

בוררות

לפני הבורר כבוד השופט (בדימ') יצחק ענבר

בעניין שבין:

1. אן די אן השקעות בע"מ

2. דן דגן

(להלן יחד – "אן די אן")

-נגד-

לבין:

1. מכללת תעש לאבטחה ולוט"ר

2. תעש מערכות בע"מ

3. אלביט מערכות יבשה בע"מ

(להלן יחד – "קבוצת אלביט")

פסק בוררות

תוכן עניינים

א.	פתח דבר	4
ב.	רקע עובדתי ודיוני	5
1.	המחלוקת לגבי חישוב הוצאות המיזם	6
2.	עסקת אימון המילואים וטענות דגן להדרתו מהמיזם	7
3.	הסכם ההיפרדות	9
4.	המחלוקות שהתגלעו ביישום הסכם ההיפרדות	11
(א)	האירועים במוקד תביעת אלביט ותביעת אן די אן השנייה	11
(ב)	התשלומים מכוח הסכם ההיפרדות	12
5.	הליך הבוררות	13
ג.	האם הוסתר מדגן מידע לגבי עסקת אימון המילואים	15
1.	תמצית טענות הצדדים	15
2.	הפיילוט מיום 3.9.2020	18
3.	מסמכי ה-SOW	20
(א)	גרסה 4.5 של ה-SOW	21

28.....	גרסה 4.6 של ה-SOW	(ב)
28.....	המשא ומתן שהתקיים בדצמבר 2020 ופרטי ההתקשרות הצפויה עם משרד הביטחון	4.
28.....	גיבוש חוזה המילואים	(א)
30.....	היקף ידיעתו של דגן	(ב)
39.....	עתיד עסקת המילואים לאחר שנת 2021	5.
41.....	סיכום ומסקנות	6.
42	סוגיית זקיפת ההוצאות	ד.
42.....	תמצית טענות הצדדים	1.
44.....	פרשנות הסכם המיזם	2.
46.....	תוקף מסמך יוני 2020	3.
49.....	האם הוסתר מדגן מידע חשובנאי הקשור למיזם	4.
50.....	טענת הלחץ הכלכלי	5.
53.....	סיכום	6.
53	התביעה לפיצויי התאמה	ה.
53.....	תמצית טענות הצדדים	1.
56.....	האם אלביט הפרה את חובת תום הלב במשא ומתן	2.
57.....	תחולת סעיפי הויתור בהסכם ההיפרדות	3.
59.....	פיצויי התאמה	4.
59.....	המסגרת הנורמטיבית	(א)
61.....	התמורה החוזית	(ב)
64.....	היחס בין שוויו האמיתי של חלק אן די אן במיזם לשוויו כפי שנחזה בעיני דגן	(ג)
69.....	שיעור הפיצוי	(ד)
70.....	טענת היעדר הקשר הסיבתי	(ה)
71	טענות אן די אן לפגמים ברצון בהסכם ההיפרדות	ו.
72.....	תמצית טענות הצדדים	1.
73.....	דיון והכרעה	2.
76	תביעת אן די אן להשבה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט	ז.
77	תביעת אן די אן לתשלום נוסף בגין תקופת השותפות	ח.
77.....	תמצית טענות הצדדים	1.
78.....	דיון והכרעה	2.

ט.	תביעת אן די אן השנייה (צו המניעה)	79
1.	תמצית טענות הצדדים	79
2.	דיון והכרעה	81
י.	תניית אי התחרות ותביעת אלביט	85
1.	פרשנות תניית אי התחרות וגבולות האיסור	86
(א)	תמצית טענות הצדדים	87
(ב)	דיון והכרעה	88
2.	תוקף תניית אי התחרות	91
(א)	תמצית טענות הצדדים	91
(ב)	דיון והכרעה	92
3.	בית הירי בקליבר	94
(א)	רקע עובדתי	94
(ב)	תמצית טענות הצדדים	95
(ג)	דיון והכרעה	97
4.	מכרז בא"ח צנחנים	100
5.	בא"פ לכיש	101
(א)	רקע עובדתי	102
(ב)	תמצית טענות הצדדים	102
(ג)	דיון והכרעה	103
6.	הפעילות בבא"ח מג"ב	104
(א)	רקע עובדתי	104
(ב)	תמצית טענות הצדדים	105
(ג)	דיון והכרעה	106
7.	הסעדים הנתבעים	108
(א)	תמצית טענות הצדדים	108
(ב)	השבת הסכומים ששילמה אלביט לאן די אן לפי הסכם ההיפרדות	110
(ג)	צו למתן חשבוניות והשבת רווחים	112
יא.	סיכום והוצאות	115
יב.	סוף דבר	117

א. פתח דבר

1. לפני תביעות הדדיות שעניינן מיזם משותף בתחום אימוני לחימה וירי מתקדמים באש חיה. בלב התביעות מחלוקות הנוגעות להתנהלות הצדדים סביב הפרדותם, סיום הפעילות המשותפת, והתקופה שלאחריה.
2. מכללת תעש לאבטחה ולוט"ר (להלן – "המכללה") היא שותפות רשומה, הבעלים והמפעילה של בית ספר לאבטחה ולחימה בטרור, המשרת גופים ביטחוניים בישראל ובחו"ל. בעלי הזכויות בשותפות הן תעש מערכות בע"מ (99.99%) ואלביט מערכות יבשה בע"מ (0.01%), שהיא גם החברה האם של תעש (להלן ביחד – "קבוצת אלביט" או "אלביט").
3. אן די אן השקעות בע"מ (להלן – "אן די אן"), היא בעלת זיכיון בלעדי להפצת מוצרי החברה האמריקאית Range Systems USA (להלן – "RS") בישראל, וביניהם משטחים קולטי נתזים לאימון בירי חי, בטכנולוגיה ייחודית (להלן – "קלט"זים). מר דן דגן (להלן – "דגן"), הוא מנהלה של אן די אן ובעל מניותיה היחיד.
4. בראשית שנת 2018 התקשרו המכללה ואן די אן בהסכם להקמת מיזם משותף. עניינו של המיזם – הקמה והפעלה של מתקנים מתקדמים לאימוני ירי ולוחמה, המבוססים על שימוש בקלט"זים (להלן – "המיזם"). כשלוש שנים לאחר מכן, על רקע מחלוקות שנתגלו ביניהם, חתמו הצדדים על הסכם לביטול המיזם (להלן – "הסכם ההפרדות").
5. במוקד תביעות אן די אן טענות הנוגעות להתנהלות קבוצת אלביט בתקופה שקדמה לחתימת הסכם ההפרדות. נטען, בין היתר, כי ההסכם נחתם כתוצאה מלחץ כלכלי פסול שהפעילה אלביט על אן די אן, וכי בתקופת המשא ומתן הסתירה אלביט מידע והציגה מצגי שווא בנוגע לעסקה גדולה שעמדה על הפרק. נוכח האמור, תובעת אן די אן תשלום פיצויי התאמה בסך 49.88 מיליון ש"ח, ולחלופין תשלומים בסכומים נמוכים יותר, בגין הפרת החובה לנהל משא ומתן בתום לב. עוד לחלופין, תובעת אן די אן השבה מכוח עילות שונות, ובהן פגמים בכריתת הסכם ההפרדות ועשיית עושר ולא במשפט. נוסף על כך, תובעת אן די אן סך של 1.19 מיליון ש"ח בגין תשלומים שלא שולמו לה בתקופת המיזם המשותף. כמו כן מבקשת אן די אן צו מניעה קבוע האוסר על אלביט להשתמש בקלט"זים מחוץ לשטחי המכללה, או סעד אחר שיבטיח את זכות ההפצה הבלעדית שלה למוצרי RS בישראל. לבסוף, מבקשת אן די אן להורות על בטלות תניית אי התחרות שבהסכם ההפרדות, בטענה כי מדובר בתניה בלתי חוקית הנוגדת את תקנת הציבור.
6. במוקד תביעת אלביט טענות הנוגעות לסעיפי אי התחרות שבהסכם ההפרדות. לטענת אלביט, אן די אן הפרה את התחייבותיה לפי סעיפים אלו בארבעה מקרים. בשל כך, תובעת אלביט סך כולל של 4.2 מיליון ש"ח בתוספת מע"מ, בהתאם למנגנון הפיצוי שנקבע בהסכם ההפרדות.¹ נוסף על כך, תובעת אלביט מתן חשבונות והשבת הרווחים שהפיקה אן די אן מהפרת ההסכם.

¹ במקור הועמד סכום התביעה על סך 2.2 מיליון ש"ח. הסכום תוקן ל-4.2 מיליון ש"ח בהסדר דיוני שקיבל תוקף של החלטה ביום 8.7.2024.

7. אלו הן, בקליפת אגוז, התביעות שלפניי. אפנה עתה לסקור את הרקע הדרוש להכרעה.

ב. רקע עובדתי ודיוני

8. המגעים בעניין המיזם המשותף החלו בתחילת שנת 2017. ביום 13.3.2017 חתמו הצדדים על "נייר עקרונות" שהתווה את הבסיס למשא ומתן ביניהם לקראת חתימה על הסכם מפורט. בנייר העקרונות עוגנו הסכמות בעניין מהות המיזם, מימונו וחלוקת ההכנסות ממנו. בתוך כך נקבע כי הכנסות המיזם והוצאותיו יירשמו בשיטת "משק כספי סגור". כמו כן נקבע כי "כל הכנסות המיזם המשותף, בניכוי ההוצאות המפורטות בנספח א' לנייר עקרונות זה בלבד [...] יחולקו בין הצדדים בהתאם לחלוקה שתיקבע בין הצדדים בהסכם המפורט" (נספח 3 לתצהיר דגן, סעיפים 13-14).²

9. ביום 14.1.2018 חתמו הצדדים על הסכם מפורט להקמת המיזם והפעלתו (להלן – "הסכם המיזם", נספח 6 לתצהיר דגן). בהסכם נקבע כי אן די אן תקים את מתקני האימון המתקדמים על חשבונה, ללא השתתפות המכללה. המכללה מצידה תקצה את השטח להקמת המתקנים, תהיה אחראית לבדה לביצוע ההדרכות, לתפעול השוטף וללוגיסטיקה הנדרשת, ותשמש כנציגה המקצועית הבלעדית מול לקוחות המיזם. עוד הוסכם כי המיזם יתקיים במשך 12 שנים. לאן די אן ניתנה אופציה להאריכו ב-12 שנים נוספות, ובלבד שההכנסות המצטברות יעלו על ההוצאות בשישה מיליון ש"ח לפחות.

10. אשר לשיווק המיזם – נקבע כי המכללה תשווק את שירותי האימון במתקנים המתקדמים ללקוחות בארץ ובחו"ל, ותפעל בשקיפות מול אן די אן בכל הנוגע לפעילות השיווק. המכללה תהיה הגורם המגיש הצעות מחיר ומתקשר בהסכמים עם לקוחות המיזם. עם זאת, הגשת הצעות מחיר תותנה באישור מראש ובכתב של אן די אן לתנאים המסחריים שבהצעה. כמו כן תהיה אן די אן שותפה למשא ומתן עם לקוחות פוטנציאליים, והסכמתה המוקדמת תידרש ככלל לפני חתימה על עסקה.

11. אשר למנגנון חלוקת רווחי המיזם נקבע כדלקמן: הכנסות המיזם והוצאותיו ירשמו בשיטת "משק כספי סגור" (ס' 6.4.1 ו-10.1 להסכם המיזם). ההכנסות הן התמורות שיתקבלו מהסכמים בין המכללה ללקוחות המיזם, ותמורות משימוש במשטח הנהיגה שיוקם לצורך המיזם. הוצאות המיזם יחושבו באופן שונה בתקופות שונות. לענייננו, די לציין כי לאחר תחילת קבלת תקבולים מהמיזם נקבע כי הוצאות המיזם יהיו "החלק היחסי מתוך כלל הוצאות המכללה מפעילותה בארץ, על פי היחס שבין הכנסות המיזם לבין כלל הכנסות המכללה מפעילות בארץ, ובלבד שהיחס האמור לא יפחת מ-10%" (ס' 3 לנספח ד' להסכם המיזם). כל רבעון יערך תחשיב לחישוב הפער בין ההכנסות להוצאות. בשלב הראשון, עד שתשיב אן די אן את השקעתה במיזם ולכל היותר למשך חמש שנים, ישולמו לאן די אן 75% מפער חיובי, אם יהיה כזה. לאחר מכן יחולק פער תחשיב רבעוני חיובי, אם יהיה כזה, בחלוקה שווה. לצורך בקרה פיננסית התחייבה המכללה לאפשר לרואה חשבון מטעם אן די אן לעיין מדי רבעון במסמכים שונים הנוגעים לפעילות המיזם ולחשוף בפניו את כלל הנתונים הפיננסיים והעלויות הקשורות למיזם.

² רבים מעדי הצדדים הגישו תצהירים בשתי התביעות. ביחס לעדים אלו, ההפניה לתצהיר מסוים מתייחסת לתצהיר של אותו עד שהוגש בתביעת הצד שהגישו. הפניות לתצהירים שהוגשו כעדות הגנה בתביעת הצד השני יהיו ל"תצהיר הגנה".

12. עוד נקבע בהסכם, בין היתר, כי הצדדים לא יתחרו במיזם; כי המכללה תעמיד ערבות בנקאית לאן די אן בתנאים שפורטו בהסכם; כי כל שינוי או תוספת להסכם לא יהיו בני תוקף אלא אם נערכו בכתב ונחתמו על ידי הצדדים; וכי ההסכם מחליף ומבטל כל הסכמה קודמת בין הצדדים. כמו כן הצהירה אן די אן כי יש לה את האמצעים הפיננסיים לתכנון מתקני האימון ולהקמתם. המכללה הצהירה מנגד כי אין בהליך הפרטת תעש מערכות, שהיה בעיצומו, כדי לגרוע מעמידתה בהתחייבויותיה לפי ההסכם, וכי היא תמשיך להיות מחויבת להסכם תחת בעלות הרוכש העתידי.

13. לאחר החתימה על הסכם המיזם החלה אן די אן לבנות את מתקני האימון. נבנו מספר מטווחים, בית ירי ומשטח נהיגה, בהשקעה כוללת של כ-7.8 מיליון ש"ח (הסכום המדויק שנוי במחלוקת בין הצדדים, ראו ס' 31 לתצהיר דגן וס' 35 לתצהיר הגנה משה אלרט). בין הצדדים מחלוקת אף בשאלה האם אן די אן השלימה את בניית כלל המתקנים שהתחייבה לבנות בהסכם המיזם.

14. בסוף שנת 2018 הושלמה רכישת תעש על-ידי אלביט והתגבש מבנה השליטה שתואר לעיל. בחודש ספטמבר 2019 התקיים פיילוט לאימון כוחות סדירים של צה"ל במתקני המיזם. הפיילוט הצליח, וביום 18.5.2020 התקבלה הזמנת עבודה מצה"ל לאימון פלוגות סדירות בסך 8 מיליון ש"ח כולל מע"מ. הכנסות הזמנה זו היו הרווחים המשמעותיים הראשונים שהניב המיזם.

15. בחודשים שלאחר מכן התגלעו מחלוקות בין הצדדים בשני עניינים עיקריים. העניין הראשון נוגע לחישוב ההוצאות שיש לייחס למיזם. בתמצית, אן די אן טענה כי קבוצת אלביט ייחסה למיזם הוצאות בניגוד להסכמת הצדדים, באופן שהפחית באורח מלאכותי את רווחיות המיזם ופגע בחלקה של אן די אן בהכנסות. העניין השני נגע לטענות דגן כי קבוצת אלביט פועלת להדירו מהמיזם המשותף. טענות אלו התעוררו בעיקר סביב משא ומתן שהתנהל על התקשרות פוטנציאלית גדולה עם צה"ל לאימון כוחות מילואים. דגן טען כי אלביט מסתירה ממנו את פרטי המשא ומתן ומונעת ממנו מידע שהוא זכאי לו לפי הסכם המיזם. על רקע מחלוקות אלו, בין היתר, החלו הצדדים באוקטובר 2020 לנהל משא ומתן על הסכם ההפרדות. הסכם זה נחתם בסופו של דבר בינואר 2021.

16. מן האמור עולה כי בין יוני 2020 לינואר 2021 התנהלו הצדדים במקביל בשלושה מישורים: האחד – התדיינות על מנגנון חישוב רווחי המיזם וההוצאות שיש לייחס לו. השני – מגעים עם צה"ל לקראת ההתקשרות לאימון כוחות המילואים. השלישי – המשא ומתן על הסכם ההפרדות. מטעמי נוחות אתאר להלן את השתלשלות העניינים בכל מישור בנפרד, אף שמדובר באירועים שהתרחשו במקביל.

1. המחלוקת לגבי חישוב הוצאות המיזם

17. ביוני 2020, על רקע שיחות קודמות בעניין, שלח מר גבי מירילא (להלן – "מירילא"), סמנכ"ל הכספים במכללה, הודעת דוא"ל לדגן ובה סיכום עקרונות לחישוב הוצאות המיזם כחלק מההתחשבות בין הצדדים (נספח 15 לתצהיר דגן, להלן – "מסמך יוני 2020"). בתגובה אישר דגן את העקרונות כפי שנשלחו.

18. תוקפו ומשמעותו של מסמך יוני 2020 שנויים במחלוקת בין הצדדים. בשלב זה די לציין כי המסמך כולל רשימה סגורה של הוצאות שניתן לייחס למיזם. בכך מיטיב המסמך עם אן די אן לעומת שיטת החישוב

שבה דוגלת קבוצת אלביט, שלפיה יש לייחס למיזם שיעור מסוים מכלל הוצאות המכללה, התואם את שיעור הכנסות המיזם מכלל הכנסות המכללה.

19. ביוני 2020 הועבר לאן די אן תשלום מרווחי המיזם, על בסיס חישוב הפער בין ההכנסות שהתקבלו להוצאות כפי שהוגדרו במסמך יוני 2020 (נספח 16 לתצהיר דגן). אולם ביום 19.8.2020, שלחה אלביט לאן די אן הודעה עם תחשיב מתוקן, שלפיו הסכומים ששולמו לאן די אן עד אותו מועד עלו בהרבה על הסכומים שהגיעו לה (נספח 18 לתצהיר דגן). בפרט, לגבי הרבעון השני של שנת 2020, צוין בתחשיב כי רווחי המיזם עמדו על 146,000 ש"ח בלבד, ולפיכך הגיע לאן די אן תשלום של 110,000 ש"ח בלבד (75% מהרווחים, בהתאם לחלוקה שפורטה לעיל). זאת, בעוד שלפי נתוני התחשיב שהופק קודם לכן שולם לאן די אן עבור תקופה זו סך של כ-1.4 מיליון ש"ח.

20. מקור הפער בין התחשיבים נעוץ בשני גורמים: הגורם הראשון – התחשיב המתוקן לא התבסס על מסמך יוני 2020 בחישוב הוצאות המיזם. חלף זאת חושבו הוצאות המיזם כמחצית מכלל הוצאות המכללה באותו רבעון, שכן הכנסות המיזם באותו רבעון היו כמחצית מסך הכנסות המכללה. הגורם השני – הוספת הוצאות הנוגעות לאלביט, כגון הוצאות שיווק ודמי ניהול מסוגים שונים ששולמו לאלביט, לסך הוצאות המכללה (נספח 18 לתצהיר דגן, תחת "הוצאות נוספות"). אין חולק כי הוצאות אלו לא נכללו בתחשיבים קודמים שערכה המכללה. אולם לשיטת קבוצת אלביט מדובר בהוצאות של המכללה שיש להביאן בחשבון בחישוב הרווחים בהתאם להסכם המיזם.

21. עם התגלעות מחלוקת זו הפסיקה המכללה להעביר לאן די אן רווחים מהמיזם, בטענה כי נוצר חוב בגין תשלום סכומים ביתר. אף שהתקיים שיח בין הצדדים, לרבות באמצעות באי כוחם ורואות החשבון מטעמם, לא הגיעו הצדדים להבנות בעניין. המכללה דרשה כי אן די אן תשיב לה סכומים אלו "בין אם בעין ובין אם על דרך הקיזוז מסכומים שיגיעו לה מהמכללה בעתיד" (ס' 6 לנספח 2 לתצהיר הגנה עו"ד מאיר אורן). בהמשך לכך, אף שברבעון השלישי של שנת 2020 הניב המיזם רווחים של כ-877 אלף ש"ח, קיזזה המכללה את החלק היחסי של אן די אן ברווחים כנגד החוב הנטען. לאחר הקיזוז נותר, לשיטת המכללה, חוב של כ-919 אלף ש"ח (נספח 5 לתצהיר רו"ח מיטל חבה-לוי).

2. עסקת אימון המילואים וטענות דגן להזרתו מהמיזם

22. כאמור, במקביל למחלוקת בעניין חישוב הוצאות המיזם התעוררה בין הצדדים מחלוקת נוספת – טענות דגן כי אלביט פועלת להדירו מהמיזם. טענות אלו עלו על רקע אמונתו של דגן כי אלביט מסתירה ממנו מידע על מגעים עם צה"ל בעניין עסקה לאימון כוחות מילואים במתקני המיזם.

23. דגן העלה את טענותיו כלפי גורמים בקבוצת אלביט בפגישות ובכתובות, אולם אלו הכחישו כי הוסתר ממנו מידע. בשלב זה אסתפק בתיאור תמציתי של עיקרי הדברים, תוך התייחסות לשלבי המשא ומתן מול צה"ל. דיון מעמיק בטענות דגן, לרבות התייחסות לפגישות ולכתובות בינו לבין קבוצת אלביט, ייערך בהמשך.

24. מוקד המחלוקת הראשון בעניין עסקת המילואים היה פיילוט שהתקיים ביום 3.9.2020. דגן טען כי אלביט הדירה אותו מדיונים הקשורים לפיילוט והסתירה ממנו מידע בנוגע אליו, בניגוד להוראות הסכם המיזם. דגן העלה טענות אלו בזמן אמת, הן לפני קיום הפיילוט והן אחריו. אלביט דחתה את הטענות וטענה כי פעלה בשקיפות ובתיאום מלא.

25. לאחר הפיילוט החל להתגבש במערכת הביטחון מסמך תכולות עבודה לעניין אימון כוחות המילואים במכללה. מסמך זה, המכונה גם Statement of Work (להלן – "SOW"), נועד להגדיר את הדרישות הטכניות והתפעוליות של מערכת הביטחון מהמכללה לצורך האימונים שלגביהם נערך המשא ומתן. אין מחלוקת כי אף שה-SOW אינו כולל תמחור, הגדרת תכולות העבודה שבו חשובה להערכת הפוטנציאל הכלכלי של ההסכם העתידי. לפיכך גילה דגן עניין רב בשאלה אם הועבר לאלביט. בנקודת זמן מסוימת אף החל לחשוד כי אלביט מסתירה ממנו את דבר קיומו של המסמך.

26. כפי שיפורט בהמשך, הצדדים חלוקים בשאלה מתי הועברו גרסאות שונות של ה-SOW ממערכת הביטחון לאלביט, ואם ומתי העבירה אותן אלביט לדגן. עיקר המחלוקת נוגע לשתי הגרסאות המאוחרות של המסמך – גרסה 4.5 (נספח 35 לתצהיר דגן) וגרסה 4.6 (נספח 36 לתצהיר דגן). גרסה 4.5 נחתמה בין הימים 9.11.2020 ל-15.11.2020. גרסה 4.6 היא הגרסה הסופית של המסמך. היא מתוארכת ליום 14.12.2020 וכותרתה "גרסת חוזה". יוער כבר עתה כי בבוררות זו לא הוצג תיעוד ישיר מזמן אמת למועד שבו הועברו מסמכים אלו ממערכת הביטחון לאלביט, או מאלביט לדגן.

27. מסמך נוסף שבלב המחלוקת הוא מסמך שיצא מאלביט ביום 20.12.2020, שכותרתו "הצעת מחיר ל"שמירת כשירות - זירת אימונים" לפלוגות מילואים", וחתומה עליו סמנכ"ל מכירות ישראל באלביט יבשה ותעש (נספח 18 לסיכומי התביעה מטעם אן די אן, להלן – "הצעת המחיר"). בפתח המסמך נכתב: "בהמשך לדיונים שהתנהלו לאחרונה במנה"ר ובכפוף למסמך תכולות עבודה לזירת אימונים גרסה 4.6 מתאריך 20-12-2020 להלן סיכום המחירים והתנאים כפי שסוכמו במו"מ". בסעיף שכותרתו "מחירים" צוין: "המחירים מניחים מסגרת הסכם של 4 שנים - מתוכו קבלת הזמנה מיידיית לשנת 2021-2022 ואופציה ל3 שנים רציפות נוספות 2022-2025". בהמשך לכך הוצגה טבלה עם פירוט מחירים לאימון פלוגה לפי שני מודלים, בסך כולל של כ-50 מיליון ש"ח כולל מע"מ. כמו כן צוין: "מינימום התחייבות המשרד לפלוגות בשנת 2021 - 450 פלוגות". לעמדת אן די אן, המסמך מלמד כי כבר ביום 20.12.2020 נחתמה עסקת המילואים בין אלביט לבין משרד הביטחון. אלביט מכחישה זאת, וטוענת כי מדובר בהצעה בלבד.

28. יצוין כבר עתה כי מסמך הצעת המחיר התגלה בעקבות צו להמצאת מסמכים שהופנה למשרד הביטחון והחלטות משלימות שניתנו בעניין, בעקבות בקשות מטעם כוח אן די אן דאז. אן די אן טוענת כי המסמך הוסתר ממנה בזמן אמת, וכי אלביט המשיכה להסתירו גם בבוררות. אלביט טוענת מנגד כי דגן ידע על המסמך, ולכל הפחות על תוכנו, בזמן אמת. כמו כן טוענת אלביט כי המסמך לא הועבר בגילוי המסמכים משום שלא אותר. מחלוקות אלו, כמו גם עמדות הצדדים בדבר משמעותו המשפטית של המסמך, יידונו בהמשך.

29. עניין נוסף שהעסיק את הצדדים באותה תקופה היה הצורך להרחיב את מתקני האימון במכללה ולהתאימם להיקף העסקה שעליה דובר עם צה"ל. הרחבת המתקנים נדונה בפגישה שהתקיימה ביום

4.11.2020 בהשתתפות דגן, מנכ"ל המכללה משה אלרט (להלן – "אלרט") ונציג אלביט מר רחמים כהן (להלן – "רחמים") (הפגישה הוקלטה בידי דגן ותמלולה צורף כנספח 37 לתצהירו). ביום 23.12.2020 התקיימה פגישה נוספת בעניין זה בין דגן לרחמים. בעקבותיה שלח רחמים לדגן הודעת דוא"ל ובקשה להגיש הצעות מחיר לבנייה בשלוש תצורות אפשריות. בהודעה צוין כי העדיפות הראשונה והמיידיית היא התאמת בית הירי המזרחי כך שיאפשר שני אימונים במקביל בירי חי עד ליום 31.12.2020 – כשבוע לאחר מכן. דגן השיב כי יפעל להחזיר תשובה במהירות, ולצד זאת מחה על כך שאלביט פנתה לקבל הצעת מחיר מספק אחר לביצוע עבודות בבית הירי ללא ידיעתו. בימים שלאחר מכן נמשך הקשר בין הצדדים בעניין זה (נספח 46 לתצהיר דגן). בסופו של דבר הבינוי לא בוצע בידי אן די אן.

30. עסקת המילואים התממשה. במהלך שנת 2021 הוציא משרד הביטחון מספר הזמנות עבודה לאימון המילואים. המסמך הראשון, שכותרתו "**הסכם 8883142435 (גרסה 0)**", הופק ביום 25.1.2021 וצוין בו כי "**תחילת תוקף ההסכם**" ביום 20.1.2021, וסופו ביום 31.12.21 (נספח 41 לתצהיר הגנה אלרט). עוד צוין כי ההסכם הוא "**לפי SOW גרסה 4.6 מנובמבר 2020**". סכום ההסכם הכולל לפי מסמך זה עמד על כ-15.9 מיליון ש"ח כולל מע"מ. גרסה מתוקנת עבור סכום זהה הופקה ביום 15.2.2021 (גרסה 01, נספח 42 לתצהיר הגנה אלרט). ביום 24.2.2021 הופקה גרסה נוספת, שבה צמח סכום ההסכם לסך כולל של כ-18.3 מיליון ש"ח (גרסה 02, נספח 43 לתצהיר הגנה אלרט). לבסוף, ביום 9.6.2021 הופקה גרסה 03, שבה הועמד סכום ההסכם על כ-48.4 מיליון ש"ח כולל מע"מ (נספח 44 לתצהיר הגנה אלרט).

31. יצוין כי התקשרויות משרד הביטחון עם המכללה, הן לאימון הסדיר והן לאימון המילואים, נעשו בפטור ממכרז, נוכח היות המכללה "**ספק יחיד**" בתחום האימונים מהסוג הנדרש. בתקופה שבה התנהל המשא ומתן על עסקת אימון המילואים, פנתה למשרד הביטחון חברת מ.א. רוי בע"מ, העוסקת בהקשרות בתחום הירי והלוחמה, בבקשה למנוע את ההתקשרות עם המכללה במתווה של פטור ממכרז. ביום 7.12.2020 נשלח מטעם משרד הביטחון מענה לאחת מפניות מ.א. רוי. במענה צוין כי לאחר ביקור במתקני מ.א. רוי והתייעצות עם הגורמים הרלוונטיים גובש מתווה להתקשרות שיענה על צורכי מערכת הביטחון ויאפשר יציאה להליך תחרותי. לפי מתווה זה, בכל הנוגע לאימונים הכוללים שימוש בבית ירי ליחידות חי"ר, יוארך הפטור למכללה "**לתקופת גישור של שנה (החל מינואר 2021)**". עוד צוין כי במקביל יצא משרד הביטחון "**בהליך פומבי של קול קורא (RFI) כהליך מקדמי למכרז אפשרי [...]** באשר לתכולות האימונים הכוללות בית ירי" (נספח 9 לתצהיר הגנה עו"ד מאיר אורן). בהמשך לכך ניתן למכללה ביום 14.1.2021 פטור ממכרז להתקשרות בסך 50 מיליון ש"ח.

3. הסכם ההיפרדות

32. הדיונים על פירוק השותפות העסקית וגיבוש הסכם ההיפרדות החלו בסביבות חודש אוגוסט 2020, בין היתר על רקע המחלוקות בעניין חישוב הוצאות המיזם וטענות דגן להדרתו מהמיזם. ביום 27.10.2020 התקיימה פגישה בין דגן לבין מר אודי ורד, מנכ"ל תעש ואלביט מערכות יבשה (להלן – "ורד"). בפגישה נדון מתווה היפרדות שלפיו תרכוש אלביט את חלקו של דגן במיזם. למחרת, ביום 28.10.2020, שלח בא-כוח דגן דאז ליועץ המשפטי של אלביט "**מסמך עקרונות**" שבו פורטו עקרונות ההיפרדות, לרבות הרכב התשלום שיקבל דגן לפי ההסכם (נספח 39 לתצהיר דגן).

33. בחודשים שלאחר מכן, במקביל להמשך המשא ומתן מול צה"ל, החליפו הצדדים מספר טיטות של הסכם ההיפרדות. ההסכם נחתם ביום 21.1.2021. בהסכם נקבע כי אן די אן תחדל להיות מעורבת במיזם, למעט באספקת מוצרי RS לאלביט בתנאים שנקבעו. עוד הובהר כי כפוף לביצוע חיובי אלביט לפי ההסכם, אן די אן מוותרת על כל טענה או דרישה בקשר למיזם.

34. כמו כן נקבעה בהסכם **"תקופת הגבלה"** של 24 חודשים, שבה התחייבה אן די אן שלא להיות מעורבת בפעילות מתחרה **"בהקמה, שיווק, מכירה, הפעלה, ניהול והתקנה של מתקנים המשתמשים במוצרי RS"** (סעיף 3.6.1). לאלביט ניתנה אופציה להאריך תקופה זו ב-42 חודשים נוספים. עם זאת הוסכם כי אן די אן תהיה רשאית לספק מוצרי RS לצה"ל ולמספר גופים ממלכתיים שהוגדרו בהסכם, בהתקיים תנאים מסוימים. במתקנים קיימים הפעילים לפחות 3 שנים – תוכל אן די אן לספק מוצרי RS כפוף לכך שתעדכן את אלביט. לעומת זאת במתקנים חדשים יותר – תהיה רשאית אן די אן לספק מוצרי RS רק כפוף לקבלת הסכמת אלביט. נוסף על כך הוסכם כי אם תעמוד בפני אן די אן **"הזדמנות עסקית"** להקמת מתקנים העושים שימוש במוצרי RS עבור צה"ל או הגופים הממלכתיים, עליה לפנות לאלביט בהצעה לשתף פעולה בקידום ההזדמנות ומימושה. אם אלביט תהיה מעוניינת בכך, היא תוביל את הפעילות כקבלן ראשי, ואן די אן תפעל כקבלן משנה לאספקת מוצרי RS והתקנתם.

35. התמורה שהתחייבה אלביט לשלם לפי הסכם ההיפרדות הורכבה משלושה חלקים. ראשית, **דמי היפרדות בסך 9.5 מיליון ש"ח**, בניכוי סכומים ששולמו לאן די אן לפי הסכם המיזם, שהוצהר כי הגיעו לסך כ-2.8 מיליון ש"ח. שנית, **תשלום שנתי מותנה בסך מיליון ש"ח בכל אחת מהשנים 2021-2023**. התנאי לתשלום זה היה כי היקף הפעילות של צה"ל במתקנים המתקדמים בשנה שעברה משולם התשלום יעלה על 10 מיליון ש"ח. שלישית, **תשלום חודשי בסך 50,000 ש"ח למשך התקופה שבה תחול תניית אי התחרות**. לאן די אן ניתנה זכות, שמומשה, להמיר תשלום חודשי זה בתשלום חד-פעמי בסך 1.2 מיליון ש"ח ששולם מראש (מכפלה של הסכום החודשי ב-24 חודשי תקופת ההגבלה). עוד הוסכם כי אם תממש אלביט את האופציה להאריך את תקופת ההגבלה, ישולמו לאן די אן תשלומים חודשיים עבור 36 החודשים הראשונים בתקופת ההארכה בלבד. גם לגבי תשלומים אלו ניתנה לאן די אן הזכות לקבל את מלוא הסכום (1.8 מיליון ש"ח) בתחילת תקופת ההארכה, חלף תשלומים חודשיים.

36. עוד נקבע, תחת הכותרת **"סילוק תביעות"**, כי כפוף לעמידת אלביט בתשלום התמורה, אן די אן מצהירה ומתחייבת כי אין לה ולא תהיה לה כל תביעה או דרישה מקבוצת אלביט מכוח הסכם המיזם, או בקשר למיזם ולביטולו. כמו כן נקבע סעד מוסכם, לפיו אם אן די אן תפר התחייבויות כלשהי וההפרה לא תתקן בתוך שבעה ימים ממועד הודעת אלביט על ההפרה, תשיב אן די אן לאלביט את כל הסכומים ששולמו לה בגין התשלומים החודשיים והתשלומים השנתיים המותנים בפעילות צה"ל.

37. ביום 28.2.2021 שילמה אלביט לדגן את דמי ההיפרדות בסך כ-6.6 מיליון ש"ח, ואת התשלום עבור תניית אי התחרות בשנתיים הראשונות בסך 1.2 מיליון ש"ח. כמו כן שילמה אלביט במועד זה את התשלום השנתי המותנה עבור שנת 2021 בסך מיליון ש"ח, כמקדמה, כפי שהוסכם בין הצדדים (ראו בס' 4.1.2.3 להסכם ההיפרדות). עם ביצוע תשלומים אלו נכנס הסכם ההיפרדות לתוקף.

4. המחלוקות שהתגלעו ביישום הסכם ההיפרדות

(א) האירועים במוקד תביעת אלביט ותביעת אן די אן השנייה

38. לא חלף זמן רב לאחר ההיפרדות, ובין הצדדים התגלעו מחלוקות נוספות הנוגעות בעיקרן ליישום תניית אי התחרות שבהסכם. ברקע מחלוקות אלו ארבעה אירועים, החל ממאי 2022. אירועים אלו עומדים במוקד תביעת אלביט ובמוקד תביעה נפרדת שהגישה אן די אן, ויפורטו בהמשך. בשלב זה אסתפק בתיאור תמציתי של עיקרי הדברים.

39. אירוע ראשון נוגע להקמת בית ירי נייד במקרקעי חברת קליבר 3 בע"מ (להלן – "קליבר"). בחודש מאי 2022 נחשף אלרט לסרטון בעמוד הפייסבוק של קליבר, שבו נראה אימון ירי חי בבית ירי הכולל קלט"זים. בכניסה לבית הירי נראה שלט שבו הלוגו של אן די אן ולוגו נוסף הנושא את הכיתוב "DAGAN". תחת הלוגואים נכתב: "מתחם הדגמה לבית ירי נייד ומודולרי לאימונים באש חיה". בסרטון מסביר מנכ"ל קליבר כי בית הירי נבנה לאימוני צבא וכוחות שונים, וכי בכוונתו להסב אותו גם לאימוני אזרחים.

40. לאחר החשיפה לסרטון, הגישה אלביט לבית המשפט המחוזי תביעה נגד אן די אן, דגן וקליבר, ולצדה בקשה למתן צו מניעה זמני במעמד צד אחד. בבקשה התבקש צו שיאסור על הנתבעים להיות מעורבים בפעילות מתחרה הכוללת מתקנים שעושים שימוש במוצרי RS בכלל, ובפרט בקשר לבית הירי בקליבר. היות שהמתקן פורק ממילא ימים ספורים לאחר מכן, נמחקה בהסכמה הבקשה לסעד זמני. בהמשך הסכימו הצדדים על העברת התביעה העיקרית לבוררות. עוד הוסכם כי הבוררות תחול גם על קליבר, לצורך בירור הטענות שטענה כלפיה קבוצת אלביט בתביעה בלבד. נוכח הסכמה זו הורה בית המשפט ביום 13.7.2022 על מחיקת ההליכים בתיק והעברתם לבוררות שתתקיים לפניי.

41. אירוע שני שעומד במוקד תביעת אלביט הוא מכרז שפרסם משרד הביטחון להשכרת מתקן מודולרי לאימון בירי חי שיוצב בבא"ח צנחנים. באתר כוח אן די אן הודיעה לאלביט כי אן די אן מבקשת להשתתף במכרז, ובהתאם להסכם ההיפרדות היא מבקשת לברר אם אלביט מעוניינת לשתף פעולה בקשר לכך. אלביט טענה בתגובה כי המכרז הוא תוצאה של הפרת התחייבות אי התחרות בהסכם ההיפרדות מצד אן די אן, וכי תעמוד על נזקה במסגרת המתאימה. לצד זאת הסכימה לשתף פעולה בהגשת הצעה למכרז וביקשה מאן די אן להגיש הצעת מחיר לאספקת מוצרי RS. עם זאת, לאחר שיח בין הצדדים נמנעה אן די אן מלהגיש הצעת מחיר ולא השתתפה במכרז – לא בשיתוף עם אלביט, ולא באופן עצמאי.

42. אלביט הגישה הצעה עצמאית במכרז, אולם המכרז בוטל בידי משרד הביטחון. יצוין כי קליבר השתתפה במכרז ואף הגישה עתירה נגד ההחלטה לבטל, אולם בהמלצת בית המשפט הסכימה לדחיית העתירה (נספח 23 לתצהיר אלרט). לאחר ביטול המכרז פרסם משרד הביטחון מכרז חדש. אלביט הגישה הצעה וזכתה בו. עתירה נוספת של קליבר נגד זכיית אלביט נדחתה.

43. לאחר הזכייה הציבה אלביט את מתקן הירי בבא"ח צנחנים. ביום 31.5.2023 הגישה אן די אן תביעה נגד קבוצת אלביט שבה התבקש צו מניעה האוסר על אלביט לעשות שימוש במוצרי RS מחוץ לשטח המכללה

(להלן – "תביעת אן די אן השנייה"). במוקד התביעה עמדה טענת אן די אן כי לפי הסכם ההיפרדות, אלביט רשאית להשתמש במוצרי RS שתספק לה אן די אן בשטח המכללה בלבד.

44. עם התביעה הגישה אן די אן בקשה למתן צווי מניעה זמניים. התבקש צו שיאסור על קבוצת אלביט להתקין קלט"זים של RS במתקנים בבא"ח צנחנים. לחלופין, אם כבר הותקנו קלט"זים כאמור, התבקש צו שלפיו קבוצת אלביט "מנועה מלהוסיף ולספק ו/או מנועה מלהוסיף ולעשות שימוש כלשהו ו/או מנועה מלהוסיף ולהתקין קלט"זים מסוג RS במתקני אימון כלשהם המצויים בבא"ח צנחנים" (נספח 62 לתצהיר הגנה אלרט).

45. לאחר קבלת תגובת אלביט וקיום דיון דחה בית המשפט המחוזי את הבקשה לסעדים זמניים (נספח 66 לתצהיר הגנה אלרט). בקשת רשות ערעור על החלטה זו נדחתה בידי בית המשפט העליון ביום 18.10.2023 (נספח 68 לתצהיר הגנה אלרט). בין לבין, ביום 3.7.2023, הורה בית המשפט המחוזי על העברת התביעה העיקרית לבוררות המתקיימת לפניי, לאחר שהתקבלה הסכמת אן די אן לכך.

46. שני האירועים הנוספים שבמוקד תביעת אלביט נוגעים להצבת בית הירי הנייד של אן די אן בבא"ח מג"ב בסוף שנת 2022, ולמגעים שקיימה עם גורמים בבסיס בא"פ לכיש, לרבות הצעת מחיר "למיגון וקילטו"ז" מטווח בבסיס (נספח 15 לתצהיר אלרט). לטענת אלביט, גם באירועים אלו הפרה אן די אן את התחייבות אי התחרות בהסכם ההיפרדות.

(ב) התשלומים מכוח הסכם ההיפרדות

47. כאמור, בהסכם ההיפרדות התחייבה אלביט לשלם לדגן שלושה סוגי תשלומים: דמי היפרדות; תשלום שנתי מותנה בשנים 2021-2023; ותשלום עבור תניית אי התחרות, שחולק לתשלום בגין תקופת ההגבלה הראשונה ותשלום עבור הארכתה, אם תוארך. דמי ההיפרדות, התשלום המותנה עבור שנת 2021 והתשלום עבור תקופת ההגבלה הראשונה שולמו ביום 28.2.2021. התשלום השנתי המותנה עבור שנת 2022 שולם ביום 15.3.2023 (נספח 8 לתצהיר רואת חשבון חבה-לוי). בשלב זה נותרו אפוא התשלום עבור הארכת תקופת ההגבלה והתשלום המותנה לשנת 2023.

48. תקופת ההגבלה הראשונה נכנסה לתוקף ביום 28.2.2021. בהסכם ההיפרדות נקבע כי משכה יעמוד על 24 חודשים. הווה אומר, לפי ההסכם הייתה התקופה צריכה להסתיים ביום 28.2.2023. במועד זה, ובהמשך להתכתבות קודמת, שלחה באת כוח קבוצת אלביט לבאת כוח אן די אן מכתב שכוותרו: "הסכם מיום 21.1.2021 - הארכת תקופת ההגבלה / מימוש אופציה והודעת קיזוז" (נספח 15 לתצהיר הגנה דגן). במכתב צוין כי עמדת אלביט היא שתקופת ההגבלה תבוא לסיומה רק לאחר 24 חודשים שבהם "לא הופרה" התחייבות אי התחרות. לצד זאת צוין, כי "למען הזהירות בלבד" מודיעה אלביט על "ביצוע תשלום סכום של 1.8 מיליון ש"ח בגין מימוש האופציה הנתונה [לה] להארכת תקופת האופציה, וזאת, על דרך קיזוז הסכום האמור מן הסכומים אותם חבים מרשייך למרשותי (בין היתר כמפורט בכתב התביעה מטעם מרשותי, במסגרת הליך הבוררות)" (שם, ההדגשות במקור). ביום 1.3.2023 דחתה באת כוח אן די אן את האמור בהודעת באת כוח אלביט והשיבה כי "לאור האמור [...] ובהתאם לקבוע בהסכם ההיפרדות (על כל תנאיו וחובותיו), הרי שהאופציה להארכת תקופת ההגבלה לא נכנסה לתוקף [...]" (שם).

49. אשר לתשלום המותנה עבור שנת 2023 – אין חולק כי פעילות צה"ל במכללה עלתה על ההיקף הנדרש לצורך התקיימות התנאי בשנה זו (ראו נספח 16 לתצהיר הגנה דגן). לפיכך דרשה אן די אן כי יועבר לה התשלום בסך מיליון ש"ח. ביום 1.4.2024 שלחה באת כוח אלביט לבאת כוח אן די אן מכתב שבו טענה כי נוכח ההפרות הנטענות של הסכם ההיפרדות, אן די אן אינה זכאית לתשלום זה, ולמעשה עליה להשיב לאלביט את הסכומים שכבר שולמו לה (נספח 17 לתצהיר הגנה דגן). ביום 3.4.2024 השיבה באת כוח אן די אן כי היא דוחה את הטענות, וציינה כי הגישה לבנק דרישה לחילוט ערבות בנקאית שהעניקה אלביט לאן די אן לפי הסכם ההיפרדות. הערבות אכן חולטה, וסכום של מיליון ש"ח בצירוף מע"מ הועבר לאן די אן באפריל 2024.

50. למען שלמות התמונה אציין כי התשלומים המותנים עבור השנים 2022 ו-2023 הועברו לאן די אן במועד מאוחר להגשת כתב התביעה מטעם אלביט בהליך בוררות זה. היות שבין הצדדים שנויה מחלוקת בדבר זכאות אן די אן לתשלומים אלו, ביום 8.7.2024 נערך הסדר דיוני שלפיו יתוקן סכום תביעת אלביט ויתווסף לו סך של 2 מיליון ש"ח בגינם.

5. הליך הבוררות

51. כאמור, ביום 13.7.2022 הורה בית המשפט על מחיקת ההליכים בתביעת קבוצת אלביט נגד אן די אן וקליבר, והעברתם לבוררות בפניי. בהחלטה דומה מאותו יום נמחקה בהסכמה בקשה למינוי בורר שהגישה אן די אן נגד קבוצת אלביט (ראו: ת"א 12494-06-22 אן. די. אן. **השקעות בע"מ נ' מכללת תעש לאבטחה ולוט"ר** (13.7.2022)). לאחר מכן נפתח הליך הבוררות הנוכחי, ובהמשך צורפה להליך גם תביעת אן די אן השנייה.

52. בהליך זה מתבררות אפוא שלוש תביעות. **תביעת אן די אן הראשונה** עניינה בטענות על התנהלות אלביט במשא ומתן שקדם לחתימת הסכם ההיפרדות, ובטענות בדבר התחשבות הצדדים בתקופת המיזם המשותף. הסעדים המבוקשים בה הם סעדים כספיים בסך כולל של למעלה מ-50 מיליון ש"ח, וסעד הצהרתי לפיו תניית אי התחרות בהסכם ההיפרדות בטלה, בהיותה בלתי חוקית ונוגדת את תקנת הציבור. **תביעת אן די אן השנייה** עניינה בבקשה לצו מניעה שיאסור על אלביט לעשות שימוש במוצרי RS מחוץ לשטח המכללה. לחלופין מבקשת אן די אן **"כל סעד אחר אשר יבטיח את זכות ההפצה הבלעדית של [אן די אן] בקשר עם מוצרי RS"** (פס' 373 לסיכומי אן די אן). **תביעת אלביט** עניינה בטענותיה כי אן די אן הפרה את התחייבות אי התחרות בהסכם ההיפרדות. הסעדים המבוקשים בה הם סעד כספי בסך 4.2 מיליון ש"ח, השבת הרווחים שהפיקה אן די אן מההפרות הנטענות, וצו למתן חשבונות.

53. דיון מקדמי ראשון התקיים ביום 6.9.2022. בדיון הוסכם כי הבוררות תהיה כפופה לדיון המהותי ולדיוני הראיות, וכי לא תהיה כפופה לסדרי הדיון. כמו כן נקבעו בהסכמה מועדים להגשת כתבי הטענות בתביעות ההדדיות והוראות לגבי גילוי מסמכים. כתבי התביעה בתביעות ההדדיות הוגשו ביום 10.1.2023. כתבי הגנה הוגשו ביום 4.4.2023.

54. כפי שצוין, ביום 3.7.2023 הורה בית המשפט המחוזי על העברת תביעת אן די אן השנייה לבוררות דן. כתב הגנה בתביעה זו הוגש ביום 14.9.2023.

55. בהמשך הגישו הצדדים את ראיותיהם בכתב. בתביעת אן די אן הוגשו תצהירי תביעה מטעם דגן ומטעם רואת חשבון רוחמה אילוז (להלן – "רו"ח אילוז"), רואת החשבון של אן די אן. כמו כן הוגשה חוות דעת מומחה שחברה בידי רואה חשבון יובל זילברשטיין. קבוצת אלביט הגישה תצהירי הגנה מטעם אלרט, ורד, רחמים, עו"ד מאיר אורן (להלן – "עו"ד אורן"), יועצה המשפטי של תעש במועדים הרלוונטיים, ורואת חשבון מיטל חבה-לוי (להלן – "רו"ח חבה-לוי"), חשבת חטיבת היבשה באלביט מערכות יבשה. כמו כן הגישה אלביט חוות דעת מומחה שחברה בידי פרופ' אשר בלס. בהמשך, לבקשת אן די אן, ניתן צו להמצאת מסמכים שהופנה למשרד הביטחון, והוגשו תצהיר ותצהיר משלים מטעם עו"ד מורג מקייטן ממערך הייעוץ המשפטי למערכת הביטחון.

56. בתביעת אלביט הוגשו תצהירי תביעה מטעם ורד, אלרט ועו"ד אורן. אן די אן הגישה תצהיר הגנה מטעם דגן. קליבר הגישה תצהיר הגנה מטעם מנכ"ל החברה, מר שרון גת.

57. ביום 28.5.2024 התקיים דיון מקדמי נוסף שבו הוחלט כי התביעות יתבררו במאוחד. כמו כן הוחלט על מינוי מומחה מטעם הבורר שאינו מומחה בלעדי. בהמשך לכך מונה פרופ' חיים אסיאג (להלן – "אסיאג") כמומחה מטעמי. חוות דעתו הוגשה ביום 28.11.2024.

58. שמיעת העדויות החלה ביום 2.12.2024 והסתיימה ביום 4.3.2025, לאחר עשרה דיוני הוכחות. בין לבין, ביום 9.1.2025 ניתן פסק בוררות שדחה בהסכמה את התביעה נגד קליבר ללא צו להוצאות. סיכומים הוגשו באופן הדדי בשתי התביעות, בימים 11.8.2025, 30.4.2026, ו-2.7.2026. משחרגו סיכומי התשובה של אן די אן מההיקף שהוסכם, התרתי לאלביט להגיש התייחסות נוספת וממוקדת, שהוגשה ביום 9.8.2026.

59. משתמו ההליכים, הגיעה העת להכריע בתביעות.

60. אפנה עתה לסדר הדיון. תחילה יבוררו המחלוקות שביסוד תביעת אן די אן הראשונה. הסעד העיקרי שהתבקש בתביעה זו הוא פיצויי התאמה בגין הפרת חובתה של קבוצת אלביט לנהל משא ומתן בתום לב לפי סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן – "חוק החוזים"). טענת חוסר תום הלב נשענת על שני אדנים. הראשון – מצגי השווא הנטענים לגבי עסקת המילואים ומידור אן די אן מהמשא ומתן שהתנהל מול מערכת הביטחון. השני – טענות אן די אן בעניין ייחוס ההוצאות למיזם והתנהלות אלביט בקשר לכך. אדון אפוא תחילה בשתי טענות אלו, וכל אחת מהן תידון בפרק נפרד. לאחר מכן, על יסוד הממצאים שייקבעו, אבחן את הטענה לחוסר תום לב במשא ומתן ואת הסעד המתאים, אם בכלל.

61. לאחר מכן, אדון בטענתה החלופית של אן די אן לפגמים בכריתת הסכם ההפרדות המקימים לה זכות לבטלו. במסגרת זו יידונו טענות אן די אן לכפייה, עושק, טעות והטעיה. נוכח דחיית טענות אלה, אמשיך ואבחן את טענתה החלופית הנוספת של אן די אן לזכותה להשבה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן – "חוק עשיית עושר ולא במשפט"). לאחר מכן יידונו תביעת אן די אן לתשלום כספים שלא שולמו לה בגין תקופת השותפות, ותביעתה לצו מניעה בעניין השימוש בקלט"זים מחוץ לשטח המכללה (תביעת אן די אן השנייה).

62. לבסוף תידון סוגיית אי התחרות. תחילה אכריע במחלוקת בעניין פרשנות תניית אי התחרות ובטענת אן די אן כי יש להורות על בטלותה. בהתאם לתוצאה אמשיך ואבחן את הטענות להפרת תניית אי התחרות בארבעת המקרים שאליהם התייחסה אלביט בתביעתה.

63. ומכאן הערה מקדימה, שעניינה בהיקף הטענות. הצדדים פרשו יריעה רחבה מאוד. בכלל כך הועלו טענות רבות, חלקן חופפות, חלקן חוזרות בניסוחים שונים. בנסיבות אלה אין אפשרות מעשית – ואף אין צורך – להתייחס במפורש לכל טענה וטענה. אתמקד בעיקרי המחלוקת ובטענות הדרושות להכרעה.

64. ויודגש: אם טענה מסוימת לא זכתה להתייחסות מפורשת, אין להסיק מכך שנעלמה מעיניי. יש להניח כי נבחנה, אך נמצא שאין בה כדי לשנות את התוצאה. לעיתים הטענה קיבלה מענה בעקיפין, באמצעות ממצא עובדתי או מסקנה משפטית שנדונו במפורש. כך גם כאשר הטענה נסמכת על תשתית שכבר נדונה, או כאשר היא נטמעת בתוך טענת-על שנבחנה והוכרעה.

ג. האם הוסתר מדגן מידע לגבי עסקת אימון המילואים

65. כאמור, יסוד מרכזי אחד שעליו מושתתת טענת חוסר תום הלב הוא הסתרת מידע על עסקת המילואים המתגבשת ומידור דגן מהמשא ומתן. אציג תחילה את טענות הצדדים בתמצית. לאחר מכן אקבע ממצאים לגבי ידיעתו של דגן בעניינים המרכזיים העולים מהטענות: הפיילוט שהתקיים בספטמבר 2020; מסמך ה-SOW; מסמך הצעת המחיר והיקף ההתקשרות הצפוי לשנת 2021; והצפי להמשך ההתקשרות לאחר שנת 2021.

1. תמצית טענות הצדדים

טענות אן די אן

66. עיקר טענות אן די אן הוא כדלקמן:

א. פיילוט המילואים התקיים מבלי שקבוצת אלביט שיתפה את דגן או עדכנה אותו בפרטים מהותיים. כעשרה ימים לפני הפיילוט, העובדות היחידות שהיו ידועות לדגן הן: התאריך שנקבע; העובדה שמונה פרויקטור מטעם קחצ"ר להובלת הפיילוט; העובדה שההתקשרות שעל הפרק היא לשנה אחת שאחריה ייערך מכרז; העובדה שההכשרה מיועדת ליחידות חי"ר והנדסה במילואים; והעובדה שביום 26.8.2020 יתקיים דיון שבו תסוכם מתכונת הפיילוט.

ב. דגן מודר מפגישות שונות בעניין עסקת המילואים, ובפרט בעניין הפיילוט. יש לדחות את טענת אלביט לשיתופו, המסתמכת על נוכחותו הנטענת ברשימת הפגישות שהוזכרה בהודעות דוא"ל שנשלחו בידי רחמים ועו"ד אורן בימים 26.8.2020 ו-15.9.2020. בהתאמה. רוב פגישות אלו התקיימו בסמיכות לפיילוט. שתי הפגישות המוקדמות לא היו משמעותיות ולא היה בהן מענה לדרישת דגן

למידע בעניינים מקצועיים ועסקיים. רחמים למעשה אישר בתצהירו כי דגן הודר מדיונים, כשציין שדגן הוזמן ל"רוב" הדיונים הרלוונטיים, ולא לכולם.

ג. בעניין ה-SOW הוכח כי לכל המאוחר ביום 20.12.2020 החזיקה אלביט בגרסה 4.6 של המסמך, היא הגרסה הסופית. בניגוד לטענת אלביט, דגן לא קיבל לידיו בזמן אמת את ה-SOW הסופי או טיוטות קודמות שלו. טענת אלביט כי לדגן נמסרה טיוטה של ה-SOW במהלך פגישה בנובמבר 2020 לא הוכחה. טענה זו לא נתמכה בראיות, ויש לדחותה גם נוכח חוסר מהימנותם של עדי אלביט. יתר על כן, בעניין העסקה לאימון חיילי הסדיר העבירה אלביט את ה-SOW בדוא"ל. יש להניח כי אילו הייתה מעוניינת להעביר את ה-SOW לגבי המילואים, הייתה עושה זאת בדרך דומה.

ד. אלביט הסתירה מדגן מידע על התקדמות המשא ומתן מול משרד הביטחון. נכון לנובמבר 2020 הציגה אלביט לדגן מצגים מתעתעים, שלפיהם המגעים בנושא המילואים בוסריים ולוטים בערפל. זאת ועוד, בדצמבר 2020 נוהל מול צה"ל משא ומתן מתקדם שהוסתר לחלוטין. הדבר עולה מגרסה 4.6 של ה-SOW, וממסמך הצעת המחיר. במסמך הצעת המחיר נכתב במפורש "בהמשך לדיונים שהתנהלו לאחרונה [...] להלן סיכום המחירים והתנאים כפי שסוכמו במו"מ". גם ממסמכים שהוגשו מטעם משרד הביטחון עולה כי ביום 15.12.2021 התקיים משא ומתן עם אלביט בקשר לפטור ממכרז שניתן ביום 14.1.2021 בסכום של 50 מיליון ש"ח. כאמור, מדובר במשא ומתן שהוסתר מדגן.

ה. ביום 20.12.2020, שבו נשלחה הצעת המחיר, נחתם למעשה הסכם עם צה"ל לאימון מערך המילואים בשווי עשרות מיליוני שקלים. על אף שבכותרת המסמך המילה "הצעה", תוכנו מלמד על סיכומים מהותיים ומחייבים שאליהם הגיעו הצדדים. טענות אלביט כאילו בשלב זה עוד שרר חוסר ודאות לגבי עתיד ההתקשרות והיקפה – הופרכו.

ו. בפגישה מיום 7.3.2022 עימת דגן את ורד עם הטענה שהיקף ההתקשרות עם צה"ל הוסתר ממנו, וטען כי לא היה חותם על הסכם ההיפרדות אילו ידע את מלוא הפרטים. הוכח כי באותה פגישה המשיך ורד לנסות להטעות את דגן, וטען כי לא הייתה הזמנה, כל שכן הזמנה על סך 50 מיליון ש"ח, במועד החתימה על הסכם ההיפרדות. אף כשדגן שאל מפורשות מה היו הכנסות אלביט מהמיזם בשנת 2021, הסתיר ממנו ורד את האמת וטען שההכנסות היו כ-17 מיליון ש"ח בלבד.

טענות קבוצת אלביט

67. עיקר טענות קבוצת אלביט הוא כדלקמן:

א. טענת דגן בדבר הדרתו מהפיילוט הועלתה ונענתה בזמן אמת. הוכח כי דגן נכח בשורה ארוכה של פגישות בקשר למגעים שהתקיימו עם צה"ל בכלל, ובקשר לפיילוט בפרט. אן די אן לא הוכיחה כי התקיימו פגישות נוספות שדגן מודר מהן.

ב. אן די אן לא הוכיחה כי היו בידי קבוצת אלביט נתונים כלכליים לגבי הפיילוט שלא שותפו עם דגן. מתכונת הפיילוט סוכמה רק לאחר דיון עם גורמי צה"ל ביום 26.8.2020. הפיילוט התקיים ביום 3.9.2020. יש לדחות אפוא את טענת דגן שנתונים שותפו עמו ברגע האחרון, שכן מתכונת הפיילוט ממילא לא נקבעה לפני כן.

ג. טיוטת גרסה 4.5 של ה-SOW נמסרה לדגן בפגישה שהתקיימה ביום 24.11.2020 בהשתתפות ורד, רחמים, דגן ומי שלטענת אלביט היה יועצו של דגן – אלון בדש (להלן – "בדש"). מסירת המסמך הוכחה בראיות שונות, ובהן עדויות עדי אלביט, הימנעות דגן מלזמן את בדש לעדות, והעובדה שדגן חדל לבקש את המסמך לאחר מועד זה. נוסף על כך הוכח כי בפגישה מיום 2.12.2020 נדונו עלויות אימון פלוגה לפי ה-SOW, כך שברור שבמועד זה היה המסמך בידי דגן.

ד. בבוררות התברר כי דגן הוא "מקליט סדרתי" (פס' 110 לסיכומי ההגנה של קבוצת אלביט). מכשיר הטלפון שלו הקליט באופן אוטומטי כל שיחה, והוא הקליט מיוזמתו פגישות שונות עם אנשי קבוצת אלביט. בגילוי המסמכים העביר דגן הקלטות של שלוש פגישות ושיחה אחת בלבד מהתקופה הרלוונטית. יש להניח כי הקליט פגישות ושיחות טלפון נוספות, ובהן את הפגישה מיום 24.11.2020 שבה נמסר לו ה-SOW. יש להסיק כי דגן נמנע ממסירת הקלטות אלו מכיוון שהן סותרות את גרסאותיו.

ה. מסמך הצעת המחיר הוא הצעת מחיר בלבד, ולא חוזה מחייב. דגן הכיר את המסמך. לכל הפחות ידע כי צפויה להיות מוגשת הצעת מחיר, וידע את תוכנה. בפרט ידע שעל הפרק עמדה התקשרות לאימון 400-600 פלוגות בשנת 2021, וכי המחיר לפלוגה הוא כ-90,000 ש"ח. מנתונים אלו יכול היה לחשב בקלות את סדר גודל ההתקשרות. נוסף על כך ידע דגן על המשא ומתן שהתקיים עם משרד הביטחון בדצמבר 2020.

ו. בסוף דצמבר 2020 הייתה ודאות גבוהה להתקשרות ראשונית בהיקף של כ-15 מיליון ש"ח. אולם לגבי ההמשך לא הייתה ודאות. המשך תקצוב הפרויקט היה תלוי בשביעות רצון המתאמנים וצה"ל מהאימונים. מדובר היה באתגר משמעותי עבור המכללה, ועמידתה בו אינה דבר מובן מאליה. לצד זאת, הצפי היה כי לאחר שנה יצא משרד הביטחון למכרז, דבר שהגדיל את הסיכון במיזם. דגן הכיר סיכונים אלו, ולמעשה הוא עצמו העריך שהפרויקט יימשך שלוש שנים. החלטתו לחתום על הסכם ההיפרדות הייתה החלטה מודעת והתקבלה על רקע סיכונים אלו.

ז. לדגן קשרים ענפים במערכת הביטחון. במקרים שונים ניהל קשר עצמאי וישיר עם גורמים רלוונטיים ונחשף למידע דרכם. יש לדחות את העמדה העולה מטענותיו, שלפיה היה תלוי בקבוצת אלביט בלבד לצורך קבלת מידע.

ח. פגישת דגן עם ורד מיום 7.3.2022, שהוקלטה בידי דגן, מחזקת את טענות אלביט. ראשית, בפגישה העלה דגן במפורש את טענתו כי במעמד החתימה על הסכם ההיפרדות כבר הייתה לאלביט הזמנה בסך 50 מיליון ש"ח מצה"ל. בבוררות טען דגן כי מסמך הצעת המחיר נודע לו רק עם מסירתו ממשרד הביטחון בשלהי שנת 2024. אולם טענתו בשיחה זו מלמדת כי המסמך, או לפחות תוכנו,

היו ידועים לו הרבה לפני כן. שנית, אמירת ורד, שלא ידע כי הוא מוקלט, שבמועד החתימה על הסכם ההפרדות הייתה על הפרק הזמנה בסך כ-15 מיליון ש"ח בלבד – מדויקת ותואמת את ההזמנה שהתקבלה מצה"ל בינואר 2021. אמנם, אין חולק כי אמירת ורד שהכנסות אלביט מהמיזם בשנת 2021 הסתכמו בכ-17 מיליון ש"ח לא הייתה מדויקת. עם זאת אין מדובר בניסיון להטעות את דגן, שהרי זמן קצר לאחר השיחה נמסר לו אישור חשבונאי המציין במפורש כי היקף פעילות המכללה מצה"ל בשנת 2021 עמד על 42.7 מיליון ש"ח. מדובר היה בטעות בתום לב.

2. הפיילוט מיום 3.9.2020

68. אקדים ואומר כי לא מצאתי ממש בטענות דגן לגבי הפיילוט. מחומר הראיות עולה כי הוא היה מודע לפיילוט ומעורב בתכנונו ובהפקת הלקחים ממנו. ייתכן כי בין הצדדים נתגלעו מחלוקות על דרך ההתנהלות בעניין הפיילוט, אולם לא הוכח כי אלביט הסתירה מדגן מידע כלשהו. קל וחומר שלא הוכחה הגרסה הקיצונית של הטענה, לפיה **"לדגן נודע על פיילוט המילואים [...] בסמוך לקיומו, ללא תיאום או עדכון מקדים [...]"** (פס' 54 לסיכומי אן די אן). אפרט עתה את המסד הראייתי למסקנתי זו.

69. טענות דגן על מידורו עלו לראשונה כשבועיים לפני קיום הפיילוט, בהודעת דוא"ל ששלח לרחמים ביום 20.8.2020. בהודעה ציין דגן: **"לאור ההיערכות ולקראת התקשרות עם צהל אימון חיילי מילואים, ולקראת הפיילוט [...] אין לי שום נתון מקצועי ונתון עיסקי וכלכלי כולל הפילוט! ועל מנת לוודא שהמיזם מסוגל ויכול לתמוך בדרישת הלקוח ולהשאר ריווחי (כלומר, שישתלם מבחינה עסקית להביא את הלקוח). תעביר לי זימונים לכול המפגשים עם הלקוח הן בנושא הדרישות המקצועיות [...] וגם כמובן בנושא התמחיר [...] אי זימון / ידוע שלי לפעילות מול לקוח פוטנציאלי למיזם הינה הפרה בוטה [...]"** (נספח 32 לתצהיר דגן). במענה השיב רחמים כי דגן חשוף לכל הפעילויות מול הלקוח. עוד ציין כי לפחות פעם בשבוע מתקיימת פגישה שבה נמסר עדכון על המגעים (שם).

70. ביום 24.8.2020 התקיימה פגישה בהשתתפות דגן, בדש, אלרט, מירילא ורחמים. מסיכום הפגישה ששלח רחמים למשתתפים עולה כי מעבר לתאריך הפיילוט נותרו פרטים שונים שטרם סוכמו. עוד עולה כי ביום 26.8.2020 יתקיים דיון עם הלקוח, שבו תסוכם מתכונת הפיילוט (שם). למחרת, שלח דגן לרחמים הודעת דוא"ל נוספת. בהודעה ציין כי במהלך הפגישה הופתע לגלות על **"סדרה ארוכה של פגישות ותיכנונות"** בין רחמים למז"י, שלגביהן עודכן רק בדיעבד ובאופן חלקי. עוד ציין דגן כי אינו מאשר **"שום התחייבות הגוררת משמעות כספית ללא תיאום ואישור"**. היות שהוא מניח שרחמים מכיר את דרישות הלקוח, ביקש דגן **"שנגיע להסכמה מבעוד מועד, בכל הקשור לביצוע הפיילוט, [אם] בכלל, והמשמעות הנגזרות מכך"** (שם).

71. למחרת השיב רחמים שוב כי דגן מקבל עדכונים מלאים ושוטפים. אשר לטענת ההדרה מפגישות בעניין הפיילוט, הוסיף רחמים רשימה של דיונים עם נציגי מערכת הביטחון שדגן השתתף בהם. בכלל זה הוזכרו: ביקור הרמטכ"ל ב-30.6; דיון עם נציג מנה"ר שבו הוצג הפיילוט מיום 20.7; דיונים מהימים 11-13.8 בנוכחות גורמים שונים ממערכת הביטחון, לרבות דיון **"עם כלל גורמי הצבא בהובלה של מקחצ"ר"**; ודיון מה-26.8 (יום שליחת הדוא"ל), שבו צוין כי **"תכולות האימון לפיילוט עדיין לא מסוכמות ונדרש אישור"**

קחצ"ר". להודעה זו השיב דגן בלי להתייחס לגופם של דברים: **"כמו שדיברנו, הגורם היחיד שאני עובד מולו זה מנכ"ל המכללה, ולכן אני לא מקבל את תוכן המייל הזה"** (שם).

72. בהמשך לכך שלח דגן הודעת דוא"ל לאלרט. בהודעה מחה דגן שלא עודכן על **"המרכיבים העסקיים והכלכליים של הפיילוט"** ולא שותף בהכנת התחשיב הכלכלי. בסיום ההודעה כתב: **"על פי הזכויות אותן מעניק לי ההסכם, אני לא מאשר את קיום אימון הפילוט. ברגע שיהיו בידי כל הנתונים הסופיים אסייע להוציא הצעת מחיר מסודרת לאישור הלקוח"** (נספח 13 לתצהיר הגנה אלרט, ההדגשה במקור).

73. ביום 31.8.2020 התקיימה פגישה בהשתתפות דגן, בדש, רחמים, אלרט ומירילא. לפי סיכום אישי שערך רחמים, נמסר בפגישה עדכון על ישיבה עם קחצ"ר, שבה אושרו לוח הזמנים והמתווה לפיילוט. עוד צוין בסיכום כי לבקשת דגן נדון בפגישה מבנה העלויות של הפיילוט. דגן הודיע שהמבנה שהוצג אינו מקובל עליו, ושיש עלויות שונות שלא הוזכרו. כמו כן מחה דגן על כך שגורמי המכללה מסתירים ממנו מידע. עוד צוין כי ישקול לפנות לבית המשפט למתן צו מניעה נגד הפיילוט (נספח 15 לתצהיר רחמים; הסיכום לא נשלח לדגן בזמן אמת, אך בסיכומיו הוא לא חלק על הדברים – ראו פס' 116 לסיכומי אן די אן).

74. לאחר הפגישה שלח מירילא הודעת דוא"ל לדגן עם קובץ ששמו **"דוגמת תמחיר לפיילוט 3.09"**. בהודעה נכתב: **"בהמשך לישיבה שהתקיימה היום בה בנינו ביחד עימך את הקובץ המצורף שולח לך את הקובץ לבקשתך"** (נספח 14 לתצהיר רחמים). בסיכומיו טוען דגן כי הקובץ לא נבנה עמו, וממילא **"אין בנתונים אלו כל מידע אמיתי/ריאלי, בוודאי לא ברמת ההוצאות ההכרחיות והוודאיות שיש למיזם בגין קיום הפיילוט"** (פס' 114).

75. הפיילוט התקיים ביום 3.9.2020 והוגדר כהצלחה. ישיבת סיכום התקיימה ביום 9.9.2020 בנוכחות דגן. למחרת שלח בא כוחו דאז של דגן הודעת דוא"ל לרחמים, שאליה כותבו גם אלרט, מירילא ועו"ד אורן (נספח 33 לתצהיר דגן). בהודעה הועלו טענות שונות בעניין התנהלותו של רחמים. בין היתר נטען כי רחמים פועל בניגוד להוראות הסכם המיזם בדבר שקיפות ושיתוף בעניינים הקשורים לשיווק, ניהול משא ומתן, והתקשרות בעסקאות. במכתב נטען שוב כי דגן מודר מפגישות עם גורמים עסקיים. בסוף המכתב נדרש רחמים להעביר לדגן מיד את כל המידע על פגישות אלו ועל הליכי משא ומתן שנוהלו בלי השתתפותו.

76. ביום 15.9.2020 השיבה קבוצת אלביט למכתב באמצעות עו"ד אורן (שם). בתשובה הוכחשו שוב הטענות על הדרת דגן מהשיווק ומהמשא ומתן. עוד נטען כי הטענות עלו רק לאחר שהתגלע הסכסוך בעניין ההתחשבנות וייחוס ההוצאות. במכתב הוזכרה רשימה של 18 פגישות שבהן נכח דגן בין ה-30.6.2020 ל-13.9.2020 (לרבות פגישות שהוזכרו במכתבו של רחמים מה-26.8.2020).

77. הנה כי כן, לכל היותר ניתן לקבוע שבין דגן לגורמי קבוצת אלביט היו מחלוקות מקצועיות או עסקיות בעניין הפיילוט. ייתכן כי עמדתו של דגן לא זכתה למשקל הראוי לה לשיטתו, בין היתר בהתחשב בחובות קבוצת אלביט לפי הסכם המיזם. עם זאת, אין ראיה לכך שמדגן הוסתר מידע כלשהו.

78. טענות דגן ממוקדות בעיקר בכך שלא הובאו לפניו נתונים על עלויות הפיילוט והתשלום שנדרשה מערכת הביטחון לשלם עבורו (ראו למשל בפס' 54, 111 לסיכומי אן די אן). בסיכומי התשובה טוען דגן

במפורש: "עד עצם היום הזה לא ידוע מה המחיר שאלביט גבתה בגין הפיילוט עצמו, אלביט לא חשפה נתון זה ולא בכדי שכן אילו היינו יודעים אותו, הרי שהוא היה מתיישב היטב עם המחירים הקבועים במסגרת מסמך הצעת המחיר" (פס' 55). דא עקא, נתון זה מופיע בתחשיב שנשלח לדגן בעקבות הפגישה שהתקיימה ביום 31.8.2020. מהתחשיב עולה בבירור כי המחיר המבוקש לפלוגה עבור הפיילוט הוא 90,626 ש"ח (נספח 14 לתצהיר רחמים). מחיר זה אכן מתיישב היטב עם המחירים במסמך הצעת המחיר, עניין שיידון בהמשך. המסקנה היא שהמחיר הוצג לדגן.

79. נראה כי דגן לא הסכים לעלויות שהוצגו, וסבר שיש מידע נוסף המוסתר ממנו (פס' 116 לסיכומי אן די אן; ראו גם עמ' 327-330). על אף שבהודעת הדוא"ל שעמה נשלח התמחיר נכתב כי הוא נבנה יחד עם דגן בישיבה, בפועל התנגד דגן למבנה העלויות בו, כאמור בסיכום הישיבה שערך רחמים (נספח 15 לתצהיר רחמים). עם זאת אין בחוסר ההסכמה כדי לשנות מהמסקנה שמדגן לא הוסתר מידע לגבי הפיילוט. לטענת ההסתרה לא ניצק תוכן ממשי – לא בזמן אמת ולא במהלך הבוררות.

80. מכאן לטענתו של דגן כי הודר מפגישות. כאמור, במכתביהם של רחמים ושל עו"ד אורן נמנתה רשימה ארוכה של פגישות שבהן נכח דגן. דגן לא הכחיש את נוכחותו. טענותיו היחידות הן כי הוא אינו זוכר אם דובר על הפיילוט בביקור הרמטכ"ל מיום 30.6.2020 שהוזכר ברשימה, וכי לפגישה עם נציג מנה"ר הצטרף רק לקראת סופה. אשר ליתר הפגישות, סבור דגן כי אין בהן כדי לסתור את טענת ההדרה, שכן הן התקיימו כולן "בסמוך לקיום הפיילוט – קרי החל מ-11 לאוגוסט 2020" (פס' 106 לסיכומי אן די אן). עוד מפנה דגן לתצהירו של רחמים שבו צוין כי דגן נכח ברוב הדיונים הרלוונטיים. דגן מבקש לראות בכך הודאה שהודר מחלק מהדיונים.

81. דין הטענות להידחות. ראשית, יצוין כי דגן לא התייחס לפגישה שהתקיימה ביום 2.8.2020, אשר לפי מכתבו של עו"ד אורן נכחו בה דגן, אלרט וארז בן שאן וסוכם בה "מבנה ההתקשרות עם ארז בן שאן כמוביל מקצועי של הפיילוט". שנית – והוא העיקר: נוכח לוחות הזמנים שתוארו לעיל, אין פגם בכך שרובן המשמעותי של הפגישות התקיימו מיום 11.8.2020 ואילך. כזכור, מתכונת הפיילוט סוכמה רק לאחר הפגישה שהתקיימה ב-26.8.2020. גם לאחר מועד זה נדרש אישור נוסף של קחצ"ר, שהתקבל בימים שלאחר מכן. לא הונח יסוד לטענת דגן כי התקיימו פגישות נוספות, מוקדמות יותר או אחרות, שממן הודר.

82. דברי רחמים בתצהירו, שאליהם מפנה דגן, אינם משנים ממסקנה זו. בתצהיר נכתב: "לא רק שדגן הוזמן על ידו לרוב הדיונים הרלבנטיים, ועודכן על ידו לאורך כל הדרך, אלא שהוא גם עמד בעצמו בקשר ישיר עם גורמים בצה"ל, ובפרט עם הגורמים הרלבנטיים במז"י" (פס' 20). מהדברים עולה כי גם אם התקיימה פגישה רלוונטית שדגן לא נכח בה, מסיבה זו או אחרת, היה זה חריג – לא הכלל. יתר על כן, הובהר כי דגן עודכן על כך. לבסוף יצוין שהדברים לא נכתבו על הפיילוט באופן ספציפי. בחקירתו של רחמים צוין כי היו פגישות עם גורמים במשרד הביטחון שעסקו במחירים, שדגן לא השתתף בהן, אך עודכן לגביהן באופן שוטף (עמ' 885-886). ייתכן שהכוונה בתצהיר הייתה לפגישות אלו, שיידונו בהמשך. מכל מקום, המסקנה היא שלא הוכח קיומן של פגישות בעניין הפיילוט שממן הודר דגן, ולא הוכח כי הוסתר ממנו מידע כלשהו.

83. בין הצדדים שנויה מחלוקת בשאלה מתי הועברו גרסאות 4.5 ו-4.6 של ה-SOW לקבוצת אלביט, ומתי העבירה אותן אלביט לדגן – אם בכלל. אלביט לא הגישה בבוררות תיעוד של קבלת המסמכים ממשרד הביטחון או של העברתם לדגן.

84. גרסה 4.6 היא הגרסה הסופית של ה-SOW (נספח 36 לתצהיר דגן). בפתח הגרסה מופיעה טבלה שכותרתה **"מעקב מהדורות"**, הכוללת את התאריך המשוך לכל גרסה של המסמך. גרסה 4.6 מתוארכת ליום 14.12.2020. גרסה 4.5 מתוארכת ליום 9.11.2020. ואולם, בפתח גרסה 4.5 מופיעים תאריכי הבדיקה והאישור של המסמך (נספח 35 לתצהיר דגן). מהם עולה כי גרסה 4.5 אושרה אמנם ביום 9.11.2020, אך **"נבדקה"** ביום 15.11.2020 בידי גורם נוסף. היות שהתאריך 15.11.2020 מופיע במסמך עצמו, נראה כי המסמך הועבר לאלביט לכל המוקדם בתאריך זה.

85. כפי שעולה מהשתלשלות האירועים שתוארה בעניין הפיילוט, דגן חשד כי מוסתר ממנו מידע. ככל הנראה במהלך חודש אוקטובר 2020 החל לחשוד כי מערכת הביטחון העבירה לאלביט טיוטת מסמך SOW, וכי אלביט מסתירה זאת ממנו. הדברים באו לידי ביטוי מובהק בפגישה שקיים דגן עם רחמים ביום 25.10.2020, אשר הוקלטה בידי דגן. בעדותו הסביר כי עשה כן, בין היתר, בשל **"איזשהו חוסר אמון עם מר רחמים"** (עמ' 242). לאחר מכן התקיימו כמה פגישות נוספות, חלקן הוקלטו, וגם בהן נדון ה-SOW. אסקור להלן את ההתייחסויות לעניין בפגישות אלו, כדי להשיב על השאלה מה ידע דגן בכל שלב, ומתי הועבר לו המסמך, אם בכלל.

(א) גרסה 4.5 של ה-SOW

86. כפי שיובהר להלן, עיקר הראיות נוגע לגרסה 4.5. אתחיל אפוא מדיון בגרסה זו.

פגישה מיום 25.10.2020

87. בפגישה עדכן רחמים את דגן כי בצה"ל מדברים על התקשרות בסדר גודל של 3 פלוגות ביום וכ-400-600 פלוגות בשנה. עם זאת ציין שאינו יודע כמה כסף הוקצה לכך. הוא הוסיף כי דגן נכח בכל הפגישות שהתקיימו, וכי לא התקיימו פגישות שלא בנוכחותו. עוד הדגיש רחמים כי הוא מחכה ל**"בל"מ"** (בקשה להצעת מחיר) והוסיף: **"ברגע שהם בכלל יהיה איזשהו תהליך של בל"מ אני כמובן אודיע לך"** (נספח 37 לתצהיר דגן). דגן ביקש לוודא: **"כרגע אתה אומר שאין, כרגע אין, אין בל"מ בכלל נכון?"**. משהשיב רחמים בשלילה, הוסיף דגן: **"כרגע מה שדיברתי עם אודי וזה לא הועברו שום טיוטות, דפים לבנים, לא פורמליים [...]. לא העברתם? אתה, המכללה, אלביט, אתה"**. רחמים השיב בשלילה, ודגן המשיך לשאול: **"שום מסמך, SOW? [...]. בל"מ, לא כלום? [...]. שום דבר? [...]. שום דבר, לא באופן פורמלי לא בכך פורמלי? [...]. שום דבר?"**. בתשובה ניסה רחמים להרגיע את דגן: **"לא. אני גם אמרתי לך בפעם הקודמת ואני אומר לך גם עכשיו. אני סיכמתי את זה גם עם אודי. ברגע שיהיה משהו זה, נשב איתך"**. אולם גם הסבר זה לא הניח את דעתו של דגן, והוא הוסיף לשאול: **"לא התקבל שום חומר? [...]. לא. לא מהצבא לא משום גורם צבאי כן? [...]. לא שום גורם צבאי, בסדר, או, בסדר. חוץ מזה גם לא התקבל, אין, לא תואמו שום פגישות שום דבר עם מנה"ר?"** [...]. אז אתה אומר שנכון להיום לא עברו שום, לא פורמלי כן פורמלי [...]. אז אתה

אומר שאין שום, בסדר. לא באופן פורמלי, לא פורמלי, לא קיבלתם שום מסמך [...] לא התקבל שום דבר על כמה, איך יהיה המבנה של המילואים, כמה מטווחים [...] אין שום דבר אתה אומר."

88. לאחר שאלות נוספות הסביר רחמים: "אני אגיד לך את התהליך שאני רואה לפחות בעיניים שלי. אני מחכה שבאמת נדע כמה תקציב יש לנו. בלי לדעת כמה תקציב יש להם אני חושב שלא יהיה חכם מצדנו לעשות איזשהו תהליך. אחרי שנדע מה התקציב שלהם נחכה לבל"מ ועם הבל"מ נוכל לשבת כי אז נקבל גם SOW מסודר". דגן שוב ביקש לברר: "כרגע אין שום דבר. [...] וגם לא התקבל שום דבר?" (נספח 37 לתצהיר דגן). רחמים המשיך להשיב כי לא התקבל שום מסמך.

89. בסיכום פגישה פנימי ששלח רחמים לגורמים בקבוצת אלביט צוינו העדכונים שנמסרו לדגן בפגישה: "לידיעתנו במסגרת תכנית 'גלגלי תנופה' יש כוונה לתקצב את הפרויקט של אימוני המילואים במכללה. התקציב לא ידוע לנו. בשלב זה לא התקבל בל"מ. ברגע שיתקבל בל"מ נתאם עימו את המחירים שיוגשו למשרד הביטחון. לא התקבל SOW רישמי ממנה"ר". (נספח 23 לתצהיר רחמים).³

90. בחקירתו הנגדית של דגן, ביקש ממנו בא כוח אלביט להסביר מדוע חשב שיש בידי רחמים מסמך SOW. דגן השיב כמה פעמים כי שמע "התלחששויות" על כך (עמ' 251 ואילך). עוד טען כי הוא אינו זוכר מה היה מקור ההתלחששויות. בא כוח אלביט הציג לו השערה כי שמע "שהצבא מתקדם עם ה-S.O.W, שיש גרסה ויש חתימות ושמעת את זה בצבא ולא במכללה". על כך השיב דגן: "אני שמעתי איזשהו התלחששויות אבל מן הסתם אני שותף אני לא צריך לבוא ולשמוע את זה בשמועות. בשביל זה באתי לשותפים שלי, מבחינתי רחמים הוא זה ששאלתי ושאלתי אותו".

פגישה מיום 4.11.2020

91. ביום 4.11.2020 התקיימה פגישה נוספת של דגן עם רחמים ועם אלרט. גם פגישה זו הוקלטה בידי דגן. בפגישה נדונו היבטים שונים של עסקת המילואים, לרבות הצורך להרחיב את המתקנים הקיימים. בתחילת הפגישה הציג רחמים "הנחת יסוד", שלפיה ההתקשרות צפויה להיות בהיקף של עד 400 פלוגות בשנת 2021. לצד זאת הוסיף רחמים: "אנחנו עד היום לא קיבלנו איזשהו SOW רשמי. אין לנו היום מסמך רשמי שאומר 'הנה זה הדרישות שלנו, זה חלוט, זה סופי'. יש כל מיני דיבורים אבל לא מסמך של הצבא שאומר הנה תראה [...]". (נספח 37 לתצהיר דגן). דברים ברוח דומה ציין אלרט, כשנדון אפיון תוספת הבנייה הנדרשת לטובת ההתקשרות: "אין לי מטרואז' אין לי, לא קיבלנו ב-SOW ולא דיברו איתנו ואנחנו לא יודעים" (שם). לבקשת דגן, לאחר הפגישה שלח לו רחמים פירוט של ההוצאות עבור יום אימון לפלוגת מילואים. בקובץ המצורף צוין: "הנחות היסוד והתמחור מבוססות על מידע לא רישמי, עדיין לא התקבל SOW רישמי מהלקוח" (נספח 24 לתצהיר רחמים).

פגישה שתאריך קיומה שנוי במחלוקת

³ למעט אם צוין אחרת – ההדגשות בציטוטים אינן במקור.

92. בין דגן לרחמים התקיימה פגישה נוספת שהוקלטה. הצדדים חלוקים על תאריך קיומה. בתצהיר דגן נטען כי מדובר בפגישה מיום 15.12.2020 (פס' 79.4). בסיכומי אלביט נטען כי התאריך אינו מדויק. מתוכן ההקלטה, כך נטען, עולה שהפגישה התקיימה בין יום 15.11.2020 ליום 19.11.2020 (פס' 159-177). אן די אן לא התייחסה לטענות אלו בסיכומי התשובה. גרסתה של אלביט עדיפה בעיניי, כפי שאסביר להלן.

93. בתחילת הפגישה ציין דגן כי ורד מסר לו שרחמים היה במנה"ר, וכי רחמים יעדכן אותו על תוכן הפגישה. עוד הוסיף דגן, כי "חוץ מזה [ורד] אמר לי שתעביר לי כל מה שיש לך מסמך כאילו שהצבא רוצה כאילו לתכולות של האימון של המילואים" (נספח 37 לתצהיר דגן). רחמים השיב כי הפגישה במנה"ר הייתה קצרה מאוד, וכי הפעילות נעצרה בעקבות עתירה של חברה מתחרה. ניכר כי דגן לא היה מרוצה מהתשובה וחשד כי רחמים מסתיר ממנו מידע: "תראה רחמים [...] אני סיכמתי עם אודי, בסדר, שאנחנו עכשיו מתנהלים בשקיפות ובהגינות כולם ביחד בסדר? הוא נתן לי את המילה שלו [...] ואיך אומרים? הוא גם אמר לי שתקבל את זה. אז בוא נפסיק כאילו עם הסיבובים האלה [...] (שם).

94. לאחר מכן החל דגן לחקור אם נמסרו לרחמים מסמכים מהצבא, ובפרט מסמך תכולות. רחמים טען בשיחה שלא הועבר מסמך רשמי. עוד אמר כי דגן יודע מה התכולות שעליהן מדובר. דגן טען שאינו יודע. רחמים השיב: "אני מסביר לך [...] שהם מבקשים לכל פלוגה שני מטווחים, 270 שני מטווחים למטה, 4 strip-ים". לשאלת דגן אם הדברים נמסרו בעל פה השיב רחמים: "בעל פה, היו כל מיני טיוטות אבל לא היה משהו רשמי". דגן דרש שיועברו אליו הטיוטות. רחמים התעקש שדגן עוסק ב"פרוצדורות" אך יודע את כל הפרטים.

95. דגן המשיך להתעקש על קבלת הטיוטה, ורחמים השיב: "אתה רוצה שאני אעביר לך את המסמך? [...] אני אעביר לך, שב. אני אעביר לך [...] אני בודק מה יש לי ואני מעביר לך, בסדר? אני בודק מה יש לי [...] את כל המהויות של המסמכים והתרשומות אתה יודע. אין שום דבר שאתה לא יודע תאמין לי. שום דבר. אפילו לא אפס קצהו של עניין. אתה יודע בדיוק כמה מתקנים הם רוצים, אתה יודע איזה תכולות הם רוצים, אתה יודע איפה הם רוצים. הכול אתה יודע. [...] אני קודם כל צריך לראות בכלל מה יש לי. אני לא זוכר אפילו שקיבלנו אותה. אבל אם יש לי משהו כזה, תקבל אותו [...] אין לי מה להסתיר ממך דן. אמרתי לך את זה כבר אלף פעם. אתה כל הזמן חושב שמסתירים. אם יש משהו אני, אני אבדוק אם קיבלנו משהו לא רשמי. אם יש משהו כזה אני מעביר לך".

96. כמה אינדיקציות מלמדות כי השיחה התקיימה בימים 15.11.2020 – 19.11.2020, כטענת אלביט, ולא ביום 15.12.2020 כנטען בתצהיר דגן. ראשית, בדיון מתייחס דגן לכך ש"ביום חמישי מנה"ר הולך לסיור במ.א." (הכוונה לחברה המתחרה, מ.א. רוי). דגן לא הצביע על סיור כזה שהתקיים לאחר ה-15.12.2020. לעומת זאת, בשיחת טלפון מוקלטת בין דגן לורד מיום 18.11.2020⁴ מתייחס ורד ל"סיור שמחר עושים במ.א. רוי, היועץ המשפטי של המשרד ביחד עם נציג מנה"ר". יום 19.11.2020 חל ביום חמישי. הדבר מתיישב עם אמירת דגן כי הסיור במ.א. רוי יערך ביום חמישי. נוסף על האמור, ביום 7.12.2020 שלח עו"ד מקייטן ממשרד הביטחון מכתב לב"כ מ.א. רוי בעניין הפטור שניתן למכללה. במכתב מתייחס עו"ד מקייטן

⁴ אן די אן טענה כי שיחה זו התקיימה ב-19.11.2020, אולם כפי שיובהר בהמשך נראה כי המועד הנכון הוא ה-18.11.2020.

ל"ביקור שנעשה במתקני מרשתכם" (נספח 9 לתצהיר הגנה עו"ד אורן). הווה אומר, אין חולק כי נערך ביקור במתקני מ.א. רוי לפני יום 7.12.2020. מהמכתב לא עולה כי צפוי להיערך ביקור נוסף.

97. שנית, בפתח השיחה מסר דגן לרחמים כי שוחח עם ורד וכי **"היום הוא גם סופסוף התחיל להעביר נכון את החומר [...] לרוחמה [רו"ח אילוז – י.ע.]"** (נספח 37 לתצהיר דגן). אלביט מצביעה על הודעת דוא"ל ששלחה רו"ח חבה-לוי לרו"ח אילוז ביום 16.11.2020, ובה נתונים שונים שהתבקשו (דגן/9). לטענת אלביט, זהו החומר שאליו התייחס דגן בדבריו. בחקירתו הכחיש דגן זאת, אך לא ידע להפנות לחומר אחר שהתקבל. בפרט לא הפנה דגן לחומר שהועבר ביום 15.12.2020 – היום שבו התקיימה לדבריו הפגישה. תחת זאת השיב כי **"צריך לבדוק את זה"** (עמ' 283). אולם גם בסיכומים ובסיכומי התשובה מטעם אן די אן אין הפנייה לחומר אחר, שהועבר במועד התואם את עמדתה בעניין מועד השיחה.

98. עוד יצוין כי לפי תצהיר ורד, ביומנו מופיעה ביום 15.12.2020 פגישה בהשתתפות דגן, רחמים, אלרט, עו"ד אורן ומר קובי קגן מאלביט (פס' 72 לתצהיר הגנה ורד). סביר להניח כי אילו התקיימו פגישה זו והפגישה עם רחמים באותו יום, הדבר היה עולה בשיחה. עם זאת יצוין כי לא צורף תיעוד המלמד על קיומה של פגישה זו או על הדברים שנאמרו בה.

99. לבסוף יצוין כי דגן לא הציג כל ראיה התומכת בכך שהפגישה עם רחמים התקיימה ביום 15.12.2020. יודגש: שם הקובץ של הקלטה זו אינו כולל את תאריך הפגישה, בניגוד לחלק מההקלטות האחרות שהגיש דגן. דגן לא ידע להסביר זאת בעדותו, וטען כי **"יכול להיות שמשו במכשיר עצמו הוא לא הוציא את הזה"** (עמ' 273). אף שנשאל על כך כמה פעמים, עמד דגן על תשובתו. הוא לא הסביר כיצד ייתכן שבחלק מהפגישות מוציא המכשיר לכאורה שם קובץ הכולל תאריך, ובחלק – לא (עמ' 273-274). לטענתו, הוא יודע את תאריך ההקלטה **"לפי פגישה שהייתה לי עם רחמים כהן"** (עמ' 274). כשנשאל איך ידע בעת כתיבת התצהיר שזה תאריך הפגישה השיב: **"כי אודי ורד שלח לי זימון שאני אפגש עם רחמים כהן ב-15.12 [...] לדעתי מהמשרד של אודי ורד שלח לי, זימון לי פגישה עם רחמים כהן"**. טענה זו נטענה בלי תיעוד. ממילא לא הובהר אם לא היו פגישות אחרות עם רחמים.

100. כוחן המצטבר של אינדיקציות אלה מביאני להעדיף את גרסת אלביט. אני קובע אפוא שהפגישה המוקלטת התקיימה בין יום 15.11.2020 ליום 19.11.2020. למעשה, ניתן לקבוע כי הפגישה התקיימה ביום 16.11.2020, נוכח ההתייחסות לחומר שנשלח באותו יום לרו"ח אילוז. למשמעויות קביעה זו אשוב בהמשך.

שיחת טלפון בין דגן לורד

101. דגן הפנה בתצהירו לתמלול שיחת טלפון בינו לבין ורד שנערכה, לטענתו, ביום 19.11.2020. אלביט טוענת כי השיחה התקיימה ביום 18.11.2020. לפי תצהיר ורד, מהשיחה עולה כי היא התקיימה במקביל ליום חשיפה למג"דים במכללה, שהתקיים בתאריך 18.11.2020 (פס' 41 לתצהיר הגנה ורד). כמו כן, כפי שצינתי, בפגישה בין רחמים לדגן שתוארה לעיל התייחס דגן לסיוור במ.א. רוי שצפוי להתקיים ביום חמישי של אותו שבוע. בשיחת הטלפון עם ורד מדבר ורד על סיוור שיתקיים במ.א. רוי **"מחר"**. קיומה של השיחה ביום רביעי 18.11.2020 – מתיישב טוב יותר עם דברים אלו.

102. ומכאן לתוכן השיחה. בפתח השיחה מתריע דגן כי הוא הולך "להפעיל" את בא כוחו, שכן "הבנתי, כאילו באופן שלא משתמע וגם נתתי לך כמה פעמים באמת את [...] הזדמנות כאילו באמת להיות איתי כנה ואמיתי. אני הבנתי שהתכולות, ה-SOW כבר הוגש, יותר מחודש כבר לרחמים, הרבה יותר". לכך משיב ורד: "זה לא נכון. עוד אין להם ספק יחיד, הם לא נתנו SOW, הם נתנו איזושהי טיוטה שהם הולכים לשנות אותה [...]". (נספח 37 לתצהיר דגן). בהמשך מוסיף ורד: "רק אחרי שיהיה אישור ספק יחיד, רק אז אפשר לתת לנו את ה-SOW ורק אחרי זה לעשות את המשא ומתן [...]". (שם). לאחר מכן שאל ורד את דגן: "עכשיו תגיד לי מה אתה רוצה מרחמים כי דווקא אמרתי לו, לשבת איתך, לתת לך את כל החומר, תגיד לי אם חסר משהו?". דגן השיב: "לא, הוא לא העביר לי כלום [...] רחמים אין לו שום דבר, אין לו כלום". בהמשך לתשובה זו הציע ורד לקיים פגישה משולשת יחד עם רחמים – "שתגיד לו בנוכחותי איזה חומר אתה צריך ואני אעביר אותו".

פגישות מיום 24.11.2020 ומיום 2.12.2020

103. ביום 24.11.2020 התקיימה פגישה נוספת בהשתתפות ורד, רחמים, דגן ובדש. לטענת אלביט, בפגישה זו נמסרה לדגן גרסה 4.5 של ה-SOW. לא הוגש סיכום כלשהו של הפגישה. במכתב ששלח עו"ד אורן לבא כוחו של דגן ביום 1.12.2020 צוין: "[...] ב-24.11.2020 התקיימה פגישת עבודה בין מרשך לבין מנכ"ל אלביט יבשה ומר רחמים כהן, בה נדון, בין היתר, סטטוס הפעילות מול משהב"ט. בפגישות נוספות שהתקיימו עם מרשך, הוצגו לו כל פרטי טיוטת ההצעה (יודגש כי טרם הוגשה הצעה מחייבת) הנדונים מול משהב"ט, ובשום שלב שהוא לא הועלו ולא נשמעו ממנו השגות, הסתייגויות או הצעות לשינוי התנאים הנדונים" (נספח 4 לתצהיר הגנה עו"ד אורן, פס' 3). יוער כי בהודעת הדוא"ל שעמה נשלח המכתב צוין עו"ד אורן כי מדובר ב"טיוטת מכתב שהתבקשתי להוציא אליך, ואני מעבך כרגע אצלי. בוא נדבר ונראה שאפשר להרגיע את הרוחות".

104. מכתבו של עו"ד אורן הוא התייעוד היחיד מזמן אמת למה שהתרחש בישיבה מיום 24.11.2020. הדברים שצוטטו לעיל הוצגו לדגן בעדותו. דגן הכחיש אותם וטען: "לא הוצגה לי שום טיוטה" (עמ' 309). למען הבהירות יצוין כי מהקשר הדברים עולה כי ההתייחסות היא לטיוטת הצעת המחיר ולא ל-SOW. כמו כן אין במכתב טענה כי הוצגה טיוטה ממש, אלא רק פרטי הטיוטה הנדונים עם משרד הביטחון.

105. ורד ורחמים טענו בתצהיריהם כי בפגישה זו הוצג לדגן ה-SOW (פס' 43 לתצהיר הגנה ורד; פס' 70 לתצהיר רחמים). שניהם טענו כי הטיוטה הועברה לאלביט ימים מספר קודם לכן (שם). ורד נשאל על כך בעדותו כמה פעמים ועמד על גרסתו שהמסמך נמסר לדגן באותה פגישה (עמ' 1244-1246). רחמים לא נשאל על כך בעדותו.

106. ביום 2.12.2020 התקיימה פגישה נוספת, בהשתתפות אלרט, רחמים, מירילא ודגן. לאחר הפגישה שלח רחמים סיכום לורד, אלרט ועו"ד אורן. בסיכום, שלא הועבר לדגן, צוין: "נעשה מעבר על עלויות לאימון פלוגה בהתאם ל-SOW – מסמך העלויות הועבר אל דן ב-4.11.202" (נספח 25 לתצהיר רחמים). עוד צוין בסיכום כי דגן סבר שיש עלויות נוספות שנדרש להכניס לתחשיב, וכי נדונו עניינים נוספים, בין היתר בקשר לבינוי הנדרש.

107. דגן הבהיר בתצהירו כי אינו מסכים לתוכן התכתובת. לדבריו: **"או שמדובר בתכתובת 'מבושלת' שלא ברור עד תום מועדה ואם היא הוכנה לצרכי הליך הבוררות [...] או שמא עסקינן בהמשך ההתנהלות השיטתית של קבוצת אלביט להמשיך ולהסתיר ממני נושאים מהותיים הקשורים למיזם, הגם שבאותו מועד טרם נחתם הסכם ההיפרדות ובהיותי שותף, שאמור היה להיות שותף (בעולם מתוקן) לכל דבר ועניין"** (פס' 97 לתצהיר דגן). יוער כי נראה שדבריו של דגן נאמרו גם לגבי החלק בסיכום הישיבה הנוגע לענייני הבינוי, אולם מהתצהיר משתמע כי הוא דוחה גם את הטענה שבישיבה דובר על ה-SOW.

108. מנגד, רחמים העיד בתצהירו כי בישיבה אכן נערך דיון בעלויות על רקע ה-SOW. עוד התייחס רחמים לטענת "בישול" מסמך הסיכום: **"אני מצהיר באופן חד משמעי כי מדובר בסיכום אותנטי שערכתי בסיומה של הפגישה שהתקיימה באותו יום, בזמן אמת. העובדה שדגן אינו מכותב על התכתובות האמורה אין בה דבר. אני עובד קבוצת אלביט, וחלק מהעדכונים אני מעביר למנהליי בלבד, ואני לא רואה בכך שום בעיה. לא הייתה לי שום מחויבות כלפי דגן להעביר לו סיכומי פגישות, בטח פגישות שהתקיימו רק בין נציגי קבוצת אלביט לבינו, ושהוא עצמו השתתף בהן"** (פס' 88 לתצהיר הגנה רחמים).

109. דגן נשאל בחקירתו מה אינו מדויק או "מבושל" במסמך הסיכום. הוא חזר כמה פעמים על כך שהיה צריך לכתב אותו להודעת הדוא"ל. בתוך כך ציין: **"מבושל שזה אומר שאם זה היה באמת מה שסיכמנו ואמרנו, אז הוא היה צריך להעביר לי והייתי יכול להגיב כי יש פה דברים מהותיים"** (עמ' 432). עם זאת, דגן לא הכחיש במפורש את הטענה שבפגישה נדון מסמך העלויות בהתאם ל-SOW (עמ' 431-435; ראו בפרט בעמ' 432 שורות 10-13).

110. אלרט העיד בתצהירו כי **"הצהרתו של דגן, לפיה טיוטת ה-SOW לא הועברה אליו בזמן אמת – פשוט אינה נכונה"**. כעדות לכך שהמסמך היה בידי דגן הפנה לפגישה מיום 2.12.2020. בחקירתו הנגדית הוסיף: **"כשהגענו לדיונים כמו שאני אומר עוד פעם אותו דיון מפורסם של 2.12, דן הגיע עם ערימה של מסמכים וביניהם גם ה-S.O.W"** (עמ' 1010). בהמשך לכך ציין אלרט שהוא זה שמסר לדגן את ה-SOW (עמ' 1011 ואילך). גרסה זו אינה עולה בקנה אחד עם הטענות שהמסמך נמסר לדגן בפגישה מיום 24.11.2020 (שבה נכחו רק ורד, רחמים, דגן ובדש).

111. לאחר ה-2.12.2020 אין תיעוד של דיון מזמן אמת במסמך ה-SOW, למעט במסמך הצעת המחיר שיידון בהמשך, ומתייחס לגרסה 4.6.

ממצאים ומסקנות

112. נקודת המוצא לדיון היא כי אין תיעוד מזמן אמת של העברת ה-SOW לדגן. עובדה זו פועלת לחובתה של אלביט, לא כל שכן משום שמסמכים דומים בקשר לעסקת הסדירים הועברו לדגן בדוא"ל (ראו פס' 65 לתצהיר דגן, על הנספחים שהוזכרו בה). עם זאת, על יסוד מכלול הראיות שוכנעתי כי אלביט אכן מסרה לדגן את גרסה 4.5 של ה-SOW, לכל המאוחר לפני הפגישה מיום 2.12.2020. כמה טעמים חברו והביאו למסקנה זו.

113. הטעם הראשון עניינו ציר הזמן. כאמור, גרסה 4.5 של ה-SOW הועברה לאלביט לכל המוקדם ביום 15.11.2020 (פס' 84 לעיל). נובע מכך שהכחשותיו של רחמים בפגישות מיום 25.10.2020 ומיום 4.11.2020 היו נכונות בזמן אמת: באותם מועדים גרסה 4.5 כלל לא באה לעולם במתכונתה הסופית. ממצא ביניים זה משתלב היטב בתמונה הראייתית הכוללת. בסיכום הפנימי ששלח רחמים לגורמי אלביט לאחר פגישת ה-25.10.2020 נכתב **"לא התקבל SOW רישמי ממנה"ר** – היינו, הדברים שנמסרו לדגן זהים לדיווח הפנימי. גם בקובץ העלויות מיום 4.11.2020, שנשלח לדגן עצמו, צוין כי **"עדיין לא התקבל SOW רשמי מהלקוח"**. מסמכים פנימיים ומסמכים שנמסרו לדגן מדברים אפוא בקול אחד. מנגד, חשדו של דגן באותה עת נסמך על **"התלחששויות"** שאף מקורן לא נזכר. לחשד זה אין משקל ראייתי.

114. הטעם השני עניינו התנהלות אלביט סמוך לאחר קבלת המסמך. בפגישה מיום 16.11.2020 – יום או יומיים לאחר המועד המוקדם ביותר האפשרי לקבלת גרסה 4.5 – אישר רחמים כי **"היו כל מיני טיוטות אבל לא היה משהו רשמי"**, והתחייב לבדוק ולהעביר לדגן את שיימצא בידיו. יומיים לאחר מכן, בשיחת הטלפון מיום 18.11.2020, אמר ורד לדגן במפורש: **"הם לא נתנו SOW, הם נתנו איזושהי טיוטה שהם הולכים לשנות אותה"**. הווה אומר, בתוך ימים ספורים מהגעת המסמך לאלביט אושר קיומו של מסמך טיוטה באוזני דגן. באותה שיחה אף הציע ורד פגישה משולשת שבה יימסר לדגן **"כל החומר"**. התנהלות זו אינה מתיישבת עם כוונת הסתרה.

115. הטעם השלישי עניינו הפגישות מיום 24.11.2020 ומיום 2.12.2020, שהתקיימו בהמשך לאמור לעיל. טענת אלביט כי המסמך נמסר עוד בפגישה מיום 24.11.2020, כשהיא לעצמה, לא הוכחה במידה מספקת. לא הוגש תיעוד מזמן אמת לפגישה. מכתבו של עו"ד אורן מיום 1.12.2020 מתייחס לטיוטת הצעת מחיר, לא ל-SOW, וכפי שצוין ממילא הטענה בו היא שהוצגו פרטי ההצעה בלבד, ולא מסמך רשמי. כמו כן, גרסת אלרט, שלפיה הוא זה שמסר לדגן את המסמך, אינה מתיישבת עם מסירה בפגישה שאלרט כלל לא נכח בה. אלא ששונים פני הדברים לגבי הפגישה מיום 2.12.2020. סיכום הפגישה שערך רחמים – מסמך פנימי מזמן אמת – מציין במפורש: **"נעשה מעבר על עלויות לאימון פלוגה בהתאם ל-SOW"**. דגן, שכונה את הסיכום **"מבושל"**, מיקד את השגותיו בכך שלא כותב להודעה. את הטענה שבפגישה נדונו העלויות בהתאם ל-SOW – הוא לא הכחיש במפורש. טענת ה"בישול" לא נתמכת אפוא בתוכן ממשי. לכך מצטרפת עדות אלרט כי דגן הגיע לאותה פגישה **"עם ערימה של מסמכים וביניהם גם היה SOW"**. כוחן המצטבר של ראיות אלו מלמד כי ביום 2.12.2020 כבר היה ה-SOW בידי דגן, והוא אף דן בו לגופו.

116. הטעם הרביעי עניינו התנהגות דגן לאחר מועדים אלה. כפי שטענה אלביט – לאחר 24.11.2020, ולא כל שכן לאחר 2.12.2020 – אין עדות כלשהי שלפיה דגן המשיך לבקש את המסמך. נוכח העניין הרב שגילה בו עד לאותו מועד, ההסבר ההגיוני ביותר לכך הוא שהמסמך אכן נמסר לו.

117. סיכומה של נקודה זו: גרסה 4.5 של ה-SOW – הגיעה לאלביט לא לפני יום 15.11.2020; קיומה של טיוטה הובא לידיעת דגן לכל המאוחר ביום 18.11.2020; והמסמך עצמו היה בידי דגן, ונדון עמו לגופו, לכל המאוחר ביום 2.12.2020. טענת ההסתרה – דינה להידחות. פרק הזמן שבין קבלת המסמך באלביט לבין אישור קיומו באוזני דגן ומסירתו לידיו לא היה ארוך במיוחד, ואין בו כדי לבסס הסתרה.

(ב) גרסה 4.6 של ה-SOW

118. גרסה 4.6 של ה-SOW נושאת את התאריך 14.12.2020. אין תיעוד ישיר לתאריך שבו הועברה גרסה זו לאלביט. עם זאת, ביום 20.12.2020 יצא מאלביט מסמך הצעת המחיר, הנפתח במילים: **"בהמשך לדיונים שהתנהלו לאחרונה במנה"ר ובכפוף למסמך תכולות עבודה לזירת אימונים גרסה 4.6 מתאריך 20-12-2020 להלן סיכום המחירים והתנאים כפי שסוכם במו"מ"**. אין ספק אפוא כי ביום 20.12.2020 כבר החזיקה אלביט במסמך.

119. בניגוד לגרסה 4.5 של המסמך, אלביט לא הציגה ראיה כלשהי שגרסה 4.6 הועברה לדגן. למעשה, הדבר אף לא נטען במפורש בסיכומיה. משכך, אני קובע כי מסמך זה לא הועבר לדגן. משמעותה המשפטית של קביעה זו תיבחן בהמשך.

4. המשא ומתן שהתקיים בדצמבר 2020 ופרטי ההתקשרות הצפויה עם משרד הביטחון

120. במהלך שנת 2021 קיבלה אלביט ממשרד הביטחון הזמנות עבודה לאימון כוחות המילואים בסכום כולל של כ-48.4 מיליון ש"ח. הצדדים חלוקים בשאלה מתי התגבש הסכם מחייב לגבי הזמנות אלו, ואם ועד כמה הסתירה אלביט מדגן את ההסכם ואת המשא ומתן שקדם לו. בפרט חלוקים הצדדים בעניין מסמך הצעת המחיר מיום 20.12.2020. אן די אן סבורה כי מדובר בהסכם מחייב שהוסתר מדגן. אלביט טוענת מנגד כי מדובר רק בהצעה שהייתה חלק מהמשא ומתן, וכי דגן ידע על הגשתה ועל כל פרטיה.

121. אבחן תחילה מתי התגבש החוזה בין משרד הביטחון לבין אלביט בעניין אימון המילואים, ומה היו ההסכמות המדויקות ביניהם בכל שלב. לאחר מכן אפנה לבחון מה ידע דגן על המשא ומתן ועל ההסכם המתגבש.

(א) גיבוש חוזה המילואים

122. אן די אן טוענת כי יש לראות במסמך הצעת המחיר חוזה שנחתם עם משרד הביטחון. בפרט מדגישה אן די אן כי המסמך נפתח במילים: **"להלן סיכום המחירים והתנאים כפי שסוכם במו"מ"**. מדברים אלו עולה, לשיטתה, כי המשא ומתן הוביל לסיכום חוזי מגובש, שבא לידי ביטוי במסמך הצעת המחיר.

123. אלביט טוענת מנגד כי מדובר בהצעה בלבד. היא מדגישה כי מדובר במסמך חד-צדדי, ללא חתימת משרד הביטחון, שכותרתו – **"הצעה"** – מעידה על מהותו. הצעה מבשילה לכדי חוזה מחייב עם **"קיבול"**, ולטענת אלביט, באותה עת טרם קיבל משרד הביטחון את ההצעה. לשיטתה הסכם מחייב עם משרד הביטחון נחתם רק בשלהי ינואר 2021, עם קבלת ההזמנה הראשונה. יתר על כן, בהסכם זה סוכמה הזמנת אימונים בסך כ-15.9 מיליון ש"ח בלבד. רק ביום 9.6.2021 צמח סכום ההסכם לסך כ-48.4 מיליון ש"ח.

124. עוד מפנה אלביט למסמכים שנמסרו ממשרד הביטחון. לפי מסמכים אלו, ביום 30.12.2020 הופצה במשרד תזכורת פנימית בעניין **"סיכום מו"מ מיום 15.12.2020"**. לפי תצהיר עו"ד מקייטן מיום 8.12.2024, מדובר ב-**"מסמכים המשקפים משא ומתן מסחרי שנוהל בין מנה"ר לקבוצת אלביט"**, והם **"מסמכי משא**

ומתן חסויים (סעיף 3). דברים אלו מוכיחים, לשיטת אלביט, כי גם ביום 30.12.2020 טרם נחתם חוזה מחייב, והצדדים היו מצויים במשא ומתן.

125. סבורני כי במועד שבו נשלחה הצעת המחיר טרם התגבש חוזה מחייב ומלא בין אלביט למשרד הביטחון. כפי שצינה אלביט, מדובר במסמך חד-צדדי, ואין ראייה לקיבול מלוא תנאיו בידי משרד הביטחון. יתר על כן, מהמסמך עצמו עולה כי חלק מתנאי ההתקשרות לא סוכמו. כך למשל צוין במסמך כי אלביט **"ערוכה להמשך אימון היחידות המתאמנות מיידית לאחר סיכום תנאי ההתקשרות"** (ס' 6). במקום אחר צוין כי **"המחירים מניחים מסגרת הסכם של 4 שנים - מתוכו קבלת הזמנה מיידית לשנת 2021-2022 ואופציה ל3 שנים רציפות נוספות 2022-2025"** (ס' 7). יש להניח כי אילו היה מדובר בהסכם סופי הוא היה כולל פרטים נוספים וברורים, למשל בעניין תנאי האופציה ומנגנון הפעלתה. לבסוף, ממסמכי משרד הביטחון עולה שפטור ממכרז ניתן למכללה רק ביום 14.1.2021 (ס' 8 למכתב עו"ד מקייטן לב"כ אן די אן מיום 2.9.2024)⁵. אין זה מסתבר כי משרד הביטחון התקשר בהסכם מחייב וסופי בטרם אושר הפטור.

126. עם זאת, אין ספק כי שלב הצעת המחיר היה שלב מתקדם מאוד במשא ומתן. מסמך הצעת המחיר נפתח במילים: **"בהמשך לדיונים שהתנהלו לאחרונה במנה"ר ובכפוף למסמך תכולות עבודה לזירת אימונים גרסה 4.6 מתאריך 20-12-2020 להלן סיכום המחירים והתנאים כפי שסוכמו במו"מ"**. כאמור, מתצהיר עו"ד מקייטן עולה כי ביום 15.12.2020 התקיים משא ומתן בין אלביט לבין מנה"ר. מתבקשת המסקנה כי בדיון זה סוכמו המחירים שהוצגו בהצעה. נוסף על האמור, בשלב שליחת הצעת המחיר כבר החזיקה אלביט בגרסה הסופית של מסמך ה-SOW, כך שתכולות העבודה היו ידועות וסגורות. גם אם עדיין לא היה מדובר בחוזה מחייב, המרחק לסגירת העסקה בשלב זה היה קצר. ואמנם, המחיר לפלוגה ששולם בסופו של דבר זהה למחיר שנקב בהצעת המחיר (נספחים 41-44 לתצהיר אלרט; המחיר הנקוב בהצעת המחיר זהה למחיר בהזמנות העבודה בתוספת מע"מ).

127. אלביט טוענת כי במועד הצעת המחיר, ההערכה הייתה שקיימת **"וודאות גבוהה להתקשרות ראשונית בהיקף של 14-15 מיליון ש"ח לפחות לשנה אחת"** (פס' 262 לסיכומי הגנה אלביט). לטענתה, הרחבת היקף ההתקשרות מעבר לסכום זה הייתה תלויה בהצלחת האימונים ושביעות הרצון של גורמי משרד הביטחון ושל חיילי המילואים עצמם. בעניין זה העיד ורד: **"הם אמרו קודם כל ניתן 14 מיליון ש"ח ובואו נראה שזה מצליח [...]. אפילו 14 מיליון לא היו מובטחים. זה היה [...]. עסקת משיכה [...]. מתוך ה-14 מיליון ש"ח 100 אלף ש"ח פר אימון, יכלו להפסיק אותו אחרי שני אימונים"** (עמ' 1192). בהמשך העדות הוסיף: **"מנה"ר אומרים לנו תפסיקו לבלבל את המוח, יש 14 מיליון ש"ח, תבנו את הבית ירי בואו נראה אתכם בונים אותו, תאמנו את המילואים, בואו נראה שאתם מצליחים ואם תצליחו ננסה להשיג עוד תקציב, כי אין להם יותר תקציב. זה מה שהם אומרים"** (עמ' 1211).

128. אלביט מדגישה כי דברים דומים אמר ורד לדגן בשיחה מיום 7.3.2022, שהוקלטה בלא ידיעתו. בשיחה זו אמר ורד: **"אני אמרתי לך במועד [הסכם ההיפרדות] שאנחנו הולכים לקבל, עומדים לקבל הזמנה [...]. כנראה בגובה של נדמה לי, בסדר אפשר, אלוך בדש ושמעון היו איתנו שם, 14-15 מיליון ש"ח"**

⁵ המכתב צורף כנספח 8 לתצהיר מקייטן מיום 8.11.2024.

זוה אמרתי לך (נספח 64 לתצהיר דגן). לטענת אלביט, ורד אמר את הדברים **"כמסיח לפי תומו"**, באופן המלמד כי כך אכן תפס את המצב באותו זמן (פס' 265 לסיכומי הגנה אלביט).

129. כזכור, ביום 25.1.2021 התקבלה ההזמנה הראשונה לאימון המילואים, בסך של כ-15.9 מיליון ש"ח כולל מע"מ. רק ביום 9.6.2021 הוגדל הסכום לסך של כ-48.4 מיליון ש"ח. אמנם, במסמך הצעת המחיר נכתב **"מינימום התחייבות המשרד לפלוגות בשנת 2021 - 450 פלוגות"**. עם זאת, כפי שצוין לעיל, אין ראייה כי מדובר בחוזה מחייב, והתחייבות מעין זו לא נזכרה בהזמנות העבודה. אני מוכן להניח אפוא, כפי שטענה אלביט, שההזמנה המאוחרת הייתה תלויה בשביעות הרצון של הצבא ממימוש ההזמנה הראשונה. אולם אני סבור כי מדובר בחוסר ודאות משמעותי כפי שמנסה אלביט להציגו.

130. במועד שליחת מסמך הצעת המחיר כבר סוכמו כל תכולות האימון. התקיים פיילוט מוצלח, ובמערכת הביטחון ידעו מה טיב השירות שתספק המכללה. הדברים אמורים ביתר שאת נוכח העובדה שלצד הפיילוט כבר הכיר הצבא את המתקנים מעסקת הסדירים. מבלי להמעיט מכך שאימון פלוגת מילואים טומן בחובו אתגרים נוספים (ראו בפס' 267-272 לסיכומי אלביט), נראה כי ניתן היה להעריך ברמת וודאות גבוהה שבהיעדר תקלות חריגות צפוי צה"ל לממש את מלוא היקף האימונים שדובר עליו – 400-600 פלוגות, בסך של כ-50 מיליון ש"ח. לא למותר לציין כי זהו גם סכום הפטור ממכרז שניתן במשרד הביטחון כבר ביום 14.1.2021 (תצהיר מקייטן מיום 8.11.2024, נספח 8). אמנם לא הוכח כי אלביט קיבלה הודעה רשמית על מתן הפטור (שם, בפסקה 2.6). אולם גם לא הוכח כי היה חשש ממשי כלשהו שהתקציב להיקף ההתקשרות שעליו דובר לא יאושר.

131. בשולי הדברים אציין כי יש לדחות את הטענה שעלתה בעדותו של ורד, לפיה היות שמדובר ב**"הסכם משיכה"**, ניתן היה **"להפסיק אותו אחרי שני אימונים"**. בהזמנות העבודה צוין במפורש: **"היה ועד מרץ 2022 צה"ל לא יצליח לממש את ביצוע מלוא האימונים כפי שסוכמו במו"מ מנסיבות שאינן תלויות בצה"ל [...]** לחברה לא תהיה כל טענה או דרישה לפיצוי בגין אי מימוש תכולה זו" (נספחים 41-44 לתצהיר הגנה אלרט). מכך משתמע כי אם האימונים לא ימומשו מסיבות התלויות בצה"ל – עשויות להיות לחברה טענות. על כל פנים, אילו הייתה ההחלטה כמה אימונים לערוך נתונה לשיקול דעתו הבלתי מסויג של צה"ל, כטענת ורד – לא היה צורך בתניה זו.

132. הנה כי כן, בעקבות המשא ומתן ביום 15.12.2020 היו מרבית תנאי הסכם אימון המילואים סגורים. חוזה חתום אמנם לא היה. אולם בשלב זה הייתה ודאות כמעט מוחלטת לעסקה בסך של כ-15.9 מיליון ש"ח, וניתן היה להעריך כי קרוב לוודאי שהעסקה תורחב להיקף של כ-48.4 מיליון ש"ח.

133. אפנה עתה לבחון מה היה ידוע לדגן מתוך תמונה זו.

(ב) היקף ידיעתו של דגן

134. לטענת אלביט, **"הצעת המחיר לא היתה בבחינת הפתעה לדגן, והוא ידע שהיא מוגשת [...]** הצעת המחיר היתה בידיו, היא או המידע הכלול בה" (פס' 375-377 לסיכומי הגנה אלביט). בדברים אלו אין טענה פוזיטיבית כי מסמך הצעת המחיר עצמו הועבר לדגן. מכל מקום, לא הוצגה כל ראייה לכך. למעשה, בניגוד

לגרסה 4.5 של ה-SOW, שלגבי העברתה לדגן מסרו עדי אלביט גרסה מפורשת, בעניין הצעת המחיר טענו עדי אלביט כי הם עצמם אינם זוכרים שהכירו את המסמך בזמן אמת (עדות ורד, עמ' 1132; עדות רחמים, עמ' 797, 816-817). המסקנה היא כי מסמך הצעת המחיר עצמו לא הועבר לדגן.

135. אפנה אפוא לבחון את טענת אלביט כי דגן ידע את כל הנתונים במסמך ואת הרקע לשליחתו, גם אם המסמך עצמו לא הועבר אליו. אפתח בטענה לפיה דגן ידע את מספר הפלוגות הצפוי ואת המחיר המבוקש לכל פלוגה. לאחר מכן אדון בטענה כי דגן ידע על המשא ומתן שהתקיים בדצמבר 2020, הנזכר בפתח הצעת המחיר.

נתוני הצעת המחיר – מספר הפלוגות הצפוי והמחיר לכל פלוגה

136. אלביט טוענת כי דגן ידע שעל הפרק עסקה לאימון כ-400-600 פלוגות בשנת 2021, במחיר צפוי של 90,626 ש"ח לפלוגה. מחיבור הנתונים אפשר אפוא להסיק כי מדובר בעסקה שהיקפה כ-36 – 54 מיליון ש"ח.

137. מספר הפלוגות הצפוי אכן היה על השולחן לאורך רוב התקופה הרלוונטית. כבר בפגישה מיום 25.10.2020 ציין רחמים בפני דגן: **"אני יודע אבל שהם מדברים על 3 פלוגות ביום [...]] והם מדברים על שזה [...]] מגיע לסביבות בין 400 ל-600 פלוגות בשנה"** (נספח 37 לתצהיר דגן). דגן אף שאל במפורש: **"ההערכה שלך לפי שיחות עם הצבא זה יהיה, נכון, כ-400 פלוגות בשנה. נכון?"**. ורחמים השיב: **"לדעתי יהיה בין 400 ל-600. אבל אני אומר לך זה מה שאני מצפה, כמה בסוף יהיה אני לא יודע"**. לאחר פגישה נוספת ביום 4.11.2020 שלח רחמים לדגן סיכום בדוא"ל, שבו צוין: **"היקף הפלוגות שניתן יהיה לאמן בשנת 2021 תלוי במועד ההרחבה של המתקנים [...]"**. לאחר מכן, תחת הכותרת **"הנחות יסוד"** צוין: **"עד 400 פלוגות בשנת 2021"**.

138. נתונים אלה מתיישבים עם הצעת המחיר עצמה, שכאמור לא הועברה לדגן. לפי ההצעה, ההתקשרות המוצעת כללה 414 פלוגות במחיר של 106,150 ש"ח לפלוגה במודל אחד, ו-70 פלוגות נוספות במחיר של 88,000 ש"ח לפלוגה במודל שני. כמו כן צוין בהצעה: **"מינימום התחייבות המשרד לפלוגות בשנת 2021 – 450 פלוגות"**. מספר זה גבוה מעט מ-400 הפלוגות שהוזכרו בסיכום הפגישה מיום 4.11.2020, ומתיישב עם ההערכה המוקדמת של 400 עד 600 פלוגות.

139. דגן ידע אפוא כי על הפרק אימון של מאות פלוגות בשנה. אמנם, בחקירתו טען דגן כי בהמשך התמלולים והפגישות רחמים **"אומר דברים אחרים בכלל, אני לא יודע, אני לא יודע אם בכלל נגיע ל-300"** (עמ' 311). ככל הנראה כיוון בכך דגן לדברי רחמים בפגישה מיום 4.11.2020: **"אם נצליח להכניס בין 200 ל-300 פלוגות לשנת 2021 זה יהיה הישג ענק"** (נספח 37 לתצהיר דגן). דא עקא, דברים אלה אינם מסייעים לו. מיד אחר כך הוסיף רחמים: **"דווקא בגלל העניין הזה של בנייה והרחבה וכל זה"**. הוזה אומר – רחמים תלה את חשש הצמצום בקצב הרחבת המתקנים – לא בהיקף הביקוש של צה"ל. כאמור לעיל, עניין זה בא לידי ביטוי גם בסיכום הישיבה שבו נכתב כי היקף הפלוגות **"תלוי במועד ההרחבה של המתקנים"**. מהמידע שנמסר לדגן עלה אפוא כי צה"ל מעוניין לאמן מאות פלוגות. ואכן, כאשר בהמשך החקירה הוצגה לדגן הטענה כי הוא היה מודע למספר הפלוגות והמחיר לפלוגה, ולכן יכול היה לחשב בעצמו את היקף

ההתקשרות, התמקדה הכחשתו במחיר לפלוגה – לא במספר הפלוגות (ראו בעמ' 331-333). אני קובע אפוא כי דגן ידע את מספר הפלוגות שעל הפרק.

140. מכאן לטענה שדגן ידע את המחיר המבוקש לפלוגה. הראיה המרכזית שאליה מפנה אלביט היא הודעת הדוא"ל ששלח מירילא לדגן ביום 31.8.2020 בעקבות הפגישה בעניין תמחור פיילוט המילואים (נספח 14 לתצהיר רחמים). בסיכום עמודת המחיר בטבלה שצורפה להודעה מופיע המחיר 90,626 ש"ח. בסיכומי אלביט צוין כי המחיר **"כולל מע"מ"** (פס' 196). דא עקא, אפיון זה אינו מתיישב עם הטבלה עצמה. אמנם לא צוין בטבלה במפורש אם המחיר כולל מע"מ, אולם בעמודה הצמודה מופיע הסכום 106,032 ש"ח – שהוא בדיוק 90,626 בצירוף מע"מ. נראה אפוא שהמחיר שדובר עליו בשלב הפיילוט הוא 90,626 ש"ח בתוספת מע"מ.

141. עוד מפנה אלביט לפגישות שהתקיימו עם דגן בימים 4.11.2020 ו-2.12.2020. לטענתה, בפגישות אלו נדונו עניינים הקשורים לתמחור הפרויקט. ואמנם, אין ספק כי בפגישות אלו התקיים דיון בעלויות הפעילות עבור המיזם. בסיכום הפגישה מיום 4.11.2020 צוין כי **"הנחות היסוד והתמחור מבוססות על מידע לא רישמי, עדיין לא התקבל SOW [...]"** (נספח 24 לתצהיר רחמים). בפגישה מיום 2.12.2020, לעומת זאת, נעשה הדיון כבר על רקע גרסה 4.5 של ה-SOW (נספח 25 לתצהיר רחמים, ראו גם לעיל בפס' 115). מדובר היה אפוא בדיונים מתמשכים ומתקדמים. עם זאת, אלביט לא הפנתה לראיה המלמדת כי בדיונים אלו נזכר במפורש המחיר 90,626 ש"ח. כל שכן לא נראה כי בדיונים, ובפרט בדיון מיום 2.12.2020, הוזכרה כוונה לשלוח הצעת מחיר בסכום זה. יתר על כן, בסיכום הישיבה מיום 2.12.2020 צוין במפורש: **"דן ציין כי מעבר לעלויות הישירות שהוצגו בפניו יש עוד עלויות רבות שעליו להכניס לתחשיב ובהתאם לכך יוכל להעריך מחיר ללקוח"** (נספח 25 לתצהיר רחמים). הווה אומר, הישיבה הסתיימה בכך שיידרשו דיונים נוספים בעניין המחיר.

142. כאמור, בחקירתו הכחיש דגן את הטענה שידע כי המחיר שהוצע למשרד הביטחון הוא כ-90 אלף ש"ח לפלוגה. כשהופנה דגן למחיר שצורף להודעת הדוא"ל של מירילא בעניין הפיילוט (נספח 14 לתצהיר רחמים), טען: **"אני לא יודע אם זה המחיר המוצע [...]"** זה העלויות שהוא טוען אותן, אני לא יודע אם זה עלויות שהיו בפועל ואני לא יודע אם המחיר הזה הוגש בפועל. בשביל זה גם באתי וטענתי שאני לא מודע לשום דבר מהמחירים ודרך אגב זה מייל שלא ככה בנינו תמחירים בעבר" (עמ' 328-329). בהמשך הוסיף: **"הוצג לי העלויות של הפיילוט והוא הוצג לי המחיר שלהם הוא המחיר יעד. אבל אני לא הסכמתי לזה וגם לא ישבנו על לעשות תמחיר אמיתי. ככה לא עושים תמחיר" (עמ' 329).** כשנשאל שוב אם זהו המחיר שהוצג, השיב: **"הוא הציג שהוא שלדעתו זה המחיר לפיילוט" (שם).** בהמשך ניסה דגן להסביר: **"אני אמרתי שאת זה הוא הציג לי, הוא הציג לי לפיילוט את תחשיב העלויות והוא הציג לי כנראה את המחיר מה לדעתו [...]"** ואני לא הגבתי על זה דרך אגב [...]" אני לא התנגדתי למחיר, כי לא ידעתי מה הולך להיות מוגש ולא ידעתי גם אם אלה העלויות [...]" אני רק טענתי שאני רוצה לדעת מה המחיר האמיתי, מה הוא הולך להגיש" (עמ' 330).

143. בהמשך ניסה בא כוח אלביט לעמת את דגן עם חישוב פשוט: מכפלת מספר הפלוגות הצפוי שנמסר לו במחיר לפלוגה שצוין בהודעת מירילא. מכפלה זו מלמדת על היקף ההתקשרות הצפוי עם הצבא. דגן טען

כי לא עשה חישוב זה, ואף ולא יכול היה לעשותו. בתחילה ציין "זה אתה אומר כמה חודשים אחרי זה על הפיילוט" (עמ' 332). לאחר מכן הפניתי אליו שאלה דומה:

"כב' הבורר: שולח לך שם מירלה קובץ שיוצא ממנו שהמחיר שהם הולכים לבקש על אימון פלוגתי חד יומי זה בערך 90 אלף ש"ח. עכשיו אני הבנתי אתה לא צריך לחזור שלא שיתפו אותך בתחשיבים, אבל זה אומר לך מירלה זה מה שאנחנו הולכים לבקש. עכשיו, ראינו קודם שבאחת מהשיחות שלך נדמה לי עם רחמים, כן.

ת. כב' הבורר: הוא אומר לך בין 400 ל-600 פלוגות. אז האם לא יוצא מכאן אני שואל את עצמי שאתה יכולת להבין שההיקף המשוער של העבודה עם המילואים אם היא תצא לפועל זה 400 או 500 או 600 כפול 90 אלף? זה פשוט לא נכון.

ת. כב' הבורר: כי?

ת. כי זה מחיר לפיילוט אני לא יודע אם בכלל הוא מציג את זה כאילו הוא אמר לי זה המחיר שאנחנו הולכים להגיש. זה ממש לא נכון. אני גם טענתי אני לא יודע אם העלויות האלה הן בכלל נכונות. אני לא יודע אם זה המחיר, אני לא הגבתי בכלל כי אני לא יכולתי לעשות סימולציה על העלויות ועל המחיר שמגישים. אני מבחינתי התייחסתי לדבר הזה כדבר לא רלבנטי, לא קישרתי אותו אחרי זה במייל שהוא מציג לי בפגישה" (עמ' 333).

144. אלביט טוענת בסיכומיה כי דגן טען טענות עובדתיות סותרות. האחת – כי לא הסכים למחיר המוצע (עמ' 329): "הוצג לי העלויות של הפיילוט והוא הוצג לי המחיר שלהם הוא המחיר יעד. אבל אני לא הסכמתי לזה". השנייה – כי לא ידע על המחיר (עמ' 330): "אני לא התנגדתי למחיר, כי לא ידעתי מה הולך להיות מוגש ולא ידעתי גם אם אלה העלויות". על אף חוסר הבהירות, ניתן ליישב את עמדת דגן על יסוד אבחנה בין המחיר המוצע לפיילוט לבין המחיר המוצע להתקשרות הסופית. לפני עריכת הפיילוט הוצג לדגן תמחיר, שלפיו העלויות לפלוגה הן כ-50,000 ש"ח, והמחיר המוצע הוא 90,626 ש"ח. אין חולק כי דגן לא היה מרוצה מהנתונים שהוצגו, ועיקר התנגדותו נסב על העלויות. כך צוין בפירוש בסיכום הפגישה שערך רחמים: "בדיון נדון על פי בקשת דן דגן מבנה העלויות הצפוי ליום הפיילוט [...] דגן ציין כי מבנה העלויות שנדון אינו מקובל עליו וכי ישנן עלויות רבות שלא צוינו בדיון" (נספח 15 לתצהיר רחמים). גם בהמשך, עם התקרבות עסקת המילואים, המשיך דגן לעסוק בעיקר בשאלת העלויות. כפי שצוין, העניין עלה שוב בפגישה מיום 2.12.2020 שעסקה בבחינת התמחור אל מול ה-SOW. בסיכום הפגישה שערך רחמים נכתב: "דן ציין כי מעבר לעלויות הישירות שהוצגו בפניו יש עוד עלויות רבות שעליו להכניס לתחשיב ובהתאם לכך יוכל להעריך מחיר ללקוח" (נספח 25 לתצהיר רחמים). הנה כי כן, דגן ידע בבירור על המחיר לפיילוט, אך לאורך הדרך הביע התנגדות לעלויות שביסודו. ידיעת המועד שבו הועברה הצעת המחיר למשרד הביטחון, כמו גם תוכן ההצעה, הם עניינים אחרים. לשיטת דגן, מועד זה לא היה ידוע לו, והוא אף לא ידע שאלביט העבירה את ההצעה ללא שינוי.

145. לעצם העניין מדגישה אלביט כי הידע שהיה לדגן ביחס למחיר שדרשה באוגוסט 2020 עבור הפיילוט "לא נעלם" עם התקדמות המשא ומתן (פס' 205 לסיכומי הגנה אלביט). ראייה לכך: דגן לא הפנה ולו לראיה אחת המלמדת כי ביקש לברר מה המחיר שאלביט מתכוונת לדרוש, אף שידע על התקדמות המשא ומתן עם משרד הביטחון. שתיקה זו מדברת בעד עצמה. דגן ערך בירורים חוזרים ונשנים בנושא ה-SOW ודווקא את המחיר לא ביקש לברר. על כורחך אתה אומר כי המחיר היה ידוע לו.

146. לדידי, יש לקבל את טענת אלביט בעיקרה. כאמור, דגן ידע בבירור על המחיר המבוקש לפיילוט – כך עולה ישירות מהראיות. הוא יכול היה להניח שמבחינת אלביט זוהי גם נקודת המוצא למשא ומתן על העסקה. מחיר זה שימש אפוא בידיו הערכה שעל בסיסה ניתן לחשב את היקף העסקה.

147. אמנם, לא הוצגה ראיה המלמדת כי דגן ידע שזהו המחיר המפורש שנדון במשא ומתן בין אלביט למשרד הביטחון סמוך למועד ההתקשרות. אין עדות לכך שדגן הסכים להציע התקשרות במחיר זה. למעשה, מהראיות עולה כי ביקש לברר נתונים נוספים בטרם יוכל לדבר על המחיר. כזכור, במקביל למשא ומתן על עסקת המילואים התקיימו דיונים בין אלביט לדגן בעניין העלויות שלטענת דגן "הועמסו" על הפרויקט שלא כדין. יש היגיון בכך שבטרם יסכים להגשת הצעת מחיר, יבקש דגן לדעת אילו עלויות ייזקפו לחובת המיזם – שמהן ייגזר חישוב רווחיות העסקה עבורו.

148. עם זאת – וזהו לב העניין – משידע דגן על התקדמות המשא ומתן עם משרד הביטחון, יכול היה להשתמש במחיר לפיילוט כעוגן להערכת שווי העסקה. הקשר הברור בין מחיר הפיילוט למחיר העסקה עולה למעשה גם מסיכומי התשובה של אן די אן. כך טענה אן די אן: **"אשר להצעת המחיר לפיילוט, יצוין כי עד עצם היום הזה לא ידוע מה המחיר שאלביט גבתה בגין הפיילוט עצמו, אלביט לא חשפה נתון זה ולא בכדי שכן אילו היינו יודעים אותו, הרי שהוא היה מתיישב היטב עם המחירים הקבועים במסגרת מסמך הצעת המחיר" (פס' 55).** הטענה כי מחיר הפיילוט לא היה ידוע – נדחתה (ראו לעיל בפס' 78). אולם לענייננו חשוב חלקו השני של הטיעון, המבהיר כי המחיר צפוי היה "להתיישב היטב" עם המחירים שהוצעו לצה"ל בהצעת המחיר. רואים אנו כי גם לשיטת אן די אן, מחיר הפיילוט הוא עוגן ברור להערכת מחיר העסקה.

149. אוסיף כי המסקנה שדגן ידע את הנתונים שביסוד הצעת המחיר נתמכת גם במכתבו של עו"ד אורן מיום 1.12.2020. כזכור, במכתב צוין במפורש: **"ב-24.11.2020 התקיימה פגישת עבודה [...] בה נדון, בין היתר, סטטוס הפעילות מול משהב"ט. בפגישות נוספות שהתקיימו עם מרשך, הוצגו לו כל פרטי טיוטת ההצעה (יודגש כי טרם הוגשה הצעה מחייבת)" (נספח 4 לתצהיר עו"ד אורן, פס' 3).** דגן לא חלק בזמן אמת על הדברים. גם בחקירתו תשובתו הייתה: **"לא הוצגה לי שום טיוטה" (עמ' 309).** אולם במכתב צוין במפורש כי הוצגו לו פרטי הטיוטה, ולא טיוטה של ממש. דגן לא טען בתשובתו כי לא נדונה הכוונה להגיש הצעת מחיר, ולא טען כי הטענה שהנתונים עצמם הוצגו לו שגויה.

150. המסקנה היא כי בידי דגן היה מידע שאיפשר לו להעריך את מספר הפלוגות שצה"ל ביקש לאמן במיזם בשנת 2021, ואת המחיר לפלוגה שנדרש עבור הפיילוט. שני נתונים אלו איפשרו לו להעריך את סדר הגודל של ההכנסות הצפויות מעסקת המילואים בשנת 2021, אם תמומש במלואה.

151. כזכור, בפתח הצעת המחיר מיום 20.12.2020 צוין כי היא מוגשת **"בהמשך לדיונים שהתנהלו לאחרונה במנה"ר"**. ממסמכים שהוגשו מטעם משרד הביטחון למדנו כי ביום 15.12.2020 התקיימה פגישת משא ומתן בין נציגי מנה"ר וצה"ל לנציגי אלביט (סעיף 1.2(ג) לתצהיר עו"ד מקייטן מיום 8.12.2024). נוכח סמיכות הזמנים, סביר להניח כי בפגישה זו סוכמו הפרטים המהותיים שנשלחו בהצעת המחיר.

152. אין ראיה ישירה לכך שדגן עודכן על קיום הפגישה מיום 15.12.2020. עם זאת, אלביט טוענת כי דגן **"ידע היטב אודות המו"מ לאימון המילואים, בהיקף משמעותי מאוד"** (פס' 282 לסיכומי הגנה אלביט). לתמיכה בטענה זו מפנה אלביט להודעות דוא"ל ששלחה רו"ח אילוז לרו"ח חבה-לוי בימים 6.12.2020 ו-10.12.2020, ולהתכתבות בין דגן לורד מיום 9.12.2020. נוסף על כך טוענת אלביט כי השיח שהתקיים עם דגן באותה תקופה, בעניין הצורך בהרחבת המתקנים, מלמד גם הוא כי המשא ומתן הגיע לשלבים מתקדמים. אבחן טענות אלו.

153. הודעת הדוא"ל הראשונה ששלחה רו"ח אילוז לרו"ח חבה-לוי נפתחת כך: **"בהתאם לעדכונים שקיבלתי ושהינם בסבירות גבוהה, יתכן מצב שנידרש להציע מחיר מוסכם ומתואם להתקשרות עם צה"ל, מאחר והסיכום עם דן להיפרדות מתעכב"** (דגן/10). בהמשך ההודעה מבקשת אילוז את **"הנתונים שלוקחים בחשבון את כלל הנחות היסוד שאלביט לוקחת בחשבון"**, ובפרט את **"צפי הכנסות המיזם מצה"ל במדרגות של 10 מ', 20 מ', 30 מ' ש"ח"** (שם). לבסוף מבקשת אילוז: **"התייחסות מהירה וזאת ע"מ לא לעכב את המו"מ עם משרד הביטחון ועם צה"ל [...]"** (שם). תשובתה של חבה-לוי, אם נשלחה, לא הוגשה בבוררות. ביום 10.12.2020 שלחה אילוז הודעה נוספת, שבה ביקשה לתאם פגישה **"ע"מ לעבור על הנתונים בכדי לתכנן את סגירת סופשנה [...]"** כמו כן **"אני רוצה לערוך ולבנות תקציב לשנה הבאה"** (שם).

154. דגן ואילוז טענו בחקירותיהם כי ההודעה אינה מתייחסת למשא ומתן על עסקת המילואים. כך, לפי דגן: **"זה דובר בהקשר לסדיר. כי רוחמה ואני לא היינו קשורים לשום דבר מהתמחיר למילואים כי לא ידענו [...]"** אני משוכנע בזה" (עמ' 300 ; וראו גם עמ' 301-304). הוא הסביר כי: **"ההסכם שלנו היה עם הסדיר לשנה, ואנחנו רצינו להתכונן גם תאריך להסכם עם הסדיר לעוד שנה"** (עמ' 300). בהמשך חזר דגן על גרסתו: **"הפעילות התכנון ואני חוזר עליה, מה שהייל הזה של רוחמה התכוון לסדיר. רוחמה לא היתה בעניינים ולא ידעה שום דבר על המילואים"** (עמ' 566). גם רו"ח אילוז הציגה גרסה דומה: **"אני ידעתי רק על הסדיר. אז המייל שלי מתייחס רק לסדיר [...]"** אם הייתי רוצה לציין מילואים, הייתי רושמת את המילה מילואים" (עמ' 551). לטענתה, דגן מסר לה כי לקראת סוף השנה נסגרים הסכמים מול צה"ל, ולכן ביקשה נתונים שקשורים להארכת ההסכם שהיה לאימון חיילי הסדיר (שם, וראו בהרחבה מעמ' 543 ואילך).

155. איני מקבל את גרסתם של דגן ואילוז. נוסח ההודעות ומועדן מלמדים בבירור שההתייחסות היא למילואים. בהודעה דובר על אפשרות שאן די אן ואלביט יידרשו להציע **"מחיר מוסכם ומתואם"** להתקשרות עם צה"ל, ועל משא ומתן שצריך **"לא לעכב"**. אן די אן לא הפנתה לראיה כלשהי המלמדת שבאותו מועד התקיים משא ומתן בקשר לאימון הסדירים. גם מדרגות ההכנסה שאילוז מציינת בהודעה – 10 מיליון עד 30 מיליון – אינן קרובות להכנסה מעסקת הסדירים הראשונה, שעמדה על כ-6 מיליון ש"ח.

156. עם זאת, איני סבור כי הודעות אלו תומכות בגרסת אלביט לפיה דגן ידע היטב את פרטי המשא ומתן. אדרבה, דומה כי הן אינן מלמדות על הבנת השלב המתקדם שבו היה המשא ומתן מצוי באותה תקופה. אמנם, אין ספק כי ההודעה הראשונה מלמדת על מודעות לכך שמתנהל משא ומתן בעניין המילואים ושיש כוונה לקדמו במהירות. אף האפשרות הסבירה שתוגש הצעת מחיר להתקשרות עם צה"ל עלתה בבירור בהודעה. אולם מההודעה עולה לכאורה דווקא כי אילו אינה מעורה בפרטי התקדמות המשא ומתן ובקרבה לעסקה.

157. פגישת המשא ומתן התקיימה תשעה ימים לאחר שנשלחה ההודעה הראשונה. משכך, ההודעה אינה מלמדת בהכרח שמידע כלשהו הוסתר מאן די אן, שכן ייתכן שעדכונים על הפגישה ותוצאותיה נמסרו במועד מאוחר יותר. עם זאת, כפי שצוין לעיל, אין בהודעה משום ראיה שאן די אן הייתה מודעת לפרטי התקדמות המשא ומתן מול משרד הביטחון.

158. בהודעת הדוא"ל ששלח דגן לורד ביום 9.12.2020 אין כדי לשנות ממסקנה זו. בהודעה עדכן דגן כי טרם התקבלו הנתונים שביקשה אילו במכתבה, וציין כי הדבר דרוש להיערכות לפעילות בשנת 2021. בפרט ציין דגן כי **"הדבר כמובן יתרום לשנינו במשא ומתן למ"מ עם הצבא" (דגן/29)**. על רקע זה ביקש **"לקיים דיון השתלבות הלקוחות החדשים במיזם (צה"ל), במקביל להתחייבויות מול הלקוחות הקיימים" (שם)**. דברים אלו תומכים במסקנה כי הנתונים שביקשה אילו קשורים לעסקת המילואים, ולא לאימון הסדירים. ואולם, גם מההודעה זו עולה כי דגן ידע על עצם קיומו של משא ומתן עם הצבא, אך לא בהכרח על פרטי התקדמותו.

159. אלביט טוענת שלא ייתכן שדגן ידע על עצם קיום המשא ומתן – ובפרט על האפשרות שיידרש **"להציע מחיר מוסכם ומתואם"**, כאמור בהודעת אילו – בלי להמשיך ולברר כיצד מתקדמים הדברים. המסקנה המתבקשת, לשיטתה, היא כי דגן ידע על ההצעה שהוגשה ועל המחיר שנקב בה. לחלופין נטען כי עקב התקדמות המשא ומתן על הסכם ההיפרדות, ויתר דגן על הצורך להגיש הצעת מחיר מתואמת.

160. איני מקבל טענה זו. עסקינן בעובדות ברורות שמתבקש היה לעדכן בהן את דגן – הפגישה שהתקיימה ביום 15.12.2020 במנה"ר, וסיכום המחירים המפורטים שנקבו במסמך הצעת המחיר. היעדר תיעוד או ראיה אחרת לעדכנו של דגן בעניינים אלו נזקק לחובת אלביט. ויודגש: בניגוד לעניין ה-SOW שנדון לעיל, בענייננו אין אף טענה ממשית על נקודה ספציפית שבה עודכן דגן. גם הטענה שדגן ויתר על קבלת המידע עקב התקדמות המשא ומתן על הסכם ההיפרדות אינה משכנעת. אלביט עצמה הפנתה לכך שבאותם ימים ביקשה ר"ח אילו נתונים בעניין המשא ומתן והצפי לשנת 2021. אין כל היגיון בטענה שבאותו מועד ויתר דגן על קבלת מידע הנוגע לעסקת המילואים. אני קובע אפוא כי לא נמסר לדגן עדכון על התקדמות המשא ומתן בדצמבר 2020.

161. טענה נוספת של אלביט היא כי הדיונים שהתקיימו עם דגן בעניין הצורך בהרחבת המתקנים מלמדים גם הם שידע על התקדמות המשא ומתן. כזכור, ביום 23.12.2020 התקיימה פגישה בין רחמים לדגן, שבעקבותיה ביקש רחמים לקבל מדגן הצעת מחיר לשלוש תצורות בנייה שונות (נספח 28 לתצהיר רחמים, ראו גם בפס' 29 לעיל). **"עדיפות ראשונה ומיידית"** הייתה התאמת בית הירי המזרחי לקיום שני אימונים במקביל עד יום 31.12.2020. דגן השיב כי יפעל להחזיר תשובה **"מהר ככל הניתן"**.

162. ביום 28.12.2020 פנה בא כוחו של דגן לעו"ד אורן במכתב שהתייחס לבקשת אלביט לבצע עבודות בניה "בהולות" במכללה (נספח 30 לתצהיר רחמים). במכתב ציין בא כוחו של דגן כי לדעתו נדרשים לעבודות היתרים שונים, וכי הוא מבקש שאלביט תפטור את דגן מאחריות לביצוע העבודות אם ברצונה להתקדם בהן. בפגישה נוספת שהתקיימה באותו יום אישר דגן את התחלת העבודות, כפוף לפטור זה (נספח 31 לתצהיר רחמים).

163. בחקירתו של דגן הוצגה לו הטענה שידע בבירור מדוע נדרשת ההרחבה באופן מיידי. דגן טען כי לא ידע, והדגיש כי לא הוצגה לו העובדה שביום 20.12.2020 כבר יצאה הצעת המחיר. לאחר מכן נשאל והשיב כדלקמן (עמ' 446-448):

ש" מה חשבת דן למה צריך לגמור עד 31.12 את התאמת בית הירי הקיים? ועד 31.3 לגמור את שאר העבודות. מה חשבת שעושים את זה סתם?

[...]

ת. באותו זמן בכמה וכמה פגישות תמיד טענתי אני שותף, אני לא קבלן. אתם לא תתייחסו אליי כמו איזה קבלן, אני לא קבלן אני שותף. אני צריך לקבל את כל הנתונים ובגלל זה לא הגשתי שום הצעת מחיר, כן זה ברור, אבל לא זו היתה השאלה. זה שאתה אומר שהדירו אותך ולא שיתפו אותך ולא נתנו לך נתונים הבנו [...] אבל בלי קשר לטענה הזו שלך, אומרים לך שזה שבאה אליך המכללה ואומרת אני צריכה לבנות את זה דחוף ואת זה דחוף, יש כאן הרבה בניה ואתה עוד יודע לפי התשובה שלך, כלומר כך אתה סבור שפנו כבר גם לקבל הצעת מחיר ממישהו אחר.

[...]

האם לא הבנת מכך שמתקדמים יפה מאוד, אוטוטו הולכים לחתום הסכם עם המילואים, שלא מספרים לך על ההיקף אבל אפשר להעריך מה ההיקף לפי מה שמבקשים ממך. להבנתי דבר אחד, וזה התייחסתי גם לגבי החלוקה של הבית ירי הקיים. את זה הבנתי לגבי היתר אני באתי ואמרתי כאילו אתה בא אליי פתאום ביום בהיר הנה עכשיו בוא צריך לבנות, רציתי לקבל אינפורמציה.

ת. כאילו מה זה הדרישה הפתאומית הזו, זה נראה לי קצת כי בהליך של תכנון ובניה נראה לי עכשיו, כן. כב' הבורר:

ת. זה צריך לקבל היתרים, יש תהליך מסודר ולראיה שאחרי זה שנחשפנו בגילוי מסמכים אז ראינו בכלל שהאישור של הבתי ירי זה בתי ירי פתוחים, ובפועל זה בתי ירי סגורים עם מערכת אוורור.

אז זה לא התיישב לי כשאני עשיתי את התהליך של הבניה, זה התפיסת מחשבה שלי, יש תהליך מסודר לפני בניה. זה לא באים אליך ככה בוא תבנה בוא תעשה.

כב' הבורר: אז מה הבנת כלומר כשרוצים לבנות להתאים את בית הירי המזרחי ואחר כך לבנות עוד שלושה מטווחים ואנחנו גם זוכרים [...] שבאחת השיחות שלך עם נציג של אלביט עלה בין 400-600 פלוגות, ראינו את זה לפני חצי שעה או שעה.

עו"ד טננבאום: רחמים.
כב' הבורר: אז לא הבנת מזה שהנה אוטוטו יש פה, הרבה כסף הולכים לעשות מול,

ת. ממש לא.
כב' הבורר: לא הבנת את זה?

ת. לא. לא. כי כשאתה הולך לפרויקט כזה של בניה זה לא, אני ראיתי את התהליך שהיה לי. זה לא נראה לי הגיוני שוואלה מחר מתחילים לבנות. זה יש תהליך של תכנון, יש תהליך שצריך לעשות אותו שאי אפשר לעשות אותו ביום יומיים. אי אפשר ביום יומיים."

164. דומה כי בעמדה זו של דגן יש משום היתממות. חיבור הנתונים שהיו ידועים לו – קיום המשא ומתן על עסקת המילואים, השיח על 400-600 פלוגות, הדרישה להרחבת הבנייה במהירות רבה – מלמד על עסקה משמעותית המתגבשת. עם זאת, אין בכך כדי לשנות מן המסקנה שדגן לא ידע את פרטי המשא ומתן מיום 15.12.2020, כפי שבאו לידי ביטוי בהצעת המחיר מיום 20.12.2020. כפי שציינתי לעיל, יש להניח כי אילו הועבר לדגן עדכון ברור בעניינים אלו – הייתה לכך ראיה כלשהי.

165. בניסיון נוסף להוכיח את ידיעת דגן על העסקה, מפנה אלביט לשיחה שהתקיימה בין דגן לורד ביום 7.3.2022. בשיחה זו הטיח דגן בורד: "התברר לי שכל הנתונים שהוא נתן לי וגם אתה הם בכלל לא, לא נכונים [...] עכשיו אני יודע גם שבעצם, במעמד חתימת החוזה אתם בכלל סגרתם הזמנה על 50 מיליון ואחרי פחות משנה סגרתם על 100 מיליון [...] "(נספח 64 לתצהיר דגן). אלביט מדגישה כי דגן טען שגילה על הצעת המחיר רק בגילוי המסמכים בבוררות, אולם דבריו בשיחה זו מלמדים כי ידע את פרטי העסקה הרבה לפני כן.

166. אין בראיה זו ממש. השאלה הרלוונטית היא מה ידע דגן במועד חתימת הסכם ההיפרדות. השיחה שאליה מפנה אלביט התקיימה למעלה משנה לאחר מועד זה. אמנם, מהדברים אכן עולה כי בעת השיחה כבר היה בידי דגן מידע על היקף העסקה בשנת 2021, ודומה כי שמע גם על התקשרות לשנת 2022 (אם כי נראה שהסכום 100 מיליון אינו מדויק; ראו תצהיר מקייטן מיום 8.11.2024, נספח 8, פס' 1.1.5). ואולם, לא ניתן לדעת מתי הגיע מידע זה לדגן. מהעובדה שהמידע היה בידיו במרץ 2022 לא ניתן להסיק מכך דבר לגבי ידיעתו בינואר 2021, עת נחתם הסכם ההיפרדות.

167. לבסוף, אלביט מדגישה כי לדגן היו מקורות מידע נוספים בעניין המשא ומתן, וכי לא היה תלוי בעדכוניה. בכלל זה מפנה אלביט לראיות שדגן עמד בקשר עם שורה של קצינים בכירים בצה"ל, לרבות מפקד מז"י וקצין חי"ר וצנחנים ראשי.

168. גם בכך אין כדי לשנות מהמסקנה בדבר אי ידיעתו של דגן על התקדמות המשא ומתן בדצמבר 2020. עסקינן במידע ממשי וממוקד, שאלביט לא גילתה לדגן בישורת האחרונה של המשא ומתן על הסכם המילואים. אין לקבוע כי מידע זה היה ידוע לדגן על סמך קשרים עמומים, שטיבם לא הובהר, עם גורמי צבא שונים – גם אם בכירים. בהיעדר ראיה ישירה לעדכונו, נותרה בעינה המסקנה: דגן לא ידע על המשא ומתן מיום 15.12.2020 ועל הגשת הצעת המחיר על יסוד הסיכומים בו.

5. עתיד עסקת המילואים לאחר שנת 2021

169. בסעיף 7 להצעת המחיר צוין: **"המחירים מניחים מסגרת הסכם של 4 שנים - מתוכו קבלת הזמנה מיידיית לשנת 2021-2022 ואופציה ל 3 שנים רציפות נוספות 2022-2025"**. בהמשך, תחת הכותרת **"הנחות עבודה להערכת המחיר"** צוין שוב: **"ההצעה עבור התקשרות בחוזה זה עד פברואר 2022 עם אופציה לשלוש שנים נוספות"**. עם זאת, כפי שצוין לעיל, לא הוזכרו בהצעה פרטים בעניין מימוש האופציה. הזמנות העבודה שהתקבלו בשנת 2021 התייחסו לאותה שנה בלבד, והאופציה לא הוזכרה בהן.

170. אלביט טוענת כי בתקופת חתימת הסכם ההיפרדות שרר חוסר ודאות לגבי עתיד עסקת המילואים. לטענתה, לא היה סיכום מעבר לשנת 2021, ובזמן אמת סברה כי בכוונת משרד הביטחון לצאת לאחר מכן למכרז. ברקע סברה זו עמדה פניית מ.א. רוי למשרד הביטחון, בבקשה להימנע מהתקשרות עם המכללה ללא מכרז. עו"ד אורן הצהיר כי שמע על פנייה זו בזמן אמת, בעל פה, מעו"ד מקייטן (פס' 50 לתצהיר הגנה עו"ד אורן). ואמנם, במכתב ששלח עו"ד מקייטן לב"כ מ.א. רוי ביום 7.12.2020 צוין כי הפטור למכללה יוארך, אך זאת **"לתקופת גישור"** של שנה אחת בלבד החל מינואר 2021 (נספח 9 לתצהיר אורן). בהמשך לכך ניתן הפטור הראשון, בסופו של דבר, לתקופה של שנה ושלושה חודשים (נספח 8 לתצהיר מקייטן מיום 8.11.2024).

171. אמנם, ביום 22.12.2021 ניתן פטור ממכרז לשלוש שנים נוספות (שם, פס' 1.1.5). לכאורה, פטור זה תואם את האמור בהצעת המחיר בעניין הארכת ההתקשרות למשך **"3 שנים רצופות נוספות"**. עם זאת, אין בכך כדי ללמד שבמועד חתימת הסכם ההיפרדות הייתה הארכת ההתקשרות עניין בטוח. כשנשאל עו"ד מקייטן בעדותו מדוע לא היה מכרז לאחר שנת 2021, השיב: **"אני לא יודע לענות לך. כשאני גיליתי את זה במלחמה, כשבאו ופנו אליי, שאלתי למה לא פעלו במסגרת ההנחה שנתתי ב-2020 [...] ולא היתה למנה"ר תשובה"** (עמ' 736). אף שאין בדברים הסבר ברור, אין סיבה להניח כי הכוונה לצאת למכרז לא הייתה כנה.

172. עוד יצוין כי ורד הסביר בעדותו שההתייחסות בהצעת המחיר להתקשרות של 4 שנים הייתה טקטית, ונועדה לחזק את עמדת המיקוח של אלביט. לטענתו, צפה מראש כי משרד הביטחון לא יסכים לכך, ואמנם העניין ירד מהפרק:

טוב, מה זה אבל למה הכוונה המחירים מניחים במסגרת הסכם של
 "כב' הבורר: 4 שנים, תסביר לי את זה בעברית פשוטה.

ת. בעברית פשוטה זה אומר חבר'ה, זה הכל עם מסרים כאלה שתולים,
 חבר'ה אתם לא נותנים 4 שנים אנחנו נעלה את המחיר כי התחשבנו
 במחיר הזה שנקבל 4 שנים. דרך אגב לא עברו 4 שנים ואני חושב
 שבאיזשהו מקום גם כתוב שאנחנו מדברים על 400-600 פלוגות
 בשנה.

עכשיו אני לא באמת, אנחנו בסוף מנוסים גם אנחנו מול מנה"ר
 ומשרד הביטחון, אני לא באמת סברתי שבאמת נקבל 4 שנים אבל
 רציתי לפחות להגן על המחיר הזה, בשביל שאני אוכל להגיד להם
 תשמעו קיבלתם פה מחיר לככה וככה, לארבע שנים. אתם עכשיו
 נותנים לנו תקציב חלקי אז בטח לא תהיה הנחה במחיר, כי אחרת
 משא ומתן יתקיים.

כב' הבורר: עכשיו, יש להניח שבמשא ומתן ביקשו 4 שנים, לא?
 ת. אנחנו ביקשנו.

כב' הבורר: אתם ביקשתם ו?

ת. זה ירד על ההתחלה, זה ירד על ההתחלה [...] (עמ' 1192).

173. מכלול הראיות מלמד אפוא כי במועד הסכם ההיפרדות אלביט אמנם קיוותה "להחזיק את צה"ל",
 כלשון ורד (עמ' 1191), למשך שלוש שנים לפחות. אולם ודאות בעניין זה לא הייתה, כל שכן הסכם חתום.
 כאמור לעיל, הפטור שניתן הוגבל לשנה ושלושה חודשים בלבד, והעמדה הרשמית של משרד הביטחון הייתה
 כי בסיום ההסכם יתקיים מכרז.

174. דגן אינו חולק על כך שהוצג לו הצפי למכרז עתידי (פס' 60, 99 לסיכומי התשובה מטעם אן די אן).
 ואמנם, הערכה זו הוצגה בדיון מיום 24.8.2020 שעסק בפיילוט, ונרשמה בסיכום דיון שנשלח בדוא"ל
 למשתתפים שנכחו, לרבות דגן (נספח 32 לתצהיר דגן). הערכה זו עמדה בעינה לכל אורך הדרך. כך גם במסמך
 העלויות שנשלח לדגן בעקבות הדיון מיום 4.11.2020 צוין, כאחת מ"הנחות היסוד": "לאחר 2021 יציאה
 למכרז" (נספח 24 לתצהיר רחמים). דברים אלו גם נמסרו לדגן בעל פה בשיחה, שכזכור הוקלטה ותומללה
 (נספח 37 לתצהיר דגן).

175. עוד טוענת אלביט כי דגן העריך גם הוא, כמו ורד, שחרף הצפי למכרז ניתן יהיה "להחזיק" את
 צה"ל בפרויקט למשך שלוש שנים. כראיה לכך מפנה אלביט לעובדה שאן די אן ביקשה מהמומחה מטעמה
 לשלב בחוות הדעת חישוב הכולל תרחיש שבו אורך החיים של המיזם יהיה 3 שנים בלבד, אף שאין בהסכם
 בסיס לחישוב כזה. בחוות הדעת צוין לגבי תרחיש זה כי השווי חושב "בהתאם למידע שהיה ידוע לתובע"
 (פס' 48). עוד צוין: "יוער כי לצורכי הזהירות בלבד, התבקשתי להציג את החלופה דלעיל [...] יחד עם זאת,
 חשוב לי להדגיש, כי לטעמי המדובר בתוספת צנומה לתמורה שנקבעה בהסכם ההיפרדות, שאינה נכונה
 כלכלית לאור המפורט בהתאם לרווחים בשנת 2021" (פס' 49). זאת ועוד, באת כוח אן די אן אף ביקשה
 מהמומחה אסיאג לכלול תרחיש דומה בחוות דעתו (עמ' 1439-1440). כשנשאל דגן בעדותו אם הבקשה נבעה

מאמונתו שעסקת המילואים צפויה להימשך שלוש שנים, השיב כי התרחיש נכלל בחוות הדעת בהנחיית באת כוחו, וכי שיחותיו עמה בעניין חסויות (עמ' 409-411).

176. גם בסיכומי התשובה מטעם אן די אן לא ניתן הסבר לשאלה מדוע נכלל תרחיש שלוש השנים בחוות הדעת. כל שנטען הוא שאין בכך הודאה באשר לאופן שבו ראה דגן את הדברים, וכי אין ראיות מזמן אמת התומכות בהנחה שדגן סבר שתוחלת חיי הפרויקט היא שלוש שנים (פס' 220-229).

177. הבחירה לכלול את תרחיש שלוש השנים בחוות הדעת אכן אינה ברורה. עם זאת איני נדרש להכריע בשאלה אם דגן סבר כי תוחלת חיי עסקת המילואים היא שלוש שנים. הטעם לכך פשוט: מדובר בהערכה סובייקטיבית, ואילו ענייננו בשאלה מה המידע שעמד ביסוד ההערכה. בעניין משך ההתקשרות לא הוכח כי מידע כלשהו הוסתר מדגן. המצב העובדתי במועד הסכם ההיפרדות היה צפי ממשי ליציאה למכרז בתוך שנה – וזה המצב ששוקף לדגן. ייתכן שלא לביט הייתה הערכה סובייקטיבית שתזכה במכרז העתידי, או שפרסומו יתעכב, ואימוני המילואים יימשכו. אולם משלא הוכח שביסוד הערכה זו עמד נתון עובדתי שהוסתר מדגן, אין נפקות לשאלה מה הייתה הערכתם הסובייקטיבית של הצדדים. שתי ההערכות נשענו על אותו מידע עובדתי.

6. סיכום ומסקנות

178. מן המקובץ עולה כי גרסות הקיצון של הצדדים – טענת ההסתרה הגורפת של אן די אן, כמו גם טענת הידיעה הגורפת של אלביט – אינן יכולות לעמוד. ארכז את הממצאים שנקבעו, תחילה בציר גיבוש העסקה ולאחר מכן בציר ידיעתו של דגן.

179. אשר לעסקה: במועד שליחת הצעת המחיר, ביום 20.12.2020, טרם התגבש חוזה מחייב ומלא בין אלביט למשרד הביטחון. ואולם המשא ומתן היה בשלב מתקדם מאוד. בפגישה מיום 15.12.2020 סוכמו המחירים והתנאים המהותיים, וב-20.12.2020 נשלחה הצעת המחיר המשקפת אותם. הזמנת העבודה הראשונה, בסך כ-15.9 מיליון ש"ח, התקבלה ביום 25.1.2021, וביום 9.6.2021 הורחבה ההתקשרות לכ-48.4 מיליון ש"ח. במועד הסכם ההיפרדות הייתה אפוא ודאות כמעט מוחלטת לעסקה בהיקף ההזמנה הראשונה, וניתן היה להעריך כי קרוב לוודאי תורחב להיקף המלא. לעומת זאת, המשך ההתקשרות מעבר לשנת 2021 לא היה ודאי: הפטור ממכרז הוגבל לשנה ושלושה חודשים, והעמדה הרשמית של משרד הביטחון הייתה כי בסיום ההסכם יתקיים מכרז.

180. אשר לידיעת דגן: יש להבחין בין שני סוגי מידע. הסוג הראשון – תוכן העסקה המתגבשת ונתוני היסוד שלה. דגן קיבל את טיוטה 4.5 של ה-SOW, שבה תואר תוכן האימונים המבוקשים. הוא ידע את מספר הפלוגות שעל הפרק (400-600 בשנה), ידע את המחיר לפלוגה ששימש נקודת מוצא (90,626 ש"ח בתוספת מע"מ), וידע על הצפי למכרז לאחר שנת 2021. נתונים אלו איפשרו לדגן להעריך את פוטנציאל הכנסות המיזם בשנת 2021 – עשרות מיליוני ש"ח. הדרישה שהופנתה אליו בסוף דצמבר 2020 להרחבה בהולה של המתקנים אף היא לימדה על עסקה משמעותית ההולכת ומתגבשת.

181. הסוג השני – מידע לגבי התקדמות המשא ומתן המסכם וההתקרבות למימוש העסקה. כאן שונים פני הדברים. דגן אמנם ידע שמתקיימים מגעים עם מערכת הביטחון, וידע שאלביט מבקשת להרחיב בהקדם את המתקנים. עם זאת, הוא לא ידע כי הועברה לאלביט גרסה סופית של מסמך ה-SOW, גרסה 4.6, המלמדת כי תכולות העבודה סוכמו באופן סופי.⁶ הוא אף לא עודכן על פגישת המשא ומתן מיום 15.12.2020, שבה סוכמו תנאי העסקה המהותיים. מסמך הצעת המחיר מיום 20.12.2020 לא הועבר אליו, והוא לא ידע על הגשתו. אלביט לא הצביעה ולו על נקודה ספציפית אחת שבה עודכן דגן בעניינים אלו, והיעדר התייעוד נזקף לחובתה. עדכונים אלו התבקשו במיוחד: באותם ימים ממש ביקשה ר"ח אילוז, מטעם דגן, נתונים לקראת הצעת מחיר "מוסכמת ומתואמת", ותשובה לפנייתה זו לא הוצגה בבוררות.

182. הנה כי כן, התמונה המצטיירת היא זו: דגן החזיק בנתונים שאיפשרו לו להעריך את היקפה הצפוי של עסקת המילואים, אם תצא אל הפועל. אלא שבה בעת הוותרו ממנו הנתונים בדבר התגבשות העסקה בפועל – המשא ומתן המסכם, הצעת המחיר ותנאיה. עבור אלביט, מרחב אי הוודאות בשלב זה הצטמצם באופן משמעותי ביותר, אך הדבר הוכמן מדגן. ביטחון האחרונה שלפני חתימת הסכם ההיפרדות ידע דגן אפוא "מה מתבשל", אך לא ידע שהתבשל כמעט מוכן.

183. עד כאן – הקביעות העובדתיות בסוגיית עסקת המילואים והטענות להסתרת מידע מדגן. משמעותן המשפטית של קביעות אלו תידון בהמשך. אולם לפני כן, יש לברר את היסוד השני שעליו נשענת תביעת אן די אן – סוגיית זקיפת ההוצאות. בכך יעסוק הפרק הבא.

ד. סוגיית זקיפת ההוצאות

184. אן די אן טוענת כי החל מחודש אוגוסט 2020 שינתה אלביט את ההסכמות בין הצדדים, והעמיסה על המיזם הוצאות שלא כדין. זאת, לטענתה, במטרה להפחית באופן מלאכותי את רווחיות המיזם ולפגוע בחלקה ברווחים. מדובר, לשיטתה, בחוסר תום לב ובניסיון לנשל את דגן מזכויותיו במיזם. אלביט, מטבע הדברים, מכחישה את הטענות.

185. אסקור תחילה בתמצית את טענות הצדדים. לאחר מכן אדון בהסדר שנקבע בהסכם המיזם בעניין ההוצאות, ובשאלה אם מסמך יוני 2020 שינה הסדר זה באופן מחייב. בהמשך, אתייחס לטענת אן די אן כי אלביט הסתירה מדגן מידע חשבונאי הקשור לזקיפת ההוצאות. לבסוף אבחן אם באמצעות שינוי שיטת ההוצאות הפעילה אלביט על דגן לחץ כלכלי שנועד לדחוק אותו לחתום על הסכם ההיפרדות ולוותר על זכויותיו במיזם.

1. תמצית טענות הצדדים

טענות אן די אן

⁶ הצדדים לא הצביעו על הבדלים משמעותיים בין גרסה 4.6 לגרסה 4.5 של ה-SOW. הסתרת גרסה 4.6 לא השפיעה אפוא על ידיעת דגן את פרטי העסקה. משמעות ההסתרה הייתה רק במישור התקדמות המו"מ – מדגן הוותרה העובדה שתכולות העסקה נקבעו באופן סופי.

186. עיקר טענות אן די אן הוא כדלקמן :

א. בהסכם המיזם נקבע כי המיזם ינוהל לפי עיקרון **"משק כלכלי סגור"**. משמעות הדבר היא כי יתנהל רישום נפרד של הוצאות המיזם והכנסותיו, וניתן יהיה לבודד את ההוצאות הרלוונטיות למיזם מתוך הוצאות המכללה.

ב. הגדרת ההוצאות בהסכם המיזם, כחלק מסוים **"מתוך כלל הוצאות המכללה"**, לא הייתה ברורה דיה. על רקע זה פנו הצדדים בחודש יוני 2020 לחדד את ההסכמות ביניהם. מסמך יוני 2020 סיכם את ההסכמות בעניין זה. את המסמך ערך מירילא – הוא שניסח גם את נספח ד' להסכם המיזם, שבו נקבעו ההסכמות המקוריות בעניין זקיפת ההוצאות. המסמך אושר בידי מנכ"ל המכללה אלרט, ולאחר מכן אישר אותו דגן מצדו. בכך הפכו ההסכמות לחוזה מחייב.

ג. מסמך יוני עומד בהוראות הסכם המיזם בעניין שינוי ההסכם. לפי ס' 17.5, שינוי יהיה תקף אם נערך בכתב ונחתם בידי הגורמים שהצדדים הסמיכו. הודעת דוא"ל מקיימת את דרישת הכתב, והמסמך נערך ואושר בידי הגורמים הרלוונטיים במכללה.

ד. יש לדחות את ניסיון אלביט להתנער בדיעבד ממסמך יוני 2020. טענת אלביט שלפיה ההסכמות נערכו בחוסר סמכות לא הופיעה בכתבי הטענות ויש בה משום הרחבת חזית. ממילא דין הטענה להידחות לגופה: המכללה היא אישיות משפטית נפרדת, וההסכמות נערכו בידי מנכ"ל המכללה, באישור המנכ"ל. לכל הפחות יש לקבוע שהייתה **"הרשאה נחזית"** כלפי דגן ואן די אן. יש להגן על ציפיית דגן שהסתמך בתום לב על ההסכמות.

ה. יש לדחות גם את ההוצאות הנוספות שביקשה אלביט להעמיס על המיזם בחודש אוגוסט 2020. מדובר בהוצאות שלא נכללו בדוחות החשבונאיים של המכללה, והן קשורות לחברות אחרות בקבוצת אלביט.

ו. חוסר תום לבה של אלביט התבטא גם בהסתרת מידע חשבונאי מדגן. גם כשדרשה רו"ח אילוז מסמכים שונים, אלביט התמהמהה והתנערה מחובתה להעבירם.

טענות קבוצת אלביט

187. עיקר טענות קבוצת אלביט הוא כדלקמן :

א. ההסדר בהסכם המיזם בעניין זקיפת ההוצאות פשוט וברור – יש לייחס למיזם חלק מכלל הוצאות המכללה, לפי חלקו היחסי של המיזם בהכנסות המכללה.

ב. אימוץ הכללים שבמסמך יוני 2020 משנה את המצב באופן משמעותי לטובת דגן. המסמך כולל רשימה חלקית בלבד של הוצאות, המסתכמות בפחות ממחצית ההוצאות שיש לחייב בהן את אן די אן לפי הסכם המיזם. מבחינת אלביט, אין במסמך היגיון כלכלי.

ג. אלביט התנגדה למסמך יוני 2020 מיד כשנודע לה עליו, כחודשיים לאחר חתימתו. בפרק זמן זה דגן לא שינה את מצבו לרעה. נוסף על כך, באותו מועד גילתה אלביט כי לא נזקפו למיזם הוצאות בגין שירותים שהעניקה למכללה, אשר סייעו להשאת רווחי המיזם. גם לפי חוות דעת המומחה אסיאג שהוגשה בהליך זה, יש להתחשב בהוצאות אלו כחלק מהוצאות המיזם. לפיכך נכללו הוצאות אלו בתחשיב המתוקן שנשלח לדגן ביום 19.8.2020.

ד. דגן לא עמד בזמן אמת על הטענה כי מסמך יוני 2020 מחייב. הוא לא ביקש לאכוף את ההסכמות שעוגנו בו לשיטתו. טענותיו בזמן אמת התמקדו בהוצאות הנוספות שייחסה אלביט למיזם בתחשיב המתוקן, ובפרשנות המונח "כלל ההוצאות" לפי הסכם המיזם. מכך יש ללמוד שדגן עצמו לא ראה במסמך מסמך מחייב.

ה. מסמך יוני 2020 נערך בחוסר סמכות. אלרט העיד כי לא היה מוסמך להחליט על שינוי הסכם המיזם. גם מירילא חרג מסמכותו, כפי שהעיד ורד. דגן ידע שאלביט היא בעלת הסמכות, ושלישיו דרמטי של הסכם המיזם נדרשת הסכמתה. בעניינים מהותיים התנהל דגן ישירות מול אנשי אלביט – ורד, רחמים וד"ר קובי קגן, סמנכ"ל הכספים בחטיבת היבשה באלביט. דגן אינו צד שלישי שהסתמך על הרשאה נחזית, ולכן אין תוקף כלפיו להסכמה שניתנה בחוסר סמכות.

ו. אלביט לא הסתירה מדגן מידע חשוב. רוי"ח חבה-לוי ומירילא מסרו לו את כל המסמכים הנדרשים לבחינת הנתונים שסיפקה להם אלביט.

ז. בהסכם ההפרדות ויתר דגן על כל הטענות הקשורות להתחשבות. אין ספק כי דגן הסכים לויתור זה במודעות מלאה למחלוקת בעניין ההתחשבות. גם טענותיו בדבר מסמכים שלא הועברו לו עלו בזמן אמת. משוויתר דגן על טענות אלו בהסכם ההפרדות, אין עוד צורך להכריע בהן.

2. פרשנות הסכם המיזם

188. הסכם המיזם קובע בשני מקומות שונים כי הוצאות והכנסות המיזם יירשמו בשיטת "משק כספי סגור" (ס' 6.4.1 ; ס' 10.1). אין בהסכם הגדרה מפורשת למונח זה. בעניין הגדרת "הוצאות המיזם המשותף" מפנה ההסכם לנספח ד' (ס' 6.5).

189. בנספח ד' נקבעה שיטת חישוב שונה לשלבים שונים בחיי המיזם. בסעיף 3, שאין מחלוקת כי הוא הרלוונטי לענייננו, נקבע: "הוצאות המיזם לתקופה שלאחר קבלת תקבולים בגין הכנסות ממתקנים מתקדמים [...] יהיו החלק היחסי מתוך כלל הוצאות המכללה מפעילותה בארץ, על פי היחס שבין הכנסות המיזם לבין כלל הכנסות המכללה מפעילות בארץ, ובלבד שהיחס האמור לא יפחת מ-10%".

190. אן די אן טוענת כי "הדברים לא היו ברורים באופן וודאי וחד משמעי ללא מקום של פרשנות - לבטח כאשר מצוין המשפט "מתוך כלל הוצאות המכללה" (פס' 184 לסיכומי אן די אן). לטענתה, "מעולם לא הייתה כוונה לכך שניתן יהיה להשית את "כלל" ההוצאות ללא יוצא מן הכלל" (שם, פס' 79.1). אין

ממש בטענות אלו. לשון ההסכם חדה וברורה. מדובר במפורש על כלל הוצאות המכללה מפעילותה בארץ. עסקינן במשא ומתן בין צדדים עסקיים מנוסים, שיוצגו בידי עורכי דין. אין הצדקה לסטות מלשונו המפורשת והברורה של החוזה. אילו התכוונו הצדדים לכך שיהיו **"יוצאים מן הכלל"**, כלשון אן די אן, חזקה שהיו מסייגים את ההגדרה הרחבה בהסכם.

191. כעדות לחוסר הבהירות הנטען מפנה אן די אן לקביעות ההסכם בעניין **"משק כספי סגור"**, שאינן מתיישבות עם פרשנות שלפיה הוצאות המיזם מוגדרות כאחוז מסוים מכלל הוצאות המכללה. כמו כן טוענת אן די אן כי בנייר העקרונות שקדם להסכם המיזם נקבעה רשימה סגורה של הוצאות, וכי יש להשתמש במסמך ככלי פרשני להסכם המיזם. עוד טוענת אן די אן כי חוסר הבהירות בהסכם נלמד גם מכך שמירילא, שניסח את נספח ד', לא תמך בפרשנות שהעניקה לו אלביט בדיעבד.

192. כאמור, המונח **"משק כספי סגור"** לא הוגדר במפורש בהסכם. אין לכחד: מונח זה אינו מתיישב היטב עם הגדרת הוצאות המיזם כמשתנה התלוי בכלל הוצאות המכללה בארץ. הדברים עולים גם מעדותה של רו"ח חבה-לוי מטעם אלביט (עמ' 1302-1303). עם זאת, בהיעדר הגדרה ברורה למונח, יש לבכר את ההסדרה המפורשת והברורה בסעיף הספציפי שעוסק בהגדרת ההוצאות (ס' 3 לנספח ד').

193. גם בהפניה לנייר העקרונות שקדם להסכם המיזם אין כדי לשנות ממסקנה זו. אכן, נייר העקרונות כולל רשימה סגורה של **"הוצאות מותרות"**, שרק אותן ניתן לייחס למיזם (ס' 14 ונספח א' לנייר העקרונות). דא עקא, בהסכם המיזם נקבע במפורש כי הוא **"מחליף ומבטל כל הסכמה קודמת שהתקיימה בין הצדדים"** (ס' 17.5). לא זו אף זו: הבחירה המפורשת שלא לכלול בהסכם המיזם רשימת הוצאות סגורה, בניגוד למוסכם בנייר העקרונות, דווקא מחזקת את הפרשנות שלפיה הצדדים התכוונו לחישוב פתוח, המבוסס על שיעור מתוך כלל הוצאות המכללה באשר הן – למעט פעילות בחו"ל.

194. לבסוף, גם הטענה שמירילא התנגד לפרשנות שהעניקה אלביט להסכם אינה משכנעת. ראשית, אף שמירילא ניסח את הנספח הכלכלי, מדובר כאמור בהסכם שנחתם בין שני צדדים מיוצגים ושלשונו ברורה. שנית, עמדת מירילא לא הוכחה. אן די אן מפנה בעניין זה לעדות אלרט. אביא את הדברים במלואם לשם הבהירות (עמ' 1070-1071):

"כב' הבורר:	של מי היה הרעיון להעמיס הוצאות של אלביט כלליות שלא רשומות בספרים של המכללה?
ת.	זה הנחיות שהגיעו מהמטה של אלביט, מטה יבשה ותע"ש.
ש.	וזה אחד הדברים שגם עצבנו את גבי מירלה נכון?
ת.	עצבנו אותו הרבה דברים, לא רק זה.
ש.	גם זה נכון? אתה יכול לענות אתה פה בשביל זה אתה פה, בשביל להגיד את האמת.
ת.	אמרתי שהוא יותר התעצבן מזה שלא נתנו לו להיות סמנכל כספים אלא הפכו אותו לפקיד ואמרו לו תעשה ככה ותעשה ככה.
ש.	והעניין הזה לא עצבן אותו?
ת.	כל דבר עצבן אותו.

כל דבר. טוב. בצדק או לא בצדק לדעתך?

ש.

חלק בצדק וחלק לא בצדק."

ת.

195. מהמאמירה הכללית והעמומה: **"עצבנו אותנו הרבה דברים, לא רק זה"**, אין להסיק שמירילא התנגד באופן גורף לכל רכיבי שיטת חישוב ההוצאות שבה דגלה אלביט. ממילא, הדברים נאמרו על ההוצאות הנוספות שביקשה אלביט לייחס למיזם – לא על עצם שיטת חישוב ההוצאות המיזם כחלק יחסי מכלל ההוצאות המכללה.

196. אני קובע אפוא כי יש לפרש את סעיף ייחוס ההוצאות כלשונו הפשוטה: ההוצאות שיש לייחס למיזם הן **"החלק היחסי מתוך כלל הוצאות המכללה מפעילותה בארץ, על פי היחס שבין הכנסות המיזם לבין כלל הכנסות המכללה מפעילות בארץ"**. אפנה עתה לבחון אם ביוני 2020 התגבשה הסכמה חוזית מחייבת לסטות מקביעה זו.

3. תוקף מסמך יוני 2020

197. מסמך יוני 2020 קובע שיטת חישוב ההוצאות שונה מזו שנקבעה בהסכם המיזם ותוארה לעיל. בהסכם המיזם נקבע חישוב המבוסס על שיעור מתוך כלל הוצאות המכללה; מסמך יוני קובע, לעומתו, רשימה סגורה של הוצאות שיש לייחס למיזם. לטענת אלביט, בנסיבות שהתקיימו הוביל חישוב לפי עקרונות המסמך להפחתה של כ-50% מסך ההוצאות המיוחסות למיזם (פס' 518 לסיכומי אלביט וההפניות שם). מובן כי ככל שההוצאות המיוחסות למיזם נמוכות יותר – רווחי המיזם גדולים יותר, והסכום המועבר לאן די אן גדל.

198. המחלוקת בין הצדדים אינה על פרשנות תוכנו של מסמך יוני 2020, כי אם על תוקפו. בהסכם המיזם נקבע כדלקמן: **"כל שינוי או תוספת להסכם לא יהיו בני תוקף אלא אם נערכו בכתב ונחתמו על ידי הגורמים המוסמכים ע"י הצדדים"**. בכתב ההגנה טענה אלביט כי אין מחלוקת שתוספת לפי סעיף זה **"לא נערכה ולא נחתמה"** (פס' 55). בסיכומיה לא חזרה אלביט בפירוש על טענה זו בכל הנוגע לדרישת הכתב ולחתימת התוספת, אלא התמקדה בטענה כי המסמך נחתם בחוסר סמכות. אתמקד אפוא בטענה זו.

199. מסמך יוני נערך בידי מירילא. הודעת הדוא"ל שאליה צורף המסמך נשלחה לדגן, לבדש ולארט. בפתח ההודעה צוין כי היא נשלחה **"בהמשך לפגישה שקיימנו ב-04/06/2020 בה נכחו המכותבים"**. לפי תצהיר דגן, המסמך נשלח לאחר מגעים שנמשכו כמה חודשים (פס' 35-36). גם בתצהיר אלרט צוין כי למסמך קדמו ישיבות, שבחלקן השתתף בעצמו וחלקן התקיימו בין דגן למירילא בלעדיו (פס' 163). אלרט לא הכחיש כי הכיר את העקרונות שפורטו במסמך, אך ציין כי בזמן אמת לא התעמק בהם ובתוצאותיהם המספריות (שם, פס' 166).

200. הסכם המיזם נחתם בין המכללה לבין אן די אן. בס' 11 להסכם נקבע כי **"משה אלרט (להלן – נציג המכללה המוסמך) הנו נציג המכללה בכל הקשור להסכם זה והנובע ממנו, אלא אם הוסמך אחר במקומו ע"י מנכ"ל המכללה ונמסרה על כך ליזם הודעה מראש ובכתב"**. נוסף על האמור, על ההסכם חתומים דגן

מצד אן די אן, ואלרט ומירילא מצד המכללה. פשיטא שבמועד חתימת הסכם המיזם, היו אלרט ומירילא הגורמים המוסמכים מטעם המכללה לחתום על הסכמים מעין אלו.

201. מעט לאחר חתימת הסכם המיזם השלימה אלביט את רכישת תעש. ואולם בהשלמת הרכישה, כשהיא לעצמה, לא היה כדי לשנות את המצב המשפטי בעניין גבולות סמכויותיהם והרשאותיהם של אלרט ומירילא לפעול בשם המכללה. המכללה היא שותפות רשומה – אישיות משפטית נפרדת מתעש ומאלביט.

202. אלביט מפנה לעדויות אלרט וורד כראיה לכך שאלרט ומירילא לא היו מוסמכים, ביוני 2020, לחתום על מסמך המשנה את הסכם המיזם. כך, לדברי אלרט: **"בשלב מסוים בא דן ואמר תראו חברים עשינו לצבא סדיר ועושים פה אימונים, והם לא עושים שימוש בכלל המתקנים של המכללה, או בכלל הוצאות המכללה [...] הוא אמר רגע בואו נעשה רגע סדר [...] ותחייבו אותי במה שעושים שימוש. אני לקחתי פה החלטה, שלא בסמכות ולא ברשות, שאחרי זה במילים מאוד עדינות כמעט ערפו לי עליה את הראש, וזרמתי עם דן בנושא הזה. נתתי לגבי [...] אמרתי לו שב סכם איתו, מה מתאים מה לא מתאים ונתחיל לעבוד לפי הנושא הזה" (עמ' 1060).** כנשאל לאחר מכן מה הכוונה בכך ש"קיבל החלטה", הסביר אלרט: **"קיבלתי החלטה לכבד את הרצון של דן [...] ובעצם לשנות את מתווה ההתחשבות כפי שנחתם בחוזה" (שם).** מיד לאחר מכן הוסיף: **"אבל ההחלטה הזו לא היתה לא ברשות ולא בסמכות. זאת אומרת אם רוצים לעשות את הדבר הזה אני צריך ללכת למנהלים שלי להגיד להם שיש איזושהי מחלוקת בנושא הזה, לקבל מהם את האישורים. לקחתי אחריות וגם נשאתי במחירים כתוצאה מזה" (עמ' 1061).**

203. אשר לסמכות מירילא, העיד ורד: **"מה שגילינו [...] שבאמצע שנת 2020 גבי מירלה חרג בצורה מזעזעת מסמכותו, בניגוד לסמכויות חתימה. אנחנו בסוף חברה ציבורית, שיש הגדרות ברורות למי מותר לעשות מה. ניסה לסכם, לא ברור לי מאיזה מניעים, איזושהו סיכום כספי לא הגיוני עם דן דגן. אנחנו הערנו על זה, ולא הסכמנו לאשר את הסיכום הזה. זה הכל" (עמ' 1136).**

204. למעט אמירתו הכללית של ורד על היות אלביט חברה ציבורית, אלביט לא נימקה מדוע אלרט ומירילא – שחתמו כאמור על הסכם המיזם עצמו – אינם מוסמכים לחתום על שינוי לו. כחלק מהטענה שדגן היה מודע לחוסר הסמכות, מפנה אלביט לכך שבעניינים מהותיים התנהל דגן מול רחמים, ורד וקגן. בפרט, טוענת אלביט כי משהתעוררה המחלוקת בעניין מסמך יוני, המשיך דגן להתנהל בנושא מול אלביט בלבד – ומכאן שקיבל את חוסר סמכותם של גורמי המכללה לעסוק בכך.

205. איני מקבל טענות אלו. ראשית, מעדות אלרט עולה כי הדרישה להוציא את ענייני הכספים מהמכללה ולהעבירם למטה אלביט התעוררה לאחר מסמך יוני ובעקבותיו – לא לפניו. כך לפי אלרט: **"אחרי שהיתה ישיבה ועדת כספים שבועדת כספים ראו שאנחנו בעצם מחייבים את המיזם שלא על פי החוזה של המיזם, הנושא הזה של כל נקרא לזה ניהול הכספים במכללה, נלקח מאיתנו, עבר למטה והמטה היה נותן הוראות מה לעשות איך לעשות לא רק לגבי דן, לגבי הכל" (עמ' 1067).** שנית, מדובר כאמור במשא ומתן שנמשך תקופה ממושכת, בהשתתפות הגורמים הבכירים במכללה – המנכ"ל וסמנכ"ל הכספים. גם בהנחה שפעלו בחוסר סמכות, אין זה משכנע לטעון שדגן צריך היה לדעת על כך, בשעה שהם עצמם לא סברו כך והמשיכו במשא ומתן. במאמר מוסגר יוער, כי נוכח האמור, מתייתר הצורך לדון בשאלה אם טענת חוסר הסמכות היא הרחבת חזית מצד אלביט.

206. טענה אחרת של אלביט היא כי במסמך יוני 2020 לא התכוונו הצדדים ליצור שינוי מחייב להסכם המיזם. הטענה מבוססת על כך שדגן עצמו לא ביקש לאכוף את המסמך לאחר שהתגלעה המחלוקת. כך למשל, בתכתובת בין באי כוח הצדדים מאוקטובר 2020 מתייחס בא כוח דגן לצורך להגיע להסכמות בעניין **"הגדרה נכונה ומדויקת יותר של המונח: 'כלל ההוצאות'"**, אך אינו מפנה למסמך יוני 2020 (נספח 21 לתצהיר דגן). גם רוי"ח אילוז הלינה על העמסת ההוצאות הנוספות של אלביט על המיזם, אך לא טענה כי הדבר סותר את מסמך יוני 2020 (נספח 9 לתצהיר אילוז).

207. דין הטענה להידחות. אין ספק כי הצדדים פעלו לפי מסמך יוני לפחות בחודשיים הראשונים לאחר חתימתו, וגם אלביט מכירה בכך (פס' 624 לסיכומי הגנה אלביט). הווה אומר, לא זו בלבד שדגן ראה את המסמך כמחייב בשלב זה – כך ראו אותו גם גורמי המכללה. עיון במכתב בא כוח דגן אינו מוביל למסקנה שונה. במכתב צוין: **"סיכמנו שנעשה מאמץ משותף לסיים את המחלוקת בין מר דגן לבין המכללה (ואלביט), בהצעה מצדכם להגדרה נכונה ומדויקת יותר של המונח 'כלל ההוצאות', תוך הבאה בחשבון של הבנת הצדדים את המונח הזה במהלך המו"מ ביניהם שנערך בשלהי 2017. אנו מחכים להצעה שלכם [...]"** (נספח 21 לתצהיר דגן). עמדת אן די אן הייתה כי מסמך יוני נועד להגדיר את המונח **"כלל ההוצאות"**, ואלביט חלקה על עמדה זו. בקשת בא כוח דגן, במגעים לסיום המחלוקת, כי אלביט תציע הגדרה משלה למונח – אינה מלמדת כי דגן לא ראה במסמך יוני חוזה מחייב.

208. לבסוף טוענת אלביט כי אין היגיון כלכלי בשינוי מצדה, ולכן מדובר בבירור ב"סטייה מהותית מהחוזה שאינה מחייבת את קבוצת אלביט" (פס' 519 לסיכומי אלביט). אקדים ואומר כי גם אילו קיבלתי את הטענה שאין במסמך היגיון מבחינת אלביט, אין די בה, כשהיא לעצמה, להכריע בשאלת תוקפו המחייב. מכל מקום, אלרט עצמו העיד כי ראה היגיון בשינוי, נוכח כניסת צה"ל כלקוח של המיזם. כך לדבריו: **"קיבלתי את ההחלטה הזו כי נראה לי באותה נקודת זמן נראה לי שזה הגיוני. זה נראה לי הגיוני פשוט ברמת ההיגיון [...]** כשחתמנו את ההסכם בינינו, לא חלמנו בחלומות הורודים שלנו שיגיע הצבא. באמת לא חלמנו [...] בנינו איזשהו מתווה שבואו לא נתחיל להתעסק עם כל כדור ועם כל שעת עבודה, אלא אמרנו הרצון שלנו היה שבסוף כל הלקוחות שלי יהיו לקוחות מיזם. [...] ברגע שנכנס הצבא והוא עשה שימוש בעיקר במתקני המיזם, אז אני ראיתי שיש פה מבחינתי גם איזשהו סוג של הגינות כלפי דן. ואז באתי ואמרתי אוקי, בואו נסדיר את הדברים האלה" (עמ' 1061-1062).

209. בהמשך שב אלרט והדגיש כי חידוד ההסכמות נעשה מתוך תפיסה שזה הדבר ההוגן: **"ידענו שאנחנו עובדים בניגוד להסכם אבל חשבנו שזה הוגן. אני חשבתי שזה הוגן לעשות את זה ככה [...]** לא היה כזה מסמך אבל ישבנו ויותר מזה, אפילו ישבנו עם אלון ואמרנו רגע אז בואו נחלק את זה, בואו נראה מה נשים בפנים ומה לא נשים בפנים. ישבנו עם דן. רציתי להיות הוגן" (עמ' 1070).

210. אין ספק כי מדובר בשינוי שהיטיב עם דגן על חשבון אלביט. אולם אין זה אומר בהכרח כי מדובר בשינוי חסר היגיון. כפי שהסביר אלרט, בזמן אמת הוא סבר שהשינוי תואם את כניסת צה"ל כלקוח למיזם ואת היקף העסקה שנחתמה עמו. הוא ראה את השינוי כהוגן כלפי דגן וכתואם את רוח כוונת הצדדים בעת החתימה על הסכם המיזם.

211. המסקנה היא אפוא כי מסמך יוני 2020 שינה את ההסכמות בין הצדדים באופן מחייב. מדובר במסמך כתוב, כנדרש בהסכם המיזם, שנערך והוסכם על-ידי הגורמים הרלוונטיים. המכללה ודגן אף ראו בו מסמך מחייב ופעלו לפי הוראותיו במשך כחודשיים. התנגדות אלביט מיד כשנודע לה על המסמך, או העובדה שדגן לא שינה את מצבו לרעה בין החתימה להתנגדות – אינן משנות מסקנה זו. נוכח האמור, מתייתר הדיון בשאלה אם רשאת הייתה קבוצת אלביט לייחס למיזם, לפי הסכם המיזם, את ההוצאות הנוספות הקשורות אליה. הוצאות אלו לא נכללו במסמך יוני 2020, וההכרעה בעניינן אינה נדרשת עוד.

212. להשלמת התמונה אוסיף כי במסמך יוני 2020 נכתב: **"במידה וישתנו התנאים (כניסת לקוח בפרופיל שימוש שונה), תבחן התאמת הכללים בהתאם"**. על יסוד הוראה זו טוענת אלביט כי המסמך אינו רלוונטי לעסקת המילואים, שהיא עסקה בפרופיל שונה מעסקת הסדיר (פס' 620 לסיכומי הגנה אלביט). אדון בטענה זו בהמשך, אם יהיה בכך צורך, בדיון בהערכת שווי המיזם.

213. אפנה עתה לדון בטענתו הנוספת של דגן, שלפיה אלביט הסתירה ממנו מידע חשבונאי הקשור למיזם.

4. האם הוסתר מדגן מידע חשבונאי הקשור למיזם

214. לטענת אן די אן, החל מחודש אוגוסט 2020 סירבה אלביט למסור מסמכים חשבונאיים שונים שנדרשו, ושהיה עליה למסור לפי הסכם המיזם. אן די אן טוענת כי מידע חלקי נמסר לה ביום 25.10.2020. בעקבות זאת דרשה רוי"ח אילוז ביום 4.11.2020 מסמכים נוספים. מסמכים אלו נמסרו ביום 16.11.2020. לפי סיכומי אן די אן, מנתונים אלו **"ניתן להבין כי אלביט 'גונבת' לא פחות מזה, כספים שמגיעים למיזם [...]** [אילוז] **ביצעה בזמן אמת חישוב לעניין השפעת השינוי באופן זקיפת ההוצאות והגיעה לממצא לפיו נוספו הוצאות בסך אדיר של 3,146 אל"ש!!!"** (פס' 128, ההדגשות במקור).

215. הנה כי כן, לטענת אן די אן עצמה, בחודש נובמבר נמסר לה מידע חשבונאי שאיפשר לה לחשב את משמעות השינוי באופן זקיפת ההוצאות. ייתכן, כטענת אן די אן, שהיה על אלביט להעביר את המידע במועד מוקדם יותר. אולם אין לכך נפקות בענייננו. המידע נמסר כחודשיים לפני החתימה על הסכם ההיפרדות. בסיכומי אן די אן אין טענה על נתון שלא נמסר בשלב זה, או על מידע נוסף שהיה חסר.

216. אמנם, בחקירתה טענה אילוז כי החישוב שלפיו הגיעו ההעמסות לכ-3.1 מיליון ש"ח מבוסס על הנתונים שנמסרו לה עד סוף יוני 2020, וכי לאחר מכן לא נמסרו לה נתונים. דא עקא, לא הובהר אילו נתונים חסרו לה לאחר מכן, ומה הייתה משמעותם. מכל מקום, אילוז הבהירה כי היא עומדת על החישוב שביצעה בזמן אמת גם בדיעבד:

"כב' הבורר: [...] את כותבת בסעיף 25 שאת עשית חישוב בזמן אמת וראית

שמעמיסים עליכם סכום אדיר של 3.1 מיליון ש"ח.

ת. נכון.

כב' הבורר: זה אומר שבזמן הזה כבר ידעת בדיוק מה מעמיסים עליכם.

ת. נכון.

- כב' הבורר:** זה כל מה שאני שואל.
ת. סליחה. באוגוסט כשקיבלתי את האקסל של קובי, עם שינוי של מספרים, היו לי את הנתונים מזמן אמת ויכולתי להראות, מצוין.
כב' הבורר: מה הפער,
ת. עכשיו, לא שמעתי ממך, אני עכשיו מחבר את זה לשאלה ששאלתי קודם. שאחרי שעשית את החישוב הנוסף אחרי גילוי המסמכים לא שמעתי ממך שאת משנה את הנתון הזה של ה-3.1.
ת. לא נוגעת בו."

217. בסיכומי התשובה הפנתה אן די אן לשתי הודעות דוא"ל נוספות ששלחה רו"ח אילוז, בימים 6.12.2020 ו-10.12.2020, שבהן ביקשה נתונים שונים, לרבות "צפי הכנסות המיזם מצה"ל" ו-"הוצאות המיזם הצפויות" (דגן/10). כזכור, טענת דגן ואילוז כי מדובר בנתונים הקשורים לעסקת הסדירים נדחתה, ונקבע שהנתונים התבקשו לגבי עסקת המילואים (ראו לעיל בפס' 154-155). גם מלשון ההודעה ניכר כי הכוונה לתחזיות עתידיות, ולא למידע חשבונאי קיים. כבר קבעתי לעיל כי מידע על עסקת המילואים המתגבשת אכן הוסתר מדגן. אולם אין בכך כדי להראות שאלביט הסתירה ממנו נתונים חשבונאיים הקשורים לייחוס ההוצאות.

218. סיכומם של דברים: אן די אן לא הבהירה אילו מסמכים חשבונאיים לא נמסרו לה, ומה הייתה השפעת המידע שלטענתה הוסתר ממנה. יתר על כן, למעט התחזיות הקשורות לעסקת המילואים, שעניין הסתרתן נדון בפרק הקודם, אן די אן לא הצביעה על דרישת מידע או מסמך מסוימת שלא נענתה. מכל מקום, מהראיות עולה כי נמסר לה מידע שאיפשר לערוך בזמן אמת חישוב משוער של השפעת שיטת זקיפת ההוצאות שעל יסודה פעלה אלביט.

5. טענת הלחץ הכלכלי

219. אן די אן טוענת כי החלטת אלביט לשנות את שיטת זקיפת ההוצאות באוגוסט 2020 התקבלה כחלק מניסיון להפעיל על אן די אן ודגן לחץ כלכלי, במטרה לנשלם מזכויותיהם במיזם. לפי הטענה, מדובר היה "בפרשנות דווקנית, דרקונית ולא הגיונית" של ההסכם, שנועדה לחנוק כלכלית את דגן ולכפות עליו למכור את חלקו במיזם (פס' 206 לסיכומי אן די אן).

220. בלי להעמיק בדיון המשפטי בשלב זה, סבורני שטענת הלחץ הכלכלי לא הוכחה במישור העובדתי.

221. ראשית, לא הובאו נתונים המוכיחים כי אן די אן הייתה במצוקה כלכלית, כל שכן במצוקה כזו שחייבה את דגן למכור את חלקו. כל שנטען בסיכומי אן די אן הוא כי לשם השגת המימון למיזם המשותף נטל דגן הלוואות בסך כולל של 5.1 מיליון ש"ח, שחלקן "הם כספים שהיו אמורים להגיע לאימו של מר דגן מכוח ירושת [אביו], כספים שנתרו בחשבונה של אן די אן" (פס' 32).

222. דגן התייחס בתצהירו ללחץ הכלכלי שבו היה נתון לכאורה: "בהיבט הכלכלי, התחלתי להבין כי אני "נדחק לפינה" [...] לכך יש להוסיף את המצוקה הכלכלית אליה נכנסתי אל מול ההלוואות שנטלו התובעים, אל מול ההשקעה של כשנתיים ימים של עבודה [...] מבלי לקבל את התמורה הראויה והמוסכמת. אזכיר עוד, שמעבר לעלויות הקמת המיזם בהן נשאו התובעים והלוואות שהיה עלינו להשיב, נשאו התובעים במסגרת פעילות המיזם גם בהוצאות בגין שכר יועצים, לרבות רו"ח מלווה ובשלב הסכסוך בבית המשפט [...] גם שירותי עו"ד. בצר לי, בהיעדר יכולת להמשיך לממן את פעילותנו לנוכח צעדיה של קבוצת אלביט, נאלצתי כאמור לפנות לסיוע משפחתי. עד כדי כך" (פס' 58-61). לתמיכה בטענה צורפו שני מסמכים: מסמך המפרט את יתרת ההלוואות נכון ליום 10.11.2019, שלפיו עמד סך ההלוואות שעל אן די אן להחזיר על כ-3 מיליון ש"ח, ומסמך אישור הלוואה בסך 500,000 ש"ח מיום 25.12.2019. אלא שיתרת ההלוואות, כשהיא לעצמה, אינה מעידה על מצוקה כלכלית כלשהי. יתר על כן, מחקירת דגן עולה כי לא היה במצוקה כלכלית של ממש, אלא חשש כי שיטת זקיפת ההוצאות שבה דגלה אלביט תביא אותו בעתיד למצוקה כלכלית. כך השיב בעניין זה בחקירה (עמ' 209-211):

- ש. האם אתה טוען שההתנהלות של אלביט החל מחודש אוגוסט 2020 היא זו שהביאה אותך למצוקה כלכלית או שהיית במצוקה כלכלית בלי קשר?
- ת. לא הייתי במצוקה כלכלית בלי זה שאלביט התחילו את כל נושא ההעמסות ובוא נדייק, כשאתה לוקח ליווי בנקאי בבנק ואתה באיזשהו שלב אמור להתחיל לשלם סכומים מאוד גדולים על ההלוואה הזו בסדר? נכון.
- אז אתה יש לך דד ליין שאתה מתחיל לשלם סכומים גבוהים מאוד, ואתה רואה שהם מתחילים להעמיס עליך העמסות שאתה יכול להיות שרואה בכלל שאתה לא יכול לעמוד בהלוואות האלה.
- ש. אתה יכול להראות לי מסמך אחד מזמן אמת שבו אתה או מי מטעמך עו"ד אבירן אולי, כותבים לאלביט שאתה מצוי במצוקה כלכלית?
- ת. לא. אתה שוב מטעה. אתה מנסה לצייר שהייתי במצוקה כלכלית.
- ש. לא היית במצוקה כלכלית?
- ת. הייתי יכול להיכנס למצוקה כלכלית, הבנתי.
- [...]
- ש. בוא נבין עכשיו מתי חשת שאתה יכול להיכנס למצוקה כלכלית?
- האם חשת את זה בחודש אוגוסט 2020, מתי חשת את התחושה הזו?
- ת. התחלתי לחוש אותה אחרי המייל של קובי כגן,
- ש. הבנתי.
- ת. שאז ניתחתי את זה וראיתי וואלה אני הולך פה להיכנס למצוקה כלכלית,
- [...]
- ש. הבנתי, לא היית במצוקה כלכלית, פחדת שתהיה במצוקה כלכלית. יפה.

223. בסיכומי התשובה נטען כי הדברים מלמדים על "לחץ תזרימי צפוי ומוחשי, שנבע מהיפוך פתאומי של תמונת המיזם" (פס' 163). דא עקא, לחץ מעין זה לא הוכח. ראשית, מדובר בחשש כללי, שלא גובה במסמכים או בחוות דעת בעניין יכולתם של דגן ואן די אן לעמוד בפירעון ההלוואות שנטלו. שנית, "היפוך התמונה" הנטען קיים ממילא רק ביחס למסמך יוני, שאלביט נהגה לפיו זמן קצר בלבד. כאמור לעיל, בשיטת זקיפת ההוצאות שבה דגלה אלביט לא היה משום היפוך תמונה ביחס להסכם המיזם עצמו.

224. שנית, ממילא, גם אם דגן היה נתון בחשש כלכלי אמיתי, אין ראיה כי אלביט הייתה מודעת לחשש זה או פעלה לנצלו. אין חולק כי אלביט הייתה מודעת לכך ששיטת זקיפת ההוצאות שבה דגלה מיטיבה עמה משמעותית, על חשבון המגיע לדגן לשיטתו. אולם ידיעה שהתוצאה מיטיבה עמה ופוגעת בדגן אינה מוכיחה מודעות למצוקה כלכלית של דגן, כל שכן ניסיון להפעיל עליו לחץ כלכלי.

225. שלישית, גם התנהלות אלביט בזמן אמת תומכת בכך שפעלה להגנה על האינטרסים הכלכליים שלה, כפי שתפסה אותם, ולא מתוך ניסיון לכפות על דגן מכירה. כבר ביום 15.9.2020, מעט לאחר שהתגלעה המחלוקת בעניין זקיפת ההוצאות, הציע ב"כ אלביט לב"כ דגן לפנות לבוררות, אם לא יעלה בידם ליישב את המחלוקת בהידברות (נספח 2 לתצהיר הגנה עו"ד אורן, פס' 7). יתר על כן, אלביט הבהירה כי אינה דורשת השבה מיידית של הסכום ששולם ביתר לשיטתה, והייתה נכונה לקזזו מסכומים עתידיים שדגן יהיה זכאי להם (שם, פס' 6). כפי שקבעתי לעיל, מסמך יוני 2020 שינה באותה עת את ההסכמות בין הצדדים, ולכן בדיעבד נראה שדרישת אלביט לא הייתה מוצדקת. עם זאת, לא מצאתי יסוד למסקנה כי עמידת אלביט על דרישה זו מלכתחילה הייתה חסרת תום לב, או שמטרתה הייתה להביא את דגן ללחץ כלכלי כדי לגרום לו למכור את חלקו.

226. לבסוף, אשר לטענה שהחשש מהלחץ הכלכלי עמד ביסוד רצונו של דגן למכור את חלקו – דומה כי גם טענה זו נסתרה במישור העובדתי. עמדת אלביט בעניין שיטת זקיפת ההוצאות הועלתה לראשונה במפורש במכתב קגן מיום 19.8.2020. ואולם, בחקירת דגן הוצגה לו הודעת דוא"ל ששלח לבדש ימים ספורים קודם לכן, ביום 16.8.2020, כחלק מהכנתו לפגישה עם ורד. בהודעה כתב דגן: "**נקודות לפגישה מחר, שאני אומר לו (אני רוצה לעשות את זה קצר) [...] מטרת הפגישה היא קניה שלי**" (דגן/3). הנה כי כן, מהודעת דוא"ל שכתב דגן עצמו עולה כי מכירת חלקו הייתה על השולחן עוד לפני מכתב קגן. זאת בניגוד לטענת דגן בחקירתו (עמ' 198-199).

227. משהוצגה לו ההודעה בחקירה, הסביר דגן כי עוד לפני המכתב ה"פורמלי", הנחה מטה אלביט את מירילא להפסיק לעסוק בהתחשבות בעניין המיזם. לטענת דגן, מירילא עדכן בכך את רו"ח אילוז ימים אחדים לפני ה-16.8.2020, וכך נודעה לו עמדת אלביט בעניין ההתחשבות (עמ' 205-207). העמדה שהמחלוקת התגלעה לפני שליחת מכתב קגן נתמכת גם במכתב מיום 4.10.2020, ששלח בא כוח דגן לבא כוח אלביט, שבו צוין: "**בפגישתנו מיום 24.7 סיכמנו שנעשה מאמץ משותף לסיים את המחלוקת [בעניין ההוצאות]**" (נספח 21 לתצהיר דגן). אולם גם אם אקבל טענה זו, לכל היותר ניתן לקבוע כי דגן ידע בשלב זה על עצם קיומה של מחלוקת – בלי שהכיר את פרטיה לעומק, ובלי שעמדת אלביט הוצגה לו במפורש על משמעויותיה. אין יסוד להניח כי בשל לחץ שנבע ממחלוקת עמומה זו החליט דגן לשקול את מכירת חלקו

במיזם. מתבקשת המסקנה שאפשרות המכירה הייתה ממשיה מבחינתו עוד בטרם התוודע למלוא המחלוקת בעניין זקיפת ההוצאות, ובלא קשר ללחץ שלטענתו היה נתון בו בעטיה.

228. בשולי הדברים אעיר כי בין הצדדים התגלעה מחלוקת מי יזם את ההליכים למכירת חלקו של דגן. אלביט טענה כי דגן הוא שהציע ראשון למכור את חלקו, ואילו אן די אן טוענת כי אלביט, באמצעות ורד, הציעה לדגן לרכוש את חלקו (ראו למשל בפס' 62 לסיכומי אן די אן, פס' 494 לסיכומי הגנה אלביט). איני רואה צורך להכריע במחלוקת זו. די בכך שהוכח כי מבחינת דגן עמדה אפשרות המכירה על הפרק כבר באמצע אוגוסט 2020, לפני מכתב קגן.

229. נוכח האמור, באתי לכלל מסקנה כי דין טענת הלחץ הכלכלי להידחות על כל רכיביה.

6. סיכום

230. סיכומם של דברים: בהסכם המיזם קבעו הצדדים מנגנון לחישוב הוצאות המיזם המבוסס על שיעור מתוך כלל הוצאות המכללה. במסמך יוני 2020 שונתה הסכמה זו, והוחלט על מנגנון המבוסס על רשימה סגורה של הוצאות שיש לייחס למיזם. שינוי זה התקבל באופן התואם את הסכם המיזם, ואין יסוד לטענת אלביט כי נעשה בחוסר סמכות.

231. אלביט התנערה מהשינוי ודרשה להמשיך לחשב את הוצאות המיזם לפי שיטת החישוב שעוגנה בהסכם המיזם, לשיטתה. עם זאת, אין לקבל את הטענה כי הוסתרו מאן די אן נתונים חשבונאיים הקשורים לחישוב זה. אן די אן לא הצביעה על מידע קונקרטי שהוסתר ממנה, ומהראיות עולה כי בסופו של דבר נמסרו לה הנתונים שנדרשו לשם הערכת ההשפעה של שיטת החישוב שבה דגלה אלביט.

232. גם טענת הלחץ הכלכלי נדחתה. לא הוכח כי דגן היה נתון ללחץ כלכלי, או כי עמדת אלביט בעניין ייחוס ההוצאות גובשה ממניעים בלתי לגיטימיים. כמו כן, מהראיות עולה כי דגן שקל את מכירת חלקו במיזם עוד לפני שהתגלעה במלואה המחלוקת בעניין ייחוס ההוצאות. החלטתו לא נבעה אפוא מלחץ כלכלי שמקורו בעניין זה.

233. על יסוד ממצאי העובדה שנקבעו, אפנה לבחון את טענת אן די אן בדבר חוסר תום לב במשא ומתן, ואת הסעדים המבוקשים בגינה.

ה. התביעה לפיצויי התאמה

234. הסעד העיקרי שתובעת אן די אן הוא פיצויי התאמה בסך כ-50 מיליון ש"ח. יסוד התביעה בטענה כי אלביט הפרה את חובת תום הלב במשא ומתן: הציגה לאן די אן מצגי שווא, והסתירה ממנה מידע בעניין עסקת המילואים. פרק זה יוקדש לדיון בתביעה זו.

1. תמצית טענות הצדדים

טענות אן די אן

235. עיקר טענות אן די אן הוא כדלקמן :

א. בהסתרת המידע מדגן הפרה אלביט את החובה לנהל משא ומתן בתום לב. משכך, זכאית אן די אן לפיצויים בגין הנזק שגרמה לה הסתרת המידע. בגדר כך זכאית אן די אן ל"פיצויי התאמה" שיעמידו אותה במקום שבו הייתה אילו נחתם ההסכם על יסוד גילוי מלא.

ב. השיטה העדיפה לחישוב פיצויי ההתאמה היא שיטת "החישוב היחסי". לפי שיטה זו, יש להתאים את התמורה החוזית על בסיס היחס בין שווי השוק האמיתי של הנכס לבין שוויו כפי שנחזה עקב מצג השווא.

ג. הנכס בענייננו הוא חלקה של אן די אן במיזם המשותף. את השווי יש לחשב על יסוד ההנחה שמסמך יוני 2020 מחייב את הצדדים. מצג השווא הוא הסתרת עסקת המילואים. לפי חוות דעת המומחה מטעם אן די אן, שווי השוק של חלקה במיזם בלא חוזה המילואים הוא כ-7.2 מיליון ש"ח, ושווי עם חוזה המילואים – כ-37.1 מיליון ש"ח. המחיר החוזי ששולם הוא כ-10.8 מיליון ש"ח. התאמת המחיר החוזי לפי שיטת החישוב היחסי מזכה את אן די אן בפיצוי בסך כ-49.8 מיליון ש"ח. סכום זה כולל ריבית והצמדה מיום תשלום התמורה החוזית ועד הגשת התביעה.

ד. לחלופין, יש לחשב את פיצויי ההתאמה בשיטת "פער שווי השוק". לפי שיטה זו, יש להתאים את התמורה על בסיס ההפרש בין שווי השוק של הנכס על פי מצג השווא לבין שווי השוק של הנכס כפי שהיה באמת. על יסוד ההנחות שפורטו בפסקה הקודמת, שיטה זו מובילה לפיצויי התאמה בסך כ-29.9 מיליון ש"ח ($37.1 - 7.2 = 29.9$).

ה. לחלופי חלופין, יש לחשב את פיצויי ההתאמה בשיטת "החיסור מהתמורה החוזית". שיטה זו אינה נדרשת לשווי השוק של הנכס על פי מצג השווא. חלף זאת, נקבע הפיצוי לפי ההפרש בין התמורה החוזית שנקבעה בהסכם לבין שוויו האמיתי של הנכס במועד הכריתה. התמורה החוזית המלאה שסוכמה היא כ-12.6 מיליון ש"ח. פיצויי ההתאמה לפי שיטה זו הם כ-24.5 מיליון ש"ח ($37.1 - 12.6$). לסכום זה יש להוסיף כ-1.8 מיליון ש"ח מהתמורה החוזית שטרם שולמו. סכום הפיצוי הסופי לפי שיטה זו הוא אפוא כ-26.3 מיליון ש"ח.

ו. סעיפי הוויתור בהסכם ההיפרדות אינם חלים על תביעה שישודה במידע שהוסתר מדגן שלא כדין. ויתור צריך להיות מפורש ומבוסס על הסכמה וידיעה מלאה. הסתרת המידע פוגעת בתוקף הוויתור.

ז. יש לדחות את טענת אלביט שלפיה אן די אן לא הבהירה מהו המידע שהוסתר ממנה, באופן המונע את חישוב הפיצוי. כפי שהוכח, המידע שהוסתר הוא "מכלול נתונים מסחרי קונקרטי", הכולל את "מסמך התכולות בגרסתו המתקדמת, המחירים והתנאים שגובשו מול משרד הביטחון,

היקף ההזמנה והפלוגות, תקופת הפעילות, עלויות ההיערכות וההשלכות הכלכליות של המידע"
(פס' 216 לסיכומי התשובה מטעם אן די אן).

ח. יש לדחות את טענת אלביט לפיה דגן אינו זכאי לפיצויי התאמה נוכח טענתו כי אלמלא מצג השווא לא היה מתקשר בהסכם ההפרדות. דגן רשאי לתבוע סעדים חלופיים – פיצויי התאמה, ולחלופין ביטול והשבה. תביעת פיצויי ההתאמה היא העיקרית, והיא מבוססת על ההנחה שאלמלא מצג השווא לא היה דגן מתקשר בהסכם ההפרדות בתנאים שבהם נחתם. מנגנון פיצויי ההתאמה נועד לפטור את הנפגע מהוכחת מה שהיה עושה במצב היפותטי שבו אין מצג שווא, ודגן אינו נדרש להוכיח זאת.

טענות קבוצת אלביט

236. עיקר טענות קבוצת אלביט הוא כדלקמן :

א. בהסכם ההפרדות ויתר דגן באופן גורף וכולל על כל טענה כלפי אלביט. הוויתור עוגן בארבעה סעיפים שונים בהסכם. בעת החתימה על הסכם ההפרדות ידע דגן על עסקת המילואים המתגבשת. הוא בחר לחתום על ההסכם אף שיכול היה לדרוש מידע נוסף לפני החתימה, או לשלב בהסכם מצגים של אלביט בקשר לעסקה. אף שהיה מיוצג בידי עו"ד מנוסה, בחר דגן שלא לדרוש זאת. נוכח סעיפי הוויתור בהסכם, יש לראות בכך ויתור על טענותיו בקשר לעסקת המילואים ולדחות את תביעתו.

ב. דגן לא הציג ראיות ולא הוכיח את שווי "**מצג השווא**" שביסוד תביעת פיצויי ההתאמה. תביעתו מבוססת על הטענה הקיצונית שלא ידע דבר על עסקת המילואים, ושהתמורה בהסכם ההפרדות לא הביאה בחשבון כלל את העסקה המתגבשת. טענה זו הופרכה. משכך, יש לדחות את התביעה כולה: דגן לא הצביע על מצג שווא מסוים שעל יסודו יש לפסוק לו פיצויי התאמה. אילו עשה כן, ניתן היה להביא ראיות לערכו הכלכלי של מצג השווא, לרבות באמצעות המומחים שהעידו בהליך, ולחשב את הפיצויים בהתאם. לפיכך, גם אם ייקבע כי דגן לא נחשף לפרט מידע זה או אחר, יש לדחות את התביעה – משבחר דגן בגרסה הקיצונית, אין לאמוד את שווי של אותו פרט.

ג. סעד פיצויי ההתאמה מתאים למקרים שבהם אלמלא מצג השווא היה הנפגע מתקשר בהסכם, אלא בתנאים שונים מאלו שהוסכמו על יסוד מצג השווא. דא עקא, דגן טוען כי אילו ידע בזמן אמת על קיומו של הסכם המילואים, לא היה מסכים למכור את חלקו במיזם. ממילא אף אין ראיה שקבוצת אלביט הייתה מתקשרת עם דגן בהסכם בסכומים הנתבעים. דגן אינו זכאי אפוא לפיצויי התאמה.

ד. בהערכת שווי המיזם יש להתבסס על אורך חיים של שלוש שנים בלבד – לא 24 שנים כטענת אן די אן. דגן הוא שביקש מהמומחה מטעמו לערוך חישוב לתקופה של שלוש שנים, והוא שהתעקש שחישוב דומה ייכלל בחוות דעת אסיאג. הטעם לבקשה הוא סברת דגן שאורך החיים הצפוי של פרויקט המילואים הוא שלוש שנים לכל היותר. מדובר בעניין עובדתי, ולא בעניין שבמומחיות.

לפיכך, אם ייפסקו פיצויי התאמה, יש לחשבם על יסוד הערכת דגן עצמו – קיום המיזם למשך שלוש שנים.

ה. גם אם תתקבל התביעה לפיצויי התאמה, יש לחשב את הפיצויים בהנחה שמסמך יוני 2020 אינו חל. המחלוקת בדבר תחולת המסמך הייתה ידועה לדגן במלואה בזמן אמת, והוא ויתר על טענותיו בעניין כשחתם על הסכם ההיפרדות. אין לאפשר לו לפתוח את המחלוקת מחדש בתביעת פיצויי ההתאמה, שעניינה מצג שווא שאינו קשור למסמך. יתר על כן, מסמך יוני 2020 ממילא אינו חל על עסקת המילואים. במסמך נכתב במפורש: **"במידה וישתנו התנאים (כניסת לקוח בפרופיל שימוש שונה), תיבחן התאמת הכללים בהתאם"**. פלוגות המילואים הן לקוח בפרופיל שימוש שונה לחלוטין מפלוגות הסדיר, כפי שבא לידי ביטוי במעטפת הלוגיסטית, בתכולות האימון ובמחיר האימון לפלוגה.

ו. הערכת שווי המיזם בחוות דעת אסיאג נסמכה על הנחה שהכנסות המיזם בשנת 2022 – השנה המייצגת שנבחרה – היו כ-51.3 מיליון ש"ח. נתון זה התבסס על מסמכי הפטור ממכרז שהציג בבוררות עו"ד מקייטן. דא עקא, יש לחשב את ההכנסות לפי מסמך הצעת המחיר, שעליו התבסס דגן בסיכומיו. לפי מסמך זה, ההכנסה השנתית שהוצעה עמדה על 42.7 מיליון ש"ח בלבד, בתוספת מע"מ (שאינו רלוונטי לחישוב ההכנסה). מכאן שיש להפחית מההכנסות בהערכת השווי את הסכום העודף, ולהפחית את שווי המיזם בהתאם.

ז. התמורה שדגן קיבל לפי הסכם ההיפרדות היא 16.765 מיליון ש"ח. תמורה זו מורכבת מהרכיבים האלו: דמי היפרדות חד פעמיים בסך 9.5 מיליון ש"ח; תשלומים מותנים בסך 3 מיליון ש"ח; תשלום עבור תקופת אי התחרות הראשונה בסך 1.2 מיליון ש"ח; תשלום עבור הארכת תקופת אי התחרות בסך 1.8 מיליון ש"ח; ותשלום עמלת קלט"זים בסך 1.265 מיליון ש"ח. בניגוד לטענת אן די אן, יש להתחשב בכל המרכיבים הללו בחישוב התמורה. כמו כן, אין להתחשב בכך שמדמי ההיפרדות החד פעמיים נוכה, לפי הסכם ההיפרדות, סך של כ-2.8 מיליון בגין תשלומים שהועברו לדגן לפני חתימת ההסכם.

ח. שיטת חישוב הפיצוי הנכונה היא **"שיטת החישוב היחסי"**. חישוב לפי שיטה זו – על יסוד הנתונים שפורטו לעיל, ובהנחה היפותטית ששווי **"המידע החסר"** שלא הוצג לדגן הוא 5% משווי המיזם בפועל – מוביל למסקנה כי דגן זכאי לפיצויי התאמה בסך 838,000 ש"ח בלבד.⁷

2. האם אלביט הפרה את חובת תום הלב במשא ומתן

237. ראינו לעיל כי לא עלה בידי אן די אן לשכנע שאלביט הסתירה ממנה מידע חשבונאי בעניין המיזם, שנהגה בחוסר תום לב בזקיפת ההוצאות, או שהפעילה עליה לחץ כלכלי (פרק ד.4-5). המשך הדיון יתמקד אפוא בהסתרת המידע הנוגע לעסקת המילואים בלבד – הגרסה הסופית של מסמך ה-SOW, פגישת המשא

⁷ בסיכומי ההגנה של אלביט מוצגות תוצאות מספריות עבור שיטות החישוב השונות ובהתחשב בהנחות עובדתיות שונות. אין צורך לפרטן בשלב זה.

ומתן מיום 15.12.2020, שבה סוכמו תנאי העסקה המהותיים, ומסמך הצעת המחיר מיום 20.12.2020 (פסי' 182-183 לעיל).

238. אלביט לא טענה כי בנסיבות העניין לא הייתה מוטלת עליה חובה לגלות לדגן את פרטי התקדמות המשא ומתן. ואמנם, נוכח שותפות הצדדים במיזם אין קושי לקבוע כי מדובר במידע שהיה על אלביט לגלותו. חובת הגילוי נגזרת הן מחובת תום הלב במשא ומתן, הן מהסכמות הצדדים בהסכם המיזם.

239. החובה לנהל משא ומתן בתום לב מעוגנת בסעיף 12 לחוק החוזים. חובה זו מחייבת צד למשא ומתן לגלות עובדות אשר **"על פי הנסיבות היה מקום לצפות לכך שהאדם המנהל משא ומתן יגלה אותן לצד השני"** (גבריאלה שלו ואפי צמח **דיני חוזים** 116 (מהדורה רביעית, 2019) (להלן: **שלו וצמח**)). בענייננו מדובר במידע על עסקה המשפיעה במישרין ומהותית על שווי המיזם המשותף, שעמד במוקד המשא ומתן. פשיטא שמצופה מאלביט לגלות מידע זה לדגן, שותפה במיזם.

240. גם מהסכם המיזם עולה בבירור כי אלביט הייתה חייבת לשתף את דגן במידע. כך למשל הוסכם בסעיף 6.2.5 כי **"המכללה תפעל בשקיפות מול היזם בכל הנוגע לפעילות השיווק בתחום המיזם"**, וכי **"הגשת הצעות מחיר על ידי המכללה, בתחום המיזם, יהיו באישור היזם מראש ובכתב לתנאים המסחריים הכלולים בהצעה"**. עוד הוסכם כי **"היזם יהיה שותף למשא ומתן עם לקוחות פוטנציאליים שבתחום המיזם"** (ס' 6.3.4). המידע שבו עסקין נוגע בדיוק לשני אלה – למשא ומתן שדגן היה אמור להיות שותף לו, ולהצעת מחיר שטעונה הייתה אישורו מראש ובכתב.

241. אני קובע אפוא כי בהסתרת המידע בעניין עסקת המילואים הפרה אלביט את החובה לנהל משא ומתן בתום לב.

3. תחולת סעיפי הוויתור בהסכם ההיפרדות

242. נדבך מרכזי בהסכם ההיפרדות היה ויתור אן די אן על טענותיה כלפי אלביט. כך, בסעיף 3.2.1 נקבע: **"בכפוף לבצוע מחויבויות קבוצת אלביט כמפורט בהסכם זה, אן די אן מוותרת בזאת על כל טענה, דרישה או תביעה כלפי קבוצת אלביט מכח הסכם המיזם ו/או בקשר למיזם, לרבות אך לא רק בקשר לפעילות בתחום המיזם ו/או לתמורות בגין פעילות המיזם ו/או בקשר להקמת ו/או הפעלת המתקנים המתקדמים ו/או בכל עניין הנוגע לפעילות המכללה"**. סעיף 3.2.2 מבהיר: **"הוויתור האמור חל על כל טענה, דרישה או תביעה, אשר עילתם התגבשה או תתגבש לפני או לאחר מועד ביטול המיזם. בהמשך לאמור, ובכפוף לבצוע מחויבויות קבוצת אלביט כמפורט בהסכם זה, אין ולא תהיה לאן די אן כל תביעה או טענה כלפי קבוצת אלביט בנוגע למתקנים המתקדמים, לרבות בכל הנוגע להוצאות הקמתם"**.

243. הוויתור מוזכר שוב בסעיף 4 להסכם, המסדיר את חיובי אלביט. בסעיף 4.1, שכותרתו **"תשלום דמי היפרדות"**, מובהר כי התמורה שתשלם אלביט לאן די אן בהסכם תשולם **"כתמורה סופית ומוחלטת עבור השקעותיה של אן די אן [...]** ויתורה המלא והסופי על כל זכויותיה מכל מין וסוג שהוא עפ"י הסכם המיזם, לרבות, מבלי לגרוע מכלליות האמור, זכויותיה על פי הסכם המיזם להשתתפות ברווחיו [...] ולסילוק מלא וסופי של כל טענה או תביעה, קיימים או עתידיים, מצד אן די אן מכח הסכם המיזם ו/או

בקשר עם המיזם. הדברים שבים ומודגשים בסעיף 4.1.3, שכותרתו "סילוק תביעות": **"בכפוף לעמידת קבוצת אלביט בהתחייבויותיה לתשלום התמורה [...]. אין די אן מצהירה ומתחייבת כי אין לה ולא תהינה לה ו/או למי מכוחה כל תביעה ו/או דרישה מקבוצת אלביט ו/או מי מטעמה מכח הסכם המיזם ו/או בקשר למיזם ו/או ביטולו, בין במישרין ובין בעקיפין, ו/או להוצאות מכל מין וסוג שנגרמו לה או למי מטעמה, ככל שנגרמו, בקשר לפעילותה בקשר למיזם"**.

244. אלביט טוענת כי סעיפי הוויתור חלים הן על טענות דגן בעניין ההתחשבנות ושיטת זקיפת ההוצאות, הן על טענותיו בעניין הדרתו מהמיזם והסתרת המידע על עסקת המילואים המתגבשת. אשר לעסקת המילואים, טוענת אלביט כי דגן חתם על הסכם ההיפרדות, על סעיפי הוויתור שבו, אף שידע שמתקיים משא ומתן מתקדם. חרף ידיעתו זו, לא דרש מידע נוסף ולא ביקש לשלב בהסכם מצגים מצד אלביט בעניין עסקת המילואים. לשיטת אלביט, גם אם הוסתר מדגן מידע כלשהו, סעיפי הוויתור מונעים ממנו לתבוע בעניין זה.

245. דין הטענה להידחות. בלבה עומדת הנחה עובדתית שדגן ידע כי מוסתר ממנו מידע. בלשון אלביט בסיכומיה: **"הוויתור חל על טענות שעמדו לדגן בזמן אמת, בין אם העלה אותן במפורש ובין אם היו ידועות לו לפני ההתקשרות. הוא כמובן חל על מידע שדגן ידע שהוא לא יודע, ושלא עמד על קבלתו"** (פס' 44, ההדגשה במקור). אלביט שבה והדגישה הנחה זו בהתייחסותה לסיכומי התשובה: **"דגן [...] כמו גם ר"ח אילוז מטעמו לכל הפחות היו מודעים לכך שחסר להם מידע [...] הוא היה במצב של מודעות ברורה לפער המידע הנטען [...] גם אליבא דגירסתו של דגן שהוא לא ידע פרטים ונתונים לגבי ההתקשרות הצפויה בנושא המילואים הרי שברור שדגן ידע מה הוא לא יודע, ונטל על עצמו את הסיכון"** (פס' 19-24 להתייחסות אלביט לסיכומי התשובה של אן די אן, ההדגשה במקור).

246. דא עקא, להנחה זו אין יסוד. אין ראיה שדגן ידע כי התקיימה פגישת משא ומתן עם מנה"ר ביום 15.12.2020, כי סוכמו בפגישה תנאים עקרוניים, וכי אלביט הוציאה הצעת מחיר פורמלית על יסוד סיכומים אלו. אמנם, דגן ידע על עצם קיום המשא ומתן לגבי עסקת המילואים, ונוכח דרישות הבנייה שהתעוררו בחודש דצמבר יכול היה אף לשער שמדובר במשא ומתן מתקדם. אולם הוא לא ידע – ולא היה עליו לדעת – כי אלביט מסתירה ממנו מידע מהותי: שהמשא ומתן הושלם למעשה, ושהעסקה על סף מימוש. ממילא לא יכול היה לדרוש מאלביט דבר בעניינים אלו, ואף לא ליטול על עצמו לגביהם סיכון כלשהו.

247. בפסיקה נקבע זה מכבר: **"כתב ויתור, כשלעצמו, אינו חסין מפני טענות משפטיות-חוזיות נגד תוקפו המשפטי. ככל חוזה, כתב ויתור נתון לפרשנות, ניתן להעלות כלפיו עילות חוזיות שונות, ובין היתר חוסר תום-לב [...]. למעשה, מסקנה זו היא כמעט מובנת מאליה"** (ע"א 7379/18 יצחקי נ' יצחקי, פס' 14 (18.12.2019)). בענייננו, דגן לא ידע בעת החתימה על הסכם ההיפרדות כי הוסתר ממנו מידע מהותי על השלמת המשא ומתן ועל התגבשות העסקה. משכך, לא השתכללה הסכמה בת תוקף לוותר על תביעה שישודה בהסתרה זו.

248. דרך אחת המוליכה למסקנה זו היא פרשנית: דגן לא התכוון לוותר על תביעה מעין זו. יש לפרש את הוויתור כתחום לעילות ולמחלוקות שהיו ידועות או צפויות על יסוד המידע שהיה בידיו. אין לייחס לו הסכמה שהוויתור יחול על תביעה שישודה בהסתרה חסרת תום לב של מידע מהותי לשווי המיזם.

249. דרך חלופית, המוליכה לתוצאה זהה, מעוגנת בתוצאות הפרת עקרון תום הלב בידי אלביט : אף אם הוויתור חל על ענייננו, משנחתם עקב הסתרה חסרת תום לב של עילת התביעה – מנועה אלביט מלהסתמך עליו.

250. דרך שלישית היא לקבוע כי אין די אף רשאית לבטל את הוויתור – בעילה זו בלבד – לפי סעיפים 12 ו-15 לחוק החוזים, כפי שאכן נעשה על ידה בפועל עם הגשת התביעה לפיצויי התאמה (לאפשרות של בטלות חלקית ומוגבלת של סעיף הוויתור ראו : ת"א (מחוזי י-ם) 3349-01 **קסדור ישראל שותפות מוגבלת נ' מדינת ישראל**, פס' 24 (22.8.2004)).

251. סיכומם של דברים : בין שנלך בדרך הפרשנות, בין בדרך המניעות, בין בדרך הביטול החלקי – המסקנה היא שתניית הוויתור אינה חלה על עילת התביעה שיסודה בהסתרת המידע על עסקת המילואים. לא כך בכל הנוגע לעילת ההתחשבות ולתוקף מסמך יוני 2020 : בעניינים אלו לא הוסתר מדגן מידע. הוויתור על עילות התביעה שמקורן בהם תקף אפוא, כפי שיובהר גם בהמשך הפסק.

4. פיצויי התאמה

(א) **המסגרת הנורמטיבית**

252. ס' 12(ב) לחוק החוזים קובע : **"צד שלא נהג בדרך מקובלת ולא בתום-לב חייב לצד השני פיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב המשא ומתן או עקב כריתת החוזה"**. לפי הפרשנות שהתקבלה בפסיקה, תכלית הפיצוי בסעיף זה היא **"להביא את הצד הנפגע למצב שבו הוא היה מצוי אלמלא הופרה כלפיו החובה שלא לנהוג בחוסר תום-לב"** (ע"א 2720/08 ז'אן נ' ליבמן, פס' 26(א) (23.8.2012)). על מנת לזכות בפיצוי זה, על הצד הנפגע להוכיח קשר סיבתי בין חוסר תום הלב לבין הנזק שנגרם לו (דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 744 (מהדורה שנייה, 2018) ; ע"א 2274/21 מור נ' אלעד ישראל מגורים בע"מ, פס' 102 (1.1.2023) (להלן : **"עניין מור"**)).

253. מצג שווא במשא ומתן הוא מקרה פרטי של הפרת החובה לנהוג בתום לב. להפריה זו כמה תוצאות סיבתיות אפשריות. ייתכן למשל, כי אלמלא הופרה החובה והמצב העובדתי היה מוצג לנפגע כהווייתו – היה הנפגע פורש מהמשא ומתן, וחווה לא היה נכרת כלל. במצב זה, על הפיצויים להעמיד את הנפגע במקום שבו היה אלמלא המשא ומתן (עניין **מור**, פס' 118). לעומת זאת, ייתכן כי הצדדים היו ממשיכים במשא ומתן וכורתים חוזה אחר, על בסיס המידע העובדתי האמיתי. מטבע הדברים, תנאי חוזה זה היו טובים יותר לנפגע, ומשקפים התחשבות במידע שלגביו הוצג מצג השווא (עניין **מור**, פס' 120 ; ע"א 4948/13 ע"ד יעקב הרכבי נ' אבני, פס' 37 (15.3.2015)). במצב זה ניתן לפסוק לנפגע פיצויים על דרך התאמת התמורה החוזית לתמורה שהיה מקבל אילו ידע את המצב העובדתי האמיתי (עניין **מור**, פס' 122, 135). פיצויים אלה כונו בפסיקה **"פיצויי התאמה"** (שם, פס' 135).

254. בעניין **מור** בחן השופט שטיין שלוש שיטות ששימשו בפסיקה לקביעת שיעורם של פיצויי התאמה בגין מצג שווא (פס' 139-159). שיטות אלו נסמכות על נתונים עובדתיים בדבר שווי הנכס שנמכר, התמורה החוזית ששולמה ושווי הנכס כפי שנחזה בעיני הנפגע כתוצאה ממצג השווא. אעמוד עליהן להלן.

255. השיטה הראשונה היא **שיטת החיסור מהתמורה החוזית**. לפי שיטה זו הפיצוי הוא ההפרש בין התמורה החוזית, לבין שווי האמיתי של הנכס בעת כריתת החוזה. כך למשל, אם שווי הנכס שנמכר הוא 100 ש"ח, אך עקב מצג שווא הסכים המוכר למכור ב-50 ש"ח, יועמד סכום הפיצוי על 50 ש"ח (50 – 100 = 50).

256. שיטת החיסור מהתמורה החוזית פשוטה ליישום, שכן היא דורשת שני נתונים בלבד: התמורה החוזית ושווי האמיתי של הנכס. דא עקא, היא עשויה להביא לעיוותים במצבים שבהם המחיר החוזי שהוסכם שונה משווי הנכס כפי שנחזה בעת כריתת החוזה. נניח, בדוגמה לעיל, שהמוכר העריך על יסוד מצג השווא כי שווי הנכס 70 ש"ח. חרף זאת, מחמת שיקולים אישיים שונים הסכים למכור ב-50 ש"ח בלבד. שיטת החיסור מהתמורה החוזית אינה נותנת ביטוי לפער זה, ומעניקה למוכר פיצוי יתר. הפיצוי, בסך 50 ש"ח, אינו מביא בחשבון את העובדה שהמוכר היה מוכן, מסיבות לגיטימיות, למכור את הנכס בפחות משווי השוק. למעשה, שיטה זו משנה את מערכת ההסכמות בין הצדדים: היא מעמידה אותם במקום שבו היו אילו נכרתה עסקה לפי שווי האובייקטיבי של הנכס – גם כשהצדדים עצמם לא התכוונו לכך, והסכימו על פרמיה מעל השווי או מתחתיו (להרחבה ראו: עניין **מור**, פס' 143).

257. השיטה השנייה שהוזכרה בעניין **מור** היא שיטת **פער שווי השוק**. לפי שיטה זו, הפיצוי יועמד על ההפרש בין שווי הנכס כפי שנחזה על בסיס מצג השווא לבין שווי האמיתי. הווה אומר, שיעור הפיצוי נקבע במנותק מהמחיר החוזי ששולם. בדוגמה שנדונה לעיל, הפיצוי לפי שיטה זו יועמד על 30 ש"ח: ההפרש בין שווי הנכס האמיתי (100) לשווי הנחזה (70). סכום זה יתווסף לסכום שקיבל המוכר לפי החוזה (50). התאמת התמורה מובילה אפוא לכך שהמוכר קיבל 80 ש"ח עבור נכס בשווי 100 ש"ח. בניגוד לשיטת החיסור מהתמורה החוזית, המוכר עדיין מכר את הנכס במחיר נמוך ב-20 ש"ח משווי – בדיוק כפי שהסכימו הצדדים במקור.

258. ואולם גם שיטה זו אינה משמרת באופן אופטימלי את שקילות התמורות שנקבעה בחוזה. אמנם, השיטה משמרת את ההפרש בין המחיר החוזי לבין שווי הנכס בערכו המדויק. אלא ששימור הפער בערכו המוחלט אינו משמר את שקילות התמורות כאשר שווי הנחזה של הנכס רחוק משווי האמיתי. במצבים אלו ה"פרמיה" ששולמה מעל שווי השוק או מתחתיו נשמרת בערכה המוחלט, אך שיעורה מתוך שווי הנכס האמיתי משתנה דרמטית. כך לדוגמה, מוכר שהסכים למכור ב-50 ש"ח נכס שנחזה כשווה 70 ש"ח, ושווי האמיתי הוא 7,000 ש"ח, יקבל עבור הנכס סך של 6,980 ש"ח (פיצוי בסך 6,930 ש"ח + 50 ש"ח ששולמו במקור). הן מוכר זה, הן המוכר בדוגמה הקודמת, הסכימו למכור את הנכס במחיר הנמוך ב-20 ש"ח משווי הנחזה. ואולם, שקילות התמורות בדוגמה הנוכחית השתנתה באופן משמעותי: סכום של 20 ש"ח הפך זניח נוכח ערכו הגבוה של הנכס. התוצאה היא שהמוכר יקבל עבור הנכס מחיר הקרוב לשווי השוק שלו, בניגוד לשקילות התמורות שהוסכמה בחוזה המקורי (ראו גם עניין **מור**, בפס' 150-151).

259. השיטה השלישית לחישוב פיצויי ההתאמה היא **שיטת החישוב היחסי**. בשיטה זו מעודכנת התמורה החוזית לפי היחס בין שווי הנכס כפי שנחזה על בסיס מצג השווא לבין שווי הנכס האמיתי. המחיר החוזי המותאם יחושב כך:

$$\text{שווי הנכס האמיתי} \times \frac{\text{שווי הנכס הנחזה}}{\text{שווי הנכס האמיתי}} = \text{המחיר החוזי} = \text{המחיר המותאם}$$

לאחר מכן ייקבע שיעור פיצויי ההתאמה לפי ההפרש בין המחיר המותאם למחיר החוזי, בתוספת ריבית והצמדה כנדרש (עניין **מור**, פס' 159).⁸

260. בניגוד לשתי השיטות שתוארו לעיל, שיטת החישוב היחסי משמרת את שקילות התמורות שנקבעה בחוזה המקורי, על יסוד כוח המיקוח של הצדדים ועמדותיהם במשא ומתן. בלשון השופט שטיין: **"מדובר באומדנא הקרובה ביותר לחוזה שהיו עורכים הצדדים בהינתן שמצג השווא היה ידוע להם, ובהתחשב בעמדות המיקוח שהיו לכל צד לעסקה במועד כריתת החוזה"** (עניין **מור**, פס' 156). כך למשל, מוכר שהסכים למכור נכס במחיר הנמוך בשיעור מסוים משווי הנחזה, יקבל לאחר ההתאמה תשלום הנמוך משווי האמיתי של הנכס בשיעור דומה.

261. נוכח רגישותה ליחס התמורות בחוזה המקורי, נקבעה שיטת החישוב היחסי כשיטה העדיפה במצבים שונים שבהם נדרשת התאמת תמורה המשמרת את השקילות החוזית – כגון בקביעת שיעור הניכוי לפי חוק המכר (איל זמיר **חוק המכר, תשכ"ח-1968 – פירוש לחוקי החוזים** כרך ב, 195-199 (מהדורה שנייה, 2023); ראו גם: סעיף 9(א)(2) לחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971). מסיבה זו, נקבע בעניין **מור** כי שיטת החישוב היחסי היא השיטה העדיפה גם לחישוב הפיצוי בגין מצג שווא העולה כדי חוסר תום לב במשא ומתן (פס' 159).

262. למעשה, אין בין הצדדים מחלוקת ששיטת החישוב היחסי נקבעה בפסיקה כשיטה העדיפה לקביעת שיעור הפיצוי (ראו בפס' 224-225 לסיכומי אן די אן; פס' 602-604, 657, 666 לסיכומי אלביט). אפנה עתה לבחון את המשתנים הדרושים לחישוב: התמורה החוזית ששולמה; והיחס בין שווי המיזם האמיתי לבין שווי המיזם כפי שנחזה בעיני דגן על יסוד המידע שהיה ידוע לו.

(ב) התמורה החוזית

263. כזכור, הסכם ההיפרדות כלל רכיבי תמורה שונים שהתחייבה אלביט לשלם לאן די אן. הרכיב המרכזי היה דמי היפרדות חד פעמיים. דמי ההיפרדות הועמדו בחוזה על 9.5 מיליון ש"ח, אולם נקבע כי מסכום זה ינוכו הסכומים ששולמו בפועל לאן די אן במסגרת המיזם, בסך 2,868,820 ש"ח. רכיב נוסף של

⁸ בפסק הדין קבע שטיין כי הנוסחה לחישוב פיצויי ההתאמה במצב שבו התמורה החוזית שולמה היא:

$$\left(1 - \frac{\text{שווי הנכס האמיתי}}{\text{שווי הנכס הנחזה}}\right) \times \text{המחיר החוזי} = \text{המחיר המותאם}$$

 נוסחה זו מתקבלת ישירות מחיסור המחיר המותאם מהתמורה החוזית ומתאימה למצבים בהם מצג השווא הוא מצד המוכר ולכן המחיר המותאם נמוך מהמחיר החוזי. בענייננו מצג השווא הוא מצד הקונה, והמחיר המותאם גבוה מהמחיר החוזי. במצבים אלו יש לחסר את התמורה החוזית מהמחיר המותאם. חיסור זה מוביל לנוסחה שונה מעט לחישוב הסופי של פיצויי ההתאמה: $\left(1 - \frac{\text{שווי הנכס האמיתי}}{\text{שווי הנכס הנחזה}}\right) \times \text{המחיר החוזי}$.

התמורה היה תשלום שנתי בסך מיליון ש"ח, במשך שלוש שנים, שהותנה בהיקף ההכנסות מהמיזם לאחר ההפרדות. סכום זה שולם במלואו. רכיב נוסף היה התשלום בגין תקופת אי התחרות והאופציה להארכת עבודת תקופת אי התחרות הראשונה שילמה אלביט 1.2 מיליון ש"ח. התשלום עבור מימוש האופציה להארכת התקופה, בסך 1.8 מיליון ש"ח, לא שולם ישירות: אלביט טענה כי עקב הפרות מצד אן די אן יש להאריך את התקופה בלא תשלום, לפי משך ההפרה, ולחלופין הודיעה על תשלום בדרך של קיזוז (ראו לעיל בפס' 48). נוסף על האמור, בהסכם התחייבה אן די אן לספק לאלביט מוצרי RS במחירים שלא יעלו על מחירי מחירון RS בתוספת עמלה בשיעור 35% (ס' 3.5 להסכם ההפרדות). לטענת אלביט, מכוח התחייבות זו שולם לדגן סך נוסף של 1.265 מיליון ש"ח.

264. הצדדים חלוקים בשאלה אילו מרכיבי התמורה בהסכם ההפרדות יש להביא בחשבון בחישוב התמורה החוזית לצורך פיצויי ההתאמה. אלביט גורסת כי יש להביא בחשבון את כל הסכומים שהוסכם לשלם לדגן לפי ההסכם – 16.765 מיליון ש"ח בסך הכול. אן די אן סבורה, לעומת זאת, כי יש להביא בחשבון כ-10.8 מיליון ש"ח בלבד. מקור הפער בשלושה סכומים: הסך של כ-2.8 מיליון ש"ח שנוכה מדמי ההפרדות החד-פעמיים; התשלום עבור הארכת תקופת אי התחרות; ועמלת הקלט"זים. אדון עתה בכל אחד מסכומים אלו.

סכום הניכוי מדמי ההפרדות החד פעמיים

265. דמי ההפרדות החד פעמיים הוגדרו בהסכם כדלקמן: **"סכום חד פעמי [...] בסך 9,500,000 ש"ח [...] בניכוי כל הסכומים ששולמו בפועל לאן די אן ע"י קבוצת אלביט ע"פ הסכם המיזם, קודם לחתימת הסכם ההפרדות. בחתימתה על הסכם זה מאשרת אן די אן כי הסכומים ששולמו לה בפועל עד למועד חתימת הסכם זה, ואשר ינוכו מסכום התשלום האמור לעיל, מסתכמים ב-2,868,820 ש"ח (לא כולל מע"מ)"** (ס' 4.1.1 להסכם ההפרדות).

266. לטענת אלביט, לשון החוזה מלמדת בבירור שהסכום שנוכה הוא חלק מהתמורה החוזית. אלמלא כך, היו הצדדים כותבים בפשטות כי דמי ההפרדות החד פעמיים יועמדו על ההפרש בין הסכומים. אן די אן טוענת מנגד כי הסכום שנוכה אינו **"תמורה חדשה ששולמה עבור חלקו של דגן במיזם"**, אלא כספים שהגיעו לו בהתחשבות השוטפת לפי הסכם המיזם (פס' 257 לסיכומי התשובה).

267. דין טענת אלביט להתקבל. אלמלא התכוונו הצדדים שמלוא הסכום יחשב כחלק מהתמורה החוזית, לא היה צורך בניסוח מפותל של סכום גבוה וסכום ניכוי; ניתן היה להסתפק בסכום הסופי לתשלום. מסקנה זו מתיישבת עם אופן גיבוש התמורה, כפי שהובהר בתצהיר דגן עצמו. בשלב הראשון הוסכם סכום התמורה הכולל – 15.5 מיליון ש"ח.⁹ בשלב השני **"נותר היה 'לצבוע' את רכיבי התמורה, כך שיוכלו להיות מאושרים בקלות על ידי הגורמים המוסמכים באלביט"** (פס' 88 לתצהיר דגן). **"צביעה"** זו אינה משנה את אומד דעת הצדדים, שראו במלוא הסכום את התמורה החוזית שדגן קיבל בהסכם ההפרדות.

⁹ סכום זה כולל לצד דמי ההפרדות גם את התשלומים השנתיים המותנים ואת התשלום עבור שתי תקופות אי התחרות.

268. בשולי הדברים אציין כי אין ממש בטענת דגן שלפיה הכספים שנוכו הם כספים שהגיעו לו בהתחשבות השוטפת, ולכן אין לראותם חלק מדמי ההפרדות. זכות אן די אן לקבל כספים אלו, או לפחות חלקם, הייתה שנויה במחלוקת. זקיפת הסכום כחלק מדמי ההפרדות, לצד הסכמת דגן לוותר על כל תביעה בעניין (ראו להלן פרק ח), מתיישבת אף היא עם המסקנה שמדובר בחלק מהתמורה החוזית.

269. המסקנה היא כי בחישוב המחיר החוזי יש להתחשב במלוא סכום דמי ההפרדות שנקב בהסכם, בלא לנכות את הסכומים שהועברו לאן די אן עובר לחתימתו.

התשלום עבור הארכת תקופת אי התחרות

270. בסיכומיה הביאה אן די אן בחשבון את התשלום עבור תקופת אי התחרות הראשונה כחלק מהתמורה החוזית. אולם את התשלום עבור הארכת התקופה הותירה מחוץ לחישוב, כיוון שלשיטתה לא שולם בפועל (ראו למשל פסי' 313, 346). אלביט טוענת מנגד כי הסכום שולם בדרך של קיזוז, ולא במישרין, בשל הפרת ההסכם מצד דגן. ממילא סבורה אלביט כי אין הצדקה להפריד בין הסכום הראשוני ששולם לבין התשלום עבור הארכת התקופה.

271. כפי שצוין בחוות דעת אסיאג, התשלום עבור התחייבות אי התחרות הוא חלק מתמורת רכישת המיזם (עמ' 12, פסי' ה'). אן די אן אינה חולקת על כך – היא עצמה, כאמור, הביאה בחשבון את התשלום עבור תקופת אי התחרות הראשונה. טענתה היחידה נוגעת לסכום עבור הארכת התקופה, נוכח אי תשלומו. דא עקא, המועד הרלוונטי לענייננו הוא מועד חתימת הסכם ההפרדות (השוו: עניין מור, פסי' 157). אין בשאלה אם הסכום שולם בדיעבד כדי להשפיע על האופן שבו ראו הצדדים את התמורה במועד זה. כפי שצוין לעיל, דגן עצמו הבהיר בתצהירו כי הצדדים קבעו תמורה כוללת בסך 15.5 מיליון ש"ח, ולאחר מכן "צבעו" את חלקיה. כחלק מצביעה זו יוחד הסכום של 1.8 מיליון ש"ח לזכות שניתנה לאלביט להאריך את תקופת אי התחרות – זכות שהיא, כאמור, רכיב מהותי בעסקה. מכאן שיש לראות את מלוא הסכום שהסכימה אלביט לשלם עבור התחייבות אי התחרות – 3 מיליון ש"ח – כחלק מהתמורה החוזית עבור חלק אן די אן במיזם.

עמלת הקלט"זים

272. אלביט טוענת כי יש להביא בחשבון בחישוב התמורה גם את הסכומים ששולמו לדגן כעמלה עבור קלט"זים שרכשה, לפי ס' 3.5 להסכם ההפרדות. בעניין זה קבע המומחה אסיאג בחוות דעתו: **"ההסכם לאספקת קלט"זים למכללה הינו בגדר התקשרות בין ספק ללקוח במהלך עסקים רגיל ושני הצדדים מפיקים הטבות כלכליות מהסכם זה"** (עמ' 12, פסי' ה'). אלביט חולקת על מסקנה זו, וטוענת כי מדובר בסוגיה הנוגעת לאומד דעת הצדדים. לטענתה, הסכם ההפרדות, והוא בלבד, הוליד את זכות דגן לעמלה בשיעור רווח **"גבוה מאוד"** של 35% (פסי' 650 לסיכומי הגנה אלביט). משכך, אין מדובר בהסכם שנערך במהלך העסקים הרגיל, כי אם בהטבה שקיבל דגן בהסכם ההפרדות – שיש לראותה חלק מהתמורה שקיבל בו.

273. עוד טוענת אלביט כי גם מדברי דגן עצמו עולה שהעמלה היא חלק מהמחיר החוזי. כך, כשנשאל דגן אם התמקח על המחיר שלשיטתו הוצע לו בידי אלביט (ולטענת אלביט – דגן עצמו ביקש אותו), השיב: "[...] **בעצם התכוונו שאני בעצם זה שאתקין את הקלטזים ואת הזה ופה אמרתי אולי זה יכפר על הסכום הזה**". ובהמשך: **"שבעצם אם תהיה לו הרחבה או משהו כזה, אני לא אמכור לו קלטזים, אני זה שאבצע לו את ההתקנה כי זה כולל פלדות והדבקה, ואתן לו איזשהו שירותי תמיכה אחרי שעזבתי. וזה בעצם יפצה על המחיר אולי שאני אמרתי יותר מ-15 מיליון, בסביבות ה-16"** (עמ' 391).

274. דין טענות אלביט להידחות. כפי שציין אסיאג, מדובר בהיבט נפרד של העסקה, שכל אחד מהצדדים מפיק ממנו תועלת ממנו. מחד גיסא, אן די אן הפיקה רווח ממכירת הקלטזים לפי העמלה שנקבעה. מאידך גיסא, אלביט הבטיחה לעצמה אספקה סדירה של קלטזים, שנדרשה להמשך פעילות המיזם עם יציאת אן די אן ממנו (ראו בהרחבה: פרק י שלהלן, העוסק בתביעת אן די אן השנייה). בהקשר זה יצוין כי הטענה שהעמלה שנקבעה גבוהה מהמקובל לא הוכחה. אין הצדקה לקבוע אפוא שהעמלה משקפת תמורה עבור חלק אן די אן במיזם, להבדיל מתמורה עבור ההתחייבות לספק קלטזים.

275. למעלה מן הצורך אעיר כי הסכום שמבקשת אלביט לייחס לעמלת הקלטזים שרירותי למדי. אמנם, הוא מבוסס על כספים ששולמו בפועל בשנים 2021-2022 (פס' 218 לתצהיר אלרט; עמ' 7 לחוו"ד המומחה בלס מטעם אן די אן). אולם אלביט לא הסבירה מדוע אלו השנים הרלוונטיות לשיטתה. יצוין, כי בהסכם ההפרדות התחייבה אן די אן לספק לאלביט קלטזים, בעמלה האמורה, למשך 5.5 שנים. מכל מקום, כפי שצינתי לעיל, התמורה החוזית נבחנת במועד החוזה, ולא לפי התפתחויות בדיעבד.

276. סיכומם של דברים: אני מאמץ את מסקנת המומחה אסיאג, שלפיה מדובר בהיבט נפרד בעסקה, שאין להביאו בחשבון כחלק מהתמורה עבור חלק אן די אן במיזם.

סיכום

277. הנה כי כן, בהסכם ההפרדות הוסכם כי תשולם לאן די אן, עבור חלקה במיזם, התמורה הזו:

- א. דמי הפרדות חד פעמיים בסך 9,500,000 ש"ח.
- ב. תשלומים מותנים בסך 3,000,000 ש"ח.
- ג. תשלום עבור אי-תחרות בסך כולל של 3,000,000 ש"ח.

סך התמורה החוזית שעליה הוסכם עומד אפוא על 15,500,000 ש"ח.

(ג) היחס בין שווי האמיתי של חלק אן די אן במיזם לשווי כפי שנחזה בעיני דגן

278. אפנה עתה לחשב את היחס בין שווי האמיתי של חלק אן די אן במיזם לבין שווי כפי שנחזה בעיני דגן על יסוד מצג השווא.

279. בסיכומיהם ביקשו הצדדים לחשב כל אחד משני הנתונים בנפרד – השווי האמיתי והשווי הנחזה – ומהם לגזור את היחס. אלא שטענותיהם בעניין דרך החישוב נסמכו על גרסאות הקיצון העובדתיות שהציגו: גרסת דגן כי **"לא ידע שום פרט מידע בקשר לעסקה או בקשר לשווי האמיתי של המיזם"** (פס' 275 לסיכומי תביעה אן די אן), וגרסת אלביט כי דגן **"ידע הכל, או לכל הפחות את הרוב המכריע של המידע"** (פס' 607 לסיכומי הגנה אלביט).

280. דא עקא, גרסאות הקיצון נדחו, ודרכי החישוב שבוצעו על יסודן אינן מתאימות לממצא שנקבע בתווך. הקושי העיקרי הוא בחישוב שווי המיזם כפי שנחזה בעיני דגן. דגן סבר כי יש לחשב שווי זה על יסוד נתוני עסקת הסדירים בלבד – חישוב שנשמך על טענתו כי לא ידע דבר על עסקת המילואים. משנחתה הטענה, קרסה עמה דרך החישוב. מנגד טענה אלביט כי דגן ידע הכל, ומכאן שהשווי האמיתי שווה לשווי הנחזה. גם טענה עובדתית זו נדחתה, ואין יסוד לחישוב שנשען עליה.¹⁰

281. אף חוות דעת אסיאג אינה מסייעת בפתרון הקושי. חוות הדעת עוסקת בחישוב שווי האמיתי של המיזם, על יסוד נתונים והנחות בעניין עסקת המילואים שמקורן במידע שהיה לפני המומחה. אין בה התייחסות לשווי המיזם הנחזה על יסוד המידע החלקי שהיה בידי דגן, וממילא לא עמדה לפני המומחה תשתית עובדתית בעניין זה.

282. המפתח לחישוב היחס בין השווי האמיתי של המיזם לבין שווי הנחזה מצוי באופי המידע שהוסתר מדגן. מידע זה נוגע להסתברות מימוש עסקת המילואים, להבדיל מהשפעת המימוש על שווי המיזם. משכך – וכפי שיוסבר להלן – אין צורך לחשב בנפרד את השווי האמיתי ואת השווי הנחזה, שכן היחס ביניהם נגזר מהשפעת מצג השווא על הערכת הסתברות מימוש העסקה, ולא משווי המיזם. אמנם, הצדדים לא התייחסו במישרין לדרך חישוב זו, משנסמכו על גרסאות הקיצון העובדתיות. ואולם אין בה התעלמות מטענותיהם: מדובר בדרך ביניים, העוברת בין גרסאות הקיצון ומושתתת על הממצאים שנקבעו בתווך שביניהן. משמדובר בקביעה עובדתית-משפטית ולא בעניין שבמומחיות, אף אין צורך להשיב את חוות הדעת למומחה אסיאג להתייחסות נוספת.

283. ויודגש: בנסיבות העניין אין מניעה לקבוע את שיעור הפיצוי באמצעות אומדן. אמנם, ככלל מוטלת על הנפגע החובה **"להוכיח את הנתונים העובדיים, מהם ניתן להסיק את הפיצוי, דהיינו את הערך הכספי של החזרת המצב לקדמותו"** (ע"א 355/80 נתן אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה (2) 800, פס' 3 לפסק הדין של השופט ברק (1981) (להלן: עניין אניסימוב)). עם זאת, יש להתאים את היקף החובה לסוג הנזק הנדון ולאפשרות הוכחתו. כלשון השופט ברק: **"באותם מקרים אשר בהם - לאור טבעו ואופיו של הנזק - קשה להוכיח בדייקנות ובוודאות את מידת הנזק ושיעור הפיצויים, אין בכך כדי להכשיל את תביעתו של הנפגע, ודי לו שיביא אותם נתונים, אשר ניתן באופן סביר להביאם, תוך מתן שיקול-דעת מתאים לבית המשפט לעריכת אומדן להשלמת החסר"** (שם, פס' 4). בפסיקה מאוחרת יותר הובהר, בהסתמך על עניין אניסימוב: **"על אף שככלל יש להוכיח את שיעורו של הנזק הכירה ההלכה הפסוקה בחריג, לפיו במקרים בהם הוכחת שיעור הנזק היא מסובכת מעצם טיבה, ובלתי אפשרי או קשה להוכיח**

¹⁰ יוער כי אלביט הציעה בסיכומיה חישוב חלופי, על יסוד הנחה שניתן לאמוד את ערך המידע שהוסתר מדגן ב-5% משווי המיזם (פס' 656). דא עקא, הנחה זו לא נומקה, ואלביט עצמה ציינה כי היא מוצעת **"לצורך החישוב התיאורטי בלבד"**. כפי שיובהר להלן, גם דרך החישוב שביסוד הפסק מבוססת על אומדן – אולם מקורו בראיות שהביאו הצדדים.

את שיעור הנזק בצורה מדויקת ומלאה, ניתן להקל ברמת ההוכחה הנדרשת, ולאמוד את הנזק מתוך הראיות" (ע"א 8958/96 יואל שוסטר בע"מ נ' ציון חברה לביטוח בע"מ, פס' 12 (16.9.2001)).

284. בענייננו נובע הקושי מאופי הנזק הנתבע, ולא מאי-הבאת ראיות. חישוב הנזק דורש הערכת שוויו הנחזה של חלק אן די אן במיזם, על יסוד המידע החלקי שהיה בידה על עסקת המילואים. הקושי העיקרי הוא בהערכה עד כמה סבירה הייתה התממשות העסקה על יסוד מידע חלקי זה. מדובר בהערכה היפותטית, הדורשת מטבעה "השערות וניחושים" (השוו: ע"א 11173/02 אלוניאל בע"מ נ' זאב בר בנין ופיתוח 1994 בע"מ, פס' 7 (3.4.2006)). לצורך פסיקת פיצויי ההתאמה ניתן אפוא להשלים את החסר בדרך של אומדן.¹¹

285. נוכח המקובץ לעיל, יש לדחות את טענת אלביט שלפיה גרסתו הקיצונית של דגן מנעה הבאת ראיות בעניין השווי הנחזה, והפכה את חישובו לבלתי אפשרי. אמנם, החישוב דורש אומדן של ההסתברות שייחס דגן לעסקת המילואים עקב מצג השווא. ואולם הראיות הדרושות לאומדן זה הוצגו כולן בהליך. ראיות אלו – הנוגעות לפיילוט, ל-SOW, למסמך הצעת המחיר ולמשא ומתן עם משרד הביטחון בדצמבר 2020 – נדונו בפירוט לעיל. אלביט עצמה התייחסה בסיכומיה לפרטי מידע אלו וטענה כי לא הושתרו מדגן. לא נמנעה ממנה אפוא האפשרות להתייחס בנפרד גם למשמעות הכלכלית של הסתרתם הנטענת.

286. ומכאן – לאומדן עצמו.

287. כאמור, ענייננו בקביעת היחס בין שווי האמיתי של חלק אן די אן במיזם לבין שוויו כפי שנחזה על יסוד מצג השווא. שווי המיזם נגזר מההכנסות וההוצאות הצפויות. אפתח אפוא בחזרה תמציתית על הממצאים שקבעתי בעניינים אלו.

288. טענות דגן כי הושתר ממנו מידע בעניין ייחוס ההוצאות – נדחו. דגן לא הוכיח כי אלביט סירבה למסור לו מידע חשבונאי, או שהסתירה ממנו מידע על הוצאות המיזם ודרך חישובן. אמנם הצדדים היו חלוקים בעניין משמעות מסמך יוני, אולם גדר המחלוקת היה ידוע לדגן במלואו. מצג השווא נוגע אפוא להכנסות הצפויות בלבד.

289. למעשה, אף בעניין ההכנסות – רוב המידע היה ידוע לדגן. הוא ידע על קיום המשא ומתן בעניין עסקת המילואים. אין ספק שמסך המידע שהיה בידיו – לרבות גרסה 4.5 של ה-SOW ודרישות הבנייה הדחופות שהציגה לו אלביט – היה לו ברור שהמשא ומתן מצוי בשלב מתקדם. יתר על כן, דגן ידע את נתוני העסקה המתהווה: את מספר הפלוגות הצפוי להתאמן במיזם ואת המחיר המבוקש לפלוגה. נתונים אלו תאמו את המידע שהיה בידי אלביט בזמן אמת, ואף את תנאי העסקה כפי שנחתמה. על יסוד מידע זה יכול היה דגן להעריך על נקלה מה יהיה היקף ההכנסות – ומה יהיה שווי המיזם – בתרחיש שבו תתממש העסקה.

290. דא עקא, המידע שהושתר מדגן פגע ביכולתו להעריך באופן מושכל את סיכויי התממשות העסקה. אלביט הסתירה ממנו את המידע על ההתפתחויות במשא ומתן בדצמבר 2020: לא הועברה לו הגרסה

¹¹ בשולי הדברים אעיר כי במסגרת החישוב שישמש לאומדן יש לקבוע גם את היחס בין שווי המיזם עם עסקת המילואים לבין שוויו בלעדית. אף שניתן היה להביא ראיות נוספות בעניין, סבורני – כפי שיוסבר להלן – כי די בראיות שהובאו לצורך אומדן סביר גם של יחס זה.

הסופית של ה-SOW; לא דווח לו על פגישת המשא ומתן עם מנה"ר מיום 15.12.2020; ולא נמסר לו מסמך הצעת המחיר, המתעד סיכומים משמעותיים שהתקבלו באותה פגישה. להסתרה זו הייתה השלכה ממשית: לפי המידע שהיה בידי דגן, לעסקת המילואים היה סיכוי סביר להתממש; ואילו המידע שהוסתר ממנו לימד כי מימושה היה כמעט ודאי.

291. המסקנה היא כי הצדדים יכלו להעריך באופן זה את שווי המיזם בשני התרחישים – מימוש עסקת המילואים ואי-מימושה. אלא שהערכת דגן את השווי הכולל הוטתה עקב הסתרת המידע על התקדמות המשא ומתן, שכן הוא ייחס משקל חסר לתרחיש מימוש העסקה. משכך ניתן לאמוד את היחס בין השווי האמיתי לנחזה על יסוד שלושה משתנים: היחס בין שווי המיזם עם עסקת המילואים לשווי בלעדית; ההסתברות שניתן היה לייחס למימוש העסקה על יסוד מלוא המידע, שהיה בידי אלביט; וההסתברות שניתן היה לייחס לו על יסוד המידע החלקי שהיה בידי דגן.

292. אסביר. שווי המיזם הכולל מורכב משווי בכל אחד מהתרחישים האפשריים, משוקלל לפי הסתברות מימושו של אותו תרחיש. ככל שעולה הסתברותו של תרחיש מסוים – עולה משקלו היחסי בשווי הכולל, ומשקלו של התרחיש המשלים יורד בהתאם. כאמור, מצג השווא הביא את דגן לייחס משקל חסר לתרחיש מימוש העסקה. מטבע הדברים, שווי המיזם בתרחיש המימוש גדול משמעותית משווי בתרחיש אי-המימוש. מכאן, שככל שהשפעת מצג השווא על ההסתברות שייחס דגן לעסקה גדולה יותר – כך גדלה השפעתו על היחס בין שווי המיזם האמיתי לשווי הנחזה.

293. אמחיש את הדברים: לשווי חלק אן די אן במיזם בתרחיש שבו תתממש עסקת המילואים נקרא M , ולשווי בלא העסקה – S . להסתברויות שיכלו אלביט ודגן לייחס למימוש העסקה, על יסוד המידע שהיה בידי כל אחד מהם, נקרא p_1 ו- p_2 בהתאמה. לפי המוסבר לעיל, יירשם היחס בין שווי האמיתי של חלק אן די אן במיזם לבין שווי כפי שנחזה בעיני דגן בצורה הבאה:

$$\frac{\text{השווי האמיתי}}{\text{השווי הנחזה}} = \frac{p_1 * M + (1 - p_1) * S}{p_2 * M + (1 - p_2) * S}$$

$$0 < p_2 < p_1 < 1$$

294. אפנה תחילה לאמוד את החלק היחסי של שווי המיזם בלא עסקת המילואים מתוך שווי הכולל – כלומר, לבטא את S כשיעור מ- M . אף שסוגיה זו לא נבחנה במישרין בחוות דעתו של המומחה אסיאג, בידינו שני נתונים שיכולים לשמש בסיס לאומדן: היקף ההכנסות הצפוי מעסקת המילואים בשנת 2021, והיקף ההכנסות הסופי של המיזם בשנת 2020 – שעיקרו בעסקת הסדירים.

295. לפי חוות דעת אסיאג, סך ההכנסות מהמיזם בשנת 2020 עמד על 8.693 מיליון ש"ח (עמ' 14). לפי הצעת המחיר, סך ההכנסות הצפויות בתרחיש של מימוש עסקת המילואים עמד על 42.826 מיליון ש"ח (ס' 7 להצעת המחיר; הסכום ללא מע"מ). הווה אומר, הצפי היה שמימוש עסקת המילואים יגדיל את הכנסות המיזם כמעט פי חמישה. לצד זאת יש לזכור כי מימוש העסקה חייב השקעה משמעותית בהרחבת המתקנים. המומחה אסיאג העריך את ההשקעה הנדרשת בשנת 2021 בכ-11.4 מיליון ש"ח (עמ' 53 לחוות דעת אסיאג).

296. על דרך האומדן, אני קובע כי מימוש עסקת המילואים היה צפוי להגדיל את שווי המיזם פי ארבעה. מחד גיסא הבאתי בחשבון את ההשקעה הנדרשת למימוש העסקה; מאידך גיסא – את משקלן היורד של ההוצאות הקבועות מתוך סך ההכנסות ככל שאלו גדלות, ואת פוטנציאל ההכנסה השנתית העתידי, שהיה גדול אף יותר, שכן עקב הרחבת המתקנים ב-2021 לא הייתה תפוסת פעילות מלאה (ראו עמ' 50 לחוות דעת אסיאג, פס' ז-יב).¹² בשקלול הדברים העמדתי את הכפולה על ארבעה – פחות מהגידול הצפוי בהכנסות. למותר לציין כי מדובר באומדן גס, לא בחישוב מתמטי. עם זאת, סטייה ממנו לא תשנה את התוצאה באופן משמעותי.¹³

297. אציין כי בסיכומי אן די אן נטען ששווי המיזם עם עסקת המילואים גדול פי חמישה משוויו בלעדיו. דין טענה זו להידחות. הטענה נסמכה על השוואה בין נתונים שונים מחוות דעת המומחה זילברשטיין מטעם אן די אן לבין נתונים מחוות דעת אסיאג. כך, לפי חוות דעת זילברשטיין, שווי חלק אן די אן במיזם ללא עסקת המילואים הוא כ-7.2 מיליון ש"ח (פס' 48). לעומת זאת, על יסוד חוות דעת אסיאג טענה אן די אן כי שווי חלקה בתרחיש מימוש העסקה עומד על כ-37.1 מיליון ש"ח – פי חמישה. דא עקא, אין יסוד להשוואה זו, שכן הערכות המומחים מבוססות על הנחות יסוד שונות בתכלית. חישובו של זילברשטיין נסמך על "היוון תזרים מזומנים בשיעור היוון של 15% ללא מס, לשלוש שנים" (פס' 48 לחוות הדעת). הערכת אסיאג, לעומתו, התבססה על אורך חיי מיזם של 24 שנים – לצד הבדלים נוספים בהנחות היסוד (חוות דעת אסיאג, עמ' 12, פס' ז).¹⁴

298. על יסוד האמור, ניתן לרשום כעת את שווי המיזם בתרחיש אי-מימוש עסקת המילואים כ-0.25 משוויו בתרחיש המימוש:

$$\frac{\text{השווי האמיתי}}{\text{השווי הנחה}} = \frac{p_1 * M + (1 - p_1) * S}{p_2 * M + (1 - p_2) * S} = \frac{p_1 * M + (1 - p_1) * 0.25M}{p_2 * M + (1 - p_2) * 0.25M}$$

$$0 < p_2 < p_1 < 1$$

299. רואים אנו כי ניתן לצמצם כעת את המשתנה M, המשקף כזכור את שווי המיזם בתרחיש מימוש העסקה. משמעות הדבר היא שהיחס בין שווי המיזם האמיתי לשווי הנחה בעיני דגן אינו תלוי בערך המדויק של שווי המיזם, אלא בהסתברויות שייחסו הצדדים למימוש העסקה בלבד:

$$\frac{\text{השווי האמיתי}}{\text{השווי הנחה}} = \frac{p_1 * M + (1 - p_1) * 0.25M}{p_2 * M + (1 - p_2) * 0.25M} = \frac{p_1 + (1 - p_1) * 0.25}{p_2 + (1 - p_2) * 0.25}$$

¹² זאת מבלי להפחית ממשמעות כוונת משרד הביטחון לצאת בעתיד למכרז (כאמור בפס' 169-177 לעיל).

¹³ כך למשל, בהמשך לנתונים שיווהרו בהמשך, קביעה כי הכפולה היא פי שלושה ולא פי ארבעה תעמיד את המחיר החוזי המותאם על כ-19.73 מיליון ש"ח במקום כ-20.46 מיליון ש"ח.

¹⁴ אמנם אסיאג כלל בחוות דעתו הערכה של שווי המיזם לשלוש שנים בלבד (נס' ו' לחוות הדעת). אולם הערכה זו מבוססת על נתונים שונים מאלו ששימשו את המומחה זילברשטיין – למשל בעניין השלכות המיסוי ושיעור ההיוון – ואף היא אינה מתאימה אפוא להשוואה. למעלה מן הדרוש אוסיף, כי גם במקרה שבו הכפולה היא פי חמישה ולא פי ארבעה לא הייתה התוצאה משתנה באופן מהותי – לפי כפולה של פי חמישה המחיר המותאם עומד על כ-20.97 מיליון ש"ח.

300. כפי שצינתי בפתח חלק זה, מסקנה זו מתיישבת היטב עם אופי המידע שהוסתר מדגן. מידע זה אינו נוגע לשווי המיזם בתרחישים השונים, אלא לסיכויי מימוש עסקת המילואים ולמשקל היחסי שיש לייחס לכל תרחיש בלבד. אין זה מפתיע אפוא שהיחס בין השווי האמיתי לנחזה אינו מושפע מערכו של המיזם בכל אחד מהתרחישים – שהרי לעניין זה לא נגע המידע שהוסתר.

301. להשלמת התמונה אוסיף כי הצדדים הציגו בסיכומיהם חישובים שונים, שלפיהם שווי המיזם מושפע משמעותית ממשתנים כגון תוקף מסמך יוני 2020 ואורך חיי המיזם הצפוי. אלא שאף בעניינים אלו לא הוסתר מדגן מידע. כפי שהוסבר לעיל, בהיעדר פערי מידע אין משתנים אלו משפיעים על היחס בין שווי האמיתי של חלק אן די אן במיזם לבין שווי כפי שנחזה בעיני דגן.¹⁵

302. נותר להעריך את ההסתברות שניתן היה לייחס למימוש עסקת המילואים על יסוד המידע שהיה בידי הצדדים. כפי שנקבע, לאלביט – שהחזיקה במלוא המידע – הייתה ודאות כמעט מוחלטת באשר להתקשרות הראשונית, וודאות קרובה להרחבת העסקה למלוא הסכום הנדון. לצורך האומדן אני קובע כי על יסוד מלוא המידע ניתן היה לייחס למימוש עסקת המילואים הסתברות של 90% (0.9).

303. דגן, לעומת זאת, החזיק במידע שאיפשר לו לייחס למימוש העסקה סיכוי סביר. משמעותיות במיוחד העובדות שקיבל את גרסה 4.5 של ה-SOW ושידע על המהלכים הקונקרטיים שביצעה אלביט להרחבת הבינוי – מהלכים שאינם מתיישבים עם עסקה שסיכוייה קלושים. מנגד, נעדרו מידעיותו הנתונים המלמדים על גיבוש סופי: הוא לא ידע על המשא ומתן המסכם מדצמבר 2020, על הסיכומים שהושגו בו ועל הצעת המחיר ששקפה אותם – שבעקבותיהם הפך מימוש העסקה לקרוב לוודאי. בשקלול נתונים אלה אני קובע, על דרך האומדן, כי ההסתברות שיכול היה דגן לייחס למימוש העסקה, על תנאיה, היא 60% (0.6) – סיכוי סביר, מעל מאזן ההסתברויות, אך רחוק מהודאות הכמעט מלאה שהייתה לאלביט.

304. על יסוד האומדן האמור אני קובע כי היחס בין שווי האמיתי של המיזם במועד הסכם ההיפרדות לבין שווי כפי שנחזה בעיני דגן על יסוד מצג השווא – עומד (בקירוב) על **1.32**:

$$\frac{\text{שווי האמיתי}}{\text{השווי הנחזה}} = \frac{p_1 + (1 - p_1) * 0.25}{p_2 + (1 - p_2) * 0.25} = \frac{0.9 + (0.1 * 0.25)}{0.6 + (0.4 * 0.25)} = 1.32$$

(ד) שיעור הפיצוי

305. כאמור, את המחיר החוזי המותאם יש לקבוע לפי שיטת החישוב היחסי, לפי הנוסחה הבאה:

$$\text{שווי הנכס האמיתי} \times \frac{\text{המחיר החוזי}}{\text{שווי הנכס הנחזה}} = \text{המחיר המותאם}$$

¹⁵ השוו לחישוב המוצע בסעיפים 660-656 לסיכומי הגנה אלביט, המבוסס על הערכת שווי המידע כחלק יחסי משווי המיזם. גם במצב זה אין משמעות לשאלת תחולת מסמך יוני או לאורך חיי המיזם.

306. עמדנו לעיל על כך שהמחיר החוזי עבור חלק אן די אן במיזם הוא 15.5 מיליון ש"ח. היחס בין שווי האמיתי של חלק זה לבין שווי כפי שנחזה בעיני דגן עומד, לפי האומדן שתואר לעיל, על 1.32. מכאן שהמחיר החוזי המותאם הוא **20,460,000 ש"ח**.

307. שיעור פיצויי ההתאמה הוא הפער בין המחיר החוזי למחיר המותאם – הווה אומר, **4,960,000 ש"ח**. לסכום זה יש לצרף מע"מ כדין, כאמור בסעיף 8.2 להסכם ההיפרדות.

308. כאמור בעניין **מור**, מקום שהתמורה החוזית שולמה, יישא סכום פיצויי ההתאמה הפרשי הצמדה וריבית מיום התשלום (פס' 159(ב)). בענייננו שולם עיקר התמורה ביום **28.2.2021**. סכום הפיצויים יישא אפוא הפרשי הצמדה וריבית כדין החל מיום זה.

(ה) טענת היעדר הקשר הסיבתי

309. אלביט טוענת כי אין לפסוק לדגן פיצויי התאמה, שכן אין קשר סיבתי בין מצג השווא לבין הנזק הנטען. לטענתה, סעד פיצויי ההתאמה מתאים למצבים בהם הנפגע ממצג השווא היה בוחר להתקשר בהסכם גם אילו ידע את המצב העובדתי האמיתי, אלא שהיה דורש תמורה אחרת. בענייננו, לעומת זאת, מפנה אלביט לטענת אן די אן בסיכומיה, שלפיה " **נטען והוכח בהליך זה [...] כי אילו דגן היה יודע בזמן אמת על קיומו של החוזה שנחתם מול משרד הביטחון, לא היה מסכים למכור את חלקו במיזם כלל וכלל**" (פס' 14).

310. אין בטענה זו ממש. השאלה מה היה דגן עושה אלמלא הסתרת המידע היא שאלה היפותטית. האחריות לכך ששאלה זו לא זכתה למענה בזמן אמת רובצת לפתח אלביט, שבחרה להסתיר מדגן את המידע. משנחתם ההסכם, זכאית אן די אן לבחור בין תביעת פיצויי התאמה – המבוססת על ההנחה שהיה נחתם הסכם בתמורה חוזית שונה – לבין תביעת ביטול החוזה (השוו: עניין **מור**, פס' 117, 120-123). אן די אן העמידה את פיצויי ההתאמה כסעד העיקרי בתביעתה.

311. למעלה מן הצורך אוסיף כי אין די באמירה שאליה מפנה אלביט כדי להוכיח שדגן לא היה מתקשר בחוזה אילו ידע את מלוא העובדות. כפי שצוין לעיל, הוכח כי דגן שקל ברצינות למכור את חלקו עוד בחודש אוגוסט 2020, כשהמגעים על עסקת המילואים היו בשלב ראשוני למדי וטרם התגלעה במלואה המחלוקת בעניין זקיפת ההוצאות. יתר על כן, הוכח – בניגוד לטענת דגן – כי ידע מידע משמעותי על עסקת המילואים לכל אורך הדרך. נתוני היסוד של העסקה היו לפניו, והוא יכול היה להעריך את שוויה הכלכלי, גם אם הוסתר ממנו מידע על וודאות מימושה. ואולם, אף שידע כי מתקיים משא ומתן מתקדם על עסקת המילואים, הוא לא ביקש לעצור את המשא ומתן על ההיפרדות כדי לבחון את המשך שיתוף הפעולה. התנהלות זו מלמדת כי העדיף את מכירת חלקו במיזם.

312. זאת ועוד, בסיכומיה תבעה אן די אן במפורש את פיצויי ההתאמה כסעד העיקרי. הובהר כי מדובר בסעד הנפסק " **תחת ההנחה כי הנפגע מחוסר תום הלב בכל מקרה היה בוחר להתקשר בחוזה אך עם תמורות כספיות שונות**" (פס' 221). סעד ביטול החוזה בשל פגמים בכריתה – המבוסס, בין היתר, על ההנחה כי אלמלא הפגמים לא היה דגן מתקשר בחוזה – נתבע במפורש כסעד חלופי. כך גם בסיכומי התשובה:

פיצויי ההתאמה הם הסעד העיקרי, והביטול סעד חלופי (ראו למשל: פס' 292, 316). בפרט נטען כי אלמלא מצג השווא, אן די אן לא הייתה מתקשרת בחוזה בתנאים שבהם נחתם. אין בכך טענה כי לא הייתה מתקשרת בהסכם ההפרדות בתנאים אחרים, המשקפים את המצב העובדתי האמיתי (פס' 311 לסיכומי התשובה מטעם אן די אן).

313. לא למותר לציין שאלביט עצמה טענה כי אחת הסיבות שדגן ביקש למכור את חלקו הייתה הצורך להשקיע סכומים משמעותיים נוספים בהרחבה הנדרשת של המתקנים (ראו למשל עדות ורד, עמ' 1209; פס' 242 לסיכומי הגנה אלביט). דברים אלו מתיישבים היטב עם המסקנה שדגן היה בוחר למכור את חלקו גם אילו ידע את מלוא המידע – אלא שמטבע הדברים היה מבקש מחיר המשקף את הוודאות שהוסתרה ממנו.

314. טענה נוספת של אלביט היא כי הוכח שסכום התמורה שדגן ביקש נקבע "לא כפונקציה של הערכת שווי המיזם, אלא כפונקציית הכפלת השקעתו" (פס' 591 לסיכומי אלביט). טענה זו נסמכת על תצהיר ורד בלבד (פס' 63 לתצהיר הגנה ורד; ראו גם פס' 278 לסיכומי אלביט). הדברים לא נטענו במפורש, אולם ככל שיש בכך טענה כי אין קשר סיבתי בין מצג השווא לבין התמורה החוזית – דינה להידחות.

315. ראשית, גם אילו קיבלתי את הטענה במישור העובדתי, אין ללמוד ממנה דבר: העובדה שבנסיבות שהיו בחר דגן במנגנון זה לחישוב התמורה אינה מלמדת שהיה נוקט אותו בכל נסיבות שהן. פשיטא שקיים קשר בין שווי המיזם כפי שנחזה בעיני דגן לבין התמורה שדרש. שנית, כפי שהובהר בעניין מור, שיטת החישוב היחסי "פוטרת את [הנפגע ממצג השווא] מהנטל להוכיח את הקשר הסיבתי בין מצג השווא לנזקיו על ידי הבאת ראיות בנוגע למה שהיה יכול, והיה רוצה, לעשות אילו ידע את המצב לאשורו בזמן שניהל את המשא ומתן [...] הוכחת התרחישים ההיפותטיים כאמור מהווה, על-פי רוב, משימה יקרה וקשה, עד כדי בלתי-אפשרית, אשר עולה לכדי נזק ראיתי אשר נגרם על ידי המוכר שהציג את מצג השווא בפני הקונה. למוכר אין אפוא פתחון-פה נגד השימוש בשיטת החישוב היחסית כפתרון מעשי ויעיל לקושי הוכחתי אשר נוצר באשמתו שלו" (פס' 159(ה)). בענייננו, אלביט היא שהסתירה את המידע וגרמה לאי הוודאות בשאלה מה היה עושה דגן אילו ידע את העובדות לאשורן. אין היא יכולה אפוא להיבנות מההנחה שדגן היה מתעלם מהמידע הנוסף ודורש, בכל מקרה, את הכפלת השקעתו הראשונית.

1. טענות אן די אן לפגמים ברצון בהסכם ההפרדות

316. שיעור פיצויי ההתאמה שתבעה אן די אן עמד על כ-50 מיליון ש"ח. כפי שנקבע לעיל, הפיצוי שיש להעניק לה בתביעה זו נמוך משמעותית מסכום זה. באופן חלופי לתביעת פיצויי ההתאמה, תבעה אן די אן את ביטול הסכם ההפרדות מחמת פגמים שונים בכריתתו. בכלל זה טענה אן די אן כי הסכם ההפרדות נחתם עקב כפייה, טעות, הטעיה ועושק.

317. כבר עתה אעיר כי אין זה מובן מאליו שיש להידרש לתביעה זו. ביטול החוזה נתבע, כאמור, כסעד חלופי בלבד. ואולם תביעת הסעד העיקרי התקבלה, גם אם לא בסכום שנתבע. סעד זה מבוסס על קיום החוזה, בהתאמת התמורה החוזית למצג השווא. הוא עומד בסתירה לתביעה שהחוזה בטל. אמנם, אין מניעה לתבוע את הסעדים באופן חלופי, כך שאם תידחה התביעה האחת – תיבחן השנייה (השוו לתביעת ביטול כסעד חלופי לאכיפה, ע"א 268/67 אסל נ' לאופולד, פ"ד כא(2) 383, 391 (1967); דניאל פרידמן ונילי

כהן, חוזים כרך ב 548 (מהדורה שנייה, 2020) (להלן: "פרידמן וכהן"). אלא שבענייננו התביעה העיקרית לא נדחתה. ספק אם במצב דברים זה ניתן להעניק את הסעד החלופי – גם אם יתברר בסופו של דבר שתוצאת הביטול משתלמת לאן די אן יותר מפיצוי ההתאמה.

318. מכל מקום, נוכח התוצאה שאליה הגעתי, איני נדרש להכריע בשאלה זו. כפי שיובהר להלן, מסקנתי היא כי אן די אן לא עמדה בתנאים שנקבעו בדין לעניין ההודעה על ביטול החוזה. אתחיל בהצגת עיקר טענות הצדדים, ולאחר מכן אנמק את מסקנתי.

1. תמצית טענות הצדדים

טענות אן די אן

319. עיקר טענות אן די אן הוא כדלקמן:

א. הסכם ההיפרדות נחתם בעקבות מהלך כפייה מתוכנן ופסול מצד אלביט. אלביט דחקה את דגן לפינה באמצעות שינוי חד צדדי וכוונתי של הסכמות יוני 2020, תוך ניפוח מלאכותי של הוצאות המיזם. אלביט ידעה כי השינוי יוביל את דגן למצוקה כלכלית, וכי לא תיוותר לו ברירה אלא להיכנע לתכתיביה ולמכור את חלקו. מהלך זה מקיים את התנאים שנקבעו בפסיקה לביטול חוזה מחמת כפייה.

ב. אלביט הסתירה מדגן את המידע על המשא ומתן המתקדם שהתקיים עם משרד הביטחון בדצמבר 2020, ואת הסיכומים שהתקבלו בו. סיכומים אלו משנים מקצה לקצה את שווי המיזם. אילו ידע עליהם דגן, לא היה מתקשר בהסכם ההיפרדות בתנאים שהוסכמו. משכך, רשאי דגן לבטל את ההסכם, הן משום שנחתם עקב טעות יסודית, הן מחמת הטעיה שהטעתה אותו אלביט.

ג. הסכם ההיפרדות נחתם כשדגן היה נתון במצוקה כלכלית, עקב השינוי החד צדדי של מנגנון זקיפת ההוצאות בידי אלביט ובשל סירובה להעביר לו נתונים ומידע. אלביט ניצלה מצוקה זו כדי לגרום לדגן להסכים לתנאיה. כך מכר דגן את חלקה של אן די אן במיזם בנזיד עדשים – בתמורה הנמוכה בעשרות מיליוני שקלים משווי האמיתי. משכך, ניתן ההסכם לביטול בעילת עושה, לפי ס' 18 לחוק החוזים.

ד. אין לקבל את טענת אלביט כי לא נמסרה הודעת ביטול. בכתב התביעה נטען במפורש כי הסכם ההיפרדות בטל ומבוטל. בפסיקה נקבע כי ניתן לראות בהגשת התביעה עצמה הודעת ביטול. כמו כן, אין לראות בפעולות של דגן לשמירה על זכויותיו בחירה בקיום ההסכם חרף הפגמים בכריתתו.

טענות קבוצת אלביט

320. עיקר טענות קבוצת אלביט הוא כדלקמן:

א. ביטול חוזה מחמת פגם בכריתתו מחייב את הנפגע להודיע על הביטול בתוך זמן סביר. לא זו בלבד שדגן נמנע מלבטל את הסכם ההיפרדות – הוא אף עמד על קיומו, ביקש לאכפו, ודרש תשלומים מכוחו. במהלך דיוני הבוררות קיבל 2 מיליון ש"ח מכוח ההסכם. היעדר הודעת הביטול ועמידתו על קיום ההסכם מלמדים שוויתר על זכות הביטול, אף אילו עמדה לו.

ב. טענת הכפייה נטענה כסיסמה ריקה מתוכן, בלא ראיות שייתמכו בה. הטענה הופרכה, והוכח כי דגן לא היה נתון בלחץ כלכלי. ממילא רחוק המצב מעמידה במבחני הפסיקה בדבר איכות הלחץ ועוצמתו. לדגן עמדו חלופות סבירות לחתימה על הסכם ההיפרדות, כגון פנייה לבוררות לבירור המחלוקות או מימוש ערבות בנקאית של אלביט. הוא בחר כפי שבחר לאחר שקיבל יעוץ משפטי. הסכם ההיפרדות לא נחתם אפוא עקב כפייה כלשהי מצד אלביט.

ג. גם טענת העושק נטענה בלא שהוכחו יסודות העילה, ובפרט המצוקה הנטענת של דגן. בפסיקה נקבע כי על המצוקה להיות כזו שהסיטה את שיקול דעת המתקשר סטייה של ממש מנתיבו הנכון. דגן לא היה נתון במצוקה כזו. כאמור, עמדו לפניו אפשרות פעולה שונות, והוא בחר כפי שבחר לאחר שקיבל יעוץ משפטי. ממילא אף לא הוכח שתנאי הסכם ההיפרדות גרועים במידה בלתי סבירה מהמקובל. יש לדחות אפוא את התביעה בעילת העושק.

ד. הטוען לביטול חוזה מחמת טעות נדרש להוכיח את הפער בין המציאות העובדתית לבין המציאות כפי שנחזתה בעיניו. טענת דגן כי לא ידע כלל על המשא ומתן בעניין המילואים הופרכה. גם אם נפלה טעות כלשהי בהערכתו את המצב העובדתי בעניין הסכם המילואים, דגן לא הוכיח את הפער הנדרש. ממילא, לכל היותר טעה דגן בהערכת כדאיות העסקה, וטעות מעין זו אינה עילה לביטול החוזה. יתר על כן, לא הוכח קשר סיבתי בין הטעות או ההטעיה הנטענות לבין חתימת דגן על הסכם ההיפרדות. הראיות מלמדות כי גם אם טעה דגן בפרט זה או אחר, ידיעת אותו פרט לא הייתה משנה את דרך פעולתו. יש לדחות אפוא את התביעה לביטול ההסכם מחמת טעות או הטעיה.

2. דיון והכרעה

321. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים, מזה ומזה, באתי לכלל מסקנה כי דין התביעה לביטול החוזה להידחות. הטעם לכך: אן די אן לא מסרה הודעה המביעה רצון חד-משמעי לביטול החוזה תוך זמן סביר. מסקנה זו מתחזקת נוכח התנהלות אן די אן, שעמדה על זכויותיה מכוח הסכם ההיפרדות לאחר התגלעות המחלוקת, ובפרט במהלך הבוררות.

322. למעלה מן הצורך אעיר כי בעילות הכפייה והעושק קיימים ממילא קשיים מהותיים, שדי היה בהם לדחות את התביעה. עילות אלו מבוססות על הטענה כי דגן היה במצוקה כספית, וכי אלביט הפעילה עליו לחץ כלכלי שהותירו עם הגב לקיר, בלא אפשרות פעולה ממשית זולת חתימה על הסכם ההיפרדות. דא עקא, טענות המצוקה והלחץ הכלכלי לא הוכחו (ראו לעיל פרק ד.5). בעילות ההטעיה והטעות, לעומת זאת, התמונה מורכבת יותר, שכן הוכח כי אלביט הסתירה מאן די אן חלק מהמידע בעניין עסקת המילואים.

אולם כפי שאסביר להלן, אן די אן לא עמדה בדרישות החוק לביטול החוזה, ומשכך דין תביעתה להידחות בלא צורך להידרש לגופם של דברים.

323. סעיף 20 לחוק החוזים קובע: **"ביטול החוזה יהיה בהודעת המתקשר לצד השני תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על עילת הביטול, ובמקרה של כפיה – תוך זמן סביר לאחר שנודע לו שפסקה הכפיה"**. הודעת הנפגע היא הפעולה המשפטית המכוננת את ביטול החוזה, ובכך מוקנה לנפגע כוח משפטי משמעותי. לאיזון כוח זה נקבעו שני תנאים: האחד – שהודעת הביטול תישלח בתוך זמן סביר; האחר – שההודעה **"צריכה להיות ברורה וחד משמעית"** (ע"א 11/84 רבינוביץ' נ' שלב - הקואופרטיב המאוחד להובלה בע"מ, פ"ד מ(4) 533, פס' 10 (7.12.1986); ראו גם: ע"א 7938/08 מונסנגו נ' מכביאן, פס' 18 (11.8.2011); שלו וצמח, עמ' 460).

324. תנאים אלו נועדו להגן על הצד השני ולהבטיח את מודעותו למצב המשפטי ולמערך זכויותיו וחובותיו (שלו וצמח, עמ' 458). מטרתם למנוע מצב שבו הצד המחזיק בכוח הביטול משתהה בהחלטתו, או שולח הודעה עמומה המותירה את קיום החוזה פתוח, כדי להמתין ולראות איזו אפשרות תשתלם לו יותר (פרידמן וכהן, עמ' 515, 517-518). ברוח זו נקבע בפסיקה כי השהיית הודעת הביטול **"אך ורק כדי להפיק תחילה תועלת [מההסכם] מצביעה [...]. על חוסר תום לב ושוללת יתר על כן את הסבירות מן הזמן שחלף עד למשלוח ההודעה"** (ע"א 719/78 איליט בע"מ נ' אלקו בע"מ, פ"ד לד(4) 673, 682-683 (1980)). ברוח דומה מציינים פרידמן וכהן כי **"צד שהמשיך להפיק תועלת מן ההסכם מנוע מלטעון שההסכם בוטל"** (עמ' 518).

325. מנגד, כל עוד הודעת הביטול מגשימה את תכליותיה ועומדת בתנאי הזמן והבהירות, הגישה הנוהגת מקילה עם שולח ההודעה ואינה מציבה דרישות צורניות נוקשות. כך, די בהודעה בעל-פה או בהודעה בדרך של הגשת תביעה (פרידמן וכהן, עמ' 516-517).

326. בענייננו מבקשת אן די אן לראות בכתב התביעה, שהוגש ביום 10.1.2023, הודעת ביטול. בכתב התביעה התבקשה הצהרה **"כי הסכם ההיפרדות שנכרת בין הצדדים ביום 21.1.2021 הינו בטל ומבוטל, ולמצער כי חלקים הימנו מקפחים ו/או בטלים ומבוטלים ("VOID") גם בשל אי חוקיותם לנוכח ההתניות הכובלות והדרקוניות לעניין הגבלת התחרות שהושתו על התובעים מצד הנתבעות"** (פס' 2 לכתב התביעה מטעם אן די אן).

327. כעולה מלשון סעיף 20 לחוק החוזים, המועד שממנו נמנה הזמן הסביר תלוי בפגם הנתען. ברוב הפגמים נמנה הזמן הסביר מהמועד שבו נודע למתקשר על הפגם. חריג לכך הוא הכפייה, שבה נמנה הזמן הסביר מהפסקתה.

328. אן די אן לא הבהירה בסיכומיה מתי נודע לה לשיטתה על עילת הביטול, ומאימתי יש למנות את הזמן הסביר. אשר לעילת הכפייה, יש להניח כי הכפייה פסקה עם העברת התשלום הראשון, סמוך לאחר הסכם ההיפרדות. בשלב זה כבר לא היה דגן נתון במצוקה כלכלית, וממילא אלביט כבר לא יכולה הייתה להפעיל עליו לחץ כלכלי. דומה כי גם עילת העושה, אם התקיימה, הייתה צריכה להיות ידועה לו בשלב זה. אשר לעילת ההטעיה, המרכזית בענייננו, ציינה אן די אן כי המידע שהוסתר מדגן **"התברר בהדרגה"** (פס' 1).

295 לסיכומי התשובה). בפרט הפנתה לכך שמסמך הצעת המחיר הוצג לדגן לראשונה רק במהלך ההליך הנוכחי.

329. למען הסר ספק אדגיש: המועד הקובע אינו מועד גילוי הצעת המחיר. ביסוד טענת אן די אן עומדת הטענה כי אלביט הסתירה ממנה את היות עסקת המילואים עניין סגור במועד חתימת הסכם ההיפרדות. בכתב התביעה נטען: **"בסמוך לאחר ההיפרדות, החלה קבוצת אלביט להזמין קלט"זים בהיקפים חריגים ויוצאי דופן וגם מכך הסיקו התובעים שהפעילות של קבוצת אלביט ענפה מאוד, ולמעשה הם הולכו שולל במשא ומתן, היות שנציגי הנתבעות טשטשו את צפי הפעילות העתידית הצפויה, וכן מסרו להם עובר להיפרדות כאמור, שקיימים סיכונים וכי אין וודאות ממשית להרחבת והצלחת המיזם [...]"** (פס' 85 לכתב התביעה). הווה אומר, לפי הנתען, כבר עם הזמנת הקלט"זים – זמן קצר לאחר חתימת הסכם ההיפרדות – ניתן היה להבין את היקף עסקת המילואים ואת ודאותה.

330. יתר על כן, מידע משמעותי נוסף בעניין עסקת המילואים הגיע לידי אן די אן לכל הפחות כשנה לפני הגשת התביעה. כזכור, בפגישה מיום 7.3.2022 הטיח דגן בורד: **"התברר לי שכל הנתונים שהוא נתן לי וגם אתה הם בכלל לא, לא נכונים [...]** **עכשיו אני יודע גם שבעצם, במעמד חתימת החוזה אתם בכלל סגרתם הזמנה על 50 מיליון ואחרי פחות משנה סגרתם על 100 מיליון [...]"** (נספח 64 לתצהיר דגן). אן די אן לא הבהירה מתי או כיצד הגיע מידע זה לידי דגן. מכל מקום, הדברים מעידים לא על ידיעה כללית בלבד כי אם על ידיעה מדויקת של סכום העסקה ומועדה המועד.

331. לא זו בלבד שחרף ידיעה זו לא שלחה אן די אן לאלביט הודעת ביטול במשך חודשים ארוכים – התנהלותה מלמדת למעשה על דבקות בחוזה. כך, המשיך דגן לדרוש ולקבל תשלומים מכוח הסכם ההיפרדות. ביום 15.3.2023, כחודשיים לאחר הגשת כתב התביעה, קיבלה אן די אן את התשלום השנתי המותנה עבור שנת 2022, בסך מיליון ש"ח (פס' 27.5 לתצהיר חבה-לוי). גם את התשלום השנתי המותנה לשנת 2023 דרשה אן די אן, ונוכח סירוב אלביט להעבירו – מימשה לאכיפתו ערבות בנקאית שבידיה (פס' 73-74 לתצהיר הגנה דגן).

332. לא זו אף זו, ביום 31.5.2023 הוגשה לבית המשפט התביעה שכונתה לעיל תביעת אן די אן השנייה, שעניינה הגבלת השימוש של אלביט בקלט"זים לתחומי המכללה בלבד (פס' 43-45 לעיל). התביעה הושתתה על הטענה כי קבוצת אלביט הפרה **"בהפרה יסודית ומצטברת את הסכם ההיפרדות שבין הצדדים והפרו חובות וחויבים החלים עליהם, בין היתר, מכוח הסכם זה"** (פס' 48 לכתב תביעת אן די אן השנייה; ראו גם בפס' 37). זוהי למעשה תביעה לאכוף חיוב מהסכם ההיפרדות, שהוגשה כארבעה חודשים בלבד לאחר המועד שבו הודיעה אן די אן, לטענתה, על ביטולו. לא למותר לציין כי התביעה הועברה לבוררות, וגם כעת, בסיכומיה, מבקשת אן די אן את הסעד שנתבע בה.

333. לכך יש להוסיף כי כשנשאל דגן בחקירתו האם ביטל את הסכם ההיפרדות – התחמק, והשיב שמדובר בשאלה משפטית (עמ' 637-638). אין ספק כי השאלה אם הודעת הביטול תקפה היא שאלה משפטית. אולם ממי שטוען כי הודיע על ביטול החוזה מצופה, לכל הפחות, שישב כי במישור העובדתי אכן ביקש את ביטולו. דגן לא עשה כן.

334. בסיכומי התשובה טענה אן די אן כי הפעולות שנקטה לאחר הגשת התביעה אינן בחירה בקיום החוזה, אלא שמירת זכויות. כך, במכתב מיום 21.11.2022, שעניינו פניית אן די אן לאלביט בהצעה לשיתוף פעולה במכרז בא"ח צנחנים, צוין: **"אין באמור במכתב זה [...] כדי לגרוע ו/או לוותר על כל זכות או טענה הקיימת ועומדת למרשינו, לרבות טענות מרשינו בנוגע להסכם ההיפרדות, נפקותו, מעמדו וכיו"ב"** (נספח 18 לתצהיר אלרט, פס' 5). במכתב מיום 3.4.2024, שעניינו חילוט הערבות הבנקאית, צוין **"כי יסוד התביעה העיקרית של אלביט בבוררות ב"הסתרת מידע מצד קבוצת אלביט ומצגי שווא [...] עובר לחתימת הסכם ההיפרדות"** (נספח 17 לתצהיר דגן, פס' 3), ובהמשך: **"אין באמור במכתב [...] כדי לגרוע ו/או לוותר על כל זכות ו/או טענה ו/או סעד הקיימים ועומדים למרשיי, ואלו שמורים להם אפוא במלואם" (שם, פס' 7)**.

335. אין בדברים אלו כדי לשנות מהמסקנה שאן די אן לא הציגה לקבוצת אלביט מצג ברור וחד-משמעי כי ברצונה לבטל את הסכם ההיפרדות. אדרבה, הם מחזקים את המסקנה כי אן די אן ביקשה לאחוז בחבל בשני קצותיו: מחד גיסא, להמשיך וליהנות מהטבות הסכם ההיפרדות ולחייב את אלביט לפעול לפיו; מאידך גיסא, להותיר את ברירת הביטול פתוחה, ולעמוד עליה אם יתברר שזו האפשרות המשתלמת יותר. זוהי בדיוק ההתנהלות שסעיף 20 לחוק החוזים נועד למנוע.

336. סיכומם של דברים: לכל המאוחר נודע לאן די אן על עילת הביטול הנטענת בתחילת שנת 2022. במשך כשנה נמנעה מלהודיע לאלביט על ביטול ההסכם. בכתב התביעה, שהוגש בינואר 2023, טענה אמנם כי ההסכם בטל ומבוטל. אולם הן לפני הגשת התביעה הן אחריה – לא עמדה אן די אן מאחורי טענה זו. היא דרשה תשלומים שונים מכוח ההסכם, וזמן קצר לאחר הגשת כתב התביעה הגישה תביעה נוספת שמשמעה, למעשה, אכיפת ההסכם. גם בסיכומיה, הסעד העיקרי שתבעה היה פיצויי התאמה – סעד המבוסס על קיום ההסכם בהתאמת התמורה החוזית למצג השווא.

337. התנהלות זו אינה מקיימת את דרישות סעיף 20 לחוק החוזים, שלפיהן ביטול החוזה ייעשה באופן חד משמעי ובתוך זמן סביר. היא נועדה למצות את מלוא ההטבות מהסכם ההיפרדות ולהותיר את הביטול אפשרות פתוחה לאחר מיצוין. ביטול בדרך זו אינו תקף ואינו עולה בקנה אחד עם עיקרון תום הלב. התוצאה: גם אם עמדה לאן די אן ברירת הביטול בשלב מסוים – משלא מומשה, נותר הסכם ההיפרדות בתוקפו. התביעה להורות על בטלות ההסכם נדחת אפוא.

ז. תביעת אן די אן להשבה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט

338. לחלופי חלופין, תבעה אן די אן השבה לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט. סכום התביעה בעילה זו הועמד על סך 26.27 מיליון ש"ח. אלביט טענה מנגד כי התעשרותה היא תוצאה של הסכם ההיפרדות, ובנסיבות אלו לא מתקיים היסוד הנדרש בתביעת עשיית עושר לפיו ההתעשרות אינה **"על פי זכות שבדין"** (ס' 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט). בתגובה לכך הבהירה אן די אן כי תביעתה בעשיית עושר מבוססת על ההנחה כי הסכם ההיפרדות אינו תקף. כך טענה אן די אן בסיכומי התשובה, בקשר עם התביעה בעשיית עושר: **"ככל שהבורר יקבע שההסכם תקף, יידון מסלול פיצויי ההתאמה בלבד לפי קביעותיו"** (פס' 333; וראו גם את ההתייחסות בפס' 320 לכך שהתביעה לפי עשיית עושר קיימת רק אם הבסיס החוזי **"נפל"**).

339. טענות אן די אן ביחס לתוקף החוזה נדחו. כאמור לעיל, נקבע כי הסכם ההפרדות תקף, ואן די אן אכן זכתה בסעד במסלול פיצויי ההתאמה כפי שתבעה. אין מקום אפוא להידרש לתביעה בעילת עשיית עושר.

ח. תביעת אן די אן לתשלום נוסף בגין תקופת השותפות

340. עד כה דנתי בעילות התביעה העיקריות של אן די אן, שעניינן מכירת חלקה במיזם במסגרת הסכם ההפרדות. נוסף על עילות אלו, תובעת אן די אן סך של 1.19 מיליון ש"ח, שמקורו בהתחשבות הרבעונית בין הצדדים בתקופת המיזם. לטענת אן די אן, חלקה ברווחי המיזם שולם לה בחסר. זאת, משום שאלביט התנגדה ליישום ההסכמות שבמסמך יוני. אפנה עתה לבחון תביעה זו.

1. תמצית טענות הצדדים

טענות אן די אן

341. עיקר טענות אן די אן הוא כדלקמן:

א. הוכח כי מסמך יוני 2020 הוא מסמך מחייב, שהסדיר את שיטת זקיפת ההוצאות למיזם. במחצית השנייה של שנת 2020 סירבה אלביט שלא כדין לחלק את רווחי המיזם לפי שיטת הזקיפה שנקבעה במסמך. יש להעביר לאן די אן את הפער בין הסכום שהגיע לה על יסוד מסמך יוני 2020 לבין הסכום שהועבר לה בפועל בגין שנה זו.

ב. לפי חוות דעת המומחה מטעם אן די אן, פער זה עומד על 1.19 מיליון ש"ח. יש לאמץ קביעה זו ולהורות על תשלום בשיעור זה. לחלופין, יש לאמץ את הקביעה של המומחה אסיאג בעניין שיעור הפער, ולהורות על תשלום סך של 491,000 ש"ח. לחלופי חלופין, יש להורות על תשלום בסך 450,000 ש"ח, בהתאם לקביעת המומחה אסיאג למצב שבו מסמך יוני אינו תקף.

ג. במענה לטענת אלביט כי בכתב התביעה הועמד הסכום הנתבע על סך 888,000 ש"ח, וכי בהגדלתו יש הרחבת חזית, טוענת אן די אן כי השינוי בסכום אינו נובע מראש נזק חדש אלא מהעמקת הברור העובדתי. אלביט התגוננה לגוף המחלוקת, ולא נגרם לה כל נזק דיוני. משכך, אין הצדקה לדחות את התביעה מטעמי הרחבת חזית. לכל היותר יש להגביל את סכומה ל-888,000 ש"ח.

ד. במענה לטענת אלביט כי סעיפי הוויתור בהסכם ההפרדות חלים על התביעה, טוענת אן די אן כי הסכם ההפרדות נחתם על יסוד הסתרת נתונים חשבונאיים. לכל היותר ידע דגן כי קיימת מחלוקת. משלא מסרה לו אלביט נתונים על היקף המחלוקת, אין לקבוע שוויתר על תביעת התחשבות שמקורה בנתונים אלו.

ה. אין יסוד לעמדת אלביט שלפיה סכום ההתחשבנות שלא שולם היה מנוכה מדמי ההפרדות החד פעמיים. עמדה זו סותרת את לשון ההסכם, הקובעת במפורש שהניכוי חל על סכומים ששולמו. סכום שלא שולם אינו יכול להיחשב סכום שנוכה.

טענות קבוצת אלביט

342. עיקר טענות קבוצת אלביט הוא כדלקמן :

א. המחלוקת בעניין ההתחשבנות הייתה ידועה בזמן אמת, על כל היבטיה. דגן בחר לוותר על בירור המחלוקת, וחתם על הסכם ההפרדות – על סעיפי הוויתור שבו. בסעיפים אלו ויתר דגן במפורש על כל טענה מכוח הסכם המיזם או בקשר אליו. הוויתור מחייב, ואין לאפשר לדגן לחזור בו ממנו.

ב. ממילא, נוכח הגדרת התמורה בהסכם ההפרדות, אין נפקות לשאלה אם די אן הייתה זכאית לתשלום סכומים נוספים. דמי ההפרדות החד-פעמיים הוגדרו בהסכם כ-9.5 מיליון ש"ח, בניכוי כל הסכומים ששולמו לאן די אן על פי הסכם המיזם. אילו שילמה אלביט לאן די אן את הסכום הנוסף הנתבע כעת, היה סכום זה מנוכה מדמי ההפרדות החד-פעמיים ששולמו לה.

ג. אן די אן אינה מסבירה מדוע יש להעדיף את עמדת המומחה מטעמה. בניגוד למומחה אסיאג, שמונה מטעם הבורר, המומחה מטעם אן די אן לא נחקר בהליך. אן די אן לא הצביעה על פגם בחוות דעת אסיאג בעניין הנדון. לפיכך, אם נדרשת קביעה בעניין זה, יש לאמץ את עמדת המומחה אסיאג.

ד. בניגוד לטענת אן די אן, המומחה אסיאג קבע כי בתרחיש שבו מסמך יוני אינו חל – התשלום ששולם לאן די אן שולם **ביתר**. הווה אומר, בתרחיש זה אימוץ מסקנת המומחה מוביל לכך שאן די אן היא שצריכה להשיב כספים לאלביט.

ה. לפי חוות דעת אסיאג, התרחיש היחיד שבו שולם לאן די אן תשלום חסר הוא תרחיש שבו מסמך יוני חל על שנת 2020 כולה. תרחיש זה אין לקבל מבחינה משפטית: מסמך יוני 2020 חל לכל היותר עד חודש אוגוסט 2020 – המועד שבו נודע לאלביט על המסמך והוא בוטל.

ו. בכתב התביעה הועמד סכום התביעה על 888,000 ש"ח. תביעת 1.19 מיליון ש"ח היא הרחבת חזית. אין לאפשר לאן די אן לתבוע סכום גבוה מהסכום שנתבע בכתב התביעה.

2. דיון והכרעה

343. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים, באתי לכלל מסקנה כי דין התביעה בעניין זה להידחות, נוכח סעיפי הוויתור בהסכם ההפרדות.

344. כפי שצוין לעיל, ויתור אן די אן על כל טענותיה מכוח הסכם המיזם היה נדבך מרכזי בהסכם ההפרדות. אמנם, אין להחיל את סעיפי הויתור על תביעות שיסודן במידע שהוסתר חרף חובת גילוי. אלא שבניגוד לעניין עסקת המילואים, בעניין ההתחשבנות לא הוכח כי הוסתרו מאן די אן נתונים כלשהם (ראו לעיל פרק ד.4). המחלוקת בעניין ההתחשבנות הייתה ידועה אפוא לדגן במלואה בעת שחתם על הסכם ההפרדות. משעמדה לפניו הבחירה בין בירור הטענות בהליך משפטי לבין ויתור עליהן וחתימה על ההסכם – בחר דגן באפשרות השנייה. בהיעדר פגם ברצון הנוגע לויתור זה, אין דגן יכול לחזור בו.

345. למעלה מן הדרוש אוסיף כי יש ממש בטענת אלביט שנוכח מבנה התמורה בהסכם ההפרדות, ההתחשבנות שקדמה לו מוצתה ממילא. ההסכם נחתם על רקע מחלוקת ידועה בעניין ההתחשבנות, ועל רקע טענות אלביט כי הסכום ששולם לדגן – שולם ביתר. דמי ההפרדות הוגדרו בו כתשלום חד פעמי "בסך 9,500,000 ש"ח [...] בניכוי כל הסכומים ששולמו בפועל לאן די אן ע"י קבוצת אלביט ע"פ הסכם המיזם, קודם לחתימת הסכם ההפרדות" (ס' 4.1.1 להסכם ההפרדות). סכום זה נקבע על רקע המחלוקת, והוא מלמד שהצדדים ביקשו למצות בתשלום אחד את מלוא ההתחשבנות ביניהם, על מחלוקותיה. פרשנות זו מתיישבת אף עם האופן שבו הסכימו הצדדים על סכום התמורה הכולל ועל "צביעת" רכיביו, כפי שפורט לעיל (פרק ה.4(ב)). הסכומים שהיו שנויים במחלוקת נחשבו אפוא לחלק מהתמורה החוזית – שני צידי המטבע של אותו הסדר ממצה.

346. תביעת אן די אן לתשלום נוסף בגין תקופת השותפות נדחית אפוא. נוכח תוצאה זו מתייתר הדיון בטענות הצדדים בעניין חוות הדעת ובטענת הרחבת החזית.

ט. תביעת אן די אן השנייה (צו המניעה)

347. כזכור, ביום 3.7.2023 הורה בית המשפט המחוזי על העברת תביעת אן די אן השנייה לבירור בבוררות זו (פס' 45 לעיל). עניינה של התביעה בבקשה לצו מניעה קבוע, שיאסור על אלביט לעשות שימוש במוצרי RS מחוץ לשטח המכללה. לחלופין מבקשת אן די אן "כל סעד אחר אשר יבטיח את זכות ההפצה הבלעדית של [אן די אן] בקשר עם מוצרי RS ובכלל זה קביעת סייגים לשימוש אלביט במוצרים אלה" (פס' 373 לסיכומי אן די אן).

1. תמצית טענות הצדדים

טענות אן די אן

348. עיקר טענות אן די אן הוא כדלקמן:

א. אן די אן היא בעלת הזיכיון הבלעדי להפצת מוצרי RS בישראל. בהסכם ההפרדות הסכימו הצדדים כי אן די אן תספק לקבוצת אלביט מוצרי RS לתחזוקה שוטפת של המתקנים "הנמצאים במכללה" ולהרחבתם, או ל"בניית מתקנים נוספים במכללה". לשון ההסכם מלמדת

על הגבלה גיאוגרפית לשטח המכללה בלבד – אלביט אינה רשאית להשתמש בקלט"זים מחוץ לשטח זה.

ב. ההגבלה הגיאוגרפית מתיישבת עם תכלית ההסכם. התחייבות אן די אן נועדה להבטיח לאלביט אספקה של מוצרי RS החיוניים להמשך פעילות המיזם. לצד זאת מבטיח המנגנון כי אן די אן תשמר את זכותה הקניינית כמפיצה בלעדית של מוצרי RS בישראל ותמשיך ליהנות מהזיכיון בפעילות מחוץ לשטח המכללה. הפרת ההגבלה פוגעת בנושאות בזכותה הקניינית של אן די אן, והופכת את אלביט הלכה למעשה למפיצה בלעדית של מוצרי RS בישראל **"בדלת אחורית ובלתי חוקית"** (פס' 368 לסיכומי אן די אן).

ג. ההגבלה הגיאוגרפית עולה בבירור גם מלשון הזמנות העבודה שהוציאה אלביט עצמה. בהזמנות הקלט"זים מהימים 27.1.2022 ו-22.2.2022 צוין במפורש: **"ההזמנה הינה עבור הרחבת מתקנים ותחזוקה שוטפת במכללת תעש בלבד"** (נספח 75 לתצהיר דגן). דברים דומים עולים ממכתב ב"כ אלביט לב"כ אן די אן מיום 13.1.2022, ומדברי ורד בשיחה עם דגן מיום 7.3.2022.

ד. בהליך הוכח כי אלביט עשתה שימוש בקלט"זים מחוץ לשטח המכללה. אלביט הודתה בכך במפורש בהודעה שהגישה ביום 14.12.2023, שבה צוין: **"קבוצת אלביט מאשרת [...] כי בפעילותה בבא"ח צנחנים נעשה או יעשה שימוש בקלט"זים מתוצרת RS, שנרכשו או יירכשו על ידי מאן די אן"**.

טענות קבוצת אלביט

349. עיקר טענות קבוצת אלביט הוא כדלקמן:

א. הסכם ההיפרדות מדבר בעד עצמו, ואינו כולל הגבלה גיאוגרפית על השימוש שתעשה קבוצת אלביט בקלט"זים. אילו התכוונו הצדדים להטיל הגבלה כזו – היו עושים זאת במפורש. הסעיפים שאליהם מפנה דגן אינם חד משמעיים, וממילא הם מצויים בחלק ההסכם המסדיר את חיובי אן די אן, להבדיל מחיובי קבוצת אלביט. מטבע הדברים, חלק זה לא נועד להגביל את חופש הפעולה של קבוצת אלביט.

ב. בסעיף 3.5 להסכם ההיפרדות התחייבה אן די אן לספק לקבוצת אלביט מוצרי RS לתחזוקת המתקנים במכללה, או **"לצורך הרחבת המתקנים הקיימים ו/או בניית מתקנים נוספים במכללה"**. באחת הטיוטות שהוחלפו בין הצדדים ביקש דגן להוסיף לביטוי המצוטט את המילה **"בלבד"**. אלביט סירבה, והשינוי לא שולב בהסכם שנחתם. משמעות הדבר: דגן הסכים שלא תוטל על אלביט ההגבלה שביקש.

ג. הזמנות הקלט"זים שהציגה אן די אן אינן תומכות בפרשנותה. בהזמנות צוין כי הקלט"זים נועדו להרחבת מתקנים ותחזוקה שוטפת **"במכללה בלבד"**. הקלט"זים שימשו למתקן ירי נייד

שהוא חלק בלתי נפרד מפעילות המכללה. מתקן הירי עשוי אמנם להיות מוצב בחצרות לקוחות המכללה, אולם בסופו של דבר הוא שב לשטח המכללה.

ד. בית המשפט המחוזי דן בבקשת אן די אן לצו מניעה זמני בעניין ההגבלה הגיאוגרפית – ודחה אותה. אמנם מדובר בהחלטת ביניים, אולם דגן לא הוסיף בהליך זה ראיות או טענות על אלו שהוצגו בבית המשפט. יש לאמץ את נימוקי בית המשפט ולדחות את התביעה.

2. דיון והכרעה

350. בטרם אדון בשאלת ההגבלה הגיאוגרפית עצמה, אבהיר את המסגרת החוזית ואתייחס לטענת אלביט בדבר ההבחנה בין החלק המסדיר את חיובי דגן לבין החלק המסדיר את חיוביה. בהסכם ההיפרדות התחייבה אן די אן **"לפעול על פי תנאי הזיכיון על מנת שיהיה ביכולתה לספק למכללה מוצרי RS בכל כמות שתידרש ע"י המכללה, במשך תקופה שלא תפחת מחמש וחצי (5.5) שנים [...]** (להלן: **"תקופת התמיכה"**), **וזאת בהתאם לתנאים המפורטים בסעיף 3.6 [צ"ל 3.5 – י.ע.]** (סעיף 3.3.1). גבולות ההתחייבות נתחמו בסעיף 3.5 להסכם: **"בתקופת התמיכה מתחייבת אן די אן לספק לקבוצת אלביט [...] מוצרי RS עבור תחזוקה שוטפת של המתקנים המתקדמים הנמצאים במכללה או לצורך הרחבת המתקנים הקיימים ו/או בניית מתקנים נוספים במכללה, וזאת במחירים אשר לא יעלו על מחירי מחירון RS [...]** בתוספת 35% [...] על אף האמור, בהזמנות למוצרי RS בהיקף משמעותי (כגון במקרה של הקמת מתקנים נוספים או הרחבת מתקנים נוספים במכללת תעש), תפעל אן די אן מול RS [...] לקבלת הנחות [...] על מחירי מחירון RS וכן תבחן הפחתת שיעור המרווח הנ"ל".

351. מלשון הסעיף עולה כי אן די אן מחויבת לספק קלט"זים למכללה לשלוש תכליות מוגדרות: תחזוקת המתקנים הקיימים במכללה; הרחבת המתקנים הקיימים; ו**"בניית מתקנים נוספים במכללה"**. בהזמנת קלט"זים לתכליות אלו, חייבת אן די אן לפי הסכם ההיפרדות לספק למכללה בתנאים שבס' 3.5.

352. משנתחם חיוב אן די אן לספק קלט"זים לשלוש תכליות מפורשות, פשיטא שאין היא מחויבת לספק לאלביט קלט"זים לכל תכלית אחרת. מטבע הדברים, אילו ביקשה אלביט לרכוש קלט"זים לתכליות אחרות – היו הצדדים חופשיים לנהל משא ומתן ולהסכים ככל שיחפצו. אולם מלשון הסכם ההיפרדות ברור כי סעיפים 3.3.1 ו-3.5, על תנאיהם, לא יחולו על עסקה כזו.

353. אלביט מדגישה כי סעיפים אלו מצויים בחלק ההסכם המסדיר את חיובי אן די אן, להבדיל מחיוביה שלה. לטענתה, יש להסיק מכך שהסעיפים לא נועדו להטיל עליה מגבלות בקשר לשימוש בקלט"זים, ושדגן אינו זכאי לסעד מכוחם. אין ממש בטענה זו. ההתחייבות לספק קלט"זים לתכליות המנויות בסעיף, בתנאים שנקבעו בו, היא אכן התחייבות של אן די אן. אלביט היא המחזיקה בזכות לבחור אם לרכוש קלט"זים לפי הסעיף, מתי ובאיזו כמות. אלא שזכות זו מוגבלת לרכישה לתכליות המנויות בסעיף. פשיטא כי אלביט אינה רשאית לדרוש מאן די אן לספק לה קלט"זים מכוח הסעיף, בהסתירה שהם נועדו לתכליות אחרות. כאמור, אם ברצון אלביט לרכוש קלט"זים למטרות אחרות, עליה לנהל עם אן די אן משא ומתן נפרד.

354. פרשנות זו עולה בקנה אחד עם התנהלות הצדדים בזמן אמת. כך, בהזמנות הקלט"זים מהימים 27.1.2021 ו-22.2.2022 ציינה המכללה במפורש: **"ההזמנה הינה עבור הרחבת מתקנים ותחזוקה שוטפת במכללת תעש בלבד"** (נספח 75 לתצהיר דגן). הצהרה זו מתיישבת עם היות חובת אן די אן לספק קלט"זים בתנאי הסכם ההיפרדות מוגבלת לתכליות המנויות בו. אילו הייתה החובה בלתי מוגבלת, לא היה על המכללה להצהיר במפורש על התכלית שלשמה נרכשים הקלט"זים.

355. אמנם, במקומות שונים טענה אלביט כי הסכם ההיפרדות לא הטיל מגבלה כלשהי על השימוש בקלט"זים שתרכוש לפיו (ראו למשל: ס' 38 לתצהיר הגנה עו"ד אורן; ס' 814 לסיכומי הגנה אלביט). עם זאת בכתב הגנתה ציינה כי ההערה שהופיעה בהזמנות הקלט"זים נועדה **"למנוע מהמכללה לקנות מאן די אן קלט"זים ולמכור אותם הלאה, לצדדים שלישיים"** (פס' 68). הוזה אומר, אלביט עצמה מכירה בקיומה של הגבלה על השימושים שהיא רשאית לעשות בקלט"זים הנרכשים לפי הסכם ההיפרדות. אין להניח שאלביט נטלה על עצמה הגבלה זו מיוזמתה בעת ההזמנה. מקורה אפוא בהסכם ההיפרדות ובהגבלת תכליות השימוש שבו.

356. הנה כי כן, התחייבות אן די אן לספק לאלביט קלט"זים מוגבלת לשלוש התכליות המנויות בסעיף 3.5 להסכם ההיפרדות: תחזוקת המתקנים, הרחבתם, ו**"בניית מתקנים נוספים במכללה"**. מכאן נגזר, לטענת אן די אן, כי אלביט רשאית להשתמש בקלט"זים במכללה בלבד. אין חולק כי שתי התכליות הראשונות – תחזוקת המתקנים הקיימים והרחבתם – ניתנות למימוש במכללה בלבד. המחלוקת נסבה אפוא על התכלית השלישית: **"בניית מתקנים נוספים במכללה"**.

357. אן די אן טוענת כי לשון החוזה ברורה – המילה **"במכללה"** מגבילה במפורש את אלביט להקמת מתקנים בשטח המכללה בלבד. אלביט טוענת מנגד כי אילו התכוונו הצדדים להגבילה גיאוגרפית, היו כותבים במפורש **"בשטח המכללה"**. לשיטתה, יש להדגיש דווקא את השימוש במתקן. כך למשל, בית הירי שהוקם במכרז בא"ח צנחנים, העומד במוקד התביעה, הוא מתקן נייד. מתקן זה עשוי להימצא בתקופות מסוימות בשטח המכללה, ובתקופות אחרות מחוצה לה. אין היגיון בפרשנות שלפיה רשאית אלביט לעשות שימוש בקלט"זים כשהמתקן מצוי בתוך המכללה, והשימוש נאסר ברגע שהמתקן יוצא מגבולותיה. לטענת אלביט, היות שהמתקן מצוי בבעלות המכללה ומשמש לחלק מפעילותה – השימוש בקלט"זים מותר.

358. לתמיכה בטענתה הפנתה אלביט לחילופי הטיטות שקדמו לחתימת הסכם ההיפרדות. באחת הטיטות ששלח ב"כ אן די אן לב"כ אלביט נכתב כי אן די אן מתחייבת לספק לקבוצת אלביט מוצרי RS **"עבור תחזוקה שוטפת של המתקנים המתקדמים הנמצאים במכללה או לצורך הרחבת המתקנים הקיימים ו/או בניית מתקנים נוספים במכללה בלבד"**. ב"כ אלביט לא הסכים להוספת המילה **"בלבד"**, ומחק אותה מהטיטות הבאה (נספח 7 לתצהיר הגנה עו"ד אורן). הסעיף נחתם בסופו של דבר בלי המילה. לעמדת אלביט, משמעות הדבר היא שחובת אן די אן לספק קלט"זים אינה מוגבלת לאלו שימשו את פעילותה במכללה בלבד.

359. אין ממש בטענה זו. ראשית, אין זה ברור לחלוטין אם המילה **"בלבד"** נועדה לחול על התיבה **"מתקנים נוספים במכללה"**, או על שלוש התכליות כולן. כך או כך, אין במחיקתה כדי לשנות את פרשנות החוזה. הנוסח הסופי שעליו הוסכם הוא נוסח סגור. אין טעם במילה **"במכללה"** אם הכוונה היא **"גם שלא"**.

במכללה. אין טעם במניין שלוש תכליות פרטניות אם ניתן להשתמש בקלט"זים גם לתכליות נוספות. משמעותו הלשונית של החוזה אינה משתנה אפוא בתוספת המילה **"בלבד"** או במחיקתה.

360. נותרה אפוא השאלה אם ההגבלה היא לשטח המכללה, כטענת אן די אן, או לפעילות המכללה, כטענת אלביט. לשון החוזה תומכת בפרשנות אן די אן. הניסוח – **"במכללה"** – מתיישב יותר עם שטח המכללה מאשר עם פעילותה. אילו התכוונו הצדדים לפעילות, יכולים היו לכתוב זאת במפורש. ואולם אין בכך כדי לשלול את פרשנות אלביט כליל. הדברים אמורים בפרט במתקנים ניידים, המצויים חלק מהזמן במכללה וחלק מהזמן מחוצה לה.

361. כדי לבחון את תחולת ההגבלה על מתקנים אלו יש לפנות אפוא לתכלית החוזה. אן די אן טוענת כי חיובה לספק קלט"זים, והגבלתו, נועדו לאזן בין שתי תכליות: מחד גיסא, להבטיח שפעילות המיזם בשטח המכללה לא תיפגע עקב יציאת אן די אן מהמיזם; ומאידך גיסא, לשמור על זכות ההפצה הבלעדית של מוצרי RS שבידיה (פס' 360 לסיכומי אן די אן). אלביט לא התייחסה במישרין לתכלית ההגבלה, שכן לטענתה מיקום הסעיף בין חיובי אן די אן מלמד שלא נועד להטיל עליה הגבלות כלשהן. עוד טענה אלביט כי זכות ההפצה של אן די אן הובטחה בהתחייבותה **"שלא לבצע במישרין או בעקיפין, רכש או הבאה לארץ של מוצרי RS, שלא באמצעות אן די אן"** (ס' 4.1.3 להסכם ההיפרדות; ראו גם ס' 342 לסיכומי הגנה אלביט). כמו כן ציינה אלביט בכתב הגנתה כי הגבלת השימושים פוגעת דווקא בזכות ההפצה של אן די אן. לטענתה, רכישת הקלט"זים, גם לשימושים שאינם מנויים בהסכם ההיפרדות, מגשימה את זכות ההפצה, שהרי אן די אן מפיקה רווח מהעמלה שמשולמת לה עבורם (פס' 84 לכתב ההגנה).

362. אני מקבל את עמדת אן די אן בעיקרה. הפעלת מתקני האימון דורשת אספקה סדירה של קלט"זים. בחיי המיזם לא היה בכך קושי, ואן די אן דאגה לאספקה. עם יציאתה מהמיזם נדרשה אלביט להבטיח את המשך האספקה, החיונית לפעילותו. מנגד ביקשה אן די אן לשמור על זכות ההפצה הבלעדית שלה. חובה בלתי מסויגת לספק לאלביט קלט"זים לכל תכלית שהיא הייתה פוגעת בזכות זו. כך, למשל, אילו הייתה אלביט רשאית לרכוש מאן די אן קלט"זים ולמכרם לצדדים שלישיים – פשיטא שזכות ההפצה הבלעדית של אן די אן הייתה נפגעת. סעיפים 3.3.1 ו-3.5 להסכם מאזנים אפוא בין שתי התכליות: הם מטילים על אן די אן חובה לספק לאלביט קלט"זים, אך מגבילים חובה זו לתכליות מוגדרות הקשורות לפעילות המיזם.

363. בטענות אלביט אין כדי לשנות ממסקנה זו. חובת אלביט לרכוש קלט"זים מאן די אן בלבד אכן עוגנה בסעיף אחר בחוזה, אך אין בכך כדי ללמד שההגנה על זכות ההפצה הבלעדית מוצתה בו. הטענה שמיקום הסעיפים בחלק החוזה המסדיר את חיובי אן די אן מלמד שלא הוטלה בהם הגבלה על אלביט – נדונה לעיל ונדחתה. אשר לטענה שהגבלת השימושים בקלט"זים היא הפוגעת דווקא בזכות ההפצה של אן די אן – אין לה יסוד. כפי שציינתי, אם מבקשת אלביט לרכוש קלט"זים למטרות אחרות מאלו שצוינו במפורש בהסכם, אין מניעה שתתקשר עם אן די אן בהסכם נפרד. אלא שאן די אן אינה מחויבת לספק את הקלט"זים בתנאים שנקבעו בהסכם ההיפרדות. היא רשאית לדרוש עמלה גבוהה יותר, ואם תסכים לכך אלביט – להפיק רווח גבוה יותר. פשיטא שאין בכך פגיעה בזכות ההפצה הבלעדית.

364. הנה כי כן, בחינה תכליתית של התיבה **"בניית מתקנים נוספים במכללה"** מוליכה למסקנה שהכוונה למתקנים נוספים הקשורים לפעילות שבוצעה במיזם המשותף. המיזם המשותף הוגדר בהסכם

המיזם: "מיזם בלתי מתואגד שתפקידו הקמת מתקנים מתקדמים, שיווק ומכירת שירותי אימון במתקנים המתקדמים, כל זאת כמפורט בהסכם זה" (ס' 3.3.2). המתקנים המתקדמים הם: "שלושת מתקני האימון המפורטים בנספח א' להסכם זה, שהם: מטווחים, בית ירי ושטח תרגולת נהיגה, על פי ההיתר" (שם, ס' 3.3.12). בכמה מקומות בהסכם מובהר במפורש כי מדובר במתקנים שיוקמו בשטח המכללה (ס' 3.3.6; ס' 6.1.2; ראו גם בפס' השנייה למבוא להסכם).

365. בתי ירי ניידים חדשים, שנועדו לביצוע אימונים מחוץ לשטח המכללה, אינם חלק מפעילות המיזם המשותף. אף שאימונים אלו דומים במהותם לאימונים המתבצעים במכללה, מדובר בהרחבת פעילות המיזם לתחום חדש. כך עולה גם מתשובת אלביט לאחת העתירות שעסקו בזכייתה במכרז בא"ח צנחנים: "פעילות המכללה ושירותי האימון וההדרכה שהיא מעניקה [...] נעשית במתקנים המתקדמים המצויים במתחם המכללה [...]. לעומת זאת, עניינם של המכרזים, כאמור, בהצבת לש"ביות מודולריות בבסיס צה"ל, לצורך ביצוע אימוני ירי שינהל צה"ל עצמו, באמצעות אנשיו, בבסיסיו שלו. [...] כלומר, מדובר בתחום פעילות חדש שמבקש לפתוח משרד הביטחון במכרזו [...] ויובהר, לא זו בלבד שאין למכללת תעש או לאלביט כל מונופול בתחום, אלא שנכון להיום, לא הקימה המכללה ולא מכרה או השכירה ולו בית מודולרי אחד, והתמודדותה במכרז הראשון הייתה הלכה למעשה, פעילות ממשית ראשונה מצידה, להיכנס לתחום חדש זה" (נספח 86 לתצהיר דגן, פס' 20-21, ההדגשה במקור).

366. כאמור, חיוב אן די אן לספק לאלביט קלט"זים נועד להבטיח את המשך פעילותו הסדירה של המיזם. רכישת קלט"זים להרחבת הפעילות לתחום חדש אינה באה בגדר תכלית זו. המסקנה היא שאן די אן אינה מחויבת לפי הסכם ההיפרדות למכור לאלביט קלט"זים לפעילות באמצעות בתי ירי ניידים, גם אם אלו מצויים בשטח המכללה חלק מהזמן. אלביט מצידה אינה רשאית להסתיר מאן די אן שהקלט"זים שהיא מבקשת לרכוש נועדו לפעילות זו, שאינה באה בגדר התכליות המנויות בסעיף.

367. לא נעלם מעיני שמסקנה זו שונה מהחלטת בית המשפט המחוזי בבקשת אן די אן לצו מניעה זמני מיום 26.6.2023 (נספח 66 לתצהיר הגנה אלרט). בהחלטה ציינה השופטת נחליאלי חיאט: "בזהירות המתחייבת בשלב זה של ההליך [...] לא שוכנעתי כי הסכם ההיפרדות כולל הגבלה המגדירה את השטח שרק בו יסופקו לשימוש המשיבים קלט"זים [...] קרי, לא שוכנעתי בדבר קיומה של הגבלה 'טריטוריאלית' (הכוונה לשטח המכללה) הנתענת, ומאחר שעל פניו אין הגבלה מובהקת שכזו נדרש לערוך בירור עובדתי וראייתי מלא, גם בשאלת השימוש שהמשיבות רשאיות לעשות בקלט"זים הללו [...] (פס' 8).

368. אלביט טוענת כי אן די אן לא הביאה ראיות חדשות מעבר לאלו שעמדו לפני בית המשפט בשלב הסעד הזמני. בהיעדר ראיות המשנות את התמונה, סבורה אלביט כי אין הצדקה לסטות מהחלטת בית המשפט. דין הטענה להידחות. הנימוק שצוטט לעיל, שהובא "בזהירות המתחייבת בשלב זה של ההליך", היה רק אחד מכמה נימוקים שהובילו לדחיית הבקשה לסעד זמני. שיקול נוסף היה שמאזן הנוחות אינו מצדיק את מתן הסעד (שם, פס' 15-16). יתר על כן, בהחלטה צוין במפורש: "אינדיקציות, תכליתיות ההסכם והנסיבות הכלליות שהיו בבסיס היחסים החוזיים בין הצדדים – מקומם בהליך העיקרי" (פס' 12). עניינים אלו לא נדונו בהחלטה בעניין הסעד הזמני, והם העומדים בלב מסקנתי דלעיל. החלטה בבקשה לסעד זמני היא מטבעה בלתי סופית ונתונה לשינוי. איני רואה אפוא סיבה לשנות מקביעתי נוכח ההחלטה.

369. מכאן לסעד. הסעד שהתבקש בכתב התביעה הוא "צו מניעה קבוע (סעד הצהרתי) לפיו קבוצת אלביט ו/או מי מטעמה מנועה מלהתקין ו/או מנועה מלעשות שימוש כלשהו במוצרי RS (ובפרט בקלט"זים מסוג RS) במתקני אימונים (על כל סוגיהם) שהינם מחוץ לשטח המכללה" (ס' 6.1). כמו כן התבקש "כל סעד נוסף ו/או אחר לטובת שמירת זכויותיהם של התובעים כבעלי זיכיון ההפצה הבלעדית של מוצרי RS בישראל". למען הסר ספק, סעדים כספיים לא נתבעו.

370. "תקופת התמיכה" שבמהלכה התחייבה אן די אן למכור קלט"זים לאלביט בהתאם לתנאי הסכם ההיפרדות הועמדה על חמש שנים וחצי מיום חתימת ההסכם (ס' 3.3.1 להסכם ההיפרדות). ההסכם נחתם ביום 21.1.2021, ומכאן, שתקופת התמיכה הסתיימה לא מכבר (ביום 21.7.2026). עם זאת, לא ידוע אם אלביט מחזיקה בקלט"זים שרכשה בתקופת התמיכה לפי תנאי ההסכם.

371. אני קובע אפוא כי קלט"זים שנרכשו לפי סעיפים 3.3.1 ו-3.5 להסכם ההיפרדות, ככל שהם מצויים בידי קבוצת אלביט, מותרים בשימוש לתכליות המוגדרות בסעיף 3.5 בלבד. בהתאם לכך, ניתן בזאת צו מניעה לפיו אלביט אינה רשאית להשתמש בקלט"זים אלו לכל תכלית אחרת, לרבות בבתי ירי ניידים שתכליתם קיום אימונים מחוץ לשטח המכללה. למען הסר ספק, הגבלות אלו חלות רק על קלט"זים שנרכשו מכוח חובת אן די אן למכור לאלביט קלט"זים לפי הסכם ההיפרדות. הצדדים רשאים להסכים ביניהם ככל שיחפצו על מכירת קלט"זים לשימושים אחרים.

י. תניית אי התחרות ותביעת אלביט

372. נותר לדון בעילות התביעה הקשורות בהתחייבות אי התחרות שבהסכם ההיפרדות. כזכור, בהסכם נקבעה "תקופת הגבלה" בת 24 חודשים, שבה התחייבה אן די אן "שלא להתחרות, ולא להיות מעורבת בפעילות המתחרה, במישרין או בעקיפין [...] - בהקמה, שיווק, מכירה, הפעלה, ניהול והתקנה של מתקנים המשתמשים במוצרי RS" (ס' 3.6.1 להסכם ההיפרדות). לאלביט ניתנה אפשרות להאריך תקופה זו ב-42 חודשים, כנגד תשלום נוסף (ס' 3.6.2, 4.1.5-4.1.6).

373. בסעיף 3.6.3 להסכם הוסדרו חריגים לתניית אי התחרות. בסעיף 3.6.3(א) נקבע: "היה ואן די אן תתבקש על ידי צה"ל או גוף ממלכתי לספק לו מוצרי RS במתקנים קיימים (דהיינו, מתקנים הפעילים באותה עת, לפחות 3 שנים) בבסיסי צה"ל ו/או בגופים ממלכתיים, אן די אן תעדיכן על כך את קבוצת אלביט ותהיה רשאית לספק את מוצרי RS כמבוקש. במקרה של מתקנים קיימים חדשים יותר (דהיינו כאלה הפעילים פחות מ-3 שנים), תהיה רשאית לספק את מוצרי RS עבור אותם מתקנים בכפוף לכך כי קיבלה לכך את הסכמתה של קבוצת אלביט, מראש ובכתב, בתוך 14 יום ממועד פנייתה של אן די אן".

374. בסעיף 3.6.3(ב) נקבע: "בכל מקרה בו תהיה בפני אן די אן הזדמנות עסקית להקמת מתקנים לצה"ל או לגופים ממלכתיים העושים שימוש במוצרי RS, תפנה אן די אן לקבוצת אלביט בכתב, בהצעה לשיתוף פעולה בין הצדדים בקשר לקידום ההזדמנות שבנדון ולמימושה. היה וקבוצת אלביט תהיה מעוניינת בקידום אותה הזדמנות, תוביל קבוצת אלביט את הפעילות כקבלן הראשי מול צה"ל והגופים

הממלכתיים ואילו אן די אן תפעל כקבלן משנה של אלביט לאספקת מוצרי RS והתקנתם. מוסכם כי במידה שאלביט תהיה מעוניינת בקידום הזדמנות כאמור, הרי ששיעור העמסות אלביט לא יעלה על 10% על המוצרים, השירותים והעבודה שתספק אן די אן ו-25% על המרכיבים האחרים. כל פעילות שכזו תעשה בתאום והסכמה בין קבוצת אלביט לאן די אן ותאושר מראש ובכתב על ידי הצדדים. במידה וקבוצת אלביט תבחר שלא ליטול חלק באותה הזדמנות עסקית או שתבקש לקדם את ההזדמנות האמורה תוך קביעת שיעורי העמסה גבוהים מאלו המצוינים לעיל, תודיע על כך לאן די אן [...] ואז אן די אן תהיה רשאית לפעול כפי שתמצא לנכון בקשר לאותה הזדמנות עסקית".

375. אן די אן מבקשת בתביעתה להורות על בטלות תניית אי התחרות, בשל אי חוקיותה ופגיעתה בתקנת הציבור. מנגד, התנייה עומדת במוקד תביעת אלביט. לטענתה, אן די אן הפרה את התניה בארבעה אירועים שונים, ובגין הפרות אלו זכאית אלביט לפיצוי בסך 4.2 מיליון ש"ח ולהשבת הרווחים שהפיקה אן די אן מההפרות.

376. סדר הדיון בפרק זה יהיה כדלקמן: הצדדים חלוקים על פרשנות תניית אי התחרות ועל קו הגבול בין סעיף האיסור לחריגים; אפתח אפוא בשרטוט גבולות תחולתה של ההתחייבות. לאחר מכן אדון בטענת אן די אן שיש להורות על בטלות התניה – טענה שקבלתה הייתה מייתרת את הדיון בתביעת אלביט. אקדים ואומר כי שוכנעתי שאין יסוד להורות על בטלותה, ולפיכך אמשך ואברר את תביעת אלביט לגופה.

1. פרשנות תניית אי התחרות וגבולות האיסור

377. סעיף אי התחרות מורכב מכלל איסור רחב ומשני חריגים. הכלל: אסור לאן די אן להיות מעורבת בפעילות מתחרה הכוללת "הקמה, שיווק, מכירה, הפעלה, ניהול והתקנה של מתקנים המשתמשים במוצרי RS" (ס' 3.6.1 להסכם ההיפרדות). החריגים עוסקים בשני סוגי מצבים שבהם מותר לאן די אן, בתנאים שנקבעו, להיות מעורבת בפעילות מעין זו.

378. החריג הראשון, המוסדר בסעיף 3.6.3(א), קובע מנגנון לאספקת מוצרי RS ל"מתקנים קיימים" בגופים ממלכתיים, כהגדרתם בהסכם. הסעיף מבחין בין המתקנים לפי גילם: למתקנים הקיימים שלוש שנים לפחות רשאית אן די אן לספק מוצרי RS לאחר שתודיע על כך לאלביט. למתקנים הקיימים פחות משלוש שנים נדרשת הסכמת אלביט מראש.

379. החריג השני, המוסדר בסעיף 3.6.3(ב), עוסק ב"הקמת מתקנים". נקבע בו כי אם תעמוד לפני אן די אן הזדמנות עסקית להקמת מתקנים, עליה לפנות לאלביט בהצעה לשיתוף פעולה במימוש אותה הזדמנות. אם תסכים אלביט – יחולו התנאים שבסעיף. אם תסרב – תהיה אן די אן רשאית לפעול כרצונה.

380. המחלוקת העיקרית בפרשנות ההסכם נוגעת לשאלה אם רשאית אן די אן לבצע פעולות יזומות בניסיון לייצר פעילות שתבוא בגדר החריגים. בפרט חלוקים הצדדים בשאלה אם רשאית אן די אן לבצע פעילויות "הדגמה" הכוללות שימוש במוצרי RS, בניסיון לייצר "הזדמנויות עסקיות". אציג תחילה את טענות הצדדים, ולאחר מכן אקבע את הפרשנות הנכונה של הסעיפים ואת גבולות תניית אי התחרות.

(א) תמצית טענות הצדדים**טענות קבוצת אלביט**

381. עיקר טענות קבוצת אלביט הוא כדלקמן :

א. סעיף 3.6.1 אוסר במפורש על "שיווק". משמעות הדבר : אסורה על אן די אן כל פעילות יזומה שנועדה לייצר לה פעילות עסקית הכוללת שימוש במוצרי RS. פשיטא שבכלל זה באות גם פעילויות "הדגמה" הכוללות שימוש במוצרים אלו. פרשנות שתתיר לדגן לבצע פעולות יזומות, ובכללן הדגמות של מוצרי RS, כדי לייצר לעצמו הזדמנויות עסקיות – תרוקן מתוכן את האיסור על שיווק.

ב. לחריג ההזדמנויות העסקית יש להעניק פרשנות "פסיבית" : דגן אינו רשאי לפעול באופן יזום לייצור הזדמנויות עסקיות, שכן זוהי פעילות שיווק. אולם אם תגיע אליו הזדמנות עסקית בלא פעילות יזומה מצדו, רשאי הוא לממשה לפי המנגנון בסעיף. פרשנות זו נתמכת בלשון סעיף 3.6.3(ב), העוסק ב"מקרה בו תהיה בפני אן די אן הזדמנות עסקית". היא נתמכת גם בתכלית סעיף אי התחרות : פעילות יזומה של דגן עשויה לפגוע בעסקי אלביט במיזם ולהוציא ממנו פעילות, ולכן יש היגיון למנעה. מנגד, הזדמנויות המגיעות לדגן באופן פסיבי אין אפשרות למנוע, וסעיף 3.6.3(ב) מבטיח שלכל הפחות תעמוד לאלביט ההזדמנות ליטול חלק בפעילות זו. הפרשנות הפסיבית היא היחידה המתאימה בהרמוניה עם האיסור הגורף על שיווק שבסעיף 3.6.1, ויש להעדיפה על פני פרשנות המרוקנת איסור זה מתוכן.

ג. הצדדים ניהלו משא ומתן ממושך על סעיף אי התחרות. במשא ומתן זה ביקש דגן להסיר את המילה "שיווק" מנוסח סעיף 3.6.1, וקבוצת אלביט סירבה. נוכח התעקשות אלביט, הסכים דגן לחתום על החוזה בנוסח שנחתם – כולל האיסור על שיווק. אין מדובר אפוא באיסור שהוסתר וחמק מתשומת לבו, אלא בנושא שהצדדים נדרשו אליו במפורש, באופן המעיד בבירור על כוונתם.

טענות אן די אן

382. עיקר טענות אן די אן הוא כדלקמן :

א. אין לקבל פרשנות המעניקה לאיסור התחרות שבסעיף 3.6.1 תחולה גורפת, על חשבון החריגים שבסעיף 3.6.3. את חריג ההזדמנויות העסקית יש לפרש באופן המתיר לאן די אן לבצע כל פעולה לקידום ההזדמנויות העסקית.

ב. הפרשנות הפסיבית, שלפיה על אן די אן לשבת בחיבוק ידיים ולהמתין לבוא ההזדמנות העסקית, אינה הגיונית. פרשנות זו מרוקנת מתוכן את החריגים שבסעיף 3.6.3, ואינה מתיישבת עם לשונם. היא אף סותרת את כוונת הצדדים, שביקשו להגיע לפשרה בין עמדותיהם.

ג. אלביט ניסחה את הסכם ההיפרדות, והיא האחראית לעמימות שבלשונו. לפי כלל הפרשנות נגד המנסח, יש להעדיף את פרשנות אן די אן המצמצמת את איסור התחרות על פני הפרשנות המרחיבה שמציעה אלביט.

ד. הפרשנות המרחיבה אף מטילה הגבלה בלתי סבירה ובלתי מידתית על חופש העיסוק של אן די אן. לפיה תיאסר פעילות של אן די אן גם במצבים שאין בהם תחרות ישירה באלביט. יש להעדיף פרשנות הממעטת בפגיעה בחופש העיסוק – פרשנות שתגשים את תכלית ההגבלה בלי להרחיב את גבולות האיסור מעבר לנדרש.

ה. יש לדחות את הטענה שכל פעולת "הדגמה" היא פעולת שיווק אסורה. יש להבחין בין פעולות שיווק אסורות לפי סעיף 3.6.1, שהן קידום של פעולות מסחריות אסורות, לבין פעולות לגיטימיות המותרות לפי סעיף 3.6.3, "**לרבות שמירה על הראש מעל המים בתחום**" (פס' 78 לסיכומי הגנה אן די אן). ההדגמה נועדה לשמר את הידע המקצועי, את הנראות ואת המודעות למוצר בקרב גורמים רלוונטיים בענף – לא לקדם מכירות או ליצור התקשרויות מסחריות. אילו התכוונו הצדדים לאסור פעולות הדגמה, חזקה שהיו עושים זאת במפורש.

(ב) דיון והכרעה

383. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים, באתי לכלל מסקנה כי דין טענות אלביט להתקבל בעיקרן. הפרשנות שמבקשת אן די אן להעניק לתניית אי התחרות אינה מתיישבת עם לשונה, ומובילה לסתירה פנימית בין הכלל לחריגים. אמנם, גם הפרשנות שמציעה אלביט אינה נקייה מקשיים: היא מחייבת שרטוט קו גבול בין פעולה יזומה לבין ניצול "פסיבי" של הזדמנויות – מלאכה שאינה קלה. עם זאת, פרשנות זו נתמכת בבירור בלשון החוזה. היא אף מאפשרת לכלל ולחריגים לדור בכפיפה אחת, בלא שהאחד ירוקן את האחר מתוכן. פרשנות אלביט עדיפה אפוא.

384. כאמור, כלל אי התחרות מנוסח בצורה רחבה. הוא אוסר על אן די אן מעורבות ישירה או עקיפה בפעילות מתחרה הכוללת "**הקמה, שיווק, מכירה, הפעלה, ניהול והתקנה של מתקנים המשתמשים במוצרי RS**" (ס' 3.6.1 להסכם ההיפרדות). החריגים מסדירים את הנסיבות שבהן רשאית אן די אן לספק מוצרי RS למתקנים קיימים, או להקים מתקנים חדשים העושים שימוש במוצרים אלו.

385. בלב המחלוקת ניצב האיסור על מעורבות בפעילות "**שיווק**". מונח זה לא הוגדר במפורש בהסכם, אולם דומה כי אין מחלוקת לגבי פרשנותו. הצדדים מסכימים כי שיווק הוא פעולה או מכלול פעולות שנועדו לקדם התקשרות או פעילות מסחרית עתידית (ראו למשל: פס' 161 לסיכומי אלביט; פס' 78 לסיכומי הגנה אן די אן).

386. אן די אן טוענת כי האיסור על שיווק אינו חל על פעילות הקשורה לחריגים שבסעיף 3.6.3. לשיטתה, היא רשאית לבצע פעולות שיווק כדי לייצר הזדמנויות עסקיות להקמת מתקנים חדשים, או פעילות עסקית הקשורה לאספקת מוצרי RS למתקנים קיימים (ראו פס' 55 לסיכומי הגנה אן די אן). דא עקא, פרשנות זו אינה מתיישבת עם לשון ההסכם ואף לא עם תכליתו.

387. אפתח בלשון. סעיף האיסור אוסר מעורבות במגוון רחב של פעולות: הקמה, שיווק, מכירה, הפעלה וניהול. החריג בסעיף 3.6.3(א) עוסק בנסיבות שבהן תהיה אן די אן רשאית "למכור מוצרי RS ולהתקנים", ובסעיף 3.6.3(ב) נוספה לכך "הקמת מתקנים". ליתר הפעולות הנזכרות בסעיף 3.6.1 – "שיווק", "הפעלה" ו"ניהול" – אין זכר בלשון החריגים. כלל ההן משמיע לאו: מנייתן של פעולות מסוימות בחריגים משמיעה שיתרתן נותרה בגדר האיסור.

388. החריגים אף מנוסחים בלשון "פסיבית", כטענת אלביט. סעיף 3.6.3(א) עוסק במצב שבו "אן די אן תתבקש על ידי צה"ל או גוף ממלכתי לספק לו מוצרי RS". סעיף 3.6.3(ב) עוסק במקרים שבהם "תהיה בפני אן די אן הזדמנות עסקית להקמת מתקנים לצה"ל או לגופים ממלכתיים". אין בלשון החריגים היתר לפעול באופן יזום כדי לייצר את הפעילות העסקית הנזכרת בהם. פעילות יזומה שמטרתה לייצר פעילות עסקית היא כאמור פעילות "שיווק" – וזו נאסרה במפורש בסעיף 3.6.1.

389. הניסוח אינו מקרי; מדובר בעניין שעמד במוקד המשא ומתן בין הצדדים. כך למשל, בטיוטה שהעביר בא כוח אן די אן לבא כוח אלביט ביום 24.12.2020 נוסח סעיף החריגים אחרת, ונכתב בו במפורש כי תותר פעילות שיווק: "על אף האמור [...] מוסכם כי אן די אן תהא רשאית להיות מעורבת באספקת מוצרי RS בהקמה, שיווק, הפעלה, ניהול או תחזוקה של מתקנים המשתמשים במוצרי RS [...] (ס' 3.8.3 לטיוטה, נספח 7 לתצהיר עו"ד אורן). אלביט לא קיבלה שינוי זה והתעקשה על הסרת המילה "שיווק" מהחריגים. בגרסה מאוחרת יותר ביקש בא כוח אן די אן לצמצם את היקף האיסור כולו כך שבמקום מעורבות "בהקמה, שיווק, הפעלה, ניהול או תחזוקה" של מתקנים, תיאסר רק מעורבות "בהקמה, מכירה והתקנה" (נספח 9 לתצהיר עו"ד אורן). אף שינוי זה נדחה בידי אלביט. בסופו של דבר הוסכם הנוסח שהובא בפתח הפרק, הכולל את האיסור על שיווק ואינו כולל היתר לשיווק בגדר החריגים. מדובר אפוא בהחלטה ובהסכמה מודעת של הצדדים, המדברות בעד עצמן.

390. זאת ועוד: פרשנות אן די אן מרוקנת מתוכן את האיסור על שיווק. שני החריגים – הקמת מתקנים חדשים העושים שימוש במוצרי RS, ואספקת מוצרים למתקנים קיימים – מכסים יחדיו כמעט את מלוא הפעילות האפשרית הקשורה למוצרי RS.¹⁶ אם תתקבל העמדה שאן די אן רשאית לבצע פעולות שיווק לשם ייצור הכנסה בגדר החריגים, לא יישאר דבר מן האיסור על שיווק.

391. לטענת אן די אן, דווקא איסור מלא על שיווק לפי הפרשנות האמורה הוא שירוקן מתוכן את אפשרותה לפעול בגדר החריגים. איני מקבל טענה זו. אין חולק כי האיסור יקשה עליה לייצר הכנסה בגדר החריגים. אולם הפרשנות הפסיבית מותירה לה פתח לעשות כן, גם אם צר. בעניין זה אני מקבל את הסבר עו"ד אורן בעדותו: "דן דגן הוא דמות מוכרת בשוק [...] RS זה מוצר שמוכר בשוק [...] אם פונים לדן דגן או שהוא הולך והוא שומע שקיימת כרגע יש איזשהו צורך או שיש חיפוש אחר פתרונות, כי מישהו פנה אליו והתעניין לגבי פתרונות מסוימים והוא מזהה ואומר יש כאן עכשיו הזדמנות עסקית יכול להיות שלגוף הזה עכשיו אפשר להביא פעילות כזו [...]". (עמ' 1395-1396). הווה אומר, החריגים מותירים לאן די אן פתח לייצור פעילות עסקית במצבים שבהם פונים אליה גורמים שונים. יסודן של פניות אלו במוניטין של

¹⁶ החריגים חלים על "גופים ממלכתיים" כהגדרתם בהסכם בלבד; פעילות מול גופים אזרחיים אסורה ממילא.

מוצרי RS ובזיהוי דגן עמם בשוק הרלוונטי – לא בפעילות שיווק יזומה. נוכח מוניטין זה, לא מן הנמנע כי הזדמנויות עסקיות יגיעו לפתחה של אן די אן גם בלא שיווק יזום.

392. פרשנות זו מתיישבת עם תכלית תניית אי התחרות. התניה נועדה, בראש ובראשונה, לשמור על האינטרסים הכלכליים של קבוצת אלביט. הרחבת השוק ופיתוח פתרונות חדשים לאימוני ירי חי באמצעות שימוש במוצרי RS עלולים לפגוע בייתרון המשמעותי שהיה לה באותה עת. אמנם, דגן מחויב לפי הסכם ההפרדות להציע לה לשתף פעולה במימוש הזדמנויות עסקיות שיעמדו בפניו. אולם אין הזדמנויות אלו עדיפות בהכרח, מבחינת אלביט, על המצב שהיה קיים בעת חתימת ההסכם – שבו התקיימו אימוני הירי החי במוצרי RS במכללה בלבד.

393. אין לכתד: הגבול בין הזדמנויות עסקיות המגיעה באופן "פסיבי" לבין הזדמנויות הבאה בעקבות פעולה יזומה אינו חד. בצדו האחד של הגבול מצויות פעולות יזומות מובהקות, כגון פרסום, שהן אסורות בבירור. בצדו האחר מצוי מצב שבו לקוח פוטנציאלי פונה ישירות לדגן, בהצעה קונקרטית, על יסוד היכרותו עמו או עם מוצרי RS. בין לבין ייתכנו מצבים שסיווגם אינו פשוט. אין צורך להידרש להם בשלב זה. אם יידרש הדבר לגבי פעילות ספציפית – אבחן אותה בהמשך. כך בפרט לטענות הצדדים בעניין פעילות ה"הדגמה", שיידונו על רקע התשתית העובדתית הרלוונטית.

394. המסקנה היא כי יש לפרש את החריגים לתניית אי התחרות לפי פשוטם ותכליתם. לפי פרשנות זו רשאית אן די אן לספק מוצרי RS לגופים ממלכתיים, לפי תנאי סעיף 3.6.3(א), ולנצל הזדמנויות עסקיות שיגיעו אליה, לפי תנאי סעיף 3.6.3(ב). עם זאת, אין היא רשאית לבצע פעולות יזומות שמטרתן לייצר פעילות עסקית בגדר החריגים. בכלל זה, אסורה עליה כל פעילות שיווק.

395. כאמור, פרשנות זו תואמת את לשון החוזה ואת תכליתו במידה הטובה ביותר. כמו כן, היא מיישבת בין האיסור על שיווק בסעיף 3.6.1 לבין החריגים בסעיף 3.6.3. משכך, אין בטענת אן די אן בעניין כלל הפרשנות נגד המנסח כדי להטות את הכף. כלל זה עשוי לסייע מקום שבו קיימות שתי פרשנויות אפשריות התואמות את לשון החוזה ותכליתו (שלו וצמח, עמ' 533). לא זה המצב בענייננו.

396. הוא הדין בטענת אן די אן בדבר העדפת פרשנות המצמצמת את הפגיעה בחופש העיסוק. אין בטענה זו כדי להצדיק פרשנות שאינה תואמת את לשון החוזה ותכליתו. אשר לטענה שההגבלה, כפי שפורשה לעיל, היא בלתי סבירה ובלתי מידתית – מקומה בחלק הבא, העוסק בתוקף תניית אי התחרות.

397. בשולי הדברים אציין כי בתצהיר דגן נטען כי "אין כל תחולה להסכם ההפרדות על בית ירי נייד ועניינו של הסכם ההפרדות נגע אך להגבלת תחרות בקשר עם הקמתם של מתקנים מתקדמים קבועים מחוץ לשטח המכללה" (פס' 15.2.1, ההדגשה במקור). בסיכומים לא חזרה אן די אן על טענה גורפת זו, אף שעיקר האירועים שבמוקד תביעת אלביט עוסקים בבתי ירי ניידים. עם זאת, בהתייחס למכרז בא"ח צנחנים, שיידון בהמשך, טענה אן די אן כי "סעיפי הגבלת התחרות בהסכם ההפרדות אינם נוגעים להקמת קירות פריקים/ניידים מודולריים", אך היא פנתה לאלביט לפי הסכם ההפרדות "למען הזהירות ואך בשל ההיתכנות לשימוש בקלט"זים מסוג RS" (פס' 147 לסיכומי הגנה אן די אן).

398. מהסיכומים משתמע אפוא שאן די אן אינה חולקת עוד על תחולת הסכם ההיפרדות על בתי ירי ניידים, כל עוד נעשה בהם שימוש במוצרי RS. דומה אפוא שהטענה הגורפת בתצהיר דגן נזנחה. מכל מקום, ולמעלה מן הצורך, יובהר כי אין ספק שתניית אי התחרות חלה על בתי ירי ניידים שנעשה בהם שימוש במוצרי RS. ראשית, לטענה אין עיגון בלשון התנייה והיא אף מנוגדת לתכליתה. שנית, דגן סמך את טענתו על סעיף 8.3 להסכם ההיפרדות שבו נקבע: **"מובהר בזאת, למען הסר ספק, כי בית הירי הנייד לירי רטוב אינו נכלל בהסכם זה וההתייחסות אליו תהיה על פי ההוראות שנקבעו בסעיף 3.6 לעיל"**. ואולם סעיף 3.6 הוא סעיף אי התחרות. פשיטא שסעיף 8.3, הקובע במפורש כי סעיף אי התחרות יחול, לא נועד להחריג פעילות בבית הירי הנייד מהתחייבות אי התחרות. הסברו של דגן בתצהירו, שלפיו "שורבבה" הסיפא לסעיף 8.3 לנוסח הסופי שלא בידיעתו, אינו יכול לעמוד ולו נוכח היותו מיוצג.

2. תוקף תניית אי התחרות

(א) תמצית טענות הצדדים

טענות אן די אן

399. עיקר טענות אן די אן הוא כדלקמן:

א. סעיף אי התחרות נוסח באופן דרקוני, וחל לתקופה ארוכה ובלתי סבירה. הסעיף נעדר איזון סביר בין הפגיעה בזכות דגן להתפרנס בתחום עיסוקו לבין שמירת האינטרס של אלביט. מדובר בתנייה הכובלת באופן פסול את חופש העיסוק, ודינה בטלות.

ב. גם אם תניית אי התחרות הוסכמה בין הצדדים לחוזה במודע, אין בכך כדי לחסנה מפני בטלות. יש לבחון את סבירות התניה לפי הנסיבות. בענייננו, נוכח משך התקופה וכוללניות ההגבלה, יש להורות על בטלות התניה. לחלופין, יש להורות לכל הפחות על צמצומה.

ג. אלביט מפעילה את כוחה באופן המונע מאן די אן לממש את החריגים שבסעיף. כך, הוכח כי אין מתקנים "קיימים שלוש שנים", ולכן אין אפשרות לממש את החריג שבסעיף 3.6.3(א). התנהלות אלביט בעניין בא"ח צנחנים מלמדת כי אף את חריג ההזדמנות העסקית אין אפשרות לממש. יתר על כן, אם נציגי צה"ל ויתר כוחות הביטחון אינם יכולים להתרשם ממוצרי אן די אן בהדגמות – ממילא לא תהיה בפועל אפשרות לממש את החריגים.

ד. אלביט לא שילמה לאן די אן את התשלום עבור הארכת תקופת אי התחרות. בהיעדר התשלום, הסתיימה תקופת אי התחרות ביום 28.2.2023.

טענות קבוצת אלביט

400. עיקר טענות קבוצת אלביט הוא כדלקמן:

א. כבר במסמך עקרונות ההפרדות שערך דגן עצמו נכתב כי אחד העקרונות הוא **"אי-תחרות במוצרי R.S. במתקנים אזרחיים ל-5.5 שנים"** (נספח 39 לתצהיר דגן). ההתחייבות הסופית, כפי שנוסחה בהסכם ההפרדות, היא פרי משא ומתן ממושך בעניין. דגן יוצג במשא ומתן בידי עו"ד מנוסה, והסכים לאי התחרות לאחר שקיבל עבורה תמורה הוגנת.

ב. דגן קיבל 1.2 מיליון ש"ח עבור תקופת אי התחרות הראשונה, ולא התנגד בזמן אמת לחוקיות התניה. גם במהלך הבוררות, בעודו טוען לאי-חוקיותה, דרש דגן תשלום של 1.8 מיליון ש"ח עבור הארכת התקופה. יש לראות בכך הודאה מצדו בחוקיות התניה. לכל הפחות, הוא מושתק מלטעון נגד תוקפה.

ג. מכל מקום, יש לדחות את הטענה לגופה. בתמורה להתחייבות אי התחרות קיבל דגן תשלום של 50,000 ש"ח לחודש. נוסף על כך קיבל עמלה משמעותית עבור הקלט"זים שסיפק לאלביט. יתר על כן, האיסור אינו מוחלט, ואין די אן רשאית לפעול בגדרי החריגים שבסעיף 3.6.3. בהקשר זה יש לדחות את הטענה שהחריגים אינם ניתנים למימוש, שכן הוכח שיש מתקנים הקיימים יותר משלוש שנים. נוכח האמור, חופש העיסוק של דגן לא נפגע, ויכולתו להתפרנס – לא כל שכן.

ד. הטענה לבטלות התניה ממילא חסרת נפקות מעשית, נוכח הזמן שחלף מחתימת הסכם ההפרדות עד סיום הליך הבוררות.

(ב) דיון והכרעה

401. ראשית אציין כי דומה ששני הצדדים מסכימים שבשלב זה תניית אי התחרות כבר אינה בתוקף (ראו בפס' 397 לסיכומי אן די אן, פס' 803 לסיכומי אלביט ופס' 472 לסיכומי הגנה אלביט). ואולם האירועים שבמוקד תביעת אלביט התרחשו בשנת 2022, בתקופת אי התחרות הראשונה. ההכרעה בשאלת תוקף התניה נדרשת אפוא, שהרי אם התניה בטלה – אין יסוד לתביעת אלביט. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים, באתי לכלל מסקנה כי דין הטענה לבטלות התניה להידחות לגופה. אפרט את נימוקיי.

402. אן די אן תומכת את טענותיה בהלכת ע"א 3156/98 **בן ישי נ' ויינגרטן**, פ"ד נה(1) 939 (2001) (להלן: **עניין בן ישי**). שם נקבע כי **"הגבלה בלתי סבירה על חופש העיסוק נוגדת את תקנת הציבור"**, וכי סבירות ההגבלה נבחנת לאור הערכים המתחרים בחופש העיסוק, ונמדדת על-פי **"טיבה של ההגבלה בהתחשב בהיקפה וגם בטיב הקשר החוזי שבין הצדדים"**. עוד צוין כי **"המבחנים הם בעיקר לאור אופי ההגבלה, היקפה, הזכויות הקנייניות עליהן היא באה להגן, תחום וזמן תחולתה"** [...]. (שם, פס' 12).

403. דא עקא, בהתחשב במאפיינים אלו לא הוכיחה אן די אן שמדובר בהגבלה בלתי סבירה. כעולה מעניין **בן ישי**, הנטייה להתערב בהתחייבויות אי תחרות פוחתת כשמדובר בעסקה לרכישת חלקו של שותף בפעילות עסקית, להבדיל מהגבלה בחוזה עבודה (שם, פס' 13; ראו גם **שלו וצמח**, עמ' 658). במצב דברים זה גדל משקלו היחסי של חופש החוזים לעומת חופש העיסוק, שכן **"חזקת חוסר השוויון הבסיסי שבין כוחו של העובד לבין כוחו של המעסיק לא קמה"** (עניין **בן ישי**, שם). לא למותר להזכיר כי בענייננו קבע המומחה

אסיאג שהסכם אי תחרות "קשור בחבל הטבור לתוצאות הפעילות העסקית", והוא חלק מהפרקטיקה המקובלת (עמ' 12 לחור"ד אסיאג).

404. גם בחינת היקף ההגבלה אינה תומכת במסקנה שמדובר בהגבלה בלתי סבירה. אף אם ההגבלה רחבה מכפי שהייתה אן די אן רוצה כיום – אין מדובר במניעה גורפת של עיסוק בתחום מומחיותה, או של יכולת דגן להתפרנס. לאן די אן נותרה האפשרות לנצל הזדמנויות עסקיות להקמת מתקנים חדשים עבור צה"ל וגופים ממלכתיים, כפוף לתנאים בסעיף 3.6.3(ב). כמו כן רשאית אן די אן לפעול במתקנים קיימים, לפי סעיף 3.6.3(א). בהקשר זה אני דוחה את הטענה שאין מתקנים הקיימים למעלה משלוש שנים, ולכן החריג ריק מתוכן. ראשית, הטענה נטענה בעלמא ולא הוכחה במישור העובדתי. אן די אן אף התעלמה בטענותיה מהמתקנים שלטענת אלביט קיימים (ראו פס' 434-431 לסיכומי תביעה אלביט). שנית, גם אם מתקנים כאלה מעטים, ההסכם התיר לאן די אן לפעול גם במתקנים הקיימים פחות משלוש שנים, כפוף לאישור אלביט. למותר לציין, כי על אלביט להפעיל את שיקול דעתה בעניין זה בתום לב.

405. אין לכחד כי האיסור הרחב שבסעיף 3.6.1, ובכלל זה האיסור על "שיווק", מגביל את יכולת אן די אן להשיא את רווחיה מפעילות בגדר החריגים. האיסור מפחית את הסיכוי שיגיעו אליה הזדמנויות עסקיות או אפשרויות לפעול במתקנים קיימים. התוצאה היא הגבלה על חופש העיסוק של דגן ואן די אן. אלא שההגבלה משרתת אינטרס לגיטימי מובהק – **"הזכויות הקנייניות עליהן היא באה להגן"**, כלשון עניין בן ישי – הלוא היא הפעילות העסקית שאלביט רכשה במיטב כספה. זאת ועוד, דגן שקל את שיקוליו, ולאחר משא ומתן ממושך – שעסק, בין היתר, בגבולות ההתחייבות – בחר להסכים לה. כנגד הסכמתו שולמה לו תמורה משמעותית. כמו כן הובטחה לו הכנסה עתידית נוספת ממכירת קלט"זים לאלביט (ס' 3.5 ו-4.1.3 להסכם ההיפרדות). כוחם המצטבר של שיקולים אלה מוליך להעדפת חופש החוזים ובחירתו המושכלת של דגן על פני חופש העיסוק.

406. נותר לדון בטענות בעניין הארכת תקופת אי התחרות. התקופה המקורית עמדה על 24 חודשים והסתיימה ביום 28.2.2023. לפי הסכם ההיפרדות, עמדה לאלביט זכות להאריכה ב-42 חודשים תמורת 1.8 מיליון ש"ח. ביום 28.2.2023, בהמשך להתכתבות קודמת בין הצדדים, שלחה ב"כ אלביט מכתב לב"כ אן די אן ובו טענה כי אן די אן הפרה את התחייבות אי התחרות. במכתב צוין כי לטענת אלביט תסתיים תקופת ההגבלה רק בחלוף 24 חודשים שבהם לא הפרה אן די אן את ההתחייבות. לצד זאת צוין: **"למען הזהירות בלבד [...] מרשותי מודיעות בזאת על ביצוע תשלום סכום של 1.8 מיליון ש"ח, בגין מימוש האופציה הנתונה להן להארכת תקופת האופציה, וזאת, על דרך קיזוז הסכום האמור מן הסכומים אותם חבים מרשייד למרשותי"** (נספח 15 לתצהיר הגנה דגן). למחרת השיבה ב"כ אן די אן כי היא דוחה את הטענות, וכי **"האופציה להארכת תקופת ההגבלה לא נכנסה לתוקף, על כל המשמעויות הנגזרות מכך"** (שם).

407. לא הוצג יסוד משפטי לטענה שניתן להאריך את תקופת אי התחרות באופן יחסי, לפי חודשי ההפרה הנתענים. למעשה, אף בסיכומיה לא חזרה אלביט על הטענה שהתקופה המקורית הוארכה אוטומטית עקב ההפרה מצד אן די אן. תחת זאת עמדה אלביט על הטענה שהתשלום בסך 1.8 מיליון ש"ח עבור הארכת התקופה בוצע במלואו בדרך של קיזוז (ראו בפס' 647 ו-795 לסיכומי הגנה אלביט; פס' 73.4 לסיכומי תביעה אלביט).

408. דין טענה זו להידחות. קיזוז הוא סעד עצמי, שניתן להפעילו מקום שהצדדים חבים זה לזה חיובים, כאמור בס' 53 לחוק החוזים. תוקף הקיזוז תלוי, מטבע הדברים, בתוקף החיוב שעל יסודו הוא נעשה. בענייננו תלוי הדבר בשאלה אם במועד שליחת הודעת הקיזוז חבה אן די אן לאלביט 1.8 מיליון ש"ח או יותר, עקב הפרת תניית אי התחרות. כפי שיובהר בהרחבה בהמשך, התשובה לכך שלילית. המסקנה היא כי הודעת הקיזוז חסרת תוקף, ותקופת אי התחרות הסתיימה ביום 28.2.2023.

409. סיכומם של דברים – תביעת אן די אן להורות על בטלות תניית אי התחרות נדחת. עם זאת, תוקף התנייה פג ביום 28.2.2023, משלא הוארכה. אפנה עתה לבחון את טענות אלביט כי אן די אן הפרה את התניה באירועים השונים שביסוד תביעתה.

3. בית הירי בקליבר

(א) רקע עובדתי

410. בית הירי בקליבר הוקם בשלהי שנת 2021. באפריל 2022 פורסם בעמוד הפייסבוק של קליבר סרטון שבו נראה אימון בבית הירי. בפתח הסרטון נראה מתאמן נכנס לבית הירי, שבפתחו שלט: **"מתחם הדגמה לבית ירי נייד ומודולרי לאימונים באש חיה"**. מעל השלט מופיעים הלוגו של אן די אן ולוגו נוסף הנושא את הכיתוב: **"DAGAN"**. בטקסט שפורסם עם הסרטון נכתב: **"דבר כזה עוד לא ראיתם! המצאה עולמית בתחום הלחימה! [...] בית ירי היחיד בישראל שאושר ע"י המשרד לבטחון פנים וצהל. הבית ירי נמצא אצלנו בקליבר 3 בתוך המטווח [...]"** (נספח 5 לתצהיר אלרט). בסרטון מציין מנכ"ל קליבר כי בית הירי נבנה לאימוני צבא וכוחות שונים, וכי בכוונתו להסבו גם לאימוני אזרחים.

411. לדברי אלרט, הוא נחשף לסרטון בחודש מאי 2022. בעקבות חשיפה זו פנה בא כוח קבוצת אלביט אל אן די אן ואל קליבר ביום 16.5.2022 במכתב **"התראה טרם נקיטת הליכים משפטיים"** (נספח 6 לתצהיר אלרט). במכתב נטען כי פעילות אן די אן וקליבר מתחרה במישרין במיזם ומפרה את התחייבויות אן די אן ודגן. לפיכך דרשה אלביט כי אן די אן וקליבר **"יחדלו באופן מיידי מכל מעורבות שהיא בפעילות אשר עושה שימוש במוצרי RS"**. עוד צוין כי אם בתוך 48 שעות לא יתקבל אישור כי אן די אן, דגן וקליבר חדלו ממעורבות בפעילות כאמור, תיאלץ אלביט לנקוט אמצעים חוקיים העומדים לרשותה.

412. למחרת, ביום 17.5.2022, השיבה באת כוח אן די אן למכתב (נספח 7 לתצהיר אלרט). בתשובה צוין כי הרושם הוא שהמכתב נשלח על רקע ידיעת אלביט כי לדגן **"טענות קשות בדבר נזקים רחבים היקף"** שנגרמו לו, וכחלק מניסיון לייצר משקל נגד נוכח טענות אלו. עם זאת צוין כי אן די אן לומדת את הנתען במכתב ותשיב **"בימים הקרובים"**. ביום 19.5.2022 העבירה באת כוח אן די אן לבא כוח קבוצת אלביט תשובה מפורטת, שבה העלתה טענות שונות על התנהלות אלביט ודחתה את הטענה כי אן די אן הפרה את ההסכם. במכתב צוין כי אן די אן דורשת להעביר את בירור טענותיה לבורר מוסכם. עוד צוין כי בית הירי **"עתיד להתפרק בימים הקרובים ממש וללבוש צורה אחרת שאף היא חוקית ומותרת לפי הדין והמערכת ההסכמית"** (נספח 3 לתצהיר הגנה דגן, פס' 21).

413. במקביל, אף זאת ביום 19.5.2022, הגישה אלביט לבית המשפט המחוזי תביעה נגד אן די אן, דגן וקליבר, ולצדה בקשה למתן צו מניעה זמני במעמד צד אחד. בבקשה התבקש צו שיאסור על הנתבעים להיות מעורבים בפעילות מתחרה הכוללת מתקנים העושים שימוש במוצרי RS בכלל, ובמתקן שהוצב בשטח קליבר בפרט. הבקשה במעמד צד אחד נדחתה. ביום 13.6.2022 התקיים דיון במעמד הצדדים. בתגובה שהוגשה מטעם אן די אן ודגן לפני הדיון צוין כי המתקן הנדון פורק כבר ביום 22.5.2022. בדיון, לאחר שיג ושיח בין באי כוח הצדדים, הוחלט כך: **"בהתאם להצהרת המשיבים לפיה פורק המתקן שקיים היה אצל קליבר 3, ובהתאם להצהרת [אן די אן ודגן] לפיה כרגע אין הצעה קונקרטית על הפרק המתייחסת לשיווק / מכירת מוצרי RS, מסכימים הצדדים כי הבקשה לצו מניעה זמני – תמחק ללא צו להוצאות"** (נספח 12 לתצהיר אלרט).

414. לפי עדות דגן, לאחר שבית הירי פורק הוא העביר אותו ל"איזשהו [...] מבנה שהבעלים שלו זה שרון גת קליבר. זה כמו מחסן כזה" (עמ' 610). בהמשך הבהיר דגן כי הוא הרכיב מחדש את בית הירי באותו מחסן, וכי עשה זאת כדי לבדוק שיטת הרכבה חדשה. לדבריו, לא בוצעו במקום הדגמות, שכן אין אפשרות לירות במחסן שבו הורכב (עמ' 615).

(ב) תמצית טענות הצדדים

טענות קבוצת אלביט

415. עיקר טענות קבוצת אלביט הוא כדלקמן:

א. אין מחלוקת כי דגן היה מעורב בהקמת בית הירי בקליבר ובהתקנתו. מעורבות זו, כשהיא לעצמה, מפרה את התחייבות דגן בהסכם ההיפרדות שלא להיות מעורב בהקמה והתקנה של מתקנים העושים שימוש במוצרי RS.

ב. גם בהנחה שבית הירי נועד לביצוע "הדגמות" בלבד, כטענת דגן, אין בכך כדי לאיין את ההפרה. הדגמה היא פעילות שיווקית שנועדה לייצר פעילות מסחרית לעסק. מנכ"ל קליבר העיד כי דגן אמר לו שההדגמות נועדו כדי שייצא לו מכך **"משהו"**. זאת ועוד, דגן עצמו העיד שהסרטון שצולם בבית הירי הוא חלק מפעילות שיווקית, אלא שלשיטתו נועדה פעילות זו לשווק את קליבר ולא את אן די אן. אף אם כך הוא – עולה שדגן היה מעורב בפעילות השיווק, ובכך הפר את תנאי הסכם ההיפרדות.

ג. ממילא, נטל ההוכחה כי המתקן נועד להדגמה מוטל על דגן – והוא לא הרימו. אדרבה, בסרטון נראים אימונים של ממש בבית הירי. מנכ"ל קליבר מצהיר בו במפורש כי בית הירי הוקם **"לטובת אימונים של צבא, משטרה, כוחות מיוחדים"** וכי בכוונתו להסבו באופן **"שכל אזרח"** יוכל להתאמן בו. אף אם תתקבל טענת דגן שלא זכה לתשלום בגין אימונים אלו – אין בכך כדי לשנות מהמסקנה שמדובר בבית ירי אמיתי, ולא בפעילות הדגמה.

ד. יש לדחות את הטענה שהקמת בית הירי מותרת לפי חריג ההזדמנות העסקית. ראשית, מדובר בגרסה כבושה, שלא עלתה בהליך בבית המשפט המחוזי. שנית, חריג ההזדמנות העסקית חל על הקמת מתקנים לגופים ממלכתיים בלבד, וקליבר אינה גוף ממלכתי כהגדרתו בהסכם.

ה. דגן הסתיר את הקמתו מחדש של בית הירי לאחר פירוקו, והדבר התגלה רק בחקירתו הנגדית. בחקירה נשאל דגן אם נציגי מג"ב הגיעו לראות את בית הירי במחסן של קליבר 3, ולא שלל זאת.

ו. יש לדחות את הטענה כי היחסים בין אן די אן לקליבר היו יחסי שוכר-משכיר, או כי חצרי קליבר שימשו לאחסון זמני של בית הירי. טענה זו נסתרת בבירור מהסרטון ומדברי מנכ"ל קליבר כי בית הירי נועד לאימונים. יתר על כן, הוכח בהליך כי קליבר נטלה על עצמה את האחריות להפעלת בית הירי, לרבות במישור האישורים הרגולטוריים מול המשרד לביטחון פנים. התנהלות זו מאפיינת יחסים עסקיים – לא יחסי שוכר-משכיר.

ז. יש לדחות את הטענה כי ורד ידע על הפעילות בבית הירי בקליבר. הראיה היחידה שעליה נסמכת הטענה היא אמירת ורד לדגן בשיחה מיום 7.3.2022: "[...] **גם עם בית הירי הנייד שלך אפשר לעשות הרבה**". ואולם אמירה זו לא נאמרה על בית הירי בקליבר, כי אם על בית הירי שהיה במכללה.

טענות אן די אן

416. עיקר טענות אן די אן הוא כדלקמן:

א. בהקמת בית הירי, כשהיא לעצמה, אין הפרה של הסכם ההפרדות. בהסכם ההפרדות התחייבה אן די אן **"לא להתחרות, ולא להיות מעורבת בפעילות המתחרה [...]. בהקמה, שיווק מכירה, הפעלה, ניהול והתקנה של מתקנים המשתמשים במוצרי RS [...]"**. בבית הירי בקליבר לא התקיימה כל פעילות המתחרה בעסקי אלביט. לא התקבל תשלום עבור השימוש בו, וכל הפעילות בו נעשתה לצורך הדגמה ובנוכחות דגן. אין בכך הפרה של התחייבות אי-התחרות. פרשנות שלפיה הקמת בית ירי, כשהיא לעצמה, מפרה את ההסכם אינה הגיונית – שהרי לפיה תיאסר לכאורה אף הקמת בית ירי לצורכי מחקר ופיתוח.

ב. לא הובאה ראשית ראיה לכך שבבית הירי בוצעה פעילות מסחרית, או פעילות שיווקית שהולכה לפעילות מסחרית כלשהי. מדובר היה במתקן זמני, שמלכתחילה הוקם לתקופה קצרה. הצבתו בקליבר הייתה **"לכל היותר, כאמצעי אחסון זמני, כאשר אף השכירות ששולמה התייחסה לאחסון חומרי גלם בלבד"** (פס' 87 לסיכומי הגנה אן די אן).

ג. הדגמה, כשהיא לעצמה, אינה מפרה את התחייבות אי-התחרות. ההתחייבות חלה על פעילות מתחרה ישירה וקונקרטית. בענייננו לא הוכח כי התקיימה במתקן פעילות שיטתית או

מבוססת. בהיעדר פעולה אופרטיבית בעלת השלכה כלכלית אין לקבוע כי התקיימה תחרות כלשהי באלביט – ומכאן שלא הייתה הפרה.

ד. הסרטון שביסוד תביעת אלביט הוא סרטון שיווקי שפרסם צד שלישי. אין להסתמך על חומר שיווקי של צד שלישי, שאינו בשליטת אן די אן, כיסוד להפרת התחייבות אי-התחרות.

ה. אלביט הייתה מודעת לקיום בית הירי. בשיחה מיום 7.3.22 אמר ורד לדגן: **"אפשר לעשות ביחד דברים יפים [...] אני חושב שגם עם בית הירי הנייד שלך אפשר לעשות הרבה"** (נספח 64 לתצהיר דגן). ההתייחסות לבית הירי הנייד "של דגן" מלמדת כי ורד התכוון לבית הירי בקליבר, ולא לזה שבמכללה. מכאן שבזמן אמת לא סבר ורד כי הפעילות בבית הירי מפרה של התחייבות אי-התחרות.

(ג) דיון והכרעה

417. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים, באתי לכלל מסקנה כי בפעילותה בקליבר הפרה אן די אן את התחייבות אי התחרות שבהסכם ההיפרדות. שני טעמים למסקנה זו: האחד – מדובר בהקמה, או למצער במעורבות בהקמה, של מתקן מתחרה; השני – במתקן בוצעו הדגמות שתכליתן ייצור פעילות עסקית עתידית לאן די אן ולקליבר, בניגוד לאיסור על שיווק. אנמק.

418. בהסכם ההיפרדות התחייבה אן די אן **"שלא להתחרות, ולא להיות מעורבת בפעילות המתחרה [...] בהקמה [...] והתקנה של מתקנים המשתמשים במוצרי RS"** (סעיף 3.6.1). אין מחלוקת כי אן די אן הקימה את בית הירי בקליבר, וכי הוא עשה שימוש במוצרי RS. אלא שלטענת אן די אן, הקמת בית הירי כשהיא לעצמה אינה מפרה התחייבות זו, שכן בהקמתו אן די אן לא התחרתה במכללה ולא הייתה מעורבת בפעילות המתחרה בה. בפרט מדגישה אן די אן כי לא התקבל תשלום עבור הפעילות בבית הירי.

419. דין טענת אן די אן להידחות. דברי מנכ"ל קליבר בסרטון מדברים בעד עצמם: **"הבית ירי הזה בניתי אותו לטובת אימונים של צבא, משטרה, כוחות מיוחדים, אבל אני הולך בגלל המצב להסב אותו גם לאימוני אזרחים, ככה שכל אזרח יוכל לבוא לקליבר 3 ולהתאמן בבית ירי הזה"** (נספח 4 לתצהיר אלרט). מדובר בפעילות המתחרה בבירור בפעילות המכללה. פשיטא שאין להשוותה, כטענת אן די אן, לפעילות שבגדרה מתקינה אן די אן **"לעצמה [בחצריה של אן די אן] את המוצרים לצורכי מחקר ופיתוח"** (פס' 83 לסיכומי הגנה אן די אן).

420. ממילא, מדובר בהפרה ברורה של איסור השיווק. כזכור, בסעיף 3.6.1 להסכם ההיפרדות התחייבה אן די אן לא להיות מעורבת בשיווק מתקנים המשתמשים במוצרי RS. כפי שהובהר לעיל, האיסור על שיווק גורף. הוא חל אף על שיווק שנועד לייצר עבור אן די אן פעילות בגדר החריגים שבסעיף 3.6.3.

421. אן די אן עצמה מודה כי בבית הירי בוצעה **"הדגמה למוצריה הבלעדיים של אן די אן - קלט"זים פורצי דרך מבית RS"** וכי **"במהלך ההדגמה הגיעו מספר גורמים לצורך בחינת הקלט"זים"** (פס' 90

לסיכומי הגנה אן די אן). בהיעדר הסבר אחר המניח את הדעת, יש להניח שמטרת ההדגמה הייתה לייצר פעילות עסקית עתידית סביב הקלט"זים. מסקנה זו נתמכת אף בדברי מנכ"ל קליבר בעדותו:

- כשדן אמר לך שהמתקן הוא לצרכי הדגמה אתה שאלת אותו למי הוא מתכוון להדגים?** **ש.**
- הוא אמר לי לכל מיני גופים בטחוניים, לא פירט ספציפית.** **ת.**
- ולמי בפועל הדגמתם את המתקן?** **ש.**
- בפועל הגיע לשם אלוף פיקוד מרכז בשלב מסוים, זה הדמות המרכזית שאני זוכר שהגיע לשם עד שהוא פירק אותו. לא זוכר מי עוד הגיע לשם.** **ת.**
- אוקי.** **ש.**
- כב' הבורר: עכשיו מה קורה אחרי שמדגימים מבחינה עסקית מסחרית. כלומר בשביל מה מדגימים?** **ת.**
- זה לא בית ירי שלי אז לכן אני לא מתעסק עם זה. זה שלו.** **כב' הבורר: לא, אבל זה חבר שלך ואתה לוקח אחריות אז בטח הגדלת ראש, שאלת לא?** **ת.**
- שאלתי אותו הוא אמר לי אני בינתיים מדגים את זה ואני מקווה שיהיה לי מזה משהו. אני מניח, אני איש עסקים, אני מניח שזה בשביל איכשהו לסגור עסקה בדבר הזה אבל אני לא יודע מה המניע, למה הוא קרא לזה מתקן הדגמה ולא מתקן כזה ולא מתקן כזה.** (עמ' 760).

422. הדגמה שנועדה לחשוף מוצר כדי לייצר פעילות עסקית עתידית היא פעולת שיווק. אן די אן טוענת כי אין בכך הפרה של הסכם ההיפרדות היות שלא מדובר ב"פעילות מתחרה" ומשום שלא הוכח כי היא הובילה לפעילות מסחרית כלשהי. אין בטענות אלו ממש. הדגמת בית ירי נייד העושה שימוש בקלט"זים של RS, במטרה לייצר פעילות מסחרית עתידית, מתחרה מטבעה בפעילות המכללה. ההדגמה מציגה לראווה אפשרות למתווה אימון חדש, שעשוי לבוא על חשבון האימונים המתבצעים במכללה. האיסור שבהסכם ההיפרדות אינו מבוסס תוצאה, ואין צורך להוכיח כי הפעילות המתחרה גרמה לפגיעה בעסקי המכללה.

423. זאת ועוד, הסרטון שצולם בבית הירי הוא סרטון שיווקי מובהק, שפורסם באופן אקטיבי ברשתות החברתיות. למעשה, דגן עצמו הודה בעדותו כי הסרטון שפרסמה קליבר נועד לשווק את עסקיה. כך לדבריו: **"זה סרטון לשיווק, הוא עצמו [...] לשיווק של עצמו של שרון עצמו, של קליבר" (עמ' 606).** אמנם מיד לאחר מכן נשאל דגן **"של עצמו?"** והשיב: **"לא של הבית ירי. של הבית ירי היו כמו שאמרתי, ואם באה הזדמנות אז הייתי בא לאלבית" (שם).** דברים אלו אינם ברורים. אולם גם אם יש בהם ניסיון לחזור מן התשובה, עיון בסרטון עצמו מלמד כי אכן מדובר בסרטון שיווקי, המציג את המתקן כמתקן של קליבר. אן די אן, שהקימה את בית הירי, מעורבת בבירור בפעילות שיווק זו. קליבר אינה **"גוף ממלכתי"** כהגדרתו בהסכם ההיפרדות, והיא מתחרה של המכללה. מובן ששיווק פעילותה הוא **"פעילות מתחרה"** האסורה לפי ההסכם. ויובהר, למען הסר ספק: המסקנה שהסרטון שימש לשיווק קליבר אינה שוללת את המסקנה שבית הירי שימש גם לשיווק עסקי אן די אן כאמור לעיל. שימוש אחד אינו שולל את חברו.

424. אשר לניסיון אן די אן להקטין את הפעילות שבוצעה בבית הירי ולטעון כי הצבתו בקליבר הייתה למטרות "אחסון זמני" (פס' 87 לסיכומי הגנתה) – דינו להידחות. כאמור לעיל, אן די אן עצמה הודתה כי בוצעו במתקן הדגמות. מנכ"ל קליבר העיד כי דגן אמר לו שהוא מתכוון להשתמש במתקן לצורך הדגמות "לכל מיני גופים בטחוניים", וכי התקיימה במקום הדגמה לאלוף פיקוד מרכז (עמ' 760). דגן עצמו הזכיר את ההדגמה לאלוף הפיקוד, והוסיף שמות של גורמים נוספים שהגיעו לראות את המתקן (עמ' 594). ברור אפוא כי המתקן הוצב בקליבר לצורך הדגמה, ולא לצורך אחסון. גם האישורים הרגולטוריים שהוציאה קליבר 3 להפעלת המתקן לא היו נדרשים, אילו הייתה מטרת הצבתו בשטחה אחסון בלבד.

425. אשר לטענה כי אלביט ידעה על הפעילות בבית הירי לפני הגשת הבקשה לצו המניעה בבית המשפט המחוזי – אף דינה להידחות. אן די אן מבקשת להיבנות מהדברים שאמר ורד בפגישה עם דגן ביום 7.3.2022:

ורד: "מגיע לך מיליון ש"ח אי תחרות בגין שנת 21. וגם שנים הבאות. אם המיזם הזה יימשך אתה כל שנה תקבל מיליון ש"ח.
דגן: אני נשאר לי עוד שנתיים.
ורד: לא, אנחנו, אני כבר אומר לך שאם תסכים אנחנו נאריך את הדבר הזה כי באמת אפשר לעשות ביחד דברים יפים. [...] למה לי יש אינטרס להיפגש איתך ועם שמעון? כי אני חושב שגם עם בית הירי הנייד שלך אפשר לעשות הרבה אם נעבוד ביחד. [...] אני לא זוכר בעל פה את ההסכם בינינו. אני, מה שאני מדבר איתך זה מזה. אני מציע לעשות שבוע הבא פגישה [...]". (נספח 64 לתצהיר דגן, עמ' 15 לתמלול).

426. לטענת אן די אן, ורד התייחס במפורש לבית הירי הנייד שהוצב בקליבר 3, שהרי נקט את המילים "בית הירי הנייד שלך". טענת ורד כי התייחס לבית הירי הנייד שהוצב באותה עת במכללה אינה מתיישבת, לשיטתה, עם טענתו כי סבר בזמן אמת שבית הירי במכללה שייך לאלביט. עוד טוענת אן די אן כי כשהתייחס ורד בשיחה לבית הירי שבמכללה, כינה אותו "בית הירי [...] שאתה הקמת" (שם, עמ' 2 לתמלול) – להבדיל מבית הירי "שלך".

427. אין ללמוד מדברים אלו על מודעות לפעילות בקליבר, לא כל שכן על הסכמה לה. נטל ההוכחה לטענה זו מוטל על אן די אן. אמנם, השימוש בכינוי בית הירי "שלך" אינו מתיישב היטב עם התייחסות לבית הירי במכללה, שוורד העיד כי סבר בזמן אמת שהוא בבעלות אלביט (עמ' 1201). עם זאת, ההבדל בין הכינוי בית הירי "שאתה הקמת" – שאין מחלוקת כי מתייחס למתקן במכללה – לבין "בית הירי שלך" אינו מובהק דיו כדי ללמד, כשהוא לעצמו, על מודעות לקיומו של בית ירי נוסף. אין לשלול את האפשרות שבמילה "שלך" לא ביקש ורד לבטא שייכות קניינית, אלא את אותו יחס שביטא במילים "שאתה הקמת". למעשה, במקום אחר בסיכומיה טענה אן די אן עצמה כי במילים "בית הירי הנייד שלך" התכוון ורד ל"בית הירי הנייד המצוי במכללה" (פס' 145 לסיכומי הגנה אן די אן). מובן אפוא כי פרשנות זו אפשרית, לכל הפחות. זאת ועוד, אין בדברי ורד כל אזכור לפעילות בקליבר. כדי להוכיח שאלביט הסכימה לפעילות זו, אין די בהוכחה שידעה על עצם קיומו של בית ירי נייד כלשהו. על אן די אן להראות כי אלביט ידעה את פרטי השימוש שנעשה בבית הירי הנייד. הוכחה כזו – אין.

428. נותר לדון בטענת אלביט כי אין די אן הפרה את ההסכם גם בהקמתו מחדש של בית הירי לאחר פירוקו. דין הטענה להידחות. סעיף 3.6.1 להסכם ההיפרדות אוסר, כאמור, תחרות או מעורבות בפעילות מתחרה. אלביט לא הוכיחה כי לאחר הקמת בית הירי במחסן בוצעה בו פעילות מתחרה כלשהי. טענות דגן – כי ההקמה נועדה לבחון שיטת הקמה חדשה, וכי ממילא אין אפשרות לירות במקום – לא נסתרו. הפעילות היחידה שהזכירה אלביט כפעילות מפרה היא ביקור נטען של נציג מג"ב במקום. דא עקא, הראיה היחידה לקיום ביקור זה היא עדות דגן כי הוא "לא זוכר" אם נציגי מג"ב הגיעו לראות את בית הירי במחסן (עמ' 619; פס' 362 לסיכומי אלביט). אין לקבוע על יסודה כי אכן התקיים ביקור. ממילא, אף אילו התקיים – לא הובהר מה הרקע לו, ואם מדובר בהפרת ההסכם להבדיל מפעולה מותרת לפי הפרשנות הפסיבית.

429. סיכומם של דברים: אין די אן הפרה את הסכם ההיפרדות בהקמת בית הירי בקליבר ובקיום פעילות שיווקית בו. עם זאת, בית הירי פורק ביום 22.5.2022 – פחות משבוע לאחר דרישת אלביט מיום 16.5.2022. לא הוכח כי ההפרות נמשכו לאחר הפירוק. השלכות קביעות אלו יידונו בהמשך, לאחר שאבחן את יתר האירועים שבמוקד תביעת אלביט.

4. מכרז בא"ח צנחנים

430. ביום 17.11.2022 פרסם משרד הביטחון מכרז להשכרת מתקן מודולרי לאימון בירי חי, שיוצב בבא"ח צנחנים. ביום 21.11.2022 פנתה באת כוח אן די אן לבא כוח קבוצת אלביט במכתב, שבו ציינה כי אין די אן מבקשת להשתתף במכרז, וכי לפי הסכם ההיפרדות היא מבררת אם אלביט מעוניינת לשתף פעולה בקשר לכך.

431. ביום 28.11.2022 השיבה באת כוח אלביט לפנייה. במכתבה ציינה כי המכרז הוא תולדה של הפרות קודמות של הסכם ההיפרדות מצד אן די אן, וכי אלביט תעמוד על הנזקים שנגרמו לה בהליך המתאים. לצד זאת צוין כי כדי למזער את הנזקים תיענה אלביט לפניית אן די אן ותפעל עימה במתווה שנקבע בהסכם ההיפרדות – אלביט תוביל את ההתקשרות, ואן די אן תשמש קבלן משנה לאספקת מוצרי RS ולהתקנתם. בהמשך לכך דרשה אלביט כי אן די אן תעביר לה כבר למחרת הצעת מחיר לאספקת מוצרי RS הנדרשים לפי המכרז. עוד הודגש כי אן די אן מנועה מלהשתתף במכרז בשיתוף פעולה עם מציעים אחרים, ובפרט מנועה מלספק מוצרי RS לצדדים שלישיים.

432. ביום 29.11.2022 השיבה באת כוח אן די אן כי התנהלות אלביט אינה מתיישבת עם הסכם ההיפרדות. עוד נטען כי אלביט מנסה לנשל את אן די אן מזכויותיה ולהשתלט על פעילותה. במכתב הוצע לקיים שיח נוסף, בניסיון להגיע להסכמה. למחרת השיבה באת כוח אלביט וטענה כי מתשובת אן די אן עולה שאינה מוכנה לפעול לפי הוראות הסכם ההיפרדות בעניין שיתוף פעולה במימוש הזדמנות עסקית. לפיכך הדגישה אלביט כי חל סעיף אי התחרות הכללי, המגביל את פעילות אן די אן.

433. בהמשך הגישה אלביט הצעה למכרז, אולם משרד הביטחון ביטל את המכרז. יצוין כי קליבר השתתפה בו, ואף הגישה עתירה נגד ההחלטה לבטלו – אך בהמלצת בית המשפט הסכימה לדחיית העתירה (נספח 23 לתצהיר אלרט). לאחר הביטול פרסם משרד הביטחון מכרז חדש. קבוצת אלביט הגישה הצעה

וזכתה בו. עתירה נוספת של קליבר, נגד זכיית קבוצת אלביט, נדחתה. אן די אן לא השתתפה באיזה מן המכרזים.

434. טענות אלביט בעניין בא"ח צנחנים אינן ממוקדות בהשתתפות במכרז. כאמור, אין מחלוקת כי אן די אן לא השתתפה באיזה מן המכרזים. אמנם, אלביט מדגישה כי לאחר שהסכימה לשתף פעולה בעניין המכרז – חזר בו דגן מהצעתו. לשיטתה, מלמד הדבר כי דגן לא התכוון מלכתחילה לשתף עמה פעולה, אלא קיווה שאלביט תסרב ויוכל לקדם את ההזדמנות העסקית לבדו (פס' 263 לסיכומי תביעה אלביט). ואולם, אף אם אקבל את הטענה במישור העובדתי, אין בכך הפרה של הסכם ההיפרדות.

435. אמנם, אלביט הפנתה לפעולות מקדימות שונות שעשה דגן בקשר להשתתפות במכרז. כך למשל טענה כי דגן עמד בקשר עם גב' רחל אללוף ממשרד הביטחון בעניין המכרז החל מאפריל 2022, וכי אף הגיש שאלות הבהרה למכרז – בניגוד לדבריו בעדותו (ראו פס' 270-279 לסיכומי אלביט). אולם לא הובהר אם סבורה אלביט כי פעילויות אלו, כשהן לעצמן, מפרות את התחייבות אי התחרות – וכיצד. משלא השתתפה אן די אן במכרז בסופו של דבר, אין לראות בפעולותיה הפרה של ההתחייבות.

436. בסיכומי התגובה הבהירה אלביט כי טענתה המרכזית היא כי "לולא פעולותיו של דגן, גם בקשר לבית הירי הנייד אותו הקים עם קליבר 3, וגם בקשר עם בא"ח צנחנים – לא היה בא המכרז לעולם" (פס' 184). ואמנם, בסיכומיה הראשיים מנתה אלביט רשימת פעולות שבוצעו בתקופה שבה הוצב בית הירי בקליבר, ושהובילו לטענתה למכרז (פס' 288-304). כך בפרט ציינה אלביט כי דגן העיד שאלוף פיקוד מרכז ביקש – בעקבות ביקור בקליבר וחשיפה לבית הירי – לבחון את האפשרות לעשות בו שימוש בבא"ח צנחנים (עמ' 628). עוד הפנתה אלביט לסיוור שערך בבית הירי בקליבר ראש ענף בטיחות ביבשה במבק"א, שבעקבותיו הוציא מסמך שכותרתו "דגשי מבק"א להקמת חדרי ירי נייזים בבא"ח צנחנים" שהיה חלק ממסמכי המכרז (פס' 297-300 לסיכומי תביעה אלביט וההפניות שם).

437. טענת אלביט כי ההדגמות שערכה אן די אן לבית הירי בקליבר הן פעילות שיווקית אסורה לפי ההסכם נדונה לעיל והתקבלה. אלביט טוענת, כאמור, שהמכרז בבא"ח צנחנים נולד מפעולות אלו. לטענתה, אף שזכתה במכרז, היא נפגעה מעצם קיומו, שכן רווחיה מהפעילות היו נמוכים מן הרווחים שהייתה מפיקה אילו התקיימו האימונים במכללה (פס' 83 לסיכומי תשובה אלביט). אין צורך לדון בטענה זו. על פני הדברים, עניינה בנוק שגרמה לאלביט פעילות השיווק של דגן. אלא שהסעדים שאלביט תובעת הם השבת סכומים ששילמה לאן די אן לפי ס' 4.1.7 להסכם ההיפרדות, השבת רווחים ומתן חשבונות – ואלו אינם תלויים בהוכחת נזק.

438. הנה כי כן, לא הוכח כי בפעולות שביצעה אן די אן בקשר למכרז בא"ח צנחנים יש משום הפרה עצמאית של התחייבות אי התחרות. פעילות השיווק המפרה שביצע דגן, לטענת אלביט, היא בעיקרה זו שהתקיימה בקליבר ופסקה עם פירוק בית הירי. כבר קבעתי לעיל כי ההדגמות שבוצעו בבית הירי בקליבר הן פעילות שיווק אסורה. אין צורך לדון בשאלה אם המכרז בבא"ח צנחנים נולד מפעילות זו.

(א) רקע עובדתי

439. ביום 6.11.2022 פנתה באת כוח אן די אן לבא כוח קבוצת אלביט במכתב, שבו ציינה כי גורמים מצה"ל פנו לאן די אן בבקשה לקבל הצעת מחיר להתקנת קלט"זים **"במתקן הקיים בבסיס האימונים בא"פ לכיש"** (נספח 13 לתצהיר אלרט). עוד ציינה כי יש לראות במכתב הודעה לפי ס' 3.6.3(א) להסכם ההפרדות. כזכור, בסעיף זה נקבע חריג לאי התחרות, המאפשר לאן די אן לספק מוצרי RS לגופים ממלכתיים עבור מתקנים הפעילים שלוש שנים או יותר, כפוף לעדכון אלביט. יוער כי במכתב התייחסה באת כוח אן די אן גם להדגמה שבכוונת אן די אן לערוך בבא"ח מג"ב, שתידון בהמשך.

440. ביום 13.11.2022 השיבה באת כוח קבוצת אלביט כי למיטב ידיעת מרשותיה אין בבא"פ לכיש מתקנים קיימים הפעילים שלוש שנים לפחות. לפיכך ביקשה כי אן די אן תעביר לה את הפנייה שקיבלה בעניין, ומידע רלוונטי על המתקן. בהמשך לכך העבירה באת כוח אן די אן צילום של הודעת וואטסאפ שנשלחה לדגן, ובה נכתב: **"שלוש דן, מדבר זיו בן ציון ממרחב בינוי 562, הפגשנו [כך במקור] בזמנו יחד עם רומן אצלנו בנוגע למיגון מטווח 180 בבא"פ לכיש. אשמח שתעביר לי בבקשה הצעת מחיר מפורטת [...]"** (נספח 15 לתצהיר אלרט). עם הצילום הועברה גם הצעת המחיר ששלחה אן די אן. כמו כן ציינה באת כוח אן די אן במכתבה כי **"מדובר במתקן (מטווח) שקיים לפחות שלוש שנים"** (שם).

441. ביום 28.11.2022 שלחה באת כוח קבוצת אלביט לבאת כוח אן די אן מכתב נוסף, שהתייחס לכמה עניינים שבמחלוקת. במכתב נטען כי אן די אן מפרה את תניית אי התחרות **"הפרות בוטות ויסודיות"** (נספח 16 לתצהיר אלרט). אשר לבא"פ לכיש נטען כי מהצעת המחיר שצורפה למכתב באת כוח אן די אן עולה שמדובר בתוכנית להקמת מתקן חדש, וכי פעילות זו מצויה **"בלב ההתחייבות להגבלת התחרות"**. בעקבות כך, לפי תצהיר דגן, נאלצה אן די אן לוותר על הפעילות בבא"פ לכיש (פס' 42).

(ב) תמצית טענות הצדדים**טענות קבוצת אלביט**

442. עיקר טענות קבוצת אלביט הוא כדלקמן:

א. מהמסמכים שצורפו למכתב באת כוח אן די אן מיום 16.11.2022 עולה כי הפעילות שתוכננה בבא"פ לכיש היא הקמה והפעלה של מתקן חדש העושה שימוש בקלט"זים – ולא אספקת קלט"זים למתקן קיים. מדובר אפוא בהזדמנות עסקית שהיה על דגן להציע לאלביט להשתתף בקידומה. דא עקא, לא זו בלבד שדגן לא הציע לה זאת, הוא הודיע על ההזדמנות רק לאחר ששלח כבר הצעת מחיר בעניינה, ביום 30.10.2022.

ב. בהודעת הוואטסאפ שצורפה למכתב באת כוח אן די אן מיום 16.11.2022 צוין כי התקיימה פגישה של דגן עם נציגי בא"פ לכיש, וכי **"נעשה סיור במטווח"**. אלו פעולות שיווק אסורות לפי הסכם ההפרדות.

טענות אן די אן

443. עיקר טענות אן די אן הוא כדלקמן :

א. נציגי בא"פ לכיש פנו לאן די אן בבקשה להתקין קלט"זים במטווח קיים. המטווח קיים למעלה משלוש שנים, ולפיכך הייתה אן די אן רשאית להיענות לבקשה, בעדכון אלביט בלבד. טענת אלביט כי מדובר בהקמת מתקן חדש, או כי המתקן קיים פחות משלוש שנים, אינה נתמכת בראיות.

ב. אין חולק כי בסופו של דבר לא ביצעה אן די אן עבודה בבא"פ לכיש. התקשורת שהתקיימה הייתה ראשונית בלבד, ואין בה הפרה של הסכם ההיפרדות.

(ג) דיון והכרעה

444. לא מצאתי ממש בטענות אלביט בעניין בא"פ לכיש. ראשית, הטענה שבוצעו פעולות שיווק אסורות לא הוכחה. הטענה שבמכתב ב"כ אן די אן – כי מקורן של השיחות בפנייה של גורמי בא"פ לכיש לדגן – לא נסתרה. קיומה של פגישה עם נציגי בא"פ לכיש, וביצועו של סיור במטווח, אינם מעידים על פעילות שיווק יזומה.

445. גם הטענה כי מדובר בהזדמנות עסקית להקמת מתקן חדש, שהיה על אן די אן להביאה לפני אלביט לפי ס' 3.6.3(ב) להסכם ההיפרדות, לא הוכחה. בעניין זה דומה כי בין הצדדים שנויה מחלוקת בשאלת ההבחנה בין התקנת קלט"זים במתקן קיים, המוסדרת בס' 3.6.3(א), לבין הקמת מתקן חדש, המוסדרת בס' 3.6.3(ב). עם זאת, אף אחד מהצדדים לא טען טענות מפורשות בעניין זה.

446. בהצעת המחיר שצורפה למכתב מיום 16.11.2022 צוין כי הבקשה שהתקבלה היא "למיגון וקילטו"ז" מטווח עם שני קירות צד מבטון ואספלט (נספח 15 לתצהיר אלרט). בהצעה פורטו מידות וסוג הפלדה שתותקן וסוג הקלט"ז. עוד הובהר בהצעה כי היא "כוללת את המפרט הנ"ל והתקנתו ולא כוללת דבר מעבר להנ"ל" (שם).

447. אלביט מפנה בסיכומיה לתצהיר אלרט, שטען כי בבדיקת המסמכים שנשלחו על ידי אן די אן "התחוור כי אכן אין מדובר באספקת קלט"זים למתקן קיים [...] כי אם בהקמה והפעלה של מתקן חדש" (פס' 72). ואולם, במענה לטענת אלביט כי אין בנמצא מתקנים הקיימים למעלה משלוש שנים שלהם רשאית אן די אן לספק מוצרי RS לפי ס' 3.6.3(א) להסכם ההיפרדות, טען אלרט בתצהירו: "ישנם לא מעט בסיסי צה"ל המחזיקים בלש"ביות [...] שלהן ניתן למכור ובהן ניתן להתקין קלט"זים [...] אני באופן אישי יודע על לש"ביה כזו בבא"ח צנחנים [...]; בבא"ח גבעתי; בבא"ח גולני; במתקן אדם [...]; בצאלים ועוד" (פס' 44). לא ברור אפוא מה ההבדל בין התקנת הקלט"זים במטווח בבא"פ לכיש, שנטען שהיא הקמה של מתקן חדש, לבין התקנתם ביתר המתקנים שנטען שהיא פעילות לפי ס' 3.6.3(א).

448. מכל מקום, אין חולק כי בסופו של דבר לא בוצעה פעילות עסקית בבא"פ לכיש. אף אילו הייתה מתקבלת הטענה שמדובר בהזדמנות להקמת מתקן חדש – ממילא לא ניצלה אף די אן הזדמנות זו בעצמה בניגוד להסכם. אדרבה, היא הודיעה על הפעילות לאלביט, ונוכח התנגדותה נמנעה מביצועה.

449. נוכח האמור, אין ממש בתביעת אלביט בכל הנוגע למגעים שקיים דגן עם בא"פ לכיש.

6. הפעילות בבא"ח מג"ב

(א) רקע עובדתי

450. במכתב באת כוח אן די אן מיום 6.11.2022 צוין כי גורמים מבא"ח מג"ב פנו לאן די אן בבקשה ליצירת שני חדרים מקירות מודולריים פריקים המורכבים בין היתר מקלט"זים, לשם ביצוע הדגמה. באת כוח אן די אן הבהירה במכתבה כי **"ככל שבעקבות ההדגמה כאמור, תעמוד בפני מרשתנו 'הזדמנות עסקית' [...] כי אז מרשתנו תפנה אליכם בפנייה מתאימה"** (נספח 13 לתצהיר אלרט).

451. ברקע הפנייה עומד קשר שהתקיים בין דגן לנצ"מ ניסים סער ממג"ב (ראו תכתובת וואטסאפ שצורפה כנס' 13 לתצהיר הגנה דגן). מההודעות שצורפו אין ללמוד בבירור על מהות ההתכתבות, אולם מעדות דגן עולה כי היא קשורה להצבת בית הירי בבא"ח מג"ב לצורך **"פיילוט"** (עמ' 620-621). בהמשך לכך, ביום 12.10.2022 העביר דגן למג"ב מסמך שנושא את לוגו משטרת ישראל, שכותרתו **"נספח א' – בקשה להצעת מחיר"** (נס' 13 לתצהיר הגנה דגן). במסמך הצעה לקיום **"פיילוט בית ירי מודולרי שני חדרים ומסדרון"** למשך ארבעה שבועות, תמורת 20,000 ש"ח. במסמך נוסף מטעם אן די אן, שאינו נושא תאריך אך ככל הנראה צורף להצעת המחיר, צוין: **"בהמשך לפנייתכם אלינו [...] הנוגעת לבחינה והתנסות (בשלב זה – פיילוט בלבד) של ארבעה שבועות בבסיס ההכשרות של מג"ב [...] להלן פרטים [...] לאחר פיילוט זה מג"ב יעביר מסמך הצעת התקשרות לפי הצרכים של מג"ב. למען הסדר הטוב יובהר, כי פיילוט זה אינו מחייב בשום דבר את מגב ו/או את הח"מ, ואינו בסיס להתקשרות עתידית (שממילא תיבחן בעתיד ולכשתועבר לבחינה בדבר התכנות ההתקשרות המשפטית והאחרת וכיו"ב). עלות הפיילוט הינה 20,000 ש"ח לא כולל מע"מ לעלויות"** (נס' 13 לתצהיר הגנה דגן).

452. אלביט השיבה למכתב אן די אן ביום 13.11.2022, והתנגדה לקיום ההדגמה בבא"ח מג"ב. לטענתה, הפעילות שתוארה במכתב אן די אן **"אינה אלא פעולת הקמה, התקנה והפעלה של מתקנים המשתמשים במוצרי RS"**, האסורה לפי ס' 3.6.1 להסכם ההיפרדות (נספח 14 לתצהיר אלרט, פס' 4). עוד צוין כי ממילא מדובר, למצער, בפעילות שיווק אסורה, וכי הסכם ההיפרדות אינו מתיר עריכת הדגמות. כן נטען במכתב כי לפי **"השכל הישר"**, הפנייה שהתקבלה היא פרי פעילות שיווק אסורה מצד אן די אן. נוכח האמור דרשה אלביט כי אן די אן תחדל מהפעילות בבא"ח מג"ב (שם, פס' 5).

453. באת כוח אן די אן השיבה במכתב מיום 16.11.2022, ובו דחתה את הטענות להפרת ההסכם. נטען כי העדכון על הפעילות מול בא"ח מג"ב הועבר לאלביט **"למעלה מן הצורך"** וכדי להתנהל בשקיפות, אף שאין בהסכם חובת עדכון על פעילות מעין זו (נספח 15 לתצהיר אלרט). בתשובה מיום 28.11.2022 הדגישה אלביט שוב כי ההדגמה נועדה להביא להקמת בית ירי במג"ב, וכי היא פעילות שיווק מובהקת המצויה בלב

ההתחייבות להגבלת התחרות. עוד טענה כי הפעילות "אינה חוסה תחת החריגים המנויים בסעיפים 3.6.3(א) ו-3.6.3(ב) להסכם ההיפרדות" וכי הניסיון לטעון אחרת "הוא מאולץ, חסר תום לב וחסר כל בסיס" (נספח 16 לתצהיר אלרט).

454. בסופו של דבר הוצב בית הירי בבא"ח מג"ב למשך כחודש, חרף התנגדות אלביט. תמורת כך שולם לאן די אן סך של 20,000 ש"ח, כולל מע"מ.

(ב) תמצית טענות הצדדים

טענות קבוצת אלביט

455. עיקר טענות קבוצת אלביט הוא כדלקמן:

א. בית הירי במג"ב היה בית ירי פעיל, לא מתקן הדגמה. דגן עצמו הודה שנציגי מג"ב באו לראות את בית הירי בקליבר, ואין היגיון בטענה שנדרשה הדגמה נוספת. בהצעת המחיר נכתב כי "בתקופת הפיילוט מג"ב יעשו שימוש בבית הירי למסגרות שונות של מג"ב" – דבר המתיישב עם אימונים של ממש, ולא עם הדגמה.

ב. אן די אן קיבלה 20,000 ש"ח עבור הצבת בית הירי בבא"ח מג"ב. בעניין הצבת בית הירי בקליבר טען דגן כי היעדר תשלום עבור ההדגמה הוא שהופך את הפעילות למותרת. הפעילות במג"ב הייתה אפוא אסורה אפילו לשיטתו. דגן אמנם טען בעדותו כי התשלום נועד לכסות הוצאות בלבד, אולם לא הובאה ראיה לתמיכה בטענה.

ג. אף אילו ניתן היה לראות בפניית מג"ב הזדמנות עסקית – היה על דגן לפנות לאלביט ולברר אם היא מעוניינת לשתף פעולה במימושה לפי סעיף 3.6.3(ב). דגן לא עשה כן, ובחר לממש את ההזדמנות בעצמו, בלא להביאה לפתחה של אלביט. הטענה כי היה פונה לאלביט אילו ביקשו במג"ב להרחיב את ההתקשרות לאחר הפיילוט אינה הגיונית: לפי חריג ההזדמנות העסקית, אם מעוניינת אלביט לקדם את ההזדמנות – היא שתשמש קבלן הראשי. דגן עצמו הודה שלא סיפר למג"ב על ההסכם עם אלביט, וקיים את הפיילוט באופן עצמאי. לא ייתכן שבהארכת ההתקשרות הייתה אלביט נכנסת במקומו כקבלן ראשי, מבלי שידעו במג"ב על כך מראש.

ד. המגעים עם מג"ב החלו זמן רב לפני פניית דגן לאלביט, והוסתרו ממנה. הצעת המחיר נשלחה למג"ב כחודש לפני הפנייה לאלביט, וקדמו לה מגעים שנמשכו כמה חודשים – אף הם בהסתר מאלביט.

טענות אן די אן

456. עיקר טענות אן די אן הוא כדלקמן:

א. הפעילות בבא"ח מג"ב נולדה מפנייה יזומה של מג"ב, שביקשו לקיים את הפיילוט כהדגמה. ביצוע הדגמה הוא תנאי הכרחי ליצירת הזדמנויות עסקיות. פרשנות שלפיה אין די אן רשאית להיענות לפנייה מעין זו ולבצע את ההדגמה – תרוקן מתוכן את חריג ההזדמנויות העסקית בהסכם ההיפרדות.

ב. פניית אן די אן לאלביט מראש מלמדת על שקיפות ועל הקפדה יתרה על הוראות הסכם ההיפרדות. במכתב הובהר כי אם תעמוד לפני אן די אן הזדמנויות עסקיות בעקבות ההדגמה – תפנה לאלביט בהתאם להוראות ההסכם.

ג. ההדגמה בבא"ח מג"ב לא הולכה לעסקה כלשהי. בהיעדר רווח ובהיעדר פגיעה באלביט אין הפרה של התחייבות אי התחרות. אלביט עצמה אינה טוענת כי ההדגמה הובילה להתקשרות עסקית.

(ג) דיון והכרעה

457. אני מקבל את טענת אלביט שהפעילות בבא"ח מג"ב אינה פעילות "הדגמה" גרידא. מדובר בפעילות מסחרית: הקמת בית ירי שנועד לאימון כוחות מג"ב, תמורת תשלום. שלושה טעמים למסקנה זו. ראשית, טיב השימוש. הדגמה עניינה הצגת המוצר לפני לקוח פוטנציאלי, כדי שיתרשם מיכולותיו. לא כך בענייננו: בהצעת המחיר נכתב במפורש כי **"בתקופת הפיילוט מג"ב יעשו שימוש בבית הירי למסגרות שונות של מג"ב"**. הווה אומר, המתקן נועד לשמש את מג"ב לאימונים של ממש, ולא להצגה חדפעמית. שנית, משך ההצבה. חודש שלם אינו פרק זמן של הדגמה, כי אם של הפעלה. שלישית, התמורה. אן די אן קיבלה עבור הפעילות 20,000 ש"ח. הדגמה שנועדה לקדם התקשרות עתידית נעשית, מטבע הדברים, על חשבון המציג; משגבה תשלום, שוב אין מדובר בהצגת מוצר אלא באספקת שירות. אמנם, דגן טען בעדותו כי התשלום שולם **"רק כדי לכסות את כל ההוצאות של ההובלה והכל"** (עמ' 623). אולם לא הובאו ראיות של ממש לתמיכה בטענה, ואן די אן אף לא חזרה עליה במפורש בסיכומיה. יש להניח אפוא כי הפיקה רווח מהצבת בית הירי בבא"ח מג"ב. משכך, דין טענת אן די אן כי ה"הדגמה" במג"ב לא הובילה לעסקה כלשהי – להידחות. הצבת בית הירי במג"ב הייתה, כשהיא לעצמה, עסקה מסחרית לכל דבר ועניין.

458. עם זאת, נוכח מכלול הראיות נוטה הכף לקבוע כי מדובר בהזדמנויות עסקיות שהגיעה לאן די אן באופן "פסיבי", שחל עליה ההסדר שבסעיף 3.6.3 (ב) להסכם ההיפרדות. נקודת המוצא לדיון היא כי במג"ב מצויים גורמים המכירים את המוצר ואת דגן, המזוהה עמו היטב. כפי שציין עו"ד אורן בעדותו: **"דן דגן הוא דמות מוכרת בשוק [...] RS זה מוצר שמוכר בשוק [...]"** (עמ' 1395). מחומר הראיות אכן עולה כי גורמים במג"ב הם שפנו לאן די אן. המכתב שנשלח למג"ב עם הצעת המחיר מיום 12.10.2022 נפתח, כאמור, במילים: **"בהמשך לפנייתכם אלינו [...]"** (נספח 13 לתצהיר הגנה דגן). מדובר במסמך אותנטי מזמן אמת, אשר לא נועד לעיני קבוצת אלביט, ואין אפוא סיבה לפקפק באמינות הדברים. גם במכתב באי כוח אן די אן מיום 6.11.2022 צוין כי גורמי מג"ב הם שפנו לאן די אן בבקשה לקבל הצעת מחיר להצבת בית הירי בבא"ח (נספח 13 לתצהיר אלרט, פס' 2). אמנם מכתב זה יועד לאלביט, אולם באותה עת לא עמדה במוקד המחלוקת בין הצדדים ההבחנה בין פרשנות "פסיבית" לפרשנות "אקטיבית" של החרוגים לתניית אי התחרות. ממילא, הדברים מתיישבים כאמור עם הצעת המחיר מיום 12.10.2022.

459. אלביט טענה במכתבה כי ההזדמנות העסקית נוצרה עקב פעילות שיווק אסורה של אן די אן (נספח 14 לתצהיר אלרט, פס' 5). אולם טענה זו לא נתמכה בראיות של ממש. אכן, דגן הודה בחקירתו שנציגי מג"ב הגיעו לבית הירי בקליבר (עמ' 615). אולם מהות הביקור, מועדו, והקשר בינו לבין הפיילוט – לא הובררו. שיחת הוואטסאפ עם נציג מג"ב, שהולכה ככל הנראה לפיילוט, החלה לפי ההודעות שצורפו לתצהיר דגן בסוף חודש יולי 2022 – כחודשיים תמימים לאחר פירוק בית הירי בקליבר (נספח 13 לתצהיר הגנה דגן). בהקשר זה אשוב ואדגיש את שעולה מעדות עו"ד אורן, עד ההגנה של אלביט: דגן ומוצרי RS מוכרים היטב בשוק. משכך, פנייה של גורם ביטחוני אל דגן אינה מלמדת, כשהיא לעצמה, על פעילות שיווק אקטיבית שקדמה לה. אדרבה – לפי עמדת אלביט עצמה, זהו מצב צפוי.

460. יוער כי אלביט טענה שהודעות מוקדמות יותר הוסתרו, שכן השיחה מתחילה בסמלון זקיפת אגודל (👍) ששלח נציג מג"ב – סמלון המלמד לשיטתה על התכתבות קודמת. גם המשך השיחה מלמד לכאורה על תקשורת קודמת: דגן כותב: **"השארתי לך את זה בשין גימל"** בלא לציין מה הושאר, וימים אחדים לאחר מכן כותב נצי"מ סער שלא קיבל את מה שהושאר. דגן נשאל על כך בעדותו (עמ' 620):

ש. "זה תכתובת וואטס אפ עם סגן הדרכה של מג"ב. ניצב משנה סהר ניסים. תראה את ההודעה הראשונה מיום 26.7 היא מתחילה בסימן לייק, על מה הוא עושה לייק? לא חסרה פה הודעה קודמת?"

[...]

ת. צירפתי את כל ההודעות, האמת שאני לא יודע.
ש. אוקי.
ת. על מה הלייק.
ש. טוב. אתה עונה לו בשורה השניה באותו יום 26.7.2022 השארתי לך את זה בש.ג. מה השארתי לו בש.ג.?
ת. השארתי לו את זה, את הנתונים. יום הובלה והתקנה [...]"

461. כפי שכבר ציינתי, הודעות הוואטסאפ שצורפו, כשהן לעצמן, אינן מובנות די הצורך. מדובר בכעשר הודעות שנשלחו במשך כחודש. מתבקשת המסקנה כי אכן התקיימה תקשורת נוספת בין דגן לנציגי מג"ב – הן לפני ההודעה הראשונה שצורפה, הן, ככל הנראה, בתקופה שבמהלכה נשלחו ההודעות. עם זאת, טיבה ואופייה של תקשורת זאת לא הוכחו. ודאי שלא הוכח כי קיימות הודעות נוספות שהוסתרו, שכן אין יסוד להנחה שהצדדים תקשרו בוואטסאפ בלבד.

462. טענה נוספת של אלביט היא כי נציגי מג"ב הגיעו לראות את בית הירי לאחר פירוקו, בתקופה שהוצב במחסן בקליבר. טענה זו נדונה לעיל ונדחתה (פס' 428). כפי שצוין, הראיה היחידה לתמיכה בה היא אמירת דגן כי **"אינו זוכר"** אם נציגי מג"ב הגיעו לראות את בית הירי במחסן (עמ' 619). בהיעדר ראיות נוספות אין לקבוע כי התקיים ביקור.

463. הנה כי כן, ההזדמנות העסקית להקים בית ירי בבא"ח מג"ב לתקופה של חודש הגיעה לאן די אן באופן פסיבי, כטענתה. ואולם בכך אין כדי למצות את הדיון. בניגוד לאמור בסעיף 3.6.3 (ב), קידמה אן די אן את ההזדמנות העסקית לבדה: היא עמדה בקשר עצמאי עם גורמי מג"ב, ואף שלחה את הצעת המחיר, בלא לשתף את אלביט. בהמשך לכך הקימה את המתקן הלכה למעשה. בכך הפרה את ההסכם – שהרי לפי הסעיף היה עליה להציע לאלביט, מלכתחילה, לשתף פעולה במימוש ההזדמנות.

464. עם זאת, ביום 6.11.2022 עדכנה אן די אן את אלביט על כוונתה להציב את בית הירי בבא"ח מג"ב. ויוטעם: אף שהובהר כי הפעילות באה בעקבות פנייה של מג"ב – הווה אומר, באופן פסיבי – העלתה אלביט התנגדות גורפת. היא לא הביעה רצון ליטול חלק במימוש ההזדמנות העסקית. מחאתה לא הייתה על שההזדמנות לא הוצעה לה בשלב מוקדם יותר, כי אם על עצם הקשר של דגן עם גורמי מג"ב – קשר שהיה לשיטתה אסור. אלביט התעלמה מקיומו של החריג שבסעיף 3.6.3 (ב), וטענה כי הקמת מתקנים העושים שימוש במוצרי RS והתקנתם אסורות לחלוטין. כפי שיוסבר בחלקו הבא של הפסק, להבחנות אלו יש משמעות במישור הסעד.

7. הסעדים הנתבעים

465. הוכח אפוא כי אן די אן הפרה את התחייבות אי התחרות בהסכם ההיפרדות – הן בהצבת בית הירי בקליבר ובביצוע הדגמות שיווקיות בו, הן בהתקשרות בעסקה להצבת בית ירי נייד בבא"ח מג"ב למשך כחודש. נותר לדון בסעדים בגין הפרות אלו.

466. בכתב התביעה תבעה אלביט כמה סעדים, ובהם צווים הצהרתיים וצווי מניעה. בסיכומים ויתרה על חלקם, והיא עומדת עתה על שני סעדים בלבד: השבת 4.2 מיליון ש"ח ששילמה לאן די אן לפי סעיפים 4.1.2 ו-4.1.5 להסכם ההיפרדות, והשבת הרווחים שהפיקה אן די אן מהפרת ההסכם. כמו כן, בקשר לסעד השני מבקשת אלביט כי יינתן צו למתן חשבונות, שיאפשר לה לעמוד על היקף הרווחים שהפיקה אן די אן מההפרה.

(א) תמצית טענות הצדדים

טענות קבוצת אלביט

467. עיקר טענות קבוצת אלביט הוא כדלקמן:

א. לפי ס' 4.1.7 להסכם ההיפרדות, הסעד בגין הפרת התחייבות אי התחרות מצד אן די אן הוא השבת "כל הסכומים אשר שולמו [לאן די אן] ע"י קבוצת אלביט עפ"י סעיף 4.1.5 ועל פי סעיף 4.1.2 [...]". לפי סעיף זה על אן די אן להשיב לאלביט 4.2 מיליון ש"ח: 3 מיליון ש"ח ששולמו לפי סעיף 4.1.2 כתשלומים שנתיים בהתאם להיקף פעילות המיזם, ו-1.2 מיליון ש"ח ששולמו עבור תקופת אי התחרות הראשונה לפי סעיף 4.1.5.

ב. לפי הסכם ההיפרדות, אלביט זכאית להשבת תשלומים אלו "מבלי לגרוע מכל סעד או תרופה אחרים" העומדים לה (ס' 4.1.7). לפיכך, לצד השבתם, זכאית אלביט אף להשבת הרווחים שהפיקה אן די אן כתוצאה מהפרת התחייבות אי התחרות. משנמנעה אן די אן מגילוי מידע על הרווחים שהפיקה מהפעילות המפרה, יש ליתן צו למתן חשבונות שיאפשר לאלביט לעמוד על היקפם. בצו יש לחייב את אן די אן ואת דגן "למסור מידע ופרטים מלאים, בתצהיר ערוך כדין, ביחס לכל התקשרות שביצעו ו/או הכנסה שהכניסו ו/או רווח שהפיקו" בקשר לפעילות המפרה (ס' 143(ח) לכתב תביעת אלביט).

ג. יש לדחות את טענת אן די אן שלפיה היה על אלביט לאפשר לה לתקן את ההפרות. אלביט פנתה לאן די אן, ובהמשך לבית המשפט, בעניין ההפרה בהצבת בית הירי בקליבר. אן די אן הצהירה כי המתקן פורק, והסתירה שהותקן מחדש. היא אף הוסיפה להפר את ההסכם לאחר שהצהירה כי תפעל לפיו – כפי שהוכח בעניין בא"ח מג"ב. המסקנה היא כי אלביט הודיעה לאן די אן על ההפרות, ואן די אן בחרה להוסיף ולהפר את ההסכם.

ד. יש לדחות את הטענה שבהשבת הסכומים ששילמה אלביט יש משום כפל תרופות. אלביט אמנם ביקשה להאריך את תקופת אי התחרות בעשרה חודשים, לפי משך ההפרה, אולם אין בכך כדי לגרוע מזכותה לסעדים כספיים. ממילא, אלביט לא נהנתה מהארכת התקופה בפועל: אן די אן דחתה את דרישתה והצהירה כי אינה רואה עצמה מחויבת בתקופת ההארכה.

ה. יש לדחות את הטענה שאלביט אינה זכאית לסעד משום שלא הוכיחה נזק. ראשית, איסור התחרות אינו איסור תוצאתי, והסעד בסעיף 4.1.7 אינו מותנה בהוכחת נזק. שנית, ממילא הוכח כי נגרמו לאלביט נזקים קונקרטיים עקב הפעולות המפרות. פעולות אלו יצרו תחרות ישירה לאלביט, והביאו לפיתוח פעילות בתי הירי הניידים על חשבון המכללה. הדבר בא לידי ביטוי, למשל, במכרז בא"ח צנחנים – שלא היה יוצא לפועל אלמלא הפעילות המפרה מצד אן די אן.

טענות אן די אן

468. עיקר טענות אן די אן הוא כדלקמן:

א. סעיף 4.1.7 להסכם ההיפרדות מתנה את סעד ההשבה בכך שאלביט תשלח לאן די אן הודעה על הפרת ההסכם, ותאפשר לה שבעה ימים לתיקון ההפרה. אלביט לא עשתה כן ביחס להפרות הנטענות. יתר על כן, בית הירי בקליבר פורק ממילא פחות משבוע לאחר פנייתה הראשונה בעניין. היא אינה זכאית אפוא להשבת התשלומים.

ב. אלביט לא דרשה את השבת התשלומים בזמן אמת. תחת זאת, עם העלאת טענת ההפרה, בחרה אלביט לדרוש את הארכת תקופת אי התחרות בעשרה חודשים ללא תשלום – לפי משך תקופת ההפרה הנטענת. בחירה זו מלמדת כי אלביט לא ראתה עצמה זכאית באותה עת להשבה. מכל מקום, הארכת התקופה היא תרופה חלופית, שאלביט כבר מיצתה. אין היא זכאית כעת להשבת הסכומים ששולמו, נוסף על תרופה זו.

ג. תכלית תניית אי התחרות היא להגן על אינטרסים מוגדרים של אלביט. תביעת אלביט מבוססת על שימוש בתנייה ככלי התקפי, שנועד להרתיע ולחסום פעילות לגיטימית של אן די אן – ולא ככלי שנועד להגן על אינטרסים עסקיים. שימוש זה חורג מתכלית התניה ונגוע בחוסר תום לב. אף עיתוי הגשת התביעה מלמד על חוסר תום לב: היא הוגשה רק לאחר שהתוודעה אלביט לטענות אן די אן, ככלי מיקוח שנועד להפעיל עליה לחץ.

ד. אלביט לא הוכיחה שנגרם לה נזק עקב הפעילות המפרה הנטענת. היא לא הצביעה על שוק מוגדר שבו התרחשה התחרות, לא זיהתה לקוחות שנגרעו ממנה, ולא הצביעה על התקשרויות שנפגעו. הווה אומר, לא הוכח נזק ממשי, ואף לא קשר סיבתי בין נזק כלשהו לפעילות אן די אן. משכך, אין להעניק לאלביט סעד.

ה. אלביט לא הוכיחה הפרה של הסכם ההפרדות, ולא הניחה ראיה ראשונית לכך שאן די אן הפיקה רווח מפעילות עסקית אסורה. משכך, תביעתה לצו למתן חשבונות אינה מידתית, ואינה אלא ניסיון ל"מסע דיג" במסמכי אן די אן.

(ב) השבת הסכומים ששילמה אלביט לאן די אן לפי הסכם ההפרדות

469. סעיף 4.1.7 להסכם ההפרדות קובע כדלקמן: "היה ואן די אן תפר איזו מהתחייבויותיה על פי [סעיף] 3 לעיל, והפרה כאמור לא תתוקן על ידה בתוך 7 ימים ממועד בו הודיעה לה קבוצת אלביט על הפרה כאמור, כי אז, מבלי לגרוע מכל סעד או תרופה אחרים העומדים לקבוצת אלביט [...] ומבלי שיהא בכך כדי לשחרר את אן די אן מהתחייבויותיה לפי סעיף 3 לעיל, תחזיר אן די אן לקבוצת אלביט את כל הסכומים אשר שולמו לה ע"י קבוצת אלביט עפ"י סעיף 4.1.5 ועל פי סעיף 4.1.2 לעיל בצירוף הפרשי הצמדה וריבית [...] בגין התקופה שמיום תשלומם של כל תשלום ועד למועד השבתו בפועל ע"י אן די אן".

470. הסעיף נוקט לשון "תחזיר אן די אן [...] סכומים אשר שולמו לה", והצדדים כינו בסיכומיהם את הסעד המבוקש "השבה". אולם למעשה מדובר בתניית פיצוי מוסכם – סעד כספי שהצדדים הסכימו כי אלביט תהיה זכאית לו בהפרת התחייבויות אן די אן, בהתקיים התנאים שבסעיף. אין בכך שהסכום אינו קצוב כדי לשנות ממהות התניה כפיצוי מוסכם. תניית פיצוי מוסכם אינה חייבת לנקוב בסכום קצוב, ודי בכך שהצדדים קבעו בהסכם את דרך חישוב הפיצוי (גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות 490 (2009)). בענייננו נקבע כי הפיצוי יחושב לפי הסכומים ששולמו לאן די אן בפועל לפי סעיפים 4.1.2 ו-4.1.5 להסכם ההפרדות. סכומים אלו מסתכמים ב-4.2 מיליון ש"ח.

471. זכאות אלביט לפיצוי המוסכם מותנית בשני תנאים בלבד: הפרת אחת מהתחייבויות אן די אן לפי סעיף 3 להסכם ההפרדות, ואי-תיקון ההפרה תוך שבעה ימים מהמועד שבו הודיעה לה אלביט עליה. אשר לתנאי הראשון – בשלב זה לא נותר ספק: אן די אן הפרה את התחייבות אי התחרות פעמיים. פעם אחת בהקמת בית הירי בקליבר ובביצוע הפעילות השיווקית בו; פעם נוספת בהתקשרותה עם מג"ב, בלא שהציעה לאלביט את ההזדמנות העסקית. דא עקא, התנאי השני לא התקיים באיזו מן ההפרות. ואפרט.

472. אפתח בבית הירי בקליבר. כזכור, פניית אלביט הראשונה בעניינו נשלחה לאן די אן ביום 16.5.2022. בית הירי פורק ביום 22.5.2022 – פחות משבוע לאחר הפנייה. אמנם, לדברי אן די אן לא פורק בית הירי עקב טענת ההפרה, והיא אף הדגישה כי לעמדתה לא הייתה בהפעלתו הפרה של ההסכם. עם זאת, אין נפקות לכוונה שמאחורי הפירוק. די בכך שההפרה פסקה ולא נמשכה לאחוריו.

473. בסיכומי התשובה טענה אלביט כי ההפרה לא תוקנה, שכן **"הוכח שדגן שיקר בבית המשפט ביחס לפירוק בית הירי [...] והקים את בית הירי במקום אחר בקליבר 3 [...] ואת כל זה הוא הסתיר"** (פס' 138). ואולם, לא הוכח כי הקמת בית הירי במחסן, כשהיא לעצמה, אסורה לפי הסכם ההפרדות, ואף לא כי התקיימה בו פעילות מפרה לאחר שהוקם. טענת אלביט כי התקיים במקום ביקור של נציג מג"ב, כחלק מפעולת שיווק אסורה של אן די אן, נדחתה. (ראו לעיל בפס' 428-429).

474. עוד טוענת אלביט כי דגן המשיך להפר את ההסכם לאחר פירוק בית הירי, ובכך מפנה לטענותיה הנוגעות למכרז בא"ח צנחנים, ולפעילות בבא"פ לכיש ובבא"ח מג"ב. כאמור, טענותיה בעניין בא"ח צנחנים ובא"פ לכיש נדחו. לא הוכח כי בעניינים אלו בוצעה פעילות מפרה כלשהי מצד אן די אן, למעט הפעולות שהתבצעו בבית הירי בקליבר טרם פירוקו (ראו לעיל בפס' 430-449).

475. נותרה אפוא הטענה בעניין בא"ח מג"ב. כפי שנקבע לעיל, בעניין זה הפרה אן די אן את התחייבות אי התחרות. היא הקימה בית ירי שנועד לאימוני כוחות מג"ב, תמורת 20,000 ש"ח. אף שכבר ביום 12.10.2022 שלחה למג"ב הצעת מחיר מפורטת, נמנעה מלשתף את אלביט בהזדמנות העסקית שהתגבשה, ועידכנה אותה רק בדיעבד – כשלושה שבועות וחצי לאחר מכן.

476. עם זאת, כפי שצוין לעיל, מדובר בהפרה נפרדת מזו שבקליבר. טענת אלביט כי עסקת מג"ב נולדה כתוצאה מפעילות שיווקית אסורה בקליבר לא הוכחה. יתר על כן, התנהלות אלביט בעניין מג"ב לא הייתה נקייה מקשיים. כזכור, אף שמדובר היה בהזדמנות עסקית, דרשה אלביט מאן די אן בנחרצות **"לחדול באופן מיידי וללא דיחוי"** מהפעילות (נספח 14 לתצהיר אלרט, פס' 6). הווה אומר, אף שהסכם ההפרדות קובע מתווה למימוש הזדמנויות עסקיות, לא טענה אלביט כי היה על דגן ללכת במתווה זה – אלא ביקשה למנוע ממנו את הפעילות כליל.

477. הנה כי כן, הודעת אלביט חרגה מהמסגרת החוזית, וביקשה לגזור על אן די אן גזרה שאינה מתחייבת מהסכם ההפרדות – הימנעות גורפת מפעילות עם מג"ב. משכך, אין לראות בהודעתה דרישת תיקון, כנדרש לגיבוש זכותה לפיצוי המוסכם. תכלית דרישת ההודעה על ההפרה ומתן אפשרות לתיקונה ברורה: מדובר בפיצוי מוסכם בשיעור ניכר, שאינו תלוי בהוכחת נזק. אין הצדקה להעניקו לאלביט בלא שאן די אן הועמדה על ההפרה ועל הצעדים הדרושים לתיקונה, באופן שניתנה לה הזדמנות ממשית לתקנה ביעילות. יפים לעניין זה דברי השופט שטיין: **"מי שבא לאכוף תניה חוזית בדבר פיצויים מוסכמים, אשר פוטרת אותו מהחובה להוכיח את נזקו האמיתי, יתכבד נא ויקיים את דרישות התניה כפי שנוסחו"** (רע"א 30439-05-25 כהן נ' אלבז עמרוסי, פס' 9 (28.5.2025)). בענייננו, הודעות אלביט מיום 13.11.2022 ומיום 28.11.2022 לא שיקפו את אופי ההפרה, ואף לא את אופי התיקון הנדרש לפי החוזה.

478. ויודגש: מהודעת אלביט עולה כי לא הייתה מעוניינת במימוש ההזדמנות העסקית עם דגן. הווה אומר, אף אילו הציעה אן די אן לאלביט לשתף פעולה במימוש ההזדמנות – כנדרש לפי הסכם ההיפרדות – סביר להניח כי הצעתה הייתה נדחית. במצב דברים זה מתיר החוזה לאן די אן לממש את ההזדמנות בעצמה. אמנם, אין בכך כדי לאיין את עצם ההפרה שבאי הצעת ההזדמנות לאלביט. אולם יש בכך כדי להשפיע על אפיון ההודעה ששלחה אלביט – אין לראות בה דרישת תיקון, שכן אלביט כלל לא הייתה מעוניינת בתיקון.

479. זאת ועוד. אלביט עומדת על הפיצוי המוסכם בשעה שלא ביקשה כלל לממש את ההזדמנות במשותף, ובשעה שאן די אן הייתה זכאית ממילא – נוכח עמדה זו – לבצע את העבודה בעצמה. הווה אומר, ההפרה נגעה לסדר הפעולות בלבד, לא לתוצאתן. עמידה על פיצוי מוסכם בשיעור ניכר בנסיבות חריגות אלו אינה מקיימת את חובת תום הלב במימוש זכות חוזית (ס' 39 לחוק החוזים).

480. סיכומם של דברים: אן די אן הפרה את התחייבות איהתחרות בשתי הזדמנויות – בהקמת בית הירי בקליבר ובביצוע פעילות שיווקית בו, ובהתקשרות עם מג"ב בלא שהציעה לאלביט לשתף פעולה במימוש ההזדמנות העסקית. אף על פי כן, אין אלביט זכאית לפיצוי המוסכם. ההפרה בקליבר תוקנה בתוך פחות משבוע מפניית אלביט, עם פירוק בית הירי; ובעניין מג"ב לא שלחה אלביט דרישת תיקון כמשמעה בסעיף 4.1.7 להסכם, אלא דרישה לחדול מהפעילות כליל – דרישה החורגת מן המסגרת החוזית. משלא התקיים תנאי ההודעה ואייתיקון בתוך שבעה ימים, דין התביעה לפיצוי המוסכם להידחות.

481. שלילת הפיצוי המוסכם אינה מונעת פיצוי בגין נזק מוכח. אלביט אמנם טענה כי **"פעילויות השיווק של דגן הסתיימו בפגיעה קונקרטית במכללה וגרמו לה נזקים ממשיים ורחבי היקף"** (פס' 81 לסיכומי התשובה, ההדגשה במקור). דא עקא, תביעה לפיצוי בגין נזקים קונקרטיים אלו – אין. איני נדרש אפוא לקבוע ממצאים בעניין. עם זאת, אעיר כי מהראיות עולה ספק של ממש ביחס לטענה זו.

482. לב הטענה הוא כי עקב פעילות דגן **"משנת 2022 [...]. קמה פעילות חדשה של בתי ירי ניידים בבסיסי צה"ל, וקמה למכללה מתחרה חדשה"** (פס' 245 לסיכומי אלביט). אלא שבשנים 2022-2024 נהנתה אלביט מהארכת הפטור בהיותה "ספק יחיד", ומהגדלתו לסך של 190 מיליון ש"ח. מתוכם יצאו למכללה הזמנה והסכם משיכה בסכום כולל של כ-150 מיליון ש"ח (נספח 8 לתצהיר מקייטן, פס' 1.1.5). עוד עולה כי בין אוקטובר 2023 לספטמבר 2024 **"ניתנו מס' פטורים למכללה בסכום כולל של כ-175,000,000 ₪"** (שם, ס' 1.1.6) כפי שהבהיר עו"ד מקייטן, אישור הפטורים התבסס **"על ההבנה לפיה המכללה הינה הספק היחיד שביכולתו לספק את שירותי האימון"** (שם, ס' 2.1). הדברים מדברים בעד עצמם, ואינם מתיישבים עם הטענה כי פעולות דגן הוליכו לתחרות חדשה ולפגיעה קונקרטית בשליטת המכללה בשוק הרלוונטי.

483. מכל מקום, בהיעדר תביעה לפיצוי בגין נזקים קונקרטיים, נאמרים הדברים למעלה מן הצורך. משנדחתה התביעה לפיצוי המוסכם, אפנה לדון בתביעה למתן חשבונית ולהשבת רווחי אן די אן מההפרות.

(ג) **צו למתן חשבונית והשבת רווחים**

484. בכתב התביעה תבעה אלביט **"סעד כספי במסגרתו יחויבו אן די אן להשיב לתובעות כל רווח שהפיקו או יפיקו, אגב הפרת הסכם ההיפרדות, לרבות מכח התקשרויות ו/או עסקאות שתצאנה אל הפועל"**

בעתיד כתוצאה או בעקבות פעילות אסורה שביצעה אן די אן במהלך תקופת ההגבלה (פס' 143(ז)). כדי לאפשר לה לממש סעד זה, תבעה אלביט גם **"סעד של מתן חשבונות, המחייב את הנתבעים 1-2 למסור מידע ופרטים מלאים, בתצהיר ערוך כדין, ביחס לכל התקשרות שביצעו ו/או הכנסה שהכניסו ו/או רווח שהפיקו בקשר עם כל אחד מהאירועים המפורטים בכתב תביעה זה ו/או כל פעילות מפרה אחרת, כפי שתתברר במסגרת בורות זו"** (פס' 143(ח)).

485. בסיכומיה חזרה אלביט על תביעת סעדים אלו. היא הדגישה כי אן די אן נמנעה מגילוי מסמכים על הרווחים שהופקו מהפעילות המפרה, וכי הצו שהתבקש למתן חשבונות נדרש כדי לעמוד על היקפם. מנגד, אן די אן עמדה על טענתה כי לא הפרה את הסכם ההיפרדות. עוד טענה כי לא הוכח שהפיקה רווח כלשהו כתוצאה מהפעילות שבמוקד תביעת אלביט. משכך, סבורה אן די אן כי התביעה למתן חשבונות אינה אלא מסע דיג פסול, ואין להיעתר לה.

486. טענות אן די אן כי לא הפרה את הסכם ההיפרדות נדחו. במישור המשפטי, אן די אן לא טענה כי אף אם ייקבע שהפרה את תניית אי התחרות, אין אלביט זכאית לתבוע את השבת הרווחים שהפיקה מההפרה. ואמנם, הפרת תניית אי תחרות היא אחד המצבים המוכרים שבהם זכאי הנפגע לתבוע את הפירות שהפיק המפר מהפרת החוזה (דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ד 512 (2011)). המסקנה היא כי אלביט זכאית, מבחינה עקרונית, לתבוע את הרווחים שהפיקה אן די אן מהפרת הסכם ההיפרדות.

487. אלביט טוענת כי כדי לעמוד על רווחי אן די אן מההפרות נדרש צו למתן חשבונות, שיחייב אותה למסור מידע על רווחים אלו. לטענתה **"במסגרת ההליך הוכחה זכאות קבוצת אלביט לקבלת הסעד האמור, בהתאם למבחנים שנקבעו בפסיקה"** (פס' 471 לסיכומי אלביט). דא עקא, אלביט לא הסבירה מהם המבחנים הרלוונטיים, לא הפנתה לפסיקה בעניין, ולא יישמה את המבחנים הנטענים על עובדות המקרה.

488. מעיון בפסיקה עולה כי הזכאות למתן חשבונות תלויה בשלושה תנאים מצטברים. האחד – זכות, או זכות לכאורה, לתבוע את הכספים שלגביהם מבוקשים החשבונות. השני – קיומה של מערכת יחסים מיוחדת בין התובע לנתבע, המצדיקה מתן חשבונות; דוגמאות לכך הן שליחות, הרשאה, שותפות או נאמנות, ואין מדובר ברשימה סגורה. השלישי – **"היעדר סיבה אחרת המצדיקה הימנעות ממתן החשבונות – כגון חיסיון או היעדר הצורך בחשבונות לצורך הבירור הכספי"** (ע"א 127/95 מועצת הפירות ייצור ושיווק נ' מהדרין בע"מ, פ"ד נא(4) 337, 345-346 (1997); ראו גם: ת"א (כלכלית ת"א) 44890-02-18 אלנקיב נ' טבצ'ניק, פס' 67 (2.1.2022); אורי גורן **סוגיות בסדר דין אזרחי** 580 (2020)).

489. כאמור לעיל, אלביט הוכיחה זכאות לכאורית לתבוע את הרווחים שהפיקה אן די אן מהפרת ההסכם. עסקינן בשתי הפרות: הפעילות בקליבר והפעילות בבא"ח מג"ב. לגביהן מתקיים אפוא התנאי הראשון. אניח לצורך הדיון כי מערכת היחסים בין הצדדים – בהתחשב במיזם המשותף שניהלו ובהסכמתם לתניית אי התחרות – מצדיקה מתן חשבונות. אלא שבענייננו אין החשבונות דרושים לבירור הכספי, ומשכך אין התנאי השלישי מתקיים.

490. אסביר. בבקשה 3-23 דרשה אלביט להורות לאן די אן לגלות **"את העתקי כל החשבוניות, הקבלות, הכרסות או דיווחים על הכספים שהוצאו על ידיהם או נתקבלו לידיהם בגין הקמת, הפעלת ושיווק בית**

הירי (נשוא ההליך במחוזי) וכן כל בית ירי אחר העושה שימוש במוצרי RS, שהופעל או מופעל על ידיהם בתקופה הרלוונטית לתביעה" (ס' 28). בהחלטה מיום 21.8.2023 נעתרתי לבקשה, בכל הנוגע לבתי הירי שבארבעת האירועים שבמוקד תביעת אלביט: קליבר, בא"פ לכיש, בא"ח מג"ב ובא"ח צנחנים (פס' 62).

491. בסיכומי התביעה אלביט לא הכחישה שקיבלה את המסמכים שנדרשו בגילוי המסמכים, ואף לא טענה כי חסר לה מידע על אירועים אלו. כל טענתה הייתה שהמסמכים התייחסו רק **"לבתי הירי מושא ההליך בבית המשפט המחוזי (קליבר 3, בא"פ לכיש, מג"ב, בא"ח צנחנים)"**, וכי **"כעת, יש לאפשר לקבוצת אלביט קבלת מסמכים ביחס לכל פעילות מפרה (כזו העושה שימוש במוצרי RS במהלך תקופת ההגבלה)"** (פס' 469-470 לסיכומי אלביט).

492. דא עקא, כפי שצינתי, ההפרות היחידות שהוכחו בהליך הן ההפרה בקליבר וההפרה בבא"ח מג"ב. המסמכים הנוגעים להפרות אלו הועברו לאלביט בעקבות החלטתי מיום 21.8.2023. בין היתר על יסודם הוכח כי אין די אן הכניסה 20,000 ש"ח מהפעילות בבא"ח מג"ב, וכי הפעילות בקליבר לא הניבה לה הכנסות. החשבונות אינם דרושים אפוא לעניין זה.

493. אשר לטענת אלביט כי החשבונות דרושים כדי לעמוד על רווחי אן די אן מפעילות מפרה אחרת במהלך תקופת ההגבלה – דין הטענה להידחות. לא הונחה ראשית ראיה כי אין די אן קיימה פעילות מעין זו. סעד מתן החשבונות לא נועד לשמש להוכחת חבות נטענת, שלגבי טיבה לא הובאה ראיה כלשהי (השוו: ע"א 5634/05 **צוקית הכרמל פרויקטים בע"מ נ' מיכה צח חברה לקבלנות כללית בע"מ**, פס' י"ט (4.6.2007); ת"א (מחוזי נצרת) 48294-02-25 **שוקחה נ' שוקחה**, פס' 34 (19.2.2026)).

494. אציין כי אלביט טענה שאן די אן פעלה להסתיר את הפעילות המפרה, וכי לא ניתן לעמוד על מלוא היקפה בלא צו למתן חשבונות. אילו היה יסוד להניח כי אכן הוסתרה פעילות עסקית – ייתכן שהיה מקום ליתן את הסעד המבוקש. אולם דין הטענה להידחות במישור העובדתי. הפעילות בקליבר בוצעה בגלוי. הסרטון שבעקבותיו פנתה אלביט לאן די אן ודרשה ממנה לחדול מן הפעילות פורסם כמעט חודשיים לפני הפנייה, הופץ ברשתות החברתיות, ואן די אן לא עשתה דבר להסתירו. אשר לבא"ח מג"ב – אמנם המגעים גולו לאלביט בשלב מאוחר, אולם הם גולו ביוזמת אן די אן, ולא נעשה ניסיון להסתיר את הפעילות הצפויה. אף בשני האירועים האחרים שאלביט סברה כי יש בהם משום הפרה – בא"ח צנחנים ובא"פ לכיש – לא הוכחה הסתרה. בשניהם פנתה אן די אן לאלביט ודיווחה על הפעילות.

495. אמנם, בהליך זה נדונה ונדחתה טענת אן די אן כי פעולות שונות שביצעה לא הפרו את התחייבות אי התחרות, משום שהיו בגדר "הדגמה" בלבד. לכאורה, משפעלה אן די אן מתוך הנחה שהדגמה היא פעולה מותרת, ייתכן שבוצעו הדגמות נוספות שלא דווחו לאלביט. עם זאת, אין בכך כדי להצדיק צו למתן חשבונות. ראשית, אף אם התקיימו הדגמות – מדובר בפעולות שיווקיות ולא בהתקשרויות עסקיות שהניבו הכנסות. שנית, התנהלות אן די אן מלמדת כי משעמדה על הפרק אפשרות לעסקה – בבא"פ לכיש, בבא"ח מג"ב, ובבא"ח צנחנים – פנתה מיוזמתה לאלביט.

496. המסקנה היא כי דין התביעה למתן חשבונות להידחות. החשבונות שהתבקשו אינם נחוצים לעמידה על רווחי אן די אן מההפרות שהוכחו, ואין להעניקם על יסוד טענה עמומה כי יסייעו בגילוי הפרות נוספות. לא לשם כך נועד סעד זה.

497. נותר לדון בגורל התשלום שקיבלה אן די אן עבור הצבת בית הירי בבא"ח מג"ב – 20,000 ש"ח (כולל מע"מ). אזכיר, כי טענת דגן בעדותו, שהתשלום נועד לכיסוי הוצאות (עמ' 623), נדחתה – בהיעדר ראיות ולאחר שאן די אן לא חזרה עליה בסיכומיה (פס' 457 לעיל). משלא הוכחו הוצאות, יש לראות את מלוא הסכום כרווח שהפיקה אן די אן.

498. עם זאת, באתי לכלל מסקנה כי אין להורות על השבת הסכום. ראשית, תביעת אלביט לא נקבה בסכום קצוב ולא התייחסה לסכום זה; אף שהצדדים הזכירוהו בטענותיהם, חבות אן די אן להשיבו לא עמדה במוקד המחלוקת. שנית, הפרת אן די אן הסתכמה באי הצעת ההזדמנות העסקית לאלביט בשלב מוקדם יותר. כפי שקבעתי לעיל, מתגובת אלביט עולה כי ממילא לא הייתה מעוניינת במימוש ההזדמנות. במצב דברים זה התיר הסכם ההפרדות לאן די אן לפעול כראות עיניה במימושה.

499. יסודה הרעיוני של התביעה להשבת הרווחים בדיני עשיית עושר ולא במשפט. יסוד הכרחי בה הוא שהתעשרות הנתבע באה **"על חשבון"** התובע (דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור **דיני עשיית עושר ולא במשפט** כרך א' 102 (2015)). בענייננו, נוכח חוסר רצונה של אלביט לממש את ההזדמנות העסקית, אין לומר שהתעשרות אן די אן היא **"על חשבונה"**. ממילא, לפי ס' 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט ניתן לפטור מהשבה מקום שזכיית הנתבע **"לא הייתה כרוכה בחסרון"** התובע. כך בענייננו. לפיכך, אף אילו קמה חובת השבה בגין האירוע במג"ב – יש להורות על פטור מלא ממנה.

500. סוף דבר: הן התביעה למתן חשבונות, הן התביעה להשבת הרווחים שהפיקה אן די אן מהפרת הסכם ההפרדות – נדחות.

יא. סיכום והוצאות

501. תם הדיון בתביעות ההדדיות של הצדדים. אעמוד בקצרה על ההכרעות שהתקבלו בהן.

502. **תביעת אן די הראשונה** התקבלה בחלקה. התביעה העיקרית, לפיצויי התאמה בגין חוסר תום לב במשא ומתן, התקבלה. אולם תחת הפיצוי שנתבע – כ-50 מיליון ש"ח – נקבע כי אן די אן זכאית לכ-5 מיליון ש"ח בלבד. התביעה לפיצוי כספי בגין ההתחשבות שקדמה להסכם ההפרדות, והתביעה להורות על בטלות תניית אי התחרות – נדחו.

503. **תביעת אן די אן השנייה** התקבלה. נקבע, כטענת אן די אן, כי הסכם ההפרדות מגביל את השימוש שרשאית אלביט לעשות בקלט"זים שרכשה לפיו. לבקשת אן די אן, ובהתחשב בכך ש**"תקופת התמיכה"** כהגדרתה בהסכם הסתיימה, נקבע כי: **"קלט"זים שנרכשו לפי סעיפים 3.3.1 ו-3.5 להסכם ההפרדות, ככל שהם מצויים בידי קבוצת אלביט, מותרים בשימוש לתכליות המוגדרות בסעיף 3.5 בלבד. אין אלביט**

רשאית להשתמש בהם לכל תכלית אחרת, לרבות בבתי ירי ניידיים שתכליתם קיום אימונים מחוץ לשטח המכללה" (פס' 371 לעיל).

504. **תביעת אלביט נדחתה.** אמנם, טענות אלביט בעניין פרשנות תניית אי התחרות – ובפרט טענתה כי התניה אוסרת ביצוע הדגמות – התקבלו. כן התקבלו טענותיה כי אין די אן הפרה את התניה באירועים בקליבר ובבא"ח מג"ב. עם זאת, אלביט לא הוכיחה את זכאותה לסעדים שתבעה. משכך נדחו תביעותיה לפיצוי מוסכם בסך 4.2 מיליון ש"ח, למתן חשבונות ולהשבת רווחים שהפיקה אן די אן מהפרות ההסכם (פרק י(7) לעיל).

505. נותר אך להכריע בשאלת הוצאות הבוררות ושכר טרחת עורכי הדין.

506. כל אחד מהצדדים טען בסיכומיו כי יש לפסוק הוצאות לטובתו. אלביט לא פירטה את טענותיה בעניין. ממילא, נוכח התוצאה שאליה הגעתי – דחיית תביעתה וקבלת תביעת אן די אן בחלקה – דין בקשתה להידחות.

507. אן די אן טענה כי מדובר בהליך "אשר הצריך השקעת משאבים חריגה בשל הצורך להתמודד עם פערי מידע, מסמכים שלא גולו, מחלוקות חשבונאיות מורכבות, חוות דעת מומחים, ישיבות הוכחות רבות [...] התובעים נדרשו להשקיע משאבים עצומים כדי להוכיח זכויות שהיו אמורות להיות גלויות ומוסדרות בזמן אמת" (פס' 352 לסיכומי תשובה אן די אן). לסיכומיה צורפו אסמכתאות לתשלומים בסך כ-2.5 מיליון ש"ח, ונטען כי נוכח תשלומים שטרם שולמו צפוי סך ההוצאות הכולל לעלות על 3.1 מיליון ש"ח. נוכח האמור מבקשת אן די אן כי ייפסקו לה הוצאות "בסכום שלא יפחת מ-2.6 מיליון ש"ח" (שם, פס' 355).

508. נקודת המוצא בפסיקת ההוצאות היא כי בעל הדין שזכה בהליך – בין משום שתביעתו התקבלה, בין משום שתביעה נגדו נדחתה – זכאי להוצאותיו הריאליות מהצד שכנגד (רע"א 7645/20 Magic Software Enterprises Ltd נ' פאירפלאי בע"מ, פס' 9 (28.12.20); ע"א 9648/16 אורהייטק GIS בע"מ נ' חץ אביט - משרד עורכי דין, פס' 67 (28.2.2018)). תכלית הכלל היא למנוע חיסרון כיס מן הזוכה.

509. ברם, עסקינן בבירור מחדל גמישה, המותירה שיקול דעת רחב לערכאה הדיונית (רע"א 6894/14 AIG חברה לביטוח בע"מ נ' פלונית, פס' 4 (24.12.2014)). שיקולים נוספים עוגנו בתקנה 153(ג) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, שלפיה "בקביעת שיעור ההוצאות יתחשב בית המשפט, בין השאר, בשווי הסעד שנפסק וביחס שבינו לבין הסכום שנתבע, בדרך שבה ניהלו בעלי הדין את הדיון, במורכבות ההליך, בהשקעת המשאבים בהכנתו ובניהולו ובסכום ההוצאות שהתבקש". בפרט יש להפעיל שיקול דעת מקום שבו זכה אחד הצדדים אך במקצת תביעתו: "בעל דין שזכה במקצת תביעתו או ערעורו, ואילו יתרת התביעה או הערעור נדחו, מן הראוי שבית המשפט יקצוב את ההוצאות כך שכל אחד משני בעלי הדין יקבל הוצאות על הסכום בו זכה [...]" (יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 545 (מהדורה שביעית, 1995)).

510. התביעה העיקרית בענייננו הייתה תביעת אן די אן לפיצויי התאמה בגין חוסר תום לב במשא ומתן. עיקר התשומות – לרבות הזמן שהוקדש לחקירת העדים ועיקר ההתייחסות בחוות דעת המומחים – הוקדשו לה. כאמור, תביעה זו התקבלה בחלקה ונפסקו פיצויים בסך כ-5 מיליון ש"ח. מחד גיסא, יש לזקוף לטובת

אן די אן את הזכייה בעילה זו, לאחר ניהול הליך ארוך ומורכב. עוד יש להביא בחשבון את העובדה כי חלק מרכזי בזכייתה נסמך על מסמך הצעת המחיר, שלא הועבר לעיונה בהליכי הגילוי והעיון והתגלה רק בעקבות הצו שהוצא למשרד הביטחון. אף שלא הוכח זדון בהסתרת המסמך, יש לזקוף זאת לחובת אלביט. לזכות אן די אן ייזקפו גם התגוננותה המוצלחת מפני תביעת אלביט, וזכייתה בתביעה השנייה; אף שהתשומות שהושקעו בהן קטנות מאלו שהושקעו בתביעה העיקרית, יש להתחשב בהן.

511. מאידך גיסא, יש לזקוף לחובת אן די אן את העובדה שתביעתה בעילה העיקרית נסמכה על גרסת קיצון שנדחתה – הטענה שדגן לא ידע דבר על עסקת המילואים. זמן ומאמץ יקרים הושקעו בהפרכת הטענות שדגן לא ידע על הפיילוט, על גרסה 4.5 של ה-SOW, ועל עצם קיום המשא ומתן עם משרד הביטחון. עוד יש להביא בחשבון את חלקה הקטן יחסית של הזכייה מתוך סכום התביעה – כ-5 מיליון ש"ח מתוך כ-50 מיליון ש"ח, כ-10% מהסכום הנתבע.

512. כן יש לזקוף לחובת אן די אן את החריגה ממכסת העמודים בסיכומי התשובה שהוגשו בתביעתה – 52 עמודים תחת 30 – על דעת עצמה ובלא בקשה מתאימה מבעוד מועד. התנהלות זו הצריכה הגשת התייחסות נוספת מצד אלביט. כפי שקבעתי בהחלטות מהימים 7.7.2026 ו-20.7.2026, יש להתחשב בכך בפסיקת ההוצאות.

513. עוד יש להביא בחשבון את דחיית עילת התביעה שיסודה בהתחשבות בין הצדדים, ואת דחיית טענות אן די אן לפגמים בכריתת הסכם ההיפרדות – ובכללן טענת הלחץ הכלכלי, שהייתה אחת מטענותיה המרכזיות. אף מצאתי לנכון להתחשב בכך שתביעת אלביט אמנם נדחתה, אולם יסוד הדחייה באי-הוכחת התנאים לסעדים שהתבקשו בה, ולא בדחיית טענת ההפרה. בתביעה הוכח כי אן די אן הפרה את תניית אי התחרות בפעילותה בקליבר במשך למעלה מחצי שנה, ולאחר מכן שבה והפרה אותה משלא הציעה לאלביט את ההזדמנות העסקית בבא"ח מג"ב. ניסיונות אן די אן להתגונן ולהצדיק פעילויות אלו נדחו בעיקרם.

514. כוחם המצטבר של שיקולים אלו מוליך למסקנה כי יש לפסוק לטובת אן די אן הוצאות חלקיות בלבד, ולא את מלוא הוצאותיה הריאליות. בהתחשב במכלול השיקולים שצוינו, אני קובע כי אלביט תישא בהוצאות אן די אן ובשכ"ט עו"ד בסך מיליון ש"ח בתוספת מע"מ. נוסף על כך תשפה אלביט את אן די אן על 75% מכלל תשלומיה למשכן לבוררות ופתרון סכסוכים, לרבות בגין שכר הבורר.

יב. סוף דבר

515. התוצאה האופרטיבית היא כדלקמן:

א. **תביעת אן די אן הראשונה** מתקבלת בחלקה. קבוצת אלביט תשלם לאן די אן פיצויי התאמה בסך 4,960,000 ש"ח, בתוספת מע"מ, בגין הפרת חובת תום הלב במשא ומתן על הסכם ההיפרדות. הסכום יישא הפרשי הצמדה וריבית כדין החל מיום 28.2.2021. יתר העילות בתביעה זו – נדחות.

ב. **תביעת אן די אן השנייה מתקבלת**, וניתן צו מניעה כאמור בפס' 371 לעיל.

ג. **תביעת אלביט – נדחית.**

ד. **הוצאות ושכ"ט עו"ד** – קבוצת אלביט תישא בהוצאות אן די אן ובשכ"ט עו"ד בסך מיליון ש"ח, בתוספת מע"מ, ותשפה את אן די אן על 75% מכלל תשלומיה למשכן לבוררות ופתרון סכסוכים. סכומים אלו יישאו הפרשי הצמדה וריבית כחוק החל מהיום ועד למועד התשלום בפועל.

מזכירות המשכן לבוררות תמציא את פסק הבוררות לצדדים.

ניתן היום, 2 בספטמבר 2026, בהיעדר הצדדים.


 יצחק ענבר, בוחר