בית המשפט המחוזי בחיפה

06 אפריל 2020

ע"א 33813-11-19 גרשוני ואח' נ' פנונו ואח'

לפני הרכב כבוד השופטים:
רון שפירא, נשיא [אב"ד]
בטינה טאובר
נאסר ג'השאן

המערער והמשיב שכנגד **אהרון גרשוני, ת"ז 054600499**

נגד

המשיב והמערער שכנגד **יצחק פנונו, ת"ז 000665687**

פסק דין

1. ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט השלום בחיפה (כב' השופטת הבכירה כ' ג'דעון) מיום 25.9.2019 שניתן בת.א. 38718-12-13. בית משפט קמא נדרש לתביעת פינוי ולתשלום סך 648,000 ₪ שהגיש המערער והמשיב בערעור שכנגד (להלן: "**גרשוני**") כנגד המשיב והמערער בערעור שכנגד (להלן: "**פנונו**"), קיבל התביעה לסילוק יד ודחה התביעה הכספית בגין דמי שכירות שגבה פנונו מן הנתבע מס' 2 מר דוד אוצ'ירטיאנסקי (להלן: "**דוד**"), ששכר את הנכס מושא התביעה.

הסכסוך וההליכים בבית משפט קמא:

2. הסכסוך בין הצדדים נוגע לנכס המשמש חנות המהווה חלק מבניין המצוי בחלקה 17 בגוש 10863 ברחוב החלוץ 61 פינת יחיאל 8 בחיפה ששטחה הוא 27.30 מ"ר (להלן: "**החנות**").

3. בין פנונו ואחיו שלמה פנונו מצד אחד לבין חברת בית יוסף ואמה בע"מ (הבעלים הקודמים בבניין שהחנות מהווה חלק ממנו (להלן: "**הבעלים הקודמים**")) נכרת הסכם שכירות עליו חל חוק הגנת הדייר, התשל"ב- 1972 (להלן: "**החוק**"), וזאת ביום 14.10.1977 (הסכם השכירות צורף לכתב התביעה בבית משפט קמא- להלן: "**הסכם השכירות**"). בהסכם השכירות הוסכם בין הבעלים הקודמים באמצעות מנהלה מר עובדיה סבירסקי (להלן: "**סבירסקי**") לבין השוכרים, כי מטרת השכירות היא ל-"**ניהול חנות לממכר ירקות ופירות בלבד**". הוסכם כי השוכרים מתחייבים ש"**לא למסור או להעביר או להשכיר את המושכר**" לצד שלישי, ו- "**לא לשתף מי שהוא בחזקת המושכר או בשימוש בו**" (סעיף 5 להסכם השכירות). כן הוסכם בין הצדדים, כי אם השוכר יפר או לא יקיים הוראה מהוראות ההסכם, יוכל המשכיר לבטל את ההסכם ו-"**יחשב החוזה הזה כבטל ומבוטל**" (הסעיף שלפני האחרון) ו-"**עם ביטול השכירות על השוכר יהיה לפנות את המושכר**"(הסעיף האחרון להסכם השכירות). בסעיף 2 להסכם השכירות, נקבע כי כל שינוי להוראות ההסכם יעשה בכתב. יצויין כי הסכם השכירות המקורי התייחס לחנות (ביתן) בשטח 9.6 מ"ר, וכי שטח החנות הלך וגדל עם השנים.

4. אין מחלוקת, כי בין הבעלים הקודמים לבין האחים פנונו התנהלו מספר הליכים בבתי המשפט שמקורם בטענות הבעלים הקודמים להפרות הסכם השכירות מצד האחים פנונו.

5. בשנת 1995, במסגרת ת.א 73732/95 (בית המשפט השלום ת"א-יפו) הגישה הבעלים הקודמים תביעה לסילוק ידם של שלמה ויצחק פנונו וכנגד הגב' אליזרוב אבלינה (להלן: "**אליזרוב**") מן החנות. בכתב התביעה טענה הבעלים הקודמים, כי האחים פנונו השכירו את החנות לגב' אליזרוב שמנהלת במקום מעדניה ומוכרת משקאות וחטיפים (ראו כתב התביעה נספח ו' לתצהיר עדות ראשית מטעם גרשוני בבית משפט קמא).

6. ביום 16.5.2019 הגיעו הצדדים להסכם פשרה שקיבל תוקף של פסק דין (נספח ד' לתצהיר עדות ראשית שהגיש גרשוני בבית משפט קמא (להלן: "**הסכם הפשרה**")) שאלה הוראותיו:

- שלמה פנונו עזב את המושכר ויצחק פנונו הוא השוכר היחיד, ומשכך תימחק התביעה כנד שלמה פנונו.

- פנונו מצהיר, כי אליזרוב היא "**עובדת מטעמו המנהלת עבורו את המושכר**" ולאור הצהרה זו תימחק התביעה כנגד אליזרוב.

- פנונו ישלם לבעלים הקודמים סך בש"ח השווה ל- 10,000 דולר ארה"ב, וזאת בתמורה להסכמת הבעלים הקודמים לשינוי ייעוד המושכר מחנות למכר ירקות ופירות לחנות למכר דברי מזון ובנוסף סך 60,000 ₪ - יתרת חוב בגין דמי שכירות קודמים.

7. ביום 1.5.2012 חתמו הבעלים הקודמים וגרשוני על הסכם שצורף כחלק מנספח א' לתצהיר גרשוני בבית משפט קמא, לפיו רכש גרשוני את המבנה לרבות מספר חנויות כאשר החנות מושא המחלוקת נמנית עליהן (להלן: "**הסכם הרכישה**"). נעמוד על חלק מהוראות ההסכם:

- בסעיף 3.2 פורטו החנויות והדירות הכלולות בבניין. הבניין כלל חנות בשטח החנות המוחזקת על ידי פנונו בשטח 27.30 מ"ר, כאשר צויין כי פנונו הוא "דייר מוגן" בחנות.

- הוסכם כי ביום 30.8.2012 (שהוגדר כ"יום הקובע") תימסר החזקה לגרשוני, וכי החל מיום מסירת החזקה יסב המוכר לגרשוני את כל הסכמי השכירות בין הבעלים הקודמים לבין השוכרים (סעיף 5.11 להסכם).

8. ביום 19.12.2013 הגיש גרשוני לבית משפט קמא כתב התביעה כנגד פנונו וכנגד דוד, בגדרו עתר גרשוני לשני סעדים: הראשון הוא להורות על סילוק ידם של הנתבעים מן החנות והאחר הוא לחייב את פנונו לשלם לגרשוני סך 648,000 ₪ בגין דמי שכירות שגבה פנונו מדוד, אגב הפרת הוראות הסכם השכירות שאסר על השכרת החנות לצד שלישי.

9. בכתב התביעה ובתצהיר עדות ראשית מטעמו, טען גרשוני כי לאחר קבלת החזקה במבנה הבחין כי פנונו השכיר את הנכס לאחר. עוד טען כי לאחר בירור עלה, כי החל משנת 2005 משכיר פנונו את החנות לדוד, אשר מנהל בה מעדניה בשם "מעדני אולג", ללא ידיעת והסכמת הבעלים הקודמים וללא הסכמת גרשוני. נטען כי פנונו קיבל דמי שכירות בסך 5,000 ₪ עד לחודש 2/2013 ומאז שולמו דמי שכירות בסך 3,800 ₪ (יצוין כי בתצהיר עדות ראשית טען גרשוני לסכומים אחרים – 5,800 ₪ ו- 4,500 ₪ בהתאמה). משכך תבע גרשוני לפנות את פנונו ואת דוד מן החנות ודרש, ולחייב פנונו לשלם לגרשוני דמי השכירות שגבה אגב הפרת הסכם השכירות מאז 2005 ועד ליום הגשת התביעה: 96 חודשים לפי 5,000 ₪ ו- 10 חודשים לפי 3,800 ובסה"כ, סך 648,000 ₪. יצויין כי את הסכומים שתבע גרשוני בגין התקופה שקדמה ליום מסירת החזקה, הוא תבע, כך לשיטתו, בהתאם להמחאת זכות, לפיה קיבל את מלוא זכויות הבעלים הקודמים כלפי בעלי החנויות.

10. בכתב ההגנה ובתצהיר עדות ראשית מטעמו, כפר פנונו כי גרשוני רכש זכויות במבנה טען כי מעולם לא פעל בניגוד להסכם השכירות והסכם הפשרה, מעולם לא השכיר את החנות או העביר חזקה בה לצד שלישי. בכתב ההגנה טען פנונו, כי אכן דוד עבד בחנות אולם הוא לא עבד כשוכר, פנונו הוא ששילם את הארנונה והמים, וכך או כך, פעילות דוד נעשתה בהסכמת הבעלים הקודמים ומשכך, העברת הזכויות לגרשוני היא בכפוף להסכמות בין הבעלים הקודמים לבין פנונו. נטען עוד כי מר סבירסקי נציג הבעלים הקודמים ביקר בשוק וידע כי הגב' אליזרוב ניהלה את החנות תחת תעודת עוסק מורשה שלה, הוא ידע כי דוד רכש את הציוד של המעדניה מאליזרוב והוא אף ידע כי דוד ממשיך לנהל את החנות באותו אופן שבו ניהלה הגב' אליזרוב את החנות. פנונו הוסיף וטען כי במקרה וימצא בית המשפט קיומה של עילת פינוי, מבקש הוא להושיט לו "סעד מן הצדק" כנגד הפינוי.

11. הוגש תצהיר עדות ראשית מטעם דוד, שבו הוא הצהיר, כי הוא ניהל בחנות מעדניה לממכר מוצרי מזון, כי הוא מכר בחנות בין היתר "**מוצרים שייכים לפנונו**" וכי הוא העביר סכומים בגין ההוצאות השוטפות לרבות ארנונה, מים וחשמל. עוד טען דוד, כי ניהל החנות בידיעת מר סבירסקי שביקר בשוק ובחנות ומעולם לא טען כל טענה כנגד ניהול החנות ע"י דוד.

12. להשלמת התמונה אציין כי לאחר הגשת התביעה, פינה דוד את החנות, ובמקום פעלה חנות לממכר ביצים לתקופה קצרה. לאחר מכן החנות לא הופעלה עד הפעלתה מחדש כחנות לממכר ירקות ופירות. על זהות מפעיל חנות הירקות והפירות, בתקופה שלאחר הגשת התביעה, ניטשת מחלוקת בין הצדדים.

<u>פסק דינו של בית משפט קמא</u>

13. כאמור, בפסק דינו, קיבל בית משפט קמא התביעה לפינוי פנונו ודחה את התביעה לפסוק לגרשוני סכומי כסף בגין השכרת החנות ע"י פנונו לדוד למן שנת 2005.

14. אעמוד להלן על הכרעות בית משפט קמא.

15. לאחר שסקר את הוראות סעיפי החוק הרלוטיים (131 ו- 132 לחוק) ואת הוראות הסכם השכירות, דחה בית משפט קמא את טענת פנונו להתיישנות התביעה וקבע כי מדובר ב-"עילה מתחדשת". נקבע שהוכח כי גרשוני רכש את הנכס, כי הוא קיבל חזקה במבנה ונכנס בנעלי הבעלים הקודמים החל מיום 30.8.2012.

16. בית משפט קמא דחה טענת פנונו כי חתימת גרשוני על ההסכם אשר כולל הטבלה המפורטת בסעיף 3 להסכם, ממנה עולה כי פנונו הוא "דייר מוגן", משתיקה את גרשוני מלהגיש תביעה לפינוי פנונו בעקבות הפרת ההסכם, וקבע כי גרשוני לא ידע על מצב הפעילות הבלתי חוקית שעושה פנונו בנכס בטרם רכש המבנה.

17. באשר לאופי השימוש בחנות בין השנים 2004 ועד 2014, עמד בית משפט קמא על הטענה שהעלו דוד ופנונו במהלך חקירתם הנגדית ואשר לא הועלתה קודם לכן בכתבי הטענות או בתצהירי עדות ראשית, ולפיה ניהל דוד את החנות, מכר בה מוצרי מזון ובנוסף מכר "תבניות ביצים" שסיפק פנונו, ודוד העביר לפנונו את כל התמורה שהתקבלה ממכירת תבניות הביצים מבלי לגזור רווח ו"**זו התמורה שבה הפעיל את העסק**" (כדברי דוד בעמוד 14 שורות 11-12 ו- 30 ו- 31 לפרוטוקול). כן עמד בית משפט קמא על הטענה, כי הבעלים הקודמים ידע על הפעלת החנות בשיטה זו .

18. בית משפט קמא קבע, כי הפעלת החנות על ידי דוד, אינה מתיישבת עם הוראות הסכם השכירות ועם הוראות הסכם הפשרה שקיבל תוקף של פסק דין. בית משפט קמא קבע, כי דוד, אינו עובד של התובע ואינו עובד "מטעמו", כי הוא ניהל עסק כעצמאי, ועל כן אף לשון הסכם הפשרה אינה יכולה להושיע את פנונו. בית משפט קמא קבע כממצא עובדתי כי "**החנות שימשה להפעלת עסק של מר אוצ'ריאנסקי (או בנו) למכירת מוצרי מזון למיניהם והמסחר בה בוצע תחת שם עוסק מורשה "מעדניה אולג".. לנתבע לא היתה מעורבות או שליטה של ניהול העסק**" (סעיף 28 לפסק הדין). בית משפט קמא הוסיף כי "**הוכח כי אוצ'ריאנסקי מכר בחנות בין היתר תבניות ביצים שסופקו לו על ידי הנתבע מדי פעם אולם מדובר בפעילות שולית הנלוית לעיסוק העיקרי שלו..**" **(שם)**. בית משפט קמא הוסיף, כי דוד הוא שניהל את העסק בעצמו ללא מעורבות של פנונו ודוד לא היה עובד של פנונו, עובד מטעמו או מי שעבד עבורו בחנות (סעיף 29 לפסק הדין). בית משפט קמא הוסיף עוד מסקנה עובדתית והיא **ש"הוכח מכירת הביצים בחנות והעברת התמורה שנתקבלה מהם (עלות ורווח) לידי הנתבע נועדה לשמש "חלף דמי שימוש" בעבור השימוש שנעשה על ידי מר אוצ'ריאנסקי בחנות**" (שם).

19. בית משפט קמא דחה את טענת פנונו שהבעלים הקודמים הסכים להפעלת החנות על ידי דוד משני טעמים; ראשית, מדובר בשינוי להסכם שלא נערך בכתב ושנית מאחר ולביסוס טענת הסכמת הבעלים הקודמים לא הובאו ראיות ובין היתר לא הובאו לעדות סבירסקי (שנפטר במהלך ההתדיינות) או מי מטעמו (סעיף 28 לפסק הדין).

20. לאור מסקנה זו, מצא בית משפט קמא כי פנונו הפר את הסכם השכירות ואת הסכם הפשרה, ומשכך, מתקיימת עילת פינוי לפי סעיף 131 (2) לחוק. בית משפט קמא הוסיף כי עילת פינוי נוספת ניתן היה למצוא בהוראות סעיף 131 (6) לחוק שעניינה הפקת רווח בלתי הוגן, אולם משלא היו בפני בית משפט קמא נתונים לגבי כמויות הביצים שנמכרו, לא נדרש בית משפט קמא לעילה זו. בית משפט קמא דחה את עילת הפינוי בגין נטישה, מאחר ולא הוכח כי פנונו נטש את החנות ללא כוונה לשוב אליה (סעיף 32 לפסק הדין).

21. מכאן פנה בית משפט קמא לבחון אם זכאי פנונו ל"סעד מן הצדק" ודחה את הטענה ממספר נימוקים: ראשית, לאור העובדה כי אין מדובר בתביעת הפינוי הראשונה ו"**הוכח כי הנתבע מפר את חוזה השכירות באופן שיטתי**"; שנית, בית משפט קמא מצא, לעמוד על "דרך הילוכו" של הנתבע, כאשר בהתדיינות בינו לבין הבעלים הקודמים הגיעו הצדדים להסכמה כי הגב' אליזרוב היא עובדת מטעמו, וכעת הוא טוען כי הגב' אליזרוב ניהלה את החנות; שלישית, התנהלות פנונו לאחר הגשת התביעה, כאשר "עולה חשד" כי פנונו הרשה לאחרים לעשות שימוש בחנות למרות הוראות ההסכם וההליך המשפטי; רביעית פנונו התעלם מהסכם השכירות, והפיק רווחים נאים מהשכרת החנות במשך שנים; וחמישית בבעלות פנונו נכס אחר בשוק שבו הוא מנהל עסקו.

22. לגבי שתי שיחות שניהל גרשוני עם פנונו ועם דוד אשר הוקלטו על ידו והוגשו כראיה לא מצא בית משפט קמא מקום להסתמך עליהן לשם קביעת ממצאים, "**שכן התברר כי קיימות שיחות נוספות בין התובע לבין מר אוצ'ריאנסקי אשר הוקלטו על ידי הראשון ולא הוגשו כראיה, ומשכך מדובר בתמלילים אשר מציגים מידע חלקי**" (סעיף 23 לפסק הדין).

<u>הערעור והערעור שכנגד:</u>

23. הצדדים אינם משלימים עם הכרעת בית משפט קמא, ושניהם משיגים על פסק הדין איש איש מנימוקיו.

24. בערעור שהגיש, משיג גרשוני על הקביעה, לפיה לא היה מקום להסתמך על שתי השיחות שהוקלטו ובהן הודאה מפורשת מטעם דוד ומטעם פנונו, כי התקיימו ביניהם יחסי שוכר – משכיר והן הודאה לגבי גובה דמי השכירות. משכך, טעה בית משפט קמא כאשר דחה התביעה הכספית של גרשוני וקיבל הטענה, כי "חלף דמי שימוש" שולמו לפי הגרסה שהעלו פנונו ודוד במהלך חקירתם הנגדית, ולפיה מכר דוד תבניות ביצים והעביר את התמורה במלואה לידי פנונו. נטען עוד כי גרסה כבושה זו לא הוכחה במסמכים (התחשבנות לה טענו השניים).

25. בערעור שכנגד משיג פנונו על מסקנת בית משפט קמא באשר לקיומה של עילת פינוי וכן באשר לדחיית בקשתו של פנונו להושיט לו "סעד מן הצדק".

26. עפ"י פנונו שגה בית משפט קמא כאשר דחה טענת ההתיישנות. עוד טען פנונו כי שגה בית משפט קמא כאשר התעלם מן האמור בהסכם המכר בין הבעלים הקודמים לבין גרשוני, לפיו מעמדו של פנונו הוא "דייר מוגן" בחנות.

27. כן משיג פנונו על הכרעות בית משפט קמא אשר הובילו לקבלת תביעות הפינוי ואלה הן:

א) הקביעה כי גרשוני לא ידע על הפרת ההסכם הנטענת ועל השימוש הנעשה במקום לפני רכישת המבנה.

ב) הקביעה , כי הבעלים הקודמים לא ידע על מהות הפעילות שהחלה עוד בתקופת הגב' אליזרוב, כאשר עפ"י טענת פנונו מר סבירסקי נציג הבעלים הקודמים היה מבקר בשוק, ידע על הפעלת החנות בידי הגב' אליזרב ובידי דוד והוא אף נתן הסכמתו לכך. פנונו מפנה לעדות דוד אשר העיד כי סבירסקי ידע על על מעמדו של דוד בחנות. עוד ציין פנונו כי דוד החל מנהל את החנות בשנת 2004 ולא יעלה על הדעת שסבירסקי לא ידע על כך. עוד השיג פנונו על מסקנת בית משפט קמא כי אי הבאת מר סבירסקי לעדות תיזקף לחובת פנונו מקום שהוא הגיש בקשה לזימון סבירסקי לעדות וכאשר פנונו לא ידע על מצבו הרפואי של סבירסקי ועל כן לא מצא מקום לזמנו לעדות מוקדמת.

ג) הקביעה כי הסכם הפשרה אינו מתיר פעילות דוד בחנות. נטען כי הסכם הפשרה שעל פיו שילם פנונו ממון רב לשם הסדרת השימוש, מתיר הפעלת החנות באמצעות עובד מטעמו, למצער כפי שהגב' אליזרוב ודוד הפעילו את החנות. נטען, שהגב' אליזרוב ניהלה את החנות באמצעות עוסק מורשה שלה, ומר סבירסקי ידע על כך והצדדים כינו דרך הפעלת החנות על ידי הגב' אליזרוב כ"עובדת מטעמו" .

ד) הקביעה, כי לפנונו לא היה כל קשר לניהול העסק, וכי מכירת הביצים שסופקו על ידי פנונו מדי פעם היתה שולית הנלווית לעסק העיקרי. נטען כי דוד היה עובד מטעם פנונו שמכר את תוצרתו ומשכך הוא פעל עבורו, כפי שעשתה בדיוק הגב' אלוזרוב. כן משיג פנונו על הקביעה כי ניהול העסק מהווה העברת חזקה ושימוש.

28. כמו- כן משיג פנונו על דחיית בקשתו למתן "סעד מן הצדק" . נטען כי לא הוכח כי פנונו הוא "מפר הסכם שיטתי" מאחר והדבר לא נקבע על ידי אף ערכאה שיפוטית אליהן הוגשו תביעות הבעלים הקודמים ; נטען כי לפנונו אין כל נכס אחר בשוק, כפי שקבע בית משפט קמא ; נטען כי המערער לא שינה את גרסתו. עוד טען פנונו כי שגה בית משפט קמא, כאשר זקף לחובת פנונו כי המשיך להפר את ההסכם לאחר הגשת התביעה, מאחר והדבר לא הוכח מה גם שדוד עזב את החנות לאחר הגשת התביעה.

29. הצדדים הגישו עיקרי טיעון שבהם חזרו על טענותיהם והתייחסו לטענות הצד שכנגד.

<u>הזיקה בין הערעור לבין הערעור שכנגד:</u>

30. בטרם נכריע בטענות הצדדים נדרש לטענת גרשוני בעיקרי הטיעון מטעמו, לפיה יש לסלק את הערעור שכנגד על הסף מאחר ולא הוגש כערעור עצמאי וכי אין כל זיקה בין הערעור שהגיש גרשוני (שעניינו דחיית התביעה לפסיקת פיצויים) לבין הערעור שכנגד שעניינו קבלת התביעה לפינוי המערער שכנגד.

31. "**הערעור שכנגד הוא מקבילו של הערעור שכבר הוגש והוא יכול, על כן, להיות מופנה רק נגד העילות המונחות ביסודו של הדיון במסגרת הערעור הראשי. אין פירושו של דבר שהודעת הערעור יכולה לתקוף רק את הנושאים שהועלו בערעור העיקרי אלא יכול והערעור שכנגד יתייחס לכל המונח ביסודו של הערעור ושזור וקשור לאותו עניין. מאידך גיסא, ערעור שכנגד אינו יכול להיות מופנה, למשל, נגד בעל דין שלא ערער או נגד הכרעה בעניין נוסף, שצורף לדיון בבית משפט קמא (כגון במסגרת איחוד הדיון בתיקים), ושאינו מועלה בערעור הראשי**" (בש"א 4691/91 **מדינת ישראל נ' אוזן** פ"ד מ"ה (5), 965). משמע, לאור תכלית הערעור שכנגד אין לאפשר הגשתו מקום שאין כל זיקה בין הערעור העיקרי לבין הערעור שכנגד (לגבי הגיונה של הזיקה הדרושה בין שני הערעורים שנועדה, בין היתר, למנוע הארכת מועדים מלאכותית להגשת ערעור ראו בש"א 3868/90 **יעד אלקטריק שירותי עבודות וחשמל בע"מ נ' לה טלמכניק אלקטריק ס.א** פ"ד מ"ה (1) , 256, 264).

32. לגבי הזיקה הנדרשת ו"מידת הזיקה" ראו האמור בבש"א 7182/18 **אליהו שני נ' בנק מזרחי טפחות** (10.12.2018):

> **" על בית המשפט לבדוק האם קיימת זיקה ענייינית כלשהי, ולו מצומצמת בהיקפה, בין הערעור לבין הערעור שכנגד (...)דרישת הזיקה שבין הערעור לבין הערעור שכנגד מתפרשת אפוא על דרך ההרחבה... ".**

33. נראה, כי חרף העובדה שקיימת זיקה רחוקה בין שני הערעורים (שכן נושא הערעור הוא דחיית תביעה לפסיקת סכומי כסף שקיבל פנונו מהשכרת הנכס, ואילו הערעור שכנגד עוסק בתביעת הפינוי ובה בלבד), ולאור הגישה המרחיבה המסתפקת בקיומה של זיקה כלשהיא "ולו מצומצמת" (ראו **חמי בן נון, טל חבקין**, הערעור האזרחי (מהדורה 3 , 2012) בעמ' 406), אנו דוחים את הבקשה לדחיית הערעור שכנגד על הסף, לאחר שמצאנו זיקה מצומצמת בין שני הערעורים: לשם דיון בערעור שהגיש גרשוני יש לדון במעמדו של דוד כשוכר, כפי שגרשוני טוען, וזהו עניין שעומד במוקד הערעור שכנגד, שכן פנונו שב וטוען פעם אחר פעם כי מעולם לא השכיר את החנות.

<u>הכרעה בערעור ובערעור שכנגד:</u>

34. נדון בערעור שכנגד ראשון מאחר והוא עוסק בערעור על פסק דין שהורה על פינוי החנות, ועל כן ככל שערעור זה יתקבל, יתייתר הצורך להכריע בערעור שכנגד.

35. בטרם נכריע בערעור ובערעור שכנגד נתייחס למחלוקת שהתגלעה לגבי שתי שיחות שהקליט גרשוני, הראשונה היא השיחה בינו לבין דוד והאחרת היא שיחה בינו לבין פנונו. בדיון שהתקיים ביום 3.11.2015 (ראו החלטה בעמוד 19 לפרוטוקול) הוגש תקליטור הכולל שתי השיחות כאשר תמליל שתי השיחות צורף לתצהירי עדות ראשית מטעם גרשוני. דוד ופנונו לא כפרו בקיום שיחות אלה בחקירתם הנגדית או בסיכומי פנונו. בסיכומיו בבית משפט קמא העלה פנונו טענות כנגד קבילות השיחות (סעיף 68 לסיכומים) ובין היתר נטען שלא ידוע באיזה מכשיר בוצעו ההקלטות, לא ברור מי טיפל בהקלטות וקיימות שיחות אחרות שהוקלטו ולא הוגשו כראיה. כן נטענו טענות כנגד התמליל.

36. בית משפט קמא מצא, שלא להתייחס לשיחות אלה רק משום שהיו קיימות שיחות אחרות בין התובע לבין דוד ובכך סבורים אנו כי שגה בית משפט קמא. ראשית, בחקירתו ענה גרשוני לשאלה אם הוא הקליט עוד שיחות עם דוד בתשובה: "**אולי עוד שיחה אחת, אני לא בטוח**" (בעמ' 43 לפרוטוקול). שנית, בכל הכבוד הראוי, אפילו נניח כי הוקלטו שיחות נוספות שלא הוגשו כראיה, אין בכך כדי למנוע קבלת שיחות אלה כראיה. שיחות אלה הופיעו בתצהיר גילוי מסמכים (ראו טיעוני הצדדים בעמודים 18 ו- 19 לפרוטוקול). משכך, ככל שהיו קיימות שיחות נוספות ניתן היה לבקשן במסגרת גילוי מסמכים, ואי הגשתן כראיה, אין בה כדי להביא להתעלמות מראיות אלה או לאי קבלת שיחות אלה.

37. באשר לטענות אי-קבילות הראיה שהעלה המערער ובין היתר לגבי אי-תקינות המכשיר או לגבי זהות האדם שטיפל בהקלטה, נראה, כי אף כאן לא היה מקום למנוע קבלת השיחות כראיה. בעידן הנוכחי, כאשר ניתן להקליט שיחות באמצעים פשוטים לרבות באמצעות כל טלפון נייד, אין עוד מקום לעמוד על תנאי הקבילות הטכנית שנקבעו בשנות החמישים של המאה הקודמת. התייחס לכך בית המשפט העליון בע"פ 4481/04 **פלוני נ' מדינת ישראל** (16.11.2016):

> **" אני סבור כי הגיעה העת להעריך מחדש את תנאי הקבילות הטכנית של הקלטה, אשר נקבעו עוד בשלהי שנות ה- 50... לטעמי, ברירת המחדל כיום היא כי מכשירי ההקלטה הדיגיטליים, לרבות אלו המותקנים בטלפונים ניידים, הינם תקינים לצורך הקלטה (לברירת מחדל דומה, באשר לתקינות מערכת ממוחשבת, מקום שבעל דין מבקש להגיש פלטי מחשב כראיה במשפט פלילי, ראו את ההלכה במשפט המקובל (Dennis , בעמ' 521)). עוד יש להניח, כל עוד לא הוכח אחרת, כי המחזיק בטלפון הנייד, אשר עשוי להיות, לעיתים, צעיר מאוד בגילו, הינו "כשיר" להקליט באמצעות**

המכשיר, המשמש אותו גם כאמצעי הקלטה. לשיטתי, ועל יסוד האמור לעיל, ראוי לנסח מחדש את התנאים המרכזיים לקבילותה של הקלטה, באופן שבתי המשפט יעמדו, באופן דווקני, על קיומם של שני תנאים מרכזיים: הוכחת מהימנותה של ההקלטה, כמשקפת את אשר נאמר בין הצדדים לשיחה במועד ההקלטה; וזיהוי כהלכה של הדוברים באותה שיחה".

38. כאמור, דוד ופנונו לא כפרו כי הם הדוברים בשיחות אלה. גרשוני הצהיר, בסעיף 15 לתצהירו כי הוא הקליט את השיחות באמצעות מכשיר שעדיין מצוי ברשותו כאשר ב"כ גרשוני היה מוכן למסור אותו לידי ב"כ פנונו (עמ' 18 לפרוטוקול). עוד נטען כי המכשיר נמסר לידי חברת איגמי שהעבירה את תוכן הקלטות לדיסק. נציגת חברת איגמי הגב' נתי נחמני העידה כי היא העבירה את השיחות ממכשיר ההקלטה לדיסק שהוגש. משכך, נראה, כי השיחות המוקלטות, כל עוד לא הוכח אחרתף עומדות בתנאי הקבילות הטכנית ולא היה מקום להתעלם מתוכנן. משכך, יש לצרף ראיות אלה למסכת הראיות.

<u>הכרעה בטענות פנונו בערעור שכנגד:</u>

39. לאחר ששקלנו טענות פנונו מצאנו כי אין כל עילה להתערב במסקנת בית משפט קמא, זאת אפילו נתעלם משתי השיחות המוקלטות. כאמור, עסקינן בקביעות עובדתיות הנוגעות לניהול החנות ולהסכמות בין הצדדים. נתייחס בקצרה להשגות המערער.

40. באשר להשגה על דחיית טענת ההתיישנות, אנו סבורים כי צדק בית משפט קמא כאשר דחה טענה זו. בעניין סיווג תביעת פינוי נגד דייר מוגן לעניין תקופת ההתשיינות, נפסק בע"א 1613/97 (מח' תל אביב) **מדד נ' מינהל מקרקעי ישראל** (מפי השופטים גולדברג, גרוניס וחיות, כתוארם אז) כי " **מבחינת תוכן התביעה והסעד המבוקש, עסקינן במקרקעין, שהרי אם מתקבלת התביעה יחול שינוי במצב ההחזקה של המקרקעין. לעומת זאת, כאשר התביעה הינה לסעד כספי כלשהו, אין בקבלתה כדי להביא שינוי במצבם של המקרקעין עצמם או בזהות המחזיק**". משכך, תביעת הפינוי היא תביעה במקרקעין מוסדרים שמתיישנת בחלוף 25 שנים בהתאם לחוק ההתיישנות, התשי"ח - 1985.

41. פנונו טוען כי בית משפט קמא פסק לטובת גרשוני סעד שלא ביקש, שכן גרשוני טען לעילת הנטישה בלבד. אף טענה זו אנו דוחים. די אם נפנה לסעיף 24 לכתב התביעה.

42. באשר לטענת פנונו כי שגה בית משפט קמא משקבע שגרשוני לא ידע על הפרות פנונו להוראות ההסכם בטרם רכש את המבנה, מצאנו לדחות טענה זו. ראשית, מדובר בקביעה עובדתית, אותה קבע בית משפט קמא לאחר ששמע ראיות בעניין ; שנית, נראה, כי אפילו היה מוכח כי גרשוני ידע על הפרות פנונו להוראות ההסכם לפני רכישת החנות, לא היה בכך כדי להשפיע על מסקנת בית המשפט, שהרי גם אם נניח שגרשוני רכש את הנכס בידיעה כי פנונו מפר את

ההסכם ללא ידיעת וללא הסכמת הבעלים הקודמים, לא היה בכך כדי להשתיק את גרשוני מלהגיש תביעת פינוי בגין ההפרה. ועוד, טענת פנונו כי בהסכם הרכישה בין הבעלים הקודמים לבין גרשוני צויין כי פנונו הוא דייר מוגן, אף היא אינה מסייעת לפנונו, זאת מאחר ומדובר בציון מעמד משפטי של אותו דייר (להבדיל משוכר בשכירות חופשית כפי שצויין בטבלה המהווה חלק מסעיף 3 להסכם הרכישה) ומשכך אין בציון מעמדו זה של פנונו כדי להשתיק את גרשוני מלהגיש תביעה בגין הפרת הסכם השכירות.

43. טוען פנונו כי הסכם הפשרה התיר את הפעילות שעשו אליזרוב ודוד, כי הבעלים הקודמים ידע על פעילות הגב' אליזרוב בחנות, ולאחר מכן על פעילות דוד, ועל כן פעילות זו הולמת את ההסכמות בין הצדדים. מצאנו לדחות טענות אלה מן הנימוקים שלהלן:

44. ראשית, לא מצאנו להתערב בקביעת בית המשפט בסעיף 29 לפסק הדין לגבי מהות הפעילות שעשה דוד בחנות. דוד ניהל בחנות מעדניה תחת עוסק מורשה עם שם בנו. הוא מכר מוצרי מזון למיניהם ומחזור המכירות בשנת 2011 עמד על סך 833,345 ₪ (ראו דו"ח רווח והפסד שצורף לתצהיר עדות ראשית מטעם דוד). משכך, אף אם נקבל טענת פנונו כי הוא סיפק תבניות ביצים (בשווי 3,000-6,000 ₪ לחודש) הרי מדובר ב"פעילות שולית הנלווית לפעילות העיקרית" כפי שקבע בית משפט קמא בסעיף 28 לפסק הדין. משכך מעמדו של דוד, אינו "עובד מטעם" פנונו, ואינו "מנהל חנות עבורו", שכן המעדניה התנהלה באופן עצמאי ללא כל קשר לאספקת תבניות ביצים על ידי פנונו.

45. שנית, טענת פנונו כי הסכם הפשרה התכוון לפעילות שעשו אליזרוב ודוד בחנות. בדין דחה בית משפט קמא טענה זו. הסכם הפשרה קבע כי הגב' אליזרוב היא "עובדת מטעמו ומנהלת את החנות עבור" פנונו, ומתקשים אנו לראות בדוד, כמי שמנהל את החנות עבור פנונו; בנוסף, לא הובאה כל ראיה המוכיחה כי הבעלים הקודמים הסכים במעמד חתימת הסכם הפשרה ואף לאחר מכן כי פעילות זו של דוד או של אליזרוב (ככל שאליזרוב הפעילה את החנות בדומה לדוד) הולמת את הוראות הסכם הפשרה.

46. שלישית, טוען דוד, כי שגה בית משפט קמא כאשר דחה את הטענה, לפיה הבעלים הקודמים ידע על הפעילות של אליזרוב ושל דוד בחנות. אף כאן לא מצאנו מקום להתערב במסקנת בית משפט קמא. הנטל להוכיח טענה זו מוטל הוא על הצד שטענה זו מקדמת את האיטרס שלו-פנונו. פנונו לא הביא ראיה בכתב או בעל פה לכך כי המנוח סבירסקי ידע על ניהול החנות על ידי דוד באופן שבו היא נוהלה. אמנם דוד העיד בסעיף 8 לתצהיר כי "**בכל שנות שהותי בביתן, ביקר מר סבירסקי בשוק, לרבות באיזור הביתן, גם בנוכחות פנונו, פעמים רבות ומעולם לא העלה ולו בדל טענה בנוגע לשהותי בנכס**" (סעיף 8 לתצהיר דוד), אלא שבחקירתו הנגדית (בעמודים 25 ו- 26 לפרוטוקול) טען דוד דברים סותרים:

"ש. אתה דיברת עם מר סבירסקי
ת. לא הכרתי אותו. פעם אחת אבלין שנשארה אצלי כשקניתי את החנות, היא אמרה לי שהוא בעל הבית של הבניין הזה
ש.האם אתה דיברת איתו פעם
ת. לא דיברתי איתו".

ואם לא די בכך, בשיחה המוקלטת אומר פנונו כי הפעם האחרונה שבה ראה את סבירסקי היתה לפני 15 שנה (עמ' 13 שורות 12 ו- 13 לתמליל).

הנה כי כן, גרסת פנונו לפיה סבירסקי ביקר בחנות, רכש סחורה מדוד, ידע על ניהול המקום ועל מעמדו של דוד, קרסה בחקירתו הנגדית. משכך בדין דחה בית משפט קמא טענת פנונו לפיה הבעלים הקודמים ידע על אופן ניהול החנות ועל כך שדוד מפעיל את החנות.

47. סיכום ביניים: לא מצאנו כי נפלה כל טעות במסקנת בית משפט קמא כי פנונו השכיר, הלכה למעשה, את החנות או העביר את השימוש בה לדוד. משכך הפר פנונו את הסכם השכירות, וקמה לגרשוני הזכות לבטל את הסכם השכירות וקמה עילת פינוי בהתאם לסעיף 131 לחוק. די בכך כדי לדחות את הערעור שהגיש פנונו.

48. מצאנו להוסיף, כי הוספת שתי השיחות המוקלטות לחומר הראיות מחזקת המסקנה, לפיה פנונו השכיר את החנות בהסכם שכירות שכלל אופציה וכי שולמו דמי שכירות. הדבר עולה הן מהקלטת דוד והן מהקלטת פנונו. דוד ציין בשיחה המוקלטת, כי "**אנחנו עשינו חוזה מההתחלה כמה פעמים עם אופציה לחמש שנים**" (בעמ' 24 לתמליל השיחה). ועוד, שמיעת השיחה בין דוד לבין גרשוני מעלה כי לשאלה "**כמה אתה משלם לו**" ענה דוד כי בעבר שילם 5,800 ₪ לחודש ועכשיו 4,500 ₪. בשיחה בין פנונו לבין גרשוני, אמר פנונו כי דוד "**לא שילם כבר ארבעה חודשים**" (עמ' 15 לתמליל).
לאמור לעיל נוסיף כי הגרסה, לפיה דוד העביר לפנונו את מלוא התמורה בגין הביצים היא גרסה כבושה שעלתה לראשונה בחקירה שכנגד. בנוסף, גרסה זו לא הוכחה. למרות שפנונו טען כי קיימת התחשבנות בין הצדדים, לא הוגשו כל התחשבנות או חשבוניות המוכיחות גרסה זו. משכך מסקנתנו היא שדוד שכר את החנות בהסכם שכירות ושילם דמי שכירות.

49. לאור האמור לעיל מצאנו כי מסקנת בית משפט קמא לפיה פנונו הפר את הסכם הפשרה ואת הסכם השכירות בדין יסודה. פנונו השכיר את החנות לאחר ולמצער הוא העביר את השימוש במושכר כנגד תמורה כספית, כאשר פנונו לא ניהל את החנות בין בעצמו ובין על ידי אחרים. משהופר ההסכם, קמה לגרשוני עילה לפנות את הדייר המוגן בהתאם לסעיף 131 ועל כן לא מצאנו להתערב במסקנת בית משפט קמא לגבי קיומה של עילת פינוי בגין העברת החנות לשימושו של צד שלישי.

50. כמו-כן לא מצאנו להתערב במסקנת בית משפט קמא לגבי דחיית הטענה ל- "סעד מן הצדק". נראה כי די בשניים מן הנימוקים אותם מנה בית משפט קמא על מנת לדחות את טענת פנונו לקבלת סעד מן הצדק:

ראשית: קיומה של חנות אחרת בשוק בבעלות פנונו; פנונו טען בפנינו כי שגה בית משפט קמא כאשר הסיק כי פנונו הוא בעלים בחנות אחרת. אנו דוחים טענה זו. פנונו טען כי הוא בעלים בחנות אחרת פעמיים; בסעיף 21 לכתב ההגנה נטען כי "**בבעלותו חנות למכירת ביצים בסמוך לנכס דעסיקנן**", ובסעיף 22 לתצהיר עדות ראשית הוא חזר על אותה טענה.

שנית, צדק בית משפט קמא, כי פנונו גבה רווחים אגב הפרת ההסכם. הפרת ההסכם מצד פנונו לא היתה חד פעמית בשל מצוקה רגעית. עסקינן בהפרה שיטתית שנמשכה שנים .

51. סעד מן הצדק המונע פינוי בית עסק יינתן במשורה ובתנאים מחמירים מאלה הנהוגים לגבי בית מגורים (ראו ע"א 439/73 **רמת חולון ו – 6 אח' נ' ציון בנימיני** פ"ד כ"ח (2) , 549). בע"א 5/79 **זהבה רייכמן נ' כתריאל רוזנבלום** פ"ד ל"ד (2) , 208 קבע בית משפט שיקולים שיש לבחון כאשר בית המשפט נדרש למתן סעד מן צדק בבית עסק ואלה הם: התנהגות השוכר; מידת ההפרה ואורך הזמן שבה הפר השוכר את ההסכם; האם תוקנה ההפרה; ומאזן אינטרסים בין הצדדים כאשר הודגש, כי סעד מן הצדק הוא סעד אינדבידואלי וכל מקרה יישקל לגופו.

52. נראה, כי צדק בית משפט קמא כאשר לא העניק סעד מן הצדק. כפי שקבע בית משפט קמא, המדובר בהפרה שנמשכה 10 שנים. במאזן האינטרסים מצא בית משפט קמא כי לא ייגרם נזק לפנונו מלבד הפסד דמי שכירות שגבה שלא כדין, מאחר ובבעלותו נכס אחר בשוק שבו הוא מוכר סחורה. כמו-כן מצא בית משפט קמא כי לא הוכח שפנונו תיקן את ההפרה לאחר הגשת התביעה. משכך, אנו מצטרפים למסקנתו של בית משפט קמא המתחשבת באינטרסים של הצדדים ומשקללת אותם כראוי.

53. כמו-כן לא מצאנו כי נסיבות הענין מצדיקות התנאת צו הפינוי בתשלום כלשהו (כ"סעד מן הצדק הפוך" – ראו האמור ברע"א 4020/13 **אסף יניב נ' יצחק פז** (28.10.2013)) מאותם שיקולים שהצדיקו דחיית הסעד מן הצדק.

54. לאור האמור דין הערעור שכנגד להידחות.

<u>הערעור שהגיש גרשוני:</u>

55. גרשוני מבקש לפסוק לטובתו כל הסכומים שקיבל פנונו אגב הפרת הסכם השכירות, וזאת למן שנת 2005 ועד ליום הגשת התביעה (ראו סעיף 16 לכתב התביעה) זאת מאחר ואין חולקין כי גרשוני קיבל את החזקה בבניין ביום 30.8.2012 ולמן יום זה הוסבו הסכמי השכירות אליו

כאמור בסעיף 5.11 להסכם רכישת הנכס. טוען גרשוני כי מלוא זכויות הבעלים המקורי לקבלת הרווחים שהפיק פנונו מהפרת הסכם השכירות קודם ליום מסירת החזקה הומחו אליו, ועל כן זכאי הוא לתבוע טובת ההנאה שהפיק פנונו מהשכרת הנכס.

56. הזכויות בגין טובת ההנאה שהפיק פנונו לפני היום הקבוע (יום העברת החזקה במבנה לידי גרשוני) הן זכויות המגיעות לבעלים הקודמים על כן נושא גרשוני בנטל להוכיח כי זכויות אלה הומחו אליו על ידי הבעלים הקודמים.

57. עיון בהמחאת הזכות המהווה נספח להסכם הרכישה מעלה, כי הזכויות שהומחו על -פיה הן "**מלוא הזכויות בבניין בכפוף לאמור בסעיף 5.11 להסכם**". משמע, כל שהומחה הן הזכויות בבניין ללא כל זכויות אישיות או זכויות תביעה שעמדו לבעלים הקודמים כלפי השוכרים. ועוד עיון בסעיף 5.11 מעלה כי הסעיף הנ"ל אינו כולל כל המחאת זכות. סעיף 5.11 להסכם הרכישה קובע כי :

> " **ביום הקבוע יסב המוכר לקונה את הסכמי השכירות, ימסור לקונה המחאות דחויות של שכ"ד ככל שיש בידיו או בשליטתו, וכן דמי שכירות שגבה ביחס לתקופה שמהיום הקובע ואילך.. יובהר כי דמי השכירות עבור התקופה שעד היום הקובע שייכים למוכר וזאת גם אם דמי השכירות ישולמו בפועל לאחר המועד הקבוע".**

משכך, לא זה בלבד שהסעיף הנ"ל אינו ממחה זכויות תביעה שעמדו לבעלים הקודמים. כל שעושה הסכם הרכישה הוא הסבת הסכמי השכירות לגרשוני. ועוד צוין, כי דמי השכירות המגיעים לפני היום הקבוע (יום העברת החזקה) מגיעים לבעלים המקורי, דבר המלמד כי הסכם הרכישה לא המחה זכויות כספיות שעמדו לבעלים הקודמים עד ליום הקובע.

משכך, ככל שתביעת גרשוני תתקבל, היא תתיחס לתקופה שתחילתה ביום מסירת החזקה במבנה וסופה ביום הגשת התביעה.

58. גרשוני טוען כי מאחר ופנונו החזיק בנכס שלא כדין, הרי מגיע לו דמי שימוש ראויים (אותם גבה מן הצד השלישי) מכח דיני עשיית עושר ולא במשפט. שאלת חיוב דייר מוגן בדמי שימוש ראויים או בגובה ההתעשרות בדומה לשוכר אחר שהפר הסכם השכירות, קיבל הודעה על ביטול ההסכם ולא פינה את המושכר אינה פשוטה. מצד אחד קבע בית המשפט העליון כי צו פינויו של דייר מוגן מן הנכס הוא קונסטיטוטיבי, ורק לאחר מתן צו פינוי שיפוטי מאבד הדייר המוגן את מעמדו " **כל עוד לא ניתן צו פינוי כנגד דייר מוגן, הוא נהנה מכל הזכויות של דייר מוגן, אף אם נטש את המושכר או התמלאו כנגדו עילות פינוי באשר לפסק-דין של פינוי יש אופי קונסטיטוטיבי, ולא דקלרטיבי, במובן זה שרק בעקבותיו מגיעה לקצה זכות השכירות של הדייר המוגן** (ע"א 264/76 **יעקב מרקוס נ' שלף שותפות מוגבלת** פד"י ל"א (2)622).

מאידך, קיימת דיעה שונה, כי חרף מעמדו הקונסטיטוטיבי של צו פינוי של דייר מוגן אין הדבר מונע פסיקת דמי שימוש ראויים: דיעה זו מבטא פרופ' ד' פרידמן בספרו " **דיני עשיית עושר ולא במשפט**", כרך א' מהד' שלישית, (מהדורה שלישית) בעמ' 479-478:

> "**מובן מאליו שכרגיל יש לחייב את מסיג הגבול בשכר ראוי מיום שהחלה הסגת הגבול (ולא מיום שניתן נגדו פסק פינוי). כך הדבר גם לגבי שוכר שהחזיק, שלא כדין, במושכר לאחר תום השכירות (החיוב הוא מיום תום השכירות). עם זאת, התעורר קושי לגבי דייר מוגן, שהחזיק במושכר לאחר שקמה נגדו עילת פינוי לפי חוקי הגנת הדייר. מה גם שדייר כזה עשוי לזכות בסעד מן הצדק. נניח שסעד כזה לא ניתן לו. במקרה כזה הוא חייב, בלי ספק, בתשלום שכר ראוי מיום שניתן נגדו פסק דין הפינוי ועד לפינוי בפועל. אולם האם יש מקום לחייבו בשכר ראוי (להבדיל משכר הדירה המוגן) גם ביחס לתקופה שמיום ההפרה שהקנתה את עילת הפינוי ועד ליום שבו ניתן פסק הפינוי? נראה שבוודאי יש לנהוג כך, אם השוכר המוגן העביר את המושכר שלא כדין לצד שלישי, שהוא בגדר מסיג גבול ...המצב פחות ברור, אם הדייר המוגן המקורי ממשיך להחזיק במושכר, לאחר שקמה נגדו עילת פינוי. ... בעיני יש מקום לפסיקת דמי שימוש ראויים מיום עילת הפינוי (אם, בסופו של דבר, החליט בית המשפט שאין מקום לסעד מן הצדק). אולם בית המשפט יכול, לפי שיקול דעתו, להפחית את הסכום מכוח ההגנה הכללית שבס' 2 לחוק עשיית עושר".**

59. נראה, כי במקרה דנן, אין כל צורך להדרש למחלוקת זו, שכן, פנונו השכיר את הנכס ועל כן הוא התעשר בפועל ואין בפנינו תביעת דמי שימוש ראויים בלבד. גם אם נניח כי פנונו החזיק במעמדו כ"דייר מוגן" בחנות עד ליום הפינוי, הרי הוא התעשר אגב הפרת הסכם השכירות ומקרה זה, בשונה ממקרה שבו החזיק הדייר המוגן בעצמו בנכס, הוא מקרה מובהק המצדיק את השימוש בדיני עשיית עושר ולא במשפט כפי שמעיר פרופ' פרידמן בדברים שצוטטו לעיל.

60. סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט - 1979 קובע כי "**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 שוויה**". מקום שמופר חוזה והמפר מתעשר כתוצאה מן ההפרה, תעמוד לנפגע זכות להגיש תביעה אף על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט בגין ההתעשרות (השוו רע"א 7452/96 **מדינת ישראל משרד הביטחון נ' חברה קבלנית האחים אהרון בע"מ**, נא(5) 874).

61. גרשוני תובע לקבל את התעשרות פנונו מהפרת הסכם השכירות. קבענו לעיל כי גרשוני הפר את הסכם השכירות והשכיר את החנות, כאשר עפ"י דוד בשיחה המוקלטת, דוד ופנונו כרתו הסכם בכתב שכלל אופציה. הסכם זה לא הוצג כלל. עוד עולה מדברי דוד בשיחה המוקלטת, כי הוא שילם דמי השכירות בעבר בסך 5,800 ₪ לחודש "ועכשיו 4,500 ₪". משכך, אנו קובעים כי דמי השכירות שגבה פנונו מהיום הקובע עומדים על סך 4,500 ₪.

62. נחשב אפוא את גובה ההתעשרות החודשית. קבענו כבר כי דמי השכירות המוסכמים בין פנונו לבין דוד עמדו על 4,500 ₪. פנונו נשא בדמי שכירות מוגנת, ונראה, כי גרשוני אינו חולק כי יש לקזז סכום זה (ראו סעיף 39 לסיכומי גרשוני). כמו כן מאחר ופנונו שילם את הארנונה, כפי שעולה מהשיחות המוקלטות, הרי יש לקזז אף סכום הארנונה. הגם שלא הובאו ראיות לגבי גובה הארנונה בתקופה הרלוונטית, ניתן לגזור את סכום הארנונה בגין החנות מן המסמכים שצורפו לתצהיר פנונו לפיהם החיוב השנתי בגין ארנונה לשנת 2005 עמד על סך 8,885 ₪. הגם שלא הובאו סכומים מדוייקים המעידים על גובה הארנונה בשנים 2012-2013 מצאנו מקום להעריך את חוב הארנונה ששולם ולהעמידו על סך 850 ₪ לחודש. משכך סכום ההתעשרות החודשית יהווה סך 4,500 ₪ בהפחתת דמי השכירות המוגנת (800 ₪) והארנונה (850 ₪) ובסה"כ 2,850 ₪.

63. מאז קיבל גרשוני חזקה (30.8.2012) ועד ליום הגשת תביעתו (19.12.2013) חלפו 15 חודשים ו- 19 ימים, ולפי 2,850 ₪ לחודש, הרי גובה ההתעשרות שהפיק פנונו מהפרת ההסכם הוא 44,555 ש"ח. הסכום הנ"ל ישא הפרשי הצמדה וריבית כחוק החל מיום הגשת התביעה ועד היום.

<u>סוף דבר:</u>

64. הערעור שהגיש גרשוני מתקבל אפוא כאמור באופן שפנונו ישלם לגרשוני את הסכום האמור בסעיף 63 לעיל. בשל מצב החירום השורר בארץ עקב נגיף הקורונה, ישולם הסכום תוך 90 ימים מהיום אחרת ישא הפרשי הצמדה וריבית החל מהיום ועד התשלום המלא בפועל.

65. הערעור שכנגד נדחה. יחד עם זאת, ומאחר וניתן צו עיכוב ביצוע מצאנו כי פנונו יפנה את החנות לא יאוחר מיום 1.8.20, זאת על מנת לאפשר לו להתארגן ובשל מצב החירום בצל התפשטות מגפת הקורונה.

66. המשיב והמערער שכנגד (פנונו) ישלם למערער והמשיב שכנגד (גרשוני) הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד בסך 15,000 ₪. הפיקדון, ככל שהופקד על ידי המשיב והמערער שכנגד (פנונו), יועבר למערער והמשיב שכנגד (גרשוני) באמצעות ב"כ.

<u>המזכירות תשלח פסק הדין לב"כ הצדדים.</u>

ניתנה היום, י"ב ניסן תש"פ, 06 אפריל 2020, בהעדר הצדדים.

רון שפירא, נשיא	**בטינה טאובר, שופטת**	**נאסר ג'השאן, שופט**
[אב"ד]		