כגון קביעת מבחן של פגיעה חמורה בעקרונות צדק והגינות. ועדת חוקה, חוק ומשפט בחרה בנוסח המדבר על "סתירה מהותית" והוא זה שהובא

לאישור הכנסת והפך לחוק (ראו דברי ההסבר להצעת החוק, הצעות חוק הכנסת 143, עמ' 138, מיום 20.3.07).

111. עם כניסתו לתוקף של התיקון לחוק, הפכה ההגנה מן הצדק מדוקטרינה הילכתית לדוקטרינה המוכרת ומעוגנת בספר החוקים. מהלך זה מעורר את השאלה כיצד משפיע התיקון לחוק על היקפה ואופיה של ההגנה מן הצדק, כפי שזו עוצבה בפסיקה עד כה. לעניין פרשנותו של המבחן שנקבע בתיקון לחוק, נכוננו לנו, ללא ספק, עוד עלילות רבות והדעת נותנת כי הפסיקה תאמר את דברה. עיגונה של ההגנה מן הצדק בחוק מפורש והעדפת מבחן ה"סתירה המהותית" על פני מבחנים מצמצמים יותר, אפשר ויסמנו נכונות להרחיב במידת מה את תחומה של ההגנה. עם זאת, נראה כי המחוקק לא התכוון להביא לשינוי דרמטי באופיה של ההגנה. מבין ההצעות השונות שעמדו בפני הועדה כמפורט לעיל, מבחן "הסתירה המהותית" שאומץ בסופו של דבר בתיקון לחוק הוא הקרוב ביותר באופיו למבחן "הפגיעה הממשית" שנקבע בפרשת בורוביץ. לא פגיעה חמורה, ואף לא קיצונית, אלא פגיעה מהותית שהולמת כאמור את "הרף המרוכך" שבפרשת בורוביץ. לפיכך, ספק אם יש בכניסתו של התיקון לחוק משום מהפכה בהשוואה למצב הקיים מאז הלכת בורוביץ. הגנה מן הצדק, כך נראה, הייתה ונותרה טענה שיש לקבלה במקרים חריגים בלבד. עם זאת, אין בדעתי לקבוע מסמרות בשאלה האם הביא עימו התיקון לחוק שינוי בנקודת האיזון, שכן, כפי שנראה, אין הדבר נצרך לענייננו. אבקש להותיר שאלה זו לעת מצוא, אשר אני מניחה שאינה רחוקה. באשר לשלבי הבחינה בהם יש להעביר את טענת ההגנה מן הצדק, נראה שאין סיבה לשנות מהמבחן התלת שלבי שנקבע בפרשת בורוביץ.

אפנה, אפוא, לבחון את טענותיהם הקונקרטיות של המערערים שבגינן הם סבורים שעניינם מתאים להחלטה של הגנה מן הצדק.

הפן העובדתי

112. בשלב ראשון, יש לקבוע מהם הפגמים שנפלו בטיפול בעניינם של המערערים ומה חומרתם. טענתם המרכזית של המערערים היא שמשרד הביטחון היה מודע לשיתוף הפעולה ביניהם ואף עודד אותו. מעורבות זו של משרד הביטחון, כך סבורים הם, מקנה להם הגנה מן הצדק. בטרם נפנה לדון



בטענה זו, נסלק מעל דרכנו שתי טענות נוספות שהועלו על ידי מערערי SRS : טענה אחת היא שהפרת חוזה על ידי משרד הביטחון היא הגורם לכך שהם נאלצו לחתום על ההסכמים נשוא האישום הראשון, ועל כן קמה להם הגנה מן הצדק. לאור מסקנתי כי יש לזכות את מערערי SRS מן האישום הראשון, לכאורה לא היה צורך שאכריע בטענה. עם זאת, רואה אני לציין כי שותפה אני באופן מלא להשקפתו של בית המשפט המחוזי שהפרת חוזה, גם אם הייתה כזו וגם אם גרמה למערערי SRS בעיה כלכלית, אינה יכולה להצדיק עבירה על החוק. תרופתה של הפרה שכזו היא בנקיטת האמצעים המשפטיים ההולמים ולא ב"לקיחת החוק לידיים", לפחות בהיבט של התעלמות מאיסורים שבחוק. טענה שנייה היא שהימנעותה של המדינה מלהעמיד לדין את דקסאורד בגין מעורבותה באירועים נשוא האישום הרביעי מהווה הפליה לרעה של מערערי SRS ובשל כך זכאים הם להגנה מן הצדק. אף טענה זו אין בה ממש ודינה להידחות. בפרשת בורוביץ עמד בית המשפט בהרחבה על השאלה מתי אכיפה בירנית מצדיקה הענקת הגנה מן הצדק (פרשת בורוביץ, עמ' 813-816). נקבע שבדרך כלל, ולמעט במקרים נדירים ביותר, תקום ותיפול טענת אכיפה בירנית על השאלה האם פעלה הרשות ממניעים ענייניים או על יסוד שיקולים זרים ושרירותיים (שם, עמ' 814). בענייננו, הסבירה המדינה כי חברת דקסאורד הינה חברה אחת של טגר ואף נוהלה על ידה. נוכח מעמדה השולי של דקסאורד העדיפה המדינה להתמקד בעניינה של טגר ונמנעה מהעמדתה של דקסאורד לדין. שיקול דעת זה – בין אם נכון הוא לגופו ובין אם לאו – אינו שיקול זר או שרירותי. על כן אין מקום להיעתר לטענת האכיפה הבררנית.

113. טענתם המרכזית של המערערים מתמקדת, כאמור, בסוגיית ידיעתו ועידודו של משרד הביטחון את שיתוף הפעולה ביניהם. בעניין זה קבע בית המשפט המחוזי כי משרד הביטחון היה מודע, באופן כללי, לתופעה של שיתוף פעולה בין קניינים וראה אותה באור חיובי. המערערים, מצידם, היו מודעים ליחסו החיובי של משרד הביטחון. עוד קבע בית המשפט, כי בשני מקרים חרגה מעורבותו של משרד הביטחון מידיעה כללית: באירוע נשוא אישום 4 הייתה "ידיעה מוסכמת" של משרד הביטחון על שיתוף הפעולה ובאירוע נשוא אישום 6 משרד הביטחון אף עודד את שיתוף הפעולה באופן אקטיבי. עם זאת, בית המשפט סבר שמעורבותו של משרד הביטחון אינה נחשבת ל"התנהגות שערורייתית" ברמה שמספיקה להחלתה של הגנה מן הצדק. יצוין, כי פסק דינו של בית משפט קמא ניתן לפני שניתן פסק הדין בעניין בורוביץ.

114. בערעור חוזרים המערערים על הטענה שמעורבותו של משרד הביטחון ראוי שתקנה להם הגנה מן הצדק. המערערים שבים וטוענים, כי משרד הביטחון ידע ועודד באופן אקטיבי את שיתוף הפעולה ביניהם. עוד הם טוענים, כי גם אם לא ידע משרד הביטחון על שיתוף הפעולה בכל עסקה ספציפית, אין מקום לבדיקה פרטנית של ידיעת משרד הביטחון בכל מקרה ומקרה. משרד הביטחון הכתיב מדיניות מכירה שנבנתה על עידוד הקניינים לשותף פעולה, ועם מדיניות זו הם נאלצו ליישר קו. בשל תרומתו זו של משרד הביטחון לתופעת שיתוף הפעולה סבורים המערערים כי הם זכאים להגנה מן הצדק.

המשיבה סבורה, כי אין מקום להחלתה של ההגנה מן הצדק. ראשית טוענת המשיבה, כי על טענה מסוג של עידוד הרשות את מעשה העבירה מוסיף לחול מבחן "ההתנהגות השערורייתית" של הרשות שנקבע בפרשת יפת. עוד טוענת המדינה, כי האווירה הכללית של אהדה לגבי שיתוף פעולה בין קניינים ששידר משרד הביטחון אינה מספקת להקמתה של הגנה מן הצדק. המדינה מוסיפה וטוענת, כי אווירת האהדה כלפי שיתוף הפעולה בין הקניינים התייחסה לרכישה משותפת של ציוד שבאה ביוזמת הלקוחות ולא להסכמי חלוקת רכישה או לרכישה משותפת של קבוצות ציוד גדולות שהוצעו על ידי משרד הביטחון. לטענת המשיבה, האהדה כלפי שיתוף פעולה נבעה רק במקרים של רכישה ביוזמת הלקוח שפנה בעקבות הזמנה ספציפית, שכן אז עלה החשש שהוצאת פריט הציוד למכרז תגרום לעיכוב בהליכי המכירה ולהחמצתה. לעניין אישום 4 מציינת המדינה, כי ידיעתו הספציפית של משרד הביטחון השתרעה רק על הסכם חלוקת המדורים ולא על הסכם מדורי ההוק מיום 14.1.93 הכולל כבילות נוספות. עוד מוסיפה המשיבה, כי מערערי טגר אינם יכולים לטעון שהתנהגותו של משרד הביטחון הטעתה אותם מאחר והתנהגותו של ארזי רצופה ניסיונות הטעיה בנוגע לשיתוף הפעולה.

115. הטענה שמשרד הביטחון היה מודע או אף עודד באופן אקטיבי את שיתוף הפעולה הינה, למעשה, הטענה שהרשות נטלה חלק במעשה העבירה (ראו נקדימון, עמ' 173-198). המשיבה טוענת, כאמור, כי על טענה מסוג זה ממשיך לחול מבחן "ההתנהגות השערורייתית" של הרשות שנקבע בפסק דין יפת. טענתה זו נסמכת על דברי בית המשפט בפרשת בורוביץ (עמ' 808):

"פרשת יפת מהווה דוגמה לשורת הזהירות הנדרשת בכגון-דא: משטענו הנאשמים כי הרשות היא שעודדה אותם לבצע את העבירה, קבע בית-המשפט כי עליהם להראות שהתנהגות הרשות בעניינם הייתה "שערורייתית" או "בלתי נסבלת". אמת מידה זו אכן יאה למקרים מסוגה של פרשת יפת, אך לא מן הנמנע שבמקרים מסוגים אחרים תבוא דרישת הזהירות לכלל ביטוי בקביעתה של אמת מידה שונה" (ההדגשות במקור - ד"ב).

איני בטוחה, כי מהציטוט האמור ניתן להסיק שיש להבחין באופן חד וגורף בין אמת המידה להחלתה של הגנה מן הצדק כאשר הטענה נשענת על מעורבות הרשות במעשה העבירה לבין אמת המידה להחלתה של הגנה מן הצדק בשאר המקרים. מכל מקום, לאחר התיקון לחוק ודאי שאין לכך מקום. מוקד הבדיקה, על פי התיקון לחוק, הוא שאלת הצדק שבניהול ההליך הפלילי. כאשר מדובר בטענה שהרשות הייתה מעורבת באופן כלשהו בפעילות העבריינית, יש לבדוק האם ניהול ההליך הפלילי על אף מעורבות זו יעמוד בסתירה מהותית לעקרונות צדק והגינות משפטית. פרמטר מרכזי בבחינה זו הוא מפלס ה"שערורייתיות" שבהתנהגות הרשות. אולם אין זה בהכרח הפרמטר היחיד. יש מקום לבחון נתונים נוספים, כגון מידת המעורבות של הנאשם עצמו ועוצמת התלות בין פעולותיו לבין פעולות הרשות. טענת ההגנה מן הצדק תתקבל אם כלל הנתונים מצביע על כך שניהול ההליך הפלילי עומד בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית.

116. באשר למסכת האירועים נשוא ענייננו, מצטיירת התמונה הבאה: משרד הביטחון לא פסל שיתוף פעולה בין הקניינים, שכן להשקפתו הלם הדבר את האינטרס שלו. מסר זה הופנם על ידי אנשי העסקים שהיו במגע עם משרד הביטחון, ביניהם המערערים. בחלק מהמקרים - האירועים נשוא האישום הרביעי והשישי – היה משרד הביטחון מודע באופן ספציפי לשיתוף הפעולה ובאירוע נשוא האישום השישי אף עודד אותו. בשאר המקרים לא הוכח שמשרד הביטחון היה מודע לשיתוף הפעולה הקונקרטי.

117. מקובל עלי כי העמדתם של המערערים לדין פלילי בנסיבות אלו יכול ותיצור תחושה של אי נוחות. הנה היא מדינת ישראל - בידה האחת מעודדת, ולו בעקיפין, התנהגות מסוימת ובידה השנייה מעמידה בגינה לדין פלילי. עם זאת, מספר נתונים מרכזיים את תחושת חוסר הצדק. נתון אחד, הינו העובדה

שאין מדובר במקרה בו הרשות יזמה את הפעילות העבריינית או הדיחה את הנאשם לביצועה. ברוב המקרים אף לא היה מדובר בעידוד מפורש לשיתוף פעולה, אלא רק ביצירת אווירה כללית אוהדת. יודגש, אין מדובר בהעלמת עין בלבד של הרשות ממעשי העבירה. העלמת עין כזו ספק אם יש לה משקל כלשהו למעט לעניין העונש (ראו פרשת יפת, עמ' 367). למשרד הביטחון היה חלק פעיל יותר באירועים נשוא כתב האישום, אם כי, כאמור, חלקו הצטמצם למעורבות מסוימת ביצירת הרקע למעשים. למעורבות כזו ישנו משקל מסוים, הגם שהוא נמוך ביחס למשקלו של עידוד מפורש (ראו נקדימון, עמ' 193-198). נתון שני הינו העובדה שאין מדובר ברשות הפועלת בכובעה השלטוני. משרד הביטחון פעל, במקרים נשוא כתב האישום, כגוף פרטי המבצע עסקאות מסחריות ולא כרשות העוסקת באכיפת חוק או יישום מדיניות שלטונית. עובדה זו מפחיתה את הבעייתיות שבהעמדה לדין, הגם שאינה מבטלת אותה. נתון שלישי הינו התנהגותם של מערערי טגר ביחס למשרד הביטחון. כפי שקבע בית משפט קמא, נראה שארזי סיגל דפוס פעולה שכלל "התנהגות שיטתית של יצירת מצג מטעה, לפיו שיתוף הפעולה בין החברות החל במועד מאוחר מזה שבו הוא החל בפועל, וזאת בניסיון להרחיק את שיתוף הפעולה ולנתקו מהרכישות ממשבה"ט" (פיסקה 78 להכרעת הדין). לא מצאתי בכתבי הערעור השגה של ממש על קביעה זו של בית המשפט המחוזי. מהתנהגות חסרת תום לב זו ניתן ללמוד שהסתמכותו של ארזי על המצג של משרד הביטחון הייתה מוגבלת ביותר (השוו פרשת יפת, עמ' 365).

118. בסופו של יום, ובשיקלול הנתונים הנזכרים, אני סבורה שהעמדתם של המערערים לדין הייתה ראויה. זאת, גם אם אניח שהתיקון לחוק מכתוב נקודת איזון חדשה המקלה יותר עם הנאשם. באשר למערערי טגר, ספק אם אלו צולחים אפילו את השלב השני במבחן התלת שלבי. לאור העובדה שארזי פעל באופן שיטתי להסתרת שיתוף הפעולה שלו, נחלשת ביותר הטענה שמעורבותו של משרד הביטחון בפרשה גורמת להעמדתו לדין להיות בסתירה מהותית לעקרונות צדק והגינות. באשר למערערי SRS, לאור מסקנתי כי יש לזכותם מן האישום הראשון נותר לבדוק את טענת ההגנה מן הצדק רק בקשר לאישום 4. בית המשפט קבע, כי בנסיבותיו של אישום זה הוכחה ידיעה ספציפית של משרד הביטחון. לטענת המשיבה, הידיעה השתרעה רק על חלק מההסכמים נשוא האישום ונראה כי טענה זו – נכונה היא. בגדרו של האישום הנוכחי, מצא בית משפט קמא כבילות אסורות הן בהסכם חלוקת המדורים

והן בהסכם מדורי ההוק (פיסקאות 59-60 להכרעת הדין). הסכם מדורי ההוק היה בין שלוש חברות - SRS קמטק ודקסאורד – ויזם אותו שיפמן, כדי לפתור את "הבעיה הלוגיסטית", כהגדרתו, שנוצרה עקב הצטברות הציוד. כל פרטי הסכם זה, לרבות ההחלטה לשמור בסוד את דבר קיומו, היו ביוזמת SRS. הידיעה של משרד הביטחון אינה קשורה כמעט להסכם זה אלא בעיקר להסכם חלוקת המדורים. גם באשר להסכם חלוקת המדורים - הידיעה של אנשי משרד הביטחון לא הביאה ליצירתו אלא לכל היותר לא "טירפדה" אותו. משרד הביטחון איפשר אכן רכישות משותפות של קניינים אולם לא יזם אותן. אין מדובר גם בפרישת מלכודת ל-SRS (או לחברות האחרות) משום שעל פי קביעתו של בית משפט קמא גם אנשי משרד הביטחון לא נתנו את הדעת לשאלה האם מדובר בהסדר כובל. בנסיבות אלו – ידיעתו של משרד הביטחון, גם אם היא יוצרת חוסר נוחות וחוסר נחת, אינה עומדת "בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית".

על כן, טענת ההגנה מן הצדק נדחתה.

#### הערעור על העונש

119. בית משפט קמא הטיל על המערערים את העונשים הבאים :

על הנאשמת 1, חב' טגר, הוטל קנס בסך 100,00 ש"ח ;  
על נאשם 2, אהוד ארזי, הוטל מאסר בפועל של 5 חודשים, שירוצה בדרך של עבודות שירות ;  
על הנאשמת 3, חב' SRS, הוטל קנס בסך 150,000 ש"ח ;  
על נאשם 4, אלי שיפמן, הוטל מאסר בן 3 חודשים שירוצה בדרך של עבודות שירות וכן קנס בסך 70,000 ש"ח.

את הדגש שם בית משפט קמא על ההיבט ההרתעתי של הליכים פליליים בתחום ההגבלים העסקיים, שעל כן גם לא נעתר לבקשה לביטול ההרשעה (מכוח סעיף 192א לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982).

גזר הדין מפורט ומנומק והוא מונה אחד לאחד את כל השיקולים וההיבטים הרלוונטיים. בגדר שיקולים אלה ולצד קולא התייחס בית משפט

קמא לפגיעה הכלכלית שתיגרם למערערים, לזמן הרב שחלף מאז ביצוע העבירות ועד למתן גזר הדין, למעורבותם של אנשי משרד הביטחון ולכך שמשרד הביטחון לא נקט בצעדים כדי למנוע את דפוס ההתנהגות שמדובר בו. עוד ציין בית המשפט את הנורמטיביות שבדרך חייהם של המערערים. לצד החומרא הפנה בית המשפט את תשומת הלב לנזק הגלום בעבירות על חוק ההגבלים העסקיים והפגיעה "בערכי יסוד כלכליים וחברתיים שהמחוקק שם לו למטרה לשמר". בפן הקונקרטי הודגשו הנסיבות הספציפיות שמדובר בהן לרבות (באשר למערער ארזי) הגשת הצעות פיקטיביות, וכן שיתוף הפעולה בין המערערים שהכשיל את התהליך התחרותי בו נקט משרד הביטחון.

מערערי טגר טוענים כי החלטת בית המשפט על שני נדבכיה - קרי: דחיית הבקשה לביטול ההרשעה והענישה שהוטלה – יש בה משום ענישה כפולה. ה"כפל" מקורו בכך שעצם ההרשעה משמעה גזר דין מוות לעסקי טגר. כל עסקיה של טגר הינם רכישת ציוד ממשרד הביטחון. לפי כללי משרד הביטחון הרשעה משמעה השעיה, השעיה תביא לכך שטגר לא תוכל לנהל משא ומתן על ציוד יקר ערך שרכשה ולמוכרו. כאשר לצד "גזר דין מוות" זה יש גם קנס ומאסר – הרי זו כאמור ענישה כפולה. בנוסף לטיעון זה מפנים הן מערערי טגר והן מערערי SRS לאותם נימוקים לקולא שצוינו גם בגזר הדין, אלא שלשיטתם לא קיבלו את המשקל ההולם. כך למשל לא שוקללה כראוי העובדה שהתקופה בה נעברו העבירות הייתה תקופה של "תת אכיפה" במישור ההגבלים העסקיים. בשלב מסוים הייתה "קפיצת מדרגה" באכיפת החוק. קפיצת מדרגה זו צריכה להתבטא ברמת הענישה וזו צריכה להיות מתונה.

אציע לחברי לדחות את שני הערעורים לעניין ההרשעה, ולהתערב בענישה באשר למערערי SRS, כאשר התערבות זו נובעת מזיכויים באישום הראשון שהוא האישום הגדול והחשוב בפרשה זו.

באשר להרשעה

120. הכלל, כפי שציין גם בית משפט קמא הינו כי ביצוע עבירה, מחייב הרשעה. הלכה זו נקבעה באין ספור פסקי דין כאשר "היכין והבועז" שבהם הם פסקי הדין בעניין כתב ורומנו (ע"פ 2083/96 כתב נ' מדינת ישראל, פ"ד נב (3) 337 ; ר"ע 432/85 רומנו נ' מדינת ישראל (לא פורסם)).

סיום הליך ללא הרשעה מלכתחילה או ביטול הרשעה הם החרגי. אדני היסוד באשר לתנאים שיכשירו מהלך זה חרצו אף הם תלם עמוק בפסיקה, אם כי לעולם פתוחה הדרך להוספתו של נדבך או וריאציה נוספת למה שכבר נפסק. אינני סבורה כי במקרה הנוכחי יש מקום לביטול ההרשעה של מי מהמערערים. באשר למערערי טגר: נראה לי כי עניינם לא מעורר אפילו התלבטות של ממש. מדובר בהתנהלות מכוונת ושיטתית שחזרה על עצמה בכל האישומים שמדובר בהם. בית משפט קמא הזכיר לעניין זה את הגשת ההצעה הפיקטיבית – ואכן יש בנתון זה נסיבה לחומרא, לצד העבירות עצמן. גם אם התנהלותו של ארזי הייתה נורמטיבית ככלל – לא ניתן לראות בהגשת הצעה פיקטיבית התנהלות נורמטיבית שמצדיקה את נקיטת הדרך החריגה של ביטול ההרשעה.

עניינו של שיפמן, לאור הזיכוי מן האישום הראשון – מחייב הרהור נוסף. עדיין – לאחר ששקלתי והפכתי בדברים נראה לי כי גם באשר אליו אין מקום לביטול ההרשעה. אותם נימוקים שהביאו אותי לכלל מסקנה כי אין מקום לקבלת הטענה של הגנה מן הצדק יפים גם לעניין זה. באישום מס' 4 SRS הייתה הרוח החיה והמובילה. ההסדר נועד לפתור את בעיית הצטברות החלפים במחסניה, ולשם כך הייתה מוכנה ליצור הסדר כובל סודי. משכך – היא אינה זכאית לצעד החרגי של הימנעות מהרשעה. הצורך להטמיע את הנורמות הגלומות בחוק ההגבלים העסקיים אינו מאפשר במקרה זה גילוי גמישות והנמכת הרף לעניין ביטול הרשעה.

אני רואה להעיר הערה נוספת:

אחד הפרמטרים לעניין ביטול הרשעה עניינו בהעמדת הנזק שייגרם לעברייני מקיומה של ההרשעה אל מול אינטרס הציבור בקיומה של הרשעה מקום בו בוצעה עבירה. קביעה כי הנזק לעברייני עולה במידה ניכרת על אינטרס הציבור יכול ותטה את הכף לכיוון ביטול ההרשעה. בית משפט קמא ציין לעניין זה (בהסתמך על דברי באת כוחם של מערערי SRS) כי ההרשעה לא תשליך על פעילותם של מערערים אלה בתחום חלקי החילוף התעופתיים או בקשריהם עם משרד הביטחון, משום שפעילות זו כבר הושעתה בשל עניין אחר. הנזק הנטען מתבטא ברצונו של שיפמן לשווק בארצות הברית פטנט אותו יצר וחששו שמא תימנע כניסתו לארצות הברית.

בעיקרי הטיעון – לא התייחסה הסנגורית להיבט זה של ביטול ההרשעה ושמא לא בכדי. החשש הנ"ל – אינו יכול להיות משקל נגד לאינטרס הציבור כאמור לעיל. בהישמט נימוק זה – למעשה לא קיימת עילה של ממש לביטול ההרשעה, שעל כן אציע לחברי – להותיר אותה בעינה.

121. כחוליה מקשרת בין הענישה שהוטלה לבין שאלת ההרשעה ניצבת טענתם של מערערי טגר באשר לכך שהותרת ההרשעה כשלצידה ענישה (כל ענישה) היא ענישה כפולה. המעט שאוכל לומר הוא כי אין ממש בטענה זו. הרשעה – לעולם נושאת עימה תוצאות לוואי שאינן חלק מן הענישה הקונקרטית. עצם הכתמתו של אדם כעברין יש לה השלכות - מהן מובנות ומיידיות ומהן שתבואנה לידי ביטוי בעתיד. הדוגמה המובהקת ביותר הינה היותה מחסום בפני לימודים או עיסוק בתחום מסוים, כאשר היבט זה אינו שונה באופיו מחסימת הקשרים עם משרד הביטחון שאליה מפנים מערערי טגר.

תוצאות הלוואי – יכולות להיחשב כחלק מהענישה, והדעת נותנת כי במערך האיזונים שהוא חלק אינהרנטי מתהליך הענישה הם ישוקללו ויילקחו בחשבון. זאת – בהבדל מענישה כפולה כנטען.

122. אינני סבורה כי יש מקום להתערב בענישה שהוטלה על מערערי טגר. מקובלים עלי נימוקיו של בית משפט קמא, ובכללם הקביעה כי מדובר בהסדרים כובלים "הנמנים על הגרעין הקשה של ההסדרים הכובלים הפוגעים בתחרות... שבוצעו הלכה למעשה משך תקופה ארוכה". הענישה נותנת ביטוי לכך שמדובר בהצעות פיקטיביות, כאשר נתון זה מנותק מכך שמדובר בהסדר כובל.

בהתחשב בזמן הארוך שחלף מאז ביצוע העבירה עתרה גם המדינה למאסר שירוצה בדרך של עבודות שירות, ונראה לי כי בכך יש איזון הולם לחומרתן של העבירות מחד גיסא, ולנסיבות כולן, לרבות חלוף הזמן מאידך גיסא. גם הקנסות אינם מצדיקים את התערבותנו בין היתר בהתחשב בהיקף העסקאות שמדובר בהן.



123. יש מקום להתערב בענישה שהוטלה על מערערי SRS. זיכויים של מערערים אלה מהאישום המרכזי – צריך למצוא ביטוי של ממש בענישה. אציע אפוא לחברי לבטל לחלוטין את המאסר בפועל, ולהותיר בעינו את המאסר על תנאי בלבד. עוד אציע להעמיד את הקנס על חברת SRS על סך 60,000 ש"ח ואת הקנס על שיפמן על סך 30,000 ש"ח.

ש ו פ ט ת

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

אני מסכימה לפסק דינה המקיף והממצה של חברתי השופטת ד' ברלינר.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק-דינה של השופטת ד' ברלינר.

ניתן היום, ט' בחשון התשס"ח (21.10.07).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

\