

בית משפט השלום בראשון לציון

תא"מ 15-07-39720 ויינמן ישראל בע"מ ואח' נ' בן שטח ואח'

תיק חיצוני: קיימים מסמכים

בפני כבוד השופט אבי סתיו**התובעת: ויינמן ישראל בע"מ****נגד****הנתבע והתובע שכנגד: 1. עדי בן שטח
הנתבעת: 2. מעבר לרפואה בע"מ****הנתבעים שכנגד: 1. דוד דגן
2. ויינמן ישראל בע"מ**

בשם התובעת והנתבעים שכנגד: עו"ד אליעזר גריסרו

בשם הנתבעים והתובע שכנגד: עו"ד טל גרשטיין

כתבי עת:

[יצחק אנגלרד, "מזכה שאינו אלא מזיק - מפלאי דיני - ההשבה בעקבות הפרת חוזה", משפטים, כרך כז \(תשנ"ו-תשנ"ז\) 421](#)

ספרות:

[דניאל פרידמן, נילי כהן, חוזים \(כרך ב, 1992\)](#)

[י' אדר, ג' שלו, דיני חוזים - התרופות לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי \(תשס"ט\)](#)

[מ' אגמון, אופקים חדשים במשפט - ההשבה בהקשרים חוזיים \(תשס"א\)](#)

[דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור, דיני עשיית עושר ולא במשפט \(כרך א, מהד' 3, 2015\)](#)

חקיקה שאוזכרה:

[חוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999: סע' 1, 13](#)

[חוק זכות יוצרים, תשס"ח-2007: סע' 4](#)

[חוק החוזים \(תרופות בשל הפרת חוזה\), תשל"א-1970: סע' 9, 19](#)

[פקודת הנזיקין \[נוסח חדש\]: סע' 49, 51](#)

[חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979: סע' 1, 1\(א\), 2](#)

[חוק החוזים \(חלק כללי\), תשל"ג-1973: סע' 21](#)

פסק דין

לפניי תביעה ותביעה שכנגד. ביסוד התביעה עומדת טענת התובעת כי הנתבעים חייבים לשלם לה דמי שימוש עבור התקופה בה החזיקו ציוד השייך לה. ביסוד התביעה שכנגד עומדות טענות התובע שכנגד לחובות שונים של הנתבעים שכנגד כלפיו, אשר נוצרו לטענתו במסגרת שיתוף פעולה שהיה ביניהם בקשר למיזם של טיפול רפואי ביתי בחולי ריאות קשים.

רקע

1. התובעת והנתבעת שכנגד 2 ("הנתובעת") היא חברה המשווקת ומפיצה ציוד רפואי. הציוד נמכר או מושכר ללקוחות פרטיים או למוסדות רפואיים, והתובעת מספקת אף שירותי תחזוקה. הנתבע שכנגד 1 ("דגן") הוא מנהל התובעת.
2. הנתבע 1 והתובע שכנגד ("הנתבע") הוא הבעלים והמנהל של הנתבעת 2 ("הנתבעת"). לטענת הנתבע, הוא מומחה בעל שם לטיפול ביתי (home care) בחולי ריאות קשים, והוא פיתח מיזם מוצלח של טיפול ביתי בחולים כאלו והעניק לו את השם המסחרי "מעבר לרפואה". החל מינואר 2015 החל הנתבע לעבוד באמצעות הנתבעת, אשר נרשמה ביום 10.2.2015, וקודם לכן עבד לטענתו כעוסק מורשה תחת השם המסחרי "מעבר לרפואה".
3. בסוף 2013 פנה הנתבע, לטענתו, לתובעת באמצעות מנהלה, והציע כי ירחיבו ביחד את מיזם הטיפול הביתי לחולי ריאות קשים. מטרת המיזם המשותף הייתה לחדור לשוק הטיפול הביתי במימון פרטי או במימון קופת החולים של המטופל. התפקיד של הנתבע, לטענתו, היה לשווק את הציוד, למכור אותו, להתאים את הטיפול ללקוח ולסייע בהשגת מימון מקופת החולים. התפקיד של הנתבעת היה לספק את הציוד, המימון והתמיכה האדמיניסטרטיבית הנדרשת. התובעת מציינת את הדברים באור מעט שונה. לטענתה, היא עוסקת שנים רבות בתחום הטיפול הביתי בחולים, ובתקופה הרלוונטית היא חיפשה איש מכירות לצורך המשך קידום תחום פעילות זה, ובקשר לכך התנהל משא ומתן עם הנתבע.

4. כך או אחרת, החל מינואר 2014 או בסמוך לכך, החל שיתוף פעולה בין התובעת לבין הנתבע. ביום 1.7.2014 נחתם ביניהם "הסכם למתן שירות" ("הסכם השירות"), לפיו יהיה הנתבע מפיץ וסוכן מכירות של התובעת. בהסכם נקבעה התמורה לה יהיה זכאי הנתבע, הכוללת הן תשלום חודשי קבוע והן עמלות על מכירות. אין מחלוקת בין הצדדים כי האמור בהסכם משקף את ההסכמות גם בתקופה שקדמה לחתימתו (עמ' 4, שורות 11-12 לפרוטוקול).
5. לקראת סוף שנת 2014 הסכימו הצדדים כי הנתבע יפסיק החל מסוף השנה להיות סוכן של התובעת. הצדדים הסכימו שהחל מאותה נקודת זמן הנתבע ישכור את הציוד מהתובעת, והוא יהיה רשאי להשכיר אותו ללקוחותיו בשכירות משנה. הרקע לשינוי מתכונת הפעולה שנוי במחלוקת, אולם אין לכך חשיבות לענייננו. לא נחתם הסכם נוסף בין הצדדים, וההסכמות בעניין זה היו בעל פה. יוער, כי לטענת הנתבעים הנתבעת היא זו ששכרה את הציוד, ולא הנתבע באופן אישי. למען הנוחות אתייחס לנתבע כאל שוכר הציוד, ובהמשך נידרש למחלוקת בשאלה מיהו השוכר.
6. הנתבע לא שילם את דמי השכירות עבור הציוד, ומחומר הראיות עולה כי היו שיחות בין הצדדים בעניין זה. ביום 25.2.2015 שלחה עובדת של התובעת בשם רינה בוטראשווילי ("רינה") לנתבע בהודעת דואר אלקטרוני את החשבוניות של חודש ינואר 2015, וציינה כי יש להפחית מהחיוב בונים המגיע לנתבע. ביום 3.3.2015 שלח הנתבע לרינה הודעת דואר אלקטרוני בה פירט הסתייגויות שונות שיש לו מהחשבוניות, והצדדים הוסיפו להתכתב בעניין זה (נספח י"ד לתצהיר הנתבע ונספח ח' לתצהיר דגן מיום 5.3.2017 ("תצהיר דגן הראשון")).
7. ביום 18.5.2015 שלח דגן לנתבע הודעת דואר אלקטרוני, בה הציע שהצדדים יפגשו לליבון המחלוקת וביקש כי הנתבע ישלם לכל הפחות את הסכום שאינו שנוי במחלוקת עבור ארבעה חודשי שכירות, העומד על למעלה מ-20,000 ש"ח (נספח ח' לתצהיר דגן הראשון). בנוסף, התבקש הנתבע כי ככל ויש ברשותו מכשירים שאינם בשימוש, הם יוחזרו לתובעת באופן מיידי. בהודעת דואר אלקטרוני זו, פירט דגן את סכומי החיוב עבור חודשי השכירות ואת הסכומים השנויים במחלוקת, כדלקמן:
- א. **ינואר 2015**: החיוב לפי החשבונית שהוציאה התובעת הוא 9,138 ש"ח. מתוך סכום זה סך של 3,843 ש"ח שנוי במחלוקת, כך שהחיוב שאינו שנוי במחלוקת עומד על 5,295 ש"ח.
- ב. **פברואר 2015**: החיוב לפי החשבונית שהוציאה התובעת הוא 8,328 ש"ח. מתוך סכום זה סך של 941 ש"ח שנוי במחלוקת, כך שהחיוב שאינו שנוי במחלוקת עומד על 7,387 ש"ח.
- ג. **מרץ 2015 ואפריל 2015**: החיוב יעמוד על סך של 5,500 ש"ח בגין כל אחד מהחודשים.
8. ביום 27.5.2015 השיב הנתבע לדגן בהודעת דואר אלקטרוני (נספח ז' לתצהיר הנתבע). הנתבע פירט טענות שונות נגד התובעת, וטען כי בהודעת הדואר האלקטרוני ששלח דגן יש מענה לטענותיו בנוגע לחיובים שגויים בחשבוניות, אולם אין מענה לטענותיו לגבי חובות של התובעת כלפיו. הנתבע כתב, כי "במידה ותבחר להעביר את התשלום חוב שלכם אחזיר את הציוד בשכירות... הסיבה לעיכוב התשלומים מצידי היא החוב שלכם בגין עמלות, כפילויות וחיובי יתר בחשבוניות

שהועברו אליכם לבדיקה". כמו כן, נדרש דגן להוריד את הפרסום באינטרנט בו מוצגת הפעילות הייחודית של "מעבר לרפואה" כשייכת לתובעת.

יחד עם הודעת דואר אלקטרוני זו או במועד סמוך, שלח הנתבע טבלה המפרטת את טענותיו לגבי ההתחשבות הנדרשת בינו לבין התובעת (עמ' 2 לנספח י"ב לתצהיר הנתבע). מטבלה זו עולה, כי לשיטת הנתבע הוא היה זכאי לעמלות עבור "עסקת רייטמן" (שתפורט בהמשך) בסך 32,063 ש"ח; וכן לעמלות בגין מכירת מכשירים לבתי חולים בסך 4,500 ש"ח. לצד זאת, הודה הנתבע בחוב דמי שכירות בסך 20,000 ש"ח, כך שלטענתו היה על התובעת לשלם לו סך של 16,563 ש"ח.

9. ביום 25.6.2015 שלח בא כוח התובעת לנתבע מכתב "התראה בטרם נקיטת הליכים משפטיים" (נספח ח' לתצהיר דגן הראשון; "מכתב ההתראה"). במכתב נטען, כי חובו של הנתבע נכון למאי 2015 עומד על 33,813 ש"ח (קרו). עוד נטען במכתב, כי הנתבע ממשך להחזיק בציוד של התובעת בשווי 85,342 ש"ח. כמו כן, נטען להפרות שונות מצד הנתבע, לרבות הפרה של הסכם השירות והפרה של [חוק עוולות מסחריות](#), התשנ"ט-1999 ("חוק עוולות מסחריות"). לסיכום, התבקש הנתבע לשלם את החוב בסך 33,183 ש"ח; להשיב את הציוד הרפואי או את השווי שלו; ולשלם פיצוי ללא הוכחת נזק לפי [סעיף 13 לחוק עוולות מסחריות](#) בסך 100,000 ש"ח ופיצוי בגין הפרת הסכם השירות בסך 120,000 ש"ח.

10. זמן מה לאחר מכן שלח הנתבע לבא כוח התובעת מכתב תשובה (המכתב אינו נושא תאריך; נספח ז' לתצהיר הנתבע). במכתב פירט הנתבע את הטענות השונות שיש לו כלפי התובעת. הנתבע ציין, כי "לא הכחשתי ואיני מכחיש שיש לי ציוד בשכירות אבל אני טוען שוב ושוב שחייבים לי יותר ממה שאני חייב" (סעיף 9 למכתב). הנתבע הציע, כי התובעת תשלח אליו שליח עם שיק על הסכום המגיע לו לאחר קיזוז דמי השכירות, והשליח יאסוף את הציוד (סעיף 14 למכתב).

התביעה והתביעה שכנגד

11. ביום 20.7.2015 הגישה התובעת כתב תביעה בסדר דין מהיר נגד הנתבע, על סך 72,193 ש"ח. בתביעה נטען, כי הנתבע נמנע מלשלם את דמי השכירות עבור הציוד ששכר, וכי חובו נכון ליוני 2015 עומד על סך 39,140 ש"ח. התובעת טענה כי הנתבע עודנו מחזיק את הציוד ותבעה גם את דמי השכירות העתידיים עד סוף דצמבר 2015, תוך שציינה כי ככל שיוחזר איזה מפריטי הציוד יבוטל החיוב העתידי בגינו, וכי היא שומרת על זכותה לתבוע סכומים נוספים. זמן קצר לאחר הגשת התביעה, הוחזר לתובעת חלק מהציוד.

12. בכתב ההגנה לא חלקו הנתבעים, למעשה, על כך שהם מחזיקים בציוד כפי שנטען על ידי התובעת וכי לא שילמו דמי שכירות, אולם טענו, בין היתר, כי התובעת חייבת להם סכומי כסף העולים בהרבה על הסכומים הנטענים, וכי יש להם זכות עיכוב על הציוד. על יסוד טענות אלו, הגיש הנתבע גם תביעה שכנגד נגד התובעת על סך 327,136 ש"ח. יצוין, כי התביעה שכנגד לא הוגשה בשמה של התובעת, אלא רק בשם הנתבע.

13. בתמצית, מעלים הנתבעים נגד התובעת את הטענות הבאות:

- א. **הטעיה ומצג שווא**: לטענת הנתבע, בטרם החל המיזם המשותף נטעה בו התובעת רושם כי מכשיר רפואי מסוים אושר על ידי קופת חולים כללית, ועל דעת כן הוא התקשר איתה בהסכם. בסופו של יום התברר כי המכשיר לא אושר, והוא השחית זמן רב על קידומו על אף שלא היה ניתן למוכרו. עקב כך, נגרמו לנתבע, לטענתו, הפסדים בסך 115,587 ש"ח, כשיעור העמלות שהיה צפוי להרוויח ממכירת המכשיר.
- ב. **הפרת זכות יוצרים וגניבת עין**: לטענת הנתבע, לאחר שהופסק שיתוף הפעולה ביניהם הוסיפה התובעת להשתמש בשם המסחרי "מעבר לרפואה", ובכך הפרה את זכות היוצרים שלו וביצעה עוולה של גניבת עין. בקשר לכך, תובע הנתבע פיצוי ללא הוכחת נזק בסך 100,000 ש"ח, בהתאם [לסעיף 13 לחוק עוולות מסחריות](#).
- ג. **עמלות בגין מכירה לבתי חולים**: לטענת הנתבע, הוא זכאי לעמלות בסך 4,500 ש"ח בגין מכירת ציוד לבתי חולים, בתקופה בה הסכם השירות עוד היה בתוקף.
- ד. **פרשת טד רייטמן**: לטענת הנתבע, מר טד רייטמן היה לקוח שלו, והוא היה אמור למכור לו ציוד רפואי. התובעת "עקפה" אותו ומכרה למר רייטמן ישירות ציוד, ובכך גרמה לו להפסד עמלות בסך 32,063 ש"ח. בנוסף, בציוד שנמכר על ידי התובעת נכלל מחולל חמצן שהיה שייך לו, בשווי 1,380 אירו (5,658 ש"ח). לטענת הנתבע, על התובעת להשיב לו את מחולל החמצן או לשלם לו את שווי, וכן לפצותו בגין דמי שכירות שהיה יכול להרוויח ממנו בסך 21,600 ש"ח.
- ה. **פרשת נעמי איילון**: לטענת הנתבע, גבי נעמי איילון הייתה תחילה לקוחה משותפת שלו ושל התובעת. בניגוד להסכמות בינו לבין התובעת, גרמה התובעת לכך שגבי איילון תפסיק לשכור ממנו את הציוד, ובכך גרמה לו להפסד של דמי שכירות עתידיים לשנתיים בסך 88,728 ש"ח.
- סך הכול, עומד הסכום אשר לטענת הנתבע חבה לו התובעת על סך 368,136 ש"ח, אולם מטעמי אגרה הועמד סכום התביעה שכנגד על סך 327,136 ש"ח.
14. לאחר השתלשלות דיונית שאין צורך להיכנס לפרטיה, הגישה התובעת ביום 5.3.2017 בקשה לתיקון התביעה, כך שהיא תעמוד על סך של 113,645 ש"ח. בבקשה נטען, כי בינואר 2017, לאחר שהנתבעים החליפו ייצוג משפטי, החזירו הנתבעים את מלוא הציוד, וכי סך כל החוב שלהם בגין דמי השכירות עד אותו מועד עומד על 111,066 ש"ח, ובתוספת הפרשי ריבית והצמדה על סך של 113,645 ש"ח. הבקשה התקבלה, והתובעת הגישה כתב תביעה מתוקן. לאור זאת, נדונה התביעה בסדר דין רגיל.
15. במסגרת דיון ההוכחות, העיד מטעם התובעת מר דוד דגן; ומטעם הנתבעים העיד הנתבע. לאחר הדיון סיכמו הצדדים את טענותיהם בעל פה.

דיון והכרעה

16. לטענת התובעת, על הנתבע לשלם לה דמי שימוש בשיעור דמי השכירות המוסכמים ביניהם לגבי כל התקופה בה החזיק בציוד. הנתבע אינו חולק על חובתו לשלם דמי שכירות עבור תקופה

מסוימת (עד מאי או יוני 2015), אולם לטענתו לאחר מכן הוא החזיק בציוד מכוח זכות עיכבון, והוא אינו חייב לשלם בגינו דמי שימוש. עוד טוען הנתבע, כי בכל מקרה שיעור דמי השימוש שהתובעת מבקשת לחייב אותו בהם מופרז, ועולה באופן משמעותי על שווי הציוד.

17. התובעת אינה מפרטת בכתב התביעה מהו הבסיס לחיובו של הנתבע בדמי שכירות ביחס לכל התקופה, ונראה כי לשיטתה הסכם השכירות שנכרת בעל פה לקראת סוף 2014 הוסיף לחול עד להשבת מלוא הציוד. גישה זו אין לקבל, שכן מהראיות ברור כי מנקודה מסוימת שני הצדדים לא ראו את עצמם קשורים בהסכם שכירות. התובעת טוענת כי הנתבע עיכב תחת ידיו את הציוד שלא כדין ואילו הנתבע טוען כי הוא היה זכאי לעכבו עד שהתובעת תשלם לו את הכספים שלטענתו היא הייתה חייבת לו. כלומר, מנקודה מסוימת על רצף הזמן, לא היו בין הצדדים יחסי שכירות, ומאותו שלב אין לתובעת עילה חוזית כלפי הנתבע. מהי אותה נקודת זמן?

18. מההתכתבויות בין הצדדים עולה, כי על אף חילוקי הדעות ביניהם הם ראו את עצמם תחילה כפועלים עדיין תחת הסדר של שכירות. הפעם הראשונה בה ניתן לראות בחומר שבכתב רמז לסיום מצב דברים זה הוא בהודעת הדואר האלקטרוני של הנתבע מיום 27.5.2015, בה אמר כי לאחר שהתובעת תשלם את חובה יחזיר את הציוד. אולם, בשלב זה עדיין אין למצוא, לדעתי, גילוי דעת ברור של הפסקת מצב השכירות. הסכם השכירות הסתיים, לדעתי, כאשר שלח בא כוח התובעת את מכתב ההתראה מיום 25.6.2015 או בסמוך לאחר מכן. אמת, כי גם במכתב זה לא נאמר באופן מפורש, כי הסכם השכירות מובא לידי סיום, אולם הנתבע נדרש להחזיר את הציוד או את שוויו, ומכאן משתמע בבירור סיום יחסי השכירות. מכיוון שמדובר בהסכם שלא קצוב בזמן, הרי שהתובעת הייתה רשאית לסיימו תוך זמן סביר בלא קשר לשאלה אם הנתבע הפר את ההסכם. מתשובת הנתבע למכתב ההתראה עולה, כי הוא לא התנגד לסיום השכירות, וטען כי יחזיר את הציוד לאחר שישולמו לו חובותיה הנטענים של התובעת. לפיכך, נראה כי ניתן לזהות את סוף יוני 2015 כמועד בו תמו יחסי השכירות, וזאת בהסכמה הדדית של הצדדים.

19. לאור האמור, לצורך בחינת חיובי הנתבעים יש להבחין בין שתי תקופות בהן החזיק הנתבע בציוד: התקופה שעד סוף יוני 2015, אז היה בין הצדדים הסכם שכירות בתוקף ("תקופת השכירות") והתקופה שלאחר מכן, בה החזיק הנתבע בציוד לטענתו מכוח זכות עיכבון ולטענת התובעת שלא כדין ("תקופת העיכבון"). מהנתונים עולה, כי מתוך הסכום של 111,066 ש"ח (קרו) דמי שימוש המגיעים לתובעת לשיטתה עבור כל התקופה, סך של 39,140 ש"ח הוא עבור תקופת השכירות (נספח ב' לכתב התביעה המתוקן) והיתרה, 71,926 ש"ח, עבור תקופת העיכבון.

20. בכל הנוגע לתקופת העיכבון, הסכם השכירות אינו יכול להוות בסיס לחיובו של הנתבע בדמי שימוש, שכן הוא כבר לא היה בתוקף. מנקודת זמן זו יש לבחון האם ניתן לחייב את הנתבע בדמי שימוש ראויים מכוח מקור נורמטיבי אחר. הגם שהתובעת לא פירטה ברחל בתך הקטנה את העילה המשפטית שמכוחה ניתן לתבוע דמי שימוש ראויים, בהנחה שהסכם השכירות אינו בתוקף, כן נטען כי החזקת הציוד הייתה שלא כדין וכי יש בכך משום עשיית עושר ולא במשפט. בנסיבות אלו, אני סבור כי אין מניעה דיונית לבחון את השאלה אם עומדת לתובעת עילה כנגד הנתבעים בגין החזקת הציוד שלא כדין, גם אם התובעת לא נתנה לטענותיה את ה"כותרת" הנכונה (ראו, [ע"א 7183/13 ברק נ' דלתא קפיטל גרופ בע"מ](#), פסקה 18 (12.7.2015)).

21. השאלה אם ישנה עילה כלפי הנתבעים בקשר לתקופת העיכובן קשורה לשאלה אם עמדה לנתבע באותה תקופה זכות עיכובן בנכס. על מנת לבחון שאלה זו, יש לבחון תחילה האם בנקודת הזמן בה הופעלה זכות העיכובן – מאי או יוני 2015 – היה לתובעת חוב כלפי הנתבע. בטרם נפנה לבחון את הטענות השונות שהעלה הנתבע בעניין זה אציין, כי אין לקבל את טענת התובעת לפיה דין טענת העיכובן להידחות בשל כך שהנתבע לא הודיע על מימושה של זכות זו. כאשר דרשה התובעת כי הנתבע ישיב את הציוד והוא הודיע כי הוא משאיר אותו אצלו עד לפירעון מלוא החוב של התובעת, יש לראותו כמי שהודיע על הפעלת זכות עיכובן, הגם שהוא לא ניסח זאת בשפה משפטית (ראו, נינה זלצמן **עיכובן** 254-259 (1998) ("זלצמן"); מיגל דויטש **קנין** כרך ב 285 (1999) ("דויטש")).

עוד יש לציין בראשית הדברים, כי הטענות שהעלה הנתבע כנגד התובעת מתייחסות בחלקן לתקופה בה פעלו הצדדים במסגרת הסכם השירות. עשויה, אפוא, לעלות השאלה האם ניתן לקזז חיובים מכוח הסכם השירות כנגד החיובים מתקופת השכירות, וזאת במיוחד בהתחשב בטענת הנתבעים כי השוכרת הייתה הנתבעת בלבד. אין צורך להיכנס לעומקה של שאלה זו מבחינת דיני הקיזוז, שכן מההתכתבויות בין הצדדים בזמן אמת עולה, כי לא הייתה מחלוקת על כך שהחובות השונים ניתנים לקיזוז, והמחלוקות היו רק לגבי החובות עצמם. כך, בתחשיב שערך הנתבע הוא קיזוז כנגד דמי השכירות את זכותו לעמלה בגין "עסקת רייטמן" ובגין מכירת מכשירים לבתי חולים, הגם שלפחות לגבי המכירה לבתי החולים ניתן לומר שסודותיו של החיוב נטועים בהסכם השירות. גם בהודעת הדואר האלקטרוני ששלחה רינה לנתבע היא כתבה, כי הוא רשאי לקזז את העמלה המגיעה לו בגין "עסקת רייטמן" מדמי השכירות. כאשר העלה הנתבע טענות לזכויות נוספות אלו נבדקו, ולא נטען כי בכל מקרה לא ניתן לקזזן כנגד דמי השכירות. משזו הייתה הסכמת הצדדים, אין צורך להידרש לשאלה האם על פי דין מדובר בחובות הניתנים לקיזוז ללא הסכמה.

על רקע האמור, נפנה לבחון את הטענות כנגד התובעת.

טענת ההטעיה

22. לטענת הנתבע, כאשר נוהל המשא ומתן ביניהם יצר דגן מצג לפיו מכשיר הנשמה שנקרא "VENTILOGIC PLUS VENTILOGIC LS" ("המכשיר") אושר לשימוש ביתי על ידי קופת חולים כללית. על סמך מצג זה, הוא ערך את חישובי הכדאיות של ההצטרפות למיזם המשותף. בסופו של יום התברר, כי המכשיר לא אושר על ידי קופת החולים לשימוש ביתי, ורק ביולי 2014 נעשה ניסוי קליני לאישורו. לטענת הנתבע, הוא השחית את זמנו בקידום מוצר זה, שעה שהיה באפשרותו למכור מוצרים אחרים. הנתבע מעמיד את הנזק שנגרם לו כתוצאה מהטעיה זו על סך של 115,587 ש"ח, כשיעור העמלות שלטענתו היה אמור להרוויח ממנו לפי תחזית הפעילות.

23. לטענת התובעת, לא הייתה בעניין זה כל הטעיה מצידה. המכשיר אכן אושר לשימוש ביתי על ידי קופת חולים כללית, אלא שבשלב מסוים החליטה הקופה לבדוק את הנושא מחדש. התובעת פעלה לקבלת אישור מחודש למכשיר, ובהמשך אכן התקבל אישור כזה וכיום המכשיר נמכר לקופת חולים כללית בהצלחה רבה.

24. דין טענת ההטעיה להידחות. אין מחלוקת, כי הצדדים הניחו שהמכשיר מאושר לשימוש על ידי קופת חולים כללית, וכי מצב דברים זה לא התקיים בהמשך. השאלה היא האם ניתן על ידי

התובעת מצג שווא בעניין זה. מהמסמכים שצירפה התובעת עולה, כי קופת חולים כללית אישרה את המכשיר לשימוש ביתי ביום 30.7.2013 (נספח ג-1 לתצהיר דגן מיום 29.5.2017 ("תצהיר דגן השני")). היינו, גם בהנחה שאכן היה מצג מצד דגן לפיו קופת חולים כללית מאשרת את המכשיר לשימוש ביתי, הרי שמצג זה היה נכון ואין מדובר בהטעיה. כפי שעולה מעדותו של דגן, בהמשך הקפידה קופת החולים את האישור שניתן, וזאת עקב שינוי בנהליה, כאשר האישור חודש ככל הנראה בפברואר 2015 (נספח ג-2 לתצהיר דגן השני). העובדה שמצב הדברים השתנה בהמשך, אינה הופכת את המצג הראשוני, שהיה נכון בשעתו, להטעיה.

בהקשר זה יודגש, כי לא נטען שהתובעת התחייבה כי לא יחול שינוי באישורים שניתנו על ידי קופת החולים, ומכל מקום אין לטענה כזו כל ביסוס ראיתי. מדובר בעניין שאינו מצוי בשליטתה של התובעת, והגם שמבחינה עקרונית רשאי אדם להתחייב ברמה החוזית גם על דברים שאינם נתונים לשליטתו, אין כל אינדיקציה כי כך נעשה במקרה הנוכחי.

עוד יש להוסיף, כי הנתבע לא הוכיח כי היה צפוי להרוויח מהמכשיר את הסכום הנתבע על ידו, וממילא גם אילו היה נמצא ממש בטענת ההטעיה, ספק אם היה בכך כדי להקנות לנתבע זכות לפיצוי.

לפיכך, הטענה להטעיה מצד התובעת נדחית.

הטענה להפרת זכות יוצרים ולעוולת גניבת עין

25. הטענה להפרת זכות יוצרים ולגניבת עין מתייחסת לכך שגם לאחר ההיפרדות בין הצדדים המשיכה התובעת לעשות שימוש במילים "מעבר לרפואה" באתר האינטרנט שלה.

26. מהמסמכים שצורפו עולה, כי השימוש במילים "מעבר לרפואה" נעשה באתר האינטרנט של התובעת, בפרסום שנשא את הכותרת "חבילת טיפול כוללת למונשם כרוני הכוללת גמילה מהנשמה". בגוף הטקסט, שהינו ארוך ו"צפוף" למדי, נעשה פעמיים שימוש במילים "מעבר לרפואה", כשהן צמודות לשמה של התובעת: בשורה השנייה בטקסט ("מעבר לרפואה חברת ויינמן ישראל תיקח אותך למקסימום הפוטנציאל שלך"); ובאמצע הטקסט ("מעבר לרפואה חברת ויינמן ישראל באה לתת מענה לצורך לחולים שהוגדרו מונשמים כרוניים...") (נספח ח' לתצהיר הנתבע). תחילה הופיע גם שמו של הנתבע בפרסום. במאי 2015 דרש הנתבע להסיר את המילים "מעבר לרפואה" מהפרסום, ואז הוסר שמו אולם השימוש במילים "מעבר לרפואה" נמשך. לאחר שהוגשה התביעה שכנגד, הסירה התובעת את המילים הללו מהפרסום (ראו עמ' 19, שורות 12-13 לפרוטוקול).

27. הנתבע טוען כי המילים "מעבר לרפואה" הן שמו המסחרי, ויש בשימוש בהן משום הפרה של זכות היוצרים שלו ועוולה של גניבת עין. אומר מיד, כי הטענה להפרה של זכות יוצרים נטענה בעלמא, בלא פירוט ובאופן לא מנומק, ולא הוסבר מדוע יש לראות במילים אלו משום "יצירה" לפי [סעיף 4 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007](#). ואכן, בסיכומים התייחס בא כוח הנתבעים רק לעוולה של גניבת עין, ולא שב על הטענה להפרת זכות יוצרים (עמ' 34 לפרוטוקול). השאלה אותה יש לבחון, אפוא, היא האם יש בהתנהלות התובעת משום עוולה של גניבת עין.

28. טוב הייתה עושה התובעת אילו הייתה נמנעת משימוש במילים "מעבר לרפואה" לאחר שנדרשה לכך על ידי הנתבע. עם זאת, לא התקיימו בענייננו תנאי העוולה של גניבת עין לפי [סעיף 1 לחוק עוולות מסחריות](#). על מנת שייקבע כי התקיימה עוולה של גניבת עין על התובע להוכיח שני יסודות: כי יש לו מוניטין בטובין או בשירותים המוצעים על ידו; וכי יש חשש סביר להטעיית הציבור על ידי הפרסום, כך שהוא יחשוב כי מדובר בטובין או בשירותים של התובע ([ע"א 5792/99 תקשורת וחינוך דתי-יהודי משפחה \(1997\) בע"מ – עיתון "משפחה" נ' אס.בי.סי פרסום, שיווק וקידום מכירות בע"מ – עיתון "משפחה טובה"](#), פ"ד נה(3) 933, 941-943 (2001); [ע"א 6316/03 אילן זגגות רכב בע"מ נ' ברוך ובניו זגגות רכב בע"מ](#), פסקה 5 לפסק דינו של השופט ריבלין (1.8.2007)).

29. בענייננו, לא הוכחו שני היסודות האמורים. הנתבע לא הביא ראיה כלשהי לכך שיש לו מוניטין בשירות של רפואה ביתית. הוא לא הוכיח כי השימוש במילים "מעבר לרפואה" מזוהה בציבור, ואף לא הביא ראיה לכך שהוא עשה שימוש בשם זה בפרסומיו לפני ההתקשרות עם התובעת. ממילא, לא הוכח כי השימוש שנעשה על ידי התובעת במילים "מעבר לרפואה" היה עלול להטעות מישהו לסבור כי השירות ניתן על ידי הנתבע או קשור אליו. בהקשר זה יש לזכור, כי בעוולה של גניבת עין שאלת ההטעיה נבחנת ביחס למכלול הפרסום והנסיבות, ולא במבודד לגבי הביטוי שלגביו נטען להטעיה ([רע"א 5454/02 טעם טבע \(1988\) טיבולי בע"מ נ' אמברוזיה סופהרב בע"מ, פ"ד נז\(2\) 438, 450-451 \(2003\); ע"א 11487/03 August Storck KG נ' אלפא אינטואיט מוצרי מזון בע"מ](#), פסקה 16 (23.3.2008)). בענייננו, המילים "מעבר לרפואה" הוצמדו לשמה של התובעת, והן חלק לא בולט מטקסט ארוך למדי עד כי ניתן לומר שהן "הולכות לאיבוד" בתוך הטקסט.

בנסיבות אלו, בהן מחד גיסא לא הוכח כי הכינוי "מעבר לרפואה" מוכר בציבור, ומאידך גיסא השימוש שנעשה בשם זה היה מצומצם למדי, לא הוכח כי היה חשש סביר להטעיה בשל השימוש במילים "מעבר לרפואה", וממילא לא הוכחה עוולה של גניבת עין.

לאור האמור, הטענות להפרת זכות יוצרים ולעוולה של גניבת עין נדחות.

עמלות בגין מכירת מכשירים לבתי חולים

30. הנתבע טוען כי הוא זכאי לעמלות בסך 4,500 ש"ח בגין מכירת שבעה מכשירי "BIPAP" לבית חולים שערי צדק ושני מכשירים כאלו לבית החולים קפלן, בתקופה בה הוא עבד כסוכן של התובעת בהתאם להסכם השירות. התובעת טוענת, כי הנתבע קיבל את כל הכספים שמגיעים לו עבור תקופה זו.

31. לאחר ששקלתי בדבר, מצאתי לקבל את טענות הנתבע בעניין זה. הנתבע פירט בכתב התביעה שכנגד איזה מכשירים נמכרו כתוצאה מפעילותו ולמי, וצירף אסמכתאות כי ביצע פעילות באותם בתי חולים (נספח 12 לתצהיר הנתבע). בכתב ההגנה שכנגד לא התייחסה התובעת באופן פרטני למכשירים האמורים. לא נטען כי לא נמכרו מכשירים כאלו לבתי החולים שצוינו על ידי הנתבע, או שהנתבע קיבל את העמלה המגיעה לו בגינם. טענות כאלו לא הועלו על ידי התובעת גם בשלב מאוחר יותר של הדיון. נטען באופן כללי, כי "עדי [הנתבע – א' ס'] קיבל את כל העמלות בגין

המכשירים שנמכרו עת הועסק בחברה. עדי אינו זכאי לעמלה או כל סכום אחר בגין מכשירים שנמכרו לאחר סיום ההתקשרות בין הצדדים" (סעיף 19 לכתב ההגנה שכנגד).

32. מבין השורות ניתן ללמוד, אפוא, כי התובעת אינה חולקת על הטענה כי מכרה את המכשירים הנטענים, וכי הדבר היה עקב פעילותו של הנתבע. טענתה היא, כך נראה, שהמכירה הייתה לאחר סיום העסקתו בחברה, וממילא הוא אינו זכאי לעמלה. אלא שעיון בהסכם השירות מעלה, כי לא קיים בו סייג כזה. דומה, כי פרשנות סבירה ותמת לב של ההסכם מחייבת את המסקנה, כי הנתבע זכאי לעמלה עבור מכירות שהוא היה הגורם היעיל להתרחשותן, גם אם המכירה עצמה הייתה לאחר סיום העסקתו.

לפיכך, יש לקבל את טענת הנתבע כי התובעת חייבת לו סך של 4,500 ש"ח בגין עמלות עבור מכירת מכשירים לבתי חולים.

פרשת טד רייטמן

33. בתקופה בה היה הנתבע סוכן של התובעת, הוא השכיר ציוד רפואי ללקוחה בשם ביאנקה דוד. בנוסף, רכשה גב' דוד ציוד מסוים מהתובעת, לרבות מחולל חמצן. לטענת הנתבע, לאחר שגב' דוד נפטרה העניקה לו בתה את הציוד שהיה שייך לה כאות תודה על טיפולו, והחזירה לתובעת את הציוד שהושכר ממנה. בין היתר, כך לטענת הנתבע, הוא קיבל מבתה של גב' דוד את מחולל החמצן, שלטענתו שוויו 1,380 אירו.

34. אחד הלקוחות שלהם השכיר הנתבע ציוד רפואי של התובעת היה מר טד רייטמן. חלק מהציוד שהושכר למר רייטמן היה מחולל החמצן שקיבל הנתבע מבתה של גב' דוד, אשר לטענתו היה בבעלותו. בתחילת ינואר 2015, כאשר הנתבע כבר היה עצמאי, פנה אליו נציג מטעם מר רייטמן וביקש הצעת מחיר לרכישת הציוד המושכר. הנתבע שלח הצעת מחיר על סך 18,780 אירו, בתוספת מע"מ (נספח י"ב לתצהיר הנתבע). נציג משפחת רייטמן פנה לתובעת בבקשה לקבל גם ממנה הצעת מחיר, ובסופו של יום רכש מהתובעת את הציוד ישירות, לרבות את מחולל החמצן, בסכום נמוך בהרבה מזה שהוצע על ידי הנתבע.

35. הנתבע מעלה שתי טענות בקשר לעסקה זו. האחת, כי התובעת "עקפה" אותו שלא כדין בכך שמכרה את הציוד ישירות למשפחת רייטמן, ובכך גרמה לו להפסד בסך 32,063 ש"ח שהיה אמור להרוויח מהעסקה; השנייה, כי התובעת מכרה את מחולל החמצן שהיה שייך לו, ולפיכך היא חייבת לשלם לו את שוויו בסך 1,380 אירו, וכן את הפסד העמלות שהיה אמור להרוויח מהשכרת המכשיר במשך 4.5 השנים בהן היה המכשיר אמור להיות תקין בסך כולל של 21,600 ש"ח.

36. לטענת התובעת, הנציג של מר רייטמן פנה אליה בבקשה לקבל הצעת מחיר לרכישת הציוד, ואז נודע לה שהנתבע הציע הצעת מחיר מופרזת בעליל. התובעת פנתה לנתבע, והוסכם כי היא תציע את הציוד במחיר ריאלי, והנתבע יהיה זכאי לעמלה עבור המכירה. גם היום, התובעת אינה מתכחשת לזכותו של הנתבע לעמלה עבור המכירה, שלטענתה צריכה להיות מחושבת לפי הסכם השירות והיא עומדת על סך של 4,500 ש"ח (עמ' 12, שורות 5-6 לפרוטוקול).

37. אשר למחולל החמצן, בכתב ההגנה שכנגד ובתצהירו של מר דגן נטען, כי מחולל החמצן היה שייך לתובעת. התובעת אינה חולקת על כך שגב' דוד רכשה את מחולל החמצן, אולם לטענתה לאחר שהיא נפטרה בתה החליטה להחזיר את המחולל כדי לקזז חלק מחובותיה של המנוחה לתובעת. בדיון הסכים דגן לזכות את הנתבע בשווי המחולל, שלטענתו עומד על סך של 5,000 ש"ח (עמ' 15, שורות 15-17 לפרוטוקול). עם זאת, בסיכומיה הבהירה התובעת כי היא עדיין עומדת על טענתה כי המחולל היה שייך לה (עמ' 33, שורות 23-24 לפרוטוקול).

38. נוכח הסכמתה של התובעת לזכות את הנתבע בשווי המחולל, אין צורך להכריע בטענת הנתבע לעניין הבעלות עליו. התובעת הסכימה כי שווי המחולל הוא 5,000 ש"ח. הנתבע טוען לסכום גבוה במעט (1,380 אירו), אשר לטענתו לפי השער הרלוונטי עמדו על 5,658 ש"ח), אולם משלא הובאה ראיה לשווי יש לאמץ את טענת התובעת. הנתבע טוען כי הוא זכאי בנוסף גם להפסד בגין דמי השכירות שהיה יכול לקבל עבור המחולל, אולם לדרישה זו אין כל בסיס. ראשית, קיימת חפיפה בין שווי המכשיר בעת נתונה לבין תחשיב דמי השכירות הצפויים ממנו, ובכל מקרה לא ניתן לקבלם במצטבר; שנית, בנסיבות העניין ברור שאין בסיס לדרישה לקבל את דמי השכירות העתידיים, ולו מהטעם שה"עוול" שנגרם לנתבע, לטענתו, הוא בכך שהתובעת סיכלה את כוונתו **למכור** את המכשיר למר רייטמן.

39. הנתבע טוען, בנוסף, כי הוא זכאי לפיצוי בגין הרווח שנמנע ממנו בשל כך שהתובעת מכרה את הציוד ישירות למר רייטמן. טענה זו אין לקבל. גם אם אניח שהתובעת לא הייתה רשאית למכור את הציוד ישירות למר רייטמן, הרי שמנסיבות המקרה עולה כי הדבר נעשה בהסכמתו של הנתבע. כפי שניתן לראות בראיות שהוגשו, ביום 13.1.2015 שלח דגן לנתבע הודעת דואר אלקטרוני, בה ציין כי שלח הצעת מחיר לנציגו של מר רייטמן, אשר "בדק גם בחברות אחרות ומנהל איתי משא ומתן להישתוות אליהן] במחיר. בכל מקרה כל מחיר שיסגר העמלות שלך מובטחות כפי שסיכמנו". בתגובה, עונה לו הנתבע כי הוא יכול להיות "גבוה במחיר" בשל תכונות מסוימות שייחודיות לציוד שלהם, ואף מוסיף כי "כמו שראית בהצעת מחיר התחלתי איתם מאוד גבוה" (נספח י' לתצהיר דגן השני).

מן האמור עולה, כי הנתבע הסכים שהתובעת תציע מחיר למר רייטמן; כי הוא היה מודע לכך שהתובעת מציעה מחירים האמורים להיות תחרותיים; וכי הוא ידע שהוא יהיה זכאי לעמלה בלבד עבור המכירה. עוד עולה, כי הנתבע היה מודע לכך שהמחיר שהציע הוא גבוה מאוד, והוא ראה בו מחיר התחלתי. מכאן, שאין כל ממש בטענת הנתבע כי התובעת "עקפה" אותו בכך שמכרה את המוצרים ישירות למר רייטמן. התובעת עשתה זאת בהסכמתו של הנתבע, אשר ניתנה ככל הנראה בידיעה כי מר רייטמן בוחן גם הצעות מחברות אחרות. לפיכך, זכאי הנתבע בגין העסקה עם מר רייטמן רק לעמלה עבור המכירה, ולא לרווח שהיה צפוי לו אילו היה מוכר את המכשירים ישירות למר רייטמן.

40. זאת ועוד, גם לו היינו מניחים כי התובעת פעלה שלא כדין כשביצעה את העסקה, הנתבע לא הוכיח כי הוא זכאי לסכומים הנטענים על ידו. מהאמור לעיל עולה כי הצעת המחיר של הנתבע, שעליה הוא מבסס את הרווח שנמנע ממנו לטענתו, כלל לא הייתה ריאלית, ואף לשיטתו היא הייתה נקודת פתיחה למשא ומתן. עוד עולה, כי מר רייטמן ניהל משא ומתן גם עם חברות אחרות. הדעת

נותנת, אפוא, שגם אילו היה הנתבע מבצע את העסקה, היא לא הייתה נעשית במחירים שנכללו בהצעה הראשונית ששלח, אשר הוא עצמו הגדיר אותה כמאוד גבוהה. הנתבע טען בדיון, כי מר רייטמן לא היה יכול להתקשר עם חברת אחרות בשל מאפייני הציוד בו השתמש, אלא שמעבר לכך שלא הובאה לכך ראייה, עובדה היא שמר רייטמן ניהל משא ומתן גם עם חברות אחרות והשתמש בכך על מנת לגרום לתובעת להזיל את המחיר.

בשולי עניין זה אוסיף, כי בתביעה שכנגד טוען הנתבע כי הוא היה אמור להרוויח מהמכירה סך של 32,063 ש"ח בנוסף לסכום המגיע לו בגין מחולל החמצן, אולם מהתחשיב שהכין הנתבע בזמנו (נספח י"ב לתצהירו) עולה, כי הסכום של 32,063 ש"ח כולל את שווי המחולל.

41. אשר לגובה העמלה לה זכאי הנתבע, אמת כי במועד העסקה כבר פג תוקפו של הסכם השירות. אולם, בנסיבות העניין נראה כי הסכמת הצדדים לכך שהנתבע יזכה ל"עמלה" פירושה כי הם הסכימו להחיל את הנוסחה שבאותו הסכם באופן חד פעמי גם על העסקה הנוכחית, ונזכיר כי הדבר היה כשבועיים בלבד לאחר תום תקופת ההסכם. מכל מקום, הנתבע לא הציע תחשיב אחר לעמלה לה הוא זכאי, בהנחה שאין בסיס לטענתו כי הוא זכאי לרווח שהיה צפוי לו אילו מכר בעצמו את הציוד בהתאם להצעת המחיר הראשונית ששלח.

מכל האמור עולה, כי הנתבע זכאי לפיצוי בסך 5,000 ש"ח בגין העובדה שהתובעת מכרה את מחולל החמצן שקיבל מגבי דוד, וכן לסך של 4,500 ש"ח בגין עמלה עבור ביצוע העסקה.

42. טענה נוספת שמעלה הנתבע כנגד התובעת היא בקשר לפרשה שכונתה על ידי הצדדים "פרשת נעמי איילון". פרשה זו התרחשה לאחר הקרע בין הצדדים. היא אינה משליכה על השאלה אם החזיק הנתבע כדין בציוד, אלא להיפך. היינו, השאלה אם הנתבע החזיק בציוד כדין עשויה להשליך על השאלה אם עומדת לו עילה נגד התובעת בקשר לפרשת נעמי איילון. לפיכך, נדון בעניינה של פרשה זו בהמשך.

חישוב דמי השימוש וזהות השוכר

43. בטרם נפנה לבחון את השאלה האם החזיק הנתבע בציוד כדין, נבחן את השאלה האם יש לאמץ את טענות התובעת לגבי **תחשיב** דמי השכירות ודמי השימוש, במנותק מהשאלה אם הייתה הצדקה לחייב בהם את הנתבע.

במסגרת כתב התביעה המתוקן טוענת התובעת, כי דמי השימוש עבור מלוא התקופה עומדים על סך 111,066 ש"ח (קרן). ההסתנייגות היחידה מהתחשיב שהעלו הנתבעים בכתב ההגנה חופפת, למעשה, לטענות שהעלה הנתבע במסגרת הודעת הדואר האלקטרוני ששלח לרינה ביום 3.3.2015 (סעיף 44 לכתב ההגנה). מהודעת הדואר האלקטרוני ששלח דגן ביום 18.5.2015 עולה, כי ההשגות של הנתבע מתבטאות בהפחתה של 3,843 ש"ח מהחשבונית של ינואר 2015 ושל 941 ש"ח מהחשבונית של פברואר 2015. מהודעת הדואר האלקטרוני ששלח הנתבע ביום 27.5.2015 עולה, כי כימות זה של המחלוקת ביניהם היה מקובל עליו.

44. אף אחד מהצדדים לא התייחס בצורה ממצה למחלוקת זו במסגרת ראיותיו או בדיון. נטל השכנוע בעניין זה מונח על כתפי התובעת. זאת ועוד, על פני הדברים חלק מהטענות שהעלה הנתבע

בעניין זה קשורות לכך שחויב בגין מחולל החמצן שלמעשה שייך לו (ראו לעיל בפרשת רייטמן), ובעניין זה יש לפחות ראשית הודיה מצד התובעת. בנסיבות אלו, יש לאמץ את טענות הנתבע ולהעמיד את חישוב החיוב בגין ינואר ופברואר 2015 כנטען על ידו. משלא הועלו השגות ברורות בקשר ליתר מרכיבי החישוב של התובעת, יש לקבלו.

לפיכך, יש לתקן את חישוב דמי השכירות כך שהחיוב עבור ינואר 2015 יעמוד על 5,295 ש"ח והחיוב עבור פברואר 2015 יעמוד על 7,387 ש"ח.

45. מחלוקת נוספת בין הצדדים נוגעת לשאלה האם שוכר הציוד היה הנתבע או הנתבעת. העובדה שלא נחתם הסכם בכתב מקשה, כמובן, על זיהוי הצדדים לחוזה. טענת הנתבעים כי החיוב חל על הנתבעת בלבד מבוססת על כך שהחשבוניות הוצאו על שם הנתבעת. התובעת טוענת, כי התקשרה עם הנתבע באופן אישי, אך לבקשתו הוצאו החשבוניות לנתבעת. עוד טוענת התובעת, כי יש מקום לחייב את הנתבע באופן אישי מכוח דיני עשיית עושר וכי מתקיימים התנאים להרמת מסך בינו לבין הנתבעת.

46. דעתי היא, כי בנסיבות המקרה יש בסיס לטענת התובעת כי על אף שהחשבוניות הוצאו על שם הנתבעת מי שהתקשר איתה בהסכם הוא הנתבע. הסכם השכירות התחיל ביום 1.1.2015, ואילו הנתבעת הוקמה רק ביום 10.2.2015. כלומר, לכל הפחות בהתחלה הנתבע היה צד להסכם השכירות. זאת ועוד, מן המסמכים עולה כי הבקשה של הנתבע להוציא חשבוניות על שם הנתבעת הועלתה בהודעת דואר אלקטרוני ששלח לרינה ביום 3.3.15 – כחודשיים לאחר תחילת הסכם השכירות. בקשה זו הועלתה באורח אגבי למדי, ואין זה נראה כי הייתה כוונה לקבוע כך את זהות הצד החוזי. עוד יש לציין את העובדה ששני הצדדים הניחו כי ניתן לקזז בין החיובים מתקופת הסכם השכירות, אז אין חולק שההסכם היה מול הנתבע באופן אישי, לבין החיובים מתקופת השכירות.

מהצטברות הדברים נראה, אפוא, כי יש לקבוע שהנתבע הוא זה ששכר את הציוד.

האם החזיק הנתבע בציוד כדין?

47. הנתבע טוען, כי הוא החזיק בציוד מכוח זכות עיכבון לפי [סעיף 19 לחוק החוזים \(תרופות בשל הפרת חוזה\)](#), התשל"א-1970 ("חוק התרופות"). אין צורך להעמיק בשאלה אם התקיימו תנאי הסעיף, שכן בנקודת הזמן הרלוונטית כלל לא היה חוב של התובעת כלפי הנתבע.

כאמור לעיל, נמצא ממש בטענת הנתבע כי התובעת הייתה חייבת לו סך של 4,500 ש"ח בגין עמלות על מכירת מכשירים לבתי חולים; סך של 4,500 ש"ח בגין העמלה על העסקה של מכירת הציוד למר רייטמן (עליה התובעת כלל לא חלקה); וסך של 5,000 ש"ח בגין נטילת מחולל החמצן. סך הכול, חבה התובעת לנתבע סך של 14,000 ש"ח. חובו של הנתבע היה גדול יותר. הנתבע עצמו הודה בחוב של 20,000 ש"ח עבור החודשים ינואר-אפריל 2015 (ראו, התחשיב שצורף כעמ' 2 בנספח י"ב לתצהירו), כאשר למעשה חובו היה גדול מעט יותר (לאחר תיקון החישוב של התובעת בהתאם לאמור לעיל, עומד החוב עד סוף אפריל 2015 על סך של למעלה מ-23,000 ש"ח).

לא למותר להוסיף, כי הטענות היחידות שהעלה הנתבע בזמן אמת כמצדיקות את עיכוב הציוד על ידו (נספח י"ב לתצהירו) מתייחסות למכירת המכשירים לבתי החולים ולעסקת רייטמן. לפיכך, גם לו היה נמצא ממש בטענותיו האחרות, ספק אם היה בהן כדי להצדיק את החזקתו בציוד מכוח עיכובו, כאשר מדובר בנשייה שלא נטענה בזמן אמת (ראו, **דויטש**, עמ' 286). מכל מקום, כאמור לעיל ממילא דין טענות אלו של הנתבע להידחות.

48. הנה כי כן, בתחילת הדרך אכן היה לתובעת חוב כלפי הנתבע. אלא שממרוץ 2015, עלה חובו של הנתבע בגין דמי שכירות על חובותיה של התובעת כלפיו, וממילא באיזון הכולל הוא הפך להיות בעל חובה. החל מאותה נקודה, עלה אי תשלום דמי השכירות על ידי הנתבע כדי הפרה של הסכם השכירות. כמו כן, משמעות הדבר היא כי לא הייתה לנתבע זכות עיכובו בציוד, שכן בהעדר נשייה לא יכולה לקום זכות עיכובו. ממילא, המסקנה המתחייבת היא כי החל מיולי 2015, אז הסתיים הסכם השכירות, החזיק הנתבע בציוד שלא כדין, וזאת גם אם נניח כי הוא פעל בתום לב ומתוך אמונה כנה כי התובעת חייבת לו כספים (ראו, **זלצמן**, עמ' 178 ו-343; **דויטש**, עמ' 286-288).

פרשת נעמי איילון

49. גבי נעמי איילון הייתה אחת מהלקוחות אשר הנתבע השכיר להם ציוד של התובעת כאשר הצדדים פעלו בהתאם להסכם השירות, ולאחר מכן המשיך להשכיר לה את הציוד אותו שכר מהתובעת. ביום 30.6.2015 הודיעה נכדתה של גבי איילון לנתבע כי היא מבקשת להפסיק לשכור ממנו את הציוד, והנתבע אישר כי הוא יפסיק לחייבה בדמי שכירות החל מאותו מועד (נספח ט"ז לתצהיר הנתבע). לטענת הנתבע, ההחלטה להפסיק את השכירות איתו נעשתה נוכח איומים של נציג התובעת, ותוך הפרה של ההסכם לפיו הוא זה שיטפל בלקוחות החל ממועד ההפרדות בין הצדדים (1.1.2015). לפיכך, תובע הנתבע את דמי השכירות שלטענתו היה צפוי לקבל במשך שנתיים עבור השכרת הציוד לגבי איילון, בסך 88,728 ש"ח.

50. התובעת אינה מכחישה כי הפסקת השכירות על ידי גבי איילון נעשתה בשל התערבותה. לטענתה, לאחר שישה חודשים בהם לא שילם הנתבע דמי שכירות נעשתה פנייה אל גבי איילון וניתנה לה ברירה אם להחזיר את הציוד או לחתום על הסכם שכירות חדש ישירות מול התובעת. גבי איילון בחרה לחתום על הסכם שכירות מול התובעת.

51. הטענה העיקרית של הנתבע היא, כי ההסכם בין הצדדים היה שהוא ימשיך לטפל באופן בלעדי בלקוחות המשותפים. בין הצדדים לא נערך הסכם בכתב לגבי התקופה שלאחר הסכם השירות, אולם התובעת לא חולקת, למעשה, על כך שבהתאם להבנה בין הצדדים הלקוחות אותם גייס הנתבע היו אמורים להמשיך להיות הלקוחות שלו. לפיכך, סבורני כי ניתן לקבל את הטענה כי לפי ההסכם בעל פה בין הצדדים לתובעת היה אסור להתחרות בנתבע על לקוחות אלו, לפחות למשך תקופה מסוימת. אולם, לא ניתן להתעלם מהרקע לפנייתה של התובעת אל גבי איילון, שהוא העובדה שהנתבע סירב לשלם דמי שכירות עבור הציוד, ובד בבד סירב להשיב אותו. כאמור לעיל, סירוב זה היה שלא כדין. הנתבע היה בגדר מפר חוזה, והוא החזיק את הציוד בלא שהיה זכאי לכך.

סבורני, כי פרשנות סבירה ותמת לב של הסכמת הצדדים לאי תחרות על לקוחות העבר (שזכור, לא הועלתה עלי כתב) מחייבת את המסקנה, כי איסור זה לא יחול כאשר הנתבע משכיר

את הציוד של התובעת ללקוחותיו בלא לשלם עבורו דמי שכירות לתובעת, תוך הפרת חוזה על ידו וללא זכות שבדין. אין זה סביר לצפות מהתובעת לשבת בחיבוק ידיים במקרה כזה. אדרבה, מצופה מהתובעת כי תפעל להקטנת נזקיה. מדובר בציוד שהיה בבעלותה של התובעת, ואשר לנתבע לא הייתה כל זכות בו – לא זכות שכירות, שכן יחסי השכירות באו אל סיומם; ולא זכות עיכבון, נוכח קביעתנו לעיל כי לא עמדה לנתבע זכות כזו. בנסיבות אלו, אין לראות בפנייתה של התובעת לגבי איילון משום הפרה של ההסכם בינה לבין הנתבע ואין למצוא פגם בהתנהלותה של התובעת, ככל שהדברים אמורים ביחסים בינה לבין הנתבע (במובחן מהשאלה אם היא הייתה רשאית לכפות על גבי איילון את השבת הציוד, אילו הייתה מסרבת לכך).

לפיכך, דין טענות הנתבע בקשר לפרשת נעמי איילון להידחות.

חיוב הנתבע בדמי שכירות ובדמי שימוש

52. כפי שצוין לעיל, יש לקבוע כי עד סוף יוני 2015 היה בין הצדדים הסכם שכירות בתוקף. לא יכול להיות ספק, כי הנתבע חייב לשלם לתובעת דמי שכירות עבור תקופה זו, ולמעשה גם הנתבע לא חלק על כך. שאלה מורכבת יותר היא האם חייב הנתבע לשלם דמי שימוש עבור תקופת העיכבון, וככל שכן מה שיעורם.

53. בטרם נצלול לעומקה של שאלה זו, נציין כמה נתונים אשר עשויה להיות להם חשיבות. הנתון הראשון הוא, שהתובעת לא טענה שנגרם לה נזק בעקבות עיכוב הציוד אצל הנתבע, ולמצער לא הוכיחה את שיעורו. דגן אישר בעדותו, כי לא היה מצב בו הפסידה התובעת עסקאות השכרה בגלל עיכוב הציוד, שכן היא דאגה לכך שיהיה לה במלאי את הציוד הנחוץ (עמ' 14, שורות 11-12 לפרוטוקול). היינו, לתובעת לא נגרם הפסד בגין העובדה שלא היה באפשרותה להשכיר את הציוד בתקופת העיכבון. אכן, עקרונית עשויים היו להיגרם לתובעת נזקים אחרים. כך, ייתכן שהיו לה הוצאות מימון בשל כך שנאלצה לרכוש ציוד נוסף. ייתכן גם כי עצם העובדה שהציוד "התיישן" בתקופה בה הוא היה אצל הנתבע, גם אם לא היה בשימוש, הפחיתה את ערכו. אלא שהתובעת לא הביאה ראיות כלשהן להפסדים מסוג זה, ואף לא טענה להפסדים כאלו. הטענה היחידה שהעלתה התובעת היא לזכות לדמי שימוש עבור כל התקופה, אשר יש לחשבם לפי מחירון השכירות.

54. הנתון השני הוא, כי שווי הציוד נמוך מדמי השימוש הנתבעים עבור תקופת העיכבון, העומדים כאמור על 71,926 ש"ח. בא כוח הנתבעים טען בדיון, כי שווי הציוד הוא כ-6,000 אירו (עמ' 4, שורה 3 לפרוטוקול). מעדותו של דגן נראה, כי להערכתו שווי השוק של הציוד הוא לכל היותר 8,500 אירו (ראו, עמ' 7, שורות 20-21 לפרוטוקול). אינדיקציה לשווי הציוד ניתן ללמוד גם מהעובדה שבמכתב ההתראה מטעם התובעת מיום 25.6.2015 נטען, כי שווי הציוד שבידי הנתבע עומד על סך של 85,342 ש"ח. מסכום זה יש להוריד את שווי הציוד שהוחזר לאחר שליחת המכתב וכן את הציוד של נעמי איילון אשר התובעת העבירה למעשה לרשותה. לא הוצגו נתונים מדויקים לגבי הציוד שחזר לתובעת, אולם מבחינת הסכומים שהתובעת חייבה בהם את הנתבע לאורך התקופה (נספח ה' לכתב התביעה המתוקן) עולה, כי לאחר יוני 2015 צנח החיוב החודשי לפחות ממחצית. בהנחה ההגיונית שיש מתאם בין דמי השכירות לבין שווי הציוד, נראה כי יש בכך אינדיקציה ששווי הציוד שהוחזק בתקופת העיכבון היה נמוך ממחצית השווי שנטען במכתב ההתראה.

אעיר, כי במסגרת קדם המשפט שהתקיים לאחר הגשת התצהירים, לאחר שנדונה השאלה האם יש משמעות לשאלה מה היה שווי הציוד, קבעתי כי התובעת רשאית להביא ראיות בעניין זה מבלי שיש בכך כדי לקבוע מסמרות בשאלת הרלוונטיות של נתון זה (עמ' 8 לפרוטוקול). התובעת בחרה שלא לעשות כן.

55. הנתון **השלישי** הוא, כי ניתן לקבוע שבתקופת העיכבון לא עשה הנתבע שימוש בציוד, לא השכיר אותו ולא הרוויח ממנו. הנתבע טען זאת לא פעם (ראו, סעיף 12 לכתב ההגנה המתוקן; סעיף 8 לתצהירו; עמ' 5 ו-24 לפרוטוקול). הנתבע אף טען, כי ניתן לפרוק מהמכשירים נתונים המצביעים על מועדי השימוש בהם, ולהיווכח כי לא היה בהם שימוש לאורך התקופה. התובעת לא התייחסה לעניין זה בראיותיה, וחשוב מכך - הנתבע כלל לא נחקר על כך. רק בסיכומיה טענה התובעת, כי לא הוכח שהנתבע לא השתמש בציוד. בנסיבות אלו, אני מקבל את טענת הנתבע כי הציוד היה ברשותו בלא שנעשה בו שימוש.

על רקע האמור, נפנה לבחינת השאלה שלפנינו.

האם חייב הנתבע לשלם לתובעת דמי שימוש עבור תקופת העיכבון?

56. כאמור, החל מיולי 2015 לא היו בין הצדדים יחסי שכירות, והציוד הוחזק בידי הנתבע שלא כדין. האם על הנתבע לשלם דמי שימוש בגין תקופה זו? המונח "דמי שימוש" עשוי להתייחס הן לקיומה של עילה נזיקית, בגינה זכאי התובע לפיצוי על הנזק שנגרם לו עקב אי יכולתו להשתמש בנכס, והן לקיומה של עילה לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט, שעניינה מניעת התעשרות של הנתבע מהנכס. עמד על כך בית המשפט העליון בע"א 891/95 **זידאני נ' אבו-אחמד, פ"ד נג' 769, 775 (4) (1999)**:

"קיים הבדל עקרוני בין תביעת הנזיקין, המכוונת לפיצוי בעל הקרקע בגין הנזק שנגרם לו כתוצאה מהסגת הגבול, לבין תביעה בעילת עשיית עושר ולא במשפט, שמטרתה להשיב לבעלי הקרקע את העושר שעשה הזוכה כתוצאה מפלישתו לתחום זכויותיו של בעל הקרקע. והנה, ההבחנה העקרונית בין פיצויים לבין השבה עשויה להיטשטש במסגרת המושג של 'דמי שימוש ראויים'. דמי שימוש אלה עשויים לייצג את נזקו של בעל הקרקע מחד גיסא, ואת עשיית העושר של הזוכה – מאידך גיסא".

דברים אלו נאמרו אמנם לגבי דמי שימוש במקרקעין, אולם לעניין זה אין הבדל בין מקרקעין למיטלטלין (לעניין הבחנה זו ראו גם, **ע"א 7156/10 חברת הירקון בע"מ נ' מדינת ישראל מינהל מקרקעי ישראל**, פסקה 9 לפסק דינה של השופטת חיות (11.10.2012), וההפניות שם; דניאל **פרידמן ואלרון שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א** 475-476 (2015) ("דיני עשיית עושר").

57. בענייננו, אין ספק כי לתובעת עומדת עילה נזיקית נגד הנתבע בגין עיכוב הציוד על ידו שלא כדין (ראו, סעיפים **49 ו-51 לפקודת הנזיקין** [נוסח חדש]), וייתכן שגם עילה לפיצויים בגין הפרת חוזה. לפיכך, אילו הייתה התובעת מוכיחה כי נגרם לה נזק, היא הייתה זכאית לפיצוי בגינה. אילו היה בהחזקת הציוד על ידי הנתבע כדי למנוע מהתובעת עסקת השכרה אלטרנטיבית, היה על הנתבע

לפצותה בגין הפסד זה, וזאת בכפוף לנטל הקטנת הנזק המוטל על התובעת. אלא שכאמור, לא נגרם לתובעת הפסד כזה, שכן דגן הודה בעדותו, בהגינותו, שהתובעת לא הפסידה עסקאות השכרה בשל עיכוב הציוד. התובעת לא טענה לנזקים אחרים. הגם שאין זה מופרך להניח כי חלוף הזמן פגע במידת מה בערכם של המכשירים שהושבו, גם אם לא היו בשימוש, הרי שמשעה שלא נטען לנזק כזה, ובוודאי שלא הובאו לו ראיות, לא ניתן לחייב את הנתבע בגינו.

58. הנה כי כן, התובעת אינה זכאית לדמי שימוש כפיצוי נזיקי או חוזי. השאלה אותה יש לבחון היא אם היא זכאית לדמי שימוש כהשבה. בקשר לכך, יש להתייחס לשני מקורות חוקיים: [סעיף 9 לחוק התרופות וסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט](#), התשל"ט-1979 ("חוק עשיית עושר").

[סעיף 9 לחוק התרופות קובע חובת השבה במקרה בו בוטל חוזה בעקבות הפרתו](#). בענייננו, שאלה לא פשוטה היא האם החוזה בוטל בעקבות הפרתו. כפי שציינתי לעיל, ממכתב ההתראה מיום 25.6.2015 עלה בבירור, כי התובעת אינה רואה את עצמה קשורה יותר בהסכם שכירות עם הנתבע. עם זאת, התובעת לא הודיעה בפירוש על ביטול החוזה, ודומה כי ההנחה לפיה הסכם השכירות, שהיה הסכם בעל פה ללא מועד קצוב, כבר אינו בתוקף הייתה מובנת מאליה, ונזכיר כי גם הנתבע לא חלק על כך. בנסיבות אלו, שאלה היא אם יש לראות במכתב ההתראה משום הודעת ביטול של הסכם השכירות בגין הפרה, או שיש לראות הסכם זה כאילו חדל להתקיים באופן טבעי שעה ששני הצדדים הבינו כי הוא הסתיים.

גם אם נניח כי [סעיף 9 לחוק התרופות](#) אינו חל על ענייננו, הרי שאין ספק כי חל [סעיף 1\(א\)](#) לחוק עשיית עושר. סעיף זה קובע כדלקמן:

"מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן - הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שווייה".

סעיף זה קובע שלושה תנאים לקיומה של חובת השבה: התעשרות של הזוכה; שאינה על פי זכות שבדין; ושבאה לו על חשבון המזכה. אדם המחזיק שלא כדין את רכושו של הזולת ממלא בבירור תנאים אלו וקמה לו חובת השבה בהתאם לחוק עשיית עושר ([ע"א 290/80 ש.ג.מ תניונים בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לז' 633 \(2\) 641-639 \(1983\)](#); [דיני עשיית עושר](#), כרך א עמ' 432).

59. האם יש חשיבות לשאלה אם חל בענייננו [סעיף 9 לחוק התרופות](#)? קיימת מחלוקת בשאלה אם חובת ההשבה הקבועה [בסעיף 9 לחוק התרופות](#) (או בסעיפי חוק אחרים הכוללים חיובי השבה, כגון [סעיף 21 לחוק החוזים](#) (חלק כללי), התשל"ג-1973) היא חיוב חוזי, או שהיא אינה אלא מופע של חובת ההשבה הכללית הקבועה בחוק עשיית עושר. [בע"א 186/77 סוכנויות \(השכרת רכב\) בע"מ נ' טרבלוס](#), פ"ד לג' (1) 197 (1978) נחלקו דעות השופטים בשאלה זו, ומאז התעוררה השאלה מספר פעמים. הגישה שקנתה לה אחיזה בפסיקה היא גישתו של פרופ' פרידמן, לפיה תכליתה של ההשבה בדיני חוזים היא מניעת התעשרות שלא כדין וחיובי ההשבה בסעיפי החוק השונים אינם אלא ביטוי לעיקרון הקבוע [בסעיף 1\(א\)](#) לחוק עשיית עושר ([ע"א 741/79 כלנית השרון השקעות ובנין בע"מ נ' הורביץ](#), פ"ד לה' (3) 533 (1981) ("עניין כלנית השרון"); [ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו](#)

אנד גוניס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221 (1988); ע"א 588/87 כהן נ' שמש, פ"ד מה(5) 297, 317 (1991) ("עניין כהן"); ע"א 3666/90 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מו(4) 45, פסקאות 13-14 לפסק דינו של השופט חשין (1992) ("עניין מלון צוקים"); ע"א 2702/92 גינזברג נ' בן יוסף, פ"ד מז(1) 540, 559-560 (1993). עוד ראו, דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרד ב (1149-1153 (1992) ("פרידמן וכהן"); מיכל אגמון-גונן ההשבה בהקשרים חוזיים 198-208 (2001) ("אגמון גונן"). לפי גישה זו, אין להבחין בין הדינים החלים על חובת ההשבה לפי סעיף 9 לחוק התרופות לבין הדינים החלים על חובת ההשבה הכללית הקבועה בחוק עשיית עושר, אלא אם ישנה הוראה חוקית קונקרטית הקובעת אחרת (כגון זכותו של הנפגע על פי סעיף 9 לחוק התרופות לבחור השבה בשווי על פני השבה בעין).

לצד זאת, ישנם בפסיקה גם קולות אחרים. כך, לשיטתו של השופט אנגלרד, חובת ההשבה לפי סעיף 9 לחוק התרופות היא חוזית, ואין להיזקק בעניינה להוראות חוק עשיית עושר (רע"א 5768/94 א.ש.ר. יבוא והפצה נ' פורום אביזרים, פ"ד נב(4) 289, 441 (1998); וראו גם, י' אנגלרד "מוזכה שאינו אלא מוזק" – מפלאי דיני-ההשבה בעקבות הפרת חוזה" משפטים כז 421 (תשנ"ז)). גישות אחרות מכירות בכך שמקורם של הסדרי ההשבה השונים הוא בדיני עשיית עושר ולא במשפט, אולם סבורות כי עשויה להיות משמעות לשאלה אם במקרה פלוני חל הסדר ההשבה שבסעיף 9 לחוק התרופות (או הסדר ספציפי אחר) או שחל רק ההסדר הכללי של חוק עשיית עושר (ראו, עניין מלון צוקים, פסקאות 16-17 לפסק דינו של השופט מלץ; ע"א 5267/03 פרגי-גשורי נ' מיטל, פ"ד נט(5) 337, 355-357 (2005)).

לענייננו – לפי הגישה הרואה בחובת ההשבה לפי סעיף 9 לחוק התרופות משום ייצוג של חובת ההשבה הכללית הקבועה בחוק עשיית עושר, וזו כאמור הגישה המקובלת בפסיקה, לכאורה אין חשיבות לשאלה אם חל סעיף 9 לחוק התרופות. נשוב לעניין זה בהמשך.

60. יהיה אשר יהיה מקורה הנורמטיבי, אין ספק שחלה על הנתבע חובת השבה של הצידוד. הפסיקה הכירה בכך שחובת השבה מכוח דיני עשיית עושר כוללת גם חובה לשלם דמי שימוש בגין התקופה בה היה הנכס אצל המחזיק, וזאת בלא קשר לשאלה אם נגרם לבעל הנכס הפסד כתוצאה מכך (עניין כלנית השרון; ע"א 495/80 ברקוביץ נ' קלימר, פ"ד לו(4) 57, 68 (1982); עניין כהן; גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות 725-729 (2009) ("שלו ואדר"); דיני עשיית עושר, כרד א עמ' 472-480, כרד ב עמ' 858-862). החובה לשלם דמי שימוש כחלק מההשבה חלה גם על הצד הנפגע מהפרת החוזה (ע"א 687/89 לירן נ' גבריאל, פ"ד מה(2) 189, 195 (1990); אם כי כנגד זאת עומדת חובתו של המפר לפצות את הנפגע, ראו ע"א 1846/92 לוי נ' מבט בניה בע"מ, פ"ד מז(4) 49 (1993)).

61. הנה כי כן, מבחינה עקרונית חובת ההשבה כוללת גם חובה לשלם דמי שימוש. אולם, השאלה המתעוררת עתה היא מה הדין מקום בו בפועל לא הפיק המחזיק כל רווח מהנכס שהוחזק על ידו, לא על דרך שימוש עצמי, לא על ידי השכרתו לאחר ולא בכל דרך אחרת. האם במקרה כזה יחויב המחזיק לשלם דמי שימוש לפי "מחיר שוק", היינו לפי הרווח שניתן היה להפיק מהנכס בדרך שימושו הרגיל, כגון דמי שכירות פוטנציאליים; או שמא נאמר כי בהעדר התעשרות בפועל אין חובת השבה, וממילא אין חובה לשלם דמי שימוש. נדגיש שוב, כי ענייננו הוא ב"דמי שימוש" כחלק מחובת ההשבה, ולא ב"דמי שימוש" המהווים פיצוי על נזקי התובע. במקרה האחרון ברי כי החובה

לשלם דמי שימוש אינה מותנית בכך שהנתבע הפיק רווח מהנכס, אולם נדרש כי התובע יוכיח שנגרם לו נזק.

השאלה אם קיימת חובת תשלום דמי שימוש בהעדר רווח בפועל קשורה לשאלה רחבה יותר, שהיא מהי ההתעשרות אשר סעד ההשבה מבקש למונעה – האם התעשרות **סובייקטיבית** של המחזיק, כך שמה שנבדק הוא הרווח בפועל שצמח לו; או שמא התעשרות **אובייקטיבית**, כך ששאלת ההתעשרות נבחנת בערכים של פוטנציאל התעשרות ושווי שוק. לשאלה זו יש השלכות שונות ומגוונות (לדיון ראו למשל, **שלו ואדר**, עמ' 717-729; **דיני עשיית עושר**, כרך א עמ' 448-452, 694-711), ובין היתר יש לה משמעות מכרעת בענייננו.

כאמור לעיל, הנתבע החזיק את הציוד בלא שהשכיר אותו ובלא שהשתמש בו. לפיכך, אם תאומץ הגישה הסובייקטיבית, לא יהא עליו לשלם דמי שימוש עבור תקופת העיכבון, שהרי בפועל הוא לא התעשר כתוצאה מהחזקת הציוד. אולם, אם תאומץ הגישה האובייקטיבית, לכאורה הוא כן יידרש לשלם דמי שימוש, שהרי הוא החזיק ברשותו ציוד שבעיקרון ניתן היה להשכירו (הגם שבמקרה כזה תתעורר השאלה כיצד יש לקבוע את דמי השימוש והאם יש הצדקה לאמץ את המחירון שהוסכם בין הצדדים לגבי תקופת השכירות).

62. בשאלה כיצד יש לחשב את דמי השימוש הראויים – האם לפי מדד אובייקטיבי או סובייקטיבי, ישנן גישות שונות. נראה כי ניתן לזהות שלוש גישות עיקריות. גישה **אחת** מצדדת במבחן הסובייקטיבי, בכפוף לחריגים אפשריים. גישה זו הועלתה על ידי השופט ברק בעניין **כלנית השרון**, בלא להכריע אם יש לאמצה. בעניין **כלנית השרון** נקבע, כי מי שחב בהשבה של כסף נדרש להוסיף ריבית, שכן יש לראותה כ"דמי שימוש" בכסף. בשולי הדברים התייחס השופט ברק לשאלה האם חובת ההשבה נקבעת לפי עקרונות סובייקטיביים או אובייקטיביים (פסקה 10 לפסק דינו):

"כשלעצמי נראה לי, כי מקום שמטרת ההשבה היא למנוע התעשרות שלא כדין, ואין מטרתה לא הענשה ולא פיצוי, יש מקום לסברה, כי שיעור ההשבה יהא על-פי שיעור ההתעשרות, ובאין התעשרות אין השבה. עם זאת, ייתכן שיהא מקום להבחין בין אדם, שהחזיק בכסף מתחת למזרן על-פי רצונו שלו, לבין אדם, שאיבד את הכסף עם קבלתו. הראשון עשה שימוש בכסף כרצונו, וייתכן שערכו של שימוש זה ייקבע בערכים ריאליים כאמור. מהשני נמנעה האפשרות לעשות כל שימוש. שאלה זו קשה היא, ואין היא דורשת הכרעה בענייננו, כפי שנראה בסמוך".

פסק דין אחר ממנו עולה, לכאורה, תמיכה במבחן הסובייקטיבי הוא פסק דינו של השופט זילברג בע"א 284/65 שן נ' גוטמן, פ"ד כ(1) 577, 586 (1966).

63. גישה **שנייה** קושרת בין השאלה אם המבחן להשבה הוא סובייקטיבי או אובייקטיבי לבין השאלה אם חיוב ההשבה במקרה הספציפי הוא מכוח **סעיף 9** לחוק התרופות או מכוח **סעיף 1** לחוק עשיית עושר בלבד. כך, למשל, קובע השופט מלץ בעניין **מלון צוקים** (פסקה 16 לפסק דינו):

"אכן, מבחינה מסוימת עילת ההשבה הנובעת מסעיף 9 לחוק התרופות רחבה מעילת ההשבה מכוח [חוק עשיית עושר ולא במשפט](#), בה נדרשת התעשרות בפועל של הנתבע.

העיקרון שבבסיס חובת ההשבה שבסעיף 9 הוא עיקרון של עשיית עושר ולא במשפט.... עם זאת, כפי שראינו, סעיף 9 לחוק התרופות (שלא כמו סעיף 1 [לחוק עשיית עושר ולא במשפט](#)) עשוי להניב עילת השבה גם מקום שאין התעשרות בפועל של הצד השני לחוזה.

אך על מנת שתהא עילת השבה כזו, סעיף 9 האמור תובע מבחן עזר, הבוחן מהותה של התניה החוזית. מבחן עזר זה שואל את פי התניה החוזית, האם נתכוונה מלכתחילה להעשיר בביצועה צד לחוזה. רק אם מסתמנת מתוך התניה החוזית כוונה כזו, ביצועה יניב, במקרה המתאים, עילת השבה של מבצעה מכוח סעיף 9 לחוק התרופות".

לפי גישה זו, כאשר חובת ההשבה היא מכוח דיני עשיית עושר בלבד יחול המבחן הסובייקטיבי, אולם אם חובת ההשבה היא לפי [סעיף 9](#) לחוק התרופות ובכפוף למסקנה פרשנית כי תכלית החוזה הייתה להעשיר את הצד הנפגע, אזי יחול המבחן האובייקטיבי. בעניין [מלון צוקים](#) חלק השופט מ' חשין על גישה זו וקבע, כי אין כל הבדל בין השבה לפי [סעיף 9](#) לחוק התרופות לבין השבה לפי [סעיף 1](#) לחוק עשיית עושר (פסקה 14 לפסק דינו):

"בקיצור לשון נאמר: עילת ההשבה שלפי חוק התרופות הינה בת משפחה לדיני עשיית עושר, והגנים של משפחת עשיית עושר באים אף בה וקובעים את תכונותיה. הדוקטרינות החלות על דיני עשיית עושר תחולנה אף על עילת ההשבה שלפי חוק התרופות, ובלבד שלא תעמוד לפנינו הוראה פרטיקולרית, השוללת חלוקה של דוקטרינה זו או אחרת".

השופט מצא, שהיה השופט השלישי בהרכב, לא התייחס בפסק דינו לשאלה זו.

64. לגישה לפיה יש זיקה בין שאלת מקורה הנורמטיבי של חובת ההשבה לבין השאלה אם היא תיעשה לפי ערכים סובייקטיביים או אובייקטיביים, יש ביטוי גם בספרות. כך, לגישתה של אגמון גוון, על פי הגישה לפיה חובת ההשבה היא חוזית יש להשיב גם את הפירות שהיו יכולים לצמוח, ואילו לפי הגישה הגורסת כי מדובר בחובה הנובעת מדיני עשיית עושר יש להשיב רק פירות שצמחו בפועל ([אגמון גוון](#), עמ' 250-252, 256-257). באופן דומה, שלו ואדר סבורים כי השאלה איזה מבחן יש להחיל תלויה בשאלה אם תכלית ההשבה היא מניעת התעשרות הנתבע, שאז יש להחיל את המבחן הסובייקטיבי, או השבת המצב לקדמותו, שאז יש להחיל את המבחן האובייקטיבי. לגישתם, שתי התכליות רלוונטיות [לסעיף 9](#) לחוק התרופות, ויש להכריע בין המבחנים לפי המטרה החשובה יותר. לפיכך, כאשר מי שתובע השבה הוא הנפגע מהפרת החוזה, אזי יש לאמץ את הגישה האובייקטיבית, ואילו כאשר תובע ההשבה הוא המפר יש לאמץ את הגישה הסובייקטיבית ([שלו ואדר](#), עמ' 721-724). עם זאת, מכירים המחברים בכך שכאשר גם הנפגע נהג בחוסר תום לב או הפר את החוזה, עשויה להישלל העדיפות הניתנת לו מבחינה זו (עמ' 723, ה"ש 651).

65. גישה **שלישית**, שהיא בין היתר גישתו של פרופ' פרידמן, סבורה כי יש להחיל מבחן גמיש המקנה שיקול דעת לבית המשפט האם יש להחיל, בקשר לדמי השימוש, את המבחן האובייקטיבי או הסובייקטיבי, תוך מתן משקל למכלול הנסיבות, לרבות לשאלה אם תובע ההשבה הוא הצד ה"אשם" או ה"חף" (ראו, **פרידמן וכהן**, עמ' 1194-1197; **דיני עשיית עושר**, כרך א עמ' 705-706, כרך ב עמ' 887-890). לפי גישה זו, נקודת המוצא היא השבה אובייקטיבית, במיוחד כאשר תובע ההשבה הוא הצד ה"חף", אולם אין להגביל את המקרים בהם ייושם המבחן הסובייקטיבי לנסיבות חריגות בלבד (ראו, **דיני עשיית עושר**, כרך א עמ' 705-706, כרך ב עמ' 889 ה"ש 197). בגדר השיקולים שישקול בית המשפט, יש ליתן משקל להתנהגות הצדדים ולנסיבות נוספות, "דוגמת אופיו של הנכס, האם ניתן להפיק ממנו פירות בקלות יחסית, ומהו משך הזמן שהוחזק בידי הצד החייב בהשבה" וכן לשאלה האם המחזיק הציע להחזיר את הנכס (**דיני עשיית עושר**, כרך ב עמ' 889).

יש לציין, כי גם אם מאומצת הגישה האובייקטיבית אין בכך בהכרח סוף פסוק, שכן עדיין עומדת לבית המשפט אפשרות לשלול או להפחית את ההשבה מכוח **סעיף 2** לחוק עשיית עושר, ובמסגרת סעיף זה ניתן לתת משקל גם לשאלה אם הנתבע פעל בתום לב והאם עשה בפועל שימוש בנכס (**דיני עשיית עושר**, כרך א עמ' 705-706). עם זאת, ראוי לציין כי ההגנה הקבועה **בסעיף 2** לחוק עשיית עושר היא בגדר חריג, כך שיש חשיבות רבה לשאלה האם כלל ההשבה הוא לפי מבחן אובייקטיבי או סובייקטיבי.

66. הנה כי כן, ישנן גישות שונות בשאלה האם בקביעת דמי השימוש בגדר חובת ההשבה יש לאמץ מבחן אובייקטיבי או סובייקטיבי. שאלה זו לא הוכרעה בפסיקת בית המשפט העליון, ובמספר פסקי דין, לרבות מהשנים האחרונות, היא הושארה במפורש בצריך עיון (ראו, **ע"א 457/81 ספיר נ' אחוזת איל בע"מ, פ"ד מ(4) 68 (1986)**; **ע"א 638/84 קאסם נ' יואל**, פ"ד מא(3) 678 (1987); **ע"א 7862/11 חברת התחנה המרכזית החדשה בת"א בע"מ נ' מרקור**, פסקאות 28-29 (1.10.2013)). בענייננו, שאלה זו עומדת בלב התיק, ולא ניתן להימנע מלהידרש אליה. עם זאת, אין צורך שניכנס לכל מגוון המצבים שבהם עשויה להיות נפקות לשאלה אם המבחן הוא סובייקטיבי או אובייקטיבי, וניתן להתמקד בשאלה המתעוררת במקרה שבפנינו - האם ישנה חובת תשלום דמי שימוש לפי מחיר שוק כאשר המחזיק לא הפיק רווח כתוצאה מהנכס או שהרווח שהפיק היה נמוך יותר (במובחן, למשל, מהדילמות המתעוררות במקרה בו הרווח בפועל היה גבוה מדמי השימוש לפי מחיר שוק).

67. דעתי היא, כי יש לאמץ את הגישה הראשונה, היינו את הגישה שהוצעה (מבלי להכריע אם לאמצה) על ידי השופט ברק בעניין **כלנית השרון**. לדעתי, כאשר מדובר בשאלה של חיוב בדמי שימוש מכוח חובת השבה (ולא כפיצוי), אזי ככלל אין מקום לחייב את מי שהחזיק בנכס בדמי שימוש גבוהים מהרווח שהפיק מהנכס בפועל (בין אם בדרך של שימוש עצמי ובין אם בדרך של השכרה לאחר או בכל דרך אחרת). דמי השימוש הראויים לפי שווי שוק עשויים להקים חזקה ראייתית כי זה הרווח שהפיק המחזיק כתוצאה מהחזקתו, אולם כאשר מוכיח המחזיק כי הוא לא הרוויח מהחזקתו בנכס, או שהרוויח פחות משווי השוק, אזי נקודת המוצא היא כי אין לחייבו להשיב יותר מהתעשרותו בפועל.

ראשית, כאמור לעיל, חלק מהגישות הסבורות כי יש לאמץ את המבחן האובייקטיבי בנסיבות כאלו או אחרות, מבססות זאת על כך שחובת ההשבה לפי [סעיף 9](#) לחוק התרופות רחבה מחובת ההשבה לפי דיני עשיית עושר. אלא שלא זו הגישה שהתקבלה בפסיקה. כפי שפורט לעיל, בפסיקה נקבע כי חובת ההשבה לפי [סעיף 9](#) לחוק התרופות (או לפי הסדרי ההשבה האחרים הקבועים בחקיקה) אינה אלא ייצוג של חובת ההשבה הקבועה בחוק עשיית עושר, ותכליתה היא מניעת התעשרות שלא כדין ולא השבת מצב לקדמותו. לפי גישה זו, למעט כאשר נקבע אחרת בחוק או בחוזה, דין ההשבה במקרה בו חל [סעיף 9](#) לחוק התרופות אינו שונה מדין ההשבה מקום בו לא חל סעיף זה. בהתחשב בכך, נראה כי אין מקום לאמץ כלל לפיו אפיונה של ההשבה כנובעת מדיני החוזים יפעל לטובת החלת המבחן האובייקטיבי.

שנית, כפי שצוין בעניין **כלנית השרון**, נראה כי המבחן הסובייקטיבי מבטא בצורה נכונה יותר את תכלית ההשבה, שהיא מניעת התעשרות שלא כדין. ככל שלא הייתה התעשרות בפועל, לכאורה אין התעשרות שיש צורך למונעה. אכן, מבחינה עיונית ניתן לטעון כי הנתבע התעשר בכך שהחזיק נכס עם פוטנציאל להפיק ממנו רווח, ואם בחר שלא לממש אותו מדובר בעניינו הפרטי. לשיקול זה אכן עשוי להיות משקל בגדר חריג אפשרי למבחן הסובייקטיבי שהוזכר בעניין **כלנית השרון**, המתייחס למי שבחר להחזיק את הכסף "מתחת למזרן". אולם, ככלל נראה כי מקום בו המטרה היא למנוע התעשרות שלא כדין הרי שמה שיש לבדוק הוא אם הייתה התעשרות "אמיתית" של הנתבע, ולא התעשרות תיאורטית.

יש לזכור כי לצד חובת ההשבה עומדת חובתו של מפר החוזה לפצות את הנפגע ובגדר חובה זו ייתכן והוא יחויב לשלם דמי שימוש ראויים גם אם לא הפיק פירות מהנכס. במקרים כמו בענייננו, עשויה לקום חובה כזו מכוח עילה נזיקתית. היינו, האינטרס של בעל הנכס ליהנות מפירות פוטנציאליים של הנכס לא נותר חסר הגנה. אלא שאינטרס זה אינו אמור להשליך על עיצובה של חובת ההשבה מכוח דיני עשיית עושר, הממוקדת בשאלת ההתעשרות של מי שהחזיק בנכס ולא בנוק שנגרם לבעלים.

68. כאמור, לכלל לפיו אין חובה לשלם דמי שימוש מכוח חובת ההשבה כאשר לא הייתה התעשרות סובייקטיבית ייתכן שיהיו חריגים. החריג שהוזכר בעניין **כלנית השרון**, מבלי להכריע לגביו, מתייחס למקרים בהם אי השימוש בנכס היה בלתי סביר. ייתכן שיש מקום לחריגים נוספים. עם זאת, גם אם אניח כי בגדר קביעת החריגים לכלל ההשבה הסובייקטיבי עשוי להיות משקל להתנהלות הצדדים ולשאלה אם תובע ההשבה הוא מפר החוזה או הצד הנפגע מההפרה, לדעתי אין די בכך שהחייב בהשבה הוא המפר כדי לחייבו בהשבה בערכים אובייקטיביים, בהתעלם משאלת הרווח שצמח לו בפועל. כפי שאפרט להלן, בענייננו אין צורך להכריע בשאלה אלו חריגים יש לקבוע, אם בכלל, למבחן הסובייקטיבי, במקרה בו ההתעשרות בפועל נמוכה מההתעשרות הפוטנציאלית.

ומן הכלל אל הפרט.

69. הנתבע החזיק בצידו השייך לתובעת, תוך שהוא מתיימר להפעיל לגביו זכות עיכובן אולם למעשה ללא כל זכות שבדין. הנתבע לא השכיר את הציד, לא השתמש בו וכל הוצאה לא נחסכה ממנו כתוצאה מהחזקתו. היינו, בפועל לא התעשר הנתבע מההחזקה בציד. לפי המבחן הסובייקטיבי, שאותו לשיטתי יש לאמץ לפחות כנקודת מוצא, אין מקום לחייב את הנתבע בתשלום

דמי שימוש ראויים עבור תקופת העיכובן. לדעתי, אין מקום לסטות ממבחן זה במקרה הנוכחי. זאת, שכן גם אם אניח כי לכלל ההשבה הסובייקטיבי יש חריגים, סבורני כי הם לא מתקיימים בענייננו.

כאמור, בעניין **כלנית השרון** הועלתה האפשרות כי מקום בו בחר המחזיק בחוסר סבירות שלא להפיק פירות מהנכס שברשותו, תיקבע ההשבה לפי עקרונות אובייקטיביים. אולם, בענייננו אין מדובר במקרה בו ניתן לטעון שאי השימוש בציד מהווה צעד בלתי סביר באופן ברור, כמו מי ששומר את הכסף שבחזקתו "מתחת למזרון" במקום להשקיעו באופן סולידי. זאת ועוד, התובעת כלל לא טענה כי יש רשלנות או אי סבירות בכך שהנתבע לא השכיר את הציד כאשר הוא עיכב אותו ברשותו, וממילא השאלה אם יש בכך חוסר סבירות לא התבררה בהליך. בנסיבות אלו, גם אם אניח כי יהיו מקרים בהם בחירה של הנתבע שלא לעשות שימוש בציד תצדיק להחיל לגביו את המבחן האובייקטיבי, לא ניתן לקבוע כי כך היה במקרה הנוכחי (השוו, [ע"א 7862/11 הנ"ל](#), פסקה 31).

אשר להתנהגות הצדדים והעובדה שהנתבע הפר את הסכם השכירות, לאור האמור לעיל לגבי תכלית ההשבה שאלה היא מה המשקל, אם בכלל, שיש לייחס לעובדה זו. עם זאת, גם אם אניח כי בנסיבות מסוימות ניתן לתת משקל לשאלה אם תובע ההשבה הוא המפר או הנפגע, סבורני כי בנסיבות שלנו אין בכך כדי להטות את הכף. בהקשר זה אציין, כי הגם שקבעתי לעיל כי הנתבע הפר את ההסכם, לא ניתן להתעלם מכך שהתמונה הרחבה מורכבת יותר. חלק מטענותיו של הנתבע נמצאו מוצדקות. יש טעם לפגם גם בבחירתה של התובעת לעשות שימוש בצירוף המילים "מעבר לרפואה" לאחר שהתבקשה על ידי הנתבע לחדול מכך, גם אם הדבר אינו עולה כדי עוולה. בכל האמור אין כדי לכסות את העובדה שבסופו של יום נמצא כי הנתבע הוא זה שהפר את החוזה וכי החזיק את הציד שלא כדין. אילו היה נגרם לתובעת נזק בעקבות עיכוב הציד, היה עליו לפצותה. אלא שכאשר עסקינן בשאלה אם יש מקום לחרוג מהמבחן הסובייקטיבי ולחייב את הנתבע בהשבת התעשרות אשר הוא כלל לא זכה בה, יש להביא בחשבון גם את העובדה שהתמונה אינה "שחור ולבן".

אשר לשאלה מהו מקורה של חובת ההשבה במקרה הנוכחי, כאמור לעיל לשיטתי לא אמורה להיות לכך השלכה על השאלה אם יאומץ מבחן אובייקטיבי או סובייקטיבי. למעלה מן הצורך אציין, כי ככל ויש לכך משמעות יש לצאת מנקודת הנחה כי [סעיף 9](#) לחוק התרופות אינו חל. כפי שצוין לעיל, יש פנים לכאן ולכאן בשאלה אם מכתב ההתראה ששלחה התובעת עשוי להיחשב כהודעת ביטול מחמת הפרה. אולם, התובעת כלל לא טענה כי יש לראות מכתב זה כהודעת ביטול, ולא התייחסה בדרך כלשהי [לסעיף 9](#) לחוק התרופות. בהתחשב בכך, סבורני כי התובעת לא עמדה בנטל להראות כי חובת ההשבה בענייננו נובעת [מסעיף 9](#) לחוק התרופות.

70. שיקול נוסף שלטעמי פועל נגד חיובו של הנתבע בדמי שימוש ראויים עבור תקופת העיכובן קשור לכך שכאמור לעיל שווי הציד נמוך בהרבה מדמי השימוש הנטענים. תחושת הצדק אינה מתיישבת עם חיוב בדמי שימוש ראויים בנסיבות כאלו, כאשר לא הייתה התעשרות בפועל.

71. ניתן לסכם ולומר, כי מדובר במקרה ייחודי למדי של "זה לא נהנה וזה לא חסר". לתובעת לא נגרם נזק בגלל עיכוב הציד בידי הנתבע (ולמצער היא לא הוכיחה אותו), ולפיכך היא אינה זכאית לדמי שימוש כפיצוי נזיקי (או חוזי). הנתבע לא התעשר כתוצאה מעיכוב הציד, ולפיכך הוא

אינו חייב בדמי שימוש מכוח דיני עשיית עושר. בהעדר נזק מחד גיסא ובהעדר התעשרות מאידך גיסא – לא קמה חובה לשלם דמי שימוש.

לאור כל האמור, סבורני כי אין לחייב את הנתבע בדמי שימוש ראויים עבור תקופת העיכבון.

סוף דבר

72. מהאמור עולה, כי יש מקום לחייב את הנתבע בדמי שכירות עבור תקופת השכירות בלבד, היינו עד סוף יוני 2015. לטענת התובעת, דמי שכירות אלו עומדים על סך של 39,140 ש"ח. כפי שצוין לעיל, יש לקבל את ההשגות שהעלה הנתבע בקשר לחשבוניות של ינואר ופברואר 2015. התוצאה היא שיש להפחית מהסכום האמור סך של 4,784 ש"ח. בנוסף, יש להפחית את הסכום של 14,000 ש"ח, אשר נמצא לעיל כי התובעת חייבת לנתבע. היינו סך הכול על הנתבע לשלם לתובעת סך של 20,356 ש"ח.

אשר להוצאות, יש להביא בחשבון את העובדה שהתביעה התקבלה בחלקה הקטן בלבד, אולם מנגד יש להתחשב בכך שדינה של התביעה שכנגד, שהוגשה על סך של 327,136 ש"ח, להידחות. כמו כן, יש להתחשב בכך שהתביעה היא זו שגרמה לנתבע להחזיר את מרבית הציוד. בנסיבות אלו, סבורני כי יש לפסוק לטובת התובעת הוצאות ושכר טרחת עורך דין בסכום כולל של 22,500 ש"ח.

73. לפיכך, התביעה מתקבלת בחלקה. הנתבע 1 ישלם לתובעת סך של 20,356 ש"ח, בתוספת הפרשי ריבית והצמדה החל מיום 1.7.2015. התביעה שכנגד נדחית. הנתבע 1 ישלם לתובעת הוצאות ושכר טרחת עורך דין בסכום כולל של 22,500 ש"ח.

זכות ערעור לבית המשפט המחוזי תוך 45 יום.

ניתן היום, א' חשוון תשע"ט, 10 אוקטובר 2018, בהעדר הצדדים.

אבי סתיו 54678313
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

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