



## בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 4176/20

לפני :

כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופטת ע' ברון  
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערערים :

1. דרור כהן
2. שולמית לנגמן
3. רון גבריאלי לנגמן
4. ירון קורט נדל
5. יוסף טהורי
6. חגי דותן
7. דניאלה ענברי
8. דניאל ענברי
9. ארי אריאל
10. חנוך מגיד
11. אלעד שמש
12. ורדית שפירא קפלן
13. אילן שפירא
14. מעיין לפידות
15. אורי וינברג
16. ארי אוריאל בע"מ

נ ג ד

המשיבות :

1. מול גולן בע"מ
2. האלף השלישי 1998 בע"מ
3. האלף השלישי בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד  
בת"א 53720-05-16 מיום 1.4.2020 שניתן על ידי כב'  
השופטת הלית סילש

תאריך הישיבה :

כ"ו בתמוז התשפ"ב (25.7.2022)

בשם המערערים :

עו"ד יורם אבירם ; עו"ד איל ויטנברג ; עו"ד ארנון  
אבירם

בשם המשיבות :

עו"ד ברוך וינברג

## פסק-דין

השופט י' עמית:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (כב' השופטת ה' טילש) בת"א 53720-05-16 מיום 1.4.2020, במסגרתו נקבע כי המשיבות ביטלו כדין את הסכם הקומבינציה שנכרת בין הצדדים, ונפסקה השבה תוך ניכוי פיצוי מוסכם.

העובדות הצריכות לעניין

1. בתמצית, עניינו של ערעור זה בהסכם קומבינציה שבוטל על ידי המשיבות בטענה להפרה יסודית, וזאת בשל שינוי ייעודו של המרתף בהיתר הבניה מייעוד "מסחר" לייעוד "אחסנה מסחרית", בניגוד להתחייבות המערערים בהסכם.

2. המשיבות, חברות פרטיות אשר נוהלו על ידי מר שמואל סגל ומר עופרי סגל, בעלות זכויות במקרקעין הידועים כחלקה 25 בגוש 6944 ברחוב נווה שאנן 43 בתל אביב. המשיבות ניהלו משא ומתן עם קבוצת רכישה (להלן: המערערים) באמצעות עו"ד נוטוביץ כנאמן הקבוצה (להלן: הנאמן), וביום 29.11.2009 נחתם בין הצדדים "הסכם קומבינציה מכר ושירותי בנייה" (להלן: הסכם הקומבינציה).

לפי הסכם הקומבינציה, המשיבות ימכרו למערערים 4/5 מזכויותיהן בחלקה, ובתמורה – יקבלו תשלום מזומן בסך 300,000 דולר וכן שירותי בניה בחמישית החלקה שתיוותר בבעלותן, שיכללו, בין היתר, בניית מרתף בשטח שלא יפחת מ-110 מ"ר ובניית קומת מסחר במפלס הרחוב.

לאחר חתימת ההסכם, התברר כי בעל החלקה הסמוכה מסרב לשתף פעולה עם תכנית הבניה, שכללה עבודה גם במקרקעין שבבעלותו. בשל כך, התוכנית שהמציאו המערערים לחתימת המשיבות לא תאמה את התכנית המקורית, והן מצדן סירבו לחתום על התכנית וטענו להפרת ההסכם תוך שניתנה ארכה לתיקון ההפרה. ביום 1.9.2010, לאחר שהמערערים לא תיקנו את ההפרה, הודיעו המשיבות לנאמן על ביטול ההסכם עקב הפרתו היסודית. ביום 16.12.2010 הגישו המשיבות לבית המשפט המחוזי מרכז-לוד עתירה למתן פסק דין הצהרתי בדבר ביטולו כדין של ההסכם ולמתן סעדים נוספים (ת"א 24718-12-10).

3. ביום 11.4.2011 עוכבו ההליכים בבית המשפט המחוזי והצדדים פנו להליכי בוררות. ביום 30.10.2011 הגיעו הצדדים לפשרה, לפיה הסכם הקומבינציה יישאר בתוקף בכפוף לשינויים מסוימים (להלן: הסכם הפשרה, ושניהם יחד: ההסכם). בין היתר, לפי התכנית החדשה, שטח מפלס הקרקע המיועד למסחר וכן שטח המרתף יוקטנו, ובתמורה יקבלו המשיבות שלוש דירות מגורים (שתיים בבניין שייכנה ועוד דירה על קרקע המוכרות כנגד תשלום עבור הבנייה). בהסכם הפשרה נכתב כי ייעוד שטח המרתף יהיה מסחרי.

גם לאחר חתימת הסכם הפשרה נחלקו הצדדים לגבי ההיבט התכנוני של הפרויקט, ולאחר משא ומתן ממושך, בחודש מאי 2013, נחתמה התכנית הסופית והוגשה לאישור ועדת המשנה לתכנון ובניה בעיריית תל אביב (להלן: הוועדה). ביום 25.3.2015 החליטה הוועדה לאשר את התכנית בכפוף למספר שינויים, וביניהם שינוי ייעוד המרתף. בעקבות כך, טענו המשיבות לאי התאמה בין התכנית שנחתמה על ידי הצדדים לבין היתר הבניה שניתן על ידי הוועדה, בין היתר, בשל שינוי ייעודו של המרתף מייעוד מסחרי לייעוד של "אחסנה מסחרית". על כן, טענו המשיבות להפרת הסכם הפשרה על ידי המערערים.

ביום 28.6.2015 הגישו המערערים, בשם המשיבות, ערר על החלטת הוועדה. הודעת הערר לא כללה התייחסות לייעודו של המרתף. ביום 26.10.2015 הודיעו המשיבות כי אם המערערים לא יצליחו לקבל את אישור הוועדה למלוא ההתחייבות שנטלו על עצמם במסגרת הסכם הפשרה עד ליום 1.3.2016 – יבוטל ההסכם. ביום 21.1.2016 התקיימה ישיבה של ועדת הערר, וביום 22.6.2017 ניתנה החלטתה הסופית, כל זאת מבלי שוועדת הערר דנה או שינתה את החלטתה באשר לייעוד המרתף, שנותר אחסנה מסחרית, כאמור.

משחלף המועד בהתאם לארכה שנתנו המשיבות למערערים, ומשלא התקבל היתר בניה התואם, לשיטתן, את התחייבות המערערים בהתאם להסכם הפשרה, טענו המשיבות כי הודעת ביטול הסכם הפשרה נכנסה לתוקף וכי ההסכם מבוטל. בהמשך לכך, עתרו המשיבות לבית המשפט המחוזי מרכז-לוד בבקשה למתן פסק דין הצהרתי בדבר ביטולו כדין של ההסכם, ולהשבת הסכומים אשר שולמו להן בניכוי הפיצוי המוסכם. בד בבד, הגישו המערערים תביעה שכנגד לאור סירוב המשיבות לשלם את היטל ההשבחה בהתאם לקבוע בסעיף 4.3 בהסכם הקומבינציה.

4. בית משפט קמא קבע כי מן הראיות עולה ששורש המחלוקת בין הצדדים נוגע למרתף, לייעודו ולשימושים המותרים בו, וכי מענה על שאלות אלו חשוב במידה ניכרת להכרעה באשר לקיום ההתחייבויות שהוסכמו בין הצדדים.

בית משפט קמא קבע כי המדובר בהסכם מפורט וברור, אשר נערך על ידי צדדים מתוחכמים ובליוי יועצים לאורך הליך ההתקשרות. משכך, ולאור ההלכה אשר נקבעה בע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ (20.11.2019) (להלן: עניין ביבי כבישים), נקבע כי פרשנותו של הסכם הפרשה בין הצדדים צריכה להיעשות על בסיס לשון החוזה בלבד, ללא הידרשות לכלים פרשניים חיצוניים. בהתאם לכך, בית משפט קמא קבע כי לפי לשון ההסכם כפשוטה, כוונת הצדדים הייתה שייעוד המרתף יהיה מסחרי, וכי יתאפשר שימוש במרתף בהתאם לאותו ייעוד. משייעוד המרתף לא תאם את כוונת הצדדים, הרי שמדובר בהפרה של הסכם הפרשה. למעלה מן הצורך, בית משפט קמא הוסיף וקבע כי גם עיון בראיות החיצוניות ללשון ההסכם מלמד שכוונת הצדדים בעת ההתקשרות בהסכם הפרשה הייתה שייעוד המרתף יהיה "מסחר", וזאת על מנת שהמשיבות יוכלו להשתמש בו לעסק של מסעדה. על כן, בית המשפט קמא קיבל את טענות המשיבות באשר לכוונתן, אשר הייתה ידועה אף למערערים, בעת החתימה על הסכם הפרשה.

בית משפט קמא דחה את טענות המערערים לפיהן מעולם לא התחייבו לדבר אשר אינו בשליטתם, ומשכך אי קבלת ההיתר אינה עולה כדי הפרת ההסכם. נקבע כי מלשון הסכם הפרשה נלמד כי המדובר בהתחייבות ולא בתנאי מתלה בדמות קבלת אישור הוועדה לתכנית, כך שאין מקום להפעלת החזקה הקבועה בסעיף 27(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), ובכל מקרה, היה על המערערים לפעול בתום לב לצורך קבלת האישור האמור. בית משפט קמא מצא כי לא הייתה מניעה לאשר תכנית שבה ייעוד המרתף יהיה מסחרי, אלא שאישור כזה היה מחייב במקביל נידוד של זכויות בנייה ושימוש בנכס באופן שהיה משליך על היקף הזכויות שהיו נותרות בידי המערערים. בית משפט קמא דחה גם את טענות המערערים לפיהן למרות שייעוד המרתף אינו מסחרי, עדיין ניתן לעשות שימוש בשטח כשטח מסחרי.

בנסיבות אלה, נעתר בית משפט קמא לתביעת המשיבות ליתן פסק דין הצהרתי וקבע כי הודעת ביטול הסכם הפרשה מטעם המשיבות תקפה וההסכם בוטל כדין. לצד זאת, נפסק כי על המשיבות להשיב למערערים את ששולם להן, תוך ניכוי הפיצוי המוסכם

שנקבע בהסכם הפשרה, ששיעורו הופחת והועמד על סך של 90,000 ש"ח בלבד. בהמשך לכך, דחה בית משפט קמא את התביעה שכנגד ופסק כי משעה שההסכם בוטל כדין, אין מקום לחייב את המשיבות בתשלום היטל ההשבחה.

על פסק דינו של בית משפט קמא נסב הערעור שבפנינו.

#### טענות הצדדים בערעור

5. לטענת המערערים, הם לא הפרו את ההסכם עם המשיבות ולבטח לא הפרה המצדיקה את ביטולו. באשר לפרשנות ההסכם, המערערים טענו כי שגה בית משפט קמא עת נצמד ללשונו הכתובה של ההסכם ללא היזקקות לכלים פרשניים נוספים, ולמרות שנקבע כי ישנן ראיות חיצוניות התומכות בעמדת המערערים; וכי בית המשפט היה צריך להעדיף פרשנות מקיימת לחוזה, ולכל הפחות ביצוע בקירוב של החוזה, מאשר פרשנות המביאה לביטולו, בהתאם להוראת סעיף 25(ב) לחוק החוזים.

לעמדת המערערים, כלל לא מדובר בהפרת ההסכם, ובכלל זה: הוועדה היא זו שלא אישרה את התכנית, ולפי לשונו הברורה של סעיף 2.3.1 להסכם הקומבינציה, הקובע כי הצדדים יודעים שהתכניות אינן סופיות, הדבר לא עולה כדי הפרה מצד המערערים; לעניין זה הוסיפו המערערים כי אין לזקוף לחובתם את העובדה שלא העידו את הנאמן. זאת ועוד, המשיבות ראו ואישרו את התכנית שבה נכתב כי ייעוד המרתף הוא אחסנה טרם הגשתה לוועדה, ומכך למדים המערערים כי המשיבות ויתרו על טענותיהן בעניין זה או שלא ראו בכך הפרה של ההסכם; עוד נטען כי כלל לא עלה בידי המשיבות להוכיח שאם הייתה מוגשת תכנית, לפיה ייעוד המרתף מסחרי, הוועדה הייתה מאשרת אותה; כי רצון המשיבות בביטול ההסכם נגוע בחוסר תום לב ונובע, לפי הנטען, מעליית ערך הנדל"ן ומניסיון להשיג רווחים נוספים; וכי לחילופין, גם אם ביטול ההסכם נעשה כדין, שגה בית משפט קמא עת פסק השבה נומינלית של סכום הכסף ששולם למשיבות (300,000 דולר) מבלי לקחת בחשבון את עליית שווי המקרקעין והשקעת המערערים בפרויקט, שנאמדת, לטענתם, בסך נוסף של כמיליון ש"ח.

6. המשיבות טענו כי אין מקום להתערב בפסק דינו של בית משפט קמא, זאת מכיוון שהערעור נסב על ממצאי עובדה שבהם ערכאת הערעור לא תיטה להתערב. המשיבות סמכו יתדותיהם על קביעת בית משפט קמא כי כוונת הצדדים הייתה שהמשיבות יקבלו מרתף שייעודו מסחרי, אך לא כך קרה בפועל; לעמדתן, טענת המערערים כי המשיבות ידעו על שינוי ייעוד המרתף לאחסנה בלבד טרם הגשת התכנית

מהווה הרחבת חזית אסורה, ובכל אופן, איננה נתמכת בראיות ובעדויות שהוצגו לבית משפט קמא. לבסוף, טענו המשיבות כי דוקטרינת הביצוע בקירוב לא רלוונטית – ראשית, לא מתקיים התנאי לפיו ביצוע החוזה כלשונו לא אפשרי, שכן כפי שקבע בית משפט קמא המערערים יכלו לקיים את התחייבותם כלשונה תוך ויתור על זכויות בניה ושימוש השייכות להם; שנית, זו זכותו של הנפגע מן ההפרה המעוניין באכיפת החוזה לבקש ביצוע בקירוב, ואין המערערים יכולים להישמע בדרישה כזאת.

7. בתשובת המערערים נטען כי לא מדובר בערעור התוקף את הממצאים העובדתיים, אלא את האופן שבו ניתח בית משפט קמא את הראיות, ואת הקביעות המשפטיות שנקבעו בעקבות כך. המערערים חזרו על כך שלא ידעו על כוונת המשיבות להשתמש במרתף כשטח למסעדה; כי המשיבות ידעו טרם הגשת התכנית על שינוי ייעוד המרתף; וכי המקור לשינוי ייעודו של המרתף מצוי בכלל במצג השווא של המשיבות לפיו בעל החלקה הסמוכה ישתף עימם פעולה.

#### דיון והכרעה

8. לאחר עיון בערעור, בנספחיו ובתשובה לו, ולאחר שמיעת טיעוני באי כוח הצדדים בעל-פה בדיון שהתקיים לפנינו, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערעור להידחות.

9. תחילה, לא מצאתי ממש בטענות המערערים באשר לאופן שבו בית משפט קמא פירש את הסכם הפשרה, ואף לא מצאתי כי נדרשת הכרעתי בשאלה האם יש לפרש את החוזה כלשונו או באמצעות כלים פרשניים חיצוניים. לשונו של הסכם הפשרה היא: "שטח המרתף ייועד לשטח מסחרי" (סעיף 2.3 להסכם הפשרה), ובית משפט קמא קבע כי די באמור כדי ללמד על כוונת הצדדים באשר לייעוד המרתף. הגם שבית משפט קמא סבר כי בהתאם להלכה שנקבעה בעניין ביבי כבישים ניתן להסתפק בלשון ההסכם בלבד, הרי שבפועל הוא נדרש גם לראיות חיצוניות להסכם הכתוב, וקבע כי אף הן מובילות לאותה המסקנה – המשיבות תכננו להשתמש במרתף כשטח למסעדה, ובשל כך נדרש כי ייעוד המרתף יהיה מסחרי.

כך עולה בין היתר, מעדותו של מר עופרי סגל, אחד מבעלי המשיבות, שהעיד כי בשיחותיו עם המערערים ועם האדריכל כהן הובהר לו שאין מניעה לעשות במרתף שימוש מסחרי; מתצהירה של גברת לנגמן, אחת הרוכשות מקרב המערערים, אליו צורפה התכתבות המערערים עם האדריכל שפירא לפיה אין לפגוע באופן מהותי בשטח המיועד למסחר; מעדותו של האדריכל כהן שאמר כי הוא הבין שלמשיבות היה חשוב כי שטח

המרתף ישמש כמסעדה; מחוות דעתו של האדריכל שפירא בה נכתב כי שטח המרתף כולל גם חלק מסחרי; מטיוטת התכנית שהוכנה על ידי האדריכל כהן עליה נכתב בכתב ידו של אחד מבעלי המשיבות המילה "מסחר", אשר בהמשך נמחקה על ידי האדריכל כהן ותחתיה נכתב "מרתף אחסנה" בהוראת בודקת מטעם הוועדה; ממכתבו של הנאמן מיום 1.5.2013 ממנו עולה חשיבות הייעוד המסחרי למרתף עבור המשיבות; ומן התכנית שנחתמה על ידי המשיבות, אשר הודפסו בה המילים "מרתף מסחרי" ובפירוט נכתב "מרתף מסחרי ומחסנים עבור דירות מגורים".

בפני בית משפט קמא הוצגו ראיות רבות התומכות בכך שהמשיבות תכננו להשתמש בשטח המרתף לעסק של מסעדה וכי ייעוד מסחרי למרתף היה הכרחי לשם כך. על בסיס ראיות אלו ונוספות קבע בית משפט קמא כי שימוש מסחרי בשטח המרתף הוא שעמד בבסיס הסכמת המשיבות להתקשר בהסכם עם המערערים, וכי גם המערערים ידעו על כך. הלכה ידועה היא כי אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאי עובדה ומהימנות של הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים, ולא זה המקרה שלפנינו.

10. מקובלת עליי קביעת בית משפט קמא כי אף לא ניתן לעשות שימוש במרתף באופן אליו התכוונו המשיבות בהתאם לתכנית שאושרה בפועל על ידי הוועדה. המערערים טענו כי בהתאם לייעוד הנוכחי של המרתף ניתן לעשות בו שימוש נלווה לשימוש המסחרי בקומת הקרקע (אחסנה, קירור, ועוד); ולחילופין, טענו המערערים כי לאחר השלמת הבניה ניתן לקבל רישיון עסק, לרבות לצורך הפעלת מסעדה. בית משפט קמא קבע כי מדובר בטענות המהוות הרחבת חזית אסורה; ואף לגופו של עניין נקבע כי שימוש נלווה לשימוש המסחרי שבקומת הקרקע אינו כמו שימוש מסחרי בקומת המרתף עצמה; וכי בהיתר הבניה נקבע ש"הפיכת קומת המרתף לשימושים אחרים מהווה הפרה מהותית של ההיתר ותביא לביטולו", ומשכך מתן רישיון עסק להקמת מסעדה אינו ישים גם כן. איני מוצא מקום להתערב בקביעות עובדתיות אלה של בית משפט קמא.

11. לאור האמור לעיל, מקובלת עליי קביעתו של בית משפט קמא כי משעה שהמערערים לא קיימו את החיוב לפיו ייעוד המרתף יהיה מסחרי – אשר עמד בליבת ההתקשרות של המשיבות עם המערערים בהסכם – הם הפרו את ההסכם הפרה יסודית המזכה את המשיבות בביטולו. גם אם אניח, כטענת המערערים, כי למשיבות מניע אחר – קרי, עליית שווי המגרשים – אין בכך כדי לגרוע מזכותן של המשיבות לביטול ההסכם מחמת הפרתו היסודית.

12. לא מצאתי ממש בטענת המערערים כי לא נטלו על עצמם בהסכם התחייבות לדבר שאינו בשליטתם. הן מלשון הסכם הפשרה, לפיה "שטח המרתף ייועד לשטח מסחרי", הן מכוונת הצדדים כפי שעולה מן הראיות, ברור כי המערערים התחייבו בהתחייבות חוזית מוחלטת שייעוד המרתף יהא מסחרי. לפנינו התחייבות חוזית להשגת תוצאה, ומשכך, אי השגת התוצאה המבוקשת מהווה, כשלעצמה, הפרה של ההסכם (להבחנה בין חיוב להשיג תוצאה לחיוב השתדלות ראו ע"א 3865/19 אליאסיאן נ' שבן, פסקה 31 לפסק דינה של הנשיאה חיות (11.9.2022); ע"א 8389/17 דניאל אלכס א.ש. אחזקות בע"מ נ' לקסל אסטבלישמנט, פסקה 10 לפסק דיני, פסקאות 19-22 לפסק דינו של השופט מיניץ (6.5.2019) (להלן: עניין אלכס)). ודוק: חוק החוזים אינו מחייב אשם מצד המפר, וסעיף 1 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות) מגדיר "הפרה" כ"מעשה או מחדל שהם בניגוד לחוזה".

כעולה מדבריו של בית משפט קמא, אף אם ניתן לראות בחיוב המערערים כחיוב השתדלות בלבד (וכלל לא בטוח שניתן), היה על המערערים "לנקוט את כל האמצעים המתאימים למען השגת המטרה בלי להתחייב להשגתה" (ע"א 7664/00 אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' עיריית חולון, פ"ד נו(4) 117, 131 (2002)). כידוע, בתוך הקטגוריה של "חיוב השתדלות" עשויות להיות רמות שונות של אחריות (עניין אלכס; איל זמיר, חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 – פירוש לחוקי החוזים, 36 (גד טרסקי עורך, 1994) (להלן: זמיר)), ונראה כי המערערים לקחו על עצמם אחריות ברמה גבוהה, הקרובה מאוד לחיוב תוצאה ("שטח המרתף ייועד לשטח מסחרי", סעיף 2.3 להסכם הפשרה). משכך, היה על המערערים לפעול בתום לב ובשקידה לשם הגשמת החיוב.

כך, אין בידי לקבל טענה כי המערערים פעלו בתום הלב הנדרש. בית משפט קמא קבע כי המערערים יכולים היו להגיש לאישור הוועדה תכנית הכוללת ייעוד מסחרי למרתף, אך הדבר היה מצריך נידוד של זכויות בנייה ושימוש בנכס במובן זה שהיקף זכויות המערערים היה מצטמצם. ברי כי למערערים היה אינטרס כלכלי שלא להגיש את התכנית כאשר ייעוד המרתף למסחר. לעניין זה יודגש כי לא בכל מצב שקילת שיקולים כלכליים בעת ההחלטה שלא לקיים חיוב השתדלות משמעה כי מדובר בהתרשלות העולה כדי הפרה (ראו בשינויים המחויבים: ע"א 10745/06 אזולאי נ' המכללה האקדמית אורט ע"ש סינגאלובסקי - פולק ת"א, פסקה 15 (13.7.2009)). גם בית משפט קמא קבע כי אם שינוי ייעוד המרתף לייעוד מסחרי היה גורר פגיעה משמעותית בהיקף זכויות המערערים בנכס, אזי שלא זאת הייתה כוונת הצדדים בעת ההתקשרות בחוזה (והשוו: עניין אלכס, בפסקה 36 לפסק דיני). אך משעה שבחרו המערערים שלא לקיים את התחייבותם כלפי



המשיבות, מבלי שהוכח כי תיגרם להם פגיעה כלכלית קשה אם יעשו זאת – הרי שאין לראות בהם כמי שעמדו בהתחייבויותיהם החוזיות.

גם בבקשת הערר שהוגשה מטעם המערערים ובשם המשיבות לוועדה אין די כדי לטעון שהמערערים עמדו בחובתם במסגרת חיוב השתדלות. בית משפט קמא מצא כי המערערים לא ראו לנכון לערור על החלטת הוועדה בכל הנוגע לייעוד המרתף, ומיצו טענותיהם בערר ביחס להיבטים אחרים בתכנית. החלטת ועדת הערר נסמכה על הבקשה שהוגשה לה, ומכאן כי ועדת הערר כלל לא נדרשה לשאלת הייעוד. בהתחשב בכל אלה, עולה כי המערערים לא עשו כל שבידם על מנת לקבל היתר בניה הכולל ייעוד מסחרי למרתף, ובכך לא עמדו בחובתם במסגרת ההסכם. לכן, אפילו אם נאמר כי בחיוב השתדלות עסקינן ולא בחיוב להשיג תוצאה, וכשלעצמי אני סבור כך, הרי שהמערערים הפרו חיוב זה. הפרת חיוב השתדלות היא מצב שבו צד לחוזה לא הצליח להשיג את התוצאה בשל "חוסר מיומנות, אי-זהירות או התרשלות" (זמיר, בעמ' 72).

כמו כן, בית משפט קמא התרשם מהעדויות ומהראיות כי היה בהתנהלות המערערים מול המשיבות משום עמימות וחוסר בהירות באשר להגדרת ייעוד המרתף בתכנית העדכנית כמשמש לאחסנה, מה שהוביל לכך שהמשיבות חתמו על התכנית. אף כאן אין מקום להתערבות בממצאי המהימנות של הערכאה הדיונית, ודינה של טענת המערערים לפיה המשיבות ידעו על שינוי ייעוד המרתף טרם החתימה, להידחות.

13. גם טענת המערערים ביחס להוראת סעיף 2.3.1 להסכם הקומבינציה, לפיה, המשיבות למעשה אישרו כי התכנית עשויה להשתנות ועל כן אין מדובר בהפרת ההסכם, אינה יכולה לעמוד. הסעיף קובע כך:

"הצדדים מצהירים כי ידוע להם שהתכניות המצורפות אינן תכניות סופיות ומתחייבים כי אם ידרשו שינויים בתכניות הקיימות יעשו שינויים אלו באופן שלא תפגע בצורת מהותית התמורה בעיין [כך במקור – י"ע] ובכל מקרה לא יפגע שטח התמורה בעיין כמפורט בסעיפים 2.1, 2.2, ו-2.3 הנ"ל" [ההדגשה הוספה – י"ע].

המערערים מבקשים להיצמד לרישא של הסעיף בטענה שהצדדים הצהירו כי התוכניות שהוגשו לוועדה אינן סופיות, ולקחו על עצמם את הסיכון שיתכן ויאלצו לשנותן על מנת שיאושרו (כפי שאכן קרה בפועל). יחד עם זאת, דומה כי המערערים מתעלמים מן הסיפא של הסעיף, לפיו השינויים האמורים יכול ויעמדו כל עוד התמורה בעין לא תפגע באופן מהותי. נקבע כאמור שייעוד מסחרי למרתף היווה חלק משמעותי

בתמורה בעין אשר הובטחה למשיבות במסגרת ההסכם. משכך, גם לפי נוסח הוראת סעיף 2.3.1 להסכם הקומבינציה מדובר בהפרת ההסכם. יוער בהקשר זה, כי לאור לשונו הברורה של הסעיף, הנתמכת בחקירתו הנגדית של הבעלים של המשיבות, לעמדותי קיימת מסכת עובדתית מספקת לקביעת בית משפט קמא, ועדותו של הנאמן אינה נדרשת, ואף לא ראיתי מקום להידרש לטענות המערערים בהקשר זה.

14. לא מצאתי ממש בטענת המערערים כי המקור להפרת ההסכם טמון בחוסר תום ליבן של המשיבות, בשל מצג השווא ביחס להסכמת בעל המקרקעין הסמוכים לשתף פעולה עם תכנית הבניה הראשונית. לא עלה בידי המערערים להוכיח כי המשיבות ידעו עוד טרם החתימה על הסכם הקומבינציה כי השכן לא ישתף פעולה. מכל מקום, הסכם הפשרה נחתם לאחר ובעקבות אי הסכמת בעל הקרקע הסמוכה ולאחר שהדבר נודע לשני הצדדים, כך שהתחייבותם של המערערים לספק למשיבות מרתף בייעוד מסחרי עמדה בתוקפה – התחייבות שהופרה.

15. אף לא מצאתי מקום להתערב בהחלטת בית משפט קמא שפסק השבה של סכום הכסף ששלמו המערערים למשיבות, קרי 300,000 דולר. טוענים המערערים כי היה על בית משפט קמא לקחת בחשבון אף את השקעתם בפרויקט שהביאה להשבחת הנכס, ובעקבות כך, להתעשרות המשיבות על חשבונם. תכלית חיוב ההשבה היא אכן למנוע התעשרות של צד לחוזה על חשבון רעהו (ע"א 741/79 כלנית השרון השקעות ובנין (1978) בע"מ נ' הורביץ, פ"ד לה (3) 533, 540-541 (1981)), ולאור תכלית זו, מבחינים המלומדים שלו ואדר בין תמורה במובן הצר, עליה חל חיוב ההשבה, ובין תמורה במובן הרחב, בגינה אין צד מחויב בהשבה. לעמדתם, תמורה במובן הרחב היא פעולה, שעליה התחייב צד לחוזה, שאין בה כשלעצמה כדי להגדיל את נכסיו או זכויותיו של הצד שכנגד – קרי את "עושרו" של הצד (גבריאלה שלו ויהודה אדר, דיני חוזים - התרופות 713-715 (תשס"ט)).

המשיבות הכחישו כי יש בדעתן להשתמש בתוכנית שהוגשה על ידי המערערים, ומשכך, לא התעשרו עקב פעולות שביצעו המערערים במסגרת ההסכם בין הצדדים (למשל, בשל קיצור הליכי קבלת היתר בניה עבור המשיבות). אציע אפוא כי נושא זה יישאר "פתוח" במובן זה, שאם וכאשר המשיבות יפעלו להשבחת הנכס, וככל שיתברר כי הן נהנות מפרי השקעתם של המערערים, אזי שמורה למערערים הזכות להוכיח התעשרות לכאורית של המשיבות בעקבות פעולות שביצעו, ואת גובה ההתעשרות האמורה, אם בכלל.

16. לבסוף, באשר לטענת המערערים כי היה על בית משפט קמא להורות על ביצוע בקירוב של ההסכם ולא על ביטולו. כידוע, הדוקטרינה של ביצוע בקירוב (Cy – Pres) נקלטה למשפטינו מדיני היושר האנגליים, ונקבע כי גם לאחר חקיקת חוק התרופות היא עודנה חלק ממשפטנו. יש הרואים דוקטרינה זו כמעוגנת בסעיף 4 לחוק התרופות (ע"א 2686/99 אייזמן נ' קדמת עדן בע"מ, פ"ד נה(5) 365, 373-379 (2001)); ויש הסבורים כי היא חלק מעקרון תום הלב (ע"א 8704/99 אורה בן ציון נ' ההסתדרות הכללית של העובדים, פ"ד נח(1) 120, 136-138 (2003)). בית המשפט רשאי להורות על ביצוע בקירוב כאשר אכיפת החוזה כלשוננו אינה אפשרית, והזכות לבחור באכיפת החוזה על פני כל אחת מהתרופות האחרות (ובהן ביטול והשבה) היא זכותו של הנפגע (ראו נוסח סעיף 2 לחוק התרופות). בענייננו, לא רק שהמשיבות כנפגעות מהפרת ההסכם לא ביקשו לאוכפו, אלא שגם לא הוכח כי אכיפת החוזה כלשוננו אינה אפשרית באופן המצדיק אכיפה בקירוב – נהפוך הוא. משכך, אין בידי להורות על אכיפת ההסכם הפשרה בקירוב כפי שמבקשים המערערים.

17. סיכומו של דבר, שבין הצדדים נכרת הסכם קומבינציה, במסגרתו נקבע בין היתר, כי התמורה שהמשיבות תקבלנה כוללת גם מרתף אשר ייעודו לשימוש מסחרי. ייעוד המרתף היווה נדבך משמעותי ומרכזי בהסכמת המשיבות להיקשר בהסכם הקומבינציה עם המערערים. משעה שחייב זה לא קיים, היו המשיבות רשאיות לבטל את ההסכם, והן אף נתנו למערערים ארכה לתיקון ההפרה, אשר לא מומשה. כאמור, לא מצאתי להתערב בפסק דינו של בית משפט קמא על כל חלקיו.

18. סוף דבר, הערעור נדחה. בנסיבות העניין, המערערים יישאו בהוצאות המשיבות בסך 20,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט ע' גרוסקופף:

אני מסכים.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, י' בסיון התשפ"ג (30.5.2023).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט