

דיני מתווכים במקרקעין

חלק שני עקרונות ומושגי יסוד ופסקי דין

בעריכת: דרור וינוגרד, עו"ד

מעודכן ליום 1.12.2016

אסור להכניס ספר זה לבחינה

© כל הזכויות שמורות להוצאת הלכות בע"מ.

קבצים אלה מוגנים בזכויות יוצרים. ניתן לעשות בהם שימוש אישי בלבד. אין לעשות בהם כל שימוש מסחרי, לרבות העתקה או שיכפול, ללא קבלת אישור מראש ובכתב מהוצאת הלכות בע"מ.



www.halachot.co.il

גם אחרי הבחינה - חשוב להשאר מעודכן

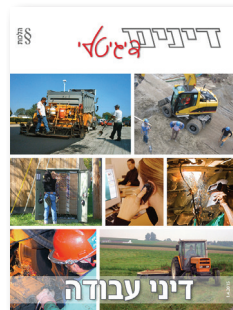
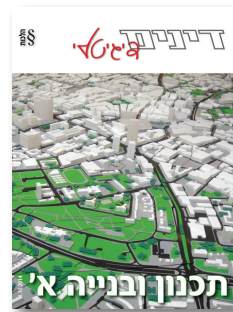
לראשונה בישראל

ספר אלקטרוני המביא את

החקיקה המקצועית שמעניינת אתכם
לקצה האצבעות בטלפון החכם או בטאבלט שלכם

דינייה ג'י'טי

- קבצי חקיקה לפי נושאים
- מתעדכנים בקביעות
- אין צורך להיות במצב מקוון (On-Line)
- תצוגה מותאמת לנוחות המשתמש (שינוי גודל האותיות, הרקע, צורת הדפדוף ועוד)
- ניווט קל ונוח במסמך
- אפשרויות חיפוש
- ניתן להשאיר סימניות והערות במסמך

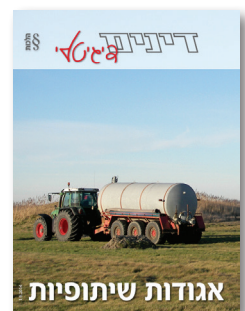
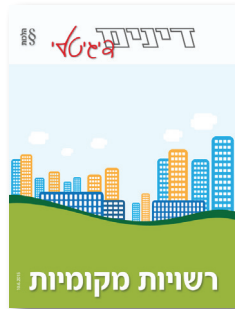


ועוד עשרות ספרים וקבצי חקיקה נוספים
באתר הוצאת הלכות www.halachot.co.il

מעודכן • זול • נוח

מעל 60 קבצי חקיקה וספרים נוספים כבר באתר

אלה לא עוד קבצי pdf שניתן להציג גם בטלפון או בטאבלט.
אלה **ספרים אלקטרוניים** בפורמט **epub3** שהוא התקן
הבינלאומי המתקדם ביותר כיום לספרים אלקטרוניים.



- ניתן לרכוש רק את החקיקה בנושא המענין אתכם
- ניתן לעיין בתוכן הספר לפני הרכישה
- רכישת הספר כוללת **עדכונים למשך שנה**

רוצים להתנסות ללא התחייבות ובחינם?

היכנסו לאתר שלנו בכתובת www.halachot.co.il

והורידו **בחינם** את הקובץ "**חוקי היסוד**"



הכנסו לאתר המחודש שלנו לדף ה"**מדריכים**"
ותמצאו שם תשובות לכל השאלות.
בכל שאלה נוספת אל תהססו לפנות אלינו

תוכן עניינים כללי

1 עקרונות ומושגי יסוד.....

בית המשפט העליון

8 עא 7247/97 כוכבה יצחקוב נ' מרדכי אביב מפעל בניה בע"מ.....

12 עא 158/77 חוה רבינאי נ' חברת מן השקד בע"מ (בפירוק).....

19 עא 294/76 אנגלו סכסון סוכנויות לנכסים (סביון) נ' רחל פסרמן ואח'.....

24 עא 2643/97 שלמה גנז נ' בריטיש קולוניאל חברה בע"מ ואח'.....

44 רעא 394/88 אנגל שושני ואח' נ' אברון את פורת בע"מ.....

45 עא 107/86 אהרון חסין נ' דוד בלס ואח'.....

48 עא 2144/91 הנרי מוסקוביץ נ' כץ אסתר ביר כמנהלת עזבון המנוח טוביה ביר ז"ל.....

56 ת"א ע"א 2469/06 רונן סויסה ואח' נ' חב' חברת זאגא ואח'.....

בית המשפט המחוזי

63 ברע 2285/05 אבנר שמואלי ואח' נ' דורון סמוכה ואח'.....

65 ברע 209/01 זיוה וזאב מאיר נ' טלי שושן ואח'.....

70 עא 3455/06 דה כהן בע"מ נ' אלון עמרם.....

80 עא 4582/08 אהרון גופר נ' יהודית קאופמן.....

84 ע"א 11-07-25179 אל הנכס בע"מ ואח' נ' שלמה שמלצר ואח'.....

89 ע"א 3597/09 יואל נדב נ' עו"ד דוד ינובסקי ואח'.....

בית משפט השלום

99 ת.פ. 1224/06 מדינת ישראל נ' דוידסון דניאל.....

103 תא 2461/07 דרור בראון ואח' נ' יפה סידרון ואח'.....

106 תא 1966/05 קשתות הנשיא יעוץ ושווק נדל"ן בע"מ נ' דוד שמעון ואח'.....

108 תא 6577/98 טרנס גלובל סוכנות לנכסים בע"מ נ' נתנאל אל.אל. סי בע"מ ואח'.....

116 תא 35922/07 מרדכי עוז נ' משה עזרא.....

120 תא 50812/06 זילברברג מיכאל נ' סגל משה.....

121 תא"מ 09-02-4203 שמעון נ' סמיקון.....

126 תא"מ 12-11-56881 שבט אפרים בע"מ ואח' נ' בר שדה.....

132 ת"א 4350/08 דה-כהן נ' זר-גוטמן ואח'.....

137 ת"א 11-12-945 עווד סיטי נ' טל פרי.....

146 תא"מ 11-02-10272 ב.פ. הנשיא סוכנויות נדל"ן בע"מ נ' בקרמן ואח'.....

151 ת"א 08-06-7132 גלז-גוטמן בע"מ ואח' נ' אורלי שרון.....

160 ת"א 07-44919 בכר עופר ואח' נ' מעוז טל ואח'.....

164 ת"א 07-09-2413 יעקב סמרה ואח' נ' שחר שמואל.....

169 ת"א 10-08-8984 עזבון המנוחה דינה קורץ ינאי ז"ל ואח' נ' צמרת הכרמל נדל"ן והשקעות בע"מ ואח'.....

בית משפט לתביעות קטנות בתל אביב - יפו

183 ת"ק 12-09-41268 נועם יואל כהן נ' אנדרי גולן.....

עקרונות ומושגי יסוד

מכוח סמכותי בתקנה 1(ב) לתקנות המתווכים במקרקעין (נושאי בחינה) (תיקון), התשע"א-2010, להלן הפרשנות הנדרשת לחלק מעקרונות ומושגי יסודי המהווים חלק מחומר הבחינה המחייב בתווך במקרקעין:

חכירה

שכירות לתקופה של יותר מחמש שנים הינה חכירה.

חכירה לדורות

שכירות לתקופה של יותר מעשרים וחמש שנה הינה "חכירה לדורות".

לשכת רישום במקרקעין

כתנאי לתוקפן הקנייני, הזכויות בנכסי מקרקעין אמורות להיות רשומות בפנקסי המקרקעין אצל רשם המקרקעין בלשכות רישום מקרקעין של האגף לרישום והסדר מקרקעין במשרד המשפטים, כתנאי לתוקפם הקנייני ("טאבו").

נסח רישום מקרקעין

ניתן לקבל, בלשכת רישום והסדר במקרקעין מידע בדבר זכויות הקנייניות בנכס. לשם כך חייב המבקש להצטייד בנתוני הנכס הכוללים את מספר "הגוש", מספר "חלקה" ובבית משותף גם מספר חלקת משנה. למבקש יתאפשר לעיין במסמך הרישום של הנכס הכולל את תיאורו, שם הבעלים שלו והגבלת זכות הבעלות אם יש כזו בדרך של הודעות על הפקעה ו/או הערות אזהרה ו/או משכנתאות ו/או עיקולים ו/או צווי בית משפט ו/או כל הגבלה אחרת על הבעלות. כאשר מדובר בבית משותף, יעיד המסמך גם על קיומו של תקנון מצוי או תקנון מוסכם שבו יוכל לעיין בעל יחידה רשום בבית המשותף או מיופה כח מטעמו.

חברות משכנות

חברה משכנת היא חברה הבונה את הבניין ומשכנת את הדיירים בו. עד לרישום הזכויות בפנקסי המקרקעין, רישום הזכויות בדירות נעשה במנהל מקרקעי ישראל וכן אצל החברה המשכנת. שעבוד דירה הרשומה בחברה משכנת נרשם אך ורק ברשם המשכונות שכן זכויות הדייר, כל עוד לא נרשמו בפנקסי המקרקעין, הינן זכויות חוזיות ולא קנייניות.

איתור מידע על נכסים באזור יהודה ושומרון

איתור מידע על נכס הבנוי באזור יהודה ושומרון ייעשה אצל הממונה על הרכוש הממשלתי והנטוש באזור יהודה ושומרון או במשרדי רישום המקרקעין במינהל האזרחי, אצלו מתנהל רישום עסקאות המקרקעין הנעשות באזורים אלה. יודגש, חלק מהנכסים הבנויים עדיין לא נרשם אצל המינהל האזרחי ולכן, יכול והמתעניין יופנה גם אל החברה המשכנת העוסקת בשיווק והכנת רישום הנכס.

חוזה פיתוח עם מינהל מקרקעי ישראל

הסכם בין מינהל מקרקעי ישראל ורוכש זכויות בקרקע, המייעד קרקע לבנייה ולפיו מתחייב הרוכש לבנות מבנה על הקרקע תוך פרק זמן נתון ובתנאים שהמנהל אישר. רק לאחר סיום הבניה ובהתקיים כל תנאי ההסכם, ייחתם הסכם חכירה בין הרוכש ובין המינהל. אי השלמת המבנה במועד משמעותה זכות למינהל מקרקעי ישראל לבטל את ההסכם.

חוזה חכירה עם מינהל מקרקעי ישראל

חוזה חכירה של מקרקעין הנחתם בין חוכר ובין מדינת ישראל באמצעות מינהל מקרקעי ישראל לתקופה נקובה.

דמי הסכמה

דמי הסכמה הינה דרישת תשלום אשר דורש מינהל מקרקעי ישראל מחוכר כתנאי למתן הסכמתו להעברת זכויות החכירה בנכס לצד ג'. (דמי הסכמה אינם נגבים מ"נכס מהוון" ראה הסבר לנכס מהוון להלן).

דמי היוון

חישוב הערך הכלכלי של התשלומים העתידיים למינהל, עבור תקופת החכירה או יתרתה בתשלום חד-פעמי מראש.

תשלום ההיוון פוטר את חוכר הנכס מאת מינהל מקרקעי ישראל מתשלום דמי הסכמה בעת שיבקש להעביר זכויותיו לצד ג' ומתשלום דמי חכירה במהלך החכירה.

דמי היתר

תשלום אותו גובה מינהל מקרקעי ישראל מהחוכר כתנאי למתן הסכמתו למימוש זכויות בנייה במקרקעין אשר לא הוענקו לחוכר בהסכם החכירה או בגין שינוי ייעוד הנכס ו/או בגין פיצול חלקה.

מכירת נכסים אגב הסכם גירושין

חלוקת רכוש אגב גירושין, עשויה ליצור חיוב במס. חוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963 קובע (בסעיף 4א) כי העברת מקרקעין, וכן העברת מניות באיגוד מקרקעין בין בני זוג (או מהם לילדיהם) הנעשית על פי פסק דין שניתן אגב הליכי גירושין לא תיחשב כלל כמכירה לענין החוק ועל כן, במקרה זה, אין כלל אירוע מס. חשוב לציין שאין הכרח שבגין המקרקעין ישולם לבן הזוג המעביר מתוך הנכסים המשותפים, וניתן אף לרכשם ממקורות מימון חיצוניים, בשונה לדוג' מחלוקת נכסים במסגרת עיזבונו.

מס ערך מוסף בעסקאות מקרקעין

סעיף 2 לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975 קובע, בין היתר, כי על "עסקה" בישראל יוטל מס ערך מוסף בשיעור מהעסקה. סעיף 1 לחוק זה קובע, כי "עסקה" הינה מכירה או השכרה של נכס, לרבות מקרקעין וזכות באיגוד מקרקעין בידי עוסק במהלך עסקו לרבות מכירת ציוד, ובעניינו כולל מקרקעין ששימשו או המשמשים או ישמשו לעוסק ומכירתם אינה שבשגרה. יוצא מן האמור, כי כל עוסק המוכר מקרקעין חייב במע"מ בין שהמקרקעין מהווים מלאי ובין שהם מהווים רכוש קבוע בעסקו.

המחוקק מרחיב חובה זאת גם ל"עסקת אקראי". "עסקת אקראי" כוללת מכירת מקרקעין על ידי אדם שאין עיסוקו במכירת מקרקעין לאחד מהגורמים הבאים:

1. לעוסק - מי שמוכר נכס או נותן שירות במהלך עסקיו, ובלבד שאינו מלכ"ר או מוסד כספי, וכן מי שעושה עסקת אקראי;
2. למלכ"ר או למוסד כספי, למעט מכירת דירת מגורים.

המסקנה: מכירת כל סוג קרקע ע"י כל מאן דהוא לעוסק חייבת במס ואילו מכירה למלכ"ר או מוסד כספי תחויב רק אם המקרקעין אינם דירת מגורים.

מונחי יסוד במשכנתאות

1. משכנתא

משכנתא היא שעבוד הנרשם בפנקסי המקרקעין על נכס מקרקעין (למשל במקרה הנפוץ - שעבוד הנרשם לטובת בנק לשם הבטחת פירעונה של הלואה כספית המיועדת למימון דיור). במקרה שהלווה אינו פורע את חובו, ניתן לפרוע את החוב על ידי מימוש הנכס הממושכן. על פי רוב, גובה ההלוואה שתאושר על ידי המלווה נקבע בהתאם למחירו של הנכס, כפי שנקב בחוזה המכר וכן לפי הערכה של שמאי מקרקעין.

המשכנתא אינה פוגעת בזכותו של בעל המקרקעין להחזיק בהם ולהשתמש בהם, הכל בכפוף לתנאי המשכנתא כפי שנכתבו בהסכם שבין הצדדים.

2. גרירת משכנתא

החלפת הנכס המשועבד לבנק כבטוחה כנגד ההלוואה, בנכס אחר. פעולה זאת, מחייבת הסכמת המלווה. למשל, כאשר הלווה מוכר את דירתו הישנה המשועבדת לבנק מבלי לסלק את ההלוואה הקיימת, ומעביר את השעבוד לדירה החדשה.

3. הקפאת משכנתא

הסכם בין מלווה ללווה שניתנה בגינו בטוחה, המסדיר וקובע כי הלווה יכול בשלב מסוים להפסיק לתקופה קצובה את החזרי ההלוואה כפי שנקבעו בהסכם המקורי שבין הצדדים. הקפאת משכנתא לתקופה כלשהי מחייבת אישור של הבנק וניתנת בנסיבות מיוחדות.

4. משכון

שעבוד זכויות. כאשר הזכויות המשועבדות הינן במקרקעין הרשומים בפנקסי המקרקעין מדובר במשכנתא הנרשמת בפנקסי המקרקעין (ראה לעיל). כאשר מדובר בזכויות במיטלטלין (למשל כלי רכב) או במקרקעין שאינם רשומים במרשם המקרקעין, ניתן לרשום את השעבוד אצל רשם המשכונות. כך למשל כנגד מתן הלוואה לרכישת מקרקעין שאינם רשומים במרשם המקרקעין, אשר הזכויות בהם הינן זכויות על פי חוזה בלבד, ניתן לרשום שעבוד על זכויות אלה אצל רשם המשכונות.

תכנון ובניה

1. היתר בניה

זהו היתר שמעניקה הועדה המקומית לתכנון ובניה או רשות הרישוי הנדרש עבור כל אחת מעבודות הבניה הבאות:

- הקמת בנין חדש, הריסתו או הקמתו מחדש;
- תוספת לבנין קיים או שינוי בקירותיו החיצוניים למעט שינוי פנימי של הדירה שהוא שינוי שאינו נוגע לצד החיצוני של הבניין, אינו פוגע בחזיתו או במראהו או בשלד של הבניין או ברכוש משותף או בצנרת או ציוד אחר המשרתים גם דירות אחרות, אינו פוגע בזולת ואינו משנה את שטחה של הדירה אך למעט תוספת של שטח מרפסת שנסגרה כדין או שמשנה את מספרן של יחידות הדיור;
- כל עבודה אחרת בקרקע ובבנין וכל שימוש בהם שנקבעו בתקנות כעבודה או כשימוש הטעונים היתר כדי להבטיח ביצוע כל תכנית;
- התווית דרך, סלילתה וסגירתה.

במקרים שבהם יש סטייה ניכרת מהתכנית החלה במקום לא יינתן היתר בנייה. אולם, הועדה המקומית רשאית להתיר בקשה להקלה או שימוש חורג.

2. הקלה

בנייה בשינוי קל מהוראות התכנית החלה במקום.

3. שימוש חורג

שימוש השונה מזה שנקבע בתכנית החלה במקום או בהיתר הבניה.

מושגים בזכויות במגזר החקלאי

מרבית היישובים החקלאיים¹ (קיבוצים ומושבים) ממוקמים על מקרקעי ישראל, המנוהלים על ידי רשות מקרקעי ישראל (רמ"י). קיבוצים ומושבים הם כמעט תמיד אגודות שיתופיות שנמצאות בבעלות של חברי היישוב. האגודה השיתופית חוכרת את הקרקע מרשות מקרקעי ישראל. בקיבוץ, אין לרוב לחברי הקיבוץ זכויות בשטח קרקע מסוים, או שמוקנות לחברים רק הזכויות בבית המגורים. לעומת זאת, במושב לכל חקלאי מוקצה שטח ייחודי.

1. הסכם משבצת

הנו הסכם חכירה בין האגודה השיתופית (לרוב מושב או קיבוץ) לבין רשות מקרקעי ישראל (רמ"י). הוא נקרא כך כי הוא מגדיר את ה-"משבצת", שטח הקרקע, שמוחכר לאגודה. הסכמי משבצת נקבעים בדרך כלל ל-3 שנים, ומוארכים באופן אוטומטי, ולכן נחשבים להסכמי חכירה למרות שהם לתקופה קצרה.

כאשר הסכם המשבצת נחתם רק בין רמ"י לאגודה השיתופית, הוא נקרא **הסכם משבצת דו צדדי**. במקרים מסוימים הסוכנות היהודית חוכרת את הקרקע מרמ"י, ומחכירה אותו בחכירת משנה לאגודה השיתופית. במקרים אלה הסכם המשבצת הוא **משולש** (בין רמ"י, הסוכנות והאגודה).

1. האמור בהסבר מתייחס ליישובים חקלאיים יהודיים. יישובים חקלאיים ערביים יושבים לרוב על קרקע פרטית, והחקלאים מחזיקים ישירות בזכויות בקרקע. האמור בהסבר כאן אינו רלוונטי אליהם.

2. נחלות

האגודה מקצה שטחים - הנקראים "נחלות" - לחברי האגודה. גודלה של נחלה משתנה בהתאם לקריטריונים שקבע שר החקלאות, אך בדרך כלל בין 120-30 דונם. במקרים מסוימים החקלאים חוכרים את הקרקע ישירות מרשות מקרקעי ישראל.

נחלה חקלאית מורכבת ממספר חלקות משנה:

- חלקה א' - חלק בנחלה המיועד למגורי החקלאי ולמבני משק. ביתרת החלקה ניתן להשתמש לעיבוד חקלאי. חלקה א' היא החלק הקטן בנחלה, לרוב בשטח של דונמים ספורים.
- חלקה ב' - החלק העיקרי של הנחלה, המשמש לעיבוד החקלאי בלבד ואסור לבנות בו.
- חלקה ג' - משמשת גם לעיבוד חקלאי, אבל נחשבת לחלק מן הרכוש המשותף של האגודה.

3. משקי עזר

בנוסף לנחלות, לעתים מקצה האגודה שטחים קטנים יותר, הנקראים "משקי עזר". משק עזר מיועד ליחידת מגורים ולמלאכה, או לעיבוד חקלאי מצומצם, ושטחו בד"כ 2-5 דונם. משקי עזר מיועדים לחברי אגודה שמתגוררים בישוב חקלאי אבל החקלאות היא לא מקור הפרנסה העיקרי שלהם.

4. בר רשות

כאשר חוכרת הקרקע היא אגודה שיתופית, לחקלאי אין זכות קניינית בקרקע. הוא נחשב ל-"בר רשות" בקרקע, כלומר, מי שקיבל אישור מהאגודה (שהיא בעלת זכות החכירה) לעשות שימוש בקרקע למטרת מגורים ולחקלאות. זכויותיהם וחובותיהם של ברי הרשות מוסדרים בהסכם המשבצת ובהחלטות רשות מקרקעי ישראל.

הסדרים אלה קובעים בין היתר את זכויות החקלאי להגדיל את שטח יחידת המגורים, או להוסיף יחידות מגורים בנחלה; להעביר את הקרקע לאדם אחר, בתמורה או לא בתמורה; ואת האפשרות להעביר את זכויותיו.

אם החקלאי מפסיק להיות חבר באגודה, הוא מאבד גם את זכותו כ"בר רשות".

5. בן ממשיד

מאחר ולחקלאי אין זכות קניינית בקרקע לא ניתן להוריש נחלה בדרך הרגילה, על ידי צוואה. במקום זה נקבע מנגנון הנקרא "בן ממשיד", בו החקלאי מחליט מראש מי מילדי יקבל את הנחלה לאחר מותו וימשיך לעבד את הקרקע במקומו. קביעת הבן הממשיך נעשית מראש ומחייבת אישור של האגודה השיתופית, של רמ"י ולעתים גם של הסוכנות היהודית. באופן זה נמנעת בד"כ האפשרות לחלק את הקרקע בין מספר יורשים. יש לציין כי כמובן שה"בן הממשיך" יכול להיות גם בת ממשיכה.

6. הרחבות

בשנים האחרונות מאושרים במושבים וקיבוצים רבים הרחבות - היתרים לשימוש שונה מהיעוד של הקרקע. מדובר בעיקר על אפשרות לבנות בנייה למגורים בשטח המושב או הקיבוץ, כאשר הזכויות בנכסים נמכרות למי שאינם חברים באגודה השיתופית ולרוב אינם עוסקים בחקלאות, אלא רק מעוניינים לגור ביישוב כפרי.

היטל השבחה

היטל השבחה הוא היטל שגובה הוועדה המקומית לתכנון ובנייה כאשר ערך של קרקע מושבח בעקבות הוספת זכויות בנייה או שינוי ייעוד (למשל, עליית ערך הקרקע כאשר הייעוד של קרקע חקלאית משתנה לקרקע המיועדת לבנייה, מה שמכונה "הפשרה"). השבחה יכולה להיות עקב שינוי בתכנית, אישור הקלה או אישור לשימוש חורג. גובה ההיטל נקבע ע"י שמאי מטעם הוועדה המקומית, אשר מעריך בכמה עלה ערך הקרקע בעקבות השבחה. גובה ההיטל הוא 50% מערך ההשבחה שנקבעת.

החובה לשלם היטל השבחה חלה על בעל הקרקע או חוכר לדורות בקרקע. בעל הזכויות מחויב בתשלום היטל השבחה כאשר הוא מממש את התועלת מהזכויות שניתנו לו, כלומר כאשר הוא מוכר את זכויותיו בנכס, או כאשר הוא מבקש לבנות בהתאם לזכויות הנוספות שהוענקו לו.

על פי החוק, בעסקת מכר שבה נדרש תשלום היטל השבחה חלה החובה לשלם היטל השבחה על מוכר הזכות, אבל ניתן בהסכמה לקבוע שהתשלום יחול על הקונה.

טופס 4 - עם השלמת בנייתו של בניין חדש, על בעל הנכס להגיש בקשה לוועדה המקומית על מנת שתאשר שהמבנה נבנה באופן חוקי והוא ראוי לאיכלוס. טופס בקשה זה נקרא "טופס 4". אם הוועדה מצאה שהמבנה תקין ונבנה על פי ההיתר לבנייתו, היא חותמת על הטופס, ואז יש לבעל הנכס אישור לחבר את הבניין בחיבור של קבע לרשת החשמל, המים וכו', ורק אז מותר מבחינה חוקית לאכלס את הבניין. חשיבות קבלת טופס 4 ידועה גם אצל רשויות המס לקביעה שממועד קבלתו הדירה מהווה "דירת מגורים" לעניין חוק מיסוי מקרקעין. הטופס גם ידוע בשם "אישור איכלוס", כי בחתימתו מאשרת הוועדה את אכלוס הבניין על ידי הדיירים.

תמ"א 38

תמ"א 38 הנה תכנית המתאר הארצית לחיזוק מבנים נגד רעידות אדמה. התמ"א כוללת הוראות שנועדו לחזק בניינים שנבנו לפני 1.1.1980 נגד רעידות אדמה, ומאפשרת הוספת שטחי בנייה לבניינים קיימים העוברים חיזוק באמצעות התמ"א. התמ"א משלימה את הוראות חוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים נגד רעידות אדמה), תשס"ח-2008. התמ"א מאפשרת סוגים שונים של פרויקטים:

תמ"א 38/1 - אלו פרויקטים השומרים על הבניין הקיים, ומחזקים אותו. במסגרת הפרויקט ניתנת האפשרות לבנות עד 2.5 קומות נוספות על גג הבניין הקיים ולמכור אותן, וכן ניתנת לדיירים אפשרות להרחיב את דירותיהם בתוספת של עד 25 מ"ר ברוטו. חלק מן התוספת, של לפחות 12 מ"ר ברוטו, צריך לשמש כמרחב מוגן דירתי (ממ"ד). לרוב המימון לפרויקט מגיע מכך שהקבלן מקבל מן הדיירים את הזכות לבנות את הקומות הנוספות כך שהרווח ממכירתן מכסה את הוצאות החיזוק וההרחבה של הדירות הקיימות, וכך הדיירים אינם נדרשים לשלם.

תמ"א 38/2 - אפשרות אחרת שהתמ"א והחוק מאפשרים היא הריסה של הבניין הקיים ובניית בניין חדש במקומו, עם יותר דירות ובהתאם לתקנים החדשים. הדיירים מקבלים דירות באיכות טובה יותר בבניין החדש, ואת הדירות הנוספות הקבלן מוכר ובכך מכסה את ההוצאות.

זכויות בנייה ואחוזי בנייה

1. זכויות בנייה

הינן היקף הבנייה וההגבלות על הבנייה המותרים במגרש מסוים. זכויות הבנייה נקבעות בתכנית המתאר החלות על הקרקע, וכוללות הגבלות פיזיות והגבלות שימוש.

הגבלות פיזיות עשויות לכלול, בין היתר, הגבלות על גבולות השטח הבנוי, את קווי הבניין (המרחק המינימאלי בין קירות הבניין לבין קצה החלקה), את גובה המבנה המותר ו/או מספר הקומות, ואת אחוזי הבנייה (ראה להלן) המותרים.

הגבלות שימוש מגבילות את השימושים המותרים במסגרת התכנית (מגורים, מסחרי, מלאכה, שטחים ציבוריים וכיוצ"ב), ועשויות לכלול גם הגבלות ייחודיות שונות שיכולות לחול על בנייה חדשה או שינוי בנייה קיימת (למשל, בניינים לשימור, או דרישה לקבלת אישור מרשות העתיקות באזורים מסוימים).

2. אחוזי בנייה

מגדירים מהו היקף השטח הבנוי המותר במגרש מסוים. אחוזי הבנייה נקבעים בתכנית המתאר החלות על המגרש, והם כוללים את סך כל הבנייה המותרת. למשל, אם נקבעו בחלקה מסוימת אחוזי בנייה של 50%, ניתן יהיה לנצל את אחוזי הבנייה בבניין חד קומתי ב-50% משטח החלקה, או בניין דו-קומתי על 25% משטח החלקה, או בניין של 10 קומות על 5% משטח החלקה, בהנחה שהתכנית החלה על החלקה מאפשרת זאת.

כאשר לא כל אחוזי הבנייה במקרקעין מסוימים מנוצלים, בעלי המקרקעין יכולים לבקש היתר בנייה להגדלת השטח הבנוי, במסגרת זכויות הבנייה המותרות. למשל, אם על פי תכנית המתאר התקפה מותרת בנייה של עד 7 קומות, לא ניתן לקבל אישור לבניית 10 קומות, גם אם יש די אחוזי בנייה לא מנוצלים להקמת קומות נוספות.

במקרים חריגים הקבועים בחוק התכנון והבנייה ובתקנות רשאיות ועדות התכנון לאשר חריגה מזכויות הבנייה המוגדרות בתכנית ("הקלה") או שימוש שונה מהשימוש הקבוע בתכנית לתקופה מוגבלת ("שימוש חורג"), גם ללא שינוי תכנית המתאר התקפה.

קרקעות מוסדרות ובלתי מוסדרות

1. קרקע מוסדרת

ברוב שטח המדינה הקרקעות הן מוסדרות, כלומר מחולקות לגושים וחלקות שקווי הגבול ביניהם ידועים, וזכויות הבעלות בכל חלקה רשומות. בבתים משותפים, החלקות אף מחולקות לתת-חלקות, וכל תת חלקה (דירה) רשומה על שם הבעלים.

2. קרקע שאינה מוסדרת

יש אזורים שבהם, מסיבות שונות, הקרקע עדיין לא לא עברה הסדר מקרקעין. במקרים אלה רשומות חלקות גדולות שבהן יש זכויות למספר רב של אנשים, שכל אחד מהם רשום כבעלים של חלק בלתי מסוים בקרקע ומחזיק בפועל רק בשטח מסוים מתוך החלקה.

3. הסדר מקרקעין (פרצלציה)

התהליך שבו לוקחים קרקע שאינה מוסדרת וקובעים מי הבעלים, ומחלקים את החלקות ביניהם. במסגרת התהליך קובע פקיד הסדר את קווי הגבול בין החלקות ואת הבעלות בהן. קרקע שעברה תהליך הסדר היא קרקע מוסדרת.

בעלות במושע

בעלות במושע הוא מונח מהמשפט העותמני (תורכי) המתאר שיתוף במקרקעין שבו לכל שותף במקרקעין יש חלק בלתי מסוים במקרקעין (כלומר, בעלות על חלק במקרקעין שלא ניתן לשייכו לאחד מהבעלים). "בעלות במושע" יכולה להיות בקרקע לא מוסדרת, או בקרקע מוסדרת, למשל בעקבות ירושה למספר יורשים בחלקים שווים. "בעלות במושע" זהה לבעלות משותפת במקרקעין על פי סעי' 27 לחוק המקרקעין.

קבוצת רכישה

קבוצת רכישה הנה קבוצת של אנשים המתאגדים יחד כדי להקים פרויקט במקרקעין - לרכוש קרקע ולהקים עליה בניין או בניינים, לרוב כבתים משותפים. הקבוצה רוכשת במשותף שטח קרקע ושוכרת אדריכל וקבלן לצורך תכנון הבניין והקמתו. מטרת קבוצת הרכישה היא לחסוך בעלויות העסקה ולשלוט מראש באופן חלוקת הבניין בין חברי הקבוצה.

האופן בו מתנהלת הקבוצה משתנה ממקרה למקרה - לעתים הקבוצה מתארגנת מראש ורק אז מחפשת קרקע, ולעתים הקרקע ידועה (ואפילו קיימות תכניות והסכמים עם הקבלן) ורק אז מארגני הקבוצה מחפשים לצרף רוכשים לקבוצה. לרוב הפרויקט מלווה גם על ידי בנק מלווה, כדי להקל על המימון הנדרש מן הרוכשים, אבל זה לא הכרחי.

גרמושקה

"גרמושקה" היא מסמך שרטוטים המוגשים לוועדת תכנון כחלק מתכנית הגשה, במסגרת בקשה לקבלת היתר בנייה. הגרמושקה כוללת תשריט בקנה מידה (לרוב 1:100) לכל קומה, שבו משורטטות הדירות והחדרים שבהן, קירות, כניסות, עמודים, חלונות וכו'; מפה טופוגרפית של השטח שבו מתבקשת הבנייה; שרטוט של חזיתות המבנה ושל חתכים; ותכנית פיתוח המתייחסת לתשתיות השונות שנוגעות לבניין.

פירוש המילה "גרמושקה" הוא אקורדיון, והיא נקראת כך משום שהשרטוטים מגיליון נייר גדול המקופל בצורה המזכירה אקורדיון.

כאשר ניתן היתר בנייה, הוא מחייב את המבקש לבנות בהתאם לשרטוטים המאושרים שבגרמושקה. על כן, בנייה שאינה תואמת את הגרמושקה המאושרת היא חריגת בנייה.

תכנית בניין עיר (תב"ע)

"תכנית בניין עיר" הוא מונח שמקורו ב**פקודת בניין ערים** המנדטורית. במקור הוא שימש לתאר כל תכנית הנוגעת לנושאי תכנון ובנייה, וכך נקראו תכניות שהוכנו בהתאם לפקודה המנדטורית. בשנת 1965 **בחוק התכנון והבנייה** הישראלי הוחלף המונח ב-"תכנית מתאר". למרות שהמונח "תכנית בניין עיר" לא מוזכר בחוק התכנון והבנייה, הוא עדיין נפוץ מאוד בשימוש. לעתים משתמשים בו במקום תכנית מתאר או תכנית מפורטת. לעתים קרובות משתמשים במונח כדי להתייחס באופן כללי לכל ההגבלות התכנוניות החלות באזור מסוים מכח תוכניות שונות, מבלי להתייחס לתכנית קונקרטית (למשל: "לפי התב"ע, מותר להקים מרפסת בשטח של עד 12 מ"ר, או "לפי התב"ע אסור לבנות במרחק של ארבעה מטרים מהכביש").

כל תב"ע (כלומר, כל תכנית מתאר או תכנית מפורטת) כוללת שני חלקים הכרחיים: תקנון ותשריט. התקנון הוא מסמך משפטי מילולי, שמפרט מהו סוגי שימושים שונים המותרים בשטח שעליו חלה התכנית, ומה ההגבלות אשר יחולו עליהם מבחינת בנייה. למשל, התקנון עשוי להתיר בנייה למגורים, בנייה למלאכה או מסחר, בנייה של מוסדות ציבור וכדומה, ולגבי כל אחד מהם לקבוע מה היקף הבנייה המותר ומה ההגבלות שיחולו עליו. התקנון יגדיר גם סוגי שימושים אחרים בקרקע, כגון שטחים פתוחים, כבישים וכו'.

התשריט הוא מעין מפה, תרשים סכמטי של השטח שעליו חלה התב"ע וכיצד הוא ייראה עם מימוש התכנית. בתשריט צבועים בצבעים שונים סוגי השימושים השונים שהתקנון מתיר בשטח הגיאוגרפי שהתב"ע חלה עליו.

בנוסף לתקנון ולתשריט, תכנית עשויה לכלול גם נספחים שונים, כגון נספח תחבורה, נספח שמירה על הסביבה וכדומה.

עא 7247/97 כוכבה יצחקוב נ' מרדכי אביב מפעל בניה בע"מ

פסק הדין

השופט א' ריבלין

המשיבה, חברת מרדכי אביב מפעלי בניה בע"מ, התקשרה בחודש נובמבר 1993 בעסקת קומבינציה (להלן - העסקה) עם חברת מרכז כלל ירושלים בע"מ (להלן - החברה). העסקה נועדה להביא להקמת בניין על יחידת מקרקעין שהיתה בבעלות האחרונה (להלן - המגרש).

המערערת, העוסקת בתיווך מקרקעין, תבעה מן המשיבה לשלם לה דמי תיווך, המגיעים לה, על-פי טענתה, בגין פעולת תיווך שביצעה עבורה, ושהובילה, על-פי טענתה, להתקשרות שבניה לבין החברה בעסקת הקומבינציה. תביעת המערערת נדחתה בבית-המשפט המחוזי. כנגד פסק-הדין הזה מכוון הערעור.

עיקרי העובדות

1. החברה, בעלת המגרש, יזמה הקמת בניין במגרש על-מנת שישמש למגורים, למסחר ולחנייה. לשם כך ביקשה להתקשר עם גורם נוסף שייטול חלק במימון הקמת הבניין. בתיווכו של אחר, צימוקי שמו, יצרה החברה קשר עם מר עדי סודאי - עורך-דין במקצועו (להלן - סודאי) וביקשה להסתייע בו במציאת משקיע כאמור. סודאי ביקש לקבל על עצמו את ייצוג שני הצדדים לאותה עסקה לכשימצא משקיע כאמור. משנוכח סודאי לדעת כי החברה אינה זקוקה לייצוג משפטי החל בחיפוש אחר משקיעים שייטלו חלק בעסקה בתקווה שיוכל לשמש לאלה עורך-דין - לכשיבשיל הסכם בינם לבין החברה. סודאי פנה בעניין זה למערערת, שעמה שיתף פעולה בעבר. הוא ביקש ממנה שתסייע בידו לאתר משקיעים כאמור ובלבד שישמש עורך-דינו של המתקשר המבוקש.
2. ביום 27.4.1993 פנתה המערערת למשיבה במכתב שסווגר אליה באמצעות מכשיר הפקסימיליה והציעה לה להתקשר בעסקה. היא הביאה בפניה פרטים ראשוניים על מאפייני המגרש ועל שווי המשוער. בשגר הפקסימיליה לא צוין מקום הימצאו המדויק של המגרש ולא צוינה זהות בעליו, אך נכללו בו רמזים אחדים על אודות המגרש, לאמור כי מדובר במגרש "חפור" המצוי במרכזה של ירושלים, ואשר ניתן לגביו היתר בנייה. כבר למחרת היום יצר מר ויקטור קריאף המשמש כמנהל במשיבה (להלן - קריאף) קשר, בטלפון, עם המערערת וביקש לקבל פרטים נוספים על אודות המגרש.
3. מכאן ואילך - מתפצלות גירסאות הצדדים. בעוד שהמערערת טוענת כי היא מסרה לקריאף באותה שיחה פרטים מדויקים על מיקום המגרש, טוענת המשיבה כי לא נמסרו באותה עת פרטים המאפשרים לזהות את מיקום המגרש או את בעליו. המשיבה מוסיפה וטוענת כי המערערת עצמה לא קיבלה באותה עת מסודאי את מלוא הפרטים על אודות המגרש, וממילא לא הייתה היא יכולה למסור אותם למשיבה. עם זאת שני הצדדים מסכימים כי בסופה של אותה שיחה הפנתה המערערת את קריאף לסודאי על-מנת שזה ימסור לו פרטים נוספים על אודות המגרש. קריאף מאשר כי היה מודע לכך כי המערערת עוסקת בתיווך מקרקעין. משפנה קריאף, מנהל המשיבה, לסודאי, התנה זה האחרון את מסירת יתר הפרטים על אודות המגרש בקבלת התחייבות מצד המשיבה להעסיקו כעורך-דין, מטעמה, לצורך העסקה. קריאף הודיע לסודאי כי הדבר אינו אפשרי מאחר שלמשיבה עורך-דין אחר המטפל בענייניה. המערערת ששמעה מפי קריאף על המכשול שהציב לפניו סודאי, פנתה לסודאי, ועל-פי גירסתה, סיכמה עמו כי יותר על דרישת הייצוג בתמורה לקבלת מחצית דמי התיווך. קריאף, מצדו, מאשר כי המערערת בישרה לו על דבר נכונותו של סודאי לחזור בו מדרישת הייצוג, אלא שבאותו שלב, בייחוד משום שהמשיבה עסקה בהנפקת מניות, "נדחק העניין", לגירסתו, מתודעתו. לאחר כמה שבועות, כך העידה המערערת, הודיע לה קריאף כי המשיבה "יורדת מהעסקה".
4. בסופו של דבר, לאחר חודשים מספר, כנראה בסמוך לחודש ספטמבר 1993, הודיע קריאף לסודאי ולמערערת כי המשיבה מנהלת משא ומתן מתקדם עם החברה לקראת התקשרות בעסקה במגרש. הקשר בין החברה למשיבה נוצר, לטענת קריאף, באמצעות אחר - עורך-דין בירן. זה האחרון, כך סיפר קריאף, טיפל בהנפקת מניותיה של המשיבה וייצג במקביל גם את החברה, והוא שהעביר למשיבה את המידע על אודות כוונות החברה להתקשר בעסקה. בעקבות מידע זה, ובעקבותיו בלבד, כך טוענת המשיבה, הוחל בניהול משא ומתן עם החברה, ומגיעים אלה הם שהובילו להסכם שנכרת בין השתיים. חרף זאת, וחלף דמי התיווך שדרשה המערערת, הציע לה קריאף תשלום בסכום השווה ל-\$10,000 כפיצויים "לפנים משורת הדין".

המערערות לא הייתה נכונה להסתפק בכך ותבעה מן המשיבה את מלוא דמי התיווך המגיעים לה, לטענתה, בשווי של 2% מערך המגרש, ובסך הכל 607,000 ש"ח. המערערות סבורה כי המשיבה התקשרה עמה בהסכם תיווך, ומשסיימה לדלות מפיה ומפי סודאי פרטים על אודות המגרש, פנתה ישירות

לחברה והתקשרה עמה בעיסקה תוך כדי עקיפת התחייבויותיה כלפי המערערות. התחייבות זו מבקשת המערערות לאכוף.

פסק־הדין בבית־המשפט המחוזי – והערעור

5. בית־המשפט המחוזי דחה את התביעה. בפסק־דינו קבע בית־המשפט המחוזי, כי אמנם היה ניתן לראות בהיענותו של מנהל המשיבה, קריאף, להצעת התיווך שנשלחה אליו, כאמור בפקסימיליה, משום כוונה מצד המשיבה להתקשר עם המערערות בהסכם תיווך, ואולם, היות שנעדרו מן ההצעה פרטים רבים, לא ניתן להגיע למסקנה ברורה על אודות טיב השירות שהעניקה המערערות למשיבה. בהצעה שהפנתה המערערות למשיבה לא הייתה, לדעת בית־המשפט המחוזי, כל תועלת למשיבה.

בית־המשפט המחוזי מצא כי סודאי בחר שלא להעביר למערערות את הפרטים הדרושים על אודות המגרש כדי למנוע ממנה להביא להתקשרות בין המשיבה לחברה. אשר למידע שנמסר למשיבה על־ידי סודאי עצמו, נכון היה בית־המשפט המחוזי להסיק לטובת המערערות כי היה בו כדי לאפשר למשיבה לאתר את מיקום המגרש ולדעת את זהות בעליו. אולם חרף הנחה זו מצא בית־המשפט כי לא היה בכך כדי ללמד כי המערערות היא שהייתה הגורם היעיל שהוביל להתקשרות בין הצדדים. בית־משפט קמא קבע כי עורך־הדין בירן, שייצג הן את החברה – בעלת הקרקע – והן את המשיבה, ונהנה מאמונם, הוא שיזם את הקשר בין הצדדים ושימש כ"דמות מרכזית" במשא ומתן שהתנהל בין הצדדים. בית־המשפט ראה בו כמי ששימש כגורם היעיל שהוביל להתקשרות בעיסקה.

6. המערערות משיגה על מימצאיו העובדתיים של בית־המשפט המחוזי בכל הנוגע להיקפו ולטיבו של המידע שנמסר למשיבה על־ידי המערערות ועל־ידי סודאי. היא סבורה כי די היה במידע שנמסר למשיבה כדי לאפשר את השלמת ההתקשרות בעיסקה. אפילו היה צורך בצעדים נוספים מצדה של המערערות על־מנת שתהפוך "גורם יעיל" בהתקשרות, כך היא טוענת, הרי שהתנהגות המשיבה, שניצלה את המידע שנמסר לה ופנתה לחברה עם ניתוק הקשר בינה לבין המערערות, היא שמנעה מהמערערות לנקוט צעדים משלימים אלה. היא סבורה כי אין בעצם פועלו של עורך־דין בירן כדי לשלול ממנה את זכאותה לדמי תיווך.

7. המשיבה, מצדה תומכת במימצאיו העובדתיים של בית־המשפט המחוזי, המעוגנים, להשקפתה, בחומר הראיות. היא מבקשת להתחקות אחר כוונותיו של סודאי שמהן ניתן ללמוד, לדעתה, כי לאורך כל הדרך דאג לשמור לעצמו את המידע החיוני על אודות מיקום המגרש ובדבר זהות בעליו על־מנת להבטיח כי תתמלא דרישתו לספק לצדדים שירותים משפטיים בכל עיסקה שתירקם. הפרטים שהועברו מטעמו למשיבה, כך היא טוענת, לא הוסיפו על המידע שנכלל בשגר הפקסימיליה שנשלח לה על־ידי המערערות. להשקפתה, אפילו היה ראוי לקבוע כי קיבלה, לבסוף, את הפרטים המזוהים מסודאי, הרי שפעילותו של עורך־דין בירן והמשקל שניתן על־ידי החברה להמלצותיו, הם שהיוו את הגורם המכריע שהביא להתקשרות בעיסקה.

התיווך

8. משטוען פלוני – מתווך – כי זכאי הוא לדמי תיווך בגין עיסקה שנקשרה בין שניים אחרים, נושא הוא בנטל להוכיח, בראש ובראשונה, כי נקשר הסכם בינו לבין אחד מן הצדדים, או בינו לבין שני הצדדים, ולפיו יבצע פלוני את פעולת התיווך. לשם כך אין צורך בקיבול מפורש של הניצע וניתן ללמוד על גמירת־דעתו של הניצע להיעזר בשירותי התיווך של פלוני גם מהתנהגות הצדדים או מחילופי הדברים ביניהם (ראו: ע"א 275/76 קלוגמן נ' לוי [1]; ע"א 74/89 חסינים, חברה להחזקת נכסים בע"מ נ' שפירא [2]).

בהיעדר קביעה אחרת בגוף ההסכם קמה למתווך הזכות לקבלת דמי התיווך רק משנתקשרו הצדדים בעיסקה גופה (ראו: ע"א 2144/91 מוסקוביץ נ' מנהלת עיזבון המנוח טוביה ביר ז"ל [3], בעמ' 121-122; ע"א 342/89 ג.ז. רכסים בע"מ נ' גרופר [4], בעמ' 738; ע"א 6181/93 סולומונוב נ' שרבני [5] בעמ' 295).

לשם הוכחת הזכאות אין די בהצבעה על קיומו של קשר סיבתי עובדתי בין פעולת המתווך לבין מימוש העיסקה. המבחן לזכאות הוא קיומה של פעילות מצד המתווך שיש בה כדי לשמש גורם "יעיל" למימוש העיסקה נושא התיווך. "אין די בכך שהמתווך הוא גורם מסוים בשרשרת הסיבתית, בבחינת סיבה־בלעדיה־אין. הדרישה היא לגורם שהוא היעיל" (דברי הנשיא שמגר בע"א 2144/91 הנ"ל [3], בעמ' 123). "...עצם העובדה שמתווך הציג לפני לקוחו נכס, אין פירושו של דבר שכל עיסקה בנוגע לאותו נכס תזכה את המתווך לעולם בדמי תיווך" (שם [3], בעמ' 125. וראו גם: ע"א 275/76 הנ"ל [1]; ע"א 185/80 "פרזות" בע"מ נ' זקן [6]; ע"א 342/89 הנ"ל [4]).

כללים אלה שנקבעו בפסיקה מצאו להם בינתיים ביטוי סטטוטורי בהוראת סעיף 14 לחוק המתווכים במקרקעין, תשנ"ו-1996 (להלן – החוק). ההוראה הקבועה בסעיף 9(א) בחוק הייתה עשויה למנוע מחלוקת זו שלפנינו. על־פי הוראה זו מותנית הזכאות

לדמי תיווך, בין היתר, בקיומה של הזמנה כתובה של שירותי התיווך, הכוללת את הפרטים המהותיים בעיסקה, כאמור בתקנות המתווכים במקרקעין (פרטי הזמנה בכתב), תשנ"ז-1997. אלא שבענייננו אין תחולה להוראות אלו היות שעיסקת התיווך שבמחלוקת נרקמה עוד בטרם נכנס החוק לתוקפו.

9. פעילות מצד גורם נוסף המתרחשת לאחר שנתבצעה פעולת התיווך הראשוני, עשויה לחדש את המשא ומתן שנפסק, אך גם לנתק את הקשר הרלוונטי שבין פעילות המתווך בעבר לבין מימוש העיסקה עד שלא ניתן לזקוף עוד את התוצאה לפועלו של המתווך הראשון. עם זאת, קיום הסכם התיווך נתון ככל הסכם, לחובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב (הוראת סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973). צד המסכל את מאמציו של המתווך על-ידי ניצול המידע שנתקבל ממנו לצורך פנייה ישירה לצד האחר לעיסקה תוך עקיפתו של המתווך, מפר את חובת תום-הלב המוטלת עליו. הוא הדין בכל אותם מקרים שבהם פועל צד מן הצדדים בדרך אחרת על-מנת להתחמק מתשלום דמי התיווך, למשל על-ידי העסקת "מתווך קש" (ראו: ע"א 2144/91 הנ"ל [3], בעמ' 122; ע"א 185/80 הנ"ל [6], בעמ' 185). בית-המשפט המחוזי לא מצא מקום להניח קיום התנהגות מן הסוג הזה מצד המשיבה, אך יש במימצאים העובדתיים שקבע כדי ללמד כי עורך-הדין שפעל מטעם החברה לא שימש "גורם יעיל" יחיד במימוש העיסקה.

10. משנתקבל שגר הפקסימיליה אצל המשיבה, חזר קריאף מנהלה אל המערערת וביקש שתיתן לו פרטים נוספים על אודות המגרש. בכך הביעה המשיבה הסכמתה לעצם פעולת התיווך מצד המערערת. המערערת הפנתה את קריאף לסודאי, וזה התלה את השלמת פעולת התיווך בהסכמת המשיבה כי ישמש לה עורך-דין שייצגה בקשריה עם החברה. המשיבה לא נתנה הסכמתה לדרישה זו, וממילא לא הושלמה, באותה עת, פעולת התיווך של המערערת. לעניין זה יש לראות במערערת ובסודאי כמי שפעלו בחזית אחת. בין השניים הוסכם בפועל על "חלוקת עבודה" - המערערת אחראית על מציאת לקוח (פעילות שסודאי היה מנוע מלעסוק בה בשל היותו עורך-דין, כשם שהיה מנוע מלקבל דמי תיווך) אך סודאי אחז במפתח למימוש העיסקה.

11. הכול מסכימים כי בסופו של יום נעתר סודאי להפצרות המערערת וחזר בו מדרישת הייצוג. הסכמתו של סודאי באה, ככל הנראה, בשל ההצעה ליתן לו תמורה חלופית ולאחר שנוכח לדעת כי לא יוכל לייצג את המשיבה. משחזר בו סודאי מדרישתו נפתחה הדרך לחשיפת יתר הפרטים המזהים של המגרש. ואכן, קריאף, מנהל המשיבה, אישר בעדותו כי בפגישותיו עם סודאי "שחררה לו אינפורמציה".

הקשר בין המשיבה לבין החברה נוצר רק בשלב מאוחר יותר, אולם סמיכות הזמנים שבין פניית המערערת למשיבה, בחודש אפריל 1993, לבין מועד יצירת הקשר בינה לבין החברה, בקיץ 1993 התעניינותה הגוברת של המשיבה בהצעה שהפנתה אליה המערערת ושבאה לכלל ביטוי בהצעת תשלום לסודאי עבור העברת מידע נוסף על אודות המגרש; נכונותה של המשיבה לפצות את המערערת "לפנים משורת הדין" בגין פעולותיה - כל אלה מלמדים כי הקשר עם החברה לא נוצר יש מאין וכי פועלם של המערערת ושל סודאי הניע את התהליך שהושלם, בסופו של יום, הודות למאמציו של עורך-דין בירן.

12. בית-המשפט המחוזי בא לכלל מסקנה כי מנהל החברה ייחס חשיבות לפועלו של הגורם הממליץ. בית-המשפט קבע כי עורך-הדין בירן, ששימש הן כבא-כוחה של החברה בעסקיה, ובעבר גם כבא-כוח המשיבה, מילא תפקיד מרכזי בהבאת הצדדים לכלל הסכם, בכלל, ולמימוש עיסקת הקומביניציה, בפרט. חיזוק למסקנה זו ניתן למצוא בעדותו של סודאי, ולפיה מנהל החברה התנגד מלכתחילה לגלות באוזני מתווכים את המידע על אודות מיזם הבנייה שתכננה החברה במגרש. משנודע לו למנהל החברה על ניסיונות התיווך של המערערת, מחה בפני סודאי על עצם העברת המידע למתווך. על משקל מעורבותו של עורך-דין בירן בגיבוש העיסקה ניתן ללמוד גם מעדותו של קריאף במשפט.

13. בנסיבות אלה מתחייבת המסקנה כי הן המערערת והן אחר היו הגורמים היעילים להתקשרות הצדדים בעיסקה. אכן, העובדה שהמערערת הייתה גורם בלעדיו אין להתקשרות, כשלעצמה, אינה מאזכה אותה בדמי התיווך, אלא שבמקרה זה היא הייתה גם הגורם המניע ובפועל שותפה שווה להשלמה היעילה של העיסקה. לפיכך היא והגורם האחר, גם יחד, היו את הגורם היעיל להתקשרות; לפיכך היא והגורם האחר, גם יחד, זכאים להתחלק בדמי התיווך. בפרשה דומה הצביע בית-המשפט העליון, מפי הנשיא שמגר, על אפשרות קיומה של זכאות משותפת לדמי תיווך:

"השאלה אימתית פעולת המתווך היא 'הגורם היעיל' נגזרת מבחינתה של מערכת העובדות. כרגיל - כאשר המתווך מפגיש בין הצדדים - אין קושי לקבוע כי הוא הגורם היעיל לעיסקה. ברור, כי מתקיים משא ומתן - אשר המתווך עשוי ליטול בו חלק - ובסיומו נכרת 113 א', חוזה. הנה, כי כן, צומחת זכאות המתווך לשכרו ההוגן והראוי (למשל, ע"א 107/86 חסין נ' ד' בלס ואח', בעמ' 520-522). אך פעמים רבות עובדות העניין אינן כה פשוטיות. במהלך המשא ומתן עשויות להתגלע בין הצדדים מחלוקות אשר אינן ניתנות לגישור. רק גורם נוסף (מתווך נוסף או אדם אחר) עשוי לסייע לצדדים לחצות את התהום הפעורה ביניהם. כאן מתחילים הקשיים בהכרעה בשאלה האם המתווך הוא הגורם היעיל. יש לבחון האם הגורם הנוסף היה הגורם היעיל, או שמא שניהם או אף אחד מהם. מבחינה תיאורטית כל אחת

מהתוצאות אפשרית, פעמים אין זכאות לדמי תיווך, פעמים ישנה זכאות למתווך אחד ופעמים למספר מתווכים" (ע"א 2144/91 הנ"ל [3], בעמ' 123; ההדגשות שלי - א' ר').

והדברים יפים לכאן.

14. לפיכך הייתי מציע לקבל את הערעור ולקבוע כי המשיבה תבה בתשלום מחצית מדמי התיווך בעבור העיסקה. על-כן הייתי מציע להחזיר את הדין לבית-המשפט המחוזי על-מנת שייתן דעתו על השאלה אם הוכח שיעור דמי התיווך ויפסוק בהתאם. הייתי מחייב את המשיבה לשאת בשכר טרחת עורך-דינה של המערערת בסכום של 10,000 ש"ח.

עא 158/77 חוה רבינאי נ' חברת מן השקד בע"מ (בפירוק)

פסק הדין

השופט ברק

1. בין הגב' רבינאי, המערערת שלפנינו (להלן - המערערת), לבין חברת "מן שקד" חברה לבנין, המשיבה שלפנינו (להלן - המשיבה) נעשה זכרון דברים למכירת מגרש. שולמו דמי קדימה, ונקבע מועד לעריכת החוזה בין הצדדים. החוזה נערך אך לא נחתם, שכן המערערת חזרה בה מהעסקה. המשיבה הגישה תביעה לבית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופט אשר) לאכיפת זכרון הדברים שנעשה ביניהם. המערערת התגוננה בפני התביעה בשלוש טענות חלופיות: ראשית, זכרון הדברים אינו מחייב אותה; שנית, אין להעניק צו לאכיפת זכרון הדברים אפילו הוא מחייב; שלישית, בד בבד עם הענקת צו לאכיפת זכרון הדברים יש לשערך את המחיר שנקבע בו. בית המשפט המחוזי נעתר לבקשת האכיפה ודחה טענותיה הנזכרות של המערערת. מכאן הערעור שלפנינו, בו תוקף מר טוניק, בא-כוח המערערת, את פסק הדין של בית המשפט המחוזי לאורך החזית כולה, תוך שהוא מעלה מחדש את כל אותן הטענות שנטענו בבית-המשפט דלמטה. בטרם נדון בטענות אלה כסדרן, נעמוד בקצרה על עיקרי העובדות.

2. ביום 20.1.72, הוא יום חמישי בשבוע, נערך בביתה של המערערת זכרון דברי (מוצגת/1) בינה לבין המשיבה. וזה לשון זכרון הדברים:

"זכרון דברים שנעשה ונחתם ביום 20.1.72 בין גברת רבינאי חוה ת.ז. 522846 בעלת מגרש בגוש 3926 חלקה 163 בשטח של 808 מ"ר, לבין חברת מן שקד בע"מ ע"י מנהלה מר יוסף איתמרי.

גב' רבינאי חוה הסכימה למכור את המגרש הנ"ל וחברת מן שקד הסכימה לקנות את המגרש הנ"ל, בסך של 275,000 ל"י.

על חשבון הבניה ניתן דמי קדימה בסך 15,000 ל"י. החוזה בין הצדדים יערך ביום חמישי 28.1.72 לפי התנאים דלקמן:

1. סך 15,000 ל"י בזמן חתימת הסכם זה.

2. סך 100,000 ל"י בחתימת החוזה ביום 28.1.72.

3. סך 160,000 ל"י בזמן העברה בטאבו.

הסך של 160,000 ל"י במס' 3 יהיה צמוד לנת"ד מתאריך חתימת הסכם זה.

וע"ז באנו על החתום - 20.1.72

(-) מן שקד בע"מ"

(-) חוה רבינאי

(-) יוסף איתמרי

במעמד עריכת זכרון הדברים נכחה המערערת, בעלה, ומר אלבוים מטעם המשיבה. בו במעמד נחתם זכרון הדברים על-ידי המערערת. לא הוטבעה בו, בו במעמד, כל חתימה מטעם המשיבה. במקביל לעריכת זכרון הדברים וחתימתו על-ידי המערערת, נתן מר אלבוים שיק על סך 15,000 ל"י למערערת. ביום ראשון, ה-23.1.72 התקשרה המערערת לאלבוים והודיעה לו כי היא חוזרת בה מכל הענין ואינה מעוניינת לחתום על החוזה. באותו יום משך בעלה של המערערת שיק בנקאי על סך 15,000 ל"י במקום זה שניתן על-ידי אלבוים כמעמד עריכת החוזה, ושהוכנס לבנק ביום ששי. ביום שלישי 25.1.72 קיבלה המערערת הודעה בכתב כי ב-27.1.72 יפגשו הצדדים לשם חתימה על החוזה. למכתב צורף העתק מצולם של זכרון הדברים. הפעם היה זכרון דברים זה חתום על-ידי איתמרי ונושא חותמת המשיבה. מכתב דומה נתקבל ביום 26.1.72. באותו יום שלחה המערערת מכתב רשום למשיבה אליו צורף השיק הבנקאי הנזכר. ביום 22.7.72 קבלה המערערת מכתב נוסף מבא-כח המשיבה ובו דרישה לחתום על חוזה, אשר טיוטא ממנו צורפה למכתב. המערערת לא חתמה על הטיטא, והשיבה באמצעות בא כוחה, כי אין כל חוזה בין הצדדים. ביום 21.4.72 הוגשה תביעתה של המשיבה לבית המשפט המחוזי לאכיפת זכרון הדברים.

זכרון הדברים

3. מקור זכותה של המשיבה כלפי המערערות הוא בזכרון הדברים, שהרי חוזה אחר בין הצדדים לא נעשה. קבוצת טענותיה הראשונות של מר טוניק מתמקדת בזכרון דברים זה, ומטרתן להראות כי הוא אינו מטיל כל חובה על המערערות, וזאת מהטעמים הבאים:

ראשית, זכרון הדברים אינו אלא הצעת המערערות שקיבלה נעשה לאחר שהמערערות חזרה בה מהצעתה;

שנית, הצדדים בקשו לראות עצמם קשורים רק עם חתימת החוזה המוזכר בזכרון הדברים, ולא על ידי זכרון הדברים עצמו; שלישית, הצדדים החסירו מזכרון הדברים פרטים מהותיים;

רביעית, זכרון הדברים אינו עומד בדרישות סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969.

טענות אלה תוקפות את תוקפו של זכרון הדברים כחוזה מחייב מזויות שונות. הטענה הראשונה משמעותה כי זכרון הדברים אינו חוזה מחייב, משום שאין קיבול כדין. הטענה השנייה והשלישית משמעותן כי זכרון הדברים אינו חוזה מחייב שכן ההצעה אינה בת תוקף, אם משום שהיא אינה מעידה על גמירת הדעת (הטענה השנייה) ואם משום שאין היא מסוימת דייה (הטענה השלישית). הטענה הרביעית גורסת כי יסוד "הכתב", שהוא יסוד קונסטטוטטיבי בהתחייבות למכור מקרקעין, אינו מתקיים. נדון בטענות אלה כסדרן.

4. טענתו הראשונה של מר טוניק היא כי זכרון הדברים אינו הסכם מחייב, שכן הוא נחתם על-ידי המשיבה לאחר שהמערערות חזרה בה מהצעתה. קו מחשבתו של מר טוניק הוא זה: ביום 20.1.72, הוא יום עריכתו של זכרון הדברים וחתימתו על-ידי המערערות לא חתמה עליו המשיבה. זכרון הדברים היה אז בגדר הצעה שטרם קובלה. ביום ראשון, ה-23.1.72 הודיעה המערערות למר אלבוים, שלוחה של המשיבה, על חזרתה מההצעה. מכיון שכך, אין לקיבול שנעשה לאחר אותו תאריך (כנראה ב-24.1.72) כל נפקות, שכן ההצעה שקובלה לא עמדה עוד בתוקף.

בית-המשפט המחוזי דן בטענה זו ודחה אותה. לדעתו של בית משפט קמא קובלה ההצעה עוד ב-20.1.1972, שעה שהמערערות חתמה על זכרון הדברים וקיבלה ממר אלבוים שיק בסך 15,000 ל"י כמקדמה. הקיבול נעשה על-ידי מר אלבוים, שהיה שלוחה של המשיבה, והיה רשאי לסיים את העסקה בשמה. קיבול זה נעשה בעל-פה. לדעתי, צדק בית משפט קמא בהחלטתו. מתוך חומר הראיות עולה בבירור כי המשיבה, באמצעות מנהלה איתמרי, העניקה לאלבוים הרשאה לברות חוזה מחייב. הרשאה זו לא סוייגה בכל סיגי באשר לקיבול בכלל או באשר לאופן הקיבול בפרט. מכיון שכך, יש לראות בהסכמתו של אלבוים במעמד עריכת זכרון הדברים משום שכלול ההסכם בין הצדדים באותו מעמד. היעדר חתימה של מר אלבוים אינו מעלה ואינו מוריד. אכן, לפנינו חזר מר טוניק על טענתו הנזכרת בשפה רפה, אך הדגיש לעומתה טיעון חדש. על-פי הטיעון לפנינו רשאי המציע לקבוע את אופן הקיבול. כל עוד לא נעשה הקיבול באופן שקבע המציע, רשאי המציע לחזור בו מהצעתו. בזכרון הדברים שלפנינו קבעו הצדדים כי אופן הקיבול יהיה בדרך של חתימה דווקא. על כן, כל עוד לא נחתם זכרון הדברים על-ידי המשיבה, רשאית היתה המערערות לחזור בה מהצעתה. ומהיכן למד מר טוניק כי המציע קבע את החתימה כדרך הקיבול הראויה? דבר זה נלמד מלשונו של זכרון הדברים, אשר בשורתו הראשונה קובע "שנעשה ונחתם" ובסופו הוא קובע "באנו על החתום - 20.1.72".

אין לנו צורך לנתח את הדין בסוגייה זו, שכן הבסיס העובדתי לטענתו של מר טוניק אינו קיים. העובדות כפי שנקבעו על-ידי בית משפט קמא ופשוטו של מקרא, אין בהם כדי לתמוך במסקנה כי במלים "שנעשה ונחתם" גלום הרעיון כי המציע קבע את החתימה כדרך הקיבול היחידה ולא הסתפק בקיבול בעל-פה. נראה לי כי בהיעדר ראיות לכוונה אחרת של הצדדים, אין לראות בנוסחה "שנעשה ונחתם" קביעת עיקרון נורמטיבי שלפיו הקיבול חייב להיעשות דווקא בכתב, אלא קביעת עובדה פיזית כי זכרון הדברים נעשה בין הצדדים ונחתם על-ידם. יעיד על כך סופו של המסמך בו נקבע כי הצדדים באו על החתום. עובדה פיזית זו לא התקיימה, אך אין בכך ולא כלום אם הצדדים הסכימו ביניהם לסיים את העסקה בעל-פה. זו אכן היתה כוונתם של הצדדים. אכן, היעלה על הדעת לומר - על רקע העובדות שנקבעו על-ידי בית משפט קמא - כי המשיבה היתה רשאית להתנער מהעסקה רק משום שלא חתמה על המסמך ב-20.1.1972? קיצורו של דבר: ביום 20.1.1972 נעשתה הצעה ונעשה קיבול של זכרון הדברים, ואין לנו אלא לעבור לשאלה מה תוקפו של זכרון הדברים עליו הסכימו הצדדים.

5. טענתו הבאה של מר טוניק היתה, כאמור, כי זכרון הדברים לא יצר קשר חוזי מחייב בין הצדדים, בין משום שהם בקשו לראות עצמם קשורים רק עם חתימת "החוזה" המוזכר בזכרון הדברים (הטענה השנייה) ובין משום שבזכרון הדברים חסרים פרטים מהותיים (הטענה השלישית). טענות אלה מעלות מחדש את השאלה, באלו נסיבות ניתן לראות ב"זכרון הדברים", ובו תניה כי בעתיד יעשה "החוזה", כיוצר קשר חוזי מחייב בין הצדדים גם אם "החוזה" הנזכר בזכרון הדברים לא נעשה. עקרונית ניתן להשקיף על זכרון דברים משתי נקודות מבט: בהתאם לנקודת המבט האחת, עריכת זכרון הדברים היא שלב אחד מבין שלבי המשא והמתן, שלבים שתחילתם בטרם נעשה זכרון הדברים, המשכם הוא במעשה זכרון הדברים, וסיומם לאחר עריכת זכרון

הדברים, עם כריתתו של החוזה המחייב. בהתאם לנקודת מבט זו, עריכת זכרון הדברים כשלב ביניים במשא ובמתן לא באה אלא כדי להעלות על הכתב את שהצדדים כבר הסכימו ביניהם, מתוך הבנה כי הסכמה זו אין בה גמירת הדעת הסופית לשכלולו של המשא והמתן בין הצדדים. זכרון הדברים מהווה, לפי קו מחשבה זה, רק "חומר גלמי" ואינו אלא שלב במשא ובמתן שטרם נסתיים (ראה ע"א 407/66 בלומה הולצמן (רייד) נ' שלמה איגר, פ"ד כא(1) 288, 294); ע"א 202/67 בלוטמן נ' אשכנזי, פ"ד כא(2) 699. בהתאם לנקודת המבט האחרת, הצדדים באו לכדי הסכם ביניהם, תוך שהם סיימו את המשא והמתן ביניהם עם עריכת זכרון הדברים. עם זאת הם מבקשים לא להסתפק בהסכם זה, אלא הם מבקשים לתת לו חותם פורמלי ופרופסיונלי. זכרון הדברים מהווה, לפי נקודת מבט זו, "הסכם גמור ומחלט" היוצר את הקשר המשפטי בין הצדדים וזאת אף אם החוזה הפורמלי לא יצא אל הפועל (ע"א 305/63 פרידלבסקי נ' הטר, פ"ד יח(1) 98; ע"א 868/75 לנדמן נ' קפלן, פ"ד לב(1) 146.

מהו המבחן שלפיו יקבע לאיזו משתי הקטגוריות הנזכרות נופל זכרון דברים פלוני? בענין זה קבעה פסיקתו של בית משפט זה שני מבחנים מצטברים. המבחן האחד הוא כוונתם של הצדדים ליצור קשר חוזי מחייב ביניהם עם ההסכמה על זכרון הדברים; המבחן השני הוא קיומה של הסכמה בזכרון הדברים על הפרטים המהותיים והחיוניים של העסקה שביניהם.

6. המבחן הראשון לתוקפו המשפטי של זכרון הדברים הוא בכוונתם של הצדדים (ע"א 407/66, עמ' 294). על כוונה זו יש ללמוד, על-פי אמות המידה של האדם הסביר, מהתנהגותם של הצדדים לפני, בשעת ולאחר ההסכמה על זכרון הדברים ומתוכן זכרון הדברים עצמו (ע"א 694/69 מגידו נ' דיור חן", פ"ד כד(2) 6, 9). בחינתו של זכרון הדברים עצמו חייבת לשים דגש על שני ענינים: היסודות שהצדדים קבעו בזכרון הדברים עצמו ו"נוסחת הקשר" שנקבעה בזכרון הדברים בינו לבין "החוזה" הפורמלי שייחתם בעתיד. במקום שהצדדים קבעו את עיקרי היסודות לעסקה שביניהם בזכרון הדברים עצמו, ניתן להניח כי כוונתם היתה להגיע לכדי קשר משפטי מחייב ואין להניח כי התכוונו רק לשלב ביניים במשא ובמתן שביניהם. לעומת זאת, אם התנאים היסודיים לעסקה - כגון מחיר, כמות וזמן בעסקת מכר - לא הוסכמו בין הצדדים, יש להניח כי הם טרם סיכמו את המשא והמתן ביניהם וזכרון הדברים אינו אלא שלב ביניים במשא ובמתן שטרם נסתיים. "נוסחת הקשר" אף היא מעידה על כוונת הצדדים. אם נאמר בזכרון הדברים במפורש כי הוא לא מטיל על הצדדים כל חיוב בטרם יעשה החוזה הפורמלי, הרי בכך הביעו הצדדים דעתם הברורה כי זכרון הדברים אינו אלא שלב ביניים, ויש להמתין לכריתתו של החוזה הפורמלי. לעומת זאת, אם הצדדים קבעו בזכרון הדברים כי הוא מחייב אותם, הרי בכך הביעו הצדדים את דעתם הברורה כי זכרון הדברים אינו שלב ביניים, אלא הוא מקור הזכויות והחובות ביניהם (ע"א 139/54 גריידל נ' הורוביץ, פ"ד יא 57). כמובן, ברוב רובם של המקרים, הצדדים אינם נוקטים לשון ברורה ומפורשת באשר ל"נוסחת הקשר" ובמקרה זה יש לפרש את לשון הצדדים וכוונתם. בענין זה הוכחו בעבר קטיגוריות שונות של נוסחאות אשר מעידות על כוונה זו או אחרת של הצדדים. כך, למשל, מקובל לומר כי אם "נוסחת הקשר" היא כי זכרון הדברים "כפוף לחוזה פורמלי" הרי יש בכך כדי להצביע על כוונתם של הצדדים לראות בזכרון הדברים שלב ביניים בלבד במשא ובמתן (ראה ע"א 471/76 גויטע נ' וייס, פ"ד לא(2) 187). לעומת זאת, אם "נוסחת הקשר" היא כי הצדדים חותמים על זכרון הדברים "עד שיוכן" חוזה פורמלי, הרי משמעות הדברים היא, שרצון הצדדים הוא שזכרון הדברים יכנס לתוקפו מיד (ע"א 602/72 שוק הלוי נ' כדורי מוכתר, פ"ד כח(1) 519). הוא הדין אם בזכרון הדברים נאמר כי "הצדדים מתחייבים לחתום על הסכם פורמלי ועד אז הסכם זה קובע" (ע"א 69/60 ברנשטיין נ' קליסקר, פ"ד טו 785). או שנאמר בו כי סכום פלוני ישולם במעמד החתימה על זכרון הדברים, ואילו היתרה "עם חתימת החוזה שיערך אצל עורך-דין" (ע"א 118/53 אגסי נ' קריבושי, ואח' פ"ד ט 96). מן הראוי לציין כי נוסחאות אלה ואחרות כבודן במקומן מונח, אך אין לראות בהן חזות הכל. הכל תלוי בכוונת הצדדים, עליה יש ללמוד ממכלול העובדות של המקרה. אין לבדוד את "נוסח הקשר" ממכלול עובדות אלה. כך למשל, אפילו נזקקו הצדדים לנוסחה כי זכרון הדברים "נתון לחוזה פורמלי", ניתן לראות בזכרון הדברים חוזה מחייב, אם "כוונת הצדדים להתחייב זה כלפי זה היתה ברורה ונעלה מספק" (ע"א 118/53, בעמ' 9, דברי השופט ויתקון).

7. המבחן השני לתוקפו המשפטי של זכרון הדברים הוא בקיום הסכמה בגופו של זכרון הדברים על הפרטים המהותיים והחיוניים של העסקה. זהו תנאי נפרד ועצמאי. אפילו מגלה מכלול העובדות של המקרה כוונה ליצור קשר משפטי מחייב עם החתימה על זכרון הדברים, אין בכוונה זו כדי ליצור את הקשר המצופה, אם הצדדים לא נתנו ביטוי בזכרון הדברים לפרטים החיוניים והמהותיים של העסקה. "ציון התנאים ההכרחיים צריך לבוא גם כתוספת חיונית לכוונה בהנחה שזו כבר הוכחה, כלומר, שלתנאים הללו קיום משפטי עצמאי ואין הם בגדר אמצעי להוכחת כוונת הצדדים בלבד" (דברי השופט עציוני בע"א 153/74 אברהם נ' חבזה, פ"ד כט(1) 737, 741). בהתאם למבחן שני זה, בהעדר הסכם בזכרון הדברים עצמו של התנאים המהותיים של העסקה לא נוצר קשר משפטי מחייב, שכן ההסכם אליו הגיעו הצדדים נעדר אותה מידת ודאות מינימלית הדרושה לקיומו של חוזה בר ביצוע (ע"א 651/72 פסטרנק נ' חברת יוסף לוי פתח-תקווה בע"מ, פ"ד כח(1) 617). התנאים המהותיים של העסקה משתנים, מטבע הדברים, מענין לענין. במכירת מקרקעין טבעי הוא כי תנאים מהותיים אלה יכללו את הצדדים להתקשרות, תיאור הנכס הנמכר, המחיר ומועדי התשלום והמסירה (ע"א 471/76). דרישה זו רוככה במשך הזמן, והכלל עתה הוא, כי במקום שהמבחן הראשון מתקיים, דהיינו, קיימת כוונה של הצדדים ליצור קשר משפטי מחייב, אין צורך כי כל התנאים החיוניים והמהותיים

יופיעו "שחור על גבי לבן" בזכרון הדברים עצמו. את התנאים המהותיים והחיוניים הנוכחים "פיזית" בזכרון הדברים ניתן להשלים "באופן נורמטיבי", אם לא משתמעת כוונה אחרת, באמצעות הוראות חוק משלימות, כגון סעיף 21 לחוק המכר, תשכ"ח-1968. לשון אחרת: אין זה הכרחי כי כל היסודות המהותיים והחיוניים יהיו כתובים בגוף זכרון הדברים, ופרטים חיוניים חסרים הניתנים להשלמה על-ידי החוק מצטרפים ליסודות החיוניים הנזכרים בגוף המסמך והמהווים יחדיו את היסודות החיוניים על-פיהם נקבע תוקפו של זכרון הדברים (ע"א 602/72; ע"א 649/73 קפולסקי נ' גני גולן בע"מ, פ"ד כח(2) 291, 293; ע"א 75 קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס הקדוש, פ"ד 15) 803, 800; ע"א 18/77 בית חלקה 731, גוש 666 בע"מ נ' מיבקשוילי, פ"ד לב(2) 57).

8. בהפעילנו מבחנים אלה לנסיבות המקרה שלפנינו, אין ספק כי זכרון הדברים יצר קשר משפטי מחייב בין הצדדים. אשר למבחן הראשון, דהיינו, כוונת הצדדים, הריהו ענין שבעובדה הנקבע על-פי ממצאיו של בית משפט קמא. המערערת ובעלה העידו בבית-המשפט דלמטה כי הם לא ראו בזכרון הדברים חוזה מחייב, אלא רק שלב במשא ובמתן. לעומתם העיד אלבוים כי הצדדים ראו בזכרון הדברים חוזה מחייב. בית-המשפט המחוזי לא האמין לעדות המערערת ובעלה, שלא נראתה מהימנה עליו, ולעומת זאת העדיף על פניה את עדותו של אלבוים. מסקנה זו של בית-המשפט מתחזקת ומקבלת סיוע ניכר מהעובדה כי עם החתימה של המערערת על זכרון הדברים שולמו לה על-ידי המשיבה דמי קדימה בסך של 15,000 ל"י (ראה ע"א 602/72). אמת הדבר, בטרם חתמה המערערת על זכרון הדברים היא היססה, וזמן קצר לאחר מכן היא אף התחרטה. אך אין באלה כדי לשלול את מסקנתו של בית משפט קמא כי בשעת החתימה של זכרון הדברים התגבש אצלה ואצל המשיב הרצון ליצור קשר משפטי מחייב. בצדק ציין בית משפט קמא כי "גמירת דעת להתקשר בחוזה והבינה לאשורן את התוצאות המשפטיות הנובעות מכך. לעובדה שהיססה לפני כן, התחרטה לאחר מכן כוונה רצינית להתקשר בחוזה והבנת התוצאות המשפטיות הנובעות מכך. אני בדעה כי בעת חתימתה על זכרון הדברים התכוונה הנתבעת להתקשר בחוזה והבינה לאשורן את התוצאות המשפטיות הנובעות מכך. לעובדה שהיססה לפני כן, התחרטה לאחר מכן - אין שום השפעה על החתימה". מר טוניק טען לפנינו ארוכות כי מסקנתו של בית משפט קמא באשר לכוונתה של המערערת להתקשר בקשר חוזה מחייב, אינה נכונה, וכי היה עליו להסיק מסקנה אחרת. איני מקבל טענות אלה, מסקנתו של בית משפט קמא מבוססת כראוי בחומר הראיות שהיה לפניו, ועל התרשמותו מהעדים שהעידו לפניו, ובכגון זה לא נתערב.

אשר למבחן השני, דהיינו, הסכמה בזכרון הדברים על הפרטים המהותיים, אף הוא מתקיים במקרה שלפנינו. בזכרון הדברים עצמו נקבעה זהות הצדדים, מהות העסקה, תיאור הנכס, המחיר ומועדי התשלום. מר טוניק טען לפני בית-המשפט דלמטה ולפנינו כי חמישה ענינים חיוניים לא נקבעו בזכרון הדברים, והם: מועד ההעברה בטאבו; על מי חלים המיסים; פיצויים קבועים מראש; הצהרה כי הנכס נקי מכל שיעבוד ותחילתה של ההצמדה. בפי שראינו משהוכחה כוונתם של הצדדים להתקשר בזכרון הדברים בקשר משפטי מחייב, ניתן להשלים את הפרטים החסרים באמצעות הוראות משלימות שבחוק. כך עשה בית משפט קמא, ובדין עשה. מועד ביצוע ההעברה יעשה זמן סביר לאחר חתימת החוזה. זאת נקבע בסעיף 9 לחוק המכר, תשכ"ח-1968 החל גם לענין מכר מקרקעין (סעיף 4א) (לאותו חוק). לענין המיסים, אלה יחולו - בהיעדר כוונה אחרת במקרה שלפנינו - על הצדדים השונים בהתאם להוראות הרלבנטיות בחקיקת המיסים. אשר להצהרה על היעדרם של שיעבודים - זו נובעת ממילא מכוח הוראת סעיף 18 לחוק המכר, הקובעת כי "המוכר חייב למסור את הממכר כשהוא נקי מכל שיעבוד, עיקול וזכות אחרת של צד שלישי". נותרו עוד שני ענינים אשר לדעת מר טוניק הם מהותיים, והם חסרים בזכרון הדברים. הראשון הוא הוראה בענין פיצויים קבועים מראש. בעיני אין זו כלל הוראה מהותית. בהיעדרה יחול הדין הכללי באשר להפרת חוזה. השני הוא הוראה באשר לתחילתה של ההצמדה. ענין זה נקבע בזכרון הדברים עצמו, המורה כי ההצמדה תהיה "מתאריך חתימת הסכם זה". לדעתי "הסכם זה" הוא זכרון הדברים עצמו. הביטוי "הסכם זה" מופיע גם לענין דמי הקדימה, וברור שאלה מתייחסים לזכרון הדברים. אך אפילו טועה אני בכך, ו"הסכם זה" משמעותו החתימה על "החוזה" הפורמלי, הרי הצדדים קבעו מועד לחתימה זו, דהיינו ב-28.1.1972. זהו תאריך אפשרי שני ולאור הקרבה היתרה בין שני תאריכים אלה, אין כל צורך להכריע בין השניים.

סיכומו של דבר: הצדדים התכוונו, שעה שחתמו על זכרון הדברים, ליצור קשר משפטי מחייב ביניהם, וכוונה זו מצאה ביטוי בזכרון הדברים אשר מסדיר את כל הפרטים המהותיים והחיוניים שבין הצדדים. בכך נופלות טענותיו השנייה והשלישית של מר טוניק.

9. (א) טענתו הרביעית של מר טוניק היא כי זכרון הדברים אינו עומד בדרישות סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969. כידוע קובע סעיף זה כי "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב". לטענתו של מר טוניק אין זכרון הדברים מקיים את יסוד הכתב הנדרש בסעיף 8 האמור, וזאת משני טעמים: ראשית, כדי שזכרון הדברים יהיה "מסמך בכתב" דרוש שהוא יחתם על ידי שני הצדדים. במקרה שלפנינו נחתם המסמך רק על ידי המערערת; שנית, בזכרון הדברים חסרים פרטים מהותיים. נדון בטענות אלה בנפרד.

(ב) זכרון הדברים נחתם בידי המערערת, היא המוכרת, ביום 20.1.1972, הוא המועד בו השתכלל זכרון הדברים לכדי חוזה מחייב. בתאריך זה לא באה עליו חתימת המשיב-הקונה. לאחר מספר ימים, לאחר שהמוכרת הודיעה על חזרתה מהעסקה

- חזרה שלא היה בה כדי למנוע את שכלול החוזה - חתם הקונה על הכתב. היש במצב דברים זה כדי לקיים את דרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין? עקרונית ניתן לומר כי בנסיבות אלה המסמך הוא ב"כתב", מכל אחד משלושת נימוקים אלה: (א) דרישת הכתב אינה כוללת בחובה כלל את דרישת החתימה. זו היתה עמדתו של בית-המשפט המחוזי; (ב) אפילו תאמר כי דרישת הכתב דורשת חתימה של שני הצדדים לעסקה, הרי המסמך שלפנינו נחתם על-ידי הצדדים, אם כי לא בו זמנית; (ג) די בכך שהמערערת-המוכרת חתמה על המסמך. אין לנו צורך לדון בשני הנימוקים הראשונים ונוכל להשאירם בצריך עיון. לדעתי די בנימוק השלישי - שאותו אני מקבל - כדי לבסס במקרה שלפנינו את דרישת הכתב. "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין" הטעונה, על-פי סעיף 8 לחוק המקרקעין, "מסמך בכתב", היא התחייבותו של המוכר (סעיף 6 לחוק המקרקעין), ועל כן אפילו דרושה חתימה לענין הכתב - ענין בו איננו מביעים את דעתנו - הרי הדרישה מתייחסת לחתימת המוכר בלבד (ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. שותפות רשומה נ' מנהל עזבון המנוח יהושע בידרמן, פ"ד כו(2) 781, 789). במקרה שלפנינו מצויה חתימת המוכר על המסמך, ועל כן מתקיימת דרישת סעיף 8 לחוק המקרקעין.

(ג) דרישת הכתב לענין התחייבות לעשות עסקה במקרקעין אינה דרישה ראיתית אלא דרישה מהותית, "אם לא נעשה מסמך, לא עשו הצדדים ולא כלום" (ע"א 726/71, 789). סיבתה של דרישה זו היא, בחשיבותה. של העסקה ובצורך להבטיח את רצינותה. על כן "ההתחייבות היא עצמה צריכה לקבל צורה של כתב" ע"א 146/72 חברת האחים מנשה נ' גולדמן, פ"ד כז(1) 321, 323. פירוש הדבר הוא "שעל המסמך להצביע באופן ברור על קיומה של העסקה" (ע"א 649/73, 293). פסיקתו של בית משפט זה הבהירה, כי משמעותה של דרישה זו אינה כי כל פרטי ההתחייבות ימצאו ביטוי בכתב. משמעות הדרישה היתה כי הפרטים המהותיים והחיוניים, הם ולא אחרים, ימצאו ביטויים בכתב (ע"א 774/75 עובדיה נ' אדרבי, פ"ד ל(3) 533; ע"א 269/77 צ'צ'ק חברה לבנין בע"מ נ' יורשי המנוח אברהם כץ, פ"ד לב(2) 203).

בענין זה למד בית משפט זה היקש מדיני "זכרון הדברים" בכל הנוגע לתנאי כי זכרון הדברים חייב לכלול את הפרטים המהותיים והחיוניים של העסקה (ע"א 649/73). כשם שלענין זכרון הדברים, לא כל פרטי ההסכם צריכים למצוא ביטוי בזכרון הדברים אלא רק הפרטים החיוניים והמהותיים, כך גם הדין לענין סעיף 8 לחוק המקרקעין. זאת ועוד: כשם שלענין דיני זכרון הדברים, לא כל הפרטים המהותיים והחיוניים צריכים להיכתב "שחור על גבי לבן" בזכרון הדברים עצמו, ואת שהחסירו הצדדים ניתן להשלים על ידי הוראות חוק משלימות (ראה פסקה 7 לעיל), כך גם לענין סעיף 8 לחוק המקרקעין, כפי שאומר חברי הנכבד, השופט ויתקון: "נראה לי שתנאים הנכללים בהסכם מכוח החוק או ההלכה. אין צורך לפרשם בגוף המסמך, כדי שיהיה מסמך שלם ותקף כמשמעו בסעיף 8 לחוק המקרקעין" (ע"א 235/75, 803, ראה גם ע"א 62/78 יגאל זימלר נ' חברת מהנדס א. יניצקי בע"מ, פ"ד לב(3) 296). משקבענו (פסקה 7 לעיל) כי זכרון הדברים כולל בחובו את התנאים המהותיים והחיוניים לענין תוקפו של זכרון הדברים, הרי ממילא קבענו כי זכרון הדברים מקיים את דרישות הכתב שבסעיף 8 לחוק המקרקעין.

צו אכיפה ושערוך

10. טענתו הבאה של מר טוניק היא כי אפילו מהווה זכרון הדברים הסכם מחייב כדין למכירת המגרש, אין לאכוף בדרך של צו ביצוע בעין את התחייבותה של המערערת המוכרת, שכן המחיר החוזי אותו תקבל נופל בהרבה מערך המגרש כיום, וזאת בשל הירידה הרבה בערך הכסף. לחלופין מבקש מר טוניק, כי אם ינתן צו ביצוע בעין, הוא יותנה בשערוך המחיר. שתי טענות אלה קשורות זו בזו ונוכל לדון בהן ביחד.

באופן עקרוני עומדות לפני בית משפט, המתבקש להעניק צו אכיפה, שלוש אפשרויות: בית-המשפט יכול להימנע מלתת צו אכיפה; הוא יכול להעניק צו אכיפה כאמור בחוזה; הוא יכול להעניק צו אכיפה תוך הוראה לשערוך המחיר. הלכה למעשה נקט בית משפט זה בעבר בכל אחת משלוש הדרכים הללו. בע"א 277/57 החברה לפיתוח ירושלים בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג 819, 827, סירב בית-המשפט (כב' השופטים זילברג, זוסמן, ברנאון) להעניק צו ביצוע בעין בחוזה למכירת מקרקעין שנעשה ב-1935 (דהיינו, עשרים ושתיים שנה לפני הדיון בבית-המשפט), ואשר הקונה השתתף בביצועו, ותוך כדי כך ירד ערכו של המחיר בלמעלה מחמשה עשר מונים. באותה דרך נקט בית-המשפט (כב' השופטים לנדוי, ח' כהן, קיסטר) בע"א 411/74 מכוניות הדר, החברה הישראלית ליבוא רכב בע"מ נ' גבריאל סימן טוב, פ"ד לא (1) 197, כאשר סירב להעניק צו ביצוע בעין בחוזה למכירת מקרקעין שנעשה ב-1969 ונדון בבית-המשפט העליון ב-1974. בית-המשפט הדגיש כי הוא עושה כן לאור הנסיבות המיוחדות של המקרה, בהן גילה הקונה נוקשות - עובדה שמפחיתה ממידת הזדון שבסירובו של המוכר להעביר את הנכס. במספר פסקי-דין העניק בית משפט זה צו אכיפה וסירב לשערוך את המחיר. כך הוא נהג בע"א 774/75 (כב' השופטים לנדוי, ויתקון, עציוני), תוך שהוא מדגיש את זדונו של המוכר, שלא רק היפר את החוזה, אלא אף דחה את הקונה בלך ושוב, והתכחש במכוון לכיבוד ההסכם שעשה. באותו אופן נהג בית משפט זה (כב' השופטים ויתקון, מני, י' כהן) בע"א 204/76, 160/7 גלעד, את ענת חברה לבנין בע"מ נ' עדי פיש, פ"ד לא (1) 197, תוך שהוא מדגיש את התנהגותה של המוכרת שהפרה את החוזה בגסות ובעזות פנים, בעוד שהקונה היה נקי מכל רבב. לבסוף, במספר פסקי-דין העניק בית-המשפט זה צו אכיפה, תוך שהוא משערך חלק מהמחיר. פסקי-הדין הראשון שנקט בקו זה

הוא ע"א 330/73 עזבון המנוח הרמן הלפרין נ' קהילת ציון אמריקאית, פ"ד כט (1) 651 (כב' השופטים ברנזון, ויתקון, קיסטר), ואחריו ע"א 682/74 יקותיאל נ' ברגמן, פ"ד כט(2) 756 (כב' השופטים ברנזון, ח' כהן, קיסטר), ע"א 809/75 (לא פורסם) (כב' ח' כהן, מני, בייסקי); ע"א 279/76 (לא פורסם) (כב' השופטים ח' כהן, י' בהן, שרשבסקי). לאחרונה הלכנו בדרך זו ע"א 298/76 (לא פורסם) (כב' השופטים לנדוי, י' כהן, ברק) כאשר ציוויו על ביצוע בעין של חוזה למכירת דירה שהופר בזדון על-ידי המוכרת תוך מתן הוראות בי חלק מהמחיר ישולם כשהוא צמוד לשיעור העלייה של מדד המחירים לצרכן.

11. היש מקום להימנע מלתת צו אכיפה? כידוע, על-פי חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (להלן - חוק התרופות) - וחוק זה חל על המקרה שלפנינו - "הנפגע זכאי לאכיפת החוזה" (סעיף 3). משמעות הוראה זו היא כפולה: ראשית, הסעד של אכיפה אינו עוד סעד משני ונחות, אלא הוא "סעד ראשוני ועיקרי" (ראה ע"א 135/75 91/75 פרץ נ' ביטון, פ"ד ל) 373, 367) וכן בג"צ 254/73 צרי חברה פרמצבטיקה וכימית בע"מ נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד כח(1) 372, 384), שנית, קבלת הסעד של אכיפה היא זכותו של הנפגע, ואין הסעד דבר התלוי בשיקול דעת של בית-המשפט. ההבחנה האנגלית, שלפיה הפיצויים הם ענין שבזכות ואילו האכיפה היא ענין שבשיקול דעת, שוב אינה קיימת. הן האכיפה והן הפיצויים הן תרופות שהנפגע זכאי להם, ואין בית משפט רשאי למנוע אותן אלא במסגרות הקבועות בחוק. נמצא, כי נקודת המוצא היא כי הנפגע זכאי לאכיפה, אלא אם כן המפר מרים את הנטל המוטל עליו, ומוכיח כי המקרה נופל לאחד מאותם חריגים המונעים אכיפה.

לטענתו של מר טוניק חל במקרה שלנו אחד מאותם חריגים המונעים אכיפה, הוא החרג הקובע כי הנפגע אינו זכאי לאכיפה אם "אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות הענין" (סעיף 3(4) לחוק התרופות). השאלה, מתי אכיפת החוזה היא "בלתי צודקת" תיפתר ממקרה למקרה, על-פי מבחני הצדק של שופטי ישראל. לענין זה יש לקחת בחשבון את כל מסיבות המקרה, הן אלו שארעו בשעת כריתת החוזה והן אלו שארעו לאחריה, ולהכריע על-פי המכלול הכולל אם אכיפת החוזה, בנסיבות הענין, היא בלתי מוצדקת. נראה לי כי בנסיבות המקרה שלפנינו אין לומר כי אכיפת החוזה היא "בלתי צודקת". החוזה הופר על-ידי המערער. הפרה זו היתה בזדון, דהיינו, ללא כל צידוק. המשיב, לעומתה היה נכון לקיים את החוזה כל אותה עת ולא גילה בהתנהגותו כל נוקשות או השחיה. הנימוק העיקרי למניעת האכיפה - דהיינו, הירידה הרבה בערך הכסף - היה ענין שהצדדים צריכים היו לתת דעתם עליו שעה שכרתו את החוזה, שהרי החוזה נכרת ב-1972 שעה שסיכוני האינפלציה היו ידועים. זאת ועוד: הלכה למעשה נתנו הצדדים דעתם לסיכוני האינפלציה ואף הצמידו חלק מהמחיר לאינדקס הנת"ד. מאז האינטרסים של הצדדים אין בו כדי להצביע על תוצאה כה בלתי צודקת שתחייב שלילת זכות האכיפה. סיכומו של דבר: במקרה שלפנינו אין מקום לשלול את האכיפה מנימוקים של "צדק יחסי" לפי נסיבות הענין, ומן הראוי הוא לפעול על-פי העקרון הרחב כי מי שהתחייב על-פי חוזה, חייב לקיים את שנטל על עצמו.

12. היש מקום לשערך את המחיר? שאלה זו מעוררת שתי שאלות משנה: האחת, האם רשאי בית משפט, על-פי הדין הנוהג בישראל, לצוות על שערך המחיר, כולו או מקצתו, שעה שהוא מצווה על אכיפת חוזה? האחרת, האם מן הראוי לעשות שימוש בכך זה, אפילו הוא קיים.

הבעיה של שערך חובות היא בעיה כללית בתקופת האינפלציה. מצד אחד מצויים אלה הטוענים, בשם העיקרון הנומינליסטי, נגד כל שערך שאינו מבוסס על רצון הצדדים או על הוראת חוק ספציפית. מהצד האחר טוענים אחרים, בשם עקרונות אלמנטריים של צדק כי יהיה זה לעג לרש לדבוק בעקרון הנומינליסטי בתקופה של אינפלציה זוהרת. נראה לנו כי במקרה שלפנינו אין לנו צורך לנקוט עמדה ברורה בבעיה קשה וסבוכה זו, אשר בוודאי עוד תעסיק אותנו בעתיד. (ראה Hirschberg, Nominalistic Principle (1971) P.95). אפילו אלה המקבלים את העיקרון הנומינליסטי כבסיס, מוכנים להודות כי בעיה מיוחדת קיימת "כאשר המדובר בביצועה בעין של התחייבות חוזית, כגון מכירת נכסים או מתן שירותים בעתיד במחיר אשר ערכו הממשי ירד במידה ניכרת בעקבות שינוי בערך המטבע במשך הזמן שעבר מאז שנעשה החוזה ועד לדרישת מילוי ההתחייבות" (דברי השופט ברנזון בע"א 277 - 279/57, 827). על יחוד זה של בעיית השערך שעה שהיא קשורה באכיפה עומד נוסבאום (Nussbaum) באומרו:

"According to the nominalistic theory, there is a duty to perform the obligation in return for currency of the decreased purchasing power. However, the situation differs somewhat from the case of a simple debt. Imposing a loss, through depreciation, upon a money creditor is one thing; compelling the obligor to deliver his goods or services for a consideration which has become only a fraction of what it was before is another thing" (Nussbaum, Money in the Law, (1950) P.188).

על יסוד יחוד בעיית השערך בהקשר של אכיפה התנו בעבר בתי-המשפט בארץ ומחוצה לה מתן צו אכיפה בשערך התמורה (ראה הירשברג, "סעדים שביושר ושינוי ערך המטבע, הפרקליט, כרך כו, 543). הבסיס הדוגמאטי לאפשרות זו היה בכך שצו ביצוע בעין היה תרופה אקזיטבילית שבשיקול דעת, ובמסגרת אותו שיקול דעת ניתן היה להתנות תנאים שונים, ביניהם תנאים הקשורים בשערך המחיר.

נמצא, כי השאלה שעלינו לתת דעתנו עליה היא, אם התנאות תנאים באשר לשערוך בעת מתן צו אכיפה אפשרית במסגרת חוק התרופות? ההוראה הרלבנטית מצויה בסעיף 4 לחוק התרופות, הקובעת:

"בית המשפט רשאי להתנות את אכיפת החוזה בקיום חיוביו של הנפגע או בהבטחת קיומם או בתנאים אחרים המתחייבים מן החוזה לפי נסיבות הענין".

לא היה כל קושי בהפעלת הוראה זו במקרה שלפנינו, אילו ניתן היה לראות בשערוך חלק מחיוביו של הנפגע. אכן, יתכן כי בעתיד יצטרך בית משפט זה ליתן דעתו לשאלה אם אין לראות בשערוך חיוב של הנפגע אשר מקומו בחובתו לקיום החיוב הנובע מחוזה למכר מקרקעין "בדרך מקובלת ובתום לב" (סעיף 6 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, החל גם בשינויים המחוייבים על מכר מקרקעין: סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973). שאלה זו לא נדונה לפנינו, ובהיעדר טענות מפורטות של הצדדים, לא יהיה זה ראוי שנפסוק בה ואין אנו מביעים עליה כל דעה, (השווה אסמון, "תום לב בדיני חוזים - הזיקה לדין הגרמני", עיוני משפט, כרך 1, 485 וכן Sussman, "A Forecast of Problems in the Law of Contracts", Tel-Aviv University Studies in Law, Vol.2, P. 17).

נמצא כי השאלה שעלינו לתת דעתנו עליה היא אם ניתן לראות בשערוך "תנאים אחרים המתחייבים מן החוזה לפי נסיבות הענין". שאלה זו התעוררה בעבר והושארה בפסק דין אחד של בית משפט זה בצריך עיון (ראה ע"א 160/76 204/76, פד"י לא(1) 197 ואילו בפסק-דין אחר של בית משפט זה נפסק כי ניתן להתנות מתן צו אכיפה בשערוך מכוח סעיף 4 לחוק התרופות (ע"א 279/76) (לא פורסם). נראה לי כי לא נמתח את לשונו של סעיף 4 יתר על המידה. אם נראה בשערוך תנאי המתחייב, בנסיבות הענין, מן החוזה. הביטוי "המתחייבים מן החוזה" בא להבחין בין ענינים המתחייבים מן החוזה עצמו לבין ענינים שאינם מתחייבים מן החוזה עצמו, כגון ענינים אחרים שיש לצדדים בינם לבין עצמם. השערוך הוא, מנקודת מבט זו, ענין המתחייב מן החוזה עצמו, ולא מענין אחר שאינו קשור בחוזה עצמו. על כן נראה לי כי ניתן לסכם ולומר כי על-פי סעיף 4 לחוק התרופות רשאי בית משפט, במקרה מתאים, להורות על שערוך המחיר כתנאי לאכיפת החוזה.

13. משקבענו כי רשאים אנו לשערך חיוב בחוזה למכר מקרקעין כתנאי לאכיפת החוזה, ממילא מתעוררת השאלה אם מן הראוי הוא שנעשה שימוש באפשרות זו במקרה שלפנינו? נראה לי כי התשובה לשאלה זו צריכה להיות בחיוב. הצמדת חובות כספיים הינה דבר נפוץ במדינתנו, ולאחרונה נתן המחוקק ביטוי למגמה זו בחוקקו את חוק פסיקת ריבית (תיקון מס' 3), תשל"ט-1979. זאת ועוד: שאלת ההצמדה היתה בציפיתם של הצדדים שעה שערכו את החוזה. כזכור, מתוך הסכום של 275,000 ל"י שהוא מחיר המגרש שולמו 15,000 ל"י בו במקום, 100,000 ל"י היו צריכים להשתלם לאחר מספר ימים (ביום 28.1.1972), ואילו היתרה בסך 160,000 ל"י צריכה היתה להשתלם בזמן ההעברה בטאבו. סכום אחרון זה הוצמד לנת"ד מתאריך ההסכם. יש להניח כי אילו צפו הצדדים כי גם הסכום של 100,000 ל"י לא ישולם לאחר מספר ימים, אלא תשלומו ידחה לתקופה ארוכה, היו הם מצמידים אף סכום זה לנת"ד. על כן נראה לי כי מן הראוי הוא שנפסוק כי היתרה של המחיר שטרם שולמה בסך של 100,000 ל"י תוצמד אף היא לנת"ד מיום 28.1.1972 ועד לתשלום בפועל. איננו רואים כל מקום להורות על הצמדת כל הסכום של 275,000 ל"י למדד יוקר הבנייה או למדד המחיר לצרכן, שכן הצדדים בחרו בנת"ד כאינדקס להצמדה, ומן הראוי הוא שנמשיך בקו המחשבה שעלה בדעתם של הצדדים עצמם.

הייתי דוחה את הערעור ומשאיר על כנו את פסק-הדין של בית-המשפט המחוזי, בכפוף לכך כי הפרשי ההצמדה מיום 28.1.72 ועד ליום ביצוע התשלום בפועל שיצורפו למחיר, יהיו על סכום של 260,000 ל"י. המערערת תשא בהוצאות המשיבה בסך כולל של 10,000 ל"י.

ניתן היום, י"א ניסן תשל"ט (8.4.1979).

עא 294/76 אנגלו סכסון סוכנויות לנכסים (סביון) נ' רחל פסרמן ואח'

פסק הדין

השופט עציוני:

המערערת תבעה בבית-משפט השלום בתל-אביב דמי-תיווך בסך 9,500 ל"י משני המשיבים. המערערת היא חברה העוסקת במתן שירותי תיווך, ובכתב-תביעתה היא טענה ששני הנתבעים ביקשו ממנה בנובמבר 1971 למצוא עבורם וילה בסביון. בהתאם לבקשתם היא הציגה להם מספר וילות, וביניהן הראה נציג התובעת למשיבה הראשונה וילה השייכת לגברת ברמן ברחוב השיקמה 9 בסביון. בחודש אפריל אמנם רכש המשיב מס' 2 את הווילה הזו בסכום של 475,000 ל"י והיא נרשמה על שמו.

בכתב-ההגנה נאמר כי "הנתבעים מעולם לא בקשו מהתובעת למצוא עבורם וילה בסביון" אלא שנציג המערערת, מר דיקמן, הוא שפנה אליהם מיזמתו והציע להם מספר בתים שעמדו למכירה; כמו-כן נאמר בכתב-הגנתם כי "מוכח כי מר דיקמן הראה לנתבעת מס' 1 (המשיבה) וילה של הגברת ברמן וממילא מוכחש כי היה משא-ומתן כלשהו עם הגברת ברמן על מחיר הדירה או על תנאי מכר כלשהם". לעומת זאת נטען שהווילה הנדונה של גברת ברמן נרכשה בתיווך של חברת תיווך אחרת והיא חברת "אוטם" וכי המשיבים שילמו לחברה זו דמי-תיווך בסך 7,500 ל"י.

מתוך חומר הראיות שהובא בפני שופט השלום ברור ששתי ההכחות הנ"ל היו כוזבות וכי הוכח, כפי שזה גם נקבע על-ידי שופט השלום המלומד, כי בתחילת נובמבר 1971 התקשר המשיב עם בא-כוח המערערת מר דיקמן ואמר לו, שהוא מעוניין לרכוש וילה בסביון, ובהתאם לכך הראה מר דיקמן לשני המשיבים מספר בתים בסביון, שעמדו למכירה בחדשים נובמבר 1971 וינואר 1972, אלא שאף אחד מהבתים לא מצא חן בעיני המשיבים. בפברואר 1972 נסע המשיב לחוץ-לארץ ולפני נסיעתו ביקש מאשתו, המשיבה, להמשיך ולעמוד בקשר עם המערערת בענין רכישת וילה בסביון; ואמנם, המשיכה המשיבה בקשר זה וביום 22.2.1972 הראה לה מר דיקמן את הווילה של גברת ברמן.

היא ביקרה בתוך הבית, הבית מצא חן בעיניה ומר דיקמן נקב בסכום של 500,000 ל"י בתור מחיר הווילה, והוסיף, שעל המחיר אפשר עוד להתווכח. בזמן הביקור נכחה בבית גם הגברת ברמן. כאמור, הווילה מצאה חן בעיני המשיבה אלא שהיא אמרה, שאינה יכולה להחליט בעצמה ללא הסכמת בעלה, שנמצא אז בחוץ-לארץ.

בסוף חודש מרס 1972 חזר המשיב ארצה ובהתאם למודעה שהתפרסמה בעתון על-ידי חברת תיווך אחרת, היא חברת תיווך "אוטם", הוא פנה אליה וביקש למצוא עבורו וילה בסביון. הגברת מנדל, שפעלה בשם החברה הזו, הראתה למשיב בית אחד שלא מצא חן בעיניו, ולאחר מכן בסביבות ערב חג פסח היא הראתה לו את הווילה של גברת ברמן. וילה זו מצאה חן בעיניו וביום 16.4.1972 קנה המשיב את הווילה בסכום של 475,000 ל"י ולמחרת שילם לחברת "אוטם" סך של 7,500 ל"י כדמי-תיווך. למרות שהוסכם על 2%, שהם 9,500 ל"י, הסכימה החברה לדמי-תיווך מופחתים כנ"ל.

שופט השלום המלומד בהסתמכו על עובדות אלה - בהיותו סבור שהמערערת היתה שליחתו של המשיב מס' 1, ומאחר והבית נרכש על-ידי המשיב זמן לא רב לאחר שהמערערת הראתה את הדירה למשיבה, והסכום היה קרוב לסכום שבא-כוח המערערת נקב כמחיר הבית - פסק כי דמי-התיווך מגיעים למערערת וכי הסכום שנתבע, היינו 2% מהמחיר, הוא הסכום הנהוג לשלם בעבור דמי-תיווך. בהתאם לכך פסק לטובת המערערת את סכום התביעה בסך 9,500 ל"י.

על פסק-דין זה ערערו המשיבים לבית-המשפט המחוזי, וזה הפך את הקערה על-פיה, קיבל את הערעור ודחה את תביעת המערערת. מכאן הערעור שבפנינו, לאחר קבלת רשות מידי השופט ויתקון.

כב' השופט דבורין בבית-המשפט המחוזי, שאליו הצטרף השופט גלעד, היה בדעה שפעולתה של המערערת לא היוותה את הגורם האפקטיבי להתקשרות שנעשתה בין המשיב ובין גב' ברמן, ואם כי סבר שעדויות המשיבים מעוררות חשד באשר לאמיתותן בפרט בשאלה אם המשיב ידע מפי אשתו, כי את הווילה היא ראתה כבר מקודם באמצעותה של המערערת, הרי היה הוא בדעה שהמערערת לא הוכיחה, שהמשיב ידע שעה שהתקשר לרכישתה, שהווילה היא אותה וילה שאשתו ראתה לפני כן. גם השופט ב' כהן אשר כתב פסק-דין נפרד היה באותה דעה, ואחד מנימוקיו לכך היה כי, כדבריו, "השופט מקבל שהקונה בתום-לב שילם את דמי-התיווך למתווך האמיתי".

בכל הכבוד לשופט המלומד, לא מצאתי בפסק-דינו של שופט השלום, כי אמנם קבע שהמשיב שילם את דמי-התיווך "בתום-לב". זאת ועוד, בית-המשפט המחוזי לא דק פורטא, כאשר קבע שהמערערת הופיעה על ה"במה" רק לאחר שהמשיב נסע לחוץ-לארץ.

מתוך חומר הראיות שהיה בבית-משפט השלום ברור, ששני המשיבים עמדו בקשר עם נציג המערערת מר דיקמן וכי הוא הראה לשניהם מספר וילות, וכאמור הוברר, כי לפני נסיעתו לחוץ-לארץ הטיל המשיב על המשיבה, כדבריה היא עצמה, לעמוד בקשר עם מר דיקמן. לא היה גם כל מקום לקביעה שמצאנו בפסק-דינו של כב' השופט דבורין כי המשיבה ראתה את הווילה בפעם נוספת רק לאחר שבעלה סיפר לה על הרכישה ותשלום דמי-קדימה. קביעה זו עומדת בסתירה לעדותה המפורשת של עדת ההגנה, הגברת מנדל הנ"ל, אשר הראתה את הווילה למערער ואשר בפירוש העידה שעוד לפני גמר העסקה, היינו ערב החג, ביקרה בוילה של הגב' ברמן גם המשיבה בלוויית האדריכל שלהם (ראה ע' 19 לפרוטוקול).

לאור עדות זו קשה להניח, כפי שהניחו השופטים המלומדים בבית-המשפט המחוזי, שהמשיבה לא סיפרה למשיב, שאת אותה הווילה, שמציעים לו לקנות, היא כבר ראתה באמצעות שליחה של המערערת. אולם, אפילו נניח, שמשום מה לא מצאה המשיבה לנכון לספר על כך לבעלה, גם אז הייתי אומר, שידיעתה היא כידיעתו, לאור העובדה שמלכתחילה שניהם עמדו בקשר עם המערערת, וכי המשיב לפני נסיעתו לחוץ-לארץ ייפה את כוחה להמשיך בקשר זה. ברור איפוא, שבעיני המערערת הי הופיעה כמי שרשאית לפעול גם בשם בעלה, והשאלה איפוא נשארת, אם בנסיבות כאלה אין מקום לקבוע כי אמנם בתיווכה של המערערת נרכשה הווילה וכי מה שעשה מר דיקמן היווה את הגורם היעיל והאפקטיבי לרכישה זו, אף-על-פי שבשלב הסופי של הרכישה היה גם מתווך אחר.

כבר בע"א 74/50, [1], נקבע כי "העובדה כי בשלבים הסופיים של המשא-ומתן בין הקונה והמוכרים, פעל מתווך אחר אין בה כדי לשלול את תקפה של המסקנה כי תיווך המשיב שימש גורם יעיל ליצירת ההתקשרות". וכך גם נפסק ב"ת"א (י - ס) 3/61 מפני כב' השופטת בן-פורת (כתארה דאז). הענין שבפנינו דומה מאוד לענין שהיה בפני, שבבתי בבית-המשפט המחוזי, בע"א (חי') 176/67 שאותו גם מזכיר כב' השופט דבורין בפסק-דינו, אלא שהוא הבחין בין המקרה שם לבין המקרה פה בכך, שלדעתו המערערת לא הוכיחה שהמשיב ידע על דבר הצגת הווילה למשיבה, הצבעתי כבר מקודם כי בנסיבות המקרה ידיעתה של המשיבה היא ידיעתו של המשיב, ולכן אין אני יכול לראות הבדל בין המקרה שהיה בפני אז לבין המקרה של היום. במקרה שנדון אז הראה המערער בין היתר, את החנות אשר מצאה חן בעיני המשיב ומסר לו כי אפשר לרכוש אותה בסך של 50,000 ל"י וכי אפשר עוד להוריד את המחיר. כעבור חדשים נתגלה למערער כי המשיב רכש את החנות, והוא סירב לשלם לו את דמי-תיווך בטענה שרכש את החנות באמצעות מתווך אחר בסכום של 41,800 ל"י. מן הראוי שאחזור קדם על הדברים שבהם פתחתי את פסק-דיני, ואלה הם:

1. "מתי זוכה מתווך בדמי-תיווך? - שאלה זו צפה ועולה מדי פעם בפעם בפני בתי-המשפט, אם כי דנו בה רבות גם באנגליה וגם אצלנו.

2. למעשה, כל פסקי-הדין שצוטטו בערעור זה חוזרים על הכלל הידוע, שנזכר בפסקי-הדין האנגלי המנחה של לורד דנינג במשפט DENNIS REED LTD. V. GOODY, (1950) 1 ALL E.R. 919, [10]. כי המתווך זכאי לדמי-תיווך רק כאשר פעולותיו היוו את הגורם היעיל או האפקטיבי להתקשרות הצדדים.

הבעיה אינה מעוררת קשיים כשהמתווך משתתף כל הזמן במשא-ומתן בין הצדדים שהביא בסופו של דבר להתקשרותם בחוזה; אולם קשיים אלו מתעוררים כשפעולת המתווך מצטמצמת בהצגת הצדדים ונשוא ההתקשרות, בו קובע הנשיא אולשן, בשאלה זו דן בהרחבה פסקי-הדין בע"א 264/61 ששאלה זו היא אמנם שאלה עובדתית, ברם שתי שאלות צריך השופט להעמיד בפניו בבואו לקבוע אם אמנם מגיעים למתווך דמי-תיווך:

א. האם שירותי של התובע מזכה אותו לדמי-תיווך כמתווך על-סמך העקרונות הכלליים החלים על דמי-תיווך, או
ב. האם היה קיים הסכם מיוחד בין התובע והנתבע המזכה אותו בדמי-תיווך (ע' 2163)

בהמשך פסקי-הדין אמרתי, כי המתווך זכאי לשכר-טרחו אם התיווך שלו, או אפילו ההצגה, היוותה את הגורם העיקרי היעיל להתקשרות הצדדים והוספתי: (בע' 379):

"קשה אמנם להגדיר ולקבוע על-סמך הגדרה זו את כל המקרים בהם תנאי זה מתמלא. ברם, נראה לי, מבלי לקבוע מסמרות בענין זה, כי אמנם הצעת המערער היא ההצעה היעילה להביא לידי גמר העסקה, אם הצעה זו אהה בקשר לנשוא העסקה או לא שונה בהרבה ממנה, ואם המחיר שהוצע אהה או קרוב לזה שעליו גמרו הצדדים, וכי לא עבר זמן רב מדי מההצעה עד לגמר העסקה הסופית."

כל הנתונים האלה התקיימו במקרה שלפנינו: נשוא העסקה הוא אהה, המחיר הוא המחיר שהצביע עליו מר דיקמן בשם המוכר, או קרוב לזה שעליו גמרו הצדדים, ולא עבר גם זמן רב מההצעה של מר דיקמן עד לגמר העסקה, היינו פחות מחדשיים.

בנסיבות אלו לא היה מקום לסתור את מסקנתו של שופט השלום, כי תיווכה של המערערת היווה את הגורם היעיל להתקשרות המשיבים ולכן יש, לדעתי, לקבל את הערעור, לבטל את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, להחזיר על כנו את פסק-דינו של שופט השלום, ולחייב את שני המשיבים לשלם למערערת הוצאות כוללות בשתי הערכאות בסך 4,000 ל"י.

השופט י' כהן:

1. נאלץ אני לחלוק על דעתו של אב-בית-הדין שיש לקבל את הערעור ולהחזיר את פסק-דינו של בית-משפט השלום על כנו. כפי שמציין חברי הנכבד בפסק-דינו, הלכה פסוקה היא, שהמתווך זכאי לדמי-תיווך אך ורק כאשר פעולותיו היוו את הגורם היעיל או האפקטיבי להתקשרות הצדדים. לדעתי, לפי חומר הראיות שהובא בפני בית-משפט השלום, לא הוכח, שפעולת נציג המערער מר דיקמן, אשר הביא את אשת המשיב אל הכס הנדון והציע לה אותו לקניה, היא שהיתה הגורם היעיל אשר הביא בסופו של דבר להתקשרות המשיב לקניית הנכס.

אמנם העובדה שאשת המשיב ראתה את הנכס פחות מחדשיים לפני שהמשיב החליט לקנות אותו יכולה כשלעצמה לשמש ראיה לכאורה, שהצגת נכס זו על-ידי דיקמן גרמה לקנייתו על-ידי המשיב, ברם, עובדה זו איננה עומדת לבדה, אלא מצטרפות אליה עובדות אחרות אשר לפחות יש בהן כדי להותיר ספק רב ביותר לגבי השאלה, אם היה קשר כלשהו בין הביקור של אשת המשיב במקום לבין קניית הנכס על-ידי המשיב.

במקרה דנא לא הטיל אף אחד ספק במהימנות הראיות שלפיהן ראה המשיב בעצמו את הנכס לראשונה כשהובא למקום על-ידי עובדת משרד התיווך "אוטם", ושהמשיב שילם לאותו משרד את דמי-התיווך עבור רכישת הנכס. לא היתה כל ראיה, שאשת המשיב סיפרה לו על כך שהיא ראתה, בזמן שהוא נעדר מהארץ, את הנכס הנ"ל. אמנם ניתן להגיד שמכיון שהאשה נשלחה על-ידי בעלה לראות נכסים שונים, הרי יש להתייחס אל ידיעה שלה כאל ידיעה שלו, אך אין בכך כדי לשנות את העובדה, שהגורם היעיל היחיד להתקשרות היתה פעולת המתווך השני ולא פעולת המערער. לו היה המשיב בעצמו מבקר בנכס ביום 22.2.1972 יחד עם מר דיקמן ומחליט שלא לקנות אותו, ולאחר מכן היה מבקר שם שנית עם מתווך אחר ומחליט לקנות, בהשפעת שכנוע המתווך השני או בגלל שינוי הנסיבות, גם אז הייתי אומר, שלא פעולת המערער הביאה להתקשרות, אלא פעולת המתווך השני. לא היתה במקרה דנא כל התחייבות מצד המשיב לשלם למערער דמי-תיווך בעד מסירת כתובת או הצגת נכס, ועל-כן השאלה היחידה היא אם ביקור של אשת המשיב היה הגורם היעיל שהביא להתקשרות, ועל שאלה זו יש לדעתי לענות בשלילה. טול מקרה של שותפות המחפשת מקום עסק, שותף אחד רואה נכס מסויים באמצעות המתווך ראובן ואינו עושה דבר לרכישת הנכס; לאחר מכן רואה שותף שני נכס זה באמצעות המתווך שמעון ומתקשר לקנייתו עבור השותפות. אם נשאל מי מהמתווכים הביא לידי ההתקשרות נראה לי, שהיה זה המתווך שמעון על-אף העובדה שלפי פקודת השותפויות ידיעת שותף אחד היא כידיעת השותפות. לו מקרה דנא היו שני המתווכים מגישים תביעות נגד המשיב לתשלום דמי-תיווך, סבורני שצריך היה לפסוק, לפי אותן העובדות שהיו בפני בית-משפט השלום, שהגורם היעיל היחיד שהביא לעשיית העסקה היה המתווך השני ולא המתווך הראשון.

המקרה שבפנינו שונה מזה ששימש נושא לדיון ב-ע"א (חיפה) 176/67, [9], שבו ניתן פסק-דין לטובת המתווך על-ידי הנשיא התורן השופט עציוני (כתארו אז).

באותו מקרה החיוב היה מבוסס גם על תוכן התחייבות שחתם הקונה למתווך. בנוסף לכך, כפי שנקבע שם (בסעיף 7 של פסק-הדין, בע' 379) היה מקום רב להנחה שהמתווך השני "היווה מתווך קש בלבד שהכנסתו בעסקה הנ"ל באה רק לגזול מהמערער את דמי-התיווך שלו". במקרה דנא לא היו ראיות שהמשיב רצה להערים על המערער ושהוא השתמש במשרד התיווך "אוטם" כדי להתחמק מהתחייבות כלפיה, וגם קשה לראות איזה מניע היה יכול להיות לו לכך. לו ידע המשיב, שאשתו כבר ראתה את הנכס, הרי כאיש עסקים סביר בוודאי היה מודיע על כך מיד למתווך השני, כדי לא להסתבך בתביעות מצד שני משרדי תיווך.

אין איפה סיבה להטיל ספק בתום-לבו של המשיב, כשהתקשר לקניית הנכס באמצעות משרד "אוטם" ושילם למשרד זה את דמי-התיווך.

מהטעמים הנ"ל יש לדעתי לדחות את הערעור.

השופטת בן-פורת:

דעתי כדעתו של אב-בית-הדין השופט עציוני שיש לקבל את הערעור ולהחזיר על כנו את פסק-דינו של בית-משפט השלום.

כולנו מסכימים, כי לפי ההלכה הפסוקה זכאי מתווך לשכרו רק אם פעולתו היוותה את הגורם היעיל או האפקטיבי לגיבוש העסקה. כמו-כן דעתי היא, כי נטל הראיה שתנאי זה אכן נתקיים רובץ לפתחו של המתווך: WINDLE, LTD. V. BRIERLEY, [11] 398, 400, 1 ALL E.R. (1952). אולם לדעתי נטל זה הורם.

אבהיר להלן את שיקולי:

הלכה היא כי באין הסכם אחר, מתמצה תפקידו של מתווך בזימון הצדדים לעסקה, ואילו המשא-ומתן המוביל לקשר גופו מתנהל בינם לבין עצמם. למשל ב-ע"א 86/55, [31], [בע' 1623], מול ב-ג אומר השופט זוסמן (כתארו אז):

"...המחוקק, בחוקקו את פקודת הסרסורים... התכוון לסרסור-מורשה ולא, למתווך המפגיש את הצדדים כדי שאלה יתקשרו בעצמם..." (ראה ע"א 264/61 [2], מפי השופט ח' כהן, בע' 2169 מול ד-ה).

לפי אותו הלך מחשבה אמר פרופסור א' ברק בספרו "שליחות" (פירוש לחוקי החוזים, סעיף 55):

"המתווך... מסתפק בהפגשת הצדדים... ההתקשרות בין המשלם לבין הצד השלישי נעשית על-ידי פעולתם המשפטית שלהם. המתווך מבצע פעולה מטריאלית של הפגשת הצדדים... מכאן, שחוק השליחות אינו חל על פעולת התיווך".

בע"א 169/75 [4], בע' 512-511 קיבל בית-משפט זה את השקפתו של פרופ' א' ברק באמרו:

"לשון אחרת, התפקיד אותו נטל על עצמו, לאור אופי עיסוקו בדרך-כלל ולאור המערכת העובדתית הקונקרטי... היה להפגיש את הקונה בכוח עם בעלי המקרקעין..."

תפקיד מטריאל גרידא מעין זה מבצע מי שמכונה בארצות-הברית Middleman, אשר גם הוא כמתווך אצלנו, בניגוד ל-Broker באנגליה ראשי לקבל שכרו משני הצדדים, אלא אם כן הוסכם אחרת. הטעם לכך הוסבר ב-2AM. Jur 2nd & 255, p. 620 כלהלן:

"The rule forbidding a contract relating to compensation between the Agent and one of the parties to a sale... And the other party to a Transaction does not apply where the agent is not vested with any Discretion, but is employed as a mere middleman to bring the parties Together. Such a person's duties to the seller are performed by Bringing the purchaser to him and there is no reason why he would not Be permitted a fee from the purchaser for the benefit he has received By being informed of the fact that he would be able to make the Purchase..."

בין שנגרוס שאדם הממלא תפקיד של זימון גרידא הוא שלוח (כ-MIDDLEMAN בארצות-הברית), או לא (כגישה בישראל), ברור שתפקידו חייב להיות כזה שלא נוצר שום ניגוד אינטרסים בין שירותיו עבור שני אדונים, ומכאן ברור לדעתי שמדובר בפעולה טכנית, או פיסית-מטריאלית, להבדיל משימוש בכוח-השפעה על עיצוב זכויות הצדדים, או בשיקול-דעת שלמעסיק הזכות להסתמך עליו. הבדל זה הודגש בקטע הבא מתוך JENSEN V. BOWEN [13] 1917, שצוטט ב-14 A.L.R 747:

"A broker is simply a middleman, within the meaning of this exception, When he has no duty to perform but to bring the parties together Leaving them to negotiate and come to an agreement themselves without Any aid from him. If he takes, or contracts to take, any part in the Negotiations, however, he cannot be regarded as a mere middleman, no Matter how slight a part it may be."

בהמשך הציטוט נאמר (שם):

"To be a mere middleman the agent must not be invested with the least Discretion, and the first employer must have no right to rely on Obtaining the benefit of his judgment..."

הדעת נותנת כי ברגע שנוצר ניגוד אינטרסים בין הצדדים לעסקה, עקב התפקיד שהוטל על "המתווך", מוטב שיכונה אחרת, כגון "סוכן", כדי להבדיל בין השניים.

מכל מקום הוא הופך, לפי דעתי, לשלוח ודיני השליחות לרבות חובת הנאמנות חלים עליו. (ראה פסק-דיני בת"א 308/74 (י-ם) לוקמן נ' שיף מיום, 19.10.1976 לא פורסם).

הארכתי בשאלת טיבו של תיווך רגיל, המצדיק קבלת דמיתיווך משני הצדדים, כדי לבדוק מה הספיק נציג המערערת לבצע במקרה שלפנינו ומה (אם בכלל) עוד נותר לו לעשות. כזכור, ביקש המשיב את המשיבה לפני נסיעתו לחוץ-לארץ להמשיך לעמוד בקשר עם נציג המערערת וכך עשתה. היא והנציג ביקרו, בין היתר, בבית הנדון בנוכחות הגברת ברמן שעל שמה היה הנכס רשום. הנציג גם נקב במחיר הגבוה אך במעט מהסכום ששולם בסופו של דבר. הוא גם הוסיף שעל המחיר אפשר עוד להתווכח. הבית נשא חן בעיני המשיבה, אך היא רצתה להמתין לשובו של בעלה מחוץ-לארץ.

לדעתי יצא בכך נציג המערערת ידי חובת "הזימון" המוטלת על מתווך, מה גם שהוא היה מתווכם של שני הצדדים ונטל שכרו מידי בעלת הנכס. ברם, אף אם נניח שהיה עליו להועיד פגישה נוספת בין המשיב עצמו לבין גברת ברמן כהמשך "הזימון", אין כלל להעלות על הדעת שלא היה מוכן ומזומן לעשות כן על-פי רמז קל מצד המשיבים. הוא ממילא המשיך להראות למשיבים בתים אחרים והיה בלי ספק מעדיף לסיים עסקה זו בהצלחה.

דעתי היא שדוקא לאור אפיו הטכני של תפקיד המתווך, הרי משביצע את חלקו, או שהיה מוכן להמשיך בפעולה בה החל, אין שכרו מתקפח עקב העסקתו שלא לצורך של מתווך אחר, בעיקר זה המצב בענייננו לאור הקירבה, כמעט כדי זהות, בין מחיר ההצעה

ALLAN V. LEO LINES, LTD. (1975) 1 LLOYDS REP. 127, 132, בפסק־דין באנגליה, [12] (מפי הלורד דבלין (DEVLIN):

"If a broker effects an introduction and is willing to go on with the Usual business negotiation, it hardly lies in the mouth of an owner Who takes it out of his hands to say that he has made no further Contribution."

בהמשך (אותו עמוד) אומר השופט שכלל זה תופס אף אם הוצאת העסקה מידי ה-BROKER היתה שלא במתכוון. ניתן לומר, דרך קל וחומר, שאם ב-BROKER, שמעצם תפקידו לשאת-זולתת כדי להביא לידי קשר בין שולחו לבין הצד השלישי כד, במקרה של מתווך גרידא - על-אחת-כמה-זוכמה! חרף כל ההבדלים ניתן אולי ללמוד עוד גזירה שווה מאותו פסק־דין למקרה שבפנינו. בעל האניה (ה-PRINCIPAL) העסיק שלושה BROKERS (שיכנו "סוכנים") כדי לנסות ולגבש עסקת מכר עם אדם פלוני. כל אחד מהם עשה את שלו כדי לנסות ולהיות הגורם היעיל להתגבשות הקשר. גם שם, כמו אצלנו, קיבלו הסוכנים האחרים את שכרם, אך התובע נאלץ לפנות לערכאות בתביעה למגיע לו. לאחר דיון בשאלה מי מהם היה הגורם היעיל להתגבשות העסקה, הוחלט שהיה זה דוקא התובע, אשר ביצע ראשון את הזימון, וזה ההסבר:

"I think on the facts of the case it was the introduction which Was the effective cause of the sale, bringing together the two parties Who wanted a particular ship of that sort at that price, and that Mr Allan's efforts were therefore the effective cause of the sale."

בכך הגענו לטענת המשיב שאשתו לא סיפרה לו על ביקורה עם נציג המערערת באותו בית ועל-כן אין קשר סיבתי בין אותו ביקור לבין העסקה.

לכך כמה תשובות. קודם כל ידיעת אשתו היא כידיעתו ואין הוא יכול להתנער ממנה. עליו להלין על עצמו בלבד על שלא נזהר ולא בירר באלו מקומות ביקרה אשתו על-פי בקשתו המפורשת. לכל המאוחר היה עליו לשאול את פיה לפני שהשיב בשלילה לשאלתו של המתווך השני אם כבר ראה בית זה באמצעות מתווך אחר (אגב, עצם השאלה מפי מתווך מקצועי אך מחזקת אותי בדעתי כי המתווך הראשון הוא הזוכה בשכר).

ברם, אי-זהירות זו קשורה לחבותו מדיני מניעות כלפי המתווך השני, ולא דוקא לחבותו כלפי מערערת הקיימת, לדעתי, ממילא. שנית, נראית לי השקפתו של לורד דבלין בפסק־דין הנ"ל, [12] [ALLAN], שלפיה לא תישמע מפיו של מעסיק טענה שהשלוח (או המתווך) לא המשיך במלאכתו, אם זו הופסקה ולו גם בשגגה או מתוך אי-הבנה. (איננו דנים כאן בזכותו של המעסיק לחזור בו מן העסקה לפני שנקשר הקשר.)

שלישית, יגעתי ולא מצאתי בכתב-ההגנה, ולו גם ברמז או לחלופין, טענה שהמשיבה לא סיפרה לבעלה על ביקורה הנ"ל. לעומת זאת מצאתי שם כפירה מוחלטת בעצם קיומו של ביקור אשר כזה. הכחשה כזאת, משהופרכה, פועלת לטובת אמינותה של הגרסה שכנגד, בענייננו - הן באשר לכל מה שהתרחש בעת הביקור של המשיבה עם נציג המערערת בבית הנדון והן לקעקוע הטענה שהיא לא סיפרה לבעלה על ביקור זה (שעצם קיומו הוכח); וכי כיצד יכלה לספר לו על "ביקור" שכביכול כלל לא היה ולא נברא? מסקנתי מושתתת על פסיקתו העקיבה של בית-משפט זה: ע"א 34/71, [5]; ע"א 722/70, [6]; בע' 712-711; ע"א 101/50-100, [7].

רביעית, מצרפת אני דעתי לדעתו של אב-בית-הדין, השופט עציוני, כי הטענה תלויה גם לעיצומה על בלימה. מתברר ששני המשיבים עמדו בקשר עם נציג המערערת עוד לפני נסיעתו של המשיב וכן שהמשיבה חזרה וביקרה בבית זה בלויית האדריכל יום לפני שנקשר הקשר, כאשר נערך (כביכול) המשא-ומתן הקובע. אם כך, מדוע לא הודיעה לבעלה לפחות אז שבית זה הוצג בפניה על-ידי נציג המערערת, וזאת עוד בטרם המשיכו במשא-ומתן וגיבושה של העסקה?

עצם שיתוף הפעולה ההדוק בין בני-הזוג בחיפוש אחרי בית למשפחה הופך את הטענה הנ"ל לבלתי-מתקבלת על הדעת.

שקלתי שמא אין מקום לקבל את הערעור נגד המשיבה, שכן נרשם הנכס על שמו של המשיב בלבד.

ברם, לאחר הרהור נוסף החלטתי לא להתערב בקביעתו של שופט השלום שהבית נרכש למעשה על-ידי שניהם. כידוע, קביעה כזאת הנוגעת לבעלות במקרקעין כוחה יפה (כהכרעה בשאלה שבגררה) רק "לצורך אותו ענין" במובן סעיף 35 לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, ועל-כן אין חשש למעשה-בית-דין.

לדעתי, יש לקבל את הערעור, ולהחזיר על כנו את פסק־דינו של בית-משפט השלום.

הוחלט לכן ברוב דעות כאמור בפסק־דינו של השופט עציוני.

ניתן היום, ט"ז בכסלו תשל"ז (7.12.197).

עא 2643/97 שלמה גז' נ' בריטיש קולוניאל חברה בע"מ ואח'

פסק הדין

הנשיא א' ברק:

ראובן מכר מקרקעין לשמעון. העסקה הושלמה, פרט לרישום בפנקסי המקרקעין. שמעון מכר המקרקעין ללוי. עסקה זו הושלמה, פרט לרישום. לוי לא רשם הערת אזהרה. חלפו שנים רבות. שמעון מכר המקרקעין בשנית ליהודה, אשר רשם מיד הערת אזהרה. לוי תובע אכיפת ההסכם עימו ורישום המקרקעין על שמו. שמעון ויהודה מתנגדים לכך, תוך שיהודה מבקש כי ההסכם עימו יאכף. ראובן אינו נוקט כל עמדה. עם מי הדין? זו השאלה הניצבת בפנינו בערעור זה.

העובדות

1. בריטיש וקולוניאל בע"מ (להלן - בריטיש) רשומה כבעלים של מקרקעין. בריטיש מכרה את המקרקעין לנוטריקון בע"מ (להלן - נוטריקון). המכר לא נסתיים ברישום. נוטריקון מכרה את המקרקעין (ב-1976) לגנז (המערער בפנינו). המקרקעין לא נרשמו על שמו, והוא לא גילה בהם כל עניין במשך למעלה משבע-עשרה שנים. הוא לא ידע כלל על קיומה של בריטיש. קיימת מחלוקת אם הוא שילם את מלוא המחיר בגין רכישת המקרקעין. לצרכי הערעור שלפנינו אנו מניחים - כפי שהניח בית המשפט המחוזי - כי גנז מילא את כל התחייבויותיו על פי ההסכם (מ-1976). חלפו שבע-עשרה שנה. נוטריקון מכרה (ביום 5.5.93) את המקרקעין לאפק קבוצת פועלים להתיישבות (להלן - אפק). אפק הוא קיבוץ. הוא עיבד את המקרקעין עשרות שנים. חלקות סמוכות נרכשו על ידו במישרין מבריטיש. בעת כריתת החוזה בין נוטריקון לאפק פעלה אפק בתום לב. אפק בדקה הרישום במרשם ונוכחה לדעת שהמקרקעין הם של בריטיש ואין עליהם כל טענת זכות. העסקה דווחה לרשויות המס. בהסכמת נוטריקון ובריטיש נרשמה הערת אזהרה לטובת אפק. אפק מילאה את חלקה בהסכם. בריטיש ונוטריקון מוכנים לקיים ההסכם עם אפק. בטרם הסתיים הליך הרישום פנה גנז לבית המשפט המחוזי. הוא קיבל צו מניעה זמני. הוא תבע אכיפת ההסכם בינו לבין נוטריקון. הוא ביקש פסק דין הצהרתי כי הוא זכאי להרשם כבעל המקרקעין. הוא ביקש צו למחיקת הערת האזהרה. הוא צירף את בריטיש ואת אפק כנתבעים נוספים. הוא ביקש גם לאפשר לו פיצול סעדים, באופן שיוכל להגיש תביעה נפרדת לפיצויים כנגד נוטריקון. מבוקשו ניתן לו.

בית המשפט המחוזי

2. בית המשפט המחוזי (השופט מ' בן-דוד) דחה את תביעתו של גנז. הוא הניח, לעניין זה, כי גנז מילא את חלקו בהסכם (מ-1976) עם נוטריקון. בדחותו את תביעתו של גנז ביסס עצמו בית המשפט על הקביעות הבאות: ראשית, הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן - חוק המקרקעין) - העוסקת בעסקאות נוגדות - אינה חלה, שכן נוטריקון לא היה בעל המקרקעין; שנית, גם אם הוראה זו חלה, לא יוכל גנז ליזכות על פיה, שכן לא קיים רצף של פעולות בין ההתחייבות של נוטריקון לבין השלמת הרכישה ברישום; שלישית, אפילו מתקיימות הוראות סעיף 9 לחוק המקרקעין בעניינו של גנז, אין הוא זכאי על פי הוראה זו, שכן הוא התרשל באי רישום הערת אזהרה; ובשם ואל תעשה במשך שבע-עשרה שנים. לבסוף, ביחסים שבין נוטריקון לגנז, אכיפת החוזה תהא בלתי צודקת (במובן סעיף 4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970; להלן - חוק התרופות).

הטענות בערעור

3. גנז (המערער) טוען בפנינו, כי סעיף 9 לחוק המקרקעין חל בעניינו, וכי הוא זכאי מכוחו לסעדים אותם ביקש. לטענתו, קביעתו של בית המשפט המחוזי כי רשלנותו פוגעת בזכויותיו כלפי אפק, וכי שיקולי צדק מונעת אכיפת התחייבותו של אפק כלפיו, אינה עומדת במבחן פסיקתו של בית המשפט העליון. גנז טען גם לעניין הוצאות שהושתו עליו. נוטריקון (המשיבה מס' 2 לפנינו) טוענת כי אין היא בעלים של המקרקעין, ואין היא יכולה להיענות לתביעתו של גנז לרישום המקרקעין על שמו. כן תומכת היא בפסק דינו של בית המשפט המחוזי לעניין רשלנותו של גנז ולעניין אי אכיפת ההתחייבות כלפיו. אפק תומכת יתדותיה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. היא מוסיפה כי העסקה בין נוטריקון לגנז לא דווחה לרשויות המס, ועל כן אינה חוקית. לטענתה, שיקולים של צדק (כאמור בסעיף 4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970) מחייבים אכיפת החוזה עימה. בריטיש (המצויה בפירוק) הודיעה לנו כי היא מכרה המקרקעין לנוטריקון, ואין לה כל עניין בתיק.

איפיון החוזים של נוטריקון

4. המשימה הראשונה המוטלת עלינו היא באיפיון החוזים אשר נוטריקון כרתה עם גנז ועם אפק. כל סוגי הסדר ודיניו שלו (ראו ע"א 4796/95 אלעבורה נ' אלעבורה, פ"ד נא(2) 669, 676; ש' לרנר, "המחאת חיובים" (בתוך) **דיני חיובים - חלק כללי** 89 (העורך ד' פרידמן, 1994)). כך, למשל, לא הרי הדין אם נוטריקון המחתה את זכותה פעמיים, כהרי הדין אם נוטריקון התחייבה למכור את זכותה לקונים שונים. במקרה הראשון עניין לנו בשאלות של "שוק פתוח" (סעיף 4 לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969). במקרה השני עניין לנו בשאלות של "עסקאות נוגדות" (סעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969; סעיף 12 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971). הפתרון לפי כל אחת מהמערכות הנורמטיביות הללו עשוי להיות שונה. מהו ההסכם אשר כרתה נוטריקון בפרשה שלפנינו? שאלה זו רלבנטית בענייננו, שכן ביחסים שבין בריטיש לנוטריקון, בריטיש משתפת פעולה עם נוטריקון, וכל צו שיינתן כנגד נוטריקון יכובד על ידי בריטיש.

5. איפיונו של החוזה - או אם תרצו סיווגו - נקבע בראש ובראשונה על פי לשון החוזה ותכליתו. עניין לנו בפירוש החוזה במגבלות הדין (ראו א' ברק, **פרשנות במשפט** 55 (כרך רביעי, 2001)). בחינתם של שני החוזים שכרתה נוטריקון מלמד, כי נוטריקון התחייבה למכור את המקרקעין לגנז (בחוזה הראשון) ולאפק (בחוזה השני) ולא את ההתחייבות של בריטיש כלפי נוטריקון. הדברים נאמרו במפורש בשני החוזים. בחוזה עם גנז נאמר כי "המוכר מתחייב למכור ולהעביר" את המקרקעין לגנז. בחוזה עם אפק נאמר כי "המוכרים מוכרים בזה לקונה והקונה קונה בזה מהמוכרים את החלקות". גם נסיבות כריתת החוזים מובילות לאותה מסקנה עצמה, לפיה נוטריקון נטלה על עצמה למכור לקונים ממנה את המקרקעין. נמצא, כי נוטריקון - אף שאינה הבעלים של המקרקעין (בהיעדר רישום) - נטלה על עצמה התחייבות להעביר בעלות במקרקעין לגנז ולאפק, והיא מסוגלת לקיים התחייבותה זו לאור עמדתה של בריטיש.

המסגרת הנורמטיבית

6. מהי המסגרת הנורמטיבית שבגדרה ייבחנו זכויות הצדדים? לדעתי, התשובה על שאלה זו הינה, כי עניין לנו בעסקאות נוגדות אשר נוטריקון ערכה. אכן, עסקאות הן נוגדות כאשר הן קשורות בנכס ולא ניתן לקיים את האחת בלא להפר את האחרת (ראו נ' כהן, **התערבות ביחסים חוזיים**, 190 (1982)). זהו המצב בענייננו. אין כל אפשרות לקיים את העסקה שבין נוטריקון לגנז בלא להפר את ההתחייבות שנטלה על עצמה נוטריקון כלפי אפק. בדומה, אין כל אפשרות לקיים את העסקה שבין נוטריקון לאפק, בלא להפר את ההתחייבות שנטלה על עצמה נוטריקון כלפי גנז. מהן ההוראות החלות על העסקאות הנוגדות שעשתה נוטריקון?

7. הדין הישראלי כולל מגוון של הסדרים שעניינם עסקאות נוגדות. עיקרם של הסדרים אלה בהוראות חוק מפורשות המסדירות את דין העסקאות הנוגדות. הסדרים אלה בישראל אינם שלמים. לא פעם מתגלה בהם חסר. את החסר יש להשלים על פי הוראות חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980. בעניין שלפנינו, אין לנו צורך להיזקק לשאלת החסר, שכן לדעתי חלה על העניין שלפנינו הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין. הוראה זו קובעת:

"עסקאות נוגדות

9. התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום לב - זכותו עדיפה."

הוראה זו חלה כאשר ראובן מתחייב לעשות עסקה במקרקעין כלפי שמעון, ולאחר מכן - ולפני שנגמרה העסקה ברישום - חוזר ומתחייב לעשות עסקה במקרקעין כלפי לוי. האם נוטריקון התחייבה לעשות עסקה במקרקעין כלפי גנז ולאחר מכן חזרה והתחייבה לעשות עסקה במקרקעין כלפי אפק? לא היה כל קושי במתן תשובה חיובית לשאלה זו, אם נוטריקון היתה בעלת המקרקעין. אך, כידוע, העסקה בין בריטיש לנוטריקון לא הסתיימה ברישום. על כן, אין לה לנוטריקון בעלות במקרקעין. אלה נשארו בבעלותה של בריטיש. כל שיש לה לנוטריקון הוא

זכות "מעין קניינית", המהווה "זכות שביושר נוסח ישראל" (ראו ע"א 181/73 **שטוקמן נ' שפיטאן**, פ"ד כח(2) 182, 187; ע"א 189/95 **בנק אוצר החייל נ' אהרונב**, פ"ד נג(4) 199, 244; להלן: **פרשת בנק אוצר החייל**). האין לומר כי במצב דברים זה אין תחולה להוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין?

8. לדעתי, תחולתו של סעיף 9 לחוק המקרקעין נקבעת על פי פירושה של ההתחייבות שנטל על עצמו המתחייב. לעניין זה, אין כל חשיבות לשאלה אם בשעת יצירת ההתחייבות היה אותו אדם בעל זכות במקרקעין, אם לאו. תחולתו של סעיף 9 לחוק המקרקעין נקבעת על פי מובנה של התחייבותו ולא על פי היקף זכויותיו. טול אדם שאין לו כל קנין במקרקעין. תקוותו היא כי בעתיד הוא יזכה לבעלות באותו נכס. ראובן מוכר את הנכס לשמעון, ולאחר מכן חוזר ומוכר אותו נכס ללוי. בשני המקרים, אין,

כמובן, כל רישום של העסקה. לאחר מכן הופך ראובן לבעל הנכס. האם ראובן עשה עסקאות נוגדות במקרקעין? תשובתי היא בחיוב (ע"א 371/89 מורד נ' חיים שכטר חברה לבנין והשקעות בע"מ בפירוק ואח', פ"ד מו(1) 149, 153; ע"א 4796/95 איברהים חסין אלעובר נ' איברהים עלי אלעובר, פ"ד נא(2) 669, 676 ג-ה; ע"א 6529/96 טקסטיל ריינס בע"מ נ' ענת רייד ואח, פ"ד נג(2) 218, 226 (להלן – עניין ריינס); ע"א 682/74 אברהם יקותיאל נ' בינה ואסתר ברגמן, פ"ד כט(2) 757, 761 ו-ז; ע"א 91/77 לילי ביקסר נ' "עמידר", פ"ד לב(1) 73, 77; ע"א 842/79 משה נס נ' נחום גולדה, פ"ד לו(1) 204, 218 ה-ז; ע"א 219-ב; מ' דויטש, "נפילתה(!) ועלייתה של הזכות שבישר במשפט הישראלי – המשפט בעקבות המציאות", עיוני משפט כד (תשס"א) 313, 322; להלן: "נפילתה ועלייתה"). ראובן "התחייב לעשות עסקה במקרקעין" כאמור בסעיף 9 לחוק. אמת, ראובן אינו בעל המקרקעין, אך סעיף 9 לחוק המקרקעין אינו דורש כי המתחייב יהיה בעת ההתחייבות בעל המקרקעין; אמת, ראובן מכר את הנכס, ולא התחייב למכור אותו, אך אין בכך נפקא מינה, שכן הוא עשה "עסקה במקרקעין" ("עסקה במקרקעין היא הקנייה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין"; סעיף 6 לחוק המקרקעין).

מכיוון שהיא לא נגמרה ברישום "רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה" (סעיף 7ב) לחוק המקרקעין). עסקה זו יש לערוך בכתב (סעיף 8 לחוק המקרקעין) (וראו: ע"א 274/79 חורי נ' כנען, פ"ד לה(3) 337, סיפת סעיף 8 לפסק דינו של השופט שמגר; והשוו עם: ע"א 91/77 לילי ביקסר נ' "עמידר", פ"ד לב(1) 73, 77; ע"א 178-א). התוצאה המתקבלת, איפוא, מפירוש החוזה והוראות החוק (סעיפים 6 ו-7) הינה כי ראובן התחייב לעשות עסקה במקרקעין. ובענייננו, נוטריקון התחייב לבצע עסקה במקרקעין כלפי גנז ולאחר מכן חזרה והתחייב לבצע אותה עסקה במקרקעין כלפי אפק. לפנינו עסקאות נוגדות כאמור בסעיף 9 לחוק המקרקעין. כזכור, אין קושי לנוטריקון לבצע, הלכה למעשה, כל אחת משתי העסקאות הללו, שכן בריטיש משתפת עימה פעולה, ותהא מוכנה לכל שינוי רישום שיידרש.

9. יטען הטוען: על התחייבותה של נוטריקון יש להחיל את הוראת סעיף 12 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971 (להלן – חוק המיטלטלין), הקובעת –
"עסקאות נוגדות"

12. התחייב אדם להקנות לחברו בעלות או זכות אחרת במיטלטלין, ולפני שמסר לו את המיטלטלין או הקנה לו את הזכות חזר והתחייב עם אדם אחר בהקנייה נוגדת, זכותו של הראשון עדיפה, אך אם השני התקשר בעסקה וקיבל את המיטלטלין או את הזכות בתום לב ובתמורה – זכותו עדיפה".

על פי טיעון זה, מכיוון שנוטריקון אינו בעל המקרקעין, יש לראות בו כמי שהתחייב להקנות "בעלות או זכות אחרת במיטלטלין" (סעיף 12 יחד עם סעיף 13א). לדעתי, אין לקבל גישה זו. נוטריקון לא התחייב להקנות זכות במיטלטלין. היא גם לא התחייבה להקנות את זכותה "המעין קניינית" ("זכות שבישר נוסח ישראל"). מכיוון שכך, אין תחולה להוראה זו. התחייבותה של נוטריקון היא להקנות בעלות במקרקעין. זוהי עסקה במקרקעין (סעיף 6 לחוק המקרקעין). בהיעדר רישום, "רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה" במקרקעין (סעיף 7ב) לחוק המקרקעין, עליה חלה ההוראה בדבר עסקאות נוגדות שבסעיף 9 לחוק המקרקעין.

10. בית המשפט המחוזי הגיע למסקנה כי הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין אינה חלה בענייננו. שניים היו טעמיו לכך: הטעם האחד היה שאין תחולה להוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין, מקום שהמוכר אינו הבעל הרשום של המקרקעין. כפי שראינו, גישה זו אינה מקובלת עלי. גם מי שאינו בעל מקרקעין (או כל זכות אחרת בהם) יכול לערוך "עסקה במקרקעין". הטעם השני שנתן בית המשפט המחוזי הינו כי משחלפו שבע-עשרה שנה בין שתי התחייבויות שנטלה על עצמה נוטריקון, שוב אין לומר כי עניין לנו בעסקאות נוגדות. לדעת בית המשפט המחוזי, "הקניית זכות הבכורה והקדימה לבעל העסקה הראשונה תינתן שעה שהוכח קיומו של רצף של פעולות שבין מעשה התחייבות לבין השלמת מעשה הרכישה ברישום... מדובר על תקופת ביניים שאינה יכולה להיות אינסופית ושיש למלא אותה תוכן ממשי ומעשי, בקידום הליכי הרישום". גישה זו אין בידי לקבלה. כל עוד ההתחייבויות להקניית הנכס עומדות בעינין, וכל עוד הן נוגדות, תחול הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין באשר לעסקאות נוגדות. אין כל דרישה לרצף של פעולות (למעט ההוראות בעניין זה המצויות בסעיף 9 לגבי בעל העסקה השניה). אכן, מה ייעשה שופט – על פי גישתו של בית המשפט המחוזי – כאשר עליו להכריע בין שתי עסקאות נוגדות של המוכר? עליו להחליט אם יאכופ את הראשונה בזמן או את המאוחרת בזמן. מדילמה זו אין הוא יכול להימלט. סעיף 9 לחוק המקרקעין פותר דילמה זאת. הנה כי כן, בענייננו חלה הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין. מה מתבקש ממנה לעניין זכויותיהם של גנז ואפק כלפי נוטריקון?

עסקאות נוגדות (סעיף 9 לחוק המקרקעין)

11. הכלל הבסיסי הקבוע בסעיף 9 לחוק המקרקעין הינו כי כאשר אדם התחייב בעסקאות נוגדות, "זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה". כלל בסיסי זה לא יחול – וידו של בעל העסקה השניה על העליונה – אם "השני פעל בתום לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום לב" (ראו פרשת בנק אוצר החייל, בעמ' 230, 245, 262; מאוטנר, "עסקאות נוגדות" ורשלנות החוזה

שאינו רושם הערת אזהרה", הפרקליט מ' 521 (תשנ"א), וכן Mautner, "The Eternal Triangles of the Law: Toward a Theory of (Priorities in Conflicts Invoking Remote Parties)", 90 Mich. L. Rev. 95. ודוק: הכלל הבסיסי, הקובע את עדיפות בעל העסקה הראשונה, אינו מבוסס על בטלותה של העסקה השנייה. עסקה זו בעינה עומדת. היא תהווה מקור לתרופות של בעל העסקה השנייה כלפי המתחייב בגין הפרתה (ראו ע"א 1235/90 הרבסט נ' חברת מ' אריאן קבלן לעבודות חשמל בע"מ, פ"ד מו(4) 661, 673; להלן - פרשת הרבסט). עמדתני על כך באחת הפרשות בצייני:

"עדיפות זכותו של הראשון בזמן אין בה כדי להביא לביטול זכותו של המאוחר בזמן. אכן, אין כל סיבה למנוע מהקונה השני זכות לפיצויים כלפי המוכר בגין הנזק, שנגרם לו בשל עדיפות זכותו של הקונה הראשון" (ד"נ 21/80 ורטהיימר נ' הררי, פ"ד לה(3) 253, 264; להלן - פרשת ורטהיימר; ראו גם ע"א 181/73 שטוקמן נ' ספיטאני, פ"ד כח(2) 182, 187).

אכן, עניין לנו בניגוד בין עסקאות תקפות. כל אחת מהעסקאות ממשיכה לעמוד בעינה. עם זאת בניגוד ביניהן - כלומר, באותה גזרה שאין לבצע האחת בלא להפר השניה - ידה של העסקה הראשונה על העליונה, אלא אם כן העסקה השנייה נרשמה בהיות בעל העסקה בתום לב ובתמורה. על כן, אם בעל העסקה הראשונה מממש את זכותו לאכיפת העסקה, עשוי בעל העסקה השנייה לזכות בפיצויים בגין הפרתה. אם בעל העסקה הראשונה אינו זוכה (או אינו מבקש) אכיפה, עשוי בעל העסקה השנייה לקבל סעד של אכיפה. הפעלתו של הכלל הבסיסי בענייננו מובילה למסקנה כי בהתנגשות בין זכותו של גנז כלפי נוטריון לבין זכותה של אפק כלפי נוטריון, ידו של גנז על העליונה.

12. על פי הכלל הבסיסי, כל אחת מהעסקאות הנוגדות עומדת בעינה, תוך שבניגוד ביניהן, ידו של בעל העסקה הראשונה על העליונה. מכאן נובע, כי הכללים הרגילים החלים בהפרת חוזים חלים על כל אחת מהעסקאות הנוגדות. אחד מאותם כללים רגילים הוא הכלל שהנפגע אינו זכאי לאכיפת החוזה, אם "אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין" (סעיף 4)3 לחוק התרופות). נמצא, כי בעל העסקה הראשונה לא יזכה לאכיפת זכותו, אם הדבר בלתי צודק בנסיבות העניין. פשיטא כי חוזה לא יאכף אם אכיפתו אינה צודקת כלפי הצד השני לחוזה (המתחייב). אך האם בקביעת הצדק של נסיבות העניין ניתן להתחשב בזכותו הנוגדת של בעל העסקה השנייה, ומכוחה למנוע אכיפת זכותו של בעל העסקה הראשונה? שאלה זו התעוררה בדיון הנוסף בפרשת ורטהיימר. הוחלט, ברוב דעות, כי אין להתחשב בשיקולי הצדק של בעל העסקה השנייה. התחשבות כזו ממוטטת את ההסדר שהקים סעיף 9 לחוק המקרקעין (ראו גם ע"א 839/90 רז חברה לבנין בע"מ נ' אירנשטיין, פ"ד מה(5) 739, 749; פרשת הרבסט, עמ' 672; ע"א 328/94 מילר נ' יוסף, פ"ד נ(3) 378). הסדר זה מבוסס על עדיפותו של בעל העסקה הראשונה, ולא על היחסיות של שיקולי הצדק שבינו לבין בעל העסקה השנייה. אכן, כל עיקרו של הכלל הבסיסי אינו אלא הכרה בעליונות זכותו של בעל העסקה הראשונה לאכיפה על פני הזכות לאכיפה של בעל העסקה השנייה. אם עליונות זו תשלל ממנו בשל שיקולי הצדק של בעל העסקה השנייה - כגון, הקשיים אליהם ייקלע אם לא יקבל את הנכס והנזק שהדבר יגרום לו - יש בכך משום סתירה פנימית לכלל ההסדר בעניין עסקאות נוגדות. אמת, בטרם הוחק חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, נהגה בפסיקה השקפה לפיה בעסקאות נוגדות נתון שיקול דעת לבית המשפט ליתן עדיפות לאותו בעל עסקה אשר שיקולי הצדק תומכים בו (ראו ע"א 1573/53 זילברשטיין נ' פלק, פ"ד ט' 57, 80). מגישה זו ביקש חוק המקרקעין לסטות. תחת יחסיות שיקולי הצדק של הצדדים, באו הסדרי העדיפות שבסעיף 9 לחוק המקרקעין. "המחוקק עצמו איזן איפוא בין האינטרסים של הקונה הראשון לאכיפה - וכאמור, שאלת האכיפה היא הדורשת הכרעה - לבין האינטרסים של הקונה השני לאכיפה. באיזון זה נתן המחוקק משקל לתום ליבו של הקונה השני ולתמורה שנתן, אך חרף כל אלה, העדיף את זכותו של הקונה הראשון (לאכיפה) על פני הנזק, העשוי להיגרם לקונה השני, שתמורתו נכשלה" (פרשת ורטהיימר, עמ' 265). בצדק ציינה פרופ' כהן כי:

"העובדה כשלעצמה שהמתקשר השני חדר לתמונה, אין בכוחה לשלול מהראשון את זכות האכיפה מטעמים של צדק, שהרי הטבה זו תסכל את הלכת העדיפות לפי סעיף 9 לחוק המקרקעין" (כהן, "ביטול חוזה והשפעתו על עסקאות במקרקעין בלתי רשומים", הפרקליט לה 215, 240 (1983); להלן, ביטול חוזה).

אין לנקוט פרשנות לפיה מה שסעיף 9 לחוק המקרקעין נותן, סעיף 4)3 לחוק התרופות נוטל. פרשנות ראויה היא פרשנות המגשימה אחדות והרמוניה בין הסדרים חקיקתיים. הרמוניה זו משמעותה, כי אין להכניס בדלת המשנית של הסעד (על פי סעיף 4)3 לחוק התרופות) את שהוצא בדלת הראשית של הזכות (על פי סעיף 9 לחוק המקרקעין). ההתחשבות בשיקולי הצדק של בעל העסקה השנייה כמוה כריקונו של סעיף 9 לחוק המקרקעין מתוכנו המעשי, תוך שינוי המאזן שחוק המקרקעין יצר. ומהכלל אל הפרט: בבחינת זכותו של גנז לאכיפת זכותו כלפי נוטריון, אין להתחשב בחוסר הצדק שאכיפה זו תגרום לאפק.

13. ראינו, כי באכיפת זכותו של בעל העסקה הראשונה חלה הוראת סעיף 4)3 לחוק התרופות. בית המשפט צריך לבחון, בטרם יורה על אכיפת התחייבותו של המוכר, אם מתן צו האכיפה אינו בלתי צודק בנסיבות העניין. שיקולי צדק אלה הם שיקולים

שביחסים בין המוכר לבעל העסקה. אין הם שיקולי הצדק היחסי שבין בעל העסקה הראשונה לבעל העסקה השנייה. עמדתי על כך בפרשת ורטהיימר, בצייני:

"חוק התרופות חל לעניין אכיפתו של כל חוזה, וממילא הוא חל לעניין אכיפת זכותו של הקונה הראשון כלפי המוכר. במסגרת זו ניתן יהא להתחשב בשיקולי הצדק של הצדדים לחוזה... במסגרת זו רשאי בית המשפט להתחשב בהתנהגותו של הקונה הראשון, כגון מעשי תרמית או הטעיה או רשלנות שביצע" (שם, עמ' 267).

בפרשת ורטהיימר עצמה הוספתי וציינתי כי – "לא באה כל טענה בדבר... רשלנות מצידו של הקונה הראשון. כן לא הועלתה כלל הטענה, כי אי-רישום הערת אזהרה על ידי הקונה הראשון עשוי להיות יסוד עובדתי לשלילת זכותו לאכיפה, וזאת, כנראה, משום שהיה מקובל על הצדדים, כי מבחינה עובדתית לא ניתן היה לרשום הערת אזהרה. מכיוון שכך, אמנע אף אני מלדון בשאלה, מה השפעה יש לאי-רישום הערת אזהרה על זכותו של הקונה הראשון, אילו ניתן היה לרשום הערת אזהרה" (שם, עמ' 261). והנה, בפרשה שלפנינו יכול היה בעל העסקה הראשונה (גנז) לרשום הערת אזהרה. בעל העסקה השנייה (אפק) בחן את מצב הזכויות במרשם. הוא רשם הערת אזהרה. בנסיבות אלה, היש למנוע אכיפת זכותו של בעל העסקה הראשונה (גנז) בשל מחדלו ברישום הערת אזהרה? מהו הבסיס המשפטי לאפשרות זו?

אי רישום הערת אזהרה

14. סעיף 9 לחוק המקרקעין אינו מזכיר כלל את הערת האזהרה. רשלנותו של בעל עסקה – בין בעל העסקה הראשונה ובין בעל העסקה השנייה – באי רישום הערת אזהרה אינה חלק מהכלל הבסיסי הקבוע בסעיף 9 לחוק המקרקעין. כיצד, אם כן, ניתן להתחשב בנתון זה? התשובה הינה, כי סעיף 9 לחוק המקרקעין אינו עומד בבדידותו. הוא חלק ממערך נורמטיבי כולל. מערך זה כולל דוקטרינות כלליות (כגון רשלנות, התעשרות שלא כדין, תום לב) החלות בכל אתר ואתר. אכן, שיטת משפט אינה קונפדרציה של תחומי משפט. היא שואפת לאחדות של שיטה ומשפט (ראו ע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464, 530). הדוקטרינות הכלליות של המשפט חלות על כל חלקי המשפט. דבר חקיקה ספציפי אינו עומד בבדידותו. הוא חלק ממערך החקיקה והמשפט. הוא משתלב לתוכו, תוך שאיפה להרמוניה ולאחדות (ראו בג"ץ 693/91 **אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין**, פ"ד מז(1) 749, 765; ראו גם שטרסברג-כהן, "עקרונות כלליים במשפט הפרטי", **המשפט** ז (תשס"ב-2002) 523).

15. אחת מאותן דוקטרינות כלליות, החלות בכל תחומי המשפט, היא עקרון תום הלב. על פיה, כל בעל זכות (במובנה הרחב) צריך להפעיל את זכותו בתום לב. עקרון זה – אשר מקורו הפורמלי הוא בהוראות הסעיפים 39 ו-61 (ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 – הוא עקרון "מלכותי" (בג"ץ 1683/93 **יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים**, פ"ד מז(4) 702, 708). "מצודתו פרושה... על כלל המערכת המשפטית בישראל" (ע"א 700/81 פז נ' פז, פ"ד לח(2) 736, 742). הוא קובע אמת מידה אובייקטיבית של התנהגות ראויה במכלול היחסים הבינאישיים. אכן, הדוקטרינה של תום הלב "חותכת את משפט ישראל כולו לאורכו ולרוחבו, מלוא כל הארץ כבודה" (השופט מ' חשין ברע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון**, פ"ד נה(1) 199, 230; להלן – **פרשת רוקר**). דרישת תום הלב משמעותה כי בעל הזכות צריך להפעיל את זכותו ביושר ובהגינות. תום הלב אינו מחייב את בעל הזכות להתעלם מהאינטרס העצמי שלו. תום הלב אינו מניח "מידת חסידות" (ראו ע"א 148/77 **רוט נ' ישופה**, פ"ד לג(1) 617, 635). תום הלב מניח כי בעל הזכות דואג להבטיח את זכותו. עם זאת, תום הלב מבקש למנוע הפעלת הזכות מתוך התעלמות מקיומו של הצד האחר ובהתעלם מהאינטרס החברתי. אכן, תום הלב קובע אמת מידה אובייקטיבית של התנהגות הוגנת של בעל זכות המבקש על רקע האינטרס החברתי הכולל להגשים את האינטרס העצמי תוך התחשבות באינטרס של הזולת. עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני:

"עקרון תום-הלב קובע רמת התנהגות של אנשים הדואגים, כל אחד לאינטרס שלו עצמו. עקרון תום- הלב קובע כי השמירה על האינטרס העצמי צריכה להיות הוגנת ותוך התחשבות בציפיות מוצדקות ובהסתמכות ראויה של הצד האחר. אדם לאדם – לא זאב, ולא מלאך; אדם לאדם – אדם" (**פרשת רוקר**, עמ' 279).

אכן, התנהגות היא בתום לב אם היא עולה בקנה אחד עם "הסטנדרטים הערכיים הראויים של החברה הישראלית, כפי שביט המשפט מבין אותם מעת לעת" (בג"ץ 59/80 **שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים**, פ"ד לה(1) 828, 835).

16. עקרון תום הלב חל גם במסגרת דיני הקניין. היבט מיוחד שלו נקבע במפורש בסעיף 14 לחוק המקרקעין (ראו **פרשת רוקר**). זהו אך היבט מיוחד של העקרון הכללי של תום הלב החל בכל אתר ואתר של דיני הקניין. יש בכך, במובן מסויים, משום החדרה של עקרון "האשמה, החברתית" בדיני הקניין (ראו פרידמן, "דיני הקניין ודין האשם", **ספר זוסמן** 241, 249 (תשד"ס)). עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני:

"עקרון תום-הלב חל בגדריו של חוק המקרקעין. אכן, חוק המקרקעין אינו עומד בפני עצמו. הוא חלק מהחקיקה (האזרחית) שלנו. עקרון תום-הלב החל על החקיקה (האזרחית) כולה, חל גם עליו. חוק המקרקעין הינו חוליה

בשרשרת החקיקה הישראלית החדשה. הוא פרק חשוב בקודקס האזרחי 'נוסח ישראל'. הקודקס כולו צריך להתפרש כחטיבה אחת... כל פעולה משפטית, כל חיוב וכל משא ומתן חייבים להתבצע בתום-לב... העקרון הכללי של תום הלב מהווה מטריה נורמטיבית הפרוסה על כל הוראות חוק המקרקעין" (**פרשת דוקר**, עמ' 276).

באותה פרשה הדגיש חברי השופט אנגלרד, כי "עקרון-העל של תום הלב, פורס את כנפיו על כל הזכויות והסעדים שבחוק המקרקעין" (**שם**, עמ' 223). חברתי השופט שטרסברג-כהן ציינה באותה פרשה כי ראוי להפעיל את עקרון תום-הלב על השימוש בזכות קנין במקרקעין כפי שהוא מופעל באשר לזכויות קנייניות אחרות (ולא רק קנייניות) ("שם, עמ' 288). בפרשה אחרת ציינה חברתי השופטת דורנר כי "אפילו זכויות קנייניות... אינן מוחלטות. יצירתן והשימוש בהן כפופים לחובת תום-הלב" (**פרשת בנק אוצר החייל**, עמ' 287). נמצא, כי כל זכות (במובן הרחב) המעוגנת בחוק המקרקעין צריכה להיות מופעלת בתום לב (**שם**, עמ' 277 וכן מ' דויטש, קניין 321 (כרך א', תשנ"ז)). עם זאת, מהותה של הזכות משפיעה על היקף פעולתו של עקרון תום הלב בגדרה. "כל זכות והערכים והאינטרסים המוגנים על ידיה; כל זכות ועוצמתה שלה; כל זכות ואיזוניה שלה ביחסים עם ערכים ואינטרסים נוגדים; כל זכות ומידת השפעתו של תום הלב עליה" (**שם**, עמ' 278). על כן, בהפעלת עקרון תום הלב בגדרי הקניין יילקחו בחשבון התכונות, והמאפיינים של זכות הקניין.

17. סעיף 9 לחוק המקרקעין קובע את דיני העסקאות הנוגדות. מכוחו ניתנת, בתנאים מסויימים זכות (עדיפה) לבעל העסקה הראשונה, ובתנאים אחרים הזכות (העדיפה) ניתנת לבעל העסקה השניה. על הפעלתן של שתי הזכויות הללו חל עקרון תום הלב (ראו נ' כהן, **התערבות ביחסים חוזיים** 372; רייכמן, "הערת האזהרה: מהות, יצירה והגנה כנגד עסקאות נוגדות", **עיוני משפט** י' 297, 337 (1984); להלן - **הערת האזהרה**; כהן, "חוזה של קטינה, לרכישת דירה, מול נושה של המוכר", הפרקליט מא 161 (1993); להלן - **חוזה של קטינה**; דויטש, "הקניין כתווית? על תחרות זכויות ופורמליזם", **הפרקליט** מג 302, 318; להלן - **הקניין כתווית**; מ' דויטש, **שם**, עמ' 179; דויטש, "נפילתה ועלייתה", בעמ' 361). הן הזכות של בעל העסקה הראשונה והן הזכות של בעל העסקה השניה, כפופות לעקרון הכללי של תום הלב. עמד על כך השופט מ' חשין בצינון:

"חוק המקרקעין אינו פטור מעולם של עיקרי - יסוד במשפט. והגם שסעיף 9 - כלשונו - אינו מסייג את זכותו של זוכה ראשון אלא בתחרות עם קונה בתמורה ובתום-לב שרשם את העסקה על-שמו בעודו בתום-לב, ברי כי זכותו חייבת שתהא מסוייגת גם מכוחן של דוקטרינות כלליות במשפט... עקרון האשם (במובנו הרחב) חייב גם הוא שישמיע קול בענייננו" (**פרשת בנק אוצר החייל**, בעמ' 279).

נמצא, כי על השאלה אם חל עקרון תום הלב על הפעלת זכויות לפי סעיף 9 לחוק המקרקעין. התשובה היא בחיוב. נותרה, איפוא, השאלה מה היקף השפעתו של עקרון תום הלב על הפעלת זכויות לפי סעיף 9 לחוק המקרקעין. לבחינתה של שאלה זו נעבור עתה.

18. הכלל הבסיסי הקבוע בסעיף 9 לחוק המקרקעין מעניק עדיפות להתייבות לעשות עסקה שנעשתה כלפי בעל עסקה ראשון, אלא אם כן בהתייבות הנוגדת לעשות עסקה במקרקעין כלפי בעל עסקה שני הלה פעל בתמורה ובתום לב, והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום לב. הפעלתו של כלל בסיסי זה צריכה להעשות בתום לב. נמצא, כי הזכויות (במובן הרחב) המוענקות על פי הכלל הבסיסי לבעל העסקה הראשונה ולבעל העסקה השניה צריכות להיות מופעלות בתום לב. מהן זכויות אלה? על פי סעיף 9 לחוק המקרקעין, בהתייבות הקבועים בו, "זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה". עדיפות זו קיימת כלפי המוכר וכלפי בעל העסקה השניה. כלפי המוכר לבין בעל העסקה הראשונה נכרת חוזה. על פיו התחייב המוכר לעשות עסקה במקרקעין עם הקונה הראשון. התייבות זו עליו לכבד. אין בקיום של התייבות נוגדת לבעל העסקה השניה - כך מלמד אותנו הכלל הבסיסי - כדי למנוע הגשמת זכותו של בעל העסקה הראשונה. על כן זכאי בעל העסקה הראשונה בכל הזכויות המוענקות לצד לחוזה שהחזיה עימו הופר. הזכות העיקרית העומדת לו - ושלעניינה נקבע הכלל הבסיסי - היא זכות האכיפה. זכות זו - מוסיף וקובע עקרון תום הלב - יש להפעיל בתום לב. כלפי בעל העסקה השני כיצד? בין בעל העסקה הראשון לבין בעל העסקה השני אין קשר חוזהי. "תאונה משפטית" הפגישה ביניהם (ראו כהן, "חוזה של קטינה, לרכישת דירה, מול נושה של המוכר", **שם**, עמ' 185). מפגש זה יצר ביניהם יחס משפטי. מקורו של יחס זה בכלל הבסיסי עצמו. עדיפותו של בעל העסקה הראשונה אינה מתמצית רק בזכויותיו כלפי המוכר. עדיפותו מתבטאת גם בזכויותיו כלפי בעל העסקה השני (ראו נ' כהן, **התערבות ביחסים חוזיים**, 372; רייכמן, **שם**, עמ' 332). עמדתי על כך **בפרשת ורטהיימר**, בצינון:

"מעדיפות זכותו של הקונה הראשון על פני זכותו של הקונה השני נובע, כי הקונה הראשון זכאי אף לאכיפה כלפי הקונה השני... מצבים רבים, עליהם יחול סעיף 9 לחוק המקרקעין... הם דווקא אותם מצבים בהם הנכס שוב אינו בידיו של המוכר, אלא עבר לידי הקונה השני... במצבים אלה זכותו של הקונה הראשון עדיפה על פני זכותו של הקונה השני, אך מה כוחה של עדיפות זו, אם אין לקונה הראשון זכות כלפי הקונה השני? ... זכותו של הקונה הראשון הזוכה לעדיפות מכוח הוראות סעיף 9 לחוק המקרקעין, עומדת לו לא רק כלפי המוכר אלא גם כלפי הקונה השני" (**שם**, עמ' 268, 269).

זכות זו של בעל העסקה הראשונה כלפי בעל העסקה השניה על בעל העסקה הראשונה להפעיל בתום לב. על רקע זה קמה ומתעוררת השאלה שלפנינו, והיא זו: האם חובת תום הלב של בעל העסקה הראשונה כלפי המוכר וכלפי בעל העסקה השניה מופרת אם בעל העסקה הראשונה נמנע מלרשום הערת אזהרה לאחר כריתת העסקה הראשונה?

19. שאלה זו התעוררה בעבר במספר פסקי דין והושארה בצריך עיון (ראו **פרשת הרבסט**, עמ' 672; ע"א 328/94 **מילר נ' יוסף**, פ"ד (3) 378, 382 להלן – **פרשת מילר**; **פרשת בנק אוצר החייל**, עמ' 247, 279, 288; ע"א 1516/99 **לוי נ' חיג'אזי**, פ"ד (4) 730; להלן – **פרשת חיג'אזי**). נראה לי כי **עקרונית** תום הלב דורש כי מי שהתחייבו כלפיו לעשות עסקה במקרקעין יעשה ככל יכולתו לרשום הערת אזהרה על דבר העסקה שנעשתה בפנקסי המקרקעין ("טאבו"). בכך הוא לא רק מגן על האינטרס העצמי שלו, אלא גם מתחשב באינטרס של בעל עסקה שניה, אשר עשוי לרכוש הנכס לאחר עיון בפנקסי המקרקעין, ומתוך מחשבה מוטעית כי לא נערכה עסקה ראשונה (ראו זלצמן, "דיני קניין", **ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ב-תשנ"ג** 561, 592 (א' רוזן-צבי (עורך) (1994)). בהמנעותו מעשיית כל האפשר לרישומה של הערת האזהרה הניח בעל העסקה את התשתית ל"תאונה המשפטית" שבעסקאות הנוגדות. בידו היה למנוע זאת, והוא לא עשה כן. בכך, **עקרונית**, יש משום מחדל שלא בתום לב. עקרון תום הלב דורש כי בעל העסקה הראשונה יפעל בהגינות, תוך התחשבות בציפייה הסבירה של בעל העסקה השניה. על כן נגזר, **עקרונית**, מעקרון תום הלב, כי בעל העסקה הראשונה יעשה ככל יכולתו לרשום הערת אזהרה, ובכך למנוע את כניסתו של בעל העסקה השניה להתקשרות עם המוכר (ראו דויטש, "**הקנין כתווית**", עמ' 322; דויטש, **נפילתה ועלייתה** 361; דגן, "דיני קניין: דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות – לקראת שיח קנייני חדש", **ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו** 673, 728 (א' רוזן-צבי (עורך) (1997)). אכן, במרבית העסקאות במקרקעין בהן הדבר אפשרי נרשמת בפועל הערת אזהרה (ראו רייכמן, **שם**, עמ' 299). זוהי הפרקטיקה המקובלת בישראל. דרך מקובלת זו ראויה היא והיא מתבקשת מעקרון תום הלב. עמד על כך פרופ' רייכמן בצינינו:

"הנתונים שהובאו... מלמדים כי אי-רישום הערת אזהרה מהווה סטייה מהמקובל בשוק המקרקעין הישראלי. עובדה זו תומכת בכך שיש להכיר בהימנעות מרישום הערה משום הכשלת קונים אחרים והפרתה של נורמת ההתנהגות המקובלת" (שם, עמ' 337).

על גישה זו חזרו מספר מחברים (ראו מאוטנר, "יוצרי סיכונים ונקלעי סיכונים" – הגנתו של המסתמך על מצג הזולת בחקיקה האזרחית החדשה", משפטים טז 92, 163 (תשמ"ו); מאוטנר, עסקאות נוגדות' ורשלנות הקונה שאינו רושם הערת אזהרה", הפרקליט מ' 521, 525 (1992); מ' דויטש, קניין 174 (כרך א'; 1997)). היא מצאה ביטוי במספר אמרות אגב בפסיקה (השופט ד' לוינ בע"א 2242/92 **מדינת ישראל נ' בנק אמריקני ישראלי בע"מ**, פ"ד (3) 249, 259 ובע"א 2680/90 **ס.מ. יצירה השקעות ופיתוח בע"מ נ' מוזאפאר**, פ"ד (1) 649, 659; השופט מ' חשין ב**פרשת בנק אוצר החייל**, עמ' 279; השופטת דורנר ב**פרשת בנק אוצר החייל**, עמ' 288). גישה זו ראויה היא. היא אינה מטילה נטל כבד מדי על בעל העסקה הראשונה. היא מקטינה את הסיכון להתרחשותה של "תאונה משפטית" בדמות עסקאות נוגדות. היא מבטיחה הגינות בחיי המסחר.

19. הדגשתי כי "**עקרונית**" תום הלב דורש מבעל עסקה ראשונה לעשות ככל יכולתו לרשום הערת אזהרה, וכי במחדלו מלעשות כן יש "**עקרונית**" משום מחדל שלא בתום לב. הדגשה זו על עמדה "עקרונית" נובע מתוך כך, שתום לב נקבע תמיד על פי מהותו של היחס בין בעל הזכות לבין זולתו. היקף תחולתו של תום הלב מתחשב במכלול נתונים משתנים (ראו **פרשת רוקר**, עמ' 281). לא בכל מקרה ולא בכל הנסיבות יש באי-רישומה של הערת אזהרה משום פגיעה בעקרון תום הלב (ראו **פרשת רז**, עמ' 746). הדבר תלוי בנסיבות. הבחנה עקרונית, בעניין זה, הינה בין חובת תום הלב של בעל העסקה הראשונה כלפי בעל העסקה השניה. נפנה, איפוא, לבחינה מדוקדקת יותר של הפרופוזיציה הכללית.

חובת תום הלב של בעל העסקה הראשונה כלפי המוכר

20. במצב הדברים הרגיל, לא תהא זו הפרת עקרון תום הלב כלפי המוכר, אם בעל העסקה הראשונה לא יעשה ככל יכולתו לרשום הערת אזהרה. מי כמוכר יודע כי הוא מכר את הנכס, ואין צורך בהערת אזהרה כדי להזהירו מלמכור את הנכס בשנית. בצדק ציין השופט א' גולדברג כי במצב דברים זה, "אין להערת אזהרה של הקונה הראשון משמעות לעניין ידיעתו של המוכר בדבר קיומה של עסקה זאת" (**פרשת רז**, עמ' 746). באי-רישומה של הערת האזהרה אין משום הכשלה של המוכר (ראו דויטש, **נפילתה ועלייתה** עמ' 362). עם זאת, עשויים להיות חריגים. אחד מאותם חריגים נידון ב**פרשת רז**. כאן נמכרו מקרקעין לראובן. המוכר נפטר. יורשו לא ידע על המכירה. הוא מכר המקרקעין בשנית לשמעון אשר רשם הערת אזהרה. נפסק כי ביחסים שבין ראובן (בעל העסקה הראשונה) ליורש, מוטלת על ראובן החובה – לאחר שנודע לו על פטירת המוכר – להודיע ליורש את דבר העסקה עימו, "בין בדרך של רישום הערת אזהרה (כשמדובר בעסקת מקרקעין) ובין בדרך אחרת" (**שם**, עמ' 747). במצבים חריגים אלה, תשלל לרוב זכות האכיפה של בעל העסקה הראשונה כלפי המוכר מכוח הוראת סעיף 4(3) לחוק התרופות, שכן אכיפת החוזה, בנסיבות אלה, הינה בלתי מוצדקת (**שם**, עמ' 748). לאותה תוצאה ניתן יהיה להגיע מכוח עקרון תום הלב. הפגיעה בצדק (כאמור בסעיף 4(3) לחוק התרופות) פוגעת גם בעקרון תום הלב.

חובת תום הלב של בעל העסקה הראשונה כלפי בעל העסקה השניה

21. במצב הדברים הטיפוסי אין בעל העסקה הראשונה מפר, באי רישומה של הערת אזהרה, את חובת תום הלב כלפי המוכר. לא כן לעניין חובת תום הלב של בעל העסקה הראשונה כלפי בעל העסקה השניה. כפי שראינו, עקרון תום הלב מחייב את בעל העסקה הראשונה להתחשב באינטרס הלגיטימי של בעל העסקה השניה. השניים אינם זרים זה לזה. העסקה הנוגדת הפגישה ביניהם. דין העסקאות הנוגדות יצר לאחד זכות כלפי השני. עם הזכות באה הדרישה להפעילה בתום לב. כך הדבר, מקום שהמקרקעין בידי המוכר ובעל העסקה הראשונה מבקש לאכוף את התחייבותו של המוכר כלפיו והדבר נמנע ממנו בשל הפרת עקרון תום הלב כלפי בעל העסקה השניה; כך הדבר מקום שהמקרקעין בידי בעל העסקה השניה, ובעל העסקה הראשונה מבקש לקבלם מידי בעל העסקה השניה. בשני מצבים אלה תמנע האכיפה בשל הפרת עקרון תום הלב באי רישום הערת אזהרה על ידי בעל העסקה הראשונה. כך במרבית המקרים, אך לא בכולם. פשיטא שאין לרשום הערת אזהרה כשאין כל אפשרות בדין לרשום הערת אזהרה (ראו **פרשת חיג'אזי**). שאלה קשה יותר היא, מה דינו של בעל עסקה ראשונה, שנטל על עצמו התחייבות בחוזה עם המוכר - ולצורך הדוגמא, אנו מניחים שהיא תקפה - לא לרשום הערת אזהרה עד שיבצע פעולות מסוימות (כגון תשלום מרבית המחיר). הנאמר כי בנסיבות אלה, אי רישומה של הערת אזהרה מהווה התנהגות שלא בתום לב כלפי בעל העסקה השניה; לדעתנו, התשובה היא בשלילה (ראו דויטש, קנין, 179 (כרך א', 1997); דויטש, **נפילתה ועלייתה**, עמ' 362). בדומה, אין לראות במחדל מרשום הערת אזהרה משום הפרה של עקרון תום הלב, אם בנסיבות העניין קיימים שיקולים כבדי משקל של מדיניות משפטית המצדיקים אי רישומה של הערת אזהרה. כך הדבר, כנראה, בבני זוג השותפים במקרקעין מכוח הלכת שיתוף הנכסים. דומה שלא נראה זאת כחוסר תום לב אם בן הזוג שאינו רשום במרשם כבעל הנכס נמנע - מטעמים של אחדות המשפחה - מלרשום הערת אזהרה. לבסוף, גם אם מן הראוי הוא שבעל העסקה הראשונה ירשום הערת אזהרה, עליו לעשות כן בתוך זמן סביר לאחר כריתתה של העסקה הראשונה. אין לדרוש ממנו לעשות כן כחלק בלתי נפרד של העסקה הראשונה, וכתנאי לשכלולה.

22. עד כה עמדנו על מצבים שונים המשפיעים על תום הלב של בעל העסקה הראשונה והקשורים בו ובהתנהגותו. התמונה לא תהיה שלמה, אם תום ליבו (האובייקטיבי) של בעל העסקה השניה לא יובא בחשבון. שכן זאת יש לזכור: עקרון תום הלב חל לא רק לעניין זכות האכיפה של בעל העסקה הראשונה כלפי בעל העסקה השניה, אלא גם לעניין זכות האכיפה של בעל העסקה השניה כלפי בעל העסקה הראשונה. שלילת זכותו של האחד מאפשרת אכיפת זכותו של השני. עניין לנו, איפוא, בכלים שלובים ובקשר משפטי הדוק המחייב התחשבות בתום הלב של כל אחד מהצדדים. בצדק ציין דויטש כי:

"השקפה על מושג תום-הלב בעניין אובייקטיבי, **משני צידי המטבע**, היא הגישה הראויה בתחום דיני העסקאות הנוגדות" (דויטש, **הקנין כתווית**, עמ' 322).

טול את המקרה בו ידע בעל העסקה השניה, בעת כריתתה, על קיומה של העסקה הראשונה. במצב דברים זה אין לומר כי המנעותו של בעל העסקה מלרשום הערת אזהרה היא שהביאה ל"תאונה המשפטית" שביצירתן של עסקאות נוגדות. הוא הדין אם בעל העסקה השניה רכש את הנכס בלא לבדוק כלל את פנקס המקרקעין, או את מצבו של הנכס, המצוי כבר, אותה עת, בחזקתו של בעל העסקה הראשונה (ראו ע"א 552/86 קניני נ' נאסר, פ"ד מז(2) 102, 105). במצבים אלה ואחרים, עשויה התנהגותו של בעל העסקה השניה לשלול ממנו את הטענה כי בעל העסקה הראשונה פעל כלפיו שלא בתום לב. עם זאת, אינני סבור כי המנעותו של בעל העסקה השניה מלרשום הערת אזהרה - היא ורק היא - שוללת ממנו את זכותו לאכיפה כלפי בעל העסקה; הראשונה (להבדיל מבעל עסקה שלישית, אם התרחשה כזו: ראו רייכמן, **הערת אזהרה**, עמ' 337; כהן, **חוזה של קטינה** 188).

23. בספרות המשפטית עוסקים לעתים בהתרשלותו של בעל העסקה הראשונה באי רישומה של הערת אזהרה. בחינה זו חשובה היא, אם מבקשים לבסס עילת תביעה בנזיקין של בעל העסקה השניה כלפי בעל העסקה הראשונה. אפשרות זו הועלתה והושארה בצריך עיון (ראו **פרשת הרבסט**, עמ' 672; **פרשת מילר**, עמ' 382). בגדריו של עקרון תום הלב, אין לנו עניין באחריות בנזיקין. תום הלב קובע אמת מידה אובייקטיבית. התרשלותו של בעל העסקה הראשונה רלבנטית רק עד כמה שיש בה הפרה של עקרון תום הלב (האובייקטיבי). לא מעבר לכך. בדומה, יש המנתחים את הסוגיות שלפנינו במונחים של דיני השתק. פסק דין זה מבוסס על עקרון תום הלב, וההשתק הוא רלבנטי כחלק מעקרון זה. אכן, מבחינה טרמינולוגית אין לומר כי מוטלת על בעל עסקה החובה לרשום הערת אזהרה. כל שיש לומר שזהו נטל המוטל עליו. אם יימנע מכך, הוא עשוי להפסיד את כוחו לאכוף את הזכות הנתונה לו על פי הכלל הבסיסי.

היחס בין עקרון תום הלב לבין העסקאות הנוגדות

24. הגעתי לכלל מסקנה כי עקרון תום הלב חל ביחסים בין בעל העסקה הראשונה לבעל העסקה השניה, וכי עקרון תום הלב עשוי למנוע במקרים מסויימים מבעל העסקה הראשונה מלממש את זכות האכיפה כלפי בעל העסקה השניה - זכות המוענקת לו מכוח הכלל הבסיסי שעסקאות הנוגדות. יהא עליו, איפוא, להסתפק בתביעת פיצויים בגין הפרת חוזה כלפי המוכר. על רקע מסקנות אלה קמה ועולה השאלה, אם מסקנותי עולות בקנה אחד עם פרשת ורטהיימר. בפרשה זו נקבע, כזכור, כי בתביעת

האכיפה של בעל העסקה הראשונה כלפי המוכר, אין להתחשב - בגדרי השיקולים אם אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין (סעיף 4)3 לחוק התרופות) - בשיקולי הצדק של בעל העסקה השניה. האם התחשבות בעקרון תום הלב ביחסים בין בעל העסקה הראשונה והשניה ובהפרת תום הלב בשל אי רישום הערת אזהרה, אין בה חתירה כנגד הבסיס עליו מונחת פרשת ורטהיימר? היו שנתנו תשובה חיובית לשאלה זו, וראו בכך ביקורת כלפי פרשת ורטהיימר (ראו פורת, "השלכות אכיפת חוזה על צדדים שלישיים כנימוק לאי-אכיפתו משיקולי צדק", ספר לובנברג 138 (ד' פרידמן וי' שילה עורכים, תשמ"ח; להלן - השלכות אכיפת חוזה); מאוטנר, "עסקאות נוגדות ורשלנות הקונה שאינו רושם הערת אזהרה", הפרקליט מ' 521, 530 (1992)). אילו סברתי כמותם, לא הייתי מהסס מלהציע לחברי להסתייג מפרשת ורטהיימר. איני עושה כן, שכן הנני סבור כי אין כל ניגוד בין המסקנות העולות מפסק דין זה, לבין פרשת ורטהיימר. על חוסר ניגוד זה עמדו לא פעם בספרות המשפטית (ראו רייכמן, הערת אזהרה, עמ' 336; כהן, ביטול חוזה, עמ' 24; כהן, חוזה של קטינה, 187; דויטש, קניין, 179; דויטש, הקניין כתווית, עמ' 322; דויטש, נפילתה ועלייתה, עמ' 361).

25. אכן, **פרשת ורטהיימר**, מבוססת על ניגוד מובנה בין הכלל הבסיסי (הקבוע בסעיף 9 לחוק המקרקעין) לבין ההתחשבות בשיקול הצדק של בעל העסקה השניה (הקבוע בסעיף 4)3 לחוק התרופות). הטעם לניגוד האמור הוא זה: הכלל הבסיסי, בעיקרו של דבר, קובע דין אכיפה מיוחד. לפיו, בהתקיים התנאים הקבועים בכלל הבסיסי, זכאי בעל העסקה (הראשונה או השניה) באכיפה. דין מיוחד זה אינו לוקח בחשבון את קשייו המיוחדים ("האכיפה היא בלתי צודקת") של הצד שכנגדו מתבקשת האכיפה. על כן, באכיפת זכותו של בעל העסקה הראשונה אין להתחשב במצוקה אישית אליה נקלע בעל העסקה השניה, ובאכיפת זכותו של בעל העסקה השניה אין להתחשב במצוקה אישית אליה נקלע בעל העסקה הראשונה. לכלל זה אין ולא כלום, עם הגישה, כי כל דין אכיפה - בין דין האכיפה הכללי (הקבוע בסעיף 4)3 לחוק התרופות) ובין דין האכיפה המיוחד (הקבוע בסעיף 9 לחוק המקרקעין) - כפוף לעקרון תום הלב. על כן, כאשר האכיפה מתבקשת על ידי בעל העסקה הראשונה, אין למנוע האכיפה בשל קשייו של בעל העסקה השניה (הלכת ורטהיימר). עם זאת, אין בכך כדי למנוע האכיפה בשל התנהגותו שלא בתום לב של בעל העסקה הראשונה (ראו רייכמן, הערת אזהרה, עמ' 336, 337).

26. יטען הטוען: הלכה למעשה מרוקן עקרון תום הלב - והנטל לרשום במקרים מתאימים הערת אזהרה הנגזר ממנו - את הכלל הבסיסי מתוכנו. תחת הכלל הבסיסי בא כלל חדש, לפיו בעסקאות נוגדות, ידו של מי שרושם ראשון הערת אזהרה על העליונה. אין לקבל גישה זו. פסק דיננו זה אינו מבוסס על גישה כללית לפיה ידו של הרושם ראשון הערת אזהרה על העליונה. פסק דין זה מבוסס על העקרון הכללי של תום לב, הקשור קשר הדוק לנסיבותיו של כל מקרה. הנטל לרשום, במקרים מתאימים, הערת אזהרה, אינו מרוקן כלל ועיקר את הכלל הבסיסי. כלל זה עומד בעינו וחל על כל העסקאות הנוגדות כולן (ראו כהן, חוזה של קטינה, עמ' 187; פורת, השלכות אכיפת חוזה, עמ' 158; דויטש, **הקניין כתווית**, עמ' 322; דויטש, **נפילתה ועלייתה**, עמ' 363). אכן, לא תמיד תשלל זכותו של בעל העסקה הראשונה בשל אי רישום הערת אזהרה על ידו, או בשל רישום הערת אזהרה על ידי בעל העסקה השניה. הכל תלוי בנסיבות העניין, ובנטל הנגזר מעקרון תום הלב בנסיבות השונות.

מן הכלל אל הפרט

27. גנז הוא בעל העסקה הראשונה. במשך שבע עשרה שנים הוא נמנע מלרשום הערת אזהרה. הוא יכול היה לעשות כן לאור עמדתה של בריטיש. אפק הוא בעל העסקה השניה. הוא בדק את פנקס המקרקעין בטרם התקשר עם נוטריקון. הוא תפס חזקה במקרקעין. הוא רשם הערת אזהרה. מנסיבות אלה עולה, כי הימנעותו של גנז מלרשום הערת אזהרה היא שהכשילה את אפק, בלא שזה תרם לכך. במצב דברים זה לא יוכל גנז להפעיל את זכות האכיפה כלפי אפק. עמידתו של גנז על האכיפה כלפי אפק מהווה שימוש שלא בתום לב בזכות האכיפה ביחסים בין גנז לאפק. תרופתו של גנז בתביעת פיצויים כנגד נוטריקון. זכות זו נשמרה לו במפורש. נוסף ונציין כי לא מצאנו עילה להתערבותנו בעניין ההוצאות שהושתו על גנז.

התוצאה היא כי אנו דוחים הערעור.

השופטת ט' שטרסברג-כהן:

1. שניים אוזנין בקרקע. זה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי. למי הקרקע?

א' - בעלים רשומים של מקרקעין - מכר את המקרקעין לב'. העסקה לא הושלמה ברישום. ב' התחייב להעביר בעלות באותם מקרקעין לג'. ג' לא רשם הערת אזהרה לטובתו על המקרקעין.

לאחר שבע עשרה שנה חזר ב' והתחייב להעביר בעלות באותם מקרקעין לד', שרשם הערת אזהרה לטובתו. א' מסכים להעביר את הרישום במקרקעין למי שבית המשפט יורה. מי מבין ג' וד' יזכה בעדיפות ויקבל את המקרקעין? לשם מתן תשובה לשאלה זו יש לבחון את סיווג המשפטי האפשרי של מערכות היחסים האמורות.

2. נקודת המוצא היא כי לב' זכות אובליגטורית לקבלת זכות קניינית במקרקעין מא'. זכות זו כמוה כנכס לכל דבר ועניין (י) **ויסמן דיני קניין - חלק כללי** (תשנ"ג) 3.145; מ' דויטש קניין (כרך א'; תשנ"ז) 67. בפני ב', המבקש לערוך עסקה במקרקעין, עומדות מספר אפשרויות: הוא יכול להמחות לאחר את הזכות המגיעה לו מא'; הוא יכול להתחייב להעביר את זכותו האובליגטורית שבידו, לאחר; הוא יכול להתחייב לגרום לכך שבעל המקרקעין (א') יעביר את הזכויות הקנייניות במקרקעין לאחר; הוא יכול להתחייב למכור את הזכות הקניינית במקרקעין לאחר. בכל אחת מן האפשרויות האמורות יחולו על העניין הסדרי חקיקה שונים, וביניהם, חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969; חוק המיטלטלין, התשל"א-1971; דיני החוזים; חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969. שיבוץ העסקאות לקטגוריה זו או אחרת יכול לגרום תוצאות שונות לגבי זכויות המעורבים בהן.

במקרים רבים קיימת אי בהירות בשאלת מהות הזכות אותה ביקשו הצדדים להעביר ולא תמיד קל לקבוע אם הזכות המועברת - או שהתחייבו להעבירה - היא הזכות האובליגטורית או שמדובר בהתחייבות להעביר את הזכות הקניינית. המגמה העולה מן הפסיקה היא, כי ככל שדובר במקרים בהם המקרקעין טרם נרשמו במרשם ולא ניתן לרשום את הזכויות בהם, או במקרים בהם הזכות הקניינית לא היתה צפויה לעבור לידי המתחייב בעתיד הנראה לעין, יש לקבוע כי אין המדובר בהתחייבות להעביר זכות קניינית, אלא בהעברת זכות אובליגטורית (המחאת זכות) או בהתחייבות להעביר זכות אובליגטורית (ראו: ע"א 514/76 סעיפה חשש, ואח' נ' חביבה דמארי, פ"ד לא(2) 505, 515 מול האותיות ד-ו; ע"א 91/77 לעיל, בע' 78 מול האותיות א-ה; ע"א 842/79 מ' נס ואח' נ' גולדה ואח', פ"ד לו(1) 204, 218 (מול האות ה) - 219 (מול האות א); ע"א 328/94 מילר נ' א' יוסף ואח', פ"ד (3) 381-382; ע"א 6529/96 טקסטיל ריינס בע"מ נ' רייך ואח', פ"ד נג(2) 218, 226 (מול האות ז) - 227 (מול האות ה)).

3. לאיזו משבצת משפטית נופלות העסקאות בין ב' ל-ג' ובין ב' ל-ד? התשובה לכך תקבע על-פי מאפייניו של החוזה ותכליתו, תוך התחקות אחר כוונת הצדדים, בכפוף למגבלות הדין (א' ברק **פרשנות במשפט - פרשנות החוזה** (כרך רביעי, 2001) 55-56; ש' לרנר, המחאת חיובים, **דיני חיובים - חלק כללי** (העורך ד' פרידמן, 1994), ע' 89).

עמדתו של הנשיא בענייננו היא, כי מן החוזים שבין הצדדים ומנסיבות כריתתם עולה, כי נוטריקון (ב') נטלה על עצמה למכור לקונים ממנה (ג' ו-ד') את המקרקעין עצמם (להבדיל מן הזכות האובליגטורית שבידי נוטריקון לקבלת המקרקעין מבריטיש). קביעה זו מקובלת עלי והיא עולה מסעיפים שונים שבחוזים בין הצדדים. בנסיבות אלה, היות ומושא העסקה הוא המקרקעין והיות ולא עולה מן החוזים כוונה שנוטריקון תצא מן התמונה באופן שבעל דינם של גנז ואפק תהיה בריטיש ולא נוטריקון, אין המדובר בהמחאות זכות סותרות. כן אין בפנינו התחייבויות סותרות למכור את הזכות האובליגטורית, שהרי, כאמור, משני החוזים עולה כי הצדדים ביקשו לבצע עסקת מכר של המקרקעין ולא של הזכות האובליגטורית. כמו כן, אין בפנינו שתי התחייבויות חוזיות לפיהן נוטריקון התחייבה כלפי גנז ואפק לדאוג לכך שבריטיש תעביר להם את הזכות הקניינית שבידיה. הטעם לכך הוא שהתחייבויותיה החוזיות של נוטריקון כלפי גנז וכלפי אפק הן התחייבויות ישירות של נוטריקון, ולפחות ככל שמדובר בחוזה עם גנז, אין כלל איזכור של בריטיש כבעלת המקרקעין. לאור האמור, דעתי היא כשל הנשיא, כי נוטריקון - אף שאינה הבעלים של המקרקעין (בהיעדר רישום) - נטלה על עצמה התחייבות להעביר בעלות במקרקעין פעמיים, לגנז ולאפק.

4. הטענה לפיה במועד יצירת ההתחייבות על-ידי נוטריקון כלפי גנז וכלפי אפק לא היתה נוטריקון - שאינה בעלת הזכות הקניינית במקרקעין אלא רק בעלת התחייבות אובליגטורית להקנות לה זכות במקרקעין - יכולה להתחייב להעביר את הזכות הקניינית גופה, אינה מקובלת עלי. בשורה של פסקי דין הכיר בית משפט זה באפשרות שאדם יערוך עסקה במסגרתה יתחייב הוא להעביר מקרקעין, הגם שבעת העסקה, המתחייב איננו בעליה של הזכות הקניינית במקרקעין. במקרה כזה, חשוף המתחייב לסיכון שהזכות הקניינית לא תגיע לידי ויבצר ממנו לקיים התחייבותו. הוא עלול להסתכן בחיוב בפיצויים בשל אי קיום התחייבותו (ראו: ע"א 682/74 אברהם יקותיאל נ' בינה ואסתר ברגמן, פ"ד כט(2), 757, 761 מול האותיות ו-ז; ע"א 91/77 לילי ביקסר נ' "עמידר" החברה הלאומית לשיכון עולים בע"מ, ואח', פ"ד לב(1) 73, 77 מול האות ז; ע"א 274/79 חורי ואח' נ' כנען ואח', פ"ד לה(3), 337, 348 מול האות ז; ע"א 371/89 פורד נ' חיים שכטר חברה לבנין והשקעות בע"מ בפירוק ואח', פ"ד מו(1), 149, 153 מול האות ז). בענייננו, מדובר במקרקעין מוסדרים שבעליהם הרשום (בריטיש) מוכן להעבירם. אין כל מניעה לקיים את ההתחייבות להעביר את הזכות, שעל-פי נוסחם של החוזים וכוונת הצדדים העולה מהם, היא הזכות במקרקעין עצמם, קרי, זכות קניינית. לאור האמור, יש לבחון את המקרה שלפנינו במסגרת חוק המקרקעין ולא במסגרות האחרות שהוזכרו לעיל.

5. הסעיף הרלבנטי לענייננו, הוא סעיף 9 לחוק המקרקעין הדין בעסקאות נוגדות. מפאת חשיבותו של הסעיף אביאנו כלשונו:

9. עיסקאות נוגדות

התחייב אדם לעשות עיסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העיסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעיסקה נוגדת, זכותו של בעל העיסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום-לב ובתמורה והעיסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום-לב - זכותו עדיפה.

האם יש מקום להחלה ישירה של סעיף 9 על המקרה שלפנינו? התשובה לכך אינה פשוטה.

השאלה הראשונה העולה היא, האם סעיף 9 חל במקרה בו המתחייב בהתחייבויות נוגדות אינו בעל הזכות הקניינית, אלא בעל זכות אובליגטורית בלבד. התשובה לשאלה זו אינה מובנת מאליה. לא ברור כי "עיסקה במקרקעין" בה מדבר סעיף 9 כוללת גם עסקה שבוצעה על-ידי אדם שבידיו רק זכות אובליגטורית לקבלת זכות בעלות במקרקעין והוא מתחייב להעביר את המקרקעין לאחר שיגיעו לידי. אלא, שמקובל עלי כי גם בסיטואציה כזו חל סעיף 9, כאמור בפסק דינו של הנשיא, באשר לשונו של הסעיף ותכליתו מוליכים למסקנה כי גם בעל זכות אובליגטורית לקבלת זכות קניינית המתחייב בהתחייבויות נוגדות בא בגדרו של הסעיף. **ראשית**, המילים בהם השתמש המחוקק בסעיף 9 הן "התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין". "עסקה במקרקעין היא הקניה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה." (סעיף 6 לחוק המקרקעין). התחייבות להקנות זכות בעלות במקרקעין נופלת בגדרה של התחייבות לעשות עסקה במקרקעין, גם אם המתחייב אינו בעל הזכות הקניינית בעת יצירת ההתחייבות (וראו: ע"א 91/77 לעיל, בע' 77 (מול האות ה) - 78 (מול האות א) וכן ע"א 274/79 לעיל, בע' 348 מול האות ז, לעניין "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין" לצורך דרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין). **שנית**, סעיף 9 מגלם עקרון מוכר במשפט האזרחי לפיו בתחרות בין שניים, הראשון בזמן זוכה (ראו: נ' כהן לעיל, בע' 43). הסעיף קובע, כי בעסקאות נוגדות במקרקעין, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אלא אם כן, בעל העסקה השניה פעל בתום לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו תם לב, שאז, זכותו עדיפה. סעיף 9 נועד בראש ובראשונה להגן על בעל העסקה הראשונה, שבידו זכות אובליגטורית לקבל זכות קניינית במקרקעין. זכותו של בעל העסקה הראשונה היא האינטרס המוגן הבסיסי בהסדר שבסעיף 9, והעדיפות נסוגה רק בהתקיים התנאים המפורטים בסעיף. זכות זו היא חיוב מדיני החיובים ואף על-פי כן מעמד מיוחד לה. "למרות שבדיני החיובים אנו מצויים, יש לאותה התחייבות מעמד מיוחד המקרבה לזכות הקניין והנובע מעצם טבעה של ההתחייבות" (נ' כהן, **התערבות ביחסים חוזיים** (תשמ"ב), 28). בכך יצר המחוקק "זכות שביושר תוצרת הארץ" המצויה בידיו של בעל העסקה הראשונה (ראו: ע"א 189/95 **בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונב**, פ"ד (ג) 199, 249 מול האותיות ב-ו, 252 מול האותיות ג-ד (להלן: **ענין בנק אוצר החייל**)). במקרה שלפנינו, ההתחייבות היא לבצע עסקה קניינית במקרקעין קונקרטיים ומן הראוי להעניק לה הגנה רחבה מזו המוענקת לחיוב חוזי רגיל. אין הגיון ליצור שוני בין האינטרס של מי שרוכש מבעלים רשום של מקרקעין, זכות אובליגטורית להעביר לו את הזכות הקניינית במקרקעין, לבין האינטרס של מי שרוכש זכות כזו ממי שאינו רשום כבעלים של המקרקעין, אלא שהוא עצמו מחזיק בזכות אובליגטורית להעביר לו את המקרקעין. לזה גם לזה אינטרס מוגן זהה.

מכל האמור עולה, כי ניתן לבחון את התחרות בין גנז ואפק במסגרת סעיף 9 לחוק המקרקעין ולבחון מהו כלל ההכרעה לפי אותו סעיף בנסיבות המקרה דנן.

6. במקרה שלפנינו, לא נרשמה כלל העסקה לטובתו של אפק - בעל העסקה השניה. לפיכך, לא מתקיים רכיב מרכזי הדרוש על מנת להעניק לו עדיפות, שכן סעיף 9 קובע שעדיפות כזו תינתן למי שרכש את הקרקע בתמורה ובתום לב והעסקה עמו **הסתיימה ברישום** בעודו בתום לב. מכאן, שלכאורה, על-פי כלל ההכרעה שבסעיף 9, בעל העסקה הראשונה - גנז - גובר. אלא שלא בהכרח כך. לשיטתו של חברי הנשיא, נכנס לתמונה עקרון תום הלב, והפעם **לא לטובתו של בעל העסקה השניה** הנדרש על-פי הוראת סעיף 9 להיות תם לב, **אלא לחובתו של בעל העסקה הראשונה**. הנשיא סבור, כי "עקרון תום הלב חל ביחסים בין בעל העסקה הראשונה לבעל העסקה השניה, וכי עקרון תום הלב עשוי למנוע במקרים מסויימים מבעל העסקה הראשונה מלממש את זכות האכיפה כלפי בעל העסקה השניה - זכות המוענקת לו מכוח הכלל הבסיסי שבעסקאות נוגדות" (פיסקה 24 לפסק דינו). לשיטתו, עקרונית, תום הלב דורש מבעל העסקה הראשונה לעשות ככל יכולתו לרשום הערת אזהרה, וכי במחדלו מלעשות כן יש עקרונית משום מחדל שלא בתום לב. נראה לי, כי דרישת תום הלב ככל שהדבר נוגע לבעל העסקה הראשונה וקביעה כי ככלל אי רישום הערת אזהרה לטובתו מהווה חוסר תום לב מצידו, מעוררות קשיים לא מעטים. במה דברים אמורים?

7. (1) על-פי רכיביו של סעיף 9, כל שנדרש מבעל העסקה הראשונה על מנת שיזכה בעדיפות הוא להיות בעל ההתחייבות הראשונה. עקרון תום הלב איננו מוצא ביטוי כלשהו בחלקו של הסעיף הקובע את זכותו העדיפה של בעל העסקה הראשונה. ערה אני לכך, כי עקרון תום הלב הוא עקרון על, החולש על, תחומי משפט רבים גם כאשר אינו כלול בטקסט של דבר החקיקה. אלא, שככל שמדובר בסעיף 9 עקרון תום הלב לא נשכח מליבו של המחוקק. הוא מוצא ביטוי מפורש בסעיף 9 עצמו בהתייחס לבעל העסקה השניה, ממנו נדרש - בין השאר - תום לב על מנת שיזכה בעדיפות על פני בעל ההתחייבות הראשונה. נראה כי ההסדר החקיקתי אינו דורש - במכוון ובמפגיע - כי תום הלב יהווה רכיב מן הרכיבים הנדרשים לצורך קביעת עדיפותו של בעל העסקה הראשונה. אי דרישת תום לב מצד בעל העסקה הראשונה איננו השמטה מקרית. זהו גילוי דעת מפורש של המחוקק המסדיר מערכת עדיפויות בעסקאות נוגדות - שהיא בעייתית כשלעצמה - בהסדר שהגיון בצדו. מכאן, שככל שניתן ליישם את עקרון תום הלב על בעל העסקה הראשונה, הרי שהחלה כזו אינה מכוח הוראת הסעיף עצמו אלא מכוח החלת עקרון תום הלב מחוצה לו.

2) החלת עקרון תום הלב על בעל העסקה הראשונה וייחוס חוסר תום לב לו משום שלא רשם הערת אזהרה, טומנים בחובם חשש מפני אי ודאות, אי אחידות ואי יציבות ביחס לכלל הקדימות הקבוע בסעיף 9. השאלה אם נפגע תום ליבו של בעל העסקה הראשונה באופן השולל את עדיפותו אינה פשוטה ומעלה קושיות שונות, כגון, האם ניתן היה לרשום הערת אזהרה אם לאו; האם מקובל שלא לרשום הערת אזהרה (למשל בין בני זוג) ומה הן ההשלכות של אי רישום זה על סדר העדיפויות (השוו: ענין **בנק אוצר החייל** בע' 222 מול האותיות א'ד'); האם יש טעמים טובים לאי רישום הערת אזהרה; החל ממתי ניתן היה לרשום הערת אזהרה, כיצד נקבע את המועד ממנו ניתן היה לרשום הערת אזהרה ומה משמעות הזמן שחלף מאז שניתן היה לרשום כזו; מהו פרק הזמן שמעבר לו ייחשב אי רישום הערת האזהרה לחוסר תום לב, ועוד.

3) גם אם נניח כי ניתן היה לרשום הערת אזהרה ומשום מה לא נרשמה כזו על-ידי בעל העסקה הראשונה, ספק אם מחדל כזה מהווה מן הבחינה המשפטית חוסר תום לב. זאת לזכור, כי רישום הערת אזהרה נועד, באופן ראשוני, להגן על בעל העסקה הראשונה מפני עסקות סותרות מאוחרות בזמן בין מי שהתחייב כלפיו לבין צד שלישי. משכך, האם רובצת חובה משפטית על בעל העסקה הראשונה כלפי בעל העסקה השניה לענין רישום הערת אזהרה?

4) גם אם נגרוס, כי הערת האזהרה נועדה להגן גם על בעל העסקה השניה ולהזהירו לבל יסתבך בעסקה נוגדת (ראו: פסקה 15 לפסק דיני **ענין בנק אוצר החייל**), עדיין שאלה היא האם אי רישום הערת אזהרה מהווה חוסר תום לב במובן המשפטי או שמא זוהי רשלנות גרידא. רשלנות וחוסר תום לב יכולים לדור בכפיפה אחת ולא בהכרח רשלנות רגילה או רשלנות רבתי מפקיעה את תום הלב, אם כי רשלנות רבתי יכולה להוות ראיה בדבר חוסר תום לב (ע"א 92/78 **דוד שטרית נ' קאר תורס (ישראל) בע"מ, חברה להשכרת רכב ואח'** פ"ד לג(1) 331, 333; ע"א 634/79 **טוביה קון נ' דני חסון ואח'** פ"ד לה(3) 611, 613 מול האות ז). רשלנות ותום לב יכולים להיות שני מצבים נפרדים ולא בהכרח משולבים זה בזה. נראה, כי עד כה לא נקבעו בפסיקה קריטריונים לענין האבחנה בין השניים במצבים מסוימים וליישום כל אחד מאלה במקרים נתונים. לפיכך, שאלה היא אם אי רישום הערת אזהרה מהווה רשלנות או חוסר תום לב ומתי מהווה הוא אחד מאלה או שניהם. לסיווג אי רישום הערת אזהרה כרשלנות או כחוסר תום לב, תוצאות שונות והשלכות שונות. אם נאמר כי אי רישום כזה מהווה רשלנות גרידא, לא יהיה בכך כדי לשלול מבעל העסקה הראשונה את עדיפותו מכוח סעיף 9 לחוק המקרקעין. רשלנות כזו יכולה להקים לבעל העסקה השניה עילה במישור הנזיקי נגד החבים כלפיו ולא עילה לאכיפת ההסכם (ראו: ע"א 1235/90 **הרבסט נ' חברת מ. אריאן קבלן לעבודות חשמל בע"מ ואח' וערעור שכנגד** פ"ד מו(4) 661, 672-673; ע"א 328/94 **מילר נ' יוסף ואח'** פ"ד נ(3) 378, 382). בכך מומחש הצורך לבחון במקרה נתון האם מדובר בחוסר תום לב או ברשלנות גרידא.

5) זאת ועוד, גם אם נניח כי אי רישום הערת אזהרה מהווה חוסר תום לב, האמנם הסנקציה של שלילת הזכות לקבל את המקרקעין אותם רכש ראשון, כשאין כל פגם בהתנהגותו ביחסיו עם המוכר, הינה סנקציה הולמת ומידתית?

6) שאלה אחרת נוגעת לתחולתם של עקרונות משפטיים כלליים אחרים לצד עקרון תום הלב, בהנחה שעקרון זה חל על בעל העסקה הראשונה. האם אין חשיבות לשאלה מי מבין הצדדים ג' או ד' מחזיק במקרקעין ומה השימוש שעשה בהם עד שהתברר כי המדובר בעסקאות נוגדות? ומה אם בעל העסקה הראשונה שלא רשם הערת אזהרה לטובתו, מחזיק במקרקעין או בנה את ביתו עליהם או השקיע בהם השקעות אחרות, האם גם אז יש למנוע עדיפותו על פני בעל העסקה השניה בשל חוסר תום לב עקב אי רישום הערת אזהרה? בעבר נקבע, כי בתביעת האכיפה של בעל העסקה הראשונה כלפי המוכר אין

להתחשב בשיקולי צדק ככל שהם נוגעים לבעל העסקה השניה (ד"נ 21/80 **ורטהיימר ואח' נ' הררי ואח'** פ"ד לה(3) 253). אלא, שבאותו עניין לא הוחל עקרון תום הלב על בעל העסקה הראשונה. שאלה היא, אם כאשר מחילים את עקרון תום הלב על בעל העסקה הראשונה, אין מקום להתחשבות בשיקולים נוספים ביחסים בין בעל העסקה הראשונה והשניה, וביניהם, שיקולי צדק.

8. הקשיים שמניתי, אותם מעוררת החלת עקרון תום הלב על זכותו של בעל העסקה הראשונה, הביאוני למסקנה, כי **ככלל**, אי רישום הערת אזהרה על-ידי בעל העסקה הראשונה אינו מחדל המעיד **כשלעצמו** על חוסר תום לבו. **ככלל**, אין באי רישום כזה כדי לפגוע בזכות הקניינית העדיפה המועננת לו מכוח סעיף 9 לחוק המקרקעין. פגיעה כזו בזכותו של בעל העסקה הראשונה שלא רשם הערת אזהרה לזכותו יכול ותתרחש בנסיבות חריגות, שהמקרה דנן נמנה עליהן. גנז, בעל העסקה הראשונה, נמנע מלרשום הערת אזהרה במשך שבע עשרה שנים. הוא לא הראה מניעה לרישום הערת אזהרה ואף לא הבהיר מדוע לא רשם הערת אזהרה באופן שניתן יהיה לומר כי אי הרישום לא פגע בתום ליבו. לעומת זאת, אפק, בעל העסקה השניה, עיבד את המקרקעין כחלק ממשבצת חקלאית המעובדת על ידו במשך עשרות שנים. זאת ועוד, אפק, בדק את פנקס המקרקעין בטרם התקשר בעסקה ורשם הערת אזהרה לטובתו. בנסיבות אלה, אף אני בדעה כי אי רישום הערת אזהרה על-ידי גנז מהווה חוסר תום לב וכי בשל חוסר תום לב זה אין להעדיפו על פני אפק.

9. לאור האמור, אני מסכימה לתוצאה אליה הגיע חברי הנשיא.

המשנה לנשיא, השופט ש' לוי:

1. מוכן אני להניח, כמו חברי הנכבדים, שעל המקרה חל סעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן - חוק המקרקעין), שעניינו "עסקאות נוגדות", לאמור, המדובר בהתחרות בין שתי זכויות קניניות (או מעין קניניות); ואם רכש "בעל העיסקה הראשונה" את הקנין בנכס, עדיפה זכותו על "השני" אלא אם כן נרשמת העיסקה לטובתו של זה "בעודו בתום לב". הסעיף מניח, שמבחינת דיני הקנין רכשו הן "בעל העיסקה הראשונה" והן "השני" את זכותם ואילו לא היה מדובר בעסקאות או בזכויות נוגדות, לא היתה מתעוררת כל שאלה לגבי תקפותן. לפיכך לא צריך היה לכתוב בסעיף 9 הנ"ל דבר לגבי תום לבו של "בעל העיסקה הראשונה" שלדידו השאלה אם הוא היה תם לב אם לאו אינה רלבנטית ובלבד שזכותו היא בתוקף. מאידך גיסא, תום לבו של "השני" הוא רלבנטי לא לגבי תוקפן של העסקאות הנוגדות, כשהן לעצמן, אלא כדי להכריע ביניהן, כאשר הן נוגדות והתחרות שביניהן היא במישור הקניני.

2. סעיף 9 לחוק המקרקעין, ענינו המעגל החיצוני של דיני הקנין, אך בצדו קיים גם המישור הפנימי, האובליגטורי. אדם יכול וירכוש זכות בדיני הקנין, אך יתחייב (בהתחייבות בת תוקף) שלא לממש את זכותו, או ינהג באופן שאינו עולה בקנה אחד עם מימוש זכותו. אלה הם מצבים שבהם סעיף 9 לחוק המקרקעין אינו דן. אחד מהמצבים הללו, במישור האובליגטורי, הוא כאשר עקב התנהגותו, מושקע פלוני מלטעון לקיום זכותו כלפי אלמוני; השתק כזה מחייב מצג של פלוני כלפי אלמוני במעשה או במחדל שבעטיו שינה אלמוני את מצבו לרעה; מצג כזה יכול להיווצר כאשר מוטלת חובה על פלוני כלפי אלמוני לנהוג או שלא לנהוג בדרך מסוימת והוא הפר חובה זו. קיים דמיון בין קביעת חובה זו בדיני ההשתק לבין קביעתה לצורך הטלת חבות בעוולת הרשלנות; אך הדמיון אינו מלא, שבמקרה האחד מטרתה למנוע מפלוני מלהעלות טענת הגנה ובמקרה האחר מטרתה - תביעה לפיצויים עקב הפרתה. כך, למשל, לפני שחוקק באנגליה חוק השטרות, 1882, הוכרה זכותו של אוחז בתום לב ובתמורה בשטר רק מכוח דיני ההשתק, שהמושך על ידי הוצאת השטר למחזור היה מושקע מלעורר כלפיו כל טענת הגנה שהיתה לו כלפי הנפרע, ורק מאוחר יותר בחוק הנ"ל, ניתנה לאוחז בתום לב ובתמורה זכות אקטיבית לתבוע מכוחו הוא את המושך. באותו אופן מי שהוציא למחזור שטר חסר פרט מהותי ופלוני מילא אותו בניגוד לרשות שניתנה לו היה מושקע, עקב רשלנותו, מלטעון נגד אוחז בתום לב ובתמורה שיש לו עילת הגנה. כיום הומר ההשתק בזכות אקטיבית של האוחז כשורה לתבוע את זכותו, מכח סעיף 19 לפקודת השטרות. אותו תהליך עברה גם הילכת השוק הפתוח, שתחילה שימשה כהגנה מכוח השתק נגד הקונה בתום לב ובתמורה בשוק פתוח ולאחר מכן הועמדה על רגליה היא בסעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968.

קביעת קיומו של השתק כעילת הגנה מצויה כולה במישור האובליגטורי. היא מחייבת קביעה בדבר קיומה של חובה המוטלת על פלוני כלפי אלמוני, שהפרתה משתיקה את פלוני מלעורר טענת הגנה, וכשלעצמה אין לה ולא כלום עם תביעת פיצויים אפשרית של אלמוני כלפי פלוני.

3. דוקטרינת ההשתק התפתחה במקרים רבים במשפט המקובל כתחליף להעדרה של דוקטרינת השימוש בזכות בתום לב; וכיום עם ישומה של החקיקה הישראלית החדשה, המכירה בדוקטרינת השימוש בזכות בתום לב, קיימת נטיה לעשות פחות ופחות שימוש בדוקטרינת ההשתק; אכן יצירת הקונצפציה של "תום הלב האובייקטיבי" עשויה במקרים רבים לשמש לה תחליף ויכול שהגדרה נאותה עשויה (כמעט) לזהות בין שתי דוקטרינות אלה. לדידי ראוי הוא מבחינה דיאלקטית שלא לטשטש את הגבולות בין השתיים. לצורך הסוגיה הנדונה בערעור זה די לי בקביעה כי גם אם ניתן להביא את דוקטרינת ההשתק תחת כנפי "תום הלב האובייקטיבי" אין מדובר אלא ב"תום לב" במישור האובליגטורי ולא בתום הלב במשמעותו "הקניינית" בסעיף 9 לחוק המקרקעין.

4. מהטעמים המפורטים בחוות דעתו של הנשיא אני סבור שלפי המקובל בישראל - נדרש רוכש זכות במקרקעין לרשום הערת אזהרה על התחייבות למכור לו את הזכות, בכל מקום שהדבר אפשרי, נדרש וראוי. לדברים אלה יש להוסיף גם שבמקרים אלה אי רישום הערת אזהרה במשך שנים רבות, כמו במקרה שלפנינו, יש בה משום הפרת חובה אובליגטורית כלפי "השני" המשתיקה את בעל העיסקה הראשונה מלטעון לקיומה של זכות מכח סעיף 9 לחוק המקרקעין; ניסוח אחר הוא לומר - שמדובר בהפרת חובת "תום הלב האובייקטיבי", שאין לה ולא כלום עם תום הלב הנדרש מ"השני" בסעיף האמור.

נמצא, שאם כי במעגל החיצוני, הקנייני, זכותו של בעל העיסקה הראשונה גוברת, הרי במישור הפנימי, האובליגטורי, מונע בעדו מחדלו מלרשום הערת האזהרה את מימוש זכותו לפי סעיף 9 הנ"ל.

מהטעמים האמורים אני מסכים לתוצאה אליה הגיע הנשיא.

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. אלה עובדות המקרה: משיבה 1 (בריטיש) מכרה מקרקעין שבעלותה למשיבה 2 (נוטריקון). העיסקה לא נגמרה ברישום. בין נוטריקון והמערער (גנז) נכרת חוזה לפיו נוטריקון מוכרת את המקרקעין לגנז. עסקה זו לא נגמרה ברישום וגנז לא רשם

הערת אזהרה. שנים לאחר מכן, שבה נוטריקון וחתמה על חוזה מכר נוסף לפיו היא מוכרת את המקרקעין למשיבה 3 (אפק). אפק קנתה את המקרקעין בתום לב, בתמורה, ורשמה הערת אזהרה בדבר העסקה לאחר שקבלה לכך את הסכמת בריטיש ונוטריקון. העסקה השניה נוגדת לעסקה הראשונה. מי מבין בעלי הזכויות על פי העסקאות הנוגדות זכאי לאכיפת זכותו?

2. אני מצטרפת למסקנת הנשיא בפסק דינו כי יש לדחות את הערעור, משזכותה של בעלת העסקה השניה (אפק) גוברת על זכותו של בעל העסקה הראשונה (גנז) בנסיבות מקרה זה. אני מצטרפת להנחת המוצא כי סעיף 9 לחוק המקרקעין מתפרש גם על עסקאות נוגדות מסוג אלה הנדונות כאן, בהן המוכר אינו בעל קנין רשום והוא מעביר את המקרקעין בעסקאות נוגדות (להלן – "עסקאות מעין קנייניות"). כן אני מסכימה כי, בצד העדיפות שניתנה בסעיף 9 לחוק המקרקעין לבעל העסקה הראשונה, ישנן נסיבות בהן אכיפת זכותו מחייבת העמדת תום לבו למבחן, ולבחינה זו עשויה להיות השלכה על תוצאות ההתמודדות בינו לבין בעל העסקה השניה. בהפעלת סעיף 9 על העסקאות הנוגדות בענייננו, מניח הנשיא בפסק דינו כי בעל העסקה השניה אינו רוכש עדיפות על פני הראשון מכח מילוי התנאים המצטברים הנדרשים בסיפא לסעיף 9, שכן לא מתמלא לגבי תנאי הרישום של זכות הקנין, בהינתן טיבה של העסקה כהתחייבות לבצוע עסקה במקרקעין שהמתחייב בה אינו בעלים רשום. לכן, הנחתו היא כי בעל העסקה הראשונה עדיף, בכפוף לבחינת תום לבו. בענין זה אבקש להסתייג מנקודת המוצא השוללת מלכתחילה אפשרות כי בעל העסקה השניה יזכה בעדיפות על פני הראשון, מכח קיום דרישות סעיף 9 סיפא. עמדתי, כפי שתוצג להלן היא, כי החלת כללי התחרות של סעיף 9 מחייבת התאמתם, בשינויים המחוייבים, לעסקאות הנוגדות המעין קנייניות שבהן המוכר אינו בעלים רשום. התאמה זו מביאה לתוצאה כי כשם שבעסקה נוגדת שבה המוכר הינו בעלים רשום בוחנים, בראשית הדברים, האם בעל העסקה השניה יועדף על הראשון אם קיים דרישות תום לב, תמורה, ורישום בתום לב של זכות קנין, כך, ובאותה מידה, יש לבחון בעסקה המעין-קניינית, שבה המוכר אינו בעלים רשום, האם בעל העסקה השניה קיים דרישות אלה, בשינויים המתחייבים, כאשר את מקום רישום זכות הקניין יתפוס רישום הערת אזהרה. אם נתקיימו דרישות אלה, כי אז בשני המצבים זכותו של בעל העסקה השניה תגבר, ושאלת תום לבו של הראשון תתייתר. אולם אם לא נתקיים בקונה השני אחד התנאים המצטברים הנדרשים לעדיפותו, תינתן הבכורה לראשון, בכפוף למבחני תום הלב, הכל כמתואר בהרחבה בחוות דעתו של הנשיא.

3. סעיף 9 לחוק המקרקעין קובע כי מקום שהתחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו תם לב – זכותו עדיפה. הוראה זו, על פי פשוטה, מדברת בעסקאות נוגדות שניתן לרשום לגביהן, על פי טיבן, זכויות קניין. רוצה לומר, עסקאות בהן המוכר הנו בעל זכות קניין רשומה אותה הוא מעביר לאחרים בשתי עסקאות נוגדות (להלן – "עסקאות קנייניות"). באשר להן, קובעת הוראת החוק כי בתחרות בין עסקאות כאלה תינתן הבכורה לראשון, אלא אם השני פעל בתום לב, בתמורה, והעסקה לטובתו, קרי: העברת זכות הקניין – נרשמה בעודו תם לב. רישום הקניין משכלל את זכותו של השני, ומיצבור התנאים – תום לב, תמורה, ורישום של זכות הקניין מקנים לו עדיפות על הראשון. לעומת העסקאות הקנייניות, בעסקאות נוגדות מעין-קנייניות מסוג אלה בהן אנו דנים, המוכר אינו בעל זכות קניין, אלא מחזיק, הוא עצמו, בזכות מעין-קניינית לתבוע מימוש התחייבות לבצוע עסקה קניינית כלפיו. הוא מבצע שתי עסקאות נוגדות לגבי המקרקעין. בעסקאות אלה, מעצם טיבן, לא ניתן לרשום זכות קנין, שכן כל שיש בידי בעלי העסקאות הן זכויות מכח התחייבויות נוגדות של המוכר לבצע עם כל אחד מהם עסקה במקרקעין, שעה שהמוכר עצמו אינו רשום כבעליה של הזכות המועברת. הכללתן של העסקאות המעין-קנייניות הנוגדות הללו במסגרת סעיף 9, כמוצע על ידי הנשיא, מחייבת, על פי הניתוח המוצע כאן, להחיל עליהן, בשינויים המתחייבים, ובאורח סימטרי ככל הניתן, את עקרונות ההתמודדות שהוראת חוק זו קובעת לגבי עסקאות קנייניות מתחרות. תנאי תום לב ותמורה על ידי בעל העסקה השניה ניתנים לקיום באותה מידה בעסקה הקניינית והמעין קניינית. השוני ביניהם הוא בדרישת הרישום כאמצעי לשכלול העסקה על ידי בעל העסקה השניה לצורך רכישת עדיפות על בעל העסקה הראשון. בעסקה הקניינית, רישום הקניין הוא אמצעי אפשרי. בעסקה המעין-קניינית, רישום הקניין אינו אפשרי, שכן כל שמצוי בידי בעל הזכות הוא התחייבות לבצוע עסקה על ידי מוכר שהוא עצמו אינו בעל זכות קניין. יחד עם זאת, המגמה ליצור סימטריה בין שני סוגי העסקאות, כמתבקש מהיות שתיהן תחת מטריית סעיף 9 מצדיקה בחינה מהו האמצעי העומד לרשות בעל העסקה השניה לשכלל את עדיפותו על פני בעל העסקה הראשונה, ברוח דרישות החוק בענייננו. וכך, דרישות סעיף 9 צריכות להיות מותאמות, לפי הענין, לטיב העסקה בה מדובר: קניינית או מעין-קניינית. וכאן השאלה, האם אין לראות את בעל העסקה השניה המעין קניינית אשר רכש את זכותו בתום לב ובתמורה, כמי "ששכלל" את זכותו המעין קניינית על ידי רישום הערת אזהרה בדבר זכותו במרשם המקרקעין, הפתוח לעיון הציבור ומהווה הצהרה קבל-עם על זכותו? סעיף 9 מחייב כתנאי לעדיפותו של בעל העסקה השנייה כי "העסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום לב". פשוטו של תנאי זה ברישום זכות הקניין **בעסקה קניינית** נדרש על פי סעיף 7 לחוק המקרקעין לצורך שכלולה של אותה עסקה. ברי, איפוא, כי רישום הערת אזהרה בעסקה קניינית כזו לא ישכלל את זכות הקניין וגם לא יקנה לקונה השני עדיפות על הקונה הראשון. אולם שונה הדבר כאשר מדובר בתחרות בין שני קונים **בעסקה מעין-קניינית**, בה לא ניתן לרשום זכות קניין. סעיף 9 בנוסחו אינו מוגבל לרישום זכות קניין בעסקת-קניין בלבד, אלא הוא עשוי להתיישב גם עם רישום זכות מעין-קניינית בעסקה מעין-קניינית על דרך רישום הערת אזהרה. גם הגדרת המושג "רישום" בסעיף ההגדרות של חוק

המקרקעין אינו מדבר ברישום זכות קנין דוקא, אלא עניינו על פי ההגדרה ב"רישום בפנקסי המקרקעין המתנהלים לפי חוק זה או התקנות על פיו". דרישת הרישום בסעיף 9 עשויה להתיישב, איפוא, גם עם רישום זכות שאינה קניינית לגבי עסקה מעין-קניינית. משהוחל סעיף 9 גם על עסקאות מעין-קנייניות, מתבקש להחיל לגביהן את תנאי הרישום הנקוב בו על דרך רישום הערת אזהרה, שהוא האמצעי המשפטי העומד לרשות בעל הזכות לתת פומבי לזכותו. הפועל היוצא מכך הוא, כי כשם שבעסקה הקניינית יגבר הקונה השני על הקונה הראשון מקום שקיים את תנאי תום הלב, התמורה, ורישום זכות הקנין, כך בעסקה המעין קניינית, יגבר הקונה השני כאמור, מקום שקיים את תנאי תום הלב, התמורה ורישום הזכות המעין קניינית על דרך רישום הערת אזהרה. בשני מצבים אלה כאחד, לא יידרש בית המשפט לבחינת תום לבו של הקונה הראשון.

4. ישנן חילוקי דעות באשר לשאלה אם הערת אזהרה הינה "זכות במקרקעין" אם לאו, והנטייה בפסיקת בית המשפט הינה לאמץ את הגישה לפיה הערת אזהרה אינה בבחינת זכות במקרקעין, אלא כל עיקרה הוא במחסום שהיא יוצרת בפני רישום עסקאות סותרות במקרקעין. ככזו היא "זכות שלילית מעצם טבעה, למנוע מאחרים רכישת זכות קניינית במקרקעין ואין היא, כשלעצמה, יוצרת זכות בעלת תוכן קנייני למאן דהוא" (דברי הנשיא לנדוי בע"א 68/76 אטיאס נ' הממונה על המרשם פד"י (3) 527; וכן ע"א 1235/90 הרבסט נ' חב' אריאן, פד"י (4) 661, 672); ע"א 205/83 חובני נ' דיקלה, חברה לבנין, פד"י (3) 96; רייכמן, הערת אזהרה - מהות, יצירה והגנה כנגד עסקאות נוגדות", עיוני משפט י', 297). מאידך, המחוקק "איפשר את חיסונה הקנייני של זכות חוזית לרכישת זכות במקרקעין בתוך שיטת הרישום: על ידי רישומה של הערת אזהרה הופכת זכות חוזית כזו עדיפה כלפי עסקאות נוגדות מאוחרות וכלפי נושים של המוכר" כדבריה של פרופ' נ' כהן, "חווה של קטינה לרכישת דירה, מול נושה של המוכר" הפרקליט מא' (1993) 161, 191. ראה גם י' ויסמן "זכות קניין בפסיקה: התיאוריה בשירות הפרקטיקה" עיוני משפט טו' (1990) 53, 60-62, המביע דעה לפיה ראוייה זכות חוזית שעליה הערת אזהרה להיות מסווגת כזכות קניין. (ראה גם דברי השופט ח. כהן בע"א 68/76, שם; א. פרוקציה, דיני פשיטת רגל וחקיקה אזרחית בישראל, עמ' 81). הובעה אף העמדה כי אין לייחס להערת האזהרה תווית של "קנייניות" או העדר "קנייניות" אלא יש לראותה "כיצור כלאיים שלו תווי אופי קנייניים ולא קנייניים כאחד... יש לבחון את הערת האזהרה בכל מקרה לגופו, על רקע הסיטואציה הקונקרטית המתעוררת. סיווגה ומיונה של ההערה, ככל שהם נדרשים, יוכרעו על פי אלה ממאפייניה אשר להם ביטוי מיוחד בהקשר הנדון" (דברי השופט ד. לוי בע"א 261/88 בנק המזרחי המאוחד נ' רוזובסקי, פד"י (2) 117, 121).

בענייננו, סיווגה של הערת האזהרה כקניינית אם לאו איננה מכרעת. חשיבותה משתקפת במימד הפומביות הנלווה אליה, ההופך באמצעותה את זכותו המעין קניינית של בעל העסקה השנייה לזכות הנחשפת לעיני הציבור ומשמשת גורם ובסיס להסתמכות צדדים שלישיים. במובן זה יש דמיון בינה לבין רישום זכות הקניין בעסקה הקניינית. רבות נכתב על מימד הפומביות כמעצב העיקרי של עוצמתה של זכות הקניין ועמידותה בפני צדדים שלישיים (דויטש, קנין, חלק א', עמ' 127 ואילך; ע"א 790/85 רשות שדות התעופה, נ' גרוס, פד"י (3) 185; ע"א 2242/92 מ.נ. בנק אמריקאי ישראלי בע"מ, פד"י מ"ח(3) 249). למימד הפומביות ישנו משקל משמעותי בהקשר לרישום הזכות המעין-קניינית. רישום הערת אזהרה מגשים את מימד הפומביות כאמור, ומשווה לזכותו של בעל העסקה השניה אופי של זכות המצויה בעין הציבורית, על ההשלכות הנגזרות מכך (על ערכו של רישום הערת אזהרה ראה ויסמן, דיני קניין, חלק כללי, עמ' 327). ברישום כזה ממצה בעל הזכות את האמצעי היחיד שהמשפט נותן בידי לרשום את זכותו (ראה ע"א 1516/99 לוי נ' חיג'אזי, פד"י (4) 730, 764 ר"ז). אין זה רישום זכות קניין שאינה מצויה בידו, אלא רישום זכות מעין-קניינית המצויה בידו. בכך מקבל רישום הערת האזהרה מימד "חיובי" הנושא אופי של הצהרה על קיום זכות הנוסף למימד "השלילי" המאפיין את ההערה שעניינו אזהרה והרתעה מפני ביצוע עסקאות סותרות עתידיות. וחוזרת השאלה - בעל עסקה שניה מעין קניינית שהוא תם לב, נתן תמורה ורשם הערת אזהרה - מדוע לא יראה כמי שזכותו המעין-קניינית "השתכללה", ותגבר בתוקף שכלול זה על בעל העסקה הראשונה, בדומה לעדיפותו של בעל העסקה השניה הקניינית הגובר בנסיבות דומות על הראשון מכח שכלול זכותו ברישום הקניין?

5. גישה זו מתיישבת עם הוראות אחרות הפאזרות על פני החקיקה האזרחית העוסקות בכללי תחרות בין עסקאות נוגדות בהקשרים שונים. הוראות אלה קובעות בדרך כלל עדיפות לבעל העסקה הראשונה, אלא אם בעל העסקה השניה הוא תם-לב, נתן תמורה וביצע אקט חיזוני מסוים המשכלל את זכותו ומקנה לה עדיפות על הראשון. (ראה ד' פרידמן, "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ד', 245). כך למשל, בעסקות נוגדות במיטלטלין יועדף הקונה הראשון אלא אם כן השתכללה זכותו של הקונה השני בתום לב ובתמורה ובקבלת הנכס לידו (סעיף 12 לחוק המיטלטלין). מסירת הנכס כאמור אינה בהכרח שקולה כהעברת בעלות, שכן על פי סעיף 33 לחוק המכר ניתן להסכים על דרך אחרת להעברת בעלות. אולם גם אם הוסכם כך, העדיפות ניתנת לבעל העסקה השניה שקיבל לידו את הנכס; בהמחאות זכויות נוגדות יועדף הנמחה הראשון אלא אם כן הודיעו ראשונה לחייב על ההמחאה השניה (סעיף 4 לחוק המחאת חיובים). להודעה לחייב ניתן משקל "המשכלל" את עדיפות השני; בעסקאות שכירות נוגדות לתקופה קצרה שאינן טעונות רישום, זכות השוכר הראשון עדיפה אך אם השני שכר וקיבל את המקרקעין בתום לב, זכותו עדיפה (סעיף 80 לחוק המקרקעין). עולה, איפוא, כי בתהליך ההתמודדות בין

עסקאות נוגדות קובעת החקיקה האזרחית ככלל כי בעל העסקה הראשונה יועדף, אלא אם כן בעל העסקה השניה הוא תם לב, נתן תמורה, וביצע אקט נוסף שיש בו כדי לשכלל את זכותו. על פי רוב, המאפיין אקט זה הוא בחשיפת הזכות שרכש בעל העסקה השניה בפני הציבור. בנסיבות אלה תגבר זכותו של בעל העסקה המאוחר על פני בעל העסקה המוקדם. כללים אלה מכוונים ליתן משקל נכבד לשיקולי חופש, בטחון, וודאות במסחר ובחיי הכלכלה. כך הוא גם באשר לעסקאות נוגדות במקרקעין הנשלטות על ידי סעיף 9 לחוק. הרישום הפתוח לעיני הציבור משכלל את זכותו של בעל הזכות המאוחר - בין רישום קנין בעסקה הקניינית ובין רישום הערת אזהרה בעסקה המעין-קניינית, ומקנה לו עדיפות.

6. ניתוח זה מניח כי החלת כללי התמודדות בין שתי עסקאות נוגדות תיעשה בשלבים הבאים: אם בעל העסקה הראשונה רשם הערה בדבר זכותו הוא יועדף על פני הקונה המאוחר מכוח הוראת העדיפות שבסעיף 9, ונוכח ההנחה כי לרוב בנסיבות אלה הקונה השני ממילא לא יקיים את דרישת תום-הלב נוכח קיום רישום זכותו של הראשון. אולם אם בגין העסקה הראשונה לא נרשמה הערת אזהרה יש לבחון האם בעל העסקה השניה מקיים את דרישות סעיף 9 סיפא, קרי: תום-לב, תמורה ורישום בעודו תם-לב. באם הן מתקיימות מוקנית לו עדיפות על פני בעל העסקה הראשונה. בנסיבות אלה לא נבחנת שאלת תום-לבו של הראשון, שכן השני, בקיימו את מלוא התנאים, יזכה גם מקום שהראשון, חרף אי רישום הערה על ידו, היה תם-לב. אולם מקום שבעל העסקה השניה לא קיים תנאי מהתנאים האמורים, נקודת המוצא היא כי בהתמודדות בין שני בעלי העסקאות הנוגדות זכותו של הראשון עדיפה. אולם עדיפותו זו כפופה לשאלות תום-לב באכיפת זכותו, על פי המבחנים המוצעים בפסק דינו של הנשיא. גישה זו להחלת סעיף 9 משותפת הן לעסקאות הקנייניות והן לעסקאות המעין-קנייניות, תוך יצירת מיתאם בכללי ההתמודדות בין שני סוגי עסקאות נוגדות אלה.

7. דרך זו לניתוח הסוגיה יוצרת סימטריה מהותית בכללי ההתמודדות בין עסקאות קנייניות לעסקאות מעין-קנייניות המצויות באותו מדרג. היא עונה לכללי התחרות המהותיים שסעיף 9 הציב. היא נותנת משקל לשכלול זכותו של בעל העסקה השניה במסגרת אמצעי הרישום הנתון בידיו בהתאם לאופי הזכות הנתונה בידו, קרי: רישום זכות הקנין בעסקה הקניינית ורישום הערת האזהרה בעסקה המעין-קניינית. שכלול הזכות בשני סוגי העסקאות מתקיים מתוקף פועלו של הרישום כמצהיר כלפי הציבור על קיומה של הזכות - בין הזכות הקניינית ברישום הקניין, ובין הזכות המעין קניינית ברישום הערת אזהרה לגביה. צדדים שלישיים פועלים על פי הרישום ומכלכלים על פיו את צעדיהם. בקביעת יחס סימטרי בהחלת כללי התחרות כאמור, יש כדי להקטין את אי הוודאות, אי האחידות ואי היציבות ביחס לכלל הקדימות הקבוע בסעיף 9, שהחשש מפניהן מובע בפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (בפסקה 27) (לפסק דינה). בפרשת אהרונוב (ע"א 189/95, פד"י נג (4) 199) כתב הנשיא:

"תיאור זכותו של הקונה (הראשון) כקניין שביושר אינו משקף את מלוא מורכבותו. העמקה נוספת בו חורגת מצרכיו של ערעור זה. כך, למשל, יהיה צורך בהמשך לבחון, בין השאר, את היחס בין דיני הקניין שביושר לבין דיני הערת האזהרה" (שם עמ' 247).

הגישה המוצעת כאן משקפת את הקשר הראוי בין רישום הערת אזהרה לבין קניין שביושר - הזכות המעין-קניינית.

8. לפנינו בעלי עסקאות מעין-קנייניות נוגדות באותו מדרג. גז', בעל העסקה הראשונה, לא רשם את זכותו המעין קניינית, ולפיכך אפק לא ידעה ולא יכלה לדעת על קיומה. לגז', כקודם בזמן, מוקנית העדיפות, להוציא מקרה שבו בעל העסקה השנייה ממלא אחר כל תנאי סעיף 9 סיפא. אפק, בעלת העסקה המאוחרת, פעלה בתום לב ובתמורה. היא רשמה הערת אזהרה באשר לזכויותיה על פי העסקה וגם זאת עשתה בתום לב. היא מקיימת את כל תנאי סעיף 9 סיפא לחוק המקרקעין ורישום ההערה על ידה שכלל את זכותה כלפי גז'. לאפק יש, אפוא, עדיפות על פני גז'. זכותה גוברת על זכותו של גז' אף בלא צורך לדון בשאלה האם התנהגותו של גז' נגועה בחוסר תום-לב. תוצאה זו נותנת ביטוי לאמות המידה שהוגדרו בחוק המקרקעין לצורך התמודדות בין שני בעלי הזכויות הנוגדות - מוקדם ומאוחר. ברוח דברים אלה אני מצטרפת למסקנת הנשיא כי יש לדחות את הערעור.

עיינתי בחוות הדעת של חברי, ואני מצטרף לחוות דעתו של חברי הנשיא א' ברק על הנמקתו. אסתפק בהערה אחת בדבר הרעיון, המוצע על ידי חברתי השופטת א' פרוקציה, לפיו במקרה של "עיסקה מעין קניינית" רישומה של הערת אזהרה על ידי הקונה השני כמוה כרישום העיסקה לטובתו, כמשמעות דרישה זו בסיפא של סעיף 9 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969. לטעמי, אין בית המשפט יכול ליצור הסדר בדרך שיפוטית, אשר יפחית מן הדרישה הפורמאלית של רישום עיסקה שנקבעה על-ידי המחוקק. עיסקה היא הקניינית זכות במקרקעין והיא טעונה רישום. כל עוד העיסקה לא נגמרה ברישום, רואים אותה כהתחייבות לעשות עיסקה. לכן, רישומה של הערת אזהרה אינו יכול לבוא במקום רישום העיסקה. יתרה מזו, איני רואה כל צידוק ענייני לכך שמעמדו של קונה שני, אשר קנה ממוכר שאינו רשום כבעלים, יהיה עדיף - ביחסיו עם קונה ראשון - על מעמדו של זה שקנה ממוכר הרשום כבעלים. לבסוף, מה יהא דינו של קונה שני שרשם הערת אזהרה זמן קצר לפני שהבעלות עברה לידי המוכר באמצעות רישום? האם נאמר כי כעת חלה הדרישה של סעיף 9 לרישום העיסקה מצד הקונה השני, או שמא נסתפק גם כאן בהערת האזהרה?

כאמור, מסכים אני לחוות דעתו של חברי הנשיא.

השופט א' מצא:

אני מסכים להכרעתו של חברי הנשיא, וכן לעיקרי הנמקתו. אף עליו מקובל, כי סעיף 9 לחוק המקרקעין עשוי לחול גם במקום שבו המתחייב לבצע עסקאות נוגדות במקרקעין לא היה, בעת מתן ההתחייבויות, בעל זכות קניינית במקרקעין. אכן, החלתו של חוק המיטלטלין על עסקאות והתחייבויות לעסקאות במקרקעין, הינה מלאכותית למדי ורצוי להימנע ממנה ככל שמגבלות הדין מאפשרות את הדבר. כן מקובל עליי, כי בנסיבות שבהן הקונה השני אינו מקיים את כל התנאים הנקובים בסיפת סעיף 9 (תום לב, תמורה ורישום), המקנים לו עדיפות על פני הקונה הראשון, אין עדיפותו של הקונה הראשון מוחלטת אלא כפופה לעקרונות משפט כלליים, בכללם עקרון תום הלב, במובנו האובייקטיווי. למותר לציין, בהקשר זה, כי הנטל להוכיח את אי-עמידתו של הקונה הראשון בעקרונות אלה, מוטל על הקונה השני, הטוען זאת. מסקנה זו מתבקשת מעצם עדיפותו הלכאורית של הקונה הראשון, הקבועה בסעיף 9.

עם זאת, הנני מבקש להימנע מקביעת כלל שלפיו, כדברי חברי, "עקרונות תום הלב דורש כי מי שהתחייבו כלפיו לעשות עסקה במקרקעין יעשה ככל יכולתו לרשום הערת אזהרה על דבר העסקה שנעשתה בפנקסי המקרקעין". אכן, חובת תום הלב מטילה על הקונה הראשון את הנטל לנקוט אמצעים סבירים כדי למנוע "תאונה משפטית" בינו לבין קונה שני פוטנציאלי. אלא ש"תאונה" כזאת ניתנת למניעה בדרכים מגוונות והערת אזהרה היא רק אחת מאלו. כך, למשל, כשמדובר במקרקעי ישראל, לעתים קרובות די בכך שהעסקה - או "הערה" אודות העסקה - נרשמה בפנקסי מינהל מקרקעי ישראל או "החברה המשכנת". גם רישום כזה עשוי לכאורה להסיר מכשול מדרכו של קונה שני סביר. ודוק: בדרך כלל אין מניעה משפטית לרשום הערת אזהרה במרשם המקרקעין אודות עסקה במקרקעי ישראל, אם כי נראה שלפי הניסיון במקרים רבים הדבר אינו נעשה (ראו א' רייכמן "הערת האזהרה - מהות, יצירה והגנה כנגד עסקאות נוגדות" עיוני משפט י (תשמ"ד) 297, 299). הוא הדין באשר לנכסים שהקונה הראשון תפס בהם חזקה ונוהג בהם מנהג בעלים, באופן האמור להיות גלוי לעיניו של כל קונה שני סביר אשר יטרח לבקר בנכס קודם לרכישתו. סבורני כי אין זה מן הראוי לקבוע כלל העלול להטיל דופי של "חוסר תום לב" ברוכשים סבירים רבים. מאידך, גם לא הייתי מאמץ את עמדת חברתי, השופטת שטרסברג-כהן, ולפיה "ככלל, אין לראות בעצם אי הרישום של הערת האזהרה על-ידי בעל העסקה הראשונה, חוסר תום לב, אלא במקרים חריגים", וזאת מהטעמים המובאים בפסקה 19 לפסק-דינו של הנשיא.

מסקנתי, הנגזרת מן האמור, היא, כי יש להסתפק בכלל שמתווה הנשיא, ולפיו "עקרון תום הלב דורש כי בעל העסקה הראשונה יפעל בהגיונות, תוך התחשבות בציפיה הסבירה של בעל העסקה השנייה". אופן יישומו של כלל זה ייקבע בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה נתון. קונה ראשון המעוניין להבטיח את זכותו, ייטיב, אמנם, לעשות אם ירשום הערת אזהרה; ואולם אין לומר מראש, מבלי לבדוק את יתר נסיבות העניין, כי בהימנעו מלעשות כן יוחזק כמי שפעל בחוסר תום לב, או להיפך - כמי שפעל בתום לב. ההימנעות מרישום הערת האזהרה אינה אלא אחת מבין אינדיקציות עובדתיות אפשריות, העשויות להצביע על חוסר תום לב.

הצעת חברתי, השופטת פרוקצ'יה, לפרש את המונח "רישום" שבסעיף 9 באופן שיתייחס גם לרישום הערת אזהרה, מעוררת קשיים. ראשית, קשה לראות כיצד ניתן להגביל את פרשנות המונח להוראת סעיף 9, מבלי להביא בחשבון את השלכתה על פרשנותו של המונח "רישום" בהוראות אחרות של החוק, לרבות סעיף 7 הימנו. שנית, יש בהצעה כדי לכבול ללא צורך את שיקול דעתו של בית המשפט: קונה שני שירשום הערת אזהרה (ויקיים את יתר תנאי סעיף 9 סיפא), יגבר תמיד על קונה ראשון שלא רשם הערה כזו, אף אם הקונה הראשון היה תם לב לחלוטין. ושלישית, ההצעה עשויה אמנם להתאים להכרעה במקרה נשוא הערעור, אך ספק אם יש בה כדי להוסיף לגישתו הכללית של הנשיא, שאותה ממילא מאמצת חברתי באותם מקרים שבהם הקונה השני לא רשם הערת אזהרה או לא קיים תנאי מתנאיו של סעיף 9 סיפא.

השופט א' ריבלין:

1. הריני מצטרף לתוצאה אליה הגיע הנשיא בפסק דינו הדבור היטב, אך ברצוני לרשום הערת אזהרה:

הכלל המתואר בסעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן: החוק), לפיו בהתקיים עסקאות נוגדות בנכס מקרקעין זוכה הרוכש הראשון בזמן בקניין בנכס אלא אם כן רשם הרוכש האחר את הבעלות בנכס בתום לב, נוהג גם בשיטות משפט אחרות. המשפט המקובל הוסיף על הסייגים המוטלים על זכותו של הרוכש הראשון בשל התנהגותו התמה של הרוכש המאוחר בזמן, גם את סייג המניעות ואת חריג הרשלנות הכרוכים בהתנהגותו הפסולה שלו. התנהגותו של המתחרה הראשון כלפי משנהו עשויה להחיל עליו, במשפט המקובל, את דוקטרינת השתק. התרשלנותו בנקיטת אמצעי זהירות שיעמידו רוכשים בכוח על זכויותיו בנכס - התרשלנות שהביאה לשינוי לרעה במצבו של קונה שני - עשויה לשלול את עדיפותו (לגבי דין דומה בארצות-הברית ראו: American Jurisprudence 2d (Vol. 66, 2001) §139). סייגים אלה לכלל העדיפות של הרוכש הראשון אומצו בעתו גם במשפט הישראלי, קודם להחקת חוק המקרקעין. כך אימץ בית המשפט העליון, מפי הנשיא ש' אגרנט, את חריג, שהיה מצוי בדין האנגלי, לכלל העדיפות של בעל הזכות הקודמת בזמן - חריג הסומך על קיום רשלנות מצדו של בעל העסקה הראשונה שהביאה לשינוי לרעה במצבו של הקונה המאוחר בזמן (ע"א 73/53 זילברשטיין נ' יוסף, פ"ד ט(1) 57). בעל הזכות הקודמת בזמן עלול להפסיד את

זכות היתר שלו, כך נפסק במקרה אחר, "אם בעל הזכות הקודמת אשם במעשה מרמה, או ברשלנות חמורה או אם נוצר השתק הפועל לטובת בעל הזכות המאוחרת" (הנשיא (אז השופט) י' כהן בע"א 367/71 טייג נ' ישראל, פ"ד כו(1) 710).

סעיף 9 לחוק המקרקעין נמנע מאימוץ הסייגים האלה. הוא בא לכאורה גם למנוע יישומם של שיקולי צדק ביחסים שבין הקונים המתחרים (ד"נ 21/80 ורטהיימר נ' הררי, פ"ד לה(3) 253). בחירה זו של המחוקק עשויה להימצא לנו קשה במיוחד באותם מקרים בהם ניתנו בידי הקונה הראשון כלים למניעת התקלה שהביאה לעסקה הנוגדת, והוא לא עשה שימוש בהם. הטוב והיעיל שבין האמצעים האלה הוא רישום הערת אזהרה. אולם, הוראת סעיף 9 אינה מפרשת כאמור סייגים אלה והיא שמה דגש, כך נראה, על הצורך להגביר את הוודאות המשפטית בכל הנוגע לרכישת בעלות במקרקעין ואת היתרון שבהענקת מעמד מרכזי למרשם.

2. במקרה שבפנינו יכול היה הקונה הראשון לרשום הערת אזהרה והוא נמנע מכך. להימנעות זו נצטרפו נסיבות חריגות, של מעבר זמן רב עד לביצוע העסקה המאוחרת, ותפיסת חזקה בפועל במקרקעין, בידי הקונה המאוחר, לאורך זמן. השאלה הצריכה הכרעה היתה אם רשאי הקונה הראשון, חרף הימנעותו מלרשום הערת אזהרה, ולאור מכלול הנסיבות האמורות, לעמוד על אכיפת זכותו הקודמת בזמן.

חברי הנשיא מסביר כי סעיף 9 לחוק המקרקעין אינו עומד בבדידותו. הוא חלק ממערך נורמטיבי כולל. על המערך הזה נמנות דוקטרינות כלליות כגון רשלנות, התעשרות שלא כדין ותום לב. עקרון זה האחרון, אשר מקורו הפורמלי הוא בהוראת הסעיפים 39 ו-61 (ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, הוא עיקרון "מלכותי". על פיו, כך מציין הנשיא, כל בעל זכות, במובנה הרחב, חייב להפעילה בתום לב, ביושר ובהגינות. עקרון תום הלב קובע, כך הוא מדגיש, אמת מידה אובייקטיבית. עקרון תום הלב מבקש למנוע הפעלת הזכות מתוך התעלמות מקיומו של הצד האחר ובהתעלם מהאינטרס החברתי. השמירה על האינטרס העצמי צריכה להיות הוגנת ותוך התחשבות בציפיות מוצדקות ובהסתמכות ראויה של הצד האחר. "אדם לאדם - לא זאב, ולא מלאך; אדם לאדם - אדם" (דברי הנשיא ברע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 279). גם על הפעלתן של זכויות הרוכשים המתחרים חל עקרון תום הלב, קובע הנשיא. את זכות האכיפה יש להפעיל בתום לב. הרוכש הראשון בזמן חייב להפעיל את זכויותיו כלפי הקונה המאוחר בזמן - בתום לב. בין הקונה הראשון לבין הקונה השני, כך מדגיש הנשיא, נוצר יחס משפטי. "התאונה המשפטית" - כלשונה של פרופ' נ' כהן (במאמרה "חוזה של קטינה, לרכישת דירה, מול נושה של המוכר", הפרקליט מא 161 (1993)) - הפגישה ביניהם ויצרה ביניהם זיקה משפטית. חובת תום הלב של בעל העסקה הראשונה כלפי בעל העסקה השניה הופרה, כך הוא פוסק, משלא נרשמה בספרי המקרקעין הערת אזהרה בידי הקונה הראשון לאחר כריתת העסקה הראשונה ובפועל במשך שנים רבות קודם להיווצרות העסקה השניה. אכן, כך מבחיר הנשיא, התנהגותו של הקונה השני עשויה להשפיע על נפקות טענת חוסר תום הלב, המופנית כלפי הראשון, אלא שהימנעותו של הקונה המאוחר בזמן מלרשום הערת אזהרה לא תשלול, כשלעצמה, את זכותו לאכיפה. עוד מציין הנשיא, כי אם ניתן לבעל עסקה לרשום הערת אזהרה, הרי זהו נטל המוטל עליו, ואם ימנע מכך - עשוי הוא להפסיד את כוחו לאכוף את הזכות הנתונה לו מכח הוראת סעיף 9.

3. אכן, הוראת סעיף 9 אינה עומדת בחלל ריק. היא מצויה במסגרת נורמטיבית המכילה גם את העקרונות הכלליים של השיטה. על כך אין מחלוקת. עם זאת נתקל אני בקושי בכל הנוגע לבחירה לסייג את כלל העדיפות הקבוע בסעיף 9 באמצעות עקרון תום הלב דווקא. בצדק ציין חברי הנשיא כי את חובת תום הלב יש לתלות ביחסים שבין שני צדדים - ובמקרה שלפנינו הקונה הראשון והקונה האחר. הוא מציין כי "תאונה משפטית", כאמור, הפגישה בין השניים וכי מפגש זה הוא שיצר ביניהם יחס משפטי. דא עקא, שהמחדל המובא מכוח השקפה זו בגדר הפרת חובת תום הלב, קדם לאותו מפגש ואף תרם למפגש זה. אותה הפרה, קרי אי רישום הערת האזהרה, נוצרה קודם שנוצרו היחסים המשפטיים הנדרשים לעצם החלת החובה. לשון אחר: חובת תום הלב לא נולדה אל תוך יחס משפטי קיים. הפרתה הנטענת קדמה למפגש בין הקונים המתחרים ובפועל, כאמור, תרמה ליצירתו. והשאלה המעוררת ספק היא אם ראוי לקבוע חובת תום לב המופנית כלפי ציבור בלתי מוגדר של אזכים פוטנציאליים - בדומה לחובת הזהירות הנזיקית. לעניין זה עוד אשוב.

4. חברתי השופט ט' שטרסברג-כהן עומדת בהרחבה, בפסק דינה, על קשיים נוספים הניצבים בדרכו של עקרון תום הלב, בהקשר הנדון: לשון החוק המקשה על החלת העקרון והחשש שמא ייחוס חוסר תום לב לבעל העסקה הראשונה, משום שלא רשם הערת אזהרה, יביא לאי-ודאות, אי-אחידות ואי-יציבות ביחס לכלל העדיפות שבסעיף 9. בצדק מציינת השופטת שטרסברג-כהן כי שאלה היא, כאשר מחילים את עקרון תום הלב על בעל העסקה הראשונה, אם אין מקום להתחשבות בשיקולים נוספים, וביניהם שיקולי צדק, ביחסים שבין בעל העסקה הראשונה לבין בעל העסקה השניה. מלכתחילה, כך היא מציינת, נועד רישום הערת האזהרה להגן דווקא על בעל העסקה הראשונה מפני עסקאות סותרות, ומכל מקום שאלה היא, לשיטתה, אם יש באי רשום הערת אזהרה משום חוסר תום לב או שמא המדובר ברשלנות "שאין בה כדי לשלול מבעל העסקה הראשונה את עדיפותו". לדעתי, בנסיבות מסויימות, עשויה רשלנות כזו לשלול את עדיפותו של הראשון; עשויה להיות לה נפקות כאשר מצטרפים אליה נסיבות מתאימות כמו מצג שווא ושינוי מצבו של בעל העסקה המאוחרת לרעה.

5. הקושי בישום עקרון תום הלב על זכותו של בעל העסקה הראשונה אין בו כדי ללמד כי הקונה הראשון חף מחובות כלפי הקונה המאוחר בזמן. כפי שציין חברי הנשיא, סעיף 9 לא ישכון לבדד. כך למשל, החובה שלא להתרשל כלפי מי שעשוי להיפגע מהתנהגותו חלה על בעל העסקה הראשונה מכח הדין הכללי. זוהי חובת הזהירות והיא חלה כלפי כל מי שהיה על החודל לצפות כי הוא עשוי להיפגע כתוצאה ממחדלו. היא חלה, לפיכך, על הקונה הראשון, ביחסיו עם קונים פוטנציאליים. למחדל רשלני של אי רישום הערת אזהרה עשויה להיות, במקרים המתאימים, גם תוצאה המונעת מן הקונה הראשון את הכוח לעשות שימוש בזכות הראשונים שלו. כך על פי דוקטרינת ההשתק והמניעות. בדרך זו נקט חברי המשנה לנשיא ש' לוי. סעיף 9 לחוק המקרקעין, כך הוא מבהיר, עניינו המעגל החיצוני של דיני הקניין, אך בצדו קיים גם המישור הפנימי, האובליגטורי. במישור זה האחרון, עשוי פלוני להיות מושקע מלטעון לקיום זכותו כלפי אלמוני בהתקיים מצג במעשה או במחדל שבעטייו שינה אלמוני את מצבו לרעה. חברי המשנה לנשיא נכון, עם זאת, להכיר בדימיון שבין דוקטרינת ההשתק לבין דוקטרינת תום הלב בהיבטה האובייקטיבי. הוא מדגיש עם זאת כי המדובר בתום לב במישור האובליגטורי להבדיל מתום הלב במשמעותו הקניינית - כזה הנדרש מן הקונה המאוחר בזמן לפי הוראת סעיף 9 לחוק.

6. גם אני סבור כי בנסיבות החריגות של המקרה - ובהן מעבר הזמן עד לעריכת העסקה השניה, בלא רישום הערת אזהרה מצדו של הקונה הראשון, וכן העובדה שהקונה המאוחר החזיק במקרקעין לאורך זמן ושינה מצבו לרעה - עשוי בעל העסקה הראשונה שלא ליהנות מזכות העדיפות הנתונה לו בסעיף 9 לחוק. מששתק ונמנע מליתן ביטוי לזכויותיו בנכס, בין היתר בדרך של רישום הערת אזהרה, תמנע ממנו אכיפת זכותו בנכס. על אלה הייתי מוסיף גם זאת:

מי שמציג מצג שוא, מנוע מלהתכחש לאמיתותו, אם מקבל המצג פעל על פיו ושינה מצבו. דוגמא למצב דברים בו יוצר בעל זכות ראשונה בנכס מקרקעין מצג שוא פוזיטיבי (שלא כבענייננו) מפורש, מובאת בספרם של ד' פרידמן ונ' כהן, **חוזים** (כרך א', תשנ"א), בעמ' 529:

"פלוני מבקש לקנות חלקת קרקע ממוכר, הוא יודע כי אלמוני גם הוא מעוניין באותה חלקת קרקע. פלוני פונה לאלמוני ושואל אותו, אם יש לו תביעות כלשהן לגבי הקרקע או זכויות המתייחסות אליה. אלמוני משיב בשלילה. מסתבר כי לאלמוני היה באותה עת חוזה מכר עם בעל הקרקע. אלמוני מנוע מלטעון כלפי פלוני כי לו זכויות עדיפות מכוח חוזהו עם המוכר. בתחרות בין אלמוני לבין פלוני יזכה פלוני, למרות היותו של אלמוני קודם בזמן, שכן פלוני הסתמך על מצגו של אלמוני ושינה מצבו לרעה עקב המצג. דוגמא זו ממחישה את תחום פעולתם של דיני ההשתק. אמנם המצג נוצר בסביבה חוזית, אך לא קיימת יריבות חוזית בין מציג המצג לבין מי שהסתמך עליו. המצג פועל כדי לשלול את עדיפותו של אלמוני על פי כללי העסקאות הנוגדות של סעיף 9 לחוק המקרקעין. דיני ההשתק אינם חלים רק בין צדדים לחוזה..."

ואנו נוסיף כי, בנסיבות חריגות, גם מחדל המתבטא בהימנעות **מגילוי לרבים** על דבר זכויותיו של אלמוני במקרקעין, עשוי להשתק ולמנוע ממנו אכיפת זכותו. נסיבות כאלה מתקיימות בענייננו. תפישה דומה מצאה לה ביטוי בפסיקה גם לאחר החקת סעיף 9. כך בדברים שהשמיע השופט מ' בן-יאיר בבית המשפט המחוזי בת"א (ת"א) 2427/84 **רז חברה לבנין בע"מ נ' אירנשטיין ואח'** וכך בפסיקתו של הנשיא א' ברק בד"נ **ורטהיימר הנ"ל**, בעמ' 267, לאמור, כי במסגרת סעיף 9 "רשאי בית המשפט להתחשב בהתנהגותו של הקונה הראשון, כגון מעשי תרמית או הטעיה או רשלנות שביצע". בפועל, לא ניתן לכחד כי השתקו של בעל העסקה הראשונה מלטעון לזכות האכיפה שבידו, סומכת גם על שיקולי צדק שבינו לבין הקונה המאוחר בזמן; מחד גיסא, נמדדת התנהגותו הרשלנית של הקונה הראשון בזמן אל מול פני הפגיעה בקונה המאוחר בזמן, ששינה מצבו לרעה. ומאידך גיסא, עשויה להיבחן גם התנהגות רשלנית מצד הקונה השני, שתרמה לאותה "תאונה משפטית". עצם הבחינה הכפולה הזו גורעת, כך יש לומר, מתוקפה של הלכת **ורטהיימר**.

ואם תאמרו, מה לי השתק ומה לי תום לב אובייקטיבי, שזה גם זה, מסייג את הכלל הבסיסי שבסעיף 9 באמצעות עקרונות כלליים, אשיבכם, כי אף שלכאורה אין נפקא מינה, שהרי התוצאה דומה, ראוי וחשוב להדגיש שתיים אלה: ראשית, המדובר, בענייניו של בעל העסקה הראשונה, בתום לב אובייקטיבי המושגת על אמת-מידה של הגינות המחייבת זהירות כלפי כל נפגע פוטנציאלי, בשונה, למשל, מתום הלב הסובייקטיבי הנדרש לדעתי מן הקונה המאוחר בזמן, לאמור, היותו חף מידיעה או חשד בדבר העובדה שזכותו בנכס נתונה לתחרות מצד אחר, הטוען לזכות טובה יותר. שוני מהותי זה בין טבעו של תום-הלב הנדרש, על פי גישה זו, מידי הקונה הראשון, לבין תום-הלב שהחוק מחייב בו את הקונה השני - מקשה על עריכת "מאזן ההתנהגויות" של הצדדים. זאת משום שבצד התנהגותו של הקונה הראשון, העשויה למנוע ממנו את אכיפת זכותו - והיא נמדדת כאמור באמת מידה אובייקטיבית - יש להביא בחשבון, במקרים המתאימים, את התנהגותו של הקונה המאוחר בזמן - למשל הימנעות מבידוק ספרי המקרקעין - וזו נמדדת באמת מידה סובייקטיבית. מאזן של "השתקים", לעומת זאת, מאפשר אמת מידה אחידה - אובייקטיבית - להשוואת דרכי ההתנהגות של הצדדים (על מאזן ההשתקים, ראו בחיבורו של מיגל דויטש, **קניין** (כרך א', תשמ"ז) עמ' 176-180). ואפילו תרצו

לומר כי בשני צדי המשוואה עניין לנו בתום לב אובייקטיבי, אין אתם אומרים אלא שעניין לנו בהשוואת התנהגויות של הגינות המחייבת זהירות, לאמור, "מאזן של השתקים" שהורתם ברשלנות.

ושנית: מוסכם כי עקרונות כלליים אלה כופפים ראשם בפני מצוות המחוקק. אכן, הם עשויים ליטול מעוקצו של החוק, מקום בו הוא עשוי להביא לתוצאות שאינן רצויות. הם עשויים להקהות את "להב הגליוטינה", כלשונו של חברי השופט מ' חשין בע"א 189/95 **בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב**, פ"ד נג(4) 199, אך אין בכוחן להפוך על פיה את הוראת החוק. כפי שהדגיש חברי הנשיא, העקרונות הכלליים כאן לא באו לרוקן את הכלל הבסיסי שבסעיף 9 מתוכנו, ולהציב תחתיו כלל חדש ושונה. המחוקק בחר להסתפק בהטלת חובת תום לב על הקונה השני וזאת כתנאי לעדיפותו, ונמנע מלהטיל חובה מקבילה על הראשון. כל שמותר לנו הוא לעדן את הכלל, כאמור, באמצעות עקרונות כלליים, ולא לאיינו. כשם שבתחום דיני החוזים לא בא עקרון תום הלב לאיין את העקרון לפיו חוזים יש לקיים, כך גם תחת ממלכתו "הכללית" של עקרון תום הלב לא נתאינה החובה חוקים לכבד.

גם אני מסכים, אפוא, כי בנסיבות המקרה, יש למנוע מן הקונה הראשון את זכות האכיפה (אך לא למנוע ממנו תרופות אחרות). אשר על כן, מצטרף אני לפסק דינם של חברי.

אשר על כן הוחלט פה אחד לדחות את הערעור.

ניתן היום, ג' באדר א' התשס"ג (5.2.2003).

רעא 394/88 אנגל שושני ואח' נ' אברון את פורת בע"מ

פסק הדין

1. המבקשים חויבו בתשלום עמלת תיווך, והם מבקשים רשות לערער.
2. לצורך הבנת העניין שלפנינו יש להבחין בין היחסים המשפטיים בשני תחומים נפרדים:
ראשית, חובת התשלום של דמי תיווך קמה על יסוד מערכת היחסים החוזיים אשר בין המתווך, מחד גיסא, לבין המוכר או הקונה (או עם שניהם), לפי העניין, מאידך גיסא.
שאלה שנייה, שונה ונפרדת היא, אם יש למוכר או לקונה, לפי העניין, זכות חזרה כלפי הצד השני לעיסקת המכר; במלים אחרות, השאלה היא, אם הופר חוזה המכר על-ידי צד פלוני, באופן שיש בו כדי להקנות לצד האחר זכות לתבוע פיצויים מן הצד השני בשל הנזקים שנגרמו לו, לרבות תשלומים בהם חויב עקב כריתת החוזה (ע"א 1162/77, בעמ' 698).
ביתר פירוט: יכול מוכר או קונה, לפי העניין, להיות חייב בתשלום דמי תיווך למתווך, אך בו בזמן גם קמה לו הזכות המשפטית לתבוע מן הצד השני לחוזה המכר את העמלה, אשר אותה שילם למתווך, וזאת בגדר תביעת פיצויים בשל הנזק שנגרם לו עקב הפרת החוזה על-ידי הצד השני.
במקרה שלפנינו, חולק צד חוזה המכר על חובתו לשלם למתווך דמי תיווך, וזאת על יסוד הטענה, שחוזה המכר הופר על-ידי הצד השני לחוזה. דא עקא, שבכך שחוזה המכר הופר, אין כדי לפטור את הצד לחוזה המכר מעמלת התיווך, אם הצד האמור התחייב לשלם דמי תיווך במסגרת היחסים שבינו לבין המתווך והעיסקה נשתכללה. קרי, עצם הפרת החוזה איננה מבטלת התחייבות חוזית עם צד שלישי, שהוא כאן המתווך. אם ההפרה היא מעשהו של הצד השני לחוזה המכר, יוכל הצד המשלם למתווך לתבוע מידי המפר את מה ששילם למתווך.
השאלה, אם נוצרה כאן מערכת יחסים חוזית עם המתווך או לאו, ואם חוזה המכר נשתכלל, הייתה במקרה דנן שאלה עובדתית, אשר לגביה אין להעניק רשות לערעור שני.

הבקשה נדחית.

המבקשים יישאו בהוצאותיה של המשיבה בלוויית הצמדה וריבית עד למועד התשלום בפועל בסכום של 2,000 שקלים חדשים.

עא 107/86 אהרון חסין נ' דוד בלס ואח'

פסק הדין

השופט ש' נתניהו:

שני ערעורים על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (כבוד השופט מ' טלגם בת"א 2280/82 ו-1508/83), שבו נפסקו דמי תיווך למערער בע"א 107/86 (להלן - המתווך) נגד מוכר וקונה בעיסקת מקרקעין, המשיבים הראשון והשני בערעור הנ"ל (להלן - המוכר והקונה). ע"א 107/86 הוא ערעורו של המתווך, הטוען כנגד הסכום שנפסק לטובתו. ע"א 113/86 הוא ערעורו של הקונה על חיובו בהודעת צד ג' להחזיר למוכר את הסכום, שוא - המוכר - חויב בו כלפי המתווך.

בחלקו האופראטיבי של פסק הדין, כפי שתוקן מאוחר יותר בהחלטה, חויבו המוכר והקונה לשלם כל אחד למתווך שכר בשיעור של 1% משווי של המגרש נושא העיסקה, כפי שנקבע בהערכת שמאי - כ-840,000 ל"י. סך הכול נפסק למתווך סך של 16,800 דולר בתוספת מע"מ, עם הוראה בדבר הצמדה וריבית. תוצאת ההחלטה בהודעת צד ג' היא, כי על הקונה לשאת במלוא שכרו של המתווך.

לאחר הגשת הערעורים הגיע הקונה לידי פשרה עם המתווך. לאור זאת נדחה ערעורו של המתווך נגדו.

נותרו לדיון ערעורו של המתווך נגד המוכר וערעורו של הקונה על חיוב על-פי צד ג'.

2. אין מחלוקת, כי ביום 14.10.81 נעשה ונחתם זיכרון-דברים בין הקונה למוכר, ובו נאמר, כי המוכר מוכר את הנכס לקונה. העיסקה היא מהסוג המכונה "עסקת קומבינאציה", ולפיה נקבעה התמורה חלקה במזומנים (220,000 דולר) וחלקה ב-4 דירות, המהוות 40% משטח הבניין שהקונה הקבלן יבנה על הנכס. אין גם מחלוקת, כי העיסקה היא פרי תיווכו של המתווך. אך העיסקה לא מומשה ולא יצאה לפועל. תוך יום אחד מחתימת זיכרון הדברים הודיע הקונה למוכר שהוא אינו מעוניין בה.

כמה וכמה שאלות מתעוררות בערעורים אלה:

א) האם על-ידי זיכרון הדברים נקשר חוזה סופי ומחייב בין הצדדים? (ב) אם אכן כן, האם זכאי המתווך לשכרו, אף-על-פי שהעיסקה לא מומשה? (ג) אם זכאי הוא, מה אחוז דמי התיווך המגיע לו ועל בסיס איזה תמורה יש לחשב אותו? (ד) האם בדין חויב הקונה (בהודעת צד ג' ביחסים שבינו לבין המוכר) לשאת גם בחלקו של המוכר בדמי התיווך? (ה) האם צדק השופט בהוראות ההצמדה והריבית שבפסק הדין, כפי שפורשו בהחלטה? אדון בשאלות אלה כסדרן.

3. החוזה

השופט המלומד החליט, ובצדק, כי זיכרון הדברים לא היה כפוף לכריתתו של הסכם. הוא עצמו היווה הסכם מחייב בין הצדדים. הדבר עולה מנוסחו של זיכרון הדברים, והעובדה, שלה טוען בא-כוח המוכר, כי לא כל הפרטים הדרושים לביצוע העיסקה נכללים בו, אינה שוללת מכוחה של המסקנה הנ"ל. הפרטים החסרים, לפי הטענה, הם מועד הביצוע, הוראות על סנקציות בשל הפרה והוראה על מתן יפוי-כוח בלתי חוזר. כל אלה פרטים הניתנים להשלמה על-פי סעיפים 41 ו-26 של חוק החוזים (חלק כללי), (תשל"ג-1973) ועל-פי התרופות הניתנות בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א 1970.

הודעתו של הקונה על כך שאינו מעוניין בעיסקה לא הייתה הודעה שאין בכוונתו להתקשר בחוזה. הוא כבר התקשר בחוזה בחותמו על זיכרון הדברים. הייתה זו הודעה, שניתנה תוך שימוש באופציה שנתן לו המוכר לחזור בו מהחוזה שנכרת, בלי שהדבר ייחשב לו להפרה. הקונה דיבר על "אופציה", שהיא, להבנתו, זכות שלא לעשות עיסקה. אם מותר הדבר ספק בדבר פירושה של אופציה זו, בא המוכר והסביר בעדותו: "ליצחקי (הקונה) היה(ו) אופציה לחזור בו והוא אכן חזר בו (ההדגשה שלי - ש' נ.). הסבר זה בוודאי מחייב את המוכר, ואנו דנים רק בערעור נגדו (לאחר שהערעור נגד הקונה בוטל על סמך הפשרה שעשה עם המתווך).

חוזה מחייב נקשר אם כן, אך הוא בוטל לאחר קשירתו, והעיסקה לא מומשה.

4. זכות המתווך לשכרו

הלכה פסוקה היא, שמתווך זוכה בשכרו, משהביא את הצדדים לידי הסכם מחייב. העובדה, שהצדדים לחוזה לא מימשו את ההסכם או לא קיימו אותו, אינה שוללת מהמתווך את שכרו, אלא אם הותנה אחרת (ראה: ע"א 98/53; ע"א 62/77 [2]).

האם במקרה זה הותנה אחרת? על כך היו לפני בית המשפט קמא גירסאות סותרות: הקונה והמוכר שניהם העידו, כי דובר עם המתווך במפורש כי יזכה בדמי תיווך רק אם העיסקה תמומש. המתווך הכחיש זאת. גירסתם נדחתה עלידי השופט המלומד, ואין לנו עילה להתערב בכך.

5. שיעור שכרו של המתווך

כאמור, נפסקו לו 1% - 2% מכל צד - על בסיס הערכת הנכס (ת/1), המסתכמת ב־840,000 דולר. המחלוקת היא הן על שיעור האחוז המגיע והן על הבסיס לחישובו.

כטענת בא־כוח המתווך, נוהג הוא בעיסקאות מקרקעין, כי "בהעדר הסכם על שיעור אחר, זכאי מתווך מקצועי לדמי תוֹך בשעור של 2% ממחיר העסקא מכל צד...". (ראה ע"א 803/75 [3] בעקבות ע"א 244/65 [4]). על הטוען ליוצא מן הכלל הנטל להוכיח זאת.

בנמקו את החלטתו לפסוק למתווך רק 1% מכל צד ציין השופט המלומד, כי אין לבית המשפט ידיעה שיפוטית על שיעור השכר החל בין קבלנים לבין מתווכים שהם מעסיקים, והזכיר את דברי התובע על התקוות שתלה בצדדים ואת רצונו לפתח קשרים איתם. אם אמנם (כסברתו) שיעור דמי התיווך המקובל בין מתווך לקבלן שונה מהנוהג הכללי, ואם אמנם (כטענת בא־כוח המוכר) נמוך הוא בעיסקות קומבינאציה מאשר בעיסקות מכר אחרות של מקרקעין, היה על מי שמבקש להסתמך על נוהג שונה זה להוכיחו. אך דבר לא הוכח בנדון. גם לא הופנינו לפסיקה הקובעת כך. בהעדר ראיה לסתור את תחולת הנוהג בעיסקה כזו שאנו עוסקים בה, יש לפסוק לפי הנוהג הכללי.

כל זאת אם לא הוסכם אחרת. לצורך שאלה זו אין די בהנחתו של השופט המלומד, "שהסדר הוגן בין הצדדים אילו יצאה העסקא לפועל היה אהו אחד משווי המגרש". יש לברר אם אמנם הוסכם אחרת בפועל, ואם כן, מה הוסכם. גם בשאלה זו הועלו גירסאות סותרות. גירסת המתווך - סוכם במפורש על 2% מכל צד. גירסת הקונה - לא נקבע דבר. המוכר - "סכמתי על 1% דמי תוֹך מהמזומן". בעניין זה לא קיבל השופט המלומד את גירסת המתווך.

הוא אימץ את דברי המוכר אך לא דייק בהצגתם באומרו: "אני מקבל את עדות בלס שכאשר שלם דמי תוֹך היה משלם 1%". המוכר אמר, כמצוטט לעיל, דברים מפורשים ומוגדרים מאלה: "סכמתי על 1% דמי תוֹך...". משהתייחס בית המשפט קמא לדבריו אלה באמון, ובכגון זה לא נבוא להתערב, די בכך כדי לקבוע, כי דמי התיווך המגיעים ממנו למתווך הם 1%. השאלה, אם אותו שיעור חל גם על הקונה, שלא סיכם דבר עם המתווך, אינה מתעוררת, נוכח הפשרה שהושגה בין שני אלה.

6. הבסיס לחישוב דמי התיווך

השאלה היא, אם יש לחשב את דמי התיווך על בסיס התמורה במזומנים בלבד או על בסיס שווי הנכס, כפי שפסק השופט המלומד. גם כאן לא הוכח נוהג מיוחד לגבי בסיס החישוב בעיסקות קומבינאציה. עדות המוכר לבדו, כי בעיסקאות אלה מקובל לחשב את דמי התיווך על בסיס התמורה במזומן, אינה ראיה מספקת על נוהג כזה. דווקא המוכר מצוי בנושא פחות משני הצדדים האחרים, האחד קבלן והאחר מתווך, ושניהם לא נחקרו בשאלה זו. גם לא הובאו עדים אחרים העוסקים בנושא.

בהעדר הוכחה על נוהג שונה, הבסיס לקביעת דמי התיווך הוא התמורה המוסכמת בחוזה (אלא אם הוסכם אחרת). בזיכרון הדברים מדובר, כאמור, בתמורה כספית וב־4 דירות, שמחירן לא נקוב. מכאן הטענה, שאין בסיס אחר לחישוב דמי התיווך אלא על־פי התמורה במזומן. אין הדבר כך. התמורה במזומן אינה מהווה את מלוא המחיר. צדק השופט המלומד, כי "אין נפקא מינה כיצד יגבה המוכר את הערך הזה, כלומר ערך הנכס, באם את כולו במזומן, בין אם חלקו במזומן וחלקו בדירות".

אך האם ערך המגרש ידוע? בית המשפט קמא החליט לקבל כמוצג הערכת שמאי, שנעשתה ימים ספורים לפני חתימת זיכרון הדברים, לפי הזמנת המוכר. הנימוק לקבלתה, אף־על־פי של הוגשה כדבעי על־ידי עורכה, היה המימצא העובדתי, שחוות־דעת זו הייתה לפני כל שלושת המעורבים עובר לכריתת החוזה, והיא ששימשה בסיס לקביעת התמורה. אין פסול מבחינת דיני הראיות בקבלתה של ההערכה לא כראיה על נכונות השומה אלא כראיה, שעל יסודה הגיעו הצדדים לתמורה המוסכמת (ורק ככזו התקבלה בבית המשפט המחוזי).

עדיין יש לקבוע, אם לא הוסכם עם המתווך על בסיס שונה לחישוב שכרו. גם כאן גירסאות שונות. גירסת המתווך - ההערכה היא בבסיס דמי התיווך שהוא דרש בשעתו ואשר נקבעו בגובה של 2% ממנה. גירסת הקונה מעולם לא ראה את ההערכה, והתמורה נקבעה בלי להתייחס אליה. גירסת המוכר - הסכים על 1% דמי תיווך "מן המזומן"; את ההערכה כלל לא הזמין לצורך המשא ומתן, ולא היא ששימשה בסיס לקביעת התמורה. השופט המלומד העדיף את גירסת המתווך, כי ההערכה היא שהייתה ביסוד המשא ומתן, ודחה את גירסת המוכר, כי המתווך זכאי לשכרו רק מן המזומן. בכך לא נתערב, בייחוד נוכח סמיכות המועדים

בין הכנתה של השומה לבין חתימת זיכרון הדברים (השאלה, אם כך הדבר גם ביחסים בין המתווך לקונה, אינה מתעוררת נוכח הפשרה ביניהם).

7. החיוב בהצמדה ובריבית

א. ההצמדה

דמי התיווך נפסקו, וכך הובהר בהחלטה, בדולרים. מאחר ששכרו של המתווך נקבע על סמך תמורה דולרית, אין פסול בכך. לאור זאת נכונה הייתה ההוראה לא לקבוע הצמדה למדד אלא מיום פסק הדין, הוא היום שבו יש להמיר למטבע מקומי סכום שנפסק במטבע זר.

ב. הריבית

לעומת זאת, יש ממש בטענת הערעור, כי מן הראוי היה לחייב בריבית כבר מיום העילה - יום חתימת זיכרון הדברים - ולא מיום הגשת התביעה, כפי שנפסק.

חוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961, מסמיך את בית המשפט לפסוק ריבית כבר מיום העילה, וכבר נאמר לא אחת, שרק במקרים נדירים ובנסיבות מיוחדות יימנע בית המשפט מעשיית שימוש מלא בסמכות זו (ראה ע"א 324/84 [5]; ע"א 160/84 [6] והאזכורים שם). כאן לא ניתן כל נימוק להחלטה, ונימוק כזה גם אינו עולה מהנסיבות (השאל אינה מתעוררת כאן לעניין ההצמדה. ההצמדה הדולרית פועלת כאן מיום העילה, באשר הסכום שנפסק מבוסס על השווי הדולרי של הנכס במועד ההתקשרות).

טענה אחרת בדבר הריבית היא, שצריך היה לחייב בריבית הנהוגה בבנק ישראל ולא בריבית דולרית של 4%. אפילו יש ממש בטענה (ועל כך לא אחווה דעה), לא נוכל לקבלה, באין ראייה על שיעור ריבית הנהוג בבנק ישראל.

טענה נוספת, מוצדקת, היא, שלא היה נכון לתת ארכה לתשלום של 40 יום מיום פסק הדין עם פטור מהפרשי הצמדה וריבית.

8. הודעת צד ג'

ערעורו של הקונה על חיובו להחזיר למוכר את אשר חויב האחרון לשלם למתווך מוצדק הוא. הקונה לא הפר את החוזה. הוא היה זכאי, ביחסים שבינו לבין המוכר, לחזור בו ממנו, מבלי שהדבר ייחשב לו להפרה. השימוש בזכות החזרה, שהיה בגדר אפשרות צפויה על-ידי שני הצדדים, אינו מטיל על הקונה, בהעדר הוראה או הסכמה על כך בין הצדדים, את החובה לשפות את המוכר או לפצותו על הוצאות שנגרמו לו בקשר עם החוזה. כשם שאין הקונה חייב לפצות את המוכר על נזקיו בגין ביטול החוזה, כגון הפסד עקב מכירת הנכס לאחר במחיר נמוך יותר, כך אין הוא חייב לשפותו על הוצאות דמי התיווך. ביטול העסקה, מתוך זכות, משאיר כל אחד מהם לשאת בהוצאותיו.

9. סיכום

(א) התוצאה בערעורו של המתווך (107/86) היא, שהערעור נדחה בכל הנוגע לסכום דמי התיווך שנפסק לו ולהצמדתו לדולר עד יום פסק הדין ולמדד מאז ואילך. הערעור מתקבל לעניין ההצמדה והריבית בתקופת 40 ימי הארכה מיום פסק הדין ולעניין הריבית בתקופה שמיום חתימת זיכרון הדברים ועד הגשת התביעה, הכול כאמור בסעיף 7לעיל.

(ב) ערעורו של הקונה על חיובו כלפי המוכר בהודעת צד ג' מתקבל.

(ג) לאור התוצאה, יישא המוכר בשכר טרחתו של המתווך בסך 1,000 ש"ח ובשכר טרחתו של הקונה בסך 3,000 ש"ח. שני הסכומים בתוספת הצמדה וריבית מהיום ועד התשלום.

השופט א' ברק: אני מסכים.

השופט א' גולדברג: אני מסכים.

הוחלט כאמור בפסק-דינה של השופטת נתניהו.

עא 2144/91 הנרי מוסקוביץ נ' כץ אסתר ביר כמנהלת עזבון המנוח טוביה ביר ז"ל

פסק דין

הנשיא מ' שמגר:

המחלוקת

1. ערעור וערעור שכנגד על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים, אשר לפיו נקבע כי המתווך אשר המשיבה היא מנהלת עיזבונו זכאי לדמי תיווך בעקבות עיסקה במקרקעין, והמערערים חויבו בתשלום 390,466.31 ש"ח, בצירוף ריבית והפרשי הצמדה, מיום 20.3.89 ועד לתשלום בפועל.
2. זאת הבעיה שלפנינו, בקליפת אגוז: אדם מתקשר בעל-פה עם מתווך לצורך רכישת נכס. המתווך מציג לפני הלקוח נכס. מתנהל משא ומתן בי הלקוח לבין בעל הנכס. המשא ומתן עולה על שרטון.
- לאחר פרק זמן מסוים בא-כוחו של בעל הנכס מציג הצעת מחיר חדשה לבא-כוחו של הלקוח. המתווך אינו מעורב בהצעה חדשה זו. ההצעה החדשה מבשילה פרי, שהוא חוזה למכר הנכס. האם זכאי המתווך לדמי תיווך?

התשתית העובדתית

3. המערער 1 (להלן - המערער) הוא הלקוח. המשיבה היא מנהלת עיזבונו של המתווך (להלן - המתווך), שנסתלק בינתיים לבית עולמו.
- המערער הוא איש עסקים מארצות-הברית אשר ביקש לרכוש מלון בירושלים. פעולותיו בארץ נעשו באמצעות שלוחו - מר קליין. זה האחרון פנה בראשית 1984 אל המתווך ושכר את שירותיו. ההתקשרות נעשתה בעל-פה. המתווך הציע לשלוחו של המערער את מלון המלכים בירושלים. הוא הפגיש בין המערער ובין הנציג של בעלי הנכס (מר אמיד). המתווך היה בקשר עם יועצו המשפטי דאז של המערער - עו"ד חיים שפירא. המשא ומתן נמשך לסירוגין, במהלך 1984 ועד אמצע 1985, אולם לא הניב כל פרי. באמצע 1985 גווע המשא ומתן - ללא כל אקט הצהרתי על סיומו.
- באפריל 1987 - עשרים חודש לאחר דעיכת המשא ומתן - עלה נושא בית המלון שוב על הפרק. במהלך פגישה, אשר סבה על נושא אחר, בא עו"ד אריה פינצ'וק, ששימש כפרקליטו של מערער, בדברים עם בא-כוח הבעלים - עו"ד יגאל ארנון. הוא העלה לפני עו"ד ארנון את רצון שולחו לרכוש בית-מלון בירושלים. עו"ד ארנון ציין כי הוא מייצג את בעלי מלון המלכים בירושלים. עו"ד פינצ'וק חזר אל המערער ושכנע אותו, שנית, להתעניין ברכישת בית המלון. ואכן, לא חלפו שלושה חודשים והנכס נמכר תמורת 7,350,000 דולר.
- הבעלים של המלון, קרי המוכרים, שילמו למתווך דמי תיווך בסך 0.6% ממחיר המלון. המתווך פנה למערער בדרישה לפרוע את חוב דמי התיווך בסך 2% ממחיר המלון. דמי התיווך לא נפרעו. על-כן הגישה אשת המתווך - כמנהלת עיזבונו - את התובענה לבית המשפט המחוזי.
4. בית המשפט המחוזי בירושלים פסק לטובת המתווך את מלוא סכום התביעה.
- הערכאה הראשונה פסקה כי המתווך היה הגורם אשר הפגיש בין הצדדים - שהם המערער ובעלי המלון. עצם העובדה כי המשא ומתן נפסק למשך כשנה ומחצה אינה מערערת את הזיקה הסיבתית הדרושה בין פעולת המתווך לעיסקה. המפגש הראשוני ותחילת המשא ומתן נוצרו על-ידי המתווך.
- העובדה כי עו"ד פינצ'וק, בא-כוח המערער, הוא אשר שכנע את המערער לרכוש את הנכס אינה מנתקת את הקשר הסיבתי המזכה את המתווך בשכר.

השופטת המלומדת שדנה בתביעה יכמה את דעתה באומרה:

"לאור כל האמור לעיל הנני סבורה כי בנסיבות שלפנינו, כאשר המתווך נתבקש על-ידי הנתבע ליתן לו את שירותיו והוא הפגיש בינו לבין בעלי המלון, השתתף בניהול המשא ומתן בשלב הראשון שנמשך על פני זמן רב, עשה כל שנדרש ממנו להשלמת העיסקה ולבסוף אכן נקשרה העיסקה בין הצדדים, יש לקבוע כי על אף שחלף זמן רב יחסית

עד שהנתבע גיבש דעתו הסופית לא נותק הקשר הסיבתי בין שני שלביו של המשא ומתן, וכי המתווך היה הגורם היעיל להתקשרותם של הצדדים".

הזכאות לדמי תיווך

5. שתי שאלות לפנינו – ראשית, האם קמה למתווך בענייננו זכאות לשכר? אם התשובה לכך שלילית – נסתיים הדיון. אם התשובה לכך חיובית, עולה השאלה השנייה – מה שיעור הזכאות?

6. מכאן לשאלה הראשונה. אם קיים חוזה מפורט – הולכים אחר תניות החוזה.

חוזה התיווך עשוי לקבוע נסיבות או תנאים מסוימים אשר יקנו את הזכאות לדמי תיווך. תנאים או נסיבות אלו עשויים להיות עצם מציאת צד לעסקה או מציאת צד בעל כשירות ותכונות מסוימות או נסיבות כיוצא באלה. הם עשויים ללוש צורה של כריתת חוזה (למשל, כי רק כריתת החוזה מצמיחה את זכאות המתווך). הם אף עשויים להיות כריתת חוזה תקף (להבדיל חוזה אשר נפל פגם בכריתתו).

בהתאם לכלל כי "תכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים" (סעיף 24 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973), ניתן לקבוע תנאים נוספים לזכאות המתווך. תנאים אלו עשויים להתייחס לפעולות הנדרשות מהמתווך, לפרק זמן מסוים שבו כל עסקה תזכה את המתווך, אפילו נעשתה שלא בסיועו, וכיוצא באלה.

המשפט הישראלי מחמיר עם מתווכי המקרקעין בהשוואה למה שנוהג בחלק ממדינות ארצות הברית.

באלו האחרונות נדרש אך ורק כי המתווך ימצא "ready, willing and able buyer (or seller)" לכן, אפילו בהיעדר חוזה, עשוי מתווך לזכות שם בשכרו בתנאי שאכן הביא רוכש (או מוכר) אל לקוחו.

זרם אחר בפסיקה האמריקנית מחמיר מעבר לדרישותינו; הדרישה שם היא משולשת: (א) הצגת לקוח שהוא "ready, willing and able" להתקשר על-פי תנאי העסקה (לרבות יכולת פינאנסית); (ב) התקשרות חוזית תקפה; (ג) הוצאתו לפועל של החוזה.

ניתן לתאר את עמדתו של המשפט הישראלי כעמדת ביניים בין שני הזרמים בארצות הברית המתוארים לעיל. איננו מסתפקים בדרישה כי יוצג לקוח בעל רצון ויכולת לרכוש את הנכס. אנו דורשים חוזה. עם זאת, איננו מרחיקים לכת ואיננו דורשים כי החוזה יהיה נטול פגמים או כי החוזה יקום במלואו.

עמדה זו תואמת את זו של המשפט הגרמני (סעיף 652 ל-bgb) זאת ועוד, הפרת החוזה אינה מפטירה מהחבות בדמי התיווך (רע"א 394/88 א' שושני ואח' נ' אברון את פורת בע"מ [1]).

הגיורו של הזרם המקל בפסיקה האמריקנית נעוץ, בין השאר, בחשש כי ניתוק הקשר הסיבתי בין התיווך לכריתת החוזה נעשה בהיעדר תום לב; למשל, במקרה שבו הועסק מתווך שני כ"מתווך קש" הבא לגזול את לחמו של המתווך הראשון (השווה ע"א 294/76 אנגלו-סכסון סוכנות לנכסים (סביון) נ' ר' פסרמן ואח' [2], בעמ' 594); או אם שני הצדדים אשר הופגשו על-ידי מתווך מחליטים ביניהם לדחות בפרק זמן ניכר את כריתת החוזה ביניהם (השווה ש' ורהפטיג, דיני מתווך במשפט העברי (מכון הרי פישל, תשמ"ו) 43).

נראה, כי בעיות אלו העולות בשל חשש כמוזכר לעיל עשויות למצוא את פתרונן על-ידי יישומו של עקרון תום הלב שבדיני החוזים. דיני התיווך הם ענף מדיני החוזים. קשר התיווך הוא קשר חוזי. לכן, חובת תום הלב חלה במישורן מכוח סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי).

העסקת מתווך קש או השהיה מכוונת – הכול כדי למנוע דמי תיווך – אינם מתיישבים עם עקרון תום הלב. במסגרת כללי תום לב ניתן יהיה לעקר את תוצאות ההתנהגות הנ"ל, המפרה את החובה לנהוג בתום הלב (השופט ש' לוי בע"א 380/81 אחים שטראוכלר בע"מ נ' פרסטון תשלובת טקסטיל בע"מ וערעור שכנגד [3], בעמ' 663).

המשפט האנגלי נוקט אף הוא בדרך דומה לדרכנו. הדרישה, בהיעדר הסכם נוגד, היא כריתת חוזה בעקבות פעולת התיווך (j. Chitty, on contract (26th, London) 80–81, at 2Vol (1989, ed., by a.g. guest).

7. כאשר אין הסכם ספציפי ומפורט הולכים אחר דיני התיווך הכלליים, המהווים ענף מדיני החוזים. דיני התיווך הכלליים הם אוסף של הלכות פסוקות. המחוקק טרם מצא לנכון להוציא תחת ידו חוק המסדיר את דיני התיווך; אולם יש סימנים ראשונים בכיוון זה (הצעת חוק מתווכים במקרקעין, (תשנ"ב-1992).

מכל מקום, הפסיקה קבעה תנאים לזכאות המתווך. בע"א 275/76 מ' קלוגמן נ' ע' לוי ואח' [4], בעמ' 408, נאמר לעניין זה כקו מנחה –

"שתיים הנקודות אותן יש לבחון כאשר עולה הדרישה לתשלום דמי-תיווך בעקבות עסקה במקרקעין:

- (א) אם נקשר בין המוכר לבין מי שטוען לדמי-התיווך או בין הקונה לבין המתווך או בין שלשתם, הסכם ממנו משתמע, במפורש או מכללא, כי מתבקשת פעולת תיווך.
- (ב) אם פעולתו של המתווך היתה הגורם היעיל אשר הוא שהביא להתקשרותם של הצדדים לעסקה, בה תיווך המתווך...".

הגורם היעיל

8. במקרה שלפנינו הנקודה הראשונה, היינו קיום חוזה תיווך, אינה שנויה במחלוקת. מוסכם כי המערער התקשר עם המתווך לצורך קבלת שירותי תיווך. ההתקשרות נעשתה בעל-פה ללא סיכום מפורש של תניות החוזה. חוזה התיווך כפוף לדיני התיווך הכלליים.

השאלה שעליה נטושה המחלוקת היא - אם היה המתווך בגדר "הגורם היעיל", אשר הביא להתקשרות הצדדים לעסקה.

9. דרישת ההלכה הפסוקה היא, כאמור, כי פעולת המתווך תהא הגורם היעיל להתקשרות החוזית. המבחן הוא מבחן של סיבתיות. אין המתווך יוצא ידי חובתו בעצם הוכחת הסיבתיות העובדתית. אין די בכך שהמתווך הוא גורם מסוים בשרשרת הסיבתית, בבחינת סיבה-בלעדיה-אין. הדרישה היא לגורם שהוא היעיל.

השאלה אימתי פעולת המתווך היא "הגורם היעיל" נגזרת מבחינתה של מערכת העובדות. כרגיל - כאשר המתווך מפגיש בין הצדדים - אין קושי לקבוע כי הוא הגורם היעיל לעסקה. ברור כי מתקיים משא ומתן - אשר המתווך עשוי ליטול בו חלק - ובסיומו נכרת חוזה. הנה, כי כן, צומחת זכאות המתווך לשכרו והוא (למשל, ע"א 113, 107/86 א' חסין נ' ד' בל ואח'; עזבון המנוח אליהו, יצחקי ז"ל ואח' נ' חסין [5], בעמ' 520-522). אך פעמים רבות עובדות העניין אינן כה פשוטיות. במהלך המשא ומתן עשויות להתגלע בין הצדדים מחלוקות אשר אינן ניתנות לגישור. רק גורם נוסף (מתווך נוסף או אדם אחר) עשוי לסייע לצדדים לחצות את התהום הפעורה ביניהם. כאן מתחילים הקשיים בהכרעה בשאלה אם המתווך הוא הגורם היעיל. יש לבחון אם הגורם הנוסף היה הגורם היעיל, או שמא שניהם או אף לא אחד מהם. מבחינה תיאורטית כל אחת מהתוצאות אפשרית, פעמים אין זכאות לדמי תיווך, פעמים ישנה זכאות למתווך אחד ופעמים למספר מתווכים.

בדגם העובדתי הנזכר למעלה - יש להבחין בין גורם מתערב אשר מסייע להתגבר על קשיי המשא ומתן מול גורם אשר יוזם מחדש את המשא ומתן, לאחר שכבר דעך וגווע. במקרה הראשון - אין הדבר שולל את זכאות המתווך המקורי; מה הדין במקרה השני? ניתן לציין - בקווים כלליים - מספר גורמים המצביעים על מידת "היעילות" בסיבתיות: (א) מידת הדמיון בין ההצעה המקורית שבה היה מעורב המתווך לבין החוזה הסופי, כגון - נושא הנכס; (ב) הקרבה בין תנאי התשלום ושיעוריו בהצעה המקורית לבין הגיבוש הסופי של החוזה; (ג) חלוף הזמן בין ההצעה מקורית עד סיום העסקה (השופט עציוני בע"א 294/76 [2] הנ"ל); (ד) מידת האינטנסיביות של פעולת המתווך - היקף מגעים, פגישותיו ושיחותיו עם הצדדים; (ה) קיומו של גורם נוסף, אשר סייע לצדדים בהשגת החוזה, ומידת התערבותו של אותו גורם נוסף; (ו) תשלום דמי תיווך על-ידי הצד השני (המוכר או הקונה) ושיעורם; (ז) זהות הצדדים המנהלים את המשא ומתן כמצביעה על שמירת הזיקה הסיבתית; (ח) הסתמכות הצדדים על-ידיעה קודמת של מהלכי המשא ומתן ופעולה שאינה אלא הרמת החבל, מקום בו הושאר, כדי ליצור המשכיות באותו מהלך.

מובן כי רשימת הנסיבות איננה סגורה.

תרומת המתווך לחוזה הסופי

10. בית המשפט המחוזי קבע כי המתווך היווה גורם יעיל.

על סמך התשתית העובדתית שנתגבשה לדעת בית המשפט המחוזי, אכן היווה המתווך סיבה יעילה לכריתת החוזה. המקרה הנדון אינו מקרה תיווך פשוט. מדובר במקרה גבול אשר נחתך על סמך העובדות המדויקות בעניין. במה דברים אמורים: אין חולק כי המתווך היה זה שזרע את זרע העסקה. הוא הפגיש בין הצדדים המקוריים. הצדדים שהפגיש הם אלו אשר כרתו, בסופו של דבר, את חוזה המכר: המערער מחד גיסא, ובני משפחת אמיד מאידך גיסא. הנושא היה מוכר לצדדים על יסוד פעולתו של המתווך.

פגישת עורכי הדין באה על רקע המהלכים בשלב הראשון. העלאת נושא "מלון המלכים" לא הייתה העלאת סוגיה חדשה על סדר היום. הצדדים ידעו עליה. כפי שעולה מהפרוטוקול, עו"ד פינצ'וק - בא-כוח המערער - היה בעל ידיעה כללית על המגעים בשלב הראשון. הווי אומר, עורכי הדין המשיכו את שהמתווך התחיל.

במאפייניו, החוזה הסופי דומה עד מאוד להצעה המקורית. מובן שהנכס אשר מועבר במסגרת החוזה הוא אותו נכס, וגם הזכויות המועברות הן אותן זכויות במהותן (מכר הבעלות).

אמנם, מחיר בית המלון נשתנה (מ-8.5 מיליון דולר לכ-7.35 מיליון דולר), אולם אין בכך כדי לנתק את הקשר הסיבתי בין פעולת המתווך ועד לגיבוש הסופי.

הרי המחיר המקורי של הנכס משתנה, לעתים תכופות, בעקבות משא ומתן בין הצדדים.

אין גם מקום לומר כי עצם מעבר הזמן (כעשרים חודש) בין השלב הראשון (בשנים 84-85) לבין השלב השני (בשנת 1987) מנתק כשלעצמו את הקשר הסיבתי. ברור כי אילו היה המערער פונה שנית אל הבעלים ומודיע להם כי הוא מוכן לשלם את הסכום המבוקש - ניתן היה לומר על אתר כי מדובר באותו הליך סיבתי אשר נפתח על-ידי המתווך. העובדה ששלוחו של המערער הוא אשר הקים לתחייה את המגעים הרדומים בין הצדדים, אינה צריכה לשנות מסקנה זו.

בהקשר זה יש להוסיף כי מבחינת מעבר זמן יש מקום להבחין בין סוג נכסים שונים: אין דין דירת מגורים כדין בית-מלון. חשיבות חלוף הזמן עומדת, בדרך כלל, ביחס הפוך לשווי הנכס או לגודל האובייקט. ככל שערך הנכס רב יותר, הרי שגם המשא ומתן, בדרך כלל, נמשך זמן רב יותר. לכן המשקל הניתן לעצם מעבר הזמן במישור הזיקה הסיבתית - פוחת ככל שערך הנכס גדול יותר. פער בן עשרים חודש בשכירות נכס למגורים יהווה, בדרך כלל, אינדיקאציה לשחיקת הזיקה הסיבתית הדרושה לקימום הזכאות. הוא הדין באשר למכר דירת מגורים רגילה. שונים הם פני הדברים כאשר מדובר בבית-מלון. מטבע הדברים, נדרש כאן שיקול-דעת מרובה.

אכן, בענייננו יש לזכור כי השלוחים אשר ניהלו בפועל את המשא ומתן בשלב הראשון היו אלו המתווך, עו"ד שפירא, ומר קליין מצד המערער, ומר אמיד מצד בעלי הנכס. בשלב השני היו אלו עו"ד פינצוק מצד המערער ועו"ד ארנון מצד בעלי הנכס. אולם, למרות חילופי השלוחים, הרי השלוחים לא נשתנו.

ניתוק הזיקה הסיבתית בראי הפסיקה

11. ההכרעה בשאלה אם המתווך שימש כגורם היעיל לכריתת החוזה אם לאו, אינה פשוטה. הפסיקה עסקה בשאלה זו לא פעם. ניתן לסבר את האוזן במספר דוגמאות אשר הועלו בפסיקה ולמקם לאורך את ענייננו.

הנשיא אולשן בע"א 264/61 מ' וולגל נ' ש' קאופמן (להלן - עניין וולגל [6]) בעמ' 2166, מעלה דוגמה לפיה -

"...אם, למשל, זימון הצדדים סודר על-ידי מתווך ולא הביא לתוצאות, מפני שהלקוח חזר בו מהצעתו בטרם נתקבלה על-ידי הקונה, ובזמן יותר מאוחר רכש הקונה את הנכס מהלקוח על-ידי הפקעה - לא יהיה המתווך זכאי לדמי-תיווך, מפני שבמקרה כזה הרכישה לא תיראה כתוצאה מן הזימון."

עובדות פסק-דין וולגל [6] הן הדגמה לכך שעצם חלוף פרק זמן ניכר (שישה חודשים לגבי מגרש) אינה שוללת את הקשר הסיבתי הדרוש בין פעולת התיווך לבין העיסקה. בעל המגרש דשם ביקש למכור את המגרש. המתווך הציג לו כמועמד את העירייה. המשא ומתן בין בעל המגרש לבין העירייה לא הבשיל כל פרי בשל כוונת העירייה באשר ליעוד המגרש. לאחר שהעירייה החליטה לשנות את הייעוד (כעבור שישה חודשים) - נכרת חוזה.

בעניין וולגל [6], אילולא פעולת המתווך לא היה בעל המגרש מתוודע כלל לעירייה. לכן, למרות העובדות הגבוליות, הרי שזכאות המתווך לשכרו הראוי הוכרה. "...המשא-ומתן ביניהם היה ממושך ונפסק באמצע ונתחדש מחדש..." (כדברי השופט ח' כהן, שם, בעמ' 2169), אולם הוא, בעיקרו של דבר, נותר בגדר רצף מתמשך אחד.

צינו כבר כי עצם העובדה שמתווך הציג לפני לקוחו נכס, אין פירושו של דבר שכל עיסקה בנוגע לאותו נכס תזכה את המתווך לעולם בדמי תיווך.

בענייננו, הפרש הזמנים, שבו לא נתקיים משא ומתן, עולה באופן ניכר על הפרש הזמנים בעניין וולגל [6] - עשרים חודש כאן, לעומת שישה חודשים שם. כאמור, פער הזמנים עלול להעלות את ההסתברות כי הסיבה לכריתת החוזה הינה סיבה חדשה ואחרת מפעולתו של המתווך בתחילת הדרך. עם זאת, יש להבחין, כאמור, הבחן היטב בין מגרש המיועד לבניית בית לבין נכס מקרקעין שעליו בנוי בית-מלון.

כך, למשל, בע"א 55/54 (קנדין קנדינוף) נ' רגואן ואח' [7], בעמ' 764, הושכרה דירה לשוכרים - המשיבים ב-1946 על-ידי המתווך - המערער. המערער הציג להם ב-1946 לרכוש את הנכס. ב-1949 נמכר הנכס לרוכשים. בנסיבות אותו עניין, שימש פער הזמנים כאינדיקאציה מרכזית בהכרעה כי נותקה השרשרת הסיבתית.

פסק־דין נוסף אשר הלך בעקבות וולגל [6] הוא ע"א 185/80 "פריזות" בע"מ נ' צ' זקן וערעור שכנגד [8]. באותו עניין ביקשה המערערת לשכור מגרש לבניית משרדיה. לצורך כך היא פנתה אל מתווך שהיה המתווך דשם. המתווך הפגיש את נציגי המערערת עם בעל נכס. כעבור עשרה חודשים נכרת החוזה. כל אותה תקופה הושארה הצעת המתווך בצריך עיון. רק לאחר שהמערערת נוכחה לראות כי הצעות טובות יותר לא תועלינה בחתכה - בחרה להתקשר בחוזה. לקראת כריתת החוזה עסק מתווך נוסף במשא ומתן בין הצדדים. אולם בעניין פריזות, להבדיל מענייננו - היה המתווך המקורי גורם פעיל לאורך כל המשא ומתן. הוא אשר הציג לפני פריזות את הנכס מעיקרו והוא אשר נכח בסיום העיסקה. אין לומר כי המתווך הנוסף יזם מחדש הצעה אשר גוועה ודעכה. נהפוך הוא - ההצעה המקורית, פרי מאמציו של המתווך-המשיב, הייתה תלויה ועומדת לאורך כל התקופה. מימושה ארך זמן רב.

12. אין לומר כי סיווג העובדות בענייננו הוא של מערכת דו־שלבית ללא זיקה סיבתית הדרושה בין השלבים לצורך זכאות בדמי תיווך. השלב הראשון היווה את "הגורם היעיל" שהצמיח את החוזה. השלב השני לא ניטרל את יעילות השלב הראשון, ולא היה אלא המשכו.

ע"א 275/76 [4] הנ"ל הוא דוגמה לסיווג עובדות של מערכת דו־שלבית. בשלב הראשון הציע המתווך - המערער - את הנכס לפקיד ממשלתי א', אך העניין ירד מהפרק. בשלב השני, פקיד ממשלתי ב' בא בדברים עם בעל הנכס - ללא כל ידיעה על המגעים בשלב הראשון. באותו עניין קבענו כי ההצעה בשלב השני לא צמחה מן המערער-המתווך:

"...שני הצדדים לא זכרוה ולא קשרו הענין עמה ואין לראות הליכי הטיפול במכר, בשני שלביהם הנפרדים, כחטיבה אחת. המדובר היה ביזמה עצמאית ומנותקת מאותם המגעים, שבהם ראה בית־משפט קמא את השלב הנפרד הראשון של המגעים..." (שם, בעמ' 410).

לעומת זאת, כאן, הצדדים החלו בשלב השני על יסוד ההצעה הראשונה שהייתה זכורה להם היטב, והם קשרו את ההמשך עמה.

"גורם היעיל" - היבט השוואתי

13. הפסיקה הנוגעת לזכאות לדמי תיווך היא ענפה (ראה בעניין זה "When does the seller owe the broker a commission" [15] howard, s.k. mulliken 265(1991). mil. L. Rev 132). בין הדוגמאות העדכניות ניתן לציין את עניין bob howard דובר בעיסקת מקרקעין שהתייחסה לנכס [15] howard בעניין [15] howard. להלן inc. V. Peter Baltis (1991) מקרקעין גדול. הבעלים היה לקוחו של המתווך. בשלב הראשון - לא הגיעו הצדדים להסכם בדבר ערך הנכס. לאחר הפסקה של כארבעה חודשים שב הרוכש הפוטנציאלי, במישרין, אל הבעלים והביע את רצונו לרכוש את הנכס.

הפעם הסכימו הבעלים למחיר שהוצע להם. המתווך תבע את דמיו. תביעתו נדחתה.

בית המשפט לערעורים קבע כי מתווך עשוי לפתוח במשא ומתן בין הצדדים ולזנוח את מאמציו לאחר כישלון המשא ומתן. אם אותו רוכש פוטנציאלי יבוא בעתיד ויבקש לרכוש את הנכס - לא יצמח כל חיוב של דמי תיווך.

לטעמי, ההלכה האמריקנית האמורה גורפת מדיי והיא מחמירה מדיי עם המתווך. השאלה היא לעולם שאלה של סיבתיות, היינו מיהו "הגורם היעיל". בנסיבות נתונות יכול המתווך להיות "גורם יעיל", אפילו הוא זנח את מאמציו.

14. המשפט האנגלי מדגיש כי זכאותו של המתווך מותנית בהיות פעולתו גורם - שהוא גורם יעיל (j.r. murdoch, the law of). (estate agency and auctions 232 (1975, london) common sense). "השאלה היא שאלה של סיבתיות - ומעבר לכך - שאלה של "שכל ישר" murdoch כדברי בלבד אינו זכאי לדמי תיווך. הוא חייב להראות כי הוא סיבה "non auq enis asuac" מתווך שהוא "אפקטיבית" קרי "יעיל".

כדברי murdoch -

(232 ibid., at) "To put it another way, that the result has been achieved through his instrumentality". (232 ibid., at) האמור מובאת דוגמה היפותטית: בעל נכס מבקש להשכיר או למכור נכס. הוא פונה לצורך כך למתווך. המתווך מקשר בין בעל הנכס לבין שוכר. המתווך זכאי לדמי התיווך בעבור עיסקת השכירות.

עתה, לאחר שנים רבות, השוכר רכש את הנכס. המתווך אינו זכאי לדמי תיווך בעבור עיסקת המכר.

הוא אמנם "סיבה בלעדית אין" לעיסקת המכר, כי לולא המפגש הראשוני לא הייתה עיסקת המכר באה לעולם. אולם אין לומר כי המתווך היווה גורם יעיל בכריתת חוזה המכר (שם, בעמ' 233; מבוסס על העובדות בפרשת nightingale v. Parsons (1914) [16]) אולם אם, במסכת העובדתית הנ"ל, היה השוכר מחליט לרכוש את הנכס ימים מספר לאחר המפגש הראשוני - ניתן היה, כנראה, לזכות את המתווך בדמי תיווך בעבור עיסקת המכר.

גובה הזכאות

15. בית המשפט המחוזי קבע את שיעור הזכאות בגובה 2% מערך הנכס. השופטת הנכבדה קבעה כי ההלכה הפסוקה הינה שבהיעדר הסכם על שיעור אחר, זכאי המתווך על סמך הנוהג לדמי תיווך בשיעור 2% ממחיר העסקה מכל צד (ע"א 244/65 אובסיוביץ נ' בלומקין (בליומקין) וערעור-שכנגד (להלן - הלכת אובסיוביץ [9])).

הלכת אובסיוביץ [9] עיגנה את הנוהג לשלם 2% מערך הנכס כדמי טרח למתווך. ההלכה נתבססה על פסיקה של בית המשפט המחוזי כמפורט באותו עניין. היא אף אושרה בפסיקה מאוחרת יותר (ע"א 107/86, 113 [5] בעמ' 521).

סעיף 46 לחוק החוזים (חלק כללי) קובע כי "חיוב לתשלום בעד נכס או שירות שלא הוסכם על שיעורו, יש לקיים בתשלום של סכום שהיה ראוי להשתלם לפי הנסיבות בעת כריתת החוזה". מהו אותו "סכום ראוי"? פתרון קושיה זו מחייב התייחסות לדרכי פרשנות החוזה. בענייננו, הנסיבות אינן מצביעות על פתרון ברור. בעלי הנכס (המוכרים) אמנם שילמו דמי תיווך בסך 0.6%, אולם הדבר אינו ראיה מכרעת.

בית המשפט קמא יצא מנקודת הנחה כי הנוהג בדבר 2% מערך הנכס כדמי תיווך חל על כל סוגי עסקאות הנדל"ן, וכי לפיכך הנטל להפריך את הנוהג רובץ על הטוען זאת - היינו על המערער (רוכש הנדל"ן). לאחר דיון בראיות המערערים, קבעה הערכאה הראשונה כי -

"הנתבעים (הם המערערים דנן - מ' ש') לא הצליחו להביא ראיות משכנעות לסתירת תחולת הנוהג הכללי על עסקאות בהיקף כספי גדול".

ולפיכך -

"בהיעדר ראיות מספיקות להוכחת נוהג שונה מהנוהג הכללי יש לפסוק לפי הנוהג הכללי הקובע כי שיעור התיווך הוא שני אחוז ממחיר העסקה".

16. בפסיקה תחמו את הלכת אובסיוביץ [9], למעשה, ל"עסקאות נדל"ן" בהיקף שאותו ניתן לכנות "פרטי", להבדיל מעסקאות בהיקף "גדול". היקף פרטי משמעו עסקאות בין פרטים במשק בנוגע לנדל"ן המשמש לדיור או להשקעה פרטית; זאת להבדיל מעסקאות מסחריות בעלות היקף משמעותי דוגמת העסקה הנדונה לפנינו (מכר בית-מלון). קשה לקבוע סיווגים מדויקים, כי יש שעסקה היא גדולה אף אם אינה מתייחסת, למשל, למלון או לבית משרדים, וזאת כאשר השווי הכספי של העסקה הוא ניכר. דא עקא, שבהיעדר תחימה מדויקת כפי שהיא נוהגת למשל במספר מדינות בגרמניה, כל קביעה של הקו המפריד הכספי היא כיום במידה לא מועטה שרירותית. עם זאת, ברורים המקרים הבולטים, כגון עסקה של מיליוני דולרים שהיא בוודאי עסקה גדולה.

בעניין אובסיוביץ [9] עצמו דובר במכר מגרש בין שני פרטים (גב' בלומקין ומר שטרוד). האסמכתאות שעליהן מבוססת הלכת אובסיוביץ [9] עוסקות אף הן בנכסים "פרטיים" (דירת מגורים).

קיים נוהג של תשלום 2% מערך הנכס בעסקאות שאותן כינינו פרטיות. לגבי עסקאות בהיקף "גדול" לא מצינו תיזה מגובשת בדבר "הליכות מסחר שמקיימים אותן בתחום ידוע של חיי המסחר והכלכלה, כך שאנשים מצפים לחזרה עליהן" (גי' שלו, דיני חוזים (דין, תש"ן) 328). אכן, "הוכחת נוהג כללי מצריכה ראיות טובות ורבות יותר מהוכחת נוהג פרטי" (שלו, שם, בעמ' 331).

17. עיקרו של דבר, במספר פסקי-דין בשנים האחרונות עולה מן המסכת העובדתית וההכרעה לגביה כי השתלם 1% בלבד מערך הנכס, כאשר דובר בנכסים בעלי ערך כספי גבוה במיוחד.

בפסק-דין אובסיוביץ [9] הראשון נקבע, כאמור, הנוהג של תשלום 2% כדמי תיווך. פרק זמן קצר לאחר זאת הלכה זו לאוויר העולם, עלה העניין פעם נוספת להכרעת בית המשפט העליון, בע"א 270/66 אובסיוביץ נ' הירש ואח' [10]. במסגרת דיון זה הובאו לפני בית המשפט דבריו של עד, אשר העיד מטעם המתווך, לאמור:

"גם מקובל כך - כלומר: לשלם אחוז אחד למאה בלבד - בעסקאות העולות על מאה אלף לירות". בית המשפט קיבל עדות זו כ"עדות-נוהג" ופסק על פיה.

בע"א 380/81 [3], נמכר נכס בשווי של 2.7 מיליון דולר ארצות-הברית. השופט ש' לויין ציין שם כי אין הוא קובע נוהג כללי בדבר שיעור דמי התיווך בעסקאות גדולות (שם, בעמ' 666). אולם, הוא מציין כי קיימים אינדיקטורים מספיקים לעובדה ששיעורם הראוי והמקובל של דמי התיווך הוא 1% בלבד. הוא הדין בע"א 107/89, 113 [5], שבו נמכר מגרש בשווי של 800 אלף דולר ארצות-הברית.

בית המשפט המחוזי - ובעקבותיו בית המשפט העליון - קבע כי הזכאות הינה ל-1% בלבד.

דמי התיווך – נוהג בעיסקאות גדולות

18. הנוהג הוא מכשיר להשלמת תוכנו של חוזה. אם תוחמים את הלכת אובסיוביץ [9] הראשונה לעיסקאות נדל"ן בהיקף רגיל, או כפי שכינינו זאת לעיל בהיקף "פרטי", הרי שהנטל להוכחת "הסכום הראוי", קרי גובה דמי התיווך במקרה של עיסקה גדולה, רבץ על כתפי המשיבה. במילים אחרות, אין נוהג בנוגע לדמי תיווך בעיסקאות נדל"ן בהיקף גדול ומסחרי. הנוהג תקף אך ורק לגבי עיסקאות בהיקף רגיל. לכן, הנטל באשר לגובה דמי התיווך רבץ על הטוען להם – שהיא, בענייננו, המשיבה.

בענייננו השתלמו על-ידי המוכרים 0.6% מערך הנכס. מקובל עלינו כי הסכם של מתווך עם אחד הצדדים אינו מחייב מאליו העתקתו כלשונו לקשריו של המתווך עם הצד האחר (רע"א 628/83 דליה תל אביב בע"מ נ' שפירא [11]); אולם הוא מהווה ראיה לכאורה באשר לשיעור דמי התיווך אשר מן הראוי כי ישתלמו על-ידי הצד השני (ע"א 74/89 חסינים, חברה להחזקת נכסים בע"מ נ' שפירא [12], בעמ' 850).

בית המשפט קמא סבר שהנוהג באשר לדמי תיווך הינו נוהג החל בכל סוגי עיסקאות הנדל"ן, ומי שמבקש לסותרו, עליו הראיה. מסקנתו הייתה כי המערערים לא עמדו בנטל ההוכחה.

מדברי בית המשפט גם עלה נימוק נוסף בעניין שיעורם של דמי התיווך, וזה נשען על קביעות בדבר מהימנות עדים, אשר על פיהן יפים בעיני הערכאה הראשונה ראיות המשיבה מראיות המערערים. בית המשפט הסיק, כי המשיבה הרימה את נטל הראיה, בהביאה מטעמה את חוות-דעתו של מר גלזר. כנגד ראיה זו הוצבו חוות הדעת של מתווכים אחרים, שניסיונם בקשר לעיסקאות גדולות היה מוגבל יותר.

הווי אומר, עדותו של מנהל משרד תיווך מן הגדולים מטעם המשיבה (גלזר) הייתה עדיפה בעיני בית המשפט במשקלה על העדויות מטעם המערערים שהיו משכנעות פחות. אנו כערכאת ערעור – לא היינו נוטים להתערב במימצא כאמור של בית המשפט קמא, אלמלא הייתה דעתנו כי בכל הנוגע לעיסקאות גדולות מן הסוג שלפנינו נתגבשה בפסיקה שלנו ההשקפה כי ראוי לפסוק דמי תיווך בשיעור אחוז אחד משווי העיסקה, והוא, כמובן, אם לא הוסכם אחרת. לא הייתי רואה בעדותו של מר גלזר עילה לשינוי גישתנו שמצאה ביטויה בשורה של פסקי-דין.

19. במה דברים אמורים. מבחינה עיונית, אפשר להגיע לפתרון האמור – היינו, תשלום אחוז אחד משווי העיסקה – בשתי דרכים:

הראשונה – דרך סעיף 46 לחוק החוזים (חלק כללי). הדיון במסגרת סעיף 46 מחייב את קביעת השכר הראוי. נקודת הזמן לבחינת השכר הראוי הינה מועד כריתת החוזה (סעיף 20א) לחוק המכר, תשכ"ח-1968). למרות מיקומו הגיאוגרפי של סעיף 46 בחוק החוזים (חלק כללי), סיווגה של הוראתו של הסעיף הינו "על הגבול שבין דיני חוזים לדיני עשיית עושר ולא במשפט" (ד' פרידמן, "שכר טירחה ראוי לעורך 29). שיטת חישוב השכר הראוי לגבי מתווכים הינה חישוב אחוז מסוים מן, דין" המשפט (תשנ"ד) 28 העיסקה. הקריטריון הראשי לחישוב השכר הראוי הינו מחיר השוק (ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט (בורסי-ח.ש. פרץ, מהדורה 2, תשמ"ב) 372). דרך חישוב מחיר השוק נעשית בדיני התיווך, כאמור, "תוך זיקה למחיר ששולם עבור הממכר" (ע"א 249/82 קפמן-אסרף מהנדסים קבלנים בע"מ נ' לרמן [13], בעמ' 458). מובן, כי צדדים רשאים לקבוע דרכי חישוב אחרות (כגון – תשלום על-פי שעות עבודה). בהיעדר התנאה מפורשת או משתמעת – "היקף העיסקה הוא המפתח היחיד לחישוב השכר" (ע"א 458/83 בייטרה ואח' נ' ספיר ואח'; עדן נ' ר' ספיר ואח' [14], בעמ' 427) השאלה הבאה היא – מהו שיעור אותו אחוז? בנסיבות העניין אחוז אחד הוא שיעור ראוי. מסקנה זו נובעת מהשקפתנו כי מקובל – על סמך הפסיקה – לפסוק שיעור דמי תיווך של אחוז אחד. מסקנתנו מושתתת גם על הראיות, אשר עמדו לפני בית המשפט קמא. ראיות אלו הן תצהירי המערער ודבריו של מר גלזר בחקירתו הנגדית. המתווכים, אשר מסרו את עדותם מטעם המערער, הודו כי אחוז אחד הוא שיעור סביר ומקובל כדמי תיווך.

לסיכום – שכר ראוי למתווך בעל מוניטין, מקום בו דובר בשורה של פגישות במועד כריתת חוזה התיווך – שנת 1984 – הינו אחוז אחד מערך הנכס.

הדרך השנייה להגיע לפתרון של אחוז אחד כשיעור דמי התיווך בעיסקאות גדולות, נעוצה בסעיף 26 סיפא לחוק החוזים (חלק כללי) – היינו "לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג...". לשיטתי, במרוצת הזמן נתגבש, לאור האמור בסעיף 17 לעיל, נוהג של אחוז אחד כתשלום דמי תיווך למתווך מקום בו נושא התיווך הינו נכס בעל שווי רב. למעשה, הנוהג משמש, במקרים מסוימים, "מקור מכוח הדין להשלמה" (ד' פרידמן, נ' כהן, חוזים (אבירים, כרך א, תשנ"א) 278. מכל מקום, דיני החוזים רואים את הנוהג כפרטים מוסכמים.

אלו הן שתי הדרכים האפשריות. הדרך השנייה נראית לי הדרך הנכונה. ניתן לקבוע כי השיעור של אחוז אד בעיסקאות גדולות הוא המקובל בשוק. קביעה זו מבוססת כאמור על הפסיקה אשר הוצגה למעלה. היא מבוססת על ההיגיון. היא מבוססת על הידיעה השיפוטית בדבר עצם העלייה התלולה במחירי הנדל"ן בעשורים האחרונים, וקביעת שיעור דמי התיווך ביחס לערך

הנדל"ן. נראה כי הדרך השנייה היא אף הדרך הרצויה במישור המדיניות השיפוטית. קביעת נוהג מפשט את ההליך בבית המשפט. היא חוסכת - במידה מסוימת - הגשת תצהירים והליכי חקירה שכנגד. אמנם, קביעתנו כי הנוהג הינו אחוז אחד איננה קביעה מדויקת מבחינה מדעית. הנוהג הוא נקודת מוצא, ועל המבקש לסטות הימנו - נטל הראיה.

הצעת חוק המתווכים - הערה

20. בשולי הדברים אוסיף כי בהצעת חוק מתווכים במקרקעין לא מוצע פתרון לבעיה שלפנינו. במה דברים אמורים: החוק מחייב עריכת חוזה הזמנה שבו יפורט שכר טרחתו של מתווך מקרקעין (סעיף 16(ב)(5) להצעה). עצם קביעת החובה לערוך חוזה בכתב היא חיונית, בין היתר, כדי למנוע מחלוקות והתדיינויות. אולם ראוי גם שהחוק ייצור בסיס סטטוטורי לקביעת נורמה שתחול אוטומטית כל עוד לא הוסכם אחרת. נורמה כללית זו תהיה נתונה לשינוי לפי החלטת גוף מוסמך של הכנסת (אולי שר המשפטים, באישור ועדת הכלכל של הכנסת).

כוונתי לכך שראוי לשקול הוספתה לחוק הנ"ל של הוראת הסמכה להתקנת חקיקת משנה באשר לשיעור השכר על-פי סוג העיסקאות (מכר, שכירות וכדומה), שווי הנכס וכיוצא באלה נתונים, שיחול בהיעדר הסכם אחר. נראה לי שיש לקבוע את שיעורי דמי התיווך בשיעור של 2% בעיסקה רגילה שאינה עולה על סכום כפי שיפורט מעת לעת בצו, ובכל עיסקה בהיקף גדול מסכום זה יחול שכר - טירחה של אחוז אחד, והכול אם הצדדים לא הסכימו אחרת. הסדר כאמור דרוש כי יש, לצערי, להניח שהצדדים לא יזכרו בכל מקרה לפרט את סכום דמי התיווך או כי ירצו להימנע בשלב האמור ממילוי קפדני של החובה החרוטה. למקרה כאמור לא רצוי להשאיר חלל, אלא יש ליצור הוראה שירית ודיספוזיטיבית - שתחול בנסיבות כאלה. אם ייקבע בצו סכום המבדיל בין העיסקאות כמוצע לעיל, לא תיווצר כמובן הבעיה של ההבחנה בין עיסקה פרטית לגדולה. הסכום שיוצר את החיץ בין עיסקאות רגילות לגדולות ייקבע כאמור בצו, ויהיה נתון לשינוי, מעת לעת, כפי שהוצע לעיל.

21. אשר על-כן, הייתי דוחה את הערעור נגד הקביעה של הערכאה הראשונה בדבר חיובם של המערערים בדמי התיווך, ומחליט לקיים בנקודה זו את החלטתה של הערכאה הראשונה המקובלת עליו. בעניין שיעור שכר טרחתו של המתווך, הייתי מקבל את הערעור ומעמיד את הסכום על אחוז אחד משווי העיסקה.

ערעור שכנגד

22. הערעור שכנגד נוגע לשתי נקודות: ראשית - גובה המע"מ אשר מיתוסף לדמי התיווך. שנית - שיעור ההוצאות ושכר טרחת עורך-דין אשר נפסקו למשיבה.

באשר למע"מ - קבענו כי שיעור דמי התיווך יהא אחוז אחד משווי העיסקה, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כמקובל, ובתוספת מס ערך מוסף הקבוע במועד התשלום (סעיף 6 לחוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975).

23. אשר להוצאות שנפסקו בערכאה הראשונה, הרי לאור מכלול הנתונים ומידת ההתערבות בכגון דא הנוהגת בבית-משפט זה, לא הייתי מתערב בסוגיה זו.

בעניין ההוצאות ושכר טרחת עורך-דין בערכאה זו - לאחר שקלול כל הנסיבות, ומאחר שהערעור נתקבל באופן חלקי, יישאו המערערים בהוצאות המשיבה בסכום של 5,000 ש"ח.

השופט ד' לוי: אני מסכים.

השופט י' קדמי: אני מסכים.

הוחלט כאמור בפסק-דין של הנשיא.

ניתן היום, י"ב באב תשנ"ד (20.7.94).

ת"א ע"א 2469/06 רונן סויסה ואח' נ' חב' חברת זאגא ואח'

פסק הדין

השופטת א' חיות:

זהו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופטת ר' רונן) בו נדחתה תביעת המערערים לסעד הצהרתי הקובע כי הסכם מכר מקרקעין שנחתם בין המשיבים 2 ו-3 לבין המערער 1 הינו מחייב ובר אכיפה.

העובדות הצריכות לעניין

1. בשנת 1961 רכשו בני-הזוג, המשיבים 2 ו-3, זכות בעלות במושע ב-9,000/463,977 חלקים במקרקעין בבת-ים הידועים כחלק מחלקה 1 בגוש 5027 (להלן: המגרש). הזכות נרשמה בלשכת רישום המקרקעין על שם המשיבה 1, חברה שהמשיבים 2 ו-3 מחזיקים בכל מניותיה והמשיב 2 משמש כמנהלה. במהלך השנים בחנו המשיבים 2 ו-3 באופן ראשוני אפשרויות למכירת המגרש, בין היתר, אצל עורכי דין ומתווכים ובהם המערער 1, שהוא מתווך במקצועו, ולצורך כך ביררו את שווי של המגרש, את מצבו התכנוני ואת עלויות המס הכרוכות במכירה אך בירורים אלה מעולם לא הבשילו לכדי עסקה. ביום 22.12.2004 התקיימה שיחת טלפון בין המערער 1 לבין המשיבים 2 ו-3 במהלכה אמר המערער 1 למשיבים 2 ו-3 כי יש לו קונה פוטנציאלי למגרש. מאוחר יותר באותו היום הגיע המערער 1 עם אדם נוסף (בדיעבד התברר כי היה זה בנה של המערערת 2) לביטול של המשיבים 2 ו-3, ולאחר משא ומתן שהתנהל בין הצדדים נחתם בין המערער 1 לבין המשיבים 2 ו-3 מסמך שכותרתו "הסכם" למכירת המגרש (להלן: ההסכם). בהסכם צויין כי המגרש רשום על שם המשיבה 1 והמשיבים 2 ו-3 התחייבו להעבירו על שמם ולמוכרו למערער 1 ו/או למי מטעמו, תמורת סך השווה ל-148,000 דולר ארה"ב. במעמד החתימה על ההסכם שולמה למשיבים מקדמה בסך של 700 דולר ארה"ב, ונקבע כי תשלום נוסף בסך של 10,000 דולר ארה"ב ישולם להם בתוך שבועיים. עוד נקבע בהסכם כי המועד לתשלום היתרה ותנאי התשלום יסוכמו במעמד חתימת ההסכם אצל עורך-דין.

2. יום לאחר חתימת ההסכם, שוחחו המשיבים 2 ו-3 עם מתווך מקרקעין נוסף אשר הביא לידיעתם כי ביום שבו חתמו על ההסכם עם המערער 1 פורסמה בעיתון מקומי בבת-ים כתבה ובה צויין כי הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה של מחוז תל אביב (להלן: הוועדה המחוזית) החליטה להפקיד תוכנית מיתאר מפורטת להקמת רובע מגורים על שטח של כ-600 דונם בדרום בת-ים בו מצוי, בין היתר, גם המגרש (להלן: תוכנית המיתאר). עם היוודע להם הדבר התקשרו המשיבים 2 ו-3 אל המערער 1 והודיעו לו כי הם מבטלים את ההסכם וביום 2.1.2005 אף שלחו אליו באמצעות בא כוחם הודעת ביטול בכתב (להלן: הודעת הביטול). בהודעת הביטול ציינו המשיבים 2 ו-3 כי ראו במערער 1 מתווך ונתנו בו אמון אך הוא מעל באמונם ולא גילה להם על דבר הפקדת תוכנית המיתאר וכלשונם:

מרשי, אשר כאמור נתנו בך את מידת האמון המתבקשת, שמעו בקשב רב את דבריך בדבר כדאיות הצעתו כביכול של אותו "רוכש הפוטנציאלי מסויים" הלהוט לרכוש המקרקעין, לרבות הטעמתך המפורשת אותה מצאת לנכון להדגיש בפניהם הדגש היטב, לפיה, בנסיבות מצבם התכנוני הנוכחי העגום של מקרקעין אלו אשר יזכו לעדנה רק בעוד שנים רבות, הרי שהצעתו של "הקונה הפוטנציאלי המסויים", אותה הינך שוטח בפניהם בשמו וכשלוחו, הנה כדאית ביותר עבורם וכי אל להם להחמיץ הזדמנות פז זו למוכרם, וזאת לאחר למעלה מ-40 שנה בהם הם מחזיקים במקרקעין אלו. ואולם, דא עקא - דבריך ומצגיך אלו בפני מרשי התבררו במהרה למרשי כהטעיה, שכן לא רק שלא מצאת לנכון להזכיר ולו ברמז את דבר העובדה כי ימים ספורים קודם לכן החליטה הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה של מחוז תל אביב להפקיד תוכנית מיתאר ... אלא אף שהנסיבות מראות כי בעליל טרחת להסתיר עובדה קריטית זו מפני מרשי.

המערערים מצידם דחו את הודעת הביטול ועמדו על קיום ההסכם. לפיכך הוגשה על ידם המרצת פתיחה לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בה עתרו לסעד הצהרתי הקובע כי ההסכם מחייב ובר אכיפה.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

3. בפסק דינו מיום 2.2.2006 דחה בית משפט קמא את טענת המשיבים 2 ו-3 לפיה המסמך שנחתם בינם ובין המערער 1 איננו הסכם אלא זכרון דברים בלתי מחייב הלוקה בחוסר מסויימות. הוא אף דחה את טענתם כי בהיות המשיבה 1 הבעלים הרשום של המגרש אין תוקף להתחייבותם למכור את המגרש, בהדגישו כי מדובר בהתחייבות של המשיבים 2 ו-3 להעביר את הזכויות במגרש כמי שמחזיקים בכל מניותיה של המשיבה 1 וכמי שיש בידם לקיים התחייבות זו. בית משפט קמא הוסיף וקבע כי העובדה שלגרסת

המערער 1 הוא רכש את המגרש בנאמנות עבור המערער 2 אף היא אינה פוגמת בתוקפו של ההסכם משום שעל פי האמור בהסכם הסכימו המשיבים 2 ו-3 למוכרו למערער 1 ו/או למי מטעמו. יחד עם זאת מצא בית המשפט כי יש לדחות את התובענה, בקובעו כי בנסיבות העניין בוטל ההסכם כדין על ידי המשיבים 2 ו-3 מתוקף סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: **חוק החוזים**) בגין הטעיה שהטעה אותם המערער 1 ולחלופין על פי סעיף 14(א) לחוק בשל טעות שטעו בה המשיבים 2 ו-3 ואשר הייתה ידועה למערער 1. במישור העובדתי העדיף בית משפט קמא את גרסתו של המשיב 2 לפיה היה זה המערער 1 אשר פנה אליו ביום שבו נחתם ההסכם והציע לו להיפגש בעניין מכירת המגרש. כמו כן קיבל בית משפט קמא את גרסתו של המשיב 2 כי לא ידע בעת חתימת ההסכם על דבר אישורה של התוכנית להפקדה בעוד שהמערער 1 ידע על כך. וכלשון בית המשפט:

האם היה [המערער 1] מודע להפקדה ולפרסום בעיתון? אני סבורה כי מאזן ההסתברויות מוליך לתשובה חיובית לשאלה זו. ראשית, אני סבורה כי [המערער 1] הוא שפנה אל [המשיבים 2 ו-3] ביום בו נחתם ההסכם, וביקש מ[המשיבים 2 ו-3] להיפגש לצורך הידברות ביחס למכירת המגרש... מבין שתי הגרסאות אני מעדיפה בהקשר זה את גרסתו של [המשיב 2], בין היתר משום שיש בה היגיון פנימי, העולה בקנה אחד עם סיפור המעשה בכללותו. כך, ביחס ל[משיבים 2 ו-3] אין כל הסבר קוהרנטי לכך, שלאחר שהם מחזיקים במגרש למעלה מ-40 שנה, הם פנו לפתע ל[מערער 1] וביקשו למכור את המגרש בו ביום. מנגד, ביחס ל[מערער 1] שהוא מתווך מקרקעין, וישנה סבירות לכך שהוא מודע למצב התכנוני באזור בו הוא עובד, יש הגיון במסקנה לפיה הוא פנה אל [המשיב 2], כדי להציע לו למכור את המגרש, דווקא במועד בו פנה אליו, לאור השינוי במצבו התכנוני של המגרש.

בית המשפט הוסיף וקבע כי אף שבמועד החתימה על ההסכם טרם אושרה תוכנית המיתאר, עצם מתן האישור להפקדה יש בו כדי להשביח את הפוטנציאל הכלכלי הטמון במגרש ולהשליך על שוויו והדברים ברורים וידועים אף בלא שהוצגה בעניין זה חוות דעת מומחה. בהפנותו אל פסק-הדין בע"א 9019/99 קינסטלינגר נ' אליה, פ"ד נ"ה(3) 542 (2001) (להלן: עניין קינסטלינגר) ציין בית משפט קמא כי "העובדה שפורסמה תוכנית מיתאר שהיא בבחינת הפשרת הקרקע למגורים מטילה חובת גילוי כלפי מוכרת הקרקע". ובעניינינו קבע בית המשפט כי המערער 1 הטעה את המשיבים 2 ו-3 בכך שלא גילה להם טרם החתימה על ההסכם כי חל שינוי במצבו התכנוני של המגרש, אף ששני הצדדים ראו מידע זה כמידע משמעותי ואף שהמידע היה בידי המערער 1 כמי שעוסק בתיווך מקרקעין. בית המשפט הדגיש בהקשר זה כי המשיבים 2 ו-3 הינם אנשים מבוגרים אשר לא היו מיוצגים בעת חתימת ההסכם על ידי גורם מקצועי כלשהו והמידע הרלוונטי לא היה בידם אותה עת. בית המשפט הוסיף וציין כי אף אם אין מדובר בהטעיה חלים במקרה דנן תנאי סעיף 14(א) לחוק החוזים משום שהמשיבים 2 ו-3 טעו בטעות שהמערער 1 ידע או היה עליו לדעת אודותיה. עוד קבע בית המשפט כי אף שהטעות של המשיבים 2 ו-3 "יש בה כדי להשפיע על כדאיות העסקה" – היא אינה טעות בכדאיות העסקה גרידא" שכן מדובר בטעות המתייחסת לפרט משמעותי באשר למצבו התכנוני של המגרש. מטעמים אלה קבע בית משפט קמא כי המשיבים 2 ו-3 היו רשאים לבטל את ההסכם וכי הודעת הביטול ניתנה על ידם כדין ובמועד.

המערערים לא השלימו עם פסק דינו של בית המשפט המחוזי הדוחה את התובענה ומכאן הערעור שבפנינו.

טענות הצדדים

4. המערערים טוענים כי שגה בית משפט קמא בקובעו שנפל פגם של טעות ברצונם של המשיבים 2 ו-3 להתקשר בהסכם כמשמעותו בסעיף 14(א) לחוק החוזים. לטענתם, לא הונחה תשתית ראייתית מספקת המוכיחה כי חל שינוי במצבו העובדתי-תכנוני של המגרש כגון חוות דעת תכנונית והם מדגישים כי המשיבים הסתפקו לעניין זה בהצגת כתבה שפורסמה בעיתון אשר אינה מהווה ראייה לאמיתות תוכנה בלא שהוכח כי תוכנית המיתאר המוזכרת בכתבה מתייחסת למגרש נשוא ההסכם. עוד טוענים המערערים כי אף אם במועד החתימה על ההסכם כבר אושרה תוכנית המיתאר להפקדה, שגה בית משפט קמא בקובעו כי המשיבים 2 ו-3 טעו ביחס למצבו התכנוני של המגרש. לטענתם, מעדות המשיב 2 עולה כי הם ידעו שהתוכנית לשינוי ייעוד המגרש נמצאת בטיפול הרשויות המוסמכות אך טרם אושרה, ומידע זה שיקף את מצבו התכנוני של המגרש לאשורו. המערערים מוסיפים וטוענים כי מכל מקום לא הוכח קיומו של קשר סיבתי בין הטעות לבין התקשרותם של המשיבים 2 ו-3 בהסכם, דהיינו לא הוכח כי אילו ידעו המשיבים 2 ו-3 שתוכנית המיתאר אושרה להפקדה הם היו נמנעים מלחתום על ההסכם. בעניין זה מציינים המערערים כי מעדותו של המשיב 2 עולה כי הוא ואשתו ייחסו חשיבות אך לאישורה הסופי של תוכנית המיתאר ולשאלה האם ניתן לבנות על המגרש. המערערים מדגישים בהקשר זה כי בין הפקדת התוכנית לבין אישורה הסופי הדרך ארוכה, בצינורם כי התוכנית טרם אושרה גם בעת הגשת טיעוניהם בערעור. המערערים מוסיפים וטוענים כי שגה בית משפט קמא בקובעו שטעותם של המשיבים 2 ו-3, בהנחה שהייתה כזו, הייתה טעות יסודית בהדגישם כי יש לבחון שאלה זו באמות-מידה אובייקטיביות ומשכך לא ניתן לבסס קביעה בעניין זה על התנהגות המשיבים 2 ו-3 שביטלו את ההסכם מיד עם היוודע להם על דבר הפקדת תוכנית המיתאר או על רצונו של המערער 1 לרכוש את המגרש סמוך למועד שבו נודע לו על הפקדתה. עוד טוענים המערערים כי הקביעה לפיה ביטול הסכם מהווה ראייה ליסודיות הטעות היא טאוטולוגית ולוקה בכשל לוגי ומשפטי בהדגישם כי המסקנה בדבר עליית שווי המגרש

כתוצאה מהפקדת התוכנית אינה מצויה בידיעתו השיפוטית של בית המשפט והיא טעונה הוכחה בחוות-דעת מומחה שלא הוצגה במקרה הנדון. לטענתם, לו הייתה מובאת חוות-דעת כאמור היה מוכח שהמגרש נמכר במחיר השוק, ועל כל פנים הוא לא נמכר במחיר הנמוך באופן משמעותי משווי האמיתי, באופן שאדם סביר לא היה מתקשר בהסכם. עוד נטען כי שגה בית משפט קמא בקובעו שהמערערים ידעו על הטעות, או כי היה עליהם לדעת אודותיה, מבלי שנימק את קביעתו זו, מבלי שפירט האם ידיעתם הייתה בפועל או בכוח, ואם בכוח, מדוע ראוי היה שיידעו עליה וכן מבלי שקבע האם ידעו המערערים ובעיקר המערערת 2 אודות יסודיות הטעות כדרישת סעיף 14(א) לחוק החוזים.

5. המערערים מוסיפים וטוענים כי יסודותיה של עילת ההטעיה הקבועה בסעיף 15 לחוק החוזים אף הם אינם מתקיימים במקרה דנן ולו משום שלא הוכח קשר סיבתי בין ההטעיה הנטענת לטעות. לטענת המערערים ככל שהמשיבים 2 ו-3 טעו בעניין המצב התכנוני העדכני של המגרש יש לייחס זאת לכך שלא טרחו לברר אותו קודם להתקשרות בהסכם. עוד טוענים המערערים כי אי גילוי עובדה מהווה הטעיה רק מקום בו ישנה חובה לגלות מידע. לטענתם, שגה בית משפט קמא בקובעו כי הייתה מוטלת על המערער 1 חובת גילוי כלפי המשיבים 2 ו-3 בהדגישם כי עניינם שונה מהותית מן העובדות שעמדו בבסיס פסק הדין בעניין קינסטלינגר וכי במקרה דנן המידע בדבר אישור תוכנית המיתאר להפקדה היה מידע נגיש, זמין וגלוי שהמשיבים 2 ו-3 יכלו לבררו בקלות ובזול. המערערים מוסיפים וטוענים כי אף אם ייקבע שהמשיבים 2 ו-3 טעו או הוטעו מדובר בטעות בכדאיות העסקה, שכן היא נוגעת להערכת הסיכויים שהתוכנית תאושר בעתיד באופן שיהא בו כדי להשפיע על מחיר המגרש. לבסוף טוענים המערערים כי התנהגות המשיבים 2 ו-3 שוללת מהם את הזכות לבטל את ההסכם, שכן הם ידעו כי נערכים הליכים תכנוניים בנוגע למגרש ויכלו לבדוק מהו מצבו התכנוני העדכני ובהימנעם מלעשות כן נטלו על עצמם סיכון מודע באשר להתרחשותה של טעות מצידם, ובנסיבות אלה יש לראותם כמי שויתרו על זכותם לבטל את ההסכם מחמת טעות. לחלופין טוענים המערערים כי אי בדיקת מצבו התכנוני של המגרש על ידי המשיבים 2 ו-3 מהווה רשלנות תמורה מצדם, שכן מוכר סביר המודע לכך שקיימת אפשרות שיעוד המגרש ישתנה היה פועל לברור מצבו התכנוני, לא כל שכן כאשר מידע זה הוא בעל חשיבות עבורו. המערערים מדגישים בהקשר זה כי הזכות המוקנית לצד הטועה לבטל חוזה מחמת טעות או הטעיה נובעת מן הפגם המוסרי שדבק בהתנהגותו של הצד שהטעה או שידע על טעותו של הצד שכנגד, אך כאשר נופל פגם מוסרי בהתנהגות הטועה, כבענייננו, אין הצדקה להעדיפו ויש לבצע איזון אינטרסים במסגרתו יש לקחת בחשבון, בין היתר, את השמירה על קיום חיי מסחר יציבים.

6. המשיבים מצידם טוענים כי שגה בית משפט קמא בדחותו את טענתם כי לא נקשר כלל הסכם מכר מחייב בין הצדדים והם שבים ומעלים בהקשר זה את הטענה כי המשיבה 1 היא הבעלים הרשום של המגרש ועל כן לא היה בידיהם למוכרו וכן הם שבים וטוענים כי כלל לא גמרו בדעתם להתקשר עם המערער 1 בהסכם מכר מחייב וכי חסרים בהסכם פרטים מהותיים כגון מועדי ותנאי תשלום התמורה ומועד המסירה. לחלופין טוענים המשיבים 2 ו-3 כי מכל מקום אין להתערב בקביעותו העובדתית והמשפטיות של בית משפט קמא לפיהן קמה להם עילה לביטול ההסכם בשל הטעיה או טעות. המשיבים 2 ו-3 מדגישים בהקשר זה כי לא היו מודעים להפקדת תוכנית המיתאר וכי אילו ידעו על כך לא היו מתקשרים בהסכם בציינם כי מדובר בתון הנוגע לתכונותיו של הממכר שהינו בעל השפעה משמעותית על שווי. עוד מדגישים המשיבים 2 ו-3 כי המערער 1 הטעה אותם באומרו כי לא צפוי בעתיד הנראה לעין שינוי ביעודה של הקרקע בה כלול המגרש. המשיבים 2 ו-3 מאשרים כי במהלך השנים התעניינו אצל גורמים מקצועיים שונים ובהם המערער 1 לגבי מצבו התכנוני של המגרש אך לטענתם עובדה זו מחזקת את חובת הגילוי החלה על המערער 1 בנסיבות העניין ליידיע אותם על דבר אישור התוכנית להפקדה טרם החתימה על ההסכם, ביודעו את החשיבות שהם מייחסים לסוגיה זו. את חובתו זו הפר המערער 1 בכך שהטעה אותם במכוון, במעשה ובמחדל משום שלא חשף בפניהם את המידע הרלוונטי האמור ואף הגדיל לעשות בהציגו בפניהם מצג שווא באומרו בתשובה לשאלה ישירה שהפנו אליו כי לא צפוי בשנים הקרובות שינוי ביעוד המגרש.

המשיבים 2 ו-3 מוסיפים ומציינים כי ההטעיה מצד המערער 1 נושאת חומרה יתרה נוכח היותו מתווך שעל דבריו סמכו כאיש מקצוע וכי בהקשר זה יש לראותו כמי שהפר כלפיהם את חובות הנאמנות והזהירות החלות עליו על פי סעיף 8(א) לחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המתווכים). המשיבים מוסיפים ומפנים לעניין חובת הגילוי החלה על המערער 1 בשלב הטרם חוזי אל הוראת סעיף 12 לחוק החוזים, אל סעיפים 2(א) ו-3(ב) לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 וכן אל סעיף 16 לחוק המכר, תשכ"ח-1968 (להלן: חוק המכר). עוד הם טוענים כי אף אם הימנעותם מלברר את המצב התכנוני במגרש עולה כדי רשלנות, עומדת להם בנסיבות העניין הזכות לבטל את ההסכם משום שהסתמכו על מצג שווא שהציג בפניהם המערער 1. אשר לטענת המערער 1 כי אין מדובר אלא בטעות שבכדאיות העסקה טוענים המשיבים 2 ו-3 כי אין להתערב בקביעת בית משפט קמא בעניין זה לפיה מדובר בטעות הנוגעת לתכונותיו של הממכר ואלה נושאות משקל מהותי לצורך קבלת ההחלטה האם להתקשר בהסכם מכר. טעות זו יש בה אכן כדי להשפיע על כדאיות העסקה אך אין לראותה כטעות בכדאיות העסקה גרידא. לבסוף טוענים המשיבים 2 ו-3 כי התנהגותה של המערערת 2 - שעל קיומה נודע להם רק לאחר הגשת התובענה שבכאן - אינה תואמת התנהגות סבירה של קונה תמימה ולגישתם יש לייחס גם לה התנהלות העולה כדי חוסר תום לב והטעיה ולו משום שעל פי

סעיף 15 לחוק החוזים מתקיימת הטעיה גם כאשר המטעה הוא "אחר מטעמו" של הצד שכנגד. משכך וככל שהמערער 1 פעל בשמה ומטעמה של המערער 2 יש לייחס לה באופן מלא את מעשיו ומחדליו.

דיון

מסויימות ההסכם

7. טרם שאדרש לסוגיית ההטעיה שהיא בעיניי הסוגיה העיקרית העולה בערעור זה, יש להסיר מן הדרך שתי טענות ששבו והעלו המשיבים 2 ו-3 בפנינו. טענה אחת נוגעת לכך שחסרים בהסכם פרטים מהותיים ולגישת המשיבים 2 ו-3 מעיד הדבר כי באותו שלב לא גמרו בדעתם להתקשר עם המערער 1 בהסכם מחייב. הטענה השנייה נוגעת לכך שהמשיבה 1 כבעלים הרשום של המגרש היא בלבד רשאית הייתה להתקשר בהסכם למכירתו ומשאין היא צד להסכם ממילא אין בפנינו הסכם מכר תקף ומחייב. טענות אלה נידחו ובצדק על ידי בית משפט קמא. אשר לעובדה שהמשיבים 2 ו-3 הם שהתקשרו בהסכם ולא המשיבה 1. העובדה שהמגרש רשום על שם המשיבה 1 צוינה באופן מפורש בסעיף 1 של ההסכם והמשיבים 2 ו-3 תוארו באותו הסעיף כ"בעלי החברה" והתחייבו להעביר את המגרש על שמם במסגרת העסקה שסוכמה. משכך מדובר בהתחייבות אותה היה בכוחם של המשיבים 2 ו-3 ליטול על עצמם ובצדק קבע, אפוא, בית משפט קמא כי העובדה שהמשיבה 1 לא הייתה צד להסכם אינה מעלה ואינה מורידה. הטעמים אותם פירט בית משפט קמא בדחותו את טענת העדר המסויימות מקובלים עליי אף הם בהיותם מעוגנים כדבעי בהלכה הנוהגת ולפיה אין להפריז בחשיבותה של דרישת המסויימות. אכן, ככל שבית המשפט משתכנע כי צד נטל על עצמו התחייבות מתוך גמירות דעת וככל שניתן להסתייע בכללי פרשנות ובמנגנונים הקבועים בחוק ובפסיקה על מנת להשלים את הפרטים החסרים בהסכם, אין מקום למסקנה כי החוזה לא נכרת (ראו רע"א 4976/00 בית הפסנתר נ' מור, פ"ד נו(1) 577, 588 (2001)). העובדה שהצדדים קבעו בהסכם כי יוסיפו ויערכו הסכם מפורט אצל עורך דין היא לבדה אינה שוללת את המסקנה כי ההסכם הראשון שבו התקשרו מחייב אותם וכדברי בית משפט זה בע"א 1734/96 כהן נ' כהן, (לא פורסם, 23.4.1998):

על חסרונו של תנאי מוסכם בנושא מועדי ושיעורי התשלום ניתן להתגבר בעזרת המנגנון הנורמאטיבי הקבוע בסעיף 41 לחוק החוזים (חלק כללי). אף העובדה, שעליה מעידה המשיבה, כי הצדדים נדברו לסכם את תנאי התשלום בשלב עריכתו של ההסכם הסופי, אינה שוללת את ההיזקקות למנגנון ההשלמה הנורמאטיבי.

אכן יש שבית המשפט מסיק מחסרונו של תנאי חיוני להתקשרות, כי ההתקשרות לא קמה; היינו, שהעדר המסויימות מעיד על גמירות דעת להתקשר. אבל תהליך זה אינו מיכני או אוטומטי. בית המשפט נזקק לו רק כאשר שאלת קיומה של גמירות דעת מעוררת כשלעצמה ספק. לא [כך] הדבר, כאשר, כמו בענייננו, גמירות דעתם של הצדדים להתקשר נלמדת מן המצוי בחוזה ובנסיבות כריתתו ברמת הסתברות מספקת.

ויפים הדברים לענייננו. אפנה, אפוא, לדון בטענות שהעלו הצדדים בסוגיית ההטעיה.

הטעיה

8. כפי שפורט לעיל, קבע בית משפט קמא כי בדין בוטל ההסכם על ידי המשיבים 2 ו-3 משום שהתקשרו בו עקב טעות שהיא תוצאה של הטעיה שהטעה אותם המערער 1. מעשה ההטעיה נמצא לו לבית משפט קמא בכך שהמערער 1 לא גילה למשיבים 2 ו-3 על דבר החלטה שקיבלה הוועדה המחוזית ימים ספורים קודם לחתימת ההסכם, לאשר להפקדה תוכנית מיתאר מפורטת להקמת רובע מגורים על שטח של כ-600 דונם בו מצוי, בין היתר, גם המגרש. המערערים העלו בפנינו השגות שונות באשר לממצאים העובדתיים אשר שימשו בסיס לקביעות אלה אך לא מצאתי כי יש בהן כדי להצדיק את התערבותה של ערכאת הערעור. כך למשל טוענים המערערים כי המשיבים 2 ו-3 לא הציגו בפני בית משפט קמא ראייה כלשהי המעידה כי החלטה כאמור אכן נתקבלה על ידי הוועדה המחוזית. זוהי טענה תמוהה משום שהמערערים מעולם לא חלקו על כך וכדברי בית משפט קמא "יש לציין כי [המערערים] לא כפרו בטענה לפיה יומיים לפני החתימה על ההסכם, הוחלט בוועדה המחוזית על הפקדת תוכנית מיתאר של האזור בו מצוי המגרש" (פיסקה 10 לפסק הדין). משכך בצדק הניח בית משפט קמא, הגם שהחלטה בעניין זה לא הוצגה בפניו, כי תוכנית כאמור אכן אושרה להפקדה על ידי הוועדה המחוזית ימים ספורים לפני החתימה על ההסכם. השגות נוספות שהעלו המערערים באשר לממצאים העובדתיים עליהם ביסס בית משפט קמא את מסקנותיו אף הן אינן מצדיקות התערבות, שכן ממצאים אלה מבוססים על ניתוח מפורט וממצה של חומר הראיות ושל סיפור המעשה בכללותו והם נשענים על התרשמותו הישירה של בית משפט קמא מעדות המשיב 2 כעדות אוטנטית המציגה גרסה בעלת הגיון פנימי. בהתבסס על כל אלה קבע בית משפט קמא כי הוא מעדיף את גרסת המשיב 2 לפיה לא ידע במועד החתימה על ההסכם על דבר אישור תוכנית המיתאר להפקדה. עוד קבע בית משפט קמא כי המערער 1 לעומת זאת, כמי שעוסק בתיווך, ידע על החלטת הוועדה לאשר את תוכנית המיתאר להפקדה וכי הוא זה אשר פנה אל המשיב 2 ביום שבו נחתם ההסכם והציע לו למכור את המגרש מבלי שגילה לו על דבר אותה החלטה. משקבעתי כי אין להתערב בממצאים עובדתיים אלה, נותר לבחון האם שגה בית משפט קמא בכך שגזר מתוכם מסקנה

משפטית בדבר פגם של הטעיה שנפל בכריתת ההסכם במקרה דנן.

9. סעיף 15 לחוק החוזים קובע כי:

מי שהתקשר בחוזה עקב טעות שהיא תוצאת הטעיה שהטעהו הצד השני או אחר מטעמו, רשאי לבטל את החוזה; לעניין זה, "הטעיה" – לרבות אי-גילויין של עובדות אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן.

העילה לביטול חוזה בשל הטעיה קמה אפוא בהתקיים היסודות הבאים: א) טעות אצל אחד הצדדים שהתקשרו בחוזה ב) הטעיה שהטעה אותו הצד שכנגד ג) קשר סיבתי כפול בין הטעות ובין ההתקשרות בהסכם וכן בין ההטעיה לבין הטעות (גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי (לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי) 313–314 (2005) (להלן: שלו)).

טעות היא הערכה שגויה של מציאות הדברים כהווייתה ופעולה הננקטת מתוך הנחת קיומה של מציאות מדומה כזו עלולה ללקות בפגם קוגנטיבי במרכיב הרצייה (ראו: ע"א 8972/00 שלזינגר נ' הפניקס, פ"ד נז(4) 817, 840 (להלן: עניין שלזינגר); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים 668 (כרך ב, 1992) (להלן: פרידמן וכהן); שלו, 277)). במקרה שלפנינו חתמו המשיבים 2 ו-3 על ההסכם מבלי שידעו כי ימים ספורים קודם לכן חלה התפתחות משמעותית בכל הנוגע למצבו התכנוני של המגרש, בשל החלטת הוועדה המחוזית לאשר להפקדה את תוכנית המיתאר המפורטת. ובמילים אחרות המשיבים 2 ו-3 התקשרו בהסכם בסוברם בטעות כי המצב התכנוני של המגרש הוא המצב שקדם להחלטתה הנ"ל של הוועדה המחוזית. משכך ניתן לומר כי הם התקשרו בהסכם בהתבסס על מציאות תכנונית מדומה ומעדותו של המשיב 2 עולה בבירור כי אילו ידע בעת החתימה על ההסכם מהו המצב התכנוני המעודכן לא היה מתקשר בהסכם וכדבריו "כל השנים עקבתי. זה היה כמו ילד שלי. חשבתי שאוכל לבנות שם בית במקום הזה". עדות זו זכתה לאמונו של בית משפט קמא ויש בה הגיון גם על פי אמת מידה אובייקטיבית, שכן מהלך תכנוני מהותי כגון זה שהתרחש במקרה שבפנינו משנה את נתוניו של המגרש ואת הצפי באשר למועד שבו ניתן יהיה לבנות עליו והדבר מצדיק בהחלט הערכת מצב עדכנית בכל הנוגע לעצם הנכונות להתקשר בהסכם מכר באותה נקודת זמן. עד כאן באשר לטעותם של המשיבים 2 ו-3 ולקשר הסיבתי שבין אותה טעות ובין הסכמתם להתקשר בהסכם (למבחן הסובייקטיבי החל בהקשר זה, הטעון הוכחה עובדתית ראו: ע"א 1581/92 ולנטיין נ' ולנטיין, פ"ד מט(3) 441, 452–453 (1995); ע"א 280/87 קופלמן נ' בינקין, פ"ד מג(2) 753, 757–758 (1989); שלו, 314. ולמבחן האובייקטיבי המשמש כלי עזר לקביעת ממצאים בהקשר זה ראו פרידמן וכהן, 758). באשר להתנהלותו של המערער 1 הסתפק בית משפט קמא בקביעה כי מדובר בהטעיה שבמחדל בציינו כי המערער 1 ידע על דבר אישור התוכנית להפקדה ולא גילה מידע זה למשיבים 2 ו-3 אף שבנסיבות העניין חלה עליו חובה לגלותו להם. בית המשפט לא התייחס בהקשר זה לגרסת המשיב 2 לפיה התקיימה במקרה דנן הטעיה שבמעשה, בכך שהמערער 1 השיב לשאלה ישירה שהפנה אליו המשיב 2 באומרו כי לא צפוי שינוי במצבו התכנוני של המגרש בעתיד הנראה לעין. ממילא לא קבע בית משפט קמא כל ממצא בעניין זה ולצורך ההכרעה בערעור אצא, אפוא, אף אני מן ההנחה כי אין מדובר בהטעיה שבמעשה אלא באי גילוי העשוי להוות הטעיה שבמחדל, ככל שקיימת חובת גילוי (לעניין הטעיה במחדל ראו: ע"א 11/84 רבינוביץ' נ' שלב – הקואופרטיב המאוחד להובלה בע"מ, פ"ד מ(4) 533, 540–539 (1986); ע"א 273/78 גרוסמן נ' כספי, פ"ד לג(3) 300, 307–308 (1979); שלו, 321–316).

10. חובת הגילוי היא אחת החובות הנגזרות מעקרון תום הלב שאומץ בדין החוזים הישראלי וביתר ענפי המשפט כעקרון-על, וכמוהו היא מבטאת מגמה של סוציאליזציה וקביעת נורמות של התנהגות מוסרית במהלך המשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה (שלו, 317–318). בע"א 6370/00 קל בניין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבנייה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289 (2002) דן הנשיא ברק במהותו של עקרון תום הלב ובחובות המוטלות מכוחו בשלב הטרם חוזי על צדדים המנהלים משא ומתן, וציון כי עקרון תום הלב:

אינו מבוסס על הדרישה כי כל צד חייב לדאוג לאינטרסים של זולתו על חשבון הבטחת האינטרס העצמי. תום הלב מבוסס על ההנחה כי כל צד דואג לאינטרס שלו עצמו, אך הוא עושה כן באופן הוגן תוך הבטחת המשימה המשותפת של הצדדים (עמ' 298 לפסק-הדין).

בהתאם לתפיסה זו דיני החוזים אינם קובעים חובת גילוי כללית ואינם מטילים על צד למשא ומתן נטל אלטרואיסטי גורף לגלות לצד שכנגד כל נתון אף אם בכך הוא פועל כנגד האינטרסים שלו עצמו. על גבולות ההתערבות בחופש החוזים מתקופת עקרון תום הלב ועל חובת הגילוי הנגזרת ממנו בעסקאות מסחריות, עמד השופט לנדוי בע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231 (1978) (להלן: עניין ספקטור) באומרו: "אנו עוסקים בחוזה מסחרי רגיל ואל לנו לקבוע רמת מוסריות גבוהה מדי למשא ומתן בעסקאות כגון אלה, שמא נפגע ביציבות חיי המסחר ובציפיותיו של אדם אשר חתם על חוזה והוא ערך את עניינו על-פי ההנחה שהעסקה תצא לפועל כמוסכם" (עמ' 244 לפסק-הדין). ראו גם גבריאלה שלו "סעיף 12 לחוק החוזים: תום לב במשא ומתן" משפטים ז 118, 139–138 (1976) (להלן: שלו – תום לב). דברים אלה, שנאמרו בקשר עם הטלת נטל של גילוי על מוכר המקרקעין בעניין ספקטור, יפים בוודאי ואולי ביתר שאת מקום שבו נבחנת הטלת חובת גילוי על הקונה בעסקה מסחרית. זאת משום שבדרך כלל מרוכז בידי המוכר מידע רב יותר לגבי הממכר ואף נגישותו אל הנתונים הרלוונטיים לעסקה טובה יותר. בענייננו עולה השאלה האם מוטלת הייתה על המערער 1 כקונה או כמי שפעל מטעם הקונה (המערער 2) חובת גילוי כלפי המשיבים 2 ו-3 באשר להחלטת הוועדה

המחוזית לאשר להפקדה את תוכנית המיתאר. כזכור קובע סעיף 15 סיפא לחוק החוזים הגדרה מרבה למונח "הטעיה" ולפיה "הטעיה לרבות אי-גילויין של עובדות אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן". חובות גילוי המוטלות "לפי דין" פזורות בהוראות חוק ספציפיות שונות דוגמת סעיף 16 לחוק המכר וסעיף 8 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971 (ראו: שלו, 318-319; פרידמן וכהן, 818-816). במקרה דנן טענו המשיבים 2 ו-3 כי חלה על המערער 1 חובת גילוי "לפי דין" וביקשו להישען בהקשר זה אל הוראת סעיף 8(א) לחוק המתוכים הקובע:

מתווך במקרקעין יפעל בנאמנות, בהגינות ובדרך מקובלת, וימסור ללקוחו כל מידע שיש בידו בעניין מהותי הנוגע לנכס נשוא עסקת התיווך.

טענה זו דינה להידחות.

המערער 1 אכן העיד על עצמו כי הוא בעל רישיון כדין לעסוק בתיווך מקרקעין וכי הוא עוסק בכך לפרנסתו. אך טרם שניתן יהיה להחיל ביחסים שבינו ובין המשיבים 2 ו-3 את חובות הגילוי והנאמנות הקבועות בסעיף 8(א) לחוק המתוכים, יש לבחון האם התקיימו בינו לבינם יחסי מתווך-לקוח. ממצא כזה לא נקבע על ידי המשפט המחוזי וספק בעיניי אם ניתן לקובעו ולו בשל העובדה כי המערער 1 עצמו הוא זה אשר רכש את המגרש מידי המשיבים 2 ו-3. ודוק – אף אם נקבל את גרסתו של המערער 1 כי עשה כן בנאמנות עבור המערער 2 כלקוחה, אין חולק כי מדובר בנאמנות "נסתרת" שהמשיבים 2 ו-3 לא ידעו עליה בעת ההתקשרות. מבחינתם היה זה, אפוא, המערער 1 שרכש את המגרש ומשכך אין לקבל את גרסתם כי שימש בריזמנית גם כמתווך בעסקה מטעמם כמוכרים.

יחד עם זאת וכפי שאבאר בהמשך הדברים, מקובלת עליו מסקנתו של בית משפט קמא לפיה מוטלת היתה על המערער 1 במקרה דנן חובת גילוי "לפי הנסיבות".

חובת גילוי "לפי הנסיבות"

11. בהבדל מחובת גילוי הקמה "לפי דין" או "לפי נוהג" חובת גילוי "לפי הנסיבות" היא תלוית העובדות המיוחדות של העסקה הקונקרטית. משכך קשה לתחום ולהגדיר מראש את גבולותיה והיא נקבעת מעצם טיבה על פי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה. על מאפייניה אלה של חובת הגילוי הקמה "לפי הנסיבות" עמדו פרידמן וכהן באומרם: "זוהי הוראה כללית הנותנת לבית המשפט חופש רב בקביעת היקפה של חובת הגילוי, מבלי שהיא כוללת הנחיה כשלחיה כיצד לעשות זאת" (פרידמן וכהן, 812; ראו גם שלו, 320). אחד המקרים שבהם סבר בית משפט זה כי קמה לקונה של מקרקעין חובת גילוי כלפי המוכר היה המקרה אשר נדון בעניין קינסטלינגר בו הסתירו הקונים מן המוכרת את העובדה שקיימת תוכנית לשינוי ייעוד הקרקע הנמכרת מייעוד חקלאי לייעוד למגורים. בהתייחסו לנסיבותיו הקונקרטיות של אותו המקרה הגיע כאמור בית המשפט למסקנה כי חלה על הקונים חובת גילוי אותה הפרו וכך קבע:

בנסיבות המיוחדות של מקרה זה, שבו הציעו לתושב חוץ שאינו שולט בעברית במקום מגוריו למכור חלקת אדמה חקלאית שנרכשה בארץ לפני עשרות בשנים על-ידי מורישו, עקרון תום-הלב דורש כי המציע יגלה לניצע את העובדה כי לגבי החלקה החקלאית קיימת תוכנית לשינוי ייעוד, המעלה את ערך הקרקע. אי-גילוי עובדה זו היא בבחינת הטעיה במובן סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, המזכה את המתקשר הטועה לבטל את החוזה (עמ' 546 לפסק-הדין. ראו גם דנ"א 3047/01 איליה נ' קינסטלינגר (לא פורסם, 24.3.2002)).

לאחר שבחנתי את נסיבות המקרה שבפנינו כפי שהוכחו בבית משפט קמא, אני סבורה כי גם במקרה דנן קמה למערער 1 כלפי המשיבים 2 ו-3 חובת גילוי "לפי הנסיבות". זאת משום שכמתווך מקצועי היה למערער 1 יתרון על פני המשיבים 2 ו-3 – זוג קשישים מפתח תקווה – בכל הנוגע להשגת מידע תכנוני עדכני וכן משום שהמשיבים 2 ו-3 סמכו עליו ביודעם כי הוא מתווך (אליו פנו גם בעבר לצורך קבלת אינפורמציה עדכנית לגבי המגרש), אף שרכש את המגרש לעצמו ולא שימש כמתווך מטעמם בעסקה ולכן גם איפשרו לו לנסח את ההסכם בלא להידרש בעת החתימה לכל גורם מקצועי אחר. זאת ועוד, היוזמה לעסקה שנקט המערער 1 בטענה כי יש לו קונה במחיר אטרקטיבי, התייצבותו של המערער 1 בבית המשיבים 2 ו-3 סמוך לאחר מכן בלויית בנה של המערער 2 (שלא הוצג בפני המשיבים 2 ו-3 בזהותו האמיתית) ולבסוף, רכישת המגרש על ידי המערער 1 עצמו בריבוי, כל אלה מעידים על היחפזות ועל הליטות-יתר מצד המערער 1 להשלים את העסקה בטרם יהיה סיפק בידי המשיבים 2 ו-3 לערוך בירורים נוספים וללמוד על ההתפתחויות החדשות שחלו באשר למצבו התכנוני של המגרש. בהתחשב בכל האמור לעיל, נראה לי כי שתיקתו של המערער 1 ואי גילוי אוזנם של המשיבים 2 ו-3 על דבר החלטת הוועדה המחוזית לאשר להפקדה את תוכנית המיתאר, יש בה משום הפרה של חובת הגילוי החלה עליו "לפי הנסיבות" במקרה דנן. הפרה זו עולה כדי הטעייתם של המשיבים 2 ו-3 וכתוצאה ממנה טעו המשיבים 2 ו-3 באשר למצבו התכנוני של המגרש אותו מכרו למערער 1, כפי שקבע בצדק בית משפט קמא. הטענה שהעלו המערערים ולפיה פתוחה הייתה הדרך בפני המשיבים 2 ו-3 לעכב את החתימה על ההסכם ולבדוק תחילה

מהו מצבו התכנוני העדכני של המגרש, אף אם יש בה כדי לבסס מסקנה בדבר רשלנות מסויימת בהתנהלותם של המשיבים 2 ו-3, אינה שוללת את המסקנה בדבר הטעייתם על ידי המערער 1 וכבר נפסק בהקשר זה כי התרשלות גרידא של הצד הטועה אין בה כדי לשלול את זכותו לביטול החוזה בשל פגם בכריתה מסוג טעות על פי סעיף 14(א) לחוק החוזים או הטעיה לפי סעיף 15 לאותו חוק (ראו: עניין חבר, פסקאות 42-44; פרידמן וכהן 718, 858, 862).

12. נותר לדון בטענת המערערים כי מכל מקום טעותם של המשיבים 2 ו-3 "[ש]אינה אלא טעות בכדאיות העסקה" כמשמעות הדבר בסעיף 14(ד) לחוק החוזים ועל כן, אין היא ממין הטעויות המקימות לטועה זכות לביטול החוזה על פי סעיף 15 לחוק. טענה זו נדחתה אף היא ובצדק על ידי בית משפט קמא. בע"א 2444/90 ארואסטי נ' קאשי, פ"ד מח(2) 513 (1994) (להלן: עניין ארואסטי) (צוטט בהסכמה בע"א 1514/04 שיכון השקעות בע"מ נ' יון חנית נכסים בע"מ, פסקה 11 לפסק דינו של כב' השופט א' גרוניס (לא פורסם, 14.12.2006)), אומצה תאוריית הסיכון שהציע פרופ' פרידמן בהקשר זה ולפיה "טעות בכדאיות העסקה היא טעות ביחס לסיכון שנטל על עצמו צד לחוזה, או שראוי, על פי הנסיבות, לייחס לאותו צד נטילת סיכון כזו. אם צד נטל על עצמו סיכון מסויים, אזי אין הוא יכול להתנער ממנו אחר כך (ד' פרידמן "הסיכון החוזי וטעות והטעיה בכדאיות" עיוני משפט י"ד (תשמ"ט) 459)" (עניין ארואסטי, 527; פרידמן וכהן, 725-730). על דרך השלילה ניתן לומר כי טעות שיש בה כדי לעוות את תמונת הציפיות, הסיכונים והשיקולים המסחריים שעמדו לנגד עיני המתקשר בחוזה, איננה טעות בכדאיות העסקה גם אם יש לה השלכות כלכליות המקרינות על שווי הממכר. כזו היא הטעות שטעו בה המשיבים 2 ו-3 בהיותה נוגעת לתכונה מהותית ומשמעותית של הממכר ומשום שקשה לייחס להם בנסיבות המקרה המפורטות לעיל נטילת סיכון באשר למצבו התכנוני של המגרש בעת כריתת ההסכם. משכך, הטעות שטעו בה אף אם יש לה השלכות על שווי המגרש אינה טעות בכדאיות העסקה בלבד.

13. סוף דבר - מכל הטעמים המפורטים לעיל אציע לחברי לדחות את הערעור וכן אציע לחייב את המערערים לשלם למשיבים 2 ו-3 שכר טרחת עורך דין בערעור בסך של 25,000 ש"ח.

שופט

השופט מ' נאור:

אני מסכימה.

שופט

השופט י' אלון:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

ניתן היום, י"ג אב, תשס"ח (14.08.2008).

ברע 2285/05 אבנר שמואלי ואח' נ' דורון סמוכה ואח'

פסק הדין

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט לתביעות קטנות (כב' השופטת נאור) מיום 7.6.05. החלטתי לדון בבקשה כבערעור, וכפי שיפורט להלן, אני סבורה כי דין הערעור להתקבל.

המבקשים הם מתוכי מקרקעין. המשיבים הם בני זוג שבבעלותם דירה. המבקשים התקשרו עם המשיבים בהסכם להזמנת שירותי תיווך. בס' 2 להסכם נקבעה תקופת בלעדיות למשך 90 יום החל מיום 22.4.02, כאשר בתקופה זו יטפלו המבקשים באופן בלעדי במכירת הדירה.

בתקופה זו, כך נקבע, יהיו המבקשים זכאים לדמי תיווך, בין אם הדירה תימכר בין אם באמצעותם ובין אם לאו.

ביהמ"ש לתביעות קטנות קבע, כי בתקופת הבלעדיות פעלו המבקשים בשקידה כדי למצוא קונה לדירה. המבקשים אף צרפו רשימה של 17 לקוחות פוטנציאליים עמם הם ביקרו בדירה בתקופת הבלעדיות.

בסופו של דבר נמכרה הדירה ביום 30.5.02 – במהלך תקופת הבלעדיות, לקונים, שלא באמצעות המבקשים.

המבקשים פנו למשיבים, ובקשו דמי תיווך. המשיבים סרבו לשלם להם. בית המשפט לתביעות קטנות דחה את תביעתם, ומכאן הערעור.

בית המשפט לתביעות קטנות קבע כי ס' 4 להסכם הבלעדיות בטל, בהיותו סותר את ס' 14 (ד) לחוק המתוכים. לכן, משהוכח כי המבקשים – המתוכים לא היו הגורם היעיל במכירת הדירה, הם אינם זכאים לדמי תיווך.

חוק המתוכים קובע בס' 9 בו כדלקמן:

"(ב) מתווך במקרקעין רשאי להסכים עם לקוח בדבר מתן עסקה מסויימת לטיפולו הבלעדי (להלן – בלעדיות), ובלבד שמתן הבלעדיות ותקופתה –

(1) יאושרו בחתימת הלקוח על גבי מסמך נפרד;

(2) שבמהלך תקופת הבלעדיות יבצע המתווך פעולות שמטרתן תיווך במקרקעין (בחוק זה – פעולות שיווק)...

(ד) השר, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, רשאי לקבוע פעולות לשיווק כאמור בסעיף קטן (ב), שמתווך במקרקעין יהיה חייב בביצוען, כולן או חלקן, בתקופת הבלעדיות".

(יצוין כי תקנות כאלה אכן פורסמו – ר' תקנות התיווך במקרקעין (פעולות שיווק) תשס"ה-2004, להלן: "תקנות השיווק").

סעיף 14 לחוק המתוכים קובע:

"(א) מתווך במקרקעין יהיה זכאי לדמי תיווך מאת לקוח אם נתקיימו כל אלה:

(1) הוא היה בעל רשיון לפי חוק זה בעת שעסק בתיווך או שחל; עליו, באותה עת, פטור זמני בהתאם לאמור בסעיף 20;

(2) הוא מילא אחר הוראות סעיף 9;

(3) הוא היה הגורם היעיל שהביא להתקשרות הצדדים בהסכם מחייב.

(ב) מתווך במקרקעין שביצע בתקופת הבלעדיות את פעולות השיווק שנקבעו לפי סעיף 9(ד) – חזקה שהיה הגורם היעיל כאמור בסעיף קטן (א)3(ג) לגבי עסקה שנכרתה בתקופת הבלעדיות".

אני סבורה כי העולה ממכלול סעיפי החוק, היא כי המחוקק אפשר לצדדים להגיע להסכם בלעדיות בתיווך. משמעותו של הסכם כזה היא כי המתווך יצטרך להוכיח כי במהלך תקופת הבלעדיות הוא ביצע פעולות שיווק, שמטרתן מכירת המקרקעין, וכי הוא היה הגורם היעיל להתקשרות בהסכם (ס' 14(א)2) ו-3). אולם, ס' 14(א)3(ב) קובע חזקה לפיה אם המתווך ביצע בתקופת הבלעדיות את "פעולות השיווק", חזקה כי הוא היה הגורם היעיל לגבי עסקה שנכרתה בתקופת הבלעדיות. פעולות השיווק פורטו בתקנות השיווק, והן כוללות בין היתר פרסום בעיתון יומי אחד לפחות, והזמנת רוכשים פוטנציאליים לבקר בנכס.

לקביעה זו ישנו היגיון עיסקי ומסחרי. הצדדים להסכם הבלעדיות מניחים כי בתקופת הבלעדיות, המתווך יעשה ככל שביכולתו כדי למכור את הנכס: הוא ישווק ויפרסם אותו, וינסה להשיג לו קונים. לכן, ובמסגרת ההסכמה הכוללת בין הצדדים, הם מניחים כי אם יימצא קונה לנכס בתקופת הבלעדיות, הקונה יחשב כמי שהגיע לנכס בזכות המתווך - היינו המתווך היה ה"גורם היעיל" לקשירת הקשר עמו.

הצדדים פוטרם בהקשר זה את המתווך מהצורך להוכיח כי הקונה המסוים אכן הגיע לנכס כתוצאה מאמציי השיווק שלו דווקא. יוער כי פרשנות אחרת של **חוק המתווכים** תרוקן את סעיפים 9 ו-14 שלעיל מתוכן, שהרי אם גם ביחס לקונה שהגיע במהלך תקופת הבלעדיות יהיה המתווך חייב להוכיח כי הוא היה ה"גורם היעיל" בקשירת הקשר עימו - אין עוד הבדל בין תיווך ומכר הנכס כאשר קיים הסכם בלעדיות, לבין מכר אחר, כאשר ישנו הסכם תיווך ללא "הסכם בלעדיות".

עוד יוער, כי חרף קיומו של הסכם בלעדיות, המתווך אינו פטור מחובתו לפעול כדי לקדם את מכירת הנכס. המחוקק קבע כי כתנאי לכך שתחול החזקה - על המתווך להוכיח כי הוא ביצע פעולות שיווק לצורך קידום המכירה. רק אם המתווך עמד בנטל זה, מתהפכת החזקה, ורואים את המתווך כמי שהיה הגורם היעיל לגבי מכר שבוצע בתקופה בה הוא היה המתווך הבלעדי.

לענייננו - בית משפט קמא קבע (בשולי פסה"ד) כי המבקשים "**פעלו בשקיפה כדי למצוא רוכשים טובים**". המבקשים הזמינו רוכשים פוטנציאליים לבקר בדירה, ופרסמו אותה בעיתון יומי (ר' ת"ק 1 א' (3) ו- (5) לתקנות השיווק). לכן, אני סבורה כי יש לראות את המבקשים, מכוח החזקה שנזכרה לעיל, כמי שהיו הגורם היעיל למכירה.

לכן, אני מקבלת את הערעור. תביעת המבקשים לבית המשפט לתביעות קטנות מתקבלת בזה.

המשיבים ישאו בהוצאות המבקשים בסך 3,000 ₪ + מע"מ.

ניתן היום י"ג בניסן, תשס"ו (11 באפריל 2006) בהעדר הצדדים

ברע 209/01 זיוה וזאב מאיר נ' טלי שושן ואח'

פסק הדין

1. בנסיבות העניין הבקשה לרשות ערעור תשמע כערעור. העובדות הצריכות להכרעה בעניין זה הן כדלקמן:
המשיבה מס' 1 הנה מתווכת מקרקעין (להלן - המשיבה או המתווכת) המועסקת במשרד תווך בשם "תווך עדיף", שבהנהלת המשיב מס' 2. המשיבה הגישה תביעה נגד המבקשים בבית המשפט לתביעות קטנות בטבריה (להלן - המבקשים או הקונים) לתשלום דמי תיווך ע"ס 15,150 ₪ (להלן - דמי התיווך) וטענה כי סיפקה למבקשים שירותי תיווך ושימשה גורם מתווך בעסקה שבה הגיעו המבקשים כדי הסכם מחייב (להלן - חוזה המכר או ההסכם) עם מוכרי הדירה (להלן - המוכרים). המשיבה צירפה לכתב תביעתה את המסמכים הבאים: מסמך המהווה הזמנה בכתב לביצוע פעולת תווך במקרקעין, ובלשון המשיבה בכתב התביעה "טופס התחייבות הקונה", מיום 26/11/00 (להלן - טופס ההזמנה), מכתב התראה מיום 11/2/01 וכן חוזה מכר שנערך בין הקונים למוכרים, אותו חוזה מכר שבגיננו נדרשו המבקשים לשלם דמי תיווך - חוזה שעל תוכנו ותוקפו עוד נעמוד בהמשך.
המבקשים טענו בכתב הגנתם כי פנו למבקשת לקבל שירותי תיווך והאחרונה הבטיחה להם כי תמצא עבורם בית על פי דרישותיהם "וללא פגמים או הפתעות" (סעיף א' לכתב ההגנה), ולטענתם הדגישו בפני המשיבה על היותם חסרי ניסיון ואת רצונם לקבל שירות הולם.
לטענת המבקשים הם הופנו לביתם של המוכרים, לאחר שהמבקשת מסרה להם כי עם הבית "אין בעיות מיוחדות", (סעיף ג' לכתב ההגנה), וכי שוויו על פי הערכת שמאי הוא 190,000 דולרים. בסופו של דבר, ולאחר משא-ומתן בן מספר שלבים, בו ידובר בהמשך, נחתם חוזה המכר בין הצדדים למכירת הנכס בסך של - 158,000 דולר. במועד חתימת ההסכם שולמה חלק מן התמורה ע"ס 40,000 דולרים ולאחר מספר ימים שולם סכום נוסף ע"ס 17,000 דולרים, כאשר הקונים היו אמורים לשלם את יתרת התמורה במועד מאוחר יותר.
בהמשך הגנתם טענו המבקשים כי מיד לאחר החתימה על ההסכם ולאחר תשלום חלק מן התמורה אמרו למשיבה כי הם מבקשים להמתין עם התשלום ובלשונם: "רק לאחר הבדיקה של עו"ד ושל השמאי ... ואפילו המליצה לנו על שמאי אחר. ולו (צ"ל ולא-י.א.) על השמאי שבדק את הבית בטענה שהוא מחטט יותר מדי" (סעיף ח' לכתב ההגנה). לטענת המבקשים שמאי שהעריך את הדירה ביום 5/1/01 קבע כי: "מתוך 150 מ' בנין ניתן היתר ל-80 מ"ר וכי להערכתו שווי הבית עומד על סך 110,000 דולרים" (סעיף ט' לכתב ההגנה). המבקשים בדקו את העניין בעיריית טבריה וקיבלו תשובה לפיה לבניה שנבנתה ללא היתר לא יינתן היתר. או אז פנו המבקשים למשיבה בטענות כי הפרה את הבטחתה לספק להם בית ללא פגמים אך המבקשת השיבה פניהם ריקם ודרשה את תשלום דמי התיווך, ומשלא נענתה בחיוב ולאחר שהתריעה במבקשים הגישה המשיבה את התביעה כאמור.
2. ביום 16/4/01 הופיעו הצדדים בפני בית-המשפט קמא; המשיבה טענה כי כל תפקידה הסתכם בכך שהיא הראתה למבקשים את הבית והפנתה אותם, לשם עריכת חוזה, לעו"ד ובלשונה: "אני בתור מתווכת מתפקידי להראות מס' דירות וביניהם הראיתי לנתבעים את הדירה הנוכחית וברגע שהם ראו את הדירה ירדנו לעו"ד לערוך חוזה. אני לא יכולה להבטיח להם שום דבר. יש עו"ד שמטפל בעניינים האחרים. מתפקידי הוא למצוא להם דירה". (עמ' 1 לפרטיכל).
המבקשים חזרו על האמור בכתב הגנתם והוסיפו: "ביטלנו את ההסכם אצל העו"ד ועדיין לא קיבלנו את הכסף בחזרה. שילמנו לו 57,000 דולר. היום אנו גרים בדירה מושכרת. בדירה לא גרנו אף פעם. ישנה תביעה נגד הבעלים. אין לי את הבית. התובעת מס' 1 היא נוכלת ... התובעת רימתה אותנו". (עמ' 2 לפרטיכל).
3. בית-המשפט קמא הגיע למסקנה כי גרסת המשיבה "אמינה ועדיפה" בעינינו ונימק את קבלת תביעת המשיבה באז הלשון: "אין זה מחובתה של תובעת 1 לתת יעוץ מקצועי או משפטי לנתבעים בעניין פגמים בדירה או בעניין שווי הדירה. אמנם, מתווך במקרקעין מחוייב לפעול בנאמנות, בהגינות ובדרך מקובלת ומחוייב למסור ללקוחו כל מידע שיש בידו בעניין מהותי הנוגע לנכס נשוא עסקת התיווך, (סעיף 8 (א) לחוק המתווכים במקרקעין), אך אין בכך כדי להפוך את תובעת 1 למבטחת של הדירה או לערבה לכל פגם שיתגלה בה. לא הוכח, כי התובעת 1 ידעה על השווי האמיתי, או על העובדה, שאין בדירה היתר בניה בגין כל השטח ולא מסרה זאת לנתבעים. אני מאמין לעדותה של תובעת 1 שהיא לא הבטיחה לנתבעים דבר מהדברים שנטענו בכתב הגנתם וכי היא מילאה את תפקידה על ידי הפגשתם עם המוכרים" (סעיף 4 ו-5 לפסק הדין).
4. המבקשים הגישו בקשת רשות ערעור על פסק הדין של בית-המשפט קמא וטענתם המרכזית התייחסה למעורבותה של המשיבה בניחול המשא-ומתן, עובר לכריתת ההסכם, לאופן פועלה של המשיבה ולעובדה כי לא מסרה להם את מלוא הפרטים על

הבית, לרבות לעניין היתרי הבניה, תוך שהם מתייחסים לחובתה הקבועה בדין. המשיבה, בתגובתה, ציינה כי עשתה את עבודתה "על הצד הטוב ביותר" וכל שירותה הסתכם במציאת בית לקניה ותו לאו.

5. המסגרת הנורמטיבית החלה על הצדדים קבועה בחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996 (להלן - החוק). החוק מסדיר את אופן הכשרתו של מתווך מקרקעין, את חובותיו וזכויותיו ואת אופן ותוכן ההתקשרות בינו לבין מבקשי שירותי התיווך. פועלה של המתווכת ייבחן איפוא לאור הוראות החוק הרלבנטיות.

לפני שנבחן את פעילותיה של המתווכת, נקודת המוצא בהכרעה זו ושאלה נקבעה ע"י בית-המשפט קמא ושאינה שנויה במחלוקת בין הצדדים הינה שהמתווכת בפועלה היוותה את הגורם שהביא להתקשרות הצדדים בהסכם מחייב, ותנאי זה מהווה דרישה מהותית שרק בהתקיימו זכאית המתווכת לדמי תיווך (סעיף 14(ד) לחוק).

אין ספק שהצדדים נפגשו בעזרת המתווכת, לשם התקשרות בעסקה בזכות במקרקעין, והצדדים אף הגיעו להסכם מחייב, שנחתם כאמור ביום 26/12/00. בית-המשפט קמא סבר, כי די בהפגשה זו כדי לחייב את המבקשים בתשלום דמי התיווך וזאת מבלי לבחון את החוזה בין המתווכת לקונים, את דרישותיהם של הקונים מהמתווכת, כאשת מקצוע בעלת ידע וניסיון, את חובתה הקבועה בדין של המתווכת, את השאלה האם המתווכת עמדה בחובתה זו בנסיבות המקרה דנן ואת היחס בין התנהגותה הרשלנית לכאורה של המתווכת לבין זכאותה לדמי התיווך.

אומנם בסופו של דבר הסכם המכר בוטל על ידי הקונים והמחלוקת ביניהם, לדבריהם, מצויה בשלבי התדיינות בבית-משפט, לאחר שהקונים שילמו למוכרים רק 57,000 דולר מתוך הסך של 158,000 דולר, אך התוצאה הסופית - ביטול ההסכם, כשלעצמה איננה הסיבה לבחינת התנהגות המתווכת, שכן החוק קובע מפורשות כי הזכות לדמי התיווך קמה היכן שנכרת ההסכם מחייב בין צדדים, כתוצאה מפעולת המתווך.

החוק הנ"ל קובע בסעיף 8 את גדר חובת המתווך;

8. "חובת הגינות וזהירות.

(א) מתווך במקרקעין יפעל בנאמנות, בהגינות ובדרך מקובלת, וימסור ללקוחו כל מידע שיש בידו בעניין מהותי הנוגע לנכס נשוא עסקת התיווך.

(ב) במילוי תפקידו יפעל מתווך במקרקעין במיומנות ובסבירות וינקוט אמצעים הראויים בנסיבות העניין, לקבלת מידע מהותי הנוגע לנכס נשוא עסקת התיווך."

בית-המשפט קמא לא עמד על תוכן חובת המתווכת בנסיבות המקרה ולא יישם את הוראות החוק על פעילותיה. לפיכך, אין מנוס מלבחון חובה זו. אין מדובר בהתערבות בקביעות עובדתיות ובקביעות מהימנות כי אם בפרשנות משפטית ויציקת תוכן לחובתה, על פי חוק, של המתווכת ולחובתה, שנבעה מכוח הבטחתה לקונים, לספק להם בית "ללא פגמים". אומנם אין אנו דנים בתביעת הקונים נגד המתווכת בגין רשלנות האחרונה, אך יש בטענות המבקשים כדי לבחון את פועלה ואת היחס בין פועלה לבין זכאותה לדמי התיווך.

6. נבחן איפוא את שלב ההתקשרות בין המתווכת לקונים, המתווכת טוענת בכתב התביעה:

"בתאריך 26/11/00 ניגשה זיוה מאיר למשרדנו וביקשה את שירותנו למצוא עבורה בית קרקע בסביבות 170,000 \$. זיוה הדגישה לי במפורש שהיא לקוחה לא קלה מכיוון שהיא ובעלה היו אצל רוב המתווכים ולא מצאו שום בית שעולה על דרישותיהם". (סעיף 1 לכתב התביעה).

הקונים, גם הם, מעידים על עצמם כעל קונים הדורשים יתר תשומת לב ובלשונם: "פנינו אני ואשתי לתובעת בבקשה לימצוא (כך במקור) עבורנו בית קרקע, אשר יהיה לשביעות רצוננו. הדגשנו בפני התובעת כי בשל חוסר נסיונו אנו עומדים על כך שהתובעת תחפש עבורנו בית לפי דרישתנו ללא פגמים או "הפתעות" כלשונה". (סעיף א' לכתב ההגנה).

המתווכת, כאמור, החתימה את הקונים על טופס הזמנה. לפני שנעבור לבחון האם מילאה המתווכת את חובתה שבדין נבקש לייחד מספר מילים לאותו טופס הזמנה. טופס ההזמנה מהווה את בסיס ההתקשרות בין המתווך לקונים. טופס ההזמנה אינו חתום על ידי המתווכת כי אם רק על ידי הקונים ואין בו דבר המצביע על התחייבותה של המתווכת כי אם רק על חובות הקונים.

ההתייחסות היחידה ממנה ניתן ללמוד על חובותיה של המתווכת מצויה בסעיף 1 לטופס ההזמנה לפיו הקונה מבקש: "... לפעול עבורי למציאת דירה - בית ואני מתחייב לשלם לכם דמי תווך. בהתאם לתעריף המפורט למטה, וזאת מיד לאחר שהושג ההסכם מחייב בין הצד השני לעסקה לביני ...", כאמור אין בטופס זה דבר המצביע על תוכן חובותיה של המתווכת כי אם רק על זכותה לקבלת דמי תיווך, בעוד שהחובות המוטלות על הקונים הן שונות ורבות. חלקו השני של טופס ההזמנה מציין את הנכסים שהומלצו

לקונים ובענייננו המליצה המתווכת על שלושה נכסים, כאשר האחרון מביניהם הוא נשוא הסכסוך. למותר לציין כי רק שמות בעלי הנכסים מופיעים בטופס ללא כל פירוט או תיאור הנכסים המוצעים.

סעיף 9(א) לחוק הנ"ל מסדיר את הדרישה להזמנה בכתב וקובע: "מתווך במקרקעין לא יהא זכאי לדמי תיווך, אלא אם כן חתם הלקוח על הזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין, שבה נכללו כל הפרטים שקבע שר המשפטים, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת".

בתקנות המתווכים במקרקעין (פרטי הזמנה בכתב), התשנ"ז-1997 (להלן - התקנות) מוסדר תוכן ההזמנה:

"בהזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין לפי סעיף 9(א) לחוק, ייכללו לפחות הפרטים הבאים:

(1) שמות, כתובות ומספרי זיהוי של המתווך ושל הלקוח;

(2) סוג העסקה שפעולת המתווך מבוקשת לגביה, כגון: "שכירות", "מכירה";

(3) תיאור הנכס נושא פעולת המתווך;

(4) מחיר העסקה המבוקשת, בקירוב;

(5) הסכום המוסכם של דמי התיווך...."

מטרת הפירוט הנדרש נועדה לבסס וודאות בקשר לפרטי העסקה ובענייננו תיאור הנכס על שטחו המדויק. במצב דברים לפי נדרש המתווך, בטופס ההזמנה, לפרט ולתאר את הנכס, כאמור בתקנה 31(3), יידרש המתווך לבדוק את מצב הנכס לאשורו - בדיקה שיכולה להעלות פרטים מהותיים. טופס ההזמנה אינו עומד בדרישת הפירוט כאמור לעיל אך אין לומר כי בכוחו של פגם זה, כשלעצמו, לבטל את חובת הקונים לשלם דמי תיווך, אך מן הראוי כי הטופס ימולא כמצוות מתקן התקנות.

7. כאמור יש לבחון את תוכנה של חובת ההגינות והזהירות; פסק הדין המנחה, עובר לחקיקת החוק, המתייחס ליחסי מתווך-קונה/ מקבל שירות הוא ע"א 166/77 נסים דדון נ' ברוך אברהם, פ"ד לגנן 365. (להלן - עניין דדון). בית-המשפט עסק בעניין דדון בשאלת החלת חובת הנאמנות-הקבועה בחוק השליחות - על המתווך. כאמור חוק המתווכים לא נחקק עדיין והתיווך הוגדר קודם כל כיחס חוזי.

בעניין דדון הקונה פנה אל בעל משרד תיווך בבקשה למצוא לו דירה לרכישה. המתווך הציע לו דירה מסוימת ולאחר שהקונה הביע נכונות לקנותה ערך המתווך זיכרון דברים שבו נכתב, בין היתר, כי המוכר הוא בעל הזכויות הבלעדי בדירה. למחרת התברר לקונה כי אשת המוכר כשותפה בבעלות על הדירה, מסרבת לחתום על חוזה המכר. הקונה סירב לשלם דמי תיווך, שכן לא ראה את המתווך כמי שיצא ידי חובתו כלפיו.

השופט אלון, בדעת מיעוט, קבע כי ניתן לחייב את המתווך גם מכוח פעילותו כשלוח לפי חוק השליחות תשכ"ה-1965 שכן בהתערבותו בניהול המשא-ומתן ביצע פעולה משפטית ובפועלו ניתן לראות הרבה מעבר להפגשת הקונה והמוכר, ובלשונו: "חובת נאמנות זו כוללת, בין היתר, את החובה לנהוג בזהירות סבירה במילוי שליחותו. בענייננו, זהירות סבירה זו כוללת את החובה לבדוק אם זכאי ומוסמך המוכר למכור את הדירה, בדיקה שניתן לעשותה במאמץ קל על-פי ספרי המקרקעין". שם בעמ' 371.

השופט אלון הגיע לאותה מסקנה, שלילת זכאות המתווך לדמי תיווך, גם לאור בחינת ההסכמות בין הקונה למתווך: "תנאי ראשוני ויסודי לזכותו של מתווך לבוא על דמי תיווך הוא, שעקב תיווכו הושג הסכם מחייב למטרה אותה נתבקש והתחייב המתווך להשיג. מטרה זו, בענין שלפנינו, ברורה וחד משמעית היא: הסכם מחייב לרכישת דירה. האם עמד המתווך בהתחייבותו זו? תשובה שלילית על כן אף היא ברורה. כל מה שהשיג המתווך - לגבי משישים אחוז מהנכס - היא התחייבות מאדם שמכר נכס שאינו שלו, והנפקות המשפטית מהתחייבות זו אינה רכישת הדירה, אלא במקרה הטוב, פיצוי עבור הנזק שנגרם לקונה... הפועל היוצא הוא איפוא שהמתווך לא השיג, בעקבות תיווכו, הסכם למה שהתחייב להשיג וממילא אין הוא זכאי לדמי תיווך" (שם בעמ' 373). בהמשך בעמ' 374 אומר השופט אלון: "ללא קשר לשאלה אם המתווך דגן הוא בבחינת שלוח ואשר על כן חב הוא חובת נאמנות, מכוח הדין, כלפי לקוחו, מן הראוי שיחוב הוא כלפיו בחובת זהירות אלמנטרית הנובעת מעצם עיסוקו... והמתווך דגן לא סתם מתווך מן השוק הוא, אלא בעל משרד לתיווך, אשר בידו וברשותו טפסים מטפסים שונים, מוכנים וערוכים מראש, והלקוח התמים מתפתה לתת אימונו ביכולתו ובכישוריו".

שני שופטי הרוב השופט לנדוי והשופט ויתקון הצטרפו לשלילת הזכאות לדמי תיווך לאור העובדה כי המתווך לא עשה את המוטל עליו ולא הציג נכס אותו ביקש הקונה לרכוש. כיום מעוגנת החובה על המתווך לפעול בנאמנות, בהגינות ובדרך מקובלת בסעיף 8 לחוק הנ"ל שנכנס לתוקפו ביום 1/4/97.

באשר לשאלה האם ניתן בגדרו של סעיף 8, והוראת מסירת כל מידע ללקוח "שיש בידו בענין מהותי הנוגע לנכס נשוא עסקת התיווך", לרבות הקביעה כי במסגרת תפקידו המתווך יפעל... במיומנות ובסבירות וינקוט אמצעים הראויים בנסיבות הענין, לקבלת מידע מהותי בנוגע לנכס נשוא עסקת התיווך", לכלול גם את פרטי המקרה הרלבנטי. בלשון אחרת האם מכוח חובתה בדין של המתווכת והבטחתה לקונים היה עליה לחקור, לשאול ולבדוק ביחס לחוקיות בניית הבית או שמא בדין הסתפקה בדברי המוכרים או הסתמכה על תחושתה כי הבית הוא ללא פגמים ובעיות?

למעשה ניתן היה לדחות את תביעתה של המתווכת על בסיס אותו נימוק, עליו הסכימו כל השופטים, בענין דדון הנ"ל. הקונים התקשרו עם המתווכת בהסכם תיווך לפיו ביקשו לרכוש דירה "ללא פגמים וללא הפתעות" המתווכת לא מילאה את מבוקשם ועל-כן איננה זכאית לדמי התיווך. אומנם הקונים לא ביקשו מהמתווכת כי תבחן ותבדוק את מצב היתרי הבנייה של הנכס, אך אין ספק ספיקא, כפי שיובהר בהמשך, כי במקרה דנן מדובר בפרט מהותי הנוגע לנכס ופרט זה נכלל ברשימת פרטים מהותיים שמתווך אמור למסור ללקוח. נראה כי בעיני המתווכת, במקרה דנן, פרט מהותי הוא פרט המתייחס לשווי הדירה, מיקומה, זהות בעליה ותו לא ולא-כך-היא. אמנם בית-המשפט קמא קבע כי עדות המתווכת אמינה בעיניו וכי היא לא הבטיחה את שהקונים טענו כי הבטיחה, אך בית-המשפט קמא לא נכנס לעובי הקורה ולא קבע מה הוא תוכן ההבטחה שנתנה המתווכת לקונים בהבטיחה להם בית "ללא פגמים וללא הפתעות".

עניין נוסף המחזק את הדעה כי המתווכת נהגה בפזיזות היא העובדה, שאינה שנויה במחלוקת, לפיה הקונים הסבו את תשומת לבם לעובדת היותם קונים שאין להם נסיון בשטח זה ומבקשים בית ללא פגמים או הפתעות. ציון עובדה זו, כשלעצמה, הייתה אמורה להביא את המתווכת להתנהגות זהירה וקפדנית יותר. לציון עובדה זו, חוסר ניסיונם של הקונים, יש חשיבות נוספת, היא מלמדת על מעמדו של מתווך בעיני קונים הבאים לבקש את שירותיו, לרבות קונים המטילים את כל ייבם על המתווך. "הודאת" המתווכת כי אכן הקונים העידו על עצמם כעל קונים בעייתיים מחזקת את טענתם, לפיה אכן המתווכת הבטיחה להם בית "ללא פגמים ובעיות".

8. תשובה באשר לשאלה בדבר תוכן חובתה של המתווכת ולמשמעות המונח "מידע מהותי" הקבוע בחוק ניתן למצוא גם לאחר בחינת תכלית החוק: בדברי הצעת החוק נאמר: "בארצות רבות בעולם המערבי העיסוק בתיווך במכירת מקרקעין מוסדר במסגרת החוק. השירותים שאתם נותן המתווך, הם בעלי ערך גורלי לרוכשי הדירות שכן במרבית המקרים ההשקעה מהווה את עיקר חסכונו ורכושו. במקרה כזה מוצדק לדרוש ממציע השירותים רמה מקצועית ורמת אמינות גבוהה. עם בוא גלי העלייה מבריה"מ נוצרה בעיה אמינית, חלק גדול מהעולים אינם מכירים את המציאות הישראלית ואין להם כלים לשפוט ולהעריך את הנכס המוצע להם... אין הם בקיאים בתנאים הנוגעים לרכישת דירות בישראל. חוסר ידע זה מנוצל לרעה..." הצעת חוק 2136, מיום 17/3/1992.

עינינו רואות כי אין דברי ההסבר מפרטים מהו אותו "מידע מהותי הנוגע לנכס..." ולפיכך יש לפנות לדברי הכנסת ולנסות ולהתחקות, שם, אחר כוונת המחוקק; כאמור הבחינה מתייחסת לפרשנות שיש ליתן למושג "מידע מהותי". ח"כ מרום, שנאם בשם ועדת החוקה, חוק ומשפט הוסיף: "ככל שנכנסתי לענין והתעניינתי יותר ראיתי, שלא רק עולים מברית-המועצות הם קורבנות של עסקות תיווך בלתי הוגנות, אלא גם גוברין יהודין, אנשים מהיישוב, שלא מבינים בתחום הזה, באים אל המתווך ומבקשים ממנו: אנא תיצור לי קשר עם מוכר דירה. והנה הם הופכים לקורבן של עסקה כזאת או אחרת... אני רוצה לומר כאן - ניסו לקחת אותנו לאכסניה אחרת, לאכסניה צרכנית של דיני צרכנות, ורק לקבוע שם כלל או שניים שיגנו על הצרכן, כלומר על זה שקונה או מקבל את התיווך, ואנחנו סירבנו. אנחנו סירבנו, כי חשבנו שמקצוע מתווכי מקרקעין הוא מקצוע שהגיעה השעה לתת לו את הכבוד המגיע לו בספר החוקים ולאפשר למתווכי המקרקעין כולם במדינת ישראל להיות תחת אמות מידה שייקפו את קומתם וגם יהיה בבחינת לחסום פרצה הקוראת למי שהיא קוראת. אני מאוד מכבד את העובדה שהמובילים שבין המתווכים במדינת ישראל אמרו לנו: הבה תחוקקו את העניין הזה, כי אנחנו לא רוצים לסבול מסטיגמות בשל אנשים שנוהגים בחוסר אחריות במקצוע". (דברי הכנסת, חוברת י"א, ישיבת ת"ו - הצעת חוק המתווכים במקרקעין - עמ' 3036-3035) (להלן-דברי הכנסת). בהמשך, בדבריו של ח"כ גולדשמיט נמצא פירוט המונח "מידע מהותי": "היום תיווך הוא מקצוע שדורש מיומנות ומקצועיות. צריך להכיר את מצאי הנכסים שקיים, צריך להבין מה היא משכנתא, צריך להבין מה פירוש שעבוד של נכס, צריך להיות בעל נגישות ובעל יכולת לבדוק פנקסים רשומים על פי דין כמו פנקסי טאבו, צריך להיות מסוגל לבדוק מה קובע מהנדס העיר, מה היתרי הבנייה שניתנו, אם יש תביעות ואם אין תביעות. כל הדברים האלה מאוד משמעותיים" (שם, בעמ' 3039).

אם-כן ניתן לומר כי המחוקק ראה במסגרת המושג "מידע מהותי" גם אינפורמציה על היתרי בנייה שניתנו ביחס לנכס נשוא התיווך.

מקור נוסף לתוכנו של אותו "מידע מהותי" מצוי בסעיף 6 לחוק המסדיר את נושאי הלימוד לקראת הבחינה לקבלת רשיון מתווך:

6". הבחינה

(א) השר יקבע, לאחר התייעצות עם הרשם והוועדה, את נושאייה של הבחינה ואת סדריה; בבחינה יכללו בין השאר התחומים הבאים; דיני חוזים, דיני מקרקעין, דיני תכנון ובניה, דיני מיסוי מקרקעין..."

9. כאמור אין עסקינן בתביעת רשלנות נגד המתווכת ועל כן במקרה דנן ניתוח המושג "מידע מהותי", כפי שמופיע בסעיף 8 לחוק, נועד ליצוק תוכן להבטחת המתווכת למצוא עבור הקונים בית "ללא פגמים" ו"ללא הפתעות" - אותם "פגמים" ו"הפתעות" שבענין זה מתייחסים לעובדה, שאינה שנויה במחלוקת, לפיה לחלק ניכר מהחלק הבנוי של הבית אין היתרי בנייה והבטחת המתווכת כוללת בחובה הבטחה גם לבדוק את מצב היתרי הבנייה. משהתרשלה המתווכת בחובתה הרי שלא סיפקה לקונים את מבוקשם ודי בכך כדי לשלול את זכאותה, בנסיבות מקרה זה, לדמי תיווך.

אין כל ספק כי העובדות שהובהרו מצביעות על כך שבענין זה מדובר במידע מהותי, חשוב וחיוני, שאם הקונים היו מודעים לו ברי כי לא היו מבצעים את העסקה, כפי שסוכמה בין הצדדים. כל זאת הואיל והוכח שמדובר בנכס בנוי של 150 מ"ר, כשמתוכם רק 80 מ"ר נבנו בהיתר. זאת ועוד, העסקה בוצעה לפי שווי של 158,000 דולר, בעוד ששמאי שהוצגו בפניו מכלול העובדות לגבי נכס זה, קבע את שווי בסך של 110,000 דולר, הפרש מהותי ומשמעותי משווי העסקה.

מקור נוסף לשלילת זכאותה של המתווכת, במקרה זה, לדמי תיווך ניתן לראות גם באמון שרחשו הקונים כלפיה. כאמור, הקונים "הזהירו" את המתווכת שהינם קונים בעייתיים ובהסכמת המתווכת לספק להם שירות הרי שנוצרו בין הקונים למתווכת יחסי אמון, ואמון זה הוא שיוצר את החובה המוגברת לנהל משא-ומתן בתום-לב ובדרך מקובלת כאשר אחד המרכיבים של החובה, במקרה ספציפי זה, הוא לבדוק "בציציותיו" של הבית, לבדוק את עניין היתרי הבנייה ולמסור לקונים מידע מלא ומפורט אודות הנכס.

10. לאור כל זאת, הנני מקבל את הערעור ומבטל את פסה"ד של בית-המשפט קמא.

עא 3455/06 דה כהן בע"מ נ' אלון עמרם

פסק דין

השופט יצחק עמית:

האם יכול מתווך במקרקעין לפעול באמצעות תאגיד? על כך נסב עניינו של פסק דין זה.

העובדות הצריכות לעניין ופסק דינו של בית משפט קמא

1. המערערת הגישה כנגד המשיב תביעה לתשלום דמי תיווך בהסתמך על טופס הזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין (נספח א' לכתב התביעה). שירותי התיווך בפועל, כך נטען, ניתנו על ידי מר אורן דה כהן, שהוא הבעלים והמנהל של המערערת, ושאינו חולק כי הוא בעל רישיון תיווך כנדרש בחוק המתווכים.

המשיב העלה טענות שונות לגופא של תביעה, החל מהטענה כי חתימתו על טופס הזמנה זויפה וכלה בטענה כי המערערת לא הייתה הגורם היעיל לביצוע העסקה, אלא משרד תיווך אחר שגבה ממנו דמי תיווך. בנוסף, עתר המשיב לדחיית התביעה על הסף, מאחר שהמערערת היא חברה בע"מ, וככזו אינה בעלת רישיון לעסוק בתיווך במקרקעין על פי חוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק המתווכים" או "החוק").

2. בית משפט קמא קיבל את הטענה המקדמית, בהסתמכו על פסקי דין של בתי משפט שלום שניתנו בנושא, וכן על פסק דינו של בית המשפט בע"מ (מחוזי נצרת) 2178/02 אמנון אזערי בע"מ נ' בושרי (פורסם בנבו, 4.3.2003) (להלן: "אזערי"). שם נקבע כי מאחר שהתובעת לא הייתה בעלת רישיון לעסוק בתיווך, הרי שעיסוקה בפעולת תיווך היה בגדר עבירה פלילית, כך שעסקינן בחוזה פסול על פי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

עוד ציין בית משפט קמא בפסק דינו, כי אי-ציון פרטי עובד המערערת, שהוא בעל הרישיון, בגוף ההזמנה למתן שירותי תיווך ואי-התייחסות לכך כי הוא שיבצע את פעולת התיווך בפועל, אינם מאפשרים למערערת ליהנות מהפרשנות המקלה שניתנה במספר פסקי דין לסעיף 13 לחוק המתווכים.

בהמשך, דחה בית משפט קמא את הטענה כי המערערת זכאית לדמי התיווך, מכוח סעיף 31 סיפא לחוק החוזים או מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. זאת, מן הטעם שיש בכך לעקוף את הוראות חוק המתווכים לפיהן מי שאינו עונה לדרישות החוק, אינו זכאי לדמי תיווך, ונוכח הוראת סעיף 6 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, המחילה דינים אלו רק בהיעדר הוראה אחרת בחוק או בהסכם.

לאור כל זאת, דחה בית משפט קמא את התביעה על הסף וחייב את המערערת בהוצאות המשיב בסך 7,500 ₪ בצירוף מע"מ. על כך נסב הערעור שבפנינו.

טענות הצדדים

3. המערערת טענה כי אין מניעה שמתווכים במקרקעין יעסקו במקצוע התיווך במסגרת תאגיד, וכי איסור על כך מהווה פגיעה בלתי-מידתית בחופש העיסוק ובזכות ההתאגדות. לשיטתה של המערערת, יש בחוק המתווכים חסר (לאקונה) בנושא זה, ואין לפרש את החוק כקובע איסור על פעולה באמצעות תאגיד.

לשיטתה של המערערת, די שעובד שלה, שהוא בעל רישיון תיווך, ביצע בפועל את פעולת התיווך על מנת שתהא זכאית לדמי תיווך. המערערת חזרה על טענותיה לתחולת סעיף 31 סיפא לחוק החוזים ודיני עשיית עושר ולא במשפט, תוך שהיא מדגישה את התוצאה הבלתי-צודקת לפיה המשיב מתחמק מתשלום תמורה עבור שירותי תיווך שקיבל בפועל.

המשיב הצביע על כך שחוק המתווכים הוא חוק צרכני במהותו, ופשוטו של מקרא כי איננו חל על תאגידיים. זאת ניתן ללמוד מהוראות החוק העוסקות בתנאים המצטברים לקבלת רישיון לעסוק בתיווך, כמו גילו של המתווך, היעדר עבר פלילי וכיו"ב. כן הצביע המשיב על פסיקת בתי המשפט בנושא זה ועל מכתב של רשימת המתווכים לפיה לחברה אין כלל מעמד בחוק המתווכים.

הערה מקדמית

4. ככל שידיעתי מגעת, אין בסוגיה שלפנינו הלכה מחייבת של בית המשפט העליון. פסק הדין של בית המשפט המחוזי בנצרת בעניין אזערי, נחשב כפסק הדין המנחה בסוגיה זו, אך קריאה זהירה של פסק הדין מעלה כי אינו קובע מסמרות בסוגיה. דעת הרוב שם השתייכה את הכרעתה על כך שאין לזהות את פעילותה של החברה עם פעילותו של אזערי האיש, ובהיעדר רישיון לחברה לעסוק בתיווך, נקבע כי החוזה הוא בלתי-חוקי ובטל (דעת המיעוט קבעה כי ניתן לעשות שימוש בהוראת סעיף 31 לחוק החוזים). לגבי השאלה המהותית הניצבת בפנינו, אומר השופט אברהם, שכתב את דעת הרוב שם, את הדברים שלהלן:

"בצריך עיון אשאר את השאלה, האם תאגיד יכול שיעסוק בתיווך במקרקעין, הגם שהדעת נוטה ליתן מענה שלילי לשאלה זו, בשל טיבם של התנאים שמעמיד חוק המתווכים למבקשים לקבל רישיון תיווך במקרקעין, שבחלקם אינם הולמים תאגיד שאינו בשר ודם. מכל מקום, כאמור, אותיר את השאלה בצריך עיון, משפתרוננו של הסכסוך יכול שיהא גם בלא מתן מענה לשאלה זו שהעלתה המערערת בחצי פה בערעורה שלפנינו."

בפסיקת בתי משפט השלום אנו מוצאים חילוקי דעות בנושא. חלק מפסקי הדין הולכים בעקבות פסק דין אזערי וקובעים כי אין לעסוק בתיווך במקרקעין באמצעות תאגיד - ראה, לדוגמה, ת.א. (שלום הרצליה) 2108/03 בהט נ' עו"ד זילברברג (לא פורסם, ניתן ביום 9.5.2005, נספח ה לטיעוני המשיב). בפסקי דין אחרים הוכרה זכותו של מתווך בעל רישיון לפעול באמצעות תאגיד - ת.א. 126630/00 (שלום תל-אביב) שור נ' מטרופוליס ייזום השקעות ונכסים בע"מ (פורסם בנבו, 28.7.2003); ת.א. 7291/02 (שלום ראשון-לציון) אומנות עסקאות בנדל"ן בע"מ נ' בוניאטוב (פורסם בנבו, 4.8.2004); ת.א. 18511/03 (שלום תל-אביב) סמואל מודל בע"מ נ' קנדל (פורסם בנבו, 15.4.2004).

על רקע הדעות השונות בסוגיה זו, נפלס את דרכנו. את מסענו הפרשני נפתח בהוראות העיקריות של חוק המתווכים, שנכנס לתוקפו ביום 1.4.1997.

הוראות חוק המתווכים

5. סעיף 2(א) לחוק המתווכים מורה כי "לא יעסוק אדם בתיווך במקרקעין, אלא אם כן הוא בעל רישיון ובהתאם להוראות חוק זה".

סעיף 5(א) לחוק קובע כלהלן:

"מי שנתקיימו בו התנאים המפורטים להלן, רשאי לקבל רישיון של מתווך במקרקעין:

(1) הוא אזרח או תושב של מדינת ישראל או שהוא תושב חוץ שניתן לו היתר כדין לעבוד בישראל;

(2) מלאו לו 18 שנים;

(3) הוא אינו פושט רגל;

(4) הוא לא הורשע בביצוע עבירה שיש עמה קלון בחמש השנים שקדמו להגשת הבקשה;

(5) אם הוטל עליו מאסר, לרבות בעבירה שאין עמה קלון, הוא סיים לרצותו לפחות שלוש שנים לפני הגשת הבקשה כאמור;

(6) הוא עמד בהצלחה בבחינה לקראת קבלת רישיון תיווך במקרקעין (להלן - הבחינה)".

סעיף 9(א) לחוק קובע כי מתווך במקרקעין לא יהא זכאי לדמי תיווך אלא אם חתם הלקוח על הזמנה בכתב הכוללת פרטים שנקבעו בתקנות. הפסיקה פירשה את הדרישה למסמך בכתב, כדרישה מהותית להבדיל מדרישה ראייתית, ובמספר מקרים "ריככה" בהתאם את דרישות הפירוט - ע"א (מחוזי תל-אביב) 2819/00 בן אור נ' רוזן (פורסם בנבו, 30.6.2002).

סעיף 10 לחוק אוסר על תיווך בעסקת מקרקעין כאשר למתווך יש ענין אישי במקרקעין או בעסקה אלא אם יידע את הלקוח על כך וקיבל הסכמה בכתב; סעיף 11 מחיל על המתווך חובת סודיות, וסעיף 12 לחוק אוסר על מתווך לערוך מסמכים בעלי אופי משפטי. סעיף 14 מתנה את זכאותו של המתווך לדמי תיווך במספר תנאים, שאחד מהם הוא היותו בעל רישיון לפי החוק. סעיף 15 לחוק קובע סנקציה פלילית וסעיפים 16-17 קובעים כי עבירה על פי החוק תהווה גם עבירה לפי חוק הגנת הצרכן התשמ"א-1981, וכי רשאי בית משפט לשלול או להתלות רישיון של מתווך שעבר עבירה על פי החוק.

6. דומה שאין חולק כי בעל הרישיון אינו יכול להיות תאגיד, ודי לעיין בהוראות סעיף 5(א) לעיל כדי לעמוד על כך. תאגיד אינו "אזרח או תושב" מעל גיל 18, תאגיד אינו יכול לעבור בחינות, תאגיד אינו יכול להיות מי שסיים לרצות עונש מאסר וכיו"ב.

ברם, ההתמקדות בחובת הרישוי, אינה נותנת מענה לשאלה האמיתית העומדת בפנינו והיא – היש מניעה כי מתווך מורשה יתן את שירותי התיווך באמצעות תאגיד? כפי שנראה בהמשך, שורה ארוכה של בעלי מקצועות שחייבים ברישוי, כמו עורכי דין או רואי חשבון, רשאים להתאגד, כך שחובת הרישוי לחוד ושאלת ההתאגדות לחוד. אין מניעה כי עורך דין יתן שירותי עריכת דין באמצעות חברה, מבלי שהדבר יגרע מחובתו להיות בעל רישיון עריכת דין ומבלי לגרוע מחובתו המקצועית והאתית כלפי הלקוח. מכאן, שלא סגי בקביעה כי בעל הרישיון אינו יכול להיות תאגיד, כדי להגיע למסקנה שמתווך מורשה אינו רשאי לעסוק במתן שירותי תיווך באמצעות תאגיד.

7. לטעמי, לשונו של חוק המתווכים לא רק שאינה שוללת אפשרות זו, אלא להיפך. סעיף 13 לחוק המתווכים קובע כלהלן (הדגשה שלי – י.ע.):

"אדם לא יעסיק אדם אחר בתיווך במקרקעין אלא אם כן המועסק הוא בעל רשיון לפי חוק זה; סעיף זה לא יחול לגבי העסקת אדם בתפקיד מינהלתי".

סעיף ההגדרות בפקודת הפרשנות [נוסח חדש] מגדיר "אדם" – לרבות חברה או התאחדות או חבר בני-אדם, בין שהם מואגדים ובין שאינם מואגדים". סעיף 4 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, קובע כי "מקום שמדובר באדם – אף חבר-בני-אדם במשמע, בין שהוא תאגיד ובין שאינו תאגיד". עם זאת, יש לזכור את הסייג בסעיף 2 לחוק הפרשנות, לפיו יחולו ההגדרות "אם אין הוראה אחרת לענין הנדון ואם אין בענין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם אותה הגדרה".

הדרא קושיא לדוכתיה – האם הוראות חוק המתווכים אינן מתיישבות עם הגדרת "אדם" גם כתאגיד על פי חוק הפרשנות?

מהוראת סעיף 13 לחוק ניתן להסיק, שאין מניעה כי תאגיד יעסוק בתיווך במקרקעין, ובלבד שמי שעוסק בתיווך עצמו, יהיה בעל רישיון. סעיף 9 להצעת חוק מתווכים במקרקעין, התשנ"ב-1992 (הצ"ח 2136 מיום 17.3.92) קבע כי "לא יוענק רשיון לעסוק בתיווך מקרקעין לתאגיד או לשותפות אלא אם כן אחד מעובדיה הקבועים הינו בעל רשיון לפי חוק זה" וסעיף 10 להצעת החוק קבע כי "מתווך מקרקעין יהא רשאי לקיים סניף או משרד נוסף בתנאי שבאותו סניף או משרד נוסף מועסק מתווך מקרקעין דרך קבע בעל רשיון לפי חוק זה". סעיפים אלו נשמטו מנוסחו הסופי של החוק, ובמקומם באה הוראת סעיף 13 לחוק, שלא נכללה בהצעת החוק. יש בכך לחזק את הטענה שחוק המתווכים הכיר באפשרות שתאגיד יעסוק בתיווך במקרקעין, ובלבד ששירות התיווך עצמו יינתן על ידי בעל רישיון תיווך.

ודוק: גם סעיף 2(א) לחוק המתווכים נוקט לשון "אדם", אך לאור הוראות סעיף 5(א), ברי כי הכוונה היא ליחיד בשר ודם, שרק הוא רשאי לעסוק בפעולת התיווך. אך אין להשליך מכך בהכרח על הוראת סעיף 13 לחוק הנוקטת אף היא לשון "אדם". מהוראת סעיף 13 כפשוטה עולה שאין מניעה כי מי שאינו בעל רישיון תיווך, יעסיק מתווך בעל רישיון, ואין כל סיבה בגינה יש לפרש את המילה "אדם" במובן של יחיד.

בהתאם לכך, אין מניעה כי מתווכים בעלי רישיון יהיו זכיינים של סוכנות תיווך שהיא תאגיד, ובטופס הזמנת שירותי התיווך יירשם שמו של התאגיד והסוכנים המורשים מטעמו, ולמיצער, הסוכנים המורשים באיזור הרלוונטי – השווה ת.א. (שלום נתניה) 6348/07 שוסרמן נ' רוקח (פורסם בנבו, 25.7.2007). כפי שיחיד, שאינו בעל רישיון, רשאי להעסיק מתווך בעל רישיון, איני רואה מדוע תאגיד שאינו בעל רישיון לא יהיה רשאי להעסיק מתווך בעל רישיון בפעולת התיווך.

סיכומי של דבר, שמתוך לשון חוק המתווכים, אפשר להסיק כי המחוקק איפשר מתן שירותי תיווך באמצעות תאגיד.

תכליתו של חוק המתווכים

8. פתחנו את מסענו הפרשני בהוראות החוק, וכידוע, לשון החוק היא תחנת המוצא אך לא תחנת הסיום. לאחר בחינת לשון החוק יש לבחון את תכלית החוק, הן הסובייקטיבית והן האובייקטיבית. התכלית הסובייקטיבית משמעה "כוונת המחוקק" במובן הצר, קרי, התכלית שיוצרי החוק ביקשו להגשים. התכלית האובייקטיבית היא "מטרת החקיקה", במובן הרחב של המילה – היעדים, המטרות, האינטרסים והערכים שהחוק בא להגשים.

על התכלית ניתן ללמוד מכל מקור אמין, החל מדברי הכנסת ודברי ההסבר להצעת החוק, כחלק מההיסטוריה החקיקתית וכאינדיקציה לתכלית הסובייקטיבית, וכלה בעקרונות היסוד של השיטה כחלק מהתכלית האובייקטיבית – ראה, לדוגמה, רע"א 3899/06 מ"י נ' שמועל אבן זהר ואח' (פורסם בנבו, 1.5.06). בהתאם לכך, נפתח בדברי הכנסת.

התכלית הסובייקטיבית של חוק המתווכים

9. כאשר הוצג חוק המתווכים בקריאה שנייה ושלישית בכנסת (ד"כ כרך 127 עמ' 1121 מיום 9.1.96) אנו מוצאים דין ודברים בין ח"כ דדי צוקר, יו"ר ועדת חוקה ומשפט דאז, לבין יוזם החוק, ח"כ אברהם פורז כלהלן:

ח"כ צוקר:

"[...] אבל ייאמר לי מדוע נוצרה הגבלה נוספת שגם היא מעבר למידה: מדוע בעסקת תיווך כזו, בהפגשת שניים, יכול לעסוק רק אדם יחיד? למה תאגיד לא יכול לעשות זאת? מדוע ההגבלה הזאת על תאגידים? מדוע תאגיד לא יכול לעשות זאת? מדוע זה נקבע רק ליחידים? זוהי הגבלה שהיא במידה נסבלת, במידה סבירה? זוהי הגבלה שנועדה לקבוצת אנשים מוכרת ומזוהה ליצור איגוד מקצועי שיגדיר את עצמו כאיגוד, ואז כאשר אברהם או שמעון או לוי ירצו להיכנס לשם יגידו: אה-אה יש בחינה, לך תלמד, לך לבית הספר ההוא, לך למכללה ההיא, לך למרכז הבינ-תחומי הזה או האחר".

ועל כך משיב לו יוזם החוק ח"כ פורז:

"בכל הנושאים האלה התאגיד יכול לעסוק אם נושא המשרה בתאגיד הוא בעל הכישורים. אתה לא יכול לפתוח בית חולים אלא אם כן אתה מעסיק רופאים בפנים".

ומחרה-מחזיק אחרי ח"כ דן מרידור, שהיה בין מתנגדי החוק: **"זה דומה לרופאים באמת"**. עניינו הרואות כי יוזמי החוק לא נתכוונו לאסור מתן השירות באמצעות תאגיד.

10. תכליתו של חוק המתווכים הייתה לקבוע סטנדרטים של מקצועיות והגינות לעיסוק במקצוע התיווך על מנת להגן על הרוכשים בכוח מקרב הציבור הרחב. כך נאמר בדברי ההסבר להצעת החוק מס' 2136, עמ' 388:

"השירותים שאותם נותן המתווך, הם בעלי ערך גורלי לרוכשי הדירות שכן במרבית המקרים ההשקעה מהווה את עיקר חסכוניותו ורכושו. במקרה כזה מוצדק לדרוש ממציע השירותים רמה מקצועית ורמת אמינות גבוהה..... הצורך בקבלת חוק שיסדיר את העיסוק במקצוע התיווך במקרקעין ושיעניק את ההגנה המתאימה לרוכשים בכוח קיים גם ברמה העקרונית וגם כצו השעה".

הצורך בחקיקה התעורר במיוחד נוכח גלי העלייה מברית המועצות בתחילת שנות התשעים. החוק נועד למנוע תופעות של "חאפרים" וכדי להשליט סדר באגודת המוסיה ששררה בתחום זה קודם לכן - ת.א. (שלום תל-אביב) 18511/03 סמואל מודל בע"מ נ' קנדל (פורסם בנבו, 15.4.2004).

למרות שהלקוח על פי חוק המתווכים אינו בהכרח "צרכן" כמשמעותו בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, אין חולק על אופיו הצרכני של החוק. כך, לדוגמה, נאמר בבר"ע (מחוזי תל-אביב) 2905/00 מאיר נ' קובלנסקי (פורסם בנבו, 25.6.2001):

"חוק המתווכים שייך, בין היתר, למערכת של חוקי הגנת הצרכן, ונוצר בכדי להגביל את כוחם העדיף של המתווכים על פני מוכרי הדירות בכח מיקוח, ידע, נסיון ותחכום משפטי, המתבטא בחוזים אחידים בהם מכתבים המתווכים את רצונם. החוק נועד להשליט נורמות של הגינות, ולדאוג, בין היתר, כי רק מתווך שתרים בפועל למכירת הדירה יקבל את שכרו".

11. המשיב הדגיש את אופיו הצרכני של חוק המתווכים, תוך שהוא מפנה לדברי ההסבר להצעת החוק ולדברי הכנסת. ברם, איני סבור כי אופיו הצרכני של החוק משליך בהכרח על השאלה שבפנינו. בכל החוקים הרבים שהמחוקק מצא לנכון להטיל חובת רישוי על בעלי מקצוע, המטרה היא להגן על מקבל השירות מפני בעלי מקצוע לא מיומנים, תוך יצירת כללים אחידים להסדרת רמה מקצועית מינימלית. ברם, רישוי לחוד ועיסוק לחוד. כפי שנאמר בדברי ההסבר להצעת החוק, חוק המתווכים דומה במבנהו ובדפוסיו לחוקים אחרים העוסקים בפיקוח ובהסדר העיסוק במקצועות רגילים. כפי שנראה להלן, שורה ארוכה של בעלי מקצוע החייבים ברישיון, רשאים לעסוק במקצועם באמצעות תאגיד. לכן, העובדה שהמחוקק הגביל את חופש העיסוק בעצם הצורך בקבלת רישיון לצורך עיסוק במקצוע, אין משמעה שהגביל את חופש העיסוק גם באיסור לעסוק במקצוע באמצעות תאגיד.

בנקודה זו, אנו מגיעים לבחינת התכלית האובייקטיבית, תוך השוואה לחוקים אחרים "ממשפחת" בעלי המקצוע ועל רקע עקרונות היסוד של השיטה.

לאור עקרונות היסוד של השיטה והשוואה לחוקים אחרים - עניינו בלאקונה ולא בהסדר שלילי

12. עמדנו על כך, שמתוך לשון סעיף 13 לחוק המתווכים, ניתן להסיק כי אין מניעה ששירותי התיווך יינתנו באמצעות תאגיד. אך לאלו הגורסים כי לא ניתן להסיק זאת מסעיף 13 לחוק, הרי שחוק המתווכים שותק בשאלה זו. לשיטתו של המשיב, יש לפרש את שתיקתו של המחוקק כהסדר שלילי ולשיטתה של המערערת יש לפרשה כלאקונה (חוסר).

ההבחנה בין לאקונה לבין הסדר שלילי, היא שאלה סבוכה עד מאוד דיני פרשנות ולא אדרש לסוגיה זו במישור העיוני - ראה, לדוגמה, ע"א 3622/96 אברהם חכם נ' קופ"ח מכבי, פ"ד (נב) 638 (1998); רע"א 5768/94 א.ש.י.ר יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד (נב) 289 (1998); ע"א 2622/01 מנהל מס שבח מקרקעין נ' לבנון, פ"ד (נז) 309 (2003).

כפי שנראה להלן, מתוך השוואה לחוקים אחרים ומכוח עקרונות יסוד של שיטתנו המשפטית, יש לפרש את שתיקתו של חוק המתווכים כלאקונה ולא כהסדר שלילי.

13. בשורה ארוכה של חיקוקים, קבע המחוקק במפורש כי בעלי מקצוע רשאים להתאגד, למרות שמקצועם מחייב אותם לקבל רישיון כדן. לגבי חלק מהמקצועות, על זכות ההתאגדות הוטלו תנאים וסייגים, כמו איסור על הגבלת ערבות והתאמת מטרות החברה. ראה, לדוגמה:

עורכי דין – סעיף 59 א לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961.

רואי חשבון – סעיף 6 לחוק רואי החשבון, התשט"ו-1955.

סוכני ביטוח – סעיף 26 לחוק הפיקוח על עסקי הביטוח, התשמ"א-1981.

חוקרים פרטיים – סעיף 13 לחוק חוקרים פרטיים ושירותי שמירה, התשל"ב-1972.

רופאי שיניים – סעיף 3א לפקודת רופאי השיניים [נוסח חדש], התשל"ט-1979.

יועצי השקעות – סעיף 2(א) לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995.

לצד אלו, אנו מוצאים שורה ארוכה של חיקוקים המטילים חובת רישוי של בעלי מקצוע נוספים, ללא התייחסות של המחוקק לשאלה אם רשאי בעל המקצוע ליתן את השירות באמצעות תאגיד. ראה, לדוגמה:

רוקחים – פקודת הרוקחים [נוסח חדש], התשמ"א-1981.

שמאים – חוק שמאי מקרקעין, התשס"א-2001.

מודדים – סעיף 3 לפקודת המדידות ותקנות המודדים (מקצוע המדידה), התשמ"ב-1982

מהנדסים ואדריכלים – חוק המהנדסים והאדריכלים, התשי"ח-1958.

אופטומטריסטים – חוק העיסוק באופטומטריה, התשנ"א-1991.

ככל שידעתי מגעת, לפחות חלק מבעלי מקצועות אלו נותנים שירותים באמצעות תאגיד כדבר שבשגרה. ראה, לדוגמה, לגבי מקצוע המדידה בפסק דיני בת.א. (מחוזי חיפה) 487/02 **צבי המרמן השקעות (1996) בע"מ נ' לבנברג תכנון ומדידות בהנדסה אזרחית בע"מ** (פורסם בנבו, 12.7.2007). זאת, למרות שבדומה למתווכים במקרקעין, גם עליהם להיות בעלי רישיון על מנת לעסוק במקצועם, וקבלת הרישיון מותנית, בין היתר, בלימודים ובחינות. לפנינו הוכחה לכך שרישיון לחוד ועיסוק לחוד. הרישיון ניתן לאדם בשר ודם והעיסוק יכול וייעשה באמצעות חברה. אם נפרש שתיקתו של המחוקק כהסדר שלילי, כטענת המשיב, משמעות הדבר כי יימנע משורה ארוכה של בעלי מקצוע לעסוק במשלח ידם באמצעות תאגיד, בניגוד לפרקטיקה הקיימת.

14. עניינו הרואות כי "במשפחת" החיקוקים העוסקים בבעלי מקצוע, המחוקק אינו עקבי בהתייחסותו לעיסוק באמצעות תאגיד. לעיתים, המחוקק מתיר זאת במפורש ולעיתים אין בחוק כל התייחסות לכך. יש והמחוקק מתייחס לאפשרות שבעל הרישיון יפעל באמצעות תאגיד, כדבר מובן מאליו. כך, לדוגמה, בחוק שירותי הובלה, התשנ"ז-1997, קובע המחוקק כי **"לא יתן אדם שירות הובלה, בעצמו או באמצעות אחר, אלא אם כן בידו רישיון מוביל, ושירות הובלה ניתן בהתאם לסוג הרישיון ולתנאיו"**. הרישיון כרוך בין היתר, בהכשרה מקצועית מתאימה לפי סוג המטען וסוג הרכב, הכשרה שיכול ותינתן רק ליחיד בשר ודם. אין בחוק כל הוראה המתירה או אוסרת עיסוק בהובלה באמצעות תאגיד, אך בסעיף 19 לאותו חוק, קובע המחוקק אחריות אישית על בעלי תפקיד בתאגיד. לפנינו דוגמה לכך, שהמחוקק סבור, בבחינת דבר המובן מאליו, כי רישיון לחוד ועיסוק בתאגיד לחוד. בדומה, העובדה שהמודד או האופטומטריסט או שמאי המקרקעין חייבים ברישיון, אין משמעה, כי אינם רשאים ליתן את השירות באמצעות חברה.

15. אוסיף ואומר כי ככל שידעתי מגעת, משרדי תיווך לא מעטים מאוגדים כחברות, וכלל פרשנות הוא כי הפרקטיקה הנוהגת מהווה שיקול רלוונטי בפרשנותו של החוק – ראה, לדוגמה, בג"ץ 6395/98 **אלקושי נ' קצין התגמולים משרד הבטחון**, פ"ד נד(1) 454, 462 (2000); רע"א 3527/96 **צ'צקס אקסלברד נ' מנהל מס רכוש איזור חדרה**, פ"ד נב(5) 385, 407-408 (1998) והאסמכתאות שם. לדעה נוגדת, לפיה משקלה של הפרקטיקה לפתרון סוגיה של פרשנות הוא כמשקל נוצה, ראה דעתו של השופט חשין בבג"ץ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728, 742-743 (1999).

16. שלילת הזכות לעסוק במקצוע התיווך באמצעות תאגיד, נוגדת עקרונות יסוד של שיטתנו המשפטית.

סעיף 2 לחוק החברות, תשנ"ט-1999 קובע כי **"כל אדם רשאי לייסד חברה, ובלבד שמטרה ממטרות החברה אינה נוגדת את החוק, אינה בלתי מוסרית או אינה נוגדת את תקנת הציבור"**. זכות ההתאגדות נתפסת בפסיקה כזכות יסוד חוקתית, כאחת מחירויות

האדם שאינן כתובות עלי ספר הנכללות במגילת הזכויות שפיתחה הפסיקה לאורך השנים – ראה, לדוגמה, ד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש, פ"ד טז 1209, ע"א 4531/91 נאסר נ' רשמת העמותות, פ"ד מח(3) 294, ע"א 1282/93 רשמת העמותות נ' כהנא, פ"ד מז(4) 106, 100, רע"א 7504/95 יאסין נ' ימין ישראל, פ"ד נ(2) 45 והאסמכתאות שם. לזיקה בין חופש ההתאגדות לחופש הביטוי ראה בג"ץ 1398/04 סמ"ר איתי בן חורין נ' רשמת העמותות (פורסם בנבו, 19.1.2006). למקור הזכות ראה דברי השופט גולדברג בבג"צ 7029/95 הסתדרות העובדים הכללית נ' בית הדין הארצי, פ"ד נא(2) 63, עמ' 98-99 וכן אהרון ברק פרשנות במשפט כרך ג (נבו 1993) עמ' 43 ואילך.

להתאגדות יתרונות במישורים שונים, בין היתר, במישור האחריות האישית ודיני המס, ושליטת הזכות להתאגד, מהווה הגבלה שיש בה פגיעה של ממש בחופש העיסוק. לצורך הדיון, נניח שהמחוקק היה שולל במפורש בחוק המתווכים, את זכותו של מתווך לעסוק במקצועו באמצעות תאגיד, ומתווך פלוני היה עותר לפסול את החוק בשל פגיעה בחופש העיסוק. במקרה כזה, בג"ץ היה מקמט מצחו ובוחר את האיסור ב"משקפיים" של פסקת ההגבלה שבסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק (ונוזכיר כי להבדיל מסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תוקפו של סעיף שמירת הדינים בחוק יסוד: חופש העיסוק כבר פקע). יש להניח כי בג"ץ היה מתחבט כבר במבחן המשנה הראשון של יסוד המידתיות, הוא מבחן ההתאמה – האם יש קשר רציונלי בין האמצעי שנקבע בחוק לבין התכלית שאותו אמצעי בא להגן.

תכליתו של חוק המתווכים היא להגן על הלקוח, שלעיתים קרובות הוא גם "צרכן" כמשמעותו בחוק הגנת הצרכן. אך לאיסור לעסוק בתיווך באמצעות תאגיד, קשר רופף עד מאוד, אם בכלל, לתכלית של הגנה על הצרכן. כשלעצמי, איני רואה במה מותר המתווך על פני מודד, שמאי, עורך דין, רואה חשבון או מהנדס, הרשאים ליתן את השירות האישי גם באמצעות תאגיד. איני סבור כי מקצוע התיווך במקרקעין הוא ייחודי על פני מקצועות אחרים. נהפוך הוא, היו שהתנגדו מלכתחילה לחקיקתו של חוק המתווכים, מן הטעם שאין לחוק תכלית ראויה ומטרותו האמיתית ליצור מעין "גילדה" של מתווכים ולמנוע תחרות (דברי ח"כ מרידור בדברי הכנסת בקריאה השנייה והשלישית והא"ראיה, שהיוזמה לחקיקה לא באה מצד גופים ומוסדות המייצגים את ציבור הצרכנים, אלא דווקא מצד המתווכים עצמם. להיסטוריה החקיקתית של חוק המתווכים, ראה איל זמיר "לקראת חקיקה של דיני התיווך" ספר זכרון לגד טודסקי (המכון למחקרי חקיקה ע"ש הארי סאקר, תשנ"ז-1995, 225, 231, שם מביע המחבר ספק אם יש מקום לרגולציה של העיסוק בתיווך.

על-פניו, לרואה חשבון ולעורך דין חובת זהירות, אמון ונאמנות כלפי הלקוח, ברמה גבוהה מזו של מתווך במקרקעין, ושמה בשל כך הגביל המחוקק את עורכי הדין ורואי החשבון להתאגד בחברה שאינה בע"מ. הגבלה מעין זו, מביאה אותנו למבחן המשנה השני של יסוד המידתיות, הוא מבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה". אם וככל שסבר המחוקק שפעולת תיווך באמצעות תאגיד עשויה לפגוע במטרת החוק, יכול היה להטיל מגבלות על זכות ההתאגדות – בדומה למגבלות שהוטלו על עורכי דין, רואי חשבון וחוקרים פרטיים – להבדיל מהטלת איסור מוחלט על התאגדות.

17. הדיון דלעיל היה דיון היפותטי, שהרי על פי נוסחו הנוכחי של חוק המתווכים, אין איסור ליתן שירות תיווך באמצעות תאגיד. איני רואה טעם טוב ליצור על דרך של פרשנות, איסור שיש בו פגיעה של ממש בזכות היסוד להתאגד ובזכות היסוד של חופש העיסוק. פגיעה כאמור, צריך שתיעשה בחוק מפורש או מכוח חוק מפורש לאור פסקת ההגבלה בחוק יסוד: חופש העיסוק "אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". למיצער, יש להצביע על טעם "חזק" בגינו יש לפרש את חוק המתווכים בדרך הפוגעת בזכויות היסוד. המשיב לא הצביע על טעם כזה ואין לראות מדוע פעולה באמצעות תאגיד מהווה פגיעה בתקנת הציבור.

סיכומו של דבר, שיש להעמיד את המחוקק בחזקתו כי ביקש שלא לפגוע בזכות ההתאגדות וחופש העיסוק המעוגנים בשיטתנו המשפטית כחירויות יסוד. חזקה זו, מטה את הכף למסקנה כי בלאקונה עסקינן, ואת החסר יש למלא באופן שאינו מגביל זכויות יסוד אלו.

עבירה פלילית וחובה לא חוקי

18. לאותה מסקנה נגיע מנקודת מבט נוספת.

איסור על פעולת תיווך באמצעות תאגיד, משמעו שהעסקה שנעשתה בין הצדדים שלפנינו, מהווה הסכם בלתי חוקי במישור החוזי, וכן עבירה פלילית לפי חוק העונשין וחוק הגנת הצרכן כאמור בסעיפים 15 ו-17 לחוק המתווכים.

חוק פלילי צריך להיות ברור ומפורש, ואל לבית המשפט ליצור עבירה פלילית בדרך של היקש והיסק. הד לכך אנו מוצאים בסעיף 34 כא לחוק העונשין הקובע כי "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכלית, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין".

בדומה גם במישור האזרחי-החוזי. ככלל, אי חוקיות צריכה להיות ברורה ומפורשת, ובמקרה של ספק, יש לפרש את החוזה בדרך המקיימת אותו – וראה סעיף 25(ב) לחוק החוזים הקובע כי "חובה הניתן לפירושים שונים, פירוש המקיים אותו עדיף על פירוש שלפני הוא בטל".

בהיעדר הוראה מפורשת האוסרת ליתן שירותי תיווך באמצעות תאגיד, אל לבית המשפט להטיל כתם של אי חוקיות בעסקה, וגם מטעם זה יש לקבל את הערעור.

לפני סיום

19. משהגענו למסקנה כי אין מניעה ששירותי תיווך יינתנו באמצעות תאגיד, איני נדרש לסעיף 31 לחוק החוזים או לדיני עשיית עשר ולא במשפט, או לקונסטרוקציה של הרמת מסך לזכות המערערת – ר' יוסי חכם "האם רשאי תאגיד לעסוק בתיווך מקרקעין? על הרמת מסך לזכות בעלי המניות", **דין ואומר** (בטאון לשכת עוה"ד בחיפה).

עם זאת, נוכח תכליתו הצרכנית של החוק, נדגיש כי על מבצע פעולות התיווך לעמוד בכללים ובהסדרים הקבועים בחוק המתווכים. המשמעות המעשית של פעילות המתווך באמצעות תאגיד היא בעיקר במישור המינהלי-אירגוני והכספי-פיסקלי, אך פעולות התיווך עצמן צריכות להיעשות על ידי יחיד המחזיק ברישיון תיווך. עליו יחולו כל הכללים וחובות האמון והזהירות האישיים החלים על מתווך במקרקעין, ועליו לקיים את התנאים הנדרשים בסעיף 14 לחוק, שאם לא כן, התאגיד לא יהיה זכאי לדמי תיווך.

20. טוב יעשה המחוקק אם יסדיר בחוק המתווכים את העיסוק בתיווך באמצעות תאגיד. כך, ראוי לקבוע בתקנות את מידת הפירוט שבטופס ההזמנה לגבי המתווכים המורשים ואת דרך הניהול של סוכנות תיווך על ידי זכיינים. כך ראוי למחוקק ליתן דעתו אם לאסור על מתווכים להתאגד בחברה בע"מ דוגמת המגבלה המוטלת על עורכי דין, רואי חשבון וחוקרים פרטיים וכיו"ב – ת.א. (שלום חיפה) 5912/04 **בראל נכסים בזכרון יעקב בע"מ נ' מרום יעקב** (פורסם בנבו, 21.5.2006) פסקה 18 לפסק הדין.

כל עוד הדבר לא נעשה על ידי המחוקק, ננסה "לעצב" את דרך הפעולה של מתווך באמצעות תאגיד על ידי מספר כללים:

(-) על התאגיד לפעול באמצעות מתווכים בעלי רישיון כחוק, דהיינו, שירות התיווך צריך להינתן על ידי בעל הרישיון כאמור בסעיף 13 לחוק.

(-) על פרטי המתווך/ים בעל/י הרישיון המורשה/ים לפעול בשמו של התאגיד, להופיע על גבי טופס ההזמנה עם כל הפרטים הנדרשים על פי תקנות המתווכים במקרקעין (פרטי הזמנה בכתב) תשנ"ז-1997, לרבות כתובת ומספרי ת"ז (אציין כי מחוקק המשנה לא חייב את המתווך לציין את מספר הרישיון).

במקרה שלפנינו, בשל הזהות בין שמו של המתווך בעל הרישיון לבין שם המערערת, אני נוטה להכשיר **בדיעבד** את הפגם של אי ציון פרטי בעל הרישיון בטופס ההזמנה.

21. עיינתי בחוות דעתם של חברי כב' השופטים ברלינר וסוקול, הסבורים כי דין הערעור להידחות, אך לא מטעמי של בית משפט קמא. כשלעצמי, אף אני סבור כי בהיעדר הסכמה על שיעור עמלת התיווך, לא נתמלאו דרישות התקנות והמסמך אינו עומד בדרישת הכתב על פי סעיף 9(א) לחוק המתווכים. ברם, משלא הועלתה הטענה על ידי המשיב, גם לא בכתב ההגנה בבית משפט קמא, סברתי כי לא יהא זה ראוי להעלות את הטענה ביוזמתנו ומבלי שניתנה הזדמנות לצדדים לטעון בנושא זה.

סוף דבר

22. אין מניעה כי שירותי תיווך יינתנו באמצעות תאגיד, ובלבד שפעולת התיווך תיעשה על ידי מתווך בעל רישיון. כך ניתן להסיק מלשון החוק (סעיף 13). למיצער, לפנינו לאקונה ולא הסדר שלילי, כפי שעולה מהתכלית הסובייקטיבית והאובייקטיבית של חוק המתווכים, תוך השוואה לחוקים אחרים העוסקים במאטריה דומה ועל רקע החזקה שהמחוקק לא התכוון לפגוע בזכות ההתאגדות ובחופש העיסוק.

אשר על כן, אמליץ לחברי לקבל את הערעור, לבטל את פסק דינו של בית משפט קמא ולהחזיר את התיק לבית משפט השלום, על מנת שידון בטענות הצדדים לגופן, לרבות הטענה כי חתימתו של המשיב ע"ג טופס ההזמנה זוייפה והטענה כי המערערת באמצעות מר דה כהן, לא הייתה הגורם היעיל לביצוע העסקה.

^י עמית, שופט

השופט שמואל ברלינר:

1. גם אני סבור כי אין מניעה שמתווך, כל עוד הוא בעל רישיון לעסוק בתיווך כנדרש בחוק, ינהל את עסקי התיווך שלו במסגרת התאגדות, חברה בע"מ, כבמקרה שבפנינו, כל עוד רק מי שאכן מחזיק ברישיון של מתווך עוסק מטעם התאגיד, בפעולת התיווך.

2. מכך מתחייבת בדיקה, האם עמדה המערערת בנדרש ממנה, לענין זה, בהתקשרות עם המשיב, וכך במה שנוגע לאופן ביצוע פעולות התיווך הלכה למעשה, כלפי המשיב.

3. אין אנו יודעים אם מי שבא בדברים עם המשיב ופעל בעבורו בעסקת התיווך הנדונה היה מתווך בעל רישיון. עניין זה היה יכול להתברר בערכאה הראשונה, אלמלא נדחתה התביעה, למעשה, על הסף.

4. העיסקה בין המערערת לבין המשיב נקשרה במסמך מיום 8.10.03 - נספח א' לכתב התביעה.

ההתקשרות צריכה לעמוד בתנאים המפורטים בס' 9 של החוק: עליו לכלול את הפרטים שקבע שר המשפטים בתקנות המתווכים במקרקעין (פרטי הזמנה בכתב), תשנ"ז-1997, האומרות בס' 1, כך:

"1. פרטי חובה בהזמנה לביצוע פעולת תיווך במקרקעין בהזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין לפי סעיף 9(א) לחוק, ייכללו לפחות הפרטים הבאים:

(1) שמות, כתובות ומספרי זיהוי של המתווך ושל הלקוח;

(2) סוג העיסקה שפעולת המתווך מבוקשת לגביה, כגון: "שכירות", "מכירה";

(3) תיאור הנכס נושא פעולת התיווך;

(4) מחיר העסקה המבוקשת, בקירוב;

(5) הסכום המוסכם של דמי התיווך או שיעור דמי התיווך המוסכם מתוך המחיר שבו תבצע העסקה, והאם המחיר - לפי אחד מאלה - כולל מס ערך מוסף, כמשמעותו בחוק מס ערך מוסף, התשל"ה-1975.

5. נראה כי המסמך הנ"ל, הוא הזמנת פעולת התיווך במקרה שבפנינו, אינו עומד בנדרש.

הזמנת התיווך הנ"ל מציינת את שם התאגיד, מס' ההתאגדות שלו, וכתובתו, והוא, התאגיד, הוגדר במסמך כמתווך. במקור, המסמך הוא טופס להזמנת תיווך בעיסקה של שכירות. בכותרת הודפס "השכרה הזמנה", אך המילה "השכרה" נמחקה ולצידה נרשם, בכתב יד, "קניה". בגוף המסמך נמחקו הפרטים המתייחסים לדמי התיווך עבור השכרה, ונרשם בכתב יד, במשובש: "עמלת התיווך תסוכם בין הדדים טרם חתימת החוזה". צריך לקרוא: "עמלת התיווך תסוכם בין הצדדים טרם חתימת החוזה".

6. ס' 1 של התקנות דורש כי בהזמנת התיווך יצוינו השם, הכתובת, ומספרי הזיהוי של המתווך. התאגיד, כפי שקבע כב' השופט עמית, אינו יכול להיות הוא עצמו מתווך בעל רישיון. נראה כי ספק רב הוא אם ההזמנה עומדת בתנאי ס' 1 לתקנות. נדרש, כך נראה לי, כי המסמך יציין את שמו ופרטיו של המתווך העושה את עיסקת התיווך עבור התאגיד, על מנת שהמזמין יוכל לדעת את מי עליו לתבוע, במקרה שיהא צורך בכך, ומי הוא האחראי, נוסף לתאגיד, לתקינות פעולת התיווך. ציון הפרטים של המתווך נדרש גם כדי שבכל עת יוכל המזמין לבדוק, שאכן התקשר עם מתווך שיש לו רישיון, וכן כי למקרה של תלונה ופניה לרשם המתווכים, ידע כלפי מי להפנות את תלונתו.

ס' 2 של התקנות דורש כי הזמנת התיווך תפרט את סוג העיסקה, כגון "שכירות" או "מכירה". בענין זה ההזמנה הנ"ל עומדת בנדרש שכן צויין בה, כי העיסקה בה מדובר היא עסקת קניה של מקרקעין, על ידי המזמין.

ס' 3 של התקנות דורש כי בהזמנה יפורטו תיאור הנכס שלגביו נעשית פעולת התיווך. גם בכך עמד המסמך משום שנכתב בו כי מדובר בחלקות 97 ו 86 בגוש 11303, המצויות בכתובת שפורטה במסמך.

ס' 4 של התקנות דורש כי בהזמנה יצויין מחיר העיסקה המבוקשת, בקירוב. פרט זה לא צוין במסמך.

ס' 5 של התקנות דורש כי בהזמנת התיווך יפורט "הסכום המוסכם של דמי התיווך או שיעור דמי התיווך המוסכם מתוך המחיר שבו תבצע העסקה". ההזמנה לא עמדה בתנאי זה, ואין די בכך שנכתב בה כי "עמלת התיווך תסוכם בין הצדדים" בעתיד. אהו פרט מהותי וחיוני בהתקשרות של הזמנת פעולת תיווך, החסר במקרה דנן.

7. נראה לי כי לאור האמור, נדונה התביעה לדמי התיווך לכישלון, שכן ס' 9(א) של החוק קובע במפורש כי "מתווך במקרקעין לא יהא זכאי לדמי תיווך, אלא אם כן חתם הלקוח על הזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין, שבה נכללו כל הפרטים שקבע שר המשפטים, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת." (ההדגשה לא במקור).
 לו דעתי נשמעה, היינו דוחים, מסיבה זו, ולא מטעמי של בית המשפט קמא, את הערעור.

השופט רון סוקול:

1. עיינתי בחוות דעתם של חבריי, וכמותם אני סבור כי אין מניעה שמתווך ינהל את עסקיו באמצעות תאגיד. לשון החוק ותכליתו, כפי שפירט בהרחבה חברי השופט עמית, אינם מחייבים שלילת זכותו של מתווך להתאגד ולפעול באמצעות חברה.

2. עם זאת חוק המתווכים אוסר עיסוק בתיווך על-ידי מי שאינו בעל רישיון תיווך. מכאן שאת כל פעולות התיווך, להבדיל מפעולות לוואי מנהליות וכדומה, חייב לבצע רק מי שבידו רישיון תיווך כנדרש בסעיף 2 לחוק המתווכים. כך גם עולה מסעיף 13 לחוק.

3. שאלה נפרדת היא שאלת הזכאות לדמי תיווך. סעיף 9(א) לחוק קובע כי:

מתווך במקרקעין לא יהא זכאי לדמי תיווך, אלא אם כן חתם הלקוח על הזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין, שבה נכללו כל הפרטים שקבע שר המשפטים, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.

משמעות הדבר היא כי זכותו של המתווך, או התאגיד המעסיק אותו, לקבלת דמי תיווך מותנית גם בעמידה בפרטים הצורניים כפי שנקבעו בסעיף 9(א) ובתקנות שהותקנו על-ידי השר.

4. בין הפרטים שיש לכלול בהזמנה בכתב למתן שירותי תיווך נקבע כי יש לכלול את שמו של המתווך, כתובתו ומספר תעודת הזהויה שלו. ציון פרטים אלו נועד להגן על הצרכן; לאפשר לו לבדוק אם המתווך אכן בעל רישיון כדיון; להבטיח את קבלת שירותי התיווך רק ממי שהוכשר לעסוק בתיווך וקיבל רישיון לכך; לבדוק אם המתווך מקיים את הוראות החוק כגון חובת גילוי של עניין אישי (סעיף 10 לחוק), שמירת סודיות (סעיף 11 לחוק) וכדומה. ציון פרטי המתווך מסייע לצרכן גם לכפות על המתווך את קיום הוראות החוק; מאפשר לו לנקוט הליכים משפטיים נגדו וכדומה. דומה גם כי ציון פרטי המתווך באופן גלוי בכל עסקת תיווך, יתרום גם להרתעת המתווך מסטייה מהוראות הדין המחייבות (בהערת אגב אציין כי חוק המתווכים אינו מגן רק על עסקאות צרכניות ועל תחולתו הרחבה עשויה להימצא ביקורת - ראה למשל א' דויטש מעמד הצרכן במשפט עמ' 41, 323).

5. בהתאם סבורני, כמו חבריי, כי הסכם תיווך, שנעשה בהתאם להזמנה בכתב, בין תאגיד המשמש מסגרת לפעולם של מתווכים מורשים, לבין הלקוח, חייב לכלול את כל הפרטים האישיים של המתווך או של המתווכים אשר יפעלו מטעם התאגיד בעסקת התיווך.

6. במקרה הנוכחי לא עומד הסכם התיווך בהוראות התקנות ואינו מפרט את כל הפרטים הנדרשים. כן אין בו כל ציון של פרטי המתווך בפועל, שמו, מספר תעודת הזהות וכדומה. מכאן שההסכם שעליו נסמכת המערערת אינו עומד בדרישת החוק, ובהתאם לסעיפים 9(א) ו-14(א)2 לחוק, המערערת אינה זכאית לדמי תיווך.

הסכם התיווך לוקה בפגמים נוספים כפי שפירט חברי כב' השופט ברלינר. במיוחד אציין כי על פני כתב ההזמנה נרשם כי "עמלת התיווך תסוכם הדדית טרם חתימת החוזה", דהיינו לא הושגה הסכמה על הפרט המהותי ביותר בעסקה - המחיר (ראה על חשיבות המחיר בעסקאות תיווך דווקא, דויטש לעיל, עמ' 380).

אף כי לא כל הפגמים האמורים נזכרו בכתב ההגנה, הרי משטען המשיב כי כלל לא חתם על ההזמנה ולא התקשר בהסכם תיווך עם המערערת, דומה כי ניתן לבחון גם את טיבו של המסמך עליו סומכת המערערת את טענותיה. מסמך זה אינו מהווה הסכם תיווך כנדרש בחוק, אינו מסוים דיו, ויש בו הפרה של חובות הגילוי כנדרש בסעיף 9 לחוק.

7. הפרת חובות הגילוי ודרישות הצורה של הסכם התיווך מביאות על-פי חוק המתווכים לשלילת זכותו של המתווך לקבלת דמי תיווך. תוצאה זו, ולפיה משוחרר הלקוח מחובת התשלום, גם מקום שהמתווך "סיפק" את התמורה, יוצרת קושי רב. בדין הכללי מוכרות דוקטרינות שונות המאפשרות גם לצד שהפר הוראות קוגנטיות בדין, או אף לצד שפעל באופן בלתי-חוקי, לזכות בשכר ראוי עבור פעולותיו. כך מוטלת גם על הלקוח חובת תום הלב, וטענתו כי המתווך הפר את חובות הגילוי, או פעל באי-חוקיות, עשויה להיחסם מחמת עיקרון זה. ניתן לבסס את זכותו של המתווך לשכר ראוי גם על הוראות סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, או על דיני עשיית העושר (ראה דעת השופט ממן בע"א (נצרת) 2178/02 לעיל, וכן הערותיה של א' דויטש בספרה לעיל, עמ' 286-287).

8. בכתב תביעתה ביססה המערערת את עילת התביעה אך ורק על ההזמנה בכתב. אין בכתב התביעה אזכור של עילות תביעה אחרת, כמו עילת עשיית עושר. בהיעדר טיעון בכתב התביעה, אין מקום לדון בעילות תביעה חלופיות של המערערת.

בהערת אגב אציין כי בשל אופיו המיוחד של הסכם התיווך ותכליותיו של חוק המתווכים, יש להיזהר בהכרה בעילות תביעה חלופיות, שמא נמצא עצמנו מרוקנים את החוק מכל תוכן. במיוחד יש להדגיש כי לשלילת הזכות לדמי תיווך יש חשיבות הרתעתית, ועקיפתה בדרך של הכרה בעילות חלופיות תסכל את תכליתו של החוק. לפיכך סבורני כי על מתווך המבקש לבסס עילת תביעה חלופית להסכם התיווך הלקוי, מוטלת חובה מיוחדת לפרט את עילתו ולהסביר מדוע יש מקום להכיר בזכותו לדמי תיווך על אף הוראות חוק המתווכים.

בשים לב לאמור איני סבור כמו חברי השופט עמית כי ניתן להכשיר בדיעבד את הפגמים בהזמנה ולהכיר בזכותה של המערערת לדמי תיווך, שכן בכך נחרם לריקונו של החוק מתוכן.

9. על כן הנני מצרף דעתי לדעתו של השופט ברלינר, ומסכים עמו כי דין הערעור להידחות. כן אציע לחברי לתייב את המערערת לשלם למשיב הוצאות בסך של 2,500 ₪.

אשר על כן, הוחלט ברוב דעות וכנגד דעתו החולקת של השופט עמית, לדחות את הערעור ולתייב את המערערת לשלם למשיב הוצאות בסך של 2,500 ₪. אם הופקד פיקדון תעביר המזכירות סך כאמור לב"כ המשיב לכיסוי ההוצאות שנפסקו. היתרה תוחזר למערערת.

ניתנה היום י"ג; באלול, תשס"ז (28 באוגוסט 2007) בהעדר הצדדים.

עא 4582/08 אהרון גופר נ' יהודית קאופמן

פסק דין

ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בכפר סבא (כב' השופטת נ' מימון-שעשוע) מיום 28.1.07 (ת"א 2012/04 [פורסם בנבו]), שבו דחה בית המשפט תביעה שהגיש המערער נגד המשיבה לתשלום דמי תיווך, אם כי חייב את המשיבה לשלם למערער סכום של 2,500 ₪, פיצוי בגין הוצאותיו ומאמצים שעשה למכירת ביתה, לאחר שזה נמכר והיא לא מסרה לו על אודות המכירה.

1. רקע

(א) המערער הוא מתווך מורשה. המשיבה ובעלה דאז היו בעלים של בית בתל מונד שאותו ביקשו למכור, ולשם כך הזמינו שירותי תיווך מהמערער. תחילה, בשנת 2000, הזמינה המשיבה שירותי תיווך רגילים של המערער, אך משלא הצליחו למכור את הבית, חתמו המשיבה ובעלה דאז, ביום 7.3.01, על טופס הזמנה לשירותי תיווך (להלן: "ההסכם" או "הסכם התיווך") שבו הסכימו למתן בלעדיות למערער במכירת הבית לתקופה של 6 חודשים (להלן: "תקופת הבלעדיות"). הצדדים הסכימו כי "אם תחתם עסקה לגבי אחד הנכסים ... אחוייב בתשלום עבור התיווך כאמור לעיל, ובאופן מיידי". המערער אף התחייב לפרסם את הבית בעיתון ידיעות אחרונות כל שבוע במשך תקופת הבלעדיות.

(ב) כאן אולי המקום לציין שהמשיבה ובעלה נפרדו בחודש ינואר 2001 והמשיבה היא שנשארה בבית עד למכירתו. אין חולק שבתוך תקופת הבלעדיות מכרו המשיבה ובעלה את הבית שלא באמצעות המערער. יתר על כן, המשיבה לא הודיעה למערער את דבר המכירה וזה המשיך לעסוק בניסיונות למכירתו משך חודשיים נוספים לאחר המכירה, עד שהתברר לו באקראי שהבית נמכר.

(ג) מכאן התביעה שהגיש המערער לתשלום דמי תיווך.

(ד) המשיבה התגוננה בשלוש טענות:

א. המערער הוסיף להסכם הכתוב את תנאי הבלעדיות לאחר שהמשיבה חתמה עליו; במלים אחרות המערער זייף את ההסכם.

ב. המערער לא היה הגורם היעיל במכירת הבית.

ג. בהסכם התיווך לא נאמר דבר באשר ל"מחיר העיסקה המבוקשת, בקירוב" שעל כן אין ההסכם עומד בדרישת חוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996 (להלן: "החוק") ותקנה 1 לתקנות המתווכים במקרקעין (פרטי הזמנה בכתב), תשנ"ז-1997 (להלן: "התקנות").

2. פסק הדין נושא הערעור

(א) בית המשפט דחה את גרסת המשיבה שהמערער הוסיף להסכם התיווך את התנאי בדבר בלעדיות לאחר שהיא חתמה עליו. בעניין זה סקר בית המשפט בהרחבה את גירסות הצדדים ועדויותיהם, עמד על המחלוקת העובדתית והעדיף, ללא היסוס, את גירסת המערער, דהיינו שהמשיבה הסכימה מראש ובאופן מושכל למתן בלעדיות לאחר שמאמציה למכור את הבית באמצעות מתווכים אחדים לא נשאו פרי.

(ב) באשר לסוגיית הגורם היעיל, לא הייתה מחלוקת שהקונים שקנו את הבית לא הגיעו אל המשיבה ובעלה דאז באמצעות המערער. בית המשפט צימצם אפוא את המחלוקת לשאלה המשפטית "דהיינו: האם אי היותו של התובע הגורם היעיל בעיסקה, שוללת ממנו את הזכאות לדמי תיווך, חרף קיומו של הסכם בלעדיות והעובדה כי עיסקת המכר נערכה בתקופת הבלעדיות" (עמ' 4 לפסק הדין). בסוגיה זו דן בית המשפט לפי החוק כפי שהיה בזמנים הרלוונטיים לענייננו, כלומר לפני תיקון מס' 4 לחוק (מיום 9.6.04 שתוקפו מיום 9.12.04) שבו תוקנה הוראת סעיף 14 לחוק ונקבעה כדברי בית המשפט "חזקה ראייתית הניתנת לסתירה, ולא חזקה חלוטה" בדבר היותו של מתווך בלעדי הגורם היעיל לעיסקה נושא התיווך. בית המשפט ציין שעל פי הדין הקודם לא הייתה בסוגיה זו הלכה של בית המשפט העליון ועמד על שני הזרמים המרכזיים בפסיקת בתי המשפט בערכאות הנמוכות: הזרם האחד הרואה בסעיף 14 לחוק (כנוסחו בתקופה הרלוונטית), המציב דרישה שהמתווך יהיה הגורם היעיל כדי לזכותו בדמי התיווך, משום הרואה קוגנטית שאין להתנות עליה, והזרם האחר הסובר שבמקרה של הסכם בלעדיות יש להעדיף את חופש החוזים, ולא לכפות על צדדים להסכם תיווך הוראה קוגנטית על כל המשמעויות הכלכליות הנובעות ממנה. לאחר סקירה מקיפה של הפסיקה הביע בית משפט קמא את דעתו המצדדת בזרם השני, דהיינו בית המשפט סירב לפסול את תנאי הבלעדיות עקב אי היותו של המתווך

הגורם היעיל במכירת הבית, וכדבריו: "לפיכך אני קובעת כי לגישתי, במצב המשפטי שטרם התיקון מתשס"ד, יש תוקף חוקי להסכם הבלעדיות לפיו זכאי התובע לדמי התיווך המוסכמים גם אם לא היה הגורם היעיל במכירת הבית".

(ג) אשר לסוגייה השלישית דהיינו התוצאה של אי מילוי דרישת החוק (סעיף 9) והתקנות (תקנה 1 (4)) לציון "מחיר העיסקה המבוקשת, בקירוב" בהסכם התיווך: בית המשפט הזכיר שאין מחלוקת שפרט זה לא הופיע בהסכם, "הצדדים אינם חלוקים על כך שבשיחות בעל פה היה התובע מודע היטב לכך שהמחיר המבוקש ע"י המוכרים הינו \$430,000 ובשלב מסויים הורידו המוכרים את המחיר ל-\$400,000", וציון שהמחלוקת היא משפטית "מה נפקותו של הפגם הפורמלי שנפל בהסכם, היינו אי ציון מחיר המכירה המבוקש".

(ד) בית המשפט מצא שבנסיבות העניין "המחיר המבוקש" הינו פרט שנפקותו זעומה, שהרי אין מחלוקת כי הבית נמכר בסכום נמוך ב-\$100,000 (!) מהסכום בו נקבו המשיבה ובעלה דאז] באזני [המערער] בעת חתימת ההסכם. ... ברם, חרף נפקותו הזניחה של פרט זה, סבורתני כי מקום בו המתווך לא היה הגורם היעיל בעיסקה, ועצם זכאותו לדמי התיווך מכח הבלעדיות גרידא שנויה במחלוקת בפסיקה, הרי שיש להקפיד הקפדה יתרה על מילוי דרישותיהם הפורמליות של החוק והתקנות. גם אם אי מילוי הדרישות הפורמליות – כגון אי ציון המחיר המבוקש – נבע מאי ידיעת החוק ותו לא, ולא היתה לו כל השלכה על ידיעת הצדדים בוודאות את פרטי העיסקה המבוקשת, אין בכך כדי לסייע לתובע להעמיד את תביעתו על קרקע מוצקה, ודינה להידחות.

(ה) בית המשפט הוסיף ודן בשאלת תום הלב ומצא ש"במקרה דנן, לא הוכח כל חוסר תום לב מצד הנתבעת – היא לא פנתה למתווכים אחרים או ניסתה למכור את הבית בדרכי פרסום אחרות. הנתבעת העידה כי הקונים ראו את הבית בעבר, באמצעות מתווך אחר, וחזרו בתקופת הבלעדיות, ללא נקיטת כל יוזמה מצידה. התובע לא ניסה לסתור את גרסתה של הנתבעת ע"י זימון הקונים – או המתווך שהביאם – לעדות, ועל כן גרסת הנתבעת עומדת בעינה".

(ו) עולה מן המקובץ שבית המשפט החליט לדחות את התביעה, אלא בית המשפט המשיך ואמר: "אמנם, הנתבעת לא יידעה את התובע בדבר קיומם של קונים אלה, חרף הסכם הבלעדיות, לא בשלב המו"מ ולא לאחר חתימת עיסקת המכר – אך עובדה זו כשלעצמה אינה מהווה חוסר תום לב שיש בו כדי לזכות את המתווך בדמי התיווך, אלא לזכותו בפיצוי על ההוצאות שהוציא והמאמצים שעשה לשיווק הבית, לאחר שכבר לא היה כל טעם בכך מאחר והבית נמכר. התובע גילה את עובדת מכירת הבית בחודש אוגוסט, ע"י פרסום במקומו "באגט", ועד למועד זה חלפו כחודשיים בהם פעל, פעולות סרק, לשיווק הבית. לא הוכח כי פעילות זו היתה אינטנסיבית במיוחד, מעבר לפרסום מודעות בעיתון והצגת הבית מעת לעת לקונים פוטנציאליים שפנו אליו. אני מעמידה את הפיצוי לתובע, בגין חוסר יידועו על מכירת הבית, על 2,500 ש"ח".

(ז) התוצאה הייתה שבית המשפט דחה את התביעה בעיקרה, פרט לפיצוי שפסק לזכות המערער בסכום של 2,500 ₪. בית המשפט חייב את המשיבה בהוצאות (אגרת משפט) ושכ"ט עו"ד של המערער בסכום כולל של 1,000 ₪ ומע"מ.

3. טענות המערער

(א) בית משפט קמא טעה כשיישם באופן דווקני את הוראות החוק והתקנות בדבר אי ציון הפרט של מחיר העיסקה המבוקשת, במיוחד כשראה בו פרט זניח.

(ב) בית המשפט סטה מהלכות הקובעות שאין לאפשר ניצול לרעה של דרישות הצורה שבחוק ובתקנות כדי לשלול מהמתווך את זכותו לשכר.

(ג) בית המשפט הוסיף ושגה כשקשר בצוותא חדא את שאלת הגורם היעיל עם שאלת ציון הפרט של מחיר העיסקה, שהרי כל אחד משני עניינים אלו עומד בפני עצמו ואין ביניהם זיקה.

(ד) הלכה היא שדי למתווך להראות שפעל לשיווק הנכס נושא התיווך ובכך יחשב לגורם היעיל.

(ה) בית המשפט התעלם מחוסר תום לבה של המשיבה הן בטענת הזיוף שטענה כלפי המערער, הן בהסתרת המו"מ עם הקונים ומכירת הבית ממנו.

4. טענות המשיבה

(א) המשיבה תומכת בפסק דינו של בית משפט קמא מנימוקיו.

(ב) המערער אינו מעלה טענות חדשות בערעור ובית משפט קמא דן בכל טענותיו באופן מפורט ומנומק. הקביעה בדבר אי היותו של המערער הגורם היעיל היא קביעה שבעובדה שאין להתערב בה.

(ג) המשיבה טענה לפנינו ששילמה למתווך שבאמצעותו הגיעו הקונים אך אין בידה את הקבלה על התשלום.

(ד) המשיבה מזכירה את מצבה האישי והכלכלי הקשה.

5. דיון והכרעה

(א) משפט קמא דחה את טענת המשיבה שהמערער זיין את ההסכם והוסיף בו את התנאי בדבר בלעדיות, והמשיבה אינה משיגה על קביעתו ואף תומכת בפסק הדין כולו. לפיכך מונחות לפנינו שתי הסוגיות שבהן דן בית משפט קמא – שאלת הגורם היעיל ושאלת ציון מחיר העיסקה המבוקש.

(ב) בית המשפט דחה את הטענה שכיוון שהמערער לא היה הגורם היעיל הרי שעל פי החוק אין הוא זכאי לשכרו. בית המשפט עמד על הבלעדיות שהוקנתה למערער, בחן לאורה ובאופן יסודי את הפסיקה והגיע למסקנה, המקובלת אף עלינו, שהוראת הבלעדיות גוברת במקרה זה על הדרישה שהמתווך יהיה הגורם היעיל, והסכמת הצדדים גוברת גם על הוראת החוק שכדי שמתווך יזכה בשכרו עליו להיות הגורם היעיל.

(ג) כאמור אנו מסכימים עם בית משפט קמא ומנימוקיו בסוגיה זו. נוסף רק שהמשיבה היא שמנעה מהמערער להיות הגורם היעיל כאשר מכרה את הבית נושא הסכם התיווך ללא ידיעת המערער. גם אם עשתה כן שלא באמצעות המתווך, שלילת דמי התיווך מהמתווך במקרה שכזה תשמיט את היסוד לעצם ההתקשרות הבלעדית, התקשרות שהיא רצויה מבחינה כלכלית ואף המחוקק הכיר בחשיבותה. אכן אין למנוע מבעל נכס למכור את הנכס כאשר באה בפניו הצעה ראויה של קונה, אך מפני שחתם על הסכם בלעדיות עם מתווך. אולם, בסופו של דבר משמעו של הסכם בלעדיות הוא התחייבות של בעל הנכס לשלם את דמי התיווך, אם יימכר הנכס בתקופת הבלעדיות, גם שלא באמצעות המתווך. בנסיבות שכאלו, ובהתחשב בחוסר תום לבה של המשיבה לאחר המכירה כמפורט להלן, יש להשתיק את המשיבה מלטעון שהמערער לא היה הגורם היעיל.

(ד) אנו מסכימים עם בית משפט קמא גם במסקנתו שבנסיבות העניין דגן הפרט בדבר מחיר העיסקה המבוקש הוא פרט זנית.

(ה) לפיכך קשה לנו לקבל את מסקנת של בית משפט קמא שהצטרפות שני גורמים דהיינו אי היותו של המערער הגורם היעיל ואי מילוי הפרט הזניח של מחיר העיסקה מצדיקים את דחיית התביעה. קושי זה מתגבר כאשר עוסקים אנו בשאלת תום לבה של המשיבה.

(ו) שלא כבית משפט קמא אנו סבורים שהתנהגות המשיבה מעידה על חוסר תום לב. הדברים אמורים בהסתרת המו"מ עם הקונים מהמערער, ועוד יותר כך בהסתרת עצם כריתת הסכם המכר עימם. מבחינתה של המשיבה היא הייתה מוכנה להמשיך ולהסתיר את המכירה מהמערער, חרף ידיעתה שהוא ממשיך לפרסם את הדירה למכירה מידי שבוע בשבוע בעיתון, והייתה ממשיכה בכך אלמלא גילה המערער, באקראי, שהמשיבה מכרה את הבית ולא גילתה לו את הדבר. לא די בזאת אלא שבבית משפט קמא טענה המשיבה טענת זיוף נגד המערער – טענה שבמהותה היא הטלת אשמה בעל גוון פלילי עליו, וכל זאת כדי להתחמק מחבותה לשלם את שכרו. כדברי בית משפט קמא:

"הטענה כאילו התובע זיין הסכם תיווך רגיל כדי שייחזה כהסכם בלעדיות, הינה הטחת האשמה פלילית חמורה בתובע, שהינו מתווך ותיק".

(ז) יתר על כן, גם לפנינו טענה המשיבה טענה שאין לקבלה, ששילמה שכר תיווך למתווך אחר. טענה זו לא בא זכרה בבית משפט קמא, ואילו הייתה נכונה בוודאי הייתה המשיבה טוענת אותה בהזדמנות הראשונה ואף מציגה את הקבלה ומעידה את המתווך.

בע"א 2144/91 מוסקוביץ נ' ביר, פ"ד מח(3) 116, אמר הנשיא שמגר:

"דיני התיווך הם ענף מדיני החוזים. קשר התיווך הוא קשר חוזי. לכן, חובת תום הלב חלה במישורין מכח סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי). העסקת מתווך קש או השהיה מכוונת – הכל כדי למנוע דמי תיווך – אינם מתיישבים עם עקרון תום הלב. במסגרת כללי תום הלב ניתן יהיה לעקר את תוצאות ההתנהגות הנ"ל, המפרה את החובה לנהוג בתום הלב" (שם, בעמ' 122 ההדגשות שלנו).

ובע"א (ת"א) 1413/04 מטרופוליס בע"מ נ' מליק [פורסם בנבו], פס"ד מיום (30.10.05) נאמר:

"הדרישה לציון הפרטים הללו היא דרישה מהותית שתכליתה להבטיח את זיהוי הצדדים להסכם התיווך ואת גמירות הדעת שלהם בעת חתימת ההסכם. אולם הדרישה אינה דווקנית והמגמה העולה מן הפסיקה היא שלא להקפיד על ציון כל פרטיהן ודקדוקיהן של דרישות התקנות (ראו בר"ע 209/01 (מחוזי נצרת) מאיר נ' שושן ואח' [פורסם בנבו]; ת"א (שלום ת"א) 58989/01 פורסקאוט טכנולוג'יס בע"מ נ' ווגל החברה הישראלית לנדל"ן (1996) בע"מ ו-מטרופוליס ייזום

השקעות ונכסים (1993) בע"מ [פורסם בנבו]; ת"א (שלום כפ"ס) 6834/01 רוביסה ערן נ' מוטי שוורצברג [פורסם בנבו]; ת"א (שלום ת"א) 54028/00 השקעות שי שמואל שי כהן נ' רזייב סרגיי [פורסם בנבו].

ברוח מגמה זו פסק בית משפט זה (סג"נ השופט י. גרוס ועמו השופטות א. קובו ומ. רובינשטיין) שכאשר אין ספק בזהותם של המתווך והלקוח לא יהיה בחיסרון הטכני שבאי פירוט מספרי הזיהוי שלהם כדי לאיין את הסכם התיווך (ע"א 2819/00 בן אור מרדכי נ' רוזן אבי [פורסם בנבו]). סג"נ השופט גרוס השווה את הוראת ס' 9 לחוק המתווכים עם הוראת סעיף 8 לחוק המקרקעין

המקימה דרישה מהותית לקיום מסמך בכתב לשם מתן תוקף להתחייבות במקרקעין, ועמד על הנסיגה שחלה בדרישת הכתב בעסקות מקרקעין - נסיגה שהורתה בנורמה החוזית המאפשרת השלמת פרטים חסרים בחוזה באמצעות פנייה לחוק או לנוהג (השוו סעיף 26 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973).

לעניין הדרישה לפירוט מחיר העסקה "בקירוב" ציין סג"נ השופט גרוס:

סעיף 9 הנ"ל מדבר לכאורה בחיוב למלא אחר כל הפרטים שייקבעו על מנת שיהא המתווך זכאי בשכרו. ברי שמטרת החקיקה הזו הייתה להשליט סדר בתוך האנדרלמוסיה ששררה בשוק התיווך קודם לכן. יחד עם זאת יש לבחון בכל מקרה ומקרה באם התכלית והמטרה הושגו אם לאו. (שם, בעמ' 8286) אמנם שאלת תוקפה של הזמנת תיווך שלא נאמר בה דבר על מחיר העסקה נשארה פתוחה, אולם השופט גרוס ציין כי ברבות הימים ייתכן שהפסיקה תיתן פרשנות מרחיבה לסעיף 9 לחוק המתווכים".

גם אנו סבורים כי בנסיבות שלפנינו אין לדחות את תביעת המערער בשל הפרט החסר שבו מדובר.

(ח) בית משפט קמא התרשם מהמשיבה "כאשה משכילה ומבינת עניין" וקבע, גם על פי הודאתה, שחתמה על ההסכם בביתה, רק לאחר שבעלה דאז חתם עליו ולאחר שהמערער הסביר לה את תוכנו. בנסיבות אלו ובמכלול הנסיבות שפורט לעיל, סבורים אנו כבית משפט קמא, שהמשיבה לא נפגעה מאי מילוי הפרט של מחיר העסקה המבוקש. טענתה של המשיבה המבוססת על חסרונו של אותו פרט היא טענה שלא בתום לב ואין לאפשר לה טיעון שכזה.

6. סוף דבר

לפיכך החלטנו לקבל את הערעור, לבטל את פסק דינו של בית משפט קמא ולחייב את המשיבה לשלם למערער סכום של 34,000 ₪ בצירוף ריבית והפרשי הצמדה ממועד הגשת התביעה בבית משפט קמא וכן את הוצאות המשפט (אגרות בבית משפט קמא ובערעור) ושכר טרחת עו"ד בסכום של 15,000 ₪ בצירוף מע"מ.

המזכירות תואיל לשלוח עותק פסק דין זה לצדדים בדואר רשום.

ניתן היום, ז' טבת תשס"ח, 16 בדצמבר 2007, בהעדר הצדדים.

ע"א 11-07-25179 אל הנכס בע"מ ואח' נ' שלמה שמלצר ואח'

פסק הדין

מבוא

1. לפני ערעור על פסק דינו של כבוד השופט נחום שטרנליכט בת"א (פתח תקווה) 3565/06, אשר דחה את תביעתם של המערערים לדמי תיווך, וחייבם בהוצאות הנתבעים והמשיבה בהודעת צד ג' בסכום כולל של 24,000 ₪.
2. הטעם המרכזי לדחיית התביעה, וסלע המחלוקת המרכזי במסגרת הערעור, הוא קביעת בית המשפט קמא לפיה המערער 2, מר יגאל רודה (להלן: "המתווך רודה") לא היה "הגורם היעיל שהביא להתקשרות הצדדים בהסכם מחייב", ולפיכך אין המערערת 1 (החברה אצלה עבד המתווך רודה כסוכן תיווך) זכאית לדמי תיווך על פי סעיף 14(א) לחוק המתווכים במקרקעין, תשנ"ו-1996.
3. פסיקת בית המשפט קמא שהמתווך רודה לא היווה את "הגורם היעיל" להתקשרות נשענת, בעיקרה, על קביעתו לפיה המשיבה 3, גב' ליאורה שקלרש (להלן: "המתווכת שקלרש"), היא שהיוותה את "הגורם היעיל" הבלעדי להתקשרות. לשיטת בית המשפט קמא, פעולותיה של המתווכת שקלרש, אשר נהנתה ממעמד של מתווך בלעדי מצד המוכר, ניתקו את הקשר בין הצגת המגרש למשיבים 1 ו-2, קוני המגרש, על ידי המתווך רודה לבין העסקה שנכרתה בסופו של יום.
4. השאלות המרכזיות המתעוררות במסגרת הערעור הן איפוא מהו היחס בין מינוי מתווך בלעדי מטעם המוכר לבין תרומתו של מתווך אחר, הפועל מטעם הרוכשים, ובאילו נסיבות קמה למתווך האחר זכות לדמי תיווך.

רקע עובדתי

5. להלן תמצית העובדות, כפי שנקבעו על ידי בית המשפט קמא, וכפי שהן עולות מהראיות:
 - א. המתווך רודה והמתווכת שקלרש הם שני מתווכים בעלי ניסיון הפועלים בנפרד באזור סביון.
 - ב. המתווכת שקלרש מונתה על ידי בעלי המגרש ברחוב הגדרות 19 בסביון, הידוע כחלקה 58 בגוש 6723 (להלן: "הנכס" או "המגרש") לשמש כנציגתם לעניין מכירת הנכס. בית המשפט קמא קבע כי המתווכת שקלרש נהנתה מבלעדיות מבחינת המוכר החל מהמועד בו הוצע הנכס למכירה (1.9.2004), ולמשך כל התקופה בה נוהל המשא ומתן ביחס לנכס, וכי המתווך רודה ידע על בלעדיות זו. במסגרת הערעור ביקש ב"כ המערער להשיג על קביעות אלו, אולם לא מצאתי כל בסיס להתערב בהן (נהפוך הוא, עיון בחומר הראיות, הכולל תמלילי הקלטות של שיחות טלפון רבות שקיים המתווך רודה עם כל המעורבים בפרשיה, מעלה כי המדובר בממצאים המבוססים היטב בראיות שהובאו לפני בית המשפט קמא).
 - ג. ביום 15.7.2004, חודש וחצי טרם הועמד הנכס למכירה, הציג המתווך רודה את הנכס בפני המשיב 2, מר ישראל רייף (להלן: "מר רייף"). אין חולק כי מר רייף, שהינו חתנו של המשיב 1, מר שלמה שמלצר (להלן: "הקונה"), שימש בכל התקופה נציג מוסמך מטעמו לעניין רכישת הנכס. טרם הצגת הנכס החתים המתווך רודה את מר רייף על טופס הזמנת שירותי תיווך ביחס לנכס, בו נקבעה התחייבות של הקונה לשלם למתווך רודה דמי תיווך בשיעור 1% ממחיר המכירה של הנכס (להלן: "ההזמנה"). כאמור, באותו זמן לא היה הנכס מצוי כלל בשוק, וממילא לא נקשרה כל עסקה בשלב זה.
 - ד. ביום 8.11.2005, בעקבות פגישה באירוע חברתי, הציג המתווך רודה את המגרש המדובר בפני מר רייף בשנית. עובר לכך חתם מר רייף בשנית על ההזמנה. יצוין כי המתווך רודה הציג למר רייף את המגרש רק מבחון (קרי, מבלי שהשניים נכנסו למבנה המצוי בנכס), וכי טרם הצגת הנכס בשנית, ולמרות שידע בשלב זה על הבלעדיות שניתנה למתווכת שקלרש, לא פנה אליה המתווך רודה, ואף לא סיפר למר רייף על דבר קיומה.
 - ה. לטענת המתווך רודה הצגת הנכס בפעם השנייה בפני מר רייף נעשתה בהסכמת בנו של בעל המגרש, מר נמרוד גור המתגורר בחו"ל, אשר טיפל מטעם אביו (מר יצחק גור. להלן: "המוכר") במכירת הנכס. בית המשפט קמא קבע כי טענה זו לא הוכחה, וזקף לחובת המערערים את העובדה שנמנעו מלזמן את מר נמרוד גור לעדות. יוער כי במיל ששלח מר נמרוד גור למתווכת שקלרש ב-18.12.2005 הוא מציין שהמתווך רודה יצר עימו קשר מספר פעמים במהלך השנתיים החולפות, וכי הוא הבהיר לו באופן עקבי שישמח מאד אם ימצא קונים לנכס, אבל שכל משא ומתן למכירת הנכס יצטרך להתבצע דרך המתווכת שקלרש. דברים אלו תומכים בטענתו של המתווך רודה לפיה הצגת הנכס על ידו למר רייף נעשתה באישור הבעלים, אולם, מטעמים שיובהרו בהמשך, אינני סבור שיש לעניין זה משמעות של ממש לצורך ההכרעה בערעור.

1. בעקבות ההתעניינות שגילו מר רייף והקונה בנכס, ניסה המתווך רודה להעביר הצעה לרכישת הנכס בסכום של 2.6 מליון דולר ישירות לבעלי הנכס (וזאת באמצעות מר נמרוד גור). בעלי הנכס דחו ניסיונות אלו, כשהם מבהירים, וחוזרים ומבהירים, כי הנציגה המוסמכת מטעמם לטפל במכירת הנכס היא המתווכת שקלרש, וכי כל התקשרות למכירת הנכס חייבת להיעשות באמצעותה (ראו תמלילי השיחות בין מר נמרוד גור למתווך רודה, אשר צורפו כמוצגים 19)1 ו- (4)9 על ידי המערערים).

2. ביום 13.12.2005 פרסמה המתווכת שקלרש מודעה בעיתון "גלובס" המתייחסת לווילה בסביון המצויה על מגרש בשטח 5000 מ"ר. במודעה לא צוינו פרטי המגרש, אך נאמר בה כי הווילה מצויה "בבלעדיות למשרדנו". בעקבות מודעה זו פנה הקונה ביום 14.12.2005 למתווכת שקלרש, שביקרה עימו ועם רעייתו בנכס, הציגה לו את התוכניות ויצרה את הקשר בינו לבין מר נמרוד גור, בן המוכר. יצוין כי הקונה אינו חולק על כך שכבר כשהוצג לו הנכס ידע שזהו אותו נכס שהוצג למר רייף על ידי המתווך רודה. בסופו של יום הצליחה המתווכת שקלרש להביא את הקונה ואת המוכר לעמק השווה לעניין המחיר (אשר הועמד על 2.625 מליון דולר). בעקבות זאת נכרת ביום 18.1.2006 חוזה מכר בין הקונה ורעייתו לבין המוכר - חוזה אשר בוצע לשביעות רצונם ההדדית.

3. יצוין כי מתמלילי שיחות טלפון שהקליט המתווך רודה, אשר נראה כי כולן נערכו לאחר ה- 14.12.2005, עולה כי לאחר שנוצר הקשר בין הקונה למתווכת שקלרש, ובטרם נכרת חוזה המכר, פנה המתווך רודה לגורמים המעורבים, ובכללם המתווכת שקלרש, מר רייף והקונה וכן בן המוכר, מר נמרוד גור, והפציר בהם לשלב אותו במשא ומתן שהתנהל על רכישת הנכס. המתווכת שקלרש סירבה, והבהירה כי לדידה הקונה לא הגיע באמצעות המתווך רודה, ועל כן אין היא מתכוונת להתחלק עימו בדמי התיווך של הקונה, אלא תדרוש שישולמו לה במלואם (ראו מוצגים 19)1 ו- (3)9 שהוגשו על ידי המערערים). הקונה ומר רייף הסבירו כי ישמחו אם המתווך רודה יצליח להביא ל"סגירת העסקה", והקונה אף ציין באחת השיחות כי הוא סבור שמגיע למתווך רודה להיות מעורב ולקבל את שכרו (מוצג 2)9 (למוצגי המערערים), אולם כל עוד המוכר מסרב לנהל משא ומתן שלא באמצעות המתווכת שקלרש, וכל עוד זו מתנגדת לשילובו של המתווך רודה, ידיהם כבולות (עמדה זו עולה מכל תמלילי השיחות בין המתווך רודה למר רייף ולקונה. ראו, למשל, מוצג 9)4 (למוצגי המערערים). מר נמרוד גור, בן המוכר, הבהיר כי מבחינתו המתווכת שקלרש היא המוסמכת לנהל את המשא ומתן מטעמו, וכי הוא אינו זה שקובע את זהות המתווך הפועל בשם הקונה (ראו מוצגים 19)1 ו- (3)9 למוצגי המערערים).

4. בעקבות חתימת חוזה המכר שילם הקונה למתווכת שקלרש את מלוא דמי התיווך שדרשה, וסירב לשלם דמי תיווך למתווך רודה. עובר לתשלום דמי התיווך למתווכת שקלרש חתמה זו על מכתב (להלן: "מכתב שקלרש"), שנוסח על ידי עורך דינו של הקונה, בו אישרה כי היא המתווכת שהייתה לה הזכות הבלעדית למכור את הנכס בשם המוכר, כי היא תיווכה בפועל בעסקה וכי במקרה ש"הקונה ידרש] לשלם דמי תיווך נוספים אני עומדת מאחוריהם". עוד נאמר במכתב שקלרש כי "לדעתי אין כל הגיון לאפשרות ש[הקונה ישלם] דמי תיווך לאנשים - מתווכים שמראש ידעו כי אין להם כל אפשרות להפגיש בין [המוכר] לבין [הקונה]".

5. יצוין כי את תביעתם הגישו המערערים כנגד הקונה ומר רייף, ולא כנגד המתווכת שקלרש. האחרונה צורפה להליך בבית המשפט קמא מכוח הודעת צד ג' ששלחו לה הקונה ומר רייף - הודעה שנסמכה כולה על מכתב שקלרש, ובמיוחד על המשפט "באם ה"ה שמלצר ידרשו לשלם דמי תיווך נוספים אני עומדת מאחוריהם".

6. כאמור, בית המשפט קמא סבר כי למרות שהמתווך רודה הוא שהציג לראשונה בפני הקונה, באמצעות מר רייף, את הנכס, הרי שאין הוא זכאי לדמי תיווך. לפי קביעותיו המתווך רודה ביצע "פעולות ספורות ובודדות, שלא היה בהן כדי לקדם את העסקה ולהביא הצדדים להתקשרות". מנגד, פעולותיה האינטנסיביות של המתווכת שקלרש, מרגע כניסתה לתמונה, הן שהיוו את הגורם היעיל שהביא לסיומה המוצלח של העסקה. זאת ועוד, טענותיו של המתווך רודה כי "נוטרל" על ידי הקונה והמתווכת שקלרש, לא הוכחו. נהפוך הוא, המתווך רודה היה מודע מלכתחילה לבעייתיות שבמעשיו, לאור הבלעדיות שהוענקה למתווכת שקלרש, עניין הנלמד מכך שטרם להקליט את כל שיחותיו עם המעורבים. לאור כל זאת נדחתה התביעה, והמתווך רודה חויב בהוצאות הנתבעים וצד ג'.

הטענות בערעור

7. טענתם המרכזית של המערערים היא כי המתווך רודה מילא אחר התנאים שקבעה הפסיקה להיותו של מתווך "גורם יעיל" בעסקה, ועל כן הוא זכאי לקבל דמי תיווך מהקונה וממר רייף. המתווך רודה הוא שהציג לראשונה את הנכס בפני הקונה, ושכנע אותו בכדאיות רכישתו. זאת ועוד, הוא אף העביר למוכר, באמצעות בנו, הצעה הקרובה מאד למחיר בו נמכר הנכס בסופו של יום (2.6 מליון דולר - רק 25 אלף דולר פחות מהמחיר בו נסגרה העסקה). המתווכת שקלרש נדרשה על כן לקשירת הקצוות בלבד (הצגת נכס לקונה שכבר ידע שהוא מעוניין בו וגישור על פער קטן מאד במחיר), ולא הייתה זכאית כלל לדמי תיווך מהקונה (להבדיל מהמוכר). רק בשל חוסר תום לבה של המתווכת שקלרש, אשר התעקשה בחמדנותה לקבל דמי תיווך גם מהקונה, סולק המתווך רודה מהעסקה. ואולם, עובדה זו אינה יכולה למנוע ממנו את השכר לו הוא זכאי בעבור פועלו.

9. המשיבים תומכים, מטבע הדברים, בממצאיה ובמסקנותיה של הערכאה הדיונית. לדידם המתווכת שקלרש היא שהיוותה גורם יעיל בעסקה, ועל כן קיבלה בדין תשלום בגינה. לעומת זאת, המתווך רודה לא היווה גורם יעיל לקשירת העסקה, ומשום כך אינו זכאי לתשלום. לחילופין טוענים הקונה ומר רייף (המשיבים 1 ו 2) כי אף אם המתווך רודה זכאי לתשלום דמי תיווך, היה עליו לתבוע אותם מהמתווכת שקלרש, שהרי הם שילמו את מלוא המגיע מהם, ואין לצפות מהם לשלם דמי תיווך פעמיים. המתווכת שקלרש מדגישה כי היא לא נתבעה על ידי המתווך רודה, וכי הודעת צד ג' כנגדה נשלחה רק על בסיס מכתב שקלרש, שאיננו כולל כל התחייבות לשיפוי. עוד טוענים המשיבים כי דווקא המתווך רודה הוא שנהג בחוסר תום לב, בכך שלא סיפר מלכתחילה לקונה ולמר רייף על הענקת הבלעדיות למתווכת שקלרש, ובכך הטעה אותם להניח כי יש באפשרותו להביא ל"סגירת עסקה" ביחס לנכס, שכלל לא היה מוסמך למכור.

דיון והכרעה

10. שלוש הערות מקדימות יועילו ל"ניקוי השולחן" בטרם אפנה לדיון בסוגיה המרכזית המתעוררת במסגרת הערעור שלפני:

ראשית, המתווך רודה בחר להגיש את תביעתו כנגד הקונה ומר רייף, ולא כנגד המתווכת שקלרש. מכאן שהטענה כי המתווכת שקלרש נהגה בחוסר תום לב בכך שסירבה לשלב את המתווך רודה במשא ומתן איננה מצויה כלל לפני. אף אם אניח, לצורך הדיון (וכמובן, מבלי לחוות דעה בעניין זה) כי נפל פגם בהתנהלותה של המתווכת שקלרש במערכת היחסים שבינה לבין המתווך רודה, הרי שאין בכך כדי ליצור עילת תביעה כלפי הקונה ומר רייף. על מנת שתתקיים עילת תביעה שכזו יש להוכיח שהמתווך רודה היווה גורם יעיל לכריתת העסקה, או לחילופין, שנפל פגם בהתנהלותם של הקונה ומר רייף, אשר בחוסר תום לב מנעו ממנו מלשמש "גורם יעיל" בקשירת העסקה (ראו ע"א 2144/91 מוסקוביץ נ' ביר, פ"ד מח(3) 116 (1994) (להלן: "עניין מוסקוביץ"); ע"א 7247/97 יצחקוב נ' מרדכי אביב מפעלי בניה בע"מ, פ"ד נו(1) 842 (2001) (להלן: "עניין יצחקוב"); ע"א (מחוזי ת"א) 1122/07 קזיזה נ' מרגי (ניתן ב - 19.3.2008)).

שנית, דומה שאין חולק כי תפקידו של מר רייף במסגרת העסקה - תפקיד אשר היה ידוע גם למתווך רודה - היה כנציגו של הקונה, ולא כמי שהתעניין ברכישת הנכס עבור עצמו (אומנם בשלב מסוים הייתה קיימת אפשרות שגם מר רייף יתגורר במגרש, ואולם בשום מקרה הוא לא אמור היה לרכוש את הנכס בעצמו). במצב דברים זה מר רייף שימש כשלוש גלוי של הקונה לעניין המשא ומתן לרכישת הנכס, וככזה אין מקום לחייב בתשלום דמי תיווך, גם אם יתברר שהמתווך רודה זכאי לדמי תיווך מהקונה (ראו סעיף 2 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965. לדיון בהיקף אחריותו של שלוח בגין התנהגות בחוסר תום לב ראו ד"נ 7/81 פנידר נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673 (1983)).

שלישית, בית המשפט קמא נטה למזער את תרומתו של המתווך רודה לכדי "פעולות ספורות ובודדות, שלא היה בהן כדי לקדם את העסקה ולהביא הצדדים להתקשרות". כשלעצמי, תיאור זה של הדברים מעורר קושי. בעניין מוסקוביץ נקבע כי על מנת להכריע אימתי מתווך שטיפל בעסקה בשלביה הראשונים זכאי לשכר טרחה, למרות שהעסקה סוכמה בסיועו של מתווך נוסף, יש לבחון "מספר גורמים המצביעים על מידת ה"יעילות" בסיבתיות: (א) מידת הדמיון בין ההצעה המקורית שבה היה מעורב המתווך לבין החוזה הסופי, כגון - נושא הנכס; (ב) הקרבה בין תנאי התשלום ושיעוריו בהצעה המקורית לבין הגיבוש הסופי של החוזה; (ג) חלוף הזמן בין ההצעה המקורית עד סיום העסקה...; (ד) מידת האינטנסיביות של פעולות המתווך - היקף מגעים, פגישותיו ושיחותיו עם הצדדים; (ה) קיומו של גורם נוסף, אשר סייע לצדדים בהשגת החוזה, ומידת התערבותו של אותו גורם נוסף; (ו) תשלום דמי תיווך על ידי הצד השני (המוכר או הקונה) ושיעורו; (ז) זהות הצדדים המנהלים את המשא ומתן כמצביעה על שמירת הזיקה הסיבתית; (ח) הסתמכות הצדדים על ידיעה קודמת של מהלכי המשא ומתן ופעולה שאינה אלא הרמת החבל, מקום בו הושאר, כדי ליצור המשכיות באותו מהלך" (שם, בע' 123 - 124). אכן, כטענת ב"כ המערערים, חלק לא מבוטל מאינדיקציות אלו מתקיים בענייננו: ההצעה שהעביר המתווך רודה קרובה עד מאד לתנאי החוזה הסופי; הזמן שחלף ממועד העברתה למועד סיכום העסקה קצר יחסית; המתווך רודה ניסה (כפי שעולה משיחות הטלפון הרבות שניהל) לפעול באופן אינטנסיבי לקידום העסקה וכן הלאה. לאור זאת, לא פשוטה בעיני מסקנתו של בית המשפט קמא, לפיה פעולותיו של המתווך רודה היו מעטות וחסרות ערך. מטעם זה מבקש אני להותיר בצריך עיון את השאלה אם במצב דברים רגיל, בו היה מתווך אחר משלים את העסקה שביאומה החל המתווך רודה, היה מקום ליזכותו בדמי תיווך בגין תרומתו. כאמור, המקרה שלפני אינו מקרה רגיל, אלא מקרה בו המתווך שהצליח להביא ל"סגירת העסקה" הוא מתווך בלעדי מטעם המוכר. על בסיס זה סבורני שיש להכריע בגורל הערעור.

11. שאלת היסוד המתעוררת במקרה שלפני היא זו: כיצד נדרש מתווך לפעול כאשר ידוע לו שבעליו של נכס מקרקעין (להלן: "בעל הנכס") מסר אותו לטיפולו הבלעדי של מתווך אחר (להלן: "המתווך הבלעדי"). ודוק, סעיפים 9 ו-14 (ב) לחוק המתווכים במקרקעין, ותקנות המתווכים במקרקעין (פעולות שיווק), תשס"ה-2004 מסדירים את מערכת היחסים שבין בעל הנכס לבין המתווך הבלעדי, וזאת תוך הגדרת זכויותיהם וחובותיהם ההדדיות. אין בסעיף זה הסדרה כלשהי של זכויות וחובות מתווך שהינו צד ג' להסדר הבלעדיות, ובכלל זה אין בו הוראה כיצד עליו לנהוג נוכח הסדר הבלעדיות הידוע לו. בסוגיה זו יש להכריע אם כך על

פי עקרונות כלליים של המשפט האזרחי.

12. ב"כ המתווך רודה טען כי זכות הבלעדיות במצבים כגון זה ניתנת מצד בעל הנכס, דהיינו המוכר, בלבד, ואין בה כדי לשלול את האפשרות של מתווך אחר להיות מעורב בעסקה, כנציגו של הקונה. על כך קשה לחלוק. הפסיקה הכירה בכך שיתכנו מצבים בהם ישנם שני מתווכים שפעולת כל אחד מהם היוותה "גורם יעיל" להתקשרות (ראו עניין **מוסקוביץ**, בעמוד 123; עניין **יצחקוב**, בעמוד 849). בכלל זה אין לשלול אפשרות כי מתווך שאינו נהנה מבלעדיות יהווה ביחד עם המתווך הבלעדי, גורם יעיל, לקשירתה של עסקה ביחס לנכס לגביו הוענקה הבלעדיות. מצב דברים זה יתרחש כאשר המתווך הנוסף הוא זה שביצע את הפעולות הדרושות על מנת להביא את הקונה אל העסקה, ושימש במובן זה גורם יעיל לקשירתה.

13. ואולם, השאלה הנשאלת היא מהן החובות המוטלות על מתווך כזה לאור ידיעתו על דבר הבלעדיות. שאלה זו נחלקת לשתי שאלות משנה: ראשית, מהן חובותיו של המתווך האחר כלפי המתווך הבלעדי? האם נדרש המתווך האחר לקבל הסכמה של המתווך הבלעדי להצגת הנכס? האם רשאי הוא לעקוף את המתווך הבלעדי, ולנסות לפנות ישירות לבעל הנכס? שנית, מהן חובותיו של המתווך האחר כלפי הלקוח שלו, הקונה הפרוטנציאלי (להלן: "**המזמין**" או "**הלקוח**"): האם נדרש המתווך לגלות למזמין בטרם הצגת הנכס כי הוא נמסר בבלעדיות למתווך אחר? האם עליו להעביר את הצעות הלקוח לבעל הנכס או למתווך הבלעדי?

14. ההליך שלפני איננו מחייב הכרעה בשאלות הנוגעות למערכת יחסים שבין המתווך האחר למתווך הבלעדי, ועל כן אוכל להותיר את השאלות שהיא מעוררת בצריך עיון. אציין רק כי בשים לב ללגיטימציה שניתנה להסדרי בלעדיות בחוק המתווכים במקרקעין, ולכך שהמתווך הבלעדי נדרש, על פי הדין, להשקיע כספים כדי ליהנות מזכות הבלעדיות (ראו סעיף 9(ב2) לחוק המתווכים במקרקעין ותקנות המתווכים במקרקעין (פעולות שיווק)), הרי שיש מקום להגן על זכות הבלעדיות גם בפני צדדים שלישיים בצורה הדוקה יחסית, וזאת, למשל, באמצעות מתן פרשנות מצרה לסייג של "צידוק מספיק" שבסעיף 62(א) לפקודת הנזיקין (נוסח חדש). לאור זאת, ספק בעיני אם ניתן לראות כלגיטימית התנהלות של מתווך היודע על הסדר הבלעדיות, אולם מנסה לעקוף את המתווך הבלעדי, ולקשור עסקה ישירות מול בעל הנכס (מנגד, אני מתקשה לראות בעצם הצגת הנכס בפני הלקוח, בודאי כשהדבר נעשה באופן שאינו פוגע בזכויות הקניין של בעל הנכס, משום עקיפה של הסדר הבלעדיות).

15. לעומת זאת, נדרש להכריע במסגרת הערעור שלפני בשאלה מהן חובותיו של מתווך כלפי המזמין, שעה שהוא מבקש להציג לו נכס לגביו נתן בעל הנכס זכות בלעדיות לאחר (קרי, למתווך הבלעדי). סעיף 8(א) לחוק המתווכים במקרקעין קובע כי "**מתווך במקרקעין יפעל בנאמנות, בהגינות ובדרך מקובלת, וימסור ללקוחו כל מידע שיש בידו בעניין מהותי הנוגע לנכס נשוא עסק התייחוד**". הוראה זו מחייבת, לטעמי, מתווך למסור למזמין מבעוד מועד כי נכס שהוא מתעתד להראות לו מסור בבלעדיות למתווך אחר. העיתוי המתאים למסירת מידע זה הוא טרם מסירת פרטי הנכס למזמין, דהיינו עובר להחתמת הלקוח על ההזמנה. במילים אחרות, דרך התנהלות הראויה של מתווך היודע על כך שנכס שהוא מתעתד להראות ללקוח הוא נכס שנמסר בבלעדיות למתווך אחר היא לומר ללקוח מראש, וברחל בתך הקטנה, כי הוא מבקש להראות לו נכס שמסור לבלעדיות של מתווך אחר.

אם הלקוח יסכים לראות את הנכס, בידיעה על הסדר הבלעדיות, הרי שהמתווך יוכל להמשיך לפעול בשמו מול המתווך הבלעדי או מול בעל הנכס (במידה והדבר יתאפשר, למשל לאחר פקיעת הסדר הבלעדיות) או לחילופין יוכל להפנות את הלקוח למתווך הבלעדי, תוך הבהרה כי הוא יעמוד על קבלת חלקו אם העסקה תצא אל הפועל; אם הלקוח יסרב, המתווך רשאי כמובן שלא למסור את פרטי הנכס ללקוח.

16. החובה ליידע את הלקוח מלכתחילה כי מדובר בנכס המסור לבלעדיות של מתווך אחר נובעת מהעובדה שמדובר בעניין מהותי, כהגדרת מונח זה בסעיף 8(א) לחוק המתווכים במקרקעין, ושמסירת מידע זה מראש נחוצה על מנת להגן על האינטרסים הלגיטימיים של הלקוח. אם לא תאמר כן, עלול להיווצר מצב בו המתווך ישמור מידע זה עד לאחר שהלקוח כבר ראה את הנכס, וחתם על ההזמנה, ובשלב זה כבר אין באפשרות הלקוח לשקול אם הוא מעוניין לקבל את המידע ביחס לנכס זה מהמתווך, אם לאו.

17. והמקרה שלפנינו ידגים: המתווך רודה הציג לפני הקונה (באמצעות מר רייף) נכס שבתחילה לא הועמד כלל למכירה, ולאחר מכן הועמד למכירה באמצעות מתווך בלעדי (המתווכת שקלרש). המתווך רודה, למרות שידע על הבלעדיות שניתנה למתווכת שקלרש, נמנע מלמסור מידע זה לקונה, אלא ניסה לעקוף את המתווך הבלעדי, ולהעביר את ההצעות ישירות לבן המוכר. מאמציו אלו נכשלו (בשל התעקשות ראויה של בן המוכר כי העסקה תבוצע דרך המתווכת הבלעדית), והתברר כי המתווך רודה לא יכול להביא לקשירת העסקה, אלא באמצעות פניה למתווך הבלעדי (קרי, למתווכת שקלרש). ואולם, המתווך רודה איננו פונה למתווכת שקלרש, ואף איננו מוסר ללקוח שלו את פרטיה, על מנת שיפנה אליה ישירות. במצב דברים זה, האם יש להתפלא על כך שהמתווכת הבלעדית סירבה בדיעבד לשתף את המתווך רודה בעסקה, אלא עמדה בתוקף על כך שהלקוח הגיע אליה באופן עצמאי? ואם כן, מה ניתן לצפות מהקונה, המוצא עצמו קרוע בין דרישת המתווכת הבלעדית לקבל את מלוא השכר (שהרי לדידה היא קשרה הן את המוכר והן את הקונה לעסקה באמצעות המודעה שפרסמה) לבין דרישת המתווך רודה, לו חתם על הזמנה,

ושבשותיו נעזר, מבלי שידע כלל על כך שהנכס מסור בבלעדיות למתווך אחר. אין זאת אלא שהדרך למנוע היווצרות מצב דברים זה היא לחייב מתווך לגלות ללקוח מראש על קיום מתווך בלעדי, ובדרך זו למנוע מהלקוח את הדילמה בה הועמד הקונה בענייננו.

18. אין חולק כי המתווך רודה לא מילא אחר חובת הגילוי שצוינה לעיל. לא בשלב שקדם להצגת הנכס ולחתימה על ההזמנה, ולא בשלבים שלאחר מכן, לא גילה המתווך רודה ללקוח כי ביחס לנכס ניתנה בלעדיות למתווכת אחרת. רק בדיעבד, לאחר שנוצר קשר ישיר בין הלקוח לבין המתווכת שקלרש, הכיר המתווך רודה בעצם קיומה, וביקש להיכנס למשא ומתן עימה. במצב דברים זה אין למתווך רודה אלא להלין על עצמו, ואין לאפשר לו לחייב את הלקוח לשלם לו דמי תיווך בגינה. ודוק, עסקינן בעסקה שהמתווך רודה, בדרך הקלוקלת בה פעל, לא יכול היה להשלים, ואשר הקונה התקשר בה בסופו של דבר באמצעות פניה ישירה למתווכת הבלעדית, אשר את דבר קיומה וזהותה גילה באופן עצמאי, וללא כל סיוע מצד המתווך רודה.

19. לתוצאה זו אפשר להגיע באחת משתי קונסטרוקציות משפטיות חלופיות: ראשית, ניתן לקבוע כי בנסיבות מסוג זה, בהן הפר המתווך רודה את חובתו לגלות ללקוח כי הנכס נמסר בבלעדיות למתווכת שקלרש, והלקוח הגיע למתווך הבלעדי באופן עצמאי ובתום לב, מנתקת פעולתו של המתווך הבלעדי את הקשר הסיבתי שבין מאמציו של המתווך רודה לבין קשירת העסקה; שנית, אף אם לא תאמר כן, הרי שהסנקציה הראויה על הפרת חובת הגילוי של המתווך רודה היא שלילת זכותו לקבלת דמי תיווך מהמוכר, שכן יש להניח לחובתו כי לו היה מגלה מידע זה היה הקונה נמנע מלהיזקק לשירותיו ביחס לנכס בו עסקינן (או, למצער, המתווך רודה הוא שיצר את הנזק הראיתי, שכן כיום לא ניתן לדעת אם הקונה היה נזקק לשירותיו ביחס לנכס לו היה יודע על כך שמדובר בנכס שנמסר בבלעדיות למתווכת שקלרש).

סוף דבר

20. כאמור לעיל, הערעור כנגד דחיית התביעה כנגד המשיבים 1 ו-2 נדחה מהנימוקים שבוארו.

21. משנדחה הערעור, ממילא מתייתר הצורך לדון בגורלה של הודעת צד ג'.

22. המערערים ישאו בהוצאות המשיבות 1 ו-2 בערעור בסכום של 7,500 ₪, ובהוצאות המשיבה 3 בערעור בסכום של 2,500 ₪.

ניתן היום, י"א אייר תשע"ב, 03 מאי 2012, בהעדר הצדדים.

ע"א 3597/09 יואל נדב נ' עו"ד דוד ינובסקי ואח'

פסק הדין

השופט י' מרזל:

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בירושלים (כב' השופטת עירית כהן) מיום 15.10.2009. בפסק דין זה, קיבל בית המשפט קמא תובענה שהגיש מר מורד שמואליאן כנגד שלושה - עו"ד דוד ינובסקי, מר יורם בלק ומר יואל נדב, וחיובם בתשלום סך של 410,000 ש"ח לתובע, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית. כל הצדדים בהליך קמא ערערו לפנינו על פסק הדין וקביעות שבו, ואלו הערעורים שלפנינו.

עובדות שלעניין והמחלוקת

2. ביסוד העניין עסקת מכר של זכויות במקרקעין שהיו בבעלותו של מר שמואליאן (להלן: שמואליאן או המוכר) והמצויים באזור יהודה ושומרון. על מנת למכור את זכויותיו, התקשר שמואליאן עם מר יורם בלק (להלן: בלק), שעסק בתיווך במקרקעין. בלק פנה והסתייע בנדון גם במר יואל נדב (להלן: נדב), שהיה מעורה בעסקאות מקרקעין באיו"ש. בשלב מסוים, הודיע בלק לשמואליאן כי נמצא קונה למקרקעין. המדובר היה בתושב האזור (מר חאג' תאופיק, ולהלן: הקונה), המוכן לשלם בעבורה, כך נאמר לשמואליאן, 1,350,000 ש"ח. שמואליאן, הסכים לבסוף לעסקת המכר. העסקה עצמה נערכה במשרדו של עו"ד דוד ינובסקי (להלן: ינובסקי), תוך שבנו של המוכר - עו"ד אלי שמואליאן, מייצגו. את הקונה ייצג עו"ד אחמד נתשה. חוזה המכירה (מיום 21.2.2001) קבע (בסעיף 5 לו) מנגנון נאמנות ולפיו "תמורת המקרקעין תופקד בידי הנאמנות של עו"ד שיוסכם ע"י הצדדים ע"פ מכתב נאמנות שיחתם עם העורך דין המוסכם (להלן: "הנאמן"), והיא תועבר למוכר ע"פ הוראת הקונה לנאמן כי קיבל לידי את כל המסמכים המצוינים בחוזה זה". נציין עוד, כי בחוזה המכירה לא צוינה תמורת המקרקעין.

3. בהמשך לכך מונה ינובסקי כנאמן, על פי כתב נאמנות, בזו הלשון:

"אני הח"מ עו"ד דוד ינובסקי מתחייב כלפי מר מורד שמואליאן כי כל המסמכים שנמסרו לח"מ בנאמנות ישארו בידי הח"מ עד למתן הוראה בכתב ממר מורד שמואליאן כי הוא מאפשר לח"מ להעביר את המסמכים לצד שני או לחילופין תינתן הוראה ע"י מר מורד שמואליאן להשיב לו את המסמכים.

במידה ותינתן הוראה לח"מ להעביר את המסמכים לידי צד שני אזי במידה וצד שני יאשר כי המסמכים הינם כל המסמכים הדרושים לו כמסמכים ויורה לח"מ להעביר את הסך של 1,350,000 ש"ח לידי מר מורד שמואליאן הח"מ יפעל בהתאם ויעביר את הכסף.

במידה וצד שני לא יהיה מוכן לקבל את המסמכים אזי הח"מ ישיב את המסמכים לידי מר שמואליאן ולמר שמואליאן לא תהיה כל טענה ו/או תביעה ו/או דרישה מעו"ד ינובסקי".

4. עוד התברר, כי במקביל לכתב הנאמנות, קיבל ינובסקי "כתב הוראות" מלקוחו, בלק. כתב הוראות זה לא היה ידוע למוכר שמואליאן. בכתב ההוראות נכתב (ת/5), כי:

"אני הח"מ יורם בלק.. מורה בזאת לעו"ד דוד ינובסקי מיפה כוחי והנאמן בעסקה שבין מורד שמואליאן לבין תופיק חאג'ה כי במועד העברת המסמכים לידי עו"ד נתשה ולאחר קבלת אישורו כי קיבל את כל המסמכים כפי שזוכם עם מר מורד שמואליאן אזי עו"ד ינובסקי יעביר לידי מר מורד שמואליאן סך של 1,350,000 ש"ח (מליון שלוש מאות וחמישים אלף ש"ח) היתרה תשולם לידי הח"מ".

5. נוסף כי העסקה הושלמה לבסוף כך שהמסמכים הועברו לקונה וסך של 1,350,000 ש"ח הועבר לשמואליאן מידי הנאמן. זאת, על יסוד כתב הנאמנות וגם מכתב שכתב שמואליאן בכתב ידו לינובסקי (נ/1) ובו הורה לו: ".... את הכספים שנתרו אצלך בהתאם לכתב הנאמנות ו... [מילה לא ברורה, י.מ.] בנאמנות אבקשך להעביר כדלקמן א- שיק בנקאית בסך של מיליון ש"ח למוטב בלבד בשם עו"ד אלי שמואליאן ב שיק בנקאי בסך של שלוש מאות וחמישים אלף ש"ח + ריבית והצמדה לפקודת מורד שמואליאן למוטב בלבד... עם ביצוע כל האמור לעיל יצאת לידי חובתך כנאמן ולא תהיה לי כל טענה ו/או דרישה כנגדך" [השיבושים במקור, י.מ.].

6. אלא שנתון המפתח, המתוסף לאמור לעיל, הוא העובדה כי קונה המקרקעין, שילם בעבור הזכויות בקרקע סכום גבוה

משמעותית מהסכום שהגיע לבסוף למוכר שמואליאן: התמורה שהעביר הקונה לידי הנאמן עמדה על 1,760,000 ש"ח, בעוד ששמואליאן קיבל רק סך של 1,350,000 ש"ח. נסתבר, כי ינובסקי נתן לבנק הוראה להכניס את הסכום הכולל שהועבר לידו מידי הקונה לחשבון נאמנות, ולאחר מכן ביקש לפצל את הסכום לשני חשבונות, האחד על סך 1,350,000 ש"ח והשני על סך 410,000 ש"ח. הפיצול לשני חשבונות נעשה ככל הנראה לפי הוראת בלק. הסכום של 410,000 ש"ח הועבר על ידי ינובסקי לנדב ובלק. אין חולק גם שינובסקי לא אמר למוכר שהקונה שילם סכום גבוה יותר מ-1,350,000 ש"ח.

7. כך הבשילה התובענה שהוגשה לבית המשפט קמא, שעיקרה המחלוקת הבאה: מה דינו של הפרש - בסך 410,000 ש"ח - שבין הסכום שקיבל המוכר שמואליאן (1,350,000 ש"ח) לבין הסכום אותו שילם הקונה? (1,760,000 ש"ח כאמור). שמואליאן טען, כי הפרש זה שבין התמורה אותה שילם הקונה לבין הסכום אותו קיבל - בסך של 410,000 ש"ח - הועלם מידיעתו - בכונת מכוון. רק בדיעבד נודע לו שהקונה נכון היה לשלם - ושילם בפועל - סכום גבוה מזה שעליו ידע ולו הסכים; הסכמה שבאה לפי הטענה, בשידול של בלק ובמעורבות כזו או אחרת של נדב וינובסקי. משכך, על הנתבעים להשיב לו סכום זה: בלק ונדב, על פי חובתם כמתווכים וחובת הגילוי שבאה עימה; וינובסקי - כחובתו כנאמן בעסקה.

8. בלק טען מאידך, כי העסקה שביסוד העניין היתה "עסקה נטו" כלומר עסקה בה ברור היה לשמואליאן כי התמורה שיקבל בפועל תהיה נמוכה מהסכום שישלם הקונה, וזאת בשל מורכבות העסקה ומקום הימצא הקרקע כמו גם הצורך להשליש כספים למכלול גורמי ביניים שבלעדיהם - עסקה אין. נטען עוד, כי המוכר שמואליאן כלל לא היה מעוניין לפגוש את המוכר. בהמשך לכך, לנדב גם היתה טענה לפיה המדובר היה בעסקה "גב אל גב", כלומר עסקה בה המקרקעין נרכשים משמואליאן על ידי נדב, ונדב מוכרם הלאה אל הקונה. ממילא כל שהיה על נדב ובלק להעביר לשמואליאן, הן במשא ומתן (כמיידע) והן בעסקה עצמה (כתשלום), היה הסכום "נטו", כלומר 1,350,000 ש"ח. זאת ועוד: הפרש התמורה בסך 410,000 ש"ח אכן שימש לבסוף לתשלום לגורמי ביניים. ינובסקי הוסיף וטען, כי נגיעתו בעסקה היתה שולית ומתוחמת. הוא לא היה צד למשא ומתן בין הצדדים ומונה בכתב נאמנות מוגדר ביותר לפיו יחזיק את מסמכי הזכויות במקרקעין בנאמנות ברשותו, עד לקבלת הוראה להעבירם לקונה ממר שמואליאן, כנגד תמורה מפורשת של 1,350,000 ש"ח שנקבה בכתב הנאמנות. כך עשה וכך פעל. שמואליאן המוכר אף אישר לו בכתב, כאמור לעיל, שזה גדר נאמנותו ואם יפעל על פיה לא יהיו לו כל טענות כלפיו. ממילא אין להטיל עליו כל אחריות באשר להפרש התמורה, מה גם שלא קיבל כל חלק מן הכספים הללו.

פסק דינו של בית המשפט קמא

9. בית המשפט קמא קיבל את התובענה שהגיש שמואליאן המוכר תוך חיוב שלושת הנתבעים - בלק, נדב וינובסקי, בהפרש התמורה שבין הסכום שהקונה שילם לבין הסכום אותו קיבל שמואליאן המוכר, לרבות הפרשי הצמדה וריבית. ומה היו ממצאי בית המשפט קמא בנדון?

10. ראשית, בית המשפט קבע כי העסקה לא תוכננה ולא סוכמה עם שמואליאן כ"עסקת נטו". שמואליאן לא ידע ולא נאמר לו כי התמורה בפועל גדולה יותר. ממילא לא הסכים לכך שיהיה פער בין הסכום שישלם הקונה לבין הסכום שהוא יקבל. הוא גם לא הסכים כי פער כספי זה יושלש לגורמי משנה שונים שבדרך. עסקת המכר היתה אל מול הקונה על ידי ב"כ עו"ד נתשה, ולא אל מול נדב. הדרישה שלא להכליל את תמורת המקרקעין בחוזה המכירה היתה של נדב ובלק. ממילא אין להיתלות בכך שהסכום שנקב בכתב הנאמנות היה של 1,350,000 ש"ח שכן זה הסכום היחיד עליו ידע שמואליאן. את ממצאיו אלו סמך בית המשפט קמא על האמון שנתן הן בעדותו של שמואליאן והן בעדות בנו עו"ד אלי שמואליאן, תוך שנמצא חוסר מהימנות בגרסאות נדב ובלק. בהקשר אחרון זה, ניתן משקל על ידי בית המשפט קמא לסתירות שונות בעדויות ובכתבי הטענות של נדב ובלק. בה בעת, לא מצא בית המשפט קמא מקום לייחס התרשלות תורמת לעו"ד אלי שמואליאן בשל חוזה המכירה או אשם תורם של שמואליאן (האב - המוכר) עצמו. זאת, בעיקר בשל כך שטענות אלו לא נטענו בכתבי ההגנה של הנתבעים ומכל מקום, לא היה בכך כדי להפחית מאחריות הנתבעים.

11. שנית, קבע בית המשפט קמא, כי הוא מעדיף את עדות שמואליאן שנתמכה בעדות בנו, ולפיה שמואליאן היה מעוניין דווקא לפגוש את הקונה, אולם הנתבעים, "מחביאים את הקונה" (עמ' 7 לפסק הדין). גם בעניין אחרון זה לא ניתנה מהימנות לגרסתם של בלק ונדב בנדון, ונזקפה לחובתם העובדה שלא הזמינו עדים אשר יכולים היו לתמוך בגרסתם, כמו גם שלא נתנו לכך הסבר סביר. בית המשפט גם קבע במפורש כי בלק אכן פעל בעסקה כמתווך, ואף דרש לאחריה דמי תיווך, וכי אין לקבל את גרסתם של בלק ונדב לפיה שלמו את סכום הפרש - או חלקו - לגורמי ביניים בעסקה, שכן טענות אלו היו רוויות סתירות ולא הובאה להן תשתית ראייתית תומכת.

12. שלישית, ואשר לינובסקי, קבע בית המשפט, כי לא מילא אחר חובתו כנאמן שכן חובתו היתה ליידע את שמואליאן על כך שקיים פער בין התמורה ששולמה על ידי הקונה לבין הסכום שקיבל שמואליאן. זאת, בהמשך לעדותו של ינובסקי עצמו לפיה לא

ידע אם שמואליאן יודע על כך, אם לאו, ולא אמר לשמואליאן כי קיים הפרש כאמור. בית המשפט קמא דחה את טענת ינובסקי לפיה הנאמנות מלכתחילה התייחסה לסכום של 1,350,000 ש"ח בלבד, בין היתר, נוכח סעיף 5 לחוזה המכר, שהוזכר לעיל, ולפיו "תמורת המקרקעין" [קרי, מלוא התמורה שתקבל מן הקונה, י.מ.] תופקד בידיו הנאמנות של עו"ד שיוסכם...". בנוסף קבע בית המשפט, כי אסור היה לינובסקי לקבל הוראות מבלק לעניין העסקה שכן נאמנותו היתה כלפי המוכר ובכך פעל למעשה בניגוד עניינים.

13. על יסוד האמור לעיל, הגיע בית המשפט קמא למסקנות הבאות: הנתבעים כולם נהגו כלפי שמואליאן בחוסר תום לב תוך הסתרת מידע מהותי לרבות גובה הסכום ששילם הקונה. בלק ונדב - הסתירו משמואליאן את מלוא המידע הרלבנטי לעסקה. בלק, אשר היה מתווך בעסקה, לא פעל בנאמנות ובהגינות והסתיר את העניין האישי שהיה לו בעסקה. בלק ונדב, עשו עושר ולא במשפט בכך שקיבלו את יתרת התמורה עליה לא ידע שמואליאן. ינובסקי הפר את חובת הנאמנות שלו כלפי שמואליאן, בכך שלא גילה לו את מלוא הסכום ששולם ובכך סייע לבלק ולנדב להסתיר מידע משמואליאן. ינובסקי גם פעל בניגוד עניינים בשל קשריו עם בלק וקבלת ההוראות ממנו ואילו שמואליאן עצמו, הוטעה באשר לתמורת העסקה, ולכן אין לראותו כמי שויתר עליה. ממילא זכאי הוא לקבל מן הנתבעים כולם - יחד ולחוד - את ההפרש (410,000 ש"ח), כשהוא נושא הפרשי הצמדה וריבית מיום 21.2.2001. הנתבעים חויבו גם בהוצאות המשפט וכן בשכ"ט עו"ד בסך של 75,000 ש"ח.

הערעורים

14. ארבעה ערעורים הוגשו לבית משפט זה על פסק דינו של בית המשפט קמא. עיקר טענות הנתבעים (בלק, נדב וינובסקי) היה, כי שגה בית המשפט קמא, כשקבע כי לא דובר ב"עסקה נטו" בה המוכר יודע שהוא מקבל סכום מופחת מהתמורה בפועל. דובר בעסקה מורכבת, של זכויות שמעמדן לא ברור, ובאיוזר יו"ש. משכך שמואליאן, הבקיא בתחום, ידע או לפחות היה צריך להבין כי זו מהות העסקה וכי אין מנוס מ"תשלומי ביניים" על חשבון התמורה, מה גם שברי כי בלק ונדב עצמם היו צריכים לקבל תמורה כלשהי בעבור טרחתם. משכך, השבת מלוא התמורה לידי שמואליאן אינה עולה בקנה אחד עם מידת ההיגיון. חיזוק לכך נמצא, לפי הנטען, בכך שבהוראת שמואליאן לינובסקי להעביר לו את הכספים (שנזכרה לעיל, ת/5), שנכתבה על ידי שמואליאן בכתב ידו, נרשם כי יועברו "הכספים שנותרו אצלו". שנותרו - משמע שהיה במקור סכום גבוה מזה ששולם בפועל. בהמשך לכך נטען, כי אי ציון סכום התמורה היה בידיעת שמואליאן ובנו-מייצגו ובאה לשרת את עניינם, והיה מקום להטיל אשם תורם משמעותי בשל כך כמו גם בשל התנהלותם של המוכר וב"כ בעסקה. עוד נטען, כי שגה בית המשפט קמא משלא קיבל את גרסת בלק ונדב לפיה הם נדרשו בפועל ל"תשלומי ביניים" לגורמים שונים. לא סביר היה לשמור תיעוד על כך ואי העדת עדים נוספים בנדון פועלת גם כנגד שמואליאן ולא רק נגד בלק.

15. נדב, בערעורו (ע"א 3597/08), טען בנוסף, כי לא היתה התקשרות מחייבת בינו לבין שמואליאן והוא לא פעל כמתווך מטעמו אלא מטעם הקונה. שמואליאן אף הודה כי למעשה לא הכיר את נדב ולא היה לו עימו קשר של ממש. ממילא לא היה יסוד לחיובו. בהמשך לכך, כספים שקיבל ביתר מן הקונה, יועדו לו עצמו. אין לשמואליאן מדעיקרא זכות בהם. עוד נציין, כי נדב ביקש לצרף ראייה בערעורו - והיא תצהירו של עו"ד אחמד נתשה, שהיה ב"כ הקונה.

16. ינובסקי, בערעורו (ע"א 3618/09), טען כנגד הבסיס לחיובו. לטענתו, לא שימש כבא כוחו של שמואליאן. הוא פעל במדויק על פי כתב הנאמנות, נאמנות שהיתה על סך של 1,350,000 ש"ח בלבד ולא על כל סכום - יהא אשר יהא - שיועבר לידי. מעבר לכך, אילו היה מגלה לשמואליאן אודות יתרת ההפרש דווקא פעולה זו משמעה הפרת חובת הנאמנות. עוד הודגש, כי ינובסקי לא קיבל לידי כל חלק מהפרש התמורה ואין עילה לחיובו בה, ביחוד שעה שהכספים שקיבל מן הקונה לא יועדו מלכתחילה לשמואליאן ועל כן אין כאן כלל יסוד של "התעשרות". ינובסקי גם טען לחלוקת האחריות והחיוב בינו לבין הנתבעים האחרים וביחס לקונה. בהקשר אחרון זה טען כי לא היה מקום לחיובו יחד ולחוד עם הנתבעים האחרים - בלק ונדב, אלא רק במקרה בו נדב ובלק לא ישלמו את חלקם. מעבר לכך, טען כי הפרש התמורה נשוא המחלוקת שייך לקונה יותר מאשר למוכר.

17. שמואליאן הגיש אף הוא ערעור על פסק הדין של בית המשפט קמא, וזאת בשתי סוגיות: ראשית, לעניין שיעור הריבית שנפסק על סכום ההשבה. בית המשפט קמא הוסיף לסכום ההשבה - שהוא ההפרש בין הסכום שהעביר הקונה לסכום שקיבל המוכר שמואליאן, הפרשי הצמדה וריבית. אלא ששמואליאן טוען כי ביקש בכתב התביעה - וכך ראוי היה לפסוק - "ריבית רגילה", כלומר שיעור הריבית הקבוע בסעיף 2 של חוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א-1961. בית המשפט קמא, לפי הנטען, לא פסק כפי שנתבקש, אלא זיכה את שמואליאן כאמור רק בהפרשי הצמדה וריבית (לפי סעיף 3 לחוק). ההפרש בין סכומי ההשבה לפי מסלולי הריבית השונים, עומד על 139,895 ש"ח. שנית, נטען לענין אי פסיקת הוצאות לטובת שמואליאן, במסגרת החלטת ביניים בנושא מתן צו לנדב ובלק, להשיב על שאלון.

אי התערבות בממצאים שבעובדה

18. בית המשפט קמא קבע מספר ממצאים עובדתיים שפורטו בהרחבה לעיל. עיקרם - לענייננו - הקביעות לפיהן לא דובר ולא סוכם עם שמואליאן כי העסקה תהא "עסקה נטו" עם הפרש תמורה שלא מועבר לו; כי שמואליאן לא ידע על הפרש שהיה בפועל, וכי הנתבעים לא הוכיחו כי אכן שולמו הוצאות לגורמי ביניים מסכום ההפרש; כי הדרישה להעלים מחוזה המכירה את התמורה לא באה מצידו של שמואליאן וכי חרף רצונו, נמנע ממנו להיפגש עם הקונה. חלק מרכזי מטענות המערערים נסוב כנגד ממצאים אלו. אלא שהלכה היא שביט משפט שלערעור אינו מתערב בקביעות עובדתיות של הערכאה המבררת, אשר שמעה את העדים והתרשמה מן הראיות באופן בלתי אמצעי (ראו למשל ע"א 8409/04 יעקובי נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (19.9.2007), פסקה 8 לפסק הדין; ע"א 9447/06 פוקס נ' אלבס (לא פורסם, 25.3.2008), פסקה 12 לפסק הדין). ממצאי העובדה של בית המשפט קמא בשאלות אלו התבססו בעיקר על המהימנות שניתנה לעדות שמואליאן ובנו. בה בעת, לא מצא בית המשפט קמא את גרסת נדב ובלק כמהימנה, בין היתר לאור סתירות שבה ולאור עדים שנמנעו מלהביא. גם הממצאים בענייניו של ינובסקי התבססו על דברים שאמר בעדותו שלו. במצב דברים זה, לא השתכנענו כי קיימת הצדקה להתערבות בממצאים אלו של בית המשפט קמא. ממצאים אלו יעמדו אפוא ביסוד ההכרעה בערעורים השונים.

הבקשה להגשת ראיה נוספת בערעור

19. בנוסף, לא מצאנו מקום לקבל בשלב הערעור כראיה, לפי בקשה בנדון שבאה במסגרת ערעורו של נדב, את תצהירו של עו"ד אחמד נתשה, שהיה ב"כ הקונה. עיקר מהותו של התצהיר - פירוט של עו"ד נתשה אודות ידיעת הקונה על קיום הפרש התמורה ותכליתו.

20. אכן, הכלל הוא שאין להתיר הבאת ראיה נוספת בערעור, אם הייתה קיימת אפשרות להגישה לפני בית המשפט בערכאה הקודמת, ובעל הדין איננו נותן טעם משכנע על שום מה לא הביא את הראיה כאשר ניהל את המשפט בערכאה הראשונה. המבקש להגיש ראיות נוספות נדרש אפוא להוכיח, כי אי-הבאת הראיה נבעה מסיבות שאינן תלויות בו (ראו למשל ע"א 4272/91 ברבי נ' ברבי, פ"ד מח(4) 689, 698 (1994); ע"א 8021/03 אלישע נ' אלישע, פ"ד נט(3) 337 (2004), פסקאות 10 - 12 לפסק הדין). תנאים אלו לא בוססו במקרה דנן. בבקשה להוספת הראיה, לא פירט נדב כלל מהם המאמצים אשר עשה, אם עשה, במטרה לאתר את עו"ד נתשה בזמן הדיונים בפני בית המשפט קמא, והסתפק בטענה כי הקושי באיתור עו"ד נתשה נבע מכך שפרטיו אינם מופיעים במאגר של לשכת עורכי הדין בישראל, בהיותו עורך דין ברשות הפלסטינית. אין די בטענה זו כדי לשכנע בכך שלא יכול היה לאתר את עו"ד נתשה, לו חפץ בכך, כבר בזמן הדיונים בערכאה הראשונה. נציין בהקשר זה, כי כעולה מפסק דינו של בית המשפט קמא (עמ' 5 פסקה 10), עלה בידו של עו"ד שמואליאן בנו של המוכר לאתר את עו"ד נתשה עוד בהליך קמא. מעבר לכך, בימים אלה הצליח נדב לאתר את עו"ד נתשה - על פניו ללא קושי מיוחד, מבלי שחל שינוי כלשהו בנסיבות לעניין זה. נוסף, כי נדב היה זה שאיתר את הקונה עצמו לצורך העסקה נשוא התובענה, והיה בקשר עמו (וראו סעיף 8 לערעורו של נדב) חרף הימצאותו בשטחי האיזור. בנסיבות אלה, יש להניח כי לו חפץ בכך, לא היה מתקשה ליצור קשר עם עו"ד נתשה (שכזכור ייצג את הקונה), ולו בעזרת קשריו עם הקונה.

21. מעבר לכך, אין לומר כי הראיה, אשר צירופה מבוקש, נדרשת להליך הנוכחי. עיון בתצהיר הנוכחי של עו"ד נתשה, ומנגד עיון בתצהיר עליו חתם עו"ד נתשה בשנת 2002, בסמוך למועד כריתת החוזה (תצהיר שצורף לתגובת שמואליאן לבקשה לצירוף ראיה, מיום 21.3.2010) מגלה ניגוד בולט בין שתי הגרסאות המתוארות בכל אחד מן המסמכים הללו. בעוד שבתצהיר הנוכחי הצהיר עו"ד נתשה כי לקונה היה ידוע כי התמורה בגין רכישת הקרקע עומדת על סך 1,350,000 ש"ח, וכי רק סכום זה אמור היה להגיע לידי המוכר, הרי שבתצהיר משנת 2002 הצהיר הצהרות הפוכות לחלוטין: אז הצהיר כי התמורה בעד רכישת המגרש היא בסך 1,760,000 ש"ח, וכי סכום זה נועד במלואו ובשלמותו לטובת המוכר. מעבר לכך, הבריה התיכון בערעור זה, כפי שיובהר להלן, הינו כאמור השאלה אם שמואליאן ידע על הפרש התמורה, להבדיל מהשאלה מה ידע הקונה. עניין זה לא זוכה להארה גם מן התצהיר שמבוקש להגישו. התצהיר הוא של עו"ד נתשה ולא של הקונה עצמו. בנסיבות אלה, ברור כי ערכו הראייתי של התצהיר הנוכחי אינו רב, אם בכלל, וגם בכך יש כדי להשמיט הבסיס תחת הבקשה להוספת הראיה (ראו למשל, רע"א 1964/06 חיריה נ' עיריית לוד (25.6.2006), פסקה 2 לפסק הדין; ע"א 1912/93 שחם נ' מנס, פ"ד נב(1) 119 (1998) פסקה 13 לפסק הדין). הנה כי כן, דין הבקשה לצירוף הראיה בערעור - להידחות.

ערעורים של הנתבעים - בלק, נדב וינובסקי

22. הנה כי כן, משעיקר ממצאיו העובדתיים של בית המשפט קמא הם הבסיס להכרעתנו בערעור זה בלא שנמצא מקום להתערב בהם; ומשדחינו את הבקשה להוספת ראיה בערעור, יש למקד את הדיון בערעורים השונים בתוצאה המשפטית של בסיס

עובדתי זה. אלא שבשל טענות להבדלים בין המערערים בלק, נדב וינובסקי הן בכל הקשור בחלקם בסיפור המעשה והן באשר לתוצאות המשפטיות של מעורבותם זו, נדון בענייניו של כל אחד מהם, בנפרד.

ערעורו של בלק

23. כפי שעולה מן הממצאים העובדתיים בפסק הדין של בית המשפט קמא, שמואליאן פנה אל בלק, שהציג עצמו כמתווך במקצועו, במטרה שזה יסייע לו למכור את זכויותיו במקרקעין. בלק נעתר להצעת המוכר, ושימש לפיכך כמתווך מטעמו בעסקה הנדונה. בין המוכר שמואליאן לבין בלק נקשרו יחסים חוזיים, אף שלא נערכו בכתב, לפיהם בלק יסייע למוכר לאתר קונה שירכוש ממנו את זכויותיו במקרקעין. עוד נקבע בפסק הדין (פסקה 28-26), כי לאחר כריתת החוזה בין המוכר לקונה, אכן פנה בלק לשמואליאן בדרישה שישלם לו דמי תיווך. אכן, בחינת התנהגות הצדדים והתחקות אחר מהותה האמיתית של העסקה הנדונה, מובילה למסקנה כי לפנינו הסכם תיווך בין בלק לבין שמואליאן, בין אם הוגדר במילים אלו ובין אם לאו (ע"א 6181/93 סולומונוב נ' שרבני, פ"ד (נב) 289 (1998), פסקאות 7-6 לפסק הדין).

24. סעיף 8(א) לחוק המתוכים במקרקעין, תשנ"ו-1996 קובע כי מתווך במקרקעין יפעל "בנאמנות, בהגינות ובדרך מקובלת, וימסור ללקוחו כל מידע שיש בידו בעניין מהותי הנוגע לנכס נשוא עסקת התיווך". בלק טען אמנם כי חוק זה לא חל בעניינינו נוכח העובדה כי מדובר במקרקעין המצויים בשטחי איו"ש. אין צורך להכריע בטענה זו בנסיבות המקרה שכן חובות הגילוי, ההגינות והחובה לפעול בדרך מקובלת, חלות על מתווך באשר הוא וזאת מכוחו של עקרון תום הלב (ע"א 7247/97 יצחקוב נ' מרדכי אביב מפעלי בניה בע"מ פ"ד (נו) 842, 848 (2001); ע"א 2144/91 מוסקוביץ נ' ביר פ"ד מח(3) 116, 122 (1994)). בהמשך לכך, מימוש חובת תום הלב של המתווך בקיום הסכם תיווך, משמעה בין היתר, כי המתווך מטעם המוכר לא ישלשל לכיסו חלק מתמורת המקרקעין ששילם הקונה עבור המוכר, מבלי ליידע בכך את המוכר. קיומו של הפרש בין הסכום ששילם הקונה לסכום שקיבל המוכר, לא כל שכן הפרש כה משמעותי כפי המקרה דנן - הפרש המועבר בחלקו למתווך - הינו מידע מהותי ורלבנטי שעל מתווך כזה לגלות למוכר ששכר את שירותיו.

25. על רקע זה, בדין קבע בית המשפט קמא כי בלק הפר את חובתו כלפי המוכר שמואליאן. בלק הציג לשמואליאן נתון שגוי, לפיו הקונה מוכן לשלם בעד המקרקעין סכום נמוך בהרבה לעומת הסכום שהקונה הסכים לשלם לאמיתו של דבר; סכום שאף הועבר בפועל לידי ינובסקי (פסקה 7 לפסק הדין). בעת שאמר למוכר שמואליאן דברים אלה, ידע בלק כי הקונה כבר הפקיד בידי ינובסקי סכום של 1,760,000 ש"ח תמורת המקרקעין, כפי שאף עולה מכתב ההוראות שמסר לינובסקי שנערך ונחתם ב-18.2.2001 - הוא יום הפקדת הכספים בידי ינובסקי. עוד עולה מפסק הדין ומחומר הראיות כי בלק הקפיד על מידור בין הקונה לבין שמואליאן ומנע כל מפגש או משא ומתן ישיר ביניהם (פסקה 18 לפסק הדין), בעוד שהוא עצמו נפגש עם הקונה מספר פעמים (תשובות מס' 12 - 13 לתצהיר בלק בתשובה לשאלון, שהוגש לבית המשפט קמא ביום 22.12.2004). כפועל יוצא מכך, על "עמדת הקונה" במשא ומתן, למד שמואליאן, למעשה, מדבריהם של בלק (ושל ינובסקי). בלק (ונדב) עמדו על כך שסכום התמורה לא ייכתב בחוזה (פסקה 17 לפסק הדין). על רקע זה התאפשר לבלק להציג בפני המוכר מצג שגוי לפיו התמורה בעד המקרקעין עומדת על 1,350,000 ש"ח בלבד, בעוד שהתמורה ששולמה בפועל על ידי הקונה עמדה על 1,760,000 ש"ח. בלק היה מודע להפרש האמור, שכן בסמוך לכריתת החוזה, מסר לינובסקי, כתב הוראות (ת/5) ובו הורה לינובסקי כי בנוגע לסכום ההפרש עליו לפעול על פי הוראות בלק (וזאת בנוסף לכתב הנאמנות) והכל מבלי ששמואליאן המוכר יודע על כך. בסופו של יום, כאמור לעיל, בלק הורה לינובסקי להעביר חלק מסכום ההפרש לידי נדב (בפועל הועבר לנדב סך של 242,100 ש"ח), ואת יתרת הסכום - בסך 167,815 ש"ח - לידי בלק עצמו. לאורך כל הדרך, בלק הסתיר מפני המוכר - שהיה לקוחו - את עובדת קיומו של סכום ההפרש, ואת העובדה כי שלשל חלק מסכום זה לכיסו.

26. אכן, בפעולתו זו של בלק הסתיר הוא מהמוכר שמואליאן מידע מהותי, חשוב ורלבנטי הנוגע לעסקה. מעבר לכך, מדובר בנסיבות המקרה בהטעיה של ממש וביודעין שכן בלק גרם לשמואליאן לחשוב כי לא יוכל להתקשר בחוזה עם הקונה בעד סכום גבוה יותר, על אף שידע כי הקונה מוכן לשלם בעד המקרקעין סכום גבוה יותר באופן ניכר, ואף עשה כן. בכך הפר בלק את חובתו לפעול בהגינות ובדרך מקובלת כלפי לקוחו. יתר על כן, לבלק היה עניין אישי בעסקה, שכן היה מעוניין לשלשל לכיסו חלק נכבד מתוך תמורת המקרקעין, ועל כן היה עליו לגלות זאת ללקוחו-המוכר. בצדק קבע אפוא בית המשפט קמא, כי על בלק לחוב כלפי שמואליאן בהפרש התמורה ששילם המוכר, אך לא הועבר לו. בצדק גם נקבע, כי אין בנסיבות העניין בהתנהלות עו"ד שמואליאן כמו גם שמואליאן עצמו, בכל הקשור במשא ומתן לקראת השלמת העסקה, כדי להפחית מאחריותו של בלק. מעבר לנדרש נוסף, כי גם אם נכונה טענת בלק לפיה בעסקאות מסוג זה היה מקום לייחד חלק מן התמורה עבור "גורמי ביניים" כאלו ואחרים, הרי שבכך אין כדי להפחית מן החובה להשאיר בידי שמואליאן את שיקול הדעת הסופי אם להתקשר בעסקה על תנאיה אם לאו, ובכלל זה שיעור התשלום שיגרע מן התמורה המשולמת על ידי הקונה, לטובת עניין זה. הוא הדין באשר לטענת בלק לפיה היה זכאי כמתווך לחלק מתמורת העסקה. ומשעה שגרסת בלק (ונדב) לעניין זה של תשלום לגורמי ביניים - נדחתה גם לגופה, לא כל

שכן באין ראיות להוצאות כאלו שהיו בנדון, עומד איתן חיובו של בלק במלוא הפרש התמורה ששולם, כפי שקבע בית המשפט קמא.

27. בשולי הדברים יצויין כי בכתב הערעור שהגיש בלק לבית משפט זה העלה בלק לראשונה טענת קיזוז בגין אי תשלום שכר טרחתו בעסקה (וגם זאת בצורה סתמית וללא הפירוט הראוי והנדרש). אכן, מחומר הראיות עולה כי שמואליאן סרב לשלם לבלק דמי תיווך (עמ' 56 לפרוטוקול מיום 23.11.2008; סעיף 25 לעיקרי הטיעון מטעם המוכר בערעור). אלא שבכתב הגנתו לא העלה בלק טענת קיזוז בגין זכאות לשכר טרחה או לדמי תיווך, והוא אף לא הגיש תובענה שכנגד בעניין זה. על רקע זה, אין מקום להיזקק לטענת הקיזוז במסגרת ההליך הנוכחי, ויש בה משום הרחבת חזית אסורה בשלב הערעור לגבי עניין שלא נדון בפני בית המשפט קמא, וממילא גם לא הונחה התשתית העובדתית הדרושה להכרעה בטענה זו.

ערעורו של ינובסקי

28. כאמור, חוזה מכר המקרקעין נשוא הליך זה קבע בסעיף 5 לו מנגנון נאמנות לפיו ימונה נאמן מוסכם, אשר בידיו יופקדו תמורת המקרקעין, מטעם הקונה עבור המוכר, מצד אחד; והמסמכים הדרושים להעברת הזכויות לקונה, מטעם המוכר עבור הקונה, מצד שני. עוד הוסכם בחוזה כי תמורת המקרקעין, שתופקד בידי הנאמן, תועבר לידי המוכר על פי הוראת הקונה ואישורו כי המסמכים שמסר המוכר הם כל המסמכים הדרושים. ינובסקי הוא הנאמן אשר מונה בהתאם לכך. הוא חתם על "כתב נאמנות והתחייבות" (ת/4; מוצג ז' לתיק המוצגים של המערער ינובסקי), אשר הוזכר כלשונו לעיל, בו התחייב כלפי המוכר, כנהנה, להעביר לידיו סך של 1,350,000 ש"ח לאחר שיקבל אישור מאת הקונה להעביר לידיו סך של 1,350,000 ש"ח. כזכור, בשלב בו חתם ינובסקי על כתב נאמנות זה, הקונה כבר הפקיד בידיו (כבר ביום 18.2.2001, עוד בטרם נחתם הסכם המכר - שיום חתימתו הוא 21.2.2001), סך של 1,760,000 ש"ח (ת/3). ינובסקי לא גילה למוכר כי הקונה הפקיד בידיו סכום גבוה בהרבה מהסכום אותו התחייב להעביר לידיו לפי כתב הנאמנות.

29. ערעורו של ינובסקי התמקד בעיקר בשאלה, מהו בעצם "הנכס" נשוא הנאמנות, אשר הוחזק בידי ינובסקי-הנאמן עבור המוכר-הנהנה. טענת ינובסקי הינה כאמור, היא כי נכס הנאמנות היה 1,350,000 ש"ח בלבד, ויתרת הסכום לא הופקדה בידי ינובסקי במסגרת הנאמנות. אלא שבית המשפט קמא דחה טענה זו (פסקה 37 לפסק הדין) וקבע, בין היתר לאור נוסח חוזה המכר, כי נכס הנאמנות הוא מלוא הסכום אשר הקונה העביר לידי הנאמנות של ינובסקי, קרי 1,760,000 ש"ח, ולא רק 1,350,000 ש"ח. בנסיבות המקרה הנדון, ולאור חומר הראיות בתיק, לא מצאנו מקום להתערב במסקנתו זו של בית המשפט קמא, ונסביר:

30. אכן, יש לראות את ינובסקי כנאמן על מלוא הסכום שהפקיד הקונה בידי ינובסקי, דהיינו 1,760,000 ש"ח, ואילו נכס הנאמנות אשר היה על ינובסקי, כנאמן, להחזיק בו ולפעול בו לטובת המוכר-הנהנה. על חלק מסכום זה - בסך של 1,350,000 ש"ח, אין חולק שינובסקי היה נאמן, וזאת מכוח כתב הנאמנות המפורש. אלא שגם על יתרת הסכום - ההפרש בסך של 410,000 ש"ח, יש לראות את ינובסקי בנסיבות המקרה כנאמן עבור המוכר. ומדוע? ראשית, מכוח חוזה המכר עצמו כאמור בו נרשם במפורש כי הנאמנות היא על "תמורת המקרקעין", ותמורה זו היתה 1,760,000 ש"ח. שנית, מכוח הנסיבות עצמן יש לראות את ינובסקי כנאמן גם על ההפרש. לינובסקי הועבר בפועל סכום הגבוה מהסכום שנקב במפורש בכתב הנאמנות. הקונה לא נתן לינובסקי הוראה מה לעשות עם סכום זה. המוכר עצמו - שמואליאן - לא ידע על סכום זה. ינובסקי ובלק אמרו למוכר טרם כריתת החוזה כי הקונה אינו מוכן לשלם אפילו פרוטה אחת נוספת מעבר ל-1,350,000 ש"ח (פסקה 7 לפסק הדין), ולא גילו למוכר כי באותו זמן הקונה כבר העביר לינובסקי סך העולה על סכום זה במאות אלפי ש"ח (1,760,000 ש"ח). במצב זה, נותר בידי ינובסקי סכום ההפרש, בסך 410,000 ש"ח, שגם עליו יש לראותו כנאמן גם אם הדבר לא נרשם מפורשות בכתב הנאמנות (ראו ע"א 5717/95 ויינשטיין נ' פוקס, פ"ד נד(5) 792 (2000); ע"א 3829/91 וואלס נ' גת, פ"ד מח(1) 801 (1994), ראו עוד, ע"א 4351/01 עו"ד איתן ארז נ' מדינת ישראל פ"ד ס(1) 467 (2005)). שלישית, מחומר הראיות עולה שאף ינובסקי עצמו ראה את נאמנותו, לפחות בתחילת הדרך, כחלה על כל הסכום שהועבר לו על ידי המוכר. כעולה ממוצג ת/1, ביום 18.2.2010 הורה לבנק בו מתנהל חשבונו, כי הסכום של 1,760,000 ש"ח יופקד בחשבון חדש ששמו "עו"ד דוד ינובסקי בנאמנות מורד" [שמו הפרטי של שמואליאן הוא כזכור, מורד, י.מ.]. לשון אחר, ינובסקי ראה עצמו עם קבלת מלוא הסכום מן הקונה כנאמן על כולו. רק למחרת היום (19.2.2010) ניתנה הוראה חדשה לבנק (ת/2) ולפיה יפוצל החשבון שנוצר כך שחלקו (1,350,000 ש"ח) יועבר לחשבון הנאמנות ע"ש מורד, ואילו היתרה בסך 410,000 ש"ח תופקד בחשבון "עו"ד דוד ינובסקי נאמנות עבור בלק".

31. האם מילא ינובסקי אחר חובת נאמנותו לגבי סכום זה? תשובתנו, כתשובת בית המשפט קמא, היא בשלילה. אכן, ביחס לסכום נוסף זה שמעבר לסך של 1,350,000 ש"ח שהועברו למוכר שמואליאן, לא קיבל ינובסקי מן הצדדים לנאמנות (המוכר והקונה) כל הוראה כיצד לפעול. ינובסקי, כאמור, לא דיווח למוכר אודות קיומו של סכום ההפרש, וממילא גם לא שאל אותו כיצד יש לנהוג בסכום זה. יתר על כן, ינובסקי לא פנה לקונה, או אף לבית המשפט המוסמך, בבקשה כי ינחה אותו כיצד עליו לפעול בסכום ההפרש ולמי עליו להעבירו (השוו הפ (י"ם) 1183/02 סילבר נ' ויניצקי 23.9.2004, פסקה 7 לפסק הדין). והנה, את ההוראות

כי צד לפעול בסכום ההפרש קיבל ינובסקי דווקא מצד שלישי, בלק – לקוחו הפרטי (פסקה 34 לפסק הדין). בלק אף הפקיד כאמור בידיו של ינובסקי "כתב הוראות" (ת/5) בו הורה לינובסקי כי לאחר שישלם למוכר 1,350,000 ש"ח, עליו להעביר את סכום ההפרש לידיו של בלק. כל זאת, כאשר ינובסקי ידע שהמוכר או הקונה לא ידעו על קיומו של כתב ההוראות (עמ' 100 – 101 לפרוטוקול מיום 22.9.2009). אכן, משהועברו יתרת כספי הנאמנות אפוא לבלק ולנדב, והכל מבלי שינובסקי מגלה לשמואליאן כי התמורה ששולמה על ידי הקונה והועברה אליו גבוהה יותר מזו שנמסרה לו ועליה ידע, לא קיים ינובסקי את חובת הנאמנות המוטלת עליו כנאמן (סעיף 10 לחוק הנאמנות, תשל"ט-1979; שלמה כרם **נאמנות** 507 (מהדורה רביעית, 2004); ת"א (מחוזי ים) 5112/03 טי. גי.סי הנדסה בע"מ נ' י. צדקה ניהול ואחזקות בע"מ (23.5.2006), פסקה 39 לפסק הדין).

32. בכתב הערעור מטעמו, טוען ינובסקי כי פעל בדיוק לפי ההוראות אשר הוטלו עליו בכתב הנאמנות, ככתבן וכלשונו, ובכך יצא ידי חובתו כנאמן. עוד הוא מוסיף כי אין להטיל עליו, כנאמן, כל חובה מעבר לאמור בכתב הנאמנות עצמו, ומסתמך בהקשר זה על פסק הדין **בעניין בציא** (ע"א 456/85 **בציא נ' זוהר** (לא פורסם, 24.6.1985)). אין בידיו לקבל טענה זו. פסק הדין **בעניין בציא** אינו רלבנטי למקרה דנן. השאלה שנדונה שם שונה בתכלית מן העניין שלפנינו. בנסיבות אותו מקרה התנהלו בין הצדדים מספר עסקאות נפרדות זו מזו. לא היתה מחלוקת לגבי מינוי הנאמן ביחס לאחת העסקאות, אך השאלה המרכזית היתה האם הורחבה נאמנותו כך שהיא חלה גם לגבי יתר העסקאות, ועל כך השיב בית המשפט בשלילה. מעבר לכך, נימוק מרכזי לאי הרחבת הנאמנות באותו המקרה לעסקה נוספת היתה שהנאמן לא קיבל לידיו נכס מעבר לנאמנות הראשונה ועל כן לא היה חייב לפעול בנדון. נסיבות המקרה שלפנינו שונות הן: ינובסקי קיבל לידיו סכום כסף מן הקונה במסגרת עסקה שהוגדרה בהסכם המכר כנאמנות על תמורת המקרקעין כולה. סכום זה עלה על הסכום שנקב במפורש בכתב הנאמנות. במצב דברים זה, ובשונה מן הנסיבות של פרשת **בציא** הנזכרת, קיים יסוד מספיק למסקנה כי הנאמנות של ינובסקי חלה גם על ההפרש בין הסכומים.

33. סעיף 12(א) לחוק הנאמנות קובע כי נאמן אחראי לניזק שנגרם לנכסי הנאמנות או לנהנים עקב הפרת חובתו כנאמן. אי מילוי חובותיו של ינובסקי כנאמן, הובילה לכך שחלק מנכס הנאמנות, בגובה סכום ההפרש, הועבר לצדדים שלישיים במקום למוכר הזכאי לקבלו כנהנה. בכך, נגרם למוכר נזק של חסרון כיס בגובה סכום ההפרש (כרם, בעמ' 496-495). מכאן חובתו של הנאמן ינובסקי לפצות את המוכר-הנהנה בגובה סכום ההפרש, בלא קשר לשאלה אם סכום ההפרש נותר בידיו של ינובסקי אם לאו. בדין הטיל עליו אפוא בית המשפט קמא אחריות בנדון.

34. לא נעלמה מעינינו גם הוראת סעיף 12(ב) לחוק הנאמנות, לפיה רשאי בית המשפט לפטור נאמן מאחריותו, כולה או מקצתה, אם פעל בתום לב ונתכוון למילוי תפקידו. אלא שבראש ובראשונה נציין, כי ינובסקי לא טען לנדון ישירות לא בבית המשפט קמא ואף לא בפנינו ודי בטעם זה כדי שלא לפטור אותו מחובתו. מעבר לנדרש נוסף כי לא ניתן לייחס לינובסקי תום לב בנסיבות העניין עד כדי פטור מחובתו. במקרה שלפנינו עמדו לפני ינובסקי נסיבות המעוררות חשד, אפילו לקיומה של קנוניה, וכן מספר תהיות ואי-התאמות הזועקות לבירור, ועל כל זאת עמדנו לעיל. הימנעותו של ינובסקי מבירור הנתונים והסכמות הצדדים לחוזה לאשורן, קבלת ההוראות מבלק וכן התעלמותו מן הפער שבין הסכום שהופקד בידיו (ופוצל בהמשך) לבין האמור בחוזה המכר ובכתב הנאמנות, אינה מצדיקה פטור הנאמן מאחריותו בנסיבות המקרה, לפי סעיף 12(ב) לחוק הנאמנות.

35. לסיום, מן הראוי להתייחס בקצרה לטענותיו של ינובסקי בנוגע למעמד הקונה, לפיהן יש להעדיף את זכותו של הקונה בסכום ההפרש על פני זכותו של המוכר. כפי שצויין לעיל, הקונה לא היה צד להליך שלפנינו (ואף לא זומן להעיד מטעם מי מבעלי הדין); בעלי הדין לא ביקשו לצרפו כצד לתובענה; אף בית המשפט קמא לא הורה על צירופו מיוזמתו הוא; וגם לערעור לא ביקש הוא להצטרף חרף העובדה שב"כ עו"ד נתשה ידע על ההליך ואף הגיש תצהיר. במצב דברים זה, הסכסוך שעומד לפנינו הוא בין שמואליאן המוכר לבין הנתבעים בלק, נדב וינובסקי ואין מקום לטענת פטור בשל זכותו של צד ג'. מעבר לנדרש נוסף, כי מן האמור לעיל עולה על פניו, כי זכותו של שמואליאן בכל מקרה עדיפה בכל הקשור ביתרת הסכום; שכן המדובר בתמורת המקרקעין שהיה זכאי לה על פי חוזה המכר. כאמור, הקונה עצמו לא התייצב בהליך ואין הוא טוען לזכות על ההפרש, על כל המשתמע מכך. הנה כי כן, גם דין טענה זו להידחות.

ערעורו של נדב

36. ערעורו של נדב כלל מעבר לטענות שנדונו לעיל ונדחו, טענה לגבי מישור היחסים בינו לבין המוכר שמואליאן ועיקרה היעדר כל קשר ישיר בין השניים. אכן, מעיון בחומר הראיות שלפנינו, שעמד גם לפני בית המשפט קמא, נראה כי מערך היחסים שבין שמואליאן המוכר לבין נדב, היה שונה מזה של בלק או של ינובסקי. שמואליאן עצמו, בעדותו, הצביע על בלק וינובסקי כנפשות הפועלות בעסקה ביחסים עימו. ואילו באשר לנדב: נשאל שמואליאן בעדותו "מה היה הקשר שלך עם יואל נדב?" ותשובתו היתה "שום קשר, הוא בא עם בלק" (עמ' 49 לפרוטוקול). גם בהמשך עדותו דיווח שמואליאן על מפגש אקראי עם נדב וכן מפגש בעת חתימת הסכם המכר במשרדו של ינובסקי (עמ' 66 לפרוטוקול) ובהמשך אף ציין כי לא הכיר את נדב והוא "לא היה הצד שלי" בעסקה, אלא בלק (עמ' 67 לפרוטוקול; וכן עמ' 71). בדין שנערך לפנינו (ביום 23.3.2010) הודה ב"כ המערער שמואליאן, בתשובה

לשאלות בית המשפט, כי אין בחומר הראיות ראייה ממנה ניתן ללמוד כי נדב ידע ששמואליאן לא יודע על ההפרש והמעורבים האחרים מסתירים זאת משמואליאן. עם זאת ציין ב"כ שמואליאן, כי יש מספיק בחומר הראיות כדי להראות שנדב ידע שיש הפרש בין המחיר שמשלם הקונה לבין המחיר שמקבל שמואליאן. משנשאל אפוא ב"כ המערער, בדיון שלפנינו, מה הוא הבסיס המשפטי לחיובו של נדב בנסיבות אלו בתביעת המוכר שמואליאן, השיב כי המדובר בדיני עשיית עושר ולא במשפט או בדיני הנאמנות.

37. אכן, בממצאיו של בית המשפט קמא וחומר הראיות, די כדי לבסס את חבותו של נדב בהשבת הסכום שקיבל לידי מינובסקי, בסך של 242,100 ש"ח (ת 7/ב) וזאת חרף המגע השולי יחסית שהיה לו עם שמואליאן. ומדוע? נקודת המוצא היא כי ההפרש בין הסכום ששילם הקונה לסכום שקיבל המוכר, היה שייך למוכר והכל כאמור בחוזה המכר והאמור לעיל. במצב דברים זה, בעצם קבלת סך של 242,100 ש"ח מסכום זה על-ידי נדב, נתקיימו שניים משלושת היסודות שבסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979: "קבלת נכס, שירות או טובת הנאה"; וכן "שבא לו מאדם אחר". בנוסף, ניתן לקבוע בנסיבות המקרה כי נתקיים גם התנאי השלישי והוא שההתעשרות היתה "שלא על פי זכות שבדין". נכון הדבר, כי אין בחומר הראיות ראייה ישירה המצביעה על כך שנדב ידע ששמואליאן אינו יודע על ההפרש בין הסכומים. מעבר לכך, גרסת נדב בעדותו היתה ששמואליאן ידע על כך שהסכום ששולם גבוה יותר (עמ' 147 לפרוטוקול). אולם חרף זאת, מארג הראיות הנסיבתיות שבא לפני בית המשפט קמא ואף לפנינו, מצביע על קיומה של תשתית מספקת למסקנה לפיה נדב אכן ידע כי הסכום שעליו דובר עם שמואליאן היה נמוך מן הסכום ששולם על ידי הקונה ואף ידע ששמואליאן לא ידע על ההפרש. ומדוע?

38. ראשית, כעולה מתצהירו של נדב עצמו, הוא היה מעורה בפרטי העסקה ואף "בנה אותה" ובכלל זה הקמת מנגנון הנאמנות. נדב ידע גם על התמורה שעליה ידע שמואליאן, בסך של 1,350,000 ש"ח. אין גם חולק, שהוא אף ידע, כי הסכום ששולם עבור המקרקעין היה גבוה יותר. שנית, בית המשפט קמא מצא כאמור את עדות שמואליאן לפיה לא ידע על קיום ההפרש ועל שיעורו, כמהימנה, תוך שגרסתם של נדב ובלק נמצאת כבלתי מהימנה ובלתי עקבית. שלישית, בית המשפט קמא קבע, על יסוד מתן מהימנות בעדותו של שמואליאן שנתמכה בעדות בנו, כי השמטת התמורה מן ההסכם היתה ביוזמתם של בלק ונדב (פסקה 17 לפסק הדין). ממצא זה פועל לחובתו של נדב ומצביע על כך כי היתה כוונה להסתיר את התמורה המדוייקת. רביעית, בית המשפט קמא ציין (פסקה 23 לפסק הדין) כי הנתבעים (ובכלל זה נדב) לא הצהירו באופן פוזיטיבי כי אמרו לשמואליאן כי הקונה שילם סכומים נוספים. לבסוף, יוזכר כי הגם שלנדב לא היה קשר ישיר עם שמואליאן, הרי שהיה לו קשר הדוק עם בלק ששילבו בעסקה, וכאמור לעיל, נמצא שבלק לא דיווח לשמואליאן אודות הפרש המחיר ששולם. מעבר לכך, כעולה מעדות שמואליאן, נדב נכח במועד החתימה על ההסכם (עמ' 66 לפרוטוקול) ונכח כאשר בלק וינובסקי אמרו לשמואליאן כי המחיר המוצע הוא 1,350,000 ש"ח "ואם לא תמכור היום אולי לא תצליח למכור מחר".

39. אכן, בנסיבות אלו, קבלת הסכום על ידי נדב מידי ינובסקי היתה התעשרות "שלא כדין" במובן זה שמקימה היא יסוד לזכות השבה לשמואליאן. נדב התעשר בסכום שהועבר לו על ידי ינובסקי, התעשרות שאינה "צודקת", שאינה "תמת לב", שכן מבוססת היא על סכומי כסף שהועברו לנדב תוך העלמת מידע ואף הצגת מצג מטעה בפני המוכר שמואליאן באשר לתמורה המשולמת עבור הנכס (ראו עוד ע"א 442/85 זוהר ושות' נ' מעבדות טרבנוול (ישראל) בע"מ, פ"ד מד(3) 661, 692; ע"א 126/89 בלס נ' חברת מלוונות דן בע"מ, פ"ד מו(3) 441, 456-455 (1992)). בבחינת שיקולי הצדק והיושר שבין בעלי-הדין שלפנינו, כגון עוצמת זכותו של התובע שמואליאן, אופי הפגיעה באינטרס שלו, התנהגות הצדדים וטיב הפעולה שמכוחה זכה הנתבע ברווח (רע"א 5768/94 א.ש.י. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289, 362, 464-469 (1998)), ונוכח מארג הראיות שפורט לעיל, צדק בית המשפט קמא עת קבע כי נדב התעשר "שלא כדין" וחלה עליו חובת ההשבה של הסכום שקיבל לידי.

40. מעבר לנדרש נציין, כי למסקנה דומה ניתן היה להגיע לפי סעיף 14 לחוק הנאמנות. מכוח סעיף זה, רשאי בית המשפט לבטל פעולה שנעשתה תוך הפרת חובת הנאמנות, ובמקרה שלפנינו, לבטל את העברת הסך של 242,100 ש"ח מינובסקי לנדב. ביטול זה, יכול להיעשות בנסיבות מסויימות אפילו אם הצד השלישי - הוא נדב - לא ידע ולא היה עליו לדעת על ההפרה של חובת הנאמנות וזאת אם הפעולה המפרה את חובת הנאמנות, היתה "ללא תמורה" (ראו עוד והשוו ע"א 10960/05 זוננפלד נ' עזבון המנוחה מרים אופיר ז"ל (לא פורסם, 30.8.2010)). אלא שאין אנו נדרשים להכריע בנדון נוכח מסקנתנו דלעיל כמו גם העובדה שלפנינו - כמו גם לפני בית המשפט קמא - לא נשמע טיעון של ממש בנדון וגם תשתית ראייתית לכך, ובעיקר לעניין אי קבלת התמורה, לא הונחה על ידי המוכר שמואליאן.

41. התוצאה היא, כי יש לדחות את ערעורו של נדב בכל הקשור בחיובו בחובת ההשבה של הכספים שקיבל לידי. יחד עם זאת, משהבסיס לחבותו של נדב הינו בהשבת הסכום שקיבל מכוח עשיית עושר ולא במשפט, יש להגביל את חבותו לסך (הקרן) של 242,100 ש"ח, ועליה יש להוסיף הפרשי הצמדה וריבית כפי שפסק בית המשפט קמא.

סיכום ביניים

42. סיכום דברינו עד לעת הזו הינו כי את הערעורים של בלק ושל ינובסקי אנו דוחים, שכן בדין קבע בית המשפט קמא כי קמה להם חובת ההשבה למוכר שמואליאן של הפרש הסכום בין הסך ששילם הקונה לסך שקיבל המוכר. עוד נציין, כי בדין קבע בית המשפט קמא כי המדובר בחיוב יחד ולחוד. נכון הדבר כי הבסיס לחיוב לגבי בלק שונה מזה של ינובסקי: שהאחד עיקר חובתו כמתווך; והשני עיקר חובתו כנאמן. אולם בשל העובדה כי למעשה המדובר בעסקה אחת, תוך שהפעולות שנעשו על ידי בלק וינובסקי היו משותפות בעיקרן (ובכלל זה מצגים שנעשו לשמואליאן כמו גם קבלת הוראות של ינובסקי מבלק עצמו לגבי העברת הסכומים), הרי שחבותם כלפי שמואליאן היא יחד ולחוד. אשר לנדב, הרי שמסקנתו היא כי היה בסיס מספיק לחיובו בהשבת הסכום שקיבל לידיו מינובסקי, וזאת בעילה של עשיית עושר ולא במשפט.

ערעורו של שמואליאן

43. ערעורו של שמואליאן נסב כזכור סביב שתי נקודות: הראשונה, אי פסיקת שכר טרחת עו"ד בהחלטת ביניים בעניין שאלון מן הטעם שלא נתבקש סעד זה בלבד; השנייה, שיעור הריבית שנפסקה לו על סכום ההשבה. יאמר מיד, כי לא מצאנו מקום להתערב בהחלטת הביניים של בית המשפט קמא בעניין אי פסיקת ההוצאות. כלל הוא, שפסיקת הוצאות הוא עניין מובהק לערכאה הראשונה לדון בו, ובית-משפט שלערעור לא יתערב בפסיקתו אלא בנסיבות יוצאות דופן. בבסיסה של הלכה זו עומד שיקול הדעת הרחב הנתון בהקשר זה לערכאה הדיונית (ע"א 3781/07 אליהו נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה פתח תקווה (31.5.2009), פסקה 44 לפסק הדין). אכן, על פי תקנה 14(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 בעל דין אינו חייב לבקש מבית המשפט סעד כללי, כגון הוצאות משפט, ובית המשפט מוסמך ליתן אותו לפי שיקול דעתו כאילו נתבקש על כך. אולם, בסופו של ההליך נפסקו לשמואליאן הוצאות ושכ"ט עורך דין בסכום לא מבוטל של 75,000 ש"ח, חיוב וזיכוי שיש בהם לייתר אף יותר את הערעור שלפנינו בעניין אי פסיקת ההוצאות בהחלטת הביניים.

44. מכאן לעניין הריבית. המוכר שמואליאן מלין על החלטתו של בית המשפט קמא לפסוק לטובתו (פסקה 50 לפסק הדין) הפרשי הצמדה וריבית, מיום היווצרות העילה ועד יום מתן פסק הדין, לפי חוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961 (להלן - חוק פסיקת ריבית), במקום פסיקת ריבית "רגילה", ללא הצמדה. בעניין זה קבע בית המשפט קמא: "אין הצדקה לפסוק במקרה זה את הריבית אותה ביקש התובע בסיכומיו" (פסקה 51 לפסק הדין). בערעורו, וכן בדין שנערך בפנינו, טוען ב"כ המוכר, כי מלכתחילה תבע בכתב תביעתו כי לסכום התביעה תתווסף "ריבית רגילה", ולא הפרשי הצמדה וריבית. כך חישב, לטענתו, את סכום התביעה נכון למועד הגשתה, ובהתאם לסכום זה גם שילם אגרת בית משפט. לטענתו, הוא היה זכאי לתבוע כי תיפסק לזכותו ריבית "רגילה", במקום הפרשי הצמדה וריבית, והוסיף כי בית המשפט קמא שגה בעת שדחה את מבוקשו מבלי שניתן כל נימוק ממשי לדחייה זו. הנתבעים טענו מנגד, כי שמואליאן לא עתר במפורש בכתב התביעה שלו לפסיקת ריבית "רגילה" דווקא ומעבר לכך כי אין עילה להתערב בפסיקת בית המשפט קמא בנדון.

45. חוק פסיקת ריבית והצמדה קובע, כי רשות שיפוטית שפסקה לבעל דין סכום כסף, רשאית לפי שיקול דעתה לפסוק "ריבית" על אותו סכום, כולו או מקצתו (סעיף 2 לחוק). שיעור הריבית (הבלתי צמודה), שחל מיום 1.6.1993 ועד ליום 1.4.2003, בהתאם לצו הריבית (שינוי שיעורים), התשנ"ג - 1993 עמד על 16% לשנה. החל מיום 1.4.2003 ואילך שיעור הריבית אינו קבוע, אלא משתנה בכל רבעון, ומתפרסם על ידי החשב הכללי במשרד האוצר (ראו סעיף 4 לחוק; וכן תקנות פסיקת ריבית והצמדה (קביעת שיעור הריבית ודרך חישובה), תשס"ג-2003, להלן - תקנות פסיקת ריבית). אלא שבית המשפט אינו חייב לפסוק ריבית (בלתי צמודה) דווקא, אלא רשאי לפסוק, לפי שיקול דעתו, הפרשי הצמדה או הפרשי הצמדה וריבית, במלואם או במקצתם, במקום ריבית (סעיף 3א(א) לחוק פסיקת ריבית). המונח "הפרשי הצמדה וריבית" משמעותו, כפי שעולה מסעיף 1 לאותו חוק, הפרשי הצמדה, בצירוף ריבית צמודה, שהינה ריבית על הסכום לאחר שהתווספו עליו הפרשי הצמדה, בשיעור שנקבע על ידי שר האוצר. יש להבהיר, כי שיעור הריבית הצמודה אינו זהה לשיעור הריבית הבלתי צמודה, ומתפרסם אף הוא על ידי החשב הכללי במשרד האוצר (ראו תקנות פסיקת ריבית).

46. מכאן, שבהתאם לחוק פסיקת ריבית, עומדת לכאורה לבעל דין זכות לבקש מבית המשפט, הן בעניינו, לפסוק לזכותו ריבית בלתי צמודה, במקום הפרשי הצמדה וריבית. למעשה, מן ההיסטוריה החקיקתית של חוק פסיקת ריבית עולה כי פסיקת ריבית היתה בימים עברו דרך המלך, ואילו האפשרות לפסוק הפרשי הצמדה או הפרשי הצמדה וריבית נוספה לחוק רק בשלב מאוחר יותר. הוספת האפשרות לפסוק הפרשי הצמדה אף הובילה לשינוי שם החוק מ"חוק פסיקת ריבית, תשכ"א-1961" ל"חוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961". (לסקירה היסטורית של החוק, על תיקוניו השונים ראו: ע"א 6260/97 פולסקה מורסקה נ' בנק נשינול דה פריסיניו יורק, פ"ד נא(5) 193 (2003); דוד קציר פסיקת ריבית, הצמדה ושערוך (תשנ"ו, 1996) מעמ' 46 ואילך). בכך הוסט הדגש מפסיקת סכומים נומינאליים אל פסיקת סכומים ריאליים, ואף הלך ונשתרש בפסיקה הנוהג לפסוק, על דרך השגרה, הפרשי הצמדה וריבית (ראו למשל: ע"א 897/79 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' רם עבודות עפר בע"מ, פ"ד לה(1), 352 (1980), פסקה

5 לפסק הדין; ע"א 391/88 פיקטנבוים נ' זלישניק, פ"ד מו(4), 311 (1992)). כמו כן, הפרשי הצמדה וריבית ייפסקו במלואם אלא אם קיימים שיקולים מיוחדים בנסיבות העניין שלא לעשות כן (ע"א 672/81 עמיתי מלון ירושלים נ' דוד טייק, פ"ד מ(3), 169, 230-231 (1985)). אולם, חרף הנוהג של פסיקת הפרשי הצמדה וריבית לנושה, פסיקת ריבית (בלתי צמודה) היתה, ונותרה, אחת מן האפשרויות אותן רשאי ומוסמך בית המשפט לפסוק לנושה על פי סעיף 3א לחוק פסיקת ריבית.

47. וכיצד יחליט בית משפט הנדרש לפסוק ריבית לפי סעיף 2 לחוק להבדיל מהפרשי הצמדה וריבית לפי סעיף 3א(א) לחוק? יצוין תחילה, כי מלשון החוק עצמה אין עדיפות ברורה לאחד המנגנונים - שהם חלופיים בטיבם. שניהם נתונים לשיקול דעת בית המשפט (סעיפים 2 ו-3א(א) לחוק). בעניין זה יש אפוא לפנות אל תכליתם של המנגנונים. אכן, הבריח התיכון של שני המנגנונים הוא העיקרון הולוריסטי כלומר שערך הסכום הנפסק לערכו הריאלי והכל בכדי למנוע חסרון כיס לזוכה בדין או התעשרות שלא כדין למי שחוייב לשלם (ראו והשוו ע"א 554/83 "אתא" חברה לטכסטיל בע"מ נ' זולוטוב, פ"ד מא(1), 282, 293 (1987)). אלא שבעוד שבשנות האינפלציה הדוהרת היה קושי בשערך מעין זה, הרי שהמנגנון שהוסף בסעיף 3א(א) לחוק בדבר פסיקת הפרשי הצמדה וריבית הפך לדרך המלך ולמנגנון הנתפס כמשערך בצורה הריאלית ביותר סכומים שיש לשלם בחלוף הזמן כשהם משוערכים. לא בכדי הנוהג הוא לפסוק הפרשי הצמדה וריבית, כאמור לעיל. אמת, סעיף 2 לחוק עודו עומד על תילו, ובעל דין רשאי לעתור לפסיקת ריבית לפיו. אלא שנדרשות נסיבות מיוחדות לפסיקת ריבית לפי סעיף זה דווקא, שעה שמנגנון השערך הנוהג והריאלי המוכר הוא סעיף 3א(א) לחוק (ראו ת"א (מחוזי חי) 337/02 אחים שרבט חברה לבנין בע"מ נ' מדינת ישראל (19.1.2009)); ת"א (שלום ת"א) 183232/02 ליכטמן נ' ש.י. ישר קבלנים (1989) בע"מ (12.5.2004)). נסיבות אלו יכול ויהיו, בין היתר, שינויי ריבית ואינפלציה המביאים לכך שהמנגנון הקבוע בסעיף 3א(א) הוביל במקרה ספציפי לשערך לא ריאלי או נסיבות אחרות בהן מוצדק לפסוק ריבית לפי סעיף 2 דווקא (ראו למשל ע"א 672/81 הנ"ל, בעמ' 230). אלא שלפני בית המשפט קמא ואף לפנינו לא באו נסיבות מעין אלו ומטעם זה בדין קבע בית המשפט קמא כי אין הצדקה להיעתר לבקשת התובע (שמואליאן) לזכותו בריבית שלפי סעיף 2 לחוק; ותוך שפסק לו הפרשי הצמדה וריבית. במצב דברים זה, ונוכח ההתערבות המצומצמת של ערכאת הערעור בכגון דא (ראו ע"א 6663/93 צאיג נ' הוועדה המקומית, פ"ד נה(1), 49, 83 (1999)) גם דינה של טענה זו להידחות.

התוצאה

48. התוצאה היא אפוא כי הערעורים כולם נדחים, בכפוף להבהרה בדבר היקף חבותו של נדב (פסקה 41 שלעיל). בנסיבות העניין, ישא כל צד בהוצאותיו. הפקדונות שהופקדו יושבו למערערים.

השופט י' ענבר:

אני מסכים.

השופטת נ' בן-אור:

אני מסכימה.

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט מרזל.

המזכירות תמציא העתק פסק הדין לצדדים.

ניתנה היום, כ"ג באלול תש"ע, 2 בספטמבר 2010, בהעדר הצדדים.

ת.פ 1224/06 מדינת ישראל נ' דוידסון דניאל

פסק הדין

פרוטוקול

עו"ד השפר:

מדובר בעבירה מלפני כל כך הרבה ומן ואנו על סף התיישנות ויש לנו טענות לגופו של עניין לגבי המתלונן בתיק. הנאשם מבקש לחסוך בזמנו השיפוטי של ביהמ"ש ולהודות בכתב האישום.

כתב האישום הוקרא והוסבר לנאשם לאחר שאישר כי הבין את תוכנו, נשאל מה תשובתו לכתב האישום והשיב: אני מודה בעובדות כתב האישום.

עו"ד איתן:

לאור דברי הנאשם אבקש להרשיעו בעבירות המפורטות בכתב האישום.

הכרעת דין

אני מרשיעה את הנאשם עפ"י הודאתו בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום. ניתנה היום 15 במרץ, 2006 (ט"ו באדר תשס"ו) במעמד הצדדים.

ניצה שרון, שופטת
סגנית נשיא

א. העובדות:

1. ביום 7.10.02 קיבל הנאשם ממר יבגני בוניאק דמי תיווך בסך 1938 ₪. דמי תיווך אלה היוו 10% + מע"מ מהתשלום השנתי של שכר הדירה ששכר ה"ה יבגני בוניאק באמצעות הנאשם ברח' בודנהיימר 26 א.
2. מר בוניאק פנה לנאשם לאחר שמצא מודעה מודבקת על עמוד חשמל בשכונה בה היה מעוניין לשכור דירה.
3. הנאשם אינו בעל רישיון מתווך ולמרות זאת נהג להציג עצמו כמתווך מקרקעין.

ב. הוראות החיקוק שלפיהם מואשם הנאשם:

1. עיסוק בתיווך מקרקעין ללא רישיון בניגוד להוראות לחוק המתווכים במקרקעין התשנ"ו-1996.
עונשין: עפ"י סע' 15 לאותו חוק
2. פרסום מודעה ברבים על היותו מתווך בניגוד לסע' 2(ב) לחוק המתווכים במקרקעין התשנ"ו-1996.
עונשין: עפ"י סע' 15 לאותו חוק
3. קבלת דמי תיווך בניגוד להוראות סע' 14(1) ו-14(2) לחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996.
עונשין: עפ"י סע' 15 לאותו חוק

ג. עדי התביעה:

כצנר מיכאל, גורס 31/8, חיפה
אלקובי יצחק, הלוחמים 102, עתלית
אלקובי שושי, הלוחמים 102, עתלית

יבגני בוניאק, סעדיה גאון 5, ק.שפרינצק, חיפה
אסתר אהרון, חוקרת תמ"ת, פל"ים 15, חיפה

דפנה איתן, עו"ד
נציגת היועץ המשפטי לממשלה

מדינת ישראל

באמצעות נציגת היועץ המשפטי לממשלה
במשרד התעשייה המסחר והתעסוקה
פל"ים 15, חיפה טל. 04-8631069 פקס. 04-8671668

המאשימה

- נגד -

הנאשם

כתב אישום

אישום ראשון;

הנאשם הנ"ל מואשם בזה כדלקמן:

א. העובדות:

1. בחודש אוגוסט 2002 וואו בסמוך למועד זה, הציג עצמו הנאשם בפני מר כצנר מיכאל, כמתווך והציע לו לשכור דירה השייכת לגב' שושי אלקובי.
2. מר כצנר פנה לנאשם לאחר שמצא על עמוד חשמל פתק עם פרטי דירה להשכרה ופרטי הנאשם, בשכונה שבה היה מעוניין לשכור דירה.
3. הגב' שושי אלקובי לא פנתה לנאשם שיעזור לה להשכיר את דירתה, אלא פרסמה את דירתה להשכרה בעיתון ידיעות חיפה.
4. הנאשם הציג עצמו כמתווך מקרקעין, כאשר נטל את הפרטים שפורסמו בעיתון ע"י הגב' אלקובי הדביקם על עמוד החשמל בשכונה, ובכך הפך עצמו למתווך כאשר ה"ה כצנר פנה אליו עפ"י הפרסום שעשה הנאשם על עמוד החשמל בשכונה. הנאשם לא חתם על הסכם תיווך עם מי מהצדדים ולמרות זאת קיבל דמי תיווך.
5. הנאשם קיבל דמי תיווך השווה לסך \$ 531 במעמד חתימת הסכם השכירות שבין הגב' אלקובי ומר כצנר.
6. בכל אותה תקופה הנאשם לא היה רשאי להציג עצמו וואו לפעול כמתווך שכן לא היה בעל רישיון תיווך עפ"י חוק המתווכים.

אישום שני:

הנאשם הנ"ל מואשם בזה כדלקמן:

בית משפט השלום חיפה פ 001224/06

בפני: כב' השופטת ניצה שרון - סגנית נשיא תאריך: 15/03/2006

עו"ד איתן טוענת לעונש:

אני מגישה גליון הרשעות קודמות. הוגש וסומן ת/1.

הנאשם עבד כמתווך מספר רב של שנים ללא רישוי, הוא פנה לקבל רישיון ממשרד המשפטים ונדחה ולמרות זאת הנאשם ממשיך, המשיך וכנראה ימשיך לעבוד כמתווך ללא רישוי.

שיטת התיווך בה עבד הנאשם היא מאוד אגרסיבית. מדובר ב- 3 הוראות חיקוק ואני מבקשת להטיל עליו קנס מרתיע ועונש מאסר מותנה.

עו"ד השפי טוענת לעונש:

מדובר ב-2 עבירות ו-2 מקרים שיוחסו לנאשם בכתב האישום. חזקה למאשימה שאם היתה לה ידיעה ברורה ומפורשת לגבי מקרים נוספים, היתה מגישה את כתב האישום ביחס לאותם מקרים נוספים.

אני מבקשת שביהמ"ש יצטמצם לכתב האישום ולא לטענות בעלמא שהובאו על ידי המאשימה ללא כל ביסוס.

אכן הנאשם שהוא עולה חדש, הגיע ארצה בשנת 91 ובשנת 92 פתח עסק של תיווך, פרסום ואמרגנות.

עד שנת 99 לפי חוק המתווכים שנכנס לתוקף בשנת 97, לא היה צורך לרישיון תיווך.

הנאשם עסק ללא רישיון תיווך בשנת 2002. הנכון הוא שבשנת 2002 אכן הנאשם פנה וביקש לקבל רישיון תיווך.

אני מגישה את הבקשה שהנאשם הגיש. **הוגש וסומן נ/1.**

הנאשם עבר את הבחינה. **הוגש וסומן נ/2.**

לאחר שהוא עבר את הבחינה בהצלחה, הוא קיבל תשובה שהוא ראוי להגיש מסמכים על מנת לקבל רישיון, הוא לא קיבל רישיון, היתה לו עבירה שמנעה ממנו לקבל רישיון.

אני מבקשת להפנות לתאריכים, הבקשה הוגשה ביולי 2002 והבחינה אותה עבר היתה באוקטובר 2002 בדיוק הזמנים בהן הוא עבר את העבירות שבכתב האישום, בלי להפחית מחומרת המעשה, באותם זמנים הוא היה בהליכים של קבלת רישיון ובדצמבר 2002 הוא נדחה לקבל רישיון, כאשר במועד בו הוא ביצע את העבירות עדיין סבר שהוא יהיה זכאי לקבל את הרישיון.

המסמכים איפשרו לו להגיש את הבקשות ולהסדיר את העניין.

ברצוני לציין כי הנאשם עשה פעולות שמזכות מתווך מורשה לקבל דמי תיווך, הוא לא גנב כספים ולא גרם נזק לאף אחד, להיפך בזכותו הצדדים נפגשו. מתלוננת אחת פירסמה את מודעתה בעיתון ומתלונן שני מצא את המודעה איפה שהנאשם תלה אותה.

אני מפנה לסעי' 5, הוא קיבל את דמי התיווך במעמד שני הצדדים, אף אחד מהצדדים לא התנגד שהעיסקה תצא לפועל.

אני מפנה לת.פ. 2840/03, שם היה מדובר בנסיבות הרבה יותר חמורות וביהמ"ש לא הרשיע את הנאשם.

אני מבקשת להתחשב בכך שמדובר בעבירות מלפני זמן רב, הנאשם הודה בהזדמנות הראשונה וחסך זמן שיפוטי יקר.

לגבי הנסיבות האישיות של הנאשם, כמו שתיארתי הנאשם עלה ארצה בשנת 91, בשנת 92 פתח עסק לפירסום משגשג ומצליח עד לשנת 97. הנאשם ניסה להדק קשרים בין ישראל לברית המועצות בתחום הבידור והתיאטרון, בשנת 92 הוא הוציא סרט תיעודי על תיאטרונים ומוזיאונים של ישראל ששווק ברוסיה וישראל מספר פעמים. בשנת 93 הוא צילם סרט נוסף שנקרא בשם "הגענו" שמתאר קטעים על החיים בישראל. במקביל הוא נתן חסות לאלוף העולם לשחמט עד גיל 20, נתן חסות לתיאטרון בובות של ליאוניד חיים. הוא הביא אנשים מברית המועצות לכאן. כל זה עסק בשנת 97, שאז אשתו שהיתה בחודש מתקדם להריונה היא נכנסה לבעיות קשות ואושפזה בביה"ח לשמירת הריון, כתוצאה מכך נולדו לו 2 תאומות פגיות וגם זה הצריך את שירות הנאשם בביה"ח לתקופה ממושכת.

מכיוון שמדובר בעסק שמבוסס על איש אחד, כתוצאה מכך שנאלץ לשהות תקופה ממושכת בביה"ח, העסק שהיה משגשג עד לאותה עת בשל כישוריו של הנאשם, קרס והנאשם מאז נפל לתהום מבחינה כלכלית ומנסה לשקם את עצמו עד עצם היום הזה. החובות שהנאשם חייב לאנשים באותה עת הסתכמו במיליונים.

הנאשם לא הכריז על פשיטת רגל, הנאשם לא סגר את החברה, לא פירק אותה למרות החובות, הוא לא ביקש איחוד תיקים, הוא נלחם ונאבק כדי לשלם את החובות. נכון לעכשיו הוא צמצם חלק גדול מהחובות והגיע להסדרים עם נושיו. עדיין מדובר בחובות גדולים. מצבו הכלכלי עדיין מאוד קשה.

בנסיבות אלה, אני מבקשת מביהמ"ש להתחשב בנסיבותי האישיות וגם בנסיבות שפירטתי לקולא ופס"ד שהצגתי, ששם המתווך לא הורשע ולהסתפק בקנס בלבד שיהיה נמוך ככל האפשר ולחלק אותו בתשלומים לאור מצבו של הנאשם.

עו"ד איתן:

אני מציגה את תשובת גב' וייס - רשמת המתווכים על הבקשה שהגיש הנאשם.

בית משפט השלום חיפה

פ 001224/06

תאריך: 15/03/2006

כב' השופטת ניצה שרון - סגנית נשיא

בפני:

הנאשם הודה מיד עם תחילת משפטו ויש בכך כדי להוות גורם המקל עמו בעונש הן מפאת הטעם שחסך מזמנו של ביהמ"ש והן מהטעם שניתן לראות בהודיה מיידית חרטה מאת הנאשם.

יחד עם זאת, אין להקל ראש בעובדה כי הנאשם עבר עבירות אשר פוגעות ברווחת הציבור וברכוש.

הנאשם הועמד לדין בגין 2 עבירות אשר ביצע בשנת 2002, כאשר הציג לביהמ"ש מסמכים כי במהלך תקופת ביצוע עבירות אלה הגיש בקשה לקבל רישיון ואף נבחן, אולם בסופו של דבר לא קיבל את הרישיון.

לנאשם עבר פלילי בעבירות של מירמה ואלימות.

שקלתי את האמור לעיל, את דברי הצדדים ועיינתי בכתב האישום וברור שקיים אינטרס ציבורי להרתעת הרבים לבל יבצעו עבירות מסוג זה שביצע הנאשם.

יחד עם זאת, הבאתי בשיקוליי גם את ההיבט האישי של הנאשם ולאור כל האמור לעיל, החלטתי לדון את הנאשם כדלקמן:

1. אני משיתה על הנאשם מאסר על תנאי בן 5 חודשים לתקופה של שנתיים לבל יעבור עבירה בה הורשע בתיק זה.

2. הנאשם ישלם קנס כספי בסך 5,000 ש"ח או 50 ימי מאסר תמורתו.

הקנס ישולם ב-10 תשלומים חודשיים שווים ורצופים בני 500 ש"ח כל אחד.

תשלום ראשון יהיה ב-1.4.06 ושאר כל התשלומים ישולמו בראשון לכל חודש.

זכות ערעור הודעה לנאשם תוך 45 יום.

ניתן היום 15 במרץ, 2006 (ט"ו באדר תשס"ו) במעמד הצדדים.

תא 2461/07 דרור בראון ואח' נ' יפה סידרון ואח'

פסק הדין

1. לפניי תביעה כספית, בעילה חוזית בגין הפרת הסכם להזמנת שירותי תיווך בבלעדיות.
2. התובעים טוענים כי הנתבעת, חתמה עימם על הסכם להזמנת שירותי תיווך במקרקעין בבלעדיות ביום 26.7.06 לתקופה של שישה חודשים (להלן - "ההסכם", צורף כנספח א' לכתב התביעה). לטענתם, הנתבעים הפרו את ההסכם הואיל ודירתם נמכרה בתוך תקופת הבלעדיות הקצובה, מבלי ששילמו להם את דמי התיווך בשיעור של 2% ממחיר המכירה, כמתחייב על פי ההסכם.
3. הנתבעים, דוחים את טענות התובעים וטוענים, כי לא היתה גמירות דעת של הנתבעת, למתן בלעדיות לתובעים בהזמנת שירותי התיווך מהם. בנוסף ניטען, כי התובעים לא מילאו אחר חובתם בנוגע להתקשרות בהסכם למתן שירותי תיווך בבלעדיות, בהיעדר חתימה על מסמך נפרד לצורך ההתקשרות בבלעדיות ובהיעדר פרוט של פעולות השיווק, שעל התובעים לבצעם במסגרת הסכם הבלעדיות. כמו כן טענו הנתבעים, כי התובע לא היה הגורם היעיל לביצוע העסקה, וכלל לא היה מעורב בעסקת המכר.
4. המחלוקות בין בעלי הדין הן שתיים בעיקרן. האחת, האם נחתם הסכם מחייב בין הצדדים להזמנת שירותי תיווך בבלעדיות. השנייה, בהנחה שנחתם הסכם תיווך בבלעדיות, האם יש להחיל בעניינינו את החזקה, בדבר היות התובע "הגורם היעיל לעסקה".

המסגרת הנורמטיבית:

5. בהתאם לסעיף 1 לחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996 (להלן - "החוק") תיווך במקרקעין הוגדר כדלהלן: "הפגשה בתמורה בין שני צדדים או יותר, לשם התקשרותם בעסקה בזכות במקרקעין".

בסעיף 9 לחוק נקבע:

(א) מתווך במקרקעין לא יהא זכאי לדמי תיווך, אלא אם כן חתם הלקוח על הזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין, שבה נכללו כל הפרטים שקבע שר המשפטים, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.

(ב) מתווך במקרקעין רשאי להסכים עם לקוח בדבר מתן עסקה מסויימת לטיפולו הבלעדי (להלן - "בלעדיות") ובלבד שמתן הבלעדיות ותקופתה:

(1) יאושרו בחתימת הלקוח על גבי מסמך נפרד;

(2) שבמהלך תקופת הבלעדיות יבצע המתווך פעולות שמטרתן תווך במקרקעין (בחוק זה - "פעולות שיווק").

... (1ב)

(2ב) תקופת הבלעדיות תסתיים בתום שליש מתקופת הבלעדיות כאמור בסעיף קטן (1ב), לפי העניין, אם המתווך במקרקעין לא ביצע, עד לאותו מועד את פעולות השיווק שנקבעו לפי סעיף קטן (ד)."

....

(ד) השר, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, רשאי לקבוע פעולות לשיווק כאמור בסעיף קטן (ב), שמתווך במקרקעין יהיה חייב בביצוען, כולן או חלקן, בתקופת הבלעדיות."

סעיף 14 לחוק קובע:

(א) ...מתווך במקרקעין יהיה זכאי לדמי תיווך מאת לקוח אם נתקיימו כל אלה:

(1) ...

(2) הוא מילא אחר הוראות סעיף 9;

(3) הוא היה הגורם היעיל שהביא להתקשרות הצדדים בהסכם מחייב.

(ב) מתווך במקרקעין שביצע בתקופת הבלעדיות את פעולות השיווק שנקבעו לפי סעיף 9(ד) - חזקה שהיה הגורם היעיל כאמור בסעיף קטן (א)(3) לגבי עסקה שנכרתה בתקופת הבלעדיות."

6. בהתאם להוראות החוק, מתווך במקרקעין זכאי לדמי תיווך בהתקיים התנאי שנקבע בסעיף 9 לחוק לעניין הזמנה בכתב במסמך נפרד וביצוע פעולות השיווק, כאמור בתקנות. בהתאם להוראות סעיף 14(ב) לחוק, קיימת חזקה, שהמתווך הינו הגורם היעיל לעיסקה היכן שנחתם הסכם תיווך בבלעדיות, במידה והמתווך ביצע לפחות שתי פעולות שיווק, כבר בשליש הראשון של תקופת הבלעדיות.

דרישת הכתב ומסמך נפרד:

7. הנתבעת, חתמה על הסכם התיווך שכותרתו "הזמנת שירותי תיווך במקרקעין בבלעדיות" אך לא חתמה, על הסכם נפרד לבלעדיות כמצוות סעיף 9(א) לחוק. לשיטת התובעים, עומדת להם הזכות לקבל דמי תיווך מכוח הסכם התיווך שנחתם ונרשם בו "בבלעדיות".

8. אינני מקבלת את טענת התובעים, כי די בקיומו של ההסכם שנחתם מכוח סעיף 9(ב)1 לחוק, כדי שימלא גם אחר דרישת סעיף 9(א) לחוק. **מסמך אחד בלבד**, נחתם ע"י הנתבעת להזמנת שירותי תיווך והוא אינו יכול להוות מסמך נפרד, כדרישת החוק, להזמנת שירותי תיווך בבלעדיות, בהיעדר מסמך אחר להזמנתם. הדרישה, לקיומו של מסמך בכתב נפרד בהתאם לסעיף 9(א) לחוק, הינה דרישה מהותית ולא ניתן להתנות עליה ובדומה לכך, הדרישה לקיומו של מסמך נפרד בכתב, בהתאם לסעיף 9(ב)1 לחוק, הינה דרישה מהותית, אשר לא ניתן להתנות עליה.

9. קיימת מחלוקת בשאלת עליונות עיקרון חופש החוזים מחד והצורך לכבד ולאכוף את הוראות חוק המתווכים מאידך, שצמצמו את חופש החוזים, בקביעת תנאים להתקשרות להזמנת שירותי תיווך בכלל, ובבלעדיות בפרט. המחלוקת הינה, בין העמדה המצדדת בדיסיפלינריות של חוק המתווכים, לאור עיקרון חופש החוזים, אל מול העמדה המצדדת בקוגנטיות של סעיפים 9 ו-14 לחוק המתווכים עקב פער הכוחות בין המתווך למזמין השירות, שעשוי להביא לפגיעה במזמין, כצרכן.

10. סבורני כי לאחר שהוכנס תיקון מס' 4 לחוק המתווכים, לא ניתן להתנות על הוראותיו. בכך, תוגשם תכלית החוק ותיקון מס' 4 לחוק, למתן הגנה לצרכן בהזמנת שירותי תיווך באופן בו יודעו לו בבירור ובמובחן פרטי השירות המוזמן על ידו וחובותיו, על פי הסכם התיווך (ראה ת.א. 6577/98 **טרנס גלובל נכסים בע"מ נ' נתנאל אל.אל.סי** (פורסם בנבו) ניתן ביום 29.7.01, ת.א. 3252/05 **יחיא טרכטנברג נ' אפריקה ישראל מגורים בע"מ** (פורסם בנבו) ניתן ביום 28.5.08; ת.א. 2433/03 **סימקוביץ נ' רגואן** (פורסם בנבו) ניתן ביום 11.1.04 ובבש"א 157166/08 בת.א. 44446/07 **אלרוב נדל"ן ומלונאות בע"מ נ' אודין (עמיתי) ניהול ופיתוח עסקים בע"מ** (פורסם בנבו) ניתן ביום 19.5.08 וכפי שקבעתי בת.א. 8946/07 **רוט יונתן נ' רות דבש** (פורסם בנבו) ניתן ביום 24.8.08).

11. מעדות הנתבעת למדתי שלא הובהר לה, כי היא מחוייבת לבלעדיות בהזמנת שירותי התיווך. סביר גם להניח כי הנתבעת, היתה נמנעת מפנייה להזמנת שירותי תיווך ממתווכת אחרת, אילו הודיע לה התובע כי היא התקשרה בהסכם להזמנת שירותי תיווך בבלעדיות ממנו. יתירה מכך, אילו התבקשה הנתבעת לחתום על מסמך ניפרד לבלעדיות, צפוי היה שהיא תפנה לתובע, על מנת לוודא אם בוצעו פעולות השיווק לפי ההסכם ומה תוצאותיהן, בטרם תפנה למתווך אחר ותעמיד עצמה בסיכון להוצאה בכפל" של דמי תיווך.

12. היה על התובעים לעמוד בדרישת הכתב ובמסמך נפרד כמצוות סעיפים 9(א) ו-9(ב)1 לחוק. בהימנעם, מהזמנת הנתבעת לחתום על הזמנה נפרדת של שירותי תיווך בבלעדיות, החטיאו התובעים את תכלית הוראות החוק בנוגע לבלעדיות, אשר נועדו להבטיח גמירות דעת של הצרכן ומניעת מחלוקת שבפני (ראה: דברי הסבר **להצעת חוק המתווכים במקרקעין (תיקון מס' 4) (הגבלת תקופת בלעדיות), התשס"ד-2004**, פורסם ברשומות ביום 16.3.04). לא די בכותרת של ההסכם שנחתם, בו הוספה המילה "בלעדיות", כדי לעמוד בדרישת מסמך נפרד לפי סעיף 9(ב)1 לחוק.

בנסיבות אלו, לא הוכח כי היתה התקשרות להזמנת שירותי תיווך בבלעדיות, כמצוות החוק.

13. בנוסף לכך, ההסכם שנחתם ע"י הנתבעת והוכן ע"י התובעים לחתימתה, אינו עומד בדרישות סעיף 1(ב) לתקנות המתווכים במקרקעין (פעולות שיווק), התשס"ה-2004, לפיהן, על המתווך לפרט את פעולות השיווק. לא בכדי קבע המחוקק, כי יש לערוך מסמך בכתב נפרד, הטעון פירוט של פעולות השיווק שיבוצעו במסגרתו, לנוכח החזקה שנקבעה בחוק, על היות המתווך "גורם יעיל" לעיסקה רק בשל ההסכמה להזמנת שירותי תיווך ממנו, בבלעדיות. פירוט פעולות השיווק, מהווה נידבך נוסף להסכמות הצדדים וגמירות דעתם, בנוגע להתקשרות בהסכם בלעדיות והיקף חובותיהם על פיו ובכך, לא עמדו התובעים.

"הגורם היעיל" לעיסקה:

14. בחנתי את שאלת ה"גורם היעיל" לעיסקת המכר, בשים לב למסכת העובדתית שבפני. אין חולק כי התובע, לא הפגיש בין הצדדים לעיסקת המכר מאחר והוא לא פגש את רוכשי הדירה נשוא ההסכם. התובעים טענו כי מאחר וחלה בעניינם החזקה שנקבעה בסעיף 14(ב) לחוק המתווכים, יש לראות בהם את "הגורם היעיל" לגבי העיסקה, שנכרתה בתוך תקופת הבלעדיות.

15. לאור קביעתי לפיה, התובעים לא עמדו בדרישות מהותיות להסכם הבלעדיות על פי החוק ותקנותיו, היה על התובעים להוכיח את היותם "הגורם היעיל" לעיסקה. התובעים, גם לשיטתם לפיה נחתם הסכם בלעדיות, צריכים להוכיח ביצוע פעולות שיווק בהתאם לתקנות על מנת לבסס את החזקה בדבר היותם הגורם היעיל לעיסקה. התובע, לא הוכיח את התאריכים בהם היה הפרסום באינטרנט לשיווק הדירה וכן לא הוכיח את מועדי הפרסום בעיתון (נספח ב' לכתב התביעה) ופרטי הנכס לא היו מדויקים בו. לפיכך, התובעים לא הוכיחו כי פעולות שיווק אלו, בוצעו על ידם כבר בשליש הראשון של תקופת הבלעדיות, כמצוות סעיפים 9(ד) ו-9(ב) לחוק.

16. תיווך במקרקעין הוגדר כאמור לעיל: "הפגשה בתמורה בין שני צדדים או יותר, לשם התקשרותם בעיסקה בזכות במקרקעין". התובעים, אינם נכנסים לגדר זה הואיל ולא הם אלו, שהביאו בפועל להפגשה בין הצדדים ולשכלולה של עסקת המכר. בתצהירה של המתווכת הגב' גבי פוקס ובעדותה אמרה, כי היא תיווכה בין הנתבעים לקונים וכי קיבלה עד עתה דמי תיווך בסך של כ-17,000\$, מתוך \$19,875 המגיעים לה (כ-1.5% מהעסקה). התובעים, לא הכחישו את גירסתה של הגב' פוקס והתובע בהגינותו, לא טען כי הוא היה הגורם שהביא למפגש בין הצדדים. לפיכך, אין לקבל את דרישת התובעים לדמי תיווך בשל "חזקת הגורם היעיל", משלא הקפידו התובעים על התקשרות בבלעדיות עם הנתבעת בהתאם להוראות החוק ותקנותיו ולפי תכליתם, להביא להקפדה על צורתם של מסמכי ההתקשרות, המהותיים לעיסקה ולגמירות הדעת של הצרכנים ובכללם, הנתבעת.

17. לפיכך, חזקת "הגורם היעיל" אינה עומדת לתובעים והיא ניסתרה, בנסיבות שבפני.

18. יוער כי בנסיבות שבפני, אין לחשוש להתעשרות של הנתבעים על חשבון התובעים במכירת הדירה ללא תשלום דמי תיווך לתובעים, רק בשל מחדלי התובעים עקב אי הקפדה על הוראות החוק הרלוונטיות, להזמנת שירותי תיווך בבלעדיות. שכן, לא הוכח ביצוען של פעולות השיווק ע"י התובעים, אשר הן שהביאו להצלחת עיסקת המכר והוכח כי העיסקה ניקשרה בזכות פעולותיה של המתווכת הגב' פוקס אשר שולמו לה דמי תיווך בגינה.

19. בנסיבות אלו, דין התביעה להידחות.

20. התובעים, ביחד ולחוד, ישלמו לנתבעים, ביחד ולחוד, הוצאות משפט וכן שכר טרחת עו"ד בסך של 2,000 ₪ בלבד בצירוף מע"מ. זאת אני קובעת, בשים לכל התנהלותם של הנתבעים, אשר לא טרחו ליידע את התובעים על מכירת הדירה, באופן בו האחרונים סברו, כי עליהם להמשיך בפעולות לשיווק הנכס עקב כך.

המזכירות תשלח עותק פסק הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום א' באב, תשס"ט (22 ביולי 2009) בהעדר הצדדים.

תא 1966/05 קשתות הנשיא יעוץ ושווק נדל"ן בע"מ נ' דוד שמעון ואח'

פסק דין

1. התובעת מבקשת לחייב את הנתבע בתשלום סך של 32,147 ש"ח בגין דמי תיווך עבור מכירת דירת מגוריו ברח' חנה 5, חיפה (להלן: "הדירה").

התביעה התנהלה בהליך של סדר דין מהיר ובמסגרתה הוגשו תצהירי עדות ראשית של מר עדה כרמל מטעם התובעת, הנתבע וצד ג'. כל המצהירים נחקרו בפניי.

2. ביום 12.2.01 נערך ונחתם בין התובעת לנתבע הסכם, לפיו התחייב הנתבע לשלם לתובעת דמי תיווך בשיעור של 1.5% מהתמורה אשר יקבל עבור מכירת הדירה (להלן: "הסכם התיווך"). ביום 15.5.03 נערך ונחתם בין הנתבע לצד ג' זכרון דברים, למכירת הדירה (להלן: "זכרון הדברים").

הנתבע לא שילם לתובעת דמי תיווך, ומכאן התביעה.

3. לטענת התובעת, עובר לחתימת זכרון הדברים, היא הציגה את הדירה בפני מספר קונים פוטנציאליים וצד ג' בכללם. עובר לחתימת זכרון הדברים, התנהל מו"מ ממושך בין הנתבע לצד ג' וכי זכרון הדברים מהווה הסכם מחייב המזכה את התובעת בקבלת דמי תיווך מהנתבע, ואין נפקא מינא באם עסקת מכירת הדירה לצד ג' הושלמה, אם לאו.

4. לטענת הנתבע, התובעת הפרה הוראות סעיף 12 לחוק המתווכים במקרקעין, תשנ"ו-1996, (להלן: "החוק") האוסר על מתווך לערוך או לסייע בעריכת מסמכים בעלי אופי משפטי בקשר עם עסקת המקרקעין. כמו כן, עסקת מכירת הדירה לצד ג' לא יצאה אל הפועל ובהתאם לכך לנתבע לא היתה כל תועלת מחתימת זכרון הדברים. כן טען הנתבע כי זכרון הדברים נחתם לאחר שהוסבר לו כי רק חוזה מכר חתום באמצעות עו"ד, מחייב את הצדדים, וכי אותו מסמך אינו מהווה התקשרות מחייבת.

בהודעתו לצד ג' טען הנתבע כי אותו צד הכשיל את ביצוע ההסכם למכירת הדירה, וזאת על אף כי הוא נענה לכל דרישותיו.

5. לטענת צד ג', המתווך מטעם התובעת הפעיל לחצים ושתדלנות לצורך חתימת זכרון הדברים, ואשר הנוסח שלו נמסר על ידו לצדדים. כמו כן, המתווך היה מעורב בניסוח זכרון הדברים ואף נטל חלק בעריכתו. באשר לכישלון העסקה, טענה צד ג' כי הדבר נבע בשל התנערות הנתבע מאחריותו לבעיית הרטיבות בדירה והעלאת דרישה חדשה לתשלום סך של 20,000 \$ נוספים עבור זכויות הבנייה על גג הדירה.

6. בהתאם לסעיף 12 לחוק, נקבע כדלקמן:

"מתווך במקרקעין לא יערוך ולא יסייע לערוך מסמכים בעלי אופי משפטי הנוגעים לעסקה במקרקעין ולא ייצג לקוח במשאל ומתן משפטי לקראת עריכת מסמך כזה; מתווך המפר הוראת סעיף זה לא יהיה זכאי לדמי תיווך".

מהמצוטט לעיל עולה, כי על המתווך להימנע הן מעריכת מסמכים בעלי אופי משפטי והן ממתן סיוע בעריכתם. כמו כן, עסקינן בהוראה קוגניטיבית שהצדדים אינם רשאים, אף לא בהסכמה, להתנות עליה. לא זאת אלא זאת, בסעיף 15 לחוק, נקבע, כי הפרת סעיף 12 הנ"ל מהווה עבירה פלילית ועונש בצידה.

7. אין חולק כי טופס זכרון הדברים נמסר על-ידי נציג התובעת לנתבע ולצד ג' בטרם מולאו בו הפרטים החסרים בכתב יד. בחקירתו העיד המצהיר מטעם התובעת כי הוא קיבל את טופס זכרון הדברים "מעורך הדין של החברה התובעת" (שם, עמ' 9 שורה 7 לפרוטוקול הדיון) והוא אף הודה כי התובעת מחזיקה במספר גרסאות של זכרון דברים, וזאת באומרו:

"ש. האם יש לך מסמכים נוספים של טופסי זכרון דברים אצלך במשרד, או שמא רק טופס זכרון הדברים עליו חתמו הצדדים במקרה זה, הוא הטופס היחיד שיש."

ת. זה הטופס העיקרי שאנחנו משתמשים בו.

ש. איזה טפסים נוספים יש לכם?

ת. "לאורך התקופה, בא עורך דין אחר עם טופס אחר. זה היה הטופס הכי פשוט והכי ברור ולכן אנחנו משתמשים בו. יש עוד טפסים, אך אני משתמש רק בטופס הזה. זה אותו טופס 10 שנים והוא מצולם" (שם, עמ' 13 שורה 13 לפרוטוקול הדיון) (ההדגשה אינה במקור - ר.ח.).

מעיון בזכרון הדברים עולה, כי חלק נכבד ממנו, ובמיוחד סעיפים 6-9 שבו, הם תנאים מודפסים ומוכנים מראש המסדירים עניינים מהותיים ביותר בהתקשרות שבין הצדדים. כך לדוגמא, בסעיף 6 מאשר הקונה כי בדק את הדירה ותכולתה, סעיף 7 מסדיר את תשלום המיסים החלים בגין העסקה וסעיף 9 מטיל קנס על הצד המפר את תנאי ההתקשרות (אף כי סכום הקנס נרשם בכתב יד).

כאשר המחוקק אסר מפורשות על מתווך לערוך מסמכים בעלי אופי משפטי או לסייע בעריכתם, הרי מסירת טופס זכרון הדברים במקרה דנן על ידי נציג התובעת לנתבע ולצד ג', מהווה מתן סיוע בעריכת אותו מסמך. חמור מכך, נציג התובעת בחר עבור הנתבע וצד ג' את הנוסח הראוי ביותר בעיניו, ובעיניו הוא בלבד, של זכרון דברים וזאת מתוך שלל נוסחים שונים שהיו ברשותו ובכך הוא החליף את שיקול דעתם של הצדדים להתקשרות, אישית או באמצעות יועץ משפטי מטעמם, בשיקול דעתו הוא ומבלי לגלות להם כי ברשותו נוסחים נוספים של זכרון דברים.

8. בסעיף 2 להסכם התיווך התחייב הנתבע כי: **"דמי התיווך ישולמו במלואם מיד לאחר שיושג הסכם מחייב כלשהו...."** בסעיף 8 א' לזכרון הדברים נקבע, כי **"זכרון דברים זה כפוף לחתימת הסכם מפורט שיחתם בין הצדדים, לא יאוחר מיום 29.5.03"**, אולם, מיד לאחר מכן בסעיף 8 ב' נקבע, כי **"במידה ולא יחתם הסכם מפורט כאמור, מסיבה כלשהי, יראה זכרון דברים זה כחווה תקף לכל דבר ועניין"**.

לאור הניסוחים כמצוטט לעיל, קשה להשתחרר מ"טביעות האצבע" של התובעת אשר בחרה בנוסח זכרון הדברים התואם את האינטרס שלה, ולפיו, על הנתבע מוטלת חובת תשלום דמי תיווך ללא כל קשר לחתימת הסכם סופי ומפורט בינו לבין צד ג'.

9. לאור האמור לעיל, אין נפקא מינא לעניין המחלוקת שבין הצדדים באשר לחלקו של נציג התובעת בניסוחים בכתב יד בזכרון הדברים.

יובהר כי לא שוכנעתי בטענת התובעת כאילו הנציג מטעמה לא נטל חלק בפגישה אשר במהלכה נחתם זכרון הדברים, שכן הפגישה התקיימה במשרדו ובנוכחותו, ולדבריו היא נמשכה 3 שעות (שם, עמ' 14 שורה 16 לפרוטוקול הדיון, אף כי לטענת הנתבע וצד ג' מפגש פחות זמן).

יתירה מכך, נציג התובעת העיד בחקירתו כי גב' רינה כהן מטעם התובעת נכחה במעמד חתימת זכרון הדברים (שם, עמ' 15 שורה 9 לפרוטוקול הדיון). אולם, ועל אף זאת, התובעת לא הזמינה אותה למתן עדות במשפט. מחדל זה של התובעת אומר דרשני ובהתאם להלכה הפסוקה, קמה החזקה, לפיה, לו נשמעה העדות במשפט, היא היתה תומכת בגרסת הנתבע וצד ג', לפיה, נציג הנתבע נטל חלק בניסוח זכרון הדברים (לעניין זה ר' ע"א 55/89 קופל בע"מ נ' טלקאור בע"מ, פ"ד מד (4), 596, 602 וכן ע"א 78 אלמונית ואח' נ' פלוני פ"ד לה(1), 736, 760).

10. לאור האמור לעיל, מתייתר הצורך לדון ולהכריע ביתר טענות הצדדים, אף כי בקצרה אציין שניים אלה:

א. טענת הנתבע לעניין רשיון התיווך של התובעת לא הועלתה בכתב הגנתו ובהתאם לכך היא מהווה הרחבת חזית.
 ב. ספק באם ניתן לראות בזכרון הדברים הסכם מחייב (על אף האמור בסעיף 8 שבו, כמצוטט לעיל), שכן, בס"ק 3 ה' שבו נקבע, כי יתרת תמורת הדירה בסך של 132,500 דולר **"תשולם עם קבלת החזקה"** ובסעיף 4 לזכרון הדברים נקבע, כי הקונה, צד ג', יקבל לידי את החזקה בדירה לא יאוחר מיום **"סיום קבלת תשלום אחרון"**. בנסיבות העניין, נמצא כי הצדדים לא קבעו מועד לתשלום חלק נכבד מהתמורה כפי שלא קבעו מועד מסירת הדירה לידי הקונה, שני פרטים המהותיים ביותר בעסקה.

11. לסיכום, נחה דעתי כי התובעת הפרה הוראות סעיף 12 לחוק המתווכים, תשנ"ו-1996, ובהתאם לכך התביעה נדחית. התובעת תשלם לנתבע הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד בסך של 8,000 ש"ח בתוספת מע"מ עליו והנתבע ישלם לצד ג' הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד בסך של 4,000 ש"ח בתוספת מע"מ עליו.

כל הסכומים כאמור לעיל ישולמו תוך 30 יום.

המזכירות תמציא העתק פסק הדין לב"כ הצדדים.

תא 6577/98 טרנס גלובל סוכנות לנכסים בע"מ נ' נתנאל אל.אל. סי בע"מ ואח'

פסק הדין

השופטת מ' אגמון-גוון

תביעה זו עניינה בדמי תיווך שהתחייבו הנתבעים לשלם לתובעת, חברת טרנס גלובל סוכנות לנכסים בע"מ (להלן – התובעת) על-פי טופס הזמנת שירותי תיווך (נספח א' לתצהירו של יצחק גרוסמן, להלן – טופס ההזמנה). טופס ההזמנה כולל מספר פריטים שעל התובעת היה למלא, ביניהם סוג העיסקה, מחיר העיסקה והנכסים שהוצעו ללקוח. על טופס ההזמנה לא צוינו כלל נכסים במקום המיועד לכך והנושא את הכותרת "נכסים שהוצעו ללקוח" וזאת בניגוד לחוק המתווכים במקרקעין, תשנ"ו-1996 (להלן – חוק המתווכים או החוק) ולתקנות המתווכים במקרקעין (פרטי הזמנה בכתב), תשנ"ז-1997 (להלן – התקנות).

1. העובדות

העובדות כפי שעולות מתצהירי התובעת הינן כדלקמן:

נציג הנתבעת 1, מר גושן, הוא הנתבע 2, פנה לתובעת בבקשה כי זו תחפש עבורו חנות במרכז ירושלים. באותה פגישה הוחתם מר גושן על טופס ההזמנה. לאחר שחיפושים אלה לא העלו דבר, פנתה גב' לשר, אשר הציגה עצמה כשותפה של מר גושן, לתובעת בבקשה כי זו תחפש עבור בנה חנות. מר גרוסמן הראה לבנה של גב' לשר חנות ברחוב המלך גורג' 2 או 4 וזה התעניין דווקא בחנות ברחוב המלך גורג' 6, אשר על חלונה היה תלוי שלט של חברת תיווך אחרת, "אבי קורן".

חנות זו הייתה בעבר בטיפול התובעת ולכן סברו נציגי התובעת כי המפתח שברשותם יתאים למנעולה. משהסתבר שלא כך הם פני הדברים פנה מנהל התובעת ל"אבי קורן" וזו שלחה סוכן מטעמה לנכס. אורגנה פגישה בין בעלי הנכס, מנהל הנתבעת, גב' לשר ומנהל התובעת. בפגישה זו סוכמו הדברים ומספר חודשים מאוחר יותר נחתם חוזה בין בעלי הנכס נושא התביעה לבין הנתבעת. דמי התיווך נדרשו מהנתבעת ונציגי הנתבעת ניסו להתמקח על גובהם. בסופו של דבר, אלה מעולם לא שולמו.

2. טענות הצדדים

(א) טענות התובעת

התובעת טענה כי למרות שחסרים מספר פרטים בטופס ההזמנה, כגון שמו של המתווך, הנכסים שהוצעו ללקוח, סוג העיסקה ומחיר העיסקה וסכום דמי התיווך, הנגזר ממחיר העיסקה במקרה של שכירות, הרי שאלו הם פרטים שאין עליהם מחלוקת בין הצדדים וניתן ללמוד אותם מתוך הנסיבות. טוענת התובעת כי ניתן להשלים פרטים בטופס ההזמנה ויש להקיש לעניין זה מסעיף 26 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן – חוק החוזים). בנוסף, טוענת התובעת כי בשלב ההזמנה של שירות התיווך לא ניתן למלא חלק מהפרטים שכן בשלב זה טרם ידוע מחיר העיסקה או מהם הנכסים שהמתווך יראה ללקוח. פירוט הנכסים אינו מהווה לטענת התובעת חלק מדרישות התקנות בכל הקשור לטופס ההזמנה.

באשר לתכלית חוק המתווכים וכוונת המחוקק למדה התובעת מדברי הכנסת בהצעת חוק מתווכים במקרקעין, תשנ"ב-1992 (להלן – הצעת החוק), כי לא למקרה כזה התכוון המחוקק כשחוקק את חוק המתווכים ולא על נתבעת זו רצה להגן, אלא על לקוחות פרטיים ולא עסקיים. התובעת מציעה פרשנות של חוק המתווכים לפיה הדרישה לציון פרטים על גבי הטופס הינה לפרטים הניתנים לציון.

עוד טוענת התובעת כי הנתבעים טוענים טענותיהם בחוסר תום-לב כדי להתחמק מחובה כלפי התובעת, וזאת מכיוון שהם הודו בחובם לפי תצהירי התובעת. עקרון תום-הלב מונע מצד לעשות שימוש לרעה בזכות חוזית או בטענה חוקית, וכך ניתן להקיש לעניין זה מהפסיקה שקבעה שעקרון תום-הלב גובר על דרישת הכתב. עוד טענה התובעת כי יש לפרש את חוק המתווכים לאור חוקי היסוד ולפי החזקה שתוכנו תואם את חוקי היסוד. לבסוף טוענת התובעת כי פסק-הדין בעניין ת"א (פ"ת) 4505/98 קוזיניוק נ' רוזה [3], שצורף לסיכומים, קובע כי משהכיר הלקוח בחובתו לשלם דמי תיווך אין חשיבות לשאלת קיומו של ההסכם.

(ב) טענות הנתבעים

הנתבעים טוענים, כי על-פי חוק המתווכים והתקנות פטורים הם מתשלום דמי תיווך. לטענתם, בטופס ההזמנה חסרים פרטים רבים. הפרט היחידי שמופיע הוא השיעור מתוך המחיר שיילקח כדמי תיווך. לטענת הנתבעים חוק המתווכים הוא חוק קוגנט, שכן מדובר בחוק צרכני, וזה נלמד מלשון החוק, מהפסיקה ומהספרות. אין מקום לטענת התובעת כי החוק אינו חל על העיסקה שנעשתה במקרה זה, מכיוון שהחוק אינו מגביל את תחולתו לעולים חדשים, אשר רצונם בקנייה או מכירה של דירות בלבד. לענין השלמת פרטים טוענים הנתבעים כי החוק הינו צרכני באופיו והוא נועד להגן על צד חלש לעיסקה וזאת להבדיל מחוקים אחרים המאפשרים השלמת פרטים, בכלל זה ההשלמה שנעשית לצורך סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969.

אשר לטענת התובעת בדבר הכרה בחוב, טוענים הנתבעים כי מעולם לא הודו בחוב, וסכום שהציעו לתובעת הוצע על-ידיהם במסגרת משא ומתן לפשרה בין הצדדים. הנתבעים טוענים, כי עצם העלאת טענה זו מהווה הפרה מצד התובעת של החיסיון החל על משא ומתן לפשרה. גם תשלום כסף אינו מהווה הודאה בחוב, שכן ניתן לתבוע השבתו.

הנתבעים טוענים כי התובעת לא הייתה הגורם היעיל שהביא להתקשרות הצדדים בהסכם, כמשמעותו בסעיף 14 לחוק, וזאת מכיוון שהנכס נושא תיק זה היה בטיפול הבלעדי של סוכנות תיווך אחרת והלקוחות ראו אותו בעצמם, וזאת לפי תצהירי התובעת עצמה. לטענתם, אין ביישומו של החוק משום פגיעה בזכויות יסוד מוגנות אלא דווקא מטרתו של החוק היא הגנה על זכויות כאלה.

3. דרישות חוק המתווכים

סעיף 14 לחוק המתווכים קובע שלושה תנאים לזכאותו של מתווך לדמי תיווך:

- (א) היותו של המתווך בעל רישיון לעסוק בתיווך במקרקעין;
- (ב) מילוי אחר דרישות סעיף 9 לחוק;
- (ג) המתווך היה הגורם היעיל שהביא להתקשרות הצדדים בהסכם מחייב.

הנתבעות כופרות בהתקיימותם של שני התנאים האחרונים לסעיף זה. מכיוון שאיש מן הצדדים לא העלה את השאלה האם יש לתובעת רישיון כנדרש בחוק, אניח זאת כנתון.

דרישות סעיף 9 לחוק

סעיף 9(א) לחוק המתווכים קובע כדלקמן:

"מתווך במקרקעין לא יהא זכאי לדמי תיווך, אלא אם כן חתם הלקוח על הזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין, שבה נכללו כל הפרטים שקבע שר המשפטים, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת".

הפרטים שאותם יש לכלול באותה הזמנה הינם, כמפורט בתקנה 1 לתקנות:

- (1) שמות, כתובות ומספרי זיהוי של המתווך ושל הלקוח;
- (2) סוג העיסקה שפעולת המתווך מבוקשת לגביה, כגון: 'שכירות', 'מכירה';
- (3) תיאור הנכס נושא פעולת התיווך;
- (4) מחיר העסקה המבוקשת, בקירוב;
- (5) הסכום המוסכם של דמי התיווך או שיעור דמי התיווך המוסכם מתוך המחיר שבו תבצע העסקה, והאם המחיר - לפי אחד מאלה - כולל מס ערך מוסף, כמשמעותו בחוק מס ערך מוסף, התשל"ה-1975"

להלן אבחן האם מולאו הפרטים כנדרש.

(1) שמות הצדדים

בטופס מופיע שמו של הלקוח בלבד ותעודת הזהות שלו ואין מופיעים שם כל פרטים מזהים של המתווך, או של סוכנות התיווך.

(2) סוג העיסקה

סוג העיסקה שצוין בטופס הוא "מציאת חנות". ברור כי, בניגוד לטענת התובעת, אין הכתוב עומד בדרישות התקנות, אשר קובעות במפורש כי יש לציין את סוג העיסקה כדוגמת מכירה או שכירות. גם אם הלקוח אינו בטוח באיזה מהם הוא מעוניין, הרי שאין כל

מניעה לציין את שניהם, וזאת כדי לעמוד בדרישת התקנות. אך במקרה זה, ברור היה לשני הצדדים, כי הלקוח מעוניין בשכירת חנות.

(3) תיאור הנכס נושא פעולת התיווך

אין להסתפק בציון הסתמי "חנות" לשם מילוי דרישה זו. הפרשנות שיש לתת למונח זה נובע מתכלית החקיקה כפי שהיא עולה, בין השאר, מדברי החסבר להצעת החוק, בעמ' 388 ולפיה:

"בארצות רבות בעולם המערבי העיסוק בתיווך במכירת מקרקעין מוסדר במסגרת החוק. השירותים שאותם נותן המתווך, הם בעלי ערך גורלי לרוכשי הדירות שכן במרבית המקרים ההשקעה מהווה את עיקר חסכונו ורכושו. במקרה כזה מוצדק לדרוש ממציע השירותים רמה מקצועית ורמת אמינות גבוהה".

מהחוק עצמו עולה, כי אחת המטרות המרכזיות שלו היא הגנה על לקוחות, כך שיהיה ברור להם אילו נכסים יוצגו בפניהם, וזאת כדי למנוע דיונים מיותרים בשאלה מי היה הגורם היעיל בכריתת ההסכם.

מטרה זו של החוק הובהרה גם בבר"ע (ב"ש) 952/98 שיריזיאן נ' סלאב [2] שם קובע השופט נ' הנדל:

"אם המתווך יקפיד על הדרישה ויחתים את המזמין על הזמנה בכתב, בהירות זו תיטיב עם שני הצדדים. שניהם יבינו שנכנסו לקשר עיסקי המחייב את המתווך לספק את השירות ואת המזמין לשלם עבורו".

מרחיב על כך את הדיבור השופט שנלר בפסק-הדין בת"א (פ"ת) 4505/98 הנ"ל [3], באומרו:

"החוק במהותו בא להסדיר את אותן פרצות שביחסי מתווכים ולקוחותיהם, להן אנו עדים חדשות לבקרים, בתיקים שונים בביהמ"ש.

כך, השאלה אם אכן הזמנה פעולת התיווך, מה היו התחייבויות הלקוח, האם המתווך הסכים שלא יגבו דמי תיווך אלא רק מאחד הצדדים, שיעור דמי התיווך שהוסכמו ועוד כהנה וכהנה מחלוקות, שגרמו לסכסוכים הנדונים עדיין בביהמ"ש בתחום פרוץ זה".

על-כן, יש מקום לציין את הנכס בבירור לרבות כתובת, מיקום ופרטים אחרים כיוצא בזה שיזהו את הנכס בצורה מדויקת.

נראה לי שצורך זה בבחירות בא לידי ביטוי במיוחד בנסיבות המקרה שלפניי. יש להניח שאם היה מי מנציגי התובעת רושם את הנכס נושא תביעה זו, היינו חנות ברחוב המלך גורג' 6, במקום המיועד לכך בטופס ההזמנה, מקום אשר הושאר ריק במקרה שלפניי, לא הייתה טענת כיום כל טענה כי נכס זה לא היה נושא פעולת התיווך. ייתכן גם, כי לא היו מתעוררות בעיות בין הלקוח לבין מר גרוסמן, סוכנה של התובעת, שהתמהמה, כדבריו, בשירות שנתן לנתבעים בכל הקשור לנכס זה.

טענת התובעת כי לא ניתן למלא את חובות החוק והתקנות בנקודה זו, וזאת מכיוון שאי אפשר למלא פרט זה בטופס כבר עם הזמנת השירות, אינה מקובלת עליי. ראשית, יש להניח שלמשרד תיווך מכובד ישנה רשימה של נכסים המתאימים לדרישות הלקוח, נכסים שאותם מתכוון המתווך להראות ללקוח המזמין. הצגת אותם נכסים ללקוח בשלב המקדמי גם תאפשר ללקוח לומר, כי חלקם ראה ובחלקם אינו מעוניין. שנית, כפי שציין ובצדק בא- כוח הנתבעים, ניתן למלא רובריקה זו גם מפעם לפעם, בכל פעם שהמתווך מציע ללקוח נכס חדש שהוא מעוניין להראות לו ועובר להצגת הנכס.

(4) מחיר העיסקה

בטופס ההזמנה לא צוין כל מחיר. ברור כי לא יכולים המתווך והמזמין לנקוב במחיר המדויק של העיסקה מראש, מכיוון שזה עשוי להשתנות עקב משא ומתן בין הצדדים. עם זאת, אין התקנה מתעלמת מכך, והיא קובעת במפורש כי יש לציין את המחיר "בקירוב". מכאן שגם דרישה זו לא מולאה על-ידי התובעת.

(5) סכום דמי התיווך

אין מחלוקת כי פרט זה מולא כנדרש על-ידי התובעת, ואף הוקדשו לו שלוש פיסקאות מתוך הטופס.

4. תחולת חוק המתווכים

כזכור, טענה התובעת כי חוק המתווכים לא נועד לחול במקרים כגון זה, שכן מדובר בלקוח עסקי, שמעוניין בנכס מסוג חנות ולא מסוג דירה. אין לקבל טענה זו. המחוקק לא הגביל את תחולת החוק. מקובלות עליו טענותיו של בא-כוח הנתבעים כי סעיף 1 לחוק נוקט בהגדרות רחבות של המונחים "לקוח" ו"מקרקעין".

אמנם חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, מגדיר את המונח "צרכן", בסעיף 1 לחוק, כך: "מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי". מכאן, שהנתבעים לא נכנסים לגדרו של המונח "צרכן" בחוק זה. עם זאת, לא זו ההגדרה שאומצה בחוק המתווכים, אשר במפורש ביקש להגן גם על לקוחות שאינם צרכנים במשמעות חוק הגנת הצרכן. יש לציין עוד כי גם חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957, משתמש בהגדרה רחבה יותר של המושג "צרכן".

בהצעת החוק אמנם התייחסו המציעים, כפי שציין בא-כוח התובעת, לאוכלוסיית העולים מרוסיה, בעמ' 388:

"עם בוא גלי העליה מבריה"מ נוצרה בעיה אמיתית. חלק גדול מהעולים אינם מכירים את המציאות הישראלית ואין להם כלים לשפוט ולהעריך את הנכס המוצע להם למכירה או להשכרה. כמו כן, אין הם בקיאים בתנאים הנוגעים לרכישת דירות בישראל. חוסר ידע זה מנוצל לרעה, למרבית הצער, במספר מקרים לא מועט. אף על פי שחופש העיסוק הוא ערך חשוב, ובדרך כלל אין להגביל את האפשרות של אדם לעסוק בעבודה הרי שבנסיבות שנוצרו עקב גל העליה אין מנוס מחקיקה שתסדיר את הנושא".

אולם, כפי שהבהירו מציעי ההצעה: "הצורך בקבלת חוק שיסדיר את העיסוק במקצוע התיווך במקרקעין ושיעניק את ההגנות המתאימות לרוכשים בכוח, קיים גם ברמה העקרונית וגם כצו השעה" (שם, שם).

5. האם החוק הוא קוגנטי

התובעת ניסתה לטעון כי מדובר בחוק דיספוזיטיבי, ועל-כן ניתן להתנות על הוראותיו. בע"א 11/84 רבינוביץ נ' שלב - הקואופרטיב המאוחד להובלה בע"מ [1], בעמ' 547, נאמר:

"בטלותם של חוזים המתנים על הוראות קוגנטיות נובעת מהיותם נוגדים את תקנת הציבור, ולכן הם בטלים על-פי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) (ע"א 156/82, בעמ' 95). בע"א 156/82 נעשה ניסיון לגבש מבחן מסוים לגבי השאלה, מתי הוראת חוק היא כופה ולא ניתן להתנות עליה. לדבריה של השופטת נתניהו, הוראת חוק היא קוגנטית, כשמטרתה היא לשמור על זכויותיהם של אלה שהחוק רואה בהם טעונית הגנה, ולא רק מפני אחרים אלא גם מפני עצמם. כרוך אז בכך לא רק אינטרס אישי של אותם אלה, אלא גם אינטרס ציבורי, שיסודו בטובת הכלל אשר אינו כפוף לרצונם שלהם, והם אינם רשאים לסכל מטרתה של אותה הוראת חוק ולהתנער ממנה" (שם, בעמ' 94).

נהוג לראות בחוקים המגיינים על עובדים הוראות קוגנטיות, שלא ניתן להתנות עליהן; הוראת החוק, הבאה להגן על העובד, יחוק בל יעבור הוא... שאם לא כן, מה הועילו חכמים בתקנתם? (ע"א 309/63, בעמ' 295).

ס' דויטש במאמרו "השפעת חוקי היסוד על דיני הגנת הצרכן" [15], בעמ' 311, ציין לעניין זה:

"בהיות התערבות של בתי המשפט לטובת הצרכן פגיעה בחופש החוזים, שהוא עקרון-על במשפט הישראלי, ראוי שההתערבות תהיה בדרך של חקיקה ותניח פחות מקום לחידושי הפסיקה, ואכן הגנת הצרכן בישראל מבוססת על חקיקה ורק מיעוטה הוא פרי פיתוח הפסיקה. החקיקה הצרכנית היא חקיקה קוגנטית, שכן בשל העדר חופש חוזים אמיתי, צריך המחוקק להביא לידי איזון בדרך של הוראות חוק מחייבות".

אם נקבל את טענת התובעת כי החוק הוא דיספוזיטיבי, הרי שבכך נסכל את כל מטרתו ונייתר את הוראות סעיפים 9 ו-14 לחוק ותקנה 1 לתקנות לחלוטין. אם נקבע כי היעדר רוב הפרטים הנדרשים מטופס ההזמנה נובע מכך שהצדדים התנו על הוראות אלה, הרי שלעולם לא יהיה מצב שבו יחולו הוראות החוק. פירוש כזה של החוק מביא לאבסורד.

6. השלמת פרטים

משקבעתי כי חוק זה הוא חוק קוגנטי, לא ניתן לאפשר גם השלמת פרטים החסרים מטופס ההזמנה, בדרך הקבועה לכך בסעיף 26 לחוק החוזים. אם נאפשר השלמת פרטים כזו, הרי שבכך נהפוך את החוק, למעשה, לדיספוזיטיבי. השלמת הפרטים הקבועה בחוק החוזים תואמת את המטרייה החוזית שביסודה עקרון חופש החוזים וחופש הצורה של החוזה.

עיקרון זה אינו חל בחקיקה הצרכנית הקוגנטית, כפי שעולה גם ממאמרו הנ"ל [15] של דויטש שצוטט לעיל.

באשר להיקש מדרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין, איני מסכימה כי ניתן לעשותו. מטרת דרישת הכתב במקרקעין שונה מהמטרה של הוראות חוק המתווכים בנקודה זו. באשר למטרת סעיף 8 לחוק המקרקעין, אומרת ג' שלו בספרה דיני חוזים [11], בעמ' 281:

"דרישת הכתב בסעיף 8 לחוק המקרקעין פורשה כדרישה מהותית: אם לא נעשה מסמך, לא עשו הצדדים ולא כלום. הטעמים העיקריים לפירוש סעיף 8 לחוק המקרקעין כמהותי, ולא כראייתי, הם חשיבות העסקה והרתעת המתקשרים מפני התחייבות חפוזה".

הפסיקה הסתפקה בפרטים מועטים בלבד במסמך הנדרש לפי סעיף 8 לחוק המקרקעין וזאת כאשר שוכנעה שרציונלים אלה של דרישת הכתב מולאו. אומרת על כך שלו בספרה הנ"ל [11], בעמ' 281:

"פירוש סעיף 8 כפשוטו מעלה, כי דרישת הכתב מכוונת רק כלפי ההתחייבות גופה. מכאן, שכאשר הכתב מעיד על עצם ההתחייבות לעשות עסקה במקרקעין, יש ליתן לו תוקף".

הבסיס הרעיוני לדרישת הכתב המפורטת בחוק המתווכים הוא שונה. המטרה היא להבהיר את פרטי העסקה ולא את עצם עשייתה כפי מטרתו של סעיף 8 לחוק המקרקעין. כלומר, בשונה מחוק המקרקעין שמטרתו להעמיד את הצדדים על רצינות עצם עשיית העסקה, בחוק המתווכים חשובים דווקא פרטי העסקה, ועל-כן אין מקום להשלימם בהיקש מהפסיקה לעניין סעיף 8 לחוק המקרקעין.

7. הודאה בחוב

התובעת טענה כי הנתבעים היו מוכנים לשלם את דמי התיווך בחלקם ובכך הודו בחובם. אין בתשלום דמי התיווך כדי לרפא פגם שנפל בטופס ההזמנה. בבר"ע (ב"ש) 952/98 הנ"ל [2], שצוטט לעיל דובר בזוג ששילם בפועל את דמי התיווך ולאחר מכן ביקש באמצעות תביעה משפטית את השבתם מאת המתווך. תביעה זו התקבלה ואושרה בפסק-דין זה ומובן כי לא נדחתה על הסף רק בשל כך בלבד שדמי התיווך שולמו. במקרה זה לא היה המתווך זכאי לדמי התיווך לפי סעיף 9(א) לחוק המתווכים ולפיכך חויב להשיבם לתובעים. מכאן, שגם אם היו מוכנים הנתבעים לשלם את דמי התיווך, כטענת התובעת, אין בכך די כדי לקבל את תביעה.

מעבר לכך, הנתבעים טענו כי נכונותם זו לתשלום סכום כלשהו הובעה במסגרת מגעים בין הצדדים לצורכי פשרה. לא ניתן לקבוע מימצא עובדתי בשאלה זו שכן, הצדדים לא נחקרו על תצהיריהם. יתרה מכך, קבעתי בהחלטתי מיום 14.12.1999, כי פסק-דין זה יינתן בהנחה כי האמור בתצהירי התובעת אמת הוא. גם בהנחה זו יש לדחות את טענת התובעת ולפיכך לא מצאתי לנכון לדון בטענה זו של הנתבעים כי הופר החיסיון החל על מסמכים המוחלפים במשא ומתן לפשרה.

8. חוקי היסוד וחוק המתווכים

התובעת לא טענה כי חוק המתווכים אינו חוקתי. היא טענה כי יישומו במקרה זה ופרשנותו הדווקנית, יביאו לפגיעה אסורה בקניינה ובזכותה לחופש עיסוק. דינה של טענה זו להידחות. טענה זו ניתנת יהיה לטעון, אולי, כנגד הצורך ברישוי, אולם, כפי שאפרט, נראה לי שאין לה בסיס בכל מה שנוגע למילוי הפרטים.

חוק-יסוד: חופש העיסוק, מורה אותנו כי "כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד" (סעיף 3 לחוק). סעיף 4 לחוק עוסק בפגיעה בחופש העיסוק וקובע: "אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש...".

השאלה היא אם חוק המתווכים, בקביעת החובה למלא פרטים בטופס ההזמנה, פוגע בחופש העיסוק שלא כאמור בסעיף 4 לחוק היסוד.

ובכן, ראשית, המתווך זכאי לעסוק במקצוע, ואין בכך כדי להביע דעתי לעניין רישוי המתווכים. השאלה כאן היא האם חובת מילוי פרטים, המהווה למעשה הגבלה באופן ביצוע העיסוק, עומדת בתנאי פיסקה 4, היא היא פיסקת ההגבלה.

א' ברק מבחין בספרו פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית [12], בעמ' 617 לעניין פיסקת ההגבלה בין הגבלה על כניסה לעיסוק לבין הגבלה על ביצוע העיסוק. כאשר ההגבלה היא על עצם הכניסה לעיסוק – המבחנים המוצבים על-ידי בתי-המשפט בעולם (בעיקר ארצות-הברית וגרמניה) הם גבוהים יותר. ברק מציע לאמץ הבחנה זו גם לצורך פיסקת ההגבלה על-פי חוק-יסוד: חופש העיסוק.

במקרה זה מדובר בהגבלה קלה מאוד לטעמי על אופן ביצוע העיסוק (ושוב יש להבהיר כי רק פן זה נדון בפניי) – מילוי טופס הזמנה. המבחן הראשון שמציבה פיסקת ההגבלה היא האם החוק נחקק לתכלית ראויה. נראה לי כי לאור ריבוי ההתדיינויות בשאלת התיווך ולאור האמור בהצעת החוק, חוק זה נחקק לתכלית ראויה.

המבחן השני הוא המידתיות: "...במידה שאינה עולה על הנדרש...". אומר לעניין זה ברק בספרו הנ"ל [12], בעמ' 621:

"פגיעה בחופש העיסוק הנעשית לתכלית ראויה תעבור את הבחינה החוקתית, רק אם היא נוקטת אמצעים המקיימים את המידה הדרושה. על-פי הגישה המקובלת בעולם המערבי בו התעוררה הבעיה, אמת המידה של 'המידה הדרושה' מתחלקת לשלושה מבחינה משנה: ראשית, האמצעי צריך להיות רציונלי; שנית, יש לבחור באמצעי הפוגע במידה הפחותה; שלישית, צריך להתקיים יחס סביר בין מטרה לאמצעי".

המבחן הראשון - הרציונליות, מתקיים. מטרת החוק היא להבהיר ללקוח את פרטי העיסוק עם המתווך, והאמצעי - רישום פרטי ההזמנה, או פרטי חוזה התיווך בהחלט עולים בקנה אחד עם מבחן זה. המבחן השני, האמצעי הפוגע במידה הפחותה - נראה כי מדובר בדרישה מינימלית, שאין לומר כי קיימת דרישה פחותה ממנה שתבטיח את המטרה. גם המבחן השלישי - יחס סביר בין מטרה לאמצעי, מתקיים לענייננו, מאותם נימוקים - מדובר בדרישה טכנית פשוטה, שאינה דורשת מהמתווך השקעת מאמץ מיוחד. מדובר במילוי חמישה פרטים פשוטים על טופס פשוט.

מכאן שגם דינה של טענה זו להידחות.

9. קבלת דמי תיווך מכוח עילה שבעשית עושר ולא במשפט

התובעת טענה כי מכיוון שהייתה הגורם היעיל שהביא לגמר העסקה, נטענות טענותיהם של הנתבעים בחוסר תום-לב. לעומתה טענו הנתבעים כי התובעת לא הייתה הגורם היעיל, וכי הנכס נושא תיק זה אינו שייך למשרדה כלל, אלא למשרדו של "אבי קורן".

השאלה היא האם משקבע חוק המתווכים בסעיף 14 כי נדרשים שלושה תנאים לקבלת דמי תיווך, והתובעת לא מילאה לפחות אחד מהם, די בכך כדי לשלול את זכאותה לאותם כספים, גם אם, כפי שטוענת התובעת, הייתה היא הגורם היעיל לקשירת העסקה.

ישנם מקרים בהם קובע הדין - החיצוני לדיני החוזים - תנאים לתקפותם של חוזים (להלן - דרישות פורמאליות). דרישה פורמאלית מקובלת היא דרישת הכתב. כך למשל נקבע כי עסקה במקרקעין שלא נעשתה בכתב אין לה תוקף. המדיניות שבבסיס דרישת הכתב היא לעתים מהותית - העמדת הצדדים על רצינות ומהותיות העסקה, ולעתים ראייתית - ודאות כי החוזה אכן נכרת (על כך אפרט להלן).

השאלה המתעוררת במקרה שלפניי ומתעוררת במקרים בהם לא התמלאו דרישות פורמאליות אחרות היא, האם יש תוקף להסכם שנעשה בין הצדדים. השפעת הפגם הפורמאלי על תקפות החוזה משתנה. ככל שההגנה חזקה יותר (הגנה על הציבור, על צרכנים, על חלשים) התוצאה היא בטלות החוזה,

כשההגנה חלשה יותר (דרישה ראייתית) העסקה ניתנת לביטול או שאינה אכיפה מבחינה משפטית. פעמים רבות, עד שמתברר שקיימת בעיה ולא ניתן לאכוף את החוזה או לתבוע על סמך החוזה תרופות חוזיות כלשהן, הועברו הטבות בין הצדדים לו. כך במקרה שלפנינו אם נקבל את טענת התובעת כי היא זו שהביאה לכריתת החוזה בין הצדדים. הבעיה מתעוררת שכן לעתים השבה משמעותה למעשה אכיפת החוזה, כך שהשבה תרוקן מתוכן את הדרישה הפורמאלית (לדיון בשאלה זו ראו ד' פרידמן **דיני עשיית עושר ולא במשפט** (כרך ב) [13], סעיף 21.16, **בעמ' 657**). אם, למשל, נכרת חוזה למתן שירות והשירות ניתן, משמעותה של ההשבה היא למעשה תשלום התמורה החוזית (בהנחה שהתמורה החוזית זהה לשכר ראוי שייקבע).

קיים מתח בין המדיניות העומדת בבסיס הדרישות הפורמאליות המביאה לאי-תוקף של החוזה לבין השאלה האם יש מקום להשבה, שכן במקרים בהם לא התקיים תנאי פורמאלי אך הייתה התעשרות, ההתעשרות אינה מושבת בשל חשש לפגיעה במדיניות שבבסיס דרישת התנאי הפורמאלי.

הדיון במקרה שלפניי הוא במצב בו צד (התובעת) מילא את התחייבויותיו על-פי החוזה והוא נתקל בסירובו של הצד השני לבצע את חלקו הוא בהתבסס על הפגם הפורמאלי (הנתבעים מסרבים לשלם דמי תיווך).

במשפט החוזים המודרני העיקרון הוא חוסר פורמאליות. עיקרון זה נובע מחופש החוזים לפיו הצדדים רשאים לעצב את החוזה על-פי רצונם (במשפט הישראלי בא עיקרון זה לידי ביטוי בסעיף 23 לחוק החוזים לפיו "חוזה יכול שיעשה בעל פה, בכתב או בצורה אחרת, זולת אם הייתה צורה מסוימת תנאי לתקפו על פי חוק או הסכם בין הצדדים". ראו לעניין זה ד' פרידמן, נ' כהן **חוזים** (כרך א) [14], סעיף 10.1, **בעמ' 387**; שלו **בספרה הנ"ל** [11], **בעמ' 277**).

אולם, לעיקרון זה יש חריגים בכל שיטות המשפט - ומכאן מגבלות על חופש הרצון - לפיהם יש לעמוד בדרישות צורניות כדי שעסקה מסוימת תהיה בת-תוקף. החריגים קיימים, בדרך-כלל בנוגע לעסקאות מקרקעין וכן בתחומים בהם נקבעו דרישות פורמאליות כדי להגן על צדדים חלשים.

ניתן למצוא שתי סיבות מרכזיות לקיומן של דרישות צורה פורמאליות כיום. האחת, היא סיבה ראייתית. במקרים מסוימים החוק מחייב כי חוזה ייערך בצורה מסוימת כדי להבטיח שלא יהיה ספק בנוגע לקיומו של החוזה או לפרטים הקבועים בו. כאשר

זוהי הסיבה לדרישה הפורמאלית, בדרך-כלל אי-קיום הדרישה יביא לחוסר אפשרות להוכיח את החוזה ולתבוע את אכיפתו בבית-המשפט, אך לא יפגע בתוקפו של החוזה. שאז, כאמור, כלל לא מתעוררת שאלת ההשבה. **הסיבה השנייה** לקיומן של דרישות צורניות היא לוודא את רצינות כוונותיהם של המתקשרים כאשר מדובר בעיסקה בנוגע לנכסים מרכזיים (כמו זכויות במקרקעין); בעיסקה חריגה (עיסקה ללא תמורה); בנטילת התחייבויות (הלוואה, ערבות) - אז יש להבטיח את התנאים בעיקר כלפי צרכנים בלתי מתוחכמים, או כאשר מדובר בצדדים חלשים שיש לוודא כי התכוונו להתקשר בחוזה.

מטרה אחרונה זו בבסיס דרישות פורמאליות קיימת, ואף מתחזקת, במשפט המודרני. ניתן למצוא דרישות פורמאליות שונות בחוקים צרכניים שמטרתם הבטחת מודעות המתקשר לפרטי העיסקה ולרצונו להתקשר בה (לדוגמאות לחוקי צרכנות המציבים דרישות פורמאליות ראו סעיף 5 לחוק הגנת הצרכן; סעיף 5(ב) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981; סעיף 2(א) לחוק כרטיסי חיוב, תשמ"ו-1986; סעיף 3 לחוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981. לתיאור חקיקה דומה בקנדה ראו: Consumer Protection Act in Canada in: P.D. Maddaugh, J.D. McCamus The Law of Restitution [16], at p. 313; Consumer Protection Act (Quebec), sec. 23-33, in P.A. Crèpeau The Civil Codes [17], at p. 755.

יש המבקרים גישה זו וטוענים שמדובר בפטרנליזם שאין מקומו במשפט החוזים המודרני שבו אנשים יודעים קרוא וכתוב ומודעים לתוצאות משפטיות של כריתת חוזה (לביקורת זו ראו: (K. Zweigert, H. Kötz Introduction to Comparative Law [18], at p. 406).

היה ראוי לקבוע מה דין ההשבה במקרה שלא מתקיים תנאי פורמאלי בחקיקה הקובעת את אותו תנאי, או לחלופין קביעה כללית בדבר הדין במצבים אלו בחוק החוזים (בדומה לריסטייטמנט השנייה על חוזים בדין האמריקני). במצב הנוכחי יש, לדעתי, לבסס את ההשבה במקרים אלו על סעיף 21 לחוק החוזים או באנלוגיה לסעיף זה. סעיף 21 מתייחס לפגמים ברצון המתקשרים בחוזה וקובע את תוצאות הביטול במקרים אלו. הסעיף אינו כולל במפורש מקרים אחרים של פגמים אך ניתן להחיל סעיף זה על דרך ההיקש. גישה זו ראויה יותר, לדעתי, כיוון שהנושא של פגמים פורמאליים בכריתת חוזה קרוב יותר לחוק החוזים ולפגמי רצון בכריתת חוזה מאשר לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979.

כפי שצינתי אנו דנים במצב בו צד שביצע את חלקו תובע השבה ממי שבהסתמך על הפגם הצורני לא מבצע את חלקו.

במשפט הקונטיננטלי נקבע במקרים אלו כי כאשר צד אחד ביצע את החוזה, הצד השני אינו רשאי לבטל ולהשתחרר מביצוע חיוביו בשל פגם צורני, אם מי שביצע שינה את מצבו לרעה בהסתמך על החוזה. דוקטרינה זו מזכירה את תורת ההשתק, גם שם ניתנת אכיפה של חיוב בלתי אכיף בשל שינוי מצב. במשפט הגרמני מתקבלת תוצאה דומה מיישום עקרון תום-הלב. בקוד הצרפתי הבסיס הרעיוני לדרישות הצורה הוא ראייתי. אי-מילוי הדרישות מביא לחוסר אפשרות להוכיח את קיומו של החוזה בבית-המשפט (unproveable) (ראו: סעיף 1341 לקוד סיביל. לפירוט לעניין המשפט הצרפתי ראו: (Zweigert, Kötz ibid [18], at pp. 392-393).

למעשה הקביעה היא כי מקום שתביעת השבה מסכלת מדיניות שבבסיס חקיקה שקבעה חוסר תוקף לחוזה, לא תינתן השבה גם אם הייתה התעשרות בפועל. הדבר מתאים לתפישה הקונטיננטלית לפיה יש השבה כאשר ההתעשרות היא שלא כדין. במקרים אלו ההתעשרות היא כדין - על-פי החוזה - ולכן אין מקום להשבה.

במשפט האנגלי במאה התשע-עשרה היו שתי מגמות בפסיקה בנוגע לשאלה מה הדין כאשר צד אחד לחוזה שהיה אמור להיעשות בכתב ביצע את חלקו על-פי החוזה. מגמה אחת הייתה כי לצד שביצע קמה תביעת חוב כלפי הצד השני. מדובר בתביעה חוזית ולא בהשבה של הביצוע. על-פי המגמה השנייה זכאי במקרה כזה מי שביצע את חלקו, להשבה בתביעת שכר ראוי. מחלוקת זו נמשכה בפסיקה האנגלית עד שנת 1951 בה אימץ Lord Denning את העמדה שמדובר בתביעת השבה. הדבר היה בפסק-דין James v. Kent & Co., Ltd. (1950) [8] - לורד דנינג קבע כי במקרה של חוזה שלא עמד בדרישה פורמאלית קיימת חובת השבה שאין מקורה בחוזה הבלתי תקף, אלא בעובדה שבוצעו השירותים שהתבקשו בחוזה. זאת בניגוד לפסק-הדין בעניין [9] Scott v. Pattison (1923) שם נקבע **בעמ' 727** כי כאשר צד אחד לחוזה ביצע את חלקו והצד השני העלה את חוק המירמה כהגנה בפני ביצוע התמורה הנגדית, אכיפתו לבצע את התמורה הנגדית אינה מהווה אכיפת החוזה המקורי אלא חובת השבה מכוח חוזה מכללא (לניתוח הפסיקה ראו: A.T. Denning "Quantum Meruit and the Statute of Frauds" [20]; R. Goff, G. Jones The Law of Restitution [19], at pp. 66-67). הסיבה לפסיקת ההשבה הייתה חשש מהתעשרות שלא כדין של מקבל ההטבה. הבעיה במשפט האנגלי הייתה שהפסיקה בנושאים אלה נתנה פתרונות נקודתיים, אולם לא דנה בשאלה היסודית האם השבה תסכל את המדיניות שבבסיס החוק שקבע את הדרישה הצורנית (עם זאת, היו מקרים בהם עמד בית-המשפט על החשש שפסיקת השבה תסכל את מטרת החקיקה. לסקירה ראה: L. Hand "Restitution or Unjust Enrichment" [21], at p. 253).

במשפט האמריקני דן סעיף 375 בריסטייטמנט השנייה על חוזים (ראו [25] Restatement 2d, Contracts), בהשבת הטבות שהועברו על סמך חוזה הבטל בשל פגם צורני. הסעיף קובע כי ניתן לתבוע השבה במקרים אלו אלא אם החוק קובע אחרת או שמטרת החוק תסוכל אם תותר ההשבה. הסעיף חל על חוקים שונים שנחקקו בחלק מהמדינות בארצות-הברית לעניינים שונים. בחקיקה

האמריקנית נקבעו, בין השאר, חוקים כמו זה שבפנינו הקובעים חובה על חוזים לתיווך במקרקעין שיהיו בכתב ויכללו פרטים מסוימים (ראו: [5] Clinkinbeard v. Poole (1954)).

במדינות רבות בארצות-הברית נכללו חוזי תיווך בחוק המירמה כחוזים שיש לעשותם בכתב. לעניין זה ראו: C.C. Marvel "Annotation: Real-Estate Broker's Right to Recover in Quantum Meruit for Services Although Contract is [not in Writing as Required by Statute]" [22].

בפסיקה נערך לעתים רחוקות דיון בשאלה האם השבה סותרת את מדיניות החוק. אולם, כאשר נקבע שקיימת סתירה, נפסק שאין מקום לפסוק השבה. בפסקי-הדין נאמר כי המדיניות היא הגנה על הצרכנים שפעמים רבות אינם מודעים לכך שמדובר במתווך או שידרשו לשלם דמי תיווך. פעמים אחרות לא ברור אילו נכסים עומד המתווך להראות ללקוחותיו, ופעמים רבות מתעורר ויכוח כאשר הלקוח טוען כי כבר ראה את הנכס עם מתווך אחר או באופן עצמאי. כיוון שכך, מתווך שלא דאג לכתוב חוזה בכתב, לא יזכה בהשבה. ראו למשל: [7] Diggins v. Johnson (1973), at p. 664; [6] Philo Smith & Co., Inc. v. Uslife Corp. (1977), at p. 36. כד למשל לעניין חוזי תיווך וכן לעניין חובת מכרזים. אך לרוב לא נערך דיון כאמור.

בקנדה נתנו בתי-המשפט דעתם לסוגיה זו. בפסקי-הדין המנחה בעניין זה - Deglman - הוגשה תביעה על סמך הסכם ירושה שאינו אכיף על-פי החוק [10] [Deglman v. The Guaranty Trust Co. of Canada (1954)]. בית-המשפט קבע כי אכן ההסכם בדבר ירושה אינו תקף וכיבד את צוואת המנוחה. עם זאת פסק השבה לתובע - אחיין שטיפל בדודתו כנגד הבטחתה כי תשאיר לו נכסים בצוואתה - משקבע כי האחין לא התכוון בשום שלב לטפל בדודתו בחינם. על-כן חויב העיזבון לשלם לאחין שכר ראוי בגין השירותים שנתן. במקרה זה המדיניות העומדת בבסיס החוק - שאנשים לא יכרתו חוזים לתקופה שלאחר מותם שכן למטרה זו נועדו צוואות - אינה מסוכלת בשל מתן שכר ראוי לאחין. באוסטרליה אחד מפסקי-הדין הראשונים והידועים בתחום דיני ההשבה - Pavey - Pavey - בדרישת הכתב [23] [Pavey - Paul (1986) 4]; P.A. Butler "Viewing Restitution at the Level of a Secondary Remedial Obligation" [23], at p. 44; J. Carter ("Contract, Restitution and Promissory Estoppel" [24], at p. 33).

מדובר היה בקבלן שכרת חוזה לביצוע עבודת קבלנות שלא עמד בדרישת כתב על-פי הדין, אך השלים את העבודה על-פי החוזה ותבע שכר ראוי. בית-המשפט לערעורים קבע שמשמעות השבה במקרה זה תהיה קבלת התמורה החוזית ותעמוד בניגוד לבסיס הרעיוני בבסיס חוק הקבלנות ודחה את תביעת ההשבה. בית-המשפט העליון באוסטרליה קיבל את ערעור הקבלן וקבע שמטרת ההשבה במקרה זה היא מניעת התעשרות בלתי צודקת של המזמינה על חשבון הקבלן וכי לא מדובר באכיפת החוזה. אשר לטענה לפיה מדובר, למעשה, באכיפת החוזה, אמר בית-המשפט כי כדי למנוע התעשרות שלא כדין ייפסק שכר ראוי ולא השכר החוזי. מובן שהשכר הראוי אינו תלוי בהסכם בין הצדדים ועל-כן אין בכך אכיפת החוזה. בית-המשפט ראה את מטרת החוק בהגנה על הצרכן, כך שידע מראש את גובה ההתחייבות בחוזה קבלנות. לפיכך, המזמינה לא חויבה בתשלום המחיר החוזי אלא בגובה ההתעשרות בפועל.

ומכאן לענייננו - לדעתי סקירת הפסיקה לעניין זה מביאה למסקנה כי במקרה שלפנינו אין מקום לפסוק השבה, גם אם פעולת התובעת היא זו שהייתה הגורם היעיל בכריתת החוזה. מטרת חוק המתווכים היא, כפי שהראתי, להבהיר ללקוח באיזו עיסקה מדובר, אלו נכסים הוא עומד לראות, ובכך שעליו לשלם דמי תיווך. התקנות קובעות במפורש כי יש מקום לציין את הנכסים שהמתווך מתעתד להציג ללקוח. פרט זה הוסף כדי שלא יהיה ויכוח, בנוגע לנכס מסוים, בשאלה האם המתווך היה הגורם היעיל לכריתת העיסקה - האם המתווך התובע הוא שהראה את הנכס ללקוח, האם היה זה מתווך אחר, או שמא הלקוח הגיע לאותו נכס בכוחות עצמו. במקרה זה גם על-פי תצהירי התובעת עצמה התברר כי היו מעורבות שתי סוכנויות תיווך.

ובכן, משלא מילאה התובעת את הדרישות הקיימות בחוק, אין היא זכאית לדמי תיווך ואין לה להלין בעניין זה אלא על עצמה.

נטענת הטענה כי אם יוכח כי התובעת הייתה הגורם היעיל בהתקשרות, הרי שהנתבעים התעשרו שלא כדין על חשבונה. ייתכן כי כך הדבר, אך במקרה זה פסיקת השבה תסכל את כוונת המחוקק ותרוקן מתוכן את מטרת חוק המתווכים. בניגוד לפסקי-הדין על האחין שטיפל בדודתו ועל הקבלן שבנה בניין, הרי בחוזי תיווך השכר הראוי הוא בדרך-כלל קבוע, וכפי שאף צוין בטופס ההזמנה במקרה זה. על-כן פסיקת השבה תהווה למעשה פסיקת הסכום שנקבע בטופס ההזמנה, וזאת מבלי לעמוד בדרישות חוק המתווכים. כפי שציניתי, בארצות-הברית במקרים דומים נדחו התביעות על-אף שהוכח שם כי המתווך התובע היה הגורם היעיל בכריתת ההסכם.

אני דוחה את התביעה.

התובעת תישא בהוצאות הנתבעים בסך של 5,000 שקלים לכל אחד מהם בצירוף מע"מ כדין.

ניתן היום, ד' באב תשס"א (24.7.2001), בהיעדר הצדדים.

תא 35922/07 מרדכי עוז נ' משה עזרא

פסק הדין

עניינה של התובענה הכספית שלפניי, לתשלום הסכום של 27,152 ₪, הוא שיתוף פעולה בין מתווכים בקשר למכירת דירה וחלוקת דמי התיווך שהתקבלו ממכירתה.

טענות הצדדים

עיקרי טענות התובע:

1. לתובע, שהוא מתווך במקרקעין במקצועו, לקוח בשם יואב ברנע, שהיה הבעלים של דירה ברחוב קהילת סלוניקי 14 בתל אביב (להלן: "הדירה"). מר ברנע, ייפה את כוחות של אביו, פרופ' אמיר ברנע, למכירת הדירה.
2. התובע פנה לנתבע, שאף הוא מתווך במקרקעין, והציע לו לשתף עמו פעולה למכירת הדירה, תוך שדמי התיווך שיתקבלו ממכירתה, יחולקו בין שני הצדדים בחלקים שווים (להלן: "ההצעה").
3. משקיבל הנתבע את ההצעה, מסר לו התובע את פרטי הדירה.
4. הנתבע פעל למציאת הרוכשים וביום 22.1.07 נחתם הסכם למכירת הדירה בסכום של \$420,000.
5. הנתבע גבה את דמי התיווך הן מהמוכר (סך של \$6,300) והן מהקונים (\$7,276).
6. התובע פנה לנתבע לקבל את חלקו בדמי התיווך, כמוסכם בין הצדדים, אולם הנתבע סירב לשלם לו את חלקו.

עיקרי טענות הנתבע:

7. הנתבע, שאף הוא מתווך במקרקעין, מאשר שהתובע פנה למשרדו, הציג עצמו כמתווך במקרקעין, ציין שהוא מחזיק במפתח של הדירה, הממוקמת מול משרדו של הנתבע, והזמין אותו לראות אותה.
8. התובע והנתבע הלכו לדירה וביקרו בה. במהלך הביקור אמר התובע לנתבע שהדירה שייכת לקרוב משפחה שלו, והציע לנתבע למצוא קונה לדירה ולקבל דמי תיווך מהקונה בלבד, כאשר התובע "יסתדר עם מוכר הדירה" (להלן: "ההצעה בדירה"). הנתבע הסכים להצעה בדירה.
9. מאחר והתובע סירב למסור לנתבע את מפתח הדירה, הוסכם שכשימצא הנתבע רוכש פוטנציאלי מתאים, יתאם ביקור בדירה יחד עמו, שיתקיים בנוכחות התובע.
10. הנתבע פתח "כרטיס" לדירה, ומסר את הטיפול בהפניית הקונים לסוכנת משרדו, גב' הילה טוויג (להלן: "הילה"), שתיאמה ביקורים עם התובע.
11. בשלב מסוים, ולאחר שהתבצע מספר ביקורים בדירה, חדל הנתבע להפנות רוכשים פוטנציאליים לדירה, לאחר שהתובע אמר לו שהוא אינו מטפל עוד בדירה.
12. בחלוף מספר חודשים, התייצב אדם במשרדו של הנתבע, מי שהיה שוכר הדירה, ואמר לנתבע שהדירה מיועדת למכירה. הנתבע ביקש מהשוכר את פרטי מוכר הדירה.
13. לאחר שקיבל מהשוכר את פרטיו, התקשר הנתבע מיוזמתו והציע לו את שירותיו המקצועיים.
14. לאחר משא ומתן סוכם בינו לבין המוכר, פרופ' אמיר ברנע (להלן: "פרופ' ברנע") שהוא ישלם לנתבע דמי תיווך בשיעור של 1.5% כולל מע"מ.
14. טוען הנתבע שההסכמה על השיעור האמור נעשתה לאחר שפרופ' ברנע אמר לו שהוא מחויב מוסרית לשלם דמי תיווך למתווך אחר, שהטיפול במכירת הדירה נמסר לו על ידו, על אף שלא הצליח למצוא קונים.
15. הנתבע החתים את פרופ' ברנע על כתב התחייבות לשלם דמי תיווך ביום 11.03.06.
16. לאחר שהנתבע מצא רוכשים לדירה ונחתמה עסקת המכר, גבה את שכר טרחתו הן מהקונים והן מפרופ' ברנע.

17. הנתבע טוען שלא הוסכם בינו לבין התובע לשתף פעולה והתחלק בדמי התיווך, מה גם שנהוג – לטענתו – שהסכמים בין המתווכים יהיו בכתב.

דיון והכרעה

18. בקליפת אגוז, המחלוקת בין התובע לנתבע היא, האם נכרת ביניהם הסכם לשיתוף פעולה בעסקת מכר הדירה, ואם ייקבע כי נכרת ההסכם, האם נותק הקשר בין הצדדים לאחר שהתובע הודיע לנתבע שהוא אינו מטפל עוד בדירה ולאחר שהנתבע פנה מיוזמתו לפרופ' ברנע.

19. אם כן, יש לבחון ראשית את השאלה אם נכרת הסכם לשיתוף פעולה וחלוקת דמי התיווך:

א. התובע טוען כי הוסכם בין הצדדים על שיתוף פעולה ותמורת דמי התיווך תחולק בין הצדדים, מה גם שלטענתו אין הוראת דין המחייבת כי הסכם שיתוף פעולה ייערך בכתב.

ב. לעומתו – מכחיש הנתבע את ההסכמה בדבר שיתוף פעולה וחלוקת דמי התיווך, ואף מציין כי נהוג לערוך הסכמים כאלו בכתב.

ג. לאחר ששמעתי את הצדדים, את העדים ועיינתי בכלל הראיות בתיק אני מקבל את גרסתו של התובע, שהייתה מהימנה בעיניי, קוהרנטית ורציפה, שלא נסתרה בחקירה נגדית ושאינה משתלבת ביתר הראיות בתיק.

ד. התובע העיד על הסכם שיתוף הפעולה בעל פה. התובע אישר בחקירה נגדית שלאחר שנכנס למשרד הנתבע, הציג עצמו, ולאחר שהוא והנתבע עלו לדירה, הסכים בלחיצת יד על שיתוף הפעולה (ראו: עמוד 11 לפרוטוקול מיום 30.6.08). התובע ציין בחקירה כי לא התבקש כלל לחתום על מסמך בכתב. עדותו מתיישבת הן עם גרסת הנתבע עצמו כי סוכם בין הצדדים על שיתוף פעולה כלשהו (הנתבע מאשר הסכמה כי יגבה דמי תיווך אך מהקונה), והן מעדותה של גב' הילה טוויג שאישרה כי בין התובע לנתבע הוסכם על שיתוף הפעולה.

ה. זאת ועוד; עד ההגנה, מר אייל גוהר, שהוא בעלים של משרד תיווך, העיד, בין היתר, שאכן ישנם הסכמי שיתוף פעולה בין מתווכים, אולם אין הכרח כי ההסכמים ייעשו בכתב, והמדובר ביחסי אמון (ראה עדותו מיום 30.6.08, עמוד 8, שורות 4-7); מר גוהר ציין כי לא הסכים לחתום על תצהיר המאשר, לבקשת ב"כ הנתבע, כי לגבי שיתוף בין משרדי תיווך נפרדים נהוג שההסכמים נעשים רק בכתב (כאמור בנ/1 שנשלח אליו).

ו. לא זו אף זו; מר גוהר אכן אישר כי במשרדו כמעט ולא משתפים פעולה עם משרדים אחרים, אולם כשזה כבר נעשה, המדובר בהבנה בעל פה (עמוד 8 לפרוטוקול מיום 30.6.08), ואף ציין כי עסקת מקרקעין גדולה, בסכום של כ-3,000,000\$, נעשתה בהסכמה בעל פה ולא בכתב.

ז. להפסת דעת הנתבע, הרי עדותו של מר גוהר לא היתה מגומגמת אלא אותנטית ומהימנה. מר גוהר חשב וניסה להזכר בשמות משרדים איתם שיתף פעולה, וזאת לאחר שציין שבמשרדו הוא כמעט ואינו משתף פעולה עם אחרים, ותשובותיו היו לאחר מחשבה ולא כמי שמבקש לחזור על גרסה ידועה מראש.

ח. למעלה מהדרוש יצויין שהוראות **חוק המתווכים במקרקעין, תשנ"ו-1996** (להלן: "**חוק המתווכים**") אינן מתייחסות להסכמי שיתוף פעולה בין מתווכים במקרקעין לבין עצמם אלא דנות במערכת היחסים שבין מתווך במקרקעין ללקוחו בלבד, ומשכך, לא ניתן להקיש מדרישת הכתב כאמור **בסעיף 9 (א) לחוק המתווכים**, להסכמי שיתוף פעולה בין המתווכים ובין עצמם.

20. הנתבע טוען שקיים נוהג לפיו הסכמי שיתוף פעולה נעשים בכתב ולכן "אין זה סביר ואין זה מציאותי שהנתבע הסכים לשתף פעולה עם התובע, במקרה הנוכחי, מבלי שנחתם הסכם על כך ומבלי שסיכמו, לפרטי פרטים, כל תנאי ההסכם" (ראו: סעיף 27 לכתב ההגנה המתוקן שנתמך בתצהיר ביום 22.11.07). הנתבע מציין כי המדובר בנוהג, ויש הכרח לחתימה על הסכם בין הצדדים. בתמיכה לטענה זו הציג הנתבע מסמכים אשר יש בהם ללמד, לטענתו, על קיומם של הסכמים בכתב בין מתווכים.

21. בכל הכבוד, אין חולק שקיימים הסכמי שיתוף פעולה בין מתווכים במקרקעין בכתב, אך אין בהם כדי לסתור את העובדה שהסכמים כאלו נעשים גם בעל פה.

22. כאמור, גרסתו של התובע, אף נתמכה בעדותה של הילה, אשר הייתה מהימנה ואמינה. הילה אישרה שהצדדים הסכימו לשתף פעולה בעניין מכירת הדירה.

23. טוען הנתבע שעדותה של הילה הייתה תחת לחץ ופחד מאיומי ב"כ התובע; אין לטענה זו על מה שתסמוך: הילה חזרה והדגישה כי לא הייתה נתונה לשום סוג של לחץ או איום מצדו של בא כוחו של התובע ואף הדגישה כי אם הייתה נתונה לאיום כזה או אחר היא הייתה פונה למשטרה. שנית, לא התרשמתי שעדותה הייתה מתוך חשש, לחץ או פחד. עצם העובדה שהילה עמדה לצאת את הארץ כדי להינשא בחו"ל, כשהיא לעצמה, אינה מבססת טענה כללית כי היתה נתונה בחשש מעיכוב יציאתה מהארץ. עוד יצויין כי לא סביר בעיני בית המשפט כי פלוני יעיד עדות שאינה נכונה בבית המשפט מחשש בעלמא כי יציאתו תעוכב. לו חששה כי כך הדבר, חזקה עליה שהיתה פונה בעניין לבית המשפט. לאור האמור – אינני מקבל את טענת הנתבע.

24. גרסתו של התובע משתלבת גם עם עדותו של פרופ' ברנע, שאישר כי חתם על ההזמנה עם הנתבע וזאת רק לאחר שיחת טלפון עם התובע שנערכה בנוכחות הנתבע עצמו.

25. מהעדויות ניתן ללמוד שהנתבע ידע שפרופ' ברנע הוא לקוחו של התובע; ראשית מעדותו של פרופ' ברנע עצמו, שציין שנכנס למשרדו של הנתבע וביקש לברר עמו מחירי דירות באזור. פרופ' ברנע אמר עוד: **"הוא [הנתבע] - ע.מ. אמר שיש לו קונה לדירה ואז אמרתי לו - וזאת אני זוכר היטב - שאני מיוצג על ידי מתווך דירות, ואם אני לא טועה אמרתי את שמו ושכלפיו יש לי מחויבות".**

26. כאמור, עדותו של פרופ' ברנע הייתה מהימנה בעיני, רציפה וברורה ואני נותן אמון מלא בדבריו ובגרסתו הקוהרנטית והעקבית. מר ברנע אישר שלאחר שהנתבע ביקש ממנו לחתום על התחייבות לשלם דמי תיווך, התקשר ממשרד הנתבע ושוחח עם התובע בעניין זה, והוא חתם על ההתחייבות רק לאחר שהקריא לתובע את המסמך והאחרון אישר לו לחתום על המסמך.

27. עדותו של פרופ' ברנע לא עורערה כלל, גם כשנשאל לגבי התביעה שהוגשה נגדו על ידי הנתבע בבית המשפט לתביעות קטנות ביחס למחצית האחוז שלא שילם לו. פרופ' ברנע העיד, בהגינות רבה, שסייר לשלם לנתבע את דרישת התשלום, אולם עשה זאת בסופו של דבר, לא מאחר והתחמק מתשלום מחצית האחוז אלא כי התכוון לשלם חלק זה לתובע, אולם בסופו של דבר שילם על מנת להמנע מההליך ומההתעסקות סביבו, מאחר וממילא התכוון לשלם את הסכום לאחד מהמתווכים. פרופ' ברנע העיד כי ידע ששני המתווכים שותפים בדמי התיווך ולכן, בסופו של דבר, שילם.

28. לאור ההתרשמות מהנתבע ומעדויותו, נראה לבית המשפט כי לא ניתן לקבוע כל ממצא עובדתי מדבריו, ולפיכך אין בידי בית המשפט לקבלה. לא יהיה זה מיותר לציין בהקשר זה למשל, שגרסתו הראשונה של הנתבע בכתב ההגנה (שנתמכה בתצהיר) אינה עולה בקנה אחד עם הגרסה בכתב ההגנה המתוקן (שאף הוא נתמך בתצהיר) - בכתב ההגנה הראשון ציין הנתבע כי אינו מכיר כלל את התובע ומעולם לא שוחח עמו בקשר לדירה (ראה סעיף 18), והנה בכתב ההגנה המתוקן מציין הנתבע שהתובע הופיע במשרדו שלו, שהציג עצמו כמתווך והזמין אותו לראות דירה והם אף ניגשו אליה יחדיו (ראה סעיפים 2,3 לכתב ההגנה המתוקן).

29. בין יתר הדברים עליהם העיד הנתבע, ציין את אופן רישום כרטיס הדירה במשרדו: **"אני אסביר, כשפתחתי את הכרטיס המתווך היה רשום אצלי כבעל הדירה, עם הטלפון שלו, כי בשבילי הוא בעל הדירה. לאחר שברנע היה אצלי שיניתי את כל הפרטים ורשמתי את ברנע"** (פרוטוקול הדיון מיום 7.10.08, עמוד 26, שורות 3-5). ראשית - הנתבע מאשר כי המדובר בדירה שהוצגה לו לראשונה על ידי התובע עצמו. סביר כי אם גרסתו לפיה התובע "הרים ידיים" וכי הוא "לא מטפל בדירה" נכונה, כי אז היה סוגר את כרטיס הדירה או מבטלו, היינו - היה נותן ביטוי לסיום הטיפול בדירה (מה טעם למתווך בפרטי נכס שאין עוד צורך בו?!). שנית, מגרסתו שלו עצמו נלמד כי הוא ידע כי המדובר באותה דירה ממש אותה הציג לו התובע. בנסיבות אלה - ראוי היה שהנתבע היה מגלה לפרופ' ברנע, שאמר לו שיש לו מתווך, כי המתווך כבר פנה אליו בעבר. גם מציון המילים של פרופ' ברנע בהזמנת התיווך של הנתבע "המתווך הבלעדי עלי" יש בו ללמד כי הנתבע ידע או למצער צריך היה לדעת כי הקשר בין התובע לפרופ' ברנע לא נותק.

30. במאמר מוסגר ולמעלה מהדרוש, אבקש להתייחס להתנהלות הנתבע כפי שהוצגה בעדותו, באשר לשינוי פרטי הנכס בכרטיס הלקוח במשרדו, ולקשיים שהיא מעלה:

א. בהמשך חקירתו הנגדית של הנתבע, בתשובה לשאלה האם נאמר לו על ידי פרופ' ברנע שהדירה אינה שלו (הוברר שהדירה בבעלות בנו וכלתו של פרופ' ברנע): **"אז רשמתי אותו כי את מי אני ארשום? אני לא צריך לבדוק מי הבעלים. אני צריך להוציא נסח על כל דירה שאני מקבל! זה הקונה צריך לבדוק. יש עורכי דין שעושים את החוזה."**
ובהמשך:

"ש. אני יכול לבוא אליך מחר ולהגיד לך שכלבו שלום שלי ואתה לא תבדוק, ותמכור?"

ת. אם יש מי שמוכן לקנות, כן."

(ראה פרוטוקול מיום 7.10.08, עמוד 26, שורות 7-12)

ב. סעיף 8 לחוק המתווכים קובע בזו הלשון:

"(א) מתווך במקרקעין יפעל בנאמנות, בהגינות ובדרך מקובלת, וימסור ללקוחו כל מידע שיש בידו בענין מהותי הנוגע לנכס נשוא עסקת התיווך.

(ב) במילוי תפקידו יפעל מתווך במקרקעין במימונות ובסבירות וינקוט אמצעים ראויים בנסיבות העניין, לקבלת מידע מהותי הנוגע לנכס נשוא עסקת התיווך."

עינינו הרואות, כי הסעיף מורה על דרך פעולה וחובה מקצועית, השונה מזו שהוצגה על ידי הנתבע בעדותו.

ג. חובתו של המתווך היא לפעול בנאמנות, הגינות ונקיטת אמצעים ראויים בנסיבות העניין, לקבלת מידע מהותי הנוגע לנכס נשוא עסקת התיווך.

על הנתבע היה לברר פוזיטיבית עם פרופ' ברנע מיהו הבעלים של הנכס, על מנת שיעביר את המידע השלם במלואו לצדדים שלישיים להם הוא מציג את הנכס.

זו החובה המפורשת המוזכרת בסעיף 8(ב) לחוק המתווכים, וזו חובתו גם על פי הלכת בית המשפט העליון בע"א 166/77 נסים דדון נ' ברוך אברהם, פ"ד לג (3) 365 (להלן: "פס"ד דדון").

ד. באשר לדברי הנתבע במהלך החקירה: "אני צריך להוציא נסח על כל דירה שאני מקבל! זה הקונה צריך לבדוק. יש עורכי דין שעושים את החוזה" - יובהר, כי לשיטת בית משפט זה, על מתווך להוציא נסח רישום לגבי כל נכס אותו הוא מקבל לטיפולו. המדובר בפעולה בסיסית הנדרשת והמצופה ממנו.

אכן, אין המתווך מהווה תחליף ליעוץ משפטי לבירור הזכויות ומצבן המשפטי, אולם על מנת לעמוד בחובתו מול הלקוח, עליו לעשות לכל הפחות זאת, וזאת על מנת למנוע מצב בו יבוא פלוני ויבקש למכור את כלבו שלום ומתווך יבקש למכור אותו "אם יש מי שמוכן לקנות".

ראוי לחזור ולהזכיר את דברי בית המשפט העליון בפס"ד דדון:

"בכל אלה פעל המתווך כשלוחו של הקונה. וממילא חלות עליו הוראות חוק השליחות, וביניהן החובה 'לנהוג כלפי השולח בנאמנות' (סעיף 8 לחוק); ומשהיפר חובתו זו 'זכאי השולח לתרופות הניתנות בשל הפרת חוזה' (סעיף 9). חובת נאמנות זו כוללת, בין היתר, את החובה לנהוג בזהירות סבירה במילוי שליחותו. בעניינינו, זהירות סבירה זו כוללת את החובה לבדוק אם זכאי ומוסמך המוכר למכור את הדירה, בדיקה שניתן לעשותה במאמץ קל על-פי ספרי המקרקעין. משהוסיף המתווך במו ידיו כי המוכר הוא הבעלים הבלעדיים של הדירה מבלי שטרם לבדוק נכונותה של עובדה מכרעת וחשובה זו לגורלה של העסקה, בוודאי שבכך היפר את חובת נאמנות שחב הוא כלפי שלוחו, היינו כלפי הקונה. משהיפר חובתו זו, קמה לקונה עילה לביטול החוזה שבינו לבין המתווך וזה האחרון אינו זכאי לדמי התיווך על-פי חוזה"

31. אם כן ולסיכום עניין זה, תפקידו של המתווך אינו מתמצה ב"הפגשה בתמורה בין שני צדדים או יותר, לשם התקשרותם בעסקה בזכות במקרקעין" (ראו הגדרת המונח "תיווך" בחוק המתווכים) אלא חלה עליו חובה לנהוג בנאמנות, בהגינות ובדרך המקובלת. המתווך הוא-הוא שלוחו של לקוחו כלפי אחרים, ודיני השליחות, לרבות חובת הנאמנות, חלים עליו.

חובת ההגינות והזהירות של מתווך מקרקעין, בהתאם להוראות חוק המתווכים והוראות הדין, אינה מתייחסת ליחסים שבין המתווך ללקוח בלבד, אלא ביחס למתווך ומי שאינו לקוחו. כלפי הלקוח קיימות למתווך חובות נוספות ומוגברות: "... וימסור ללקוחו כל מידע שיש בידו בעניין מהותי הנוגע לנכס נשוא עסקת התיווך".

32. וחזרה לעניינינו - כאמור גרסתו של הנתבע לא התקבלה. גם עמדתו כי התובע לא היה הגורם היעיל לעסקה, אינה מתקבלת, שהרי עת הוסכם בין הצדדים על שיתוף הפעולה וחלוקת הדמי התיווך, וחלקו של התובע למעשה הוא בהבאת הנכס לנתבע, הרי טענתו כי לא שימש הגורם היעיל לעסקה, אינה רלוונטית.

33. לסיכום: אני מקבל את גרסת התובע במלואה ולפיכך אני מקבל את התביעה ומחייב את הנתבע לשלם לתובע את סכומה, בסך 27,152 ₪ כשסכום זה ישא הפרשי ריבית והצמדה כחוק החל מיום הגשת התביעה (29.5.07) ועד למועד התשלום המלא בפועל. כמו כן אני מחייבו בהוצאות משפט וכן בשכ"ט עו"ד בסך 5,000 ₪ + מע"מ כדין.

המזכירות תשלח העתק פסק הדין לצדדים

ניתן והודע היום, ט"ז אדר תשס"ט (12.3.09), בלשכתי בהעדר הצדדים.

פסק הדין

1. לפני תביעה לתשלום דמי תיווך, ובקש מטעם הנתבע לעיון חוזר בהחלטתי לדחות בקשה קודמת למחיקת התביעה על הסף. במסגרת הבקשה הנדונה הוגשו תגובת המשיב-הנתובע; תשובת המבקש-הנתבע לתגובה; ובקשת המבקש-הנתבע להוסיף אסמכתא. מאז הגשתה של בקשה אחרונה זו לא התקבלה בקשה כלשהי מטעם המשיב-הנתובע להשלמת טיעון או להמצאת ראיה.
 2. ביסוד הבקשה עומדים מסמכים חדשים שקיבל המבקש מרשמת המתווכים, אשר לא נסתרו, מן המסמכים עולה כי המשיב-הנתובע לא החזיק ברישיון תיווך במועד הרלבנטי. לכאורה עולה מהתייחסותו של המשיב-הנתובע לטענת המבקש-הנתבע בעניין זה, ומן המסמכים שצירף, כי ניסה לטשטש עובדה זו על ידי המצאת מסמכים בדבר קבלת הרישיון ותשלום האגרה, שאינם רלבנטיים לתקופה הנדונה.
 3. בהחלטתי הקודמת מיום 13.2.07 התמקדתי בטענה בדבר היעדרו של מסמך נפרד בדבר הסכם הבלעדיות. לא התעכבתי על שאלת הרישיון, משום שהסתמכתי על התיעוד שצירף המשיב שלפיו, לכאורה, הוא מחזיק ברישיון מאז שנת 2000, תוך שאיני ער לאפשרות שהתקופה האמורה לא הייתה רצופה, ובעיקר כי לא כללה את התקופה הרלבנטית לעסקה מושא התביעה.
 4. בנסיבות אלה אני רואה משום צידוק לדון בשאלת המחיקה על הסף, מחמת היעדר רישיון תיווך בתוקף בתקופה הרלבנטית, במסגרת הבקשה החדשה.
 5. אכן, יישום דוקני של **חוק המתווכים במקרקעין** (החוק) עלול לגרור הפקעה של זכאות לדמי תיווך, חרף האפשרות כי קדמה להם עבודה רבה שאף נשאה פירות. אולם, זוהי גזירת המחוקק.
 - תכליתו של החוק היא להבטיח את תקינותו של העיסוק בתיווך, תוך נכונות מודעת להקריב על מזבחו של אינטרס ציבורי זה את האינטרסים הפרטיים הרגילים המוגנים על ידי חוקי החוזים ו**חוק עשיית עושר ולא במשפט**.
 6. כאשר ביקש המחוקק, בהקשר אחר, להבחין בין היעדרה של זכאות לרישיון לבין מצב זמני של היעדר תוקף לרישיון מחמת אי-תשלום אגרה בלבד - ידע לעשות כן.
- בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים**, סעיף 3(7), נאמר:
- "נפגעים אלה אינם זכאים לפיצויים לפי חוק זה:
- ...
- (3) מי שנהג ברכב כשאינו לו רישיון לנהוג בו למעט רישיון שפגע מחמת אי תשלום אגרה".
- לעומת זאת, בענייננו בולט היעדרו של סייג כאמור בהוראת החוק הרלבנטית [סעיף 14(א1)], כלהלן:
- "(א) מתווך במקרקעין יהיה זכאי לדמי תיווך מאת לקוח אם נתקיימו כל אלה:
- (1) הוא היה בעל רישיון לפי חוק זה בעת שעסק בתיווך או שחל עליו, באותה עת, פטור זמני בהתאם לאמור בסעיף 20".
- המסקנה המתבקשת היא כי אין זכאות לדמי תיווך בהיעדר רישיון בתוקף, תהא סיבת ההיעדר אשר תהא.
7. משהמבקש-הנתבע הראה שמהמשיב-הנתובע לא החזיק ברישיון במועד העסקה מושא תביעתו לדמי תיווך - דין התביעה לסילוק על הסף.
 8. לפיכך הבקשה למחיקת התביעה על הסף מתקבלת.
 9. בשים לב לכך שטיב השירות שנתן התובע לנתבע לא נדון לגופו, והתביעה סולקה על הסף בשלב המקדמי, מטעמי-סף, בטרם הוגש כתב הגנה, מחד-גיסא; ובשים לב לגילוי הלא-נאות שנהג המשיב-הנתובע בשאלת החזקתו ברישיון תקף במועד הרלבנטי מאידך גיסא - המשיב-הנתובע ישלם למבקש-הנתבע סך 3,500 ש"ח בצירוף מע"מ כשכ"ט עו"ד בתביעה.

ניתן היום, י"ב באייר, תשס"ז (30/04/2007), בלשכתי

תא"מ 09-02-4203 שמעון נ' סמיקון

פסק הדין

א. התביעה שלפניי עניינה תשלום דמי תיווך בגין עסקת מקרקעין.

הצדדים:

צחי שמעון (להלן: "שמעון" או "המתווך") ואסף ראם (להלן: "ראם") מנהלים משרד תיווך נכסי מקרקעין (להלן: "התובעים") ובמסגרת עיסוקם זה נוצר הקשר עם הנתבעת.

הנתבעת נליה סמיקון (להלן: "הנתבעת" או "הקונה") חתמה על כתב התחייבות לתשלום דמי תיווך לגבי נכס המהווה דירת מגורים ברחוב מגיני נגבה 3/4 בהרצליה (להלן: "הנכס") שהיה בבעלות משה ומיכל אמון (להלן: "המוכרים").

ב. רקע עובדתי ועובדות שאינן שנויות במחלוקת:

1. המוכרים מסרו את הדירה לתיווך בלעדי לתובעים.
2. הנתבעת הופנתה לתובעים לאחר שפנתה למוכרים כאשר זיהתה את מיקום הדירה מתוך תמונה של הדירה באינטרנט.
3. הנתבעת חתמה על הזמנת עבודה מהתובעים, המהווה את הסכם התיווך לגבי הדירה (להלן: "הסכם התיווך") ביום 30.6.2008.
4. המוכרים והנתבעת חתמו על זכרון דברים למכירת הדירה לנתבעת ביום 6.7.2008 במשרדי התובעים (להלן: "זכרון הדברים").
5. הנתבעת והמוכרים חתמו על נספח ה' לתצהיר עדות ראשית מטעם התובעים, לפיו התובעים לא היו שותפים לחתימת זכרון הדברים (להלן: "התצהיר").
6. במועד החתימה על זכרון הדברים רבצו על הדירה עיקולים ושעבודים לטובת צד ג אשר נרשמו בפנקס רשום המקרקעין. רישום זה לא צוין בזכרון הדברים.
7. הסכם המכר בין המוכרים לנתבעת נערך ביום 20.8.2008 רק לאחר שבאי כוח הצדדים, שעורבו בעסקה רק לאחר שנחתם זכרון הדברים, הביאו להסרת השעבודים והעיקולים.
8. הנתבעת קבלה את החזקה בדירה והדירה נרשמה על שמה בפנקס רישום המקרקעין.
9. הנתבעת סירבה לשלם לתובעים את דמי התיווך הקבועים בהסכם התיווך.

ג. תמצית טענות התובעים:

1. התובעים קבלו זכות בלעדיות לתיווך בעסקת המכר של הדירה ובתוקף זכותם זו הופנתה אליהם הנתבעת ע"י המוכרת.
2. הנתבעת חתמה על הסכם התיווך אשר מכוחו היתה חייבת היא לשלם לתובעים 2 אחוז מסכום התמורה, דהיינו סך של 26,179 ₪ מיד לאחר שנחתם זכרון הדברים.
3. המתווך זימן את הנתבעת והמוכרים לפגישה לצורך קידום המו"מ. במועד זה ניגש עם המוכרים והנתבעת לבקשת המוכר למשרדו של עו"ד אדיר לפיד במטרה שהאחרון יערוך זכרון דברים בין הצדדים. עו"ד לפיד היה מאוד עסוק ולכן בסופו של דבר יצאו הם ממשרדו עם טופס ריק של זכרון הדברים בלבד.
4. המתווך אפשר לצדדים לשבת במשרדו לסכם ולחתום על זכרון הדברים. בזמן שהצדדים ישבו במשרדו עסק הוא בעינינים שוטפים אחרים וביניהם מענה לטלפונים רבים. אף אחד מהתובעים לא היה מעורב בניסוח זכרון הדברים.
5. הצדדים חתמו על מסמך הכתוב בכתב ידה של המוכרת ולפיו התובעים לא נטלו כל חלק בעריכת זכרון הדברים (תצהיר – נספח ה' לתצהיר עדות ראשית של התובעים).
6. לתובעים לא היתה כל חובה לבדוק את נסח רשם המקרקעין (להלן: "הנסח") של הדירה ולא היתה עליהם כל חובה לציין

בפני הנתבעת מהו מצבה המשפטי של הדירה. חובה זו מוטלת על הקונה שיכולה להעזר בעו"ד. לאור האמור לעיל עמדו התובעים בהוראות חוק המתווכים ועל הנתבעת לשלם להם את שכרם.

ד. תמצית טענות הנתבעת:

1. אין מחלוקת על כי הנתבעת חתמה על הסכם התיווך.
2. לטענת הנתבעת, למרות שחתמה על הסכם התיווך ורכשה את הדירה פטורה היא מתשלום דמי התיווך לאור הפרת תנאי חוק המתווכים ע"י התובעים כפי שיפורט להלן:
- א. התערבות המתווך בעריכת זכרון הדברים הינו בניגוד לסעיף 12 לחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק המתווכים"). לטענתה, המתווך לחץ על הצדדים לפנות עימו לעו"ד אדיר לפיד ומשהאחרון לא יכול היה לקבלם לקח ממנו טופס של זכרון דברים וישב עם הצדדים למלאו. לאחר מכן הכתיב המתווך למוכרת את התצהיר לפיו לא היה שותף להכנת זכרון הדברים וביקש מהצדדים לחתום עליו. הנתבעת שאינה מעורה בריא החוק חתמה כמבוקש.
- ב. התובעים לא מסרו לנתבעת את המידע הרלוונטי והמהותי אודות הנכס לפני שחתמה על זכרון הדברים וזאת בניגוד לחובה המוטלת אליהם לפי סעיף 8 לחוק המתווכים. רק לאחר חתימת זכרון הדברים ולאחר שהנתבעת פנתה לעורך דינה אשר בדק את מצבו של הנכס אצל רשם המקרקעין, התברר כי רובצים עליו עיקולים ושעבודים. לו היתה הנתבעת יודעת זאת מבעוד מועד לא היתה חותמת על זכרון הדברים לפני הסדרת עניינים אלו, כשם שלא חתמה על הסכם מכר לפני שהענין נפתר. בנסיבות אלו לא זכאים התובעים לדמי תיווך.

ה. השאלות השנויות במחלוקת:

1. האם היה המתווך שותף לעריכת זכרון הדברים ויש להחיל עליו את הוראות סעיף 12 לחוק המתווכים לפיו מאבד הוא את זכאותו לדמי התיווך בגין עסקה זו.
2. מהו דינו של התצהיר נספח ה' לכתב התביעה לפיו התובעים לא היו שותפים לעריכת זכרון הדברים.
3. האם מסר המתווך לנתבעת את המידע הנדרש על פי סעיף 8 לחוק המתווכים. וביתר פירוט - האם קיומם של שעבודים ועיקולים על הנכס הוא חלק מהמידע שעל המתווך למסור לקונה.

ו. דיון:

1. זכרון הדברים

מעורבות המתווך בעריכת זכרון הדברים לאור סעיף 12 לחוק המתווכים הקובע:

12. "איסור פעולות משפטיות

מתווך במקרקעין ולא ייצג לקוח במשא-ומתן משפטי לקראת עריכת מסמך כזה; מתווך המפר הוראת סעיף זה לא יהיה זכאי לדמי תיווך. הוראה זו אינה באה לפגוע בחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961" (להלן: "סעיף 12").

מבחינה משפטית, מדובר בהוראת חוק קוגנטיבית ואין לצדדים את הזכות להתנות עליה.

הוראת החוק הינה חד משמעית וכך גם הסנקציה הקבועה לצידה לפיה מאבד המתווך את זכאותו לדמי תיווך.

הפסיקה דנה בסוגיה זו בשורה של פסקי דין. סגנית הנשיאה כבוד השופטת ורדה אלשייך קבעה

בר"ע (תל-אביב-יפו) 2905/00 - יצחק מאיר נ' עירית קובלנסקי, תק-מח 2001(2), 22691 (2001):

"חוק המתווכים שייך, בין היתר, למערכת של חוקי הגנת הצרכן, ונוצר בכדי להגביל את כוחם העדיף של המתווכים על פני מוכרי הדירות בכח מיקוח, ידע, נסיון ותחכום משפטי, המתבטא בחוזים אחידים בהם מכתבים המתווכים את רצונם. החוק נועד להשליט נורמות של הגינות, ולדאוג, בין היתר, כי רק מתווך שתרם בפועל למכירת הדירה יקבל את שכרו.

11. היות ומדובר על מערכת יחסים לא שיוויונית המבוססת על חוזים אחידים, ההנחה המתבקשת לגבי החוק הבא לאזנה היא כי מדובר על חוק קוגנטי, שבהעדר הוראה ספציפית בלשון אחד מסעיפיו (התקפה לגבי אותו סעיף בלבד) לא ניתן להתנות עליו ע"י חוזה - ולכך בדיוק כיוון בימ"ש קמא בפסק דינו. שהרי, אם ניתן היה להתנות

על החוק בחוזה, היה האחרון נהפך פלסטר, שהרי המתווכים, שהינם "הצד החזק" המסוגל להכתיב את החוזים בינם לבין הצרכנים, היו מתחילים עד מהרה להתנות באופן קבוע ובסיטונות על כל סעיפי החוק שנועדו להגבילם ולהגן על הצרכן."

התובע מצידו ציטט מספר פסקי דין הקובעים שיש לפרש את סעיף 12 על דרך הצמצום דווקא לאור הסנקציה "הדרקונית" הקבועה בו (ראה: ת.א. (כ"ס) 5778/07 **שרעבי נ' פאי ר.ש יזמות ונדל"ן בע"מ** (פורסם בנבו)).

2. ישום עקרונות אלו במקרה הנדון:

אין מחלוקת בין הצדדים כי הצדדים עזבו את משרדו של עו"ד לפיד עם טופס זכרון דברים ריק.

אין גם מחלוקת כי זכרון הדברים נחתם במשרדו של המתווך וללא עו"ד.

המחלוקת העובדתית שבין הצדדים מתמקדת לדינמיקה שהיתה בין המתווך לצדדים עד שהתקבל זכרון הדברים, והמחלוקת העיקרית מתיחסת לעצם עריכתו של זכרון הדברים.

לענין הדינמיקה שהיתה בין הצדדים עד לקבלת זכרון הדברים - אינני רואה בכך ענין מהותי לצורך ההכרעה האם להחיל את סעיף 12 אם לאו.

המחלוקת העיקרית היא כאמור דרך עריכתו של זכרון הדברים. ממכלול העדויות שנשמעו בפניי עולה התמונה לפיה ישב המתווך עם הצדדים וערך יחד איתם את זכרון הדברים.

בעת עריכת זכרון הדברים נכחו במשרדו של המתווך הנתבעת והמוכרים, שתיהן העידו בפניי והתרשמתי שלא היו להן הכלים הנדרשים לעריכת זכרון הדברים ללא עזרת המתווך. הנתבעת היא עולה חדשה שעדיין לא רכשה את השפה הנדרשת לעריכת מסמכים משפטיים והתרשמתי כי גם המוכרת לא היתה מסוגלת לכך.

לאחר ששמעתי את עדותה גם אני התרשמתי שלא היה בכוחה לנסח מסמך משפטי כלשהוא ובוודאי שלא את התצהיר או להשלים בכוחות עצמה את הנתונים הנדרשים בזכרון הדברים.

הן המוכרת והן הנתבעת היו אמינות עלי בתיאור הליך עריכת וחתימת זכרון הדברים וכך התיאור נשמע מפיהן:

הדברים מפי המוכרת, מיכל אמון:

"ש. זה הזיכרון דברים שאתם ערכתם בכתב ידך, המידע שבו איך ידעת מה לכתוב

ת. ישבתי ליד צחי והוא אמר לי מה לכתוב, לא ידעתי מה לכתוב"

(פרוטוקול דיון 30.9.09 בעמ' 16, שורה 14)

ובהמשך:

"ש. מי ניסח את המסמך - לשאלת ב.ה.

ת. אני עם צחי, אני לא יודעת לנסח כלום"

(פרוטוקול דיון 30.9.09 בעמ' 17, שורה 18)

הדברים מפי הנתבעת:

"ש. זיכרון הדברים נערך ע"י מיכל?

ת. כן בהנחיה של צחי

ש. שאלת ב.ה. - מה ז"א בהנחיה של צחי?

ת. אמרנו לה שאנו לא מנוסים, בקניית דירה הונחנו ע"י עו"ד שלנו ואין לנו מושג, הוא אמר יש לי ניסיון אני מוכר הרבה דברים אני יודע את החלוקה, כשהוא אמר תשלום ראשון 120 אמרתי לו זה לא יותר מדי? הוא אמר שלא, היה לו מקום מאוד צר, הוא ישב בפניה עם מחשבון, והוא אמר לנו בדיוק את החלוקה כי לא ידענו אחוזים

ש. אז כל מה שכתוב בזיכרון הדברים צחי מכתוב ומיכל כותבת

ת. כן"

(פרוטוקול הדיון מיום 30.9.09 בעמ' 12, שורה 2).

המתווך לעומתן, ניסה להסביר שהיה עסוק במענה לטלפונים וכי נידב את משרדו כאכסניה לצדדים לעריכת זכרון הדברים לאור צרונם לסיים את העסקה עוד באותו ערב, ובדבריו:

"אמרתי להם שאני לא מעורב כהוא זה אם הסרוצים לעשות את זה אצלי במשרד"

(פרוטוקול עמוד 6 שורות 31,32)

אני כאמור, מעדיפה את גרסת הנתבעת והמוכרת שבמכלול הנסיבות עשו עלי רושם מהימן ואשר תארו את המעמד כפי שהיה.

3. טענה בעל פה כנגד ראיה בכתב

המתווך תולה יהבו בתצהיר - נספח ה' הלא הוא המסמך עליו חתמו הנתבעת והמוכרת ולפיו המתווך לא היה מעורב בעריכת זכרון הדברים.

לטענת התובעים אין לקבל את עדויות המוכרת והנתבעת כנגד התצהיר לאור סעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותמני (להלן: "סעיף 80") הקובע שרק במקרים חריגים תתקבל עדות בע"פ כנגד מסמך בכתב והמקרה הנדון אינו בגדר אחד החריגים המוזכרים בו.

סעיפים 80-82 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותמני הינם משרידי האחרונים של המשפט העותמני ששלט בארץ בתקופת השלטון התורכי.

בספרו של שופט בית משפט העליון (בדימוס) יעקב קדמי "על הראיות - חלק שלישי" מצוטט בעמוד 1266 נוסח התרגום המחייב כפיר שנקבע בע"א 62/52 כדלקמן:

"תביעות (או: טענות) הנוגעות לכל מיני התחייבויות, הסכמים, שותפות, קבלנות או הלוואה, שמקובל ונהוג לקבוע במסמכים והעולות על אלף גרוש, צריכות להיות מוכחות במסמך (סנד)"

עד כאן הרישא והסיפא:

"טענה הנתבעת נגד מסמך בהוגע לעניינים האמורים, אפילו אם איננה עולה על אלף גרוש, צריכה להיות מוכחת על ידי מסמך או על ידי הודאתו או פנקסו של הנתבע"

במקרה הנדון בפניי המסמך הרלוונטי הוא תצהיר החתום על ידי הנתבעת והמוכרים ואשר איננו בגדר המסמכים הכלולים ברישא של סעיף 80 ולכן גם לא חלה עליו הסיפא ודין טענה של התובעים להידחות.

כפי שמסכם זאת כבוד השופט קדמי בספרו בעמוד 1277:

"לסיכום: הרישא לסעיף 80 חלה, אפוא, רך ורק לגבי הפעולות המשפטיות הנקובות בה; ואשר נתמלא לגביהן התנאי ש"מקובל ונהוג" לעשותן במסמך שבכתב".

לאור האמור לעיל טענה זו של התובעים נדחת.

4. חובת הגינות וזהירות

מידע רלוונטי ומהותי שעל המתווך למסור לאור סעיף 8 לחוק המתווכים הקובע:

8. "חובת הגינות וזהירות"

(א) מתווך במקרקעין יפעל בנאמנות, בהגינות ובדרך מקובלת, וימסור ללקוחו כל מידע שיש בידו בענין מהותי הנוגע לנכס נשוא עסקת התיווך.

(ב) במילוי תפקידו יפעל מתווך במקרקעין במיומנות ובסבירות וינקוט אמצעים הראויים בנסיבות הענין, לקבלת מידע מהותי הנוגע לנכס נשוא עסקת התיווך.

(להלן: "סעיף 8").

לטענת הנתבעת, המתווך לא יידע אותה על קיומם של עיקולים ושעבודים הרשומים על הדירה. הטיפול בהסרת העיקולים והשעבודים גרר אותה להוצאות נוספות וגרם לה למתח ועוגמת נפש שכן עד שהענין הוסדר היתה היא כבולה מחד בזכרון הדברים ומאידך לא חתמה על הסכם מחייב לגבי העסקה.

המתווך לעומתה טען שאין זו מחובתו לבדוק את מצבם המשפטי של הנכסים המוצעים על ידו למכירה וכי אין זה הגיוני לדרוש ממנו להוציא נסח מרשם המקרקעין לגבי כל דירה במאגרו.

להלן חלק מעדותו של התובע שמעון:

"ש. אתה לא מוציא נסח מטאבו - לשאלת ב.ה.

ת. לא. אני לא חושב שזה חשוב

ש. היית רואה שיש צו כינוס נכסים

ת. זה לא תפקידי, אני לא עו"ד, יש עו"ד לנושא הזה."

(פרוטוקול דיון מיום 30.9.09 בעמ' 4, שורה 20).

לטענתו, זו היתה חובתה של הנתבעת לבדוק וחובת המוכרים ליידע.

בנוסף לאמור לעיל טוען המתווך שהנתבעת יכלה לבטל את זכרון הדברים למחרת בבוקר כאשר הדבר התגלה ולא עשתה כן כי היתה מעוניינת בעסקה.

מסכימה אני עם המתווך שחובת הבדיקה חלה גם על הקונה (הנתבעת) וחובת היידוע חלה על המוכרים. אין בחובות אלו משום גריעת חובתו של המתווך למסור "מידע מהותי" כאמור בסעיף 8 לחוק המתווכים.

קיומם של שעבודים ועיקולים הוא מידע מהותי לכל הדעות, שכן טעון בו פוטנציאל היכול לטרפד את העסקה במקרה הטוב, ובמקרה הגרוע יותר אף לגרום לנזקים חמורים לקונה אם הדבר לא התגלה לו לפני תחילת ביצוע העסקה, קרי ביצוע התשלומים.

בנסיבות מקרה זה הייתה זו מחובתו של המתווך, במסגרת החובות המוטלות עליו לפי סעיף 8, להוציא נסח לפני החתימה על זכרון הדברים, במיוחד לאור העובדה שזכרון הדברים לא נחתם אצל עו"ד. המתווך היה צריך לכל הפחות להפנות את תשומת לבה של הנתבעת לצורך בבדיקת הנסח תמורת תשלום ההוצאות הכרוכות בכך.

במקרה הנדון, העידה המוכרת שהמוכרים ידעו את המתווך בדבר הקשיים הכלכליים ורישומם של עיקולים (סעיף 10 לתצהיר עדות ראשית של המוכרת), כך שבוודאי שהיה על המתווך ליידע על כך את הנתבעת.

יתכן והנתבעת יכלה לבטל את זכרון הדברים לאחר שהדבר נודע לה והסברה בנדון לא הניח את דעתי, אך אין בכך בכדי להמעיט מחובת היידוע, החלה על המתווך. טענה זו יש בה משום הגנה מתביעה בגין נזק שנגרם לנתבעת, אם נגרם, ומאחר ותביעה שכזו לא הוגשה אין היא מעניינינו.

התרשמתי שהעסקה יצאה לפועל תודות לפעולתם הנחושה והמשותפת של באי כוח הנתבעת והמוכרים ועל כך יבורכו.

ז. סוף דבר:

לאחר ניתוח העדויות והראיות שהובאו בפניי אני מגיעה למסקנה כי המתווך פעל בניגוד להוראות חוק המתווכים בסעיף 12 עת נכח בעריכת זכרון הדברים מחד, ומאידך לא עשה את המוטל עליו לפי סעיף 8 לחוק המתווכים, עת לא מסר את המידע הרלוונטי שהיה ידוע לו או היה צריך להיות ידוע לו בדבר העיקולים והשעבודים. בהתאם לחוק המתווכים בנסיבות אלו נשללת מהמתווך זכאותו לדמי התיווך.

לאור האמור לעיל אני דוחה את התביעה.

התובעים ישלמו לנתבעת הוצאות ושכר טרחת עו"ד בסך של 3,000 ₪ כולל מע"מ.

המזכירות תשלח העתק מפקס הדין לצדדים.

ניתן היום, י"א שבט תש"ע, 26 ינואר 2010, בהעדר הצדדים.

תא"מ 12-11-56881 שבט אפרים בע"מ ואח' נ' בר שדה

פסק הדין

השאלה המרכזית שבמחלוקת בתיק זה, הינה האם זכאי מתווך מורשה לקבלת דמי תיווך, כאשר עובד מטעמו, שאיננו מתווך מורשה, ביצע פעולות רבות מול הקונה בכוח ומי מטעמה, וכאשר המתווך המורשה לא היה כלל בקשר ישיר עם הקונה.

מבוא, השתלשלות העניינים וטענות הצדדים בתמצית

1. התובעת 1 הינה חברה פרטית, אשר מעניקה שירותי תיווך במקרקעין, תחת המותג "הומלנד - בית ממכר נכסים". התובע 2 הינו מנהל ובעל מניות בתובעת 1, והינו מתווך מורשה למתן שירותי תיווך במקרקעין.
2. בתביעה נטען כי הנתבעת קיבלה מאת התובעים שירותי תיווך לצורך רכישת דירה ברח' יוסף קארו 28, ת"א (להלן - הדירה). זאת, לאחר שהוצעו לה שתי דירות, ע"י מי שכונה בכתב התביעה "עובד התובעת 1" וכן "עוזר" של התובע 2, מר ארבל המרמן (להלן - ארבל).
3. לשיטת התובעים, אותו ארבל שוחח עם הנתבעת, תיאם עמה פגישה והראה לה את הדירות הנ"ל, וזו הודיעה לו כי היא מעוניינת בדירה, ואף ביקשה לקבוע פגישה נוספת ביחד עם אביה. יצויין שטרם הראה ארבל את הדירה לנתבעת, החתים אותה על הסכם למתן שירותי תיווך המתייחס לשתי הדירות שהוזכרו, גם יחד (נספח א לכתב התביעה; להלן - ההסכם).
4. עוד צוין בכתב התביעה, כי הנתבעת הודיעה לתובעים שתראה את הדירה פעם נוספת בגפה, ללא השתתפותם, וכך יצרה קשר עם מוכר הדירה.
5. בהמשך, העבירה הנתבעת לתובעים הצעת מחיר ע"ש שני מיליון ש"ח, כולל דמי תיווך ומע"מ (נספח ב' לכתב התביעה). לשיטת התובעים, הנתבעת ואביה סירבו להפריד בין הסכום המוצע עבור הדירה ובין שכ"ט המתווך, ולכן התובעים החליטו לא להעביר את ההצעה למוכר. לבסוף הועברה ההצעה למוכר, אך הוא לא קיבל אותה.
6. בשלב מאוחר יותר הודיעו הנתבעת ואביה לתובעים כי הם לא מעוניינים בדירה, ובסמיכות למועד זה הודיע המוכר לתובעים כי הוא לא מעוניין בשירותיהם, ולבסוף נודע לתובעים כי הדירה נרכשה ע"י הנתבעת תמורת 2 מיליון ש"ח, וזאת מעיון בנסח לשכת רישום מקרקעין (נספח ג' לכתב התביעה).
7. לפיכך עותרים התובעים לחיוב הנתבעת בדמי התיווך, שהועמדו בהסכם על 2% בתוספת מע"מ, וכן בפיצוי המוסכם הקבוע בסעיף 7 להסכם, ובסה"כ 70,200 ₪.
8. בתצהיר התומך בבקשת הרשות להגן, שהפך לכתב הגנה, מודה הנתבעת כי הקשר הראשוני נוצר באמצעות ארבל וכי רכשה את הדירה כנטען, אך משליכה את יהבה על טענה מרכזית, ולפיה ארבל לא היה מתווך מורשה בזמנים הרלוונטיים לחתימת ההסכם ולפעולות התיווך, דבר שאינו שנוי במחלוקת (ראה עמ' 1 לפרוטוקול מיום 17.03.13).
9. לשיטתה של הנתבעת, חל איסור מוחלט על אדם לעסוק בתיווך במקרקעין, אלא אם הוא בעל רישיון בתוקף, ואין זכאות לקבלת דמי תיווך ללא רישיון לתיווך במקרקעין. הנתבעת מוסיפה כי כל ההתנהלות הייתה מול ארבל בלבד, וכי לא נפגשה, שוחחה או הייתה בקשר כלשהו עם התובע 2.
10. הנתבעת מוסיפה כי בכל מקרה, התובעים לא היו הגורם היעיל לביצוע העסקה, אשר נכרתה בינה לבין המוכר בקשר לדירה.

האקלים המשפטי הרלוונטי

10. סעיף 2(א) לחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו - 1996 (להלן - חוק המקרקעין), קובע כך:

"לא יעסוק אדם בתיווך במקרקעין, אלא אם הוא בעל רישיון..."

סעיף 13 לחוק המתווכים במקרקעין, מורה אותנו כי:

"אדם לא יעסיק אדם אחר בתיווך במקרקעין, אלא אם כן המועסק הוא בעל רישיון לפי חוק זה; סעיף זה לא יחול לגבי העסקת אדם בתפקיד מנהלתי".

סעיף 14 לחוק המתווכים במקרקעין, קובע כי אחד התנאים לזכאות בדמי תיווך הינו שהאדם אשר ביצע את פעולות התיווך הינו – **"בעל רישיון לפי חוק זה בעת שעסק בתיווך..."**.

11. בסיכומיהם טוענים התובעים כי פעולותיו של ארבל היו פעולות מנהלתיות, וכי בכל מקרה, כל פעולותיו היו תחת הנחיה והדרכה של התובע 2, שהינו מתווך מורשה, בהיותו עוזר אישי ומתמחה שלו.

חשוב להדגיש כבר עתה, כי המונח "מתמחה" אינו נזכר ולו בחצי מילה בחוק המתווכים במקרקעין, ואין כל תקופת התמחות הנדרשת ממי שחפץ להיות מתווך מורשה במקרקעין, בניגוד למקצועות אחרים שתקופת ההתמחות לגביהם הוסדרה בחקיקה, דוגמת רואי חשבון, עורכי דין, שמאים ועוד.

12. כאן המקום לומר, כבר עתה, מספר מילים על תכליתו ומטרתו של חוק המתווכים במקרקעין, שכן לטעמי הקביעה אם פעולותיו של ארבל היו מנהלתיות אם לאו, נגזרת גם מבחינתן של תכליות ומטרות אלה.

13. בדברי ההסבר להצעת חוק המתווכים במקרקעין, תשנ"ב – 1992, מס' 2136 (להלן – **הצעת החוק**), צוין כך:

"השירותים שאותם נותן המתווך, הם בעלי ערך גורלי לרוכשי הדירות, שכן במרבית המקרים ההשקעה מהווה את עיקר הסכונותיו ורכושו. במקרה כזה מוצדק לדרוש ממציע השירותים רמה מקצועית ורמת אמינות גבוהה... הצורך בקבלת חוק שיסדיר את העיסוק במקצוע התיווך במקרקעין ושיעניק את ההגנה המתאימה לרוכשים בכוח, קיים גם ברמה העקרונית וגם כצו השעה" (עמ' 388).

14. כידוע, הצורך בחקיקה חשובה זו התעורר על מנת למנוע תופעות של "חאפרים" וכדי להשליט סדר באנדרלמוסיה ששררה בתחום זה (ראה למשל ת"א (שלום ת"א) 18511/03 **סמואל מודל בע"מ נ' קנדל**, 15.04.04).

15. ואכן, מתווכים במקרקעין נדרשים לעבור בחינות שונות טרם הסמכתם כמתווכים, וביניהם: חוקי החוזים השונים, דיני תכנון ובניה, חוקי המקרקעין, חוק שמאי מקרקעין, חוק הגנת הצרכן, חוק מקרקעי ישראל, חוק המכר (דירות), מיסוי מקרקעין ועוד רשימה ארוכה של חקיקה, פסיקה ועניינים שונים (ראה תקנות המתווכים במקרקעין (נושאי בחינה), תשנ"ז – 1997).

16. יש לבחון אפוא את השאלות העובדתיות והמשפטיות הניצבות בפניי, באספקלריה של הוראות הדין כפי שפורטו לעיל.

הראיות שהוצגו והממצאים העובדתיים העולים מהן

17. מטעם התובעים העידו התובע 2 וארבל. כמו כן העידה הנתבעת עצמה וכן אביה, מר אברהם בר שדה.

18. תחילה לעדותו של התובע 2. בתצהירו נקט התובע 2 בלשון רבים בכל הנוגע למגעים מול הנתבעת. ניתן היה להתרשם מתצהירו כאילו הוא היה מעורב אישית במגע מול הנתבעת 2. כך למשל, בסעיף 2 לתצהיר צוין שבתאריך מסוים "יצרה הנתבעת קשר טלפוני עם התובעים". כך למשל בסעיף 25, כאשר מתוארת פניה לנתבעת, נרשם כי "פנינו לנתבעת". כך למשל, בסעיף 19 לתצהיר, צוין כי "בחרנו להציע לנתבעת ולמוכר הנחה בשכר טרחתם..."

19. **בחקירתו הודה התובע 2 כי לא בא במגע ישיר עם הנתבעת באופן כלשהו.** התובע 2 הודה, שלא נכח במעמד החתימה על ההסכם, וכי לא הציג לנתבעת את הדירה, שכן לשיטתו איחר לפגישה (עמ' 5 לפר' ש' 25-22).

20. עוד הודה התובע 2, כי ארבל הוא זה שהעביר לנתבעת את הצעת המחיר, אם כי בהנחייתו, וכי ארבל הוא זה שגם מסר במסרון לנתבעת את תגובת המוכר, לבקשתו (שם, ש' 30-26).

כאשר נשאל האם נכון שמעולם, למעט בדיון, לא פגש את הנתבעת, השיב "נכון" (שם, ש' 32-31).

כאשר נשאל בהמשך האם נכון שלא שוחח עם הנתבעת, השיב בתחילה שאיננו זוכר, אך בהמשך התשובה ולאחר שבית המשפט הפנה אליו את השאלה, שינה את טעמו ואמר "לשאלת בית המשפט אם אני זוכר או לא אם שוחחתי איתה, אני מניח שלא. עיקר ההתנהלות שלי הייתה מול המוכר..." (עמ' 6 תש' 4-1).

21. דבריו אלה של התובע 2 תואמים את עדותו של ארבל, אשר אישר חד משמעית שהוא זה שהחתיים את הנתבעת על ההסכם, הציג לה את הדירה, מסר לה לגביה פרטים, העביר לה את טופס הצעת המחיר וקיבל אותו בחזרה (עמ' 2 לפר' ש' 24-13).

בהמשך אישר ארבל כי העביר לנתבעת במסרון שאיננו יכול להעביר את ההצעה למוכר כיוון שהיא כוללת דמי תיווך, ואכן לא העבירה, בהנחיית התובע 2, וכן אישר כי ניהל עם הנתבעת התכתבות שוטפת באמצעות מסרונים (עמ' 3 לפר' ש' 7; כן ראה נספחים ג' – ו' לתצהיר הנתבעת).

עוד ציין ארבל בסעיף 15 לתצהירו כי אמר לנתבעת ולאביה כי הכללת דמי התיווך במחיר המוצע לא מקובלת על המוכר.

אציין כי בסעיף זה בתצהיר נקט ארבל לשון "רונן ואני", אך התובע 2 הודה כאמור כי לא בא במגע ישיר עם הנתבעת ואביה וגם ארבל הודה שהוא זה שהעביר את עמדת המוכר לנתבעת (עמ' 3 לפרוטוקול, ש' 1 - 2).

22. צא ולמד, אין מחלוקת בין כל המעורבים בדבר, כי **היחיד** שעמד בקשר מכל מין וסוג שהוא עם הנתבעת, היה ארבל.

בהקשר זה ראוי לציין את טענתו החוזרת ונשנית של התובע 2, שהקפיד בתצהירו ובעדותו להדגיש כי כל אשר עשה ארבל היה בהנחייתו, בפיקוחו ובהדרכתו, דברים שנתמכו גם על ידי ארבל.

ראה למשל עדות ארבל בעמ' 3 לפר' ש' 5 ושי' 29-31, עמ' 4 ש' 25; כן ראה עדות התובע 2 בעמ' 5 ש' 27 ועמ' 7 לפר' שורה 19. לכך אתייחס להלן.

23. המסקנה העובדתית הינה, איפוא, כי כל הפעולות שבוצעו, ככל שהדברים נוגעים לנתבעת, בוצעו ע"י ארבל בלבד.

כלום פעולותיו של ארבל הינן "תיווך במקרקעין"?

24. המונח תיווך במקרקעין מוגדר בחוק המתווכים במקרקעין כך:

"הפגשה בתמורה בין שני צדדים או יותר, לשם התקשרותם בעסקה בזכות במקרקעין".

25. פשיטא, מתווך במקרקעין אמור לפעול הן מול המוכר והן מול הקונה, לגרום להפגשתם ולהוות הגורם היעיל לכריתת העסקה, על מנת להיות זכאי לדמי תיווך (בנוסף כמובן לחובת עריכת הסכם בכתב).

26. התובע 2 טוען כי התובעים פעלו מול המוכר (ועל כך להלן), וכן פעלו מול הנתבעת, אם כי לגביה, באמצעות ארבל, בהנחייתו. כפי שצוין ברישת פסק הדין, יש לבחון את מהות פעולותיו של ארבל, והאם הן מהוות פעולות מנהלתיות אם לאו.

27. לאחר שהפכתי בדבר, סבורני כי פעולותיו של ארבל הינן פעולות תיווך במקרקעין גרידא.

28. תמצית תפקידו ותפקודו בפועל של מתווך במקרקעין, הינה יצירת קשר טלפוני עם הלקוח, ובמקרה של קונה, הצגת הנתונים הנוגעים לנכס, הצגתו הפיזית, העברת הצעת המחיר מהקונה למוכר וסיוע במשא ומתן וכיוב, עד להשלמתה המוצלחת של העסקה בחתימת חוזה.

כל הפעולות שצויינו לעיל, ובכלל, בוצעו - מול הנתבעת - רק על ידי ארבל. כל אותה "הפגשה" שהינה לב ליבה של פעולת התיווך, בוצעה על ידי ארבל.

29. ניתן ללמוד על כך שאותה הפגשה הינה השלב הקריטי מבחינת המתווך, על הנוהג שקיים בהקשר זה, שהתבטא אף בתיק שבפניי, לפיו המתווך (מורשה או שאינו מורשה) מקפיד להחתים את הקונה הפוטנציאלי על הסכם התיווך בקרן הרחובות הסמוכה לנכס המוצע, מבלי לגלות את כתובת הנכס בשלב זה, טרם הצגת הנכס וההפגשה עם המוכר. מובן אפוא כי אותה הפגשה הינה שלב חשוב ומרכזי בפעולת המתווך.

30. ככל שהדברים נוגעים לקשר מול הנתבעת, אינני מעלה על דעתי פעולות נוספות, מהותיות, שאמור האדם העוסק בתיווך לעשות, זולת הפעולות שביצע ארבל. פעולות אלה אינן נחשבות לטעמי פעולות מנהלתיות. ניתן להעלות על הדעת פעולות מנהלתיות בהקשר זה: קבלת טלפונים במשרד ע"י המזכירה, העברת פקסים במשרד התיווך לגורמים שונים, תיאום פגישות ע"י גורם מנהלתי בין הצדדים השונים.

31. לטעמי, קביעה כי הפעולות שביצע ארבל הינן פעולות מנהלתיות, תחתור תחת המטרות שכיוון חוק המתווכים במקרקעין להשיג בעת שנחקק.

אזכיר, כי כאמור בהצעת החוק, מטרתו הינה קבלת שירותים ברמה מקצועית גבוהה, על ידי מורשים שקיבלו הכשרה מתאימה ומניעת תופעת ה"חאפרים".

מתן הכשר למצב דברים לפיו "עוזרים למיניהם" מבצעים את כל או מרבית פעולות התיווך, כולל הצגת הנכסים, החתמה על הסכם תיווך, התערבות פעילה במשא ומתן וכי"ב, אם כי לפי הטענה תחת הנחיית המתווך המורשה, תוביל לעקיפה של הוראות החוק ולמדרון חלקלק, שסופו מי ישורנו.

32. טול דוגמא. מתווך מורשה בודד מפעיל משרד תיווך, ומעסיק בו עובדים רבים, "עובדי מנהלה" לשיטתו, ואלה מציגים נכסים, מגשרים במי"מ הכספי בין הצדדים, מחתימים על הסכמי תיווך, מוסרים מידע אודות נכסים ונותנים עצות שונות, ולמעשה מבצעים את כל או מרבית הפעולות המקצועיות, שאמור המתווך המורשה לבצע.

מצב דברים זה מרוקן את חוק המתווכים במקרקעין מתוכן, ומעמיד בסכנה את ציבור הלקוחות הרחב, אשר עלול להיפגע

משירות בלתי מקצועי בעניין שהינו "בעל ערך גורלי", כאמור בהצעת החוק.

אוסף כי ייתכן שגם בענייננו זהו מצב הדברים. בהסכם צוינו שלושה מתווכים מורשים בלבד, ביניהם התובע 2, אשר ציין בעדותו כי הוא "מנהל משרד שמונה כ-60 עובדים" (עמ' 6 לפר' ש' 27).

השאלה המתבקשת היא, האם כל אותם עובדים עוסקים בעבודה מנהלתית? אתמהה.

33. תימוכין למסקנתי זו ניתן למצוא בהצעת החוק. במקור, הוצע כי החוק יכלול סעיף שכותרתו "איש מכירות" (סעיף 7 המיועד), ונאמר בו כי "אדם כשיר לשמש כאיש מכירות אם נתמלאו בו כל אלה -

"(1) מלאו לו 21 שנה ביום הגשת הבקשה.

(2) הוא תושב מדינת ישראל.

(3) הוא סיים 12 שנות לימוד בבית הספר.

(4) הוא לא הורשע בביצוע עבירה שיש עימה קלון ב-5 השנים שקדמו להגשת הבקשה על פי חוק זה".

והנה, בנוסח החוק שעבר בכנסת, הושמט סעיף מוצע זה לגמרי ותחתיו בה סעיף 7 - שעוסק בערר לבית המשפט על סירוב הרשם ליתן רשיון. אציין כי גם סעיף זה בוטל בשנת 2005.

אגב, השוואה בין הסעיף שהוצע לגבי איש מכירות לבין סעיף 5 לחוק המתווכים במקרקעין, הקובע תנאי כשירות למתווך מלמד על מספר הבדלים, שהעיקרי בהם הוא הדרישה לעבור מבחנים לקבלת רשיון, שאינה מופיע כמובן לגבי איש מכירות.

צא ולמד: עצם החלטת המחוקק להשמיט את הסעיף בדבר איש מכירות לחלוטין, בצירוף החובה שנקבעה בחוק לעסוק, ולהעסיק, בתיווך, רק בעל רשיון, מלמדים כי המחוקק לא חפץ כי "עוזר" למתווך, שלא עבר את הבחינות ונמצא כשיר, יעסוק בפעולות תיווך תחת המתווך.

ממילא, לטעמי, ענין זה מוביל לפרשנות תכליתית מצמצמת של המונח "תפקיד מנהלתי" הנקבע בסעיף 13 לחוק המתווכים במקרקעין, כפי שציינתי לעיל.

34. ראוי להפנות למקרה דומה לענייננו שנדון בת"א 35980/04 (שלום ת"א) גורביץ נ' הראל, 18.01.05. אף במקרה זה פעלה עובדת ממשרד המתווכת מול הלקוח, ונקבע כי התביעה נדחית בשל כך שאותה עובדת לא הייתה בעלת רשיון תיווך (ראה עמ' 6 לפסק הדין; כן ראה ת"א 2624/04 (שלום ירושלים) פיקסלר נ' אדמון, 6.11.08, שם נקבעה קביעה דומה).

35. לא נעלם מעיניי פסק הדין אליו הפנה אותי ב"כ התובעים, שניתן בבר"ע (מחוזי ב"ש) 544/04 טויזר נ' סלומון, 22.06.04 (להלן - ענין טויזר). במקרה זה נקבע כי היקף עבודה של עובדי מנהלה במשרד מתווך מורשה, יכול וישתרע גם על פעולות של הבאת לקוחות לראות את הדירה, נוכחות בפגישות ועריכת מסמכים עבור משרד התיווך (סעיף 3 לפסק הדין).

מפסק הדין בענין טויזר לא ברור מה היה חלקו של המתווך המורשה במלאכת התיווך. דובר בבקשת רשות ערעור על פסק דין שניתן במסגרת של בית משפט לתביעות קטנות, כאשר צוין כי הערכאה הדיונית לא התייחסה לעדויות שהובאו בפניה לגבי חלקו של המתווך המורשה במלאכת התיווך ולסדרי העבודה במשרדו.

מקריאת פרוטוקול הדין עולה, שהיקף עבודתו של העובד שאיננו מתווך מורשה באותו משרד לא חרג מתחומי העבודה המנהלתית (סעיף 2 לפסק הדין), כאשר לא נאמר דבר לגבי השתתפות פעילה במשא ומתן בין הצדדים והעברת הצעות מחיר, כפי שעשה ארבל.

ראוי לציין גם כי פסק הדין שם נסוב אודות הליך, אשר בו דיני הראיות והפרוצדורה שונים בתכלית, בהיותו הליך בתביעות קטנות. במקרה שבפניי, ככל שהדברים נוגעים לקשר מול הנתבעת, העובדות ברורות, דהיינו כי לא היה למתווך המורשה, התובע 2, כל קשר עם הנתבעת.

כאמור, הפעולות שביצע ארבל השתרעו על כל שרשרת הפעולות בקשר מול הנתבעת, מתחילתה ועד סופה, וכללו גם פעולות שלא נמנו בסעיף 3 לפסק הדין בענין טויזר, כגון העברת הצעות מחיר, ניהול שיחות עם המוכר והקונה בקשר למוי"מ והמחיר המבוקש וכיו"ב. לא עולה מסעיף 3 לפסק הדין בענין טויזר כי יש לראות כמצב לגיטימי לפיו כל פעולות התיווך, מתחילתן ועד סופן, מבוצעות רק ע"י עובדי המנהלת, אפילו אם הן מבוצעות בפיקוח המתווך המורשה.

אגב, מובן כי התובעת 1, החברה, איננה ולא יכולה להיות בעלת רשיון תיווך, והזכאות לדמי תיווך מותנית כמובן בפעולות מתווך מורשה מטעמה. ראה ע"א 3455/06 (מחוזי חיפה) דה כהן בע"מ נ' אלון עמרם (28.8.07), שם נקבע כי אין מניעה ששרותי התיווך

ייעשו באמצעות תאגיד, אך פעולות התיווך צריך שיעשו ע"י מתווך מורשה.

לפיכך, מצב הדברים בתיק שבפניי שונה ממצב הדברים בעניין טוידר שצוין לעיל, שכן כאן הוברר לחלוטין חלקו של המתווך המורשה במלאכת התיווך מול הנתבעת, דהיינו העדר חלקו באופן מוחלט, לגבי כל שרשרת הפעולות מול הנתבעת.

ראה לענין זה מקרה דומה בתא"מ (אשדוד) 1331/09 בזנר נ' קצקה (7.1.13), אשר התייחס אף הוא לענין טוידר, וקבע כי אותו עובד לא ביצע פעולות מינהלתיות.

36. לענין פרשנות המונח פעולה מינהלתית, ראה גם תא"מ (ת"א) 151230/09 יחיא רביזדה נ' ישראל מזל טוב (2.3.10), שם נטען כי פעולות העובד היום מינהלתיות, שכן היה "נהג ועובד שלוקח לקוחות ומראה נכסים", אך טענה זו נדחתה כי הסתבר כי אותו אדם לא הסתפק בהבאת הלקוח אל הנכס אלא הוא גם זה שהציג את הנכס והחתים את הלקוח על טופס הזמנת שירותי התווך.

אציין כי עיינתי בפסק הדין בת.א. (שלום י-ם) 10650/07 לוינסון נ' טיחונוב (16.6.08), אליו הפנה התובע, ולטעמי עובדות המקרה בו שונות מענייננו, שכן שם פעולת ה"עוזרת" שאינה מתווכת מורשית הצטמצמה רק למתן כתובת הדירה.

טענת התובעים כי פעולותיו של ארבל בוצעו תחת הנחייתם ופיקוחם והטענה כי התובע 2 פעל מול המוכר

37. נוכח קביעות אלה, ברי כי יש לדחות את טענת התובעים כי פעולות ארבל בוצעו בהנחיית ופיקוח התובע 2. הדבר מתבקש מהוראת סעיף 13 לחוק המתווכים במקרקעין, האוסר על העסקה בתיווך של אדם שאינו מורשה וכן מסעיף 2(א) האוסר על אדם לעסוק בכך ללא רשיון.

38. מעבר לכך, קבלת טענה זו תפגע פגיעה קשה במטרות חוק המתווכים במקרקעין. לא יעלה על הדעת לקבוע כי פעולות התיווך יתבצעו על ידי מתווך מורשה ב"שלט רחוק", באמצעות אחר שאינו מורשה.

39. ממה נפשך: כיצד תבוא לידי ביטוי ההכשרה המקצועית של המתווך המורשה שעבר בחינות בדינים השונים, כפי שצויין לעיל" על ידי "הנחית" העוזר?

האם יעלה על הדעת לקבל טענת עורך דין, כי שלח לביצוע פעולה משפטית שיוחדה לעוה"ד, דוגמת ייצוג במשא ומתן לקראת כריתת חוזה או ייצוג בבית משפט, אדם שמכונה "עוזר" שלו, ודאג "להנחותו"?

האם תתקבל טענת רופא ששלח אדם ה"עוזר" לו, לבצע ניתוח בחולה, כאשר הרופא טוען שהנחה את העוזר? (כמובן שהדברים נאמרים בהסתייגות לגבי מתמחים רשמיים שפעולותיהם הוסדרו בחוק). מובן שלא. יפה תשובה זו גם לענייננו.

40. בהינתן האמור לעיל, ומשקבעתי כי הפעולות שבוצעו מול הנתבעת היו פעולות תיווך ולא פעולות מינהלתיות, והן בוצעו ע"י ארבל בלבד, הרי שהדבר נוגד את סעיף 13 לחוק המתווכים במקרקעין, וכן מביא לכך שנשללת מהתובעים הזכאות לדמי תיווך, שכן כל פעולות התיווך בוצעו ע"י אדם שאיננו מתווך מורשה.

41. כאן המקום להתייחס בקצרה לטענת התובע 2, כי פעל רבות באופן אישי מול המוכר. כפי שצינתי לעיל, בתצהיר נקט התובע 2 לשון רבים בקטעים הרלוונטיים, ולא היה ברור אם הפעולות בוצעו על ידו באופן אישי, הן כלפי המוכר והן כלפי הנתבעת.

בחקירתו העיד כי "עיקר ההתנהלות שלי הייתה מול המוכר, כדי להוריד מ-2,150,000 ₪ שהיה המחיר המבוקש, להצעה שהקונה העבירה" (עמ' 6 ש' 5-4).

42. כאשר נשאל ארבל מה כללה שיחתו שלו עם המוכר, אמר כי "הסברתי לו שהייתה הצעה על מחיר כזה וכזה, כולל תיווך, הוא לא הסכים להצעה" (עמ' 5 לפרוטוקול ש' 5). בהמשך הודה שלמעשה, שהדברים לא נאמרו לו ע"י המוכר אישית, אלא נמסרו על ידי האחרון לתובע 2 ישירות (עמ' 5 לפרוטוקול ש' 12-8).

43. תחילה אציין כי לטעמי, הפעולות שביצע התובע 2 מול המוכר, אינן מעלות או מורידות ככל שהדברים נוגעים לתביעה מול הנתבעת. אין להוציא מכלל אפשרות כי לתובעים עילת תביעה נגד המוכר, כמובן מבלי שאקבע מסמרות בדבר, אם יוכיחו את הדרוש הוכחה, בהנחה שהתובע 2, מתווך מורשה, הוא זה שפעל מולו. לכך אין נפקות, כאמור, לעניין חובתה או אי חובתה של הנתבעת לשלם דמי תיווך לתובעים.

44. מעבר לדרוש אוסיף, כי גם בעניין זה קיימים מספר סימני שאלה, שכן באופן בלתי מוסבר התובעים נמנעו מלהעיד את המוכר, דבר שיכול היה לשפוך אור על השתלשלות הדברים, ואין צורך להכביר מילים על משמעותה הראייתית של הימנעות מהעדת עדים רלוונטיים.

התובעים גם נמנעו מלהציג את תדפיסי המסרונים מהטלפון הנייד של התובע 2, אשר טען כי התכתב עם המוכר באופן אלקטרוני,

אך מכשיר ה"אייפון" שלו הוחלף (עמ' 7 ש' 16-14).

לא נראה כי הייתה מניעה טכנית להציג את אותם מסרונים או הודעות מייל, בפניה פשוטה לגורם הרלוונטי, דבר שהתובעים נמנעו מלעשות, אשר אומר דרשני ופועל לחובתם.

45. סיכמו של דבר, נוכח קביעותי העובדתיות והמשפטיות לעיל, סבורני כי התובעים אינם זכאים לדמי תיווך, באשר נותן שירותי התיווך לא היה בעל רשיון בעת הרלבנטית.

46. בנסיבות העניין ונוכח קביעות אלה, לא ראיתי מקום לדון בשאלה האם התובעים היו הגורם היעיל לביצוע העסקה, והאם הנתבעת, למצער, לא אפשרה להם לסיים את עבודתם בשל ניתוק המגע עמם.

אחרית דבר

47. מודע אנוכי לתחושה הקשה של התובעים, כפי שהופגנה במהלך הדיונים בתיק, אשר חשו כי הנתבעת מנסה לחמוק מתשלום דמי תיווך ע"י עמידה מדוקדקת על החובות והכללים הקבועים בחוק המתווכים במקרקעין. זכורני כי במקרים אחרים שנדונו בפניי עלו אותן תחושות, כאשר נעדר הסכם בכתב מול המתווך, כדרישת המחוקק, למרות שנטען, במקרים האחרים, שאותו מתווך היה הגורם היעיל לביצוע העסקה.

יחד עם זאת, תחושות לחוד והוראות החוק, פרשנותו ומטרותיו, לחוד.

התובעים היו יכולים למנוע מצב דברים זה, אילו היו מקפידים לביצוע הוראות החוק כלשונו, ומעסיקים במשרדם מתווכים מורשים בלבד, לצורך ביצוע פעולות תיווך, ולא נוהגים כפי שנהגו. ייתכן כי התנהלותם זו מקורה בניסיון לחסוך בשכר, כפי שטען ב"כ הנתבעת בסיכומיו, ואזכיר כי כאמור, משרדם מעסיק 60 עובדים, בעוד שבהסכם מנויים שמות של שלושה מתווכים מורשים בלבד. בענין זה אין להם אלא להלין על עצמם.

48. התביעה נדחית. נוכח כלל נסיבות העניין והאמור בפסקה האחרונה לעיל, לא ראיתי מקום לעשות צו להוצאות.

ניתן היום, י"א חשון תשע"ד, 15 אוקטובר 2013, בהעדר הצדדים.

ת"א 4350/08 דה-כהן נ' זר-גוטמן ואח'

פסק הדין

מבוא ועובדות מוסכמות:

1. האם התובע זכאי לקבל מהנתבעים דמי תיווך בעקבות חתימת זיכרון דברים על תנאי לרכישת נכס מקרקעין אף כי בפועל זיכרון הדברים בוטל משלא התקיים התנאי הקבוע בו.
זו עיקר המחלוקת בתביעה דנן והיא תידון ותוכרע להלן.
2. התובע הינו מתווך במקצועו ובעל משרד לשירותי תיווך בזיכרון יעקב.
הנתבעים הינם בני זוג אשר במועדים הרלוונטיים לתביעה התעניינו ברכישת דירת מגורים בזיכרון יעקב. לצורך כך הנתבעים פנו לתובע, באמצעות מתווך אחר אשר עבד במשרדו דאז, מר אלי שגיב (להלן "שגיב"), לצורך קבלת שירותי תיווך.
3. ביום 17.1.07 חתמו הנתבעים על טופס "הזמנה בכתב לקבלת שירותי תיווך במקרקעין" (להלן "הסכם התיווך") ולפיו הם התחייבו לשלם לתובע דמי תיווך בשיעור של 1.25% ממחיר הדירה אשר ירכשו. כן נקבע בהסכם התיווך כי התחייבות הנתבעים לתשלום דמי תיווך "תהיה תקפה גם אם העסקה ו/או זיכרון הדברים שייחתמו, יבוטלו לאחר מכן מכל סיבה שהיא".
4. משנחתם הסכם התיווך הציג התובע, באמצעות שגיב, לנתבעים מספר דירות מגורים בזיכרון יעקב ובין היתר הוצגה להם דירת מגורים ברח' הגפן 21 שבבעלות בני הזוג גלינה ואנטולי נחשונוב (להלן "הדירה" ו-"המוכרים" בהתאם).
5. ביום 23.3.07 התקיימה פגישה בנוכחות הנתבעים, המוכרים וכן שגיב (להלן "הפגישה") ובמהלכה חתמו הנתבעים יחד עם המוכרים על זיכרון דברים מותנה לרכישת הדירה בתמורה לתשלום סך של \$540,000 (דולר ארה"ב) (להלן "זיכרון הדברים"). על חשבון התמורה הנ"ל שילמו הנתבעים מקדמה לידי הנאמנות של ב"כ המוכרים בסך של \$5,000 וסוכם כי הסכום יוחזר לנתבעים למקרה והעסקה לא תצא אל הפועל (להלן "המקדמה").
- בזיכרון הדברים הצהירו המוכרים כי על זכויותיהם בדירה רובצת משכנתא וכי מתנהל הליך בוועדה המקומית לתכנון ובנייה בשל חריגות בנייה ואשר בעקבותיהם הוצא צו הריסה על חלק מהדירה. בנסיבות העניין, נקבע בסעיף 5 לזיכרון הדברים תנאי מתלה, בזו הלשון:
"זיכרון הדברים ייכנס לתוקף רק אם ימציא המוכר אישורים מלאים או מקורים מכל רשויות התכנון והבנייה, לרבות וועדה מקומית לתכנון ובנייה, מהנדס המועצה, והכל להנחת דעתו של הקונה, וזאת תוך תקופה של".
בפועל, מעולם לא המציאו הנתבעים לתובעים את האישורים כאמור בסעיף 5 לזיכרון הדברים.
6. לאחר חתימת זיכרון הדברים נודע לנתבעים כי רשויות המס הטילו עיקול על זכויות המוכרים בדירה וכי בין הצדדים, רשויות המס והמוכרים, מתנהל הליך משפטי.
7. בהמשך, במועד שלא הוברר, חתמו המוכרים והנתבעים על הסכם לפיו בוטל זיכרון הדברים, הצדדים הצהירו כי אין למי מהם טענות או דרישות האחד כלפי משנהו והמקדמה אשר שילמו הנתבעים הושבה לידם (להלן "הסכם ביטול זיכרון הדברים").
8. לאחר חתימת זיכרון הדברים הציג התובע או מי מטעמו לנתבעים דירות מגורים נוספות מהמאגר שברשותו, אולם בסופו של יום הם רכשו דירה באמצעות מתווך אחר.

טענות הצדדים בתמצית:

9. לטענת הנתבעים זיכרון הדברים נחתם במטרה לקבע את מחיר הדירה מאחר ומר שגיב התרה בהם לעשות זאת בנימוק כי משפחה נוספת התעניינה ברכישתה. אחיה של הנתבעת, עו"ד ניב זר (להלן "עו"ד זר"), ניסח את זיכרון הדברים ומאחר ועל חלק מהדירה הוצא צו הריסה, הוא דאג לכלול בו תנאי מתלה כמצוטט לעיל. זיכרון הדברים אינו הסכם מחייב וכניסתו לתוקף הותנתה בהמצאת אישורים על ידי המוכרים לעניין ביטול צו הריסה. משלא הומצאו אותם אישורים, זיכרון הדברים לא נכנס לתוקף ועל כן אין מוטלת עליהם החובה לשלם לתובע דמי תיווך.
- כמו כן, במהלך קיום הפגישה שוחחה הנתבעת עם אחיה, עו"ד זר, אשר הנחה אותה להסדיר עם שגיב את עניין דמי התיווך כך

שהנתבעים לא יחויבו בהם אם העסקה לא תצא אל הפועל. השיחה בין הנתבעת לבין עו"ד זר הושמעה ברמקול בטלפון הסלולארי של הנתבעת ובמהלכה הבטיח שגיב כי דמי התיווך למשרדו ישולמו רק לאחר חתימת ההסכם. הנתבעת ביקשה לכלול הוראה ברוח אותם דברים בהסכם התיווך אולם שגיב הודיע לה כי ההסכם אינו ברשותו אך אין מה לדאוג בעניין זה. בהמשך, הוקלטה שיחה שהתנהלה בין הנתבעת לבין שגיב ובה הוא חזר על תוכן הדברים.

התובע הטעה את הנתבעים משלא גילה בפניהם מבעוד מועד כי על הדירה רובץ עיקול לטובת רשויות המס. משנודע הדבר לנתבעים הם הציעו למוכרים להפקיד את סכום העיקול בידיו הנאמנות של בא כוחם, אולם ההצעה נדחתה. משלא ניתן היה להגיע להסכמות עם המוכרים ביחס לצו העיקול וכן מאחר וצו ההריסה לא הוסר ולא נמסרו לתובעים האישורים להם התחייבו המוכרים, הנתבעים דרשו להשיב לידם את המקדמה. אולם, המוכרים התנו השבת הכספים בחתימה על הסכם וויתור הדדי ולפיכך לא היה מנוס מחתימת הסכם ביטול זיכרון הדברים. לאחר חתימת אותו הסכם, אכן כספי המקדמה הוחזרו לנתבעים.

משלא עלה בידי התובע לאתר דירה אחרת עבור הנתבעים העונה לצרכיהם, הם פנו למתווך אחר ובאמצעותו רכשו דירת מגורים. ממכלול הנסיבות כמתואר לעיל, התובע אינו זכאי לקבל דמי תיווך.

10. לטענת התובע, בהתאם להסכם התיווך הוא זכאי לקבל מהנתבעים דמי תיווך, אף באם עסקת המכר לא הושלמה.

טענת הנתבעים ולפיה במהלך הפגישה שגיב הבטיח כי תשלום דמי התיווך יהיה בכפוף לחתימת הוזה מכר לא הוכחה במשפט ואינה עולה מעדותו של שגיב או מתמליל השיחה המוקלטת בינו לבין הנתבעת. אף המוכר, מר נחשונב, שהעיד במשפט לא תמך בעדותו בגרסת הנתבעים. למעלה מהצורך, טענת הנתבעים הינה טענה בעל פה כנגד מסמך בכתב וגם מטעם זה אין לקבלה.

זיכרון הדברים יצר התקשרות מחייבת הואיל והוא משקף את גמירות דעתם של המתקשרים בו, הנתבעים והמוכרים, יש בו מסוימות וככל שפרט זה או אחר חסרים בו, ממילא ניתן להשלים על פי דין.

העובדה כי הנתבעים שילמו מקדמה על חשבון תמורת הדירה בהתאם לזיכרון הדברים וכי הם חתמו עם המוכרים על הסכם לביטולו, תומכים במסקנה כי עסקינן בהתקשרות מחייבת.

התנאי המתלה שבזיכרון הדברים אינו גורע מתוקפו המחייב, מה גם ובהסכם התיווך אין זכר לתנאי ואף נקבע בו כי על הנתבעים לשלם לתובע דמי תיווך ללא קשר להשלמת העסקה.

באשר לצו העיקול שהוטל על ידי רשויות המס, לא הוכח כי התובע ידע על קיומו מבעוד מועד וכפי שלא הוכח כי הנתבעים הסתמכו על מצג התובע או מי מטעמו בדבר אי קיום צו העיקול. הנתבעים לא טרחו לבדוק את קיומו של העיקול טרם חתימת זיכרון הדברים לפיכך אין להם אלא להלין על עצמם.

בסופו של יום, הנתבעים הסתלקו מזיכרון הדברים הואיל והם איתרו נכס אחר והעדיפו אותו על פני הדירה.

מכל הטעמים כמפורט לעיל יש לחייב את הנתבעים בתשלום דמי תיווך לתובע בסך של 59,937 ₪ ליום הגשת התביעה.

דין:

11. במסגרת הדיון בתביעה הוגשו תצהירי עדות ראשית של התובע, שני הנתבעים ועו"ד זר מטעמם. כל המצהירים נחקרו בפניי וכן העידו מטעם התובע מר שגיב והמוכר מר נחשונב.

12. כאשר מדובר בהתקשרות לקבלת דמי תיווך ביחס לזכויות במקרקעין, יש להבחין בין שלושה הסכמים שונים: הסכם בין המתווך לבין הלקוח שלו שהוא בעל הזכות במקרקעין, הסכם בין המתווך לבין הלקוח שלו המעוניין ברכישת זכויות במקרקעין והסכם שלישי בין בעל הזכות במקרקעין לבין הרוכש של אותה זכות.

במקרה דנן יש לבחון האם העובדה כי הנתבעים התקשרו עם המוכרים בזיכרון דברים מותנה, רלוונטית להסכם התיווך ולזכות התובע לקבלת דמי תיווך מכוחו, אם לא.

13. תפקידו של מתווך בעסקת מקרקעין הוא לשמש כלי יעיל להפגשת מוכר וקונה, לסייע להם להגיע להסכמה ולמפגש רצונות, שיבוא לידי ביטוי בכריתת הוזה מחייב (ב-ע"א 166/77 דדון נ' אברהם, פ"ד לג(3) 365, 369).

סעיף 14(א) לחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק המתווכים"), קובע מספר תנאים אשר בהתקיימם במצטבר זכאי המתווך לקבל דמי תיווך. בס"ק 14(א)(3), הרלוונטי למקרה דנן, נקבע התנאי ולפיו המתווך זכאי לדמי תיווך באם "הוא היה הגורם היעיל שהביא להתקשרות הצדדים בהסכם מחייב" (ההדגשה אינה במקור - ר.ת.).

נשאלת אפוא השאלה האם זיכרון דברים מותנה ממלא אחר הדרישה של "הסכם מחייב" המזכה את המתווך בדמי תיווך.

14. בסעיף 27 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ואשר כותרתו חוזה על תנאי, נקבע כדלקמן:

"א. חוזה יכול שיהיה תלוי בהתקיים תנאי (להלן - תנאי מתלה) או שיחדל בהתקיים תנאי (להלן - תנאי מפסיק)..."

ג. חוזה שהיה מותנה בתנאי מתלה, זכאי כל צד לסעדים לשם מניעת הפרתו, אף לפני שנתקיים התנאי".

בסעיף 29 לחוק החוזים הכללי נקבע לעניין בטלות חוזה על תנאי כדלקמן:

"היה חוזה מותנה בתנאי והתנאי לא נתקיים תוך התקופה שנקבעה לכך, ובאין תקופה כזו - תוך זמן סביר מכריתת החוזה, הרי אם היה זה תנאי מתלה - מתבטל החוזה, ואם התנאי מפסיק - מתבטלת ההתנאה".

בהתייחסה לתוקפו של חוזה על תנאי נאמר בספרה של פרופ' גבריאלה שלו "דיני חוזים - החלק הכללי" דלקמן:

"חוזה על תנאי הוא חוזה שלם מרגע כריתתו. כמו כל חוזה אחר, אף חוזה על תנאי נוצר בדרך שמתווה פרק א' לפרק החוזים, לאמור: בדרך של הצעה וקיבול. חוזה על תנאי מחייב את הצדדים לו כבר מעת כריתתו. ההבדל בין חוזה על תנאי ובין חוזה מוחלט הוא בכך שתוצאותיו האופרטיביות של חוזה על תנאי הן מותנות.

שתי נקודות זמן עיקריות בחייו של חוזה על תנאי. האחת - רגע כריתת החוזה; האחרת - רגע התקיימות התנאי. מרגע כריתתו של חוזה על תנאי מתלה ועד התרחשות התנאי יש לחוזה נפקות מלאה, אולם ההתחייבויות המעשיות הנובעות ממנו טרם נכנסו לכלל פעולה. אשר על כן, בתקופת הביניים בחוזה על תנאי מתלה, בין כריתת החוזה ובין התקיימות (או אי התקיימות) התנאי המתלה, אי אפשר לתבוע את אכיפת החוזה או פיצויים בגין הפרתו..." (שם, עמ' 472).

אי קיומו של תנאי מתלה בחוזה, מבטל את תוקף החוזה למפרע ולא רק מהמועד שנקבע לקיום התנאי. לעניין זה נפסק ב- ר"ע 650/86 הגנה בע"מ נ' נמדע בע"מ, פ"ד (מ) 369, כדלקמן:

"תנאי מתלה", לפי סעיפים 27 ו-29 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, אינו מונע קשר חוזי תקף עד למועד שנקבע לקיומו של התנאי, אולם אם לא נתקיים התנאי בהגיע מועדו, החוזה מתבטל למפרע...." (שם, עמ' 370).

15. ב-ע"א 2821/91 מרכזי שליטה בע"מ ואח' נ' הושנג, פ"ד מח(4) 108 (להלן: "פסק דין הושנג") נדונה מחלוקת דומה מאוד למחלוקת בתביעה דנו, באשר לזכותו של מתווך לקבל דמי תיווך בעקבות חתימת זיכרון דברים המותנה באישור מועצת המנהלים של שתי החברות המתקשרות בו. באותו מקרה חזר בית המשפט על האמור בסעיף 15 לעיל לעניין תוקפו של הסכם מותנה וביטולו למפרע באם התנאי המתלה אינו מתקיים במועד והוסיף באומרו:

"... בדמי תיווך זוכה המתווך רק כשנקשרה עסקה אכיפה, היינו, לאחר שהתברר שההסכם תקף. כשמתברר למפרע שהעסקה לא נקשרה כל עיקר, אין כאן חיוב בדמי תיווך. תנאי התולה את עצם תוקפו של זיכרון הדברים באישור מועצת המנהלים של שני הצדדים, פירושו שבהעדר אישור כפול כזה - זכרון הדברים לא נכנס לתוקפו כל עיקר" (שם, עמ' 114) (ההדגשה אינה במקור - ר.ח.).

בהמשך הוסיף בית המשפט ופסק באומרו "המבחן הוא אם בעקבות התיווך נקשר הסכם אכיף...." (שם, עמ' 116) והרי לעניין זה נאמר בספרה של פרופ' שלו לעיל כי "...חרף היותם של הצדדים קשורים בחוזה בתקופת הביניים (היא התקופה שמיום ההתקשרות בהסכם ועד למועד קיום התנאי המתלה - ר.ח.) אי אפשר בתקופה זו לאכוף את העסקה או לתבוע פיצויים בגין אי-קיומה" (שם, עמ' 481).

מן הכלל אל הפרט.

16. לאור ההלכה כפי שנקבעה בפסק דין הושנג לעיל, דומה כי המלאכה נעשתה קלה והתשובה לשאלה האם התובע זכאי לקבל מהנתבעים דמי תיווך אף כי זיכרון הדברים בוטל לאחר שהתנאי המתלה הקבוע בו לא התקיים, הינה בשלילה. ודוק, מלשון סעיף 5 לזיכרון הדברים עולה מפורשות כי בהיעדר המצאת אישורים לעניין ביטול צו ההריסה, שכאמור מעולם לא הומצאו לנתבעים, זיכרון הדברים לא יכנס לתוקפו כלל ועיקר, ובלשון הסעיף "זיכרון הדברים ייכנס לתוקף רק אם ימציא המוכר...".

17. זאת ועוד, בהסכם התיווך, אשר הסעיפים הרלוונטיים שבו נוסחו על ידי התובע, אין זכר לכך כי מטרת התיווך היא ביצירת התקשרות על ידי זיכרון דברים מותנה ולא אכיף, אלא בהסכם רכישה מחייב. לעניין זה נקבע בהסכם התיווך כי הנתבעים ישלמו לתובע דמי תיווך "...בסמוך לחתימה על הסכם מחייב ו/או זכרון דברים ו/או חוזה...." (ההדגשה אינה במקור - ר.ח.).

גם מעדויות הצדדים עולה אותה מסקנה.

בסעיף 3 לתצהיר התובע, מוצג ת/1, נאמר כדלקמן:

"הנתבעים פנו אלי בחודש ינואר 2007 או בסמוך לכך, בבקשה לקבלת שירותי תיווך. ביום 17.1.07 הם חתמו על הזמנה

בכתב לקבלת שירותי תיווך במקרקעין, המחייבת אותם לשלם לי 1.25% ממחיר הנכס שירכשו, במקרה של התקשרות בעסקה לרכישתו". (ההדגשה אינה במקור - ר.ח.).

ובסעיף 2 לתצהיר עדותה הראשית של הנתבעת, מוצג נ/2, נאמר כדלקמן:

"בעת שחיפשנו לרכוש בית בזכרון יעקב פנינו לתובע במטרה שיציג בפנינו נכסים מתאימים באזור" (ההדגשה אינה במקור - ר.ח.).

18. העובדה כי הנתבעים שילמו מקדמה על חשבון תמורת הדירה וכן חתמו עם המוכרים על הסכם לביטול זיכרון הדברים, אינה משנה מאופיו כזיכרון דברים מותנה בתנאי שלא התקיים ולפיכך הוא לא מזכה את התובע בדמי תיווך.

באשר למקדמה, מהראיות בתביעה עולה, ועל כך אין חולק, כי הסכום לא שולם למוכרים אלא לידי הנאמנות של בא כוחם תוך סיכום שהוא יוחזר לתובעים למקרה והעסקה לרכישת הדירה לא תצא לפועל. מעולם לא הועברה המקדמה לידי הנתבעים ועם חתימת ההסכם לביטול זיכרון הדברים היא הוחזרה לידי הנתבעים.

באשר לחתימת ההסכם לביטול זיכרון הדברים, שוכנעתי בטענת הנתבעים כי הדבר נועד להבטיח השבת המקדמה מה גם והעובדה כי מדובר בזיכרון דברים על תנאי שלא התקיים, אינה מייצרת הצורך בחתימת הסכם הביטול בו יובהר, בין היתר, כי אין למי מהצדדים טענות כנגד משנהו.

19. חיזוק למסקנה ולפיה התובע אינו זכאי לקבל מהנתבעים דמי תיווך מצאתי בהתנהלות התובע עצמו, וזאת לאור שני אלה:
א. במבוא להסכם התיווך נקבע כדלקמן:

"מצהיר בזאת כי ביקשתי והזמנתי מכס (התובע - ר.ח.) ו/או ממי מטעמכם לפעול עבורי ולבצע פעולות תיווך כאמור להלן, ואני מתחייב/ת לשלם לכם ו/או לבא כוחם את דמי התיווך בגין שירותכם זה מיד לאחר ובסמוך לחתימה על הסכם מחייב ו/או זכרון דברים ו/או חוזה ביני ו/או בין מי ממשפחתי ו/או בין כל אדם או גוף אחר שאני קשור אליהם במישרין או בעקיפין ו/או אשר קיבלו מידע ממני ו/או ממי שמסרתי לו מידע לגבי הנכס נשוא פעולתכם, לבין הצד השני לעסקה." (ההדגשה אינה במקור - ר.ח.).

כאמור הסכם התיווך נחתם ביום 17.1.07. בתצהיר עדותו הראשית של התובע אין התייחסות למועד בו פנה בראשונה לנתבעים בדרישה לתשלום דמי תיווך. מנגד, הנתבעים טענו, ודומה כי התובע אינו חולק על כך, כי הפנייה אליהם לתשלום דמי תיווך היתה בחודש פברואר 2008, משמע יותר משנה לאחר חתימת זיכרון הדברים (סעי' 27 לתצהיר הנתבעת וסעיף 17 לתצהיר הנתבע). לו סבר התובע כי הוא זכאי לקבל מהנתבעים דמי תיווך מיד לאחר חתימת זיכרון הדברים, מן הסתם הוא היה פונה אליהם בדרישת תשלום במועד מוקדם בהרבה.

ב. לאחר חתימת זיכרון הדברים, ומשלא יצאה העסקה עם המוכרים לפועל, המשיך התובע להציג לנתבעים דירות מהמאגר שברשותו (שם, עמ' 24 שורה 5 לפרוטוקול הדיון). התנהלות זו של הנתבע מלמדת כאלף עדים כי הוא עצמו בדעה אחת עם הנתבעים והוא לא זכאי לקבל מהנתבעים דמי תיווך בהסתמך על זיכרון הדברים שבוטל.

20. בתצהירו טען התובע כאילו הנתבעים הסתלקו מהעסקה לרכישת הדירה מאחר והם איתרו נכס אחר. מנגד, הנתבעים כפרו בטענת התובע וטענו כי הם רכשו דירה אחרת במקום הדירה נשוא התביעה בחודש 8/08 אליה נכנסו בחודש 12/08, דבר שגרם להם טרחה והוצאה כספית עבור הסעת ילדיהם לבית הספר אליו נרשמו בזיכרון יעקב (סעיף 29 לתצהיר עדותה הראשית).

בחקירתו הנגדית נשאל התובע באשר לגרסתו לעיל והוא העיד באומרו: **"אני לא יודע מאיזה שיקול הם החליטו בסוף לרדת מהעסקה למרות שהם חתמו על זכרון דברים"** (שם, עמ' 24 שורה 17 לפרוטוקול הדיון). גם בסיכומיו נטש התובע את גרסתו וטען כי הנתבעים ביטלו את זיכרון הדברים בשל טעמים אחרים, כגון צו העיקול שהוטל על ידי רשויות המס על זכויות המוכרים בדירה.

אין לקבל את הגרסה העדכנית של התובע באשר לסיבה שמנעה מהנתבעים להשלים את ההתקשרות לרכישת הדירה אלא יש להעדיף את עמדתם העקבית וההגיונית של הנתבעים. למעלה מהצורך אציין כי גם אם תאמר כי העסקה בין הנתבעים לבין המוכרים לא הושלמה בשל שני טעמים, האחד, אי קיום התנאי המתלה, והשני, העיקול על זכויות המוכרים בדירה, עדיין אין בכך לשנות מהתוצאה אליה הגעתי, ודי בכך כי אחת הסיבות אשר בעטיין זיכרון הדברים לא נכנס לתוקף היתה אי קיום התנאי המתלה הקבוע בו.

21. לאור המסקנות אליהן הגעתי לעיל, מתייתר הצורך לדון ולהכריע במחלוקת בין הצדדים לעניין ההבטחה של מר שגיב, לפיה הנתבעים לא ידרשו לשלם דמי תיווך אלא עם חתימת הסכם מכר.

22. לסיכום, אני דוחה את התביעה.

התובע ישלם לנתבעים הוצאות משפט ושכר טרחת עו"ד בסך של 10,000 ₪ בתוספת הפרשי הצמדה וריבית כחוק על הוצאות המשפט מיום הוצאתן ועל שכר טרחת עו"ד מהיום ועד התשלום המלא בפועל.
ניתן היום, י"ד אייר תשע"א, 18 מאי 2011, בהעדר הצדדים.

ת"א 11-12-945 עו"ד סיטי נ' טל פרי

פסק הדין

הנתבע, בעלים של דירת מגורים, חתם לתובע, מתווך מקרקעין במקצועו, על הזמנת שירותי תיווך והתחייבות לבלעדיות. הנתבע מכר דירת המגורים ללא ידיעת התובע. התובע הגיש תביעה כספית כנגד הנתבע בעילה של הפרת חוזה.

כללי:

בעלי הדין:

1. התובע הוא מתווך במקרקעין לפי **חוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996** (להלן: "**חוק המתווכים**") ובעל סוכנות תיווך במקרקעין, ששמה "נחלת בנימין ייעוץ והשקעות בנדל"ר" (להלן: "**הסוכנות**").
2. בזמן הרלוונטי לתביעה היה הנתבע הבעלים בדירת מגורים בבית משותף ברחוב חרצית 13/7 במודיעין הידועה כגוש 5655, חלקה 29, תת חלקה 1, (להלן: "**הדירה**").
3. הנתבע הזמין בעבר שירותי תיווך מהתובע, רכש באמצעותו נכס מקרקעין, ואף שררו ביניהם יחסי עבודה וחברות.

התשתית העובדתית:

4. ביום 11.5.2010 חתמו הצדדים על שני מסמכים, כדלקמן:
 - (1) המסמך הראשון כותרתו "הזמנת שירותי תיווך/מוכר/משכיר" (להלן - "**חוזה התיווך**") על פיו הזמין הנתבע מאת התובע שירותי תיווך למכירת הדירה. המחיר שצוין הנתבע כמחיר המבוקש היה 2,150,000 ₪. דמי התיווך נקבעו ל-1.5% ממחיר התמורה עבור הדירה בתוספת מע"מ, אך אם התובע יגרום לכך שהדירה תימכר בסך 2,130,000 ומעלה ישלם הנתבע לתובע דמי תיווך בשיעור 2% + מע"מ מהתמורה. בהזמנת התיווך התחייב הנתבע כדלקמן:

3. אם תמצאו לי קונים/שוכרים אני מתחייב ליידע אתכם, להזמין אתכם [בכל מו"מ ובשלב סגירת העסקה, למען לא תפגענה זכויותיכם כגורם יעיל אם אבחר לא לעשות זאת, ו/או אערב גורם נוסף במהלך העסקה, אין הדבר יגרע מזכותכם לקבלת מלוא דמי התיווך המגיעים לכם.

...4

...5

6...באם לא אשלם לכם את דמי התיווך הנ"ל מיד עם חתימת הסכם מחייב, יצורפו בנוסף ובמצטבר עוד 4% מדמי התיווך לסך דמי התיווך המגיעים לכם, וזאת עבור כל חודש איחור, שיחושב מיום ביצוע העסקה ועד ליום התשלום בפועל, בצירוף ריבית והצמדה עפ"י החוק, ובתוספת כל ההוצאות שיגרמו לכם עקב אי תשלום במועד האמור."

- (2) המסמך השני, כותרתו "**בלעדיות**" הזמנת שירותי תיווך והתחייבות לבלעדיות/ מוכר/משכיר" להלן - "**חוזה הבלעדיות**". במסמך זה התחייב הנתבע כי לתובע תהיה הזכות הבלעדית לתווך את הדירה לקונים או שוכרים בשם הנתבע במשך שישה חודשים מיום החתימה - כלומר מ-11.5.2010 עד 10.11.2010 (להלן: "**תקופת הבלעדיות**"). בהסכם הבלעדיות פורטו פעולות השיווק שעל התובע לבצע לפחות 2 מהן, ורשימה זו אזה כמעט לחלוטין לפעולות המנויות בתקנות 1(א) - 6(א) **לתקנות המתווכים במקרקעין (פעולות שיווק), התשס"ה-2004** (להלן: "**תקנות השיווק**") - מלבד תוספת התיבה "שוכרים" לפעולה שבתקנה 1(א) **לתקנות הנ"ל** ושינוי ניסוחה של פעולת שיווק שבתקנה 1(א) (2). בהסכם הבלעדיות נכללו סעיפים החשובים לענייננו כדלקמן:

2. אני מתחייב כי בתקופת הבלעדיות לא אסכים כי מתווכים, או כל גורם שהוא אחר, ינסו לתווך ביני לבין קונים/שוכרים שלא הגיעו דרככם, וכמו כן מוסכם עלי כי לא אנהל מו"מ עם קונים/שוכרים באופן עצמאי, ואם הגיעו כאמור אפנה אותם אליכם. לא אעשה כן, אפצה אתכם בכפל דמי התיווך המגיעים לכם.

4. אני מסכים כי דרישתי להפסקת תקופת הבלעדיות טרם סיומה, תחייב אותי בתשלום מלוא דמי התיווך לפי הסכם זה.

8. אם תמצאו לי קונים/שוכרים אני מתחייב ליידע אתכם, להזמין אתכם בכל מו"מ ובשלב סגירת העסקה,

למען לא תפגענה זכויותיכם כגורם יעיל. אם אבחר לא לעשות זאת, ו/או לא אערב גורם נוסף במהלך העסקה, אין הדבר יגרע מזכותכם לקבלת מלוא דמי התיווך המגיעים לכם.

11. ... באם לא אשלם לכם את דמי התיווך הנ"ל מיד עם חתימת הסכם מחייב, יצורפו בנוסף ובמצטבר עוד 4% מדמי התיווך לסך דמי התיווך המגיעים לכם, וזאת עבור כל חודש איחור, שיחושב מיום ביצוע העסקה ועד ליום התשלום בפועל, בצירוף רבית והפרשי הצמדה עפ"י החוק, ובתוספת כל ההוצאות שיגרמו לכם עקב אי תשלום במועד האמור.

5. הצדדים הסכימו בעל פה כי חרף שני ההסכמים, הנתבע יהיה רשאי לשווק את הדירה לשם השכרתה, כאשר הצדדים חלוקים בדבר שאלת ההסכמה האם הנתבע היה גם רשאי לשווק את הדירה לשם מכירתה.

6. הנתבע היפנה את מר יעקב ון לובין (להלן - "הקונה") לתובע על מנת שהתובע יראה לו את הדירה למטרת שכירות. מר ליאור מרום (להלן - "מר מרום") הראה לקונה את הדירה. לדברי מר מרום, כשזיהה את הפוטנציאל של מכירת הדירה לקונה, הציע לו לרכוש את הדירה, והקונה אכן גילה התעניינות ברכישת הדירה. לאחר מכן, התנהל משא ומתן בין הקונה לבין הנתבע ללא התובע. כשלבסוף, חתמו הנתבע והקונה בחודש מאי 2011 על חוזה על פיו רכש הקונה את הדירה מאת הנתבע בתמורה לסך 1,960,000 ₪ (להלן: "חוזה המכר").

טענות הצדדים:

7. ביום 1.12.2011 הגיש התובע תביעה כספית בסדר דין מקוצר נגד הנתבע על הסך 84,578 ₪ על סמך הסכם התיווך והסכם הבלעדיות, וטען כדלקמן:

(1) הנתבע ניהל באופן עצמאי משא ומתן מול הקונה - אשר הוביל לבסוף להסכם המכר - תוך כדי ניסיון למנוע את מעורבות התובע והסוכנות באמצעות הסתרת דבר קיומו והצגת מצג כוזב, לפיו הדירה הושכרה ולא נמכרה. זאת, חרף ההסכמה בין הצדדים כי הנתבע רשאי לחפש שוכר - ולא קונה - לדירה באופן עצמאי;

(2) ישנה תחולה להסכם הבלעדיות מכיוון שמר מרום הציג את הדירה לקונה ביום 4.11.2010;

(3) ב-8.5.2011 נחתם הסכם המכר על סך 1,960,000 ₪, לפי פלט מחשב של אתר אינטרנט המרכז נתוני נדל"ן, שצורף לתצהיר עדותו הראשית של התובע;

(4) והסוכנות והתובע שקדו על תיווך הדירה, בין השאר הוצגה הדירה לארבעים קונים פוטנציאליים, והתובע היה הגורם הפעיל והיעיל בכריתת הסכם המכר;

(5) הנתבע לא שילם לו דמי תיווך, חרף חוזה התיווך והבלעדיות;

(6) לאור האמור לעיל, זכאי התובע לסעד כספי בסך 84,578 ₪ על בסיס שני רכיבים:

- פיצויים מוסכמים בסך 68,208 ₪, שהם דמי תיווך כפולים כולל מע"מ;

- תוספת בסך 16,370 ₪ - בשיעור 4% מדמי התיווך הכפולים כולל מע"מ -

עבור כל חודש איחור בתשלום דמי התיווך מיום חתימת הסכם המכר עד התשלום בפועל.

8. הנתבע הגיש בקשת רשות להגן (להלן - "בר"ל"), ולאחר דיון בבקשה זו ניתנה לנתבע רשות להגן על מלוא הטענות שטען בבקשה זו. ואלו עיקרי טענות ההגנה שטען הנתבע:

(1) במועד החתימה על חוזה הבלעדיות, הוא ביטל את הסכם הבלעדיות על ידי חתימתו על חוזה התיווך. הוסכם בעל פה - מול שותף בסוכנות, מר אשר נדיבי (להלן: "מר נדיבי"), שאם הדירה תימכר או תושכר על ידו באופן עצמאי, לא ישולמו דמי תיווך;

(2) לא מתנוססת חתימת התובע - או מי מטעם הסוכנות - על חוזה הבלעדיות שברשותו. חתימת התובע על הסכם הבלעדיות נוספה בדיעבד;

(3) על פי הנוהג הידוע לו, שירותי תיווך דירה הם לתקופה של שישה חודשים בלבד. לפיכך, משעה שהקונה רכש את הדירה לאחר התקופה הנ"ל, לא קמה עילת תביעה נגדו;

(4) חוזה התיווך והסכם הבלעדיות סותרים זה את זה והאחד מייטר את הצורך באחר;

(5) חוזה המכר נחתם בחודש מאי 2010 (סעיף 16 לתצהיר התומך בבר"ל, אם כי נראה שיש טעות בתאריך). אולם, בהמשך תצהירו כותב כי הסכם המכר נחתם בחודש דצמבר 2010 (סעיף 24 לתצהיר התומך בבר"ל). עם זאת, בהמשך תצהירו מעיד כי לא התקיים משא ומתן כלל עם הקונה בדצמבר 2010 - אז בוצעו עבודות שיפוץ בדירה - אלא באמצע חודש אפריל 2011 הבשיל

המשא ומתן (סעיף 27.1 לתצהיר התומך בבר"ל);

6 הקשר בין הקונה לבניו נוצר ישירות על ידי פרסום הדירה על ידו, ולא בעקבות פעולות התובע והסוכנות. מה גם שהוא נאלץ לשווק את הדירה בדרכים שונות, לאחר שנוכח לדעת כי הסוכנות לא שוקדת על שיווק הדירה; הסוכנות לא שקדה על שיווק הדירה, אלא הוצג בפניו קונה פוטנציאלי אחד. לפיכך, הוא הגורם היעיל לכריתת הסכם המכר;

7 מר מרום סירב למסור לקונה את מפתח הדירה - שהיה מצוי בשעתו בחזקת הסוכנות - והתעקש להציג לו את הדירה בעצמו. זאת, על מנת ליצור מצג כוזב, לפיו הקשר עם הקונה נוצר על ידי פעולות הסוכנות.

העדויות:

9. מטעם התובע העיד התובע עצמו, מר נדיבי ומר מרום.

10. התובע הגיש תצהיר עדות ראשית ונחקר חקירה שכנגד. מעדותו עולה כדלקמן:

1 חוזה התיווך וחוזה הבלעדיות נחתמו ביום 11.5.2010, ובמעמד החתימה על שני חוזים אלו לא נכח מר נדיבי. במעמד החתימה נכחו במשרד התיווך רק מר מרום, התובע והנתבע. למעשה מר נדיבי לא היה מעורב כלל בעסקה; יש לחוזה הבלעדיות שלושה עותקים, ואיננו יודע מדוע לא מופיעה חתימתו על עותק אחד של החוזה אך כן מופיעה על שני העותקים האחרים;

2 שתי פעולות שיווק - מתוך ארבע - סוכמו בעל פה; הוא התיר באופן יוצא מהכלל לנתבע לשווק את הדירה למטרת שכירות, חרף ההסכמים;

3 הוא היה מעודכן בהתקדמות שיווק הדירה על ידי עדכונים שוטפים מאת מר מרום;

4 הנתבע ביקש ממר מרום כי בנוסף לשיווק הדירה לקונים פוטנציאליים, יציג את הדירה גם לשוכרים פוטנציאליים. ביום 4.11.2010 הציג מר מרום את הדירה לקונה, כשוכר פוטנציאלי. לאחר חילופי דברים ביניהם, התברר כי הקונה מעוניין לרכוש את הדירה וסוכם כי תתואם פגישה בין הנתבע לביניהם, על מנת לסכם את תנאי הרכישה. אף על פי כן, תיאום הפגישה לא צלח; עם זאת, הוא לא שלל את האפשרות כי הקונה יצר קשר עם הסוכנות בעקבות מודעה שפרסם הנתבע;

5 הנתבע מנע מהסוכנות וממנו לקחת חלק פעיל במשא ומתן, הציג מצג כוזב למר מרום כי הדירה הושכרה ולא נמכרה. כתוצאה מכך, נמנעה החתמת הקונה על הסכם תיווך; הנתבע והקונה התחמקו ממר מרום. פלט השיחות (פלט שיחות יוצאות של מכשירו הסלולארי של מר מרום) (המצביע על שתי שיחות לקונה ולנתבע ב-5.10 ו-4.11 וניסיונות התקשרות נוספים) (להלן - "פלט השיחות") מסייע לעדותו של התובע.

11. מר מרום הגיש תצהיר עדות ראשית ונחקר חקירה נגדית. מר מרום תמך בעדות התובע, והוסיף כדלקמן:

1 כתב היד על שני ההסכמים הוא כתב ידו, מלבד שמו של הנתבע ופרטיו, אשר מולאו על ידי הנתבע בהסכם הבלעדיות. חתימת הנתבע לא הוספה בדיעבד;

2 הוא ביצע פעולות שיווק שונות בסמיכות להסכם הבלעדיות; אף עובד מהסוכנות לא התריע בפני הנתבע כי הבחינו במודעה שפרסם הנתבע, משום שהמודעה פורסמה לשכירות הנכס, בהתאם להסכמת הצדדים;

3 ביום 4.11.2010 הציג את הדירה בתחילה לאשת הקונה ללא נוכחות הקונה. אשת הקונה יצרה קשר עם הקונה, אשר הגיע באותו מועד לדירה, משום קרבת מקום מגוריהם לדירה. למעשה, הקונה פנה לראשונה לנתבע, אשר בחזרה הפנה את הקונה אליו;

4 הוא לא החתים את הקונה על הזמנת תיווך משלושה טעמים: האחד, מאחר שהקונה הגיע למשרד הסוכנות מתוך כוונה לשכור את הדירה, ורק במהלך הצגת הדירה שוכנע הקונה באמצעותו לרכוש את הדירה; השני, מאחר שהשעה הייתה מאוחרת; והשליש, מפאת קיומו של חוזה הבלעדיות;

5 בתחילת חודש נובמבר 2010 קיים מספר שיחות טלפוניות עם הקונה והנתבע, על מנת לקדם את המשא ומתן של הסכם המכר; איננו יודע את תוכן השיחה המסוימת מיום 4.11 לפי פלט השיחות, אך זוכר בכלליות כי שוחח עם הנתבע ביום חמישי לאחר הצגת הדירה לקונה, וכי הנתבע ציין בפניו כי הוא מעוניין בפגישה עם הקונה. אולם, אחר כך הקונה והנתבע התחמקו משיחותיו.

12. מר נדיבי הגיש תצהיר עדות ראשית ונחקר חקירה נגדית. להלן עיקרי עדותו הרלבנטיים לענייננו:

1 הוא עובד כמתווך בסוכנות ומנהל שטח, ולמיטב זכרונו הציג את הדירה מספר פעמים לקונים פוטנציאליים; קונים רבים חתמו על הזמנות בכתב לשירותי תיווך (לתצהירו צורפו שתי הזמנות בכתב לשירותי תיווך ביחס לדירה, חתומות על ידי שני קונים פוטנציאליים ועל ידו מיום 13.5.2010 ומיום 24.5.2010);

- (2) הוא לא נכח במועד חתימת שני ההסכמים מושא תיק זה, בניגוד להסכמים אחרים בין הצדדים, אלא התובע; מר מרום סייע לתובע בשיווק הדירה כמו גם יתר עובדי הסוכנות;
- (3) כתב היד על ההסכמים איננו שלו.
13. מטעם הנתבע העיד הנתבע בעצמו, אשר הגיש תצהיר עדות ראשית ונחקר חקירה נגדית. הנתבע חזר על התצהיר התומך בבר"ל, אך בשינויים מסוימים. להלן עיקרי עדותו הרלבנטיים לענייננו:
- (1) בניגוד לנטען בתצהיר התומך בבר"ל טען כי בחודש אפריל 2010 החליט למכור את הדירה, ופרסם מודעות שונות באתרי אינטרנט שונים. אחר כך, פנה למר נדיבי - אשר מולו פעל - מחמת ההיכרות המוקדמת עם הסוכנות והתובע;
- (2) בניגוד לנטען בתצהיר התומך בבר"ל טען כי לא נכרת הסכם בלעדיות כלל, מהטעם שלא הייתה גמירות דעת: מר נדיבי - או כל אדם אחר מטעם הסוכנות - לא חתם על הסכם הבלעדיות ביום 11.5.2010. בנוסף, הוא חזר בו מהסכמתו החתומה להסכם הבלעדיות. עם זאת, הוא לא אישר ולא הכחיש שהחתימה על עותק הסכם הבלעדיות החתום - המצורף לתצהיר התובע - היא חתימתו;
- (3) הוא לא ראה לנכון לשלוח מכתב לביטול חוזה הבלעדיות מפאת יחסי החברות והעבודה, שנוצרו בין התובע לבין בעסקאות אחרות; הוא לא זוכר אם העסקה, בה רכש דירה באמצעות הסוכנות, קדמה להסכם המכר;
- (4) בנובמבר 2010 - לאחר שהגיע הסכם התיווך לקיצו לשיטתו - סירב לפניית הסוכנות לחדש את הסכם התיווך. אז גם הקונה פנה אליו לראשונה והופנה על ידו לסוכנות לקבלת מפתחות הדירה. בשבוע האחרון של חודש נובמבר 2010 ראה הקונה את הדירה. משעה שניזקק הקונה למכור נכס בבעלותו, על מנת לשלם את התמורה המבוקשת, לא יכול היה לקנות את הדירה בשעתו, אלא התעניין לשכור את הדירה ולרכוש אותה בעתיד. במאי 2011 נחתם הסכם המכר עם הקונה. הקונה רכש את הדירה בדצמבר 2011; עם זאת, לא ידע להשיב בחקירתו הנגדית לעניין מועד הצגת הדירה לקונה, מדוע קיים פער בין התצהיר התומך בבר"ל - חודש דצמבר, לבין תצהיר עדותו הראשית - השבוע האחרון של חודש נובמבר. הסברו לכך הוא קיומה של סמיכות וקירבה בין החודשים הללו;
- (5) לא היה בידו להמציא את מודעת פרסום הדירה למכירה באתרי האינטרנט שטען לפרסום בהם;
- (6) הוא ניהל משא ומתן עצמאי עם הקונה ורשאי היה לעשות כן; לאחר דרישת הסוכנות בכתב לדמי תיווך, נפגש עם מר נדיבי במשרד הסוכנות. בפגישה זו, הטיח בו האחרון האשמות שווא וניסה לסחוט אותו;
- (7) פלט השיחות מראה כי השיחות בין מר מרום לבין הקונה היו כדי לתאם ביניהם את מסירת המפתחות לקונה.
14. מטעם הנתבע הוגשה חוות דעת מומחה של מר מישו שוורץ, מתווך מוסמך, אשר נחקר עליה חקירה נגדית (להלן: "מר שוורץ"). בסיכומי טען התובע נגד חוות דעת זו, בין השאר נטען כי היא איננה רלבנטית, איננה ערוכה כחוות דעת מומחה והיא מבוססת על דברי הנתבע בלבד. מקובלת עלי טענה זו.
- מר שוורץ תוקף בחוות דעתו את הסכם הבלעדיות ופעולות התיווך מטעם התובע והסוכנות. זאת, בהסתמכות מפורשת על עדות וגרסת התובע וראיותיו - הסכם בלעדיות לא חתום ע"י התובע והסכם התיווך - ובאמצעות העלאת טענות משפטיות. מכאן, שהחלק בחוות הדעת המתבסס על עדות וגרסת התובע - המהווה רוב חוות הדעת - הוא עדות מפי השמועה, אשר איננה קבילה. זה גם דינו של החלק האחר בחוות הדעת, בו נטענו טענות משפטיות, המהווה עדות סברה לא קבילה: טענות משפטיות אינן מטבע הדברים תחום מומחיותו של מר שוורץ, ומקומן בכתבי טענות (בניגוד לחוות דעת מומחה בתחום מומחיותו המהווה עדות סברה קבילה); סעיף 20 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן - "פקודת הראיות"); מה גם שהדין לא זקוק לראיה (סעיף 57 לפקודת הראיות)). עם זאת, מר שוורץ נחקר חקירה נגדית על עדותו, ובכך הוכשרה חוות הדעת כראיה קבילה (ראו יעקב קדמי על הראיות, חלק שני, 557, וחלק רביעי, 1818-1819 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2009) (להלן: "קדמי")). אף על פי כן, אין זה מעלה או מוריד לעניין משקלה הנמוך עד האפסי של חוות הדעת, לאור תוכנה וטיבה כאמור לעיל.
15. הנתבע צירף תצהיר עדות ראשית של הקונה. הקונה לא התייצב לחקירה על תצהירו, ועל כן הוריתי על הוצאת תצהירו מתיק בית המשפט.
16. היוצא מכל האמור כי לעניין עובדות תביעה זו עדותו של הנתבע היא עדות יחידה של בעל דין המעוניין בתוצאות המשפט, והוראות סעיף 54 לפקודת הראיות חלות על עדות זו.

הסיכומים:

17. התובע חזר על טענותיו שפורטו לעיל, והוסיף כדלקמן:
- (1) עדות התובע היא עדות בעל דין שמשקלה נמוך יותר, אך מקבלת סיוע וחיזוק מעדות מר מרום, ואילו עדות הנתבע היא עדות יחידה חסרת מהימנות;
 - (2) גרסתו העובדתית של הנתבע היא גרסה עובדתית בעלת סתירות פנימיות;
 - (3) הסכם הבלעדיות תואם את הוראות חוק המתווכים ותקנות המתווכים במקרקעין;
 - (4) הנתבע לא עמד בנטל לסתור את החזקה שבסעיף 14(ב) לחוק המתווכים במקרקעין;
 - (5) קיים חוזה בלעדיות מחייב. לחלופין, חתימת התובע על הסכם הבלעדיות איננה מעלה או מורידה לעניין גמירות הדעת של הצדדים. בנוסף, הנתבע לא ביטל את חוזה הבלעדיות על ידי הודעה בכתב.
18. הנתבע חזר על טענותיו שפורטו לעיל, והוסיף כדלקמן:
- (1) התובע לא עמד בנטל ההוכחה: לא הוכח מתי הוצגה הדירה לקונה, ובפרט האם הוצגה בתקופת הבלעדיות; התובע לא החתים את הקונה על הסכם תיווך; לא הוכח כי הדירה הוצגה לארבעים קונים פוטנציאליים אלא רק לשניים;
 - (2) אין חובה לבטל הסכם בכתב על ידי הודעה בכתב;
 - (3) הסכם הבלעדיות איננו תואם את חוק המתווכים במקרקעין ותקנות המתווכים במקרקעין;
 - (4) הסכם המכר נחתם לאחר תקופת הבלעדיות הנטענת;
 - (5) התובע הרחיב חזית, כאשר לראשונה טען בסיכומיו כי הוצגה הדירה בתחילה לאשת הקונה ולא לקונה;
 - (6) יש לייחס משקל נמוך עד אפסי לעדויות התביעה מאחר שעדי התביעה מעוניינים בתוצאת המשפט לטובת התובע.

דיון ומסקנות:

חתימת התובע על הזמנת התיווך ועל חוזה הבלעדיות:

19. טוען הנתבע שהעובדה שהתובע לא חתם שבעותק חוזה הבלעדיות שבידו, מביאה למסקנה שלא נכרת חוזה בלעדיות בינו לבין התובע.
20. סעיף 9(א) לחוק המתווכים קובע כי:
- "מתווך במקרקעין לא יהא זכאי לדמי תיווך, אלא אם כן חתם **הלקוח** על הזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין, שבה נכללו כל הפרטים שקבע השר, באישור ועדת הכלכלה." (ההדגשה שלי.י.ז.)
- משמע מהוראה זו של חוק המתווכים שהחוק מחייב את חתימת מזמין שירותי התיווך על טופס הזמנת התיווך כתנאי לכניסתו לתוקף, ואינו מחייב את חתימת המתווך על טופס זה. היוצא מכך שאם אין את חתימת התובע על טופס הזמנת שירותי התיווך, הדבר אינו מעלה ואינו מוריד לגבי כניסתו לתוקף של חוזה התיווך. בהתאם לעדויות, עשה התובע פעולות תיווך, כך שהקיבול של התובע היה לפחות על ידי התנהגות אם לא קיבול בעל פה. ראה לעניין זה את סעיף 6(א) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.
21. לגבי מתן בלעדיות למתווך לביצוע פעולות תיווך קובע סעיף 9(ב) לחוק המתווכים כדלקמן:
- "מתווך במקרקעין רשאי להסכים עם לקוח בדבר מתן עסקה מסויימת לטיפולו הבלעדי (להלן - בלעדיות), ובלבד שמתן הבלעדיות ותקופתה -
- (1) יאושרו בחתימת הלקוח על גבי מסמך נפרד;
 - (2) שבמהלך תקופת הבלעדיות יבצע המתווך פעולות שמטרתן תיווך במקרקעין (בחוק זה - פעולות שיווק)." (ההדגשה שלי.י.ז.)

גם מהוראות סעיף 9(ב)1 משמע שעל התחייבות לבלעדיות יש צורך בחתימת מזמין שירותי התיווך, והיא מהווה תנאי לכניסת התחייבות המזמין למתן בלעדיות למתווך לביצוע פעולות התיווך. משמע מכך שאין כל צורך בחתימת המתווך על טופס הבלעדיות על מנת שהבלעדיות זו תיכנס לתוקף. התחייבות המתווך לבצע פעולות התיווך יכולה להיות בכתב, בעל פה או בהתנהגות. גם אם

אקבל את טענת הנתבע שהתובע לא חתם על חוזה הבלעדיות, עולה מהראיות שהתובע אכן ביצע פעולות תיווך בהתאם לחוזה הבלעדיות, כך שהקיבול של התובע היה לפחות על ידי התנהגות אם לא קיבול בעל פה.

התאמת חוזה התיווך וחוזה הבלעדיות להוראות הדין:

22. טוען הנתבע שחוזה התיווך וחוזה הבלעדיות אינם תקפים, שכן אינם ממלאים אחר הוראות הדין, וכן שחוזה הבלעדיות החליף את חוזה התיווך. סבור אני שיש לדחות טענות אלו של הנתבע מהסיבות שיפורטו להלן.

23. לפי סעיף 9(א) לחוק המתווכים על מנת שהמתווך יהיה זכאי לדמי תיווך על הלקוח לחתום על טופס הזמנת שירותי תיווך, אשר בה יהיו קבועים כל הפרטים שקבע שר המשפטים באישור ועדת הכלכלה. **בתקנות המתווכים במקרקעין (פרטי הזמנה בכתב) תשנ"ז-1997** נקבע בתקנה 1 כי:

"בהזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין לפי סעיף 9(א) לחוק, ייכללו לפחות הפרטים הבאים:

- (1) שמות, כתובות ומספרי זיהוי של המתווך ושל הלקוח;
- (2) סוג העסקה שפעולת המתווך מבוקשת לגביה, כגון: "שכירות", "מכירה";
- (3) תיאור הנכס נושא פעולת התיווך;
- (4) מחיר העסקה המבוקשת, בקירוב;
- (5) הסכום המוסכם של דמי התיווך או שיעור דמי התיווך המוסכם מתוך המחיר שבו תבצע העסקה, והאם המחיר - לפי אחד מאלה - כולל מס ערך מוסף, כמשמעותו בחוק מס ערך מוסף, תשל"ה-1975.

מעיון בחוזה התיווך נוכחים לדעת שכל הפרטים הנקובים בתקנות הנ"ל מצויים בחוזה התיווך.

24. לפי סעיף 9(ב) לחוק המתווכים במקרקעין, כאשר הוסכם בין מתווך ללקוח על בלעדיות, אזי קמה חובה כי מתן הבלעדיות ותקופתה יאושרו בחתימת הלקוח על גבי מסמך נפרד מהסכם התיווך, במהלך תקופת הבלעדיות יבצע המתווך פעולות שמטרתן תיווך במקרקעין, ותקופת הבלעדיות לגבי דירה תהיה שישה חודשים לכל היותר. בתקנות השיווק קבע מחוקק המשנה תנאים נוספים לכניסת הבלעדיות לתוקף. וכך קובעת תקנה 1 לתקנות אלו:

"א) ניתנה למתווך במקרקעין בלעדיות כאמור בסעיף 9(ב) לחוק, יבצע המתווך שתי פעולות שיווק לפחות מבין הפעולות המנויות בפסקאות (1) עד (6), אלא אם כן סוכם שתבוצע פעולת שיווק כאמור בפסקה (7), יחד עם פעולה מהפעולות המנויות בפסקאות (1) עד (6) או בלעדיה, הכל כפי שיוסכם עם הלקוח:

- (1) פרסום באמצעות שילוט באחת או יותר מן הדרכים שלהלן:
 - (א) הצבת שלט על הנכס או בקרבתו;
 - (ב) הצבת שלט על גבי לוח מודעות ציבורי;
 - (ג) הצבת שלט במרכז קהילתי;
 - (ד) כל שלט אחר כפי שיוסכם בין המתווך ללקוח.
 - (2) פרסום בקרב קהל לקוחות מסוים, המופיע במאגר של המתווך, באמצעי אלקטרוני, באמצעות דיור ישיר או באמצעי אחר כפי שיוסכם, או פרסום מודעה באתר אינטרנט או באמצעי ממוחשב אחר אשר יועדו לשיווק נכסי מקרקעין;
 - (3) פרסום בעיתון יומי נפוץ אחד לפחות;
 - (4) פרסום בעיתון מקומי או בעיתון המיועד לקהל יעד מסוים בהתאם לבחירתו של הלקוח;
 - (5) הזמנת רוכשים פוטנציאליים או מתווכים נוספים לבקר בנכס במועד שיוסכם עליו;
 - (6) הזמנתם של חמישה מתווכים אחרים לפחות, הפעילים ביישוב שבו מצוי הנכס העומד למכירה, לשתף פעולה לשם מכירת הנכס;
 - (7) כל פעולת שיווק שאינה מנויה בפסקאות (1) עד (6), כפי שתוסכם בין הצדדים.
- (ב) המתווך יפרט בטופס, הנפרד מההזמנה לתיווך במקרקעין, את כל הפעולות הקבועות בתקנת משנה (א) (1).

עד (6) וכן יציין כי המזמין רשאי להסכים עם המתווך על פעולות השיווק שיבצע המתווך; החליטו המתווך והלקוח על פעולת שיווק כאמור בתקנת משנה (א)(7), תצוין גם פעולה זו בנפרד וכן יצוין האם הוחלט כי המתווך יבצע פעולה זו יחד עם אחת הפעולות המנויות בפסקאות (1) עד (6) כאמור או בלעדיה.

מעיון בחוזה הבלעדיות נוכחים אנו לדעת שבחוזה זה יש את כל המידע שיש לכלול בו על פי חוק המתווכים והתקנות על פיו.

25. יש גם לדחות את טענת הנתבע שחוזה הבלעדיות ביטל את חוזה התיווך, שכן על פי הוראות סעיף 9(ב) לחוק המתווכים חוזה הבלעדיות לא נכנס לתוקף בלי חוזה התיווך. כך שחוזה התיווך עומד בפני עצמו, ואם יש בלעדיות, חוזה הבלעדיות נוסף על חוזה התיווך. היוצא מכך הוא שאם תמה תקופת הבלעדיות, עדיין נותר בתוקף חוזה התיווך, אלא אם הסכימו הצדדים אחרת. במקרה שבפנינו אין כל ראיה שהנתבע ביטל את חוזה התיווך.

26. האמור בפרק זה של פסק הדין הוא מושכלות יסוד על פי בחוק המתווכים, אך היה צריך לחזור עליהם עקב טענות הנתבע.

ביטול חוזה הבלעדיות:

27. טוען הנתבע כי ביטל את חוזה הבלעדיות. סבור אני שגם את טענה זו של הנתבע יש לדחות מהסיבות כדלקמן:

- (1) עדותו של הנתבע היא עדות יחידה של בעל דין המעוניין בתוצאות המשפט;
- (2) ביטול של התחייבות בכתב ראוי שתהיה בכתב, במיוחד כאשר נעשו על ידי הצד שכנגד פעולות הדורשות הוצאות כספיות על פי חוזה הבלעדיות;
- (3) התובע ועדיו העידו שהנתבע לא ביטל את חוזה הבלעדיות.
28. אם אכן נכונה טענתו של הנתבע, אזי חייב הוא לשלם לתובע את דמי התיווך בהתאם להוראות סעיף 4 לחוזה הבלעדיות, בו הסכים כי דרישתו להפסקת תקופת הבלעדיות טרם סיומה, תחייב אותו בתשלום מלוא דמי התיווך לפי חוזה הבלעדיות.

העדר עדות עדי התביעה על פני עדות הנתבע:

29. אני מעדיף את גרסת התובע על פני גרסת הנתבע, מהסיבות כדלקמן:

- (1) עדות הנתבע רצופה סתירות ואי דיוקים. כך למשל, הנתבע הצהיר בתצהיר התומך בבר"ל כי הסכם הבלעדיות בוטל על ידו באמצעות חתימתו על הסכם התיווך, אם כי בתצהיר עדותו הראשית העיד כי לא נכרת הסכם בלעדיות כלל בשל היעדר גמירות דעת; הנתבע סתר את עצמו בתצהיר התומך בבר"ל לעניין מועד חתימת הסכם המכר - בתחילה מאי 2010, אחר כך דצמבר 2010 ובהמשך אותו תצהיר העיד כי מו"מ בין הקונה לבינו היה בשלב מתקדם באפריל 2011. כאשר, בתצהיר עדותו הראשית העיד כי הקונה רכש את הדירה בדצמבר 2011; הנתבע סתר את עצמו לעניין סיבת פרסום הדירה על ידו באתר אינטרנט ומועדו: בתצהיר התומך בבר"ל העיד כי נאלץ לשווק את הדירה בעצמו, לאחר שנוכח כי הסוכנות לא שוקדת על שיווק הדירה, אם כי בתצהיר עדותו הראשית העיד כי בחודש אפריל 2010, עובר לפגישתו עם מר נדיבי, החליט לשווק את הדירה בעקבות החלטתו למכור אותה; יתרה מזו, בתצהיר עדותו הראשית, הנתבע לא הודה בעובדות שראוי היה שיודה בהן: הוא לא אישר ולא הכחיש כי החתימה על עותק הסכם הבלעדיות החתום על ידי התובע היא שלו; וכן העיד שאיננו זוכר אם עסקה - בה רכש דירה באמצעות הסוכנות - קדמה להסכם המכר או איחרה אותו - מטבע הדברים, עסקאות רכישה ומכירת דירות לאדם שאיננו עוסק ברכישה ומכירת דירות כמשלח יד, היא אירוע יוצא דופן, הנרשם בזיכרונו של אדם, במיוחד כשקיים פער של זמן מה בין עסקה אחת לשנייה; יתרה מכך, התובע לא תמך טענותיו בראיות ממשיות שיש בהן לאשש את גרסתו;

(2) לעומת עדות הנתבע, גרסת התובע עקבית, ומעוגנת בראיות ובשני עדים;

- (3) עדות הנתבע היא עדות יחידה של בעל דין שאין לה סיוע והיא איננה הודאת בעל דין (כלשון סעיף 54 לפקודת הראיות ונוסח חדש), התשל"א-1971). ממולה, עדות התובע שהיא עדות של בעל דין, המקבלת סיוע מעדותם של מר נדיבי ומר מרום. אומנם מר נדיבי ומר מרום הם עדים המעוניינים בתוצאות המשפט, לטובת התובע שהזמין אותם להעיד. אך עדויות מר נדיבי ומר מרום הן לא עדויות יחידות, והן מסייעות זו לזו. כמו כן, מר מרום העיד בעדותו נסיבה עובדתית שיכלה להיות ידועה לו בלבד, ויש בה להצביע על מהימנותו: העובדה כי בתחילה הציג את הדירה לאשת הקונה ולא לקונה. הוספת עובדה זו אינה הרחבת הזית מטעם התובע, שהרי מדובר בעדות של אדם שאיננו התובע, המוגשת במועדה, וממילא היא מתיישבת עם גרסת התובע. לפיכך, אין בנסיבה זו כדי להעלות או להוריד כלל מלבד להאיר על מהימנות עדותו של מר מרום;

(4) הסכם התיווך והסכם הבלעדיות תואמים מבחינה צורנית ומהותית את הוראות הדין כאמור לעיל.

המגעים עם הקונה:

30. אין מחלוקת בין הצדדים שהתובע והנתבע הסכימו שהנתבע יוכל לפרסם את הדירה להשכרה, על מנת שהדירה לא תהיה ריקה ולא ייגרמו הפסדים לנתבע. ואכן בעקבות הפרסום שפרסם הנתבע את הדירה להשכרה, נוצר הקשר בינו לבין הקונה להשכרת הדירה. מאחר והמפתח של הדירה היה בידי התובע, היפנה הנתבע את הקונה לתובע, על מנת שיראה לו את הדירה. בפועל הגיעה אשתו של הקונה לדירה על מנת לראותה, ומר מרום הראה לה בפועל את הדירה. מר מרום שוחח עם גב' ון לובין, ועניין אותה ברכישת הדירה. דבריו אלו נפלו על אזניים קשובות, ואכן גב' ון לובין עברה מרצון לשכור את הדירה לרצון לרכוש אותה, וביקשה שבעלה יגיע לראות את הדירה. פגישה זו הייתה ביום 4.11.10, כפי שמוכיח תדפיס שיחות של הטלפון הסלולרי של מר מרום. ואכן הקונה הגיע לדירה על מנת לראות אותה לפני שנכנס למו"מ לרכוש אותה. לאחר פגישה זו ניסה מר מרום להתקשר לתובע ולקונה, אך הם לא ענו לו, וניתקו מגע עם התובע ואנשי משרדו. בתחילה הציג הנתבע בפני התובע מצג שהוא השכיר את הדירה לקונה, אך לאחר מכן התברר לתובע שהנתבע מכר את הדירה לקונה בתחילת חודש מאי 2011 בתמורה ל-1,960,000 ₪, סכום שהוא שווה ערך ל-568,610 דולר ארה"ב.

31. לנתבע היו גרסאות שונות על המועד בו היפנה את הקונה לתובע. מתדפיס השיחות של הטלפון הסלולרי של מר מרום עולה שהמפגש בין מר מרום לבין הנתבע היה ביום 4.11.10, שהוא בתוך תקופת הבלעדיות. משכך הם פני הדברים, פעולת התיווך למכירת הדירה הייתה בתוך תקופת הבלעדיות, והתובע היה הגורם היעיל למכירת ההדירה. הימנעותם של הנתבע ושל הקונה לענות לשיחות הטלפון מטעם התובע, מהווה חוסר תום לב בקיום החוזה. לאור זאת, היה חייב הנתבע לשלם לתובע את דמי התיווך על פי הסכם הבלעדיות.

32. סיבת רכישת הדירה ע"י הקונה איננה פרסום המודעה באתר האינטרנט על ידי הנתבע, אלא חילופי הדברים בין מר מרום לבין הקונה ואשתו בתוך תקופת הבלעדיות. על כן התובע היה הגורם היעיל שהביא לחתימה על חוזה המכר, גם אם נחתם במועד מאוחר יותר, ותוך בחירת הצדדים שלא לערב את התובע בהליך המו"מ. על כן חב התובע לשלם לתובע את דמי התיווך.

33. דנתי בשאלה מי היה הגורם היעיל לכריתת חוזה המכר, שכן לפי סעיף 14(ב) לחוק המתווכים החזקה שהמתווך היה הגורם היעיל לכריתת החוזה קיימת רק כאשר העסקה נכרתה בתוך תקופת הבלעדיות.

גובה דמי התיווך:

34. אין מחלוקת בין הצדדים כי הדירה נמכרה בתמורה של 1,960,000 ₪, על הנתבע לשלם לתובע דמי תיווך בשיעור 1.5% מהתמורה בתוספת מע"מ, דהיינו את הסך 29,400 ₪ בתוספת מע"מ.

35. שאלה היא האם הנתבע חייב לשלם לתובע כפל דמי תיווך בהתאם להתחייבותו על פי חוזה הבלעדיות.

הקשר עם הקונה נוצר ביום 4.11.10, כשבוע לפני תום תקופת הבלעדיות. שבוע ימים הוא זמן סביר על מנת לחתום על חוזה מכר. העובדה שהנתבע מנע את המשך המגעים בינו לבין הקונה באמצעות התובע, אין בה כדי למנוע מהתובע לקבל את כפל דמי התיווך. מהוראות החוזה עולה שזכותו של התובע לקבל את דמי התיווך קמה מעת שאיתר קונה לדירה בתקופת הבלעדיות, זאת ותו לא. מועד החתימה על החוזה בין המוכר והקונה הוא פונקציה של יעילות הצדדים, ואין לו כל קשר למתווך. התניית זכותו של המתווך לקבלת שכרו בחתימה על חוזה בתוך תקופת הבלעדיות אינה מתקבלת על הדעת, שכן הצדדים יכולים להשהות החתימה על החוזה עד לתום תקופת הבלעדיות, על מנת שהמתווך לא יקבל שכרו.

36. הנתבע ניהל מו"מ עם הקונה ולא הודיע על כך לתובע. על כן בהתאם להוראות סעיף 2 לחוזה הבלעדיות, על הנתבע לשלם לתובע את כפל דמי התיווך, דהיינו תוספת 29,400 ₪. מאחר והתוספת היא למעשה פיצוי מוסכם, אין התובע זכאי לתוספת מע"מ עבור סכום זה.

37. הן בחוזה התיווך והן בחוזה הבלעדיות התחייב הנתבע לשלם לתובע 4% מדמי התיווך בגין כל חודש איחור בתשלום דמי התיווך. תוספת 4% לחודש מיום כריתת החוזה ועד להגשת התביעה מגיע לסך 7,506 ₪. סכום זה הוא פיצוי מוסכם, ולכן התובע אינו זכאי לקבל עבורו מע"מ.

בנוסף, יש לשים לב שכפל דמי התיווך הם למעשה פיצוי מוסכם, כך שתוספת 4% לחודש אינה חלה על הפיצוי המוסכם. לכן הפיצוי המוסכם ישא הפרשי הצמדה ורביית מיום רישום הערת האזהרה בטאבו לטובת הקונה, דהיינו מיום 29.5.11.

38. מאחר והנתבע לא טען מאומה הפיצוי המוסכם, אינני מתייחס לנושא זה.

סוף דבר:

לאור כל האמור לעיל, אני מחייב את הנתבע לשלם לתובע כדלקמן:

- (1) את הסך 29,400 ₪ + מע"מ בתוספת הפרשי הצמדה ורבית החל מיום 29.5.11 ועד ליום התשלום בפועל;
 - (2) את הסך 7,506 ₪ בתוספת הפרשי הצמדה ורבית מיום הגשת התביעה ועד ליום התשלום בפועל;
 - (3) את הסך 29,400 ₪ בתוספת הפרשי הצמדה ורבית מיום 29.5.11 ועד ליום התשלום בפועל;
 - (4) את הוצאות המשפט בתוספת הפרשי הצמדה ורבית מיום מתן פסק הדין ועד ליום התשלום בפועל;
 - (5) שכ"ט עו"ד בסך 12,000 ₪ בתוספת הפרשי הצמדה ורבית מיום מתן פסק הדין ועד ליום התשלום בפועל.
- ניתן היום, ט' שבט תשע"ד, 10 ינואר 2014, בהעדר הצדדים.**

ת"מ 11-02-10272 ב.פ. הנשיא סוכנויות נדל"ן בע"מ נ' בקרמן ואח'

פסק הדין

רקע וטענות הצדדים

1. לפני תביעה בסדר דין מהיר לתשלום דמי תיווך בגין רכישת דרה הממוקמת ברחוב איינשטיין 57 בחיפה (להלן: "הדירה").
2. על פי הנטען בכתב התביעה התובעת הינה חברה העוסקת בתיווך מקרקעין כאשר בעליה והעובדים מטעמם הינם מתווכים מורשים בעלי רישיון לעסוק בתיווך. הנתבעים הינם בני זוג כאשר הנתבעת התקשרה עם התובעת בהסכם תיווך לאחר שהתעניינה ברכישת הדירה.
3. ביום 3.8.2010, לאחר שהנתבעת פנתה לתובעת והביעה רצון לרכוש דירת מגורים ברחוב איינשטיין בחיפה, הגיעו הנתבעים בליווי סוכן ממשרדה של התובעת, מר עומרי גבע בקר בדירה. תובעת מציינת כי בידי הסוכן היו מפתחות לדירה שקיבל מבעליה. מיד לאחר הביקור בדירה, הציע להם הסוכן לבקר בדירה נוספת ברחוב אינשטיין 123 השייכת לאותם בעלים.
4. על פי הנטען מספר ימים לאחר הפגישה יצר הסוכן קשר עם הנתבעת על מנת לברר האם אחת הדירות מצאה חן בעיניה והאם יש טעם ליזום מו"מ עם המוכרים. הנתבעת מסרה לו כי החליטו לבסוף לא לרכוש דירה ברחוב איינשטיין.
5. באופן מפתיע גילתה התובעת כי הנתבעים רכשו את הדירה שלא באמצעותה, תוך התעלמות מוחלטת מכך שהתובעת היא זו שהציגה בפני הנתבעים את הדירה ומכך שקיים הסכם תיווך בכתב לפיו התחייבה הנתבעת לשלם לתובעת דמי תיווך בשיעור 2% בתוספת מע"מ במידה ותרכוש את הדירה. נטען כי ההזמנה עליה חתמה הנתבעת נערכה בהתאם להוראות חוק המתווכים במקרקעין, תשנ"ו-1996 (להלן: "החוק") והתקנות שהותקנו על פיו.
6. עוד נטען כי התובעת הינה הגורם היעיל בכך שיצרה את הקשר הראשוני בין הצדדים לעסקה. בשל התנהלות הנתבעים, בשל חוסר תום לב מצדם, תוך ניסיון להסתיר את העניין, לא אפשרו לתובעת לנהל מו"מ בין המוכרים לבין הנתבעים על מנת להביא את העסקה לחתימה.
7. הואיל והנתבעים רכשו את הדירה לבסוף בסך של 875,000 ₪ התובעת זכאית לדמי תיווך בסך של 20,300 ₪ כולל מע"מ.
8. הנתבעים טענו בכתב הגנתם כי התביעה הוגשה בחוסר תום לב תוך הצגת העובדות באור שונה ומטעה הרחוק מהאמת ומתוך מטרה ברורה להתעשר שלא כדין כל חשבונם.
9. הנתבעים הוסיפו וטענו כי עד עצם מועד הגשת כתב ההגנה לא הוצגה להם אסמכתא כי המתווך שהחתיים אותם על ההזמנה מתווך מורשה וזאת למרות שלפני הגשת ההגנה בחודש נדרשה בא כח התובעת להמציא אסמכתא על כך. הנתבעים מדגישים כי כבר בטופס ההזמנה לא נרשם מס' הרישיון של הסוכן דבר אשר כשלעצמו פוסל את ההסכם.
10. הנתבעים טענו כי חיפשו בתחילת חודש אוגוסט 2010 דירה ברחוב איינשטיין כאשר ראו מספר מודעות שהתברר כי הן מתייחסות לאותה דירה. הם יצרו קשר עם סוכן התובעת וקבעו להיפגש ביום 3.8.2010. ואכן הם נפגשו באותו יום בשעות הערב כאשר לא היה חשמל בדירה. יחד עם זאת, באותו מעמד הבחינו הנתבעים כי הדירה דורשת שיפוץ מסיבי וכי המחיר שהוצג להם בסך של 990,000 ₪ אינו ריאלי וביקשו לבדוק אפשרות להוריד את המחיר. הסוכן מסר להם כי "אין על מה לדבר...אלו המחירים באזור" ונתן להם להבין כי המחיר אינו ניתן לוויכוח ואף לא ניסה להתקשר עם בעלת הבית ולנסות להוריד את המחיר. באותו מעמד הציע להם הסוכן לראות דירה אחרת גדולה יותר ומשופצת במחיר 1,090,000 ₪ אך המחיר לא היה רלוונטי לגביהם. לאחר מספר ימים יצר הסוכן קשר טלפוני עם הנתבעת כאשר הוא הציע להם דירה באזור דרך הים ואולם באותה שיחה לא היה ניתן לתאם מועד מוסכם על שני הצדדים והסוכן הבטיח לחזור ולתאם מועד נוסף ומאז נעלמו עקבותיו.
11. לאחר מכן, הנתבעים ראו את הדירה דרך סוכן אחר במקרה, כאשר התברר להם שהדירה אינה בבלעדיות. כשאמרו לסוכן האחר שהמחיר המבוקש אינו ריאלי הבטיח הלה לעשות מאמצים להוריד את המחיר. הנתבעים ניהלו מו"מ עם בעלי הדירה שנמשך מספר שבועות עד שלבסוף הוסכם כי ירכשו את הדירה בסך של 875,000 ₪. הנתבעים חתמו על ההסכם ושילמו דמי תיווך לאותו מתווך.
12. הנתבעים טוענים כי הסוכן מטעם התובעת החתיים אותם על טופס הזמנה מבלי שהייתה לו כוונה להיות הגורם היעיל בעסקה.

13. הנתבעים טוענים עוד כי התובעת אינה זכאית לדמי תיווך מאחר ולא היה לה בלעדיות. בנוסף התובעת אינה זכאית לדמי תיווך מאחר ולא הייתה הגורם היעיל לביצוע העסקה. בנוסף הסוכן לא היה מתווך מורשה ולא הציג עצמו ככזה ואף בכתב התביעה הוצג כסוכן ולא כמתווך.
14. עוד טוענים כי התובעת אינה זכאית לדמי תיווך מאחר ופעלה בחוסר תום לב כאשר ביקשו לקשור את הנתבעים בהסכם שמלכתחילה לא הייתה להם כוונה לקיימו.
15. ביום 23.10.2014 התקיימה ישיבה לשמיעת עדי הצדדים. מטעם התובעת העידו מר יאיר פאר (בעלי התובעת), מר עומרי גבע (הסוכן מטעם התובעת) והנתבע. מטעם הנתבעים העידו הנתבעת. בשל עיצומי הקלדניות נקבעה ישיבת המשך ליום 2.11.2014 אך בא כח הנתבעים הודיע כי הוא מוותר על הבאת העדים הנוספים שהם גב' עליזה שגיא (מוכרת הדירה) ומר אברהם מואס (המתווך שדרכו נמכרה הדירה).
16. לאור זאת הוריתי לצדדים להגיש סיכומיהם בכתב.

דיון והכרעה

הגנת ראיות

17. התובעת מצאה לנכון לצרף לסיכומים מטעמה ראיה ללא נטילת רשות. במסגרת ראיותיה צירפה התובעת העתק מרישיון תיווך במקרקעין של מר עומרי גבע אך בכותרת הרישיון ליד מס' רישיון לא מופיע מספר כלשהו. לאור זאת, ובשל טענות הנתבעים צירפה התובעת לסיכומיה העתק מאותו מסמך כאשר הפעם מופיע בו מספר הרישיון, כל זאת ללא קבל רשות בית המשפט.
18. בהמשך, לאחר הגשת סיכומי הנתבעים, הגישה התובעת בקשה שהוכתרה כבקשה להגשת כתב תשובה לסיכומי הנתבעים. במסגרת אותה בקשה נכתב משפט אחד כנימוק לבקשה כאשר נטען כי בסיכומי הנתבעים נכללו טענות שהן בגדר הרחבת חזית והטעיה של בית המשפט ולאחר מכן פורטו סיכומי התשובה. לבקשה זו צורפה ראיה נוספת, ללא נטילת רשות, בדמות מכתב מרשם המתווכים מיום 3.2.2015 ובו אישור לגבי רישיון התיווך של מר יאיר פאר.
19. דרך התנהלות זו אינה מקובלת עליי. לא ניתן להגיש ראיות לתיק בית המשפט ללא כל רשות ולכן אתעלם קליל מאותן ראיות שהוגשו וצורפו לסיכומי התובעת.
20. יתרה מכך, הועלו בסיכומים הועלה הנימוק לכך שהרישיון של מר גבע שצורף לתצהירים נטול מספר רישיון בכך שמדובר במספר שהינו בצבע אדום במקור וייתכן כי בצילום לא עבר. עוד מוספיה כי ידוע שצבע אדום לא עובר בצילום. עובדה זו לא נתמכה בתצהיר כלשהו ולכן לא הוכחה.

הרחבת חזית

21. במסגרת תשובה לסיכומי הנתבעים טענה התובעת כי הנתבעים הרחיבו את החזית במסגרת סיכומיהם.
22. אכן הנתבעים העלו במסגרת סיכומיהם טענה חדשה לפיה התובעת שהינה חברה מוגבלת במניות לא יכולה להיות צד להסכם תיווך. לטענתה רק אדם בשר ודם יכול לשמש כמתווך זאת בשים לב להוראות סעיף 5 לחוק המחייב כי מתווך יהיה מי שמלאו לו 18 שנים, אזרח או תושב המדינה והוא אינו פושט רגל. עוד מסתמכים הנתבעים על ע"א (מחוזי נצרת) 2178/02 אמנון אזערי נ. בושרי שמואל [פורסם בנבו] שם נקבע ברוב דעות כי חברה בע"מ אינה יכולה לשמש כמתווך ולגבות דמי תיווך.
23. אכן טענה זו לא נטענה בכתב ההגנה. מדובר בטענה חדשה אשר מן הראוי כי תובא במסגרת כתבי הטענות. להדגיש אין המדובר בטענה משפטית גרידא. מדובר בטענה משפטית עובדתית. כך לדוגמה הנתבעים מודים בסיכומיהם כי קיימת פסיקה שהתירה לתאגיד לגבות דמי תיווך בתנאי שבעליו התאגיד מחזיק רישיון תיווך והוא היה הגורם היעיל. אילו טענה זו הייתה מובאת במסגרת כתב ההגנה היה ניתנת לתובעת הזדמנות להוכיח כי היא עומדת בתנאים אלו. הראיה כעת הנתבעים מנופפים בטענה שלא הוכח כי הבעלים מחזיק ברישיון תיווך מה שאילץ את התובעת להגניב ראיות לתיק בית המשפט.
24. לאור זאת, אני מקבל את הטענה כי מדובר בהרחבת חזית ולא אדון במסגרת פסק דין זה בטענה זו.

דיון והכרעה

25. לאחר ששקלתי את העדויות שהובאו לפני אני מעדיף את גרסת הנתבעים על פני גרסת עד התביעה מר גבע באשר לסיבה מדוע לא התקדמו עמו הנתבעים ברכישת הדירה, כאשר לבסוף רכשו אותה באמצעות סוכן אחר.
26. אינני מסכים עם טענת הנתבעים כי התביעה מבוססת אך ורק על הטענה כי התובעת הייתה "הגורם היעיל", ומשהודה מר

גבע כי התובעת לא הייתה הגורם היעיל דין התביעה להידחות. אך בכתב התביעה נטען כי התובעת הייתה הגורם היעיל. יחד עם זאת, נטען בפירוט כי הנתבעים היו חסרי תום לב עת רכשו את הדירה באמצעות מתווך אחר ולכן התביעה מושתת על טענה לחוסר תום לב.

27. עדות הנתבעת עשתה עלי רושם אמין. בעדותה לא נפלו סתירות או פרכות היורדות לשורש העניין.

28. מאידך באשר לסיבה מדוע לא התקדמו הנתבעים באמצעות התובעת בביצוע הרכישה הובאה עדות יחידה של מר גבע אשר הדין מחייב אותי לנמק מדוע עלי להסתפק בעדותו היחידה לצורך קבלת התביעה. אולם חוסר מהימנות שהתגלה בעדותו אינו מאפשרות לסמוך על עדות זו ולתת טעם משכנע מדוע לקבל את התביעה בהסתמך עליה.

29. מר גבע ניסה לטעון בתצהירו כי מפתחות הדירה היה באופן בלעדי בידי. העד נשאל האם הדירה הייתה בבלעדיות אצלם ועל כך השיב "קיבלתי מפתחות בבלעדיות" (עמ' 10 ש' 17). דא עקא, הדבר לא הפריע לתובעת לפרסם את הדירה "בבלעדיות" כפי שעולה ממוצג ת/3. בלעדיות בעולם התיווך אין משמעה שרק המפתחות נמסרו באופן בלעדי למתווך. אלא בטיפול כולו נמסר באופן בלעדי למתווך. לכן אני מעדיף בעניין זה את טענת הנתבעים כי מר גבע הציג את הדירה כאילו היא נמצאת בבלעדיות במשרדם. לבסוף נאלץ להודות מר גבע בעובדה זו בעמ' 10 ש' 21-22:

"ש. אתה מציג את הדירה כאילו שהיא בבלעדיות למרות שהיא לא בבלעדיות?"

ת. נכון."

אולם הדבר לא הפריע למר גבע להצהיר בסעיף 8 לתצהירו:

"אין כל טענה כי נחתם עימם הסכם בלעדיות. הטענה היחידה היתה כי ניתן לנו מפתח באופן בלעדי."

לאור הסתירה החזיתית מהימנותו של מר גבע בהתאם.

30. יתרה מכך, מר גבע טען בתצהירו בסעיף 5 כי בסמוך למועד בו ביקרו הנתבעים בדירה הציע את הדירה לרוכש פוטנציאלי אחר אשר הביע עניין לרכוש אותה כאשר נוהל משא ומתן על ידי המשרד שבסיומו הושגה הסכמת הרוכשים לביצוע העסקה במחיר קרוב למחיר שבסוף נמכרה אולם אותו רוכש פוטנציאלי התחרט. אולם בהקשר זה העיד מר גבע עדות מתפתלת. כשנשאל בתחילה על עניין זה השיב בעמ' 10 ש' 15:

"אתה צריך להגיד לי לאיזה עניין ספציפי אתה מתייחס בתצהיר שלי."

31. בהמשך שנשאל שוב על עניין זה בעמ' 11 ש' 8 ואילך השיב בצורה מתפתלת וחמקמקה:

"יש המון רוכשים פוטנציאליים. באותו זמן ספציפי לא הייתה התנהלות של משא ומתן על הדירה הזאת עם רוכש אחר. היה בפרק זמן של אותה תקופה מתעניין נוסף. כל הזמן יש מתעניינים נוספים. באותו פרק זמן הם באו לראות דירה מסוימת ובאותה הזדמנות הצעתי להם לראות דירה נוספת. לא היה רוכש אחר ולא היה משא ומתן לקראת מכירה. היה בחור בשם דני לביא שרצה גם את הדירה והיה כמה פעמים ושדיבר עם בעלת הבית לפחות פעם אחת ועל סכומים שהיו מאוד קרובים ובסופו של דבר זה לא יצא לפועל. זה היה באזור ה-900 אלף שקל. ממש סמוך למספר."

32. לכן גם מסיבה זו לא אוכל לתת אימון בעדותו של מר גבע.

33. התובעת הביאה ראיה לכך שביום 9.8.2010 הייתה שיחת טלפון בין מר גבע לנתבעת שנמשכה כחמש דקות. אולם שיחה זו אינה מוכיחה דבר שכן הנתבעים מודים כי התקיימה שיחה באותו מועד אך טוענים כי שיחה זו עסקה בדירה אחרת בדרך הים.

34. אין גם כל הגיון שהנתבעים דווקא יעדיפו להסתכן בתשלום דמי תיווך כפולים על ידי רכישת הדירה באמצעות מתווך אחר. אילן רצו הנתבעים לחסוך בדמי תיווך יכלו לפנות ישירות לבעלת הדירה, שבאותו יום נפגשו עמה וראו בית אחר שלה. מה ההגיון שיפנו הנתבעים למתווך אחר לצורך רכישת אותה דירה? לכן ברי כי הגיון זה תומך בגרסת הנתבעים לפיה מר גבע מסר להם כי המחיר סופי ולא ניתן למיקוח.

35. התובעת בחרה להעיד מטעמה את הנתבע. עדותו רק תמכה בגרסת ההגנה ולא הועילה כלל לגרסת התביעה.

36. מאידך הנתבעת עמדה בעדותה על גרסתה. כשנשאלה מספר פעמים מה אמר לה עומר השיבה כי אמר לה שאלו המחירים באזור (ראה עמ' 16 ש' 11-12).

37. תצהירו של מר יאיר פאר רובו ככולו הינו מפי השמועה. הוא לא היה עד לשיחות בין עומר לנתבעים. הגדיל לעשות עד זה כאשר הצהיר כי הזמנת התיווך נערכה בהתאם להוראות הדין כאשר המצב לאמיתו אינו כזה כפי שאעמוד להלן.

38. לאור קביעתי לפיה אימצתי את גרסת הנתבעים הרי לא ניתן לומר כי התובעת הייתה הגורם היעיל בביצוע העסקה או כי לא ניתנה לה הזדמנות להיות הגורם היעיל. מתווך אמור לפעול בהגנות לטובת לקוחו. כך מורה סעיף 8(א) לחוק. מתווך אשר אינו פועל להורדת המחיר המבוקש בעבור הרוכש או לפחות נכון להעביר הצעת רכישה מהקונה כאשר הוא מוסר לו שהמחיר המבוקש אינו ניתן למיקוח כאשר בפועל מצג זה אינו תואם את המציאות מפר את חובתו כלפי לקוחו ואינו זכאי לדמי תיווך.
39. בשים לב לכך דין התביעה להידחות.

הזמנת התיווך

40. למעלה מהצורך אתייחס גם לטענות באשר להזמנת התיווך.
41. על פי תקנות המתווכים במקרקעין (פרטי הזמנה בכתב), תשנ"ז - 1997 הזמנה לתיווך במקרקעין חובה כי תכלול את הפרטים כדלקמן:

- (1) שמות, כתובות ומספרי זיהוי של המתווך ושל הלקוח;
- (2) סוג העסקה שפעולת המתווך מבוקשת לגביה, כגון: "שכירות", "מכירה";
- (3) תיאור הנכס נושא פעולת התיווך;
- (4) מחיר העסקה המבוקשת, בקירוב;
- (5) הסכום המוסכם של דמי התיווך או שיעור דמי התיווך המוסכם מתוך המחיר שבו תתבצע העסקה, והאם המחיר - לפי אחד מאלה - כולל מס ערך מוסף, כמשמעותו בחוק מס ערך מוסף, תשל"ה-1975.

42. בהוראות הנ"ל נאמר שלפחות פרטים אלו יהיו בהזמנה ומכאן אני מסיק שאין רשימה ממצה. בענייננו אין פרטי זיהוי של הסוכן עמרי גבע. לא נרשם בהזמנה תעודת זיהוי שלו או מספר רישיון תיווך. יתר הפרטים הנדרשים כן מולאו בטופס. נשאלת השאלה האם חסר זה מאין את ההסכם?

43. סעיף 9(א) לחוק קובע כדלקמן:

"מתווך במקרקעין לא יהא זכאי לדמי תיווך, אלא אם כן חתם הלקוח על הזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין, שבה נכללו כל הפרטים שקבע השר, באישור ועדת הכלכלה."

44. סעיף 14(א) לחוק מדגיש עניין זה וקובע בנוסף:

"מתווך במקרקעין יהיה זכאי לדמי תיווך מאת לקוח אם נתקיימו כל אלה:

- (1) הוא היה בעל רשיון בתוקף לפי חוק זה בעת שעסק בתיווך או שחל עליו, באותה עת, פטור זמני בהתאם לאמור בסעיף 20;
- (2) הוא מילא אחר הוראות סעיף 9;
- (3) הוא היה הגורם היעיל שהביא להתקשרות הצדדים בהסכם מחייב."

45. לעניין החתימה על ההזמנה התובעת או הסוכן לא חתמו עליה. יחד עם זאת, סעיף 9(א) לחוק מחייב שרק הלקוח יחתום ואין חובה כי המתווך יחתום גם הוא על ההזמנה. לכן אין רואה באי חתימת הסוכן כחסר הפוגם בהסכם.

46. לעניות דעתי הדרישה כי תעודת הזהות ומספר רישיון של המתווך, אשר נדרש כי יהיו מעוגנים בהסכם בכתב, הינה דרישה מהותית ולא טכנית. עמד על כך בית משפט המחוזי בע"א (חיפה) 3455/06 דה כהן בע"מ נ. בן עמרם [פורסם בנבו] שם נאמר על ידי כבוד השופט סוקול:

"בין הפרטים שיש לכלול בהזמנה בכתב למתן שירותי תיווך נקבע כי יש לכלול את שמו של המתווך, כתובתו ומספר תעודת הזיהוי שלו. ציון פרטים אלו נועד להגן על הצרכן; לאפשר לו לבדוק אם המתווך אכן בעל רישיון כדיון; להבטיח את קבלת שירותי התיווך רק ממני שהוכשר לעסוק בתיווך וקיבל רישיון לכך; לבדוק אם המתווך מקיים את הוראות החוק כגון חובת גילוי של עניין אישי (סעיף 10 לחוק), שמירת סודיות (סעיף 11 לחוק וכדומה. ציון פרטי המתווך מסייע לצרכן גם לכפות על המתווך את קיום הוראות החוק; מאפשר לו לנקוט הליכים משפטיים נגדו וכדומה. דומה גם כי ציון פרטי המתווך באופן גלוי בכל עסקת תיווך, יתרום גם להרתעת המתווך מסטייה מהוראות הדין המחייבות בהערת אגב אציין כי חוק המתווכים אינו מגן רק על עסקאות צרכניות ועל תחולתו הרחבה עשויה להימצא ביקורת - ראה למשל א' דויטש מעמד הצרכן במשפט עמ' 323).

47. לכן באותו ענין התקבלה הטענה ונדחתה דעת המיעוט של כבוד השופט עמית לפיה ניתן היה להשלים בדיעבד את החסרים שנפלו באותה הזמנה. לדעתי, וכפי שרמזה דעת הרוב באותו פסק דין, ניתן לעיתים לסטות מהדרישות הצורניות לעיתים מקום בו מתגלה כי ההידבקות לדרישות אלו מקורה בחוסר תום לב. מקרים אלו הם מקרים נדירים כאשר יש להיזהר משימוש יתר בכלי זה על מנת לא לרוקן את הוראות החוק מתוכן. אולם במקרה הניצב לפני הנתבעים לא נהגו בחוסר תום לב לכן איני נדרש בהרחבה לסוגיה זו ואני משאירה בצריך עיון.

48. באשר לפלוגתא האם מר עומר גבע היה מתווך מורשה התובעת צירפה לתצהירם העתק רישיון של מר גבע. לא ניתן לדעת מהרישיון שצורף מה מספרו. לא הובאה התעודה המקורית לדיון על מנת להציגה לפני. לכן הראיה שהוגשה אינה ראיה שלמה ולא הוכח כדבעי כי מר גבע היה בעל רישיון תיווך במועד הרלוונטי.

49. לאור זאת אני מקבל את הטענה כי הזמנת התיווך אינה עונה אחר דרישות החוק ולכן התובעת אינה זכאית לדמי תיווך מסיבה זו.

התוצאה

50. בשים לב לאמור לעיל אני מורה על דחיית התביעה.

51. התובעת תישא בהוצאות הנתבעים בסך של 5,000 ₪ בתוספת מע"מ אשר כוללים שכר טרחת עו"ד.

המזכירות תמציא העתק מפסק הדין לבאי כח הצדדים.

ניתן היום, כ"ד ניסן תשע"ה, 13 אפריל 2015, בהעדר הצדדים.

ת"א 08-06-7132 גלז-גוטרמן בע"מ ואח' נ' אורלי שרון

פסק הדין

בפניי תביעה ותביעה שכנגד.

התביעה העיקרית עניינה בטענה של התובעים/הנתבעים שכנגד (להלן: "התובעים"), לזכאותם לתשלום דמי תיווך שהיו מגיעים להם מן הנתבעת, אשר הקנתה להם "בלעדיות" לטענתם בתיווך במכירה של ביתה בשבי ציון.

הנתבעת, אשר אכן התקשרה עם התובעים (כחברת "רימקס") למכירת ביתה במושב שבי ציון, והתחייבה, על פי הסכם ההתקשרות, לתשלום 2% + מע"מ. הדרישה של התובעים עם זאת, היא שמאחר והנתבעת למעשה סיכלה קיומה של עסקה שהייתה יכולה להתגבש ב־7,000,000 ₪ לקניית הבית, הרי מגיעים לתובעים דמי תיווך שהנתבעת צריכה לשאת בהם גם עבור הקונים הפוטנציאליים (2% נוספים על דמי התיווך שישולמו מצד הקונה) ולכן מגיע הסכום הנתבע ל־320,000 ₪ לערך, ובנוסף נתבעים 80,000 ₪ בגין פגיעה במוניטין והוצאות שונות, לרבות החשש מתביעות עתידיות של המכללה האקדמית בקריית-אונו, אשר איתה הייתה אמורה להיחתם העסקה של מכירת הבית בשבי ציון בסכום של 7,000,000 ₪.

יש לציין, כי בסעיף 16 לכתב התביעה מדגישים התובעים את עיקרון "הבלעדיות" בזכות ביצוע עסקת התיווך בנכס האמור ואולם לכל אורך התביעה הדבר מודגש בהקשר העסקה שנכשלה לגבי 7,000,000 ₪ ולא לגבי העסקה שבסופו של דבר נמכר במהלכה הנכס (בסכום של 5.6 מליון ₪).

יתרה מזו, עיון בכתב התביעה מלמד, כי בסעיף 19 ציינו התובעים במפורש, כי הם שומרים לעצמם את הזכות לתקן את כתב התביעה, וזאת במידה ויתגלה, כי הנכס נמכר במחיר אחר (גבוה יותר) ו/או אם ייתבעו כאמור לעיל בפיצויים על ידי צד ג'.

בפועל לא תוקן כתב התביעה, ואין לו לבית המשפט אלא מה שלפניו, דהיינו: הפנייה בראש ובראשונה לעסקה שלא צלחה, של קניית הבית בשבי ציון בסכום של 7,000,000 ₪.

תביעתה של הנתבעת/התובעת שכנגד (להלן: "הנתבעת") היא, לעומת זאת, לנזקים שגרמו לה התובעים, בכך שהטילו עיקול במעמד צד אחד על כל נכס המקרקעין, דבר שהביא לעיכובים במכירתו של הנכס, הן במועד חתימת ההסכם והן במועד העברת התקבולים בגינו. בסופו של דבר נמכר הבית לאחד, פיני סלאמה, בסכום של 5.6 מליון ₪ בלבד. עוד טוענת הנתבעת, וזה למעשה החלק העיקרי והממשי בתביעה שכנגד שהגישה, שהתובעים בחרו להטיל עיקול על כל נכס המקרקעין על מנת לסכל או לפגוע במכירה, לטענתה, שעה שהיו יכולים להסתפק בעיקול על כספים שהיו מגיעים לנתבעת ובשים לב גם לסכום שנדרש מלכתחילה בעיקול שעמד בתחילה על 400,000 ₪ ובהמשך צומצם על ידי מותב זה לסך של 100,000 ₪ בלבד. הסכום שבגינו הוטל עיקול חסר פרופורציה לאור העובדה שהנכס נמכר בסכום של 5.6 מליון ₪ בלבד.

יש לציין, כי התביעה שכנגד היא על 90,000 ₪, והיא מורכבת, על פי הסברי ב"כ הנתבעת בסיכומיו, משלושה מרכיבים:

א. המרכיב הראשון מבוסס על חוות דעתו של רואה החשבון איתן ברקוביץ' (נספח ז' לתצהירי הנתבעת), אשר לא נחקר על חוות דעתו והיא לא נסתרה.

מדובר בשני סכומים כדלקמן:

1. הסכום הראשון הינו הפסד בגין עיכוב במועד חתימת ההסכם. לא אתיחס בפירוט לסעיף זה, וזאת משום שכבר בישיבת הסיכומים הבהרתי היטב לב"כ הנתבעת, כי אין מקום אמיתי לתביעה בגין ראש נזק זה, הואיל ואין קשר סיבתי אמיתי בין אותו עיכוב לבין התנהלות התובעים, וב"כ הנתבעת, בהגיונותו, חזר בו למעשה מראש נזק זה. משחזר ב"כ הנתבעת מראש נזק זה אין צורך להזדקק לו.

2. הסכום השני הינו סך של 15,391.77 ₪, אמדן ריביות, בגין עיכוב במועד העברת התקבולים, שהינו תוצאה של מחדלי התובעים בהטלת עיקול על נכס המקרקעין (ששווי כאמור 5.6 מליון ₪), וההתנהלות לאחר מכן, עד להחלטה על הפקדה כספית בדידי הנאמנות של עו"ד רז, שהופחתה לבסוף על ידי בית משפט זה מ־400,000 ₪ לסך של 100,000 ₪ בלבד.

ב. המרכיב השני לתביעה הינו סך של 5,000 ₪ + מע"מ, קיזוז שנעשה ממחיר עסקת מכירת הנכס, בגין הליך משפטי שהוגש על ידי הקונה (מר פיני סלאמה הנ"ל) בהליך ביטול העיקול המקרקעין.

ג. המרכיב השלישי לתביעה, הינו מרכיב של הוצאות משפטיות, בגין ייצוגה של הנתבעת בשלל ההליכים הקשורים לתיק זה. אציין, כי אף שאני מאמין לטענות הנתבעת באשר לסכומים שהועברו ויועברו על ידיה לבא כוחה, מרכיב זה ממילא הינו בשיקול דעתו של בית המשפט, והינו פועל יוצא של שמיעת התיק, של הגעה לתוצאה הסופית, ושל ניתוח שלל הראיות במשפט. משום כך, דומני שנכון הייתה עושה הנתבעת לו הייתה מצמצמת מראש את התביעה שכנגד לסך שני המרכיבים דלעיל (ואף למטה מזה, כפי שהוסבר בסעיף א).

בישיבה מיום 14.9.09 שמעתי את כל עדי התובעת והנתבעת וקבעתי את התיק לסכומים בע"פ ליום 16.9.09.

ביום 16.9.2009 נשמעו סיכומי הצדדים בפניי. יש לציין כי עקב ביטולו של תיק אחר, אפשרתי לצדדים לסכם באופן נרחב ביותר, תוך הפנייה למסמכים ולאסמכתאות שהוגשו פעם נוספת, ובצורה מסודרת וכתובנית, על ידי הנתבעת, אשר אף העביר עותק שרוק של מסמכים אלה לתיק בית המשפט האלקטרוני, מיד לאחר הדיון.

בישיבה מיום 14.9.09 העידו ונחקרו ממושכות, ראשית, בעלי הדין עצמם, שהינם המתווך התובע מר ארז גוטרמן וכן הנתבעת גב' אורלי שרון. בנוסף העידו ונחקרו המתווך כהן אוריה וכן עו"ד אלחדד, אשר ייצג את הקונים הפוטנציאלים משפח' הרטמן ו/או המכללה האקדמית בקרית אונו מטעם התובעים. מטעם הנתבעת העיד ר"ח מר ציבולסקי וכן המתווך העובד אצל התובעים בחב' רימקס - מר גולדנברג רן, אשר למעשה אין מחלוקת, כי הוא זה שהביא את עו"ד אלחדד ו/או הרטמן בשם המכללה לצורך ביצוע העסקה, ולמעשה הגם שיש הסדרים פנימיים בינו לבין רימקס הוא זה שהלכה למעשה צריך ליהנות מדמי התיווך המגיעים מן הקונה בעסקה אילו הייתה מתממשת בין הצדדים.

לאחר שבחנתי את הראיות ואת סיכומי הצדדים אני נותן בזה את פסיקתי.

דין התביעה העיקרית להידחות. דין התביעה שכנגד להתקבל בחלקה, כפי שאפרט בהמשך הדברים.

להלן הסבר ביהמ"ש ונימוקיו בהגעה להחלטה האמורה.

אחלק את טענות הצדדים למספר סעיפים ואדון בכל סעיף בנפרד. בשלב הראשון אתייחס לטענת הזכאות לדמי תיווך מתוך העסקה שלא צלחה של ה-7,000,000 ₪. לאחר מכן אתייחס לסעיף "הבלעדיות" בחוזה בין הנתבעת לתובעים, ולשאלה האם זכאים התובעים, במסגרת אותה "הבלעדיות", ותוך ניתוח הוראות חוק המתווכים במקרקעין התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק המתווכים") ותקנות המתווכים במקרקעין (פעולות שיווק) התשס"ה-2004 (להלן: "תקנות המתווכים"), לשכ"ט מן העסקה שבסופה נמכר הנכס. לבסוף אבדוק את הטענות, כי פתיחת ההליך במהלכו הוטל צו עיקול על הנכס עפ"י בקשה במעמד צד אחד של התובעים ובהתאם לתוצאה בתביעה העיקרית, האם זכאית הנתבעת שכנגד לפיצוי בגין איחורים או עיכובים כתוצאה מהתנהלותם של התובעים, בקבלת כספים בעסקה.

להלן אנתח את הטענות אחת לאחת:

זכאות התובעים לקבלת דמי תיווך מהעסקה שלא צלחה של ה-7,000,000 ₪:

1. התובעים טענו, כי הנתבעת דחתה בלי הסבר ומתוך קלות דעת ("טיפשות" כהגדרת מי מהעדים שהביאו התובעים והתובע 2 בעצמו), עסקה שהייתה יכולה להיגמר במכירת הנכס של הנתבעת בשבי ציון בסכום של 7,000,000 ₪. נבחן את המסמך העיקרי והמשמעותי עליו שמהוכחים התובעים את יהבם בהקשר הוכחת טענה זו.

מסמך זה הינו מסמך ההצעה חתום ע"י נציג משפחת הרטמן ו/או המכללה בקרית אונו שנשלח ע"י עו"ד אלחדד מיום 1.6.08 ואשר נשלח בפקס לב"כ הנתבעת ביום 2.6.08 (עמ' 41 לנספח סיכומי הנתבעת). במכתבו, מציע עו"ד אלחדד, קניית הנכס של משפחת שרון בסכום של 7,000,000 ₪, אלא שהצעתו של עו"ד אלחדד מבוססת על תשלומים באופן, שחלק ישולם במזומן כדמי רכישה וחלק ישולם באמצעות דמי שכירות. דמי השכירות יעמדו על 40,000 ₪ לחודש ותקופת השכירות תעמוד על תקופה שבין שנתיים לחמש שנים. רוצה לומר, אם מדובר בשנתיים מדובר בסכום שישולם בתשלומים של קרוב למיליון שקל ואם 5 שנים המדובר בסכום של 2.400,000 ₪ שישולם בתשלומים ע"ח הרכישה.

בעדותה בביהמ"ש הבהירה הנתבעת, כי חששה מקיום עסקה שכזו, עסקה שהייתה נראית לה מסוכנת כהגדרתה ואשר גם עורכי דינה (הנתבעת הייתה מיוצגת כל אותה שלב) יעצו לה שלא לקבל אותה, מחשש שהיא מכילה בחובה גם פרמטרים פליליים וכן פרמטרים שעלולים להקשות על ביצוע העסקה אצל שלטונות המס, שכן יש כאן בעליל הקטנת התמורה הכספית בגין העסקה. יש לציין, כי ביום 20.5.08 נשלח מכתב מעו"ד רז (באמצעות עו"ד גורן שהיה אז מתמחה, אולם לאורך כל הדרך היה הוא הרוח החיה מאחורי ייצוג הנתבעת והמגעים בשמה) ובו מתוארת שיחת טלפון בין עו"ד גורן לעו"ד אלחדד. לא כאן המקום להאריך בשלל הטענות שהועלו, אולם ניכר בעליל מן המכתב, כי מר גורן חושד במניעיו וברקע להתקשרותו של עו"ד אלחדד, כמי שמבקש לרכוש

את הנכס בעבור הקונים הפוטנציאליים. עוד יש לציין, כי בעדותו של עו"ד אלחדד עצמו, נזכרה אותה שיחה ובעדות זו הגדיר עו"ד אלחדד את תגובתו של עו"ד גורן כתגובה שנראתה לו גסה ובלתי הולמת. מכל מקום, כך או כך, בפנינו ראייה של ממש, כי גם אם מדובר היה בהצעה שהייתה יכולה להיות רצינית ואולי לקרום עור וגידים לקראת עסקה, הדינאמיקה שבין הצדדים הייתה כזו, שלא נוצרה אותה כימיה הנדרשת לצורך ביצוע עסקה ועוד בהיקף כזה של מספר מיליוני שקלים. אוסיף ואומר, כי גם אם טעה עו"ד גורן לחלוטין, ועודו טועה, באשר למניע של אותה פנייה של עו"ד אלחדד, וגם אם לא היה כל מקום לחשדותיו בעו"ד אלחדד ו/או בשולחיו, אין ספק, כפי שהעידה הנתבעת, כי פעולתו של עו"ד גורן נעשתה בתום לב ובאישורה המלא של הנתבעת שהביעה את אמונה המוחלטת בו כעורך דינה, וממילא הייתה בסמכות. **זכותו של צד לדחות עסקה ועלי לציין שאין מדובר בדחייה של מה בכך, שכן ישנו הפרש משמעותי בין ההצעה ובין המחיר שבפועל נמכר בו הנכס.**

יש לציין, כי בפועל נמכר הנכס בסכום הנמוך ב-1.4 מליון ₪ מתוך הסכום המוצע. דהיינו, המכירה בפועל הייתה של 5.6 מליון ₪ ואני לא מעלה על דעתי וגם לא השתכנעתי לאחר ששמעתי את הנתבעת, כי הנתבעת שנראית לי אישה רצינאלית ולחלוטין לא נהגה מתוך "טיפשות" כפי שניסו לטעון חלק מעדי התובעים, הייתה מוותרת על סכום עצום של 1.4 מליון ₪ על מנת להכשיר עסקה עם אדם אחר. יש לציין כי הנתבעת לכל אורך הדרך מיוצגת ע"י משרד עו"ד רז, מקבלת עצות משפטיות ואחרות ואיזה אינטרס יש לנתבעת או לעו"ד רז לדחות עסקה שנראית עסקה משתלמת למכירת נכס שכזה. בוודאי שלא הניסיון לעקוף את המתווך ו"לחסוך" דמי תיווך שעלותם אינה גבוהה כמו הסכום המוצע לקניית הנכס.

בין כך ובין כך, השאלה אליה נדרש בית המשפט אינה לא חכמתה של הנתבעת וגם לא נימוסי באי כוחה במגעיהם עם רוכשים פוטנציאליים, השאלה היא האם לנתבעת עמדה הזכות לסרב להצעת הרטמן/אלחדד, ותשובה לשאלה זו הינה לחלוטין חיובית.

זאת ועוד, מר סלאמה רוכש הנכס הופיע בתיק זה פעם אחת בביהמ"ש, באותם הליכים של בקשה לביטול העיקול על נכס המקרקעין שהטילו התובעים ואשר היה בו כדי להביא לסיכול או לדחיית העסקה. הנ"ל כלל לא העיד כעד מטעם אחד הצדדים בישיבת ההוכחות ולא למדתי, כי יש טענות כלפיו, כי העסקה בינו לבין הנתבעת לא הייתה כשירה או לא התנהלה בדרך שהציגה אותה הנתבעת, דהיינו בהתחלה רצון להגיע לשותפות על רקע של עיסוק משותף של הנתבעת ומר סלאמה בתיירות נופש (צימרים) ולבסוף החלטה על מכירת הנכס למר סלאמה. אין להקל ראש באי העדתו של מר סלאמה. משלא הגיע מר סלאמה לעדות למעשה לא נסתרו טענות הנתבעת, כי עסקת הרכישה ע"י מר סלאמה כלל לא בוצעה ע"י ובאמצעות התובעים או מי מהם וכי למעשה ההכרעה לרכוש את הנכס הייתה פרי מו"מ שהחל בהתחלה על רקע של רצון להגיע לשותפות ובהמשך הבשיל לכלל החלטה על קניית הנכס. בעניין זה תמך בעדותה של הנתבעת גם רו"ח ציבולסקי, אשר הינו ידידו של מר סלאמה עפ"י עדותו ועוזר לו בעניינים כאלו או אחרים מפעם לפעם. מבלי להקדים את המאוחר, אציין כבר כעת, כי אין מקום להחיל על התובעים את החזקה כי העסקה נחתמה בגין מאמציהם לפרסום הנכס, וזאת אף שקיים הסכם ל"בלעדיות" ולהלן במסגרת הניתוח המשפטי והחוקי יובהרו הדברים.

נתגלעה מחלוקת קשה בין הצדדים שעניינה, האם הודיעה הנתבעת לתובעים בסופו של יום כי היא מתכוננת למכור את הנכס ובאיזה שלב או תאריך היא הודיעה על כך.

מחלוקת זו לא שינתה את העובדה, כי הנתבעת הוכיחה בביהמ"ש שלמעשה היו לה חששות מפני העסקה של ה-7,000,000 ₪ וכי עפ"י יעוץ משפטי שקיבלה ממשרד עו"ד רז/עו"ד גורן, שאף טרח והוציא מכתבים בעניין זה לתובעים או לעורך דינם, כי העסקה המוצעת מסוכנת לה וכי היא אינה רוצה בה.

בעדותו של עו"ד אלחדד טען הנ"ל כאמור, כי למעשה לא הצליח להגיע לעמק השווה עם עורך דינה של הנתבעת וכי למעשה לא נוהל עימו מו"מ אמיתי, שמכוחו ייתכן והייתה מגיעה שולחתו לקניית הנכס. עוד טען, כי אין המדובר בהצעה בעלמא, אלא מדובר בקונים פוטנציאליים רציניים ובעלי ממון וכי העסקה הייתה יכולה לקרום עור וגידים.

עדות זו לא שכנעה אותי בכלל, כי יש לראות בנתבעת כמי שצריכה לשלם דמי תיווך של 2% + מע"מ מכל צד על עסקה זו שלא צלחה והנתבעת העמידה מספיק ראיות, כדי להבהיר כי היא חששה מביצוע העסקה כאמור ולא רצתה בה וכי לא נתנה אמון בהצעתם של המציעים בעסקה ודי בכך כדי לדחות את הדרישה הזו של התובעים.

בשולי הדברים אני מתקשה להבין את עמדת התובעים בניסוח דרישתם הכספית.

כזכור התובעים לא מסתפקים בדרישה של 2% + מע"מ, כמי שמגיע להם שכ"ט מתוך 7,000,000 ש"ח בעסקה שלא צלחה מאת הנתבעת (המוכרת), אלא תובעים אף את חלקו של המתווך שהעיד בביהמ"ש מר גולדנברג, שהביא את הקונים הפוטנציאליים, שלמעשה הוא זה שמגיעים לו הסכומים האמורים.

הכימד ייתכן שהתובעים יתבעו סכומים המגיעים למר גולדנברג? ההסבר פשוט - מר גולדנברג עובד ברימקס עם התובעים ולמעשה מערכת היחסים היא כזו שההתחייבות מרימקס ומערכת הקיזוזים והחיובים היא פנימית. עד כאן הסבר התובעים.

בכל הכבוד להסבר זה הוא לא שכנע אותי כלל, ואני תוהה, כיצד עותרת התובעת לתשלום של כמעט 160,000 ₪, שלמעשה הם סכומים שמגיעים למתווך אחר ולא לה הלכה למעשה.

משהכרעתי כפי שהכרעתי אין לי צורך להמשיך ולהזדקק לעניין.

לא הובאו ראיות, כי עסקת 7 מליון ₪ (עסקת אלחדד/הרטמן) הייתה עסקה פיקטיבית, אך גם לא התרשמתי שהנתבעת סיכלה את העסקה מתוך מניעים זרים לרבות התחמקות מדמי תיווך שלכל היותר יעמדו על 2% + מע"מ מהעסקה. בנוסף לא הגיעו להעיד בני הזוג הרטמן, אך אף מעדותו של עו"ד אלחדד שמטבע הדברים קרוב יותר לעמדת התובעים ואף העיד על התכתשות בינו לבין ב"כ הנתבעת, לא התרשמתי שנעשה פה כל מעשה לא לגיטימי ולא חוקי ע"י הנתבעת. אחזור ואומר: זכותה של הנתבעת לדחות עסקאות, אף אם מתוך "טיפשות" ואף אותה "טיפשות" הוכחה ולא הוכחה כלל במשפט.

חלק מרכזי נוסף בהקשר זה של התביעה מתייחס לכ-80,000 ₪ נוספים בגין פגיעה במוניטין, הוצאות וחשש מתביעה עתידית. למעט טענתו הסתמית של התובע 2 בעדותו בביהמ"ש, כי הייתה פגיעה במוניטין, וכי אחרי כשלוש עסקה זו הוא לא מבצע יותר עסקאות בשבי ציון, דבר שהיה גם צריך להוכיח אותו בראיות תוך השוואת המצב לפני והשוואת המצב אחרי ותוך הבאת עדים, לא הביאו התובעים בפועל כל תשתית ראייתית לפגיעה במוניטין וגם לא הוכחה כל וודאות ראייתית לתביעה עתידית כזו או אחרת. כזכור, מר אלחדד העיד בביהמ"ש ולא שמעתי ממנו, כי יש לו טענה וחצי טענה כלפי התובעים, דבר שיכול ללמד על קיומה של תביעה עתידית. אציין, כי חלף זמן לא קצר מעת קניית הנכס ולא שמעתי על כוונות כאלו או אחרות לתבוע את התובעים, דבר שאני לא נותן אמון כלל שיקרה. כאן המקום לומר אחת ולתמיד, כי הוספת סעיפים כלליים וסתמיים הנוספים חדשות לבקרים לתביעות, כגון אובדן מוניטין או נזק עתידי בלתי מסוים, אין בה כדי לשפר את מצבו של התובע או התרשמותו של ביהמ"ש ממנו וביהמ"ש מצפה, כי כל סעיף המופיע בכתב התביעה יוכח כדבעי.

יש לדחות טענות אלה מחוסר ראיות מכל וכל.

נושא ה"בלעדיות" ושאלת הזכאות לשכ"ט מתווך אם בכלל:

2. "נושא הבלעדיות" והשאלה, האם מגיעים לתובעים שכ"ט מתוך העסקה הנוכחית בסכום של 5.6 מליון ₪ במכירת הנכס ע"י מר סלאמה. כפי שהבהרתי כתב התביעה בסעיף 16 המתייחס "לבלעדיות", לא נותן למעשה הדגש על הטענה של התובעים, כי מגיע להם שכ"ט מתוך הסכום האמור.

התובעים חוזרים ואומרים לכל אורך התביעה, כי מגיע להם שכ"ט מתוך 7,000,000 ₪ הן בעבור עמלת התיווך של המוכרת (הנתבעת) והן מצד הקונים. ואולם, בפועל אינם מדגישים ולו כטענה חלופית את נושא העסקה הנוכחית עם מר סלאמה. למרות שהיה מקום לתקן את כתב התביעה ולתבוע במפורש כסעד חליפי את דמי התיווך המגיעים מתוך העסקה עם מר סלאמה, כפי שציינתי ב"כ התובעים עצמו בכתב התביעה בסעיף 19, ולמרות שיש לראות את הטענה כטענה בדוחק, אני נכון לדון לגופו של עניין בטענה, כי לאור סעיף "הבלעדיות" זכאים התובעים בכל מקרה, גם עם העסקה הנוכחית, לדמי תיווך בשווי 2% + מע"מ ומדובר בסכום של 112,000 ₪ דמי תיווך לערך מתוך סכום המכירה.

בסיכומי הפנה ב"כ התובעים את ביהמ"ש ל"חוק המתווכים" ול"תקנות המתווכים" אשר הותקנו לאחר תיקון מס' 4 לחוק.

מכיוון שמדובר, ככל הידוע לי, בפעם הראשונה בה עולה בערכאות שאלת צמצום תקופת הבלעדיות לאור תיקון מס' 4 לחוק והתקנות, ארחיב מעט בניתוח חלק זה של פסק הדין, אשר למעשה הוא העומד בבסיס ההכרעה, ואקדים מספר מילים על משמעותו של תיקון החוק.

בהצעת חוק המתווכים במקרקעין (תיקון מס' 4) (הגבלת תקופת בלעדיות), התשס"ד-2004 (פורסמה בחוברת ה"ח 39, ביום כ"ג באדר התשס"ד, 16.3.2004) פורט, היטב הרקע לחקיקתו של תיקון מס' 4 לחוק, המסדיר את עניין הבלעדיות, וכך נאמר בסעיף 1 לדברי ההסבר להצעת החוק:

"חוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996 (להלן - החוק), קובע בסעיף 9, כי מתווך במקרקעין רשאי להסכים עם לקוח בדבר מתן עסקה מסוימת לטיפולו הבלעדי (להלן - בלעדיות), ובלבד שמתן הבלעדיות ותקופתה יאושרו בחתימת הלקוח.

מוצע להגביל את אורך תקופת הבלעדיות לגבי עסקאות בנכסי מקרקעין, שאינם למטרת עסק לששה חדשים, שבמהלכן יהיה על המתווך לבצע פעולות לשיווק המקרקעין. כן מוצע לקבוע בתקנות, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, את הפעולות לשיווק, שהמתווך יהיה חייב בביצוען, ושאי ביצוען עד לתום שליש מתקופת הבלעדיות תגרום לביטול הבלעדיות...".

ובסעיף מס' 2 לדברי ההסבר נאמר:

"...בתי-המשפט שדנו בנושא קבעו כי "חוק המתווכים הינו חוק צרכני מובהק שנועד להשליט סדר בשוק הפרוץ, כשהגבלות שבו מיועדות להגן על צרכני השירות מפני נותניו" (מחוזי ע"א 2819/00 דינים מחוזי כרך ל"ג (4), 210) וכי הוא שייך, בין היתר, למערכת של חוקי הגנת הצרכן ונוצר בכדי להגביל את כוחם העדיף של המתווכים על פני מוכרי הדירות." (מחוזי בר"ע 2905/00 ת"א דינים מחוזי כרך ל"ג (3), 614).

מוצע לקבוע בחוק זה, כנדבך נוסף לקביעה ברורה יותר של היחסים שבין מזמין השירות למתווך, שמתווך במקרקעין שביצע בתקופת הבלעדיות את הפעולות לשיווק המקרקעין כפי שנקבעו בתקנות כמוצע לעיל - חזקה עליו שהיה הגורם היעיל אשר הביא להתקשרות הצדדים בהסכם מחייב."

במילים אחרות: תיקון מס' 4 לחוק מסדיר את עניין הבלעדיות, שטרם חקיקתו ניטשה בעניינו מחלוקת בין בתי משפט שונים, בשאלת החובה להוכיח, כי המתווך היה "הגורם היעיל" לשם הזכייה בבלעדיות.

ברי, כי בפני המחוקק עמדו האינטרסים המנוגדים של הצדדים, כאשר מחד, מבקש המתווך ליצור מפרי עמלו ולמנוע התחמקות מתשלום שכרו, ומאידך יש להבטיח את הלקוח מפני כבילות להסכם בלעדיות דרקוני.

המחוקק אפשר, בסופו של דבר, את קיומה של חזקה לטובת המתווך, חזקה אשר תאפשר למתווך ליהנות מדמי העסקה, אך זאת בכפוף לעמידתו בשלל תנאים, על פי התקנות. התנאים הקבועים בחוק ובתקנות, אם כן, אינם פרטים טכניים ושוליים, אלא אמצעי שאין בלתו להשגת אותו יתרון של חזקה, שיביא עימו פסיקת דמי תיווך בגין "בלעדיות".

ומן הכלל אל הפרט:

סעיף 9(ב) לחוק המתווכים קובע כדלקמן:

"מתווך במקרקעין רשאי להסכים עם לקוח בדבר מתן עסקה מסויימת לטיפולו הבלעדי (להלן - בלעדיות), ובלבד שמתן הבלעדיות ותקופתה -

(1) יאושרו בחתימת הלקוח על גבי מסמך נפרד;

(2) שבמהלך תקופת הבלעדיות יבצע המתווך פעולות שמטרתן תיווך במקרקעין (בחוק זה - פעולות שיווק)".

טענת התובעים הינה, כי חוק המתווכים המתייחס במישרין לסעיפי ה"בלעדיות", מכיר באפשרות למתן "בלעדיות", כאשר התקנות שתוקנו לאור סעיף 9 לחוק מרחיבות את התנאים או הפעולות שעל המתווך לבצע, לשם הצדקתה של אותה ה"בלעדיות".

סעיף 1 לתקנות המתווכים, אשר לשם הנוחות ומפאת חשיבותו אעתיק אותו במלואו, קובע כדלקמן:

"(א) ניתנה למתווך במקרקעין בלעדיות כאמור בסעיף 9(ב) לחוק, יבצע המתווך שתי פעולות שיווק לפחות מבין הפעולות המנויות בפסקאות (1) עד (6), אלא אם כן סוכם שתבוצע פעולת שיווק כאמור בפסקה (7), יחד עם פעולה מהפעולות המנויות בפסקאות (1) עד (6) או בלעדיה, הכל כפי שיוסכם עם הלקוח:

(1) פרסום באמצעות שילוט באחת או יותר מן הדרכים שלהלן:

(א) הצבת שלט על הנכס או בקרבתו;

(ב) הצבת שלט על גבי לוח מודעות ציבורי;

(ג) הצבת שלט במרכז קהילתי;

(ד) כל שלט אחר כפי שיוסכם בין המתווך ללקוח.

(2) פרסום בקרב קהל לקוחות מסוים, המופיע במאגר של המתווך, באמצעי אלקטרוני, באמצעות דיורר ישיר או באמצעי אחר כפי שיוסכם, או פרסום מודעה באתר אינטרנט או באמצעי ממוחשב אחר אשר יועדו לשיווק נכסי מקרקעין;

(3) פרסום בעיתון יומי נפוץ אחד לפחות;

(4) פרסום בעיתון מקומי או בעיתון המיועד לקהל יעד מסוים בהתאם לבחירתו של הלקוח;

(5) הזמנת רוכשים פוטנציאליים או מתווכים נוספים לבקר בנכס במועד שיוסכם עליו;

(6) הזמנתם של חמישה מתווכים אחרים לפחות, הפעילים ביישוב שבו מצוי הנכס העומד למכירה, לשתף פעולה לשם מכירת הנכס;

(7) כל פעולת שיווק שאינה מנויה בפסקאות (1) עד (6), כפי שתוסכם בין הצדדים.

(ב) המתווך יפרט בטופס, הנפרד מההזמנה לתיווך במקרקעין, את כל הפעולות הקבועות בתקנת משנה (א) (1) עד (6) וכן יציין כי המזמין רשאי להסכים עם המתווך על פעולות השיווק שיבצע המתווך; החליטו המתווך והלקוח על פעולת שיווק כאמור בתקנת משנה (א) (7), תצוין גם פעולה זו בנפרד וכן יצוין האם הוחלט כי המתווך יבצע פעולה זו יחד עם אחת הפעולות המנויות בפסקאות (1) עד (6) כאמור או בלעדית.

טענת התובעים היא, כי פעולות השיווק המנויות בסעיף 1 לתקנות הכוללות שתי פעולות שיווק מתוך שלל פעולות, בוצעו בפועל, ומשכך מקנות לה מכח החוק בלעדיות וזכאות מלאה לתשלום דמי התיווך.

התובעים טוענים, ואין על כך מחלוקת, כי בוצע פרסום בעיתונים וכן הודעה במאגר אינטרנטי וכן הוזמנו רוכשים פוטנציאליים לנכס - דהיינו ישנה עמידה בלפחות שתי פעולות שיווק, כאמור.

במסגרת זו אתייחס לטענות על ביצוע פעולות שיווק אלו כמוכחות. עם זאת, ברצוני לציין כי בפועל התובעים הביאו מחוץ להצעת אלחדד שני רוכשים פוטנציאליים לנכס שלפחות לגבי אחד מהם היה ברור לנתבעת עפ"י עדותה כי הוא אינו בא בחשבון (עושה רושם שהנתבעת הכירה אותו וידעה שאין לו יכולות כספיות, לרבות הדרך שבה התנהג בביתה - דפק על הקירות) ולגבי השני, כלל לא הוצגו ראיות מכוון ילמד ביהמ"ש כי מדובר היה בקונה פוטנציאלי משמעותי.

דא עקא, טענת הנתבעת העיקרית הינה כי למעשה לא די באותן פעולות שעל פי התקנות הואיל ובהסכם ההתקשרות והענקת סעיף ה"בלעדיות" עצמו, יש תוספות של "תוכנית פעולה שיווקית" (עמ' 3 לנספחי סיכומי הנתבעת). ב"כ הנתבעת בסיכומיו הפנה את ביהמ"ש לשלל פעולות שהיה על התובעים לבצע עפ"י אותו נספח וביניהן "הפצת גלויות", "הכנת מחקר ניתוח מחירים בשוק", "הכנת טופס ניתוח מגמות שוק הנדל"ן" "מתן טופס מכירת הבית בצורה מוצלחת", "הכנת מאפייני נכס והפצתם" "הכנת טופס אזור לקונים". הצד השווה שבכל אותן תוכניות פעולה הוא, שמדובר בפעולות שמעבר להצעת מכירה טכנית ושכאשר מדובר בנכס בשווי של מיליונים ובסדר גודל שכזה, הציפייה היא ממתווך שיכול גם לגזור "קופון" נאה מאוד מתוך ביצוע עסקה שכזו, כי יבצע את כל הפעולות ברמה מקצועית אשר תתאים ותהלוך את הנכס המוצע.

מבחינה משפטית נכללות כל אותן פעולות שיווק מוסכמות במסגרת סעיף קטו 1(א) (7) לתקנות ("כל פעולת שיווק שאינה מנויה בפסקאות (1) עד (6), כפי שתוסכם בין הצדדים") אשר עפ"י הרישא לסעיף 1(א) הנ"ל ("ניתנה למתווך במקרקעין בלעדיות... יבצע המתווך שתי פעולות שיווק לפחות... אלא אם כן סוכם שתבוצע פעולת שיווק כאמור בפסקה (7)"), ביצועו הינו הכרחי לשם קבלת אותה ה"בלעדיות".

האם בוצעו פעולות אלה בפועל? התשובה לכך פשוטה - לא הוכח כלל ועיקר על ידי התובעים, כי הפעולות הללו בוצעו. זאת ועוד, כאשר העיד ונחקר התובע מס' 2 בביהמ"ש הוא טען, כי השקיע 20,000 ₪ לערך בכל הקשור בביצוע אותן פעולות נדרשות עפ"י החוק. חזקה על מתווך המשקיע סכום שכזה שיעמיד בפני ביהמ"ש תשתית ראייתית כלשהי המלמדת על הסכומים שהוציא, ואולם בפועל לא הומצאה לי ולו קבלה אחת לגבי הסכומים שהשקיעו התובעים לטענתם בביצוע כל אותן פעולות שהתחייבו עליהן באותו מסמך והדבר אומר דרשני.

כאן המקום להוסיף כמה הערות הקשורות לדיני החוזים:

ראשית, בין אם ניצמד לנוסח החוזה ובין אם ניתן לו פרשנות רחבה יותר - מסקנתנו תהיה זהה. אם נפרש את החוזה בצורה פורמאלית ולשונית, הרי שהתובעים לא עמדו בנטל הראייה להוכיח את עמידתם בתנאי החוזה הנ"ל, שהרי לא הוכיחו את ביצוע כל התחייבויותיהם. אם נפרש את החוזה מבחינת אומדן כוונת הצדדים ונגמיש את הפורמאליות בפרשנות החוזה, כפי שהערתי לעיל, הייתי מצפה, כי לנכס בסדר גודל כזה יינתן שרות "יוקרתי יותר" ויש להניח, כי זאת הייתה כוונת הצדדים, וכי זה הרקע לביטולו של החוזה למעשה ע"י הנתבעת בהמשך. ברוח זו דומני שיש להבין את כל אותן הפניות של הנתבעת אשר חוזרת ומדגישה כי אינה צריכה רוכש מאוכלוסיית צפון הארץ המוכרת לה וכי עיקר ציפיותיה הן לרוכש מחו"ל ולמצער לרוכש פוטנציאלי שאינו בהישג ידה.

עוד יש לציין, כי מנסחי החוזה, הינם למעשה התובעים ועל כן יש לפרש את החוזה על נספחיו כנגד אותו הצד המנסח ולראות באותם תנאים בתוכנית הפעולה השיווקית, תנאים הכרחיים לשם עמידה בתנאי החוזה. אציין, כי עמדתי זו מתחזקת לאור העובדה שלמעשה לא נסתרה כי הקונה בפועל של הנכס, מר סלאמה, שלא הובא לעדות בביהמ"ש, הגיע לנכס שלא באמצעות התובעים או באמצעות פרסומיהם, כי אם לאחר מו"מ ארוך שבהתחלה החל על רקע של רצון להגיע לשותפות על רקע עיסוקם

המושותף של הצדדים (צימרים) ובהמשך הבשיל לכדי מכירת הנכס. עדותו של מר סלאמה נשמעה במסגרת הדיון בבקשות הביניים בתאריך 23.7.08. עדותו הייתה קצרה אולם עניין זה שאין לי כל סיבה לפקפק בו, נאמר במפורש על ידי סלאמה. אילו ביקשו התובעים להדגיש את היותם "הגורם היעיל" לצורך ביצוע העסקה וכמי שלמעשה הביאו את מר סלאמה לידי קניית הנכס, היו יכולים לעשות זאת ע"י הזמנתו כעד וחקירתו בביהמ"ש ואולם בפועל הדבר לא נעשה כלל ויש לזקוף את הדבר לחובתם עפ"י "מאזן ההסתברות".

לסיכום חלק זה אני סבור כי אין לראות בתובעים כמי שעמדו בתנאי ה"בלעדיות".

מהי המשמעות של אי העמידה בתנאי הסכם הבלעדיות?

סעיף 9(ב2) לחוק קובע:

"(ב2) תקופת הבלעדיות תסתיים בתום שליש מתקופת הבלעדיות כאמור בסעיף קטן (ב1), לפי הענין, אם המתווך במקרקעין לא ביצע, עד לאותו מועד, את פעולות השיווק שנקבעו לפי סעיף קטן (ד)."

הנה כי כן, הוראות החוק מקצרות את תקופת הבלעדיות לכדי שליש מן המועד המוסכם על ידי הצדדים.

סעיף 3 להסכם ההתקשרות בין הצדדים מיום 24.12.2007 קבע את מועד סיום ההתקשרות הבלעדית ליום 23.6.2008, דהיינו, תקופת הבלעדיות הינה תקופה של שישה חודשים. ומשכך, פירושו של דברים הוא, כי הבלעדיות שניתנה לתובעים לאור קביעתו כי יש לקצר את תקופת ה"בלעדיות" לשליש, הייתה למשך חודשיים בלבד מיום חתימת ההסכם (24.12.07), דהיינו, עד ליום 24.2.08 בלבד.

יתרה מזו, בחנתי את מערכת ההתכתבויות הענפה מאוד בין הצדדים, אשר הוצגה לי במלואה ובצורה מקיפה וכתובת וכתובות הנתבעת בנספחים אותם הגישה בסיכומיה, ויש לברך את ב"כ הנתבעת על היכולת להעביר את כל האינפורמציה בשלמותה לביהמ"ש, חרף הזמן הקצר יחסית שבין סיום שמיעת עדויות הצדדים והסיכומים בע"פ. חלופת המכתבים מלמדת, כי הנתבעת כלל לא נצמדה, לפחות בשלבים הראשונים של ההתכתבות, לשאלת חוקיות הבלעדיות עפ"י החוק והתקנות הרלוונטיים, וספק בעיני אם נתנה את דעתה לכל ה"פלפולים" המשפטיים הקשורים לכך. מכתבי עו"ד גורן חוזרים חוזר והדגש, החל ממכתב מיום 3.4.08 (נספח 11), עבור למכתב מיום 17.4.08 (נספח 17) והמשך במכתב מיום 27.4.08 (עמ' 22-20 לנספחים) וכלה בטענותיו לכל אורך ההתכתבות וההתדיינות המשפטית שאחריה, כי הנתבעת מבקשת להשתחרר מעניין ה"בלעדיות", הואיל והנתבעת איננה מרוצה מהצורה בה שוק הנכס (דבר המחזיק רק את הסבריי בחלק הראשון לסעיף זה שרובו ככולו דן בנושא ה"בלעדיות"). הנתבעת כלל אינה מסתירה את העובדה שבידיה לקוח פוטנציאלי, אף כי היא נמנעת מטעמיה הלגיטימיים מלחשוף את זהותו בפני התובעים (כיום אנו יודעים שמדובר היה באותו מר פיני סלאמה). אני מפנה למכתב הראשון בעניין שאפילו לשיטת התובעים היה לפני מימוש ההסכם או חתימת ההסכם עם מר סלאמה, מכתב מיום 3.4.08, שבו נאמר בסעיף 6, ואני מצטט: **"למראשתנו אפשרויות שאינן ברות מימוש כל עוד ההסכם איתך עומד בתוקפו מסיבות הקשורות לצדדים שלישיים"**. ניסוח עמום משהו שנעשה לטענת ב"כ הנתבעת במתכוון מתוך כוונה שלא לחשוף את הקונה הפוטנציאלי, אך מבהיר, כי ישנו צד שלישי שאינו קשור במתווך. ואם תבוא ותאמר האם מבקשת הנתבעת "לאחוז את החבל משני קצותיו", דהיינו לנהוג בחוסר תום לב מובהק כטענת התובעים, שעה שהיא מצד אחד נהנית משרותיהם הטובים ומצד שני מנהלת מו"מ עם צד שלישי על מנת להגיע להסכם, מבהיר סעיף 7 לאותו מכתב, כי כל האופציות לאור גילוי העניין האמור, עומדות בפני המתווך. דהיינו: ביטול הסכם הבלעדיות, לחילופין המשכתו הלאה, אבל תוך שהמתווך מודע לקיומו של צד ג' עימו מנהלים מו"מ ולחילופין ביטול ההסכם תוך שיפוי ההוצאות שנגרמו למתווך עד כה, אם נגרמו לו. על כך משיב ב"כ התובעים עו"ד גבע במכתב תשובה, כי בכוונת מרשו להמשיך את פעילותו למכירת הנכס עפ"י ההסכם. רוצה לומר, אמנם הוא מפנה שוב להסכם ואולם הוא צריך היה להיות מודע לכך שלמעשה הנתבעת לא רואה את קיומו של צד שלישי עימו היא מנהלת כעת מו"מ כמי שסותר את סעיף הבלעדיות עליו היא חתומה. כך או כך ביום 17.4.08 הדברים כבר נאמרים בלשון יותר מפורשת וברורה וכך נאמר, ואני מצטט ממכתבו של עו"ד גורן לעו"ד גבע בסעיף 2 **"... בנסיבות אלה ומבלי לגרוע מכל מסר קודם מראשתנו רואה עצמה פטורה מכל מחויבות לגבי בלעדיות למרשך"**. כאן כבר לא ניתן להטיל כל ספק, כי קיימת טענה של ממש לגבי אי ביצוע "פעולות שיווק משמעותיות" ואם בכך לא סגי, הרי שבמכתב מיום 27.4.08 מודיעה חד משמעית הנתבעת על ביטול ההרשאה והחזרה. הניסיון לבוא ולטעון, כי היה בהתנהלות זו ניסיון לעקוף את סעיף ה"בלעדיות" תוך ניהול מו"מ בחוסר תום לב עם מר סלאמה, עימו הבשיל כבר החוזה והצדדים היו כבר ערוכים לחתימה דינו להיכשל משני טעמים:

האחד, כפי שהובהר לעיל, מבחינת המסגרת החוקית, מרגע שלא הייתה עמידה בהסכם הרי שדינה של ה"בלעדיות" למצער להצטמצם לאותם חודשיים שעברו זה מכבר בחודש 2/08.

השני, אף אם לא ניצמד לעניין הטכני והפורמאלי (אם כי המשמעותי והמחייב), לא ייתכן שכאשר הנתבעת מבהירה שוב ושוב, כי היא אינה מרוצה מן השירות וכי היא אינה יכולה להיות כבולה לנצח לאותה "בלעדיות", לא ניתן יהיה לשחררה מתניה זו בחלוף

זמן סביר.

משכך, יש לדחות את טענתם של התובעים, ששוב אני אומר, אני דן בה למרות שלא עלתה בצורה מפורשת וחד משמעית מתוך כתב התביעה, לעניין תשלום דמי התיווך המגיעים לתובעים מתוך הכספים שהשתלמו בעסקת המכר עם מר סלאמה, ביחס לטענתם, כי סעיף "הבלעדיות" מקנה בנסיבות תיק זה זכות לקבלת שכ"ט עקב קיומה של עסקה במהלכה נמכר הנכס ב-5.6 מליון ₪.

עוד אציין, במסגרת הדיון הפנו הצדדים לאסמכתאות משפטיות שונות. בין השאר טענה הנתבעת, כי למעשה ישנו סוג של מעשה בית דין עפ"י החלטות קודמות שניתנו בבתי משפט, ובין השאר בפני מותב זה, ביחס לשחרור מתניית הבלעדיות. אף התובעים הפנו לפס"ד אחר אשר בו נפסקו סכומים בגין תניית בלעדיות.

עיינתי בכל אותם מצורפים וכן ברשימת אסמכתאות נוספת אליה הפנתה הנתבעת (ואשר לגביה נטען על ידי התובעים, כי היא מתייחסת לתביעות שעילתן נולדה לפני תיקון מס' 4 לחוק המתווכים). משמבוסס פס"ד זה בראש ובראשונה על ניתוח הוראות החוק וההסכם הפרטני שבין הצדדים, לא מצאתי מקום להתפלפל ו/או לרדת לשלל מובאות ותקדימים, אשר אינם מתייחסים לתיקון החדש לחוק. דומני שהניתוח המשפטי הברור בפס"ד זה מדבר בעד עצמו ועל כן, לא מצאתי לנכון להשחית מילים לריק באשר לניתוח אותן אסמכתאות שכבודן במקומן מונח.

הדיון בתביעה שכנגד:

3. משדחיתי למעשה את טיעוני התובעים אני עובר לדון בתביעה שכנגד.

כפי שכבר ציינתי בפתיחה, התביעה שכנגד מבוססת על שלושה אדנים: נושא ההוצאות ושכ"ט עו"ד הוא מן הסתם עניין לביהמ"ש להכריע בו בהתאם לתוצאה הכוללת ולא נעלם מעיני הסכום הנטען שהושקע ע"י הנתבעת בהדיפת התביעה העיקרית והליכי הביניים שנוהלו בתיק.

באשר לעניין העיכוב במועד העברת התקבולים בגין ביצוע עסקת המכר ולאחר שנדחתה כליל או למעשה חזרה בה הנתבעת מן הטענה הקשורה לעיכוב במועד חתימת ההסכם, אני מקבל את הסכום המופיע בחוות הדעת של רואה החשבון ברקוביץ (נספח ז' לתצהירי הנתבעת), המתייחס לעיכוב בקבלת התקבולים עפ"י החוזה ואני סבור, כי יש לפסוק לטובת הנתבעת סך של 15,391.77 ₪. כן יש לקבל את הסעיף הנוסף והאחרון שבו יש לדון בתביעה שכנגד והם אותם 5,000 ₪ + מע"מ שקוזזו למעשה מתשלומיו של מר סלאמה לנתבעת במסגרת ההליך לביטול העיקול על הנכס.

הסיבות לקבלת התביעה שכנגד, הן לאור העובדה שאינני סבור כלל, כי לתובעת זכות לקבלת דמי תיווך כפי שהבהרתי בפסה"ד וכי לא היה מקום להטלת עיקול על נכס בשווי בו עסקינן, ובסכום שבו הוטל. שמעתי את טענותיו של ב"כ התובעים על כך שמצבה הכספי של הנתבעת לא היה ברור ועל כן לא ניתן היה להטיל את העיקול על כספי התקבולים עצמם ולא על נכס המקרקעין, ובכל הכבוד טענות אלה לא שכנעו אותי. לא ראיתי כל תשתית ראייתית שיהיה בה כדי להביא לתחושה או חשש, כי הנתבעת עומדת לאבד בין לילה את כל אותם 5.6 מליון ₪ שתקבל בגין הנכס. לא מצאתי הצדקה לסעד האגרסיבי אליו עתרו התובעים בהליכי הביניים במעמד צד אחד. לא בכדי מחויב מי שפונה לקבלת סעד ביניים בדמות עיקול, לצרף התחייבות לשיפוי בגין הנזקים ואני סבור, כי זהו המקום להפעיל הלכה למעשה מחויבות זו. לא יכולתי להשתחרר מהתחושה, כי הטלת העיקול ועוד בגובה של 400,000 ₪ על נכס המקרקעין כולו, נועד היה ליצור לחץ בלתי הוגן על הנתבעת בכל הקשור להכשרת העסקה עם מר סלאמה ולמעשה היה בה כדי להכשילה וכמעט הוכשלה הלכה למעשה.

התובעים טענו, כי על הנתבעת חלות חובות הקטנת נזק וטענת התובעים בין השאר, כי לא עמדה בחובות אלה ולמעשה התמהמהה בביצוע החלטות בימ"ש ו/או עפ"י ההסכמות הדיוניות ולכן אם נגרמו לה נזקים, אין לה אלא להלין על עצמה. לא מצאתי טענות אלה מוצדקות והסבריו של ב"כ הנתבעת בעניין זה הניחו את דעתי.

הסכום שנפסק לנתבעת בתביעתה שכנגד הינו אפוא סך של 15,391 ₪ כעולה ממסמך רו"ח בגין ריביות על העיכוב במתן התשלומים וכן 5,000 ₪ + מע"מ, דהיינו 5,825 ₪. **בסה"כ הסכום הינו 21,216 ₪.**

שקלתי, האם יש מקום לקיזוז סכום כזה או אחר בגין אותם מאמצים שבוצעו ע"י התובעים ביחס לטיפול בנכס ואשר למען ההגיונות צוין עוד במכתבו של עו"ד גורן (מיום 3.4.08). עמי' 11 לנספחים בסעיף 7.3, שבו מודיע גורן, כי הוא מוכן לביטול סעיף הבלעדיות בכפוף לתשלום הוצאות. ואולם, בסופו של יום, הגעתי למסקנה שאין הצדקה לכך. ההצעה הרי לא התקבלה ע"י התובעים. הנתבעת נגררה לתסבוכת משפטית שעלתה לה ממון רב, בוודאי הרבה מעבר לשכ"ט שאפסוק לטובתה בפועל, וכן יש לזכור, כי בצעד תמוה לא טרחו התובעים לצרף לי כלל קבלות שמתוכם אלמד מה היו ההוצאות האמיתיות שלהם, בוודאי לא 20,000 ₪ שאליהם התייחס התובע 2 בעדותו או הפגיעה במוניטין שלא הוכחה ונדחתה מכל וכל בפסה"ד. לעניין זה יש להפנות גם לפסק הדין בע"א (מחוזי תל-אביב-יפו) 3252/05, **יחיאל טרכטנברג נ' אפריקה ישראל מגורים בע"מ** (מיום 28.5.2008; טרם פורסם

- מופיע במאגרים אלקטרוניים), בו למעשה נפסק, כי מעת שלא עמד מתווך בתנאים המחייבים פסיקת דמי תיווך לטובתו על פי החוק והתקנות, אזי, ככלל, גם אין מקום לפסוק לטובתו שכר מעילה של "עשיית עושר ולא במשפט". אני סבור שהרציונאל של פסק דין טרכטנברג חל גם לענייננו.

אשר על כן, את הסכום שנפסק בתביעה שכנגד בשיעור 21,216 ש"ח בצירוף אגרות בימ"ש אשר שילמה הנתבעת ובצירוף שכ"ט עדים אשר נפסקו לנתבעת (200 ₪ לעד ציבולסקי ו-300 ₪ לעד גולדברג) ובצירוף שכ"ט עו"ד שאפרט בנפרד ישלמו התובעים לנתבעת/התובעת שכנגד, תוך 30 יום שאם לא כן ישאו הפרשי הצמדה וריבית כחוק.

המזכירות תשחרר את הסכום שנפסק לעדים מתוך 1,000 ₪ שהפקידה הנתבעת ואת ה-500 ₪ הנותרים תשחרר לנתבעת בתוך 30 יום. למותר לציין כי התובעים מחוייבים לשפות במסגרת הוצאות המשפט את הנתבעת.

סוגיה נפרדת ושונה היא סוגיית שכ"ט עו"ד. כזכור מדובר בסכומים גבוהים ששילמה הנתבעת ו/או עתידה לשלם עפ"י תביעתה הנגדית על מנת להדוף את התביעה העיקרית (על סך 400,000 ₪) וכן בהליכי הביניים.

מדובר במספר ישיבות שהיו בהליכי הביניים ומדובר בתביעה ותביעה שכנגד שהוגשה לביהמ"ש והתקבלה כאמור חלקית.

אני פוסק כשכ"ט עו"ד בתיק זה לאחר ששקלתי את כל הטענות שיקול בתיק זה ובשים לב לעובדה שהמחלוקות היו גם משפטיות ולמעשה פסה"ד מכיל בתוכו היבטים משפטיים של סוגיה שטרם נבדקה, ולמצער לא עלתה מפורשות בפסיקה, בסכום של 15,000 ₪ + מע"מ.

סכום זה בנוסף ישלמו התובעים לנתבעת תוך 30 יום שאם לא כן ישאו הפרשי הצמדה וריבית כחוק.

לגבי שכ"ט עו"ד אציין כי על אף שכתב ההגנה והתביעה שכנגד הוגשו בשם משרדו של עו"ד רז, אני מבין שהתיק עבר לטיפולו של עו"ד גורן ושכה"ט שנפסק בתיק כולל גם את ניהול הפיקדון ואת כלל הפעולות שנעשו בשם עו"ד רז שייצג את הנתבעת.

סוגיה נוספת ואחרונה היא סוגיית הפיקדון הנמצא בידיו הנאמנות של עו"ד רז בסך של 100,000 ₪ אשר הפקידה הנתבעת במסגרת ההסדר הדיוני עד להכרעת בימ"ש זה. משהכריעה ביהמ"ש לטובת הנתבעת, יש לשחרר את הסכום האמור לידיה של הנתבעת עפ"י הוראת ביהמ"ש בתוך 7 ימים.

ניתן היום, כ"ח אלול תשס"ט, 17 ספטמבר 2009, בהעדר הצדדים.

ת"א 44919/07 בכר עופר ואח' נ' מעוז טל ואח'

פסק הדין

תביעה לתשלום דמי תיווך בסכום של 16,250 ₪ + מע"מ; השקעת משאבים רבים בתכתובות על חשבון ימי עבודה בסך 10,000 ₪; סבל ועוגמת נפש בסך של 10,000 ₪ – ובסך הכל 36,250 ₪.

כללי

1. התובעים הנם בעלי משרד תיווך והנתבעים היו בעת הרלוונטית הבעלים של דירה ברחוב מינץ 2 בהדר יוסף, תל אביב (להלן: "הדירה").
2. הנתבעים התקשרו עם התובעים בהסכם תיווך בבלעדיות. הדירה נמכרה ביום 4.7.06 (במהלך תקופת הבלעדיות) בסיועו של מתווך אחר.
3. השאלה העומדת לדיון היא האם זכאים התובעים לעמלת התיווך עליה התחייבו הנתבעים לשלם להם בהסכם התיווך, גם אם הדירה נמכרה על ידי אחר.
4. **טענות התובעים:** העסקה למכירת הדירה נכרתה במהלך תקופת הבלעדיות שהוקנתה להם; התובעים נקטו בפעולות שיווק שונות הקבועות בתקנות למכירת הדירה; הנתבעים הפרו את הסכם הבלעדיות ולכן התובעים זכאים מעבר לדמי התיווך גם בפיצוי בגין ההפרה בחוסר תום לב.
5. **טענות הנתבעים:** לתובעים לא היתה בלעדיות בזמן מכירת הדירה, וזאת לאור הוראות חוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו – 1996 (להלן: "חוק המתווכים") הקובע כי תקופת הבלעדיות לא תעלה על 6 חודשים מיום ההזמנה; התובעים לא עשו פעולות שיווק במשך חודשיים, וגם אם ייקבע כי התובעים ביצעו את פעולות השיווק, כי אז הרוכשים לא הגיעו דרך התובעים כי אם באמצעות מתווכים אחרים, ורשלנות התובעים היא זו שגרמה לכך שהרוכשים יגיעו לדירה באמצעות אחרים.

דיון והכרעה

6. הנתבעים חתמו לראשונה ביום 26.7.05 על "הזמנת שירותי תיווך בלעדיים למכירת ו/או השכרת נכס מקרקעין" בקשר למכירת הדירה (נספח א' לתצהיר עדות ראשית מטעם התובעים), בו ניתנה לתובעים בלעדיות לשיווק הנכס לתקופה שבין 26.7.05 ליום 25.1.06 (להלן: "התקופה הראשונה").
7. הנתבעים חתמו פעם נוספת על גבי נספח א' הנ"ל וציינו בכתב כי תקופת הבלעדיות מוארכת עד ליום 25.7.06 (להלן: "התקופה השנייה").
8. התובעים הוכיחו שמועד חתימת הנתבעים על גבי נספח א' בקשר לתקופה השנייה היה מספר ימים לאחר תום תוקף ההסכם הראשון, וביום 9.2.06 (ראה: סעיף 5(ב) לתצהיר עדות ראשית של התובעת 1 ("התובעת") שלא נסתר), ועדות הנתבעת 1 (להלן: "הנתבעת") שהעידה כי הסכימה לחתום על ההסכם פעם נוספת – פרוטוקול הדיון עמוד 10).
9. טענת הנתבעים היא, כי בהתאם להוראות סעיף 9(ב1)(2) לחוק המתווכים, תקופת הבלעדיות לדירה לא תעלה על 6 חודשים מיום ההזמנה, ולפיכך עת המדובר בהוראת חוק קוגנטית שלא ניתן להתנות עליה, אין לתובעים בסיס חוקי לדרישת התשלום ככל והדבר נוגע לבלעדיות באשר לתקופה השנייה.
- מציינים הנתבעים לעניין זה כי חוק המתווכים שייך למערכת חוקי הגנת הצרכן ונועד להשליט נורמות של הגינות, ולדאוג בין היתר, כי רק מתווך שתרים בפועל למכירת הדירה יקבל את שכרו, ומשכך ובהעדר הוראה ספציפית בלשון אחד מסעיפי החוק, לא ניתן להתנות עליו על ידי חוזה.
10. מנגד, טוענים התובעים כי מקום בו סבר המחוקק שראוי שהוראות החוק תהיינה קוגנטיות, הוא נוהג לעגן זאת בצורה מפורשת וברורה, מה גם שאין הגבלה במימוש חופש החוזים בין הצדדים.
11. אם כן עלי לבחון האם הוראת סעיף 9(ב1)(2) לחוק המתווכים היא הוראה כופה, או הניתנת להתניה. לאור מרכזיות הסעיף הנ"ל בדיון, יובאו החלקים הרלוונטיים מסעיף 9 לחוק המתווכים:

9" (א) ..

(ב) מתווך במקרקעין רשאי להסכים עם לקוח בדבר מתן עסקה מסויימת לטיפולו הלקוחי (להלן - בלעדיות), ובלבד שמתן הבלעדיות ותקופתה -

(1) יאושרו בחתימת הלקוח על גבי מסמך נפרד;

(2) שבמהלך תקופת הבלעדיות יבצע המתווך פעולות שמטרתן תיווך במקרקעין (בחוק זה - פעולות שיווק).

(ב1) ניתנה למתווך במקרקעין בלעדיות לעניין מקרקעין המוצעים למכירה על ידי מוכר שלא במהלך עסקיו, יחולו בנוסף על הוראות סעיף קטן (ב) גם הוראות אלה:

(1) תקופת הבלעדיות, למעט לעניין דירה, לא תעלה על שנה אחת מהיום שבו חתם הלקוח על ההזמנה (בסעיף זה - יום ההזמנה); ...

(2) תקופת הבלעדיות לענין לדירה לא תעלה על שישה חודשים מיום ההזמנה."

12. אכן, חוק המתווכים הוא חוק צרכני במהותו - נקבעו בו דרישות בלעדיהן לא יהיה זכאי מתווך לתשלום דמי התיווך (ראה למשל סעיף 9 לחוק ותקנה 1 לתקנות המתווכים במקרקעין (פרטי הזמנה בכתב), התשנ"ז - 1997), ואין הסוגייה שלפניי מעלה צורך לקבוע בצורה גורפת בדבר הקוגנטיות או הדיספוזיטיביות של חוק המתווכים כולו, אלא דנים אנו בשאלה צרה וממוקדת והיא: האם מקום בו הוסכם בין הצדדים על הארכת תקופת הבלעדיות מעבר ל-6 החודשים הראשונים, ובכפוף למילוי התחייבויות המתווך על פי ההסכם, יזכה המתווך בדמי התיווך גם אם העסקה לא נקשרה באמצעותו.

13. אמנם, הנתבעים הביאו את פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב, מפי כבוד השופטת ר' אלשיך ב-בר"ע 2905/00 יצחק מאיר נ' עירית קובלנסקי (ניתן ביום 25.6.01, פורסם במאגרים משפטיים), בתמיכה לגישה לפיה המדובר בהוראת חוק קוגנטית (במקרה נשוא פסק הדין הנ"ל נדון סעיף 14 לחוק המתווכים), ולכן לא ניתן להתנות עליו בהסכם, אולם הפסיקה גם מכירה בגישה אחרת, לפיה סעיף 14 לחוק המתווכים הינו דיספוזיטיבי, מאחר וחופש ההתניה של הצדדים גובר על דרישות החוק (ראה: פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים ב-ע"א 2543/01 תיווך יהלום נ' יסמין ליפשיץ (ניתן ביום 4.6.02, פורסם במאגרים משפטיים).

14. במאמרו של המלומד פרופ' א' זמיר "לקראת חקיקה של דיני התיווך", ספר זכרון לגד טדסקי, התשנ"ו-1995 בעמוד 225, הביע דעתו בעניין זה ואמר את הדברים הבאים:

בקביעת חיובי המתווך בחוזה התיווך ראוי, איפא, להתחשב בכך שברגיל מדובר באדם שעיסוקו בתיווך, ב'עוסק' כמשמעו בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981. אולם מכך לא נובע שזכויות הצדדים וחוביהם צריכים להיחשב כקוגנטיים... אך גם במקרה שבו הלקוח הוא אדם פרטי או צרכן, לא נראה שדרושה הסדרה כופה של החוזה מעבר להגנה שנותנים החוקים המיוחדים להגנת הצרכן. מאפייניו הטיפוסיים של חוזה התיווך אינם מעמידים את הלקוח בעמדת חולשה לעומת המתווך, אלא אולי דווקא בעמדת כוח. המתווך מספק את שרותיו מראש, בטרם שולם שכרו, ובדרך כלל אין בידי בטוחה איתנה להבטחת התשלום. אף עצם זכות המתווך לשכר תלויה בהחלטה של הלקוח אם להתקשר בחוזה מושא התיווך. למתווך לא קל לשלוט על השימוש של הלקוח במידע שסופק לו ובפרט על העברתו לאנשים אחרים.

...

אנו סבורים, איפא, שעקרונות ההוראות של חוזה תיווך צריכות להיות דיספוזיטיביות."

15. פרופ' ד' פרידמן בספרו דיני עשיית עושר ולא במשפט, כרך א', מהדורה שניה, תשנ"ח-1998 בעמוד 209 מביע דעתו כי: "אין להניח שההוראה (סעיף 14(3) לחוק המתווכים) בנקודה זו היא כופה (קוגנטית), ואין להניח שכוונתה היא לשלול את האפשרות שהמתווך יזכה לשכר גם אם לא גרם להתקשרות."

16. על אף העובדה שהמדובר בחוק צרכני, אין להתעלם מעיקרון חופש החוזים, שהינו עיקרון יסודי. עיקרון זה קובע את חירותם של פרטים להתקשר בחוזים ואת חירותם לעצב את תוכנם של חוזים אלה.

הנחת היסוד של דיני החוזים היא, כי בהעדר הוראה מפורשת אחרת יכולים צדדים להתקשר בכל חוזה שיבקשו ולצקת לתוכו כל תוכן שיחפצו. בספרם של פרופ' ד' פרידמן ופרופ' נ' כהן, חוזים, כרך א', 1991, בעמ' 126 נאמר: "בהעדר הוראה ספציפית בחוק המלמדת כי הוראות קוגנטיות או המצביעה על כך שהפרת הוראותיו מהווה עבירה, חלה לכאורה חזקת הדיספוזיטיביות. חזקה זו תיסתר רק אם בולט הדבר כי החוק מבטא אינטרס ציבורי, שאין להתיר לצדדים לסטות ממנו".

17. לאחר ששקלתי את העניין אני סבור שאיזון נכון יהא להעדיף את חופש החוזים, וזאת מקום בו יתברר כי לאחר שתמה התקופה הראשונה של 6 חודשים, הביעו הצדדים הסכמה מפורשת להמשיך ולהתקשר בתקופה נוספת של 6 חודשים בלבד.
- לטעמי, פרשנות ראוייה היא שלא תתאפשר התקשרות נוספת מעבר לתקופה של שנה אחת מיום ההזמנה, וזאת על מנת שלא להפוך את ההוראה בסעיף 9(ב1) לחוק המתווכים לאות מתה, ובהתחשב במהותו הצרכנית של חוק המתווכים, היינו - ההתערבות בחופש החוזים תהא מינימאלית תוך שמירה על זכויותיו של הצרכן.
18. מובן שעל המתווך להראות כי ההסכם לתקופה השנייה נחתם לאחר התקופה הראשונה, ואין המדובר בהסכם שנחתם מראש לתקופה של שנה מיום ההזמנה, וכן כי כתנאי לזכאותו יהיה להראות כי עמד ביתר התנאים הקבועים בחוק המתווכים.
- משמע - ניתן, על פי גישתי, לחתום על הסכם בלעדיות למשך 6 חודשים ראשונים, ובהסכמה מאוחרת יותר, בתום 6 החודשים הנ"ל (או בסמוך לפני תום המועד) ניתן לחתום על הארכת תוקפו של הסכם הבלעדיות לתקופה של עד 6 חודשים נוספים, ובלבד שההתקשרות בהסכם הבלעדיות לא תעלה על שנה אחת מיום ההזמנה.
19. לענייננו - ההסכם, נספח א', לתקופה הראשונה, נחתם לתקופה של 6 חודשים. לגבי התקופה השנייה העידה הנתבעת מפורשות:

"ש. גם את וגם בעלך חותמים על הסכם חדש. היה לך ברור שאת מגבילה את עצמך ת. כן. אמרו לי שלוקחים את זה כאתגר אישי. הסכמתי לקחת את יקירה לעוד חצי שנה".

20. לפיכך - הארכת המועד לגבי התקופה השנייה שעד ליום 25.7.06 הינה בתוקף לאור ההסכמה המפורשת של הצדדים, ולאור אומד דעתה הברורה של הנתבעת כי המדובר בהסכם חדש ל-6 חודשים נוספים, ומכאן המסקנה שהדירה שנמכרה ביום 4.7.06 נמכרה במהלך תקופת הבלעדיות המוסכמת שהסתיימה ביום 25.7.06.
21. משקבענו זאת, יש לבחון האם נקטו התובעים בפעולות השיווק הנדרשות בחוק המתווכים, וכנדרש בהוראת סעיף 9(ב) לחוק המתווכים - אני סבור שהתובעים הנטל המוטל עליהם: התובעים הוכיחו כי עשו כל יכולתם על מנת לקיים את התחייבותם לפעול לשיווק הדירה, לרבות הצבת שילוט על הדירה (ראה: סעיף 35 לתצהיר התובעת, עדות הנתבעת, בעמוד 11 לפרוטוקול שורות 4-10); פרסום בעיתונים (סעיף 35 לתצהיר התובעת ונספח ט' לתצהיר; חלוקת גלויות ועלונים בתיבות הדואר באזור (סעיף 35 סיפא לתצהיר התובעת ונספח ט' בו); הזמנת רוכשים פוטנציאליים לדירה (סעיף 35 לתצהיר התובעת, ומעבר לצורך גם הודאתה של הנתבעת שהובאו לקוחות לדירה גם בהעדרה, עמוד 11 לפרוטוקול שורה 1).
22. אינני מקבל את טענות הנתבעים לעניין זה; לא היה בידי לקבל כלל את גרסתה של הנתבעת, ואני מעדיף את גרסתה המהימנה של התובעת. התרשמתי שהתובעים עשו פעולות רבות לשיווק הדירה, והתרשמתי שפעולותיהם היו בתום לב, מתוך רצון כן ואמיתי לפעול כמתחייב בהסכם שבין הצדדים.
23. מהאמור לעיל עולה שהתובעים עמדו בנטל להוכיח כי נקטו בפעולות השיווק כנדרש בחוק המתווכים. וקמה החזקה כי הם הגורם היעיל להתקשרות, בהתאם להוראת סעיף 14(ב) לחוק המתווכים.
- יובהר - בתקופת הבלעדיות די למתווך שיוכיח כי ביצע את פעולות השיווק, כפי שאכן הוכח לפניי, על מנת לקבוע שהיה הגורם היעיל לגבי העסקה שנכרתה בתקופת הבלעדיות.
24. אמנם המדובר בחזקה הניתנת לסתירה, אולם הנתבעים לא עמדו כלל בנטל הנדרש על מנת לסתור אותה - הוכח לפניי כי הרוכשים נחשפו לפרסום לדירה שנעשה על ידי התובעים, ובהרו לא לענות להודעות שהשאירו להם התובעים בתא הקולי, ובסופו של דבר הגיעו לדירה באמצעות מתווך אחר.
- אין בכך כדי לסתור את החזקה לטובת התובעים אלא אך לחזק את העובדה שפעולות השיווק של התובעים הם אלה שהובילו למציאת הרוכשים שרכשו את הדירה.
- משלא עמדו הנתבעים בנטל לסתור החזקה, הרי בדין זכאים התובעים לדמי התיווך.

25. לסיום יוער שהנתבעים העלו בסיכומיהם טענות חדשות, המהוות הרחבת חזית ובהעדר הסכמה (כאמור בסיכומי תשובת התובעים) הרי הדבר אסור, ולא מצאתי מקום לדון בהן; עוד יצויין שהנתבעים הגישו לתיק מסמך שכותרתו: "תשובת הנתבעים לתשובת התובעים". לא מצאתי להזקק גם למסמך זה, שמעבר לכך שהוגש בלא רשות ובהעדר עיגון שבדין, לא היה בו כדי להוסיף כלל.

26. לסיכום ולאור כל האמור לעיל, אני מקבל את התביעה ומחייב את הנתבעים לשלם לתובעים את דמי התיווך בסך של 16,250 ₪ + מע"מ כחוק - כשסכומים אלה ישאו ריבית והצמדה כחוק מיום הגשת התביעה (12.7.07) ועד לתשלום המלא בפועל.

באשר לראש הנזק של סבל ועוגמת נפש – אני דוחה את התביעה בגין נזק זה. לא הוכח שנגרמו לתובעים "סבל" ועוגמת נפש.
27. לגבי ראש הנזק בדבר השקעת משאבים בתכתובות על חשבון עבודה ושעות עבודה – אני מעמיד הפיצוי בגין ראש נזק זה על סך 1,500 ₪, שסכום זה ישא ריבית והצמדה מיום הגשת התביעה (12.7.07) ועד לתשלום המלא בפועל.

28. בנוסף לסכומים אלו, אני מחייב את הנתבעים לשלם לתובעים את הוצאות המשפט וכן שכ"ט עו"ד בשיעור של 3,500 ₪ + מע"מ כדין – שישאו ריבית והצמדה כחוק החל מהיום ועד למועד התשלום המלא בפועל.

ניתן והודע היום, י"ח תמוז תשס"ח (21.7.08) בלשכתי, בהעדר הצדדים.

המזכירות תשלח העתק פסק הדין לצדדים.

ת"א 07-09-2413 יעקב סמרה ואח' נ' שחר שמואל

פסק הדין

א. מבוא וטענות הצדדים

1. בפניי תביעה לדמי תיווך בגין עסקת תיווך שלטענת התובעים נרקמה בסיועם ובעזרתם. התובע 1 סמרה יעקב הינו מתווך מקרקעין בעל רישיון לתיווך, (להלן: "סמרה" או "התובע"). סמרה הינו הבעלים והמנהל של חב' סמרה השקעות בינלאומיות בע"מ היא התובעת 2, אשר איננה בעלת רישיון תיווך (להלן: "החברה"). לטענת סמרה, החברה משמשת לו מסגרת ארגונית שבה הוא עובד כמתווך.
2. הנתבע שחר שמואל (להלן: "הנתבע"), הינו בעל 50% ממניות של חברה בשם בתי קשת לגיל הזהב בע"מ. חברה זו מחזיקה מקרקעין בר"ג ברח' מנחם יצחק 5. על מקרקעין אלה מצוי מבנה המשמש כבית אבות פעיל בשם "בית קשת".
3. הנתבע באמצעות חברה בבעלותו הקרויה "הדרת הורים", שכר מחברת "בתי קשת" את המבנה והפעיל בו את בית האבות הפעיל הקרוי כאמור "בית קשת".
4. ביום 15.3.06 חתם הנתבע עם החברה הסכם הזמנת שירותי תיווך (נספח ג' לתצהיר עדות התובע - להלן: "הסכם התיווך"). בהתאם להסכם התיווך, הזמין הנתבע מהתובעת שירותי תיווך לצורך מכירת בית האבות "בית קשת". בתיאור סוג העסקה הוקפה בעיגול המילה מכירה וצוין כדלקמן: "מחיר בגין הנכס + העסק של בית האבות הנקרא בית קשת הנ"ל, בסך 3 מיליון \$". הנתבע נתן לתובע בלעדיות ל-120 יום שנרשמה בתוך הסכם התיווך.
5. בתאריך 22.5.06, כחודשיים לאחר חתימת הסכם התיווך חתם התובע יחד עם אמנון רדר מחב' מנפאוור (ישראל בע"מ) או חב' קריירה בע"מ מטעמה (להלן: "קריירה") על הסכם תיווך, על פיו ביקשה "קריירה" להתעניין בנכס של הנתבע. דמי התיווך אשר סוכמו עם קריירה הינם 1% מהסכם המכר במקרה של קנייה, ובמקרה של שכירות סכום השווה לחודש דמי שכירות.
6. לימים, נחתמה עסקה בין "קריירה" לבין הנתבע, על פיו קנתה "קריירה" את הפעילות השוטפת של בית האבות "בית קשת", ונכנסה בנעלי חב' "הדרת הורים" בהסכם השכירות מחב' "בתי קשת".
7. לגרסת התובעים בכתב התביעה, על הנתבע לשלם עמלת דמי תיווך בגין עסקת רכישת פעילות בית האבות. בהסכם התיווך סוכם כי העמלה תהיה \$ 75,000 בגין מכירת הקרקע והנכס בסך של 3 מיליון \$. פועל יוצא מכך, אם נרכש הנכס במיליון דולר, אזי לשיטת התובעים על הנתבע לשלם שליש מהעמלה בסך \$ 25,000. כמו כן, לגרסת התובעים יש לשלם עמלה אף בגין הסכם השכירות עליו חתמה חב' "קריירה" עם חב' "בתי קשת", ועמלה זו גובהה כגובה חודש שכירות בסך של \$ 36,500. זאת ועוד, לגרסת התובעים סמרה הביא קונים לרכישת המקרקעין בין היתר את חב' אנג'ל, שהיתה מעוניינת לרכוש את המקרקעין בסכום שדרש הנתבע, אך התובע סיכל עסקה זו ובחוסר תום לב הפר את ההסכם ולא נאות למכור את המקרקעין. לפיכך, טוענים התובעים כי על התובע להוסיף את ה-\$ 50,000 הנותרים על פי ההסכם, ובסה"כ הגישו התובעים כתב תביעה ע"ס 509,729 ₪.
8. לגרסת הנתבע, יש למחוק את התביעה על הסף הן מהטעמים הפרוצדוראליים והן מהטעמים המהותיים. ראשית, טוען הנתבע כי הסכם ההתקשרות בין הצדדים נעשה עם התובעת, עם החברה כשהחברה איננה בעלת רישיון לעסוק בתיווך, ולפיכך החוזה בטל ואיננו חוקי. גם אם החוזה איננו בטל, הרי הוא איננו שלם ואיננו מכיל את מספר ה-ח.פ. של החברה.
9. לגופו של עניין, טוען הנתבע כי התובעים לא הביאו לביצוע העסקה כפי שהוגדרה בהזמנת שירותי התיווך. הנתבע היה מעוניין שהתובעים יספקו לו רוכש המעוניין לקנות את מניותיו של הנתבע, הן בחב' "הדרת הורים" שניהלה את בית האבות כעסק חי, והן את מניותיו בחב' "בית קשת" שכאמור החזיקה ב-50% מהמקרקעין. בסופו של יום, כאמור נחתמה עסקה בקונסטלציה אחרת אשר לתובעים לא היה יד ורגל בה, הם לא היו הגורם היעיל בעסקה זו ונחתמה עסקה אחרת לגמרי ממה שהוזמן מהתובעים.

ב. דיון

1. היעדר יריבות

לגרסת הנתבע, בין התובע לנתבע אין יריבות והתובע פעל כשלוח מטעם התובעת, ולפיכך אין לו כל עילת תביעה אישית כנגד הנתבע. לגרסת הנתבע, התובע שהינו מתווך במקצועו, לא חתם על הסכם תיווך עם הנתבע ולכן לא יכול לתבוע דמי תיווך מכוח חוק המתווכים. לעומתו, החברה התובעת 2 היא זו שחתמה על הסכם התיווך, דא עקא אף חברה זו לא יכולה להיות תובעת מכוח

חוק המתווכים שעה שאיננה בעלת רישיון תיווך.

ב"כ הנתבע מסתמכים על פסיקת ביהמ"ש המחוזי בנצרת בע"א 2178/02 אמנון אזערי בע"מ נ' בושרי שמואל, שם קבע ביהמ"ש ברוב קולות נגד דעת המיעוט כי מאחר והחברה לא היתה בעלת רישיון לעסוק בתיווך, הרי שעיסוקה בפעולת התיווך עומד בניגוד לחוק, וההזמנה שמהווה את הסכם התיווך היא בבחינת חוזה פסול כמשמעותו בסעיף 30 לחוק החוזים, ומשום כך בטל. עוד הסתמך ב"כ הנתבעים על חוות דעתו של כב' השופט המלומד מנחם קליין בביהמ"ש השלום בת"א, ב"ת.א. 213614/02 שם קבע ביהמ"ש כי:

"אין לנו אלא את לשונו הברורה של החוק, המורה קבל עם ועדה, כי אך מי שהיה "בעל רישיון" לפי חוק זה זכאי יהיה לדמי תיווך מאת לקוחו, בין אם הוא יחיד ובין אם הוא תאגיד".

עיינתי בטענות הצדדים ואף עיינתי בפסיקה עליה הסתמך ב"כ הנתבע. יש לאבחן בין פסקי הדין המצוטטים בסיכומי ב"כ הנתבע לבין המקרה שבפניי. יש לזכור, אף כי פסה"ד של ביהמ"ש המחוזי בנצרת הינה הלכה מנחה בניגוד לפסק דינו של כב' השופט קליין שאיננה מנחה. מעיון מדוקדק בפסק דינו של כב' השופט קליין, אף עולה כי ביהמ"ש עצמו התלבט בפרשנות הסעיפים הרלבנטיים לענייננו, והם סעיף 14 הקובע כי מתווך במקרקעין יהיה זכאי לדמי תיווך רק אם היה בעל רישיון לפי החוק בעת שעסק בתיווך, במשולב עם סעיף 13 הקובע כי אדם לא יעסיק אדם אחר בתיווך אלא אם כן המועסק הוא בעל רישיון לפי חוק המתווכים. אין מחלוקת אף כי משציין המחוקק את המילה אדם, כוונתו אף לתאגיד.

כב' השופט קליין אף מאזכר בפסק דינו את סעיף 9 להצעת חוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ב 1992, הח- 2136 שקבעה כי:

"לא יוענק רישיון לעסוק בתיווך מקרקעין לתאגיד או לשותפות אלא אם כן אחד מעובדיה הקבועים הינו בעל רישיון לפי חוק זה".

כאמור, סעיף זה לא נכנס לחוק המתווכים בסופו של יום, ובמקומו נחקק סעיף 13 לחוק. על פי דעתו של כב' השופט קליין, משמעות עובדה זו יכולה לקבל אחת מהפרשנויות כדלקמן:

"השמטתו של סעיף 9 להצעת החוק בשלעצמה מורה, על פי פרשנות זו, כי דין אחד הוא לתאגיד וליחיד ואין התאגיד יכול ליהנות מרישיונו של יחיד, ועל כן לא ייחשב כבעל רישיון תיווך גם אם מי מעובדיו יהיה בעל רישיון כאמור.

ואולם קיימת גם אפשרות אחרת בה יפורש סעיף 13 כמי שקשור בטבורו לסעיף 9 להצעת החוק המקורית.

באופן זה, מורה הסעיף כי אדם, וכאמור גם תאגיד, יכול להעסיק אחר כמתווך ובתנאי שיש לאחרון רישיון וזאת, למעשה, גם אם למעסיק אין רישיון מעין זה".

בסופו של יום, ביהמ"ש מפי כב' השופט קליין לא הכריע בשתי האפשרויות של פרשנות החוק, שכן לא נדרש להכרעה במקרה זה, אך קבע כי דעתו היא כדלקמן:

"דעתי היא כי החוק התכוון להחמיר בסעיף 13 ולא להקל, ולכן המדובר בדרישה כפולה, לפיה הן התאגיד והן העובד שמועסק בו ישירות בתיווך יהיו בעלי רישיון כחוק. אך גם אם נלך לפי פירוש מקל המאפשר לתאגיד שאינו בעל רישיון לתיווך להעסיק עובד בעל רישיון וכך לעסוק בעקיפין בתיווך, אזי ברור שעסקת התיווך עצמה תיעשה על ידי לא אחר מאשר מתווך בעל רישיון אישי אשר ציון שמו "כסוכן" יעלה במישרין מחוזה התיווך גופו. בכך ניתן ליישר את הוראות סעיף 2 ו-14 לחוק, המחייבים את קיומה של עסקת ותשלום דמי התיווך רק למי שהינו בעל רישיון..."

באותה פרשה של חב' אל הנכס בע"מ, שמו של סוכן התיווך לא אוזכר בהסכם התיווך טרם נחתם, ולפיכך גם הגישה המקלה לפי שיטתו של כב' השופט קליין לא היתה עוזרת. לא כך בענייננו. דעתי איננה כדעת כב' השופט קליין בדבר פרשנות סעיפי החוק, לטעמי יש לפרש את סעיף 14 ו-13 לחוק, באופן המאפשר למתווך ולתאגיד מטעמו לעסוק בתיווך ובתנאי כי האיש שעסק בפועל בתיווך יהא בעל רישיון. באופן טבעי תאגיד אף פעם לא יעסוק בפועל בתיווך אלא יאגד בתוכו אנשים שיעבדו עבורו ובשליחותו. אותו הגורם שעוסק בפועל בפעולת התיווך הוא זה שצריך להיות בעל הרישיון. אני סבורה כמו השופט קליין, כי במקרה בו מעורב תאגיד יחד עם סוכן תיווך בפועל, יש לציין את שני הגורמים כצד להסכם התיווך.

כך גם בפרשת אמנון אזערי בע"מ, לא נזכר בפסה"ד של ביהמ"ש המחוזי כי מר אזערי עצמו הוסף להסכם התיווך יחד עם שם החברה בבעלותו. בשונה מענייננו, מר אזערי אף לא הצטרף לתביעה יחד עם החברה בבעלותו שחתומה על הסכם התיווך. ביהמ"ש בפרשה זו קבע ברוב קולות, כי אין לתת יד לאכיפת הסכם תיווך שנעשה בידי מי שאין לו רישיון תיווך. אני מסכימה עם דעת המיעוט של כב' השופט ממן, כי שם החברה בהסכם התיווך לא באה לעקוף את הוראות חוק המתווכים, אלא ליצור מסגרת של התנהלות כלכלית באמצעות חברה בע"מ אולי משיקולי מס ותו לא. לטעמו של כב' השופט ממן:

**"העדרו של רישיון על שמה של המערערת הוא פגם פורמאלי בלבד ולא פגם מהותי, שכן המטרה העיקרית של החוק"
הגנה על הציבור נשמרת בניסיונות אלה".**

כאמור, יש לאבחן פסיקה זו מענייננו. בענייננו, שמה של החברה ופרטיה למעט מספר ה-ח.פ. מופיעים בכותרת הסכם התיווך, מעל שמה של החברה מופיע הלוגו של החברה בציון "רישיון מספר 4471". כמו כן, בראשית המסמך צוין כי: **"אני, באמצעות מנהל המחלקה מטעמכם מר יעקב סמרה, מבקש מכם..."** היינו, שמו של סוכן התיווך שתיווך בפועל בעסקה זו הוא התובע יעקב סמרה מופיע בהסכם התיווך. די בכך לטעמי כדי לענות על צרכי כוונת המחוקק בחוק המתווכים. אין המתווך מסתתר מאחורי שם של תאגיד אשר לא ברור מי הסוכן שיטפל בפועל בפעולת התיווך, אלא במקרה דנן שמו של הסוכן מאוזכר מפורשות בהסכם התיווך, ואף מספר הרישיון של התובע מצוין על גבי הסכם התיווך. יש לראות בהוספת שמה של החברה כעניין פרוצדוראלי גרידא המאפשר לתובע התנהלות ארגונית כלכלית באמצעות תאגיד. אינני רואה בכך הטעיה של הנתבע בהסכם ההתקשרות או ניסיון לעקוף את חוק המתווכים. יש לאפשר למתווכים לעבוד באמצעות תאגיד ובלבד ששם המתווך הפועל בפועל בפעולת התיווך יצוין בהסכם יחד עם מספר רישיונו לצד שם התאגיד. כאמור, בניגוד לפס"ד אזערי בע"מ, בענייננו התובע הצטרף לכתב התביעה יחד עם החברה.

בשולי טענת העדר היריבות, הוסיפה ב"כ הנתבע כי הסכם התיווך נעדר את כל הפרטים הנחוצים של המתווך, ולמעט שמו של התובע יעקב סמרה לא מצויים פרטים נוספים. מעין בהסכם התיווך, עולה כי הפרטים המלאים של החברה מצויים בכותרת ההסכם, הן הכתובת, טלפון, ומספר הפקס. הפרט היחיד החסר הינו מספר ה-ח.פ. ומספר תעודת הזהות של מר סמרה. אינני סבורה, כי בגין פריטים זניחים אלה יש להורות על ביטול ההסכם. כוונת המחוקק במילוי כל הפרטים היתה לזהות את הגורם המתקשר בהסכם, וציון ברור של פרטי העסקה, פרטי הנכס, ופרטי סכום העמלה. כל הפרטים האלה מולאו כנדרש בצורה מפורטת ביותר בהסכם התיווך דנן.

לפיכך, אינני סבורה כי יש לקבל את הטענות המקדמיות שנטענו ע"י הנתבע, ואני מורה על דחייתן.

2. "הגורם היעיל"

אחת מטענות ההגנה של הנתבע היא, כי התובעים לא היו "הגורם היעיל" בעסקה שנקשרה בין "קריירה" לנתבע. שני באי כח הצדדים מצביעים בצדק על הלכת מוסקוביץ (ע"א 2144/91) כהלכה מנחה בעניין המאפיינים והשאלות שיש לשאול לצורך קביעת העובדה מי היה "הגורם היעיל" בעסקה, כאשר כל אחד מבאי כח הצדדים מגיע כמובן למסקנה שונה.

עיינתי בטענות הצדדים ובעדויות שהובאו בפניי. אין מחלוקת כי מעדותו של עד תביעה 1 מאיר נובק ועד תביעה 2 אמנון רידר, כי התובעים הם אלה שהכירו ל"קריירה" את הנתבע. כפי שעולה מתצהירו של מר נובק שלא נסתר בחקירה נגדית, מר סמרה תיאם פגישה עם הנתבע וכן ערך סיור בנכס. עיקר טענת הנתבע, כי נוהל מו"מ ארוך עם "קריירה" ובסופו של יום נרקמה עסקה שכאמור שונה מהמתוארת בהסכם התיווך. אינני סבורה שבכך יש לחרוץ את דינה של עסקת התיווך ולקבוע כי אין התובע היה "הגורם היעיל". לעסקאות מורכבות ובקנה מידה גדול יש דינאמיקה משלהן, ולעיתים הצדדים מוצאים כי משיקולי מס ומשיקולים אחרים עדיף "לתפור" את העסקה בצורה אחרת. ואולם, אין בכך לאיין את פעולותיו של התובע שטרם הפרסם בעיתון "גלובס" את הצעת הנתבע, אסף אליו מספר הצעות, בחן אותם, והוא זה אשר הפגיש ותיאם בין הקונים לבין הנתבע המוכר.

גם אם מדובר בעסקה שנרקמה מספר חודשים מועט לאחר הפגישה הראשונה, וגם אם מדובר בעסקה מעט שונה מהעסקה נשוא הסכם התיווך, אינני סבורה כי יש לקבוע שהנתבע לא היה היה "הגורם היעיל" בקשירת העסקה. אלמלא קשירת הקשר הראשונה, אלמלא פעולות הפרסום שערך התובע, ומיון המציעים, ייתכן ועסקה זו בין "קריירה" לנתבע לא היתה באה כלל לעולם.

3. עסקה שאיננה בהתאם להסכם התיווך

כאמור, עיקר טענתו המרכזית של הנתבע הינה כי בסופו של יום העסקה עם "קריירה" הינה עסקה שונה לחלוטין מהשירותים אותם ביקש הנתבע מהתובעים. הנתבע חזר והדגיש בעדותו ובתצהירו, כי ביקש להתנתק מכל קשר לחברות שבבעלותו, ולכן ביקש למכור את מניותיו בחברת "הדרת הורים" שניהלה את בית האבות ובחברת "בית קשת" שהחזיקה ב-50% מהקרע עליו ישב מבנה בית האבות.

מעיון בהסכם התיווך, המילה "מניה" או "מניות" לא מאוזכרות ולא בחצי מילה בהסכם, כל שמאזכר כי מדובר על מכירת "נכס" ו"עסק". כשהכוונה במילה "עסק" היא לבית האבות שנקרא "בית קשת", וכשהכוונה במילה "נכס" - היא לקרקע בגוש 6204 חלקה 578 כפי שמצוין בהסכם התיווך.

אני מסכימה עם טענת הנתבע, כי מצב זה של רכישת המניות בשתי החברות ויציאת הנתבע מהתמונה כליל היתה המצב האופטימאלי מבחינתו, ולפיכך הסכים לעמלה בגובה של \$75,000 אם "הנכס" ו"העסק" יימכרו כמקשה אחת בסך של 3 מיליון \$.

כאמור, בסופו של יום ולאחר מו"מ עם "קריירה", רכשה "קריירה" את פעילות בית האבות כעסק חי מבלי לרכוש את מניות הנתבע בחברת "הדרת הורים". סיטואציה זו עדיין מותירה את הנתבע כבעל מניות בחברה, אולם יש לזכור כי לא נטען ולא הוכח שלחברת "הדרת הורים" קיימת פעילות נוספת או אחרת מחוץ להפעלת בית האבות. ולטעמי, בשעה שקיים גוף שקנה את הפעילות כעסק חי - לא נותרה לחברת "הדרת הורים" כל פעילות אחרת, ובעצם רוקנה היא מכל תוכן. מעיון בהסכם התיווך, ניתן לפרש את המילים "מכירת עסק" גם כמכירת פעילות העסק כפי שנעשה בפועל, ולא רק מכירת מניות חב' "הדרת הורים" ששמה כלל לא מאוזכר בהסכם התיווך.

לטעמי, יש לפרש את הסכם התיווך באופן שרכישת פעילות העסק שהינו בית האבות תואם את הזמנת השירות שנתבקשה מהתובעים, ואין ליתן להסכם פירוש דווקני כי מדובר ברכישת מניות דווקא. כאמור, מעיון בהסכם הן המילה "מניות" והן שמה של "הדרת הורים", נעדרים מהסכם התיווך.

לא כך באשר להסכם השכירות שבין חברת "קריירה" לבין חברת "בית קשת". במסגרת רכישת פעילות בית האבות, היתה צריכה חברת "קריירה" להיכנס לנעליה של חברת "הדרת הורים" ולשכור את המבנה מחב' "בית קשת". אין מדובר בהסכם שכירות שנחתם ישירות בין הנתבע לבין חברת "קריירה". וגם אם היה הסכם כזה ישירות ביניהם, אני סבורה כי אין עסקה מסוג זה קשורה לעסקה שנתבקשה מהתובעים. אם נלך ללשונו של הסכם התיווך כפי שיש לעשות בשעה שמבקשים לעמוד על דעתם של הצדדים בעת כריתת ההסכם, הרי נראה כי המילה "שכירות" לא מוקפת באף אחת מהאפשרויות בהסכם התיווך, אלא המילה "מכירה" בלבד. אינני יכולה לקבל את הטענה כי מדובר בהשמטה מקרית, מאחר ובהשוואה להסכם התיווך שנחתם עם חברת "קריירה" עולה גם עולה כי מקום שהצדדים דנו באופציה של שכירות, הדבר מוצא ביטוי מפורשות בהקפת המילה "שכירות" וכן בתיאור הנכס.

ואולם יתרה מכך, אינני סבורה כאמור כי בין קריירה לבין הנתבע נכרת איזשהו הסכם שכירות. כב"כ הנתבע בסיכומיו בסעיף 33, אני סבורה כי התובעים עשו מהומה רבה על לא מאומה בהתייחסם למוצג 2/ת, שהוצג מטעמם בישיבת ההוכחות מיום 2.7.09. מדובר בהסכם שכירות שנחתם בין "הדרת הורים" לבין איגוד המקרקעין עוד משנת 1999. מטבע הדברים, נחתם הסכם משולש בין "הדרת הורים" ע"י מנהלה הנתבע לבין חברת "בתי קשת" לבין חברת "קריירה" שבאה בנעליה של "הדרת הורים". כאמור, אין כל נפקות לרכישת פעילות העסק ללא הסכם שכירת המבנה. הסכם שכירת המבנה והמקרקעין עליו יושב המבנה, איננו אלא פועל יוצא של רכישת הפעילות. אין מדובר בכספים ישירים שמופנים אל הנתבע, אלא אל חברת "בתי קשת" אשר לנתבע רק חלק מהכנסות בתאגיד זה.

עוד על פי עדויות העדים הנייטרלים שהם עדי התביעה נציגי חברת "קריירה", עולה כי המו"מ שנוהל לצורך הסכם השכירות נוהל בידי רואה חשבון זוהר ולא בידי הנתבע, שלא היה לו יד ורגל במו"מ לגבי הסכם השכירות.

לפיכך, אינני סבורה כי יש לחייב את הנתבע בעמלה בגין דמי שכירות. אין מדובר בעסקת שכירות בין הנתבע לבין "קריירה", ואף עולה מפורשות מהסכם התיווך כי עסקה מסוג זה לא נתבקשה מהתובעים ולא הוזמנה מהם.

התובעים כאמור, אף מבקשים בכתב תביעתם לחייב את הנתבע בגין עסקת מכירת המקרקעין על אף שזו לא יצאה אל הפועל ולא קרמה עור וגידים עם חב' אנגיל אותה הביא התובע אל הנתבע. עיינתי חוזר ועיין בטענות ב"כ התובעים, ואינני מבינה מהי התשתית החוקית והעובדתית על פיה יש לחייב את הנתבע בעמלה בגין עסקה שלא יצאה אל הפועל. הנתבע איננו מחויב לקבל כל מציע ואף לא מחויב להתקשר בעסקה כזו או אחרת. לא מצאתי כל חוסר תום לב בהתנהגות הנתבע, כאמור בעסקים כגון דא ישנה דינאמיקה שלעיתים מביאה לעסקה מסוג אחר ולעיתים מביאה להחלפת הרוכש. יש לזכור, כי הקרקע איננה בבעלותו המליאה של הנתבע, ובעניין זה הוא כפוף לרצונם של הבעלים הנוספים. אינני מוצאת מקום לחייב את הנתבע בעמלה בגין עסקה שלא באה לעולם.

לאור כל האמור לעיל, אני מוצאת כי יש לחייב את הנתבע בעמלה רק בגין עסקת מכירת הפעילות של בית האבות.

4. גובה העמלה

בהסכם התיווך, הוסכם כי העמלה תהיה בשיעור של \$ 75,000 אם אכן יימכרו "הנכס" ו"העסק" בסכום כולל של 3 מיליון דולר. מאחר ומדובר בעמלה בגין מכירת פעילות ה"עסק" בלבד ללא מכירת "הנכס", וזאת בסכום של 1 מיליון דולר. חישוב התובעים שליש מסכום המכירה בהתאם לשליש מסכום העמלה, ומבקשים מביהמ"ש לחייב את הנתבע בעמלה בשיעור של \$ 25,000 בגין מכירת פעילות ה"עסק".

אני מסכימה עם ב"כ הנתבע, כי לא ניתן לקבל חישוב זה כחישוב שהוסכם ע"י הצדדים. גובה דמי התיווך שהוסכם עליו בשיעור של 2.5% - הינו שיעור גבוה באופן יחסי בעסקאות מסוג זה. יש להניח כי מכירת "העסק" ו"הנכס" במקובץ כך שתותיר את הנתבע כליל "מחוץ לתמונה" כשאין לו כל חלק במניות החברות, היתה עסקה אטרקטיבית עבור הנתבע, ולכן הסכים לגובה העמלה

שהסכים. בסופו של יום, כאמור "נתפרה" עסקה בקונסטלציה אחרת של רכישת פעילות והשכרת המקרקעין במקום רכישת מניות החברות, ואין לדעת אם בעסקה כגון דא היה מסכים הנתבע לשלם עמלה בשיעור של 2.5% כפי שהסכים. הצדדים לא לקחו בחשבון אפשרות של ביצוע חלק מההסכם ולא כולו, האפשרות היחידה שהצדדים חשבו עליה בהסכם התיווך היא אפשרות של מכירת כל הנכס ולא רק את חלקיו של הנתבע, ובמקרה זה הסכים סמרה להנחה של \$15,000.

מעיון בהסכם התיווך כאמור, לא ניתן ללמוד מה היה אומד דעתם של הצדדים לגבי שיעור העמלה במקרה של מכירת הפעילות של "העסק" ללא מכירת "הנכס". אינני סבורה כאמור כטענת ב"כ התובע, כי יש לחלק את העמלה בשליש. יש ערך כלכלי גבוה למכירת שתי העסקאות במקובץ אשר עולה על הערך של מכירת כל חלק בנפרד. יש מקרים בהם השלם שווה יותר מסך כל חלקיו, וזה המקרה.

על מנת לבדוק את השכר הראוי המגיע במקרה של מכירת הפעילות בלבד, יש מקום לבדוק את הסכמת התובעים בהסכם התיווך מול חב' "קריירה", שם הוסכם בין הצדדים כי הסכם התיווך יהיה בשיעור של 1% מערך העסקה. אני סבורה שבענייננו, יש לגזור גזרה שווה ולקבוע כי מאחר ולא בוצעה עסקה במקובץ של מכר מניות בשתי החברות גם יחד, ונעשתה עסקה אחת של מכירת הפעילות בלבד, אין להסתמך על העמלה הקבועה בהסכם התיווך ויש לפסוק שכר ראוי בשיעור של 1% מערך העסקה.

סוף דבר:

אני מחייבת את הנתבע בעמלת תיווך בגין מכירת פעילות העסק בשיעור של 1% מהעסקה, היינו הנתבע ישלם לתובע סך השווה בשקלים ל-\$10,000 + מע"מ עפ"י השער היציג ביום הגשת התביעה, ומיום זה ואילך יישא הסכום ריבית והפרשי הצמדה כחוק.

כמו כן, ישלם הנתבע לתובע שכ"ט בשיעור של ₪5,000 + מע"מ, כשסכום זה נושא ריבית והפרשי הצמדה כחוק מהיום ועד התשלום בפועל.

לאור הפער הניכר בין סכום התביעה לבין התוצאה בפועל, אני קובעת כי הנתבע ישיב לתובע את סכום האגרה הראשונה בלבד, כשסכום זה נושא ריבית והפרשי הצמדה כחוק מיום ההוצאה ועד התשלום בפועל.

המזכירות תשלח עותק מפסה"ד לצדדים עם אישור מסירה.

ניתן היום, כ"ה תשרי תשע"א, 03 אוקטובר 2010, בהעדר הצדדים.

ת"א 10-08-8984 עזבון המנוחה דינה קורץ ינאי ז"ל ואח' נ' צמרת הכרמל נדל"ן והשקעות בע"מ ואח'

פסק הדין

"השירותים שאותם נותן המתווך, הם בעלי ערך גורלי לרוכשי הדירות שכן במרבית המקרים ההשקעה מהווה את עיקר חסכונו ורכושו. במקרה כזה מוצדק לדרוש ממציע השירותים רמה מקצועית ורמת אמינות גבוהה" (דברי ההסבר להצעת חוק מתווכים במקרקעין, התשנ"ב-1992 (ה"ח 2136, מיום י"ב באדר, התשנ"ב (17 במרס 1992) עמ' 388)

1. תובע מס' 1 הינו עזבון המנוחה דינה קורץ ינאי, אשר נפטרה ביום 29.9.10 (להלן: "המנוחה") ותובעת מס' 2 הינה בתה של המנוחה וירשתה היחידה. המנוחה ותובעת מס' 2, היו, במועד הרלוונטי לתביעה, הבעלים של דירה, הממוקמת בשדרות הנשיא מס' 79 בחיפה, הרשומה כחלקה 240/2 בגוש 10812 (להלן: "הדירה"). המנוחה הייתה הבעלים של 5/8 ובתה הייתה הבעלים של 3/8 מהדירה.
2. נתבעת מס' 1 הינה חברה העוסקת בנושאי ייזום והשקעות בנדל"ן. נתבעת מס' 2 (להלן: "הנתבעת") הינה הבעלים והמנהלת של נתבעת מס' 1 והיא עוסקת בתיווך מקרקעין ובעלת רישיון תיווך מס' 897 (להלן: "הנתבעת").
3. נתבע מס' 3 עבד בזמנים הרלוונטיים לתביעה, אצל הנתבעת מס' 1 כ"פריילנס", והוא אביה של נתבעת מס' 4.
4. בין המנוחה לבין הנתבעת נערך הסכם תיווך שבמסגרתו שכרה המנוחה את שירותי התיווך של הנתבעת לצורך מכירת הדירה.
- כאן המקום לציין שהסכם התיווך לא הוצג אולם, אין חולק על עצם העובדה שהוא נערך ביניהן ושבמסגרתו הוסמכה הנתבעת לתת שירותי תיווך למנוחה לצורך מכירת הדירה.
- אין חולק גם, כי נתבע 3 עבד אצל הנתבעת 1, כ"פריילנס" וכי הוא מודה שבמועד הרלוונטי לתביעה הוא לא החזיק ברישיון תיווך תקף. כמו כן אין חולק כי תובעת 2 לא הייתה צד להסכם התיווך ולא היה לה כל מעורבות בפעילות הקשורה לתיווך הדירה.
5. כעבור תקופה מסוימת מיום עריכת הסכם התיווך, נמצא ע"י הנתבעת קונה אשר מעוניין ברכישת הדירה, כשהמחיר המרבי שהוצע עבור רכישת הדירה, כפי שנטען ע"י הנתבעת, עמד על סך של \$ 180,000.
6. ביום 29.3.09 נחתם הסכם מכירה בין המנוחה ותובעת 2 לבין נתבעת 4, כשבמעמד החתימה נכחו מטעם התובעים, בעלה של תובעת 2 ופרקליטתם - עו"ד גיל פרדכס, ואילו מטעם ההנתבעת 4 נכחו: נתבעת 4 ואביה - נתבע 3 וכן פרקליטה. באותו הסכם סוכם על מכירת הדירה תמורת סך של \$ 180,000 שערכו בשקלים, באותה העת, עמד על סך של 755,280 ₪.
7. כעבור כ-3 חודשים וחצי נמכרה הדירה, ע"י נתבעת מס' 4, לצד שלישי במחיר של 1,150,000 ₪, כשאינן חולק על כך, כי הדירה נמכרה ללא כל שיפוץ או שינוי כלשהו בדירה, קרי, באותו מצב שהייתה בו קודם לעסקת המכר הראשונה.

טענות התובעים

8. מכירת הדירה נעשתה תוך הפרת חוק הנאמנות וחוק המתווכים. לטענתם, מעולם לא ניתנה הסכמה בכתב למכירת הדירה לנתבעת 4 כפי שנדרש בסעיף 10 לחוק המתווכים. מה גם, הנתבעים לא יידעו את התובעים בדבר היות נתבע 3 מתווך שהועסק מטעם הנתבעות. לטענת התובעים, הדירה נרכשה על ידי הנתבעת 4, על מנת למכור אותה בהליך מהיר לשם הפקת רווחים כשבעניין זה מתבססים התובעים על 3 טיעונים מרכזיים: מימון הרכישה עצמה ע"י נתבעת 4 שהייתה חיילת במועד המכירה, מועד מכירת הדירה, מניעי הרכישה והמכירה.
9. את האחריות של הנתבעים ועילות התביעה נגדם חילקו התובעים כדלקמן:
 - א. הנתבעת חבה באחריות אישית למעשה נתבעת 1, שכן מדובר על אחריות אישית של מתווך הפועל באמצעות תאגיד.
 - ב. כל הנתבעים ביצעו עוולת התרמית - סעיף 56 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: "פקודת הנזיקין").
 - ג. אחריות נתבעים 1 - 2 ו-3 נגזרת מהוראות סעיף 12(א) לחוק הנאמנות, תשל"ט-1979 (להלן: "חוק הנאמנות"). בנוסף, אחריותם נגזרת גם מדיני הנזיקין: הפרת חובה חקוקה - סעיף 63 לפקודת הנזיקין וזאת על רקע הפרת סעיף 10 לחוק המתווכים

במקרקעין, התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק המתוכים").

ד. בנוסף, הואיל ונתבע 3 עבד ללא רישיון תיווך, מדובר בעבירה לפי סעיף 2(א) לחוק המתוכים.

ה. אחריות נתבעת 4 הינה לפי סעיפים 14 ו-15 לחוק הנאמנות וסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 (להלן: "חוק עשיית עושר ולא במשפט").

10. באשר לסעד, עתרו התובעים בתביעתם (סע' 4.1 - 4.2 לכתב התביעה המתוקן מס' 2), לחיוב הנתבעים בתשלום פיצוי כספי בסך של 394,720 ₪, שהוא ההפרש בין מחיר רכישת הדירה על ידי הנתבעת 4 (755,280 ₪) לבין מחיר מכירתה על ידי נתבעת 4 לצד ג' (1,150,000 ₪). סכום ההפרש הנ"ל כשהוא משוער, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק, נכון ליום הגשת התביעה, עמד על 408,763 ₪. יש לציין, כי בסיכומיהם טענו התובעים, כי בסכום זה יש לחייב רק את הנתבעת מס' 4 מכח העילה שבחוק עשיית עושר ולא במשפט.

לחלופין, עתרו התובעים לחיוב הנתבעים בתשלום פיצוי בסך של 524,720, בגין הנזק שנגרם להם, בשווי ההפרש שבין מחיר מכירת הדירה לנתבעת 4 (755,280 ₪) לבין ערך הדירה בשוק במועד המכירה, בהתאם לחוות דעתו של השמאי דותן דרעי, אשר עמד על סך של 1,280,000 ₪. בהקשר זה יש להבהיר, כי המומחה העריך את השווי של הדירה ב-1,300,000 ₪ אולם בעקבות חקירה נגדית הוא הוריד 20,000 ₪ (עמ' 33, ש' 13 - 15) והתביעה הועמדה על הסכום כאמור.

בנוסף עתרו לחיוב נתבעות 1 - 2 בהחזר דמי תיווך בסך 8,000 ₪ בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק, סך של 8,856 ש"ח.

טענת נתבעות 1 - 2

11. חוק הנאמנות אינו חל שכן הן לא החזיקו בנכס ולא פעלו בו. לטענתן, פעולת התיווך אינה פעולה בנכס כלשון סעיף 1 לחוק המתוכים. פעולת התיווך הינה הפגשה במחיר בין הצדדים בעוד שפעולה בנאמנות לפי חוק הנאמנות הינה הפעולה של הנאמן בנכס עצמו. על כן, הסכם התיווך אינו מהווה הסכם נאמנות. מה גם, הן לא התבקשו ולא הסכימו לקבל על עצמן חובת נאמן כמשמעותה בחוק הנאמנות, ואין בהסכם התיווך משום יצירת נאמנות או הסכמה למינוי כנאמנות, ובהעדר הסכמה כזאת לא נוצרת נאמנות.

12. הנתבעות הוסיפו וטענו, כי דין התביעה של תובעת 2 להידחות בהעדר יריבות. שכן רק המנוחה הייתה צד להסכם התיווך והיא זו אשר שילמה את דמי התיווך. מה גם, היא לא הייתה מעורבת, לא בצורה ישירה ולא בצורה עקיפה, בענייני התיווך. מה עוד, סעיף 1 לחוק המתוכים מגדיר לקוח כצד להסכם עם מתווך כשאינו חולק על כך שתובעת 2 כלל לא הייתה צד לאותו הסכם. עוד טענו הנתבעות, כי סעיפים 8 ו-10 לחוק המתוכים קובעים באופן מפורש, כי החובה הינה כלפי הלקוח בלבד ואין להחיל אותה כלפי צד שאינו לקוח. לכן, אין להטיל כל חבות כלפי תובעת 2 הן מכוח דיני הנזיקין והן מכוח חוק המתוכים.

13. הנתבעות הוסיפו וטענו, כי הן לא הפרו חובה חקוקה שכן הן לא היו אחראיות על פי סעיף 10 לחוק המתוכים, כנוסח סעיף זה במועד הרלוונטי לתביעה. לטענתן, התיקון שנעשה בסעיף זה לא חל. מה גם, לא היה כל עניין אישי במכירת הדירה לנתבעת 4 וממילא לא הייתה חובה להודיע דבר זהותה של נתבעת 4, אך למרות זאת הנתבעת כן מסרה למנוחה את זהותה ועדכנה אותה, כי מדובר בבת של סוכן שעובד אצלה. לטענתן, הואיל ולא היה עניין אישי, לא קיים כל צורך לקבל אישור בכתב מטעם המנוחה כפי שמצווה סעיף 10 לחוק המתוכים.

14. בעניין סעיף 8 לחוק המתוכים, טענו הנתבעות, כי התובעים בעצמם לא טענו לקיומה של הפרה להוראות סעיף זה מצדן, אלא רק טענו שעל פי סעיף זה קיימת חובת נאמנות על פי חוק הנאמנות, שכאמור אינו חל וממילא יסודות העולה של סעיף זה לא נטענו ולא הוכחו.

15. הנתבעות אינן נושאות באחריות למעשי נתבעים 3 - 4, שכן אומנם נתבע 3 עבד במשרדי הנתבעת אבל הוא עבד כעצמאי "פרילנס" (עמ' 57, ש' 33), וככל שיוכח שנתבע 3 ביצע עוולות כלפי התובעים, נהנות הנתבעות מהגנת סעיף 15 לפקודת הנזיקין ואין להטיל אחריות אישית על נתבעת 2 בגין מעשי או מחדלי נתבע 3. מה גם לא הוכח קיומה של עילה כלשהי להרמת מסך.

16. לגבי עוולת התרמית, עולה זו לא הוכחה לטענתן, שכן לא הוכח, כי הוצג מצג כוזב של עובדות, שכן הנתבעות יידעו את המנוחה אודות זהות נתבעת 4. מה גם, לא הוכח גם מרכיב היסוד הנפשי של העוולה.

17. הנתבעות הוסיפו וטענו, כי לא הוכח שלתובעים נגרם נזק ולא הוכח קשר סיבתי בין מכירת הדירה לנתבעת 4 לבין הנזק הנטען לכאורה, כמו שלא הוכח שהן התעשרו שלא כדין. הרי לטענתן, הוכח כי הדירה נמכרה לנתבעת 4 כשהיא לא פנויה אלא מושכרת וכשהיא לא שימשה למגורים ובתקופת החורף וכי המחיר שנתקבל עבור המכירה היה סביר כפי שאף עולה מחוות דעתו של השמאי מטעם הבנק. מה גם, הוכח, כי הנוכחות של השוכרת בדירה הביאה לסיכול המכירה ולהברחת הקונים (בעניין זה הפנו

לתצהיר הנתבעת והשמאי דותן שאישר כי זינגר התנגדה לבניית תוספת בניה). מנגד הוכח, כי נתבעת 4 מכרה את הדירה כשהיא פנויה, משמשת למגורים, בתקופת האביב קיץ ובתקופת עליית מחירים.

המחיר שבו נמכרה הדירה היה מחיר סביר בנסיבות העניין כפי שאישש זאת השמאי היחיד אשר ביקר בדירה בזמן אמת, השמאי בן טל, שהעריך את שווי הדירה בין 640,000 ל-800,000 ₪. מה גם, לא היו הצעות נוספות לרכישת הדירה ולא הוכח, כי ללא העולות הנטענות, המנוחה הייתה מצליחה למכור את הדירה, בסמוך למועד שבו נמכרה, במחיר גבוה יותר. העובדה שנתבעת 4 מכרה את הדירה ברווח אין בו כדי להעיד על נזק שנגרם לתובעים, שכן היא נמכרה בתקופת עליית מחירי הדירה.

18. לבסוף לעניין דמי התיווך, טענו הנתבעות, כי הם שולמו ע"י המנוחה, לכן, תובעת 2 אינה זכאית להחזרם. מה גם, לא נטען שהם הפרו הוראות סעיף 9 ו-10 לחוק המתווכים.

טענות נתבעים 3 - 4

19. נתבעים 3 - 4 הצטרפו לטענות שהועלו בסיכומי הנתבעות, (למעט הטענות לפיהן הנתבעות אינן אחראיות למעשי הנתבעים 3 - 4). לטענתם, הואיל ונתבע 3 לא החזיק, במועד הרלוונטי לכתב תביעה, רישיון מתווך במקרקעין, לא ניתן להחיל עליו חובות כלשהן על פי חוק המתווכים. נתבע 3 מעולם לא היה מעורב בהליך הקליטה של התובעת כלקוחה, בהליך סיכום המחיר ובמפגש עם הנתבעות, אלא שימש, אך ורק, כשליח מטעם נתבעת 1 והציג דירה לרוכשים מתוך מאגר הלקוחות שלה.

20. הנתבעים 3 - 4 מעולם לא הונו את התובעים ולא הציגו בפניהם מצג כוזב כלשהו, לא הסתירו את הקשר שביניהם ואת עובדת היות נתבע 3 כמי "שישב" במשרדי הנתבעות ופעל מטעמן. נתבעת 4 הייתה היחידה אשר הסכימה לקבל את הצעת המחיר שנתבקשה. תובעת 2 הביעה את חוסר רצונה מהמחיר שהוצע אך היא נתנה את הסכמתה בסוף ולא נקטה באמצעים כלשהם כדי להעריך אם אכן מדובר במחיר סביר באם לאו.

בעניין דרישת התובעים להחזרת דמי התיווך טענו הנתבעים 3 - 4, כי אין הם מחויבים להחזיר דמי תיווך שלא שולמו להם.

העדים

21. מטעם התובעים העידו: תובעת מס' 2, עו"ד גיל פורדס - שייצג את התובעים במועד כריתת הסכם המכר, השמאי דותן דרעי. כמו כן, הוצגו תשובותיו של כבוד השופט זרנקין, בעלה של תובעת 2 וחתנה של המנוחה, לשאלות אשר הופנו אליו מטעם הצדדים.

מטעם הנתבעים העידו: השמאי ערן בן טל, אליעזר בקר, רוכש פוטנציאלי שהתעניין בדירה, עו"ד יוסף בן נון, שייצג את נתבעת 4 בעסקת רכישת הדירה, נתבע 3, נתבעת 4 והנתבעת.

כאן המקום, לציין כי נתבעים 3 - 4 העידו פעמיים ואף הוגשו מטעם כל אחד מהם שני תצהירים וזאת בעקבות בקשת התובעים להצגת ראיה נוספת, נסח הרישום ההיסטורי של הדירה, כאשר בעקבות נסח זה, נחקרו שוב, כאמור, נתבעים 3 - 4 ועו"ד בן נון. הדבר נעשה לאחר הגשת סיכומי הצדדים, כך שבעקבות החקירה הנוספת, הוגשו סיכומים משלימים על ידי התובעים והנתבעות. הנתבעים 3 - 4 לא הגישו סיכומים משלימים אלא ביקשו להסתמך על הסיכומים המשלימים מטעם הנתבעות.

חוק הנאמנות וחוק המתווכים

22. כאמור, בין הצדדים קיימת מחלוקת סביב השאלה אם ניתן להחיל חוק הנאמנות על פעולת התיווך.

התובעים הגדירו את התביעה שלפנינו באלו המילים: "עניינה של תביעה זו הינה בפעולת תיווך שנעשתה בניגוד לחובתו של נאמן". כשלטענתם, פעולת התיווך נופלת לגדרו של חוק הנאמנות - דבר אשר נלמד הן מהגדרת הנאמנות עצמה, הן מהוראות חוק המתווכים והן מהפסיקה.

מנגד, לטענת הנתבעות, אין כל תחולה לחוק הנאמנות על פעולת התיווך, שכן פעולת התיווך אינה פעולה בנכס כהגדרת מונח זה בחוק הנאמנות. מדובר אך ורק בפעולה שבמהותה מהווה הפגשה במחיר בין שני הצדדים וכי הנתבעות מעולם לא נתנו את הסכמתן לשמש כנאמנות על הדירה.

23. הסעיף שבחוק המתווכים שעליו מבססים התובעים את טענתם, בכל הנוגע להחלת חוק הנאמנות על פעולת התיווך, הינו סעיף 8(א) לחוק המתווכים אשר קובע כדלקמן:

"מתווך במקרקעין יפעל בנאמנות, בהגינות ובדרך מקובלת, וימסור ללקוחו כל מידע שיש בידו בענין מהותי לנכס נשוא עסקת התיווך"

האם עצם הקביעה, שלפיה מוטלת על המתווך החובה לפעול בנאמנות, יש בה כדי ללמד בהכרח על החלת חוק הנאמנות והוראותיו על מתווך?

סבורני כי התשובה לכך הינה שלילית.

24. בחוק המתווכים אין כל הוראה הקובעת, כי יש להחיל את הוראות חוק הנאמנות על פעולת התיווך, כפי שאין כל הוראה ממנה ניתן להסיק, כי יש להחיל את חובות הנאמן, שנקבעו בחוק הנאמנות, על המתווך. כמו כן, בחוק המתווכים לא נקבעה הגדרה למונח "נאמנות".

25. הלכה פסוקה היא, כי לצורך פרשנות מונחים המופיעים בהוראות חקיקה, צריך להתחקות אחרי המטרה והתכלית אשר עמדו מאחורי חקיקת החוק והוראותיו:

"עלינו לזכור תמיד את שאמרנו בראשית הדברים, כי חוק יש לפרש, בראש ובראשונה, מתוך ראייה כוללת של תכלית החוק, כוונת המחוקק והיעדים שהחוק נועד להשיג" (רע"א 2512/90 סופרגז חברה ישראלית להפצת גז בע"מ נ' סער (5.8.91))

מכאן, מונח אשר מופיע בהוראות חקיקה שונות עשוי לקבל פרשנות שונה. בהקשר זה יפים הדברים שנאמרו בע"א 657/76 הרשות המוסמכת נ' חסדאי, פ"ד לב(1) 778 (1978):

"...משמעותו של אותו מונח יכולה להיות שונה, כאשר הוא מופיע בחוקים שונים, הכל לפי תוכנו של החוק ומגמתו הכללית"

ראה גם 12002/04 חבר הכנסת עסאם מח'ול נ' הכנסת, פ"ד ס(2) 325 (2005).

26. תכליתו של חוק המתווכים היא לקבוע סטנדרטים של מקצועיות והגינות לעיסוק במקצוע התיווך על מנת להגן על הרוכשים מקרב הציבור הרחב. הצורך בחקיקה התעורר במיוחד נוכח גלי העלייה מברית המועצות בתחילת שנות התשעים כדי למנוע תופעות של 'חאפרים' וכדי להשליט סדר באנדרלמוסיה ששררה בתחום זה קודם לכן (דברי הכנסת, חוברת י"א, ישיבה ת"ו, 9 בינואר 1996, עמ' 3035-3034). למרות שהלקוח, על פי חוק המתווכים, אינו בהכרח "צרכן" כמשמעותו בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, אין חולק על אופיו הצרכני של החוק. בהקשר זה יפים הדברים שנאמרו בבר"ע 2905/00 מאיר נ' קובלנסקי (25.6.01):

"חוק המתווכים שייך, בין היתר, למערכת של חוקי הגנת הצרכן, ונוצר בכדי להגביל את כוחם העדיף של המתווכים על פני מוכרי הדירות בכוח מיקוח, ידע, ניסיון ותחכום משפטי, המתבטא בחוזים אחידים בהם מכתבים המתווכים את רצונם. החוק נועד להשליט נורמות של הגינות, ולדאוג, בין היתר, כי רק מתווך שתרים בפועל למכירת הדירה יקבל את שכרו"

מתכלית החוק יש להסיק, כי הוא נועד, בין היתר, להגן על מוכרי ורוכשי הדירות תוך שהוא מחייב את המתווכים לעמוד ברמה מקצועית ורמת הגינות ואמינות גבוהה. לא ניתן למצוא כל רמז לכך, כי מטרת חוק המתווכים היא להקנות למתווך ולמערכת היחסים שבינו לבין מי ששכר את שירותיו, יחס של נאמנות כזו המשתמעת בחוק הנאמנות.

27. אומנם חובת הנאמנות של המתווך מעוגנת בסעיף 8(א) לחוק המתווכים, אולם, מכאן ועד להחלת חוק הנאמנות על המתווך, הדרך ארוכה. הרי אכן ניתן לומר, כי מדיני הנאמנות ניתן ללמוד אודות הפירוש שניתן לתת להוראות הקבועות בחוק המתווכים לצורך הגשמת העיקרון הכללי הקבוע בחוק המתווכים. עם זאת, אין להחיל את חוק הנאמנות על מתווך, שכן המתווך אינו בגדר "נאמן" לפי חוק הנאמנות.

בעניין זה ניתן ללמוד גזרה שווה בעניין זה גם מחוק השליחות.

28. בסעיף 8 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965 (להלן: "חוק השליחות"), נקבע כדלקמן:

"קיבל אדם עליו להיות שלוח, חייב הוא לנהוג כלפי השולח בנאמנות ולפעול בהתאם להוראותיו; ובאין כוונה אחרת משתמעת ממהות השליחות או מתנאיה יחולו עליו חובות אלו"

עינינו הרואות, כי בדומה לחוק המתווכים גם חוק השליחות מטיל על השולח לנהוג כלפי השולח "בנאמנות". האם מכך ניתן להסיק, כי יש להחיל את חוק הנאמנות גם על השולח ועל פעולת השליחות?

התשובה לכך הינה שלילית. כך גם לטעמו של כבוד הנשיא (בדימוס) ברק:

"חוק השליחות מטיל על השולח לנהוג כלפי השולח 'בנאמנות'. משמעות הדבר אינה שיחסי השליחות כשלעצמם, עושים

את השלוח לנאמן ואת השולח לנהנה. אכן, 'הנאמנות הקניינית' קיימת גם ביחסי שליחות, וזאת כאשר עקב השליחות, נכס בא לידי השלוח (הכוונה לסעיף 10(א) לחוק השליחות-נ.ד.מ.). אך חובתו של השלוח לפעול בנאמנות קיימת גם מקום שכל נכס לא בא לידי השלוח. אכן, את חובתו של השלוח ניתן לתאר באופן מדויק יותר אם נאמר כי מוטלת עליו החובה 'לנהוג באמונה' כלפי השולח, או לנהוג כלפיו ב'אמון'. 'חובת אמון' זו מוטלת על השלוח בלא כל קשר להמצאותו של נכס בידי השלוח. עצם קיומם של יחסי שליחות בין השולח לבין השלוח, מטילה על השלוח חובת אמון ואמונה כלפי השולח" (א. ברק, חוק השליחות, נבו הוצאה לאור - מהדורה שנייה, תשנ"ו-1996, עמ' 1042)

כבוד הנשיא (בדימוס) ברק אף ממשיך וקובע, כי אומנם ניתן להיעזר בחוק הנאמנות ככלי פרשני, אולם אין לראות את השלוח בגדר נאמן:

"נראה לנו כי אין כל סיבה שלא ללמוד מדינים אלה בפירוש שניתן להוראות הקבועות בחוק השליחות וכהגשמת העקרון הכללי הקבוע בחוק השליחות. כמובן, דינים אלה אינם חלים במישרין, שכן שלוח (לפי חוק השליחות) אינו נאמן (לפי חוק הנאמנות), אלא במקרים מיוחדים בהם הוא רוכש נכס כנאמן. עם זאת ניתן להיזקק לחוק הנאמנות לצרכי השראה פרשנית" (ברק עמ' 1042)

29. כך גם במקרה שלפנינו, כמו שהשלוח אינו גם בגדר נאמן (למעט המקרה שבו השלוח מחזיק בנכס כנאמן עליו - סעיף 10 לחוק השליחות), הוא הדין לגבי המתווך. יחסי מתווך - לקוח כשלעצמם אינם הופכים את המתווך לנאמן על הדירה. חובת הנאמנות שצוינה בסעיף 8(א) לחוק המתווכים, מטילה חובת "אמון ואמונה" כפי שהגדיר זאת כבוד הנשיא בדימוס ברק, אין היא מחילה את חוק הנאמנות והחובות והזכויות שנקבעו על פיו, על המתווך.

מסקנה זו מקבלת משנה תוקף גם לאור העובדה, שבניגוד לחוק השליחות, חוק המתווכים אינו קובע הסדר כלשהו שדרכו רשאי המתווך להחזיק את הנכס כנאמן עליו. למעשה, על אף קיומו של הסדר כזה בחוק השליחות, נקבע, בכל זאת, כי אין לראות בשלוח כנאמן ולא ניתן להחיל עליו את חוק הנאמנות. לפיכך, קל וחומר כשעסקינן בחוק המתווכים שבו לא נקבע הסדר דומה להסדר הנ"ל ומשלא הוכח גם כי המנוחה העבירה את הדירה לידי הנתבעות המתווכים בתור נאמנים עליה.

30. מן המקובץ לעיל מתקבלת המסקנה, כי לא ניתן להחיל את חוק הנאמנות על המקרה שלפנינו ובכך למעשה דין טענות התובעים, ככל שהן נסמכת על חוק הנאמנות, להידחות.

31. לפני שאדון בשאלת האחריות של כל אחד מהנתבעים, אתייחס לטענה שהועלתה על ידי התובעים לעניין הטלת אחריות גם על התאגיד שהמתווך פועל דרכו, ובמקרה שלנו, נתבעת 1. כאן המקום לציין כי אמנם הנתבעת טענה בתצהירה להעדר יריבות בינה לבין המנוחה, שתובע 1 נכנס בנעליה, משום שההתקשרות היתה בין המנוחה לבין נתבעת 1, אולם, טענה זו נזנחה בסיכומי הנתבעות. מה גם, הנתבעות התגוננו בפני תביעת התובעים כגוף אחד, הן בכתב הגנתן והן בסיכומיהן, לפיכך לא ניתן להבחין בין אחריותה של נתבעת 1 לעומת זו של נתבעת 2, ושאלת אחריותן תידון כמקשה אחת.

הפרת חובה חקוקה

32. לטענת התובעים, נתבעים 1 - 3 הפרו חובה חקוקה בכך שלא גילו, כפי שנקבע בסעיף 10 לחוק המתווכים, עניינם האישי בדירה או בעסקת המכירה. שכן, הם לא גילו כי נתבע 3 הועסק ע"י הנתבעות וכי הרוכשת - נתבעת 4, הינה בתו.

33. מנגד טענו הנתבעות, כי הן לא הפרו כל חובה חקוקה, שכן לא היה להן עניין אישי במכירת הדירה לנתבעת 4. מה גם, החובה שבסעיף 10 לחוק המתווכים הינה חובה החלה כלפי הלקוח בלבד ועל כן, לא הוטלה כל חבות לדווח לנתבעת 2, שאינה בגדר לקוח, אודות זהות הרוכשת. עם זאת, לטענתן, הנתבעת הודיעה למנוחה דבר זהות הרוכשת והמנוחה אף ביקשה לשקול את העניין כשלאחר מספר ימים היא הודיעה שהיא מקבלת את ההצעה. עוד טענו הנתבעות, כי אין כל מקום להחיל את סעיף 10 בנוסחו הקיים וכי יש להחיל אך ורק את הנוסח שהיה קיים במועד התרחשות האירוע הנטען.

34. כדי שתקום עילה בעוולת הפרת חובה חקוקה, נדרשת התקיימותם של התנאים המצטברים הבאים:

1. חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק (להלן: "התנאי הראשון").
2. החיקוק נועד לטובתו של הניזוק (להלן: "התנאי השני").
3. המזיק הפר את החובה המוטלת עליו (להלן: "התנאי השלישי").
4. ההפרה גרמה לניזוק נזק - קשר סיבתי (להלן: "התנאי הרביעי").
5. הנזק שנגרם הוא מסוג הנזק אליו נתכוון החיקוק (להלן: "התנאי החמישי") (ראו גם ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית

בית שמש, פ"ד (לז) 113 (1982) ורע"א 5379/95 "סהר" חברה לביטוח בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד (נא) 464 (1997)). להלן נדון בכל אחד מהרכיבים הנ"ל. תחילה נדון בשאלה האם אכן הוכח, כי הוטלה חובה על מתווך, מכוח סעיף 10 לחוק המתווכים, כפי שנטען ע"י התובעים?

כדי להשיב על שאלה זו, צריך לקבוע איזה מבין הנוסחים של הסעיף האמור חל על המקרה שלפנינו.

35. סעיף 10 לחוק המתווכים בנוסחו הקיים קובע כדלקמן:

"מתווך במקרקעין לא יתווך בעסקת מקרקעין אם יש לו ענין אישי במקרקעין או בעסקה, אלא אם כן גילה ללקוחו את ענינו האישי כאמור וקיבל את הסכמת הלקוח לכך בכתב; בסעיף זה, "ענין אישי" - לרבות ענין אישי של קרובו של המתווך במקרקעין או של גוף שהמתווך או קרובו הם בעלי שליטה בו; לענין זה, "בעל שליטה" ו"קרוב" - כהגדרתם בסעיף 4א(ד), בשינויים המחויבים."

סעיף 3א(ד) לחוק המתווכים מגדיר את המונחים הבאים כדלקמן:

"ענין אישי" - לרבות ענין אישי של קרובו או של גוף שהוא או קרוב שלו הם בעלי שליטה בו;

"קרוב" - בן זוג, הורה, הורה הורה, אח או אחות, צאצא, צאצא של בן זוג ובני זוגם של כל אחד מאלה או אדם אחר הסמוך על שולחנו של חבר הוועדה, וכן שותף, מעביד או עובד של חבר כאמור;

"בעל שליטה" - אחד מאלה: מנהל או עובד אחראי בגוף, וכל מי שיש לו חלק העולה על 5% בהון או בזכות לקבל רווחים של אותו גוף."

סעיף 10 לחוק המתווכים, בנוסח שהיה קיים עובר לתיקון מס' 7, קבע כדלקמן:

"מתווך במקרקעין לא יתווך בעסקת מקרקעין אם יש לו ענין אישי במקרקעין או בעסקה, אלא אם כן גילה ללקוחו את ענינו האישי כאמור וקיבל את הסכמת הלקוח לכך בכתב."

התיקון האמור נכלל במסגרת תיקון מספר 7 לחוק המתווכים, שפורסם ביום 7.8.12. מועד זה אינו רלוונטי לתביעה שלפנינו, שכן שלל האירועים המתוארים בכתב התביעה והרלוונטיים לתביעה, אירעו עובר למועד שבו התקבל והתפרסם תיקון זה. על כן הנוסח שקדם לנוסח הקיים, הינו זה הרלוונטי למקרה שלפנינו.

הסעיף קובע, כי מתווך לא יתווך בעסקת מקרקעין אלא אם גילה ללקוחו את "ענינו האישי" וקיבל את הסכמת הלקוח לכך בכתב.

האם חובה זו הוטלה על נתבעים 1, 2 ו-3?

תחילה אדון בשאלת אחריותן של הנתבעות 1 ו-2 ולאחר מכן אדון בשאלת אחריותו של נתבע 3.

36. שאלה מקדימה היא, האם הסעיף מטיל חובת גילוי גם כלפי מי שאינו נחשב ללקוחו של המתווך - תובעת 2?

בהקשר זה יש לפנות לסעיף 1 לחוק המתווכים אשר מגדיר מי הוא "לקוח".

לקוח מוגדר כ"צד להסכם עם מתווך במקרקעין לקבלת שירותיו, בין אם הוא משלם דמי תיווך ובין אם לאו";

במקרה שלפנינו אין חולק, כי תובעת 2 לא הייתה צד להסכם התיווך ובכך היא לא נכללת תחת ההגדרה של לקוח. לפיכך, אין כל מקום להחיל את החובה שנקבעה בסעיף 10 לחוק המתווכים, ביחסים עם תובעת 2 והיא תיבחן אך ורק כלפי תובעת 1.

חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק - התנאי הראשון

האם מדובר בענין אישי שהיה על נתבעת 2 לגלות?

37. לטענת התובעים, אי הגילוי התבטא בכך שהנתבעת לא גילתה בפני המנוחה זהות הרוכשת, והעובדה שמדובר בבתו של נתבע 3 אשר עבד במשרדי הנתבעות.

מנגד, טענו הנתבעות בסיכומיהן, כי הן אינן קרובות משפחה של נתבעים 3 - 4 וכי הן לא רכשו את הדירה ומכרו אותה לצדדים שלישיים וכי, למעט דמי התיווך, לא צמחה להן טובת הנאה כלשהי משתי העסקאות שבוצעו.

38. עינינו הרואות, כי לשון הסעיף אינה מתנה גילוי "הענין האישי" בקבלת טובת הנאה כלשהי שאמורה לצמוח לאותו מתווך. סבורני כי, ללא שום קשר לשאלת קיומה של קרבה משפחתית בין נתבעת 2 לבין נתבעים 3 ו-4, עצם העובדה, כי נתבע 3 עבד אצל הנתבעות ובמסגרת עבודתו הוא אף נדרש להציג את אותה הדירה נושא התביעה בפני רוכשים פוטנציאליים, מקימה כשלעצמה חובת גילוי על הנתבעות. מכירת דירה לבתו של מי שהועסק בשירותי הנתבעות, הינה ללא ספק ענין אישי שהיה על הנתבעות

לגלות למנוחה. בכך למעשה התקיים התנאי הראשון.

האם החיקוק נועד לטובת התובעים? התנאי השני

39. סעיף 10 לחוק המתווכים נועד להגן על הלקוח בכלל ועל המנוחה בפרט. מטרתו היא שהלקוח יהיה מודע לעניין האישי שיש למתווך בעסקה, כך שבעקבות גילוי מידע זה, הוא יפעל ביתר זהירות ויקבל את החלטותיו בהתאם. לפיכך, אין ספק כי סעיף 10 נועד לטובתו של הניזוק (המנוחה).

האם החובה שהוטלה הופרה? התנאי השלישי

40. יודגש, כי מתווך אמור להיות גורם אובייקטיבי שהלקוח מתייעץ עמו בקשר לשווי הנכס, המחיר, מצב השוק ועוד. מתווך לא אמור להיות מוטה לצד זה או אחר ועליו לפעול באמינות ובהגינות כלפי לקוחו.

האם הוכח, מבחינה עובדתית, שהנתבעות גילו בפני המנוחה העובדה שהרוכשת הינה בתו של נתבע 3 אשר הועסק אצל הנתבעות (להלן: "העניין האישי"), ואם אכן גילו, האם קיבלו את הסכמתה בהתאם לסעיף 10 לחוק המתווכים?

41. אקדים ואציין, כי גם אם אצא מנקודת הנחה שהנתבעות גילו את העניין האישי בפני המנוחה, אין חולק, כי לא ניתנה הסכמה בכתב מטעם המנוחה ומשלא קוימה דרישת הכתב, הפרו הנתבעות את הוראות סעיף 10 לחוק המתווכים.

די באמור לעיל כדי לקבוע שהחובה הופרה ולעבור לשאלת התקיימות התנאי הרביעי.

עם זאת, ולאור המחלוקת העובדתית שנתגלתה בין הצדדים אודות השאלה אם הנתבעת גילתה את העניין האישי בפני המנוחה, ולאור חשיבות מחלוקת זו, מצאתי לנכון לדון ולהכריע בה.

42. בחקירתה טענה הנתבעת, כי היא שוחחה עם המנוחה וציינה בפניה שהרוכשת היא בתו של סוכן שעובד אצלה במשרד:

"שוחחתי עם המנוחה. היא שאלה 'מי בסוף מצאתי?' ואמרתי לה 'סוכן שעובד אצלי במשרד רוכש עבור בתו'. לא היו לה טענות" (עמ' 49, ש' 11 - 12)

כשמנגד, בתצהירה העניין נטען באופן מעורפל ומבלי לפרט הנסיבות שקדמו לכך, המועד שבו גולה העניין האישי בפני המנוחה וכיצד הוא נמסר. כך למשל בסעיף 38 לתצהירה (נ/4) נטען כדלקמן:

"אני העברתי את ההצעה של הנתבעת 4 למנוחה וציינתי בפניה כי זו ההצעה היחידה שקבלתי לדירה עד אז"

ובסעיף 69 לתצהירה הצהירה הנתבעת:

"בעת המכירה היה ברור כי הנתבע 3 הוא אביה של הנתבעת 4 וכי הנתבע 3 עובד אצלי. לא היה כל ניסיון להעלים עובדות אלה ולא היה גם צורך בכך"

מה המשמעות של המונח "בעת המכירה" והאם הדבר נודע למנוחה או לאלו שנכחו במועד כריתת ההסכם? למעשה, למעט אותה טענה בעל פה שהועלתה ע"י הנתבעת, במהלך חקירתה, שלפיה התקיימה שיחה בינה לבין המנוחה שבמהלכה היא גילתה את העניין האישי לא הובאה כל ראיה אחרת שיש בה כדי לאושש זאת.

האם יש בשיחה הנטענה הנ"ל כדי להביא למסקנה שהנתבעות אכן עמדו בנטל ההוכחה והוכיחו כי הן פעלו לפי סעיף 10 לחוק המתווכים?

סבורני כי התשובה לכך הינה שלילית מהסיבות שיפורטו להלן.

43. אכן לא ניתן לעמת את גרסתה העובדתית של הנתבעת עם גרסת המנוחה, שהלכה לעולמה עם הגשת תביעה זו. אולם, מהראיות שהוצגו בפניי עולות תמיהות מסוימות שיש בהן כדי לאיין את גרסת הנתבעת ולעורר ספק רב בנוגע לשאלה את אכן היא גילתה את העניין האישי בפני המנוחה וכי האחרונה נתנה את הסכמתה, בעל פה, לכך.

44. ראשית לכל, מעדות הנתבעת עולה, כי היא נהגה מדי פעם לעדכן את כבוד השופט זרנקין בכל הנוגע להליך התקדמות מכירת הדירה ומחיר הדירה, על כן, תמוהה בעיניי התנהגות הנתבעת שטרחה לעדכן את כבוד השופט זרנקין בעניין הנ"ל ואילו, ככל שהדבר נגע למידע כה מהותי מעין זה, לפתע היא סברה שלא היה כל צורך בכך (עמ' 49, ש' 18 - 19) והסתפקה, לטענתה, בלעדכן אך ורק את המנוחה.

45. שנית, תמוהה בעיני העובדה, כי הנתבעת לא מצאה לנכון לגלות את העניין האישי במהלך הפגישה אשר התקיימה לצורך החתימה על הסכם המכר - פגישה שבה "המוכרים" ו"הרוכשים" נפגשו בפעם הראשונה כשבפתח הפגישה אף נעשה סבב היכרות,

וכשאינן חולק גם כי נתבע 3 נטל חלק בפעולות התיווך של הדירה עצמה נושא התביעה.

כאן המקום לציין, כי מהעדויות שהוצגו בפניי, מתקבל הרשום, כי בפני הנוכחים באותה פגישה לא נחשפה "זהותו האמיתית" של נתבע 3 וזיקתו עם הנתבעת.

כך למשל, מעדות עו"ד פורדס, אשר ייצג את התובעים בעסקת המכר, ונכח באותה פגישה שבה נחתם ההסכם, עולה, כי במהלך הפגישה לא נחשף עניין מעורבותו של נתבע 3 בפעילות התיווך של מכירת הדירה:

"לח"מ לא נאמר ואף לא נרמז בכל דרך שהיא ובשים לב, כי לאבי הקונה (יוסף בלאוואט) יש מעורבות כלשהיא בפעילות התיווך למכירת הדירה לקונים מעוניינים ו/או לבתו" (סעיף 7 לתצהירו ת/2)

כך גם עולה מתשובות כבוד השופט זרנקין:

"שאלה מס. 11:

האם במעמד חתימת חוזה המכר או בשלב כלשהו לפני כן נאמר לך או למי מהמעורבים בעסקה מטעם המוכרים (רעייתך, חמותך ז"ל עו"ד גיל פורדס) כי הנתבע מס' 3 (בלאוואט יוסף) היה מעורב בהליכי התיווך למכירת הדירה?

תשובה:

שלילי לחלוטין. לא היה למי מאיתנו שמץ של מושג כי הנתבע מס' 3 היה מעורב בהליכי התיווך למכירת הדירה. אין לי שמץ של ספק כי עניין זה הוסתר במכוון ע"י המתווכת, המתווך (הנתבע מס' 3) והקונה, מחשש שאם יודע לנו עניין זה, נבין כי המחיר הנמוך נובע מהאינטרס של מתווכי הדירה."

כל זאת כשמנגד, בחקירתם של נתבע 3 ונתבעת 4 כשנשאלו אם האחרונה הוצגה בתור הבת של מי שהועסק אצל הנתבעות, הסתפקו בלומר כי מעבר להצגת נתבעת 4 כבתו של נתבע 3, לא זכור להם שום דבר בעניין (עמ' 38, ש' 8 - 11 ועמ' 62, ש' 2 - 14). וזאת בניגוד למה שנטען בתצהיר של כל אחד מהם. כך למשל בסעיף 9 לתצהיר נתבע 3 נטען:

"במעמד רכישת הדירה, בוצעה היכרות של כלל הצדדים הנוכחים, וכן הוצגה בתי, אני הצגתי עצמי, ואף סיפרתי שאני מתווך שמשרדי במשרד הנתבעות מס' 1 - 2"

סעיף דומה לסעיף הנ"ל מופיע גם בתצהירה של נתבעת 4 (נ/6).

46. מן המקובץ לעיל, ולאור אי הבהירות בתצהיר הנתבעת, התמיהות השונות שפורטו לעיל, והסתירות שנתגלו בעדויות הנתבעים, שוכנעתי, כי הנתבעות לא הצליחו להפריך את טענת התובעים ולהוכיח, כי הנתבעת אכן גילתה בפני המנוחה את העניין האישי שנוגע לזיקה והקשר שקיים בינה לבין נתבע 3. אין כמובן גם ספק כי הנתבעת לא קבילה הסכמת המנוחה בכתב לכך ובכך היא הפרה את הוראות סעיף 10 לחוק המתווכים.

האם ההפרה גרמה לניזוק נזק? התנאי הרביעי

47. במילים אחרות, האם נגרם למנוחה נזק וככל שנגרם לה נזק האם הוא נגרם בשל העניין האישי שלא נמסר לה?

48. לטענת התובעים, כעבור כ-3 חודשים וחצי ממועד רכישת הדירה ע"י נתבעת 4, נמכרה הדירה במחיר של 1,150,000 ₪, קרי בפער של 394,720 ₪, וזאת מבלי שנעשה בדירה שיפוץ או שינוי כלשהו שיגרום לפער מחירים זה. לטענתם, סכום זה אמור להיות משולם לידיהם שכן זהו למעשה המחיר שהיו אמורים לקבל תמורת מכירת הדירה.

49. מנגד, לטענת הנתבעות, לא הוכח קשר סיבתי בין מכירת הדירה לבין הנזק הנטען שכן התובעות מכרו את הדירה כשהיא לא פנויה אלא מושכרת כמשרד ולא כדירת מגורים ובתקופת החורף. מה גם הוכח, כי נוכחותה של השוכרת הביאה לסיכול המכירה ולהברחת קונים - אותה שוכרת שהינה גם הדיירת של הדירה מתחת ואשר התנגדה לביצוע תוספת בניה לדירה. עוד טענו הנתבעות, כי לא היו כל הצעות נוספות לרכישת הדירה והצעתה של נתבעת 4 הייתה ההצעה היחידה.

50. כדי להשיב על שאלת קיומו של קשר סיבתי בין הפרת החובה החקוקה לבין הנזק שנטען, צריך, בין היתר, להשיב לשאלה האם המחיר שבו נמכרה הדירה לנתבעת 4 היה מחיר סביר בנסיבות העניין?

לצורך הוכחת שוויה האמיתי של הדירה, עת נמכרה לנתבעת 4, הגישו התובעים חוות דעת של השמאי דותן דרעי, מיום 9.1.11 (ת/3), ואילו הנתבעים הגישו שומתו המקוצרת של השמאי בן טל, מיום 30.3.09 (נ/2). שני המומחים נחקרו בפניי.

51. בחוות דעתו של דרעי, הוערכה הדירה כשהיא נקיה מכל שיעבוד, חוב, מיסוי משכנתא וזכויות צד ג', נכון לתאריך 29.3.09, בסך של 1,300,000 ₪ כשבחקירתו הוא מצא לנכון להוריד עוד 20,000 ₪, לאור העובדה שלא אושרה בניה בחלק מאחוזי הבניה

אשר היו לדירה (עמ' 33, ש' 13 - 15).

מנגד, בשומה שנערכה ע"י בן טל, הוערכה הדירה בסך של 800,000 ₪, כשהיא פנויה וריקה מכל חוב וכשהשווי למימוש מהיר הוערך בסך של 640,000 ₪.

52. ראשית לכל יש להדגיש, כי השומה שהוגשה ע"י בן טל אינה חוות דעת, אלא שומה מקוצרת, כפי שהבהיר זאת השמאי בן טל בחקירתו (עמ' 39, ש' 26 - 27). מדובר בשומה שנערכה לבקשת הבנק הבינלאומי למשכנתאות, וזאת בעקבות פניית נתבעת 4 לבנק, לצורך קבלת משכנתא לרכישת הדירה דנן. השומה עצמה התייחסה להסכם המכירה, מיום 29.3.09, כשסכום הרכישה שצוין בו עמד כאמור על סך של 180,000 \$.

על משמעות ההבדל בין חוות דעת מומחה לבין שומה ניתן ללמוד מעדותו של בן טל שהסביר מה המטרה שלשמה נערכת שומה מסוג זה:

"זו שמאות שהוזמנה ע"י בנק בינ"ל לצורך בחינת עמידה במסגרת משכנתא ללקוח, ועל מנת לתת שווי" (עמ' 40, ש' 7)

בהמשך חקירתו, אף ניתן להסיק, כי השיקולים הרלוונטיים להכנת השומה אינם בהכרח דומים לאלו שנשקלים בחוות דעת רגילה. כך למשל, לגבי עניין זכויות הבניה הבלתי מנוצלות:

"זכויות הבנייה לא נלקחו בחשבון, אך לא מהסיבה שזו לא חוות דעת, אלא מכיוון שמטרת השמאות היא בטוחה בנקאית. במצב כזה, מעריכים את הנכס בצורה זהירה, על הצד הבטוח, שישמש את הבנק נאמנה במקרה של כשל אשראי. זכויות בנייה ו/או פוטנציאל עתידי אינם ודאיות, ולכן לא נכללות בחוות דעת זו" (עמ' 40, ש' 12 - 15)

נוסף על כן, מחקירת דרעי, מתקבל הרושם שהשומה תלויה במחיר שסוכם בחוזה ואין בה בהכרח כדי לשקף את המחיר האמיתי של אותו נכס:

"אני כשמאי שעובד גם מול המערכת הבנקאית למעלה מ-12 שנה יכול לומר בביטחון שהבנקים, כאשר עושים שמאות לצרכי משכנתא מצפים מהשמאי להגיד אם מחיר השוק נמוך מהחזוה או לא, מכיוון שהאשראי ניתן לפי השמאות או לפי מחיר החוזה, הנמוך מבין שניהם. גם אם השמאות היא פי אחת וחצי, זה לא מעניין את הבנק, מכיוון שהוא נותן לפי החוזה. לכן כשיש מחיר חוזה נמוך, השמאי מאמץ את המחיר החוזי בראיה יותר בנקאית ופחות שמאית" (עמ' 24, ש' 22 - 27)

כשעומת בן טל עם דבריו הנ"ל של דרעי, הוא אישר וציין:

"בדרך כלל כך נוהגים. במקרה זה אף מצאתי לנכון לעגל טיפה למעלה ל-800,000 ₪" (עמ' 41, ש' 5)

מהאמור לעיל ניתן להסיק, כי ההערכה שהופיעה בשומה הינה על בסיס המחיר שסוכם עליו בחוזה ואין בה בהכרח כדי ללמד על הערכה שמאית לערך הדירה עצמה.

53. משכך הם פני הדברים, לא ניתן לקבוע, כי המחיר הנקוב בשומה משקף למעשה את המחיר האמיתי של הדירה עת נמכרה לנתבעת 4 ובכלל לא ניתן להוכיח, כי אכן מדובר במחיר סביר. למעשה, ומשלא הוצגה חוות דעת שמאית ע"י התובעים, נותרנו עם חוות דעת של דרעי שלגביה העלו הנתבעים את הסתייגויותיהם. להלן נדון בעיקריות שבהן.

54. א. השמאי דרעי לא נכח בדירה בעת הרלוונטית לתביעה ולא ראה את הדירה.

אכן, דרעי לא נכח בדירה במועד המכירה, אולם אין לראות בכך כפגם שיש בו כדי לפגוע במשקלה של חוות דעתו. הרי כידוע, לא פעם נאלצים השמאים לשום ערכו של נכס בדיעבד. מה גם, במקרה שלפנינו, וכפי שעולה מחקירתו, באותה תקופה, בשנת 2008, דרעי ערך שומה לדירה הנמצאת מתחת לדירה עסקינן. זאת גם בנוסף לעצם העובדה, כי הוא נעזר בנתונים העולים משומת בן טל אשר ביקר בפועל בדירה בזמן הרלוונטי לתביעה (עמ' 25, ש' 14 - 18).

ב. לטענת הנתבעים, השמאי דרעי התייחס לכך שהדירה לא שימשה למגורים, אלא למשרד ולכן המחיר שצוין בחוות הדעת אינו רלוונטי למצב הדירה בפועל.

מחוות הדעת לא ניתן להסיק, כי דרעי ערך את חוות דעתו על בסיס השיקול כי הדירה משמשת כמשרד ולא כדירת מגורים. זאת, כמובן להבדיל מהטענה, כי במועד הרלוונטי לתביעה, הדירה עצמה הושכרה לשכנה כמשרד - דבר אשר נשקל בבואו של השמאי להעריך את המצב הפיזי, שבו הייתה הדירה במועד המכירה.

ג. לטענת נתבעים 3 ו-4, דרעי בחר להשוות מחירה של הדירה עם דירות אחרות שנמצאות בעיר חיפה, המרוחקות מספר ק"מ מהדירה, מבלי להביא בחשבון דירות הסמוכות יותר לדירה נשוא התביעה.

גם כאן, אין מקום לקבל את טענות הנתבעים בעניין זה, שכן במסגרת חוות דעתו תוארו מספר דירות הסמוכות לדירה, כגון: הדירות בשדרות הנשיא 94 ושדרות הנשיא 93 א' רכ'. מה גם, בעניין זה הסביר דרעי, בחקירתו, כי לצורך השוואה בין מחירי הדירות, הדמיון אינו אמור להיות דווקא הקרבה הגיאוגרפית, ובמילים שלו:

"... הגדרה של נכס בר השוואה זה שרב הדמיון בינו ובין הנכס הנישום מאשר השונות ביניהם ולא דווקא הקרבה המיידית הגיאוגרפית. לעתים אפילו משווים בין נכסים בשכונות אחרות, אבל שהם בעלי אפיון דומה. מה גם שפה הריחוק הגיאוגרפי הוא לא רב, כך שמצאתי את הנכסים הללו ברי השוואה" (עמ' 27, ש' 7 - 10)

נוסף על כן, מחקירתו עולה, כי הוא אף ערך שמאות לדירה שמתחת לדירה נושא התביעה שלפנינו, בשנת 2008, שהינה בעלת שטח דומה לה ואשר הייתה זקוקה לשיפוץ והיא הוערכה על ידו בסך של 1,600,000 ₪ (עמ' 22, ש' 27 - 31).

כאן המקום לציין, שחוות דעתו של דרעי התבססה על מספר לא מבוטל של עסקאות מכר, שנעשו בסמיכות לעסקת המכר דנן, כשלעומת זאת, לא רק שלא הוצגה חוות דעת נגדית כלשהי מטעם הנתבעים, אלא שגם הם לא טרחו להציג ולו עסקת מכר אחת של בתים סמוכים אשר נעשתה במועד הנ"ל.

ד. לטענת הנתבעים, דרעי ניסה להפריז בתיאורו בנוגע לזכויות הבניה, כך בתחילת עדותו הוא ניסה להראות, כי לדירה קיימות זכויות בניה נוספות בהיקף נרחב כשבסוף חקירתו התברר, כי ניתן להרחיב את הדירה ב-15 מ"ר בלבד.

עניין זה נדון בהרחבה במהלך חקירת דרעי והוא אף מצא לנכון להפחית ב-20,000 ₪ את הסכום שהוערך על ידו בחוות דעתו. הרי, בחוות דעתו נרשם, כי לדירה אושרה, בנובמבר 2010, תוספת בניה, בקומה שניה, של 40.80 מ"ר. שווי רכיב הקרקע למ"ר הינו 4,200 ₪ כפול 40.80 מ"ר יוצא 168,000 ₪ במעוגל. עם הפחתת מקדם ייזום לרכיב זכויות הבניה ותכנון, מתקבל שווי למועד הקובע: 120,000 ₪.

עוד צוין, כי קיים פסק דין של המפקחת על רישום המקרקעין, מיום 15.8.09, שבמסגרתו קבעה המפקחת, כי "נתמלא היסוד ההסכמי וכי רוכשי הדירה רשאים לבצע תוספת בניה, למעט המדרגות המוליכות מהמרפסת העתידית להיבנות לגינת הבית". על פסק דין זה הוגש ערעור לבית המשפט המחוזי, שאיפשר, כפי שצוין בחקירת דרעי, לבנות כ-15 מ"ר מתוך ה-40. עם זאת, אין מקום לשלול את זכויות הבניה וזאת משום שלגישתו, זכויות הבניה שנותרו ניתנים למימוש שכן הן תלויות, אך ורק, בהסכמת השכן ועל כן הן ניתנות להערכה כספית:

"...יש הבדל בין מקרה שאין זכויות בנייה בכלל לבין מקרה שיש זכויות בנייה אבל השכן מתנגד. משום שראשית כ-15 מ"ר מומשו דה פקטו. שנית ה-25 מ"ר הנוספים שהתבקשו ולא התממשו ... אם תהיה הסכמה בין השכנים בעתיד, זה יתממש ואם יתחלף דייר והוא יסכים, זה יתממש. הזכויות קיימות והן שוות כסף" (עמ' 34, ש' 2 - 6)

הסברו הנ"ל של השמאי דרעי מקובל עלי וכל אימת שלא הוכח ע"י הנתבעים כי השיקול הנ"ל הינו שיקול זר אשר לא ניתן לשקול אותו במסגרת שיקולי השמאות, אין לקבוע כי מדובר בפגם אשר נפל בחוות הדעת.

55. מן המקובץ לעיל מתקבלת המסקנה, כי לא נפל כל פגם או טעות בולטת לעין הפוגעים במשקלה של חוות דעתו של דרעי.

עם זאת, אין בסכום אשר הוערך ע"י דרעי כדי לקבוע בהכרח כי ניתן למכור את הדירה במחיר הנקוב בחוות הדעת. שכן יש להבחין בין שווי השוק של הדירה לבין מחיר המכירה הסביר, בנסיבות העניין, שכרוך גם בנתונים סובייקטיביים כגון, לחץ של המוכר או הקונה (ראו מקרה דומה שנדון בבית משפט השלום בחדרה בת.א. 4083/07 בראל נ' גפן (22.2.10)).

כך גם ניתן להסיק מעדותו של דרעי לפיה, המחיר אשר צוין בחוות דעתו אינו מעיד בהכרח על המחיר שבו יכלו התובעות למכור את הדירה, שכן, הדבר תלוי בגורמים נוספים כגון: מכירת הדירה בפרק זמן סביר, חשיפה סבירה, אמצעי מכירה סבירים וכו' (עמ' 34, ש' 7 - 17). הרי עובדה היא, כי הדירה נמכרה, בסופו של יום, בעסקה השנייה במחיר של 1,150,000 ₪.

עניין זה מקבל משנה תוקף לאור הטענה, כי המנוחה הייתה מעוניינת למכור את הדירה כדי לרכוש בתמורה שתתקבל בגין מכירת הדירה, את הדירה שבה גרה בשכירות יחד עם בן זוגה.

56. נוסף על כן, עולה בכל זאת הספק, כי אילו גילו הנתבעות את העניין האישי, התובעים היו מצליחים להשיג מחיר יותר גבוה מהמחיר שקיבלו. הרי מעדותה של תובעת 2 התרשמתי, כי היא ובעלה לא השתכנעו מהמחיר וסברו שמדובר במחיר נמוך.

"ש: את אמרת שהיה לך לא נוח עם המחיר, נכון?"

ת: כן

ש: למה הסכמת למכור, היו לך 3/8 מהדירה?"

ת: אני, כפי שנהגתי כל השנים, נהגתי גם כאן. אימי הייתה אישה עצמאית, קיבלה החלטות עצמאיות. לפעמים שמעה לי ולפעמים לא. כאן היא לא שמעה לי.

ש: מה שאת אמרת הוא שהסכמת עם אימך שצריך למכור את הדירה אבל המחיר לא טוב

ת: אמרתי לאימי שנראה לי שהמחיר נמוך.

ש: הסכמת למכור את הדירה בכל מקרה?

ת: היא רצתה למכור את הדירה, אז לא התנגדתי" (עמ' 11, ש' 2 - 10)

עם זאת, הם בחרו שלא לנקוט בצעד כלשהו, לרבות לדחות את ההצעה או להתייעץ עם שמאי מוסמך.

57. לאור כל האמור לעיל, שוכנעתי, כי קיים ספק רב שהפרת החובה שבסעיף 10 לחוק המתווכים, גרמה למלוא היקף הנזק אשר נטען ע"י התובעות. לא שוכנעתי גם, כי המחיר שהוערך ע"י השמאי דרעי הינו מחיר המכירה אשר היה מתקבל לו גילו הנתבעות את העניין האישי בפני המנוחה וקיבלו את הסכמתה בכתב על כך. אי לכך אין ספק כי יש לשקול מכלל השיקולים שצוינו לעיל לצורך הערכת הפיצוי הכספי שהתובעים זכאים לקבלו.

התנאי החמישי - הנזק שנגרם הוא מסוג הנזק אליו נתכוון החיקוק

58. גם יסוד זה מתקיים בענייננו, שכן המתווך, בהתאם גם לחובותיו לפי חוק המתווכים, אמור לגלות ללקוח כל עניין אישי שכרוך בעסקה או בדירה. הנזק שנגרם לתובעת 1, במקרה שלפנינו, הינו מסוג הנזקים אשר אליו התכוון המחוקק בסעיף 10 לחוק המתווכים. הרי סעיף 10 לחוק המתווכים נועד בראש ובראשונה להגן על רוכשי או מוכרי הדירות ולמנוע מצב שבו הם יתקשרו בעסקה מסוימת, באמצעות מתווך, מבלי שיוצגו בפניהם כל אותם עניינים אישיים שקשורים לאותו מתווך ואשר נוגעים לעסקה או למקרקעין. אי מסירת מידע כזה עלולה לגרום לאותם מוכרי או רוכשי הדירות להתקשר בעסקה שייתכן כי לא היו מתקשרים בה אם המידע הנ"ל היה מתגלה בפניהם.

59. יש להדגיש שוב ושוב, כי המתווך אמור לשמש כגורם אובייקטיבי שאינו מוטה לצד זה או אחר. גורם אשר מי ששכר את שירותיו, מרשה לעצמו לחשוף בפניו שיקוליו השונים, מתייעץ עימו בשלל עניינים, לרבות: המחיר המבוקש, שווי הנכס, מצב השוק וכו'. כל זאת כשהמטרה היא לוודא, כי אותו לקוח יתקשר בעסקה לאחר שהמתווך פרס בפניו את מלוא המידע הרלוונטי, לרבות, המידע שנוגע בו באופן אישי. מטרה זו לא הושגה, במקרה שלפנינו, ובכך נגרם לתובעת 1, אותו סוג של נזק שהמחוקק ניסה למנוע דרך חקיקת סעיף 10 לחוק המתווכים.

60. המסקנה המתקבלת מכל האמור לעיל היא, שהוכח כי הנתבעות 1 ו-2 הפרו חובה חקוקה כלפי המנוחה וגרמו לחלק מן הנזק הנטען.

לפיכך, ובהתחשב בשיקולים שפורטו לעיל, ובמיוחד אלה שפורטו בפסקאות 57-55, ובעובדה שהדירה נמכרה, בסופו של יום, במחיר של 1,150,000 ₪, קרי בהפרש של 394,720 ₪, אני מעריכה את הנזק אשר נגרם בפועל למנוחה בעקבות אי גילוי העניין האישי ואי קבלת הסכמתה בכתב, לכך, בסך של 300,000 ₪.

כעת נעבור לשאלת אחריותו של נתבע 3 כלפי התובעים בעילה של הפרת חובה חקוקה.

הפרת חובה חקוקה - נתבע 3

61. הנתבע 3 אישר, כי במועד הרלוונטי לתביעה הוא לא החזיק ברישיון תיווך.

כאן המקום לציין, כי מהתשתית הראייתית שהוצגה בפניי לא הובהר מה אופי תפקידו המדויק של נתבע 3. כל מה שנטען ע"י הנתבעות שהוא עבד כ"פרילנס" אצל נתבעת 1 כשמנגד לא הוכחשה הטענה, כי הוא לא החזיק ברישיון תיווך. אם כך, השאלה שנתורה היא האם ניתן להחיל עליו את החובות שנובעות מחוק המתווכים ובפרט הוראות סעיף 10 לחוק?

62. ברישא של סעיף 10 לחוק המתווכים נקבע כי "מתווך לא יתווך בעסקת מקרקעין...". לשון הסעיף ברורה, והיא מחילה את הוראות הסעיף אך ורק על "המתווך" ולא על עובד כלשהו שהועסק אצל מתווך.

לפיכך המסקנה המתקבלת היא, כי לא ניתן להחיל את הוראות סעיף 10 לחוק המתווכים על נתבע 3 ובכך לא הוכח התנאי הראשון לצורך הוכחת עוולת הפרה חובה חקוקה.

63. לגבי טענת התובעים בדבר הפרת סעיף 2(א) לחוק המתווכים, יצוין, כי אומנם נתבע 3 מודה כי הוא לא החזיק ברישיון תיווך במועד הרלוונטי לתביעה, אולם, לא הוכח בפניי כי בעניין הדירה נושא התביעה הוא פעל בתור מתווך או ביצע פעולה של

"תיווך במקרקעין" כהגדרת מונח זה בחוק המתווכים. אדרבא, מהתשתית הראייתית שהוצגה בפני עולה, כי כל תפקידו של נתבע 3 הסתכם ב"הצגת הדירה" לעיני רוכשים פוטנציאליים וכי הוא אף לא קיבל עמלה כלשהי בגין עסקת מכירת הדירה, שהייתה בין התובעים לבין נתבעת 4 (עדות הנתבעת בעמ' 44, ש' 12 - 24 ועמ' 51, ש' 25 - 26). מה גם, אין חולק בין הצדדים כי הפעם הראשונה שבה הם נפגשו, הייתה במועד חתימת הסכם המכירה, וכי עובר למועד זה לא היה כל קשר, זיקה או ערוץ תקשורת ישיר בין התובעות לבין נתבע 3. זאת בנוסף לטענת נתבע 3, אשר לא הוכחה, שלפיה הוא לא היה מעורב כלל וכלל בהליך קליטת התובעות כלקוחות של הנתבעות, הליך שכלל גם סיכום המחיר הנדרש עבור הדירה.

אי לכך, ומשלא שוכנעתי כי נתבע 3 ביצע פעולות תיווך, כאלו שרק מי שהחזיק רישיון תיווך מוסמך לבצען, לא ניתן לקבוע כי הוא הפר את הוראות סעיף 2(א) לחוק המתווכים.

64. לאור האמור, משלא נטען להפרתן של חובות חקוקות אחרות ע"י נתבע 3, דין התביעה, ככל שהיא מתבססת על עולות הפרת חובה חקוקה, להידחות נגדו.

עולות התרמית

65. לטענת התובעים כל הנתבעים הפרו את סעיף 56 לפקודת הנזיקין - קרי ביצעו עולות התרמית.

משהגעתי למסקנה, כי דין התביעה נגד הנתבעות להתקבל מכח העוולה של הפרת חובה חקוקה, מתייטר הצורך לדון בעוולה הנוספת שנטענה נגדן, עולות התרמית. לפיכך, נדון בעולות התרמית ככל שלטענת התובעים היא בוצעה על ידי נתבעים 3 - 4.

66. סעיף 56 לפקודת הנזיקין קובע כדלקמן:

"תרמית היא היצג כוזב של עובדה בידעה שהיא כוזבת או באין אמונה באמיתותה או מתוך קלות ראש כשלא אכפת למציג אם אמת היא או כוזב, ובכוונה שהמוטעה ע"י ההיצג יפעל על פיו; אולם אין להגיש תובענה על היצג כאמור, אלא אם היה מכוון להטעות את התובע, אף הטעה אותו, והתובע פעל על פיו וסבל על ידי כך נזק ממון"

למעשה צריך להוכיח התקיימותם של 5 יסודות מצטברים (ע"א 614/84 ספיר נ' אשד, פ"ד מא(2) 225 (1987)):

א. היצג כוזב של עובדה.

ב. העדר אמונה באמיתות ההיצג.

ג. הכוונה שהתובע יוטעה על ידי ההיצג ויפעל בהסתמך עליו.

ד. התובע הוטעה ופעל על סמך טעותו.

ה. התובע סבל נזק ממון עקב פעולתו על סמך ההיצג.

לצורך הוכחת עולות התרמית נדרשת מידת הוכחה מוגברת (ע"א 373/89 מסרי נ' חלף, פ"ד מה(1) 729 (1991)). לטעמי, התובעים לא עמדו במידת ההוכחה המוגברת הנ"ל ולא הוכיחו כי חמשת היסודות של עולות התרמית התקיימו. הרי טענה זו נטענה בעלמא תוך שהתובעים מסתפקים בלטעון כי "כל יסודות העוולה התקיימו" ללא כל פירוט או יישום לנסיבות המקרה שלפנינו, כשלמעשה התובעים מוצאים לנכון לייחד לצורך הדיון בעוולה זו שתי פסקאות קצרות ובודדות בסיכומיהם, מבלי שהונחה תשתית כלשהי שיש בה כדי להוכיח ביצוע עוולה זו על ידי נתבעים 3 - 4, ודי בכך כדי לדחות את טענתם בעניין זה.

עם זאת ולמעלה מן הצורך, אתייחס לשאלת התקיימות היסוד הראשון הנדרש והוא "היצג כוזב".

67. בעניין זה יש להבחין בין הימנעות מגילוי לפי דיני הנזיקין לבין הימנעות מגילוי על פי דיני החוזים, שכן בעוד אי גילוי גורר חבות מכח דיני החוזים, אין הוא מטיל חובה מכוח דיני הנזיקין (ד' פרידמן ונ' כהן, חוזים כרך א', תשנ"א-1991, בעמ' 576-573). הרי "מנקודת המבט של דיני הנזיקין קיימת הבחנה בין הצהרה כוזבת שנעשתה על ידי מצג אקטיבי ובין אי הצגת אמת שבא לביטוי במחדל מלגלות. העיקרון הכללי הוא כי הצהרה כוזבת או חוות דעת רשלנית עשויה להטיל אחריות בנזיקין, אך הימנעות מלומר את האמת על דרך של אי-גילוי גרידא אינה מהווה, בדרך כלל, בסיס לתבות" (ג, טדסקי, דיני הנזיקין, העוולות השונות - התרמית, מהד' 2, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי על שם הארי ומיכאל סאקר - הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשנ"ה-1995, עמ' 18). במילים אחרות, הכלל הוא כי ההימנעות מגילוי אינו גורר בדרך כלל הטלת חבות בנזיקין מכוח עולות התרמית. לכלל זה קיימים מספר חריגים שניתן לסווגם לשלוש קבוצות (שם, עמ' 19 - 23):

א. קבוצה ראשונה העוסקת במקרים בהם קיים קושי לאבחן אם מדובר במצג אקטיבי או באי גילוי על דרך המחדל.

ב. קבוצה שניה עוסקת במצבים בהם מתקיימים יחסי אימון בין הצדדים.

ג. בגדר החריג השלישי נכללים מצבים בהם קבע המחוקק מפורשות שמחדל מלגלות הינו עוולה לפי פקודת הנזיקין, כגון, חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 וחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981.

68. בעניינינו, התובעים אף לא טענו להתקיימות אחד משלושת החריגים הללו ולא הוכיחו התקיימותם. למעלה מן הצורך יצוין כי החריג הרלוונטי למקרה שלפנינו הינו החריג השני, יחסי האימון בין הצדדים, שלגביו חשוב להדגיש כי בדין הישראלי לא הובהרה על צורכה השאלה האם קיומם של יחסי אימון בין הצדדים מקנה לנפגע זכות תביעה בנזיקין בשל אי גילוי. הרי שסוגיה זו נדונה בפסיקה על רקע סעי' 12 לחוק החוזים, כשהאפשרות לתבוע בנזיקין בשל אי גילוי כאשר היו יחסי אימון בין הצדדים נותרה ללא הכרעה ברורה (שם, עמ' 22). התביעה שלפנינו אינה תביעה בעילה חוזית, מה גם ספק אם ניתן לראות במערכת היחסים שנרקמה בין התובעים לבין נתבעים 3 - 4, כמערכת יחסים הנכללת בגדר הקבוצה שאליה מכוון חריג זה.

69. המסקנה המתקבלת היא שלא הוכח כי נתבעים 3 - 4 אכן ביצעו כלפי התובעים עוולת התרמית ועל כן דין התביעה נגדם, ככל שהיא מתייחסת לעוולה זו, להידחות.

עשיית עושר ולא במשפט

70. המקור הנורמטיבי הנתען לשם חיוב נתבעת 4 בתשלום ההפרש שבין המחיר שבו רכשה את הדירה לבין המחיר שבו מכרה אותה דירה לגורם שלישי, הינו סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט.

71. סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט מציב שלושה יסודות לצורך התגבשות עילה על פי חוק זה:

א. היסוד הראשון הוא זה של ההתעשרות. במסגרתו נבחנת השאלה, אם הזוכה "קיבל ... נכס, שירות או טובת הנאה אחרת ..."

ב. היסוד השני עניינו בשאלה, אם ההתעשרות האמורה "באה" לזוכה מן המזכה. כאן הדרישה היא, כי ההתעשרות של הזוכה תהא "על חשבון" המזכה.

ג. היסוד השלישי - התעשרות הזוכה על חשבון המזכה "שלא על פי זכות שבדין" (ע"א 760/77 בן עמי נ' בנק לאומי בע"מ (10.5.79)).

72. נתחיל עם היסוד השלישי - האם התעשרותה של נתבעת 4 הינה שלא על פי זכות שבדין.

בהתאם ליסוד זה, לא די בעצם ההתעשרות כדי להצמיח עילה בעשיית עושר, אלא צריך להוכיח קיומו של יסוד נוסף הנוגע לטיבה של ההתעשרות עצמה שבוחן אם ההתעשרות התקבלה "שלא על פי זכות שבדין". במילים אחרות, רק התעשרות שאיננה על-פי זכות שבדין עשויה להצמיח למזכה סעד בעילה של עשיית עושר ולא במשפט.

בעניין זה יש להבדיל בין התעשרות "בלתי צודקת" ובין קבלת טובת הנאה "שלא על פי זכות שבדין". בעוד שבמקרה הראשון לא צומחת עילת תביעה, בשני כן. בהקשר זה יפים הדברים שנאמרו בע"א 318/83 אגוזי שפע בע"מ (בפירוק מרצון) נ' שיבד (27.11.85):

"כאשר טובת ההנאה, אשר נטען לגביה כי היא בלתי צודקת, נובעת מזכות שבדין, אין ליישם לגביה את כללי הדין המעין-חוזי של 'עשיית עושר שלא במשפט'"

קחו לדוגמא המקרה שצוין ברע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. את. י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309 (1990), קונה שקיבל נכס על פי חוזה מכר והנכס עלה בערכו, התעשר אומנם, כביכול, על חשבון המוכר, אך התעשרות זו צומחת מכוח זכותו החוזית, ומכאן שהיא כדין. או כפי שהטיב לתאר זאת המלומד פרופ' פרידמן:

"דיני עשיית עושר אינם בגדר דין עליון. אם היה התובע חייב על פי דין, כלפי המקבל, לבצע תשלום, להעביר נכס או לתת שירות, אין לו עילה להשבה. מי שקיבל את טובת ההנאה זכה בה על פי דין ... כך, אם נכרת חוזה בין א ל-ב שלפני רכש א מ-ב, במחיר 70 אלף שקל, נכס ששווי 100 אלף שקל, אין ל-ב זכות להשבת ההפרש של 30 אלף שקל. שלילת זכות ההשבה נגזרת מדיני חוזים. אף ש-א הפיק רווח מן החוזה, ואילו ל-ב נגרם הפסד, הרי כל עוד עומד החוזה למרות חוסר איזון בתמורה, אין חוסר איזון זה יכול לשמש בסיס לתביעת השבה. מובן שאם החוזה בטל או שבוטל, נשמט הבסיס שמכוחו רכשו הצדדים את זכותם. ההתעשרות חדלה להיות 'על פי זכות שבדין' ונפתח השער לתביעות השבה" (ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, אבירים הוצאה לאור בע"מ, מהדורה 2, תשנ"ח-1998, עמ' 81 - 82) (להלן: "פרידמן")."

ועוד:

"... צד שהעביר טובת הנאה במסגרת חוזה תקף איננו יכול לטעון כלפי המקבל כי התעשר שלא כדין על חשבון. זאת,

אף אם התובע עשה 'עסק רע', כגון שמכר רכוש ששווי מיליון שקל תמורת 600 אלף שקל. עובדה זו איננה מקנה לו עילה להשבה. החוזה שנוצר מהווה 'עילה' או 'צידוק' לרווח שהפיק המקבל לפיו. זהו גם שורשו של הכלל החשוב שלפיו כאשר קיים חוזה בין הצדדים, אין מקום לתביעה בגין עשיית עושר לגבי מה שנכלל בחוזה" (פרידמן, שם, עמ' 118)

ראו גם ע"א 11/87 מדינת ישראל נ' לנדאו עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ, פ"ד מג(4) 287 (22.10.89).

73. אומנם קיימים סייגים לעקרון זה השולל את תחולתם של דיני עשיית עושר ביחס לרווח שהופק כדין מחוזה בר תוקף, אולם, במקרה שלפנינו לא נטען לקיומו ולו לפחות סייג אחד מבין שלושת הסייגים ("פרידמן", עמ' 120).

74. לאור כל האמור לעיל ומשכונעת, כי לא נתקיים היסוד השלישי של עוולת עשיית עושר ולא במשפט, דין טענת התובעים בעניין זה להידחות.

החזר דמי תיווך

75. התובעים לא נימקו טענתם בדבר זכותם להחזר דמי תיווך אלא העלו אותה בצורה סתמית ביותר (ראה סעי' 7.3.6 לסיכומי התובעים), מבלי לפרט את ההוראות החוקיות עליהן הם מסתמכים בטענתם זו.

הנתבעות טענו בסיכומיהן, כי משלא נטען על ידי התובעים כי הנתבעות לא קיימו הוראות סעי' 9 לחוק המתווכים ומשהוכח, כי הנתבעות לא הפרו את חובותיהן על פי סעי' 10 לחוק המתווכים, אין כל עילה המזכה את התובעים בהשבת דמי התיווך.

אכן טיעון התובעים, שנטען בעלמא, אינו מזכה אותם בהשבת דמי התיווך. למעלה מן הצורך יצוין, כי משחויבו הנתבעות בפיצוי תובע 1 על הנזקים שנגרמו לו כתוצאה מהפרת חובה חקוקה על ידי הנתבעות ומאחר ופיצוי זה יש בו תרופה לנזק שנגרם לו אין מקום להחזר דמי התיווך, אחרת הדבר יהווה כפל פיצוי.

יצוין עוד, כי בכל מקרה לתובעת 2 אשר לא היתה צד להתקשרות בהסכם התיווך ולא שילמה דמי תיווך, לא מגיע החזר כלשהו בתור תובעת אישית אלא אך ורק כיורשת של העיזבון.

סיכום

76. הנני מקבלת את התביעה כנגד התובעות 1 - 2 ומחייבת אותן, יחד ולחוד, לשלם לתובע 1, עזבון המנוחה דינה קורץ ינאי ז"ל, באמצעות יורשתה היחידה תובע 2, סך של 300,000 ₪, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק החל מהיום ועד לתשלום המלא בפועל וכן הוצאות משפט בגין האגרה ששולמה ושכ"ט המומחה מטעם התובעים. כמו כן ישאו הנתבעות בשכ"ט עו"ד בסך של 20,000 ₪ (כולל מע"מ כחוק), בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק החל מהיום ועד לתשלום המלא בפועל.

דין התביעה כנגד נתבעים 3 ו-4 להידחות. בנסיבות העניין איני עושה צו להוצאות.

ניתן היום, ט"ו אדר תשע"ה, 06 מרץ 2015, בהעדר הצדדים.

ת"ק 12-09-41268 נועם יואל כהן נ' אנדרני גולן

פסק הדין

זכאות מתווך לתשלום דמי תיווך מלקוח, במצב בו הוצגה ללקוח דירה מדגמית, מתוך כוונה שהצגת הדירה המדגמית תזכה את המתווך בתשלום דמי תיווך אגב כריתת הסכם שכירות ביחס לכל דירה בבית המשותף, כל זאת כשהנחת היסוד כאמור אינה משתקפת באופן חד משמעי מניסוח הפרטים בהזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין וכאשר המתווך נמנע מלמסור ללקוח העתק מההזמנה - היא הסוגיה העומדת במוקד התביעה שלפני.

טענות הצדדים:

1. התובע הינו מתווך. בהתאם לנטען, ביום 13.3.12 חתם הנתבע על הזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין (להלן - "ההזמנה") בכל הקשור להשכרת דירה ברחוב יפת 41, ביפו. לאחר שנחתמה ההזמנה הוצגו בפני הנתבע מספר דירות בבית המשותף. עוד באותה פגישה הודיע הנתבע שהוא אינו מעוניין לשכור את דירה מבין הדירות שהוצגה בפניו. לאחר מספר חודשים, עת שביקר התובע בבית המשותף, הוא נוכח לגלות שהנתבע שכר דירה בבית המשותף, כל זאת מבלי לשלם את עמלת התיווך כפי שהוא התחייב בהזמנה.

2. לטענת הנתבע, במסגרת מאמציו למצוא דירה להשכרה הוא יצר קשר עם עובד הנתבע, מר בן גמח (להלן - "בן"), בעקבות מודעה שפורסמה באתר "יד 2". השניים קבעו להיפגש. במפגש הזדהה בן כמתווך (הנתבע טוען שבמודעה לא צוין שהיא מפורסמת על-ידי משרד תיווך) והוא הראה לנתבע דירה בבית המשותף. הנתבע מציין שבן הזדרז להחתימו על ההזמנה שלא צוינו בה הקומה בו נמצאת הדירה ומספר הדירה. הנתבע חתם על ההזמנה מבלי שנמסר לו העתק הימנה. הנתבע הודיע לבן שהוא אינו חפץ בדירה ודרכיהם נפרדו.

כעבור מספר חודשים שב הנתבע ופעל למציאת דירה. הוא התבונן במודעות שפורסמו באתר האינטרנט "יד 2" ומצא דירה באותו בית משותף, אולם בקומה אחרת. המודעה פורסמה על ידי בעליה של הדירה, מר גיל גופר, שהראה לנתבע את הדירה. מר גופר ציין שבבעלותו מספר דירות בבניין והחתימה על הסכם שכירות אינה כרוכה בתשלום דמי תיווך. הדירה שהוצגה לנתבע התאימה עבור צרכיו והוא שכר אותה.

דיון והכרעה:

3. לאחר בחינת כתבי הטענות מטעם הצדדים, העדויות והראיות, החלטתי לדחות את התביעה. מצאתי מקום להורות כן על יסוד שלושה נימוקים:

(א) הימנעות המתווך מלמסור ללקוח העתק מההזמנה.

(ב) הימנעות המתווך מלציין בהזמנה פרטים מלאים.

(ג) המתווך לא היה הגורם היעיל שהביא להתקשרות בין הלקוח לבעלי הדירה בהסכם מחייב.

4. הימנעות המתווך מלמסור ללקוח את ההזמנה:

דרישת הכתב הקבועה בסעיפים 9(א) ו-14 לחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו - 1996 (להלן - "חוק המתווכים") היא דרישה מהותית. הכתב מהווה יסוד קונסטיטוטיבי בהתקשרות בין מתווך ללקוח. מטרת הכתב הינה להסדיר באופן ברור וחד משמעי את מערכת ההתקשרות בין הצדדים, על מנת להימנע ממחלוקות מיותרות (לרבות בכל הקשור למועד בו ראה הלקוח את הנכס, מיקום הנכס, מחירו או מחיר השכרתו וכיו"ב).

מארג ההתחייבויות שנטילים על עצמם צדדים לעסקת תיווך מחייב שפרטים רלבנטיים לא רק יצוינו בהזמנה, אלא שכל צד יחזיק ברשותו עותק של ההזמנה.

אין בחוק המתווכים הוראה פואיטיבית המחייבת מתווך - כתנאי לתקפות העסקה - למסור ללקוח עותק של ההזמנה, אולם בשים לב למהות העסקה ולמשמעות הקונסטיטוטיבית שמייחס המחוקק לדרישת הכתב, יש לראות במסירה של ההזמנה ללקוח חלק בלתי נפרד מעסקת התיווך [ראו לעניין זה, על דרך ההיקש, את הוראת סעיף 5(ב) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, שם נקבע: "עוסק, העומד לחתום על חוזה עם צרכן, חייב לתת לו הזדמנות סבירה לעיין בחוזה לפני חתימתו, וכן למסור לו עותק ממנו לאחר

החתימה".

המשמעות הינה, שעל המתווך להציג בפני הלקוח עותק של ההזמנה, ליתן לו הזדמנות סבירה לעיין בהזמנה לפני החתימה ולמסור לו - באופן יזום - עותק ממנה לאחר החתימה. מתווך אינו יכול לצאת ידי חובתו באמירה לפיה הלקוח לא ביקש העתק מההזמנה.

בענייננו, התובע טען שלא נמסר לו עותק של ההזמנה והוא לא ביקש לקבל לידי עותק של ההזמנה. בן העיד: "לא זוכר האם מסרתי לנתבע עותק של ההסכם, נראה לי שלא, כי הוא לא ביקש" (עמ' 5, ש' 27). בכך אין די. הימנעותו של בן מלמסור לתובע - באופן יזום ואף בהיעדר דרישה מצד הנתבע - העתק של ההזמנה מביאה לכך שדרישת הכתב הקבועה בסעיפים 9(א) ו-14 לחוק המתווכים לא התקיימה.

5. הימנעות המתווך מלציין בהזמנה פרטים מלאים:

סעיף 9(א) לחוק המתווכים מורה כדלקמן: "מתווך במקרקעין לא יהא זכאי לדמי תיווך, אלא אם כן חתם הלקוח על הזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין, שבה נכללו כל הפרטים שקבע השר, באישור ועדת הכלכלה" (ראו גם הוראת סעיף 14 לחוק המתווכים). בתקנות המתווכים (פרטי הזמנה בכתב), תשנ"ז-1997 (להלן - "תקנות המתווכים"), נקבע שעל הזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך לכלול לפחות את הפרטים הבאים: שם המתווך, סוג העסקה (שכירות או מכירה), מחיר העסקה המבוקשת (בקירוב), שיעור דמי התיווך ו-"תיאור הנכס נושא פעולת התיווך" (תקנה 1(3) לתקנות המתווכים).

בהזמנה בענייננו צוינו הפרטים הבאים:

חדר -	"3"
קומה -	"משתנה"
כתובת הנכס -	"יפת 41"
גוש וחלקה -	"7080/4"
מחיר -	"משתנה"
תאריך -	"13/3"

הוראות חוק המתווכים ותקנות המתווכים בכל הקשור לדרישת הכתב נועדו להבטיח שלא יהיו מחלוקות מיותרות בשאלה מי היה הגורם היעיל בכריתת ההסכם. ראו לעניין זה פסק דינה של כב' השופטת מ' אגמון-גונן ב-ת"א (י-8) 6577/98 טרנס גלובל סוכנות לנכסים בע"מ נ' נתנאל אל.א.סי, פ"מ תשס"א(3) 85, 75 (ראו האסמכתאות המובאות בפסק-הדין).

רציונל זה - שענייננו וודאות וחד משמעיות - מחייב הקפדה יתירה של מילוי כל הפרטים הרלבנטיים בהזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין. הקפדה כאמור לא באה לידי ביטוי במילוי ההזמנה בענייננו, כבר מעצם העובדה שאין במסמך ההזמנה פירוט מדויק של הדירה או הדירות שהראה המתווך לנתבע (עובדה שהובילה למחלוקת בשאלה אילו דירות בדיוק הראה המתווך לנתבע וכמה דירות הוצגו בפניו).

אין מניעה שמתווך יפעל - במסגרת טופס הזמנה אחד - לקידום מכירה או השכרה של מספר נכסים שונים (בפועל, מתווכים נוהגים לציין בטופס הזמנה אחד, בשורות נפרדות, מספר נכסים, כאשר מעבר לחתימה בראש ההזמנה, המתייחסת לזהות הצדדים, מהות העסקה ושיעור דמי התיווך, נדרש הלקוח לחתום בשולי כל שורה המתייחסת לנכס מסוים; ראו ההזמנה עליה נדרש הנתבע לחתום, כאשר לצד פרטי "הנכס" קיים מקום לחתימת הנתבע (חתימתו של הנתבע אינה מתנוססת במקום כאמור), זאת מעבר לחתימת הנתבע ברישא להזמנה).

אין מניעה שמתווך יהיה זכאי לדמי תיווך בגין עסקה המתייחסת לדירה שהוא לא הראה ללקוח, אם הוא הראה ללקוח דירה אחרת באותו בית משותף, כאשר מדובר בדירה זהה (או בעלת מאפיינים דומים ביותר), למשל כאשר הלקוח מתעניין לרכוש או לשכור דירה במגדל מגורים, ובלבד שמהעיון בהזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין עליה נדרש הלקוח לחתום ניתן יהיה להבין באופן שאינו משתמע לשתי פנים כי פעולת התיווך מתייחסת לכל הדירות בבית המשותף (או למספר דירות - יש לציין את מספרי הדירות או הקומות).

בכל מקרה, על מנת להימנע ממחלוקות מיותרות, קיים הכרח שבהזמנה יצוינו הדירות המסוימות אותן הציג המתווך ללקוח (גם אם מדובר בדירות מייצגות שהצגתן חושפת את הלקוח לתשלום דמי תיווך גם עבור רכישה או שכירת דירה אחרת בבית המשותף). אין די בציון המילה "משתנה" לצד המילים "קומה" ו - "מחיר".

בענייננו, מהעיון בהזמנה (ללא שמיעה של עדויות המתווך (בן) והלקוח (הנתבע)) לא ניתן להסיק בבירור איזה דירה (או דירות)

בדיוק (קומה, עורף או חזית) הראה בן לנתבע. עצם העובדה שבירור עובדתי כאמור מחייב שמיעה של עדויות, מעלה שהפרטים בהזמנה אינם מלאים ושההזמנה אינה עומדת בדרישת הכתב שהתווה המחוקק (דרישה שהינה קונסטיטוטיבית וקוגנטיבית), על כל הכרוך והמשתמע מכך (העובדה שמחיר כל דירה לא צוין בהזמנה - על אף העובדה שקיים שוני במחירים, הנובע מהקומה בו נמצאת כל דירה וכיו"ב, נזקפת אף היא לחובת התובע).

6. המתווך אינו "הגורם היעיל":

הנתבע העיד שהוא שב וראה דירה בבית המשותף רק לאחר ארבעה חודשים מהמועד בו הציג בן לנתבע דירה בבניין. אין מחלוקת כי הקשר בין הנתבע לבעליה של הדירה, מר גיל גופר, התקיים בעקבות מודעה שפרסם מר גופר באתר אינטרנט ולא בעקבות היכרותו של הנתבע עם בן. בעדותו ציין מר גופר: "הנתבע הגיע אלי אישית, לא דרך תיווך, גם אני פרסמתי ביד 2, בעוד אתרים" (ש' 27, עמ' 6). עובדות אלו מעידות שהתובע לא היה הגורם היעיל שהוביל להתקשרות בין הנתבע למר גופר. פרק הזמן שחלף בין הביקור הקודם בבית המשותף לבין המפגש בין הנתבע למר גופר מעלה שאין קשר סיבתי בין פעילותו של התובע (באמצעות בן) לבין החתימה על הסכם השכירות, על כל הכרוך והמשתמע מכך.

7. על כן, התביעה נדחית; בנסיבות העניין, כאשר התרשמתי שהתנהלותו של בן - הימנעותו מלציין בהזמנה פרטים מלאים והימנעותו מלמסור לנתבע העתק של ההזמנה - הינה תולדה של טעות בתום לב, לא מצאתי מקום לעשות צו להוצאות לחובת התובע. כל צד יישא בהוצאותיו.

זכות להגיש בקשת רשות ערעור לבית המשפט המחוזי בתוך 15 יום.

המזכירות מתבקשת לשלוח העתק מפסק הדין אל הצדדים.

ניתן היום, י' שבט תשע"ד, 11 ינואר 2014, בהעדר הצדדים.