



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 4933/17

ע"א 9702/17

לפני: כבוד הנשיאה א' חיות  
כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערער בע"א 4933/17: מרדכי גרין (איבגי)

המערעים בע"א 9702/17: 1. אריה פרידמן  
2. בוטיק הוטל ים המלח בע"מ

נ ג ד

המשיבים בע"א 4933/17: 1. אריה פרידמן  
2. בוטיק הוטל ים המלח בע"מ  
3. צבי בורקו  
4. מצלר יזמות ובניה בע"מ

המשיבים בע"א 9702/17: 1. מרדכי גרין (איבגי)  
2. צבי בורקו  
3. מצלר יזמות ובניה בע"מ

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-  
יפו בת"א 36997-07-14 מיום 3.5.2017 שניתן על ידי כב'  
השופט מגן אלטוביה

תאריך הישיבה: ד' בשבט התש"ף (30.1.2020)

בשם המערער בע"א  
4933/17 והמשיב 1 בע"א  
9702/17:

עו"ד ליאור דלה טורה

בשם המשיבים 1-2 בע"א  
4933/17 והמערעים בע"א  
9702/17:

עו"ד רמי קוגן; עו"ד אליעד אברגיל

בשם המשיבים 3-4 בע"א  
4933/17 והמשיבים 2-3  
בע"א 9702/17:

עו"ד ליאור דלה טורה

## פסק-דין

השופט ע' גרוסקופף:

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו (כב' השופט מגן אלטוביה) מיום 3.5.2017 בת"א 36997-07-14, אשר קיבל תביעה לאכיפת חוזה שהגיש מר אריה פרידמן (להלן: "פרידמן") נגד מר מרדכי (מוטי) איבגי (גריין) (להלן: "איבגי"), וחייב את איבגי לשלם לפרידמן חלק מהרווחים שהפיק ממיזם נדל"ן באילת, בסכום של כ-3 מיליון ש"ח בתוספת הפרשי הצמדה וריבית.

רקע

1. איבגי ופרידמן הם יזמים בתחום הנדל"ן. עובר לאירועים המתוארים להלן שיתפו השניים פעולה במספר מיזמים, ויחסיהם האישיים היו טובים. בחודש אוקטובר 2012 נפגשו השניים, ובמהלך פגישה זו סיפר איבגי לפרידמן כי הוא מנהל משא ומתן לרכישת מגרש בשטח של כ-1.6 דונם, המצוי ברחוב תרשיש 7 באילת, אשר עליו ניצב בניין מסחרי שמצבו רעוע (להלן: "הפגישה הראשונה" ו-"המגרש", בהתאמה). איבגי ציין כי בכוונתו להרוס את המבנה הקיים ולבנות במגרש מבנה חדש, תוך ניצול מיטבי של זכויות הבנייה בו (להלן: "המיזם" או "הפרויקט"), וביקש להיוועץ בפרידמן ביחס לדרך המועדפת לעשות כן. בעקבות הפגישה הראשונה העביר איבגי לפרידמן ביום 21.10.2012 הודעת דוא"ל אשר כללה את התב"ע ואת היתר הבנייה שהיה קיים אותה העת ביחס למגרש.

2. בסמוך לאחר מכן התקיימה פגישה נוספת בין השניים בקשר למיזם (להלן: "הפגישה השנייה"). עצם התרחשותה של הפגישה השנייה מוסכם, ואולם הצדדים חלוקים בנוגע לתוכנה. לטענת פרידמן, בפגישה זו סיפר לאיבגי כי עלה בראשו רעיון חדשני שיאפשר להגדיל משמעותית את זכויות הבנייה במגרש, בעלויות מינימאליות (להלן: "הרעיון החדשני"), ונכרת ביניהם הסכם לפיו בתמורה לגילוי הרעיון החדשני יחלוק עמו איבגי, באופן שווה, את הרווחים שיתקבלו כתוצאה מהגדלת הזכויות, ככל שהתוכנית תצא אל הפועל. לאחר שלחצו ידיהם, חשף פרידמן את הרעיון החדשני – הגדלת זכויות הבנייה, בדרך של בניית קומה נוספת, ללא חיוב בהיטל השבחה, מכוח סעיף חוק הנוגע למבנים מסחריים בתמ"א 38. החדשנות הגלומה ברעיון, אליבא דפרידמן, היא השימוש בתמ"א 38 למבנים מסחריים, חלף השימוש הרווח בתמ"א 38 – הוספת זכויות בנייה במבנים המיועדים למגורים. רעיון זה הצטרף לרעיון קודם להגדלת זכויות הבנייה במגרש, באמצעות ניצול שטחי שירות וקבלת הקלות, אותו הציע פרידמן

לאיבגי עובר לפגישה השנייה ללא כל דרישה לתמורה. איבגי, לעומת זאת, טוען כי הפגישה השנייה נסבה על בחינת אפשרות להעסקתו של פרידמן בפרויקט, ולא הושגו בה הסכמות קונקרטיות לעניין חלוקת רווחים. איבגי אינו מכחיש שהפגישה הסתיימה בלחיצת יד, אולם סבור שאין לכך משמעות. עוד טוען איבגי כי התמורה שתשולם לפרידמן לא סוכמה בפגישה, וכל שהובטח על ידו בעניין זה הוא שפרידמן "לא יקופח".

3. ביום 10.1.2013 נחתם בין איבגי לבין חברה בשם חאן אילת בע"מ (להלן: "חאן אילת") הסכם מכוחו הוקנתה לאיבגי אופציה למשך חודש לרכישת המגרש במחיר של 9,700,000 ש"ח, עבורה שילם סך של 400,000 ש"ח. בין הצדדים להסכם זה התעוררו מחלוקות, ולאחר שיושבו, נחתם הסכם אופציה מתוקן למשך שנה ביום 19.2.2013 (להלן: "הסכם האופציה"). נקדים את המאוחר, ונציין כי איבגי סיחר את הסכם האופציה ביום 12.3.2014 לחברה בשם גני דוד אילת בע"מ המצויה בשליטתו של מר אריאל בן דוד (להלן: "גני דוד" ו-"בן דוד", בהתאמה) בעבור 14,000,000 ש"ח (להלן: "הסכם הסיחור"). בנוסף שילמה גני דוד כ-9.7 מיליון ש"ח לבעלים המקוריים של המגרש. עוד יצוין כי לטענת פרידמן התמורה לא הסתכמה בתשלום הכספי, וכי בנוסף לו קיבל איבגי 15% ממניות גני דוד.

4. ביום 27.1.2013 שלח פרידמן לאיבגי טיוטת הסכם באורך 2 עמודים (להלן: "הטיוטה המוקדמת"), בה צוין ב"הואיל" השלישי כי "פרידמן הציע ל [איבגי] הוספת שטחים מעבר לתב"ע התקפה בגין תמ"א 3-38", ובסעיף 4 לטיוטת ההסכם נכתב "בתמורה לשירותיו ובתמורה לאיתור ומימוש הזכויות המשביחות, יהיה זכאי פרידמן ל-50% מהרווח (דהיינו, התמורה שתתקבל מהתוספות למקרקעין הקיימים לאחר השבחתם בניכוי עלות ההשבחה) ו/או מהתשואה שתנבע ל[איבגי] בגין השבחת המקרקעין ו/או בגין מימוש המקרקעין לאחר השבחתם, וזאת בקשר עם הזכויות המשביחות שיאותרו על ידי פרידמן". אין מחלוקת כי איבגי לא הגיב בכתב על הטיוטה המוקדמת, וכי פרידמן שב ופנה אליו בשבועות שלאחר מכן בבקשות חוזרות ונשנות לשלוח לו טיוטת הסכם מתוקנת או בלשונו: "תוסיף מספר סעיפים ותשלח אלי" וכך "תשלם הוספת מספר משפטים".

5. במהלך השבועיים שלאחר משלוח הטיוטה המוקדמת, התקיימה פגישה נוספת בין הצדדים בה נכח גם מר צבי בורקו (להלן: "בורקו") שתפקידו, אליבא דאיבגי, היה לגשר בין הצדדים, ואילו לשיטתו של פרידמן הוא שותף של איבגי בפרויקט. פגישה זו כונתה על ידי הצדדים ובית משפט קמא "הפגישה המשולשת" (להלן: "הפגישה המשולשת"). במהלך הפגישה המשולשת דובר על שינוי התמורה החוזית שנקבעה

בפגישה השנייה (על פי גרסתו של פרידמן), ובסיומה הסכים פרידמן להסתפק ב-33% מתוספת אחוזי הבנייה כתוצאה מהוספת הקומה השנייה לנכס שייבנה. ככל הנראה לאחר פגישה זו, ובעקבות בקשה נוספת של פרידמן בזו הלשון: "בבקשה שלח הטיוטא לאילת (עוד מעט נכנסת השבת.....)", כתב איבגי ביום 8.2.2013 בדוא"ל לפרידמן את הדברים הבאים:

למה אתה כל כך בלחץ ??? אני ישלח מה אתה דואג? לא רוצה לעשות משהו לא בשיקול דעת ובנחת. כבר למדתי על בשרי כמה זה לא טוב

כדי שתהיה רגוע אני שולח לך במייל את התנאים שסגרנו כדלקמן.

בתמורה לכך שאתה תנהל ותריץ ותדאג להכנת תכניות להיתר בנייה ותוכניות עבודה על מבנה "החאן" באילת בגודל של 3,200 מ"ר ב 2 קומות מכוח זכויות קיימות וזכויות של תמ"א 38 אתה תקבל ממנו 33% מהרווחים שיהיו לנו בקומה השניה בלבד. בנוסף כמו שסוכם רק לנו יהיה הזכות להשכיר ו/או למכור ו/או להתנהל בקשר לזכויות עם שוכרים ו/או עם קונים.

כמובן שאסגן את זה במכתב בצורה יותר מסודרת ומפורטת, אבל בשביל השקט הנפשי שלך יש לך מייל זה ממני

[ההדגשה במקור, וכך גם שגיאות הדפוס]

תשובתו של פרידמן בדוא"ל מאותו יום הייתה זו "בבקשה למרות שרשמת מה שרשמת שלח טיוטה מסודרת לפני יום ראשון".

6. "טיוטה מסודרת" לא נשלחה על ידי איבגי לא "לפני יום ראשון", וגם לא בימים שלאחר מכן. במהלך ארבעת השבועות הבאים הוחלפו בין הצדדים התכתבויות שונות, חלקן בטונים צורמים, אשר למקצתן אתייחס בהמשך הדברים. לבסוף, ביום 4.3.2013 (כשבועיים לאחר חתימת הסכם האופציה), שלח איבגי לפרידמן הודעת דוא"ל, לה צורפה טיוטת הסכם בת 7 עמודים, שהוכנה על ידי עורך דינו (להלן: "טיוטת ההסכם"). הצדדים לטיוטה זו היו חברת מצלר יזמות בע"מ, חברה שהייתה אותה עת בשליטתו של איבגי (להלן: "חברת מצלר"), מצד אחד, ופרידמן אשר כונה בטיוטה "חברת הניהול", מצד שני. על פי האמור בטיוטת ההסכם, פרידמן אמור היה לתת לחברת מצלר שירותים בקשר להוצאת היתרי בנייה למגרש, וכנגד זאת הובטחה לו תמורה שהועמדה על 33% מרווחי מכירת הקומה השנייה, כפי שהוגדרו בסעיף 7.3 לטיוטת ההסכם. עוד הובהר

בטיוטת ההסכם כי "תוקפו של הסכם זה מותנת בתוצאה – היא המצאת היתר הבנייה" (סעיף 7.6 לטיוטת ההסכם).

7. פרידמן ערך שינויים בטיוטת ההסכם, והחזיר לאיבגי טיוטה מתוקנת ביום 5.3.2013 (להלן: "טיוטת ההסכם המתוקנת"). השינויים בטיוטה שערך פרידמן לא היו רבים, והתייחסו בעיקר לנושאים הבאים: שינוי זהות המתקשר מצדו של פרידמן לחברה בשם אריה פרידמן מבנים והשקעות בע"מ; ביטול ההתחייבות מצדו להמציא היתר בנייה לפרויקט אם לא תאושר הקמת הקומה השנייה (סעיף 2.2. לטיוטת ההסכם); צמצום תחולת סעיף הפסקת ההתקשרות למצבים בהם יכשל בהשגת אישור הקומה השנייה בגין תמ"א 38; שינוי הגדרת רווחי מכירת הקומה השנייה בסעיף תמורה. עם זאת, יודגש כי שיעור התמורה לה זכאי פרידמן, אשר הופחתו כאמור מ-50% מרווחי מכירת הקומה השנייה בטיוטה המוקדמת שהעביר פרידמן לשיעור של 33% בטיוטת ההסכם ששלח איבגי, לא שונה על ידי פרידמן.

8. ואולם, גם טיוטת ההסכם המתוקנת לא נחתמה, ולמעשה אין חולק כי בין הצדדים לא נחתם בסופו של דבר כל הסכם. מספר ימים לאחר שליחת טיוטת ההסכם המתוקנת, בימים 12.3.2013 ו-13.3.2013, החליפו הצדדים ביניהם מספר מסרונים (להלן: "חילופי המסרונים"). במסרון מיום 12.3.2013 כתב איבגי לפרידמן כך:

אריה [פרידמן], אתה יורה לעצמך ברגל, במקום לזרום איתי ולעזור לי להיות בצידך אתה נלחם איתי, במקום להאמין בי פעם אחרי פעם אתה מחתים אותי על כל מיני מסמכים.  
 בצורה הזו אריה [פרידמן] אני לא מעוניין לחתום על כלום ולא מעוניין בכל מיני יועצים משפטיים שלך וכו' עשינו עיסקה בלחיצת יד, או שתשאיר אותה ככה ותאמין בי או שלא עשינו עיסקה  
 לא התחייבתי לחתום לך על שום דבר ועוד יש לך דרישות  
 אתה רק מחזק את מה שאותם "יועצים" מזהירים אותי ואני מגן עליך בחירוף נפש.

תגובתו של פרידמן להודעה זו לא הוצגה. לאחר מכן ממשיך איבגי כך:

אם אני מקשיב לעצמי אני לא חותם כלום, סגרנו בלחיצת יד ותו לא, שיישאר ככה.

תגובתו של פרידמן להודעה זו הייתה כדלקמן:

אבל בלחיצת היד סגרנו 50% וכשהעברתי הסכם עם 50% אתה וצביקה [בורקו] צביקה ביקשתם להפחית ל- 33% מכיוון שאתם שניים ואני אחד וגם על מסמך כזה אתה מתחמק מלחתום.

תשובתו של איבגי הייתה הבאה:

אריה [פרידמן] עזוב אתה לוחץ אותי מידי, אני רואה לאיזה מקומות זה מגיע רק בגלל שרציתי להתחשב בך, אני לא מעוניין לחתום שום מסמך באופן סופי, הגיע הזמן להפסיק לתת לך לשחק בי.

9. אין בחומר הראיות מסמכים כתובים המעידים על משא ומתן שהתנהל בין הצדדים לאחר חילופי המסרונים הללו ביחס לתנאי ההתקשרות ביניהם. ואולם, פרידמן הוסיף להיות מעורב בפעילות להשבחת זכויות הבנייה בקשר למגרש לפחות עד לאוגוסט 2013. ממועד זה ואילך קבע בית המשפט המחוזי על סמך הראיות שהונחו לפניו כי איבגי הנחה את עובדיו להדיר את פרידמן מהטיפול בפרויקט בו עסקינן.

10. החודשים חלפו, המיזם הלך והתקדם, וביום 25.2.2014 ניתן אישור הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה באילת לתוכנית שהוגשה לנכס, בהתאם להנחיות תמ"א 38/3, קרי – ניתן היתר להריסת המבנה ובניית מבנה חדש בן שתי קומות, וכן ניתנו הקלות נוספות בקשר עם זכויות הבנייה בנכס (להלן: "החלטת הוועדה המקומית"). כפי שכבר צוין, ביום 12.3.2014, לאחר שניתנה החלטת הוועדה המקומית, המחזיק איבגי את הסכם האופציה לגני דוד.

הערה: היתר בנייה (בכפוף להערות מנהל ההנדסה ובכפוף להצגת אישורים שונים), ניתן אומנם רק ביום 28.4.2014, דהיינו לאחר המחאת הסכם האופציה לגני דוד, אך ברור שהחלטת הוועדה המקומית היא נקודת הציון המשמעותית, אשר בעקבותיה הייתה גני דוד נכונה לשלם את התמורה המוסכמת בעבור המחאת הסכם האופציה (וראו עדותו של בן דוד, פרוטוקול 9.9.2015, עמ' 458-462).

11. ביום 23.3.2014, לאחר החלטת הוועדה המקומית, ומבלי שידע כנראה על מכירת הסכם האופציה, שלח פרידמן לאיבגי את הודעת הדוא"ל הבאה:

[איבגי] שלום  
 קראתי כתב[ה] בעתון כי עירית אילת אישרה את  
 הבקשה להיתר עם תוספת הקומה בגין תמ"א 38 כפי  
 שביקשנו.  
 כל עוד העיריה לא אישרה את תוספת הקומה בגין  
 תמ"א 38 סירבת לחתום על כל הסכם בכתב כי לטענתך  
 לא היה בכך צורך, עתה משנתקבלה החלטת ועדת בנין  
 ערים לאשר התוכנית כפי שהגשנו אני מבקש כי תחתום  
 על ההסכם.

ואולם ניסיון של הצדדים להגיע להבנות לא עלה יפה, ולפיכך הוגשה כעבור  
 מספר חודשים התובענה מושא הערעור שלפנינו (יצוין כי מעיון בכתב התביעה ניכר כי  
 הוא הוגש בטרם נודע לפרידמן על מכירת הסכם האופציה לגני דוד).

12. להשלמת התמונה אוסיף את הפרטים הבאים :

- (א) אחרי המחאת הסכם האופציה לגני דוד, נהרס המבנה הישן ונבנה במקום  
 בניין מסחרי, בן שתי קומות, המשתרע על שטח של כ-2,970 מ"ר.  
 החברה הקבלנית שביצעה את העבודות בנכס, באמצעות קבלני משנה,  
 הייתה חברת מצלר, שעל פי הרישומים במרשם החברות הועברה  
 לשליטתו של בורקו בפברואר 2014.
- (ב) בעליו המקוריים של הנכס (חברת חאן אילת והעומדים מאחוריה) מצויים  
 בסכסוך משפטי מול איבגי, וטוענים לביטול הסכם האופציה שנערך  
 עמו. סכסוך זה עודנו מצוי בהליכי בוררות. לטענתו של איבגי, פרידמן  
 מסייע לבעלים המקוריים בסכסוך זה, כשם שהם העידו לטובתו בתיק  
 דנן.

ההליך בבית המשפט המחוזי

13. התובענה מושא הערעור דנן הוגשה לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו ביום  
 30.7.2014. התובעים היו פרידמן, וחברה בשליטתו בשם בוטיק הוטל ים המלח בע"מ  
 (להלן: "חברת בוטיק"), לה המחזה פרידמן כשבועיים לפני כן 1.5 מיליון ש"ח מהכספים  
 המגיעים לו לטענתו (להלן: "המחאת הזכות"). יצוין כי חברת בוטיק אינה קשורה כלל  
 למגרש, אלא פעלה בקשר לפרויקט אחר, למענו נטל פרידמן באמצעותה הלוואה של  
 מיליון ש"ח מבורקו. הנתבעים היו איבגי, בורקו וחברת מצלר. עילת התביעה המרכזית  
 הייתה הפרת חוזה, ואליה צורפו כמקובל במקומותינו שלל עילות תביעה נוספות: הפרת

חובת תום הלב במשא ומתן, תרמית ומצג שווא, רשלנות ועשיית עושר ולא במשפט. סכום התביעה הועמד על 8 מיליון ש"ח, וזאת מטעמי אגרה (הסכום המלא המגיע לפרידמן מהנתבעים הוערך בכתב התביעה בכ-24.4 מיליון ש"ח).

14. בכתב הגנתו טען איבגי כי הוא אומנם דן עם פרידמן בנוגע לאפשרות לשכור את שירותיו על מנת שיסייע בהגדלת זכויות הבנייה בנכס, אך לדבריו המשא ומתן ביניהם מעולם לא הבשיל לכדי הסכם מחייב, ופרידמן מעולם לא עשה פעולות המצדיקות להעניק לו חלק מהרווחים שנצמחו מהגדלת זכויות הבנייה בנכס. עוד טען איבגי, כי פרידמן הגיש את התביעה רק משום שבורקו פתח נגדו בהליכי הוצאה לפועל לצורך פירעון ההלוואה שהעמיד לטובתו, באמצעות חברת בוטיק, בקשר לפרויקט אחר.

15. ההליכים בתיק היו מקיפים מאד. הוגשו ראיות רבות ומגוונות, זומנו עדים מקרוב ומרחוק, והתקיימו 8 דיוני הוכחות, המכוסים ב-861 עמודי פרוטוקול מוקלט. במהלך הדיונים הרבו הצדדים להתייחס לנושאים החורגים מהסכסוך הקונקרטי, ואולם בית המשפט קמא צמצם, כפי שראוי היה שיעשה, את התייחסותו לסכסוך שהונח לפתחו. כך ננהג גם אנחנו.

16. המחלוקת המרכזית בין הצדדים נסובה סביב השאלה האם נכרת בין פרידמן לאיבגי במהלך הפגישה השנייה חוזה מחייב לפיו פרידמן יגלה לאיבגי מהו המסלול התכנוני בתמורה לרווחים מהפרויקט, כטענת פרידמן; או שמא במהלך השיחה דובר על העסקתו של פרידמן בקידום תוכניות בקשר לנכס עד לקבלת היתר הבנייה ומבלי שסוכם על שכרו, כטענת איבגי.

99 סק דינו של בית משפט קמא

17. בית המשפט המחוזי (כב' השופט מגן אלטוביה) אימץ את גירסתו העובדתית של פרידמן ביחס לפגישה השנייה, וקבע כי בפגישה זו איבגי ופרידמן גמרו בדעתם להתקשר בהסכם מחייב לפיו פרידמן יקבל מחצית מהרווחים שיצמחו מהוספת קומה לנכס, אם יגלה לאיבגי מה המסלול התכנוני שבו ניתן להשיג תוצאה זו, וככל שתוכנית זו תעלה יפה.

18. בית המשפט קמא למד על קיומה של גמירות דעת להתקשר בהסכם מחייב משתי הודעות דוא"ל שנשלחו בין הצדדים: ביום 21.10.2012 שלח איבגי לפרידמן הודעת דוא"ל, ממנה עולה כי עובר לפגישה השנייה ביקש איבגי להגדיל את זכויות הבנייה



בנכס, ואף שלח לפרידמן את התוכנית והיתר הבנייה שהיה אותה עת לנכס; ביום 4.3.2013 שלח איבגי הודעת דוא"ל נוספת אליה צורפה טיוטת ההסכם. בית המשפט קבע כי חרף העובדה שטיוטת ההסכם לא נחתמה, יש באמור בה כדי לתמוך בגרסתו של פרידמן באשר לתוכן השיחה בפגישה השנייה. זאת, למד בית המשפט קמא מהבאים: ראשית, במבוא של טיוטת ההסכם מדובר על פיתוח הנכס מכוח תמ"א 38; שנית, בסעיף 7.2 לטיוטת ההסכם נקבע כי חברת הניהול בבעלותו של פרידמן תהא זכאית ל-33% "מרווחי מכירת הקומה השנייה". בית המשפט התייחס לכך שאין המדובר ב-50% כגרסתו של פרידמן, אולם עניין זה הוסבר על ידו בכך שבעקבות הפגישה המשולשת הסכים פרידמן לחלוקה שונה של הרווחים; שלישית, העובדה שטיוטת ההסכם מתייחסת ל"מכירת הקומה השנייה" ולא לכל המיזם. בית המשפט קמא שוכנע כי ככל שמדובר ביחסים בין איבגי לבין פרידמן ובחלוקת הרווחים מהמיזם המתוכנן, ראה איבגי להבחין בצורה מוחלטת בין הקומה הראשונה לבין הקומה השנייה, כאשר רק הרווחים מהקומה השנייה עמדו לחלוקה.

תימוכין נוספים לכוונת הצדדים להתקשר בהסכם מחייב מצא בית המשפט קמא בעצם קיום הפגישה המשולשת בין פרידמן לבין איבגי ובורקו. הוטעם, כי אף איבגי אישר בעדותו כי בפגישה האמורה דובר על כך שהתמורה שיקבל פרידמן תעמוד על אחוזים מרווחי הקומה השנייה בנכס. בהקשר זה דחה בית המשפט קמא את טענת איבגי לפיה התמורה האמורה הוצעה בגין עבודתו של פרידמן במיזם, על מנת לפנות את איבגי לעסקאות אחרות, וקבע כי טענה זו אינה מתיישבת עם הסכמתו של איבגי להתחלק עם פרידמן ברווחים. בדומה, דחה בית המשפט קמא את גרסת איבגי בדבר כוונתו להעסיק את פרידמן ללא קשר לרעיון של קבלת זכויות לפי תמ"א 38, בקבעו כי עדותו של איבגי בעניין זה איננה אמינה, ואיננה מתיישבת עם הצעתו לחלוק עם פרידמן ברווחים מפיתוח הקומה השנייה של הנכס.

בית המשפט הוסיף וקבע כי אין לקבל את הטענה לפיה גם אם הסכים איבגי באופן עקרוני לחלוק עם פרידמן ברווחים שיצמחו מהוספת הקומה השנייה, הוא לא גמר בדעתו להתקשר עמו בהסכם מחייב. נפסק כי מדובר בטענה חסרת תום לב שכן איבגי איננו יכול לטעון שלא גמר בדעתו להתקשר עם פרידמן בהסכם מחייב לאחר שכבר קיבל ממנו את התמורה שהיה אמור לקבל על פי ההסכמות ביניהם – דהיינו גילוי הרעיון החדשני. בהקשר זה צוין, כי רצונו של פרידמן לקבל מסמך בכתב אודות ההסכמות שהיו בין הצדדים מקובל ולגיטימי, ואין בכך כדי ללמד שבפגישת הצדדים לא הייתה למי מהם כוונה להתקשר בחוזה מחייב.

באשר לטענת איבגי בדבר העדר מסוימות, קרי – בדבר אי הסכמה על עניינים מהותיים הדרושים ליצירת חוזה משפטי חייב, ובפרט בנושא התמורה, פסק בית המשפט קמא כי הטענה אינה מקובלת עליו, וכי התנאי לפיו זכאי פרידמן ל-50% מהרווחים שיצמחו מבניית הקומה השנייה בנכס הוא מסוים דיו. לשיטתו, הצורך לקבוע את אופן חישוב הרווחים אינו גורע ממסוימות המונח "רווחים". זאת, למד בית המשפט קמא גם מהתנהגות הצדדים בזמן אמת, שהרי סביר להניח שפרידמן לא היה מגלה לאיבגי את האופן בו ניתן להוסיף קומה לנכס, טרם יקבעו הצדדים את אופן חישוב הרווחים. משלא נהג כך, הסיק בית המשפט קמא, שניתן להניח שהמושג "רווחים" היה ברור, ולחילופין – לא מהותי, בעיני הצדדים.

בנוסף, דחה בית המשפט את טענת איבגי בדבר הצורך במסמך בכתב בהתאם להוראת סעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: "חוק המקרקעין"), הואיל ואין עסקין בהתחייבות להקנות זכויות בנכס, אלא אך התחייבות לחלוקה ברווחים.

19. בכל הקשור לתוכן הפגישה המשולשת והשפעתה על ההסכם בין הצדדים, סבר בית המשפט קמא כי אין צורך לקבוע ממצאים באשר לתוכן הדברים שנאמרו בפגישה זו, מאחר ששני הצדדים טענו כי במהלכה לא נכרת ביניהם הסכם משפטי. כך, פרידמן טען כי הוא התנה את הסכמתו לשינוי ההסכם בתשלום סך של 320,000 ש"ח – סכום שמעולם לא קיבל, ואילו איבגי טען כי בין הצדדים לא נכרת מעולם הסכם, ובכלל זה לא נכרת הסכם בפגישה המשולשת. מכאן, הסיק בית המשפט קמא כי אין אלא לקבוע את תוקפו של ההסכם שנכרת בפגישה השנייה, שהרי לשיטת שני הצדדים בפגישה המשולשת לא נכרת כל הסכם.

20. בית המשפט קמא הוסיף ודן במעורבותו של פרידמן בקבלת היתר הבנייה ובקידום המיזם. נפסק כי עד למידורו וסילוקו מהמיזם על ידי איבגי, היה פרידמן מעורב בפעילות לקבלת היתר לבניית הנכס והוספת קומה נוספת. זאת ביסס בית המשפט קמא על עדותה של גב' מרינה סטרז'ניק, מזכירתו של איבגי, וכן על מסמכים והודעות דוא"ל שהוגשו כראיות בתיק. בהקשר זה ציין בית המשפט קמא כי אין בחומר הראיות כל אינדיקציה לכך שבזמן אמת הלין איבגי על כך שפרידמן אינו עושה די לקבלת היתר הבנייה.

21. על יסוד נימוקים אלה פסק בית המשפט כי פרידמן זכאי ל-50% מהרווח שצמח לאיבגי מבניית הקומה השנייה בנכס, מכוח החוזה בעל פה שנכרת בין הצדדים בפגישתם השנייה. לצד האמור קבע בית המשפט קמא כי יש לדחות את התביעה נגד חברת מצלר

וברקו "נוכח מסקנתי לפיה נכרת הסכם בעל פה בין איבגי לבין פרידמן ומשלא מצאתי עילה או בסיס לחיוב הנתבעים האחרים בקשר עם ההסכם האמור" (סעיף 36 לפסק הדין).

לצורך חישוב הרווח התבסס בית המשפט קמא על התמורה שקיבל איבגי בגין מכירת האופציה – סך של 14,000,000 ש"ח, בניכוי עלות רכישת האופציה, בסך 400,000 ש"ח, ובניכוי מס שבח שהושת על איבגי בסך כ-3,500,000 ש"ח. בית המשפט קמא דחה את בקשת איבגי להפחית מסכום המכירה את עלויות התכנון והבנייה נוכח הצהרתו לפיה חברת מצלר הייתה אמורה לשאת בעלות התכנון. מהסכום האמור, ועל מנת לייחד את הרווחים שנצמחו כתוצאה מבניית הקומה השנייה בלבד, ייחס בית משפט קמא, על דרך האומדן, 60% מהרווח שנצמח מהבנייה לזכות הבינוי מכוח תמ"א 38. על יסוד החישוב המתואר, פסק בית המשפט קמא לטובת פרידמן סך של 3,029,141 ש"ח. יצוין, כי בית המשפט קמא דחה חוות דעת שמאית שהוגשה מטעמו של פרידמן, לפיה הרווח שנצמח מהוספת הקומה השנייה עומד על סך של 23,000,000 ש"ח נוכח פגמים שנפלו לשיטתו בשומה, כמתואר בסעיף 23 לפסק הדין.

22. לצד האמור, דחה בית המשפט את תביעתו של פרידמן לחלקו היחסי במניות החברה הרוכשת (גני דוד) שהוקצו לאיבגי. נפסק, כי פרידמן לא הרים את נטל הראיה להוכיח שהקצאת המניות בחברה הרוכשת לטובת איבגי, ככל שהייתה, היא חלק מהתמורה ששולמה עבור מכירת הסכם האופציה. בין היתר, התבסס בית משפט קמא על הודעת מס שבח שהוגשה בתיק לפיה התמורה לאופציה עמדה על סך של 14,000,000 ש"ח בלבד. זכאותו של פרידמן לחלק מהרווח הקבלני של חברת מצלר נדחתה אף היא.

23. בשולי פסק הדין דן בית משפט קמא בתוקפה של המחאת הזכות, לפיה המחא פרידמן סך של 1,500,000 ש"ח מתוך הכספים המגיעים לו על פי ההסכם בין הצדדים לטובת חברת בוטיק הוטל בסמוך להגשת התביעה דנן, וקבע כי אין כל מניעה בדין להמחאה האמורה.

24. לסכום הפיצויים, בסך 3,029,141 ש"ח כאמור, פסק בית המשפט קמא ריבית והצמדה מיום מכירת האופציה על ידי איבגי. בית המשפט קמא לא עשה צו להוצאות.

25. על פסק הדין הוגשו שני ערעורים – של איבגי מזה (ע"א 4933/17), ושל פרידמן מזה (ע"א 9702/17). הצעתנו לישוב הסכסוך על דרך הפשרה לא התקבלה על ידי הצדדים, ועל כן נדרשת הכרעתנו בערעורים.

26. איבגי אינו משלים עם פסק דינו של בית המשפט קמא והגיש עליו ערעור לבית משפט זה. בד בבד עם הגשת הערעור הגיש המערער בקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין אשר נדחתה בהחלטה מיום 2.7.2017. ערעורו של איבגי מתייחס לעצם השתת החיוב עליו ולחילופין ביחס לסכום החיוב.

27. בערעורו, חוזר איבגי על מרבית טענותיו בבית משפט קמא. טענתו העיקרית של איבגי היא כי בין הצדדים לא נכרת הסכם מחייב. זאת מבסס איבגי על הבאים: ראשית, מהודעות הדוא"ל ששלח פרידמן עולה כי גם הוא חשב שיש לגבש הסכם בכתב לאחר הפגישה השנייה. מכאן, ובשים לב לתוכנה של טיוטת ההסכם, אשר אינה תואמת לתוכן הנטען של הפגישה השנייה, מסיק איבגי כי גם פרידמן עצמו לא סבר בזמן אמת כי מדובר בהסכם מחייב. שנית, כי תנאי גמירות הדעת, כפי שהתגבש בפסיקה, לא התקיים במקרה דנן, וכי מדובר אך ב"הסכם ג'נטלמני" שאיננו אכיף. שלישיית, כי דרישת המסוימות לא מולאה, הואיל ותנאי ההסכם לא סוכמו בין הצדדים ולמעשה בית המשפט הוא שכתב את ההסכם שבין הצדדים.

28. לחילופין טוען איבגי כי אף אם נכרת בין הצדדים הסכם מחייב, הרי שאין לפסוק לפרידמן תמורה בגינו, הואיל והוא לא עמד בהתחייבויותיו על פי ההסכם. נטען כי על מנת לזכות בשכר, בשיעור של 33% מרווחי מכירת הקומה השנייה, היה פרידמן מחויב לעבודה אינטנסיבית בקידום הפרויקט, ובכלל זה קבלת היתר בנייה – דבר שלא נעשה. בפועל, כך נטען, שעות עבודתו של פרידמן בפרויקט הסתכמו בכ-15 שעות עבודה בלבד, וממילא סיועו לקידום המיזם לא היה משמעותי. איבגי שב ומדגיש כי התגמול לפרידמן, ככל שהוסכם, היה עבור עבודתו וטרחתו לשם קבלת היתר בנייה, ולא בגין הרעיון החדשני לעשות שימוש בתמ"א 38 ביחס למבנה מסחרי. בהקשר זה נטען כי הוראות תמ"א 38 הן בגדר דין, ועם פרסומן הן נחלת הכלל. על אחת כמה וכמה הן מוכרות לכל מי שעוסק ביזמות נדל"ן. עוד נטען כי טענתו של פרידמן בדבר מידורו מהפרויקט על ידי איבגי מהווה הרחבת חזית אסורה.

בכל נוגע לתמורה החוזית, נטען כי דרישת פרידמן בדבר תשלום סך של 320,000 ש"ח כתנאי לשינוי החוזה (ההפחתה מ-50% מהרווחים ל-33% מהרווחים) היא טענה מומצאת וכבושה, אשר אין לה תמיכה מזמן אמת, ובפרט איננה כלולה בטיוטת ההסכם. עוד נטען כי בזמן אמת שלח פרידמן לאיבגי את טיוטת ההסכם המתוקנת, וכי במסגרת הערותיו ביחס לטיוטת ההסכם לא חלק על היקף התשלום המוסכם לו יהיה זכאי אם יושג

היתר להקמת הקומה השנייה (33% מהרווחים), או על ההתחייבויות המוטלות עליו במסגרת ההסכם כתנאי לקבלת התשלום האמור.

29. טענות נוספות שנטענו על ידי איבגי בערעורו הן הבאות: כי בית המשפט קמא לא נתן דעתו לטענה בדבר חוסר יריבות בין פרידמן לאיבגי, הואיל וטיוטת ההסכם מתייחסת לחברה בבעלות פרידמן, ולא לפרידמן עצמו; כי בכתב התביעה טען פרידמן אך לעילה של חוסר תום לב בקיום הסכם, ועל כן הטענה בדבר הפרת הסכם היא הרחבת חזית אסורה אשר איבגי התנגד לה בזמן אמת; בנוסף, מלין איבגי על כך שבחישוב הרווחים שנצמחו לאיבגי לא הופחתו עלויות שכרם של היועצים, המומחים והעובדים וכן אגרות התכנון ותשלומים שונים ששולמו בגין המיזם.

30. באשר לסכום הפיצויים בו חויב, טוען איבגי כדלקמן: ראשית, בית המשפט התעלם מכך שפרידמן הסכים לשנות את ההסכם ולהעמיד את חלקו על סך של 33% חלף 50% מרווחי הוספת הקומה השנייה. שנית, כי שגה בית משפט קמא את פסק את הפיצוי על דרך האומדן. שלישית, כי הצדדים הסכימו שפרידמן לא יהיה זכאי לתשלום במידה שהאופציה לא תמומש, ועל כן שגה בית משפט קמא את פסק כי כספים שקיבל איבגי בגין סיחור האופציה נכללים בסעד הנתבע. רביעית, כי הסכום שהתקבל מסיחור האופציה כולל גם רווח יזמי של איבגי ולא רק ערך השבחה. חמישית, כי חישוב הפיצוי לא לקח בחשבון את היטל ההשבחה בו נשא איבגי בסך 383,123 ש"ח. ממילא, לשיטתו של איבגי ערכן של זכויות הבנייה שנוספו בעקבות הקמת הקומה השנייה עמד על סך של 618,824 ש"ח בלבד, כפי שנקבע בשומת היטל ההשבחה שהוצאה לנכס.

כן סבור איבגי כי היה על בית המשפט לזקוף לזכות השינוי בזכויות הבנייה בעקבות תמ"א 38 אך 40% מהרווח שנצמח בעקבות מכירת האופציה, ולא 60% כפי שנקבע, אולם אין הוא מנמק את הבסיס לטענה זו.

נוכח האמור לעיל סבר איבגי כי יש להעמיד את סכום הפיצוי על סך של 2,019,427 ש"ח היה ותתקבל טענתו בדבר הפחתת סכומים שלא הובאו בחשבון, ו-1,346,285 ש"ח בלבד, היה ותתקבל טענתו בדבר הפחתת חלקו של פרידמן מ-50% ל-33%.

לבסוף, מלין איבגי על כך שלא היה מקום לפסוק לפרידמן הפרשי הצמדה וריבית מיום מכירת האופציה, הואיל וסעד זה לא נתבקש על ידי המבקש, ויש לחשבם החל מיום הגשת התביעה.

31. חברת מצלר ובורקו הגישו סיכומים מטעמם, בגדרם ביקשו להצטרף לטענותיו של איבגי בערעור, וכן הלינו על צירופם להליכים שלא לצורך.

טענותיו של פרידמן

32. פרידמן הגיש אף הוא ערעור על פסק הדין. בכל הנוגע לטענות שהעלה איבגי בערעורו סומך פרידמן ידיו על קביעותיו של בית משפט קמא. בנוסף, העלה פרידמן בערעורו שלוש טענות מרכזיות:

ראשית, נטען כי היה מקום לפסוק לפרידמן 50% מהרווח הקבלני שנוצר לאיבגי מכוח אחזקותיו בחברת מצלר. נטען כי ישנה זהות מוחלטת בין חברת מצלר לבין איבגי, ולכן הרווחים שהפיקה חברת מצלר, בכובעה כחברה הקבלנית הראשית בפרויקט, הם למעשה רווח יזמי ולא מדובר ברווח קבלני גרידא. לפיכך, סבור פרידמן כי הוא זכאי לקבל מאיבגי ומחברת מצלר גם מחצית מהרווח שהפיקה חברת מצלר מביצוע הפרויקט, בסכום העומד לשיטתו על סך של 1.4 מיליון ש"ח.

שנית, פרידמן מלין על אופן חישוב רווחי מכירת הקומה השנייה. לשיטתו, היה מקום לקבל את חוות דעת המומחה מטעמו, ולחילופין לפסוק לו כ-5 מיליון ש"ח, שהם מחצית מהרווחים הישירים שצמחו לאיבגי ממכירת הסכם האופציה לגני דוד. פרידמן טוען כי בנוסף לרווח שצמח לאיבגי במישרין מסיחור האופציה צמחו לו גם רווחים מכך שהחזיק ב-15% ממניות גני דוד, ועל כן יש להעמיד לשיטתו את רווחי מכירת הקומה הקנייה על לא פחות ממחצית הרווח הישיר שצמחה לאיבגי ממכירת המיזם. למצער הוא סבור שהיה מקום לייחס 75% מרווחי סיחור האופציה, ולא רק 60%, לזכויות הבנייה בקומה השנייה.

לבסוף, נטען כי שגה בית המשפט קמא שעה שלא פסק לטובת פרידמן הוצאות ושכר טרחה. לשיטתו, משעה שהוא זכה בהליך הרי הוא זכאי להשבת מלוא הוצאותיו, ובכלל זה אגרות בית המשפט ששולמו על ידו וכן שכר טרחת עורך דין. למצער, סבור פרידמן כי היה על בית המשפט לפסוק לטובתו שכר טרחת עו"ד לפי כללי לשכת עורכי הדין (התעריף המינימלי המומלץ), התש"ס-2000. על בסיס תחשיביו מסיק פרידמן כי הוא הוכיח בבית משפט קמא את מלוא סכום התביעה אשר הועמד על ידו לצורכי אגרה על סך של 8 מיליון ש"ח, ולחילופין 3,786,426 ש"ח, וכי יש להשית את החיוב האמור

על איבגי וחברת מצלר, ביחד ולחוד, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית מיום סיחור האופציה, ובתוספת הוצאות משפט ושכר טרחת עורך-דין.

דיון והכרעה

33. המחלוקות בין הצדדים נוגעות לארבע שאלות מרכזיות:

ראשית, האם נכרת הסכם מחייב בין איבגי לבין פרידמן, ומהם תנאיו של אותו הסכם? (להלן: "האם נכרת הסכם ומה תוכנו?")

שנית, בהנחה שנכרת הסכם, האם קמה לפרידמן זכות לתשלום מכוחו. בהנחה שלא נכרת הסכם, האם קמה לפרידמן זכות לתשלום ממקור משפטי אחר (להלן: "האם קמה לפרידמן זכות לתשלום?").

שלישית, בהנחה שקמה לפרידמן זכות לתשלום, מיהו החייב בתשלום (להלן: "זהות החייב")

רביעית, בהנחה שקמה לפרידמן זכות לתשלום, מהו הסכום המגיע לו (להלן: "כימות הזכות לתשלום").

להלן אבחן מחלוקות אלה כסדר הצגתן.

א. האם נכרת הסכם ומה תוכנו?

34. במקרה שלפנינו, למרות שנוהל משא ומתן על כריתתו של הסכם בכתב, ואף הוחלפו טיוטות בין הצדדים, לא נחתם בסופו של יום הסכם פורמאלי בכתב. כן, לא נטען על ידי מי מהצדדים כי ההתכתבויות השונות בין הצדדים מגבשות זיכרון דברים מחייב. ודוק, ניתן לסבור כי הודעות הדוא"ל מיום 8.2.2013, המובאות בפסקה 5 לעיל, מגבשות זיכרון דברים שדי בו על מנת להוות חוזה מחייב בכתב. זאת במיוחד בשים לב לדרישות המקלות שנקבעו בעניין זה בפסיקה (השוו, למשל, ע"א 235/75 קאדרי נ' מסדר האחריות צ'רלס הקדוש, פ"ד ל(1) 800 (1976)). ואולם, מאחר שהצדדים לא טענו לכך, ולאור המסקנה אליה הגעתי, סברתי כי אין צורך להעמיק באפשרות זו. נמקד אפוא דיוננו בשאלה האם נכרת בין הצדדים הסכם בעל פה.

35. סעיף 23 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים") קובע כי "חובה יכול שייעשה בעל פה, בכתב או בצורה אחרת, זולת אם היתה צורה מסוימת תנאי לתקפו על פי חוק או הסכם בין הצדדים". מהוראה זו נלמד שככלל, בהעדר הסדר אחר בחוק או בחוזה, אין מניעה להכיר בתוקפו המחייב של חוזה שנערך בעל פה, ובלבד שתתקיימנה הדרישות החיוניות לכריתת חוזה, כאמור בפרק א' לחוק החוזים (ראו: ע"א 528/86 פולגת נ' בלכנר, פ"ד מד(3) 821, 823 (1990); ע"א 705/88 אינקומר בע"מ נ' צוקר, פסקה 6 (31.12.1988); ע"א 416/89 גל-אור נ' חברת כלל (ישראל) בע"מ, פ"ד מו(2) 177, 182 (1992)). ודוק, העובדה כי אין בנמצא מסמך כתוב אומנם עלולה להקשות על הצד הטוען לקיומו של הסכם להוכיח את גרסתו, ואולם זהו קושי ראייתי גרידא. כאשר לא קיימת דרישת צורה מהותית על פי חוק או הסכם בין הצדדים, הרי שלהסכמות העומדת בדרישות פרק א' לחוק החוזים יינתן תוקף משפטי מחייב כחובה לכל דבר ועניין (וראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 462–464 (מהדורה שנייה, 2018) (להלן: "פרידמן וכהן, חוזים"); גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 261–262 (מהדורה רביעית, 2019) (להלן: "שלו וצמח, דיני חוזים")).

36. ההתקשרות בה עסקינן, בין אם עניינה חלוקת רווחי הרעיון החדשני, כגישת פרידמן, ובין אם עניינה שכירת שירותיו של פרידמן, כגישת איבגי, איננה נופלת לגדר אותן קטגוריות בהן נקבעה דרישת כתב מהותית בחקיקה הישראלית. אין המדובר ב"התחייבות לעשות עסקה במקרקעין", לגביה קבועה דרישת כתב בסעיף 8 לחוק המקרקעין, שכן אין במסגרתה כל התחייבות ל"הקניה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה", כהגדרת המונח "עסקה במקרקעין", בסעיף 6 לחוק המקרקעין. ודוק, המיזם דנן הוא אכן ביחס למקרקעין, ואולם ההתקשרות בה עסקינן היא למתן שירותים בנוגע למקרקעין כנגד תשלום תמורה כספית. התקשרות כזו אינה כפופה כמובן לסעיף 8 לחוק המקרקעין. כמו כן אין מדובר בהזמנה לביצוע פעולת תיווך במקרקעין, החייבת בדרישת כתב מהותית מכוח סעיף 9 לחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק המתווכים"), או בכל שירות אחר שיש לגביו דרישת כתב מהותית על פי חוק.

37. בסעיף 23 לחוק החוזים הכיר המחוקק בכך שדרישת כתב מהותית עשויה להיות מוטלת מכוח הסכמה של הצדדים (הפסיקה נתנה להוראה זו פרשנות מצרה. ראו ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק), פ"ד לג(2) 283, 286 (1979) (להלן: "עניין רבינאי"); ע"א 3107/01 עדני נ' אמיתי, פ"ד נז(3) 555, 560 (2003) (להלן: "עניין אמיתי"). ואולם, בענייננו, לא רק שהצדדים לא סיכמו ביניהם כי ההתקשרות לא תהיה מחייבת עד שיערך הסכם בכתב, אלא שמהתכתבות ביניהם עולה כי סיכמו את היפוך



הדבר – דהיינו, שהביעו דעתם כי אין כל צורך בהסכם פורמאלי בכתב על מנת שתהיה ביניהם התקשרות מחייבת. נותן הטון בעניין זה היה דווקא איבגי. במספר הזדמנויות הוא העביר לפרידמן את המסר לפיו אין כל חשיבות בהכנת חוזה כתוב, וכי דרישה זו היא הכבדה מיותרת, ואולי אף מעליבה. הדברים מגיעים לכדי רתיחה בחילופי המסרונים, בהם מבהיר איבגי לפרידמן כי "עשינו עיסקה בלחיצת יד, או שתשאיר אותה ככה ותאמין בי או שלא עשינו עיסקה". על רקע עמדה תקיפה זו נסוג פרידמן מדרישתו כי ייחתם הסכם בכתב, וקיבל בלית ברירה את עמדת איבגי כי עליו להסתפק ב"עיסקה בלחיצת יד".

38. המסקנה כי אין מניעה במקרה בו עסקינן לעריכת חוזה מחייב בעל פה אינה משמיעה לנו כמובן שחוזה כזה אכן נכרת. כידוע לא כל אמירה שנאמרה, ואפילו לא כל הבנה שהתלבנה, מגבשות הסכם שהמשפט מעניק לו תוקף מחייב. על מנת שיתגבש חוזה צריכים להתקיים התנאים החיוניים לכריתת חוזה, כפי שהוגדרו בפרק א' לחוק החוזים. לבחינת תנאים אלה נפנה עתה.

39. סעיף 1 לחוק החוזים קובע "חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול לפי הוראות פרק זה". בחינת שאלת כריתת החוזה במשקפיים של דיני ההצעה והקיבול מניחה דרך מסוימת של משא ומתן בין הצדדים – משא ומתן המתנהל בדרך של חילופי מסרים בין מתקשרים פוטנציאליים אשר כל אחד מהם פועל באופן אינדיווידואלי ועצמאי (ראו עופר גרוסקופף "סיווג מסרים המוחלפים במהלך משא ומתן" עיוני משפט כב 745, 753–755 (2000) (להלן: "גרוסקופף, סיווג מסרים")). משא ומתן שכזה התקיים בענייננו בקשר לניסיון לגבש הסכם בכתב בחודשים פברואר-מרץ 2012, שעה שהצדדים החליפו ביניהם הודעות דוא"ל ומסרונים, ואולם, כמובהר, הוא לא עלה יפה, ולא הוליד התקשרות מחייבת בכתב (בלשון דיני ההצעה והקיבול, לא ניתן לאתר במסגרת המשא ומתן מסר המסווג מבחינה משפטית כ"הצעה" מהצד האחד שנענה במסר המסווג מבחינה משפטית כ"קיבול" של הצד השני).

40. יחד עם זאת, למשא ומתן שהתקיים בין הצדדים ביחס לאפשרות כריתת הסכם בכתב, קדם דין ודברים בעל פה שהתנהל במספר פגישות שקיימו הצדדים, ושכמהלכן הושגו הבנות שונות. האם להבנות אלה יש תוקף של חוזה מחייב? הניסיון לענות על שאלה זו באמצעות דיני ההצעה והקיבול מעורר קושי. מטבע הדברים, כאשר המשא ומתן מתנהל בין נוכחים, ומתוך מטרה לגבש במשותף את ההסכמות, קשה לנתח את הליך חילופי המסרים באמצעות דיני ההצעה והקיבול, ולשיטתי אף אין כל טעם בכך

(ראו גרוסקופף, סיווג מסורים, עמ' 763–765). במצב דברים זה מקובל לבחון את השאלה האם נכרת חוזה באמצעות הגישה המהותית, דהיינו בחינת התקיימות התנאים המהותיים לכריתת חוזה – גמירות דעת ומסוימות – ביחס להבנות שהושגו במהלך המשא ומתן (שם, עמ' 755–757; פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 155–157; שלו וצמח, דיני חוזים, עמ' 157–158). אעמוד בקצרה על כל אחת מהדרישות הללו, ואחר כך אבחן את התקיימותן ביחס להבנות שהושגו בפגישות שהתקיימו בין הצדדים.

41. על מנת שמשא ומתן יבשיל לכדי חוזה מחייב צריכה להתגבש בין הצדדים גמירות דעת להיקשר בעסקה, שתנאיה העיקריים ידועים ומוסכמים על פי מבחן אובייקטיבי (פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 166–167 והאסמכתאות המופיעות שם). לצורך כך, אין די בקיומה של הסכמה עקרונית להיקשר בחוזה, אם וכאשר יסוכמו הפרטים העיקריים של העסקה (קרי, אין די בכוונה ליצור יחסים משפטיים). דרישת גמירות הדעת מחייבת שהצדדים יגיעו למפגש רצונות להיקשר בעסקה לאלתר. לעיתים, יכול בית המשפט ללמוד על קיומה של גמירות דעת מדברים שאמרו הצדדים וממעשים שעשו לפני המועד הנטען לכריתה ולאחריו, אולם בכך בית המשפט אינו יוצר בדיעבד את גמירות הדעת אלא לומד על התגבשותה בעת הכריתה מנתונים המעידים על כך במבט לאחור (עניין רבינאי, עמ' 286; שלו וצמח, דיני חוזים, עמ' 159 והאסמכתאות המופיעות שם).

42. לצידה של דרישת גמירות הדעת עומדת דרישת המסוימות. בהתאם לדרישה זו על הצדדים לכלול בחוזה את כל התנאים העיקריים החיוניים להתקשרות. עם השנים רוככה הדרישה בפסיקה – אשר הכירה בחוזה כבעל מסוימות מספקת גם כאשר לא ניתן היה למצוא בו את כל התנאים העיקריים החיוניים להתקשרות, וזאת כאשר פרטים אלו ניתנים להשלמה לפי הוראות שבדין או לפי הנהוג המקובל (ע"א 692/86 בוטקובסקי נ' גת, פ"ד מד(1) 57, 66 (1989)). השלמה כאמור לא תיעשה כאשר בין הצדדים קיימת אי-הסכמה מפורשת או משתמעת לגבי אותם פרטים חסרים (ע"א 3380/97 תמגר חברה לבניה ופיתוח בע"מ נ' גושן, פ"ד נב(4) 673, 682 (1998)). עוד נקבע, כי העדה חזקה על גמירות דעת נתפשת כפיצוי על מסוימות חסרה או פגומה (רע"א 4976/00 בית הפטנתר נ' מור, פ"ד נו(1) 577, 588 (2001)). ההנחה היא שבמידה והצדדים גמרו דעתם להתקשר בחוזה, אין לאפשר לאחד המתקשרים להתחמק ממנו בטענה שחלק מתנאיו אינם מסוימים דיים. למעשה, כיום נהוגה במשפט הישראלי הגישה כי דרישת המסוימות, שהיוותה בעבר אחד משני עמודי התווך שעליו נבנה החוזה, ירדה מגדולתה, ומהווה מעין "כינור שני" לדרישת גמירות הדעת (ראו: ע"א 7193/08 עדני נ' דוד, פסקה 9

(18.7.2010) (להלן: "עניין דוד"); ע"א 9247/10 רוזנברג נ' סבן, פסקה 14 (24.7.2013);  
ע"א 9255/11 דניאל נ' פלונית, פסקה 19 (11.8.2013).

43. במקרה דנן, בית המשפט קמא קבע כי הסיכומים שהושגו בין הצדדים בפגישה השנייה מגבשים חוזה מחייב, ולא מצאתי יסוד להתערב בקביעה זו. ראשית, כלל הוא כי אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאים עובדתיים וממצאי מהימנות שקבעה הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים שבהם מסקנות הערכאה הדיונית אינן מתיישבות עם הגיונם של הדברים והשכל הישר, או כאשר נעלמו מערכאה זו עובדות מהותיות. הגיונו של כלל זה נעוץ בכך שהערכאה הדיונית היא ששמעה את העדים, התרשמה מהם באופן ישיר ובלתי אמצעי ובחנה את כלל הראיות (ראו, מיני רבים: ע"א 3601/96 בראשי נ' עיזבון המנוח בראשי ז"ל, פ"ד נב(2) 582, 594 (1998)). בענייננו, ההכרעה אם נכרת חוזה מחייב בפגישה השנייה אם לאו היא בעיקרה עובדתית, ומבוססת רובה ככולה על עדויות הצדדים שהעידו לפני בית המשפט קמא. בפרט, ההכרעה נסמכת על כך שבית המשפט קמא העדיף את עדותו של פרידמן בנוגע לאשר ארע בפגישה השנייה, על פני זו של איבגי, וכן מצא לה חיזוקים בכתב ובהתנהלות הצדדים – לפני כריתת ההסכם (שליחת התוכנית הקיימת עובר לפגישה השנייה) ולאחריה (שליחת טיוטת ההסכם על ידי איבגי; קיומה של הפגישה המשולשת), והן בעדותה של גב' סטורז'ניק, מזכירתו של איבגי בתקופה הרלוונטית.

44. אף לגופם של דברים אין לשעות לטענת איבגי בנוגע להתקשרות עם פרידמן. עיון בחומר הראיות שהונח לפני בית המשפט קמא מעלה כי בענייננו קיים שובל של מסמכים בכתב התומכים בקביעה כי נכרת חוזה מחייב בין פרידמן לבין איבגי כבר מהפגישה השנייה. על מסמכים אלו ניתן למנות את הטיוטה המוקדמת, שהכין ושלח פרידמן בסמוך לאחר הפגישה השנייה. תוכנה של טיוטה זו עולה בקנה אחד עם גרסתו של פרידמן בנוגע לתוכן ההסכם – רעיון לנתיב תכנוני (תמ"א 38) תמורת מחצית הרווחים; טיוטת ההסכם שהכין ושלח איבגי, במסגרתה, כפי שציין בית המשפט קמא, ראה איבגי להבחין בצורה מוחלטת בין הקומה הראשונה לבין הקומה השנייה, כאשר רק הרווחים מהקומה השנייה עמדו לחלוקה; המסרונים שהחליפו הצדדים כמתואר בסעיף 8 לעיל, בהם כותב איבגי מפורשות "עשינו עיסקה בלחיצת יד" וכן "סגרנו בלחיצת יד ותנו לא"; הודעת הדוא"ל מיום 23.3.2014, המובאת בפסקה 11 לעיל, בה מציין פרידמן את סירובו של איבגי לחתום על הסכם בכתב, וקושר בין מתן ההיתר ותוספת הקומה בגין תמ"א 38 לדרישותיו כלפי איבגי.

45. טענה נוספת שהעלה איבגי היא שהצדדים המשיכו להעביר ביניהם טיוטות הסכם לאחר הפגישה השנייה, וכי תוכנן של הטיוטות האמורות היה שנוי במחלוקת. איבגי טוען כי הדבר מעיד על כך שבנקודת הזמן האמורה – הפגישה השנייה – הצדדים לא גמרו בדעתם להתקשר בהסכם מחייב. גם בטענה זו לא מצאתי ממש. התנהגות שני הצדדים לאחר הפגישה השנייה דווקא מלמדת על כך שגמירות דעתם להתקשר בהסכם מחייב כבר התגבשה (השוו: ע"א 5332/03 רמות ארזים, חברה לבניין והשקעות בע"מ נ' שירן, פ"ד נט(1) 931, 937 (2004)). באשר להתנהלותו של איבגי, הרי שלאחר הפגישה השנייה, הוא חתם על הסכם האופציה; קידם תוכנית המתבססת על הקלות תמ"א 38; התקשר עם אנשי מקצוע שונים תחת ההנחה של תוכנית כאמור – קרי תחת הנחת הריסה ובניית שתי קומות לנכס. במישור שני, מול פרידמן, הוא כיתב אותו על הודעות דוא"ל רבות והזמין אותו לפגישות בקשר למיזם, נסע עימו לסיור בנכס באילת, שלח לו את המסרונים הנזכרים, וכן בא עמו בדברים בנוגע לטיוטות ההסכם. כמו כן, לקח איבגי חלק בפגישה המשולשת אשר הצדדים מסכימים על עצם קיומה, ועל כך שנסובה על מעורבותו של פרידמן בפרויקט. באשר להתנהלותו של פרידמן, הרי שהוא לקח חלק בפגישות בקשר למיזם, יצר קשר עם אנשי מקצוע והיה מכותב למספר לא מבוטל של הודעות דוא"ל בקשר למיזם. לא מצאתי סיבה מדוע שיעשה כן אלמלא סבר כי הוא עתיד לקבל בגין פעולות אלה תמורה בעתיד.

46. גמירות דעתם של הצדדים לראות בפגישה השנייה הסכם מחייב נלמדת איפוא מהתנהגותם לאחר הפגישה, כמפורט לעיל, וממכלול נסיבות המקרה – קרי מכלול הפעולות שנערכו בקשר עם הוצאתו לפועל (המוצלחת) של הפרויקט, ולמידת מעורבותו של פרידמן בהיבטים מסוימים שלו. במיוחד, קשה להתעלם מכך שלאחר הפגישה השנייה בחר איבגי לפעול באופן עקבי ונחוש לשינוי תכנוני על פי תנאי תמ"א 38, וכי בסופו של יום נתיב תכנוני זה צלח וניתן היתר בנייה על פי הקלות אלו. בדין קבע בית המשפט קמא כי העובדה שהצדדים היו חלוקים ביניהם בנוגע לתוכנן של הטיוטות אינה מביאה, כשלעצמה, לשלילת גמירות דעתם, שהתגבשה בשלב מוקדם יותר (והשוו: עניין אמיתי, עמ' 560). נוסח טיוטות ההסכם שהוחלפו בין הצדדים יכול אומנם לשמש ראייה לתוכן ההסכם המוקדם בעל פה, או לסייע בפירושו, אך אין הן מגלמות הסכם זה (השוו: ע"א 2491/90 התאחדות סוכני נסיעות ותיירות בישראל נ' פאנל חברות התעופה הפועלות בישראל (3.5.1994)).

47. גם טענתו של איבגי כי מדובר ב"הסכם ג'נטלמני" – הסכם שאין עמו כוונה ליצירת יחסים משפטיים – דינה להידחות. בהקשרים מסחריים קיימת חזקה הניתנת לסתירה בדבר כוונה ליצירת יחס משפטי (ע"א 8566/06 אמריקן שירותי ניהול וייעוץ

(1987) בע"מ נ' מליבו – ישראל בע"מ, פסקאות 18-19 (8.11.2009); ע"פ 3896/04 ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(1) 294, 323 (2005); גבריאלה שלו "הסכמים ג'לטלמניים (שם זמני)" משפטים לב 3, 22 (2002)). מערכת היחסים שבין איבגי לבין פרידמן היא מערכת יחסים עסקית, במסגרתה יש בוודאי תחולה לחזקה האמורה. מכאן, שעל מנת לשכנע כי במקרה הקונקרטי לא הייתה כוונה ליצור יחסים משפטיים מוטלת על איבגי. בנטל זה לא עמד. מההתכתבויות בין הצדדים עולה אומנם כי איבגי סירב להתקשר בהסכם בכתב, ואולם הוא לא הכחיש בשעתו כי נקשר בין הצדדים הסכם בעל פה, "הסכם בלחיצת יד" בלשונו. הטענה כי בניגוד לחזקה האמורה, הסכם זה היה הסכם שבכבוד בלבד, לא התקבלה על דעת בית המשפט קמא. קביעה עובדתית זו מעוגנת היטב בחומר הראיות, ובמיוחד בחילופי הדוא"ל מיום 8.2.2013.

48. באשר לדרישת המסוימות, הרי שבשים לב לריכוך שחל במהלך השנים בדרישה זו, אין להטיל ספק שאף היא מתקיימת כבר בסיכום שהושג בפגישה השנייה. אכן, לא כל פרטי ההתקשרות היו ברורים לצדדים לאחר פגישה זו. כך, למשל, מתכתובת דוא"ל שהחליפו הצדדים ביום 25.2.2013, מתברר כי התגלעו ביניהם חילוקי דעות ביחס לשאלה מהו היקף המעורבות הנדרש מפרידמן בקידום הרעיון החדשני שהעלה. פרידמן סבר כי חלקו מתמצה בהעלאת הרעיון החדשני, וכי כל מעורבות מעבר לכך היא בגדר עזרה "מרצוני הטוב"; איבגי עמד על כך שזוהי "טעות חמורה אתה 'חייב' לדאוג להוצאת היתר... והוסיף "תסביר לי שוב 'על מה אני חייב לשלם לך מיליונים'????". ואולם, מעבר לכך שספק אם מדובר בנושא שבעיית המסוימות לגביו אינה ניתנת לפתרון על דרך של פרשנות (מעיון בתכתובות עולה כי עמדת איבגי בעניין זה תואמת את שכתב כבר ביום 8.2.2013, דברים שהתקבלו בשעתו על ידי פרידמן ללא כל מחאה), הרי שבפועל הושגו בסוגיה זו הבנות מאוחרות, משפרידמן הסכים לקבל על עצמו, הלכה למעשה, את הפרשנות של איבגי בעניין זה – וזאת, הן בטיוטת ההסכם המתקנת, במסגרתה לא חלק פרידמן על חובתו לפעול להשגת ההיתר, והן בפעולותיו הלכה למעשה עד שהודר מהפרויקט באוגוסט 2013 (לכך שקבלה מאוחרת של עמדת הצד הטוען נגד ההסכם עשויה לרפא בעיית מסוימות, דוקטרינה שיש המכנים "עקרון הביצוע המיטבי" ראו פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 330-332; עניין תמגר, עמ' 685-686; ע"א 1049/94 דוד אנרגיה (1998) בע"מ נ' חמדן, פ"ד נ(5), 820, 835 (1997); עניין דוד, פסקה 8 לחוות דעתו של השופט יצחק עמית (אשר היה בדעת מיעוט אך לא לעניין זה)).

49. הנה כי כן, מקובלת עליי קביעתו ומסקנתו של בית המשפט קמא כי כבר בפגישה השנייה נכרת בין איבגי לבין פרידמן חוזה מחייב מבחינה משפטית. באשר לתוכן ההסכם

שהושג בפגישה השנייה, הרי שזו הייתה קביעת בית המשפט קמא: "בתמורה לרעיון בדבר הגדלת זכויות הבניה בנכס בדרך של הוספת קומה מכח תמ"א 38 ומימוש זכויות הבניה בסיוע פרידמן ובכלל זה קבלת היתר הבניה, יקבל פרידמן 50% מהרווחים שיצמחו לאיבגי למימוש זכויות הבניה בקומה השנייה של הנכס". כמובהר, אינני רואה מקום להתערב בקביעות אלה.

50. בית המשפט קמא עצר בנקודה זו, ולא בחן את השאלה כיצד השליכה הפגישה הבאה שבין הצדדים, הפגישה המשולשת, על ההסכמות החוזיות. טעמו לכך היה ששני הצדדים טענו כי בפגישה המשולשת לא הושג סיכום מחייב. ואולם, טענה זו של איבגי הייתה בהמשך לגישתו הכללית לפיה לא הושג בשום שלב חוזה מחייב בין הצדדים. משנדחתה גישה זו, ונקבע כי כבר בפגישה השנייה נכרת חוזה מחייב בין הצדדים, יש מקום לבחון האם הפגישה המשולשת הביאה לשינוי במצב המשפטי.

51. כשם שניתן לכרות חוזה בעל פה, אין מניעה, בהעדר הוראת חוק או הסכם, לשנות חוזה בעל פה, ולעיתים אף בדרך של התנהגות (שלו וצמח, דיני חוזים, עמ' 262; ע"א 4956/90 פזגו חברה לשיווק בע"מ נ' גזית הדרום בע"מ, פ"ד מו(4) 35, 40 (1992); ע"א 5630/90 תדמור נ' ישפאר חברה אלקטרונית למסחר בע"מ, פ"ד מז(2) 517, 527 (1993); ע"א 8427/12 יעקבסון נ' ויגדור, פסקה 12 (22.12.2014); ע"א 7281/15 קופאס פיננס (ישראל) בע"מ נ' אגרקסקו חברה לייצוא חקלאי בע"מ, פסקה 61 (22.5.2018)). בענייננו טוען איבגי כי גם אם תעמוד בעינה הקביעה שנכרת חוזה בפגישה השנייה, הרי שתנאיו של חוזה זה שונו בפגישה המשולשת, כך שחלף זכותו של פרידמן למחצית מרווחי הקומה השנייה, סוכם כי תעמוד לו זכות ל-33% מרווחי הקומה השנייה בלבד. ואכן, אין ספק שזהו הסיכום שהושג בפגישה המשולשת. הדבר מקבל ביטוי מובהק בכל ההתכתבויות שהוחלפו בין הצדדים לאחר הפגישה המשולשת (ובכלל זה ההתכתבות מיום 8.2.2013 וטיוטת ההסכם המתוקן שהעביר פרידמן). למען האמת, גם פרידמן לא חלק על כך, אלא הודה ברחל בתך הקטנה בסעיף 32 לכתב התביעה שהגיש כי: "בשלב זה – ובליט ברירה – הסכים [פרידמן] לקבלת 33% מהרווחים וזאת תוך ויתורו על הסיכום עם מר איבגי, מתוך ציפייה שסוף כל סוף, תועלה הסכמת הצדדים עלי כתב". משהגיעו הצדדים להסכמה מאוחרת על תיקון תנאי ההתקשרות, אין לכאורה כל הצדקה שלא לתת לשינוי זה בתנאי החוזה תוקף משפטי.

52. נגד המסקנה כי הסכים להפחתת חלקו במהלך הפגישה המשולשת העלה פרידמן את הטענה כי הסכמה זו ניתנה כנגד התחייבות לשלם לו 320,000 ש"ח לאלתר, ומשהתחייבות זו לא קוימה, רשאי הוא לחזור בו מהסכמתו להפחתת חלקו. בית המשפט

קמא נמנע מלהכריע בעניין זה, ואולם מעיון בחומר הראיות עולה כי פרידמן לא הניח תשתית ראייתית לביסוס טענתו זו. נהפוך הוא, את הטענה כי הובטח לו בפגישה המשולשת 320,000 ש"ח כנגד הסכמתו להפחתת חלקו ברווחי הקומה השנייה העלה פרידמן בהודעת דוא"ל ששלח לאיבגי כבר ביום 12.2.2013, ימים אחדים לאחר הפגישה המשולשת ("כשדיברנו על 50% כן או לא באילת, הסכמתי בסופו של דבר ל-33% בנוכחות צביקה [בורקו] בתוספת אחת בלבד. שאקבל 320000 שח כתוספת ובכלל לא כהלוואה...").

בו ביום דחה איבגי מכל וכל גרסה זו, והבהיר "מעולם לא נתתי לך הבטחה. ... הכי טוב אריה [פרידמן] דבר עם צביקה [בורקו] על העניין ותשאיר אותי ואותך בעניינים מקצועיים בלבד". אם אכן סבר פרידמן כי ההפחתה באחוזיו היא כנגד סכום זה, הרי שהיה מקום לצפות כי ימחה לאלתר, ויודיע כי משהתכחש איבגי להבטחה לשלם 320,000 ש"ח, הוא עומד על כך שיקבל את האחוזים שהובטחו לו בפגישה השנייה. ואולם לא רק שפרידמן לא עשה כן, אלא שבכל ההתכתבויות שלאחר מכן (ובכלל זה בחילופי המסרונים) לא הזכיר עוד את ההבטחה לתת לו 320,000 ש"ח, והטענה בעניין זה נוספה רק במסגרת כתב התביעה. להשלמת התמונה אציין כי בכתב התביעה גרסתו של פרידמן הייתה שסכום זה הובטח כמקדמה על חשבון חלקו (ראו סעיף 23 לכתב התביעה), ולא כתוספת כפי שכתב בדוא"ל מזמן אמת. אף סתירה זו עומדת בעוכריו של פרידמן בעניין זה.

53. מהמקובץ עולה כי ביחס למחלוקת הראשונה בין הצדדים יש לקבל בעיקרה את קביעת בית המשפט קמא, דהיינו שנכרת בין פרידמן לאיבגי הסכם בעל פה בפגישה השנייה לפיו בתמורה לרעיון החדשני ולסיוע להוציאו אל הפועל, ובכפוף לכך שיתקבל היתר למימוש הלכה למעשה, יהיה פרידמן זכאי לקבל חלק מרווחי הקומה השנייה. עם זאת, החלק לו זכאי פרידמן הועמד בהסכמה על 33% מרווחי הקומה השנייה במהלך הפגישה המשולשת. יצוין כי קביעה זו תואמת באופן מלא את האמור בהודעות הדוא"ל מיום 8.2.2013, כך שגם לפי הגישה שיש לראות בהן זיכרון דברים בכתב (ראו פסקה 31 לעיל), ניתן להגיע למסקנה זהה.

54. להשלמת התמונה אעיר כי אם היינו מגיעים למסקנה שונה, לפיה לא הושג הסכם מחייב בין הצדדים, היה מקום להתייחס לשאלה האם קמה לפרידמן זכות לתשלום מכוח דוקטרינת ה"אשם בהתקשרות" (*culpa in contrahendo*), המבוססת בשיטתנו על החובה לנהל משא ומתן בתום לב (סעיף 12 לחוק החוזים). מכוחה של דוקטרינה זו, "יש שרואים פעולות, שאותן אשם מונע את ביצוען, כאילו בוצעו" (ראו ע"א 79/83 זוננשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, קבלני בנין, פ"ד מב(2) 278, 286-288 (1988); ע"א 846/76 עטיה נ' אדרט חברה לביטוח בע"מ, פ"ד לא(2) 780 (1977); ע"א 829/80 שכון עובדים בע"מ נ' זפניק, פ"ד לז(1) 579, 583 (1983); ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה

בע"מ, פ"ד נו(3) 289 (2002); ע"א 979/17 טלע חברה למוצרי בטון בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל, פסקה 16 (19.4.2020); פרידמן וכהן, חוזים, עמ' 697–714; שלו וצמח, דיני חוזים, עמ' 136–143). לפיכך, אילו היה נקבע כי בין הצדדים לא נכרת חוזה מחייב, היה עלינו לבחון האם יש להטיל על איבגי חיוב בשל "אשם בהתקשרות", בשים לב להתנהלותו – קבלת המידע כנגד "עיסקה בלחיצת יד"; בקשותיו מפרידמן "לזרום איתי" ו-"תאמין בי"; משלוח טיוטת ההסכם אך הסירוב לחתום עליו; המשך העסקתו של פרידמן עד שהסתמנה הצלחת המיזם וכיו"ב. משמצאנו כי נכרת חוזה, נוכל להותיר עניין זה לעת מצוא.

ב. האם קמה לפרידמן זכות לתשלום?

55. איבגי טוען כי אף אם נכרת בין הצדדים חוזה מחייב, הרי שלא קמה לפרידמן זכות לתשלום מכוחו, מאחר שהוא לא עמד בהתחייבויותיו על פי ההסכם. נטען כי על מנת לזכות בשכר, היה פרידמן מחויב לעבודה אינטנסיבית בקידום הפרויקט, ובכלל זה קבלת היתר בנייה – דבר שלא נעשה. בפועל, כך נטען, שעות עבודתו של פרידמן במיזם הסתכמו בשעות ספורות בלבד והוא לא סייע באופן ממשי לקידומו. איבגי שב ומדגיש כי התגמול לפרידמן, ככל שהוסכם, היה עבור עבודתו וטרחתו לשם קבלת היתר בנייה ולא אך בגין הרעיון לעשות שימוש בתמ"א 38. פרידמן מצידו טוען כי התמורה החוזית לה התחייב הייתה אך בגין הרעיון לנתיב תכנוני – השימוש בתמ"א 38, שהיה רעיון חדשני ומקורי ולא בכדי נעלם מעיני רבים, ובכלל זה מעיניו של איבגי.

56. מוכן אני לקבל, ולא רק לצורך הדיון, את עמדתו הפרשנית של איבגי, לפיה כנגד זכותו לרווחי הקומה השנייה נטל על עצמו פרידמן לא רק לגלות את הרעיון החדשני לאיבגי, אלא גם לפעול על מנת להגשימו הלכה למעשה, ובכלל זה לפעול למען קבלת היתר הבנייה (וראו גם פסקה 48 לעיל). למעשה, כך גם עולה מקביעות בית המשפט קמא ביחס לתוכן ההסכם בין הצדדים (ראו פסקה 49 לעיל). כן מוכן אני להניח כי החל מאוגוסט 2013 לא היה עוד פרידמן מעורב בקידום המיזם. אפס, גם בנסיבות אלה אין לומר כי איבגי צודק בטענתו שלפרידמן לא קמה הזכות לתשלום חלק הרווחים שהובטח לו (33% מרווחי הקומה השנייה). אבהיר עניין זה.

57. זכותו של פרידמן לחלק מרווחי המיזם היא זכות המותנית בתוצאה. על כך לא הייתה מחלוקת בין הצדדים. לפיכך, ככל שלא היה מתקבל אישור לבניית הקומה השנייה בהתאם לרעיון החדשני שהגה פרידמן, לא הייתה קמה זכות לתשלום כלשהו. ואולם,



משהבשיל הרעיון החדשני לכדי מציאות, ומשהתקבלה תמורה בעבור מימושו, הרי שקמה לפרידמן זכות לתשלום מכוח ההסכם, וזאת כל עוד ההסכם עומד בתוקפו. ודוק, זכותו של פרידמן לא הותנתה בכך שהיתר המיוחל להקמת הקומה השנייה יושג בזכות עבודתו שלו דווקא. פרידמן היה אחד מהגורמים שאמורים היו לפעול למען השגת ההיתר, ואין בחומר הראיות כל בסיס לטענה שעל מנת לבוא על שכרו היה עליו להיות "הגורם היעיל" להשגת היתר הבנייה (השוו והבחינו מזכותו של מתווך במקרקעין לדמי תיווך, המותנית לא רק בתוצאה – "התקשרות הצדדים בהסכם מחייב" – אלא גם בהיות המתווך "הגורם היעיל" שהביא לתוצאה זו. סעיף 14 לחוק המתווכים).

58. זאת ועוד, אין בענייננו טענה כי פרידמן הפר את החוזה, בכך שלא פעל לקידום המיזם, וממילא אין טענה שההסכם בוטל כדין על ידי איבגי בשל כך. עיון בחומר הראיות בתיק מעלה כי מידת תרומתו של פרידמן להשגת היתר הבנייה וקידום המיזם לא היו מושא למחלוקת בין הצדדים בזמן אמת, לאחר חלופת הודעות הדוא"ל מיום 25.2.2013, וכי איבגי לא הציג כל מסמך ממנו עולה כי דרש מפרידמן להגביר את היקף פעילותו במיזם אך זה סירב לכך. נהפוך הוא, בית המשפט קמא קבע, כעניין שבעובדה, כי איבגי הוא אשר יזם את הדרתו של פרידמן מהמיזם. ואלה ממצאיו של בית המשפט קמא בעניין זה: "על כן, יש להניח שלמרות ההשקעה הרבה שהשקיעו איבגי וגב' סטרז'ניק בליווי יועצים, בקידום המיזם והבקשה להיתר בניה, היקף פעילותו של פרידמן לקבלת היתר בנייה תאמה את ההסכמות שהיו בין פרידמן ובין איבגי בקשר למעורבותו של פרידמן בקידום המיזם עד לסילוקו מהמיזם על ידי איבגי" (סעיף 20 לפסק הדין). וכן נפסק כי: "שוכנעתי שעד לסילוקו על ידי איבגי פעל פרידמן בתום לב לקדם את התכנון והבניה בנכס לפי תמ"א 38 ותכניות אחרות החלות על הנכס" (סעיף 21 לפסק הדין). גם קביעה זו של בית המשפט קמא מבוססת על חומר הראיות שהוצג לפניו, ועל התרשמותו הבלתי אמצעית מן העדים שהעידו בפניו, ולא מצאתי להתערב בה. במצב דברים זה פרידמן אינו בגדר מפר חוזה, ולא איבגי לא עמדה כלל הזכות לבטל את החוזה עמו. פשיטא כי אין בכוחו לשלול את זכותו של פרידמן לחלקו ברווחים בשל כך שלא אפשר לו להוסיף לפעול לטובת המיזם.

59. להשלמת התמונה אוסיף כי גם בהקשר זה ניתן היה להגיע לתוצאה דומה באמצעות שימוש בעקרון תום הלב, הפעם תום הלב בקיום חוזה לפי סעיף 39 לחוק החוזים. כידוע, סעיף זה מחיל את דרישת תום הלב הן על קיום חיובים הנובעים מהחוזה, הן על שימוש בזכויות שהחוזה מקנה. פסיקתו של בית משפט זה פירשה את החובה האמורה, בין היתר, כמקימה חובת שיתוף פעולה בין צדדים לחוזה באופן המאפשר לצד לקיים את חיוביו על פי ההסכם (בג"ץ 640/77 ברנובסקי נ' מנהל אגף המכס והבלו, פ"ד

לב(2) 75 (1978)), וכי צד לחוזה שמנע מצד אחר למלא את התנאים שיזכו אותו בתשלום אינו רשאי להסתמך על אי התקיימותם של תנאים אלה (ע"א 5786/15 אזורים חברה להשקעות בפיתוח ובבנין בע"מ נ' חסן, פסקה 24 (3.9.2017); ע"א 5892/06 דואק נ' המועצה המקומית גדרה, פסקה 16 (19.5.2009); ע"א Eximin S.A 3912/90 נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ, פ"ד מז(4) 64, 76-78 (1993). מכאן, שנראה כי איבגי אינו רשאי להסתמך על כך שפרידמן לא ביצע פעולות נוספות לצורך הוצאת היתר בנייה, מקום בו איבגי הוא הגורם שלא איפשר את ביצוע מלוא הפעולות הנדרשות (השוו גם ע"א 8854/06 קורפו נ' סורוצקין (20.3.2008)). ודוק, ייתכן שהיה יסוד למסקנה שונה אם פרידמן, מיוזמתו, היה מפסיק את מעורבותו בפרויקט – אך, כאמור, אין זהו מצב הדברים בענייננו.

60. מכל האמור לעיל עולה, כי בדין קבע בית המשפט המחוזי כי משניתן היתר בנייה להקמת הקומה השנייה קמה לפרידמן זכות לתשלום מכוח ההסכם בעל פה שנכרת בינו לבין איבגי, ואולם בניגוד לקביעת בית המשפט המחוזי יש להעמיד זכות זו על 33% מרווחי הקומה השנייה. בשים לב למסקנה זו, לא ראיתי מקום להוסיף ולדון במקורות אחרים להיווצרות חובת תשלום לטובת פרידמן.

#### ג. זהות החייב

61. בין הצדדים התעוררו בבית המשפט קמא מחלוקות הן ביחס לזהות החייבים והן ביחס לזהות הנושים, ככל שיקבע כי נוצרה התחייבות לתשלום. בית המשפט קמא קבע כי החייב בתשלום הוא איבגי לבדו, וכי הנושים בזכות לתשלום הם פרידמן מכוח ההסכם בעל פה וחברת בוטיק מכוח המחאת הזכות. בהודעת הערעור מטעם איבגי לא מצאתי השגה על הקביעות לעניין זהות הנושים (להבדיל מלעניין עצם החבות שהוטלה עליו וגובהה). בהודעת הערעור שהגיש הודיע פרידמן כי הוא מוותר על הערעור נגד בורקו, מאחר שמלוא הסכום הפסוק נפרע על ידי איבגי. לעומת זאת, עמד פרידמן על ערעורו ביחס לכך שחברת מצלר לא נמצאה חייבת כלפיו.

62. דין ערעורו של פרידמן בעניין זה להידחות. אין בחומר הראיות כל בסיס לטענה כי חברת מצלר נטלה על עצמה בשלב כלשהו התחייבות כלפי פרידמן. אכן, חברת מצלר צוינה כמתקשר בטיטת ההסכם שהעביר איבגי, ואולם טיוטה זו לא הבשילה לכדי הסכם מחייב, ואין כל אזכור אחר לכך שהחבות תוטל על חברת מצלר בהתכתבות שבין הצדדים. אף בעובדה שחברת מצלר הפיקה רווחים מביצוע הפרויקט אין כדי להטיל עליה חבות כלפי פרידמן. לכל היותר יכול פרידמן לטעון כי יש לראות ברווחים שהפיקה

חברת מצלר חלק מרווחי הקומה השנייה, ואולם גם אם היה ממש בטענה זו (וכפי שניווכח, אין זהו המצב), הנושא בחבות לתשלום חלקו של פרידמן מהרווחים הוא איבגי ולא חברת מצלר.

63. קיצורו של דבר, אין מקום להתערב בקביעותו של בית המשפט קמא לעניין זהות החייב בהתחייבות התשלום וזהות הנושים בה.

#### D. כימות הזכות לתשלום

64. לאחר שנקבעה זכאותו של פרידמן לקבל מאיבגי 33% מהרווחים שנצמחו כתוצאה מהוספת הקומה השנייה, יש לאמוד את שיעור הרווחים שנצמח כתוצאה מהוספת הקומה השנייה בלבד. אומדן זה נעשה בשני שלבים: תחילה יש לאמוד את הרווח שצמח לאיבגי מהמיזם, ואחר כך יש לקבוע מהו חלק הרווח המיוחס להוספת הקומה השנייה. מתוך רווח זה זכאי כאמור פרידמן לקבל מאיבגי נתח של 33% לפי ההסכם ביניהם.

65. חישוב הרווחים מהמיזם: בית המשפט קמא דחה חוות דעת שמאית שהוגשה מטעם פרידמן, לפיה הרווח שנצמח מהוספת הקומה השנייה עומד על סך של 23,000,000 ש"ח, ותחתיה, התבסס על התמורה שקיבל איבגי בגין מכירת האופציה – סך של 14,000,000 ש"ח, בניכוי עלות רכישת האופציה, בסך 400,000 ש"ח, ובניכוי מס שבח שהושט על איבגי בסך כ-3,500,000 ש"ח. שני הצדדים הלינו על אופן חישוב הרווחים על ידי בית המשפט קמא. טענתו של איבגי לעניין זה היא כי היה על בית המשפט קמא להפחית מסכום המכירה עלויות נוספות, ואילו טענתו של פרידמן הן כי היה על בית המשפט לאמץ את חוות הדעת השמאית; לחילופין כי היה עליו לכלול בתמורה את מניות גני דוד שהוקצו לאיבגי; וכי היה עליו להתייחס גם לרווח הקבלני שהפיקה חברת מצלר.

66. דינן של מכלול הטענות בעניין כימות הזכות לתשלום להידחות. מכירת הסכם האופציה לגני דוד בסמוך למועד בו הושלמה השבחת זכויות הבנייה על המקרקעין מספק מדד שוק אמין לרווחים שהופקו על ידי איבגי מהמיזם, ואשר בגינם קמה לפרידמן זכות לרווחי הקומה השנייה. התמורה ששולמה בעבור האופציה משקפת את עליית שווי המקרקעין עקב השבחת זכויות הבנייה עליהם, וזאת בנפרד מהרווחים שצמחו עקב הבנייה על המקרקעין – רווחים שלפרידמן אין כל עילה לתבוע לא מאיבגי ולא מכל גורם אחר. בנוסף, גני דוד היא חברה המצויה בשליטתו של צד שלישי (בן דוד), וגם אם היו

לאיבגי במועד סיחור האופציה 15% מהון מניותיה (אחזקה שהעיתוי והנסיבות בהן נוצרה לא הובררו בהליך), אין להניח שבעל השליטה בגני דוד (שלפי עדותו לא הייתה לו כל היכרות קודמת משמעותית עם איבגי) יסכים כי גני דוד תשלם בעבור סיחור האופציה יותר משווי השוק שלה. זאת ועוד, בית משפט קמא התבסס על הודעת איבגי לרשויות מס שבח לפיה התמורה שקיבל כנגד האופציה עמדה על סך של 14,000,000 ש"ח. זוהי קביעה סבירה ולא מצאתי מקום להתערב בה. למותר לציין כי בית המשפט אינו מחויב לאמץ חוות דעת שמאית שהוגשה לו, לא כל שכן חוות דעת תאורטית שאינה מתייחסת כלל לעסקת אמת שנערכה ביחס לנכס ממוכר מרצון לקונה מרצון. הנטל להוכיח כי התמורה ששולמה בעבור האופציה גבוהה יותר משנכתב בהסכם, הוצהר לרשויות המס, והתקבל על ידם כהצהרת אמת, היה מוטל על פרידמן, כתובע, וזאת כפועל יוצא של עיקרון הבסיסי שלפיו המוציא מחברו עליו הראיה. פרידמן לא עמד בנטל השכנוע ועל כן טענותיו לרווחים גבוהים יותר נדחו.

אשר לטענות איבגי בדבר הפחתת עלויות התכנון עד לקבלת ההיתר, הרי שבית המשפט קבע כי עלויות אלה לא הושגו על איבגי בכובעו כזם, אלא שולמו במלואם על ידי חברת מצלר. בקביעה זו, המתיישבת גם עם עדותו של בורקו ביחס לסיכום שהיה בינו לבין איבגי בעניין זה (ראו פרוטוקול 16.11.2015, עמ' 722–724), אינני רואה הצדקה להתערב. בדומה גם לא ראיתי מקום להפחתת היטל ההשבחה שהוטל על הנכס בסך של 383,123 ש"ח, משלא הובאו ראיות לא לתשלומו בכלל, ולא לתשלומו על ידי איבגי בפרט.

67. ייחוס הרווחים בגין הקומה השנייה: על מנת לבודד את הרווחים שנצמחו כתוצאה מאישור הקומה השנייה ממכלול רווחי המיזם, ייחס בית משפט קמא, על דרך האומדן, 60% מהרווח שנצמח ממכירת האופציה לאישור שניתן להקמת הקומה השנייה מכוח תמ"א 38. איבגי מלין על השימוש בדרך האומדן וסבור כי השיעור צריך להיות 40% בלבד (אולם אינו מפרט את החישוב שהביא אותו למסקנה זו), ואילו פרידמן סבור כי השיעור צריך להיות גבוה יותר, ולעמוד על 75% מהרווח שנצמח מסיחור האופציה. שני הצדדים עושים שימוש באומדן, ולא בחישוב מדויק, שכן התשלום בעבור סיחור האופציה נעשה כמכלול, מבלי שבוצעה הפרדה בין הרכיב המתייחס לאישור הקומה השנייה ליתרונות האחרים שהקנתה האופציה לרוכש. ודוק, מעדותו של בן דוד, בעל השליטה בגני דוד, נמצאנו למדים כי איבגי ניהל איתו משא ומתן ביחס לסיחור האופציה עוד קודם שעלתה אפשרות הוספת זכויות בנייה לקומה השנייה. בן דוד אף הודה כי התשלום שהיה משלם בעבור האופציה ללא הזכויות בקומה השנייה היה נמוך משמעותית מזה שהסכים לשלם בסופו של דבר. ואולם, הוא לא ידע לספק נתונים על כך

(ראו פרוטוקול 9.9.2015, עמ' 458–462), וממילא אין מנוס משימוש באומדנה לעניין זה. במצב דברים זה, רק חריגה משמעותית מטווח האומדן עשויה להצדיק התערבות בהחלטת בית המשפט קמא. בענייננו, לא מצאתי כי האומדן שקבע בית המשפט איננו סביר (גני דוד שילמה עבור המגרש כ-23.7 מיליון ש"ח – 14 מיליון ש"ח לאיבגי וכ-9.7 מיליון ש"ח לבעלים המקוריים. שטחי הקומה השנייה הם כ-46% משטח המבנה (שהם 1,375 מ"ר חלקי 2,963 מ"ר), ואולם הן לפי עדותו של בן דוד והן לפי חוות דעת השמאי מטעם פרידמן ערכם נמוך משטחי הקומה הראשונה (השמאי מטעם פרידמן העריך את הפער ב-20%. בן דוד לא ידע לתת הערכה מספרית). תחשיב בית המשפט קמא מניח כי התשלום בעבור זכויות הבנייה של הקומה השנייה הוא 8.4 מיליון ש"ח (60% מ-14 מיליון ש"ח), דהיינו כ-35% מהתמורה הכוללת ששילמה גני דוד בעבור המגרש. בשים לב למכלול הנתונים, הערכה זו אינה בלתי סבירה).

68. איבגי טען גם בדבר מועד צבירת ההצמדה והריבית. בית המשפט קמא חייב את איבגי בריבית והצמדה כדין מהיום בו נוצר החוב – מועד מכירת הזכויות על פי הסכם הסיחור (דהיינו 12.3.2014). בשים לב לכך שפרידמן לא השתהה כלל בהגשת תביעתו (התביעה הוגשה ביום 30.7.2014), לא מצאתי כי יש מקום להתערב גם בקביעה זו.

69. לאור האמור, לא ראיתי מקום להתערב באופן בו אמד בית המשפט קמא את רווחי הקומה השנייה, ולפיכך יש להותירם על סכום כולל של 6.058 מיליון ש"ח (14 מיליון בניכוי דמי האופציה (400,000 ש"ח) ומס שבח (3,502,863 ש"ח), כשההפרש מוכפל במקדם הרווח בגין הקומה השנייה (60%). מתוך סכום זה זכאי היה פרידמן לקבל 33% (ולא 50% כפי שקבע בית המשפט קמא). על כן יש להעמיד את הזכות לתשלום על 2 מיליון ש"ח (ולא 3,029,141 ש"ח כפי שקבע בית המשפט קמא) בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כדין מיום 12.3.2014 ועד המועד בו שולמו בפועל.

סוף דבר

70. אם תשמע דעתי נדחה את הערעור שהגיש פרידמן (ע"א 9702/17), ונקבל באופן חלקי את הערעור שהגיש איבגי (ע"א 4933/17), כך שבמקום מחצית מרווחי הקומה השנייה יחויב איבגי לשלם לפרידמן ולחברת בוטיק 33% מרווחי הקומה השנייה בלבד. משמעות הדבר היא שסכום החיוב שיוטל על איבגי יופחת ל-2 מיליון ש"ח בתוספת הפרשי הצמדה וריבית מיום 12.3.2014 ועד המועד בו שולמו בפועל, כמובהר בתחשיב בפסקה 69 לעיל.

71. פרידמן ערער גם על העובדה שלמרות זכייתו בתביעה, לא נפסקו לטובתו הוצאות בבית המשפט קמא. אציע לחבריי כי נאזן עניין זה באמצעות כך שלא נפסקו הוצאות גם בערכאה זו, וזאת למרות שערעורו של איבגי התקבל בחלקו.

ש ו פ ט

הנשיאה א' חיות:

אני מסכימה.

ה נ ש י א ה

השופט י' עמית:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של כב' השופט עופר גרוסקופף.

ניתן היום, כ"ג בתשרי התשפ"א (11.10.2020).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה