קלקלה במשפט
פרשת ישראל פרי: מקרה מבחן לכשלים בפסיקת בתי המשפט בסוגיות כלכליות

פרופ' עמרי ידלין

מבוא

כיום ישנה הסכמה רחבה על כך שקיימת בעיה יסודית באופן בו בתי המשפט בישראל מכריעים בסוגיות כלכליות. בעיה יסודית זו היא שהניעה את המחוקק להקים בית משפט ייחודי להגבלים עסקיים, שבו יושב פאנל של שופט מקצועי ולצידו שני מומחים[1]. בעיה יסודית זו היא גם שעומדת בבסיס הקריאה של ועדת גושן להקמת בית משפט כלכלי, שהשופטים בו יהיו בעלי רקע כלכלי מוצק יותר, ואשר יכריע במחלוקות בתחום דיני החברות ודיני ניירות ערך[2].

שופטים נדרשים להכריע בתחומים רבים, ואין אפשרות שהם יהיו מומחים בכל התחומים הללו. למשל, הגם ששופטים אינם מומחים ברפואה, הם נדרשים להכריע בסוגיות של רשלנות רפואית. יחד עם זאת, השופטים מכריעים בסוגיות אלו על סמך עדויות מומחה המוצגות בפניהם. לעומת זאת, בתחום מדעי החברה בכלל ובכלכלה בפרט, שופטים רבים אינם מודעים למגבלותיהם, ועל כן לעיתים קרובות הם נוטים לקבל החלטות שגויות בעליל, לעיתים מביכות ממש.

לאחרונה הגיעה לידי עבודת מחקר של דורון ויסברוד, כלכלן ועורך דין[3] בה הוא מנתח שורה ארוכה של פסקי דין, שהמכנה המשותף שלהם הוא אחד: השופטים שכתבו אותם התיימרו לקבוע מסמרות בתחומים כלכליים, ולבצע חישובים כלכליים, על סמך "ידיעתם השיפוטית". בכל אחד מן המקרים הללו, הידיעה השיפוטית של השופט הייתה מוטעית והובילה לעיוות דין. אך כל עיוותי הדין עליהם מצביע ויסברוד מחווירים לעומת הטעויות שנמצאות בפסקי הדין שהרשיעו את ישראל פרי. חלק מהטעויות הן כלכליות גרידא, וחלק הן טעויות משפטיות ממש, אף שיש בהן מרכיב כלכלי ברור[4].

גם במקרה זה, כמו במקרים עליהם הצביע ויסברוד, הטעויות כולן נובעות מהבנה בלתי מספקת במשפט מסחרי ובכלכלה, ומנכונותם של השופטים להכריע על סמך ידיעתם השיפוטית במקום על בסיס עדויות מומחה או ראיות מקצועיות אחרות. פסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת פרי שולח מסר מסוכן ביותר למערכת השיפוטית כולה: על מנת לקבוע אם אדם הוטעה או אם נגרם לו נזק כלכלי, בית המשפט אינו נזקק לעדותו של הקורבן ואינו נזקק לעדות מומחה. השופט רשאי להמיר את עדותו של הקורבן באומד דעתו של לקוח סביר, ואת עדות המומחה בידיעה השיפוטית של בית המשפט. כפי שנראה, לא רק שהשופט אינו נזקק לעדויות כאלו, אלא שהוא אף רשאי לקבוע כי אומד דעתו של הלקוח הסביר עומד בניגוד לעדויות של ה"קורבנות" ובניגוד לאופן בו שופטים אחרים קראו את אותם מסמכים ממש, ויכול לבסס מסקנות בנושאים כלכליים על סמך ידיעה שיפוטית העומדת בניגוד לחוות דעת של מומחים. מטרתה של רשימה זו היא להציג מספר דוגמאות לטעויות יסודיות כאלו בפסקי הדין שניתנו בשתי הערכאות בעניינו של פרי. אך לפני תיאור הטעויות, אציג בקצרה את הרקע לפרשייה המכונה "פרשת הפנסיה הגרמנית".

הרקע לפרשת הפנסיה הגרמנית – בסוף שנות השבעים חתמו ישראל וגרמניה על אמנה, לפיה יוכל כל אזרח ישראלי, לרכוש זכויות בתכנית הפנסיה הגרמנית. על פי האמנה, תנאי לרכישת

---

* ע"פ 1784/08 **פרי נ' מ"י** (ניתן ביום 5.2.09) פסק הדין פורסם באתר סקירה משפטית ובגיליון הסניגור 143; ת"פ (ת"א) 40258/01 **מ"י נ' פרי** (ניתן ביום 24.10.07, גז"ד ניתן ביום 9.2.08).

** פרופ' ידלין היה בין עוה"ד שייצגו את מר פרי בערעור. הוא לא מייצגו בעתירה שהוגשה לדיון נוסף (דנ"פ 2334/09).

1. סעיף 32 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.
2. הוועדה לבחינת קוד ממשל תאגידי בישראל (12 בדצמבר 2006).
3. העבודה לא פורסמה.
4. חלק מהסוגיות שיוצגו ברשימה זו (אם כי לא כולן) נוגעות להוגנות העסקה. חשוב לציין שבמהלך הדיון הסביר ראש המותב, השופט לוי, ששאלת הוגנות העסקה אינה רלבנטית, ומאן לשמוע את הטיעונים הנוגעים לסוגיה זו. אולם בפסק הדין, הוגנות העסקה הפכה לעילה מרכזית להרשעה, מבלי שניתן ביטוי כלשהו לטענות ההגנה בעניין זה.
5. בעוד שאזרחי גרמניה משלמים פרמיות לביטוח הלאומי שם לאורך כל חייהם, אזרחי ישראל הצטרפו לתכנית בגילאים מתקדמים (הגיל הממוצע של הלקוחות של פרי היה 67). ולפיכך נדרשו לשלם את הפרמיות רטרואקטיבית.
6. מרבית המצטרפים לתכנית לא היו ניצולי שואה וואכן בין המצטרפים לתכנית היו גם ערבים דרוזים ויהודים מכל העדות.

זכויות אלו היה השקעה של הלקוח בתשלומי פרמיה רטרואקטיביים[5].

חשוב להדגיש, כי בניגוד למידע הכוזב שהופץ בתקשורת, אין מדובר בפיצוי לניצולי שואה, ואפילו אין מדובר בתכנית פנסיה המיועדת לניצולי שואה. מדובר בתכנית פנסיה לה יכול להיות זכאי כל אזרח ישראלי, אשר היה מעוניין להשקיע בה.[6] מבחינת ממשלת גרמניה, תכנית זו היוותה אמצעי לגיוס כסף. כפי שממשלה יכולה לגייס כסף באמצעות הנפקה של אגרות חוב ממשלתיות, כך יכולה ממשלה לגייס כסף על ידי הצעה של תכנית פנסיה[7].

במסגרת האמנה, התחייבה ממשלת ישראל להעמיד לרשות אזרחי המדינה את מערכת הביטוח הלאומי, אשר תייעץ לאזרחי המדינה באשר להשקעה בתכנית הפנסיה הגרמנית. למרות התחייבות זו, הביטוח הלאומי לא עשה דבר בנושא. בתחילת שנות השמונים נודע לפרי על התכנית הזו, והוא ראה בה הזדמנות עסקית. הוא הקים אופרציה ופתח במבצע שיווק, בו ניסה לשכנע אזרחים להצטרף לתכנית. עד המועד האחרון שהציבה גרמניה להרשמה לתכנית, ה-13 ביוני 1983, הצליח פרי לגייס חתימות של כ-33,000 אזרחים. אולם ב-12 ביוני 1983, הודיע המפקח על מטבע חוץ שהוא אינו מאשר לאזרחי המדינה להשקיע בתכנית. המשמעות של החלטה זו הייתה התמוטטות כלכלית של המערכת שיצר פרי, ואובדן האפשרות של האזרחים להשקיע. אי לכך עתר פרי לבג"צ נגד המפקח על המטבע[8]. במסגרת הליך זה, הצביעו כלכלני האוצר על הסיכונים הכרוכים בתכנית הפנסיה הגרמנית, ואמרו שעקב הסיכונים הם אינם סבורים שהיא משתלמת, ועל כן הם אוסרים על הוצאת מטבע חוץ במסגרתה. לאחר שבג"צ קיבל את עמדת המדינה, פנה פרי שוב למפקח, והלה הסכים לאשר לאזרחי המדינה להצטרף לתכנית בתנאי שתמומן כולה על ידי גורמים זרים[9]. רק ב-1990 הסיר המפקח את הצו ואפשר לאזרחים להשקיע בתכנית באופן ישיר ועצמאי. לאור מגבלה זו, שחלה עד הסרת הצו ב-1990, ולאור העובדה שגם לאחר הסרתו רבים נרתעו מהסיכונים הכרוכים בתכנית, יצר פרי מערכת למימון ההשקעה בפנסיה הגרמנית, שתתואר להלן בקווים כלליים.

המערכת המימונית שיצר פרי - לכל לקוח חישב האקטואר של פרי את רמת ההשקעה האופטימלית שלו, בהתחשב בגילו של הלקוח ומצב בריאותו. פרי הציע לכל לקוח לבחור בין שני מסלולים: במסלול הראשון, הלקוח משקיע מכספו בתכנית ומשלם לפרי מראש את שכר טרחתו. לגבי מסלול זה לא הייתה מחלוקת שהיה הוגן. במסלול השני הלקוח אינו משלם דבר. חברות זרות שהקים פרי הן שמשקיעות עבור הלקוח את הכספים הדרושים בתכנית, ונרשם ללקוח חוב המהווה סכום של ההשקעה שביצע פרי עבור הלקוח בגרמניה, שכר טרחה של פרי (שלגביו לא הייתה מחלוקת) ופרמיות ביטוח (שהן בלב המחלוקת, ויידונו בהמשך). חוב זה צבר ריבית אשר גם לגבי ההוגנות שלה אין מחלוקת. ההלוואה שהעמידו החברות לרשות הלקוח הייתה "נון ריקורס"[10], היינו, ההחזר שלה היה מתוך הרנטות שיגיעו בעתיד מגרמניה. כל לקוח שבחר במסלול הזה חתם על תצהיר לפיו הוא יודע מראש מה גובה ההשקעה הנדרשת, מה גובה הרנטה שתגיע לו מגרמניה בגין השקעה זו, ומה הסכום הפנוי שייוותר

7. ההבדל המרכזי בין אג"ח לתכנית פנסיה הוא שאג"ח הן סחירות וניתנות להורשה, ותכנית פנסיה אינה ניתנת להעברה. במקרה של הפנסיה הגרמנית, עם מות הלקוח היו בן או בת זוגו זכאים לקצבת שארים בשיעור של כ-60% מהרנטות של הלקוח, אך הזכות לקבלת הרנטות המלאות פוקעת. עוד הבדל בין אג"ח לתכנית פנסיה ממשלתית נוגע לרמת המחויבות של הממשלה. בעוד שאג"ח מבטיחה תשלומי ריבית ידועים מראש, הרנטות המובטחות בפנסיה עשויות להשתנות בחוק, בין היתר כפונקציה של המצב הכלכלי במדינה. כך למשל, עשויה המדינה (כפי שאכן קרה) לדחות את גיל היציאה לפנסיה מגיל 65 לגיל מאוחר יותר, או שלא לעדכן את הרנטה בהתאם לאינפלציה.

8. בג"צ 419/83 **הארגון למימוש האמנה ואח' נ' המפקח על מטבע חוץ ואח'**, פ"ד לח (2) 323.

9. במקביל ניהל פרי מאבקים משפטיים בגרמניה, על מנת להרחיב את מספר הזכאים לפנסיה, ולהיטיב את תנאי הפנסיה. מפעולותיו אלו נהנו לא רק לקוחותיו, אלא גם ישראלים אחרים אשר פעלו באמצעות גורמים מתחרים לו.

10. הלוואה מסוג נון ריקורס היא הלוואה בה אם הלווה אינו מחזיר את חובו למלווה, אין המלווה גובה את החוב מהלווה, אלא יכול להיפרע רק מן הנכס של הלווה אשר מומן על ידי ההלוואה.

ברשותו לאחר ניכוי החזר ההלוואה (על כל רכיביה) לחברות המלוות.

שוב יודגש: אין חולק כי בפני כל לקוח הוצגו שני המסלולים, והמשמעות הכספית של כל אחד מהם, וכל לקוח היה חופשי לבחור ביניהם. ואכן, כשליש מהלקוחות בחרו להשקיע באופן עצמאי, במסלול הראשון, ואילו שני שלישים בחרו להימנע מהשקעה עצמית, ולהעביר את כל הסיכון לשכמו של פרי, במסגרת המסלול השני.

כאמור, כל לקוח שבחר במסלול השני חויב גם בפרמיות ביטוח. כפי שכתוב בחוזה, פרמיות אלו נועדו להבטיח את החברות המלוות מפני הסיכון של מות הלקוח. נבהיר: מכיוון שהלקוח היה זכאי לקבל את הרנטות (המלאות) רק כל עוד הוא בחיים, עם מותו פטר אותו פרי מיתרת החוב כלפיו. אומנם בן או בת הזוג של הלקוח עדיין היו זכאים לקבל קצבת שארים בגובה 60% מהרנטות של הלקוח (עד מותם), אך לפי החוזה פרי לא היה רשאי לדרוש את החזר החוב מבני הזוג או מהעזבון. המשמעות היא שעם מותו של הלקוח מאבד פרי כליל את יכולתו לגבות את החזר יתרת ההלוואה (וזאת למרות שהשארים ימשיכו ליהנות מפירותיה). הביטוח נועד להגן על פרי מפני סיכון זה[11]. הבנק, שמימן חלק ניכר מן האשראי שהעניק פרי, ואשר גם המקור המרכזי שלו להחזר ההלוואה (בנוסף לערבות אישית של פרי) היה הרנטות עצמן, התנה את ההלוואות שלו בכך שיהיה להן כיסוי של חברת ביטוח המבטיחה את פירעון ההלוואה במקרה של פטירה. לכן, עבור החוב לבנק רכש פרי ביטוח בחברה חיצונית. על הסיכון של הונו העצמי של פרי, לעומת זאת, לא נרכשה פוליסת ביטוח. מכיוון שמספר הלקוחות של פרי היה גדול[12], הוא העדיף שלא לרכוש ביטוח, אלא לעשות "ביטוח עצמי"[13].

חשוב לציין עוד שההסכמים בין פרי והחברות שבשליטתו לבין לקוחותיו אושרו הן על ידי המוסד לביטוח סוציאלי בגרמניה והן על ידי בית הדין לחוזים אחידים בישראל[14].

הרשעתו של פרי - סעיפי האישום וההרשעה המרכזיים נגד פרי היו ארבעה: א. קבלת דבר במרמה - בשל כך שלא גילה ללקוחותיו כי הוא הבעלים של החברות המלוות. ב. גניבה - על שחייב את לקוחותיו בפרמיות ביטוח אך לא העביר את כולן לחברת ביטוח חיצונית. ג. עיסוק בביטוח ותיווך בביטוח ללא רישוי. ד. שיבוש הליכי משפט. הטעויות בהן אדון במאמר זה, אינן מתייחסות לאישום האחרון.

להלן אציג שבע טעויות יסודיות בפסקי הדין שהרשיעו את פרי.

א. טעות באבחנה בין חייב לנושה

ההרשעה העיקרית של פרי הייתה בגין גניבה של פרמיות ביטוח. על פי פרשנות בית המשפט לחוזה בין פרי ללקוחותיו, פרי התחייב להעביר את פרמיות הביטוח לחברת ביטוח חיצונית ולא עשה כן. בכך דחה בית המשפט את הפרשנות שהציעה ההגנה, אשר גם אומצה על ידי בתי משפט אזרחיים שדנו בסכסוכים בין פרי ללקוחותיו, לפיה פרי לא היה מחויב להעביר את פרמיות הביטוח לחברת ביטוח חיצונית[15].

בית המשפט המחוזי היה מודע לבעייתיות של הרשעה זו, שכן אפילו לפי פרשנותו, פרמיות הביטוח נועדו לשם רכישת פוליסה עבור החברות של פרי, ולא עבור הלקוחות. יתר על כן, בית המשפט גם היה מודע לכך שהלקוחות שהלכו לעולמם קיבלו מפרי את הפטור שהובטח להם כנגד הפרמיות. לכן, בית המשפט הבין שעל מנת לבסס הרשעה בגניבה יש צורך להצביע על אינטרס של הלקוחות בכך שהחברות של פרי יהיו מבוטחות. הוא מצא אינטרס כזה של הלקוחות בכך שללא ביטוח כזה פרי היה עלול להיקלע לחדלות פירעון. וכך הסביר זאת בית המשפט המחוזי:

"את קיומו של נזק אפשרי במתכונת כללית של הקניית ביטחון ללקוחות באמצעות ביטוח, בחברת ביטוח, דווקא, צריך לבחון מלכתחילה ולא בדיעבד. כאשר בוחנים אותו בדרך זו, בשעה שלא היה מוברר כי החברות המלוות, ולמעשה הנאשם, יוכלו

11. ודוק: אם הלקוח ילך לעולמו לפני קבלת הרנטה הראשונה, פרי יספוג את מלוא הנזק, שכן טרם החל לקבל אפילו פרמיה אחת מתוך חוב הפרמיות שנרשם. לעומת זאת, אם הלקוח ילך לעולמו לאחר שכבר הספיק לקבל חלק מהרנטות, הרי שלפחות חלק מחוב הפרמיות יכוסה עבור פרי, ולכן הוא יישא רק בחלק מהנזק או שלא יישא בנזק כלל.
12. מתוך כ-33,000 אנשים שנרשמו על ידי פרי, כ-13,000 הפכו ללקוחותיו, ומתוכם כ-9,000 בחרו במסלול ההלוואות, שבו נדרש הביטוח.
13. ביטוח עצמי אינו דבר חריג. חברות להשכרת רכב למשל, מספקות ללקוחותיהן ביטוח הפוטר אותם מהשתתפות עצמית במקרה של נזק לרכב, ואינן מעבירות לחברת ביטוח את הפרמיות שהן גובות מהלקוחות עבור ביטוח זה.
14. ע"א 3105/93 **היועץ המשפטי לממשלה נ' ואח'**, פ"ד נג(3) 14.
15. חשוב להדגיש שההרשעה בעבירת הגניבה התבצעה רק על סמך פרשנות זו של החוזה, למרות שאף עד לא העיד שכך הבין את החוזה בעת החתימה, ועל אף שבתי משפט אזרחיים שדנו בפרשנות החוזים הללו הגיעו למסקנה הפוכה. כך, למשל, בע"א (ת"א) 3203/02 **סטולוביץ נ' הארגון למימוש האמנה**, תק-מח 2005(3) 10828, נקבע כי: "התעקשותו של בא כח המערערת על כי המשיבים יוכיחו ביטוחה בפועל של המערערת אצל חברת ביטוח חיצונית אינה רלוונטית, כל עוד ברור כי המערערת 'מכוסה' מפני סיכון של פטירה מבחינתם של המשיבים".
16. עמ' 10332 להכרעת הדין.

לקיים את הבטחת הפטור, הסיכונים שעמדו לפתחם של הלקוחות היו ממשיים. סיכונים אלו היו בגדר של נזק כלכלי צפוי"[16].

קביעה זו עמדה בניגוד ישיר לעדויות של לקוחות, שאמרו כי לא היה אכפת להם לאן הולכות פרמיות הביטוח, ובניגוד לעדויות מומחים שהסבירו כי ללקוחות לא היה שום אינטרס בקיומו של ביטוח כזה.

הטעות היסודית של בית המשפט בעניין היא בהחלפה שבין הנושה לחייב. כלומר, מדובר בטעות בסיסית לגבי האופן בו מתחלקים הסיכונים במקרה של פשיטת רגל. מי שנושא בסיכון של חדלות פירעון הם הנושים של פושט הרגל. הלקוחות של פרי, לעומת זאת, לא היו נושים של פרי אלא חייבים שלו. לכן, הלקוחות של פרי לא היו יכולים להיפגע, אפילו לא באופן תיאורטי, מכך שפרי יפשוט את הרגל: זכויות הפנסיה של הלקוחות השתלמו להם ישירות מממשלת גרמניה ולא מהחברות של פרי, ולכן הם לא היו חשופים לשום סיכון של חדלות פירעון[17].

ב. טעות בהבנת החישוב של פרמיות הביטוח

שתי הערכאות קבעו באופן קטיגורי כי פרמיות הביטוח בהן חייב פרי את לקוחותיו היו גבוהות מהמקובל בשוק. למסקנה זו הגיעו השופטים מבלי שהוצגה חוו"ד מומחה מטעם התביעה. לגישתי, בהעדר חוו"ד כזו, לא יכול בית המשפט לבסס מסקנה כלשהיא לגבי גובה הפרמיות, ובוודאי שאינו יכול לבסס מסקנה המרשיעה נאשם במשפט פלילי. אך במקרה שלפנינו, הוצגה חוו"ד, ואפילו חוו"ד אובייקטיבית.

המדובר בחוו"ד של אקטואר שמונה על ידי משרד האוצר לפני כעשרים שנה, מר דוד נצר ז"ל, ואשר בחן את גובה הפרמיות במסגרת הליך האישור של החוזים של פרי בבית הדין לחוזים אחידים. למרות שמר נצר ז"ל הגיע למסקנה שפרמיות הביטוח שגבה פרי הן נמוכות מן המקובל בשוק, שתי הערכאות בחרו להתעלם מחוו"ד זו וקבעו שהפרמיות לא היו הוגנות. את דחיית חוו"ד, הסביר השופט לוי כך:

"בפני בית הדין לחוזים אחידים, וממילא בפני נצר המנוח, לא חשפו המערערים את התמונה במלואה, ובעיקר את העובדה שהביטוח נערך על ידם ולא בחברה חיצונית, והרי אין כלל ספק שלנתון זה יש משמעות לפחות במובן של עלויות הביטוח, להן, כך מחייב ההיגיון, נודעת השלכה על שיעורן של הפרמיות"[18]. עם כל הכבוד הראוי לבית המשפט העליון, למסקנה זו, אליה הגיע השופט לוי כעניין שלגביו "אין כלל ספק" וש"כך מחייב ההיגיון", אין כל בסיס לוגי. מר נצר נתבקש על ידי משרד האוצר והיועץ המשפטי לממשלה לבחון אם פרמיות הביטוח בהן מחייב פרי את לקוחותיו הן הוגנות אם לאו. על מנת לענות על שאלה זו ערך מר נצר בדיקה אקטוארית, הנשענת על חישובים מתמטיים וסטטיסטיים, ושאינה תלויה כלל בשאלה מי גובה את הפרמיה. על סמך חישובים אלו הגיע מר נצר למסקנה החד המשמעית שהפרמיות נמוכות מן המקובל. כאמור, אף עד מומחה מטעם התביעה לא הציג תזה נגדית. יתר על כן, ברשימת עדי התביעה היו שני אקטוארים, שהתביעה בחרה שלא להעלות לדוכן העדים. למרות כל זאת, על סמך ידיעתם השיפוטית בלבד, ובניגוד לכל הראיות המקצועיות שהוצגו, קבעו שופטי שתי הערכאות כי הפרמיות היו גבוהות מן המקובל[19].

ג. טעות בהבנת העסקה

למסקנה שלפיה פרמיות הביטוח היו גבוהות מן המקובל, הגיעו השופטים מן הטעם שהיו מקרים, בהם החיוב של הלקוחות בגין הפרמיות היה גבוה מהחיוב שלהם בגין ההשקעה הבסיסית בתוכנית הפנסיה בגרמניה. כפי שהסביר זאת השופט כספי בבית המשפט המחוזי: "בפועל חישבו הנאשמים את הסכומים שגבו מן הלקוחות לצורך רכישת פרמיות ביטוח מראש, בשיטה בלתי מקובלת, כך שבמקרים מסוימים עלתה פרמיית הביטוח ששולמה, כביכול מראש, על מלוא גובה החוב אותה הייתה אמורה לכסות בקרות האירוע הביטוחי"[20].

17. הדבר דומה לאדם השוכר רכב ורוכש מחברת ההשכרה ביטוח למקרה שיגרם נזק לרכב. בהסכם עם החברה נאמר כי בשל רכישת הביטוח השוכר יהיה פטור מאחריות על כל נזק שיגרם למכונית. מנקודת המבט של השוכר, אין שום חשיבות לשאלה אם החברה רכשה ביטוח חיצוני באמצעות הפרמיות שהשוכר שילם לה, או שהיא מבצעת באמצעותן ביטוח עצמי. בשני המקרים הלקוח מוגן לחלוטין באופן זהה, אפילו אם חברת ההשכרה תפשוט את הרגל במהלך תקופת ההשכרה. לפי פס"ד שהרשיע את פרי, חברת השכרה כזו, שאינה מעבירה את פרמיות הביטוח לחברת ביטוח חיצונית (ולמיטב ידיעתי מרבית חברות ההשכרה אכן לא עושות כן) מבצעת גניבה.

18. פסקה 56 לפסק הדין.

19. ניתן להדגים את הבעייתיות שנוצרת עקב הסתמכות זו על ידיעה שיפוטית, באמצעות החישוב היחידי שמציג פס"ד בערעור (בפסקה 56). חישוב זה מתייחס "לנתונים בעניינו של אחד הלקוחות, יוסף גורה, כפי שאלה הובאו בסיכומיה של המשיבה בפני בית משפט קמא" (ההדגשה שלי, ע.י.). כלומר, לא רק שהשופטים נמנעו מלהסתמך על עדות מומחה, ולא רק שפסקו בניגוד לחוו"ד של מומחה אובייקטיבי, אלא שהמקור העובדתי היחידי עליו נסמכו בעניין זה הנו חישוב שהוצג בסיכומים שהוגשו לערכאה הראשונה על ידי ב"כ התביעה. חשוב מכך, המסקנה כאילו חישוב זה מעיד על עושק וגזל של הלקוח, גם היא אינה נתמכת בחוו"ד מומחה, אלא מתבססת רק על הידיעה השיפוטית של בית המשפט הנכבד. יתר על כן, אותו לקוח, שעליו נסמך פסק הדין בערעור, הוגדר על ידי בית המשפט המחוזי כמי שדבריו כוזבים ושפעל

על פני הדברים, נדמה שאין היגיון בכך שאדם ייאות לשלם פרמיית ביטוח הגבוהה מן הסכום המבוטח. אך טעותו של כבוד השופט כספי, ובעקבותיה גם של ערכאת הערעור, היא בהתעלמותם מכך שבניגוד לעסקאות ביטוח רגילות, כאן הלקוח לא שילם את הפרמיות מכיסו[21].

למעשה, הלקוח לא שילם דבר מראש. פרמיות הביטוח רק נרשמו כחוב של הלקוח, וחוב זה הצטרף לסכום ההלוואה המקורי. מכיוון שכל החוב הזה היה אמור להיגבות בעתיד רק מתוך הרנטות שיגיעו ללקוח מגרמניה, ומכיוון שרנטות אלו היו מותנות בחייו של הלקוח, היה צורך לבטח גם את החוב בגין פרמיות הביטוח עצמן. כתוצאה מכך גדל משמעותית גובה הפרמיות, שכן היה עליהן לבטא גם את הסיכון שהן עצמן לא ישולמו[22]. במילים אחרות, החוב המבוטח אינו רק החוב בגין ההשקעה בגרמניה, אלא גם החוב על שכר הטרחה והחוב על פרמיות הביטוח עצמן. ברור אם כן, שכאשר מדובר בלקוח מאד מבוגר (הגיל הממוצע של לקוחותיו של פרי היה 67), שהסיכון למותו בטרם החזרת ההלוואה גבוה, אין זה מופרך שהחוב בגין פרמיות הביטוח יעלה על החוב בגין ההשקעה הבסיסית בגרמניה[23]. אין ספק שמדובר בחישוב מורכב, וברור ששופט אינו נדרש להיות מסוגל לבצע אותו באופן עצמאי. אך בדיוק לשם כך יש מומחים ואלו, כאמור, הגיעו למסקנה שהפרמיות בהן חויבו הלקוחות היו נמוכות מן המקובל, ואף נמוכות מן הנדרש בכדי לכסות את הסיכון. משלא הובאה שום ראיה או עדות מומחה הסותרת עדותם של מומחים אלו, היה על בית המשפט לקבלן, או לכל הפחות להימנע מלדחותן על בסיס ידיעתו השיפוטית. בשום מקרה אסור היה לבית המשפט להציב עצמו כמומחה לעניין כה מורכב.

ד. התעלמות מהפרשי עיתוי בין ההשקעה לגבייה

כבוד השופט כספי ניסה לערוך חישוב של סכום ה"גניבה", היינו פרמיות הביטוח אותן גבה פרי בפועל מתוך הרנטות שקיבלו הלקוחות, ולא העביר לחברת ביטוח חיצונית. לשיטת השופט כספי, עד סוף שנת 2004 גבה פרי מלקוחותיו, מתוך הרנטות, סך כולל של 514 מליון מרק. מסכום זה הפחית השופט כספי סכומים של 244 מליון מרק אותם השקיע פרי או שלהם היה זכאי פרי אפילו לשיטתו של השופט כספי[24].

מכאן הגיע כבוד השופט כספי למסקנה שההפרש בין שני הסכומים הללו, 270 מיליון מרק, משקף את גובה הגניבה[25]. חישוב זה נערך על ידי כבוד השופט כספי באופן עצמאי, ללא שום עדות מומחה תומכת, ועם כל הכבוד, הוא מוטעה לחלוטין: הסכום אותו גבה פרי, אפילו לפי שיטתו של השופט כספי, נגבה לאורך כ-15 שנה-משנת 1989 עד שנת 2004. לעומת זאת, הסכומים המושקעים על ידי פרי, או לפחות מרביתם, הושקעו בתחילת ההתקשרות, קרי בתחילת שנות התשעים. במילים אחרות, למרות שמדובר בפער ממוצע של כשבע שנים בין המועדים בהם בוצעו ההשקעות של פרי לבין המועדים בהם התקבלו התקבולים, ביצע השופט כספי חיבור וחיסור של הסכומים בערכם הנומינלי, תוך התעלמות מהפרשי העיתוי ומן הריבית הגבוהה ששררה באותה תקופה על המרק הגרמני. כשלוקחים בחשבון את הפרשי העיתוי ואת הריבית, נקל לראות שסכומים אלו עשויים להתקזז, ואף הסימן של ההפרש ביניהם עשוי להתברר כחיובי-היינו, שהסכום שנגבה בפועל היה נמוך מן הסכום שהושקע- וערך ה"גניבה" הנו שלילי. גם בעניין זה, הטעות נובעת מכך שהשופט התיימר לבצע חישוב כלכלי עליו הוא אינו אמון, על סמך ידיעתו השיפוטית, וללא כל תמיכה של עדות מומחה[26].

ה. אי הבנה של ניגודי אינטרסים בין יועץ השקעות ללקוח

אין חולק על כך שלפרי היה "חטא קדמון"-בהקימו את החברות המלוות הפר פרי את חוקי הפיקוח על מטבע חוץ. חטא קדמון

נגד פרי עבור בצע כסף (עמ' 10199 להכרעת הדין). והחשוב מכל, סיכומי התביעה בבית המשפט המחוזי, ובעקבותיהם גם הכרעתו של בית המשפט העליון, התעלמו מכך שבזכות פרי, "נכון למאי 2003 קיבל גורה סכום נומינלי בסך 173,940 מרק" (עמ' 10193 להכרעת הדין)-ומאז הסכום יכול היה רק לגדול-וכל זאת מבלי שיוסף גורה אגורה, מבלי שנטל על עצמו שום סיכון, וכל ההשקעה והסיכון נפלו על שכמו של פרי.

20. עמ' 10334 להכרעת הדין.

21. אילו הלקוח היה משלם את הפרמיות מכיסו, מראש, אכן לא היה יכול להיות שהפרמיה תהיה גבוהה מן הסכום המבוטח. אילו כך היה, הלקוח לא היה מבקש מפרי לבצע עבורו את ההשקעה אלא היה מבצע השקעה עצמית.

22. על ההבדל בין תשלום מראש של פרמיות הביטוח לבין חיוב בגינן בלבד, ניתן לעמוד באמצעות דוגמה פשוטה: לקוח בן 64 מצטרף לתכנית של פרי. פרי משקיע עבורו 65,000 מרק, רושם לו חוב בגובה סכום זה, וחוב של 15,000 מרק נוספים בגין שכ"ט. כן רושם לו פרי חוב בגין פרמיות ביטוח בשיעור של 80,000 מרק נוספים. כעבור שנה, בטרם יצא לגמלאות ובטרם קיבל מגרמניה אפילו רנטה אחת, נפטר הלקוח וכל חובו לפרי נמחק. לו היה משלם את הפרמיות מראש, היה הלקוח מפסיד 80,000 מרק ופרי היה מפסיד 80,000 מרק. כיוון שהלקוח לא שילם אגורה מראש, פרי הפסיד 160,000 מרק, והלקוח לא הפסיד דבר. אשתו של הלקוח, לעומת זאת, תקבל עד מותה קצבת שארים של כ-10,000 מרק בשנה, ממנה פרי לא יקבל אגורה. הדבר המדהים הוא שעל פי פסק הדין שהרשיע את פרי, גם מלקוח זה "גנב" פרי עשרות אלפי מרקים.

23. כדי להבין טוב יותר כיצד יתכן שהחיוב בגין הפרמיות יעלה על החיוב בגין ההשקעה הבסיסית, נדגים את החישוב באמצעות תרגיל היפותטי בו הלקוח פונה ישירות לחברת ביטוח חיצונית ומבקש ממנה את הביטוח. בהתאם לנתוני הדוגמה הקודמת, פרי מציע ללקוח להשקיע בפנסיה הגרמנית 65,000 מרק, בצירוף שכ"ט של 15,000 מרק, כך שסך ההשקעה הנדרש מן הלקוח הנו 80,000 מרק. הלקוח מסרב להשקיע מכספו ומבקש מפרי להשקיע את הסכום עבורו, ולגבות את החזר החוב רק מהפנסיה שתתקבל בעתיד. פרי מוכן לתת ללקוח הלוואה ולהשקיע עבור ואת הסכום, ובלבד שהלקוח ירכוש מחברת ביטוח חיצונית ביטוח חיים, שהמוטב שלו יהיה פרי, ואשר יבטית לפרי את החזר מלוא ההלוואה במקרה של פטירת הלקוח (שכן אז יפסיק הלקוח לקבל את הפנסיה). נניח שהלקוח היה פונה לחברת ביטוח חיצונית, ונניח שהיא הייתה מוכנה

זה גרר חטא נוסף, פרי שיקר לגורמים רשמיים שונים כגון המפקח על המטבע, והכחיש בפניהם את הבעלות שלו על חברות אלו. יחד עם זאת, לא היה לקוח אחד שהעיד כאילו, עובר להתקשרות פרי או מאן דהוא אמר לו שפרי אינו הבעלים של החברות. להפך, היו עדים, לרבות עדי תביעה, שהעידו כי ידעו שפרי עומד מאחורי החברות המלוות.

הטענה של פסקי הדין המרשיעים בעניין זה הייתה שעל פרי הייתה חובה לגלות ללקוחותיו שהוא הבעלים של החברות. לכן, על אף שלא שיקר ללקוחותיו, עצם שתיקתו מהווה הפרה של חובת הגילוי. חובה זו נובעת, לדעת השופטים, מכך שפרי הציב עצמו במצב של ניגוד עניינים: מצד אחד הוא הציג עצמו כמי שמייצג את הלקוחות, ומצד שני היה הבעלים של החברות שמימנו את ההשקעה. במצב של ניגוד כזה, קמה על פרי החובה לגלות ללקוחותיו כי הוא זה שמספק להם את המימון. בעניין זה קבע השופט לוי:

"לדידי אין כלל ספק, שלו ידעו הלקוחות את האמת שהוסתרה מהם, הם היו נמנעים מלמנות את המערערים לייצגם נוכח ניגוד האינטרסים המובנה הכרוך בייצוג זה"[27].

קביעתו זו של השופט לוי מוקשה. למעשה, גם קביעה זו נסמכת אך ורק על ידיעה שיפוטית של בית המשפט, והיא עומדת בניגוד לעדויות של הלקוחות המצוטטות על ידי פסק הדין של ערכאת הערעור. בראש ובראשונה, קביעה זו נסתרת עובדתית על ידי לקוחות שהעידו בפני בית המשפט - חלקם אמרו שהתקשרו עם פרי על אף שידעו שהוא הבעלים של החברות המלוות, וחלקם אמרו שלא ידעו אך אילו ידעו לא היה הדבר מפריע להם. קביעתו של השופט לוי גם נסתרת על ידי העובדה, עליה לא היה חולק, שלכל הלקוחות נאמר שפרי מייצג את החברות המלוות ומקבל מהן עמלה. ועל כן, גם אם הלקוחות לא ידעו על הבעלות שלו על החברות, כולם היו מודעים לכך שפרי נמצא בניגוד עניינים מבחינתם.

קביעה זו של פסקי הדין גם נסתרת על ידי חוזי ההתקשרות בין הלקוחות לבין החברות המלוות (של פרי), בהם נאמר מפורשות שהחברה המלווה תבצע את שתי הפעולות: גם תייצג את הלקוחות וגם תשקיע עבורם אם הם לא יהיו מעוניינים להשקיע בעצמם. כלומר, כל הלקוחות, כמו גם שופטי בית הדין לחוזים אחידים שאישרו את ההסכמים[28], היו מודעים לכך שהחברות המלוות מבצעות את כפל התפקידים-מצד אחד מייעצות ומייצגות, ומצד שני מספקות את האשראי. אם הלקוחות ושופטי בית הדין לחוזים אחידים לא ראו בכך טעם לפגם, אין כל יסוד להניח שהיו רואים טעם לפגם דווקא בכך שפרי הנו הבעלים של החברות, המבצעות את התפקיד הכפול.

אך מעבר לכל זאת, טעות בסיסית נוספת של שני פסקי הדין נוגעת להנחתם שקיים ניגוד עניינים חמור בין שני התפקידים הללו. למעשה, ניגוד עניינים משמעותי הרבה יותר קיים אצל מי שמספק שירותי ייצוג וייעוץ ללא מתן אשראי, והשילוב של התפקידים הללו יחד עם מתן אשראי תחת קורת גג אחת דווקא מפחית את ניגוד העניינים.

ההשוואה לייעוץ להשקעה בניירות ערך מתבקשת: כאשר לקוח צריך לבחור בין ייעוץ של ברוקר הגובה ממנו עמלה קבועה על כל עסקה, לבין ייעוץ של ברוקר אשר מוכן גם לממן עבורו את ההשקעה בהלוואה נון ריקורס, ברור שהוא יעדיף את הייעוץ של הברוקר השני, משום שניגוד העניינים עימו קטן יותר - הברוקר השני יודע שהוא עלול להידרש להשקיע בעצמו, ועל כן לא כדאי לו להמליץ על השקעה לא רווחית. באופן דומה, לגבי הפנסיה הגרמנית: ליועץ רגיל, שנהנה מעמלה על השקעת הלקוח בתכנית, היה אינטרס לשכנע את הלקוח להשקיע בה (ומנקודת מבטו, כל המרבה הרי זה משובח), וזאת בין אם התכנית הייתה משתלמת ללקוח ובין אם לאו, שכן הוא היה מקבל את שכרו גם אם עבור הלקוח ההשקעה לא הייתה משתלמת. לכן, הלקוחות לא יכולים היו לסמוך על עצתם של יועצים כאלו. לעומת זאת,

---

להנפיק את פוליסת ביטוח החיים המבוקשת, ונניח גם שהיא הייתה דורשת תשלום של פרמיה בגובה 50% מן הסכום המובטח - במקרה זה 40,000 מרק. מכיוון שהלקוח אינו מוכן לסכן אגורה, הוא פונה חזרה לפרי ומבקש ממנו הלוואה נוספת, בגובה 40,000 מרק, לשם תשלום הפרמיה. פרי נותן לו את ההלוואה וזו מצטברת לסכום ההלוואה הראשוני. חשוב לשים לב שבמצב זה, אם נפטר הלקוח, חברת הביטוח מחויבת לפרוע רק את החוב הראשון על סך 80,000 מרק, והמשמעות היא שפרי מאבד את מלוא סכום ההלוואה השנייה, שנתן ללקוח עבור הפרמיות. אי לכך, פרי דורש מהלקוח לעדכן את פוליסת הביטוח, ולהעמידה על 120,000 מרק. הלקוח פונה חזרה לחברת הביטוח ומבקש להגדיל את הסכום המבוטח מ-80,000 ל-120,000 מרק. בגין כך הוא נדרש על ידי החברה לשלם תוספת של 20,000 מרק לפרמיה החד פעמית. הלקוח חוזר לפרי ומבקש ממנו להגדיל את ההלוואה בעוד 20,000 מרק. פרי מסכים, אך גם בגין גידול זה יש להגדיל את הפוליסה. כך מטפס לו סכום ההלוואה הכולל, עד שהוא נעצר ב-160,000 מרק, כשמתוכו סכום ההלוואה בגין הפרמיה הוא 80,000 מרק. סכום זה גבוה מההשקעה הבסיסית בגרמניה, שהייתה 65,000 מרק, והוא בדיוק בגובה החוב המקורי, שכלל גם את שכר הטרחה.

ברור מאליו, שאילו היה הלקוח נדרש לשלם מכיסו מראש 80,000 מרק עבור פרמיות הביטוח, היה הלקוח מסרב, ובוחר במקום זה להשקיע באופן עצמאי בפנסיה הגרמנית, כפי שהציע לו פרי מלכתחילה במסגרת המסלול הראשון. אך הלקוח לא נדרש לשלם את הסכום הזה מראש. הוא בחר במסלול השני, שבו כל הסיכון נופל על כתפיו של פרי בעוד שהלקוח אינו מסכן דבר. לכן, הוא אינו משלם את אותם 80,000 מרק, אלא רק נרשם לו חוב של 80,000 מרק בגין פרמיות הביטוח, וכל החוב הזה (יחד עם החוב המקורי) יימחק במקרה של פטירתו בטרם עת.

24. מדובר בשכ"ט, בפרמיות שפרי העביר לחברת ביטוח חיצונית, בהשקעות שביצע פרי במוסד לביטוח סוציאלי בגרמניה וכיו"ב. בחישוב זה התעלם השופט כספי מהשקעות רבות נוספות שבוצעו על ידי פרי, אך קצרה היריעה מכדי שאוכל לתאר טעויות אלו.

25. עמ' 10355 להכרעת הדין.

26. בפסק הדין בערעור אין אזכור לחישוב זה. יתכן שהדבר נובע מכך שהמותב הנכבד הבין שחישוב כזה לא יכול לעמוד על תילו, ויתכן שהדבר נובע מכך שממילא התביעה הודתה שלא הצליחה להוכיח גבייה בפועל וההרשעה הייתה בגין החיוב בלבד, ועל כן השופטים הנכבדים לא ראו כל חשיבות בניסיון לכמת את הסכום שאולי נגבה.

החברות המלוות של פרי הודיעו, שאם הלקוח יסרב להשקיע מכספו בתוכנית הן ישקיעו בה בעצמן, ויגבו רק חלק מוסכם מראש של הרנטה. הדבר יצר להן תמריץ להמליץ על רמת ההשקעה האופטימלית, ולדחות לקוחות שעבורם לא היה כדאי לבצע את ההשקעה. ואכן, הארגון של פרי דחה למעלה מאלף לקוחות אשר עקב גילם או מצב בריאותם לא כדאי היה להם להשקיע בתכנית.

למעשה, בפני בית המשפט הוצגו ראיות ברורות שפרי העדיף לקוחות שהשקיעו באופן עצמאי, ושמסלול ההלוואות נועד בעיקרו על מנת לשכנע את הלקוחות שכדאי להם להשקיע באופן עצמאי. אך נראה שהשופטים כה זעמו על כך שפרי שיקר לגורמים רשמיים של המדינה, שהתקשו להפריד בין שקרים אלו, חמורים ככל שיהיו, לבין מערכת היחסים הכלכלית המיטיבה בין החברות המלוות ללקוחות, שאותה היה על בית המשפט לנתח על סמך עדויות המומחים ולא על סמך ידיעתו השיפוטית.

ו. הטענה שללקוחות נשאר סכום פעוט

ד"ר אשר בלס היה אחד המומחים שהעידו מטעם ההגנה. בהתייחס לעדות זו נקבע בבית המשפט המחוזי: "נתון אחד בולט בחוות דעתו והוא חזר עליו גם בעדותו בבית המשפט: הפנסיה הכוללת הממוצעת (ראשונה) היא בסכום של 1,261 מ"ג ואילו הסכום הפנוי (פנסיה) ממוצע ללקוח הוא בסכום של 278 מ"ג. כ-22% בלבד מן הפנסיה הכוללת, זכה לקוח ממוצע. והדבר מדבר בעד עצמו. **הזהו המחיר** הראוי למה שקראה ההגנה **טיפול ראוי**?"[29] (ההדגשות במקור, ע.י.).

גם לגישת השופט לוי, "הראייה הטובה ביותר" לכך שפרי גזל את לקוחותיו היא "הסכום הפנוי הזעום ששולם להם"[30]. אכן, אילו היה פרי מתווך, שהתחזה כמי שמסייע לניצולי שואה לקבל פיצויים, וגרף 78% מהם לכיסו, אין ספק שמדובר היה בגזל נוראי. אבל פרי לא היה מתווך ולא היה מדובר בפיצויים. היה מדובר בהשקעה, ופרי היה זה שהשקיע עבור הלקוח את כל הסכומים הנדרשים. כלומר, הדרך הנכונה מבחינה כלכלית לתאר זאת היא הפוכה: הלקוח קיבל 22% מן הרנטות מבלי שהשקיע אגורה ומבלי שסיכן דבר, ואילו פרי השקיע את כל הסכום הנדרש וסיכן את כולו לשם יצירת הזכות לפנסיה, ולמרות זאת קיבל רק 78% מן הרנטות[31].

גם בעניין זה, הטעות של בית המשפט נובעת מהחלטתו לקבוע מסמרות בעניינים כלכליים על סמך ידיעתו השיפוטית, ללא תימוכין בעדויות מומחה או בראיות מקצועיות אחרות[32].

ז. הטענה שחיוב ותקבול חד הם

כאמור, פסקי הדין הרשיעו את ישראל פרי בכך שחייב את לקוחותיו בפרמיות ביטוח ולא העבירן לחברות ביטוח. כבר עמדנו קודם על כך, שבניגוד לעסקאות ביטוח רגילות, במקרה זה פוליסת הביטוח לא הייתה כלל מיועדת להיות של הלקוחות, אלא של החברות של פרי–הן היו הבעלים והמוטבים של הפוליסה. ללקוחות לא היה שום אינטרס ביטוחי בפוליסה. לכן, קשה להבין כיצד תתכן עבירה על חוקי הביטוח[33], וכיצד תתכן גניבה מהלקוחות של פרמיות, אשר מלכתחילה לא היו מיועדות על מנת לרכוש נכס כלשהו ללקוחות.

אך הטעות של בית המשפט בסיסית אף יותר, ונובעת מכך שבית המשפט לא הבחין בין חיוב לתקבול. כאמור, פרי לא גבה מהלקוחות את הפרמיות מראש, כפי שנעשה בעסקאות ביטוח רגילות, אלא רק חייב אותם בגינן. כלומר, הוא רק רשם בספריו שהלקוחות חייבים לו פרמיות ביטוח. התביעה לא הצליחה לבסס את טענתה שפרי גבה בפועל את פרמיות הביטוח, חזרה בה מהאמור בעניין זה בכתב האישום וטענה שדי בכך שפרי חייב את לקוחותיו כדי לבסס את עבירת הגניבה. שתי הערכאות קיבלו את טענת התביעה. לקביעת שתיהן, אין הבדל בין חיוב לתקבול[34].

אבל בעולם העסקי, ההבדל בין חיוב לתקבול הנו דרמטי, עד

27. פסקה 43 לפסק הדין.
28. בערעור על החלטת בית הדין לחוזים אחידים מסביר השופט זמיר, שהחברות המלוות "עוסקות במתן ייעוץ, במתן סיוע ואשראי לישראלים המבקשים לרכוש זכאות לפנסיה מהמוסד לביטוח סוציאלי בגרמניה" (לעיל הערה 13, בעמ' 17). יודגש כי על אף שלבית הדין לחוזים אחידים, ולבית המשפט העליון (ביושבו כערכאת ערעור על בית הדין לחוזים אחידים), לא גולה כי קיימים קשרי בעלות בין הארגון של פרי לבין החברות המלוות, וגם לא נאמר להם שפרמיות הביטוח אינן מועברות במלואן לחברת ביטוח חיצונית, השופט זמיר בחן את הוגנות העסקה כאילו כל הגופים הללו מהווים ישות אחת. וכלשונו של השופט זמיר: "הגוף המבטח (שבית-הדין קורא לו 'חברת הביטוח', אך בפועל הוא שילוב של חברת ביטוח עם הארגון למימוש האמנה על ביטחון סוציאלי (ישראל – מערב גרמניה) ... אין להיתלות בהפרדה הארגונית שבין המלווה לבין המבטח. יש לבחון לגופה את הדרישה לתשלום פרמיית ביטוח בעבור כל התקופה המקורית של ההלוואות..." (שם, בעמ' 23-22).
29. עמ' 10583 לגזר הדין.
30. פסקה 56 לפסק הדין.
31. למעשה, השופט כספי טעה גם בפרשנות שנתן לדבריו של העד המומחה ד"ר בלס, וגם טעות זו מעידה על הבנה בלתי מספקת של מבנה העסקה. השופט כספי סבר שפרי גבה 78% מהפנסיה הכוללת, ואילו מר בלס העיד כי בממוצע פרי גבה 78% מהרנטות רק כל עוד הלקוח נדרש להחזיר את ההלוואה. מתוך הפנסיה כולה מדובר באחוז הרבה יותר נמוך, משום שהגביה של פרי מן הרנטות פסקה, בממוצע, כאשר הלקוח הגיע לגיל 85 (שאז הלקוח מקבל 100% מהפנסיה ופרי אינו מקבל אגורה), וכאשר הלקוח הלך לעולמו (ואז בת זוגו של הלקוח מקבלת 100% מקצבת השארים ופרי אינו מקבל אגורה).

כדי כך שעל הבדלים אלו נופלים וקמים בתי עסק. למעשה, כל המשבר הפיננסי בו נמצא כיום המשק העולמי נובע מההבדל ה"דק" בין חיוב לתקבול. במקרה הרגיל, הפער בין חיוב לתקבול נובע מחוסר סולבנטיות. במקרה שלנו, הפער בין חיוב לתקבול נבע משתי סיבות מרכזיות אחרות: ראשית, ההלוואות שנתן פרי ללקוחותיו היו לתקופה של 20 שנה, וללקוחות הובטח שעם פטירתם יימחק כל חובם. כיוון שהגיל הממוצע של הלקוחות היה 67, היה ברור מלכתחילה שחלק ניכר מן החוב יימחק. שנית, מכיוון שההלוואות היו נון-ריקורס, כך שהוגדר מראש שההחזר שלהן יתבצע רק מתוך רנטות שיגיעו בפועל מגרמניה, הרי שהיה גבול עליון על הסכום אותו יכול היה פרי לגבות מלקוחותיו, וגבול זה היה נמוך משמעותית מהחיוב שהופיע בספרים, חיוב אשר חושב על ידי האקטוארים במנותק מן היכולת לגבות את החוב. לכן, במקרה שלנו, הפער בין חיוב לגביה היה חלק אינהרנטי מן העסקה עצמה, וממילא לא הייתה כל אפשרות להתעלם ממנו.

סיכום

אין חולק על כך שלישראל פרי היה חטא קדמון. הוא שיקר לרשויות והכחיש את בעלותו על החברות המלוות. אך בין שקרים אלו לבין הונאת הלקוחות אין דבר, והרשעתו על סמך שקרים אלו מטשטשת את קו הגבול בין המוסר לבין המשפט הפלילי. יתכן שפרי הורשע גם עקב "חטא" נוסף שלו - הוא מאד התעשר. אך התעשרותו זו לא נבעה מפרמיות הביטוח וגם לא מהונאת הלקוחות. התעשרותו נבעה משכר הטרחה[35]. פרי היה מתעשר באופן דומה (ואולי אף יותר) גם אם כל הלקוחות היו בוחרים במסלול ההשקעה העצמית, שעל הוגנותו לא היה חולק, ומשלמים לו את שכר הטרחה במזומן. ההתעשרות של פרי לא נבעה מהונאה או גניבה, אלא מיזמות יוצאת דופן, ומיכולתו להתמודד באופן מתוחכם ויצירתי עם מכשולים רגולטורים ופיננסיים. בסופו של דבר, תחכום זה לא הובן על ידי בית המשפט והיה בעוכריו, אבל תחכום זה הוא שאפשר למספר כה גדול מלקוחותיו ליהנות מן הפנסיה הגרמנית ללא כל השקעה מצידם. הרוב המוחלט של הלקוחות של פרי היו מרוצים מן השירות שקיבלו[36]. העדים שהעידו נגד פרי היו רק לקוחות שהפרו עימו חוזה, שפרי תבע אותם עקב הפרה זו, ושבית המשפט עצמו סבר שהם לא אמינים ולא ייחס משקל לעדותם.

ההרשעה של פרי נובעת משורה של הלכות חדשות, שאינן מתיישבות עם ההיגיון. ברשימה זו הצבעתי רק על ההלכות החדשות והמוטעות שלהן פן כלכלי ברור. כמדומני שלא יכול להיות חולק על כך שמדובר בטעויות יסודיות, ושקיים לפחות חשש ממשי (אם לא ודאות) שהטעויות הללו יצרו עיוות דין ועוול חמור למר פרי. העובדה שבית משפט בישראל - בשתי ערכאות - עלול לבצע שגיאות חמורות כאלו, ועל בסיסן להשית עונש מאסר של עשר שנים, צריכה להדיר שינה מעיניו של כל איש עסקים וכל אזרח בישראל.

32. הדברים נהיים ברורים עוד יותר, כאשר משווים בין עמדת המדינה לפני עשרים שנה לעמדתה כיום. לפני עשרים שנה דן בג"צ בתכנית הפנסיה הגרמנית (לעיל הערה 7). באותו דיון הסבירו כלכלני משרד האוצר שהם מתנגדים לכך שאזרחי ישראל יקיעו בתכנית שכן לאור הריבית הגבוהה בגרמניה ולאור הסיכונים הרבים הכרוכים בתכנית, התמורה שנותנת גרמניה אינה מצדיקה את ההשקעה. כלומר, לפי העמדה של כלכלני האוצר, אפילו היה פרי נוטל 100% מכל הפנסיות וקצבות השארים, היה הוא מבצע השקעה שהתשואה עליה היא שלילית, עסקה שהמדינה עצמה לא מוכנה הייתה לבצע. והנה, לאחר עשרים שנה, ומצוידים בחכמה שלאחר המעשה, כאשר ידוע שחלק מהסיכונים של התכנית לא התממשו, טוענת כיום המדינה כי פרי, שהשקיע עבור הלקוחות את כל ההשקעה הנדרשת, ונשא בכל הסיכונים, עשק את לקוחותיו כאשר קיבל רק 78% מן הרנטות ו-0% מקצבות השארים. בית המשפט העליון שקיבל לפני עשרים שנה את עמדת המדינה, שלפיה 100% מהרנטות ומקצבת השארים אינם מספקים תמורה הולמת להשקעה, ועל בסיס טענה זו אישר את עמדת המדינה האוסרת על אזרחי ישראל להוציא מטבע חוץ לשם השקעה בתכנית; מקבל היום עמדה הפוכה של המדינה, ולפיה מי שביצע את ההשקעה הזו עבור הלקוחות, והסתפק ב-78% מהרנטות ו-0% מקצבות השארים, ביצע עסקה חריגה ברווחיותה, עד כדי כך שהוא עשק את לקוחותיו.

33. מכיוון שהחברות המלוות הן המבוטחות, ברור שהן לא יכולות להיות גם חברות העוסקות בביטוח. יתר על כן, כיוון שהן חברות זרות, ברור שהמפקח על הביטוח אינו צריך להגן עליהן מפני חברות ביטוח המבטחות אותן.

34. הסביר זאת השופט כספי כך: "יש לדחות את טענת ההגנה, המנסה להבחין בין 'חיוב' לבין 'גבייה', כדרך שעשתה במהלך כל המשפט... השניים שלובים זה בזה ואינם מתנועעים בנפרד או במקביל. הם שלובים כך, בדרך שמטבע אחת יש לה שתי פנים. ... הפרדה בין שני עולמות אלה היא, איפוא, מלאכותית, בעיני, ואיננה מאפיינת את הראייה הכוללת והמאוחדת של השניים" (עמ' 10363 להכרעת הדין).

35. שכ"ט עמד על 12 רנטות ללקוח, כך שמדובר בכ-14,000 מרק ללקוח. מכיוון שהיו לפרי כ-13,000 לקוחות, מדובר בשכ"ט של כ-200 מליון מרק. לו קיבל הכול במזומן, ומפקיד בבנק, היה פרי צובר עד היום קרוב למיליארד מרק, מבלי שיצטרך לשאת בסיכונים כלשהם ומבלי שיצטרך לארגן אופרציה של מימון וגביה מהלקוחות.

36. השופט כספי סרב לקבל את עדותם של הלקוחות המרוצים משום שלקוחות אלו היו "מדושני עונג" כהגדרתו, וכאלו המסתכלים אך ורק על "השורה התחתונה" (עמ' 8-10217 להכרעת הדין). פס"ד של ערכאת הערעור, לעומת זאת, התעלם מכל העדויות של הלקוחות. הניתוח של ערכאת הערעור, המתחיל בעמ' 26 לפס"ד, אינו מפנה לאף עדות של לקוח, אלא הסתמך אך ורק על ניתוח המסמכים. ואין זה פלא, שהרי פס"ד של ערכאת הערעור מצטט את בית המשפט המחוזי, ואומר ש"אכן, לא מעט עדויות מבין לקוחות אלה, כוללות סתירות, פרכות, אי-דיוקים ואמירות מביכות, שאין להן בסיס ממשי" (פסקה 7 לפס"ד בערעור).