

בעניין:

ערן קילשטיין, ת.ז. 059237339
ע"י ב"כ עוה"ד איתי הפלר ו/או
מירב פלח-לב
מדרך העצמאות 57, חיפה
טל' 04-8521343 פקס' 04-8538003
www.hoefler.co.il

המערער

- נ ג ד -

דשנים וחמרים כימיים בע"מ ח.פ. 520016015
ע"י ב"כ עוה"ד אלירן סריכמן ואח'
"מגדל סונול" דרך מנס בגין 52 תל אביב 67137
טל' 03-7912800 פקס' 03-7912801

המשיבה

הודעת ערעור

מוגשת בזאת הודעת ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בחיפה מיום 21.6.11 (הומצא לח"מ ביום 23.6.11) בתיק ת.א. 07-09-12430 (להלן "**פסק הדין**").

א' פסק הדין מצורף ומסומן באות א'.

בפסק הדין נקבע כי החוטא יצא נשכר. במילים אחרות נפסק כי מונופול, אשר סרב לספק מוצר/שירות לצרכן, תוך ידיעה ברורה לתוצאות הכלכליות של סירובו הוא הצודק ואילו הצרכן "הקטן" הוא זה שפעל בחוסר תום לב. פסיקה שכזו אין לה מקום במדינה מתוקנת. פסיקה זו פוגעת ברצון ובמטרה לצמצם את העצמה והריכוזיות שבידי המונופול או לכל הפחות למנוע ממנו לעשות שימוש בעצמתו למטרות לא ראויות הדורסות והפוגעות בצרכן.

להלן נימוקי הערעור:

סיפור המעשה והכרת הצדדים

1. המערער הינו חקלאי במקצועו. המשיבה הינה תאגיד פרטי שמהווה חלק מאשכול החברות של חברת כימיקלים לישראל בע"מ (להלן "**כי"ל**").
2. המשיבה מספקת לקהל הרחב דשן אמוניה הנקרא סופר פוספט משולש, או בשמו המקצועי TSP. לעיתים מכונה מוצר זה "סופר טריפל" (להלן ייקרא "**טריפל**"). כמו כן ייאמר כי המשיבה הינה מונופול בתחום מכירת הדשנים בישראל. חברת האם של המשיבה הינה חברת אמפרט נגב בע"מ (להלן "**רותם**") ושתייהן יחד משתייכות לקונצרן כי"ל. רותם היא זו שמייצרת במפעליה את הטרפל.
3. ביום 29.6.08 פנה המערער למשיבה וביקש להזמין 500 טון של "טריפל". המערער ביקש לבצע את ההזמנה בהתאם למחירון הידוע והמפורסם באותה עת של המשיבה. בהתאם למחירון זה המחיר באותה עת לטון היה 1,303 ₪ + מע"מ. בהתאם למחירון ההזמנה של המערער היתה צריכה להיות 500*1,303 טון ובסה"כ 651,500 ₪ + מע"מ.
4. המשיב מסר במועד הנ"ל הזמנה גם לחברת הגרעין (היא הגורם המשווק של תוצרת המשיבה. היתה נתבעת 2 בבית משפט קמא ונמחקה בהסכמה. להלן תיקרא "**הגרעין**") ושיק מקדמה ע"ס עשרה אחוזים מהתמורה.

5. נציג המשיבה, ראובן פינקלשטיין (הוא גם מי שהעיד מטעמה. להלן ייקרא "פינקלשטיין"), השיב למערער בכתב יד על גבי הזמנתו. וכך רשם:

"**מר קירשטיין** (היה צריך להיות "קילשטיין". א.ה.) **לפני, 31.7.08**

לא נאכל לספק את החומר הנ"ל לפי אף אחת

16.7.08 ובמחירי שיהיו אף. בתאריך

ראובן פינקלשטיין".

תשובת פינקלשטיין המצוטטת לעיל תיקרא להלן "הודעת המשיבה". ההדגשים אינם במקור.

6. כפי שידוע כבר המשיבה לא סיפקה למערער את הטריפל. המשיבה פרסמה בחודש יולי מחירון חדש. במחירון החדש מחירו של הטריפל החדש נקבע ל- 5,024 ₪ + מע"מ לטון.

7. יצוין כי המחירים של הטריפל עד פרסום המחירו החדש ביולי 2008 נקבעו בהתאם להסכם פשרה שנחתם בת.א. 3341/98 בבית המשפט המחוזי בבאר שבע בין המשיבה ורוותם לבין ארגוני הקניות של החקלאים (להלן "הסכם הפשרה"). בהסכם הפשרה נקבע מחיר תקרה לטריפל – אותו מחיר שהופיע במחירון שהיה ידוע במועד ביצוע ההזמנה 1,303 ₪ + מע"מ לטון. הסכם הפשרה נכנס לתוקפו ביום 12.7.01 וכעבור שבע שנים ביום 12.7.08 פג תוקפו.

8. המערער עתר לביהמ"ש השלום בחיפה וביקש לחייב את המשיבה לספק לו את ההזמנה במחיר המחירון שהיה ידוע במועד ההזמנה. יצוין כי כתב התביעה תוקן באישור בית המשפט, כאשר בכתב התביעה המתוקן מבקש המערער לזכות במחצית ההזמנה. דהינו כי יסופקו לו 250 טון בלבד בהתאם למחירון שהיה ידוע במועד ביצוע ההזמנה. כאמור לעיל, בית משפט קמא דחה את התביעה ועל כן מוגש ערעור זה.

טעמי הערעור

9. צדק בית משפט קמא בקובעו כי המשיבה הינה מונופול (ראה סעיפים 20-25 לפסק הדין), אולם שגה בפסיקתו כי סרוב המשיבה סרוב סביר הוא.

10. בית משפט קמא הציג ניתוח של סבירות הסרוב לפי התנהגות המשיבה והתנהגות המערער לאורו של סעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח – 1988 (להלן "החוק"). בית משפט קמא קבע כי המשיבה תיעדפה הזמנות בשל עליה חריגה בהיקף ההזמנות באותה תקופה. עוד קבע בית משפט קמא כי תעדוף הזמנות לפי היסטורית הזמנות הינו סביר.

11. שגה בית משפט קמא עת קבע הוא כי תעדוף ההזמנות הינו טעם סביר לאי אספקה. בפרט שגה בית משפט קמא עת קבע כי התעדוף שנעשה על פי היסטוריית רכישות הינו סביר.

12. שגיאה נוספת של בית משפט קמא היא קביעתו כי התנהגותו של המערער מול המשיבה נגועה בחוסר תום.

13. טעותו של בית משפט קמא בולטת וצורמת לאור התעלמותו המוחלטת מהאמור בהודעת המשיבה עצמה. **בתוכן** אותה הודעת סירוב. כמצוטט לעיל רשמה שם המשיבה (באמצעות שלוחה פינקלשטיין) כי היא **מסכימה** לספק למערער את הטריפל בכמות ההזמנה, אולם היא תעשה זאת עוד 17 ימים ובמחירים שיהיו אז. כלומר אין בהודעת המשיבה, שנאמר **בזמן אמת**, כל מילה לגבי תעדוף או לגבי היקף הזמנות חריג, אלא רק אמירה כי הטריפל יסופק עוד מספר ימים.

14. לא רק זאת, אלא שבהודעת המשיבה נאמר מפורשות כי אספקה של הזמנת המערער תבוצע עוד מספר ימים. דהיינו, כל קשיי המלאי ייפתרו עוד מספר ימים ולא יהיה כל צורך בתעדוף. יש לשים לב גם לתאריך המדויק בו רשם פינקלשטיין כי תבוצע האספקה: 16.7.08. **זאת כאשר המשיבה יודעת היטב כי ב 12.7.08 בא לסיומו הסכם הפשרה על פיו נקבעו המחירים עד כה.**

15. הרי על פניו במועד ההזמנה (29.6.08) לא היתה המשיבה יכולה לדעת בוודאות האם ב- 16.7.08 יהיה בידה מלאי מספיק כדי לספק למערער 500 טון. הרי בעת כתיבתה ההודעה היא נתקלה לטענתה בקשיי אספקה בגלל בעיות במלאי ועליה חדה בהיקף ההזמנות. כיצד יכולה היא לדעת כי ביום 16.7.08 תוכל לספק? אין כל התייחסות של בית משפט קמא לנושא זה.

16. יש לומר כי בית משפט קמא שגא בקביעותיו לגבי הודעת המשיבה. בית משפט קמא היה צריך ליתן את הדעת ואת המשקל בהודעת המשיבה על המילים **האחרונות** באותו סירוב: **"ואמחיריט שיהיו אל".** כלומר המשיבה **הסכימה לספק אולם דחתה** את מועד האספקה למועד **בו ידעה** כי המחירים יהיו שונים. לא מחסור, לא בעיות מלאי, לא תעדוף חקלאים על פני סוחרים, לא לקוחות עבר, אלא אך ורק תעדוף רווחיות שלה עצמה. מכירת הטריפל ב 16.7.08 היתה מניבה למשיבה רווחים גדולים משמעותית.

17. כאשר נקודת המוצא הינה הודעת המשיבה ותוכן אותה הודעה הדברים כולם נצבעים בגוון אחד. אזי מתקבלת תמונה ברורה לגבי שגיאתו של בית משפט קמא.

18. בית משפט קמא פסק כי המשיבה הוכיחה במידה מספקת את העדר המלאי שלה במועד ההזמנה. בד בבד בית משפט דחה את טענת המערער כי המשיבה בסירובה בזמן אמת לא ידעה בכלל מהו מצב המלאי. גם כאן שגה בית משפט קמא. ראה כי בעמ' 27 לפרוטוקול מיום 24.1.11 מודה פינקלשטיין כי: "בתקופה הרלוונטית, יוני 08" הוא איננו יודע מהו המלאי. כלומר כאשר הוא רשם את תשובתו למערער – את הודעת המשיבה – אין הוא יודע מהו המלאי. משום מה בוחר בית משפט קמא, ללא כל טעם ממשי, להצביע על סעיף 17 בתצהירו של פינקלשטיין שם רשם על בעיית המלאי. אולם יש להבחין, ובית משפט קמא לא עשה זאת, בין אמירה כללית לגבי בעיית מלאי לגבי הידיעה לעניין מצב המלאי בעת רשימת התשובה למערער. פינקלשטיין הודה כי לא ידע ודי בכך.

19. טעות נוספת של בית משפט קמא הינה התעלמותו או אי ייחוס משקל מספק לתשובה **בזמן אמת** של המשיבה. שגה בית משפט קמא כאשר העדיף את תשובות והסברי המשיבה במסגרת ההליכים המשפטיים לרבות החקירה הנגדית. הודעת המשיבה, דהיינו דברי פינקלשטיין נכתבו בכתב יד על גבי ההזמנה עצמה של המערער באותו יום ממש. בתי משפט כדבר שבשגרה נוטים ליתן משקל לתשובה בזמן אמת וזאת כי היא הכנה והאמיתית. התשובות וההסברים שניתנים אחר כך הינם "תבשילים" שנוצרו לאחר יעוץ משפטי ולאחר פרספקטיבה והבנה כי צריך לתקן או להסתיר את העוול.

ראה בעניין זה מספר דוגמאות (כל ההדגשים לא במקור): א 7163/05 מחוזי י-ם, עיריית ירושלים, הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים נ' אריה גולובנציץ, חיים גולובנציץ, מוריה חברה לפיתוח ירושלים בע"מ ואח':

"לעניין מה שקשור במבקרת העירייה – אין לגלות מסמכים ספציפיים אשר באו לעולם רק בשל כך שנערך דוח בקורת ולא היו נערכים אלמלא כן. לעומת זאת, מסמכים שנערכו **בזמן אמת**, כחלק מן הפעילות השוטפת, יש לגלות. הוא הדין בתשובות לשאלון בהקשרים אלה"

עב 3909/06 בית דין אזורי לעבודה חיפה, מנאל סביחאת נ' שרות התעסוקה :

"מעבר לכך נציין, כי לא מקובלת עלינו גרסת המערערת כי הדברים לא נאמרו מיוזמתה, אלא "רק בתגובה לשאלת המעסיק". **גרסה זאת אינה מתיישבת עם גרסתה כפי שהועלתה בזמן אמת** בטופס הערר לוועדה, שם אישרה במפורש, כי בתשובה לשאלה"

א 9776/06 שלום י-ם, אמסלם רוני נ' איילון חברה לביטוח בע"מ:

"ההסברים שניתן על ידי עד זה לפער הבולט בין גירסתו הנוכחית (החופפת את גירסת התובע), ובין התשובה שמסר בזמן אמת לחוקר, אינו משכנע"

עב 2268/05 בית דין אזורי לעבודה י-ם, משני נאסר, נטלי גורצייקו נ' קפה רימון יוסף בע"מ:

"העובדה שבזמן אמת התובע לא טען בפני נציגי הנתבעת כי איחד שולחנות עקב משחקי הבייסבול מעוררת ספקות באשר למהימנות גרסה זו".

20. שגה בית משפט קמא כאשר נתן משקל לאמירתו של פינקלשטיין במהלך החקירה הנגדית כי "הדברים משתמעים" מן התשובה שכתב למערער, דהיינו מהודעת המשיבה. (ראה סעיף 33 עמ' 7 בפסק הדין). בהודעת המשיבה לא נרשמה מילה לגבי מלאי או קושי באספקה. כיצד מדברי פינקלשטיין ניתן להסיק זאת? כל שנרשם הוא כי כעת לא ניתן לספק, אולם ניתן יהיה לספק עוד כשבועיים וחצי. האם מכאן למדים אנו אל בעיות המלאי של המשיבה? האם מכאן ניתן להסיק על גידול בביקוש?

אולם פרט לכל אלה, כיצד ניתן ליתן משקל לאמירתו של עד בחקירה נגדית המספק פרשנות לדברים שרשם? הדבר משול לראובן שמעיד שהכסף שנתן ליצחק הינו הלוואה וכי יצחק חייב להשיב לו את הכספים עם ריבית; זאת כי לדברי ראובן הריבית משתמעת מהדברים. מה שנרשם נרשם ואין לכותב אותם להוסיף להם תוכן או משמעות בדיעבד. בודאי כאשר הודעת המשיבה הינה פשוטה ומכילה 20 מילים בלבד. רצה פינקלשטיין לרשום דבר מה על המלאי היה יכול לעשות זאת. רצה לרשום כי ההזמנה חריגה בהיקפה היה צריך לרשום זאת. הוא לא עשה זאת אלא הסכים לספק, רק לא כעת אלא במועד מאוחר יותר "ובמחירים שיהיו".

21. שגה בית משפט קמא בדחותו את טענת המערער לעניין אי ידיעת המשיבה לגבי היסטוריית ההזמנות של המערער בזמן אמת. גם בעניין זה הודה פינקלשטיין כי ביצע את בדיקה זו לגבי המערער רק לצרכי התביעה (עמ' 26 בפרוטוקול שורות 17-18). למרות הודאה זו בחר בית משפט קמא להאמין לגרסת "התעדוף" של המשיבה. כאן חשוב להצביע על הגרסה שהוצגה בתצהירו של פינקלשטיין (סעיף 19) בעניין לעומת הגרסה שהעלה בחקירתו הנגדית (למעשה תשובותיו לשאלות בית המשפט) ולגרסה שהציג בהליכים המקדמיים.

הגרסה בת3ה'ר:

"במצב דברים זה, לאור העלויות בביקושים, נאלצה דח"כ להשיב פניהם של חקלאים רבים (ובכלל זה התובע) ריקם, וזאת בשל הגברת הביקוש על ידי חקלאים אחרים. דח"כ השתדלה לספק את הביקושים, והיא שקלה היטב לאילו לקוחות לסרב, מקום שסברה, כי אותם לקוחות מבקשים כמות חריגה במיוחד לצרכיהם. מקום שהיה ספק, ברה דח"כ עם המזמינים את צרכי ההזמנה (שיחות שקיימו אנשי השיווק של דח"כ עם החקלאים), כדי שתוכל להבטיח אספקה הוגנת, ככל שניתן של המוצרים (שכמותם הייתה מוגבלת ופחותה מהביקוש באותה עת). אילו היתה דח"כ מספקת את המוצרים לאותם לקוחות בעלי הזמנות חריגות, ובעיקר לתובע, בהכרח לא הייתה יכולה לספק את המוצרים לחקלאים אחרים, אשר הזמנותיהם תאמו את צרכיהם. כמעט כל הודעות הסירוב למזמינים נמסרו בעל פה".

הגרסה בחקירה הנגדית:

"ש: קיבלת ביוני המון הזמנות. לא יכולת לספק את כולן. איך החלטת למי לספק למי לא?

ת: אז היינו צריכים לעשות תעדוף. לצורך התעדוף הזה נאלצנו להפעיל שיקול דעת מאוד משוקלל. היו מקרים שסירבנו ללקוחות מפני שהם לא... אנחנו עובדים עם חקלאים. חקלאים צריכים את החומר הזה או חומרים אחרים ואנחנו משתדלים והשתדלנו קודם לספק למי שצורך את זה בשגרה ואת הכמויות שהוא צורך בשגרה לצורך העבודה שלו.

ש: איך בדקתם?
 ת: יש להם הסטוריה.
 ש: כל הזמנה הלכתם ובדקתם את ההיסטוריה?
 ת: כן, וראינו מה הכמויות שהלקוח הזה צרך או צורך. למול צפי הייצור ניסינו להתאים עד כמה שאפשר, כשהעדיפות העליונה היתה ללקוח שצורך את זה בשוטף, לא לסוחרים ולא לדילרים, אלא למי שצריך את זה. **בתוך זה כולם הגדילו את ההזמנות שלהם, כי כולם ידעו שהמחיר עומד לעלות. זו היתה אמת ידועה וכולם חיכו לתאריך הזה".**

הכרסה בתשלומים Kafan בהליכי המקדמ"מ (הדפוס 2/ת):

שאלה 17: האם קיים נוהל לגבי סדר עדיפויות בין ההזמנות השונות המתקבלות? אם כן נא לפרט.
 תשובה: לא.

מספר מסקנות אשר חמקו מעיניו של בית משפט קמא:

א. בתצהיר נרשם כי המשיבה ברה טלפונית עם המזמינים לגבי צרכיהם. בחקירה אין לכך זכר.

ב. הסירוב של המשיבה הינו מיידי כאשר פינקלשטיין מודה כי איננו יודע מה הזמנת העבר של המערער. גם אם ברור כי מדובר בהזמנה חריגה ברור כי מדובר בגרסה שהועמדה אך ורק לצרכי בית משפט.

ג. בחקירה מודה פינקלשטיין כי כולם הגדילו הזמנות. זאת כי כולם ידעו שהמחיר יעלה. כלומר לא יכלו לספק לפי צרכי עבר כי כולם ביקשו יותר. אז מדוע לתת לזה ולא למערער?

ד. בתשובות לשאלון אין זכר לתעדוף.

22. שגה בית משפט קמא באי נותנו משקל למנגנון ביצוע ההזמנות בפועל. המשיבה הודתה כי ההזמנות מבוצעות דרך הגרעין (כאמור לעיל נמחקה בהסכמה מהתביעה) ולאחר שהגרעין מאשר את ההזמנה הוא מעביר את ה ORDER למשיבה. הגרעין הוא זה שגובה את הכסף מהמזמין. ראה שורות 22 ו- 27 בפרוטוקול שם מאשר פינקלשטיין כי אם הגרעין ערב לתשלום אז המשיבה תספק את ההזמנה. כיצד דבר זה מסתדר עם מנגנון התעדוף אותו העדיף בית משפט קמא? במנגנון זה אין זכר (ולמעשה גם לא יכול להיות זכר) לבדיקה היסטוריה של הזמנות כלשהי. די כי הגרעין מאשר והמשיבה מספקת.

23. שגה בית משפט קמא בהתעלמותו מטענותיו של המערער לעניין אי ידיעת המשיבה לגבי זהותו של המזמין ממנה סחורה. כל פסיקת בית משפט קמא מתבססת על הקביעה שתעדוף על בסיס היסטוריה הזמנות הינו מעשה סביר של מונופול בכלל ושל המשיבה בפרט. נקודת המוצא של בית משפט היא כי המשיבה סיפקה את הטריפל לחקלאים או כי לפחות חשבה כי היא מספקת לחקלאים (ראה סעיף 47 בפסק הדין). אולם דברים אלו אינם עומדים במבחן המציאות שהוצגה בפני בית משפט קמא.

יחזור המערער על עיקרי הדברים בפרק 20 לסיכומיו בפני בית משפט קמא:

א. פינקלשטיין הודה בחקירתו כי ימכור לח"מ, אשר בודאי איננו חקלאי.

ב. פינקלשטיין הודה כי מטרות המשיבה הינן רווח ולכן ימכור לכל מי שיחפוץ. ראה עמ' 30 לפרוטוקול.

ג. בשאלון שהופנה למערער במסגרת הליכים מקדמיים נשאל רבות לגבי אישור מגדל של משרד החקלאות או כל דבר דומה. כאשר פינקלשטיין נשאל בעניין הודה כי אין בין מכירת הטריפל והמשיבה בין ומשרד החקלאות כל קשר.

ד. כאמור לעיל אם הגרעין מאשר את ההזמנה המשיבה מוכרת למזמין ולא משנה מה עיסוקו.

ה. פינקלשטיין הודה כי חלק גדול מהטריפל מיוצא לחו"ל בכלל.

מדברים אלו ברור כי למשיבה אין כל עניין בעיסוקו של המזמין. אין לה גם כל דרך (או לפחות לא הוכיחה דרך כזאת) לבדוק את עיסוקו ומעשיו של המזמין. שוב חוזרים אנו להודעת המשיבה עצמה. שם לא נרשם כי ההזמנה איננה מיועדת לחקלאות ולכן נדחת. נרשם שם כי ההזמנה תקוים, אולם עוד מספר ימים ובמחירים שיהיו אז.

24. שגה בית משפט קמא כאשר התעלם מהסתירה בין דבריו של פינקלשטיין בחקירתו לגבי הודעת המשיבה. כאמור בהודעת המשיבה נרשם כי ההזמנה תמולא ותקוים ב 16.7.2008. בחקירתו פינקלשטיין אמר כי בשל הגידול בהזמנה המשיבה לא יכלה לדעת אם תעמוד בהזמנות מחר בבוקר. ראה דבריו בשורה 9-10 עמ' 29 בפרוטקול: "אין מלאי כי הוא נאכל כולו. המפעל מייצר בקצב מסוים. אנחנו עומדים בקשר עין כל הזמן כמה הוא ייצר, כמה אפשר להתחייב בימים הקרובים, ממש מהיד לפה". כלומר המשיבה לא יודעת כמה תוכל להתחייב לספק בשל גידול בהזמנות וקצב היצור במפעל. אולם הנה בהודעת המשיבה היא מתחייבת לספק עוד שלושה שבועות וזאת מבלי לבדוק אפילו מה יהיה המצב במפעל.

כיצד פינקלשטיין יכול להתחייב ל – 500 טון לעוד מספר שבועות כאשר הוא לא יודע אם המפעל יספיק לייצר? אין אלא ללמוד מכך כי התעדוף הינו המצאה לצרכי המשפט בלבד. למשיבה יש רצון עז לתעדף את רווחיה בלבד ורק לאור זה היא פועלת.

25. שגה בית משפט קמא עת לא דן כלל וכלל בביצוע חלקי של ההזמנה. אם אכן למשיבה היו קשיים באספקה בשל גידול בדרישה מדוע לא סיפקה חלק מההזמנה. הרי לפי גרסת המשיבה, אשר הועדפה ע"י בית משפט קמא, נעשה תעדוף על פי צרכי העבר של הלקוח. והנה מעדות פינקלשטיין עצמו ובפרט נספח 3 לתצהירו למדים אנו כי לא כל מה שלקוח הזמין הוא קיבל בפועל. כך למשל מעיון בנספח 3 כתוב כי מבואות ירושלים הזמינו 12 טון וכי סיפקו להם 7 בלבד. למרכז לאיכות הירק סופקו 28 טון כאשר הזמין 120 טון. לחברה לפיתוח מושבי סופקו 400 טון בלבד מתוך 1200 טון שהזמינו. ועוד ועוד, ראה את הנספח לדוגמאות נוספות. מדוע המשיבה לא סיפקה למערער חלק מההזמנות?

26. שגה בית משפט בקובעו כי התנהגות המערער נגועה בחוסר תום לב ובחוסר הגינות. לקביעה זו אין כל בסיס בחומר שהוצג בפני בית משפט או לחילופין מהווה היא פרשנות שגויה של מוסד תום הלב בהלכות מסחר.

27. שגה בית משפט בקובעו כי חוסר תום ליבו של המערער נובע מכך שביקש מהמשיבה לקבע מחיר מחירון שנקבע לפי הסכם פשרה שפג תוקפו. הטעות פרושה כאן על פני מספר מישורים:

א. לא הוכח כי המערער ידע בכלל על הסכם הפשרה. הסכם הפשרה הוצג לתיק רק ע"י המשיבה במסגרת ההליכים המשפטיים. וכמובן לא הוזכר בהודעת המשיבה עצמה.

ב. כוונת המערער היתה תשלום בתנאים המקובלים ע"י המשיבה. כלומר שוטף +. פינקלשטיין, העד מטעם הנתבעת 2 שנמחקה והמערער הודו אישרו כולם כי תנאי תשלום אלו היו מקובלים על הצדדים.

ג. לא הוצגה כל ראיה מצד המשיבה לגבי תנאי התשלום של לקוחות אחרים שביצעו הזמנות באותה עת. אם גם הם שילמו חודשים מאוחר יותר?

ד. שוב מגיעים אנו לסוגיית הביצוע החלקי. אם המשיבה רצתה, יכולה היתה לספק חלק מההזמנה ולומר כי החלק המסופק יהיה בהתאם למחירון כעת ואילו החלק שיסופק

בהמשך יהיה בהתאם למחירון החדש. אולם המשיבה רשמה בהודעתה כי תספק את הכל בחודש הבא ובמחירים שיהיו.

ה. המערער הפקיד בידי הגרעין שיק על עשרה אחוזים מכלל ההזמנה. האם זוהי התנהגות חסרת תום לב או התנהגות המעיד על רצינות וכוונה לבצע עסקה?

ו. ראה בהמשך הערעור כי בית משפט קמא התעלם כליל מההזמנה שנרשמה לגרעין ושם הסכים המערער לכל תנאי תשלום (מזומן, שיק ועוד).

28. קביעת בית משפט לעניין חוסר תום ליבו של המערער יוצרת חוסר איזון עם קביעתו לגבי התנהגותה של המשיבה. בית משפט קמא קבע כי המערער נהג בחוסר תום לב בבקשו לקבע מחיר לפי הסכם פשרה שפג תוקפו. מנגד קבע בית משפט קמא כי המשיבה פעלה כראוי כאשר העדיפה לספק ללקוחות לפי צריכתם בעבר. כך נרשם בפסק הדין בשורה 26 בעמ' 15: "אין מצופה מסוחר, ואפילו הוא מונופול, לספק את המוצר למי שנוהג כלפיו בחוסר תום לב". על פניו לפי פסיקת בית משפט קמא כל מי שהמשיבה סיפקה לו "ניצל" את חלון ההזדמנויות למחירים נמוכים ובכך פעל בחוסר תום לב כלפי המשיבה. אין בפסיקה זו כל היגיון וטעם.

29. קביעת בית משפט לעניין חוסר תום ליבו של המערער גורמת לאפליה וחוסר איזון בין לקוחות המשיבה (שכזכור נקבעה כמונופול). המשיבה סיפקה לחלק מאותם צרכנים שפנו אליה באותה עת, כאשר היא עצמה מודה כי כולם (ראה חקירת פינקלשטיין המצוטטת לעיל) ידעו כי המחירים עומדים לעלות וכי הסכם הפשרה מתקרב לקיצו. כלומר אלו שקיבלו את הסחורה הינם תמי לב ומעשיהם כשרים ואילו אלו שלא קיבלו את הזמנותיהם פעלו בחוסר הגינות. גם בקביעה זו אין כל היגיון.

30. עוד ייאמר בעניין חוסר תום הלב כביכול של המערער. כל קביעה זו מבוססת על בקשתו לפרוס/לדחות את התשלום. אם לא היה מבקש לעשות זאת? כלומר אם היה משלם במזומן (וכאמור לעיל המשיבה נהגה לקבל תשלומים בשוטף + 90 ולפעמים אפילו + 180) האם אזי פעולותיו היו כשרות ובית משפט קמא היה קובע כי פעל בתום לב ובהגינות? נדמה כי קביעה כזו נחרצת לעניין תום לב וזאת רק בשל דרך ניסוח ההזמנה (אשר שוב יוזכר נעשתה בהתאם לתנאי המסחר המקובלים עם המשיבה) מהווה שגיאה ברורה של בית משפט קמא. דברים אלו נאמרים בזהירות הראויה וראה סעיף 37 בהמשך לעניין תנאי התשלום.

31. בית משפט קמא קבע כי התעדוף של המשיבה הינו פעולה סבירה. כלומר בחירת המשיבה לספק לאחד ולא לאחר לפי נתוני צריכת עבר הינה מעשה סביר. מכאן אנו למדים כי אין חשיבות לתום הלב של המזמין. כל שהמזמין צריך לעשות כדי "להיות בסדר" ולנהוג בתום לב הוא להזמין כמות לפי צרכיו בעבר (גם כאן סתירה – הרי נאמר מפורשות ע"י המשיבה כי כולם הזמינו כמות גדולה יותר מהכמות שהזמינו בעבר!). כלומר קביעת בית משפט קמא לעניין תום הלב של המערער – המזמין ריקה מתוכו. והנה דווקא אצל המערער קובע בית משפט קמא כי קיים חוסר תום לב בהזמנתו של המערער.

32. בית משפט קמא אף קבע כי סירוב מכירה למתווך איננו, על פניו, סירוב סביר (פסקה 58 בפסק הדין). כלומר לפי בית משפט קמא לפעול למטרות רווח ברורות זו התנהגות כשרה, אולם בקשה לדחות תשלום הינה כבר פעולה בלתי סבירה. אין ספק כי מדובר בפסיקה חסרת הגיון משפטי או כלכלי.

33. שגה בית משפט קמא עת קבע כי התנהגות המערער נגועה בחוסר תום לב וזאת כאשר המערער פעל בצורה גלויה וחשופה. המערער לא הסתיר מהמשיבה או מעיני בית משפט כי מטרות לעשות רווח מן הטריפל. יכול היה המערער לבחור בדרך עקלקלה של הסרת מטרות הרכישה, אולם הוא הצהיר עליה בריש גלי הן בתצהיר והן בחקירה הנגדית. מדובר בהתנהגות סבירה ומקובלת והרחוקה שנות אור מהתנהגות חסרת תום לב.

34. שגה בית משפט קמא כאשר התעלם מהצהרתו של המערער כי ניתן לעשות בטריפל שימוש לדישון מאסיבי. ראה ציטוט של דברי המערער בסעיף 53 לפסק הדין. כלומר לא

כל ההזמנה נועדה למטרות רווח. בית משפט קמא הרי בחר להעדיף את התעדוף לפי היסטורית הזמנות, כלומר לפי צרכי עבר. אם בחר כך מדוע רכישה למטרות דישון איננה ראויה?

35. שגה בית משפט קמא בקובעו כי המשיבה לא היתה צריכה להתארגן לקראת העלאת המחירים הצפויה. קביעה שכזו מהווה פתח למדרון חלקלק ותהווה קריאת עידוד להתנהגות לא ראויה של מונופולים. נקבע בברור כי כולם ידעו על העלאת המחירים. בהתאם גם פינקלשטיין העיד כי כולם הגדילו הזמנותיהם. מדובר היה בהסכם פשרה שהגיע לסיומו לאחר שבע שנים. מונופול חייב להתארגן לאספקה של מוצר אשר הביקוש שלו עתיד לגדול, בודאי כאשר הוא חתום על הסכם פשרה שכזה. אם לא נטיל חובה שכזו על מונופולים יוכלו הם תמיד לשלוט ביד רמה בצרכנים. יוכלו הם בצורה זו להימנע מאספקת מוצר וזאת כדי להמתין לגידול בביקוש ולהעלות המחירים הצפויה. הותרת פסיקה זו תהווה קרש מילוט עתידי למונופולים באשר הם.

36. טעה בית משפט קמא בקבלת גרסת המשיבה לעניין מכירת הטריפל במחירי הפסד (ראה סעיף 73 לפסק הדין). אין מחלוקת כי הסכם הפשרה קבע מחירי תקרה. אין גם מחלוקת כי מדובר בפשרה לתקופה של שבע שנים, כלומר המשיבה הסכימה לכך. על בסיס פשרה זו כלכלה דרכיה ולאור זה פעלה. האם נטען או נעסה ניסיון ע"י המשיבה להוכיח את מתח הרווחים במהלך שבע שנים אלו? האם נטען כי כ"ל נכנסה להפסדים בתקופה זו? האם די בעובדה כי לא נסתרה עדותו של פינקלשטיין בנושא לקבוע כי מדובר במחירי הפסד? ראה לחיזוק כי המחירים כיום יותר קרובים למחירים שהיו טרם העלאת המחירים. יש לזכור כי המשיבה הגדילה את מכירותיה ערב העלאת המחירים ומכרה הכל (כציטוט לעיל "מהיד לפה"). כלומר לא עצרה לרגע ואמרה לעצמה כי מדובר במחירי הפסד, אלא המשיכה למכור. רק לפי דברי המשיבה בעניין זה יש לקבוע כי שגה בית משפט קמא בפסיקתו.

37. כאמור לעיל תלה בית משפט קמא את חוסר תום ליבו של המערער בתנאי התשלום של הזמנתו, או בבקשתו לפרוס את ההזמנה על פני 12 חודשים. קביעה זו מתעלמת לחלוטין מההזמנה ששלח המערער לגרעין. ראה נספח ה' לתביעה ונספח ה' לתצהיר. כאמור לעיל מנגנון ההזמנה מהמשיבה לעולם עובר דרך המשווק, הוא הגרעין. בהזמנה לגרעין רשם המערער כדלקמן:

"...התשלום יתבצע או באמצעות או בשיק בנקאי או
לחילופין בכל תנאי תשלום שתבקש. ברצוני להבהיר
שהנני מוכן להתאמץ באמצעות קבלת הסחורה בכפוף
ליכולת היצרן של המפעל (חלק מהסחורה מוכן
להמתין ולקבלה עד 12 חודשים מיום ההזמנה)..."

כלומר המערער הסכים **לכל תנאי תשלום**: מזומן, שיק בנקאי או כל דרך אחרת. הוא אף הסכים לשלם ולקבל את הסחורה במועד מאוחר יותר. ערכאת הערעור מוזמנת לעיין בפרוטוקול של בית משפט קמא ולחפש ניסיון של המשיבה לחקור את המערער בנקודה זו או הצלחה שלה להפריך נושא זה. תחפש ולא תמצא. כלומר **כל הבסיס** לקביעת בית משפט קמא של חוסר תום ליבו של המערער בניסיונו לקבוע את מחיר המחירון לאחר תום תקופת הסכם הפשרה **מתנפץ לרסיסים**.

המערער הסכים לכל תנאי תשלום כלפי המשווק שהוכח כי הוא הציג דרכו מבוצעות ההזמנות ואם המשיבה רצתה לספק היתה מבקשת מזומן (כאמור לעיל לרוב מדובר היה בתנאי שוטף +) והמערער היה נעתר. אולם היא בחרה שלא לספק, ולא משנה באילו תנאי תשלום. המשיבה בחרה לספק רק חודש מאוחר יותר ובמחירים חדשים.

38. בית משפט קמא טעה בקביעתו לעניין אינטרס שמירת הלקוחות של המשיבה (סעיף 51 לפסק הדין). אכן מדובר באינטרס עסקי לגיטימי. אולם המערער הינו גם לקוח של המשיבה ולראיה רק חודש לפני כן סיפקה לו המשיבה 30 טון. במקרה זה המשיבה סיפקה למערער מבלי לתהות לעניין צריכתו בעבר או הגידול בהיקף הזמנתו. כלומר כאשר המשיבה התקרבה לתום תקופת הסכם הפשרה התחילה להתעניין ב"לקוחות עבר" וחודש לפני כן זה לא עניין אותה.

39. שגה בית משפט קמא בקביעותיו לעניין העדר אפליה. אכן חובת ההוכחה היתה מוטלת על המערער, אולם המשיבה הודתה כי סיפקה לאחרים. היא לא טרחה להראות את הסטורית ההזמנות שלהם או דרך התשלום שלהם. זאת כדי שנלמד האם המקרים דומים, זהים או שונים. להיפך ייאמר היא הודתה כי כולם ביקשו עוד וכי לא כולם קיבלו את מלוא הזמנתם. **נותנו רק עם המערער אשר קיבל מאום.**

סיכום

40. כפי שרשם בית משפט קמא אין בנמצא פסיקות רבות בנושא שלפנינו: סירוב מונופול לספק מוצר. גם אין לפנינו פסק דין אשר הינו עובדתי או נתמך בקביעות לגבי מהימנות עד זה או אחר. אלא כל כולו של פסק הדין מונח על אדנות המסקנות המשפטיות. מסקנות משפטיות, אשר לדעת המערער שגויות ביסודן וכי התוצאות שלהן מובילות לתוצאה שגויה. אי לכך המקום לערעור (אשר ממילא בזכות יסודו) הינו ראוי ביותר. מן הראוי כי ערכאת הערעור תנעץ שיניה בנושא מהותי זה.

41. אם נפשיט את המקרה מכל הטענות המשפטיות הנאות, פסקי הדין, המאמרים וההלכות (אשר שוב ייאמר כמעט אינן בנמצא) הרי ניוותר עם תאגיד - מונופול אשר אמר ללקוח שלו: בוא שבוע הבא ואתן לך לחם וחלב. בוא, אולם דע לך כי אתן לך אותם במחירים של שבוע הבא. כל זאת כאשר שני הצדדים יודעים בברור כי הלחם והחלב שבוע הבא יעלו יותר. האם במקרה זה יש ליתן יד לגוף המונופוליסטי? למי בית משפט צריך ליתן סעד?

42. שוב נחזור על העיקר. הודעת המשיבה **לא היה סירוב של ממש אלא דחיה של מימוש ההזמנה**. המשיבה אמרה בריש גלי: **לא כעת, אלא בחודש הבא ובמחירים שיהיו**. היא לא יספה מילה לעניין תום ליבו של המערער, הסטורית ההזמנות שלו, היותו חקלאי או מדען גרעין, תנאי התשלום שלו או יכולות התשלום שלו. כל שאמרה: בוא, קח ממני את המוצר בחודש הבא. רק זכור שתשתלם לפי המחיר שיהיה אז.

43. זאת עושה המשיבה בד בבד כאשר היא מספקת ללקוחות רבים. כולם יודעי "הסוד" לגבי העלאת המחירים. כולם מבקשים ודורשים כמות גדולה יותר מבעבר. אולם רק המערער נותר בפינה ללא טון אחד לרפואה. אם יכלו לספק לזה היו חייבים גם לספק למערער.

44. נקודת ההתחלה היא נקודת הסיום: אם המשיבה לא היתה יכולה לספק או לא רצתה לספק למערער היתה צריכה להשיב פניו ריקם או לכתוב דבר מה בהודעת המשיבה. כלומר לרשום בהודעה שלה דבר מה בנושא: לרשום מילה לגבי המלאי, פסקה לגבי היסטורית ההזמנות שלו, אמרת אגב לגבי רצונו לספסר בטריפל, שורה לגבי היקף ההזמנה המוגזם. משהו. משלא עשתה זאת יש להסיק מכך רק מסקנה אחת: סירובה (או יש לדייק ולומר דחיית האספקה) נועד ליצר עבודה רווח גדול יותר בעת העלאת המחירים הצפויה וסירוב זה הינו **סירוב בלתי סביר בהתאם לחוק**.

45. מכל האמור לעיל יש לקבל את הערעור, להפוך את פסק דינו של בית משפט קמא ולקבוע כי על המשיבה לספק למערער 250 טון טריפל (ההזמנה היתה על 500 טון אולם כזכור בתביעה המתקנת ומטעמי אגרה בלבד הופחתה ל- 250 טון) לפי המחירון שהיה ידוע ביוני 2008. כמו כן מבוקש להורות על השבת ההוצאות ושכר הטרחה שנפסקו בבית משפט קמא וכן על פסיקת הוצאות ושכר טרחה בגין ערעור זה.

איתי הפלר, ע"ד
ב"כ המערער