בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 61113-12-18 ב.כ. עומר ייעוץ בע"מ נ' ל.י.א. אסתטיק בע"מ ואח'

לפני כבוד השופטת אירית קלמן ברום

תובעת **ב.כ. עומר ייעוץ בע"מ**
ע"י ב"כ עו"ד יובל עציוני, אלדד פסי

נגד

נתבעים **1.ל.י.א. אסתטיק בע"מ**
2.אנה מריה שוורץ
3.ליאור זילבר
ע"י ב"כ עו"ד יריב מדר

פסק דין

במוקד התביעה, ניצבת השאלה האם הנתבעת היתה רשאית לשלוח הודעה על ביטול הסכם ההפצה ההדדי שנחתם בין הצדדים. האם התקיימו העילות לביטול ההסכם.

רקע בתמצית

1. התובעת, חברה בע"מ, התקשרה בהסכם הפצה בלעדי (להלן: "**ההסכם**") עם הנתבעת 1, חברה העוסקת בפיתוח וייצור חומרי הזרקה בתחום האסתטיקה (להלן: "**הנתבעת**").

2. ההסכם נחתם ביום 20.7.2017 לתקופה של 10 שנים עם הארכה אוטומטית לתקופות בנות 5 שנים.

3. בחלוף כ-10 חודשים ממועד חתימתו ביום 7.5.2018, שלחה הנתבעת לתובעת הודעת ביטול ההסכם. התובעת סבורה כי הביטול נעשה בניגוד לדין ומשכך זכאית לפיצויים מהנתבעים.

טענות התובעת

4. התובעת הסכימה להתקשר עם הנתבעת בהסכם ההפצה לאור מצגי הנתבעת 2 והנתבע 3 (להלן: "**מנהלי הנתבעת**", ככינויים בכתב התביעה). בתוך כך נטען כי הנתבעת הציגה

עצמה כחברה יציבה ואיתנה, בעלת הזכויות והרישיונות במוצרים המיועדים להפצה (להלן: "**המוצרים**" או "**המזרקים**"). בהסתמך על מצגי הנתבעת, הסכימה התובעת להשקיע כספים ומשאבים לצורך הקמת מערך הפצה ושיווק למוצרים.

5. הנתבעת התחייבה כי המוצרים ימכרו על ידי התובעת בלבד באזור השיווק שהוגדר בהסכם, למעט רשימה נקובה של רופאים להם ניתנה אפשרות לרכוש את המוצרים ישירות מהנתבעת. הוסכם, בין היתר, כי בתקופת ההסכם ושנתיים לאחר סיומו, פרטי לקוחות התובעת יהיו סודיים; הנתבעת תשנע ותספק לתובעת, על חשבונה, את כמות המזרקים שהוזמנו בתוספת 10% כבונוס; מחירי הקניה נקבעו בסעיף 8 להסכם; בסעיף 10 להסכם נטלה על עצמה הנתבעת שורת התחייבויות ובהן התחייבות להשתתף באופן פעיל במאמצי השיווק, ההטמעה וההדרכה מטעם התובעת, התחייבות למתן שירות מקצועי ועוד.

6. בסעיף 18 להסכם, התחייבה הנתבעת שלא להפר את ההסכם במשך לפחות 5 שנים מיום חתימתו (העתק ההסכם צורף כנספח ב' לכתב התביעה ונספח ד' למוצגי התובעת).

7. במקביל ולבקשת הנתבעת, חתמה התובעת ביום 27.7.2017 על הסכם למתן שירותים עם חברת סלע מדיקל בע"מ (להלן: "**סלע מדיקל**") במסגרתו סלע מדיקל תספק לתובעת שירותים ותשתיות לביצוע התחייבויותיה בהסכם, לרבות תשתיות אחסון, הדרכה, מידע שיווקי ועוד. בעלי השליטה בסלע מדיקל הינם הזוג קרן וצבי סלע, בתה וחתנה של בתיה כהן, הבעלים של התובעת.

8. לאחר חתימת ההסכם פעלה התובעת להקמת מערך שיווק והפצה, קיימה פגישות עם רופאים רבים, ערכה הדגמות והדרכות. להפתעת התובעת, התברר כי הנתבעת מפרה חלק מהתחייבויותיה ובפרט: מכרה מוצרים שלא באמצעות התובעת; לא סיפקה חומרי הסברה ופרסום על מנת לקדם את היקף המכירות; לא עמדה באספקת הזמנות במועד; לא סיפקה אישורים לחידוש רישיונות; מנהלי הנתבעת סירבו להשתתף במאמצי שיווק מחוץ לגוש דן.

9. התובעת מצידה נקטה בגישה חיובית, נעתרה לבקשות התובעת כגון קבלת אישור ISO, על אף שלא הייתה מחויבת לכך, תוך השקעת משאבי זמן ותקציב ועדכון ההסכם עם סלע מדיקל. ביום 30.1.2018 חתמו הצדדים על תיקון להסכם (נספח ד' לכתב התביעה ונספח יד' למוצגי התובעת, להלן: "**התיקון להסכם**").

10. ביום 15.3.2018 נערכה בין הצדדים פגישה בנוכחות מר רמי כהן מצד התובעת ובנוכחות מנהלי הנתבעת ובא כוחם. במהלך הפגישה הציגה התובעת מסמך הכולל רשימת הפרות מצד הנתבעת (נספח ה' לכתב התביעה); הנתבעת ביקשה לדון בהעלאת מחיר רכישת המזרקים על ידי התובעת. בהמשך נפגשו הצדדים שוב ובתוך כך החליפו תכתובות (נספח ו' - י' לכתב התביעה) עד שביום 7.5.2018 הודיעה הנתבעת במפתיע על ביטול החוזה (להלן: "**הודעת הביטול**") החל מיום 20.7.2018 (להלן: "**מועד הביטול**"), נוכח ההליכים הפלילים כנגד גב' בתיה כהן ומר רמי כהן (נספח יא' לכתב התביעה). בהמשך יצא המרצע מהשק והתברר כי הנתבעת ביטלה את החוזה עקב היקף מכירות שלא עמד בציפיותיה, אף שההסכם אינו מותנה בכמות מכירות מינימאלית ואף שדווקא התנהלות הנתבעת הקשתה על הגדלת היקף המכירות.

התובעת דחתה, במענה ששלחה, את הודעת הביטול והודיעה לנתבעת כי היא זו המפרה את ההסכם הפרה יסודית (נספח יב' לכתב התביעה). חרף האפשרות שניתנה לנתבעת לחזור בה מהודעת הביטול, הנתבעת עמדה על ביטול ההסכם ואף הפסיקה לספק לתובעת מוצרים טרם מועד הביטול.

11. כתוצאה מהפרת ההסכם נגרם לתובעת נזק כספי ישיר בגובה 408,000 ₪ וכן נמנעו ממנה רווחים עתידיים בגובה 3.3 מיליון ₪, הכל על פי חוות דעת כלכלית שצורפה (נספח יג').

טענות הנתבעים

12. לטענת הנתבעים, הורתו ולידתו של ההסכם בחטא ודינו בטלות מעיקרו. בתחילה פנתה הנתבעת אל קרן סלע, מנהלת חברת סלע מדיקל, חברה מוכרת וידועה העוסקת בהפצת חומר רפואי. דא עקא שבמהלך הידברות הצדדים הודיעה סלע מדיקל כי לא תוכל לנהל

את הפצת מוצרי הנתבעת עקב ניגוד אינטרסים ו"באותה נשימה" המליצה על התובעת תוך הפנית הנתבעת אל מר רמי כהן מטעם התובעת. לכך הוסיפה גב' קרן סלע, לטענת הנתבעים, כי תשגיח מעל בכדי להבטיח שההפצה תהא מיטבית תוך אחסון המוצרים במחסניה בפיקוח אנשי המקצוע של סלע מדיקל.

13. בשלב מסוים התברר לנתבעת כי התובעת היא בבעלות בתיה כהן, רעייתו של רמי כהן, וכי הם למעשה הוריה של קרן סלע. על בסיס רמת האמון הגבוהה של הנתבעת, הסכימה הנתבעת להכניס לחוזה סעיפים העושקים אותה. במהלך המשא ומתן נודע לנתבעים כי מתנהלת חקירה משטרתית כנגד התובעת, בתיה כהן ורמי כהן. אולם בני הזוג כהן ובתם קרן הרגיעו את הנתבעים וכך מצאה עצמה הנתבעת מובלת לפח שנטמן לה.

14. הנתבעת מוסיפה כי עמדה בכל התחייבויותיה, לשיטתה מטרת ההסכם הייתה להובילה לחדלות פירעון וקיום. התובעת לא הציגה תכנית שיווק, לא העסיקה אנשי שיווק למעט משווקת אחת ועוד אחת במשרה חלקית בפרק זמן מוגבל. התובעת דרשה כספים לצורך שיווק, לא השקיעה הון משמעותי וביקשה לרושש את הנתבעת כחלק מהמזימה שעלתה בבית משפחת כהן לסלק את הנתבעת מהשוק ובכך לפגוע ביכולתה להתחרות בסלע מדיקל.

15. התובעת לא החזיקה ברישיון ואישורים נדרשים אף לא ISO וחלק מהתרמית היה כי אם הדבר יתגלה אזי הנתבעות 1-2 תישאנה בתוצאות ובכך תסולק התחרות עם סלע מדיקל.

16. לאחר פניה ששלחו הנתבעות 1-2 לתובעת ביום 12.12.2017 הוסכם לקיים פגישה וזו התקיימה ביום 21.12.2017 ולאחריה הוצג הסכם לא חתום בין התובעת וסלע מדיקל. הסכם חתום בעמוד אחרון נשלח רק בהמשך. לאחר מכן ביקשו הנתבעות 1-2 כי התובעת תפעל לקבלת אישור ISO והודיעו כי לא יועברו לתובעת מוצרים ללא האישורים המינימאליים והסדרה של העברת החומר בין החברות. בתוך כך החליפו הצדדים

תכתובות בנושא (נספח א' לכתב ההגנה), הוסכם על תיקון ההסכם ותיקון ההסכם של התובעת עם סלע מדיקל. ביום 11.2.2018 העבירה התובעת לבסוף אישור ISO.

17. התובעת לא קיימה את מחויבותה לפתח נפח פעילות מכירות של מי שאמור להיות מפיץ ומשווק בלעדי של הנתבעת וזאת בכוונת מכוון על מנת שלא להתחרות בסלע מדיקל. התובעת עשתה כל שלאל ידה בכדי לגרום לנתבעות 1-2 נזק. כך לדוגמא, רמי כהן הזמין כמות מזרקים וחזר בו באופן שגרר בלבול בחשבוניות, בשלב מסויים החליט לקחת את הסחורה אך סרב ליתן המחאה תמורתה בניגוד להסכם, רק לאחר התערבות בא כוחו ניאות ונתן המחאה דחויה כנגד הסחורה שנתקבלה. במהלך דין ודברים בין הצדדים הדגיש רמי כהן כי אינו מחויב למינימום הזמנות ונותר נאמן למטרתו האמיתית תוך התעלמות ממהותו של הסכם ההפצה.

18. לאחר החתימה על ההסכם הוגש כתב אישום כנגד רמי כהן, בתיה כהן והתובעת בהקשר לפרשת "ישראל ביתנו". בתיה כהן הורשעה על פי הודאתה בזיוף מסמכים של התובעת עצמה, ורמי כהן, הרוח החיה בתובעת, היה עסוק במשפטו. הודעת הביטול שנשלחה על ידי הנתבעת פורסת את מלוא התמונה באשר להיות ההסכם בטל מעיקרו כמו גם בטלותו מחמת הטעיה, טעות, עושק וחוסר תום לבם של רמי ובתיה כהן ובתם קרן סלע. טענת התובעת לפיה לא היא הועמדה לדין והחברה הינה ישות משפטית נפרדת הנה טענה מגוחכת. בלעדי בני הזוג כהן אין חברה, אין משווק ואין מפיץ.

19. באשר לתביעה האישית נגד הנתבעים 2-3 נטען כי דינה להידחות על הסף. בהתאם למשטר התאגידי, לנתבעת 2 אין אחריות לפעולות החברה הגם שהיא בעלת מניות בה. באשר לנתבע 3 הרי שהוא אינו אלא בן זוגה של הנתבעת 2, אינו מנהל או בעלים ואין לו כל מעמד בנתבעת.

ציוני דרך בהשתלשלות ההליך

20. לאחר שהצדדים השלימו את ההליכים המקדמיים והעברת המסמכים, ביקשה התובעת לזמן עשרה עדים ולחייב את הנתבעים להשיב לדרישה להודות בעובדות. לאור הודאות הנתבעים ביחס לעדים שזימונם התבקש, ויתרה התובעת על זימון העדים האמורים תוך שקבעתי כי ההוצאות בעניינים אלו ישקלו בתום ההליך. ביחס לעדים 1 - 4 צוין כי המשיכו לקנות את מוצרי הנתבעת ישירות מידיה; ביחס לעדים 5 - 8 צוין כי הנתבעת מכרה להם את מוצריה טרם קבלת אישור ממשרד הבריאות; ביחס לעדים 9 - 10 צוין כי הם קיבלו את מוצרי הנתבעת חלף תשלום.

<u>דיון והכרעה</u>

21. בשלב הראשון אדון בשאלה האם החוזה בוטל כדין. בהתאם לתשובה לשאלה זו אבחן בשלב השני את השלכות הביטול, ככל שישנן.

22. התקשרויות ארוכות שנים, בפרט בתחום הסוכנות וההפצה, אינן מחייבות את צדדיהן לצמיתות אף אם לא נקבע מועד לסיום החוזה. כאשר צדדים אינם קוצבים מועד לסיום החוזה, אין הדבר מצביע על מחויבות נצחית, והחוזה ניתן לביטול בהתאם לנורמות שהותוו הפסיקה (ר' למשל: ע"א 5925/06 **אלי בלום נ' אנגלו סכסון-סוכנות לנכסים (ישראל 1992) בע"מ**, פסקה 36 - 39 (13.2.08); ע"א 47/88 **מנחם הרשטיק נ' יכין חק"ל בע"מ**, פסקה 6 (16.5.93) (להלן: "**ענין הרשטיק**")). כאשר הצדדים קוצבים את החוזה וקובעים הוראות מפורשות בדבר ביטולו, יש לבחון את הוראות ההסכם ואם התקיימו התנאים המצדיקים את ביטולו.

23. טרם כניסה לעובי הקורה, יאמר כי אף שלסעד האכיפה מעמד בכורה כתרופה להפרת חוזה, אפשרות האכיפה (קיום ההסכם) במקרה זה לא עמדה על הפרק ודומה כי יחסי הצדדים עלו על שרטון וגוועו, בלא אפשרות לחדשם בשלב זה. הנני דוחה את טענת הנתבעת שיש לייחס לתובעים חוסר תום לב בכך שלא ביקשו סעד של אכיפה.

<u>האם ההסכם בוטל כדין</u>

24. מכתב ביטול ההסכם שנשלח על ידי הנתבעת מיום 7.5.2018 (נספח כב' לתצהירי התובעת) מונה שורה ארוכה של עילות לביטול ההסכם. נטען לגבי הליכים פליליים נגד התובעת, מנהליה ומר רמי כהן, הליכים שהוסתרו מהנתבעת, פוגעים בשמה הטוב ובמידת האמון של צרכני חומר ההזרקה, פוגעים ביכולת השיווק והפניות לשיווק של מר רמי כהן שחולק את זמנו בעיסוקים נוספים. עיקר הטרוניה במכתב מכוונת למכירות מצומצמות עד כדי הפסקת הזמנות, מהלך שהינו קנוניה להוצאת הנתבעת מהשוק על מנת שלא תתחרה בסלע מדיקל.

25. עסקינן בחוזה הפצה שנחתם לתקופה של 10 שנים וחידוש אוטומטי לתקופות נוספות בנות 5 שנים. זכות הביטול הוסדרה בסעיף 16 להסכם הכולל 7 מקרים, אעמוד עליהם בהתאם לרלוונטיות. בסעיף 16.1 נקבע כי ניתן לבטל את ההסכם בעקבות הפרה יסודית שלא תוקנה תוך 14 ימים מיום דרישת הנפגע בכתב. בכך הסכימו הצדדים לצמצם את זכות הנפגע לבטל את החוזה בעקבות הפרה יסודית, מבלי הצורך לתת למפר התראה, בהתאם לסעיף 7(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (להלן: "**חוק התרופות**"). סעיפים 16.2 - 16.5 להסכם מתייחסים לנסיבות אליהן תיקלע הנתבעת או בעלת המניות, הנתבעת 2. סעיף 16.6 מאפשר לתובעת להפסיק את ההסכם מכל סיבה שהיא בכפוף להודעה בת 60 יום מראש. סעיף 16.7 מאפשר לנתבעת להפסיק את ההסכם בכפוף להודעה מוקדמת בת 18 חודשים ובלבד שתקופת ההסכם הקבועה בו חלפה. תקופת ההסכם הוגדרה כתקופה בת 10 שנים. להשלמת התמונה באשר להתחייבויות הצדדים ביחס לאפשרות הפרת ההסכם, יצוין גם סעיף 18.1 להסכם במסגרתו הנתבעת התחייבה לא להפר את ההסכם לפחות במשך 5 שנים מיום חתימתו.

26. במסגרת ההליך חזרו הנתבעים על מספר סיבות לביטול החוזה וניכר שהטענה העיקרית הינה למכירות מצומצמות, והטענה שהצמצום במכירות נובע מקנוניה, מחוסר ניסיון ומההליכים הפליליים שננקטו נגד יחידי התובעת.

27. ציר הזמנים הרלוונטי, עליו לא חלקו הצדדים, מתחיל בשלב הטרום-חוזי בפניית הנתבעת אל קרן סלע מחברת סלע מדיקל. הפניה נעשתה על רקע הכרות קודמת ויחסים מסחריים בין הנתבעים 2-3 ובין וקרן סלע. אין מחלוקת כי סלע מדיקל לא נעתרה למשאלת לבה של הנתבעת לשווק את מוצריה בשל ניגוד אינטרסים הקשורים במוצרים אותם סלע מדיקל משווקת, הנתבעת 2 אשרה זאת בסעיף 32 לתצהירה. אין גם מחלוקת כי הנתבעים היו מודעים לקשר המשפחתי בין מנהלי התובעת וקרן סלע. למרות זאת, עולה מהעדויות שהנתבעים היו מעוניינים בשיתוף הפעולה של סלע מדיקל כך למשל הצהירה הנתבעת 2 בסעיף 51 לתצהירה ביחס לפגישה שנערכה בין הצדדים ביום 21.12.2017:

"בפגישה הזו העלינו את הבעייתיות של המשך ההתנהלות במצב הקיים והועלו אפשרויות של פתרונות כאשר <u>אחת מהאפשריות היתה מה שחשבנו מלכתחילה שיהיה, זה עבודה באמצעות סלע מדיקל</u>" (ההדגשה שלי – א' ק' ב').

על מנת להפיס את דעתה של הנתבעת, התקשרה התובעת עם סלע מדיקל בהסכם למתן שירותים (נספח ג' לכתב התביעה) שבמהותו התחייבה סלע מדיקל להעמיד לרשות התובעת תשתיות אחסון, הדרכה, תהליכי עבודה, כיסוי ביטוחי, מידע שיווקי, תשתיות רכש והסכמים מול ספקים (כגון שירותי הדפסה וצילום, אריזה, משלוח). קרן סלע תיארה בעדותה את ההיכרות עם הנתבעים 2 ו-3 ויחסיה החבריים עימם, הקשר בין התובעת והנתבעת נוצר בעת שהנתבע 3 שהה במשרדי סלע מדיקל, בהם הרגיש בנח, "כאילו היו שלו", או אז פגש את אביה, רמי כהן, אשר היה מגיע מעת לעת למשרדים. בין הנתבע 3 ובין רמי כהן הייתה הכרות קודמת הואיל ורמי כהן פיקד על הבסיס בו שירת הנתבע 3 אשר התרגש לפגוש את מפקדו לשעבר. קרן סלע הסבירה באופן מהימן ומשכנע כי רצתה לעזור הן לנתבעים והן לאביה תוך שמירה על עסקיה שלה ולקוחותיה שלה (ר' עמ' 13 – 14 לפרוטוקול).

28. גלגלי שיתוף הפעולה בין הצדדים החלו לחרוק חודשים ספורים לאחר החתימה על ההסכם ביום 20.7.2017. כך עולה מפנייתה של הנתבעת 2 לתובעת ביום 26.11.2017 (עמ' 22 למוצגי הנתבעים) במסגרתה נכתב:

"בהמשך לחילוקי הדעות שהיו בינינו מיום חמישי האחרון 23/11/2017 החלטנו ליישר את ההדורים ולהמשיך בפעילות כרגיל במלוא המרץ לפי ההסכם שנחתם בינינו... כמו כן אבקשך להסדיר את התשלום עבור המזרקים שסופקו. כמובן, לפי ההסכם שהשיק יהיה שוטף + 60. בפעמים הקודמות, כמו שסוכם, השיק ניתן סמוך למועד ההספקה".

במכתבה הבא מיום 27.11.2017 התחייבה הנתבעת להדריך רופאים בסמינר שיאורגן על ידי התובעת פעמיים בחודש החל מחודש דצמבר (עמ' 23 למוצגי הנתבעים). ובמכתב לאחר מכן מיום 12.12.2017 הודיעה הנתבעת 2 לתובעת כי לא תשווק לתובעת מזרקים:

"בהמשך לשיחתו הטלפונית של זילברמן ליאור מיום שני 11.12.17 עם קרן מחברת סלע מדיקל בע"מ בה נאמר כי ל.י.א אסתטיק בע"מ לא תוכל להמשיך לספק חומרי מילוי-מזרקים לחברת ב.כ. עומר בע"מ וזאת בגין אי סדרים בנושא רגולציה ואבטחת איכות. [...] מכיוון שחשבנו כי חברת סלע מדיקל תחתום על הסכם האיכות לא ראינו בזה בעיה, אך אחרי שיחה עם קרן הובהר לנו כי חברת סלע מדיקל לא מוכנה לחתום על הסכם האיכות" (עמ' 24 למוצגי הנתבעים). מיד בסמוך שלחה הנתבעת 2 מכתב נוסף ובו הצעות להמשך הפעילות המשותפת, תוך פירוט האפשרויות העומדות בפני התובעת בנושא רישוי ורגולציה וציון האפשרות של הסתמכות התובעת על אישורים של חברת סלע מדיקל. בהמשך עולה כי הצדדים נפגשו ובא כח הנתבעת שלח מספר מכתבים אל התובעת לצורך ליבון הסוגיות שבמחלוקת. הנתבעת הודיעה כי בחנה את ההסכם בין התובעת וסלע מדיקל והוא "מניח את הדעת" אולם דרשה כי סלע מדיקל תתחייב בפני הנתבעת לעדכונים לגבי ההסכם בינה ובין התובעת וכן עדכונים לגבי העברת חומרים בין החברות וכן דרשה כי התובעת תקבל תקן ISO (עמ' 27 למוצגי הנתבעים). במכתבה מיום 4.1.2018 טענה הנתבעת באמצעות בא כוחה כי:

"5. ... במהלך המו"מ וכן במעמד חתימת ההסכם הוצג למרשתי מצג עובדתי, כי ב.כ. עומר בע"מ עובדת תחת חסותה של סלע מדיקל בע"מ, חברה ידועה ומוכרת בתחום זה, אשר למרשתי נסיון עמה.

6. לאחר שהתברר שאין הדברים כך, ומתוך רצון כן ואמיתי בכדי לקיים את ההסכם, נערכה פגישה עם מר רמי כהן, שמעמדו בב.כ. עומר בע"מ לא הובהר למרשתי, ובה הועלו הדברים" (עמ' 29 למוצגי הנתבעים).

בהמשך הודיעה הנתבעת כי ההסכם בין התובעת וסלע מדיקל מקובל עליה אך הביעה דאגה מכך שסלע מדיקל יכולה לסיים את ההתקשרות עם התובעת ובכך עלולה הנתבעת להיקלע לתסבוכת רגולטורית. לבסוף ציינה הנתבעת כי היא מעוניינת לראות רווחים אך לא תחת סכנה רגולטורית. בהמשך שוב הודיעה הנתבעת כי לא תספק ציוד והדרכות (ר' מכתבה מיום 22.1.2018, עמ' 34 למוצגי הנתבעים). ביום 30.1.2018 חתמו הצדדים על התיקון להסכם אשר חובק ענייני רגולציה, עליו אעמוד עוד בהמשך.

טענת הקנוניה

29. הנתבעת טוענת כי מטרת ההתקשרות של התובעת עמה נועדה למעשה לצמצם את פעילותה ואף לסלקה מהשוק על מנת להפחית את התחרות שיש לחברת סלע מדיקל. נזכור כי הנתבעת היא זו שפנתה אל סלע מדיקל על סמך הכרותה והערכתה הרבה לסלע מדיקל. בין הנתבעים 2-3 ובין סלע מדיקל שררו יחסים מסחריים קודמים, הנתבעים 2-3 היו מודעים היטב לפעילותה של סלע מדיקל וביקשו לשתף פעולה עמה לצורך קידום עסקי הנתבעת. כפי שניתן לראות, במהלך הקשר העסקי בין הצדדים, הנתבעת לא שבעה נחת מחוסר היענות סלע מדיקל לדרישותיה ואף שהביעה הסכמתה להסכם בין התובעת וסלע מדיקל, שאפה שבמהלך קיום ההסכם תהיה מעורבות וחסות גבוהה יותר מצד סלע מדיקל על אף שהדבר לא היה מעוגן בהסכם עם התובעת. טענותיה של הנתבעת לפיהן הובטח לה כי שיתוף הפעולה עם התובעת יתבצע בחסות סלע מדיקל לא הוכחו. מעורבותה של סלע מדיקל הצטמצמה למידה המוסכמת, כפי שקיבלה ביטוי בהסכם בין

התובעת וסלע מדיקל. טענות הנתבעת לפיהן התובעת רקמה מזימה עם סלע מדיקל להוציא את הנתבעת מהשוק תמוהות אפוא. מצגי הנתבעת עצמה מטילים צל כבד על טענתה בדבר הקנוניה לחיסולה. הטענות שהעלו הנתבעים בהקשר זה נושאות גוון של מעשה מרמה כלפיהם, טענות קשות אשר מחייבות מידת הוכחה גבוהה. למותר לציין כי הנתבעים לא הרימו את הנטל הרובץ על כתפיהם להוכחת טענת הקנוניה, אף לא הניחו ראשית ראיה לקנוניה הנטענת. זאת ועוד, לא עלה בידי הנתבעים אף לערער את גרסת התביעה ביחס לטענה זו, באופן שהיה מסייע בידם (לדיון בנושא חובת הראיה וטענת מרמה כטענת הגנה ר': ע"א 7456/11 **מוריס בר נוי נ' מלחי אמנון**, פסקה 14 – 16 (11.4.2013)).

סוגיות הרגולציה

30. במסגרת התיקון להסכם מיום 30.1.2018 תוקנו שני סעיפים בהסכם ונקבע כי: "הסחורה תסופק ע"י החברה אך ורק למחסנים של חברות המחזיקות באישורים רגולטוריים מתאימים ותקפים לאחסון והפצה של ציוד רפואי, לרבות רישוי עסקים ו-ISO..."; "המפיץ יבצע את כל הנדרש ממפיץ ציוד רפואי בהתאם להנחיות הרגולטוריות וכפי שיועברו לו על ידי יועצו הרגולטורי, לרבות ומבלי לגרוע: ניהול אצוות, רישומן, מספורן, החתמת הלקוחות בדבר קבלת הסחורה ותיעוד מתאים בקשר לכך".

31. לאחר פגישת הצדדים ביום 15.3.2018 שלח בא כח הנתבעים סיכום של הפגישה (נספח ו' לכתב התביעה ונספח יז' למוצגי התובעת). במסגרת מכתב זה פורטו טענות שונות שהעלו הצדדים ובכללן דרישות למאמצי שיווק מצד הנתבעת; בדיקת הפצת מזרקים שלא באמצעות התובעת; טענות הנתבעת לגבי קצב מכירות; הודעת הנתבעת על העלאת מחירים; הגדלת בונוס המכירות עבור הזמנת 2,000 מזרקים לחודש בשנת 2019 והזמנת 5,000 מזרקים לחודש בשנת 2019; ועוד. יש לציין כי במכתבו של בא כח הנתבעת לא הועלו נושאי רגולציה. דווקא הייתה זו התובעת שסקרה במכתב מיום 25.3.2018 (נספח יח' למוצגי התובעת) נושאים שנשמטו מסיכום הדיון הקודם ובכללם סטאטוס חידוש

אישורי אמ"ר; סטאטוס הטיפול באישורי CE FDA (במסגרת התחייבויות הנתבעת בסעיפים 10.5 ו-10.7 להסכם בהתאמה); ועוד. יתר על כן, הובהר כי עמדת הנתבעת 2 הייתה כי לא תטפל באישורי CE FDA כמו גם הנפקת ספרות מקצועית עקב קשיי תזרים, כפי שגם הובהר במכתב מטעם הנתבעת מיום 27.3.2018 (נספח יט' למוצגי התובעת), מכתב שאף בו לא הועלתה כל טענה בדבר סוגיית רגולציה כלפי התובעת. יוער כי במכתב זה ניתנה הצעה למתן בונוס מוגדל עבור הזמנות חודשיות בהיקף של 1,300 מזרקים והועלו הצעות תמחור לצורך הקלה על בעיותיה התזרימיות של הנתבעת. חלופת התכתובות בין הצדדים המשיכה תוך התמקדות בסוגיות תמחור והיקף מכירות (על כך מיד בסמוך). הנה כי כן, סיכומי הפגישות והתכתובות הרבות אינם מצביעים בשלב זה על דרישות או טענות של הנתבעת בנושאי רגולציה. בהקשר זה אף נשאלה הנתבעת 2 בחקירתה הנגדית:

"ש. האם לאחר תיקון ההסכם בתחילת 2018, את בהתנהלותך השוטפת מול רמי ובמיילים שהעלת בהם טענות, האם את יכולה להצביע על טענה לגבי האישורים הרגולטורים.
ת. העדפתי לעשות זאת בפגישה עם רמי ועוה"ד שלי כי היו דברים רציניים. ביקשנו לתקן את הליקויים, הוא מכר מדיקל דיוויס בלי רשיון עסק.
ש.באיזה פגישה אמרת לו את הדברים.
ת. היתה פגישה ב- 21.12.17...
ש. היה הסכם בתחילת ינואר 2018 בו תוקנו היו הסכמות עקב הטענות שלך בענין הרגולציה, האם לאחר התיקון לא העלת כל טענה כלפי רמי בענין זה?
ת. היתה פגישה ב- 15.3.18, לא זוכרת אם ענין הרגולציה עלה בישיבה הזו."
(עמ' 43 לפרוטוקול).

בהמשך שוב נשאלה הנתבעת 2 לגבי נושאי הרגולציה:

"ש. בעקבות טענותכם נוהל מו"מ, שבסופו נחתם הסכם התיקון.
ת. נכון.
ש. מה תיקנתם בהסכם.
ת. לא זוכרת."
(עמ' 47 לפרוטוקול).

מיד אחר כך הוטחה בנתבעת 2 הטענה כי התיקון להסכם הסדיר את כל מה שהפריע לנתבעת:

"ש. התיקון הסדיר את מה שהפריע לכם.
ת. מתי זה היה.
ש. מפנה לנספח יד לראיות התביעה.
ת. הוא בפועל לא תיקן את זה. אחסן סחורה במסדרון. כדי לתקן את זה הוא היה צריך לאחסן את הסחורה אצל קרן, במחסן מקורר. ואפשר לראות את תנועות המלאי מהמחסן של קרן ולראות אם הוא תיקן את זה.
ש. את יכולה להראות ראיה שהסחורה אוחסנה במחסן שאת מדברת עליו
ת. איך אני יכולה? איני בודקת ולא מצלמת. שקרן תוכיח אחרת באמצעות תנועות המלאי.
ש. כל ענין האישורים חשובים, על סמך מה את אומרת שהתובעת שמשווקת את הסחורה ועובדת על אישור אמ"ר שלכם, צריכה אישור עסקים ואישור אמ"ר משלה.
ת. לא אמרתי שהיא צריכה אישור אמ"ר משלה.
ש. איזה אישור חסר לה?
ת. שיווק של מדיקל דוויס לא יכול להיות בלי רשיון עסק, לקרן יש אישור על אחסנה ומכירה, שרואים אותו. כזה אישור היה צריך להיות לרמי. הוא זרק את הסחורה היכן שרצה."
(עמ' 47 לפרוטוקול).

32. בהמשך שוב נשאלה הנתבעת 2 באופן ספציפי לגבי אחסון המוצרים:

"ש. בהסכם התיקון, תיקנתם וקבעתם שהסחורה של התובעת תאוחסן בסלע מדיקל.
ת. כן אבל הוא לא אחסן שם, אלא במסדרון של סלע מדיקל
ש. יש לך ראיה לכך?
ת. אני ראיתי.
ש. כתבת מכתב על כך
ת. לא כתבתי. התנהלנו בעל פה."
(עמ' 48 לפרוטוקול).

33. זה המקום להזכיר כי במסגרת חקירתה הנגדית (אשר קדמה לחקירת הנתבעת 2) נשאלה קרן סלע ארוכות לגבי אחסון מוצרי התובעת בחברת סלע מדיקל וביחס לניהול האצוות והשיבה כי המוצרים אוחסנו במחסן הציוד:

"ש. איפה אחסנתם את המוצרים של התובעת?
ת. בין פרינסס לבין חוטים חלקים, במחסן הציוד הרפואי של סלע מדיקל."
(עמ' 15 לפרוטוקול).

34. המסקנה העולה מהמקובץ היא שבזמן אמת, בחודשים שלאחר התיקון להסכם, לא העלתה הנתבעת טענות בנושאי רגולציה. הדברים לא קיבלו ביטוי בסיכומי הפגישות אף שהצדדים הקפידו הקפדה יתרה לתעד את הפגישות, הנושא אף לא קיבל ביטוי במסגרת חלופת המכתבים הענפה ביניהם ובין באי כוחם. טענתה הכבושה אפוא של הנתבעת 2 ביחס לאחסון המוצרים, לא נתמכה במסד ראייתי מספק ולא עלה בידה לסתור את עדותה של קרן סלע, אותה מצאתי כמהימנה. לו הנתבעת הייתה אכן מוטרדת מנושא האחסון, ניתן לצפות שנושא זה היה עולה בחילופי הדברים בין הצדדים. לא הוכח שהנתבעת העירה על כך לתובעת, לא הוכח שהנתבעת בקשה פרטים וראיות לגבי אחסון החומרים, או שביקשה לערוך ביקור במקום על מנת להיווכח באופן אחסון מרכולתה. זה המקום להזכיר שהסכמים יש לקיים בתום לב, במהלך קיום ההסכם, ככל שנושא זה הטריד את הנתבעת היה מקום לדרוש ראיות לאחסון נאות. לפיכך יש טעם בטענות התובעת לפיהן ניתן מענה מלא לכל דרישות הנתבעת בנושא הרגולציה בכך שהתובעת דאגה לקבל אישור ISO "לפנים משורת הדין" וחתמה על התיקון להסכם, שלאחריו לא העלתה הנתבעת כל טענה ביחס לאי-עמידת התובעת בתנאי הרגולציה הנדרשים. אין פלא כי הנתבעת עצמה מודה בסעיף 35 להודעת הביטול כי לאחר עדכון ההסכם המקורי "**הוסדר המינימום הנדרש מבחינת רגולציה**". דווקא הנתבעת מלינה על דרישות התובעת כי תעמוד בהתחייבויותיה הרגולטוריות בדבר אישור CE או FDA כדרישה "דווקאית" או "קנטרנית" (סעיף 42 להודעת הביטול). יש לציין כי נעתרתי לבקשת הנתבעים לזמן לעדות את מנהל היחידה לאביזרים ומכשירים רפואיים במשרד

הבריאות, כדי להוכיח את טענותיהם במישור הרגולציה וכדי לתמוך בטענתם כי התנהלות התובעת הייתה עלולה לגרור לנטילת רישיונה של הנתבעת 2 ולמצער לקנסות ומגבלות (ר' החלטתי מיום 2.3.2020). חרף זאת, בפתח ישיבת ההוכחות שנקבעה לחקירת עדי הנתבעים ביום 24.3.2020 הודיע בא כוחם, כי הנתבעים מוותרים על עדותו של נציג משרד הבריאות. הימנעות הנתבעים מחקירת העד מערערת את טענתם ואף מקימה חזקה כי לו היה מוזמן להעיד, עדותו הייתה עלולה לפעול לרעתם.

היקף המכירות

35. במוקד הטענה הנוספת שעלתה בהודעת הביטול עמד היקף המכירות הדל כביכול של התובעת. זו עילת הביטול העיקרית שעלתה מעדויות הנתבעת. אין מחלוקת כי התובעת ביצעה מעת לעת הזמנות אולם הנתבעת העלתה טענות ביחס להיקפן המצטבר הנמוך הגם שסעיפי ההסכם לא כללו התחייבות של התובעת להיקף מכירות מינימאלי, וגם התיקון להסכם שתק ביחס להיקף המכירות.

36. טענות ביחס להיקף המכירות חזרו ועלו במכתבי הנתבעת 2, כך למשל ביום 14.3.2018 כתבה בהודעת דואר אלקטרוני ששלחה אל רמי כהן כי היא נדרשת להעביר לספקים כ-250,000 ₪ ומצד שני יש במחסניה מלאי של אלפי מזרקים והוסיפה: "**אתה חייב לקנות ממני עכשיו כמות של כמה אלפים. דיברנו על 5000 מזרקים לחודש...**" (עמ' 66 למוצגי הנתבעים). במענה למכתבה השיב רמי כהן כי היא "ממציאה" התחייבות של התובעת לרכישת 5,000 מזרקים וכי הייתה הצעה מצד הנתבע 3 להעברת 5,000 מזרקים בקונסיגנציה אך הנתבעים חזרו בהם מהצעה זו (עמ' 67 למוצגי הנתבעים). בהמשך כתבה הנתבעת 2 כי בחודש פברואר עמדה ההזמנה על 1,300 מזרקים (עמ' 72 למוצגי הנתבעים). במסגרת חקירתו הנגדית השיב רמי כהן כי התובעת רכשה כ-4,600 מזרקים (עמ' 19 לפרוטוקול) ובהמשך נטען כי הנתבעת סיפקה 5,892 מזרקים והוחזרו 770 מזרקים ועל כך לא חלק רמי כהן (עמ' 20 לפרוטוקול). צא ולמד, בתקופה הרלוונטית התובעת מכרה כ-5,000 מזרקים, כמות בלתי מבוטלת הגם שלא עמדה בציפיות הנתבעת.

יש לציין כי כמות זו לא חרגה באופן קיצוני מסדרי הגודל השונים שעלו בהצעותיה של הנתבעת. אמנם עלו הצעות למכירות בהיקף 2,000 מזרקים לחודש ואף 5,000 מזרקים לחודש אך כזכור, דובר גם על מכירות בהיקף נמוך יותר כפי שעלה במכתב הנתבעת מיום 27.3.2018 (נספח יט' למוצגי התובעת). במכתב זה כתבה הנתבעת כי ללא מכירות אין בידיה הכנסה וללא הכנסה אין היא מסוגלת להניע דבר ומחתה כנגד דרישת התובעת להשקעה נדרשת בתחום הפרסום וההדרכה ועל כך שהתובעת אינה מבינה את בעיותיה התזרימיות של הנתבעת. כמו כן הוצע כי ינתן לתובעת בונוס עבור הזמנות חודשיות בכמות העולה על 1,300 מזרקים. יוזכר כי ההסכם לא כלל התניה לגבי כמות הזמנות מינימלית (השוו לענין **הרשטיק** בו בוטל חוזה הפצה ללא התחייבות למכירות בהיקף מינימאלי לאחר 18 שנים).

37. נושא היקף המכירות עלה בתכתובות בין הצדדים, תוך חילופי האשמות. בד בבד עם טענות הנתבעות בדבר מכירות דלות, העלתה התובעת טענות בדבר חוסר היענות הנתבעת לעמוד בהתחייבויותיה לספק חומרי פרסום וכיוצא בהם ואף ביצוע של מכירות שלא באמצעות התובעת ובאופן המנוגד לבלעדיות השמורה לתובעת על פי ההסכם (פרט למספר חריגים). עוד הלינה התובעת על חוסר השלמת אישורי רגולציה מצד הנתבעת (ר' למשל מכתב התובעת מיום 1.4.2018, נספח כ' למוצגי התובעת).

38. טענת הנתבעת באשר למכירות דלות של התובעת, אשר יצרו לה בעיית תזרים וקושי לעמוד בהתחייבויותיה, אינן חפות מקשיים נוספים, כפי שעלה בחקירתו הנגדית של הנתבע 3. כפי שהתברר, יתכן שהבעיות התזרימיות, ולמצער חלקן, נבעו גם מהעובדה שהנתבע 3 משך עמלות בשיעור 25% ואחר כך ,40% אשר עמדו על מאות אלפי שקלים, זאת בטרם זרמו ההכנסות לנתבעת:

"ש. ב- 2018 בדף השני לכרטסת, קיבלת מהחברה סך של 714,860 ₪ הכנסות.
ת. כן.
ש. עד מאי 2018 קיבלת בערך 300,000 ₪.
ת. כפי שרשום.

ש. תסביר לי איך זה שבאותה תקופה במאי 2018 ובמרץ, כשאנה מתלוננת שיש לה תזרים מזומנים בעייתיים והחברה עומדת בפני חדלות פירעון, אין אתה מושך את מאות הש"ח הנ"ל.

ת. היו עוד עסקאות, היא דיברה על תזרים גרוע של לקוח שעשה לנו הרבה צרות.

ש. היא לא דיברה על הלקוח, אלא על תזרים בעייתי באופן כללי.

ת. תאמין לי שהיא דיברה על הלקוח.

ש. כבן זוג של אנה ואיש שיווק, לא היתה לחברה בעיה של תזרים באותה תקופה?

ת. בעיה של תזרים היתה, כי אנה עם השיקים הדחויים שקיבלנו, היא משכה בשלב מאוחר יותר, ואני ביקשתי ממנה למשוך בשלב מוקדם יותר. כמי שלוקח 25% היא ויתרה לי."

(עמ' 37 לפרוטוקול).

ובהמשך:

"ש. אם משכת 700,000 ₪ ב- 2018 זה אומר שהחברה הרוויחה סך של כ 3 מליון ₪.

ת. כן, אבל בשיקים דחויים. הדיווח בספרים היה על בסיס מצטבר, ולא על בסיס מזומן."

(עמ' 38 לפרוטוקול).

דהיינו, הקשיים הכספיים שהכבידו על הנתבעת נבעו, בין היתר, מנכונותה של הנתבעת לשלשל לכיסו של הנתבע 3 את העמלות שביקש, בטרם נפרעו מלוא הסכומים בגין העסקאות שבוצעו.

39. הנתבעת 2 התייחסה לכמות המכירות הנדרשת בתצהירה, בו ציינה (בגדרי סעיף 26) כי יש צורך בכמות מינימום של מכירות בכדי שהעסק יתקיים. על כך נשאלה:

"ש. העדה מופנית לסעיף 26 לתצהירה, מצטט, אם יש כזה דבר וכזו מגבלה, איך לפני החתימה על ההסכם לא היה תנאי של מכסה מינימאלית, איך לא יידעת את התובעת על כך, כדי שהעסק שלך יתקיים, והעסק שלך תלוי במכסה מינימאלית של מכירות.

ת. הלכתי לחתימת חוזה בלי עו"ד. רמי ניסח את החוזה עם עורכת הדין שלו. לגבי הכמויות דיברנו קודם, הוא הבטיח שאין מה לדאוג והכמויות יעלו.

ש. איך לא רשמת סעיף בחוזה על כך.

ת. איני משפטנית, הטעות שלי היתה שהלכתי לעסקה ללא עו"ד, קראתי משהו אחד וחתמתי על משהו אחר.

ש. היכן טענת זאת בתצהירך? נכון שלא רשמת זאת

ת. כנראה שאין."

מחד, הנחיצות בכמות מכירות מינימאלית עולה עם שורת ההיגיון, וציפיית של הנתבעת לעליה בכמות המכירות הינה ציפייה לגיטימית, אך מצד שני, מדובר במוצר חדש בשוק תחרותי, סביר שהטמעת מוצר הינה הדרגתית, במיוחד במקרים שלא מדובר במצרך חיוני או מוצר "פשוט" שמכירתו כרוכה במאמצי שכנוע מיוחדים. העובדה שאין בהסכם התחייבות להיקף מכירות מינימלי, מלמדת שהצדדים היו מודעים לקשיים שעלולים להיתקל בהם במהלך השיווק. ככל שהיקף המכירות היה קריטי לקיום ההסכם היה על הנתבעים לדאוג לעיגון התנאים המתאימים בהסכם ואין להם אלא להלין על עצמם שלא עשו כך. הטענה כי לא נעזרו בשירותי עורך דין לאו טענה היא. הצדדים החליפו ביניהם טיוטות של ההסכם ואלה עברו שינויים ותיקונים לרבות בסעיפי ההתחייבויות, פיצוי מוסכם וסעיפים יסודיים (ר' נספח ג' למוצגי התובעת). מכל מקום, אין מחלוקת כי במהלך חלופת התכתובות בין הצדדים הסתייעו הנתבעים במשרד עורכי דין, זאת עוד טרם החתימה על התיקון להסכם, שלא כלל כל התייחסות להיקף המכירות אף הוא. יתרה מכך, היקף מכירות הוא תנאי מסחרי ודומיננטי בהסכם שיווק, מצופה מבעלי חברה ברמה של הנתבעת שהבינו היטב את משמעות העדר ההתחייבות להיקף מינימלי והסכימו לכך גם אם לא היו מיוצגים על ידי עורך דין. הטענה שהועלתה בהודעת הביטול (בסעיף 51), לפיה ההסכם הנו "חד צדדי", איננה מקובלת עלי. מדובר בהסכם מסחרי שבו ביקשו הצדדים לאמץ זכויות וחובות של שותפים עסקיים בתנאים מוגדרים ומוסכמים מראש. אין כל דרישה בדין ואף לא במערכת היחסים בין שותפים עסקיים לפיה על ההסכמים ביניהם לכלול התחייבויות זהות או מאוזנות, ואלה נגזרות בהתאם למטרותיהם העסקיות, לסיכונים העומדים בפניהם וליחסי הכוחות בין הצדדים.

40. עוד בהקשר זה, הנתבעת סירבה להוצאת אישור CE בהתאם להתחייבותה בסעיף 10.7 להסכם, באופן שהכביד על התובעת בביצוע מכירות. כך עולה ממכתבו של בא כח הנתבעים מיום 27.3.2018 (עמ' 36 למוצגי הנתבעים), בו נכתב בסעיף 17:

"ושוב, כל עוד אין מכירות, ולמצער המכירות הנן בכמות שיש כרגע, הוצאות אישור CE אינה על הפרק שכן מרשתי לא תוכל לעמוד בהוצאות הנוספות".

בעדותו הסביר רמי כהן כי הגופים הגדולים ביקשו אישורי CE ו-FDA ולא קיבלו, לכן הם אינם ברשימת הלקוחות.

41. עינינו רואות כי התובעת ביצעה מכירות של אלפי מזרקים, ללא התחייבות להיקף מינימאלי, והכל חרף טענותיה לגבי קשיים שהערימה הנתבעת ואי-עמידה בכל התחייבויותיה כגון הפצה בלעדית באמצעות התובעת, קבלת אישורי CE ו-FDA, ותמיכה שיווקית כמוסכם. משאין בהסכם התחייבות למכירות מינימאליות לא מצאתי שיש חשיבות בהכרעה לגבי האשם בהיקף המכירות שלא השביע את רצון הנתבעת. די בכך שהטענות היו הדדיות, התובעת העלתה טענות בעניין זה לאורך תקופת ההתקשרות, משנדחתה טענת הקנוניה, הרי שהאינטרס ההדדי של שני הצדדים הינו לגידול בהיקף המכירות.

ההליך הפלילי כנגד רמי כהן

42. בפתח הודעת הביטול מתייחסת הנתבעת אל ידיעות בדבר הליכים פליליים כנגד בתיה כהן, רמי כהן וכנגד התובעת ומייחדת חלק נכבד מהודעת הביטול לטענות אלה. בתוך כך מזכירה הנתבעת כי דווקא התובעת היא זו שביקשה ממנה מכתב בדבר חקירה כלפיה. למעשה, אין מחלוקת כי הנתבעים ידעו עוד בשלב הטרום-חוזי אודות החקירה שהתנהלה בפרשת "ישראל ביתנו" אליה נקשר שמם של רמי כהן ובתיה כהן. על כך הצהירה הנתבעת 2:

"במהלך התקופה הזו של לפני החתימה על ההסכם החלו להופיע פרסומים בתקשורת על פרשת השחיתות הגדולה בישראל ביתנו ועל פאינה קירשנבאום. קראנו את הכתבות והשם רמי כהן עלה ולכן שאלנו את רמי אם מדובר בו והוא השיב שכן" (סעיף 40 לתצהיר הנתבעת 2).

43. הנתבעת הייתה מודעת אפוא לחקירה, ואף אם נקבל את טענתה כי באותה העת השיב רמי כהן כי זו "רק חקירה" והוא "נקי כשלג", הרי שלו הוטרדה מהנושא מצופה שהייתה דורשת הבהרות בכתב כפי שדרשה ממנה התובעת, והתייחסות לסוגיה זו בהסכם. זאת

בפרט בנסיבות שבהן ההסכם התייחס לסוגיות אלה ודומות להן. אלא שדווקא הנתבעת היא זו שהצהירה בנושא זה, בסעיף 10.4 להסכם:

"החברה מצהירה כי נכון למועד חתימת ההסכם לא תלויות ועומדות נגדה ו/או נגד מי מבעליה ו/או נושאי המשרה בה תביעות משפטיות כלשהן או הליכים משמעתיים, מכל סוג ומין ביחס לפעילותה".

וביחס לזכויות הביטול התייחס ההסכם במפורש להליכים פליליים והקנה את זכות הביטול במקרים אלה אך ורק לתובעת, כך נקבע בסעיף 16.5 להסכם:

"בכל מקרה בו תיפתח כנגד החברה או מי מבעליה, לרבות אנה וליאור חקירה פלילית ו/או ינוהלו כנגדה הליכים פליליים כלשהם ו/או תוגש כנגדה קובלנה במשרד הבריאות ו/או לכל רשות מפקחת על פי הדין".

44. ידיעתה של הנתבעת אודות הפרסומים והחקירות והימנעותה מלעגן לעצמה זכות ביטול מקבילה בדומה לזכות שעיגנה לעצמה התובעת, מובילים למסקנה כי לא הייתה מסורה לה זכות ביטול בנסיבות שכאלה. למעלה מהדרוש, יש להעיר כי אף שמטבע הדברים היחסים בין הצדדים כללו מידה כלשהי של אמון הדדי, הנתבעת הסכימה, במסגרת סעיף 15 להסכם, כי התובעת רשאית להמחות את התחייבויותיה לגורם אחר, לא כל שכן התובעת הייתה חפשיה לבחור את אנשי השיווק שיועסקו על ידה. יש להוסיף כי גם במהלך התכתובות הרבות שהוחלפו בין הצדדים לאחר ששיתוף הפעולה יצא אל הדרך, הנתבעת לא העלתה טענות במישור אישי כלפי התובעת או מנהליה והשיח התרכז סביב היקף ותנאי הרכישות והרגולציה.

45. על אף שהודעת הביטול מתייחסת באופן מרכזי ולא מבוטל להליכים הפליליים, בחקירתה הנגדית הודתה הנתבעת 2 כי ביטול ההסכם לא נעשה בגלל כתב האישום:

"לא ביטלנו את ההסכם בגלל כתב האישום, אלא בגלל שרמי ניהל עסק של מדיקל דוויס ללא אישורים, ללא בקרת טמפרטורה ואיכות, ניהול אצוות, לא התנהל לפי איזו,

החברה שלי היתה בסכנת סגירה, והוא לא התנהל עם אישורים. צריך להיות בקרה על כל מזרק שיוצא מהמפעל. הוא מצא משווקים משניים, מסר את החומר שלי לאנשים אחרים."

(עמ' 44 לפרוטוקול).

46. הנתבעים ביקשו להתבסס על הכרעת הדין שניתנה ב-ת"פ 16512-08-17 בעניינו של רמי כהן בטרם הפכה חלוטה. בהחלטתי מיום 5.7.2021 קבעתי כי בהתאם לסעיף 42א(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, רק פסק דין פלילי חלוט יהיה קביל כראיה. לכך גם אוסיף את חוסר הרלוונטיות כשהודעת הביטול נשלחה שנים לפני ההרשעה.

סיכום ביניים – ביטול ההסכם

47. הודעת הביטול לא כללה את הארכה המוסכמת בת 14 הימים לתיקון ההפרה מיום שנדרש המפר לעשות כן. התובעת לא התייחסה לסוגיה זו, וממילא ניתן לראות את חלופת התכתובות בין הצדדים ובאי כוחם כממלאת את דרישה זו. להבדיל, התובעת טענה כי תקופת ההודעה המוקדמת בת 30 הימים שננקבה בהודעת הביטול לא כובדה על ידי הנתבעת.

48. מסקנת הביניים היא כי לא התקיימה הפרה יסודית של ההסכם מצד התובעת, המקנה לנתבעת את הזכות לבטל את ההסכם, וכי בדין נדחתה הודעת הביטול על ידה בנסיבות שזכות הביטול גם לא נכללה ברשימת המקרים המוסכמת (סעיף 16 להסכם). התוצאה הנובעת מכך היא כי ביטול ההסכם בפועל היווה הפרה בלתי מוצדקת כלפי התובעת.

התביעה כנגד הנתבעים 2-3

49. התביעה הוגשה גם כנגד הנתבעים 2-3, הנתבעת 2 הינה בעלת המניות בנתבעת ונטען שהנתבע 3, אף הוא בעליה של הנתבעת הגם שאינו רשום כבעל מניות. התובעת סברה כי יש להותיר את התביעה כנגד הנתבעים 2-3 על כנה גם לאחר שנושא זה עלה בקדם המשפט הראשון. התובעת טענה כי יש לחייב את הנתבעים 2-3 באופן אישי מכח היותם

בעלים ומנהלים של הנתבעת ועל יסוד הטענה כי ניהלו משא ומתן בחוסר תום לב, ניהלו חברה בלתי איתנה פיננסית תוך נטילת סיכון בלתי סביר וקיפוח התובעת כנושה.

50. ככלל, מודל האחריות המשפטית הנפרדת ועקרון האחריות המוגבלת מונעים הטלת חיוב אישי על בעל מניות או אורגן הפועל בשם חברה. עם זאת, בנסיבות מתאימות ומיוחדות ניתן לבסס עילת תביעה אישית נגד בעל מניות או נושא משרה בתאגיד. סעיף 6 לחוק החברות מסדיר את התנאים להרמת מסך ההתאגדות המפריד בין אישיותה המשפטית הנפרדת של החברה לבין בעלי מניותיה, על מנת להגן על נושי החברה מפני התנהגות לא נאותה של החברה ובעליה (ר' ע"א 8416/19 **עו"ד שלמה נס ורו"ח אלי שפלר מפרקי חברת אגרקסקו חברה לייצור חקלאי בע"מ נ' מדינת ישראל**, פסקה 30 (22.12.2021). כמו כן, התפתחו בפסיקה דוקטרינות חוץ-תאגידיות המאפשרות לייחס לאורגן של חברה או לנושא משרה בה, אחריות אישית בגין פעולותיו, מכח דיני הנזיקין או על יסוד הפרת חובת תום הלב במישור החוזי (ראו: ע"א 3807/12 **מרכז העיר אשדוד ק.א בע"מ נ' שמעון**, פסקה 60 - 65 (22.1.2015); ע"א 10362/03 **א. ברזני שירותים ועסקאות בע"מ נ' אחים בן רחמים (צפון) בע"מ**, פסקה 16 - 17 (20.10.2009)).

51. התובעת טענה כי הנתבע 3 הינו אחד מבעלי הנתבעת על אף שאינו מחזיק במניות (ר' עמ' 34 לפרוטוקול, ש' 11). במסגרת קו טיעון זה ניסתה התובעת לקשור בין טענתה זו לבין שלל טענות לרבות גירושיו של הנתבע, סכסוך עם חברת 'לומינרה', העובדה כי הנתבע 3 אינו רשום כעובד החברה, העובדה כי שם החברה "ל.י.א" כולל את שמו (בכך הודה), כי בסעיף 10.9 להסכם מופיע שמו לצד אנה באופן מפורש כ-"בעלים ו/או מנהלים" ולמעשה כי הוא הציג את עצמו כבעלים של הנתבעת (כך על פי תצהירם של רמי כהן וקרן סלע).

52. אין ספק כי הנתבע 3 הנו גורם מרכזי בפעילות הנתבעת שמא איש מפתח בחברה. הנתבעת נוסדה בעיצומו של הקשר האישי בין הנתבעים 2-3, הנתבע 3 היה מעורב במשא ומתן עם סלע מדיקל, לטענתו אף יזם את הקשר (עמ' 38 לפרוטוקול, ש' 24), השתתף בכל הישיבות, ומקבל עמלה בשיעור 40%. הנתבע 3 העיד כי הוא יועץ לנתבעת 2 אך היא

מקבלת את ההחלטות. באופן דומה העיד ביחס לפעילויות בעבר, מצד אחד התבטא באופן שמצביע על שותפות ("עבדתי עם אנה, היו לנו קליניקות לאסתטיקה") ומצד שני ציין כי הקליניקות היו שייכות לנתבעת 2 והוא היה מוציא חשבוניות בגין פעולות שיווק (עמ' 34 לפרוטוקול). באופן דומה התייחס למערכת היחסים עם הכימאי יוני ללוש בהתבטאו "לקחנו אותו", "הוא בא לעשות לנו את התשתית", "כדי שייעץ לנו טכנית", ואף גילה בקיאות ביחס לזכויותיו של ללוש: "בעתיד היה אמור לקבל 25%" (עמ' 35 לפרוטוקול). עוד הוסיף הנתבע 3 והעיד כי שם החברה מורכב משמותיהם הפרטיים של הנתבעים 3-2: "השם של החברה הוא ליאור – ל.י. ואנה" והוסיף כי: "אין לי מניות, **כשרשמנו** את החברה הייתי בעיצומו של הליך פשיטת רגל" (עמ' 36 לפרוטוקול, ההדגשה שלי – א' ק' ב').

הנתבעת 2 הצהירה, באופן שאינו מתיישב לחלוטין עם עדות הנתבע 3, כי אין לנתבע 3 כל זיקה לחברה והוא מעניק לה שירותי שיווק על בסיס חשבוניות. יאמר כבר עתה כי לא עלה בידי התובעת להוכיח שהנתבע 3 הנו בעלים של הנתבעת. עם זאת, לא התרשמתי כי לנתבע 3 אין כל זיקה מעשית לנתבעת. יש לדחות את טענת הנתבעים לפיה לנתבע 3 אין כל עמדה בחברה והוא "רק" בן הזוג של הנתבעת 2. הוכח כי תפקידו של הנתבע 3 דומיננטי בפעילות הנתבעת, כך אף התרשמתי באופן בלתי אמצעי במהלך הדיונים בהליך. עם זאת, אין בכך כדי לקבוע שהנתבע 3 הנו מבעלי הנתבעת לצד הנתבעת 2. ודוק, גם אילו היתה מוכיחה התובעת כי הנתבע 3 הנו בעל מניות בנתבעת – לא היה די בכך כדי לייחס לו אחריות אישית כלפי התובעת בשל מודל האחריות המשפטית הנפרדת. התובעת עצמה נאחזה בנימוק זה לצורך הדיפת הטענה בדבר ההליכים הפליליים כנגד בתיה ורמי כהן (ר' סעיף 61 לסיכומי התובעת). בשולי סיכומיה טענה התובעת בשפה רפה ולקונית כי הנתבעת מתנהלת "במימון דק" וממילא לא עלה בידה לבסס את התשתית העובדתית הנדרשת המצדיקה סעד של הרמת מסך. התובעת אף לא ביססה את אחריותם האישית של הנתבעים 3-2 לנזקיה בהתאם "למסלול הנזיקי" או "למסלול

החוזי" של הדוקטרינות לעיל, וטענה באופן סתמי בשולי סיכומיה כי התרשלו. לפיכך דינה של טענת התובעת כי יש לייחס לנתבעים 2 ו-3 אחריות אישית – להידחות.

אוסיף בשולי דברים אלו כי שמה של הנתבעת 2 מופיע בכותרת ההסכם לצד הנתבעת אולם לא יועד לה מקום חתימה אישי בתחתית ההסכם. שמה של הנתבעת 2 נפקד כצד לתיקון להסכם. למעשה כתב התביעה התייחס להתקשרות בין "התובעת" ו"הנתבעת" (סעיף 6 לכתב התביעה) באופן שמוביל למסקנה כי לא היה בכוונת הצדדים כי הנתבעת 2 תהווה צד עצמאי וישיר לחוזה אלא רק כנציגת הנתבעת.

<u>הנזקים והפיצויים עקב ההפרה</u>

53. משקבעתי כי הנתבעת הפרה את ההסכם עם התובעת, אדרש לשאלה השנייה והיא כימות הפיצויים לה זכאית התובעת עקב נזקיה מביטול ההסכם.

54. ככלל, הנפגע זכאי לפיצויים לכיסוי הנזק שנגרם לו (סעיף 10 לחוק התרופות). מטרתם של הפיצויים הינה להעמיד את הנפגע באותו מצב שבו היה נתון אילו החוזה היה מקוים, לרבות מניעת רווח, מתוך הגנה על "אינטרס הציפיה" או "אינטרס הקיום" (דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** ד' 531 (2011) (להלן: "**פרידמן וכהן**")). בצד אינטרס הקיום מוכר גם "אינטרס ההסתמכות" שמטרתו לשפות את הנפגע על הוצאות ונזקים שנגרמו לו בהסתמכו על התחייבות לקיום החוזה ולהעמידו במקום שהיה עומד בו לולא נכרת החוזה (ע"א 3666/90 **מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה** (22.7.1992)). בהקשר לכך נפסק ב-ע"א 4232/13 **אנגלו סכסון סוכנות לנכסים בע"מ נ' אלי בלום**, פסקה 19 (29.1.2015) (להלן: "**ענין אנגלו סכסון**"):

> **"פיצויי קיום על פי סעיף 10 לחוק התרופות נועדו להעמיד את הנפגע במצב בו היה אלמלא ההפרה, והגדרת "נזק" בסעיף 1 לחוק התרופות, כוללת גם רווח שנמנע מהנפגע עקב הפרת החוזה (ע"א 11173/02 אלוניאל בע"מ נ' זאב בר בנין ופיתוח 1994 בע"מ, [פורסם בנבו] פסקה 7 והאסמכתאות שם (3.4.2006) (להלן: עניין אלוניאל);**

שלו ואדר, בעמ' 45-46; פרידמן וכהן; בעמ' 531, 538).
על הנפגע להביא ראיות להוכחת שיעורו של הנזק הנטען במידת ודאות סבירה בנסיבות העניין. כאשר הנזק הוא כזה שמעצם טיבו קיים קושי להעריך את היקפו, יכול הנפגע להסתפק בהוכחת הערכה מקורבת בדבר שיעור ההפסד שנגרם לו (שלו ואדר, בעמ' 349).״

55. התובעת מיקדה את עילת הפיצויים בסעיף 10 לחוק התרופות ובדרישתה לפיצויי קיום בגין תקופה בת 9 שנים וחודש, שנותרה עד לתום התקופה המינימאלית לקיום החוזה בת 10 שנים. בהתאם לחוות הדעת שהגישה התובעת, אבדן רווחיה ב-9 השנים שנותרו לקיום החוזה עומד על סך 3.27 מיליון ₪ ויש לפסוק סכום זה בצירוף מע"מ בגינו. נוסף על כך טוענת התובעת כי היא זכאית לפיצויי הסתמכות בגין הנזק הישיר שנגרם לה המסתכם בסך 408,003 ₪ בצירוף מע"מ. התובעת הוסיפה כי לאחר ביטול ההסכם הנתבעת המשיכה למכור את המוצרים ללקוחות שהתובעת גייסה ובכך לא רק שהפרה את ההסכם אלא קטפה את פרי עמלה של התובעת. לפיכך זכאית התובעת לטענתה לפיצויים בגין עשיית עושר ולא במשפט.

56. האפשרות לפסוק פיצוי בגין אבדן רווחים עקב הפרת חוזה, לרבות כימות הפיצוי על דרך האומדנה, הוכרה בפסיקה לא אחת. כך למשל נקבע במקרה של הפרת הסכם שיווק בענין ע"א 5620/16 **אופטיקה הלפרין בע"מ נ' Luxottica Group Spa**, (21.1.2020) (להלן: "**ענין אופטיקה הלפרין**"), אופטיקה הלפרין התקשרה עם חברת לוקסאוטיקה האיטלקית לצורך שיווק מוצרי אופטיקה בישראל. בשלב מסוים חתמו הצדדים על הסכם בלעדיות (הנושא עמוד אחד), לשיווק מסגרות מסוימות. כשנה לאחר החתימה על ההסכם הודיעה לוקסאוטיקה להלפרין על ביטול הסכם הבלעדיות הואיל והלפרין לא עמדה בהתחייבותה לרכוש 20,000 יחידות בשנה, כפי שנקבע בהסכם. בהמשך אפשרה לוקסאוטיקה להלפרין לשמור על זכות הבלעדיות לתקופה נוספת בכפוף לרכישת כ-8,000 מסגרות נוספות באותה שנה. הלפרין סירבה להצעה ובהמשך תבעה את לוקסאוטיקה וטענה כי לוקסאוטיקה היא זו שהפרה את ההסכם בהודעת הביטול

ומשכך חייבת להלפרין פיצויים. יש לציין כי המחלוקת נסבה, בין היתר, סביב השאלה האם דגם מסויים של מסגרות אותו הזמינה הלפרין נכלל בכמות היעד השנתית או לא, בפרט שעה שלוקסאוטיקה לא העלתה טענה בדבר קצב הרכישה האיטי ולא התריעה בדבר אי-עמידה בכמות היעד אלא ככל הנראה ביטלה את ההסכם עקב הערכה מחודשת בדבר כדאיות העיסקה. בסופו של יום נקבע כי הלפרין עמדה בכמות היעד המסכמת וזכאית לפיצויים בגין אבדן רווחיה בתוספת מע"מ עקב ביטול החוזה.

הוכחת הנזק

57. התובעת התבססה על חוות הדעת של הכלכלן דוד קפון (להלן: "**קפון**"). הרכיב הראשון בחוות הדעת נושא את הכותרת "נזק ישיר – הוצאות ישירות וחד פעמיות". רכיב זה כולל הוצאות עבור משכורות עובדים והנהלה, הדרכות, דוגמאות לרופאים, פרסום, אחסנה, הוצאות משרדיות והוצאות משפטיות עקב הסכסוך עם הנתבעת. לבד מההוצאות המשפטיות, המדובר במכלול הוצאות החיוניות לתפקודה של התובעת. אין ספק כי חלק מההוצאות שימשו את התובעת בייצור הכנסתה בפועל ואילו חלקן ירדו לטמיון עקב הפרת החוזה. מדובר בהוצאות שיש לראותן כהוצאות "הסתמכות" אשר נגרמו לתובעת עקב התקשרותה בהסכם. התובעת לא הסתפקה בתביעת הוצאות אלה אלא דרשה בנוסף פיצויי בגין אבדן הכנסות עתידיות. ההוצאות הישירות היו נגרמות לתובעת גם אם ההסכם היה מקוים. בנסיבות עניינו, שבהן פיצויי ההסתמכות אינם נתבעים חלף פיצויי הקיום ועל פניו הם נופלים מהם, איני סבורה כי יש מקום לפסוק לזכות התובעת את הנזקים הישירים המבוקשים. ודוק, לא מדובר בהוצאות שנבעו לשם הקטנת הנזק אלא הוצאות לצורך קיום העסק. הוצאות תפעול העסק ילקחו בחשבון בחישוב הפסד ההכנסות העתידיות שיחושבו בניכוי ההוצאות. ההוצאות המשפטיות שכללה התובעת במסגרת הנזק הישיר כוללות אסופת הוצאות לרבות עלויות הכנת ההסכם, עלויות הנובעות מהסכסוך עם הנתבעת ועלויות חוות הדעת. ביחס להוצאות המשפטיות יש להפריד בין הוצאות הדומות במהותן להוצאות ההסתמכות אשר נועדו לקיום ההסכם, אלה נדונו לעיל ואיני מוצאת לקבלן מאותו הנימוק. ביחס להוצאות

המשפטיות הקשורות בסכסוך בין הצדדים, אלה תילקחנה בחשבון במסגרת ההוצאות שיפסקו בפסק הדין.

58. הרכיב השני בחוות דעת קפון מתייחס לאבדן ההכנסות שנמנעו מהתובעת כתוצאה מביטולו של ההסכם ואלה חושבו בחוות דעת קפון לתקופה של 10 שנים על פי המתודולוגיה הבאה. הכנסות התובעת במחצית שנת 2018, עד לביטולו של ההסכם, עמדו על סך 411,000 ₪ ובהתאם לכך הוערך מחזור המכירות למחצית השניה של שנת 2018 באותו היקף כך שסך המכירות הצפויות בשנת 2018 הועמד על סך 822,000 ₪. ביחס לשנתיים הבאות העריך קפון כי מחזור המכירות של התובעת יצמח בשיעור של 30% מדי שנה וזאת על בסיס תמחור אטרקטיבי ותוספת מזרק הקלציום לסל המוצרים ומאפייני צמיחה טבעית של חברות בהתפתחות. ביחס לשנתיים אחר כך הניח קפון גידול מתון יותר במכירות בשיעור 15% והחל מהשנה הששית ועד השנה העשירית הניח קפון גידול שנתי בשיעור 10% כמקובל בהערכות כלכליות לעסק חי, לשיטתו. קפון העריך את שיעור הרווח הגולמי בשיעור 45% (165 ₪ מכירה, 75 ₪ רווח) על בסיס מחירי הקניה (90 ₪) והמכירה (165 ₪) של המזרקים למשך השנה השנייה והשלישית ובהמשך, החל מהשנה הרביעית ואילך הניח רווח גולמי מתון במעט בשיעור 40%, על בסיס הגידול בתחרות בתחום ההזרקות האסתטיות. את שיעור הוצאות ההנהלה וכלליות (הוצאות שכר, הוצאות משרדיות וכלליות, הוצאות הפצה, לוגיסטיקה, אחסון ושילוח) העמיד קפון על 22.5% ממחזור המכירות על בסיס הוצאות ששולמו בשנת הפעילות הראשונה. קפון ציין כי לא לקח בחשבון הוצאות שיווק ופרסום והוצאות ביטוח אחריות מקצועית תחת ההנחה שהנתבעת תישא בהן. בהתאם לכך, אבדן הרווח המצטבר ב-9 השנים שנותרו לקיום החוזה הוערך בסך 3.27 מיליון ₪.

59. הנתבעים התבססו על חוות דעתו של רואה החשבון אייל סימן טוב (להלן: "**סימן טוב**"). על פי חוות הדעת של סימן טוב, לתובעת אין זכות לתבוע אובדן רווחים עתידיים נוכח תקופת ההסכם הקצרה ונוכח ביצועיה של התובעת בתקופה זו. לטענת סימן טוב, ההערכות של קפון בדבר גידול מחזור המכירות של התובעת הן שרירותיות ולא נשענות

על נתונים כלשהם ואף לא לקחו בחשבון את התקופה של מגפת הקורונה. לטענת סימן טוב דווקא קיימת ירידה בהכנסות אצל רוב החברות. גישת קפון בדבר "צמיחה טבעית" הינה משוללת יסוד שכן פרמטרים רבים קובעים את מגמת הצמיחה של החברה.

הקטנת הנזק

60. סעיף 14(א) לחוק התרופות קובע את הכלל בדבר חובת הקטנת הנזק:

> **14. הקטנת הנזק**
>
> **(א) אין המפר חייב בפיצויים לפי סעיפים 10, 12 ו-13 בעד נזק שהנפגע יכול היה, באמצעים סבירים, למנוע או להקטין.**
>
> **(ב)...**

61. על התובעת חלה חובת הקטנת הנזק, כפי שטוענים בצדק הנתבעים (ר' בסעיף 349 לסיכומי הנתבעים). המוצרים מושא ההסכם הינם מוצרים ייחודיים ולכן מצופה היה מהתובעת כי לא תשב בחיבוק ידיים אלא תציע את שירותיה ללקוחות אחרים או תפעל בכל דרך סבירה אחרת (ר' ענין **אנגלו סכסון**, פסקה 29). עם זאת, הנטל להוכיח כי הנפגע לא עמד בחובת הקטנת הנזק מוטל על המפר (ר' בפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה ח' מלצר (כתוארו אז) **בענין אופטיקה הלפרין**, פסקה 4). הנתבעים טענו בסיכומיהם כי התובעת לא עשתה כל פעולה כדי לצמצם את נזקיה. איני סבורה כי הנתבעים הרימו את נטל הראיה הרובץ על שכמיהם להוכחת טענתם. אין מחלוקת כי ההסכם הינו א-סימטרי במובן שהתובעת הינה מפיצה בלעדית של מוצרי הנתבעים אולם התובעת ומנהליה אינם מוגבלים למתן שירותים רק למוצרי הנתבעת. על פי ההסכם (סעיף 9.5), התובעת רשאית להתקשר עם חברות אחרות לצורך שיווק מוצרים נוספים (ובלבד שאין ניגוד עניינים עם חומרי הנתבעת). בהקשר זה העיד רמי כהן:

"ש. אם כך, התובעת לא עשתה שום דבר בזמן הפנוי שנוצר לה כדי לנסות ולהביא הכנסות אחרות לאחר שבוטל ההסכם. האם נכון?
ת. בשנים 2004 עד 2013, שלושת המסגרות שאמרתי, כולל התובעת עבדו עם 140 חברות. לאחר שבוטל ההסכם, במאי 2018, בתיה ואני המשכנו מאותו תאריך לעשות

פעילות נוספת שהמסגרת הרשמית שלה היתה ברק רעות השקעות. הפעילות כללה ייעוץ לגופים אחרים, שיווק של מוצרים אחרים והשקעה בחברה טכנולוגית מתקדמת מאד."

(עמ' 21 לפרוטוקול).

ובהמשך העיד רמי כהן:

"אני בן 70 ובשנות חיי הרבות עסקתי בשיווק, לרבות שיווק רפואי, וגם כיום אני עוסק בשיווק רפואי ברמה של מכשיר לגילוי קורונה ששיכללנו ופיתחנו ומשרד הבריאות של מדינת ישראל ומערכת הביטחון, ושלוש מדינות כבר רכשו אותו, זה מעין משרוקית. אני עסקי בעבר בשיווק של ציוד והבאתי כמה דוגמאות... לא עשינו את השיווק הרפואי תחת המעטה המשפטי של התובעת. בחלק הזה של שיווק ציוד רפואי שעבדתי מול סלע מדיקל למשל, עשינו זאת דרך חברת ברק רעות למשל. הפנינו את תשומת ליבה של עורכת הדין לעניין הזה. זה היה סוג של פתרון שלבעלי המניות יש ניסיון. בשיחות שהיו לנו עם הנתבעת ובן זוגה, אמרנו זאת."

(עמ' 23 לפרוטוקול).

62. למעשה, גם בזמן אמת הנתבעים היו מודעים לפעילויות נוספות של רמי כהן. כך עולה למשל מתצהירה של הנתבעת 2 (סעיפים 49 – 50):

"ביום 21.12.17 נערכה פגישה עם רמי כהן בהשתתפות עו"ד יריב מדר, ליאור ואני וכן רמי כהן.

הפגישה התקיימה בהרצליה, במשרדי חברת novatrans, Tera Agriculture ltd. (Israel). רמי כהן טרח לתת לנו כרטיס ביקור שלו שם הוא רשום כ" executive echairman" והסביר לנו שהוא המנהל ושמדובר בחברת סטרטאפ מוצלחת שיש לה הרבה השקעות מהמדינה".

63. מלכתחילה היה מוסכם בין הצדדים, חוזית וכך גם על פי התנהגותם, כי התובעת וכן רמי כהן יהיו רשאים לבצע פעילויות נוספות במסגרות אחרות ובלבד שלא ייווצר ניגוד עניינים. לפיכך לא מצאתי כי יש מקום להפחית מנזקה של התובעת רווחים שהופקו מפעילויות אחרות, בדומה לעקרון "אבדן המחזור העסקי" ("Lost Volume") הואיל וניתן היה לבצע את מכלול הפעילויות – כולל הפצת מוצרי הנתבעת, כפי שבוצעו עד

ביטולו של ההסכם (ר' **פרידמן וכהן**, ע' 592, ענין **אופטיקה הלפרין**, פסקה 3 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (כתוארו אז) ח' מלצר; פס' 9 – 11 לפסק דינו של כב' השופט י' אלרון).

כימות הנזק

64. ביחס לדרך חישוב נזק מסוג אובדן רווחים באמצעות אומדן נפסק בעניין **אנגלו סכסון** (אשר התמקד בהערכת שווי הזיכיון שבוטל שעה שהסוכנות עצמה נותרה בידי בלום):

> **"אכן, אין מדובר בדרך אופטימלית לחישוב אובדן הרווחים עקב שלילת הזיכיון, ויש בחישוב זה ממד השערתי-ספקולטיבי. עם זאת, לעיתים, כאשר עסקינן בראש נזק של אובדן רווחים יש קושי להעריך נזק עתידי שטרם השתכלל. לכך השלכה על אופן כימות הנזק שנעשה בהסתמך על הערכות, חוות דעת מומחים ואומדן. יש אפוא מצבים בהם ראוי להקל עם הנפגע המבקש לזכות בפיצויים בגין ראש נזק זה, תוך מתן שיקול דעת לבית המשפט לאמוד את שיעור ההפסד (עניין אלוניאל, פסקה 7 והאסמכתאות שם; ע"א 646/85 יצירות ברנע בע"מ נ' דניה חברה לפיתוח בע"מ, פ"ד מב(2) 793, 800-799 (1988); ע"א 1229/97 איי.אמ.איי. – שיווק והשקעות בינלאומיים בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נג(4) 657, 663 (1999))."**

65. התובעת העריכה את נזקיה על פי שני ראשים כאמור, נזקים ישירים בשנה הראשונה ונזקים בגין אבדן הכנסה ליתרת 9 שנות ההסכם. כפי שציינתי, בהינתן פיצויי קיום לא מצאתי בנסיבות העניין כי יש מקום לתשלום פיצויי הסתמכות. זאת ועוד, איני סבורה כי יש מקום לתשלום פיצויי קיום עבור כל תקופת ההסכם בת 10 שנים. ראשית, מדובר על הסכם שנכרת לתקופה ממושכת ויש בתחזית ההכנסות שהציגה התובעת מידה לא מבוטלת של ספקולטיביות. אין כל וודאות כי המוצרים יוסיפו להימכר בקצב כזה או אחר ויתרה מכך, אין כל וודאות ביחס ליציבות העסקית של הצדדים בפרט שמדובר

במוצרים ייחודיים ולא במוצרי צריכה בסיסיים. מכל מקום, נתונים אלה לא הוכחו. כידוע, וכפי שצוין בפתח הדברים, גם חוזים שנכרתו לתקופות לא מוגבלות אינם חסינים מביטול. שנית, הצדדים עצמם התייחסו לתנאי ביטול ההסכם ובהקשר זה ראוי להפנות זרקור לסעיף 18.1 אליו התייחסה התובעת, וזו לשונו:

"18. פיצויים מוסכמים

18.1 מבלי לפגוע בכל התחייבויות החברה על פי הסכם זה ובסעדים המוקנים למפיץ על פי הסכם זה ו/או על פי כל דין, החברה מתחייבת לא להפר הסכם זה לפחות חמש שנים מיום חתימתו.

18.2 הצדדים מסכימים כי למפיץ תהיה שמורה הזכות לתבוע פיצוי לאחר הערכה שקולה וזהירה של הנזק הסביר אשר יגרם למפיץ כתוצאה מהפרה של הסכם זה".

אמנם הצדדים קצבו את תקופת החוזה ל-10 שנים עם הארכה אוטומטית לתקופות נוספות בנות 5 שנים, אולם במסגרת סעיף 18 גילו דעתם, במפורש ובאופן ספציפי, כי הנתבעת מחויבת שלא להפר את ההסכם בחמש השנים הראשונות תוך פיצוי התובעת בהתאם. פרשנות זו מתיישבת עם לשונו של החוזה ותואמת את המשמעות הפשוטה העולה מקריאתו (ר' דנ"א 8100/19 **ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ**, פסקה 13 (19.4.2020)). יצוין כי מיקומו של סעיף 18.1 תחת פרק "פיצויים מוסכמים" מחזק פרשנות זו. נראה כי החוזה נוסח בכובד ראש ובמחשבה כפי שניתן ללמוד מהעובדה שההסכמות לוו במשלוח טיוטות טרם הגיעו הצדדים לעמק השווה. עיון בטיוטות השונות (נספח ג' למוצגי התובעת) מלמד כי נוסחן כלל פיצוי מוסכם בסכומים של 500,000 ₪, 1,000,000 ₪, 800,000 ₪ כאשר לבסוף, חלף נקיבת סכום פיצוי, נקבעה תקופת קיום בת 5 שנים. לשון ההסכם מתיישבת אפוא עם אומד דעת הצדדים. במקרה בו הנתבעת תפר את ההסכם יהא עליה לשאת בפיצויים, סביר כי אלה יוערכו על פני תקופת קיום בת 5 שנים. בנסיבות שבהן ההסכם בוטל כ-10 חודשים לאחר

שנחתם, כאשר פרק זמן זה כלל תקופות בהן הנתבעת סירבה לספק מוצרים לתובעת, **ראיתי להעמיד את תקופת הפיצוי על 4.5 שנים** נוספות ממועד הביטול.

66. לשם אומדן הפיצוי אתייחס להיקף המכירות המשוער, נתוני צמיחה, הרווח הגולמי, בקיזוז שיעור ההוצאות שהייתה מוציאה התובעת בתפעול העסק.

אציין כי קפון העריך בחוות דעתו גידול בתחרות בשוק ההזרקות האסתטיות ולפיכך הפחית את שיעור הרווח הגולמי של התובעת מ-45% ל-40% החל מהשנה הרביעית ואילך. עם זאת קפון העריך כי התובעת תצמח באופן קבוע ובשיעור שנתי פוחת בין 30% ל-10% במשך 10 שנים. צמיחה זו של עסקי התובעת על רקע התחרות הגוברת בשוק לא הוסברה די צרכה, לא השתכנעתי בסבירותה. סימן טוב חלק על הערכות קפון אך לא הציג כל נתון אחר מצדו ואף לא ביסס את אי-הסכמתו להערכות קפון. את מחיר המכירה של מזרק העמיד קפון על סך 165 ₪. סימן טוב חלק על נתון זה, הגם שהערכה זו דווקא עולה מהאסמכתאות שצורפו לחוות דעת קפון. עם זאת, סימן טוב עצמו השתמש בנתון שנקב בו קפון והעריך את הרווח הגולמי בפועל על בסיס מחיר קניה של 85 ₪ ומחיר מכירה של 165 ₪ בו נקב קפון, דהיינו רווח גולמי בשיעור 48% (על בסיס החישוב: 165 ₪ מכירה, 80 ₪ רווח). הרווח הגולמי שהעריך סימן טוב גבוה יותר אף מהרווח הגולמי שהעריך קפון. עם זאת סימן טוב העריך את מחזור המכירות בפועל בגובה 676,500 ₪ על בסיס מכירת 4,100 מזרקים (4,100 X 165 ₪) ורווח גולמי בסך 328,000 ₪. ניתן להסביר פערים אלה בין המומחים בכך שקפון התייחס לתקופת דו"ח שנתי ואילו סימן טוב התייחס לתקופת חיי ההסכם המצויה בין מחצית שנת 2017 למחצית שנת 2018. כמו כן, קפון לקח בחשבון את עליית מחיר המזרקים ולכן הציג רווח גולמי בשיעור 45% הנמוך יותר מהרווח הגולמי שהציג סימן טוב. לצורכי אומדן ההכנסות העתידיות מצאתי כי שיטת קפון מתאימה יותר ממספר סיבות. ראשית, נשענת על שנת 2018 שהיא תקופה בה המכירות היו בעיצומן חלף התבססות על מכירות עוד מימיו הראשונים של ההסכם כפי שעשה סימן טוב. שנית, קפון מתייחס לעליית מחיר

רכש המזרקים ומציג רווח גולמי "מעודכן" שעה שאינו מתבסס על עלייה במחיר המכירה באופן שעשוי היה להגדיל את שורת הרווח של התובעת.

67. החישוב יעשה אפוא על בסיס נקודת המוצא של היקף המכירות המשוער עבור שנת 2018 באופן שיעמוד על 822,000 ₪ על פי שיטת קפון. איני מקבלת את שיעורי הצמיחה השנתית בהם נקב קפון (30% בשנתיים הראשונות, 15% בשנתיים הבאות, 10% בשנים אחר כך) משלא הושתתו על אדנים מוצקים. לאחר ששקלתי את השפעת מגפת הקורונה על היקף המכירות (בשים לב לעדויות לכאן ולכאן) וכן את השפעת ההליך הפלילי בעניינו של רמי כהן בד בבד עם התבססות מערך השיווק של התובעת, מסקנתי כי יהיה ראוי להעריך את שיעור המכירות השנתי ככזה הכולל צמיחה חד פעמית בשיעור מינימאלי של 10%, היינו מכירות שנתיות בהיקף 904,200 ₪.

הגם שסימן טוב לא סתר את שיעור הרווח הגולמי שהציג קפון ונהפוך הוא, ראיתי לנכון להתבסס על רווח גולמי מעט נמוך יותר בשיעור 40%, זאת ביחס לכל תקופת האומדן. כמו כן, הגם שסימן טוב לא הציג כל נתון מצידו ביחס להיקף המכירות העתידי, לא מצאתי לקבל את שיעורי הצמיחה שהציג קפון. הואיל ופעילות התובעת עודנה היתה בתחילתה, אכן לא מן הנמנע כי הייתה צומחת אולם צמיחה זו לא הוכחה ואין לה על מה שתישען.

ביחס להוצאות ההנהלה וכלליות (בהתאם לפירוט ההוצאות בחוות דעת קפון) העמיד קפון את שיעור ההוצאות על 22.5% ממחזור המכירות. לשיטת סימן טוב עמדו סך ההוצאות הרלוונטיות שהוציאה התובעת על 155,242 ₪ מתוך מחזור מכירות של 676,500 ₪ דהיינו 22.9%. בנסיבות העניין מקובלת עליי הערכת קפון גם ביחס להערכת ההוצאות בשיעור 22.5% (מה גם שאינן כוללות הוצאות הדרכה, אשר צפויות לרדת ככל שנתח השוק אינו צומח).

68. לפיכך הנתונים יוערכו כדלקמן:

היקף מכירות שנתי:	₪ 904,200	
שיעור רווח גולמי 40%:	₪ 361,680	= ₪ 904,200 x 0.4
הוצאות שנתיות 22.5% מהיקף המכירות השנתיות:	₪ 203,445	= ₪ 904,200 x 0.225
רווח שנתי שולי: (17.5% מהיקף המכירות)	₪ 158,235	= ₪ 361,680 - ₪ 203,445
סה"כ הרווח ל-4.5 שנים:	**₪ 712,057**	**= ₪ 158,235 x 4.5**

69. בנסיבות שהתקופה הרלוונטית היא בין מחצית שנת 2018 ועד מחצית שנת 2023 לא ראיתי צורך לשערך או להוון את הסכומים לאור מועד מתן פסק הדין, בפרט שלא היה שינוי משמעותי במדד המחירים לצרכן בתקופה זו. כל הסכומים בחוות דעת קפון לא כללו מע"מ לפיכך לסכום זה יש להוסיף מע"מ.

עשיית עושר

70. בשולי הדברים אתייחס לטענת התובעת כי היא זכאית לפיצויים מכח עילת עשיית עושר, בנסיבות שהנתבעת קטפה את פרי עמלה. הדין מכיר במנגנונים שונים, לעיתים מקבילים, אשר עשויים להוביל לפסיקת פיצויים במקרים שונים. סעיף 6(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט קובע כי "הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון ואין הסכם אחר בין הצדדים". הוראה זו אך מבטאת את העיקרון לפיו דין ספציפי גובר על דין כללי (ר' ע"א 206/20 **טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ נ' טי.אנד.אם גושן - שירותי ביטחון בע"מ**, פסקה 72 (13.12.2021); ד"נ 20/82 **אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד גונ'ס ג.מ.ב.ה.** (11.2.1988) (להלן: "**עניין אדרס**")).

ניתן להשקיף על הסוגיה בענייננו דרך דיני החוזים ודרך דיני עשיית עושר. בהקשר זה נפסק ב-רע"א 1099/21 **הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אקסטרה פיתוח וייזום בע"מ**, בפסקה 41 (17.11.2021) (להלן: "**ענין הרמטיק**"):

> **הלכת אדרס מחזקת את ההגנה הניתנת לזכות החוזית, על ידי כך שהיא מקנה לנפגע מהפרת חוזה, מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, סעד נוסף על אלה שנקבעו בדיני החוזים: האפשרות לתבוע את הרווחים שהמפר הפיק עקב הפרת החוזה"**

בענין **הרמטיק** אבחן כב' השופט ע' גרסוקופף בין רווחי מכירה לצד ג' לפני שהחוזה בוטל, כפי שהיה בענין **אדרס**, ובין רווחי מכירה לצד ג' לאחר שהחוזה בוטל (ר' ענין **הרמטיק**, בפסקה 43). לעיתים, המכירה לצד ג' שלובה בביטול החוזה והיא הגורם לביטולו. בענייננו, החוזה בוטל שלא כדין ולאחריו הוסיפה הנתבעת למכור את המוצרים שלא באמצעות התובעת. עם זאת, משהתובעת מיקדה את ראיותיה ותחשיביה בפיצויי קיום חוזיים, מתייתר הדיון בפיצוי מכח עילת עשיית עושר, מה גם שהיקפו לא הוכח.

סוף דבר

71. על יסוד כל האמור, התביעה כנגד הנתבעת מתקבלת אפוא בחלקה. הנתבעת תשלם לתובעת פיצוי בסך **712,057** ₪ בצרוף מע"מ.

72. התביעה כנגד הנתבעים 2 ו-3 נדחית. במכלול נסיבות העניין ולאור קבלת התביעה כנגד הנתבעת בלבד, תישא הנתבעת בשכר טרחת עורך דין ובהוצאות מופחתות לזכות התובעת בסך 60,000 ₪.

התשלומים ישולמו תוך 30 יום מהיום שאם לא כן ישאו הפרשי הצמדה וריבית כחוק.

ניתן היום, ד' אדר ב' תשפ"ב, 07 מרץ 2022, בהעדר הצדדים.



אירית קלמן ברום, שופטת

1