בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 50809-05-14 נחמיה ויצמן ואח' נ' ג'רוזלם ג'רסי בע"מ
ת"א 30536-10-14 ג'רוזלם ג'רסי בע"מ נ' ג'ואן נחמיה ויצמן ואח'

בפני **כבוד ה**שופטת עירית כהן

התובעים בת"א 50809-05-14
הנתבעים בת"א 30536-10-14

1.יואל ג'ואן נחמיה ויצמן
2.סוניה רוזיליו ויצמן
ע"י ב"כ עו"ד עוזי מזור ואח'

נגד

הנתבעת בת"א 50809-05-14
התובעת בת"א 30536-10-14

ג'רוזלם ג'רסי בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד רפאל גרוס ואח'

ספרות:

א' אדר, ג' שלו, דיני חוזים - התרופות לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי (תשס"ט)

חקיקה שאוזכרה:

חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965

חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973: סע' 12, 15, ו 21

חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970: סע' 9(א), 15(א), 15(ב)

כללי לשכת עורכי הדין (ייצוג בעסקאות בדירות), תשל"ז-1977: סע' 5

פסק דין

1. ביום 12.1.14 התקשרו בני הזוג ויצמן, התובעים בת"א 50809-05-14, עם חברת ג'רוסלם ג'רסי בע"מ, הנתבעת באותו תיק, בהסכם לרכישת דירה ברחוב כובשי קטמון 24 בירושלים תמורת 8.5 מיליון ₪.

2. בין הצדדים קיימת מחלוקת בשאלה מי מהם הפר את החוזה.

3. בני הזוג ויצמן טוענים כי חברת ג'רוסלם ג'רסי היא שהפרה את החוזה ובתביעתם עתרו להשבת כספים, לפיצוי מוסכם וכן לפיצוי בגין הנזקים הממוניים והבלתי ממוניים שנגרמו להם. חברת ג'רוסלם ג'רסי טוענת כי בני הזוג ויצמן הם שהפרו את

nevo.co.il

החוזה והגישה אף היא תביעה (ת"א 30536-10-14) בה עתרה לחייב את בני הזוג ויצמן לשלם לה את הפיצוי המוסכם.

4. הדיון בשתי התביעות אוחד.

5. למען הנוחות יכונו בני הזוג ויצמן "התובעים" וחברת ג'רוסלם ג'רסי בע"מ תכונה "הנתבעת".

ההסדר הדיוני

6. בדיון אשר התקיים בפניי ביום 17.11.14 הגיעו הצדדים להסכמה כמפורט להלן:

א. ההסכם בין הצדדים מבוטל.

ב. כל צד שומר על טענתו כי הצד השני הוא שהפר את ההסכם.

ג. ההסדר המוצע הינו לצורך הקטנת הנזק.

ד. תוך 10 ימים תעביר הנתבעת לב"כ התובעים – עו"ד בנישו, סכום של 1,000,000 ₪ וכן תחזיר לו את ייפוי הכוח הבלתי חוזר שחתמו התובעים לטובת עו"ד אריה יעקב.

ה. עם קבלת הסכום וייפוי הכוח, יבוטל צו המניעה האוסר על מכירת הדירה ותימחק הערת האזהרה על איסור מכירת הדירה.

ו. העיקול והערת האזהרה לטובת הרוכש יישארו רשומים בלשכת רישום המקרקעין, פרט להם יבוטלו יתר האזהרות והאיסורים.

ז. הנתבעת תוכל למכור את הדירה.

ח. בין אם הנתבעת תמכור את הדירה ובין אם לא, תחזיר הנתבעת לעו"ד בנישו סכום נוסף של 3,150,000 ₪ וזאת תוך 40 ימים מהיום בו יבוטלו צו המניעה וההערות בלשכת רישום המקרקעין.

ט. במקביל לתשלום הסכום המפורט בסעיף 8 לעו"ד בנישו, תפקיד הנתבעת סכום נוסף של 850,000 ₪ בקופת בית המשפט (המהווה את השבת מלוא התמורה לתובעים) וכן תיתן הנתבעת רישום הערת אזהרה על התחייבות לרישום משכנתא לטובת התובעים על דירה מספר 2, הנמצאת בגוש 30007 חלקה 246 ברחוב כובשי קטמון 24 שתוגבל לסך של 850,000 ₪. מוסכם כי לנתבעת תהיה הזכות להמיר הערת אזהרה זו בערבות בנקאית על סך 850,000 ₪ שתופקד אצל עו"ד בנישו ובלבד שתתואם ההמרה עם ב"כ התובעים.

nevo.co.il

י. עם תשלום הסכום הנוסף של 3,150,000 ₪ והפקדת הסכום של 850,000 ₪, תבוטל הערת האזהרה שנותרה.

יא. יינתן להסדר תוקף של פסק דין חלקי בתיק.

יב. הדיון יתנהל בשאלה מי מהצדדים הפר את ההסכם, ולאיזה פיצוי הוא זכאי, על בסיס כתבי הטענות שהוגשו.

7. בהתאם להסדר הדיוני החזירה הנתבעת לתובעים 4,150,000 ₪ ששילמו לה, סכום של 850,000 ₪ הופקד בקופת בית המשפט והערת האזהרה שנרשמה לטובת התובעים בלשכת רישום המקרקעין בוטלה.

<u>העדים</u>

8. מטעם התובעים העידו התובעת; עמנואל ויצמן – בנם של התובעים ומי שטיפל ברכישת הדירה עבורם; המתווך ראובן זיגדון (עד זה נתן תצהיר עדות ראשית והנתבעת ויתרה על חקירתו); עו"ד ג'אן לוק נקש אשר ייצג את התובעים ברכישת הדירה; השמאי יצחק כהן – אשר ערך חוות דעת לבקשת בנק משכן בעקבות בקשת התובעים לקבל הלוואה המובטחת במשכנתא; והמהנדס אליהו שוקרון אשר התובעים שכרו את שירותיו לצורך מדידות בדירה.

התובעים הגישו כראיות מטעמם את חוות הדעת של האדריכל עמוס גדרון; חוות דעת שערך המהנדס אליהו שוקרון ותעודת עובד ציבור שנערכה על ידי יואל שבת – הממונה על המחלקה לרישוי על הבניה בעיריית ירושלים.

9. מטעם הנתבעת העידו מאיר אשכנזי – הבעלים של חברת הניהול של הפרויקט, ואסף כהן – איש הקשר מטעם הנתבעת עם הקונים והמתווכים.

הנתבעת הגישה כראיות מטעמה חוות דעת שערך השמאי יעקב אשר וחוות דעת שערך האדריכל חיים כהן.

<u>השתלשלות הדברים</u>

10. בנם של התובעים, עמנואל ויצמן, הוא שטיפל בשמם ברכישת הדירה. לפי תצהירו, התובעים רצו לעלות לישראל, לרכוש דירה בירושלים ולהתגורר בה (עמנואל ויצמן, סעיף 1 לתצהיר).

11. המתווך ראובן יעקב זגדון עניין את התובעים בדירה מושא התביעה ואף הציג בפניהם את פרטיה, לרבות התשריט, כפי שהוא קיבל מאת משווקת הפרויקט מטעם הנתבעת (עמנואל ויצמן, סעיף 3 לתצהיר).

nevo.co.il

12. עו"ד ג'יאן לוק נקש ייצג את התובעים בעסקה. עו"ד אריה יעקב יצג את הנתבעת.

13. החוזה בין הצדדים נחתם ביום 12.1.14. ביום בו נחתם החוזה העבירו התובעים לנתבעת סכום של 4,000,000 ₪. ביום 7.2.14 הועבר סכום נוסף של 1,000,000 ₪.

על פי החוזה אמורים היו התובעים לשלם לנתבעת שני תשלומים נוספים בסך של 1,000,000 ₪ כל אחד בתאריכים 15.3.14 ו- 15.4.14 ותשלום אחרון עם מסירת הדירה ביום 15.5.14.

14. עמנואל ויצמן הצהיר כי את יתרת התשלום בסך 3,500,000 ₪ ביקשו התובעים לשלם באמצעות הלוואה מבנק הפועלים בע"מ (עמנואל ויצמן, סעיף 9 לתצהיר). אישור עקרוני לקבלת הלוואה ניתן על ידי הבנק ביום 5.3.14 (עמנואל ויצמן, סעיף 11 לתצהיר). האישור העקרוני צורף כנספח יג לתצהיר.

15. מאחר שהתובע היה חולה ואושפז בצרפת למשך חודש, פנה עמנואל לנתבעת, על פי בקשת אמו, וקיבל את הסכמתה לדחיית מועד התשלום השלישי מיום 15.3.14 ליום 1.4.14 (עמנואל ויצמן, סעיף 10 לתצהיר).

<u>בדיקת הדירה על ידי השמאי יצחק כהן</u>

16. השמאי יצחק כהן הוזמן על ידי בנק משכן כדי להעריך את שווי הזכויות בדירה לשם העמדתה כבטוחה בנקאית תמורת הלוואת משכנתא שתינתן לתובעים. השמאי הגיע לדירה ביום 27.3.14.

במהלך הבדיקה, התברר לשמאי כי הדירה, כמו גם תכנית הדירה שצורפה כנספח ב' לחוזה המכר, לא תואמת את תכנית הבנייה המאושרת.

השמאי כהן, אשר הוזמן על ידי התובעים לתת עדות, הצהיר כי: "**מיד עם הגיעי לדירה, ראיתי שהיא אינה תואמת כלל להיתר הבנייה שנמצא בתוקף, היינו היתר מספר 104758 שהופק בתאריך 27/8/2012 במסגרת תיק בניין מספר 08/624.2. לעומת זאת, הדירה היתה זהה לתכנית שצורפה כנספח ב' לחוזה המכר אולם תכנית זו, כלל לא קיבלה תוקף ובאותו המועד, כך התברר לי מאוחר יותר, כלל לא הוגשה**" (סעיף 3 לתצהיר).

יצחק כהן הדגיש כי: "**כפי שכתבתי בשמאות מטעמי מתאריך 22/4/2014, הרי שהדירה, כפי שהיא במצבה התכנוני בפועל, לא תאמה להיתר הבניה שהיה בתוקף אלא רק לתכנית השינויים שהיתה אמורה להיות מוגשת לשם קבלת אישור**" (סעיף 4 לתצהיר).

nevo.co.il

17. יצחק כהן הצהיר כי בנק הפועלים לעולם לא היה מסכים להעמיד דירה המשוללת היתר בנייה כדין התואם למצבה בפועל כבטוחה להלוואת משכנתא ואכן, הוא לא הסכים לעשות כן (סעיף 9 לתצהיר).

בחקירה הנגדית נשאל השמאי מדוע לא ערך שומה לחלק החוקי שיש לו היתר והשיב כי הוא לא מצא לנכון לפעול כך שכן לא זו הייתה הנחיית הבנק (עמוד 20 לפרוטוקול).

18. בחוות הדעת מיום 22.4.14, בפרק המתייחס למצב התכנוני, כתב השמאי:

"בתאריך 27.8.12 הופק היתר בנייה מספר 104758 בתיק בניין מס' 08/624...

<u>עפ"י הנראה בביקור בשטח הדירה אינה תואמת את תכנית הדירה בהגשה</u>" (סעיף 9.2 לחוות הדעת, ההדגשה במקור, ע.כ.).

ובהמשך:

"בימים אלו מוגשת תכנית שינויים עפ"י תכנית ההגשה שהוצגה בפני הדירה תואמת את הדירה בפועל – כפי שהיא בנוייה ונראה בעת הביקור...

<u>טרם הופק היתר בנייה לתכנית זו. תכנית זו זהה לתכנית המכר המצורפת כנספח ב' לחוזה המכר</u>".

בפרק העוסק בשומת הדירה כתב השמאי כי השווי בשמאות תקף רק בתנאי שימולאו שלושה תנאים, שאחד מהם הוא כי הבקשה להיתר הבנייה החדשה – תכנית שינויים בה הדירה מושא השומה תואמת לקיים בשטח – תאושר תוך מספר שבועות.

חוות הדעת צורפה כנספח יד לתצהירו של עמנואל ויצמן.

<u>ההתכתבות בין ב"כ הצדדים</u>

19. ביום 31.3.14 שלח עו"ד נקש מכתב אל הנתבעת אשר אליו צורפו מסמכים להם נזקקו התובעים לצורך קבלת ההלוואה. בסיפא של המכתב כתב עו"ד נקש:

"השמאי אשר ביקר בדירה הודיע כי מצב הבניה בדירה אינו תואם את התכניות המאושרות בעירייה וכי נאמר לו ע"י הקבלן שהוגשו תוכניות שינויים בעירייה ???

נא להודיעני היכן עומדת בקשת תכנית השינויים בעירייה.

לדבריו הוא יוכל להוציא שמאות אך ורק עם קבלת התכניות המתוקנות המאושרות ע"י העירייה אחרת, הוא ייאלץ להפחית את שווי הנכס והוא בספק אם הבנק יסכים לשחרר את המשכנתא כל עוד התכנית לא אושרה" (המכתב צורף כנספח כא לתצהיר עמנואל ויצמן).

nevo.co.il

20. במצורף למכתב מיום 1.4.14 החזיר עו"ד יעקב לעו"ד נקש את המסמכים שהיו דרושים לצורך קבלת ההלוואה כשהם חתומים על ידי הנתבעת. בסוף המכתב הוא השיב לעניין אי ההתאמות בתוכניות וכתב:

"השמאי דיבר ישירות עם המהנדס המפקח אשכנזי וקיבל ממנו הסברים על תוכנית השינויים שהוגשו ואשכנזי מעביר לו ישירות את התוכניות המעודכנות" (המכתב צורף כנספח כב לתצהיר עמנואל ויצמן).

21. ביום 24.4.14 שלח עו"ד יעקב מכתב בו הוא התריע על כך שהתשלומים שאמורים היו התובעים לשלם בחודשים מרץ ואפריל לא שולמו, הדגיש כי בזמן הרכישה הצהירו התובעים כי הם לא לוקחים הלוואה וציין כי מכתב זה מהווה ארכה אחרונה והתראה לפני ביטול ההסכם (המכתב צורף כנספח כו לתצהיר עמנואל ויצמן).

22. במכתב מיום 29.4.14 כתב עו"ד נקש כי מרשיו החליטו לקחת משכנתא וכי שמאי הבנק שלח שמאות שבה ציין כי הדירה אינה תואמת את תכנית הדירה בהגשה, והוסיף כי:

"לאור האמור לעיל, מרשיי (עם משכנתא או בלעדיה) אינם מעוניינים לרכוש דירה אשר בנייתה אינה תואמת להיתר בניה וטענתך כי מרשיי אמרו "באופן חגיגי" שלא יקחו משכנתא, אינה פוטרת את מרשיך מהתחייבויותם למכור נכס בנוי בצורה חוקית בהתאם להיתר בניה והדבר בכל מקרה אינו מונע ממרשיי להגיש בקשת משכנתא".

בהמשך הציע עו"ד נקש לעו"ד יעקב שתי אפשרויות:

אפשרות ראשונה: **"שמרשיך יתחייבו תוך תקופה של 3 חודשים להתאים את היתר הבניה לדירה הנמכרת במצבה הנוכחי ומרשיי ישלמו את תשלום מלא התמורה תוך 45 ימים מיום קבלת המסמך המאשר. במקרה של הסכמתכם ע"כ, מרשיי יסכימו בכך אם יקבלו בגין האיחור כאמור פיצוי התואם ל- 3 חודשי שכירות בהתאם למחיר השוק אשר יפחתו מתשלום יתרת מלוא התמורה"**.

אפשרות שניה: **"במקרה של אי הסכמת מרשייך, בכוונת מרשיי לבקש את ביטול הסכם המכר עם כל ההשלכות הנובעות מכך (ובכלל זה פיצויים בעניין הפרה יסודית וכו')"**.

עו"ד נקש סיים את המכתב במילים: **"בתקותי שמרשיך יתנהגו בצורה חכמה ויבינו את המסר ונוכל בקץ הדרך "להרים ביחד כוס לחיים""**.

המכתב מיום 29.4.14 צורף כנספח כז לתצהיר עמנואל ויצמן.

23. בתשובה למכתבו של עו"ד נקש ענה לו עו"ד יעקב כי לצערו, האמור במכתב מהווה לעג לכל אינטליגנציה בסיסית; כי **"המכתב למעשה מגלה את הפן האמיתי של הקונים –**

nevo.co.il

ההצהרות הגדולות החגיגיות ש"אנו לא לוקחים משכנתא" התגלו במערומיהם!!" וכי מסתבר שלתובעים אין כסף להשלים את הקניה וכיום ממציאים כל מיני טענות.

עו"ד יעקב הפנה לסעיף 2 לחוזה לפיו הצהירו התובעים ואישרו כי בדקו ובחנו את המתחם כולו, לרבות התכנית והמפרט וכן להצהרתם שכל החומר הנוגע לעניין, ובכלל זה התכניות, התשריט המפרט הטכני ותכניות ההגשה נמסרו לעיונו.

בהמשך כתב עו"ד יעקב: "**לאור בקשת ויצמן להגדלת השטח של הדירה ולהגדלת המרפסת וזה על חשבון שטחי הקומה הוגשה תכנית שינויים פנימיים!! כך היה ברור לכולנו, שהרי כל בר דעת מבין כי אם מוסיפים לדירה עוד חדר, על חשבון שטחי הקומה, יש להגשת תכנית שינויים לעירייה – כך הובהר כך ידעתם וכך אף נעשה בפועל – לכן ברור כי הטענה כי אין היתר לדירה הינה סתמית ואין בה ממש – שהרי הדירה בהיתר והשינוי המתבקש רק מגדיל את שטח הדירה!!"**

עו"ד יעקב הדגיש כי נספח התשלומים נערך על ידי ב"כ התובעים, כי על פי סעיף 2 איחור בתשלום מעל 14 יום מהווה הפרה יסודית וכי לא ייתכן לאשר בכתב על גבי ההסכם, בליווי שני עורכי דין, כי כל החומר נבדק וכיום לטעון ההיפך.

בסיום המכתב ניתנה לתובעים ארכה אחרונה וסופית של 10 ימים לסיים את כל הפיגורים בתשלומים.

המכתב צורף כנספח כח לתצהירו של עמנואל ויצמן.

24. מכתב תשובה נשלח על ידי עו"ד נקש ביום 5.5.14 (נספח כט לתצהירו של עמנואל ויצמן). במכתבו הלין עו"ד נקש על הטון במכתבו של עו"ד יעקב והדגיש כי התובעים לא התחייבו למימון עצמי.

בנוגע למסקנת עו"ד יעקב כי אין לתובעים כסף להשלים את העסקה הוא כתב כי: "**ייתכן ויש למרשיי את הכספים הדרושים למימון עצמי של העסקה אך זכותם ג"כ לממן את העסקה באמצעות משכנתא ולאור העובדה שמתגלה כעת פגם מהותי בנכס בודאי יש להתלות את העסקה כולה".** ובהמשך: "**הנך שב וטוען כי אין למרשיי כסף למימון הרכישה. אציין כי הנך מסיק מסקנות מהירות ללא שום בסיס, הן משפטי והן מעשי".**

עו"ד נקש הפנה גם להצהרות המוכר במבוא להסכם לפיהן הבניין והדירות נבנות בהתאם לתכניות הבניה המאושרות בהיתר בניה מ' 1030384 שהוצא בהתאם לאותן תכניות והדגיש כי התובעים רכשו את הדירה במצבה, כפי שהוצגה להם על ידי המוכר בפועל ובתכניות שתאמו לבניה בדירה.

למכתב צירף עו"ד נקש דף ראשון של אישור עקרוני שניתן בזמנו לפיו אושרה לתובעים הלוואה למימון מלוא הרכישה.

nevo.co.il

בעניין הדרישה לביצוע יתרת התשלומים כתב עו"ד נקש: "**אינני מבין את דרישתך לביצוע יתרת התשלומים כאשר נכון להיום הדירה שמרשיך מכרו למרשיי אינה תואמת כלל את היתר הבניה בפועל**".

בהמשך הוא כתב כי: "**בהתאם להסכם, מועד המסירה אמור היה בעיקרון להיות ביום 15.5.14 לאחר שהתקבל טופס 4 ותעודת גמר. אודה על הבהרתך איך מרשיך חשבו לקבל טופס 4 לבניה שאינה תואמת את ההיתר כאשר הבקשה לשינויים הוגשה אך ורק ביום 1.5.14!!!!!**".

בסיום המכתב חזר עו"ד נקש והציע כי הנתבעת תתחייב להתאים את היתר הבנייה לדירה הנמכרת תוך 3 חודשים ויתרת התמורה תשולם על ידי התובעים תוך 45 יום לאחר מכן.

25. ביום 7.5.14 שלח עו"ד יעקב התראה על ביטול הסכם המכר (נספח ל לתצהיר עמנואל ויצמן). במכתב חזר עו"ד יעקב וכתב כי דבריו של עו"ד נקש הם "תירוצים" "לא רציניים" וכי ברור שלתובעים אין כסף והם מחפשים כל מיני סיבות ותירוצים, אולם הנתבעת לא תיגרר לכך.

עו"ד יעקב נתן לתובעים ארכה של 20 ימים להשלים את החיובים והודיע כי: "**לאחר 20 ימים אלה אנו נמחק את הערת האזהרה – נוציא הדירה למכירה ונקזז מכספי ויצמן את כל ההפסדים שלנו כולל פיצויים מוסכמים**".

26. עו"ד נקש העיד שהוא היה בקשר עם עו"ד יעקב והם הגיעו למסקנה שכדי לשחרר חלק מהכספים מהבנק, יש להפקידם בחשבון נאמנות אצל עו"ד יעקב. נושא הנאמנות עלה בגלל שלא היה היתר מתאים. לפי עדותו, עו"ד יעקב חזר בו מהמתווה שעליו דובר. מדובר על שיחות שנוהלו במאי 2014 (עו"ד נקש, עמוד 45 לפרוטוקול). עדותו של עו"ד נקש מתייחסת למכתבו של עו"ד יעקב מיום 9.5.14 (נספח לא לתצהיר עמנואל ויצמן) ולתגובת עו"ד נקש מיום 12.5.14 (נספח לב לתצהיר עמנואל ויצמן).

במכתב מיום 9.5.14 כתב עו"ד יעקב כי הוסכם שסכום של 2 מיליון ₪ שהיה אמור להיות משולם בחודשים מרץ ואפריל ישולם תוך 7 ימים. לגבי סכום נוסף של מיליון וחצי ₪ – "**למרות שלא כתוב בהסכם ואין תנאי כזה ורק למען תנוח דעתך, ודעת מרשיך, כי הכל מתנהל כשורה וכחוק, אסכים כי סכום זה יוחזק בנאמנות עד למתן טופס 50+טופס 4 וכן – היתר בניה לתוכנית השינויים**".

בתשובה מיום 12.5.14 כתב עו"ד נקש כי המכתב אינו משקף את ההצעה שעלתה לפיה סכום של 2 מיליון ₪ יוחזק בנאמנות בידי עו"ד יעקב עד לקבלת היתר בניה המאשר את תכנית השינויים והתשלום של 1.5 מיליון ₪ הקבוע ליום 15.5.14 הינו כנגד מסירת החזקה בדירה, אשר תימסר לאחר קבלת טופס 4.

nevo.co.il

עו"ד נקש סיים וכתב: **"א"כ אני ממתין לקבלת הצעה ממך בכתב להפקדת הסך של שני מיליון ₪ בנאמנות ע"מ שאעבירה לבדיקת הבנק לאישורם לשחרור המשכנתא"**.

27. מכתב נוסף נשלח על ידי עו"ד יעקב ביום 12.5.14 (נספח לג לתצהיר עמנואל ויצמן). עו"ד נקש ענה במכתב מיום 15.5.14 (נספח לד לתצהיר).

28. ביום 19.5.14 שלח עו"ד יעקב לעו"ד נקש הודעה על ביטול חוזה (נספח לח לתצהיר עמנואל ויצמן). במכתב התייחס עו"ד יעקב להשבה שתעשה עם ביטול החוזה וכתב כי: **"לאחר מכירת הדירה לאחרים אנו נקזז את כל ההפסדים שיהיו למרשתנו ונשיב לוויצמן את הסכום שיוותר"**.

<u>הבקשה לסעדים זמניים שהגישו התובעים</u>

29. ביום 27.5.14 הגישו התובעים בקשה למתן צווים זמניים בה עתרו לאסור על הנתבעת לבטל את הסכם מכר הדירה; לאסור על הנתבעת לעשות שימוש בייפוי הכוח הבלתי חוזר המצוי בידיה ולבטל באמצעותו את הערת האזהרה שנרשמה לטובת התובעים; לאסור על הנתבעת לבצע דיספוזיציה בדירה לרבות מכירה וכן לאסור על הנתבעת לסיים את בניית הדירה על פי מפרט שונה מנספח התיקונים והשינויים שנחתם בין הצדדים.

ביום 27.5.14 ניתנו צווים כמבוקש, למעט צו האוסר על הנתבעת לבטל את הסכם המכר.

ביום 19.6.14 הודיעו הצדדים כי ניהלו ביניהם משא ומתן, אשר כשל באופן שיש צורך להמשיך בניהול ההליך, אולם הם הסכימו כי הצווים הארעיים שניתנו על ידי בית המשפט יישארו בעינם.

30. ביום 29.6.14 הגישו התובעים את כתב התביעה.

31. בהודעה מיום 10.7.14 הבהירו התובעים כי לאור התנהלות הנתבעת ובייחוד נוכח העובדה שאינה מוכנה להתחייב על שום מועד בו תמציא את ההיתר, לא נותרה בפניהם ברירה אלא להגיש תביעה לבית המשפט שעיקרה לא אכיפת הסכם אלא דווקא תביעה כספית/נזיקית שנולדה עקב ביטול ההסכם על ידי הנתבעת.

באותה הודעה נכתב כי התובעים אינם יכולים לוותר על הצווים הזמניים שהתבקשו, שכן אחרת לא יוכלו לקבל חזרה את הכספים שנתבעו על ידם, מאידך אם תמציא הנתבעת בטוחה ממשית ובעלת נזילות, שתבטיח את הכספים הנתבעים על ידי התובעים, ניתן יהיה להסכים על ביטול הצווים.

nevo.co.il

עוד נכתב כי ניתן לבטל את הצו האוסר על הנתבעת לסיים את בניית הדירה שלא בהתאם למפרט התיקונים שעליו הוסכם.

32. ביום 3.8.14 התקיים דיון וביום 18.8.14 ניתנה החלטה לפיה צווי המניעה הארעיים יישארו בתוקפם כצווי מניעה זמניים עד להכרעה בהליך העיקרי.

המחלוקות בין הצדדים

33. אין מחלוקת כי התובעים לא שילמו את שלושת התשלומים האחרונים.

34. למעשה אין מחלוקת כי הדירה, כפי שהוצגה לתובעים, לא תאמה את היתר הבנייה הקיים וכי גם התשריט, אשר צורף להסכם, לא תאם את ההיתר.

35. לטענת התובעים, משהתברר כי לדירה אין היתר תואם זכותם הייתה להתנות את המשך התשלומים בהסדרת ההיתר. לשיטתם, מדובר בחיובים שלובים. עוד לטענתם, הנתבעת היא שהפרה את החוזה הפרה יסודית בכך שמכרה דירה אשר לא תואמת את היתר הבנייה, ובכך שביטלה את החוזה מבלי שקמה לה הזכות לעשות כן.

36. לטענת הנתבעת, לכל השטחים בקומה היה היתר בניה כדין והשינוי שנעשה נוגע לחלוקת החדרים בין שתי הדירות. מדובר בתיקון טכני, אשר ספק אם מצריך בקשה לתיקון היתר. עוד לטענת הנתבעת, התובעים ידעו מראש על הצורך בתיקון ההיתר, והתשלומים לא נעשו מטעמים אחרים. לטענתה, משלא עמדו התובעים בתשלומים על פי החוזה הם הפרו את החוזה הפרה יסודית וזכותה הייתה לבטלו.

37. למחלוקות אלה אתייחס להלן.

האם נדרש שינוי של ההיתר

38. מהנדס הבניין מאיר אשכנזי, הבעלים של חברת הניהול של הפרויקט, נתן עדות מטעם הנתבעת. לפי תצהירו, לכל השטחים בקומה היה היתר בניה כדין לדירות 7 ו- 8, אלא שנוצר צורך לשנות את החלוקה בין שתי הדירות, ללא תוספת שטחים. בהתאם לניסיונו, קיים ספק אם יש צורך בבקשה לתיקון היתר בנסיבות כאלה בהן אין מדובר בתוספת שטחים אלא בשרטוט גבולות דירה מחדש, וגם אם כדעת המחמירים יש צורך בתיקון היתר, הרי מדובר בתיקון טכני (סעיף 2 לתצהיר).

בחקירה הנגדית הודה אשכנזי כי על פי ההיתר השטח חולק לשתי דירות אולם לא לפי החלוקה שהתובעים ראו בפועל (עמוד 53 לפרוטוקול).

39. לפי חוות דעתו של האדריכל עמוס גדרון אשר הוגשה מטעם התובעים, התשריט שצורף כנספח ב' להסכם המכר כלל לא תואם להיתר מס' 104758 מתאריך 27/8/2012 שהיה בתוקף במועד חתימת ההסכם.

nevo.co.il

לפי חוות הדעת, היתר בניה מס' 107991 שבתוקף כיום, עדיין אינו תואם לנספח ב' לתכנית המכר משום שאין הוא כולל היתר לתוספת שני חדרי שינה מתוכם אחד עם מרפסת שמש, מסדרון, חדר שירות וחדר מקלחת.

עוד לפי חוות הדעת: "**הניסיון להציג פעולות אלו, שהצריכו ועדיין מצריכות באופן חד משמעי היתר, במסווה של שינויים טכניים בלבד, אין לו אחיזה במציאות ואינו עולה בקנה אחד עם מטרת חוק התכנון והבניה**" (עמוד 5 לחוות הדעת).

בחקירה הנגדית עמד האדריכל גדרון על כך שבזמן שהתובעים רצו לרכוש את הדירה, ההיתר שהיה בתוקף לא התאים לתכנית שהוצגה בהסכם המכר ולדירה שהוצגה לתובעים (עמוד 37 לפרוטוקול).

40. האדריכל חיים כהן, אשר נתן חוות דעת מטעם הנתבעת, שימש כמהנדס העיר של רמת גן ורמת השרון. לפי חוות דעתו, העברת שטח מדירה לדירה ללא שינויים קונסטרוקטיביים וללא כל תוספת שטח עיקרי או שטח שירות מסך כל שטחי הבנייה שהותרו בכל הבניין, מוגדרת כשינוי פנימי; לכל היותר ולמען הסר ספק היה נוהג במקרה כזה, שהוא טכני בעיקרו, להעלות את הנושא לדיון לרשות הרישוי אשר הייתה מאשרת את הבקשה – ללא ספק; לו הייתה בקשה כזו מוגשת לו כמהנדס הוועדה היה מאשר אותה ללא שיהוי וללא דיחוי. בחקירה הנגדית עמד על כך שאין צורך בהיתר כדי להעביר חדר מדירה 8 לדירה 7 (עמוד 66 לפרוטוקול).

41. יואל שבת, הממונה על מחלקת רישוי על הבניה בעיריית ירושלים, העיד כי כדי להעביר חדר מדירה לדירה יש צורך בהיתר (עמוד 39 לפרוטוקול). לשאלה האם נכון כי העברת חדר מדירה לדירה, כאשר אותו אדם הוא הבעלים של שתי הדירות מהווה שינוי פנימי השיב יואל שבת: "**זה לא נכון. צריך להוציא על זה היתר בניה..**" (עמוד 40 לפרוטוקול).

42. עדותו של יואל שבת תומכת בחוות דעתו של האדריכל גדרון.

לשאלת בית המשפט האם ידוע לו אם עיריית ירושלים דורשת היתר במקרה של העברת חדר מדירה לדירה, השיב האדריכל חיים כהן בשלילה. לשאלה האם הוא מסכים כי אם עיריית ירושלים דורשת היתר בניה במצב כזה, יש צורך בהיתר, השיב בחיוב (עמוד 67 לפרוטוקול).

אוסיף כי גם לשיטתו של האדריכל חיים כהן יש בסופו של דבר לשנות את ההיתר שכן בעת מתן טופס 4 בודקים האם הבנייה תואמת להיתר (עמוד 66 לפרוטוקול).

43. מהראיות עולה, אפוא, כי העברת החדרים מדירה 8 לדירה 7 דרשה שינוי של היתר הבנייה וכי שינוי שכזה לא נעשה עובר למכירת הדירה לתובעים.

nevo.co.il

<u>האם נאמר לתובעים שיש צורך בקבלת היתר מתוקן</u>

44. עו"ד נקש ייצג את התובעים במשא ומתן ובחתימת החוזה (עמוד 42 לפרוטוקול). עו"ד נקש הודה כי לא בדק את ההיתר בעירייה מאחר שעו"ד יעקב אישר לו שהדירה בנויה בהתאם להיתר והוא סמך על עו"ד יעקב (עמוד 43 לפרוטוקול). לפי עדותו של עו"ד נקש, עו"ד יעקב הציג לו את ההיתר, ולבקשתו התכנית צורפה לחוזה (עמוד 43 לפרוטוקול).

45. המתווך ראובן זגדון הצהיר כי במסגרת שיתופי פעולה בין מתווכים שלחה אליו המתווכת אילנה ממשרד חזון נכסים מכתב ובו הודעה על שיווק הפרויקט בו מצויה הדירה (סעיף 3 לתצהיר). הפירוט מטעם המתווכת כלל את גודל הדירות ומחירן, ובנוסף צורף לו תשריט הדירות (סעיף 5 לתצהיר). ראובן זגדון הצהיר כי: "**בכל הנוגע לדירה, לא זו בלבד שלא נאמר ולו ברמז שאין לה היתר מלא או כי הוספו לה שטחים נוספים, אלא שגם בתשריט נכתב גודלה, כפי שהוא בפועל וניתן לראות כי הדירות בקומה שונות בגודלן, בניגוד לאמור, בין היתר, בתצהירו של מר מאיר אשכנזי שצורף לכתב בי-דין מטעם הנתבעת**" (שם).

זגדון הצהיר כי: "**אם היה נאמר לי על ידי המתווכת או מי מטעמה, בכל זמן שהוא, כי לדירה אין היתר בניה מלא, לא הייתי מציע את הדירה לתובעים או לכל לקוח אחר משום שמנסיוני ומסיבות רבות, עסקאות מסוג זה לרוב לא יוצאות אל הפועל**" (סעף 7 לתצהיר).

ב"כ הנתבעת ויתר על החקירה הנגדית של ראובן זגדון.

46. התובעים שכרו את שירותיו של המהנדס אליהו שוקרון לצורך ביצוע מדידות בדירה. אליהו שוקרון העיד כי בעת ביקורו בדירה נכחה המתווכת מטעם הנתבעת, אילנה, והיא מסרה לו את תכנית הדירה כפי שהיא תאמה למצבה בפועל. המהנדס שוקרון הצהיר כי: "**לא נאמר לי מאומה בעניין העובדה שהתוכנית שנמסרה לי לא קיבלה תוקף שכן טרם הופק בגינה היתר בניה וכי למעשה, הדירה בפועל אינה תואמת להיתר הבניה התקף**" (סעיף 3 לתצהיר).

47. ב"הואיל" השני בחוזה נכתב כי: "**המוכרת ביחד עם האחרים בונים על המקרקעין בנין בן 8 דירות (עם אפשרויות הגדלת הבניה כאמור להלן בהסכם זה) וזאת בהתאם לתוכניות הבניה כפי שאושרו בהיתר בניה מס' 103084 שהוצא בהתאם לאותן תכניות**". לחוזה צורף תשריט של הדירה שתאם את מצבה בפועל.

48. המהנדס מאיר אשכנזי הצהיר כי: "**אני באופן אישי הסברתי לקונים וגם לעמנואל ויצמן ובמיוחד לעמנואל כי הדירה שהם עומדים לרכוש נבנית שלא בהתאם להיתר הבניה הקיים וכדי להתאימה לתכנית המצורפת לחוזה המכר כפי שתירכש על אף האמור לעיל וכדי להימצא בצד המחמירים – יש צורך באישור נפרד להיתר מתוקן.**

הקונים קיבלו זאת בהבנה מלאה" (סעיף 4 לתצהיר). בחקירה הנגדית הוא עמד כל כך שמהיום הראשון כאשר הגיעו התובעים לראות את הדירה עם מתווכים, נאמר להם כי הדירה, במצבה, אינה תואמת את ההיתר וכי הם רוצים להגיש תכנית שינויים (עמוד 55 לפרוטוקול).

לפי תצהירו של אשכנזי, החוברת הפרסומית שהייתה בידי כל המשווקים והמתווכים תיארה את דירה 7 כדירת 4 חדרים (מאיר אשכנזי, סעיף 5 לתצהיר).

49. לשאלת בית המשפט האם נכון כי בחוזה נכתב שקיים היתר שמתאים לדירה השיב מאיר אשכנזי: **"כן, זה מה שכתוב בטעות בחוזה. החוזה נעשה במהירות ובהלה שהקליינט צריך לנסוע לחו"ל וכל האינפורמציה עברה בשעתיים, אף אחד לא היה יכול לבקר אותה ונפלה הטעות הזו"** (עמוד 54 לפרוטוקול).

50. אסף כהן, איש השיווק מטעם הנתבעת, הצהיר אף הוא כי טרם רכישת הדירה ידעו התובעים כי מדובר בבניין העובר תהליך בניה במסגרת תמ"א 38 וכי בכוונת הנתבעת ליזום שינוי תכנית מפורטת שתאפשר שינוי בחלוקת שטחי דירות 7 ו- 8 הצמודות (סעיף 3 לתצהיר). אסף כהן הצהיר כי לא הייתה כוונה להסתיר מהתובעים את הבקשה לשינוי היתר בניה של סיפוח חדר לדירה הנרכשת. הייתה שקיפות מלאה בנושא והוסבר לרוכשים כי מדובר בעניין טכני של שינוי בהיתר בניה קיים אשר אין כל חשש לאי אישורו (סעיף 6 לתצהיר).

בחקירה הנגדית הודה אסף כהן כי הפרוספקט שהוצג לתובעים היה בהתאם למצב הדירה בפועל (עמוד 59 לפרוטוקול).

51. עמנואל ויצמן הצהיר כי הצורך בהגשת תכנית לקבלת היתר בניה שיכשיר את הדירה כפי שהיא בפועל וכן העובדה שהדירה בפועל בנויה ללא היתר לא נאמרו ולא אוזכרו לתובעים או למי מטעמם (סעיף 18 לתצהיר). לפי תצהירו, רק בגלל הצהרת הנתבעת על קיומו של היתר בניה כדין ונוכח מצבה של הדירה מבחינת שלב הבניה בפועל הסכימו הוריו ללוח התשלומים שכלל תשלומים מהירים, שהראשון מתחיל בארבעה מיליון ₪ (סעיף 19 לתצהיר). לפי תצהירו, לראשונה נודע להם על כך שהדירה בפועל לא תואמת את היתר הבנייה בעת ביקור השמאי (סעיף 21 לתצהיר).

עמנואל ויצמן העיד כי בפגישות עם האדריכל לא דובר על תכנית שינויים שתוגש לעירייה. הוא העיד כי בפגישות לא דובר על היתרים וחוקים אלא רק על השינויים שהם ביקשו לערוך בדירה (עמוד 12 לפרוטוקול). לשאלה האם המהנדס אשכנזי משקר כאשר הוא אומר שהובא לידיעתם הצורך לתקן את היתר הבנייה השיב: **"כן, משקר מאד"** (עמוד 12 לפרוטוקול).

52. התובעת העידה כי האדריכל לא הראה להם תכנית שינויים שבכוונתו להגיש לעירייה אשר מתייחסת להעברת החדר מדירה 8 לדירה 7 שנרכשה (עמוד 8 לפרוטוקול).

nevo.co.il

53. לשאלת בית המשפט כיצד הגיב כאשר התובעים ביקשו לדחות את התשלום עד שיתוקן ההיתר השיב מאיר אשכנזי כי הוא לא היה מעורב בכך (עמוד 54 לפרוטוקול).

54. העדויות מטעם התובעים תומכות בכך שהתובעים לא ידעו על כך שהדירה, במצבה כפי שהוצג להם, כמו גם התשריט שצורף לחוזה אינם תואמים את היתר הבנייה וכי הדבר נודע להם לראשונה לאחר ביקורו של השמאי יצחק כהן בדירה. הנתבעת עצמה הצהירה בפתיח לחוזה כי הדירה נבנתה בהתאם להיתר.

55. המתווכת אילנה אשר הייתה בקשר עם המתווך זגדון ועם התובעים לא הוזמנה להעיד. האדריכל יואב אנדרמן אשר היה בקשר עם התובעים ועבד איתם על התכניות לא הוזמן להעיד וגם עו"ד יעקב לא הוזמן. אי הזמנת עדים אלה פועל לחובת הנתבעת.

56. אני מעדיפה, אפוא, את גרסת התובעים לפיה לא נאמר להם כי הדירה איננה תואמת את היתר הבניה שהיה בתוקף במועד המכירה.

57. מאיר אשכנזי הצהיר כי הגיש את תכנית השינויים ביום 8.4.14, דהיינו לאחר המועד בו ביקר השמאי כהן בדירה, והדבר מחזק את גרסת התובעים.

58. לפי עדותו של מאיר אשכנזי התכנית התגלגלה במחלקות העירייה השונות, ביום 28.4.14 הועברה לטיפול רגיל וביום 8.5.14 נפתח תיק (סעיף 8 לתצהיר). היתר לשינויים ניתן בינואר 2015 (מאיר אשכנזי, סעיף 11 לתצהיר).

<u>המשמעות שיש להיעדר היתר מתאים</u>

59. הראיות תומכות בכך שהתובעים לא שילמו את התשלומים שהיה עליהם לשלם בחודשים מרץ ואפריל בעקבות גילוי העובדה שהדירה שרכשו אינה תואמת את ההיתר שהיה קיים באותה עת.

אסף כהן אישר כי הסכים להאריך את מועד התשלום של ה- 15.3.14 ב- 14 יום (סעיף 13 לתצהיר) דהיינו עד ליום 1.4.14. השמאי יצחק כהן ביקר בדירה ביום 27.3.14 וגילה את אי ההתאמה.

התובעת העידה כי במרץ לא שילמו כי בעלה היה חולה והם המתינו להסכמת הבנק (עמוד 8 לפרוטוקול). לפי עדותה, הבנק "אמר" שאין להם זכות לקנות כי זכויות הבנייה לא היו רשומות בעירייה (עמוד 9 לפרוטוקול). לשאלה מדוע לא שילמה את התשלום הבא בחודש אפריל 2014 השיבה התובעת כי היא לא שילמה מאחר שהבנק גילה שאין היתר (עמוד 9 לפרוטוקול).

לשאלה מדוע לא שילמו כעבור שבועיים השיב עמנואל ויצמן כי לפני תום השבועיים התברר שהדירה אינה דומה לתכנית (עמוד 14 לפרוטוקול).

nevo.co.il

הדברים עולים גם מההתכתבות בין עו"ד נקש ועו"ד יעקב.

60. במקביל להתכתבות בין עו"ד נקש לעו"ד יעקב, היו חילופי הודעות טקסט בין אסף כהן לעמנואל ויצמן בין התאריכים 13.4.14 ועד ליום 2.5.14 (הוגשו וסומנו נ/3).

ביום 13.4.14 לחץ אסף כהן על עמנואל לשלם ועמנואל ענה לו כי "**הכל התקדם כשורה עם אריה יעקב ועם השמאות, עכשיו זה רק עניין של ביצוע בפועל מהבנק**". אסף לחץ וביקש שינסו להקדים את התשלום.

ביום 16.4.14 כתב עמנואל כי הבנקאית הבטיחה שהתשלום יבוצע ביום 23.4.14 כי היא צריכה חתימה מגורם שיחזור אחרי החג והוא הוסיף כי: "**לעדכונך, היה קשה להתקדם בגלל שינוי תוכנית בנייה שעדיין לא מאושרים ע"י העיריה**".

אסף ביקש מעמנואל שיקדים חלק מהתשלום. עמנואל הסביר שאם יקדים מההון העצמי, לא יוכל לקבל את ההלוואה מאחר והבנק משלם ישירות למוכר, והוסיף: "**הבנת את ההערה שלי לגבי תוכניות בניה לא מאושרות?**"

אסף ענה לו: "**אני יודע שהתוכניות באישור אבל זה לא מהווה עיכוב לתשלום**".

ביום 27.4.14 כתב אסף לעמנואל שהוא מבקש לדבר איתו, שההתנהלות עברה למישור המשפטי, וחבל.

ביום 2.5.14 כתב אסף לעמנואל: "**עמנואל, לדעתי אתם מקבלים ייעוץ שמטעה אתכם, וחבל...**".

61. על פי הפסיקה:

> **"לא יכול להיות ספק בכך שמי שמוכר דירה אשר בחלקה נבנתה ללא רישיון, חייב לגלות עובדה זאת לכל קונה בכוח בעת ניהול המשא ומתן. אם לא יעשה כן יש בכך הטעיה כפשוטה. מובן שגם חובת תום הלב מחייבת זאת. המדובר על עובדה מהותית השוקלת בעיניו של כל אדם סביר ואשר חשיבותה רבה לא רק לצורך קביעת המחיר, אלא לצורך קבלת מידע בסיסי על זכויותיו של הקונה בדירה שהוא רוכש"**
> (ע"א 3745/92 פסקל נ' מזרחי, פ"ד מח(2) 359 (1993); ע"א 8068/11 **עיני נ' שיפריס** (11.2.2014)).

עוד נאמר בעניין **פסקל** כי "**הסתרת העובדה הנ"ל עולה כדי היעדר תום-לב במשא ומתן כאמור בסעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי)**", אשר בעקבותיו זכאי הקונה להפעיל את זכות הביטול לפי סעיף 15 לחוק.

62. לא ניתן לקבל את טענת ב"כ הנתבעת, לפיה ה"הואיל" השני בחוזה המתייחס לקיומו של היתר לא מוגדר כתנאי יסודי או כתנאי בכלל לחוזה. כאמור, מדובר בנתון שהוא יסודי במהותו וללא קשר לשאלה האם הצדדים הגדירו אותו ככזה במסגרת החוזה.

nevo.co.il

גם אם לטענת הנתבעת מדובר בעניין פתיר, היה עליה לגלות לתובעים את המצב לאשורו. קשה להתעלם מכך שגם לפי עדותו של אשכנזי, הוא פנה לראשונה לעיריית ירושלים בבקשה לתיקון ההיתר בתחילת חודש אפריל 2014, דהיינו לאחר הביקור של השמאי מטעם הבנק.

63. בהחלט ייתכן שעם גילוי העובדה שהדירה אינה בעלת היתר בנייה מתאים היו התובעים רשאים לבטל את החוזה. התובעים לא עשו כך באותו שלב, אלא הציעו לנתבעת מתווה להסדרת יתרת התשלום במקביל לתיקון היתר הבנייה.

64. נשאלת, אפוא, השאלה האם היו התובעים רשאים לעכב את יתרת התשלום עד לתיקון ההיתר, או שמא היה עליהם להמשיך ולשלם את יתרת התשלום בהתאם לחוזה. ככל שייקבע כי היה על התובעים להמשיך ולשלם, הרי כפי שטוענת הנתבעת, התובעים הפרו את החוזה בכך שלא שילמו את התשלומים הבאים בהתאם לחוזה.

65. כפי שצוין בע"א 7938/08 **מונסנגו נ' מכביאן** (11.8.2011):

> **"בחיובים חוזיים, מקובל להבחין בין חיובים עצמאיים לבין חיובים מותנים עליהם חל סעיף 43(א)(2) ובין חיובים מקבילים או שלובים עליהם חל סעיף 43(א)(3). חיוב עצמאי הוא חיוב חד-כיווני, ללא תלות בחיוב הנגדי, ונפקותו כי על צד לחוזה לקיים את חיוביו במועד המוסכם גם אם הצד השני לחוזה אינו מקיים את החיובים המוטלים עליו."**

66. לטענת הנתבעת, כאשר צדדים לחוזה מגדירים סעיף כתנאי יסודי, תנאי כזה הוא חיוב עצמאי ואיננו משולב ואיננו כפוף לקיומם של תנאים אחרים ואין אפשרות להפר תנאי זה בהסתמך על מחלוקות אחרות כלשהן. הנתבעת מבקשת להסתמך בעניין זה על פסק הדין שניתן בע"א 7021/12 **שיכון דיירים בע"מ נ' ימיני** (23.3.2014), בו נקבע כי קיומה של מחלוקת בין הצדדים באשר לאחריות לתשלום עבור חדר נוסף שנבנה בדירה לא הצדיק את אי ביצוע התשלום הראשון במועדו. עוד הפנתה הנתבעת לפסק הדין בע"א 7194/13 **טובית דרור חברה לנכסים בע"מ נ' ב.ס.ר מהנדסים בע"מ** (22.7.2015), בו נקבע כי צד שחדל לשלם הפר את החוזה למרות שגם הצד השני לא עמד בחיוביו.

67. לא ניתן להקיש מאותם מקרים לענייננו.

בעניין **שיכון דיירים** נקבע כי המחלוקת בין הצדדים הייתה תחומה לשאלה קונקרטית וכי סכום התשלום הראשון ועצם חובתו של המשיב לשלמו כלל לא עמדו בליבה של מחלוקת כלשהי בין הצדדים. בענייננו, לעומת זאת, העדרו של היתר בנייה מתאים הינו מהותי ומשליך על העסקה כולה.

nevo.co.il

בעניין **טובית דרור** נמצא כי התשלום היה חיוב עצמאי שהופר, בהתחשב בכך שדובר בקבוצת רכישה שכלל חבריה תלויים בהמשך התשלום ובכך שבהסכם השיתוף בין הצדדים נקבע כי כל סכסוך בין הצדדים יועבר לבוררות וכי עד למתן החלטה מחייבת על ידי הבורר אין לצד כלשהו הזכות לעכב תשלומים או להשפיע בדרך כלשהי על התקדמות העבודה בפרויקט.

68. כפי שצוין בעניין **טובית דרור**, הפסיקה הכירה בכך שמכוח עקרון תום הלב ניתן להפוך חיוב עצמאי לחיוב מקביל או שלוב. כך יש לקבוע גם לגבי חובת התשלום בענייננו.

הפרשנות שמבקשת הנתבעת לתת לחוזה, לפיה למרות העדרו של היתר בנייה מתאים נדרשו התובעים להשלים את מלוא התשלומים במועד שנקבע בחוזה, נעדרת היגיון כלכלי וחסרת תום לב. בנסיבות המקרה, יש לראות את התשלום כחיוב שלוב עם קבלת ההיתר המתוקן, ומשכך אי התשלום לא היווה הפרה של החוזה מצד התובעים - במיוחד כאשר התובעים לא התחמקו מהתשלום והביעו נכונות לשלם את יתרת התמורה. האפשרות הראשונה שהציע עו"ד נקש לעו"ד יעקב הייתה כי הנתבעת תתחייב להתאים את היתר הבנייה לדירה בתוך 3 חודשים וכי התובעים ישלימו את תשלום מלוא התמורה בתוך 45 מקבלת ההיתר. בהמשך אף הציעו התובעים להפקיד את הסכום שהיה עליהם לשלם עד אותו מועד בידיו הנאמנות של עו"ד יעקב עד לקבלת היתר מתאים.

69. קשה לקבל את טענת ב"כ הנתבעת לפיה יש משמעות לכך שלמרבית השטח של הדירה ניתן היתר. אין מחלוקת כי הדירה כפי שנמכרה לא תאמה את ההיתר שהיה קיים בפועל באותו שלב. גם את הטענה לפיה מדובר בזוטי דברים קשה לקבל.

אין גם משמעות לכך שהמוכרים הצהירו כי ביצעו את כל הבדיקות הרלבנטיות ואין רלבנטיות לטענת הנתבעת לפיה קיימת גם רשלנות מקצועית מצדו של ב"כ התובעים אשר לא ביצע את הבדיקות בעירייה. כאמור, עו"ד נקש העיד כי ב"כ הנתבעת, עו"ד יעקב, אמר לו שקיים היתר מתאים והוא סמך על עו"ד יעקב, ועדותו זו לא נסתרה. מכל מקום, כפי שנקבע בעניין **עיני** הנ"ל, "**בעימות שבין מוכר-מפר שידע (או היה עליו לדעת) בעת גמירת החוזה את דבר קיומן של עובדות מסוימות, אותן לא גילה לקונה – לבין רשלנות הקונה שלא בדק ולא גילה אותן עובדות (ואפילו הצהיר שעשה כן) – יד הקונה על העליונה. הוא זכאי לפיכך למלוא התרופות המוקנות בדין לנפגע עקב הפרה בשל אי-התאמה, ובכללן: ביטול החוזה, בצירוף השבה ופיצויים מוסכמים. במקרה שכזה – אין לייחס אשם תורם לחובת הקונה**".

העובדה שבחוזה אין התייחסות להלוואה שייקחו התובעים איננה רלבנטית. זכותם של התובעים להחליט בכל שלב לקחת הלוואה, כל עוד הם עומדים במועדים שנקבעו בחוזה.

nevo.co.il

70. גם את טענת ב"כ הנתבעת לפיה התובעים לא נתנו לנתבעת ארכת קיום לא ניתן לקבל. עו"ד נקש חזר והציע למצוא מתווה אשר יאפשר את קיום החוזה, אולם הנתבעת היא שדחתה את הצעתו. התובעים אמנם הציעו כחלק מהמתווה שהנתבעת תשלם להם פיצויים בגין האיחור במסירה, אולם נראה כי לא חלק זה של ההצעה הוא שמנע את קבלתה, אלא הדרישה להפקיד את הסכומים בידיו הנאמנות של עו"ד יעקב.

71. הנתבעת, באמצעות עו"ד יעקב, דחתה את הצעת התובעים, לטענתה מאחר שהייתה בטוחה כי התובעים מנסים להתחמק מהתשלום, והודיעה על ביטול החוזה. בכך טעתה, משום שבהעדר הפרה מצד התובעים לא הייתה הנתבעת רשאית לבטל את החוזה. בעשותה כך הפרה הנתבעת עצמה את החוזה, שכן כפי שנפסק, "**מתן הודעת ביטול, כשהביטול אינו כדין, מהווה כשלעצמו הפרה של החוזה**" (ע"א 1407/92 י.ח. ייזום והשקעות בע"מ נ' סולל בונה בע"מ, פ"ד מז(3) 45 (1993)).

72. הפרה זו של החוזה על ידי הנתבעת הקנתה לתובעים את הזכות לבטל את החוזה, כפי שאמנם עשו בסופו של דבר.

סעדים

השבה

73. משבוטל החוזה, על הנתבעת להשיב לתובעים את הכספים שקיבלה מהם. בהתאם לחוזה שילמו התובעים לנתבעת סך של 5 מיליון ₪. הנתבעת השיבה לתובעים בסופו של דבר סך של 4,150,000 ₪ והיתרה בסך 850,000 ₪ מופקדת בקופת בית המשפט. התובעים זכאים, אפוא, לקבלת הסך הנוסף של 850,000 ₪ שהופקד.

74. על פי סעיף 13.ג לחוזה, "**במקרה בו בוטל ההסכם ע"י המוכר כאמור לעיל, יחזיר המוכר לרוכש את היתרה, אם תהיה כזו, בתוך 15 יום ממכירת הדירה לצד שלישי אשר תימכר תוך 30 יום מביטול ההסכם**". סעיף זה עוסק בביטול ההסכם על ידי המוכר, ועל כן אינו רלבנטי לענייננו.

שכר הטרחה ששולם לעו"ד יעקב

75. בסעיף 11.א.4 לחוזה נקבע כי על התובעים לשלם "**השתתפות בהוצאות המוכר לשכר טרחתו של עוה"ד בקשר לביצוע פעולותיו האמורות בהסכם זה [במידה שהן**

מתייחסות לדירה ולחלקה ברכוש המשותף], בשיעור 1.5% + מע"מ מהתמורה. סכום זה ישולם במעמד חתימת ההסכם".

76. לטענת התובעים, בהתאם לסעיף 9(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 ולסעיף 21 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, הרי שכל צד צריך להשיב למשנהו את מה שקיבל, ובפסיקה נקבע שצריך לפרש את המונח "קיבל" פירוש רחב, כלומר גם קבלה נורמטיבית. התובעים מפנים בעניין זה לע"א 186/77 סוכנויות (השכרת רכב) בע"מ נ' טרבלוס, פ"ד לג(1) 197 (1978).

עוד לטענת התובעים, אין ולא יכולים להיות עוררין כי שכר הטרחה ששולם לעו"ד יעקב הינו אך ורק בגין טיפול ברישום הרכישה וזאת בהתאם לסעיף 5 לכללי לשכת עורכי-הדין (ייצוג בעסקאות בדירות), התשל"ז-1977, שכן בעבור כל פעולה אחרת נאסר עליו לייצג את התובעים ומאחר וההסכם בוטל והדירה נמכרה לאחרים, וברור שלא ייעשה כל רישום על שם התובעים, יש לחייב את הנתבעת להשיב לתובעים את הסך ששילמו.

77. לטענת הנתבעת, אין מדובר בסכום שהנתבעת עצמה קיבלה ולכן לא עליה להחזירו ואילו עו"ד יעקב, שקיבל את הסכום, לא נתבע.

בסיכומי הנתבעת נטען עוד כי עו"ד יעקב לא הובא להעיד על חשבונית המס שהוגשה כראיה לתשלום (נספח מא לתצהיר עמנואל ויצמן), ולכן זו עדות שמיעה ולא ניתן להסתמך עליה כראיה. אשר לטענה אחרונה זו אציין כי על פי החוזה היה על התובעים לשלם את הסכום במעמד החתימה ולא הועלתה כל טענה כי הסכום לא שולם. החשבונית צורפה כנספח לתצהיר העדות הראשית מטעם התובעים, כאשר בהתאם להחלטתי מיום 17.11.14 לא תישמענה טענות בדבר קבילות או התנגדות לתצהירים לאחר קדם המשפט המסכם. אני דוחה, אפוא, את טענת הנתבעת לפיה הסכום ששולם לא הוכח.

78. סעיף 9(א) לחוק החוזים (תרופות) קובע כי "**משבוטל החוזה, חייב המפר להשיב לנפגע מה שקיבל על פי החוזה, או לשלם לו את שוויו של מה שקיבל אם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך...**". בעניין **סוכנויות (השכרת רכב)**, אליו הפנו התובעים, ציין כב' השופט (כתארו אז) ברק כי "**את הביטוי "קיבל" בסעיף זה אין לפרש על דרך הצמצום, ואין להגבילו לקבלה "פיזית". יש לפרש את הביטוי "קיבל" על רקע מטרת ההשבה, ויש להעניק לביטוי זה פירוש מרחיב, המשתרע על קבלה "נורמטיבית""**". קבלה זו, כך נפסק שם, מתקיימת גם כאשר במסגרת החוזה בין הצדדים נקבע כי התשלום ישולם לצד שלישי, ולפיכך משבוטל החוזה חייב הצד המפר להשיב לנפגע את אשר שילם הנפגע לאותו צד שלישי.

nevo.co.il

79. כפי שעולה מלשון החוזה, הסכום ששילמו התובעים לעו"ד יעקב שולם בגין "**השתתפות בהוצאות המוכר לשכר טרחתו של עוה"ד**". מדובר בהתחייבות של התובעים כלפי הנתבעת ולא כלפי עו"ד יעקב, שלא היה צד לחוזה ושלא הייתה כל התקשרות ישירה בינו ובין התובעים. הסכום שולם, אמנם, ישירות לעו"ד יעקב, אולם בנסיבות דומות לאלה כבר נפסק כי אין בעובדה שהקונה שילם סכום זה ישירות לעורך הדין כדי ליצור יריבות ישירה בין השניים ככל שמדובר בתביעה להשבת הסכום, וכי על הקונה להגיש את תביעתו נגד הקבלן ולא נגד עורך הדין (ע"א (מחוזי ת"א) 38641-12-12 **דקל נ' פרידמן** (14.10.2013); בקשת רשות ערעור על פסק הדין נדחתה בר"ע 7721/13 **דקל נ' פרידמן** (18.12.2013)).

מדובר, אפוא, בחלק מן התמורה החוזית ועם ביטול החוזה על הנתבעת להשיבו לתובעים.

פיצויים

80. בנוסף להשבת הסכומים ששילמו לנתבעת דורשים התובעים את הסכומים הבאים:

א. 850,000 ₪ פיצוי מוסכם כקבוע בסעיף 13 להסכם.

ב. 182,052 ₪ בגין כספים ששילמו התובעים למתווך מטעמם, לבא כוחם הקודם ולשמאי.

ג. 41,300 ₪ ששילמו בעבור קמין גז שהוזמן במיוחד על פי מידותיה של הדירה.

ד. 20,000 ₪ כדמי שכירות בעבור כל חודש החל מיום 6.7.14 ועד למועד השבת הכספים.

ה. 1,030.8 אירו לכל חודש שהם מחויבים בו בעבור אחסון חפציהם.

ו. 260,000 ₪ בגין נזקים בלתי ממוניים.

81. על פי סעיף 13 לחוזה, "**במקרה של ביטול הסכם זה על ידי אחד מהצדדים כתוצאה מהפרה של הצד האחר - ישלם הצד המפר לצד המקיים 10% מהמחיר כולו כשהמחיר כולו מחושב ביחד עם ההצמדה... כפיצויים מוסכמים וקבועים מראש**". עוד נקבע בסעיף זה כי "**אין באמור לגרוע מזכות הצד המקיים לבקש כל סעד בעבור כל נזק אחר שנגרם לו**".

82. לאור ביטול ההסכם על ידי התובעים בשל הפרתו על ידי הנתבעת, על הנתבעת לשלם לתובעים את הסך שנקבע כפיצוי מוסכם.

nevo.co.il

83. אשר ליתר רכיבי הפיצוי שנתבעו: סעיף 15(ב) לחוק החוזים (תרופות) קובע כי "**הסכם על פיצויים מוסכמים אין בו כשלעצמו כדי לגרוע מזכותו של הנפגע לתבוע במקומם פיצויים לפי סעיפים 10 עד 14 או לגרוע מכל תרופה אחרת בשל הפרת החוזה**". משמעות קביעה זו היא כי ניתן לתבוע פיצויים מוסכמים ופיצויים נוספים כל עוד לא ייווצר כפל פיצוי. כפי שכותבים המלומדים שלו ואדר:

> "**כאשר לפי פירושו הנכון של החוזה נועד הפיצוי המוסכם לפצות את הנפגע על נזק שאין בתרופה הנוספת שהנפגע מבקש לעצמו כדי לפצות עליו (במישרין או בעקיפין) – הצירוף אפשרי. לעומת זאת, ככל שקיימת חפיפה בין מקורות הפיצוי, במובן זה שצירופם גורם למצב של כפל פיצוי על אותו נזק, ייאלץ הנפגע להסתפק באחד ממקורות הפיצוי...**
>
> **על פי אותו קו מחשבה נראה שאין כל מניעה מלצרף לתביעה שעניינה פיצויים מוסכמים תביעה לפיצויים ללא הוכחת נזק מכוח סעיף 11 לחוק החוזים, ואף לפיצויים מוסכמים נוספים הקבועים באותו חוזה – ובלבד שנשמר הסייג השולל כפל תרופה**" (גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות – **לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי** 522-523 (2009)).

84. לטענת התובעים, יתר רכיבי הפיצוי שנתבעו הם פיצויים בגין ראשי נזק שונים מהפיצוי המוסכם ולכן אין כל מניעה להצטברות הפיצויים שכן אין בינם לבין הפיצויים המוסכמים כל חפיפה.

85. אין בידי לקבל טענה זו. בעניינו נקבע הפיצוי המוסכם כפיצוי בגין ביטול החוזה בשל הפרתו. כפי שעולה מלשון סעיף 15(א) לחוק החוזים (תרופות), הפיצוי המוסכם נועד לשקף את הנזקים שהם תוצאה מסתברת של אותה הפרה בגינה הוא נקבע. הנזקים השונים המפורטים על ידי התובעים הינם נזקי ההפרה והביטול, שלהטבתם נועד הפיצוי המוסכם. אמנם נקבע בחוזה כי אין בפיצוי המוסכם כדי "**לגרוע מזכות הצד המקיים לבקש כל סעד בעבור כל נזק אחר שנגרם לו**", אולם יש לפרש קביעה זו כמתייחסת לנזקים שאינם תוצאה של ההפרה שהביאה לביטול החוזה ושבעניינה נקבע הפיצוי המוסכם.

סיכום

86. הסכום של 850,000 ₪ שהופקד בקופת בית המשפט יועבר לידי התובעים על פירותיו.

87. הנתבעת תשלם לתובעים את הסכום ששולם בגין שכ"ט עו"ד יעקב, דהיינו 150,450 ₪ בצירוף הפרשי הצמדה וריבית ממועד חתימת החוזה (12.1.14).

nevo.co.il

עוד תשלם הנתבעת לתובעים את הפיצוי המוסכם בסך 850,000 ₪ בצירוף הפרשי הצמדה ממועד חתימת החוזה וריבית ממועד הגשת התביעה (29.6.14).

88. לאור מסקנתי לפיה הנתבעת היא שהפרה את החוזה, דין תביעתה של הנתבעת להידחות.

89. הנתבעת תשלם לתובעים שכ"ט עו"ד בסך 150,000 ₪.

כמו כן תשיב הנתבעת לתובעים את הוצאות המשפט בהן נשאו, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית ממועד כל הוצאה.

90. הנתבעת תשלם את הסכומים שנפסקו בתוך 30 יום מיום המצאת פסק הדין לידיה.

ניתן היום, כ"ז ניסן תשע"ו, 05 מאי 2016, בהעדר הצדדים.

עירית כהן 54678313
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן

nevo.co.il