ע"א 35450-03-20 בע"מ ח.פ 512463282 נ' עופר פיתוח והשקעות בע"מ
ע"א 5273-05-20 עופר פיתוח והשקעות בע"מ נ' בע"מ ח.פ 512463282

<u>בפני כב' הרכב השופטים:</u>

השופט חננאל שרעבי, אב"ד

השופטת אספרנצה אלון

השופטת עמיתה שושנה שטמר

המערערת בע"א 35450-03-20:	**1. עומר אלמוכתאר בע"מ ח.פ 512463282**
המערערת בע"א 5373-05-20:	**2. עופר פיתוח והשקעות בע"מ ח.פ. 520006008**
	נגד
המשיבות: כל אחת בערעור הנגדי	**1. עופר פיתוח והשקעות בע"מ ח.פ. 520006008**
	2. עומר אלמוכתאר בע"מ ח.פ 512463282

ב"כ עומר אלמוכתאר בע"מ: עו"ד שחר ולר

ב"כ עופר פיתוח והשקעות בע"מ: עו"ד יגאל דורון

<u>פסק דין</u>

<u>השופט חננאל שרעבי [אב"ד]:</u>

1. עסקינן בשני ערעורים על פסק דינו של בית משפט השלום בחיפה (כב' השופטת סיגלית מצא) מיום 5.2.20 בתיק אזרחי 56412-03-14 (להלן: "**פסק הדין**"), בגין ביטול הסכם שכירות שנכרת בין הצדדים ביום 24.6.2009 (להלן: "**ההסכם**").

<u>רקע ותמצית פסק הדין</u>

2. המערערת בע"א 35450-03-20 היא חברה בע"מ המפעילה ומנהלת רשת חנויות אופנה (להלן: "**אלמוכתאר**").

3. המערערת בע"א 5273-05-20 היא חברה בע"מ, העוסקת בין היתר בבנייה וביזמות (להלן: "**עופר**").

4. עופר היא בעלת זכויות חכירה במקרקעין המצויים ברחוב האצטדיון בקרית חיים, סמוך לאצטדיון, הידועים כגוש 11578 חלקות 68, 69, 70 ו- 73 (בשלמות) וכן חלקות 67 ו- 72 (חלק).

5. כאמור ביום 24.6.2009 התקשרו הצדדים בהסכם לפיו תבנה עופר מבנה מסחרי על המקרקעין (להלן: "**המבנה**"), שיותאם לדרישות אלמוכתאר, שתשכור המבנה למשך תשע שנים עם אופציה לשבע שנים נוספות. דא עקא ההסכם בוטל לאחר כשלוש שנים, בנסיבות שנדונו בהרחבה בפסק הדין ויובאו להלן.

6. שני הצדדים תבעו זה מזה פיצויים – אלמוכתאר טענה כי הסכם השכירות בוטל לאחר שלא התקיימו תנאים מתלים שנקבעו בו, בעוד עופר טענה כי הודעת הביטול שמסרה לה אלמוכתאר ביום 4.7.12 מהווה הפרה יסודית של ההסכם.

7. פסק דינו של בית משפט קמא משתרע על 75 עמודים, במהלכם פירט את עובדות הדברים וניתח בהרחבה את הראיות שעמדו בפניו.

8. **בסופו של יום, תביעת אלמוכתאר נדחתה כולה ותביעת עופר התקבלה בחלקה.**

<u>עיקרי פסק הדין קמא הם כדלקמן</u>:

א. במסגרת ההסכם התחייבה אלמוכתאר לשכור את המבנה לתשע שנים. במעמד החתימה שילמה אלמוכתאר לעופר, כהוראת ההסכם, מקדמה בסך כולל מע"מ של 693,000 ₪ בגין הרבעון הראשון של תקופת השכירות (להלן: "**המקדמה**").

ב. תכנון המבנה שונה והותאם לצרכי אלמוכתאר, ונערך בהתייעצות ושיתוף מלא של נציגיה, לפני ואחרי חתימת ההסכם.

ג. נוכח קרבת המגרש לחוות מיכלים, כתנאי לקבלת היתר בניה נדרשה עופר לסקר מפגעים. לכן סוכם כי לעופר, ולה בלבד, תהא הזכות לביטול ההסכם, באם לא יתקבל ההיתר בתוך 10 חודשים מיום חתימת ההסכם ו/או באם ממצאי הסקר לא יאפשרו את קבלת ההיתר. הליך קבלת ההיתר התעכב למעלה מעשרה חודשים (נמשך כשלוש שנים), וחרף הצעת עופר לאלמוכתאר כי תשוחרר מההסכם בשנת 2011, אלמוכתאר סירבה וביקשה להמשיך כמתוכנן.

ד. ביום 26.6.2012 התקבל ההיתר. מספר ימים לאחר מכן, ביום 3.7.2012 נערכה פגישה בין הצדדים במהלכה נסוגה אלמוכתאר מההסכמות וטענה כי היא לא מעוניינת עוד בביצוע הפרויקט הואיל והעסקה הפכה ללא כדאית כלכלית עבורה.

ה. נדחתה טענת אלמוכתאר לפיה ההסכם כלל לא נכנס לתוקף מהטעם שהיתר הבניה התקבל לאחר למעלה מעשרה חודשים ממועד החתימה על ההסכם. מנגד התקבלה טענתה של עופר כי אלמוכתאר הפרה את ההסכם עימה.

ו. לאחר ביטול ההסכם בחודש 7/2012, פעלה עופר להקטנת נזקיה ואיתרה שוכר חלופי. בחודש ספטמבר 2014 התקשרה עופר עם חברת "קשת טעמים בע"מ" בהסכם שכירות אחר, של מחצית מהנכס ובספטמבר 2016 נחתם הסכם שכירות עם חברת "אלקטרוסייל בע"מ" לחלק מהשטח שנותר פנוי. בניית המבנה הושלמה לקראת סוף שנת 2015.

ז. <u>לזכות עופר נפסקו פיצויים כדלקמן</u>:

- פיצויי הסתמכות והחזר הוצאות בסך 1,172,739.7 ₪ (שלאחר ניכוי המקדמה, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית מיום תשלומה בתאריך 23.6.2009 ועד יום הגשת התביעה בתאריך 28.3.14 הועמדו על סך של 355,254 ₪, הכל כמפורט בסעיף 187 לפסק הדין).

- פיצויים מוסכמים בצירוף מע"מ בסך 544,625 ₪ (סעיף 192 לפסק הדין);

- נדחתה תביעת עופר לפסיקת פיצויי קיום.

9. על פסק הדין קמא הגישו הן אלמוכתאר והן עופר ערעורים, ולהלן נביא בקצרה את טענות הצדדים בשני הערעורים.

<u>טענות הצדדים בכל אחד מהערעורים</u>

10. <u>תמצית טענות אלמוכתאר בערעור מטעמה, כפי שנטענו בעיקרי הטיעון</u>:

א. אלמוכתאר לא הפרה את ההסכם והודעת הביטול ניתנה על ידה כדין. זאת משקמה לה הזכות לבטל את ההסכם לאחר שהיתר הבניה ניתן לאחר כ- 36 חודשים, בעוד שבהסכם הובטח כי אלמוכתאר תקבל חזקה במבנה נשוא ההסכם בתוך 20 חודשים.

ב. לא היתה הצדקה לפסוק לעופר פיצויים כלשהם. לעופר לא נגרם שום נזק עקב הפרת ההסכם הלכאורית, עת המבנה מושכר מידי חודש בחדשו. חיוב אלמוכתאר בתשלום הוצאות תכנון המבנה מעשיר את עופר שלא כדין שכן המבנה נמצא בבעלותה וההוצאות לא הוצאו לשווא. מדובר בכפל פיצוי – פיצויי הסתמכות וגם גביית דמי שכירות מהשוכרים האחרים במבנה.

ג. עופר קיבלה ומקבלת תמורה מלאה בגין כל ההוצאות שהוצאו על ידה לבניית המבנה ובכלל זה עלויות התכנון, מאחר שהיא השכירה ומשכירה את המבנה לשוכרים אחרים.

ד. לא היתה הצדקה לחייב את אלמוכתאר בתשלום הפיצוי המוסכם בנוסף לפיצויי הסתמכות. הן משום שהדבר מנוגד להוראות ההסכם והן משום שמדובר בכפל פיצוי עבור עופר.

11. <u>תמצית טענות עופר כפי שנטענו בעיקרי הטיעון בערעור אלמוכתאר</u>

א. בהסכם הוסכם כי הזכות לבטל ההסכם נתונה אך ורק לעופר, באם לא יתקבל היתר בניה תוך 10 חודשים, ו/או אם ממצאי הסקר לא יאפשרו קבלת ההיתר. מייד לאחר קבלת ההיתר נסוגה אלמוכתאר מההסכמות וטענה כי העסקה הפכה ללא כדאית כלכלית, ולאחר מכן טענה כי העסקה כלל לא נכנסה לתוקף הואיל וההיתר התקבל לאחר למעלה מעשרה חודשים. דין שתי טענות אלו להידחות.

ב. טענות אלמוכתאר לעניין פסיקת הפיצויים הועלו לראשונה בערעור ומשכך אין מקום להידרש אליהן.

בכל מקרה לעניין פיצויי ההסתמכות שנפסקו, עופר תבעה את עלות ההוצאות הספציפיות שנדרשו לצורך ביצוע ההסכם הספציפי עם אלמוכתאר ובהתאם לדרישותיה לתכנון המבנה בלבד.

ג. ההסכם לא מתנה את הזכאות לפיצוי המוסכם רק לאחר תחילת תקופת השכירות אלא קובע את שיעורו לפי ההסכם, שנכנס לתוקף עם חתימתו ולכן עמד בתוקפו.

לעניין הטענה כי לא היה מקום לפסוק הן פיצויי הסתמכות והן פיצויים מוסכמים, עופר לא תבעה פיצויי קיום ופיצוי מוסכם אלא פיצויי קיום ולחילופין פיצויי הסתמכות ופיצוי מוסכם, והדבר אפשרי. בהסכם עצמו נרשם כי הפיצוי המוסכם חל מבלי לגרוע מכל זכות או סעד העומדים לעופר לפי הדין או ההסכם, וחל לצד סעדים נוספים שמוקנים לעופר במקרה של ביטול ההסכם.

12. <u>תמצית טענותיה של עופר בערעור מטעמה כמפורט בעיקרי הטיעון מטעמה:</u>

א. שגה בית המשפט קמא בקביעתו, כי לצורך חישוב הרווח עליו מפצים בפיצויי קיום יש לקזז את הוצאות בניית המושכר מההכנסות עבור דמי השכירות. בנדון לפי כללי המס, הוצאות הקמת מבנה לעולם לא מנוכות מהרווח הואיל והן מהוות השקעה (להבדיל מהוצאה פירותית).

ב. בפסק הדין קמא נקבע כי עופר לא היתה רשאית לתבוע את ההכנסות שנמנעו ממנה אלא רק את אבדן הרווח, ולכן היה עליה להציג את ההוצאות שהוציאה עבור עלויות בניית המבנה. ברם לא ניתנה לעופר כל הזדמנות להתייחס לכך ולהציג ראיות ועדים. זאת למרות שאלמוכתאר לא טענה זאת בכתב הגנתה, אלא העניין עלה בפסק הדין וביוזמת בית משפט קמא.

ג. אף אם ייקבע כי יש לנכות את הוצאות הקמת המבנה מהרווח, הרי שהמבנה כבר הוקם ע"י עופר כך שהוצאות הבנייה כבר הוצאו, לכן ניכויין לאחר הוצאתן מהווה כפל ניכוי. בנדון היה על בית משפט קמא להסיק כי הוצאות בניית המבנה (שהוצאו) זהות להוצאות שעופר היתה מוציאה לו הקימה את המבנה עבור אלמוכתאר.

ד. בהתאם להסכם, עופר לא אמורה לשאת בהוצאות תפעול המבנה ואחזקתו כך שבעניינו הפסד ההכנסות (דמי שכירות) מהווה הפסד הרווח.

ה. עופר הקטינה את נזקיה בכך שבנתה את המבנה והשכירה לשוכר חלופי.

ו. הנזק שנגרם לעופר בשל הפרת ההסכם (פיצויי הקיום) הוא - אבדן דמי השכירות לתקופה של 50 חודשים בהפחתת דמי השכירות שהתקבלו מהשוכרים החלופיים בתקופה זו. היינו סך של 8,385,681 ₪ בתוספת מע"מ (צמוד למדד מאי 2009).

13. <u>תמצית טענות אלמוכתאר בערעור שהגישה עופר, כמפורט בעיקרי הטיעון מטעמה:</u>

א. אין לטענות עופר בעניין דיני המס כל שייכות למחלוקת בין הצדדים, ואם בכלל הרי שהן מאששות את טענות אלמוכתאר לפיהן חיובה בתשלום הוצאות היתר הבניה מנוגד בעליל לדיני הפיצויים, מאחר שהן חלק מהוצאות הקמת המבנה.

ב. לא נגרם לעופר נזק לנוכח השכרת המבנה לשוכרים אחרים ולא לאלמוכתאר. אמנם עופר החלה לקבל את דמי השכירות מהשוכרים החלופיים מאוחר יותר אך זה קרה עקב העובדה שהחלה בבניית המבנה מאוחר יותר ממה שנקבע בהסכם (שנת 2014 במקום 2012), ובתקופה זו מחירי השכירות אף עלו. כך שעופר הרוויחה יותר ממה שהיתה צפויה להרוויח בהסכם.

ג. אלמוכתאר ביטלה את ההסכם כדת וכדין. טעה בית המשפט קמא עת קבע, בניגוד ללשונו המפורשת של החוזה, כי למרות שמתן היתר תוך עשרה חודשים הוגדר בהסכם כתנאי מתלה, לא מדובר למעשה בתנאי מתלה. לאלמוכתאר קמה עילת ביטול, שעה שפרק הזמן שחלף עד הוצאת ההיתר עמד על שלושים ושישה חודשים, ולא עשרה חודשים.

ד. אלמוכתאר לא הסכימה לשינוי הוראות ההסכם, וייחוס הסכמה כזו מנוגד ישירות להוראות ההסכם, שנוסח דווקא על ידי עופר.

ה. עופר לא טענה שנגרם לה נזק עקב הצורך להתאים את תכנון המבנה לצרכי שוכר אחר, ולכן אין הקביעה הזו רלוונטית לעניין הנזק שעופר טוענת לו. אף כל ההוצאות שעופר הוציאה לצורך בניית המבנה לא יכולות לעמוד כ"נזק" שנגרם לה עקב ביטול ההסכם. למעשה, ברור כי לא נגרם לעופר שום אובדן הכנסות עקב ביטול ההסכם. הנכס שנבנה הושכר, והוא מניב לעופר פירות רבים.

<u>ישיבת יום 2.6.20</u>

14. דיון בערעורים הנדונים שאוחדו, התקיים לפנינו ביום 2.6.20.

15. <u>במסגרת הדיון, חזר ב"כ אלמוכתאר על עיקרי הטיעון מטעמו, תוך שהוא מתמקד בנקודות הבאות</u>:

א. הפרת ההסכם היתה ביולי 2012 אולם עופר מבקשת פיצוי על הוצאות שהוציאה לפני הפרת ההסכם, בגין תכנון המבנה, ואין להיעתר לכך.

ב. המבנה שנבנה תוכנן בלי קשר לאלמוכתאר וטענת עופר כי הותאם לדרישות אלמוכתאר מסתכמת בשינויים קלים ומינוריים במעטפת המבנה.

ג. משקיימת הוראה בהסכם כי כל שינוי בהסכם ייעשה בכתב, יש להעדיף את הוראות ההסכם ולא לקבוע ממצאים עובדתיים על סמך שיחות בעל פה, כפי שנעשה בפסק הדין קמא.

16. <u>ב"כ עופר חזר אף הוא על עיקרי הטיעון מטעמו, והתמקד בנקודות הבאות</u>:

א. הפיצוי בגין הוצאות הקמת המבנה מתייחס להוצאות התכנון בלבד תוך התאמתו לדרישות אלמוכתאר ולצרכיה, ולא ולהוצאות הבנייה בפועל, וכך פסק בית המשפט קמא.

ב. במבנה שנבנה בפועל נעשו שינויים פנימיים קלים, על מנת להתאימו לשוכרים החלופיים במקום אלמוכתאר, ללא שינוי במעטפת המבנה.

17. בהמשך, ולשם חידוד הדברים כשהדבר יידרש, אתייחס ביתר הרחבה לטענות מי מהצדדים.

<u>דיון והכרעה</u>

18. טיעוני הצדדים בערעורים המאוחדים, הן בכתב והן בעל-פה, הם נרחבים, כיאה לפסק דין המשתרע על פני 75 עמודים. עם זאת, משהאריכו הצדדים אקצר בדברים ואגש אל ליבת הערעור [כאמירתו של כב' השופט עמית בע"א 3805/17 **קיבוץ כרמים – אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' אנטיפוד השקעות בע"מ**, פסקה 3 (25.6.19) – להלן: "**ענין קיבוץ כרמים**")].

19. כידוע אין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאי עובדה ומהימנות. הליך הערעור לא נועד לשמש במה לדיון מבראשית בכל הטענות העובדתיות שנדונו והוכרעו על-ידי הערכאה הדיונית. התערבות בקביעות עובדתיות ובממצאי מהימנות תיעשה בהתקיים נסיבות מיוחדות וחריגות בלבד, בהן מתגלה שגיאה בולטת על פני החלטתו של בית משפט קמא. כך למשל, כאשר ממצאי העובדה אינם מעוגנים כלל בחומר הראיות, או מקום שבו הגרסה העובדתית שאותה אימץ בית משפט קמא, אינה מתקבלת על הדעת ואינה מתיישבת עם מבחנים של היגיון ושכל ישר.

<u>ראו לענין זה</u>:

ע"א 10225/02 **פרץ נ' פרץ בוני הנגב** (15.1.2004);

ענין קיבוץ כרמים, פסקה 3.

20. <u>במצב דברים זה, מצאתי לנכון לקבל את הקביעות העובדתיות, השזורות בקביעות מהימנות, של בית משפט קמא ואת מסקנותיו המשפטיות, על רקע התשתית העובדתית שנפרסה בפניו (שפורטה בהרחבה בפסק הדין), כדלקמן</u>:

א. אלמוכתאר הודיעה לעופר לראשונה על ביטול ההסכם בישיבת יום 3.7.12, ועל הודעתה זאת חזרה במכתב מיום 4.7.12 (סעיף 118 לפסק הדין);

ב. לא קמה לאלמוכתאר עילה כדין לביטול ההסכם. משכך הודעת הביטול שנתנה עולה כדי הפרת ההסכם. משנתנה לה עופר ארכה לתיקון ההפרה, ומשלא חזרה בה אלמוכתאר מהודעת הביטול – ביטלה עופר כדין את ההסכם, וזכאית לקבלת סעדים מאלמוכתאר (סעיפים 147-146 לפסק הדין).

ג. תכנון המבנה הותאם לדרישות אלמוכתאר, לצרכיה ולשימוש שביקשה לעשות במבנה. נציגיה של חברת אלמוכתאר נטלו חלק פעיל בהליך התכנון (סעיף 44 לפסק הדין).

ד. דחיית טענת אלמוכתאר, כי התאמות תכנון המבנה לדרישותיה וצרכיה לא חייבו שינויים תכנוניים משמעותיים אלא "קוסמטיים" (סעיף 45 לפסק הדין).

ה. נוכח העיכוב הרב בקבלת היתר הבניה למבנה שתוכנן הציעה עופר לאלמוכתאר בשנת 2011 לבטל את ההסכם. אלמוכתאר דחתה הצעה זאת באמירתו של מנכ"ל אלמוכתאר, מר עאמר סאלח, "אני איתכם עד הסוף" (סעיפים 53; 76; 95-96 לפסק הדין).

ו. במצב הדברים המוכח, יש לומר כי התנהגותם של הצדדים מלמדת על הסכמה להאריך את פרק הזמן שנקבע להתקיימות התנאי החוזי הנוגע לפרק הזמן שנדרש לקבלת היתר בניה עד למועד קבלתו בפועל בתאריך 25.6.12 (סעיפים 76 ו-90 לפסק הדין).

ז. פירוט וסכום פיצויי ההסתמכות כמפורט בפרק ה-5 לפסק הדין בסכום של 1,172,739.7 ₪ (סעיף 187 לפסק הדין).

<u>בנדון הדגישה השופטת קמא בפסק הדין כי</u>:

> **"ההוצאות הנתבעות בכל סעיף וסעיף מרכיבי התביעה פורטו בתצהירו של מר יצחק נודרי זיזוב, סמנכ"ל כספים בחברת עופר (סעיפים 22-18 לתצהיר, נ/7, וכן נספחים 11-7 לו). הפירוט באשר להוצאות שנגרמו לחברת עופר בשל הפרת ההסכם הנו ברור, מפורש ומגובה במסמכים, ואני מאמצת אותו..."** (ציטוט מסעיף 183 לפסק הדין).

וכן:

> **"חברת אלמוכתר לא הצביעה על פגם בנתונים אשר הוצגו בדוחות הכספיים, הגם שנערך הליך גילוי מסמכים בין הצדדים להליך, והיא יכלה לבחון את הקבלות או החשבוניות ולהשוותן לדוחות אשר הוצגו. נוכח הראיות שהציגה חברת עופר עובר נטל הבאת הראיות לכתפי חברת אלמוכתר"** (ציטוט מסעיף 184 לפסק הדין).

וכן:

> **"תחשיב ההוצאות מבוסס על הרישום בכרטסת הנהלת החשבונות של חברת עופר ביחס לשכר הטרחה ששולם לגורמים הבאים: אדר' גדעון אדרת, י' מאור – הנדסה**

> **אזרחית (תכנון תנועה וסלילה), חברת "הז-מט", מכון התקנים הישראלי, ש' זייד ובניו בע"מ, דן שרון – מהנדסים יועצים 2002 בע"מ (תכנון חשמל), תכן מבנים בע"מ (תכנון), מילר בלום ושות' (תכנון סביבתי), אלכס רוזיי (מנהל פרויקט), סלע נהרי מהנדסים ויועצים בע"מ (תכנון אינסטלציה), יפה נוף תחבורה תשתיות ובניה בע"מ (ייעוץ ואישור נגישות נכים לפרויקט), ש' קרני מהנדסים בע"מ (יעוץ בענייני ניקוז), יועצי בטיחות, העתקות וצילומים, שפירא בנימין (הכנת תשריטים), הוצאות יעוץ, הוצאות משפטיות (יעוץ וטיפול משפטי ראשוני נוכח הפרת הסכם השכירות), הוצאות שיווק לצורך מציאת שוכר חלופי (ההוצאות והפרשי הצמדה סוכמו בטבלה שצורפה כנספח 8 לתצהירו של מר יצחק נודרי זיזוב).**
>
> **אני מקבלת את התחשיב, למעט הוצאות משפטיות והוצאות שיווק לצורך מציאת שוכר חלופי. הוצאות אחרונות אלה הוצאו לאחר ביטול ההסכם ואינן הוצאות שהוצאו לצורך קיומו. משכך, אני מעמידה את החזר ההוצאות על סכום של 910,938.78 ₪.**
>
> **...אשר לאגרות ולהיטלים ששילמה חברת עופר בין החודשים מרץ 2009 ויוני 2012 (בסכום של 1,814,018 ₪), לא עותרת חברת עופר להחזרן אלא לפיצוי בגין הנזק שנגרם לה בשל הקדמת התשלומים בסך 222,167 ₪, לפי ריבית שנתית של 5%, שיכולה הייתה לקבל בהשקעה חלופית של הכסף (סעיפים 19-20 לתצהיר מר יצחק נודרי זיזוב, נ/7, ונספח 11 לו). כך גם לגבי עבודות פינוי והריסה שבצעה חברת עופר בעלות של 645,660 ₪ בין השנים 2012 – 2013 (סעיף 21 לתצהיר מר יצחק נודרי זיזוב, נ/7) עותרת חברת עופר לפיצוי בגין הקדמת התשלום, בסכום של 39,634 ₪"**
> (ציטוט מסעיפים 185-186 לפסק הדין).

היינו – דיון עובדתי מוצק ומבוסס שאין מקום להתערב בו במסגרת ערעור זה, בטענה כללית (של אלמוכתאר) כי לא נגרם לעופר כל נזק ובהעדר סתירת נתוניה

החשבונאיים הנטענים והמוכחים (כקביעת השופטת קמא) שהביאה עופר בנדון בפני בית משפט קמא.

בנדון אציין, כי אלמוכתאר טענה בערעורה כי לא נגרם לעופר כל נזק עקב הפרת ההסכם על ידה, שהרי בסופו של יום בנתה המבנה בהתאם לתכנון המדובר, ואפילו לא השכירה את כולו. הרי המבנה הוא נכס שנותר בידה.

לא שוכנעתי מטענה זאת של אלמוכתאר. פיצויי הסתמכות נפסקים בעבור הפסד השקעה בפועל (פיצוי על הוצאות סבירות שהנפגע הוציא בפועל בהסתמך על ההסכם ולצורך קיום חיוביו החוזיים). המועד הקובע לבחינת שיעור פיצויי ההסתמכות הוא מועד ההפרה וביטול ההסכם כתוצאה מכך (גבריאלה שלו ויהודה אדר, **דיני חוזים – התרופות לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי**, דין הוצאה לאור בע"מ, (להלן: "**שלו ואדר**"), עמ' 48).

במועד זה של הפרת ההסכם וביטולו, פיצויי ההסתמכות הוכחו כדבעי בפני בית משפט קמא, כמצויין וכמצוטט בהרחבה לעיל.

יותר מזה – הנפגע מהפרת חוזה יזכה בפיצויי הסתמכות, בדרך כלל, כאשר לא מוצדק לפסוק לו פיצויי קיום או כשנבצר ממנו להוכיח שיעוריהם של פיצויי קיום (**שלו ואדר**, עמ' 60; **ענין מלון צוקים**), בדיוק כבמקרה דנן (שיעור הרווח הנובע מהשכרת המבנה בהתאם להסכם) כפי שנראה ונפרט בהרחבה להלן. משכך, בניית מבנה כזה או אחר על ידי עופר לאחר ביטול ההסכם עקב הפרתו על ידי אלמוכתאר, אינו משמש לטעמי מדד כלשהו לצורך הפחתת פיצויי ההסתמכות, שכאמור נבחנים במועד ההפרה וביטול ההסכם מכוחה. אם לא תאמר כך כי אז ניתן לומר, כי בניית המבנה היתה בגדר ציפיות הצדדים בעת ההפרה, ואז קמה לכאורה זכותה של עופר לפיצויי קיום (שבמקרה דנן גבוהים לאין שיעור מפיצויי ההסתמכות). **זאת לא דעתי**, כפי שאפרטה בהרחבה להלן. לכן משללנו זכאותה של עופר לפיצויי קיום בנסיבות המקרה דנן, ממילא היא זכאית לפיצויי הסתמכות **באופן מלא** בשיעור כפי שהוכיחה ופסקה לה השופטת קמא.

21. <u>קביעות מהימנות ועובדה אלה של בית משפט קמא בפסק הדין בהן לא מצאתי לנכון להתערב, מובילות לדחיית הנקודות הבאות בערעורה של אלמוכתאר (ע"א 35450-03-20):</u>

א. הטענות נגד קביעת בית משפט קמא כי אלמוכתאר ביטלה את ההסכם שלא כדין (סעיף 2 לעיקרי הטיעון).

ציינה אלמוכתאר בערעורה, כי בית משפט קמא ביסס קביעה זאת בכך שאלמוכתאר לא נתנה לעופר ארכה לפני ביטול ההסכם, וכי אלמוכתאר הסכימה

בהתנהגות ליתן לעופר אורכה להוצאת ההיתר באיחור, ועם הוצאתו פקעה לאלמוכתאר זכות הביטול.

טוענת אלמוכתאר כי בקביעות אלה טעה בית משפט קמא מהטעמים הבאים:

ראשית – לא היה צורך במתן ארכה מאחר שבמועד ביטול ההסכם, האיחור הממושך בהוצאת ההיתר כבר אירע. לכן לא ניתן היה לתקן ההפרה;

שנית – לפי הוראת סעיף 27 להסכם, לא ניתן לייחס למי מהצדדים הסכמה בהתנהגות לשינוי ההסכם, ולא היה ראוי כי בית משפט קמא יסיק שינוי ההסכם בהתנהגות בניגוד להוראה חוזית זאת;

שלישית – לא היתה הצדקה ענייינית לקבוע שעם הוצאת היתר הבניה פקעה זכות הביטול של אלמוכתאר. קביעה זאת לא נובעת מהוראות החוזה בין הצדדים ו/או מהוראות הדין.

מנגד טענה עופר בעיקרי הטיעון מטעמה (פרק ג/2) כי בצדק קבע בית משפט קמא כי אלמוכתאר הפרה את ההסכם, לאחר שבשנת 2011 ניתנה לה הזדמנות לצאת ממנו ללא כל סנקציה אך היא בחרה להמשיך בקיום ההסכם (ועוד טענות כמפורט שם).

סבורני כי אין צורך להיכנס לעובי טענות הצדדים בנדון, לנוכח קביעותיו העובדתיות השזורות בקביעות מהימנות, של בית משפט קמא בפסק דינו הנרחב (ראה עמ' 58-28 לפסק הדין), בדבר ביטול ההסכם שלא כדין על ידי אלמוכתאר (הנותנות תשובה אף לטענות אלמוכתאר בערעורה), שלא מצאתי בהם טעות בולטת שתחייב את התערבות ערכאת הערעור.

יחד עם זאת אתעכב על טענה אחת, המשמיטה למעשה את הבסיס תחת טענתה של אלמוכתאר כי טעה בית משפט קמא כשקבע כי ביטלה את ההסכם שלא כדין, בהסתמך על סעיף 27 להסכם, השולל שינוי הוראות הסכם על דרך ההתנהגות.

בנדון קובע סעיף 27.3. להסכם כי:

> **"כל התנהגות, ארכה, ויתור, הרשאה...שינוי...לא יהיה בהם כדי להצביע על כל כוונה מצד כלשהו, לוותר ו/או לשנות מכל זכות מזכויותיהם על פי הסכם זה, ולא יהיה כל תוקף משפטי אלא אם הויתור או השינוי נעשו במפורש, בכתב ונחתמו על ידי הצדדים".**

מכוחו של סעיף זה טוענת אלמוכתאר כי לא יתכן שינוי תנאי ההסכם מכח התנהגות הצדדים.

לא שוכנעתי מטענה זאת של אלמוכתאר, שכן גם תניות אלה שבסעיף 27.3 להסכם ניתנות לשינוי על דרך ההתנהגות.

<u>הפסיקה בנדון די ברורה וקובעת כדלקמן</u>:

"השאלה הראשונה אשר יש להכריע בה היא, מהו תוכן החוזה בין הצדדים לעניין החובה להחזיק מחסן למיכלי הגז. נקודת המוצא בבחינת שאלה זו מצויה בהוראת סעיף 23לחוק החוזים. הוראה זו משקפת את עקרון "חופש הצורה" (ראה: פרופ' ג' שלו, דיני חוזים (דין, תש"ן) 286-285), אשר לפיו חוזה יכול שייעשה בכל צורה שהיא, אלא אם צורה מסוימת היא תנאי לתוקפו, על-פי חוק או על-פי הסכם בין הצדדים. מעיקרון זה נובעת גם המסקנה, כי הצדדים לחוזה רשאים להתנות עליו ולשנות את הוראותיו מבלי להיות מוגבלים לפרוצדורה או לצורה מסוימת דווקא. בין השאר, ייתכן שייווצר חוזה - או שתשונה הוראה מהוראותיו - על-ידי התנהגות הצדדים (ראה שלו, בספרה הנ"ל, בעמ' 286). ייתכן גם כי מהתנהגות הצדדים לחוזה, או אחד מהם, יוסקו התחייבות חוזית, המיתוספת להסדר החוזי אשר עלה על הכתב. .., או אומד דעתם של הצדדים לעניין משמעותו של החוזה או הוראה בו... מן הנאמר לעיל עולה המסקנה, כי לצדדים לחוזה שלפנינו היה הכוח המשפטי לשנותו על-ידי התנהגותם. השאלה אשר יש להכריע בה עתה היא, אם התקיימו בענייננו נסיבות, בהן משקפת התנהגות הצדדים כוונה לסטות מהוראות החוזה שנחתם ביניהם, ובמיוחד מהוראת סעיף 5(א) הנ"ל.

כאשר מדובר בשינוי חוזה כתוב על דרך של התנהגות הצדדים המאוחרת לכריתתו, מן הדין שהתנהגות הצדדים לחוזה תשקף את גמירת הדעת לסטות מהוראות החוזה. עיקרון זה נובע מהוראות סעיפים 2ו- 5לחוק החוזים, לפיהם נדרשת, כתנאי לשכלולם של הצעה וקיבול, מסקנה בדבר גמירת-דעת. משמעות דרישה זו תוארה על-ידי פרופ' שלו,

> **בספרה הנ"ל, בעמ' 91, כ"רצון מגובש, כוונה רצינית להתקשר בחוזה והחלטיות"** (ציטוט מע"א 4956/90 **פזגז חברה לשיווק בע"מ נ' גזית הדרום בע"מ**, פסקאות 8-7, פד"י מו(4) 35, 40).

כן ראו ע"א 8427/12 **יעקבסון נ' ויגדור** (22.12.14) – (להלן: **"ענין ויגדור"**) האומר דברים דומים תוך שמוסיף ומציין כי:

> **"ודוק, אם בכלל נודעת חשיבות להגיון הכלכלי שביסוד העסקה ולרקע העסקי שבין הצדדים להבנת ההסכמות ביניהם על פי התנהגותם, הרי שבמקרה דנא החשיבות היא יתרה ומיוחדת"**. (ציטוט מעמ' 12 לפסק הדין).

במקרה דנן השינוי בהתנהגות בא לידי ביטוי ברור בדחיית אלמוכתאר את הצעת עופר לביטול ההסכם בשנת 2011 כמצויין בסעיף 20(ה) לעיל. **ניתן להבין זאת על רקע חשיבות עסקת השכירות לאלמוכתאר באותה נקודת זמן** (ראו **ענין ויגדור** בקטע המצוטט לעיל).

לכן יש לומר כי אף את הוראת סעיף 27.3 להסכם, בדבר שינוי הוראות ההסכם בכתב בלבד שינו הצדדים בהתנהגותם המפורשת בנדון (ודוק – לא נרשם בסעיף זה כי הינו קוגנטי ולא ניתן לשינוי בעל פה או על דרך ההתנהגות).

אם לא נאמר כך, ולנוכח אמירתו המפורשת של מנכ"ל אלמוכתאר להצעתה של עופר לצאת מההסכם ללא סנקציה בשנת 2011 "אני אתכם עד הסוף" (אמירה לה האמינה כאמור השופטת קמא, ועוד מצגים שפורטו בפסק הדין ואף בעיקרי הטיעון של עופר, בפסקה 31 המצוטטת להלן), תוך שגרם לעופר להמשיך בהליכי קבלת ההיתר תוך הוצאת הוצאות נוספות, יהיה קשה שלא לקבוע כי אלמוכתאר הפרה בנדון את חובתה לקיום חיובים וזכויות (לרבות החיוב או הזכות כי כל שינוי בהוראות ההסכם יהיו בכתב) הנובעים מההסכם **בתום לב**, כהוראת סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: **"חוק החוזים"**) – **"בקיום של חיוב נובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה"**.

רק לאחרונה (7.6.20) עמד על נקודה זאת בית המשפט העליון (כב' השופט עמית) בהתייחס גם לסעיף 39 לחוק החוזים, בציינו כך:

> **"העובדה שהמשיבים אוחזים בזכות כלפי המערערים... אינה מאפשרת להם לעשות שימוש לרעה בזכות זו ואינה**

פוטרת אותם מהחובה להפעילה בתום לב..." (ע"א 3190/18 **מרקוביץ ואח' נ' ועד בית הכנסת "נחלת יצחק" ואח'** (פסקה 21), ניתן ביום 7.6.20).

כן ראו ע"א 4628/93 **מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ**, פד"י מט (2) 265,327:

"... עקרון תום הלב אינו מוגבל אך להתוויית דרך ראויה לביצוע חיובים חוזיים, אלא הוא מהווה גם מקור להוספת זכויות וחובות לחוזה הקיים. "...סעיף 39 לחוק החוזים עשוי להטיל על בעלי החוזה חובות נוספות, שזכרן אינו בא בחוזה עצמו, אך המתבקשות מהצורך להביא להגשמת החוזה בדרך מקובלת ובתום-לב..." (פסק-דיני בבג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים ואח' [66], בעמ' 836). וכן -

'...הוראת סעיף 39לחוק החוזים (חלק כללי) היא הוראה 'מלכותית' רבת פנים. יש שהיא מטילה חובות שזכרן לא בא במפורש בחוזה שבין הצדדים...' (פסק-דיני בבג"צ 1683/93 יבין פלסט בע"מ ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים ואח' [32], בעמ' 708)".

כאמור החובה לקיים חיוב או זכות הנובעים מהסכם בתום לב יש לה השלכות במקרה דנן, נגד טענתה הנדונה של אלמוכתאר, כי סעיף 27.3 להסכם מונע שינוי הוראות הסכם בהתנהגות, ומקשה עליה בטענתה נגד קביעת בית משפט קמא בדבר ביטול ההסכם על ידי אלמוכתאר שלא כדין.

נזכיר בנדון את טענתה של עופר, כפי שבאה לידי ביטוי בפסקה 31 לעיקרי טיעון מטעמה כי:

"מצגי המערערת שהובאו לעיל (השיחה בין נציגי הצדדים משנת 2011 'אני אתכם עד הסוף'; השתתפות המערערת בישיבת המתכננים (14.3.12) בסמוך לקבלת ההיתר; הפגישה מיום 3.7.12 בה מסרה המערערת

> **לראשונה ולאחר קבלת ההיתר כי משיקולים כלכליים היא לא מעוניינת בעסקה; עדויות עדי המשיבה על הקשר בין הצדדים במהלך התקופה), לא היוו שינוי חוזה בהתנהגות כטענת המערערת אלא מעידים שבזמן אמת לא סברה המערערת שחלף הזמן הסביר להוצאת היתר או כי ההסכם עימה הופר אלא זו טענה שנולדה אך בדיעבד. לאור הצגת מצגים אלו היא כעת מושתקת ומנועה מלטעון כי היא סברה אחרת"**.

אמנם איני מסכים עם טענתה של עופר כי לא היה בנדון שינוי בהתנהגות של הוראות ההסכם שקבע את מועד קבלת ההיתר בתוך 10 חודשים ממועד חתימת ההסכם (וגם השופטת קמא קבעה כי היה בנדון שינוי בהתנהגות כמצויין לעיל), אך הקטע המצוטט לעיל מלמד על מניעותה של אלמוכתאר לטעון היום, בין היתר עקב חובת תום הלב, נגד אפשרות שינוי ההסכם בהתנהגות לנוכח סעיף 27.3 להסכם.

מעבר לצורך גם אציין, כי טענה זאת בנוגע לסעיף 27.3 להסכם כלל לא נטענה על ידי אלמוכתאר בבית משפט קמא, אלא לראשונה בפנינו כערכאת ערעור. עמד על כך בא כוחה של עופר בעיקרי הטיעון מטעמו (גם בהתייחס לטענות אחרות שנטענו על ידי אלמוכתאר). מנגד בא כוחה של אלמוכתאר ציין, כי עסקינן בטענה משפטית שיכולה להיטען לראשונה בערכאת הערעור (וצירף אסמכתאות לכך בהודעה שהגיש ביום 4.6.20).

אכן **טענה משפטית טהורה** יכולה להיטען אף בערכאת הערעור לראשונה. יחד עם זאת במקרה דנן טענתה המשפטית הנדונה של אלמוכתאר, אין בכוחה לשנות את הקביעה העובדתית של בית משפט קמא, כי התנהגותם של הצדדים, עופר ואלמוכתאר, מלמדת על הסכמה להאריך את פרק הזמן שנקבע להתקיימות התנאי החוזי הנוגע שנדרש לקבלת היתר בניה עד למועד קבלתו בפועל בתאריך 25.6.12 (סעיפים 76 ו-90 לפסק הדין).

מכאן במשתמע, כי אלמוכתאר **בהתנהגותה**, כמתואר לעיל, הסכימה גם לשינוי דרישת הכתב שבסעיף 27.3 להסכם בנקודה זאת (הארכת פרק הזמן שנקבע להתקיימות התנאי החוזי שנדרש לקבלת היתר, כמצויין לעיל).

ככל שאלמוכתאר רצתה שלא להסכים לקביעות/מסקנות אלה, היתה צריכה להתכבד ולטעון זאת מפורשות בבית משפט קמא, ולא בפנינו כבראת ערעור לראשונה.

ב. הטענה כי אף אם ביטלה אלמוכתאר את ההסכם שלא כדין תוך הפרתו, לא היה מקום לפסיקת פיצויים כלשהם לעופר, שכן לא נגרם לה כל נזק עקב קבלת היתר הבניה.

שוכנעתי כי גם בטענה זו חותרת אלמוכתאר תחת קביעות מהימנות ועובדה שנקבעו על ידי בית משפט קמא, הן לענין מהות ההוצאות והן לענין סכומן.

ודוק - ההוצאות (פיצויי הסתמכות) שפסקה השופטת קמא בנדון אינן כוללות הוצאות בניית המבנה אלא רק הוצאות (ניכרות) שהוצאו לתכנון והתאמת המבנה לדרישותיה של אלמוכתאר, שהיתה שותפה לתכנון (ראו דבריי בסעיף 20(ב—ג) לעיל).

בא כוחה של עופר גם הדגיש בישיבת הערעור כי:

> **"לענין ההוצאות – אני מפנה לסעיפים 30-29 לפסה"ד... מדובר שם על הוצאות תכנון בלבד, ולא על הוצאות בניה בפועל. לא בכדי השופטת קמא פוסקת אחר כך ומתייחסת לכך שמדובר בהוצאות מיוחדות. זה מה שעולה מהעדויות של כל העדים מטעמי"** (עמ' 4 לפרו' שו' 16-14).

סבורני כי פסק הדין קמא, בנותנו אמון בעדיה של עופר ובמסמכים שצירפה לענין ההוצאות שהוציאה לקיום החוזה עד ביטולו (פיצויי הסתמכות), פסק את פסקו בצורה ברורה, חד משמעית ומבוססת, ולא מצאתי טעות בקביעותיו אלה.

בית משפט קמא פסק פיצויי הסתמכות בגין הוצאות שהוציאה עופר על התאמת התכנון לדרישותיה של אלמוכתאר, לרבות בדבר הקדמת הוצאות, תוך דחיית טענותיה של אלמוכתאר כי למעשה לא נגרם לעופר כל נזק בנדון (דומה לטענות הערעור דנן - ראו סעיף 157 לפסק הדין).

נפנה בנדון גם לציטוט הדברים בסעיף 20(ז) לעיל.

22. משכך הם פני הדברים, נותרה לבירור בכל אחד מערעורי הצדדים נקודה אחת בלבד:

א. בערעורה של אלמוכתאר (ע"א 35450-03-20) נותרה לבירור השאלה, האם היה מקום כי בית משפט יפסוק לעופר הן פיצויי הסתמכות (הוצאות שהוציאה עופר

לנוכח ולצורך ההתקשרות החוזית עם אלמוכתאר עד לביטול ההסכם) והן פיצוי מוסכם, או שמא מדובר בכפל פיצוי?

ב. בערעורה של עופר (ע"א 5273-05-20) נותרה לבירור השאלה, האם בדין לא פסק בית משפט קמא לעופר פיצויי קיום, או שמא היה מקום לפסוק לטובת עופר פיצויי קיום בנסיבות המקרה דנן?

23. נתחיל בבחינת נקודת ערעורה הנותרת של אלמוכתאר כמפורט בסעיף 22(א) לעיל, ולאחר מכן נבחן את טענותיה של עופר בערעורה היא, בשאלת אי-פסיקת פיצויי קיום על ידי בית משפט קמא.

<u>פיצויי הסתמכות ופיצויים מוסכמים</u>

24. כאמור לעיל, השופטת קמא פסקה לעופר במקרה הנדון הן פיצויי הסתמכות והן פיצוי מוסכם שנקבע בהסכם.

<u>בנדון ציינה השופטת קמא בפסק הדין (סעיף 191) כדלקמן</u>:

> **" למען הסר ספק יובהר כי אין בפסיקת פיצויי הסתמכות בכדי לשלול את זכותה של חברת עופר לקבל גם את הפיצויים המוסכמים – ללא הוכחת נזק (לעניין זה ראו פסק הדין ברע"א 470/08 כרמל התפלה בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד האוצר (4.3.2010)).**
>
> **בענייננו, לא מצאתי עילה להפחתה מסכום הפיצויים המוסכמים שנקבעו ואני מוצאת אותם כסבירים בנסיבות העניין".**

כאמור נגד קביעה זאת יצאה אלמוכתאר חוצץ וטענה כי עסקינן במקרה דנן בכפל פיצוי.

25. **אקדים ואומר כי מצאתי ממש בטענה זאת של אלמוכתאר**, כפי שאבהיר להלן.

26. <u>סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: "**חוק התרופות**") קובע כי</u>:

> **"הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה".**

סעיף זה מקים את זכותו של הנפגע מהפרת חוזה לקבל פיצוי מהמפר, בין היתר פיצויי הסתמכות בהתאם למבחני הסיבתיות והצפיות הקבועים בסעיף.

<u>ראו לענין זה:</u>

דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים, כרך ד'**, "אבירם" הוצאה לאור בע"מ, עמ' 552 (להלן: "**פרידמן וכהן**")

ע"א 3666/90 **מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה** פד"י מו(4) 45, 59 (להלן: "**ענין מלון צוקים**").

27. <u>סוגיית הפיצויים המוסכמים מוסדרת בסעיף 15 לחוק התרופות, הקובע כדלקמן:</u>

> **"(א) הסכימו הצדדים מראש על שיעור פיצויים (להלן - פיצויים מוסכמים), יהיו הפיצויים כמוסכם, ללא הוכחת נזק; אולם רשאי בית המשפט להפחיתם אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה.**
>
> **(ב) הסכם על פיצויים מוסכמים אין בו כשלעצמו כדי לגרוע מזכותו של הנפגע לתבוע במקומם פיצויים לפי סעיפים 10 עד 14 או לגרוע מכל תרופה אחרת בשל הפרת החוזה.**
>
> **(ג) לענין סימן זה, סכומים שהמפר שילם לנפגע לפני הפרת החוזה והצדדים הסכימו מראש על חילוטם לטובת הנפגע, דינם כדין פיצויים מוסכמים".**

יש לשים לב כי סעיף 15(ב) לחוק התרופות מציין כי אפילו הוסכם בין הצדדים לחוזה על פיצויים מוסכמים שאינם מחייבים הוכחת נזק, הדבר אינו מונע מהצד שנפגע מההפרה לתבוע "**במקומם**" פיצויים, בין היתר בהתאם לסעיף 10 לחוק התרופות (פיצויי הסתמכות).

היינו לשונו הפשוטה של סעיף 15(ב) אינה מאפשרת קבלת פיצויים מצטברים - הן פיצויי הסתמכות והן פיצויים מוסכמים. יחד עם זאת הדברים אינם כפשוטם והגישה המקובלת כיום, הן בפסיקה והן בספרות המשפטית היא, שאין לשלול צירוף של פיצוי מוסכם לפיצויים אחרים, או בכלל לתרופות אחרות, ובלבד ששלא יווצר מצב של כפל פיצוי בגין אותו נזק.

ראו לענין זה:

שלו ואדר, עמ' 524-521;

יצחק עמית, **פיצוי מוסכם – סוגיות והיבטים**, דין ודברים כרך י2, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת חיפה, עמ' 39, 41, 56.

ע"א 628/87 **חורי נ' חברת חשמל לישראל בע"מ**, פד"י מו(1) 115, 123-122.

לשון אחרת ובהקשר לענייננו – ככל שנתבעים, על ידי הצד שנפגע מהפרה, פיצויי הסתמכות (לפי סעיף 10 לחוק התרופות) ביחד ובמצטבר עם הפיצוי המוסכם, ללא הבחנה בין ראשי הנזק השונים עליהם בא להגן כל פיצוי, יש לומר מכוחו של סעיף 15(ב) לחוק התרופות, כי לא ניתן לעשות כן, אחרת ייחשב הדבר לכפל פיצוי.

ככל שהצד שנפגע מהפרה רוצה לזכות הן בפיצויים לפי סעיף 10 לחוק התרופות (ובכלל זה פיצויי הסתמכות) והן בפיצוי המוסכם, עליו להתכבד ולפרט במה שונה סוג הנזק שנכלל בפיצוי המוסכם מהפיצויים האחרים שתבע לפי סעיף 10 לחוק.

28. לכן קביעתה הכללית של השופטת קמא בסעיף 191 לפסק הדין כי בכל מקרה זכאית עופר הן לפיצויי ההסתמכות (מכוחו של סעיף 10 לחוק החוק התרופות) והן לפיצוי המוסכם אינה מדוייקת, ואינה יכולה לעמוד.

סבורני גם כי הסתמכותה של השופטת קמא בנדון על רע"א 470/08 **כרמל התפלה בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד האוצר** (להלן: **"ענין כרמל"**) אינה במקומה, כפי שנראה מיד.

בענין כרמל קבע בית המשפט העליון (כב' השופט דנציגר) כדלקמן:

> **"בענייננו, הבורר פסק כי המדינה זכאית לפיצויי השבה בשיעור ההוצאות שהוציאה לצורך עריכת המכרז ובמהלך קיומו של ההסכם (סך של 5,229,000 ש"ח). נוסף על כך, פסק הבורר לטובת המדינה פיצוי מוסכם בהתאם לסעיף 4.2 לנספח M להסכם, בגין אי עמידתה של כרמל במועד השלמת הפרויקט. כפי שראינו לעיל, על פי פסיקתו של בית משפט זה, וכפי שעולה גם מסעיף 2 לחוק התרופות, אין מניעה לפסוק פיצוי מוסכם לצד פיצויי השבה, והדבר יהיה תלוי בפרשנותה של תניית הפיצוי המוסכם ובתכליתה. בענייננו, כרמל טוענת כי תכליתו של הפיצוי המוסכם הייתה "לפצות" את המדינה, במקרה של עיכוב בהשלמת המתקן, בגין המים המותפלים שהייתה המדינה זכאית לרכוש על פי ההסכם ושאותם לא יכלה לרכוש בגין העיכוב בהשלמת**

> **הפרויקט. אמנם בסופו של דבר, כך נראה, המדינה לא נזקקה בפועל לאותם מים מותפלים שאותם התחייבה לרכוש מכרמל, אולם הסעיף אינו מתנה את הפיצוי המוסכם בצורך בפועל אלא קובע כי בכל מקרה של איחור תהא המדינה זכאית לפיצוי כאמור.**
>
> **יתרה מכך, סעיף 4.2 לנספח M להסכם מעיד על עצמו במפורש כי הוא נועד לחול לצידם של סעדים נוספים ואף במקרה של ביטול ההסכם...**
>
> **...הנה כי כן, על פי פסיקתו של בית משפט זה ועל פי נוסחה ותכליתה של התניה, לא הייתה מניעה שהבורר יפסוק לטובת המדינה פיצוי מוסכם בצדם של פיצויי ההשבה"** (ציטוט מפסקאות 17-70 לפסק הדין).

עינינו הרואות, כי **בענין כרמל**, נפסקו פיצויי הסתמכות ופיצויים מוסכמים על ראשי נזק שונים.

<u>פיצויי הסתמכות</u> – כהחזר הוצאות;

<u>פיצויים מוסכמים</u> – בגין אי עמידתה של מפרת ההסכם במועד השלמת הפרוייקט (כך צויין במפורש בסעיף 4.2 לנספח M להסכם).

לכן אין עסקינן בפיצויי כפל, בדיוק כפי שציינו לעיל.

29. מן הכלל אל הפרט למקרה דנן.

בכתב התביעה שכנגד שהגישה עופר נגד אלמוכתאר במסגרת התיק קמא, היא תבעה פיצויי קיום, ולחילופין פיצויי הסתמכות ופיצויים מוסכמים כנקוב בהסכם (סעיף 62 לכתב התביעה שכנגד).

עופר לא ציינה בכתב התביעה שכנגד כי הפיצוי המוסכם בא לפצות על סוג או ראש נזק אחר, המובחנים מפיצויי ההסתמכות.

<u>יותר מזה, סעיף 25.5.3 להסכם, המגדיר את הפיצוי המוסכם, גם לא מצביע על סוג נזק מסויים לגביו בא הפיצוי המוסכם לפצות, וזה לשונו</u>:

> **"השוכר ישלם למשכיר פיצוי קבוע ומוסכם מראש, בשיעור של דמי השכירות וארנונה שהיו מגיעים מהשוכר למשכיר על פי הסכם זה בגין החודש שקדם להפרה בתוספת מע"מ כדין מוכפל פי שניים ללא צורך בהוכחת נזק. הצדדים מצהירים כי קבעו את**

> **הפיצוי הנ"ל לאחר הערכת גובה הנזק שעלול להיגרם למשכיר כתוצאה מהפרת ההסכם על ידי השוכר. אין באמור לעיל כדי לגרוע סעד ו/או מכל זכות אחרים העומדים למשכיר על פי דין ו/או ההסכם ואין באמור לעיל כדי לגרוע מזכותו של המשכיר לתבוע במקום הפיצוי המוסכם פיצוי בגין מלוא הנזקים אשר נגרמו לו בשל הפרת ההסכם על ידי השוכר".**

במילים אחרות הפיצוי המוסכם בהסכם דנן לא יוחד לסוג או ראש נזק מיוחד, ונועד "לחסוך" לעופר הוכחת נזק ככל שתחליט להסתפק בו (בכפוף לסמכותו של בית המשפט להפחית את סכום הפיצוי המוסכם מכוחו של של סעיף 15(א) לחוק התרופות).

<u>במקרה כזה וכפי שראינו לעיל – אין מקום ואין הצדקה לפסוק הן פיצויי הסתמכות והן פיצוי המוסכם כפי שביקשה עופר (ונעתרה על ידי בית משפט קמא בפסק דינו), אחרת יהיה בדבר משום כפל פיצוי</u>.

סבורני כי בא כוחה של עופר הבין כי במקרה דנן עסקינן למעשה בכפל פיצוי שנפסק בפסק הדין קמא, לכן כשנשאל במסגרת ישיבת הערעור האם בפסיקת פיצויי ההסתמכות והפיצוי המוסכם לא קיבלה עופר כפל פיצוי, השיב:

> **"לשאלת ביהמ"ש האם אין כפל פיצוי, הן בפיצוי המוסכם והן בפיצוי ההסתמכות, אני משיב, שבמקרה שלנו איפה הפיצוי שלי על הוצאות ההנהלה והתשומות?"** (עמ' 8 לפרו' שו' 5-4).

היינו, בא כוחה של עופר ניסה "להלביש" על הפיצוי המוסכם ראש נזק אחר שאינו דומה לראש הנזק עליו באו לפצות פיצויי ההסתמכות. דא עקא שאבחנה זאת לא בא זכרה בכתב התביעה שכנגד, ואף לא בפסק הדין קמא והיא גם לא הוכחה, אלא נטענה לראשונה בעלמא בערכאת הערעור, ואין לקבלה.

30. לאור כל זאת שוכנעתי, וכך אמליץ לחברותיי לפסוק, כי בנסיבות המקרה דנן לא היה מקום לפסוק לעופר הן פיצויי הסתמכות והן פיצוי מוסכם, והיה מקום לפסוק רק אחד משני סוגי הפיצוי האמורים, שלמעשה (בהעדר טענה או פירוט אחר מצד עופר בכתב התביעה שכנגד, כמו גם בפסק הדין קמא) מפצים על אותם ראש/י נזק/ים. **אם לא נאמר כך נמצאנו "חוטאים" בפסיקת כפל פיצוי לעופר.**

31. כאמור לעיל סכום פיצויי ההסתמכות שפסקה השופטת קמא לעופר (בו אין מקום להתערב, כמצויין בסעיף 20(ז) לעיל), הינו סך של של 1,172,739.7 ₪ וסכום הפיצוי המוסכם בצירוף מע"מ הינו סך של 544,625 ₪ (סעיף 192(ב) לפסק הדין קמא).

היות שלא ניתן במקרה דנן לתבוע את שני סוגי הפיצוי במצטבר, יש להותיר על כנו את סכום הפיצוי על הנזקים שהוכחו בפועל, פיצויי ההסתמכות, הגבוהים מסכום הפיצוי המוסכם, ולא לפסוק במצטבר את הפיצוי המוסכם.

32. **על כן בנקודה זאת אמליץ לחברותיי לקבל את ערעורה של אלמוכתאר (ע"א 35450-03-20) בשאלת כפל הפיצוי, ולבטל מסכום פסק הדין קמא את סכום הפיצוי המוסכם בשיעור של 544,625 ₪.**

33. הכרעה זאת גם מייתרת הכרעה באחת מטענות ערעורה של אלמוכתאר, כי כל עוד לא החלה תקופת השכירות בפועל של המבנה המוסכם לא ניתן לדבר על פיצוי מוסכם, המבוסס (לפי סעיף 25.5.3 להסכם המצוטט בסעיף 29 לעיל) על כפל דמי שכירות "שהיו מגיעים מהשוכר למשכיר בגין החודש שקדם להפרה". היות שבמקרה דנן טרם החלה תקופת השכירות ממילא דמי השכירות של החודש שקדם להפרה הם אפס, ומכאן כי הפיצוי המוסכם (כפל דמי השכירות) הוא אפס.

עופר השיבה לטענה זאת במסגרת עיקרי הטיעון מטעמה, וציינה כי סעיף 25.5.3 להסכם אינו מתנה את הזכות לפיצוי מוסכם רק לאחר תחילת תקופת השכירות אלא קובע את שיעורו "על פי הסכם זה", שנכנס לתוקף עם חתימתו.

כאמור לא נכנסתי לגופה של טענה והכרעה בה, הגם שהתרשמתי יותר מטיעונה של עופר בנדון, שכן לנוכח מסקנתי לעיל (שבמקרה דנן לא היה צריך לפסוק פיצוי מוסכם במצטבר לפיצויי ההסתמכות) הדבר מתייתר.

<u>אי-פסיקת פיצויי קיום</u>

34. כאמור, עיקר טרוניית של עופר בערעורה היא (ע"א 5273-05-20) נוגע לאי פסיקה לטובתה של פיצויי קיום במסגרת פסק הדין.

אבחן כעת את השאלה, האם בדין לא פסק בית משפט קמא לעופר פיצויי קיום, או שמא היה מקום לפסוק לטובת עופר פיצויי קיום בנסיבות המקרה דנן?

35. טענות הצדדים בנדון תומצתו בסעיפים 13-12 לעיל.

36. <u>פסיקתה של השופטת קמא הדוחה פסיקת פיצויי קיום לעופר, צויינה בסעיפים 180-179 לפסק הדין, שלשונם כדלקמן</u>:

> **"...הנפגע מהפרת הסכם זכאי לפיצויים בגין אובדן הרווח הצפוי במועד ההפרה. כלל זה קובע שני תנאים: כי מדובר ברווח (להבדיל**

מהכנסות) וכי הרווח הנתבע יהא צפוי במועד הקובע, הוא מועד ההפרה. שיעור הרווח הצפוי במועד ההפרה, 3.7.2012, הנו זרם תקבולי דמי השכירות בגין המבנה למשך תשע שנות ההסכם, בהפחתת ההוצאות הנדרשות לבניית המבנה. המועד הקובע להערכת פיצויי הקיום הנו מועד ההפרה – 3.7.2012. בפועל, תחשיבה של חברת עופר נערך בדיעבד, וכולל עובדות רבות שלא ניתן היה לצפותן במועד ההפרה – לרבות עצם בניית המבנה. כעולה מהראיות שהוגשו, החלה חברת עופר בבניית המבנה רק לאחר שנכרת הסכם בינה לבין חברת קשת טעמים בספטמבר 2014. בנייתו הסתיימה בסוף שנת 2015 (סעיף 14 לתצהיר מר פיני חודידה; סעיף 45 לתצהיר מר שרון שטרית). בשים לב לביטול ההסכם על-ידי חברת אלמוכתאר עם הוצאת ההיתר ובטרם החלו עבודות הבניה, לא ניתן לומר כי במועד ההפרה ניתן היה לצפות כי חברת עופר תבנה את המבנה. אף לא ניתן היה לצפות את האופן בו השכירה חברת עופר את המושכר לשיעורים – גם אם ניתן היה לצפות כי תפעל להקטנת נזקיה.

... זאת ועוד, אף אם מדובר בנזק צפוי – שיעור פיצויי הקיום הנו תזרים התקבולים פחות העלויות שנדרשו לייצור ההכנסה (ובראש וראשונה – עלויות הקמת המבנה). לא הובאו כל ראיות באשר לעלויות הבניה. אין לקבל את ההקבלה שמנסה חברת עופר לעשות בין אבדן הכנסות לבין אבדן רווח...".

היינו – השופטת קמא לא השתכנעה לפסוק לעופר פיצויי קיום (בסכום נתבע בשיעור של כ-7.5 מליון ₪ לאחר ניכוי דמי השכירות שעופר קיבלה בגין השכרת חלק מהמבנה שנבנה לאחר ביטול ההסכם מקשת טעמים ומאלקטרוסיייל), מהטעמים הבאים:

א. המועד הקובע להערכת פיצויי הקיום הוא מועד ההפרה (במקרה דנן 3.7.12) טרם בניית המבנה על ידי עופר. במועד ההפרה לא ניתן היה לצפות את עצם בניית המבנה על ידי עופר ו/או את השכרתו לשיעורים;

ב. לא הוכח אובדן הרווח הצפוי במועד ההפרה, להבדיל מאובדן ההכנסות. בראש ובראשונה לא הוכחו עלויות בניית המבנה נשוא ההסכם;

37. **לאחר בחינת טענות הצדדים בנדון כמפורט לעיל, שוכנעתי לדחות את ערעורה של עופר בנדון, וכך אמליץ לחברותי להרכב להורות. זאת לאחר ששוכנעתי כי לא טעה בית משפט קמא בנימוקיו בדחותו את טענתה של עופר לפיצויי קיום.**

38. אפתח בדבריו של כב' השופט עמית בע"א 9073/07 **מדינת ישראל - משרד הבינוי והשיכון נ' אפרופים שיכון וייזום (1991) בע"מ** (3.5.12) – (להלן: **" ענין משרד השיכון"**) שכמו נאמרו על המקרה דנן, כדלקמן:

> **"... אך גם באספקלריה של המשפט הפרטי, עלול להיווצר מצב בו מזמין מתקשר בחוזה לבנייה או להקמה של פרוייקט בהיקף גדול ובשלב מסויים מבקש לסגת מהחוזה בשל היעדר צורך בפרוייקט. האם בכל מקרה כאמור יתחייב המזמין בפיצויי קיום? למיטב ידיעתי שאלה זו טרם התעוררה בפסיקה, אך מלומדי משפט הצביעו על כך שיש לאפשר למזמין לפרוש מהחוזה באופן חד-צדדי מסיבה סבירה, בעיקר מקום בו התועלת שהמזמין ציפה להפיק מהחוזה נעלמה עקב נסיבות שהתהוו לאחר הכריתה, שאז לא יחוייב בתשלום פיצויי קיום למרות כריתתו של חוזה מחייב (ראו: גד טדסקי "על זכות המזמין לפרוש מחוזה קבלנות או לשנותו" משפטים ה 738 (תשל"ד); איל זמיר חוק חוזה קבלנות תשל"ד-1974, עמודים 394-402 (סדרת הפירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי, תשנ"ה); איל זמיר "הצעות לחקיקה בנושא חוזי קבלנות וחוזי שירותים" משפטים כו 97, 141-143 (תשנ"ה), והשוו לעניין רגב בפסקאות 34-35 לפסק דינו של השופט אנגלרד). מכאן, שגם אם היינו מגיעים למסקנה כי השתכלל חוזה מחייב בין הצדדים או שהמדינה מנעה השתכללותו של חוזה כאמור – ואיני סבור כך – עדיין אין פירוש הדבר כי נסללה הדרך לקבלת פיצויי קיום כפי שנקבע בפסק דינו של בית משפט קמא** (ציטוט מעמ' 54 לפסק הדין).

אם נשליך קביעות אלה לנסיבות המקרה דנן, נמצא כי לא היה מקום או הצדקה לפסוק פיצויי קיום לעופר.

להלן פירוט הנסיבות המיוחדות המקרה דנן:

א. ההסכם נכרת ביום 24.6.2009;

ב. הצפי היה לקבלת היתר בניה למבנה היה תוך 10 חודשים מיום חתימת ההסכם (סעיף 2.1 להסכם) ולבניית המבנה תוך 10 חודשים מיום קבלת ההיתר (סעיף 4.2 להסכם).

היינו הצפי של הצדדים, ולפחות הצפי של אלמוכתאר היה, להיכנס למבנה המסחרי ולהפעלת עסקה בו, תוך 20 חודשים מיום חתימת הסכם;

ג. ההיתר התקבל רק ביום 25.6.12, לאחר כשלוש שנים ממועד חתימת ההסכם.

ד. מועד ההפרה של ההסכם על ידי אלמוכתאר היה ביום 3.7.12 (כקביעת השופטת קמא).

בסעיף 57 לפסק הדין ציינה השופטת קמא את תיאור הדברים כך:

"ביום 3.7.2012 נערכה פגישה במשרדי חברת אלמוכתר.

בפגישה זו נכחו נציגי חברת עופר (מר רון אבידן – מנכ"ל חברת עופר, מר שרון שטרית, מר עודד ינקו, האדר' גדעון אדרת) וכן נציגי חברת אלמוכתר (מר סאלח עאמר ומר סעיד זידאן). לדברי נציגי חברת עופר זומנה הפגישה להתנעת הפרויקט, לאחר שניתן היתר הבניה. בתחילת הפגישה מסר מר סאלח עאמר כי אינו מעוניין עוד בפרויקט, שכן מתחרה עסקי של רשת הבגדים לשימושה הועידה חברת אלמוכתאר את המבנה (רשת Omallפתח סניף בקרבת מקום (חנות "זול ספורט"). משכך ביקש מר סאלח עאמר לדון בהשקעה אפשרית במבנה אחר שבבעלות חברת עופר בהרצליה (ראו סיכום פגישה מיום 3.7.2012 - נספח 5 לתצהיר מר שרון שטרית, נ/9; סעיפים 7-14 לתצהיר מר רון אבידן, נ/8)".

היינו, אל מוכתאר הבהירה לעופר כי חלוף הזמן שמיום חתימת ההסכם ועד ליום קבלת ההיתר, כשלוש שנים, ביטל או העלים את התועלת שציפתה להפיק מההסכם. היינו עקב נסיבות שהתהוו לאחר כריתת ההסכם.

39. נסיבות דברים אלה, כמו גם נימוקה של אלמוכתר בדבר נסיגתה מההסכם (אפילו תוך הפרתו) כמצויין בסעיף 38 לעיל, משכנעות מדוע אין הצדקה לפסוק פיצויי קיום עם הפרת ההסכם, כדברי השופט עמית **בענין משרד השיכון** המצוטטים בסעיף 38 לעיל.

יותר מזה, וכקביעת השופטת קמא (ראו סעיף 20(ה) לעיל), אפילו עופר הציעה לאלמוכתאר בשנת 2011 לצאת מההסכם לנוכח העכוב הרב בקבלת ההיתר למבנה נשוא ההסכם. אמנם אלמוכתאר דחתה הצעה זאת, **אך הדבר מלמד על שינוי הנסיבות המשמעותי שנוצר לאחר כריתת ההסכם.**

40. בנקודה זאת אעיר כי השופטת קמא (סעיף 146 לפסק הדין) ראתה בנימוקה של אלמוכתאר לביטול ההסכם, כי הזמן שחלף מאז חתימת ההסכם ועד לקבלת ההיתר גרם למתחרה עסקי לפתוח חנות מתחרה בקרבת מקום, כנימוק המלמד על טעות בכדאיות העסקה שאינה מועילה לביטול ההסכם, כהוראת סעיף 14(ד) לחוק החוזים.

איני סבור כי עסקינן בטעות בכדאיות העסקה, הנבחנת במועד כריתת ההסכם. אז, במועד כריתת ההסכם, לא היה מתחרה עסקי בקרבת מקום למבנה שיועד להיבנות על פי ההסכם, ולכן העסקה היתה כדאית כלכלית לאלמוכתאר. דא עקא שחלוף הזמן מאז כריתת ההסכם ועד לקבלת ההיתר (כשלוש שנים), היווה שינוי נסיבות שנוצר לאחר כריתת ההסכם שגרם להיעלמות התועלת שציפתה אלמוכתאר להפיק מההסכם (להיותה בעלת חנות מסוג מסויים יחיד באיזור). **במצב דברים זה, נסיגתה של אלמוכתאר מההסכם, אפילו בנסיבות בהן יש לראות כהפרה, לא מצדיקה פסיקת פיצויי קיום**.

41. דבריי אלה, בהתבסס על דברי השופט עמית ב**ענין משרד השיכון**, די בהם לטעמי בכדי לדחות את ערעורה של עופר נגד הכרעת השופטת קמא בפסק הדין, שלא לפסוק לה פיצויי קיום.

אך גם נימוקי השופטת קמא בפסק הדין, המצוטטים לעיל, נכונים לעניות דעתי, במיוחד לנוכח נסיבות המקרה דנן, ולא נפלה בהם טעות שתצדיק את התערבות ערכאת הערעור.

42. כאמור הנימוק הראשון של השופטת קמא בדחותה תביעתה של עופר לפיצויי קיום פורט בסעיף 36(א) לעיל.

<u>תמצית הנימוק כדלקמן</u>:

א. המועד הקובע לבחינת פיצויי הקיום הוא מועד ההפרה (במקרה דנן 3.7.12);
ב. במועד ההפרה לא ניתן היה לצפות את עצם בניית המבנה על ידי עופר ו/או השכרתו לשיעורים.

אכן המועד הקובע לבחינת והערכת פיצויי הקיום הוא מועד ההפרה (ראו לענין זה – **פרידמן וכהן**, עמ' 535).

במועד זה, מועד ההפרה, לנוכח נסיבותיו המיוחדות של המקרה דנן (שפורטו בהרחבה בסעיף 38 לעיל) לא ניתן היה לצפות כי עופר תבנה את המבנה שתוכנן ויועד לאלמוכתאר (על פי דרישותיה היא).

אפילו לא ניתן להצדיק את התנהלותה של אלמוכתאר בנסיגתה מההסכם בשנת 2012 לאחר שבשנת 2011 דחתה את אפשרות היציאה ממנו, ניתן להבין זאת, לנוכח התפוגגות התועלת שעמדה להפיק מההסכם (ומהמבנה) כפי שעמדתי על כך בסעיף 40-38 לעיל.

ככלל נודעת חשיבות להגיון הכלכלי שביסוד עסקה כלכלית ולרקע העסקי שבין הצדדים, וזאת לצורך הבנת ההסכמות ביניהם ו/או התנהגותם כפי שציינו **בענין ויגדור** לעיל.

הנסיבות המיוחדות דנן מלמדות כי ההגיון הכלכלי של העסקה, לפחות מבחינתה של אלמוכתאר, כבר לא היה קיים עם קבלת ההיתר באיחור ניכר, וזאת הסיבה לביטולה את ההסכם, תוך הפרתו (כקביעת השופטת קמא).

במצב דברים זה זכאית עופר לפיצויי הסתמכות אך לא לפיצויי קיום. היה מצופה מעופר לנוכח ביטול החוזה על ידי אלמוכתאר (תוך הפרתו) שלא תחל בבניית המבנה לנוכח שינוי הנסיבות ושמיטת הבסיס הכלכלי או העסקי תחת העסקה כפי שהצדדים, או לפחות אלמוכתאר ראו אותה במועד כריתת ההסכם, ותסתפק בפיצויי הסתמכות האמורים לפצות אותה על כל הוצאותיה הנובעות מההסכם, עד מועד ביטולו על ידי אלמוכתאר.

זאת ועוד – צדקה השופטת קמא בקביעתה, כי לא ניתן היה לצפות כי עופר תבנה את המבנה שיועד ותוכנן לאלמוכתאר, תוך השכרתו בחלקים ולשיעורים לשוכרים שונים.

היה מצופה, כי עופר תחפש שוכר אחר, עם צרכים אחרים, ותבנה מבנה המיועד לצרכיו (מבחינת תכנון - גודל ו/או צורה), ובכך תוכל להשכירו במלואו, ולהקטין את נזקיה ביתר יעילות.

איזה הגיון מסחרי או כלכלי יש לבנות מבנה גדול, שתוכנן מבחינת מטראז וצורת מבנה שיועד לחברה א' (אלמוכתאר), תוך השכרתו בחלקים ולשיעורים לחברות עסקיות שונות?!

ודוק – הרי במועד ההפרה טרם נבנה המבנה בעבור אלמוכתאר ורק התקבל היתר בניה. ראוי היה כי בנקודת זמן זאת לא תמהר עופר לבנות המבנה "ככתבו וכלשונו" שיועד לאלמוכתאר, במיוחד לנוכח שינוי הנסיבות המתואר לעיל, אלא תסתפק בפיצויי הסתמכות, ותמשיך לחפש שוכר אחר ותתאים את התכנון והבניה לצרכיו.

סבורני כי דבריי האחרונים הנ"ל תואמים למעשה את דבריו של כב' השופט עמית בענין משרד השיכון, אותם תיארתי בסעיף 38 לעיל. בכך גם מתקשר נימוקה הראשון של השופטת קמא לדבריו האמורים של השופט עמית שם.

לכן במצב דברים זה, לא מצאתי כל טעות בנימוק הראשון של השופטת קמא בפסק הדין בדחותה את תביעתה של עופר לפיצויי קיום.

43. הנימוק השני של בית משפט קמא בנדון היה כאמור, כי לא הוכח אובדן הרווח הצפוי במועד ההפרה, להבדיל מאובדן הכנסות. הדגישה השופטת קמא בנדון, כי בראש וראשונה לא הוכחו עלויות בניית המבנה נשוא ההסכם, שבלעדיו אין הכנסות משכירות.

גם בנימוק זה לא מצאתי טעות המחייבת התערבות ערכאת הערעור.

בצדק הפנתה בנדון השופטת קמא ל**ענין מלון צוקים**, שם ציין בית המשפט לענין פיצויי הקיום כי עסקינן בפיצויים בגין הרווח, שנמנע מהצד שנפגע מההפרה – רווח שהיה נוצר לו אלמלא הפרת ההסכם (כן ראו לענין זה – ע"א 8729/96 **כאבון, מלונות נופש בע"מ ואח' נ' עמידר החברה הלאומית לשיכון עובדים בע"מ**, פד"י נה(1) 673 – שגם הוזכר בסעיף 180 לפסק הדין קמא).

<u>כיצד ניתן להוכיח רווח זה</u>?

בע"א 6370/00 **קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ** (פד"י נו(3) 289), מציין כב' הנשיא ברק כי "דרך המלך" בהוכחת שיעור הרווח לו היה זוכה הצד שנפגע מההפרה אלמלא ההפרה (פיצויי הקיום) היא <u>באמצעות חוות דעת מומחה</u>.

במקרה דנן לא רק שלא הוגשה חוות דעת מומחה לענין שיעור הרווח שנמנע מעופר אלמלא ההפרה, אלא לא הובאו כל אסמכתאות לענין עלויות בניית המבנה כפי שנבנה בפועל (הגם שגם כך יש הסתייגות ברורה, שלא הוכח במידה מספקת כי המבנה שנבנה הוא "ככתבו וכלשונו" של היתר הבניה שהתקבל, ללא כל שינוי, ואעמוד על כך להלן).

כל טענותיה של עופר בנדון במסגרת ערעורה, כי שאלת הרווח ושיעורו כלל לא עלתה בהתדיינות בין הצדדים ו/או כי לא ניתנה לה ההזדמנות להציג את עלויות הבניה בפועל של המבנה, אינן משכנעות.

על הטוען לפיצויי קיום מוטל נטל הראיה והשכנוע להוכיח את שיעורם. במקרה דנן הנטל היה מוטל על עופר, במיוחד כשאלמוכתאר בכתב ההגנה שכנגד הכחישה את כל הנזקים הנטענים על ידי עופר, ובכללם פיצויי הקיום.

עופר ידעה ו/או צריכה היתה לדעת (במיוחד לנוכח היותה מיוצגת), כי בכדי להוכיח ולקבל פיצויי קיום עליה להוכיח את שיעורם, ולא עשתה כן.

בקשתה היום בערעורה להחזיר את בירור הסוגיה לבית משפט קמא בכדי לתת לה אפשרות להוכיח את שיעור פיצויי הקיום מהווה בעצם בקשה ל"מקצה שיפורים", או לנסיון ל"משפט חוזר" בשאלת פיצויי הקיום והוכחתו ולא לכך נועד הליך הערעור [אמנם ערכאת הערעור מוסמכת להורות על החזרת הדיון לערכאה קמא בכדי שתדון בסוגיה שלא זכתה למענה מספק, כמצויין בבע"מ 288/15 **פלוני נ' פלוני ואח'** (13.5.15), אך לא זה המקרה דנן. במיוחד לנוכח הנימוקים האחרים (שפורטו לעיל) מדוע אין מקום ו/או הצדקה במקרה דנן על נסיבותיו המיוחדות, לפסוק פיצויי קיום].

זאת ועוד – טענתה של עופר כי לא היה מקום לנכות את עלויות המבנה כיוון שהן בגדר "השקעה הונית" ולא "הוצאה פירותית" בהתאם לחוקי המס בישראל אינה רלוונטית

לטעמי לסוגיית פיצויי הקיום, ועמדה על נקודה זאת גם אלמוכתאר בעיקרי הטיעון מטעמה.

ברור ומובן כי אלמלא בניית המבנה בהתאם להסכם ולהיתר שהתקבל לא היתה יכולה עופר לטעון לזכאות לפיצויי קיום. **שהרי תנאי לקיום ההסכם הוא בניית המבנה בהתאם להיתר**.

לכן ברור ומובן, כפי שאף קבעה השופטת קמא בפסק הדין, כי בכדי להוכיח את שיעור הרווח שנמנע מעופר עקב הפרת ההסכם על ידי אלמוכתאר, היה על עופר להוכיח את עלויות המבנה שנבנה, ללא קשר לעובדה אם מדובר בהוצאה הונית או פירותית (כאבחנת חוקי המס).

<u>טענה נוספת בפיה של עופר, והיא</u> – הרי המבנה נבנה בפועל, ולכן לכאורה הוכח כי הוצאה זאת הוצאה בפועל על ידי עופר ומכאן כי הוכחו עלויות הבניה בפועל.

סבורני כי גם בכך טועה עופר.

עופר לא הוכיחה כי המבנה שנבנה בפועל, לאחר הפרת ההסכם על ידי אלמוכתאר, נבנה במדוייק על-פי היתר הבניה ו/או הדרישות וההסכמות שהיו בין הצדדים טרם ההפרה.

<u>נשאל על כך בא כוחה של עופר בישיבת הערעור, והשיב כדלקמן</u>:

> **"לשאלת ביהמ"ש, האם נבנה בדיוק המבנה על פי ההיתר שהוצא לבקשת אלמוכתאר, אני משיב, שאמרתי שהקונטור של המבנה היה זהה, ואמרתי שהיו שינויים פנימיים, אבל זו פריבילגיה של בימ"ש קמא לעשות אומדן. זה לא אחד על אחד... אבל אלה העלויות ונגיד שבפסיק או שניים הדברים שונים, אז מה? ביהמ"ש יכול היה לעשות אחד ועוד אחד ולא יכול היה להגיד, לטעמי, שלא הוצאתי את ההוצאות"** (עמ' 5 לפרו' שו' 22-15).

<u>מתשובתו זאת של בא כוחה של עופר עולה</u>:

א. המבנה שנבנה בפועל לא תאם לחלוטין את היתר הבניה שהתקבל בהתאם להסכם;

ב. לטענתו בית המשפט היה יכול להעריך השינויים במסגרת אומדנא.

<u>באשר לפסקה הראשונה</u> – משא הוכחו עלויות בניית המבנה שתוכנן וקיבל היתר, ללא כל שינוי, לא ניתן לדעת בוודאות את שיעור הרווח הצפוי, הנדרש לשם פסיקת פיצויי קיום.

באשר לפסקה השניה – כיצד היה יכול בית המשפט להעריך את השינויים במסגרת אומדנא? הרי לבית המשפט לא ניתנו במקרה דנן "כלים" להערכה כזאת, שהרי לא הוצגו בפניו כלל השינויים שבוצעו במבנה לעומת התכנון המקורי.

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

ראה לעניין זה:

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

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

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

לסיכום ייאמר כי גם בנימוק השני של בית משפט קמא לא נפלה כל טעות משפטית או עובדתית המחייבת התערבות ערכאת הערעור.

44. לאור כל האמור לעיל שוכנעתי לקבוע, וכך אמליץ לחברותיי להורות, כי כדין ובדין דחתה השופטת קמא בפסק דינה את טענתה ותביעתה של עופר לפיצויי קיום.

סוף דבר

45. לאור כל דבריי לעיל אמליץ לחברותיי להורות כדלקמן:

א. **ערעורה של אלמוכתאר (ע"א 35450-03-20) מתקבל בחלקו, במובן של ביטול פסיקת הפיצויים המוסכמים בשיעור של 544,625** ₪ (סכום הפיצוי המוסכם ננקב בסעיף 192(ב) לפסק הדין).

יתר רכיבי פסק הדין נותרים על כנם.

לנוכח התוצאה שקלתי אם יש מקום להפחתה מסויימת בשיעור שכר הטרחה שהושת על אלמוכתאר במסגרת פסק הדין (60,000 ₪), אך לא מצאתי להורות כן משני טעמים עיקריים:

1. הדבר לא התבקש על ידי אלמוכתאר בערעור שהגישה;
2. סכום פיצויי ההסתמכות שנפסקו לחובת אלמוכתאר, בו לא התערבנו, בשיעור של 1,172,739.7 ₪ מצדיק פסיקת שכר טרחה בשיעור כזה.

ב. **ערעורה של עופר (ע"א 5273-05-20) נדחה בזאת.**

ג. עופר תישא בהוצאות הערעורים המאוחדים ובשכר טרחת עורך הדין של אלמוכתאר בהם בשיעור של 15,000 ₪. סכום זה ישולם לאלמוכתאר, באמצעות בא כוחה, מסכום הערבון שהופקד על ידי עופר בע"א 5273-05-20, ויתרת הערבון תוחזר לידי עופר באמצעות בא כוחה.

ד. הערבון שהפקידה אל מוכתאר במסגרת ערעורה (ע"א 35450-03-20) יוחזר לאלמוכתאר באמצעות בא כוחה.

<u>השופטת אספרנצה אלון</u>:

אני מסכימה.

<u>השופטת עמיתה שושנה שטמר</u>:

אני מסכימה.

<u>לאור האמור הוחלט פה אחד כאמור בסעיף 45 לפסק דינו של האב"ד, כב' השופט חנאל שרעבי, כדלקמן</u>:

א. **ערעורה של אלמוכתאר (ע"א 35450-03-20) מתקבל בחלקו, במובן של ביטול פסיקת הפיצויים המוסכמים בשיעור של 544,625** ₪ (סכום הפיצוי המוסכם ננקב בסעיף 192(ב) לפסק הדין).

יתר רכיבי פסק הדין נותרים על כנם.

ב. **ערעורה של עופר (ע"א 5273-05-20) נדחה בזאת.**

ג. עופר תישא בהוצאות הערעורים המאוחדים ובשכר טרחת עורך הדין של אלמוכתאר בהם בשיעור של 15,000 ₪. סכום זה ישולם לאלמוכתאר, באמצעות בא כוחה, מסכום הערבון שהופקד על ידי עופר בע"א 5273-05-20, ויתרת הערבון תוחזר לידי עופר באמצעות בא כוחה.

ד. הערבון שהפקידה אל מוכתאר במסגרת ערעורה (ע"א 35450-03-20) יוחזר לאלמוכתאר באמצעות בא כוחה.

המזכירות תעביר פסק דין זה לצדדים.

ניתנה היום, ל' סיוון תש"פ, 22 יוני 2020, בהעדר הצדדים.



ש. שטמר, שופטת עמיתה



א. אלון, שופטת



ח. שרעבי, שופט
אב"ד