

בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"א 2044-02-23 ליל מונקי בע"מ נ' תפנפלטט בע"מ

לפני כבוד השופט חננאל שרעבי

התובעת	ליל מונקי בע"מ, ח.פ. 515034908 ע"י ב"כ עו"ד ר. ברעם
--------	--

נגד

הנתבעת	תפנפלטט בע"מ, ח.פ. 511032625 ע"י ב"כ עו"ד י. אבן
--------	---

כתבי עת:

יהודה אדר, "הקטנת נזק ואשם תורם — הילכו שניים יחדיו", משפט ועסקים, י (תשס"ט) 381

ספרות:

יעקב קדמי על הראיות - חלק ראשון - הדין בראי הפסיקה

חקיקה שאוזכרה:

פקודת הנזיקין [נוסח חדש]

חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973: סע' 25(א)

חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970: סע' 14(א)

מיני-רציו:

* נדחתה תביעה של חברה העוסקת בייצור ושיווק מתקני פעילות לילדים, נגד חברה אשר ייצרה עבורה מוצרי הרכבה, בטענה שאספקת מוצרים ארוזים עם פריטים חסרים גרמה לתובעת נזקים משמעותיים; נקבע, כי לנוכח התנהלותה, רובץ על התובעת אשם תורם בשיעור גבוה, בצירוף אי-עמידה בחובה להקטין את הנזק; ומכל מקום, בנסיבות העניין לא הוכחו הטענות נגד הנתבעת במישור האחריות והנזק.

* חוזים — הפרה — פיצויים

* חוזים — הפרה — אשם תורם

* חוזים — אשם תורם — אשם תורם בדיני החוזים

* חוזים — תרופות — פיצויים

* חוזים — פיצויים — חישובם

* חוזים — פיצויים — פיצויי הסתמכות

* חוזים — פיצויים — פיצויי קיום

* חוזים – פיצויים – הקטנת נזק

תביעה כספית שעילתה חוזית בסכום של 3.6 מליון ₪. התובעת היא חברה העוסקת בייצור ושיווק מתקני פעילות לילדים; הנתבעת היא חברה העוסקת, בין השאר, במתן שירותי ייצור ואריזה בתחום תעשיית הפלסטיק. בין הצדדים נחתם הסכם לייצור מוצרי פלסטיק בהתאם לתבניות ייצור שבבעלות התובעת שלפיו היתה הנתבעת צריכה לייצר בעבור התובעת שלושה מוצרי הרכבה המיועדים לילדים. לטענת התובעת, הנתבעת ייצרה את המוצרים וארזה אותם באריזות עם חלקים (פריטי הרכבה) חסרים, דבר שהוביל לתלונות רבות, עד כדי סגירת שווקים בארה"ב וגרמניה, וגרימת נזק כספי ניכר לתובעת. עוד נטען, כי לאחר שהתובעת החזירה לידיה את התבניות, שהיו בידי הנתבעת, והעבירה את הייצור לחברה אחרת, פסקה תופעת החלקים החסרים – עובדה שיש בה כדי ללמד על גודל מחדלה של הנתבעת. מנגד, טענה הנבצעת, כי בין הצדדים התנהלה מערכת עסקית במשך כשלוש שנים, ובמהלך תקופה זו ובזמן אמת, התובעת לא הודיעה לנתבעת כי במוצרים שהיא מייצרת עבורה ישנם חוסרים ו/או חזרות במידה החורגת מהתקנים המקובלים, ואשר מסבים נזק לתובעת. נטען, כי הנתבעת יודעה על ידי התובעת בזמן אמת ובמקרים בודדים ביחס להיקף הפעילות, כי בחלק מהזמנות המוצרים שסופקו על ידה היו חסרים חלקים; בעיה זן באה על פתרונה בתיאום בין הצדדים. עוד נטען, כי הנתבעת לא היתה אחראית לבקרת האיכות על המוצרים שייצרה, אלא זו היתה מוטלת מכוחו של ההסכם על התובעת; הליך האריזה וההמכלה של המוצרים נעשה בתיאום עם התובעת ותחת ביקורתה.

בית המשפט דחה את התביעה ופסק כדלקמן:

במקרה דנן, אין אין מחלוקת שהנתבעת אחראית ליצור המוצרים בהתאם להסכם; גם לגבי אריזת המוצרים – המהווה בנסיבות העניין את החוליה החשובה בתהליך השלמת המוצרים לאספקה לספק/מפיץ – יש לקבוע כי בהתאם להסכם, מדובר בפעולה באחריות הנתבעת, כאשר ביצוע האריזה נעשה על פי מפרט שסיפקה לה התובעת; וכך גם לגבי פעולת המכלת המוצרים (השמת קרטוני אריזות המוצרים בתוך מכולה). כלומר, כעולה מלשונו הברורה של ההסכם, שלה עדיפות בפרשנות ההסכם (סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973), הנתבעת אחראית ליצור, אריזה והמכלה של המוצרים, ותעשה כן בהתאם למפרט שסופק לה על ידי התובעת. עם זאת, עולה מההסכם, כי לקראת סיום האריזה על ידי הנתבעת, אך טרם ההמכלה, קיים שלב ביניים – בו צריך להתקבל אישור נציג התובעת להמכלה; לשון אחרת, אריזות המוצרים לא יומכלו בטרם ניתן אישור נציג התובעת לכך. משמעות הדברים הינה, כי את שאלת אחריותו של כל אחד מן הצדדים לענין החוסרים הנטענים בפריטי המוצרים נשוא כתב התביעה יש לבחון גם לאורו של שלב זה. שלב הביניים היה צריך למנוע, אולי לא באופן הרמטי אך בצורה ניכרת, חוסרים משמעותיים באריזות המוצרים העלולים להתגלות אצל לקוחות הקצה. לכן ככל שישנם חוסרים משמעותיים אצל לקוחות הקצה (39% מהאריזות שיוצרו בעבור התובעת, כטענתה), יש לומר בהסתברות ראויה, כי התובעת לא מילאה כראוי את תפקידה בשלב הביניים מבחינת אפשרויות הגילוי של חוסרים כאמור, באופן שיש להטיל עליה אשם תורם חוזי; זאת על-אף ששלב הביניים אינו "מגלגל" את האחריות לחוסרים מכתפי הנתבעת אל עבר כתפי התובעת באופן מלא. בנסיבות העניין, ככל שניתן להטיל על הנתבעת אחריות חוזית, יש להשית על התובעת אשם תורם בשיעור של 50%.

כדי להוכיח את אחריותה של הנתבעת לחוסרים במוצרים, על התובעת להוכיח את העובדות הבאות: הנתבעת ייצרה את המוצרים שלא על פי התקן; החוסרים עלו על חצי אחוז מפריטי המוצרים שייצרה הנתבעת (השיעור המקובל בשוק); וכן שיעור "התלונות", והיותו חריג. ברם, התובעת לא הוכיחה את הטענה כי הנתבעת ייצרה את המוצרים שלא על פי התקן הנדרש; ובכך למעשה לא סתרה את טענת הנתבעת כי המוצרים יוצרו על פי התקן. התובעת גם לא הוכיחה פריטי חוסרים במקרה דנן העולים על שיעור של 0.5% מכמות הפריטים שיוצרו – שאף לפי גישת התובעת הינו שיעור חוסרים צפוי ומקובל בייצור מוצרים רבי פריטים. מכאן גם חיזוק לטענת הנתבעת, עליה עמדנו במסגרת השאלה הקודמת, כי ייצרה את המוצרים בהתאם לתקן. כמו-כן, הוכח, כי היות שחוסרים בשיעור כזה היו צפויים, הנהיגו התובעת והנתבעת שיטת עבודה להשלמת החוסרים, שעבדה יפה וריצתה את לקוחות הקצה. זאת ועוד. באשר לתלונות ה"חריגות" של הלקוחות – כל

שהתובעת הוכיחה לכאורה היה 548 פניות אל תיבת השירות שלה להשלמת חוסרים בכתובים, מתוך 7,932 מוצרים שנמכרו, פניות שאינן בהכרח בגדר "תלונות". ברם, אפילו נראה בפניות אלה כ"תלונות", נמצא כי שיעור התלונות לכאורי הוא 6.9%, אך לא 39% כטענתה של התובעת. ומעבר לכך – לתובעת לא היה הסבר משכנע מדוע דבוקת התלונות, שהתקבלה אצלו לכאורה בין השנים 2017-2019, לא הועברה במלואה בזמן אמת לתובעת, תוך הדגשת חומרת העניין ונזקים הצפויים בגין כך לתובעת. ודוק: כפי שציינה הנתבעת בסיכומיה, מחדל זה של התובעת לא בא לעולם במקרה, אלא שכנראה לאו מחדל הוא, לנוכח הסדר הספקת החלפים שעבד בין הצדדים, והניח את דעתה של התובעת, עד לדרישת התשלום של הנתבעת; או אז "שלפה" התובעת את דבוקת המיילים ושלחה לתובעת יום לאחר דרישת התשלום מצדה, בכדי להתחמק מתשלום זה. משמעות הדברים היא שהתובעת לא הוכיחה את אחריותה החוזית של הנתבעת לחוסרים בשיעור חריג או לא מקובל, בניגוד לנטען בכתב התביעה.

ובאשר לשיעור הנזק (למעלה מן הצורך, לנוכח המסקנה בדבר אי-הוכחתה של אחריות הנתבעת) – התובעת החליטה לסגור את החנות שלה באמזון. ברם, כפי שעולה מחומר הראיות, סגירת החנות לא נכפתה עליה על ידי אמזון; אמזון לא שללה את המשך מכירת המוצר, שבו היתה בעיית החוסרים עיקרית, ובלבד שהתובעת תודיע לה על פירוט הצעדים שתנקוט לשפר המצב, ולא הוכח כי התובעת עשתה משהו בנדון; לגבי מוצרים אחרים, לא הוכחה מניעה למכור בחנות. התובעת גם לא הוכיחה כי סגירת החנות באמזון סגרה בפניה השוק האמריקאי בכלל. נראה כי הפסקת פעילותה של התובעת בארצות הברית נבעה משיקוליה הם (כגון קשיים כלכליים באותה עת), שאינם נובעים מחוסרים כאלה ואחרים במוצריה שנמכרו דרך חנות אמזון. גם ראשי הנזק הנוספים: עלויות החזרת המוצרים ומשלוח חלקים חסרים ללקוחות בארה"ב; מכירת יתרת המלאי בהפסד; הוצאות פרסום אשר הוצאו בארצות הברית ולא הניבו הכנסות; ונטישת לקוח גרמני עקב ריבוי תלונות על חוסרים – לא הוכחו. ודוק – אפילו היה מוכח נזק כזה או אחר על ידי התובעת, קשה שלא להבחין שהתובעת לא עמדה בחובת הקטנת נזקה, הקבועה בסעיף 14(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970. במקרה דנן, כשלה התובעת שוב ושוב בחובת הקטנת הנזק, שהיתה יכולה לאיין, או למצער להקטין משמעותית את נזקה. מחדלה של התובעת במקרה דנן באי הקטנת הנזק הנטען על ידה כה משמעותי, עד שמעמיד בספק את זכאותה לקבל פיצוי בכל מקרה, ולמצער בגין אובדן רווחים בשוקי בארצות הברית וגרמניה. קשה שלא להתרשם מדרך פעולה לכאורית לא נאותה, שלא לומר חסרת תום לב של התובעת, לעבוד עם יצרן מספר שנים, לשבת בשקט, או כמעט בשקט, במהלך תקופת הפעילות, להיקלע לחובות אל מול אותו יצרן, ובסוף לתבוע את אותו יצרן על הפרת ההסכם לנוכח ייצור לא נאות של מוצרים וטענת נזק עקב כך; כל זאת כאמור ללא כל התראה של ממש על בעיות בייצור שעלולות להוביל לנזקים משמעותיים.

לאור האמור, התביעה נדחתה.

פסק דין

1. עסקינן בתביעה כספית שעילתה חוזית (ראו חלק ד' לסיכומי התובעת) בסכום של 3.6 מליון ₪, נכון ליום הגשת התובענה, בתאריך 1.2.2023 (להלן: "סכום התביעה").

רקע

2. התובעת היא חברה בע"מ, העוסקת בייצור ושיווק מתקני פעילות לילדים (להלן: "התובעת").
3. הנתבעת היא חברה בע"מ, העוסקת, בין השאר, במתן שירותי ייצור ואריזה בתחום תעשיית הפלסטיק (להלן: "הנתבעת").
4. ביום 1.6.2017 נחתם הסכם בין התובעת לנתבעת לייצור מוצרי פלסטיק בהתאם לתבניות ייצור שבעלות התובעת (להלן: "התבניות"), כפי שצויין ב"הואיל" השני של ההסכם הנדון (להלן: "ההסכם").

5. אין מחלוקת כי בהתאם להסכם, היתה הנתבעת צריכה לייצר בעבור התובעת שלושה מוצרי CLIME N SLIDE, מוצרי הרכבה המיועדים לילדים, ששמותיהם: "אוורסט", "אולימפוס" ו-"קיוב" (ראו סעיף 47 לסיכומי הנתבעת; עמ' 10 לחוות דעת המומחה ניב סביון, ת/4, שם גם יש תמונות של דגמי אוורסט ואולימפוס).
(להלן: "המוצרים").
- חלק מהמוצרים, האוורסט והאולימפוס, מכילים כ-167 חלקים (פריטים להרכבה) בממוצע בכל אריזה (את האסמכתא לכך אביא להלן).
6. תקופת הפעילות על פי ההסכם היתה עד חודש 3/2021. בחודש זה פרעה התובעת את יתרת חובה לנתבעת, קיבלה לידיה את התבניות, והמשיכה בייצור המוצרים בחברת אולטרפלטט טכנולוגיות 2018 בע"מ (להלן: "אולטרפלטט");
- לאחרונה (לפני מספר חודשים) העבירה התובעת את ייצור המוצרים למפעל בסין (עדותו של מנהל התובעת עידו קליין, עמ' 56 לפרוי' עדותו שוי' 39; עמ' 57 לפרוי' שוי' 7-1).
7. לטענת התובעת בכתב התביעה, הנתבעת ייצרה את המוצרים וארזה אותם באריזות עם חלקים (פריטי הרכבה) חסרים (להלן: "החסרים"), דבר שהוביל לתלונות רבות, עד כדי סגירת שווקים בארה"ב וגרמניה, וגרימת נזק כספי ניכר לתובעת, שהוא הסכום הנתבע בתובענה דנן.
- התובעת הגדירה את ייצור המוצרים ואריזתם על ידי הנתבעת כרשלניים, תוך הפרת חיוביה החוזיים על פי ההסכם. מכאן, כך לטענת התובעת, חבותה החוזית של הנתבעת, לפצותה על נזקה (ראו שוב חלק ד' לסיכומי התובעת – "אחריותה החוזית בגין רשלנות יצרנית"...) - לשונה של התובעת בסיכומיה (שם).
- ודוק – התובעת בכתב התביעה לא פירטה במדויק את עילת התביעה, האם רק חוזית, או שמא גם נזיקית, שהרי בסעיף 15 לכתב התביעה טענה ל- "גרימת נזק ברשלנות", אך לא פירטה דבר לגבי עוולת הרשלנות על מרכיביה במהלך דיוני התובענה, ואף לא בסיכומיה.
- הנתבעת עמדה על ספק זה בסעיף ה"מבוא" לסיכומיה (עמ' 1);
- כאמור, כעולה מסיכומי התובעת עסקינן בעילה חוזית בלבד (ייצור המוצרים תוך הפרת ההסכם שבין הצדדים), שכן אין בהם כל פירוט לעוולת הרשלנות שבפקודת הנזיקין, על מרכיביה.
8. להלן נתייחס בהרחבה לטענות התובעת בכתב התביעה ולטענות ההגנה של הנתבעת בכתב הגנתה.
9. טרם שנעשה כן, נכיר את העדים שהעידו בפניי בתובענה זאת:
עדי התובעת (לפי סדר העדתם):
- א. מר אדוארד איבשין (להלן: "אדוארד").
- אדוארד עבד כמנהל תפעול אצל התובעת מיום 20.2.2018 ועד ליום 16.8.2019. הוא הגיש תצהיר עדות ראשית שסומן ת/1.
- ב. מר אלפרד קנול (להלן: "אלפרד").
- אלפרד הוא מקדם מכירות בינלאומי, שסיפק שירותי קידום מכירות בינלאומיים לתובעת החל מאמצע שנת 2020.

- הוא הגיש תצהיר עדות ראשית שסומן ת/2.
- ג. מר עידו קליין – הבעלים והמנהל של התובעת (להלן: "עידו").
הוא הגיש תצהיר עדות ראשית שסומן ת/3.
- ד. מר ניב סביון – מומחה כלכלי מטעם התובעת (להלן: "המומחה ניב").
חוות דעתו מיום 10.1.2023 הוגשה וסומנה ת/4.
עדי הנתבעת (לפי סדר העדתם):
- א. מר איילון אוריאל – מומחה כלכלי מטעם הנתבעת (להלן: "המומחה אוריאל").
חוות דעתו מיום 26.9.2023 הוגשה וסומנה נ/3.
- ב. מר יגאל אוחיון – עובד הנתבעת מזה כ-20 שנים, וב-16 השנים האחרונות משמש בתפקיד מנהל אבטחת האיכות של המפעל (להלן: "יגאל").
הוא הגיש תצהיר עדות ראשית שסומן נ/4.
- ג. מר שמעון בן גיגי – אחד ממקימיה ובעליה של הנתבעת, המשמש בה כמנכ"ל משותף עם אחיו ציון (להלן: "שמעון").
הוא הגיש תצהיר עדות ראשית שסומן נ/5.

טענות התובעת בכתב התביעה

10. טענות התובעת מפורטות בפרק ג' לכתב התביעה, ונתמצת הדברים.
11. ההסכם בין הצדדים נחתם כאמור ביום 1.6.2017.
12. בתחילת שנת 2018 התובעת יצאה בקמפיין השקה של המוצרים לשוק האמריקאי, שעיקרה בפלטפורמה של אמזון, ודרך מפיץ אמריקאי.
במסגרת פרויקט השקה זה, נשלחו מספר מכולות המכילות את המוצרים שיוצרו ונארזו על ידי הנתבעת, למחסני אמזון בארצות הברית, והוקצו משאבי פרסום לטובת המטרה האמורה בסכום של \$ 38,016 (להלן: "הוצאות הפרסום").
13. לדאבונה של התובעת התקבל "מבול" חסר תקדים של תלונות בדבר חלקים חסרים באריזות המוצרים, "שאינם מאפשרים את הרכבת המוצר".
14. לתיבת שירות הלקוחות של הנתבעת התקבלו 548 תלונות של חלקים חסרים, המהוות כ-18.5% מכלל תלונות הלקוחות, שפונים במישרין לחנות ממנה רכשו המוצר או ליבואן המקומי.
15. חלק מהלקוחות שהתלוננו קיבלו השלמה של החלקים החסרים בדואר שליחים בעלות של \$25 לכל משלוח; חלקם החזירו המוצר וקיבלו מוצר חדש, ויתרתם קיבלו זיכוי (היינו את כספם חזרה לאחר החזרת המוצר).
16. בסופו של דבר, התמעטו המכירות בחנות התובעת באמזון עד הפסקתם, עד שנאלצה התובעת למכור את יתרת הסחורה בחנות אמזון בהפסד ניכר (בחוות דעתו של המומחה ניב צויין שהתובעת הוזילה המכירה, ממחיר

- ליחידה של \$155 למחיר של \$30 ליחידה), בכדי להיפטר מהמוצרים הנותרים ולחסוך דמי אחסון יקרים שגובה ממנה אמזון.
17. החל משנת 2019 עקב ריבוי תלונות על חלקים חסרים במוצרים והפסדים כספיים הולכים ומצטברים, החליטה התובעת על הפסקת פעילותה בארצות הברית והקפאת פעילות חנות אמזון. ריבוי התלונות גרם לפגיעה בדירוג החנות עליה עמלה במשך מספר שנים; וכן עזיבתו של לקוח GROUP SALES, מפיץ שעבד עם החברה מתחילת הקמתה.
- באותה עת (שנת 2019) אף הוחלט זמנית על הפסקת יצור המוצרים (על ידי הנתבעת) עד למציאת ספק חלופי.
18. כך גם אירע בגרמניה אצל הלקוח בשם BELUGA (להלן: "בלוגה"), לקוח ותיק עמו עבדה התובעת מראשית הקמתה, שהודיע על הפסקת פעילות עקב ריבוי תלונות של חלקים חסרים.
19. כך גם קרה בדרום אפריקה אצל לקוח בשם POLYWIGGLES (להלן: "פולי"), שביקש להחזיר לישראל מכולה לישראל, כיוון שלטענתו באחת מכל ארבע אריזות של מוצרים היו חסרים חלקים.
20. לפי חוות דעתו של המומחה ניב, שערך החלקים החסרים עומד על כ-30% מתוך 7,932 חלקים שיצרה הנתבעת בעבור התובעת [יצוין כי בכתב התביעה צוין מספר המוצרים שנשלח כך: "7,9407" (סעיף 9 לכתב התביעה), אך עידו בסעיף 6 לתצהירו ת/3 תיקו זאת ל-7,932 יחידות].
21. לטענת התובעת, בהתאם לסעיפים 2(ד-ה) ו-4(ד) להסכם, האחריות הבלעדית לביצוע אריזת המוצרים היתה של הנתבעת.
22. במהלך השנים 2018-2020 עידו פנה לשמעון "על דבר גרימת הנזק ברשלנות שגרמה הנתבעת", אך בתשובה לכך שמעון ציין "כי אריזת המוצרים אינה באחריות הנתבעת ודרש תשלום מיידי עבור עבודתם, תוך התעלמות מהנזקים הישירים והעקיפים שנגרמו לתובעת".
- התובעת אף שלחה לשמעון העתק מ-548 תלונות שקיבלה מלקוחות קצה ונענתה על ידי שמעון שתפסיק לשלוח לו ספאם למייל.
23. היות שהתבניות היו בידי הנתבעת, החליטה התובעת, לאחר קבלת יעוץ משפטי, "לקחת הלוואה על מנת לפרוע החוב", וכך נעשה בתחילת שנת 2021. אז הועברו התבניות לידיה של התובעת, שהעבירה אותם לאולטרפלסט, והיצור שלה נעדר חלקים חסרים. עובדה שיש בה כדי ללמד על גודל מחדלה של הנתבעת ביצור המוצרים עם חלקים חסרים.
24. מאז המעבר לספק החדש בשנת 2021 המוצרים נמכרים בהצלחה באירופה ובאוסטרליה.
25. מחדלי הנתבעת בייצור המוצרים הובילו לנזקים בשיעור של 3.6 מליון ש"ח לתובעת, במפורט בחוות דעתו של המומחה ניב. סכום נזק זה נתבע בתובענה הנדונה.

טענות הנתבעת בכתב ההגנה

26. בכתב הגנתה טוענת הנתבעת, כי עסקינן בתביעת סרק מופרכת ומקוממת, שאך פוגעת בשמה הטוב של הנתבעת ובמוניטין רב השנים שלה.

27. מדגישה הנתבעת בכתב ההגנה, כי בין הצדדים התנהלה מערכת עסקית במשך כשלוש שנים. במהלך תקופה זאת ובזמן אמת, התובעת לא הודיעה לנתבעת כי במוצרים שהיא מייצרת עבורה ישנם חוסרים ו/או החזרות במידה החורגת מהתקנים המקובלים, ואשר מסבים נזק לתובעת.
28. הנתבעת יודעה על ידי התובעת בזמן אמת ובמקרים בודדים ביחס להיקף הפעילות, כי בחלק מהזמנות המוצרים שסופקו על ידה היו חסרים חלקים. בעיה זאת באה על פתרונה בזמן אמת בתיאום בין הצדדים, בכך שלמשלוחים שונים צירפה הנתבעת, לבקשת התובעת, פריטים שנמצאו חסרים על מנת שהתובעת תספקם ללקוחות שהתלוננו על חוסרים אלה.
- זולת כך הנתבעת לא קיבלה בזמן אמת כל הערה או הודעה על נזקים שונים שטוענת להם התובעת כיום במסגרת כתב התביעה.
29. גם במיילים מאוחרים ששלחה התובעת לנתבעת בחודש 8/2020, שבהם הוחלט על הפסקת הפעילות בין הצדדים לנוכח חובותיה של התובעת אל הנתבעת, התובעת עדיין ביקשה לרכוש מוצרים מהנתבעת, וכל שביקשה היה "שלא לחייבה בעלויות אחסנה ובריביות בגין האיחור בתשלומים על ידה".
- כמו כן כל שביקשה אז (8/2020) התובעת מהנתבעת היה, שתלמד הנושא ותבחן כיצד להשתפר. לא הועלתה כל דרישה או טענה לפיצוי בגין נזקים נטענים.
30. לגופם של דברים הנתבעת טוענת כדלקמן:
- א. היא מכחישה את אחריותה לנזק, את הקשר הסיבתי הנטען בין מעשיה לנזק זה ואף מכחישה את הנזקים הנטענים. בנדון טוענת הנתבעת, כי החזרת מוצר על ידי לקוח יכולה להתבצע ממספר סיבות ולאו דווקא עקב חוסר כזה או אחר בפריטים חסרים.
- ב. היא לא היתה אחראית לבקרת האיכות על המוצרים שייצרה, אלא זו היתה מוטלת מכוחו של ההסכם על התובעת.
- ג. בנדון הליך הייצור התבצע באחריות התובעת, ברם הליך האריזה וההמכלה (השמת המוצר בתוך מכולה) הינו הליך משותף לתובעת ולנתבעת.
- במקרה דנן, על פי סעיף 2(ה) להסכם, לאחר הייצור של המוצרים, צריכה להתבצע ביקורת לפני המכלה על ידי נציג התובעת, או אישורו להמכלה על סמך ביקורת הנתבעת.
- בענייננו, התובעת מעולם לא העירה לנתבעת בזמן אמת על ידי נציגה על בעיה כל שהיא במוצר לרבות חוסרים בפריטים, במידה העולה על התקנים המחייבים.
- מעבר לכך – הליכי הבקרה שנערכו לקראת אריזת המוצרים, לא איפשרו קיומם של חוסרים רבים באריזות.
- ד. ככל שהתובעת ידעה על בעיית החוסרים האקוטית בזמן אמת ולא יידעה את הנתבעת על כך, היא הפרה את התחייבותה הקבועה בסעיף 6 להסכם לפעול "בהדדיות ובשיתוף פעולה ויודיעו האחד למשנהו על כל בעיה/שינוי/דרישה/תיקון נדרש לצורך ייצור מוצלח ועבודה יעילה ליצירת המוצרים".
- בכל מקרה, התובעת לא ידעה בזמן אמת על "מבול" התלונות על חלקים חסרים כגרסת התובעת בתביעתה.

- ה. בהתאם לסעיף 8(ג) להסכם, התובעת היתה רשאית להביא ההסכם לסיום מיידי, ככל שהמוצרים לא עמדו באיכות הנדרשת. ברם לא רק שהתובעת לא השתמשה בזכות הביטול האמורה, אלא מעולם לא באה בטרוניה על איכות המוצרים.
- ו. הליך האריזה וההמכלה נעשה בתיאום עם התובעת וביקורתה. הבקר מטעם התובעת היה אדוארד, שהיה מבקר במפעל הנתבעת על בסיס קבוע, בודק את הליך הייצור, האריזה וההמכלה, ומאשרם.
- ז. את דבוקת המיילים של התלונות שלח עידו לשמעון בחודש 8/20, רק לאחר שהנתבעת דרשה את הסדרת חובה של התובעת אליה.

דיון והכרעה

31. טרם שנצלול לעומקם של דברים, אציין כבר כעת מספר נקודות שהיו חסרות לי בכתב התביעה כדלקמן:
- א. אין פירוט של כמות הייצור של כל אחד משלושת המוצרים שייצרה הנתבעת עבור התובעת; **אם כי התובעת בסיכומיה טענה כי כמות הייצור של 7,932 מוצרים התייחסה למוצרי אוורסט ואולימפוס בלבד (סעיף 5(ג)), שתי שורות אחרונות לפני הטבלה.**
- ב. אין פירוט באיזה מוצר מבין המוצרים היו החוסרים הנטענים;
- ג. אין פירוט לגבי כל מוצר חסר, את כמות הפריטים החסרה;
- ד. אין פירוט מהו התקן הקובע או הרלבנטי לגבי ייצור המוצרים דנן;
- ה. אין טענה ברורה כי הנתבעת חרגה ביצור המוצרים דנן מהתקן המקובל (קושי זה מומחש גם לנוכח טענת הנתבעת בכתב הגנתה, כי ייצורה את המוצרים, ואפילו היו בהם חוסרים, לא חרג מהתקנים המקובלים - ראו סעיף 27 לעיל).
- נחזור לנקודות אלה בהמשך, כשנדון בשאלת האחריות ו/או הנזק.

32. השאלות העומדות להכרעה בתובענה זאת, הן כדלקמן:

- א. מי אחראי מכח ההסכם על ייצור המוצרים, אריזתם והמכלתם?
- ב. ככל שמתגלים חוסרים משמעותיים בפריטי מוצר מבין המוצרים שסופקו ללקוחות קצה, מי אחראי לכך מכח ההסכם?
- ג. לאור התשובות לשאלות (בס"ק א+ב) לעיל, האם התובעת הוכיחה אחריותה של הנתבעת לחוסרים הנטענים בתובענה דנן?
- ד. האם יש מקום בנסיבות דנן להטיל אשם תורם חוזי על התובעת, ואם כן באיזה שיעור?
- ה. האם התובעת הוכיחה את נזקיה הנטענים בכתב התביעה?

שאלה א' - מי אחראי מכח ההסכם על ייצור המוצרים, אריזתם והמכלתם?

33. טענה התובעת בכתב התביעה (וטענותיה נתמכו בתצהירו של עידו ת/3) לחוסר משמעותי בפריטי המוצרים. ככל שכך היה, סביר כי הדבר נובע מליקוי ביצור (לא יוצרו כל פריטי המוצר) או באריזה (ארזו לתוך קרטון המוצר, את פריטי המוצר בחסר) או בהמכלה (המכלת מוצר שאינו מושלם מבחינת פריטיו). לכן יש לבחון את אחריותו של כל צד לגבי כל אחד משלושת השלבים הנ"ל – ייצור, אריזה, המכלה.
34. **ייצור המוצרים:**
 סבורני כי אין מחלוקת שהנתבעת אחראית לייצור המוצרים בהתאם להסכם (נספח א לנ/5).
 כך למעשה קובע ההסכם בסעיפים: סעיף 2 רישא; סעיף 2(ד); סעיף 4(ד);
 שמעון בתצהירו גם מציין כי את המוצרים יצרה הנתבעת עבור התובעת (סעיף 13 לנ/5).
 כך גם ציין ציון בן גיגי (להלן: "ציון"), אחיו של שמעון והמנכ"ל המשותף השני של הנתבעת, בישיבת קדם משפט מיום 25.6.2023 (עמ' 2 לפרו' שו' 4).
 היצור כפי שהסברנו לעיל, מתבצע באמצעות תבניות וקו ייצור (ראו גם דבריו של ציון בישיבת יום 25.6.2023, עמ' 2 לפרו' שו' 3-4).
35. **אריזת המוצרים:**
 א. סבורני כי אריזת המוצרים היא הקטע החשוב בתהליך השלמת המוצרים לאספקה לספק/מפיץ, שכן עבודת אריזה טובה ומבוקרת יכולה לגלות כל חסר בפריטי המוצר, כפי שנראה להלן.
 ב. נבחן כעת את הוראות ההסכם הנוגעות לאריזת המוצרים:
 (-) סעיף 2(ה) להסכם קובע כי – "עם סיום הייצור המפעל מתחייב לארוז את המוצרים בהתאם להנחיות המוגדרות במפרט ולבצע המכלה של המוצרים כנדרש. ביקורת לפני המכלה ע"י נציג המזמין או אישורו להמכלה על סמך ביקורת המפעל".
 סעיף 5 להסכם קובע מה יכלול המפרט, כדלקמן: תשריט מידות, סוג חומר גלם, אריזה, כמויות אריזה.
 מכאן עולה כי – האחריות לביצוע האריזה מוטלת על הנתבעת, כשביצוע האריזה יהיה בהתאם למפרט, שיועבר אליה על ידי התובעת (סעיף 2(ג) להסכם).
 (-) סעיף 2(ד) להסכם גם קובע כי "המפעל יטפל בכל שלבי הייצור של המוצרים... אריזה והמכלה של המוצרים כנדרש".
 שוב, אחריותה של הנתבעת לאריזת המוצר.
 ג. מכאן המסקנה כי הנתבעת אחראית לאריזת המוצרים בהתאם להסכם, כשביצוע האריזה יהיה על פי מפרט שתספק לה התובעת.

נציין כי אין טענה שהתובעת לא סיפקה לתובעת את מפרטי המוצרים.

מסקנה זאת גם עולה עם הצהרתו של ציון בישיבת קדם המשפט ביום 25.6.2023 כי "אנחנו היינו אחראים גם לייצור וגם לארוז..." (עמ' 2 לפרוי' שו' 4).

36. **המכלת המוצרים:**

פעולת המכלת המוצרים פירושה – השמת קרטוני אריזות המוצרים בתוך מכולה. פעולת סבלות פשוטה (כעדותו של שמעון עמ' 19 לפרוי' שו' 10-4; עמ' 20 פרו' שו' 3-2);

פעולה זאת גם היא באחריות הנתבעת, כעולה מסעיף 2(ד) להסכם, המצוטט בסעיף 35(ב) לעיל.

37. אם נסכם הדברים, כעולה מלשונו הברורה של ההסכם, שלה עדיפות בפרשנות ההסכם [סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים")], הנתבעת אחראית ליצור, אריזה והמכלה של המוצרים, ותעשה כן בהתאם למפרט שיסופק לה על ידי התובעת.

38. ברם אם נתבונן היטב בהוראות ההסכם נמצא כי יש שלב נוסף, שלב ביניים, בין סיום האריזה להמכלה, הקבוע בסעיף 2(ה) סיפא להסכם, שצוטט בסעיף 35(ב) לעיל.

נחזור על הציטוט, שאומר כך: "ביקורת לפני המכלה ע"י נציג המזמין או אישורו להמכלה על סמך ביקורת המפעל".

ציטוט זה מלמד לכאורה, כי לפני ההמכלה של המוצרים, היינו לקראת סיום האריזה על ידי הנתבעת, אך טרם ההמכלה (להלן: "שלב הביניים"), צריך להתקבל אישור נציג התובעת להמכלה.

לשון אחרת, אריזות המוצרים לא יומכלו בטרם ניתן אישור נציג התובעת לכך.

בגין שלב ביניים זה טען שמעון בתצהירו נ/5 (סעיפים 28, 40-34) ובחקירתו הנגדית (עמ' 20-17), כי הנתבעת אינה אחראית לחוסרים ככל שהיו. לטענתו של שמעון, אותה אסכם בלשוני, שלב הביניים מעביר את האחריות לחוסרים משמעותיים בפריטי המוצרים באריזות מכתפי הנתבעת, כמייצרת, אורזת וממכלת, לכתפיה של התובעת, שנציגה בדק האריזות ואישר (על פי ההסכם) את תום שלב האריזה, וניתן אישורו להמכלת קרטוני המוצרים.

הנתבעת טענה בסיכומיה בנקודה זאת (בסעיף 8), כי שלב הביניים, במסגרתו הליך האריזה וההמכלה היה משותף לתובעת ולנתבעת (להבדיל מהליך הייצור שהוא באחריות בלעדית של הנתבעת), מנתק כל קשר סיבתי בין פעולות הנתבעת באריזה וההמכלה לבין חוסרים משמעותיים בפריטי המוצרים. זאת כיוון ש"ענין זה נבדק ע"י כל לקוח על פי הסטנדרטים הנהוגים בעסקו".

39. לסיכום שאלה אי ייאמר, כי על פי לשונו הפשוטה והברורה של ההסכם, הנתבעת אחראית ליצור, אריזה והמכלה של המוצרים, ואמורה לעשות כן בהתאם למפרט שיסופק לה על ידי התובעת.

יחד עם זאת, צריך לקחת בחשבון לענין זה, כי יש את שלב הביניים, כהגדרתו לעיל, ולבחון בבוא העת את שאלת אחריותו של כל אחד מן הצדדים לענין החוסרים הנטענים בפריטי המוצרים נשוא כתב התביעה, גם לאורו של שלב זה.

שאלה ב' – מי אחראי לחוסרים משמעותיים בפריטי מוצר מבין המוצרים שסופקו ללקוחות קצה?

40. כעת נברר השאלה – מי אחראי לנזקים שנגרמים לתובעת עקב חוסרים משמעותיים, היינו בשיעור לא תקני או לא מקובל, המתגלים בפריטי מוצר מבין המוצרים שסופקו ללקוחות קצה?
- נבהיר כי נבחן שאלה זאת בשלב זה בצורה כללית, סכמטית, שכן כפי שנראה להלן (בבירור שאלה ג'), במקרה פרטני, דוגמת זה דנן, יש לבחון את נסיבותיו כדי לקבל תשובה יותר מדוייקת.
41. כאמור מסקנותינו במסגרת שאלה א' לעיל הם, כי על פי לשונו הפשוטה והברורה של ההסכם הנתבעת אחראית ליצור, אריזה והמכלה של המוצרים, ואמורה לעשות כן בהתאם למפרט שיסופק לה על ידי התובעת. מפרט כזה סופק לנתבעת על ידי התובעת. הנתבעת כינתה את המפרט (בלשון ההסכם) בשם "עץ מוצר".
- יגאל, מנהל אבטחת איכות בתובעת במועדים הרלוונטיים לנו, ציין בסעיף 13 לתצהירו כי – **"התובעת תכננה לפריטי פרטים את המוצר שיוצר עבורה. היא סיפקה לנתבעת את כל התבניות מהן מיוצרים המוצרים והנתבעת ייצרה את המוצרים לפי התבניות הללו. כמו כן היא סיפקה לנתבעת את עץ המוצר (המפרט – ח"ש) שלפיו נארזו המוצרים. העתק עץ המוצר מצ"ב כנספח ב' לתצהירי. כאמור מדובר במוצר המורכב מחלקים רבים"**.
- עיון בנספח ב' לנ/4 (תצהירו של יגאל), "עץ המוצר" או "המפרט" ממחיש את מהות המפרט. יש בו רשימה של כל מרכיבי המוצר עם תמונה של כל פריט ומספר חלקיו המרכיבים את המוצר.
42. הליך האריזה וההמכלה של מוצרי התובעת, כעולה מתצהירו של יגאל, שלא נסתר, הוא כדלקמן:
- א. הליך האריזה וההמכלה נעשה בתיאום מלא מראש עם התובעת.
 - ב. קו האריזה של המוצרים תומחר בשיתוף עם התובעת, בפרט כמות העובדים שיוצבו לאורך הקו האחראים על אריזת המוצרים אל תוך הקרטונים.
 - ג. בכדי למנוע טעויות אנוש בהליך האריזה, הנתבעת הקפידה על נוכחות רציפה של מבקר איכות לאורך קו האריזה ושקילה כפולה של רכיבי המוצר.
 - ד. בתחילת יום העבודה היה צוות האריזה, ביחד עם מבקר איכות שהיה צמוד לקו האריזה לאורך כל יום העבודה, מבצעים אריזה של קרטון אחד בספירה ידנית קפדנית של כלל הרכיבים הנדרשים לאותו סוג מוצר (מבין שלושת המוצרים שיוצרו בעבור התובעת).
 - ה. בסיום האריזה היה הקרטון נסגר סגירה סופית כולל סרטי קשירה חיצוניים (להלן: **"קרטון מסטר"**). אז היה קרטון המסטר נשקל על משקל מתאים. כך היה נקבע המשקל המינימלי הנדרש לקרטון ארוז סגור.
 - ו. במהלך כל יום אריזה, כל אחד מהעובדים בקו האריזה היה ארוז את סוג הרכיבים שהוא היה אחראי לספור ולשקול על המשקל, בכדי לבדוק שמשקל הרכיבים שהיו באחריותו נמצא תקין.
 - ז. בסוף קו האריזה היו סוגרים את הקרטון, שוקלים אותו ונצמדים למשקל שבו נשקל קרטון המסטר.
 - ח. כל קרטון שמשקלו לא היה מגיע למשקל המינימלי של קרטון המסטר, היה מוסט מקו האריזה לפינה אחרת בקו הייצור, היה נפתח ובנוכחות מבקר האיכות היו נספרים ידנית כל הרכיבים שבקרטון על מנת לוודא אם אכן חסר אחד הפריטים.

- ט. אופן פעולתה של הנתבעת בנדון, מעבר להיותו מתואם תיאום מלא עם התובעת, היה מוקפד גם מבחינת התקן המחייב בעניין.
- י. התקן המחייב את הנתבעת לדגום מוצרים המיוצרים על ידה הינו תקן 1-2859 (להלן: "התקן") - העתק תוכנית הדגימה של התקן צורפה לתצהירו של יגאל וסומנה ה'.
- יא. הבהיר יגאל בתצהירו (סעיפים 30-35) את אופן היישום של התקן, והדגיש (בסעיף 36): "תפנפלטט נהגה עם ליל מונקי בהליך בדיקה מחמירה בהרבה מהקבוע בתקן, שכן בענייננו כל המוצרים ללא יוצא מן הכלל נשקלו לאחר אריזתם וכל אימת שהיתה נגלית אי התאמה ביחס למשקל המינימלי..., היה הקרטון שמשקלו לא תקין מפורק ונספר שנית" (ההדגשה במקור - ח"ש).
43. יגאל לא נחקר בחקירתו הנגדית על תוכן תצהירו המתומצת בסעיף 42 לעיל (הליך האריזה וההמכלה), ובמיוחד על האמור בסעיפים 30-36 לתצהירו, העוסקים בתקן ויישומו במוצרי התובעת, ולכאורה תצהירו בנדון לא נסתר.
44. התובעת ניסתה לתקן את "מחדלה" באי חקירתה את יגאל על התקן באמצעות חקירתו של שמעון בנדון, ברם שמעון הביע בפני ב"כ התובעת תמיהה מדוע לא הפנה שאלות אלה ליגאל, שהוא ממונה על אבטחת האיכות אצל הנתבעת, שיבהיר לו התקן ויישומו על מוצרי התובעת, שכן יגאל "מכיר את התקנים פי מאה ממני" (עדותו עמ' 35 לפרו' שו' 4-11; עמ' 37 לפרו' שו' 20-24), בהיותו מנהל אבטחת איכות במפעל הנתבעת. למרות זאת שמעון בעדותו ניסה להבהיר את יישום התקן והדגימות על פיו במוצרי התובעת (עמ' 36-37 לפרו' עדותו).
45. שמעון בתצהירו נ/5 (סעיף 50) גם הבהיר את שיטת היצור והאריזה של מוצרי התובעת, באופן דומה למפורט בתצהירו של יגאל כמתומצת בסעיף 42 לעיל, תוך הדגשה כי ייצור המוצרים היה על פי התקן.
46. התובעת בתצהירה וביתר ראיותיה לא התייחסה לתקן הקיים, לא צירפה העתק של התקן, ואף בסיכומיה לא התייחסה לשאלת החריגה (הלכאורית) מהתקן הקיים ביצור מוצריה, בכדי להוכיח כי יצור הנתבעת את מוצריה היה בניגוד לתקן.
- עידו בחקירתו הנגדית ניסה לתקן, כך לטעמי, את ענין אי התייחסות התובעת לשאלת יצור המוצרים על פי התקן כטענת הנתבעת, בציינו שני דברים:
- א. עד חצי אחוז חוסרים ביצור מוצרים מרובי פריטים זה אפשרי, ובגדר אמת מידה מקובלת. מעבר לכך זה בעייתי (עמ' 20 לפרו' עדותו שו' 10-20);
- לכן, כך לגרסתו, דאג לצרף מראש לכל משלוח של מוצרים לספקים/מפיצים במכולה, 2% פריטי מוצר עודפים, פי ארבעה מהחוסרים הצפויים (עמ' 21 לפרו' עדותו שו' 9-14).
- בסיכומיה (סעיף 9) התובעת גם ציינה, בהסתמך על עדותו זאת של עידו, כי "צורה המקובלת בשוק הקמעונאי שהינו הסף העליון של אריזה פגומה (בו חסר חלק או חלק פגום), המסתכמת ב-0.5%".
- ב. ככל שמתקבלות תלויות מלקוחות קצה על חוסרים במוצרים, בשיעור העולה על 5%, הדבר לא תקין ויוביל להפסקת הפעילות מול אותו ספק (עמ' 77 לפרו' עדותו שו' 18-21).
- בסיכומיה (סעיף 10) התובעת טוענת בהסתמך על עדותו זאת של עידו, כי שיעור תלויות על חוסרים במוצר מעל 5% יוביל לפסילת המשלוח ולהפסקת העבודה מול אותו ספק.

בסיכומיה כאמור, מסתמכת התובעת על דבריו אלה של עידו, **ללא כל אסמכתא אחרת**, דוגמת הוראת תקן או הוכחת נוהג מקובל, בכדי להוכיח את אחריותה של התובעת ביצור המוצרים עם חוסרים מעבר למקובל או לתקני. בהמשך נבחן זאת.

47. לכן בכדי להוכיח את אחריותה של התובעת לחוסרים במוצרים, על התובעת להוכיח את העובדות הבאות:

- א. התובעת ייצרה את המוצרים שלא על פי התקן ;
 - ב. החוסרים עלו על חצי אחוז מפריטי המוצרים שייצרה התובעת בעבור התובעת ;
 - ג. שיעור "התלונות" והיותו חריג (ויש לבחון אם פניה מצד לקוח קצה על חסר בפריט כזה או אחר ובקשה להשלימו, הוא בגדר "תלונה", ככל שהפריט החסר מושלם תוך זמן סביר, לשביעות רצונו של הלקוח).
48. ככל שהתובעת תוכיח את העובדות הנ"ל במלואן, ייקל לקבוע את אחריות התובעת לחוסרים, וזאת לנוכח אחריותה לייצור, אריזה והמכלה של המוצרים, כמסקנתנו בשאלה א' לעיל.
49. יחד עם זאת, צריך לקחת בחשבון לענין שאלת האחריות גם את **שלב הביניים**, כהגדרתו לעיל, והתייחסו לכך בקצרה לעיל, וכעת נרחיב בדבר.
50. כאמור, בגין **שלב הביניים** טען שמעון בתצהירו נ/5 (סעיפים 28, 40-34) ובחקירתו הנגדית (עמ' 20-17), כי התובעת אינה אחראית לחוסרים ככל שהיו. לטענתו של שמעון, שלב הביניים מעביר את האחריות לחוסרים בפריטי המוצרים באריזות מכתפי התובעת, כמייצרת, אורזת וממכלת, לכתפיה של התובעת, שנציגה בדק האריזות ואישר (על פי ההסכם) את תום שלב האריזה, וניתן אישורו להמכלה.
51. קשה לקבל גישה זאת של התובעת בדבר הסרת אחריותה ליצור, אריזה והמכלה של המוצרים לחוסרים קיימים שיתגלו אצל לקוחות הקצה, ככל שהתובעת תוכיח את העובדות המפורטות בסעיף 47 לעיל.
- הרי כבר הכרענו לעיל (במסגרת שאלה א') כי התובעת היתה אחראית ליצור, אריזה והמכלה של מוצרי התובעת, וזאת מכוחו של ההסכם. מכאן אחריותה לחוסרים משמעותיים נטענים, אצל לקוחות קצה.
52. **מנגד אי-אפשר להתעלם משלב הביניים, שאף התקיים בפועל** (בדיקה בשלב הביניים על ידי נציג התובעת, שאישר ההמכלה, כעדותו של אדוארד אליה נתייחס להלן).
- שלב הביניים היה צריך למנוע, אולי לא באופן הרמטי אך בצורה ניכרת, חוסרים משמעותיים באריזות המוצרים העלולים להתגלות אצל לקוחות הקצה.
- לכן ככל שיתברר כי הוכחו חוסרים משמעותיים אצל לקוחות הקצה (39% מהאריזות שיוצרו בעבור התובעת, כטענתה אליה נתייחס להלן), יש לומר בהסתברות ראויה, כי התובעת לא מילאה כראוי את תפקידה בשלב הביניים מבחינת אפשרויות הגילוי של חוסרים כאמור, באופן שיש להטיל עליה **אשם תורם חוזי** (מכוחו של ההסכם, שהטיל עליה את האחריות לשלב הביניים).
53. לא זו אף זו ובהתייחס **לאשם תורם חוזי** אפשרי בהתנהלות התובעת ;
- סעיף 6 להסכם קובע כי – **"המפעל/החברה מתחייבים לפעול בהדדיות ובשיתוף פעולה ולהודיע אחד לשני על כל בעיה/שינוי/דרישה/תיקון נדרש לצורך ייצור מוצלח ועבודה יעילה ליצירת המוצרים"**.
- עידו אישר בעדותו את מחויבותה של התובעת לסעיף זה בהסכם (עמ' 11 לפרו' עדותו שו' 22-19).

הנתבעת טוענת בסעיף 17 לסיכומיה, כי התובעת הפרה סעיף זה בהסכם, בכך שלא יידעה אותה בזמן אמת על "גודל השבר" מבחינת חוסרים, כטענת התובעת, אלא רק במקרים חריגים. למעשה, כך לגרסת הנתבעת, נודע לה על ריבוי התלונות לכאורה מצד לקוחות הקצה רק בחודש 8/2020, כשקיבלה מהתובעת דבוקת מיילים בנדון, שלטענתה קיבלה אותם עוד בשנים 2018-2019 (ראו סעיפים 13 ו-24 לנ' 5; עדותו של שמעון עמ' 24 לפרו' עדותו שוי' 20-26; עמ' 29 לפרו' שוי' 15-7).

ככל שישתברר כי צודקת הנתבעת בטענותיה בנדון, ממילא לכאורה ניתן לומר כי התובעת הפרה את הוראות סעיף 6 להסכם.

ניתן להניח בסבירות ראויה, כי אומד דעתם של הצדדים בהוראת סעיף 6 להסכם, היה למנוע "תקלות" בייצור, באריזה ובהמכלה של המוצרים, דוגמת תקלת החוסרים הנטענים דן, תוך יידוע הדדי ולאחר על כל תקלה כאמור הקשורה בייצור ו/או באריזות המוצרים.

ודוק – כפי שהבהיר יגאל בתצהירו, בהתאם למקובל ו/או לתקן יכול להיות אחוז מסויים, או כמות פריטים מסויימת, חסרה בכל משלוח של מוצרים דוגמת אלה דן. לכן ידיעתה של הנתבעת בזמן אמת על מקרים בודדים של חוסרים (ונעמוד על כך להלן) ללא כל נקיטת פעולה מיוחדת, יכולה להתפרש כהתנהגות סבירה וזהירה ובגדר אפשרויות התקן.

לעומת זאת אי ידיעתה של הנתבעת על חוסרים בכמות משמעותית של אריזות המוצרים בזמן אמת שכן התובעת לא דיווחה לה על כך באופן מלא (כולל העברת דבוקת המיילים עם התלונות מיד לאחר קבלתם בזמן אמת ולא תוך המתנה לחודש 8/2020, כטענת הנתבעת), הוא מחדל משמעותי לכאורה מצידה של הנתבעת והפרת סעיף 6 להסכם. זאת כיוון שבזמן אמת נמנע מהנתבעת לפעול לתיקון ליקוי זה בדרך מתאימה.

גם בגין מחדל לכאורי זה מצידה של הנתבעת, ככל שיוכח, ניתן לייחס לה אשם תורם חוזי.

54. מהו אשם תורם חוזי, ומה שיעור האחריות מכוחו שיש להטיל את הנתבעת?

א. דוקטרינת "האשם התורם החוזי", מהווה שיקול בחלוקת האחריות החוזית בין צדדים שביצעו הפרות הדדיות.

דרך זו תביא לחלוקה צודקת יותר של הנזק, במקרה של הפרות יסודיות הדדיות של החוזה.

ראה לעניין זה:

ע"א 3912/90 Eximin S.A תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנהלה איטל סטייל פראררי בע"מ, פד"י מז(4) 64, 88 – (להלן: "עניין התאגיד").

ע"א 7194/13 טובית דרור חברה לנכסים בע"מ נ' ב.ס.ר. המהנדסים בע"מ, [נבו] פסק דין מיום 22.7.15 (עמ' 25 לפסק הדין).

ע"א 2274/21 נטע מור נ' אלעד ישראל מגורים בע"מ, פסקה 15 [נבו] (1.1.2023) – (להלן: "עניין נטע מור").

ב. בעניין נטע מור צוין (בפסקה 15) עוד לעניין האשם התורם החוזי, כדלקמן:

"תנאי מקדים להשתת אשם תורם, הוא קיומה של תרומת רשלנות מצד הנפגע אשר תרמה להיווצרותו של הנזק. עם זאת, יוער כי גם בהינתן קיומה של התרשלנות כזו, עשוי בית המשפט לקבוע כי האחריות לנזק מוטלת, בנסיבות המקרה, במלואה על המפר (ראו: גבריאלה שלו ויהודה

אדר דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 382-383 (2009)... . קביעת תרומתם היחסית של הצדדים לנזק תיעשה, בין היתר, בשים לב לשיקולים המנחים הבאים: מידת אי-הסבירות בהתנהגותו של הנפגע אל מול התנהגותו של המפר; חומרת ההפרה של כל אחד מן הצדדים ומידת האשם שדבק בהם; הפער בין הצדדים בנגישות למקורות המידע; מידת מומחיותם וניסיונם של הצדדים; התרומה הסיבתית של מחדליהם להתגבשות הנזק; ושיקולי מדיניות משפטית".

דברים דומים ראו:

ענין התאגיד, פסקה יז';

ע"א 3940/94 שמואל רונן חברה לבנין ופיתוח בע"מ נ' ס.ע.ל.ר חברה לבנין בע"מ, פ"ד נב(1) 210, 226-227 (1998).

ג. לשון אחרת – שיעור האשם החוזי התורם אותו יש להחיל, אם בכלל, במקרה נתון (ככל שנמצא הפרות הדדיות של ההסכם), תלוי בנסיבות המקרה הספציפי, וניתן לשקול בנדון גם שיקולי מדיניות משפטית.

55. לסיכום שאלה ב' ובצורה כללית ניתן לומר כך:

א. לנתבעת יש אחריות מכוחו של ההסכם, כי המוצרים יגיעו ללקוחות הקצה ללא חוסרים מעל למקובל ו/או לתקן.

ב. ככל שיהיו חוסרים משמעותיים, ומעל למותר על פי התקן ו/או המקובל, לנתבעת, מכוחו של ההסכם, יש אחריות חוזית לכך.

ג. שלב הביניים אינו "מגלגל" האחריות לחוסרים, ככל שתימצא, מכתפי הנתבעת אל עבר כתפי התובעת באופן מלא.

ד. יש אפשרות "לגלגל" חלק מהאחריות לחוסרים משמעותיים, מעל למקובל ו/או לתקן, באופן חלקי, על כתפי התובעת מכוחה של דוקטרינת האשם התורם החוזי; אך שיעור האשם התורם תלוי בנסיבות המקרה ובשיקולי מדיניות משפטית.

56. במסגרת שאלות ג+ד להלן, נבחן את נסיבות המקרה דנן והשלכתן לענין אחריותה של הנתבעת; כך גם נבחן אם יש מקום בנסיבות דנן להטיל אשם תורם חוזי על התובעת, ואם כן באיזה שיעור.

שאלה ג' – נסיבות המקרה דנן והוכחת אחריותה של הנתבעת לחוסרים הנטענים

57. במסגרת שאלה זאת נבחן ונכריע בשאלה, האם התובעת הוכיחה את אחריותה של הנתבעת לחוסרים הנטענים בתובענה דנן.

58. כפי שציינו בסעיף 47 לעיל, בכדי להוכיח את אחריותה של הנתבעת לחוסרים במוצרים, על התובעת להוכיח את העובדות הבאות:

א. הנתבעת ייצרה את המוצרים שלא על פי התקן;

ב. החוסרים עלו על חצי אחוז מפריטי המוצרים שייצרה הנתבעת עבור התובעת;

ג. שיעור "התלונות", והיותו חריג (בכלל זה יש לבחון אם הודעה מצד לקוח קצה על חסר בפריט כזה או אחר ובקשה להשלימו, הוא בגדר "תלונה", ככל שהפריט החסר מושלם תוך זמן סביר, לשביעות רצונו של הלקוח).

59. בנדון נטל הראיה מוטל על התובעת בבחינת "המוציא מחברו עליו הראיה".

יחד עם זאת יתכן שבשקלול העובדות שיתבררו בפני בית המשפט, נסיק כי נטל השכנוע אמור לעבור כתפי הנתבעת, להוכחה כי ייצרה המוצרים בהתאם לתקן כטענתה. כך נעשה, ככל שהתובעת תוכיח כי כמות הפריטים החסרים הם ברמה משמעותית שמלמדת לכאורה על ייצור שלא על פי התקן ואו ככל שיוכח על ידי התובעת כי עסקין בשיעור "תלונות" חריג.

בכל מקרה יש להזכיר כי - "הכלל הוא שנטל השכנוע להוכחת טענה מסוימת מוטל על הצד שהטענה מקדמת את עניינו במשפט" [עיינו ע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, כפר-סבא, מו(4) 627 (1992)];

וכן: "העיקרון הוא כי כל בעל-דין הטוען טענה החשובה לעמדתו במשפט נושא בנטל השכנוע להוכחת אותה טענה. דיני הראיות הולכים אחר המשפט המהותי. הותנה פעלו של דין מהותי בקיומה של עובדה כלשהי, הרי המבקש את עזרת בית המשפט בהסתמך על אותו דין, חייב לשכנע כי עובדה זו אמנם קיימת" (עיינו ע"א 1184/04 גרשון קרויזר נ' אנטשיל שוורץ (נבו) 15.04.2007. והאסמכתאות שם).

לכן במקרה דנן, בכל מקרה אבחן את שאלת החוסרים בהתאם לטענות שני הצדדים, ואראה מי שכנע יותר בצדקת טענותיו.

60. **האם התובעת הוכיחה כי הנתבעת ייצרה את המוצרים שלא על פי התקן?**

א. לטעמי התשובה לשאלה הנ"ל היא שלילית לנוכח דברינו בסעיפים 42-46 לעיל.

ההיפך – הסעיפים הנ"ל מלמדים, כי לא נסתרו (וממילא הוכחו) טענות הנתבעת, כי ייצרה המוצרים בהתאם לתקן הרלוונטי, שאף פורט וצורף לתצהירו של יגאל נ/4.

ב. סבורני גם שקשה לקבל טענה מצד התובעת על ייצור המוצרים ע"י הנתבעת שלא על פי התקן. הרי הנתבעת לא היתה מנותקת מיצור המוצרים. היא סיפקה את תבניות היצור (ה"הואיל" הראשון של ההסכם); היא קיבלה מהנתבעת "טסטים לתבניות" טרם הייצור הסופי כדי לוודא התאמת ייצור, ואישרה אותם. רק לאחר מכן התבצע הייצור המסחרי, וגם זאת בהתאם למפרט שסיפקה התובעת (סעיפים 2(א-ג) להסכם); את איכות המוצרים הגדירה התובעת (עמ' 2(ד) להסכם); אריזת המוצר, וביקורת טרם המכלה, נעשו בהתאם להנחיות המפרט שסיפקה התובעת ועל ידי נציג מטעם התובעת (סעיף 2(ד) להסכם).

ג. סבורני כי חיזוק לעובדה כי הנתבעת ייצרה את המוצרים בהתאם לתקן ניתן למצוא גם בעדותו של אדוארד, שבתקופת עבודתו כמנהל תפעול אצל התובעת, היה מבצע בדיקת איכות המוצרים אצל הנתבעת (תצהירו ת/1).

בחקירתו הנגדית ציין אדוארד כי מפעל הייצור של הנתבעת הוא ברמה גבוהה עם עובדים מקצועיים, **שיטת עבודה תקינה** ואיכות המוצרים היתה בסדר גמור (עמ' 16 לפרו' עדותו שו' 1-21).

ד. התובעת בכתבי טענותיה, בראיותיה ואף בסיכומיה, לא התייחסה כלל לשאלת ייצור המוצרים על ידי הנתבעת בהתאם לתקן אם לאו, ואף לא ציינה איזה תקן חל בנדון.

ה. נקודה עליה עמדה התובעת בסיכומיה (סעיף 16), היא – אי העדת מנהל מחלקת ההרכבות במפעל הנתבעת בתקופה הרלוונטית מר עומר בן גיגי, בנו של ציון (להלן: "עומר").

[על תפקידו זה של עומר העידו יגאל (עמ' 2 לפרו' שו' 16) ושמעון (עמ' 45 לפרו' שו' 23-29)]

לטענת התובעת אדוארד הכיר את עומר ולא את יגאל (תצהירו ת/1).

כך העיד אדוארד גם בחקירתו, כי התנהל אצל הנתבעת בעיקר מול עומר שהיה "סגן אחראי אריזות, כל הבעיות שהיה לי באריזות, בחלקים שחסרים לי... מול בן אדם זה" (עמ' 2 לפרו' עדותו שו' 26-28; כן ראו עדותו עמ' 16 לפרו' שו' 32-34);

עם זאת אדוארד לא שלל שנתקל ביגאל במפעל הנתבעת. לדבריו השם (של יגאל) נשמע לו מוכר, והוא (יגאל) אף הציג עצמו בפניו פעם כמבקר איכות של הנתבעת; אך הוא לא התנהל מולו, אלא מול עומר (עמ' 2 לפרו' עדותו שו' 9-26).

הוסיף אדוארד כי כבר מעל חמש שנים אינו עובד אצל הנתבעת, והרבה שמות הוא כבר שכח (עמ' 7 לפרו' שו' 31-36).

טוענת התובעת להסקת מסקנות לחובת הנתבעת בגין אי העדתו של עומר, שלטעמה גם לא היה כשיר לשמש כמנהל הרכבות אצל הנתבעת בהיותו בשנת 2018, המועד הרלוונטי לנו, כבן 22-23 שנים, לאחר שירות צבאי, ללא כל הכשרה שהיא מעבר להיותו בעל השכלה תיכונית בלבד (עדותו של שמעון עמ' 45-46 לפרו' עדותו).

בלשונה של התובעת בסיכומיה (סעיף 16) כדלקמן:

"התובעת טוענת כי אין ספק שחוסר השכלתו של עומר וחוסר נסיונו תרמו רבות לרשלנות מקצועית שהובילה לתביעה זו. התובעת בחרה לסיים את חלק א' בשאלה – האם התובעת היא זו שצריכה לשלם שכר לימוד כה יקר עקב רשלנותו של עומר או לחילופין ציון בן גיגי (אביו של עומר – ח"ש) הוא זה שצריך לקחת אחריות על שכר לימוד כה יקר של בנו?".

לא שוכנעתי מטענתה זאת של התובעת, שאינה מבוססת כלל ועיקר, מכל אחד מהטעמים הבאים:

1. ככל שרצתה התובעת להוכיח את אי כשרותו של עומר לשמש כמנהל מחלקת הרכבות, היתה יכולה להזמינו לעדות מטעמה, ולהעידו בנדון.

בכל מקרה יגאל העיד, כי הוא כמנהל אבטחת איכות אצל הנתבעת, וכמי שביצע את בקרת איכות מוצרי התובעת, הוא האיש המתאים ביותר להעיד על איכות ייצור המוצרים. מה גם ששימש כמנהל ייצור במפעל במשך כשנתיים, וליווה את הליך ייצור המוצרים דן (עמ' 4-5 לפרו').

הדגיש יגאל, **ונתתי אמון בעדותו זאת**, כי לנוכח טענת התובעת לפגם באיכות המוצר (קיומם של חוסרים) הוא האיש המתאים לעדות במקרה דנן, ולא עומר, בהיותו מנהל אבטחת איכות אצל הנתבעת (עמ' 5 לפרו' שו' 11-13).

בנדון גם נפנה לסעיף 61 לסיכומי הנתבעת, שם ציינה כי אי הבאת עומר לעדות על ידי הנתבעת, לא צריכה לשמש לחובת הנתבעת, שכן לטעמה עומר הוא עד לא רלבנטי. זאת כיוון שאדוארד העיד על תקינות הליכי העבודה אצל הנתבעת. בנדון העידה הנתבעת דווקא את יגאל, המשמש בתפקיד בכיר יותר אצל הנתבעת, כמנהל אבטחת איכות, הרלוונטי לטענת התובעת לפגם באיכות המוצר (חוסרים).

2. שמעון אמנם אישר כי עומר נכנס לתפקידו כמנהל מחלקת הרכבות בגיל 22-23 לאחר שירותו הצבאי והוא בעל השכלה תיכונית בלבד (עמ' 45 לפרו'), אך שלל כי הוא נעדר נסיון.

בלשונו:

"הוא עבד הוא עבד קודם כל, הוא עבד גם לפני הצבא הרבה, הוא עבד בכל החופשות, תבינו מה זה ילדים של בעלי מפעל משפחתי, כן, הילדים גדלים אצלנו מגיל 14 שמותר להכניס ילד לעבודה, הולך לרופא תעסוקתי, מביא פנקס, כן ומתחיל לעבוד בחופשות והילדים האלה מלווים אותנו ועובדה הם היום נכנסו למפעל והם עובדים איתנו ויש המון, יש לו המון ניסיון גם בתור נער, חוץ מזה שהוא עבד גם בתור עובד רגיל במחלקת ההרכבות, כן, לפני זה ואני אתן לך דוגמה אחרת, גם מנהל ההנדסה התחיל בתור עובד בהרכבות, עובד רגיל, היה מנהל הרכבות, הפך למנהל הנדסה אחרי שהוא סיים לימודים של הנדסה..." (עמ' 46 לפרו' שו' 6-13).

התובעת לא סתרה דברים אלה, ולא הוכיחה כי עומר לא היה כשיר לשמש כמנהל מחלקת הרכבות בשנת 2018.

3. אדוארד לא שלל בעדותו היכרות עם יגאל, ואף את הצגתו בפניו כמנהל אבטחת איכות של הנתבעת (ראה התייחסות לעדותו של אדוארד בנדון לעיל).

ודוק – אדוארד בעדותו, כמצויין לעיל, תיאר את עומר כ"סגן אחראי אריזות", כשבפועל הוא (עומר) היה מנהל מחלקת הרכבות. עובדה זאת מטילה ספק בטיב היכרותו של אדוארד עם עומר אצל הנתבעת; או שמא זכרונו אכן "בוגד" בו בזכירת אנשים לנוכח השנים שחלפו (כמוזכר לעיל) וכי "אני חי בדברים שלי לא חי את ליל מונקי" (עמ' 7 לפרו' עדותו שו' 34-35).

במצב דברים זה נתתי אמון בעדותו של יגאל בנדון כי לא רק שמכיר את אדוארד, אלא אף ניהל עמו שיחות פנים מול פנים, ואף עשו כפעמיים-שלוש הרכבה של אחד המוצרים במסגרת תהליך בדיקה של שלב הביניים (עדותו עמ' 2 לפרו' שו' 24-39).

לא מן הנמנע כי אדוארד סבר כי עומר סגן אחראי אריזות, כיוון שחשב בטעות, כי יגאל, עמו ביצע בדיקת המוצרים במסגרת שלב הביניים, הוא מנהל מחלקת אריזות (כשהיה למעשה מנהל אבטחת איכות אצל הנתבעת).

1. על כן, ולסיכום השאלה שעל הפרק, ניתן לומר כי התובעת לא הוכיחה את הטענה כי הנתבעת ייצרה את המוצרים שלא על פי התקן הנדרש; ובכך למעשה לא סתרה את טענת הנתבעת כי המוצרים יוצרו על פי התקן.

לכן ניתן לומר כי הוכח שהתובעת ייצרה את המוצרים בהתאם לדרישות התקן.

61. האם הוכח כי החוסרים עלו על חצי אחוז מפריטי המוצרים שייצרה הנתבעת עבור התובעת?

א. כפי שציינו בסעיף 46(א) לעיל, עידו ציין בעדותו, כי עד חצי אחוז חוסרים ביצור מוצרים מרובי פריטים זה אפשרי, ובגדר אמת מידה מקובלת. מעבר לכך זה בעייתי (ראו גם עדותו עמ' 20 לפרוי' עדותו שו' 10-20);

ב. כעת נבחן את השאלה אם הנתבעת חרגה בשיעור החוסרים מקנה המידה האמור שציין עידו.

מעניין לציין שהן התובעת והן הנתבעת נמנעו מלבחון בסיכומיהם שאלה זאת ב"רחל בתך הקטנה" (התובעת טענה בכלליות שהיה "ריבוי חוסרים", הנתבעת טענה בכלליות שהחוסרים "לא חרגו מקנה המידה המקובלים"), והותירו לבית המשפט להוציא "הערמונים מן האש" בשאלה זו.

"הרמתי הכפפה" בנדון, כי היו לי נתונים לכך, כפי שאראה להלן.

ג. טרם שנבחן שאלה זאת, ובכדי לעזור בבירורה, נציין מספר עובדות לגבי ייצור המוצרים בתקופת הפעילות על-פי הסכם, כעולה מהראיות שבפני:

- תקופת חיות ההסכם היא מיום 1.6.2017 ועד להפסקת הפעילות בחודש 3/2021. במועד זה פרעה התובעת את יתרת חובה לנתבעת ולקחה את התבניות ליצרן אחר (אולטרפלטט). עמדנו על הדברים בסעיף 6 לעיל.

- לגרסתו של עידו, ההזמנה הראשונה מהנתבעת היתה לאחר חתימת ההסכם, או לכל המאוחר בסוף שנת 2017. ההזמנה האחרונה מהנתבעת לדבריו היתה בסוף שנת 2020, ובשנת 2021 הנתבעת כבר לא יצרה בפועל בעבור התובעת; אם כי יכול להיות שהיו הזמנות קטנות של התובעת מהנתבעת בתחילת שנת 2021 שסופקה ממלאים שהיו במחסני הנתבעת (עמ' 4 לפרוי' עדותו שו' 29-39; עמ' 5 לפרוי' שו' 1-6).

- היינו – פחות מארבע שנות פעילות (להלן: "תקופת הפעילות").

- בתקופת הפעילות ייצרה הנתבעת עבור התובעת סך של 7,932 מוצרים (סעיף 6 לת/3; סעיף 1.1 לת/4 חוות דעתו של המומחה ניב; סעיף 2 לסיכומי התובעת; עדותו של עידו עמ' 134 לפרוי' שו' 7-9).

ציינה התובעת בסיכומיה, כי כמות היצור של 7,932 מוצרים התייחסה למוצרי אוורסט ואולימפוס בלבד (סעיף 5(ג)), שתי שורות אחרונות לפני הטבלה, ועמדנו על כך בסעיף 31(א) לעיל.

- מוצרי אוורסט ואולימפוס, מכילים כ-200-170 חלקים (פריטים להרכבה) בכל אריזה. כך העיד שמעון (עמ' 31 לפרוי' עדותו שו' 9).

מפריטי מוצרי אולימפוס ואוורסט צורפי כנספחי 11 לכתב התביעה, ואף כנספח ב' לנ/4, תצהירו של יגאל, שם כונו "עץ המוצר". למען הסר ספק ספרתי בעצמי את פריטי המוצרים ומצאתי כי

- האוורסט מכיל כ-192 פריטים, והאולימפוס מכיל 141 פריטים. הממוצע הוא – 167 פריטים. לא רחוק מהערכתו של שמעון.
- המומחה ניב ציין בחוות דעתו כי רוב המוצרים יוצרו בשנת 2018 (סעיף 1.1 לת/4); בעוד שהתובעת בסיכומיה טענה כי מרבית המוצרים (7,626 יחידות) יוצרו לקראת סוף שנת 2017 עד מחצית 2019 (סעיף 2 לסיכומי התובעת); עידו בעדותו מייחס את היצור עד לסוף שנת 2020 (עמ' 4 לפרו' עדותו שו' 29-39; עמ' 5 לפרו' שו' 1-6).
 - אני מניח כי התובעת העריכה את תקופת היצור בהתבסס על נספח ג' לתצהירו של שמעון נ/5, אישור רואת חשבון מטעם הנתבעת, לענין היקף הפעילות הכספית של הנתבעת במכירותיה אל התובעת בין השנים 2017-2021. שם רואים כי עיקר הפעילות הכספית היתה בין השנים 2017-2019 (כך לפחות ציינה התובעת בסעיף 2 לסיכומיה).
 - מבין סך מכירות בשיעור של 7,932 מוצרים, דרך אמזון נמכרו 1,355 מוצרים. בשנת 2018 – 1080 מוצרים; בשנת 2019 – נמכרו 275 מוצרים.
 - (ראו אישור המומחה ניב מיום 29.8.2023 כפי שהוגש בהשלמות התובעת מיום 18.9.2023; כן ראו סעיף 5(א) לסיכומי התובעת).
 - אין פירוט איזה מבין המוצרים נמכרו ללקוחות דרך אמזון, אך ניתן להניח כי אלה אוורסט ואולימפוס, שנכללו ב-7932 המוצרים המדוברים; ואכן עידו ציין כי התלונות בהקשר של אמזון היו על המוצר המוביל, שהיה אוורסט (עדותו עמ' 55 לפרו' שו' 38-39; עמ' 56 לפרו' שו' 1-2).
 - לגבי יתרת המוצרים, מעבר לאמזון (6,577), שיצרה הנתבעת עבור התובעת ונכרו למפיצים אחרים, אין פירוט כמה נמכר לכל אחד מהם, ומה מספר הפריטים החסרים בכל אחד מהמוצרים.
 - אפילו המומחה ניב לא ידע כמה יחידות מוצרים נמכרו לבלוגה, הלקוח הגרמני, ורק ידע לומר כי נמכרו לו מוצרים בשיעור של \$145,000 (עדותו עמ' 167 לפרו' שו' 32-36).
 - זאת למעט משלוח של 309 מוצרים מסוג אוורסט שנשלחו ללקוח פולי בדרום אפריקה כעדותו של אלפרד (תצהירו ת/2), אך גם כאן אין פירוט כמה חלקים היו חסרים בכל מוצר.
 - בכל מקרה, וכעולה מחוות דעתו של המומחה ניב (סעיף 3.1), התובעת תובעת בתובענה הנדונה, רק על נזקי השוק בארצות הברית (לרבות אמזון) והשוק הגרמני (עקב נטישת הלקוח בלוגה), ולא מעבר לכך; דוגמת נזקי השוק הנטענים בדרום אפריקה עקב הלקוח פולי, ואף נזקים נטענים בצרפת עקב חוסרים, שגם שם התובעת מכרה המוצרים. לכן עידו הגדיר את חוות דעתו של המומחה ניב מבחינת הערכת הנזקים כשמרנית (עדותו של עידו, עמ' 134 לפרו' שו' 4-5).
- ד. כאמור הנתבעת יצרה עבור התובעת את מוצרי אולימפוס ואוורסט מרובי הפריטים, כ-167 פריטים כדברינו לעיל.

כאמור בסעיף 31(א) סיפא לעיל, התובעת מציינת כי הנתבעת ייצרה עבורה בתקופת הפעילות סך של 7,932 מוצרי אוורסט ואולימפוס.

מכאן כי כמות הפריטים בסך מוצרים כנ"ל בממוצע הוא – 1,324,644 פריטים (167*7932).

ה. בתקופת הפעילות הזמינה התובעת והנתבעת סיפקה פריטים עודפים להשלמת חוסרים בהתאם לתעודות משלוח שצורפו כנספח ב' לנ/5 (להלן: **"תעודות המשלוח"**).

בחקירתו את שמעון, ציין ב"כ התובעת כי עסקינן בשיעור של 3,163 חלקים חסרים, ושמעון לא אישר זאת, כיוון שציין שלא סיכם את תעודות המשלוח (עמ' 33 לפרו' עדותו של שמעון שו' 11-17);

בספירה מהירה של תעודות המשלוח תוך כדי עדותו שמעון הגיע ל"בערך 3500" חלקים חסרים (עמ' 34 לפרו' שו' 5), וב"כ התובעת התעקש איתו שזה רק 3,163 פריטים, ואז שמעון סייג תשובתו ואמר שאולי בכל ה-3500 פריטים שמצא בספירה זריזה לקח בחשבון גם קרטונים ועוד מוצרים שאינם הפריטים עצמם, אך מצוינים בתעודות המשלוח (עמ' 34 לפרו' שו' 7-11).

בסיכומיה התובעת טענה לראשונה, שתעודות המשלוח נספח ב' לנ/5 עומדים על 4,092 פריטים להשלמה סעיף 5(ג), לא כולל השלמת 600 פריטים ללקוח פולי מדרום אפריקה, שאינם נכללים בתעודות המשלוח.

היינו – בהתאם לתעודות המשלוח החלקים שהושלמו מספרם הוא 4,092 ש; אך נשלחו גם 600 פריטים ללקוח פולי מדרום אפריקה כך שטענה לסך הכל חוסרים בשיעור של 4,692 (לענין החוסרים ללקוח פולי הפנתה התובעת להשלמה 6 לתיעוד המשלים שהיה בפני המומחה ניב, הגם שאינה נכללת בתעודות המשלוח).

כך כאמור טענה התובעת לראשונה בסיכומיה, בעוד שבחקירתה את שמעון טענה ל-3,163 חלקים, ואף התעקשה על כך עם שמעון כשספר במהלך עדותו, בספירה מהירה ולא מדויקת, כ-3,500 פריטים.

נבחן כל אחד מנתונים אלה מבחינת אחוז החוסרים הנטען.

1. כאמור 7,932 מוצרי אוורסט ואולימפוס היו אמורים להכיל כ-1,324,644 חלקים.

אם הושלמו על ידי הנתבעת (בהתאם להזמנת התובעת) 3,163 חלקים (כטענת התובעת בתחילה), ניתן לומר כי החוסרים היוו כ-0.24% מפריטי ההזמנות.

אם הושלמו על ידי הנתבעת (בהתאם להזמנת התובעת) 3,500 חלקים (כהערכת שמעון בחקירתו), ניתן לומר כי החוסרים היוו כ-0.26% מפריטי ההזמנות.

אם הושלמו על ידי הנתבעת (בהתאם להזמנת התובעת) 4,092 חלקים (כטענת התובעת לראשונה בסיכומיה), ניתן לומר כי החוסרים היוו כ-0.31% מפריטי ההזמנות.

אם הושלמו על ידי הנתבעת 4,692 חלקים (הכוללים גם את הפריטים החסרים ללקוח פולי, כטענת התובעת לראשונה בסיכומיה), ניתן לומר כי החוסרים היוו כ-0.35% מפריטי ההזמנות.

כך או כך החוסרים נעו בין 0.24% ל-0.35% מפריטי ההזמנות, פחות משיעור חוסרים מקובל, אף לגרסתו של עידו, בשיעור של 0.5%.

2. כך ניתן לבחון אף את מוצרים המוצרים שנמכרו דרך אמזון.

כעולה מהטבלה שבסעיף 5(א) לסיכומי התובעת, לאמזון נמכרו בין השנים 2018-2019, 1355 מוצרים. מתוכם הוחזרו 56 מוצרים. סך הכל נמכרו ללקוחות קצה 1299 מוצרים. אם נעשה חישוב לפי 167 פריטים לאריזה נקבל 216,933 פריטים (1299*167).

בטבלה האמורה בסיכומי התובעת צויין כי נמסרו לידי התובעת על ידי הנתבעת 466 חלקים להשלמה בשנים הנ"ל (טבלה זאת הועתקה מהשלמת חוות דעתו של המומחה ניב, בהודעה מיום 18.9.2023. שם צורפה טבלה דומה שנערכה על ידי המומחה ניב ביום 29.8.2023)

אם הושלמו על ידי הנתבעת (בהתאם להזמנת התובעת 466 פריטים להזמנות אמזון שנותרו בידי לקוחות קצה (1299), ניתן לומר כי החוסרים היוו כ-0.21% מפריטי ההזמנות.

ככל שיהיה מי שיסבור כי המספר 466 מכוון ל-466 ערכות/אריזות מוצר (דבר שלא עולה מלשון הטבלה, אך כך נטען בסיכומי התשובה של התובעת, בסעיף 1), כי אז נוכל ל"תרגם" זאת ל-699 פריטים (כתחשיב התובעת בסעיף 6(ג) לסיכומיה, כי הממוצע לכל ערכה חסרה היה 1.5 פריטים – וגם נתייחס לדרך חישוב זאת להלן). גם אז ניתן לומר כי אחוז החוסרים הוא – 0.32% מפריטי ההזמנות.

משכך אף בהזמנות אמזון כמות הפריטים החסרה באריזות הנתבעת לא עברה את הסף המקובל של 0.5%, אפילו לגרסת התובעת.

ח. התובעת טוענת בסיכומיה ל"שיעור חלקים חסר" בשיעור של 39% (ראו סעיפים 5(א)+(ג) לסיכומים). ברם סבורני כי התובעת ערבבה בין שיעור הפריטים החסרים מבחינת פריטי המוצרים שהוזמנו וסופקו, לבין שיעור התלונות יחסית למוצרים שנמכרו ללקוחות קצה, בו נדון להלן.

לשון אחר – התובעת ערבבה "מין בשאינו מינו", ולא עשתה הבחנה מדויקת בין **שיעור הפריטים החסרים** יחסית לכמות הפריטים שבמוצרים שהוזמנו וסופקו, לבין **שיעור התלונות** יחסית לכמות המוצרים שהוזמנו וסופקו (להבדיל ממספר הפריטים שבכל מוצר), כפי שמתבקש, וכפי שעשיתי במסגרת פסק דין זה.

נדגים אבחנה זאת בדוגמת אמזון המופיעה בסעיף 5(א) לסיכומי התובעת.

לפי הטבלה האמורה (אותה גם הזכרנו לעיל) התובעת מכרה לאמזון בשנים 2018-2019, 1355 ערכות מוצר, מתוכם 56 מוצרים הוחזרו על ידי הלקוחות.

סך הכל נותרו בידי לקוחות הקצה, תוך השלמת החלקים החסרים, 1299 מוצרים.

התחשיב המדויק מבחינת שיעור הפריטים החסרים צריך להיעשות כפי שעשיתי בסעיף 61(ז) לעיל.

תחת הזאת עשתה התובעת תחשיב כדלקמן:

לקחה 1,355 מוצרים שמכרה לאמזון בשנים 2018-2019 ללא התחשבות במוצרים שהוחזרו (וכפי שנראה להלן, ההחזרה היתה יכולה להתבצע מכל טעם שהוא, ולא דווקא עקב חוסרים בפריטי המוצר);

התובעת לקחה את הפריטים שנשלחו ללקוחות הקצה (466+56 המוצרים שהוחזרו, סך הכל 522 וחילקה בכמות המוצרים, ואז קיבל כ-39%.

ברם תחשיב זה אינו מדויק.

נתון זה יכול לתת לנו לכל היותר את שיעור התלונות, ככל שנראה בכל מקרה של החזרת מוצר או השלמת פריטים כ"תלונה".

ברם גם אז תחשיב זה לא מדויק, כפי שנבהיר היטב להלן, כשנעסוק בשיעור התלונות.

על "קצה המזלג" נמחיש בקצרה את אי הדיוק בחישוב התובעת בנדון:

ראשית לא צריך לקחת בחשבון את המוצרים שהוחזרו מבלי להוכיח הסיבה לכך.

שנית לא ניתן לקחת את פריטי ההשלמה ולחלקם בכמות היחידות שנמכרו (1355). זה כאמור ערבוב "מין בשאינו מינו". הרי כל מוצר מכיל כ-167 פריטים. לכן היה צריך לחלק את כמות הפריטים שהושלמו בכמות הפריטים המרכיבים את 1355 היחידות שנמכרו לאמזון, כפי שעשינו בסעיף 61(ז) לעיל.

אם נלך לפי שיטה שגויה זאת של התובעת נמצא כי שיעור החוסרים גבוהה בהרבה מזו שטוענת לו אף התובעת עצמה.

אם נלך לגישת התובעת בסיכומיה, סך הפריטים שהושלמו על ידי התובעת הם 4,092 פריטים, כמעט בתעודות המשלוח (סעיף 5(ג) לסיכומים, וגם התייחסנו לעיל לגרסאותיה השונות של התובעת בנדון).

היות שהנתבעת מכרה 7,932 מוצרי אוורסט ואולימפוס לתובעת כטענת התובעת בסיכומיה, מכאן כי לפי שיטתה השגויה של התובעת החוסרים הם בשיעור של כ-52% (4092/7932 * 100).

הרבה מעבר לשיעור הנטען על ידי התובעת בסיכומיה – 39% (ראו סעיף 5(ג) לסיכומי התובעת).

אציין כי בנדון טעה המומחה ניב באותה טעות של התובעת בחישוביה (עדותו עמ' 127 לפרו' עדותו שוי' 38-32; עמ' 131 לפרו' שוי' 15).

להמחשת הטעות של המומחה ניב בנדון מפנה לדבריו בעדותו שם מייחס שליחה לאמזון של "39% **ערכות שגויות**" (עמ' 132 לפרו' עדותו שוי' 4), נתון שלא ברור מהיכן נלקח.

כך גם דבריו כי "**אחוז ההחזרות של ה-39%**..." (עמ' 158 לפרו' שוי' 32-31), לא ברור על בסיס אלה נתונים נסמכו, ולטעמי הם אינם מדויקים.

ב"כ הנתבעת כבר העיר לעניין טעותה של התובעת בחישוביה בנדון (עמ' 33 לחקירתו של שמעון, שוי' 30-27).

ט. מעבר לעדותו של עידו, כי חסר של עד 0.5% מכלל מוצר רב פריטים הוא מקובל, ראוי להבהיר ולהדגיש, את שניסתה הנתבעת להבהיר באמצעות עדויותיהם של יגאל ושמעון.

לא מן הנמנע כי יצור מוצרים מרובי פריטים ואריזתם בהתאם לתקן הישראלי עליו עמד יגאל בתצהירו (ראו סעיף 42 לעיל), עדיין יוביל למציאת פריטים חסרים במוצרים אלה. השאלה האם הליך הייצור והאריזה בוצע בצורה מקצועית ועל פי התקן.

י. **באשר לייצור המוצרים** – לא נטענה כל טענה על ידי התובעת, כי ייצור המוצרים נעשה בצורה לא מקצועית.

אמנם עד התביעה אלפרד ניסה לטעון כי חלק מהמוצרים הגיעו עם חלקים שבורים (מעבר לחוסרים נטענים), אך לא ייחסתי לעדותו בנקודה זאת כל משקל משלושה טעמים עיקריים:

- התובעת עצמה לא טענה לפגם בייצור, דוגמת חלקים שבורים, אלא רק לחלקים חסרים (ראו חקירתו של אלפרד בנדון, בה עומת עם העובדה שאף התובעת לא טענה לחלקים שבורים במוצרים, ואף הוא לא טען זאת בתצהירו, וענה תשובות לא משכנעות, שלא לומר תשובות מוטות לטובתה של התובעת – עמ' 20-21 לפרו' עדותו);
- עדותו של עד התביעה אדוארד, שבתקופת עבודתו כמנהל תפעול אצל התובעת, היה מבצע בדיקת איכות המוצרים אצל הנתבעת (תצהירו ת/1).
- בחקירתו הנגדית ציין אדוארד כי מפעל היצור של הנתבעת הוא ברמה גבוהה עם עובדים מקצועיים, שיטת עבודה תקינה ואיכות המוצרים היתה בסדר גמור, כש"רוב הבעיות ... חלקים חסרים" (עמ' 16 לפרו' עדותו שו' 1-21).
- היינו שלל כל בעיה באיכות המוצרים עצמם, דוגמת שבר במוצרים וכד'.
- שמעון בעדותו גם שלל כל פגם במוצרים. לדבריו: "לא היה דבר כזה" (עמ' 17 לפרו' עדותו שו' 16-20).

יא. **באשר לאריזת המוצרים** – הבהיר כאמור יגאל את הליך האריזה הקפדני של המוצרים, באופן ש"תפנפלטט נהגה עם ליל מונקי בהליך בדיקה מחמיר בהרבה מהקבוע בתקן, שכן בענייננו כל המוצרים ללא יוצא מן הכלל נשקלו לאחר אריזתם וכל אימת שהיתה נגלית אי התאמה ביחס למשקל המינימלי..., היה הקרטון שמשקלו לא תקין מפורק ונספר שנית" (ראו סעיף 42(יא) לעיל, ההדגשה במקור).

היינו – ככל שהיו חוסרים בפריטי המוצרים, הם לא חרגו מהמותר בתקן.

כאמור, יגאל לא נחקר על דבריו אלה בתצהירו, ולכן ניתן לקבוע כי לא נסתרו.

יב. שמעון בתצהירו (נ/5) ובעדותו גם מסר עובדות כדלקמן:

בתקופת הפעילות, הנתבעת לא יידעה את התובעת בזמן אמת על חוסרים בפריטי המוצרים החורגים מהתקנים המקובלים (עמ' 13 לנ/5).

היינו – ייתכן שיהיו חוסרים, אך בהתאם למותר על פי התקן החל בנדון, ולא מעבר לכך.

כך ציין שמעון בעדותו, כשאף ניסה להסביר את הליך הבדיקה לפי התקן, למרות שציין כי יגאל בקי בכך יותר ולתצהירו אף צורף התקן, אך לא נשאל על כך על ידי התובעת (עמ' 21-24 לפרו' עדותו).

הדגיש שמעון כי יתכן, שאף לפי התקן, יהיו קיימים חוסרים של פריטים בודדים באריזת מוצר, זאת למרות בדיקות שהנתבעת עשתה וביצוע ביקורות של נציג התובעת (אדוארד) בהתאם להסכם (עמ' 20 לפרו' שו' 30-33; עמ' 21 לפרו' שו' 32-33; עמ' 22 לפרו' שו' 13-18; עמ' 31 לפרו' שו' 11).

יג. הוסיפו וציינו יגאל ושמעון בתצהיריהם, כי הגם שהקפידו על הוראות התקן יתכנו חלקים בודדים חסרים באריזות שיוצרו ונארזו. זאת כיוון שהקרטונים בו נארזו המוצרים, ושופקו על ידי התובעת, לא היו תמיד במשקל אחיד, והדבר גרם להבדל קטן במשקלי המוצרים לאחר אריזתם (סעיף 22 לנ/4; סעיף 48 לנ/5).

- יד. בכל מקרה הן שמעון והן יגאל הבהירו בעדותם, כי תהליך האריזה (כמתואר בסעיף 42 לעיל), לא היה יכול לגרום לחסר של יותר מפריט אחד או שנים בחלק מן המוצרים, ולא מעבר לכך (סעיף 37 לנ/4; עדותו של שמעון עמ' 31 לפרו' עדותו שו' 11).
- טו. שמעון ויגאל אף ציינו בתצהיריהם, כי לנוכח האפשרות שגם לפי התקן והבדיקות המחמירות עלולים להיות חוסרים מסויימים, הם עבדו בשיטת עבודה מול התובעת, על פיה התובעת היתה מזמינה מעת לעת מהנתבעת רכיבי מוצרים (המפורטים בתעודות המשלוח נשוא נספח ב' לנ/5), אותם העבירה התובעת למפיצי המוצרים במדינות השונות, או ללקוחות הקצה שהתלוננו על חוסר בפריטים. בכך נפתרה למעשה בעיית החוסרים (סעיפים 26+8 לנ/5; סעיפים 27-26 לנ/4).
- טז. שמעון בעדותו ציין כי גם את הפריטים העודפים נשוא תעודות המשלוח (נספח ב' לנ/5) הם סיפקו לתובעת, על פי הזמנתה באופן שוטף (עמ' 14 לפרו' עדותו שו' 20-15);
- כן ציין שמעון כי – **"החוסרים תורגמו לעודפים אצלי זה עודפים שנשלחו"** (עמ' 24 לפרו' שו' 15);
- וכן – **"אני לא מתכחש לזה שפה ושם היו חוסרים בודדים. אז אתה, אתה רוצה להגיד חוסרים, חוסרים, אבל מבחינתי זה היה עודפים ששלחתי עם הזמנה מחוץ למסגרת של מוצר מוגמר...אני חוזר ואומר, אני לא מתכחש לזה שפה ושם, הוא אמר שיש חוסרים, כן, אבל אני ראיתי בשיטה הזאת שלו כפתרון ודרך פעולה. הוא פעל ככה 3 שנים מולי..."** (עמ' 24 לפרו' שו' 26-20);
- יז. אדוארד מנהל התפעול של התובעת בתקופת עבודתו, אישר את שיטת העבודה האמורה מול הנתבעת, ואף אישר כי בכך נפתרה בדרך כלל הבעיה מול לקוח הקצה שהתלונן על חוסר כזה או אחר בפריטי המוצרים (עדותו עמ' 5 לפרו' שו' 24-39; עמ' 6 לפרו' שו' 2-1; עמ' 9-10; עמ' 15 לפרו' שו' 14-12).
- הדגיש אדוארד כי שיטת עבודה זאת, שהיתה קיימת בין התובעת לנתבעת להשלמת חלקים חסרים, היתה הן עם לקוחות הארץ והן עם לקוחות חו"ל (עמ' 17 לפרו' שו' 34-30).
- יח. עידו הכחיש את ההסדר האמור או את שיטת העבודה האמורה, ואף ציין כי תמורת החלקים הנוספים נשוא נספח ב' לנ/5 נאלצה התובעת לשלם לנתבעת (עמ' 19 לפרו' שו' 20-24).
- לא נתתי אמון בהכחשה זאת של עידו, שסותרת את עדותו של אדוארד מטעמו, כמפורט לעיל, שתומכת דווקא בעדותם של יגאל ושמעון בענין שיטת העבודה האמורה.**
- יותר מזה – עידו כנראה לא שם לב, אך בחקירתו הנגדית אישר למעשה את שיטת העבודה האמורה, אליה הצביעו שמעון ויגאל בעדותם.
- נצטט קטע מחקירתו הנגדית של עידו, כדלקמן:
- "... כל משלוח שאני שולח, לכל, לכל לקוח וכל מוצר, תמיד תמיד שולחים עד 2%, לא יותר, חלקים חסרים. ואתה אומר ללקוח, אם חסר משהו תטפל בזה. אז אתה לוקח ספיירים, אתה אומר חצי אחוז זה זה, קטסטרופה קרתה, זה פי 4, אתה אומר יאללה. אז אתה שולח באמת בכל מכולה דבר כזה, זה נורמלי, זה נורמלי"** (עמ' 21 לפרו' עדותו שו' 15-9).
- היינו – עידו מודה כי בכל משלוח הזמין כ-2% פריטים עודפים, "ספיירים" כלשונו, להשלמת חוסרים צפויים (עד חצי אחוז, והוא הזמין פי ארבעה ספיירים – 2%).

זאת בדיוק שיטת העבודה עליה העידו שמעון, יגאל ואדוארד, ושלדבריהם גם פתרה את בעיית החוסרים הצפויים אצל לקוחות הקצה.

העובדה שהתובעת נאלצה לשלם על החלקים העודפים שהזמינה (נשוא תעודות המשלוח) הוסברה על ידי שמעון בכך שעידו ביצע הזמנה של המוצרים העודפים (להשלמת החוסרים). לכן גם חייבו את התובעת על חלקים עודפים אלה (עדותו עמ' 15-16 לפרו' עדותו).

הדגיש שמעון כי עידו מעולם לא טען כלפי התובעת, כי ההזמנות נשוא החלקים העודפים הם בגין חוסרים, ולכן פטור מלשלם. אם היה טוען כך "יכול להיות שהיינו מגיעים להבנה שזה... על חשבוני...". (עמ' 16 לפרו' שו' 36-39);

שמעון לא ידע לומר מה עלות ההזמנה לתובעת של החלקים העודפים נשוא תעודות המשלוח נספח ב' לנ/5 (עמ' 17 לפרו' שו' 6). ברם ניתן להעריך כי אין עסקינן בסכומים ניכרים.

הכיצד?

בעבור 7,932 מוצרים שייצרה הנתבעת עבור התובעת בתקופת הפעילות ביניהן, שילמה התובעת לנתבעת סך של 1,877,205 ₪ (ראו נספח ג' לנ/5 אישור רואת חשבון מטעם הנתבעת על מחזור עסקאות עם התובעת לשנים 2017-2021).

מכאן שעל כל מוצר שילמה התובעת לנתבעת סך ממוצע של 237 ₪ (1,877,205 ₪ / 7932).

כל מוצר מכיל כ-167 פריטים בממוצע. מכאן שבממוצע יצור כל פריט הוא כ-1.4 ₪ (237/167).

מכאן שעל 4,092 פריטים חסרים נשוא תעודות המשלוח (כספירת התובעת בסיכומיה, וגם זאת על הצד הגבוה, שכן במהלך הדיון טענה ל-3163 השלמות) ניתן להעריך כי התובעת נאלצה לשלם לתובעת סך של כ-5729 ₪ (1.4*4,092).

סכום שאינו גבוה במיוחד, שלכן גם לא כל כך הטריד, כך ניתן להניח, את עידו, שבחר ללכת בהתאם לשיטת השלמת העודפים מול הנתבעת, כפי שהעיד אדוארד, שפתרה לו את מרבית תלונות לקוחות הקצה. כלשונו של שמעון בעדותו – "זה פותר לו (לעידו – ח"ש) את הבעיה, זאת הדרך שלו לפתור את הבעיות של חוסר בכזה מוצר גדול (רב פריטים – ח"ש). אז הוא מזמין" (הכוונה מזמין את ההשלמות לחוסרים) – (עמ' 16 לפרו' שו' 33-34).

בכל מקרה, הוכח לי כי עידו הסכים לשלם גם על הזמנות החסרים ללא כל מחאה מצידו בזמן אמת, ואולי טעה בכך טעות כלכלית, אך כידוע טעות בכדאיות העסקה, אינה בגדר "טעות" על פי [חוק החוזים](#) (סעיף 14(ד)).

יט. לסיכום ייאמר, כי התובעת לא הוכיחה פריטי חוסרים במקרה דנן העולים על שיעור של 0.5% מכמות הפריטים שיוצרו בסך של 7932 מוצרי אולימפוס ואורסט, שאף לדברי עידו הם בגדר שיעור חוסרים צפוי ומקובל בייצור מוצרים רבי פריטים.

מכאן חיזוק לטענת הנתבעת, עליה עמדנו במסגרת השאלה הקודמת, כי ייצרה את המוצרים בהתאם לתקן.

הוכח לי גם, שהיות שחוסרים בשיעור כזה היה צפוי, הנהיגו התובעת והנתבעת שיטת עבודה להשלמת החוסרים, שלטענת אדוארד עבדה יפה וריצתה את לקוחות הקצה.

62. האם הוכח שיעור "התלונות", והיותו בגדר שיעור חריג בנסיבות דנן?

- א. התובעת טוענת לשיעור תלונות חריג מצד לקוחות הקצה שרכשו המוצרים, כקנה מידה, או ראייה לייצור לא תקין של המוצרים על ידי הנתבעת (ראו סעיפים 5+10 לסיכומי התובעת).
- התובעת נאחזת לענין זה בעדותו של עידו לענין שיעור תלונות, כמפורט בסעיף 46(ב) לעיל. היינו – ככל שמתקבלות תלונות מלקוחות קצה על חוסרים במוצרים, בשיעור העולה על 5%, הדבר לא תקין ויוביל להפסקת הפעילות מול אותו ספק (עמ' 77 לפרו' עדותו שו' 18-21).
- ב. כאמור בסיכומיה (סעיף 10) התובעת טוענת בהסתמך על עדותו זאת של עידו, כי שיעור תלונות על חוסרים במוצר מעל 5% יוביל לפסילת המשלוח ולהפסקת העבודה מול אותו ספק.
- דא עקא שהתובעת עושה כן ללא כל אסמכתא אחרת, דוגמת הוראת תקן או הוכחת נוהג מקובל (באמצעות ספק כלשהו, דוגמת סופר סל אותו הזכיר עידו בעדותו, עמ' 77 לפרו', או כל ספק אחר, דוגמת נציג אמזון בישראל), בכדי להוכיח את השיעור הנטען (של 5%) ומכאן (לכאורה) את אחריותה של הנתבעת ביצור המוצרים עם חוסרים בשיעור ניכר (שנלמד משיעור התלונות החריג).**
- ג. מעבר לכך – בכדי להוכיח שיעור חריג של תלונות היה על התובעת לצרף חוות דעת סטטיסטית, אשר תוכיח היקף תלונות חריג מההיקף שניתן לצפותו, באופן המעורר חשד להתנהלות פגומה (ראו לעניין זה - [תצ \(מרכז\) 27229-07-17 אביה וולודרסקי נ' ש. שסטוביץ בע"מ](#), פסקה 57 [נבו] (23.3.2021) – אמנם שם מדובר על תובענה ייצוגית, אך הדברים יפים גם לענייננו).
- אמנם התובעת נעזרה במומחה ניב לענין שיעור התלונות, אך הוא אינו מומחה לסטטיסטיקה, כעולה מהרזומה שפירט ברישת חוות דעתו. המומחה ניב אף אינו מומחה בשיווק. השכלתו היא תואר ראשון בהנדסה מכנית ותואר שנית במימון וחשבונאות (עמ' 128 לפרו' עדותו שו' 7-16);
- ד. בכל מקרה גם על עדותו של המומחה ניב לענין שיעור התלונות קשה היה לסמוך. המומחה ניב טען, כי 548 תלונות שהתקבלו בתיבת השירות של התובעת מהווים כ-20% מהתלונות, ויתרת ה-80% מגיעים למפיצים המקומיים. ברם המומחה ניב, לתמהון הלב, לא קרא את כל התלונות, לא עשה פילוח שלהן (היינו לא בדק איזה אחוז מהן בכלל מתייחס לחוסרים), ובכל זאת "יודע לומר" כי התלוננו **"בעיקר על חוסרים בחלקים"** (עמ' 123 לפרו' חקירתו שו' 10-23).
- יותר מזה – המומחה ניב גם ציין בעדותו כי "למיטב זכרונו" (היינו לא בטוח), מעבר לתלונות שראה באתר אמזון, ראה תלונות של מפיצים אל התובעת, אבל לא ניתח התלונות, וגם לא ראה תיעוד לגריסה של מוצרים (עדותו עמ' 133 לפרו' שו' 15-19).
- לכן גם עדותו כי היו **"תלונות מאוד מאוד חריגות של לקוחות"** (עמ' 123 שו' 36) לא שכנעה אותי. זו הסיבה שיש צורך בנדון בחוות דעת סטטיסטית, אשר תבחן את מלוא התלונות, תנקוב במספרן, תפלח אותן ותוכיח היקף תלונות חריג מההיקף שניתן לצפותו באותו תחום, באופן המעורר חשד להתנהלות פגומה.
- בנוסף – המידע בדבר שיעור התלונות הועבר אל המומחה ניב על ידי התובעת ואינו פרי עבודה מקצועית עצמאית שלו (עמ' 154 לפרו' שו' 23-35 לפרו').

אם בכך לא סגי – המידע בדבר שיעור התלונות הוערך על ידי עידו לאחר שיחה עם המפיץ הצרפתי, ללא כל אסמכתא בכתב כלשהיא, ואף מבלי העדת המפיץ הצרפתי (עדותו של המומחה ניב, עמ' 154-155 לפרו').

לא בכדי ביקר המומחה אוריאל מטעם הנתבעת את המומחה ניב, בכך שציין בחוות דעתו, כי הפריח בחוות דעתו "סכומים ושיעורים" (%) לחלל האויר ללא הוכחת נתוני היסוד שעמדו במצע תחשיביו" (סעיף 10 לנ/3).

לכן לעדותו של המומחה ניב בדבר חריגות התלונות נתתי משקל פחות.

ה. התובעת לא העידה אף נציג מטעם המפיקים שלה על שיעור התלונות המדויק שהתקבלו אצלם, וחריגותן;

לגבי המפיץ הגרמני בלוגה התובעת אף לא הביאה כל נתונים ביחס לשיעור התלונות ופילוחן (מה הסיבה לתלונה) בשנים 2016-2018; רק ציינה בכתב התביעה ובתצהירו של עידו כי עסקינן ב"ריבוי תלונות", ונתון זה נותר עלום. עמדה על כך הנתבעת בצדק בסעיף 24 לסיכומיה (אליו לא התייחסה התובעת בסיכומי התשובה שלה);

התובעת, כאמור, גם לא צירפה חוות דעת מומחה לסטטיסטיקה כנדרש להוכחת היקף תלונות חריג מהצפוי.

הוסף לכך את הספק הקיים, שלא הוסר על ידי התובעת – האם כל פניה מצד לקוח קצה על חסר בפריט כזה או אחר ובקשה להשלימו, הוא בגדר "תלונה", ככל שהפריט החסר מושלם תוך זמן סביר, לשביעות רצונו של הלקוח.

כך לכאורה היה ברוב רובם של המקרים במקרה דנן, כטענת התובעת שנתמכה ברורות בעדותו של אדוארד, כדלקמן:

"ת: מזמין... אה, ואולי היינו מציגים שמה נגיד סתם דוגמא אני לא יודע בגרמניה אז הייתי לאותו נציג שהיה מטפל מול התלונות, הייתי שולח לו חלקים כאלה, כאלה כאלה שיהיה לו סט שהוא יכול לטפל

ש: מיד שולח חוסרים

ת: נכון שיהיה לו מלאי

ש: וזה פחות או יותר פתר את הבעיה?

ת: כן לא היו תלונות אחרי זה, מול אותו בן-אדם או מול אותה החברה שהיינו עובדים פתרנו את הבעיה" (עמ' 10 לפרו' עדותו שו' 8-1);

אם נצרף את כל הנתונים הנ"ל נמצא לכאורה כי במקרה דנן לא הוכיחה התובעת את טענתה, כי עסקינן בפניות לקוחות קצה שהן בגדר "תלונה";

ובכל מקרה לא הוכיחה התובעת כי עסקינן בשיעור תלונות חריג מההיקף שהיה ניתן לצפותו ביצור מוצר רב פריטים, באופן המעורר חשד להתנהלות פגומה.

זאת ועוד – לא שוכנעתי כי התובעת הוכיחה טענתה כי עסקינן בשיעור תלונות העומד על 39%.

נבהיר הדברים ;

בסעיף 5 לת/3 ציין עידו כי 548 תלונות של חלקים חסרים הגיעו לתיבת שירות הלקוחות של התובעת (נספח ג' לכתב התביעה, שהוגש בדיסקט לתיק בית המשפט ביום 4.7.2023).

ציין עידו כי "מבדיקה שנעשתה, סך הפונים אל תיבת הדואר הנ"ל (תיבת השירות של התובעת – ח"ש) הינם כ-15% מכלל הלקוחות (ציטוט מסעיף 5 לת/3).

לשון אחרת כ-85% מהתלונות מגיעות במישרין למוכר או המפיץ המקומי.

האם עידו הוכיח טענתו זאת?

לטעמי התשובה שלילית.

התובעת לא הוכיחה נתון זה על ידי העדת מי מהמפיצים בדבר שיעור התלונות שהגיעו אליהם ופילוחן (היינו כמה תלונות היו בגין חוסרים), ומחדל זה יש לפרש לחובת התובעת מכח הכלל שבפסיקה הקובע לאמור, כי צד שנמנע מלהביא עד או ראייה רלבנטיים בהעדר הסבר אמין וסביר, מעורר מדרך הטבע את החשד שיש דברים בגו, וכי נמנע מהבאתו לעדות או הצגת הראייה כי הוא חושש מעדותו ומחשיפתו לחקירה נגדית של העד או חשיפת הראייה. לשון אחרת, מחדל זה פועל לחובתו, ויש בו בכדי לתמוך בגרסת הצד היריב. על כן, ביהמ"ש רשאי להסיק מאי הזמנת עד רלבנטי כאמור, מסקנות מחמירות וקיצוניות נגד מי שנמנע מהבאת העד (יעקב [קדמי, על הראיות, חלק שלישי](#), עמ' 1649, מהדורה משולבת ומעודכנת תש"ע – 2009).

עמדה הנתבעת על קושי זה בהוכחת שיעור התלונות הנטענות על ידי התובעת בסעיף 24 לסיכומיה.

לשון אחרת כל שהתובעת הוכיחה לכאורה היה 548 פניות אל תיבת השירות שלה להשלמת חוסרים בכתובים, מתוך 7,932 מוצרים שנמכרו. פניות שאינן בהכרח בגדר "תלונות", כדברינו לעיל.

ברם אפילו נראה בפניות אלה כ"תלונות", נמצא כי שיעור התלונות לכאורי הוא – 6.9% (548/7932) אך לא 39% שיעור תלונות כטענתה (סעיף 5 לסיכומיה).

נמחיש את טעותה של התובעת לענין שיעור התלונות בדרך אחרת, ובהסתמך על נתונים בהודעה המתוקנת של המומחה ניב מטעמה ביום 29.8.2023.

במכתב מעדכן זה לחוות הדעת הכלכלית מטעמו והנוגע לשיעור התלונות ציין המומחה ניב כדלקמן :

- המפיץ הגרמני john toys רכש 6,928 ערכות וקיבל 465 תלונות בין השנים 2022-2023.

שיעור התלונות ביחס לכמות המוצרים הוא – 6.7%, תואם בקירוב לשיעור התלונות המירבי שלכאורה הוכח על ידי התובעת שהינו – 6.9% ;

(אגב אין פירוט על מה היו התלונות אצל המפיץ הגרמני האמור. לא מן הנמנע, כי התלונות היו בגין חוסרים כבמקרה דנן. ברם בשנים 2022-2023 הנתבעת כבר לא ייצרה המוצרים של התובעת אלא אולטרפלטט. מכאן לכאורה סתירה לגרסתו של עידו, כי עם העברת יצור המוצרים לאולטרפלטט כבר לא היו תלונות לקוחות קצה על חוסרים – סעיף 14 לת/3 ; עמ' 57 לעדותו ש' (22).

- המפיץ הצרפתי רכש 15,172 ערכות וקיבל 350 תלונות בין השנים 2022-2023. שיעור התלונות ביחס לכמות המוצרים הוא – 2.3%.

אמנם המומחה ניב ניסה להיסמך על נתונים אלה בכדי להוכיח את היחס בין התלונות שמגיעות לתיבת התובעת לבין התלונות שמגיעות למפיצים, אך בהעדר העדה של מי מהמפיצים, עם אפשרות חשיפתם לחקירה נגדית, ו/או אי הגשת חוות סטטיסטית שתדע גם לפצל בין סוגי התלונות השונות (חוסרים, שבר, סתם חרטה לאחר קניית המוצר וכד'), לא ניתן לקבל הסתמכותו של המומחה ניב בנדון על המידע האמור.

ח. המומחה אוריאל, כדברינו לעיל, העיר הערותיו לגבי חוות דעתו, ואף שב וחזר על ביקורתו (שהובילה לתיקון נתונים אצל המומחה ניב, בהתייחס לשיעור התלונות אצל אמזון) בחקירתו הנגדית (עמ' 86 לפרו' עדותו שו' 11-20).

ט. ביקורתו הצודקת של המומחה אוריאל בנדון, תחזק על דינו כדלקמן:

- בסעיף 5(ג) לסיכומיה הגיעה התובעת לשיעור תלונות של 39% בדרך הבאה:

הושלמו 4,692 פריטי מוצר חסרים;

יגאל בעדותו ציין כי מרבית התלונות היו בגין 1-2 פריטים חסרים. היינו כ-1.5 חלקים לכל מוצר;

משכך 4,692 חלקים משקפים 3128 ערכות מוצר חסרות;

3128 ערכות מתוך 7,932 ערכות חסרות זה 39%.

מכאן ששיעור התלונות הוא – 39%.

- **בכל הכבוד דרך זאת לא הוכחה כמקובלת ומבוססת לחישוב.**

- ברם גם אם נלך לפי דרך זאת, כי אז את כמות החלקים החסרים במוצרי אמזון, 466 במספר (ראו טבלה בסעיף 5(א) לסיכומי התובעת), נחלק גם ב-1.5 ונקבל 311. היינו 311 תלונות בגין חלקים חסרים.

היות שלאמזון בשנים הרלוונטיות לנו נמכרו 1355 יחידות מוצר, מתוכם הוחזרו 56 יחידות (שוב טבלה בסעיף 5(א) לסיכומי התובעת), נמצא כי נמכרו לאמזון 1,299 יחידות חסרות.

משכך שיעור התלונות צריך להיות 24% לכל היותר (311/1299), ולא 39% כטענת התובעת, המתבססת על המומחה ניב, שנשמך על נתוני התובעת ללא בדיקה עצמאית משל עצמו (מעגל שוטה, כביקורתו של המומחה אוריאל).

רק אם נתייחס למספר 466 כמייצג מספר ערכות בהן נתקבלה פניה על חוסרים, להבדיל ממספר פריטים, וכאמור נקודה זאת אינה ברורה לגמרי מנתוני המומחה או התובעת (כאמור רק בסיכומי התשובה של התובעת כאמור, הבהירה התובעת כי עסקינן במספר ערכאות), כי אז נקבל שיעור תלונות של 36% (466/1299). היינו גם אז לא נגיע ל-39%, וגם זאת תוך הנחה כי כל פניה על חוסר במספר פריטים בודד, מהווה "תלונה", **עובדה שלא הוכחה לטעמנו.**

(אגב, אם נתייחס לגירסתה הראשונה של התובעת, כפי שאף הוצגה לשמעון בחקירתו הנגדית וכומוזכר לעיל, כי כמות החלקים החסרים נשוא תעודות המשלוח היא – 3163; כי אז נקבל 2,109

ערכות חסרות (3,163/1.5). מספר זה מלמד על שיעור של כ-26% תלונות (2,109/7932) בלבד, ולא 39% כגרסת התובעת בנדון).

- יותר מזה – אם נלך לפי דרך חישוב זאת של התובעת יש לומר כך :
 התובעת ייצרה 7,932 מוצרי אוורסט ואולימפוס, כשמספר הפריטים הממוצע בכל מוצר הוא 167 (ראו דברינו לעיל).
 סך הכל פריטים בכל המוצרים – 1,324,644 (167*7932);
 סך פריטים חסר מקובל או תקני הוא עד 0.5%, אפילו אליבא דעידו (ראו דברינו לעיל). היינו סך של 6,623 פריטים (0.5%*1,324,644);
 לגישת התובעת ניתן לחלק זאת ב-1.5 ונקבל כ-4,415 "תלונות" צפויות בגין המוצרים.
 ברם אפילו התובעת לא טוענת לכזה שיעור תלונות בגין 7,932 יחידות המוצר שמכרה, אלא לכל היותר, וגם זה לא הוכח, שיעור של 2740 תלונות.
 הכיצד?

המומחה ניב מטעמה טען, כי 548 תלונות שהתקבלו בתיבת השירות של התובעת מהווים כ-20% מהתלונות, ויתרת ה-80% מגיעים למפיצים המקומיים [זאת בניגוד לאמור בתצהירו של עידו כי שיעור התלונות לתיבת השירות מהווה כ-15% מהתלונות, כדברינו לעיל. סתירה זאת כשלעצמה גם מלמדת כמה נקודה זאת לא מבוססת אצל התובעת; כמו גם שיעור התלונות שהועמד בכתב התביעה, סעיף 9, על 30%, ובהמשך ההליך התובעת שינתה שיעור זה ל-39%].

המומחה ניב, לתמהון הלב, לא קרא את כל התלונות, לא עשה פילוח שלהן (היינו לא בדק איזה אחוז מהן בכלל מתייחס לחוסרים, עם זאת יודע לומר כי התלוננו "בעיקר על חוסרים בחלקים" (עמ' 123 לפרו' חקירתו שו' 10-23).

לעדות כזאת לטעמי, בהתייחס לשיעור התלונות, משקל פחות.

ברם, אם אכן 548 תלונות מהווים 20% משיעור התלונות בכלל, אזי לפי ערך משולש כמות התלונות היא 2,740 (הגם שהמומחה ניב ציין כי סכום התלונות הוא 1,792 ולא מעבר לכך – עמ' 11 לחוות דעתו, כמו שגם ציינה התובעת בסעיף 1 לסיכומי התשובה מטעמה, ולכך גם נתייחס להלן).

שיעור זה (2740 תלונות, ובוודאי שיעור של 1,792 תלונות) הוא בגדר הצפוי, ולא החריג, כשמייצרים 7,932 מוצרים רבי פריטים (שאז כאמור יש 4,415 תלונות צפויות).

איני קובע מסמרות בנדון, והבאתי זאת רק לפי גישת התובעת בנדון, כמפורט לעיל, על מנת להראות כי אינה מבוססת.

- לכן מובן מדוע היה צורך במקרה הנדון לבסס את שיעור התלונות וחריגותן בייצור המוצרים דנן, בחוות דעת סטטיסטית, כמצויין בהרחבה לעיל.

חיזוק למסקנה זאת, בדבר הצורך בחוות דעת מקצועית לביסוס שיעור התלונות וחריגות, ניתן למצוא בדברי המומחה ניב כי לא בדק את כמות החזרת המוצרים בכל העולם בתקופה הרלוונטית, והסתמך בנדון רק על מכירות לאמזון (עמ' 158-159 לחקירתו הנגדית).

אז כיצד נדע כי עסקינן בשיעור תלונות חריג?!

י. אציין עוד שתי נקודות להמחשת חוסר הדיוק והספק שהעמידה בפנינו התובעת לענין שיעור התלונות הנטען המדויק:

- המומחה ניב ציין בחוות דעתו כי בשנים 2018-2019 שיעור התלונות מתוך המכירות (7,932 מוצרים) הסתכם ב-1,792 תלונות (עמ' 11 לחוות דעתו – ולא ברור מהיכן נשאב נתון זה). משכך שיעור התלונות הינו 23% בלבד מכלל המוצרים, ולא מעבר לכך כטענת התובעת;
- אלפרד בתצהירו ת/2 ציין, ללא צירוף אסמכתא כלשהיא, כי כשליש מאריזות שנשלחו ללקוח פולי מדרום אפריקה לקו בחוסרים. היו חוסרים בכ-33% מהאריזות. בחקירתו הנגדית שינה היחס וציין 80%-20% שברים, כאשר אין כל טענה מצד התובעת על פגם מסוג "שבר" (עדותו עמ' 27 לפרו' שו' 25-37); בהמשך אף הקצין יותר ואמר שאולי היו 90% חוסרים "אני לא בדקתי את זה" (עמ' 28 לפרו' שו' 4).

במצב דברים זה לא רק שלא ניתן לסמוך על עד זה, אלא שגרסתו מטילה בספק את גרסתה של התובעת בנדון לענין שיעור התלונות. עמדה על נקודה זאת גם הנתבעת בסיכומיה (סעיף 62).

יא. מכתבי אמזון והלקוח הגרמני בלוגה משנת 2018, אליהם נתייחס בהרחבה כשנדון בשאלת הנוק (נספחים ד'-ה' לכתב התביעה), אינם עוזרים לנו בשאלת שיעור התלונות החריג משתי סיבות:

האחת – קשה לקבל מכתבים מאנשים אנונימיים מהחברות הנ"ל, ללא חשיפת עורכיהם, או מי מטעם החברות הנ"ל, לחקירה נגדית, כתחליף לחוות דעת מקצועית בנדון על שיעור תלונות מוצדקות בשיעור חריג. התובעת בנדון לא יכולה לעשות קיצורי דרך ראייתיים.

למצער היה על התובעת לצרף מכתבים יותר ברורים מאמזון ובלוגה, המתייחסים לשאלת החוסרים במוצרי התובעת הנטענים בכתב התביעה, כי היו בשיעור חריג מבחינת כמות הפריטים החסרה ו/או שיעור התלונות, והבסיס לכך (למשל תוך השוואה ליצרנים אחרים). **אך גם זאת לא עשתה התובעת, והסתפקה במכתבים די ערטילאיים בנדון.**

בנדון אף הגדיל המומחה איילון בחוות דעתו לסבור, כי טענות התובעת הנוגעות לאמזון צריכות היו להיתמך בראיה חיצונית, מקצועית, בדמות חוות דעת מומחה, שתקבע "מה מבנה ופרקטיקת העבודה המקובלת מול אמזון, והאם פעלה התובעת בהתאם לכללים שחלו עליה. זו לא והצגה ולא נחקרה".

שוכנעתי להסכים לאמירה זאת של המומחה איילון, ולייחסה אף לבלוגה.

השנייה – כפי שנראה להלן כשנדון בשאלת הנזקים הנטענים, מכתבים אלה לא חסמו את הדרך בפני התובעת להמשיך ולעבוד עם החברות הנ"ל, אלא שהתובעת לא עשתה דבר בנדון סמוך לאחר שליחת

המכתבים. לשון אחרת, המכתבים הנ"ל אמנם משקפים אי שביעות רצון מקיומם של חוסרים באריזות, אך לא סוגרות הדלת בפני התובעת להמשכת הפעילות עימן.

יב. ספק נוסף לענין טענת התובעת בדבר שיעור חריג של תלונות מתקיים נוכח התנהלותה של התובעת בהעברת דבוקת התלונות הנטענות, 548 במספר, אל הנתבעת רק בחודש 8/20.

עובדה זאת מעוררת תמיהה, ויותר ממחשבה, כי בזמן אמת לכאורה לא ראתה התובעת בשיעור הפניות מצד לקוחות הקצה ו/או במהותן דבר מטריד או חריג. ההיפך, כפי שפורט בסעיף 6 לסיכומי הנתבעת, מאז מכתבה של אמזון לענין החוסרים בחודש 10/2018 ועד לפרעון החוב בחודש 3/21 המשיכה התובעת לרכוש מוצרים מהנתבעת, ואף הגיעה להסדר תשלום החוב באמצעות מסמך אלפסי בחודש 5/2019 (על אודותיו נעמוד להלן). עמד על כך גם שמעון בתצהירו נ/5 (סעיפים 62-68) שלא נסתר.

אותם דברים ניתן לומר לגבי בלוגה, שהמכתב ממנה אל עידו/התובעת נשלח כבר בחודש 6/2018. נבהיר הדברים ;

עידו בתצהירו ת/3 מציין כי העביר את 548 התלונות במייל לשמעון (סעיף 12) ;

שמעון בתצהירו נ/5 ציין כי דבוקת המיילים הנ"ל הועברה אליו לראשונה על ידי עידו לראשונה ביום 17.8.2020 (סעיף 28.3+28.8) ;

הדגיש שמעון בתצהירו (סעיף 28.10) כי דבוקת המיילים האמורה הועברה אליו על ידי עידו, לאחר שביום 16.8.2020 שלח לו (לעידו) מייל ובו הסב את תשומת הלב לחוב של התובעת אל הנתבעת בגין ייצור המוצרים. במענה לכך קיבל יום למחרת (17.8.2020) את דבוקת המיילים הנ"ל, בכדי (כך לגרסתו של שמעון) להתחמק מתשלום החוב של התובעת והסדרתו מול הנתבעת.

שמעון לא הכחיש בתצהירו, כי במהלך השנים התקבלו מספר מיילים בודדים בו צוינו תלונות לקוחות בודדים על חוסרים מעטים, והדבר נפתר על ידי השלמה בהתאם לשיטת העבודה שהיתה נהוגה בין הנתבעת לתובעת (נספחים ד-ח לנ/5).

נשאל עידו על נקודה זאת בחקירתו הנגדית ולא השיב תשובה ממוקדת, ורק בהתערבות בית המשפט הודה כי דבוקת המיילים נשלחה אמנם רק בחודש 8/20. יחד עם זאת טען כי הפנה את תשומת ליבו של שמעון לחוסרים גם קודם לחודש 8/2020. בנדון הפנה עידו למספר המיילים הבודד ששלח לשמעון במהלך תקופת הפעילות לענין חוסרים כאלה ואחרים, הם המיילים שאף צורפו לתצהירו של שמעון כנספחים ד-ח לנ/5 (עמ' 11-13 לעדותו ; כן ראה סעיף 2 לסיכומי התשובה של התובעת).

אגב גם במיילים הבודדים שצורפו לתצהירו של שמעון, ואליהם הפנה עידו בעדותו, אין "זעקה גדולה ומרה" על חוסרים, אלא הודעה על חלקים בודדים חסרים. היינו לא משהו דרסטי (ראו עדותו של עידו עמ' 18 פרו' שו' 32-38 ; עמ' 29 לפרו' שו' 1-23).

ההיפך – באחת מפניותיו הבודדות של עידו לשמעון בה התלונן על חוסרים, מייל מיום 3.9.2017, השיב לו שמעון בו ביום, כי הוא מבקש לקבוע פגישה בנדון, כדי לדון בשיטת האריזה. עידו השיב לשמעון "אלון יגיע אליכם מחר" (נספח ד לנ/5).

שמעון בעדותו הבהיר כי אלון היה השותף של עידו בזמנו, אך למרות תשובתו של עידו, אלון לא הגיע (עמ' 30 לחקירתו שוי' 21-22).

נשאל עידו על הגעת אלון והשיב: **"יכול להיות שאלון הגיע... אני הגעתי בטוח"** (עמ' 74 לפרו' עדותו שוי' 35-39);

התקשיתי ליתן אמון בגרסתו ההססנית והחמקנית בנקודה זאת של עידו, כי אלון **אולי הגיע**, וגם לא שוכנעתי כי הוכח, שהוא (עידו) התייצב לפגישה תחת אלון בנקודת זמן זאת.

שוב, אדישות של התובעת, שמלמדת לכאורה כי התלונות על החוסרים לא היו חריגות, שלא לומר צפויות, וזאת לצד התייחסות רצינית מצידה של הנתבעת על הפניה הנדונה אליה על ידי עידו.

ראוי בנדון להפנות לחקירתו של עידו (בעמ' 28-29 לפרו'), שם נשאל מדוע התובעת לא שלחה במהלך השנים הודעה חריפה לנתבעת דוגמת "אי אפשר להמשיך ככה" או "לא נוכל לעבוד אתכם יותר, אנחנו מבקשים לבטל ההסכם", והשיב כדלקמן:

"אני, אני אענה לך לעניין. המעבר מתפנפלטט תוכנן בקפידה. זה מצב מאוד מאוד רגיש. הם מחזיקים לי ברכוש ששווה מיליונים. אני לא יכול, הם לא ייתנו לי בשום פנים ואופן לעזוב עד שאני לא משלם את כל החוב שהם לכאורה חושבים שאני חייב להם. הם, כרוח כתב ההגנה וכרוח התצהיר ששמעון הגיש לא הודו שיש בכלל בעיה והם טענו שאין בעיה, שאני אשם, הם פשוט התנערו מאחריות. המסר היה מאוד ברור מהיום הראשון, שהם לא ייקחו אחריות טיפה. ולכן, אני לא יכול לעזוב את תפנפלטט מהיום להיום, זה דבר שדורש תכנון. ולכן, תוכנן לעזוב את תפנפלטט תקופה ארוכה, כאשר היה תוכנית לצמצם את החוב עד לסימום, ביום סיום חוב, מיד אחר כך, לקחנו את התבניות והזזנו אותן" (עמ' 30 לפרו' שוי' 13-3).

לטעמי מדובר בתשובה לא משכנעת.

על אי השכנוע בתשובה זאת של עידו עמד המומחה איילון בחקירתו (עמ' 44-47), שתמציתה כדלקמן – אם אכן מוצרי התובעת כה מבוקשים, היתה צריכה לקבל הזמנות מספקים, לקבל מהם מימון ביניים על חשבון ההזמנה, או ללכת למקור חיצוני לקבלת מימון בהסתמך על הזמנות מוכחות, לפרוע החוב לנתבעת (שבגינה לכאורה מחזיקה בתבניות, כזכותה על פי סעיף 4(ב) להסכם), ולשחרר התבניות תוך העברתם לספק אחר.

במילים אחרות – לתובעת "לא בער" לשחרר התבניות. היינו בעיית החוסרים לא היתה מספיק אקוטית או חמורה מבחינתה.

בכלל אם עוברים על תשובות הנתבעת למיילים הבודדים ששלחה התובעת ובו הודיעה על חוסרים (שצורפו כאמור, עם תשובות הנתבעת, נ/5), רואים התייחסות מהירה ורצינית מצידה של הנתבעת, עם תשובות לגופן של דברים. דוגמת – אם נטען לחוסר בחלקים רבים, השיבה הנתבעת, כי חוסר כזה לא יכול להיווצר אצלה, אלא כנראה הקרטון נפתח בדרך אל הלקוח (ראו למשל נספחים ה-ו לנ/5).

לשון אחרת – לעידו לא היתה תשובה משכנעת, מדוע דבוקת התלונות, שהתקבלה אצלו לכאורה בין השנים 2017-2019, לא הועברה במלואה בזמן אמת לתובעת, תוך הדגשת חומרת הענין ונזקים הצפויים בגין כך לתובעת.

הנתבעת עמדה בסיכומיה (סעיפים 1-17) על מחדל זה של התובעת, שאף עומד בניגוד לחובתה בסעיף 6 להסכם (חובת ההודעה על כל בעיה, ראו ציטוט הסעיף לעיל).

הנתבעת גם ציינה בסיכומיה (סעיף 20) כי מחדל זה של התובעת לא בא לעולם במקרה, אלא שכנראה לאו מחדל הוא, לנוכח הסדר הספקת החלפים שעבד בין הצדדים, והניח את דעתה של התובעת, עד לדרישת התשלום של הנתבעת. או אז "שלפה" התובעת את דבוקת המיילים ושלחה לתובעת יום לאחר דרישת התשלום האמורה, בכדי להתחמק מתשלום זה.

אני מצדד בנדון בעמדתה של הנתבעת כנטען בעדויות מטעמה ובסיכומיה.

התנהלות התובעת בנדון, עולה בקנה אחד עם הבנתי, כי התובעת לא הוכיחה שיעור תלונות חריג ו/או כי עסקינן בכלל בגדר תלונה חריגה, אלא רק בפניה של לקוחות קצה על חסר בפריט או שניים במוצר שהושלם בהתאם לשיטת העבודה שבין התובעת לנתבעת. שיטה עליה גם העיד אדוארד, כי פתרה את הבעיות מול לקוחות הקצה.

יג. יפים הדברים שציינה הנתבעת בסעיף 40 לסיכומיה, עמם אנוכי מסכים, ואצטטם במדויק:

"ותמוה מכל – החזרת מוצרים אליבא דתובעת היו בכל המדינות שבהן נמכרו המוצרים. סביון (המומחה ניב – ח"ש) לא בדק את כמותן (עמ' 158 לפרו' שו' 36-28 ועמ' 159 לפרו' שו' 5-4). לא הוכח ששיעורן באמזון היה גבוה מבשאר מדינות העולם. כיצד ניתן להסביר כי החזרת מוצרים גרמה לביטול התקשרות באמזון בעוד בשאר מדינות כולם לא היתה פגיעה במכירות?! (עמ' 12 חוו"ד סביון – עמודת מכירות ללא אמזון. ניתן לראות עליה במכירות בשנים 2019-2021). התשובה לכך אחת: 'שיעור' ה'החזרות' לא היתה הסיבה לסגירת החנות באמזון".

יד. לסיכום העניין ייאמר, כי התובעת לא הוכיחה כנדרש את שיעור "התלונות", ו/או היותן בגדר שיעור חריג בנסיבות דנן.

היא אף לא הוכיחה, אם הודעת לקוח קצה על חסר בפריטים מסויימים במוצר, מהווה "תלונה", להבדיל מבקשה להשלמת הפריטים, דבר שנעשה בהתאם לשיטת העבודה של הנתבעת מול התובעת, לנוכח הצפי לחסר מקובל בפריטים, הגם שהייצור, האריזה וההמכלה של המוצרים נעשו בצורה מקצועית ועל פי התקן.

63. לסיכום שאלה ג' כהגדרתה לעיל, שוכנעתי לקבוע לאור כל ממצאינו לעיל, כי הנתבעת לא הוכיחה את אחריותה החוזית של התובעת לחוסרים בשיעור חריג או לא מקובל, בניגוד לנטען בכתב התביעה.

בכך הייתי יכול לסיים הדיון בתובענה זאת, בדרך של דחייתה.

ברם ככל שיהיה מי שיחלוק עלי וימצא כי הוכחה אחריות חוזית של הנתבעת לחוסרים הנטענים, אמשיך לבחון את שלב הביניים, ושיעור האשם התורם שיש לייחס לתובעת, אם בכלל, בנסיבות דנן.

שאלה ד' – שאלת האשם התורם של התובעת, אם בכלל, ומה שיעורו?

64. נקודת ההנחה לבחינת האשם התורם של התובעת, הנובע משלב הביניים (כהגדרתו לעיל) היא אחריותה של הנתבעת לחוסרים הנטענים (שלטעמי לא הוכחה, כקביעתי בשאלה הקודמת).

65. על תפקידה של התובעת בשלב הביניים הרחבתי לעיל.

נדגיש את שציינו בסעיף 60(ב) לעיל, כי קשה לקבל טענה מצד התובעת על ייצור המוצרים על ידי הנתבעת שלא על פי התקן. הרי הנתבעת לא היתה מנותקת מיצור המוצרים. היא סיפקה את תבניות היצור (ה"הואיל" הראשון של ההסכם); היא קיבלה מהנתבעת "טסטים לתבניות" טרם הייצור הסופי כדי לוודא התאמת ייצור, ואישרה אותם. רק לאחר מכן התבצע הייצור המסחרי, וגם זאת בהתאם למפרט שסיפקה התובעת (סעיפים 2(א-ג) להסכם); את איכות המוצרים הגדירה התובעת (עמ' 2(ד) להסכם); אריזת המוצר, וביקורת טרם המכלה, נעשו בהתאם להנחיות המפרט שסיפקה התובעת ועל ידי נציג מטעם התובעת (סעיף 2(ד) להסכם).

לשון אחרת – כל מחדל של הנתבעת ביצור או באריזה של המוצרים, התובעת, לאור שלב הביניים, גם אחראית לו (חוזית) מכוחו של ההסכם.

66. כן עמדנו לעיל על הפרה לכאורית של התובעת את סעיף 6 להסכם, תוך הדגשה כי ניתן להניח בסבירות ראויה, שאומד דעתם של הצדדים בהוראת סעיף 6 להסכם, היה למנוע "תקלות" בייצור, באריזה ובהמכלה של המוצרים, דוגמת תקלת החוסרים הנטענים דנן, תוך יידוע הדדי ולאחר על כל תקלה כאמור הקשורה בייצור ו/או באריזת המוצרים, על מנת לתקנה לאלתר.

67. **במצב דברים זה יש הצדקה מכוחה של דוקטרינת האשם התורם לחלק את האחריות החוזית לקיומם של החוסרים בחלקים שווים בין הנתבעת לתובעת.**

ראו בנדון דברינו לענין שיקולי האשם התורם בסעיף 54(ב) לעיל, שהשלכתם למקרה דנן יובילו למסקנת חלוקת האחריות השווה במקרה דנן על נסיבותיו, המפורטות לעיל.

68. **לסיכום ייאמר – ככל שהייתי מוצא שהתובעת הוכיחה את אחריותה החוזית של הנתבעת במקרה דנן על נסיבותיו, הייתי מטיל על התובעת 50% אשם תורם חוזי.**

שאלה ה' – שאלת הנזקים

69. אבחן כעת את טענת הנזקים הנטענים על ידי התובעת, למרות קביעתי לעיל כי לא הוכחה אחריות התובעת.

70. את טענת הנזקים אבחן בעיקר בהתבסס על חוות הדעת המומחים שעמדו בפני, וחקירותיהם.

ודוק – המומחה ניב מטעם התובעת הגיש חוות דעת כלכלית לענין נזקי התובעת הנטענים, ואילו המומחה איילון מטעם הנתבעת הגיש חוות דעת כלכלית במסגרתה מנסה לקעקע את דרך עבודתו ומסקנותיו/קביעותיו של המומחה ניב לענין הנזקים.

במילים אחרות – היינו, הנתבעת לא הציגה חוות דעת כלכלית עצמאית על נזקים אפשריים לתובעת.

התובעת עמדה על נקודה זאת בסיכומיה (סעיף 17), וביקשה לפרש זאת לחובת הנתבעת.

מנגד ב"כ הנתבעת הבהיר הדברים בציינו, כי היות שהנתבעת טוענת שלא נגרם כל נזק לתובעת (היינו מכחישה את הנזקים הנטענים), הוא לא ביקש מהמומחה איילון להכין חוות דעת נגדית לענין הנזק, אלא רק להתייחס לחוות דעתו של המומחה ניב. היינו – לבקר אותה (עמ' 2 לפרו' עדותו של המומחה איילון, שו' 21-34);

המומחה איילון גם הדגיש, כי היות שנטל הראיה לא מוטל בתובענה זאת על הנתבעת אלא על התובעת, הוא בחוות דעתו רוצה להראות שחוות דעתו של המומחה ניב אינה מבוססת כלל ועיקר (עמ' 3 לפרו' עדותו שו' 7-13).

71. לטעמי דרך פעולתה של הנתבעת בנדון לגיטימית.
- העובדה כי חוות דעת אחת "נופלת" ונותרת בני בית משפט רק חוות דעת אחת, אינה מקימה חובה לאמץ את רעותה, אלא הדבר נתון לשיקול דעתו הרחב של בית המשפט הדין בעניין.
- ראו לעניין זה פסק דין (כב' השופט עמית):
- [ע"א 4939/17 אבני דרך בע"מ נ' שר האוצר ואח'](#), פסקאות 13-14 [נבו] (29.12.2022).
72. **כך הם פני הדברים גם כשעומדת מלכתחילה בפני בית המשפט רק חוות דעת מומחה אחת, מטעם מי מהצדדים.**
- על בית המשפט בכל מקרה להעביר את שבת ביקורתו, ולהפעיל את שיקול דעתו, אם לקבל את ממצאי חוות הדעת היחידה, ואין עליו לקבלה כ"כזה ראה וקדש".
- בנדון, במסגרת בחינת חוות דעתו של המומחה ניב, יכול בית המשפט להיעזר בביקורתו המקצועית של המומחה איילון.
72. בסעיף 1.2 לחוות דעתו, התייחס המומחה ניב לשישה ראשי נזקים, ישירים ועקיפים, הנטענים על ידי התובעת:
- א. אובדן רווחים ממכירות פוטנציאליות בארצות הברית;
 - ב. עלות החזרת המוצרים על ידי לקוחות אמזון;
 - ג. מכירה בהפסד של היחידות אשר נשארו במחסני אמזון, בכדי לחסוך בהוצאות אחסון;
 - ד. עלויות משלוח חלקים חסרים ללקוחות בארצות הברית;
 - ה. הוצאות פרסום בארצות הברית שלא הניבו הכנסות, כתוצאה מסגירת החנות על ידי אמזון;
 - ו. השוק הגרמני – נטישת הלקוח בלוגה עקב ריבוי תלונות על חלקים חסרים.
73. ציין המומחה ניב (בסעיף 1.2 לחוות דעתו) כי הערכת הנזק מתייחסת לשנים 2019 ועד חודש יוני 2021, מאחר שבחודש אפריל 2021 הועברו התבניות לספק אחר.
74. בסעיף 1.3 לחוות הדעת ציין המומחה ניב את מקורות המידע שעמדו בפניו לשם הכנת חוות דעתו:
- * כתב התביעה;
 - * דוחות כספיים של התובעת;
 - * נתונים תפעוליים של החברה;
 - * דוחות תפעוליים של אמזון;
 - * התכתבויות בין החברה למפיצה בחו"ל;
 - * תלונות של לקוחות.
75. סכום הנזקים הסתכם בחוות דעתו של המומחה ניב לסך של 3,622,735 ₪, ובמעוגל סך של 3.6 מליון ₪, כסכום התביעה.

76. המומחה איילון בחוות דעתו, טרם שנכנס לבחון את ראשי הנזקים המפורטים בחוות דעתו של המומחה ניב, העיר וביקר באופן כללי את חוות דעתו של המומחה ניב, כדלקמן:

א. המומחה ניב בנה את חוות דעתו תילי תילים ללא שמץ של תשתית עובדתית ראויה. כך המומחה ניב לא ביצע דבר אלמנטרי נדרש לאפיון השוק הרלוונטי לטענת הנזקים בכלל וחלקה של התובעת בו בפרט, בתחומי המוצרים דנן.

מחדל זה מערער את החישוב האריתמטי וההיפותטי כשלעצמו בחוות דעתו, לענין הפגיעה בהכנסות וברווחים של התובעת בשנים הרלוונטיות.

לכן יש לומר כי משקלה של חוות דעתו של המומחה ניב נמוך ביותר. אין בה בסיס התומך בסכומי הנזקים הנתבעים. חוות דעתו של המומחה ניב נסמכת על השערות והערכות ערטילאיות שהובאו באופן כוללני ביותר, ואינם יכולים להוות תחליף להוכחה נדרשת של טיעוני מומחה (סעיפים 1-7 לחוות דעתו).

ב. לחוות דעתו של המומחה ניב לא צורפו אסמכתאות, והוא לא צירף את מקור והבסיס לנתוניו. כל שעשה בחוות דעתו היה להפריח סכומים ושיעורים (%) לחלל האוויר, ללא הוכחת נתוני היסוד שעמדו בבסיס חישוביו.

ודוק – מומחיות אינה תחליף לעיגון עובדתי הנחוץ לביסוס מסקנות כלכליות של מומחה.

לנוכח חסר זה בחוות דעתו של המומחה ניב, נשללה זכותה המלאה של התובעת לבחון את התשתית העובדתית והחשבונאית עליה נסמכת חוות דעתו (סעיפים 8-19 לחוות דעתו).

77. טרם שנצלול לבחינת ראשי הנזקים, נחזור ונציין את שצינו לעיל – כעולה מחוות דעתו של המומחה ניב (סעיף 3.1), התובעת תובעת בתובענה הנדונה, רק על נזקי השוק בארצות הברית (לרבות אמזון) והשוק הגרמני (עקב נטישת הלקוח בלוגה), ולא מעבר לכך; דוגמת נזקי השוק הנטענים בדרום אפריקה עקב הלקוח פולי, ואף נזקים נטענים בצרפת עקב חוסרים, שגם שם התובעת מכרה המוצרים. לכן עידו הגדיר את חוות דעתו של המומחה ניב מבחינת הערכת הנזקים כשמרנית (עדותו של עידו, עמ' 134 לפרו' שו' 4-5).

ראש נזק ראשון – אובדן רווחים ממכירות פוטנציאליות בארצות הברית

78. ראש נזק זה פורט בסעיף 3.2 לחוות דעתו של המומחה ניב.

בסעיף זה ציין המומחה ניב, כי בשנים 2018-2019 אמזון קיבל בגין מוצרי התובעת שנמכרו בחנותו 1,792 תלונות. בעקבות כך "פסלה חברת אמזון את מוצרי החברה והפסיקה את מכירת המוצר".

לאור זאת "הוחלט על הפסקת פעילות בארה"ב שכן המוניטין של חנות אמזון של החברה נפגעה. הפסדי החברה הותירו את החברה ללא מזומנים והוחלט על הפסקת פעילות חנות אמזון שכן פעילות בחנות אמזון דורשת מימון להון חוזר ולפרסום. כמו כן הופסקה פעילות החברה מול ערוצים נוספים בארה"ב כולל National Sporting Goods Group Sales המפיצים באינטרנט (לא דרך אמזון)".

ההנחות לחישוב הנזק הן כדלקמן:

* אומדן הנזק חושב לפי אובדן רווחים בשנים 2019 ועד יוני 2021 (להלן: "תקופת הנזק הנטען").

- * אומדן הנזק התבסס על הכנסות התובעת ללא המכירות לארצות הברית ונירמולן למכירות אשר היו צפויות לתובעת על בסיס שיעור המכירות בארצות הברית בעבר;
- * אובדן ההכנסות חושב לפי ההכנסות אשר היו צפויות להיות לתובעת בנטרול ההכנסות שהיו לחברה בפועל;
- * אומדן ההפסד והרווח התבסס על אובדן ההכנסות, בניכוי עלות המכר (על פי שיעור הרווח הגולמי של התובעת) ובניכוי הוצאות פרסום וקידום מכירות אשר הינן הוצאות משתנות באופיין.
79. בעמוד 12 לחוות הדעת מופיעות שתי טבלאות.
- טבלה אחת נושאת כותרת **"מכירות החברה בארה"ב"** בין השנים 2016-2018, כששיעור המכירות הממוצע בשנים אלה הועמד על 48%.
- טבלה שניה נושאת כותרת **"אובדן רווח מביטול המכירות בארה"ב"**. מטבלה זאת הכוללת נתונים של סך מכירות התובעת, מכירות ארצות הברית ומכירות החברה ללא ארצות הברית, קבע המומחה ניב אובדן רווח בראש נזק זה בשיעור של 2,684,501 ₪.
80. נגד דרך חישוב זאת יצא המומחה אילון חוצץ בחוות דעתו (סעיפים 89-34) וציין כדלקמן:
- א. המומחה ניב ניסה לבצע כימות כספי של הנזק הנגרם לשיטתו למוניטין התובעת כתולדה מהתנהלותה לכאורה של הנתבעת. ברם הוא דילג על שתי משוכות מקדמיות, שהנטל להוכיחן מוטל על התובעת, כדלקמן:
- * עצם קיומו ושווי של מוניטין לתובעת, תוך הבאת ראיות המלמדות על יתרון התובעת על מתחריה;
- * עצם גרימת נזק למוניטין, ככל שהיה מוכח קיומו.
- ב. התקופה הרלוונטית לכימות הנזק שבהתאם לחוות דעתו של המומחה הניב היא משנת 2019 ועד אמצע יוני 2021, שכן בחודש 4/2021 הועברו התבניות לספק אחר. אין מקום לפצות את התובעת על השתהות בהעברת התבניות מהנתבעת מיד עם התגלות הנזק הנטען בשנת 2019. השתהות הבלתי מוסברת של התובעת בנדון, אינה צריכה לשמש כ"תוכנית חסכון" המטיבה עימה.
- לכן מקום בו פעלה התובעת בתקופת הפעילות בהשתהות לאחר גילוי הנזק, אין לה אלא להלין על עצמה באי הקטנת נזקה, כחובתה על פי דין.
- ג. לא נלקחה בחשבון התקופה גם מגיפת הקורונה שפרצה בחודש 3/2020, שהובילה לירידה חדה בפעילות הכלכלית הכלל עולמית, ולמשבר כלכלי ותעסוקתי.
- זאת ועוד בתקופת הקורונה היקף ההובלה האווירי הצטמצם, כשבמקביל השינוע הימי היה העיקר (בו בעיקר עשתה שימוש התובעת) והוא התייקר עד פי 10.
- דבר זה הוביל להתייקרות המחיר לצרכן, צמצום רווחי היצואנים וצמצום רווחי "גורמי האמצע" דוגמת סוכנים, יבואנים ועוד.
- ככל שניקח בחשבון את התייקרות המוצרים של התובעת בתקופת שנות הקורונה (ואין נתון שמצביע אחרת) לא היה בשנים 2020-2021 צמצום הביקוש למוצרי התובעת, ולו באופן חלקי.

- ד. המומחה ניב ביסס את אומדן המכירות הפוטנציאליות בשוק האמריקאי על מגמת השינוי בגובה המכירות מחוץ לשוק האמריקאי, כאילו הדבר מובן מאליו, ואין הדבר כך.
לא ניתן לגזור גזרה שווה מנתוני שוק אחד או יותר לשוק האמריקאי.
- ה. על המומחה ניב היה לבחון מקצועית, ואף להיעזר בכך בחוות דעת מקצועית חיצונית תומכת, לעניין השוק האמריקאי ותנודותיו יחסית לשווקים אחרים מחוץ לארצות הברית, הן בפן הכמותי והן בפן שיעור הרווחיות. בנדון לא הוצגה כל ראיה לעניין השוק האמריקאי באותן שנות הפסד נטענות.
- ו. את חוות דעתו לתקופת הנזק הנטען ביסס המומחה ניב על השוואת נתוני מכירות לשלוש שנים קודמות (2016 עד 2018), כשהנוהל המקובל הוא לבצע ההשוואה לחמש שנים קודמות, בכדי לשלול מקריות ו/או תוצאות חריגות שאינן מלמדות על הכלל.
- ז. כל הסתמכויותיו של המומחה ניב על "דוחות כספיים" של התובעת, אך אלה לא הוצגו וממילא לא הוכחו. משכך גם לא הוכח שיעור הרווח הנטען על ידי המומחה ניב בשיעור של 37% עליו ביסס את חישוב ההפסדים בארצות הברית.
- ח. זאת מעבר לעובדה כי תזת שיעור הרווח הגולמי בשיעור נטען של 37%, סותרת את מסמך אלפסי (אליו נתייחס בהמשך) שם הועמד הרווח הגולמי של התובעת על 24.93% בלבד.
- ט. בנדון היה על המומחה ניב להציג את שורת הרווח לפני מס, ולמצער את שיעור הרווח התפעולי, להבדיל מהרווח הגולמי.
- י. בחוות דעתו גם לא התייחס המומחה ניב להוצאות התקורה שנחסכו, ושהיה על התובעת להוציאן, במקרה של פעילות בתקופת הנזק הנטענת.
- יא. כל אלה מלמדים, כי התובעת לא הצליחה להוכיח את נזקה הנטען. אפילו תראה התובעת ירידה בנפח העסקאות בתקופת הנזק הנטען, הרי לאור האמור לעיל, לא ניתן לקשור זאת סיבתית-כלכלית לתובעת.
- יב. התובעת בסיכומיה מצדדת בקביעות המומחה ניב בחוות דעתו בהתייחס לראש נזק זה (ראו סעיפים 21-28).

נתמצת הדברים:

- א. חוות דעתו של המומחה ניב מבוססת על נתונים ממוחשבים של התובע ומתוך דוחותיה הכספיים. הוא לא צריך לבצע בדיקה של נכונות הדוחות.
- ב. התייחסות המומחה איילון בכל הקשור לראש הנזק הראשון דלעיל, מצביעה על חוסר הבנה בסיסי של אובדן הכנסות, שנבעו כתוצאה מהפסקה יזומה של אמזון את פעילות התובעת עקב החוסרים.
- ג. "תקופת ההמתנה" כלשונו של המומחה איילון נועדה למציאת ערוצי הפצה חדשים למוצרי התובעת בארצות הברית, אחרי הנזק שגרמה לו הנתבעת שהוביל להפסקת מכירות המוצרים באמזון. אורך תקופת ההמתנה גם נובע ממחלוקת עסקית בין הצדדים, שגרמה להישארות התבניות אצל הנתבעת, עד לסילוק חובה של התובעת כלפיה.
- ד. באשר למגיפת הקורונה – אין כל ביסוס כי מגיפה זאת גרמה לירידה במכירות מוצרים דוגמת אלה דנן. ההיפך, המומחה ניב בעדותו (עמ' 152 לפרט' שט' 34-23) הציג דו"ח שהיתה צמיחה בשוק

הצעצועים בשיעור של 16%. והסיבה לכך – שהן ההורים והן הילדים נשארו בביתם, תוך צמצום פעילות המערכת החינוכית.

ה. לענין ההשוואה בין השווקים השונים – חוות דעתה של התובעת מתבססת על גידול בהכנסות המכירות אשר היו צפויות להיות בארצות הברית על בסיס הגידול בשווקים אחרים.

ו. באשר לנתונים הכספיים – חוות דעתו של ניב מבססת הערכה לגבי הפסד התובעת כתוצאה מהפסקת פעילותה בארצות הברית.

ז. באשר לשיעור הרווח הגולמי – המומחה ניב העמידו על שיעור של 37% כשביצע ממוצע פשוט ולא משוקלל. לעומת זה מסמך אלפסי, בו נקבע שיעור רווח גולמי בשיעור של 25% בלבד, אינו מבוסס דיו.

ח. באשר לטענה בדבר אי הוכח קשר סיבתי כלכלי בין ייצור הנתבעת לבין הנזק הנטען – הרי הוכח כי הפסקת פעילותה של התובעת באמזון, ובכלל בשוק האמריקאי, נבעה בגלל ריבוי תלונות בגין חוסרים במוצרים שייצרה הנתבעת.

82. הנתבעת בסיכומיה (סעיפים 34-40), ובהתבסס על טענותיו של המומחה איילון בחוות דעתו, יוצאת חוצצת נגד מסקנותיו וקביעותיו של המומחה ניב בראש הנזק הראשון, ונתמזת הדברים:

א. המומחה ניב אמד את אובדן המכירות בארצות הברית על בסיס מגמות מחוץ לשוק בארצות הברית. בשלב ראשון הגיע למסקנה שהמכירות בארצות הברית היו, בממוצע, 48% מהמכירות בעולם בשנים 2016-2018. בשלב שני בדק את המכירות בשנים 2019-2021 מחוץ לארצות הברית והוסיף להן באופן רעיוני את המכירות שהיו לתובעת בארצות הברית לו פעלה בו בשנים אלה (2019-2021) על בסיס אותם 48%.

דרך זאת מהווה כשל מהותי בהערכת המומחה ניב, שכן אין לגזור גזירה שווה מנתוני מכירות של שוק אחד לשווקים אחרים, כפי שציין המומחה איילון בסעיפים 56-58 לחוות דעתו; בכל מקרה בחוות דעת סביון גם נפלה טעות חישובית מהותית בחישוב 48% הנ"ל (סעיף 66 לחוות דעתו של המומחה אילון).

ב. חוות דעתו של המומחה ניב נעדרת כל בדיקה של שוק מתקני פעילות מודולריים לילדים בשווקים בהם פועלת התובעת. עסקינן בחסר מהותי לגיבוש ממצאים ומסקנות בדבר אובדן רווחים בשנים מסוימות (סעיפים 1-7 לחוות דעתו של המומחה איילון).

ג. השיווק בארצות הברית נעשה באמצעות אמזון. השיווק במדינות אחרות נעשה באמצעות מפיצים. המומחה ניב לא פירט שום סיבה או הסבר להערכתו, כי המגמות בשווקים השונים הינן זהות, לא השתנו ותשארנה קבועות. די אם יצוין, לשם השוואה, כי בשנת 2021 חידשה התובעת את פעילותה בשוק הגרמני ומכרה בו פי חמישה מכמות המוצרים שמרה בו בשנים שקדמו לכך.

ד. פגם נוסף שנפל בחוות דעתו של המומחה ניב נוגע לשיעור הרווח הגולמי, שהעמידו על 37%, בעוד שהוא צריך להיות לכל היותר בשיעור של 25%, כמצויין במסמך אלפסי (סעיפים 82-70 לוות דעתו של המומחה איילון).

ה. חובה של התובעת אל הנתבעת היה ידוע כבר בחודש 8/2020, אך הוסדר רק בחודש 3/2021. עד אז הוחזקו התבניות בידי הנתבעת כדין בהתאם לסעיף 4(ב) להסכם. תקופה זאת, בת שמונה חודשים

נזקפה לחובת הנתבעת בחוות דעתו של המומחה ניב ללא הצדקה או בסיס משפטי. היה על התובעת לפרוע החוב כבר בחודש 8/2020 לכל המאוחר, ולקחת התבניות ליצרן אחר, ובכך גם היתה פועלת להקטנת נזקה.

83. יושם אל לב, כי התובעת שמה יתבה בראש נזק זה על אובדן רווחים ממכירות פוטנציאליות בארצות הברית, בעיקר על סגירת חנות אמזון באמצעותה מכרה את מוצריה.

כלשונו של עידו בחקירתו, שמאז סגירת החנות באמזון התובעת לא מכרה באמריקה (עמ' 54 לפרו' שו' 39-35).

טענה מרכזית זאת של התובעת מעלה את השאלות הבאות:

א. האם החנות באמזון נסגרה ביוזמת אמזון או ביוזמת התובעת, והצדקה לסגירה?

ב. האם התובעת הוכיחה כי סגירת החנות סגרה בפניה השוק האמריקאי בכלל?

84. שאלת סגירת החנות באמזון, והצדקה:

א. בסעיף 13 לכתב התביעה מציינת התובעת, כי עקב ריבוי תלונות על חוסרים והפסדים כספיים הולכים וגדלים, הקפידה את פעילות החנות באמזון. ודוקי "הקפידה" ולא סגרה, וגם זאת ביוזמתה. כך גם צויין בתצהירו של עידו (סעיף 10 לת/3).

ב. בחקירתו הנגדית עידו כבר טען כי "סגירתי חנות באמזון בגלל שסגרו לי אותה" (עמ' 54 לפרו' שו' 18).

בהמשך ציין כי "אני לא יכול למכור יותר באמזון. אז סגירתי" (עמ' 54 לפרו' שו' 32).

בקיצור – אין גרסה אחידה של עידו, אבל ניתן לקרוא בין השורות כי התובעת החליטה על סגירת החנות באמזון.

ג. האם הוכחה הצדקה לסגירת החנות באמזון?

התובעת טענה בכתב התביעה כי ריבוי התלונות על חוסרים גרמה לפגיעה בדירוג החנות, עליה עמלה במשך מספר שנים (סעיף 13 לכתב התביעה; סעיף 10 לת/3).

לא הובאה כל ראיה מבוססת כראוי לענין הפגיעה בדירוג החנות אצל אמזון;

לא הובא כל עד מטעם אמזון (ולא מן הנמנע כי לאמזון יש סניף בישראל) או מכתב ברור לענין ירידת הדירוג של החנות של התובעת שהצדיק את סגירתה.

לענין סגירת החנות הפנתה התובעת למכתבה של אמזון מיום 16.10.2018 (נספח ד' לכתב התביעה). על כך ציינה הנתבעת בסיכומיה (סעיף 10), כדלקמן:

"מכתב אמזון מיום 16.10.18 מפרט בפסקה השלישית, כי ניתן 'להחזיר' המוצר למכירה באתר תוך פירוט צעדים שבהם תנקוט התובעת. לא ברור אם ומה עשתה התובעת כדי להמשיך למכור באמזון".

לא בכדי ציינה זאת הנתבעת בסיכומיה, שכן עידו נשאל על כך בחקירתו הנגדית, שאלה כדלקמן: "16/10/2018, אמזון מודיע לך על בעיה, אגב, הוא לא סגר את החנות" (עמ' 55 לפרו' שו' 4-5).

על כך השיב עידו שאמזון סגרו לו את המוצר המוביל, אוורסט (עמ' 55 לפרו' שו' 39-6).

לנוכח תשובתו זאת נשאל עידו, אז מדוע סגר החנות, הרי עדיין היה יכול למכור בה את שני המוצרים הנוספים: אולימפוס וקויב; על כך השיב כי זה השפיע לרעה גם על מוצרי התובעת האחרים.

בלשונו –

“אני אענה, אני אענה. יש לזה אימפקט ענק כשיש בעיות עם כל כך הרבה לקוחות, הרבה לקוחות לא ימשיכו לעבוד איתי, זה הרי ברור. זה לא רק זה, אתה צריך להסתכל ממש, ממש מלמעלה, כששולחים סחורה, לא משנה אם הסחורה הזאת היא של צעצועים או זה יכול להיות תמרוקים” (עמ' 56 לפרו' שוי' 11-15).

דבריו אלה של עידו נאמרו בעלמא, ללא ביסוס עובדתי או מקצועי, ולא יכולתי להסתמך עליהם, בכדי להצדיק את סגירת החנות באמזון.

ודוק – התובעת הצדיקה את יוזמתה בסגירת החנות באמזון, בכדי לחסוך בעלויות דמי אחסון במחסני אמזון (סעיף 7 לת/3). ברם משלא הוכח כי לא ניתן היה למכור אף את שני מוצרי התובעת האחרים (שלא לומר את מוצר האוורסט, לאחר שעידו יבהיר לאמזון כיצד יטפל בבעיה), **לא שוכנעתי בצדקת הנימוק לסגירת החנות.**

בנדון נפנה לדברי הנתבעת בסעיפים 10-11 לסיכומיה, עמם אני מסכים (שכן התמונה בנדון נותרה עמומה), שעל פי נתוני המכירות לאמזון כעולה מחוות דעתו של ניב – 1355 ערכות נמכרו לאמזון בשנים 2018-2019, מהן 56 הוחזרו (לא פורטה סיבת ההחזרה), ובמוצרים בהן היו חוסרים השלימה התובעת הפריטים החסרים בהתאם לשיטת העבודה שלה עם הנתבעת, ובכך פתרה הבעיה, כעדותו של אדוארד.

כך גם נפנה לסעיף 12 לסיכומי הנתבעת, שם הפנתה לראיות התובעת, בהן נמצאה פניה יחידה של לקוח בארצות הברית שהתלונן על מחסור ניכר בפריטי המוצר. בעקבות כך המליץ מנהל החנות באמזון (מר עופר זוסמן) על משלוח מוצר חדש, הגם שפקפק באמינות הפנייה (עדותו של עידו עמ' 78 לפרו' עדותו, המפנה למייל של שמעון מחודש יולי 2018; עדותו של עידו עמ' 80 לפרו' שוי' 1-5 ו-14--20).

אם נסכם הדברים נאמר כך:

- התובעת החליטה לסגור את החנות באמזון;
- סגירת החנות לא נכפתה עליה על ידי אמזון;
- אמזון לא שללה את המשך מכירת מוצר אוורסט בחנות, שבהם היתה בעיקר בעיית החוסרים, ובלבד שהתובעת תודיע לה על פירוט הצעדים שתנקוט לשפר המצב, ולא הוכח כי התובעת עשתה משהו בנדון (למשל לטכס עצה עם הנתבעת);
- לא הוכחה מניעה למכור בחנות את שני המוצרים הנוותרים (אולימפוס וקויב).
- משכך התובעת לא הוכיחה את צדקת הסיבה לסגירת החנות באמזון.

85. האם התובעת הוכיחה כי סגירת החנות באמזון סגרה בפניה השוק האמריקאי בכלל?

א. סבורני כי שאלה זאת היא לב ליבו של ראש נזק א', כהגדרתו לעיל.

- ב. בכתב התביעה (בסעיף 13) טענה התובעת כי הפסקת המכירות בארצות הברית נבעה משתי סיבות:
- * הפסקת המכירות בחנות באמזון;
 - * עזיבת לקוח Group Sales, מפיץ שעבד עם התובעת מתחילת הקמתה.
- ג. בת/3, תצהירו של עידו, הושמטה עזיבת סיבת הלקוח Group Sales, ונותרה סיבת הפסקת המכירות בחנות אמזון (סעיף 10).
- ד. המומחה ניב בחוות דעתו ציין שני מפיצים עמה עבדה בזמנו התובעת בארצות הברית, מעבר למכירה דרך אמזון, והן:
- Group Sales ו-National Sporting Goods** (ראה סעיף 78 לעיל).
- ה. התובעת לא התייחסה בראיותיה כלל ועיקר לשתי החברות הנוספות הנ"ל, מעבר לאמזון, ומדוע הפסיקה לעבוד איתן בארצות הברית למרות סגירת החנות באמזון. הרי מפיצים אלה לא עבדו דרך אמזון, כפי שציין המומחה ניב (ראה סעיף 78 לעיל).
- ו. בנדון קשה לקבל את תשובתו הסתמית של עידו בחקירתו, כי מאז סגירת החנות באמזון הפסיק למכור באמריקה (עמ' 54 לפרו' שו' 39-35).
- ז. בנדון לא ברור מדוע התובעת לא המשיכה לעבוד עם המפיצים האחרים עמה עבדה במקביל לאמזון בארצות הברית, ומדוע לא פעלה למציאת מפיצים אחרים.
- ח. מכאן שלא ניתן לסמוך כלל ועיקר על גרסתו של עידו לביסוס הצדקת ראש נזק זה, עליה סמך המומחה ניב, ללא עריכת מחקר השוק האמריקאי לשנים הרלוונטיות (תקופת הנזק הנטען) למוצרי ילדים מודולריים.
- בנדון היה יכול המומחה ניב להיעזר במומחה לתחום השוק האמריקאי, להכנת חוות דעת חיצונית לשוק האמריקאי (נפנה בנדון לביקורתו של המומחה איילון סעיפים 55-63, אותה תמצתי בסעיף 80 (ד) לעיל; כן נפנה לסעיפים 82(א-ג) לעיל, שם תמצתי את טענותיה של הנתבעת בסיכומיה בנדון).
- נפנה בנדון לביקורתו הנוקבת של המומחה איילון, בחקירתו הנגדית, כדלקמן:
- "ת: אני עונה לשאלה. אני אומר ככה, אתה לא, זה שהייתה לך בעיה עם נתונים בארצות הברית, אני לא אומר שאתה יכול ללכת ולעשות השוואה דרך האנלוגיה בין שוק אחד לשוק אחר, לכל שוק יש את המאפיינים שלו. השוק באינדונזיה הוא לא כמו השוק בדימונה, זה לא אותו דבר, זה לא דומה. אתה לא יכול ללכת להגיד, מה שהיה שם, הוא יהיה גם פה. דבר נוסף, הנתונים הכספיים והנתונים העולמיים הם לא קופאים על השמרים, לא ניתן לבוא ולהגיד שבמשך תקופה ארוכה, ללא בדיקה כמובן, כל מה שהיה הוא שיהיה, אי אפשר לעשות את זה, לכן אני חוזר לנקודה הראשונה, בלי שעושים נתח, ניתוח שוק מסודר, אתה יודע, אפילו לא, נגיד, מדויק לגמרי, אבל לפחות שיתן איזשהו כלי, שתוכל, אתה יודע, לעשות איזה חישוב הדרך האומדנה או משהו, אתה יודע, כלום אין פה, כלום, אפס...."
- ש: מה הוא היה צריך לעשות לאור מה שאמרתי לך, שהוא, שהוא לא עשה, אלא, אלא עשה רק את מה שכעת אני אומר, אמרתי לך?

ת: 1, ניתוח השוק האמריקאי בסחורה הספציפית, 2, בין אם זה כלול בתוך, בין אם לא, לעשות סקר שוק, שסקר שוק מכוון ללקוח הקצה, להביא כמות מסה מספיקה של לקוח הקצה, אני מדגיש, לקוח הקצה הפרטי, לא הקניינים ולא הסיטונאים אלא לקוח הקצה, וזה עלול לתת לו לפחות איזשהו אומדן על השוק האמריקאי. הוא לא יכול להסתמך בצורה עיוורת על שווקים אחרים. כל שוק יש לו את המאפיינים שלו. וכמובן, אתה יודע, אי אפשר לבוא ולהגיד, הכל ממשיך אותו דבר, תמיד ירוויחו, תמיד תהיה עליה, למעט ממני ב-2018, זה לא עובד ככה" (ציטוט מעמ' 54-55 לחקירתו של המומחה איילון).

ט. במצב דברים זה, קשה היה לקבל את תשובתו של המומחה ניב בחקירתו, כי לא חקר לצרכי חוות דעתו את שוק משחקי הילדים בארצות הברית, כיוון שלטעמו זה אינו רלוונטי (עמ' 129 לפרו' שו' 22-26).

קשה לקבל תשובה כי חקירת השוק האמריקאי בנדון אינה רלוונטית, ואין בכך בכדי להשיב לענין לביקורתו של המומחה איילון בדבר הצורך בבחינת השוק האמריקאי במוצרי ילדים מודולריים, כדלקמן:

כמות היצרנים, רמת התחרות, רמת הצמיחה בענף זה בשנים הרלוונטיות וכד';

וזאת בכדי להסיק מסקנות לגבי התובעת דנן, שנראה כי מיהרה לסגור את חנות אמזון ו"להיפטר" מהשוק האמריקאי, וסיבותיה עימה.

אחת הסיבות האפשריות – התמקדות בשווקים האירופאיים, דוגמת השוק הגרמני, שם רואים עליה ניכרת ברווחי התובעת (ונרחיב בכך להלן, וגם כשנעסוק בראש הנזק השישי הנוגע לשוק הגרמני).

כך למשל, המומחה ניב אינו שולל שהגידול במכירות התובעת בגרמניה בשנים 2020-2021 נובע בין היתר מהפסקת הפעילות בארצות הברית (עמ' 146 לפרו' שו' 37-32);

היינו התובעת החליטה שהשקעה בשווקים האירופאיים, ובעיקר השוק הגרמני (ראה עדותו של אלפרד עמ' 23 לפרו' עדותו שו' 23-21), עדיפים לה כלכלית, על פני השקעה בשוק האמריקאי.

י. מעניין שהתובעת בסעיף 25 לסיכומיה כבר לא חוזרת על טענת "אי הרלוונטיות" של השוק האמריקאי, ומציינת לענין הקושי בין השוואה של שווקים שונים כדלקמן:

"**חוות דעת התובעת מתבססת על גידול בהכנסות המכירות אשר היו צפויות להיות בארה"ב על בסיס הגידול בשווקים אחרים וזאת לאור העובדה הברורה כי לאור מחדלי הנתבעת נמנעו לחברה הכנסות בשוק האמריקאי ולפיכך לא ניתן להתבסס על מכירות בתקופה הרלבנטית אלא יש להתבסס על נתונים אשר כן קיימים ממכירות התובעת בשווקים האחרים...**"

שוב, אין באמירות אלה, בכל הכבוד, מענה הולם לביקורתו של המומחה איילון בדבר הצורך בבחינת השוק האמריקאי במוצרי ילדים מודולריים: כמות היצרנים, רמת התחרות, רמת הצמיחה בענף זה בשנים הרלוונטיות וכד', בכדי להסיק מסקנות לגבי התובעת דנן, והפסדיה הנטענים.

יא. סבורני כי במהלך עדותו של המומחה ניב עלתה התשובה האמיתית מדוע בחר שלא להתייחס לשוק האמריקאי לצרכי השוואה והערכה.

נצטט הדברים:

"אני יכול, אני רוצה להגיד הערה קטנה על כל הנושא של השוק, אולי זה יחסוך לנו את כל הדיון. השוק האמריקאי הוא עשרות מיליארדי דולרים. זאת אומרת, יש לי כאן מחקר שמדבר על חלק קטן מהשוק, אנחנו מדברים על 25 מיליארד דולר שוק. כל הוויכוח שלנו הוא על מיליון דולר על פני שנתיים-שנתיים וחצי, שאת כל הקטע של גודל השוק פה הוא בכלל לא רלוונטי, השוק הוא אדיר מבחינת החברה, הוא עצום. הוויכוח הוא ממש פה ב, זה 0.002, אם אני לא טועה, אחוז מהשוק, אז כל נושא ניתוח השוק, שגם ראיתי בחוות הדעת הנגדית שהוא כתב למה לא כתבתי, מיותר פה לגמרי לדעתי, זה כלום" (עמ' 129 לפרו' שו' 21-13).

וכן – "גודל השוק (האמריקאי – ח"ש) הוא עצום... והחברה היא קטנה..". (עמ' 129 לפרו' שו' 27-25). דברים אלה של המומחה ניב העלו חשש בליבי, כי השוואה לשוק צעצועי הילדים האמריקאי, שם היקף הפעילות של התובעת מזערי, לא היתה מלמדת על נזק, או על נזק מזערי מאוד בתקופת הנזק הנטען. לכן היה "כדאי" כלכלית, בכדי להאדיר הנזק הנטען, להשוות זאת לשווקים קטנים יותר מהשוק האמריקאי.

ברם זו אינה השוואה נכונה, כפי שהבהיר המומחה איילון.

יב. אם נסכם הדברים נאמר כי – התובעת לא הוכיחה כי סגירת החנות באמזון סגרה בפניה השוק האמריקאי בכלל.

יג. התובעת לא סיפקה כל הסבר מניח את הדעת מדוע לא המשיכה במכירות המוצרים בארצות הברית בשנת 2021 לאחר החלפת היצרן של המוצרים בחודש 3/21, כפי שעשתה למשל עם המכירות בגרמניה (או הטבלה בעמ' 14 לחוות דעתו של ניב).

הטבלה הנוגעת למכירות בארצות הברית בעמ' 12 לחוות דעתו של ניב נעצרת בשנת 2018. היינו – כגרסתו של עידו בעדותו (עליה עמדנו לעיל), התובעת הפסיקה המכירות בארצות הברית משנת 2019 ואילך, ללא סיבה ברורה. הרי בחודש 3/2021 הוחלפה הנתבעת בייצור המוצרים באולטרפלטט, שם, כגרסת עידו לא היו חוסרים.

יד. לא ברור למה המשיכה התובעת בהפצת המוצרים בגרמניה ובמקומות אחרים בעולם, אך לא בארצות הברית.

אחת האפשרויות היא – תחרות רבה יותר, וממילא ירידה ברווחיות, בשוק הצעצועים המודולריים בארצות הברית. לכן בצדק הדגיש המומחה את חשיבות בחינת השוק האמריקאי החסרה בחוות דעתו של המומחה ניב.

עידו בתצהירו ת/3 (סעיף 13) ציין כי – "לאחר המעבר לספק אחר... החל משנת 2021 קו המוצרים חזר להימכר במספר רב של מדינות למעט ארה"ב תוך צמיחה משמעותית של הקו".

מה הסיבה לכך? סתם עידו ולא פירש.

טו. מכאן עולה בסבירות ראויה הספק, כי התובעת ביוזמתה בחרה שלא להמשיך ולמכור בארצות הברית, בין אם שוב באמזון, ובין אם באמצעות מפיצים אחרים, מסיבותיה שלה, ללא קשר לתובעת, או למחדלים נטענים הקשורים בה.

לכן, נדגיש שוב, בצדק הדגיש המומחה איילון בחוות דעתו ובחקירתו הנגדית, את חשיבות חקירת השוק האמריקאי והצגת ממצאים לגביו, ככל שרוצים לטעון לנזקים של התובעת בשוק זה, תוך קשירתם סבבתית-כלכלית למחדלי הנתבעת הנטענים בכתב התביעה.

בנקודה זאת ראוי לעיין בחקירתו הנגדית של המומחה איילון, במענה לשאלה אם בעיית איכות במוצרים שנמכרו דרך אמזון לא יכולה להביא לסגירת החנות באמזון, והשיב:

"טוב, אני אסביר. תיאורטית, הכל יכול להיות, אבל אנחנו צריכים להוכיח את זה. אתה בכלל בסוגיית מוניטין ואני, לשמחתי או לדאבוני, לא משנה איך, עוסק הרבה בהערכות, באובדן רווחים, וכולם, כמובן, חוץ מהעוגמת נפש הידועה, גם מכניסים את הפגיעה במוניטין. תראה, טענה של מוניטין זה טענה עובדתית, נכון? יש מוניטין, אתה צריך להוכיח אותה...קודם כל תעבור את המשוכה, תוכיח בכלל שיש מוניטין. תוכיח שיש לה מוצר או לחברה, מאפיינים חיוביים שתופס אותם כלקוחות, אותם לקוחות פוטנציאליים, שיגרום להם לחזור, שמזהה את המוצר עם היצרן, אתה צריך להוכיח את זה, לפני שאתה מתחיל במשוכה השנייה, שבכלל נגרם נזק למוניטין ואחר כך אולי תגיע לכימות המוניטין. זה לא נעשה, זה לא נעשה..." (ציטוט מעמ' 15-16 מפרו' עדותו של המומחה איילון).

86. סיכום ביניים ראש נזק א' –

התובעת לא הוכיחה כי היתה הצדקה לסגירת החנות באמזון על ידה;

התובעת לא הוכיחה כי סגירת החנות באמזון סגרה בפניה את השוק האמריקאי בכלל בתקופת הנזק הנטען.

לשון אחרת – שוכנעתי כי הפסקת פעילותה של התובעת בארצות הברית נבעה משיקוליה הם, שאינם נובעים מחוסרים כאלה ואחרים במוצריה שנמכרו דרך חנות אמזון.

בנדון נפנה לדבריה של הנתבעת בסעיף 48 לסיכומיה, שיכולה להבהיר את עוד סיבה אפשרית להפסקת פעילותה של התובעת בארצות הברית:

"מצבה הכלכלי הקשה של התובעת באותה עת נותן הסבר מניח את הדעת להחלטה להפסיק למכור מוצרים באמזון... מכירה באמזון חייבה את התובעת לממן מלאי עד לקבלתו כהון חוזר, בעוד מכירה במדינות אחרות באמצעות מפיצים קיצרה את ימי האשראי (התובעת קיבלה תשלום ממפיצים בעולם 30% מראש ו-70% בעת מסירת הסחורה למפיצים בחו"ל, כלומר הם שמימנו הסחורה ממועד קבלתה ועד מכירתה ללקוחות בחו"ל, להבדיל ממכירה באמזון).

(נתון זה אושר על ידי עידו בעדותו, עמ' 63 לפרו' שו' 18-23; כן ראה עדותו של המומחה איילון בנדון 6-12 לפרו' עדותו; נתון זה אף הוסבר בסעיף 35 לסיכומי התובעת, במטרה להמחיש למה מכירה דרך אמזון קשה יותר כלכלית).

משכך נשמט הבסיס המרכזי לראש נזק א', המתבסס כאמור על סגירת החנות באמזון, ודי בכך בכדי לדחותו.

סבורני כי דבריה של הנתבעת בסעיפים 14-15 לסיכומיה אינם "קלוטים מן האוויר" ויש לשים לב אליהם.

הדברים הם כדלקמן:

"הנה כי כן – הירידה בהיקף המכירות של התובעת בשנים 2019-2020 (עמ' 12 לחוות דעת סביון) נבעה מסיבה אחת והיא היקף רכישות מועט (ההדגשה במקור – ח"ש) שלה מהנתבעת (שהרי רק הנתבעת מימנה את ייצור המוצרים באותן שנים והגיע להסדרים לגבי פריסת החוב ותשלומי מרכישות עתידיות), כמפורט באישור רו"ח הנתבעת מיום 19.3.2014 נספח ג' לתצהיר בן גיגי. היקף הרכישות המועט נבע מקשיים כלכליים של התובעת באותן שנים ולא משום סיבה אחרת (ההדגשה במקור – ח"ש). הרי התובעת סיימה באותה עת את העסקתו של איבשיין (אדוארד – ח"ש) לאחר תקופה יחסית קצרה בשל בעיות כלכליות שהיו לה חרף תפקידו החשוב... כאחראי בקרת איכות של מוצריה (איבשיין עמ' 3 שו' 16-28). יתר על כן – היא לא הביאה עובד אחר במקום איבשיין לנוכח קשייה הכלכליים (איבשיין עמ' 3 שו' 31-37). מה גם שקליין הודה בעדותו ובאופן מפורש, כי בתקופה האמורה לא היה באפשרותה לשלם את חובה אלא ע"י ביצוע הזמנות מוצרים בלבד (קליין עמ' 37 שו' 14-30). הנתבעת סרבה להמשיך הסדר זה שכן החוב לא הצטמצם חודשים ארוכים חרף הסדרים בנושא (...קליין עמ' 89 שו' 1-2 ושו' 16 ושו' 30-35; במהלך 9 חודשים שלאחר חתימת מסמך אלפסי נותר החוב על כנו בשיעור של 240 אש"ח ולא הצטמצם). זו איפוא הסיבה היחידה למיעוט מכירות בתקופה האמורה. סביון כלל לא ידע (ההדגשה במקור – ח"ש) על בעיות אלה עובר לעריכת חוות דעתו (סביון עמ' 141 שורות 34-36, עמ' 142 שורות 1-5 ושורות 17-25).

לו פרעה התובעת את חובה, היתה יכולה להמשיך לייצר עם הנתבעת. לחילופין היתה נוטלת התבנית ומעבירה אותן ליצרן אחר (אוריאל עמ' 44 שורות 25-40). לו כך פעלה – לא היה נגרם לה שום נזק, שכן... לא היתה שום פגיעה במוניטין של המוצרים... לא היתה מניעה למכרו בהיקפים ניכרים, שכן מכירות כאמור לא נפגעו במדינות אחרות בעולם".

סבורני כי דבריה אלה של הנתבעת, עולים בקנה אחד עם מסקנותיו של המומחה איילון מטעמה, בדבר שלילת קשר סיבתי בין ענין אמזון לירידה בהיקף המכירות בארצות הברית בתקופת הנזק הנטען, וכי ממצאי חוות דעת ניב "אינם שוללים שקיים קשר סיבתי אחר" להפסקת הפעילות בארצות הברית.

מעבר לכך סבורני כי הנתבעת הצביעה בסיכומיה (סעיף 38) על שתי טעויות בחוות דעתו של המומחה ניב, שכדאי ליתן עליהן את הדעת, כדלקמן:

א. כפי שצינו בסעיף 79 לעיל, בעמ' 12 לחוות דעתו של המומחה ניב מופיעה טבלה נושאת כותרת "מכירות החברה בארה"ב" בין השנים 2016-2018, כששיעור המכירות הממוצע בשנים אלה הועמד על 48%.

המומחה איילון בחוות דעתו סבר כי נתון זה שגוי (ראו סעיף 66 לחוות דעתו).

המומחה איילון לא נחקר בנקודה זאת, וחוות דעתו בנדון לא נסתרה.

ב. שיעור הרווח הגולמי של התובעת שהועמד על שיעור של 37%, הגם שבמסמך אלפסי הועמד הרווח הגולמי של התובעת על שיעור של כ-25% (ראו סעיף 80(ו) לעיל).

מהו מסמך אלפסי?

בסעיף 62 לנ/5 ציין שמעון, כי בחודש יוני 2019 תפחו חובותיה של התובעת אל הנתבעת. הנתבעת דרשה מתובעת לצמצם את חובותיה כלפיה. מנגד התובעת ביקשה המשך ייצור מלאים עבורה, על מנת שתוכל לספק את ההזמנות שהוזמנו ממנה. במצב דברים זה הגיעו הצדדים להסדר בנושא פריסת החוב בשיתוף רואה חשבון שליווה את התובעת, מר אריאל אלפסי.

במסמך שערך רואה חשבון אלפסי ביום 22.5.2019, שצורף כנספח ט לנ/5, הועמד הרווח הגולמי על שיעור של 24.93% בלבד.

נשאל על כך עידו וציין כי המומחה ניב צדק בקביעת שיעור הרווח הגולמי (37%) כי הסתמך על דוחות מבוקרים של התובעת (עמ' 88 לפרו' עדותו שו' 29-39);

המומחה איילון לא מקבל תשובה זאת של עידו ומציין בעדותו, כדלקמן:

"... אלפסי הלך לפי הספר, חד משמעית, 1, 2, 3, 4. והוא הגיע ל-25% רווח, ואני עוד נשאר ברווח הגולמי, רווח גולמי 25%, 24.93, ליתר דיוק. ופה, כמה מומחה צריך? 37, עוד 50% יותר, זה כבר צורם, אם היה אומר לי, 26, 24, יאללה, הרווחתם. אז הלכתי פנימה. ומה, ומה אנחנו רואים? אנחנו רואים שלפי הדו"חות הכספיים שהם צורפו, המבוקרים, בשנת 2017 יש 28%. בשנת 2018, 27%, רווח גולמי. בא 2019, החרגי, החרגי, הוא מציין את זה, הוא אומר, 57%, קפיצה של פי 2, יותר מפי 2. התעלם. התעלם כאילו החרגי הזאת ממשיכה לנצח נצחים... אני מדבר על הדו"חות הכספיים שלכם, אלפסי עזבתי אותו, רק הבאתי אותו כדוגמה.... בשנת 2020 ירד מ-57 ל-35, 21 ירד ל-22%, סליחה שאני מרעה את בית המשפט, אבל, כשאתה לא מביא את השנה שיש בה ירידה ל-22%, ומעבר לזה, הולך ומניף דגל של 57%, שזאת שנה חריגה בכל שנות הפעילות שהוצגו ומציג רק 4 שנים מתוך 5 שנים באופן מגמתי, ככה לא מציגים, כי כל שנה שאתה מעביר, כל החשבון שלך ישתנה. כל החשבון שלך ישתנה..." עמ' 37 לפרו' שו' 23-4).

וכן:

"אם יש איזושהי מסקנה, ואני מוכן להראות לאדוני, איזושהי מסקנה שמתבקשת מאותם נתונים כספיים שהביא המומחה מטעם התובעת, הנ"ל, זה בדיוק מסקנה הפוכה לחלוטין. הפוכה לחלוטין. אין פגיעה במוניטין, זה דבר ראשון, רואים לפי המכירות, כל חישובי הרווח שלו, החל בזה שהוא בחר ברווח גולמי שהוא לא רלוונטי, עבור דרך שהוא בחר ברווח גולמי שלא כולל את כל ההוצאות, 37%, לא התחשב בשנים שהן יוצאות דופן בחריגות שלהן, למשל, שנת 2019, 57%, שנת 2021 שזה 22%, הוא לא הביא בחשבון, לקח, לקח מספר מצומצם מאוד של שנים, הוא רק פורס את זה טיפה הצידה, כמו 5 שנים שמקובל, הוא היה מגיע לתוצאות אחרות לחלוטין. עכשיו, הוא גם לא עשה ממוצע משוקלל, הוא עשה ממוצע רגיל. הסתכלתי, עניין אותי נורא, בחוות הדעת אצל תפנפלטט, אצל אולטרפלטט, שקיבלתי, הסתכלתי לראות מה הוא עשה שם. שם הוא עשה ממוצע משוקלל, הוא לא עשה ממוצע רגיל. מה שאומר, אדוני, איפה שנוח לי עושים רגיל, איפה שלא נוח לי..."

או-קיי, ופשוט מחשבים איך שמתחשק, לוקחים את השנים שמתחשק, לוקחים את, בכלל, רווח גולמי זה לא אינדיקציה, מה עם כל הרווח התפעולי, מה, החברה עובדת לבד? בכלל, מי לוקח רווח גולמי? ואם כבר לוקחים, אז לוקחים רווח שהוא ממוצע משוקלל, לוקחים את סך הכל במשך 5 שנים, סך הכל עלות המכר ב-5 שנים ואז רואים, בסך הכל, אחד חלקי השני, מה הוא באמת הרווח הגולמי המשוקלל. כי אי אפשר להשוות שנה של 57% רווח גולמי מכניסים, שנה של 20, לא מכניסים, הוצאות תקורה, לא מכניסים, החברה עובדת לבד, ברוח הקודש... (ציטוט מעמ' 32 לפרו').

וכן:

"בכל מקרה, זה לא רווח גולמי וזה לא רווח תפעולי, הבחינה היא רווח לפני מס, כי הרי מה זה אומר? לא משנה, אדוני, שיהיה מחזור המכירות ככל שיהיה, הרווח אנחנו הולכים, לא את הפגיעה

בהכנסות, את הרווח. והרווח הוא הרווח של השורה לפני מס. וזה הוא לא הביא". (ציטוט מעמ' 32 לפרו' שו' 1-4).

עוד ציין המומחה איילון, שקשה לקבל שהתובעת מסתייגת משיעור רווח גולמי של 25%, לאחר שהסכימה לכך וחתמה עליו במסמך אלפסי (עמ' 38 לפרו' שו' 17-24).

שוכנעתי מביקורתו זאת של המומחה איילון, לענין שיעור הרווח הגולמי, שצריך לעמוד על אותו שיעור רווח גולמי כבמסמך אלפסי.

ג. שתי טעויות אלה, ויתר דברינו בסעיפים 83-86 לעיל, הנוגעים לקשיים בהוכחת ראש הנזק הראשון שטוענת לו התובעת, מובילים גם למסקנה שיש קושי של ממש "לעזור" לתובעת בנדון על דרך של הערכת נזק באמצעות אומדנה.

עמד על כך המומחה איילון בחוות דעתו (סעיף 82) ובחקירתו הנגדית, אותה ציטטתי בסעיף 85(ח) לעיל.

נזכיר כי על פי הפסיקה, גם הערכת בית המשפט על דרך של "אומדנא דדיינא", מצריכה תמיכה בראיות המאפשרות קביעת מהות ההוצאה או הערכתה. אם לא כן (כבמקרה דנן לטעמי), לא ניתן לבצע הערכת, אף לא על דרך של "אומדנא דדיינא".

ראה לעניין זה:

ע"א 355/80 נתן אנסימוב בע"מ נגד מלון טירת בת שבע בע"מ, פד"י לה (2) 800, 809-810;

ע"א 1339/97 שם טוב שמואל נגד עזבון המנוח שדלז מנחם [פורסם בנבו] (סעיף 12 סיפא לפסה"ד, 15.9.99);

ע"א 153/04 חיותה רובינוביץ נגד יוסף רוזנבוים (סעיפים 9 – 11 לפסה"ד, 6.2.06).

88. לאור כל האמור לעיל, שוכנעתי לדחות את ראש הנזק הראשון הנטען של התובעת, בגין הפסקת מכירותיה בארצות הברית בתקופת הנזק הנטען.

ראש נזק שני – עלות החזרת מוצרים על ידי לקוחות אמזון

89. ראש נזק זה פורט בסעיף 3.3 לחוות דעתו של ניב, והינו כדלקמן:

"כחלק ממדיניות השירות של אמזון יכולים לקוחות אשר אינם מרוצים מהמוצר שקיבלו להחזיר את המוצר לאמזון ולקבל זיכוי עבור רכישתם. אמזון מקזזת את עלות זיכויים אלה מבעל החנות (החברה). סך החזרות של לקוחות אמזון בגין החזרות המוצר הגיעו בתקופה הרלוונטית לכ-10,805 דולר. מצ"ב בנספח ב' – חשבון הזיכוי".

90. על ראש נזק נטען זה גם ביקר המומחה איילון את קביעות המומחה ניב (סעיפים 102-90 לחוות דעתו) ולהלן תמצית הביקורת:

א. חישוביו של המומחה ניב מבוססים על החזרת 73 ערכות כדלקמן:

בשנת 2018 – 71 החזרות בסך כולל של \$ 10,805;

- בשנת 2019 – החזרות בסך כולל של \$ 296.
- במסמך נוסף מטעם המומחה ניב מיום 29.8.2023 עדכן המומחה ניב את כמות החזרות ל-56 ערכות בלבד (שנת 2018 – 54 החזרות; שנת 2019 – 2 החזרות).
- המומחה ניב לא הסביר את השינוי הכמותי הזה, ומדוע הנתונים המדוייקים לא הופיעו בחוות דעתו המקורית.
- כן תמוהה העובדה, מדוע באותו מסמך מתקן מיום 29.8.2023, ולמרות הקטנת כמות הערכות החסרות, ציין המומחה ניב ש"אין שינוי בגובה הנזק המוערך". הרי על פי שיטתו שלו, בהתאם למחיר לערכה, ראש נזק נטען זה צריך לעמוד על סך של \$ 8,289 בלבד, ולא סך של \$ 10,805. פער של \$ 2,516.
- ב. בנוסף – לא פורטו הסיבות להחזרת 56 ערכות, שהרי אפילו המומחה ניב מציין בחוות דעתו כי לקוח יכול להחזיר המוצר, כחלק ממדיניות אמזון, מכל סיבה שהיא, ולא דווקא עקב חוסרים כלשהם.
91. המומחה ניב בחקירתו הנגדית אישר העובדה, כי באמזון יכול לקוח להחזיר מוצר בלי שום תירוץ או הסבר (עמ' 133 לפרו' חקירתו שו' 9-15);
- המומחה ניב בחקירתו גם הודה כי הפחתת הערכות החסרות מ-71 ל-56 צריכה להוביל להפחת סכום הנזק בהתאם. לדבריו – "אולי צריך להוריד פה 8,000 ש"ח" (עמ' 158 לפרו' שו' 27).
- כשנשאל המומחה ניב, אז מדוע במסמך המתקן מ-8/23 לא הורה כך, אלא ציין שאין שינוי בערכת הנזק, השיב:
- "אני התייחסתי לזה שבעצם אחוז, אחוז החזרות של ה-39% עדיין הוביל לזה שהם איבדו את השוק בארצות הברית. לא התייחסתי לזה שצריך היה לתקן את ה-2,000, 2,500 דולר האלה. יכול להיות שהייתי צריך להוסיף את זה, שבעקבות הירידה של כמה, של ה-20 מוצרים האלה, צריך לתקן גם את ראש נזק 2 ב-2,000 דולר" (עמ' 158 לפרו' שו' 31-35).
- יותר מזה – המומחה ניב אף לא בדק את כמות החזרת המוצרים בכל העולם בתקופה הרלוונטית, והסתמך בנדון רק על מכירות לאמזון (עמ' 158-159 לחקירתו הנגדית).
92. המומחה איילון גם התייחס בחקירתו לסוגיית הערכות המוחזרות באמזון וציין שני דברים:
- * המומחה ניב לא הסביר במסמך המתקן מחודש 8/23 מה הנתון שגרם לו לרדת מ-71 ערכות חסרות ל-56 (עמ' 42 לפרו' שו' 24);
- * בכל מקרה החזר של 56 ערכות מתוך 1355 ערכות שנמכרו לאמזון אינו אמור בכל מקרה לפגוע במוניטין של התובעת באמזון או בכלל בארצות הברית (עמ' 42 לפרו' שו' 11).
93. התובעת בסיכומיה מציינת לענין ראש נזק זה (סעיף 29), כי אומדן הנזק התבסס על מערכות המידע של התובעת הכוללות את החיוב שבוצע לתובעת בגין החזרת מוצרים על ידי אמזון. כל ההתחשבות מול אמזון מבוצעת בתשלום אחד הכולל בתוכו את כל הזיכויים והחיובים של אותו חודש. אמזון מספקת לבתי העסק סיכום תקופתי של פעילותם ועל בסיס זה מבוצעת התחשבות כוללת. לפיכך לא הונפקו דוחות אשר הופקו ממערכת אמזון. הסיבות להחזרה הן מחוסר בחלקים אשר גרמו ללקוחות שלא להצליח בהרכבת המתקן.

94. הנתבעת בסיכומיה (סעיפים 41-44) מציינת לענין ראש נזק זה, כי צורף דו"ח אקסל שלא נכלל בראיות התובעת ולא אושר בתצהיר קליין, ועליה מבססת התובעת ראש נזק זה.

בכל מקרה לא ידועה סיבת ההחזרה של הערכות, והדבר חשוב, שכן רוכשי אמזון יכולים להחזיר הערכה מכל סיבה שהיא, ולא דווקא עקב חוסרים. זה כשל ראייתי מהותי בהנחות היסוד של המומחה ניב בחוות דעתו, שהרי גם הוא אישר שלקוחות אמזון יכולים להחזיר המוצרים מכל סיבה שהיא. משכך – לא הוכח קשר סיבתי בין החוסרים להחזרת הערכות, וממילא לא הוכח נזק זה.

בכל מקרה לא צורפה כרטסת הנהלת חשבונות או חשבונית חיוב מאמזון כפי שציין המומחה איילון בסעיף 91 לחוות דעתו.

כך גם הפחתת הערכות החסרות מ-71 ל-56 מחייבת תיקון בהתאם של סכום הנזק, כפי שהודה בכך המומחה ניב בחוות דעתו.

95. **סבורני כי דברי הנתבעת בסיכומיה, לנוכח הראיות שעמדו בפני בראש נזק זה (כמפורט לעיל) משכנעים יותר.**

התובעת בסיכומיה (המוזכרים לעיל) לא נותנת כל הסבר, הכיצד ניתן לקשור בין החזרת 56 ערכות לבין חוסרים נטענים דווקא. שהרי ברכישה באמזון ניתן להחזיר המוצר ללא כל סיבה.

היינו – לא הוכח קשר סיבתי משפטי נדרש בין החוסרים הנטענים לבין הערכות המוחזרות.

היתה יכולה התובעת להביא לעדות מאן דהוא מאמזון להעיד על הסיבה להחזרת 56 ערכות על ידי לקוחותיה, ולא עשתה כן. הדבר משמש לחובת גרסתה לנוכח הכלל שבפסיקה לאי העדת עד רלוונטי, המוזכר לעיל.

יותר מזה – גם הסברה של התובעת בסיכומיה (ראו לעיל) על העדר חשבונית זיכוי על הערכות המוחזרות ואי מציאת מידע עקב כך בכרטסת הנהלת החשבונות של התובעת אינם ברורים, ולא נתמכו בכל ראיה אחרת, חוץ מדברי ב"כ התובעת בסיכומיו. אם אכן היה מופיע נציג אמזון לעדות מטעם התובעת, היה יכול להאיר עניינו גם בנקודה זאת, בנוגע לדרך הפעולה בין אמזון לספקים דוגמת התובעת דנן בנוגע להחזרי ערכות, הסיבות לכך והאסמכתאות לכך. כך היה יכול אותו נציג מאמזון לפרט את הסיבות להחזרת 56 ערכות של מוצרי התובעת.

96. **במצב דברים זה שוכנעתי לדחות ראש נזק זה בהיותו לא מוכח כנדרש על ידי התובעת.**

97. מעבר לכך ולענין סכום הנזק הנתבע בראש נזק זה יש לומר כדלקמן:

א. עבור 71 ערכות חסרות קבע המומחה ניב בחוות דעתו סך של \$ 10,805. היינו לכל ערכה חסרה סך של \$ 152.

על פי ערך זה, בגין 56 ערכות הנזק המירבי הוא – \$ 8,512 בלבד.

גם המומחה ניב הודה כאמור בחקירתו הנגדית בהפחתה האמורה.

ב. הנתבעת בסעיף 44 לסיכומיה מעלה נקודה נוספת בנדון, שאינה "קלוטה מהאוויר".

בעבור כל ערכת מוצר שילמה התובעת לנתבעת סך של \$ 27 בלבד (עדותו של קליין עמ' 60 לפרוי' שוי' 34-35; עמ' 63 לפרוי' שוי' 8).

אם כך הנזק האמיתי, ללא רווח, לתובעת הוא \$ 1,512 (27*56) ולא מעבר לכך.

התובעת לא התייחסה לטענה זאת בסיכומי התשובה מטעמה.

אני מניח כי הייתי מקבל טענה זאת של הנתבעת לענין סכום הנזק הנדון, ככל שהיה מוכח לי קשר סיבתי משפטי בין החוסרים להחזרות המדוברות.

ראש נזק שלישי – מכירה בהפסד של היחידות שנשארו במחסני אמזון

98. בסעיף 3.4 לחוות דעתו של המומחה ניב הוא מציין לגבי ראש נזק זה, כדלקמן:

"לאחר חודשים רבים בהם המוצרים נפסלו באמזון ובעקבות הוצאות אחסנה גבוהות, החליטה החברה להיפטר ממלאי המוצרים באמזון על ידי מכירת חיסול שארית 388 יחידות במחיר הפסד (במחיר של כ-30 דולר ליחידה) במקום במחיר של 155 דולר ליחידה). סך ההפסד ממכירה זו הינו כ-48,500 דולר. מצ"ב בנספח ג' – תחשיב המכירות בהפסד".

99. המומחה איילון בחוות דעתו (סעיפים 103-119) מבקר ראש נזק נטען זה, ולהלן תמצית ביקורתו:

א. אין לפסול אפשרות תיאורטית כי משיקולי תועלת אסטרטגית ו/או עסקיים, בחרה התובעת להיפטר ממוצריה שמכרה בחנות אמזון. אפשרות כזאת קיימת לנוכח השיעור הנמוך של החזרות (שסיבתן לא ידועה) מול סך המכירות דרך אמזון שהינו 4% (56/1355).

ב. במיוחד נכון הדבר, כש-466 לקוחות (ערכות) שלכאורה פנו על חלקים חסרים, נענו בהשלמתן, בהתאם לשיטת העבודה שנהגה מול התובעת לאורך תקופת הפעילות.

ג. לכן יש לומר כי – הפסקת פעילות מתוך תכנון אסטרטגי הוא דבר אחד, ואין בו בכדי להוביל למסקנה מרחיקת לכת כי היקף זניח של החזרות הוא שהביא למצב בו "הפסדי החברה הותירו את החברה ללא מזומנים" (עמ' 4 לחוות דעתו של המומחה ניב), עד כדי הצורך להיפטר מיתרת המלאי, כטענת התובעת בראש נזק זה.

ד. לכן יש לומר, כי כל הקונספציה העומדת בבסיס ראש נזק זה היא שגויה. מבחינה שיווקית וכלכלית אין לתזה זאת על מה לסמוך.

ה. בנוסף – מחיר הבסיס הנטען לחישוב ראש נזק זה – \$155 ליחידה לא הוכח. המומחה ניב לא השכיל להציג ולו חשבונית מכירה בודדת, כרטסת הנהלת חשבונות או כל מסמך אחר, ממנו ניתן ללמוד כי מדובר במחיר ריאלי הניתן למימוש.

ו. מסתמן כי עסקינן בתיאור ספקולטיבי מטבעו של מכירת המלאי הנותר. לא מן הנמנע כי ראש נזק נטען זה מכוון לנזק תוצאתי בעל קושי של הפרש שווי, הן במישור מבחן הציפיות הכלכלי והן במישור הכימות הכספי. לכן יתכן פער של ממש בין ערכו האובייקטיבי של המוצר בשוק החופשי לבין ערכו הסובייקטיבי הספקולטיבי בעיניה של התובעת.

ז. חיזוק לדברים ניתן למצוא בהעדר הלימה בנספח ב' לחוות הדעת, שהוצג בהקשר של ראש הנזק השני (החזרת מוצרים). בנספח זה רואים כי קיים טווח מחירים של \$114.99 - \$179.99. טווח זה מהווה תימוכין לאי נכונות טענת גובה מחיר המכירה בשיעור של \$155. מתוך 56 החזרות, רק בשש מהן נמצאה התאמה למחיר זה.

ח. בכל מקרה אין מקום לפסוק את מלוא ראש נזק זה, אלא לכל היותר ניתן היה לנסות ולחלץ את אובדן הסיכוי לזכות ברווח אליו שאפה התובעת. אז היה מדובר בפסיקת סכום פיצוי מתון יותר.

100. נשאל המומחה ניב בחקירתו על ראש נזק זה, וציין כדלקמן:

א. הוא ספר מדו"ח אקסל של אמזון את כמות המכירות (388 במספר) בשיעור של \$30 (עמ' 160 לפרוי שוי 39-30; עמ' 161 לפרוי שוי 4-1).

כשהופנה לכתב הקטן של הדו"ח שמקשה על הקריאה, כבר לא היה בטוח בספירתו וציין "אני צריך לבדוק את זה..." (עמ' 160 לפרוי עדותו שוי 36-33).

ב. כשנשאל אם ראה חשבונית על כך השיב "זה באמזון, זה לא הולך עם חשבונית, אתה מקבל חשבונית אחת על הכל... הנה, אתה רואה פה, יש לך את הדו"ח, זה דו"ח אמזון" (עמ' 161 לפרוי שוי 6-8).

ג. כשנשאל שוב בנקודה זאת, אם ראה דף חשבון של התובעת עם העברה של 388 מוצרים כפול \$30, השיב: "לא, זה לא עובד ככה, מה שקורה באמזון, אתה כל חודש מקבל את החשבון, הוא כולל הכל. מה נמכר, מה הוחזר, מה נמכר פה בהפסד, אתה מקבל את הנטו" (עמ' 161 לפרוי שוי 13-11).

ד. הוא הודה כי מי שקובע את המבצע, את ההנחה על המוצר, זו התובעת ולא אמזון (עמ' 161 לפרוי שוי 16-20).

ה. כשנשאל המומחה ניב מדוע התובעת בחרה ליתן הנחה כה גדולה על מוצריה, השיב "כדי לא לשלם עלויות אחסון" (עמ' 161 לפרוי שוי 33). היינו לחסוך דמי אחסון לאמזון.

כשנשאל המומחה ניב אם ראה נתונים לגבי עלויות אחסון באמזון השיב "ראיתי..." (עמ' 161 לפרוי שוי 36).

כשנשאל, אז מדוע לא צירף נתונים אלה לחוות דעתו, השיב: "לא תבענו את זה... כי לא דרשנו את זה. כי קשה היה לבוא ולהגיד כמה באמת, בגלל שהם לא נמכרו, כמה זמן היה צריך להשאיר יותר ואז לבוא ולהגיד כמה" (עמ' 161 לפרוי שוי 39-36).

101. נשאל המומחה איילון בחקירתו על ראש נזק זה, וציין כדלקמן:

א. באשר לקביעת המחיר \$155 ליחידה ציין –

"מה היא קיבלה כספית? אני לא יודע מה היא קיבלה כספית, אני לא ראיתי את זה שם, מה שאני ראיתי בדו"חות שלכם זה מה היה השאיפה שלה, ה-wish שלה. היא החליטה למכור איזשהו מוצר וקבעה לו מחיר 155 דולר, זה מחיר, בעיניה הסובייקטיביות, זה לא מחיר שקיבלת עליו, bank guarantee, ערבות בנקאית, ולכן, התנאים, אני גם עברתי על הרשימה, עברתי על הרשימה, וכתבתי את זה גם בחוות דעתי, הם הרי באו עם דגל, 155 דולר וכל הצרות שעשתה להם תפנפלטט לכאורה, הביאו אותם למצב של הנחה של 125 דולר ולכן, 30 דולר הם נאלצו למכור, הם קראו לזה בכלל promotion, קידום מכירות, אבל בוא, בוא נתעלם, נניח שזה טעות קולמוס, או-קיי? 155 דולר היו 6 או 8, אני לא זוכר, אני צריך להסתכל, מתוך כל המכירות שהיו שם באותו עמוד של אמזון. כלומר, זה רק מוכיח ש-155 דולר, זאת הייתה, אולי המחיר המטרה, מחיר השאיפה של ליל מונקי, זה לא אומר שזה המחיר שהם היו מצליחים למכור. הרי אם הם היו שמים תג מחיר, 840

דולר אז גם את זה היינו עושים את החשבון לפי 840? לא, צריך לקחת את המכירות בפועל. בפועל, אני חוזר ואומר, מוצרים שנמכרו... יש ממש בין, בין 114 ל-170, אני עברתי ממש, אחד-אחד" (ציטוט מעמ' 13-14 לפרו' עדותו).

ובן:

"זה המחיר, זה מחיר שאיפה. לא הצלחת למכור, מסיבותיך אתה, וזה הכל. אתה גם לא אומר אם ה-388 היחידות האלה היו מוצרים תקינים, לא תקינים, כלום. ולמה מכרת אותם אם הם כאלה בעייתיים? גם לא אומר. הכל פה לוטה באפלה, אי אפשר להבין מהחוות הדעת הזאת, אני אומר לך, כמעט כלום. יש חוות דעת שבאמת, הן מאוד אתגריות. ואני מכיר את ניב סביון, לא על החוות דעת הזאת תהיה גאוותו" (עמ' 955555555 לפרו' עדותו שו' 11-16).

ב. המומחה איילון ייחס את המכירה בהנחה שביצעה התובעת לעשות בחנותה באמזון במצבה הכלכלי הקשה, מול עלויות האחסון באמזון, ללא קשר לחוסרים כאלה ואחרים.

בלשונו:

"בדיוק מחזק את התשובה שעניתי לך קודם, אי אפשר לבוא ולהגיד שליל מונקי לא הייתה זקוקה למימון כלשהו, יש פעילויות בתוך פירמה שזקוקות למימון. הנה דוגמה, אתה הבאת בעצמך. אין כזה דבר ש, תראה, עוד פעם אני אומר, יש, ברגע שהשורה בדו"חות הכספיים מראה שיש גירעון בתזרים השוטף, אין, אי אפשר להתווכח עם זה. היו להם הוצאות שהם הוציאו, שנזקקו למימון" (עמ' 13 לפרו' עדותו שו' 18-22).

לכן גם שלל כי הוכח בהכרח שהחוסרים הובילו למכירה בהנחה, בצינו: "זה תיאורטי, כי אתה אומר לי, תניח שזה, תניח, ואני לא מניח... אני לא מניח שום קביעות עובדתיות" (עמ' 13 לפרו' עדותו שו' 36-39).

ג. המומחה איילון חיזק דבריו אלה בצינו, כי כמות מכירה בהנחה של 388 מוצרים מתוך 7,932 מוצרים שייצרה הנתבעת (כ-5%) אינה מצדיקה את "הטרורם שאתם עושים" (עמ' 15 לפרו' עדותו שו' 31-32; כן ראו עדותו בנדון עמ' 14 לפרו' שו' 26-30).

102. התובעת בסיכומיה (סעיף 30) התייחסה לראש נזק זה, וציינה כי לנוכח ריבוי התלונות אשר כללו גם החזרות והשלמות רכיבים, המוצר נפסל על ידי אמזון. בסופו של דבר התובעת נתקעה עם מלאי שלא היתה יכולה למכרו במחיר רגיל, ונאלצה ליתן הנחה משמעותית במחיר.

המחיר הרגיל היה \$155.99 אינו בגדר "מחיר שאיפה" כטענת איילון, אלא נסמך על דו"ח אמזון, נספח ג' לחוות דעת המומחה ניב. בהשלמה 2 ניתן לראות מכירה של \$155.99 ליחידה.

103. הנתבעת בסיכומיה (סעיפים 45-49) גם התייחסה לראש נזק זה, וציינה כדלקמן:

א. לא הובאו ראיות לקשר סיבתי בין ההחלטה להיפטר ממלאי המוצרים לבין מכתב אמזון מ-10/2018 (הפניה לסעיפים 103-119 לחוות דעתו של המומחה איילון).

ב. לא הובאה כל ראיה שהחזרת 56 מוצרים על ידי רוכשי אמזון מתוך מכירה של 1355 מוצרים (4%) היוותה חריגה מסטנדרט מקובל. היינו לא הוכח קשר סיבתי בין החזרות לבין ההחלטה למכור המלאי בהנחה משמעותית.

- ג. מכתב אמזון מחדש 10/2018 איפשר לתובעת להמשיך למכור את מוצריה כפוף למתן הסברים. לכן גם לא מובן מדוע בכלל הפסיקה התובעת למכור את מוצריה באמזון. בכל מקרה מכתבה של אמזון מחדש 10/2018 התייחס רק למוצר אוורסט, ולא למוצרים האחרים (אולימפוס וקיוב).
- ד. מכירת המלאי נבעה ממצבה הכלכלי הקשה של התובעת, ולא הוכחה כל סיבה אחרת לכך.
- ה. לא הובאו אסמכתאות מספקות להוכחת ראש נזק זה.
- לא הובאו אסמכתאות כי יתרת מוצרי אמזון (מעבר ל-388 שנמכרו בהנחה) נמכרו במחיר של \$155; לא הובאו ראיות מספקות לכמות המוצרים שנמכרו בהנחה; המומחה ניב לא סיפק ראיות למכירה של \$30 במקום \$155 שהרי העיד כי לא ראה חשבונית על הסכומים הנטענים (עמ' 161 לפרו' עדותו שו' 5). כל שהוכח, ואת זה אישר המומחה איילון, כי היו מיעוט מכירות בסכום של \$155 (כשישה במספר).
104. **שוכנעתי כי גם בראש נזק זה דבריה של התובעת בסיכומיה, כמתומצת לעיל, משכנעים יותר, בהיותם משקפים יותר המציאות.**
אבהיר הדברים;
105. כמות המוצרים שנמכרו בהנחה (388) נקבעה על ידי המומחה ניב בהסתמך על דו"ח אקסל שצורף בכתב קטנטן, קשה לקריאה. לכן גם המומחה ניב לא היה בטוח לחלוטין במספר האמור, כעולה מעדותו שצויינה לעיל.
106. אבל אפילו נצא מנקודת הנחה כי אכן נמכרו 388 ערכות בהנחה משמעותית (\$30 במקום \$155), לא הוכחה בצורה מספקת הסיבה לכך, מעבר לחסכון בעלויות אחסון שהיה יכול לנבוע גם מקושי כלכלי של התובעת, בו היתה נתונה באותה עתה, ללא קשר לנתבעת (וכבר הזכרנו נתון זה לעיל; וראו גם האמור בסעיף 48 לסיכומי הנתבעת, אותו ציטטנו לעיל, היכולים ללמד על הצורך של התובעת לחסוך בעלויות אחסון, ללא קשר לחוסרים נטענים כאלה ואחרים).
107. נזכיר כי מתוך 1,355 ערכות מוצר שנמכרו לאמזון, 56 הוחזרו (ולא ידועה הסיבה לכך) ורוב רובם של המוצרים נמכר במחיר ללא הנחה.
108. גם המחיר שנקבע להשוואה – \$155, לא הוכח כמחיר בו נמכרו רוב המוצרים (מעבר ל-388 יחידות נטענות). המומחה איילון מצא כי רק שש ערכות נמכרו במחיר זה. לכן מחיר זה לא היה יכול להוות בסיס לחישוב ראש נזק זה.
109. במצב דברים זה ניתן לומר על ראש נזק זה, כי "רב הנסתר על הגלוי". כך למשל לא פורט האם 388 המוצרים שנמכרו בהנחה היו רק אוורסט (שרק לגביו התקבלו פניות על חוסרים) או שמא גם מוצרי אולימפוס וקיוב (שלכאורה לא הצדיקו מכירה בהנחה, שכן לא התקבלו בהן פניות על החזרות).
110. במצב דברים זה, שוכנעתי גם מביקורתו של המומחה ניב על חוות דעתו של המומחה ניב, כמתומצת בסעיף 99 לעיל.
- לנוכח כל זאת, שוכנעתי לקבוע כי התובעת לא הוכיחה ראש נזק זה.**

ראש נזק רביעי – עלויות משלוח של חלקים חסרים ללקוחות בארה"ב

111. בסעיף 3.5 לחוות דעתו ציין המומחה ניב כדלקמן:
- "לצורך השלמת חלקים חסרים ללקוחות החברה בארה"ב נדרשה החברה לשאת בהוצאות משלוח של חלקים חסרים. על פי הערכת החברה העלות הכוללת של כל פריט הינה כ-25 דולר (כולל אריזה של חלקים למשלוח אוטומטי על ידי אמזון. משלוח החלקים לארה"ב, משלוח כל חלק ללקוח, טיפול בבקשת הלקוח על ידי מנהל תפעול של החברה ועוד). בסך הכל שלחה החברה 1,534 משלוחים כנ"ל. לפיכך סך עלויות החברה בגין משלוחים אל הגיע לכ-38,350 דולר".
112. גם על ראש נזק זה ביקר המומחה איילון את המומחה ניב בחוות דעתו (סעיפים 120-130), ולהלן תמצית הדברים:
- א. לא ברור מדוע היה צריך המומחה ניב להסתמך על "הערכת החברה" (\$25) במקום להשתמש בנתונים מזמן אמת. הרי חוות דעתו של המומחה ניב נחתמה ביום 10.1.2023, מועד בו נתוני השנים 2019-2020 היו זמינים אצל התובעת.
- ב. בסתירה לנתון של 1,534 משלוחים, נתקבל מסמך מעדכן של המומחה ניב מיום 29.8.2023, ממנו עולה כי בארה"ב היו 466 משלוחים בלבד. בשנת 2018 – 241 משלוחים; בשנת 2019 – 225 משלוחים. למרות ההפחתה בכמות המשלוחים (צמצום של יותר מפי שלושה), באופן תמוה לא הפחית המומחה ניב מגובה הנזק הנטען, אלא ציין כי "אין שינוי בגובה הנזק".
- לכן בכל מקרה גובה הנזק צריך בראש נזק זה, צריך להצטמצם באופן יחסי לסך של \$11,650 (במקום \$38,350).
- ג. יתכן שלתובעת היו משלוחים אל ספקים אחרים שאין להם קשר לנתבעת ומוצריה.
- ד. לא צורפו אסמכתאות לתמיכה בבסיס הנתונים, והנזק הנטען נותר כאומדנא סתומה. לכן דין ראש נזק זה להידחות.
113. בחקירתו הנגדית, ובעקבות ביקורתו של המומחה איילון, כבר שינה המומחה ניב את האמור בראש נזק זה בחוות דעתו, וציין כי 1,534 המשלוחים שציין בראש נזק זה בחוות דעתו, הם לא רק בארצות הברית, אלא חלקים חסרים ללקוחות לכל העולם. הכותרת של ראש נזק צריכה להשתנות וצריכה להיות "עלויות משלוח של חלקים חסרים ללקוחות לכל העולם". המומחה ניב ציין כי אכן לארצות הברית נשלחו רק "400 ומשהו", אך התובעת שלחה "לכל העולם. הוא שלח גם לאוסטרליה ולצרפת" (עמ' 156 לפרו' עדותו שו' 18-4).
- כשנשאל המומחה ניב מדוע הנתבעת צריכה לשלם לו על המשלוחים, שהרי בהתאם להסכם שבין הצדדים, הנתבעת מספקת את המוצרים בשערי הנתבעת במכולות, והתובעת דואגת לשילוחם ללקוחות, השיב כי עסקינן במשלוח בדואר אוויר (עמ' 156 לפרו' שו' 36).
- כשנשאל המומחה ניב, הרי מראש חלקים עודפים הוכנסו למכולות המשלוח המקוריות למקרה של חוסרים, לכן האם ראה אסמכתאות ל-1,534 משלוחים בדואר אוויר, השיב שראה רק דוגמאות לכך. לכן "אני לא יודע להגיד לך כמה נשלח, כמה נשלח באופן ישיר וכמה נשלח דרך המכולות" (עמ' 156 לפרו' שו' 39-38; עמ' 157 לפרו' שו' 12-1).

כשנשאל המומחה ניב איזה אסמכתאות ראה להערכת החברה את עלות המשלוח בשיעור של \$25, השיב שראה "זוח אקסל שהחברה הכינה... שבא ומנתח כמה, כמה עלות כל, מה עלות משלוח. זה מגיע ל-25 דולר" (עמ' 157 לפרו' שו' 13-21);

114. המומחה איילון בחקירתו שב וביקר את קביעת המומחה ניב בראש נזק זה, וציין כדלקמן:

א. קשה לקבל את השינוי של המומחה ניב בראש נזק זה, ללא הסבר מהיכן נובעת הטעות (עמ' 42 לפרו' שו' 20-25);

ב. כשעומת עם הגרסה העדכנית של המומחה ניב, ששיעור החוסרים שצויינו בראש נזק זה (1,534) הם ללקוחות כל העולם, השיב:

זו גרסה נוספת של המומחה ניב. בלשונו "מהדורה שניה" (עמ' 98 לפרו' שו' 21);

בכל מקרה, ולענין הסתמכות המומחה ניב בנקודה זאת על תחשיב החברה, יש לומר: "תחשיב של החברה זה לא תחשיב, תחשיב של החברה אתה צריך להביא על ידי מומחה, החברה יכולה לכתוב מה שהיא רוצה... זה בדיוק כל הבעיה של חוות הדעת שלכם, הוא מסתמך רק על מה שאתם אומרים לו, הוא לא בדק את זה בכלל. צירפו כל מיני, נו, דו"ח של קופת גמל, לך תמצא את הידיים, את הרגליים, איפה, מה עושים עם זה. הגישו תלוש משכורת וכתבו כל מיני מספרים, וזה הוא לקח, לקח את זה. מה זה?..." (עמ' 98 לפרו' שו' 32-26)

וכן:

"תחשיב של עלויות זה עניין שבמומחיות, לא אתה המומחה, בכל הכבוד הראוי לך, בלי לפגוע, ולא הלקוח שלך. היה צריך לעשות את זה או לפחות לבדוק את זה המומחה, הוא לא עשה את זה. הוא לא עשה את זה... אני לא צריך לעשות את זה, במיוחד שאתה גם מביא דברים שהם לא רלוונטיים. חוות הדעת נחתמה בינואר 23'. אז למה אתה, אז למה אתה לא מביא נתונים מזמן אמת? למה אתה לא מביא את נתונים מ-2019 ו-20', למה זה לפי הערכת התובעת? תביא נתונים מזמן אמת, מה זה הערכה? אם יש לך נתונים קונקרטיים אתה צריך הערכות? אני למדתי את זה במבוא לחשבונאות בחוג לכלכלה" (עמ' 99 לפרו' עדותו שו' 15-3; כן ראה הרחבת הדברים על ידי המומחה איילון בעמ' 100 לפרו').

115. התובעת בסיכומיה (סעיף 31) מתייחסת לראש נזק זה, ומציינת ש"לאחר בדיקה מחודשת עולה כי הנתון שצורף מתייחס למשלוח חלקים חסרים לכלל העולם (ההדגשה במקור – ח"ש) ולא רק לארה"ב. לפי חוות דעת המומחה נשלחו 1,534 חלקים חסרים, מתוכם 466 חלקים ללקוחות אמזון. אך מספר זה אף הוא שמרני ואינו נכון והחישוב המדוייק עומד על 3128 יחידות... עלות משלוח \$25 מפורט על השלמה 4..."

116. הנתבעת סיכומיה בראש נזק זה (סעיפים 54-50) מפנה בראש נזק זה לביקורתו של המומחה איילון בחוות דעתו.

כן מציינת הנתבעת כי לא ברור מדוע עליה לפצות את התובעת בנדון בזמן שהוכחה שיטת העבודה ביניהם, של משלוח חלקים עודפים במכולות הסדירות.

ובכלל – לא ברור מהיכן צץ המספר של 1,534 משלוחים.

מעבר לכך המומחה ניב ציין כי המשלוחים החסרים שהושלמו, 1534 במספר, נשלחו לכל העולם, ברם התביעה צומצמה לגרמניה ואמזון בלבד, ויש בכך הרחבת חזית אסורה.

מעבר לכך – בגין 466 מוצרים ששלחה התובעת פריטים להשלמה הרוויחה התובעת תמורה מלאה, אז לכל היותר הרוויחה פחות, ולכן לא ברור פשר רכיב תביעה זה.

לא צורפה כל אסמכתא לתמיכה בעלות הנטענת על ידי המומחה ניב בחוות דעתו, דוגמת חשבונית/אישור תשלום בפועל. המומחה ניב לא ראה חשבוניות וראה רק דוגמאות, וגם בתצהירו של עידו לא הובאו כל ראיות לענין זה, אלא חשבוניות דואר משנת 2023 (עדותו של איילון עמ' 34-35 לפרו').

117. בחינת הדברים שכנעה אותי לקבוע כי לא הוכח לי ראש נזק זה בסבירות ראויה לפי מאזן ההסתברויות.

נבהיר הדברים ;

א. מהטעות של המומחה ניב בראש נזק זה בין משלוח חלקים חסרים לארצות הברית לבין כל העולם כבר נלמד לכאורה על אי בחינת החומר שעמד בפניו כפי שצריך היה לבדוק, ועמד המומחה איילון על ביקורת זאת.

ב. כפי שציינו לעיל וכעולה מחוות דעתו של המומחה ניב (סעיף 3.1), התובעת תובעת בתובענה הנדונה, רק על נזקי השוק בארצות הברית (לרבות אמזון) והשוק הגרמני (עקב נטישת הלקוח בלוגה), ולא מעבר לכך - דוגמת נזקי השוק הנטענים בדרום אפריקה עקב הלקוח פולי, ואף נזקים נטענים בצרפת עקב חוסרים, שגם שם התובעת מכרה המוצרים. לכן עידו הגדיר את חוות דעתו של המומחה ניב מבחינת הערכת הנזקים כשמרנית (עדותו של עידו, עמ' 134 לפרו' שוי' 4-5).

לכן לא ברור מדוע התובעת בראש נזק זה תובעת על נזקים בכל העולם, דוגמת אוסטרליה וצרפת (עדותו של המומחה ניב, כמצויין לעיל), ולא הגבילה עצמה לשתי ארצות בלבד (ארצות הברית וגרמניה), שאחרת עסקינן בהרחבת חזית אסורה, כטענת הנתבעת בסיכומיה בצדק ;

גם אז – לגבי ארצות הברית פירטה התובעת 466 משלוחי השלמה, אך לא פירטה כל משלוח לגבי גרמניה.

כך שבכל מקרה לא הוכיחה נזק בנדון של יותר מ-\$11,650 (25*466) ;

ג. מעבר לכך – כפי שכבר ציינו לעיל, עידו בעדותו אמר כי "כל משלוח שאני שולח, לכל, לכל לקוח וכל מוצר, תמיד תמיד שולחים עד 2%, לא יותר, חלקים חסרים. ואתה אומר ללקוח, אם חסר משהו תטפל בזה. אז אתה לוקח ספיירים, אתה אומר חצי אחוז זה זה, קטסטרופה קרתה, זה פי 4, אתה אומר יאללה. אז אתה שולח באמת בכל מכולה דבר כזה, זה נורמלי, זה נורמלי" (עמ' 21 לפרו' עדותו שוי' 9-15).

היינו – עידו מודה כי בכל משלוח הזמין כ-2% פריטים עודפים, "ספיירים" כלשונו, להשלמת חוסרים צפויים (עד חצי אחוז). זאת בדיוק שיטת העבודה עליה העידו שמעון, יגאל ואדוארד, ושלדבריהם גם פתרה את בעיית החוסרים הצפויים אצל לקוחות הקצה.

אם כך הם פני הדברים, אז למה היה צורך במשלוחי אוויר כה יקרים?! עמדה הנתבעת על ספק זה בסיכומיה, כמתומצת לעיל, ובצדק.

ספק זה פוגם במהימנות גרסת התובעת בנדון.

ד. גם עצם המספר 1534 משלוחים והערכת כל משלוח ב-\$25 לא הוכחו כנדרש.

לענין כמות המשלוחים – העיד המומחה ניב כי לא ראה את מלוא האסמכתאות למספר המשלוחים אלא רק דוגמאות לכך (ראו סעיף 113 לעיל).

באשר להערכת כל משלוח בסך של \$25 הסתמך המומחה ניב על דוח אקסל של החברה, במקום על דוחות החברה שכבר היו קיימים בנדון עת ערך את חוות דעתו (ראו ביקורתו של המומחה איילון בסעיף 114 לעיל, המקובלת עלי) ו/או חשבונות תשלום ו/או אישורי תשלום (ראו בנדון האמור בסיכומי הנתבעת, המתומצתים בסעיף 116 לעיל).

118. **לנוכח כל זאת, שוכנעתי לקבוע כי התובעת לא הוכיחה ראש נזק זה.**

ראש נזק חמישי – הוצאות פרסום אשר הוצאו בארצות הברית ולא הניבו הכנסות

119. בסעיף 3.6 לחוות דעתו פירט המומחה ניב ראש נזק זה, כדלקמן:

"בטרם נפסל המוצר משיווק באמזון השקיעה החברה בפרסום המוצר לצורך מכירתו באמזון סך של כ- 38,016 דולר. הוצאות הפרסום הוצאו בשנת 2018 ופסילת המוצר על ידי אמזון קרתה ב-16 באוקטובר 2018. הוצאות פרסום אלו לא הניבו לחברה הכנסות וזאת לאור פסילת המוצר על ידי אמזון. על פי דו"ח כספי חתום לשנת 2018 של חברת LIL MONKEY USA LLC, הוצאות פרסום בארה"ב לקידום מוצרי CLIME N SLIDE בשנת 2018 היו \$38,016 - מצורף נספח ד' – הוצאות פרסום".

120. על ראש נזק נטען זה גם יצא המומחה איילון בביקורת נוקבת בחוות דעתו (סעיפים 155-131) שלהלן תמציתם:

א. למעשה התובעת תובעת בתובענה זאת בהתייחס להפסדיה באמזון גם פיצויי קיום (אובדן רווחים – ראש נזק ראשון) וגם פיצויי הסתמכות (ראש הנזק הנוכחי – הוצאות פרסום), ולא ניתן לתבוע את שני אלה במצטבר.

ב. בסופו של יום מכרה התובעת דרך אמזון 1,355 ערכות מוצר, מתוכן הוחזרו 56 ערכות (מבלי שידועה הסיבה לכך); היינו נמכרו 1,299 ערכות, ורק 388 ערכות נמכרו בהנחה משמעותית. כך שלא ניתן לומר כי "הוצאות הפרסום לא הניבו לחברה הכנסות", כפי שקבע המומחה ניב בחוות דעתו.

ג. המומחה ניב מייחס את מלוא הוצאות הפרסום למטרת מכירות באמזון. ייחוס זה נשען על הדוח הכספי של חברת ליל מונקי ארה"ב ולא על דוחות התובעת דן, הגם שעסקינן בשתי חברות שונות (התובעת דן והחברה האמריקאית).

מעבר לכך בסעיף 1.1 לחוות דעתו של המומחה ניב יוחסו הוצאות הפרסום לא רק לאמזון אלא גם למפיץ אמריקאי (מפיץ אחר, שאינו קשור לאמזון); והכל ללא פילוח וללא פירוט.

ה. הנתבעת ייצרה עבור התובעת לא רק את אוורסט, אלא גם את אולימפוס וקיוב, ולגבי שתי האחרונות לא נטען כי נפסלו על ידי אמזון. אז מדוע לא לזקוף חלק מהוצאות הפרסום גם לשני המוצרים האחרים שלא נפסלו על ידי אמזון.

1. השקעה בפרסום אינה בגדר מדע כלכלי מדוייק. לא כל השקעה בפרסום תביא לשינוי של ממש כצפייתו הסובייקטיבית של המפרסם. בהתקיים פער זה בין התוצאה לה ציפתה התובעת ובין זאת שבפועל, אי די בה בכדי להוכיח שהוצאות הפרסום "לא הניבו הכנסות לחברה", כקביעת המומחה ניב.
121. המומחה ניב נחקר על ראש נזק זה, ועומת עם העובדה, כי בכל שנה היתה צריכה התובעת לפרסם עצמה באמזון, אם רוצה למכור דרך החנות שם. לכן אם פרסמה עצמה התובעת באמצעות פלטפורמת אמזון בשנת 2018, ומכרה 1355 ערכות מיצתה את הפרסום ולא מגיע לתובעת כל החזר.
- על כך השיב המומחה ניב – "כי קודם כל, בראש נזק 1, שמתייחס לשוק האמריקאי, אני קיזזתי את עלויות הפרסום שנחסכו לך. עלויות הפרסום מהמחזור בחברה זה 3.3%, אז בעצם בראש נזק 1 אני הפחתי את הנזק, אמרתי, חסכת עלויות פרסום כי לא מכרת. בראש נזק שעליו אתה מדבר, ההוצאות פרסום זה הוצאות שבפועל כן, שבפועל כן הוצאתי" (עמ' 163 לפרו' שו' 27-23).
- אחר כך הוסיף – "כי הפרסום הזה... משרת אותי גם קדימה... חלק מפרסום זה נועד גם ל-2019" (עמ' 164 לפרו' שו' 35-6). היינו כל הוצאת פרסום בשנה מסויימת נועדה לשרת גם שנים לאחר מכן, עתידיות.
- כשנשאל, אז הכי נדע לחלק בין שנת 2018 שלכאורה מוצתה מבחינת תקציב הפרסום (שהרי מכתב אמזון נשלח רק בחודש 10/2018) לשנים העתידיות, הודה המומחה ניב כי - "אז יכול להיות שצריך לקחת חלק יחסי" (עמ' 165 לפרו' שו' 14-1). היינו – צריך להפחית מראש נזק זה את הוצאות הפרסום לרוב שנת 2018.
122. המומחה איילון גם נשאל על ראש נזק זה, וציין כדלקמן:
- א. ראש הנזק הראשון וראש נזק זה (אובדן רווחים בארה"ב והפסד הוצאות פרסום בארצות הברית) מהווים תביעת פיצויי קיום ופיצויי הסתמכות שאינן "הולכות" ביחד, שכן מהווים כפל פיצוי (עמ' 101 לפרו' שו' 1-25; עמ' 102 לפרו' שו' 14-1);
- ב. הוצאות הפרסום היו לשלושה מוצרים ולשני לקוחות (אמזון ומפיץ אמריקאי). בכל מקרה אמזון שלחה המכתב רק ב-10/2018, כך שוודאי אין הצדקה לפסוק את מלוא סכום הפיצוי הנתבע בראש נזק זה, ויש לקזז את הוצאות הפרסום לשנת 2018 (עמ' 101 לפרו' שו' 38-31).
123. התובעת בסיכומיה (סעיף 32) התייחסה לראש נזק זה בציינה, כי הפיצוי הנתבע בנדון נובע מהפסדי הוצאות הפרסום עקב הפסקת התובעת את פעילותה בארצות הברית.
- מדגישה התובעת כי אין עסקינן בכפילות בין ראש נזק זה לבין ראש הנזק הראשון (אובדן רווחים) שכן הוצאות הפרסום והמכירות נוטרלו מראש נזק א' כהוצאות שנחסכו, ועמד על כך המומחה ניב בעדותו. בכל מקרה יש הסכמה שיש מקום לפסוק רק חלק יחסי מסכום הפיצוי הנדרש, שכן לכאורה הוצאות הפרסום של שנת 2018 לכאורה מומשו בפרסום (מכתב אמזון הוא מ-10/2018).
124. הנתבעת בסיכומיה (סעיף 55) מפנה בראש נזק זה לדברי ביקורתנו של המומחה איילון בחוות דעתו (סעיפים 131-155).
- מדגישה הנתבעת כי הפרסום באמזון היה נדרש בכדי למכור 1,355 יחידות, שאלמלא הפרסום לא בטוח שהיו נמכרות. המומחה ניב גם הכיר בכך שעל מנת למכור באמזון היה צריך לפרסם את מוצרי התובעת (עמ' 162 לפרו' שו' 14 ואילך). מה גם שהחנות באמזון פעלה במשך 3 שנים, ולכן אין מקום לפסוק החזר הוצאות פרסום.

מעבר לכך – הודעת אמזון דיברה רק על מוצר האוורסט, בעוד שהוצאות הפרסום כללו גם פרסום לשני המוצרים האחרים, אולימפוס וקיוב שלא היה איסור על המשך מכירתם, אף דרך אמזון. לפיכך יש לדחות ראש נזק זה.

125. **לאחר עיון בכל הנ"ל, שוכנעתי לקבוע כי ראש נזק זה לא הוכח לי.**

אבהיר הדברים;

א. משהגענו למסקנה בראש הנזק הראשון (ראו סעיף 86 לעיל) כי:

התובעת לא הוכיחה כי היתה הצדקה לסגירת החנות באמזון על ידה;

התובעת לא הוכיחה כי סגירת החנות באמזון סגרה בפניה את השוק האמריקאי בכלל בתקופת הנזק הנטען.

לכן שוכנעתי כי הפסקת פעילותה של התובעת בארצות הברית נבעה משיקוליה הם, שאינם נובעים מחוסרים כאלה ואחרים במוצריה שנמכרו דרך חנות אמזון.

ממילא נשמט הבסיס לראש הנזק החמישי הנדון, של הפסד הוצאות פרסום, ודי בכך בכדי לדחות ראש נזק זה.

ב. גם לגופם של דברים, סבורני כי התובעת לא הוכיחה ראש נזק זה כנדרש.

ג. אכן ראש נזק א' הוא בגדר "פיצויי קיום" וראש נזק ה' הוא בגדר "פיצויי הסתמכות", כפי שציין המומחה איילון בחוות דעתו.

בהתאם לפסיקה, פיצויי הסתמכות ופיצויי קיום לא ייפסקו בחדא מחתה. זאת, למעט במקרים חריגים בהם ההתנגשות בין אינטרס ההסתמכות והקיום היא עיונית ותיאורטית בלבד ואין כפל פיצוי. ולא זה המקרה שבנדון (השוו לענין זה – [ע"א 3805/17 קיבוץ כרמים – אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' אנטיפוד השקעות בע"מ](#), פסקה 4 [נבו] (25.6.2019)).

לכן התובעת בכל מקרה לא היתה יכולה לתבוע את שני ראשי הנזק האמורים, אלא רק אחד מהם; או את ראש הנזק השני לתבוע כסכום נזק חליפי לראש הנזק הראשון.

ד. הוצאות הפרסום, כפי שעולות מסעיף 1.1 לחוות דעתו של המומחה ניב, נגעו לא רק לאמזון אלא גם למפיץ אמריקאי נוסף (ראו גם סעיף 12 לעיל).

(באשר למפיץ אמריקאי נוסף בארצות הברית, מעבר לחנות אמזון, ראו סעיף 17 לעיל).

בנוסף – הוצאות הפרסום נגעו לא רק למוצר אוורסט אלא גם למוצרי אולימפוס הקיוב.

בכל מקרה הוצאות הפרסום לשנת 2018 כמעט מיצו עצמן [הרי מכתבה של אמזון הוא מסוף שנת 2018 (חודש 10/2018)], ולא הוכחה טענת, או הנחת, המומחה ניב בעדותו (ראה סעיף 121 לעיל), כי הוצאות הפרסום בשנת 2018 רלוונטיות גם לשנים קדימה, מעבר לשנת הוצאתן. כבר ציין המומחה איילון בביקורתו, כי השקעה בפרסום אינה בגדר מדע מדוייק (ראו סעיף 120(ו) לעיל).

בנדון היתה יכולה להועיל לתובעת עדות מטעם מי מאמזון לענין מדיניות הפרסום, אך גם בכך כשלה התובעת, באי הביאה מי לעדות מטעם אמזון, והדבר משמש לחובת גרסתה בנדון.

בכל מקרה מכתבה של אמזון לטעמנו (כפי שעמדנו על כך לעיל) גם לא סגר את הדלת בפני התובעת, גם לא למוצר האוורסט;

מרוב הטעמים דלעיל אף שוכנע המומחה ניב (ובעקבותיו התובעת בסיכומיה) לקבוע, כי יש מקום לפסוק רק חלק יחסי מהסכום הנתבע בראש נזק זה. דא עקא שלא פירטו איזה חלק יחסי לפסוק. היינו הם מצפים מבית המשפט כי "יוציא בעבורם את הערמונים מן האש", והדבר לא צריך להיעשות כך.

נזכיר את שצינו לעיל, כי על פי הפסיקה, גם הערכת בית המשפט על דרך של "אומדנא דדיינא", מצריכה תמיכה בראיות המאפשרות קביעת מהות ההוצאה או הערכתה. אם לא כן, כבמקרה דנן, לא ניתן לבצע הערכה, אף לא על דרך של "אומדנא דדיינא" (עמד על כך כאמור גם המומחה איילון בחוות דעתו, סעיף 82).

ה. במצב דברים זה הערותיו של המומחה איילון כנגד ראש נזק זה (פורטו בסעיף 120 לעיל) ואמירותיה של הנתבעת בסיכומיה (פורטו בסעיף 124 לעיל) מקובלים עלי.

ו. כל זה הביאני כאמור לידי שכנוע, שלא הוכח ראש נזק זה כנדרש על ידי התובעת.

ראש נזק שישי – השוק הגרמני – נטישת הלקוח הגרמני בלוגה עקב ריבוי תלונות על חוסרים

126. בסעיף 3.7 לחוות דעתו עומד המומחה ניב על נזקי התובעת בגרמניה עקב נטישת הלקוח בלוגה, עקב ריבוי תלונות על חוסרים במוצרי התובעת.

להלן תמצית הדברים בחוות הדעת:

- א. התובעת היתה פעילה בשוק הגרמני באמצעות המפיץ בלוגה.
- ב. סך המכירות של התובעת בגרמניה בין השנים 2016-2018 היה \$279,000.
- ג. עקב ריבוי תלונות בגין חוסרים, הודיע המפיץ בלוגה על הפסקת פעילות המכירות בגרמניה (המכתב צורף כנספח ה' לחוות הדעת).
- ד. התובעת נאלצה למצוא ערוצי הפצה חלופיים בגרמניה.
- ה. החל משנת 2020 החלה התובעת למכור מוצריה דרך חברת LIDL, וכן נחתם הסכם הפצה עם חברת JOHN TOYS.
- ו. המכירות החל משנת 2021 בגרמניה גדלו באופן ניכר עקב העברת קו יצור המוצרים לספק אחר.
- ז. אומדן הנזק כתוצאה מסיום ההתקשרות עם המפיץ הגרמני התבסס על ממוצע המכירות בשוק הגרמני בשנים 2016-2018, ועל פי שיעור רווח גולמי ממוצע של התובעת. הוצאות פרסום וקידום מכירות לא נלקחו בחשבון מכיוון שהוצאות אלה משולמות על ידי המפיץ הגרמני.
- ח. לאחר המעבר לספק אחר גדלו מכירות החברה בגרמניה בשנים 2020 ו-2021 והגיעו ל-1.2 מליון דולר.
- ט. בעמ' 14 לחוות הדעת יש טבלה המלמדת על אובדן הרווח הנטען בשוק הגרמני בשיעור של \$126,386, השקול ל-450,507 ₪.

הטבלה מלמדת על סך המכירות של התובעת בשנים הבאות:

בשנת 2016 – \$114,551 ;
 בשנת 2017 – \$144,816 ;
 בשנים 2020-2021 – \$1,121,555 ;
 ממוצע – \$345,230 ;
 שיעור רווח גולמי – 37% ;
 סך הכל אובדן רווח – \$126,386.

127. המומחה איילון בחוות דעתו (סעיפים 156-164) ביקר ראש נזק זה, וציין כדלקמן:

א. בראש נזק זה סכם המומחה ניב את אובדן המכירות של התובעת בשוק הגרמני על פני שש שנים, כדלקמן:

בשנת 2016 – \$114,551 ;
 בשנת 2017 – \$144,816 ;
 בשנת 2018 – \$0 (הגם שבירישית סעיף 3.7 לחוות דעתו ציין המומחה ניב על מכירות במחצית הראשונה של שנה זאת).
 בשנת 2019 – \$0 ;
 בשנת 2020-2021 (במצטבר) – \$1,121,553.

אם נחשב הממוצע נקבל ממוצע של \$230,000, ולא ממוצע של \$345,230, כפי שקיבל המומחה ניב, שהתעלם משנות ה-0 שהן 2018-2019.

ב. בסעיף 1.2 לחוות דעתו ציין המומחה ניב כי הערכת הנזק מתייחסים לשנים 2019-2020 ולתקופת ינואר עד יוני 2021. למרות זאת בתחשיביו לעניין הנזק הנטען לשוק הגרמני לקח בחשבון את המכירות למלוא שנת 2021, במקום למחציתה הראשונה בלבד. התחשיב השגוי מעלה את הסכום העומד בבסיס תחשיב הממוצע ב-\$230,388. היינו שיעור בלתי מבוטל של 20%.

ג. הגם שחוות הדעת של המומחה ניב נחתמה ביום 10.1.2023, מועד בו נתוני מכירות התובעת לשוק הגרמני בשנת 2022 היו זמינים, לא מצא המומחה ניב להביאם במסגרת חוות דעתו. זאת על אף הגידול החריג המשתקף בנתוני שנת 2021 אל מול השנים הקודמות לה. הבאת נתוני שנת 2022 היתה עשויה להוות אינדיקציה האם יש בנתוני שנת 2021 כדי לייצג מגמה, או לחילופין אלו מהווים מקריות חריגה בהיקפה, אשר לא ניתן להשליך ממנה לענייננו.

ד. שיעור הרווח הגולמי של 37% לא הוכח, וכבר עמד על כך בחוות דעתו (כמפורט לעיל).

ה. הערכתו של המומחה ניב בראש נזק זה אינה נסמכת על שום נתון שעלה בידיו להציג, שגם מאפשר כימות כספי. למעט רישום בעלמא של נתוני מכירות כביכול לשוק הגרמני, שלא הוכחו.

- ו. באשר למכתב הלקוח הגרמני (נספח ה' לחוות הדעת). עסקינן בהודעת דואר אלקטרוני מיום 13.6.2018 של הלקוח הגרמני בלוגה שממנה לא ניתן ללמוד את שמבקש המומחה ניב להסיק (להלן: **"מכתב בלוגה"**).
- ז. לא צורפו מסמכים להוכחת הנזק הנטען בראש נזק זה, ונראה כי עסקינן בקביעת סכום בשרירותיות.
- ח. לכן לטעמו יש לדחות ראש נזק זה.
128. המומחה ניב נחקר על קביעותיו בראש נזק זה, ולהלן תמצית חקירתו:
- א. נשאל המומחה ניב, אם מוצרי התובעת היו מרובי תלונות, בשנים 2018-2019 אז איך קפצו המכירות בשנים 2020-2021, השיב שכנראה בגלל העברת יצור המוצרים לספק האחר (אולטרפלטט) באמצע 2021, וגם יכול להיות **"שהמכירות קפצו בגלל הדום, המוצר הרביעי** (שיוצא מלכתחילה על ידי אולטרפלטט – ח"ש), **אבל בפועל אלה הכנסות החברה לפי הדוחות הכספיים"** (עמ' 140 לפרו' שו' 18-25).
- ב. ציין המומחה ניב כי התבסס על הנזק בגרמניה על מכתב בלוגה, ועל סמך דוחות המכירה, שלא היו בגרמניה בשנים הרלוונטיות לנזק (עמ' 140 לפרו' שו' 29-39);
- ג. הוא אינו שולל שהגידול במכירות התובעת בגרמניה בשנים 2020-2021 נובע בין היתר מהפסקת הפעילות בארצות הברית (עמ' 146 לפרו' שו' 32-37);
- ד. כשנשאל הכיצד התובעת טוענת לפגיעה במוניטין בשוק הגרמני שהוביל להפסקת מכירות מוצריה שם, אם רואים עליה ניכרת במכירות שנת 2020-2021, השיב, שלא מן הנמנע שאלמלא הפגיעה במוניטין התובעת היתה יכולה למכור יותר בשנים אלה (עמ' 150 לפרו' שו' 5-17);
- בסופו של יום נאלץ המומחה ניב להודות, כי התובעת לא תבעה על פגיעה במוניטין (עמ' 150 לפרו' שו' 8-22);
- ה. הוא לא ידע להגיד מה היה היקף העסקות בין התובעת לנתבעת בכסף בין השנים 2017-2021 בהתייחס לבלוגה. לטענתו נתון זה לא רלוונטי (עמ' 151 לפרו' שו' 1-13);
129. המומחה איילון גם נחקר על הנזק הנטען לשוק הגרמני, ולהלן תמצית עדותו בנדון:
- א. הוא הסביר מדוע חישוב המכירות בגרמניה היה צריך להתפרש על פני שש שנים, כולל השנים 2018-2019 בהן המכירות לכאורה היו 0 (עמ' 105-106 לפרו' עדותו);
- ב. הוא הבהיר כי המומחה לא לקח בחשבון ולא ציין את הכנסות 2018, הגם שמכר בתקופה זאת (עמ' 106 לפרו' שו' 9-12; עמ' 107 לפרו' שו' 3-6);
- כשציין באוזניו ב"כ התובעת כי בשנת 2018 היו רק שתי הזמנות קטנות, השיב שהיה צריך לפרט הנתון הזה בחוות דעתו ולא להסתירו (עמ' 106 לפרו' שו' 22-33);
130. עידו ציין בתצהירו ת/3, (סעיף 8), כי בלוגה הפסיק פעילותו עם התובעת עקב ריבוי תלונות על חלקים חסרים, ותמך גרסתו זאת על מכתב בלוגה.
- בחקירתו הנגדית הוסיף עידו כדלקמן:

- א. כשנשאל על מכתב בלוגה, שממנו עולה כי לא נסגר בפני התובעת הדלת למכירת מוצרים לבלוגה, אלא רק מפנה תשומת הלב לבעיית החוסרים, ונשאל מה התכנון לשנת 2019; אז מדוע הוא (עידו) מסיק כי מכתב זה סגר הדלת בפני בלוגה והשוק הגרמני בכלל. על כך השיב עידו:
- "אתה כנראה לא עבדת עם גרמנים. ברגע שגרמני לך שולח דבר כזה, אני אומר לך, אתה שרוף לא רק אצלו, אתה שרוף בכלל בגרמניה... זה מאוד קשה, זה מאוד קשה להגיע ללקוח גרמני, גרמנים זה... לקוחות מאוד מיוחדים, מאוד מאוד קשה ליצור איתם, בכלל, הזמנה ראשונה, אפילו ברמה של 100 דולר קשה להוציא מגרמני. זה מכתב מאוד חמור מה שאתה רואה פה. אל תזלזל מה שאתה קורא"** (עמ' 68 לפרו' שו' 1-16);
- ב. כן ציין עידו שבשנת 2020 לא חזר לעבוד בגרמניה אלא רק בשנת 2021 (עמ' 68 לפרו' שו' 35-39);
- ג. לגרסתו של עידו, אם המפיץ בלוגה הפסיק לעבוד איתו זה סוגר לו את השוק הגרמני, הגם שכולל 80 מליון נפש. מאוד קשה למצוא מפיץ חדש (עמ' 69 לפרו' שו' 1-10);
- ד. התובעת בכל אופן הצליחה להשתחל מחדש לשוק הגרמני בזכות הסוכן אלפרד. הוא עשה מאמץ בשנת 2020, ונסע לגרמניה, ועשה מאמץ גדול יחד עם אלפרד להיכנס שוב לשוק הגרמני, והצליח בשנת 2021 (עמ' 69 לפרו' שו' 14-23);
- כשהופנה לחוות דעתו של המומחה ניב בחוות דעתו (סעיף 3.7) על פיו הכניסה לשוק הגרמני הייתה כבר בשנת 2020, השיב – **"יכול להיות, בסוף 2020 עם משטח שמו לנו, ...לידל. כמה משטחים הזמינו, כן"** (עמ' 69 לפרו' שו' 28-33);
131. אלפרד בתצהירו ת/2 לא אומר מילה על הפעילות בשוק הגרמני בשנים שלאחר 2018-2019 הגם שלכאורה בזכותו באה הישועה בשוק זה לאחר מכתב בלוגה, כגרסתו של עידו.
- בחקירתו הנגדית ציין אלפרד לענין השוק הגרמני, כי המכירות עלו משמעותית בשנת 2021 (עמ' 23 לפרו' שו' 21-29);
132. התובעת בסיכומיה (סעיף 33) לענין ראש נזק זה מציינת כדלקמן:
- א. אין לקחת בחשבון הממוצע את השנים שלא היו מכירות מוצרים בגרמניה, כפי שעשה המומחה ניב, בניגוד לקביעתו של המומחה איילון;
- ב. שיעור הרווח הגולמי שקבע המומחה ניב הוא נכון.
- ג. האמור בחוות דעתו של המומחה ניב מדוייק.
133. הנתבעת בסיכומיה (סעיפים 57-59) לענין ראש נזק זה מציינת כדלקמן:
- א. מפנה לביקורתו הצודקת (לטעמה) של המומחה איילון בנדון, בסעיפים 156-184 לחוות דעתו.
- ב. שיעור המכירות הגבוה בגרמניה בשנת 2021 מלמד שלא היתה כל פגיעה במוניטין של המוצרים בגרמניה.
- ג. ההחלטה להשהות המכירות בגרמניה בשנים 2019-2020 נבעה ממצבה הכלכלי הקשה של התובעת בשנים אלה, ובאי יכולתה לרכוש מוצרים מהנתבעת עקב חובה אליה, ולא מכל סיבה אחרת.

ד. מכתב בלוגה לא הצביע על הפסקת פעילות של התובעת בגרמניה, אלא לכל היותר דרישה לשיפור המצב מבחינת החוסרים. ברם אין קשר בין זה לבין אובדן השוק הגרמני במדינה המונה 80 מליון נפש.

134. **שוכנעתי מדברי הנתבעת בסיכומיה, ומביקורתו של המומחה איילון, כמתומצת בסעיף 127 לעיל. לכן נחה דעתי לקבוע, כי גם ראש נזק זה לא הוכח כנדרש על ידי התובעת.**

אבהיר הדברים ;

135. נפתח במכתב בלוגה.

מכתב זה נשלח במייל על ידי מאן שהוא מבלוגה לעידו ביום 13.6.2018. שם מציין על ריבוי תלונות על חוסרים (לא צויין מספר התלונות יחסית לכמות המוצרים שנמכרה), והם נאלצים לשלוח פריטים להשלמה. לכן מבקשים לדעת מה התוכניות של התובעת לעונת שנת 2019. כן הוסף (בתרגום חופשי שלי) "למען האמת איננו בטוחים להמשיך במכירת המוצרים של התובעת בעונה הבאה. אנו ממתינים לקבלת תשובתך ואנו יכולים גם לשוחח בטלפון".

עידו בעדותו ציין כי תוכן מכתב זה מהווה דרך מנומסת להגיד "סיימנו אתכם" (עמ' 70 לפרו' עדותו שו' 33-39).

לא שוכנעתי בכך מהטעמים הבאים :

א. מכתב בלוגה לא מלמד בהכרח על סגירת הדרך של בלוגה בפני התובעת (בדיוק כמכתב אמזון שנשלח ב-10/2018, ועמדנו על כך לעיל).

ההיפך – מכתב זה מהווה דוגמא "לשמאל דוחה וימין מקרבת". מחד מצביע על בעיה (חוסרים) מצד שני הושטת יד לתובעת ובקשה להשתפר, ואף מוכנים לשוחח בטלפון על כך. דא עקא שעידו במקום להשתפר (היינו – לידע את הנתבעת בזמן אמת בכדי לשפר היצור) לא עשה כן (ובכך נדון גם להלן כשנעסוק בשאלת הקטנת הנזק).

עידו גם לא הוכיח כי עשה מאמץ "להרגיע" את בלוגה, בכדי להמשיך ולעבוד איתם ;

נציין כי אפילו המומחה ניב ציין בחקירתו, כי ככל שעידו היה פונה לבלוגה ומציג בפניהם אפשרויות לפתרון בעיית החוסרים, היה יכול להשאיר את בלוגה כלקוח (עמ' 166 לפרו' עדותו שו' 4-6).

ב. ממכתב בלוגה דווקא רואים שבעיית החוסרים היתה בת פתרון, על דרך של השלמת פריטים ללקוחות קצה שסופקו לבלוגה מכוחה של שיטת העבודה עם הנתבעת, כדברינו לעיל ;

ג. במכתב בלוגה אין פירוט באלו מוצרים היו החוסרים (אולי מוצר הדום קליימבר שיוצר על ידי אולטרפלטט); האם כל מוצרי הנתבעת לקו בחוסרים או שמא רק אוורסט ; ומה היחס בין התלונות לכמות המוצרים. **לכן קשה לבסס ממצאים על מכתב בודד כזה, ללא העדת מאן שהוא מטעם בלוגה, מחדל הנתון לפתחה של התובעת.**

במילים אחרות, גם כאן היתה חסרה עדות של נציג בלוגה שיבהיר הענין, ואף ייחשף לחקירה נגדית על שיעור התלונות במוצרים דומים אחרים של יצרנים אחרים בעלי מוצרים דומים. אי הבאת נציג בלוגה לעדות בנדון פועל לחובת גרסת התובעת בנדון מכח הכלל המשפטי שבפסיקה המוזכר לעיל.

- ד. דווקא הצלחתה של התובעת בכניסה לשוק הגרמני מחדש כבר בשנת 2020 מלמדת כי הספיקות דלעיל מקבלים משנה תוקף וחומרה, ומלמדים לכאורה, כטענת המומחה איילון, כי מוניטין התובעת לא נפגע למרות מכתב בלוגה והפסקת העבודה עם יצרן זה.
- ה. התובעת גם לא הוכיחה כי נזק זה לא היה נמנע, עם קצת יותר מאמץ מצידה להיכנס לשוק, תיכף לאחר הפסקת העבודה עם בלוגה. בנדון תצהירו של אלפרד "שותק", וכך גם עידו "מילא פיו מיס", ורק רצה ליתן התחושה כי "השמיים נפלו" עם קבלת מכתב בלוגה, אך לא שוכנעתי כי כך הוא המצב.
- ו. שוכנעתי גם מדברי ביקורתו של המומחה איילון על ראש נזק זה, כמצויין בסעיף 127 לעיל, וכך גם מדברי הנתבעת בסיכומיה, שתימצתי בסעיף 133 לעיל.
- ז. לנוכח כל אלה שוכנעתי לדחות ראש נזק נטען זה של התובעת.

סוף דבר שאלת הנזקים

136. לאור כל האמור לעיל שוכנעתי לקבוע כי התובעת לא הוכיחה את נזקה ;
- זאת מעבר לעובדה כי שוכנעתי לקבוע, כמפורט לעיל, כי התובעת לא הוכיחה כנדרש את אחריותה הנתבעת של הנתבעת.
137. ברם, אפילו הייתי מוצא הוכחת נזק כזה או אחר על ידי התובעת, קשה שלא להבחין שהתובעת לא עמדה בחובת הקטנת נזקה, הקבועה בסעיף 14(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, שלשונו כדלקמן:
- "אין המפר חייב בפיצויים לפי סעיפים 10, 12 ו-13 בעד נזק שהנפגע יכול היה, באמצעים סבירים, למנוע או להקטין".
- כדברינו לעיל, כשלה התובעת באשם תורם חוזי אותו העמדנו לעיל על 50%, ויש קשר בין האשם התורם לבין חובת הקטנת הנזק.

עמד על כך בית המשפט העליון ב-רע"א 29442-11-24 יס שרותי טלוויזיה ותקשורת בע"מ הוט - מערכות תקשורת בע"מ סלקום ישראל בע"מ נ' אפרת שפירא, פסקה 13 [נבו] (13.12.2024), שציין כדלקמן:

"... גם חובת הקטנת הנזק, הקבועה בסעיף 14 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, וגם טענת האשם התורם שמקורה, בין היתר, בעיקרון תום הלב, הן טענות הגנה שאינן מאיינות את עצם קיומה של עילת התביעה, ואינן שוללות לרוב את התביעה הכספית בכללותה. כך, בהינתן שטענות אלה, אף אם תתקבלנה (ומובן שאינני מביע כל עמדה ביחס לכך), יספקו לרוב הגנה חלקית בלבד, בין אם משום שיתייחסו רק לחלק מהנזקים (הקטנת הנזק, החלה רק ביחס לאותם נזקים שהתרחשו בפועל, ושהנפגע יכול היה למנוע אותם) או שיאפשרו חלוקת אחריות (אשם תורם, אשר לרוב תביא להגנה חלקית בלבד) (השוו: ע"א 434/07 פרינץ נ' אמירים מושב עובדים של צמחוניים וטבעוניים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פסקאות ל' ו-ל"ד לפסק דינו של השופט אליקים רובינשטיין וההפניות שם [נבו] (14.6.2009); ע"א 7194/13 טובית דרור חברה לנכסים בע"מ נ' ב.ס.ר המנדסים בע"מ, פסקה 27 לפסק הדין של השופט יצחק עמית [נבו] (22.7.2015); יהודה אדר "הקטנת נזק ואשם תורם" – הילכו שניים יחדיו" משפט ועסקים י 381 (התשס"ט))."

במקרה דנן כשלה התובעת שוב ושוב בחובת הקטנת הנזק, שהיתה יכולה לאיין, או למצער להקטין משמעותית את נזקיה, מכל אחד מהטעמים הבאים:

א. לא דיווחה בזמן אמת על פניות המפיצים או לקוחות הקצה (דבוקת המיילים כפי שצינו לעיל), בכדי שהנתבעת תהא מודעת למלוא חומרת הבעיה הנטענת, ואז לשפר את הייצור או האריזה (ככל שאכן היה פגם ביצור או באריזה);
עמדנו על נקודה זאת בהרחבה לעיל;

ב. לא העבירה את מכתבי אמזון ובלוגה משנת 2018 בזמן אמת לנתבעת, ושמרה אותם בחיקה עד הגשת התובענה הנוכחית. בכך מנעה מהנתבעת אפשרות שיפור הייצור או האריזה;

ג. במחדליה נשוא סעיפים קטנים א+ב לעיל, אף הפרה התובעת את הוראות סעיף 6 להסכם המחייב יידוע הדדי של הצדדים על כל בעיה או תקלה בייצור.

ניתן להניח בסבירות ראויה, כי אומד דעתם של הצדדים בהוראת סעיף 6 להסכם, היה למנוע "תקלות" בייצור, באריזה ובהמכלה של המוצרים, דוגמת תקלת החוסרים הנטענים דנן, תוך יידוע הדדי ולאחר על כל תקלה כאמור הקשורה בייצור ו/או באריזת המוצרים.
עמדנו גם על כך בהרחבה לעיל.

ד. לא פעלה בהתאם לזכותה על פי החוזה [סעיף 8(ב+ג)] להביא ההסכם לכדי סיום מיידי, או בן 60 ימים, הגם שידעה לכאורה כבר בשנת 2018 כי הולכת לאבד את השוק האמריקאי והגרמני לנוכח מכתבי אמזון ובלוגה.

התירוץ של עידו כי היה לו קושי כלכלי לשחרר התבניות בשנים 2018-2019 אינו משכנע, ועמדנו על כך בהרחבה לעיל.

ה. לא הוכיחה כי פעלה כלל או במידה מספקת להשגת מפיצים חלופיים למוצריה בארצות הברית ובגרמניה בין השנים 2019-2020, תחת חנות אמזון (בארצות הברית) והמפיץ בלוגה (בגרמניה);

138. טעמי מחדלה של התובעת במקרה דנן באי הקטנת הנזק הנטען על ידה כה משמעותי, עד שמעמיד בספק את זכאותה לקבל פיצוי במקרה זה בכל מקרה, ולמצער בגין אובדן רווחים בשוקי בארצות הברית וגרמניה (ראש הנזק הראשון והשישי).

עמד על כך המומחה איילון בחוות דעתו, אך גם בחקירתו הנגדית, בצינו כדלקמן:

"נקודה מאוד, שהיא נקודה, אני חושב שאפילו קריטית, לא יודע קריטית, קרדינלית. הרי מהיום הראשון, לפי מה שמתלונן, לשיטת, לשיטת ליל מונקי, יש בעיות מהיום הראשון, הם שלחו ב-2018 והתעקשו שם שיש שמה, שהחזר הראשון היה כבר ב-02/01/2018, זאת אומרת, הם מכרו בחג המולד ומיד למחרת כבר חזר, לא יודע איך זה מסתדר, יאללה. למעלה יש את הפתרונים המתאימים. אבל, אם מהיום הראשון אתה רואה שזה לא עובד, אם אתה רואה שבמשך הפעולה שלך, לטענתך, סגרת את הפעילות, אתה הולך ובעיניים פקוחות הולך ונכנס למיטה חולה, עם שותף שרק יביא לך עוד יותר נזקים, לפחות לפי מה שאתה טוען, מה זה אומר? זה אומר שאתה לא הסתמכת על הטובה שתצא לך משם, ולכן אתה בכלל לא זכאי לפיצוי בגין אובדן רווחים..." (עמ' 46 לפרו' עדותו שו' 32-23).

וכן:

"הראית, אם היית בא ואומר, תראה, פניתי ל-א', ב', ג', קיבלתי תשובה שלילית וכולי, אז בסדר, אבל לא עשית. או לפחות לא הראית שעשית. זאת את העצה שאני נותן כשבאים אלי בבעיה הזאת, אני לא אומר, אתה יודע מה, העצה הטובה שלי? בוא תחכה כמה שנים ואז תבוא לכבוד השופט ותביא לבית המשפט, אבל אדוני, אני כבר 4 שנים לא יכול לייצר ולא מצליח, תשלמו לי, ככה לא עובדים. יש לך חובת הקטנת הנזק, עשית, הכלכלית, לא המשפטית, הכלכלית, עשית? לא. לא רק שלא פעלת לחובת, תחת חובת הקטנת הנזק, עוד הגדלת את הנזק" (עמ' 47 לפרו' שו' 21-28).

139. קשה שלא להתרשם מדרך פעולה לכאורית לא נאותה, שלא לומר חסרת תום לב של התובעת, לעבוד עם יצרן מספר שנים, לשבת בשקט, או כמעט בשקט, במהלך תקופת הפעילות, להיקלע לחובות אל מול אותו יצרן, ובסוף לתבוע את אותו יצרן על הפרת ההסכם לנוכח ייצור לא נאות של מוצרים וטענת נזק עקב כך. כל זאת כאמור ללא כל התראה של ממש על בעיות בייצור שעלולות להוביל לנזקים משמעותיים.

אם סבור הקורא שכוונתי בדברים אלה רק לתביעה דנן, אפנה אותו גם לתביעת התובעת דנן את אולטרפלטט (יצרן המוצרים מחודש 3/21, או בסמוך לכך, שלאחר התובעת).

בנדון נפנה לת"א (מחוזי מרכז) 57624-02-23 תביעתה של אולטרפלטט את התובעת דנן מיום 23.2.2023 על חוב של כשלושה מליון ₪ (נ/1); ותביעה שכנגד של התובעת דנן מיום 1.5.2023 נגד אולטרפלטט על נזקים בייצור (חוסרים ושברים) בסכום של כשלושה מליון ₪ (נ/2).

למען הדיוק ייאמר כי אין מדובר באותם מוצרים דנן, וכן יתכן שמדובר בשנים 2022-2023 (סעיף 37 לסיכומי התובעת), וגם איני קובע כי מדובר בדיוק באותן נסיבות.

ברם קשה שלא למצוא דמיון לכאורי בין שני המקרים.

140. ביסוס התביעה דנן על שני מכתבים עלומים משנת 2018, מכתב אמזון מ-10/2018 ומכתב בלוגה מ-6/2018, ללא הבאת מי מנציגיהם לעדות, היווה מחדל משמעותי לתובעת בתובענה זאת. ניסיתי להבהיר זאת לאורך פסק דין זה.

הפיכת שני המכתבים דלעיל "למפלצות עסקיות" בעבור התובעת לא צלח; וגם את זה ניסיתי להמחיש, ומקווה שהצלחתי, בפסק דין זה.

ניסיונה של התובעת בסיכומי התשובה להבהיר את משמעויות מכתבי אמזון ובלוגה משנת 2018 (סעיפים 4-3) אינו מועיל בנדון, ואינו מהווה תחליף לחוות דעת מומחה סטטיסטיקאי, אשר תוכיח היקף תלונות חריג מההיקף שניתן לצפותו, הן באמזון והן בבלוגה, באופן המעורר חשד להתנהלות פגומה;

למצער כאמור להעיד מי מנציגי החברות הנ"ל, שיעידו על מצב שיעור התלונות ופילוחן בהתייחס ליצרנים אחרים אצלם, לעומת מוצרי הנתבעת בכללותם, לרבות אולימפוס וקויב, ואף ייחשפו לחקירה נגדית של הנתבעת.

סוף דבר

141. לאור כל האמור לעיל שוכנעתי לדחות התובענה.

142. התובעת תישא בהוצאות המשפט של הנתבעת, שיכללו את עלות שכרו של המומחה איילון בעבור חוות דעתו ועדותו, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כדין החל מיום הוצאתו ועד ליום התשלום המלא בפועל, ובכפוף להצגת חשבונית מס/קבלה כדין.
143. התובעת תישא בשכר טרחת ב"כ הנתבעת בשיעור של 20,000 ₪, שישולמו תוך 30 ימים מהיום, שאם לא כן יישאו הפרשי הצמדה וריבית כדין עד ליום התשלום המלא בפועל.

המזכירות תעביר פסק דין זה לצדדים.

ניתן היום, ט' אדר תשפ"ה, 09 מרץ 2025, בהעדר הצדדים.

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

חננאל שרעבי 54678313-/
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה