



**בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים**

ע"א 4296/08

לפני:

כבוד השופט א' גרוניס  
כבוד השופטת מ' נאור  
כבוד השופטת א' חיות

המערערים:

1. ציפורה פרידנברג
2. ד"ר אמיר פרידנברג
3. סאנסי אילת מפעלי תיירות בע"מ

נגד

המשיבים:

1. אשר ליסטר
2. א.ד. אסולין השקעות ופיננסים בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב בת"א 88/98 מיום 30.3.2008 שניתן על ידי כב' השופטת נ' אחיטוב

תאריך הישיבה:

כ"ד באדר ב' התשע"א (30.3.11)

בשם המערערים:

עו"ד מאיר לפלר

בשם המשיב 1:

עו"ד שאול קוטלר

בשם המשיבה 2:

עו"ד אבנר רוזן

**פסק-דין**

השופטת א' חיות:

זהו ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (השופטת נ' אחיטוב), בו התקבלה תביעת המשיבים והמערערים חויבו לשלם להם סך של 140,000 דולר ארה"ב בתוספת ריבית פיגורים בשיעור ובתנאים המפורטים בפסק-הדין, וכן פיצויים מוסכמים בסך 58,333 דולר ארה"ב בתוספת ריבית והצמדה.

תמצית פסק דינו של בית משפט קמא ומרבית העובדות הצריכות לעניין פורטו בהחלטתנו מיום 19.1.2010, אך למען הסדר נשוב ונפרט את רקע הדברים שביסוד הערעור ואת השתלשלות ההליכים.

#### הרקע העובדתי

1. למערערת 3, סאנסי אילת מפעלי תיירות בע"מ (להלן: סאנסי), היו זכויות במגרש באילת על-פי הסכם הפיתוח הוארך מעת לעת ובראשית התקופה הרלבנטית היה תוקפו עד ליום 31.12.1994. המערערת 1 הינה בעלת המניות העיקרית בסאנסי ומשמשת כדירקטורית וכמנהלת עסקי החברה (להלן: ציפורה). המערער 2, בנה, היה מעורב אף הוא בניהול עסקי החברה (להלן: אמיר). במחצית הראשונה של שנת 1994 פנה משה חכם (להלן: חכם), יזם בתחום הבניה, אל סאנסי והציע לרכוש את זכויותיה במגרש ולהקים עליו מלון. בהמשך צירף אליו חכם יזם נוסף, הוא המשיב 1 (להלן: ליסטר, וביחד: היזמים). ביום 26.10.1994, במהלך המשא ומתן שהתנהל בין הצדדים, העבירו היזמים לציפורה ואמיר או למי מהם סכום של 240,000 דולר ארה"ב, 100,000 דולר מתוכו שולמו על ידי חכם ו-140,000 דולר על ידי ליסטר. לאחר מכן המשיכו הצדדים במשא ומתן למכירת המגרש ולהתקשרות במספר הסכמים ובהם: הסכם בין סאנסי לבין ש.ח.ל אילת תיירות ונופש בע"מ, חברה שהייתה אותה עת בייסוד (להלן: ש.ח.ל), והמעמיס בע"מ, חברה קבלנית שליסטר היה קשור בה (להלן: המעמיס), לבניית מלון במגרש; הסכם לפיו תוענק לש.ח.ל אופציה ל-18 חודשים להתקשר בעסקת קומבינציה עם סאנסי לשם בניית המלון; והסכם קומבינציה בין סאנסי לש.ח.ל לפיו בתמורה לבניית המלון כאמור תקבל ש.ח.ל 70% מהזכויות במגרש ובמלון (להלן: הסכמי הבניה). לטענת ליסטר, באותה תקופה החלו הוא וחכם לנקוט פעולות לקידומו של פרויקט הבניה (להלן: הפרוייקט), כגון שכירת אדריכל לביצועו ואף הוציאו לשם כך הוצאות נכבדות.

2. כחודשיים לאחר העברת התשלום ויומיים בלבד לפני סיומו הצפוי של חוזה הפיתוח בין סאנסי למינהל, ביום 29.12.1994, נערכה פגישה בין היזמים לציפורה ואמיר אשר במהלכה חתמו ציפורה והיזמים על חלק מן המסמכים הנוגעים להסכמי הבניה ועל מסמכים נוספים, שהופקדו כולם בנאמנות בידי עו"ד שטבהולץ, בא-כוחם של המערערים. אחד המסמכים נערך בכתב-יד, נשא את הכותרת "דף הוראות בלתי-חוזרות לעו"ד שטבהולץ", ונחתם על ידי ציפורה והיזמים וכן על ידי אמיר (להלן: דף ההוראות). מפאת חשיבותו לענייננו נביאו כלשונו וכך נאמר בו:

1. במידה ועד 1.3.95 מינהל מקרקעי ישראל לא יבטל את הסכם הפיתוח בינו לבין סאנסי מפעלי תיירות בע"מ ולא ייקח חזרה את המגרש יש למסור מעטפה מס' 1 לד"ר אמיר פרידנברג ו/או גב' ציפורה פרידנברג.
2. במידה ועד 1.3.95 מינהל מקרקעי ישראל יבטל את הסכם הפיתוח בינו לבין סאנסי מפעלי תיירות בע"מ וייקח חזרה את המגרש יש למסור לה"ה אשר ליסטר ומשה חכם את מעטפה מס' 2.
3. מעטפה מס' 3 תימסר לה"ה אשר ליסטר ומשה חכם אך ורק לאחר קבלת אישור בכתב מד"ר אמיר פרידנברג למסירה. באותו מעמד מעטפה מס' 2 גם תימסר לד"ר אמיר פרידנברג.

מעטפה מספר 1 הכילה הסכם הלוואה על סך 200,000 דולר ארה"ב, לפיו ציפורה ואמיר הם המלווים והיזמים הם הלווים. מעטפה מספר 2 הכילה הסכם הלוואה על סך 240,000 דולר ארה"ב, לפיו היזמים הם המלווים וציפורה ואמיר הם הלווים. בכל אחת מהמעטפות היה גם שטר חוב, בסכום ההלוואה, שעשו הלווים לפקודת המלווים. מלבד הסכום וזהות הצדדים היו תנאי ההסכמים זהים, ובשניהם נקבע שהלווה מתחייב לפרוע את ההלוואה כערכה בשקלים וכשהיא צמודה לדולר בתוך שבעה ימים מיום הדרישה של המלווה, וכי אם לא תוחזר ההלוואה במועדה ישלם הלווה ריבית פיגורים בשיעור הנהוג באחד מתמשת הבנקים הגדולים בישראל, לפי שיקול דעת המלווה, על חריגות מאשראי מוקצב בחשבון חח"ד בתוספת 20% לשנה, והריבית תצטבר מידי 15 ימים עד ליום התשלום בפועל. בנוסף נקבע כי צד שיפר את ההסכם ישלם פיצויים מוסכמים בסך 100,000 דולר ארה"ב. לטענת הצדדים מעטפה מספר 3 לא אותרה, ולא הוברר אם הועברה לעו"ד שטבהולץ ומה היה תוכנה.

3. ביום 12.1.1995 הודיע המינהל לסאנסי כי "עפ"י בדיקה בשטח מטעמינו, מסתבר כי טרם התחלתם בבניה... לאור האמור הרינו להודיעכם כי העסקה ביננו בטלה ומבוטלת". סמוך לאחר מכן, ביום 5.2.1995, העביר עו"ד שטבהולץ לבאי-כוחם של היזמים את הודעת המינהל בדבר ביטול הסכם הפיתוח וביקש לתאם עימם פגישה "לקידום הנושא". הפגישה התקיימה ביום 21.2.1995 במשרדו של עו"ד שטבהולץ בנוכחות היזמים ואמיר, ובה נדונה התקדמות הפרויקט מול עיריית אילת והמינהל. פגישה נוספת בנוגע לפרויקט התקיימה ביום 28.2.1995 במשרדי מהנדסת העיר אילת, בהשתתפות ליסטר ואדריכל מטעם היזמים.

כחודש מאוחר יותר, ביום 23.3.1995, פנה עו"ד שטבהולץ לבאי-כוחם של היזמים והודיע להם כי עיריית אילת התנתה את הוצאת הפקודה לתשלום אגרת היתר הבניה לפרויקט בהסרת גדר הפח שסביב המגרש אשר נפגמה בעת ביצוע עבודות עפר בשטח על ידי היזמים, ודרש מהם לשקם את הגדר ולדאוג לתשלום האגרה ולהוצאת

היתר הבניה. ביום 5.4.1995 פנה עו"ד שטבהולץ בשנית לבאי-כוחם של היזמים באותו עניין והתרה בהם שאם מרשיהם לא יקיימו את הדרישות במכתבו הקודם בתוך שלושה ימים, יתבטלו ההסכמים בין הצדדים. לאחר ארבעה חודשים, ביום 9.8.1995, פנה עו"ד בן-יוסף, בא-כוחם של ליסטר והמעמים אל עו"ד שטבהולץ, ודרש את השבת הכספים ששולמו לציפורה ואמיר "על חשבון העסקה", ובהמשך שב ופנה פעמים מספר לעו"ד שטבהולץ בבקשה לקבל את העתקי המסמכים שהופקדו בידיו בקשר לעסקה.

4. במקביל לחילופי הדברים הנ"ל ולאחריהם פנו עו"ד שטבהולץ (ביום 8.3.1995) וציפורה (בימים 12.2.1996 ו-27.2.1996) למינהל בבקשות להאריך את הסכם הפיתוח; ואכן - ביום 18.6.1996 הודיע המינהל לסאנסי כי החליט להאריך את ההסכם עימה בשנתיים נוספות, בכפוף לתשלום ערך הקרקע על-פי הערכה מעודכנת של השמאי הממשלתי. בעקבות כך הודיע בא-כוחה של סאנסי ביום 25.6.1996, לבאי-כוחם של ליסטר, המעמים וחכם כי התקבל "[א]ישור המינהל להארכת החכירה הנ"ל ואי-לקיחת המקרקעין מהחברה הנדונה" ובתגובה פנה עו"ד בן-יוסף פעם נוספת לעו"ד שטבהולץ וביקש לקבל את העתקי המסמכים שהופקדו אצלו בנאמנות, כשהוא מציין כי "על כך נאמר 'עבר זמנו בטל קורבנו'... אני רואה חובה להדגיש בפניך, כי משהתמלא התנאי בנקודת הזמן הרלבנטית זכאים מרשי לקבלת הקרן והריבית של ההלוואה שניתנה על-ידם לה" ציפורה פרידנברג ו[א]מיר פרידנברג - הלוואה על סך \$240,000 בתוספת ריבית פיגורים שנתית בשיעור 20% ובנוסף לכך פיצויים קבועים מראש בגין הפרת הסכם ההלוואה בסך \$100,000..."

על רקע זה הגישו ליסטר והמעמים בראשית שנת 1998 תביעה כנגד המערערים ועו"ד שטבהולץ, בה ביקשו לקבל לידיהם את המסמכים שהופקדו בידי עו"ד שטבהולץ; לחייב את המערערים בהשבת כספי ההלוואה שניתנו להם בסך 240,000 דולר ארה"ב, בתוספת ריבית פיגורים שנתית של 20% המצטרפת לקרן מידי 12 חודשים מיום 9.11.1994 ופיצויים מוסכמים בסך 100,000 דולר ארה"ב, ובסך הכל 1,831,805 ש"ח; וכן לחייב את המערערים לשפות את ליסטר והמעמים בגין הוצאות שהוצאו על ידם לשם ביצוע הפרויקט בסך 300,000 ש"ח (להלן: התביעה העיקרית). תוך כדי ההליכים נפתח נגד המעמים הליך של כינוס נכסים ופירוק והמשיכה 2, א.ד. אסולין השקעות ופינוסים בע"מ (להלן: אסולין), באה כנעליה. ביני לבני, מכרה סאנסי ביום 5.5.1998 את זכויותיה במגרש לחברת רד סי הייטס בע"מ תמורת 2,270,000 דולר ארה"ב בניכוי הסכום שדרש המינהל בגין עליית שווי המקרקעין. כמו כן התקשרו המערערים ביום 16.12.1998 בהסדר פשרה עם חכם.

במחצית השניה של שנת 1999 הגישה סאנסי תביעה נגד ליסטר והמעמים, בה תבעה פיצוי בסך 1,250,000 ש"ח על נזקים שנגרמו לה, לטענתה, כתוצאה מהפרת הסכמי הבניה (להלן: התביעה הנגדית). בתביעה הנגדית טענה סאנסי כי על פי הסכמי הבניה היא הייתה אמורה לקבל נכסים בשווי של כ-2,835,000 דולר ארה"ב וכן 440,000 דולר ארה"ב במזומן, ומשמכרה את זכויותיה במקרקעין תמורת סך של 2,270,000 דולר ארה"ב בלבד נגרם לה הפסד ישיר של כמיליון דולר ארה"ב. עוד טענה סאנסי כי היא זכאית לקבלת הפיצוי המוסכם על פי ההסכמים בסך של 200,000 דולר ארה"ב; כי כתוצאה מהפרת ההסכמים היא נדרשה להפקיד בידי המינהל ערבות בנקאית בסך של 3,000,000 ש"ח להבטחת מימוש הבניה ועמידה כלוח הזמנים; כי הפסידה את ההכנסות הצפויות מחלקה במלון שהיה עתיד להיבנות על גבי המגרש; כי נגרם לה נזק בגין תשלום מיסים שונים וכי הוציאה הוצאות בגין עבודות שנדרשו בשטח. הדיון בתביעה הנגדית אוחד עם הדיון בתביעה העיקרית.

החלטת הביניים ופסק דינו של בית משפט קמא

5. במסגרת ההליכים המקדמיים בתביעה העיקרית ובתביעה הנגדית ביקשו המשיבים לעיין במסמכים המצויים במעטפות שהופקדו בנאמנות בידי עו"ד שטבהולץ, אשר מצידו סרב למוסרן ללא הסכמת המערערים. בקשתם זו של המשיבים נדחתה ביום 5.9.2000 (כב' הרשמת השופטת ע' סולומון-צ'רניאק) מן הטעם שקבלת המעטפות הינה אחד הסעדים המתבקשים בתביעה העיקרית ועל-כן, חשיפתן תרוקן מתוכן כל דיון בתובענה. עוד נקבע כי קיימת מחלוקת בין הצדדים בשאלה האם החנאים למסירת המסמכים שבנאמנות נתקיימו, וכי זוהי שאלה עובדתית שיש לשמוע לגביה ראיות. ערעור התובעים על החלטה זו נדחה בפסק-דין מיום 31.1.2001 (כב' השופטת ה' גרסל). לאחר סיום שלב ההוכחות חזרו המשיבים וביקשו מבית המשפט, במהלך דיון שהתקיים בפניו ביום 21.6.2007, כי יורה על מסירת העתק של המסמכים המצויים במעטפות לעיון בית המשפט והצדדים, וביום 11.9.2007 נעתר בית המשפט (כב' השופטת נ' אחיטוב) לבקשה וחייב את עו"ד שטבהולץ למסור לבית המשפט ולצדדים "את העתק תוכן המעטפות שברשותו", אשר תוכנן המדויק לא היה ידוע עד לאותה עת (להלן: החלטת הביניים). לאחר מכן הגישו הצדדים את סיכומיהם.

6. בפסק דינו מיום 30.3.2008 קיבל בית המשפט המחוזי את התביעה העיקרית ודחה את התביעה הנגדית. בית המשפט קבע כי סכומי הכסף שהעבירו היזמים לציפורה ואמיר היו הלוואה אישית בציינו כי הצדדים להסכמי ההלוואה הם אנשים פרטיים, ללא אזכור שם החברות. עוד צוין בהקשר זה כי לאמיר שחתם על דף

ההוראות לא הייתה (על-פי עדותו) זכות לחתום בשם סאנסי. כמו כן דחה בית המשפט את טענת אסולין, שבאה כאמור בנעלי המעמים, לפיה כספי ההלוואה הגיעו מכיסה של המעמים, בקובעו כי ההלוואה ניתנה באופן אישי על ידי היזמים. בית המשפט הוסיף וקבע כי נתקיימו בענייננו התנאים שנקבעו בדף ההוראות למסירת מעטפה מספר 2. בהקשר זה קבע בית המשפט כי דף ההוראות נערך על רקע הסיום הצפוי של תקופת הסכם הפיתוח וכי התוצאה המשפטית המתחייבת מסיום תקופתו של הסכם זה היא החובה להשיב את הקרקע למינהל. מכאן, כך קבע, שקיים מפגש מועדים בין ביטול הסכם הפיתוח על ידי המינהל והחזרת המגרש לידיו ואין מדובר בתנאים נפרדים. בית המשפט הוסיף וקבע כי מאחר שהמינהל ביטל את הסכם הפיתוח כבר ביום 12.1.1995, הרי שביום 1.3.1995 ההסכם לא היה בתוקף עוד ועל כן התקיימה החלופה השניה הקבועה בדף ההוראות והיזמים זכאים למימוש הסכם ההלוואה ולביצוע שטר החוב שבמעטפה מספר 2. עם זאת, בית המשפט לא חייב את המערערים בתשלום מלוא סכום הריבית שנקבע בהסכם ההלוואה - דהיינו, ריבית פיגורים בתוספת 20% לשנה - וקבע כי נוכח גרסת ליסטר לפיה ההלוואה ניתנה למשך 14 יום, יש לקרוא את הסכם ההלוואה כקובע תוספת של 20% למשך 14 יום שתחילתם שבעה ימים מיום דרישת הפירעון בלבד. כמו-כן דחה בית המשפט את הבקשה לקבל את מלוא סכום הפיצוי המוסכם שנקבע בהסכם וקבע כי ליסטר זכאי לסכום יחסי בלבד, לפי חלקו האישי בהלוואה, וכן דחה את טענת אסולין כי המעמים היא זו שזכאית להשבת כספי ההלוואה וקבע כי אין למעמים זכות בכספים אלו ששולמו על ידי חכם וליסטר אישית.

בית המשפט הוסיף ודחה את טענת המערערים לפיה המשיבים הפרו את הסכמי הבניה ועל כן אינם זכאים לסעדים מכוח דף ההוראות, בקובעו כי בין הצדדים כלל לא קמה מערכת חוזית מחייבת. לעניין זה קבע בית המשפט כי ההסכמים שצורפו לכתבי הטענות לא היו חתומים "באופן מלא" וחסרו בהם חתימות המעמים וש.ח.ל. עוד צויין כי במכתבו של עו"ד שטבהולץ מיום 17.1.1995 נאמר כי "נראה לי שיש להיפגש ולסיים את העסקה בחתימת כל הגספחים וחלוקת העתקי החוזים לכל אחד מהצדדים המעורבים בעסקה", ואיש מהצדדים לא העיד כי בסופו של דבר נחתמו המסמכים וחולקו לצדדים כאמור. על רקע זה נקבע כי המערערים לא הוכיחו שהתקיימו נסיבות שיש בהן כדי לאיין את זכות היזמים לסעדים מכוח דף ההוראות. עוד קבע בית המשפט כי מן הראיות עולה שלא היזמים היו אלה שבגינם לא הוארך הסכם הפיתוח, וכי כל הצדדים עשו כמיטב יכולתם להשלמת העסקה המתוכננת. מטעמים אלו הוסיף בית המשפט וקבע כי המערערים אינם זכאים לפיצוי בגין הנזקים שנגרמו להם לטענתם כתוצאה מהפרת הסכמי הבניה, ועוד קבע כי המערערים לא הביאו כל ראיה בדבר אותם נזקים וכי העובדה שבסופו של דבר סאנסי מכרה את המגרש לצד שלישי בסכום נמוך

ממה שצפתה אין בה כדי להוות נזק הקשור לעסקה נושא התביעה, כפרט משלא הוכח קשר סיבתי בין מעשי המשיבים לעובדה זו.

המערערים לא השלימו עם תוצאת פסק הדין ומכאן הערעור שבפנינו, בו השיגו הן על החלטת הביניים והן על פסק הדין.

#### ההחלטה המשלימה

7. לאחר שהצדדים הגישו טיעונים בכתב ולאחר שהתקיים דיון בערעור, ניתנה על ידינו ביום 19.1.2010 החלטה בה התקבלה הטענה שהעלו המערערים במישור הדיוני, ולפיה לא ניתנה לבעלי הדין על פי החלטת הביניים אפשרות להביא ראיות ולחקור עדים לגבי המסמכים שבמעטפות ולגבי מנגנון הריבית הכלול בהן. עוד צויין בהחלטתנו כי הצדדים בחרו במנגנון "נפתל ועקלקל" לביטוי הסכמותיהם ולא ברור מהם היתרונות שביקשו להפיק ממנו, אך יהיו אשר יהיו הטעמים לעיצוב המערכת החוזית כפי שעוצבה, התוצאה היא כי בשלב ההוכחות היו הצדדים "בעיוורון חלקי" ולא ניתנה להם אפשרות לחקור עדים ולהביא ראיות בנוגע להסכמי ההלוואה. לפיכך נקבע כי יש להשיב את הדיון לבית המשפט המחוזי על-מנת שיאפשר לצדדים להגיש ראיות ולחקור עדים בעניין זה וכן על מנת שייתן החלטה משלימה, בגדרה יהא רשאי לשנות מפסק-דינו המקורי. לבסוף נקבע בהחלטה מיום 19.1.2010 כי במסגרת ההחלטה המשלימה שתינתן על ידי בית משפט קמא "ניש מקום לבחון גם את השאלה מה היו הנסיבות שבגינן נקבע המנגנון הפתלתל של השמת הסכמי ההלוואה במעטפות והפקדתם כנאמנות בידי עורך דין שטבהולץ, והאם עשויה להיות להן השלכה על עצם החיוב שהושת על המערערים, על שיעור הריבית ועל סכום הפסק" (פסקה 10 להחלטה).

ביום 5.7.2010, לאחר שמיעת הראיות הנוספות, נתן בית המשפט המחוזי את החלטתו המשלימה, בה נקבע כי אין מקום לשנות מפסק-הדין המקורי (להלן: ההחלטה המשלימה). בית המשפט קבע כי אין חולק שהעברת הסכום של 240,000 דולר ארה"ב נעשתה על רקע משא ומתן לגיבוש עסקה על תנאי, בה סוכם כי יועבר למערערים סכום כסף וגורלו ייקבע בהתאם לגורל העסקה כולה: אם תצא העסקה לפועל יופקד הסכום בחשבונה של סאנסי, ואם העסקה לא תצא לפועל יושב הסכום ליזמים. לעניין הבחירה במנגנון המעטפות ציין בית המשפט שליסטר העיד כי "ל[א] הייתה כוונה נסתרת או אחרת במנגנון ההפקדה" וכן כי אמיר אישר בעדותו שלא היה דבר "מסתורי או מיוחד" מבחינתו במנגנון המעטפות. אשר לחבות בהשבת הסכום

ששולם ציין בית המשפט כי אמיר העיד שהוא וציפורה חתמו על הסכם ההלוואה משום שחששו שהסכם הפיתוח לא יוארך, כי עשו כן חרף עצתו של עו"ד שטבהולץ, וכי התנהגות זו אינה מתיישבת עם הטענה לפיה החתימות נועדו לחייב את סאנסי בלבד. עוד קבע בית המשפט שישנן ראיות נוספות שהיו עשויות לבסס את טענת המערערים לעניין החבות אך אלו לא הוצגו בפני בית המשפט. בהקשר זה הודגש כי ציפורה לא העידה כלל לאורך ההליך וכן כי אמיר לא הביא ראיה לטענתו לפיה הכספים שהתקבלו מהיזמים שימשו לתשלום מס רכוש עבור סאנסי או לעניין מעמדו בסאנסי ויכולתו לחייב אותה בחתימתו. עוד נקבע כי העובדה שחכם לא העיד יוצרת גם היא חסר בראיות. בית המשפט הוסיף וציין בהחלטה המשלימה כי המערערים טענו שבשלב דיוני זה לא היה באפשרותם להשיג מסמכים מרואה החשבון שטיפל בענייניה של סאנסי ומן הבנק בו נוהל חשבונה בתקופה הרלבנטית, וקבע כי העובדה שלא שמרו את המסמכים שהיו בידם במועד הגשת התביעה עומדת לחובתם. מטעמים אלו כולם, חזר בית המשפט על מסקנתו לפיה החבות בגין הכספים הינה חבות אישית של ציפורה ואמיר כלפי ליסטר. אשר לתנאי הריבית שבהסכם ההלוואה קבע בית המשפט כי אין לקבל את גרסת אמיר לפיה "לא התעמק" בתנאי הריבית שבהסכם וכי גרסה זו "מעוררת תמיהות קשות בדבר סבירותה". כמו כן דחה בית המשפט את טענת המערערים לפיה שיעור הריבית שפסק נוגד את תקנת הציבור.

#### טענות הצדדים

8. בערעורם העלו כאמור המערערים טענות ביחס להחלטת הביניים, אך נוכח החלטת בית משפט זה מיום 19.1.2010 והחלטתו המשלימה של בית משפט קמא, מוצו טענותיהם של המערערים ביחס אליה ויש להידרש לטענותיהם ביחס לפסק הדין וביחס להחלטה המשלימה לגופם.

המערערים טוענים כי פסק דינו של בית משפט קמא מבוסס כולו על פרשנות שגויה למסמכים שהונחו בפניו. לטענתם, קביעתו של בית המשפט לפיה הסכומים ששילמו היזמים היו בבחינת הלוואה אישית שניתנה להם מתעלמת מהנסיבות שאפפו את כריתת הסכם ההלוואה ומהסכמי הבניה, וכן מן העובדה שבין הצדדים לא התקיים כל קשר עסקי אחר באותה עת. עוד הם טוענים כי שגה בית המשפט בכך שראה בחתימתה של ציפורה על מסמכי ההלוואה ראיה לכך שהלוואה הייתה אישית, שהרי גם על "ההסכם הסימטרי" שנשמר במעטפה מספר 1 חתמה ציפורה, אך אין חולק שלא ניתנה על ידה כל הלוואה ליזמים ושאלו הייתה נמסרת מעטפה מספר 1, התשלום היה מועבר לסאנסי בגין העסקה.

המערערים מוסיפים וטוענים כי בית המשפט שגה בפרשנות של דף ההוראות והתעלם מלשונו הברורה, שהצדדים ייחסו לה חשיבות רבה, ואשר התנתה את מסירת המעטפות בשני תנאים מצטברים - ביטול הסכם הפיתוח ולקיחת הקרקע על ידי המינהל. לטענתם, הקביעה כי ביטול ההסכם ולקיחת המגרש הם תנאי אחד אף עומדת בסתירה ללשון הסכם הפיתוח עם המינהל, ממנו עולה כי משלוח הודעת הביטול הינו רק שלב ראשון בתהליך הכולל התחשבות בין היזם למינהל ואשר רק עם השלמתו רשאי המינהל לקחת לידי את המגרש. עוד הם טוענים כי קביעת בית המשפט לפיה ביטול הסכם הפיתוח על ידי המינהל היה סוף פסוק מתעלמת מהתנהגות הצדדים, שהוסיפו לפעול להשלמת העסקה גם לאחר הודעת הביטול. העובדה כי רק באוגוסט 1995 דרשו היזמים את המעטפות מלמדת, לטענת המערערים, שבזמן אמת לא סברו היזמים כי הודעת הביטול מקיימת את התנאים המצטברים והם מלינים בהקשר זה על התעלמותו של בית המשפט מעדותו של מר מיקי ורדי, מנכ"ל המינהל לשעבר, שציין כי בפועל נטיית המינהל היא להאריך את הסכמי הפיתוח על אף הודעת הביטול. המערערים מוסיפים וטוענים כי שגה בית המשפט בקובעו כי לא נקשרה בין הצדדים מערכת יחסים מחייבת, ולגישתם קביעה זו אינה מתיישבת עם התנהגות הצדדים ממנה עולה כי הם ראו במערכת ההסכמים כמחייבת ופעלו על פיה. לטענת המערערים, למעט הסכם הקומביניציה לא מדובר בהסכמים במקרקעין ולכן אין כלל צורך בכתב ובחתימה כדי להקימם ודי בהוכחה שהצדדים פעלו לפיהם.

כן מעלים המערערים טענות שונות לגבי שיעור הריבית והפיצויים המוסכמים שפסק בית משפט קמא. אשר לריבית הם טוענים, בין היתר, כי הריבית הבנקאית החריגה המצטרפת לקרן מידי 15 יום אותה פסק בית משפט קמא לטובת ליסטר כלל לא נתבקשה בכתב התביעה, בו נדרשה ריבית פיגורים שנתיית של 20% ופיצוי מוסכם בלבד, ועל כן לא הובאו ראיות לעניין גובהה וקצב עלייתה ולמערערים לא ניתנה הזדמנות להתגונן בעניין זה; כי בית המשפט התעלם מכך שהמשיבים העמידו את סכום תביעתם על שני מיליון ש"ח לצרכי אגרה ופסק להם את מלוא הסכום שתבעו; וכי הריבית שנקבעה בהסכם ההלוואה היא ריבית נשך והלכה היא שבית המשפט יתערב בריבית שאינה תואמת את תנאי השוק ויפסוק ריבית בהתאם להוראות חוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961. אשר לפיצויים המוסכמים טוענים המערערים כי היה על בית המשפט להפחית את הסכום שנקבע בהסכם ההלוואה, וכן כי סכום הפיצוי המוסכם היה מיועד לליסטר וחכם יחד ומשחכם ויתר על זכויותיו ליסטר אינו זכאי בשום מקרה ליותר ממחצית הסכום.

9. בסיכומים המשלימים שהוגשו לנו בערעור בעקבות ההחלטה המשלימה של בית משפט קמא טוענים המערערים כי שגה בית המשפט משלא ראה מקום לשנות מתוצאת פסק-דינו בהחלטה המשלימה, אף על-פי שבגדרה תיקן הנחות שגויות שעמדו בבסיס פסק הדין. כך טוענים המערערים כי בפסק הדין הניח בית המשפט שדף ההוראות והסכמי ההלוואה נחתמו ביום 26.10.1994, אך בהחלטה המשלימה קבע כי הם נחתמו ביום 29.12.1994, ועוד הם טוענים שבפסק הדין נקבע כי כספי המקדמה הינם הלוואה אישית לציפורה ואמיר המנותקת ממערכת הסכמי הבניה ואילו בהחלטה המשלימה נקבע כי כספי המקדמה אכן ניתנו על רקע העסקה שהלכה ונרקמה בין הצדדים וכי "בזמן אמת" עמדו שתי אפשרויות לגבי השימוש בהם, האחת שהכסף "ני"ופקד בחשבונה של [סאנסי] כחלק מהשקעתם של [המשיבים] בעסקה, אם זו תצא לפועל. אפשרות אחרת, שהכסף יושב לידי היזמים אם העסקה לא תצא לפועל". המערערים מוסיפים וטוענים כי בית המשפט לא התמודד עם סתירות בעדותו של ליסטר, למשל בנוגע לתאריך חתימת ההסכמים שבמעטפות ובנוגע לשאלה מי יזם את מנגנון המעטפות, אף על פי שבירור נסיבות עריכת מנגנון המעטפות הייתה אחת המטרות שלשמן החזיר בית משפט זה את התיק לבית משפט קמא. המערערים מוסיפים וטוענים כי בית המשפט התעלם מן הקבלות שהוציאה סאנסי בגין הכספים ששילמו היזמים, והם מלינים על כך שבית המשפט זקף לחובתם את אי העדתם של ציפורה וחכם, אף שאמיר העיד על מצבה הרפואי הקשה של ציפורה ועל כך שכל המאמצים לאתר את חכם כשלו. עוד טוענים המערערים כי בית משפט קמא התעלם מכך שתוכנה של מעטפה מספר 3 נותר עלום, והדבר אינו מאפשר את ראיית התמונה בכללותה ומחייב ביטול של מנגנון המעטפות כולו, והם חוזרים על טענותיהם בנוגע לשיעור הריבית שנפסק. לבסוף מלינים המערערים על דחיית התביעה הנגדית, שלטענתם נובעת מקביעתו השגויה של בית משפט קמא לפיה הסכמי הבניה אינם מחייבים. המערערים טוענים כי התחייבויותיהם של היזמים על פי הסכמי הבניה לא הותנו בדבר, ומשלא החלו היזמים בעבודות הבניה ולא פעלו מול הרשויות לצורך הארכת הסכם הפיתוח, בניגוד להתחייבויות אלו, היה על בית המשפט לקבל את התביעה שכנגד. עוד טוענים המערערים כי קביעתו של בית משפט קמא לפיה לא הוכיחו את נזקייהם מתעלמת מעדותו של אמיר בהקשר זה ולטענתם, אמיר לא נחקר בסוגיה זו ועדותו לא נסתרה.

10. המשיבים מצידם סומכים ידיהם על פסק דינו של בית משפט קמא כמו גם על קביעותיו בהחלטה המשלימה. ליסטר ואסולין הגישו עיקרי טיעון נפרדים, אך מאחר וטענותיהם דומות בעיקרן הן יוצגו להלן יחדיו.

המשיבים טוענים כי פסק הדין כולל קביעות עובדתיות המעוגנות בראיות ובעדויות ואין מקום להתערבותה של ערכאת הערעור בהן. המשיבים מוסיפים וטוענים כי בית משפט קמא הסתמך על קשת רחבה של ראיות בקובעו כי ההלוואה הייתה אישית, ועוד הם טוענים כי אמיר כתב את דף ההוראות בכתב-ידו וידע היטב מה היה תוכן המעטפות וכי אילו ההלוואה ניתנה לסאנסי לא היה צריך כלל לחתום על המסמך, שהרי לפי עדותו, לא היה לו כל תפקיד בחברה או זכות חתימה בה בתקופה הרלבנטית. המשיבים מוסיפים וטוענים כי אין מקום להתערב בקביעותיו של בית משפט קמא לפיהן הסכמי הבניה לא התגבשו לעסקאות מחייבות בהיעדר גמירות דעת ומסוימות וכי היוזמים לא הפרו אותם. עוד טוענים המשיבים כי מכל מקום המערערים לא הציגו ראיות לטענות שהעלו בדבר הוצאות ואובדן רווח או בדבר הפרת החוזה על ידי היוזמים.

אשר לסכום הריבית שנפסק טוענים המשיבים כי בית משפט קמא כבר הפחית את הריבית בקובעו כי התוספת של 20% לא תחול אלא ב-14 הימים הראשונים, וכי הריבית עליה הורה בית המשפט שונה מהריבית הבנקאית הנהוגה בחשבונות חח"ד רק באופן הצבירה ולפיכך אין מקום לטענה כי מדובר בריבית נשך. עוד הם טוענים כי הריבית מיום התביעה ואילך אינה מושא לאגרה וסכום התביעה כולל בתוכו את הסכום שנפסק בסוף ההליך, וכי בעת הגשת התביעה, בה נתבעה ריבית של 20% בלבד, לא היו בפניהם מסמכי ההלוואה ועל כן התבקש בית המשפט בכתב התביעה לשנות את חישוב הסכום בהתאם למסמכים שייחשפו. לעניין סכום הפיצוי טוענים המשיבים כי בית משפט קמא הפחית את סכום הפיצוי המוסכם והתאים אותו לחלקו של ליסטר בסכום ההלוואה ומדובר בהחלטה סבירה שאין בה פגם, וכן כי אין מקום להפחית את סכום הפיצוי המוסכם למחצית עקב ויתורו של חכם על זכויותיו שעה שהחבות מכוח ההסכם הינה כלפי חכם וליסטר ביחד ולחוד.

11. בסיכומים המשלימים שהגישו המשיבים בערעור בעקבות ההחלטה המשלימה של בית משפט קמא, הם טוענים כי ההחלטה המשלימה, כמו פסק-הדין, מבוססת על קביעות שבעובדה אשר ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בהן. לגישתם, טענת המערערים לפיה ההתחייבות להשיב את כספי ההלוואה הייתה של סאנסי, נותרה ריקה מתוכן נוכח העובדה שציפורה כלל לא העידה ואילו אמיר העיד שקרא והבין כי הוא חותם אישית על המסמך, למרות התנגדות עורך-דינו וכי לא היה נתון ללחץ כספי בעת החתימה. עוד טוענים המשיבים כי המערערים לא העלו כל טענה או הסבר חדש בדבר מתווה העסקה שיכול להשפיע על עצם החיוב או על גובהו, והם מוסיפים ומציינים כי

איי-העדתם של ציפורה, חכם ועו"ד שטבהולץ אכן ראוי לה שתיזקף לחובת המערערים. לבסוף שבים המשיבים וטוענים כי אין מקום להתערב בסכומי הריבית שנפסקו.

דיון

12. סאנסי באמצעות ציפורה ואמיר גיהלו משא ומתן עם היזמים במטרה להוציא לפועל פרוייקט לבניית מלון באילת על קרקע שלגביה קיבלה סאנסי זכויות חכירה מן המינהל בכפוף להסכם פיתוח. עוד טרם שמשא ומתן זה הבשיל לכדי הסכם מחייב העבירו היזמים ביום 26.10.1994 לציפורה ואמיר סך של 240,000 דולר ארה"ב, ועל כך אין חולק. אולם הצדדים חלוקים בשאלה מה הייתה מהותה של העברת כספים זו. האם כגרסת המשיבים הייתה זו הלוואה אישית שניתנה עקב דרישה שהציבו ציפורה ואמיר כתנאי להמשך המשא ומתן וכביטוי לרצינותם של היזמים, או שהייתה זו כגרסת המערערים מקדמה על חשבון תמורת העסקה בין סאנסי ליזמים שעמדה על סך של 440,000 דולר ארה"ב, אותה הייתה סאנסי אמורה לקבל בנוסף ל-30% מהזכויות במלון שייבנה על המגרש. כמו כן חלוקים הצדדים ביחס למשמעותם של האירועים שהתרחשו לאתר המשא ומתן והעברת הסכום האמור לידי ציפורה ואמיר. בין היתר קיימת ביניהם בהקשר זה מחלוקת בשאלה האם איזה מהסכמי הלוואה שעליהם חתמו הצדדים נכנס לתוקף בהתאם לדף ההוראות; מיהם הצדדים להסכמי הלוואה; והאם נחתמו בין הצדדים הסכמי בניה מחייבים.

13. הקושי לעמוד על מהותה של העברת הכספים הנזכרת מאת היזמים לציפורה ואמיר נובע מכך שהצדדים לא נתנו "בזמן אמת" ביטוי בכתב להעברה זו ולא ערכו מסמך המגדיר את מהותה. במקום זאת בחרו הצדדים מסיבות השמורות עימם לייסד לאחר מעשה מנגנון פתלתל אותו פירטו בדף ההוראות ובמעטפות הסגורות שהופקדו בידיו של עו"ד שטבהולץ ואשר טיבו וטעמו לא הובררו גם לאחר שניתנה לצדדים בעקבות החלטתנו מיום 19.1.2010 הזדמנות להציג ראיות בעניין זה ולשפוך אור על הנסיבות והכוונות שעמדו ביסוד הדברים. תהא אשר תהא הסיבה אשר בגינה נקטו הצדדים במנגנון המעטפות, אני סבורה כי קשה לקבל את מסקנתו של בית משפט קמא, עליה חזר גם בהחלטה המשלימה, ולפיה תשלום הסכום של 240,000 דולר ארה"ב היה הלוואה אישית של היזמים לציפורה ואמיר. הנימוק המרכזי שעליו ביסס בית משפט קמא את קביעתו זו היה חתימתם של ציפורה ואמיר על הסכמי הלוואה שבמעטפות כאנשים פרטיים, בלא שהוזכרו בהם שמות החברות ובלא שצויין כי הם חותמים בשם החברה. אולם, ראוי לציין כי ליסטר עצמו הגם שגרס בעדותו כי הסך של 240,000 דולר ארה"ב נמסר לציפורה ואמיר כהלוואה אישית, הודה בקשר שהתקיים בין העברתו

של סכום זה לעסקת הקומבינציה שנרקמה בין הצדדים. מסקנה זו עולה בבירור מדברים שאמר ליסטר בחקירתו הנגדית:

"ש. ה-140,000 דולר זה קשור לעסקה או לא?  
 ת. זה היה תנאי מקדמי למו"מ לקיום העסקה [...]  
 ש. זה קשור לעסקה?"

ת. מובן שזה קשור. ההלוואה הזו היא תנאי מקדמי למו"מ לקיום העסקה, שהייתה אמורה להיות כחלק מהתשלום לאחר קבלת הארכה של הסכם הפיתוח. אנו היינו אמורים לתת עוד 200,000 דולר לאחר הסכם הפיתוח, במידה והיה מתקיים התנאי המקדמי של הארכת הסכם הפיתוח. בלי כל זה כל העסקה מאויינת" (עמ' 19 לפרוטוקול מיום 28.11.2006) [ההדגשה הוספה]

הנה כי כן, ליסטר לא טען שאילו היו מתקיימים התנאים למסירתה של מעטפה מספר 1, היו היזמים משלמים את הסכום הנוסף של 200,000 דולר ארה"ב לציפורה ואמיר באופן אישי ומדבריו עולה כי במקרה כזה הכספים היו מועברים לסאנסי לצרכי העסקה (ראו גם עמ' 16-17 לפרוטוקול מיום 18.3.2010). זאת אף על פי שציפורה ואמיר הם החתומים על הסכם ההלוואה שבמעטפה מספר 1 כמלווים. עוד יש להדגיש שליסטר הודה כי לא קיבל כל הלוואה בסך 200,000 דולר ארה"ב מאמיר וציפורה (עמ' 15 לפרוטוקול מיום 18.3.2010), ואף העיד כי "ההסכמות היו כאלה שכאשר חוזה הפיתוח יוארך, אנו היינו אמורים להביא עוד 200,000 אלף דולר. אי לכך, חתמנו גם הסכם הלוואה הפוך, במידה ולא נביא עד תאריך שתוצג הארכת חוזה הפיתוח, יכנסו אותם תנאים כנגדנו ואותה ריבית" (שם). מאחר שמדובר בשני הסכמים סימטריים שנערכו ונחתמו יחד ובאותן נסיבות, דומה כי ניתן לקבוע שכפי שהסכם שבמעטפה מספר 1 נועד להיות מנגנון לאכיפת התשלום מצד היזמים במקרה שהעסקה תצא אל הפועל, כך ההסכם שבמעטפה מספר 2 נועד להיות מנגנון לאכיפת ההשבה מצד המערערים במקרה שהעסקה לא תצא אל הפועל. על רקע זה לא ניתן לקבל את גרסת המשיבים לפיה ההסכם שבמעטפה מספר 1 אינו הסכם הלוואה כלל אך לעומת זאת ההסכם במעטפה מספר 2 מהווה הסכם הלוואה אישית לציפורה ואמיר. עוד יצויין כי קשה להתעלם מכך שדף ההוראות והסכמי הלוואה נחתמו בד בבד עם חתימה על חלק מן המסמכים הנוגעים להסכמי הבניה, וכן מכך שהתנאים המתלים שבדף ההוראות - הקובעים איזה מהסכמי הלוואה ייכנס לתוקף - קשורים קשר בל יינתק לאפשרות הביצוע של הסכמי הבניה.

לכל האמור יש להוסיף כי בפעם הראשונה שבה פנה בא-כוחם של ליסטר והמעמיס ביום 9.8.1995 אל עו"ד שטבהולץ בכתב בעניין השבת הכספים, הוא לא

הזכיר במאומה את דף ההוראות ואת מנגנון המעטפות אלא טען כי "על חשבון העיסקה שבנדון שולמו למרשיך... סכומי כסף שאמורים היו להישמר בידיהם בנאמנות עד למועד בו יהיו זכאים להם על פי תנאי העיסקה." גם במכתבו של בא-כוחם של ליסטר והמעמיס מיום 15.11.1995, בו דרש לקבל לידי את המסמכים שהופקדו בידי עו"ד שטבהולץ, ציין כי המערערים "לא השיבו למרשי את הכספים שקיבלו לצורך ביצוע העיסקה", ובמכתבו מיום 10.1.1996 דובר על "מעטפה ובה מסמכים הנוגעים למקדמה ששולמה על חשבון רכישת מגרש 905 באילת". באופן דומה נאמר במכתב ששלח לציפורה באותו יום "מרשי הפקידו בידיך סכום השווה ל-\$240,000... על חשבון העיסקה שבנדון והתחייבתם להשיב למרשי את הסך הנ"ל אם העסקה לא תצא אל הפועל" [ההדגשות הוספו]. נראה, אפוא, כי הגרסה לפיה מדובר בהלוואה אישית לציפורה ואמיר נטענה לראשונה על ידי ליסטר והמעמיס רק במכתבו של בא-כוחם מיום 11.7.1996, לאחר שהמערערים הודיעו להם על הארכת הסכם הפיתוח עם המינהל.

מן המפורט לעיל עולה כי יש לקבל את טענת המערערים לפיה תשלום הסך של 240,000 דולר ארה"ב השתלם לידי ציפורה ואמיר כמקדמה על חשבון תמורת העסקה בין סאנסי ליזמים ועל כן יש להוסיף ולבחון את "הסכמי ההלוואה" ואת "דף ההוראות", בו נקבע איזה מהסכמי "ההלוואה" שהפקידו הצדדים בידי של עו"ד שטבהולץ, אם בכלל, יכנס לחוקפו ובאילו תנאים.

#### פרשנות דף ההוראות

14. בית משפט קמא קבע כי בענייננו התקיימו התנאים הקבועים בסעיף 2 לדף ההוראות ולפיהם היה על עו"ד שטבהולץ למסור ליזמים את מעטפה מספר 2 אשר הופקדה בידי. מסקנה זו ביסס בית משפט קמא על העובדה שעד לתאריך אשר נקבע בדף ההוראות, הוא יום 1.3.1995 (להלן: המועד הקובע), לא הוארך הסכם הפיתוח בין סאנסי למינהל. בית המשפט דחה בהקשר זה את טענת המערערים לפיה לצורך התקיימותו של התנאי שבסעיף 2 לדף ההוראות היה על המינהל לדרוש את מסירת המגרש הרלבנטי לידי, ובלשונו של בית משפט קמא:

"דף ההוראות נוסח ונחתם על ידי הצדדים - ללא מעורבות עורכי דין - על רקע הסיום הצפוי של תקופת הסכם הפיתוח בין סאנסי והמינהל, זאת וזאת כלבד. שאלת השבת המגרש למינהל מעולם לא נדונה על-ידי הצדדים כסוגיה בפני עצמה. לפיכך - יש לראות אותה כנכללת רק כפועל יוצא של שאלת תוקפו של הסכם הפיתוח... תוצאת

הדברים היא כי - קיימת זהות מוחלטת בין ביטול הסכם הפיתוח והחזרת המגרש לידי המינהל, ואין מדובר בשני תנאים נפרדים ומצטברים. [ההדגשות במקור] (פסקה 19 לפסק-הדין).

הלכה היא ועמד עליה בית משפט קמא, כי על בית המשפט להתחקות ככל הניתן אחר אומד דעתם הסובייקטיבי של הצדדים הנלמד מלשון החוזה ומהנסיבות החיצוניות האופפות אותו וכי רק מקום שאין אפשרות להתחקות אחר אומד דעתם הסובייקטיבי המשותף של הצדדים, כאמור, כי אז על בית המשפט לפרש את החוזה לפי אמות מידה אובייקטיביות שהן "המטרות, האינטרסים, והתכליות שחוזה מהסוג או מהטיפוס של החוזה שנכרת נועד להגשים" (ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265, 311-313 (1995) (להלן: עניין אפרופים); ראו גם: דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2) 1, 27-30, 42-56 (2006); ע"א 8239/06 אברון נ' פלדה, פסקה 2 לפסק דיני (לא פורסם, 21.12.2008)).

לגישתי לשונו של דף ההוראות והנסיבות האופפות את עריכתו מובילים למסקנה שונה מזו שאליה הגיע בית משפט קמא.

15. על פי דף ההוראות, הונחה עו"ד שטבהולץ למסור את מעטפה מספר 2 ליוזמים אם עד ליום 1.3.1995 המינהל "יבטל את הסכם הפיתוח בינו לבין סאנסי מפעלי תיירות בע"מ וייקח חזרה את המגרש". נדמה כי על פי פשט לשונו של דף ההוראות סיום ההתקשרות עם המינהל מורכב משני שלבים מובחנים - ביטול ההסכם ונטילת המגרש, וניתן להניח שאילו סברו הצדדים כי ההתקשרות ביניהם תסתיים מייד עם ביטול ההסכם לא היו טורחים לציין במפורש ובמובחן את נטילת המגרש. מכל מקום ואף אם תאמר כי לשונו של דף ההוראות אינה חד משמעית, נתמכת פרשנות זו בנסיבות כריתתו של דף ההוראות. כפי שציין בית משפט קמא, על פי הוראת סעיף 13(א) להסכם הפיתוח חייב החוכר לפנות את המגרש ולהחזירו למינהל מיד עם ביטולו של ההסכם. בענייננו דף ההוראות וחלק מן המסמכים הנוגעים להסכמי הבניה נחתמו כולם ביום 29.12.1994, דהיינו - כיומיים בלבד לפני סיומו הצפוי של הסכם הפיתוח (ביום 31.12.1994). נראה כי לו סברו הצדדים שמיד עם תום תוקפו של הסכם הפיתוח - אשר עם סיומו צפוי היה המינהל להודיע על ביטול ההסכם - נדרשת סאנסי להשיב את הקרקע למינהל, לא היה כל היגיון להתקשרות בעסקה במועד זה. עריכת דף ההוראות יומיים בלבד לפני תום תוקפו של הסכם הפיתוח מלמדת אפוא כי תום תוקפו, וביטולו הצפוי בעקבות כך, לא נתפס בעיני הצדדים כמכשול לקיום העסקה והם צפו שתהיה

להם אפשרות לפעול להארכת הסכם הפיתוח, בין השאר באמצעות השגת היתרים והתחלה של פעולות בניה בקרקע. הנחה זו נתמכת בעדותו של מר ורדי, ששימש כמנכ"ל המינהל בשנים 1992-1994, לפיה קיים פער בין התנאי הקבוע בהסכם הפיתוח, הקובע כי יש להשיב את הקרקע למינהל מיד עם ביטול ההסכם, ובין הפרקטיקה לפיה נוהגים להאריך את הסכמי הפיתוח ולהותיר את הקרקע בידי היוזם גם לאחר שליחת מכתב הביטול:

"ת. יש תורה בכתב, אלה נהלי מינהל מקרקעי ישראל ויש תורה בע"פ... למיטב זכרוני מעטים מאוד המקרים שאם אדם בא וחוזר הפיתוח שלו הסתיים, הוא מקבל מכתב, והוא בא ומספר יש לי כבר היתר ביד, עשיתי גיזור וכו' אם משהו טביר מאריכים [...]

ש. אבל האם בפועל לא בעוד יום או בעוד שבוע, באותו יום שמקבלים את המכתב צריך להחזיר?

ת. עפ"י ההסכם צריך להחזיר, אבל בפועל אף אחד עוד לא החזיר באותו יום למינהל את המגרש...

ש. מפנה לנספח ד' לתצהיר [ליסטר], להודעה של המינהל שהעסקה בטלה ומבוטלת. תסכים איתי שבאותו יום שמקבלים את המכתב הזה צריכים להחזיר את המגרש כשהוא נקי מכל אדם וחפץ, נכון?

ת. עפ"י ההסכם זה נכון, בפועל אם מקבלים את המכתב צריך באותו יום לרוץ ולבקש בקשה לארכה, זה נוהל שבשגרה שמבקשים בקשות לארכה...

ש. אתה איש מינהל והמכתב הזה יצא ב-12.1.95 מתחתך עובד פקיד תביעות והוא שואל אם משפטית על פי הנוהלים הוא אמור לקבל את המגרש בחזרה, מה אתה אומר לו?

ת. לא. ברוב המקרים מפקח יוצא לשטח ורואה כל מיני מיני מגרשים ונותן דיווח ואז יוצאים מכתבים סטנדרטיים. אנשים מקבלים את זה והולכים למינהל מקרקעי ישראל ואומרים זה לא נכון שלא התחלנו בנייה וכו'.

ש. האם ב-12.1.95 סאנסי צריכה להחזיר את המגרש?

ת. לא אם יש להם נימוק לא להחזיר את המגרש.

ש. בהנחה שמה שכתוב פה הוא נכון, אין שיקולים לקולא, אין טעות

ת. מקבל

ש. הנחה שניה הסכם הפיתוח הוא סטנדרט וכולל את אותן הוראות שהראיתי לך במסמך שלפניך ואני אומר לך שהתוצאה היא שב-12.1.95 צריך להחזיר את המגרש כשהוא נקי מכל אדם וחפץ. נכון?

ת. עפ"י הסכם הפיתוח שבודאי שנחתם התשובה היא כן. עפ"י הנוהל הרגיל שכל מינהל מקרקעי ישראל עובדים - לא"

(עמ' 65-67 לפרוטוקול מיום 14.6.2007) [ההדגשות הוספו].

על אותה הפרקטיקה העיד גם מר נחום, שהיה מנכ"ל עיריית אילת בתקופה הרלבנטית:

"ש. כנתון אני אומר לך שב-12.1.95 המינהל מבטל את הסכם הפיתוח. מה אמורה הוועדה [המקומית] לעשות עם היתר בנייה שתלוי ועומד? להוציא אותו?  
 ת. כמובן שלא. זה לא בדיוק שחור ולבן. אצלנו בארץ הסכמי פיתוח מוארכים על ידי המינהל בדרך כלל. אם אין סיבה יוצאת דופן אז ההסכמים מוארכים, בעיקר אם אדם נמצא בהליכים מתקדמים להוצאת היתר בנייה אף אחד לא יגיד להם שנגמר הסיפור" (עמ' 27 לפרוטוקול מיום 28.11.2006) [ההדגשות הוספו].

16. מן העדויות שצוטטו עולה בבירור כי בפרקטיקה נהג המינהל להאריך את הסכמי הפיתוח גם לאחר ביטולם על ידו. מציאות זו, שהיזמים בודאי היו מודעים לה, משליכה במישרין על הפרשנות שיש ליתן לדף ההוראות ולפיה כיוונו הם בהתייחסם להשבת הקרקע למינהל לסיום סופי ונחרץ של ההתקשרות כאקט עצמאי ונפרד שאינו קשור בהכרח לביטול הסכם הפיתוח על ידי המינהל עם תום תקופת הפיתוח הנקובה בו. מטעם זה אף טרחו הצדדים לציין בדף ההוראות הן את ביטול ההסכם והן את השבת הקרקע, ולא הסתפקו בציון הביטול בלבד. מסקנה זו מתחזקת נוכח העובדה שגם לאחר שהמינהל הודיע ביום 12.1.1995 על ביטול הסכם הפיתוח, הוסיפו היזמים לפעול לקידום העסקה ובין היתר השתתפו ליסטר ואדריכל מטעמו בפגישה שנערכה בסוף פברואר 1995 במשרדי מהנדסת העיר אילת בנוגע להוצאת היתרי בניה במגרש (ראו סיכום הפגישה שצורף כנספח ב' לתצהיר עדות ראשית של אמיר וכנספת ה' לתצהיר עדות ראשית של ליסטר). בנסיבות אלו ובניגוד לעמדתו של בית משפט קמא ניתן לקבוע שהצדדים ראו את ביטול ההסכם על ידי המינהל ואת השבת המגרש ליהיו כשתי התרחשויות נפרדות, שרק התקיימן במצטבר סותם את הגולל על העסקה.

ודוקו: פרשנותו זו של דף ההוראות אין בה כדי להשליך על פרשנותם של הסכמי פיתוח ועל תוקף הודעת הביטול הניתנת מכוחם, ככל שמדובר ביחסים שבין המינהל לחוכר הפוטנציאלי. אלא שההתחקות אחר אומד דעת הצדדים במקרה דנן בניסיון לפרש את דף ההוראות ואת ההסכמים במעטפות, מתייחסת למערכת היחסים שבין המערערים ליזמים ובבואנו לקבוע מה היה אומד דעתם בעת עריכת דף ההוראות עלינו להתחשב לא רק בהוראות הסכם הפיתוח אלא גם בהערכת סיכויי העסקה על ידי הצדדים, בהינתן הפרקטיקה הנוהגת בפועל לעניין הארכת הסכמי פיתוח עם המינהל, אותה הכירו.

17. אין חולק כי במועד הקובע הנקוב בדף ההוראות (1.3.1995) כבר בוטל הסכם הפיתוח, אך המגרש לא נלקח והמאמצים להביא להארכת הסכם הפיתוח נמשכו. לכן, ובניגוד לקביעתו של בית משפט קמא, לא התקיימו במועד הקובע התנאים המצטברים

למסירת אף אחת מן המעטפות: התנאים למסירת מעטפה מספר 1 לא התקיימו משום שהסכם הפיתוח בוטל, והתנאים המצטברים למסירת מעטפה מספר 2 לא התקיימו משום שהמגרש לא נלקח. למעשה התקיים מצב ביניים בו ניתן היה להמשיך ולפעול להארכת הסכם הפיתוח. מצב ביניים זה לא הוסדר בדף ההוראות, וניתן להניח שהטעם לכך נעוץ בהנחתם של הצדדים כי עד למועד הקובע תתבהר התמונה באשר לגורל הקרקע ובאשר לגורל העסקה כולה, והאפשרות שהסכם הפיתוח יוארך רק כשנה וחצי לאחר סיום תוקפו - כפי שאכן קרה בפועל - לא הובאה בחשבון על ידם. בענין זה קיים, אפוא, חסר בדף ההוראות. אכן, לא כל סוגיה שאינה מוסדרת בחוזה מעידה על חסר הקיים בו: "חסר קיים רק מתוך בחינת החוזה עצמו, על רקע תכליתו שלו. חסר קיים כאשר החוזה אינו שלם על רקע התכלית (הסובייקטיבית והאובייקטיבית) המונחת ביסודו" (אהרון ברק פרשנות במשפט כרך רביעי - פרשנות החוזה 149 (2001) (להלן: ברק, פרשנות)). ובמילים אחרות, אל המסקנה כי קיים חסר יכול בית המשפט להגיע רק לאחר שהוא מפרש את החוזה על פי תכליתו ונוכח לדעת כי אין בו תשובה לשאלה הדורשת הכרעה. במצב דברים כזה רשאי בית המשפט להשלים את החסר (ראו ע"א 554/83 "אתא" חברה לטכסטיל בע"מ נ' עיזבון המנוח זולוטולוב יצחק ז"ל, פ"ד מא(1) 282, 303 (1987); עניין אפרופים, 324; דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א' 270 (1992) (להלן: פרידמן וכהן)). תכליתו של דף ההוראות בענייננו הייתה, כך נראה, להסדיר את השבתם של הכספים שהעבירו היוזמים לידי ציפורה ואמיר במהלך המשא ומתן שהתקיים ביניהם היה והעסקה לא תצא אל הפועל וכן להסדיר את תשלום יתרת התמורה בגין המגרש אם העסקה תושלם לבסוף. על רקע תכלית זו שעיקרה - סיום ההתחשכנות בין הצדדים בהתאם להתפתחויות בשטח מתוך הנחה שעד למועד הקובע תהא בידם תשובה לשאלה מה יעלה בגורלם של המגרש ושל הפרויקט כולו - נראה שאי הסדרת אופן השבת הסכום ששילמו היוזמים במצב הביניים בו בוטל הסכם הפיתוח אך המגרש לא נלקח, אכן מהווה חסר הטעון השלמה.

18. חסר (לאקונה) המתגלה בהסכם יש למלא על פי הנוהג (סעיף 26 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים (חלק כללי)), על ידי הוראות דיספוזיטיביות שבדברי חקיקה (ע"א 719/89 מחצבות חיפה בע"מ נ' חנ-רון בע"מ, פ"ד מו(3) 305, 312 (1992); ע"א 2038/03 שפירו נ' FEIN & CO. LTD, פסקה 8 (לא פורסם, 6.7.2005)) וכן על פי עקרון תום הלב, המשמיע לנו כי -

יש להשלים את החוזה באופן המגשים את תכליתו (הסובייקטיבית והאובייקטיבית) של החוזה. יש לפתוח תחילה בניסיון להשלים את החוזה על-פי התכלית הסובייקטיבית המשותפת של הצדדים ("אומד דעתם של

הצדדים")... אם ניסיון זה נכשל - שכן התכלית הסובייקטיבית המשותפת ("אומד דעתם") של הצדדים אינה ידועה, או שהיא אינה רלוואנטית לבעיה הטעונה הכרעה - יש להשלים את החוזה על-פי התכלית האובייקטיבית של החוזה... בשני המקרים יש לנהוג על-פי קנה מידה של צדדים הוגנים לחוזה. תום הלב לא נועד לשנות מההסדר החוזי. הוא לא בא לכרות חוזה חדש לצדדים. מטרתו היא להשלים את שהצדדים החסירו. הוא ממשיך, לשם כך, את קווי הפעולה שהצדדים קבעו, על-פי הגיונם הפנימי שלהם. בית המשפט משתמש לשם כך באמות המידה ובהנחות היסוד שהצדדים עצמם קבעו. הוא מבקש לקיים את האיזון החוזי שהצדדים קבעו ביניהם" (עניין אפרופים, 326) [ההדגשה הוספה] (כן ראו: גבריאלה שלו דיני חוזים - החלק הכללי (לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי) 442-443 (2005)).

במקרה דנן ניתן לומר, לכאורה, כי משהסכימו הצדדים שבמצב של כישלון הפרויקט - בטלות ההסכם ונטילת המגרש על ידי המינהל - יוחלו תנאי ההלוואה שהושמה במעטפה מספר 2, ראוי להחיל הסדר זהה במצב דברים שבו הפרויקט נכשל לבסוף, גם אם בנסיבות אחרות, וכי תוצאה זו היא התואמת על פי הגיונם של דברים את כוונת הצדדים. אולם, נראה לי כי במקרה דנן קיימים טעמים המצדיקים שלא להשלים את דף ההוראות באופן זה. ראשית, בית משפט קמא לא נחשף לתוכנה של המעטפה השלישית אליה התייחס דף ההוראות ואשר הייתה צריכה להימסר "לאחר קבלת אישור בכתב מד"ר אמיר פרידנברג למסירה", ו"באותו מעמד מעטפה 2 גם תימסר לד"ר אמיר פרידנברג". עו"ד שטבהולץ העיד לעניין זה כי מצויות בידיו שתי מעטפות בלבד "ומעטפה שלישית אני לא יודע אם נמסרה או לא" (עמ' 36 לפרוטוקול מיום 28.11.2006). אמיר וליסטר העידו שניהם כי אינם זוכרים מהו תוכנה של מעטפה מספר 3 (עמ' 89 לפרוטוקול מיום 21.6.2007; עמ' 14 לפרוטוקול מיום 18.3.2010) ואף לא הסבירו מהן הנסיבות שבהן הייתה צריכה להימסר. לפיכך, ואף שמן התנאים שנקבעו בדף ההוראות עולה לכאורה כי בתוכנה של מעטפה מספר 3 היה כדי להשליך על תוקף חיובי הצדדים על פי ההסכם שבמעטפה מספר 2, לא נשמעה בבית המשפט כל עדות בהקשר זה ולא נפרשה בפניו התמונה המלאה באשר להסכמות הצדדים. במצב זה בית המשפט אינו יכול להמשיך "את קווי הפעולה שהצדדים קבעו...[ו]לקיים את האיזון החוזי שהצדדים קבעו ביניהם" (עניין אפרופים, 326), שכן הנתונים הצריכים לכך לא הוצגו בפניו במלואם על ידי הצדדים.

שנית, בהחלטה מיום 19.1.2010 עמד בית משפט זה על כך שמנגנון המעטפות אותו יצרו הצדדים היה בעל אופי "פתלתל". הטעם לכך שהצדדים נקטו במנגנון בלתי שגרתי זה לא הוברר בבית משפט קמא, אף לא בהחלטה המשלימה, והוא הסתפק

בהקשר זה בדבריהם של ליסטר ושל אמיר אשר העידו כי לא הייתה כוונה נסתרת או "משהו מסתורי" במנגנון המעטפות. דומה כי קשה שלא להעלות תמיהה בהקשר זה ובעיני העובדה שלא היה בידי הצדדים לספק טעם רציונלי כלשהו לבחירה באותו מנגנון, מאיר אותו באור שלילי ביותר. הדברים מקבלים משנה תוקף נוכח העובדה שליסטר עצמו הודה כי למרות האמור בהסכם ההלוואה שבמעטפה מספר 1 הוא לא קיבל כל הלוואה בסך 200,000 דולר ארה"ב מאמיר וציפורה. יתרה מכך, הימנעותם של שני הצדדים כאחד ליתן הסבר כלשהו בדבר תוכנה של מעטפה מספר 3 ובדבר הנסיבות שבהן היא אמורה הייתה להימסר, מעלה אף היא חשד שתוכנה של מעטפה זו בדומה לתוכנה של מעטפה מספר 1, כלל קונסטרוקציה פיקטיבית כלשהי מטעמים השמורים עם הצדדים. בנסיבות אלו, אני סבורה כי אין מקום להשלים את ההסכם שנכרת בין הצדדים בהתאם להסכמות שלא הובהרו עד תומן. גישה זו עולה בקנה אחד עם עקרון תום הלב המורה אותנו כי ישנם מקרים, עמם נמנה לדעתי המקרה דנן, שבהם "[ע]ל פי עקרון תום הלב עצמו, מן הראוי הוא שהחסר יעמוד בעינו" (בדק, פרשנות, 189).

הפועל היוצא מן האמור לעיל הוא כי אין להחיל בדרך של השלמת החסר בדף התוראות את הסכמי ההלוואה אשר במעטפות - לרבות תנאי הריבית והפיצוי המוסכם שנקבעו בהם - על מצב הדברים שנוצר בפועל במקרה דנן ולפיו לא הושב המגרש אף שהסכם הפיתוח בוטל (והוארך לבסוף כמפורט לעיל). נוכח קביעה זו עולה השאלה מה ייעשה בסכום של 240,000 דולר ארה"ב אשר אין חולק כי היזמים העבירו לציפורה ולאמיר.

#### חובת ההשבה

19. כפי שכבר צויין הועבר הסך של 240,000 דולר ארה"ב מאת היזמים לציפורה ואמיר בקשר עם עסקת הקומבינציה וכמקדמה על חשבון העסקה למכירת המגרש שאת הזכויות לחכירתו החזיקה סאנסי. לצורך הוצאתה של עסקת הקומבינציה אל הפועל אף ניסחו הצדדים את הסכמי הבניה.

ביח משפט קמא קבע כי הסכמי הבניה לא התגבשו לכדי מערכת חוזית מחייבת משום שלא נחתמו על ידי כל הנוגעים בדבר ובהיעדר גמירות דעת ומסוימות. ספק בעיני אם העדר חתימה של חלק מן הצדדים על הסכמי הבניה מוביל בהכרח אל המסקנה שהסכמי הבניה לא נתגבשו לכלל הסכמה מחייבת. כבר נפסק בעניין זה כי היעדרה של חתימה אינו מעיד בהכרח על כוונת הצדדים שלא להתחייב בחוזה, וכי

ניתן להתגבר על החסר שבהעדר חתימה, שהוא חסר ראייתי באופיו, תוך בחינת כלל נסיבות המקרה (ראו: ע"א 692/86 בוטקובסקי ושות' - חברה לייבוא ושיווק בע"מ נ' גת, פ"ד מד(1) 57, 70 (1989); ע"א 2036/94 טרבלטי נ' טרבלטי, פד"י נג(1) 457, 463-464 (1999); ע"א 1514/04 שיכון עובדים השקעות בע"מ נ' ירון חנית נכסים בע"מ, פסקה 10 (לא פורסם, 14.12.2006)). במקרה דנן החתימות החסרות הן של המעמס וש.ח.ל, ואילו הצדדים העיקריים להסכמי הבניה - היזמים וסאנסי (באמצעות ציפורה) - חתמו עליהם. המעמס היא אמנם "הקבלן" בהסכם הקומבינציה, אך היא לא הוגדרה כצד במכוא להסכם; וש.ח.ל כלל לא התאגדה בסופו של דבר ונראה כי היזמים, אשר חתמו בשמה על הסכם הקומבינציה, הם ממילא אלה הצריכים לשאת בחובותיה ובזכויותיה לפי ההסכם (השוו: ע"א 337/80 מנהל מס שבח מקרקעין נ' קופטש, פד"י לז(2) 538, 548-549 (1983); ע"א 865/80 מנהל מס שבח מקרקעין, אזור מרכז נ' לנדשפט, פ"ד לז(3) 326, 329-331 (1983)). מנגד עשויה בחינת יתר נסיבות הענין ללמד כי במקרה דנן הסכמי הבניה אכן לא התגבשו בסופו של דבר לכלל הסכמים מחייבים. כך למשל צויין במכתבו של עו"ד בן-יוסף, בא כוח ליסטר והמעמס, לעו"ד שטבהולץ מיום 29.12.1994 (היום שבו נחתמו חלק מן המסמכים הנוגעים להסכמים) כי מפורטים בו תיקונים שונים שיש להכניס למסמכים "לפני החתימה" ועוד צויין בו כי "אני מעלה על הכתב את ההבנה בינינו כי המסמכים יחתמו וישמרו בידי הנאמנות של עו"ד שטבהולץ עד אשר תושלם הכנת כל הנספחים ונוכל לעיין בכל הצרופות שטרם נבדקו על ידנו ורק אז ישוחררו המסמכים לביצוע" [ההדגשה הוספה]. דברים באותה רוח צויינו גם במכתבו של עו"ד שטבהולץ מיום 17.1.1995 אל באי כוח היזמים שם נאמר כי הוא מעביר נספחים שונים "המהווים חלק בלתי נפרד מהסכם האופציה" לעיונם בטרם חתימה. עוד נאמר באותו המכתב כי "נראה לי שיש להיפגש ולסיים את העסקה בחתימת כל הנספחים וחלוקת העתקי החוזים לכל אחד מהצדדים המעורבים בעסקה" [ההדגשה הוספה]. אולם, בראיות שהוצגו אין כל אינדיקציה לכך שהשלמת הנספחים או הפגישה שעליה דובר אכן התרחשו.

כך או כך, משהגישו המשיבים את התביעה דנן ומשמכרה סאנסי את זכויותיה בקרקע לצד שלישי הרי גם אילו התגבשו הסכמי הבניה לכלל הסכמות מחייבות ניתן לראות בהתנהלות המאוחרת של הצדדים משום התנערות מהסכמים אלה ומשום ביטולם הדרית (ראו: ע"א 306/85 Datalab Management Pty. Ltd. נ' פולק אינטרנשיונל בע"מ, פ"ד מג(2) 309, 313-314 (1989); פרידמן וכהן, חוזים כרך ד' 407 (2011)). לכן, אם לכתחילה לא נכרתו בין הצדדים הסכמי בניה מחייבים, חלה על המערערים חובה להשיב את טובת ההנאה שקיבלו מכוח עיקרון ההשבה הכללי של

דיני עשיית עושר ולא במשפט (ראו ע"א 311/83 פינקלשטיין נ' פלבסקי, פ"ד לט(1) 496, 502 (1985) (להלן: עניין פינקלשטיין); ע"א 457/81 ספיר נ' אחוזת איל בע"מ (בפירוק מרצון), פד"י מ(4) 68, 73 (1986); דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך ב' 646-647 (מהדורה שניה, 1998) (להלן: פרידמן)). ואם נניח כי הסכמי הבניה נקשרו אך הצדדים בחרו הודית להתנער מהם ולבטלם כי אז חלה על המערערים חובת השבה מכוח סעיף 21 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 וסעיף 9 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (ראו לעניין זה גם את מכתבו של עורך הדין שטבהולץ מיום 5.4.1995 לבאי-כוח היוזמים). בשני המקרים, החובה היא להשיב את הכסף בערכו הריאלי ובתוספת ריבית המייצגת את דמי השימוש בכסף (אלא אם הסכימו הצדדים אחרת) (ראו: ע"א 741/79 כלנית השרון השקעות ובנין (1978) בע"מ נ' הורביץ, פ"ד לה(3) 533, 542-544 (1981); ע"א 5267/03 פרג-גשורי נ' מיטל, פד"י נט(5) 337, 358 (2005). ראו גם דוד קציר פסיקת ריבית, הצמדה ושיערוך 736-735, 761-756 (1996)).

לגישתנו ומן הטעמים שפורטו לעיל נראה כי יש להעדיף בהקשר זה את המסקנה אליה הגיע בית משפט קמא ולפיה הסכמי הבניה אכן לא התגבשו לכלל הסכמות מחייבות.

20. על מי חלה חובת ההשבה בנסיבות שנוצרו: על סאנסי או על ציפורה ואמיר אישית?

שאלה דומה התעוררה בפסק דינו של בית משפט זה בעניין פינקלשטיין, בו התנהל משא ומתן בין מקימי חברה לכין משקיעים פוטנציאליים, במהלכו העבירו המשקיעים סך של 50,000 דולר ארה"ב לידי מקימי החברה ותמורתו היו אמורים לקבל חלק ממניות החברה. בית המשפט קבע כי בסופו של יום לא נכרת חוזה מחייב בין הצדדים, וחייב את מקימי החברה ואת החברה בהשבת הכסף יחד ולחוד בקובעו כי "אם לא נכרת חוזה, אין ללמוד מן הראיות אלא זאת, שהכסף עבר למעשה למערערים 1-3... ומי שקיבל הוא ששיב" (עניין פינקלשטיין, 503). דומה שדברים אלה יפים גם לענייננו. אמנם וכפי שקבענו לעיל, הסך של 240,000 דולר ארה"ב הועבר לידיהם של ציפורה ואמיר במסגרת משא ומתן לכריתתה של עסקת קומבינציה עם סאנסי ולא כהלוואה אישית. המערערים אף המציאו קבלות של סאנסי בגין התשלום, אם כי עשו זאת רק לאחר שהתיק הוחזר לבית משפט קמא לשם מתן ההחלטה המשלימה. יחד עם זאת, אמיר העיד כי התשלום הועבר אליו אישית ו"נשמר בבית" עד לשחרורה של אימו שהייתה מאושפזת אותה עת בבית-החולים. כמו כן, לא עלה בידו לספק גרסה סדורה

בתשובה לשאלה מתי וכיצד הופקדו הכספים בתשכונה של סאנסי על ידי אימו (עמ' 33-34 לפרוטוקול מיום 18.3.2010), או מסמכים שיעידו על הפקדה כזו. בית משפט קמא אף קבע כי לא הוכח שהקבלות מטעם סאנסי נמסרו אי פעם ליזמים או כי הכספים אכן שימשו לצרכי סאנסי. בנסיבות אלו, בהן הכספים הועברו לידיהם של אמיר ושל ציפורה והעסקה שלשמה הועברו לא יצאה אל הפועל, הנטל להוכיח כי הכספים הופקדו בחשבונה של סאנסי או שימשו לפעולות החברה מוטל היה על המערערים, אך הם לא הרימו נטל זה. לפיכך יש לקבוע כי סאנסי, ציפורה ואמיר חייבים יחד ולחוד בהשבת הכספים לליסטר (כן ראו והשוו פרדמן, 802).

לבסוף יש לדחות את טענות המערערים לפיהן היה על בית משפט קמא להיעתר לתביעה הנגדית שהגישו ולפסוק לטובתם פיצוי בגין הנזקים שנגרמו להם כתוצאה מהפרת הסכמי הבניה, שהם לשיטתם הסכמים מחייבים. בית משפט קמא קבע כי גם אילו סבר שהסכמי הבניה התגבשו לכלל הסכמה מחייבת, המערערים לא הביאו כל ראיה בדבר הנזקים הכספיים שנגרמו להם כתוצאה מההפרה הנטענת. המערערים לא העלו בפנינו כל טעם המצדיק התערבות במסקנתו זו ודי בכך על מנת לדחות את הערעור ככל שהוא מתייחס לתביעה שכנגד, מה גם שלענין היותם של הסכמי הבניה הסכמים מחייבים אנו סבורים, כאמור, כי יש לאמץ את מסקנתו של בית משפט קמא ולפיה לא התגבשו בין הצדדים הסכמי בניה מחייבים ומדובר במשא ומתן שלא הבשיל.

21. מן הטעמים המפורטים לעיל, אציע לחבריי לקבל את הערעור ולכטל את פסק דינו של בית משפט קמא ואת ההחלטה המשלימה שניתנה על ידו ותחתיהם אציע לחברי להורות כי סאנסי, ציפורה ואמיר, ביחד ולחוד, ישלמו לליסטר סך השווה ל-140,000 דולר ארה"ב (יתרת המקדמה לאחר ניכוי הסכום ששולם על ידי חכם), כערכם בשקלים ביום הגשת התביעה העיקרית (19.1.1998) ובצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק מאותו מועד ועד ליום התשלום בפועל.

כמו כן אציע לחבריי כי נוכח התוצאה שאליה הגענו ישא כל צד בהוצאותיו.

השופט א' גרוניס:

אני מסכים.

שופט

השופטת מ' נאור:

אני מסכימה.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

ניתן היום, כג' בשבט התשע"ב (16.2.2012).

שופטת

שופטת

שופט

העתק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. מו 08042960\_V13.doc  
מרכז מידע, טל' 077-2703333; אתר אינטרנט, [www.court.gov.il](http://www.court.gov.il)

