



בבית המשפט העליון

רע"א 6519/09

בפני : כבוד השופט א' רובינשטיין

המבקשים : 1. אלי חסקל
2. צבי גליק

נגד

המשיבים : 1. יצחק אוסדיטשר
2. רוני אליהו

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב מיום 23.6.09 בתיק ע"א 2795/06 שניתן על ידי כבוד סגניות הנשיאה קובו ורובינשטיין והשופטת צ'רניאק

בשם המבקשים : עו"ד אלון מעוז

בשם המשיבים : עו"ד משה יצחק אוסדיטשר

החלטה

א. בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב (סגניות הנשיאה קובו ורובינשטיין והשופטת צ'רניאק) מיום 23.6.09 בתיק ע"א 2795/06, בגדרו התקבל באופן חלקי ערעור המשיב 1, ונקבע כי אינו חייב בתשלום דמי תיווך למבקשים.

רקע והליכים

ב. בין הצדדים נחתם ביום 25.8.98 הסכם קצר (להלן ההסכם הראשון), לפיו המשיבים מתחייבים לשלם למבקשים בעבור תיווך בעסקה בין המשיבים (באמצעות חברת אלרוי בניין והשקעות בע"מ, להלן אלרוי) לבין חברת אפרודיטה אחזקות בע"מ (להלן אפרודיטה). זו לשונו של ההסכם :

1. צד ב' (המשיבים – א"ר) ישלם לצד א' (המבקשים – א"ר) עבור תיווך בעסקת בניית 2 מבני משרדים בסגולה עם חברת אפרודיטה 2001, סך של \$68,250 סך הכל לעסקה.

2. התשלום יבוצע כדלהלן: מקבלת היתר תוך 10 חודשים סך כל הסכום, במידה ויתאפשר לשלם חלקים מהתשלום מוקדם, צד ב' ישתדל לבצע את התשלום המוקדם."

ביום 8.9.98 נחתם הסכם בין אלרוי לאפרודיטה (להלן הסכם העסקה) שעניינו הקמתו, ביצועו ומכירתו של פרויקט של מבני תעשייה (להלן העסקה). בסופו של יום, לא יצאה העסקה אל הפועל. בשנת 2002 תבעו המבקשים את המשיבים בבית משפט השלום בתל אביב, לתשלום דמי התיווך שנקבעו בהסכם הראשון. המשיבים תבעו מנגד נזקים שונים שכנטען נגרמו להם בשל מצגי שווא מצד המבקשים. גדר המחלוקת בין הצדדים נוגע לשאלה האם העסקה בה תיווכו המבקשים היא "עסקה בזכות במקרקעין" כהגדרתה בחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996 (להלן חוק המתווכים), ובהתאם – האם יש לבחון את הזכאות לדמי תיווך במסגרת חוק זה אם לאו.

ג. בית משפט השלום בתל אביב (השופט בן חיים), בפסק דינו המפורט מיום 13.6.06 בתיק א 171137/02 ובתיק א 207125/02, קבע כי אין מדובר בעסקה בזכות במקרקעין, אלא בעסקת בנייה בלבד; נקבע, כי משום כך אין חוק המתווכים חל על המקרה, ועל המשיבים לשלם את דמי התיווך המוסכמים למבקשים. תביעת המשיבים נדחתה והם חויבו בהוצאות. המשיב 1 עירער על פסק הדין לבית המשפט המחוזי, וכשנה לאחר מכן הצטרף להליך אף המשיב 2 (אף כי כמשיב ולא כמערער).

ד. בבית המשפט המחוזי התקבל הערעור באופן חלקי (23.6.09), כך שבוטל חיוב המשיבים בתשלום דמי תיווך למבקשים, אך נותרו על כנן דחיית תביעתם המקורית של המשיבים (בנזיקין) וכן פסיקת ההוצאות. בית המשפט ערך דיון ארוך ומנומק; לאחר שקבע כי לא ניתן להסיק בדבר אופי העסקה מתוך ההסכם הראשון בלבד, בחן את הוראות הסכם העסקה בין אלרוי לאפרודיטה וקבע כי מדובר בעסקה בזכות במקרקעין, עסקת קומבינציה.

ה. בטרם אמשיך לא אמנע לומר כי ראוי למצוא – אם טרם נמצא – להסכם (או עסקת) קומבינציה שם עברי, הן לשם כבודה של לשוננו והן כדי שלא יהא מי שיערב מונח זה עם ביטוי העגה הנפוץ "קומבינה", שמשמעו אינו חיובי, ועניינו דרך נפתלת להשגת תוצאה; למונח אחרון זה כבר הומצא פועל ("לקמבן"), וכל השומע תצלינה אוזניו. לא למותר להזכיר, כי מילון אבן שושן המרוכז, מהדורת 2004, מגדיר "קומבינציה" בשתיים: (1) צירוף, הרכבת דברים שונים בצורה מסוימת; (2) תכסיס, תחבולה, אמצאה, תכנית מחושבת להשגת דבר מה. המשמעות הראשונה קרובה להסכם הקומבינציה, השניה – ל"קומבינה". מילון זה מגדיר "קומבינה" כמונח מלשון הדיבור שעניינו "תחבולה מתוחכמת להשגת מטרה מסוימת".

בעקבות תרגומו של מאיר שלי למונח combination (מילון מונחי אנגלי-עברי – המחבר היה “הנסח המיתולוגי” של החקיקה במשרד המשפטים לאורך עשורים אחדים) אולי הייתי מכנה זאת בעברית “הסכם (או עסקת) חבירה” או “הסכם (עסקת) שילוב”; אגב, מילון מונחים משפטיים עברי-אנגלי מאת אליהו מוזס משתמש בביטוי “עסקת קומבינציה”. בירור באקדמיה ללשון העברית העלה, כי הנושא טרם הוסדר בלשונו. ראו גם הפרק “מעלליה של עסקת קומבינציה, הפסד שלא היה וריוח שאינו ממוסה”, בספרו של פרופ' יוסף מ' אדריעי אירועי מס, עלייתם (ואיבונם?) של דיני מיסים בישראל, 147.

ו. נשוב לענייננו: נוכח קביעתו האמורה של בית המשפט המחוזי, בחן את הדרישה לתשלום דמי תיווך בהתיחס לחוק המתווכים. בהתאם לחוק זה, קבלת דמי תיווך מותנית בהחזקה ברשיון תיווך תקף (ס' 14(א)), ואין חולק כי למבקשים לא היה רשיון שכזה. בחריגים לדרישת הרשיון נקבע בחוק בין היתר, כי מי “שערב תחילתו של חוק זה עסק בתיווך במקרקעין, רשאי להמשיך ולעסוק בתיווך במקרקעין - גם ללא רשיון - במשך שנתיים נוספות מיום תחילתו של חוק זה” (סעיף 20(א)). אמנם, הסכם התיווך נחתם בתוך המועד הקבוע בחוק, אך נקבע, כי המבקשים לא הוכיחו את טענתם העובדתית שהיו בעיסוקם מתווכים במקרקעין. נוכח האמור, נקבע כי המבקשים אינם זכאים לתשלום דמי תיווך.

טענות הצדדים

ז. הבקשה הנוכחית, המפורטת מאוד, עותרת להחזרת פסק דינו של בית משפט השלום על כנו, כך שיתחייבו המשיבים בתשלום דמי תיווך למבקשים. נטען, כי קביעת בית המשפט שמדובר בעסקה במקרקעין מנוגדת לכוונת הצדדים, אשר הסכימו על עסקת בנייה. כן נטען, כי אין לסווג את העסקה על סמך ניתוח הסכם העסקה, שנכרת במועד מאוחר להסכם הראשון, ושהמבקשים לא היו שותפים להכנתו וכרייתתו. עוד נטען, כי בית המשפט שגה בעשותו שימוש במבחנים הלקוחים מתחום דיני המיסים לשם סיווג העסקה כעסקה במקרקעין, מקום שעסקינן בדיני קניין וחוזים. נטען, כי עמידתם הדווקנית של המשיבים על הוראות חוק המתווכים לוקה בחוסר תום לב, ולכן יש לחייבם בדמי תיווך. לבסוף נטען, כטענה עובדתית, כי המבקשים עסקו בתיווך במקרקעין ואף הועסקו במשרד תיווך, וכי בשל כך חל עליהם החריג המצוי בסעיף 20 לחוק המתווכים, וככל שמדובר בעסקה במקרקעין, זכאים הם לדמי תיווך. לחלופין, נטען כי אם אין לראות במבקשים מתווכים במקרקעין, מדובר בעסקת תיווך אקראי שביצעו מי שלא היו מתווכים, ויש לקבוע שהמבקשים זכאים לדמי תיווך; זאת – נוכח הפסיקה בע”א (ת”א) 3252/05 טרכטנברג נ’ אפריקה ישראל מגורים בע”מ, שקבעה כי אין חוק המתווכים שולל דמי תיווך בעסקאות אקראי (יצוין, כי בקשת רשות ערעור על פסק דין זה תלויה ועומדת בבית משפט זה – רע”א 5616/08).

ח. בתגובתם, דוחים המשיבים את טענות המבקשים; נטען, כי מדובר בטענות עובדתיות שאין לדון בהן מחדש בגלגול שלישי, ובטענות המועלות לראשונה בגלגול זה. נטען, כי קיום ההסכם הראשון הותנה בקיום העסקה הראשית; כי דמי התיווך צריכים היו להשתלם מתוך רווחי הפרויקט, ומשזה לא יצא את הפועל, לא היה מקום לתשלום. עוד נטען, כי המבקשים היו חסרי תום לב, שעה שלא גילו את היותם בעלי עניין בעסקה. כן נטען, כי בהליכים הקודמים עמדו המבקשים על טענתם שמדובר בעסקת בניה, ולא עסקה במקרקעין, ועל כן אין להלום את דרישתם כעת לדון בעקרונות של פרשנות 'עסקה במקרקעין'. הודגש, כי תביעתם המקורית של המבקשים לדמי תיווך הוגשה כארבע שנים לאחר החתימה על ההסכמים.

דיון והכרעה

ט. כך מגדיר חוק המתווכים את המונחים הדרושים לענייננו ואת הזכות לקבלת דמי תיווך:

1. ... "תיווך במקרקעין" - הפגשה בתמורה בין שני צדדים או יותר, לשם התקשרותם בעסקה בזכות במקרקעין; "זכות במקרקעין" - כמשמעותה בחוק המקרקעין...

2. איסור עיסוק ללא רשיון
(א) לא יעסוק אדם בתיווך במקרקעין, אלא אם כן הוא בעל רשיון ובהתאם להוראות חוק זה.

14. דמי תיווך
(א) מתווך במקרקעין יהיה זכאי לדמי תיווך מאת לקוח אם נתקיימו כל אלה:
(1) הוא היה בעל רשיון לפי חוק זה בעת שעסק בתיווך או שחל עליו, באותה עת, פטור זמני בהתאם לאמור בסעיף 20; ...

20. הוראות מעבר
(א) על אף האמור בסעיף 2, אזרח או תושב ישראל שערב תחילתו של חוק זה עסק בתיווך במקרקעין, רשאי להמשיך ולעסוק בתיווך במקרקעין - גם ללא רשיון - במשך שנתיים נוספות מיום תחילתו של חוק זה.

י. נוכח הוראות החוק, צדקו בתי המשפט הקודמים כי לשם קביעת החיוב בדמי תיווך יש להכריע תחילה בשאלה, האם תיווכו המבקשים "לשם התקשרות בעסקה בזכות במקרקעין" (סעיף 1). שאלה זו תיבחן על פי כוונת הצדדים ("לשם" - כיסוד נפשי), ואפשר לפנות להסכם הראשון לשם כך. כאמור, בית המשפט קבע כי בנסיבות שלפנינו לא ניתן ללמוד באופן החלטי על אופי העסקה מן האמור בהסכם הראשון, המונה אך שני סעיפים קצרים. במצב דברים זה, אין פסול בפניה להסכם העסקה גופה בכדי ללמוד על כוונת התיווך ועל אופי העסקה, אף כי לטעמי "תיווך בעסקת בניית 2 מבני משרדים..." משמיע עסקה במקרקעין. ברי, שהסכם העסקה

שנחתם כשבועיים בלבד לאחר הסכם התיווך יכול לתת אינדיקציה לכוונת הצדדים. מובן, כי בפני המבקשים פתוחה היתה הדרך להביא הוכחות לסתור, אך דומה שלא עמדו במשימה זו.

יא. לאחר שעיינתי בסעיפי ההסכם ונספחיו, איני רואה להתערב במסקנת בית המשפט המחוזי כי אמנם מדובר בעסקה בזכות במקרקעין. כך למשל, חלוקת הנטל הכלכלי והסיכונים בין הצדדים, שגם אם אינה מדברת "ברחל בתך הקטנה" במתן בעלות לאלרוי הקבלן, הריהו שותף מלא לפרויקט שכל כולו מקרקעין ב-50% מן הרווחים; וההתייחסות בנספח לתשלום מסים מן הסוג החל על עסקאות במקרקעין, למשל "מס רכישה – אם יחול – על הקבלן"; מצביעים על עסקת קומבינציה. אכן, עיקר המחלוקת בין בית המשפט המחוזי לבית משפט השלום היה בסיווג העסקה, המשליך ישירות על תוצאות התיק. כשלעצמי סבורני כי צדק בית המשפט המחוזי לעניין זה, ולדידי אחיזת השור בקרניו מביאתנו לעסקה בזכות במקרקעין. בית המשפט המחוזי הזכיר את הצורך בבדיקת מכלולה של העסקה (ראו ע"א 614/82 מנהל מס שבח מקרקעין נ' חברת ש.א.פ. בע"מ, פ"ד מא(3) 738, 735 שם דובר מפי השופט א' גולדברג על "התוכן הכלכלי והמהות האמיתית של העסקה" (שם, לענייני מס), שעל פיהם יש לפרש את המונח "מכירת זכות במקרקעין"). ואכן, הלבוש שנתנו הצדדים לעסקה כבודו במקומו, אך אין מנוס מחיטוט בקרביה, וכפי שציטט בית המשפט המחוזי מפרשת ש.א.פ. (עמ' 738-739) יש צורך ב"בחינת היקפו ושיעורו של הכוח המסור לקבלן על פי החוזה בכל הנוגע לבניה עצמה ולמכירת הדירות. וככל שחופש פעולתו, מידת מעורבותו ומתחם שיקול דעתו בעניינים אלה גדולים יותר, כן תיטה הכף לעבר המסקנה כי לא במבצע בניה ובמורשה גרידא עסקינן, אלא במי שגם רכש, מאחורי המסך הלשוני של החוזה, זכויות בנכס באופן אישי". נוכח האמור, יש לבחון את עניינם של המבקשים בהתאם לחוק המתווכים.

יב. טענתם העובדתית של המבקשים שהיו מתווכים בעיסוקם ערב כניסת החוק לתוקפו, וכי משום כך באים הם בגדר החריג המצוי בסעיף 20 לחוק, נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי (ראו פסקה 15 לפסק הדין, המקובלת עלי). כנודע, אין דרכה של ערכאת ערעור להתערב בקביעות עובדתיות. במיוחד כך, שעה שהמבקשים טוענים טענות עובדתיות חלופיות, לפיהן עסקו בתיווך לצורך החריג שבסעיף 20, אך גם לא עסקו בתיווך, לצורך היחשבות כעורכי עסקת אקראי. אין להלום אחיזת החבל בשני קצותיו. מכאן, שגם אין לקבל את טענתם כי ערכו עסקת אקראי המוחרגת מן החוק; עסקת אקראי הוגדרה בפרשת טרכטנברג כעסקה שתוכה על ידי מי שאינו מתווך מקרקעין בעיסוקו, ואילו המבקשים עומדים על כך שעסקו בתיווך דרך עיסוק. יש בכך גם מעין השתק שיפוטי (רע"א 4224/04 בית ששון בע"מ נ' שיכון עובדים והשקעות בע"מ, פ"ד נט(6) 625). לא זו אף זו, מקריאת פסק הדין של בית המשפט המחוזי, דומה כי הטענה בדבר עסקת אקראי מועלית לראשונה בגלגול זה, ובית משפט זה אינו דן ככלל בטענות המועלות לראשונה בגלגול שלישי. נוסף על כך, כי התנהגות המבקשים – אשר עומדים על

קבלת דמי תיווך בעבור עסקה שלא יצאה את הפועל, ואשר תבעו את התשלום זמן ניכר לאחר חתימת ההסכמים – מעוררת אף היא חוסר נחת מסוים. לסיכום נקודה זו – המבקשים אינם זכאים לדמי תיווך לפי חוק המתווכים. נוכח כל האמור, גם איני רואה – במקרה דנן – לדון בשאלת הזכאות לדמי תיווך מחמת הצדק, שהמבקשים טענו לה. רשות ערעור בגלגול שלישי משיקולי צדק שמורה למקרי "עוול משווע" (רע"א 5427/06 כליף נ' אבישי (לא פורסם)); ואולם בנידון דידן אף לא יצאה העסקה אל הפועל, ואין המקרה תואם סוג זה של שיקולים. זאת, הגם שהמשיבים עצמם אינם יכולים להתעטף כליל באדרת צחה, שהרי חתמו על ההסכם. אשר על כן, איני נעתר לבקשה.

יג. אבקש להשאיר בצריך עיון את השאלה שהתעוררה לא אחת בבתי המשפט הקודמים: מה דינו של הסכם, הכולל התחייבות לתשלום דמי תיווך על עסקת תיווך שאינה עומדת בתנאי חוק המתווכים? במספר פסקי דין התייחסו בתי המשפט להסכם שכזה כפסול ובטל, על פי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973 (להלן חוק החוזים), כך שלא הותר תשלום דמי תיווך; פעמים אף נקבע כי סעיפים שונים בחוק המתווכים, או אף החוק כולו, הם קוגנטים (השופט - כתארו אז - אברהם בע"א (נצרת) 2178/02 אמנון אזערי בע"מ נ' בושרי (לא פורסם)); השופט סוקול בע"א (חיפה) 3455/06 דה כהן בע"מ נ' עמרם (לא פורסם); ת"א (ירושלים) 2433/03 סימקוביץ' נ' רג'זאן (לא פורסם); ת"א (תל-אביב-יפו) 214213/02 טל שחר נכסים בע"מ נ' אסקיו (לא פורסם); ת"א (תל-אביב-יפו) 21227/05 פרידון נ' אברהם (לא פורסם); ת"א (תל-אביב-יפו) 57232/05 גבעתי חברה לנכסים והשקעות בע"מ נ' לוי (לא פורסם); פרשת טרכטנברג). השופט סוקול עמד על הקושי שבקביעת דמי תיווך במקרים הסותרים את הוראות חוק המתווכים:

"בשל אופיו המיוחד של הסכם התיווך ותכליותיו של חוק המתווכים, יש להיזהר בהכרה בעילות תביעה חלופיות, שמא נמצא עצמנו מרוקנים את החוק מכל תוכן. במיוחד יש להדגיש כי לשלילת הזכות לדמי תיווך יש חשיבות הרתעתית, ועקיפתה בדרך של הכרה בעילות חלופיות תסכל את תכליתו של החוק" (פרשת דה כהן).

לעומת זאת, בפסקי דין אחרים, חויבו לקוחות בתשלום דמי תיווך מחמת הצדק, בהסתמך על הסיפה של סעיף 31 לחוק החוזים, בין היתר בטענות שבמקרים מסוימים אין פגם אי-החוקיות יורד לשורשו של עניין, או שיש לכבד את הסכמת הצדדים (השופט ממזן בפרשת אזערי; וכן ת"א (חיפה) 5912/04 בראל נכסים בזכרון יעקב בע"מ נ' מרום (לא פורסם); ת"א (תל-אביב-יפו) 22706/06 ישראלהום סוכנות לנכסים בע"מ נ' רסלס (לא פורסם); ת"א (תל-אביב-יפו) 46665/05 אשכנזי נ' מגדלי הדר אפקה בע"מ (לא פורסם)).

יד. בתי המשפט התמודדו לעניין זה עם שלושה סוגים עיקריים של מקרים: מקרים בהם המתווכים לא החזיקו ברשיון תיווך תקף; מקרים בהם היה המתווך תאגיד שאינו מחזיק ברשיון תיווך, בין אם המועסקים בו היו בעלי רשיון תיווך ובין אם לאו; ומקרים בהם נפלו פגמים בכתב ההזמנה לביצוע התיווך, או שהזמנה כזו כלל לא באה לעולם. אמנם, כשלעצמי סבורני כי יש לבדוק כל מקרה לגופו היטב, כדי שלא לפגוע בתכליתו של חוק המתווכים, אך גם לא הייתי רוצה לפתוח פתח לרמאים להתחמק מחבות באופן "מתוחכם". מכל מקום, ההכרעה המשפטית המנחה תונח כאמור לעת מצוא, אך ייתכן שקרבה השעה לכך, לשם הבהרת המצב המשפטי והגברת האחידות והודאות בפסיקה. ואולם, כאמור, במקרה דנן אין צורך להידרש לסוגיה זו באופן ממצה, משאין מקום למתן רשות ערעור בנסיבות התיק.

טו. המשיב 2 זכה בתוצאת פסק הדין בבית המשפט המחוזי – הגם שלא עירער והיה בשלב מסוים למשיב בתיק הערעור - מכוח תקנה 462 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984. בית המשפט נימק זאת ב"תיקונו של עולם", שבשלו "אין להותיר את אליהו כמי שנושא בחיוב לבדו במקום בו המשיבים (המבקשים כאן-א"ר) אינם זכאים לו". זאת, אף שברגיל "הלכה היא שבית המשפט לא יעשה עצמו אפוטרופוס של מי מהצדדים, ועל כן, בשיטה האדברסרית הקיימת אצלנו, רק במקרים נדירים יעשה שימוש בסמכותו על פי תקנה זו, ויושיט סעד לצד אשר לא עירער" (ע"א 695/79 מפעל התורה למען הישיבות בארץ נ' כהן, פ"ד לז(2) 52, 68 מפי השופט - כתארו אז - אור). לאחרונה נדונה התקנה בבע"מ 9518/08 פלוני ואח' נ' פלוני ואח' (לא פורסם), שם נאמר כי השימוש בתקנה אינו חזון נפרץ, אך "בסופו של דבר, יתכנו מקרים שבהם עירערו רק חלק ממי שעניינם נידון בערכאה הראשונה והיה זהה, והכרעה שיפוטית בערעור, גם מטעמים מעשיים, תחול על האחרים, אף שלא עירערו" (פסקה י"ד). דומה שכך אף בענייננו. עוד ראו ע"א 4126/05 חג'אזי נ' ועד עדת הספרדים (לא פורסם) והאסמכתאות דשם.

טז. סיכומו של דבר, אין בידי להיעתר לבקשה. נוכח כלל הרקע בתיק, איני רואה מקום לזכות את המשיבים בשכר טרחה, כמותי בבית המשפט המחוזי.

ניתנה היום, י"א בשבט התש"ע (26.1.10).

ש ו פ ט

