



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 7379/06

וערעור שכנגד

ע"א 480/07

וערעור שכנגד

בפני:

כבוד השופטת מ' נאור  
כבוד השופטת א' חיות  
כבוד השופט ד"ר י' דנציגר

המערערים והמשיבים שכנגד  
ב-ע"א 7379/06:

1. ג.מ.ח.ל חברה לבניה 1992 בע"מ
2. א.ש.ר. רותם נכסים בע"מ
3. יוסף ריכטר
4. שוקניון אגריפס ניהול ואחזקה בע"מ
5. א.א.רונסון בע"מ

המערערים והמשיבים שכנגד  
ב-ע"א 480/07:

1. ג.מ.ח.ל חברה לבניה 1992 בע"מ
2. א.א.רונסון בע"מ
3. יוסף ריכטר

נ ג ד

המשיבים והמערערים שכנגד  
ב-ע"א 7379/06:

ישי טהוליאן ו-33 אח'

המשיבים והמערערים שכנגד  
ב-ע"א 480/07:

1. מיכאל קדמי (ז"ל)
2. משה קדמי

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי  
בירושלים ב-ת"א 3485/01 מיום 6.8.2006 שניתן על ידי  
כבוד השופט י' ענבר;

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי  
בירושלים ב-ת"א 3141/01 מיום 14.9.2006 שניתן על ידי  
כבוד השופט מ' דרורי

(5.1.2009)

ט' בטבת התשס"ט

תאריך הישיבה:

בשם המערערים 4-1 ב-ע"א  
 7379/06 והמערערים 1, 3 ו-5  
 ב-ע"א 480/07 :  
 בשם המערערת 5 ב-ע"א  
 עו"ד אגמון צבי ; עו"ד יואב הירש, עו"ד הדר פורת  
 עו"ד כספי רם : 7379/06

בשם המשיבים ב-ע"א  
 7379/06 וב-ע"א 480/07 :  
 עו"ד יעקב (יקי) לאופר ; עו"ד רוני חיים

## פסק-דין

השופט מ' נאור:

א. פתח דבר

לפנינו שני ערעורים ובצידם שני ערעורים שכנגד. אף שמדובר בערעורים על שני פסקי דין שונים, הדיון בהם אוחד לאור קיומן של שאלות משותפות. בלב סיפור המעשה ניצב פרויקט מסחרי המכונה "שוקניון – אגריפס" (להלן: הפרויקט או שוקניון), אשר נועד להיבנות במתכונת ייחודית ברחוב אגריפס בירושלים, לא הרחק משוק מחנה יהודה. בפועל, תהא הסיבה לכך אשר תהא, התברר הציפיות הגבוהות שהיו לניצבים משני צידי העסקה אשר במוקדה עמד הפרויקט האמור, והם החלו מטיחים טענות אלה באלה. בעוד יזמי הפרויקט דוחים נמרצות טענות בדבר הפרת החוזה על ידם ואיתנים בדעתם כי יש להורות על אכיפתו, רוכשי היחידות בפרויקט מייחסים ליזמים מספר הפרות והם נחوشים להוביל לביטולו. עם מי הדין? כפי שנראה, אף שבפי הצדדים מצויות שלל טענות, ביסוד שני התיקים עומדות שתי קבוצות טענות עיקריות – בעניין קיומן של הפרות יסודיות ובעניין ביטול החוזה בעטיין של הפרות אלה – אשר ההכרעה בהן תעמוד במוקד הדיון. ע"א 7379/06 והערעור שכנגד (להלן: תיק טהוליאן), מופנים כנגד פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים ב-ת"א 3485/01 מיום 6.6.2006 (כב' השופט י' ענבר). ע"א 480/07 והערעור שכנגד (להלן: תיק קדמי), מופנים כנגד פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים ב-ת"א 3141/01 מיום 14.9.2006 (כב' השופט מ' דרורי). הדיון לא אוחד בערכאה הדיונית, אך בעיקרו של דבר, שני השופטים הגיעו לאותה תוצאה בעניינים המרכזיים השנויים במחלוקת. בשני ההליכים נקבע כי החוזה הופר על ידי היזמים. עוד נקבע כי ההפרות הן הפרות יסודיות; וכי יש לפסוק לטובת רוכשי היחידות בפרויקט סעד של ביטול החוזה והשבה. בעניינים משותפים אלה נדון במאוחד, תוך הבלטת העניינים הנפרדים לגבי כל אחד משני ההליכים. טענות שאינן משותפות לשני התיקים – יידונו בנפרד.

ב. תיק טהוליאן – ע"א 7379/06 והערעור שכנגד

1.1. העובדות וההליכים

1. 34 המשיבים והמערערים שכנגד (להלן: הרוכשים) הם הבעלים של יחידות מסחריות ו/או מחסנים בפרויקט השוקניון. המערערים והמשיבים שכנגד 1-4 הם יזמי הפרויקט (להלן: היזמים), ולפי הסכמי המכר שנכרתו בינם לבין הרוכשים, התחייבו היזמים כלפי הרוכשים כ"מוכר" ביחד ולחוד (להלן: הסכמי המכר או החוזים), בנוגע למכר (להלן: החנויות או היחידות). המערערת והמשיבה שכנגד 5 היא חברת הניהול והאחזקה של הפרויקט (להלן: חברת הניהול). פרויקט השוקניון הוקם בסמוך לשוק מחנה יהודה בירושלים ותכליתו הייתה לשלב שוק מקורה עם חנויות ועסקים נוספים, לצד מתחם מזון מהיר. הפרוגרמה להקמת הפרויקט כללה חניון תת-קרקעי ויחידות אחסנה, שלוש קומות מסחריות ומעליהן מגדלי דירות מגורים. פעילות היזמים נשאה פרי ובקשתם לתב"ע חדשה באזור אושרה. לפי תוכנית הפרויקט, לכל קומה בשוקניון יועדו חנויות ועסקים בעלי אופי שונה. קומת הקרקע תוכננה כ"קומת שוק", ואמורים היו להיות בה דוכנים לממכר פירות וירקות, תבלינים, בשר, דגים, מעדנים וכיוצא באלה (להלן: קומת השוק). הקומה הראשונה תוכננה כקומת חנויות מתחומים שונים, כגון ביגוד, הנעלה, ספרים ועוד (להלן: קומה א'). הקומה השנייה תוכננה כקומת חנויות מתחומים שונים ולצידן, מוקדי פנאי וביילוי, כגון מסעדות מזון מהיר, בתי קפה ומזנונים (להלן: קומה ב' או הקומה העליונה). בנוסף, כל קומה אמורה הייתה להיות מחולקת לשדרות מסחר לפי סוגי החנויות, כך שבכל שדרה ירוכזו מוצרים השייכים לאותו שוק מוצר. שיווק הפרויקט על ידי היזמים החל בחודשים מרץ-אפריל 1995 ו-34 הרוכשים רכשו את יחידותיהם בזמנים שונים בשנים 1995-1998. בתחילת יולי 1998 ניתן למבנה הפרויקט "טופס 4" ורוכשי היחידות בו, לרבות הרוכשים בענייננו, החלו לקבל את החזקה ביחידותיהם. ביום 17.8.1998, נפתח השוקניון לפעילות עסקית. ואולם, בניגוד לציפיות היזמים, מסיבות שונות ובהן כנראה גם מיתון ששרר בשוק הנדל"ן, שיווק הפרויקט לא עלה יפה ושטחים נרחבים בו כלל לא נמכרו ונותרו בבעלותם. כך למשל, בקומה ב' נמכרו רק חמש יחידות – כולן חנויות רגילות ולא יחידות מתחום המזון המהיר, חרף התכנון המקורי. כך אירע שבמועד פתיחת השוקניון קומה זו עמדה ריקה וגם שתי הקומות האחרות אוכלסו בדלילות רבה. ברקע הדברים יצוין כי האדריכל אשר ליווה את הפרויקט בתחילתו, האדריכל מרגלית, הוחלף בשלב מסוים באדריכל קולקר והדבר הביא לשינויים בתוכנית המבנה. בספטמבר 1997, ניתן לפרויקט היתר בנייה חדש, על פי התכנון של קולקר.

2. בחודש מרץ 2000 חתמה חברת הניהול, בשם היזמים, על הסכם עם חברה המפעילה רשת סופרמרקטים בירושלים ובמסגרתו שכרה אותה חברה שטח של כ-2,000 מ"ר בקומה ב' של השוקניון, לשם הפעלת סופרמרקט (להלן: סופר ספיר). בשלהי שנת 2000 בוצעו בקומה ב' עבודות בנייה לשם הכשרת הקומה לכניסת הסופר. במסגרת עבודות הבנייה, נאטמו פתחים ברצפת הקומה ושטחיהם הוספו כשטחי מסחר, וזאת, ללא היתר בנייה ותוך חריגה של כ-450 מ"ר מן הבינוי המאושר על פי התב"ע שהייתה אז בתוקף. ביום 1.3.2001 החל סופר ספיר לפעול בפרויקט. ביום 22.3.2001 ניתנה לסופר ספיר אופציה להרחיב את השטח המושכר ב-400 מ"ר נוספים. על פי הסכם השכירות עם סופר ספיר, תקופת השכירות נקבעה לשנתיים, אך בחוזה נקבע כי עם תום התקופה יוארך תוקף החוזה מאליו למשך ארבע תקופות נוספות בנות ארבע שנים כל אחת, אלא אם יחליט השוכר להפסיק את החוזה קודם לכן. דהיינו, לסופר ספיר הוענקה הזכות לפעול במושכר במשך שמונה-עשרה שנים בסך הכל. בהמשך, עקב התנגדות הבנק המלווה לפרויקט, הסכימו הצדדים לקצר את התקופה הכוללת ולהעמידה על עשר שנים. בינתיים, לפי האמור בסיכומי היזמים, הוחלף סופר ספיר ברשת "קו אופ", שפתחה בשוקניון סופר תחת המותג "פשוט זול" והאחרון שוכן בקומה העליונה תחת סופר ספיר שכבר נסגר.

3. ביום 13.11.2001, כשמונה חודשים וחצי לאחר פתיחתו של סופר ספיר, הגישו הרוכשים את תביעתם נשוא ערעור זה. תביעה זו כללה שני ראשים. במסגרת הראש הראשון, הלינו הרוכשים על הפרה יסודית של מצגים טרום חוזיים שונים, אשר הפכו לשיטתם לחלק מהסכמי המכר. למעשה, הרוכשים טענו כי היזמים מחויבים לבנות את בניין השוקניון על פי תוכנית מרגלית שהייתה בתוקף במעמד חתימת החוזים, ולא על פי ההיתר שניתן לתוכנית קולקור בשנת 1997. במסגרת הראש השני של התביעה, טענו הרוכשים כי פתיחתו של סופר ספיר היוותה הפרה יסודית של הסכמי המכר, המקימה זכות לביטול ההסכמים, דבר שעשו בכתב התביעה. הסעד שביקשו הרוכשים היה השבה של כל הסכומים ששילמו על חשבון רכישת היחידות, בסך כולל של 15,787,546 ש"ח, כערכם ביום הגשת התביעה. לעניין ראש התביעה הראשון, דן בית המשפט בפירוט בכל מצגי השווא להם טענו הרוכשים ודחה את טענותיהם. אין צורך להידרש לעניין זה ולא נרחיב בו. היזמים הגישו לבית המשפט קמא תביעה שכנגד, בגין חוב של הרוכשים אשר נבע מאי תשלום דמי ניהול לחברת הניהול. תביעה זו הוכרעה בדרך של פשרה בהתאם לסעיף 79 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. לפי הפשרה, כל אחד מן הרוכשים הסכים לשלם 62.5% מחובו

והתשלום אמור להתבצע בדרך של קיזוז מהסעד שנפסק לטובתם. גם לחלק זה של התביעה, אשר אינו מערער לגביו, אין לנו צורך להידרש.

4. ראש התביעה השני נוגע כאמור, לשאלת הפרתם של הסכמי המכר כפועל יוצא של החוזה שנכרת בין היזמים לבין סופר ספיר. בעניין זה העלו הרוכשים מספר טענות. הרוכשים טענו כי הכנסת סופר ספיר לשוקניון והדרך שבה נעשה הדבר היוו מספר הפרות יסודיות של הסכמי המכר וכי כל אחת מן ההפרות הקנתה להם זכות לביטול ההסכמים. אלו ההפרות לשיטתם: הראשונה, שהייתה קיימת עוד בטרם פתיחת סופר ספיר, נבעה מכך שקומה ב' לא הייתה "קומת פנאי" כמובטח להם; השנייה, נבעה מהקמת סופר ענק שמתחרה בבעלי העסקים הקטנים. נטען כי ביסוד ההתקשרות הייתה הסכמה שמדובר בפרויקט של עסקים קטנים אשר יתחרו ביניהם באזורים מתוחמים; השלישית, נבעה מעצם בניית הסופר ללא היתר בנייה; הרביעית, נבעה מאטימת החלל בין שתי הקומות העליונות לצורך יציקת רצפת הסופר; החמישית, נבעה מהשתלטות היזמים על שטחים משותפים ומעשיית שימוש בשטחים אלה לצרכיהם ועל מנת להפיק רווח כספי שהוא מנת חלקם בלבד; השישית, נבעה מכך שבעצם בניית הסופר מנעו היזמים את בניית מגדלי המגורים שנועדו להיות מעל מתחם השוקניון. זאת, לאור טענת בעלי הזכויות לבניית מגדלי המגורים על פיה כל עוד הסופר קיים, לא יינתן להם היתר לבניית מגדלי המגורים; השביעית, נבעה מהפרות יסודיות של חוזה הניהול, ובפרט ממתן פטורים והנחות לחברה שהפעילה את סופר ספיר, על חשבון הרוכשים.

5. בבית המשפט המחוזי כפרו היזמים בכל טענות הרוכשים. היזמים טענו כי לרוכשים לא הייתה עילה לבטל את הסכמי המכר, אותם הם קיימו ככתבם וכלשונם. עוד נטען כי הרוכשים הם הנושאים באחריות לכישלוננו העסקי של הפרויקט וכי כל השינויים שנעשו בתכנון המבנה, לרבות השכרת קומה ב' לסופר ספיר, נעשו בגדר דלת אמותיהם של הסכמי המכר ולא נועדו אלא להיטיב עם הרוכשים. בנוסף, נטען כי ביטול הסכמי המכר נעשה שלא כדין, לאחר חלוף זמן רב מעת ההפרה (המוכחשת) ורק כאשר התחוויר לרוכשים שהעסקה אינה כדאית מבחינתם.

2.ב. הכרעותיו של בית המשפט המחוזי בתיק טהוליאן – השופט י' ענבר

6. בית המשפט קבע כי סגירת החלל שבין שתי הקומות העליונות בפרויקט, שינוי ייעודה של קומה ב' ואכלוסה בגורם עסקי המתחרה ברוכשים הקטנים, היוו בכוחם המצטבר הפרה יסודית של הסכמי המכר, אשר בעקבותיה בוטלו ההסכמים כדין. עוד קבע כי בנסיבות העניין נעשה הביטול תוך זמן סביר. בנוסף, בית המשפט קבע כי

פעולות היזמים פגעו בזכויותיהם החוזיות והקנייניות של הרוכשים וכפו עליהם נכס שאופיו וסגולותיו שונים בתכלית ממה שהוסכם. זאת, בין היתר, כיוון שבפעולותיהם אלה השתלטו היזמים באופן חד צדדי על שטחי מעברים ועל החלל שבין הקומות העליונות, אשר היו בבחינת "רכוש משותף" ובהתחשב בכך שעבודות הבנייה שבוצעו לקראת כניסתו של סופר ספיר לשוקניון היו מנוגדות לתב"ע שהייתה בתוקף. אפרט את עיקרי הכרעותיו של בית המשפט.

7. בית המשפט קבע כי פעולות היזמים, אשר נעשו כולן באופן חד צדדי, חתרו תחת עקרונות היסוד התכנוניים של הפרויקט. עקרונות אלה, הקשורים לייעוד העסקי השונה שנקבע לכל קומה, באו לידי ביטוי לא רק בפרסומים הטרדם חוזיים השונים אלא גם במסמכי ההתקשרות שנכרכו בהסכמי המכר. המבוא להסכמי המכר, אשר היווה חלק בלתי נפרד מההסכם, קבע שהבניין כולו יבנה בהתאם להוראות אדריכל הפרויקט, היתר הבנייה והמפרט הטכני. לא הייתה מחלוקת, כך ציין בית המשפט, כי בהיתרי הבנייה שניתנו לפרויקט, תחילה לפי תוכנית מרגלית ואחר כך לפי תוכנית קולקור, הותר ליזמים לבנות מבנה מסחרי הכולל שלוש קומות בעלות חלל משותף וייעוד ספציפי כמפורט לעיל. בית המשפט קבע כי היזמים שיכנו בקומה ב', בניגוד לייעוד שנקבע לה, סופרמרקט ענק המתחרה בעסקי הרוכשים ועוד במסגרת חוזה המקנה לסופר זכות במושכר למשך עשר שנים. היזמים ביקשו להסתמך על הוראות שונות בהסכמי המכר המתירות להם לשנות את אזורי המסחר ואת המטרות העסקיות של אגפי המבנה. ואולם, בית המשפט קבע כי כוחן של הוראות אלה מוגבל לשינויים לא מהותיים, אשר אינם משנים את הקונספציה הבסיסית של התכנון או את עקרונות היסוד של ההתקשרות. נקבע כי הדבר עולה מלשון הכתוב ומכך שכל פרשנות אחרת תהפוך את אומד דעתם של הצדדים פלסטר ותסכל את ציפיותיהם הסבירות. עוד נקבע כי הוראות המתירות את שינוי התכנון או הייעוד הן בבחינת חריג למוסכם וכך יש לפרשן וליישמן.

8. בית המשפט קיבל את טענות הרוכשים בעניין התחרות וקבע כי ההפרדה בין סוגי עסקים שונים במסגרת כל קומה, נועדה ליצור "תחרות הוגנת" בין בעלי העסקים בשוקניון. לפי קביעת בית המשפט, תכלית זו עוגנה במסמכי ההתקשרות ואף נמצא לה ביטוי בחלק מן העדויות מטעם היזמים. בית המשפט ציין כי להוראות חוזיות אלו היה היגיון ברור, אשר על פיו יוכל הצרכן להתלבט בין מספר יצרנים השייכים לאותו שוק מוצר ומרוכזים בסמיכות זה לזה, וליצרנים תינתן הזדמנות שווה להתחרות על ליבו וכיסו של הצרכן. עוד קבע בית המשפט כי האיום הכלכלי שיוצר סופר גדול עם כוח מיקוח משמעותי כלפי הספקים, לעומת כוחם של עסקים קטנים – הוא ברור וכי יש

לקבל את דברי הרוכשים לפיהם סופר ספיר יצר איום של ממש על עסקיהם ובחלק מהמקרים אף הפחית את הפדיון שהפיקו מחנותם. רוכשים רבים העידו כי אם היו יודעים שהסופר יפתח, הם לא היו נכנסים לפרויקט מלכתחילה.

9. כאשר להיתר הבנייה, נקבע כי איטום החללים בין הקומות ושינוי הייעוד של קומה ב', היוו, כשלעצמם, הפרה של ההתחייבות לבנות את המבנה בהתאם להיתרי הבנייה. כאשר להפרות בעניין גזילת השטחים המשותפים ואיטום החלל בין הקומות העליונות, בית המשפט דחה את ניסיון היזמים לעגן את פעולותיהם בהוראות החוזה והמפרט הטכני, אשר לגביהן נטען כי הן מאפשרות להוציא חלקים של הרכוש המשותף ולהצמידם ליחידות אחרות. ראשית, בהתאם להלכה הפסוקה, נקבע כי הוראות החוזה עצמן אינן רלוונטיות, שכן לפי הדין, הוצאת חלקים מהרכוש המשותף חייבת להיעשות במסמך נפרד לחוזה או במפרט הטכני. שנית, נמצא כי הן החוזה והן המפרט הטכני אינם מתייחסים כלל לחלל שנאטם. שלישית, נקבע כי מעשי היזמים אינם חוסים בצל היתרי המפרט, אשר כוונתו הייתה להצמדת חלק מן הרכוש המשותף ליחידה מסוימת תוך שמירת ייעודו המקורי, ולא לסיפוח מסיבי של שטחים, הכרוך בשינוי ייעוד או ביצירת יחידה ענקית חדשה לחלוטין, בניגוד לתב"ע שבתוקף וללא היתר בנייה.

10. גם טענות ההגנה הכלליות שהעלו היזמים – נדחו כולן. בית המשפט דחה את טענת היזמים לפיה האחראים לכישלון השיווקי של הפרויקט הם הרוכשים, אשר לא טרחו לפתוח את חנויותיהם עם פתיחת השוקניון. היזמים טענו שכתוצאה מכך, לא הייתה אפשרות לבסס את קומה ב' כקומת פנאי, שכן נוצרה קומה שוממה. בנוסף, לטענתם, שינוי ייעוד הקומה נעשה רק לאחר שהתברר כי עקב ירידה בביקוש ליחידות בפרויקט, נמכרו בקומה ב' חמש יחידות בלבד שאינן במתחם המזוון המהיר. היזמים טענו כי המצב שנוצר הצדיק את שינוי ייעוד הקומה העליונה, שכן עדיף מצב של עסק פעיל ומושך לקוחות על פני קומה שוממה וריקה הפוגעת בפרויקט כולו. ואולם, בית המשפט קבע כי עד לפתיחת השוקניון לקהל באוגוסט 1998, לא יכלו הרוכשים, שרכשו את יחידותיהם בין שנת 1995 לבין חודש יוני 1998, להתחיל להפעיל את יחידותיהם. גם אם חלק מהרוכשים נמנעו מהפעלת יחידותיהם כשכבר היה ניתן לעשות כן, בין היתר בשל חשש מפני כישלון הפרויקט, אין היזמים יכולים להלין אלא על עצמם, בהעדר הוראה בחוזה המחייבת את הרוכשים להפעיל את היחידות במועד פתיחת השוקניון. בית המשפט ציין כי גם 220 החנויות שנותרו בבעלות היזמים (מתוך 350 יחידות בפרויקט) לא נפתחו אז. בנוסף, נקבע כי הרוכשים לא היו אחראים לכך שהיזמים לא הצליחו לשווק את היחידות בקומה ב' וכי לא הוכח די הצורך שאי פתיחת יחידות הרוכשים בקומת הקרקע, היא שפגעה בשיווק היחידות בקומה ב'. בית המשפט

הוסיף כי גם אם ניתן היה לייחס למי מהרוכשים אחריות לכישלון העסקי של הפרויקט, עדיין לא היה בכך משום היתר לאטום את החללים ולשנות את ייעודה של קומה ב', בניגוד למוסכם בהסכמי המכר, בניגוד לתב"ע וללא היתר בנייה. לדידו, אפילו היה נקבע שהרוכשים היו חייבים לפתוח את יחידותיהם עם קבלתן, עדיין על כתפי היזמים הייתה מוטלת חובה עצמאית ונפרדת לבנות את המבנה על פי התכנית המוסכמת והיתר הבנייה או לעמוד בהתחייבות הנוגעת לרעיון התחרות ההוגנת. זאת ועוד, בית המשפט אימץ את עמדת הרוכשים לפיה היו מעדיפים מצב של קומה שוממה וריקה על פני המצב שנוצר בעקבות כניסת סופר ספיר, וקבע כי המצב של קומה ריקה היה בבחינת סיכון שהרוכשים נטלו על עצמם בעת ביצוע ההתקשרות, בניגוד לסיכונים שנלוו לפתיחת סופר ספיר. מה גם, כך נקבע, שקומה ריקה יכולה להתמלא בעתיד, כאשר ישתנו תנאי השוק או אם היזמים יאותרו להוזיל את עלות השכרת היחידות. קומה ריקה אף אינה מתחרה בעסקי הרוכשים. גם טענת היזמים כי פעלו מחוסר ברירה עסקית – נדחתה. בית המשפט קבע כי אמונתם של היזמים שפעולותיהם ייטיבו עם הרוכשים, אינה מעלה ואינה מורידה. מניעי היזמים להפרת הסכמי המכר, שיקוליהם וכוונותיהם, אינם רלוונטיים ואין בהם כדי לשנות את עצם ההפרה, אשר אין הוכחה תלויה ביסוד נפשי כלשהו. אף שלאחר פתיחת סופר ספיר, גדל הקהל שפקד את השוקניון, בית המשפט קיבל את עמדת המומחה מטעם הרוכשים לפיה רוב המבקרים פנו ישירות לסופר ולא התעכבו כלל בשתי הקומות התחתונות ועל כן, קבע כי הסופר גורע מערכן של חנויות הרוכשים. בית המשפט דחה גם את יתר טענות היזמים: כי לא מכרו לרוכשים "פוליסת ביטוח לפרנסה בטוחה"; כי היו רשאים לאכלס בקומה ב' עסקים גדולים אחרים שלא היה ביניהם לבין סופר ספיר הבדל מהותי; וכי הרוכשים ביטלו את ההסכמים רק משום שטעו בכדאיות העסקה. נקבע כי מעשי היזמים בעת הכנסת סופר ספיר היו בבחינת סיכונים שהרוכשים לא נטלו על עצמם, וכי אם היזמים האמינו שכישלון שיווק קומה ב' הביא ליצירת מציאות כלכלית חדשה, היה עליהם לחתור להסכמה חוזית מחודשת. ייתכן שאם הייתה מועלית בפני הרוכשים הצעה הוגנת, היו הללו נענים לה לאור האינטרס המשותף בהצלחת הפרויקט. בלשונו:

"... הנתבעים [היזמים – מ.נ.] בקשו לאחוז בחבל משתי קצותיו: מצד אחד, דבקו בהסכמי המכר, מן הסתם כדי להוסיף ולהחזיק בידיהם את מלוא כספי התמורה שקבלו מהתובעים. מצד שני, נטלו לעצמם דרור לעשות במבנה כבתוך שלהם, תוך התעלמות מוחלטת מקיומם של התובעים [הרוכשים – מ.נ.] ומהתחייבויותיהם כלפיהם ובשאיפה להותיר לעצמם בלא שיור את פירותיה של ההפרה. דרך התנהלות זו אינה מעוררת אהדה."



11. לאור האמור, דחה בית המשפט את טענת היזמים לפיה ביטול הסכמי המכר והגשת התביעה על ידי הרוכשים נעשו בחוסר תום לב. זאת, גם אם ההסכמים עם חלק מהרוכשים כללו סעיף מיוחד אשר אפשר לרוכש לשנות את תחום המסחר של חנותו וגם אם היזמים לא התנגדו לשינויים כאלה אם התרחשו, לטענתם – בשל חשיבות הגמישות בעניין זה. בית המשפט קבע כי פעולות הרוכשים נעשו בגדר הסכמות עם היזמים והן היו נקודתיות וזמניות באופיין ולא יצרו עובדות מוגמרות בשטח ועל כן – לא פגעו בכוחם של הרוכשים למצות את זכויותיהם החוזיות. בית המשפט לא דן בטענות הרוכשים לעניין הפרות יסודיות שנבעו לטענתם מכך שאכלוס קומה ב' על ידי הסופר מנע את הקמת מגדלי המגורים ומכך שהפטורים וההנחות שניתנו לסופר ספיר גולגלו אל כתפיהם. סוגיות אלו היו נתונות במחלוקת עובדתית וההכרעה בהן, כך קבע, לא נדרשה. בהליכי הערעור חזרו הרוכשים והעלו בפנינו טענות בנושאים אלה, אך נוכח המסקנות אליהן הגענו – אין צורך להכריע בסוגיות האמורות.

12. כאמור, בית המשפט קבע שמדובר בהפרה יסודית:

”לו ידע אדם סביר, הניצב בנעלי התובעים במעמד חתימת החוזה, כי החלל שבין קומות ב' ו-א' יאטם שלא כדין, כי בתוך כך ינושל מזכותו במעברים הציבוריים ובחלל המהווים רכוש משותף, וכי בקומה ב' המיועדת לשמש גם כקומת פנאי ישוכן סופרמרקט ענק המתחרה בעסקו - לא היה מתקשר בחוזה. וודאי שכך הם פני הדברים אם מוסיפים ומניחים, שבעת כריתת החוזה היו התובעים יודעים, שהנתבעים לא יצליחו לשווק את היחידות שבקומה ב' וזו תותר שוממה. נתון אחרון זה דווקא מחזק את יסודיותה של ההפרה, שהרי במצב כגון זה ניתן לצפות מהנתבעים להימנע ביתר שאת מפעולות חד צדדיות, העלולות להחמיר את נזקיהם של התובעים עקב קשיי האכלוס של הפרויקט. סיכומה של נקודה זו הוא, כי מעשי הנתבעים פגעו פגיעה קשה ביסוד החוזה ומוטטו את בסיסו העסקי. בתור שכאלה הם מהווים הפרה יסודית” (ההדגשות הוספו).

בית המשפט קבע כי לעניין יסודיות ההפרה, אין הבדל בין התובעים (הרוכשים) השונים, שכן הפרות רבות היו רלוונטיות באותה מידה לגבי כלל הרוכשים וכי כולם כאחד לא היו מתקשרים בחוזה, לו ראו מראש את ההפרה ותוצאותיה.

13. לאחר קביעתו כי היזמים הפרו את ההסכם הפרה יסודית קבע בית המשפט כי הודעת הביטול ניתנה במסגרת הזמן הסביר לכך, בהתאם להוראת סעיף 8 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל”א-1970 (להלן: חוק התרופות). הודעת הביטול

נמסרה ליזמים, כאמור, במסגרת כתב התביעה שהגישו הרוכשים לבית המשפט ביום 13.11.2001, כשמונה חודשים וחצי לאחר שסופר ספיר נפתח, כאשר מאז תחילת השינויים הפיזיים בקומה ב' – אף חלף זמן ארוך יותר. בית המשפט מנה מספר סיבות לקביעתו כי הביטול נעשה תוך זמן סביר. ראשית, היזמים הסתירו מהרוכשים כי ניהלו משא ומתן עם סופר ספיר ואף כרתו חוזה עימו: כחודש לאחר חתימת החוזה עם הסופר, נמסר לרוכשים על מגעים המצויים בשלבים מתקדמים להשכרת 3,000 מ"ר בקומה ב'. בית המשפט קבע כי גם לאחר שהיה חוזה חתום, היזמים המשיכו להסתיר את קיומו ויצרו מצג כאילו טרם נחתם וכך זהות השוכר לא נמסרה לרוכשים. התייעוד היחיד ליידוע הרוכשים בדבר כניסתו של סופר ספיר, נמצא בפרוטוקול ישיבת ועד הסוחרים של הקניון מיום 31.12.2000, כחודשיים לפני פתיחת הסופר וכעשרה חודשים אחרי שנחתם ההסכם עמו. ואולם, בית המשפט קבע כי הרוכשים לא נטלו חלק באותה ישיבה וכי אין ראיה שהועד מסר להם מידע אודות תוכנה. באותה תקופה, רוב הרוכשים לא עבדו וחנויותיהם בשוקניון היו סגורות או מושכרות לדיירי משנה. בית המשפט סבר כי אופן הכנסת הסופר לשוקניון, תוך הסתרת העסקה שנחתמה עימו, מעידה על מודעות היזמים לבעייתיות שהייתה טמונה במעשיהם. בית המשפט קבע כי יש לבחון את פרק הזמן שחלף למן פתיחת הסופר ועד למתן הודעת הביטול באספקלריה של התנהגות היזמים, אשר הפרו ביודעין את ההסכם והסתירו את המידע בעניין כניסת הסופר משך זמן לא מבוטל. בנוסף, נקבע כי לא הובאה כל ראיה לכך שהיזמים שינו את מצבם לרעה בהסתמך על אי הגשת התביעה במשך הזמן שחלף מפתיחת הסופר ועד להגשתה וכי היזמים היו מודעים לכוונה להגיש את התביעה. זאת ועוד, בהתחשב בגודלה של קבוצת הרוכשים ובכך שהחלטה על ביטול החוזה שאמור היה ליצור את מקור פרנסתם הייתה הרת גורל עבורם – נקבע כי אין לצפות שהחלטה כזו תתקבל בן רגע. בית המשפט הוסיף וקבע כי גם אם היה נקבע שהזמן הסביר חלף, עדיין היו הרוכשים זכאים לחדש את זכות הביטול על ידי מתן ארכה לקיום החוזה, ובכך לא היה כדי להועיל ליזמים: באותה העת, התבצרו היזמים בעמדתם בדבר זכאותם להתקשר עם סופר ספיר והסכם השכירות עם הסופר נערך לתקופה ארוכה מאוד.

14. לאחר שנקבע כי היזמים הפרו את הסכמי המכר הפרה יסודית וכי אלו בוטלו במסגרת הזמן הסביר – קבע בית המשפט כי על היזמים להחזיר לרוכשים את שקיבלו מהם על פי ההסכמים. כיוון שהצדדים הגישו הודעה מוסכמת לעניין הסכומים ששילם כל רוכש ותאריכיהם, נקבע כי היזמים יחובו ביחד ולחוד להשיב את הסכום ששילם כל רוכש בהתאם למפורט בהודעה האמורה, ובתוספת הפרשי הצמדה וריבית (מהיום בו שילם בעל היחידה ועד ליום ההשבה). בקשת הרוכשים לפיצוי בגין סכומים ששילמו

כמס רכישה בגין החנויות נדחתה בשים לב לזכותם לקבל החזר משלטונות המס עקב ביטול הסכמי המכר. בית המשפט השית על היזמים, ביחד ולחוד, הוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין בסך 500,000 ש"ח ומע"מ, כאשר נקבע כי ההוצאות תשאנה הפרשי הצמדה וריבית כחוק החל מיום תשלומן ושכר הטרחה ישא הפרשי הצמדה וריבית החל מיום מתן פסק הדין (6.6.2006).

ג. תיק קדמי – ע"א 480/07 והערעור שכנגד

1.1. העובדות וההליכים

15. הרקע העובדתי דומה לזה העומד ביסוד תיק טהוליאן: מדובר בתביעה של שני רוכשי יחידות מסחר בשוקניון, בקומת השוק, מיכאל ומשה קדמי (להלן ביחד: קדמי או הרוכשים בתיק קדמי), אשר ביקשו לבטל את החוזה עם היזמים בשל עילות שונות, הדומות ברובן לאלו שפורטו לעיל. שני פסקי הדין, בתיק טהוליאן ובתיק קדמי, ניתנו כאמור על יסוד התדיינות נפרדות בבית המשפט המחוזי, מבלי שהתיקים אוחדו, מבלי שיהיה הסדר דיוני הקושר בין התיקים וכאשר חלק מן העדים היו שונים. השופט דרורי, שהיה מודע לפסק הדין שניתן בתיק טהוליאן, קבע כי אין להחיל את הדוקטרינה בדבר מעשה בית דין לטובת קדמי, שכן היזמים הבהירו כי הם עתידים להגיש ערעור על פסק הדין בתיק טהוליאן. יצוין כי מבין חמשת המערערים בתיק טהוליאן: ג.מ.ח.ל חברה לבניה 1992 בע"מ (להלן: גמחל), א.ש.ר. רותם נכסים בע"מ (להלן: אשר רותם), יוסף ריכטר, שוקניון אגריפס ניהול ואחזקה בע"מ ו-א. ארונסון בע"מ, רק שלושה מערערים גם בתיק קדמי: גמחל, א. ארונסון בע"מ ויוסף ריכטר (אשר רותם נמחקה בהסכמה, לאחר שהובהר כי היא פרשה מהפרויקט, תוך העברת כל הזכויות והחובות אל השותפים האחרים). לשם הנוחות, גם במסגרת הדיון בתיק קדמי אשתמש בכינוי "יזמים" לתיאור שלושת המערערים שבתיק האמור.

16. החוזה בין היזמים לבין קדמי נחתם ביום 26.7.1995, לאחר שבמשך כשלושה חודשים ניהלו הצדדים משא ומתן ביחס לנוסח החוזה ובסופם גובש נספח לחוזה שהכיל סעיפי שינוי ותוספות לחוזה הבסיסי. ואולם, הממכר נשוא החוזה לא הועבר לידי קדמי עקב מחלוקת שונות עם היזמים באשר לטיבו ולאופיו של הנכס. בית המשפט תיאר באריכות את ההתכתבויות בין הצדדים לפני הגשת התביעה. קדמי העלו טענות רבות, בין היתר, לעניין מצב הנכס; גודל הממכר שאינו כפי שהוסכם; התשלום הגבוה בהשוואה למחיר בו נמכרות יחידות אחרות בשוקניון; איחור במסירה ואי קבלת הפיצוי המוסכם בגין איחור זה; טענות לעניין דמי אחזקה ועוד. היזמים דחו את

טענותיהם של קדמי וגם מפגשים שונים שהתקיימו בין באי כוח הצדדים העלו חרס. ביום 26.2.2001 שלח בא כוחם של קדמי, עו"ד יעקב לאופר, לבא כוח היזמים, עו"ד יעקב חשין, מכתב התראה לפני ביטול החוזה. במכתב ניתנה ליזמים ארכה בת שבועיים לקיום התחייבויותיהם על פי ההסכם ולתיקון ההפרות. לצד ההפרות שהועלו במסגרת התכתבויות מוקדמות בין הצדדים, הועלתה גם ההפרה הנוגעת לפתיחת סופר ספיר. בא כוח היזמים השיב למכתב האמור בטענה שהוא מהווה חוסר תום לב מצד קדמי, אשר דורשים תיקון של פעולות בלתי הדרות ותולים ביזמים את האשם לגבי היקלעו של המשא ומתן למבוי סתום. במכתב נטען עוד כי היזמים עושים מאמצים כבירים במטרה לעורר את הפעילות המסחרית בשוקניון וכי פתיחת סופר ספיר מהווה רק צעד אחד מבין המאמצים הנ"ל. כחודש לאחר שהמכתב נשלח, ביום 27.3.2001, הודיעו קדמי על ביטול החוזה ולמחרת הגישו את התביעה לבית המשפט קמא. במכתב התשובה של בא כוח היזמים למכתב זה, נאמר כי הם מתנגדים בתוקף לביטול החוזה וכי מכתבם של קדמי מהווה הוא עצמו הפרה יסודית של החוזה.

2.ג. הכרעותיו של בית המשפט המחוזי בתיק קדמי – השופט מ' דרורי

17. גם בתיק קדמי, פיצל בית המשפט את הדיון לשתי קבוצות טענות עיקריות. האחת, עניינה טענות שעלו בהתייחס למצגי שווא שונים אשר הוצגו לקדמי בתקופה הטרם-חוזית. השנייה, לפי הגדרת בית המשפט, כללה טענות בנוגע לאי עמידת היזמים בחובותיהם על פי דין ועל פי ההסכמות החוזיות, כפי שעוגנו בחוזה הרכישה ובמסמכים חוזיים שנלוו לו. במסגרת קבוצת טענות זו, קדמי טענו כי היזמים לא עמדו במועדים שנקבעו לסיום בניית השוקניון ולמסירת החזקה בממכר; כי לא שולם להם פיצוי מוסכם בתקופת האיחור במסירת החזקה, בהתאם לחוזה הרכישה; כי לא הומצאה ערבות בנקאית כנדרש על פי חוק ועל פי החוזה; עוד טענו להפרות שונות הנוגעות לממכר עצמו – למה שנוסף בחנותם או בוצע בה בסטייה מהמובטח בחוזה. ההפרות הנוגעות לפתיחת סופר ספיר נדונו גם במסגרת קבוצת הטענות הראשונה (נוכח הטענה שפתיחת הסופר עמדה בניגוד למצג השווא כאילו הקומה השלישית בשוקניון תהא קומת פנאי) וגם במסגרת קבוצת הטענות השנייה.

18. לאחר בחינת המצגים השונים והמערכת החוזית הכוללת, הגיע בית המשפט למסקנה כי היזמים הפרו את החוזה, כאשר שתי הפרות סווגו כהפרות יסודיות (בעניין פתיחת סופר ספיר ובעניין האיחור במסירת החזקה) ושתי הפרות סווגו כהפרות רגילות (אי מסירת ערבות בנקאית ואי התאמת לוח החשמל למה שנקבע בחוזה). בית המשפט דחה את טענותיהם של קדמי לגבי הפרות נוספות, חלקן בשל כך שההפרה לא הייתה

יסודית ולא ניתן ליזמים זמן סביר לתיקון וחלקן בשל כך שלא מדובר בהפרה כלל. כך בעיקר בהתייחס לטענות שהעלו קדמי לגבי הממכר עצמו ולגבי שינויים שבוצעו בו תוך סטייה מהמוסכם. לקביעות אלה, כמו גם לקביעות הנוגעות למצגי השווא, אין לנו צורך להידרש.

19. ככל שהדבר נוגע לסופר ספיר, קדמי התייחסו לארבע הפרות יסודיות: העדרה של קומת פנאי כמובטח; עצם הקמת סופר ספיר בניגוד למצג בדבר תחרות הוגנת בין סוחרים קטנים (קדמי נסמכו גם על חוות דעת שמאי מטעמם, לפיה מחירי סופר ספיר היו נמוכים ב-20% מהמחירים בחנויות השוקניון, בשל כוח הקנייה של הסופר); איטום החלל הפתוח בין הקומות העליונות, בניגוד למצג שהוצג לקדמי בשנת 1995; וגזילה קניינית של חלקם ברכוש המשותף, כפועל יוצא של יציקת רצפתו של הסופר. היזמים שבו על תגובותיהם לטענות אלה, כפי שתואר במסגרת הדיון בתיק טהוליאן.

20. גם בתיק קדמי בית המשפט קבע כי ככל שמדובר בהפרות הנוגעות לסופר ספיר, עסקינן בהפרות יסודיות המזכות את קדמי בזכות לביטול החוזה. השופט דרורי, בדומה לשופט ענבר, דחה את טענת היזמים כי פעלו להצלת הפרויקט וקבע כי הם לא היו רשאים להקים את הסופר כפי שהוקם ולמען רווחתם הבלעדית. נקבע כי גם אם במישור הסובייקטיבי היזמים אכן האמינו שהם פועלים להצלת השוקניון, הדבר אינו משנה לעניין עצם ההפרה, שכן אמת המידה להפרת החוזה היא אובייקטיבית. השופט דרורי קבע כי קדמי היו זכאים "לצפות לתמהיל הוגן של חנויות, כפי שהוצג בכל המצגים שקדמו למכירת החנויות והמחסנים" וכי זכות זו היוותה את ליבת החוזה, בהתאם לרעיון שעמד ביסוד הקמת "שוקניון" – שוק שהוא גם קניון. לדידו, הקונספט שאמור היה לעמוד ביסוד השוקניון, שעניינו הפרדה בין שדרות חנויות לפי נושאים, היה עניין מהותי ביותר:

"קיומו של סופר ספיר, לא רק שפוגע ישירות בכל בעל חנות המוכר סחורה שיש כמוה בסופר ספיר, אלא תוצאותיו חמורות יותר. "העוגן" של קומת מסעדות ופנאי - נעלם, ובמקומו בא סופר ספיר, הגורם לכך שקונים רבים יחנו מתחת לבניין, יעלו במעלית ישירות לסופר ספיר ... אותם קונים לא נחשפים כלל לחנויות שבקומת הכניסה ובקומה הראשונה, ובעלי חנויות אלה, ובהם התובעים, מאבדים את היתרון היחסי המשמעותי ביותר של קיום חנות בשוקניון. בעיני, זו הפרה יסודית אשר מצדיקה את בטול החוזה ... אין ספק בליבי כי אם היו מודיעים מראש לתובעים כי בקומה העליונה יוקם סופר ספיר (עם מחלקת דגים ובשר), במקום קומת מסעדות, בתי קפה ופנאי, כי אז התובעים לא היו

נכנסים כלל לרכישת החנויות והמחסנים" (ההדגשות הוספו).

בית המשפט קבע כי קיומו של הסופר מאיים על פרנסת הסוחרים. זאת ועוד, בית המשפט דחה את הטענה לפיה אין בהיקף המכירות כדי להשפיע על קביעת מחירי המוצרים על ידי הספקים וקבע כי לסופר ספיר, כגורם מסחרי גדול, יש יכולת מיקוח גדולה משל בעל בסטה קטנה בשוקניון. בנוסף, בית המשפט דחה ניסיון של היזמים ללמוד מסעיפים שונים בהסכמי המכר, אותם נצטט בהמשך הדברים, כי החוזה הקנה ליזמים שיקול דעת רחב וגמישות באשר לתמהיל החנויות בשוקניון.

21. לעניין מועד ביטול החוזה, בית המשפט קבע כממצא עובדתי כי "אין מחלוקת כי מעשה זה [הכנסת סופר ספיר – מ.ג.] נעשה ללא ידיעת התובעים [קדמי – מ.ג.], ונודע להם על כך רק סמוך לפני יום 1.3.2001, בו החל סופר ספיר לפעול במתחם השוקניון". בית המשפט דחה את טענת היזמים לפיה קדמי איבדו את זכותם לביטול החוזה, באשר הם ניהלו עם היזמים משא ומתן ודרשו את אכיפתו. נקבע כי יש לעודד משא ומתן וכי תובעים זכאים בסיומו של משא ומתן כזה – אם לא צלח – לממש את זכותם לביטול החוזה. עוד נקבע כי גישת היזמים סותרת מושכלות יסוד של הגינות ותום לב וכי הם היו מודעים לטענות שבפי קדמי כלפי הממכר ועל כן לא הופתעו מתביעתם לביטול החוזה. בית המשפט דחה את הטענה לפיה קדמי בחרו בביטול החוזה רק עקב התבדות ציפיותיהם הכלכליות מן הפרויקט. השופט דרורי הוסיף כי ירידת מחירי הנכסים אינה מצדיקה את קיפוח זכותם של קדמי לביטול החוזה, שכן זכותו של נפגע מהפרת חוזה לביטול עקב הפרות שביצע מפר, אינה נפגעת עקב רצונו לבטל את החוזה גם משום שזה הפך בלתי כדאי או בגלל ירידת ערך הנכסים. ועוד: נקבע כי גם אם חלף זמן רב למן ההפרות, מתן הארכה על ידי קדמי, הביא לחידוש זכות הביטול ועל כן הביטול, במועד שנעשה, היה כדין. בית המשפט קבע שגם אם הארכה שניתנה לתיקון ההפרות – ארכה בת שבועיים ימים – הינה קצרה מדי, אין זה רלוונטי בנסיבות המקרה, שכן, בהתאם לעמדת השופט ענבר בפרשת טהוליאן, אין טעם לדבוק בארכה לתיקון החוזה מקום שהיזמים כבר חתמו על החוזה עם סופר ספיר לתקופה ארוכה והלה פעל במקום, באופן שכבר לא הייתה אפשרות מעשית לקיום החוזה. מה גם שנקבע כי בפועל קדמי המתינו חודש ימים עד לביטול החוזה. בית המשפט דן באריכות גם בטענת היזמים לפיה ביטול החוזה נוגד את שיקולי הצדק בנסיבות העניין. נקבע כי ההפרה שנוצרה עקב האיחור במסירת החזקה וההפרות הנוגעות לסופר ספיר, הן בבחינת הפרות יסודיות, החוסות בצל הוראות סעיף 7(א) לחוק התרופות, כך שאין משמעות לשיקולי הצדק שהעלו היזמים. זאת ועוד, נקבע כי

קדמי נתנו ליזמים "ארכת חסד" בגין הפרות יסודיות אלה, אך היזמים לא תיקנו אותן. אליבא דשופט דרורי, גם אם ייקבע בערעור שאין מדובר בהפרות יסודיות, עדיין אין לומר כי שיקולי הצדק נוגדים את ביטול החוזה.

22. לצד הכרעתו בעניין סופר ספיר, הכרעה שכאמור עלתה בקנה אחד עם הכרעתו של השופט ענבר בתיק טהוליאן, דן בית המשפט גם במספר הפרות נוספות להן טענו קדמי, לרבות בעניין אי התאמת לוח החשמל למוסכם בחוזה ובעניין העדרה של ערכות בנקאית לגבי אחד התשלומים. לעניינים אלה, כאמור, אין צורך להידרש.

23. לעניין הפיצוי המוסכם בגין האיחור במסירת החזקה בממכר – נושא שהוא מרכזי בערעור ובערעור שכנגד בתיק קדמי – בית המשפט קבע כי מסירת החזקה בנכסים הייתה אמורה להתקיים עד ליום 30.7.1997 (לפי סעיף 6.1 לחוזה) וכי אין מחלוקת שהיזמים חרגו מהמועד האמור, שכן הפרויקט כלל לא היה מוכן באותו היום. ביום 1.11.1998 התקיימה "פגישה מסירה" בנוכחות קדמי, נציג היזמים בשם קרחי ומהנדס מטעמם. בפגישה זו, סירב קדמי לקבל את החזקה בנכס בשל אי התאמתו למוסכם ביניהם. קרחי רשם על גבי פרוטוקול המסירה כי למעט הערות שנרשמו, רואים היזמים את הנכס "כאילו נמסר לתובע" (להלן, כלשון בית המשפט קמא: המסירה החד-צדדית). קדמי סירבו להכיר במסירה זו וטענו כי למעשה החזקה בחנות ובמחסנים מעולם לא הועברה אליהם. בית המשפט קבע כי קדמי לא הסכימו למסירה החד צדדית ובכל מקרה, באותו מועד, החנות כלל לא הייתה ראויה למסירה (בדומה לסביבתה). בית המשפט דחה את טענות ההגנה וקבע כי לאור המסגרת החוזית, אין בטענות אלה כדי לרפא את האיחור במסירה. היזמים תלו את יהבם, בעיקר, בהוראת החוזה אשר התירה להם לאחר במסירת החזקה משך שישה חודשים, בשל מחסור בפועלי בניין. היזמים טענו עוד כי פירושה הנכון של תנייה זו, מוביל למסקנה כי איחור של עד שישה חודשים אינו בגדר הפרה כלל ואין הוא מזכה בפיצוי. ואולם, השופט דרורי הגיע למסקנה כי היזמים "ידעו היטב את כל 'הסיכונים' הכרוכים בקביעת לוח זמנים לסיום עבודות בנייה, והם היו ערים לכל המשמעות הקשורה בכך, ואף על פי כן, בעיניים פקוחות, חתמו על חוזה עם התובעים, שבו נקבע מועד הביצוע של מסירת החזקה ליום 30.7.97, דהיינו שנתיים מיום חתימת החוזה". נקבע כי היזמים בחרו להעלים את העובדה שקיבלו צו הפסקת העבודה ואת הנתון שביום חתימת החוזה לא היה בידיהם היתר בנייה בר תוקף, ולכן הצהרתם במבוא לחוזה לא הייתה דבר אמת. גם טענות היזמים בעניין המחסור בפועלים נדחו: נקבע כי היזמים קיבלו די היתרים להעסקת פועלים זרים וכי לא היה מחסור אובייקטיבי בפועלים; כי הייתה ליזמים יכולת לנווט פועלים בין פרויקטי הבנייה שניהלו ברחבי הארץ; כי היזמים לא

חישבו כדבעי את היקף הפועלים הנדרש; כי ראוי שהסיכון הכלכלי שנטלו ירבוץ לפתחם; וכי על בית המשפט מוטל התפקיד לחנך קבלנים להימנע ממתן התחייבויות שווא. בית המשפט דחה את פרשנות היזמים להוראות החוזה בעניין האיחור במסירת החזקה, כמו גם את יתר טענותיהם בעניין מסירת החזקה. על כן, חויבו היזמים בתשלום הפיצוי המוסכם בגין האיחור, בהתאם להוראת סעיף 14.7 לחוזה:

14.7" במקרה שהמוכר יאחר במסירת הממכר לקונה, תקופה העולה על 3 חודשים מעבר למועד הקבוע למסירת החזקה – ובלבד שאיחור זה נובע מסיבות התלויות במוכר ואין מקורו בקונה או באחד הגורמים המנויים בסעיף 6.2 לעיל – ישלם המוכר לקונה, פיצוי חודשי מוסכם ומוערך לכל חודש בסכום של 5,000 ₪ (חמשת אלפים שקלים חדשים)."

בית המשפט קבע כי חובת הפיצוי אינה מתבטלת בשל השימוש באופציית ביטול החוזה: לאחר ביטול החוזה במסגרת פסק הדין, מוטל על היזמים להשיב את תמורת הממכר בתוספת הפרשי הצמדה וריבית ובנוסף לכך – לשלם את הפיצוי המוסכם. נקבע כי היזמים היו אמורים לשלם לקדמי את הפיצוי המוסכם בין כה וכה וכי אין הביטול משליך על חובם זה של היזמים. לעניין מועדי החיוב בפיצוי בגין האיחור במסירה, בית המשפט קבע כי תקופת החיוב לא תכלול את התקופה שלאחר הגשת התביעה. עוד נקבע כי, בניגוד לטענת היזמים, לפי לשון החוזה, החיוב בתשלום הפיצוי המוסכם החודשי מתחיל בחודש הראשון של האיחור ולא בחודש השביעי, וזאת על אף שהחוזה אפשר ליזמים לאחר במסירת החזקה בממכר לתקופה של שישה חודשים מסיבות הקשורות במחסור בפועלים. חובת הפיצוי חלה למן יום האיחור הראשון ולא מתום תקופת הארכה או החסד. לפיכך, בית המשפט קבע כי חובת התשלום תחול למן יום המסירה המיועד (30.7.1997) ועד ליום הגשת התביעה לביטול החוזה – תקופה של 44 חודשים. לעניין סכום הפיצוי, נקבע כי היזמים ישלמו לקדמי סכום של 5,000 ש"ח צמוד למדד המחירים לצרכן, לכל חודש, כאשר לסכום זה תתווסף ריבית של 10%, כפי שדרשו קדמי בכתב התביעה. בית המשפט קבע כי מדובר בשיעור ריבית הוגן, אשר יש בו כדי ליתן ביטוי ל"עקרון ההדדיות" בין הצדדים; לפי האמור בסעיף התמורה בחוזה, זהו שיעור הריבית בו היו חייבים קדמי אילו איחרו בתשלום תמורת הממכר. לגבי המע"מ, נקבע כי אם קדמי (או מי שפועל מטעמם) הם בגדר עוסק מורשה, ישולם סכום הפיצוי עם מע"מ כנגד חשבונית, ואם לא, ישולם סכום הפיצוי ללא מע"מ.

24. במישור הסעד, בית המשפט קבע כי בגין ההפרות המצטברות שתוארו לעיל, זכאים היו קדמי לבטל את ההסכם וכן זכאים היו להשבת כספים ששילמו מכוחו – סך



של 2,212,986 ש"ח, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית מיום 22.3.01 ועד ליום התשלום בפועל וזאת בתוספת הפיצוי המוסכם בגין האיחור במסירת החזקה ופיצוי נוסף בגין נזק לא ממוני. לעניין ההשבה, בית המשפט ציין כי בעת נטילת משכנתא על ידי קדמי, היזמים התחייבו להשיב את יתרת הלוואת המשכנתא לבנק המלווה אם תבוטל העסקה. לפיכך, נקבע כי מתוך כספי ההשבה תיפרע קודם כל המשכנתא לבנק וככל שייוותר סכום הפרש כלשהו – הוא יועבר לידי קדמי. כדי להימנע מסחבת, נקבע כי כספי ההשבה ישולמו בנאמנות לבא כוחם של קדמי, תוך התחייבות מצידו להשיב את כספי ההלוואות תחילה לבנק. בית המשפט הוסיף כי בא כוחם של קדמי ימציא לבא כוח היזמים קבלה מהבנק בגין התשלום בתוך 30 ימים מיום קבלת סכומי ההשבה לידיו, כמו גם אישור לפיו אין יותר לבנק תביעות וטענות כנגד היזמים בגין טופס ההתחייבות לרישום המשכנתא. רק לאחר קבלת אישור זה מהבנק, תועבר יתרת סכום ההשבה לידי קדמי. עוד נקבע כי סכום ההשבה יוצמד למדד המחירים לצרכן ולא לריבית הדולרית ותתווסף לו ריבית בהתאם לשיעורי הריבית הקבועים בחוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א-1961 (להלן: חוק פסיקת ריבית והצמדה). לעניין השבת הסכום ששילמו קדמי בתור מס הרכישה, השופט דרורי אימץ את גישת השופט ענבר ודחה את הצעת בא כוחם של קדמי להעביר את הזכות לקבלת החזר מס הרכישה ליזמים כנגד השבת הסכום על ידם. נקבע כי קדמי יקבלו מהרשויות את החזר המלא כולל הריבית וההצמדה הקבועה בדין ובכך תמוצה עילתם בנושא זה.

25. לעניין הנזק הלא ממוני, בכתב התביעה נטען כי למיכאל קדמי, אדם בן 70 שהשקיע את כל הונו ושעבד את נכסיו כדי לעמוד בתנאי החוזה, נגרם נזק נפשי רב והוא אף לקה בלבו וסבל מבעיות בריאות מתמשכות. זאת, בין היתר, מפאת הלחץ הרב שהסבו לו חובות המשכנתא שנוצרו בגין החנות בשוקניון והעובדה שנאלץ למכור את דירתו. במרוצת ההליך שהתנהל בפני בית המשפט קמא, הלך מיכאל קדמי לעולמו. השופט דרורי ציין כי הוא התרשם ממצבו לאורך ההליך ומראיות התביעה בעניין הנזק הלא ממוני וקבע כי הראיות מוכיחות הן את עצם הנזק הלא ממוני והן את הקשר הסיבתי בין הפרת החוזה לבין הנזק. לפיכך, בית המשפט פסק לטובת קדמי את הסכום שדרשו בכתב תביעתם: 100,000 ש"ח בצירוף הפרשי הצמדה וריבית מיום הגשת התביעה (28.3.2001) ועד ליום התשלום בפועל. בית המשפט קבע כי פטירתו של מיכאל קדמי אינה מאיינת חיוב זה, שכן הוא היה זכאי לפיצוי בעת הגשת התביעה ובהתאם לסעיף 1 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, יעבור הפיצוי לעיזבונו.

26. לעניין הוצאות המשפט, נקבע כי מאחר שקדמי זכו בתביעתם, מן הדין שיקבלו את מלוא שכר הטרחה בו נשאו ולא ייגרם להם חיסרון כס, כך שהוצאות המשפט בהן

נשאו יוטלו על שכמ היזמים. ככל שמדובר בהוצאות ממשיות, כדוגמת אגרות משפט, היזמים חויבו בתשלום כל הסכומים שהוציאו קדמי, על פי קבלות, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית מיום התשלום על ידי קדמי ועד ליום התשלום לקדמי בפועל. כמו כן, בית המשפט חייב את היזמים בשכר טרחת עורך דין בגובה 15% מסכומי הפיצוי וההשבה שנפסקו לרוכשים.

27. היזמים הגישו לבית המשפט המחוזי תביעה שכנגד ובה תבעו מקדמי את יתרת התמורה בגין הממכר בסך של 254,268 ש"ח, וכן נזק כללי בסך 62,700 ש"ח. בית המשפט דחה את התביעה שכנגד: משנקבע כי ההסכם בוטל כדין, ממילא התוצאה היא כי קדמי פטורים מלשלם את יתרת התמורה. נקבע כי גם לגופו של עניין, ישנו טעם רב בטענות שהעלו קדמי לפיהן המסמכים והעדויות עליהם התבססה התביעה שכנגד אינם אותנטיים ואינם אמינים. בית המשפט ציין כי נוכח התוצאה אליה הגיע, ניתן להימנע מלהעמיק בדיון בשאלת גובה החוב המדויק, לרבות לעניין הנזק הכללי לו טענו היזמים. בית המשפט העיר בשולי הדברים כי היזמים נמנעו מלהביא מסמכים ועדים, שיכולים היו להיות חשובים להוכחת טענותיהם ויש ללמוד מכך אודות חששם שמא אותן ראיות תסייענה בידי הצד השני.

T. דיון והכרעה – ראשי פרקים לדיון

28. בפי הצדדים שלל טענות, הן ביחס לתיק טהוליאן והן ביחס לתיק קדמי. ואולם, כמוסבר לעיל, אמנע מהרחבה בעניינים אשר אינם דרושים לצורך ההכרעה בפסק הדין. למעשה, ביסוד הסכסוך המשפטי בתיק, על כלל חלקיו, ניצבות שתי שאלות ליבה – שאלת ההפרה היסודית בכל הכרוך בסופר ספיר ושאלת הזמן הסביר לביטול החוזה. בצד שאלות אלה מתעוררות כמה שאלות נוספות. מתכונת הדיון תהא איפוא כך: ראשית, יידון עניין סופר ספיר והטענות לגבי ההפרות היסודיות הנלוות לפתיחתו; לאחר הכרעה בעניין זה, אדון בשאלה האם ביטול החוזה נעשה תוך זמן סביר. פרק זה יפוצל להכרעה בכל תיק בהתאם לעובדות הרלוונטיות לו; שאלת הזמן הסביר משליכה על בחירת הסעד המתאים ועל כן יידון עניין הסעד לאחריה; אחר כך, יוכרע עניין מס הרכישה, המשותף אף הוא לשני התיקים. לאחר הפרקים המשותפים, יובאו ההכרעות הייחודיות לתיק קדמי: בקשת היזמים לתשלום יתרת התמורה בגין הממכר, לאור התביעה שכנגד אשר נדחתה בבית המשפט קמא; שאלת הפיצוי המוסכם בגין האיחור במסירת החזקה; ופיצוי בגין נזק לא ממוני. בסופה של הדרך יידון עניין ההוצאות – לגבי שני התיקים ושתי הערכאות. על מנת להימנע מחזרות מיותרות, טיעוני הצדדים יפורטו במסגרת הפרק הרלוונטי להם. בטרם נצא לדרכנו, נחזור ונזכיר

כי הכינוי "יזמים" משמש לתיאור המערערים בתיק טהוליאן ובתיק קדמי, אף על פי שאין זהות מלאה בין המערערים בשני התיקים. בפרקים להלן, הכינוי "רוכשים" ישמש לתיאור הרוכשים בשני התיקים. הכינוי "הרוכשים בתיק טהוליאן" יתאר את המשיבים בתיק טהוליאן. הכינוי "קדמי" או "הרוכשים בתיק קדמי" ישמש לתיאור המשיבים בתיק קדמי.

ה. סופר ספיר וההפרות הנלוות לו – האם ישנה הפרה והאם זו הפרה יסודית?

ה.1. טענות הצדדים

טענות היזמים

29. אף שטענות הצדדים בכל תיק היו שונות קמעה, גרעינו המהותי של הטיעון הנוגע לסופר ספיר משותף לשני התיקים ובגרעין זה אתמקד. לגישת היזמים, טעה בית המשפט קמא משלא אימץ גישה פרגמטית יותר וראה במהלך הכנסת סופר ספיר מהלך הכרחי לקיום החוזה, אלא ראה בו הפרה של החוזה. נקודת מבט זו, כך נטען, הינה חיונית מקום שמדובר בפרויקט עסקי מורכב ודינאמי בשונה, למשל, מהסכם למכירת יחידות מגורים. בנקודת מבט זו יש כדי ליתן משקל להיגיון הכלכלי שבהסכם ולמטרות הכלכליות הגלומות בו. לטענתם, חוסר הצלחה עסקי אינו בגדר הפרת חוזה ואינו יכול לשמש עילה לביטול החוזה. היזמים טוענים כי השקיעו בפרויקט מאמצים, זמן ובמיוחד סכומי כסף גבוהים מאוד, במטרה להצילו ממה שנראה היה כקריסה וודאית. לדידם, מהלך הכנסת סופר ספיר לשוקניון היה חיוני להצלת הפרויקט והוא אף הביא לטענתם לשיפור משמעותי, במונחים של מספר הנכנסים לשוקניון ופתיחת יחידות נוספות. הודות למהלך זה, כך נטען, הפרויקט פעיל עד היום, אלא שתוצאת פסק הדין, באם יאושר, עלולה להביא במידת וודאות גבוהה לגוויעתו. זאת, משום שלצד חובת השבת הכספים לרוכשים, ישנו חשש כי בעלי יחידות נוספים ידרשו בעקבותיהם את ביטול החוזה. בנוסף, היזמים טוענים כי לא זו בלבד שהם לא הפרו את החוזה, אלא חלק גדול מן האשם מוטל לפתחם של הרוכשים אשר ישבו באפס מעשה: חלקם הניכר לא הפעילו את חנויותיהם ובכך גרמו לאי הצלחת הפרויקט ולכישלון ניסיונות השיווק. מהלך התביעה שיזמו נובע כל כולו מתוחלת לרווח שנכזבה ולא מהפרת החוזה. כאשר ראו הרוכשים כי קצב כניסת המבקרים לשוקניון אינו משביע את רצונם, כך נטען, הם הגישו את התביעה נשוא הערעור ומבלי שיקדימו לה מכתב התראה. היזמים טוענים כי גם עבור הרוכשים לא הייתה עדיפה קומה ריקה ונטושה וכי הרוכשים אף הביעו רצון שתובא לשוקניון חנות עוגן כלשהי, במטרה למשוך אליו קונים ולהגביר את סיכויי

ההצלחה של הפרויקט. צוין כי חנויות העוגן שהציעו הרוכשים לא חפצו להיכנס לשוקניון ולכן פנו היזמים לסופר ספיר, המהווה רשת מוכרת בירושלים. זאת ועוד, טענת היזמים, מן הראוי היה לקרוא אל תוך החוזה תנאי מכללא המחייב את כל הרוכשים לפתוח את חנויותיהם בשוקניון, וזאת מכוח עקרון תום הלב.

30. באשר להפרות הקונקרטיות הנוגעות לסופר ספיר, טענת היזמים היא שלא מדובר בהפרות כלל ולחלופין – שלא מדובר בהפרות יסודיות. הצדדים ריכזו את מאמציהם במידה רבה בטענה הנוגעת לאופי החנויות שיועד לקומה ב'. היזמים מדגישים כי המונח "שינוי ייעוד" משמש בדרך כלל לתיאור ייעוד במובן התכנוני וברי כי הפרויקט לא שינה את ייעודו המסחרי מעולם. ככל שהכוונה לשינוי סוג החנויות שיועדו לקומה ב', נטען כי בהסכמי המכר לא הייתה הגבלה על סוגן של כל החנויות וכי ליזמים נשמרה בחוזה היכולת לאכלס את הקומה בחנויות שאינן חנויות פנאי או מזון מהיר. אכן, לו נתאפשר הדבר, היו היזמים דבקים בתוכנית המקורית באשר לסוג החנויות בקומה ב', אך משנתבדו תקוותיהם והקומה עמדה שוממה, רשאים היו לעשות מה שעשו, ואין לטענתם שום הוראה במסמכים של הסכמי המכר או בהיתרי הבנייה – השוללת מהלך זה. ההוראות שבחן בית המשפט, כך נטען, אינן מעידות על מגבלות לגבי האפיון המסחרי של כל קומה, אלא תכליתן הייתה לאפשר ליזמים גמישות באכלוס החנויות (בכך כוונתם לסעיפים 10.1-10.2 להסכמי המכר שיידונו להלן). היזמים מלינים גם על כך שבית המשפט לא ייחס די משמעות להיתר שניתן לרוכשים בהסכמי המכר לשנות את תחום המסחר של חנותם ולכך שחלקם אף עשו כן. עקרון ההדדיות ועקרון תום הלב מחייבים, לטענתם, כי תביעת הרוכשים תידחה. עוד נטען כי אין לראות בהכנסת סופר ספיר משום הפרה של ההתחייבות למקם חנויות לפי נושאים: ראשית, סופרמרקט אינו חנות חד ממדית ואין לתייגה על פי נושא; שנית, הסופר שוכן לבדו בקומה ב' ואף באזור נפרד. לחלופין, היזמים טוענים כי ניתן להשקיף על מעשה הכנסת הסופר כ"ביצוע בקירוב" של החוזה.

31. באשר לסוגיית התחרות, היזמים טוענים כי בהסכמי המכר ובכל התשלוּב החוזה, לא נכללה אף הוראה שתכליתה עידוד התחרות ההוגנת, וכך גם לגבי הוראות שעניינן ייעוד הקומות. הוראות אלו נבעו מטעמים של נוחות הצרכן, סדר ואסתטיקה, שכן היזמים לא ראו עצמם "רגולטור" שתפקידו לעודד תחרות. ליזמים לא מוכר קניון או מרכז מסחרי, המאופיין באכלוס חנויות הצמודות זו לזו מאותו סוג דווקא. שילוב חנויות "עוגן" במרכזים מסחריים כגון השוקניון הוא עניין שבשגרה. נטען כי בית המשפט שגה שעה שקרא אל תוך החוזה תניית אי תחרות שלא הייתה בו ועל כן גם אין לומר שתנייה כזו הופרה. לטענתם, תנייה כזו, אם הייתה קיימת, ראוי היה לפרשה

בצמצום, בהיותה מנוגדת לאינטרס הציבור ולדיני ההגבלים העסקיים. מה גם שסמיכות השוקניון לשוק מחנה יהודה יצרה ממילא תחרות עזה, כך שתחימת אזורים בשוקניון עצמו לא הייתה יכולה להועיל לרוכשים באספקט התחרות. היזמים ממשיכים וטוענים כי הכנסת הסופר לא פגעה ולא יכלה לפגוע בהכנסות הרוכשים ולא בכדי, כך נטען, אף לא הוצגה ראייה כלשהי המוכיחה פגיעה בעסקי הרוכשים כתוצאה מכניסת הסופר. נטען כי אף לא היה זה הוגן מצד הרוכשים לטעון כך, כשחלקם כלל לא הפעיל את היחידות שרכשו.

32. היזמים דוחים את הקביעה כי פעלו בחריגה מהיתר הבנייה. ראשית, לטענתם, מדובר בהרחבת חזית אסורה, שהלוא הרוכשים השתיתו את תביעתם על בסיס חוזי ולא על דבר הציות לחוקי הבנייה "שמבחינתם אינו מעלה ואינו מוריד". בנוסף, לטענת היזמים, הם יזמו תב"ע מתוקנת. משגילו כי הליכי אישור התב"ע אורכים זמן רב, יזמו הסדר עם עיריית ירושלים לגבי איטום שטחים חלופיים במקום השטחים שנאטמו לטובת הסופר, כך שלא יחול שינוי בסך השטחים המסחריים. בהתאם להסכמה עם העירייה, כך נטען, בוצעו עבודות בנייה לאיטום שטחים חלופיים, אלא שהיתר הבנייה הזמני שאמור היה להינתן, עודנו מתמהמה. בנוסף, היזמים טוענים כי התב"ע המתוקנת כבר קיבלה תוקף, ועתה הם ממתינים למתן היתר בנייה התואם את התב"ע.

33. היזמים מוסיפים וטוענים כי לא היה במעשיהם משום נטילת חלקים מן הרכוש המשותף, שהרי על פי החוזה נשמרה להם באופן ברור ומפורש היכולת להצמיד את שטחי המעברים ליחידה מסחרית כלשהי לפי שיקול דעתם. בכך, הכוונה להוראות שונות באסופת המסמכים החוזית ובייחוד במפרט הטכני. לטענתם, הפרשנות המצומצמת שהעניק בית המשפט להוראות המפרט הטכני בעניין הצמדת שטחים במבנה, הביאה ליצירת חוזה שונה ממה שראו הצדדים לנגד עיניהם. עוד טוענים הם כי הרוכשים כלל לא נפגעו וכי שגה בית המשפט כשהתעלם מכך שממילא המעברים שסופחו לסופר לא היו בבעלות הרוכשים, שכן יחידותיהם היו בקומות התחתונות. לטענתם, לא מדובר ב"סיפוח מסיבי", אלא בשטחים בהיקף של כ-400 מ"ר. היזמים מדגישים עוד כי במפרט אין כל סייג המתנה הוצאה של מעברים מן הרכוש המשותף, בכך שלאחר ההוצאה יישמר ייעודם כמעברים. לבסוף, נטען כי כשם שנקבע שהליך התכנון של פרויקט מסחרי שכזה הוא דינאמי ו"רצוף אילוצים", כך יש להשקיף גם על המשך תפעול הפרויקט.

34. היזמים דוחים גם את הקביעה בנוגע לאיטום החלל בין הקומות העליונות היות ולטענתם, בחלל זה, בדומה לכל שטח אחר בקומה שלא שויך ליחידה מסוימת, רשאים

היו לעשות שימוש לצורך תפעול הסופר. זאת, מכוח הוראות מפורשות בהסכם המכר ובמסמכים הקשורים אליו ולטענתם אף לא מדובר בפעולה המנוגדת להיתר הבנייה. היזמים גורסים כי טענות הרוכשים לגבי איטום החלל הן חסרות תום לב, שכן לאיטום החלל אין השפעה על חנויותיהם שהיו ברובן בקומת השוק. בתיק קדמי באופן ספציפי, צוין כי איטום החלל בין הקומות העליונות כלל אינו משפיע על חנותם המצויה בקומה א', ועל כן נטען כי העלאת הטענה היא בבחינת חוסר תום לב מצד קדמי.

35. לחלופין, כאמור, היזמים טוענים כי גם אם ימצא שהם הפרו את החוזה, יש לקבוע שמדובר בהפרה רגילה ולא בהפרה יסודית. אם בית המשפט היה נותן עדיפות לקיום החוזה וקובע כי ביטול החוזה אינו מוצדק בנסיבות העניין (כפי שביקשו היזמים), לטענת היזמים, סופר ספיר היה מוצא מן הפרויקט והמצב היה חוזר לקדמותו. עוד טוענים היזמים כי קביעת בית המשפט לפיה אין חשיבות למניע ביסוד ההפרה, הינה שגויה כיוון שהמניע יכול להשפיע בין היתר על סיווג ההפרה. לחלופי חלופין, נטען כי גם אם תדחה טענתם לעניין יסודיות ההפרה, מאחר שזכות הביטול כפופה לעקרון תום הלב, יש לקבוע שהרוכשים הפרו את חובת תום הלב ויש להורות על אכיפת החוזה. את טענתם כי אין מדובר בהפרה יסודית ולחלופין כי יש לשלול את זכות הביטול מכוח עקרון תום הלב, משתיתים היזמים על המשקל המצטבר של יתר טיעוניהם, לרבות לעניין נחיצות צעדיהם למען הצלת הפרויקט; רצון הרוכשים בהכנסת חנות עוגן לשוקניון; הגמישות ההכרחית בתפעול פרויקט כזה; סכומי הכסף הגבוהים שהשקיעו בפרויקט; הימנעות הרוכשים מלשתף פעולה ומתשלום דמי ניהול; רצון הרוכשים להשתחרר מהחוזה לאחר שנתברר להם כי העסקה איננה כדאית. נטען כי אדם סביר ותם לב, לו נכנס בנעלי הרוכשים, לא היה נרתע מלהתקשר בהסכם, אפילו ידע שבכוונת היזמים לעשות "כל שלאל ידם כדי למנוע את קריסת הפרויקט". כך בייחוד נוכח המשקל "הזעיר" של ההפרות אל מול התכלית האמיתית – חילוץ הפרויקט מקשייו. לטענתם, אין לבחון את שאלת ההפרה מנקודת המבט של "קונה ממתחם משגשג ומצליח", אלא מנקודת המבט של הקונה יחידה במתחם שנכשל.

36. בנוסף, היזמים טוענים כי יש להבחין בין הרוכשים השונים, שכן אלה שכלל לא פתחו את חנויותיהם, אלה שחדלו מלהפעילן בטרם פתיחת הסופר או אלה שידעו על הכוונה לפתוח את הסופר אך "החרישו" כלשונם – אינם ראויים להישמע בטענה שכניסתו של סופר ספיר לשוקניון היוותה הפרה יסודית של החוזה.

37. טענות הרוכשים בעניין סופר ספיר התמקדו בטענה שביטול החוזה על ידם היה מוצדק נוכח ההפרות המצטברות מצד היזמים. הרוכשים סומכים ידיהם על הכרעותיו של בית המשפט המחוזי בעניין סופר ספיר. בנוסף, לשיטתם, הערעור נסב על מספר רב של קביעות עובדתיות אשר אין להתערב בהן. הרוכשים טוענים כי הם הבליגו על הפרות של מצגי שווא רבים, אך משום שהיזמים הבטיחו להם שוב ושוב כי "העניין בטיפול" וכי זה רק עניין של זמן עד שימולאו דרישותיהם. ואולם, כאשר הוכנס סופר ספיר לשוקניון, הבינו כי אין ליזמים כוונה אמיתית לתקן את ההפרות ולכן התארגנו להגשת התביעה. כמו כן, הרוכשים טוענים כי אין להתרשם מטענותיהם הכלליות של היזמים בעניין "הצלת המתחם" וחוסר הברירה העסקית. לטענתם, פעולה זו של הכנסת סופר ספיר נעשתה לטובת היזמים בלבד: היא היטיבה עם היזמים אשר קיבלו דמי שכירות מהסופר, אך הרעה באופן קשה את מצבם שלהם. עוד נטען כי הפעולות שנעשו במסגרת הכנסת הסופר מהוות הפרה ברורה, מכוונת, מודעת ויסודית של החוזה, והן אף בגדר מעשה אסור מבחינה קניינית, חוזית, פלילית ותכנונית. ככלל, הרוכשים טוענים כי לא ייתכן "שיש לקבלן זכות אינסופית ובלתי מוגבלת לנהוג בניגוד להסכמות בין הצדדים, ובשלב מסוים קמה לרוכשים הזכות שלא לספוג עוד הפרות". נטען כי הפרות החוזה נוגעות ללב ההסכם ולנושאים מהותיים שלו. לטענת הרוכשים, הם קיבלו "נכס שונה באופן מהותי וקיצוני מזה שתמורתו הסכימו לשלם סכומים כה גבוהים", ועל כן ברור שאילו היו יודעים מראש איזה נכס יקבלו תמורת השקעתם – הרי שהם לא היו נכנסים כלל לעסקה. מבחינת הרוכשים, מצב של קומה ריקה היה עדיף על פני הכנסת סופר ספיר לשוקניון והיזמים, כך נטען, ידעו זאת. אחרת היו ששים לדווח להם על המשא ומתן המתנהל עם הסופר ולא פועלים נמרצות להסתירו. בנוסף, לטענת הרוכשים, צירוף מספר הפרות לא יסודיות יכול שיהווה, כמכלול, הפרה יסודית וכך יש לקבוע גם בעניין זה.

38. הרוכשים מפרטים בנוסף את ההפרות הקונקרטיות להן טענו בעניין סופר ספיר במסגרת תביעתם לבית המשפט קמא. טענתם העיקרית היא שהיזמים שינו את התוכניות המוסכמות כראות עיניהם ובנו בניין אחר לחלוטין מזה שהוסכם עליו ובלא שקיבלו את הסכמת הרוכשים. טענותיהם לגבי ההפרות הקונקרטיות פורטו בהרחבה במסגרת תיאור פסק הדין של בית המשפט המחוזי ואסתפק לעניין זה במספר הדגשים שעלו בתשובתם לסיכומי היזמים. לעניין ייעוד החנויות: הרוכשים טוענים כי אף שחוזי הניהול של חלקם כללו אפשרות לשינוי ייעוד החנות, מדובר בשינוי נקודתי, המותנה בתנאים רבים ובהמלצת וועדה מסוימת המורכבת מנציגי הרוכשים לחברת הניהול, לאחר שחברת הניהול "תתייחס בחיוב להמלצות הוועדה", ולאחר שחברת הניהול "תנמק את המלצותיה ותנאיה". כמו כן, לטענת הרוכשים, היזמים הפרו

התחייבויות ברורות הנוגעות לתחרות ההוגנת בין הסוחרים. עוד נטען כי הגידול במספר הקוחות הנכנסים לשוקניון לא השפיע עליהם לטובה, שכן לקוחות אלה עלו במעלית ישר לסופר ספיר וכלל לא פנו אליהם; סופר ספיר אינו בבחינת "חנות העוגן" לה ייחלו בשיחותיהם עם היזמים; ובניגוד לטענת היזמים, הרוכשים טוענים כי הם הציגו ראיות לעניין הפגיעה הכלכלית שהסבה להם כניסת סופר ספיר (כפי שפורט בתצהירי רוכשים רבים). לעניין התחייבות היזמים לבנות בהתאם להיתר הבנייה, הרוכשים טוענים כי מדובר בבנייה המנוגדת ניגוד חמור לתב"ע, כך שלא ניתן יהיה לקבל עבורה היתר כל עוד התב"ע בתוקף. לטענתם, היזמים היו מודעים לכך שלא ניתן יהיה לקבל היתר בנייה ולכך שסופר ספיר פועל ללא רישיון עסק ובעניין זה אף ניתן פסק דין מרשיע בבית המשפט לעניינים מקומיים. מעבר לעבירות הבנייה שנבעו מביצוע עבודות ללא היתר בנייה, הרוכשים טוענים גם להפרת ההתחייבות החוזית לבנות את הפרויקט בהתאם להיתר הבנייה שהיה תקף במועד חתימת ההסכמים. הרוכשים מדגישים גם כי עקב השינויים שבוצעו במבנה בניגוד להיתר הבנייה, עד ליום הגשת הסיכומים לבית משפט זה, לא ניתן היה לרשום את הפרויקט כבית משותף ולרשום את הזכויות על שמם. לעניין גזילת חלקים מן הרכוש המשותף, נטען כי על פי היתרי הבנייה של הפרויקט, המעברים בקומה ב' יועדו לשמש כחלק מן הרכוש המשותף וכי לא הייתה כל הוראה חוזית המתירה ליזמים להוציא את החלל מן הרכוש המשותף לשימוש הפרטי. מה גם, טוענים הרוכשים, שמדובר בגזילת זכות קניינית.

39. הרוכשים מוסיפים כי ככל שבית משפט זה לא ישתכנע בצדקת ההחלטה לפיה היזמים הפרו את החוזה ומדובר בהפרה יסודית, פרט לאותן הפרות שהתקבלו בבית המשפט קמא, יש להתייחס להפרות הנוספות בהן נמנע בית המשפט לדון. כך, בין היתר לעניין מגדלי המגורים שלא קמו בפרויקט או לעניין הנחות בדמי הניהול אשר ניתנו לסופר ספיר. כפי שנאמר, לאור מסקנתנו בעניין ההפרה, אין צורך להרחיב בעניין זה. באשר לתיק קדמי: הרוכשים בתיק קדמי טוענים להפרות נוספות לגביהן נקבע שלא מדובר כלל בהפרות או שלא מדובר בהפרות יסודיות וטוענים כי אלה מהוות הפרות יסודיות. גם בעניין זה אין צורך לפרט.

ה.2. הכרעה

40. סעיף 1 לחוק התרופות מגדיר את המושג "הפרה" כ-"מעשה או מחדל שהם בניגוד לחוזה". מעשי היזמים, כמו גם מחדליהם, בעניין סופר ספיר, עמדו בניגוד לכתוב בחוזה ובוודאי בניגוד לאומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתקף מן החוזה. תמימת דעים אני עם השופטים ענבר ודרורי כי היזמים הפרו את החוזה וכי ההפרות הן



יסודיות. כך, מקל וחומר, אם ניתן דעתנו למשקלן המצטבר של ההפרות אשר מעצים את חומרת ההפרות, בהשוואה למצב בו כל אחת מן ההפרות המתוארות הייתה ניצבת כשהיא לעצמה. אפילו הייתי מניחה כי חלק מן ההפרות המתוארות – כשהן עומדות בפני עצמן ובמנותק ממכלול הנסיבות – אינן הפרות יסודיות וכי יש ליתן ליזמים הזדמנות לתקן, אין ספק כי לכל הפחות, מכלול ההפרות מצטרפות לכלל מסכת אחת המהווה הפרה יסודית (גבריאלה שלו דיני חוזים 548-549 מהדורה שנייה (התשנ"ה) (להלן: שלו – דיני חוזים); ע"א 262/86 רוט נ' DEAK AND CO. INC., פ"ד מה (2) 353, 372-373 (1991)). אכן, מעשה הכנסת סופר ספיר לשוקניון, על כל הכרוך בדבר, הביא להפרת החוזה עם הרוכשים ולטעמי, ההפרות בעניין זה הנן הפרות יסודיות, בין כל אחת לחוד ובין בהצטברותן זו לזו. בלשונו של סעיף 6 לחוק התרופות:

6. הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה, או הפרה שהוסכם עליה בחוזה שתיחשב ליסודית; תניה גורפת בחוזה העושה הפרות להפרות יסודיות ללא הבחנה ביניהן, אין לה תוקף אלא אם היתה סבירה בעת כריתת החוזה"

טענות היזמים בעניין פעולות הצלה ובעניין אשמת הרוכשים

41. כזכור, היזמים חוזרים וטוענים כי מעשיהם לגבי סופר ספיר היו בגדר "פעולת הצלה חיונית", אשר תכליתה הייתה להציל את השוקניון מקריסה וודאית. טענתם זו בדבר "חוסר הברירה העסקית" נשענת על שני אדנים עיקריים – ההשקעות הרבות אשר היו כרוכות בניסיון הצלת השוקניון; והצורך בגמישות בפרשנות החוזה נוכח מורכבות החוזה בו עסקינן. כמו כן, היזמים תולים את הקולר בכישלוננו של הפרויקט במחדלי הרוכשים אשר "לא נקפו אצבע" למען הצלחת הפרויקט ונמנעו בחלקם מפתחת החנויות שרכשו ובכך פגעו, לטענת היזמים, בשיווק יחידות הפרויקט הנותרות ובאטרקטיביות שלו בעיני קהל המבקרים. לא אוכל לקבל טענות אלה של היזמים.

42. פעולות היזמים, יהא המניע להן באשר יהא, הביאו להפרת החוזה. מאידך, מחדלי הרוכשים, אם אכן היו כאלה, לא היו בבחינת פעולות המנוגדות לאמור בחוזה. צודקים היזמים בטענתם כי קיימים הבדלים בין חוזה מכר פשוט לגבי דירת מגורים לבין חוזה מורכב, כגון זה הכרוך בהקמת מרכז מסחרי גדול. אכן, כל חוזה מחייב גמישות ואלסטיות בביצועו, כביטוי להכרה ביכולתו המוגבלת של החוזה לחזות את כלל המצבים העתידיים האופציונאליים (ר' מנחם מאוטנר "שינוי נסיבות בתקופה שלאחר כריתת חוזה: הערות מקדמיות בפרספקטיבה של המשפט האנגלי-אמריקני"

עיוני משפט ט 363 (התשמ"ג). כך, גם בהתחשב במאפייניו של החוזה נשוא הפרשה שלפנינו, בהיותו חוזה רב משתתפים להקמת קניון מסחרי. ואולם, מורכבות זו הנגזרת מאופיו של החוזה, הייתה צריכה לקבל ביטוי מתאים במערכת היחסים החוזית והרי את ניסוחו של החוזה הכתיבו היזמים. החוזים אשר נערכו בפרשה זו, הם בין "המוכר" לבין "הקונה" (הסכמי המכר) ובין "חברת הניהול" לבין "הבעלים" (הסכמי הניהול עם בעלי היחידות). בין הרוכשים לבין עצמם אין מערכת חוזית, אף שברור כי מעשי הרוכש האחד משליכים על הרוכש האחר, ולו בעקיפין. חוזה המבקש להסדיר את פעילותו ואחריותו של רוכש יחידה בפרויקט מסחרי גדול (או שוכר לצורך העניין), לטובת האינטרסים הכלכליים של הפרויקט כולו, ראוי שיכלול מחויבויות חוזיות להבטחת צרכי הפרויקט כולו. אכן, חוזה רב משתתפים מצריך התאמות לסיטואציה המורכבת הנובעת מריבוי המשתתפים ומאופי האינטראקציות בין כלל המשתתפים (ראו בעניין זה: Patrick A. Randolph Jr., *DOES A SHOPPING CENTER LANDLORD HAVE AN IMPLIED OPERATING DUTY?*, 17 PROBATE & PROPERTY 26 (2003); Peter Luxton, *ARE YOU BEING SERVED? ENFORCING KEEP OPEN COVENANTS IN LEASES*, CONVEYANCER AND PROPERTY LAWYER 396 (1998); Co-Operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holdings) Ltd., [1998] AC 1 (HL) (U.K.) (appeal taken from Eng.) (להלן: פרשת Co-Operative Insurance); והשוו גם לגבי חוזה רב משתתפים בהקשר אחר: ע"א 9311/99 מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' נרות ירושלים אילום (1987) בע"מ, פ"ד נו(2) 550, 565-566 (2002)). טענת הגמישות אשר בפי היזמים מחמיצה את העיקר: יש מקום לגמישות בתהליך פרשנותו של חוזה מסחרי מורכב כגון זה, כשם שיש מקום לגמישות בקיומו והצדדים מצופים לנהוג בתום לב ולא לעמוד על קיום החוזה בצורה דוקנית (גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 111-109 (2005); רע"א 1233/91 ג'רבי נ' בן דוד, פ"ד מה(5) 661, 668-666 (1991)). ואולם, גמישות זו צריכה להימצא בגבולות החוזה ולא מחוצה להם. גבולות אלה, ובהתאמה – מידת הגמישות החוזית המתאפשרת מכוחם – מוכתבת על ידי הצדדים לחוזה בשלב עריכת החוזה ולא על ידי בית המשפט בשלב פרשנותו (בסוגיית הגמישות בפרשנות חוזה, ר' אהרן ברק פרשנות במשפט כרך רביעי: פרשנות החוזה 229-245 (2001)). צדק השופט ענבר באשר קבע כי מהלכי היזמים בנוגע לסופר ספיר היו בגדר סיכון שהרוכשים לא נטלו על עצמם. זאת, בשונה מהסיכון אשר היה כרוך בקיומה של קומה ריקה או בכישלון השיווק של הפרויקט, כפי שאכן אירע, שהם סיכונים אשר הרוכשים נטלו על עצמם. אין לאפשר ליזמים להפר את החוזה ולחסות בצל הטענה כי כל "אשמם" הוא בכך שפעלו להצלת הפרויקט. גמישות – כן, אך חלוקת סיכונים הסוטה מבסיס ההסכמה החוזית עד כדי יצירת חוזה שונה – לא.

43. כאמור, היזמים ביקשו כי בית המשפט יתחשב במניע שעמד ביסוד מעשיהם. לטענתם, הם לא התייעצו ברוכשים ולא שיתפו אותם בהחלטותיהם, משום שהאמינו כי הם פועלים לטובת הפרויקט כולו ובוודאי גם לטובת הרוכשים (ר' למשל, עדותו של אפריים הניג, בעמ' 271 לפרוטוקול). ואולם, אפילו הייתה טענתם מתקבלת, הגדרת המונח "הפרה" בחוק התרופות אינה מותנית בקיומו של יסוד נפשי של "אשם", היינו כוונה, זדון או התרשלות מצד המפר: בכואו לקבוע אם הייתה הפרה, אין הדין שואל מה היה מצבו הנפשי של המפר. גבריאלה שלו מסבירה כי גישתו העקרונית של החוק היא כי, בכפיפות לעקרון תום הלב, הפרה אינה טעונה יסוד נפשי כלשהו. האחריות החוזית היא אחריות מוחלטת, בלא קשר לכוונתו הרעה או הטובה של המפר (שלו – דיני חוזים, לעיל, בעמ' 465; דניאל פרידמן "רמת האחריות החוזית" פרידמן דניאל ונילי כהן חוזים כרך ג' 385 (2003) (להלן: פרידמן – רמת האחריות החוזית)). הלכה זו עלתה באין ספור פסקי דין (ר' למשל את ע"א Sicar S.P.A 7211/96 נ' צ.מ.ל. ציוד מתקדם לבנייה בע"מ, פ"ד נב(4) 259, 264-265 (1998)). חיובם של היזמים כלפי הרוכשים היה חיוב תוצאה ולא חיוב השתדלות, שכן הללו התחייבו לספק ממכר בעל תכונות מסוימות ולא רק להשתדל לספק ממכר שכזה. סיווג החיוב החוזי כחיוב תוצאה, משפיע על בחינתו ועל חשיבות היסוד הנפשי שעמד ביסוד פעולת היזמים (פרידמן – רמת האחריות החוזית, לעיל, בעמ' 388-390). מה גם, שעל פי ממצא עובדתי שנקבע, היזמים הסתירו מן הרוכשים את תוכניותיהם בעניין סופר והדבר מעורר ספק ביחס לכנות הצהרותיהם וביחס לאמונתם כי החוזה אפשר להם לעשות את מה שעשו אגב הכנסת סופר ספיר לשוקניון.

44. מוכנה אני לקבל כי היזמים עשו כל שלא ידם (בראש ובראשונה בשל האינטרסים שלהם), כדי להציל את הפרויקט מקריסה מסחרית, וכי לעומתם, הרוכשים לא פעלו באותה נמרצות למען הפרויקט. ברם, אין בכך כדי לאיין את ההפרות שביצעו היזמים או לשנות את העובדה שלא עלה בידם להצביע על הפרות שביצעו הרוכשים ואשר מכוחן זכאים היו היזמים להפר את חיוביהם שלהם. ראשית, בית המשפט המחוזי קבע כי הרוכשים אינם אחראים לאי פתיחת היחידות עד אוגוסט 1998, מועד פתיחת השוקניון לקהל, כך שאין לגלגל לפתחם את האשם בכישלון שיווק היחידות בקומה העליונה. מסקנה זו סבירה בעיניי. אחרי ככלות הכל, עד למועד פתיחת השוקניון, מתוך 350 יחידות שהיו בשוקניון, כ-220 יחידות נותרו בבעלות היזמים והללו לא נפתחו (ר' עדותו של עומר קרחי, שהיה נציג היזמים בפרויקט, בעמ' 216-217 לפרוטוקול; עמ' 20 להכרעת הדין של השופט ענבר). שנית, אפילו אצא מן ההנחה כי אי פתיחת החנויות על ידי הרוכשים גרמה – או למצער, תרמה תרומה משמעותית

לכישלון הפרויקט – אין היזמים יכולים להיבנות מכך. טעם הדבר נעוץ בכך שהסכמי המכר לא כללו תנייה המחייבת את הרוכשים לפתוח את חנויותיהם מייד עם קבלת החזקה בהן או עם פתיחת השוקניון, או תניות בעניין שעות פתיחה מנדטוריות של החנויות. מפסק דינו של בית הלורדים בפרשת Co-Operative Insurance (לעיל), ניתן ללמוד על תניה המכונה "Keep-Open" המסדירה את החובה לפתוח יחידות מסחר בהקשר דומה. (ר' דוגמה נוספת בעניין: Braddon Towers Ltd v. International Stores Ltd (1979) reported in [1987] 1 EGLR 209). תנייה המחייבת לפתוח חנות במרכז מסחרי הגיונה בצידה: לכאורה, אם בעל יחידה במרכז מסחרי עומד בחובת התשלום בגין היחידה, אין למוכר היחידה (או למשכיר) על מה להלין. ואולם, אי פתיחת יחידות במרכזים מסחריים משליכה על המרכז כולו ועל המרקם העסקי הכולל שלו – חנויות ריקות עשויות לפגוע בשיווק חנויות נוספות במרכז; מיעוט חנויות מאוכלסות פוגע באטרקטיביות המרכז המסחרי; חנויות ריקות אינן מושכות צרכנים; מיעוט הצרכנים פוגע ברווחי בעלי היחידות במרכז כולו; הפגיעה בפדיון של בעלי היחידות משליך על יכולתם לעמוד בתשלום בגין היחידה; ועוד. "מעגל קסמים" זה נובע מתהליך של היזון חוזר אשר התרופה לו צריכה להימצא בחוזה. ליתר דיוק – בהכללת תנייה מסוג תניית "Keep-Open" בחוזה. בעניין השוקניון, הדבר תוקן בדיעבד, ספק אם בצורה מוצלחת, בחוזים שנעשו מתחילת שנת 1997 (מבין הרוכשים בתיק טהוליאן, מדובר רק ברוכש אדמונד דודו) – ר' לעניין זה עדותו של עומר קרחי, בעמ' 219-218 לפרוטוקול:

ש. כלומר, רק בגרסה השניה הבנתם באיזה שהוא שלב ב-97' שאתם בעצם לא יכולים לאכוף על האנשים לפתוח את החנויות כי אין התחייבות כזו, אני צודק?  
 ת. לי אין ידיעה אישית בנושא הזה, אך זה יכול להיות.  
 ש. אתה מסכים איתי שאם היתה התחייבות כזו גם בהסכמים הישנים הייתם יכולים לכפות עליהם לפתוח את החנויות, משפטית?  
 ת. אני לא בקיא בכל מה שכתוב בחוזים ובנספחים, בגרסה הישנה כמו שאתה אומר, או מה שחתום, אך אם נקרא את כל החוזה על כל נספחיו אין שם הוראה המחייבת לפתוח את העסק אז אין בעיה לפתוח את העסק.  
 ש. בראיה לאחור, אני מניח שאתה כן היית דואג שבחוזה יהיה סעיף המחייב אותם לפתוח את החנויות.  
 ת. כדאי מאוד שיהיה סעיף כזה.  
 ש. ז"א שזו היתה טעות שלכם שלא חייבתם בגרסה הראשונה לחייב את הרוכשים לפתוח את החנויות.  
 ת. אם זה לא מופיע, אז זו אכן טעות.  
 (ר' גם עדותו של יגל בוירסקי, שניהל את השוקניון, בעמ' 276-275 לפרוטוקול, אשר אומר דברים דומים).

בצדק קבע השופט ענבר כי בהעדר הוראה חוזית הולמת, אין היזמים יכולים לגלגל את כישלוננו של הפרויקט לפתחם של הרוכשים בשל כך שהרוכשים, כולם או חלקם, נמנעו מפתיחת החנויות. אם רצו היזמים לחייב את הרוכשים לפתוח את היחידות שרכשו בשוקניון – היה עליהם ליתן ביטוי חוזי לכך. עמידת היזמים על אופיו הייחודי של החוזה בו מדובר, אך מחזקת את המסקנה כי מוטב היה לו פעלו מבעוד מועד ליצירת תניות חוזיות הנחוצות בכל מרכז מסחרי – תניות המסדירות את האחריות הקולקטיבית של כלל בעלי היחידות כלפי המרכז המסחרי והצלחתו. עיון בהסכמי המכר מעלה כי על הרוכשים לא הוטלו חיובי השתדלות לגבי הצלחת יחידתם בשוקניון ועל כן גם אין צורך לבחון האם "מאמציהם" עלו בקנה אחד עם התחייבויות חוזיות שונות. אכן, היזמים מנסים "למצות את הדין" עם הרוכשים בגדריה של חובה אשר כלל לא הושתה עליהם בחוזה שנוסח על ידי היזמים עצמם. בשולי הדברים, אעיר כי נכונה טענת הרוכשים לפיה חיובי הצדדים לא היו שלובים ולכן, אפילו היינו מקבלים את טענות היזמים לעניין אשמת הרוכשים, הדבר לא היה משפיע על עצם שאלת הפרת החוזה על ידי היזמים.

45. נעבור איפוא ונראה מקרוב את סוגיית פתיחת סופר ספיר על ההפרות השונות הכרוכות בה. מסקנתי היא כי צדק בית המשפט המחוזי בשני ההליכים נשוא הערעורים לפנינו, באשר קבע כי פתיחת סופר ספיר על ידי היזמים היוותה הפרה יסודית של ההסכמים עם הרוכשים.

#### כיצד הופר החוזה?

46. כפי שנראה, החוזה והמסמכים הנלווים לו שיקפו כוונה ברורה להביא ליצירת סביבה מסחרית ייחודית שבה חנויות ימוקמו בקומות המאורגנות לפי נושא מוגדר ובתוך הקומות תהיינה שדרות אשר לאורכן יוצבו החנויות שפועלות באותו שוק מוצר. טענת היזמים כי "כישלון עסקי" אינו הפרת חוזה וכי לא הייתה עליהם חובה חוזית לקיים קומת פנאי בקומה ב', מחמיצה את הנקודה – ההפרה אינה נובעת מכך שהקומה האחרונה לא הייתה קומת פנאי, דבר שלא עלה בידי היזמים חרף רצונם בכך, אלא מעצם הסטייה מן הייעוד החוזי שנקבע לקומה זו. ייעוד זה משתקף היטב בחוזה. כבר בפסקת ה"הואיל" השנייה להסכמי המכר נכתב (למשל, ב-1/1, הסכם המכר עם הרוכש טהוליאן):

והואיל והמוכר יזם ותכנן בניית פרויקט מסחרי מיוחד על הקרקע הנ"ל אשר יכיל בין השאר חניון ציבורי בתשלום, וכך דירות או משרדים, קומות מסחריות סגורות, בתוכן יחידות מסחריות קמעוניות. הקומות המסחריות הנ"ל תחולקנה לאזורים ולאגפים שונים, שבכל אחד מהם סוג עיסוק או מסחר מיוחד ומותחם... (ההדגשות הוספו)

בהמשך ההסכם נכתב עבור כל רוכש מהו התחום העסקי של האזור בו מצוי הנכס שלו. כך למשל נכתב בהסכם המכר של הרוכש טהוליאן (1/ת):

והואיל ולקונה ידוע כי העסק שינוהל ביחידה המסחרית והתחום העסקי של האזור בו מצוי הממכר הינו ירקות / פירות / מסחר רטוב [המודגש הוסף בכתב יד – מ.ג.] ולא יותר בממכר כל שמוש אחר אלא בכפוף להוראות ההסכם. היחידה המסחרית תקרא להלן לשם הקיצור: "הממכר".

וישנם גם הסעיפים הבאים מתוך הסכמי המכר (ההדגשות הוספו):

#### 10. ניהול הבניין:

10.1 הקונה מצהיר ומאשר כי ידוע לו כי הבנין מיועד להיות מרכז מסחרי בצורת שוק מסחרי וכי היחידות והחניות שתמכרנה בו, כולל הממכר בחוזה זה ישמשו למטרות מסוימות ומוגדרות על פי חלוקה לאזורים ולתחומים. אין לאף אחד מהרוכשים הזכות לשנות או לסטות מהמטרות הקבועות. קביעות המטרות והאזורים תעשה לפי שיקול דעת המוכר בלבד. מטרות השימוש וההגבלות ירשמו בתקנון הבית המשותף ו/או בתנאי חכירה ו/או בהסכם הניהול שיחתם, והן תחייבנה את הרוכש וכל מחזיק גם לאחר רישום הזכויות על שם הרוכשים.

10.9 הקונה מסכים כי המוכר זכאי לרשום בלשכת רישום המקרקעין תקנון אשר יכלול הוראות לשמירת אופיו ויעודו של הבנין וכל הוראות להבטחת ביצוע האמור בחוזה זה או להכלילן בתנאי החכירה תרשם.

#### 11. הוראות שיכללו בתקנון או בתנאי החכירה

11.1 הוראות האוסרות לנהל בממכר כל עיסוק שהוא אשר חורג מן המטרה לשמה נרכש הממכר כמפורט בהסכמי הרכישה.

11.6 הוראות לפיהן תאסר באופן מוחלט מכירת כל יחידה בפרויקט מן הקונה לכל צד שלישי שהוא, שלא למטרה שלה אושרה הפעלת היחידה...

12.1 המוכר רשאי להתנות מתן הסכמתם להעברת הזכויות, בין היתר בכך שמקבל ההעברה יתחייב בהסכם לרכישת זכויותיו מאת הקונה כי יעשה בממכר הנרכש

אך ורק את השימוש אשר הותר לקונה על פי הסכם זה  
או במסגרת המטרות המותרות בפרויקט, אשר יאושר לו  
על ידי המוכרים ו/או חברת הניהול

היזמים מסתמכים על סעיפי החוזה האמורים כדי לשכנענו כי מותר היה להם להקים את סופר ספיר. טענה זו נדחתה בבית המשפט המחוזי ונעסוק בה להלן. בחינת אסופת המסמכים החוזית מלמדת כי היזמים אשר ניסחו את החוזה, דאגו להבהיר את חשיבות התנייה בדבר סיווג החנויות. רצון זה קיבל ביטוי גם בתקנון המוסכם הנספח להסכם (סעיפים 10.1-10.2 לתקנון המוסכם) ובהסכם הניהול (סעיפים 4.1.6 ו-14; ר' למשל הסכם הניהול עם קדמי בנספח 7 לתצהיר קדמי). בנוסף, בחלק מן המקרים אף נרשם בתשריטי המכר של הרוכשים איזה עסק ינהלו במקום ואלו סוגי מסחר ינוהלו באזור מסביב (ר' למשל: נ/367א' ו-נ/377א'). זאת ועוד, המבוא להסכמי המכר, אשר לפי סעיף 1 להסכמים מהווה חלק בלתי נפרד מההסכם וייקרא ביחד עמו, קובע כי הממכר והבניין כולו ייבנו בהתאם להוראות אדריכל הפרויקט, היתר הבניה והמפרט הטכני. בפסק הדין של השופט ענבר צוין כי אין מחלוקת על כך שהיתר הבנייה אשר ניתן לפרויקט, התיר ליזמים לבנות מבנה מסחרי הכולל שלוש קומות בעלות חלל משותף, כאשר ייעודה של כל קומה הוא כמפורט לעיל. מדובר בנדבך חוזי נוסף המחזק את המסקנה אליה הגענו כי היזמים הפרו את התחייבותם בעניין ייעוד הקומות בשוקניון. בצדק קבעו השופט ענבר והשופט דרורי כי אין לקרוא את הוראות החוזה (ר' סעיפים 10-11 לחוזה שצוטטו לעיל), כאילו הן מעניקות ליזמים יד חופשית בבחירת תמהיל החנויות של השוקניון, כך שהרוכשים חייבים לקבל כל סטייה מן התוכנית המקורית לגבי המבנה, בלא שתהא להם כל השפעה על כך. שני השופטים קבעו, ובצדק, כי קבלת פרשנותם של היזמים תהפוך פלסטר את אומד דעתם של הצדדים ותסכל את ציפיותיהם הסבירות. קשה לקבל את הפרשנות המוצעת, לפיה היזמים יכולים לבצע שינויים מהותיים במבנה, מהסוג המשנה את הקונספציה הבסיסית של התכנון או את עקרונות היסוד של ההתקשרות. הדברים עולים מן הכתובים (ר' סעיפי החוזה שצוטטו לעיל) והם משתקפים היטב ברצונם של הצדדים, כפי שהוא מתברר על רקע המסכת החוזית הכוללת. גם העדויות מטעם היזמים מחזקות מסקנה זו (ר' למשל: עדותו של עומר קרחי, בעמ' 198, 225, 228 לפרוטוקול; עדותו של אפרים הניג, בעמ' 247 לפרוטוקול; עדותו של רמי שחר בעמ' 304 לפרוטוקול; עדותו של אריה שילה, בעמ' 363 לפרוטוקול – כולם מאשרים את "הקונספט" של השוקניון לעניין סיווג החנויות בהתאם לכל קומה כמתואר לעיל).

47. החלטת היזמים להתקשר עם סופר ספיר לא הביאה לפגיעה רק ברעיון הפרדה לתחומי מסחר שונים, אלא גם להפרות נוספות – גזילת שטחים משותפים ובנייה

בניגוד לתב"ע ולהיתר הבנייה, נושאים שאעמוד עליהם להלן. עוד קודם לכן, שומה עלינו לדון בשאלת התחרות ההוגנת. גם השופט ענבר וגם השופט דורי תלו ברעיון הפרדה לתחומי מסחר שונים את התכלית בדבר עידוד התחרות ההוגנת. אף שבפרסומים מטעם היזמים נכתב כי הפרדה לפי נושאים מהווה "ערובה לתחרות הוגנת" (למשל, ת/42), בסיכומים מטעמם, שפכו היזמים קיתונות רבים נוכח האפשרות שמא ראו עצמם מחויבים להגביל את התחרות בין הסוחרים או להגן עליהם מפני התחרות. לטענתם, כל שביקשו להבטיח בחלוקה זו היה נוחות הצרכן, סדר ואסתטיקה. ברם, רבים מהרוכשים הצהירו שנציגי היזמים, רמי ומשה שחר, התחייבו בפניהם שהפריקט יחולק לשלוש קומות וכאשר תיאררו את התכנון לכל קומה אמרו לרוכשים כי לשיטה זו כמה יתרונות: יכולת הצרכנים לרכז את כל קניותיהם במקום אחד; הבטחה "שהתחרות בין הסוחרים תהיה הוגנת, כך שבקומות השוק והקניון יהיו רק 'סוחרים קטנים', שלא יצטרכו להתחרות ברשתות מזון גדולות ואף ייהנו מרשתות המזון המהיר שיהיו בקומה העליונה וימשכו קונים"; ויתרון הנובע מכך שכל קונה יצטרך להגיע לאזור שבו נמכר המוצר המבוקש על ידו (כך למשל, תצהיריהם של: עופר יצחק, יוסי שחר, אדמונד דודו, יוחנן בלום, רפאל גבריאלוב ועוד). כמו כן, נראה כי בניגוד לטענת היזמים, חלק מן העדים מטעמם אישרו כי הקונספט ביסוד השוקניון היה יצירת "תמהיל מקצועי" שיבטיח "תחרות הוגנת" (ר' למשל: דברי העד קרחי בעמ' 203, 221, ור' בעמ' 228 התשובה במענה לשאלת בית המשפט). השופטים בבית המשפט המחוזי התייחסו גם לפגיעה הכלכלית שספגו חלק מהרוכשים וקבעו כי אלה לא היו מסוגלים לעמוד בתחרות מול הסופר הענק – תחרות שהייתה מנוגדת למה שהובטח להם במקור; תחרות בין סוחרים קטנים ובעלי כוח מיקוח זהה מול ספקים. בניגוד לטענת היזמים, לפיה לא הוכחה פגיעה ברוכשים עקב כניסת סופר ספיר, חלק מהרוכשים הצהירו כי פתיחת הסופר חיסלה את קומת השוק ואת יתר הפרויקט וחסלה את תקוותיהם להתפרנס מהפעלת עסק במקום (כך למשל, לפי ס' 55 לתצהיר יצחק, משפחת יצחק ספגה ירידה של 90% במכירות לאחר פתיחת סופר ספיר והרוכשים מביאים דוגמאות נוספות). בנוסף, כל הרוכשים ציינו בתצהיריהם כי סופר ספיר היווה עבורם תחרות שלא ניתן לעמוד בה וכי אילו היו יודעים לפני חתימת החוזה שבשוקניון עתיד להיפתח סופר רחב-מימדים זה, הם לא היו רוכשים יחידה בפרויקט. כזכור, בית המשפט קמא קיבל את עמדת המומחה מטעם הרוכשים, חיים בן ארי, אשר העיד כי הכנסת סופר ספיר לשוקניון הביאה לפגיעה בערכן של החנויות שבבעלות הרוכשים (ר' עדותו של המומחה בן ארי בעמ' 346-348 לפרוטוקול).

48. מוכנה אני ללכת כברת דרך עם היזמים ולהניח כי לא היה זה מתפקידם לפקח על התחרות בין החנויות או להסדירה משל היו ה"רגולטור", כלשונם. ואולם, טענה זו



אינה מעלה ואינה מורידה: בסופו של יום, היזמים הפרו התחייבות שניתן לה ביטוי חוזי ברור ולאורך החוזה כולו. המשמעות הכוללת העולה מן התשלובת החוזית היא שהרוכשים יצטרכו להתמודד עם תחרות "מוגבלת" באופייה, אשר תרוכז בטריטוריה תחומה. אכן, הקונספט שעמד ביסוד הקמת השוקניון, כפי שהציגוהו היזמים, היה שילוב בין שוק לבין קניון. לכך ניתן ביטוי לא רק בשם שנבחר – "שוקניון", אלא גם בסממנים הפנימיים של המבנה. רעיון ההפרדה לנושאים שונים אינו רק עניין שנועד לתרום לאסתטיקה של המבנה, כדברי היזמים. רעיון ההפרדה השתלב בקונספט הכללי של השוקניון ועל כן, היה זה סביר מצד המתקשרים בחוזה להניח כי ההפרדה לשדרות על פי נושאים תישמר וברוח זו, עיקר התחרות תהא בין סוחרים רבים וקטנים. אין מקום להשוואת השוקניון למרכז מסחרי אחר, כגון קניון. יש להניח כי בעל יחידה מסחרית בקניון מסחרי גדול אינו נושא באמתחתו את אותן ציפיות חוזיות כמו בעל יחידה בשוקניון ברחוב אגריפס בירושלים – לגביו צוין בחוזה כי מדובר בפרויקט ייחודי. זאת ועוד, השופט דרורי הדגיש בפסק דינו את החשיבות הנודעת לקיומה של קומת מסעדות ומזון מהיר במרכז מסחרי, כמי שתפקידה למשוך קונים ולאפשר להם "אתנחתא" במהלך הקניות. הדבר נכון בוודאי מפרספקטיבה של קונה התר אחר מקום לרכו בו קניות של מגוון מוצרים. הקומה העליונה שבה שכן סופר ספיר, אכן משכה צרכנים אל השוקניון ואולם קונים אלה, לפי קביעתו העובדתית של בית המשפט קמא, עלו במעלית ישר אל סופר ספיר וכלל לא פנו אל החנויות האחרות. כך, החמיצה הקומה העליונה את התפקיד שיועד לה – להגביר את תנועת המבקרים בשוקניון לטובת כלל בעלי היחידות הפועלים בו. מסיבה זו, גם הוויכוח באשר להגדרת המונח "חנות עוגן", או באשר למידת עמידתו של סופר ספיר בקריטריונים של הגדרה זו – מתייטר. החשוב לענייננו הוא שהיזמים לא עמדו במחויבות החוזית שלקחו על עצמם וחרף הבטחתם לספק מוצר מסוים, סיפקו לרוכשים מוצר בעל אופי שונה. היזמים טוענים כי קביעה זו אינה סימטרית, שכן לחלק מהרוכשים הותר לשנות את אופי חנותם. ואולם, בית המשפט קמא קבע כי מרבית השוכרים לא שינו את תחום המסחר שיועד לחנותם. זאת ועוד: באשר לרוכשים שכן שינו את תחום המסחר של חנותם, נקבע כי הדבר היה נקודתי וזמני ומה שחשוב מכך – הדבר קיבל את אישור היזמים. אכן, ישנו הבדל רב בין שינויים נקודתיים אלה לבין הכנסת סופר ספיר לשוקניון, על כלל ההשלכות שנלוו לכניסת הסופר, והכל – ללא כל דיון מוקדם עם הרוכשים.

49. שתי הפרות חשובות, אשר אף לגביהן נקבע כי מדובר בהפרות יסודיות, נבעו מבנייה ללא היתר בנייה ובניגוד לתב"ע ומגזילת שטחים משותפים. באשר לראשונה, פסקת "ההואיל" השישית לחוזה המכר קובעת כי "הממכר והבנין ייבנו בהתאם להוראות אדריכל הפרויקט, היתר הבניה והמפרט הטכני...". אין חולק איפוא כי היזמים

התחייבו בפני הרוכשים לבנות את מבנה השוקניון בהתאם להיתר הבנייה. בהקשר זה, אין להתערב בממצא העובדתי שקבע בית המשפט קמא, לפיו העבודות הקשורות לסופר ספיר בוצעו ללא היתר בנייה ובניגוד לתב"ע שהייתה בתוקף (לעניין זה ר': עדותו של העד עומר קרחי מטעם היזמים, אשר אומר מפורשות כי יציקת הרצפה של סופר ספיר נעשתה ללא היתר בנייה, בעמ' 219-220 לפרוטוקול; ר' גם עדות המומחה אריה שילה בעמ' 363 לפרוטוקול, שורות 1-2). היזמים רואים בטענה לפיה עבודות היציקה של רצפת הקומה העליונה בוצעו ללא היתר בנייה משום הרחבת חזית פסולה. ואולם, לא זו בלבד שהטענה נטענה בפני בית המשפט קמא, אלא היא אף נדונה בהרחבה. לפי טענת היזמים, טענות הרוכשים היו במישור החוזי ולא במישור התכנוני ולפי תפיסתם, הפרת דיני התכנון והבנייה אינה מעניינת את הרוכשים כלל. יש לדחות טענה זו: הרוכשים אינם מעלים טענה מתחום דיני התכנון והבנייה. הרוכשים מלינים כנגד ההפרה החוזית שנובעת מהפרת דיני התכנון והבנייה, שכן היזמים התחייבו לבנות את השוקניון בהתאם להיתר הבנייה שהיה קיים במועד החתימה על החוזה והתחייבות זו מצאה כאמור ביטוי מפורש בחוזה. לסטייה מהתחייבות זו עלולות להיות השלכות בעייתיות עבור הרוכשים. כך למשל, רישום השוקניון כבית משותף בלשכת רשם המקרקעין מחייב כי המבנה יעמוד בכל הדרישות התכנוניות. זאת ועוד, גם אם טענות היזמים לגבי התב"ע המעודכנת נכונות ובשלב זה הדיון במתן היתר הבנייה מעוכב אך בשל ההמתנה לפסק דין זה, ההפרה נבחנת במועד ביצועה ולא שנים לאחריה. נכון הוא שבמקרים מסוימים, ריפוי ההפרה מוליד מגבלות, ולעיתים אף מגבלות ניכרות, על ביטול החוזה, אלא שבמקרה דנן, ההפרות הנוגעות להיתר הבנייה היו מהותיות והן רלוונטיות בעיקר למועד ביצוע ההפרות.

50. בית המשפט המחוזי ראה בהשתלטות היזמים על שטחים משותפים משום פגיעה בזכויות קנייניות של הרוכשים. בכך כוונתו הייתה לחלל שבין הקומות העליונות ולמעברים המשותפים, לגביהם נקבע כי מדובר בשטחים משותפים. סעיף 1 להסכם הניהול מגדיר שטחים משותפים כ"כל השטחים שבפרויקט שלא הוצמדו במפורש לאחת מיחידות הפרוייקט..."; מאחר שבאף חוזה לא הוצמדו מעברי הקומה העליונה ליחידה כלשהי, וכך מטבע הדברים גם לגבי החלל, נקבע שמדובר בשטח משותף. אין צורך להידרש לשאלות עקרוניות בדבר סיווג שטח מסוים במבנה כ"שטח משותף", שהרי הצדדים התוו בחוזה גופו את אופי השטחים בפרויקט. גם המומחה מטעם היזמים, אריה שילה, העיד כי בעצם יציקת רצפת הסופר השתלטו היזמים על שטחים משותפים במבנה (עמ' 366 לפרוטוקול). השאלה הנשאלת היא האם צודקים היזמים בטענתם כי המערכת החוזית אפשרה להם להצמיד חלקים מהרכוש המשותף ליחידות מסוימות לפי שיקול דעתם? לפי סעיף 6 לחוק המכר (דירות), תשל"ג-1973

(להלן: חוק המכר דירות), פרטים לגבי הוצאת חלק מהרכוש המשותף חובה לצרף במסמך נפרד מחוזה המכר, במפרט או במסמך חיצוני אחר (על תחולתו של חוק המכר דירות על בתי עסק ר' איל זמיר פירוש לחוקי החוזים – חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973, 135-137 (א' זמיר, א"מ ראבילו, ג' שלו עורכים) (2002) (להלן: זמיר – חוק המכר דירות)). לפיכך, יש לדחות את טענות היזמים ככל שהן נוגעות להוראות החוזה (סעיפים 8.4, 8.6 ו-8.7, הקובעים את זכותם להחכיר או להוציא מהרכוש המשותף שטחים ולהצמידם לכל יחידה שיימצאו לנכון). נותרנו עם סעיפי התקנון והמפרט הטכני אשר צורפו לחוזה – סעיפים המאפשרים את שינוי חלקו של כל רוכש ברכוש המשותף (כל עוד לא נמכרו כל היחידות בפרויקט) ואת הוצאתם של שטחים מן הרכוש המשותף לשם הצמדתם, בהתאם לשיקול דעתם של היזמים. יש להסכים עם דבריו של השופט ענבר לפיהם אין לפרש הוראות אלה של המפרט כמי שנועדו לאפשר סיפוח משמעותי של שטחים "שכרוך בו שינוי ייעוד, שלא לדבר על יצירתה של יחידה חדשה לחלוטין בניגוד לתב"ע שבתוקף וללא היתר בניה". אכן, תכליתן של ההוראות הנ"ל הינה להבטיח גמישות תכנונית מסוימת, כך שלא יהיה צורך בהתדיינויות משפטיות לגבי כל הצמדה, אפילו היא בלתי משמעותית. ואולם, היזמים גזלו שטחים ניכרים מן הרכוש המשותף ולמעשה הביאו לביטול החלל שהיה בין הקומות העליונות וליצירת קומה חדשה, שונה בתכלית מן התכנון המקורי אשר היה בתוקף במעמד חתימת החוזה. יפים לענייננו דברים שנאמרו ב-ע"א 338/73 חברת חלקה 677 בגוש 6133 נ' כהן, פ"ד כט (1) 365, 371 (1974):

"על-אחת-כמה-וכמה זוהי גניבת דעת בעת שהמוכר חושב להקטין את ההנאה מהמכר ולנגוס לעצמו מרכוש הנראה כרכוש משותף ואינו מודיע על כך לרוכשי הדירות" (ר' עוד: יהושע ויסמן "הצמדות בבתים משותפים" עיוני משפט י' 611, 612 (התשמ"ה) (להלן: ויסמן)).

צעד זה של גזילת השטחים המשותפים הביא, כאמור, לפגיעה בערך החנויות שהיו אז בידי הרוכשים. במאמרו בעניין הצמדות בבתים משותפים, מדגיש ויסמן את החשיבות הנעוצה בקבלת הסכמתם של הרוכשים להצמדת הרכוש המשותף ליחידה קונקרטי (שם, בעמ' 612-613). קו עקבי בפסיקה הקפיד הקפדה יתירה עם קבלנים המבקשים לבצע הצמדות של רכוש משותף ליחידות מסוימות, בשונה ממה שהוסכם עליו. בשל כך, ניתנה פרשנות דווקנית ומצמצמת להוראות חוזיות המקנות לקבלן זכות להוציא חלקים מן הרכוש המשותף בצורה גורפת, בלי לפרט באילו חלקים מדובר או בלי לציין את מיקומם במפורש. כך למשל הובהר ב-ע"א 118/78 גוב ארי חברה לבנין ולהשקעות נ' כהן, פ"ד לג (1) 805, 812 (1979):

"כל מגמתו של חוק מכר (דירות), תשל"ג-1973 ובעיקר סעיפים 2 ו-6 שבו היא למנוע הסתרות מאחורי אמירות כלליות כאמור, אשר אין בהן כדי להעמיד את הקונה על כוונתו המפורטת והאמיתית של המוכר. החוק האמור בא למנוע, ככל האפשר, הפתעות לאחר מעשה וכך יש לפרשו ולקימו".

וכך ב-ע"א 60/80 שטרן נ' מאירי יצחק חברה קבלנית לבתיים משותפים לבנין בע"מ, פ"ד לו(3) 48, 54 (1982):

"... קיים לפחות פגם אסתטי בעריכת חוזים נעדרים קביעה ברורה ומפורשת בדבר הרכוש המשותף בבניין – להשכלתם ולידיעתם של רוכשי הדירות. נראה לי, כי זהו נוהג פסול להשאיר שיקול-דעת מוחלט בידי המוכר ולאפשר לו לקבוע בשלב כלשהו, לאחר חתימת החוזה, מהו השטח, אשר יעלה מלפניו להקציב לדיירי הבניין. יש להניח, שעל-מנת למנוע אחת ולתמיד עריכת חוזים בלתי רצויים מסוג זה, בא המחוקק וקבע בסעיפים 5 ו-6 לחוק המכר (דירות), תשל"ג-1973, כי חייב המוכר לפרט במיפרט הטכני המצורף לחוזה פירוט מדויק של החלקים, שיוצאו מהרכוש המשותף של הבניין, שאם לא כן יישארו אותם חלקים רכוש משותף של הדיירים".

במצבים מסוימים, נוסח כוללני בדבר הסכמת הקונה להוצאת רכוש משותף והצמדתו ליחידה פלונית על פי שיקול דעת המוכר, עשוי אף לשמש עילה לערעור על תוקפו של ההסכם (ר' זמיר – חוק המכר דירות, לעיל, בעמ' 708-716; ויסמן, לעיל, בעמ' 613). ברוח זו, קיימות דוגמאות רבות בהן סירב בית המשפט לאפשר לקבלנים להצמיד שטחים משותפים לדירות כראות עיניהם, כשאלה פעלו בהסתמך על תנייה המסמיכה אותם לבצע הצמדה כללית וגורפת. ניתן לסכם את התנאים העולים מן הפסיקה האמורה במקובץ: ראשית, הוצאת השטח המשותף צריכה להיעשות במסמך נפרד לחוזה או במפרט (זמיר – חוק המכר דירות, לעיל, בעמ' 704-707). שנית, על המסמך שבו מצוינים השינויים להיות מצורף לחוזה, בעת עריכתו (שם, בעמ' 217-226). שלישית, הגריעה מהרכוש המשותף צריכה להיות מוצגת באופן קונקרטי, ספציפי ומסוים (ר' עוד: ע"א 213/80 שמענון נ' ברוכים, פ"ד לז(3) 808 (1983); ע"א 238/83 נציגות הבית המשותף נ' מרכוס, פ"ד מא(2) 561, 568-569 (1986); ע"א 239/79 גלבורת נ' הממונה על המרשם, פ"ד לד(2) 807, 810-811 (1980); ע"א 268/78 יורשי סמרה פרסי ז"ל נ' וינטראוב, פ"ד לד(3) 813, 817-818 (1980); ע"א 23/86 אברהם מרקוביץ חברה לבניין ולהשקעות בע"מ נ' קופר, פ"ד מג(3) 89, 92 (1989); ע"א 652/87 דרויש חברה לקבלנות ובניין בע"מ נ' זנגי, פ"ד מג(2) 291,

295 (1989)). קיימים שיקולי מדיניות משפטית רבים התומכים במתן פרשנות דווקנית להוראות המפרט (ר': זמיר – חוק המכר דירות, לעיל, בעמ' 252-254). בענייננו, הוצאת שטחים מ"מאגר" השטחים המשותפים על דרך הצמדתם לסופר ספיר, הביאה לפגיעה בזכויות קנייניות של הרוכשים ועקב כך, להפרה נוספת של החוזה. יש לקבל את עמדת הרוכשים לפיה תפיסה זו של שטחים משותפים פגעה גם בבעלי החנויות המצויות בקומות התחתונות, שכן לכל הרוכשים ישנה זכות שווה בשטחים המשותפים (כפי חלקם היחסי ברכוש המשותף). מה גם, שכאשר מדובר בקניון מסחרי, טענות לעניין גזילת הרכוש המשותף מקבלות משנה תוקף, היות ומהלך שכזה משפיע על כלל הרוכשים. הדבר נכון בוודאי לגבי איטום החלל שבין הקומות העליונות (להלן), אך לא רק לגבי פעולה זו. גם אם הפגיעה בבעלי יחידות מסוימות הייתה חזקה יותר בהשוואה לבעלי יחידות אחרות, אין לומר שהאחרונים לא נפגעו כלל. אין זו הפרה שהרוכשים חייבים להסכים לה, יהא מיקום חנותם אשר יהא.

51. באשר לאטימת החלל בין שתי הקומות העליונות, המומחה בן ארי התייחס לעניין זה בחוות דעתו וציין כי חלל פתוח בין הקומות מקובל בכל מרכז קניות גדול. מטרתו לספק לקהל המבקרים תחושה של מרחב וזרימה דרך חלל תלת קומתי גדול ומואר. בית המשפט קיבל, ובצדק, את עמדת הרוכשים כי אטימת החלל על ידי היזמים הביאה להיווצרות חלל פנימי דו קומתי אפולווי. בנסיבות אלה, מתחזקת המסקנה עליה עמדי לפיה הכנסת סופר ספיר לשוקניון, על כל הכרוך בעניין זה, היוותה הפרה יסודית של התחייבויות היזמים בפני רוכשי היחידות.

52. כזכור, הרוכשים התייחסו להפרות נוספות הן בכתב התביעה שהוגש לבית המשפט קמא והן בטיעוניהם לפנינו. על פי טענתם, גם המניעה שנוצרה לגבי בניית מגדלי המגורים וגם ההנחות המפליגות שניתנו לסופר ספיר, הן בבחינת הפרות יסודיות. בתיק קדמי עלו טענות לגבי הפרות נוספות. לאור התוצאה אליה הגעתי – אין צורך להידרש לטענות אלה. בטרם אעבור לדון בשאלת הסעד, אדרש לשתי טענות נוספות אשר בפי היזמים: הבדלים לכאוריים בין הרוכשים השונים כפונקציה של מיקום חנותם בשוקניון; ויישום דוקטרינת הביצוע בקירוב.

53. לעניין הפרדה בין רוכשים שונים, בית המשפט דחה את הטענה כאילו יש הבדלים בעוצמת הפגיעה שהסבה הפרת הסכמי המכר לרוכשים השונים, כפונקציה של מיקום חנותם בשוקניון. ובצדק עשה כן: היזמים חתמו על נוסחים כמעט זהים של הסכמי מכר עם כל הרוכשים (היו רוכשים שהוסיפו הערות משלהם על גבי החוזה). ברמה הבסיסית ביותר, היזמים נטלו על עצמם התחייבויות זהות כלפי כל הרוכשים ועל

כן יש לקבוע כי ההפרה (שהייתה אותה הפרה כלפי כולי עלמא) פגעה בכל הרוכשים. לו סברו היזמים במועד כריתת הסכמי המכר כי התחייבויותיהם כלפי בעלי היחידות אינן שוות וכי אלה צריכות להיגזר ממיקום היחידות, היה עליהם להבהיר זאת בהסכמי המכר על ידי הפרדה בין הרוכשים השונים. כך למשל, ניתן היה להוסיף תנייה לפיה בעל יחידה מסכים מראש לשינויים מבניים אשר אינם בקומתו וכדומה. דה פקטו, הפרות החוזה שתוארו לעיל ובייחוד האפקט המצטבר שלהן, פגעו בכלל הרוכשים בשוקניון ואין אף צורך בדמיון מופלג כדי להבין כיצד יכולים היו להיפגע בעליהן של יחידות המצויות בקומת השוק מן ההפרות האמורות. כך בוודאי לעניין ההפרה שנוצרה עקב הסטייה ממתכונת אזורי המסחר כפי שהובטח בחוזה, אך גם לגבי הפרות אחרות שצוינו. חרף טענות היזמים, גם ההפרה שנבעה מגזילת שטחים משותפים פגעה ברוכשי היחידות אשר בקומת השוק, שהרי הדבר הביא לפגיעה בערך הנכס שבבעלותם ולפגיעה בחזותו הכללית של מבנה השוקניון. דוגמה נוספת עולה מאיטום החלל, פעולה שהשפיעה על כלל רוכשי היחידות, היות והיא פגעה בחזות המבנה כולו ובתאורה הפנימית שלו, כמו גם בערכו (ר' לעיל הדיון בחוות דעת המומחה בן ארי). השופט ענבר הוסיף בעניין זה כי אף אם ייקבע שבעלי היחידות המצויות בקומת א' (קומת החנויות) נפגעו מהפרה לא יסודית, הרי שעקב ביטולם המוצדק של הסכמי המכר על ידי דיירי קומת השוק, ימצאו עצמם דיירי קומה א' בנכס ריק מאדם ועל כן, מסקנתו הייתה כי ההפרה הינה יסודית כלפי כולם. אכן, ההבחנה בין דיירי השונים של השוקניון עשויה להיות מלאכותית ושרירותית. באם יותר ביטול החוזה רק לגבי בעלי יחידות מסוימים ולא לגבי אחרים, יהיה בכך כדי להסב להם פגיעה קשה ולא הוגנת. הוא הדין לגבי רוכשים אשר חנויותיהם היו סגורות במועד ההפרה. גם כלפי אלו התחייבו היזמים את שהתחייבו והפרו. אף לא בטוח שהפגיעה בבעלי יחידות אלה הינה פחותה: יש להניח כי בעלי היחידות הסגורות לא הפעילו את היחידות בעטיו של המצב שנוצר עקב הפרות החוזה על ידי היזמים. כניסת סופר ספיר לשוקניון, כפי שכבר נאמר לעיל, הובילה לפגיעה בחזות השוקניון, במרקם התחרותי שבו ובערכו עבור הרוכשים והדבר נכון לגבי כל המשיבים שלפנינו – בתיק טהוליאן ובתיק קדמי גם יחד.

54. היזמים מבקשים לראות במעשיהם משום ביצוע בקירוב של החוזה. לא כאן המקום להרחיב ביחס לדוקטרינה זו (ראו, למשל: ע"א 2686/99 אייזמן נ' קדמת עדן בע"מ, פ"ד נה(5) 365, 373-380 (2001)), שכן ברור כי אין בסיס להפעלתה בענייננו. היזמים אינם מבקשים מהרוכשים להסתפק בביצוע בקירוב, אלא, כפי שכבר נאמר, הם מציעים "מוצר" שונה לחלוטין מזה שהוסכם עליו. בנסיבות אלה, אין לצפות מהרוכשים להסתפק בתחליף חוזי נחות, שכלל לא חפצו בו. בוודאי לא תחת אצטלה של ביצוע בקירוב. יפים לענייננו דברים שכתב בית משפט זה לפני שנים רבות:

"אין גם לשכוח, כי ביצוע בעין הוא סעד מן היושר, סעד של לפני משורת הדין, הבא להקהות את חודם של דיני המשפט המקובל... ואם הצדדים התקשרו מדעת בחוזה מסויים, ובהגיע שעת ביצועו מתברר, כי אין אפשרות לקיימו ככתבו וכלשונו ממש, אלא רק "בערך" או "בקירוב" (cy-pres בלע"ז), רשאי בית המשפט להוסיף נופך משלו – שנויים קלים ולא יסודיים – כדי לממש ולגשם את כוננתם העיקרית של הצדדים... למשל: כאשר חוק שהוחק לאחר כריתת החוזה, פוסל את מקצת תנאיו.. או: כאשר החוזה בצורתו המקורית מתנגד לחוק... הרעיון העיקרי והשווה שבכל הדוגמאות הללו, הוא, כי בכל מקום שיש יסוד למתן הסעד של ביצוע בעין, בית המשפט תהא לו "נטייה גדולה" לחפש אמצעים ודרכים לממש את אשר הוא רואה כ"מהותו של חוזה"... כלל העולה: בהדרש בית המשפט לצוות על ביצוע בעין של חוזה, רשאי הוא, בתנאים מסויימים, להוסיף נופך משלו, כדי לממש את כוננתם העיקרית של הצדדים. "להוסיף נופך", אבל לא לבנות נדבכים חדשים, כלומר: לא לקבוע תנאים חדשים המשנים את אפיו של החוזה או של חלק עיקרי הימנו, או תנאים חדשים המכבידים על הנתבע, יתר על המדה, את מילוי ההתחייבויות שקיבל על עצמו" (ע"א 79/49 פרנט נ' יהודאי, פד"י ד', תש"י-תשי"א, 375, 387-388 (1950)).

(ר' עוד: אייל זמיר עקרון ההתאמה בקיום חוזים 285-290 (1990); ע"א 672/81 עמיתי מלון ירושלים נ' טייק, פ"ד מ(3) 169, 198-199 (1986); ע"א 216/80 בויאר נ' שיכון עובדים בע"מ, פ"ד לח(2) 561, 567-569 (1984)).

55. משבאתי לכלל מסקנה כי החוזה הופר וכי ההפרות הן יסודיות ולאחר שדחיתי אי אלו טענות שהעלו היזמים בניסיון להקהות את עוקץ הקביעה האמורה – אדרש לשאלת הסעד. בנסיבות המקרה, צדקו השופטים ענבר ודרורי כשאישרו את ביטול החוזה. היזמים טוענים אומנם כי הסעד הראוי הוא אכיפה, אלא שלשונו של סעיף 2 לחוק התרופות ברורה היא – משהופר חוזה, "זכאי הנפגע לתבוע את אכיפתו או לבטל את החוזה, וזכאי הוא לפיצויים, בנוסף על אחת התרופות האמורות או במקומן..". סעיף 7 לחוק התרופות מקנה לנפגע מהפרה יסודית זכות לביטול החוזה וכך היה גם במקרה דנן: הנפגעים מההפרה – הרוכשים, בחרו לתבוע את ביטול החוזה, כפי שמתיר להם החוק. לעניין דרך הביטול – סעיף 8 לחוק התרופות קובע שביטול החוזה ייעשה בהודעת הנפגע למפר "תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על ההפרה". האם ביטול הרוכשים את החוזה בגבולות הזמן הסביר? במענה לשאלה זו, אפתח את הדיון בתיק טהוליאן ואעבור לדון בתיק קדמי.

1. שאלת הזמן הסביר לביטול החוזה

1.1. טענות הצדדים בתיק טהוליאן

#### טענות היזמים

56. היזמים טוענים כי יש להורות על אכיפה לא רק בשל חוסר תום ליבם של הרוכשים (לעיל), אלא גם מכיוון שהרוכשים לא ביטלו את החוזה במסגרת הזמן הסביר. נטען כי הרוכשים ראו בעיניהם את עבודות הבנייה שבוצעו בקומה ב' מחודש ספטמבר 2000 ואם לא ראו בעיניהם, בוודאי היו צריכים לדעת על העבודות מביקוריהם בשוקניון. זאת ועוד, אם הרוכשים באמת ראו באיטום החלל ובנטילת המעברים משום הפרה, שומה היה עליהם לבקש צו מניעה במועד ביצוע העבודות. לטענתם, משמעות הדבר היא שהרוכשים השלימו עם ביצוע העבודות. באשר לפרוטוקול ישיבת ועד הסוחרים מיום 31.12.2000, היזמים טוענים כי באותה ישיבה נכת פורום מייצג כלשהו מטעם הרוכשים אשר לא התעניין בנעשה, חרף עדכון הנוכחים לגבי סופר ספיר. כפועל יוצא, לטענת היזמים, הרוכשים ידעו על פתיחת הסופר זמן ניכר בטרם פתיחתו. הם מכחישים שהסתירו את המגעים עם הסופר נוכח הצפי להתנגדות הרוכשים להכנסתו לשוקניון, והסברם לאי חשיפת המידע הוא שפעלו בהתאם לרצונם של הנושאים ונותנים מטעם סופר ספיר. לא זו אף זו, נטען כי בניגוד לקביעת בית המשפט, אי הגשת התביעה במועד הסבה להם נזק רב, שכן הודעה מוקדמת אודות ההפרה, יכולה הייתה למנוע את פתיחת הסופר ואת ההשקעה הכספית האדירה שהייתה כרוכה בעבודות התשתית לקראת כניסתו. לדידם, בגודלה של קבוצת הרוכשים או במורכבות הסוגיה, לא היה כדי להעלות או להוריד, שכן עילת התביעה הינה אישית לכל תובע. היזמים מלינים גם כנגד קביעת בית המשפט לפיה במתן ארכה לקיום החוזה לא היה כדי לסייע ליזמים בנסיבות המקרה הנוכחי. לטענתם, לו באה הודעת הביטול בזמן, היו נמנעים מעימות עם הרוכשים ולכל הפחות היו מבקשים להגיע להסדר חלופי מוסכם.

#### טענת הרוכשים בתיק טהוליאן

57. הרוכשים בתיק טהוליאן טוענים כי דבר כניסתו של הסופר נודע להם רק לאחר פתיחתו (במרץ 2001) ולכן ביטול החוזה נעשה במסגרת הזמן הסביר (בתביעתם בנובמבר 2001). הם מציינים כי רובם המכריע לא עבדו באותה תקופה בשוקניון



וחנויותיהם היו סגורות או מושכרות, כך שלא יכלו לדעת על הכוונה לפתוח את הסופר אלא לאחר מעשה. לטענתם, איש מהם לא נכח בישיבה שהתקיימה ביום 31.12.2000, בה הודע לראשונה על הכוונה לפתוח סופר. עוד נטען כי חלק מהרוכשים כלל לא ידעו על קיומו של "הועד"; כי הרוכשים כלל לא ראו בו גורם מייצג; כי פרוטוקול הישיבה מיום 31.12.2000 לא הופץ לידיהם; וכי אף אחד מהם לא קיבל מעולם הודעה כלשהי על הכוונה לפתוח את הסופר. לשיטתם, הסתרת מידע מכוונת זו היא בבחינת חוסר תום לב מובהק מצד היזמים. כך בייחוד, משום שלא זו בלבד שלא נמסרה לרוכשים הודעה כלשהי, אלא אף נעשו ניסיונות מכוונים להסתיר את פתיחת הסופר, תוך יצירת מצג כאילו עדיין מתנהל משא ומתן עם גוף עסקי גדול לגבי הקומה העליונה.

## 2.1. הכרעה בתיק טהוליאן

58. השופט ענבר קבע מספר ממצאים עובדתיים אשר הובילו אותו למסקנה המשפטית לפיה ביטול החוזה נעשה במסגרת הזמן הסביר. אין יסוד להתערב בממצאים עובדתיים אלו. כזכור, השופט ענבר קבע כי הרוכשים בתיק טהוליאן ידעו על ההפרה במועד פתיחת סופר ספיר, כשמונה חודשים וחצי לפני הגשת התביעה. עוד נקבע כי אין כל מסמך בכתב המתעד את הכוונה לפתוח את סופר ספיר, זולת פרוטוקול ישיבת ועד הסוחרים מיום 31.12.2000, בה לא השתתף אף אחד מהרוכשים וזאת, כתשעה חודשים לאחר שכבר נחתם ההסכם עם סופר ספיר. בנוסף, ההסכם עם סופר ספיר נחתם ב-9.3.2000 והמשא ומתן החל, ככל הנראה, בתחילת שנת 2000. בסעיף 4 לפרוטוקול ישיבת ועד הסוחרים מיום 9.4.2000 (ת/143), כחודש לאחר חתימת החוזה עם סופר ספיר, נכתב: "דווח לסוחרים על מו"מ בשלב מתקדם להשכרת כ-3,000 מ"ר בשוקניון ברגע שדברים יסגרו הסוחרים ידעו ממקור ראשון". יש ממש בטענת הרוכשים בתיק טהוליאן כי היה זה חוסר תום לב מצד היזמים להמשיך ולהסתיר את דבר כניסתו של סופר ספיר לשוקניון, גם לאחר שכבר נחתם החוזה עימו. גם העד יגל בוירסקי מטעם היזמים (מי שהיה אז מנהל חברת הניהול) אישר בחקירתו כי אף שהחוזה כבר היה חתום, עדיין לא נמסרה הודעה בעניין זה לרוכשים:

ש. כשהמו"מ הגיע לשלב רציני הודעתם לרוכשים שאמור להיפתח כאן סופר ספיר שיעזור לכם?  
 ת. לא מדויק. המו"מ עם סופר ספיר נמשך גם לאחר חתימת ההסכם איתם, התעוררו בעיות כאלה ואחרות שבמשך חודשים אח"כ למרות שהחוזה היה כבר חתום עדיין לא יצאנו והצהרנו ואמרנו שנחתם הסכם ומתחילים לבצע עבודות הכנה. רק ביולי אוג', כשלושה ארבעה חודשים אחרי החתימה נגמרו

המחלוקות והתקדמנו הלאה ואז כבר התחלנו לדבר על זה.  
 ש. אתה מסכים איתי שעד יום חתימת החוזה לא טרחתם לדווח ולעדכן את הרוכשים, כענין שבעובדה.  
 ת. פחות או יותר מכיוון שאם אותם הסוחרים שהיו בשוקניון היו נכנסים ומדברים דיווחתי שיש מו"מ המתנהל להשכרה של כ-3,000 מטר ושיכול להיות שזה יהיה כל הקומה העליונה או מרבית הקומה העליונה כפי שדובר בהתחלה, מכיוון שאותם אנשים שידעתי אותם שזו שכירות גדולה עדיין לא אמרנו להם שזה סופר. (עמ' 279 לפרוטוקול, ההדגשות הוספו; ר' עוד דברי העד בעמ' 278, 280-281. דברים דומים נאמרו על ידי אפרים הניג, בעמ' 271 לפרוטוקול).

הסיבות שמנה העד (ואף עלו בסיכומי היזמים) במענה לשאלה מדוע נמנעו היזמים מלשתף את הרוכשים בדבר חתימת החוזה עם סופר ספיר – אינן מספקות. הוא הדין לגבי הטענה כי הדבר נבע מרצונו של סופר ספיר שלא לחשוף את זהותו, כל עוד הדברים לא נסגרו לחלוטין: הרוכשים היו צד לחוזה קיים עם היזמים (בשונה מיחסיהם עם סופר ספיר אז) והחוזה לא התיר ליזמים לפעול כפי שפעלו, בלא לקבל את הסכמת הרוכשים. מה גם שלכאורה, בהתאם לדברי היזמים, משתם המשא-ומתן עם סופר ספיר הוסרה המניעה מלדווח לרוכשים, שהלוא לפי עדותו של בוירסקי, הסתרת המידע הייתה "לפי בקשתם של סופר ספיר שביקשו לא לתת לזה גושפנקא עד שזה נחתם". התנהלות היזמים ככל שהדבר נוגע למשא ומתן עם סופר ספיר, לא נסתרה מעיניו של בית המשפט:

"מצג השווא בולט, אפוא, לעין. גם לאחר שכבר קיים חוזה חתום מסתירים הנתבעים את קיומו ויוצרים מצג כאילו טרם נחתם. לסוחרים אף לא נאמרת מילה או חצי מילה בדבר זהותו של השוכר... "

ייתכן כי צודקים היזמים בטענתם לפיה חלק מהרוכשים ביקרו בשוקניון, בתקופה שבה בוצעו עבודות התשתית וההכנה לקליטת הסופר ולכאורה הם יכלו לגלות את פרטי העסקה ולבקש צו מניעה להפסקת העבודות. ואולם, היזמים עצמם טענו כי רוב הרוכשים כלל לא הפעילו את חנויותיהם בשוקניון באותו זמן וכי רוכשים אחרים העבירו את זכויותיהם בחנויות לצד שלישי. בנסיבות אלה, אין לצפות שכל הרוכשים ידעו אודות עבודות הבנייה ומה שחשוב מזה – שידעו אודות העסקה שנרקמה עם סופר ספיר. זאת ועוד, הנטל להצביע על המועד בו נודע לרוכשים על ההפרה מונח על כתפי היזמים (ע"א 305/87 שרביב בע"מ נ' פרוביזור, פ"ד מ"ד(3) 40, 43 (1990)) והם, בהתאם לקביעתו של בית המשפט, לא עמדו בנטל האמור. היזמים טענו כי בישיבה מיום 31.12.2000 נכח פורום מייצג כלשהו של הרוכשים, אך הם לא פירטו

במי מדובר ומה הופך את הפורום הזה למייצג (שהלוא לפי קביעתו העובדתית של בית המשפט המחוזי, איש מהרוכשים בתיק טהוליאן לא נכח בה). גם בהקשר זה, הפרדה בין הרוכשים השונים תהא מלאכותית ובמובן מסוים יהיה בכך משום פרס ליזמים חרף התנהגותם בעניין. לא הרוכשים הם שהיו צריכים לחקור ולדרוש אודות ההפרה הצפויה ולעמוד על כך שיינתן צו מניעה, אלא היזמים היו צריכים ליידע את הרוכשים בזמן ולאפשר להם להביע את עמדתם. ייתכן מאוד כי הצדדים היו מגיעים לפתרון מוסכם שהיה עדיף לכל הצדדים. ואולם, חוזה קיים, כידוע, ניתן לשנות רק בהסכמה. על כן, אין מקום להתערבות בקביעה בתיק טהוליאן כי הידיעה על ההפרה הייתה שמונה חודשים וחצי לפני הגשת התביעה.

59. האם פרק זמן של שמונה חודשים וחצי מקיים את דרישת הזמן הסביר? דעתי בעניין – כדעתו של השופט ענבר – הינה בחיוב. שאלת סבירותו של הזמן נגזרת מנסיבות המקרה (ע"א 674/83 דניאלטה נ' "ג-טש", פ"ד מא(4) 113, 129-128 (1987) (להלן: עניין ג-טש); שלו – דיני חוזים, לעיל, בעמ' 562). בנסיבות המתאימות, הכיר בית משפט זה גם בפרקי זמן ארוכים יותר כסבירים לצורך ביטול חוזה (ראו, למשל: ע"א 42/86 אבידוב נ' שיכון ופיתוח לישראל בע"מ, פ"ד מ"ג(2) 513, 517 (1989); עניין ג-טש, לעיל; ע"א 2041/05 מחקשווילי נ' מיכקשווילי, (טרם פורסם, 19.11.2007)). כפי שאומרת שלו (שם, בעמ' 562), בין הנסיבות שיישקלו בקביעת סבירות הזמן ניתן למנות את טיב העסקה, מהות החוזה, תנאי המקום והזמן, המועדים הנקובים בחוזה וטווחי הזמן לביצועו, התנהגות הצדדים ומצבם. צדק איפוא בית המשפט המחוזי כאשר נתן משקל לא רק להתנהגות היזמים, אלא גם לגודל קבוצת התובעים (המשיבים לפנינו); לחשיבות שייחסו הללו לחוזה שהיה אמור ליצור את מקור פרנסתם; ולטיבה של עסקת היסוד. דרישת הזמן הסביר מיועדת להגן על הציבור, על צדדים שלישיים ואף על הנפגע עצמו, שגם לו עניין לדעת, מהר ובאורח ברור, מהו מערך הזכויות והחובות של הצדדים לחוזה. היזמים טוענים כי בהתנהגות הרוכשים נפל פגם שכן הללו המתינו לראות מה יעלה בגורלו של השוקניון לאחר כניסת הסופר, לפני שהפעילו את אופציית הביטול. ואולם, כל עוד פעל הנפגע תוך זמן סביר, אין כל דופי בכך שהביא במניין שיקוליו גם את השינוי שחל במצב השוק או בכדאיותה הכלכלית של העסקה (דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב' 1105 (1992) (להלן: פרידמן וכהן)). לעומת זאת, כאמור, דווקא התנהגותם של היזמים אינה עומדת בסטנדרט המצופה מצד לחוזה. צדק השופט ענבר כאשר קבע כי יש לבחון את פרק הזמן שחלף מפתחת הסופר ועד למתן הודעת הביטול על ידי הרוכשים, באספקלריה של התנהגות היזמים – מי שהפר ביודעין הסכם, לאחר שטרם להסתייד מהצד השני את כוונתו לעשות כן במשך זמן כה רב, אינו יכול למדוד את תגובתו של הצד השני להפרה

עם שעון עצר (ר' גם: פרידמן וכהן, לעיל, בעמ' 1100). טענת היזמים כי האמינו שהדבר הוא לטובת הרוכשים אינה מעלה ואינה מורידה, וניתן היה לצפות כי הם לא יסתירו את העסקה הנרקמת עם סופר ספיר אם האמינו שהיא מיטיבה עם הרוכשים. אין לקבל בהקשר זה את טענת היזמים לפיה מהלך הכנסת סופר ספיר "לא הצריך הסכמה מראש או הידברות מוקדמת עם מי מהתובעים [הרוכשים – מ.ג.]: ולא רק בשל האדישות שגילו האחרונים, אלא גם בשל העובדה שמדובר בזכות חוזית, שאותה רשאים היו המקימים [היזמים] להפעיל באופן חד-צדדי". כפי שתואר, מעשי היזמים עלו כדי סטייה ברורה מבסיס ההסכמה החוזית המקורית ואם האמינו הם כי קיימות הצדקות טובות לסטייה זו וכי המהלך אף יהא לטובת הרוכשים, שומה היה עליהם להידבר עם האחרונים.

60. בית המשפט המחוזי בחן האם נגרם ליזמים נזק כתוצאה מביטול החוזה במועד בו בוטל. היזמים מתרעמים כנגד קביעתו של בית המשפט, לפיה גם אם היו מקבלים ארכה לקיום החוזה, ממילא היה הדבר בלתי אפשרי ועל כן לא היה טעם בנתינתה. לטענת היזמים, אם היו יודעים בזמן על כוונת הרוכשים לבטל את החוזה, "כי אז סביר מאוד-מאוד שהיו נמנעים ממהלך זה [של הכנסת סופר ספיר – מ.ג.]". (כך לפי סיכומיהם). האומנם? בדיעבד ניתן להבטיח הבטחות לרוב. ואולם, אם אכן היו היזמים נכונים לבוא לקראת הרוכשים עד כדי הסרת סופר ספיר כליל, הדעת נותנת שהם יכלו, לכל הפחות, להיפגש עם הרוכשים מבעוד מועד ולדון בחלופות אפשריות להצלת השוקניון. כך בייחוד נוכח מודעות היזמים לאפשרות שהרוכשים יגלו התנגדות עזה למשמע פרטי העסקה עם סופר ספיר, כפי שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי וכפי שגם עלה מעדויות שונות מטעם היזמים (כך למשל העיד אפרים הניג, בעמ' 271 לפרוטוקול, כי גם אם היזמים היו יודעים שהרוכשים מתנגדים לפתיחת סופר ספיר, אין הוא חושב שהדבר היה משנה את עמדת היזמים). גם הטענה לפיה הרוכשים הם "האשמים" כיוון שישבו בחיבוק ידיים אינה מועילה. בסופו של דבר, בפני היזמים עמדו אפיקי פעולה שונים והאפיק בו בחרו היה, כפי שהוסבר, בגדר הפרת החוזה. לא זו אף זו: לא ברור מתי בדיוק ציפו היזמים כי הרוכשים יפנו אליהם? היזמים מלינים על כך שעד להגשת התביעה, הם כבר השקיעו למעלה מ-2 מיליון ש"ח לצורך עבודות ההקמה וספגו עוד כהנה וכהנה עלויות כתוצאה מהחוזה עם סופר ספיר, אלא שאגב מאמציהם העילאיים להכנסת הסופר לשוקניון, הם לא עדכנו את הרוכשים ולפי הממצא העובדתי שקבע בית המשפט, הרוכשים ידעו על הכנסת הסופר בשלבים מאוד מאוחרים, בוודאי לאחר שהיזמים כבר הוציאו סכומי כסף ניכרים. גם אם היזמים מתכוונים ברצינות לכך שאילו נודע להם על כוונת הרוכשים לבטל את החוזה בטרם הגשת התביעה, הם היו נוקטים פעילויות שונות לביטול כניסת הסופר, יש ממש בטענת

הרוכשים (אשר זכתה גם לאישור בית המשפט קמא) לפיה, במועד שבו נודע לרוכשים על ההפרה, בהתחשב בעובדות שכבר נוצרו בשטח, קשה לראות כיצד היה ניתן להם סעד של אכיפה חֲלָף סעד של ביטול. כזכור, ההסכם עם סופר ספיר נחתם לתקופה של 16 שנים וקוצר לתקופה של 10 שנים רק עקב הוראת הבנק המלווה לפרויקט. ההשקעות הכספיות והאחרות שהיזמים מדגישים נמרצות בכתבי הטענות מטעמם, מחזקות את הטענה כי היה זה בעייתי להורות על אכיפת החוזה במועד הגשת התביעה, כל שכן בכל מועד מאוחר יותר ובוודאי היום. לא ברור כיצד היו היזמים מפרים את החוזה שכבר נחתם עם הסופר או כיצד הם היו מסירים את הרצפה שיצקו או מחזירים את השטחים המשותפים לפרויקט – והכל, מבלי לגרוע לכאורה מטענתם כי הם היו נכונים להוציא את סופר ספיר מהשוקניון וכי הם אף נכונים לעשות כן היום, נוכח תביעתם לסעד אכיפה. גם אם כוונת היזמים הינה שביטול החוזה עם סופר ספיר היה אפשרי בטרם ביצוע עבודות הבנייה, הרי שהדבר אינו מעלה ואינו מוריד – שכן במועד זה, כפי שקבע בית המשפט, הרוכשים כלל לא ידעו על הכוונה להכניס את סופר ספיר לשוקניון.

61. זאת ועוד: כמוזכר לעיל, כשלושה ימים לפני פתיחת הסופר, שלחו הרוכשים בתיק קדמי מכתב התראה ליזמים ובו ניתנה להם ארכה לתיקון ההפרות שצוינו במכתב, לרבות ההפרה הנוגעת לסופר ספיר. היזמים דחו את ההתראה בנימוק ש"אותן פעולות, שבעיני מרשיך מהוות הן הפרת הסכם – טענה המוכחשת ע"י מרשיי מכל וכל – הן בלתי הדירות". היזמים טענו כי המכתב האמור הגיע אליהם מאוחר מדי; כי התייחסות המכתב לנושא הסופר הייתה "צנועה"; וכי אין זה רציני לחשוב שדי בפנייה כה מאוחרת של קונה יחידי, להבדיל מקבוצת רוכשים שלמה, כדי שהם ימהרו להשליך את "מיליוני שקלים שהשקיעו, ויורו לסופר – המתמרק במרץ לפתיחה החגיגית – לפנות לאלתר את המיתחם". ברם, בסופו של דבר, תשובת היזמים לגופו של עניין הייתה כי הפעולות הכרוכות בפתיחת סופר ספיר הן בלתי הדירות. שאלת הדירות הפעולות איננה תלויה בהתנהגות מי מהרוכשים או בגודל קבוצת התובעים. שאלת הדירות היא פונקציה של מציאות עובדתית שנוצרה בשטח ותו לא. מעבר לכך, היזמים היו בוודאי ערים לכך שעל מכתבם של קדמי, כמו גם על כתבי התביעה בתיק טהוליאן חתום עורך דין לאופר, אשר ייצג את הרוכשים בשני התיקים. אם עורך דין לאופר ידע כי לטענת היזמים מדובר בהפרות בלתי הדירות (מן הסתם, לגבי שני התיקים), מה היה הטעם במתן ארכה לקיום החוזה? יש להסכים לדברי השופט ענבר כי במצבים שבהם הפרת החוזה יצרה מציאות בלתי הפיכה – או כמעט בלתי הפיכה, לשיטת היזמים – אין טעם במתן ארכה שהיא בבחינת מעשה פורמאלי החסר משמעות מעשית. ארכה כזו היא חסרת טעם ואין היא משרתת את התכלית העומדת ביסוד מתן ארכה לתיקון החוזה

(ראו, למשל: פרידמן וכהן, לעיל, בעמ' 1102-1103 והאסמכתאות המובאות שם).  
בנסיבות אלה, אין להתערב בקביעה כי הביטול נעשה תוך זמן סביר.

62. יש לדחות גם את הטענה החלופית לפיה אין להורות על ביטול החוזה נוכח חוסר תום ליבם של הרוכשים. אכן, ייתכנו מקרים בהם עמידה על הזכות לביטול החוזה בגין הפרתו תיחשב כפעולה חסרת תום לב. גם כאשר מדובר בהפרה יסודית, עלול ביטולו של החוזה להיחשב כפעולה הנגועה בחוסר תום לב, אולם זאת רק במקרים יוצאי דופן (ע"א 6319/05 קנדרה (ישראל) בע"מ נ' מנהל מקרקעי ישראל, סעיף 9 לפסק הדין (טרם פורסם, 12.1.2009)). ואולם, כפי שכבר הובהר, במעשי הרוכשים לא היה משום חוסר תום לב ודווקא בהתנהגות היזמים נפל פגם. על התשובות לטענות היזמים בהקשר זה כבר עמדתי לעיל; כך בעניין תליית האשם בכישלון הפרויקט ברוכשים ובעניין אי פתיחת החנויות במועד פתיחת השוקניון. טענות היזמים לגבי אי תשלום דמי הניהול אינן רלוונטיות, שכן אלה מצאו פתרון במסגרת הסדר הפשרה בין הצדדים. כאמור, בצדק נקבע כי גם אם הרוכשים הושפעו משיקול כדאיות העסקה, אין בכך כדי לפגוע בתום ליבם, כל עוד החוזה באמת הופר. כפי שאומרים פרידמן וכהן, שימוש בברירת הביטול מחמת שינוי בתנאי השוק או מחמת גורם אחר המשפיע על כדאיות העסקה, אין בו כשלעצמו משום חוסר תום לב (פרידמן וכהן, לעיל, בעמ' 1105). אין זה צודק כי מפר חוזה יחמוק מתוצאות ההפרה, דווקא כאשר תנאי השוק השתנו והעסקה אינה כדאית כפי שנדמה היה בתחילת הדרך. המפר אמנם אינו שולט על תנאי השוק, אך הוא אחראי למעשיו – הן בשלב נטילת ההתחייבות והן בשלב הפרתה. לסיכום: האחראיות להפרת החוזה מוטלת על שכמם של היזמים. בנסיבות המקרה, אין להתערב בקביעה כי הביטול נעשה בפרק זמן סביר ואין לראות ברוכשים כמי שוויתרו על ברירת הביטול או נהגו בחוסר תום לב, שעה שעמדו על זכותם בדין לבטל את החוזה.

3.1 שאלת הזמן הסביר בתיק קדמי

4.1 טענות הצדדים בתיק קדמי

#### טענות היזמים

63. על פי טענת היזמים, גם אם יימצא שההסכם עם קדמי הופר, מן הראוי שייקבע כי קדמי ויתרו על סעד הביטול החוזי או שהם מנועים מלאחוז בו לאור התנהגותם. זאת, בלא קשר לאופי ההפרה – אם רגילה או יסודית היא. לטענתם, יש להשקיף על

קדמי כעל מי שויתרו על הזכות לביטול החוזה: במשך כחמש שנים וחצי מן המועד בו התקשרו קדמי בהסכם ועד למשלוח הודעת הביטול, עמדו קדמי על קיום החוזה ולא הייתה להם כל כוונה לבטלו. לטענת היזמים, קדמי הרבו לבקר במתחם השוקניון והיו ערים לעבודות ההקמה שבוצעו לשם אכלוס סופר ספיר ועל כן גם הידיעה על הקמתו לא עמדה ביסוד רצונם לבטל את החוזה. היזמים אף טוענים כי יש לזקוף לחובת קדמי את העובדה שלא ביקשו צו מניעה נוכח ביצוע עבודות אלה. לטענתם, קדמי ידעו כי הממכר ערוך ומוכן למסירה והטעם היחיד שבשלו בחרו לבטל את החוזה, נוגע לכך שהעסקה הפכה בלתי כדאית. בנסיבות אלה, כך נטען, אין עומדים לזכות קדמי טעמי הגינות ותום לב. לבסוף, נטען כי לא ניתן היה לחדש את זכות הביטול על ידי מתן ארכה נוספת לקיום החוזה. לחלופין ובהמשך לטענות האמורות, נטען כי שיקולי צדק ותום לב צריכים למנוע את עשיית השימוש בזכות לביטול החוזה.

#### טענות הרוכשים בתיק קדמי

64. קדמי טוענים כי היזמים נעים בין שתי תיזות שונות. בתחילה, כך נטען, גרסת היזמים הייתה שמיכאל קדמי ידע שהוא עתיד לבטל את החוזה כבר ב-1998 וכל טרוניותיו נועדו להשהות את הביטול כדי להעצים את טענותיו. לעומת זאת, בערעור לפנינו, גרסת היזמים, שוב לשיטת קדמי, הינה שקדמי חשבו על ביטול החוזה רק סמוך לפני משלוח ההתראה על ביטול החוזה ובכך גילו דעתם כי ויתרו על זכות הביטול. נטען כי לא מדובר בסתם שינוי חזית אלא "היפוך של 180 מעלות של החזית" ועל כן יש לדחות כליל את טענת היזמים בעניין הביטול. קדמי טוענים שהביטול נעשה כדין ועל כן סעדים שנפסקו לטובתם – בדין נפסקו. הם מבקשים לדחות את הטענות המייחסות להם חוסר תום לב בגין השתהות מכוונת לכאורה במתן הודעת הביטול. לטענתם, היו מעוניינים לקיים את החוזה בתום לב ורק סירוב היזמים למסור לידיהם את החזקה בחנויות, מנע מהם לקבלן. זאת, עד לכניסתו של סופר ספיר לשוקניון, אז הבינו קדמי כי לא יהיה ניתן עוד לקיים את החוזה. עוד נטען כי דווקא היזמים הם שנהגו בחוסר תום לב, כאשר במהלך אותם 44 חודשים של עיכוב במסירת החזקה בממכר, החזיקו גם בכספים וגם בחנויות ואף השכירו אותן לצדדים שלישיים.

#### 5.1. הכרעה

65. כזכור, ביום 26.2.2001, שלח בא כוחם של קדמי אל היזמים מכתב התראה לפני ביטול החוזה ובו ניתנה להם ארכה בת שבועיים ימים לקיום התחייבויותיהם על פי ההסכם ולתיקון כל הפרות. בפועל, קדמי המתינו חודש ימים. ראשית, יש לדחות

את טענת היזמים לפיה קדמי לא היו יכולים לעמוד על ביטול החוזה לאחר שניהלו עימם משא-ומתן שתכליתו הייתה קיום החוזה. יש לעודד ניסיונות של צדדים להגיע לקיום חוזים, גם אם במתכונת שונה, כאשר הדברים הם פרי הסכמה מחודשת של הצדדים. באם המשא ומתן לא צלח, אין "להעניש" את הצד הנפגע על ידי שלילת הזכאות לביטול החוזה – זכאות שעמדה לו בטרם ניהול המשא ומתן. פגיעה בזכות לבטל את החוזה תרתיע נפגעים מהפרת חוזה ותסכל ניסיונות חתירה לפתרונות חוזיים מוסכמים, שהם כמובן רצויים ועדיפים על פני הליך משפטי מלא (ע"א 5267/03 פרג' - גשורי נ' מיטל, פ"ד נט(5) 337, 346-347 (2005)). העובדה שקדמי לא ביטלו את החוזה מייד, אלא אפשרו ליזמים לטפל בהפרות החוזה, אינה פוגעת בזכותם לביטול, אלא אך מהווה "ארכת חסד", כהגדרתו של השופט ברנזון ב-ע"א 71/75 מרגליות נ' אברבנאל, פ"ד כט(2) 652, 657-658 (1975):

"במקרה של הפרה יסודית, שממילא היא מעניקה לנפגע את הזכות המידית לבטל את החוזה, כשהוא יוצא מגדרו ונותן למפר ארכה של חסד לקיום החוזה, הוא יכול להגביל את משך הארכה בהתאם לנסיבות. ואם גם היא אינה מועילה – חוזרת וניעורה זכותו של הנפגע לבטל את החוזה, וכדי שלא ייחשב כמוותר עליה, עליו להשתמש בה תוך זמן סביר לאחר תום הארכה שנתן, ולא מאוחר יותר. מהו זמן סביר בכל אחד מהמקרים האמורים תלוי בנסיבות המיוחדות של כל מקרה: טיב העיסקה או ההתחייבות, המאמץ והזמן הרגילים היכולים להידרש לקיומה, תנאי המקום והזמן השייכים לענין, וכו'".

במקרה דנן, נוכח ההתכתבויות הרבות בין קדמי לבין היזמים, אין לומר כי קדמי ויתרו על זכות הביטול. זאת ועוד, השופט דרורי קבע כי היזמים לא הופתעו מביטול החוזה, שכן היו מודעים לטענותיהם של קדמי בעניין הממכר, ודחה את הטענה לפיה קדמי החליטו על ביטול החוזה אך ורק משיקולי כדאיות העסקה. בנסיבות אלה, בהתאם להלכה הפסוקה, יש לקבוע כי ביטול החוזה נעשה כדין על ידי מתן ארכה לקיום החוזה. ארכה זו הביאה לחידוש זכות הביטול. ב-רע"א 7956/99 שיכון ופיתוח לישראל בע"מ נ' עיריית מעלה אדומים, פ"ד נו(5) 779, 788-789 (2002), אף שהודעת הביטול נשלחה חמש שנים לאחר היוודע דבר ההפרה, נקבע:

"... במשך הזמן שחלף ממועד הפרת ההסכם ועד לביטולו לא שקטה המערערת על שמריה. נעשו מצדה מאמצים לקיים את ההסכם ולהשיג מימון עבור המשיבה על-מנת שתוכל לשלם חובותיה למערערת.... בנסיבות אלה ולאור העובדה כי עובדות אלה לא נסתרו על-ידי



המשיבה, נקודת המוצא שלי הינה כי המערערת לא ויתרה על זכותה לבטל את ההסכם. משכך, אף שחלף המועד הסביר למתן הודעת ביטול, היה בכוחה של המערערת לבטל את ההסכם לאחר מתן ארכה סבירה לקיומו תוך זמן סביר לאחר מתן הארכה. כך עשתה המערערת בענייננו. המערערת שלחה למשיבה מכתב מיום 9.8.1994 ובו עמדה על הפרת ההסכם על-ידי המשיבה בשל אי-תשלום יתרת התמורה והודיעה לה כי אם לא יוסדר התשלום תוך 30 יום ממשלוח המכתב, יהא ההסכם בטל ומבוטל. מכתב זה משמש הן כמתן ארכה סבירה לקיום ההסכם והן כהודעת ביטול מותנית, שהפכה להודעת ביטול ההסכם לאחר שחלפה הארכה והתמורה לא שולמה" (ההדגשות הוספו).

דברים אלו נכונים גם בענייננו. קדמי פעלו לקידום הסדר מוסכם באופן נמרץ ואין לומר שהם שקטו על שמריהם או ויתרו על זכויותיהם החוזיות. פרק זמן של שבועיים הוא לכאורה קצר מדי, אלא שמעבר לכך שבפועל נתנו קדמי ליזמים ארכה בת חודש, בנסיבות העניין ברור שהיזמים לא היו מצליחים להסיר את כל ההפרות גם בפרק זמן ארוך בהרבה (וזאת גם אם מקבלים את טענתם כי היו נכונים להוציא את סופר ספיר מהשוקניון). כפי שהזכרנו בעניין טהוליאן, היזמים עצמם השיבו במכתב מטעמם לבא כוחו של קדמי שמדובר בפעולות בלתי הדירות והללו דחו את מכתבם של קדמי תוך שראו בו משום הפרה יסודית של החוזה. בנסיבות אלה, כשהיזמים עצמם מצהירים שאין בכוונתם להסיר את ההפרות וכשברור שגם ארכה ארוכה יותר לא תביא לקיום החוזה במתכונת החוזית המקורית ובתוך זמן סביר – אין טעם לעמוד על מתן ארכה ארוכה יותר לקיום החוזה.

ז. סיכום ביניים

66. מקובלת עליי איפוא מסקנתו של בית המשפט המחוזי בשני התיקים לפיה היזמים הפרו את הסכמי המכר עם הרוכשים שלפנינו וההפרה היא יסודית. בנוסף, בשני התיקים, אין מקום להתערבות בקביעה כי ביטול החוזה על ידי הרוכשים נעשה במסגרת גבולות הזמן הסביר. מהי, איפוא, תוצאת הביטול הראויה?

ח. השבה

67. כפי שקבע בית המשפט המחוזי בשני התיקים, יש להורות על השבת תמורת הממכר לידי הרוכשים. על סכומים אלה, כזכור, אין מחלוקת. חובת השבה נגזרת מלשונו של סעיף 9(א) לחוק התרופות, כפי שפורש בהלכה הפסוקה (ר' למשל: ע"א 741/79 כלנית השרון השקעות ובנין בע"מ נ' הורביץ, פ"ד לה(3) 533, 539 (1981)

(להלן: פרשת כלנית השרון)). כפי שאמר השופט א' ברק (כתוארו אז) בפרשת כלנית השרון, ההשבה קשורה בחוזה וביטולו, אך אין היא נובעת מהחוזה ואין היא תנאי מכללא בחוזה. ההשבה היא לבר-חוזית ואין היא יונקת את כוחה מהחוזה, אלא מעיקרון של התעשרות שלא כדין, אשר קיבל ביטוי גם בסעיף 9 לחוק התרופות (שם, בעמ' 538 ור' גם: ע"א 588/87 כהן נ' שמש, פ"ד מה(5) 297, 315-317 (1991) (להלן: פרשת כהן); מיגל דויטש ביטול חוזה בעקבות הפרתו 203-204 (1993) (להלן: דויטש)). ההשבה תיעשה בכפוף להוראותיו של בית המשפט המחוזי בשני התיקים. דהיינו, בתיק טהוליאן, היזמים רשאים לקזז את דמי הניהול המגיעים להם מכוח הסכם הפשרה מסכום ההשבה שעליהם להעביר לרוכשים בתיק זה. בתיק קדמי, ההשבה לרוכשים תותנה בהסדרת ענייני המשכנתא בהתאם להתחייבות היזמים. אציין כאן כי לכאורה היה מקום לקזז מן ההשבה דמי שימוש ראויים בגין התקופה בה החזיקו הרוכשים בממכר, זאת לגבי רוכשים שהשכירו את חנויותיהם והיו לא מעטים כאלה (פרשת כלנית השרון, לעיל, בעמ' 541; ע"א 6705/04 בית הרכב בע"מ נ' עיריית ירושלים, סעיף 90 לפסק הדין (טרם פורסם, 22.1.2009); פרשת כהן, לעיל, בעמ' 315-317). ואולם, הדבר לא עלה בכתבי הטענות של היזמים ולא ניתן לפסוק להם סעד זה בהעדר טענות ובירור הולם. היזמים, כזכור, תבעו את אכיפת החוזה ועמדו נחרצות על כך שאין להורות על ביטולו. הם לא תבעו מאף אחד מהרוכשים קיזוז דמי שימוש בנכס – ולו לחלופין. הנושא לא עלה בערכאה הדיונית וגם לא לפנינו (השוו: ע"א 687/89 לידן נ' גבריאלי, פ"ד מה(2) 189, 195 (1990); פרשת כהן, לעיל, בעמ' 315, מול האות ג').

ט. מס הרכישה

ט.1. טענות הצדדים

68. הרוכשים בתיק קדמי ובתיק טהוליאן הגישו ערעור שכנגד ובו ביקשו לחייב את היזמים גם בהשבת הסכום ששילמו לרשויות המס כמס רכישה עבור החנויות. אין מחלוקת בדבר הסכומים הנ"ל, אשר הוגשו במסגרת הודעה מוסכמת לבית המשפט. כזכור, בית המשפט המחוזי דחה את התביעה להשבת מס הרכישה והפנה את הרוכשים אל רשויות המס לאור ביטול ההסכם. ואולם, הרוכשים טוענים כי נכון למועד הגשת הערעור שכנגד, הם עדיין נתקלים בסירוב מצד רשויות המס להשיב את המס. רשויות המס לא היו צד להתדיינות בפני בית המשפט המחוזי, ולכן, טוענים הרוכשים, קביעת בית המשפט אינה מחייבת אותן. הרוכשים התחייבו לעדכן את בית המשפט במידה ויחול שינוי בעמדת רשויות המס, אך עד עתה לא הגיע שום עדכון בעניין. לטענת

הרוכשים, אם יתברר שכדי לקבל את כספם בחזרה עליהם לנהל הליך משפטי שלם, הרי שזו כשלעצמה עילה מספקת לקבל את ערעורם. הרוכשים מציעים כי במקביל להשתתף חובת פיצוי על היזמים, תועבר אל האחרונים הזכות לקבל את החזר מס הרכישה מרשויות המס ולחלופין הוצע כי ייקבע שעל היזמים לשלם להם פיצוי בגין מס הרכישה, אלא אם הם ידאגו לכך שהכסף יוחזר להם על ידי האוצר בתוך זמן סביר. היזמים מבקשים לדחות את הערעור שכנגד לעניין השבת מס הרכישה וטוענים כי הכתובת להחזר המס היא אצל מי שגבה לכיסו את המס, קרי: המדינה.

2.0. הכרעה

69. על פי האמור בסעיף 102 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), תשכ"ג-1963: "המנהל יחזיר מס אם הוכח לו כי נתבטלו מכירת זכות במקרקעין או פעולה באיגוד מקרקעין ששולם עליהם המס" (ר' עוד: ע"א 3940/94 שמואל רונן חברה לבנין ופיתוח בע"מ נ' ט.ע.ל.ר חברה לבנין בע"מ, פ"ד נב(1) 210, 222 (1998)). אכן, רשויות המס לא היו, ולא צריכות היו להיות, צד להתדיינות בפרשה שלפנינו, על שני גלגוליה, אך יש לקוות כי עתה משפסק הדין הפך חלוט לא יתקלו הרוכשים בקושי לקבל החזר בגין מס הרכישה ששילמו. על כן, לא ראיתי מקום להתערבות בקביעות בית המשפט המחוזי לגבי מס הרכישה, אך מטעמי זהירות ניתן לרוכשים היתר לפיצול סעדים בעניין זה.

י. ההכרעות הרלוונטיות לתיק קדמי בלבד –

בתיק קדמי מתעוררות בעיות ייחודיות שטרם נדונו ואשר נדון בהן בנפרד.

1.1. דרישת היזמים ליתרת התמורה

70. כזכור, בית המשפט המחוזי דחה את התביעה שכנגד אשר הוגשה על ידי היזמים. לפי טענת היזמים, מאחר שיש לקבוע שהסכם המכר עם קדמי לא בוטל כדין, נכון וראוי גם לקבל את התביעה שכנגד, בנוגע ליתרת המחיר בגין הממכר אשר טרם שולמה להם. בעניין זה אין צורך להרחיב: משנקבע כי החוזה הופר הפרה יסודית וכי בדין בוטל החוזה – ממילא מתייחר חובם של קדמי בגין היחידות בשוקניון.

2.1. הפיצוי המוסכם בגין האיחור במסירה

1.2.1. גדר המחלוקת

71. כזכור, השופט דרורי קבע כי היזמים ישלמו לקדמי 5,000 ש"ח, בצמוד למדד, לכל חודש איחור במסירת החזקה וזאת מן היום המיועד למסירת החזקה (30.7.1997). ועד ליום ביטול החוזה (27.3.2001) – דהיינו, פרק זמן של 44 חודשים. נקבע כי לכל תשלום חודשי יוספו הפרשי הצמדה וריבית בשיעור של 10% מהיום המיועד לתשלום, 1 לכל חודש גרגוריאני, ועד ליום התשלום בפועל. בית המשפט קבע כי אם קדמי יציגו חשבונית כדין, יתווסף לסכומים מס ערך מוסף. היזמים מעלים שלל טענות לגבי עצם החיוב; לגבי המועד בו יחל החיוב; לגבי המועד בו יסתיים החיוב; לגבי גובה הריבית שנפסקה ועוד ועוד. לעומתם, בערעור שכנגד, קדמי טוענים כי יש לחייב את היזמים בתשלום הפיצוי המוסכם גם לגבי התקופה שלאחר ביטול החוזה וזאת עד למועד בו ישיבו היזמים את הכספים ששולמו על ידם בגין הממכר. כעיקרון, אין מקום להתערב בממצאים העובדתיים שקבע בית המשפט או במסקנות המשפטיות הנובעות מן הממצאים העובדתיים הללו. השאלה מה טיבה של ההפרה בעניין האיחור במסירה – אם הייתה זו הפרה יסודית אם לאו – מאבדת כל משמעות נוכח הקביעה כי ההסכם בוטל כדין בשל פרשת סופר ספיר, על כל הכרוך בה. ראיתי להתייחס בפירוט רק לשלוש טענות שהועלו לפנינו בעניין האיחור במסירה והפיצוי שנפסק בגינו: האחת, טענת היזמים ולפיה הקביעה כי עליהם לשלם את הפיצוי המוסכם, בצד חובתם להשיב את הסכומים ששולמו על ידי קדמי, לאור ביטול החוזה – הינה בגדר כפל פיצוי שאין לו מקום. השנייה, טענת קדמי כי יש לשלם להם את הפיצוי המוסכם בגין האיחור במסירה, לא רק עבור התקופה של 44 חודשים בגינה פסק להם בית המשפט המחוזי את הפיצוי, אלא גם לגבי תקופה מאוחרת יותר – עד להשבת הסכומים ששילמו ליזמים בגין הסכמי המכר שבוטלו. השלישית, טענת היזמים לפיה לא היה מקום לחייב אותם בשיעור ריבית של 10%. אקדים ואומר כי לדעתי את שתי הטענות הראשונות ראוי לדחות ואילו את הטענה השלישית, בנוגע לשיעור הריבית בגין הפיצוי המוסכם, יש לקבל. אפרט עתה את שלושת הטענות האמורות ואת ההכרעה לגבי כל אחת מהן.

י.2.2. ביטול והשבה לצד פיצוי מוסכם – סוגיית כפל הפיצוי

#### טענות הצדדים

72. היזמים טוענים כי ביטול החוזה על ידי קדמי איין את זכותם של קדמי לקבל את הפיצוי המוסכם. לטענתם, משבחרו קדמי בביטול ההסכם, שוב לא ניתן להחיות את סעיף הפיצויים המוסכמים שבו ועל כן, הם טוענים כי בפסיקת ביטול והשבה לצד הפיצוי המוסכם יש משום כפל פיצוי. לעומת זאת, קדמי דוחים את טענות היזמים

וטוענים כי יש תניות חוזיות מסוימות שנועדו לחול דווקא במצבי משבר חוזיים, דהיינו סיטואציות של הפרת ההסכם וביטולו – וכך גם תניית פיצויים מוסכמים.

#### הכרעה

73. צדק בית המשפט המחוזי באשר קבע כי מן הבחינה העקרונית אין סתירה בין ביטול החוזה לבין תביעת הפיצויים בגין האיחור במסירת הממכר. אכן, החוזה אינו מתבטל למפרע (פרשת כלנית השרון, לעיל, בעמ' 539-540) ומקובל עליי כי ישנן תניות חוזיות אשר נועדו לחול בין הצדדים במנותק משאלת תוקפו של החוזה כולו. לשון אחרת: קיימות תניות חוזיות אשר שואבות את חיותן מרצונם המוקדם של הצדדים להסדיר סיטואציות העלולות להיווצר דווקא במצב בו היחסים החוזיים עלו על שרטון ועל כן, אין הן בטלות אפילו כאשר החוזה כיחידה שלמה אינו תקף עוד. הוא הדין בתניית פיצויים מוסכמים כגון זו שלפנינו (ר': דויטש, לעיל, בעמ' 17-30; שלו – דיני חוזים, לעיל, בעמ' 563-564; ע"א 4162/02 רנדור בע"מ נ' דרור מהנדסים 1990 בע"מ, פסקה 7 לפסק הדין (טרם פורסם, 29.3.2004) (להלן: עניין רנדור); ע"א 4630/04 קניונים נכסים ובנין בע"מ נ' בני יעקב נדל"ן בע"מ, פסקה ז(3) לפסק הדין (טרם פורסם, 13.12.2006)). הדבר עולה מלשונו של סעיף 2 לחוק התרופות אשר על פיו, נפגע מהפרת חוזה זכאי לתבוע את אכיפת החוזה או ביטולו, וזכאי הוא לפיצויים, בנוסף על אחת התרופות האמורות או במקומן. השאלה האמיתית עניינה בתכלית הפיצוי ומן התשובה לה נגזרת אף התשובה לשאלה האם מתן סעד של פיצויים לצד סעד של ביטול והשבה מהווה כפל פיצוי (ע"א 156/82 ליפקין נ' דור הזהב בע"מ, פ"ד לט(3) 85, 95-96 (1985); ע"א 1846/92 לוי נ' מבט בניה בע"מ, פ"ד מז(4) 49, 54-55 (1993)). ביטול החוזה נובע, כפי שכבר בואר, מהפרת החוזה על חיוביו השונים; תניית הפיצוי המוסכם בגין האיחור במסירת הממכר נועדה לספק מקור מימון חלופי לרוכש בתקופה שבה נמנע ממנו להפיק הכנסות מן הממכר, בעטיין של סיבות הנעוצות במוכר. אין בביטול החוזה כדי לסתור את הרציונל ביסוד הפיצוי המוסכם ועל כן אין בו כדי להביא לביטול החובה לשלמו.

י.3.2. פסיקת הפיצוי המוסכם לאחר ביטול החוזה

#### טענות הצדדים

74. קדמי טוענים כי הודעת הביטול אינה מאיינת את חובת היזמים לשלם להם את הפיצוי החודשי המוסכם, כל עוד הם מחזיקים גם בנכס וגם בתמורה החוזית ואף

משכירים את הנכס לאחרים ומפיקים ממנו דמי שכירות. בנסיבות אלה, לטענת קדמי, המשך תשלום הפיצוי המוסכם גם לאחר ביטול החוזה, אינו מהווה כפל פיצוי. בית המשפט המחוזי אבחן את עניינם של קדמי מן הנסיבות שהתקיימו בפסק הדין שניתן ב-ע"א 675/86 שמייכר נ' הודסמן, פ"ד מ"ד(1) 133 (1989) (להלן: עניין שמייכר)), תוך שקבע כי הסעד שנתבע שם היה אכיפה ולכן ניתן היה לפסוק פיצוי מוסכם גם לגבי התקופה שלאחר הגשת התביעה. לעומת זאת, במקרה דנן, קדמי תבעו את ביטול החוזה. ואולם, קדמי טוענים שלא היה מקום לאבחן בין מקרה בו נפגע מהפרה דורש אכיפה לבין מקרה בו דורש הנפגע את ביטול החוזה, שכן הפיצוי המוסכם נועד להוות הכנסה אלטרנטיבית לזו שהרוכש היה אמור להפיק מהנכס אשר לא נמסר לו במועד. לפי הטענה, כל עוד לא בוטל החוזה, האירוע העוצר את חובתו הנמשכת של קבלן לשלם פיצוי מוסכם הוא תיקון ההפרה על ידי מסירת הנכס (אכיפה). לאחר הביטול, האירוע העוצר את חובתו הנמשכת של קבלן לשלם פיצוי מוסכם הוא השבת התמורה החוזית. כמו כן, קדמי טוענים כי סעד ההשבה מקורו באינטרס ההשבה ואילו סעד הפיצויים מקורו באינטרס הציפיות ולכן אין סתירה בין השניים. קדמי מדגישים כי אינם דורשים את הפיצוי עד לקץ הימים, אלא רק עד אשר יעבירו היזמים לידיהם את כספי התמורה. לפי הטענה, כאשר ישיבו היזמים את מלוא התמורה, יוכלו קדמי לרכוש נכס חלופי ולהפיק ממנו את אותה הכנסה שהיו אמורים להפיק מן הנכס שלא נמסר להם. קדמי מוצאים תימוכין לעמדתם האמורה בפסק דינו של השופט גרוניס בעניין רנדור (לעיל), עליו ארחיב את הדיבור להלן. לפי פרשנותם את פסק הדין האמור, השאלה עד מתי יש לשלם את הפיצוי העיתי המוסכם במקרה שבו בוטל חוזה עקב איחור במסירה, תיקבע לפי התשובה לשאלה עד כמה האיחור בהשלמת החיוב נגרם עקב הפרת החוזה על ידי המפר. מאחר שלטענתם הם נהגו בסבירות ולא גרמו לעיכוב, יש לחייב את היזמים בתשלום הפיצוי עד למועד תשלום מלוא כספי התמורה. לבסוף, קדמי טוענים שיש להפעיל את כלל הפרשנות נגד המנסח, כך שפרשנות החוזה תהלום את הבנתם. עוד נטען על ידם כי אין לייחס משקל כלשהו לעובדה שכספי ההשבה צמודים ונושאים ריבית וממילא הם נושאים ריבית ממועד תשלומם ולא ממועד הביטול. היזמים, כזכור, מערערים על חיובם בתשלום הפיצוי המוסכם ובסיכומי התשובה מטעמם, הם מבקשים לדחות כליל את הערעור שכנגד בעניין תשלום הפיצוי המוסכם גם לאחר הביטול.

#### הכרעה

75. פסק דינו של השופט א' גרוניס בעניין רנדור עסק בשאלה המונחת לפתחנו, בדבר נפקותה של תניית פיצויים מוסכמים בתקופה שלאחר ביטול החוזה. כפי שאומר

השופט גרוניס, שאלה מיוחדת מתעוררת במקרה בו קובע החוזה פיצוי מוסכם עבור איחור בביצוע חיוב חוזי, אלא שבפועל הצד המפר אינו משלים כלל את הביצוע המוטל עליו. לכאורה, משבוטל החוזה כדין על ידי הנפגע מההפרה, למפר לא נתונה עוד האפשרות להשלים את הביצוע ועל כן ניתן לגרוס כי אין תחולה לתניית הפיצויים המוסכמים. מאידך גיסא, כפי שאומר השופט גרוניס, הגישה האמורה יוצרת מצב בעייתי שכן דווקא כאשר מדובר בהפרה יסודית המובילה לביטול החוזה, אין מחייבים את המפר בתשלום פיצויים מוסכמים. על כן, יש יסוד לסברה כי חרף ביטול החוזה, זכאי הצד הנפגע לפיצוי עבור איחור בביצוע החיוב וזאת אף לאחר הביטול. השופט גרוניס מציין כי שאלה זו רלוונטית במיוחד לגבי חוזי בנייה, אשר לעיתים קרובות נוקבים בפיצוי מוסכם עבור איחור בהשלמת הבנייה, המחושב לפי תקופת האיחור. בפסקה 8 לפסק דינו, סוקר השופט גרוניס את הגישות הקיימות במשפט האמריקאי ומבהיר את דעתו. לטעמו, קיים טעם רב בהחלת תניית הפיצוי המוסכם בגין איחור בביצוע החיוב, גם לאחר שהחוזה מבוטל והמפר לא משלים את המוטל עליו כלל. ואולם, השופט גרוניס מסייג את דבריו בקובעו כי אם מן החוזה עולה שכוונת הצדדים הייתה לשלול את הפיצוי המוסכם במקרה של ביטול החוזה בגין הפרה, אזי לא יקבע פיצוי לגבי התקופה שלאחר הביטול. תניית הפיצוי המוסכם, ככל תנייה חוזית אחרת, נתונה לפרשנות בית המשפט לפי אומד דעתם של הצדדים. ומה בענייננו? קדמי מבקשים לבטל את החוזה ולהשיב את הממכר לידי היזמים. הם אינם חפצים להיות קשורים עימו עוד. בנסיבות אלה, כפי שיבואר להלן, לדעתי אין לפסוק להם פיצוי לגבי התקופה שלאחר הביטול. אכן, בשלב הראשון של הפרשנות, יש לעמוד על כוונת הצדדים כפי שהיא עולה מלשונה של תניית הפיצויים המוסכמים. כיוון שסעיפי החוזה הרלוונטיים אינם עוסקים בסוגיית הפיצוי המוסכם בתקופה שלאחר ביטול החוזה – ואין לקרוא מתוך החוזה ויתור על פיצויים אלו מצד קדמי או התחייבות מצד היזמים ליתן אותם – יש לתור אחר אומד דעת הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה, ואף ניתן להידרש לנסיבות החוזה ואחר כך גם לנוהג הקיים בין הצדדים במקרים דומים (ר' סעיפים 25-26 לחוק החוזים; איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים 15-19 (1996)). המערכת החוזית הכוללת המונחת לפנינו והנוהג הקיים בהסכמים דומים, מובילים למסקנה כי משעה שבוטל החוזה והוחלט על השבה הדדית, אין מקום להמשיך את החיוב בפיצויים מוסכמים בגין העיכוב במסירת הממכר.

76. בנסיבות העניין שעמדו לפני השופט גרוניס בעניין רנדור (כמו גם בנסיבות פסק הדין ב-ע"א 539/92 זקן נ' זיזה, פ"ד מח(4) 89, 93-94 (1994), אליו מפנה השופט גרוניס), לאחר ביטול החוזה בשל הפרתו, העסקה נשוא החוזה נמשכה, אלא שהדבר נעשה במתכונת שונה (עם בעל חוזה אחר או שהנפגע השלים את העסקה

בעצמו). לטעמי, יש לאבחן את עניין רנדור מן המקרה שלפנינו, בין היתר, בהתחשב בכך שבנסיבות המקרה הוא בחרה הנפגעת מההפרה להמשיך בקיום החוזה, אלא שלנעלי המפר נכנסה פירמה אחרת. החלפת בעל החוזה בעניין רנדור נבעה מכך שהחברה המפרה לא יכלה עוד לעמוד בהתחייבויותיה עקב מצב כלכלי קשה אליו נקלעה. בנסיבות אלה, יש טעם בהארכת משך החיוב בפיצוי המוסכם גם לגבי התקופה שלאחר ביטול החוזה, שכן הנפגע מן ההפרה עומד על קיום החוזה וכל רצונו בהחלפת בעל חוזהו, משנתברר לו כי בעל החוזה הישן אינו יכול כלל לעמוד בהתחייבותו החוזית. בנסיבות עניין רנדור, אף יש היגיון רב בהארכת הפיצוי: העברת פרויקט עסקי מורכב לידי בעל חוזה חדש כרוכה בקשיי הסתגלות ראשוניים, כמו גם בעלויות למידה ועלויות התאמה משמעותיות. יש צדק בכך שהעלות הנובעת מעיכובים בשל למידת העסקה מחדש ומשינויים ביחס למתווה המקורי – ייפלו על שכמ המפר (ראו את השיקולים שמונה השופט גרוניס לעניין משך החיוב בפיצויים, שם, בסעיף 13). אכן, צד שנטל על עצמו מחויבות אשר אין הוא יכול לעמוד בה ובא אחר בנעליו – עליו לשאת בעלויות ההחלפה שנוצרות עקב הסיכון שנטל על עצמו ולא עמד בו. הדבר נובע משיקולי הגינות, אך לא רק – גם משיקולי יעילות ומתן תמריצים לבעלי דין לכלכל צעדיהם בטרם נטילת התחייבויות.

77. כאמור, לא זה המקרה שבפנינו. הודעת ביטול החוזה ששלחו קדמי ליזמים מעידה על רצונם לבטל את החוזה, כך שהם לא יקבלו את החזקה בממכר ואילו היזמים ישיבו להם את ששילמו בעדו. מנגד, באותה העת, הם עומדים על קבלת פיצוי שתכליתו לפצות קונה אשר עומד על זכותו החוזית לקבל את החזקה בממכר, אך הדבר נמנע ממנו בשל סיבה הנעוצה במוכר. כל עוד לא בוטל החוזה וקדמי עמדו על זכותם לקבל את החזקה בממכר, הייתה הצדקה מלאה לפסוק להם את הפיצוי בגין האיחור במסירה. משבוטל החוזה, חייבים היזמים להחזיר לקדמי את תמורת הממכר, בתוספת ריבית והצמדה. סעד הכולל את המשך תשלום הפיצוי המוסכם גם לגבי התקופה שלאחר ביטול החוזה – אינו תואם לדעתי את כוונת הצדדים להסכם. נסיבות העניין שלפנינו שונות מאלו שעמדו בפני בית משפט זה בעניין שמייכר (לעיל) ועל כן, בדין דחה בית המשפט המחוזי את ההיקש שביקשו קדמי לבצע מפסק דין זה. לתוצאה האמורה ניתן להגיע גם באמצעות שימוש בעקרונות הפיצוי שקבע השופט גרוניס בעניין רנדור, חרף השוני בין נסיבות המקרים, בהתחשב ברציונל אשר ביסודם:

... נשאלת השאלה האם בכל מקרה בו מטיל חוזה פיצויים מוסכמים בגין איחור בביצוע חיוב, והמפר לא משלים את חיובו, ישתלם הפיצוי עד למועד בו בוצע החיוב בפועל, מאוחר ככל שיהא. טול מקרה בו מבוטל



החווה משמתברר כי אחד הצדדים לא יבצע את המוטל עליו, והנפגע אינו נוקט כל צעד לביצועה של אותה עבודה. מקובל לומר, אמנם, כי מכיוון שהזכאות לפיצויים מוסכמים אינה מותנית בקיומו של נזק, ממילא אין הנפגע כפוף לנטל הקטנת הנזק (ע"א 260/80 נוביץ נ' ליבוביץ, פ"ד לו(1) 537, 546). ברם, אין זה מתקבל על הדעת לומר כי בנסיבות המתוארות יחוב מפר החווה בפיצוי עד אין קץ. אף במקרים קיצוניים פחות, מן הדין להציב גבול באשר לתקופה בה יחויב המפר בתשלום הפיצוי המוסכם העיתי. כאשר מבוטל החווה על ידי הנפגע, מועד השלמת החיוב אינו מצוי עוד בשליטתו של המפר. הוא תלוי בפעולות שינקוט הנפגע להתקשרות בחווה חלופי או להשלמת העבודה בכוחות עצמו. לפיכך, בקביעת התקופה שבגינה יחוב המפר בפיצוי המוסכם עלינו להתחשב בסבירות התנהגותו של הנפגע. יתר על כן, גם כאשר נוהג הנפגע בסבירות ומתקשר מיד בחווה חלופי, יתכן מצב בו ביצוע החיוב מתעכב במידה בלתי סבירה בעטיו של המתקשר החדש. גם במקרה כאמור אין זה הוגן לחייב את המפר בפיצוי המוסכם עבור מלוא התקופה שעד להשלמת החיוב בפועל. מן הראוי כי המפר יחוב בתשלום פיצוי רק עבור אותו חלק מן העיכוב שנגרם עקב הפרתו שלו את החווה. לגבי יתר תקופת האיחור יוכל הנפגע להיפרע פיצויים מן הצד עימו התקשר בחווה החלופי.

12. הגישה האמורה הוחלה בפסיקת בתי המשפט בארצות הברית (באותם מקרים בהם אמנם נפסק פיצוי מוסכם בנסיבות המתוארות). בתי המשפט קבעו, כי הנפגע יהיה זכאי לפיצוי המוסכם למשך פרק הזמן הנדרש באופן סביר להשלמת העבודה שהוטלה בתחילה על המפר... גישה דומה הוחלה אף על ידי בית משפט זה, בגדרו של ע"א 539/92 הנ"ל. באותו עניין התחייב אחד הצדדים לחווה להשיג רישיון מסוים עבור הצד השני, אך עוד לפני המועד לביצוע החיוב התברר כי לא יעלה בידו לעשות כן. הנפגע פעל להשגת הרישיון בעצמו, אלא שהרישיון שביקש חרג בהיקפו ממה שסוכם מלכתחילה בין הצדדים. בשל כך התארכה התקופה עד להשגת אותו רישיון. בחווה נכללה תניית פיצוי מוסכם עבור כל יום של איחור בהשגת הרישיון, החל ממועד מסוים ועד למועד השגתו בפועל. בשל הצעדים האמורים שנקט הנפגע לא נפסק הפיצוי עד למועד בו הושג בפועל הרישיון, אלא עד למועד מוקדם יותר... (שם, פסקאות 11-12 לפסק הדין).

יושם אל לב – בפסק דינו של השופט גרוניס בעניין רנדור, הודגש שוב ושוב כי מדובר בצד חדש ש"התלבש" על חווה קיים וחלו עיכובים בקליטת אותו צד. כך גם לגבי האסמכתאות המובאות בפסק הדין. כמו כן, ניתן לראות כי על פי קביעתו של השופט גרוניס, החלטת בית המשפט בעניין הארכת הפיצוי נגזרת במידה רבה גם מהתנהגות

הצדדים ומשיקולי הגינות המשליכים על היקף הנטל שראוי להטיל על המפר. במקרה שלפנינו, אינני סבורה כי היזמים אחראים לנזקם של קדמי מכוח הוראת הפיצוי המוסכם, גם בתקופה שלאחר ביטול החוזה. החוזה אכן בוטל כדין, אך הדבר נעשה לאחר מאמצים ניכרים מצד היזמים ומצד קדמי גם יחד לשאת ולתת למען קיומו. ההחלטה על ביטול החוזה נכפתה על היזמים, אשר לא יכלו להשפיע על מועד הביטול או על נסיבות הביטול האחרות. זאת ועוד, ההליך שהתקיים בבית המשפט המחוזי היה הליך סבוך ומורכב, אשר הצריך שמיעת עדויות רבות, הבאת חוות דעת מומחים ושיבות רבות והדבר, מטבע הדברים, ארך זמן רב. לפי דרישתם של קדמי, גם זמן זה אמור להיכלל במניין תקופת הפיצוי אף שהדבר בוודאי לא היה בשליטת היזמים. חרף הרצון לעודד ניסיונות להגיע לפשרה, יש לזכור כי קדמי הביעו נכונות לקבל את החזקה בממכר ודרשו כי יבוצעו בו שינויים מסוימים, כך שהחלטה עד מתי ימשיך "מונה" הפיצוי המוסכם "לפעום" הייתה שלהם בלבד. לטעמי, אין כל הגינות בחיוב היזמים בפיצוי חודשי הנמשך פרק זמן של 96 חודשים בנוסף ל-44 החודשים בהם חויבו (שכן חלפו מאז כשמונה שנים), לאחר שבוטל החוזה ובואר כי אין בכוונתם של קדמי להיות קשורים עוד בעסקה (מדובר בתוספת של כחצי מיליון ש"ח לפיצויים שכבר נפסקו להם בגין האיחור). תימוכין למסקנה זו ימצאו גם בפסק הדין ב-ע"א 879/92 מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' רוטמן, פ"ד נ(1) 774, 788-790 (1996). בפסק דין זה, עמד השופט מצא על הקשר בין התחייבות לפיצוי מוסכם לבין היקף הסיכון שנוטל המתחייב על עצמו וקבע כי ניתן להגביל את הסיכון, היות ואין המפר מתחייב לשלם עד עולמי

עו :

"...עם זאת, ברי כי התארכות התקופה, שבה חדלה מקור-פיתוח ממילוי חובתה לרשום את זכות החכירה על הדירה בשמותיהם של רוטמן, מחריפה ומאמירה את גודל הסיכון שבגיננו הסכים ויסמן לפצות את רוטמן. השאלה היא, כיצד עובדה זו עשויה להשפיע על שיקולי ההכרעה? אני סבור כי התשובה לשאלה זו חייבת להיגזר מנסיבות העניין. הווי אומר: ככל שהעיכוב בפועל מהווה חלק מן הסיכון שהיה צפוי מראש, אין המתחייב יכול לפרוק מעליו את תוצאות הסיכון שהתממש, בטענה שהוא עצמו לא צפה מראש נזק כזה..... לא כן הדבר במקרה שבו התארכות התקופה חורגת במידה ניכרת מגבולות הנזק שניתן היה לראותו מראש כתוצאה מסתברת של ההפרה. כאן, כבכל מקרה שבו אין מתקיים כל יחס בין הפיצוי אשר נקבע לבין הנזק שהיה צפוי, בידי בית המשפט להתערב בשיעור הפיצויים, תוך שיביא בחשבון גם סכומים שכבר שולמו על חשבון הפיצויים" (ההדגשות הוספו).

אכן, נראה כי כוונת הצדדים הייתה שהפיצוי המוסכם יינתן רק ביחס לתקופה שהחזרה ביניהם עומד על כנו, אך לא הוסכם שהפיצוי המוסכם יינתן גם ביחס לתקופה שלאחר ביטולו (אם יבוטל) ואין זה נכון לדעתי לפרש כך את החוזה. זהו סיכון שהיזמים לא נטלו על עצמם ובטיעוניהם של קדמי לא נמצאו טעמים ייחודיים או יוצאי דופן התומכים בהתערבותו של בית המשפט בחלוקת הסיכונים החוזית שהכתיבו הצדדים. ודוק: ענייננו בהארכת התשלום של הפיצוי המוסכם. ייתכן, ולא אקבע מסמרות בעניין זה, כי קדמי יכלו להעלות טענות אחרות בעניין זה, אך אין מקום לחיוב היזמים בתשלום הפיצוי המוסכם גם בתקופה שלאחר ביטול החוזה.

י.4.2. שיעור הריבית בגין הפיצוי המוסכם

#### טענות הצדדים

78. היזמים מלינים כנגד קביעת שיעור ריבית של 10% בגין הפיצוי המוסכם (מעבר להצמדת הסכום). לטענתם, הוראה בעניין שיעור ריבית זה הייתה מצויה בחוזה לגבי איחור בתשלום התמורה על ידי קדמי, אלא שהוראה זו הוצאה במפורש מתוך ההסכם, על פי דרישתם של קדמי במהלך המשא ומתן שנוהל עובר לחתימת החוזה. בתגובה, קדמי מודים כי שיעור ריבית זה, בגובה 10%, הושמט מן החוזה לבקשתם. ואולם, לטענתם, שיעור ריבית זה הוחלף בשיעור הריבית החריגה על הלוואות צמודות מדד בבנק דיסקונט (להלן: הריבית החריגה), שהוא לטענתם שיעור גבוה יותר ועל כן, אם תתקבל טענת היזמים לגבי השיעור של 10% – יש לפסוק להם את שיעור הריבית החריגה. לטענת היזמים, מדובר בטיעון סתמי, שכן שיעור הריבית החריגה אינו רלוונטי לגבי הפיצוי המוסכם.

#### הכרעה

79. כאמור, בעניין הריבית שישא הפיצוי המוסכם שונה דעתי מדעתו של השופט דרורי. השופט דרורי העניק לקדמי את מבוקשם ופסק להם הצמדה בתוספת ריבית בשיעור של 10%, נוכח טענת קדמי בדבר "הסימטריה" שראוי להנהיג בסוגיית האיחור בתשלום. לדידו, אם היזמים, מנסחי החוזה, בחרו בסנקציה של הצמדה פלוס 10% ריבית למקרה שהרוכש יאחר בתשלום תמורת הממכר, כלל זה צריך לחול עליהם במהופך – כאשר הם אלה שחייבים בתשלום בגין האיחור במסירה. לדידי, לא היה מקום לקרוא אל תוך החוזה "תניות מאזנות" במסגרת פרשנות החוזה. נהפוך הוא: דווקא אם הסכימו קדמי לחתום על חוזה המעניק ליזמים שיעור ריבית מסוים, שהוא

גבוה משיעור הריבית על פי חוק פסיקת ריבית והצמדה, אם יאחרו בתשלום התמורה, ולא דרשו "הדדיות" כאשר הם עשויים לזכות בפיצוי המוסכם, אין הם יכולים להישמע עתה בטענה כי במסגרת "עקרון ההדדיות" יש לשנות את הוראות החוזה לטובתם. כאמור, קדמי דאגו להסרת שיעור הריבית של 10%, אשר הופיע בהסכם המקורי, ולשנותו כך שאם הם יאחרו בתשלום התמורה, הם ישלמו את שיעור הריבית החריגה. מכאן שקדמי היו מודעים היטב לנושא הריבית ואין מקום לקרוא לתוך החוזה תנייה "מאזנת", לא לגבי שיעור הריבית של 10%, כפי שקבע בית המשפט, וגם לא לגבי שיעור הריבית החריגה. חוזה אינו חייב להיות הדדי במאת האחוזים וחלוקת הסיכונים והסיכויים במסגרתו היא בראש ובראשונה פרי החלטתם של הצדדים בעת עריכת החוזה. בית המשפט לא אמור היה להשלים את שהושמט על ידי הצדדים. על כן, יש לקבוע כי הפיצוי המוסכם ישא הפרשי הצמדה וריבית לפי חוק פסיקת ריבית והצמדה, ולא כפי שנקבע בפסק הדין של בית המשפט המחוזי.

80. ניתן איפוא לסכם את עניין הפיצוי המוסכם כך: על היזמים לשלם לרוכשים בתיק קדמי סכום של 5,000 ש"ח לחודש, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית לפי חוק פסיקת ריבית והצמדה. באשר לסוגיית המע"מ – החלטתו של השופט דרורי תיוותר על כנה. הפיצוי החודשי ישולם לקדמי בגין 44 חודשים, המייצגים את פרק הזמן שעבר מיום מסירת החזקה המוסכם ועד לביטול החוזה.

י.3. נזק לא ממוני בתיק קדמי

י.1.3.1. טענות הצדדים

81. היזמים מלינים כנגד פסיקת פיצוי בגין נזק לא ממוני, שהלוא לטענתם קדמי יכולים היו לקבל חזקה מיידית בממכר והם לא עשו את המינימום הדרוש לכך אלא יצרו סחבת במילוי החוזה. לחלופין, נטען כי הסכום בו חויבו היזמים הינו מופרז. לעומתם, הרוכשים בתיק קדמי תומכים בהכרעתו של בית המשפט המחוזי וסבורים כי אין יסוד להתערב בה.

י.2.3.1. הכרעה

82. במקרה שבו גרמה הפרת החוזה נזק לא ממוני לנפגע מן ההפרה, רשאי בית המשפט לפסוק פיצויים בעד נזק זה "בשיעור שיראה לו בנסיבות העניין", בהתאם לאמור בסעיף 13 לחוק התרופות. אכן, לנפגע מן ההפרה אין זכות מוקנית לקבל פיצוי

בגין נזק לא ממוני, אלא הדבר מסור לשיקול דעתו של בית המשפט והוא הדין לעניין שיעור הפיצוי. לשם כך, נדרש הנפגע מן ההפרה להוכיח את עצם הנזק ואת הקשר הסיבתי בינו לבין הפרת החוזה (שלו – דיני חוזים, לעיל, בעמ' 586). באשר למיכאל קדמי, בית המשפט המחוזי התרשם כי הלה ניזוק נזק של ממש וכי הדבר אירע בעטיו של המצב שנוצר עקב הפרת החוזה. השופט דרורי פסק לזכותו של מיכאל קדמי פיצוי בגין נזק לא ממוני לאחר שהתרשם מאישיותו, כדבריו, ולאחר שראה אותו על דוכן העדים וצפה בקלטת ווידאו אשר תיעדה את מצבו. הדעת נותנת כי הפרת חוזה הנוגע לעסקה כלכלית מורכבת ומשמעותית עבור מי שאינו איש עסקים יוצרת מתח נפשי רב, כל שכן כאשר עסקינן באדם מבוגר, הנוטל על עצמו מחויבות כלכלית ענפה, תוך הקרבה מרובה ובהסתמך על הבטחות שלא התממשו. ייתכן ואילו ישבתי בערכאה הדיונית לא הייתי פוסקת פיצוי בגין נזק לא ממוני בנסיבות המקרה. ואולם, לדעתי, אין להתערב בפסיקת הפיצוי בגין הנזק הלא ממוני. קביעה זו נבעה מממצאים עובדתיים לעניין מצבו הנפשי של קדמי ולעניין הקשר הסיבתי בין הפרת החוזה לבין מצבו זה. כידוע, בקביעות ממין אלה – אין דרכה של ערכאת הערעור להתערב (ע"א 611/89 דרוקר זכריה חברה קבלנית לעבודות אזרחיות ופיתוח בע"מ נ' נחמיאס, פ"ד מו(2) 60, 65-66 והאסמכתאות המובאות שם (1992)). מסיבות אלה, אף אין להתערב בגובה הסכום שנפסק – 100,000 ש"ח, אשר ישא הפרשי הצמדה וריבית מיום הגשת התביעה לבית המשפט קמא (28.3.2001) ועד ליום התשלום בפועל.

יא. הוצאות ושכר טרחת עורך דין – בשני התיקים ובשתי הערכאות גם יחד

יא.1. טענות הצדדים בתיק טהוליאן

83. למעשה, דרישת היזמים ודרישת הרוכשים בכל תיק הפוכה היא. בתיק טהוליאן, הרוכשים מבקשים כי היזמים יחויבו בתשלום שכר טרחת עורך דין "ריאלי" בשיעור של 15% מערך ההשבה ובתוספת מע"מ, כפי שהם יצטרכו לשלם לעורכי דינם. הרוכשים בתיק טהוליאן מדגישים כי אין מחלוקת בדבר הסכומים הנ"ל, שכן הסכמי שכר הטרחה בינם לבין עורכי דיניהם הוגשו לבית המשפט במצורף לסיכומיהם. הם טוענים כי מדובר במקרה חריג המצדיק התערבות בפסיקת שכר טרחה. זאת ועוד, לטענתם, משנקבע כי החוזה נשוא הסכסוך הופר על ידי היזמים במספר נקודות מהותיות וכי ביטול החוזה נעשה כדין, יש לפסוק לטובתם פיצוי שבכוחו להעמידם במקום בו היו אלמלא עשו את העסקה. אחרת, בעל הדין "התמים" ייפגע מהפרת ההסכם ויאלץ לשאת בהוצאות ונזקים, שאין מחלוקת על קיומם, כך שייגרם לו חיסרון כיס. לטענת הרוכשים בתיק טהוליאן, היזמים לא חולקים על עצם העיקרון כי המפסיד

בדין חייב לשאת בהוצאות ריאליות של הצד שכנגד, שהלוא הם עצמם ביקשו מבית המשפט קמא לפסוק לטובתם את מלוא ההוצאות הריאליות בהן נשאו. הרוכשים טוענים כי שכר הטרחה שנפסק לטובתם, שכר טרחה שהוא לטענתם נמוך, מנוגד למגמת ההלכה לפסוק לבעל דין שזכה את הוצאותיו הריאליות, על מנת שלא ייצא מקופח אם התברר שצדק בתביעתו. נטען כי שכר הטרחה המבוקש הינו סביר בנסיבות העניין, שכן מדובר בשלושים וארבעה רוכשים שחלקם אף רכשו יותר מחנות אחת. חלוקת הסכום בין הרוכשים, על פי חלקם היחסי בסכום ההשבה שנפסק, אינה מותרת בידי חלקם סכום ריאלי. בנוסף, מדובר בסכום סביר שכן שכר הטרחה הותנה בתוצאת המשפט; ההליך שהתנהל בבית המשפט קמא היה הליך סבוך ומורכב והיו בו עשרות עדים, עשרות ישיבות הוכחות ומאות מוצגים; ולטענתם, לא ניתן היה להתקשר עם משרד עורכי דין בסכום נמוך משמעותית משיעור זה. הרוכשים בתיק טהוליאן מדגישים כי בתיק קדמי, בית המשפט המחוזי פסק לרוכשים שכר טרחת עורך דין בשיעור של 15% מערך ההשבה בתוספת מע"מ, על סמך שיקול דעתו וניסיונו, שכן הסכם שכר הטרחה לא צורף לסיכומים. לטענתם, הסכום שנפסק לטובתם, בסך 500,000 ש"ח הינו נמוך מדי, שכן הוא שווה רק ל-2.5% מסכום התביעה בתוספת מע"מ. זאת ועוד, הרוכשים טוענים כי נוכח מעורבות היזמים בעסקים בהיקפים של מאות מיליונים בשנה, אין חשש כי פסיקת שכר טרחה ריאלי תרתיע אותם מלפנות לערכאות. לבסוף, הרוכשים טוענים כי היזמים "עשו הכל כדי לדחות את בירור המשפט ולהקשות עליו ככל שניתן", וגם מטעם זה אין הצדקה לחייבם בשכ"ט מופחת. לעומתם, היזמים מבקשים לדחות את הערעור שכנגד וטוענים כי, כדרך ההלכה הפסוקה, אין להתערב בפסיקת שכר טרחה. כך, מקל וחומר, כאשר סכום ההוצאות שנפסק הוא גבוה למדי ואין מדובר בתיק יוצא דופן במידותיו.

יא.2. טענות הצדדים בתיק קדמי

84. היזמים בתיק קדמי מעלים טענות לעניין היקף שכר טרחת עורכי הדין שנפסק לחובתם, אשר הינו מופרז בעיניהם. לטענתם, מדובר בסכום גבוה לאין ערוך החורג מכל מתחם סבירות בנוגע לפסיקת סכומי שכר טרחת עורך דין, בייחוד בהעדר ראיות לביסוס שיעור שכזה. הרוכשים בתיק קדמי דוחים את טענותיהם ועומדים על הותרת הכרעתו של בית המשפט המחוזי בעניין שכר הטרחה על כנה.

יא.3. הכרעה

85. הצדדים העלו טענות רבות בעניין שכר טרחת עורכי הדין אשר פסק בית המשפט המחוזי בשני התיקים. ואולם, כידוע, ערכאת הערעור לא טיטה להתערב בקביעותיה של הערכאה הדיונית בשאלת הוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין (ע"א 423/80 אבדני נ' קסוטו, פ"ד לז(1) 701, 707 (1983); ע"א 9535/04 סיעת "ביאליק 10" נ' סיעת "יש עתיד לביאליק", פ"ד ס(1) 391, 396-395 (2005) והאסמכתאות הרבות המובאות שם). כפי שציינתי בעניין אחר, בהסכמת חבריי השופטת א' חיות והשופט י' דנציגר:

"25. חברות הבנייה וחברת שיכון ופיתוח מלינות על שכר הטרחה המופרז לטענתן שפסק בית המשפט המחוזי לטובת המערערים - 15% מגובה הפיצוי. הן מזכירות את האופן היעיל בו התקיים הדיון, כפי שפורט. בהתאם להסדר הדיוני לא נחקרו המצהירים על תצהיריהם (פרט למומחה) ובבית המשפט המחוזי התקיימה ישיבת סיכומים אחת בלבד. שקלתי את הטענות בכובד ראש ובסופו של דבר אני סבורה שאין מקום להתערבותנו בפריט זה. כידוע, ערכאת ערעור לא טיטה להתערב בקביעותיה של הערכאה הדיונית בשאלת הוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין (ע"א 423/80 אבדני נ' קסוטו, פ"ד לז(1) 701, 707 (1983); עניין דרוקר, 68). אין מקום לסטות מכלל זה בענייננו. שכר הטרחה אינו בהכרח נגזרת של כמות העבודה אלא בעיקר של שווי העניין. לא הייתי מתערבת אילו נפסק שכר טרחה נמוך יותר, אך אין מקום להתערבות גם בשכר הטרחה שנפסק". (ע"א 6540/05 סולל בונה בע"מ נ' אברמוביץ', סעיף 25 לפסק הדין (לא פורסם, 1.12.2008) (ההדגשות הוספו)).

בתיק קדמי, מאחר שהשופט דרורי פסק לקדמי "שכר טרחת עורך דין בשיעור 15%, מן הסכומים המגיעים לתובעים [קדמי – מ.נ.]. על פי פסקאות 323-325 [הפסקאות בפסק דינו המתייחסות למכלול הסעדים שנפסקו לטובת קדמי – מ.נ.]" – שכר הטרחה יותאם לקביעתי בעניין שיעור הריבית בגין הפיצוי המוסכם.

אין מקום להתערב בהוצאות המשפט שפסקה הערכאה הדיונית לטובת הרוכשים בשני התיקים.

86. באשר לשכר טרחת עורך דין בערכאתנו, יש להפריד בין תיק טהוליאן לבין תיק קדמי. בתיק טהוליאן, אף שהיו ערעור וערעור שכנגד, עיקר הדיון נסב סביב ערעורם של היזמים אשר נדחה. על כן, ישלמו היזמים יחד ולחוד לרוכשים בתיק זה, שכר טרחת עורך דין בסך 75,000 ש"ח פלוס מע"מ. בתיק קדמי, התקבל ערעורם של היזמים

בשאלת אחוז הריבית בגין הפיצוי המוסכם; שאר חלקי הערעור והערעור שכנגד נדחו. בתיק זה לא יהיה צו להוצאות.

יב. טיכום

87. העולה מכל האמור הוא שהערעורים והערעורים שכנגד נדחים, פרט לעניין שיעור הריבית בגין הפיצוי המוסכם בתיק קדמי. בעניין זה, הפיצוי המוסכם ישא ריבית לפי חוק פסיקת ריבית והצמדה, במקום שיעור הריבית של 10% אשר נפסק בבית המשפט המחוזי.

יג. אחרית דבר

88. את כתב הערעור מטעמם פותחים היזמים במשפט הבא:

"... הקימו המערערים [היזמים – מ.ג.] בירושלים, סמוך מאוד לשוק "מחנה יהודה" הידוע, מיתחם מסחרי – "שוקניון אגריפס" [להלן גם: המיתחם] – שבו אמורים היו לפעול, בצוותא חדא, "שוק מקורה, חנויות ועסקים נוספים, כולל מיתחם מזון מהיר" (הציטוט לקוח מס' 3 שבעמ' 2 לפסה"ד). שיווק מיתחם ייחודי זה – אותו שילוב, חדשני משהו, של שוק ושל קניון "סטנדרטי", והכל תחת אותה קורת גג – לא עלה יפה" (ההדגשות הוספו).

אכן, פרויקט השוקניון לא עלה יפה. אין לדעת אם יד המצב הכלכלי בדבר או שמא כישלון הפרויקט נעוץ בקונספט שגוי שעמד ביסודו. ואולם, מבנה השוקניון עודנו עומד על תילו ויש לקוות כי היזמים, בין היתר לאור ניסיונם הרחב בפרויקטים מסחריים ברחבי הארץ, יפעלו להחייאת המבנה, גם אם במסגרת קונספט אחר. את התקוות שתלו היזמים בפרויקט השוקניון יוכלו להגשים במסגרת "קונספט" שונה. אכן, ברוח זו, נקווה כי המרכז המסחרי שהוקם לא "יגווע", כלשון היזמים, אלא יוקם תחתיו מרכז מסחרי אחר, שהפעם יצליח.

ש ו פ ט ת

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת



השופט ד"ר י' דנציגר:

1. מסכים אני לתוצאה אליה הגיעה חברתי השופטת נאור ולנימוקיה, וברצוני להוסיף מילים מספר בעניין דחייתה של טענת היזמים בדבר הצורך בגמישות בתהליך פרשנותם של חוזים מסחריים מורכבים, כמו החוזים נשוא הערעורים שלפנינו. אכן, כפי שמציינת חברתי, אף שיש מקום לגמישות בקיומו של החוזה ואף שיש לצפות מהצדדים לו לנהוג בתום לב ולהימנע מעמידה דווקנית על קיומו, "צריכה גמישות זו להימצא בגבולות החוזה ולא מחוצה להם", גבולות אשר מעוצבים על ידי הצדדים לחוזה בשלב עריכתו ולא על ידי בית המשפט בשלב פרשנותו של אותו חוזה [פסקה 42 לפסק הדין]. כפי שכבר ציינתי לא אחת, על "הגבולות" שעיצבו הצדדים לחוזה, או במילים אחרות, על אומד דעתם הסובייקטיבי, ניתן ללמוד בראש ובראשונה מלשונו של החוזה. מקום בו לשון החוזה הינה ברורה וחד משמעית, חזקה עליה כי היא משקפת את אומד דעת הצדדים ויש לכן להעניק לה משקל מכריע בפרשנותו [ראו: ע"א 5856/06 לוי נ' נורקייט בע"מ (לא פורסם, 28.1.08), פסקה 27; ע"א 5925/06 בלום נ' אנגלו סכסון-סוכנות לנכסים (ישראל 1992) בע"מ (לא פורסם, 13.2.08), פסקה 43. כן ראו: דניאל פרידמן "לפרשנות המונח 'פרשנות' והערות לפסק דין אפרופים" המשפט ח 483 (2003); מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כט 17, 48-55 (2005); והשוו: פסק דינו של כבוד השופט י' אנגלרד בדנ"א 1792/00 מדינת ישראל נ' שדמון, פ"ד נו(5) 643, 656 (2002)]. מקום בו לשון החוזה אינה ברורה די הצורך, כי אז אין מנוס מפנייה לנסיבות החיצוניות לחוזה בניסיון ללמוד מהן על אומד דעתם של הצדדים לו [ראו למשל את דברי בע"א 2032/06 אמנון האגי נ' עזבון המנוח סלמאן יוסף זיאן (לא פורסם, 1.2.2009), פסקה 36, בע"א 8239/06 אברון נ' פלדה (לא פורסם, 21.12.08) ובבע"מ 4870/06 פלונית נ' עיזבון המנוח פלוני (לא פורסם, 24.3.08). כן ראו: גבריאלה שלו "מיהם שליטי החוזה (דיון נוסף בהלכת אפרופים)" ספר מישאל חשין 645, 664-668 (אהרן ברק, יצחק זמיר ויגאל מרזל עורכים, 2009)].

בבואו לפרש חוזה אשר לשונו ברורה, גם אם התוצאה המשפטית המתחייבת מאותה לשון אינה התוצאה הרצויה או הסבירה לשיטתו, אל לו לבית המשפט לקרוא לתוך החוזה את מה שהצדדים לא טרחו לעגן במסגרתו בצורה מפורשת, שכן:

“על בתי המשפט להימנע מליצור 'תחושה או 'אווירה' שלפיה אף חוזה אינו ברור, הכל פתוח, וכל תוצאה ניתנת להשגה באמצעות פרשנות'... אין זה תפקידו של בית המשפט ליצור עבור הצדדים חוזה סביר יותר מזה

שהם יצרו לעצמם" [דבריו של המשנה לנשיאה השופט  
א' ריבלין בדנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות - אגודה  
חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל (לא פורסם,  
11.5.06), פסקה 12].

גישה זו מתחייבת מעיקרון חופש החוזים, המוצא את ביטויו בסעיפים 23 ו-24  
לחוק החוזים המעגנים את חופש ההתקשרות בחוזה ואת חופש עיצובו של החוזה  
בהתאם לרצון הצדדים [ע"א 9323/04 מיצר לפיתוח בע"מ נ' שותפות בנין 17 מתחם  
5 (לא פורסם, 23.7.06), פסקה 23. כן ראו: דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א' 387  
(1991); גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי 24 (2005); גבריאלה שלו "מה  
נותר מחופש החוזים" משפטים יז 465, 468 (התשמ"ח)].

2. משלא נכללה במסגרת חוזי המכר נשוא הערעורים דנן תניה המחייבת את  
הרוכשים לפתוח את חנויותיהם מיד עם קבלת החזקה בהן או עם פתיחת השוקניון, או  
תניה בדבר שעות פתיחה מחייבות של החנויות השונות, הרי ש"מחדלי" הרוכשים בכל  
הנוגע לפתיחת החנויות, כנטען על ידי היזמים, לא היו בבחינת פעולות המנוגדות  
לאמור בחוזה ומסכים אני לקביעתה של חברתי כי בנסיבות אלה "אין היזמים יכולים  
לגלגל את כישלוננו של הפרויקט לפתחם של הרוכשים" [פסקה 44 לפסק הדין].

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת מ' נאור.

ניתן היום, כ"א באלול תשס"ט (10.9.2009).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט