

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 30362-10-17 מובייל פור לס בע"מ נ' פלאפון תקשורת בע"מ ואח'

בפני	כבוד השופט, סגן הנשיאה אורן שוורץ
תובעת	מובייל פור לס בע"מ ע"י ב"כ עו"ד ועו"ד עו"ד, עו"ד
נגד	
נתבעות	1. פלאפון תקשורת בע"מ ע"י ב"כ עו"ד ניב זקלר ועו"ד ליטל גמליאל 2. אקסל טלקום בע"מ ע"י ב"כ עו"ד ירון רוסמן ועו"ד עמית נוימן

פסק דין

הרקע לתביעה

- עניינה של התביעה שלפניי בהסכם מסגרת שנחתם בין מובייל לבין חברת אקסל טלקום בע"מ ביום 30.06.2011. בהתאם להסכם המסגרת התחייבה אקסל טלקום להעניק למובייל תקופת בלעדיות לרכישת מכשיר טלפון סלולארי קבוע לרכב בשם Alcatel CP-100, שיווקו והפצתו בישראל למשך ארבעה חודשים ממועד החתימה על ההסכם. עוד התחייבה אקסל כי על כל הזמנה של 1,000 יחידות ממכשיר הטלפון הסלולארי, תוארך תקופה הבלעדיות למשך שלושה חודשים נוספים.
- לטענתה של מובייל היא פעלה במרץ רב ליישום הסכם המסגרת והגדלת נפח פעילותה. באופן זה הפכה למתחרה ממשית של פלא-פון תקשורת בע"מ בנושא שיווק מכשירי הטלפון הסלולארי. ברם, פלאפון דרשה מאקסל לחדול באופן מיידי מאספקת מכשירי הטלפון הסלולארי למובייל. אליבא מובייל פעולה זו

הסבה לה נזק בסך 7,964,681 ₪ אשר משקפים את הרווחים העתידיים שנמנעו ממובייל מכוח העילות הבאות: הפרת חוזה; גרם הפרת חוזה; רשלנות; ועוולות תחרות כלכלית - בגין הסדר כובל וסירוב בלתי סביר לספק מוצר מצד בעל מונופולין.

עיקר טענות התובעת

3. התובעת, מובייל פור לס בע"מ (להלן - **מובייל**) היא חברה שעוסקת בשיווק, הפצה והתקנה של מכשירי טלפון סלולארי קבועים לרכב בשם Alcatel CP-100 (להלן - **מכשיר האלקטל**). בתקופה הרלבנטית להליך דנן הייתה מובייל בבעלות מלאה של מר מוטי כהן (להלן - **מר כהן**). נתבעת 1, פלאפון תקשורת בע"מ (להלן - **פלאפון**) היא חברה שעוסקת במתן שירותי רדיו-טלפון אלחוטיים הפועלים בשיטה הסלולרית לציבור הרחב (להלן - **שירותי רט"ן**). בנוסף, פלאפון משווקת מכשירי טלפון סלולאריים, בין היתר, מכשירים סלולאריים קבועים לרכב, לרבות מכשיר האלקטל. נתבעת 2, אקסל טלקום בע"מ (להלן - **אקסל**) הייתה בתקופה הרלבנטית לתביעה דנן בעלת הזכויות הבלעדיות ליבוא ושיווק בישראל של מכשירי האלקטל.
4. במחצית השנייה של שנת 2011 החליט מר כהן לעסוק בשיווק, הפצה והתקנה של מכשיר האלקטל. לשם כך, ביום 30.06.2011, נחתם בין מובייל לבין אקסל הסכם מסגרת לרכישה והפצה באופן בלעדי של מכשיר האלקטל (להלן - **הסכם מסגרת**). בהסכם המסגרת נקבע כי אקסל תעניק למובייל תקופת בלעדיות חלקית ראשונה לרכישת מכשיר האלקטל, שיווקו והפצתו בישראל למשך ארבעה חודשים ממועד חתימת ההסכם. עוד סוכם כי היקף ההזמנה המינימאלי של מכשירי האלקטל יעמוד על אלף יחידות. עם כל קבלת הזמנה של אלף יחידות נוספות לכל הפחות, תגדל תקופת הבלעדיות בשלושה חודשים נוספים. מיד לאחר החתימה על הסכם המסגרת פעלה מובייל במרץ רב ליישום ההסכם ונפח פעילותה גדל במהירות שיא. ביום 03.10.2011 שלחה מובייל לפלאפון הזמנה ל-2,000 מכשירי אלקטל נוספים.
5. הצלחתה של מובייל והפיכתה לכוח תחרותי משמעותי מול פלאפון, לא היו לרוחה של פלאפון. גב' רונית מרכוס, סמנכ"לית חטיבת השירות והמכירה למגזר הפרטי בפלאפון (להלן - **גב' מרכוס**), פנתה למר כהן פעם אחר פעם

והבהירה לו נחרצות כי התחרות מצד מובייל מסבה לפלאפון נזקים חמורים וכי עליה לחדול מהמשך פעילותה לאלתר. מובייל סירבה לדרישה זו. לכן פלאפון פנתה לאקסל ודרשה ממנה לחדול מלמכור את מכשיר האלקטל למובייל. דרישה זו של פלאפון נענתה. כך אקסל גדעה את ההתקשרות עם מובייל ולא סיפקה לה הזמנה של 2,000 מכשירי אלקטל מחודש אוקטובר 2011. באופן זה, נוטרלה פעילותה ויכולתה של מובייל להוות מתחרה לפלאפון במכירת מכשיר האלקטל.

6. מטעמים אלה עתרה מובייל לחייב את פלאפון ואקסל בפיצויים בסך 7,964,681 ₪ אשר משקפים את הרווחים העתידיים שנמנעו ממובייל מכוח העילות הבאות:

א. הפרת הסכם המסגרת - אי אספקת מכשירי האלקטל למובייל נעשתה בחוסר תום לב בהתאם לסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן - **חוק החוזים**) ומהווה הפרה של הסכם המסגרת על ידי אקסל, בהתאם לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן - **חוק החוזים תרופות**).

ב. גרם הפרת חוזה - הפרת הסכם המסגרת היא תוצאה ישירה של התערבותה של פלאפון אשר דרשה מאקסל לחדול מלספק למובייל את מכשירי האלקטל. פעולה זו של פלאפון עולה כדי גרם הפרת חוזה כאמור בסעיף 62 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן - **פקודת הנזיקין**).

ג. רשלנות לפי סעיף 35 לפקודת הנזיקין - פלאפון ואקסל התרשלו בהתנהלותן כלפי מובייל.

ד. הסדר כובל - בעקבות הפרת הסכם המסגרת ההסדר שנעשה בין פלאפון לבין אקסל לפיו אקסל תסרב להמשיך ולספק למובייל מכשירי אלקטל מהווה הסדר כובל פסול כאמור בסעיף 2(א) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח - 1988 (להלן - **חוק התחרות הכלכלית**).

ה. פגיעה בתחרות - בהתאם לסעיף 26(א) לחוק התחרות הכלכלית, פלאפון היא בעלת מונופולין בשוק מכשירים קבועים לרכב מדור שני בטכנולוגיית CDMA ומדור שלישי בטכנולוגיית UMTS ללקוחות רשת פלאפון. אקסל

היא בעלת מונופולין בשוק אספקת מכשירים קבועים לרכב ללקוחות רשת פלאפון. ההסדר שנעשה בין פלאפון לבין אקסל לפיו אקסל תסרב להמשיך ולספק למובייל מכשירי אלקטל, עומד בניגוד לסעיף 29 לחוק התחרות הכלכלית ומהווה פגיעה במובייל ובתחרות.

עיקר טענות הנתבעות

פלאפון

7. בשנים 2005-2012 החזיק מר כהן בחברה בשם "מוטי כהן החזקות בע"מ" (להלן - **מוטי החזקות**). בשנים אלו, שימשה מוטי החזקות כמשווקת מורשה מטעמה של פלאפון מכוח הסכם שיווק מיום 06.11.2005 שנחתם בין פלאפון לבין מוטי החזקות (להלן - **הסכם שיווק**). בהתאם להסכם השיווק, מוטי החזקות מונתה להיות משווק מורשה של שירותי הרט"ן של פלאפון. כמשווק מורשה, מוטי החזקות הייתה רשאית לשווק ציוד קצה להפעלת שירותי הרט"ן של פלאפון. כמו כן, ניתן למוטי החזקות אישור לעסוק בהתקנה ופירוק של מכשירים לרכב, עבור מנויים שהופנו אליה על ידי פלאפון לשם קבלת שירותים אלה.

בשנת 2007 ביקש מר כהן להעמיק את הקשר עם פלאפון באמצעות קידום מכירות מוצרי הרט"ן, והאביזרים שיסופקו על ידי פלאפון לרבות מכשירים קבועים לרכב. לשם כך, נחתם ביום 26.02.2007 הסכם נוסף בין פלאפון לבין מוטי החזקות. בהסכם זה ניתנה למוטי החזקות הרשאה למכור את המכשירים הקבועים לרכב ולקבל עמלה גבוהה בגין כל מכירה ובלבד שהמכשירים ימכרו ביחד עם שירותי הרט"ן של פלאפון.

8. בשנת 2011, בעקבות רפורמה בתחום התקשורת, נאלצה פלאפון לשנות את אסטרטגיית השיווק והמכירה שלה. קרי, מעבר מאסטרטגיה שהתמקדה בהגברת צריכת זמן אוויר של מנויים קיימים לאסטרטגיה המתמקדת בהשגת מנויים חדשים באמצעות מכירת שירותי הרט"ן בסכום קבוע מראש. לשם כך, פנתה פלאפון לאקסל, אשר פיתחה עבורה את מכשיר האלקטל. על רקע השינויים שחלו בשוק, התמריץ של פלאפון להשקיע בהגברת מכירות המכשירים הלך ופחת שכן עלות השיווק שלהם עלתה על התועלת שניתן להפיק מהם. בנסיבות אלה ועל מנת לצמצם את הפגיעה הצפויה בהכנסות מקדמי המכירות של פלאפון, וביניהם מוטי החזקות, החליטה פלאפון להעניק

להם מענק כספי. מענק זה עמד על סך 200 אלף ₪. בנוסף, הגדילה פלאפון את התשלום ששילמה למקדמי המכירות עבור התקנת המכשירים והדיבוריות.

9. חרף האמור, פלאפון גילתה לתדהמתה כי מר כהן - מקדם מכירות מוביל שלה, שאמור לדאוג לאינטרסים שלה, ביצע במסווה פעולות הפוגעות בה, כפי שיובהר להלן: מר כהן השקיע מאמצי שיווק אגרסיביים במכירת מכשירים קבועים לרכב שהוא רכש באופן עצמאי. זאת חרף החלטתה של פלאפון לצמצם את מכירת המכשירים. מכירת המכשירים נעשתה ללקוחות פלאפון בהתאם לרשימת לקוחות סודית שלה, אליה היה חשוף מר כהן מתוקף היותו משווק מורשה של פלאפון. זאת ועוד, מר כהן אילץ את פלאפון לממן עבורו את רווחיו, זאת באמצעות הגשת חשבוניות מטעם הלקוחות לפלאפון, לשם קבלת זיכוי בגין המכשיר שרכשו. באופן זה יצר מר כהן מצג שווא בפני הלקוחות אשר סברו כי הוא פועל מטעם פלאפון. מעשיו של מר כהן מהווים הכשלה של האסטרטגיה של פלאפון וגרמו לה נזקים רבים.

10. פלאפון מעולם לא הורתה לאקסל להימנע מלמכור את מכשיר האלקטל למובייל. נהפוך הוא, בהתאם להסכם ביניהן, התירה פלאפון לאקסל למכור את מכשיר האלקטל לכל דורש תמורת עמלה של 7 דולר בתוספת מע"מ לכל מכשיר שתמכור. באופן זה, לפלאפון היה אינטרס כלכלי שאקסל תמכור את מכשיר האלקטל לצדדים שלישיים.

אקסל

11. מובייל ביקשה להתקשר בהסכם מסגרת עם אקסל לרכישת מכשירי אלקטל. בהתאם להסכם המסגרת ולאחר שמובייל עמדה בתנאים שנקבעו בו באשר לביצוע ההזמנה מאקסל, לרבות העברת מלוא התמורה בגין המכשירים לידי אקסל, סופקו למובייל כאלף מכשירי אלקטל. לאחר מכן, מובייל הודיעה על כוונתה להזמין 2,000 יחידות נוספות של מכשיר האלקטל. אולם בניגוד להזמנה הראשונה, הודעתה של מובייל על כוונתה להזמין מכשירים נוספים לא השתכללה לכדי הזמנה בפועל. כך, מובייל לא העבירה כל תמורה בגין היחידות הנוספות שביקשה לרכוש וזנחה את הודעתה בדבר כוונתה להזמין מכשירים נוספים. מובייל אף התעלמה מפניותיה של אקסל בעניין זה. מכאן, אקסל לא הייתה מוגבלת במכירת מכשיר האלקטל לכל גורם שהוא. אי

אספקת מכשיר האלקטל נבעה מכך שמובייל לא ביצעה כל הזמנה נוספת בהתאם להוראות הסכם המסגרת.

12. בדיון שנערך לפני העידו העדים הבאים :

מטעם התובעת : מר מוטי כהן ; ד"ר שלומי פריזט (מי שערך חוות דעת עבור התובעת בשאלת אומדן הנזק שנגרם לה כתוצאה מאי אספקת מכשיר האלקטל) ; מר זאב ביכלר (מפענח תמלולי שיחות שנערכו בין מר כהן לבין גורמים שונים מפלאפון ואקסל).

מטעם הנתבעות : מר ישראל אמיד (עבד בתפקידים שונים בפלאפון בשנים 2000-2018) ; עו"ד ג'קי דבי (סמנכ"ל ויועץ משפטי בחברת פלאפון) ; גב' רונית מרכוס (מי ששימשה בזמנים הרלוונטיים לתביעה סמנכ"לית חטיבת השירות והמכירה למגזר הפרטי בפלאפון) ; מר מנחם פרלמן (מי שערך חוות דעת מטעם הנתבעות בנושא אומדן הנזק שנגרם למובייל כתוצאה מאי אספקת מכשיר האלקטל) ; **מר דורון בלדינגר (מי שערך חוות דעת בדבר אותנטיות קבצי הקלטת שיחות שנעשתה על ידי מר כהן)** ; מר אייל פרסלר (מי ששימש בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה איש מכירות באקסל) ; מר מארק סילנפרוינד (מי ששימש בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה מנכ"ל אקסל).

דיון והכרעה

הפעילות בשוק הסלולר ומעמדה של מוטי החזקות

13. עד לשנת 2011 עיקר הכנסותיהן של חברות הסלולר נבעו מצריכת זמן אוויר על ידי מנויים. ככל שהמנוי צרך יותר זמן אוויר כך גדלה הכנסת החברה. לפיכך, חברות הסלולר נהגו להעניק למנויים שלהן הטבות בגין רכישת ציוד קצה. מימושן של הטבות אלה היה כרוך בצריכת זמן אוויר מינימלי בחודש וכל זאת על פני תקופה של מספר שנים. התשלום בגין צריכת זמן האוויר קוזז מעלות רכישת ציוד הקצה. באופן זה, תומרצו המנויים להגדיל את צריכת זמן האוויר ולהישאר לקוחות של חברת הסלולר עד לתום תקופת ההטבה, קרי : תום הזיכוי בגין רכישת ציוד הקצה.

14. בהתאם, עד לשנת 2011 פעילותה של פלאפון במגזר הפרטי, התמקדה במכירת זמן אוויר ונפח גלישה. כך, שירותי ציוד קצה והתקנת ציוד, לרבות דיבוריות ומכשירי טלפון קבועים לרכב, שימשו בעיקר לצורך הגברת צריכת זמן האוויר של הלקוח ושמירה על נאמנותו לחברה.

במסגרת זו, בשנת 2009 ביקשה פלאפון לפתח מכשיר קבוע לרכב המתאים לרשת ה-UMTS שהקימה והפכה מסחרית באותה עת, הוא מכשיר האלקטל. לשם כך, פלאפון פנתה לאקסל והזמינה אותה להגיש הצעה לפיתוח מכשיר זה. בהתאם להסכם בין הצדדים אקסל התחייבה לפתח עבור פלאפון מכשירי אלקטל בתמורה לסך 350 אלף דולר ופלאפון התחייבה לרכוש 20,000 מכשירים. בחודש יולי בשנת 2011 הושק מכשיר האלקטל. אקסל הייתה בעלת הזכות הבלעדית לייבוא ושיווק מכשיר האלקטל בישראל [סעיף 39 ל-נ/10].

15. קידום המכירות נעשה על ידי פלאפון באמצעות שלושה מהלכים מרכזיים:

א. סבסוד עלות המכשיר עבור המנוי - פלאפון מכרה את המכשיר ללקוח ב-36 תשלומים וזיכתה אותו מידי חודש בעלות התשלום, אם צרך היקר מינימאלי של זמן אוויר. שיטה זו תמרצה את המנוי לעמוד במכסת זמן האוויר לשם קבלת הזיכוי.

ב. סבסוד עלות ההתקנה של המכשירים: פלאפון שילמה למתקיני המכשירים עבור ההתקנה, כשהלקוח קיבל "שובר" ולא נדרש לשלם ישירות למתקין

ג. עיקר המכירות בשוק הפרטי נעשו באמצעות מספר מצומצם של גורמים פרטיים שקיבלו לשם כך הרשאה מיוחדת מפלאפון (להלן - **המשווקים**). פלאפון העניקה עמלה גבוהה למשווקים שמכרו את המכשירים עבור פלאפון (להלן - **עמלת אקטיבציה**).

16. מר ישראל אמיד מי ששימש כמנהל אגף בקרה והבטחת הכנסה בפלאפון בשנים 2008-2014 והיה אחראי על צוות ניתוק זיקה וצוות זיכויים (להלן - **מר אמיד**) הסביר כי המשווקים התחייבו להקדיש את מירב מאמציהם לשווק ולמכור את שירותיה ומוצריה של פלאפון. בתמורה קיבלו המשווקים מפלאפון עמלות שונות בגין המכירות וההתקנות. כמו-כן, פלאפון השקיעה משאבים רבים במשווקים, ובכלל זה העמידה לרשותם צוותי פעולה בתחומים שונים על מנת לסייע להם בעבודתם; העניקה להם גישה למערכת המחשוב

של פלאפון; סיפקה להם ליווי וייעוץ מקצועי על מנת לקדם את עסקיהם; העבירה קורסים והדרכות מקצועיות לעובדיהם; סיפקה להם אביזרי נראות ממותגים "פלאפון" ואף מדים ותגי שם. המשווקים היו מזוהים עם פלאפון הן ביחסים הפנימיים עמה שהתבססו על שותפות עסקית ואינטרסים משותפים, והן כלפי חוץ, מול לקוחות שראו במשווקים חלק מפלאפון ולא ידעו כי מדובר בגופים עסקיים נפרדים. פלאפון דרשה מהמשווקים להיות נאמנים לחברה ולפעול בהתאם להנחיותיה [סעיפים 9-11 ל-10/10].

17. בהלכה הפסוקה נהוג להבחין בין "מפיץ" לבין "משווק" או "סוכן":

"המפיץ הוא סוחר עצמאי בעל עצמאות משפטית, הקונה את המוצרים מהיצרן (או מהספק) על חשבונו הוא ומוכר אותם בשמו הוא. הרווח (או ההפסד) שלו הוא ההפרש בין מחיר הקנייה (שהוא מקבל בהנחה) לבין מחיר המכירה. הוא נושא בסיכון הפינאנסי של עסק ההפצה. מפיץ בלעדי הוא מפיץ שהוקנתה לו זכות להיות הבלעדי באזור גאוגרפי מוגדר. בהגדרה, על-כן, המפיץ אינו "שלוח" במובן חוק השליחות, תשכ"ה 1965. - המפיץ נבדל מהסוכן המסחרי בכך, שהאחרון אינו קונה את המוצרים ומוכר אותם בשמו ועל חשבונו, אלא מוכר אותם בשם היצרן (או הספק)"

[ע"א 442/85 משה זוהר ושות' נ' מעבדת טרבנול בע"מ, פ"ד

מד(3) 661, 679 (1990)]

ועוד נאמר כי "הסוכן - שלוחו של היצרן, יכול לחייב את שולחו וזכאי לעמלות. אין הוא בעל מעמד עצמאי ואין הוא קובע את מחירי המוצרים אותם ימכור שולחו. המפיץ אינו אלא סוחר הרוכש את סחורותיו במחיר מסוים ומוכרן יותר ביוקר" [ת"א (מחוזי ת"א) 1559/00 מדטכניקה בע"מ נ' SORIN BIOMEDICA S.P.A, פסקה ו(ב) (נבו 29.07.2002)].

18. כעולה מהראיות שהובאו לפניי, מוטי החזקות מונתה למשווק מורשה של פלאפון מכוח הסכם השיווק מיום 06.11.2005 [נספחים 2-5 ל-10/10]. במסגרת הסכם זה קיבלה מוטי החזקות הרשאה לשווק רק את שירותי הרט"ן המסופקים על ידי פלאפון [סעיף 2 להסכם השיווק]. בתמורה למינויה כמשווק

מורשה של פלאפון, התחייבה מוטי החזקות לעמוד ביעדי מכירה שנקבעו בהסכם [סעיף 4.1 להסכם השיווק; פר' עמ' 23, ש' 28-34], וכן: "להקדיש את מירב המאמצים לשם שיווק שירותי הרט"ן של פלאפון ולהחזיק מערך מכירות נאות לשם שיווקם, לרבות נקודות מכירה ואנשי מכירה מיומנים [סעיף 4.2 להסכם השיווק]. כמשווק מורשה, מוטי החזקות הייתה גם רשאית לשווק ציוד קצה המתאים לרשת הרט"ן של פלאפון (ובלבד שהציוד אושר על ידי משרד התקשורת). כמו כן ניתן למוטי החזקות אישור לעסוק גם בהתקנה ופירוק של מכשירים לרכב - קבועים ודיבוריות, עבור המנויים שהופנו אליה על ידי פלאפון לשם קבלת שירותים אלה.

בשנת 2007 נחתם בין פלאפון לבין מוטי החזקות הסכם קידום מכירות (להלן - **הסכם קידום המכירות**) [נספח 9 ל-10]. במסגרת הסכם זה ניתנה למוטי החזקות הרשאה למכור את המכשירים הקבועים לרכב ולקבל עמלה בגין כל מכירה ובלבד שהמכשירים ימכרו "ביחד עם שירותי הרט"ן של פלאפון" (עמלת אקטיבציה). בדרך זו תגמלה פלאפון את מוטי החזקות על כל פעולה שהיה בה כדי לקשור את הלקוח לצריכת שירותי רט"ן מפלאפון.

19. פלאפון אף שכרה בשכירות ראשית מבנה ששטחו 500 מ"ר אשר כולל מרכז התקנות, מחסן ומשרד הכולל חדר המתנה. את המושכר השכירה פלאפון למוטי החזקות בשכירות משנה באמצעות "נספח שכירות בלתי מוגנת- להסכם משוק מתקין" מיום 29.08.2006 [נספח 11 ל-10]. בהסכם שכירות המשנה נקבע כי השכירות תסתיים, בין היתר, במקרה של ביטול הסכם השיווק. גם בהסכם השכירות הישיר בין מוטי החזקות לחוכר הראשי נקבע כי מטרת השכירות היא "הפעלת מרכז התקנות ומכירות למכשירי טלפון סולאריים לחברת פלאפון בלבד" [נספח 12 ל-10].

יתרה מכך - בין פלאפון לבין מוטי החזקות נחתם ביום 06.11.2005 הסכם נאמנות [נספח 5 ל-10]. סעיף 1 להסכם הנאמנות קובע בזו הלשון:

"פלאפון תעמיד לרשות המשווק אפשרות לשווק ומכירה של המוצרים וזאת באופן בו המשווק ישמש כמקדם מכירות וימסר לו מפלאפון מלאי המוצרים אשר בבעלות פלאפון לצורך מכירתם ללקוחות הסופיים. המכירה הינה מכירה ישירה מפלאפון ללקוח הסופי כאשר המשווק ישמש כנאמן למוצרים שימסרו לידין, יחוב חובת נאמנות

**כלפי פלאפון וישמש בכל הקשור לפעולתו ע"י הסכם זה
כ"שלוח" מטעמה של פלאפון וזאת על אף האמור בכל
הוראה אחרת בהסכם המשווק"**

במסגרת יחסי האמון עם מוטי החזקות, הוענקה לה גישה למערכת המחשוב של פלאפון (מערכת "שביט") מכוח "תוספת להסכם המשווק" שנחתמה בין פלאפון לבין מוטי החזקות ביום 30.11.2009. [נספח 17 ל-נ/10; נספח 31 ל-ת/1]. על פי התוספת להסכם השיווק ניתנה למוטי אחזקות היכולת לעדכן תקבולים מהלקוחות במערכת הכספים של פלאפון.

20. הנה-כי-כן, מהסכמי השיווק והסכם הנאמנות שנחתמו בין פלאפון לבין מוטי החזקות עולה כי מוטי החזקות שימשה כמשווק מורשה של פלאפון שמעמדו כשל "סוכן". במסגרת זו פלאפון העניקה למוטי החזקות גישה ישירה למחשביה וכן זכויות אשר הניבו עמלות גבוהות לאורך השנים [פר' עמ' 27, ש' 36-34; עמ' 28, ש' 1-2; עמ' 33, ש' 4-7]. מנגד, פלאפון דרשה כי מוטי החזקות תשקיע את כל מרצה בשיווק מוצריה ושירותיה של פלאפון, ותפעל תחת הנחיותיה.

21. בחודש יולי בשנת 2009 הוחלט במשרד התקשורת כי החל מיום 01.11.2009 על חברות הסלולר לנתק את הזיקה (שהייתה נהוגה עד אז) בין רכישת ציוד קצה, לבין הזכות לקבלת הטבות הנוגעות לשירותי רט"ן מאותה חברה (להלן - הרפורמה). רפורמה זו נועדה להקל על מעבר של לקוחות מחברת סלולר אחת לחברת סלולר אחרת. הקלה זו נעשתה על ידי ניתוק הזיקה בין זהות חברת הסלולר ממנה נרכש המכשיר לבין ההטבה בדמות מימון עלות המכשיר באמצעות צריכת זמן אויר מאותה חברת סלולר. כך, חברה שהציעה למנוי שלה זיכוי כספי כלשהו בגין ציוד שרכש ממנה, נדרשה בעקבות הרפורמה להציע את אותה הטבה גם למנויים של חברות אחרות, אשר ביקשו לעבור אליה עם ציוד שרכשו אצל ספק אחר. בכך באה הרפורמה להגביר את התחרות בשני מובנים: האחד, הסרת חסמי המעבר בין המפעילות הסלולאריות תוך הבטחת קבלת ההטבות מהמפעילה הסלולארית, אף אם המכשיר לא נרכש אצלה. השני, הוזלת עלות המכשיר הסלולארי לצרכנים. כך הוצגו הדברים בהודעה לתקשורת מטעם משרד התקשורת מיום 29.10.2009:

“מענתה לקוח המעוניין לעבור לחברה אחרת, ולא עושה זאת בשל הזיכויים הכספיים אותם הוא מקבל בגין צריכת זמן אויר ואשר מקזזים את התשלום החודשי עבור המכשיר - לא יצטרך לשקול שיקול זה ויוכל להמשיך ליהנות מהזיכויים בחברה החדשה”

ובהמשך:

“שר התקשורת משה כחלון: ‘בעקבות המצב החדש הלקוח יוכל לעבור מחברה לחברה עם מכשירו וליהנות מהטבות כמו זיכוי בזמן אויר, הטבות שכיום הוא זכאי לקבל רק אם רכש את המכשיר מהחברה הסלולארית שבה הוא מנוי”

[נספח 5 ל-ת/1]

22. השפעתה של הרפורמה לא הייתה מיידית. אולם, בשנת 2011 החלה להתרחש מהפכה בשוק הרט"ן. כך, חברות הסלולר החלו להיערך למעבר מגביית תשלום ממנויים לפי צריכת זמן אויר בגין השיחות שניהלו, למכירת שירותי רט"ן בסכום קבוע מראש עבור "חבילה" מוגדרת מראש של שירותי הרט"ן, שאינה כוללת ציוד קצה.

מגמה זו החלה עם היוודע דבר השתתפותה של חברת גולן טלקום בע"מ במכרז לקבלת רישיון להקמת רשת דור 3 כלל ארצית של משרד התקשורת וזכייתה במכרז בחודש יולי בשנת 2011. בעל השליטה בחברת גולן טלקום, מר קסבייה ניאל, פיתח מודל עסקי שעיקרו תמחור חודשי נמוך וקבוע עבור חבילת תקשורת "הכל כלול", חלף תמחור לפי דקות שיחה. תמחור זה פותח ויושם בתחום הטלפונים הקוויים בצרפת וזכה שם להצלחה רבה. חברת גולן טלקום הודיעה כי היא תיישם את שיטת התמחור שהנהיגה בצרפת, בשוק הרט"ן המקומי [סעיפים 34-35 ל-נ/10]

23. הודעה זו של גולן טלקום בצירוף הרפורמה, חייבו את חברות הסלולר, וביניהן פלאפון, להתחיל בשינוי אסטרטגיית השיווק והמכירה בשוק. קרי: מעבר מאסטרטגיה שמתמקדת בהגברת צריכת זמן אויר של מנויים קיימים ו"קשירתם" באמצעות הטבות שנפרשות על גבי חודשים רבים, לאסטרטגיה המתמקדת בהשגת מנויים חדשים ממתחרים בתמורה למחירים קבועים

שאינם תלויים בהיקף צריכת זמן אויר. בנסיבות אלה, פחתה חשיבותו של ציוד הקצה ככלי לעידוד צריכת זמן אויר וקשירת הלוקוח לחברות סלולר. בהתאם, החליטה פלאפון לצמצם את המכירות המסובסדות של מכשירים ניידים ומכשירים קבועים לרכב.

24. כך, בשנת 2011 על רקע ההתפתחויות בשוק התקשורת שעיקרן רפורמת ניתוק הזיקה והכניסה המתוכננת של גולן טלקום לשוק, החליטה פלאפון לצמצם את המכירות המסובסדות של מכשיר האלקטל. הסיבה לכך הייתה שעלות השיווק של מכשיר זה עלתה על התועלת שניתן להפיק ממנו. צמצום המכירות נעשה בשני מהלכים: האחד, מכירת מכשיר האלקטל בסכום גבוה. השני, פלאפון הפסיקה לתמרץ את מכירת המכשירים, באמצעות ביטול עמלת האקטיבציה כלפי כל מקדמי המכירות ובכללם, מוטי החזקות. החלטה זו התקבלה במרץ 2011 ונמסרה בסמוך לכך למקדמי המכירות. יישום ההחלטה החל ביום 04.07.2011. על מנת לצמצם את הפגיעה הצפויה בהכנסות מקדמי המכירות בשל ביטול עמלת האקטיבציה פלאפון החליטה להגדיל את תעריפי ההתקנות ששילמה למקדמי המכירות. על מנת להקל על הסתגלותם לתנאי השוק החדשים בהן העמלות נהיו נמוכות יותר, הוחלט על מתן מענק כספי לארבעת מקדמי המכירות המובילים, ובכללם מוטי החזקות. באופן זה פלאפון העבירה למוטי החזקות פיצוי בסך 200 אלף ₪ [נספח 29 ל-נ/10].

פעילותה של מובייל

25. לטענת מר כהן, הרפורמה הובילה להקטנת הכנסותיה של פלאפון באופן משמעותי. כפועל יוצא מכך, גם מוטי החזקות סבלה מירידה בהכנסותיה, מה שהצריך ממנה למצוא אפיקי הכנסה נוספים [סעיף 20 ל-ת/1].

בחודש ינואר בשנת 2010 הקים מר כהן את מובייל מתוך מטרה לרכוש ציוד קצה ולמכור אותו בשוק החופשי ללקוחות קצה. פעילות זו של מובייל נעשתה ללא קשר להסכמים בהם התקשרה מוטי החזקות עם פלאפון [סעיף 41 ל-ת/1].

באמצע שנת 2010 נודע למר כהן באופן אישי על ייצור מכשירי האלקטל על ידי אקסל [סעיף 42 ל-ת/1]. בנוסף, החלו "לצוץ שמועות בשוק" באשר לכוונת פלאפון לבטל את עמלת האקטיבציה לנוכח הרפורמה. בנסיבות אלה, בשלהי שנת 2010 החל מר כהן לנהל משא ומתן עם מר אייל פרסלר, מנהל מכירות מטעם אקסל (להלן - **מר פרסלר**) בנוגע לשיווק מכשיר האלקטל באמצעות

מובייל. במחצית השנייה של שנת 2011 הואץ המשא ומתן ובין הצדדים סוכם כי מובייל תעסוק בשיווק מכשירי האלקטל, הפצתם והתקנתם [סעיף 43 ל-ת/1; פר' עמ' 43, ש' 13-19, עמ' 141, ש' 1-3]. כך עלו הדברים מעדותו של מר פרסלר:

"בתחילת שנת 2011 סיפר לי מר כהן כי בשל הודעותיה של פלאפון למשווקיה בדבר השינויים העתידיים בתשלום העמלות למשווקים ולמתקינים, הוא מעוניין להיכנס לתחום מכירת והתקנת מכשירים קבועים לרכב באופן עצמאי, ולכן החל עמי בדין ודברים בנוגע לרכישת מכשיר האלקטל מאקסל.

במהלך הרבעון השני של שנת 2011 מר כהן פנה אליי וסיפר לי, כי פלאפון החליטה באופן סופי לבטל את העמלות ששולמו למשווקים ולמתקינים בגין מכירה והתקנה של מכשירים קבועים לרכב, וביקש לקדם את המשא ומתן עם אקסל לעניין רכישת מכשירי אלקטל ממנה"

[סעיפים 11-12 ל-נ/16]

26. מר כהן הסביר כי באותה תקופה שימשה מוטי החזקות קבלן משנה לעבודות מכירה ותפעול, כאשר 95% מהכנסותיה נבעו מעבודת שירות. בנסיבות אלה, ועל מנת להפריד את הרווחיות על הציוד שנרכש מעבודת התפעול והמכירה, החליט מר כהן למכור את מכשיר האלקטל באמצעות מובייל. כך עלו הדברים מעדותו: "סברתי שנכון שניהול רווחי המכירה ממכירת ציוד יעשה במסגרת חברה נפרדת, תוך מתן דגש לרווחיות גולמית בהתאם למצב השוק ולעלויות מכירה ותפעול אשר ייגזרו כהוצאה משתנה. באופן זה ביקשתי למנוע סבסוד של הוצאות המכירה והתפעול על חשבון רווחיות גולמית אשר משתנה על ציר הזמן. בנוסף, לאור השוני בטיב הפעילות, נראה היה לי נכון יותר לקיים אותה במסגרת נפרדת" [סעיף 44 ל-ת/1].

27. מר פרסלר הסביר כי תכניתו העסקית של מר כהן הייתה "לנצל את רפורמת ניתוק הזיקה ולמכור את מכשירי האלקטל ללקוחות קצה, כך שלמעשה הלקוח יקבל מפלאפון זיכוי מלא על רכישת המכשיר ולא יספוג את עלות הרכישה" [סעיף 13 ל-נ/16]

ביום 28.06.2011 ביצעה מובייל הזמנה ראשונה של אלף מכשירי אלקטל [נספח 21 ל-ת/1]. ביום 30.06.2011 נחתם בין מובייל לאקסל הסכם מסגרת לרכישה והפצה באופן בלעדי של מכשירי האלקטל [נספח 22 ל-ת/1]. בין הצדדים הוסכם כי אקסל תעניק למובייל תקופת בלעדיות חלקית בת ארבעה חודשים ותקופת בלעדיות נוספת בת שלושה חודשים עבור כל הזמנה של מינימום אלף מכשירים (סעיף 17 להסכם המסגרת). עם הזמנת 1,000 המכשירים הראשונים, התקדמה מובייל בהקמת תשתית מקיפה ומקצועית לשיווק המכשירים והתקנתם באמצעות: מסופי חיוב וניכיון תשלומים; בקרת אספקה ותקינות מכשירים; עמדות עבודה למכירה ושירות לקוחות וארגזי כלים למתקינים; הכשרת כוח אדם באמצעות מתן פירוט על שוק המכשירים; תהליכי עבודה; מודל תמריצים וכיו"ב.

28. לטענת מר כהן, מובייל הייתה שבעת רצון מהמשלוח הראשון של מכשירי האלקטל, ההצלחה הרבה במכירתם והתגובות החיוביות שקיבלה מהלקוחות. בנסיבות אלה ומאחר שמובייל רצתה לשמר את הבלעדיות שניתנה לה במסגרת הסכם המסגרת למשך שלושה חודשים נוספים, ביצעה מובייל ביום 03.10.2011 הזמנה נוספת של 2,000 מכשירי אלקטל (להלן - **ההזמנה השנייה**). ברם, אקסל נמנעה מלהעביר למובייל הצעת מחיר עבור הזמנה זו. ניסיונותיה של מובייל ליצור קשר עם אקסל לצורך קבלת הצעת מחיר עבור ההזמנה השנייה עלו בתוהו. לטענת מר כהן, הסיבה לכך הייתה "הפעלת לחץ כבד על אקסל מצד פלאפון שלא למכור מכשירים למובייל" [סעיף 71 ל-ת/1]. כך עלו הדברים מעדותו של מר כהן: "ממידע שהגיע אליי בזמן אמת, פלאפון ביקשה לסכל את אספקת ההזמנה השנייה, ומשכך נמנעה אקסל מלשלוח הצעת מחיר, באופן אשר מנע ממובייל את האפשרות לשלם מקדמה בגין ההזמנה השנייה" [סעיף 73 ל-ת/1].

29. חיזוק לכך ביקש מר כהן למצוא בתמלול שיחות שנערכו בינו לבין נציגים שונים מפלאפון ואקסל. כך, מתמלול שיחה שנערכה בין מר כהן למר פרסלר הסביר מר פרסלר כי מובייל פוגעת בפלאפון בהכנסות [עמ' 4, ש' 7-9 לנספח 36 ל-ת/1]. בתמלול נוסף הסביר מר פרסלר כי "לא בא לה שאני אמכור לך, אתה לא בא לה טוב" [עמ' 2, ש' 11-14 לנספח 50 ל-ת/1] וכן:

"אני אמרתי לה שאני רוצה למכור לך, שיש לנו הסכם, ובהסכם הזה צריך למכור. עכשיו אני, אתה יודע, עם כל

הכבוד של כל הבלגאן, אנחנו לא יכולים לוותר על העסקאות
האלה ...

[...]

אתה יודע, היא לקוח הרבה יותר גדול ממך ... אם אני צריך
לוותר על לקוח, אני מוותר עליך"

[עמ' 2, ש' 23-25, עמ' 4, ש' 16-18 לנספח 50 ל-ת/1]

30. עוד הוסיף מר כהן כי במספר הזדמנויות שונות פנתה אליו גב' רונית מרכוס אשר שימשה בזמנים הרלוונטיים לתביעה סמנכ"לית השירות והמכירה למגזר הפרטי בפלאפון. גב' מרכוס הבהירה למר כהן באופן ישיר ונחרץ כי התחרות מצד מובייל מסבה לפלאפון נזקים חמורים וכי על מובייל לחדול מהמשך פעילותה לאלתר [סעיף 87 ל-ת/1]. כך עלו הדברים מתמלול שיחה שהתקיימה בין גב' מרכוס לבין מר כהן:

"אתה בנית את סיפור המכשירים על אפיזודה זמנית ... היא לא תימשך, לא משנה מה תהיה הקונסטלציה, כי האפיזודה הזאת היא מסבה נזק ל"פלאפון" בצורה מנוהלת ... של מיליוני שקלים ... זה מנוע מטורף, אתה בנית מכונת ירייה מטורפת שעושה את זה בקצבים היסטריים, בסדר? אז זה צריך להיעצר באחת"

[עמ' 10 ש' 7-16 לנספח 47 ל-ת/1]

31. ביום 21.11.2011 שלחה פלאפון למובייל מכתב ובו דרשה להפסיק את מכירת מכשיר האלקטל:

"[...]"

2. תכלית ההסכם לקידום מכירות שנחתם עמכם ... היא קידום מכירות מוצרינו, הכולל הן את מכשיר החברה והן את שירותי הסלולר של החברה במשולב. תכלית זו היא הסיבה

להתקשרות עמכם בהסכם מקדם מכירות המבוסס על יחסי אמון.

3. לכן חשוב לנו לחזור ולהדגיש שקידום מכירות של מוצרי החברה חייב להתבצע אך ורק במסגרת חבילה משולבת הכוללת הן את שירותי סלולר של החברה והן את מכשיר סלולר שמסופק לכם על ידנו. זהו המוצר היחיד אשר החברה מבקשת מכם לקדם את מכירתו.

[...]

5. פעילות מכירת שירותי סלולר בנפרד למי שמחזיקים במכשירי סלולר שקנו בעצמם, נעשית על ידי החברה או מי מטעמה ולא לשם כך קיים הסכם קידום המכירות בנינו, ועל כן הנכם מתבקשים להקפיד על האמור בסעיף 3"

[נספח 48 ל-ת/1]

32. לצד זאת ולנוכח מכירת מכשיר האלקטל על ידי מובייל והנזקים שנגרמו לפלאפון בעקבות כך, הודיעה פלאפון ביום 21.11.2011 למשווקיה על הוצאת מכשיר האלקטל ממסלול חיוב-זיכוי, כדלקמן:

"כפי שפורסם הבוקר בנינו, הוחלט על שינוי מיידי במסלול של האלקטל ללקוחות ... ובעקבות זה עודכן גם מחיר הרכישה.

"המכשיר לא ישווק יותר במסגרת חיוב זיכוי ..."

[נספח 49 ל-ת/1]

לטענת מובייל, אחת ממטרות הרפורמה הייתה לאפשר תחרות חופשית בשיווק מכשירי קצה. הוצאת מכשיר האלקטל ממסלול חיוב-זיכוי נעשתה על מנת לגרום למובייל לחדול ממכירתו ובכך למנוע את התחרות של מובייל בפלאפון. בכך סוכלה מטרת הרפורמה.

33. אין בידי לקבל טענה זו של מובייל. ואפרט.

ביום 04.07.2011 העבירה פלאפון למשווקיה, באמצעות מערכת מידע פנימית ששמה "Nino", הנחיות בנוגע לשיווק מכשיר האלקטל ללקוחות פלאפון [נספח 24 ל-ת/1]. בנוהל נקבע, בין היתר, כי התשלום החודשי בגין מכשיר האלקטל ללקוח פרטי יעמוד על סך 69.9 ₪ (למשך 36 חודשים) כנגד זיכוי חודשי מלא בעת צריכת זמן אויר ברף של 149 ₪. מר אמיד הסביר כי הרציונל שעמד מאחורי ההחלטה להמשיך להעניק הטבת חיוב-זיכוי היה לתמרץ את המנויים להישאר בפלאפון, בעלות נמוכה יחסית.

בעקבות פניה של מנויים לפלאפון התברר לה שמובייל מכרה ללקוחות פלאפון את מכשיר האלקטל באופן פרטי. כך, הלקוח שילם למובייל את מלוא מחיר מכשיר האלקטל (2,516 ₪) ב-36 תשלומים באמצעות כרטיס אשראי [נספח 33 ל-נ/10]. לאחר מכן, הוזנו הנתונים במערכת מיחשוב ומידע - "שביט" של פלאפון - אשר גישה אליה ניתנה למוטי החזקות לצורך מימוש הטבת ניתוק הזיקה (חיוב-זיכוי) [סעיף 67 ל-ת/1]. לאחר שהחשבונית הוקלדה למערכת "שביט", החלה פלאפון לזכות את חשבון הלקוח בסך 69.9 ₪ מדי חודש כנגד חיובו בזמן אוויר. בדרך זו הוחצנה עלות מכשיר האלקטל שהתקינה מובייל על פלאפון, בעוד הרווח ממכירתו נותר בידיה של מובייל.

34. כפי שהסביר מר אמיד בעדותו לפניי, פעולה זו של מובייל נעשתה מבלי שפלאפון ידעה על כך, תוך התחזות לפלאפון והסבה לה נזק:

"ש. כל הסעיף [סעיף 59 לתצהירו של מר אמיד - א.ש.] מתייחס לפגיעה בפלאפון כתוצאה ממכירת מכשירי אלקטל על ידי התובעת.

ת. בצורה שהיא נעשתה היא פגעה בפלאפון בצורה שהתחזתה לפלאפון.

[...]

ש. על מה אתה מלין בסעיף 59 לתצהיר על החובה של פלאפון לזכות את הלקוח?
ת. לא, אין לי שום בעיה לזכות את הלקוח ועם מכירות אבל שלא יתחזו לפלאפון"

[פר' עמ' 87, ש' 31-32, עמ' 88, ש' 4-5]

וכן:

”ש. אתה לא חולק על זה שכל צד שלישי שהיה מעוניין למכור מכשירי אלקטל בשוק היה יכול לעשות את זה?
ת. אין ספק אבל לא כמתחזה. כדי להתחזות היית צריך להשתמש במערכות פלאפון”.

[פר' עמ' 90, ש' 9-11]

ובהמשך:

”ש. יש לך ראייה אחת מלקוח שקנה מכשיר מהתובעת אחרי שהוא הונה לחשוב שהוא קונה אותו מפלאפון בתוך מרכז ההתקנות ביגאל אלון?

ת. יש בתצהיר לקוחות שהתלוננו ואמרו לפלאפון יש לי תקלה וכשאמרו להם לא קנית מפלאפון הם אמרו על מה אתם מדברים? קנינו מפלאפון. האמירה שלי שיש התחזות מתבססת על המכירה במחיר של פלאפון שזה תמוה, כי כל מי שמכר בניתוק זיקה אז אם חברת הסלולר מוכרת ב - 4,000 ₪ עם זיכוי 2,000 ₪ הספק החיצוני היה מוכר במחיר נמוך יותר כדי שללקוח יהיה רווח. כשהוא שם את אותו מחיר בדיוק זה היה כדי לתת תחושה ללקוח שהוא קונה מפלאפון. כך אני מבין. רגל שנייה זה העובדה שבאותה פרקטיקה מישוהו קונה ומוכר ללקוח ב - 3,500 ₪ את המכשיר ונותן לו חשבונית ואומר לך לחברת הסלולר ותקבל זיכוי של 2,000 ₪ בחברת הסלולר. מה שהיה פה זה שכאילו מוטי כהן הזין את החשבוניות למערכת פלאפון בשמו של הלקוח.

ש. חשבוניות שכתוב עליהן מובייל?

ת. מובייל פור לס, כן. הוא יצר מצב שהלקוח לא ידע שהוא קונה ממובייל פור לס, זה היה חלק מהתרמית.
ש. כך אתה משער, לא בדקת את זה עם אף לקוח?

ת. אני לא דיברתי עם אף לקוח. החלק השלישי מגיע כשלקוחות פונים למוקד ואומר קניתי מכשיר בפלאפון והם לא קנו מכשיר בפלאפון. הדבר הרביעי שלא ידעתי אותו בזמן אמת זה שכתוב על חשבונית פלאפון - מובייל פור לס. זה גם נראה חשבונית של פלאפון".

[פר' עמ' 95, ש' 2-19]

35. דברים דומים עלו אף מעדותם של גב' מרכוס ועו"ד דבי. גב' מרכוס תיארה את מעשיה של מובייל כ"אירוע חמור ברמת הממצאים שלו... [פר' עמ' 111, ש' 18-19]. לדבריה, במסגרת פגישה שנערכה בינה לבין מר כהן "ניסיתי להביא לידיעתו שהוא עשה משהו לא תקין ללקוחות פלאפון וגם פגע בפלאפון. היה ממשק לא אמין בין משווק ותיק של פלאפון וממשק לא תקין בין משווק שמייצג את פלאפון מול הלקוחות... [פר' עמ' 114, ש' 30-28].

36. עו"ד דבי הסביר כי מכירת מכשיר האלקטל על ידי מובייל באופן פרטי הייתה בלתי ראויה כדלקמן: "מוטי כהן הוא אדם אחד יחיד, הוא משווק שלנו בשם שנים תחת מוטי כהן אחזקות. נשמע טבעי לדרוש ממנו לחדול מלהפך את ההסכמים עם החברה. גם הסכם משווק סעיף 7.7 והסכם המקדם הסכם נאמנות סעיף 11 אומרים אסור לך לבצע ניצול פעילות שלך על מנת להפיק טובת הנאה. כשעושים חוזים ומממנים זכייך זה טבעי לדרוש ממנו יושרה, זה סעיף רחב. הוא קיבל מערכת מחשבים של פלאפון, הוא גם חתם על סודיות, ביד אחת עם כובע מוטי אחזקות ניגש למחשב והוא יכול לצפות בלקוח, למעט נתוני שיחות, הוא רואה את זה ואומר זה לקוח של פלאפון, דור 2 אני אשדרג אותו ואז הוא לוקח כובע שני, של מוטי מובייל והולך לפינה ומוכר לו את המכשיר ונותן לו חשבונית... [פר' עמ' 101, ש' 1-9]. לדבריו: "הוא [מוטי - א.ש.] גנב את החברה בדרך נכלולית" [פר' עמ' 101, ש' 12-13].

37. עו"ד דבי עומת עם סעיף 5.2 להסכם המשווק אשר קובע כי "המשווק יהיה רשאי לרכוש את המוצרים המורשים, בהתאם למחירים ולתנאים כפי שיקבעו בינו לבין הגורם ממנו רכש את המוצרים המורשים (כגון: יבואן, פלאפון וכל גורם אחר העוסק בסחר המוצרים המורשים)... והשיב כדלקמן:

”ש. הנושא הזה גם עלה ואני רוצה להבין נקודה שעולה פה, יש את הסכם המשווק, נספח 2 לתצהיר ישראל אמיד, סעיף 5.2 אומר ואני מצטט. הסעיף אומר למעשה שמוטי כהן יכול לרכוש מכשירים ולמכור אותם אז מה הבעיה מוטי כהן רכש מאצלנו מכשירים ומכר אותם?

ת. החוזה הזה נעשה בצורה מסוימת ויש מערכת יחסים ארוכת שנים שפלאפון ממנה מישהו שיבצע שיווק שרוכב על המוניטין שלנו, לא ידענו מה צפוי לנו בעתיד לגבי סוגי המבצעים שפלאפון צריכה לבצע מול המשווק, לכן הכנו חוזה מודולרי, מסכת הסכמית כאשר המשווק הוא הבסיס שלה. ההסכם הזה הלך לרשות להגבלים עסקיים וגב' תמר בן דוד ומאחר שמדובר בתקופה שבה ההסדרים האנכיים היו הסדרים שהדין התייחס אליהם בצורה אחרת ולכן פלאפון רצתה להזיל עלויות למשווק שלה במקרים שפלאפון רצתה שהוא יקנה ממנה חלק מהמבצע את המוצרים שהם חלק מהמבצע וחשבו לנכון שלמען שלא תהיה כפייה במבצע ספציפי, לכן אפשרו לו שאם יש מוצר זול יותר שהוא יכול לרכוש אותו אפשרו לו לרכוש את המוצר על מנת שירוויח ממנו. הסעיף הזה לא נועד לאפשר לו לקנות כשהוא נמצא בפוזיציה של נאמן במסגרת הסכם משווק שלו והסכם המקדם בטלמרקטינג ובדור טו דור.

ש. במכשירים הספציפיים שאנחנו מדברים עליהם, מה הבעיה שהוא ימכור אותם?

ת. הסעיף הזה לא נועד לאפשר לו, במערכת היחסים ביני לבין המשווק לרכוש מוצרים כאשר אני במבצע השיווקי שלי דרשתי שירכוש ממני ולכן אפשרתי לו לרכוש מוצרים במחיר יותר זול. במקרה הספציפי הזה לא כפיתי עליו לקנות ממני ויתרה מזאת מוטי כהן כמשווק וכל המשווקים שלי החזיקו מלאי של פלאפון, בקונסיגנציה, הוא לקח מהמלאי שלי ומכר אותו ללקוח על חשבונית של פלאפון. לכן הוא הפר את ההסכם מול פלאפון בכמה סעיפים ובכמה חוזים.”

[פר' עמ' 105, ש' 18-36, עמ' 106, ש' 1-3]

38. כעולה מהראיות שהובאו לפניי מובייל לא העסיקה עובדים, כדבריו של מר כהן: "עובדים ישירים לא היו" [פר' עמ' 37, ש' 2]. מובייל לא שכרה מבנה לפעילותה ולמעשה התבססה על התשתית הארגונית והמסחרית של מוטי החזקות. כפי שאישר מר כהן בחקירתו הנגדית: "פעילות מובייל יועדה למכור ציודים ולהרוויח את המרווח בין הקנייה לבין המכירה. כל מה שרציתי זה להפריד בין הפעילויות של מכירת ציודים לעבודת כוח אדם" [פר' עמ' 34, ש' 16-17]. מוטי החזקות היא שהזינה את נתוני החשבונות אל תוך המערכת הפנימית שפלאפון העמידה לרשותה (אך לצורך שונה). מובייל נסמכה אפוא על התשתית הארגונית והמסחרית של מוטי החזקות, קרי: אותה התשתית שפלאפון העמידה לרשותה מתוקף היותה משווקה מורשית שלה. יתר על כן, מובייל אף עשתה שימוש בחשבונות שנשאו גם את שמה של פלאפון [פר' עמ' 35, ש' 35].

39. מר אמיד הסביר בעדותו לפניי כי חרף מאמציה להפחית את מכירת המכשירים הקבועים לרכב לנוכח הרפורמה, החלה פלאפון לקבל מספר חריג של פניות ממנויים קיימים שלה. לדברי מר אמיד: "היה כמה מאות [פניות - א.ש.]. בחודש ובתקופה הזו היו כמה מאות רק של מוטי, זה גרם לעומס שגרם לעיכוב" [פר' עמ' 85, ש' 24-25]. פניות אלה העלו כי מנויים שרכשו מכשירי אלקטל באופן פרטי, ביקשו לקבל בהתאם לרפורמה, זיכוי כספי חודשי מפלאפון; מנויים שרכשו מכשירי אלקטל ביקשו לבטל את הרכישה, למרות שלא רכשו את המכשירים מפלאפון. מנויים אלה סברו כי רכשו את המכשיר מפלאפון והתקשו לקבל את תשובת פלאפון כי עליהם לפנות לגורם שמכר להם את המכשיר; התקבלו תלונות ממנויים שסברו כי רכשו את המכשיר בפלאפון וטענו שלא הוסבר להם כי הזיכוי הכספי מותנה בניצול מינימלי של זמן אוויר. לטענת מר אמיד, מר כהן הבין כי הוא עומד לאבד נתח משמעותי מהכנסותיו לאור החלטת פלאפון לבטל את עמלת האקטיבציה ולכן חיפש ומצא דרך להשלמת הכנסה. כך, מר כהן הפך למפיץ עצמאי של מכשיר האלקטל, מכר אותם במחירי פלאפון ושלח את הלקוחות לקבל מפלאפון את ההטבות בגין רכישת המכשיר.

40. פלאפון החלה בבירורן של אותן תלונות. לתדהמתה התגלה כי מר כהן השקיע מאמצי שיווק אגרסיביים במכירת מכשירי אלקטל שרכש באופן עצמאי, תוך שהוא מאלץ את פלאפון לממן עבורו את רווחיו. מהלך זה נעשה תוך יצירת מצג שווא לפני הלקוחות כאילו הוא ופלאפון חד הם. לטענת פלאפון, פעילות

זו של מר כהן פגעה בה באופן קשה : מדובר בהכשלה גמורה של האסטרטגיה של פלאפון לצמצום מכירת המכשירים לרכב ; מכירת מכשיר האלקטל נעשתה באמצעות מובייל במחירים גבוהים ואילו פלאפון נאלצה להעניק למנויים זיכוי בגין המכשיר ; מכירת מכשיר האלקטל נעשתה בעיקר ללקוחות מנויים של פלאפון. מכירות מסוג זה הינן בעלות ערך שולי עבור פלאפון והסבו לה נזקים כספיים ; מר כהן ביצע את מכירת מכשיר האלקטל באופן פרטי תוך יצירת מצג שווא כאילו מדובר במכירה שנעשית על ידי פלאפון.

41. התרשמתי שמובייל אכן יצרה מצג שווא לפיו המכירה של מכשירי האלקטל מתבצעת בשמה של פלאפון. מצג שווא זה התבסס על הוספת שמה של פלאפון לצד שמה של מובייל על גבי החשבונות שהופקו ללקוחות [נספחים 32-33 ל-10/נ] ועל פעילות מתוך המבנה שהושכר על ידי פלאפון עבור מוטי החזקות לצורך ביצוע התקנות ללקוחות פלאפון [פרי' עמ' 27, ש' 28-33, עמ' 28, ש' 17-10].

אינני מקבל את גרסתו של מר כהן לפיה "המנהלים שלי בפלאפון ידעו שאני מוכר באמצעות מובייל" [פרי' עמ' 25, ש' 29]. אין לפניי כל ראיה לכך. מר כהן אף לא טרח לזמן מי מאותם מנהלים לשם תמיכה בגרסתו [פרי' עמ' 26, ש' 18-13]. ממילא גרסה זו עומדת בניגוד להגיונם של הדברים ולגרסאותיהם המפורטות של עו"ד דבי וגב' מרכוס.

אני קובע אפוא כי השימוש שעשתה מוטי החזקות בפלטפורמה המסחרית, שיווקית ומיחשובית שהעמידה פלאפון לרשותה של מוטי החזקות, נעשה לצרכים שאינם פועלים לטובתה של פלאפון, אלא מזיקים לה. שימוש זה עולה כדי הפרה של הסכם השיווק והסכם הנאמנות ולמצער מהווה הפרת תום הלב בקיום חוזה, בניגוד לסעיף 39 לחוק החוזים.

42. חרף האמור, פלאפון לא ביטלה את הסכם המשווק עם מוטי החזקות, אלא בחרה להוציא את מכשיר האלקטל ממסלול חיוב-זיכוי ולהוזיל את עלותו החל מיום 21.11.2011 [סעיף 67 ל-10/נ ; נספח 49 ל-1/ת]. גב' מרכוס הסבירה כי מאחורי ההחלטה שלא לבטל מיד את הסכם המשווק עמדה, בין היתר, דאגה למצבו הכלכלי של מר כהן, כדלקמן : "... אני זוכרת במעומעם שמוטי כהן שיקף מצוקה אישית מאוד גדולה בפגישות, לא רק בפגישה הזו, הוא היה גם בקשר עם סמנכ"לים אחרים. מכיוון שהוא משווק ותיק של פלאפון ובעבר היה עובד פלאפון אני יוצאת מנקודת הנחה, משווקים של פלאפון הם שותפים

עסקיים והוא שיקף מצוקה גדולה, זה גם בא לידי ביטוי בתמליל מדבריו, כנראה זה בא לידי ביטוי בחלק מההחלטות שהתקבלו" [פר' עמ' 116, ש' 1-5]. לדברי מר אמיד, על פי רפורמת ניתוק זיקה, אם פלאפון לא מסבסדת את הלקוחות שרוכשים ממנה את מכשירי האלקטל, הרי שהיא גם לא צריכה לסבסד את הלקוחות שרוכשים את המכשיר מצד שלישי [סעיף 68 ל-נ/10]. את ההיגיון שניצב מאחורי ההחלטה הסביר מר אמיד בעדותו לפני:

"ת. למוטי היה ערך מוסף חוץ מהונאה, הוא היה משווק של פלאפון ותרם למכירות פלאפון. רונית מרכוס היא סמנכ"ל מכירות וברגע שהיא עוצרת את התקשרות עם מוטי כהן המכירות שלה נפגעות. היה לה פתרון יותר פשוט, היא אמרה למוטי אתה גונב ממני והוא לא הפסיק אז היה פתרון של להרוג את המבצע השיווקי. כך היא המשיכה ליהנות ממכירות מוטי כמשווק בעולמות האחרים שהא הפעיל שהיו תחת אחריותה. גם בשיחה שלה היא אומרת לו אני יודעת שאתה גונב ממני ואתה בבעיות, בוא נעשה עוד עסקים, תפסיק את הגניבה ותלך לעסקים אחרים. ש. היית בעל תפקיד בכיר מאוד בפלאפון. אתה רואה שיש הונאה ויש נזק עצום. זה לא באחריותך ללכת למחלקה המשפטית ולהגיד יש מישהו שגורם לנו נזק. מה עושים? ת. עם כל הכבוד לנזק של כמה מיליונים, מבחינת פלאפון זה נזק קטן. כשאני הולך לרונית ואומר יש הונאה, זה לא שהיא עוצרת הכל ומתעסקת בהונאה, לדעתי היא אפילו דיברה איתנו יום למחרת, אני מנסה להסביר את רמת החשיבות מבחינת פלאפון. ההונאה מסתכמת ב - 2.5 - 4 מיליון ₪. המחזורים של פלאפון היו כמה מיליארדים באותה תקופה, זה לא נחשב משהו גדול אבל זה לא מוריד את זה שזה הונאה. החלטנו לשנות את חיוב הזיכוי למחיר בלי חיוב זיכוי ובום זה נעלם".

[פר' עמ' 89, ש' 29-35, עמ' 90, ש' 1-8]

43. מר אמיד הסביר כי על פי הרפורמה, אם פלאפון לא מסבסדת את הלקוחות שרוכשים ממנה את מכשירי האלקטל, היא לא צריכה לסבסד את הלקוחות שרוכשים מכשיר זה מצד שלישי. בכך קטן באופן משמעותי הרווח שניתן היה

להפיק ממכירת מכשיר האלקטל. כך הסביר מר אמיד בחקירה שכנגד: "ביטלו את המסלול של חיוב זיכוי שהוא יצר אפשרות להונות ובאותו רגע זה הפסיק" [פרי' עמ' 87, ש' 15-16]. גם מר פרסלר הסביר כי "ברגע שהבנתי שמנגנון הזיכוי חיוב בוטל למכשירי הרכב הבנתי שאין כדאיות כלכלית לעסקה וסיכוי לקבל הזמנה נוספת הוא אפסי" [פרי' עמ' 149, ש' 4-5] לאחר שמכשיר האלקטל הוצא ממסלול חיוב-זיכוי, מובייל חדלה מלמכור מכשיר זה. מוטי החזקות המשיכה בפעילותה כמשווק מורשה, מתקינה ומקדמת מכירות של פלאפון למשך שנה נוספת. ביום 22.10.2012 ביקש מר כהן לסיים את ההתקשרות עם פלאפון [נספח 41 ל-10/נ]. וכך עלה ממכתב ששלח מר כהן לפלאפון:

"[...]"

בהמשך לפגישתנו מהיום אבקש להביא לידיעתך כי אני נאלץ לסיים את עבודתי כמתקין מורשה של פלאפון במרכז ההתקנות בת"א. הפסקת העבודה נובעת מהשינויים שחלו בענף בשנה האחרונה ומחוסר יכולתי לקיים עסק ריווחי. את התחייבויותי להמשך שכירות הנכס והפעלת המקום בפורמט הנוכחי כמתקין מורשה אבקש להעביר לוידיומית.

"[...]"

[נספח 41 ל-10/נ]

44. אני סבור כי המהלך המסחרי של פלאפון, מכוחו בוטל מסלול חיוב-זיכוי לגבי מכשירי האלקטל, הוא דרך פעולה לגיטימית שאינה עולה כדי הפרת מערכת החיובים שבין מובייל לבין פלאפון ובוודאי שאינה עולה כדי הפרת חובת הזהירות של פלאפון כלפי מובייל. לכך שלושה טעמים.

ראשית, לפלאפון לא היה הסכם מול מובייל מכוחו היא הייתה מחויבת להמשיך את המבצע השיווקי ללקוחותיה במסלול חיוב-זיכוי. גם מר כהן הודה בחקירתו הנגדית ש"מובייל לא הייתה תחת הסכם הפצה עם פלאפון" [פרי' עמ' 41, ש' 32]. בנסיבות אלה לא הייתה חובה כלשהי מצד פלאפון כלפי מובייל להמשיך את הטבת החיוב-זיכוי. פלאפון אף התריעה בפני מר כהן כי

הפעילות המסחרית במסגרתה מובייל מנצלת את יחסי האמון ואת מעמדה של מוטי החזקות בכדי לגרוף רווחים על חשבונה של פלאפון אינה לרוחה. למרות זאת מר כהן ומובייל המשיכו בפעילותם המסחרית של החצנת רווחים על פלאפון.

שנית, מובייל רכבה על התשתית הארגונית והמיחשובית של מוטי החזקות. תשתית זו הועמדה על ידי פלאפון לרשותה של מוטי החזקות מתוך הנחה כי זו תפעל כמשווקת שלה. גם לפי גרסתו של מר כהן: "מוטי כהן אחזקות שירת את מובייל במכירות ובהתקנות" [פר' עמ' 46, ש' 5]. הואיל ומוטי החזקות הפרה את חובת האמון לה התחייבה כלפי פלאפון וממילא פעלה שלא לטובתה המסחרית של פלאפון, לא הייתה מניעה לשנות את המדיניות השיווקית מצד פלאפון.

שלישית, הרפורמה ביקשה לנתק את הזיקה שיצרו חברות הסלולר בין מתן שירותי רט"ן לבין מכירת מכשירים וציוד קצה. הזיקה היא שיצרה פגיעה בתחרות באמצעות "קשירת הלקוח" למשך 36 חודשים [עדותו של ד"ר פריזנט - פר' עמ' 55, ש' 17-21]. ביטול המנגנון השיווקי שיצר זיקה שכזו והניח תשתית לכבילת הלקוח לחברה מסוימת לא פגע בתחרות שביקש הרגולטור ליצור בין חברות הסלולר, אלא העצים אותה.

האם הפרה אקסל את הסכם המסגרת

45. לטענת מר כהן, אקסל נמנעה מלספק למובייל את ההזמנה השנייה של מכשירי האלקטל. התנהגות זו של אקסל עולה כדי חוסר תום לב כאמור בסעיף 39 לחוק החוזים וכן הפרה של הסכם המסגרת בהתאם לחוק החוזים תרופות.

לטענת אקסל, בינה לבין מובייל נחתם הסכם מסגרת. מר מארק סילנפרוינד, מי ששימש בתקופה הרלוונטית לכתב התביעה כמנכ"ל אקסל (להלן - **מר סילנפרוינד**) הסביר כי "מובייל הציגה שרוצה לקנות כמות גדולה של מכשירים ורוצה לקבל בלעדיות בשוק המשווקים בארץ ולכן התקשרנו בהסכם כדי לסדר את התנאים המסחריים" [פר' עמ' 162, ש' 1-2].

הסכם המסגרת קבע תנאים מפורשים באשר לעלות המכשיר, סך המקדמה שיש לשלם בגין ההזמנה ומועדי התשלום. בין ההזמנה הראשונה שבוצעה על ידי מובייל לבין ההזמנה השנייה, לא חל כל שינוי בתנאים אלה. בנסיבות אלה,

כך לדברי מר פרסלר, היה ברור לשני הצדדים כי מר פרסלר לא צריך לעשות דבר עד שמובייל תעביר לאקסל מקדמה עבור ההזמנה השנייה. לדבריו: "אין לי צורך לשלוח הצעת מחיר נוספת, יש מחיר שסוכם והסכם" [פרי' עמ' 148, ש' 19]. עוד הוסיף מר פרסלר כי ככל שמר כהן היה מעביר את המקדמה בגין ההזמנה השנייה, אקסל הייתה מספקת למובייל את המכשירים. לטענת אקסל, ההזמנה השנייה לא סופקה בשל שתי סיבות:

הראשונה, לאחר שפלאפון הודיעה על כוונתה להוציא את מכשיר האלקטל ממסלול חיוב-זיכוי, מר כהן ויתר על ביצוע ההזמנה השנייה בשל היעדר כדאיות כלכלית.

השנייה, מובייל לא העבירה לאקסל מקדמה בגין ההזמנה השנייה בהתאם להסכם המסגרת.

46. בכדי להכריע בטענתה של מובייל להפרת הסכם המסגרת או באשר לפעילותה של אקסל בחוסר תום לב שעולה כדי הפרת ההסכם, נקדים ונידרש לתוכנו של הסכם המסגרת.

כפי ששנינו הסכם זה נחתם ביום 30.06.2011. מר פרסלר הסביר כי הסכם המסגרת נחתם לבקשתו של מר כהן. כך עלו הדברים מעדותו לפני: "הבקשה להסכם הייתה מצד מוטי שביקש לקבל ראשוניות ובלעדיות ולכן פניתי למארק שמוטי מבקש לעשות הסכם והוכן הסכם שנותן לו אפשרות ראשוניות" [פרי' עמ' 142, ש' 20-21].

הסכם המסגרת קובע באופן ברור וחד מהי דרך ההזמנה של מכשירי אלקטל על ידי מובייל, כדלקמן:

"[...]"

5. מובייל מתחייבת לרכוש מאקסל ואקסל מתחייבת למכור למובייל מכשירים, בתנאים המפורטים בהסכם זה.
6. הזמנת מכשירים מאקסל, תתבצע ע"י העברת טופס הזמנה חתום ע"י מובייל, בנוסח הרצ"ב להסכם זה. כל הזמנה תהיה כפופה לאישור של אקסל.
7. היקף הזמנה מינימאלי של מכשירים מאקסל יעמוד על 1,000 מכשירים.

8. מחירו של כל מכשיר יעמוד ע"ס \$175 בתוספת מע"מ כדין

...

9. בד בבד עם ביצוע כל הזמנה ולא יאוחר מ-3 ימי עסקים יאוחר מכן [כך במקור - א.ש.], תשלם מובייל לאקסל מקדמה ע"ח התמורה בגין ההזמנה בשיעור 30% מהתמורה וזאת כנגד חשבונית מס כדין.

10. אקסל תספק למובייל את המכשירים בתוך 60 יום ממועד ביצוע תשלום המקדמה.

11. שבעה ימים לפני אספקת המכשירים למובייל בהתאם להזמנה, תשלם מובייל לאקסל את היתרה בשיעור 70% מהתמורה, וזאת כנגד חשבונית מס כדין.

"[...]"

[נספח 22 ל-ת/1]

47. על פי סעיף 9 בהסכם המסגרת על מובייל להעביר לאקסל מקדמה בשיעור 30% ממחיר המכשירים (175 דולר למכשיר). בתוך 60 ימים לאחר תשלום המקדמה מחויבת אקסל לספק את מכשירי האלקטל למובייל, כאשר אלה ימסרו לידי מובייל שבעה ימים לאחר תשלום יתרת התמורה (70%). יתר על כן, הסכם המסגרת כלל נספח שכותרתו "טופס הזמנה" [נספח 22 ל-ת/1 בעמ' 109 למוצגים]. גם טופס ההזמנה שנוסח מראש על ידי הצדדים מלמד כי תנאי להזמנה הוא תשלום מקדמה בשיעור 30% :

"הנדון: טופס הזמנה"

1. בהתאם להסכם ביננו, הרינו מזמינים מכם _____ (לא פחות מ-1,000) מכשירים.
2. רצ"ב צ'ק ע"ס _____ ₪ בגין 30% מהתמורה.

בכבוד רב,

מובייל פור לס בע"מ"

מר פרסלר הציג את עיקריו של הסכם המסגרת בעדותו לפני: "היו כמה דברים. החלק העיקרי זה המקדמה של 30% ולאחר מכן 70% זה מהצד שלנו ומהצד של מוטי זה הראשוניות של 4 חודשים ראשוניים" [פר' עמ' 143, ש' 6-5]; הראשוניות שהוזכרה בעדותו של מר פרסלר קבועה בסעיף 17 להסכם המסגרת]. חשיבותה המסחרית של המקדמה הוסברה על ידי מר סלינפרוינד בכך שאקסל לא החזיקה מלאי שוטף של מכשירים לעצמה, אלא נהגה להזמין מכשירים מהיצרן בסין על פי הזמנות שנמסרו לה [סעיף 44 ל-נ/17].

אם כן, המתכונת המסחרית שקבעו הצדדים בהסכם המסגרת מלמדת על חיובים מותנים, שמשמעותם היא "שהתחייבותו הנגדית של הצד לחוזה היא מאוחרת ומותנית בכך שהצד השני יקיים תחילה את חיובו" [סעיף 43(א)(2) לחוק החוזים; ע"א 1084/99 עיני נ' קאסוטו, פ"ד נו(3) 913, 922 (2002); ע"א 765/82 אלתר נ' אלעני, פ"ד לח(2) 701, 709 (1984); גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 575-576 (מהדורה רביעית, 2019)].

ודוקו - אין מניעה מלהתנות על הוראות סעיף 23 לחוק המכר, התשכ"ח-1968, שקובע כי "חובת המוכר למסור את הממכר וחובת הקונה לשלם את מחירו הם חיובים מקבילים שיש לקיימם בד בבד". [ע"א 7938/08 מונסנגו נ' מכביאן, פסקה 22 (נבו 11.08.2011) (להלן - עניין מונסנגו)].

48. בענייננו, ביום 03.10.2011 שלח מר כהן למר פרסלר הזמנה לרכישת "2,000 יחידות נוספות בהמשך להסכם בנינו" באמצעות דואר אלקטרוני [נספח 35 ל-ת/1]. מר פרסלר הסביר כי לא שלח למר כהן הצעת מחיר על בסיס ההזמנה השנייה מאחר ש"אין לי צורך לשלוח הצעת מחיר נוספת, יש מחיר שסוכם והסכם" וכן: "אין צורך להמציא עוד הצעת מחיר, אפשר לבדוק את שער הדולר והמחיר סוכם. במיוחד כשיש גם הסכם" [פר' עמ' 148, ש' 19, 24-25]. בהתאם להסכם המסגרת, היה על מר כהן להעביר למובייל "בד בבד עם ביצוע הזמנה זו ולא יאוחר מ-3 ימי עסקים לאחר מכן" מקדמה על סך 30% מהתמורה באמצעות שיק. אולם, המקדמה לא שולמה. מר פרסלר הסביר כי "ככל שמר כהן היה מעביר את המקדמה בהתאם להוראות הסכם המסגרת, אקסל הייתה מבצעת את ההזמנה השנייה ומספקת למובייל את מכשירי האלקטל [סעיף 51 ל-נ/16].

גרסה זו מתיישבת עם הוראות הסכם המסגרת ומנגנון החיובים המותנים שקבעו הצדדים. גרסתו של מר פרסלר מתיישבת אף עם דרך התנהלות הצדדים במסגרת העסקה הראשונה. באותה עסקה בה הוזמנו וסופקו 1,000

מכשירי אלקטל, העבירה מובייל ביום 25.07.2011 מקדמה בשיעור 30% (210,738 ₪) לחשבון הבנק של אקסל. ביום 10.08.2011 שולמה היתרה בסך 489,533 ₪. רק לאחר מספר ימים, ביום 18.08.2011 סופקו למובייל 1,000 מכשירי האלקטל [נספחים 9-11 ל-נ/16]. התנהגות הצדדים לאחר מועד חתימת הסכם המסגרת מלמדת על האופן בו הבינו הצדדים את המנגנון המסחרי ביניהם [בג"ץ 932/91 קרן הגימלאות המרכזית של עובדי ההסתדרות בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מו(2) 430, 437-438 (1992); ע"א 5856/06 לוי נ' נורקייט בע"מ, פסקה 30 (נבו 28.1.2008); ע"א 874/13 שד-של בילדינג אנד אינביסטמנט בע"מ נ' מירון, פסקה 14 (נבו 16.06.2015)].

ובעניינו - התנהלות הצדדים בעסקה הראשונה מצביעה באופן ברור על מנגנון מותנה.

לא נעלמה מעיני הצעת המחיר ששלחה אקסל למובייל ביום 28.06.2011, דבר שלא נעשה לגבי ההזמנה השנייה. עם זאת, מועד משלוח הצעת המחיר היה בטרם נחתם הסכם המסגרת. לאחר חתימת הסכם המסגרת לא היה עוד צורך בהצעת מחיר חדשה, הן מאחר שמחיר המכשירים היה ידוע (על בסיס הצעת המחיר מחודש יוני) והן מאחר שמחיר המכשירים כבר סוכם ונחתם במסגרת הסכם המסגרת (175 דולר לפני מע"מ). לפיכך, תנאי לביצוע ההזמנה היה שמובייל תעביר לאקסל מקדמה בסך השווה ל- 105,000 דולר בצירוף מע"מ כדן ($105,000 = 175 \text{ דולר} * 2,000 * 30\%$).

49. כשעומת מר כהן עם אי-עמידתה של מובייל בתנאי הסכם המסגרת, קרי: אי תשלום המקדמה בגין ההזמנה השנייה, השיב בצורה מתחמקת, כדלקמן:

**"ת. הוראות ההסכם לא יכולות לקיים הזמנה באופן שבו
עבדנו בהזמנה הראשונה. ההסכם נמצא בדולרים, אייל
הוציא לי הצעת מחיר בשקלים.
ש. מתי הוא הוציא לך את הצעת המחיר?
ת. ההזמנה הראשונה נשלחה לי הצעת מחיר, בהתאם
להצעת המחיר קיימתי את ההתחייבויות שלי, ביצעתי
העברה בנקאית ...**

[...]

ש. האם אתה ביצעת את ההזמנה השנייה שלך, הזמנה מסודרת בהתאם להוראות ההסכם.
ת. ביצעתי את ההזמנה באופן שאייל ביקש. אם היה אומר לי תשלח לי את ההזמנה עם זר פרחים הייתי עושה כן.
ש. אני מבין שהתשובה היא לא.
ת. פעלתי בהתאם להנחיות של אייל"

[פר' עמ' 47, ש' 17-21, 28-32]

50. אף כשנשאל מדוע לא פנה למר פרסלר בבקשה שיקדם את ביצוע ההזמנה השנייה, השיב מר כהן בצורה לא ברורה ומתחמקת, כדלקמן:

"ש. ... למה אין לך אף מייל שאתה שולח לאקסל ושואל מה עם ההזמנה שלי, אני עומד על קיום ההסכם ועל ביצוע ההזמנה.
ת. המטרה הייתה לקדם את העסקה ולקבל את המכשירים, לא עבדתי בשום דבר אחר מלבד לשרת את האינטרס ולקבל את המכשירים ולהמשיך למכור"

[פר' עמ' 48, ש' 31-34]

וכן:

ש. אז אני שואל למה לא שלחת מייל שאומר אני רוצה את התקדמות ההזמנה.
ת. עם החוסר מענה של אייל אחרי שהוא מושך אותי למעלה משלושה שבועות, הם מושכים אותי למעלה משלושה שבועות הבנתי שאקסל החליטו להיענות לדרישת פלאפון לא למכור לי מכשירים. אני עובד עם עשרות עובדים ועם הוצאות גבוהות וניסיתי להציל את העסק ולמצוא אפיקי הכנסה חדשים.

[...]

ש. לשיטתך זה גמר לך את העסק. זה אירוע משמעותי ביותר וזה הורג לך את העסק. למה לא שלחת מכתב של עו"ד, היה לך את עו"ד אלון לב.
ת. בבחירה מה לעשות בתקופה הקריטית הזאת בחרתי לנסות להציל את העסק שלי ולהתקדם ולא לריב ולבזבז זמן. לא רציתי לבזבז זמן יקר על דברים שלא מייצרים לי הכנסה.

[פר' עמ' 49, ש' 6-10, 19-22]

51. יוצא אפוא כי מובייל פעלה שלא על-פי הוראות הסכם המסגרת, במובן זה שלא העבירה לאקסל מקדמה בגין ההזמנה השנייה. שיעור המקדמה עמד על סך בשקלים השווה ל- 105,000 דולר בצירוף מע"מ כדין. לפיכך ההסבר שסיפק מר כהן בחקירתו הנגדית לפיו "שלא מעבירים 1.5 מיליון ₪ בלי שמבינים מתי מקבלים את המכשירים" [פר' עמ' 47, ש' 26-27] אינו יכול להתקבל, הן מבחינת היקף הסכום והן מבחינת תנאי הסכם המסגרת שקבעו לוח מועדים מדוייק לאספקת המכשירים.
הואיל ומובייל לא קיימה את חיוביה באשר להתנעת הליך ההזמנה, אקסל לא הייתה מחויבת להזמין עבור מובייל את 2,000 מכשירי האלקטל. יתר על כן, מובייל אף לא שילמה את יתרת התמורה בגין המכשירים. גם כאן לא מילאה מובייל אחר חיוביה על פי הסכם המסגרת ועל כן ממילא לא קם חיובה של אקסל לספק לה את 2,000 מכשירי האלקטל בגין ההזמנה השנייה.
אני קובע אפוא כי אי-אספקת מכשירי האלקטל על ידי אקסל למובייל אינה מהווה הפרת הסכם המסגרת או פעולה בחוסר תום לב. נהפוך הוא - אקסל פעלה על פי זכותה כקבוע בסעיף 43(א)(2) לחוק החוזים עת השעתה את חיובה בעניין אספקת מכשירי האלקטל למובייל [עניין מונסנגו, פסקה 23].

האם פלאפון גרמה להפרת הסכם המסגרת

52. לטענת מובייל, פלאפון הפעילה על אקסל לחצים שלא לספק למובייל את מכשיר האלקטל. בכך פלאפון גרמה להפרת הסכם המסגרת כאמור בסעיף 62 לפקודת הנזיקין.
אין יסוד לטענה זו של מובייל.
קיומה של הפרה מהווה תנאי שאין בלתו להתגבשותה של עוולת גרם הפרת החוזה [ראו: רע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309,

334 (1990); ע"א 2512/90 סופרגז חברת ישראל להפצת גז בע"מ נ' תופיני סער, פ"ד מה(4), 405, 426 (1991)). כפי שנקבע לעיל, אקסל לא הפרה את הסכם המסגרת. לפיכך אני דוחה את טענתה של מובייל לחיובה של פלאפון מכוח עוולת גרם הפרת חוזה.

האם פלאפון הפרה את דיני התחרות

53. לטענת מובייל מערכת הלחצים שהפעילה פלאפון על אקסל להימנע ממכירת מכשירי האלקטל למובייל עולה כדי "הסדר כובל" כמשמעותו בסעיף 2(א) לחוק התחרות הכלכלית. לפיכך, על יסוד הוראת סעיף 50 לחוק התחרות יש לחייב את פלאפון ואקסל לפצותה בגין נזקיה ומניעת רווחיה.

מנגד, לטענת פלאפון, היא לא דרשה מאקסל להפסיק למכור את מכשיר האלקטל למובייל, לא הפעילה עליה לחץ בנושא זה ואף לא סיכלה כל הזמנה שבוצעה על ידי מובייל [סעיף 70 ל-נ/10].

אקסל טענה אף היא כי פלאפון לא הורתה לה להימנע ממכירת מכשיר האלקטל למובייל. כך לדברי מר פרסלר: "לא קיבלתי כל הוראה מאנשי פלאפון ו/או ממר סילנפרוינד ו/או מכל גורם אחר שלא למכור למר כהן מכשירים נוספים" [סעיף 37 ל-נ/16].

54. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים ועיינתי במוצגים, אני קובע כי לא הוכח קיומו של הסדר כובל בין פלאפון לבין אקסל. ואסביר:

הסדר כובל מוגדר בסעיף 2(א) לחוק התחרות הכלכלית כדלקמן:

"הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר".

סעיף 2(ב) לחוק התחרות הכלכלית קובע חזקה חלוטה לפיה בהתקיים התנאים הבאים יראו בהסדר כהסדר כובל:

”(ב) מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) יראו
כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים
הבאים:

- (1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;
- (2) הריווח שיופק;
- (3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק
או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו;
- (4) כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או
סוגם.”

55. 'הסדר' כלשונו בסעיף 2(א) יכול להיות אופקי או אנכי:
הסדר אופקי, קרי בין שני מנהלי עסקים או יותר המתחרים זה בזה.
למשל שני קמעונאים או יותר, ספקים, יצרנים וכד'.
הסדר אנכי, קרי בין שני מנהלי עסקים או יותר הנמצאים בצדדים שונים
של שרשרת המסחר. למשל בין קמעונאי לספק, בין יצרן למשווק, בין
משווק לקמעונאי וכד' [ראו: רע"א 6233/02 **אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי
תעשייה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע"מ**, פ"ד נח(2) 634, 646 (2004);
ע"פ 5823/14 **שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל** (נבו, 10.08.2015)].
מערכת היחסים בין פלאפון לאקסל היא מערכת יחסים אנכית. שאלה נכבדה
היא, ואף שנויה במחלוקת, אם סעיף 2(ב) מקים חזקה חלוטה לקיומו של
הסדר כובל מקום בו עסקינן במערכת יחסית אנכית [ע"פ 5672/05 **טגר בע"מ
נ' מדינת ישראל**, פסקה 45 (נבו 21.10.2007); ע"פ 2560/08 **מדינת ישראל -
רשות ההגבלים העסקיים נ' וול**, פסקה פ"ה (נבו 06.07.2009); ע"פ
1408/18 **מדינת ישראל נ' בן דרור**, פסקה 27 (נבו 21.08.2018); דיוויד גילה
"האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות
אד-הוק?" **עיוני משפט** כז(3) 751, 755-757 (2004); מיכל (שיצר) גל "לבור את
המוץ מן התבן - היקף תחולתו של האיסור לערוך הסדר כובל בהתאם לפסיקה
האחרונה" **דין ודברים** א 533 (2004)].
בענייננו אקסל אשר שימשה יבואן של ציוד רט"ן למדינת ישראל התקשרה עם
פלאפון (ספק שירותי רט"ן) על מנת שזו תרכוש ממנה מכשירים ותמכור אותם
ללקוחותיה. יתר על כן, אקסל התאימה את רכיבי מכשיר האלקטל במיוחד
לצרכיה של פלאפון וזו נשאה בחלק משמעותי מעלות הפיתוח. נסיבות אלה
הולמות את עמדתו של השופט טירקל בעניין אקסטל [שם, פסקה 10] ואת

גישתו של המלומד פרופ' גילה. עם זאת, כפי שיבואר להלן, גם על פי גישתה של השופטת (כתוארה דאז) מ' נאור בעניין אקסטל (פסקאות 10-13) לא מתקיימים תנאיו של סעיף 2(ב), כך שתוצאת הדברים היא זהה.

56. מערכת החיובים בין פלאפון לבין אקסל החלה כבר בשנת 2005. ביום 01.07.2005 נחתם בין פלאפון לבין אקסל הסכם יבואן [נספח 2 ל-ג/17]. סעיף 12.1 להסכם היבואן אפשר לאקסל למכור את המוצרים שהיא תפתח עבור פלאפון, לכל מי שתחפוץ. ביום 08.04.2010, בעקבות המעבר לרשת דור 3, נחתם בין פלאפון לאקסל מכוח הסכם היבואן, "נספח התניות להזמנת ערכות מכשיר קבוע לרכב" [נספח 3 ל-ג/17]. במסגרת נספח ההתניות נקבע כי אקסל תהיה אחראית על פיתוח מכשיר האלקטל עבור פלאפון בתמורה לסך 350 אלף דולר שתשלם פלאפון. מר סילנפרוינד הסביר כי לאחר פיתוח מכשיר האלקטל, החלו אקסל ופלאפון לנהל משא ומתן לגבי שיווק המכשיר לגורמים שלישיים שאינם פלאפון. לדבריו, אקסל הבהירה לפלאפון כי לנוכח השקעתה בפיתוחו של מכשיר האלקטל, היא תהיה מעוניינת למכור אותו גם לצדדים שלישיים. פלאפון נתנה את הסכמתה וביום 14.08.2011, בסופו של המשא ומתן חתמו פלאפון ואקסל על "מזכר הבנות-מתן רישיון למכירת מכשירים קבועים לרכב" [נספח 4 ל-ג/17].

57. במסגרת מזכר ההבנות העניקה פלאפון לאקסל רישיון לא בלעדי למכירת מכשיר האלקטל כאשר מחיר המכירה יקבע על ידי אקסל. עוד נקבע כי אקסל תשלם לפלאפון שבעה דולר עבור כל מכשיר אלקטל שתמכור לצד שלישי. באופן זה לדברי מר סילנפרוינד "לא היה ספק שנוכל למכור לכל גוף אחר בכללי" [פרי' עמ' 157, ש' 9]. וכן: "פלאפון לא שאלו מי הלקוחות, הם נתנו לנו אפשרות למכור בכל השוק הישראלי. הסטייט אוף מיינד שלי היה למכור כמה שיותר במחיר הכי גבוה שאפשר. כמובן בהסכמה של פלאפון, הם ידעו שאנחנו הולכים לעשות את זה. לא היינו צריכים להגיד להם אנחנו הולכים למכור ללקוח כזה או אחר" [פרי' עמ' 164, ש' 4-7]. יוצא אפוא כי פלאפון העניקה לאקסל רשות למכור את מכשיר האלקטל לכל מאן דהוא. פלאפון לא התערבה במחיר שיידרש, ברווח שיופק, בחלוקת השוק או בכמות המכשירים שתמכור אקסל בשוק המקומי. מהלך הדברים הרגיל מלמד כי לא התקיימו תנאיו של סעיף 2(ב) לחוק התחרות וממילא לא התקיימו תנאי של סעיף 2(א) לחוק.

עם זאת, לטענת מובייל, פלאפון יצרה הסדר כובל ספציפי לגביה שעניינו אי-מכירת מכשירי אלקטל. כבילה זו נוגעת לחלוקת השוק בין פלאפון לבין מובייל, קרי: חסימת מובייל מלמכור מכשירי אלקטל במדינת ישראל באמצעות "שכנוע" אקסל שלא למכור מכשירים למובייל [לעניין הסכמי בלעדיות אנכיים בהם צד מתחייב לרכוש שירותים אך ורק מהצד השני ראו: ה"ע (הגבלים עסקיים - ביה"ד ירושלים) 8011/03 **תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בע"מ נ' נציגי מובילי החלב העצמאיים**, פסקה 10 והאסמתכאות שנזכרות שם (נבו 20.01.2005) (להלן - **עניין תנובה**)].

58. ייאמר מיד - טענה זו הוכחה נמרצות על ידי עדיה של פלאפון. מר אמיד הסביר שדרישה זו [לחדול ממכירת מכשיר האלקטל למובייל - א.ש.] "לא עלתה בפלאפון בכל הפורומים בהם השתתפתי, לא ידוע לי על עובד של פלאפון שדרש כביכול דרישה שכזו מאקסל, וגם לא סביר כי עובד של פלאפון ידרוש דרישה שכזו, לאור הנהלים הברורים שהיו באותה עת בפלאפון, בפרט בתחום התחרות" [סעיף 70 ל-10]. פלאפון היא זו שהתירה לאקסל במסגרת מזכר ההבנות למכור את מכשיר האלקטל לכל דורש בתמורה לעמלה בסך שבעה דולר לכל מכשיר שתמכור [סעיף 72 ל-10]. גרסתו של מר אמיד חוזקה בעדותו של עו"ד דבי, סמנכ"ל ויועץ משפטי בפלאפון. לטענתו: "לו היה מתעורר חשש בזמן אמת כי קיימת שאלה כלשהי בנוגע ליחסים עם מר מוטי כהן ואקסל, הדברים היו צפים למחלקה המשפטית ומתבררים. חברת פלאפון מעולם לא נתקלה, או נחקרה, בהפרה כלשהי של הוראות חוק התחרות" [סעיף 17, ל-11]. כך עלו הדברים מעדותו לפני:

**"ש. עובדי פלאפון שנזכרים בהליך הזה, רונית אפשטיין, רונית מרכוס, אף אחד מאלה לא פנה אליך בשאלה או בהתלבטות בפעולות שבוצעו בנוגע להפסקת מכירת מכשירי אלקטל שעלולה להפר את הוראות החוק?
ת. מעולם לא פנו אליי בסוגיה הזו.**

ובהמשך:

"ש. אם עובדת בכירה של פלאפון מתקשרת כמה פעמים ביום למנכ"ל אקסל ואומרת אני רוצה לוודא שאקסל לא

מוכרת מכשירי רכב ללקוח מסוים זה לא אמור להיות מובא

לידיעתך?

ת. זה היה צריך להיות מובא לידיעתך, תראי לי שזה נעשה.

[פר' עמ' 97, ש' 21-24, עמ' 98, ש' 31-33]

59. גרסתם של מר פרסלר ומר סילנפרוינד לא הייתה שונה. כך, מר פרסלר הסביר כי "לא קיבלתי כל הוראה מאנשי פלאפון ו/או ממר סילנפרוינד ו/או מכל גורם אחר שלא למכור למר כהן מכשירים נוספים" [סעיף 37 ל-נ/16]. מר סילנפרוינד הסביר כי: "כבר עתה אבהיר, כי לא קיבלתי כל הוראה מפלאפון שלא למכור למר כהן את מכשירי האלקטל ומעולם לא הוריתי כך לעובדי אקסל לרבות למר פרסלר" [סעיף 58 ל-נ/17]. עדויות אלה של מר פרסלר ומר סילנפרוינד מחזקות את גרסת פלאפון לפיה לא דרשה מאקסל להימנע ממכירת מכשיר האלקטל למובייל.

60. מובייל ביקשה לתמוך את טענתה לקיומה של כבילה בתמלולי שיחות שנערכו בין מר כהן לבין גורמים שונים בפלאפון ואקסל. מר כהן הסביר כי לאחר שיחת טלפון "מאוד לא נעימה" שקיימה עמו גב' מרכוס, החל בעצת בא כוחו דאז, להקליט שיחות שונות שקיים עם נציגי פלאפון ואקסל. לדבריו את השיחות הקליט בעצמו. את ההקלטות העביר למר זאב ביכלר, מומחה להקלטות ושיחות (להלן - **מר ביכלר**). מר כהן הסביר כי לא ביצע כל שינוי בהקלטות והעבירן כמות שהן, על גבי דיסק, למר ביכלר, לצורך תמלולן [סעיף 88 ל-ת/1]. מר ביכלר הצהיר כי התמלילים משקפים נאמנה את השיחה כפי שהיא נשמעה בהקלטה שהוגשה לו [פר' עמ' 76, ש' 21-23].

61. עיינתי בתמלולי השיחות שהוגשו [נספחים 36, 47, 50-52 ל-ת/1]. אציין כבר עתה כי משקלן של שיחות אלה שהוקלטו על ידי מר כהן אינו גבוה. לכך שני טעמים עיקריים:

ראשית, מר כהן איננו זוכר מתי בדיוק נערכו שיחות אלה [פר' עמ' 48, ש' 22-18, 26-27]. לעניין זה משמעות רבה מאחר שלגרסת מר כהן השיחות נערכו במהלך חודש אוקטובר 2011, קרי לאחר ביצוע ההזמנה השנייה. בנסיבות אלה, לטענת מר כהן, תוכןן של השיחות קשור לדרישת פלאפון כי אקסל תחדל ממכירת מכשיר האלקטל למובייל. מנגד, לטענת מר פרסלר חלק מהשיחות

נערכו לפני ביצוע ההזמנה השנייה. חיזוק לכך עלה דווקא בחקירתו הנגדית של מר כהן עת שינה מגרסתו ו"חידד" שהשיחות היו בשליש האחרון של חודש ספטמבר 2011 ועד תחילת אוקטובר באותה שנה [פר' עמ' 45, ש' 1-3]. בנסיבות אלה תוכנן אינו קשור כלל לדרישה זו של פלאפון, ככל שהייתה דרישה כזו.

שנית, חלק מהשיחות נקטע באמצען [סעיפים 100, 102 ל-ת/1]. באופן זה תמלול השיחה אינו משקף נאמנה את תוכן השיחה. עמד על כך מר דורון בלדינגר בחוות הדעת שערך עבור הנתבעות בדבר אותנטיות קובצי ההקלטות [נ/15]. לדבריו: "מלבד הקלטה (1) בשאר ההקלטות (2,3,4,5) נמצאו ממצאים שיש בהם ללמד כי הקלטות אלה עברו התערבות מאוחרת בהקלטה, היינו עריכה, מהסוג של חיתוכים והשמטות".

62. אף אם אניח לזכותם של מובייל ומר כהן כי תמלולי השיחות הם אותנטיים ומלאים, אינני סבור כי יש בהם להעיד על קיומה של כבילה בחלוקת השוק, קרי: עצירה של מכירת מכשירי האלקטל למובייל בגין לחץ שהפעילה פלאפון שכתוצאה ממנו הגבילה אקסל את עצמה במכירות.

ובמה דברים אמורים?

מתמלול השיחה בין גב' מרכוס לבין מר כהן שנערכה בחודש אוקטובר 2011 עולה כי לאורך השיחה הסבירה גב' מרכוס למר כהן כי הוא מפר את ההסכמים שנחתמו בינו לבין פלאפון, מפר את חובותיו כמשווק ומסב לפלאפון נזקים באמצעות מכירת מכשיר האלקטל באופן פרטי. לנוכח הנזק שנגרם לפלאפון, ביקשה גב' מרכוס ממר כהן לחדול מפעילותו [עמ' 4, ש' 7-9, עמ' 6, ש' 1-5, עמ' 10, ש' 12-16, עמ' 13, ש' 2-7, עמ' 15, ש' 12-16, עמ' 19, ש' 18-23 לנספח 47 ל-ת/1].

גב' מרכוס אף ניסתה לסייע למר כהן באמצעות הצעת פתרונות חלף מכירת מכשיר האלקטל [עמ' 10 לתמליל, ש' 22-27, עמ' 11, ש' 1-8, עמ' 17, ש' 19-16, עמ' 18, ש' 14-24].

גב' מרכוס עומתה עם התמליל. אף מעדותה לפני לא עלה איסור שהטילה פלאפון על אקסל למכירת מכשירי אלקטל למובייל.

מתמלול שיחה שנערכה בין מר כהן לבין מר פרסלר בחודש אוקטובר 2011
עולה כי מר פרסלר שלל קיומה של דרישה מצד פלאפון לחדול ממכירת מכשיר
האלקטל למובייל, כדלקמן:

**”מוטי: ... היא לא אמרה לך חד משמעית אל תמכור לו או
תמכור לו?
אייל: לא, לא.**

[...]

**מוטי: ... בפגישה עצמה היא אמרה לך אני לא רוצה למכור?
כלומר שמרק, יעני היא נתנה הוראה למרק לא למכור?
אייל: לא, היא לא אמרה לי את זה ...**

[...]

**מוטי: היא אמרה, היא איימה עליך שבמידה וזה היא לא
תעשה איתך את ההזמנות האחרות וזה? היא רמזה לך?
אייל: לא, לא, היא לא, היא לא יכולה לעשות לי את הדברים
האלה, אני לא, אני מכיר אותה לא יומיים, אני מכיר אותה
כבר למעלה מ-10 שנים ...”**

[עמ' 2, ש' 9-11, עמ' 3, ש' 13-14, עמ' 4, ש' 21-25 לנספח 52 ל-ת/1]

גם בעדותו לפני הסביר מר פרסלר כי פלאפון לא פנתה לאקסל בדרישה
שתחדל ממכירת מכשיר האלקטל למובייל ולא אסרה עליה למכור למובייל
מכשירי אלקטל [פר' עמ' 141, ש' 29]. לדבריו "לי לא הייתה בעיה למכור
למוטי ולאף אחד מבחינת ההסכם" [פר' עמ' 146, ש' 25]. כך עלו הדברים
מעדותו של מר פרסלר:

**”ש. פלאפון לא הייתה מרוצה שמכרתם מכשירים למר כהן?
ת. לפלאפון הייתה בעיה עם מוטי כהן, לא איתנו.
ש. הם לא אהבו שאתם מוכרים למוטי כהן מכשירים כי
הייתה להם בעיה עם מוטי.
ת. פלאפון לא אהבו את מה שמוטי כהן עשה”**

[פר' עמ' 145, ש' 33-36]

63. ברם, מובייל הקשתה והפנתה לחלקים ספציפיים בתמלילי השיחות בין מר כהן לבין מר פרסלר שיש בהם לטענתה כדי להעיד על קיומו של הסכם כובל:

מוטי: תגייד לי, מה מרק כאילו, אני רואה שמרק, מרק ממש חושש ממנה.

אייל: מרק מאוד חושש ממנה, מרק לא שווה לו לריב, הוא אמר לי, תקשיב, אם אני בגלל זה אקבל כרטיס אדום, לא למכור קבוע לרכב של "פלאפון", אני בבעיה, אני לא רוצה להיות שמה.

[...]

אייל: היא, אחי היא פוחדת. אחי היא פוחדת, היא מפחדת, היא מפחדת.

מוטי: ממה היא מפחדת?

אייל: אתה פוגע לה בהכנסות אחי..."

[עמ' 1, ש' 24-27, עמ' 4, ש' 7-9 לנספח 36 ל-ת/1]

וכן:

[...]"

מוטי: מה היא אמרה, כאילו מה, מה הסיפור שלה? אייל: היא לא בא לה שאני אמכור לך, אתה לא בא לה טוב.

[...]

אייל: לא... אתה יודע, היא לקוח הרבה יותר גדול ממך.

מוטי: לא, ברור.

אייל: אם אני צריך לוותר על לקוח, אני מוותר עליך.

[...]"

[עמ' 2, ש' 10-13, עמ' 4, ש' 16-18 לנספח 50 ל-ת/1]

ובהמשך :

"משה: אני אגיד לך איפה הבעיה, הבעיה שפה אנחנו מדברים על 1000 יחידות, 2000 יחידות, שמה אתה מדבר על עשרות אלפים, עכשיו, זה בכלל לא עומד באותו קנה מידה, זאת אומרת, נתנו לך ברקס, טוב תלחם, אז הם יעצרו אותך, וזאתי הנציג של "פלאפון", או שאני לא אמכור ל"פלאפון", יהיה פה בעיות, אז.

[...]

מוטי: תשמע היא לא מבינה את הטעות.
משה: תחליט, זה או אני אתה, זה הרמות, כלומר זה או מוטי או אנחנו, אז אתה מתאר לך.
מוטי: היא אמרה לך מוטי או משווק?
משה: משווק, היא לא ידעה את השם.
מוטי: כן. אני לא יודע אם יש פרטים מזהים.
אייל: הם יודעים שזה אתה"

[עמ' 4, ש' 4-9, עמ' 10, ש' 18-24 לנספח 51 ל-ת/1]

ולבסוף :

[...]"

מוטי: הבנתי. אז בוא נניח ככה, אני מחר מכניס הזמנה, איפה זה, איפה זה עומד? אני שולח לך אייל אני רוצה עכשיו תעשה לי, תזמין לי 1000 מכשירים.
אייל: זה לא קורה כרגע. אני צריך את הדבר הזה לסגור עם רונית. עד שאני לא סוגר עם רונית עם כל הכבוד להזמנה שום דבר לא יזוז.
מוטי: מה היא צריכה להגיד כן?

**אייל: כן. היא צריכה להגיד ש... היא לא צריכה להגיד כן,
היא צריכה להגיד שטוב יאללה, היא לא תגיד לי כן"**

[עמ' 4, ש' 1-8 לנספח 52 ל-ת/1]

64. אין בידי לקבל את טענתה של מובייל לפיה השיחות בין מר כהן לבין מר פרסלר מבססות תשתית ראייתית להוכחת קיומו של הסדר כובל. התרשמתי שהרקע לשיחות לא היה אי-מכירת מכשירי האלקטל, אלא ניסיונותיו של מר כהן לשכנע את מנהלי השטח בפלאפון שלא לבטל את מנגנון החיוב-זיכוי.

ובמה דברים אמורים?

מר פרסלר הסביר כי בסמוך לתחילת חודש ספטמבר בשנת 2011, סיפר לו מר סילנפרוינד כי לטענת פלאפון, אקסל מוכרת את מכשיר האלקטל למשווק מורשה של פלאפון, הוא מר כהן. מכירת מכשיר האלקטל על ידי מר כהן, באופן עצמאי, מהווה הפרת הסכמים שנכרתו בין מוטי החזקות לבין פלאפון, ואף עלולה לעלות כדי עבירה פלילית. בנסיבות אלה, ביקש מר סילנפרוינד ממר פרסלר לבדוק האם בכוונת פלאפון לערב את מחלקת הביטחון שלה, אשר מעורבת במקרים בהם יש חשד להונאה ורמייה. עוד הוסיף מר סילנפרוינד כי ככל שיעלה כי פעולתו של מר כהן עולה כדי עבירה פלילית, הוא אינו מעוניין למכור את מכשיר האלקטל למר כהן [סעיף 26 ל-נ/16].

לאחר בירור שערך מר פרסלר בפלאפון הובהר לו כי מר כהן מנצל פרצה ברפורמה. עם זאת, ועל אף שפלאפון לא ראתה בעין יפה פעולה זו של מר כהן, נמצא שמעשיו אינם עולים כדי עבירה פלילית אשר מצדיקה את הפעלת מחלקת הביטחון של פלאפון. כך הסביר מר פרסלר בעדותו:

**"ש. אתה בדקת עם מחלקת הביטחון של פלאפון ואמרו לך
שאין בעיה של אי חוקיות?
ת. אחרי שהציפו לי את הבעיה הזו ומאחר שעבדתי לפני
בחברת פלאפון, פניתי למחלקת הביטחון לבדוק אם יש בעיה
שיכולה להיות פלילית לגבי הפעילות שלנו או של מוטי כהן
והבנתי שאין בעיה כזו"**

65. מר פרסלר עדכן את מר סילנפרוינד בדבר ההחלטה שלא לערב את מחלקת הביטחון של פלאפון במעשיו של מר כהן. בנסיבות אלה השיב מר סילנפרוינד כי אין לאקסל מניעה להמשיך ולמכור למר כהן מכשירי אלקטל נוספים [סעיף 27 ל-נ/16].

בהמשך, מר כהן ביקש לבצע הזמנה נוספת של 2,000 מכשירי אלקטל [סעיפים 25-28 ל-נ/16]. במקביל, כך לגרסת מר פרסלר, תוך כדי ניסיונותיו ללחוץ על מר כהן לממש את ההזמנה השנייה, עדכן אותו מר כהן בכך שבכוונת פלאפון להוציא את מכשיר האלקטל ממסלול החיוב-זיכוי. עוד הסביר מר כהן כי פעולה זו של פלאפון תוביל לפגיעה בתכניתו העסקית ולא-כדאיות כלכלית לבצע הזמנות נוספות של מכשיר האלקטל. בנסיבות אלה, ומאחר שמר כהן ידע כי למר פרסלר ישנם קשרים הדוקים עם גורמים שונים מפלאפון, ביקש הוא ממר פרסלר לנסות לשכנע את פלאפון שלא להוציא את מכשיר האלקטל ממסלול חיוב-זיכוי [סעיף 30 ל-נ/16].

66. זו הייתה תכליתה של פגישתו של מר פרסלר עם גב' רונית אפשטיין, אשר הייתה באותה עת אחראית על מכירת ציוד קצה בפלאפון (להלן - **גב' אפשטיין**). גב' אפשטיין ציינה בפני מר פרסלר כי פלאפון איננה מרוצה מכך שמר כהן, משווק מורשה שלה, מוכר באופן פרטי את מכשיר האלקטל על חשבונה של פלאפון, תוך ניצול גישתו למערכות של פלאפון וניצול הטבת מסלול חיוב-זיכוי [סעיף 32 ל-נ/16]. מר פרסלר ניסה לשכנע את גב' אפשטיין להשאיר את מכשיר האלקטל במסלול חיוב-זיכוי ואף הציע לה שמר כהן ישלם עמלה מסוימת לפלאפון עבור כל מכשיר שהוא ירכוש [סעיף 35 ל-נ/16].

67. מר פרסלר ומר סילנפרוינד הסבירו כי השיחות שנוהלו בין מר כהן לבין מר פרסלר ואשר תימלולן הוגש לבית המשפט מתייחסות לטענות פלאפון בדבר הפעולות האסורות שיוחסו למר כהן העולות כדי מעשים פלילים, אי-רצונה של אקסל להיות חלק מאותם מעשים וכוונתה של פלאפון להוציא את מכשירי האלקטל ממסלול חיוב-זיכוי בלבד.

כך, לדברי מר סילנפרוינד, לאחר שגב' אפשטיין הסבירה כי ייתכן שמעשיו של מר כהן עולים כדי עבירה פלילית, עלה בו החשש כי אקסל תהיה שותפה לביצוע עבירה ולכן השתמש במונח "כרטיס אדום". אך לאחר שהתברר לו כי אין מדובר בעבירה פלילית, אלא במחלוקת עסקית בין פלאפון לבין מובייל,

לא ראה כל בעיה למכור למובייל מכשירי אלקטל נוספים, וכך הנחה את מר פרסלר.

גם מר פרסלר הסביר כי "אמירותי הנוגעות לחששו של מר סילנפרוינד מפני קבלת "כרטיס אדום" בפלאפון הן בהקשר לטענות פלאפון בעניין מעשיי "קומבינות" ו"הונאה" של מר כהן" [סעיף 57.2 ל-נ/16].

אף דבריו של מר פרסלר בשיחהבינו לבין מר כהן לפיהם"זה לא קורה כרגע. אני צריך את הדבר הזה לסגור עם רונית. עד שאני לא סוגר עם רונית עם כל הכבוד להזמנה שום דבר לא יזוז" [נספח 52 ל-ת/1] נאמרו בהקשר להחלטת פלאפון להוציא את מכשיר האלקטל ממסלול חיוב-זיכוי. כך הסביר מר פרסלר: "כוונתי בדברים"עד שאני לא סוגר עם רונית עם כל הכבוד שום דבר לא יזוז" היא כי היה ברור למר כהן ולי, כי עד שפלאפון לא יאשרו את השארת מכשיר האלקטל בתכנית חיוב-זיכוי, אין למר כהן טעם כלכלי לבצע הזמנה נוספת" [סעיף 60.4 ל-נ/16].

68. חיזוק לגרסתם של מר פרסלר ומר סילנפרוינד ניתן למצוא בתמלול שיחה אחרת שנערכה בין מר כהן לבין מר פרסלר, ככל הנראה בחודש ספטמבר בשנת 2011 [נספח 36 ל-ת/1], מדובר בשיחה שנערכה בטרם כניסתו של מר פרסלר לפגישה עם גב' אפשטיין. מטרתה של פגישה זו, כפי שהסביר מר פרסלר הייתה לשכנע את פלאפון להשאיר את מכשיר האלקטל במסלול חיוב-זיכוי ובכך לשמר את הכדאיות הכלכלית של מובייל ברכישת מכשיר אלקטל [סעיף 57.4 ל-נ/16].

חיזוק נוסף לגרסתם של מר פרסלר ומר סילנפרוינד ניתן למצוא בתמלול בשיחה נוספת בין מר כהן לבין מר פרסלר [נספח 50 ל-ת/1]. בשיחה זו עדכן מר פרסלר את מר כהן כי הבהיר לגב' אפשטיין שבין אקסל לבין מובייל קיים הסכם מסגרת ועל אקסל לעמוד בו, כדלקמן: "אני אמרתי לה שאני רוצה למכור לך, שיש לנו הסכם, ובהסכם הזה צריך למכור".

69. אף בעדותו לפניי הסביר מר פרסלר כי אמר לגב' אפשטיין שלאקסל אין חלק בסכסוך שבין פלאפון לבין מר כהן, וכי בין אקסל לבין מר כהן נחתם הסכם מסגרת וכי אם מר כהן יבצע הזמנה נוספת של מכשירי אלקטל, אקסל תספק לו את ההזמנה [סעיף 36 ל-נ/16]. התרשמתי לחיוב מעדותו של מר פרסלר. עדותו הייתה סדורה וברורה. אני רואה לנכון להעניק לה משקל גבוה. עדות זו עולה בקנה אחד עם הוראות הסכם המסגרת ואני רואה לנכון להעדיפה על פני עדותו של מר כהן, שעיקרה סברה באשר להתרחשויות שבין פלאפון לבין

אקסל. התרשמתי שלא התקיימה בין פלאפון לבין מובייל הבנה שמקורה באווירה של "נעשה ונשמע" בכדי ליצור הסדר כובל כנגד מובייל [מיכל גל, אמיר ישראלי ומנחם פרלמן, "הסדרים כובלים - יסודות האיסור" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העיסוקיים 193, 209 (2008)].

יצוין כי פלאפון ניסתה לגרום לכך שגבי אפשטיין תסייע לה בהגנה מפני התביעה. אולם כעולה מעדותו של עו"ד דבי הוא נתקל בסירוב מצידה של גבי אפשטיין על רקע משקעי עבר [פר' עמי' 100, ש' 12-13]. עניין זה הוצג לכל המאוחר בעת הגשת ראיות ההגנה במסגרת תצהירו של עו"ד דבי [סעיף 11.2]. אם כן, מידע זה היה פרוש לפני מובייל, אך היא בחרה שלא לזמן את גבי אפשטיין לעדות מכוח צו שיפוטי. בנסיבות אלה אינני רואה לנכון לזקוף לחובתה של פלאפון את אי-זימונה לעדות של גבי אפשטיין לפניי.

זאת ועוד. אני סבור כי פלאפון, שנהנתה מייעוץ משפטי שוטף הכירה היטב את גבולות המותר והאסור בתחום התחרות ופעלה בריסון. דרג הניהול בפלאפון נמנע ממתן הוראה לאקסל שלא למכור מכשירי אלקטל למובייל, שהרי אם הייתה ננקטת דרך שכזו, לא היה צורך במהלך השיווקי בו הופסק מסלול החיוב-זיכוי במכשירי האלקטל והוזל מחירו לצרכן.

אני קובע כי אין בתמלולי השיחות שנערכו בין מר כהן לבין נציגים מפלאפון ואקסל כדי להעיד על כך שאקסל הגבילה עצמה בנושא חלוקת השוק או בנושא מכירת המכשירים למובייל [ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 867 (2005)]. לפיכך, תנאיו של סעיף 2(ב) לחוק התחרות אינם מתקיימים וממילא לא קמה חזקה חלוטה באשר לקיומו של הסדר כובל שפוגע בתחרות.

70. דברים אלה יפים על דרך קל וחומר באשר לקיום תנאיו של סעיף 2(א) לחוק התחרות.

גם אם אניח לזכותה של מובייל שאכן הופעל לחץ מסוים על אקסל על ידי גבי אפשטיין (ואינני קובע שכך היה), התרשמתי שאקסל לא נענתה ללחץ זה ולא הגבילה עצמה במכירה. אקסל הייתה מוכנה למכור את מכשירי האלקטל למובייל ובלבד שתופקד המקדמה בהתאם להסכם המסגרת. התרשמתי שמובייל לא העבירה את המקדמה בגין 2,000 מכשירי האלקטל מאחר שחששה כי אלה יוותרו אצלה כאבן שאין לה הופכין, לנוכח הביטול הצפוי של מנגנון חיוב-זיכוי על ידי פלאפון. התוצאה הייתה כי מובייל לא מילאה את

חלקה בהסכם המסגרת ולכן לא בוצעה הזמנתה. אין לפנינו מהלך של הסדר כובל שיש בצידו פגיעה פוטנציאלית בתחרות, אלא אי-קיום של חיוב מותנה מצידה של מובייל. הא ותו לא.

שימוש לרעה בכוח מונופוליסטי מצד פלאפון ואקסל

71. לטענת מובייל, אקסל הייתה היחידה שסיפקה מכשירי אלקטל בישראל ומי שרצה למכור מכשירים בישראל יכול היה לרכוש אותם ממנה בלבד. בתקופה הרלבנטית לכתב התביעה, פלאפון רכשה 94% ממכשירי האלקטל מאקסל. לאחר דחיקתה של מובייל מהשוק באמצעות הפסקת מכירת מכשיר האלקטל, החזיקה פלאפון במאה אחוז משוק מכשירי האלקטל. את טענותיה ביקשה מובייל לסמוך על שניים: חוות דעת עיקרית וחוות דעת משלימה של ד"ר שלומי פריזט [ת/2 ו-ת/א2]; פלט נתוני מכירות של מכשיר האלקטל למשווקים וחברות סלולר בשנים 2011-2016 [נספח 53 ל-ת/1]. מפלט זה עולה בבירור כי עד ליום 24.01.2012, אקסל מכרה את מכשיר האלקטל רק לפלאפון. מכירת מכשיר האלקטל למתחרותיה של פלאפון החלה רק במחצית שנת 2012.

72. לטענת מובייל, פלאפון ואקסל נהנו משליטה מוחלטת על אספקת מכשיר האלקטל, לאחר דחיקתה של מובייל מהשוק והן מהוות מונופול כאמור בסעיף 26(א) לחוק התחרות הכלכלית, כל אחת בתחומה. סעיף 29 לחוק התחרות הכלכלית אוסר על בעל מונופולין לסרב סירוב בלתי סביר לספק נכס או שירות שבמונופולין. קיומו של סירוב בלתי סביר ייבחן לאור עקרונות דיני ההגבלים העסקיים, שתכליתם להגן על התחרות הכלכלית ועל טובת הציבור. לצד זאת יש להתחשב גם בזכותו של בעל המונופולין לבחור את שותפיו לעסקים כחלק מחופש החוזים הנתון לו [עניין תנובה, פסקה 36].

אליבא מובייל המתחרות היחידות על מכירת מכשיר האלקטל היו פלאפון ומובייל. אם כן, סירובה של אקסל למכור למובייל את מכשיר האלקטל, לנוכח דרישתה של פלאפון, פוגע באלמנט התחרות ואינו יכול להיחשב כ"סירוב סביר".

מנגד, לטענת פלאפון, היא איננה בעלת מונופולין בשוק המכשירים הקבועים לרכב ומובייל לא עמדה בנטל ההוכחה לעניין זה. עוד הוסיפה פלאפון כי

אלמנט התחרות לא נפגע מאחר שמובייל לא שימשה מתחרה של פלאפון. כך, הן פלאפון והן מובייל מכרו את מכשיר האלקטל במחיר זהה ולא גבו תשלום עבור הסיים במכירת מכשיר האלקטל.

73. **לאחר שבחנתי את טענות הצדדים ועיינתי במוצגים, אני מעדיף במחלוקת זו את עמדת הנתבעות.**

סעיף 29 לחוק התחרות הכלכלית קובע כי "לא יסרב בעל מונופולין סירוב בלתי סביר לספק או לרכוש את הנכס או השירות שבמונופולין". סעיף 29 שהתווסף לחוק בשלב מאוחר יותר הרחיב את ההגנה על התחרות. בע"א Sanofi 2167/16 נ' **אוניפארם בע"מ** פסקה 145 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימוס) ח' מלצר (נבו 12.07.2021) נקבע בזו הלשון:

"בחוקקו את סעיף 29א(א) לחוק התחרות, ביקש המחוקק למנוע מבעלי מונופולין לנצל את כוחם הרב ואת מעמדם בשוק כדי להזיק לתחרות החופשית ולציבור ... ודוק, סעיף 29א(א) לחוק התחרות לא קובע כי בעל מונופולין לא ינהג באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים, או לפגוע בציבור. הסעיף מורה כי בעל מונופולין "לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור" ... כלומר הסעיף הנ"ל חל על פגיעה בתחרות שנגרמה כתוצאה משימוש במעמד מונופוליסטי בלבד. משכך, המקרים הפרדיגמטיים שסעיף 29א(א) לחוק התחרות עוסק בהם הם מקרים שבהם הפגיעה בתחרות קשורה לכוח המונופוליסטי של בעל המונופולין: מכירה במחירים טורפניים; מכירת טובין תוך אפליה בתנאי המכירה; סירוב לספק את הטובין שבמונופולין וכד'..."

74. מבלי להכריע בשאלה האם פלאפון ואקסל היו בעלות מונופולין בשוק המכשירים הקבועים לרכב, אם לאו, הרי שכפי שנקבע לעיל, גם אם היה מי שניסה ללחוץ על אקסל שלא למכור מכשירי אלקטל למובייל, היא לא נענתה ללחצים אלה. כפי שקבעתי, אי-אספקת מכשירי האלקטל למובייל היא תולדה של אי-קיום החיוב המותנה שענייננו תשלום מקדמה. בנסיבות אלה, לא מתקיים יסוד ה"סירוב" שקבוע בסעיף 29 לחוק התחרות הכלכלית, לא כל שכן "סירוב בלתי סביר".

באופן דומה, מקום בו מובייל לא פעלה על פי המנגנון החוזי של תשלום מקדמה בשיעור 30% ממחיר המכשירים על פי הסכם המסגרת, הרי שאי-אספקתם על ידי אקסל אינה יכולה להיחשב ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי (ואינני קובע כי כך היה מעמדן של פלאפון או אקסל) [יצחק (צחי) יגור דיני ההגבלים העיסקיים 595 (מהדורה שלישית 2002)].

75. התביעה דן הוגשה לאחר כשש שנים מעת התרחשות האירועים שעמדו בליבת המחלוקת. למרות חלוף הזמן ניתנה למובייל אפשרות מלאה והוגנת להוכיח את תביעתה. באי כוחה המלומדים אכן רקמו ביד אומן טיעונים מפורטים, המכוונים את חיציהם אל עסקה נסתרת שרקמו פלאפון ואקסל בכדי לסלק את מובייל מדרכם באמצעות חסימתה מקבלת 2,000 מכשירי אלקטל חדשים שהזמינה. ברם, הראיות שהובאו לפניי לא תמכו בכך. התברר כי מר כהן ומובייל רכבו על פלטפורמה עיסקית שהעמידה פלאפון לרשות מוטי החזקות, תוך הפרה של המערכת ההסכמית עם פלאפון. מר כהן לא שעה לבקשותיה וללחציה של פלאפון להימנע מהמשך השימוש בכלים שניתנו לו כמשווק בכדי לנצל את הרפורמה בשוק התקשרות להפקת רווחים על חשבונה של פלאפון. עוד התברר כי למרות חוסר שביעות הרצון המופגנת של פלאפון ממהלכה של מובייל, אקסל הייתה נכונה למכור למובייל מכשירים נוספים על פי ההסכם שנכרת בינהן.

ועיקר הדברים, ראשיתם וגם אחריתם - מובייל לא פעלה על פי הסכם המסגרת עם אקסל מכוחו האחרונה הייתה מחוייבת למכור לה מכשירי אלקטל - היא לא הפקידה מקדמה כספית בגין המכשירים שהזמינה וממילא לא שילמה את יתרת ההזמנה, דבר שהיה בגדר חיוב מותנה לאספקת המכשירים. אי-קיומו של החיוב המותנה על ידי מובייל שמט את זכותה לרכישת מכשירי האלקטל וגרר עימו את קריסת תביעתה.

76. בנסיבות אלה ממילא מתייתר הדיון באשר לרכיב הנזק והפיצויים בעניינה של מובייל.

עם זאת, בקצירת האומר אציין כי המודל המסחרי שעליו התבססה מובייל היה "רכיבה" על מנגנון החיוב-זיכוי. הרפורמה בשוק הרט"ן ביקשה לשים קץ לשיטה זו. לא שוכנעתי כי יש ממש בתיזה שמנגנון החיוב-זיכוי יתמשך פרק זמן משמעותי נוסף. חולשה ראייתית זו מצטרפת להישענותה המוחלטת של מובייל על פעילותה של מוטי החזקות. כפי ששנינו פעילותה של מוטי החזקות בתחום הרט"ן גוועה בחודש אוקטובר 2012 או בסמוך לכך. מטעמים אלה אני

סבור כי אפילו אם לא היו נדחות עילות התביעה דנן, זכותה של מובייל לפיצוי הייתה מצומצמת ביותר.

77. לא מצאתי ממש ביתר טענות הצדדים והן נדחות.

78. סוף דבר - התביעה נדחית.

לנוכח התוצאה אליה הגעתי ובהתחשב בהיקפו של ההליך ובמורכבותו אני מחייב את מובייל לשאת בהוצאות פלאפון בשיעור עלות שכר המומחה מטעמה כנגד חשבונית וכן מחייבה לשאת בשכר עדי הנתבעות כפי שנפסק על ידי. לצד זאת אני מחייב את מובייל לשאת בשכר טרחה באי כוחה הנתבעות בסך 100,000 ₪ לזכות כל אחת מהנתבעות. החיובים ישולמו בתוך 45 ימים מהיום. המזכירות תעביר את העירבון שהפקידה התובעת להבטחת הוצאות הנתבעות בחלקים שווים לזכות שתי הנתבעות. הסכומים שיתקבלו יופחתו מהחיוב בהוצאות ובשכר הטרחה כפי שנפסק לעיל.

ניתן היום, ט"ז שבט תשפ"ב, 18 ינואר 2022, בהעדר הצדדים.

תא 30362-10-17 מובייל פור לס בע"מ נגד פלאפון תקשורת בע"מ, אקסל טלקום בע"מ
תא 30362-10-17 מובייל פור לס בע"מ נגד פלאפון תקשורת בע"מ, אקסל טלקום בע"מ