



בס"ד, וניסן תשפ"ב 07/04/22

תיק מס' 80108-3

פסק דין בערעור

לבין

בעניין שבין

הנתבעת - המערערת

התובעת - המשיבה

א. רקע

התובעת הינה מתכנתת מחשבים והנתבעת בעלת עסק להפקת פעילויות חברתיות. הנתבעת הזמינה מהתובעת אפליקציה לפעילות קהילתית שתתרחש בתאריך ***. מתוך התמורה שסוכמה, שילמה הנתבעת 7,000 ₪ פלוס מע"מ ויתרת החוב עמדה על סך 24,439 ש"ח, בתוספות מע"מ סך 28,594 ש"ח.

אין מחלוקת שבפועל היו תקלות בעת השימוש באפליקציה ביום המשחק, אולם, יש בין הצדדים מחלוקת לגבי הסיבות לתקלות. התובעת ביקשה לקבל את יתרת שכרה ואילו הנתבעת טענה שהיא פטורה מתשלום יתרת החוב וכן היא זכאית לקבל סך 70,591 ₪ עבור נזקים ומניעת רווח שהתובעת גרמה לה.

בית הדין קמא נעזר בשירותיו של מומחה, ונתן פסק דין בתאריך כ"ג בסיון תשפ"א שבו נפסק כך:

1. עבור פיתוח האפליקציה - הנתבעת לא צריכה לשלם לתובעת מעבר לסכום המקדמה שכבר שולם. האפליקציה נותרת בבעלות התובעת, ואין לנתבעת כל זכות באפליקציה.

2. עבור שעות העבודה הנוספות ועבור עלות השרתים - על הנתבעת לשלם לתובעת 4024 ש"ח כולל מע"מ. מסכום זה יש להפחית את ההשתתפות בעלות האגרה בסך 279.5 ש"ח, כך שהנתבעת חייבת לשלם לתובעת סך 3,744.5 ש"ח כולל מע"מ.

3. הצעת פשרה: בית הדין מאפשר לתובעת לקבל החלטה בתוך שבועיים, האם היא מעוניינת לקבל את ההצעה הבאה: הנתבעת תשלם עוד 4110 ש"ח כולל מע"מ, ולאחר תיקון האפליקציה הנתבעת תקבל את האפליקציה לרשותה, ללא בעלות על הקוד. ככל ולא יתקבל אישור מהתובעת עד לאחר שבועיים מהתאריך הנקוב על פסק הדין - הצעת הפשרה לא תהיה בתוקף, והחויב יהיה לפי האמור בסעיפים 1-2.

הערעור שלפנינו הוגש ע"י הנתבעת בתיק, ואילו התובעת היא המשיבה, אך הוגשו טענות משני הצדדים בבקשה לשנות את פסיקת בית דין קמא. אב"ד הרב ציון כהן, הח"מ, קיבל את ההחלטה בבר"ע להעביר את הדיון בטענות שני הצדדים להרכב של בית הדין לערעורים.

עמוד 1 מתוך 11

משרד ראשי: רח' ברוריה 2, ת.ד. 8178 ירושלים 91080 P.O.B 2 Brurya St. Main Office:

טל' 02-5371485 Tel 02-5379626 פקס 580120780 ע"ר מס' 580120780 beitdin@eretzhemdah.org www.eretzhemdah.org

Founders: The Bellows Family, Chicago, Illinois



להלן תמצית טענות הצדדים ודיון בכל אחת מהן.

ב. טענות התובעת

1. התובעת חולקת על חוות דעת מומחה בית דין קמא. לדעתה, היא השתמשה בטכנולוגיה מיטבית בכתיבת האפליקציה ולכן מסקנתה היא:
"לאור ההבהרה של חברת Cloudinary עולה כי לדברי המומחה כתיבת הקוד היתה מיטבית. אם כך לשאלתו של בית הדין האם היה פגם באופן כתיבת האפליקציה, התשובה החד משמעית היא – לא היה פגם. האפליקציה נכתבה בצורה מיטבית".
2. הסבר לתקלות: השימוש באפליקציה הצריך באופן קריטי תשתית אינטרנט חזקה. נתון זה עלה אף מחוות דעת מומחה בית דין קמא וכן מגורמים מקצועיים. התקלות היו במקומות שנעשה שימוש בתשתית אינטרנט שאינה מספיקה. גם במקומות שאנשים סבורים שיש להם 'אינטרנט טוב', אין זה אומר שהם יצליחו לשחק במשחק הספציפי שכן לצורך העלאת קבצים יש צורך בתשתית טובה יחסית.
3. האמור בסעיף 2 הוסבר מספר פעמים באופן מפורש לנתבעת.
4. נתונים: כ-1000 משתמשים הצליחו להעלות מעל 11,000 תוצרים, מתוך 1900 משתמשים.
5. בכל משחק דיגיטלי יש אחוזי נטישה ניכרים. בחוות דעת המומחה נקבע שנטישת משחק בחג עשויה לנבוע מסיבות אחרות, ואפילו קושי קטן בהפעלה, בין אם נגרם מחולשת רשת, ובין אם נגרם מניסוח ההוראות או בלבול אחר. לדעתו, משחקי רשת אינם מגיעים לרמת עניין של 90%. לאור כל האמור עד כה, היא טוענת שהיא זכאית לקבל את מלוא שכרה, כפי שהותנה בין הצדדים.

ג. דיון בטענות התובעת

כנגד טענות התובעת הביאה הנתבעת עדויות של רכזים ואנשים ממקומות שונים בארץ שתוארו בהן תקלות רבות בשימוש באפליקציה. עדויות אלו מפריכות את ההשערה בדבר נטישה מסיבות כאלו או אחרות, שכן, מדובר באנשים שרצו להשתמש באפליקציה ולא עלתה בידם. טענות אלו שיקפו הלכי רוח של משתמשים מכמה מקומות ולא רק של אנשים מסוימים, והן אף שללו את הטענה שהתקלות נבעו מתשתית אינטרנט חלשה. מדובר במגוון רחב של תגובות המלמדות על בעיות בתפקודה של האפליקציה. בית הדין קמא העדיף לקבל עדויות אלו על פני ההסברים שהציגה התובעת, ולכן קבע שהייתה תקלה באפליקציה.

לא מצאנו טעות מובהקת בהחלטה הזו של בית הדין, ועל כן אנחנו מקבלים את תמונת המצב העובדתית כפי שתוארה בפסק דינו של בית דין קמא (עמ' 7-8).

לגבי טענת התובעת שהבעיות נבעו מתשתית אינטרנט חלשה, גם אם המשתמשים סבורים שיש להם תשתית טובה, והיא הזהירה את הנתבעת מספר פעמים על כך, בית דין קמא חיווה דעתו (עמ' 9-11) שאזהרות אלו היו כלליות ולא מספקות.

עמוד 2 מתוך 11

משרד ראשי: רח' ברוריה 2, ת.ד. 8178 ירושלים 91080 P.O.B 8178 Jerusalem
Main Office: 2 Brurya St. P.O.B 8178 Jerusalem 91080

טל' 02-5371485 Tel 02-5379626 פקס 02-5379626 Fax 02-5379626
www.erezhemdah.org www.erezhemdah.org
beitdin@erezhemdah.org ע"ר מס' 580120780

Founders: The Bellows Family, Chicago, Illinois



אנו מקבלים את מסקנת בית דין קמא ומוסיפים על כך. השימוש באפליקציה לא צלח במקומות שונים בארץ ובכללם בערים גדולות, אצל משתמשים רבים. טענת התובעת שבכל המקומות הללו הבעיה היתה בתשתית האינטרנט, משמעה שיכולת השימוש באפליקציה היתה מוגבלת לתשתית אינטרנט באיכות שאינה מצויה לחלק ניכר מהמשתמשים. זאת, בזמן שסביר להניח שייעוד אפליקציה לציבור רחב משמעו הסתמכות על תשתית אינטרנט ממוצעת ומצויה. על כן, מוטל היה על התובעת להגדיר באופן מדויק יותר, מהי תשתית האינטרנט הנדרשת ולא להסתפק באזהרות כלליות.

אמנם מחוות הדעת של המומחה לא נראה שהיה כשל בכתיבת התוכנה, אך, מבחינת השתלשלות האירועים, לוח הזמנים הקצר ומהעובדה שעד בוקרו של יום המשחק היה צורך להמשיך ולשפר את האפליקציה, נראה שהיה חסר זמן כדי להשלים את השיפורים הנדרשים כדי להביא אותה למצב אופטימלי. כבר כתב המומחה על החשיבות בבדיקות עומס, וכן ביצוע פיילוטים מוצלחים. נושא זה לא נבדק על ידי המומחה, ויתכן שבכך הייתה נעוצה הבעיה.

בכך, מוסברת החלטתו של בית דין קמא לקבל את טענתה העקרונית של התובעת. וכן קביעתו שריבוי התקלות והשלכותיהן הכספיות והנפשיות, מהוות עילה ברורה לביטול העסקה. זאת למרות ההצלחות של אחוז ניכר מהמשתמשים.

אף בהחלטות אלו של בית הדין אין אנו מוצאים טעות, ועל כן אנחנו מקבלים את מסקנתם ההלכתית.

סיכום: טענות התובעת נדחות.

ד. הפרשה שנקבעה בפסק הדין קמא

1. רקע

בית דין קמא קבע במסגרת פשרה שיש זכות לתובעת לתקן את האפליקציה והנתבעת תשלם עבור שעות עבודה אלה.

2. טענות הנתבעת

1. אין לה עניין בשימוש באפליקציה לאחר זמן כה רב.
2. לאחר תיקון האפליקציה היא תאלץ להמשיך לעבוד מול התובעת, והיא אינה מעוניינת בכך.
3. החלטת בית הדין קמא לכפות פשרה זו, סותרת את מה שנכתב בסעיף ו בפסק הדין קמא, שאין זכות למתכנתת להשלים העבודה לאחר יום המשחק אף לא בדרך פשרה.

3. דיון

אנו סבורים כי נפלה טעות מובהקת בהחלטה זו של בית דין קמא. כדי שהנתבעת תוכל להשתמש באפליקציה בצורה סבירה, עליה לעמוד בקשר רציף עם התובעת. אולם, על רקע מערכת היחסים

עמוד 3 מתוך 11



המתוחה בין הצדדים, קשה לראות איך קשר כזה יתקיים בפועל. לאור החלטת בית דין קמא שהחזרה המקורי התבטל, בגלל התקלות בתוכנה, אין לכפות את הצדדים להיכנס לחוזה חדש, כשהיחסים ביניהם עלו על שרטון.

כמו כן, לא סביר לכפות את הנתבעת להשתמש באפליקציה שהיא אינה חפצה בה. בפרט לאור קביעת בית הדין קמא (עמ' 19):

וברור שהמזמינה לא הייתה מוכנה להיכנס להסכם לו הייתה יודעת שיהיו מומים ביום המשחק שיתוקנו ע"י המזמינה לאחר מכן.

מסקנה: יש לבטל פשרה זו.

ה. תשלום על שעות הפיתוח שנעשו לאחר יום המשחק על ידי התובעת

1. טענת הנתבעת

התובעת לא הוכיחה כי שעות אלו נעשו בפועל וכן לא הוכיחה את השיפורים שנעשו, שכן מייד לאחר ששלחה הנתבעת כתב תביעה ב-5/20/4, התובעת סגרה את השרתים ולא היה ניתן להשתמש בהם. וודאי שגם מצידה של הנתבעת לא היה צורך בהם.

2. דיון

בפסק הדין (עמ' 21) הובא ציטוט משיחת טלפון בין הצדדים ובו התחייבה הנתבעת לשלם עבור שעות אלו.

בנוגע לטענה שהתובעת לא הוכיחה כי שעות אלו נעשו בפועל. מאחר וכל ההסכם בין השתיים התבסס על תשלום שעות עבודה על פי הצהרתה של התובעת, אין מקום לטענה זו (ראו על כך עוד בפסק דין ארץ חמדה גזית 72060, סעיף 148).

בנוגע לטענתה שהתובעת סגרה את השרתים בעקבות הגשת התביעה מצד הנתבעת ולא איפשרה שימוש בהם: נראה שמדובר בצעד לגיטימי מנקודת ראותה של התובעת שמנעה הנאה מעבודתה אחר שהתברר לה שהנתבעת אינה מתכוונת לשלם על כך ואף לתבוע ממנה תשלומים נוספים.

כמו כן, אין לקבל את טענת הנתבעת שאין לה צורך בעבודה זו בשלב זה, שכן, יש חובה לשלם על עבודה שהוזמנה גם אם למזמין לבסוף אין צורך בה.

מסקנה: טענה זו נדחית, על הנתבעת המזמינה לקיים סעיף זה בפסק הדין.

ו. פיצוי על עוגמת נפש

1. רקע

בית דין קמא דחה את תביעת הנתבעת לפיצוי בגין עוגמת נפש, בגלל שהתובעת לא התכוונה לפגוע בה; ומשום ששמה של הנתבעת השתקם והולך לפנייה.

עמוד 4 מתוך 11



2. טענות הנתבעת

1. מפסקי דין אחרים של ארץ חמדה (78030, 74004) עולה שמחייבים על עוגמת נפש גם אם אין כוונה לפגוע.

2. שמה הטוב הולך לפנייה בגלל עבודה יוצאת דופן שהיא ביצעה כדי לשקם את שמה. לשם כך היא נאלצה להוציא כספים רבים כדי לפצות לקוחות, פרסום מחדש, מיתוג ועוד. כל זה קרה לאחר חודשים רבים של סבל מול לקוחות ומול עצמה, ואף נגרמו לה הפסדים מאובדן לקוחות בגלל הכישלון של האפליקציה ביום המשחק. לכן, אין לטעון שהיא לא ניזוקה ומגיע לה פיצוי כספי על כך.

הנתבעת בקשה פיצוי בסך 18,000 ₪ בגין סעיף זה.

3. דיון

הראיות שהנתבעת הביאה מפסקי דין, אינן רלוונטיות. בפס"ד 78030 אכן יש חיוב על עוגמת נפש, אך הוא נובע מכוחו של הסכם מכללא שבין המתארחים לבית הארחה אשר יש לו ביטוח לנזקים ובכלל זה על עוגמת נפש. לא ניתן להשליך ממקרה זה למקרה של התקשרות שבין שני אנשים פרטיים. בפס"ד 74004 אין מדובר בפיצוי על עוגמת נפש, אלא בפיצוי על הפחת בערך המוצר שנקנה (ספוט).

בכל מקרה, פיצוי על עגמת נפש נתון לשיקול דעת רחב של בית הדין, וקשה לומר שהחלטתו של בית דין קמא שלא לחייב הנה בגדר טעות הנראית לעין.

לגבי טענת הנתבעת בנוגע לשיקום שמה הטוב – יש לקבל טענה זו. אכן, שיקום שמה הטוב אינו מפצה בהכרח על העובדה שנגרמה לה עוגמת נפש גדולה בשעתו. נראה כי עיקר הנמקתו של בית הדין קמא לדחיית תביעה זו היא מהסיבה הראשונה, שמאחר ולא הייתה כוונה לגרום עוגמת נפש – אין לחייבה.

בהקשר לכך, נתייחס לנקודה עקרונית שהועלתה על ידי הנתבעת בסוף טענותיה. הנתבעת ביקשה לבדוק האם מעשייה של התובעת נבעו מחוסר מקצועיות או בשוגג. לטענתה, בית הדין קמא סתר את עצמו בכך שהוא קבע ש'המתכנתת עשתה כמיטב יכולתה לספק מוצר ראוי', שכן ממקומות אחרים בפסק הדין עולה שהמתכנתת לא עשתה עבודה מיטבית.

נראה שאין סתירה בין קביעות אלו, וזאת לאור חוות דעת המומחה, אשר נשאל על ידי בית הדין קמא:

האם אפליקציית WEB הייתה מותאמת לסוג פעילות זה, בה מאות אנשים משחקים בו זמנית און-ליין, ומעלים תמונות וסרטונים?

תשובתו:

עמוד 5 מתוך 11

משרד ראשי: רח' ברוריה 2, ת.ד. 8178 ירושלים 91080 P.O.B 8178 Jerusalem 91080 Main Office:

טל' 02-5371485 Tel 02-5379626 פקס 02-5379626 Fax 580120780 ע"ר מס' 580120780 beitdin@eretzhemdah.org www.eretzhemdah.org

Founders: The Bellows Family, Chicago, Illinois



ניתן להעריך שכן. אפליקציות בינלאומיות רבות משתמשות הן מבוססות דפדפן (קרי, אפליקציות WEB. בתחום המשחקים התחרותיים בזמן אמת ניתן לראות את Kahoot! ואת Quizziz והן מתאימות לריבוי משתמשים).

העלאת קבצים באמצעות דפדפן היא פעילות שגרתית אך דורשת התייחסות מיוחדת. עם זאת בתצורת המערכת כפי שהוצגה במידע הנוסף שכתבה התובעת **נראה שנתנו את הדעת לשאלת העלאת התמונות וריבוי המשתמשים**. (ההדגשה אינה במקור).

בהמשך הוא כתב:

הבחירות הטכנולוגיות של התובעת בכל הנוגע לניהול המידע ואחסון הקבצים מעידות על נסיון התמודדות מקובל בתעשייה לשאלת העומס ומהירות התגובה עבור האפליקציה, וניתן לומר בודאות גבוהה שהשירותים הטכנולוגיים שבהם השתמשה התובעת מתאימים לאלפי משתמשים ביום ונבדקים באופן שוטף. עד כמה שידי משגת, לא מצאתי אף תקלה מדווחת בשירותים אלה בתקופה הרלוונטית לענייננו.

ברם, המומחה גם קובע שאם התובעת הייתה משתמשת בטכנולוגיה מיטבית יתכן והתוצאות היו טובות יותר.

אך, לא ניתן להאשים את התובעת בחוסר יכולת לכתוב אפליקציה התואמת לדרישת המזמינה. סביר להניח שהכשל נבע מלוח זמנים צפוף שלא איפשר לה להביא את האפליקציה לשימוש מיטבי. על כך יש להטיל עליה את האחריות לכך שהמזמינה לא קיבלה את המוצר אותו הזמינה, שכן במבחן התוצאה היה כשלון, כפי שנכתב לעיל. לכן אין סתירה בין הקביעה שהמתכנתת עשתה כמיטב יכולתה לספק מוצר ראוי, לכך שהיא אחראית לתוצאה שלא נמסר מוצר כפי שהיה מצופה ממנה.

ההלכה מחייבת פיצוי כספי על נזק ממוני גם אם נגרם בשוגג או באונס, אך אינה מטילה חיוב תשלום על נזק נפשי באופן שהנזק נגרם לא מתוך כוונה להזיק, אלא רק חובה לפייס.

ברם, בבתי הדין של רשת ארץ חמדה יש מספר תקדימים של חיובים בגין עוגמת נפש (סיכס נושא זה הרב עמנואל נהון במאמר שיפורסם בתחומין כרך מב).

לאור העובדה שעניין זה מסור לשיקולו של בית הדין, ערכאת הערעור אינה יכולה להצביע על טעות בהחלטתו של בית הדין ולכן לא תשנה אותה.

מסקנה: הערעור בנוגע לנקודה זו נדחה. אך תבוא לכך התייחסות נוספת בהמשך בהערכת שוויה של האפליקציה.

ז. פיצוי בגין מניעת רווח

בית דין קמא דחה את בקשת הנתבעת לפיצוי בגין מניעת רווחה.

עמוד 6 מתוך 11

משרד ראשי: רח' ברוריה 2, ת.ד. 8178 ירושלים P.O.B 8178 Jerusalem 91080 Main Office:

טל' 02-5371485 Tel 02-5379626 פקס 02-5379626 Fax 580120780 ע"ר מס' 580120780 bitdin@eretzhemdah.org www.eretzhemdah.org

Founders: The Bellows Family, Chicago, Illinois



1. טענות הנתבעת

1. בפסק הדין הובאו שבעה פוסקים הסוברים שיש לחייב על מניעת רווח גם אם לא סוכם על כך במפורש בחוזה. ולעומתם ארבעה פוסקים הסוברים שאין לחייב על מניעת רווח אם לא סוכם על כך במפורש בחוזה. מדוע לא לחייב על פי דעת הרוב, ובפרט על פי דעת המשאת בנימין שבמקום שיש רווח וודאי, יש לחייב.
2. כאמור, הנימוק שכתב בית דין קמא שיהמתכנתת עשתה כמיטב יכולתה לספק מוצר ראוי, סותר קביעות אחרות בפסק הדין מהן עולה שהמתכנתת לא עשתה עבודה מיטבית. לאור זאת, היא מבקשת לבדוק האם מעשיה של התובעת נעשו בשוגג או עקב חוסר מקצועיות. לטענתה, על סמך עדויות שהיא קיבלה מבעלי עסק אחרים, האפשרות האחרונה היא הנכונה ולכן לא ניתן לקבוע שמדובר בטעות בשוגג.
3. בית דין קמא קבע שאין לחייב על מניעת רווח מאחר והתשלום לתובעת הינו נמוך – על כך טוענת הנתבעת שאין לקשור בין שווי האפליקציה לרווח שנמנע ממנה.
על סעיף זה הנתבעת ביקשה פיצוי בסך 19,460 ₪ עבור הרווח שנמנע ממנה.

2. דיון

בית דין קמא הציג צדדים שונים בשאלה זו – האם יש לחייב את התובעת בגין אבדן הרווחים מהחוזים שחתמו הלקוחות עם הנתבעת, ובוטלו בגלל התקלות בפעילות האפליקציה. מחד, מדובר בנזק עקיף (גרמא) ולא בנזק ישיר. כמו כן, מדובר במניעת רווח ולא בהפסד ממון שהיה בידה של הנתבעת. מאידך, הדברים נוטים לכך שלא מדובר רק במניעת רווח אפשרית, כי אם במניעת רווח ברור הקרוב להפסד גמור, מאחר והיו לנתבעת הסכמים חתומים עם לקוחות שלבסוף לא שולמו.

אמנם, היה מקום לומר שבנדוננו לא מדובר בהכרח במניעת רווח ברור, היות שבשעה שנמנע רווח מהמזמינה עדיין האפליקציה לא נכתבה ויתכן שהיא לא הייתה נכתבת. וכן יתכן שהמזמינה לא היתה מוצאת מתכנתת שהיה מוכן להכין את האפליקציה בזמן כה קצר. זאת לעומת המבטל כיסו של חבירו באופן שוודאי יש הפסד, הכיס קיים בעולם. אך יש לדחות טיעון זה מדברי ר' יצחק בירושלמי (ב"מ פ"ה) הסובר שמהמבטל שדה חבירו חייב לשפותו. מדבריו עולה, שמחייבים על רווח פוטנציאלי אף שגורם הרווח-התבואה אינו בעולם. בהסבר דברי ר' יצחק כתבו הפני משה (שם) וקדמו הראב"ה (תשובות וביאורי סוגיות סימן תתקנז) שסיבת החיוב היא שמדובר בבירוי הזקא. זאת משום ש'הרווח מצוי' ו'שדפון אינו שכיח'. נראה להשליך מכך לנדוננו, משום שהתובעת הבהירה לנתבעת שאין קושי לכתוב את האפליקציה עד הזמן הנדרש. ולכן יש להסיק שמדובר בסיטואציה ש'הרווח מצוי'.

ואכן, יש פוסקים שהכריעו לחייב במצב שהרווח ברור. אלא שיש פוסקים שפטרו על נזק כזה אפילו כאשר הרווח ברור (קצות החושן, אמרי בינה ועוד). יצויין, במענה לשאלת הנתבעת, שיש פוסקים

עמוד 7 מתוך 11



נוספים הפוטרים במקרה כזה, מלבד ארבעת הפוסקים שהוזכרו על ידי בית דין קמא (כגון ש"ך חו"מ סי' ס"ק י; מהר"ם פדוואה, סימן סב; שו"ת בית מאיר, סימן י).

אמנם, בית דין זה סבור כי באופן עקרוני יש לחייב על מניעת רווח על בסיס סעיף 6 להסכם הבוררות של בית הדין בו נקבע כך:

הצדדים מתחייבים לשלם בגין נזקי גרמא והפסדים של מניעת רווח בהתאם לנסיבות, כפי שייקבע על ידי בית הדין ולפי שיקול דעתו.

וזאת, על פי העקרונות שנקבעו במאמרו של חבר בית דין זה הרב חיים בלוך (נייר עמדה 13: חיוב על מניעת רווח, אתר דין תורה. ראו גם בפסקי הדין הבאים: 2-74093, 2-75104, 1-75076, 76045-1, 80008, 80067). בכלל זה, יש לחייב על מניעת רווח ברור.

לכך יש להוסיף את פסיקת הרמ"א (חו"מ סי' שכח, א) שבמקום שרגילים לכתוב שהקבלן יפצה את הלקוח על מניעת רווח, גם אם לא כתבו, יש אחריות מכללא לפצות על מניעת רווח (ראו שם בסמ"ע ס"ק ב).

למרות זאת איננו סבורים כי עלינו להתערב בהכרעת בית הדין בעניין זה מהנימוקים הבאים. ביטול החלטה אמור להיעשות במקרה של טעות הנראית לעין בפסיקת ההלכה. אולם, אף שעמדתנו שונה מזו של בית הדין קמא לא ניתן להגדיר את הכרעת בית הדין קמא כטעות.

אמנם, הסכם הבוררות מאפשר לחייב על מניעת רווח אולם הוא לא כולל הנחיות מחייבות מתי לחייב, ולכן הכרעת בית הדין היא בתוך מתחם הסבירות ההלכתי.

בנוסף, לגבי החיוב על בסיס הסכם מכללא ראוי להזכיר את דברי הרמב"ם (הלכות מכירה יט, ו):

והוא הדין לכל תנאי ממון שאומדין דעת המתנה ואין כוללין באותו התנאי אלא דברים הידועין שבכללן היה התנאי והם שהיו בדעת המתנה בעת שהתנה.

מדבריו עולה שבכל תנאי ממוני, בדברים שלא נזכרו באופן מפורש בתנאי, יש לאמוד את דעת המתנה, האם דברים אלו היו בכלל דעתו. רק דברים שברור שדעת המתנה הייתה עליהם בעת שהתנה, יכללו בתנאי. לאור זאת, מאחר ואין סיכום מקדים בין הצדדים לגבי אחריותה של התובעת במקרה של תקלות ולא ברור שהיה כן בדעת הצדדים שהתובעת תשלם פיצוי מכיסה במקרה של תקלות, לא נוכל לקבוע שיש כאן אחריות מכללא.

לסיים עניין זה נוסיף עוד, מלשונו של בית דין קמא ניתן לדייק שבמסגרת השיקולים שהובילו להכרעה, הובאו גם שיקולי פשרה ולפנים משורת הדין וכדו'.

מסקנה: ערכאת הערעור לא תשנה את החלטת בית הדין קמא לפטור את התובעת מפיצוי על מניעת רווח.



ח. אזהרת הציבור מפני התובעת

1. טענות הנתבעת

הנתבעת טענה כי בית דין קמא לא התייחס לבקשתה לפרסם את שמה של התובעת, על מנת להזהיר בעלי עסקים נוספים מעבודה עימה. היא מבקשת מערכאת הערעור התייחסות לכך.

2. דיון

לאור האמור לעיל, לאחר הקביעות שקבע המומחה נראה שאין ספק שביכולתה של התובעת לכתוב אפליקציות, הבעיות בהתנהלות במקרה שלפנינו נבע גם מלוח הזמנים הצפוף, על כן אין להסיק ממקרה זה למקרים אחרים.

לפיכך, אין סיבה להורות או להתיר לפרסם את שמה. במידה ויפנו אל הנתבעת באופן פרטי, היא רשאית לספר את מה שקרה במקרה שלה בלבד, תוך ציון העובדה שהאפליקציה עברה בקורת של מומחה מטעם בית הדין.

ט. הערכת שוויה של האפליקציה

מומחה בית הדין כתב כי לדעתו השימוש באפליקציה כפי שהיא, היה שווה 'אלפים בודדים'. על בסיס זה בית הדין קמא החליט שלא לחייב את התובעת להשיב את המקדמה שקיבלה עבור עבודתה. לדעת רוב הדיינים החלטה זו איננה סבירה.

1. דעת הרוב

בית הדין קמא העריך את שוויה של האפליקציה על סמך חוות דעתו של המומחה שהעריך את שוויו של שימוש חד פעמי באפליקציה שצריכה תיקון ב'אלפים בודדים'. אולם, נראה שיש לשקלל בהערכה זו גם את הנסיבות המיוחדות שבמקרה שלפנינו. וודאי שיש הפרש בין תשלום על שימוש חד פעמי שאינו כרוך בגרימת נזק ועוגמת נפש לבין תשלום על שימוש שיש בו נזק ועוגמת נפש. לאור זאת, יש להעריך את שוויה באופן מופחת ממה שהעריך המומחה.

מאידך, יש לשקלל את הנתון ששימוש זה הניב לנתבעת רווח של כ-37,000 ₪ שיתכן שהיו אנשים המוכנים לקבל אפליקציה שאינה תקינה למרות העגמת הנפש בשביל להשיג רווח זה בסוף היום, מה שמעלה את שוויה של האפליקציה.

לאור העובדה שנגרם לנתבעת נזק של מניעת רווח וכן עוגמת נפש גדולה, הנטייה היא להפחית בתשלום. בית הדין קובע שהסכום לתשלום לתובעת עבור האפליקציה יהיה 5,000 ₪.

בעניין זה יש לציין כי בניגוד לדעת המיעוט, בפרק העוסק בקביעת שווי האפליקציה בפסק הדין (עמ' 20) לא הוזכר שבית הדין קמא קבע את מחיר האפליקציה גם על סמך העובדה שנגרמו נזקים רבים לנתבעת, זאת למרות שהוא קיבל את טענתה העיקרית של הנתבעת וקבע (שם, עמ' 19):

עמוד 9 מתוך 11



בנידון דידן, ברור שהמומים באפליקציה בה' אייר גרמו למזמינה נזקים עקיפים רבים, וברור שהמזמינה לא היתה מוכנה להכנס להסכם לו היתה יודעת שיהיו מומים ביום המשחק שיתוקנו ע"י המזמינה לאחר מכן. ולכן ההסכם ביניהן בטל.

טענה זו, שהיא הטענה העיקרית בערעור שלפנינו, צריכה הייתה למצוא את ביטויה באופן ברור בהכרעת בית דין קמא. משלא נעשה כן, יש לתקן את הכרעתו.

למעשה, לדעת הרוב, יש להפחית את שווי האפליקציה ב- 2000 ₪ כולל מע"מ.

2. דעת המיעוט

בקביעת מחיר האפליקציה באופן שנעשה ע"י ב"ד קמא אין טעות בדבר משנה. ביה"ד קמא הפעיל את שיקול דעתו לאחר שהביא בחשבון את הספקות העובדתיות וההלכתיים, והגיע למסקנות שהן סוג של פשרה הדבר נכון ביחס לסעיפים רבים בפסק הדין, וביניהם גם קביעת המחיר שאותו צריכה הנתבעת לשלם לתובעת עבור השימוש באפליקציה ליום אחד. עצם ההחלטה לסטות ממנגון התשלום שקבעו הצדדים בינם לבין עצמם, שהוא תשלום לפי שעות, והחלפתו במנגון תשלום אחר, הביא בחשבון את שאירע בפועל. הרי לא יכולה להיות מחלוקת שהערכת השווי לאפליקציה ליום אחד ע"י מומחה בית הדין נעשתה עבור אפליקציה שהיא "מוצר מדף", ולא לפיתוח אפליקציה ייעודית לנתבעת. זו דרשה השקעה מרובה מצד התובעת. בית הדין קמא החליט לחייב תשלום כפי שהחליט מתוך שקלול מכלול השיקולים, בכלל זה הנזקים שנגרמו לנתבעת, ולא רק שבפועל האפליקציה שימשה את הנתבעת ליום אחד בלבד.

לכן לדעת המיעוט אין מקום להתערבות של ערכאת הערעור בנקודה זו.

לסיכום, על פי דעת הרוב, יש להפחית מחיוב הנתבעת 2000 ₪ כולל מע"מ.

י. הוצאות משפט

בית הדין קמא, חייב את התובעת בסך 279.5 ₪ כהשתתפות בדמי האגרה.

הנתבעת, המערערת, שילמה עבור אגרת הערעור 2000 ₪. במקרה זה, יש לחלק את האגרה בין הצדדים, שכן כפי שהבאנו, הערעור התקבל בחלקו. לכן על התובעת, המשיבה, לשלם 1000 ₪ עבור חלקה באגרת הערעור.

סה"כ – על התובעת לשלם 1279.5 ₪ הוצאות על הדיון בשתי הערכאות.

יא. החלטות

1. הנתבעת חייבת לשלם לתובעת סך 4024 ₪ כולל מע"מ עבור העבודה שביצעה התובעת לאחר יום המשחק.

2. על התובעת לשלם לנתבעת 1279.5 ₪ עבור הוצאות משפט.



3. התובעת חייבת להחזיר לנתבעת 2000 ₪ כולל מע"מ מתוך המקדמה שקיבלה.
4. לאחר קיזוז הסכומים, על הנתבעת לשלם לתובעת סך : 744.5 ₪.
5. התשלום יבוצע עד לתאריך י"א אייר תשפ"ב, 12.05.22.
6. פסק דין זה מחליף את פסק הדין שניתן בתאריך יא תמוז תשפ"א 21/06/21 שאינו תקף עוד.

פסק דין זה ניתן בתאריך ו' ניסן תשפ"ב 7 באפריל 2022

בזאת באנו על החתום

הרב אהרן פלדמן אב"ד

הרב חיים בלוך אב"ד

הרב ציון כהן אב"ד