בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

**ע"א 2274/21**

| | |
|---|---|
| לפני: | כבוד השופט ד' מינץ<br>כבוד השופט א' שטיין<br>כבוד השופטת ג' כנפי-שטייניץ |
| המערערת: | נטע מור |
| | נ ג ד |
| המשיבות: | 1. אלעד ישראל מגורים בע"מ<br>2. אמת"ש השקעות בע"מ |
| המבקשת להצטרף: | לשכת עורכי הדין בישראל |
| | ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו (השופט ע' מאור) שניתן ביום 18.2.2021 בת"א 24687-02-19 |
| תאריך הישיבה: | כ"ב באייר התשפ"ב (23.5.2022) |
| בשם המערערת: | עו"ד חגי שלו; עו"ד מייק ביטון |
| בשם המשיבות: | עו"ד גד חלד; עו"ד ליאור גוטוירט; עו"ד יוסי שכטר |
| בשם המבקשת להצטרף: | עו"ד אריאל טרון; עו"ד לירז סבן |

## פסק-דין

השופט א' שטיין:

הסוגיה המשפטית

1. מהו היקף חובת הגילוי אשר מוטלת על קבלן שמוכר דירה "על הנייר" במסגרת חובתו לנהוג בתום-לב ובדרך מקובלת במשא ומתן עם רוכש הדירה? מהו הסעד לו יהא זכאי הרוכש במקרה בו הופרה חובת הגילוי האמורה, אולם החוזה אשר נכרת בהתבסס על מצגי הקבלן במשא ומתן לא בוטל, אלא קויים?

בשאלות לא פשוטות אלה מוטל עלינו לדון ולהכריע במסגרת הערעור שלפנינו. בגדרי ערעור זה מבוקש ביטולו של פסק הדין בת"א 24687-02-19 אשר ניתן על ידי בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו (השופט ע' מאור) ביום 18.2.2021.

2. אקדים ואומר שלו תשמע דעתי, נקבע כי הקבלן – המשיבות דכאן, שחברו יחדיו – הפר את חובתו האמורה במקרה שלפנינו; ועל כן נקבל את הערעור ונורה על החזרת הדיון לבית משפט קמא על-מנת שיכריע בשאלת הפיצוי לו זכאית המערערת, רוכשת הדירה שבה קא עסקינן – זאת, בהתאם לנוסחת הפיצוי אותה אציג ואסביר בהמשך דבריי.

הרקע לתביעה וההליכים בפני בית משפט קמא

3. המשיבות בערעור שלפנינו – אלעד ישראל מגורים בע"מ ואמת"ש השקעות בע"מ (להלן: המשיבות) – הינן בעלות הזכויות במקרקעין שבשכונת בבלי בתל אביב. בהתאם לתכנית בניין העיר התקפה, קידמו המשיבות את הקמתו של פרויקט מגורים המורכב, בעניינו-שלנו, מצמד מבני מגורים שביניהם ניצב "מבנה לרווחת הדיירים" אשר מאכסן חדר כושר ושירותים שונים (להלן: המבנה לרווחת הדיירים). במערכת החוזית המחייבת את בעלי הדין שעומדים לפנינו, הפרויקט נקרא בשם "פארק בבלי" (להלן: הפרויקט).

4. במהלך שנת 2014 התעניינה המערערת שלפנינו, גב' נטע מור (להלן: המערערת או רוכשת הדירה), ברכישת דירת מגורים בפרויקט. המערערת שינתה את דעתה מספר פעמים בנוגע לזהות הדירה בפרויקט, אותה ביקשה לרכוש. עקב כך, שלחה המערערת למשיבות חמישה מכתבי "בקשה לרכישת יחידת מגורים בפארק בבלי" ביחס לחמש דירות שונות, כאשר הדירות נבדלות ביניהן בקומה ובכיווני האוויר. ביום 22.7.2014 שיגרה המערערת למשיבות בקשה לרכישת דירה בת שישה חדרים בקומה התשיעית בבניין מספר 1 (להלן: בניין מספר 1 או הבניין) שמספרה 1091 (להלן: דירה 1091) – וזאת, כנגד תמורה בסך של 5,222,850 ש"ח. כעבור מספר ימים, שינתה המערערת את דעתה, וביום 31.7.2014 חתמו המשיבות והמערערת על הסכם מכר, אשר בהתאם לאמור בו המערערת רכשה דירה בת חמישה חדרים שמספרה 1044 (להלן: דירה 1044) – וזאת, כנגד תשלום של 5,163,861 ש"ח (להלן: הסכם המכר).

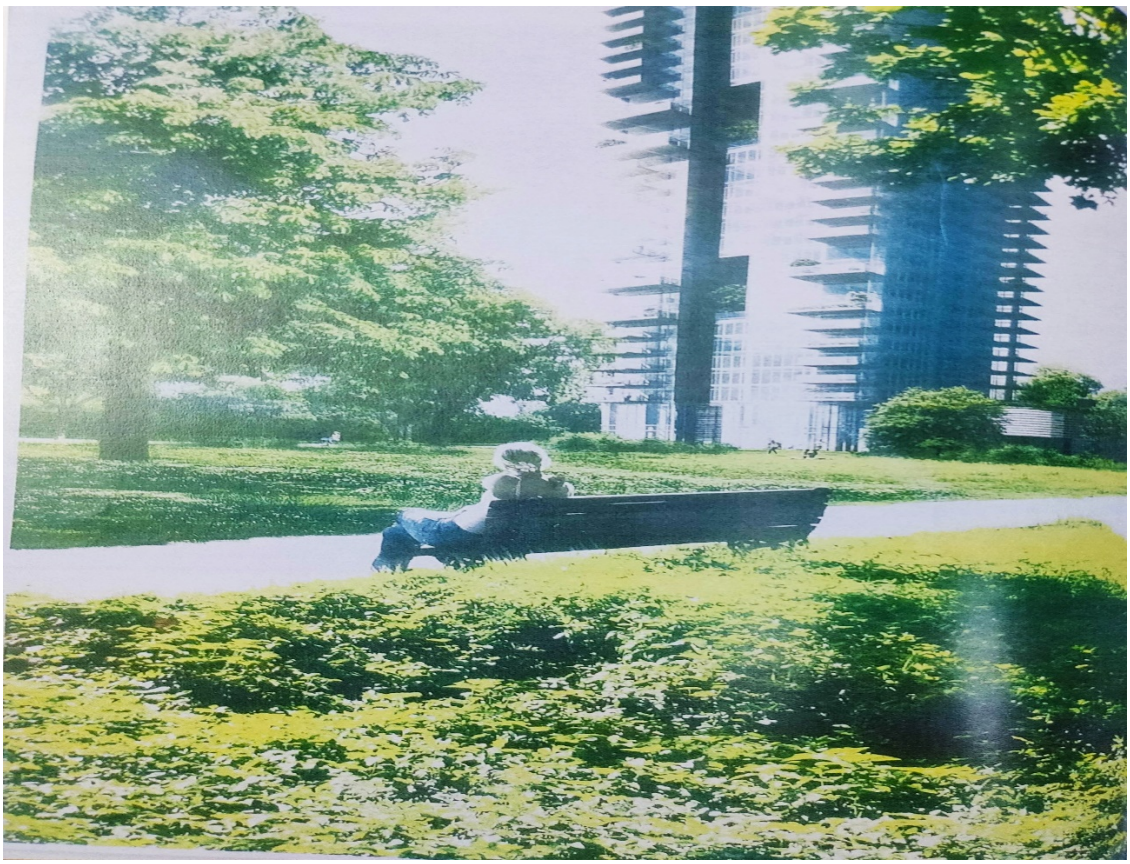
5. בהתאם להסכם המכר, דירה 1044 ממוקמת בקומה מספר ארבע – קומת המגורים הראשונה מעל לשלוש קומות שירות – בבניין מספר 1. כיווני האוויר של הדירה פונים לדרום-מערב באופן הבא: חדר השינה הראשי, שני חדרי שינה נוספים, מחצית מחלל המגורים ומרפסת השמש היוצאת מחלל המגורים – פונים מערבה, והנוף הנשקף מהם הוא הפארק ובריכת שחייה אשר מתוכננת להיבנות כחלק מהפרויקט ולשמש את

דיירי צמד הבניינים; מחציתו השנייה של חלל המגורים וחדר שינה נוסף פונים דרומה, והנוף הנשקף מהם חסום באופן ממשי, אם כי לא מוחלט, על ידי גג המבנה לרווחת הדיירים. חסימה זו של הנוף (להלן: החסימה) היא הנושא המרכזי של דיוננו-שלנו.

6. המערערת, רוכשת הדירה, רכשה אותה, בטרם הקמתה, "על הנייר". במועד כריתתו של הסכם המכר טרם החלה בניית הפרויקט ואף טרם ניתן לו היתר בניה. כדרכן של עסקאות כאלה, המערערת לא יכלה להתרשם באופן בלתי אמצעי מהדירה ומתכונותיה, אלא נאלצה לדמיין את הדירה בעזרת המצגים שהוצגו לה על ידי המשיבות. בין יתר המסמכים שנמסרו למערערת, הועברו לעיונה תמונות הדמיה של הפרויקט בהן נראה המבנה לרווחת הדיירים בסמיכות רבה מאוד למיקום המשוער של דירה 1044, אולם לא ניתן לראות האם גגו של המבנה לרווחת הדיירים גבוה מרצפת דירה 1044 ויוצר את החסימה.

לנוחיות הקוראים, אציג את תמונת ההדמיה אשר נוגעת לענייננו:





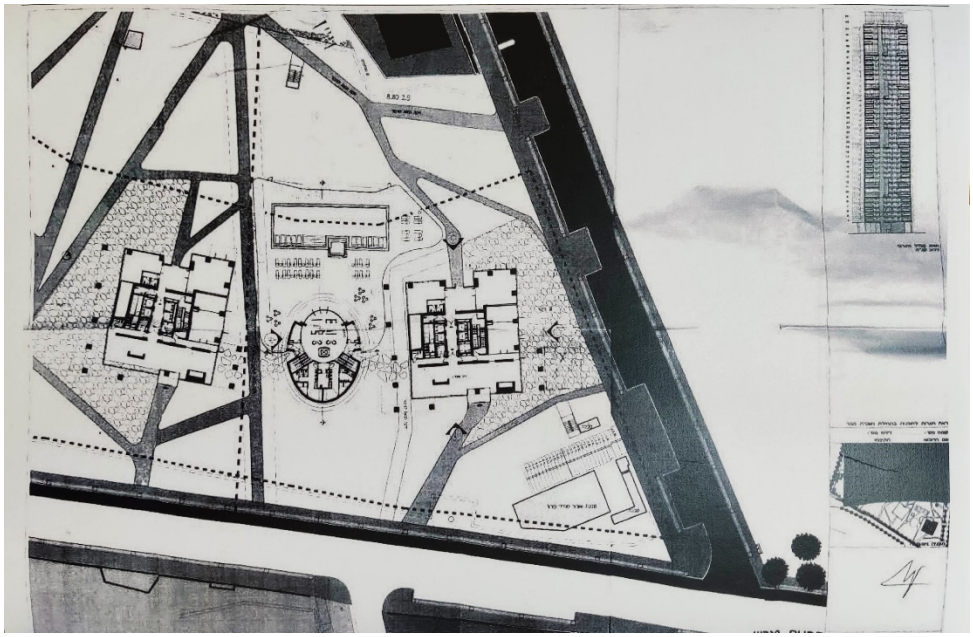
7. להסכם המכר צורפו "מפרט ותכניות מכר" לפי צו מכר (דירות) (טופס של מפרט), התשל"ד-1974 (תיקון התשס"ח - 2008) (להלן: המפרט). במפרט מופיעות מספר הוראות הרלבנטיות לענייננו; ואלה הן:

> "1.1. תיאור הבניין – מגדל מגורים "רב קומות" הידוע בשם "1", אחד מתוך שני בניינים 1 ו-2 הנמצאים מעל מרתף תת קרקעי משותף לשני הבניינים ו/או יותר. בנוסף בין הבניינים יבנה מבנה לרווחת הדיירים ובריכת שחיה (פתוחה) לשימוש דיירי בנינים 1 ו-2.
>
> 2.13 מבנה לרווחת הדיירים, משותף לבניינים 1 ו-2: המבנה בן 3 מפלסים עם מעלית פנימית [...].
>
> 3.1 גובה הדירה: גובה הדירה מפני הריצוף עד תחתית התקרה: כ-2.70 מ'" (ההדגשה הוספה – א.ש.).

כמו כן, בטבלה מס' 1 בסעיף 1.2 למפרט נאמר שמתחת לקומה 4 – בה שוכנת דירה 1044 – ייבנו שלוש קומות של חניה תת קרקעית, לובי בגובה של שתי קומות וקומת גלריה שתשכן, בין היתר, שתי דירות מגורים.

8. להסכם המכר צורף "תשריט העמדת המבנים בקומת קרקע" בו ניתן לראות את מיקומו המתוכנן של המבנה לרווחת הדיירים ביחס לבניין מספר 1. התשריט מלמד על כך שהמבנה לרווחת הדיירים תוכנן להיבנות בסמיכות לבניין מספר 1.

לנוחיות הקוראים, אציג את החלק הרלבנטי מהתשריט:



9. בטרם נחתם הסכם המכר, הוגשה על ידי המשיבות בקשה להיתר בניה לבניין מספר 1 ולמבנה לרווחת הדיירים. עיון בתשריט הבקשה מגלה בבירור שהמבנה לרווחת הדיירים תוכנן כך שגגו יהא גבוה מרצפתה של דירה 1044, באופן שיחסום באופן ממשי את החזית הדרומית של דירה 1044 וייצור את בעיית החסימה. הבקשה להיתר בניה לא הוצגה למערערת על ידי המשיבות ואינה מהווה חלק מהסכם המכר. עובדה זו אינה שנויה במחלוקת.

10. ביום 3.2.2015 ניתן לבניין ולמבנה לרווחת הדיירים היתר בנייה (להלן: היתר הבניה). לאחר קבלת היתר הבניה זומנה המערערת – כמו שאר רוכשי הדירות – לחתימה על "נספח קבלת היתר בניה". ביום 17.2.2015 נמסר למערערת העתק מהיתר הבנייה בו הוצג לה היתר הבניה, והמערערת חתמה שהיתר הבניה נמסר לידיה. בתשריט היתר הבניה ניתן לראות בבירור שהמבנה לרווחת הדיירים יחסום באופן ממשי את החזית הדרומית של דירה 1044. אחרי קבלת היתר הבנייה המערערת לא פנתה למשיבות בטענה כלשהי בנוגע לחסימה.

11. במהלכו של חודש אפריל 2018 ביקרה המערערת באתר הפרויקט לאחר שהקמתו החלה. בביקורה זה ראתה המערערת שהמבנה לרווחת הדיירים נבנה, בהתאם להיתר הבניה, כך שגג המבנה חוסם באופן ממשי את החזית הדרומית של דירתה: דירה 1044.

בהקשר זה, אציין שמבני המגורים בפרויקט תוכננו ובוצעו כך שחזיתותיהם שקופות – דבר שמעצים את השפעת הנוף על ההנאה מהדירה.

12. ביום 27.6.2018 פנתה המערערת לראשונה למשיבות בטענה לפיה במהלך המשא ומתן הוצגו לה מצגים לפיהם דירה 1044 תהא פתוחה לנוף בכל היקפה. המערערת ביקשה מהמשיבות לתאם עמה פגישה על-מנת לדון בבעיית החסימה ולנסות להגיע לפתרונה המוסכם. בהמשך, שלחה המערערת למשיבות טיוטת כתב תביעה שלפי דבריה בכוונתה להגיש נגדן, וכן חוות דעת שמאית אשר נערכה על ידי מר ערן עומר (להלן: שמאי המערערת). בחוות דעת זו נאמר כי הפער בין שווי דירה 1044 במצבה הנוכחי לשוויה בלא החסימה עומד על סך של 900,000 ש"ח נכון ליום 30.8.2018. הצדדים ניהלו ביניהם מגעים, שכללו גישור אצל עורך דין, אולם לא עלה בידם להגיע לפתרון מוסכם של בעיית החסימה.

13. באין פתרון מוסכם לבעיית החסימה, הגישה המערערת את תביעתה לבית משפט קמא. לאחר השלמת ההליכים המקדמיים (אליהם נדרש בית משפט זה במסגרת רע"א 1308/20), הגישו הצדדים את ראיותיהם. מטעם המערערת הוגש תצהיר עדות ראשית של המערערת עצמה אליו צורפו נספחים שונים, לרבות חוות דעת חדשה מטעם שמאי המערערת, לפיה נזקי המערערת נכון ליום 30.8.2018 (אותו תאריך שביחס אליו הוערכו נזקי המערערת בחוות הדעת הראשונה) עומדים על סך של 2,150,000 ש"ח. אציין שהמערערת התייחסה בתצהירה למצגים שהוצגו לה, לכאורה, על ידי גב' ענת שוורץ (להלן: גב' שוורץ) – אשר תוארה על ידי המערערת כאשת מכירות של המשיבות – ועל ידי גב' דנה אילן (להלן: גב' אילן) – סמנכ"לית השיווק אצל המשיבות. על-אף שהמערערת טענה במישרין בנוגע למצגים שהוצגו בפניה על ידי גב' שוורץ וגב' אילן, היא לא הגישה תצהירים מטעמן ואף לא ביקשה לזמנן למתן עדות.

14. מטעם המשיבות הוצגו תצהירי עדות ראשית של גב' יעל כהן – מנהלת התחום האדריכלי בפרויקט וכן תצהירה של גב' אילן. כן צורפה חוות דעה מומחה שנערכה על ידי שמאי המשיבות, אינג' רחמים שרים (להלן: שמאי המשיבות). בנוסף לאמור הודיעו המשיבות שבכוונתן לזמן לעדות את גב' שוורץ וכן את באת-כוחה של המערערת בהליך הרכישה, עורכת הדין אורית נמדר-אבני (להלן: עו"ד נמדר-אבני). בהודעה זו נאמר שלא עלה בידי המשיבות לקבל משתי אלה תצהירי עדות ראשית.

15. גב' אילן, גב' שוורץ ועו"ד נמדר-אבני לא התייצבו לדיון ההוכחות שנקבע. המשיבות ביקשו לקבוע מועד נוסף על-מנת שניתן יהיה לשמוע את עדויותיהן, אולם המערערת התנגדה לכך ועמדה על קיומו של הליך ההוכחות במועד שנקבע. בית משפט קמא קיבל את עמדת המערערת בעניין זה. כתוצאה מכך, נאלצו המשיבות למשוך את תצהירה של גב' אילן ועדויותיהן של גב' שוורץ ושל עו"ד נמדר-אבני לא נשמעו.

16. לאחר חקירת המצהירים ושמאי הצדדים, סיכמו הצדדים את טענותיהם.

17. ביום 15.12.2019 קיים בית משפט קמא ביקור במקום בנוכחות הצדדים ובמהלכו בחן את דירה 1044 ואת סביבתה.

18. המערערת טענה בפני בית משפט קמא כדלקמן:

א. נציגות המשיבות הציגו בפניה מצג שווא לפיו דירה 1044 תהנה מנוף פתוח. רק בעקבות מצג שווא זה היא ויתרה על בחירתה בדירה 1091 – זאת שבקומה התשיעית בבניין וצופה פני נוף פתוח מכל צדדיה – ובחרה בדירה 1044. בהקשר זה ציינה המערערת שעל-אף שדירה 1091 גבוהה בחמש קומות מדירה 1044 ואף גדולה ממנה, הפרש המחירים בין דירה 1091 לדירה 1044 היה זעום יחסית למחיריהן, ועמד על סך של כ-60,000 ש"ח בלבד.

ב. המשיבות הפרו את הסכם המכר – בהתאם לחוות דעת שמאי המערערת, בהסכם המכר ובמפרט שצורף לו נקבע שדירה 1044 תהיה בקומה הרביעית, בעוד שהמבנה לרווחת הדיירים יהיה נמוך מכך ובגובה של שלושה מפלסים. בפועל, גובהה של דירה 1044 הוא כשמונה מטרים – קרי: שתי קומות וחצי – בעוד שהמבנה לרווחת הדיירים מתעלה לגובה של כעשרה מטרים ועל ידי כך יוצר את בעיית החסימה. כן נטען בחוות הדעת שבהסכם המכר נקבע שהבניין לרווחת הדיירים יהיה מרוחק מבניין מספר 1 בכ-11 מטרים, בעוד שבפועל המרחק בין המבנים הוא כחמישה מטרים בלבד.

ג. רוכש דירה "על הנייר" אינו צריך להצטייד באיש מקצוע כדי להבין מה הוא קונה, ועל המוכר לגלות לרוכש את כל הפרטים המהותיים בנוגע לממכר ללא כחל ושרק.

ד. העובדה שהמשיבות לא העידו את גב' אילן ואת גב' שוורץ צריכה להיזקף לחובתן. חזקה היא – כך נטען – כי עדויות אלה היו תומכות בהצהרותיה של המערערת ביחס למצגים שהוצגו בפניה על ידי המשיבות או מטעמן: אילו לא היה כך, המשיבות מן הסתם היו דואגות לכך שהשתיים תמסורנה את עדויותיהן.

19. בהתבסס על טענות אלה, עתרה המערערת לקבלת הסעדים הבאים: (1) ביצוע בקירוב של הסכם המכר באמצעות החלפת דירה 1044, שבידי המערערת, בדירה אחרת בפרויקט "גבוהה יותר (בגובה אמיתי של 4 קומות) במיקום וגודל דומה בקירוב ועם אותם כיווני אוויר. זאת באופן שבכל מקרה הקיר של הבניין "לרווחת הדיירים" (וגם לא קיר במבנה אחר) לא יסתיר את הנוף ולא ייפגע בפרטיות"; (2) כסעד חלופי לביצוע בקירוב נתבע פיצוי בסך של 2,150,000 ש"ח, אשר בהתאם לחוות דעת שמאי המערערת מבטא את הפער בין שווי דירה 1044 לדירה אשר אותה ציפתה המערערת לקבל על יסוד

הסכם המכר; ו-(3) בנוסף לאחד הסעדים האמורים, ביקשה המערערת כי ייפסק לזכותה פיצוי בסכום שלא יפחת מ-50,000 ש"ח בגין עוגמת נפש.

20. מנגד, טענו המשיבות בפני בית משפט קמא כדלקמן:

א. המשיבות או נציגיהן לא הציגו בפני המערערת מצג לפיו דירה 1044 לא תהא מוסתרת משום כיוון על ידי המבנה לרווחת הדיירים. המערערת בחרה להמיר את דירה 1091 בדירה 1044 משיקוליה שלה, שהמשיבות אינן מודעות להם. בהקשר זה ציינו המשיבות שדירה 1044 היתה הדירה החמישית שהמערערת בחנה בטרם בחרה בה – זאת, אחרי שהמערערת עברה בין קומות הבניין בגבהים שונים ובכיווני אוויר שונים, הכל בהתאם לטעמה ולהחלטותיה שלה.

ב. בהתאם לחוות דעת שמאי המשיבות, המפרט תואם בצורה מלאה את היתר הבניה שניתן, בסופו של יום, לפרויקט. בהתאם למפרט, קומת הבניין בה ממוקמת דירה 1044 ניצבת על גבי שלוש קומות שירות, אשר בהתאם לתקנות התכנון והבניה הינן נמוכות יותר מקומות מגורים (נראה שהמשיבות מכוונות כאן לתקנה 2.03 לתקנות התכנון והבניה (בקשה להיתר, תנאיו ואגרות), התש"ל-1970 – א.ש.). בהתאם לכך, נטען כי אין יסוד לטענת המערערת שדירה 1044 אינה ממוקמת בקומה רביעית. נוכח זאת, נטען כי מן הדין לדחות את טענת המערערת בדבר הפרתו של הסכם המכר.

ג. המערערת היתה מיוצגת במהלך כל מגעיה עם המשיבות על ידי עורכת דין, אשר ערכה, ולמצער היתה צריכה לערוך, את כל הבדיקות הנדרשות עבור המערערת; והמערערת ובאת-כוחה אף קיבלו לידיהן כל מסמך ומידע אותו ביקשו. נטען שתפקידו של עורך דין המלווה עסקת מקרקעין אינו מסתכם בבדיקת הנתונים הטכניים-משפטיים של העסקה: עליו לערוך, בנוסף, בדיקות מהותיות של הנכס הנרכש על-מנת שיוכל להציג ללקוחו את הנכס הנרכש באופן מדויק, ככל שניתן. בהקשר זה הפנו המשיבות, בין היתר, לסעיף 3 להסכם המכר בו נאמר כי "הקונה מצהיר בזה, כי ראה [...] את תוכניות בנין העיר החלות על המקרקעין [...] את המפרט ואת כל יתר נספחי ההסכם [...] לרבות מצבם הפיזי, התכנוני והמשפטי [...] וכן כל גורם אחר העשוי להשפיע על החלטתו לרכוש את הדירה, ומצאם מתאימים למטרותיו ולדרישותיו מכל הבחינות וללא סייג, והוא מוותר בקשר לכך על כל טענת אי התאמה ו/או ברירה מחמת מום או אחרת בקשר למקרקעין, לפרויקט, לבניין, לדירה ולהתקשרותו בהסכם זה".

ד. מהבקשה להיתר בניה, אשר הוגשה לוועדה המקומית עוד בטרם נחתם הסכם המכר, ניתן היה לראות בבירור שהחזית הדרומית של דירה 1044 תהא חסומה

על ידי המבנה לרווחת הדיירים, כמו גם את מיקומו של המבנה לרווחת הדיירים. אעיר כי המשיבות אינן טוענות שבקשה זו והתשריט שצורף לה הוצגו למערערת עובר לחתימתה על הסכם המכר.

ה. למערערת ניתנה, לבקשתה, זכות לבטל את הסכם המכר בתוך 21 ימים לאחר קבלת היתר הבניה, במקרה שבו ההיתר יכלול "שינויים מהותיים בדירה ובמיקומה", לרבות שינוי במפרט הדירה שאינו מהווה "סטייה קבילה". היתר הבניה – אשר מהתשריט שבו ניתן לראות בבירור את גובה המבנה לרווחת הדיירים ביחס לדירה 1044 – הוצג למערערת אשר בחרה שלא להשתמש בזכותה לבטל את הסכם המכר. הווה אומר: המערערת קיבלה לידיה את דירה 1044, כפי שזו נבנתה בהתאם להיתר הבניה; ומכוח האמור בהסכם המכר נתנה את הסכמתה המשתמעת והבלתי חוזרת למצב הקיים.

ו. נוכח הוראות המפרט והמסמכים שהיו ברשות המערערת או נגישים לה ולבאת-כוחה – היא יכלה לדעת, ואף היתה אמורה לדעת, שהמבנה לרווחת הדיירים יחסום את החזית הדרומית של דירה 1044. ככל שייקבע אפוא שלמשיבות אחריות כלשהי בגין החסימה, יש לזקוף לחובת המערערת אשם תורם בשיעור של 100%.

ז. בנוגע לנזק טענו המשיבות שחוות דעת שמאי המערערת נסתרה לחלוטין בחקירה הנגדית. שמאי המערערת התעלם מכך שבהתאם להיתר הבניה גג המבנה לרווחת הדיירים תוכנן כבסיס לגן בוטני ירוק, כך שהמערערת תיהנה מנוף ירוק. כן נטען שהפגיעה בנוף – החסימה – מביאה לירידה זעומה בלבד בערך הדירה; המשיבות גם הדגישו את העובדה שלפני הגשת התביעה העבירה המערערת אליהן חוות דעת שמאית אשר נערכה על ידי שמאי המערערת ואשר אמדה את נזקיה של המערערת בפחות ממחצית הסכום שננקב בחוות הדעת החדשה – ללא כל הסבר לפער בין חוות הדעת. נטען כי די בכך כדי לדחות את חוות דעתו של שמאי המערערת; שמאי המשיבות ערך בשומתו תחשיב המשווה בין האמור בבקשה להיתר בנייה שהוגשה לוועדה המקומית לפני כריתתו של הסכם המכר לבין הבנייה אשר בוצעה בפועל, והגיע למסקנה שהשינויים בהיתר לאחר הגשת הבקשה הביאו לכך שערך הדירה עלה, ולא ירד.

פסק הדין קמא

21. בית משפט קמא החליט לדחות את תביעת המערערת במלואה. ביחס לטענת המערערת בנוגע למצג השווא קבע בית המשפט שלביסוס טענה עובדתית זו הציגה המערערת רק את עדותה שלה שלא נתמכה בראיות חיצוניות. בהתאם להוראות סעיף

54(2) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות), עדות יחידה של בעל-דין במשפט אזרחי דורשת סיוע או הנמקת מהימנות מהותית; ובאין כל אלה, לא ניתן לבסס על עדות כאמור ממצא עובדתי. משכך הוא, נקבע כי מן הדין לדחות את טענת המערערת בנוגע למצג השווא שכביכול הוצג בפניה על ידי המשיבות. בהקשר זה תָּמַהּ בית משפט קמא על כך שהמערערת לא אִפשרה למשיבות לדחות את מועד הדיון כדי לאפשר את העדתן של העדות הרלבנטיות: גב' אילן, גב' שוורץ, ועו"ד נמדר-אבני. אם עדות אלה אמורות היו לאשש את תזת המערערת, מדוע התעקשה על קיום ההוכחות בלעדיהן?

22. למרות קביעתו לפיה המערערת לא הוכיחה את המצג הנטען, בית משפט קמא היה מוכן להניח לטובתה שאכן הוצג לה מצג כנטען על-ידה. הסיבה לכך היא עמדתו של בית המשפט לפיה הסכם המכר, אשר נוסח כפי שנוסח, ממצה את ההסכמות ואת המצגים אשר הוחלפו בין הצדדים; ומשכך הוא, אין משמעות למצגים טרום חוזיים אשר עומדים בסתירה לאמור בהסכם המכר. אקדים ואומר, כי הנני סבור שבקביעה זו נפלה אצל בית משפט קמא טעות משפטית. כמו כן שגה בית המשפט, לטעמי, כאשר התעלם בפסק דינו מטענת המערערת לפיה המשיבות כשלו בלקיים את חובת הגילוי המוטלת עליהן – חובה שבנסיבות העניין חייבה אותן לגלות למערערת את דבר קיומה של החסימה. על כל אלה אעמוד, כמובן, בהמשך דבריי.

23. באשר לידיעתה של המערערת על אודות האמור בהסכם המכר לפרטיו – עמד בית משפט קמא על חשיבות תפקידו של עורך הדין המייצג רוכש מקרקעין והדגיש שתפקיד זה אינו "מתמצה בעניינים טכניים של הסכמי המכר". בית משפט קמא לא הסביר בבירור מהו, לשיטתו, תפקידו של עורך הדין המייצג רוכש או רוכשת דירה "על הנייר", כדוגמת המערערת, ובמה – אם בכלל – כשלה באת-כוחה של המערערת בענייננו-שלנו. כפועל יוצא מכך, לא ניתן להבין האם בית המשפט כיוון לכך שעל עורך הדין להסביר ללקוחו את משמעותם של סעיפי ההסכם אשר מטילים אחריות על רוכש הדירה, או שמא מוטלת על עורך הדין, בנוסף, חובה מקצועית לבדוק את המצב התכנוני של המקרקעין ואת המסמכים המקצועיים שצורפו להסכם המכר ולוודא שהאמור בהם תואם את רצון הלקוח ומקובל עליו. בקשר עם חלק זה של פסק הדין קמא הונחה לפנינו בקשת הצטרפות להליך מטעם לשכת עורכי הדין בישראל (להלן: לשכת עורכי הדין או הלשכה), אליה אדרש בהמשך פסק דיני. אקדים ואומר, כי עמדת הלשכה באשר לתפקידו של עורך דין המייצג רוכש דירה מקובלת עלי בעיקרה.

24. באשר לפרשנות הסכם המכר, ובפרט בנוגע לפרשנותו של המפרט – בית משפט קמא בחן את חוות הדעת של שמאי הצדדים. ביחס לשמאי המערערת קבע בית המשפט כי חוות דעתו מציגה נתונים שגויים וסותרים וכי "אין מקום לקבוע כל ממצא עובדתי מדבריו", שכן חוות דעתו "לוקה בחסר של ממש, ובסופו של דבר לא ניתן ללמוד מחוות

דעתו דבר". לכך מתווספת העובדה ששמאי המערערת הוציא תחת ידיו שתי שומות המעריכות את אותו הנזק ואשר הפער ביניהן הוא של למעלה מ-100%. לעומת זאת, בית משפט קמא ראה לנכון לקבל במלואה את חוות דעת שמאי המשיבות לפיה דירה 1044 תואמת את המפרט ואת היתר הבניה באופן מלא. נוכח זאת, דחה בית המשפט את טענת המערערת לפיה המשיבות הפרו את הסכם המכר.

25. בית משפט קמא ציין בפסק דינו כי לאחר ביקורו בדירה 1044 ובעקבות התרשמותו מהדירה ומהנוף שנשקף מחלונותיה, הוא אינו יכול לשלול את תחושתה הסובייקטיבית של המערערת שהמבנה לרווחת הדיירים פוגע בהנאתה מהדירה. ברם, גם בעניין זה קיבל בית המשפט את אשר נקבע בחוות דעת שמאי המשיבות לפיו נזק זה, ככל שהינו בר-פיצוי בענייננו, הוא "מזערי וזניח".

26. נוכח כל האמור, דחה בית משפט קמא את תביעת המערערת. עם זאת, בשים לב להערותיו בנוגע לפגיעה המזערית בפרטיות ובנוף, קבע בית המשפט שלא ייעשה צו להוצאות.

27. נגד פסק הדין הוגש הערעור שלפנינו, ואליו אעבור כעת.

הערעור

28. עיקר ערעורה של המערערת מופנה אל קביעתו של בית משפט קמא שלטענתה צמצמה את חובת הגילוי הטרום חוזית אשר חלה על המשיבות ביחסיהן עמה כרוכשת דירה "על הנייר".

29. לטענה כללית זו הוסיפה המערערת את הטענות הבאות:

א. בית משפט קמא שגה כשקבע כי המערערת לא הוכיחה את האמור בתצהירה – וזאת, נוכח מחדלן של המשיבות אשר נמנעו מלהעיד את גב' אילן, גב' שוורץ, ואת עו"ד נמדר-אבני. בהקשר זה אציין שהמערערת נמנעה מלהתייחס לעובדה שהיא עצמה התנגדה לבקשת המשיבות לדחות את מועד ההוכחות כדי לאפשר את זימון העדות הללו – זאת, אחרי שהמערערת לא זימנה אותן למסירת עדויות מטעמה.

ב. אחרי שבית משפט קמא ראה לנכון להניח לטובת המערערת כי המשיבות הציגו בפניה את המצגים הטרום חוזיים הנטענים, בית המשפט לא היה רשאי להתעלם מאותם מצגים ולבסס את פסיקתו באופן בלעדי על האמור בהסכם המכר.

ג. בית משפט קמא שגה בהטילו על המערערת ובאת-כוחה את הנטל לחקור ולמצוא מסמכים שהמשיבות לא הציגו בפניהן, כדוגמת הבקשה להיתר בניה. בהקשר זה נטען כי בית המשפט שגה בהחליטו להרחיב את היקף אחריותו המקצועית של עורך דין המייצג רוכש מקרקעין באופן שמחייב את עורך הדין לבדוק היבטים תכנוניים של עסקת הרכישה, לצד הפרמטרים המשפטיים שלה, כדי להגן על האינטרסים של הלקוח.

ד. באשר להכרעותיו של בית משפט קמא בנוגע לחוות הדעת השמאיות אשר הונחו לפניו – נטען כדלקמן: (1) בית המשפט שגה בקבעו שהיה על שמאי המערערת להתייחס בחוות דעתו להיתר הבניה, שכן היתר בנייה זה לא היה חלק ממסמכי הסכם-המכר עליו חתמה המערערת; (2) לא היה מקום להתייחס לחוות דעתו של שמאי המערערת אשר הועברה למשיבות עובר להגשת התביעה – שכן חוות דעת זו הועברה במסגרת משא ומתן לקראת פשרה, ובתור שכזאת הינה חסויה, ובוודאי שאינה בגדר מסמך מחייב; (3) בית המשפט שגה בהחליטו לאמץ את האמור בחוות הדעת של שמאי המשיבות אשר בחנה את שווי הדירה ביחס לבקשה להיתר בניה אל מול הבניה בפועל, שכן, כפי שכבר צויין, היתר הבניה לא היה – ואיננו – חלק מהסכם המכר, ועל כן אינו רלבנטי לענייננו-שלנו.

30. מנגד, סומכות המשיבות את ידיהן על פסק הדין קמא ועל נימוקיו. בפרט, טוענות המשיבות כי מן הדין לדחות את הערעור בשל היותו נסוב כל-כולו על קביעותיו העובדתיות של בית משפט קמא.

בקשות שהוגשו במסגרת הערעור

31. לצד הערעור גופו, מונחות לפנינו שתי בקשות המצריכות הכרעה: (1) בקשת המערערת להוספת ראיות במסגרת ערעורה; וכן (2) בקשת לשכת עורכי הדין להצטרף להליך כדי להציג את עמדתה באשר להיקף חובותיו המקצועיות של עורך דין המייצג רוכש מקרקעין – ובפרט, אלו של עורך דין שלקוחו בא לרכוש דירה "על הנייר".

32. בבקשות אלה אדון ואכריע תחילה, ואחר כך אעבור לדיון ולהכרעה בערעור גופו.

דיון והכרעה

בקשת המערערת להוספת ראיות

33. ביום 8.7.2021 הגישה המערערת בקשה להוספת ראיות במסגרת הערעור. במסגרתה, התבקשנו לאפשר למערערת להגיש את תצהיריהן של גב׳ שוורץ ושל עו״ד נמדר-אבני.

34. כאמור, המשיבות כללו ברשימת עדיהן את גב׳ שוורץ ואת עו״ד נמדר-אבני, אולם אלה לא הגיעו לדיון ההוכחות שנקבע. המשיבות ביקשו מבית משפט קמא לקבוע מועד הוכחות אחר אשר יאפשר את שמיעת עדויותיהן של גב׳ שוורץ ושל עו״ד נמדר-אבני. אולם, בעקבות התנגדות המערערת לבקשה קבע בית המשפט כי העדות לא תִשָּׁמַענה (וכי תצהירה של גב׳ אילן, שגם היא לא הגיעה לאותה ישיבת הוכחות, יימשך על ידי המשיבות).

35. בבקשה להוספת ראיות טענה המערערת שהמשיבות פעלו בדרך תכסיסנית במטרה למנוע מבית משפט קמא לשמוע את שתי העדות הללו, וזאת באופן הבא: המשיבות כללו את גב׳ שוורץ ואת עו״ד נמדר-אבני ברשימת עדיהן מבלי שהיתה להן כוונה אמיתית להעידן – דבר שנעשה כדי למנוע מהמערערת ליצור קשר עם העדות אחרי שנכללו ברשימת עדי המשיבות. לטענת המערערת, המשיבות פעלו באופן זה כיוון שידעו או, למצער, העריכו, שאם יתאפשר לעדות אלה להשמיע את דברן בפני בית המשפט הן תתמוכנה בהצהרותיה של המערערת.

36. המערערת מוסיפה וטוענת כי לא היה בידה להשיג את תצהיריהן של גב׳ שוורץ ושל עו״ד נמדר-אבני ולהגישם לבית משפט קמא אחרי שפעלה בשקידה ראויה וסבירה, כנדרש.

37. המשיבות מתנגדות לבקשת המערערת.

38. בקשת המערערת משוללת יסוד. למערערת היו שתי הזדמנויות להביא לכך שהעדות תִשָּׁמַענה: ההזדמנות הראשונה היתה במסגרתה של מסכת התצהירים מטעמה של המערערת אשר הוגשה לבית משפט קמא ביום 25.9.2020, ולא כללה בתוכה את תצהיריהן של גב׳ שוורץ ועו״ד נמדר-אבני, או, למצער, את הבקשה לזמנן למתן עדות. המשיבות הגישו את תצהיריהן ואת רשימת עדיהן רק שלושה חודשים לאחר מכן, ביום 30.12.2020. דבר לא שלל אפוא מהמערערת את האפשרות ליצור קשר עם גב׳ שוורץ ועם עו״ד נמדר-אבני – באת-כוחה בהסכם המכר – בטרם הגישה את ראיותיה ולבקשן להעיד לטובתה. ההזדמנות השנייה היתה כשהמשיבות ביקשו לדחות את מועד הדיון על-מנת לאפשר לזמן את העדות למסירת עדויותיהן במועד מאוחר יותר. דבר לא מנע מהמערערת להסכים לבקשה זאת, ועל ידי כך לאפשר לבית משפט קמא לשמוע את העדויות.

39. נמצא אפוא שהמערערת היא זאת שגרמה לכך שהעדות לא תִשָּׁמַענה וכי אין בסיס לטענתה לפיה לא יכלה, כביכול, להשיג את הראיות בשקידה ראויה וסבירה ולהגישן לערכאה הדיונית. בהקשר זה אציין שבמהלך הדיון לפנינו הצהיר בא-כוח

המערערת כי הסיבה להתנגדות מרשתו לדחיית ישיבת ההוכחות היתה רצונה של המערערת לטעון שאי-העדת העדות אשר נכללו ברשימת עדי המשיבות צריכה להיזקף לחובת המשיבות בקביעת הממצאים העובדתיים (ראו: עמ' 7 שורות 29-31 לפרוטוקול הדיון). מבלי להביע דעה בנוגע לאסטרטגיה בה בחרה המערערת, אומר את המובן מאליו: המערערת יכלה להבטיח את מסירת עדויותיהן של גב' שוורץ ושל עו"ד נמדר-אבני, אילו פעלה בשקידה ראויה וסבירה. מטעם זה בלבד, מן הדין הוא שנדחה את בקשתה הנוכחית (ראו: תקנה 144(1) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018; וכן, מיני רבים: ע"א 6435/21 ברזילי נ' עיריית חדרה, פסקה 38 (1.8.2022)).

40. לסיום פרק זה, אעיר כי תזת המערערת לפיה המשיבות כביכול פעלו בכוונת מכוון כדי למנוע מבית המשפט את שמיעת עדויותיהן של גב' שוורץ ושל עו"ד נמדר-אבני אינה עולה בקנה אחד עם העובדה שהמערערת היתה זאת שמנעה, במו-ידיה, את העדתן של השתיים. על התנהלות דוגמת זו נאמר "עד-מתי אתם פסחים על שתי-הסעפים" (מלכים א, י"ח כ"א). כמו כן אעיר שלא מצאתי הסבר מניח את הדעת לכך שהבקשה להוספת ראיות הוגשה רק לאחר הגשת תשובת המשיבות לערעור, על-אף שתצהירה של גב' שוורץ נושא תאריך 29.6.2021, כשבוע לפני הגשת תשובת המשיבות לערעור. לבסוף, אציין שאומנם המערערת לא צירפה לבקשה לצירוף ראיה את התצהירים עצמם, אולם בבקשה מפרטת המערערת במילותיה את האמור בתצהירים בצורה נרחבת למדי, וזאת בניגוד להוראות סעיף 7.ב. להנחיות נשיאת בית המשפט העליון אשר קובעות כי הבקשה תציין את "עיקר מהותה" של הראיה בלבד וכי "כל עוד לא הוחלט להתיר את הגשת הראיה, לא תהיה בכתבי הטענות התייחסות לראיה שהגשתה נתבקשה ולא ניתן יהיה להגישה" (ההדגשה הוספה – א.ש.).

41. סוף דבר: מובהר בזאת למערערת כי "פרוצדורה אזרחית אינה 'תכנית כבקשתך'" (ראו: ע"א 5400/18 מיר נ' מירון, פסקה 1 לפסק דיני (28.1.2019)); ובקשתה להוספת ראיה נדחית בזאת.

42. לעניין ההוצאות בהן יש לחייב את המערערת בגין הגשתה של בקשה זו – חסרת בסיס ומיותרת בתכלית – אדרש בסופו של פסק הדין.

בקשת הצטרפות להליך מטעם לשכת עורכי הדין

43. לאחר עיון בבקשה ואחרי שמיעת עיקרי הטענות שבפי לשכת עורכי הדין, סבורני כי נוכל להסתפק בעמדה אשר נפרשה לפנינו ובנימוקים שעומדים מאחוריה מבלי להפוך את הלשכה לצד פורמלי להליך.

44. כאמור לעיל, התבטאותו של בית משפט קמא באשר לעורך הדין המייצג רוכש זכויות במקרקעין אינה ברורה דיה, אולם ניתן להבינה כמרחיבה את האחריות המקצועית אשר מוטלת על עורך הדין המייצג מעבר לגבולות שנקבעו בפסיקה (לעניין היקף

אחריותו של עורך הדין המייצג רוכש זכויות במקרקעין ראו, בין היתר: ע"א 8124/18 יורשי המנוח אלקנה בישיץ נ' ז'רוט (4.8.2020); ע"א 6277/19 הרמן נ' וייס (15.3.2022)). נוכח זאת, בקשתה של הלשכה להצטרף להליך מובנת מאליה. עם זאת, נוכח המסקנה אליה הגעתי בערעור, כפי שתפורט להלן, אין אנו נדרשים להכריע בסוגיה זו. מעבר לכך, אציין כי קולה של באת-כוחה של המערערת, עו"ד נמדר-אבני, לא נשמע בפני בית משפט קמא, והיא אף אינה צד להליך דכאן. בנסיבות אלה, סבורני שנכון נעשה אם נִמְנַע מלדון בשאלות שעולות בנוגע להיקף אחריותו של עורך הדין המייצג רוכש זכויות במקרקעין. עם זאת, אציע לחבריי כי נוכח הטענות שבפי לשכת עורכי הדין, שכאמור יש בהן טעם של ממש, נורה על ביטולו של החלק בפסק הדין קמא אשר מתייחס לאחריות עורך הדין המייצג רוכש זכויות במקרקעין. בזאת יבואו הדברים על תיקונם.

45. כאן המקום לעבור מהפרוזדור אל הטרקלין ולדון בערעור גופו.

דין הערעור גופו

התוצאה האופרטיבית ועיקרי הנימוקים שמאחוריה

46. בפתח הדברים, אציג את שורתו התחתונה של פסק דיני: דין הערעור להתקבל. זאת, מאחר שהמשיבות הפרו את חובת הגילוי המוגברת אותה הם חבו למערערת, כמי שמכרו לה דירה "על הנייר", כחלק מחובתן הכללית לנהוג עם המערערת, ועם כלל רוכשי הדירות בפרויקט, "בתום לב ובדרך מקובלת" – כפי שדורש סעיף 12(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים (חלק כללי)). חובת גילוי זו מוסיפה על חובות הגילוי שמוכר דירה חב לרוכשה על פי סעיפים 2 ו-3 לחוק המכר (דירות), התשל"ג-1973 (להלן: חוק מכר דירות) – כפי שנקבע זה מכבר בפסיקתנו (ראו: ע"א 7298/00 בסט נ' חממי, פסקה 47 (4.9.2007) (להלן: עניין בסט)). ההפרה בה נכשלו המשיבות ביחסיהן עם המערערת באה לידי ביטוי בחוסר גילוי נאות ביחס לחסימה, אשר העלים את בעיית החסימה מעיני המערערת. כפועל יוצא מכך, המערערת רכשה את דירתה בבניין – דירה 1044 – ללא מודעות לבעיית החסימה. בגין הפרת חובת הגילוי כאמור, חייבות אפוא המשיבות לשלם למערערת פיצויים "בעד הנזק שנגרם [לה] עקב המשא ומתן", כאמור בסעיף 12(ב) לחוק החוזים (חלק כללי).

47. כפי שמורה לנו סעיף 12(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), קביעתו של הנזק עצמו וקביעתם של דמי הנזק להם תהא המערערת זכאית תיעשנה בהתאם ל"הוראות סעיפים 10, 13 ו-14 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות) [...] בשינויים המחוייבים". במקרה דנן, הנזק שנגרם למערערת על ידי התנהלותן הקלוקלת של המשיבות בהיבט של גילוי העובדות הטרום חוזי משתווה לאובדן ההזדמנות שלה – אשר היתה מתממשת אילו ידעה המערערת, בזמן רכישת

הדירה, על בעיית החסימה – לרכוש את דירה 1044 במחיר זול יותר מזה ששילמה עבורה. נזקה של המערערת שווה על כן להפחתה ההיפותטית של מחיר רכישת הדירה – הזדמנות שלא מומשה על ידי המערערת מחמת אי-גילוי המידע בנוגע לחסימה מצד המשיבות.

48. חלק לא מבוטל מהאחריות לכך שהמערערת לא ידעה אודות החסימה רובץ לפתחה שלה. לפני שהמערערת החליטה לרכוש את דירה 1044, היא ידעה שהמבנה לרווחת הדיירים עתיד להיבנות בסמיכות לדירה זו. כמו כן ידעה המערערת, או היתה אמורה לדעת, באותה נקודת זמן, כי ההסכם עליו היא חותמת אינו כולל בתוכו היתר בניה כאשר הוא מייחס לה, מראש, הסכמה כללית לתוכן ההיתר העתיד להתקבל ולסביבתה של דירה 1044. מצגים אשר יוחסו על ידי המערערת לגב׳ שוורץ ולגב׳ אילן לא הוכחו על ידה – ועל כן עלינו להתייחס אליהם כאל מצגים שלא היו; ועל כך כבר עמדתי לעיל. בהינתן העובדות המוכחות, רוכש סביר של דירה – קל וחומר רוכש סביר של דירת יוקרה דוגמת הדירה אשר נרכשה על ידי המערערת – היה מתעניין ובודק את פרטיו של המצב התכנוני בכל הקשור לגובהו של המבנה לרווחת הדיירים בהשוואה לגובה הדירה. בתור מינימום, רוכש כזה היה שואל שאלות והיה מקבל תשובות. המערערת לא נהגה כך למרות שלפי עדותה שלה היא חששה מבעיית החסימה.

49. עובדות אלו, כמובן, אינן פוטרות את המשיבות מאחריותן בגין אי-גילויה של בעיית החסימה, אבל הן מחייבות אותנו לזקוף לחובת המערערת אשם תורם אשר מפחית את זכאותה לפיצויים באופן משמעותי (לפועלה של דוקטרינת האשם התורם ביחסים חוזיים, ראו: ע״א 1551/19 פענמי תש״ז, מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע״מ נ׳ גובר (15.1.2020); ע״א 3912/90 Eximin S.A. תאגיד בלגי נ׳ טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע״מ, פ״ד מז(4) 64 (1993); וכן אריאל פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים (1997); אריאל פורת ״הגנת אשם תורם למפר חוזה – אימתי?״ עיוני משפט יח(1) 103 (1993); גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 374-384 (2009); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים 749-751 (מהדורה שנייה, 2019)). כפי שעוד יוסבר להלן, סבורני כי שיעור האשם התורם, אותו עלינו לזקוף לחובת המערערת כנזק עצמי, מגיע כדי רבע מנזקה הכולל. אשר על כן, המשיבות תישאנה ב-75% מנזקה האמור של המערערת.

50. בית משפט קמא דחה את כל טענותיה של המערערת מבלי להתייחס מפורשות לטענתה בדבר אי-גילוי בעיית החסימה. זאת, בשעה שהיה על בית המשפט לקבל את הטענה מאחר שאי הגילוי כאמור לא היה שנוי במחלוקת. זאת ועוד: עדות המערערת בעניין אי-גילוי כאמור נתמכה במסמכים השונים אשר צורפו להסכם המכר, מהם עולה שהמשיבות לא העבירו למערערת כל מסמך שבאמצעותו ניתן לזהות, בקלות ובבירור, את דבר החסימה. מסיבה זו, בית משפט קמא לא דייק בהחליטו לדחות את גרסת

המערערת בשל היותה "עדות יחידה" וחסרת סיוע לעניינו של סעיף 54(2) לפקודת הראיות.

51. אשר על כן, אציע לחבריי לקבל את הערעור במתווה שקבעתי ולהחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי לקביעת הפיצויים להם תהא המערערת זכאית בהתאם לנוסחה עליה אעמוד בסוף פסק דיני.

52. כעת, אפרט את החלטתי על כל נימוקיה.

מקומה של מערכת היחסים המשפטיים בין בעלות הדין על מפת החוזים

53. היחסים המשפטיים שבין המערערת, כרוכשת של דירה "על הנייר", לבין המשיבות, כמי שמוכרות דירות כאמור לציבור במסגרת עסקיהן, משתייכים "לחוזים מיוחדים אשר נשלטים על ידי מערכות דינים מיוחדות, רגולטוריות בבסיסן [...]"; ועל כן:

> "לית מאן דפליג כי בדונם בחוזים כאמור – גם כשתנאיהם סגורים וברורים – בתי המשפט חייבים לעשות שימוש בכלים הרגולטוריים שהופקדו בידיהם כדי לכונן הגינות, למנוע שימוש לרעה בשליטה בשוק על ידי תאגידים רבי עוצמה, להגן על הצד החלש מפני ניצול על ידי הצד החזק, ולהבטיח את אינטרס הציבור בהספקה נאותה של מוצרים ושירותים חיוניים." (ראו: ע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, פסקה 17 לפסק דיני (20.11.2019) (להלן: עניין ביבי כבישים)).

54. מערכות דינים אלו נבדלות מהמערכות המקבילות אשר חלות על חוזים מסחריים רגילים, נטולי היבט צרכני או היבט רגולטורי אחר (ראו: עניין ביבי כבישים, שם, וכן פסקאות 3-2 לפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף). עיקר ההבדל בין שתי מערכות דינים אלו טמון בהגנה על הצרכן, ובמקרים כדוגמת זה שלפנינו, בהגנה על רוכשי דירות. רכישתה של דירה "על הנייר" נעשית בתנאים של מידע אסימטרי – כאשר רוכש הדירה יודע עליה ועל סביבתה מעט, אם לא מעט מאוד, יחסית למוכר הדירה אשר מחזיק במלוא המידע. במסגרת עסקאות כאמור, מוכר הדירה – יזם מקרקעין או חברה קבלנית – אוחז בידו גם בעודף כוח. ניהול הפרויקט בהיבט התכנוני, לרבות השגת היתרי בניה ושינוי ההיתרים הקיימים, מופקד באופן בלעדי בידיו, מבלי שלרוכש הדירה יהא מעמד כלשהו בהליכי התכנון והרישוי (ראו: ע"א 8949/07 י.ר. אחים עזרא חברה לבנין בע"מ נ' זאב, פסקאות 7-6 לפסק דינו של השופט י' עמית (18.11.2009) (להלן: עניין אחים עזרא); רע"א 1103/17 אופרה על הים בע"מ נ' ליטבק, פסקאות י"ד-י"ט (6.3.2017) (להלן: עניין אופרה על הים); ע"א 6025/92 צמיתות (81) בע"מ נ' חרושת חימר בע"מ, פ"ד נ(1) 826

(1996) (להלן: עניין צמיתות); כן ראו: איל זמיר פירוש לחוקי החוזים – חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973 62 (2002)).

55. במילים אחרות: רוכש של דירה "על הנייר" מקבל לידיו במועד כריתתו של הסכם הרכישה, לצד הביטחונות לכספו אשר נדרשים לפי חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974, והתקנות שהותקנו מכוחו, ולצד הגנות רגולטוריות נוספות, אשר באות מכוחו של חוק מכר דירות, מידע שמתאר את דירתו ואת סביבתה – הא ותו לא. את הדירה עצמה אין הרוכש יכול לראות ומסביבתה אין הוא יכול להתרשם במו עיניו. בנסיבות אלו, מחובתו של מוכר הדירה – חברה קבלנית או יזם מקרקעין – לדאוג לכך שהמידע אותו מקבל רוכש הדירה יכיל את כל הפרטים הרלבנטיים לרכישה בשפה ברורה ונגישה; קרי: את כל המידע הנחוץ לרוכש דירה סביר כדי להחליט באופן מושכל אם ברצונו לרכוש את הדירה ואם לאו, ומה המחיר הראוי מבחינתו לשלם עבור אותה דירה.

56. חובת גילוי כאמור יכולה לקום מכוחו של הסכם הרכישה גופו כתנאי משתמע, ואף כתנאי מפורש, באותו הסכם. חובה כאמור גם מהווה חלק מחובתו הכללית של מוכר הדירה שלא להטעות את הרוכש ולהתנהל מולו, בשלב המשא ומתן לקראת הסכם הרכישה, בתום לב ובדרך מקובלת (ראו: סעיפים 15 ו-12(א) לחוק החוזים (חלק כללי)). כפי שכבר צויין, במקרה שלפנינו, חובת הגילוי הרלבנטית באה מכוחו של עיקרון תום-הלב אשר מעוגן בסעיף 12(א) לחוק החוזים (חלק כללי).

57. עיגונה של חובת הגילוי אינו רק עניין פורמלי, אלא גם עניין מהותי אשר יכול להשליך על תוצאת ההכרעה המשפטית במקרה של הפרת החובה. כפי שאסביר מיד, לא הרי הפרת חוזה הרכישה של דירה, כהרי הפרת חובתו של מוכר הדירה לנהוג במשא ומתן עם הרוכש בתום לב ובדרך מקובלת ולהימנע מהטעייתו. על-פי רוב, תוצאותיה של הפרת החוזה תהיינה שונות בתכלית מהתוצאות המשפטיות אשר נובעות מהפרתה של חובה טרום חוזית, כדוגמת חובת תום-הלב או החובה שלא להטעות.

הטעייה, חוסר תום-לב, או הפרת ההסכם?

58. המערערת טוענת, כאמור, כי המשיבות הטעו אותה בעניין הנוף והחסימה, ואף הפרו את הסכם המכר על ידי כך שמיקמו את דירה 1044 ביחס למבנה לרווחת הדיירים שלא בהתאם לתנאיו. כמו כן טוענת המערערת, כטענה חלופית, כי המשיבות נכשלו בכך שלא גילו לה את בעיית החסימה תוך הפרתה של חובת הגילוי אשר חלה עליהן.

59. המערערת מוסיפה וטוענת כי בית משפט קמא שגה משלא קיבל את כל טענותיה האמורות או, למצער, את חלקן, וכפועל יוצא מכך לא זיכה אותה בסעדים המגיעים לה.

60. בטענות אלה אדון כעת לפי סדרן.

האם המשיבות הוליכו את המערערת שולל בשלב הטרום חוזי או שמא הפרו את הסכם המכר?

61. טענות המערערת בדבר הטעייה והפרת חוזה נסמכות, בהתאמה, על שני ראשים: (1) המשיבות הציגו בפני המערערת מצג פוזיטיבי בלתי-נכון לפיו דירה 1044 תהיה חשופה לנוף; וכן (2) המשיבות הפרו את הסכם המכר – זאת, מאחר שבהסכם זה נקבע כי דירה 1044 תהיה בקומה הרביעית, מרוחקת כ-11 מטרים מהמבנה לרווחת הדיירים וגבוהה מהמבנה לרווחת הדיירים, בשעה שבפועל דירה 1044 נבנתה בגובה של כ-2.5 קומות במרחק של כחמישה מטרים מהמבנה לרווחת הדיירים, כאשר המבנה לרווחת הדיירים חוסם באופן משמעותי את חזיתה הדרומית.

62. בית משפט קמא קבע כי יש לדחות טענות אלה של המערערת, וקביעותיו בעניין זה מקובלות עלי.

63. כפי שקבע בית משפט קמא, המערערת לא הציגה כל ראיה אשר יש בה כדי לתמוך באמור בתצהירה בנוגע למצגים הפוזיטיביים שלטענתה הוצגו בפניה. בהיעדר ראיה מסייעת, ומשלא נמצאו טעמים מהותיים למתן אמון מלא ובלתי מסוייג לגרסת המערערת – בצדק דחה בית משפט קמא את טענותיה העובדתיות בהתאם לאמור בסעיף 54(2) לפקודת הראיות. אשוב ואזכיר כי המערערת בחרה שלא לזמן לעדות את נציגות המשיבות – גב' שוורץ וגב' אילן – ואת באת-כוחה בהסכם המכר, עו"ד נמדר-אבני, למרות שעדות אלה יכלו לשפוך אור על טענותיה בעניין המצגים הפוזיטיביים שכביכול הוצגו בפניה על ידי המשיבות; וכי המערערת אף עמדה על כך שעדויותיהן לא תִשָּׁמַענה בפני בית משפט קמא. התנהלות דיונית זו יש לזקוף לחובת המערערת (ראו: ע"א 2275/90 לימה חברה ישראלית לתעשיות כימיות בע"מ נ' רוזנברג, פ"ד מז(2) 605, 615-614 והאסמכתאות שם (1993)).

64. נוכח האמור, ובאין עילה מבוררת להתערב בממצאיו של בית משפט קמא – אני דוחה את טענת המערערת כי המשיבות הציגו בפניה מצגים פוזיטיביים באשר לנוף והיעדר החסימה. הטענה בדבר מצגי שווא פוזיטיביים והטעיה פוזיטיבית, אשר נישאת בפי המערערת, נדחית אפוא בזאת.

65. בכל הנוגע לפרשנותו של הסכם המכר – מקובלת עלי הכרעתו של בית משפט קמא לפיה דירה 1044 והמבנה לרווחת הדיירים נבנו בהתאם להסכם ולמפרט שצורף לו. בית משפט קמא פירט ונימק מדוע ראה לנכון לבכר בעניין זה את חוות דעתו של שמאי המשיבות על-פני חוות דעתו של שמאי המערערת. מדובר בקביעה עובדתית מובהקת, אשר משלבת בתוכה שיקולים הנוגעים למהימנות עדים; "ובידוע הוא, כי ערכאת הערעור תמנע ככלל מהתערבות בממצאים שבעובדה אשר נקבעו בערכאה הדיונית, למעט במקרים חריגים" (ראו: ע"א 8775/18 נאור נ' עיריית חולון, פסקה 19 (3.6.2020)). אוסיף

ואעיר כי בית משפט קמא דחה את עמדת שמאי המערערת לגופה, ולא בשל כך ששמאי המערערת ערך שתי שומות המעריכות את אותו נזק ובהן הפרשים כספיים משמעותיים ביותר. בנסיבות אלה, איני רואה טעם להידרש לטענת המערערת לפיה שומתו הראשונה של שמאי המערערת היתה חסויה כחלק ממשא ומתן לקראת פשרה. לדידי, קביעתו של בית משפט קמא הנותנת אמון מלא לחוות דעתו המקצועית של שמאי המשיבות היא בגדר סוף פסוק.

66. כפי שיפורט ויוסבר להלן, על-אף שמקובלות עלי הכרעותיו האמורות של בית משפט קמא, אני סבור שהתוצאה הסופית אליה הוא הגיע בפסק דינו הינה שגויה. זאת, מאחר שהיה על בית המשפט לקבל את טענתה החלופית של המערערת שאומרת כך: גם אם המשיבות לא הפרו את הסכם המכר, וגם אם הן לא הטעו את המערערת באמצעות מצגים פוזיטיביים בעניין הנוף וחסימתו, הן הפרו כלפיה את חובת הגילוי שהיתה מוטלת עליהן – מתוקף היותן מוכרות דירה "על הנייר" – מכוחו של עיקרון תום-הלב המעוגן בסעיף 12(א) לחוק החוזים (חלק כללי).

67. בטרם אפרט ואנמק את דעתי זו, אתייחס לדבריו של בית משפט קמא לפיהם, בהינתן חתימת בעלות הדין על הסכם המכר, אין עוד משמעות למצגים הטרום חוזיים שלטענת המערערת הוצגו בפניה על ידי המשיבות, גם אם מצגים אלו לקו בחסר. בדבריו אלה סטה בית משפט קמא מההלכות שבית משפט זה קבע בנוגע להשלכותיהם המשפטיות של מצגים טרום חוזיים על מערכות חוזיות בכללותן, ובפרט על מערכות חוזיות שעניינן רכישת דירה "על הנייר".

68. אסביר את דבריי.

69. קביעתו של בית משפט קמא כי מהרגע שבו נכרת חוזה מחייב אין עוד משמעות למצגים הטרום חוזיים אינה עולה בקנה אחד עם הדין. בהקשר זה, די אם אציין שמצג שווא טרום חוזי יכול להוות בסיס לפגם ברצון המתקשר בחוזה, כדוגמת טעות (ראו: סעיף 14 לחוק החוזים (חלק כללי)). מצג כאמור גם יכול לעלות כדי הטעיה או חוסר תום-לב במשא ומתן (ראו, בהתאמה: סעיפים 15 ו-12 לחוק החוזים (חלק כללי)). כמו כן, כידוע, במקרים מסוימים מצגים טרום חוזיים יכולים להיחשב כחלק מתנאי החוזה גופו (ראו: ע"א 8737/00 שלפרד חברה לביטוח נ' ז'אק, פ"ד נו(4) 662, 668-669 (2002); ע"א 5888/08 אלרומלי נ' החברה הכלכלית לפיתוח רהט בע"מ, פסקה 31 (3.2.2011) (להלן: עניין אלרומלי); גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 378-381 (מהדורה רביעית, 2019) (להלן: שלו וצמח); יובל פרוקצ'יה "סעדים בגין מצגי שווא: ניתוח כלכלי" משפטים מג 251, 288-291 (2003) (להלן: פרוקצ'יה)). קביעתו הגורפת של בית משפט קמא, לפיה מהרגע שבו נכרת חוזה אין עוד מקום להידרש למצגים טרום חוזיים, אינה יכולה אפוא לעמוד. השלכותיו של מצג עובדתי על חוזה שנכרת בעקבותיו תלויות במהותו של המצג הספציפי, במידת הסתמכותו הקונקרטית של הנפגע על אותו מצג, וכן

בתוכנו של החוזה הספציפי, ובפרט במה שנקבע באותו חוזה ספציפי בנוגע למצגים השונים שהצדדים החליפו ביניהם עובר לכריתתו ובמהלך כריתתו (בעניינו-שלנו, ראו: סעיף 21.27 להסכם המכר; והשוו: ע"א 8836/07 בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן, פסקה 18 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (23.2.2010); סעיף 4(12) לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982).

70. בהקשר המשפטי שבו קא עסקינן – במספר פסקי דין נקבע שמצגים טרום חוזיים אשר הוצגו על ידי קבלן במסגרת משא ומתן לרכישת דירה "על הנייר" מהווים חלק מהחוזה עצמו, וזאת נוכח מאפייניהם הייחודיים של חוזים כאלה שעיקרם יחסי כוחות בלתי שווים ופערי המידע המשמעותיים שבין הקבלן לאדם מן היישוב אשר בא לרכוש ממנו דירה. נושא זה נדון בהרחבה וכבר הוזכר על ידי, ועל כן איני רואה מקום לחזור על הדברים (ראו שוב: עניין אחים עזרא, פסקאות 6-7 לפסק דינו של השופט עמית; עניין אופרה על הים, פסקאות י"ד-י"ט; וכן עניין צמיתות). אדגיש רק זאת: בעניין צמיתות, בית משפט זה קבע לראשונה כי מצג טרום חוזי אשר הוצג על ידי קבלן במכרו דירה "על הנייר" מהווה חלק מחיוביו החוזיים של הקבלן – זאת, למרות שהמסר אשר הועבר לרוכש הדירה באמצעות אותו מצג לא נכלל כתנאי בהסכם המכר עצמו. כדברי השופטת ד' דורנר בעניין צמיתות:

> "הכלל הפרשני הבא לביטוי בסעיף 25(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, הוא, כי יש לתת לביטויים בחוזה את המשמעות הניתנת להם בחוזים מאותו סוג. כאמור, הוכח כי בענף הבנייה נהוג לכלול בשטח ברוטו של דירה חלקים ברכוש המשותף והצמדות. ואולם, כאשר מצמידים את המונח "שטח ברוטו" למילה "דירה", הרי על-פי מובנו הטבעי והרגיל של המשפט השטח המדובר מתייחס לדירה בלבד. לדעתי, אין זה סביר כי מי שאינו נמנה עם חוגי המקצוע בענף הבנייה יעלה על דעתו כי שטח דירתו ברוטו כולל גם חלקים במדרגות, בפיר המעלית, בחניה וכדומה. בנסיבות אלה, בחוברת המיועדת לקהל הרחב ושבאמצעותה מבקשים לשווק דירה, אין חברת הבנייה יכולה להשתמש במונח "ברוטו" בלי להסביר כי "שטח ברוטו" כולל גם חלקים שמחוץ לדירה. על-כן, אין לפרש "שטח ברוטו" על-פי מובנו בענף הבנייה כמשקף את אומד הדעת המשותף של הצדדים, אלא יש לתת לו את משמעותו בלשון הרגילה והמקובלת בחברה [...] לא זו אף זאת, מצג שבלשון המקובלת מציג שטח גדול יותר מן השטח על-פי משמעותו בלשונו הפרטית של המוכר, אינו מתיישב עם חובת תום-הלב. בטכניקה זו מצליח מוכר למשוך את הקונה לרכוש את הדירה ובפועל לספק לו פחות מן המובטח." (עניין צמיתות, בעמ' 835).

71. דברים חשובים אלה ממחישים את העיקרון הפרשני הקובע ש"לא כל החוזים נולדו שווים" (ראו: עניין ביבי כבישים, פסקה 12 לפסק דיני; וכן ראו: דברי הנשיאה א' חיות בפסקה 14 להחלטתה בדנ"א 8100/19 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ (19.4.2020) (להלן: דנ"א ביבי כבישים)). פרשנותו של חוזה עסקי רגיל שתנאיו מפורטים כדבעי ושנוסח על ידי עורכי דין של בעלי החוזה לעולם תתמקד במשמעות תנאיו של החוזה כעניין של עובדה (ראו: עניין ביבי כבישים, פסקאות 11-17 לפסק דיני ופסקאות 5-7 לפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף; דנ"א ביבי כבישים, פסקה 17 להחלטת הנשיאה חיות); ע"א 7669/18 זהבי נ' זהבי, פסקאות 23 ו-30 לפסק דיני (8.12.2019); ע"א 8553/19 אלכסנדר אורן בע"מ נ' כהן, פסקאות 22-23 לפסק דיני (17.11.2020)). לא כך הוא מקום שמדובר בחוזה צרכני במסגרתו רוכש אדם מן השורה דירה מקבלן או מיזם מקרקעין – וזאת, ביתר שאת כאשר מדובר ברכישת דירה "על הנייר". כפי שהבהרתי בעניין ביבי כבישים, פרשנותם של חוזים כאלה אינה רק עניין של עובדה אמפירית. במסגרתה, בתי המשפט עושים – וימשיכו לעשות – שימוש בכלים נורמטיביים-ערכיים, כדוגמת עיקרון תום-הלב, כדי להשליט הגינות כלפי הצרכן, כדי להבטיח את טובת הציבור בהספקה של מוצרים ושירותים חיוניים, וכן על-מנת להגן על הצד החלש, רוכש הדירה בענייננו, מפני ניצול על ידי הצד החזק – הקבלן או יזם מקרקעין (ראו שם, בפסקה 17).

72. לאחר פסק הדין בעניין צמיתות, בית משפט זה הוציא מלפניו פסקי דין נוספים אשר דנים באותה שאלה ממש – זאת, כאשר בחלק מהמקרים נקבע כי המצג הטרום חוזי מחייב את הקבלן (ראו: ע"א 6271/95 אשר נ' פרוייקט גן העיר בע"מ, פ"ד נה(1) 577, 581-583 (1998); עניין בסט; עניין אחים עזרא; עניין אלרומלי; ועניין אופרה על הים); ואילו במקרים אחרים נקבע שהמצג הטרום חוזי אינו מחייב את הקבלן (ראו: רע"א 9085/00 שטרית נ' אחים שרבט חברה לבנין, פ"ד נז(5) 462, 472-474 (2003); ע"א 8913/02 מלכה נ' שיכון עובדים בע"מ (21.12.2003); ע"א 10944/02 שיכון ופיתוח לישראל בע"מ נ' אוחנה, פ"ד נח(3) 673, 677-678 (2004) (להלן: עניין שיכון ופיתוח); ע"א 5602/03 סגל נ' שיכון ופתוח לישראל בע"מ, פסקה 6 (28.2.2005) (להלן: עניין סגל); ורע"א 659/05 סלומון נ' סלע חברת שיכון בע"מ, פסקה ז (8.3.2005)).

73. ההלכה שהלכה והתגבשה ממקרה למקרה בעניינה של רכישת דירה "על הנייר" קובעת "כי יש לראות את הפרוספקט [שניתן לרוכש הדירה "על הנייר" על ידי הקבלן – א.ש.] כמעין-הצעה לניהול משא ומתן, ובהיעדר מסמך אחר בחוזה המשנה את התנאים שנכללו בפרוספקט, יראו בתנאים אלה חלק מתנאי החוזה" (ראו: עניין אלרומלי, פסקה 31). כן נקבע שעל-מנת להכיר במסמך חוזי כ"משנה את התנאים שנכללו בפרוספקט" על המסמך להיות נהיר ופשוט לרוכש הדירה באופן שיאפשר להבינו בנקל וללא סיוע אנשי מקצוע. בכל מקרה בו החוזה שסותר את המצג הטרום חוזי אינו ברור ונהיר דיו,

יפורש המפרט לאור המצג הטרום חוזי (ראו: עניין שיכון ופיתוח, בעמ' 677-678; עניין סגל פסקאות 6-7; עניין בסט, פסקה 47; עניין אחים עזרא, פסקה 8).

74. בענייננו-שלנו, לו היה מגיע בית משפט קמא למסקנה כי המשיבות אכן הציגו בפני המערערת מצגים פוזיטיביים לפיהם דירה 1044 גבוהה מהמבנה לרווחת הדיירים, שומה היה עליו לבחון האם הקונה הסביר היה מבחין בקלות בסתירה בין מה שנאמר בחוזה ובמפרט לבין המצג הטרום חוזי – זאת, בהתאם לעיקרון אשר נקבע בפסיקה שצוטטה לעיל (ראו שוב: עניין אלרומלי, פסקה 31; עניין שיכון ופיתוח, בעמ' 677-678; עניין סגל פסקאות 6-7; עניין בסט, פסקה 47; עניין אחים עזרא, פסקה 8).

75. דברים אלה נאמרים על ידי אך ורק על-מנת להעמיד הלכה על מכונה – שכן, ראיתי לנכון לקבל את הכרעתו של בית משפט קמא לפיה לא הוצגו בפני המערערת מצגי שווא פוזיטיביים בנוגע לתכונותיה ולסביבתה של דירה 1044. במאמר מוסגר, אוסיף ואציין כי מדובר בהלכה חשובה אשר באה להסדיר את היחסים המשפטיים שבין קבלן לרוכש דירה "על הנייר", ועל כן חשוב להקפיד על יישומה הנכון.

76. כאן המקום לסכם את דבריי בנוגע לטענות המערערת אשר מייחסות למשיבות הטעיה פוזיטיבית והפרת הסכם המכר. טענות המערערת כי הוצגו בפניה מצגים פוזיטיביים לפיהם דירה 1044 תהא גבוהה מהמבנה לרווחת הדיירים, וכי הסכם המכר שבידה אף קבע זאת במשתמע, אם לא במפורש – לא הוכחו; ואין לי, אפוא, אלא לאשר את דחייתן על ידי בית משפט קמא. כפועל יוצא מכך, אין מקום לקבוע כי המערערת זכאית לסעדים כלשהם על בסיסן של טענות כאמור; ובהינתן העובדה שהמשיבות לא הפרו את הסכם המכר – נדחית מאליה תביעתה של המערערת לביצוע בקירוב. אקדים ואומר, כי דחיית טענתה של המערערת בדבר הפרתו של הסכם המכר משמעה, מניה וביה, כי טענותיה בנוגע לחישוב הנזק, אשר הועלו בחוות דעתו של השמאי מטעמה, גם הן נדונו לכישלון. חישוב הנזק בחוות דעתו של שמאי המערערת נעשה על בסיס ההפרש בין שווי הדירה בעת עריכת השומה לבין שוויה של דירה היפותטית כדירתה של המערערת שאינה סובלת מהחסימה. כפי שאסביר בהמשך, חישוב זה של הנזק בא להגן על אינטרס הקיום של המערערת – עליו אנו מצווים להגן במקרים של הפרת חוזה –אולם אינו מתאים למקרה דנן, שכן המשיבות לא הפרו את הסכם המכר שחתמו עם המערערת, וכל שניתן לזקוף לחובתן הוא הפרת חובת תום-הלב במשא ומתן.

77. כעת, אעבור לדיון בטענתה החלופית של המערערת אשר מלינה על כך שהמשיבות הפרו כלפיה, כמי שרכשה מהן דירה "על הנייר", את חובתן לגלות לה את בעיית החסימה ביוזמתן. כפי שאסביר מיד, מדובר בטענה הטובה בהרבה מקודמותיה, שדינה להתקבל; וכך אמליץ לחבריי לעשות.

78. כפי שכבר נאמר, סבורני כי בנסיבות המקרה שלפנינו חלה על המשיבות חובת גילוי אשר מכוחה היה מוטל עליהן להבהיר למערערת, ביוזמתן, כי החזית הדרומית של דירה 1044 – דירתה העתידית – תהא חסומה באופן ממשי על ידי המבנה לרווחת הדיירים. מאחר שהמשיבות לא העמידו את המערערת על קיומה של בעיית החסימה, חובה כאמור הופרה על ידיהן והן חייבות אפוא לפצות את המערערת על הנזק שהפרה זו גרמה לה.

79. כעת, אפרט את הטעמים שהובילוני למסקנה זו.

80. חוק החוזים (חלק כללי) קובע שתי הוראות דין המקימות חובת גילוי בשלב הטרום חוזי. האחת היא חובת הגילוי הנגזרת מחובת תום-הלב במשא ומתן, אשר נקבעה בסעיף 12(א) לחוק (ראו, מיני רבים: ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231, 237 (1977); ד"נ 7/81 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673, 697-698 (1983) (להלן: עניין פנידר); ע"א 2642/19 מועצה מקומית הר אדר נ' מרכז קניות דוד ויונתן בע"מ, פסקה 48 (7.2.2021); ע"א 8422/17 מדינת ישראל – משרד התחבורה נ' המועצה הלאומית למניעת תאונות דרכים, פסקה 27 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (8.2.2021) (להלן: עניין משרד התחבורה); שלו וצמח, 392-394). האחרת היא חובת הגילוי הקבועה בסעיף 15 לחוק, לפיה הטעיה הינה "אי-גילוין של עובדות אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן". לצד חובות גילוי כלליות אלה, הדין קבע חובות גילוי ספציפיות; ולרשימתן ראו שלו וצמח, 390-392. היקפן של חובת הגילוי הנגזרת מחובת תום-הלב, כמו גם של חובת הגילוי הנגזרת מכוח הנסיבות האמורה בסעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי), משתנה בהתאם לנסיבות הספציפיות של המשא ומתן, ובהן יחסי הכוחות ופערי המידע בין הצדדים למשא ומתן (ראו גם את ההחלטה ברע"א 4373/05 אבן חיים נ' בנק עצמאות למשכנתאות ופיתוח בע"מ, פסקה 6 (15.11.2007), בה קבעה השופטת א' חיות כי "קיימים במישור היחסים שבין הבנק לערב, לא פחות מאשר ביחסי בנק-לקוח, פערים משמעותיים ומובנים של ניסיון ומידע המצדיקים הטלת חובת גילוי ואי הטעיה ברמה מוגברת על הבנק כלפי הערבים.").

81. אקדים ואומר שלא קמה בענייננו חובת גילוי מכוחו של חוק המכר, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק המכר הכללי) או מכוחו של חוק מכר דירות. הוראותיהם של סעיף 16 לחוק המכר הכללי וסעיף 4 לחוק מכר דירות מקימות יחדיו חובת גילוי אשר חלה, בין היתר, על קבלן שמוכר דירה "על הנייר", אולם חובת גילוי זו נוגעת באופן ספציפי ל"אי התאמה" שהקבלן ידע או שהיה עליו לדעת עליה "בעת גמירת החוזה" (לעניין תחולתו של חוק המכר הכללי במצבים המוסדרים בחוק מכר דירות ראו: ע"א 8343/01 עובדיה נ' סיבל נהריה בע"מ (בכינוס נכסים), פ"ד נח(6) 400, 415 (2004)). דא עקא, בענייננו-שלנו אין מדובר באי התאמה – זאת, מאחר שאי התאמה מתקיימת כאשר קיים פער בין הסכמות הצדדים באשר לנכס הנמכר לבין הנכס שבפועל נמסר לרוכשו (ראו: איל זמיר

חוק המכר, תשכ"ח-1968 238-239 (1987) (להלן: זמיר חוק המכר)), ואילו בענייננו-שלנו דירה 1044, כפי שנמסרה למערערת על ידי המשיבות, תואמת את האמור בהסכם המכר ובמפרט שצורף אליו.

82. בנסיבות אלה, השאלה שאנו מצווים לשאול היא זו: האם קמה למשיבות חובה שבדין להבהיר למערערת שהחזית הדרומית של דירה 1044 תהא חסומה על-ידי המבנה לרווחת הדיירים – הגם שהדבר עולה מהסכם המכר עצמו? כאמור, אני סבור שעלינו להשיב לשאלה זו בחיוב.

83. כפי שכבר צויין על ידי, בין אדם מן השורה שרוכש דירה "על הנייר" לבין קבלן או יזם מקרקעין שמוכר לו את הדירה קיימים פערי מידע ופערי כוחות משמעותיים. פערים אלה נובעים מכך שבהיבטים שונים הדירה אינה בגדר "דירה על הנייר" בעבור הקבלן. הקבלן יודע כבר בשלב מוקדם מאוד של הפרויקט כיצד ייראה הבניין, כיצד תיראנה הדירות השונות שבו, ומהם השינויים שיכולים להתבצע בגבולות התכנון המותרים. לעומת זאת, אדם מן השורה – נטול ידע תכנוני ונעדר ניסיון מקצועי בעסקי מקרקעין – לא יוכל להבין באופן עצמאי ומבלי להסתייע בבעלי מקצוע מה בדיוק הוא רוכש מהקבלן (או מיזם המקרקעין). מעבר לכך, במקרים רבים רכישת הדירה נעשית בשלב מקדמי, כאשר התצורה הסופית של הדירה תלויה במידה רבה ברצונותיו ובפעולותיו של הקבלן. בעוד שהקבלן הינו אקטיבי בתהליך בניית הדירה, רוכש הדירה נשאר פסיבי ותלוי לחלוטין ברצונותיו ובפעולותיו של הקבלן. לנוכח פערים אלה במידע ובכוח, לאדם מן השורה שרוכש מקבלן (או מיזם מקרקעין) דירה "על הנייר" אין ברירה אלא להסתמך בצורה כמעט מוחלטת על הקבלן ועל המידע שאותו הקבלן נאות לחשוף ולמסור.

84. מפערים אלו ומחובת תום-הלב במשא ומתן, המעוגנת בסעיף 12(א) לחוק החוזים (חלק כללי), נגזרת חובת גילוי מוגברת אשר חלה על הקבלן שמוכר דירות "על הנייר". תכליתה של חובה זו היא לגרום לכך שהקבלן יידע את רוכש הדירה על כל הפרטים החשובים בנוגע לדירה – וזאת, באופן מדויק וממצה ככל שניתן. הסכמת הרוכש לרכוש את הדירה מהקבלן כנגד תשלום של תמורה מוסכמת חייבת להיות הסכמה מודעת.

85. יפים בהקשר זה דברים שנכתבו על ידי השופטת ד' ברלינר בעניין בסט:

> "לאמור לעיל הנובע מן העובדות הספציפיות, מתווספת גם חובת גילוי כללית שבה נעסוק עתה. חובת גילוי כללית מופיעה בדברי חקיקה רבים והיא נובעת בעיקרו של דבר מהצורך להגן על הצד המצוי ב"עמדת נחיתות אינפורמטיבית" [...] חובת הגילוי היא אחת מגילוייו המובהקים של עקרון תום-הלב וככזו היא מבטאת נורמות של התנהגות מוסרית בשלב המשא ומתן הטרום-חוזי [...] חובת הגילוי בעת מכר דירה נובעת גם מדין ספציפי, הוא

> חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973 (להלן: חוק המכר דירות), אשר מטרתו העיקרית היא להביא לידיעת הקונים: "בצורה ברורה ומובנת – וללא הסתתרות וערפול מאחורי אמירות כלליות וגורפות ומבלי להבליע גופי דברים שלהם משמעות כספית חשובה, בתוך ריבוי דברים טפלים ובלתי חשובים, מה הן כוונותיו האמיתיות של המוכר ומה הן הזכויות אשר ... הקונה רוכש ממנו" [...]. כדי להבטיח שאכן הובאו הדברים לידיעת הקונה והובנו על-ידו, חובה על המוכר לצרף לחוזה מפרט, ובו תיאור הדירה וכל הכלול בה וזאת כאמור בטופס שבתוספת ל"צו מכר דירות (טופס של מפרט), תשל"ד-1974". מטרת המפרט היא שהמוכר יציג באופן הברור ביותר את הדירה הנמכרת, על תכונותיה השונות, כך שהקונה הסביר יידע בדיוק מה הוא קונה ועל מה הוא מוציא את כספו." (ראו: פסקה 48 לפסק הדין; ההדגשה הוספה – א.ש.)

86. המסגרת המשפטית של רכישת דירה "על הנייר" מֵשָׁוָה מעמד מיוחד לא רק למצגים הטרום חוזיים, כאמור לעיל, אלא גם לחובת הגילוי המוגברת אשר מטילה על קבלן, מוכר הדירה "על הנייר", חובה לגלות לרוכש – בגילוי יזום, ולא רק במענה לשאלות – את כל הפרטים המהותיים ביחס לדירה אותה הרוכש עומד לרכוש. אזכיר שקבלן יכול לקיים את חובת הגילוי המוטלת עליו בהפניית הרוכש למסמכים שונים, ובהם המפרט או התשריט של הדירה המיועדת; אולם, על-מנת לעמוד בחובת הגילוי, על המסמכים שהקבלן מוסר לרוכש הדירה או מפנה אליהם כדי לקיים את חובתו להיות נהירים וברורים באופן שיאפשר לרוכש להבין בנקל את כל הפרטים המהותיים הנוגעים לדירה הנרכשת ללא הסתייעות באיש מקצוע מיומן.

87. יפים לעניין זה דבריו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין אשר נכתבו בעניין אופרה על הים:

> "מדיניות שיפוטית ראויה מחמירה עם חברות הבניה באשר למצג כלפי לקוחותיהן, והדבר דומה לנושאי צרכנות בכלל; ההנחה היא כי הגילוי צריך להיות מלא ו"ידידותי למשתמש", באופן שאדם מן היישוב הרוכש דירה, ולעתים זו העסקה החשובה ביותר בחייו, צריך שלא לעמוד בפני "חתול בשק"." (פסקה י"ג להחלטה, ההדגשה הוספה – א.ש.; כן ראו: עניין צמיתות, בעמ' 835)

בעניין אחר, אמר השופט רובינשטיין דברים דומים שגם אותם ראוי לצטט ולזכור:

> "על שום מה הטרחתי את קולמוסי בתיק זה? "כי לקח טוב נתתי לכם" – כדי שפסק דין זה ייקרא על-ידי קבלנים, איגודים ועורכי דינם, כך שיחדל "נוהג הברוטו והנטו" ותיאמר לקונה בעברית פשוטה, על פי התוספת לצו מכר דירות (טופס של מפרט), תשל"ד-1974, סעיף

> 5, ובתמצית, שורה תחתונה של סיכום מספרי של השטח ורכיביו. "הנה שטח הדירה. הוא כולל את אלה ואת אלה, ואינו כולל את אלה ואת אלה, וזה פירוטו..". יידע איפוא הקונה, כי לא קנה חתול בשק אפל אלא דירה לעיני כל ישראל, ובא לציון גואל." (ראו: עניין אחים עזרא, פסקה א' לפסק דינו של השופט רובינשטיין).

88. אסכם את דבריי עד כה – הפסיקה עמדה זה מכבר על פערי המידע ופערי הכוחות המשמעותיים שבין קבלן לרוכש דירה בעסקת מכר-דירה "על הנייר". פערים אלה והרצון לצמצמם ככל שניתן עומדים מאחורי ההלכה הפסוקה אשר מחייבת את הקבלן בחובת גילוי מוגברת בנוגע לכל הפרטים המהותיים הקשורים לדירה שנמכרת על-ידו. הקבלן אומנם יכול לצאת ידי חובת הגילוי באמצעות מסמכים שונים אליהם הוא מפנה את הרוכש או מוסרם לידיו, אולם על-מנת לעמוד בחובת הגילוי על מסמכים אלה להיות נהירים וברורים, באופן שמאפשר לרוכש ההדיוט להבין את המידע האמור בהם בנקל, וללא הסתייעות באנשי מקצוע.

89. ומכאן לענייננו-שלנו.

90. האם בנסיבות העניין המידע לפיו החזית הדרומית של דירה 1044 תהא חסומה באופן ממשי הוא מידע מהותי שמחובת המשיבות היה לגלותו למערערת מיוזמתן? לטעמי, התשובה לכך היא חיובית. הצדדים הציגו בפנינו תמונות מהחזית הדרומית של דירה 1044 – כל אחד מהזווית אשר "מחמיאה" יותר לטענותיו – ולא ניתן להתכחש לכך שהחזית הדרומית של דירה 1044 חסומה על ידי המבנה לרווחת הדיירים באופן שגורע בצורה ממשית, גם אם לא בהכרח משמעותית מאוד, מההנאה מהדירה; ואזכיר בעניין זה שקירות דירה 1044 שקופים. לא זו אף זו: עסקינן בפרויקט יוקרה, אשר ניכר כי הוקפדה בו הקפדה יתירה על הפרטים השונים הן מצד המשיבות והן מצדם של רוכשי הדירות. בנסיבות אלה, בהן המשיבות עצמן בנו את המבנה לרווחת הדיירים כחלק מהפרויקט, חובת הגילוי המוגברת שחלה עליהן חייבה אותן ליידע את המערערת על כך שהחזית הדרומית של דירה 1044 תהא חסומה. המערערת היתה זכאית לדעת על בעיית החסימה בטרם רכשה מהמשיבות את דירה 1044. המשיבות הפרו זכות זו על ידי כך שלא קיימו את חובת הגילוי. המסמכים שהמערערת קיבלה מהן עובר לכריתתו של הסכם המכר לא הציגו בפניה את בעיית החסימה באופן ברור ומוחשי, ללא כחל ושרק, והמשיבות אף לא טענו שהדברים אודות החסימה נאמרו למערערת על-ידי אחד מנציגיהן.

91. ודוק: בכל הקשור בהפרת חובת הגילוי על ידי המשיבות, עדותה של המערערת לפיה המשיבות לא גילו לה אודות החסימה אינה בגדר עדות יחידה של בעל דין. עדות זו נתמכת על ידי המסמכים אשר הוצגו בפני המערערת ואשר אינם מגלים את החסימה ואת הפגיעה בנוף הנצפה מהחזית הדרומית של דירה 1044 – כל שכן בצורה מפורשת וברורה כפי שנדרש. תמיכה ראייתית זו מספקת את דרישת הסיוע לפי סעיף 54(2)

לפקודת הראיות; וכפועל יוצא מכך, מן הדין לקבוע – בשונה מקביעתו של בית משפט קמא, אשר התעלם מטענה זו – כי המערערת הוכיחה באותות ובמופתים את הפרתה של חובת הגילוי על ידי המשיבות.

92. אדגיש כי אין אני בא להטיל דופי במשיבות ואינני חושד, חלילה, כי כוונתן היתה להטעות את המערערת. אני פוסק לחובתן מאחר שבפסיקתנו נקבע כי "אמת המידה לבחינת סטנדרט תום-הלב היא אובייקטיבית, היינו סטייה מסטנדרט ההתנהגות המצופה מצד המנהל משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה עשויה להביא להטלת אחריות משפטית, וזאת גם באותם המקרים שבהם לצד השני לא הייתה כל כוונה או מודעות לכך" (ראו: ע"א 2733/19 אלימלך נ' רשות מקרקעי ישראל, פסקה 42 והאסמכתאות שם (9.6.2022) (להלן: עניין אלימלך)). לזאת אוסיף שסעיף 12(א) לחוק החוזים (חלק כללי) קובע את החובה לנהוג "בדרך מקובלת ובתום-לב", כאשר במקרים מסוימים הדרך המקובלת יכולה להוות אבן הבוחן לקיומו של תום-לב (ראו: שלו וצמח, 71-73).

93. המשיבות טענו לפנינו כי לו היתה המערערת עורכת את בדיקותיה כדבעי, היא היתה מגלה שהחזית הדרומית של דירה 1044 עתידה להיות חסומה על ידי המבנה לרווחת הדיירים, בבחינת "ייזהר הקונה" (caveat emptor). בהקשר זה, מדגישות המשיבות וטוענות כי לו היתה המערערת מבקשת לעיין בבקשה להיתר הבניה, אשר הוגשה למוסדות התכנון עוד בטרם נכרת הסכם המכר, היא היתה מגלה בקלות את מה שמתואר כאן כבעיית החסימה. ברם, טענת "יזהר הקונה" "אינה פוטרת צד להסכם מחובת גילוי של עובדות מהותיות" (ראו: ע"א 1873/16 סויסה נ' הדרי אשקלון אגודה שיתופית חקלאית בע"מ, פסקה 14 (16.7.2018); כן ראו: ע"א 5267/03 פרג'-גשורי נ' מיטל, פ"ד נט(5) 337, 347 (2005); ע"א 6944/19 שרביב בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקה 14 (26.7.2021) (להלן: עניין שרביב); זמיר חוק המכר, 235-236; שלו וצמח, 390-389).

94. כפי שכבר צוין על ידי, לטעמי, המסמכים השונים אשר הוצגו למערערת אכן צריכים היו לעורר אצלה חשש שהחזית הדרומית של דירה 1044 תהא חסומה במידה מסוימת על ידי המבנה לרווחת הדיירים. חשש זה אמור היה לגרום למערערת לנקוט בפעולות אקטיביות כדי לברר את מיקומו ותצורתו של המבנה לרווחת הדיירים ביחס לדירה 1044. מחומר הראיות עולה כי המערערת לא נקטה בפעולות כאמור, לא שאלה שאלות, ולא ביצעה את הבירורים הנדרשים. במחדלה זה אין להקל ראש. ברם, מחדל זה יבוא לידי ביטוי בקביעת אשמה התורם של המערערת – אשר עולה כדי רבע מנזקה, ואליו עוד אתייחס בהמשך דבריי – ולא בכך שהמשיבות תקבלנה חסינות מן האחריות בגין הפרת חובת-הגילוי המוגברת אשר מוטלת עליהן מכוח דין (ראו: עניין שרביב, פסקה 14).

95. עוד טענו המשיבות כי המערערת היתה יכולה להבין בקלות שחזיתה הדרומית של דירה 1044 תהא חסומה על ידי המבנה לרווחת הדיירים, אילו היתה מעיינת בהיתר הבניה, אשר אין מחלוקת שנמסר לה. ברם, היתר הבניה נמסר למערערת רק ביום 17.2.2015 – כחצי שנה לאחר החתימה על הסכם המכר. ברי הוא שהמשיבות אינן יכולות למלא אחר חובת גילוי טרום חוזית, שמשמעה זכאות המערערת לקבל מהן מסמכים ומידע לפני חתימת החוזה, באמצעות מסירת מסמך אשר נעשית אחרי שהחוזה כבר נכרת.

96. בנוסף, טענו המשיבות כי למערערת עמדה הזכות לבטל את הסכם המכר אחרי שגילתה, או אחרי שאמורה היתה לגלות, את בעיית החסימה בהיתר הבניה. בטענה זו אין ממש. ראשית, ספק בעיניי אם תנאיו של הסכם המכר אכן אִפשרו למערערת לבטל את ההסכם באין שוני מהותי בין המפרט להיתר הבניה שניתן (ראו: סעיף 5 לנספח ז׳ להסכם המכר). שנית, ויתורה של המערערת על זכותה לבטל את ההסכם, ככל שהיתה בידיה זכות כזאת, ממילא אינו מונע ממנה קבלת סעדים אחרים על פי הדין – ובפרט, סעד הפיצויים.

97. אשר על כן, אציע לחבריי שנקבע כי המשיבות הפרו את חובת תום-הלב במשא ומתן, אשר היתה מוטלת עליהן מכוח האמור בסעיף 12(א) לחוק החוזים (חלק כללי), על ידי כך שלא קיימו את חובת הגילוי המוגברת כלפי המערערת, כמי שרכשה מהן דירה ״על הנייר״, ולא גילו למערערת מידע על חסימת החזית הדרומית של דירה 1044 על ידי המבנה לרווחת הדיירים.

98. אחרי שהגענו עד הלום – אפנה לשאלת הסעד: מהו הסעד לו זכאית המערערת בגין הפרת החובה האמורה? בשאלה זו אדון ואכריע כעת.

הסעד שעומד לנפגע מהפרת חובת תום-הלב במשא ומתן

99. סעיף 12(ב) לחוק החוזים (חלק כללי) קובע כדלקמן:

> ״צד שלא נהג בדרך מקובלת ולא בתום-לב חייב לצד השני פיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב המשא ומתן או עקב כריתת החוזה, והוראות סעיפים 10, 13, ו-14 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל״א-1970, יחולו בשינויים המחוייבים״ (ההדגשה הוספה – א.ש.).

100. מלשונו של סעיף 12(ב) עולה שהנפגע מחוסר תום-לב במשא ומתן זכאי לפיצוי אשר יעמידו במקום בו היה עומד אלמלא המשא ומתן או אלמלא נכרת החוזה (השוו: דברי הסבר לסעיף 12 להצעת חוק החוזים (חלק כללי), התש״ל-1970, ה״ח כנסת וממשלה 880, 129, 131). אלא שהפסיקה דחתה פרשנות זו, והכלל שנקבע בפסיקתנו הוא שפיצויים הנפסקים מכוחו של סעיף 12(ב) יעמידו את הנפגע מחוסר תום-הלב של הצד שכנגד במקום בו הוא היה עומד אלמלא אירע חוסר תום-הלב. במילים אחרות:

אינטרס ההסתמכות המוגן בסעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי) אינו אינטרס ההסתמכות על החוזה, כי אם אינטרס ההסתמכות על תום-הלב של הצד שכנגד – הסתמכות על תום-לבו של הצד עמו נוהל משא ומתן לקראת כריתתו של החוזה (השוו: פרוקצ'יה, 257-254).

101. עמד על כך השופט ח' מלצר בע"א 2720/08 ז'אן נ' ליבמן, פסקה 26 (23.8.2012) (להלן: עניין ז'אן), באמרו כי –

> "סעיף 12(ב) רישא לחוק קובע כי: "צד שלא נהג בדרך מקובלת ולא בתום-לב חייב לצד השני פיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב המשא ומתן או עקב כריתת החוזה". הוראה זו פורשה בצורה מסורתית בשיטת משפטנו כמדברת בפיצויי הסתמכות, שייחודם בכך שהם מכוונים על מנת להביא את הצד הנפגע למצב שבו הוא היה מצוי אלמלא הופרה כלפיו החובה שלא לנהוג בחוסר תום-לב" (ההדגשה הוספה – א.ש.)

כן ראו: ע"א 3666/90 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מו(4) 45, 58 (1992) (להלן: עניין מלון צוקים); ע"א 4839/92 גנז נ' כץ, פ"ד מח(4) 749, 760 (1994) (להלן: עניין גנז); עניין משרד התחבורה, פסקה 4 לפסק דינו של השופט ג' קרא (8.2.2021); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 731-732 (מהדורה שנייה, 2018) (להלן: פרידמן וכהן); והשוו: ע"א 230/80 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לה(2) 713, 727 (1981).

102. ההבדל המרכזי בין הגנה על אינטרס ההסתמכות על החוזה לבין הגנה על אינטרס ההסתמכות על תום-הלב הוא דרישת הקשר הסיבתי בין חוסר תום-הלב לנזק בר-פיצוי. מטבע הדברים, במקרים בהם בעקבות חוסר תום-הלב הנפגע פרש לחלוטין מהמשא ומתן או ביטל את קיום החוזה, תהיה זהות בין אינטרס ההסתמכות על החוזה לבין אינטרס ההסתמכות על תום-הלב. אולם, במקרים בהם חוסר תום-הלב אינו מביא לפרישה מהמשא ומתן או לביטול החוזה – כפי שאירע בענייננו-שלנו – הנפגע יהא זכאי לפיצוי רק בגין אותם נזקים אשר נגרמו לו בעקבות הסתמכותו – לשווא – על תום-לבו של הצד שכנגד (ראו: פרידמן וכהן, 738).

103. הפרשנות לפיה סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי) בא להגן על אינטרס ההסתמכות על תום-לבו של הצד הפוגע עולה בקנה אחד עם ההתייחסות המקובלת אל חוסר תום-לב כאל עוולת נזיקין (ראו: ע"א 434/07 פרינץ נ' אמירים מושב עובדים של צמחונים וטבעונים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פסקה כ"ט לפסק דינו של השופט רובינשטיין (14.6.2009) (להלן: עניין פרינץ); עניין ז'אן, פסקאות 26-27), כאשר חוסר תום-לב הוא בגדר מעשה עוולה. כידוע "הכלל הרחב לגבי פיצויים בנזיקין הוא כי יש לפסוק לניזוק את אותו פיצוי אשר יש בו כדי להעמידו במקום שהיה בו אלמלא נעשה כלפיו

מעשה העוולה [...] ככזה, נועד הפיצוי הנזיקי להחזיר על כנו את הסטטוס קוו אלמלא מעשה העוולה [...] הוא לא נועד להגשים ציפיות של הניזוק שלא הוגשמו בעקבות מעשה העוולה. מנקודת מבטם של האינטרסים המוגנים על ידי דיני החיובים השונים – אינטרס ההשבה, אינטרס ההסתמכות ואינטרס הקיום – משקף כלל זה הגנה על אינטרס ההסתמכות של הניזוק." (ראו: ע"א 5610/93 זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ראשון לציון, פ"ד נא(1) 68, 81-82 (1997) (להלן: עניין זלסקי השני)).

104. ויודגש: פסיקתנו קבעה כי במקרה של הפרת חובת תום-הלב, הנפגע לא יהא זכאי לפיצוי אשר יעמידו במקום בו היה עומד לו היה נכרת חוזה והחוזה היה מקוים, אלא רק לפיצוי בגין הנזקים שנגרמו לו, ככל שאלה נגרמו, עקב חוסר תום-הלב במשא ומתן (ראו: עניין קוט, בעמ' 820; ע"א 578/88 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' נצר, פ"ד מג(3) 828, 836 (1989) (להלן: עניין טפחות); בג"ץ 6231/92 זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מט(4) 749, 762 (1995) (להלן: עניין זגורי); ע"א 4984/13 הרכבי נ' אבני, פסקאות 32-34 לפסק דינו של השופט עמית (15.3.2015) (להלן: עניין הרכבי)).

105. כמו כן נקבע בפסיקתנו כי במקרים חריגים ונדירים ביותר, אחרי שגובשה הסכמה מלאה של הצדדים למשא ומתן על כל פרטי החוזה והתגבשה באופן ודאי גמירת דעת הדדית, אולם החוזה לא נכרת בשל חוסר תום-הלב של אחד הצדדים, יהא הנפגע זכאי לפיצוי שיעמידו במקום בו היה עומד לו נכרת החוזה ("פיצויי קיום") (ראו: ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289, 302 (2002) (להלן: עניין קל בנין); ע"א 8265/15 בתי זיקוק לנפט בע"מ נ' קבוצת אקוסנס (מזרח תיכון בע"מ), פסקה 15 (1.12.2016); שלו וצמח, 140-143)). כן נפסק שהסעדים המוקנים בגדרו של סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי) אינם מוגבלים לפיצויים, וניתן לקבל מכוחו של סעיף זה סעדים "מגוונים" (ראו: רע"א 1099/21 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אקסטרה פיתוח וייזום בע"מ, פסקה 31 והאסמכתאות שם (17.11.2021); עניין פרינץ, פסקאות כ-כ"ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין; עניין אלימלך פסקה 46; שלו וצמח, 136-143). על רקע של הלכות אלה, שכאמור נועדו למקרים חריגים ונדירים ביותר, מן הראוי הוא שנבהיר כי אין בהענקת סעדים החורגים מפיצויי הסתמכות כדי לחרוג ממסגרת ההגנה על אינטרס ההסתמכות על תום-הלב אשר מסופקת לנפגע מכוחו של סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי). בהקשר זה, יש להבחין הבחן היטב בין האינטרס המוגן לבין הסעד המוענק לנפגע כהגנה על אותו אינטרס מוגן על-מנת לשקמו בעקבות הפגיעה.

106. אסביר את דבריי באמצעות פסק הדין בעניין קל בנין. בנסיבותיו החריגות של פסק הדין בעניין קל בנין נקבע כי הצדדים הסכימו על פרטי ההתקשרות ביניהם ושהסיבה שלא נכרת חוזה היתה חוסר תום-הלב של החברה המזמינה. במקרה כזה, סעד אשר מגן

כדבעי על אינטרס ההסתמכות על תום-הלב אמור להעמיד את חברת קל בנין במקום בו היא היתה עומדת לו נכרת החוזה – שכן שם בדיוק היא היתה עומדת אלמלא חוסר תום-הלב. במקרה מיוחד זה הסעד של פיצויי קיום משקם את הפגיעה באינטרס ההסתמכות של חברת קל בנין על תום-לבה של החברה המזמינה.

107. ניתן להביט על הדברים גם דרך הפריזמה של דרישת הקשר הסיבתי העובדתי. סעיף 12(ב) לחוק החוזים (חלק כללי) קובע מפורשות את דרישת הקשר הסיבתי העובדתי בין הנזק בר הפיצוי לחוסר תום-הלב ("בעד הנזק שנגרם לו"), וזאת בדומה לדרישת הקשר הסיבתי במקרה של תביעת נזק בגין הפרת חוזה. הווה אומר: התובע פיצוי מכוח חוסר תום-לב במשא ומתן נדרש להוכיח קשר סיבתי בין חוסר תום-הלב לנזק שנתבע על ידו (ראו: ע"א 487/88 חברה לפיתוח שכונות מגורים ביו"ש נ' עזבון המנוח עכאב מחמוד בשיר בדיר ז"ל, עמ' 4 ו-6 (15.12.1991); עניין משרד התחבורה, פסקה 3 לפסק דינו של השופט קרא; שלו וצמח, 124). תביעת פיצויי קיום בגין חוסר תום-לב במשא ומתן, שתכליתם להעמיד את הנפגע במקום בו היה עומד לו נכרת החוזה, תידחה ברגיל בשל היעדר אפשרות להוכיח את הקשר הסיבתי העובדתי בין הפרת החובה לנזק הנטען (השוו: ע"א רביב משה ושות' בע"מ נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לז(1) 533, 554 (1982); שלו וצמח, 141). עם זאת, במקרים חריגים שבחריגים ניתן יהיה להוכיח שאלמלא חוסר תום-הלב היה נכרת חוזה מסוים, ועל ידי כך להוכיח קשר סיבתי בין חוסר תום-הלב לנזק בדמות אי-כריתתו של אותו חוזה ספציפי. כזה הוא עניין קל בניין בו נקבע, כעניין שבעובדה, שאילו החברה המזמינה היתה נוהגת בתום-לב היה נכרת החוזה עליו הסכימו הצדדים.

108. כללם של דברים – סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי) מגן על אינטרס ההסתמכות של הצד הנפגע על תום-לבו של הצד הפוגע. בהתאם לכך, פיצויים אשר ייפסקו לטובת הצד הנפגע מכוחו של סעיף 12(ב) לחוק יעמידוהו במקום הקרוב ככל שניתן למקום שבו הוא היה עומד אלמלא חוסר תום-הלב.

פיצויים בגין מצג שווא במשא ומתן

109. מצג שווא במשא ומתן (במעשה או במחדל) הוא מקרה פרטי של חוסר תום-לב במשא ומתן. למקרה זה יש מאפיין ייחודי: בעוד שבמקרים אחרים של חוסר תום-לב במשא ומתן ניתן לתבוע פיצויי קיום בהתקיים אותן נסיבות חריגות ונדירות שציינתי, במקרה של מצג שווא לא ניתן, באופן קטגורי, לתבוע פיצויים כאלה – זאת, בשל היעדר קשר סיבתי בין מצג השווא לבין נזק בדמות של אי-קיום החוזה.

אסביר את דבריי.

110. כאמור, במקרים חריגים שבחריגים יכול הנפגע מחוסר תום-לב במשא ומתן להוכיח שבמידה והמפר היה נוהג בתום-לב היה נכרת בין הנפגע לבין המפר החוזה שלגביו התנהל משא ומתן, ועל ידי כך לבסס קשר סיבתי בין חוסר תום-הלב לבין אי-כריתת החוזה. לעומת זאת, במקרה של מצג שווא, התנהלות תמת-לב של המציג – המקרה ההיפותטי בו היה מוצג מצג אמת בפני הנפגע – היתה יכולה להביא למספר תוצאות אפשריות, עליהן אעמוד בהמשך, אולם האפשרויות הללו אינן כוללות בתוכן כריתת חוזה בהתאם למצג השווא. חוזה כזה לא יכול היה להיכרת במציאות. לדוגמא, בענייננו-שלנו, לו היו המשיבות עומדות בחובת הגילוי אשר חלה עליהן ומגלות למערערת את דבר החסימה, לא היה נכרת חוזה מכר בין הצדדים שעניינו מכירת דירה 1044 ללא בעיית החסימה. זאת, מאחר שדירה 1044 ללא חסימת נוף אינה בנמצא.

111. ואכן, הפסיקה קבעה שבמקרה של מצג שווא במשא ומתן העולה כדי חוסר תום-לב הנפגע ממצג השווא זכאי לפיצוי שיעמידו במקום בו הוא היה עומד אלמלא המצג. זאת, להבדיל מהמקום בו נפגע זה היה עומד אילו מצג השווא שהפוגע הציג בפניו היה מצג של אמת לאמיתה (ראו: עניין טפחות, בעמ' 836; עניין זגורי, בעמ' 762; עניין הרכבי, פסקאות 32-34 לפסק דינו של השופט עמית). חישוב הפיצוי באופן זה משמש גם בחישובי פיצויים במקרים של מצג שווא רשלני כעוולת נזיקין (ראו: עניין זלסקי השני, בעמ' 82-84; ע"א 5460/94 הדס מפעלי מזון בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד, פסקה 3 (29.6.1997); ע"א 8361/09 דלתא להשקעות ולמסחר (קרני שומרון) בע"מ נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פסקה 28 (16.8.2012); ע"א 3496/13 פלדום פיינגולד מתכות נ' גיצלטר, פסקה 34 (12.11.2015)).

112. אבהיר שדבריי אלה נכונים למקרים של מצג שווא טרום חוזי, אשר אינו מהווה חלק מחוזה המכר. במקרים בהם מצג השווא מוצא את דרכו לתוך החוזה ומהווה התחייבות חוזית של אחד הצדדים, הרי שמצג השווא מהווה הפרה של הסכם המכר. במקרה האחרון הנפגע מהפרת החוזה יהיה זכאי לסעד המגן על אינטרס הקיום שלו, ולתרופה אשר תעמיד אותו במקום בו היה עומד אילו מצג השווא היה מצג אמת. וכפי שנקבע בעניין אלרומלי, פסקה 31: "יש להבחין בין הצהרה לא נכונה המהווה הטעייה, אשר ככזו יכולה לזכות בסעד של ביטול החוזה, לבין הצהרה לא נכונה המהווה חלק מההתחייבויות של הצד המתקשר בהסכם, ואשר הפרתה מזכה את הצד שכנגד בכל הסעדים החוזיים לרבות אכיפה ופיצויים." (כן ראו: שלו וצמח, 380-381).

113. בשולי הדברים אציין שהענקת סעד מכוחו של סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי) בגין הצגת מצג שווא מעוררת את שאלת היחס בין עילת חוסר תם-הלב במשא ומתן לעילת ההטעיה. שאלה זו, כמו גם השאלה היותר רחבה בדבר היחס בין עילת חוסר תום-הלב לעילות הפגמים בכריתה מעוררת שאלות כבדות משקל ונדונה בפסיקה ובספרות המשפטית (ראו: ע"א 472/86 עזר נ' עזריהו, פ"ד מב(3) 236, 243 (1988);

ע"א 9528/07 Foundation sansounimaille נ' פרי, פסקאות 14-15 (16.11.2011) (להלן: עניין Foundation); עניין גנז; ע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ, פ"ד מח(5) 705 (1994); סיני דויטש "הוראת העושק בחוק החוזים" מחקרי משפט ב 1, 20 (תשמ"ב); דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט, 699-701 (מהדורה שניה, 1998); פרידמן וכהן, 514; חגי ויניצקי "ייחוד עילה בדיני הפגמים בכריתה: ניתוח עיוני ונורמטיבי" ספר גבריאלה שלו – עיונים בתורת החוזה 415 (2021); שלו וצמח, 291-297; איל זמיר "טעות בכדאיות העסקה: שווי האובייקט, התרחשויות עתידיות, נטילת סיכון ורשלנות הטועה" ספר גבריאלה שלו – עיונים בתורת החוזה 379, 410-412 (2021)).

114. לטעמי, המקרה שלפנינו אינו דורש הכרעה בשאלות כבדות משקל אלה, וניתן להותירן לעת מצוא. הסיבה לכך היא שהמתח בין עילת חוסר תום-הלב לעילות הפגמים בכריתה נוצר במקרים בהם לא מתקיימים יסודותיהם של הפגמים בכריתה. במקרים כאלה, הענקת פיצוי בגין חוסר תום-לב יכולה להוות עקיפה של העילה האחרת, אשר מהווה דין ספציפי (השוו: עניין Foundation, סעיף 15). מטבע הדברים, מתח זה אינו מתעורר במקרים בהם מתקיימים במלואם יסודות הפגם בכריתה. בהתאם לכך נקבע בפסיקה במספר הזדמנויות שבמקרים בהם חלים יסודות עילת ההטעיה ניתן לתבוע פיצויים מכוח סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), וזאת גם מבלי לתבוע את ביטול החוזה בשל ההטעיה (ראו: ע"א 7730/09 כהן נ' מבני גזית (2000) בע"מ, פסקאות 16-17 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (6.6.2011) (להלן: עניין מבני גזית); ע"א 2413/06 מגדלי כספי רג'ואן ובנין בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה – ירושלים, פסקה מ' (10.11.2009); עניין ז'אן; שלו וצמח, 296).

115. בענייננו-שלנו המשיבות הפרו את חובת הגילוי הקבועה בסעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי) וזאת הן בחלופה של חובת הגילוי לפי הנסיבות והן בחלופה של חובת הגילוי מכוחו של הדין, שכן סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי) מהווה מקור לחובת הגילוי על-פי דין (ראו: ע"א248/77 בנק הפועלים בע"מ נ' גרבורג בע"מ, פ"ד לב(1) 253, 256 (1977); ע"א 9019/99 קינסטלינגר נ' אליה, פ"ד נה(3) 542, 546 (2001); שלו וצמח, 392-395). בנסיבות אלה, קבלת סעד מכוחו של סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), גם מבלי לתבוע את ביטול החוזה, הינה בהחלט אפשרית ואינה מעוררת קשיים מיוחדים.

116. כיצד ניתן לקבוע מהו המקום בו היה עומד הנפגע ממצג שווא טרום חוזי אלמלא מצג השווא? לשאלה זו אדרש כעת.

117. כאשר נכרת חוזה מחייב ורק אחר כך מתגלה כי החוזה נכרת, כפי שנכרת, בשל מצג שווא, מענה לשאלה ההיפותטית "מה היה עושה הנפגע אלמלא המצג?" מעורר קשיים לא מבוטלים. קשיים אלה הולכים ומתעצמים במקרים בהם לנפגע עמדה זכות לבטל את החוזה, אולם הוא ויתר על זכותו זו מבלי לוותר על זכותו לתבוע פיצויים

מהצד שכנגד – בעל דין שניהל עמו משא ומתן בחוסר תום-לב (ראו: עניין מבני גזית, פסקאות 16-17 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

118. במקרים בהם בעקבות מצג השווא שהתגלה הנפגע פרש מהמשא ומתן, מדובר בנפגע שמגלה את דעתו כי הוא לא היה מנהל משא ומתן עם הצד שכנגד אילו ידע את מצב הדברים לאשורו. הפיצוי לו יהא הנפגע זכאי במקרים כאלה צריך אפוא להעמיד את הנפגע במקום שבו הוא היה עומד אלמלא המשא ומתן. פיצוי זה יכסה את ראשי הנזק כדוגמת שכר טרחת עורך דין, דמי תיווך, הוצאות מימון, וכיוצא באלה (ראו: ע"א 800/75 קוט נ' ארגון הדיירים במרכז המסחרי, רמת-יוסף, בת-ים, אגודה עותמנית, פ"ד לא(3) 813, 820 (1977) (להלן: עניין קוט); פרידמן וכהן, 736-740; שלו וצמח, 129-127). במקרים מתאימים, יוכל הנפגע לתבוע גם פיצוי בגין אובדן הזדמנויות. אציין שפיצוי בגין אובדן הזדמנויות בכלל, ובמקרה של מצג שווא טרום חוזי בפרט, מעורר קשיים לא מבוטלים מבחינה עיונית ומעשית כאחד (ראו: עניין זלסקי השני, בעמ' 85-84; ע"א 3646/95 מורד נ' קבוץ קדרים – אגודה שיתופית להתיישבות חקלאית בע"מ, פסקה 14 (13.10.1997) (להלן: עניין מורד); עניין הרכבי, פסקאות 36-40 לפסק דינו של השופט עמית; רע"א 3510/21 נצר נ' קונפינו, פסקאות 12 ו-15 (25.8.2021); שלו וצמח, 132-130; פרידמן וכהן, 742). כפי שיתואר להלן, בענייננו-שלנו, המערערת לא עמדה בנטל הראיה הנדרש להוכחת אובדן הזדמנויות; ומשכך הוא, איני רואה צורך להאריך את הדיבור בנושא סבוך זה.

119. במקרים בהם מצג השווא התגלה לאחר כריתת החוזה והנפגע בחר לבטל את החוזה בעקבות הגילוי, חישוב הפיצוי ייעשה באופן דומה. זאת, מאחר שבמקרים כאלה הנפגע מגלה את דעתו שאלמלא מצג השווא הוא לא היה מתקשר בחוזה עם הצד שכנגד. במקרה זה הפיצוי יכסה, נוסף להוצאות שהוצאו בקשר עם המשא ומתן הטרום חוזי, הוצאות אשר הוצאו על ידי הנפגע בקשר עם ביצוע החוזה. ברור הוא גם, שבמסגרת זו לא יוכל הנפגע לתבוע בגין מה שכבר שולם לו במסגרת ההשבה ההדדית הנלווית לביטול החוזה, כמתחייב מכוח האמור בסעיף 21 לחוק החוזים (חלק כללי) – שכן, הדבר יהווה כפל פיצוי (ראו: פרידמן וכהן, 738-739). גם במקרה זה יהא הנפגע זכאי לתבוע פיצוי בגין אובדן הזדמנויות, ככל שיעלה בידו להוכיח את ההזדמנות שאבדה ואת שוויה הכספי.

120. מהו דינם של מקרים – כדוגמת המקרה שלפנינו – בהם נכרת חוזה על בסיס מצג שווא, אולם הנפגע מאותו מצג-שווא אינו יכול, או אינו מעוניין, לבטל את החוזה שנכרת? גם במקרים אלה, ייתכן שבמידה והנפגע היה יודע אודות מצג השווא הוא היה נמנע מלהיכנס למשא ומתן לכריתת חוזה; וייתכן גם שהיה כורת חוזה אלטרנטיבי עם צד שלישי (הגם שהנסיבות שנוצרו שינו את עולמו וכעת הוא אינו יכול, או אינו רוצה, לבטל את החוזה). ברם, במקרים אלה קיימת גם אפשרות נוספת, אשר ניצבת במוקד הערעור

דנן: ייתכן שלאחר התגלותו של מצג השווא באשר לנכס מושא המשא-ומתן, הנפגע היה כורת חוזה עם הצד שכנגד – חרף מצג השווא או הפרתה של חובת הגילוי – אולם אז הוא היה משלם לאותו צד שכנגד תמורה נמוכה יותר בעד הנכס, אשר משקפת את שוויו האמיתי של הנכס.

121. על אפשרות זו, לצד תרחישים אפשריים נוספים, עמד השופט עמית בעניין הרכבי:

> "תרחיש אפשרי אחד למשל הוא כי הנפגע [ממצג השווא – א.ש.] היה בוחר להיקשר בחוזה בכל מקרה אך היה משלם פחות ממה ששולם על ידו בפועל [...]
>
> תרחיש אפשרי נוסף הוא כי תמורת מחיר דומה היה הנפגע נקשר בעסקה חלופית שהייתה מניבה לו את הרווח לו הוא ציפה. נזק זה מכונה "אבדן הזדמנות חלופית" ואליו כוונו המשיבים את ערעורם.
>
> תרחיש שלישי אפשרי הוא כי הנפגע היה בוחר שלא להיקשר באף עסקה – בין בעסקה הנוכחית ובין בעסקה חלופית. במקרה אחרון זה מתלכד הפיצוי עם נוסחת ההסתמכות הקלאסית של ביטוח הנפגע מפני הפסד, קרי, פיצוי שלילי בגין ההפסדים וההוצאות בקשר עם החוזה." (ראו: שם, בפסקה 37 לפסק דינו של השופט עמית; כן ראו: עניין זלסקי השני, בעמ' 87).

122. הגם ששני התרחישים האמורים – אי התקשרות בחוזה, מצד אחד, וכריתת חוזה על בסיס תמורה נמוכה יותר, מהצד השני – עונים על אותה שאלה היפותטית – "היכן היה עומד הנפגע אלמלא מצג השווא?" – תרחישים אלה מובילים לתוצאות שונות. כך, בעוד שהפיצוי אשר בא להעמיד את הנפגע במקום בו היה עומד אלמלא "נקשר בהסכם" יעמיד את הנפגע קרוב ככל שניתן למקום בו היה עומד אלמלא ניהל משא ומתן עם הצד שכנגד, פיצוי אשר בא להעמיד את הנפגע במקום בו היה משלם עבור הנכס מחיר נמוך יותר – זה שמשקף את שוויו האמיתי של הנכס – יחייב עריכת התאמה של התמורה החוזית למצב הקיים (ראו והשוו: עניין הרכבי, פסקאות 37 ו-42 לפסק דינו של השופט עמית).

123. בטרם אדרש לשאלת חישוב הפיצוי בכל אחת מהאפשרויות הללו, אקדים ואומר שאיני רואה מניעה לאפשר לנפגע לבחור את אחת משתי האפשרויות, ככל שיעלה בידו להוכיח את נזקיו בהתאם לאותה אפשרות לפי מידה ההוכחה של "מאזן ההסתברויות" אשר נהוגה במשפטים אזרחיים (ראו, מיני רבים: ע"א 1546/16 ביסאן נ' מדינת ישראל רשות הפיתוח וקק"ל, פסקאות 40, 44, 51 (16.9.2020); ע"א 8349/09 גרטלר נ' M.H. Wheeler, חתם לוידס ואח', פסקה 5 (22.5.2011); ע"א 9462/04 מורדוב נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פסקה 13 (28.12.2005)). הנני ער לכך שהדבר מותיר בידי הנפגע את

הכוח לבחור בעבור עצמו את מסלול החישוב של הנזק, אלא שאפשרות הבחירה הנתונה בידי הנפגע אינה זרה לדיני החוזים. למשל: סעיף 2 לחוק התרופות מקנה לנפגע את אפשרות הבחירה בין אכיפה, ביטול ופיצויים, כשהנפגע אף רשאי לצרף את תרופת הפיצויים לתרופת האכיפה או הביטול; סעיף 15(ב) לחוק התרופות מאפשר לנפגע מהפרת חוזה לבחור אם לתבוע את המפר בהתבסס על תניית הפיצוי המוסכם או בהישען על הוראות הדין בנוגע לפיצויים (ראו: יצחק עמית "פיצוי מוסכם – סוגיות והיבטים" ספר גבריאלה שלו – עיונים בתורת החוזה 621, 641-647 (2021)); נפגע מחוסר תום-לב במשא ומתן זכאי לתבוע לפי סעיף 12 חוק החוזים (חלק כללי) או לפי עילות חוזיות אחרות (ראו: עניין פנידר, בעמ' 686); כאמור, צד לחוזה שהוטעה זכאי לבחור בין תרופת הביטול מכוח סעיפים 14 או 15 לחוק החוזים (חלק כללי) (במקרים המתאימים לכך) לבין תרופת הפיצויים לפי סעיף 12(ב) לאותו חוק; והוא זכאי גם לתבוע אותן יחדיו (בכפוף לאיסור על כפל הפיצוי). למעשה, זכות הבחירה אשר עומדת לנפגע בדיני חוזים הינה כה נפוצה עד שהשופט ת' אור התבטא בעניינה כך: "מקרה רגיל הוא שמוענקת לצד בחוזה הזכות לתבוע סעדים אשר אינם עולים בקנה האחד, ועומדת לו במקרה המתאים האפשרות לבחור את הסעד הנראה לו מביניהם." (ראו: ע"א 2454/98 לינדאור נ' רינגל, פ"ד נו(1) 225, 240 (2001)). ניתן להצדיק את אפשרות הבחירה הניתנת לנפגע גם באמצעות הדוקטרינה של "נזק ראייתי" (ליסודות הדוקטרינה, ראו: א' פורת וא' שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא 191 (תשנ"ח) (להלן: פורת ושטיין)). זאת, מאחר שמצג השווא הוא שגרם לכך שהנפגע צריך להוכיח תרחישים היפותטיים אשר לא ניתן להכריע איזה מהם היה מתרחש במציאות. במקרה כזה, זכאי הנפגע ליהנות מההנחה שהיה בוחר לפעול באופן הכדאי ביותר עבורו, כל עוד הנחה זו לא נסתרה (ראו: יהודה אדר "קרן אור על אינטרס ההסתמכות" ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 343, 367 וכן ה"ש 67 (2013) (להלן: אדר)).

124. אוסיף ואבהיר כי אין בדבריי אלה כדי לוותר על דרישת הקשר הסיבתי. כוונתי לכך שעל הנפגע ממצג שווא אשר טוען שאלמלא המצג לא היה נקשר בחוזה, ומבקש לקבל סעדים אשר יעמידוהו במקום בו היה עומד אלמלא נקשר בחוזה, מוטל הנטל להוכיח ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט אזרחי את קיומו של קשר סיבתי סובייקטיבי בין מצג השווא לכריתת החוזה (השוו לדרישת הקשר הסיבתי הקבועה בסעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי); ובהקשר זה ראו: ע"א 8222/19 חנניה נ' קוואלטי קרדיט פאנד, פסקה 19 (7.12.2020); רע"א 3264/21 כהן נ' אלקטרה בניה בע"מ, פסקה 19 (18.7.2021); שלו וצמח, 382).

125. לסיכום – במקרה בו נכרת חוזה בהתבסס על מצג שווא והנפגע אינו רוצה או אינו יכול לבטל את החוזה, ניתן לחשב את נזקיו של הנפגע באחת משתי דרכים אלה,

לפי בחירתו: (1) פיצוי שיעמיד את הנפגע במקום בו היה עומד אלמלא נכרת החוזה; וכן (2) פיצוי שיעמיד את הנפגע במקום בו היה עומד במידה והיה כורת חוזה – מבראשית – על בסיס העובדות כהווייתן. להלן אעמוד על האופן שבו יש לערוך את חישוב הפיצוי בכל אחת מהאפשרויות הללו ואזהה את מסלול הפיצוי המתאים ביותר למקרים כגון זה שלפנינו.

כיצד יש לחשב פיצוי המעמיד נפגע ממצג שווא במקום בו היה עומד אלמלא נכרת החוזה, כאשר החוזה נשאר בתוקף?

126. חישוב הפיצוי אשר יעמיד את הנפגע במקום בו היה עומד אלמלא נכרת החוזה, כשהחוזה עודנו בתוקף, הינו רחוק מלהיות פשוט ברמה המושגית וקל להוכחה. על-מנת לערוך חישוב זה כדבעי, יש לזכור את העיקרון לפיו "מקום בו הסב המעוול לניזוק תועלת ונזק גם יחד יהיה הניזוק זכאי לפיצוי בגובה הנזק לאחר שקוזז ממנו שווי התועלת" (ראו: ע"א 1540/97 הוועדה המקומית לתכנון ובניה חולון נ' אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית, פסקה 7 לפסק דינו של המשנה לנשיא ש' לוין (7.4.2003)); והשוו: סעיף 462 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 ה"ח הממשלה 595, 700, 892 הקובע כי "טובות הנאה שבהן זכה הנפגע במישרין עקב ההפרה ינוכו, בכפוף לאמור בכל חיקוק, מהפיצויים המגיעים לנפגע"). בהתאם לעיקרון זה, שומה על בית המשפט לקבוע את נזקו של הנפגע בהתחשב ברווח שהלה הפיק מהחוזה. חישוב זה מתפצל לכמה מסלולים אפשריים.

127. מסלול אחד מחייב את בית המשפט לקזז מנזקו של הנפגע – אשר מורכב מכל ההוצאות שהוציא הנפגע בקשר עם החוזה, כשאלו משוערכות למועד התשלום של הפיצוי – את שוויו הנוכחי של הנכס הנמכר. בבסיסו של חישוב זה עומדת ההנחה שאם החוזה לא היה נכרת, הנפגע לא היה מוציא הוצאות בקשר עמו ולא היה בידיו הנכס אותו רכש במסגרת החוזה (ראו: ע"א 80/87 זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ראשון-לציון, פ"ד מה(4) 604, 619 (1991) (להלן: עניין זלסקי הראשון); עניין הרכבי, פסקה 42 לפסק דינו של השופט עמית; שלו וצמח, 133). חישוב זה מעורר בעיה: במסגרתו, גובהו וכדאיותו של הפיצוי המתקבל על ידי הנפגע תלויים ביחס בין שוויו הנוכחי של הנכס לבין ההוצאות אותן הוציא הנפגע בעבר, בנקודת הזמן שבה הוא רכש את הנכס, בתוספת של דמי השערוך. במקרים בהם ערך הנכס עלה באופן ששוויו בזמן הגשת התביעה עולה על ההוצאות המשוערכות של הנפגע; או כאשר מלכתחילה נקבעה לנכס תמורה נמוכה משוויו האמיתי גם בהתבסס על מצג השווא – חיסור שוויו הנוכחי של הנכס מההוצאות שהוצאו בקשר עם החוזה יביא לסכום שלילי, והנפגע כלל לא יהא זכאי לפיצוי (ראו: ת"א (מחוזי ת"א) 738/89 זלסקי נ' ישראלי (12.7.1993) (להלן: עניין זלסקי המחוזי); אדר, 360 וכן 366-367). משמעות הדברים היא שיהיו מקרים בהם על-אף שהוצגו מצגי

שווא אשר העלו את התמורה החוזית ששולמה על ידי הנפגע, הנפגע לא יהיה זכאי לפיצוי.

128. מסלול נוסף ממקד את זרקוריו של בית המשפט על הרווח שיכול היה לצמוח לנפגע מעסקה אלטרנטיבית (במקרים בהם הנפגע מוכיח אובדן הזדמנויות). כאשר החוזה שנכרת הינו רווחי, הפיצוי יחושב באמצעות חיסור הרווח נטו שצמח לנפגע מהעסקה הנוכחית מהרווח נטו שהיה צומח לנפגע מהעסקה האלטרנטיבית; וכאשר החוזה שנכרת הוא חוזה הפסד, יש לחשב את הפיצוי בגין אובדן הזדמנויות כך שלרווח נטו מהעסקה האלטרנטיבית יצורף ההפסד מהחוזה שנכרת בפועל. פיצוי זה יעמיד את הנפגע במקום בו היה עומד אלמלא מצג השווא: הוא לא היה מפסיד מהעסקה שכרת, כי לא היה נכנס לתוכה מלכתחילה, והיה מרוויח מהעסקה האלטרנטיבית.

129. כסעד חלופי לחישוב הפיצוי בדרכים האמורות, יכול הנפגע לתבוע פיצוי בגין הוצאותיו העודפות אשר נגרמו עקב מצג השווא – כדוגמת הוצאות שנבעו מהתארכות המשא ומתן בגין מצג השווא או תשלום למומחים שהעריכו את הנכס על בסיס מצג השווא (ראו: פרידמן וכהן, 737-738). אלמלא אותו מצג שווא, הוצאות אלה לא היו מוצאות כלל, ומשכך הוא, הן לא הביאו לנפגע כל תועלת אותה יש לקזז. פיצוי זה הוא פיצוי חלופי למסלולי הפיצוי שלעיל מהטעם הבא: במסגרתם של שני מסלולים אלו, בתי המשפט משקללים את כלל ההוצאות אותן הוציא הנפגע, לרבות ההוצאות העודפות אשר נגרמו בשל מצג השווא.

130. בעניין זה אבקש להעיר שתי הערות.

131. ראשית, מתן פיצוי אשר מעמיד את הנפגע במקום שבו הוא היה עומד אלמלא נכרת החוזה, כאשר במקביל לכך החוזה ממשיך להתקיים, כרוך בקושי עיוני. מחד גיסא, הנפגע מקיים את החוזה; ומאידך גיסא, הוא מקבל פיצוי שמעמידו במקום בו הוא היה עומד אלמלא נכרת החוזה (ראו: גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 74-80 (2009) (להלן: שלו ואדר)). אלא שקושי זה הוא קושי עיוני ולא אופרטיבי; ומשכך, הוא אינו מעמיד מחסום לפסיקת פיצויים לפי אחת הדרכים שתוארו לעיל, כל אימת שאין מדובר בכפל פיצוי (ראו: ע"א 8850/10 שיר משכנות ותיקים בע"מ נ' הליגה למניעת מחלות ריאה תל אביב, פסקאות 15-23 (20.8.2013); ע"א 1846/92 לוי נ' מבט בניה בע"מ, פ"ד מז(4) 49, 55-57 (1993); ע"א 3805/17 קיבוץ כרמים – אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' אנטיפוד השקעות בע"מ, פסקה 4 (25.6.2019); נילי כהן "בחירת המפר ונטל העסקה החלופית – גילוי וכיסוי בזכויות הנפגע לתרופות החוזיות" ספר גרוס: מחקרים בדיני חברות ומשפט עסקי לכבודו של פרופ' גרוס 161, 164-165 (2015); לדעה אחרת, ראו: שלו וצמח, 128-130 והשוו לדבריהם בעמ' 133).

132. שנית, מהאמור לעיל עולה כי במקרים בהם מצג השווא במשא ומתן העלה את התמורה החוזית, אולם חרף זאת, בסופו של יום, העסקה שנכרתה נשארה רווחית עבור הנפגע, הנפגע לא יקבל כל פיצוי זולת אם יוכיח שהיתה בידו, בזמן אמת, עסקה אלטרנטיבית רווחית עוד יותר. פיצוי אשר אמור להעמיד את הנפגע במקום בו היה עומד אלמלא נכרת החוזה לא יהא זמין עבורו, מאחר שכריתת החוזה רק היטיבה את מצבו, גם אם לא באופן לו ציפה מלכתחילה. במקרים כגון זה, גם סעד הביטול לא יהא אפקטיבי מאחר שהנפגע לא יהא מן הסתם מעוניין לבטל חוזה רווחי גם אם החוזה אינו רווחי כפי שציפה מלכתחילה. פיצוי בגין אובדן הזדמנויות אומנם יכול להביא מזור לנפגע גם בקטגוריה זו של מקרים, אולם מדובר בפיצוי חריג וקשה להוכחה. לבסוף, הנפגע אומנם יהא עדיין זכאי, גם במקרים כגון זה, לפיצוי בגין ההוצאות העודפות, ככל שהיו לו הוצאות כאלה, אולם פיצוי זה הוא פיצוי מוגבל אשר מנותק מהשפעתו של מצג השווא על התמורה החוזית שנקבעה.

133. עולה מן המקובץ, כי קיימים מקרים לא מעטים של מצגי שווא בהם הסעד של ביטול החוזה וסעד הפיצוי אשר בא להעמיד את הנפגע במקום בו היה עומד אלמלא נכרת החוזה אינם אפקטיביים ואינם מוצדקים. זאת, מאחר שהמפר של חובת תום-הלב אינו מפצה את הנפגע בגין מצג השווא אשר העלה, ללא הצדקה, את המחיר החוזי שהנפגע שילם לו, בכסף או בשווה-כסף. תוצאה זו כמובן אינה רצויה מבחינת מטרותיהם החברתיות של דיני החוזים: היא מתמרצת אנשים להשיג לעצמם יתרונות לא להם במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה באמצעות הצגת מצגי שווא – כל אימת שמצגים אלו אינם הופכים את העסקה לבלתי כדאית, אלא "רק" מצמצמים את רווחיותה עבור הנפגע.

134. מכאן חשיבותו של מסלול אפשרי נוסף לחישוב הפיצוי המגיע לנפגע, כזה אשר נועד להסיר את העיוות מהתמורה החוזית המוסכמת ולהתאימה למצב הדברים האמיתי. כפי שאפרט להלן, סעד זה, אף הוא מוכר בפסיקה (ראו: ע"א 324/82 עיריית בני-ברק נ' רוטברד, פ"ד מה (4) 102, 123 (1991) (להלן: עניין רוטברד); עניין זלסקי הראשון, בעמ' 619; עניין זלסקי השני, בעמ' 87; עניין מבני גזית, פסקאות 18-20 לפסק דינו של השופט פוגלמן; עניין ז'אן, פסקאות 30-31; עניין הרכבי, פסקה 42 לפסק דינו של השופט עמית), גם אם לא נעשה בו עד כה שימוש נרחב. סעד זה אינו מושפע, מבחינת עצם הזכאות לו, מהשאלה האם החוזה שנכרת רווחי ואם לאו. גם במקרים בהם החוזה שנכרת עודנו רווחי, הנפגע ממצג השווא יוכל לזכות בפיצוי אשר יעמידו במקום בו היה עומד אילו החוזה נכרת מתוך מודעות לעובדות כהווייתן. בכך יש כדי למלא את החֶסֶר בעולם התרופות בגין מצגי שווא, להגן כדבעי על הצד הנפגע, וכן לסייע לכינונה של הרתעה אופטימלית מהצגת מצגי שווא במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה.

לפיצוי זה ודרך חישובו אדרש כעת.

כיצד יש לחשב את הפיצוי אשר יעמיד את הנפגע ממצג השווא במקום בו היה עומד אילו כרת חוזה בהתבסס על העובדות כהווייתן?

135. כאמור, נפגע ממצג שווא אשר עומד על קיום החוזה שנכרת על בסיס מצג השווא זכאי לפיצוי אשר יתאים את התמורה החוזית לעובדות החדשות – שכן, אנו מניחים ש"הנפגע היה בוחר להיקשר בחוזה בכל מקרה אך היה משלם פחות ממה ששולם על ידו בפועל" (עניין הרכבי, פסקה 37 לפסק דינו של השופט עמית). לסעד זה אקרא מעתה פיצויי התאמה.

136. עיון בפסיקה מגלה שבית משפט זה מכיר בזכותו של נפגע ממצג שווא לקבל מהצד הפוגע פיצויי התאמה, אולם חישוב התמורה החוזית המותאמת טרם זכה לליבון ממצה: פסקי דין שונים שבית משפט זה הוציא מלפניו משתמשים בשלוש דרכים שונות לחישוב פיצויי התאמה. אקדים ואומר שסוגיה זו נדונה הן בהקשר של תביעה מכוח סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), והן בהקשר של תביעה מכוח עוולת הרשלנות במקרים של "מצג שווא רשלני"; ובפרט, במקרים בהם מצג השווא הביא לכריתת חוזה בין הנפגע ממצג השווא לצד ג'. מקרים אלה דומים מאוד לענייננו-שלנו, במיוחד נוכח אופייה הנזיקי של עילת חוסר תום-הלב במשא ומתן; ואני אכן סבור שיש לחשב את הפיצויים בשני המקרים הללו באופן זהה (השוו: דברי ההסבר לסעיף 23 להצעת חוק החוזים (חלק כללי), התש"ל-1970, ה"ח כנסת וממשלה 880, 129, 133; פרידמן וכהן, 663-666).

137. חישוב התמורה המותאמת אינו מעורר קושי במקרים בהם התמורה החוזית קרובה לשווי השוק של הנכס הנמכר, שכן ניתן להניח שגם אם היה בידי הצדדים מידע אחר הם היו כורתים חוזה בהתאם לשווי השוק המעודכן; ומה שיישאר לבית המשפט לעשות הוא לחשב את ההפרש. קשיים מתעוררים במקרים בהם ישנו פער, ובוודאי פער משמעותי, בין שווי השוק של הנכס לבין התמורה החוזית. פער זה, לטובת המוכר או לטובת הקונה, הוא הביטוי החוזי ליחסי הכוחות במשא ומתן אשר נערך בין הצדדים. בתור שכזה, פער זה מכונה בספרות המשפטית "השקילות החוזית" (ראו: איל זמיר "תרופות בשל הפרת חוזה: פיצויי ציפייה, פיצויי הסתמכות, השבת התעשרות ושחזור השקילות החוזית (בעקבות ע"א 1632/98 ארבוס נ' אברהם רובינשטיין ושות' – חברה קבלנית)" משפטים לד 91, 143-176 (התשס"ד) (להלן: זמיר שחזור השקילות); שלו וצמח, 125-126 וכן 133-134; כן ראו: ע"א 6290/18 עזבון טמירה פינצ'וק ז"ל נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, פסקה 57 (2.5.2021); ע"א 7194/13 טובית דרור חברה לנכסים בע"מ נ' ב.ס.ר. מהנדסים בע"מ, פסקה 3 לפסק דינו של השופט מלצר (22.7.2013)).

138. כפי שאפרט בהמשך דבריי, אני סבור שחישוב פיצויי התאמה והתאמת התמורה החוזית צריכים להיעשות, ככל שניתן, באופן שמשחזר את השקילות החוזית, כהמלצתו של פרופסור איל זמיר במאמרו הנ"ל.

139. בנקודה זו, אפנה לבחינתן של שלוש השיטות אשר שימשו בפסיקה להתאמת המחיר החוזי.

שיטת החיסור מהתמורה החוזית

140. שיטה אחת היא חיסור שווי השוק האמיתי של הנכס בעת כריתת החוזה מהתמורה החוזית המוסכמת. לדוגמא, הצדדים הסכימו על רכישת נכס בהתבסס על מצג שווא בתמורה ל-100,000 ש"ח, ובדיעבד התברר ששוויו האמתי של הנכס הוא 80,000 ש"ח. לפי שיטה זו, הנפגע יהא זכאי לפיצוי בסך של 20,000 ש"ח (חיסור שווי הנכס האמתי בעת כריתת החוזה (80,000 ש"ח) מהתמורה החוזית המוסכמת (100,000 ש"ח)). שיטת חישוב זו מתעלמת משווי השוק של הנכס לאחר מצג השווא, ומתעניינת רק בתמורה החוזית ובשווי השוק של הנכס בזמן מכירתו. שיטת חישוב זו תכונה להלן: חיסור מהתמורה החוזית.

141. שיטת החיסור מהתמורה החוזית הופעלה בפסק הדין בעניין ז'אן. בפסק דין זה נדון המקרה הבא: בגין מצג שווא, אותו הציג מר ז'אן לה"ה ליבמן, סברו ה"ה ליבמן כי הם רכשו נכס בבעלות מלאה, בעוד שבפועל הם רכשו חכירת-משנה בנכס לתקופה של 17 שנה. נקבע שהפיצוי יחושב כך שיֵחַסרו מהתמורה החוזית את שווי השוק של הנכס כחכוּר (הזכויות בדירה שקיבלו ה"ה ליבמן) במועד כריתת החוזה (ראו: פסקאות 30-31 לפסק הדין). בשיטת החיסור מהתמורה החוזית נעשה שימוש גם בפסק הדין בעניין זלסקי השני. בפסק דין זה נדון עניינם של קבלנים אשר רכשו מקרקעין בהתבסס על מצג שהציגה להם הוועדה המקומית לתכנון ובניה ראשון לציון, לפיו במקרקעין גלום פוטנציאל בניה של מבנה ובו 16 יחידות דיור; ובדיעבד התברר שהוועדה המקומית הציגה מצג שווא רשלני ושפוטנציאל הבניה במקרקעין הינו מבנה ובו 8 יחידות דיור בלבד. בית משפט זה קבע כי הקבלנים זכאים "לפיצוי בגובה ההפרש בין המחיר ששילמו לבין שווי הקרקע בהנחה שניתן לבנות עליה שמונה יחידות דיור" (עניין זלסקי השני, בעמ' 96); ואלה היו דבריו:

> "ראינו, כי בענייננו מדובר במצג שווא רשלני, אשר גרם לכריתת חוזה שעל-פיו רכשו המערערים חלקת אדמה. אמת-המידה לפיצויים של המערערים היא פיצוי בגין נזקי ההסתמכות שהוסבו להם. נזקים אלה כוללים, בראש ובראשונה, את ההפרש בין המחיר ששולם על-ידי המערערים לבין שוויו של הנכס שקיבלו [...] אמת-מידה זו מניחה כי אלמלא מצג השווא לא היה הניצג נקשר בהסכם

לרכישת הנכס, או – למצער – היה מסכים לשלם בעבורו מחיר נמוך יותר, המשקף את שוויו האמיתי" (עניין זלסקי השני, בעמ' 87, ההדגשה הוספה – א.ש.).

142. גם בעניין הרכבי מוצע חיסור התמורה החוזית כאפשרות לחישוב הנזק במקרה של מצג שווא (ראו: עניין הרכבי, פסקה 42 לפסק דינו של השופט עמית); בשיטת חישוב זו נקט גם השופט י' קדמי בעניין גנז (בדעת מיעוט) כדרך לחישוב הפיצוי בגין הפרת חובת תום-הלב, אם כי לא בגין מצג שווא (ראו: עניין גנז, בעמ' 760).

143. דא עקא, שיטת החיסור מהתמורה החוזית אינה נקיה מקשיים. נניח שבשל חולשתו היחסית בעמדת המיקוח מול מוכר הנכס, הנפגע רכש נכס, לו היה זקוק, תמורת 110,000 ש"ח בזמן שהנכס נחזה לו כשווה 100,000 ש"ח. במלים אחרות: הנפגע היה מוכן לרכוש – ורכש – את הנכס בתוספת מחיר של 10,000 ש"ח מעל המחיר אותו העריך כנכון. בפועל, הנכס שווה 80,000 ש"ח. הערכת שוויו של הנכס ב-100,000 ש"ח על ידי הנפגע נובעת ממצג שווא שהציג בפניו מוכר הנכס. במקרה זה, שיטת החיסור מהתמורה החוזית תעניק לנפגע פיצוי בסך של 30,000 ש"ח מבלי להתחשב בפרמיית המחיר בסך של 10,000 ש"ח שהנפגע היה נכון לשלם בעד הנכס. תוצאה זו תעשיר את הנפגע ב-10,000 ש"ח על חשבונו של מוכר הנכס, ללא כל הצדקה. כעת, נניח שיד הנפגע במשא ומתן היתה הפעם על העליונה וכי הוא הצליח לרכוש את הנכס תמורת 70,000 ש"ח – כאשר הנכס נחזה להיות שווה 100,000 ש"ח ושוויו האמיתי, כמו קודם, הוא 80,000 ש"ח. במקרה זה, שיטת החיסור מהתמורה החוזית תשאיר את הנפגע, באופן אנומאלי, ללא פיצוי (ראו: פרידמן וכהן, 732). מכאן ניתן לראות כי שיטת החיסור מהתמורה החוזית מתאימה אך ורק למקרים של רכישת נכס לפי מחיר השוק. שיטה זו אינה רגישה להבדלים לגיטימיים בין רצונות ועמדות המיקוח שהיו לכל צד לעסקה, הקונה והמוכר. בהתקיים הבדלים כאמור, שיטת החיסור מהתמורה החוזית מביאה לכדי פיצוי יתר (כמו בדוגמא הראשונה) או פיצוי בחסר או חוסר פיצוי (כמו בדוגמא השנייה).

שיטה אחרת: "פער שווי השוק"

144. שיטת חישוב אחרת, שתיקרא להלן פער שווי השוק, מתמקדת בפער שבין שווי השוק של הנכס בהתאם למצג השווא לשווי השוק האמיתי של אותו נכס. למשל: אם שווי השוק של הנכס בהתאם למצג השווא הוא 100,000 ש"ח ושווי השוק האמיתי של הנכס הוא 90,000 ש"ח, סכום הפיצוי יהיה 10,000 ש"ח, ללא תלות בתמורה החוזית. שיטה זו ניתן ליישם בשלושה אופנים שונים: (1) פער שווי השוק "המקורי" – הפער שהיה קיים בעת כריתת החוזה בין שני מצבי עולם: זה שתואם את מצג השווא וזה האמיתי; (2) פער שווי השוק "העתידי" – הפער הקיים במועד הגשת התובענה בין שני מצבי עולם: זה שתואם את מצג השווא וזה האמיתי; וכן (3) פער שווי השוק ה"משולב" – ההבדל שבין

שווי השוק האמיתי במועד הגשת התובענה לבין שווי השוק אשר תואם את מצג השווא בעת כריתת החוזה (ראו: אדר, 363).

145. חישוב הפיצויים לפי פער שווי השוק ה"משולב" נעשה על ידי השופט מ' בן-יאיר בעניין זלסקי הראשון (גלגולו הראשון של עניין זלסקי השני). בפסק דין זה קבע השופט בן-יאיר כדלקמן: "הנזק האמיתי שנגרם להם הוא ההפרש בין שווי החלקה, שנקבע מתוך הסתמכות על ההחלטה העקרונית, לבין שווי החלקה, שנקבע במכירתה מרצון לקבלן שכטר" (ראו שם, בעמ' 619; ההדגשה הוספה – א.ש.). בפסק דין זה בית המשפט לא חישב את הנזק אלא החזיר את הסוגיה לערכאה הדיונית שתכריע בפיצוי (ראו: אדר, 359-361 וכן ה"ש 48). דרך חישוב זו נדחתה על ידי בית המשפט בעניין זלסקי השני אשר העדיף על פניה, כאמור, את שיטת החיסור מהתמורה החוזית (לדיון בעניין סמכותו של בית המשפט לסטות מהכרעה קודמת שניתנה באותו בעניין ראו: עניין זלסקי השני, בעמ' 97-108).

146. שיטת החישוב המבוססת על פער שווי השוק המשולב אינה מאפשרת לחשב את פיצויי ההתאמה, המגיעים לנפגע, כדבעי. זאת, מאחר שהשוואת שווי השוק שבמועד הגשת התובענה לשווי השוק שהיה קיים בעת כריתת החוזה אינה רלבנטית לחישוב התמורה אותה היו מסכימים הצדדים לשלם ולקבל בזמן אמת (ראו והשוו: אדר, 363, 366-367).

147. פסק דין נוסף בו נעשה שימוש בשיטת פער-שווי-השוק הוא עניין מבני גזית. פסק דין זה דן במקרהו של אדם שרכש מחברת מבני גזית יחידה מסחרית במרכז מסחרי אשר הוצמדה לה מרפסת, ובדיעבד התברר שהמרפסת מיועדת למעבר ציבורי. השופט פוגלמן, שכתב את חוות הדעת העיקרית, קבע שאי גילוי מצבה התכנוני של המרפסת מהווה הפרה של חובת הגילוי במשא ומתן וכן הפרה של חוזה המכר (ראו: שם, בפסקאות 18-20 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

בנוגע לחישוב הפיצוי, קבע השופט פוגלמן כדלקמן:

> "בנסיבות העניין, נוכח ההפרה – בין של חובת תום-הלב במשא ומתן, ובין של החוזה עצמו – יש לפצות את המערער בגין ירידת ערך הנכס. בהתחשב בהכבדה שיוצר ייעודה של המרפסת על אפשרויות השימוש בה, אך בשים לב לכך שגם במצבה הנוכחי ניתן לעשות בה שימוש. לאחר בחינת חוות הדעת השמאיות שהגישו הצדדים ובחינת פרוטוקול חקירתם הנגדית של השמאים אנו מעמידים את שיעור הפיצוי על סך 30,000 דולר ארה"ב, לפי ערכו בשקלים ביום 24.2.2005" (ראו: שם, בפסקה 21 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

148. פסק הדין אינו מציין מפורשות את מועד הערכת שווי השוק אולם התאריך אותו מציין פסק הדין, 24.2.2005, הוא מועד הגשת שומת התובע בבית המשפט המחוזי, ונראה שזהו המועד שביחס אליו הוערך שווי הנכס (ולא מועד כריתת החוזה). גם העובדה ששיטת חישוב זו משמשת לדעת השופט פוגלמן, כמו גם לדעת שאר חברי המותב, לחישוב פיצויי הקיום בגין הפרת חוזה מחזקת את ההשערה שהחישוב האמור נעשה בהתאם לשווי השוק העתידי. אעיר שבספרות המשפטית ישנה התייחסות אל פסק דינו של השופט פוגלמן בעניין מבני גזית כיישום של עיקרון שיחוזר השקילות החוזית בתביעת פיצויים לפי סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי) (ראו: שלו וצמח, 133-134; וכן אביאל פלינט וחגי ויניצקי תובענות ייצוגיות 349 (2017)).

149. לטעמי, חישוב פיצויי ההתאמה באמצעות פער שווי השוק העתידי אינו עולה בקנה אחד עם העקרונות עליהם עמדנו בנוגע לפיצוי בגין חוסר תום-לב במשא ומתן במקרים של מצג שווא טרום חוזי. חישוב הפיצוי באמצעות פער שווי השוק העתידי יעמיד את הנפגע במקום בו היה עומד אילו מצג השווא היה מצג אמת, שכן הוא מעניק לנפגע את ההפרש שבין שווי הנכס שברשותו לשווי הנכס שהיה ברשותו אם מצג השווא היה מצג אמת במועד הגשת התובענה (או במועד רלבנטי אחר שבזמן ניהול התובענה). כפי שקבעו כל שופטי המותב בעניין מבני גזית, פיצוי כאמור הוא פיצוי צודק ונכון במקרה בו מצג השווא מהווה התחייבות חוזית והפיצוי לו זכאי הנפגע הוא פיצוי בגין הפרת חוזה, אולם הוא אינו פיצוי צודק ונכון בעבור מצבים של מצג שווא טרום חוזי, שכן, כאמור, לא מתקיים קשר סיבתי בין מצג השווא, לנזק זה – זאת, מאחר שגם אילולא הוצג מצג השווא לא היה יכול להיות ברשות הנפגע נכס דמיוני אשר הוצג בפניו. כך, בעניין מבני גזית גם אם המפר היה מציג לנפגע מצג אמת, לא היה נכרת חוזה המעניק לנפגע מרפסת צמודה שאינה מיועדת למעבר ציבורי.

150. חישוב פיצויי ההתאמה באמצעות פער שווי השוק המקורי – שיטה לה לא מצאתי אחיזה בפסיקתנו – אף הוא מחטיא את המטרה. ההנחה שאילו הנפגע ממצג שווא ידע כי הנכס שמחירו הנכון נחזה כ-100,000 ש"ח שווה, לאמיתו של דבר, 70,000 ש"ח, הוא היה נכון לשלם בעד אותו נכס 30,000 ש"ח פחות מהסכום ששילם מעדו בפועל, בהאמינו בכך שמצג השווא הוא מצג אמת, אינה מובנת מאליה. הנחה זו נכונה רק כאשר החוזה נכרת בהתאם לשווי השוק של הנכס. ברם, ככל שהתמורה החוזית הולכת ומתרחקת משווי השוק של הנכס, פער שווי השוק המקורי יהווה אמת מידה פחות ופחות נכונה לחישוב פיצויי ההתאמה.

151. אסביר את דבריי באמצעות דוגמא. נניח שאדם הסכים לשלם 120,000 ש"ח בעד נכס שנחזה לו כשווה 100,000 ש"ח, ועל ידי כך להפסיד 20,000 ש"ח. בדיעבד התברר שאותו נכס שווה רק 10,000 ש"ח. לפי שיטת פער-שווי-השוק המקורי, הפיצוי שאותו אדם יקבל יהא 90,000 ש"ח (100,000 ש"ח פחות 10,000 ש"ח), כך שבסופו של יום

הוא ישלם 30,000 ש"ח בעד נכס ששווה 10,000 ש"ח. הגם שההפסד הכולל של אותו נפגע ממצג השווא נותר זהה בשני המקרים (20,000 ש"ח), לא יהא זה סביר להניח שאדם שהיה נכון לשלם 20% פרמיה בעד הנכס אותו חפץ לרכוש, בהאמינו במצג השווא שהוצג לו, מוכן להעלות את הפרמיה לכדי 200% מעל שווי השוק.

152. לא זו אף זו. נניח כעת שבפנינו רוכש שמשלם 80,000 ש"ח בתמורה לנכס שנחזה כשווה 100,000 ש"ח, ובדיעבד התברר שהנכס שווה רק 10,000 ש"ח. לפי שיטת פער-שווי-השוק המקורי, הפיצוי לו יהא נפגע זה זכאי מגיע כדי 90,000 ש"ח, כמו בדוגמא הקודמת. הרווח שהנפגע ציפה להפיק מהעסקה, 20,000 ש"ח, נשאר אותו רווח שקלי. ברם, רווח זה כעת עלה, באופן בלתי סביר לחלוטין, משיעור של 25% לשיעור של 200% – זאת, מאחר שהנפגע, שבסופו של יום לא הוציא מכיסו ולו שקל אחד, מקבל לידיו 20,000 ש"ח (10,000 ש"ח כפיצוי ונכס ששווה 10,000 ש"ח). חוזה כזה בוודאי לא היה נכרת בין הצדדים על בסיסן של העובדות כהווייתן (השוו: זמיר שחזור השקילות, 145-146).

153. מטעמים אלה, סבורני כי אין בידינו לאמץ את שיטת פער-שווי-השוק על כל הסתעפויותיה.

שיטת החישוב היחסי – השיטה המתאימה ביותר למקרים כדוגמת המקרה דכאן

154. מכאן לשיטה נוספת של חישוב פיצויי ההתאמה, לה אקרא החישוב היחסי. שיטה זו פועלת באמצעות השוואה יחסית – בשברים או באחוזים – בין שווי השוק של הנכס בהתבסס על מצג השווא לבין שווי השוק האמיתי של הנכס כבסיס לעדכון התמורה החוזית. לפי שיטה זו, הנפגע שהעריך נכס ששווה 80,000 ש"ח ב-100,000 ש"ח בעטיו של מצג שווא, יהא זכאי לפיצוי בשיעור של 20% מהתמורה החוזית המוסכמת. בהתאם לכך, נפגע אשר ציפה להרוויח ממימוש החוזה כ-11%, בשלמו בעד הנכס הנחזה כשווה 100,000 ש"ח 90,000 ש"ח, יקבל פיצוי בסך של 18,000 ש"ח (20% מהסך של 90,000 ש"ח) ועל ידי כך יקנה נכס שכאמור שווה 80,000 ש"ח תמורת 72,000 ש"ח, תוך הפקת רווח של 8,000 ש"ח. רווח זה מגיע כדי 11% (72,000 : 8,000), בהתאם למצופה על ידי הצדדים (ראו: זמיר שחזור השקילות; שלו וצמח, 133-135; כן ראו: Eyal Zamir, *The Missing Interest: Restoration of the Contractual Equivalence*, 93 VA. L. REV. 59 (2007)).

155. לשיטת החישוב היחסי יש אחיזה בפסיקה. בעניין רוטברד, אשר ניתן חודש לפני שניתן פסק הדין בעניין זלסקי הראשון, נדון מקרה דומה במידה רבה למקרה אשר נדון בענייני זלסקי. בעניין רוטברד, נרכשו מקרקעין על בסיס מצג של הוועדה המקומית בני

ברק באשר למצבו התכנוני של נכס, ובדיעבד התברר שהמצג היה שגוי. על רקע זה, קבע השופט מ' בן-יאיר כדלקמן:

> **"אין לפצות את החברה במטרה להביאה למצב ששקול לקיומה של ההבטחה שניתנה שלא כדין (הטבת נזק שמקורו בתחום אינטרס הציפייה) אלא יש לפצותה על-מנת להשיב את מצבה לקדמותו, למצב שקדם להיגד השווא הרשלני (הטבת נזק שמקורו בתחום אינטרס ההסתמכות).** על פי גישה זו, יש לבסס, לדעתי, את ההערכה על החלק היחסי של שטח הבנייה שנמנע מתוך שטח הבנייה המובטח, וזאת לפי מחיר הרכישה החוזי, שהיה 288,800 ל"י. **יש להניח, שהחברה הייתה מוכנה לשלם את מחיר הרכישה על יסוד ההבטחה, ששטח הבנייה שיינתן לה הוא לפי השיעור הניתן לבניינים שנבנים באזור מגורים ג', כלומר – לפי שיעור של 105% משטחן הכולל של החלקות.** יש להניח עוד, שלו החברה הייתה יודעת, ששטח הבנייה שיינתן לה יהיה מצומצם יותר, היא לא הייתה מוכנה לשלם את מחיר הרכישה שנקבע בחוזה, אלא מחיר נמוך ממנו. נראה לי, שהחישוב האובייקטיבי ביותר הוא לקבוע, שהחברה הייתה מוכנה לשלם, במקרה כזה, מחיר מופחת, בשיעור מקביל לחלקו היחסי של שטח הבנייה שנמנע משטח הבנייה המובטח." **(ראו שם, בעמ' 123 לפסק הדין, ההדגשה הוספה – א.ש.)**

**בהמשך נקבע כי הפער בין שווי המקרקעין בהתאם למצג לבין שוויים האמתי מגיע כדי 21.1%, ובהתאם לכך נפסק לנפגע פיצוי בשיעור של 21.1% מהתמורה החוזית (ראו: עניין רוטברד, בעמ' 123).**

156. **כמו כל היפותזה ביחס לדברים שלא התרחשו במציאות (counterfactuals), קביעת פיצויי ההתאמה לפי שיטת החישוב היחסי אינה נקיה מספקות. ברם, קביעה כאמור מגלמת בתוכה, כלשונו של השופט בן-יאיר, את "החישוב האובייקטיבי ביותר" מבין החלופות האפשריות (השוו: זמיר חוק המכר, 569-572). מדובר באומדנא הקרובה ביותר לחוזה שהיו עורכים הצדדים בהינתן שמצג השווא היה ידוע להם, ובהתחשב בעמדות המיקוח שהיו לכל צד לעסקה במועד כריתת החוזה. שיטה זאת בוודאי עדיפה על השיטות האחרות, שכן היא משקפת בצורה המדויקת ביותר את התמורה החוזית המותאמת. בשונה מכך, שיטת פער שווי השוק העתידי משקפת מצב שבוודאות לא יכול היה להתרחש במציאות; שיטת פער שווי השוק המקורי כוללת בחובה הנחות בלתי סבירות בעליל בנוגע להתנהלותם של קונים ומוכרים בשוק חופשי; ובמצב שבו הנכס נרכש שלא בהתאם למחיר השוק – שיטת החיסור מהתמורה החוזית מובילה אותנו, בהכרח, לתוצאה לא נכונה ובלתי-הוגנת בעבור אחד הצדדים בדמותו של פיצוי יתר או פיצוי חסר. לזאת יש להוסיף שהחישוב היחסי הוא החישוב המקובל ביישומה של תרופת הניכוי בדיני מכר – תרופה שתפקידה, כבענייננו, להעמיד את "הקונה קרוב למצב שבו**

היה אילו מלכתחילה התייחס החוזה לממכר הפגום" (ראו: זמיר חוק המכר, 561; דברי ההסבר לסעיף 497(ג) להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 ה"ח הממשלה 595, 700, 903; ה"פ (מחוזי י"ם) 5045/06 בלוטניק נ' שטיינהרטר, פסקאות 13-15 לפסק דינו של השופט י' עדיאל (17.4.2007); לעניין ההיקש מתרופת הניכוי לפיצוי במקרה של מצג שווא ראו: עניין הרכבי, פסקה 37 לפסק דינו של השופט עמית; וכן פרוקצ'יה, בעמ' 257-259).

157. באשר למועד עריכת החישוב – לטעמי, יש לערוך את החישוב היחסי נכון למועד כריתת החוזה. כאמור, תכלית הפיצוי בגין מצג השווא היא להעמיד את הנפגע במקום בו היה עומד אילו כרת חוזה בהתאם לעובדות כהווייתן. אשר על כן, ראוי לחשב את פיצויי ההתאמה בהתאם למידע שעמד לנגד עיני הצדדים בעת שכרתו את החוזה, ולא בשלב מאוחר יותר (השוו: זמיר חוק המכר, 572-573).

158. לסיכום – נפגע ממצג שווא טרום חוזי אשר גילה על מצג השווא רק לאחר שהחוזה נכרת, ואינו מעוניין, או אינו יכול, לבטל את החוזה, זכאי לתבוע פיצוי בשני אופנים: (1) פיצוי אשר יעמיד אותו במקום בו היה עומד אלמלא כרת את החוזה; (2) פיצוי אשר יעמיד אותו במקום בו היה עומד אילו כרת חוזה תוך ידיעת העובדות כהווייתן. הפיצוי השני יחושב באופן הבא: תחילה, יחושב ההפרש היחסי – בשברים או באחוזים – בין שווי השוק של הנכס בהתאם למצג השווא לבין שווי השוק של הנכס בהתאם לעובדות כהווייתן, נכון למועד כריתת החוזה. לאחר מכן, יופחת מהתמורה החוזית ששולמה או שהובטחה ההפרש היחסי אשר נקבע בשלב הראשון.

159. מפאת חשיבות הדברים לענייננו-שלנו ולמקרים דומים, אסכם גם את יתרונותיה של שיטת החישוב היחסית על פני שיטות אחרות:

א. שיטת החישוב היחסית היא הכלי המדויק ביותר להתאמת מחירו החוזי של נכס (או של שירות), אשר עוות על ידי מצג שווא שהציג מוכר הנכס לקונהו, למחיר הנכון – התאמה שנדרשת במקרים כדוגמת זה שלפנינו כאשר קונה הנכס, שכאמור נפגע ממצג השווא, בוחר שלא לבטל את החוזה מאחר שאינו מעוניין, או שאינו יכול, לוותר על הנכס.

ב. במקרים כאלה, המחיר הנכון הוא מחיר שקונה הנכס ומוכרו היו מסכמים ביניהם בהתבסס על המצב העובדתי האמיתי, נקי ממצג השווא שהציג המוכר לקונה. כדי לחשב מחיר זה, בית המשפט צריך לקבוע – בעזרת עדים מומחים או בלעדיהם – את היחס, באחוזים או בשברים, בין מחיר השוק של הנכס כמות שהוא, AV, לבין מחיר השוק של הנכס ההיפותטי אשר תואם את מצג השווא, HV, ואשר עולה על מחירו של הנכס האמיתי – נכון למועד חתימת החוזה. לאחר מכן, בית המשפט צריך להכפיל את היחס האמור, AV/HV, במחיר עליו הסכימו

הצדדים בחוזה, CP. אם המחיר החוזי טרם שולם, הקונה יחוייב לשלם למוכר, במקומו של מחיר זה, את הסכום הבא: CPxAV/HV, בתוספת הצמדה וריבית כדין. ואם הקונה כבר הספיק לשלם למוכר את המחיר החוזי, כמו במקרה שלפנינו, אזי יפצה המוכר את הקונה בסכום הבא:

.CPx(1-AV/HV)

לסכום זה יש להוסיף הצמדה וריבית כדין החל מהמועד בו שילם הקונה למוכר את המחיר החוזי.

ג. שיטת חישוב זו מתאימה את המחיר החוזי המעוות לעובדות כהווייתן בהתחשב בכוחות המיקוח של הצדדים, כפי שבאו לידי ביטוי בקביעת מחירו של הנכס במצב שהוצג לקונה.

ד. שיטת חישוב זו אינה מאפשרת למוכר, האחראי למצג השווא, להפחית את אחריותו או לבטלה במקרים בהם הנכס שנמכר, כמות שהוא, עלה בשוויו. עלייה בשוויו של הנכס אחרי מכירתו היא בגדר רווח השייך הקונה, ולמוכר אין בו שום חלק.

ה. שיטת חישוב זו היא בגדר כלי אנליטי כלכלי. הפעלתו של כלי זה על ידי בית המשפט פוטרת את הקונה – אשר נפגע ממצג השווא שהציג בפניו המוכר – מהנטל להוכיח את הקשר הסיבתי בין מצג השווא לנזקיו על ידי הבאת ראיות בנוגע למה שהיה יכול, והיה רוצה, לעשות אילו ידע את המצב לאשורו בזמן שניהל את המשא ומתן עם המוכר. פטור מהוכחת תרחישים היפותטיים כאמור, לו זוכה הקונה, הינו מוצדק הן מההיבט הכלכלי והן מההיבט של זכויות והצדק המתקן. ניהול הוכחות סביב תרחישים היפותטיים כרוך בעלויות לא מבוטלות ובצריכתו של זמן שיפוטי יקר – זאת, כאשר הוא רחוק מלהבטיח לבית המשפט ולצדדים הגעה לחקר האמת. מנקודת ראות כלכלית, ניהול הוכחות כאמור אינו רצוי אפוא (ראו: ע"א 765/18 חיון נ' חיון, פסקה 27 לפסק דיני (1.5.2019); וכן טליה פישר ואלכס שטיין, "דיני ראיות", הגישה הכלכלית למשפט 1103, 1106-1105 (בעריכת אוריאל פרוקצ'יה, 2012)). בהיבט של זכויות והצדק המתקן, הוכחת התרחישים ההיפותטיים כאמור מהווה, על-פי רוב, משימה יקרה וקשה, עד כדי בלתי-אפשרית, אשר עולה לכדי נזק ראייתי אשר נגרם על ידי המוכר שהציג את מצג השווא בפני הקונה. למוכר אין אפוא פתחון-פה נגד השימוש בשיטת החישוב היחסית כפתרון מעשי ויעיל לקושי הוכחתי אשר נוצר באשמתו שלו (ראו: פורת ושטיין, 197-200).

160. כאמור, סעדה העיקרי של המערערת – ביצוע בקירוב – נדחה. לצד הסעד העיקרי תבעה המערערת כסעד חלופי פיצוי בסך של 2,150,000 ש"ח בגין "נזקיה". להערכת שמאי המערערת, הנזק המדובר הוא הפער בין שווי דירה 1044 בשוק החופשי לעומת דירה באותם נתונים, שהחזית הדרומית שלה אינה חסומה ושהיא מרוחקת מרחק של 11 מטרים (ולא חמישה מטרים) מהמבנה לרווחת הדיירים, נכון למועד עריכת השומה (להבדיל ממועד כריתת החוזה). כפי שניתן להיווכח, חישוב זה נערך בהתאם לפער שווי השוק העתידי – בדומה לחישוב שנערך בעניין מבני גזית – אשר מגן על אינטרס הקיום של הנפגע ומעמידו במקום בו היה עומד לו מצג השווא היה מצג אמת. חישוב זה יש לדחות.

161. כפי שהבהרתי לעיל, בכפוף למקרים חריגים שבחריגים, לא ניתן לתבוע פיצויי קיום בגדרו של סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי). מעבר לכך שלא נראה שבענייננו-שלנו חל חריג מיוחד המצדיק סטייה מהכלל האמור, המערערת אף לא טענה כי יש להחיל בעניינה את החריג לכלל, וברור אפוא שהיא אינה זכאית להחלתו; לכך יש להוסיף שענייננו-שלנו עוסק בחוסר תום-לב מסוג מצג שווא. כאמור לעיל, במקרים מעין אלה לא ניתן לתבוע פיצוי אשר יעמיד את הנפגע במקום בו היה עומד לו מצג השווא היה מצג אמת, שכן לא מתקיים קשר סיבתי עובדתי בין מצג השווא לבין הנזק הנטען. כאמור, בענייננו-שלנו, לו היו המשיבות מגלות למערערת מלכתחילה את בעיית החסימה, היו עומדות בפני המערערת מספר אפשרויות, אולם לא היתה עומדת לה האפשרות לכרות חוזה לרכישת דירה 1044 שהנוף הנשקף ממנה אינו חסום על-ידי המבנה לרווחת הדיירים; ומשכך הוא, יש לדחות את חישוב הנזק שנערך על ידי שמאי המערערת – זאת, אף בהתעלם מחוסר האמינות שייחס לו בית משפט קמא.

162. בהינתן שהסכם המכר נותר בתוקפו על-אף מצג השווא (במחדל) שהוצג למערערת – בפני המערערת עומדות שתי חלופות לתביעת הפיצויים: (1) פיצוי אשר יעמיד אותה במקום בו עמדה אלמלא נכרת ההסכם; וכן (2) פיצוי אשר יעמיד אותה במקום בו היתה עומדת לו היתה כורתת חוזה תוך מודעת לעובדות כהווייתן.

163. פיצוי שיעמיד את המערערת במקום בו היתה עומדת אלמלא נכרת ההסכם יכול לכלול את אחד מראשי הנזק הבאים: (1) עלות עודפת בניהול המשא ומתן בגין מצג השווא; (2) אובדן הזדמנויות; (3) ההפרש בין התמורה החוזית, בתוספת הוצאות העסקה, לבין שוויה הנוכחי של דירה 1044 (בדומה לפיצוי שנקבע בעניין זלסקי הראשון). בנוגע לשני ראשי הנזק הראשונים, אלו לא הוכחו על ידי המערערת. לא נעלמה מעיניי טענת המערערת לפיה במידה והיתה יודעת שהחזית הדרומית של דירה 1044 תהא חסומה על ידי המבנה לרווחת הדיירים היא היתה רוכשת את דירה 1091 (טענה לאובדן

הזדמנויות). אלא שפרט לתצהירה שלה-עצמה, המערערת לא הגישה כל ראיה לתמיכה בטענתה זו. אומנם אין מחלוקת על כך שבטרם חתמה המערערת על הסכם המכר, הדירה אשר "עמדה על הפרק" היא דירה 1091, אלא שיש לזכור שהמערערת בחנה לא פחות מחמש דירות בפרויקט והחליפה ביניהן באופן תכוף יחסית. בנסיבות אלה, בהיעדר ראיה מסייעת כאמור בסעיף 54(2) לפקודת הראיות, לא ניתן לקבוע שהמערערת עמדה בנטל להוכיח שאלמלא מצג השווא היא היתה רוכשת דווקא את דירה 1091.

164. גם מראש הנזק השלישי לא תצמח למערערת תועלת. כזכור, הסכם המכר נכרת ביום 31.7.2014 כשהדירה היתה "על הנייר" והתמורה החוזית נקבעה על סך של 5,163,861 ש"ח. חוות דעתו של שמאי המערערת העריכה את שווי הדירה נכון ליום 30.8.2018, לפני כארבע שנים, "בגבולות של כ-5,500,000 ש"ח". נמצא אפוא כי הסכם המכר היה רווחי עבור המערערת – וזאת, גם אם נתחשב בהוצאות העסקה, ולא נתחשב בעליית שווי הדירה בארבע השנים אשר חלפו מאז נערכה השומה.

165. לעומת זאת, ייתכן בהחלט שפיצוי אשר יעמיד את המערערת במקום בו היא היתה עומדת לו כרתה את ההסכם ביחס לדירה 1044 בהתבסס על העובדות כהווייתן יביא לה מזור. כדי להגן על האינטרס של המערערת כמי שנפגעה ממצג שווא במשא ומתן לקראת חתימתו של הסכם המכר, ובכדי למנוע מצב של הרתעת-חסר מפני הצגת מצגי שווא במשא ומתן – שומה עלינו ליתן למערערת הזדמנות להוכיח את זכאותה לפיצוי כאמור ואת שיעורו. מאחר שאין בידינו לקבוע את שיעורו של פיצוי זה, אציע לחבריי שנורה על החזרת הדיון לבית משפט קמא ונקבע את אופן חישוב הפיצוי כמצויין בסוף פסק דיני.

אשם תורם של המערערת

166. כפי שהזדמן לי להעיר במקרה אחר, "דיני החוזים שלנו הכירו זה מכבר בדוקטרינת הרשלנות התורמת אשר מאפשרת לבתי המשפט להפחית את סכום הפיצויים וההשבה, שמפר החוזה חייב לשלם לנפגע, מקום שהנפגע עצמו התנהל ברשלנות אשר מסמנת אותו כאשם חלקי בקרות ההפרה או הנזק שנגרם לו" (ראו: ע"א 3179/19 נאש רמות בע"מ נ' מדינת ישראל – משרת הבינוי והשיכון, פסקה 48 (3.10.2021); והאסמכתאות הנזכרות בפסקה 49 לעיל). רשלנות תורמת הוכרה כעילת הגנה לא רק במקרים של הפרת חוזה, אלא גם במקרים של מצג שווא במשא ומתן, כאשר הנפגע אומנם הסתמך על מצג השווא אולם היה בידיו לגלות באופן עצמאי אודות מצבו של הנכס והיה ראוי שיעשה כן (ראו: ע"א 714/87 שר נ' כהן, פ"ד מג(3) 159, 164 (1989); ע"א 590/88 אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' פישר, פ"ד מד(1) 730, 737-735 (1990); עניין פרינץ, פסקאות ל'-ל"ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין; ע"א 4697/05 גבאו אסטבלישמנט נ' דודאי, פסקאות 63-64 (27.8.2012) (להלן: עניין גבאו);

ע"א 2642/19 מועצה מקומית הר אדר נ' מרכז קניות דוד ויונתן בע"מ, פסקאות 63-64 ((7.2.2021)).

167. בעניינו-שלנו, המערערת אינה בעלת מומחיות מיוחדת בתחומים אשר אִפשרו לה לדעת מראש אודות החסימה. עם זאת, תמונות ההדמיה שהוצגו למערערת ומסמכים נוספים אשר צורפו להסכם המכר מציגים בצורה ברורה את המבנה לרווחת הדיירים, אשר נראה שהוא נמצא סמוך מאוד לקומת המגורים הראשונה בבניין מספר 1, גם אם לא נראה בצורה ברורה שהוא מסתיר את החזית הדרומית שלה. מכלל המסמכים עולה כי בלב המערערת, הגם שאין בידיה מומחיות מיוחדת, היה צריך לעלות, לכל הפחות, חשש שהקרבה בין המבנה לרווחת הדיירים לדירה 1044 תגרע באופן ממשי מהנאתה בדירה – בין בדרך של פגיעה בנוף ובין בדרך של פגיעה בפרטיות. ואכן נראה שחשש זה קינן בליבה של המערערת, שכן בתצהיר העדות הראשית שלה היא הצהירה ב"רחל בתך הקטנה" כי היה לה "חשש מקרבה לבניינים סמוכים, פגיעה בפרטיות ומהסתרת הנוף מהדירה". המערערת לא פירטה ממה נבע החשש האמור ומהם ה"בניינים הסמוכים" שביחס אליהם הועלה החשש, אולם נראה בבירור שדבריה כוונו למבנה לרווחת הדיירים. נראה אפוא שהיה על המערערת לפעול כדי לברר את מיקומו, גובהו ומאפייניו הצפויים של המבנה לרווחת הדיירים; ומשלא עשתה כן – התרשלה.

168. אוסיף ואציין, כי המערערת ידעה, או, למצער, היתה אמורה לדעת, כי הסכם המכר עליו היא חותמת אינו כולל בתוכו היתר בניה כאשר הוא מייחס לה, מראש, הסכמה כללית לתוכן ההיתר העתיד להתקבל ולסביבתה של דירה 1044. סעיף 3 להסכם המכר קבע בעניינים אלו כדלקמן:

> "הקונה מצהיר בזה, כי ראה ובדק ו/או ניתנה לו האפשרות לבדוק את המקרקעין ואת סביבתם, עליהם יוקם הפרויקט והבניין, את תכניות בנין העיר החלות על המקרקעין (לרבות תכניות בהפקדה ככל שישנן כאלה), את המפרט ואת כל יתר נספחי ההסכם, לרבות ההסכם עם העירייה, כל הפרטים, המפרטים והמסמכים המתייחסים אליהם, לרבות מצבם הפיזי, התכנוני והמשפטי, את אפשרויות השימוש בדירה והזכויות במוקנות לקונה על פי הסכם זה וכן כל גורם אחר העשוי להשפיע על החלטתו לרכוש את הדירה, ומצאם מתאימים למטרותיו [...] הקונה מצהיר כי ידוע לו, שככל שבמעמד חתימתו על הסכם זה טרם התקבל היתר בניה לפרויקט בהתאם לתב"ע הקיימת, תוכניות הדירה והבניין והוראות הסכם זה כפופות לאמור בנספח ז'".

הוראה זו כמובן אינה פוטרת את המשיבות מאחריותן לכך שלא יידעו את המערערת אודות בעיית החסימה, אבל היא גם אינה בגדר הצהרה ריקה. ההצהרה שניתנה

על ידי המערערת בגדרו של סעיף 3 להסכם המכר, במסגרתה אישרה שהיא מודעת לכך שטרם אושרה תוצרתו הסופית של הפרויקט, חייבה אותה לבדוק את הבקשה להיתר בנייה כדי לקבל מידע בסיסי על מיקומה של דירה 1044 או, לכל הפחות, להציג למשיבות שאלות באשר למיקומו של המבנה לרווחת הדיירים ביחס לדירה זו. המערערת לא פעלה כך, וגם מסיבה זו התנהלותה מול המשיבות לא תאמה את מה שמצופה מרוכש סביר של דירה "על הנייר".

169. נטל הבדיקה שהיה מוטל על המערערת לא היה כבד כלל. כאמור, די היה אם המערערת היתה מבקשת מהמשיבות פרטים על אודות המבנה לרווחת הדיירים ומסתמכת בתום-לב על המידע שהיה מוצג לה (השוו: ע"א 7920/13 כרמל נ' טלמון, פסקה 7 לפסק דינו של השופט פוגלמן (29.2.2016)). כמו כן, יכלה המערערת לפנות לאיש מקצוע דוגמת אדריכל, מהנדס בניין או שמאי מקרקעין אשר בוודאי היה מעיין בבקשה להיתר בניה ומגלה בקלות רבה שהמבנה לרווחת הדיירים צפוי להסתיר את החזית הדרומית של דירה 1044. אל מול עלותה של הדירה, שכרו של איש מקצוע כאמור היה נמוך עד כדי זניח. אציין, שהעובדה שרוכש דירה זוכה להגנות רגולטוריות שונות ביחסיו החוזיים עם הקבלן אינה פוטרת אותו מהנטל לבדוק את אשר אדם רגיל באותן נסיבות יכול וצריך לבדוק – ובפרט מהנטל להציג לקבלן שאלות רלבנטיות ולדרוש ממנו תשובות. ברי הוא אפוא כי עלינו לזקוף לחובת המערערת אחריות ממשית לנזק שנגרם לה.

170. ברם, אשמה התורם של המערערת אינו מנכה את המשיבות מאחריותן. כאמור לעיל, נוכח פערי המידע ופערי הכוחות המשמעותיים שבין המשיבות למערערת, קמה למשיבות החובה לגלות למערערת בצורה ברורה ומפורשת את קיום החסימה. לכך יש לצרף את העובדה שהמשיבות בחרו, גם אם לא בכוונת זדון, שלא לצרף את הבקשה להיתר בניה להסכם המכר, על-אף שמדובר במסמך מהותי ממנו יכולה היתה המערערת ללמוד אודות החסימה העתידית. לצד זאת, יש לזכור כי על-אף שקבענו שהמשיבות פעלו בחוסר תום-לב בהפירן את חובת הגילוי, אין מדובר בהטעיה פוזיטיבית ובחוסר תום-לב סובייקטיבי, כי אם בחוסר תום-לב אובייקטיבי במובן של התנהלות רשלנית שאינה מצופה מהקבלן הסביר; וגם לעובדת תום-ליבן הסובייקטיבי של המשיבות יש ליתן משקל בעת חלוקת האחריות לנזק בין הצדדים (השוו: עניין גבאו, פסקה 64).

171. לסיכום: האחריות העיקרית לנזק שנגרם למערערת רובצת לפתחן של המשיבות, אולם התנהלות המערערת ברכישת הדירה מהמשיבות נפגמה באשם תורם, שאותו עלינו לזקוף לחובתה. סבורני, כי שיעורו של אשם תורם זה מגיע כדי 25%. אוסיף ואבהיר כי עמדתי זו נובעת גם מכך שחובת הגילוי אשר הופרה על ידי המשיבות נגזרת מחובתן הכללית לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת, כאמור בסעיף 12(א) לחוק החוזים (חלק כללי), ואין מדובר בהפרה של חובת גילוי ספציפית אשר נקבעה בחיקוק דוגמת חוק מכר דירות.

במקרים בהם מופרת הוראת חיקוק שקובעת חובת גילוי ספציפית, אין מקום להפחתת אחריותו של המפר בגין אשמו התורם של הנפגע מההפרה (ראו: ע"א 8068/11 עיני נ' שיפריס (11.2.2014)).

סוף דבר

172. מהטעמים שפורטו לעיל, אציע לחבריי שנקבל את הערעור באופן חלקי ונורה על החזרת הדיון לבית המשפט המחוזי עם ההנחיות הבאות:

א. בית המשפט המחוזי ימנה שמאי מקרקעין מטעמו (להלן: השמאי).

ב. השמאי יכין ויגיש לבית המשפט ולבעלות הדין חוות דעת בעניינים המפורטים להלן – וזאת בהתאם למסגרת הזמנים אשר תיקבע על ידי בית המשפט לפי שיקול דעתו (להלן: חוות הדעת).

ג. חוות הדעת תעריך את שווי השוק של דירה 1044 בתצורתה דהיום (להלן: הדירה). במסגרת זו, תתייחס חוות הדעת גם לתצורתו של גג המבנה לרווחת הדיירים ולשימושים בו, ככל שהדבר משפיע על הערכת שווי הדירה. כן תעריך חוות הדעת את שוויה של דירה 1044 ההיפותטית: אותה דירה 1044, כאשר גג המבנה לרווחת הדיירים נמצא בגובה רצפתה (להלן: הדירה ההיפותטית). מובהר בזאת, כי למעט שוני זה, כל שאר הנתונים של שתי הדירות – דירה 1044 האמיתית והדירה ההיפותטית – לרבות המרחק שבין הדירה למבנה לרווחת הדיירים, יהיו זהים. שתי הדירות תוערכנה על-פי שווי השוק שלהן כדירות אשר נמכרות "על הנייר" בהתאם לשלב בפרויקט בו רכשה המערערת את דירתה, נכון ליום 31.7.2014.

ד. במסגרתו של הליך משלים זה, בית המשפט המחוזי יקבע סדרי דין כראות עיניו בנוגע לשמיעת טענות הצדדים והתייחסותם לחוות הדעת וכן בנוגע לחקירת השמאי על ידי בעלות הדין, ככל שיהא בכך צורך. מובהר בזאת, כי הסוגיה היחידה שנותרה להכרעתו של בית המשפט המחוזי היא קביעת פיצויי ההתאמה, כמשמעם בפסק דין זה, ככל שהמערערת תִּמָּצֵא זכאית לפיצויים אלה לפי שיטת החישוב היחסי. כל יתר העניינים שעלו בהתדיינות בין בעלות הדין בקשר להסכם המכר ובנוגע לרכישתה של דירה 1044 על ידי המערערת הוכרעו באופן סופי וחלוט, ואין לדון בהם עוד.

ה. לאחר שמיעת טענות הצדדים, יקבע בית המשפט המחוזי מהו היחס בין שווי הדירה (AV) לבין שווי הדירה ההיפותטית (HV) – AV/HV – נכון למועד

כריתת החוזה. לאחר מכן, יקבע בית המשפט את הפיצוי בהתאם לנוסחת החישוב הבאה, אשר כוללת בתוכה את האשם התורם ()25% שכאמור נזקף לחובת המערערת:

$$5,163,861 \times (1-AV/HV) \times 0.75$$

ו. סכום הפיצוי האמור יישא הצמדה וריבית בהתאם להוראות חוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א-1961, ממועד התשלום האחרון אותו שילמה המערערת למשיבות ועד ליום ביצועו של פסק הדין שיינתן. ככל שתהיה מחלוקת בנוגע למועד התשלום האחרון על ידי המערערת, בית המשפט המחוזי יכריע גם בה. כמו כן יכריע בית המשפט המחוזי, לפי שיקול דעתו, בעניין החבות בהוצאות ההליך.

173. בהתחשב בכך שלא מצאנו לנכון לפסוק לטובת המערערת את הסעדים העיקריים שביקשה, וכן בכך שהמערערת הניחה לפנינו בקשה לצירוף ראיה אשר נדונה לכישלון, אציע לחבריי לפסוק לטובת המערערת הוצאות מופחתות חרף קבלת ערעורה. אם תישמע דעתי אפוא, נחייב את המשיבות, ביחד ולחוד, לשלם למערערת הוצאות בסך כולל של 35,000 ש"ח.

ש ו פ ט

<u>השופטת ג' כנפי-שטיינץ:</u>

1. עיינתי בחוות דעתו המקיפה של חברי השופט א' שטיין אשר פרש יריעה רחבה ומעמיקה בסוגיות העומדות על הפרק, ובפרט בסוגיית הסעדים העומדים לנפגע ממצג שווא בשלב הטרום חוזי. לאחר העיון, ראיתי להצטרף, בשינוי מסוים, לתוצאה אליה הגיע. אתייחס להלן בקצרה לדרך שהובילה אותי לתוצאה האמורה: תחילה אדון בסוגיית הפרת חובת הגילוי, בהמשך אדון בשאלת קיומו של אשם תורם, ולסיום, אדרש לנושא הסעד. עוד אוסיף הערות אחדות בסוגיות ראייתיות העולות מפסק דינו של בית המשפט המחוזי.

הפרת חובת הגילוי

2. בפתח הדברים אציין כי מקובלת עליי מסקנת חברי השופט שטיין ולפיה הפרו המשיבות את חובתן לגלות למערערת כי המבנה לרווחת הדיירים עתיד לחסום באופן

ממשי את הנוף הנשקף מן החזית הדרומית של דירתה (להלן: החסימה או בעיית החסימה). לא היה חולק כי מידע זה היה ברשות המשיבות והן בחרו שלא לגלותו למערערת. השאלה שהוצבה היא, האם בעשותן כן הפרו המשיבות חובת גילוי החלה עליהן כלפי המערערת.

3. נקודת המוצא לדיון היא, כי דיני החוזים אינם קובעים חובת גילוי כללית המטילה על צד לחוזה לגלות למשנהו כל עובדה העשויה להשפיע על החלטתו אם להתקשר בחוזה. לפיכך, על מנת לזכות בסעד הנגזר מאי-הגילוי, על הנפגע להראות כי מוטל היה על הצד ששתק לגלות לו את המידע הרלוונטי ולהצביע על המקור לחובה האמורה. בהקשר זה יש לזכור שלהיקף חובת הגילוי עשויות להיות השלכות ממשיות, לא רק על אופן התנהלותם של צדדים לחוזה, אלא גם על חיי המסחר, לרבות השלכות כלכליות המתמחרות את היקף חובת הגילוי.

4. סעיף 15 לחוק החוזים, התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), שעניינו בהטעיית המתקשר בחוזה, מצביע על המקורות השונים מהם ניתן לשאוב קיומן של חובות גילוי אקטיביות אשר הפרתן תהווה הטעיית המתקשר, וכלשונו: "'הטעיה' – לרבות אי-גילוין של עובדות אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן". חובת הגילוי עשויה לקום אפוא מכוח הוראה שבדין, בהתאם לנוהג המקובל בחוזים מסוג מסוים, ולפי נסיבותיו הקונקרטיות של המקרה. כאשר הדין, הנוהג או הנסיבות מצמיחות חובת גילוי, שתיקה תיחשב כהטעיה. לענייננו, רלוונטית חובת הגילוי הקמה "לפי דין" ו"לפי הנסיבות".

5. חובת גילוי "לפי הדין" עשויה לקום מכוח הוראות חוק חיצוניות לדיני החוזים, המטילות על צד לחוזה חובה אקטיבית לחלוק עם הצד שכנגד מידע המצוי ברשותו (ע"א 7730/09 כהן נ' מבני גזית (2000) בע"מ, פסקה 13 (6.6.2011) (להלן: עניין מבני גזית)). כך, למשל, חוק המכר, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק המכר) וחוק המכר (דירות), התשל"ג-1973 (להלן: חוק המכר (דירות)) מטילים חובות גילוי מפורשות על מוכר דירה. סעיף 16 לחוק המכר מטיל על המוכר חובה לגלות לרוכש על אי-התאמה בממכר, החורגת ממה שהוסכם בין הצדדים (ראו: איל זמיר חוק המכר, תשכ"ח-1968 238 (1987)). גם חוק המכר (דירות) מטיל על מוכר דירה חובה לגלות שורה ארוכה של פרטים המתייחסים בעיקרם לדירה הנמכרת, כמפורט בטופס המפרט, בהם תיאור הבנין, הדירה, ציודה ואביזריה. סעיף 3(ב) לחוק מאפשר למוכר לכלול במפרט התייחסות "גם לחלקים אחרים של הבנין שבו נמצאת הדירה, למעט דירות אחרות, ולקרקע שעליה עומד הבנין, הכל כפי שנקבע בצו". ואולם, טופס המפרט אינו כולל דרישה לגילוי פרטים אודות סביבת הבנין שייבנה, לרבות בניינים אחרים העשויים להיבנות בסמיכות מקום. זאת אף אם יש באלה כדי

להשפיע על הנוף הנשקף מן הדירה ועל כמות האור ממנה היא נהנית, נתונים העשויים להשפיע באופן ישיר על איכות חייהם של הדיירים ועל ערכה של הדירה (איל זמיר פירוש לחוקי החוזים – חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973 241 (א' זמיר, א"מ ראבילו, ג' שלו עורכים, 2002 (להלן: זמיר)).

6. בעניינו לא קמה חובה על המשיבות לגלות למערערת על החסימה מכוח חוק המכר או חוק המכר (דירות). כפי שכבר צוין, החוק אינו מחייב מוכר דירה למסור לרוכש פרטים על אודות מבנים אחרים המצויים בסביבת הבנין בו מצויה הדירה הנמכרת, העשויים לפגוע בהנאתו של הרוכש מן הדירה. ואמנם, המשיבות ציינו במפרט את עצם קיומו של המבנה לרווחת הדיירים אך כל שצוין לגביו, הרלוונטי לענייננו, הוא כי מדובר ב"מבנה בן 3 מפלסים". אף לא ניתן לקבוע כי קיימת בענייננו אי-התאמה בין הדירה ובין הסכמות הצדדים שכן חוזה המכר שותק בסוגיית החסימה, ולא נמצא פער בין "הדירה", כהגדרתה בחוק המכר (דירות), ובין תיאורה במפרט שצורף לחוזה בענייננו.

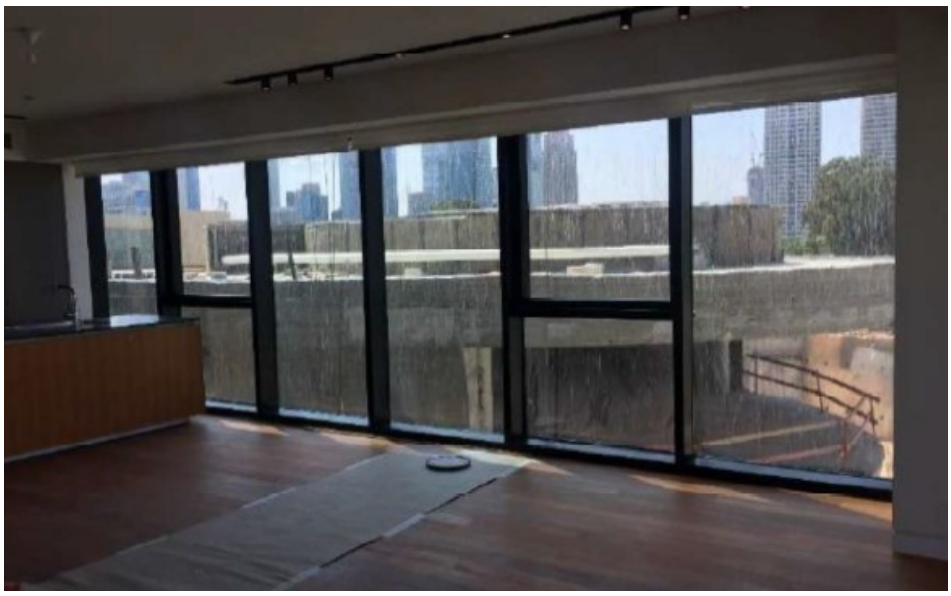
7. ואולם חובתו של מוכר דירה למסור מידע לקונה, בשלב כריתת החוזה, אינה מתמצה בחיובים המפורטים בחוק המכר ובחוק המכר (דירות). לצד החיובים האמורים חלים על המוכר חיובים מן הדין הכללי, בהם דיני החוזים, העשויים להטיל על מוכר דירה חובת מסירת מידע נוסף לקונה. חובה כזו עשויה לקום מכוח סעיף 12 לחוק החוזים, המעגן את החובה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה. מחובה כללית זו, נגזרת החובה לגלות לצד שכנגד עובדות מהותיות במהלך המשא ומתן (ראו: ע"א 9019/99 קינסטלינגר נ' אליה, פ"ד נה(3) 542, 546 (2001); ע"א 3745/92 פסקל נ' מזרחי, פ"ד מח(2) 359, 361 (1994)). חובת הגילוי מכוח סעיף 12 לחוק החוזים, חופפת לא פעם לחובת הגילוי הקמה "לפי הנסיבות" (וראו, למשל: ע"א 273/78 גרוסמן נ' כספי, פ"ד לג(3) 300, פסקה 3 לפסק דינו של השופט א' ברק (1979)), אף כי גבולותיה של חובת הגילוי "לפי הנסיבות" גמישים יותר, דבר המאפשר לבית המשפט שיקול דעת רחב בקביעת החובה לפי מאפייניו הייחודיים של כל מקרה ומקרה (ע"א 2469/06 סויסה נ' חברת זאגא בגוש 5027 חלקה 1 בע"מ, פסקה 11 (14.8.2008) (להלן: עניין סויסה); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב 188 (מהדורה שנייה, 2020) (להלן: פרידמן וכהן)). חובת תום הלב כוללת חובה לגלות לצד השני לפני כריתת החוזה "עובדות חשובות ורלוונטיות" "ואפילו עובדות שהצד השני יכול היה לגלותן בכוחות עצמו, כאשר גילוי זה מתחייב ממהות העסקה ומנסיבות המקרה" (גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 393 (מהדורה רביעית, 2019) (להלן: שלו וצמח)). בהקשר זה נפסק, כי על בית המשפט לבחון, בין היתר, את נגישותם של הצדדים למידע הרלוונטי העומד על הפרק, ואת חשיבותו של המידע. כך, ככל שלצד אחד גישה עדיפה למידע, וככל שהמידע מתייחס לעניין הגורע באופן ניכר מן הציפיות הסבירות של הצד שכנגד מן העסקה –

תגבר הנטייה להטיל חובת גילוי על אותו צד כ"מונע הנזק הזול ביותר", באופן שיגן על אינטרס ההסתמכות של הצד שכנגד (עניין מבני גזית, בפסקאות 14-15).

8. הנני סבורה כי בענייננו קמה חובה על המשיבות לגלות למערערת על בעיית החסימה, הן מכוח סעיף 12 לחוק החוזים הן מכוח "הנסיבות". אבקש להדגיש, כי אין משמעה של קביעה זו הכרה כללית בחובה שחלה על מוכרי דירות, לעדכן רוכשים באופן יזום בעניינים של נוף או בפרטים אחרים הנוגעים לסביבת הדירה. כאמור, תוכנה והיקפה של חובת הגילוי הנדונה, נקבעים באופן הרגיש לעובדותיו המיוחדות של המקרה. במקרה דנן, כפי שצוין גם בחוות דעתו של השופט שטיין, מתקיימות מספר נסיבות מצטברות, אשר מובילות למסקנה כי היה על המשיבות לגלות למערערת על החסימה:

ראשית, מדובר בעסקת מכר של דירה "על הנייר" שאינה מאפשרת לקונה לבחון פיזית את הממכר בעת כריתתה. יתר על כן, בעת כריתת חוזה המכר היה הבנין, והפרויקט כולו, מצוי עדיין בשלב התכנוני וטרם ניתן היתר לבנייתו (וראו, בין היתר, הוראות סעיפים 3.2, 3.6, ו-4.1 לחוזה המכר המתירות לקבלן לערוך שינויים תכנוניים בבנין או בפרויקט לאחר כריתת החוזה). מצב דברים דינמי זה, הנתון לשינויים, מדגיש ביתר שאת את פערי המידע הקיימים ממילא בין מוכר דירה לקונה, ומצדיק להציב לפני המוכר דרישה להציג לקונה את כלל הפרטים המהותיים הרלוונטיים לדירה שרכש (ראו, למשל: עניין מבני גזית, בפסקה 18; רע"א 1103/17 אופרה על הים בע"מ נ' ליטבק (6.3.2017)). והדברים נכונים גם באשר למידע שהקונה אינו יודע שהוא דרוש לו ומהי חשיבותו (זמיר, בעמ' 61-64). בענייננו, המידע על החסימה היא מידע בעל חשיבות לשיקוליו של רוכש דירה, שיש לו השפעה על שוויה של הדירה ועל אפשרויות ההנאה ממנה, והגורע בצורה משמעותית מן הציפיות הסבירות של רוכש דירה ביחס לעסקה. אוסיף ואעיר, כי המשיבות אינן טוענות כי החסימה שוקללה במחיר הדירה הנמכרת באופן שדירה דומה ללא חסימה נמכרה במחיר גבוה יותר.

שנית, הדירה בענייננו שווקה כחלק מפרויקט יוקרה, "פארק בבלי", אשר במסגרתו הושם דגש מיוחד על הסביבה הירוקה והנוף הניבט אל הפארק. הדירות בפרויקט, ובהן דירתה של המערערת, נבנו כשחזיתותיהן עשויות קירות מסך מזכוכית השקופים לכל אורכם. אופן הבניה האמור לא רק מעצים את חשיבותו של המראה הניבט מן הדירה, אלא שחסימתו על-ידי בנין סמוך, הקרוב כדי חמישה מטרים לבנין, יוצרת פגיעה של ממש בהנאה מן הדירה, שיתכן שלא הייתה נוצרת לו נבנו החזיתות כקירות 'רגילים'. להמחשת הדברים ניתן להפנות לתמונות הללו שצולמו מתוך הדירה, וצורפו לחוות הדעת השמאיות שהגישו הצדדים:





ולבסוף, החסימה של הנוף נובעת במקרה דנן מן המבנה לרווחת הדיירים שאותו בנו המשיבות עצמן, מוכרות הדירה, כחלק מן הפרויקט. אין מדובר בבניה בחלקה סמוכה על-ידי גורם חיצוני, שאין למוכר שליטה עליה. המשיבות תכננו את שני המבנים כחלק מאותו פרויקט, ידעו את גובהו הצפוי של המבנה לעומת גובהה של הדירה, ומשכך ידעו מראש כי תיווצר החסימה (השוו: ע"א 5888/08 אלרומלי נ' החברה הכלכלית לפיתוח רהט בע"מ, פסקה 32 (3.2.2011)).

9. לסיכום נקודה זו, המשיבות ידעו על בעיית החסימה, ובנסיבות העניין חלה עליהן החובה לגלות על כך למערערת. המשיבות לא עמדו בחובתן זו. אעיר כי המשיבות

אינן טוענות כי המידע בנוגע לחסימה הועבר למערערת במהלך המשא ומתן לקראת כריתתו של החוזה או במעמד החתימה. באשר לחוזה המכר ולמסמכים שהמערערת קיבלה לפני החתימה, קבע השופט שטיין כי אלה לא הציגו בפני המערערת "את בעיית החסימה באופן ברור ומוחשי", או שעשו זאת שלא "בצורה מפורשת וברורה כפי שנדרש". בהתאם, השאלה אותה הציב חברי במוקד הדיון, היא האם קמה למשיבות חובה "להבהיר" למערערת שהחזית הדרומית של דירתה תהא חסומה, "הגם שהדבר עולה מהסכם המכר עצמו" (פסקאות 82, 90-91 לחוות דעתו של השופט שטיין).

10. אני סבורה, לעומת זאת, כי הסכם המכר ויתר המסמכים שהועברו למערערת, אינם מציגים כלל את בעיית החסימה. כל שניתן להבין ממסמכים אלה, הוא שעתיד להיבנות מבנה לרווחת הדיירים, בסמיכות מקום לבנין בו מצויה הדירה – אך לא ניתן ללמוד מתוכם כי זה יתגבה מעל גובה דירתה של המערערת. החוזה מפרט כי הדירה נמצאת בקומה הרביעית, ואך מציין את גובהה מפני הריצוף עד תחתית התקרה (2.70 מ') מבלי שצוין גובהה הכולל. בהתייחס למבנה לרווחת הדיירים, מציין המפרט, כאמור, כי מדובר במבנה "בן 3 מפלסים" מבלי שצוין גובהו. לעניין היכולת ללמוד על גובהו של המבנה לרווחת הדיירים ביחס לגובה הדירה, ציין השמאי מטעם המשיבות רחמים שרים, בחוות דעתו, כי מדובר בשני מבנים נפרדים "ואין לצפות להשוואת גבהים בין 2 מבנים נפרדים", וכי מכל מקום, לא ניתן להשוות בין "קומות" ל"מפלסים", שעה שמדובר במונחים שונים (עמ' 21 לחוות הדעת של השמאי מטעם המשיבות). ממילא, המסקנה היא שהמידע הנדרש לא נמסר למערערת.

11. המשיבות טוענות כי המערערת יכולה הייתה לגלות על אודות החסימה, בשלב הרלוונטי לקראת החתימה על חוזה המכר – לו הייתה מעיינת בבקשה להיתר בנייה שהוגשה לרשות הרישוי המקומית. חוות דעת השמאי מטעמן מציגה את אחד החתכים שנכללו בתכנית הבקשה, המציג את קומות הבנין לצד המבנה לרווחת הדיירים, באופן שמלמד לטענתן על הסתרת הנוף בקומה הרביעית (שם, בעמ' 16).

12. השאלה האם קמה חובה לגלות עובדות מהותיות אשר הצד השני יכול היה לגלותן בכוחות עצמו, נדונה במספר הזדמנויות בפסיקה. ככלל, העמדה הרווחת היא כי חובת הגילוי חלה אפילו יכול היה הצד השני לבדוק ולגלות בעצמו את המידע שלא גולה (ראו: עניין סויסה, בפסקה 11; ע"א 5267/03 פרג'-גשורי נ' מיטל, פ"ד נט(5) 337, 347 (2005) (להלן: עניין פרג'); ע"א 1873/16 סויסה נ' הדרי אשקלון אגודה שיתופית חקלאית בע"מ, פסקה 14 (16.7.2018); ע"א 8733/96 לנגברט נ' מדינת ישראל – מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה (1) 168, 180 (1999); ומנגד ראו: ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד

לב(1) 231 (1977)). כך נקבע גם בנסיבות דומות לענייננו, בהן נטען כי הקונה צריך היה לברר בעצמו מידע הנוגע להיתרי הבנייה של הנכס מושא חוזה המכר. באותו מקרה, ציין בית משפט זה כי "אין מקום לדרוש מכל קונה לברר פרטים מסוג זה, להעמיס עליו משא ולכפות עליו מסע מייגע בבירוקרטיה העירונית או הממשלתית, בשעה שהמוכר יודע את העובדות כהווייתן" (ע"א 8068/11 עיני נ' שיפריס, פסקה 8 לפסק הדין של השופט נ' סולברג (11.2.2014)). עמדה זו מתיישבת עם מגמת הדין הישראלי לזנוח את העיקרון של "ייזהר הקונה", שלפיו כל צד אחראי לעצמו והסיכון לפגם בממכר מונח לפתחו של הקונה; ולהתקרב אל עבר גישה שבבסיסה ערכים של הוגנות, סולידריות ותום לב (ראו: שלו וצמח, בעמ' 389-390; וראו גם: פרידמן וכהן, בעמ' 670-671).

13. הדברים נכונים גם במקרה דנן. טענת המשיבות שלפיה המערערת יכולה הייתה ללמוד על בעיית החסימה אילו הייתה נזהרת ועורכת את בדיקותיה, אינה פוטרת את המשיבות מחובת הגילוי המוטלת עליהן. תוצאה זו מתחייבת משיקולי יעילות כלכלית, כמו גם משיקולים של הוגנות. המשיבות ידעו על בעיית החסימה ויכולות היו לגלות את המידע שבידן למערערת בנקל, אם באמצעות פירוט ברור של גובה המבנה לרווחת הדיירים לעומת גובהה של הדירה, ואם באמצעות צירוף התשריט המדגים לשיטתן את החסימה כנספח לחוזה. לעומת זאת, גילוי המידע על-ידי המערערת בדרך של פנייה לרשות הרישוי המקומית, התמודדות עם הבירוקרטיה הנלווית לכך ונבירה במסמכי הבקשה להיתר בנייה על מנת לאתר ביניהם את החתך הרלוונטי בין שלל מסמכיה – כרוך בהשקעת משאבי זמן וכסף המגדילים את עלויות הרכישה. אעיר כאן כי במישור חובת הגילוי, לא מצאתי בסיס ממשי להקלה בחובות המוטלות על מוכר דירה יוקרתית, או להכבדה בחובות המוטלות על רוכש דירה כזו, בהשוואה לאלה החלות על מוכר ורוכש דירה שאינה יוקרתית. כבר נפסק כי "התפיסה היא, שמי שיכול למנוע את הנזק שיגרם כתוצאה מאי-הגילוי בעלות הנמוכה ביותר, עליו מוטלת החובה לעשות כן" (ענין מבני גזית, בפסקה 14). המשיבות הן, אפוא, בעלות המידע הרלוונטי ואף מונע הנזק הזול ביותר. בנסיבות אלה, אין הצדקה להעביר את נטל בירור המידע אל כתפי הרוכש.

14. מכאן מסקנתי כי המשיבות הפרו את חובת הגילוי המוטלת עליהן וכי המערערת התקשרה עמן בחוזה המכר בשל כך. כפי שיפורט בהמשך, בשל הפרה זו זכאית המערערת לסעד של פיצויים, אולם בטרם אדון בנושא הסעד, אדרש לשאלת קיומו של אשם תורם.

15. לעמדתי, המקרה דנא אינו נמנה עם המקרים המצדיקים חלוקת האחריות להפרה בין הצדדים תוך הטלת אשם תורם על המערערת. נזכיר, כי הפסיקה הכירה בתחולתה של דוקטרינת האשם התורם בדיני החוזים, לרבות בכל הנוגע להפרת חובת תום הלב בשלב הטרום-חוזי, כמנגנון לחלוקת האחריות לנזק בין הצדדים לחוזה במקרים המתאימים לכך (ע"א 4697/05 גבאו אסטבלישמנט נ' דודאי, פסקה 63 (27.8.2012) (להלן: עניין דודאי); ע"א 434/07 פרינץ נ' אמירים מושב עובדים של צמחונים וטבעונים, פסקה ל' (14.6.2009)). תנאי מקדים להשתת אשם תורם, הוא קיומה של תרומת רשלנות מצד הנפגע אשר תרמה להיווצרותו של הנזק. עם זאת, יוער כי גם בהינתן קיומה של התרשלות כזו, עשוי בית המשפט לקבוע כי האחריות לנזק מוטלת, בנסיבות המקרה, במלואה על המפר (ראו: גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 382-383 (2009) (להלן: שלו ואדר)). קביעת תרומתם היחסית של הצדדים לנזק תיעשה, בין היתר, בשים לב לשיקולים המנחים הבאים: מידת אי-הסבירות בהתנהגותו של הנפגע אל מול התנהגותו של המפר; חומרת ההפרה של כל אחד מן הצדדים ומידת האשם שדבק בהם; הפער בין הצדדים בנגישות למקורות המידע; מידת מומחיותם וניסיונם של הצדדים; התרומה הסיבתית של מחדליהם להתגבשות הנזק; ושיקולי מדיניות משפטית (ראו: עניין דודאי, בפסקה 64; שלו ואדר, בעמ' 380; ע"א 2642/19 מועצה מקומית הר אדר נ' מרכז קניות דוד ויונתן בע"מ, פסקה 63 (7.2.2021)).

16. חברי השופט שטיין קבע כי המערערת נושאת באשם תורם בשיעור של 25%. לשיטתו, תמונות ההדמיה ומסמכים נוספים שצורפו לחוזה המכר, היו צריכים לעורר בלב המערערת חשש לקיומה של חסימה, ולהניע אותה לערוך בירור בנושא. כן הוא סבור כי היה על המערערת לבדוק את הבקשה להיתר בנייה לאור הוראות חוזה המכר, לרבות סעיף 3 לחוזה, שלפיהן הקונה מודע לכך שבמעמד החתימה טרם התקבל היתר בנייה. לטעמו, אילו נהגה המערערת בזהירות ראויה, יכולה הייתה לעמוד על קיומה של החסימה.

17. דעתי שונה. לטעמי, בנסיבות העניין אין להטיל על המערערת אשם תורם. ראשית, אין מקום לסמוך טענה להתרשלות המערערת על תמונות הדמיה שיווקיות של הפרויקט, שנוצרו עוד בטרם הושלם תכנונו, ואשר לטעמי אינן מלמדות דבר על היחס שבין דירת המערערת לבין המבנה לרווחת הדיירים, מעבר לדברים שפורטו במפרט. באשר למסמכי המכר, כל שניתן להבין מתוכנם הוא כי המבנה לרווחת הדיירים יבנה

בסמוך לבנין שבו מצויה הדירה. בכך בלבד, אין משום "דגל אדום" שצריך היה לגרום למערערת לחשוד בקיומה של חסימה. אף מתקבלת על הדעת טענתה של המערערת לפיה לא חשדה בכך, בין היתר, לנוכח ההתייחסות במפרט אל המבנה לרווחת הדיירים כבן "שלושה מפלסים", בעוד שביחס לדירה צוין כי זו מצויה בגובה של ארבע קומות (והשוו: ע"א 8949/07 י.ר אחים עזרא חברה לבנין בע"מ נ' זהב, פסקאות 6-7 (18.11.2009)). את הפער במינוח – 'מפלסים' לעומת 'קומות' – שלא התבהר במסמכי החוזה, יש לזקוף לחובת המשיבות ולא לחובת המערערת. במצב דברים זה, הימנעותה של המערערת מלערוך בדיקות עצמאיות בסוגיית החסימה אינה עולה כדי התרשלות.

18. כפי שכבר ציינתי, בנסיבות עניינו, אין מקום להטיל על הקונה את הנטל לבדוק בעצמו, או באמצעות איש מקצוע, את מסמכי הבקשה להיתר הבניה, על מנת לגלות את החתך הרלוונטי ה"חבוי" בין דפיה, תוך נשיאה בהוצאות הכרוכות בכך וייקור העסקה, רק על מנת לגלות מידע המצוי בידיעת המשיבות ושהן חבות בגילויו. חומרת ההפרה של המשיבות שעניינה במידע שחשיבותו ניכרת, נגישותן למידע ובקיאותן בהליכי התכנון המשתנים, אל מול המאמץ והמשאבים שהיה על המערערת להשקיע לשם השגת מידע זה, והפער במידת מומחיותם וניסיונם של הצדדים, מובילים למסקנה שאין בטעמים שהועלו די כדי להטיל על המערערת אחריות לנזקיה.

19. אעיר, כי הכרה בטענות האמורות כבסיס להשתת אשם תורם על הקונה, ולמעשה למתן פטור חלקי למוכר מאחריותו לנזק, עלולה להחזיר את גישת "יזהר הקונה" בדלת האחורית, ולכל הפחות לכרסם בגישה המתחרה הקוראת לערכים של הוגנות וסולידריות בין הצדדים לחוזה. להשקפתי, יש לנהוג איפוק בטענות המעבירות את נטל גילוי המידע המהותי אל הקונה. הטלת אשם תורם על הקונה בנסיבות אלה עשויה לתמרץ אי-גילוי, שכן תוצאת הדברים היא שהמוכר זוכה במחיר העולה על שווי הדירה, עת שוויו של המידע שלא גולה לא שוקלל במחיר הדירה, והפיצוי בו חב המוכר הוא חלקי בלבד. כמובן, יהיו מקרים שבהם רשלנותו של הקונה והימנעותו מביצוע בדיקות נדרשות, תהא כה בולטת, עד שמוצדק יהיה לייחס לו אחריות מסוימת לנזקיו, לצד אחריותו של המוכר. ברם, כאשר מדובר בחוסר-זהירות בדרגה נמוכה, אם בכלל, סבורני כי השיקולים בדבר פערי הכוחות בין הצדדים, היות המוכר בעל המידע ומונע הנזק הזול ביותר – תומכים בגישה שלפיה יש להימנע מהשתת אשם תורם על הקונה.

20. אשר על כן, אם תישמע דעתי, תוטל מלוא האחריות לנזק על כתפי המשיבות, מבלי שנייחס למערערת אשם תורם.

21. ומכאן, לסעד. חברי השופט שטיין פרש יריעה רחבה בנושא זה. לא ראיתי להידרש לכלל הקביעות המופיעות בחוות דעתו, ככל שהדברים אינם מתחייבים לשם הכרעה בערעור זה – ונראה כי ניתן להסתפק בקביעות שתפורטנה להלן.

22. כאמור, ענייננו בהפרה של חובת הגילוי, הן לפי הנסיבות והן לפי סעיף 12 לחוק החוזים. כאשר צד למשא ומתן הונע להתקשר בחוזה בעקבות אי-גילוי כאמור, עומדות לרשותו, במצטבר או לחילופין, תרופות של ביטול החוזה מחמת הטעיה במחדל ופיצויים לפי סעיף 12(ב) לחוק החוזים (ראו: שלו וצמח, בעמ' 392-394). בענייננו, המערערת אינה מעוניינת בביטול החוזה אלא באכיפתו בקירוב. עם זאת, מקום בו לא הופר החוזה, אין המערערת זכאית לסעד זה. מוקד הדיון הוא אפוא הסעד המשני שהתבקש – הוא הסעד הכספי (ראו: ע"א 8737/00 "שלפרד" חברה לפיתוח ובנין בע"מ נ' ז'אק, פ"ד נו(4) 662, 671-672 (2002)). כאמור, מכיוון שאין מדובר בהפרת חוזה, ובנסיבות עניינו, המערערת אינה זכאית לפיצויי קיום שיעמידו אותה במצב שבו הייתה אילו הייתה רוכשת את אותה דירה ללא חסימה. חלף זאת, סעיף 12 לחוק החוזים מזכה אותה בפיצויים שמטרתם להעמיד אותה במצב בו עמדה אלמלא הופרה כלפיה חובת הגילוי בטרם נקשרה העסקה. במסגרת הנתונה, נראה כי הפיצוי בענייננו עשוי להתייחס לשני ראשי נזק רלוונטיים:

23. ראש נזק אחד לו נטען, הוא אובדן הזדמנות חלופית לרכישת דירה אחרת בפרויקט, ללא חסימה, עליה ויתרה המערערת עקב אי-הגילוי. ברם, ראש נזק זה, כפי שקבע חברי השופט שטיין, לא הוכח ברמת ההוכחה הנדרשת (על ייחודיותו של פיצוי בגין אובדן הזדמנות חלופית והצורך בהוכחה ברורה שלו, ראו: ע"א 4948/13 הרכבי נ' אבני, פסקה 38 (15.3.2015); שלו וצמח, בעמ' 131-132). טענת המערערת הרלוונטית לראש נזק זה, היא כי היא גמרה אומר לרכוש את דירה 1091, לפני ששוכנעה לרכוש את דירתה שלה, דירה 1044. ואולם, בית המשפט המחוזי לא קיבל טענה זו, ומכל מקום, לא הונחה תשתית ראייתית מספקת לאובדן ההזדמנות הנטענת, לרבות ההוצאות והתשלומים שהייתה המערערת נדרשת לשלם לשם מימושה (שלו וצמח, בעמ' 132).

24. ראש הנזק השני, אשר אינו מעורר בעיות הוכחה דומות, והוא המתאים ביותר בנסיבות העניין – נוגע לתשלום העודף ששילמה המערערת על הדירה בשל אי-הגילוי, שעה שלא ידעה על בעיית החסימה. פיצוי בגין נזק מסוג זה, נפסק בעבר בנסיבות בהן נמכר נכס בסכום העולה על שוויו בשל הפרת חובת הגילוי (ראו: ע"א 5610/93 זלסקי

נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ראשון לציון, פ"ד נא(1) 68, 94-95 (1997); ע"א 2720/08 ז'אן נ' ליבמן, פסקאות 30-31 (23.8.2012). כן ראו: איל זמיר "תרופות בשל הפרת חוזה: פיצויי ציפייה, פיצויי הסתמכות, השבת התעשרות ושחזור השקילות החוזית (בעקבות ע"א 1632/98 ארבוס נ' אברהם רובינשטיין ושות' – חברה קבלנית)" משפטים לד 91, 144-150 (התשס"ד)). ההנחה העומדת בבסיסו של פיצוי זה, היא כי לו גולה המידע במהלך המשא ומתן, היה הנפגע מתקשר באותו חוזה, אך במחיר אחר, התואם באופן יחסי את מה שקיבל בפועל במסגרת החוזה (שלו וצמח, בעמ' 134).

25. בהתאם לעקרונות האמורים, יש לחשב את הפיצוי המגיע למערערת על-ידי הפחתת המחיר החוזי ששילמה עבור הדירה (5,163,861 ש"ח), בשיעור היחס שבין שווי הדירה עם החסימה, לבין שוויה של דירה דומה ללא חסימה, במועד כריתת החוזה. משהמידע בדבר היחס האמור אינו מצוי בידינו, ומן הסיבות שהוזכרו בחוות דעתו של חברי השופט שטיין, אני מצטרפת לדעתו כי יש להשיב את הדיון לבית המשפט המחוזי לצורך עריכת הבירור, בהתאם לנוסחת החישוב שהציג – להוציא החלק הנוגע להפחתת 25% מן הפיצוי בגין אשמה התורם של המערערת.

הערות נוספות

26. בטרם חתימה, אוסיף שתי הערות קצרות בסוגיות ראייתיות העולות מפסק דינו של בית המשפט המחוזי.

כזכור, בית המשפט המחוזי דחה את טענות המערערת לקיומם של מצגים פוזיטיביים מטעים שהוצגו לה בשלב הטרום חוזי על-ידי נציגות המשיבות, ולפיהן תיהנה הדירה מנוף פתוח לפארק. את דחיית טענות המערערת בעניין זה סמך בית המשפט המחוזי על העובדה שלהוכחת המצגים הנטענים הובאה עדותה היחידה של המערערת. בית המשפט המחוזי ציין בהקשר זה כי "פקודת הראיות [...] מדברת שיש להביא ראיות בתמיכה", וכי ראיות כאלה לא הובאו. קביעה זו אינה עולה בקנה אחד עם הוראות הדין, ולמצער אינה מדויקת, ונראה כי ראוי להעמיד הלכות ישנות על מכונן. סעיף 54(2) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות), אינו מונע הכרעה שיפוטית על פי עדות יחידה, גם כאשר מדובר בעדות של בעל דין ללא תמיכה או סיוע, ובלבד שבית המשפט ינמק מה הניעו לסמוך הכרעתו על עדות יחידה זו (ראו מיני רבים: ע"א 224/78 חמשה יוד תכשיטנית בע"מ נ' פיירמנס פאנד אינשורנס קומפני, פ"ד לג(2) 90, פסקה 3 (1979); ע"א 78/04 המגן חברה לביטוח בע"מ נ' שלום גרשון והובלות בע"מ, פסקה 56 (5.1.2006); ע"א 8143/14 חלפון נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ, פסקה 4

לפסק דינו של השופט נ' הנדל (29.1.2017); ע"א 765/18 חיון נ' חיון, פסקה 33 (1.5.2019)). נימוק מספק בהקשר זה, עשוי להיות, למשל, מתן אמון מלא בעדותו היחידה של בעל הדין, או הימנעות של הצד שכנגד מהבאת ראיה נוגדת (ראו: יעקב קדמי על הראיות חלק שלישי 1433-1440 (2009)).

בענין אחר, בית המשפט המחוזי שגה לטעמי בכך שזקף לחובת המערערת את התנגדותה לבקשת המשיבות לדחיית הדיון לשם שמיעת עדותיהן של המשיבות אשר לא התייצבו לדיון. אציין כי בהחלטתו מיום 21.1.2021, כחודש לפני מועד ההוכחות, הבהיר בית המשפט המחוזי כי "אי התייצבות עדים – לא תגרור דחיית ההוכחות, ואי-התייצבות עד, כמוה כויתור על עדותו". חרף החלטה זו, רשאי היה בית המשפט המחוזי, כמובן, לקבל את בקשת המשיבות לדחיית הדיון, ככל שסבר כי ניתן טעם מספק לדחייתו. עם זאת, לא היה מקום לזקוף את התנגדותה של המערערת לדחיית הדיון לחובתה. בעל דין זכאי לעמוד על קיום הדיון בעניינו במועד שנקבע לכך מבלי שהדבר יפעל נגדו במישור הראייתי. קביעה אחרת, תתמרץ בעלי דין להסכים לבקשות מעין אלה באופן אוטומטי, ובכך תוביל להארכת ההליכים המשפטיים. הדבר אף עלול להחליש את התמריץ של בעלי דין לוודא את זימונם לעדות ואת התייצבותם לדיון של עדים מטעמם, מתוך מטרה להשיג הישגים דיוניים וראייתיים. מצב דברים זה אינו רצוי, בפרט לרקע תקנות סדר הדין האזרחי החדשות, אשר אחת ממטרותיהן העיקריות היא, כידוע, ייעול וקיצור של ההליכים האזרחיים (ראו: דברי הסבר לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, בעמ' 1-2).

לנוכח הערות אלה, בחנתי אם יש בדברים האמורים כדי להשפיע על ההכרעה אליה הגיע בית המשפט המחוזי באשר לגרסת המערערת לקיומם של מצגים פוזיטיביים מטעים. ואולם לנוכח התרשמותי מפסק הדין בכללותו כי בית המשפט המחוזי לא מצא טעם משכנע, כנדרש בסעיף 54(2) לפקודת הראיות, לקבל את עדותה היחידה של המערערת בנושא המצגים – לא סברתי כי יש בכך כדי לשנות מן התוצאה.

27. סוף דבר: מן הטעמים שפורטו, אני מצטרפת לתוצאה המתוארת בסעיף 172 לחוות דעתו של השופט שטיין; וזאת בשינוי אחד, ולפיו לא ייוחס למערערת אשם תורם.

ש ו פ ט ת

השופט ד' מינץ:

אף אני מצטרף לתוצאת חוות דעתו של חברי השופט א' שטיין. בשאלת ייחוס אשם תורם למערערת, אני מצטרף לחוות דעתה של חברתי השופטת ג' כנפי-שטיינץ מטעמיה.

ש ו פ ט

הוחלט פה-אחד לקבל את הערעור כאמור בפסקאות 172-173 לפסק דינו של השופט א' שטיין – למעט סוגיית האשם התורם של המערערת. בעניין האשם התורם, נקבע ברוב דעות של השופטים ג' כנפי-שטיינץ וד' מינץ, בניגוד לדעתו של השופט א' שטיין, כי התנהלות המערערת לא נפגמה באשם תורם ועל כן אין להפחית מאומה מהפיצויים שנפסקו לטובתה. הווה אומר: סכום הפיצויים שהמשיבות תשלמנה למערערת כאמור בפסקה 172 לפסק דינו של השופט א' שטיין לא יוכפל במקדם 0.75.

ניתן היום, ח' בטבת התשפ"ג (1.1.2023).

ש ו פ ט  ש ו פ ט  ש ו פ ט ת