

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 45965-06-12 המומחים להטבות לעובדים, בנפיט בע"מ נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ

לפני: **כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גוון**

התובעת: המומחים להטבות לעובדים, בנפיט בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד טליה יונתן-דגן ועו"ד איל בריק

נגד

הנתבע: בנק מזרחי טפחות בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד שרון בן-חיים ועו"ד שי סיני

חקיקה שאזכרה :

[תקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים \(קופות גמל\) \(עמלות הפצה\), תשס"ו-2006](#)

[חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים \(ייעוץ, שיווק ומערכת סליקה פנסיוניים\), תשס"ה-2005: סע' 28](#)

[חוק החוזים \(חלק כללי\), תשל"ג-1973](#)

[חוק הנאמנות, תשל"ט-1979: סע' 7\(ב\)](#)

[חוק השליחות, תשכ"ה-1965: סע' 8](#)

[פקודת השותפויות \[נוסח חדש\], תשל"ה-1975: סע' 29](#)

פסק דין

בספטמבר 2004 פורסמו מסקנות הצוות הבינמשרדי לעניין הרפורמה בשוק ההון בראשות ד"ר יוסי בכר, מנכ"ל משרד האוצר (להלן: **וועדת בכר**), במסגרתן הומלץ לראשונה לאפשר לבנקים לעסוק בתחום ביטוחי החיים והייעוץ הפנסיוני. לצורך יישום המסקנות נדרשה חקיקה. בנק מזרחי-טפחות בע"מ (להלן: **הבנק**) ביקש להיות חלוץ בתחום ולהיערך לקראת כניסה לתחומים אלו עוד טרם גובשה האסדרה (רגולציה) הנדרשת. לצורך כך התקשר הבנק עם התובעת – המומחים להטבות עובדים, בנפיט בע"מ (להלן: **התובעת או בנפיט**), שעסקה בייעוץ בתחום השירותים הפנסיוניים והביטוח.

הסכם ההתקשרות בין בנפיט לבנק הוא שעומד בבסיס התובענה שלפניי. המחלוקת העיקרית בין הצדדים היא בשאלה האם בנפיט זכאית לתמורה נוספת מעבר לזו ששילם לה הבנק עד לסיום ההסכם.

ברקע הדברים עומד הפער בין המלצות וועדת בכר, לבין החקיקה וההיתרים שניתנו בסופו של יום לבנק לעסוק בייעוץ פנסיוני ובביטוח שהיו מצומצמים מהמלצות הוועדה. יש להדגיש כי לשני הצדדים היה ברור כי לשם יישום המלצות הוועדה נדרשה חקיקה, וכן היו ערים לסעיף 1ו(1) לדוח וועדת בכר לפיו:

"הענקת הרשיון לתאגידים בנקאיים לעיסוק בתחום זה תיעשה בשים לב להתפתחות התחרות בתחום ייעוץ ומכירה של מוצרים פנסיוניים על ידי המערכת הבנקאית ובפרט - לגודלם היחסי של התאגידים הבנקאיים במערכת."

היינו, על אף ההסתייגויות בדו"ח ועדת בכר עצמו, הצדדים, במהלך המו"מ ובכריתת ההסכם יצאו מתוך הנחה שמסקנות וועדת בכר יאומצו במלואן, והבנק יקבל היתר לעסוק במכירת מוצרי ביטוח, לרבות ביטוח פנסיוני באופן כולל גם לשכירים במסגרת מקומות העבודה, פלח המהווה את מרבית השוק הפנסיוני. פעילות כזו הייתה אמורה להפיק לבנק רווחים עצומים. בפועל הבנק קיבל, באיחור ניכר (אחרי למעלה משנתיים כשהצפי היה לשנה לכל היותר), היתר לעסוק במוצרי ביטוח פנסיוני רק בתחום משקי הבית והעצמאיים (שהצדדים מסכימים כי עומד על בין 10% ל-20% מהשוק). במצב דברים זה הכדאיות הכלכלית של העיסוק בתחום הייעוץ הפנסיוני פחתה באופן ממשי, עד כי לטענת הבנק העיסוק בתחום זה גורם לו הפסדים. כלומר, ההשקעה הרבה שהשקיע הבנק בפיתוח מערך השיווק וכניסה לתחום הביטוח לא ענתה על הציפיות. גם בנפיט, שחשבה שמדובר יהיה באחד מהפרויקטים הגדולים שלה התבדתה.

אמנם מהלך דברים זה אינו קשור במישרין להסכם, אולם, כפי שאבהיר להלן חלק מהשתלשלות העניינים, התוספות והשינויים שנערכו בהסכם, הם כתוצאה מהאיחור במתן ההיתר לבנק לעסוק בביטוח פנסיוני, ובעובדה שבסופו של יום ניתן היתר חלקי ומצומצם.

ההסכם בין הצדדים נכרת לאחר שבנפיט הגישה לבנק הצעה, ונערך מו"מ שהסתיים במסמך עקרוני. להסכם נחתמו שלוש תוספות. להלן אסקור את השתלשלות העניינים, את ההסכמים בין הצדדים, ואציג, לאורם, את השאלות שבמחלוקת.

1. מערך ההסכמות והעובדות שאינן שנויות במחלוקת

עם פרסום מסקנות וועדת בכר היה הבנק מעוניין להיערך לשיווק מוצרים פנסיוניים ומוצרי ביטוח ובכך לנסות להיות החלוץ בתחום. לצורך כך פנה הבנק, ביזמת מנכ"ל הבנק דאז מר אלי יונס, לבנפיט, שעסקה בתחום. בנפיט הגישה הצעה לבנק ועל בסיסה ניהלו הצדדים מו"מ. מצד הבנק ניהל את המו"מ מר יוסי ניצני, ששימש כמנהל החטיבה לנכסי לקוחות וייעוץ בבנק (להלן: **מר ניצני**). מצד בנפיט ניהלו את המו"מ מנהליה ה"ה סטיוארט שפירא ומוני פלר שבשעתו היו בעלי החברה (העדים מתייחסים אליהם כאל סטו (סטיוארט שפירא) ומוני (פלר), ובתצהיר מופיע השם מוני פלר, אך בסיכומים מוני פלר, להלן: **מר שפירא ומר פלר**).

ביום 12.9.04 העבירה בנפיט לבנק הצעה להתקשרות שכותרתה: **"ליווי הבנק בפעילות בתחום הביטוח והשירותים הפנסיוניים"** (להלן: **ההצעה**, נספח 1 לנספחי בנפיט). בהמשך להצעה נערכו מגעים נוספים בין הצדדים, וביום 6.10.04 נחתם בין הצדדים מסמך שכותרתו: **"עקרונות הסכם למתן שירותים לקבוצת הבנק בתחום פעילות הביטוח שלו"** (להלן: **מסמך העקרונות**, נספח 2 לנספחי בנפיט). הסכם זה שיקף את עיקרי התנאים המסחריים בין הצדדים. ההסכם נחתם מייד לאחר פרסום מסקנות וועדת בכר.

הצדדים החלו לפעול לאחר חתימת מסמך העקרונות, אף טרם חתימת ההסכם העיקרי, וטרם הושלמה החקיקה המעגנת את מסקנות ועדת בכר. המטרה הייתה להקים מערך לייעוץ פנסיוני ושווק מוצרי ביטוח ופנסיה כדי להיערך למה שציפו שתהיה האסדרה בתחום. במקביל המשיכו לקיים מגעים לקראת כריתת ההסכם המלא, בליווי היועצים המשפטיים. ההסכם נחתם לבסוף ביום 24.1.05 (להלן: **ההסכם**, נספח 1 לתצהירי הבנק).

ההסכם מבהיר את מצב הדברים בעת כניסתו לתוקף. בפתח ההסכם נאמר כי: **"הואיל והבנק חפץ להיערך לשינויים מבניים בענף הבנקאות, בעקבותיהם עתידים הבנקים לקבל היתר לשיווק מוצרי ביטוח ו/או פנסיה מסויימים..... והואיל והצדדים הגיעו לכלל הסכמה, לפיה בנפיט תעניק לבנק שירותים..... לצורך ההיערכות של הבנק לקראת שיווק מוצרי ביטוח ושירותים פנסיוניים...".** היינו, בשלב זה הצדדים ערכו את ההסכם בהתבסס על מסקנות ועדת בכר.

הצדדים ציפו כי האסדרה הנדרשת תארך כשנה, כפי שעולה מסעיף 6.3.1.3 להסכם, המסדיר את אפשרויות הבנק לסגת מההסכם במקרה בו:

"פעולות החקיקה המתחייבת לפי המלצות הועדה תיארך למעלה מ-12 חודשים מיום אימוץ ההמלצות על-ידי הממשלה או שיוכנסו בהן אגב החקיקה שינויים שיפגעו מהותית או ימנעו מהבנק לעסוק בתחום הייעוץ הפנסיוני כהגדרתו הרחבה על פי המלצות הועדה."

מטרת ההסכם הייתה כי בנפיט תקים את מערך הביטוח והייעוץ הפנסיוני בבנק ותלווה אותו. סעיף 3.1 להסכם הגדיר כך את שירותיה של בנפיט:

"בנפיט תעניק לבנק מעטפת ליווי כוללת לתמיכה בפעילות הבנק בתחום הביטוח והביטוח הפנסיוני ונגזרותיהם, במסגרת ההערכות המוקדמת של הבנק ליישום מסקנות ועדת בכר בתחום הביטוח, בהקמה ובהפעלה של מערך ביטוח הכוללת סיוע בהקמת התשתיות, בהיערכות הארגונית, המקצועית והטכנולוגית."

כיוון שהיה ברור, גם מתוך דו"ח ועדת בכר, שייקח זמן עד שהבנק יקבל היתרים, ולאור רצונו של הבנק כי מערך הביטוח והייעוץ הפנסיוני יהיה מוכן מיד לכשיתקבלו ההיתרים, חולק ההסכם לשתי תקופות, ובהתאם נקבעה התמורה. התקופה הראשונה, תקופת ההקמה, התקופה שמיום 1.10.04, מועד חתימת מסמך העקרונות ועד למועד בו יחל הבנק לשווק מוצרי ביטוח. התקופה השנייה מהמועד בו יותר לבנק, על פי דין, להתחיל ולשווק את מוצרי הביטוח. בהתאמה חולק מבנה התמורה לשניים. כך, שבעת הקמת מערך הביטוח והייעוץ הפנסיוני בבנק, שעה שאין לבנק הכנסות ממכירת מוצרי ביטוח, ישלם הבנק לבנפיט תשלום חודשי שיעמוד על \$25,000 בצירוף מע"מ, ומשעה שהבנק יתחיל לשווק מוצרי ביטוח פנסיוניים, תשולם התמורה לבנפיט מתוך הכנסות הבנק ממכירת אותם מוצרים (להלן: **גמול מכירות**). התקופה לעניין שיווק המוצרים בגינם תהיה בנפיט זכאית לקבלת גמול מכירות גם היא חולקה לשניים – התקופה הראשונה היא תקופת ההסכם, והתקופה השנייה היא תקופה של שלש שנים מיום סיום ההסכם (להלן: **תקופת ההארכה**). הצדדים טוענים טענות שונות לגבי הזכאות של בנפיט לגמול מכירות לגבי מוצרים ששווקו בתקופת ההסכם ובתקופת ההארכה עליהן אעמוד בהמשך.

המחלוקת המרכזית בתביעה שלפניי היא בראש ובראשונה לאיזו תקופה הייתה בנפיט זכאית לתשלום גמול מכירות. האם לתקופת ההסכם בלבד כפי שטוען הבנק, או למשך חיי המוצר, היינו,

כל עוד הבנק מקבל עמלות בגין אותו מוצר, כפי שטוענת בנפיט. יש להדגיש כי כשהצדדים מתייחסים לזכות לגמול מכירות "לנצח" או "לתמיד" הכוונה היא לאורך חיי המוצר. מחלוקת שנגזרת מכך היא האם בנפיט ויתרה במהלך הזמן על תשלום מתוך הכנסות הבנק לאורך חיי המוצר, כנגד תשלום חודשי קבוע לתקופת ההסכם.

בנפיט פעלה, כאמור בהסכם, לשם הקמת מערך הייעוץ הפנסיוני בבנק החל מאוקטובר 2004. החל ממועד זה ועד סוף שנת 2006 שילם הבנק לבנפיט תשלום חודשי קבוע בסך של \$25,000 בתוספת מע"מ (בהתאם לסעיף 4.1 להסכם).

בשלהי שנת 2006, כבר החלה לחלחל ההבנה או לכל הפחות החשש לגבי היקף ההיתרים שיקבל הבנק לעסוק בתחום הביטוח והייתה אי ודאות באשר למועד בו יתחיל הבנק לשווק מוצרי ביטוח פנסיוניים. בתקופה זו מחד, מטבע הדברים, הצטמצם היקף העבודה של בנפיט במידה מסוימת, ומאידך, הבנק טרם קיבל רישיון לעסוק במוצרי ביטוח כך שעדיין לא היו לו הכנסות מהן ניתן היה לשלם לבנפיט גמול מכירות. על כן, סוכם בין הצדדים כי ייעשה שינוי זמני במנגנון התמורה המשולמת לבנפיט, כך שהבנק ימשיך לשלם תשלום חודשי לבנפיט בגין שירותיה (באותו שלב לא ניתן היה לשלם גמול מכירות כי לבנק לא ניתן היתר לשווק מוצרי ביטוח), אך התשלום החודשי לבנפיט יופחת ויעמוד על סכום של \$22,500 לחודש בצירוף מע"מ, ובנפיט לא תהיה זכאית לכל תמורה נוספת מהבנק בגין מכירות של מוצרים פנסיוניים בשנת 2007, גם אם לבסוף יתקבל ההיתר וימכרו מוצרים כאמור במהלך 2007. הצדדים העלו הסכמות אלו על הכתב במסמך שכותרתו **'תוספת להסכם'** (להלן: **התוספת הראשונה**, נספח 10 למוצגי בנפיט). על יסוד ההנחה כי החל משנת 2008 כבר ינתנו היתרים והבנק יפעל בתחום והצדדים יחזרו להוראות ההסכם המקורי, נקבע כי ההסדר יעמוד בתוקפו במהלך שנת 2007 בלבד. בהתאם לתוספת הראשונה שילם הבנק לבנפיט במהלך 2007 סכום חודשי של \$22,500 בתוספת מע"מ.

ביום 7.8.07 ניתן לבנק היתר מוגבל לעסוק בייעוץ פנסיוני, שנכנס לתוקף ביום 14.8.07. ההיתר ניתן למוצרים פנסיוניים בלבד (להבדיל ממוצרי ביטוח נוספים) ולמשקי בית ועצמאיים בלבד (להבדיל משכירים). אין מחלוקת כי מדובר בשיעור נמוך (בין 10% ל-20%) מנתח השוק לו ציפו הצדדים. יש לציין כי חלק מתחולת העבודה האפשרית עליה סוכם היה כי בנפיט תפתח מוצרי ביטוח חדשים. אולם, היה ברור כי בנפיט תעשה כן רק אם יאומצו מסקנות וועדת בכר במלואן. משניתן היתר חלקי לא יכולה הייתה בנפיט לפתח מוצרים חדשים, שכן הבנק הוגבל במוצרים בהם הוא רשאי לעסוק, ועל כן בנפיט לא פיתחה מוצרי ביטוח חדשים עבור הבנק.

בסוף שנת 2007, על רקע הרישיון המצומצם, ורצונם של ה"ה פלר ושפירא למכור את מניותיהם בבנפיט לחברת הפניקס חברה לביטוח בע"מ (להלן: **הפניקס**), הגיעו הצדדים להסכמה נוספת, חלף האמור בתוספת הראשונה, ולפיה התשלום לבנפיט בגין שנת 2008 לא יהיה בהתאם להסכם - גמול מכירות מתוך מוצרי הביטוח שימכור הבנק (על אף שהבנק כבר החל לשווק מוצרי ביטוח), אלא ימשיך לעמוד על תשלום חודשי קבוע, אלא שהפעם הסכום יופחת עוד ויעמוד על סכום חודשי של \$12,500 בצירוף מע"מ. כן נקבעה הפחתה בתחולת השירות שהייתה בנפיט מחויבת לספק לבנק. על אף, שכאמור, ממילא הופחתה תחולת העבודה בשל ההיתר המוגבל שניתן לבנק. שוב חתמו הצדדים

על תוספת להסכם שעייגנה הסכמות אלו (להלן: **התוספת השנייה**, נספח 11 למוצגי בנפיט). בשלב זה עדיין הצדדים העריכו כי ניתן יהיה לשנות את רוע הגזירה ולהרחיב את ההיתר שיקבל הבנק לעסוק בתחום הביטוח. על כן הוגבל תוקף ההסדר לשנת 2008. בהתאם לתוספת השנייה שילם הבנק לבנפיט במהלך שנת 2008 סכום של \$12,500 בצירוף מע"מ כל חודש.

במהלך שנת 2008 כשהתברר כי היתר נוסף לבנק להרחיב את פעילותו בתחום לא יינתן בעתיד הנראה לעין, הגיעו הצדדים לקראת סוף 2008 להסכמות נוספות, גם אותן העלו על הכתב הפעם במייל ששלח מוני פלר לבנק (להלן: **התוספת השלישית**). התוספת השלישית, בניגוד לקודמותיה, לא נערכה כמסמך מסודר וההסכמות התקבלו בדוא"ל ששלח מר מוני פלר לגבי עוז מהבנק ביום 17.6.09, וקיבל את אישורו של מר סמי קינן, מנהל החטיבה הרלבנטית, ביום 17.7.09. במסגרת זו נקבע שוב כי בנפיט תקבל תשלום חודשי קבוע, אלא שהפעם יעמוד הסכום על \$4,000 לחודש בצירוף מע"מ. הבנק שילם תשלום זה לבנפיט בגין השנים 2009-2010. הבנק טוען כי בסוף שנת 2010 הגיעו הצדדים להסכמה על סיום ההסכם. בנפיט מצדה המשיכה לשלוח לבנק חשבוניות על סך \$4,000 עד למועד בו לטענתה הסתיים ההסכם (ספטמבר 2011).

אחת המחלוקות בין הצדדים היא האם החליפה התוספת השלישית את הוראות ההסכם לעניין התמורה, כך שהצדדים זנחו את התמורה בגין גמול מכירות, כטענת הבנק, או שמא, כטענת בנפיט, מדובר היה בשינוי זמני של אופן התשלום, כאשר לא הייתה מעולם כוונה לוותר על גמול המכירות לאורך חיי המוצר.

במהלך שנת 2009 התברר לבנק כי לאור שינויי רגולציה ובעקבות המשבר הכלכלי של שנת 2008, יש צורך בשינוי מודל הייעוץ הפנסיוני שפתחה בנפיט עבור הבנק, והבנק החל בפיתוח מודל חדש בו מעורבות בנפיט הייתה מינורית.

מיום 1.1.11 הפסיק הבנק לקבל שירותים מבנפיט. ביום 18.5.11 שלח הבנק מכתב (ע"י מר דנינו) בו הודיע הבנק על סיום ההתקשרות עם בנפיט. בתגובה הודיעה בנפיט לבנק כי בהתאם להוראות סעיף 6.2 להסכם, ההסכם יסתיים לפני מועד החידוש הקרוב, היינו, ביום 30.9.11. הצדדים חלוקים בשאלה מהו מועד סיום ההסכם.

2. המחלוקות בין הצדדים וטענותיהם

בין הצדדים התגלעו ארבע מחלוקות. הראשונה והמרכזית – האם זכאית בנפיט לתמורה נוספת בגין שירותיה מתוך עמלות הבנק בגין מכירת מוצרי ביטוח פנסיוני, היינו לגמול מכירות. הטענה הראשונה של הבנק היא כי בנפיט אינה זכאית כלל לגמול מכירות, כיון שגמול המכירות לו הייתה זכאית, לתקופת ההסכם בלבד, הוחלף, בשלושת התוספות, בתשלום חודשי קבוע. מנגד טוענת בנפיט כי היא זכאית לגמול מכירות בגין מוצרי ביטוח שנמכרו ע"י הבנק בתקופת ההסכם ובתקופת ההארכה, וזאת לאורך חיי המוצר, היינו כל עוד הבנק מקבל הכנסות בגין אותם מוצרים.

מחלוקת שנייה היא האם ביטלה התוספת השלישית את הסכם ההתקשרות, כך שהסכום של \$4,000 לחודש בצירוף מע"מ, ששולם עד הפסקת הסכם ההתקשרות, הווה את מלוא התמורה לה התחייב הבנק, כך טוען הבנק. בנפיט טוענת כי התוספת השלישית, כקודמותיה היא זמנית בלבד, וכי בנפיט

זכאית לגמול מכירות עתידי מתוך המוצרים ששיווק הבנק לאורך חיי המוצרים. היינו, הבנק חייב לשלם לה תמורה נוספת בהתאם להסכם, מתוך הכנסות שיקבל ממכירת מוצרים פנסיוניים שנמכרו בתקופה הרלבנטית בה נתנה בנפיט שירותים לבנק ושלוש שנים לאחר מכן.

כל אחד מהצדדים תומך את טענותיו במסמכים שנחתמו בין הצדדים, השתלשלות העניינים בשוק הביטוח הפנסיוני, וההתנהלות בין נושאי התפקידים הרלבנטיים בבנק ובנפיט.

המחלוקת השלישית מתעוררת בהנחה שבנפיט זכאית לגמול מכירות בגין מוצרי ביטוח שמכר הבנק לאורך חיי המוצר, ובהנחה שהתוספת השלישית אינה מבטלת את זכאות בנפיט לגמול מכירות. המחלוקת היא האם הבנק רשאי שלא לשלם גמול מכירות, מכוח סעיף 4.3 להסכם, לפיו אם הוצאות הבנק על שיווקם והפקתם של מוצרי הביטוח הפנסיוני יהיה צפוי לעלות על 50% מתקבולי הבנק לאורך חיי המוצר הנמכר, לא יהיה חייב הבנק בתשלום. הבנק טוען כי על פי חישוביו מתקיים האמור בסעיף זה ועל כן הוא אינו חייב בתשלום גמול מכירות. בנפיט טוענת כי הסעיף קובע מנגנון לקביעת ההוצאות בגין המוצרים הפנסיוניים הכולל מומחה מוסכם, מנגנון שהבנק לא נקט בו. עוד טוענת בנפיט כי בהסכם נקבע כי גם אם מתקיים האמור בדבר ההפרש בין ההוצאות להכנסות, עדיין זכאית בנפיט לגמול מכירות בגובה 2% היינו, כי ההסכם קובע גמול מכירות מינימלי בגובה 2% (חלף הגמול על פי ההסכם בגין מכירת המוצרים שנמכרו בפועל על ידי הבנק, שעמד על 8%).

המחלוקת הרביעית, נוגעת למועד סיום ההתקשרות בין הצדדים. הבנק טוען כי כבר בשנת 2010 הפסיקה בנפיט ליתן שירותים לבנק, וכי הוסכם על הצדדים כי החל מתחילת שנת 2011 יבוא ההסכם לידי סיום. בנפיט מכחישה זאת וטוענת כי על פי סעיף 6.2 להסכם, ההסכם מוארך משנה לשנה והזכות להביאו לסיום היא בתוך 60 ימים מיום הארכה הנוספת, היינו ה-30.9 בכל שנה. על כן, לטענת בנפיט, כיוון שהבנק הודיע על סיום ההתקשרות ביום 18.5.11, משמעות הדבר שההסכם בא לידי סיום ביום 30.9.11.

עוד חלוקים הצדדים בשאלת הסעדים, היינו מה הסכום לו זכאית בנפיט בגין גמול מכירות עד ליום הגשת התביעה, וכן האם זכאית בנפיט לסעד של מתן חשבונית, גם אם יקבע כי היא זכאית לגמול מכירות.

אעמוד על סוגיות אלו כסדרן.

3. מבנה התמורה וגמול המכירות

א. טענות הצדדים

ההסכם קובע במפורש, בסעיף 4 להסכם, כי התמורה לבנפיט מתחלקת בין שכר חודשי קבוע בשלב ההקמה (ריטיינר), לבין גמול מכירות האמור להשתלם מתוך הכנסות הבנק ממוצרי הביטוח ששיווק. המחלוקת הראשונה נוגעת לשאלה עד מתי על הבנק לשלם גמול מכירות לבנפיט, האם בתקופת ההסכם ובתקופת הארכה או לאורך חיי המוצר של אותם מוצרים שנמכרו בתקופת ההסכם ובתקופת הארכה, היינו כל עוד מקבל הבנק הכנסות בגינם.

(1) טענות בנפיט

בנפיט טוענת כי הוסכם על תשלום חודשי בתקופת ההקמה, טרם שהבנק החל למכור מוצרי ביטוח פנסיוני, וכי משעה שמוצרים אלו נמכרים סוכם על גמול מכירות שאמור להשתלם לאורך חיי המוצר. היינו, כל עוד הבנק מקבל הכנסה מכוח אותו מוצר. בנפיט טוענת כי התקופה הקובעת לעניין זה היא מוצרים שנמכרו בתקופת ההסכם, וכן בתקופה של שלש שנים מיום סיום ההסכם.

את טענתה זו סומכת בנפיט על מספר אדנים.

ראשית, טוענת בנפיט כי **"מושכלות היסוד"** בעניין תגמול בגין שיווק מוצרי ביטוח, לרבות מוצרי ביטוח פנסיוני הן **"שידוע"** שיטת התגמול הינה עמלה המשולמת למשווק (סוכן הביטוח או יועץ פנסיוני), כל עוד הלקוח ממשיך להיות מבוטח או עמית במוצר ומטופל ע"י המשווק (סעיפים 37-38 לסיכומי בנפיט). לעניין זה מפנה בנפיט [לתקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים \(קופות גמל\) \(עמלות הפצה\) התשס"ו-2006](#) (להלן: **תקנות עמלות הפצה**), הקובעות כי הבנקים, כאשר הם עוסקים בייעוץ פנסיוני, יהיו זכאים לעמלות בשיעור הקבוע בתקנות, מסך כל הסכומים העומדים לזכות הלקוח בקופת הגמל. עוד מפנה בנפיט [לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים \(ייעוץ, שיווק ומערכת סליקה פנסיוניים\)](#), התשס"ה-2005 (להלן: **חוק הייעוץ הפנסיוני**) הקובע [בסעיף 28](#) כי יועץ פנסיוני אינו רשאי לקבל עמלת הפצה לאחר שהסתיימה תקופת הייעוץ הפנסיוני בינו לבין הלקוח. ממבנה תמורה זה לו זכאים הבנקים, מעוניינת בנפיט להסיק כי גם מבנה התמורה בינה לבין הבנק הוא זהה.

טענה שניה שמעלה בנפיט נוגעת לעובדה שלטענת ה"ה שפירא ופולר, מאז ומתמיד נתנה בנפיט שירותים אך ורק כנגד עמלות, או כטענתם, על בסיס הצלחה.

עוד תומכת בנפיט את טענותיה בהוראות ההסכם, ובעיקר בהוראת סעיף 4.5 להסכם; בהוראות מסמך העקרונות ובהגיון הכלכלי-מסחרי של שני הצדדים בקביעת מנגנון התמורה.

לבסוף, תומכת בנפיט את טענתה זו בראיות חיזוניות כגון ההסכם שחתמו שפירא ופולר עם מכירתה של בנפיט לפניקס שם קבעו כי הם יהיו זכאים להמשיך לקבל את גמול המכירות שיתקבל מהבנק כחלק מדמי ניהול שיקבלו.

(2) טענות הבנק

הבנק העלה לעניין מבנה התמורה שתי טענות שאינן עולות בקנה אחד זו עם זו. הטענה הראשונה נטענה בכתב ההגנה ובתצהירו של מר ניצני מטעם הבנק, והשנייה בסיכומי הבנק.

בכתב ההגנה טען הבנק (סעיף 10 ד' לכתב ההגנה) כי כוונתו של סעיף 4.5 להסכם הייתה כי הבנק ישלם גמול מכירות בגין מוצרי הביטוח ששיווק הבנק בתקופת ההסכם, ובתנאים מסוימים בתקופת ההארכה, ו"**בתקופה זו בלבד**". כלומר הבנק חייב לשלם גמול מכירות בתקופת ההסכם, עבור מוצרי ביטוח ששיווק הבנק בתקופת ההסכם, ולגבי מוצרים שבנפיט פתחה (מה שלא קרה בפועל בשל

הרגולציה) גם שלוש שנים לאחריה. על דברים אלו בעקרון חזר מר ניצני בסעיפים 9-11 לתצהירו (על תצהירו ועדותו בבית המשפט אעמוד בהמשך).

הטענה האחרת, אותה העלה הבנק בסיכומיו (בסעיפים 58-60 לסיכומים), היא כי כוונתו של סעיף 4.5 כולו, שקבע את גמול המכירות, הייתה לעסוק בסיטואציה ספציפית שלא התרחשה בפועל של שיווק מוצרים שבנפיט פיתחה עבור הבנק (להבדיל ממוצרי מדף כמו קופות גמל). הבנק בסיכומיו עוסק בשני מונחים שאינם מופיעים בהסכם. האחד, **"גמול מכירות רגיל"**, הנדון, לטענת הבנק, בסעיף 4.2 להסכם, המשולם בגין כלל מוצרי הביטוח שימכור הבנק, ובגינום תהיה זכאית בנפיט לתמורה בתקופת ההסכם בלבד, ו**"גמול מכירות מיוחד"**, הנדון בסעיף 4.5 להסכם, בגין מוצרים שתפתח בנפיט (ושאין מחלוקת כי לא פיתחה בהעדר היתר לבנק), שבגינום תהיה זכאית בנפיט לגמול מכירות גם בתקופת ההארכה, היינו בתקופה של שלוש שנים מיום סיום ההסכם. לטענה זו אין זכר בתצהיר מר ניצני או בראיות אחרות מטעם הבנק.

היינו, טענת הבנק היא כי בתקופת ההסכם הייתה זכאית בנפיט לגמול מכירות בגין מוצרים שמכר הבנק בתקופה זו. אולם, שלושת התוספות החליפו את גמול המכירות בתשלום חודשי קבוע עד לסיום ההסכם, ועל כן בנפיט אינה זכאית עוד לגמול מכירות בגין מוצרים שמכר הבנק בפועל. אשר לתקופת ההארכה, בתקופה זו חל, לטענת הבנק, סעיף 4.5 הסכם החל רק על מוצרים שפיתחה בנפיט עבור הבנק, ורק לגביהם הייתה אמורה להיות זכאית לגמול מכירות גם בתקופת ההארכה. כיון שאין מחלוקת כי בנפיט לא פתחה מוצרים עבור הבנק, הרי שלטענת הבנק היא אינה זכאית לכל תמורה בגין תקופת ההארכה.

טענות אלו אינן מתיישבות זו עם זו שכן בסעיף 11 לתצהיר מר ניצני מציין מר ניצני כי :

"הסכמת הצדדים בהקשר זה הייתה כי זכאותה של בנפיט לגמול מכירות תעמוד בתוקפה עד לתום שלוש שנים ממועד סיום ההתקשרות בין הצדדים; זאת, בכפוף לכך שבמהלך תקופה זו הבנק אכן נותר זכאי לתקבולים בגין מוצרי ביטוח אלה. בוודאי לא הוסכם כי זכאות זו תהיה לאורך שנים ובלתי מוגבלת בזמן."

יש להדגיש כי בסעיף 10 לתצהיר מר ניצני מוגדר גמול מכירות כך: **"גמול הנגזר מתקבולי הבנק בתחום הייעוץ הפנסיוני עם הפעלתו בבנק."**

היינו בתצהירים נטען כי גמול המכירות הניתן בגין כל המוצרים שהבנק מכר (ללא הבחנה בין גמול רגיל וגמול מיוחד, מונחים שאינם מופיעים בהסכם) מוגבלת בזמן, ובסיכומים יש אבחנה בין סוגי מוצרים לפי תקופות, כאשר הטענה היא כי לגבי תקופת ההארכה הייתה זכאית בנפיט לגמול לו הייתה מפתחת מוצרים.

3. ב. התמורה המשולמת לאורך חיי המוצר כנגזרת מהנהוג ומהחקיקה בתחום

בנפיט טענה, כאמור, כי תשלום עמלה לאורך חיי המוצר היא בגדר מושכלת יסוד הנוהגת בתחום זה. כן טענה בנפיט כי ניתן ללמוד על כך מחוק הייעוץ הפנסיוני ומתקנות עמלות הפצה. טענה זו אין לקבל.

ראשית, ייתכן כי זהו הנוהג במקרים של סוכן מול חברת ביטוח, אולם, במקרה זה מדובר בהסכם ייחודי בין שתי חברות מסחריות, מתמחות בשוק הביטוח ובשוק הפנסיוני, שבחרו לשתף פעולה על סיפו של עידן חדש בתחום הביטוח הפנסיוני שנבע מהמלצות ועדת בכר. על הנסיבות הייחודיות להסכם ועל החשיבות שייחס הבנק להסכם, כיוון שהיה מעוניין להיות מוכן מייד שיוסדר התחום ויתקבלו ההיתרים, ולא להמתין להסדרת התחום ואז לגבש את פעילות הייעוץ הפנסיוני, עמד מר פלר בסעיף 11 לתצהירו: **"מפניית הבנק אלינו עלה כי בכוונתו של הבנק להיות המוביל ופורץ הדרך מבין הבנקים."**

גם תוכנו של ההסכם היה ייחודי. ההסכם כלל הקמת מערך ייעוץ ושיווק פנסיוני, הסכם שונה מהסכם סוכנות רגיל. כך העיד מר פלר בסעיף 13 לתצהירו כי:

"הוצע לבנק ליווי מקיף של הפעילות בתחום הפנסיוני הכוללת את מלוא השירותים הנדרשים לבנק בשלבי התכנון, ההיערכות ובהמשך גם בשלבי ההקמה והתמיכה המקצועית השוטפת...."

עדותו זו נתמכת בתיאור התחייבויות בנפיט, בסעיף 3 להסכם, הכוללות תיאור דומה של עבודת בנפיט. סעיף 3.1 להסכם קובע:

"הענקת מעטפת ליווי כוללת לתמיכה בפעילות הבנק בתחום הביטוח והביטוח הפנסיוני ונגזרותיהם, במסגרת ההערכות המוקדמת של הבנק ליישום מסקנות ועדת בכר בתחום הביטוח, בהקמה ובהפעלה של מערך ביטוח הכוללת סיוע בהקמת התשתיות, בהערכות הארגונית, המקצועית והטכנולוגית"

מר ניצני העיד (עמ' 120 לפר', ש' 12-22) כי כלקוח של סוכן ביטוח הוא מכיר נוהג או הסכמים מסוג זה של סוכני ביטוח, אולם, אין הדבר משליך בהכרח להסכם שלפנינו. אכן, כך הם פני הדברים.

אין מדובר בהסכם קלאסי של שיווק מוצרי ביטוח. על כן גם אם קיים נוהג בשוק הביטוח הפנסיוני של תשלומי עמלות, הרי שאין להסיק מנוהג כזה, ככל שהוא קיים, לגבי ההסכם שלפנינו.

שנית, אשר לטענה לפיה יש להסיק מהעובדה שהבנקים בתחום הייעוץ הפנסיוני מקבלים עמלה לאורך חיי המוצר, כפי שעולה [מסעיף 28](#) לחוק הייעוץ הפנסיוני ותקנות עמלות ההפצה, גם כאן אין בהכרח חובה כי מבנה העמלות שמקבל הבנק יהיה זהה למבנה העמלות שמקבלת בנפיט, ויש לבחון לעניין זה את החוזה בין הצדדים. עם זאת, עובדה זו, לפיה הבנק מקבל עמלות לאורך חיי המוצרים ששיווק, יכולה לתמוך בהגיון המבנה הכלכלי-מסחרי לו טוענת התובעת. היינו, אם הבנק מקבל עמלות לאורך חיי המוצר, יש הגיון מבחינתו לא לשלם סכומים גדולים בתחילת הדרך, אלא להעביר שיעור מסוים מההכנסות שהוא מקבל לאורך חיי המוצר – לבנפיט.

3.ג. התמורה לאורך חיי המוצר כנגזרת מאופי עבודתה של בנפיט

בנפיט טענה לאורך כל הדרך כי מאז ומעולם התקשרה בחוזים שהבטיחו לה שיעור מהצלחת הפרוייקט, ולא בחוזים בהם שולמה לה תמורה בגין פרוייקט או שעות עבודה. כך הן בתצהיר מר פלר, הן בתצהיר מר שפירא, הצהיר כל אחד מהם בסעיף 15 לתצהירו, כי כתפישה, עבדה בנפיט על בסיס הצלחה.

לעניין זה העיד מר סטיוארט שפירא בלהט רב באולם בית המשפט, כי מעולם לא נתן שירותים בגין חיוב בשעות אלא תמיד מתוך רווחים עתידיים. מר שפירא מתאר (בעמ' 59 לפרוטוקול, בש' 26-11):

"תקופה ארוכה היה צורך להמשיך להשקיע שעות על שעות בפיתוח הפרוייקט הזה. והדבר השני שהיה ברור גם כן, שהיקף ההכנסות יהיו בקצב יותר איטי ממה שכולנו ציפינו. אבל שזה יהיה ברור, לעולם, ואני חוזר לעולם, לא ויתרנו לשנייה אחת על העיקרון הזה שאנחנו נהנה מהפירות של הפרוייקט הזה. בחיים שלי לא עשיתי פרוייקט שלא נהייתי מהפירות של הפרוייקט. זה לא האופי שלי, זה לא האופי של השותף שלי. אם תסתכל על כל אופן הפעילות של בנפיט, לאורך כל שנותיה, כמעט כל ההכנסות של החברה הזאת מבוססות על ביצועים ועל הצלחה ולא רק על שעות. בשולי שוליים יש כמה דברים שעשינו על בסיס שעות. אנחנו השקענו על שנתיים שלוש הראשונות עבדנו full time עבור הבנק בהיקף הזה. לעולם לא היינו עושים את זה אם לא היה לנו גם את הפירות של הפרוייקט, לעולם לא ויתרנו על זה ומצד שני היה מגיע לנו את כל התוספות והתשלומים שבביל היקף העבודה שהמשכנו לספק לבנק."

כשהתבקש מר שפירא ליתן דוגמאות לפרוייקטים שעשתה עם רווח מהצלחות, נתן שתי דוגמאות. האחת, ניהול הסדרי פשרה מרצון של עובדים. מר שפירא הסביר כי בפרוייקט כזה קיבלו שכר בגין שעות עבודה עבור פגישות עם העובדים ובנוסף עבור כל עובד שיוצא לפרישה (עמ' 66-67 לפרוטוקול). דוגמא שנייה שהביא מר שפירא היא הסכמי ביטוח ופנסיה בשלטון המקומי, בגינם, כך טען מר שפירא, מקבלת בנפיט תמורה עד היום (עמ' 68 לפרוטוקול, ש' 18-7). לאור דבריו אלו, וכיון שהדוגמא השנייה קרובה יותר לענייננו, הוריתי לבנפיט (בעמ' 69 לפרוטוקול) להציג דוגמא להסכם עם השלטון המקומי, עם השחרה של כל פרט מזהה, בדיון ההוכחות שלאחר מכן.

על אף החלטה זו, בנפיט לא טרחה להמציא הסכם כאמור, לא בדיוני ההוכחות הבאים ואף לא בסיכומיה. לאור זאת, טען הבנק, כי משעה שבית המשפט הורה לבנפיט להמציא הסכם דומה בו קיבלה אחוזים מהכנסות או מכירות לאורך זמן והיא לא עשתה כן אין לקבל את טענתה כי זו הייתה שיטת עבודתה.

אכן בנפיט לא המציאה את המסמך על המצאתו הוריתי, ואף לא פירטה לא בסיכומים ולא בסיכומי התשובה מדוע לא עשתה כן. לאור האמור יש לדחות את טענות מר שפירא כי כך נהגה בנפיט מאז ומעולם. הדבר פוגע גם באמינות ומהימנות דבריו שכן, כאמור, הדברים נטענו בלהט רב ובשכנוע פנימי עמוק, אך ללא בדל ראייה, מכל שנות פעילותה של בנפיט.

עם זאת, גם אם לא היה זה דפוס הפעולה הקבוע של בנפיט, בהחלט יתכן, כי לאור ייחודיות ההסכם, כך סוכם במקרה שלפניי.

על כן, על אף שיש לדחות את טענותיה אלו של בנפיט על נוהל שבשוק ונוהליה של בנפיט, מבנה התמורה לו טוענת בנפיט עולה הן מהחווה עצמו הן מהראיות הנלוות.

ד.3. תקופת תשלום גמול המכירות והוראות החווה

כשאבחן את תנאי החווה אתיחס תחילה לטענת הבנק כפי שעלתה בכתב ההגנה ובתצהירי העדים מטעמו ולפיה, התמורה בגין גמול מכירות הייתה אמורה להשתלם לכל היותר בתקופת ההסכם

ושלוש שנים לאחריה בתקופת ההארכה. בהמשך אתייחס לטענתו החלופית של הבנק לפיה בנפיט הייתה זכאית לגמול מכירות רק בגין מוצרים שהיא עצמה פיתחה.

להלן הוראות סעיף 4 להסכם הנוגעות למבנה התמורה, שיעורה וכן לתקופה בגינה תשולם התמורה:

4. התמורה

בתמורה לשירותי בנפיט, ישלם הבנק לבנפיט תשלומים כלהלן:

- 4.1 בתקופת ההקמה ישלם הבנק לבנפיט תשלום חודשי (ריטיינר) בסכום בשקלים השווה ל-\$25,000 אשר ישולם אחת לחודש, עד לא יאוחר מיום העסקים ה-15 בחודש העוקב. הבנק לא ישלם לבנפיט כל סכום נוסף בתקופת ההקמה.
- 4.2 בתקופת ההסכם שלאחר תום תקופת ההקמה לא תהיה בנפיט זכאית לקבל תשלום חודשי כלשהו. בתקופה זו תהא בנפיט זכאית לקבל תגמול מהבנק אשר יחושב על בסיס היקפי מכירות של מוצרי ביטוח בפועל על ידי הבנק בתקופה זו, לפי הפירוט שלהלן:
 - 4.2.1 בגין מכירות מוצרי ביטוח ושירותים פנסיוניים למשקי בית ולעצמאיים – 8% מתקבולי הבנק בפועל ממכירות אלו;
 - 4.2.2 בגין מכירות מוצרי ביטוח פנסיוני לעובדים... [אין מחלוקת כי הבנק לא קיבל היתר לשווק מוצרים לעובדים]
 - 4.2.3 בגין מכירת מוצרים נלווים – 5% מפרמיית הביטוח הנגבית באמצעות הבנק (להלן: ביחד ולחוד: "גמול המכירות")

4.3-4.4.... [נוגעים ליחס בין הוצאות להכנסות ואדון בהם בהמשך].

4.5 גמול המכירות ישולם לבנפיט בגין כל מוצרי הביטוח המזכים, אשר שווקו בתקופת ההסכם ובתקופת הזכאות וכל עוד זכאי הבנק לגמול מכירות בגינם. מובהר בזה, כי חידוש ביטוח בתום תקופה ו/או הארכת הביטוח במסגרת פוליסה אחרת הנמנית עם מוצרי הביטוח המזכים, לא יגרעו מזכותה של בנפיט לגמול המכירות בגין הפוליסות כאמור...."

תקופת הזכאות הוגדרה כ: "תקופה של שלש שנים ממועד סיומו כדן של הסכם זה"

סעיף 4.5 לחוזה, כלשונו, תומך בטענות בנפיט, שכן הוא מתייחס לתשלום בגין מוצרי ביטוח: "אשר שווקו בתקופת ההסכם ובתקופת הזכאות וכל עוד זכאי הבנק לגמול מכירות בגינם". מדובר בתשלום בגין מוצרים ששווקו באותה תקופה, ולא תשלום בתוך אותה תקופה. לו הבנק היה צודק בטענתו היה מקום לנסח את הסעיף כך שהבנק ישלם לבנפיט עבור מוצרי ביטוח בתקופת ההסכם.

הבנק טוען כי משמעות סעיף זה היא כי מדובר בתשלום גמול מכירות רק בתקופת ההסכם, וכי התיבה "כל עוד הבנק זכאי לתגמול בגינם", נועדה למנוע מצב בו יובן בטעות כי בנפיט זכאית לגמול מכירות בתקופת ההסכם, גם בגין מוצר שבשלו אין הבנק עצמו מקבל עוד עמלה. לטענה זו לא הובאה כל ראיה ואינו עולה מהסעיף. זאת, כיוון שהמונח "מכירות" מוגדר בהסכם כתקבולים המתקבלים על ידי הבנק, כך שברור לחלוטין כי מרגע שלבנק אין הכנסות, לא זכאית עוד בנפיט לגמול מכירות כך שאין זה סביר שהדבר יצוין פעמיים.

גם אורך חיי החוזה, כפי שנקבע בהסכם תומך בפרשנות בנפיט. סעיף 6 מדבר על תקופת ההסכם וקובע כי תקופת ההסכם היא לשנתיים, ולאחריה יוארך ההסכם באופן אוטומטי משנה לשנה כשלכל צד נתונה הזכות להודיע לצד השני על רצונו בסיום ההסכם, 60 ימים לפני סיום התקופה המוארכת. אין מחלוקת כי התמורה בחוזה מחולקת בין תשלום חודשי קבוע עד למועד בו הבנק

ישווק מוצרי ביטוח, ולתקופה שלאחר שיווק המוצרים, אז זכאית בנפיט לגמול מכירות. אין כל הגיון כלכלי או עסקי כי התקופה בה תקבל בנפיט גמול מכירות, תהיה תלויה לחלוטין ברצונו של הצד השני להסכם, להפסיק את ההסכם. הרי לכאורה ההסכם יכול שיהיה בין שנתיים או שלוש בלבד, שאז התמורה בגין גמול המכירות תהיה נמוכה באופן מיוחד. כיון שהזכות להפסיק את ההסכם אינה מותנית או מוגבלת בשום צורה שהיא, הדבר תומך בכך שגמול המכירות אמור להיות לכל חיי המוצר, ואז בנפיט צפויה לקבל הכנסות עתידיות ממוצרי ביטוח ששווקו בתקופת ההסכם, גם אם מדובר בתקופת חוזית קצרה יחסית.

על כן, על פני הדברים לשון החוזה עצמה תומכת בטענות בנפיט. בנוסף, ניתן למצוא תמיכה לעמדתה גם במסמכים שקדמו להסכם (ההצעה ומסמך העקרונות), ובעדויות על המו"מ שקיימו הצדדים.

לאור כל האמור לעיל, אני סבורה כי החוזה בכללותו תומך במבנה תמורה המחולק לתשלום חודשי בתקופת ההקמה וגמול מכירות לאורך חיי המוצר של מוצרים ששווקו בתקופת החוזה (עם אבחנה בין תקופת החוזה לתקופת ההארכה).

3.ה. המסמכים והמו"מ שקדם להסכם

(1) ההצעה

בהצעה הראשונית ששלחה בנפיט לבנק (מיום 12.9.04 נספח 1 למוצגי בנפיט) נאמר:

"שכר הטרחה

שכר הטרחה מבוסס על העיקרון של תשלום קבוע בשלב הפיתוח וההקמה של הפרוייקט, ותשלום על בסיס הצלחה בשלב בו ישווק הבנק את מוצרי הביטוח.

1. תשלום קבוע בשלב ההקמה:

א. שכ"ט חודשי בגובה \$25,000 + מע"מ

ב. החזר הוצאות בגין שירותים נוספים שאינם כלולים.....

2. תשלום על בסיס הצלחה

א. במהלך פעילות הבנק בתחום הביטוח ישולם שכ"ט לפי הגבוה מבין:

(1) 10% מפעילות הבנק בתחום הביטוח

(2) 5% מפרמיית הביטוח.

אין מחלוקת כי ההצעה הועברה לידי מר ניצני שכתב על גביה כך: תקרה; cap; discount יורד; הגבלת זמן (נספח 1 למוצגי בנפיט). מר ניצני הבהיר את כוונתו בסעיף 11א לתצהירו שם הוא מפנה להערות אלו בכתב ידו ומבהיר כי: **"לאורך המו"מ... עמדתי על כך שההתחייבות של הבנק לשלם לבנפיט גמול מכירות תהיה מוגבלת בזמן"**. היינו, מר ניצני קיבל עקרונית את מבנה התמורה שתשלום לבנפיט, תשלום לאורך חיי המוצר, אך היה מעוניין להגביל את גמול המכירות שישולם עם תום תקופת ההקמה, או בסכום או בזמן.

בעקבות ההצעה והערות מר ניצני התקיים מו"מ על תנאי ההסכם המסחריים, שבעקבותיו נחתם מסמך העקרונות מיום 6.10.04. יש לציין כי הצדדים החלו לפעול למימוש ההסכם עם חתימת מסמך העקרונות על אף שאין מחלוקת כי הועברו טיוטות הסכם לאחר מכן, וההסכם עצמו נחתם, כאמור, רק בינואר 2005.

(2) מסמך העקרונות

מסמך העקרונות חוזר על האמור בהצעת בנפיט לתקופת ההקמה (\$25,000 + מע"מ לחודש). אשר לתגמול על בסיס היקפי מכירות קובע סעיף 4 למסמך העקרונות כך:

"4.1 החברה תהיה זכאית לתגמול בגין כל מכירות הבנק במגזרי הפעילות המשותפים בתקופת ההסכם, בתקופת הארכתו וכן בגין מכירות של מוצרים שפותחו על בסיס שירותי החברה בתקופת ההסכם – במשך 3 שנים מתום תקופת ההסכם (להלן: תקופת הזכאות)".

.....
4.3 התגמול בגין פוליסות ו/או הסדרים פנסיוניים ו/או תכנית ביטוח וכו' אשר שווקו בתקופת הזכאות, ימשך עד לתום תקופת הביטוח ו/או הארכה ו/או החידוש (יש סוגי פוליסות המחייבות חידוש שנתי) ובלבד שלא היה שינוי מהותי במוצר....."

נראה כי שני סעיפים אלו אוחדו לסעיף 4.5 בהסכם. היינו, בנפיט תקבל תמורה על כל מוצר ששווק בתקופת ההסכם ושלוש שנים לאחריו (על ההבחנה בין התקופות אעמוד להלן), בשיעורים שונים (על פי המוצרים השונים) מתוך הכנסות הבנק. סעיפים 4.2.1-4.2.3 מפרטים את המוצרים השונים ולצד כל אחד מהם נקבע השיעור באחוזים "מהכנסות הבנק". מר ניצני אישר כי סעיף 4.3 למסמך העקרונות וסעיף 4.5 להסכם מדברים על אותו דבר (עדותו בעמ' 131 לפר', ש' 2-3).

כשנשאל מר ניצני האם הבנק ערך תחשיבים קודם לחתימה על מסמך העקרונות או על ההסכם, השיב (עמ' 125 לפר', ש' 15-17):

"רמת אי הוודאות הייתה גדולה בהתחלה באופן טבעי, לא ידענו על מה אנחנו הולכים, משהו חדש לגמרי".

במצב דברים זה יש הגיון כלכלי-מסחרי, לגזור את רווחיה של בנפיט מהכנסות הבנק לאורך חיי המוצר, כך שכל עוד הבנק יקבל עמלה, הוא ישלם חלק מתוכה לבנפיט. הבנק אמנם טען כי מבנה תמורה זה מחייב אותו לחשוף מסמכים, דבר בו לא היה מעונין. אולם, גם המבנה לו טוען הבנק לפיו יש גמול מכירות בתקופה כלשהי ולגבי מוצרים כלשהם, מחייבת את הבנק לחשוף נתונים ולכן יש לדחות גם טענה זו.

מר ניצני העיד ואישר כי מסמך העקרונות היה הסיכום המסחרי של תנאי החוזה בעקבות מו"מ שערך עם נציגי החברה, וכי לאחר מכן הועבר מסמך העקרונות למחלקה המשפטית לניסוח משפטי (ראו עדות מר ניצני בעמ' 124 לפרוטוקול, ש' 11-1). גם מר פלר חזר על הדברים לפיהם הבסיס המסחרי לתנאי ההסכם הוא מסמך העקרונות (עדותו בעמ' 103 לפר', ש' 2-1). כלומר הסכמת הצדדים הייתה כאמור וכמפורט במסמך העקרונות, כפי שבא לידי ביטוי בהסכם עצמו שאך קיבל ניסוח משפטי. אמנם אין מחלוקת כי ההסכם הוא שמחייב, אך מסמך העקרונות בהחלט יכול לשפוך אור על כוונת הצדדים.

3.1. מסמכים חיצוניים המעידים על הסכמה לתשלום גמול מכירות לאורך חיי המוצר**(1) הסכם הניהול של שפירא ופלר עם הפניקס**

בנפיט טענה כי ראיה ברורה ומשכנעת לכך כי ה"ה שפירא ופלר ציפו לקבל הכנסה לאורך חיי המוצר, ניתן למצוא בהסכמים שחתמו למכירת מניותיהם בבנפיט לחברת הפניקס. בהסכמים אלו נקבע כי מר פלר ומר שפירא יהיו זכאים להשתתפות בהכנסות בנפיט במסגרת התקשרותה עם הבנק

גם לאחר מכירתה לפניקס. נספח 12 למוצגי בנפיט הם ההסכמים שכרתו מוני פלר וסטיוארט שפירא למתן שירותי ניהול בבנפיט עם הפניקס. היינו, לאחר מכירת בנפיט לפניקס המשיכו שפירא ופלר לנהל אותה. נספח 12 הוא נספח לחוזה המכר בו סיכמו הצדדים על התמורה שיקבלו מר פלר ומר שפירא כנגד ניהולה של בנפיט עבור הפניקס. בסעיף 7 לכל אחד מההסכמים נקבע כי בנוסף לתמורה שתתן הפניקס לה"ה פלר ושפירא תמורת שירותי הניהול, יקבלו השניים (באמצעות חברת הניהול שהקימו) שיעור מסוים מהכנסות בנק המזרחי שיגיעו לבנפיט. כדי לסבר את האוזן לאיזה סכומי הכנסה ציפו השניים מפרוייקט בנק המזרחי אציין כי אותם הסכמי ניהול כוללים שלש מדרגות לתשלום תמלוגים. הראשונה, במסגרתה יקבלו פלר ושפירא 10% מהכנסות פרויקט בנק המזרחי, תחול עד אשר ההכנסות המצטברות מפרוייקט בנק המזרחי, החל ממעוד המכירה (2007), יגיעו לכ-22 מיליון ₪. המדרגה השנייה, במסגרתה יהיו זכאים פלר ושפירא ל-30% מהכנסות בנפיט מפרוייקט בנק המזרחי תחול, כאשר ההכנסות המצטברות מבנק המזרחי יעמדו על סכומים שבין המדרגה הראשונה (22 מיליון ₪) לסכום של כ-44 מיליון ₪ והמדרגה השלישית, בגינה יהיו השניים זכאים ל-20% מהכנסות בנפיט, תהיה על כל הכנסה מצטברת של מעל 44 מיליון ₪. עוד נקבע כי שפירא ופלר יהיו זכאים לקבל סכומים אלו גם אם יופסקו שירותי הניהול שלהם לפניקס.

אמנם ההסכם בין פלר ושפירא לפניקס נחתם בספטמבר 2007, טרם הובהר באופן מוחלט המצב הרגולטורי, אולם בשלב זה כבר החלו לעלות החששות מכך שהבנק לא יקבל היתר כולל לעיסוק בביטוח כפי שציפה. הראיה, שהתוספת הראשונה, בה הופחת סכום הריטיינר, ולגביה וויתרה בנפיט על גמול מכירות, נחתם בפברואר 2007, היינו לפני ההסכם עם הפניקס. כלומר על אף החששות, שפירא ופלר ציפו להכנסות גבוהות מאד מפרוייקט המזרחי, ואף כללו זאת כחלק מהתמורה שיקבלו עבור ניהולה. הסכם זה מזמן אמת, מעיד על ההכנסות להם ציפו, הכנסות שצפו כי ימשכו לאורך תקופה ארוכה, מה שמתיישב עם גמול מכירות המשתלם לאורך חיי המוצר הרבה יותר מאשר עם תשלום בתקופת ההסכם, שהבנק יכול לסיימו באופן מיידי (באותו שלב כבר חלפו השנתיים הראשונות, והחוזה הוארך משנה לשנה).

(2) הערכת השווי של בנפיט לקראת מכירתה לפניקס

לקראת מכירתה של בנפיט לחברת הפניקס נערכה לה הערכת שווי. הערכת השווי צורפה לתצהיר גילוי המסמכים של מר נתי זכאי, והוגשה לבית המשפט, לבקשת בית המשפט, במהלך עדותו של מר זכאי (עמ' 80 לפרוטוקול, ש' 16-20). מהערכת השווי עולה כי פרויקט בנק המזרחי היווה נתח מהותי בשווייה של בנפיט. כך צפי ההכנסות לשנת 2007 עמד על כמיליון שקלים; בשנת 2008 על כשלושה מיליוני שקלים; ב-2009 מעל חמישה מיליוני שקלים, עם גידול צפוי של כמיליון שקלים לשנה עד לעשרה מיליוני שקלים הכנסות בשנת 2016. תיאור ההכנסות בהערכת השווי מכונה: **'עמלות הפצה מיצרן – סה"כ הכנסות מתמלוגים מפעילות המזרחי'**. גם כאן, העובדה שמעריכת השווי, חברת BDO כללה בהערכת השווי שערכה, הכנסות מבנק המזרחי עד שנת 2016, תומכת בעמדת בנפיט, זאת לאור העובדה שהבנק היה זכאי לבטל את ההסכם בכל שנה ושנה. ההסתמכות על ההסכם לאורך טווח נובעת מכך שפרשנותו היא כי גמול המכירות ישולם לאורך חיי המוצר. בתיאור ההסכם עם בנק המזרחי המופיע בהערכת השווי מתואר מתווה התמורה בהסכם בין בנפיט לבנק כך (עמ' 14 להערכת השווי, נספח לתצהיר נתי זכאי ת/1): **'על פי החוזה התשלום לבנפיט**

יעשה על פי תשלום קבוע של \$25,000 לחודש בתקופת ההקמה וכ-10% מהכנסות הבנק לאחר מכך" (השיעור של 10% הוא ממוצע משיעורים שונים שנקבעו למוצרים שונים).

(3) הדוחות הכספיים של בנפיט

הבנק טען ארוכות כי העובדה שההסכם עם בנק המזרחי, כמו גם ההסכם בין הפניקס לבין שפירא ופלאר לא נכללו בדוחות הכספיים של בנפיט, מעידה על כך שאין מדובר בהסכם מהותי וכי בנפיט לא סברה בזמן אמת שתהיה צפויה לזרם הכנסות מההסכם עם בנק המזרחי. על אף שבנפיט בחרה שלא להציג את הדוחות הכספיים שלה, אישר מר נתי זכאי, מנכ"ל בנפיט (החל משנת 2001), כי בדוחות הכספיים של בנפיט אין התייחסות להסכם של בנפיט עם בנק המזרחי. לטענתו, לא ניתן היה לכלול זאת בדוחות הכספיים כיון שלא ניתן היה להוכיח את אותן הכנסות (עדותו בעמ' 79 לפר', ש' 16-6).

הבנק נסמך לעניין זה על חוות דעתו של רו"ח קנובל מטעמו. רו"ח קנובל נתן חוות דעת הסוקרת באופן כללי את כללי החשבונאות המקובלים והתקנים החשבונאיים ביחס להכנסות צפויות עתידיות, ואישר בחקירתו כי לא ניתח את דוחות בנפיט. עוד אישר כי ראה את תצהירי פלאר ושפירא לעניין הסכם הניהול. עם זאת, הערכת השווי לא הוצגה לו. בחקירתו הנגדית ניסה ב"כ בנפיט לעמת אותו עם הערכת השווי, אולם לא היתרתי זאת, כיון שזו לא הוצגה לו מראש. אם בנפיט הייתה מעוניינת לבסס את טענותיה מלכתחילה על הערכת השווי היה עליה לכלול זאת בתצהירה שלה. גם כאן בחרה בנפיט לא להגיש מסמכים לבית המשפט, אם כי בהקשר זה העבירה אותם לצד שכנגד. לעניין זה יש לדחות את הביקורת של בנפיט בסיכומי התשובה (בפסקה 18) לפיהם אין לקבל את חוות דעתו של רו"ח קנובל כיון שלא התייחס להערכת השווי. לעניין זה אין לה לבנפיט להלין אלא על עצמה. רו"ח קנובל ציין כי אשר לשנת 2010 יכולה הייתה בנפיט לבקש את הנתונים מבנק המזרחי, ולהכניס אז חובות מדויקים לדוחות הכספיים ולא אומדנים בלבד (עדותו בעמ' 180 לפר', ש' 27-13). בהעדר נתונים, כך העיד, יש להכניס הסכם להכנסות עתידיות רק אם הינו מהותי. רו"ח קנובל אישר כי בהעדר הדוחות הכספיים של בנפיט לא הייתה לו דרך לדעת האם מדובר בהסכם מהותי אם לאו (עמ' 182 לפרוטוקול, ש' 27-20). רו"ח קנובל הניח כי כיוון שמדובר בחברה בת של הפניקס מי שערך את הדוחות היא אחת מפירמות רו"ח הגדולות וציין כי: **"חזקה שמי שערך את הדוחות כנראה שלא סבר שיש פה נכס מהותי ו/או זכאות כתוצאה מההסכם"** (עמ' 187 לפרוטוקול, ש' 11-7).

בנפיט בסיכומי התשובה טענה כי לאור דברים אחרונים אלו של רו"ח קנובל, הרי אי הכללת ההסכם בדוחות הכספיים מעיד על שיקוליהם של רואי החשבון ולא על אומד דעתם של שפירא ופלאר. טענה זו אין לקבל מפי בנפיט שעה שבחרה לא להציג את דוחותיה הכספיים. כפי שציינתי לעיל, לעניין אי הצגת הסכמים ארוכי טווח עם אחרים, כך גם כאן, מרגע שבנפיט בחרה שלא לצרף את דוחותיה הכספיים בטענה כי אינם רלבנטיים (כפי שמופיע בגילוי המסמכים), יש להניח כי לו היו מוצגים הדוחות הכספיים הם היו פועלים לרעתה, היינו, ניתן היה לראות כי אכן מדובר בנכס שאינו מהותי. יש להדגיש לעניין זה כי מר נתי זכאי, מנכ"ל בנפיט היה סבור כי כן מדובר בנכס מהותי (עדותו בעמ' 75 לפר' ש' 24-3).

עם זאת, גם מסקנה זו אינה מבססת את טענת הבנק כי בנפיט אינה זכאית לגמול מכירות לאורך חיי המוצר. חוסר המהותיות יכול לנבוע מכמה דברים. ראשית, מכך שמדובר בזכות "חלשה" כפי שהעיד רו"ח קנובל, היינו, כי היה ברור באותה שעה שהבנק מתנגד לפרשנותה של בנפיט את ההסכם. כך, יתכן גם כי לאור העובדה שהתברר באותו שלב כי הבנק קיבל היתר לשווק מוצרי ביטוח פנסיוני בחלק קטן של השוק, כי ההכנסות, גם אם יתקבלו לאורך חיי המוצר, יעמדו על 2% בלבד (השיעור המינימלי כטענת בנפיט) ויהיו לכמות מוצרים קטנה יחסית, ולכן ההכנסות הצפויות אינן מהותיות ביחס להיקף העסקים של בנפיט. ראו לעניין זה דבריו של כב' השופט עופר גרוסקופף בת"א (מרכז) 17362-03-11 **אשטרום אינרנשיונל בע"מ נ' עובדיה** (2014), שם ציין כי רישום בדוחות כספיים יכול להוות אינדיקציה לדרך בה הובן עניין מסוים ע"י מי שערך את הדוחות הכספיים, אולם אין בכך מעבר לאינדיקציה שיש לבחון במסגרת הכוללת של הראיות. כך ככלל, כך וודאי במקרה שלפנינו בו הראיות לתמיכה בטענת בנפיט רבות וחזקות יותר.

(4) ההתכתבויות בנוגע לסיום ההסכם

הבנק טען כי מההתכתבויות בין בנפיט לבנק לעניין סיום ההסכם עולה כי בנפיט גילתה דעתה כי לאחר סיום ההסכם, לא יגיעו לה כל תשלומים נוספים מאת הבנק. ראשית, עניינו של המכתב בתשלומים המגיעים לבנפיט בתקופת ההסכם מכוח התוספת השלישית, שנית, ובעיקר במכתבי בנפיט עולה כוונה הפוכה. כך, במייל ששלח מוני פלר לבנק (מכתבו לאלקנית עוז מיום 24.2.11), בו התייחס מר מוני פלר לשאלה מדוע בנפיט ממשיכה להוציא חשבוניות לשנת 2011 והשיב: **"אם לא רוצים שייצאו חשבוניות צריך להודיע על הפסקת ההסכם.... וגם במקרה כזה נצטרך להמשיך להוציא חשבוניות לעוד מספר שנים"**. כיון שברור היה כי ריטיינר לא ישולם לאחר סיום ההסכם, ברור מדברים אלו כי מוני פלר מצפה להכנסות הנובעות מגמול מכירות לאורך חיי המוצרים שנמכרו.

בנוסף, בתגובה למכתב הבנק על הפסקת ההתקשרות שיצא לבסוף, משיבה בנפיט (ביום 31.5.11, נספח 19 למוצגי בנפיט) ובמכתבה מציינת כי על הבנק יהיה **"להמשיך ולשלם את התמורה על פי ההסכם.... לרבות התשלום השוטף (ריטיינר)"**. ובכן, בנפיט במועד זה, בזמן אמת, עמדה על זכותה לקבל תשלומים נוספים מכוח ההסכם, מעבר לריטיינר. כיון שהריטיינר החליף את העמלות מכוח שלושת התוספות בתקופת ההסכם, ברור כי הכוונה היא לתשלומי גמול מכירות לאורך חיי המוצרים.

3.ז. טענתו החלופית של הבנק: בנפיט זכאית לגמול מכירות רק עבור מוצרים שפתחה הבנק טען, בסיכומיו, כי בנפיט זכאית לגמול מכירות רק עבור מוצרים שפיתחה. כיון שאין מחלוקת כי בנפיט בעקבות ההרשאה המוגבלת לבנקים, לא פתחה כל מוצר עבור הבנק, הרי שלא מגיע לה כל גמול מכירות.

ובכן, ראשית, כפי שציינתי, טענה זו אינה עולה בקנה אחד עם טענתו המרכזית של הבנק לפיה מגיע לבנפיט גמול מכירות בגין כלל המוצרים, אלא שגמול המכירות מוגבל לתקופת ההסכם ולא לאחריה.

שנית, כפי שציינתי, טענתו זו של הבנק נטענה רק בסיכומים. בנפיט בסיכומי התשובה טענה כי מדובר בהרחבת חזית ועל כן יש לדחות טענה זו על פניה מבלי לדון בה לגופה. לאור זאת הגיש הבנק בקשה למחיקת טענת הרחבת חזית ולחלופין להתיר לו להגיב לטענה זו. הבנק טען כי טענתו זו מבוססת על הגדרת ההסכם למוצרי ביטוח מזכים, וכן על העדויות שנשמעו לפיהם לא פיתחה בנפיט כל מוצר עבור הבנק ועל כן אין בכך הרחבת חזית. ובכן, כדי לא להכביר מלים בשאלה אם מדובר בהרחבת חזית אם לאו, בחרתי לדון בטענת הבנק לגופה, שכן לא מצאתי בה ממש.

הבנק טוען, כאמור, כי זכאות בנפיט לקבל גמול מכירות היה בגין מוצרי ביטוח מזכים, היינו מוצרי ביטוח שהיא פיתחה עבור הבנק. את טענתו זו מבסס הבנק על שני סעיפים בהסכם ועל הגדרת מוצרי ביטוח מזכים. האחד, סעיף 4.2 הקובע גמול מכירות בגין מוצרי ביטוח:

"בתקופת ההסכם שלאחר תקופת ההקמה [מרגע שהבנק מתחיל למכור מוצרי ביטוח] לא תהא בנפיט זכאית לקבל תשלום חודשי כלשהו. בתקופה זו תהא בנפיט זכאית לקבל תגמול מהבנק אשר יחושב על בסיס היקפי מכירות של מוצרי ביטוח בפועל על ידי הבנק בתקופה זו, לפי הפירוט שלהלן."

היינו, הסעיף מדבר על גמול מכירות של **"מוצרי ביטוח בפועל"**.

מנגד סעיף 4.5 הקובע גמול מכירות בגין **"מוצרי ביטוח מזכים"** כאשר הגדרת מוצרי ביטוח מזכים היא: **"מוצרי ביטוח, לרבות מוצרים נלווים, אשר ישווקו בפועל על-ידי הבנק ואשר בנפיט תהא שותפה, במסגרת שירותי בנפיט כמשמעים בהסכם, לפיתוחם"**.

היינו, לטענת הבנק סעיף 4.5 חל רק על מוצרים שהיתה בנפיט אמורה לפתח.

ובכן, ראשית יש להסתכל על סעיף 4 בכללותו. ברור כי סעיף 4.5 הוא אחד מסעיפי המשנה של סעיף 4 העוסק בתמורה ומבהיר כי בנפיט זכאית לגמול מכירות בגין כלל מוצרי הביטוח שתמכור.

יש לציין כי הבנק, כשהוא מעלה טענה לפיה הוא פטור מתשלום גמול מכירות בשל הוצאותיו הגבוהות, מפנה לסעיפים 4.3 ו-4.4 שם גם כן מדברים הסעיפים על גמול מכירות בגין **"שיווק מוצרי ביטוח פנסיוני..."**. אם הבנק סבור כי לבנפיט לא מגיעה עמלה אלא על מוצרים שפתחה, הרי שאינו יכול להעלות טענה לעניין ההוצאות, המתייחסת גם היא למוצרי ביטוח, ולא למוצרי ביטוח מזכים.

הבנק טען לעניין זה לשינוי שהוכנס בטיטא מיום 3.11.04 (מוצג נ/1), ובו הוספו למוצרי ביטוח מזכים המילים: **"אשר בנפיט תהא שותפה, במסגרת שירותי בנפיט כמשמעים בהסכם, לפיתוחם"**. אכן, בהגדרת מוצרי ביטוח מזכים ניתן לראות כי משפט זה אכן הוסף. לטעמי, על אף הניסוח הלא ברור, כוונת ההסכם ברורה. זאת ניתן ללמוד, כאמור, בראש ובראשונה ממסמך העקרונות שאינו מגדיר מוצרי ביטוח אלא רק את הכנסות הבנק מביטוח. שנית, מסמך העקרונות מבהיר כי העמלה בגין כל מוצרי הביטוח תשולם עד תום תקופת הביטוח, היינו לאורך חיי המוצר (סעיף 4.3 למסמך העקרונות).

מה שעולה מכלל המסמכים, היא כי קיימת אבחנה בין מוצרי מדף, היינו מוצרים שבנפיט לא השתתפה בפיתוחם, ואשר בגינם תקבל בנפיט עמלה עד תום חיי המוצר, רק אם שווקו בתקופת ההסכם, בעוד שלגבי מוצרים שהיא פיתחה, תהא זכאית לגמול מכירות עד תום חיי המוצר גם עבור מוצרים ששווקו בתקופת ההארכה, היינו בשלוש שנים מתום ההסכם. כך, קובע סעיף 4.1 למסמך העקרונות אבחנה בין מוצרים שהחברה פתחה, ולגביהם תהיה הזכאות אם שווקו גם במשך שלוש שנים מתום ההסכם.

בנוסף, סעיף 2.3.2 למסמך העקרונות המאפשר ביטול ההסכם בתקופה הראשונית קובע כי במקרה כזה לא תהיה בנפיט זכאית לתמורה בגין מוצרי מדף ששווקו במהלך התקופה בה ההסכם היה בתוקף, אלא רק למוצרים שהיא עצמה פיתחה. סעיף זה מופיע בנוסח דומה מאד בסעיף 6.4 להסכם המדבר על "מוצרי ביטוח ספציפיים שפותחו בסיוע בנפיט בתקופת ההסכם". היינו, מוצרים מזכים כוללים גם מוצרי מדף, ואילו סעיף 6.4 הוא היחיד המתייחס למוצרים שבנפיט פיתחה, שאחרת סעיף 6.4 מיותר, שכן ממילא בנפיט זכאית רק בגין מוצרים שפיתחה.

אמנם הניסוח של ההסכם בהקשר זה מסורבל ואינו בהיר לחלוטין, אולם, מקריאת החוזה בשלמותו, לאור מסמך העקרונות, נראה שכוונת הצדדים הייתה ליצור תגמול עודף בגין מוצרים שתפתח בנפיט, כך שבגין מוצרי מדף תקבל בנפיט תמורה לאורך חיי המוצר, אך רק לגבי מוצרים ששווקו בתקופת ההסכם, בעוד שלגבי מוצרים שבנפיט פתחה, היא תהיה זכאית לגמול מכירות עד תום חיי המוצר, גם לגבי מוצרים ששווקו במהלך שלוש שנים מתום החוזה.

יש לכך גם הגיון עסקי וכלכלי. ככל שהבנק משווק מוצרי מדף, תרומתה של בנפיט למכירת המוצר נוגעת רק בהקמת מערך הייעוץ והשיווק, ואז היא זכאית לגמול בגין אותם מוצרים ששווקו הבנק בתקופה שההסכם עמד בתוקפו. לעומת זאת, במוצרים שפתחה בנפיט יש לה זכויות, ויעיד על כך המונח תמלוגים המופיע במסמך העקרונות. במקרה כזה על הבנק לשלם לבנפיט בגין זכויותיה, גם אם המוצרים שווקו לאחר תום החוזה. הצדדים העמידו תקופה מוארכת זו על שלוש שנים.

בנוסף, מר ניצני הן בתצהירו (בסעיף 10), הן בעדותו בבית המשפט מאשר כי לבנפיט מגיעה תמורה בתום תקופת ההקמה (גם אם בתוך תקופת ההסכם לשיטתו) כדי: **"לתמרץ אותה לתרום למוניטין של הבנק בתחום הזה"**. מר ניצני מבהיר מהו לדעתו התשלום הנוסף, שהגיע לבנפיט על פי ההסכם אחרי תקופת ההקמה. סעיפים 9-10 לתצהירו. עדותו בעמ' 129 לפר' ש' 18-24:

"ש. תאשר לי שמה שמכונה גמול מכירות היה אפוא, לגישתך, תשלום בגין השירותים של בנפיט לאחר תקופת ההקמה ותרומה למוניטין של הבנק בתקופה הזאת.

ת. זה מה שכתבתי אני חושב. נדמה לי, אני זוכר ביטוי כזה באיזשהו מקום, או שבהסכם זה כתוב. כן, זה כתוב פה בתצהיר שלי. "לתמרץ אותם לתרום למוניטין של הבנק בתחום זה". זה לגבי הגמול הנוסף מעבר לתקופת ההקמה."

זוהי תשובה מתחמקת, וניכרה הייתה אי הנוחות של מר ניצני כשנדרש להסביר את האמור בתצהירו, ולכן חזר והקריא מהתצהיר. מדובר בניסוח מעורפל ולא ברור. בהסכם יש שני סוגי תשלום – קבוע וגמול מכירות. מכאן שאם מדובר בתשלום שלאחר תקופת ההקמה, מדובר בגמול

מכירות. אם בנפיט זכאית, על פי מר ניצני לגמול מכירות ולו בתקופת ההסכם, ממילא אין לקבל את טענתה כי בשל הגדרת מוצרי הביטוח המזכים בנפיט אינה זכאית לכל תשלום שהוא.

3.ח. סיכום ביניים

אשר למבנה התמורה ולזכאות לגמול מכירות, לאור כל האמור לעיל אני קובעת כי על פי ההסכם על הבנק לשלם לבנפיט גמול מכירות לאורך חיי המוצרים, לכל מוצרי הביטוח ששווקו במהלך תקופת ההסכם. כיוון שבנפיט לא פיתחה מוצרי ביטוח עבור הבנק, בנפיט לא תהא זכאית לגמול מכירות עבור מוצרים ששווקו במהלך שלוש השנים שמיום ביטול ההסכם. היינו, בנפיט זכאית לגמול מכירות בגין כל מוצרי הביטוח ששווקו ע"י הבנק בתקופת ההסכם, ולאורך חיי מוצרים אלו, וכל עוד הבנק מקבל הכנסות בגינם.

4. ויתור על גמול מכירות במסגרת התוספת השלישית

הבנק טוען כי גם אם יוכרע כפי שאכן קבעתי לעיל, כי מכוח ההסכם בנפיט זכאית לגמול מכירות בגין מוצרי ביטוח פנסיוני ששיווק הבנק בתקופת החוזה לאורך חיי המוצר, הרי שבנפיט ויתרה על מרכיב זה של התמורה, היינו על גמול המכירות, בגדרי התוספת השלישית. לטענת הבנק בנפיט עשתה כן לאור השינויים הרגולטורים שחלו ולאור העובדה שלבנק ניתן היתר לעסוק אך בשיעור קטן מהפעילות אותה צפו הצדדים עם כריתת החוזה. לטענת הבנק, אכזבת הצדדים מכך שהחלום של הבנק להיכנס לכל שוק הביטוח התבדה, הביא לכך שגמול המכירות הפך לזניח ועל כן ויתרה בנפיט על גמול המכירות לו הייתה זכאית מכוח ההסכם.

הבנק מוסיף ומבסס את טענתו הן על השוני בין נוסחי התוספת הראשונה והשנייה לנוסח התוספת השלישית. כך בעוד בתוספת הראשונה והשנייה נכתב במפורש כי מדובר בהסדר זמני לשנה אחת, לאחריו יחזרו לחול הוראות ההסכם, נוסח זה נעדר מהתוספת השלישית. עוד טוען הבנק כי בגדרי התוספת השלישית, ויתר הבנק על דרישת הבלעדיות שבהסכם וזו הייתה "התמורה" כנגד הויתור על תשלומים לאורך חיי המוצר. עוד תומך הבנק את טענתו בהתנהלות בנפיט לאחר סיום ההסכם, ובעיקר על העובדה שהמשיכה לשלוח לבנק חשבוניות על סכום הריטיינר החודשי שנקבע בתוספת השלישית – \$4,000.

אני סבורה כי בנפיט לא ויתרה על זכותה בגדרי התוספת השלישית מכמה טעמים, כמפורט.

א. האכזבה מההיתר המוגבל לבנק ומהתוצאות הצפויות

הבנק פותח את טענותיו על השינויים בהסכם במילים: "החלום ושברו". אכן, אין מחלוקת, ועמדתי על כך בפתח הדברים כי ההיתר שניתן לבנק הווה בין 10% ל-20% מנתח השוק לו ציפו הצדדים. אולם ההליך היה הדרגתי כפי שהעידו העדים משני הצדדים, וגם 10%-20% יכול להיות סכום לא מבוטל.

מר שפירא העיד על העובדה שכאשר נשכרו שירותיה של בנפיט, הכל ציפו להיקפי עבודה משמעותיים של הבנקים בתחום הייעוץ הפנסיוני, ציפיות שהתבדו כתוצאה ממגבלות רגולטוריות (עמ' 33 לפרוטוקול, ש' 18-9):

"אם אתה שואל אותי בנקודת במוצא שבה ישבנו מול הבנק וכשהבנק פנה אלינו ורצה לשכור את השירותים שלנו, לעומת בתקופות שונות. הצפי בשוק למשמעות של כניסת הבנקים לתחום הייעוץ הפנסיוני היה מאוד מאוד גדול ומאוד משמעותי, ולאורך זמן היה ברור כתוצאה מכל מיני מגבלות של רגולטור, שההיקפים יהיו יותר קטנים. אבל בהחלט צפינו למספרים משמעותיים. להגיד מיליוני שקלים אני מניח שזה סביר, אני מניח אבל אני לא זוכר מספר עכשיו."

מר שפירא מתאר את התהליך בו הבינו הצדדים כי העסק אינו משמעותי מבחינה כלכלית כפי שציפו. מר שפירא נשאל האם כבר בסוף 2007 הבינו כי התוצאות יהיו מאכזבות והשיב (עמ' 34 לפרי' ש' 10 עד עמ' 35 לפרי' ש' 2):

"הפוקוס ממילא של הפעילות בשלב הראשון היה עם עצמאיים, היה לבנק היקף לקוחות עצמאיים מאד רחב. שהבנק מכר קופות גמל בהיקפים של 10 מיליארד שקל לגופים שונים, כולל אקסלנס, ובהחלט היה צפי וגם צפינו שלאט, לאט הרגולטור ישחרר עוד שווקים ועוד תחומים לבנק. אני לא חושב שהייתי אומר שכבר בסוף שנת 2007, הגענו למסקנה שאין פה עסק. ממש לא.

ש. אז מתי הבנתם שאין עסק?
 ת. לשים את האצבע היום על תאריך ספציפי – אני לא יכול. זה היה תהליך שהמשיך ולאט לאט התחלנו להבין שהיקף הפעילות, המרווחים של הבנק היו יותר נמוכים ממה שציפינו, והיה ברור שבסוף היקף הפעילות הזאת, לפחות באותה תקופה תהיה הרבה יותר מצומצמת. וחלק גדול יהיה תלוי בסוף אם הרגולטור משחרר או לא משחרר. עד היום הזה יש עדיין דיונים ברגולטור [סוף 2014] כמה לשחרר לבנק עוד פעילות.
 ש. טוב ב-2008 כבר הבנת? שאין פה פעילות?
 ת. להגיד שאין פה פעילות אני לא יכול להגיד לך, אבל ההיקפים ירדו, זה בוודאי.
 ש. הבנתם שזה לא ההיקפים שחלמתם עליהם, נכון?
 ת. זה נכון."

גם מר ניצני מתאר תהליך הדרגתי. בהמשך הבהיר את התהליך הרגולטורי (עמ' 128 לפרוטוקול, ש' 14-19):

"מלכתחילה לא היה ידוע, במגעים שלנו עם הרגולטור, קרי משרד האוצר, שהוא הוסמך לתת את ההיתרים, במגעים איתם הבנו שהם ילכו בהדרגה והם לא ייתנו היתר גורף מלכתחילה. בדיוק באיזה שלב של התהליך זה היה קשה לי לזכור. אבל אני זוכר את המגעים עם משרד האוצר בעניין הזה."

אולם, ההליך של ההתפכחות מהחלום היה איטי, ובסופו של יום כן ניתן היתר חלקי והבנק מכר מוצרי ביטוח פנסיוני גם אם לא בהיקפים שחשבו עליהם מלכתחילה. היינו, היו לבנק הכנסות ממוצרי ביטוח פנסיוני, כך שלא הייתה סיבה לוותר על גמול המכירות לאורך חיי המוצר גם אם יהיה בהיקפים קטנים יותר.

מעבר לכך, הבנק לא הוכיח מה יהיה שיעור ההכנסות, ועד כמה קטן יהיה גמול המכירות. הבנק צירף לתצהיריו שני נספחים הנוגעים להכנסותיו. נספח 4 הינו: "אומדן רווח והפסד שוטפים מפעילות הייעוץ הפנסיוני במיליוני שקלים". נספח 5 עניינו: "תחשיב רווח והפסד (במיליוני שקלים)", כאשר בצד ההכנסות מפורטות "הכנסות מעמלות הפצה". מר סמי קינן, שהחליף את מר ניצני כמנהל החטיבה לנכסי לקוחות וייעוץ בבנק, הפנה בסעיף 10 לתצהירו לנספחים אלו בכדי להראות את הפער בין התחזיות להכנסות הבנק בפועל. אולם כשנשאל על המסמכים, לא ידע להסביר את תוכנם. ניכר היה מעדותו כי אינו בקי בנתונים. כשנשאל על האומדנים (מצגת הבנק נספח 4) הבהיר כי ראה את המצגת כדי להבין מהו החזון של הבנק לעניין הייעוץ הפנסיוני (עדותו בעמ' 163 לפרי' ש' 15-16). אולם, בהמשך, מר קינן לא ידע להבהיר למה מתייחסות עמלות תפעול

במופיעות באותה תחזית, לעומת עמלות הפצה המופיעות בה (עמ' 163 לפרוטוקול, ש' 24 עד עמ' 164 לפר' ש' 15), וככלל השיב כי אינו יודע לומר פרטים (עדותו בעמ' 164 לפר' ש' 2). יש להדגיש כי בעקבות תשובותיו אלו של מר קינן טען ב"כ הבנק כי היה על ב"כ בנפיט להפנות את השאלות למר מנו אביב שהכין את המצגת. היינו, גם ב"כ הבנק הכיר בכך כי מר קינן אינו יודע דבר על תוכן המסמכים אליהם הפנה, ומה בתוכם, אם בכלל קשור למוצרי הביטוח הפנסיוני נשוא ההסכם שלפניי. יש לציין כי כשהופנה מר מנו אביב, החשבונאי הראשי בבנק לאותה מצגת, נספח 4, הוא העיר כי אינו מכיר את הנספח האמור (עמ' 140 לפר' ש' 11-8).

מר קינן הוסיף כי בזמן אמת היו לבנק את כל הנתונים ברמה יומית שבועית וחודשית, אך העיד כי לא שמר דבר (עדותו בעמ' 166 לפר' ש' 3-1) מר קינן העיד (עמ' 166 לפר', ש' 1) כי: **"הבנק זה גוף מסודר עם המון נתונים"**. נתונים אלו לא הוצגו. כלומר, מהראיות שהוצגו לא עולה כי היה מדובר בסכומים זניחים, עד כדי כך שמתבקש ויתור עליהם.

4.ב. דחית המועד לקבלת גמול מכירות בשל האיחור במתן ההיתר וצפי ההכנסות

טענה נוספת של הבנק היא כי בנפיט המירה את גמול המכירות בתשלום קבוע לאור האיחור במתן ההיתר וצפי ההכנסות הנמוך יחסית. כפי שאפרט להלן, מהראיות עולה כי אכן השינויים הרגולטוריים והאיחור במתן ההיתר הביאו לצורך בדחיית מועד קבלת גמול המכירות, אך לא בויתור עליו.

עדות מר שפירא מבהירה את הצורך בשינויי ההסכם, ובשלושת התוספות (עמ' 57 לפר' ש' 26 עד עמ' 58 לפר' ש' 6):

"עכשיו אתה שואל אותי, המציאות השתנתה. זה לא היה מה שאף אחד ציפה ואז השאלה הייתה, אחרי שעברנו כבר את השנתיים הראשונות....אחרי 2005/6 וגם 2007, גם היקף המכירות וגם ההיקף של השווקים, כל הדברים האלו השתנו. ש. מתי השתנו ב-2007?"

ת. הם השתנו בשלבים, היו שינויים בשלבים....ב-2007 פשוט הבנק לא קיבל רישיון עד אוגוסט 2007, לכן היה הרבה עבודה באותו היקף והמשכנו לעבוד עד סוף 2007. וב-2008 כבר כמו שאמרתי השינוי הגדול הראשון היה היערכות בתחום הביטוח, ובשנת 2009 היה איחוד קופות....ההתפתחות של כל השוק היה איטי יותר ושונה ממה שציפינו, ששני הצדדים ציפו. היקף העבודה הייתה אדירה ולכן גם הבנק הסכים וגם דרשנו לקבל תמורה בגין העבודה הנוספת הזאת שנצטרך להמשיך לספק, שנמשך אותו עיקרון של עבודת ההקמה של הפרוייקט הזה. אני לא יכול לתאר לך כמה עבודה השקענו בפרוייקט הזה. אחד, היה לתקופה הרבה יותר ארוכה ממה שהערכנו בהתחלה."

(הדגשה שלי – מ' א' ג')

עדויות נציגי הבנק אלקנית עוז, (שהובאה לעדות מטעם בנפיט, אך עבדה בזמנו במחלקה שניהל סמי קינן), ומר סמי קינן שהובא מצד הבנק, מלמדות על השתלשלות העניינים שהביאה לגיבוש התוספת השלישית, גם ממנה עולה כי הכוונה הייתה להקטין את הסכום הקבוע שבא באופן זמני חלף גמול המכירות, וכי איש מהצדדים כלל לא התייחס לשאלה של ויתור על גמול המכירות.

גב' אלקנית עוז, שימשה כמנהלת תחום אגף ייעוץ פנסיוני בבנק החל מאוגוסט 2007. מנהל החטיבה לו הייתה כפופה היה סמי קינן (עמ' 4 לפרוטוקול, ש' 24-20). לדבריה, בהנחיית סמי קינן היא פנתה למוני פלר במהלך חודש נובמבר 2008 כדי להקטין את גובה התשלום החודשי, היינו לקראת חתימת

התוספת השלישית. גב' עוז מעידה כי שכרה של בנפיט עמד אז על \$12,500 לחודש. היא פנתה למוני פלר וביקשה כי הסכום יופחת. כתוצאה מכך פנה מר פלר אליה ואל מר קינן במייל (מיום 17.11.08, נספח 6 לתצהירי הבנק, תכתובת דוא"ל בעניין שכרה של בנפיט לשנת 2009), והציע כי שכרה של בנפיט יופחת לסכום חודשי של \$10,000 גב' עוז העידה כי מייל זה הגיע אליה כתוצאה מפנייתה שלה לבנפיט בבקשה להפחתת התשלום החודשי (עמ' 6 לפרוטוקול ש' 1-13).

גב' עוז העידה שכאשר קיבלה את הצעתו של מר פלר להפחית את הסכום ל-\$10,000 פנתה לסמי קינן וזה השיב כי מחצית הסכום האמור נראה לו כשכר סביר עבור היקף עבודתה של בנפיט באותה נקודת זמן (עמ' 8 לפרוטוקול, ש' 18-23). בעקבות זאת חזרה גב' עוז למר פלר וביקשה שיפחית עוד את הסכום. גב' עוז תיארה את המו"מ והבהירה שמוני פלר הסכים לרדת לסכום חודשי של \$4,000 לחודש, אך עמד על כך שיאפשרו לו לעבוד עם גופים אחרים (עמ' 8 לפרוטוקול ש' 23 עד עמ' 9 לפר' ש' 27).

סמי קינן מאשר שידע שהתמורה מחולקת לריטיינר ולאחוזים (עמ' 171 לפר' ש' 21-23. ומבהיר שהתייחס רק לריטיינר כי **"התמורה הלא קבועה זה מתוך גרושים, זאת אומרת זה לא רלבנטי. גם מוני עצמו הבין שלא מדובר בביזנס והסעיף הזה לא חשוב מבחינתו"**. היינו, מר סמי קינן הניח כי מדובר בסכומים זניחים, ועל כן לא ניהל מו"מ לגבי רכיב זה. אולם, משלא הוכחה הנחה זו, כאמור לעיל, ומשמר קינן לא העלה אפשרות זו לפני בנפיט, לא ניתן לקבל כי בנפיט ויתרה על גמול המכירות מבלי שאף אחד ולו הזכיר אפשרות זו לפניו.

מר סמי קינן נשאל כשערך את המו"מ על הריטיינר וביקש להפחיתו מ-10,000 ל-4,000 מה חשב שקורה עם החלק השני של העמלות והשיב (עמ' 172 לפרוטוקול, ש' 12: **"זה לא היה רלוונטי. חשבתי שזה לא רלבנטי"**).

כלומר סמי קינן, שלתחושתו היה מדובר בפרוייקט לא רווחי, החליט על דעת עצמו כי גמול המכירות הוא שולי, ולכן ערך את המו"מ על הריטיינר עם בנפיט. דבריו מחזקים מאד את טענת בנפיט לפיה לא הייתה לה כוונה בשום שלב לוותר על גמול המכירות, וניהלה, כדברי סמי קינן עצמו, מו"מ רק לגבי התשלום הקבוע.

היינו, עולה מהעדויות כי המו"מ כולו היה אך ורק לעניין הסכום החודשי. אמנם סכום זה החליף את גמול המכירות באופן זמני, אך לא דובר בשום שלב על ויתור כולל על גמול המכירות והנושא כלל לא נדון.

בהקשר זה אין לקבל גם את טענת הבנק כי ויתור הבנק על הבלעדיות במסגרת התוספת השלישית היווה "תמורה" לויתור בנפיט על עמלות לאורך חיי המוצר. מדובר בהסכם בין בנק לבין חברה, שבאותה עת כבר נמכרה לפניקס. שינוי כל כך מהותי בהסכם, היה צריך להיות נדון ולבוא לידי ביטוי באופן מפורש. השתלשלות העניינים לעיל מעידה על כך שלא זה היה מצב הדברים, ושהנושא של גמול המכירות כלל לא נדון.

4.ג. היחס בין התוספות הראשונות (הראשונה והשנייה) לבין התוספת השלישית

הבנק טען כי ניסוח התוספת השלישית ללא הגבלת זמן מעידה על כך שבנפיט הסכימה להמיר גמול מכירות עתידי בתשלום ריטיינר של \$4,000 ללא הגבלת זמן. לעניין זה הפנה הבנק להבדלי הניסוח בין התוספת הראשונה והשנייה המוגבלות כל אחת לשנה אחת, ונקבע בהן במפורש כי לאחר אותה שנה יחזרו לחול הוראות ההסכם. העדרו של ניסוח דומה בתוספת השלישית, מעיד, לטענת הבנק, על כך שכוונת הצדדים היא לנטוש את החוזה המקורי בכלל.

אין לקבל את טענת הבנק. ההבדלים האמורים נובעים מכך שהתוספת הראשונה והשנייה, נוסחו כמסמך נפרד, כתוספת לחוזה, מסמך שהוכן ונוסח ע"י המחלקה המשפטית בבנפיט. בניגוד לכך, התוספת השלישית, על אף הגדרתה ככזו, לא נוסחה מעולם כתוספת פורמלית להסכם. מר פלר כתב מייל לאלקניט עוז, וזה אושר במייל חוזר של סמי קינן, ומכאן ההבדלים.

מר פלר הבהיר באריכות את השתלשלות העניינים בנוגע לתוספת השלישית, והדברים באים לידי ביטוי גם במייל ששלח בזמן אמת. מר פלר העיד כי הוא ניסח את התוספת השלישית בה נכתב שהוא מעלה על הכתב את פרטי ההסדר שסוכם במסגרת ההסכם. היינו, יש התייחסות להסכם (עמ' 90 לפרוטוקול, ש' 4-7, ושוב בעמ' 92 לפר' ש' 9-11). מר פלר מבהיר שההבדל בין הנוסחים בתוספת הראשונה והשנייה שהיו יותר מדויקים לשלישית, היה שאת השתיים הראשונות ניסח משרד עורכי דין ואת השלישית הוא בעצמו (עמ' 92 לפר' ש' 26 עד עמ' 93 ש' 7):

"ש. מה קרה בתוספת השלישית?

ת. שום דבר, צורת התנהלות אחרת. זאת אומרת עד עכשיו השתמשנו במשרד עורכי הדין לניסוח את זה, ההפחתה הזאת הפכה כבר לרוטינה ובמקום שנפנה לעורכי הדין, את האמת בדיעבד – התרשלות. כי מה שהייתי צריך לעשות זה לבקש מעורכי הדין נסחו בבקשה עוד מסמך באותה הדרך, עשיתי את זה בעצמי בלי שהייתה שום כוונה לשנות שום דבר במתכונת שהייתה מוסכמת כל הזמן ובוודאי ובוודאי לא לוותר על כלום, ולראייה כתבתי "במסגרת ההסכם". כתוב "במסגרת ההסכם למתן שירותים מיום זה וזה" ולא שום דבר אחר.

ש. מבחינתך היה צריך להיות כתוב בו סעיף דומה שכתוב בו "בתום 2009 חוזרים לתמורה המקורית"? זה מה שאתה אומר?

ת. בתום 2009, או במועד אחר כפי שיסוכם, אבל שכר הטרחה הקבוע לא מחליף שום דבר שנוגע לתגמול עתידי בגין מכירות הבנק. כל ההסדרים שעשינו הם הסדרי ביניים ואין בהם שום דבר כדי להחליף תגמול עתידי שאמור היה להימשך לנצח.

(הדגשה אינה במקור – מ' א' ג').

כמפורט, שתי התוספות הראשונות נוסחו בידי היועצים המשפטיים של בנפיט, ואילו התוספת השלישית הינה מייל ששלח מוני פלר לסמי קינן (באמצעות גבי עוז) ובו הוא מאשר את הסיכום ביניהם.

גם בניסוח לא משפטי ניתן לראות כי כוונת מר פלר הייתה, כפי שהעיד, לחזור על הניסוחים של היועצים המשפטיים. כך גם בניסוח לא משפטי עמד על כך שמדובר בשינוי זמני. כותרת המייל הינה: "שינוי זמני בהסדרי התגמול של בנפיט לשנת 2009", ובמייל עצמו מציין מר פלר כי מדובר בשינוי: "במסגרת ההסכם למתן שירותים מה-24 לינואר 2005". עוד מציין מר פלר כי: "התבקשנו על ידכם להקטין באופן זמני את התגמול". וכך: "הוסכם כי התשלום החודשי הקבוע יופחת...".

ובכן, בלשון לא משפטית מבהיר מר פלר כי מדובר בשינוי זמני לפיו יומר גמול המכירות ב הסדר תשלום חודשי הקבוע, והפחתה בגובה התשלום הקבוע.

הבנק נתלה בהקשר זה בעובדה שבהבדל מהתוספת הראשונה והשניה, בתוספת השלישית לא נקבו שנה, ולמעשה היא נקבעה ללא הגבלת זמן. מר פלר התייחס לכך בעדותו והבהיר כי בכל פעם שהבנק רצה פנה הבנק וביקש הפחתה ומר פלר הניח כי כך יהיה גם במועד הבא ולכן לא ראה מקום לנקוב בתאריך. בוודאי שאין ללמוד מכך ויתור על גמול המכירות.

ד.4. התנהלות בנפיט לאחר ביטול ההסכם

הבנק טוען כי בנפיט המשיכה לשלוח חשבוניות על סכום של \$4,000 גם לאחר ביטול ההסכם, היינו, המשיכה לנהוג על פי התוספת השלישית. גם בכך אין להעיד על ויתור על גמול המכירות. ראשית במייל (מיום 24.2.11) משיב מר פלר לשאלתה של אלקנית עוז (מוקדם יותר באותו היום) בו כתבה כך: **"אני אשמח שתסביר לי, מדוע אנחנו משלמים עבור שירותים שאיננו מקבלים?"**

מר פלר מבהיר כי מבחינת בנפיט ההסכם לא בוטל:

"למיטב הבנתי אנחנו כבר בשנת 2011 ולכן יוצאות חשבוניות ל-2011. אם לא רוצים שיצאו חשבוניות צריך להודיע על הפסקת ההסכם (לא זוכר שקיבלנו הודעה כזו) וגם במקרה כזה נצטרך להמשיך ולהוציא חשבוניות לעוד מספר שנים...."

הוא מבהיר כי מבחינת בנפיט לא בוטל ההסכם, ועל כן הוא פועל בגדר ההסכם ומוסיף ומבהיר כי הפסקת התשלום הקבוע, שיסתיים עם סיום ההסכם, לא יפסיק הוצאת חשבוניות עתידיות, כשנראה כי הכוונה היא לגמול המכירות.

בנוסף, אין להסיק מפעולה זו של הוצאת חשבוניות, על ויתור על זכות מהותית כמו גמול מכירות לאורך חיי המוצר. בפסיקה נקבע כי אין להסיק בקלות מסקנות בדבר שינוי מכללא של ההסכם, בוודאי בנקודות עקרוניות, אך משינוי התנהגות הצדדים גם. [בע"א 4956/90 פזגו חברה לשיווק בע"מ נ' גזית הדרום בע"מ, פ"ד מו\(4\) 35, 41 \(1992\)](#) נקבע כי **"לא בנקל יוסק מהתנהגותם של הצדדים הרצון בשינוי של החוזה ביניהם"** ונדרש כי **"כוונת הצדדים לסטות מהחוזה תבוטא בבירור"**. כבי הנשיא מ' שמגר בעניין פזגו המשיך וקבע כי:

"נקודת המוצא בדיון בשאלה זו היא היעדרו של טקסט כתוב אותו ניתן לפרש. בית המשפט נדרש, במקרה כזה, לפרש את התנהגותם של הצדדים וליצוק לתוכה תוכן. ברור, כי אין לפנינו התחייבות מפורשת של פזגו להמשיך בהסדר שנקטה ללא הגבלת זמן או ללא תנאי אחר. השאלה היא, מהו אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא עולה מהתנהגותם ומנסיבות העניין (סעיף 25א) לחוק החוזים), לעניין משך הזמן בו יוחל ההסדר. בהתחקות אחר אומד דעתם של הצדדים נודעת חשיבות להיגיון המסחרי שביסוד העיסקה ולמשמעויות המתלוות לפרשנות כזו או אחרת המוצעת לחוזה בין הצדדים, כפי שהן נראות באספקלריה של היגיון מסחרי זה...."
 (הדגשה אינה במקור – מ' א' ג')

בדומה, קבע כבי השופט צ' זילברטל בע"א [8427/12](#) אריה יעקבסון נ' ניב ויגדור (2014), בפסקה 15 עמ' 13 לפסק דינו:

"אין עוררין כי במישור היחסים בין הצדדים לבין הבנק, נטילת ההלוואה על-ידי המערער יצרה מציאות אחרת מזו שנלמדת מההסכם הכתוב. ואולם, יש לבחון, האם מהלך זה, ננקט בכוונה ליצור "מציאות הסכמית חדשה" גם במישור היחסים הפנימי בין הצדדים. מתן מענה לשאלה זו מצריך התחקות אחר אומד דעתם של הצדדים, כפי שנלמד מהתנהגותם ומנסיבות העניין, ובשים לב גם לרקע העסקי ביניהם ולהיגיון הכלכלי הגלום בפרשנויות הנטענות על-ידם....".
(הדגשה אינה במקור – מ' א' ג').

כאמור בפסקי הדין לעיל, יש לעמוד על ההיגיון הכלכלי או העסקי לעסקה, אל מול ההתנהגות ממנה מבקשים להסיק כי הייתה כוונה לשינוי החוזה, במקרה זה הוצאת החשבונות, ומעבר לסכום קבוע של \$4,000 לחודש. ובכן, נימוק נוסף התומך בטענת בנפיט הוא כי אין הגיון כלכלי או עסקי בויתור על גמול המכירות.

אין מחלוקת כי הסדר זה, של תשלום \$4000 המשיך עד תחילת 2011 וכי בנפיט שלחה חשבונות גם בשנת 2011 עד למועד בו סברה כי הסתיים ההסכם. אין מחלוקת שהתוספת השלישית, בניגוד לקודמותיה לא הוגבלה בזמן. הסכום הנתבע ע"י בנפיט בגין שנת 2011 מבהיר מדוע הסכימה לכך בנפיט.

מר נתי זכאי, מנכ"ל בנפיט, הבהיר כיצד חישב את סכות התביעה לשנות ההסכם. להערכתו, גמול המכירות בגין השנים הראשונות עומד על כ-220,000 ₪ לשנה (עדותו בעמ' 75 לפר', ש' 14). סכום זה קרוב לסכום חודשי של \$4,000 (שער דולר ממוצע של 3.6 ₪ לדולר בשנת 2011).

מהעדויות עולה שבנפיט הייתה ערה להיקפי המכירות הנמוכים יחסית. ההסכמה לתגמול קבוע חלף עמלות באה, כפי שאישר מר שפירא, בשל הצפי לעמלות נמוכות באותה תקופה (עמ' 48 לפרוטוקול, ש' 4-6). ככל הנראה בכדי לפשט את העניינים ולא לערוך התחשבות מדויקת, הסכימה בנפיט להמיר את גמול המכירות בתקופת ההסכם, ובתקופה זו בלבד, בתשלום קבוע, העומד על סכום קרוב לסכום החודשי עליו סוכם. נימוק נוסף העלה מר פלר בעדותו ולפיו בנפיט הסכימה להוריד את התשלום הקבוע, שכן, לדבריו, רצתה להשאיר את ההסכם בתוקף, כיון שאז היא זכאית לגמול מכירות בגין מוצרי ביטוח ששווקו בתקופת ההסכם. ההיגיון העסקי הוא להסתפק בתשלום חודשי נמוך, כשממילא ירד היקף העבודה של בנפיט, להשאיר את החוזה על כנו ולהגדיל את כמות המוצרים בגינם תקבל גמול מכירות בעתיד. אין כל הגיון לוותר על הכנסות עתידיות עם סיום החוזה.

היינו, ההסכמה להמיר את גמול המכירות בתשלום קבוע הייתה רק כל עוד עמד ההסכם בתוקפו וכל עוד התקבל התשלום הקבוע. אולם, משבחר הבנק לבטל את ההסכם, כל שעומד לזכותה של בנפיט הוא גמול המכירות. סיום ההסכם ע"י הבנק מהווה סיום התוספת השלישית וחזרה להוראות ההסכם. אולם, משעה שמסתיים הריטיינר, מרגע שהתחליף נגמר, זכאית בנפיט לגמול מכירות. כך סוכם.

5. האם זכאית בנפיט לגמול מכירות מינימלי

הבנק טוען כי לבנפיט אין זכאות לגמול מכירות בשל הוצאות הבנק הגבוהות, כאמור בסעיפים 4.3-4.4 להסכם. בנפיט כופרת בכך, אך מוסיפה וטוענת כי מכוח סעיף 4.4 סיפא להסכם, הרי היא ממילא זכאית לגמול מכירות מינימלי בגובה 2% מהכנסות הבנק לאורך חיי המוצר. כיון שאם תתקבל טענתה זו של בנפיט, וכיון שהעמידה את תביעתה ממילא על 2% מהכנסות הבנק, הרי שלא יהיה צורך לדון בשיעור הוצאות הבנק. על כן אפנה תחילה לטענה זו.

סעיף 4.4 להסכם דן במקרה בו הבנק טוען כי הוצאותיו בגין שיווק המוצרים עולות על השיעור שנקבע בהסכם, ואז נקבע מנגנון בירור ע"י מומחה. בסיפא של הסעיף נאמר כי: **"בכל מקרה לא יפחת שיעורו של גמול המכירות מ-2% מהמכירות"**. בתביעה נקבה בנפיט בסכום בגין גמול המכירות ולא ציינה באיזה שיעור גמול מדובר. בכתב ההגנה טען הבנק כי הוצאותיו עלו על האמור בסעיף 4.3 להסכם. לראשונה, בתצהיר מר ניצני מטעם הבנק, הועלתה הטענה לפיה לאור העובדה כי המשפט בנוגע לגמול המכירות המינימלי של 2% מופיע בסיפא לסעיף 4.4, הרי שגמול מינימלי זה חל רק בתקופה בה הבורר, המומחה, בוחן את טענות הבנק לעניין ההוצאות.

מר ניצני העיד על מטרת התשלום המינימלי בתקופת הבדיקה. לדבריו (סעיף 12(ב)-(2)-(3) לתצהיר מר ניצני), מטרת התשלום הייתה: **"להבטיח רף מינימלי לבנפיט במהלך תקופת הבירור וכל עוד לא התקבלה הכרעת הפוסק...ההוראה האמורה...נועדה גם לנסות ולמנוע התמשכות יתר של הליך הבירור בפני הפוסק...ליצור תמריץ אשר יזרז את הבנק למסור את מלוא הנתונים הרלבנטיים"**. ראשית, אין הגיון כלכלי בהוראה ספציפית לתקופה קצרה, כאשר מדובר בשני גופים גדולים, שאין שום בעיה גם אם תעשה הפסקה בתשלומים למשך מספר חודשים. שנית, קשה לקבל את טענת הבנק כי ההוראה של תשלום מינימום לבנפיט נועדה כדי שהוא ימריץ את עצמו למסור נתונים.

עדותו של מר ניצני בשאלה מדוע נדרש תשלום מינימלי של 2% עמלה בתקופה, הקצרה יחסית, שנקבעה לבירור טענת הבנק בדבר הוצאות, אינם סבירים. בניגוד לכך, ההסכם, ובעיקר מסמך העקרונות תומכים בטענת בנפיט.

בנוסף, דבריו אלו של מר ניצני סותרים את טענת הבנק בסיכומיו לפיה מטרת ההוראה בדבר תשלום מינימלי בתקופת הבוררות נועדה: **"למנוע מצב בו הבנק ימצא עצמו נאלץ "לרדוף" אחר כספים ששילם לבנפיט"** (סעיף 56(ג) לסיכומי הבנק). מעבר לסתירה בנימוקים, גם נימוק זה, בנוסף לכך שזכרו לא בא בראיות, אינו משכנע. גם אם ישלם הבנק 8% במהלך התקופה, לא נראה כי יהיה קושי לגבות זאת מבנפיט או לקזז זאת מתשלומים עתידיים ככל שיהיה בכך צורך. על פי ההוראה עצמה מדובר בתקופה קצרה של כחודשיים בלבד, כאשר הבנק עצמו שולט בתהליך כי הוא זה שאמור להעביר את הנתונים.

מנגד, נוסח סעיפים 4.3 ו-4.4 להסכם תומך בפרשנות בנפיט. סעיף 4.3 קובע כי: **"גובה תשלום גמול המכירות בגין שיווק מוצרי ביטוח...כפוף לכך ששיעור הוצאות הבנק בגין שיווקם לא יעלה על 50% מתקבולי הבנק"**. מדובר על גובה התשלום. אם הכוונה הייתה שלא יהיה תשלום מינימלי היה מקום לכתוב כי הבנק יהיה פטור מתשלום במקרה כזה.

מר פלר מבהיר כי ה-2% זה מינימום עליו סוכם ולא לתקופת הבוררות (עמ' 102 לפר', ש' 14-13).

לדבריו, לא היה כל הגיון כלכלי לסכם על גמול מכירות מינימלי של 2% רק לתקופת הבוררות, ומוסיף, בעמ' 103 לפר' ש' 14-20:

"היינו חייבים לשים איזושהי רצפה שידענו שגם אם יהיו מחלוקות וגם אם נריב וגם אם לא נגיע להבנה לפחות שני אחוז יש לנו. השני אחוז היא רצפה שאמורה להיות לנצח. תקופת הביניים של תקופת הבוררות היא לא, מה זה מעניין מה יהיה בשלושה חודשי בוררות? למה צריך לשים לזה סייג? בתוך הסכם שהמשך שלו עשרות שנים מה המשמעות של שני אחוז בתקופת הבוררות?"

מוני פלר מפנה בהקשר זה למסמך העקרונות שחתום עליו הבנק בסעיף 4.2.7.

אכן, גם מסמך העקרונות תומך בפרשנות בנפיט. במסמך העקרונות נקבע כי שיעור ההוצאות בפועל יחושב ע"י הבנק ובמקרה של חילוקי דעות תועבר המחלוקת לגורם חיצוני מוסכם (סעיף 4.2.6 למסמך העקרונות). סעיף 4.2.6.1 קובע מתי יהיה רשאי הבנק להפחית את גובה התשלום. ואז, סעיף 4.2.7, **כסעיף עצמאי** בתוך סעיף 4 המדבר על התמורה, קובע כי: **"בכל מקרה לא יפחת שיעור התגמול המוסכם [גמול המכירות] מ-2% מהכנסות הבנק."** יש לציין כי הסעיף שלאחריו, סעיף 4.2.8, גם הוא סעיף עצמאי במסגרת סעיף התמורה קובע תקרה לעמלות: **"על אף האמור במסמך זה, סך התשלום לחברה בשנת 2005 לא יעלה בשום מקרה על סך בשקלים השווה ל-\$350,000 + מע"מ."** והנה בהסכם עצמו, ללא כל הסבר, נכללה ההוראה בדבר 2% בסעיף העוסק בגורם חיצוני שיכריע בשאלת ההוצאות, בעוד שהסעיף הקובע תקרה של \$350,000 לשנת 2005, נותר כסעיף עצמאי במסגרת סעיף 4.

מר פלר שהופנה להסברו של מר ניצני, העלה את התהייה: **"ואיך זה מסתדר עם הסכם העקרונות ועם ההצעה ועם הרציו ועם ההיגיון הכלכלי?"** (עדותו בעמ' 102 לפר' ש' 14-9). תשובה לכך לא נתן הבנק.

על כן נראה כי אין להתייחס למיקומו של הסעיף, ובהעדר כל הסבר סביר לקביעת 2% כרצפה לתקופת הבירור שאמורה לארוך כחודשיים, הרי שיש לקבל את טענת בנפיט לעניין זה.

6. היעדר זכאות לגמול מכירות בשל היחס בין הוצאות הבנק להכנסותיו ממוצרי הביטוח

הבנק טוען כי מתקיים האמור בסעיפים 4.3-4.4 להסכם לפיהם גובה התשלום של גמול המכירות מותנה בכך ששיעור ההוצאות של הבנק בגין שיווק והפקת אותם מוצרי ביטוח לא יעלה על 50% מתקבולי הבנק בגין אותם מוצרים.

לאור קביעתי לעיל לפיה בכל מקרה בנפיט זכאית לגמול מכירות מינימלי בגובה 2%, ולאור העובדה שאת תביעתה העמידה על אותם 2% לתקופה שעד הגשת התביעה, הרי שאין מקום לדון בשאלה זו.

במאמר מוסגר אציין כי גם לו היה נקבע כי בנפיט אינה זכאית לגמול מינימלי, לא ניתן היה לקבל את טענת הבנק לפיה יש בידו להוכיח כי התקיים הסעיף ואז לא יהיה חייב בתשלום תמורה, כיוון, שבמקרה כזה, היה על הבנק לפעול למינוי מומחה חיצוני מוסכם כדי שיקבע האם הבנק עומד

בהוראות הסעיף, מנגנון שנקבע בהסכם בין הצדדים. אין כל מקום כי בית המשפט יחליף את עבודתו של מומחה מקצועי חיצוני עליו על הצדדים להסכים. כאשר סיכמו הצדדים על מנגנון בו מומחה מעריך האם עומד הבנק בתנאי הסעיף, אין מקום להביא את המחלוקת לפתחו של בית המשפט.

לאור זאת, לא אנתח בהרחבה את הראיות שהציג הבנק לעניין זה (הבנק הגיש תצהיר של החשבונאי הראשי של הבנק, מר מנחם אביב; תחשיב בנוגע ל"הוצאות הכספיות של הבנק בגין פעילותו בגין פעילותו בתחום הייעוץ הפנסיוני לשנים 2005-2011" (להלן: התחשיב); תחזית בנוגע ל"הוצאות הכספיות של הבנק בגין פעילותו בתחום הייעוץ הפנסיוני (על בסיס היתרות שנצברו עד סוף שנת 2014) לשנים 2012-2034" (להלן: התחזית), התחשיב והתחזית צורפו כנספח 11 לתצהירי הבנק; הבנק הוסיף וצירף תצהיר של מר יגאל טולדנו רואה חשבון מ-BDO זיו האפט ייעוץ וניהול בע"מ שמצא את התחזית והתחשיב כסבירים).

עם זאת, כדי לסבר את האוזן אפנה לעניין אחד המטיל בספק את רלבנטיות התחזית למקרה שלפנינו. הבנק חזר וטען כי הבנק הפסיד, וצפוי להמשיך להפסיד מפעילותו בתחום הביטוח הפנסיוני, אך זאת אינה השאלה. כפי שהעידו כלל העדים, ברור שבתחילת הדרך, בשנים 2005-2011 היו הפסדים, אך לגבי העתיד יש לכלול רק חלק מנתוני הרווח וההפסד בנוסחה לפי ההסכם.

הסעיף קובע את נוסחת החישוב בסעיף 4.3 לפיו יש לבחון את היחס בין 'תקבולי הבנק לאורך חיי המוצר' מצד אחד, לבין: 'שיעור ההוצאות של הבנק בגין שיווקם והפקתם של מוצרי ביטוח אלה' כשההתייחסות היא למוצרי ביטוח פנסיוני למשקי בית, עצמאיים ותאגידיים. כפי שאנו יודעים היקף המוצרים ששווקו היה מצומצם, ועל כן הכוונה היא לכלל מוצרי הביטוח ששווקו הבנק בתקופת ההסכם. לאור העובדה שתביעת בנפיט לגמול מכירות בגין מוצרים ששווקו לאחר תביעת ההסכם נדחתה, יש מקום לבחון רק את שיעור ההוצאות שהוצאו בשיווק אותם מוצרים בגינם זכאית בנפיט לגמול מכירות.

כך, למשל, התחזית לשנת 2020 מייחסת 40% מהוצאות הפעילות למלאי הקיים, אך המלאי האמור נצבר בחלקו לאחר התקופה לה טוענת בנפיט (ההסכם ותקופת ההארכה). על פי התחזית עמלות ההפצה בשנת 2014 לפי תחזית הבנק הם 26.7 מיליוני שקלים, זהו המלאי הקיים, בשנת 2020 עומדת התחזית על 73.1 מיליוני שקלים, כלומר מדובר בהוצאות שיווק והפצה של כלל פעילות הייעוץ הפנסיוני לאורך השנים.

הבאתי דוגמא זו רק כדי להמחיש מדוע, לו הייתה מחלוקת בין הצדדים האם על הבנק לשלם את מלוא גמול המכירות שנקבע בהסכם (8%), אזי היה נדרש מומחה, כפי שקבעו הצדדים, כדי להעריך את טענת הבנק כי הוצאותיו בשיווק המוצרים עולות על הכנסותיו מאותם מוצרים. במקרה זה לא נדרש מינוי מומחה לאר קביעתי כי בנפיט זכאית לגמול מכירות מינימלי של 2%. כיוון שבנפיט הסתפקה בסכום זה, אין צורך בהפעלת המנגנון האמור.

7. מועד סיום ההסכם

סעיף 6.2 להסכם קובע:

"בתום תקופת ההסכם הראשונית יוארך ההסכם מאליו לתקופות נוספות של שנה כל-אחת, אלא אם כן יודיע צד למשנהו בכתב, לפחות 120 ימים לפני תום תקופת ההסכם הראשונית או 60 ימים לפני תום כל תקופת הסכם מוארכת, על אי חידושו של ההסכם מכל סיבה שהיא."

התקופה המוארכת מסתיימת בכל שנה ב-30.9, החל משנת 2007. אין מחלוקת כי הודעה בכתב ניתנה מאת הבנק לבנפיט במכתבו של מר דנינו שהגיע לידי בנפיט ביום 18.5.11 (נספח 18 למוצגי בנפיט). במכתב לא חולק מר דנינו על כך שלא הייתה הודעה קודמת בכתב, אולם מפנה את מר פלר לסיכום בעל פה עם גבי אלקניט עוז, שבו, לטענת מר דנינו, סוכם על הפסקת ההתקשרות כבר בדצמבר 2010.

הבנק טוען כי הצדדים הסכימו על סיום ההתקשרות בסוף דצמבר 2010. בכתב ההגנה טען הבנק כי לא היה צורך בהודעה מראש בכתב על ביטול ההסכם כיוון שסיומו נעשה בהסכמת הצדדים.

העדים הבהירו כי בשנת 2011 הוטמע בבנק מודל ייעוץ חדש (המודל הצייליאני), בו בנפיט לא הייתה מעורבת ועל כן סוף שנת 2010 הייתה מועד טבעי לסיום ההתקשרות. עם זאת, הבנק לא הבהיר מדוע לא פעל על פי ההסכם והודיע על כך לבנפיט בכתב.

גבי עוז הבהירה את הנסיבות שהובילו להפסקת ההתקשרות עם בנפיט (עמ' 29 לפרוטוקול, ש' 24 עד עמ' 30 לפר' ש' 13):

"צריך להבין שכשבנינו את מערכת הייעוץ, זה היה משהו שהוא חדשני, עם הרבה שינויים וטלטלות ואני מזכירה לכולם שבאמצע עוד הייתה שנת 2008 שהייתה שנה שמבחינה כלכלית טרפה את כל התיאוריות הכלכליות שנשענו עליהן, ומה שבצעם קרה שבסוף 2010 אחרי שעשינו שינויים במערכת ושינויים עם חלק מהספקים, בעצם הגענו למצב של התייצבות ולא היה צריך יותר וגם לא ראינו שיש איזשהו שינוי באופק, ז"א לא היו לא שינויי רגולציה מתקרבים ולא שינוי מערכות קרוב או שפתאום שיווק וביטוח ייכנס, ז"א לא היה בצפי שום דבר שייעשה איזשהו שינוי מהותי או מהפכה בתחום של ייעוץ פנסיוני בבנקים, ולכן בגלל כל הנושא גם הרצון לקצץ הוצאות ולהיות יחסית רזים בתקציב, הוחלט שמוותרים על הייעוץ כי אין בו באמת בשלב הזה צורך, מתוך ידיעה דרך אגב, שאם למחרת בבוקר ירצו להכניס את הנושא של ביטוח או יהיה איזשהו שינוי רגולטורי, אז כמובן שנקרא להם בחזרה."

גבי עוז מבהירה כי בסוף שנת 2010 נכנס לפעולה מודל שהבנק בנה לייעוץ השקעות, ועל כן סיום העסקתה של בנפיט באותו מועד היה אך טבעי (עמ' 23 לפרוטוקול, ש' 27-22). עם זאת, גבי עוז מודה כי היו שיחות אך הן אינן עולות כדי סיכום. גבי עוז העידה לעניין הסיכום על סיום ההסכם כי סיכמה עם מוני שבנפיט תפסיק את עבודתה החל מינואר 2011. לדבריה הדבר סוכם בע"פ בישיבה בה נכחו מוני, גבי עוז ומר עוזי דנינו, שלבסוף שלח את מכתב סיום ההתקשרות, נספח 18 לתצהירי הבנק (עמ' 19 לפרוטוקול, ש' 27-18).

גבי עוז נשאלה באריכות אם הדברים סוכמו או רק נאמרו ע"י הבנק והיא משיבה (עמ' 21 לפר' ש' 7-9):

"זה היה ברור שבנפיט מבינה שבינואר 2011 אנחנו מסיימים את ההתקשרות כי אין לנו יותר מה להחזיק אותם בתור יועצים."

העדה מאשרת שלא התקבלה הסכמה מפורשת של בנפיט אך מוסיפה (בעמ' 22 ש' 15-16):

"הסכמה מפורשת – לא, אבל הבנתי שזה מסודר, שזה מקובל. על פניו נראה לי שזה ככה."

כיון שמר דנינו הפנה לסיכום שגובש עם גב' עוז, הטענה לא יכולה לעמוד. גם לעניין זה יש לזכור כי מדובר בשני גופים גדולים ומסודרים, ולו היה סיכום כזה בעל פה, היה מקום להעלותו על הכתב ולו במייל, כפי שנעשה לגבי התוספת השלישית. בהעדר ולו מייל קצר המתעד הסכמה כאמור, אין לקבל את טענת הבנק לעניין זה.

משלא פעל הבנק לביטול ההסכם על פי האמור בו, ומשלא הוכיח כי סיום ההסכם נעשה בהסכמת הצדדים, אני קובעת כי מועד סיום ההסכם בין הצדדים הינו 30.9.11.

8. הסעדים

בנפיט תובעת בכתב התביעה את הסעדים הבאים: גמול מכירות עבור השנים 2009 ועד יום הגשת התביעה (2012), העומד, להערכת בנפיט על שלושה מיליוני שקלים; סעד הצהרתי שיחייב את הבנק להמשיך ולשלם לבנפיט גמול מכירות בגין ולאורך חיי המוצרים ששווקו ממועד תחילת ההתקשרות ועד ליום 30.9.14 (שלוש שנים ממועד ביטול ההסכם לשיטתה); סעד הצהרתי לפיו ההסכם בא לידי סיום ביום 30.9.11 וצו למתן חשבונות בו יחויב הבנק להמציא את הנתונים הרלבנטיים להכנסות ממוצרי הביטוח בגינם הוא מחויב לשלם לבנפיט גמול מכירות.

קבעתי לעיל כי ההסכם הסתיים ביום 30.9.11 כפי שטענה בנפיט, כן קבעתי כי הבנק חייב לשלם לבנפיט גמול מכירות בגובה 2%, בגין מוצרים שנמכרו על ידו במהלך תקופת ההסכם, היינו, עד ליום 30.9.11. בגין מוצרים אלו ישלם הבנק גמול מכירות לאורך חיי המוצרים, וכל עוד הבנק זכאי להכנסות בגינם.

בנוגע לסעדים האחרים – התשלום עד למועד הגשת התביעה, וצו למתן חשבונות מעלה הבנק טענות נוספות. להלן אדון בסעדים אלו:

א. תשלום בגין גמול המכירות עד ליום הגשת התביעה

בנפיט תובעת, בסעיף 28.2 לכתב התביעה תשלום גמול המכירות החל מיום 1.1.09 (וזאת בנוסף על הסכום ששולם בגין שנה זו כסכום קבוע) ולחלופין תשלום גמול מכירות החל מיום 1.1.2010 ועד למועד הגשת התביעה, בגין מוצרי הביטוח אשר ששווקו ממועד תחילת ההתקשרות ועד יום הגשת התביעה וכל עוד שהבנק זכאי לתקבולי המכירות בגינם. סכום זה מעריכה בנפיט בשלושה מיליוני שקלים.

הבנק טען, ראשית כי בנפיט אינה זכאית לקבל גמול מכירות במקביל לתשלום חודשי, ועל כן כל עוד קיבלה תשלום חודשי (עד סוף שנת 2010), אין לפסוק לה גמול מכירות בגין אותה תקופה. עוד טוען הבנק כנגד נכונות הסכום הנתבע.

(1) האם יש מקום לשלם גמול מכירות בנוסף לתשלום קבוע

אני סבורה כי יש לדחות את טענתה של בנפיט לפיה היא זכאית הן לתשלום קבוע הן לגמול מכירות בגין השנים 2009-2010. כאשר בנפיט עמדה על כך כי אין הבדל בין התוספות הראשונה והשנייה להסכם, לבין התוספת השלישית, היא עמדה על כך כי גם התשלום לפי התוספת השלישית הוא זמני, ומחליף את הוראות ההסכם רק עד שיסוכם אחרת. אם כן, כפי שבנפיט אינה תובעת תשלום גמול מכירות בגין השנים 2007 (לגביה חלה התוספת הראשונה) ו-2008 (לגביה חלה התוספת השנייה), כך היא אינה יכולה להחזיק את החבל משני קצותיו ולטעון לגמול מכירות בנוסף לתשלום הקבוע בגין השנים 2009-2010.

בנוסף, ובעיקר, מר שפירא הודה במהלך חקירתו הנגדית כי מבנה התמורה היה כזה שהכוונה הייתה שישולם או תשלום קבוע או גמול מכירות אך לא שניהם כאחת.

התוספת השלישית קובעת תשלום של \$4,000 לחודש בלבד ללא כל אזכור של גמול המכירות. מר שפירא נשאל לעניין זה והשיב (עמ' 42 לפרוטוקול, ש' 14-1):

**"ש. אני רוצה להבין, לגישתך, בשנת 2009 בנפיט לא הייתה זכאית לקבל כל סכום נוסף מעבר לסך של 4,000 דולר בצירוף מע"מ ששולמו לה?
ת. ב-2009?
ש. נכון, ב-2009?
ת: (מעין) קיבלנו ריטיינר של 4,000 דולר. לטעמי שאלה טובה, יכול להיות שהיינו צריכים לבקש גם את התגמול השוטף על המכירות, ידענו שהמכירות מאד נמוכות ולא דרשנו את זה.
ש. ידעתם שהמכירות מה?
ת. שהמכירות ב-2009 יהיו מאוד מאוד נמוכות.
ש. ולכן לא דרשתם?
ת. ולא היו משמעותיות. שאלה טובה."**

ובהמשך, לאחר שעיין בתוספת השלישית הוא שוב נשאל ומעיד (עמ' 43 לפר' ש' 13 – עמ' 44 ש' 15):

**"ש. האם לפי גישתך בשנת 2009 בנפיט הייתה זכאית לקבל תמורה נוספת כלשהי מעבר ל-4,000 דולר?
ת. לפי הניסוח פה [התוספת השלישית] – אני נוטה, זה לא ברור אבל אני נוטה....בקודמים [התוספת הראשונה והשנייה] שלא נוסחו ע"י מוני, אלא ע"י עוה"ד, היה מאד ברור אנחנו עשינו hold על ההסדר הרגיל וכתוב בשנה אנחנו מקבלים משהו אחר, ואז חוזרים להסדר המקורי. ופה הניסוח הוא פשוט ניסוח של מוני ופה מוני אומר – אנחנו נקבל, הסכמנו להפחית. אז לכן אני נוטה להגיד, הפחתנו את מה שקיבלנו לעומת הקודמים, ולכן היה מגיע לנו רק את ה-4,000 דולר. אני חוזר בי ממה שאמרתי לך בהתחלה אחרי שהסתכלתי על זה.
ש. למה זה משנה מה כתוב? מה סיכמתם? עזוב שנייה את הכתוב, מה הייתה ההסכמה?
ת. ההסכמה שלנו הייתה לקבל 4,000 דולר ולא לדרוש תשלומים נוספים לאותה שנה."**

גם נתי זכאי מבהיר שבנפיט הייתה זכאית או לתשלום קבוע (ריטיינר) או לגמול מכירות (בעמ' 79 לפרוטוקול, ש' 16-27):

**"ש. בשנת 2010 לדוגמא, לגישתכם הייתם אמורים לקבל תקבולים כנגזרת מהכנסות הבנק.
ת. למה? אם הוצאנו ריטיינר למה היינו אמורים לקבל גם הכנסות מהתקבולים של הבנק?
ש. לא הייתם אמורים לקבל?"**

ת. לפי דעתי לא. תשמע, אתה לא יכול לקבל גם זה וגם זה, יכול להיות שהקמת הפרויקט התארכה מעל ומעבר למצופה בגלל כל השינויים הרגולטוריים, אז באופן טבעי המשיכו לעבוד על ריטיינר. ככל שתחולת העבודה קטנה של מוני וסטו, אז הריטיינר קטן. ברגע שהריטיינר מפסיק, ולא משנה מתי, מתי שהיה מוסכם בין הצדדים, אז היינו מתחילים לקבל תקבולים על פי אחוזים מההכנסות."

לאור כל האמור לעיל, וכיון שבנפיט המשיכה להוציא חשבוניות לשנת 2011 על התשלום הקבוע של \$4,000 לחודש, ואלו לא שולמו לה כיון שהבנק טען שההסכם בא לסיומו בסוף שנת 2010, ולאור קביעתי כי ההסכם אכן הסתיים ביום 30.9.2011, ישלם הבנק לבנפיט סכום חודשי של \$4,000 בצירוף מע"מ מיום 1.1.11 ועד ליום סיום ההסכם 30.9.11. אני דוחה את התביעה לגמול מכירות עד ליום 30.9.11.

(2) שיעור גמול המכירות עד ליום הגשת התביעה

בנפיט תבעה 3 מיליון ₪ בגין גמול מכירות עד ליום הגשת התביעה. לאור האמור לעיל, מטבע הדברים יש להפחית את הסכום הנתבע, כך שיחול מיום 30.9.11 עד יום הגשת התביעה. כיוון שהחישוב של הסכום הנתבע בגין גמול מכירות הוא שנתי, כפי שהבהיר נתי זכאי בעדותו, אין קושי לעשות כן. הבנק טוען כי החישוב שערכה בנפיט מוגזם, אך הבנק לא יכול להישמע בטענתו זו שעה שכל הנתונים המדויקים באשר להכנסות נמצאים בידיו, והוא לא המציא אותם לבנפיט.

נתי זכאי מנכ"ל בנפיט העיד כיצד העריך את הכנסות הבנק מהפרוייקט לצורך הגשת התביעה (עמ' 75 לפרוטוקול, ש' 24-3):

"אחת ההתלבטויות שלנו היא מה הנתונים שהבנק מסתיר מאתנו ולא מוסר לנו, ולכן הייתי צריך לקבוע סכום [לצורך הגשת התביעה]. התפרסם בעיתון ב-2012 אם אני זוכר מתישהו, פרסום של שוק ההון על ההכנסות של הבנקים, על היקף הנכסים שהם מנהלים ועל ההכנסות שלהם, ומשם גזרתי את הסכום שעפ"י חלקו היחסי של בנק המזרחי בכל הבנקים, שזה משהו כמו 12% והערכתי את ההכנסות למשהו כמו 10 שנים, עם אקסטרפולציה של גידול. אתה רוצה את החישוב המדויק? אני יכול להביא לך אותו. ש. אז בגדול לשנה, על מה מדובר לשנה?"

ת. בשנה הראשונה של 2011 על פי מה שפורסם זה בסביבות 220 אלף שקל, כפול 10 שנים זה 2.2 מיליון, ועל זה עשיתי אקסטרפולציה בהנחה שכל שנה יהיה גידול, כי בסך הכל אנשים מפקידים יותר ויותר מצטרפים וכו' ואם אתה מסתכל על השנים עפ"י אותו נייר שפורסם משוק ההון, אז בין 2008 ל-2011 זה גדל לפי 3 או יותר אבל אתה מניח שזה לא יגדל ברותו קצב, כמו שאתה לא יכול לטפס מדרגות בקצב דומה ולקפוץ כל הזמן שתי מדרגות, אז הנחתי שבערך 40%, 50% יהיה גידול על פני עשר השנים האלו וזהו. כיוון שלא היו לי נתונים והייתי צריך לגשת ולעשות חשבון, אז לקחתי את הסכום הזה שזה בערך 2% מההכנסות של מזרחי, ואותו הגשתי כתביעה... 3 מיליון."

(הדגשה אינה במקור – מ' א' ג').

מר נתי זכאי מאשר שבנה את התחשיב בתביעה לפי זכאות לגמול מכירות בשיעור מינימלי של 2% על פי ההסכם, ולא על פי זכאות של 8% גמול מכירות לאור השינויים הרגולטורים והצמצום בהכנסות הבנק (עמ' 76 לפרוטוקול, ש' 10-2):

"בניתי את החישוב על ה-2% ולא על ה-8% כי ב-2012 כל השוק, כל הבנקים ויתרו בגדול על הפרוייקט הזה בגלל הכנסות מזעריות, עם כל הבעיה של הרגולציה ואי הצלחה שלהם, ומכיוון שאנחנו יודעים כשאתה משקיע בפרוייקט בהתחלה, אתה משקיע סכומי עתק ורק בהמשך על פני שנים אתה מצליח גם להחזיר את

ההשקעה וגם להרויח, אז הנחתי שההשקעות בשנים הראשונות של בנק המזרחי הן לא רווח הן בטח הפסד."

כלומר, הסכום לשנת 2011 הוא 220,000 ₪, הסכום לחודש הוא 18,333 ₪. כפי שצינתי סכום זה דומה לסכום החודשי אותו קיבלה בנפיט על פי התוספת השלישית, וכפי שהעיד מר שפירא כיון שהיה מדובר בסכומים נמוכים יחסית הסכימו להמרה. על כן נראה כי מדובר בסכום סביר. בענייננו מדובר בתקופה של תשעה חודשים, בין מועד סיום ההסכם ביום 30.9.11 ועד ליום הגשת התביעה, ביום 25.6.12.

לאור זאת, ישלם הבנק לבנפיט סכום של \$4,000 + מע"מ לחודש עד ליום 30.9.11 וממועד זה ועד ליום הגשת התביעה (9 חודשים), סכום של 165,000 ₪ בצירוף מע"מ (בכפוף לאמור להלן לעניין מתן חשבונות).

ב. סעד של מתן חשבונות

בנפיט טענה כי היא זכאית לסעד של מתן חשבונות כיוון שמדובר במעין שותפות בינה לבין הבנק במסגרתה היא זכאית לקבל את המידע. הבנק טען כי אין עליו חובה להעביר לבנפיט חשבונות וכי בנפיט לא הוכיחה יחסים מיוחדים בוודאי לא מעין שותפות. לטעמי, אין מדובר במעין שותפות, אולם חובות הבנק על פי ההסכם כוללות בחובם מתן חשבונות לבנפיט, הן מכוח ההסכם, הן מכוח יחסי האמון שנוצרו במסגרתו. על פי ההסכם, גם אם נקבל את פרשנות הבנק, היה הבנק אמור לשלם גמול מכירות בתקופת ההסכם, ובתנאים מסוימים גם בתקופת ההארכה. כפי שפרטתי לעיל, הצדדים צפו כי יהיה מדובר בפרוייקט מהגדולים שהיו. היינו, לו ההסכם היה מתקיים כסדרו, על הבנק היה לשלם גמול מכירות לבנפיט ולו בתקופת ההסכם וההארכה, כטענתו. מכך נגזר כי היה על הבנק להציג חשבונות לבנפיט בכדי למלא את חובו בהסכם.

הבנק טען בהקשר זה כי ההסכם קובע מנגנון לבירור החבות, ומפנה לסעיפים 4.3-4.4. אולם, סעיפים אלו נוגעים רק למקרה בו הבנק טוען כי שיעור ההוצאות עולה על שיעור ההכנסות. מכל מקום, גם לעניין מנגנון זה, תחילה על הבנק להציג נתונים.

הבסיס הרעיוני של הסעד של מתן חשבונות הוא סוג של מערכת יחסים מיוחדת בין הצדדים, שבבסיסה סוג של יחסי אמון ביניהם המחייבים צד אחד בתשלום על סמך נתונים שאינם ידועים לצד האחר. כפי שקבעה כב' המשנה לנשיא, השופטת מ' נאור, ברע"א 8266/11 יו.בי.אמ נ' מעוז נסיעות בע"מ (2012), בפסקאות 25-26 להחלטתה:

"על מנת שתצלח דרכו של בעל דין במסגרת השלב הראשון בתביעתו למתן חשבונות, עליו להצביע על שניים: על קיומה של מערכת יחסים מיוחדת בינו לבין הנתבע, המצדיקה מתן חשבונות ועל כך שלכאורה בידו זכות לתבוע את הכספים לגביהם הוא תובע את מתן החשבונות ככלל, אין תובע רשאי לבקש צו למתן חשבונות על מנת לברר כמה חייב לו הנתבע. תביעה למתן חשבונות צריך שתתבסס על קיומה של מערכת יחסים מיוחדת בין התובע לנתבע המצדיקה מתן חשבונות. כך למשל מוכרת הזכות לקבלת חשבונות כאשר בין הצדדים מתקיימת מערכת יחסים של יחיות, הרשאה, שותפות או נאמנות, אך רשימה זו אינה סגורה."

בעניינו מתקיימת מערכת יחסים מיוחדת שכזו, גמול המכירות לבנפיט נגזר באחוזים מסכום ההכנסות של הבנק בגין הפוליסות שהוגדרו. היינו, הבנק מחזיק בכספים המגיעים לבנפיט. מסירת מידע היא אחת מהחובות בכל מערכת של יחסי אמון או אמונות בלשונו של פרופ' ליכט (עמיר ליכט, **דיני אמונות, חובת האמון בתאגיד ובדין הכללי**, 75 (תשע"ג-2013, להלן: **ליכט, אמונות**). עוד ראו: Charles Mitchell, "Disclosure of Trust Information to Discretionary Beneficiaries", 115 L.Q. Rev. 206 (1999); Lusina Ho, "Trustees' Duties to Provide Information, in Exploring Private Law (Elise Bant & Matthew Harding, eds. 2010) כיום קבועה חובה זו במפורש במסגרת יחסים מיוחדים (**סעיף 7(ב) לחוק הנאמנות**; **סעיף 8 לחוק השליחות וסעיף 29 לפקודת השותפויות**). המגמה בחקיקה היא להרחיב חובה זו ולקבוע חובת גילוי כללית במסגרת יחסי אמון. סעיף 440 להצעת חוק דיני ממונות קובע: "**חב אמון ימסור לזכאי כל ידיעה ומסמך מהותיים, הנוגעים לקיום החיובים המוטלים עליו, ובלבד שמסירתם לזכאי נדרשת באופן סביר**". **ליכט, אמונות**, מדגיש לעניין זה (בעמ' 299): "**אמונאי חייב לתת גילוי מלא של כל מידע מהותי על פי דרישה סבירה של הנהנה....חובה זו אינה תלויה בקיומה של הפרה או של זכות תביעה כלפי האמונאי**".

כיום, טרם השינוי החקיקתי, ברור כי בכל המקרים בהם קבועים יחסים מיוחדים, ממילא ינתן סעד של מתן חשבונות. אולם, כאמור, לעניין מתן חשבונות הרשימה אינה סגורה.

כפי שציינתי, הבנק התחייב בהסכם לגמול מכירות. הבנק לא הבהיר כיצד התכוון לשלם את גמול המכירות מבלי להציג נתונים לבנפיט. בנסיבות שנוצרו, היקף הנתונים שעל הבנק יהיה למסור יהיה מצומצם בהרבה ממה שהתכוון לו על פי ההסכם המקורי.

יש להדגיש כי לכאורה לא היה מקום לפסוק סעד של תשלום גמול מכירות גם בגין התקופה שמעת סיום ההסכם ועד למועד הגשת התביעה בשל העדר נתונים מצד הבנק. על פי ההלכה, בתביעה למתן חשבונות יש להוכיח תחילה את הזכות, לקבל את החשבונות ורק אז להוכיח את סכומי התביעה. במקרה זה הוכחה הזכות של בנפיט לקבל גמול מכירות מהבנק לאורך חיי מוצרי הביטוח, וכנגזר מכך, הזכות לקבל את החשבונות הרלבנטיים. על כן, לכאורה, היה מקום להמתין לקבלת החשבונות מהבנק ואז לקבוע את הסכום המדויק גם לתקופה שבין 30.9.11 ליום הגשת התביעה (ראו לעניין זה: פסק דינו של כב' השופט ס' גיוראן בע"א 8250/11 קרד-גרד הישרדות מדעית בע"מ נ' פרמה לייף בע"מ (2015).

עם זאת, כיון שמדובר בתקופה קצרה של תשעה חודשים, וכיון שהסכום החודשי הנתבע בגין שנת 2011 הוא נמוך יחסית ודומה לסכום הקבוע אותו קיבלה בנפיט באותה תקופה, נראה היה כי הסכום סביר.

עם זאת, אדגיש, שניים אלו. ראשית, מר נתי זכאי, מנכ"ל התובעת, שערך את החישוב לגבי סכום התביעה עד למועד הגשת התביעה ציין, בעמ' 76 לפר', ש' 12-17) כי כמובן שלאחר הצגת חשבונות בנפיט מוכנה לתקן סכום זה כלפי מעלה או כלפי מטה, כפי שיעלה מהחשבונות שיוצגו. על כן אם יהיה הפרש משמעותי (מעל 10% לכל כיוון) יתוקן הסכום בהתאם לחשבונות שיוצגו.

שנית, אדגיש כי אין בפסיקה לגבי תקופה זו משום קביעת ממצא לגבי הסכומים שישולמו לבנפיט בעתיד במסגרת גמול מכירות, ואלו יקבעו על פי חשבונות שימסור הבנק.

לאור האמור ייתן הבנק, בסיום כל שנה קלנדרית דו"ח לבנפיט עבור אותה שנה ובו יפורטו הכנסות הבנק ממוצרי ביטוח ששווקו ע"י הבנק בתקופת ההסכם, לאותה שנה. דו"ח כאמור ימסר לבנפיט עד ליום 1.2 בכל שנה לגבי השנה הקודמת.

9. סוף דבר

לאור כל האמור לעיל אני קובעת כדלקמן:

- א. ההסכם בין הצדדים הסתיים ביום 30.9.11.
 - ב. הבנק ישלם לבנפיט סכום של \$4,000 בצירוף מע"מ כאמור בתוספת השלישית, החל מיום 1.1.2011 ועד ליום 30.9.2011.
 - ג. הבנק ישלם לבנפיט סכום של 165,000 ₪ בגין גמול מכירות בשיעור 2% לתקופה שבין 30.9.11 (מועד סיום ההסכם) ועד ליום 25.6.12 (מועד הגשת התביעה).
 - ג. בנפיט זכאית לגמול מכירות של 2%, עבור כל מוצרי הביטוח הפנסיוני ששווק הבנק עד למועד סיום ההסכם. בנפיט אינה זכאית לגמול מכירות בגין מוצרי ביטוח פנסיוני ששווק הבנק לאחר מועד סיום ההסכם. לאור האמור, ישולם לבנפיט כל שנה גמול מכירות בגין מוצרים ששווק הבנק עד למועד סיום ההסכם.
 - ד. הבנק יעביר לבנפיט בכל 1 לחודש פברואר, חשבונות לגבי אותם מוצרים נכון ליום 31.12 של השנה הקודמת, בצירוף תשלום גמול המכירות בגין המוצרים כאמור בס"ק (ג) בשיעור 2% מהכנסות הבנק בגין אותם מוצרים, על פי אותם חשבונות. זאת, כל עוד לבנק יש הכנסות ממוצרי ביטוח ששווקו בתקופת ההסכם. כאשר לא יהיו עוד מוצרים ששווקו בתקופת ההסכם ובגינם מקבל הבנק הכנסות, יודיע הבנק על כך לבנפיט, ובכך יסתכמו חובותיו על פי ההסכם ופסק הדין.
- אשר להוצאות, הבנק יישא בהוצאות בנפיט ושכר טרחת עורכי דינה בגין תובענה זו בסכום של 25,000 שקלים.
- ניתן היום, י"א אייר תשע"ו, 19 מאי 2016, בהעדר הצדדים.

ד"ר מיכל אגמון גונן 54678313
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)