

התובעים: 1. בשן ישי  
2. שמואלי שלמה

- נגד -

הנתבעים: 1. מנשה ח. אלישר בע"מ  
2. ניקוטרום בע"מ  
3. שאול שמיע

## פ ס ק - ד י נ

### רקע וכתבי הטענות

1. הסעדים המבוקשים בתביעה זו כנגד הנתבעים הם צווי מניעה אשר יאסרו על הנתבעים ו/או מי מהם להפסיק אספקה סדירה של מותגיהם ו/או לשנות את תנאי הסחר אשר שררו בין הצדדים עד יום 11.9.95 וכן, שיאסרו להתנות הספקת סחורה בערבות בנקאית או בתשלום במזומן (סעי' 9 לכתב התביעה).

התביעה הוגשה ב- 14.9.95 ובמסגרתה נטען כי התובעים, המנהלים את עסקיהם באמצעות "שותפות בשן", הינם המפיצים הסיטונאים היחידים ברחובות, קרית-עקרון ומזכרת בתיה (להלן: - "האיזור") של סיגריות תוצרת חוץ ומפיצים את הסיגריות הנ"ל לכ- 180 קמעונאים. נטען כי נתבעת 1 (להלן: - "אלישר") הינה בעלת מונופולין בהיותה יבואנית של 90% מסגריות תוצרת-חוץ המשווקות בישראל ואילו נתבעים 2,3 הינם מפיצי הראשיים אשר יצרו הסדר כובל עם מפיץ נוסף בדבר חלוקת הארץ לאיזור שווק. התובעים טוענים בכתב התביעה כי ביניהם לבין נתבעים 2,1 קיים הסכם לא כתוב מזה כ- 17 שנים על-פיו מספקים הנתבעים 2,1 לתובעים סיגריות תוצרת חוץ, מספר פעמים בשבוע כנגד שיק מעותד ל- 6 ימים מיום האספקה וכי במהלך כל השנים לא חולל אף שיק שמשכו.

שורש התובענה נעוץ בכך שביום 10.9.95 קבלו התובעים מנתבעת 2 (להלן: - "ניקוטרום") מכתב "הודעת ביטול וסיום ההתקשרות" על-פיו תובא ההתקשרות העסקית לידי גמר ביום 17.11.95 ומיום 18.11.95 לא תסופק עוד לתובעים סחורה. עד מועד זה, כפי שנאמר במכתב, תסופק הסחורה כנגד ערבות בנקאית בגובה האשראי או כנגד תשלום במזומן (להלן: - "הודעת הבטול").

התובעים נדהמו מהודעת הבטול ושגרו מיד תשובה לניקוטרום בה הינם פורשים את טענותיהם.

בקליפת אגוז אציין כי טענות התובעים הם כי הנתבעים אינם רשאים לשנות תנאי חוזה בר-תוקף באופן חד-צדדי. לטענתם, "הנתבעים ו/או מי מהם התחייבו במפורש ו/או מכללא לספק את מרכולתם לתובעים ו/או לחליפיהם ללא הגבלת זמן - לצמיתות". (סעי' 10 (ב) לכתב התביעה).

כלומר, התובעים מבססים את תביעתם על עילה חוזית. בנוסף, טוענים התובעים לקיומן של עילות תביעה נזיקיות, לעשיית עושר ולא במשפט ולהסדר כובל, הכל כאמור בסעי' 8 ו- 10 לכתב התביעה.

2. בד בבד עם הגשת כתב התביעה הגישו התובעים בקשות בדרך המרצה (11098/95), (11099/95) לצווי מניעה זמניים מתאימים. כב' הנשיא (כתוארו אז) וינוגרד קבע את הבקשה לדין במעמד הצדדים.

לאחר דיון שנערך בפני כב' השופטת (כתוארה אז) עדנה ארבל, נקבע על-ידיה "מן המקובץ עולה כי המבקשים לא הוכיחו קיומה של עילה שתעניק להם סעד בדרך של צו מניעה זמני עד למתן פסק-דין בתיק העיקרי. למרות זאת, מצאתי שלא ניתנה למבקשים הודעת זמן סבירה לסיום ההתקשרות ולכן יהיה ראוי וצודק להעניק למבקשים סעד חלקי ע"י מתן צו מניעה זמני לתקופה של שישה חודשים מיום הודעת הביטול שניתנה ביום 10.9.95".

דהיינו, על-פי החלטה זו, צווי המניעה פקעו ב- 9.3.96 ומ- 10.3.96 רשאית היתה ניקוטרו לשווק את מותגיה באיזור הנ"ל באמצעות מפיצים אחרים.

התובעים לא התעצלו והגישו בר"ע על החלטה זו לבית המשפט העליון. בר"ע זו נדחתה. ביום 11.3.96 התקיים ק.מ. בתיק העיקרי בפני כב' סגן הנשיא השופט גורן אשר העביר תיק זה לטיפול וקבע כי- **"תוקף הצו הזמני יוארך עד לשיבה הראשונה בפני כב' השופט גרסטל"**.

על החלטה זו הגישו הנתבעים בר"ע לבית המשפט העליון ובקשתם התקבלה ביום 29.4.96 ע"י כב' השופט שטרסברג-כהן.

ב"כ התובעים הגיש בג"צ כנגד החלטה זו של כב' השופט שטרסברג-כהן ועתירתו נדחתה ע"י ביה"מ העליון בהרכב של 3 שופטים ביום 14.5.96 תוך שנקבע כי: **"אין בעתירה זו כל ממש"**.

משמעות הדבר היא כי החל מ- 10.3.96 אין עוד צו מניעה זמני כנגד הנתבעים ובפועל אין עוד התקשרות בין התובעים לנתבעים.

3. בכתב ההגנה שהוגש ע"י הנתבעים הוכחש קיומם של מונופולין והסדר כובל, הוכחה כל יריבות בין התובעים לבין אלישר או נתבע 3 (להלן: - "שמיעי") שהינו אדם פרטי אשר חברה שבשליטתו מספקת סוגיות למפיצים באיזור שמצפון לת"א ולא לאיזור הנ"ל. בנוסף, הוכחה כל הפרת הסכם או הפרה צפויה ונטען כי הודעת הביטול - ניתנה כדין. בכתב ההגנה הוכחה גם טענת התובעים בדבר הצהרות נטענות לקשר תמידי עם התובעים ונטען כי הקשר היה מעורער עוד קודם להודעת הביטול וכלל אף הליכים משפטיים של תובע 2 נגד הנתבעים בביה"מ המחוזי בירושלים בתביעה שהגיש ע"ס 650,000 ש"ח. תביעה זו של תובע 2 כנגד הנתבעים נדחתה ב- 22.8.95 ע"י כב' השופט צור. הנתבעים כופרים בקיומה של זכות קניינית לתובעים וכופרים בזכות התובעים לסעד המבוקש על ידיהם. לטענתם, קיים חוסר אמון ביחסיהם עם התובעים אשר הפרו את אמונם, הפרו את החוזה והינם חסרי תום-לב.

#### רקע על שוק הסיגריות

4. טרם כניסה לדיון בפלוגתאות הספציפיות של תביעה זו, ומאחר שב"כ הצדדים הכבירו עדויות בנושא הרקע המיוחד המאפיין את שוק הסיגריות בישראל, אתייחס לנושא זה בקצרה, שכן, יתכן, שיהא בכך לשפוך אור על הרקע העובדתי להגשת התביעה, הגם שלא על ההיבטים המשפטיים. באופן כללי, לא היו חילוקי דעות עקרוניים בענין זה. בעבר שלטה דובק, יצרנית סיגריות, בשוק הסיגריות, באופן שלמעלה מ- 90% מהסיגריות שנמכרו בארץ היו מתוצרתה ואילו רק חלק מהיתרה יוחד לסיגריות תוצרת חוץ. אלישר הינה היבואנית המובילה.

משנת 1988 ירד כוחה של דובק ועלה במידה מסוימת כוחה של אלישר כיבואנית עד כדי כ- 1/3 משוק הסיגריות.

בעבר, היו סיטונאים אשר עסקו הן במכירת סיגריות תוצרת הארץ והן באלו מתוצרת חוץ. בשלב כלשהוא, מאוקטובר 1995, לאחר דיונים משפטיים, פוצל מערך ההפצה וכיום יש סיטונאים בלעדיים לדובק וסיטונאים בלעדיים ליבוא.

ארגון מפיצי הסיגריות אשר נטל חלק פעיל מאד בכל נושא ההפצה, תוך בצוע עבירות על החוק, הועמד לדין ונקנס, והמפיצים נאלצו להסתפק, ע"פ הנסיבות, בהפצת תוצרת הארץ או תוצרת חוץ.

מסתבר כי בעבר משרצה אדם למכור סיטונאות היה פונה לארגון מפיצי הסיגריות (עמ' 10, עדות משה מזון) ואם הנ"ל היה מאשר, היה פונה למנהל המכירות בדובק (עמ' 11). במהלך זה, בעבר, לא היתה נעשית כל פניה לאלישר ודעתו כלל לא היתה נשמעת. רק כ- 3 שנים לפני ההפרדה של מערך ההפצה, לפי דרישת אלישר, הוחל בשיתופו בתהליך העברת סיטונאויות (עמ' 13). (לענין זה גם נשמעה עדות איתן בורשטיין, עמ' 26, 27).

כל עדי התביעה היו תמימי דעים כי לא נתקלו במקרה בו הופסקה סיטונאות באופן חד צדדי: כך העיד מר חדד (עמ' 8), מר משה מזון (עמ' 11) ישי בשן (ת/ 4) ושמואלי שלמה (ת/ 6).

לענין הנדון בפני חשוב לציין כי בעת שהחלה דובק להפעיל את מערך ההפצה העצמאי שלה, נותרו התובעים משווקים של סיגריות תוצרת חוץ בלבד, דהיינו, אלו המיובאות ע"י אלישר.

5. יריבות

אין חולק כי בין התובעים לבין ניקוטרו קיימת התקשרות עסקית, אך לא הוברר כלל מהי היריבות הנטענת כנגד אלישר וכנגד שמיע. הוברר כי שמיע לא מכר לתובעים סיגריות משנת 1981-1982 (עמ' 44) ומשנשאל התובע בשן למה תבע את שמיע, השיב כי "אני תבעתי אותו כי אני בקשתי ממנו עכשיו למכור לי והוא סרב".

דהיינו, למרות שבמשך למעלה מ-14 שנים לא רכשו התובעים משמיע סגריה אחת ולמרות שהתביעה עותרת לצו מניעה נגד הפסקת אספקה ונגד שינוי תנאים אשר אינם רלבנטיים ליחסי התובעים ושמיע, שורבב שמיע לתביעה, ולא נמחק למרות טענות ב"כ הנתבעים בענין זה.

גם לגבי אלישר המצב דומה. אלישר הוא היבואן. בתור שכזה הוא מתמצא במתרחש בשוק אך אין לו קשר ישיר עם הסיטונאים. הוא עובד עם 3 מפיצים בלעדיים ואחד מהם הוא ניקוטרו (נ/ 5). ניקוטרו היא שהיתה קשורה עם התובעים והיא שהביאה את ההתקשרות לידי סיום. מר אלישר העיד כי התובע, מר בשן, רכש ממנו במישרין סיגריות לאחרונה בשנת 1980!! (עמ' 55).

ומר בורשטיין ספר (עמ' 28) כי לאלישר לא היה כל רצון להתעסק עם סיטונאים ולכן צמצם הקשר ל- 2-3 מפיצים מבלי שהוא עצמו ביקר בעסקיהם של הסיטונאיים יותר מפעם-פעמיים.

לא ברור כיצד העלו התובעים בדעתם לעתור לצווי מניעה אשר יאסרו הפסקת אספקה סדירה או שינוי תנאי סחר, כאשר הוכח ואין על כך, למעשה, כל מחלוקת כי בין התובעים לבין נתבעים 3,1 אין ולא היתה אספקה סדירה של מוצרים ואין כל תנאי סחר מזה 14-16 שנים. התובעים לא עתרו לכל סעד אחר כנגד נתבעים 3,1 והסעדים שהתבקשו על-ידיהם אינם יכולים להיות מכוונים כלפי נתבעים 3,1 בהעדר כל יריבות עימם.

#### 6. העילה החוזית - תקופת החוזה וזכות הביטול

א. טענת התובעים כי הנתבעים אינם רשאים לשנות את תנאי ההסכם באופן חד-צדדי וכי הם התחייבו במפורש ו/או מכללא לספק הסיגריות לנתבעים "ללא הגבלת זמן - לצמיתות".

המחלוקת המרכזית בתיק זה היא האם נכונה טענת התובעים על-פיה התחייב כלפיהם מי מהנתבעים בהתחייבות לצמיתות.

התובעים מבססים את טענתם זו על דברים שנאמרו להם, לפני שרכשו את הסיטונאות, על דברים שנאמרו להם ערב ההפרדה מדובק, על בירם שלטענתם נאמור ע"י עו"ד גיורא ארדינסט ועל נסיון החיים בתחום הסיגריות.

לכתחילה, התבססו התובעים גם על דברים שיוחסו לאלישר בכנס צ'טרפילד, אלא שעו"ד הוס, הצהיר לפרוטוקול (עמ' 53) כי הינו מסכים שלא הובטח בכנס צ'טרפילד דבר בענין משך ההתקשרות.

מחלוקת זו הוסרה אומנם לנוכח הצהרת עו"ד הוס, אלא שלא ניתן להתעלם מדברי התובעים בתצהיריהם באותו נושא. כך למשל, התובע 1, בתצהיר ת/ 4 (סעי' 7) טען כי אלישר הצהיר בכנס צ'טרפילד קבל עם ועדה שגם המקרה שתוכניתה של דובק תאושר, לא יפסיקו הנתבעים לספק את מרכולתם לכל סיטונאי שיחפוץ בכך.

אסקור עת העדויות שהובאו בענין משך החוזה :

התובע 1 טוען בתצהירו (ת/ 4) כי רכש את הסוכנות לפני 18 שנים. בתחילת הדרך רכש סיגריות ישירות מאלישר, לאחמ"כ משמיע ולאחמ"כ מניקוטרו.

לדבריו, לפני שרכש את הסיטונאות נפגש הן עם נציג דובק, ניסים לוי והן עם אלישר. שניהם אמרו לו שזו עסקה טובה "וכי זהו עסק לכל החיים - לצמיתות שראוי כי אשקיע בו ואקדם אותו". גם בחקירתו הנגדית (עמ' 35) חוזר הוא על כך שאלישר נתן לו את ברכת הדרך.

ובהמשך: "הוא אמר לי שאני עושה עסק לכל החיים, שאני יכול להוריש אותו ושלא תהיה לי דאגה. הוא לא אמר את המילה לצמיתות. לכל החיים - הכוונה לצמיתות".

על סמך הצהרה זו, לטענתו, גייס כספים והיה בטוח שמדובר בעסק לכל החיים. מר אלישר כופר בטענתו זו של תובע 1.

בתצהירו (נ/ 5) הוא טוען כי התובעים לא פנו אליו לקבל את ברכתו לפני הרכישה והוא מעולם לא התחייב בפניהם ולא הבטיח להם "זכויות נצח".

העדויות שהובאו ע"י התובעים תומכות דווקא בעמדת אלישר, שכן, כפי שצויין על-ידי קודם לכן, הסתבר כי באותן שנים היה אלישר בורג קטן שפלח השוק שאחז בידיו היה קטן וזניח באופן שלא היתה כל התחשבות או הוועצות בו טרם רכישת סיטונאיות. דהיינו, משניתנה ברכת הדרך ע"י דובק וארגון מפיצי הסגריות, כלל לא היתה חשובה דעתו של אלישר אשר הווה כ- 5% בסה"כ מכלל הסגריות.

איתן בורשטיין העיד בעמ' 30 בתשובה לשאלה האם אלישר הבטיח בשלב מאוחר הרבה יותר, למי שישאר, שישאר לצמיתות, כי אלישר לא אמר דבר כזה, אלה אמר שיהיה טוב. אמנם, מר בורשטיין (עמ' 31) לא זכר פרטי פרטים של מה שנאמר, אבל, לדבריו "הוא דיבר בגדול".

בחקירתו הראשית ספר מר בורשטיין כי בכנס המדובר (כנס צ'סטרפילד) אמר אלישר שמי שילך לדובק ילך ומי שישאר, לא יועף, ישאר במערכת ויהיה לו טוב (עמ' 25, 26, 28).

מר דוד חדד, איש דובק, העיד (עמ' 8) כי דובק נתנה לסיטונאים שלה להבין שהחוזה לדורי דורות ובמשך 23 שנים לא קרה מקרה אחד שכלו סיטונאי מזכויותיו, כך העידו גם התובעים.

יחד עם זאת, מר מזון העיד (עמ' 12) בהתייחס לדבריו אלה של מר חדד כי לא שמע שנאמרו דברים המהווים התחייבות של דובק להקנות לסיטונאים זכות לדורי-דורות או לצמיתות.

אין גם חולק שדובק שלחה לסיטונאים רבים מכתבי סיום (עמ' 14).

כנראה, מדובר ב- 100 סיטונאים כאלה.

זאת למרות שלטענת התובע 1 (עמ' 36) התחייבותה של דובק והתחייבות אלישר בענין זה היו זהות, דהיינו, סוכנות לכל החיים.

כבר בנקודה זו עלי לקבוע כי אינני מקבלת את גרסת התובעים לפיה קבלו מאלישר את ברכת הדרך לפני שרכשו את הסיטונאות ועל-סמך ברכתו זו רכשו את הסיטונאות. מעדיפה אני את גרסת אלישר על-פיה לא נשאל עובר לרכישה, לא התחייב ולא הבטיח דבר.

זאת ועוד. בשום שלב מאוחר יותר לא הבטיח מי מהנתבעים כי ההתקשרות עם התובעים תהיה לצמיתות.

התובעים ניסו להוכיח כי בישיבת בית-הדין להגבלים עסקיים ב- 7.6.95 התחייב עו"ד ארדינסט כי הנתבעים ימשיכו לעבוד עם התובעים לצמיתות, אלא שנסיון זה - נכשל. עו"ד בלטר אשר העיד מטעם התובעים סיפר כי משנשאל עו"ד ארדינסט ע"י השופטת מה כוונת הנתבעים "הם אמרו שמבחינתם אין להם כוונה לעשות משהו" (עמ' 1). וכן, "האנשים שלא יפצו עבור דובק, יפצו עבורם".

בהמשך מבהיר עו"ד בלטר כי מדובר יותר במחדל מאשר מעשה, דהיינו, שלמעשה הובטח כי לא ישונה מצבו של מי שמפיץ סיגריות והוא יוכל להמשיך להפיץ תוצרת חוץ (עמ' 2). ההבנה של עו"ד בלטר, כדבריו, היתה מבוססת על האוירה הכללית ולאו דווקא על משפט זה או אחר.

בחקירתו הנגדית אישר עו"ד בלטר כי דברי עו"ד ארדינסט נאמרו בתשובה לשאלת כב' השו' נאור מה יעשו הלקוחות אם דובק תפצל את ההפצה ואמר (עמ' 3) כי: "ייחסתי חשיבות לכך שידעתי שמי שיפסיד עם דובק - יקבל את תוצרת החוץ" ובהמשך (עמ' 4) - "לא לקחתי באופן מיוחד את דברך כדברים חשובים במיוחד. יחסתי למכלול חשיבות".

משנשאל אם שמע אם המילים "לצמיתות או "לכל החיים" השיב בשלילה והוסיף כי לא דובר על צמיתות או לכל החיים.

עו"ד נעה ברזילי, היתה ב"כ התובעים, הגישה תצהיר מטעמם (ת/ 2), לאחר תחילת הראיות ובהיתר של ביה"מ.

בתצהיר זה מספרת גב' ברזילי כי ב- 7.6.95 נכחו היא ועו"ד הוס בבית הדין להגבלים עסקיים על-מנת לבקש שדובק תמשיך לספק לתובעים סחורה באופן זמני עד להפרדת מערך השווק וזאת בנגוד להסכם שנחתם ב- 1.6.95 ושעל-פיו הפסקת האספקה היתה צריכה להכנס לתוקף ב- 15.6.

השופטת נאור סרבה להתערב אך שאלה את עו"ד ארדינסט איך בכוונת מרשיו לנהוג בסיטונאים "תשובתו של עו"ד ארדינסט היתה שאין בכוונת מרשיו להפסיק את העבודה עם סיטונאי כלשהוא וכי הם ישקלו לתבוע סיטונאי שיפסיק את עבודתו עמם". כך דברי עו"ד ברזילי בתצהירה.

בחקירתה הנגדית (עמ' 22) נשאלה גב' ברזילי מספר שאלות והשיבה "אני חושבת שאמרת שתמשיכו לספק סחורה".

"אני חושבת שהתשובה שלך היתה חיובית" (ההדגשות שלי - ה'ג') ובהמשך, אישרה גב' ברזילי כי עו"ד ארדינסט לא הזכיר את המילים "לצמיתות" או "לכל החיים" וכי אמירתו שהם ימשיכו לספק סחורה לכל מי שיהיה מוכן לעבוד איתם, היתה במענה לשאלה של השופט (עמ' 22).

מעדי התביעה שהעידו לענין הישיבה בבית הדין להגבלים עסקיים עולה כי גם בסיטואציה זו לא ניתנה כל התחייבות של הנתבעים או מי הם לכך שהסיטונאות תהיה לכל החיים. אמנם, לא הוצהר כי הסיטונאות תבוטל לאתגר וכן גם לא נקב מועד לסיומה, אך לא ניתנה כל התחייבות ארוכת-טווח, ואם אסכם נקודה זו הרי שברור לי כי הנתבעים לא הבטיחו לתובעים סיטונאות כל החיים.

הבטחה כזו לא ניתנה עובר לרכישת הסיטונאות, לא ניתנה במהלכה לרבות בכנס צ'סטרפילד, ולא ניתנה עם פצול מערך ההפצה של דובק. אמנם נאמר, כי מי שלא יתקשר עם דובק, ימשיך לעבוד עם הנתבעים, אך ללא התחייבות לצמיתות ומדובר בחוזה ללא הגבלת זמן, אשר ההלכות לגבי דרך סיומו השתמשו בפסיקה ויובאו להלן.

אעיר עוד כי גם העובדה שלא הוצג ולו מקרה אחד בו בפועל הופסקה סיטונאות לאדם כלשהוא, אין בה כדי לשנות מהמסקנה דלעיל.

ראשית, המציאות המסחרית השתנתה בהדרגה. שנית, הוכח כי דובק הפסיקה הסיטונאות לכ- 100 איש עם המעברה למערך הפצה עצמאי ונתבעים 3,2 עצמם סיימו יחסיהם עם כ- 20 מפיצים, שלישית, אם סברו התובעים כי יש בידיהם נכס כלשהוא, פתוחה היתה בפניהם הדרך לתבוע פצוי בגין אותו נכס, אך אין בכך, כפי שנקבע בפסיקה, כדי למנוע מהנתבעים או מי מהם להביא ההסכם לידי סיום בתום זמן סביר.

בחקירותיהם הנגדיות של הנתבעים הסתבר כי אף הם לא ראו את ההסכם כהסכם לכל החיים. אמנם, מר בשן אומר בחקירתו הנגדית (עמ' 37) כי לפי פרשנותו יכול היה להוריש את הסיטונאות לבנו או למכור כפי שעשו אחרים (עמ' 43), אולם, יחד עם זאת אומר הוא בעמ' 41: "אם היו נותנים לי הודעה ארוכה ככל האפשר, הייתי מתארגן תוך הזמן הזה...". ומשנשאל למשך הזמן הנראה לו, השיב: - "אני מדבר על הודעה מראש של 5 או 10 שנים, זה סביר".

עמדת מר שמואלי, כפי שהובאה בחקירתו הנגדית, בענין זה, תמוהה עוד יותר. במענה לשאלות עו"ד ארדינסט השיב בעמ' 50: "התביעה שלי לצמיתות היא בעקבות התביעה של השותף שלי... את כל השאלות האלה תפנה לשותף שלי. אנו גוף אחד". ומשנשאל שוב בענין השיב: "אם היית שואל אותי הייתי מסתפק גם ב- 10 שנים".

ב. ב"כ התובעים בסכומי טען כי אין כל מניעה שצדדים יבחרו להתקשר בהתקשרויות לצמיתות והתבסס בכך על אמירות אגב כאלו ואחרות מתוך פסקי-דין שציטט. (עמ' 2 לסיכומיו).

מהאמור באותם פסקי דין עולה כי השופטים התייחסו בכל המקרים לשאלה העובדתית: האם נכרת חוזה לצמיתות, וכששללו אפשרות זו מבחינה עובדתית לא פנו לבחון את השאלה האם חוזה לצמיתות הוא יצור משפטי אפשרי ומותר אם-לאו בהיותה שאלה תאורטית במקרה שבפניהם.

כלומר, בכל האסמכתאות שצירף ב"כ התובעים אין התייחסות לאפשרות המשפטית שיתקיים חוזה לצמיתות שהינו תקף ככזה, ובר אכיפה. כך בע"א 189/89 קופת חולים מכבי נ' קופת החולים של ההסתדרות הכללית, פד"י מה (4) 817, 820 אומר כבוד השופט אור:

"בית המשפט גם הגיע למסקנה, שהואיל ולא נקבע מועד לסיום ההסדר המוסכם בין המערער למשיבה, והואיל והחוזה בין הצדדים לא נועד להיות חוזה לצמיתות, עמדה לכל אחד מהצדדים הזכות להביא לביטולו... על קביעותי של בית המשפט כאמור אין עוד מחלוקת בין הצדדים". (ההדגשות שלי - ה'ג').

זוהי קביעה עובדתית לגבי סוג החוזה שנכרת, ולא קביעה או עמדה משפטית לגבי תקפותו הפוטנציאלית של חוזה לצמיתות מבחינה משפטית.

כך גם בע"א 2491/90 התאחדות סוכני נסיעות ותיירות בישראל נ' פאנל חברות התעופה הפועלות בישראל, תל-על 94 (2) 641, 647 נאמר:

"מה, אם-כן, קובע חוזה התוספת לגבי המועד או הדרך לסיום החוזה? (ההדגשה שלי - ה'ג').

השאלה אינה פשוטה לתשובה, כיוון שהחוזה לא הועלה על הכתב, ולפיכך התניות שלו צריכות הוכחה בראיות חיצוניות. אין בפנינו ראיה על תניה מפורשת לענין המועד... לפיכך אין לנו אלא להסיק כי החוזה, על-פניו, נערך לתקופה בלתי-קצובה..."

בהקשר זה נאמר המשפט שצוטט ע"י ב"כ התובעים בסיכומיו, לפיו קיימת "חזקה (פרוזומפציה) שחוזה אינו נערך לצמיתות". ממשפט זה לא ניתן להסיק שבית המשפט מכיר ביכולתו של יצור משפטי כחוזה לצמיתות להתקיים. להיפך. בהמשך מובהר כי חזקה היא בבחינת ראיה שאף ניתנת לסתירה בראיות, ולא כלל משפטי מהותי, כלומר, היא חיה ונושמת במישור העובדתי בלבד. מעבר לכך, נאמר באותו פסק דין, כי "אין זו דרכן של הבריות לערוך חוזים על מנת שיעמדו בתוקפם לעולם ועד. אף אין זו מדיניות ראויה, מבחינה כלכלית או חברתית, להקפיא חוזה כמין מומיה עד שיבוא אליהו".

ואף בע"א 442/85 זוהר נ' מעבדות טרבינול (ישראל) בע"מ, פד"י מד (3) 661, 671 שצוטט בע"א 2491/90 הנ"ל נאמר כי לא ייתכן קיומו של חוזה לצמיתות: "בהתחשב בקצב חיי המסחר, לא ייתכן (!) שחוזה, אף שלא הוגבל בזמן, יחייב את הצדדים לצמיתות... הבעיה שלפנינו איננה איפוא, אם חוזה מסחר, ובכלל זה חוזה בין יצרן למשווק, שנעשה לתקופה בלתי מוגבלת בזמן, ניתן לביטול עי ידי מתן הודעה סבירה (ומשתמע שהתשובה המיידית על כך היא חיובית - ה' ג') אלא מהו אורך הזמן הסביר, הנדרש להודעת הביטול".

האסמכתא האחרונה אליה מפנה ב"כ התובעים היא רע"א 7460/95 ישי בשן נ' מנשה ח. אלישר בע"מ (טרם פורסם) של הצדדים לתיק זה ובמסגרת תיק זה, אך גם שם נאמר, וכבר בפתח:

"עיינתי בתצהירו של המבקש מס' 1... ולא מצאתי בו תשתית עובדתית מספקת לקביעה לכאורית שהתקשרות בין בעלי הדין נערכה לצמיתות". (ההדגשה שלי - ה' ג').

לסיכום נקודה זו:

אף אחת מאותן אמרות מצוטטות לא קבעה בפורש או מכללא את הקביעה המשפטית שמבקש ב"כ התובעים שייקבע כאן, אלא שבנוסף לכך, וזהו העיקר: מבחינה עובדתית, שהיא הבסיס לכל טענה משפטית רלבנטית בנושא, אין המקרה שבפני כל יסוד למסקנה כאילו ניתנה התחייבות להתקשרות לצמיתות. ואבהיר שנית: גם אם הדין מתיר לזכות הסכמים לצמיתות, ופסקי הדין שציטט ב"כ התובעים אינם אומרים זאת, לא נובע מכך שזהו סוג ההסכם שנכרת כאן. ראשית, יש להוכיח בראיות שנכרת, במקרה זה, הסכם לצמיתות, ורק לאחר ההתגברות על מכשול זה, יש להראות שהסכם לצמיתות הוא כשר בעיני הדין, ולכן תקף ומחייב משפטית. במקרה זה לא עברו התובעים את המכשול הראשון, העובדתי, ולכן אין רלבנטיות לטענות המשפטיות של ב"כ התובעים.

יתכן, אמנם, שהתובעים התכוונו ורצו שהסיטונאות תהווה מקור פרנסתם לכל החיים, אך לא די בכוונתם שלהם, ולא הוכח כי הנתבעים או מי מהם היו שותפים לאותה כוונה. ההיפך הוא הנכון.

ג. משקבעתי כי אין מדובר בהסכם לצמיתות, אלא בהסכם בלתי קצוב בזמן, הרי שהלכה פסוקה היא כי כל מתקשר רשאי להביא הסכם כזה לידי סיום תוך מתן הודעה מוקדמת בתוך פרק זמן סביר מראש.

הדברים נאמרו בכל פסקי הדין שצוטטו ע"י ב"כ התובעים ושהבאתי לעיל, ובפסקי דין רבים אחרים. אתיחס רק לדוגמאות מספר. בע"א 442/85 משה זוהר ושות' נ' מעבדות טרבינול (ישראל) בע"מ, פד"י מד (3) 661, נאמר (עמ' 704 ד-ה):

"מקובל על הכול, כי בחוזה בכלל, ובחוזה הפצה בפרט, שלא נקבע מועד לסיומם, הרשות בידי כל אחד מהצדדים להפסיקם, ובלבד שהוא קובע תקופת זמן סבירה בין מועד ההודעה לבין מועד הפסקת החוזה".

ראו לענין זה גם ע"א 189/89 הנ"ל בעמוד 820 ג-ד ;  
ע"א 2491/90 הנ"ל בעמוד 648 - סעיף 15 לפסק הדין ;  
רע"א 7460/95 הנ"ל בעמוד 1.

ד. אעיר כי בתביעה שבפני לא נטען, אף לא לחלופין, כי ההודעה שניתנה לא ניתנה זמן סביר מראש. נטען רק כי לא היתה כל זכות ליתן הודעת סיום. אך אף אם היתה נטענת טענה שכזו בהתייחס ל- 70 הימים שקצבה ניקוטורן לסיום ההתקשרות, בא הצו הזמני של כב' השו' ארבל והאריך פרק הזמן עד כדי 6 חודשים וכתוצאה מהצו של כב' השו' גורן הוארך בפועל הצו הזמני בעוד כחודש ומעלה, כך שלתובעים היתה ארכה של כ- 7-8 חודשים להתארגנות וזוהי ארכה סבירה, לכל הדעות.

ה. גם אם הייתי מגיעה למסקנה שונה, דהיינו, שההסכם עם התובעים, מלכתחילה, היה הסכם לצמיתות, עדיין היתה מתבקשת הקביעה כי בטולו נעשה כדין עקב הפרתו ע"י התובעים. בהמלך הדיון שבפני הסתבר כי בשנת 1995, הרבה זמן טרם משלוח הודעת הבטול ע"י ניקוטורן, הגיש שמואלי, תובע 2, כנגד הנתבעים דכאן, כתב תביעה בבית המשפט המחוזי בירושלים (נספח "ב" לנ/ 6) לתשלום סך 650,012 ש"ח. (התביעה כנגד אלישר נמחקה בהסכמה במהלך הדיון).

במסגרת תביעה זו טען שמואלי כי הינו שותף של בשן אך יחד עם זאת, רכש ב- 1982 עסק נוסף עצמאי להפצת טבק וסגריות מתוצרת הארץ ומתוצרת חוץ והוא מקיים עסק זה בנפרד מהשותפות המנוהלת אף היא.

לטענתו, סרבו הנתבעים לספק סחורה לעסקו הנפרד מהשותפות ובכך עברו על חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988 (להלן: "חוק ההגבלים").

פסק-הדין ניתן ב- 22.8.95 (נספח "ה" לנ/ 6) ודחה את התביעה תוך חיובו של שמואלי בהוצאות.

כשבועיים ומחצה לאחר-מכן נשלחה הודעת הבטול דנן.

במסגרת פסק הדין דחתה כב' השו' צור את טענתו של שמואלי על-פיה היו לו זכויות הפצה עצמאיות ובלעדיות וכי נהל עסק עצמאי בהתאם, וקבעה כי מדובר בפיקציה בלבד אשר אין לה בסיס עובדתי במציאות (עמ' 12).  
ערעור על פסק-הדין הנ"ל - נדחה.

הודעת הביטול נשלחה, כאמור, לאחר מתן פסק-הדין, וב"כ הנתבעים טוען כי מדובר בהפרה יסודית של ההתקשרות עם ניקוטורן.

לדבריו, יש לייחס את ההפרה גם לבשן אשר ידע על הוצאת החשבוניות הנפרדות ועל ההליכים בתיק.

בשן אף נכח בבית המשפט העליון בעת הדיון בערעור (עמ' 38).

באופן מפתיע, טוען שמואלי בחקירתו הנגדית (עמ' 48) כי לא כל האמור בכתב התביעה שהוגש לבית המשפט המחוזי בירושלים היה אמת, אך כשלעצמו, התברר לו הדבר רק לאחר מתן פסק-הדין.

זוהי טענה בלתי סבירה ובלתי מתקבלת על הדעת.

ברור לחלוטין שניקוטורן לא יכולה היתה לעבור לסדר היום על תביעה כספית כה גבוהה שהוכחה כבלתי נכונה וכפיקטיבית ע"י בית המשפט.

מר אלמגור, מנהל ניקוטורן, פרט הפרות נוספות של התובעים אשר ללא כל הסבר, רכשו בחודש מסויים סחורה בכמות נמוכה באופן קיצוני ובלתי סביר מהרכישות הממוצעות בכל החודשים שקדמו.

רכישה אשר פורשה ע"י ניקוטורן כחרם וכ"שביתה איטלקית".

הפרה נוספת מתייחסת להעדר שתוף פעולה עם מקדמי המכירות ואף לחתימת הסכמים עם דובק אשר כללו התחייבות להפסיק לשווק סיגריות תוצרת חוץ, כפי שעולה מפרוטוקול העדות של בשן בבוררות (נ/ 2 עמ' 133 שורה 2).

מכל האמור לעיל, אני קובעת כי התובעים ספקו לניקוטורן את העילה לביטולו של ההסכם גם אם לא היה מדובר בהסכם הניתן לביטול בכל עת עם מתן הודעה סבירה מראש.

7. העילה על פי חוק ההגבלים העסקיים - מונופולין והסדר כובל

עילת תביעה זו היא נפרדת לחלוטין מהעילה החוזית ועומדת באופן עצמאי.

משמעות הטענה - על קצה המזלג - היא, כי בהנחה (שאת קיומה טוענים התובעים) שהנתבעים הינם בעלי מונופולין או שיצרו הסדר כובל בשוק, הרי שחל עליהם חוק ההגבלים העסקיים המחייב אותם למכור לכל מי שמעונין לרכוש מהם, אלא אם כן מתקיים חריג לחובה. כלומר, החובה להמשיך לספק סחורה לתובעים אינה מכח חוזה לצמיתות אלא מכח חוק - חובה שבדין.

משמע, כי לבסס את הטענה לחובה סטטוטורית להספקה, היה על התובעים להוכיח כי הנתבעים הינם בעלי מונופולין או יוצרים הסכם כובל.

בענין זה ברצוני לציין מספר עובדות יסוד :

א. אין מחלוקת בין הצדדים כי הנתבעים לא הוכרזו כבעלי מונופולין או כצד להסדר כובל (להלן : - "הגבל עסקי" כמונח גג) כמשמעות מונחים אלה בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988 (להלן : - "החוק") וכי המונופולין היחיד שהוכרז בתחום זה הוא זה של דובק ;

ב. אין חולק כי עצם העדרה של הכרזה על הגבל עסקי איננו שולל את האפשרות לקיומו של הגבל כזה, שכן, ההכרזה הינה דקלרטיבית ולא קונסטיטטיבית, ולכן יש מקום להתדיינות בפני בשאלה זו.

ג. אין חולק גם כי נתח השוק של אלישר בתחום הסיגריות כול מגיע כדי 30% - 25% (סעי' 2 לנ/ 5 וסעי' 2.1 לנ/ 6) לכל היותר, ובתחום הסיגריות המיובאות מגיע חלקו לכדי 80%.

המחלוקת בין הצדדים בסוגיית ההגבלים העסקיים מחולקת למספר שאלות משנה, ואתייחס אליהן כפי סדרן :

#### 8. האם הנתבעים הינם בעלי מונופולין?

סעיף, 26 לחוק קובע :

(א) לענין חוק זה יראו כמונופולין ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים או מכלל רכישתם, בידי של אדם אחד (להלן : - "בעל המונופולין").

ב"כ התובעים טוען כי לאור הוראות סעיף זה הרי שכל הנתבעים מהווים מונופולין : אלישר, בהחזיקה 80% מכלל שוק הסיגריות המיובאות במדינה מהווה מונופולין ארצי בתחום זה. ניקוטרון ושמיע, ביותרם סוכנים אזוריים של אלישר, באופן שכל אחד מהם הינו המפיץ הבלעדי באזור הינם מונופולים אזוריים, כאמור בסעיף 26 (ב) לחוק. לטענת ב"כ הנתבעים, ההפרדה שיוצרים התובעים בין סיגריות מיובאות לסיגריות מקומיות היא מלאכותית, ובשאלת קיומו של מונופולין יש לבחון את שוק הסיגריות כולו כנכס אחד. בראייה כזו, ברור שאף אחד מהנתבעים אינו מהווה מונופולין.

גם החלוקה האזורית של המונופולין אינה נראית לנתבעים. לטענתם, קביעה לפיה שליטה באיזור תל-אביב מהווה מונופולין היא אבסורדית ויכולה להגיע לרמת המכולת השכונתית בה-במידה. לגישתם, יש לבחון מונופולין ברמה ארצית בלבד.

כלומר, המחלוקת היא כפולה :

א. האם לצורך החוק (להבדיל מהשאלה העסקית) יש לבחון את שאלת המונופולין של הנתבעים כשהנכס נשוא הדיון הוא סיגריות ככלל, או שיש לעשות הפרדה לשני סוגי נכסים : סיגריות ישראליות כנכס אחד וסיגריות מיובאות כנכס נפרד. בענין זה דעתי היא, כי לאור נוסח סעיף 26 (א) לחוק, יש להכריע מהו הנכס נשוא המונופולין מנקודת ההתייחסות של מי שנזקק לשירות של בעלי המונופולין, כלומר - בהתאם לנסיבות הספציפיות של שוק הרוכשים מבעל המונופולין, ולא בראייה כללית, כמו למשל ראיית הלא-מעשנים בחברה.

נקודת מבט זו באה לידי ביטוי גם במאמרו של ד' בכור "הרהורים בחוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט - 1959" (ספר זוסמן, תשד"מ) 133, 144 :



"הכלל הוא שמונופולין יכול להיות קיים כדין באורח תקין וסביר... אבל מצב דברים זה יוצר לעיתים צורך להגן על הציבור הנזקק למצרך או לשירות שמספק בעל עסק המונופולין... לזה מכוונות ההוראות (בחוק - ה' ג') בענייני מונופולין". במצב כזה, ברור שמי שמחזיק ביותר ממחצית מכלל אספקת הנכס של סיגריות מיובאות הוא בעל מונופולין. לאור זאת, אני קובעת כי אלישר מהווה מונופולין לגבי נכס מסוג סיגריות מיובאות.

ב. האם ניקוטרום ושמיע הינם בעלי מונופולין אזוריים, לאור הוראות סעיף 26 (ב) לחוק? ראשית, לצורך התביעה שבפני אינני אמורה להזקק לטענה זו כיוון שהיא כלל לא נטענה בכתב התביעה. שם נטען רק לגבי אלישר שהוא מונופולין, ולגבי ניקוטרום ושמיע נטען רק שהינם הסדר כובל (סוגיה שאתייחס אליה בהמשך). כלומר, התייחסות ב"כ התובעים בסכומיו להיות ניקוטרום ושמיע מונופולין אזורי מהווה הרחבת יריעה שב"כ התובעים התנגד לה לכל אורך הדיונים בפני. כבר מטעם זה דין הטענה להדחות.

שנית, הטענה לגופה לא הוכחה. בסיכומיהם טוענים התובעים כדלקמן:

סעיף 3 (5) "אין ספק כי נתבעים 2 ו- 3 הינם בעלי מונופולין כל אחד באזורו ו/או יש לראותם נכנסים בגדרו של סעיף 26 (ד) לחוק כבעלי מונופולין, מהיותם יחד עם כהן מירושלים קבוצת ריכוז הרוכשת יותר ממחצית אספקת הסיגריות המיובאות".

אף אחת משתי הטענות שנטענו לעיל לא הוכחה. לא הוכח בפני כי ניקוטרום ושמיע, כל אחד באזור ההפצה שלו, מכר יותר ממחצית מהסיגריות המיובאות באותו אזור. הדבר רק נטען ותו-לא.

מאי עמידה בנטל ההוכחה נופלת טענת המונופולין האזורי כאמור בסעיפים 26 (א) + (ב). באשר לתחולת סעיף 26 (ד), קורסת הטענה בתוך עצמה. כאמור בציטוט לעיל, אם קיימת קבוצת ריכוז, היא כוללת גורם שלישי שלא נתבע בפני. אין מקום להגיע לקביעה כלשהיא שכוללת אותו שמסקנתה היא ששלושתם גם יחד מהווים קבוצת ריכוז - והכתוב עצמו אינו מכיל טענה שניקוטרום ושמיע לבדם מהווים קבוצת ריכוז כזו. בסעיף 3 (ח) נטען: "נתבעים 2 ו- 3 הינם בעלי מונופולין מכח עצמם או כנציגיה של נתבעת 1".

הטענה כאילו יכולים ניקוטרום ושמיע להיות מונופולין כנציגיו של אלישר איננה מובנת לי כלל. אם אלישר הוא המונופול, שלוחיה אינם יכולים להוות מונופול "כנציגים" אין מושג כזה, משפטי או כלכלי. לגבי היותם מונופולין עצמאי כבר קבעתי לעיל שהדבר לא הוכח ומלכתחילה לא נטען בכתב התביעה ולכן אני דוחה גם טענה זו.

9. האם עברו הנתבעים על הוראות סעיף 29 לחוק?

סעיף 29 לחוק קובע:

"לא יסרב בעל מונופולין סירוב בלתי סביר לספק את הנכס או השירות שבמונופולין". לטענת ב"כ התובעים, ובהנחה שניקוטרום הוא מונופולין אזורי, שליחת מכתב הביטול על ידיה מהווה סירוב בלתי סביר כנ"ל בהתחשב בכך שסוכנויות הסיטונאות של התובעים הן מטה לחמם. אני דוחה טענה זו.

גם אם ניתן לראות במכתב הביטול סירוב למכור בניגוד להוראות סעיף 29 הנ"ל, הרי יש לזכור, כאמור בסעיף 6 (ה) לפסק דיני, שהאמון בין התובעים לנתבעים נשבר באופן חד. בפסקי הדין שצרף ב"כ התובעים כאסמכתאות לעמדתו נאמר במפורש כי משנשבר האמון בין יצרן או ספק לבין משווק, לא ניתן לכפות את המשך היחסים ביניהם, שכן, לא ניתן להבטיח קיום יחסי אמון בכפייה.

ראו ע"א 442/85 משה זוהר ושות' נ' מעבדות טרבנול (ישראל) בע"מ, פד"י מד (3) 661, 679 ז' וכן ע"א 2491/90 התאחדות סוכני נסיעות ותיירות נ' פאנו חברות התעופה (טרם פורסם).

אובדן אמון בתובעים שכפי שצוטט לעיל מבוסס על אדנים מוצקים והוא סיבה סבירה ומוצדקת להפסיק ההתקשרות. קביעה לפיה סיבה כזו אינה סבירה משמעה כפיה של סיטונאי על הנתבעים רק בשל היותו בעל מונופולין - דבר שעלול לפגוע כלכלית במונופולין בצורה משמעותית.

בת"א (ת"א) 112/92 ע"ד ברוך שוגול כונס נכסים זמני נ' בזק - החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, תק-מח 92 (2) 1350 סירבה בזק להמשיך להעניק שירותי בזק לחברה שנכנסה להליכי פירוק ואינה יכולה לשלם חובות השרות העתידי, ובית המשפט קבל עמדתה זו כסירוב סביר של מונופול לספק שירות כלומר, כשהמשך שירות פוגע כלכלית במונופולין, הסירוב להעניקו הוא סביר.

מעבר לכך, דעתי היא כי כלל לא קיים כאן סירוב למכור. הסירוב היחיד הוא למכור לתובעים כסיטונאים, במחיר ובתנאים של סיטונאים, אך הנתבעים כולם חזרו שוב ושוב, ואף בסיכומים, על הצהרתם שאין כל מניעה למכור לתובעים כקמעונאים אם יבקשו זאת. ויוסבר: סירוב לקיים עם התובעים יחסי סוכנות, המושתתים על אמון ומהווים קשר עסקי, אינו דבר אסור לפי החוק הנ"ל. מה שנאסר הוא סירוב מנדטורי למכור וסירוב כזה לא קיים, כמפורט לעיל.

ראו עמדה דומה, שהתקבלה ע"י בית המשפט העליון, בע"א 568/89 מ. דיאמנט (1988) בע"מ נ' נשר מפעלי מלט ישראלים בע"מ, תק-על 91 (1) 744.

"היצרן מועיד את מוצריו להספקה לצרכן ולקמעונאי ולא יעלה על הדעת לחייב את היצרן להיות שותף לסחר בזכויות רכישה של מלט, כפי שלא יעלה על הדעת לחייב יצרן לספק מלט למתווד".

לפיכך, אני דוחה הטענה כאילו הפרו הנתבעים את הוראות סעיף 29 לחוק.

#### 10. האם קיים בין הנתבעים לאחרים הסדר כובל?

לטענת ב"כ התובעים, שאין עליה מחלוקת, מחלוקת הארץ בין 3 מפצים ל- 3 איזורי הפצה, כששניים משלושת האזורים מוחזקים ע"י ניקוטרו ושמיע. החלוקה היא מוחלטת ואף מפיץ אינו פועל מחוץ לאזור שנקבע לו, כשהחלוקה נוצרה מכח הסכמים בין המפצים לבין עצמם. לטענתו, למרות שניקוטרו הפסיקה לספק לתובעים סיגריות, סרב שמיע לספק להם במקומה סיגריות וזאת בגלל הסכם החלוקה הנ"ל. (סעיף 8 (ג) לכתב התביעה).

סעי' 2 לחוק מגדיר הסדר כובל כ-"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 קטן 2 (ב) קובע שהסדר הכובל ביחס לחלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העסוק הוא הסדר כובל עפ"י החוק.

לאור זאת, טוען ב"כ התובעים כי חלוקת הארץ בין ניקוטרו ושמיע ואדם נוסף באופן שמונע מהתובעים לקבל הספקה ממישהו שאינו ניקוטרו, מהווה הסדר כובל. סעיף 4 לחוק אוסר על קיומו של הסדר כובל בלא קבלת אישור כנדרש בחוק. אין ספק שניקוטרו ושמיע לא קיבלו אישור כזה ולכן, לגישת התובעים, עברו עבירה לפי סעיף 47 לחוק, וביצעו עוולה נזיקית לפי סעיף 50 לחוק. מכח סעיף 50א לחוק ניתן להוציא נגד צדדים להסדר כובל צו שיאסור עליהם להמשיך ולפעול במסגרתו.

לטענת ב"כ הנתבעים, חל עליהם החריג הקבוע בסעיף 3 (6) לחוק, לפיו לא ייחשב הסדר כובל "הסדר בין רוכש נכס או שירות לבין ספק, שכל כבילותיו הם התחייבות הספק שלא יספק נכסים או שירותים מסוימים, לשם שיווק, אלא לרוכש, ובהתחייבות הרוכש לרכוש אותם נכסים או שירותים רק מהספק, ובלבד שהספק והרוכש שניהם, אינם עוסקים ביצור אותם נכסים או במתן אותם שירותים: ההסדר כאמור יכול שיהיה לכל שטח המדינה או לחלק ממנו".

לטענתם, חלוקת הארץ לא נוצרה בהסכם בין הנתבעים 2 ו- 3 לבין עצמם, אלא בין כל אחד מהם עצמאית לבין נתבעת 1, שמספקת להם, כיבואנית, את הסיגריות. כיון שמדובר בהסכם אנכי כמפורט בסעיף 3 (6) ולא בהסכם רוחב כמתואר בסעיף 2 (ב), הרי שכלל לא מדובר בהסכם כובל.

אני דוחה את טענות התובעים, ממספר סיבות, כמפורט להלן:  
ראשית, כתב התביעה אינו מכיל כל סעד מבוקש המתייחס לסוגיית ההסדר הכובל.

הסעדים המבוקשים הם אכיפת אספקה לתובעים ע"י ניקוטרוני כפי שיה לפני ביטול ההסכם. אין עתירה לסעד חלופי שיחייב את שמיע לספק סחורה במקום ניקוטרוני, ולא ברור, לפיכך, מדוע נתבע שמיע ע"י התובעים, ומה נתבע ממנו. כלומר, כפי שקבעתי לעיל, אין כל יריבות בין התובעים לנתבע 3 לאור האמור בכתב התביעה.

שנית, התובעים לא עמדו בנטל להוכיח קיומו של הסדר כובל. טענת ההגנה של הנתבעים לפיה לא קיים הסדר כובל ביניהם לא נסתרה ולא הופרכה בחקירותיהם הנגדיות. התובעים לא הצליחו להראות בכל דרך שהיא כי הסדר כובל כזה קיים ואף לא טענו ששמיע הסביר להם את סרובו לספק להם סחורה כנובע מהסכם עם ניקוטרוני. העובדה שהנתבעים סרבו להציג את ההסכם המגביל הקיים ביניהם לבין אלישר אין משמעו שהסכם כזה אינו קיים, ובוודאי שאין משמעו שקיים הסכם כובל בין ניקוטרוני ושמיע.

טענת בא-כח התובעים בסיכומיו, כאילו התובעים אינם מתנגדים לקיומו של הסדר אנכי כמפורט בסעיף 3 (6), כל עוד אינו פוגע בהם - איננה רלבנטית. כל עוד ההסדר האנכי כשר, נפקותו על צדדים שלישיים אינן הופכות אותו להסדר כובל רוחבי. לפיכך, לא ניתן לבטלו מכח לחוק ההגבלים העסקיים.

#### 11. עילה מכח חוק עשיית עושר ולא במשפט

סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט - 1979 קובע:

**"(א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן: - "הזוכה") שבאו לו מאדם אחר (להלן: - "המזכה"), חייב להשיב למזכה את הזכיה..."**

עילה זו לא הוכחה ע"י התובעים.

משקבעתי כי לתובעים אין קניין בנכס מסוג חוזה אספקה, הרי שביטול החוזה ע"י ניקוטרוני אינו מהווה קבלת נכס שבא לניקוטרוני מהנתבעים. טענות התובעים בדבר זכות לחוזה הספקה לצמיתות הופרכו וקבעתי כי מדובר בחוזה שאינו קצוב בזמן. מכאן, שקמה לניקוטרוני זכות לבטל תוך ממתן הודעה זמן סביר מראש, כפי שנעשה, ואין בכך עשיית עושר אלא הפעלת זכות כדין.

גם הטענה שלתובעים זכות קניינית בחוזה ההפצה דינה להדחות, ולא לאור האמור בע"א 442/85 משה זוהר ושות' נ' מעבדות טרבנול הנ"ל, בעמוד 681:

**"כמו בסוכנות כך גם בהפצה (בלעדית או אחרת) זכות קניין אינה מתיישבת עם טיב הקשר של המפיץ עם היצרן. הקשר אינו יוצר זכויות הפצה קנייניות אלא זכויות חוזיות".**

12. מכל האמור לעיל, אני דוחה את התביעה.

התובעים ישאו בהוצאות הנתבעים ובשכ"ט עו"ד בסכום כולל של 20,000 ₪ + מע"מ בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק החל מהיום עד התשלום בפועל.

לנוכח קביעותי דלעיל, אינני מוצאת כל מקום להעתר לבקשת לפיצול סעדים שכן בהעדרה של עילת תביעה, אין לדבר על סעדים שונים הנובעים מאותה עילה.

ניתן בתאריך 15/10/96