בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ [redacted]

בפני:	כבוד השופט א' א' לוי כבוד השופט ס' ג'ובראן כבוד השופט ד' חשין
המערער:	[redacted]
	נ ג ד
המשיבה:	מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בת"א-יפו מיום 12.1.06 בת"פ 40156/02 שניתן על ידי כבוד השופט ז' כספי

תאריך הישיבה:	ד' בתשרי תשס"ז	(26.9.06)
בשם המערער:	עו"ד ש' גבאי-מנדלמן	
בשם המשיבה:	עו"ד ע' קרמני	

נושא התיק:

ערעור הכרעת דין וגזר דין, חוק העונשין סעיפים 415 קבלת דבר במרמה סעיפים 418 זיוף סעיפים 420 שימוש במסמך מזויף

מיני-רציו:

* דיון פלילי – ערעור – אי-התערבות בממצאים עובדתיים

* ראיות – מהימנות – התערבות ערכאת ערעור

* ראיות – מומחים – הסתמכות בית-המשפט עליהם

* דיון פלילי – ערעור – ראיות בערעור

* עונשין – עבירות – קבלת דבר במירמה

ביהמ"ש המחוזי הרשיע את המערער, שהיה בעל מניות ומנכ"ל בחברת הזנק טכנולוגית בתחום הטלפוניה (להלן – החברה), בעבירה של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות, בעבירה של זיוף

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

מסמך בנסיבות מחמירות ובעבירה של שימוש במסמך מזויף וגזר עליו, בין היתר, עונש של 24 חודשי מאסר לריצוי בפועל. זאת בגין מצגי שווא שהציג המערער בפני משקיעי החברה בטרם חתימת הסכם ההשקעה ובגין זיוף מסמך התומך במצגי השווא. ביהמ"ש קבע, בין היתר, כי המערער הציג מצגי שווא שלפיהם החברה פיתחה את השבב המשובץ במוצריה. המערער ערער על ההרשעה ועל חומרת העונש. המערער טען, בין היתר, כי ביהמ"ש טעה בהסתמכותו על ממצאי מהימנות. לטענתו, קיימת אמת טכנולוגית מוחלטת, שניתן וצריך היה לגלותה ללא היזקקות לשיקולי מהימנות.

.

ביהמ"ש (מפי השופט ד' חשין ובהסכמת השופטים א' א' לוי וס' ג'ובראן) דחה את הערעור על הכרעת הדין, קיבל בחלקו את הערעור על גזר הדין וקבע:

הערעור נסב רובו ככולו על קביעות עובדתיות, שנעשו, בין היתר, על בסיס בדיקות וניסויים שנערכו לנגד עיני ביהמ"ש המחוזי ואיפשרו התרשמות בלתי אמצעית ממהימנותם של העדים. ברי, כי אלו נתונים שאינם מצויים מול בימ"ש זה, ועל כן, ככלל, אין להתערב בממצאי המהימנות ובממצאים העובדתיים שנקבעו על בסיסם. התערבות בממצאי מהימנות תתאפשר אך ורק במקרים חריגים, בהתקיים נסיבות מיוחדות המצדיקות התערבות זו, או כאשר הקביעות העובדתיות שנתקבלו ע"י הערכאה הדיונית אינן מתקבלות על הדעת. דברים אלה אמורים גם כאשר מדובר בהכרעה בין עדויות מומחים המצויים במחלוקת מקצועית ביניהם.

גם ביחס לעדויות מומחים, נדרש ביהמ"ש המשפט לקבוע ממצאי מהימנות. אמנם במקרה דנן, שהוא עניין טכנולוגי במהותו, קיימת "אמת עובדתית מוחלטת", אך זו אינה שונה מקיומן של אמיתות מוחלטות בסוגיות מדעיות אחרות המובאות להכרעתו של ביהמ"ש. שופטיו אינם מדענים המצוידים בידע ובאמצעים לחקר האמת המדעית והטכנולוגית. על כן, ניזונים הם מחוות דעת של מומחים לדבר, וכאשר אלו סותרות, על השופט להכריע ביניהן. לפיכך, אין פגם בגישתו של ביהמ"ש המחוזי שלפיה קביעת ממצאי מהימנות הינה מרכיב מרכזי בהכרעת הדין במקרה דנן. מה עוד, שביהמ"ש העמיד את העדויות שלפניו במבחן ההיגיון, ולא הסתפק אך בקביעות מהימנות סתמיות.

אין עילה להתערב בקביעותיו של ביהמ"ש המחוזי בעניין עשיית מצגי השווא בנוגע לשבב שמשבצת החברה במוצריה. מצגי השווא מטעם המערער חרגו מהמצב העובדתי לאשורו, וזאת אפילו אם מקבלים את גרסתו כי ישנם הבדלים כלשהם בין השבב של החברה לבין השבב של חברת פיליפס, שאותו רוכשת החברה. אף אם אכן הוכנס מעבד אותות דיגיטאלי (DSP) בשבב, כאשר הבעלות בחומרה היא של פיליפס, ואף אם נצרבה קושחה (תוכנה המפעילה רכיבי חומרה ומשובצת ברכיבים עצמם) בזיכרון הפנימי של השבב (מסקרום), אין בכך כדי להוות שינוי חומרתי בשבב עצמו, אשר ניתן לזקוף לזכותה של החברה. כמו כן, אין מקום להתערב בקביעותיו של ביהמ"ש בדבר זיופו של ההסכם בידי המערער והצגתו למשקיעים.

העבירה של קבלת דבר במרמה הינה "עבירת תוצאה", הדורשת כי בעקבות המרמה יתקבל הדבר. נדרש כי יוכח קיומו של "קשר סיבתי" בין המרמה לקבלת הדבר – שהוא התוצאה. במקרה דנן, התנהגותו של המערער היוותה "מרמה", כהוראתה בחוק העונשין, והוא קיבל לידיו "דבר", היינו את כספי ההשקעה. גם דרישת הקשר הסיבתי הוכחה. אמנם, קיים ספק האם מצגי השווא של המערער היו בבחינת הגורם הבלעדי בהערכת שוויה של החברה וסכום ההשקעה שנגזר מכך. עם זאת, אין בכך כדי למנוע את הרשעת המערער בעבירה של קבלת דבר במרמה.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

למצגי השווא היה תפקיד ניכר בהערכת שוויה של החברה. בהיבט זה, התקיימה פגיעה בערכים המוגנים ע"י העבירה של קבלת הדבר במרמה – חופש הרצון, הפעולה והבחירה של המרומה – שהרי אין ספק כי אילו היו המשקיעים יודעים את העובדות לאשורן, היו פועלים אחרת, ולו רק בהערכת שוויה של החברה כפחות במידה ניכרת.

לפיכך, יש לדחות את הערעור על הכרעת הדין. יש להפחית מעונש המאסר בפועל שהוטל על המערער ולהעמידו על 16 חודשי מאסר.

פסק-דין

השופט ד' חשין:

1. זהו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כבוד השופט ז' כספי) בת"פ 40156/02. ביום 1.12.05 הורשע המערער בעבירה של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 415 סיפא לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן – החוק); בעבירה של זיוף מסמך בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 418 סיפא לחוק; ובעבירה של שימוש במסמך מזוייף, לפי סעיף 420 לחוק. ביום 12.1.06 גזר בית המשפט על המערער עונש של 24 חודשי מאסר לריצוי בפועל ו-12 חודשי מאסר על תנאי ל-3 שנים. כן הושת על המערער קנס בסכום של 100,000 ש"ח או 12 חודשי מאסר תמורתו.

העובדות שאינן במחלוקת

2. בתקופה הרלוונטית (1999-2000), המערער היה בעל מניות ומנכ"ל בחברת "צור מערכות מחשבים" (להלן – צמ"מ או החברה), חברת הזנק (Start up) טכנולוגית בתחום הטלפוניה. במהלך שנת 2000 התקשר המערער עם עודד וקסמן בהסכם, שבמסגרתו נקבע כי וקסמן יאתר משקיעים עבור צמ"מ, תמורת עמלה של 5% מסכום ההשקעה. וקסמן קישר בין המערער לבין חברת אמיקום (להלן – המשקיעים או אמיקום), שבאותה עת עסקה באיתור חברות עתירות ידע והשקעה בהן. ביום 5.10.00, לאחר תהליך של פגישות ו"בדיקת נאותות" (Due Diligence) שנעשתה בידי אמיקום, נחתם הסכם השקעה בין אמיקום וצמ"מ, לפיו תשקיע אמיקום בצמ"מ סכום של 7 מיליון דולרים, בתמורה להקצאת מניות. במקביל הוסכם גם כי אמיקום ווקסמן ירכשו מניות של צמ"מ ישירות מהמערער ואשתו,

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

תמורת סכום של 2.56 מיליון דולרים. הסכום הכולל של ההשקעה בצמ"מ היה אפוא קרוב ל-10 מיליון דולרים (להלן – הסכם ההשקעה או ההשקעה).

כשלושה חודשים לאחר ההשקעה, החלו המשקיעים לטעון כי נתגלה להם שהטכנולוגיה שבשבב המשובץ במוצרי צמ"מ (להלן – השבב של צמ"מ או השבב) אינה בבעלות צמ"מ, וזאת בניגוד למידע שהוצג להם, לטענתם, עובר להסכם ההשקעה. טענתם של המשקיעים הייתה כי השבב של צמ"מ אינו ייחודי, וכי הוא זהה לשבב המיוצר על ידי חברת פיליפס (Phillips Semiconductors, להלן – פיליפס), מדגם UDA1335 (להלן – השבב של פיליפס), שאותו רוכשת צמ"מ מפיליפס ומשבצת במוצריה.

אין מחלוקת, כי עובר להשקעה הציג המערער את השבב של צמ"מ כבעל מספר תכונות ייחודיות, שלדבריו שונות מאלו שבשבב של פיליפס, ועיקרן: קיומו בשבב של מעבד אותות דיגיטאלי (DSP) בעל כוח חישוב של 50MIPS, וקיומם של רכיבי זיכרון בנפח של 470K. תכונות אלו, בין היתר, נדרשות כדי לממש טכנולוגיה ייחודית של צמ"מ הנקראת "מולטיפוינט" – ארכיטקטורה פנימית חדשנית לטלפונים, המאפשרת חיבור הטלפון למחשב ויצירת ממשק בין קו הטלפון הקונבנציונאלי לבין יישומי מחשב מורכבים ורשת האינטרנט. המערער הדגיש בפני המשקיעים את יכולות "ביטול התהודה" ודחיסת הקול שטמונות בשבב של צמ"מ, המאפשרות שיחות טלפוניות על גבי רשת האינטרנט באיכות שמע גבוהה.

בפברואר 2001, בעקבות החשדות והגילויים הנטענים שהוזכרו לעיל – ולפיהם אין כל ייחודיות בשבב של צמ"מ לעומת זה של פיליפס – הגישו המשקיעים נגד צמ"מ והמערער תביעה אזרחית (להלן – ההליך האזרחי), ובמקביל הגישו גם תלונה במשטרה. בהליך האזרחי הגיעו הצדדים לפשרה לפיה יחזיר המערער את הכספים למשקיעים, מבלי להודות בנטען נגדו. בפועל הוחזרו למשקיעים כ-80% מהכספים אותם השקיעו.

עיקרי כתב האישום

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

3. ביום 22.5.02, הוגש כתב האישום נגד המערער. על פי הנטען בו, במסגרת הפגישות שהתקיימו בין המערער, וקסמן ואנשי אמיקום, הציג המערער מצג שווא לפיו פיתחה צמ"מ שבב טלפוניה בעל תכונות ייחודיות, המיוצר בלעדית עבורה על ידי פיליפס, בהדגישו בפניהם כי תכונותיו של השבב "נמצאות" בשבב עצמו, ולא ברכיבים או בתוכנות חיצוניות לו. כן נטען בכתב האישום, כי על מנת לתמוך במצגים אלו, זייף המערער מסמך הנחזה להיות הסכם בין צמ"מ ופיליפס (להלן – הסכם הייצור המזוייף או החוזה המזוייף), אף ששתי החברות לא התקשרו בהסכם כזה. על פי החוזה המזוייף, פיליפס תייצר שבבים עבור צמ"מ, שיסומנו כ-DA010 בצירוף השם ZMM, כשהטכנולוגיה של השבב תישאר בבעלות צמ"מ. עוד נטען בכתב האישום, כי המערער הטביע על גבי החוזה המזוייף חותמת הנחזית להיות חותמת של חברת פיליפס, וכן חתימה של "עובד" פיליפס בשם Hans Pavan, אדם שמעולם לא עבד בחברה. כן הואשם המערער בהצגת נתונים שגויים על גידול במכירותיה של צמ"מ – האשמה ממנה זוכה ולא אעסוק בה כלל.

ההליך בבית משפט קמא

4. המערער כפר במיוחס לו בכתב האישום. בית משפט קמא ציין בהכרעת הדין, כי גרסת המערער עלתה לראשונה בצורה בהירה רק בעדותו, שניתנה בראשית פרשת ההגנה. גרסתו הייתה כי כלל לא טען בפני המשקיעים כי פיתוח השבב גופו נעשה על ידי צמ"מ, וכי למעשה המשקיעים ידעו כי מדובר בשבב סטנדרטי של חברת פיליפס, שהוכנסו בו שינויים בהתאם לדרישות צמ"מ, וביניהם הוספת תוכנה פנימית שפותחה על ידה. באשר להסכם הייצור המזוייף עם פיליפס, גרסתו של המערער עברה שינויים. תחילה הודה בקיומו של ההסכם וטען כי אינו מזוייף, אך בפרשת ההגנה שינה טעמו ואישר בעדותו כי אכן מדובר במסמך מזוייף, אך לא הוא זה שזייפו, כי אם המשקיעים הם שזייפוהו במטרה להפלילו. המערער טען כי המניע להאשמות נגדו טמון ברצונם של אנשי אמיקום להחזיר לידיהם בכל דרך את כספי ההשקעה, וזאת על רקע קריסת שוק הטכנולוגיה העולמי באותה תקופה. לטענתו, המשקיעים החליטו לטפול עליו האשמות פליליות, כאמצעי לחץ, במקביל לפתיחת הליכים אזרחיים נגדו.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

5. מרבית העדים מטעם התביעה היו קשורים, בצורה כזו או אחרת, לקבוצת המשקיעים, שחלקם שימשו, לאחר ההשקעה, בתפקידים שונים בצמ"מ עצמה. הם העידו על מצגיו של המערער עובר להשקעה, שמהם הבינו, לדבריהם, כי השבב הוא פרי פיתוח ייחודי של צמ"מ. עדות דומה לגבי המצגים שהמערער נהג להציג, מסר גם עד התביעה [redacted], שותפו לשעבר של המערער ומנהל עסקי בעבר בצמ"מ. לדבריו, בעוד צמ"מ מייצרת Firmware, שהיא תוכנה המפעילה רכיבי חומרה המשובצת ברכיבים עצמם – בין בשבב זיכרון חיצוני המותקן בהם ובין בזיכרון הפנימי שלהם (להלן – קושחה), המערער הציג מצגים לפיהם השבב עצמו הוא פיתוח של צמ"מ. מידע זה, לדבריו, היה "רחוק ממדויק ... לא נכון ומטעה". כן העידו אנשי אמיקום, כי הסכם הייצור המזוייף הוצג להם בעת בדיקת הנאותות והיווה גורם חשוב בהחלטתם להשקיע בצמ"מ. אנשי אמיקום העידו גם על ניסויים ובדיקות שביצעו, לאחר שחשדם התעורר. לטענתם, אלו הוכיחו כי אין הבדל בין השבבים של צמ"מ ופיליפס. המשקיעים אף פנו למומחה, שי גיגי, שערך בדיקה פונקציונאלית וויזואלית של השבבים, והגיע לאותה מסקנה. גרסתם של עדי התביעה הייתה אפוא כי כל שוני בין התכונות שבשבב של צמ"מ לבין תכונות השבב של פיליפס, מקורו בתוכנה שנצרבה ב-EPROM, מושג שמשמעותו Erasable Programmable Read Only Memory, שהוא רכיב זיכרון חיצוני לשבב (להלן – איפרום), או בתוכנה הפועלת במחשב האישי (PC) אליו מחובר המוצר בו משובץ השבב, ולא בפיתוחים שבשבב גופו. עדים הקשורים לפיליפס, הן עובדיה בהולנד (שמסרו את גרסתם בהליך של חיקור דין) והן מפיץ מוצריה בארץ, העידו כי למיטב ידיעתם לא נעשה שום שינוי בשבב של צמ"מ יחסית לזה של פיליפס, מלבד הסימון שהוטבע על השבב של צמ"מ.

6. המערער העיד כי צמ"מ מעולם לא עסקה בתכנון או ייצור של חומרה, וכי לא הציג בפני המשקיעים מצג ממנו יכול היה להשתמע אחרת. הוא הכחיש כי יצר כלפיהם מצג כאילו צמ"מ העבירה לפיליפס קבצי VHDL (VHSIC Hardware Description Language), שהיא שפה המשמשת לתיאור תכנון של מעגלים אלקטרוניים, קרי: לתכנון חומרה (ראו *In re Viewlogic Sys. Sec. Litig.*, 1996 U.S. Dist. LEXIS 22371 (D. Mass. 1996)). גרסתו הייתה כי פיליפס ייצרה עבור צמ"מ שבב מיוחד בו הוכנסו שינויים שדרשה, וביניהם, צריבה של הקושחה בזיכרון הפנימי של השבב (Mask ROM, להלן – מסקרום), התקנת DSP חזק, ועוד.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

לטענתו, כך גם הציג את הדברים בפני המשקיעים. המערער הגיש לבית המשפט תכתובות בינו לבין נציגי פיליפס בעניין שינויים שנעשו, לדבריו, בשבב לפי דרישתו. כן העיד המערער מומחים מטעמו, וביניהם חיים סרור ויעקב פינגלר, שביצעו ניסויים פונקציונאליים, שלטענתו הוכיחו כי השבב של צמ"מ אמנם מבוסס על זה של פיליפס, אך בזה של צמ"מ צרובה תוכנה במסקרום, יש בו DSP וכן יכולות דחיסת דיבור, ביטול הד וזיהוי טונים.

באשר להסכם הייצור המזוייף, גרסתו הסופית הייתה כי ההסכם אכן זויף, אך לא הוא שזייפו, כי אם צחי משיח, איש אמיקום, שעשה זאת במטרה להפלילו. גרסתו זו התבססה על מסמך שלדבריו הגיע אליו באופן מקרי, כשמצא אותו מונח בארגז שהתקבל מבאי כוחם של המשקיעים במסגרת ההליך האזרחי שניהלו נגדו. מסמך זה הינו צילום של שלושה מסמכים המונחים זה על גבי זה, שאחד מהם הוא תדפיס דואר אלקטרוני עליו חתום צחי משיח, ומכיל 11 שורות של תווים וערכיהם (להלן – מפתח הצופן). לטענת המערער, זהו מפתח צופן שבהפעלתו על קובץ ה-Word של הסכם הייצור המזוייף, ניתן לגלות את זהות יוצרו. המערער הדגים בבית משפט קמא כי בעת שמפעילים את מפתח הצופן (בפעולה הנקראת XOR) על כמה מהקבצים, תוך שימוש בחלק משורות המפתח, מתגלות המילים "צחי משיח" ו"אמיקום". המערער הגיש את חוות דעתו של יואב זילברשטיין, מומחה לשחזור מידע וחקירת הונאות מחשב, שלצורך הכנת חוות דעתו קיבל מהמערער את מפתח הצופן (או גרסה שלו, כפי שנראה בהמשך) והקבצים המזויפים. בחוות דעתו תיאר המומחה את פעולות XOR שביצע – פעולות עליהן חזר בבית המשפט – המראות כי השמות "צחי משיח" ו"אמיקום" מוכמנים בקבצים המזויפים.

על פי גרסת המערער, החוזה האמיתי בין צמ"מ לפיליפס אבד לו עובר להסכם ההשקעה, ועל כן לא הוצג למשקיעים ואינו מצוי ברשותו (עמ' 1087 לפרוטוקול).

הכרעת הדין

7. בפתח הנמקתו להכרעת הדין, עמד בית המשפט על התפקיד המכריע השמור לקביעת ממצאי מהימנות במקרה זה:

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

> "חלק משמעותי ממה שזקוק הכרעה במשפט זה, מתבסס על שאלות של מהימנות ומידת האמון אשר יינתן בעדים שנשמעו במהלכו. מובן, כי גם לשאלות של טכנולוגיה משמעות של ממש, בהקשר להכרעה זו. שאלות אלה הן ככלי-עזר לענייני המהימנות ובכוחן להשפיע, מלבד ההתרשמות הישירה מן העדים, גם על מתן האמון בהם ומידתו של האמון הזה" (שם, עמ' 1425).

בית המשפט קבע נחרצות כי הוא נותן אמון בעדויותיהם של אנשי אמיקום, ובאלו שהיו מעורבים בפעולותיה, ערב ההשקעה ולאחריה. בית המשפט דחה את גרסתו של הנאשם, לפיה בדו המשקיעים את התלונה נגדו כאמצעי לחץ לשם ביטול ההשקעה, והגדיר אותה כ"ראייה מעוותת וחד צדדית" של הדברים. בהתייחסו לבדיקת הנאותות שערכו המשקיעים, אמר בית המשפט: "שלא כשמה המילולי, הבדיקה לא הייתה נאותה" (עמ' 1425). את חוסר המקצועיות והשטחיות שבבדיקה, שלא הובילה לגילוי הדברים שנחשפו לאחר ההשקעה, ייחס בית המשפט ל"רוח התקופה ההיא". בית המשפט הוסיף בעניין זה כי:

> "גם אם מי שרומה, לא בדק, היטב, מצגים כוזבים שהוצגו בפניו, אין הדבר יכול לשלול את קיומה של המרמה, במקום שזו קיימת וקיומה הוכח" (עמ' 1426).

8. באשר למהימנותו של המערער, בית המשפט קבע, באופן חד משמעי, כי "איננו אמין". זאת, בין היתר, לאור קביעתו כי המערער ניסה להונות את בית המשפט עצמו במהלך הדיון בפניו, ואף להוליך שולל עד מומחה מטעמו. הונאתו של בית המשפט בידי המערער התרחשה, כך קבע בית המשפט, בעת שהמערער הדגים בפניו את ביצוע פעולת ה-XOR על קבצי ההסכם המזוייף, תוך השמטת שתי שורות ממפתח הצופן המקורי, וכן בשינוי סדר הופעתן של שתי שורות נוספות. זאת ועוד, קבע בית המשפט, המומחה מטעם המערער, יואב זילברשטיין, קיבל ממנו לצורך הכנת חוות דעתו את ה"פורמט המפוברק" (כלשון בית המשפט), ולא את מפתח הצופן המקורי. בית המשפט הוסיף וקבע, בהקשר זה, כי חקירתו הנגדית של המומחה זילברשטיין ערערה את האמור בחוות דעתו. במהלך

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

חקירתו של המומחה הראתה התובעת כי ניתן, במניפולציות שונות, לגרום לכך שיופיעו שמות שונים לאחר פעולת ה-XOR, וכי אדם בעל ידע מתאים יכול לייצר מפתחות הצפנה ששימוש בהם, על אותם קבצים, עשוי להניב תוצאות בהתאם לרצונו. בית המשפט ציין את מבוכתו של המערער כאשר ניסיונות הונאה אלו נחשפו בעת הדיון.

עוד קבע בית המשפט כי המערער ניסה לחבל באחד מהניסויים שנערכו על ידי המשקיעים. בניסוי זה, נלקחו שתי שפופרות טלפון (להלן – ניסוי השפופרות), שבאחת מהן הותקן שבב של צמ"מ ובשני השבב של פיליפס. באחת מהבדיקות הללו, שפופרת הטלפון בה הותקן שבב של צמ"מ תפקדה בצורה טובה יותר מזו שבה הותקן השבב של פיליפס. ואולם, בדיקה העלתה כי מקור השוני הוא בכבל משוב שהותקן, ללא צורך, בשפופרת של פיליפס ופגם בביצועיה. לאחר שהכבל הוסר השתוו ביצועי השפופרות. בית המשפט ייחס את התקנת הכבל המיותר למערער או לשלוחיו. בית המשפט עמד גם על סתירות בעדותו של המערער, אשר אף הן פוגעות באמינותו. את הסתירה העיקרית בגרסת המערער מצא בית המשפט בעניין ההסכם המזוייף: בתחילת הדרך כפר המערער בקיומו של המסמך תוך התחמקות, בתגובותיו על כתב האישום, ממסירת גרסה ברורה אודותיו; לאחר מכן טען שאינו מזוייף; ורק בהמשך הסכים לכך שהמסמך מזוייף – אך לא הוא שזייפו, כי אם [redacted], שעשה זאת במטרה להפלילו.

9. מעדותו של אלי ארד, למד בית המשפט כי המצג שהציג המערער בפני משקיעי אמיקום לא היה חד פעמי:

> "ברור, לעין-כל, כי מה שעשה [המערער] בפני משקיעי אמיקום, לא היה מעשה חד-פעמי. הוא כבר חטא, בעבר ... בחטא היוהרה, המוליד מצג-שווא ... שממנו הדרך למרמה, קצרה ומיידית" (בעמ' 1436).

כן קבע בית המשפט, כי ידו של המערער הייתה בכל פרשת ההגנה, כולל בעדויות המומחים מטעמו. בית המשפט קבע כי את כל המידע והרכיבים הנדרשים להם קיבלו עדי ההגנה מהמערער עצמו. לאור זאת, משייחס למערער "חוסר אמינות בולט", ייחס גם חוסר

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

אמינות לכל הפריטים שהעביר למומחים מטעמו לצורך בדיקה, בהבהירו כי אינו מוכן לקבלם כאמינים ו"אותנטיים".

10. לאור קביעות אלו (ואחרות), בא בית המשפט למסקנה כי התקיימו יסודות העבירה של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות. בית המשפט קבע כי הוכח שלא קיים כל שוני מהותי בין השבב של צמ"מ לזה של פיליפס, כי המערער אכן הציג מצגי שווא לפיהם צמ"מ פיתחה את השבב עצמו, ולא רק את המוצרים בהם הוא משובץ, וכי קיים קשר סיבתי בין מצג זה לבין ההשקעה. כן קבע בית המשפט כי התקיימו יסודותיה של עבירת זיוף המסמך כמו גם יסודותיה של עבירת השימוש בו. בית המשפט קבע, בהקשר זה, כי המערער הוא שיצר את ההסכם המזוייף, כי ההסכם הוצג בפני נציגי אמיקום, עובר להשקעה, וכי הייתה לו "חשיבות רבה" בהחלטתם להשקיע בצמ"מ.

עיקרי טענות הצדדים בערעור

11. המערער תוקף את קביעותיו של בית משפט קמא בדבר מרכזיותה של הערכת המהימנות בתיק זה. לטענתו, עניינו בתיק "עובדתי גרידא", בו ניתן היה לקבוע ממצאים עובדתיים "אבסולוטיים", בהישען על ניתוח טכנולוגי בלבד. הוא תוקף את מהימנותם של עדי התביעה, שלדבריו, נגועים ברובם בעניין אישי בשל רצונם להפלילו על רקע קריסת בורסת הנאסד"ק בארה"ב. המערער תמה על כך ש"התרמית" נחשפה על ידי אנשי אמיקום בסמיכות זמנים לנפילת הבורסה. המערער מוסיף וטוען, כי בית המשפט טעה כשפסל באופן גורף את כל עדותו של המערער ואת ממצאי עדיו המומחים, למרות שהללו ביצעו את ניסוייהם בפני בית המשפט ובמוצגיה של התביעה.

לגוף העניין, מעלה המערער טענות רבות, שניתן לכנסן תחת ארבע שאלות עיקריות: הראשונה היא, האם הציג המערער בפני המשקיעים מצגים לפיהם צמ"מ פיתחה חומרה ייחודית בשבב, והאם הוצג בפניהם מצג לפיו התכנון הפנימי של חומרת השבב הוא בבעלות צמ"מ; שאלת משנה בעניין זה היא האם המערער הציג להם את החוזה המזוייף. השאלה השנייה היא, האם השבבים של צמ"מ ושל פיליפס זהים בתכונותיהם ובמרכיביהם הפנימיים, למעט הטבעת שמה של צמ"מ על גבי השבב. השלישית

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

עוסקת בשאלה האם מצגיו של המערער, ככל שהיו לא נכונים, הם שהביאו את אנשי אמיקום לחתום על הסכם ההשקעה. הרביעית נסבה על קביעות בית המשפט בעניין ההסכם המזוייף – האם אכן המערער הוא אשר יצר אותו.

12. באשר לשאלה הראשונה, המערער טוען כי לא הוכח מעבר לכל ספק סביר שהציג מצג שקרי למשקיעים בטרם ההשקעה ובפרט כי ציין בפני המשקיעים שהעביר קבצי VHDL לפיליפס. כן חולק המערער על הקביעה כי הוכח שהחוזה המזוייף הוצג למשקיעים.

13. בנוגע לשאלה השנייה, מצביע המערער על חולשת עדי התביעה, לטענתו, בכל הקשור לעדותם בעניין הזהות בין השבבים. לדבריו, לא עולה באופן חד משמעי מעדויותיהם שלא קיים שוני חומרתי בין השבבים, ובמיוחד בנוגע לקיומו של DSP בשבב של צמ"מ ולקיומה של תכונת ביטול התהודה בשבב. מנגד מפנה המערער לעדויות של העדים מטעמו, שלדבריו מפריכות את טענות המשיבה. כך, בין היתר, מפרט הוא את עדותו של המומחה מטעמו, חיים סרור, לרבות ניסוי שערך בפני בית המשפט. לטענתו, הניסוי הוכיח כי בשבב של צמ"מ צרובה תוכנה במסקרום – קרי: בתוך השבב – בעוד שבשבב של פיליפס תוכנה כזו אינה צרובה. עובדה זו עולה גם, לדבריו, ממסמכים המוכיחים שחברת צ'סקום היפנית רכשה מצמ"מ שבבים עם תוכנה צרובה במסקרום. כן הוא מפנה לניסוי נוסף שנערך בבית המשפט, המוכיח, לטענתו, כי בשבב של צמ"מ DSP וזיכרון מורחב. ניסוי זה הראה, לטענתו, כי שפופרת בה שובץ השבב של צמ"מ מסוגלת לבצע "דחיסה" של מספר ערוצי קול במקביל, פעולה הדורשת DSP חזק ביותר וזיכרון בנפח 400 קילובייט (להלן – ניסוי הדחיסה). עוד טוען הוא, כי לא סביר שחברות ענק קנו מצמ"מ מוצר זהה לזה של פיליפס.

המערער תוקף את הסתמכותו של בית המשפט על "ניסוי השפופרות". לטענתו, מתוך שלושה ניסויי שפופרות שנערכו, רק שניים נעשו בנוכחות המערער, ואחד נעשה על ידי שי גיגי במשרדי אמיקום, בהעדרו. לטענתו, בית המשפט טעה עת ייחס לו ניסיון הונאה בכל הקשור לגילוי הכבל שהותקן בשפופרת של פיליפס. לדבריו, עובד צמ"מ שהיה

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

מופקד על הבאת השפופרות לניסוי הרכיב בטעות את הכבל, שגרם לכך שהשפופרת של פיליפס לא תתפקד כראוי. המערער מצביע על הערפול, לטענתו, שבנסיבות ביצוע הניסוי באמיקום בו התגלה הכבל. נסיבות אלו גרמו ל"זיהום הראייתי" שדבק בניסוי, שנעשה ללא ביקורת של אדם אובייקטיבי בפני בית המשפט. המערער מוסיף וטוען, כי הבדיקה לא נעשתה בתנאים שבהם ניתן היה לבחון את תכונת ביטול התהודה בשבב של צמ"מ, כמו למשל בשיחת אינטרנט בין שתי ארצות רחוקות. בשיחה כזו, כך המערער, תכונות ביטול התהודה של השבב של צמ"מ היו באות לידי ביטוי, ואילו השפופרת של פיליפס הייתה כושלת אף ללא הכבל המיותר. מכל מקום, המערער טוען שהשבב של פיליפס ששובץ בשפופרת הניסוי היה שבב שכבר עבר שיפורים מסוימים.

14. בעניין השאלה השלישית, המערער מפנה להליך בדיקת הנאותות שביצעו המשקיעים, המעלה, לדבריו, כי הטעמים בגינם השקיעו בצמ"מ שונים מאלו שטענו להם בעדויותיהם. המערער מפנה למסמכים שהציג לאנשי אמיקום במהלך בדיקת הנאותות, וטוען כי אין בהם כל התייחסות לצמ"מ כאל חברה המפתחת חומרה ייחודית בשבבים. לטענתו, הייחודיות שצוינה במסמכים אלו מוזכרת אך בהקשר של יכולות ה"מולטיפוינט". המערער מוסיף וטוען כי באחת מחוות הדעת שנערכו עבור אמיקום בבדיקת הנאותות, נכתב כי "השבב מעוצב באופן שקרוב מאד לסיפריות של פיליפס", ומכאן שהיו מודעים לדמיון שבין השבבים. המערער טוען עוד, כי המשקיעים פנו ללקוחות ענק של צמ"מ, שהביעו את שביעות רצונם ממוצריה. כן הוא מציין, כי אנשי אמיקום שלחו את השבב של צמ"מ לבדיקה במעבדות חברת AT&T, שהיא קונצרן ענק בתחום הטלפוניה בארה"ב. המערער מפנה לדו"ח שהופק על ידי AT&T , שלטענתו היה "חיובי ביותר" בנוגע למוצרי צמ"מ, ואף מצויין בו כי צמ"מ נשענת על חברת פיליפס לשם ייצור, וכי ביכולתו של השבב של צמ"מ לבצע ביטול תהודה. לאור כל אלה, טוען המערער, כי בדיקת הנאותות שביצעו המשקיעים העלתה כי הקניין הרוחני של צמ"מ מתמצה ב"ארכיטקטורה חדשנית למבנה הטלפון המכונה מולטיפוינט והמיושמת על גבי השבב", כי "מבנהו הפנימי" של השבב מבוסס על "ספריות פיליפס", וכי יש "פוטנציאל מסחרי עצום" במוצריה. עוד מפנה המערער להסכם ההשקעה, שבו מפורט קניינה הרוחני של צמ"מ (סימני מסחר ופטנטים), ואין בו כל התייחסות לבעלות באלמנט חומרתי בשבב של צמ"מ. לדידו, לו היה עניין

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

הפיתוח החומרתי של צמ"מ כה מרכזי להשקעה, היו המשקיעים מעגנים אותו בהסכם ההשקעה. מכל אלה עולה, לטענת המערער, כי לא נתקיים הקשר הסיבתי הנדרש בין מצג השווא (אם היה כזה) ובין ההשקעה, שכן הסיבה להשקעה הייתה תוצאות הבדיקות שביצעו המשקיעים בעניין יכולות מוצרי צמ"מ וקשריה העיסקיים, ולא מצגי המערער.

15. אשר לשאלה הרביעית – הנסבה על מיהותו של מזייף הסכם הייצור – המערער נותן את הסבריו למה שנראה בעיני בית משפט קמא כשינויי גרסאות מצדו. לטענתו, בחקירתו במשטרה לא טען כי ההסכם שהוצג בפניו מזוייף, משום שההסכם המזוייף דומה בעיקרו לחוזה האמיתי בין צמ"מ לפיליפס, ולכן לא הבחין ביניהם. רק לאחר "עיון מעמיק" גילה כי ההסכם המזוייף אינו החוזה עליו חתם עם פיליפס, שהוא, לטענתו, החוזה המאוזכר בהסכם ההשקעה. לטענתו, עובר להשקעה הייתה "אנדרלמוסיה" במסמכיו, כך שחוזה הייצור האמיתי עם פיליפס אבד, ולכן גם לא צורף כנספח להסכם ההשקעה. כיום, לדבריו, לא ניתן עוד לאתר את החוזה האמיתי גם בחברת פיליפס, משום שהמחלקה בפיליפס מולה עבדה צמ"מ, שבסיסה היה בהולנד, נסגרה והועברה לארה"ב. המערער תמה, כיצד חוזה כה מהותי כגון הסכם הייצור המזוייף, המהווה לכאורה פקטור נכבד להשקעה, אינו מצורף להסכם ההשקעה כנספח (אם אכן הראה אותו למשקיעים), ו"צץ" מאוחר יותר רק במסגרת ההליך האזרחי.

המערער מוסיף וטוען, כי המשיבה מעולם לא הגישה כראייה את הסכם הייצור "המקורי", וזאת בניגוד ל"כלל הראיה הטובה ביותר". עוד מעלה המערער טענות מטענות שונות לגבי נסיבות מציאת קבצי ההסכם המזוייף והעברתם למשטרה. כן טוען הוא, כי אין מחלוקת שחתימתו המופיעה על ההסכם המזוייף הינה חתימה שנסרקה לקובץ מחשב, והרי אם היה ברצונו לזייף את המסמך יכול היה לחתום עליו בעצמו.

המערער קובל על קביעת בית משפט קמא לפיה ניסה להונות אותו, כמו גם את המומחה מטעמו של המערער, בכל הקשור למפתח הצופן וההדגמה שנעשתה בין כותלי בית המשפט. הוא קובל גם על כך שבית המשפט הכתיר את קובץ ההצפנה כ"מפוברק". המערער טוען כי בית המשפט לא איפשר לו להסביר לעומק את פעולת ה-XOR שהדגים

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

בפניו, ומוסיף כי אם היה מעביר את המסמך המקורי למומחה, היה הלה מגיע לאותן תוצאות. מכל מקום, טוען הוא, המשיבה לא הצליחה לערער בחקירתה הנגדית את חוות דעתו של המומחה יואב זילברשטיין, לפיה ישנה סבירות גבוהה כי צחי משיח הוא אשר יצר את ההסכם המזוייף.

במסגרת הערעור הגיש המערער בקשה להגשת ראיה נוספת בערעור, בגדרה ביקש לצרף חוות דעת מומחה, שלטענתו תומכת בגרסתו בנוגע לחוזה המזוייף.

לחלופין, משיג המערער על חומרת העונש.

16. המשיבה סומכת את ידיה על הכרעת הדין. היא טוענת, בראשית דבריה, כי הכרעת הדין מפורטת ביותר ומבוססת על ממצאי עובדה שנקבעו ברובם על יסוד ממצאי מהימנות מובהקים. בתור שכאלה, טוענת היא, ערכאת הערעור לא תתערב בהם, ככלל. המשיבה טוענת כי אף כשמדובר בעניינים טכנולוגיים, על בית המשפט לקבוע ממצאי מהימנות, משום שעדותו של עד מומחה כפופה אף היא לשיקולי מהימנות. המשיבה מוסיפה וטוענת, כי בעוד שהיא הביאה עדים אשר מסרו עדויות ישירות שלוו בחיזוקים, המערער תלה יהבו בעדים מומחים ובמסמכים בלבד, כאשר לא הביא ולו עדות ישירה אחת התומכת בגרסתו. כך, לטענתה, לא העיד מטעמו אנשים מצמ"מ עצמה, או מפיליפס, כדי שאלו יעידו כי נעשה שינוי כלשהו בשבב של צמ"מ, או כי המערער לא הציג בפני המשקיעים מצג שווא ואת החוזה המזוייף.

עוד טוענת המשיבה, כי טענתו של המערער לפיה עיתוי חשיפת ה"תרמית" נעוץ בנפילת הבורסה, אינה עולה בקנה אחד עם העובדה שחושפי הפרשה היו דווקא אלכס חולודנקו ועמית שפי, מהנדסי אלקטרוניקה, שהיו עובדי צמ"מ בעת החשיפה, ואיבדו את מקום עבודתם בגין חשיפה זו. בעניין הזהות שבין השבבים, מפנה המשיבה לעדותו של יוהאנס סווירס, איש פיליפס. לטענתה, המערער הוא זה שבמהלך חקירתו במשטרה הצביע על סווירס כמי שיכול לאשר את גרסתו, ואילו סווירס, בהליך של חיקור דין בהולנד, העיד מפורשות כי אין הבדל בין השבבים. המשיבה מדגישה את התוצאות של ניסויי השפופרות,

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

שלטענתה מוכיחות חד משמעית כי אין הבדל בין השבבים, וכי המערער ניסה לחבל בניסויים. המשיבה חולקת על האמור בעדויותיהם של המומחים מטעם המערער. כן היא טוענת, כי לפי מסקנותיהם של מומחים אלו, לשבב של צמ"מ יכולות גבוהות הרבה יותר מאלו שהמערער עצמו טען להן. המשיבה מוסיפה ומדגישה את האמור בעדויותיהם של עדי התביעה בעניין מצג השווא של המערער, כמו גם את תמליל ההקלטה של פגישה שנערכה בין אנשי אמיקום והמערער (לאחר שחשדותיהם התעוררו), בה חזר על מצג השווא (להלן – התמליל).

באשר לחוזה המזוייף, המשיבה מטעימה כי במשך שנתיים שלמות נמנע המערער מלהודות כי ההסכם אכן מזוייף, וכי רק בפרשת ההגנה אישר זאת לראשונה. כן חולקת המשיבה על טענות המערער בדבר "כלל הראיה הטובה ביותר". זאת, משום שהעותק המקורי של החוזה נמצא ברשותו של המערער, ובשל כך לא נתאפשר לה להציג את המסמך המקורי, וניתן לכן להסתפק ב"ראיה משנית". מכל מקום, טוענת המשיבה, המסמך המקורי אותר במחשבו של המערער.

דיון

17. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים, באתי למסקנה כי דין הערעור על הכרעת הדין – להידחות. פתח דבר אומר, כי ערעור זה נסב רובו ככולו על קביעות עובדתיות, שנעשו, בין היתר, על בסיס בדיקות וניסויים שנערכו לנגד עיני בית המשפט, שאיפשרו התרשמות בלתי אמצעית ממהימנותם של העדים. ברי, כי אלו נתונים שאינם מצויים מול בית משפט זה, ועל כן, ככלל, אין להתערב בממצאי המהימנות ובממצאים העובדתיים שנקבעו על בסיסם. התערבות בממצאי מהימנות תתאפשר אך ורק במקרים חריגים, בהתקיים נסיבות מיוחדות המצדיקות התערבות זו, או כאשר הקביעות העובדתיות שנתקבלו על ידי הערכאה הדיונית אינן מתקבלות על הדעת (ראו, לדוגמה ע"פ 3071/01 פלונית נ' מדינת ישראל, ניתן ביום 16.11.06, פיסקה 14). דברים אלה אמורים גם כאשר מדובר בהכרעה בין עדויות מומחים המצויים במחלוקת מקצועית ביניהם (ע"פ 6131/01 מדינת ישראל נ' פרבשטיין, פ"ד נו(2) 24, פיסקה 9, והאסמכתאות שם). הלכה זו הינה הכלל הבסיסי לאורו יתנהל הדיון בערעור זה.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

18. טוען המערער כי טעה בית המשפט בהסתמכותו במקרה זה על ממצאי מהימנות. לטענתו, קיימת אמת טכנולוגית מוחלטת, שניתן וצריך היה לגלותה ללא היזקקות לשיקולי מהימנות. אין בידי לקבל טענה זו. גם ביחס לעדויות מומחים, נדרש בית המשפט לקבוע ממצאי מהימנות. ההלכה בעניין זה ברורה:

> "ככלל, עדותו של מומחה נבחנת על ידי בית המשפט בשני מישורים: מישור המהימנות האישית – במסגרתו נבחנת מהימנותו של המומחה ככל עד אחר; ומישור האמינות המקצועית – במסגרתו נבחנים רמתו המקצועית של המומחה, וטיב ואופי הבדיקה או הבירור האחר שערך ואשר מכוחם הגיע למסקנותיו. על פי שניים אלה – נקבעת בדרך כלל יכולתו של בית המשפט לאמץ את חוות דעתו ולסמוך עליה מימצאים לצרכי הכרעה בהליך המשפטי שבמסגרתו הוגשה חוות הדעת כראיה" (ע"פ 1839/92 אשקר נ' מדינת ישראל, ניתן ביום 4.9.94, פיסקה 4, מפי השופט קדמי).

דברים אלו נכונים בשיטתנו, אף כאשר קיימת בנסיבות המקרה "אמת מדעית" שניתן להגדירה כ"מוחלטת". שיטתנו הדיונית, בהיותה שיטת משפט אדוורסרית, מטילה את נטל הבאת הראיות על הצדדים. כך, ככלל, בסדר הדין האזרחי, וכך גם, וביתר שאת, בפרוצדורה הפלילית שלנו. בהימצא סתירה בין ראיות הצדדים, נדרש בית המשפט לקבוע, על פי שיקולי מהימנות ושיקולים אחרים – ביניהם נטלים וחזקות – אילו מבין הראיות להעדיף. בעשותו כן, חותר בית המשפט לחשוף את "האמת העובדתית", אך זאת תוך מודעותו המלאה כי סדרי הדין, ומגבלותיו הוא, עשויים להגבילו למציאתה של "האמת המשפטית" (ראו ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, ניתן ביום 4.5.06, פיסקה 44, מפי השופטת ביניש; ע"פ 5302/03 מדינת ישראל נ' יצחק, פ"ד נט(1) 71, פיסקה 4, מפי השופט טירקל). ניתנת האמת להיאמר, כי הבחנה זו שבין האמת העובדתית לאמת המשפטית, פועלת בדרך כלל לטובת הנאשם, שהרי במשפט הפלילי נדרשת מידת הוכחה גבוהה – מעבר לספק סביר. עם זאת, מכורח המציאות, עשויה הבחנה זו לפעול גם לחובת הנאשם:

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

> " ... אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות, אזניו שומעות ולבו, שכלו, נסיונו והידע המקצועי אומרים לו כי ניתן לסמוך עליו. כך נקבעת ה'אמת המשפטית' המשמשת בסיס לחריצת הדין, וטרם נמצאה דרך טובה מזו. אכן, אין זו דרך המקנה בטחון מוחלט כנגד טעויות, ושופט בשר ודם, שאינו רואה ללבב, עשוי לטעות. התריס בפני טעות נעוץ במודעותו של השופט לחולשתו האמורה של בשר ודם, ונסיון החיים מלמד כי תריס זה אינו מאכזב. ועד שתימצא הדרך האחרת, אין לנו אלא לדבוק בזו הקיימת כשתפילה בפינו לבל ניכשל" (ע"פ 4384/93 מליקר נ' מדינת ישראל, ניתן ביום 25.5.94, פיסקה 6, מפי השופט קדמי).

ברי כי בענייננו, שהוא עניין טכנולוגי במהותו, קיימת "אמת עובדתית מוחלטת" – אך זו אינה שונה מקיומן של אמיתות מוחלטות בסוגיות מדעיות אחרות המובאות להכרעתו של בית המשפט. שופטיו אינם מדענים המצוידים בידע ובאמצעים לחקר האמת המדעית והטכנולוגית. על כן, ניזונים הם מחוות דעת של מומחים לדבר. דא עקא, שלעתים (רבות למדי) אלו סותרות, ואז על השופט להכריע ביניהן:

> " ... אין בית-המשפט יכול לתת מענה לשאלה זו [שאלה מדעית], בעזרת ידיעתו השיפוטית בלבד, ונידרש הוא לפנות לעולם המדע, וזאת, באמצעות מומחים. אלא שבית-המשפט הוא שמכריע לבסוף בין חוות-הדעת הסותרות באמצעות הכלים השיפוטיים העומדים לרשותו, וקובע על-בסיסן את האמת המשפטית, באשר למציאות המדעית" (ע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב, פ"ד נח(5) 215, פיסקה 10, מפי השופטת דורנר; ראו גם א' סטרשנוב "ראיות מדעיות ועדויות מומחים בבית המשפט" רפואה ומשפט – ספר היובל (2001), בעמ' 177).

על כן, אין פגם בגישתו של בית משפט קמא לפיה קביעת ממצאי מהימנות הינה מרכיב מרכזי בהכרעת הדין במקרה שלפנינו. מה עוד, שעיון בהכרעת הדין מראה כי בית

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

המשפט העמיד את העדויות שלפניו במבחן ההיגיון, ולא הסתפק אך בקביעות מהימנות סתמיות.

ועתה לדיון בערעור גופו.

האם קיים הבדל בין השבבים?

19. אחת מטענותיו הרבות של המערער היא, כי עלה בידו להוכיח שנצרבה תוכנה במסקרום של השבב, ומכאן שאכן קיים שינוי "חומרתי" בין השבבים. את זאת מסיק הוא מתוצאות הניסויים שנערכו בפני בית המשפט המחוזי, כמו גם ממסמכים שברשותו, לפיהם חברת צ'סקום הזמינה מצמ"מ שבבים בהם צרובה תוכנה במסקרום. בעניין זה טענה המשיבה בסיכומיה בפני בית משפט קמא, כי אפילו הייתה גרסת הנאשם נכונה, אין בכך כדי לשלול את אשמתו. זאת משום שהמשקיעים השקיעו בצמ"מ מתוך הבנה כי פיתחה שבב ולא תוכנה בלבד.

נראה כי בשאלה זו – קיומה של תוכנה צרובה במסקרום של השבב, והאם יש בכך כדי להוות שינוי בחומרה – נמנע בית משפט קמא מלקבוע קביעה עובדתית חד משמעית:

> "חלק מהנתונים שהתקבלו מעידים, אכן, על שוני פונקציונאלי בין השבבים, אך אין בהירות באשר לשאלת מקור אותו שוני, אם מקורו בשוני חומרתי, שוני בתוכנה פנימית [מסקרום], שוני בתוכנה חיצונית או בסביבת הבדיקה ... אדגיש שוב, בכל עדויות המומחה ניכרת השפעתו של הנאשם ... עובדה זו, לאור חוסר מהימנותו, מבטלת, כליל, את תקפות אותן תוצאות, שכביכול תומכות בגרסתו" (שם, בעמ' 1440; התוספת בסוגריים המרובעים שלי – ד' ח').

אכן, עיון בפרוטוקול המשפט ובמוצגי ההגנה מותיר ערפל בשאלת קיומה של תוכנה במסקרום בשבב של צמ"מ. גם עדי התביעה מסכימים כי השבב של פיליפס (UDA1335) אינו כולל כל תוכנה, וכי לשם הפעלתו נדרש להתקין עליו

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

איפרום – רכיב זיכרון חיצוני. כאשר חוברו ללוח זיהוי שני שבבים נטולי איפרום, השבב של צמ"מ זוהה בעוד השבב של פיליפס לא זוהה כלל. משמע, כי ישנה אפשרות שבשבב של צמ"מ (בהנחה שיד המערער לא הייתה בדבר) קיימת תוכנה פנימית (צרובה במסקרום). כן הגיש המערער לבית משפט קמא מסמכים שמהם עולה כי נעשו עסקאות בשבבים בהם כלולה תוכנה פנימית (למשל, ס/41 ו-ס/58). מנגד, מעדותו של עד התביעה עמית שפי עולה כי תהליך פיתוח המסקרום לא הבשיל.

20. כך או כך, אפילו נקבל את גרסת המערער בעניין זה – לפיה נצרבה תוכנה במסקרום – לא יהיה בכך כדי להביא לתוצאה שונה מזו שהייתה מתקבלת אילו היה נקבע באופן ברור וחד משמעי כי כל תכונות המוצר של צמ"מ נובעות מתוכנה המצויה באיפרום בלבד. שאלת סיווגה של תוכנה הצרובה בזיכרון פנימי של שבב כ"תוכנה" או כ"חומרה" עלתה, בדרך כלל, בהקשר של דיני זכויות יוצרים. זאת, משום שתוכנה הינה יצירה מוגנת על פי דיני זכויות היוצרים, ואילו חומרה מוגנת בדרך כלל בדיני הפטנטים (G.S. Lunny "Copyright Protection for ASIC Gate Configurations: PLDs, Custom and Semicustom Chips" 42 *Stan. L. Rev*. 163, 164 (1989-1990)). בהקשר זה, התמודד בית המשפט המחוזי של צפון קליפורניה עם השאלה האם "Microcode" – הוראות הצרובות במעבד כלשהו ושולטות בתהליכים הפנימיים המתבצעים בו (ראו Lunny, לעיל, בעמ' 165) – שחברת אינטל יצרה עבור מעבדים מתוצרתה, מהווה חומרה או תוכנה:

> "[T]he Copyright Act defines a computer program as "a set of statements or instructions to be used . . . in a computer." 17 U.S.C. § 101 … NEC contends that Intel's microcode is a defining element of the computer itself. According to NEC, Intel's microcode does not come within the definition of a computer program .... But, as stated at the outset, Intel's microcode is within the statutory definition of a 'computer program' … See also National Commission on New Technological Uses of Copyright Works, Final Report at 21, which asserted that '[p]rograms should no more be considered machine parts than videotapes should be considered parts of projectors or phonorecords parts of sound reproduction equipment. . . . '" (*NEC Corp. v. Intel Corp.*, 1989 U.S. Dist. LEXIS 1409 (D. Cal. 1989).

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

ובמקרה אחר, קבע בית משפט מחוזי פדראלי את מבחן "נקודת מבטו של היוצר" לצורך הבחינה האם מדובר בתוכנה או חומרה, באומרו כי השאלה הנשאלת היא:

> "... Did the programmer-designer imagine the architectural structure of the ROM, the overlay of microswitches (i.e., transistors) that would be most economical and efficient for the system, or did he envision the flow chart of operations which the program would perform? If the former, the programmer may be said to have been an engineer designing a utilitarian aspect of the machine. If the latter, the programmer may not be said to have designed the architecture of the chip" (*Apple Computer v. Franklin Computer Corp.*, 545 Supp. 812, 820-821 (E.D. Pa. 1982)).

לגוף העובדות שנדונו באותו מקרה, פסק בית המשפט כי קוד הצרוב בזיכרון אינו מהווה "תוכנה", אך קביעה זו נהפכה בערעור, בו נקבע כי עצם צריבת הקוד בזיכרונו של השבב אינה גורעת מהיותו תוכנה (*Apple Computer v. Franklin Computer Corp.*, 714 F.2d 1240 (3d Cir. 1983); ראו גם Lunny, לעיל, בעמ' 172). במקרה שלפנינו, גם לפי הגרסה המיטיבה ביותר עם המערער, מדובר בתוכנה שנצרבה במסקרום, דהיינו ב"קושחה" (Firmware), שאופיינה אף היא כתוכנה, ולא כחומרה, לצורך דיני זכויות היוצרים (ראו Lunny: לעיל, בעמ' 165 ואזכורי הפסיקה שם).

21. בדומה לכך, גם הגדרתה של "תוכנת מחשב" בסעיף 2א לפקודת זכות יוצרים בישראל משקפת גישה זו. לפי הגדרה זו, אין נפקא מינא אם תוכנה תופיע בצורת "תכנית מקור" (Source Code) או בצורת "קוד יעד" (Object Code – תרגום תכנית המקור ל"שפת מחשב", שהיא זו אשר מצויה ב"קושחה", דוגמה זו שבעניינו). כך, גם הפסיקה לא הבחינה בין הופעת תוכנה כ"קוד מילולי (תכנית מקור)" לבין הופעתה כ"קוד יעד":

> "לתוכנת מחשב שלשה שלבי פיתוח: התיכנון, האיפיון וכתיבת הקוד. ההגנה המוענקת לתוכנת מחשב במסגרת זכות יוצרים אינה מצטמצמת רק לתוכנה המוגמרת. הגנה זו ניתנת גם לחלקי התוכנה שאינם

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

> באים לידי ביטוי בקוד הכתוב" (ע"א 2392/99 אשרז עיבוד נתונים בע"מ נ' טרנסבטון בע"מ, ניתן ביום 22.7.03, פיסקה 14, מפי השופטת שטרסברג-כהן; ראו גם ע"א 139/89 הרפז נ' אחיטוב פ"ד מד(4) 16, פיסקה 6).

ביטוי נוסף לתחולתו הרחבה של המושג "תוכנה" מצוי בהגדרתה של תוכנה בסעיף 1 לחוק המחשבים, תשנ"ה-1995 (להלן – חוק המחשבים):

> "קבוצת הוראות המובעות בשפה קריאת מחשב, המסוגלת לגרום לתיפקוד של מחשב או לביצוע פעולה על ידי מחשב, והיא מגולמת, מוטבעת או מסומנת במכשיר או בחפץ, באמצעים אלקטרוניים, אלקטרומגנטיים, אלקטרוכימיים, אלקטרואופטיים או באמצעים אחרים, או שהיא טבועה או אחודה עם המחשב באופן כלשהו או שהיא נפרדת ממנו, והכל אם אינה מיועדת לשימוש במחשב עזר בלבד".

יצויין, כי בחוק המחשבים נקבעו עבירות פליליות המסתמכות על הגדרה זו.

22. אמנם, ההבחנות דלעיל נעשו בהקשר לדיני זכויות היוצרים, ולעניין עבירות ספציפיות הקבועות בחוק המחשבים. ברם, לדידי, הן מבוססות על היגיון איתן שאינו רואה בהעברתו של קוד ממקום למקום, או בהמרתו משפת מקור לשפת יעד, כבעלי השפעה על מהותו הפנימית. סבורני כי אותו היגיון, המעמיד לרשות בית המשפט מבחן ברור להבחנה בין תוכנה לחומרה, ראוי שיופעל גם בענייננו. לפי מבחן זה, אף אם נצרבה הקושחה במסקרום, כגרסת המערער, ברי שבמהותה היא עודנה תוכנה. גם מבחן "נקודת מבטו של היוצר" מוביל לאותה מסקנה: במקרה שלפנינו, אף המערער אינו טוען כי בעת יצירת התוכנה שנצרבה במסקרום, ראה לנגד עיניו את הארכיטקטורה הפנימית של השבב. הנה כך התבטא בעדותו:

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

> "אנחנו מעולם לא עשינו סיליקון ... רמת התכנון של הסיליקון, שאתה צריך להחזיק אנשים עם תואר שלישי, צוות של 200 איש שעושים תכנונים של רכיבים. לי אין את ההשכלה בפיתוח של סיליקון, אין לי את הכסף לשלם לפיתוח למשהו פנימי ..." (עמ' 803-804 לפרוטוקול).

23. המסקנה העולה מכל האמור לעיל היא, כי אין כל הבדל מהותי בין יכולותיה של חברה היוצרת תוכנה המצויה באיפרום, לבין יכולותיה של חברה היוצרת אותה תוכנה אך דורשת מיצרן השבבים לצרוב אותה במסקרום. התוכנה נותרת תוכנה, והבאתה למצב בו תיצרב במסקרום דורשת, בקירוב, אותם כישורים ממתכנתיה. אין בכך כדי להצביע על הבדלי "חומרה" בין השבבים. שיקולי המעבר בין איפרום למסקרום הם שיקולי עלות בעיקרם, ואין בהם כדי להצביע על מאפייניה של החברה המתכנתת. אכן, אפשר שהעברת תוכנה למסקרום עשויה להצביע על שלב מתקדם של פיתוח; ייתכן גם כי תהליך זה יוצר "שכבת סיליקון חדשה" בשבב (ולא נעלם ממני, בהקשר זה, האמור בס/29 וס/33, בדבר תהליך הצריבה במסקרום כתהליך הדורש שינוי בסיליקון); אפשר אף לטעון כי צריבת תוכנה במסקרום יוצרת ייחודיות מסויימת בשבב (ראו L. Radomsky "Sixteen Years After the Passage of the U.S. Semiconductor Chip Protection Act: Is International Protection Working?" 15 *Berkeley Tech. L.J.* 1049, 1081 (2000)). אך מכאן ועד לקביעה כי המדובר בשינוי חומרתי בשבב עצמו, אשר ניתן לזקוף לזכותה של החברה, הדרך ארוכה.

ומכאן לעניין קיומו של DSP בשבב של צמ"מ, וקיומן של יכולות ביטול תהודה ודחיסה הקשורות בו.

24. אפילו ננית כי יכולות אלו קיימות במוצר של צמ"מ, הרי ששאלת אשמתו של המערער צריכה להיבחן לאור מצגיו למשקיעים עובר להשקעה, דהיינו, האם אלו חרגו משיפורים כלשהם שהוכנסו לשבב. אקדים ואומר, כי בעניין קיומם בשבב של DSP והיכולות הנזכרות לעיל, כמו גם בעניין נפח רכיבי הזיכרון שבו, קביעותיו של בית משפט

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

קמא לא היו ברורות וחדות כל צרכן. אוסיף כי בעניין זה התעוררו בי סימני שאלה, וזאת, הן לאור העולה מניסוי הדחיסה שערך המומחה מטעם ההגנה, יעקב פינגלר, והן לאור האמור בחלק מעדויות התביעה. כך, העדים [redacted] טענו כי נדרש DSP לשם מימוש יכולות של ביטול תהודה. עם זאת, אף אחד מהעדים לא הצביע על תלונה ספציפית ומהותית מלקוח כלשהו, לפיה במוצרים של צמ"מ קיימת תהודה. כן עולה אי בהירות מעדותו של צחי משיח באשר ל"ניסוי השפופרות". מחד טען, כי העובדה שלא נתגלתה תהודה בשפופרת של צמ"מ אינה מעידה בהכרח על קיומה של יכולת ביטול תהודה, משום שאפשר שבתנאי הניסוי כלל לא נוצרה "תהודה", שכן זו נוצרת רק בנסיבות קיצוניות. מאידך, מהעובדה כי באותן נסיבות ממש לא נתגלתה תהודה גם בשפופרת בה שובץ השבב של פיליפס, מסיקה התביעה כי אין הבדל בהקשר זה בין השבבים. מפליאה העובדה כי המשקיעים לא ערכו ניסוי דומה באותם תנאים קיצוניים שבהם מתאפשר ביטוי ליכולת ביטול התהודה, שרק בהם ניתן היה להסיק מסקנות לגבי העדרה או קיומה בשבבים.

לא אוכל להימנע מלהעיר כאן, כי תמהני על כך שהמשיבה סמכה את ידיה, בכל הקשור להבדלים בין השבבים, על ניסויים וחוות דעת שנערכו על ידי גורמים פרטיים ומעוניינים, ולא מצאה לנכון לערוך בעצמה את הניסויים והבדיקות הנדרשות לגילוי האמת הטכנולוגית, באמצעות גורמי החקירה המקצועיים והמוסמכים לכך במשטרת ישראל.

מכל מקום, ישנן נסיבות שאין להקל בהן, הדוחקות למסקנה כי בשבב של צמ"מ אין DSP. יוהאנס סווירס, איש פיליפס, העיד כי לא נעשה כל שינוי בשבבים, למעט שינוי הכיתוב עליהם. עדות זו מחוזקת בעדויותיהם של המומחים מטעם המשקיעים, חלקם עובדי צמ"מ לשעבר, ובהתרשמותו של בית משפט קמא מחוסר מהימנותו של המערער והתנהגותו. מעצם העובדה שהמערער לא העיד מטעמו ולו עובד צמ"מ אחד, או איש פיליפס כלשהו, התומכים בגרסתו, ניתן ללמוד על חולשתה.

על כל פנים, לא מצאתי לנקוט עמדה עובדתית מובהקת בסוגייה זו. ממילא הצורך בכך התייתר לאור עדותו של המערער עצמו, לפיה ה"סיליקון" של ה-DSP, בהנחה שאכן

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

טמון DSP בשבב של צמ"מ, הינו בבעלותה הייחודית של פיליפס. מכאן, שעל פי דברי המערער עצמו בעדותו, ברי כי ה DSP לא פותח על ידי צמ"מ.

לאור האמור עד כה ייבחנו, בהמשך, מצגיו של המערער למשקיעים.

מצגי המערער עובר להסכם ההשקעה

25. כאמור, בית משפט קמא קבע כי מצג השווא של המערער הוכח, וזאת בהסתמך על עדויותיהם של חמישה עדי תביעה, שהעידו על התנהלותו של המערער עובר להשקעה ואחריה. כולם העידו כי המערער טען בפניהם כי פיתוח השבב עצמו נעשה על ידי צמ"מ. כנגד עדויות אלו, העיד רק המערער לבדו מבלי שהעיד ולו עובד צמ"מ אחד, או איש פיליפס. לא זו אף זו – העד היחיד מאנשי צמ"מ "הטהורים", אלי ארד, הופיע כעד תביעה וחיזק בדבריו, כאמור, את דברי שאר עדי התביעה. יכול הייתי לדחות כבר כאן את כל טענות המערער בעניין זה אך על סמך הכלל כי ערכאת ערעור לא תתערב בממצאים העובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית. עם זאת, ראיתי להדגיש את הנקודות העיקריות בהקשר זה, כדי להבהיר כי אפילו הייתה מתקבלת גרסת המערער בדבר השינויים בין השבבים, עדיין צריך היה לומר כי המערער הציג מצג שווא.

[redacted] סיפר בעדותו על מצגת שהמערער הציג לו (ת/8). במצגת זו מושם הדגש על השבבים (Chips) של צמ"מ, ואין בה כל אזכור לעובדה כי צמ"מ יוצרת קושחה בלבד, כגרסת המערער כיום. כך, בעמוד 27 למצגת נכתב:

> "ZMM Chips have a unique **patented** architecture that uses two processors …
> 1.
> 2. DSP (Digital Sound Processor) for telecom protocols and audio processing" (ההדגשה במקור, ד' ח').

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

העד צחי4 משיח סיפר כי הוצגה לו תוכנית עסקית של צמ"מ (ת/9). בעמודים 9-11 למסמך זה מציגה צמ"מ את הטכנולוגיה שלה. בין היתר, נכתב במסמך זה:

> "ZMM's USB DSP chips have a unique proprietary 'multi-point' architecture which uses two processors in each chip".

וכן:

> "ZMM's strategy differs from that of **other USB chip manufacturers**" (ההדגשה שלי, ד' ח').

כך, לאורך כל המסמך, שזורות התייחסויות לצמ"מ מהן יסיק אדם סביר כי היא עוסקת בתכנון שבבים, ולא בתכנון "קושחה" בלבד או בתכנון מוצרים מוגמרים. מהציטוט האחרון אף עולה כי צמ"מ הציגה עצמה כיצרנית שבבים, השונה מיצרניות שבבים אחרות. מסמך דומה לת/9 אף צורף כנספח 3.23 לחוזה ההשקעה (ת/7).

מהמובאות דלעיל, שאינן אלא דוגמאות, ניתן ללמוד כי המערער, במגעיו עם המשקיעים עובר להשקעה, שם דגש על כך שצמ"מ תכננה את השבב עצמו, ולא קושחה או רכיבים אחרים חיצוניים לשבב. על כן, גם אם נקבל את גרסתו דהיום כי בשבב של צמ"מ אכן מצוי DSP שתוכנן על ידי פיליפס, עדיין נבוא למסקנה כי הציג מצג שווא בעניין זה, עת יצר את הרושם כי ה-DSP הינו פרי תכנונו. כך עולה, בין היתר, מתמליל שיחתו עם המשקיעים שנערכה, כאמור, לאחר שהתעוררו כבר החשדות:

> "ניסים: אז לקחנו את ה-DSP שלנו, דחפנו לבפנים ועשינו שילוב בין שניהם שיעבוד על זה בצורה נורמלית
> צחי: זאת אומרת, רגע, הצ'יפ שלנו זה שונה לחלוטין מה-1335 הזה [הצ'יפ של פיליפס]?
> ניסים: במבנה של ה-DSP כן, במבנה של ה-USB בעולם זה אותו דבר".

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

26. עניין מרכזי בסוגיית מצגי השווא הוא הצגת קבצי VHDL למשקיעים על ידי המערער. כאמור, VHDL הינה שפה המשמשת לתכנון שבבים. בהסכם המזוייף, בו נעסוק בהמשך, נכתב כי בבעלות צמ"מ קובץ VHDL המתאר את השבב. צחי משיח סיפר בעדותו, כי הוצגו לו קבצי VHDL עובר להשקעה, ונאמר לו כי אלו קבצים של צמ"מ. כך גם טען עמית שפי. המערער, מצדו מכחיש זאת נמרצות. דא עקא, שבתמליל נתפס כשהוא אומר לצחי משיח כך:

> "[redacted]- הבנתי, אז לנו יש בעצם DSP שאנחנו שמנו בפנים שאולי הוא גם מהספריה שלהם [של פיליפס]?
> ניסים- לא, הוא מהספריות שלנו.
> צחי- אוקיי זה DSP שאנחנו הבאנו לחגיגה והוא נמצא בפנים?
> ניסים- נתנו להם HDL שעכשיו יכניסו את זה בפנים" (בעמ' 2).

עולה אפוא כי לא זו בלבד שהמערער אמר בפה מלא כי העביר קבצי VHDL לפיליפס, אלא שהוא גם הצהיר על בעלותו ברכיב ה-DSP – שתי טענות מהן התנער בעדותו. אמירותיו אלו, שנאמרו לאחר שהחשדות התעוררו, יש בהן כדי לחזק את עדויותיהם של המשקיעים לגבי מצגיו עובר להשקעה, כפי שבצדק ציין בית משפט קמא. אין לכך כל מענה בטענות המערער.

לאור כל אלה, לא נמצאה לי עילה להתערב בקביעותיו של בית משפט קמא בעניין עשיית מצגי השווא. עוד ראינו, כי מצגי השווא מטעם המערער חרגו מהמצב העובדתי לאשורו, וזאת אפילו נקבל את גרסתו כי ישנם הבדלים כלשהם בין השבבים. אף אם אכן הוכנס DSP בשבב, כאשר הבעלות בחומרה היא של פיליפס, ואף אם נצרבה קושחה במסקרום, אין בכך כדי לאפשר למערער לטעון כי הוא פיתח שבב, וכל שכן לא באופן בלעדי.

ההסכם המזוייף

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

27. שאלת ההסכם המזוייף, אף שעומדת היא בפני עצמה, שזורה גם בשאלת קיומם של מצגי השווא. ברי כי ההסכם, אם אכן זויף בידי המערער, מהווה מצג שווא בפני עצמו. בהקשר זה, הנטייה שלא להתערב בקביעת בית משפט קמא לפיה ההסכם זויף על ידי המערער, שגם הציגו למשקיעים, תתחזק לאור הקביעות הקודמות בדבר מצגי השווא האחרים של המערער, ובמיוחד לאור ההתייחסות ל-VHDL הן בהסכם המזוייף והן בתמליל.

המערער טוען כי בקבלו את החוזה המזוייף כראייה בתיק זה (ת/6), חרף התנגדותו לעצם קבילותו, חרג בית משפט קמא מכלל "הראייה הטובה ביותר". אין בידי לקבל טענה זה. אכן, פירושו של כלל הראייה הטובה ביותר, ביחס למסמכים, הוא כי המבקש להסתמך על תוכנו של מסמך כראייה חייב להגיש לבית המשפט את המסמך המקורי, וזאת מתוך חשש שההעתק אינו נאמן למקור. עם זאת, חריג לכלל זה הוא כי ניתן להוכיח את תוכנו של המסמך בעזרת "ראיות משניות", מקום בו המסמך המקורי אבד או הושמד (ראו ע"א 455/85 קצין התגמולים נ' כספי, פ"ד מב(1) 177, פיסקה 12). סבורני כי במקרים דוגמת זה שלפנינו, יש מקום לצמצם את תחולתו של הכלל, כפי שעמד על כך השופט מ' חשין, בציינו כי:

> "מגמה זו של הקלה בדרישה להצגת מקורו של מיסמך מתחייבת במציאות ימינו. בעידן הטכנולוגי המואץ שאנו נסחפים עימו, דבקות עיקשת בכלל התובע הצגת מקור דווקא – מקור להבדילו מצילום או מפלט של ראיות אלקטרוניות – יש בו כדי להניח מיכשולים בלתי ראויים על דרכו של בעל-דין. אכן, כלל נוקשה הדורש הצגתו של מקור כתנאי מוקדם לקבילות, יכול שישמש מיכשול בלתי-ראוי להתפתחות טכנולוגית בתחום המיסמכים האלקטרוניים ובתחום הסריקה האלקטרונית" (ע"א 6205/98 אונגר נ' עופר, ניתן ביום 15.7.01, פיסקה 20).

לגופה של הטענה, אציין כי זו אינה מובנת לי. הטענה מועלית בצורה סתומה ובאופן שאינו מבהיר לאיזה "מסמך מקורי" מכוון המערער. בדיון בבית משפט קמא, העלה בא כוח המערער טענה זו נגד הגשת המסמך המזוייף (ת/6),

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

בטענו אז כי "לב המחלוקת" טמון בשאלה האם המסמך מזוייף (בעמ' 96-97). כיום, אין חולק כי המסמך ת/6 מזוייף. המחלוקת היא על זהותו של המזייף. על כן, מוקדה עוקצה של טענה המבקשת להסתמך על כלל הראייה הטובה ביותר (ראו *R. v. Governor of Pentonville Prison* [1989] 3 All E.R. 701, 728). טענה זו של המערער אינה מובנת גם לאור העובדה כי הוא עצמו טוען שעובר להסכם ההשקעה, לא היה בידו עותק מקורי של חוזה הייצור עם פיליפס. בנוסף, המערער עצמו מסתמך על אותו עותק "בלתי מקורי" כדי להוכיח את טענתו כי צחי משיח הוא שזייף את המסמך. לאור כל אלה, דין טענת המערער בעניין קבילותו של ת/6 להידחות.

28. לגוף השאלה – מיהותו של מזייף המסמך: בסוגייה זו, כמו ברוב הסוגיות בהן כבר דנו, קבע בית המשפט ממצאים עובדתיים חד משמעיים המבוססים על קביעות מהימנות ועל הגיונם של הדברים. דחיית גרסתו של המערער בדבר זהות המזייף התבססה גם על בחינתן של הדגמות שנעשו בפני בית משפט קמא, מהן יכול היה להתרשם באופן בלתי אמצעי. ואכן, בית משפט קמא קבע ממצאי מהימנות חריפים ביותר בעניין ניסיונו של המערער להראות כי מזייף המסמך היה צחי משיח מאמיקום.

עיינתי בפרוטוקול הדיון והשתכנעתי גם אני, כי עלה בידי באת כוח המשיבה לערער את גרסתו זו של המערער. כך בעיקר בחקירתו הנגדית של המומחה יואב זילברשטיין, בה הוכח כי ניתן לבצע מניפולציות באופן שתהליך ה-XOR יוביל לכל תוצאה אליה יכוון אדם המתמצא בכך. תחושה זו מתחזקת, כאמור, לאור מצגי השווא האחרים, שהמערער כשל בהם. בנוסף, לא סבירים בעיניי הסברי המערער אודות שינויי גרסאותיו לגבי ההסכם המזוייף. כאמור, המערער מסביר שבעבר הכחיש כי המסמך ת/6 מזוייף, בנימוק שלא הבחין בהבדלים שבינו לבין החוזה האמיתי שנעשה בין צמ"מ לפיליפס, הדומה, לדבריו, למסמך אחר שהגיש לבית משפט קמא (ס/22). כן טוען הוא כי לא הציג למשקיעים את ההסכם האמיתי, הדומה לס/22, משום שזה לא היה בידו.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

עיינתי בשני המסמכים, ת/6 ו-ס/22, ובאתי למסקנה כי אין זה סביר שאיש מקצוע דוגמת המערער, הנתון בחקירה משטרתית תחת אזהרה כחשוד בזיוף המסמך, לא היה מזהה, כבר לאחר עיון קצר, את ההבדלים המהותיים שבין המסמכים, וזאת אף אם חוזה דוגמת ס/22 לא עמד מול עיניו באותה עת. מסקנה זו מתחזקת בעובדה שההבדל העיקרי, המהווה את "הגרעין הקשה" של אי האמת שבמסמך המזוייף (העברת קבצי VHDL לפיליפס), מופיע בעמוד הראשון, בסעיף 1(a), שהוא הסעיף הראשון בשני המסמכים. אם לא די בכך, הרי שהמסמך ס/22 מדגיש חד משמעית כי צמ"מ עסקה בפיתוח תוכנה: כך, המילה "Software" מופיעה בסעיף 1(a) פעמיים, המילה "Maskrom" מופיעה אף היא, וכן מובהר כי "השבב של צמ"מ" פירושו "סיליקון" של פיליפס (ה-UDA1335) עליו מותקנות תוכנות של צמ"מ. העובדה כי המערער, בס/22, מעלה על נס את אופייה של צמ"מ כמפתחת תוכנה, מגלה פער בין מסמך זה, שהמערער טוען לאמיתותו, לבין המסמכים שנמסרו למשקיעים, עובר להשקעה, ובהם צמ"מ כלל אינה מוצגת כחברה המתמקדת בפיתוח תוכנה (והתוכנה מוצגת בהם רק כעניין משני לפיתוח השבב עצמו). גם בכך יש כדי להטיל ספק בגרסתו של המערער כי הסכם דוגמת ס/22 היה קיים עובר להשקעה. כן עיינתי בהודעתו של המערער בחקירתו במשטרה (ת/1), שבה הוא עומד על כך שאדם בשם Hans Pavan, החתום כביכול מטעם פיליפס על המסמך המזוייף, אכן קיים, למרות שהחוקרים מטיחים בפניו שוב ושוב כי פיליפס הודיעה, וחזרה והודיעה, שאדם בשם זה מעולם לא עבד בחברה. המערער, בתשובה לכך, אמר כי הדבר "משונה". אכן כן, אך הנטל לפתור תמיהה זו רובץ לפתחו, והוא לא הרימו.

29. מוסיף המערער וטוען, כי בית משפט קמא לא איפשר לו לסיים את דבריו בעת שהדגים בפניו את פעולת ה-XOR שביצע על קובץ ההסכם המזוייף. אף טענה זו אין בידי לקבל. בית משפט קמא האזין בסבלנות לעדותו הארוכה והמפורטת של המערער על כל היבטיה. לו הייתה מהות של ממש בדבריו של המערער בהקשר להשמטת שתי השורות האחרונות במפתח הצופן, חזקה על באי כוחו שהיו מתעקשים כי יינתן לו להבהירם, בהמשך דבריו או בחקירתו החוזרת. בהקשר זה

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

יש להזכיר את קביעתו של בית משפט קמא לפיה המערער הטעה גם את המומחה מטעמו, כשהעביר לו מפתח צופן בו שונה סדר השורות.

30. המערער מבקש להגיש ראיה נוספת בערעור, שהיא חוות דעתו של המומחה גיא פליישר (להלן – חוות הדעת החדשה). לדידו, ניתן ללמוד ממנה באופן "אבסולוטי" כי בעת ששהה בחו"ל, במחצית הראשונה של חודש ינואר 2001, חדר אדם למחשבו של המערער ושינה מסמכים מהותיים לענייננו, כולל את הקובץ ת/6, שהוא הסכם הייצור המזוייף. לטענתו, מדובר במידע שלא היה מצוי בידי ההגנה במהלך המשפט, משום שבחוות הדעת של המומחה זילברשטיין, ממנה למד כי צחי משיח הוא ששתל את ההסכם המזוייף במחשבו, אין כל התייחסות למועד ביצוע השינויים במחשבו של המערער. לדבריו, הטעם לכך שחוות דעת כזו לא הייתה בידו במהלך הדיון בבית משפט קמא נעוץ בחוסר הידע הטכנולוגי שלו. המשיבה מתנגדת לבקשה. לטענתה, חוות הדעת החדשה אינה יכולה להתקבל כמות שהיא מבלי שנבחנה קודם בערכאה דיונית. שנית, לטענתה, הייתה למערער אפשרות להגיש את חוות הדעת לבית משפט קמא. שלישית, טוענת היא, חוות הדעת מתייחסת בעיקר למועדו של יצירת המסמך ת/6, ועניין זה לובן בעדותו של פקד פורלייטר. כן טוענת המשיבה, כי לאור קביעותיו של בית משפט קמא בדבר ניסיונות ההונאה של המערער בפניו, יש להתייחס בחשדנות רבה לנתונים עליהם התבססה חוות הדעת החדשה.

31. סעיף 211 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, קובע כי בית משפט של ערעור רשאי לגבות ראיות נוספות אם הדבר דרוש לשם עשיית הצדק, או להורות לערכאה הדיונית לגבות ראיות אלו. השיקולים שבית המשפט יביא בחשבון, בעניין זה, הם שלושה. ראשית, האם יכול היה המבקש להשיג את הראיות בהליך בפני הערכאה הדיונית; שנית, האינטרס של סופיות הדיון; שלישית, והוא העיקר, טיב הראיה והסיכוי כי הגשתה תביא לשינוי בתוצאות המשפט (רע"פ 8716/06 גלזר נ' מדינת ישראל, ניתנה ביום 4.2.07, פיסקה 15; ע"פ 5874/00 לזרובסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(4) 249, פיסקה 10).

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

32. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים בעניין זה, באתי למסקנה כי דין הבקשה להידחות. ראשית, ספק בעיניי אם ההבנה הנדרשת כדי ליזום עריכתן של הבדיקות שנעשו בחוות הדעת החדשה חרגה מהבנתו הטכנולוגית של הנאשם בעת ההליך בבית משפט קמא. חזקה על אדם הטוען, בתום לב, שאחר יצר קובץ מזוייף במחשב שלו, כי יפנה למומחה כדי שיבדוק ויחווה דעתו בדבר המועד בו נעשה הדבר. תמוה בעיניי כי המערער בחר לעשות זאת רק בשלב הערעור.

גם לגופו של עניין, סבורני כי הנסיבות הראייתיות והדיוניות של המקרה דנן מובילות למסקנה כי אפילו תתקבל הראיה הנוספת, לא יהיה בכוחה לשנות את תוצאת המשפט. בעיקר אין בה, בחוות הדעת החדשה, כדי להתמודד עם המסקנות המתבקשות מהתנהלות המערער סביב מפתח הצופן. טענתו בעניין זה (שכבר נדחתה לעיל) היא כי לא ניתנה לו הזדמנות ראויה להסביר את פעולותיו בפני בית משפט קמא. לו אכן כך אירע, ניתן היה לצפות כי עניין זה יהא "בוער" כאש בעצמותיו, וכי לא ינוח עד שתינתן לו הזדמנות להשלים את מה שנמנע ממנו בבית משפט קמא, ויגיש על כן בקשה להגשת ראייה נוספת בערעור, להשלמת החסר בהקשר זה דווקא. והנה, בחוות הדעת החדשה אין כל התייחסות לעניין ה-XOR. משכך, ומשלא הזמין את צחי משיח לעדות בפרשת ההגנה, כדי לעמתו עם טענתו כי הוא שזייף את המסמך, אין באמור בחוות הדעת החדשה כדי לקעקע את הממצאים העובדתיים שנקבעו בעניין זה בהכרעת הדין. לאור כל אלה, דין הבקשה להידחות.

לסיכום, לא מצאתי מקום להתערב בקביעותיו של בית המשפט בדבר זיופו של ההסכם בידי המערער והצגתו למשקיעים על ידו.

הקשר הסיבתי בין מצגי השווא ובין ההשקעה

33. סעיף 415 לחוק, שעניינו עבירת קבלת דבר במרמה, מורה כך:

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

> "המקבל דבר במרמה, דינו – מאסר שלוש שנים, ואם נעברה העבירה בנסיבות מחמירות, דינו – מאסר חמש שנים".

יסודות העבירה מוגדרים בסעיף 414 לחוק. הגדרתם של "דבר" ושל "מרמה", בהקשר זה, היא רחבה ביותר:

> "דבר – מקרקעין, מיטלטלין, זכות וטובת הנאה;
> מרמה – טענת עובדה בענין שבעבר, בהווה או בעתיד, הנטענת בכתב, בעל פה או בהתנהגות, ואשר הטוען אותה יודע שאינה אמת ...".

עבירה זו הינה "עבירת תוצאה", הדורשת כי בעקבות המרמה יתקבל הדבר (ע"פ 752/90 ברזל נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 539). נדרש כי יוכח קיומו של "קשר סיבתי" בין המרמה לקבלת הדבר – שהוא התוצאה. המרמה צריכה להיות "הסיבה היעילה" לקבלתו של הדבר (ע"פ 281/82 אבו חצירא נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(3) 673, 673 פיסקה 10; י' קדמי על הדין בפלילים (תשס"ו), בעמ' 852). את הקשר הסיבתי ניתן כמובן להסיק מהעובדות המוכחות, אך יש מצבים בהם הוא עולה מנסיבות העניין והתנהגות הצדדים (ע"פ 499/72 אל שעבי נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(1) 602; ע"פ 2796/03 ביבס נ' מדינת ישראל, ניתן ביום 5.7.04, פיסקה 23).

הערך החברתי המוגן על ידי העבירה של קבלת דבר מרמה הוא חופש הרצון, חופש הפעולה וחופש הבחירה של המרומה (ע"פ 8710/96 וינמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481, פיסקה 71). משמעותה של פגיעה כזו היא, שאילו היה המרומה מודע לכל העובדות לאשורן, אפשר שהיה פועל אחרת מכפי שפעל (שם, בפיסקה 76).

34. ומן הכלל אל הפרט: מכל שנאמר עד כה עולה, כי התנהגותו של המערער היוותה "מרמה", כהוראתה בחוק, וכי קיבל לידיו "דבר", היינו את כספי ההשקעה. נותר אפוא לדון בסוגיית הקשר הסיבתי בין השניים. בית משפט קמא

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

הסתמך על דבריהם של עדי התביעה [redacted], לפיהם אילו ידעו שמצגיו של המערער הם מצגי שווא, לא היו משקיעים בחברה. בית המשפט קבע כי השקיעו סכום הקרוב ל-10 מיליון דולר בחברה שהאמינו כי היא עוסקת בפיתוח חומרה, שהרי שוויה של חברה כזו גבוה מחברה העוסקת בפיתוח תוכנה. על סמך דברים אלו, קבע כי גם דרישת הקשר הסיבתי הוכחה בענייננו.

אומר מיד, כי אין בדעתי להתערב בעיקרן של קביעות אלו.

עם זאת, בעת שעיינתי בפרוטוקול הדיון בבית משפט קמא, ובעת שקראתי את טענותיה של המשיבה, לא יכולתי שלא לתמוה על התנהלותם של המשקיעים במקרה שלפנינו. בל נשכח, חברת אמיקום הייתה חברת הון סיכון, אשר הולכה שולל על ידי מספר מצגים שקריים, שניתן היה לגלותם בקלות יחסית, לו רק נקטה בפעולות מהותיות שתכליתן לבחון את אמיתות המצגים האלה ברמה הטכנולוגית. בעניין זה אין לי אלא להביא כאן את תהיותיו של בית משפט קמא:

> "תוך כדי שמיעתם [של אנשי אמיקום] תהיתי, פעמים, על דרכי פעולתם ועל המניעים שהניעו אותם, אגב כך. לא מנעתי מעצמי שאלות ... בכל הנוגע לטיב בדיקותיהם, כולל בבדיקת הנאותות, בטרם החליטו על ההשקעה בצמ"מ. על טיב הבדיקות האלה אי-אפשר שתהא מחלוקת. שלא כשמה המילולי, הבדיקה לא היתה נאותה. גם העדים לא התכחשו לכך. עמד על כך, היטב, צחי משיח, בכל הנוגע להיבטים הטכנולוגיים ... הרבה מדי היה מבוסס על אמון. מה שנתגלה, מאוחר יותר, יכול היה להתגלות, ברובו, כבר מלכתחילה ... אלא שגם טיב הבדיקות האלה אין לו השפעה על מעשי הנאשם והתנהגותו ... גם אם מי שרומה, לא בדק, היטב, מצגים כוזבים שהוצגו בפניו, אין הדבר יכול לשלול את קיומה של המרמה, במקום שזו קיימת וקיומה הוכח" (שם, בעמ' 1426).

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

אכן, תמימותו של הקורבן אינה יכולה להוות קנה מידה לפליליותו של המעשה. אין אנו עוסקים בעוולת הרשלנות, בה נודעת חשיבות לשאלת ה"אשם התורם" (ראו, בעניין זה, ע"פ 7075/03 אלון נ' מדינת ישראל, ניתן ביום 2.8.06, פיסקה 22, מפי השופט לוי). כך, המנצל תמימותו של אדם כדי למכור לו במרמה מוצר שאין תוכו כברו, אינו יכול להיבנות מתמימותו של הקורבן כהגנה מהרשעה. נהפוך הוא, אפשר לומר כי מעשיו אף לוקים בחוסר מוסריות חריף יותר בשל כך. אותו רציונל חל גם כאשר הקורבן הינו חברת הון סיכון. עם זאת, בסיטואציה שלפנינו, ה"תמימות" שהציגה אמיקום, אף שאינה מעלה שאלות בדבר עצם קיום המרמה, יכולה להעלות תהיות לגבי אופיו של הקשר הסיבתי בין מעשה המרמה לבין היקף ההשקעה. האין זה אפשרי לומר, כי העדר בדיקה מעמיקה מצד המשקיעים אודות האספקטים הטכנולוגיים המובהקים של צמ"מ ומוצריה, מעיד על כך שלא זה היה הגורם היחיד להשקעה? האם לא ניתן לתהות שמא, אף לולא מצגי השווא, עדיין הייתה אמיקום משקיעה בצמ"מ – בהנחה שמוצריה עובדים – אך הייתה מעריכה את שוויה כפחות? האם אין יסוד לומר כי חלק מסכום ההשקעה בפועל אכן משקף יתרונות אמיתיים הגלומים במניותיה של צמ"מ?

35. בהקשר זה, מחויבים אנו ליתן את הדעת למספר דברים. כך לדוגמה, לשאלה מדוע לא ביצעו המשקיעים בדיקה טכנולוגית מעמיקה, ענה צחי משיח:

> "המטרה שלי שאני בא להשקיע בחברה, זה לדעת, יש לה את התכונות X, Y, Z ... קצת להסתכל על שרטוטים טכניים ... לראות שהדבר אכן מתפקד ואכן עשיתי בדיקת שמע בעצמי ... לא ירדנו לפרטים ... זה יקח כמה חודשים טובים ... לא זאת המטרה" (בעמ' 165).

ניתן להבין מדברים אלה כי גם התפקוד בפועל של מוצרי צמ"מ, ולא רק מאפייניו הטכנולוגיים הספציפיים של השבב, היוו אלמנט באטרקטיביות ההשקעה.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

36. כן יש ליתן את הדעת לדו"ח של חברת הענק AT&T בעניין צמ"מ (ס/4). במהלך בדיקת הנאותות, יצרו אנשי אמיקום קשר עם AT&T כדי לבדוק את האפשרות שזו תמכור מוצרים מוגמרים של צמ"מ, כאשר מוטבע עליהם השם AT&T. את תגובתה של AT&T למוצר תיאר צחי משיח כ-"Excitement" (עמ' 274), בציינו כי מסקנתם הייתה ש"המכשירים ... היו בהחלט מספקים" (עמ' 273). עם זאת, העד סייג את דבריו באמירה כי:

> "לא נעשתה שם בדיקת מעבדה מקיפה ... אלא נעשתה שם בדיקה ... דומה לשלי וההתלהבות היא התלהבות על בסיס יותר מסחרי מאשר טכנולוגי" (עמ' 274).

עוד אמר העד כי הדו"ח של AT&T אינו אחת הסיבות להשקעה, אלא שהוא "אחד החיזוקים המשמעותיים" (עמ' 274).

כן יש לייחס משקל בהקשר זה למסמכים שהגיש המערער, מהם ניתן להסיק כי הפוטנציאל המסחרי של מוצרי צמ"מ ומאפייניהם התפקודיים של המוצרים, כפי שנבדקו על ידי אנשי אמיקום וכפי שהתבטאו בדו"ח AT&T, היוו גם הם משקל בהחלטתם של המשקיעים להשקיע בצמ"מ (ס/108).

37. העולה מן האמור לעיל הוא, כי קיים ספק האם מצגי השווא של המערער היו בבחינת הגורם הבלעדי בהערכת שוויה של צמ"מ וסכום ההשקעה שנגזר מכך. עם זאת, אין בכך כדי למנוע את הרשעת המערער בעבירה של קבלת דבר במרמה. מצגי השווא של המערער הולידו הערכה כלשהי בדבר שוויה של צמ"מ בקרב המשקיעים. על בסיס הערכה זו נכרת הסכם ההשקעה. אין כל ספק כי למצגי השווא היה תפקיד ניכר בהערכת שוויה של החברה, אף אם יוחס ערך גם ליתרונותיה האחרים של צמ"מ – דוגמת הפונקציונאליות של מוצריה והפוטנציאל המסחרי שלה. בהיבט זה, התקיימה פגיעה בערכים המוגנים על ידי העבירה של קבלת הדבר במרמה – חופש הרצון, הפעולה והבחירה של המרומה – שהרי אין

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

ספק כי אילו היו המשקיעים יודעים את העובדות לאשורן, היו פועלים אחרת, ולו רק בהערכת שוויה של צמ"מ כפחות במידה ניכרת.

סיכומו של דבר – לעניין הערעור על הכרעת הדין

38. לא נמצאה לי עילה להתערב בקביעותיו העובדתיות של בית משפט קמא. אפילו הייתה מתקבלת גרסתו העובדתית של המערער לגבי ההבדלים בין השבבים – בין בצריבת תוכנה במסקרום, בין בהכנסתו לשבב של DSP שחומרתו תוכננה על ידי פיליפס ובין בכל צורה אחרת שעלתה בטענות המערער – הרי שהוכח כי מצגיו עובר להשקעה חרגו מהבדלים אלו. הוא הדין לגבי ממצאיו של בית המשפט בעניין החוזה המזוייף והשימוש בו. לפיכך, אציע לחבריי כי הערעור על הכרעת הדין יידחה.

הערעור על חומרת העונש

39. כאמור, בית המשפט המחוזי גזר על המערער עונש של 24 חודשי מאסר לריצוי בפועל, 12 חודשי מאסר על תנאי ל-3 שנים, שלא יעבור במהלך תקופה זו עבירה שיש בה יסוד של זיוף או מרמה, וכן תשלום קנס של 100,000 ש"ח או 12 חודשי מאסר תמורתו. בית המשפט קבע כי בדיקת הנאותות הלקויה של המשקיעים איננה יכולה להוות שיקול בעת גזירת העונש, בציינו כי היא מעידה דווקא על ניצול תמימותם על ידי המערער. עוד קבע, כי יש להגן על יכולתם של משקיעים ליתן אמון במצגי הצד שכנגד, ובמיוחד בענף ההיי-טק. בית המשפט נתן משקל לסכומים הגבוהים בהם מדובר בענייננו ולאופן התנהלותו של המערער, כמו גם לניסיונו להוליך שולל את בית המשפט ואת המומחה מטעם המערער. באשר לנסיבות לקולא, ציין בית המשפט את עברו הפלילי הנקי ואת נסיבותיו האישיות, אך קבע כי אין להם משמעות מכרעת בענייננו. מנגד קבע כי יש ליתן משקל לעובדה שכספי המרמה הושבו ברובם לנפגעים (ולגבי היתרה הגיעו הצדדים להסדר בעניין דרך ההשבה), אך זאת רק לעניין מידתו של העונש, ולא לעניין אופיו.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

40. המערער טוען כי העונש שהושת עליו חמור יתר על המידה. לטענתו, כליאתו מאחורי סורג ובריח משמעותה סגירתה של צמ"מ ופיטורי עובדיה, ביטולי פרוייקטים וביטולי חוזים. לדבריו, לא ניתן משקל לדבריהם של עדי האופי לגבי אישיותו המיוחדת, הרקע המשפחתי בו גדל והיקף עסקאותיה העתידיות של צמ"מ. כן לא ניתן משקל, לדידו, לעברו הנקי ולמצבו הבריאותי. לדבריו, אין לראות באמיקום גורם תמים, אשר מצג השווא כלפיו מהווה ניצול של תמימות, המצדיק החמרה בעונש. לטענתו, יסוד האמון בהתקשרויות כגון דא, אינו בעל חשיבות מכרעת. המערער טוען כי בית המשפט טעה עת קבע שהיקף ההשקעה של המשקיעים יכול להוות מדד לחומרת המרמה, וזאת, משום שהערכת השווי נעשתה לאור היבטים רבים. הוא מוסיף כי לא ניתן משקל להתמשכות ההליכים על פני 4 שנים. כן הוא טוען כי לא ניתן משקל ראוי לעובדה שכספי ההשקעה הושבו למתלוננים. לאור כל אלה, מבקש המערער, כי תקופת המאסר תקוצר ותומר בעבודות שירות.

המשיבה, מנגד, טוענת כי בית המשפט הקל עם המערער מעבר לרצוי, לאחר שהביא בחשבון את כל נסיבותיו האישיות. לדידה, מדובר במרמה מתוחכמת בהיקף כספי עצום, המחייבת ענישה משמעותית. עוד טוענת המשיבה כי המערער לא השיב את כל כספי הגזילה, משום שנותרו בידו 20% מהכספים.

41. כפי שעמד על כך בית משפט קמא, הצדדים התקשו למצוא אסמכתאות באשר לענישה במקרים דומים. כשלעצמי, סבורני כי העונש שהושת על המערער, אף שאינו עונש קל, אינו חורג מהסביר ומהמקובל במקרים דומים, גם אם לא זהים (ראו ע"פ 3891/04 ערד השקעות ופיתוח תעשיות בע"מ נ' מדינת ישראל, ניתן ביום 2.6.05, פיסקאות 31 ו-73; רע"פ 3371/03 מילר נ' מדינת ישראל, ניתן ביום 5.11.03). כן סבור אני כי בית משפט קמא נתן את דעתו למכלול השיקולים הצריכים לעניין.

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

עם זאת, טעם אחד מצאתי להקל עם המערער, והוא נובע ישירות מהדברים דלעיל בעניין הקשר הסיבתי בין מצגי השווא ובין היקף ההשקעה. כאמור, אפשר שהערכת שוויה של צמ"מ נבע גם מיתרונות אחרים שאותם ראו המשקיעים לנגד עיניהם, מעבר לאלה שנבעו ממצגי השווא. אכן, אפשר שלא הייתה מתקיימת כלל עסקה לולא מצגי השווא של המערער. אך בהינתן שהשקעה התבצעה, שומה עלינו לשאול, בעת ששוקלים אנו את "היקף" המרמה, האם כל כולה, מבחינה כמותית, מקורה במצגי השווא. לאור זאת, אציע לחבריי להפחית מעונש המאסר בפועל, באופן שזה יועמד על 16 חודשי מאסר. שאר מרכיבי העונש שנקבעו בגזר הדין יעמדו בעינם.

המערער יתייצב לריצוי עונשו במזכירות הפלילית בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו ביום 8.7.07, לא יאוחר מהשעה 11:00.

ש

ו פ ט

<u>השופט א' א' לוי</u>:

אני מסכים.

ש

ו פ ט

<u>השופט ס' ג'ובראן</u>:

אני מסכים.

ש

ו פ ט

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc

לפיכך הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט ד' חשין.

ניתן היום, כ"ז בסיון תשס"ז (13.6.2007).

אדמונד לוי 54678313-1242/06

ש ו פ ט ש ו פ ט ש

ו פ ט

_____

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 06012420_F10.doc חכ
מרכז מידע, טל' 02-6593666 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Program Files (x86)\PDF Tools AG\3-Heights(TM) Document Converter Service\Temp\b417f9abd2b0eab508394707ee8c086ce7be929ac58f954d53ff993e64eb6c54.doc