

בית המשפט המחוזי מרכז

ת"צ 4818-07-10 מנדנך נ' גלובל נטוורקס אי.סי.איי בע"מ

לפני כב' השופט פרופ' עופר גרוסקופף

המבקש **ארי מנדנך**
ע"י ב"כ עו"ד בן ציון רוניק

נגד

המשיבה **גלובל נטוורקס אי.סי.איי בע"מ**
ע"י ב"כ עו"ד ערן גוטפריד

לתגובה בכתבי טענות (16-02-2012): תצ 4818-07-10 ארי מנדנך נ' גלובל נטוורקס אי.סי.איי בע"מ - ב"כ עו"ד ערן גוטפריד, עו"ד אחז אגם שופטים: מיכל נד#ב, עו"ד: ערן גוטפריד, אחז אגם לסיכומים בכתבי טענות (16-02-2012): תצ 4818-07-10 ארי מנדנך נ' גלובל נטוורקס אי.סי.איי בע"מ - ב"כ עו"ד ערן גוטפריד שופטים: מיכל נד#ב, עו"ד: ערן גוטפריד

חקיקה שאוזכרה:

חוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006**פסק דין**

1. המבקש הגיש כנגד המשיבה וכנגד נטוויז'ן 013 ברק בע"מ (להלן: "נטוויז'ן") בקשה להכרה בתובענה כייצוגית שעניינה משלוח דואר זבל בניגוד להוראות סעיף 30א. לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב - 1982 (להלן: "חוק התקשורת") על ידי אתר היכרויות בשם XLOVE המופעל על ידי המשיבה (להלן: "אתר המשיבה").
2. ביום 21.3.2011 אושרה על ידי כבוד השופטת מיכל נד"ב בקשת הסתלקות של המבקש המתייחסת לנטוויז'ן, ומאותו שלב התנהלו ההליכים כנגד המשיבה בלבד.

3. טענות המבקש מתייחסות לשני סוגי מסרים שנשלחו אליו, ואל מנויים אחרים, בשל הצטרפותו לאתר המשיבה: פרסומות של חברות מסחריות (להלן: "פרסומות") והודעות של האתר כי בתיבת הדואר שלו ממתינה הודעה מחברה/אתר (להלן: "טיזרים") (נוסח הטיזרים הללו הוא כדלהלן: "חדשות נפלאות מ- xlove.co.il. (שם פרטי ומספר) של/ה לך הודעה: ההודעה ממתינה לך בתיבת הדואר שלך באתר. לחץ כאן לקריאת ההודעה עכשיו!").

4. טענת המבקש היא שהמשיבה המשיכה לשלוח אליו פרסומות וטיזרים גם לאחר שמסר לה הודעה כי ברצונו להפסיק לקבלם, וזאת בניגוד להוראת סעיף 30א.ד) לחוק התקשורת, שזו לשונו:

"הסכים הנמען לקבל דברי פרסומת לפי הוראות סעיף קטן (ב) או לא הודיע על סירובו לקבלם לפי הוראות סעיף קטן (ג), רשאי הוא, בכל עת, להודיע למפרסם על סירובו לקבל דברי פרסומת, דרך כלל או מסוג מסוים, ולחזור בו מהסכמתו, ככל שניתנה (בסעיף זה – הודעת סירוב); הודעת הסירוב לא תהיה כרוכה בתשלום, למעט עלות משלוח ההודעה; הודעת הסירוב תינתן בכתב או בדרך שבה שוגר דבר הפרסומת, לפי בחירת הנמען".

5. דינה של בקשת המבקש להידחות מהטעם שהמבקש לא עמד בנטל להוכיח קיומה של עילת תביעה אישית, שכן אין די בראיות שהביא כדי לבסס את טענתו כי ניתנה על ידו הודעת סירוב.

6. בטענתו כי מסר הודעת סירוב התבסס המבקש על שלוש הודעות סירוב ששלח לטענתו:

ההודעות הראשונה והשנייה הן שתי תכתובות דואר אלקטרוני (בנוסח כמעט זהה) שנשלחו ביום 15.11.2009 וביום 2.12.2009 לחברת האשראי לאומי קארד בע"מ (להלן: "חברת האשראי"), עם העתק לאתר המשיבה. בפניות אלו הלין המבקש על כך שכרטיסי האשראי שלו חויב בתשלום בגין שימוש בשירותי אתר המשיבה, וביקש מחברת האשראי לבטלו. בסיום הפניה הוסיף כי הוא מבקש מחברת האשראי "לפעול בנושא שמירת פרטי הכרטיס שלי אצל הספק, ולבקש למחוק פרטי כ"א שלי מבסיסי הנתונים של הספק" (להלן: "שני המיילים הראשונים").

ההודעה השלישית היא דואר אלקטרוני ששלח המבקש לשתי כתובות שממשות את אתר המשיבה (האחת לטיפול בשימוש לרעה באתר והשנייה לתמיכה) בה נאמר "אל תשלחו לי יותר הודעות – כבר ביקשתי בעבר, ראה הוזהרתם!". יצוין כי הפרט היחידי המזהה את המבקש בהודעה זו היא כתובת הדואר שלו (להלן: "המייל השלישי").

7. פשיטא כי שני המיילים הראשונים אינם יכולים להוות הודעת סירוב, כמובנו של מונח זה בסעיף 30א.ד) לחוק התקשורת. הודעות אלו מופנות לחברת האשראי, ומהן ניתן להסיק כי המבקש אינו רוצה לשלם בעבור שירותי אתר המשיבה. עם זאת, מאחר ומדובר באתר המספק הן שירותים בתשלום והן שירותים שאינם בתשלום, לא ניתן ללמוד מהן שהמבקש אינו מעוניין לקבל הודעות (שלא בתשלום) מהאתר (וכך אכן הבינה אותן המשיבה. ראו עדות המצהיר מטעמה בפרוטוקול 25.10.2011, עמוד 15 שורות 2 – 3: **"הבנו שהוא מבקש שנפסיק לחייב אותו ושהוא רוצה להיות חבר חינמית"**).

8. המייל השלישי יכול, מבחינת תוכנו, להוות הודעת סירוב, אלא שהמבקש לא עמד בנטל להוכיח כי אכן התקבל על ידי המשיבה. המשיבה טענה כבר בתגובתה לבקשה להכרה בתובענה כייצוגית כי המייל לא נשלח לכתובת הנכונה, וכי בכל מקרה היא מעולם לא קיבלה אותו (ראו סעיף 77 לתגובה). המצהיר מטעמה הצהיר על עניין זה (ראו סעיף 49.2 לתצהירו), ובעדותו לפני מסר כי **"בדקתי זאת באופן אישי, המיילים לא התקבלו באף תיבה"** (פרוטוקול 25.10.2011, עמוד 15 שורה 8). במצב דברים זה, ובהינתן נטל ההוכחה המוטל על התובע, אין מנוס מהמסקנה כי קבלת מייל זה לא הוכחה, ולפיכך אין התובע עומד בנטל הראשוני להראות כי עומדת לו עילה אישית.

9. בהקשר זה אבקש להוסיף שלוש הערות:

ראשית, המבקש הסכים בשעתו לקבל הודעות מאתר המשיבה, ועל כן היה עליו לתת הודעת סירוב, קודם שקמה לאתר המשיבה החובה לפי סעיף 30א.ד) לחוק התקשורת להפסיק לשלוח אליו פרסומות וטיזרים. הודעת סירוב, לעניין זה, היא אומנם פעולה חד צדדית, שאינה טעונה הסכמה (קיבול) של הצד השני. יחד עם זאת, גם הודעה חד צדדית טעונה קליטה על ידי הצד שכנגד על מנת שתשתכלל, ומכאן שנדרש להוכיח לא רק שההודעה נשלחה, אלא גם שהגיעה לידיעת הצד שכנגד (על ההבחנה בין קיבול לקליטה ראו עופר גרוסקופף, "סיווג מסרים שהוחלפו במהלך משא-ומתן", **עיוני משפט** כב (תש"ס) 754, 745, הערה 28).

שנית, בתום דיון ההוכחות הערתי לב"כ התובע על הקושי הראיתי שקיים ביחס להוכחת העילה האישית, ואף ציינתי בפניו כי היו דרכים בהן יכול היה לנסות ולבסס את הטענה שהמייל השלישי נשלח והתקבל. כך לדוגמא, למייל השלישי כותב כנמען סמוי (BCC) אחיו של המבקש, וניתן היה להביא ראיות המעידות על כך שהנמען הסמוי קיבל את המייל – דבר שלא נעשה. בעקבות הערה זו, שנועדה לתת לב"כ המבקש התראה ביחס לקושי הראיתי שניצב בפני בקשתו, הגיש ב"כ המבקש בקשה לאפשר לו להגיש ראיות נוספות בעניין זה (קרי, ראיות לכך שהמייל השלישי התקבל בידי הנמען הסמוי). ב"כ המשיב התנגד לכך, ובצדק. הליך הבאת הראיות איננו משחק חוזר של ניסוי וטעייה במסגרתו רשאי התובע לתקן בדיעבד ליקויים במערך הראיות שהציגו בכל שלב של ההליך. המבקש הועמד עוד מתחילת ההליך על כך שהמשיבה טוענת כי לא קיבלה את המייל השלישי, וממילא היה מודע, ולמצער צריך היה להיות מודע, לחובתו להביא ראיות בעניין זה. משנכשל בכך, אין מקום לאפשר לו לתקן

מחדל זה בדיעבד. כך ביחס לתובענה בהליך רגיל, ומקל וחומר ביחס לתובע ולבא כוח המבקשים אישור להפוך למייצגים של קבוצה (לדחיית הבקשה להבאת ראיות נוספות ראו החלטתי מיום 16.11.2011).

שלישית, הסנקציות שקבע המחוקק בגין משלוח "דואר זבל" הן סנקציות חמורות, הכוללות אחריות פלילית, פיצויים לדוגמה וחשיפה לתובענה ייצוגית. במצב דברים זה מן הראוי לדרוש מתובע המבקש לממש סנקציות אלו כי יוכיח, ברמה גבוהה יחסית, כי הודעת הסירוב שנתן התקבלה בידי הצד שכנגד. ודוק, התובע לא יכול להוכיח במקרה הרגיל כי הודעת הסירוב התקבלה בוודאות, אולם לכל הפחות ביכולתו להוכיח כי שלח את ההודעה מספר פעמים (ולעניין זה נראה כי ככלל אצבע ניתן להסתפק בשלוש ניסיונות במועדים שונים), וכי נוסח ההודעה היה ברור. כאשר התובע מוכיח כי שלח לפחות מספר הודעות סירוב, עובר הנטל לנתבע להוכיח כי הוא לא קיבל אף אחת מהן. כאשר התובע הסתפק במשלוח הודעת סירוב אחת, והנתבע מכחיש שקיבל אותה, נטל הראייה על התובע להוכיח כי ההודעה הבודדה ששלח אכן התקבלה. בנטל זה לא עמד התובע שלפני, לא ברמה הדרושה כדי לבסס תביעה אישית לפיצויים לדוגמה ולא ברמה הדרושה כדי לשכנע שיש לו עילת תביעה אישית לעניין סעיף 4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות.

10. על פי סעיף 8(ג)(2) לחוק תובענות ייצוגיות "מצא בית המשפט כי התקיימו כל התנאים האמורים בסעיף קטן (א), ואולם לא מתקיימים לגבי המבקש התנאים שבסעיף 4(א)(1) עד (3), לפי הענין, יאשר בית המשפט את התובענה הייצוגית אך יורה בהחלטתו על החלפת התובע המייצג". אינני סבור כי יש מקום להפעלת הוראה זו במקרה שלפני, וזאת הן מהטעם שלא מתקיימים התנאים הקבועים בסעיפים 8(א)(1) ו- 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות. לפי התנאי הראשון יש להשתכנע כי "התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה". לפי התנאי השני נדרש להתרשם כי "תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין".

פרופ' עופר גרוסקופף 54678313

11. בענייננו, קיימות אומנם מחלוקות משפטיות בין הצדדים, ואולם לא הן שעומדות בלב העניין. בסופו של יום, מקובל על שני הצדדים כי חובת המשיבה היא להפסיק לשלוח פרסומות וטיזרים למנויי האתר שמסרו הודעות סירוב. השאלה המתעוררת היא האם במקרה כזה או אחר פעלה המשיבה בהתאם לחובתה זו. לשיטת ב"כ המבקש המשיבה מפרה במקרים רבים את חובתה. לשיטת ב"כ המשיבה היא מכבדת ככלל (בכפוף לתקלות אקראיות) הודעות סירוב. אינני סבור כי מחלוקת מסוג זה, בנסיבות בהן לא הובאו ראיות של ממש לכך שהתעלמות מהודעות סירוב מהווה מדיניות מכוונת של המשיבה, נוגעת ל"שאלות מהותיות של עובדה או משפט" (וראו גם ת"צ 24912-03-10 חגי נ' חברת פרטנר לישראל בע"מ (ניתן ב- 27.3.2011 ע"י השופטת מיכל נד"ב)).

12. זאת ועוד, אף אם תאמר שטענת המבקש היא שיש רשלנות מצד המבקשת בטיפול בהודעות סירוב, הרי שבהעדר ראיות ישירות לקיומה של מדיניות מכוונת בעניין זה, אינני סבור כי תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת - די לנו בכך שבכל מקרה בו כשלה המשיבה ניתן להגיש נגדה תביעה לפיצויים לדוגמה (והלכה למעשה, תביעות כאלו אכן מוגשות, כפי שניתן ללמוד מפסקי הדין השונים שהגיש המבקש). ממה נפשך, אם צודק המבקש, יהיו תביעות רבות כאלו, והמשיבה תלמד את לקחה; אם המשיבה צודקת, יהיו התביעות מועטות, והיא לא תיענש על לא עוול בכפה. בין כך ובין כך, אין צורך להשתמש בהליך המורכב, המסורבל והיקר של תובענות ייצוגיות על מנת להרתיע עוסקים מטיפול רשלני בהודעות סירוב (וזאת להבדיל ממצבים בהם מובאות ראיות ישירות המעידות על אימוץ מדיניות מכוונת של התעלמות מחוק התקשורת). השוו, לעניין זה, לדברים שציינתי בהקשר קרוב (הטעיה צרכנית) בת"צ 5567-06-08 בר נ' עטרות תעשיות 1996 בע"מ (ניתן ב-20.12.2010), פסקה 39, בדבר העדיפות שראוי לתת, במצבים מתאימים, לסנקציה של "פיצויים לדוגמה" על פני הכלי רב העוצמה של תובענה ייצוגית.

13. לאור כל האמור לעיל, הבקשה להכרה בתובענה כייצוגית נדחית, ועימה התובענה בכללותה.

14. המבקש יישא בהוצאות המשיבים בהליכים שלפני בסכום של 35 אלף שקלים חדשים.

ניתן היום, ט"ז שבט תשע"ב, 09 פברואר 2012, בהעדר הצדדים.

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן

בית המשפט המחוזי בחיפה

10 אוגוסט 2014

ת"א 23058-11-10 אורות העמקים חב' לשווק
ויבוא חומרי חשמל בע"מ ואח' נ' גוויס ס.פ.א
(A.P.GEWISS S)

בפני כבוד השופט א' קיסרי

תובעות 1. אורות העמקים חב' לשווק ויבוא חומרי חשמל בע"מ
2. שרקת אל באיאן

נגד

נתבעת 1. גוויס ס.פ.א (GEWISS S.P.A)

חקיקה שאזכרה:

חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988: סע' 2

כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית), תשס"א-2001

פסק דין

1. התובעת 1 ("אורות") היא חברה רשומה בישראל והתובעת 2 ("אל באיאן") היא חברה שהתאגדה ברשות הפלסטינית. הנתבעת ("גוויס") היא חברה המאוגדת באיטליה ועוסקת בייצור מוצרי חשמל.

2. התובעות הגישו נגד גוויס תביעה בסכום של 4,000,000 ₪, שבה הם טענו שגוויס התחייבה כלפיהן שהן ישמשו כמפיץ בלעדי של מוצריה בשטחי הרשות הפלסטינית ("הרשות") למשך שנים רבות. נטען, כי בשנת 1998 או בסמוך לכך נפגשו נציגי גוויס מספר פעמים עם נציגי אורות, והציעו להם שאורות תהיה מפיצה בלעדית של מוצרי הנתבעת בשטחי הרשות. לפי הטענה, נציגי גוויס התוו את מתכונת הפעילות בדרך הבאה: ההפצה תיעשה באמצעות החברה הישראלית, והחברה הפלסטינית תשמש עבורה צינור בלבד; רכישת המוצרים מגוויס תתבצע פורמלית על ידי אל באיאן, והיא תמחה את זכויותיה ואת מסמכי היבוא לאורות; המוצרים ייבאו לישראל ויועברו למחסני אורות באום אל פאחם, ומשם הם יופצו על ידי אורות בהתאם לצורכי ההפצה ("מתווה הפעילות"). נטען עוד שהתובעות החלו לפעול על פי המתכונת האמורה, וכי בהתאם לכך כל התשלומים עבור רכישות מוצרים נעשו על ידי אורות, המוצרים שיובאו אוחסנו במחסניה וכל הקשר והפגישות עם נציגי גוויס התקיימו במשרדה. נטען גם שהסיכום בין הצדדים היה שהתובעות ישמשו כמפיץ בלעדי של מוצרי גוויס בשטחי הרשות החל משנת 2000 ולמשך שנים רבות, ובהתאם לכך רכשו התובעות

מגוויס בשנים 2005–2000 מוצרים בסכום של כ-12,000,000 יורו. בסעיף 18 לכתב התביעה נטען שבין הצדדים לא נחתם הסכם הפצה בכתב, וכי הקשר העסקי והתחייבות גוויס להפצה בלעדית התבססו על יחסים אישיים וקשרי אמון שנרקמו בין אורות לבניה, כי התובעות הסתמכו על קשרים אלה ועל התחייבותה של גוויס, וכי בין השנים 2000 ל-2004 שימשו התובעות כמפיץ הבלעדי של מוצרי גוויס בשטחי הרשות.

3. לטענת התובעות, בסוף שנת 2004 התברר להן שגוויס החלה למכור את מוצריה בשטחי הרשות גם למפיצים נוספים ובכך היא הפרה את ההתחייבות לבלעדיות, וכתוצאה מכך נגרמו להן נזקים בסכום של כ-4.4 מיליון ₪ (שמטעמי אגרה הועמד על סכום של 4 מיליון ₪).

4. בכתב הגנתה הכחישה גוויס מתן כל התחייבות לתובעות או למי מהן בדבר הזכות להפצה בלעדית, וטענה שרכישת המוצרים ממנה נעשתה במהלך עסקיה הרגילים ועל פי התנאים המקובלים אצלה למכירת מוצרים. היא טענה גם שאורות לא התקשרה עמה בהסכם כלשהו ולא רכשה ממנה מוצרים, וכי המוצרים נמכרו רק לאל באיאן וזאת על בסיס התנאים המקובלים אצלה.

5. סמוך לאחר הגשת התביעה הגישה גוויס בקשה לסלקה על הסף (בקשה מספר 3) בנימוק שלפי המוסכם בין הצדדים סמכות השיפוט בכל חילוקי הדעות ביניהן נתונה לבית המשפט בעיר ברגמו שבאיטליה, וכי מכל מקום בנסיבות העניין בית המשפט בישראל הוא בבחינת "פורום לא נאות". בהחלטה מיום 22.2.12 דחתה הרשמת (כתוארה אז) ת' שרון-נתנאל את הבקשה.

6. לאחר שהוגשו ראיות ונשמעו העדויות, הגישו הצדדים עיקרי טיעון בכתב וסיכמו את טענותיהם בעל פה.

העדויות והראיות

7. מטעמן של התובעות העידו ד' אלקסוני ("אלקסוני"), העוסק בהפצת מוצרי חשמל ביהודה ושומרון במשך שנים רבות (תצהירו - ת/1); ע' אלגובעה ("אלגובעה"), שגם הוא עוסק בהפצת מוצרי חשמל ביהודה ושומרון במשך תקופה ארוכה (תצהירו - ת/2); מוחמד אגבאריה, סמנכ"ל שיווק באורות ("מוחמד") (תצהירו - ת/3); מ' שרים, שהקים את אל באיאן ("שרים") (תצהירו - ת/5); מוסטפא אגבריה, בעליה של אורות ("מוסטפא") (תצהירו - ת/6) וכן רו"ח מ' כמאל ("כמאל"), שערך חוות דעת בעניין הרווח השנתי הממוצע של אורות ועלויות המימון והאחסון שהיא נשאה בהן (ת/4). מטעמה של גוויס העיד מ' גרימאלדי ("גרימאלדי") ששימש כמנהל פיתוח עסקי בגוויס (נ/1). יצוין כי לאחר שהסתבר שגרימאלדי לקה במחלה קשה ביקשה גוויס, והתובעות הסכימו לכך, שעדותו של גרימאלדי תימסר מתוך לתור ובדרך של התוועדות חזותית. עדותו נמסרה ביום 15.10.13, וחודשים מספר לאחר מכן מסרה גוויס הודעה שגרימאלדי הלך לעולמו. בנוסף לגרימאלדי העידו מטעמה של גוויס גם ר' מנולי (תצהירו - נ/14) ומ' ג'זמאוי ("ג'זמאוי") (תצהירו - נ/15).

8. בנוסף, הגישו שני הצדדים גם מסמכים שונים כראיות ולאלה, כמו גם לתוכן העדויות ולמסקנות שיש להסיק מחומר הראיות, אתייחס להלן. בתוך כך אעיר גם, שבעת כתיבת פסק הדין התברר שבחלק מפרוטוקולי הדיונים נפלו טעויות בספרור העמודים. טעויות אלה תוקנו וההפניות הן למספרי עמודים לאחר התיקון.

דיון

9. לאחר עיון בחומר הראיות ולאחר ששקלתי את טענות הצדדים, הגעתי למסקנה שיש לדחות את התביעה, מפני שאף לא אחת מן התובעות הראתה את קיומה של התחייבות גוויס כלפיה לשמש כמפיץ בלעדי של מוצריה, בכלל או בשטחי הרשות.

הזכות להפצה הבלעדית

10. הזכות לבלעדיות בהסכם הפצה איננה בעלת משמעות מובנת מאליה, וכמסתבר, להסכם הפצה בלעדית יכולות להיות משמעויות שונות, ופעמים אף יותר ממשמעות אחת. כך למשל יכול הסכם כזה לכלול התחייבות של הספק למכור מוצרים או שירותים רק באמצעות המפיץ כשבצידה התחייבות של המפיץ שהוא ירכוש את מוצרים או שירותים רק מן הספק. ההתחייבויות ההדדיות בהסכמים אלה מהוות לכאורה הסדר כובל כמשמעו בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים תשמ"ח-1988 (ע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 145 (1998)) ועל רקע זה נקבעו כללים המאפשרים, בתנאים מסוימים שנקבעו בהם (כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמי הפצה בלעדית) תשס"א-2001)). תיאור של הסכמי הפצה בלעדית מסוגים שונים ניתן למצוא בחיבורם של ד' גילה וי' שפיגל, הסדרים אנכיים, ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים, כרך ראשון 325 (2008), שבו סוקרים המחברים הסכמי הפצה בלעדית בהיבט של דיני ההגבלים העסקיים. כשלעצמם, דינים אלה אינם נוגעים לענייננו, אולם ניתן להיעזר בדברים כדי להבין את הסוגים השונים של הסכמי הפצה בלעדית. כך, למשל, מתארים המחברים מאפיינים של הסכמים להפצה בלעדית ככאלה שבהם המוכר מתחייב שלא לשווק באמצעות מפיצים מתחרים, או ככאלה המוגבלים לטריטוריה בלעדית שבהם המוכר מתחייב המוכר שלא לשווק באמצעות מפיצים מתחרים בטרטוריה זו או לשווק לסוג לקוחות מסוים בלבד. בנוסף, מצביעים המחברים על קיומם של הסדרים המאפיינים הסכמי הפצה בלעדית בנוגע למחירים, לכמויות, לעמלות ולהנחות נאמנות (loyalty discounts). גם בפסיקה שעניינה הסכמי הפצה בלעדית ניתן למצוא היבטים שונים של הזכות לבלעדיות (כגון: שטח גיאוגרפי סוגי מוצרים, תקופת ההסכם וכיוצא בזה) (ע"א 7814/11 אשר חברה להפצת צמיגים בע"מ נ' קו-גול יוניטרייד בע"מ (16.9.13); ע"א 9118/10 דוד בן יעקב נ' מולטילוק בע"מ (4.3.12); ע"א 1319/06 משה שלק נ' טנא נגה (שווק) 1981 בע"מ (20.3.07); ע"א 8741/01 Micro Balanced Products נ' תעשיות חלאבין בע"מ, פ"ד נו (2) 171 (2003); ע"א 2850/99 שמעון בן חמו נ' טנא נוגה בע"מ, פ"ד נד (4) 849 (2000)).

11. דברים אלה הובאו כדי להראות שכאשר ספק מתקשר עם מפיץ בהסכם המקנה למפיץ זכות בלעדיות אזי, על דרך הכלל, יכלול ההסכם הוראות בעניינים השונים הקשורים בהפצה ובבלעדיות והשלכותיה, בין השאר בעניין הגבלת או מניעת תחרות, ומצב דברים זה מקים הנחה נוספת שהתקשרויות מסוג זה נעשות בכתב. אכן, בהעדר הוראת חוק המורה שהתקשרות כזו תהיה בכתב, ניתן להתקשר בהסכם להפצה בלעדית גם על דרך של הסכם בעל פה. אולם במקרה כזה נטל הראיה המוטל על הטוען לקיומו של הסכם כזה הוא כבד למדי, בשל הצורך להוכיח את תוכנו של ההסכם, על כל פרטיו, תוך הסתמכות על עדויות הנוגעים בדבר בלבד, והקשיים הכרוכים בכך הם ברורים. קשיים דומים יכולים להתעורר גם כשההסכם מתועד במסמך (וראו המחלוקת שהתעוררה בע"א 8571/12 משה בריטש נ' אירונאוטיקס בע"מ (10.6.14)), ועל אחת כמה וכמה כך כאשר אין תיעוד להסכם זולת הזיכרון האנושי.

הזכות להפצה בלעדית לא הוכחה

12. בליבת תביעתן של התובעות עומדת הטענה, שגוויס התחייבה כלפיהן שהן תהיינה מפיצות בלעדיות של מוצרי גוויס בשטחי הרשות לתקופה שאינה מוגבלת בזמן. התובעות, ככאלה, נושאות בנטל השכנוע ונטל הבאת הראיות להוכחת תביעתן בכלל, ולהוכחת הטענה בדבר זכות ההפצה הבלעדית בפרט (ע"א 127/86 יהושע רייכר נ' פוליתם בע"מ, פ"ד מב (3) 114 (1988) ("עניין פוליתם")). לכן, וכשמלכתחילה טענו התובעות שלא נחתם הסכם הפצה בכתב וכי ההסכם התבסס על יחסים אישיים וקשרי אמון (סעיף 18 לכתב התביעה), היה עליהן להביא ראיות התומכות בטענתן במידה מספיקה כדי להעביר את נטל הבאת הראיות לגוויס, שביקשה לדחות את התביעה (ע"א 8385/09 המועצה המקומית סאג'ור נ' סונול ישראל בע"מ (9.5.11)), ולדעתן הן לא עמדו בכך.

13. בתצהירו של מוסטפא (ת/6) הוא ציין (בסעיף 8) כי "במהלך הפגישות סוכמה מתכונת העבודה בין חברת אורות העמקים ובין חברת גוויס, בה הובהר, כיצד תוכל להפוך חברת אורות העמקים להיות המפיצה הבלעדית של חברת גוויס ביו"ש" והוסיף (בסעיף 13) ש"לא נחתם הסכם בלעדיות הפצה בכתב, וזאת לאור היחסים האישיים וקשרי האמון שנקמו ביני לבין מר אנטוניו קריסטינה" (ההדגשות במקור, א"ק). מוסטפא הוסיף והעיד שלמיטב ידיעתו "הימנעות ממתן התחייבות בכתב להפצה בלעדית במסגרת הסכם בלעדיות בכתב, למרות קיומה של התחייבות כזו בפועל הינו חלק מדפוס הפעולה של חברת גוויס..." (בסעיף 14 לתצהירו).

14. על הטענה כי מדובר בדפוס פעולה של גוויס חזר גם בא כוחם של התובעות בעיקרי הטענות שבכתב (סעיפים 19–23) ובסיכום טענותיו בעל פה (בעמ' 110 לפרוטוקול).

15. לדעתי, בדבריו האמורים של מוסטפא בעדותו, וטענותיהן של התובעות בסיכומיהן, יש סממנים המאפיינים את טענותיהן של התובעות כמו גם את ראיותיהן, היינו, עמימות והעדר כל

מסוימות בתיאור פרטי ההתרחשויות בכלל, ותוכן ההתחייבות המיוחסת לגוייס בפרט. עיון בתצהירי העדות הראשית שהוגשו מטעמן של התובעות מלמד שפרט לתצהירו של מוסטפא, ובמיוחד לדברים שאותם ציטטתי לעיל, לא הובאה עדות היכולה לתאר בפרטים ולשפוך אור על מועד, נסיבות ותוכן ההתקשרות שלקיומה טוענות התובעות. מטעמן של התובעות ניתנה אמנם עדותו של מוחמד, בנו של מוסטפא, אולם אם תיארתי את עדותו של מוסטפא כעמומה ומעורפלת, על אחת כמה וכמה נכון הדבר בנוגע לעדותו של מוחמד בתצהירו (ת/3). הדבר אינו מפליא, שכן בחקירתו הסתבר שבעת הרלוונטית הוא היה סטודנט בן 19 (עמ' 51 לפרוטוקול), וכמסתבר מתצהירו של אביו, מוסטפא, הוא לא נכח בפגישות עם מי שהיה באותה עת נציג גוייס, א' קריסטינה ("קריסטינה"). לעדותם של מוסטפא ומוחמד אשוב ואתיחס בחלק אחר של פסק הדין.

16. כבר הזכרתי שהתובעות ביקשו לראות בהתנהלותה המסחרית של גוייס משום תמיכה לטענתם, שהיא התקשרה עמן בהסכם להפצה בלעדית. בקשר לכך נכללו בתצהיריהם של מוסטפא ושל מוחמד תיאורים הנוגעים לרכישות מוצרי גוייס, למימונם ולאופן יבואם לישראל. דברים אלה גם נתמכו במסמכים, ולדעתי עצם הפעילות המסחרית המתוארת בתצהיריהם של מוסטפא ומוחמד אינה שנויה במחלוקת, אולם אין בה, כשלעצמה, כל ראיה לטענה בדבר התקשרות בהסכם להפצה בלעדית.

17. כמו בעניין פוליתם, גם כאן יש לקבוע שהתובעות אינן מבחינות בין מצב עובדתי, שלטענתן התקיים, לבין מסקנה משפטית שיש להסיק ממנו. ליתר דיוק, בעניין פוליתם קבעה הערכאה הראשונה, ובית המשפט העליון סירב להתערב בכך, שהעובדה שהתובע היה רוכש יחיד של מוצרי הנתבעת במשך תקופה ארוכה אינה מהווה כשלעצמה תשתית מספיקה למסקנה שניתנה לו הזכות להפצה בלעדית. מסכת העדויות (הנרחבת, יש לומר) שהביאו התובעות תומכת, לכל היותר, במסקנה שבתקופה הרלוונטית אל באיאן הייתה רוכשת יחידה של מוצרי גוייס למטרת הפצתם בשטחי הרשות, אולם בהעדר ראיה ממשית להסכמת גוייס להתקשר עם אל באיאן, או עם אורות, בהסכם להפצה בלעדית, אין לתביעה בסיס מספיק.

18. גם הטענה בדבר "דפוס פעולה", שלפיו גוייס מתקשרת בהסכם להפצה בלעדית אך נמנעת ממתן התחייבות בכתב, אינה נראית לי ואני דוחה אותה. ראשית, מפני שלדעתי יש בה ערבוב של היוצרות והיא יכולה, אולי, להסביר את העדרו של הסכם בכתב, אולם כשלעצמה אינה מהווה ראיה לכך שהייתה התקשרות בהסכם הפצה. שנית, היא מושתתת על מקרה אחד בלבד, ולכן הניסיון להסיק את קיומו של "דפוס פעולה" הוא מופרך. שלישית, כעולה מסעיף 14 לתצהירו של מוסטפא, הטענה הושתתה על הערת שוליים שנכללה בתשקיף ההנפקה של חברת ניסקו חשמל ואלקטרוניקה בע"מ ("ניסקו"), המשווקת את מוצרי גוייס בישראל. נוסח ההערה הוא "יצוין, כי במכתב שקיבלה החברה (ניסקו, א"ק) מהסוכנות שהינה נציגת גוייס בישראל... בחודש ינואר 2007 הבהיר הסוכן כי על אף האמור בהסכם גוייס ימשיך הסוכן להעניק לחברה את הזכות הבלעדית להפצת מוצרי גוייס בישראל". העמוד הרלוונטי של התשקיף צורף כנספח ת/2 לתצהירו של מוסטפא, ונוסח הדברים שעליהם נסמכת הערת השוליים הוא ש"החברה מונתה כמפיצה (לא בלעדית) של מוצריה

של גוויס בישראל...". הסיבה שבעטיה בחר מוסטפא להתעלם מן הדברים המפורשים בתשקיף, שלפיהם לניסקו אין זכות הפצה בלעדית של מוצרי גוויס, לא התבררה די הצורך, אולם מה שברור הוא שהטענה בדבר דפוס פעולה, כשהיא מוסבת על הסכם ההפצה של ניסקו, היא חסרת כל יסוד.

19. בהקשר זה, ולא מעבר לדרוש, אזכיר גם את דבריו של גרימאלדי שנחקר בעניין זה על ידי בא כוח התובעות. הוא העיד שניסקו היא מפיץ לא בלעדי (non exclusive) של גוויס, וכנשאל אם ידוע לו שניסקו פרסמה בתשקיף ההנפקה שהיא קיבלה מכתב מנציג גוויס שבו הבטחה להיות מפיצה בלעדית, הוא השיב שכל אחד יכול לכתוב מה שעולה בדעתו (בעמ' 21 לפרוטוקול. התרגום שלי, א"ק). תשובה זו מקובלת עליי, ולו מן הסיבה שלדעתי לא ניתן להשתית על הכתוב בתשקיף שום מסקנה רלוונטית לשאלה שבמחלוקת, היינו אם גוויס התקשרה עם הנתבעות בהסכם להפצה בלעדית.

20. העדר תשתית ראייתית מספקת לטענת ההתקשרות בחוזה הפצה בלעדי היא מסקנה המתחייבת גם מעדותו של מוסטפא בחקירתו הנגדית. בסעיף 6 של תצהירו הוא ציין כי התקיימו בישראל מספר פגישות שבהן נכחו, מלבדו, גם קריסטינה וג'וזמאוי, ובסעיף 7 לתצהירו נמצא תיאור הפגישות עצמן (אולם לא תוכן הדברים שנאמרו בהן). עם זאת, וכמסתבר מחקירתו הנגדית של מוסטפא, הוא אינו קורא או כותב אנגלית וגם לא איטלקית (בעמ' 79-80 לפרוטוקול). על רקע זה הוא נשאל "איך הבנת מה קרה בפגישה?" והשיב: "בכל הפגישות, אני ישבתי, בחלק מהזמן האלד (אחיו של מוסטפא, א"ק) וחלק מהזמן עם מוחמד, וחלק מהזמן עם מוטיע (ג'וזמאוי, א"ק) שהוא רימה אותנו והוא נוכל". בהמשך הוא נשאל שוב: "מי תרגם לך, הרי לא הבנת משפט שקריסטינה אומר?" והשיב: "אני מבין קצת אנגלית, לא היו יכולים למכור אותי, יש הבדל בין להבין ובין לא להבין. אני מבין תוכן שיחה" (עמ' 80 לפרוטוקול). דברים אלה של מוסטפא מעוררים קושי גם בהיבט אחר. בסעיפים 9-12 לתצהירו (ת/6) מוצג תיאור של מתווה הפעילות שלטענתו נקבע על ידי נציגי גוויס כתנאי להסכם ההפצה הבלעדי. המתווה כולל מספר שלבים של פעולות עסקיות מורכבות, וכאשר שקלתי את הדבר הגעתי למסקנה שקשה לתת אמון בעדות שלפיה הוסכם על מתווה הפעילות בשיחה בין שני אנשים שאף אחד מהם אינו דובר את שפתו של האחר (לא נטען ולא הוכח שקריסטינה דובר עברית או ערבית).

21. על רקע הדברים שהבאתי לעיל בנוגע לתוכנו של הסכם בדבר הפצה בלעדית, אני מתקשה לקבל את עדותו של מוסטפא, שבפגישות שתוארו בתצהירו סוכמו דברים שניתן לראות בהם התחייבות בת אכיפה מצדה של גוויס, ואני סבור שתיאור הפגישות, כמו גם עדותו של מוסטפא בנוגע אליהן, לוקה בהפרזה ואיננו משקף את הדברים כהווייתם. כבר הזכרתי לעיל את התרשמותי כי טענות התובעות, והעדויות שהובאו מטעמן, מתאפיינות בעמימות בכל הנוגע לעניין המרכזי שעליו נסבה התביעה והוא עצם ההתקשרות ותוכנה, וגם דברים שאמר מוסטפא בעדותו תומכים במסקנה זו. טעמי קיצור מצריכים שלא לצטט את כל הדברים שנאמרו בעדותו של מוסטפא, ודי אם אומר שתשובותיו (בעמודים 79-81 לפרוטוקול) ממחישות התרשמות זו. לא ניתן למצוא בדבריו פירוט של תנאי ההתקשרות, של משמעות הבלעדיות שגוויס התחייבה לה כביכול, וגם לא של

הדברים שהוחלפו בין משתתפי הפגישות שעליהן העיד מוסטפא. כך, למשל, כשנשאל על קשר אישי עם קריסטינה, קשר שעליו התבססה הטענה בדבר הסכם בעל פה, הוא העיד "אני יכול להגיד – היה לי קשר הדוק עם קריסטינה". כשנשאל "אתה יכול להראות מכתבים או כל דבר אחר?" הוא השיב: "הקשר ההדוק עם קריסטינה הוא קשר חברותי, קשר של ביקורים, של לחיצת יד, קשר של הערכות, קשר של בתי מלון, ביקור אצלנו בבית לא פעם ולא פעמיים, זה הקשר שהיה". דברים אלה, שאפשר שכשלעצמם הם נכונים, אינם יכולים לשמש תמיכה בטענת מוסטפא בתצהירו שלפיה לא נחתם הסכם בלעדיות בכתב לאור היחסים האישיים וקשרי האמון שהיו בינו לבין קריסטינה, וגם מטעם זה לא מצאתי את עדותו של מוסטפא כתומכת בטענה. לא ניתן לסיים את ההתייחסות לעדותו של מוסטפא ללא אזכור דבריו, שמלבד קריסטינה גם "גרימאלדי, באחת הישיבות שהייתה, בה היינו אני ומוחמד הבן בבתי המלון בתל אביב, הבטיח וכן לחץ לי את היד" (בעמ' 81 לפרוטוקול). והנה, לא זו בלבד שפגישה שבה השתתף גרימאלדי היא אירוע שאינו נזכר כלל באיזה מתצהירי העדות שהוגשו, בסיכומי טענותיהן טענו התובעות את ההיפך, ובניסיון להמעיט מערכה של עדות גרימאלדי טען בא כוחן כי "הוא לא השתתף בפגישות בישראל" (עמ' 111 לפרוטוקול), וד"ל.

22. מטעמן של התובעות העיד גם מוחמד, שבתצהירו (ת/3) לא נזכרת העובדה שהוא השתתף בפגישות שעליהן העיד אביו מוסטפא. כשנשאל על כך, הוא טען שהיה נוכח "בזמן שקריסטינה היה בבית שלנו ושם עשו את לחיצת היד" (בעמ' 51 לפרוטוקול), אולם לדעתי יש יותר מספק בנוגע למהימנות עדותו בעניין זה. מכל מקום, גם אם עדותו נכונה, היא מעוררת קושי, שכן אם אכן נכח בפגישה עם קריסטינה, ניתן היה לצפות שבהיותו שולט בשפה האנגלית הוא יוכל למסור תיאור מפורט יותר של מה שלטענתו סוכם, ולא להסתפק באמירה סתמית בדבר לחיצת יד. עדותו של מוחמד מעוררת קושי גם בהיבט אחר, הנובע מתשובותיו בקשר להודעת פקס ששלח לו בשעתו גרימאלדי (נספח 7 לתצהירו של גרימאלדי) (מ/1). בהודעה זו, שנשלחה ביום 7.6.04, השיב גרימאלדי לפנייתו של מוחמד והודיע לו שגוויס אינה רואה אפשרות להעניק לתובעות זכות של הפצה בלעדית בין בשטח הרשות ובין בשטח ישראל. בחקירתו הנגדית עומת מוחמד עם תוכן המסמך והשיב שאינו זוכר שקיבל אותו. כאשר הוצג בפניו המסמך והוא נשאל לגבי תוכן פנייתו לגרימאלדי, הוא השיב "היינו מפיץ בלעדי, הייתה לי באיטליה יש להם שימושים של אג'נט וסול דיסטריביוטור. אנחנו היינו הסול דיסטריביוטור, ויש אג'נט. התכנונים שלי היו שאני אהיה גם סול דיסטריביוטור וגם אג'נט". גם בהמשך חקירתו הנגדית, כאשר עומת עם הסירוב המפורש שבמכתבו של גרימאלדי, הוא השיב "מצחיק אותי שאתה קורא רק חלק מהדברים. כתוב לך בבירור (מקריא) (מן המכתב, א"ק)). הוא עונה שהוא לא רוצה בשניהם (כדבריו, גם דיסטריביוטור וגם אג'נט, א"ק)" (עמ' 56 לפרוטוקול). לדעתי אין אפשרות לראות את דבריו של מוחמד אלא כהתחמקות מתשובות ישירות לשאלות פשוטות, שתכליתן הייתה לברר אם אכן הסכימה גוויס למתן זכות להפצה בלעדית לתובעות או למי מהן. ברוח זו יש להבין גם את תשובתו לשאלת בא כוח גוויס מדוע לא מחה על דבריו של גרימאלדי בהודעתו, והוא השיב: "אני מבקש דבר אחר. הוא אומר שדבר אחר הוא לא מוכן אני אשאל אותו על הקיים? הקיים הרי קיים" וכשנשאל פעם נוספת בעניין זה השיב "איטלקים במהותם רמאים. זו מסקנה, תראה מתי הוא כותב את המכתב ותסיק מסקנות, אולי

הוא תכנן את זה, זה כנראה תכנון רמאי שלו, עכשיו אני שם לב, אולי זה תכנון רמאי בהמשך לכלל הרמאות שלו" (עמ' 57 לפרוטוקול). בחלק אחר של עדותו עומת מוחמד עם הודעת פקס ששלח לגרימאלדי ביום 11.3.04 (מ/3). בהודעה זו, שנשלחה על נייר מכתבים של אל באיאן, ציין מוחמד בין השאר שאורות מייבאת מוצרי גוויס לישראל, ואילו יבוא המוצרים לשטחי הרשות ולרצועת עזה נעשה באמצעות אל באיאן. דברים אלה אינם עולים בקנה אחד עם קו הטיעון העקבי שבפיו שאל באיאן היא חברה ריקה מתוכן, אולם זה אינו הדבר החשוב. כשנשאל מוחמד למה לא ציין בהודעתו לגוויס שאל באיאן היא למעשה "צינור" ושלא קיימת בה פעילות, ושרק אורות היא זו שמוכרת, הוא השיב "צריך לספר להם? תכנון שהם עשו, מניפולציה, אני אספר להם מה הם עשו?" (עמ' 53 לפרוטוקול). דומני שאין צורך להביא מובאות נוספות מעדותו של מוחמד, ולדעתי גם בה לא ניתן לתת אמון.

23. לתצהיריהם של מוסטפא (ת/6) ומוחמד (ת/3) צורף מסמך, שקשה להפריז בחשיבותו עת מתבקשת הערכת מהימנות עדויותיהם בפרט וטיב טענות התובעות בכלל. לשני התצהירים צורף (כנספח ת/10) מכתב שנשלח בפקס ביום 25.6.08 מעו"ד ח' אבו חוסיין לגוויס ("אבו חוסיין"). במכתב (שבמקורו כתוב בשפה האנגלית, והדברים מובאים להלן בתרגום חופשי) כתב אבו חוסיין שהוא פועל בשם אל באיאן, וכי לזו היה קשר עסקי עם גוויס בין השנים 2000 ל-2005, וכי באותה תקופה רכשה אל באיאן מגוויס מוצרים בשווי של מיליוני יורו. הוא מוסיף וכותב שכתוצאה מקשרים עסקיים בין גוויס לבין משווקים אחרים חדלה אל באיאן לרכוש מוצרים מגוויס, והיא נותרה עם מלאי בשווי של 100,000 יורו, והוא ביקש בשמה של אל באיאן שגוויס תרכוש בחזרה את המלאי שלא נמכר. הן מוסטפא והן מוחמד התייחסו למכתב זה בתצהיריהם באופן זהה לחלוטין, ושניהם כאחד הציגו את המכתב כניסיון לפתור את המחלוקת עם גוויס מחוץ לכותלי בית המשפט. בסעיף 42 של כל אחד מן התצהירים נאמר ש"במהלך התקופה, אף שלחנו מכתב מאת חברת שארקאת (אל באיאן, א"ק) לחברת גוויס, על מנת לנסות ולגשר על הפערים. המכתב נשלח בשם חברת שארקאת, לאור העובדה שמדובר בפניה פורמאלית, ומדובר היה בפניה בלבד ולא בתביעה. המכתב נשלח בניסיון לסיים את המחלוקת מחוץ לבתי המשפט ברוח טובה, ולכן בהתאם לכללי הפורמאליות, נכתב על המכתב שמה של שארקאת". מדרך הטבע ניתן היה לצפות שכאשר שני אנשים מעידים על אותה התרחשות עובדתית, לא תהיה זהות נוסח מלאה בתצהיריהם, בשל ראיית הדברים באופן שונה אצל כל אחד מהם. עם זאת, בהינתן התכונה השימושית של "העתק-הדבק" בתוכנות עיבוד התמלילים, ניתן להסביר את העובדה שהניסוח בשני התצהירים הוא זהה לחלוטין, על כל המשתמע מכך לעניין מהימנות העדות.

24. אלא שבכך לא מסתיימים הדברים. גרסתן של התובעות היא שאל באיאן היא חברה ריקה מתוכן, שהוקמה לפי דרישת גוויס כחלק ממתווה הפעילות העסקית בין גוויס לבין אורות, ובמקומות רבים בחומר הראיות ניתן למצוא את הטענה שהקשר העסקי היה בין גוויס לבין אורות בלבד. כך, למשל, בסעיף 11 לתצהיר שנתן מוחמד בתמיכה לתשובת התובעות לבקשה לסילוק על הסף (בקשה מס' 3), הוא ציין כי "הסחורה שסופקה על ידי גוויס נשלחה לאורות העמקים ולא לשארקאת אל באיאן", ובסעיף 37 לאותו תצהיר הוא העיד כי "כל הקשרים העסקיים התנהלו בין

חברת אורות העמקים ובין חברת גוויס וכי לחברת שארקאת אל באיאן לא היו יד ורגל בקשרים העסקיים, לא בהזמנה לא בקליטה ולא בשיווק בישראל". לא קשה לראות כי דברים אלה עומדים בסתירה לתוכן מכתבו של אבו חוסיין לגוויס, שבו נאמר שהקשר העסקי הוא בין גוויס לבין אל באיאן ובו התבקשה גוויס לרכוש את המוצרים המוחזרים מאל באיאן.

25. גם בהיבט אחר מתעורר קושי נוכח תוכן מכתבו של אבו חוסיין לגוויס. המכתב נשלח בשנת 2008, היינו כשלוש שנים לאחר מועד הפרת ההסכם הנטענת, ואף על פי כן לא נאמר בו, אפילו ברמז, שלאל באיאן טענה כלשהי בקשר להפרת ההסכם להפצה בלעדית. הן מוסטפא והן מוחמד עומתו עם עובדה זו בחקירתם הנגדית, והדברים שאמרו אינם מניחים את הדעת. מוסטפא ציין תחילה שאינו מכיר את המכתב (עמ' 82 לפרוטוקול), וכאשר נשאל מדוע בשנת 2008 אין בפנייה טענה כלפי גוויס בדבר נזקים כתוצאה מהפרת זכות הבלעדיות, הוא השיב שהכוונה הייתה להגיע להסכם מחוץ לכותלי בית המשפט, ורק כאשר הסתבר שהדבר לא ניתן, פנו התובעות לבית המשפט (עמ' 83 לפרוטוקול). שאלה דומה נשאל גם מוחמד, והוא השיב "אז לא ישבנו וחשבנו את ההפסדים והדברים האלה. חשבנו אולי נוכל דרך מו"מ איתם לפתור את העניין של המלאי ואולי במכתב נוכל לשחזר את הקשר" (עמ' 58 לפרוטוקול). תשובות אלה אינן ממין העניין, ואינן יכולות להסביר מדוע בשנת 2008 לא הועלתה כלפי גוויס טענה בדבר הפרת הזכות לבלעדיות. חשייה זו, כשהיא מצטרפת לראיות ולעדויות האחרות שמקצתן הובא כאן, תומכת במסקנה שהגעתי אליה שהתובעות לא הוכיחו את ההתקשרות עם גוויס כפי שהן טוענות.

26. הראיות האחרות שהביאו התובעות אינן נוגעות במישרין לשאלת ההתקשרות בין גוויס לבין התובעות, ולכן אין צורך להרחיב בדברים לגביהן. עדויות אלקסוני ואלגובעה נגעו להפצת מוצרי חשמל ברשות, וכל שניתן להסיק מהן הוא שהתובעות הפיצו את מוצרי גוויס ברשות במשך תקופה מסוימת. כבר ציינתי לעיל שהוכחת עובדה זו, כשלעצמה, אינה ראייה לתוכן ההתקשרות שבין התובעות לבין גוויס, ובמובן זה משקלן הראייתי של עדויות אלה הוא זניח. עדותו של כמאל נגעה רק לעניינים חשבונאיים וכספיים, וככזו גם לה אין ערך בכל מה שקשור להתקשרות בין התובעות לבין גוויס. גם לעדותו של שרים אין תרומה להכרעה במחלוקת בשאלת קיומו של הסכם ההפצה. לפי עדותו, הוא הקים את אל באיאן לבקשת מוסטפא וכל ענייניה נוהלו על ידי אורות ולו עצמו לא הייתה כל נגיעה או מעורבות בעניינים אלה (עמ' 78 לפרוטוקול). לעובדות אלה, גם אם הן נכונות, אין רלוונטיות לשאלה אם גוויס התחייבה כלפי אורות, או כלפי אל באיאן, להקנות להן זכות להפצה בלעדית של מוצריה.

1. בעיקרי הטענות מטעמן העלו התובעות טענה, שאת העובדה שקריסטינה לא העיד יש לזקוף לחובת גוויס, שכן הימנעותה מהבאתו לעדות "נועדה למנוע ממנו להעיד את מה שסוכם עמו כנציג הנתבעת" (סעיף 11 לעיקרי הטענות). בסיכום הטענות בעל פה נטען בעניין זה ש"מי [ש] יכול לשפוך אור נוסף מטעם הנתבעת, מר קריסטינה שהיה עובד מטעם הנתבעת הוא זה שישב בפגישות עם התובעות, יכול היה לבוא לשפוך אור. מר קריסטינה הוא איטלקי, לא ישראלי, עבד אצל הנתבעת מספר שנים והנתבעת כלל לא פנו אליו שיבוא להעיד. מצדנו לעומת זאת אישר מר אגבריה שהוא

לא הצליח לאתר אותו" (עמוד 110 לפרוטוקול). אכן, ההלכה היא שהימנעות מהבאת עדות או ראיה, מקימה הנחה שלו הייתה מובאת העדות או מוצגת הראיה, היא הייתה פועלת לחובת מי שנמנע מלהביאן ((נע"א 9656/05 נפתלי שוורץ נ' רמנוף חברה לסחר וציוד בניה בע"מ, פסקה 25-26 (27.7.08)), אלא שאני סבור שהתובעות אינן מדייקות כשהן מבקשות להסתמך על הלכה זו. על התובעות מוטל נטל השכנוע, ובכלל זה גם הנטל להראות את דבר ההתקשרות שמכוחה הן תובעות את גוייס. כעולה בבירור מכל כתב טענות שהוגש על ידי התובעות, קריסטינה הוא דמות מפתח בהשתלשלות האירועים, וכמסתבר, ללא עדותו אין תוחלת לתביעה. במצב דברים זה אין התובעות יכולות להעביר את נטל ההוכחה לפתחה של גוייס רק משום שאין באפשרותן, כך על פי טענת מוסטפא, לאתר את קריסטינה ולהביאו לעדות. ייתכן, ואיני רואה צורך להחליט בכך, שבנסיבות העניין אין מקום לזקוף את אי העדתו של קריסטינה לחובת התובעות, אולם כאמור, אין בכך כדי להעביר את נטל הראיה אל גוייס, כפי שטוענות התובעות. לא מעבר לדרוש יוזכר שקריסטינה הפסיק את עבודתו בגוייס עוד בשנת 2004 (ת/2), וכפי שהעיד גרימאלדי, מזה מספר שנים אין לגוייס קשר עמו (סעיף 11 לתצהיר גרימאלדי – 1/נ). גרימאלדי לא נחקר בעניין זה, וגם מטעם זה לא יכולות התובעות לטעון שאי העדתו של קריסטינה צריכה להיזקף לחובתה של גוייס.

27. סיכום ביניים הוא, שאין בחומר הראיות ובעדויות די ראיות כדי להעביר לגוייס את נטל הבאת הראיות בנוגע לשאלה אם גוייס התקשרה עם התובעות, או מי מהן, בהסכם הפצה בלעדית, ולכאורה ניתן היה לסיים את פסק הדין כבר עתה. עם זאת, מצאתי לנכון לייחד עוד מספר מילים לראיות שהביאה גוייס ואשר, אפילו אם הייתי קובע שנטל הראיה הועבר לגוייס, ואיני קובע כך, די בהן כדי לדחות את התביעה.

28. העדויות שנמסרו מטעמה של גוייס בנושא ההתקשרות עם התובעות היו אלה של גרימאלדי ושל ג'זמאוי. תצהיר עדותו של גרימאלדי (נ/1) מסביר בצורה ברורה שהטענה בדבר התקשרות להפצה בלעדית איננה עולה בקנה אחד עם העובדות, וגם איננה מתקבלת על הדעת בהינתן מכלול הנסיבות הרלוונטיות. בצד ההכחשה המפורשת שניתנה למי מן התובעות זכות "בלעדיות", הסביר גרימאלדי שהדבר נוגד את מדיניותה העסקית של גוייס, אשר כשלעצמה היא חברה ציבורית הפועלת על פי נהלים סדורים, ולכן הטענה שקריסטינה התקשר בשם גוייס בהסכם מחייב שנעשה בעל פה בנושא "בלעדיות" היא חסרת יסוד. כאמור, שמעתי את עדותו של גרימאלדי בדרך של התוועדות חזותית, והתרשמתי ממנה הייתה חיובית. הוא השיב תשובות ישירות לכל השאלות שהוצגו לו, ועמד על גרסתו שהתיאור של התקשרות בעל פה להסכם בלעדיות אינו מתקבל על הדעת, ובהתחשב במכלול עדותו נראה לי שיש לקבל דברים אלה כמוכיחים זאת. גם עדותו של ג'זמאוי (נ/15) שומטת את הקרקע מתחת לטענות התובעות. בקיצור הנדרש אציין שג'זמאוי הוא אזרח ישראלי שמזה שנים רבות מרכז חייו הוא באיטליה, ובזמן הרלוונטי הוא שימש כנציג מכירות מטעם גוייס ברשות הפלסטינית. גם ג'זמאוי תיאר בתצהירו מספר פגישות שהתקיימו בהשתתפותו בין קריסטינה לבין מוסטפא ואחיו חאלד, שהיה בשעתו שותף בבעלות באורות. אלא שלדברי ג'זמאוי (בסעיף 10 של תצהירו), קריסטינה הבהיר למוסטפא ולחאלד שבהתאם למדיניותה העסקית של גוייס היא לא תעניק להם בלעדיות בשיווק המוצרים. ג'זמאוי נחקר על תצהירו, ומעיון

בפרוטוקול עדותו לא ניתן למצוא שדבריו בעניין זה נסתרו, ועל כל פנים לא מצאתי שהתובעות טוענות כך.

29. סיכומו של דבר, משלא עלה בידי התובעות להוכיח את טענתן בדבר התקשרות בהסכם הפצה בלעדית עם גוויס, יש לדחות את התביעה וכך אני מורה. התוצאה שאליה הגעתי מייצרת את הצורך לבחון את טענות התובעות בנוגע לנזקים שנגרמו להן שאותם הן ייחסו להפרת זכותן להפצה בלעדית, שכפי שקבעתי, לא הייתה.

התובעות, ביחד ולחוד, ישלמו לגוויס שכר טרחת עורכי דין בסכום של 50,000 ₪.

30. כמו כן, ראיתי לנכון לקבל את טענת גוויס שמקום מושבה וניהול עסקיה הוא באיטליה, ובשל הצורך לנהל את הגנתה בפני התביעה שהוגשה בישראל, נגרמו לה הוצאות בסכום ניכר. אני מורה לכן שהתובעות ישלמו לגוויס הוצאות משפט, בסכום שייקבע על פי שומה שתיעשה על סמך בקשה שהיא תגיש, וההחלטה בה תינתן לאחר קבלת תשובת התובעות. הבקשה תוגש תוך שלושים ימים ממועד פסק הדין.

ניתן היום, י"ד אב תשע"ד, 10 אוגוסט 2014, בהעדר הצדדים.

חתימה

א' קיסרי 54678313
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן