

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 2615-05 ורטיגו אקטיב יזמות בע"מ נ' מצפה י.מ.א. בע"מ ואח'

28.10.12

בפני
התובעת

ורטיגו אקטיב יזמות בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד אסף כהן
נגד

הנתבעים והתובעים שכנגד

1. מצפה י.מ.א. בע"מ
2. משה ישעיהו
ע"י ב"כ עוה"ד חדוה אסבג ואייל רייף
נגד

הנתבעים שכנגד

1. ורטיגו אקטיב יזמות בע"מ
2. גיל פייגין
3. בנצי ברק
ע"י ב"כ עו"ד אסף כהן

חקיקה שאוזכרה:

חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973: סע' 12, 15, 27, 27ב, 28, 28א, 29, 39

חוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971: סע' 4

--- סוף עמוד 1 ---

ספרות:

דניאל פרידמן, נילי כהן, חוזים (כרך ב, 1992)

ספרות:

דניאל פרידמן, נילי כהן, חוזים (כרך ב, 1992)

פסק דין

-

1. לפניי תביעה כספית על סך 4,000,000 ₪, בגין עילות חוזיות שונות.

o

הנתבעים, מצידם, הגישו תביעה שכנגד על סך 1,956,751 ₪, בגין אי תשלום דמי שכירות ותשלומים נוספים המעוגנים, לטענתם, בהסכם.

o

תמצית העובדות שאינן שנויות במחלוקת

-

2. התובעת (להלן: "התובעת" או "ורטיגו") היא חברה הרשומה בישראל.

הנתבעת (להלן: "הנתבעת" או "מצפה ימא") היא חברה הרשומה בישראל והעוסקת, בין היתר, ביזמות עסקית.

הנתבע (להלן: "הנתבע" או "מר ישעיהו") הוא בעל השליטה והמנהל של חברת מצפה ימא.

בתחילה, התביעה הוגשה גם כנגד חברת אוצר מפעלי ים בע"מ (להלן: "אוצר מפעלי ים" או "הנמל") וכנגד גב' אורנה אנג'ל, אך התביעה כנגדן נמחקה.

3. על פי כתב התביעה (המתקון), נערך ביום 17/1/05 הסכם בין ורטיגו לבין מצפה ימא, לשכירת נכס מסוים במבנה מס' 4 בנמל תל אביב (להלן: "ההסכם").

בהסכם נקבע כי תקופת השכירות היא לחמש שנים, עם אופציית הארכה לחמש שנים נוספות. מועד המסירה של המושכר נקבע ליום 1/2/05.

עם חתימת ההסכם, קיבלה מצפה ימא מורטיגו פיקדון כספי לביטחון, בסך 306,834 ₪, שהוא שווה ערך לשלושה חודשי שכירות, 24 המחאות על סך 88,400 ₪ לתשלום השכירות החודשית, וכן 12 המחאות נוספות לתשלום המע"מ.

--- סוף עמוד 2 ---

ההסכם נערך בהסתמך על חוזה ההרשאה הראשי שבין מצפה ימא לבין אוצר מפעלי ים, שעל פי עיקריו, מטרת ההרשאה היא בתי אוכל, מסעדות ובתי בילוי. בנוסף, תקופת ההרשאה, ובכללה תקופת האופציה, היא לעשר שנים, ובמסגרתה רשאית מצפה ימא להעניק זכויות של הרשאת משנה.

במהלך תקופת ההתקשרות ביניהן הפנתה מצפה ימא דרישות תכנוניות שונות אל ורטיגו, אלא שהצדדים לא הגיעו לכלל הסכמה בדבר מצב הדברים התכנוני בנכס, עד שלבסוף, ורטיגו מסרה הודעת ביטול לבנק לגבי המחאה מסוימת, ומצפה ימא הודיעה על ביטול ההסכם, במכתבה מיום 26/7/05 (ת/26).

עמדתה של ורטיגו

4. ורטיגו טוענת, כי בין הצדדים הוסכם, שהנכס יושכר לצורך הפעלת בר ומסעדה, אלא שמצפה ימא מנעה ממנה את השלמת הכנתו של המבנה למטרת ההרשאה כפי שהוגדרה בהסכם, עד שלבסוף, הובילה לסילוקה מהנכס באופן כוחני והרסה את החלק שנבנה בנכס על ידי ורטיגו, וכל זאת, ללא הצדקה וללא עילה המעוגנת בהסכם.

לטענת ורטיגו, אחריותו של מר ישעיהו מבוססת על היותו בעלים או מנהלה של מצפה ימא, ונובעת ממעשיו ומחדליו האישיים כלפיה.

בכתב התביעה המתוקן טוענת ורטיגו, כי בגדר אינטרס ההסתמכות, מתבטאים נזקיה באבדן ההשקעה במבנה (בסך 963,000 ₪) והתחייבות שנטלה על עצמה כלפי צדדים שלישיים (בסך 225,000 ₪).

בנוסף, אבדן הרווחים שנגרם לה מסתכם ב- 995,600 ₪ לחודש, ולתקופת החוזה (עשר שנים) מדובר בסכום של 100,000,000 ₪ (לצרכי אגרה, נקבע סכום התביעה על סך 4,000,000 ₪). ורטיגו טוענת כי לחלופין, וגם אם ייקבע שהיא זו שהפרה את ההסכם, הרי שמאחר ששולם לנתבעים סכום של 666,443 ₪ בגין ההפרה הנטענת, ומאחר שסכום הפיצוי המוסכם הוערך בסך 454,000 ₪, הרי שעל הנתבעים להשיב לה את הסכום שנגבה ביתר, בסך 212,043 ₪. בנוסף, טוענת ורטיגו, כי יש להפחית את סכום הפיצוי המוסכם, מאחר שהוא נקבע ללא יחס סביר לנזק פוטנציאלי.

--- סוף עמוד 3 ---

5. ורטיגו תמכה את טענותיה בתצהיר עדותו הראשית של מר בנצי ברק, אחד הערבים לקיום התחייבויותיה כלפי מצפה ימא, ומי שפעל אל מול מצפה ימא ומר ישעיהו בכל הקשור לעסקה.

בתצהיר העדות הראשית, וכן בסיכומיה של ורטיגו, נטען, בנוסף, כי לא התקיים התנאי המתלה

המעוגן בסעיף 26 להסכם, שלפיו נדרש אישורה של אוצר מפעלי ים להתקשרות, בפרק זמן של 60 יום ממועד חתימת ההסכם. ורטיגו טוענת, כי אישור מעין זה לא ניתן, שכן בדיעבד הסתבר, שאוצר מפעלי ים לא אישרה את ההתקשרות בין ורטיגו לבין מצפה ימא. לפיכך, לטענתה, לא התקיים התנאי המתלה, וההסכם כלל לא נכנס לתוקף, וזאת בניגוד למצגיו של מר ישעיהו. 6. יש לציין, כי ורטיגו העידה גם את גב' אורנה אנגל, שהייתה מנכ"לית אוצר מפעלי ים בתקופה הרלוונטית, וכן את מר רן וולף, שהיה סמנכ"ל אוצר מפעלי ים באותה תקופה.

עמדת הנתבעים

7. הנתבעים טוענים, כי ההסכם שנערך בין הצדדים ביום 17/1/05, הוא הסכם הרשאה משני, הכפוף להסכם ההרשאה הראשי, המחייב, בין היתר, הגשת תכניות עסק לאוצר מפעלי ים, לצורך קבלת אישורה לתכניות, ולכל עבודה או שינוי בנכס.

הנתבעים טוענים, כי במסגרת פגישות רבות שהתקיימו בין הצדדים, התחייבה ורטיגו להגיש תכניות מפורטות לגבי העסק, אך בפועל, במשך כל תקופת ההתקשרות, היא התנהלה באופן חובבני, לא שכרה יועצים מקצועיים ולא הגישה תכניות מפורטות לשם ביצוע עבודות השיפוצ.

בנוסף, לטענתם, במהלך תקופת ההתקשרות, הכניסה ורטיגו, מעת לעת, שותפים חדשים למיזם העסקי והחליפה בעלי מניות, ללא קבלת הסכמתה של מצפה ימא, ותוך עיכוב בקידום הקמת המיזם.

במצב דברים זה, שנמשך כשישה חודשים לאחר מסירת החזקה במושכר לידי ורטיגו, למטרת ניהול בר מסעדה, ניצב המושכר, על כל תשתיותיו, הרוס ומוזנח, מבלי שהסתמנה כל התקדמות בהגשת תכניות לעסק.

--- סוף עמוד 4 ---

בנוסף, טוענים הנתבעים, כי המחאה נוספת, שמסרה ורטיגו עבור דמי השכירות לחודש יולי 2005, חזרה מהסיבה של "אי כיסוי מספיק", וכן שורטיגו הפרה את חובתה לשלם את יתר התשלומים על פי ההסכם, כגון מסי עירייה, ארנונה, מים, חשמל והוצאות ביטוח.

מאחר שורטיגו לא תיקנה את הפרותיה, הודיעה מצפה ימא, במכתבה מיום 26/7/05, על ביטול ההסכם, תוך שמירת זכותה לתבוע את הנזקים העתידיים, וכן נטלה לעצמה את החזקה במושכר, אשר ממילא ניצב נטוש. מצפה ימא החליפה את המנעול במושכר, אך כיממה לאחר מכן החליפה ורטיגו שוב את המנעול. לבסוף, הושגה הסכמה בדבר החזרת המפתחות ומתן אפשרות להוצאת פריטים מהמושכר.

8. הנתבעים טוענים, כי העלאת הטענה בדבר אי התקיימות התנאי המתלה בשלב מתקדם של ההליך, מהווה הרחבת חזית.

י"אמר מיד - אני סבור, כי גם אם הטענה בדבר אי התקיימות התנאי המתלה אינה מופיעה באופן מפורש בכתב התביעה, יש לאפשר את הדיון בה, בהתחשב בכך שמדובר בסוגיה מהותית וחשובה לענייננו, שגם מצאה את ביטוייה בראיות ובעדויות, מה גם שההסכם עצמו צורף לתביעה, קיומו של התנאי ידוע ואינו שנוי במחלוקת, ומהפירוט העובדתי, כמו גם מיתר הטענות, ניתן ללמוד כי נטען למעשה לאי התקיימותו של התנאי (ראו והשוו, בימים אלה: רע"א 7288/12 רוזן נ' אברמוביץ (2012)).

לעצם העניין, טוענים הנתבעים, כי התנאי המתלה האמור התקיים בענייננו, שכן ניתן אישור הנמל, בעל פה ועל דרך התנהגות, להתקשרות בין ורטיגו לבין מצפה ימא.

9. כאמור, מצפה ימא הגישה תביעה שכנגד על סך 1,956,751 ₪, בגין הפרות ההסכם הנטענות. התביעה הוגשה כנגד ורטיגו וכן כנגד מר בנצי ברק, מר גיל פייגין ומר שחר בלחש, שהיו במועדים הרלוונטיים בעליה ומנהליה של חברת ורטיגו וערבים לחובותיה על פי הסכם השכירות (עם מר בלחש הושגה הסכמה עוד לפני שלב ההוכחות). מטעם הנתבעים הוגש תצהירו של מר ישעיהו.

הוראות הסכמי ההרשאה

--- סוף עמוד 5 ---

10. הסכם ההרשאה הראשי, מיום 1/9/01, נערך בין אוצר מפעלי ים לבין מצפה ימא (נספח ה' לתצהיר העדות הראשית מטעם ורטיגו).

סעיף 3.1 להסכם ההרשאה הראשי מסדיר את מטרת ההרשאה וקובע: "מנהל הנמל מעניק בזה לבעל ההרשאה ובעל ההרשאה מקבל בזה מאת מנהל הנמל, בכפוף לתנאים המפורטים להלן, רשיון להשתמש בשטח ההרשאה בנמל תל-אביב, לעבוד ולעסוק בו אך ורק למטרה המפורטת בנספח א' לחוזה זה (להלן: "מטרת ההרשאה"). (ההדגשה במקור – א.ז.).

לעותק הסכם ההרשאה הראשי צורף נספח שהוא, כפי הנראה, נספח א' להסכם, ובו מופיעה הערה לפיה מטרת ההרשאה היא בתי אוכל, מסעדות ובתי קפה. כפי הנראה, לאחר מכן, הוספו נספחים נוספים להסכם זה, ובסעיף 6 לאחד מהם, הוסף חלק נוסף לסעיף 5.2 להסכם המקורי, שעניינו שיעור התמורה במקרה שבו נערך שימוש שלא על פי מטרת ההרשאה. במסגרת ההוספה נאמר, כי למרות האמור בסעיף 5.2 המקורי, יהיה בעל ההרשאה רשאי לשנות את מטרת ההרשאה לאחת מהמטרות - סטודיו, גלריות לאומנות, אולמות ריקודים - מבלי שיהא בכך הפרת חוזה ומבלי לחייב את בעל ההרשאה בתשלום דמי הרשאה מקסימליים.

בסעיף 4.2 להסכם ההרשאה הראשי נקבע: "לבעל ההרשאה אסור להעביר באיזה אופן שהוא לאחר את זכות ההרשאה ו/או הרשיון וכן אסור לו להשכיר את שטח ההרשאה בהרשאה-משנה או למסור את החזקה או השימוש בו או כל חלק ממנו לאחר לכל מטרה שהיא.

בכל מקרה בו בעל ההרשאה הוא תאגיד, ניתנת זכות ההרשאה ו/או הרשיון, ביחד, לתאגיד באמצעות מנהל עסקיו, מר אפלבראם איל ומשה ישעיהו.

מובהר כי לעניין חוזה הרשאה זה, אסורה כל העברת זכויות בשטח ההרשאה בשלמותו ו/או בחלקו, לרבות, במקרה של תאגיד, בדרך של העברת מניות ו/או ע"י ניהול עסקים שלא באמצעות מנהל העסקים בעל הרשיון כמפורט לעיל אלא באישור בכתב ומראש של החברה, ובמקרה שבעל ההרשאה הוא שותפות (רשומה או בלתי רשומה) - טעונה כל החלפת שותף או הוספת שותף הסכמת החברה ומנהל הנמל מראש ובכתב.

הועברו הזכויות בבעל ההרשאה בניגוד לאמור לעיל - ייחשב הדבר כהפרה יסודית של חוזה זה".

בנוסף, נאמר בסעיף 14.1 להסכם ההרשאה הראשי:

"בעל ההרשאה מתחייב לא להתקין ולא לבצע שום תוספת או שינוי לשטח ההרשאה אלא אם כן קיבל לשם כך את הסכמת החברה מראש ובכתב. לא קיבל בעל ההרשאה את הסכמת החברה - תהא החברה רשאית להפסיק ולמנוע את השינויים והתוספות בכל עת ולסלק או להרוס כל שינוי או תוספת ולבטל את החוזה מבלי לגרוע מהסעדים העומדים לה על פי חוזה זה ועל פי הדין".

--- סוף עמוד 6 ---

יצוין, כי על פי סעיף 14.3 להסכם ההרשאה הראשי, הפרת סעיף 14.1 (וכן הפרת סעיף 14.2, שעניינו תשלום בגין תוספות או שינויים), נחשבת כהפרה יסודית של ההסכם, וכלשון הסעיף: "הפרת סעיף זה תחשב להפרה יסודית של החוזה. מבלי לגרוע מכלליות האמור לעיל, במידה שבעל

ההרשאה יבצע את השינויים או התוספות שלא בהסכמת החברה, ישלם בעל ההרשאה לחברה פי שלושה מן התעריף המכסימלי הנהוג בעת ביצוע ההפרה, לשטח מסוגו, בגין התקופה שבה הקים וקיים את השינויים והתוספות ועד לסילוקם בפועל, וזאת כפיצויים מוסכמים ומוערכים מראש של הנזק אשר ייגרם לחברה ולמנהל, ללא צורך בהוכחת כל נזק, ובלי לגרוע מזכותה של החברה ומנהל הנמל לסעדים נגד הפרה זו על פי כל דין ועל פי חוזה זה".

והוראת סעיף 14.4 מבהירה כי: "הוראות סעיף זה יחולו על בעל ההרשאה או כל מי מטעמו, או הקשור אליו בין במישרין ובין בעקיפין".

על פי סעיף 20.2 להסכם ההרשאה הראשי, חברת אוצר מפעלי ים תהא רשאית לבטל את החוזה במקרים שונים, וביניהם כאשר בעל ההרשאה הפר את ההסכם הפרה יסודית.

11. כאמור, על בסיס הסכם ההרשאה הראשי, נערך ביום 17/1/05 ההסכם, הוא הסכם הרשאת משנה, בין מצפה ימא לבין ורטיגו.

על פי סעיף 2, סעיף ההגדרות, הסכם ההרשאה הראשי הוא חלק מהסכם ההרשאה המשני. בנוסף, זכות הרשאת המשנה מעוגנת בסעיף 3 להסכם, ובסעיף 3.3 להסכם נאמר כי זכות כלשהי אשר הוקנתה לשוכר על פי ההסכם, לא תהא ברת תוקף ולא תחייב את המשכיר, ככל שהמשכיר לא היה זכאי להעניקה על פי הסכם ההרשאה הראשי.

בסעיף 6 להסכם נקבע, בהתייחס לשיפוץ הפרויקט:

"השוכר מתחייב לשפץ את הפרויקט בהתאם לתוכניות המצורפות להסכם זה **כנספת ג'** (להלן "**התוכניות**") ובהתאם למפרט הטכני המצורף **כנספת ד'** להסכם זה (להלן "**המפרט הטכני**") או בכל אופן אחר אשר ידרש על ידי הרשויות המוסמכות על מנת לקבל היתר לשיפוץ הפרויקט. השוכר מתחייב לערוך ולקיים ביטוח כל הסיכונים עבודות קבלניות, המבטח את עבודות הקמת הפרויקט, במלוא ערכו, במשך תקופת ביצוע, כאשר הביטוח כאמור יכלול סעיף בדבר ויתור על זכות תחלוף כלפי המשכיר, אוצר מפעלי ים, בעלי נכסים בפרויקט, מנהל הפרויקט, הקבלנים וקבלני משנה המקימים את הפרויקט". (ההדגשות במקור – א.ז.).

--- סוף עמוד 7 ---

סעיף 7 עוסק במתן רשות לביצוע עבודות מטעם השוכר, ולפיו, בין היתר:

7.1. השוכר ימסור לבדיקת המשכיר ולאישורו מפרטים טכניים, כתבי כמויות ותכניות מותאמות לביצוע וערוכות במחשב, של כל עבודות השוכר, למעט עבודות פנים, כשהם חתומים על ידי השוכר.

7.2. המשכיר יעביר את התוכניות ליועצים מטעמו, לרבות אדריכל ויועץ בטיחות, ובהתאם להנחיותיהם המקצועיות הוא יהא רשאי לאשר את התוכניות והמפרטים הטכניים האמורים, לבקש פרטים נוספים בקשר אליהם, לערוך בהם תיקונים או לסרב לאשרם ובלבד שסירוב לאשר ו/או דרישה לבצע שינויים בתוכניות השוכר יהיו מנימוקים סבירים בלבד.

7.3. המשכיר לא יתנגד לאישור התכניות אלא אם חברת אוצר מפעלי ים ו/או עיריית ת"א עשויים להתנגד להם.

...

7.5. לא אושרו המפרטים והתוכניות או נתבקשו ע"י המשכיר תיקונים, שינויים או פרטים נוספים בקשר אליהם, יגיש השוכר למשכיר מפרטים טכניים ותוכניות חדשים ו/או השלמות להם לפי הנחיותיו של המשכיר... למניעת ספקות מובהר כי אין מדובר במפרטים ותכניות לעבודות פנים. המשכיר לא יסרב ליתן אישור לתוכניות ולמפרטים כאמור אלא מטעמים סבירים".

... 7.6

7.7. המשכיר יאפשר לשוכר לבצע את עבודות השוכר החל ממועד קבלת אישור אוצר מפעלי ים בע"מ כאמור בסעיף 26 להלן (להלן: "**מועד מתן הרשות**").

...

7.10. מובהר בזאת כי חריגת השוכר מתוכניות השוכר אשר אושרו על ידי המשכיר, יהוו הפרה יסודית של הסכם זה ובמקרה זה המשכיר יהא זכאי למנוע את ביצוע ו/או המשך ביצוע עבודות השוכר החורגות מתנאי האישור ולדרוש כי השוכר ישיב את מצב המושכר לקדמותו מבלי שיהא בכך כדי לגרוע מכל זכות אחרת של המשכיר על פי הסכם זה ו/או כל דין".

סעיף 11 להסכם ההרשאה המשני, שכותרתו "מטרת ההרשאה", קובע-
"11.1 השוכר מתחייב להשתמש במושכר לצורך בר מסעדה בלבד (לעיל ולהלן "מטרת ההרשאה") והוא מתחייב בזה לא להשתמש ולא להתיר להשתמש במושכר או בכל חלק ממנו לכל מטרה אחרת מלבד מטרת ההרשאה.
11.2 השוכר מתחייב בזה שלא לשנות את מטרת ההרשאה ללא הסכמת המשכיר שתינתן מראש ובכתב. המשכיר יהא רשאי לסרב לשינוי מטרת ההרשאה מטעמים סבירים.
11.3 הפרת הוראות סעיף 11 זה הינה הפרה יסודית של הסכם זה ומבלי לגרוע מכל יתר התרופות והסעדים הנתונים למשכיר על פי כל דין יהא רשאי המשכיר לבטל מידיית את ההסכם ולפנות את השוכר מן המושכר".
סעיפים אלה מעידים על כך, שהצדדים הסכימו לגבי מטרת המושכר, אופן עריכת השינויים והשיפוצים בנכס והצורך בהגשת תכניות לאישור.
--- סוף עמוד 8 ---

תנאי מתלה

12. סעיף 26 להסכם מעגן תנאי מתלה, לפיו:
"26.1 השוכר מצהיר כי הובהר לו כי הסכם זה מותלה בקבלת הסכמת אוצר מפעלי ים להתקשרות על פיו בנוסח שיהא לשביעות רצון שני הצדדים במועד שיקבע על ידי המשכיר יפנה המשכיר לאוצר מפעלי ים על מנת לקבל את הסכמתה להתקשרות הצדדים על פי הסכם זה. לא נתנה אוצר מפעלי ים את הסכמתה כאמור תוך 60 יום ממועד חתימת הסכם זה או שנתנה הסכמתה אך בנוסח שלא היה לשביעות רצון שני הצדדים לא יהא כל תוקף להסכם זה והוא לא יחייב את הצדדים לו לכל דבר ועניין.
26.2 הצדדים מצהירים כי לא תהא להם כל טענה ו/או תביעה כלפי הצד השני בגין אי התקיימות התנאים המתלים האמורים. בכל מקרה בו דרשה אוצר מפעלי ים חתימה על מסמכים כלשהן בתמורה להסכמתה יהא השוכר חייב לחתום על המסמכים הנ"ל ובלבד שלא יטילו עליו חבויות מעבר לחבויות המוטלות עליו על פי הסכם זה".

כאמור, ורטיגו טוענת לאי התקיימותו של התנאי המתלה, ואילו הנתבעים, בנוסף להסתייגותם הדינית מהשלב שבו הועלתה הטענה, טוענים כי התנאי המתלה למעשה התקיים.
13. כידוע, סעיף 27 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג - 1973 (להלן: "חוק החוזים"), קובע:
"א) חוזה יכול שיהיה תלוי בהתקיים תנאי (להלן-תנאי מתלה) או שיחדל בהתקיים תנאי (להלן-תנאי מפסיק).
(ב) חוזה שהיה טעון הסכמת אדם שלישי או רשיון על פי חיקוק, חזקה שקבלת ההסכמה או הרשיון הוא תנאי מתלה.
(ג) חוזה שהיה מותנה בתנאי מתלה, זכאי כל צד לסעדים לשם מניעת הפרתו, אף לפני שנתקיים התנאי".

על פי סעיף 28 לחוק החוזים:
"א) היה חוזה מותנה בתנאי מתלה וצד אחד מנע את קיום התנאי, אין הוא זכאי להסתמך על אי-קיומו.
(ב) היה חוזה מותנה בתנאי מפסיק וצד אחד גרם לקיום התנאי, אין הוא זכאי להסתמך על קיומו.
(ג) הוראות סעיף זה לא יחולו אם היה התנאי דבר שהצד היה, לפי החוזה, בן חורין לעשותו או לא לעשותו, ולא יחולו אם מנע הצד את קיום התנאי או גרם לקיומו שלא בזדון ושלא ברשלנות".
סעיף 29 לחוק החוזים ממשיך וקובע:
"היה חוזה מותנה והתנאי לא נתקיים תוך התקופה שנקבעה לכך, ובאין תקופה כזאת- תוך זמן סביר מכריתת החוזה, הרי אם היה זה תנאי מתלה- מתבטל החוזה, ואם תנאי מפסיק- מתבטלת ההתנאה".

--- סוף עמוד 9 ---

סעיפים אלה הובהרו בפסק דין שניתן לאחרונה בע"א 4445/10 ישיבה וכולל אבן חיים נ' חברת

צמרות המושבה יזום והשקעות בע"מ (2012) בו נקבע, בין היתר:

"תנאי מתלה הוא תנאי המותנה בדרך כלל בהתקיימות אירוע עתידי, בלתי-ודאי שהוא חיצוני לחוזה ואינו מטיל חובה על מי מהצדדים. זאת להבדיל מתניה חוזית שהיא חיוב שאת ביצועו נוטל על עצמו אחד הצדדים לחוזה... תנאי מתלה שלא התקיים מפקיע את החוזה מאליו כאמור בסעיף 29 לחוק החוזים אשר צוטט לעיל, בלא שמוטלת בשל כך אחריות על מי מן הצדדים לחוזה כלפי רעהו. לעומת זאת, אי-קיום של תניה שאינה מסווגת כתנאי מתלה מהווה הפרת חוזה מצד מי שהתחייב לבצעה על כל הנובע מכך לפי הוראות החוזה והדין... השאלה אם מדובר בתנאי מתלה או בהתחייבות חוזית 'רגילה' של מי מהצדדים לחוזה, נבחנת בכל מקרה לגופו. על מנת שתנאי ייחשב כתנאי מתלה אין הכרח לתלות עליו 'שלט' מפורש המגדיר אותו ככזה בחוזה. המסקנה כי בפנינו תנאי מתלה יכול שתוסק מהתחקות אחר אומד דעת הצדדים כפי שהיא משתקפת מתוך תנאי החוזה במכלול ומן הנסיבות האופפות את כריתתו..." (פסקה 7 לפסה"ד).

בפסק הדין בת"א (מחוזי חיפה) 382-07 הוכמן נ' גורדי פרויקטים (1995) בע"מ (2010),

נעשתה הבחנה בין שני סוגי חייבים מותנים - "חייבי תוצאה" ו"חייבי השתדלות".

חייב תוצאה הוא חייב להשגת תוצאה מוסכמת, כך שאי השגתה מהווה הפרה. לעומת זאת, בחייב השתדלות נעשים מאמצים להשגת תוצאה, והפרה תתקיים רק אם יוכח שהמתקשר לא עשה את המאמצים הנדרשים. אופן הסיווג מותנה בפרשנות ההסכם ובהתחקות אחר אומד דעת הצדדים.

14. בענייננו, התניה המעוגנת בסעיף 26 להסכם, כפופה להוראת סעיף 27(ב) לחוק החוזים, שכן עצם ההתקשרות בין ורטיגו לבין מצפה ימא מותנית באישורה של אוצר מפעלי ים, ולכך הוקצב פרק זמן של 60 יום ממועד חתימת ההסכם.

במסגרת זו יש לבחון שלוש סוגיות עיקריות:

(א) האם ניתן אישור מטעם אוצר מפעלי ים להתקשרות בין ורטיגו לבין מצפה ימא, כפי

שנדרש על פי הוראת סעיף 26 להסכם;

(ב) ככל שהתשובה לשאלה א' שלילית, יש לבחון את תחולתו בענייננו של סעיף 28(א) לחוק

החוזים;

(ג) בנוסף, יש לבחון את חבותם הנטענת של הנתבעים, על פי עילות התביעה הנטענות.

כאמור, הנתבעים טוענים כי התנאי המתלה המעוגן בסעיף 26 להסכם התקיים על דרך התנהגות ועל דרך מתן אישור בעל פה מצד אוצר מפעלי ים.

בהקשר זה, מפנים הנתבעים לדבריו של מר בנצי ברק בחקירתו הנגדית:

--- סוף עמוד 10 ---

"ש: האישור להבנתך יכול להיות בעל פה או בכתב.

ת: בעל פה זה מספיק לדעתי. זה היה הרבה מעבר לדברים האלה. ישבנו ב 21.2 וב 27.2 עם אדריכל הנמל שבא וחתם על התוכניות פנים של המקום וכתב מכתב בהמשך מספר ימים לאחר מכן שהתכניות מאושרות. ב 1.3 בהסכמת משה וביחד איתו החלנו את העבודות בשטח באופן אגרסיבי..."

ש: לשיטתך הנמל אישר.

ת: באותו רגע בתפיסה בהבנה שלי במה שמשתמע ממבחן התוצאה בשטח היתה הסכמה מלאה באותו רגע של הנמל לא ציפיתי ליותר מזה". (עמ' 42 - 43 לפרוטוקול).

מיד לאחר מכן, הופנה מר ברק לסעיף 3 למכתבו מיום 27/7/05 של עו"ד ילון הכט, בא כוחה דאז של ורטיגו, בו נטען: "אוצר ים אף אישרה את ההתקשרות והחוזה שבין מרשתי לבין מצפה, לרבות בעל-פה ועל-דרך ההתנהגות".

על רקע סעיף זה, נשאל מר ברק האם הוא עדיין טוען שלא ניתן אישור ולא התקיים התנאי המתלה. מר ברק השיב: "לא התקיים באופן מוחלט במבחן התוצאה" וציין, כי הדבר נודע לו בשלב כלשהו בהמשך (עמ' 43 לפרוטוקול).

15. אני סבור כי בניסיונם של הנתבעים להיבנות מהאמור בת/25 ומדבריו של מר ברק, יש משום להטעות.

למעשה (ובניגוד לטענת הנתבעים), מהאמור במכתב ת/25 ומדבריו של מר ברק, עולה בבירור, כי אומד דעתה של ורטיגו בתקופה הרלוונטית היה, כי ניתן אישורה של אוצר מפעלי ים להתקשרות, אלא שמצב הדברים בשטח וחוסר היכולת ליישם את ההסכם מעידים על כך, שבפועל, לא ניתן האישור הנדרש.

בנוסף, העובדה שבין הצדדים קיימת מחלוקת תהומית למדי לגבי התקיימות דרישותיה של אוצר מפעלי ים, מעידה, כשהיא לעצמה, על כך שאישורה בפועל אינו דבר המובן מאליו. למעשה, קשה לדמיין מצב בו חרף מתן אישור מצד אוצר מפעלי ים, תימסרנה דרישות תכנוניות מהותיות שונות מצד מצפה ימא (שהיא אינה מתכחשת להן), ומכאן נובע, שקיימת אפשרות סבירה לכך שהאישור כלל לא ניתן.

אי דיוק נוסף בטיעוני הנתבעים, מתבטא בטענתם שלפיה נציגי נמל תל אביב, מר רן וולף וגב' אורנה אנג'ל, העידו שניתן האישור להתקשרות.

מר וולף העיד כי:

"ש: האם באיזה שהוא שלב ניתן אישור סופי.

ת: לא זוכר. לפעמים גם בפרוייקטים כאלה אתה נותן אישור עקרוני אבל אתה שומר לעצמך איזה שהוא... כדי לשלוט בעניין הקונספט. אישור עקרוני הוא אישור לכל דבר". (עמ' 8 לפרוטוקול).

--- סוף עמוד 11 ---

לאחר מכן, הופנה מר וולף לטענה בכתב ההגנה שהוגש מטעם הנמל, שלפיה אישור סופי לא ניתן, והעיד: "זה קצת משחק מילים הדברים מאוד דומים. לא ניתן אישור סופי. ברור. כתבנו".

עמדה דומה הובעה גם על ידי גב' אורנה אנג'ל (עמ' 19 לפרוטוקול).

16. למעשה, לא ברורה לי ההבחנה בין "אישור עקרוני" לבין "אישור סופי", בהקשרו של סעיף 26 להסכם, שהרי בסעיף 26 האמור מעוגן תנאי מתלה, לפיו נדרש אישורה של אוצר מפעלי ים, ללא יצירת הבחנה בין סוגי האישורים, ואף נקבע, כי במקרה שבו נוסח הסכמתה של אוצר מפעלי ים אינו לשביעות רצון שני הצדדים, לא יהיה כל תוקף להסכם.

במילים אחרות, סעיף 26 האמור מנוסח באופן דווקני, שלפיו גם כאשר מי מהצדדים אינו שבע רצון מהנוסח של הסכמת אוצר מפעלי ים, לא מתקיים התנאי המתלה וההתקשרות בין הצדדים אינה תקפה.

מכאן, כי בכל מקרה, על פי כוונת הצדדים, נדרש אישורה הסופי של אוצר מפעלי ים להתקשרות ביניהם, ובנוסח שיהיה מקובל על שניהם.

אין מחלוקת, כי אישור סופי לא ניתן, והתרחשות הדברים הגיעה לידי כך שאף בחודש מאי שנת 2005, טרם ניתן אישור לגבי הקונספט של העסק העתידי (כפי שהעיד מר וולף, עמ' 11 לפרוטוקול).

ובכל מקרה, גם אם בשלב כלשהו היה מעין אישור, ולו מסוים או זמני, בסופו של דבר לא היה נוסחו מקובל על ורטיגו.

לפיכך, ניתן לקבוע, כי לא התקיים התנאי המתלה וההסכם בין ורטיגו לבין מצפה ימא אינו תקף. כעת, אולי למעלה מן הצורך, יש להמשיך ולבחון את אופן התרחשות הדברים, לצורך בחינת יתר העילות הנטענות וכן לשם בחינת אפשרות תחולתו של סעיף 28(א) לחוק החוזים.

מבחינה עובדתית, יש לבדוק מהי הסיבה לכך שלא ניתן אישור מצד אוצר מפעלי ים, וכן האם סיבה זו הובאה לידיעת ורטיגו.

דרישותיהן של אוצר מפעלי ים ומצפה ימא

17. כאמור, על פי הנספח להסכם ההרשאה הראשי, מטרת ההרשאה היא הקמת בתי אוכל, מסעדות ובתי קפה, תוך שנקבע באחד הנספחים, לעניין תשלום התמורה, כי שינוי המטרה לאחת מהמטרות-סטודיו, גלריות לאומנות, אולמות ריקודים-לא ייחשב כהפרה. באופן עקרוני, ההסכם כפוף להוראות הסכם ההרשאה הראשי; עם זאת, נראה כי ה"היתר" שניתן בנוגע לשינוי המטרה אינו חל על ורטיגו, זאת לאור התניה הספציפית המופיעה בסעיף 11 להסכם, ולפיה התחייבה ורטיגו להשתמש במושכר אך ורק לצורך הפעלת בר מסעדה. מכאן, כי הדרישה המופנית כלפי ורטיגו, כשוכרת משנה, היא הקמת עסק התואם מטרה ספציפית ומוגדרת - הקמת בר מסעדה - ללא אפשרות להרחיב מטרה זו, ועל אף שאפשרות עקרונית להרחבת מטרת ההרשאה ניתנה למצפה ימא במסגרת הסכם ההרשאה הראשי.

ככלל, הרושם שמתקבל הוא, שבמסגרת ההסכם הופנו אל ורטיגו, כשוכרת משנה, דרישות מוגדרות ודווקניות אף יותר מאלה שהופנו כלפי מצפה ימא בהסכם ההרשאה הראשי. מובן, כי ורטיגו, כצד להסכם, אמורה לוודא שהיא מבינה את הדרישות המוטלות עליה ולפעול לפיהן, אלא שבמקביל, מוטלת על מצפה ימא חובת גילוי של הדרישות הרלוונטיות וכן תום לב בניהול המשא ומתן עם ורטיגו. חובות אלה מוטלות גם על מר ישעיהו, שפעל כנציגה של מצפה ימא, וניסה לעזור למר ברק ולחברת ורטיגו (ראו דבריו של מר ישעיהו בעמ' 52 לפרוטוקול). 18. הדרישה הראשונית המוטלת על ורטיגו היא אפוא הקמת עסק של "בר-מסעדה", בהתאם לדרישה הספציפית המעוגנת בהסכם.

הרציונל הניצב ביסוד המטרה הספציפית שהוגדרה בהסכם משתקף בדבריו של מר ישעיהו בחקירתו הנגדית:

"ש: איך אתה יודע שהנמל הבהיר לורטיגו שלא יהיה דיסקוטק.

ת: היו לנו דיונים היתה לעירית תל אביב בקשה שאין דיסקוטקים עד היום אין. כי הרעש משם מגיע לכל המגורים מסביב ואז נהפך למטרד". (עמ' 60 לפרוטוקול).

לאחר מכן נשאל מר ישעיהו מתי היה מודע לכך שעיריית תל אביב אינה מאפשרת הפעלת דיסקוטק במקום, ומתשובתו עולה כי הדבר נודע בטרם החתימה על ההסכם עם חברת ורטיגו. בנוסף, שאלתי את מר ישעיהו, והוא ענה:

"ש: אם ורטיגו היתה אומרת לך בשלב המשא ומתן שהם מתכוונים שבמקום תהיה מוסיקה או סוג של דיסקוטק או ריקודים הייתם מיד אומרים לא בא בחשבון העיריה לא מרשה. ת: דיסקוטק חד משמעית. מוסיקה יש בבר. אבל דיסקוטק לא". (שם).

יש להניח, כי מכאן אף נובע צמצום מטרת ההרשאה לשימוש של "בר מסעדה" בלבד, ונראה כי מצפה ימא ביקשה להבטיח שהעסק שיוקם לא יהיה רועש, על מנת להתאים את עצמה לדרישות עיריית תל אביב (ראו בהקשר זה דבריו של מר וולף בעמ' 7 לפרוטוקול ודבריה של גב' אנג'ל בעמ' 18 לפרוטוקול).

19. בסעיף 50 לתצהירו טוען מר ישעיהו:

"בין לבין החליפה השוכרת נציגים ובעלי מקצוע, אשר ביקשו לשנות את קונספט העסק. בעוד שתחילה תוכנן בר שקט לאנשים מבוגרים, הודיעו נציגי החדשים של השוכרת לנציגי המשכירה והנמל כי הינם שוקלים לפתוח מועדון-דיסקוטק. מיד הובהר לשוכרת על ידי הנמל, כי פתיחת דיסקוטק אינה תואמת את מטרת ההרשאה ואת תמהיל השימושים אותו בחר הנמל למושכר".

מר ישעיהו חזר על עמדה זו בחקירתו הנגדית:

"ש: עבדת מול בנצי במהלך המשא ומתן.

ת: כן. בנצי הציג כבר מסעדה לגילאים שלנו לא לילדים. בנצי הציג רעיון שבא וטען שלחברה בגילנו אין מקומות בילוי והוא רוצה לפתוח בר מסעדה בסביבות גיל 30, 40.

ש: מקום שקט רגוע לשבת פגישה עסקית או מקום שמח?

ת: לא יודע. התעניינתי לא הגדרתי כך אם סולידי או שמח. לגילאי 30+, 40+ שאנו נוכל להכנס ולהנות.

ש: בערב אפשר שני בלויים סולידיים ורגועים ואחרים.

ת: לא כך. שמעת את המילה בר מסעדה לגילאים שלנו זה אומר שזה מקום שאין ילדים לא רועש אין מכות מקום לבלות.

ש: שמעת בר והבנת מה שאמרת בסדר". (עמ' 46 לפרוטוקול).

נראה, שבין הצדדים נפלה אי הבנה לגבי ייעוד המושכר ומטרת העסק המוקם בו, כך שמר ישעיהו סבר כי במסגרת הפעלת בר מסעדה לגילאים בוגרים לא יהיו ריקודים, בעוד שתכניתה של ורטיגו היו שונות. בנוסף, ייתכן כי ורטיגו סברה, כי ריקודים במסגרת של בר מסעדה לגילאים בוגרים אינם מגדירים את העסק כ"דיסקוטק", ומכאן הנחתה, כי תכניתה לגבי מטרת העסק עונות על הנדרש מבחינת מצפה ימא. מובן, כי מן הראוי היה להבהיר את מטרת העסק המתוכנן, באופן מדויק ככל הניתן, וכפי הנראה, הצדדים לא עשו זאת.

אני מסכים עם הנתבעים בכך שמבחינה לשונית, הפעלת מועדון ריקודים במושכר אינה תואמת את המטרה המוגדרת של "בר מסעדה", ומבחינה זו, הנתבעים היו בהחלט רשאים למנוע מורטיגו את תכניתה בהקשר זה.

מנגד, השאלה היא, מה היה המצב מצד הנתבעים כלפי ורטיגו, לכל אורך הדרך.

--- סוף עמוד 14 ---

בסעיף 13 לתצהירו טוען מר ברק כי הדבר היחיד שהתבקש ממנו, בטרם החתימה על ההסכם, הוא להעלות על הכתב את כוונותיה של ורטיגו לגבי השימוש במושכר.

מר ברק חזר על עמדתו זו בחקירתו הנגדית:

ש: לפני החתימה ידעת שהשוכרת צריכה להגיש תוכניות לאישור הנמל? צוין במפורש בחוזה וידעת לפני.

ת: ידענו כחלק פרוצדוראלי מתוך העניין שאנו צריכים להגיש קונספט של מה שצריך להיות לפני החתימה הגשתי מכתב המשקף את מהות ההסכם. מספר ימים לפני החתימה קבלנו דרישה לא דרישה למסגרת תוכניות. תוכניות פנים אנו היינו אמורים לעשות פחות או יותר לפי ראות עינינו בהתאם להוראות החוק כמובן. מה שבקשנו שיהיה מכתב מקדים הוצאתי מכתב. משה אמר שדיבר ואושר על ידי הנמל. ואז הודיע לנו שאנו יכולים לבוא לחתום ומספר ימים לאחר מכן חתמנו". (עמ' 32 – 33 לפרוטוקול).

טענה זו לא הופרכה, ומכאן, הנחתי היא, כי בטרם חתימת ההסכם, כל שנדרש מורטיגו הוא להציג את מטרתו המיועדת, "הקונספט", של המושכר.

אין מחלוקת, כי מענה לכך ניתן במכתבו מיום 12/1/05 של מר ברק (נספח א' לתצהירו): "בהמשך לשיחה ביננו להלן תמצית הפעילות המתוכננת על ידינו וזאת ע"י חברה שהוקמה לנושא זה בשם "ורטיגו אקטיב יזמות בע"מ.

בשטח במבנה מס' 4 במקום שהיה "הסטופמרקט" לשעבר יחד עם חלק מ"ישראל" לשעבר בשטח פנים של 495 מ"ר ושטח חוץ של 260 מ"ר מתוכנן על ידינו פתיחת מייזם ייחודי של קפה בר מסעדה שמיועד לקהל בוגר.

שטח הפנים מיועד ברובו למסגרת הפעילות של הבר, זמן הפעילות העיקרי של הבר הוא כמובן בלילה ובמשך היום יהיה ניסיון לעשות בו שימוש לאירועים שונים.

שטח החוץ מיועד ללקוחות הקפה מסעדה שיהיה פתוח במשך שעות היום וחלק מהלילה. שני חלקי המקום חוץ ופנים יהיו בעלי שמות מסחריים שונים, אך יהיה שימוש במטבח משותף ישיר את שניהם.

הבר במקום מתוכנן להיות אחד הברים הגדולים והמרשימים שיש בארץ. וסביבו מרוכז המאמץ העיקרי ומערכת יחסי ציבור ופרסום מאסיבית.

לעומת זאת הקפה מסעדה יהיה תלוי בכמות המבקרים בנמל.

ע"מ להגדיל את כמות המבקרים יהיה צורך בשיתוף פעולה רחב יחד עם הנהלת הנמל ובעלי העסקים במקום ע"מ ליצור אוירה של עניין ופעילות מעבר לקיים שתהלום את האזור שהוא אחד המיוחדים במדינה".

מכתב זה הופנה אל מצפה ימא, מר ישעיהו, אוצר מפעלי ים וגב' אנג'ל.

--- סוף עמוד 15 ---

ניתן להיווכח, כי במסגרת מכתב זה, לא הובעה במפורש הכוונה להפעיל במקום מועדון ריקודים, אך עם זאת צוין, כי במסגרת פעילותו של הבר, מתוכננים אירועים שונים. לא צוין אם אירועים אלה עתידים לכלול גם ריקודים, ועדיף היה לו היו הצדדים מבהירים, באופן מדויק ככל הניתן, את מהות האירועים המתוכננים.

20. אינדיקציה מסוימת לגבי אומד דעת הצדדים באשר לייעוד המושכר, מתקבלת ממכתב מיום 13/1/05, שהופנה אל מר וולף מאת מצפה ימא, על גבי נייר הפירמה שלה (נספח ב' לתצהירו של מר ברק), ובו צוין: "בהמשך לפגישתנו מאתמול בנושא: דאנס בר, בנמל מבנה 4 מצ"ב תמהיל התוכן. אבקשך לשלוח חתום".

ורטיגו טוענת, כי העובדה שמצפה ימא התייחסה לעסק העתידי כ"דאנס בר", במסגרת מכתב פנייה למר וולף, מעידה על כך שזה היה אומד דעתה כבר באותו מועד.

בחקירתו הנגדית טען מר ישעיהו כי הוא אינו זוכר את מכתב הפנייה האמור, והוא אינו חתום עליו, אלא כפי הנראה, אחת העובדות (עמ' 47 לפרוטוקול).

בנוסף, לא ברור מה נאמר בפגישה מיום 12/1/05.

מר ישעיהו נשאל על כך בחקירתו הנגדית:

"ש: מישהו (צ"ל מישהי) ממצפה ימא נפגשה עם מר רן וולף ודיברה איתו על דאנס בר.
ת: לא.

ש: על מה דיברו איתו בפגישה.

ת: אין לי מושג. לא זוכר מי היה בפגישה". (עמ' 47 לפרוטוקול).

ולאחר מכן:

"ש: דאנס בר לא אושר.

ת: לא זוכר שעלתה המילה הזו. שמעתי את הדיון הקודם מה זה דאנס בר ובר לא מבין בהגדרות כל כך מה שאושר זה בר ומסעדה". (עמ' 56 לפרוטוקול).

מכל מקום, ביום 16/1/05 השיב מר וולף למר ישעיהו:

"פירוט התמהיל ששלחתם אינו מסמך רציני. יש להוסיף סקיצה ופירוט מדויק של הקונספט וכן לפרט את צוות הניהול של המקום, אופי המקום מבחינת אוכל, מוזיקה וכד'.

בנוסף כפי שהובהר לך לא יותר לכם להקים יותר מעסק אחד של מזון מסעדה בר/בית קפה בשטח ועל כן תנאי לאישור התמהיל החדש שתשלחו יהיה יעוד שאר השטח הנותר לשימוש מסחרי בלבד".

(נספח ג' לתצהיר).

--- סוף עמוד 16 ---

בחקירתו הנגדית נשאל מר וולף האם בעקבות מכתבו מיום 16/1/05 הופנה אליו תמהיל חדש, והשיב שאינו זוכר (עמ' 12 לפרוטוקול). עם זאת, מדבריו בחקירה הנגדית עולה, כי האיסור להקים במושכר שני עסקים "רוכך", והאיסור למעשה הוא להקים שני עסקים שבהם שני מטבחים שונים (עמ' 13 לפרוטוקול).

בנוסף, נשאל מר וולף:

"ש: אתם התנגדתם לדיסקוטק.

ת: אני מניח.

ש: מתי הייתה ההתנגדות?

ת: לא זוכר בדיוק. לא יודע מתי עלה רעיון הדיסקוטק לא זוכר תאריכים". (עמ' 13 לפרוטוקול).

21. ניתן להתרשם, כי הדרישות שהופנו אל מצפה ימא מצד אוצר מפעלי ים היו דווקניות

ומוגדרות מאד, ובהתאם לכך, התמהיל העסקי שהתבקש אמור היה להיות מוגדר וממוקד. ורטיגו טוענת כי ההתכתבות האמורה לא הובאה לידיעתה, וכן לא הובאה לידיעתה כל דרישה נוספת מטעם אוצר מפעלי ים, העלולה לסכל את ההתקשרות בין הצדדים.

בסעיף 16 לתצהירו טוען מר ברק, כי לא רק שמר ישעיהו הסתיר ממנו את מכתבו של מר וולף ואת הדרישות הנוספות, אלא הוא גם טען במפורש בפני מר ברק כי על יסוד מכתבו מיום 12/1/05, לאוצר מפעלי ים אין התנגדות להתקשרות, ויש לקדם את חתימת הסכם השכירות. לטענתו, על סמך מצגים אלה, אכן נחתם הסכם השכירות.

בחקירתו הנגדית הסביר מר ברק, כי ורטיגו נדרשה להסביר את הקונספט המתוכנן של העסק, בעוד שמר ישעיהו אמור היה להתנהל מול הנמל, וניתן בו אמון רב באשר לכך (עמ' 33 לפרוטוקול). טענה זו לא הופרכה, אלא להפך, היא קיבלה חיזוק בדבריו של מר ישעיהו בחקירה הנגדית, לגבי חברותו עם מר ברק וניסיונו לסייע לו (עמ' 52 לפרוטוקול).

אני מניח, כי הסתמכותה של ורטיגו על פועלו של מר ישעיהו והתנהלותו אל מול הנמל, "הרדימה" אותה במידת מה והובילה לכך שהיא לא ראתה צורך לברר בעצמה את מצב הדברים העדכני לגבי הליך אישור ההתקשרות. מכל מקום, גם אם היה על ורטיגו לפעול באופן שונה, הרי שבכל מקרה, על הנתבעים מוטלת חובת גילוי לגבי עמדותיה של אוצר מפעלי ים, ככל שהן נמסרו להם ולא היו בידיעתה העצמאית של ורטיגו.

בפועל, הנתבעים כלל אינם זוכרים את הנסיבות שהובילו לסירובה של אוצר מפעלי ים, במהלך חודש ינואר שנת 2005, לאשר את ההתקשרות בין ורטיגו לבין מצפה ימא.

--- סוף עמוד 17 ---

לפיכך, הנחתי כעת היא, שהנתבעים לא הביאו לידיעת ורטיגו את עמדתה השלילית של אוצר מפעלי ים לגבי מהות העסק העתידי ולגבי ההתקשרות בין הצדדים.

לאור זאת, ובהתחשב בכך שההסכם בין ורטיגו לבין מצפה ימא נערך בסמוך למסירת עמדתה השלילית של אוצר מפעלי ים, הרי שניתן לקבוע, כי ההסכם בין הצדדים הוא פועל יוצא של אומד

דעתה המוטעה של ורטיגו, לגבי מתן האישור להתקשרות.

22. מסתבר, כי מדיניות זו של מצפה ימא נמשכה תקופה מסוימת לאחר חתימת ההסכם. כך לדוגמא, טוען מר ברק, וטענתו לא הופרכה, כי מכתבה מיום 13/2/05 של גב' אנג'ל, בו דרשה העברת תכניות מפורטות של קונספט העסק בטרם מתן אישור סופי (נספח ז' לתצהיר), כלל לא הובא לידיעת ורטיגו (סעיף 22 לתצהיר).

מר ישעיהו נשאל בעניין זה בחקירתו הנגדית, והשיב כי הוא אינו זוכר אך לדעתו כל המסמכים עוברים (עמ' 53 לפרוטוקול).

מר ברק ממשיך וטוען בתצהירו, כי על אף שמכתבה של גב' אנג'ל לא הובא לידיעתו, פנה אליו מר ישעיהו וטען כי על מנת שאוצר מפעלי ים תיתן את אישורה להתקשרות, ולשם קיום התנאי המתלה, עליו להעלות על גבי הכתב את תכניותיה של ורטיגו במושכר. בעקבות כך, ביום 13/2/05, העלה מר ברק על הכתב את תכניותיה של ורטיגו לשימוש במושכר, ומכתבו הועבר למר וולף על ידי מר ישעיהו.

במכתבו האמור של מר ברק (נספח ח' לתצהירו) מופיע פירוט ספציפי של מכלול הייעודים והאלמנטים של העסק העתידי, ובין היתר צוין כי במקום יהיו הופעות של זמרים ולהקות.

בחקירתו הנגדית, הופנה מר ישעיהו למכתב זה:

"ש: ב 13.2 ורטיגו שולחת את נספח ח' אתה מכיר?

ת: מעיין- אני לא זוכר אז בזמן אמת. לא זוכר את המכתב.

ש: ידוע לך אם הנמל קיבל את המכתב.

ת: אם נשלח כן. הוא נשלח לנמל.

ש: התקבל אצלך או לא?

ת: מה השאלה? לא יודע אם התקבל. תשאל את הנמל.

ש: למה המכתב הזה נכתב?

ת: הוא מסביר מה הוא רוצה לעשות כחלק מהקונספט היתה דינימיקה.

ש: סתם קם בבוקר רצה לעשות את זה.

ת: לא.

ש: מי אמר לו לכתוב.

--- סוף עמוד 18 ---

ת: אנחנו, הנמל ההסכם.

ש: היתה תשובה למכתב.

ת: לא זוכר". (עמ' 54 לפרוטוקול).

מתקבל הרושם, שהנתבעים עצמם אינם משוכנעים שעמדת אוצר מפעלי ים הובאה לידיעת ורטיגו, במועד שנדרש לכך.

מכל מקום, מר ברק טוען בתצהירו, כי לאחר מכן, הודיע לו מר ישעיהו באופן מפורש, כי ניתן אישורה הסופי של אוצר מפעלי ים להתקשרות בין הצדדים, וכפועל יוצא מכך, נכנס ההסכם לתוקף, וכל זאת, תוך אי פירוט עמדתה האמיתית של אוצר מפעלי ים. לצד זאת, ביקש מר ישעיהו ממר ברק לעבוד בשיתוף פעולה עם אוצר מפעלי ים ולהציג בפניה את תכנית השיפוצים.

בהתחשב בבקשה זו, התקיימה ביום 21/2/05, פגישה במשרדו של אדר' צדיק אלקיים, אדריכל הנמל, אשר במסגרתה, הציג מר ברק את תכניתה של ורטיגו בעניין עבודות השיפוץ בנכס. בסיכום הפגישה האמורה, שצורף כנספח ט' לתצהירו של מר ברק, נאמר:

1. הוצגה תוכנית מתאריך 20.2.05.

2. יש שלוש הערות מרכזיות.

2.1. יש לספק יותר אינפורמציה לגבי הריהוט המוצע בחוץ.

2.2. עומק המסעדה לכיוון צפון אינו מספק. החזית המוצעת אטומה למעט שלוש דלתות. אחת מהן פונה לשרותים.

2.3. יש לספק יותר אינפורמציה לגלידריה הנמצאת בקצה הציר הנכנס לנמל מכיוון כ"ג יורדי הסירה.

3. יש להעדיף פתרונות המתבססים על חזיתות המבנה כפי שהם כיום".

מר ברק טוען, כי גם בפגישה זו לא צוינו בפניו דרישותיהם של מר וולף וגב' אנג'ל, ואומד דעתו, לכל אורך הדרך, היה שניתן זה מכבר אישורה הסופי של אוצר מפעלי ים.

מר ברק טוען, כי לאחר הפגישה עם אדר' אלקיים, הוא פנה אל מר ישעיהו וקבל על כך שאוצר מפעלי ים מבקשת להתערב בעבודות השיפוצים ואף בבחירת סוג הרהיטים, בניגוד להסכם השכירות ובניגוד לעמדת מר ישעיהו לפיה לאוצר מפעלי ים אין כל זכות להתערב בעבודות הפנים במושכר. במענה לכך, הבהיר מר ישעיהו כי הוא ידאג "לסדר את העניינים" אל מול אוצר מפעלי ים, ובסופו של דבר אף הורה לו להתחיל בעבודות. מר ברק העיד, כי לאור דברים אלה, הוא סבר במשך תקופה ארוכה שהאישור אכן ניתן ואין מניעה להמשיך בעבודות (עמ' 42 לפרוטוקול).

--- סוף עמוד 19 ---

אלא שלטענת מר ברק, לאחר זמן מה הסתבר, כי הדרישות התכנוניות שהועלו על ידי אדר' צדוק בפגישה האמורה, היו דרישות ראשוניות בלבד, ולאחריהן הגיעו דרישות תכנוניות רבות נוספות, שנועדו, לטענתו, "להתיש" את ורטיגו ולמנוע ממנה לעשות שימוש במושכר.

דרישות אלה, שחלקן הועלו על גבי הכתב וחלקן הועלו בעל פה במסגרת פגישות, פורטו בהרחבה בתצהירו של מר ברק, והמסמכים הרלוונטיים להן צורפו כנספחים י"א-כ"ד.

23. לאור מצב דברים זה, בו נדרשה ורטיגו להתמודד מדי פעם עם דרישות תכנוניות חדשות, הבהיר מר ברק למר ישעיהו, כי לא יעלה על הדעת שלמרות שאין אפשרות לעשות שימוש במושכר, עדיין נדרשת ורטיגו לשלם דמי שכירות כרגיל.

בסופו של דבר, טוען מר ברק, כי הוא נאלץ להורות לבנק על ביטולה של ההמחאה שנועדה

לתשלום שכר דירה בגין חודש יולי שנת 2005.

בתצהירו של מר ישעיהו מפורטות בהרחבה הדרישות התכנוניות השונות שהופנו אל ורטיגו מצד נציגי הנמל (ההתכתבויות וסיכומי הפגישה צורפו כמוצגים ת/8- ת/23).

כלומר, מר ישעיהו אינו מתכחש להעלאתן של הדרישות התכנוניות הרבות, אלא שהוא אינו מביע הסתייגות כלשהי לגבי צדקתן, ואף טוען כי התוכניות שהעבירה ורטיגו חסרו את הנתונים הנדרשים, וכן כי: "כל התנהלות השוכרת ונציגיה מיום קבלת החזקה במושכר ובמסגרת הפגישות שנערכו עם אדריכל הנמל כפי שנוכחתי לדעת הייתה חובבנית ולא רצינית" (עמ' 52 לפרוטוקול).

בניגוד לעמדה נחרצת זו, שהביע מר ישעיהו בתצהירו, הרי שהתמונה המתקבלת מחקירתו הנגדית, היא פחות ברורה. מר ישעיהו הופנה, בין היתר, לפגישה עם אדר' אלקיים ביום 20/2/05, ונשאל:

"ש: למי תוכניות יועצים מוגשות.

ת: לנו לנמל.

ש: אחרי הפגישה מה עלה בגורל התכניות.

ת: לא זוכר". (עמ' 54 לפרוטוקול).

לאחר מכן, אישר מר ישעיהו כי נוכח לדעת שמתבצעות עבודות בשטח, וכן נשאל:

"ש: בסעיף 77 להסכם השכירות ועל פי סעיף 11 לנספח הסכם ההרשאה נרשם שלפני ביצוע העבודות צריך לקבל אישור אוצר ים.

ת: נכון.

ש: ב 1.3 היה אישור אוצר ים.

ת: לא זוכר. הראית מכתב מצדיק שהוא מאשר את זה.

ש: כן.

ת: באיזה תאריך הוצא.

--- סוף עמוד 20 ---

ש: האם ב 1.3 היה לך אישור של הנמל סופי להתקשרות.

ת: לא זוכר.

ש: לפני רגע אמרת שהיתה בעיה של החזיתות.

ת: כן.

ש: נכון לאותו מועד אושרו. באיזה שלב באו הבלוקים.

ת: הבלוקים היו הרבה מאוחר יותר.

ש: ב 9.3 אלייכם עוד לא מאשר את החזיתות אלא רק את תכנית הפנים. נכון שלא היה אישור לתכניות.

ת: מאושרת כתוב.

ש: הקונספט אושר.

ת: כן". (עמ' 55 - 56 לפרוטוקול).

עמימות זו מעוררת תהייה לגבי אומד דעת הצדדים, ובייחוד אומד דעת הנתבעים, בתקופה הרלוונטית.

24. ניתן להיווכח, כי דבריו האמורים של מר ישעיהו אינם עולים בקנה אחד עם עמדתו הנחרצת, כפי שהובעה בתצהירו, ובנוסף נראה כי הם אינם תואמים את מצב הדברים באותה העת, שכן כאמור, לגבי אנג'ל ומר וולף היו הסתייגויות שונות לגבי קונספט העסק המתוכנן, כפי שהוצג על ידי ורטיגו.

בנוסף, לא הופרכה עמדתה של ורטיגו, לפיה הסתייגויות אלה לא הובאו לידיעתה במועד, והיא סברה, באופן מוטעה, כי ניתן אישור סופי מצד אוצר מפעלי ים.

עם זאת, נראה כי מר ישעיהו ניסה אכן לסייע לורטיגו כפי יכולתו, ולא התכוון להטעותה.

יש לציין, כי גירסתו של מר וולף בחקירתו הנגדית, לגבי מתן אישור להתחלת ביצוע העבודות במושכר, אינה ברורה, וקשה להסיק מדבריו האם ניתנה הסכמה להתחלת העבודות (עמ' 10

לפרוטוקול).

גב' אנג'ל, לעומת זאת, טענה בחקירתה הנגדית:

"היה דיון שלם לפי מה שאני קוראת פה עם האדריכלים שלהם החברה לא אישרה. אבל כמו פעמים רבות שלא מאשרים מנסים בשיטת מצלית. נתנו כמה אופציות הסבירו שעירית ת"א ביקשה חזיתות שקופות והם ביקשו לסגור נתנו להם אופציה או להתרחק או לתת תצוגה. התכניות של האדריכל לא אושרו. יש פה הרבה מכתבים של אדריכל הנמל. אני במקצועי אדריכלית נתתי לו אופציות הוא לא אישר".

ומייד לאחר מכן:

--- סוף עמוד 21 ---

"ש: יש מכתב מאליקים נספח י"א לתצהיר התובעת מ 9.3 רשום תוכניות הפנים של המועדון...למה את אומרת שתכניות לא אושרו.

ת: לא יודעת איזה. אולי אישרו ולא בנו לפי תכניות לא יכולה לזכור.

ש: אמרת שלא אושרו התכניות אני מראה מכתב אליקים שהתוכניות כן אושרו.

ת: יכול להיות אחרי שביקשנו נתנו להם אופציות". (עמ' 24 לפרוטוקול).

לטעמי, כאמור, קיימת עמימות ניכרת המאפיינת את עדויותיהם של מר ישעיהו, מר וולף וגב' אנג'ל, בכל הקשור למתן אישור להתקשרות ומתן אישור לתחילת ביצוע העבודות, על אף ההסתייגויות השונות, המהותיות והתכנוניות, לגבי מהות העסק ואופן תכנונו.

אין בכוונתי לפגוע במהימנותם של עדים אלה, ובהחלט ייתכן, שהערפול נובע, בין היתר, מחלופי הזמן, אך קשה לקבוע ממצאים עובדתיים ברורים במצב זה.

25. למעשה, על רקע מצג הדברים המוטעה והדרישות השונות, ניתן להבין את התרשמותה של ורטיגו, לפיה נראה כי הנתבעים ואוצר מפעלי ים ניסו לסכל את הקמת העסק המתוכנן במושכר, ובהקשר זה, אף נמסר מכתבו מיום 27/7/05 של עו"ד הכט, בא כוחה של ורטיגו באותה העת (נספח כ"ח לתצהיר).

במענה לכך, השיב עו"ד אזגד ביום 28/7/05 בשמה של אוצר מפעלי ים, וטען, בין היתר:

"5... יתרה מזאת, כאמור בסעיף 14 לחוזה ההרשאה ובסעיף 11 לתוספת לחוזה ההרשאה, אשר נחתמו

בין מרשתי לבין מצפה ימא, הוסכם בהם במפורש שלא יבוצעו בשטח ההרשאה כל עבודות שיפוצים ו/או שינויים, ללא קבלת אישור מראש של מרשתי, וכמובן רק לאחר קבלת ההיתרים הדרושים על פי דין.

6. למרות האמור לעיל, כאמור במכתבך, מרשתי תפסה חזקה בשטח ההרשאה שלא כדין ומבלי שקיבלה הסכמה מראש של מרשתי.

לא זו אף זו, מרשתי אף החלה בביצוע עבודות שיפוצ בשטח ההרשאה אשר כלל אין לה זכויות בו, ולמרות שלא קיבלה את הסכמת מרשתי לעבודות עצמן.

7. מיד כשנודע למרשתי על כך שמבוצעות בשטח עבודות ללא קבלת אישור הדרוש על פי כל דין ועל

פי החוזה, דרשה מרשתי את הפסקת העבודות. מרשתי חזרה על דרישה זו פעמים רבות, בכל פעם שהבחינה בכך שמבוצעות במקום עבודות איזה שהם.

8. מרשתי הבהירה למצפה ימא מספר פעמים באופן מפורש, מה הם התנאים לצורך קבלת הסכמת

מרשתי למתן הרשאת המשנה, הכוללים בין היתר, התחייבות של מקבל הרשאת המשנה, לקיום כל הוראות חוזה ההרשאה, אישור מראש של תכנית העסק (קונספט), אישור

--- סוף עמוד 22 ---

מראש של תוכניות שיפוצ מפורטות (אשר צוינו על ידי מרשתי), העברת קורות חיים ותעודות יושר וכן אישור דירקטוריון מרשתי.

9. דרישות מרשתי לצורך קיום דיון בבקשה לביצוע הרשאת משנה ולצורך קבלת אישור לביצוע

השיפוצ, לא קוימו עד היום וזאת למרות דרישות חוזרות ונשנות של מרשתי.

.....

12. במצב דברים זה, ללא אישור של מרשתי לביצוע עבודות איזה שהן בשטח ההרשאה, לא ניתן

לעשות כל שיפוצ ו/או שינוי ו/או עבודה במבנה.

13. שוב יובהר כי מרשתי טרם נתנה את הסכמתה להרשאת משנה וכי טרם התקיימו דרישות מרשתי

לצורך אישור הרשאת המשנה והעלאת הנושא לדיון בדירקטוריון מרשתי. אשר על כן למרשתך אין כל זכויות בשטח ההרשאה אשר נתנה מרשתי למצפה ימא".

דברים מפורשים אלה מעידים, לכל הפחות, על אומד דעתה של אוצר מפעלי ים בתקופה הרלוונטית, השונה לחלוטין מאומד דעתה של ורטיגו באותה העת.

כלומר, בעוד שורטיגו סברה, כי ניתן אישור ממצה להקמת העסק, והחלה בביצוע העבודות, אוצר מפעלי ים כלל לא הפיקה אישור מעין זה ולא הסכימה להתחלת העבודות.

מצב דברים זה לא נטען במפורש על ידי מר ישעיהו, לא במסגרת ההליך, ואולי גם לא בפני ורטיגו, במהלך התקופה הרלוונטית. "יתכן בהחלט, כאמור, כי המצב נובע מאי הבנה מהותי, שנוצר בעקבות הצבת דרישותיה של אוצר מפעלי ים כלפי ורטיגו, באמצעות מצפה ימא. "יתכן, כי אילו התקשורת בין אוצר מפעלי ים לבין ורטיגו הייתה ישירה יותר, היה נמנע מצב הדברים שנוצר.

26. מכל מקום, אף מבלי להטיל אחריות כלשהי על צד כזה או אחר, עולות בבירור מספר מסקנות:

ראשית, אישורה של אוצר מפעלי ים לא ניתן, וממילא לא התקיים התנאי המתלה המעוגן בסעיף 26 להסכם.

שנית, לא הופרכה טענתה של ורטיגו, לפיה היא סברה, לכל אורך הדרך, שהאישור הסופי להתקשרות ניתן זה מכבר. מכאן, כי ורטיגו לא מנעה את קיום התנאי המתלה, וגם אם, מבחינה אובייקטיבית, התנאי לא התקיים לאחר שלא עמדה בדרישות הרלוונטיות, הרי שבכל מקרה, אי התקיימותו לא נבע מרשלנותה של ורטיגו או מפעולתה בזדון. לפיכך, אין תחולה בענייננו להוראת סעיף 28(א) לחוק החוזים.

--- סוף עמוד 23 ---

לאור זאת, ומאחר שההסכם כלל לא נכנס לתוקף, לא היה מקום לחייב את ורטיגו בתשלום דמי שכירות, וממילא ההמחאה שבוטלה, בוטלה כדין (בנוסף, אין רלוונטיות לטענת הנתבעים בדבר אי קבלת אישורה להחלפת בעלי המניות בורטיגו).

מכאן, כי אין יסוד לתביעה שכנגד, אשר עילתה אי תשלום דמי שכירות. בנוסף, קיימת הצדקה להחזר דמי השכירות ששילמה ורטיגו, המפורטים בסעיף 79 לתצהירו של מר ברק, וסכומם לא הופרך מצד הנתבעים. לאור מסקנת הדברים, מתייתרת תביעתה החלופית של ורטיגו להשבת הסכומים שנגבו ביתר על ידי מצפה ימא (תביעה חלופית למקרה שבו ייקבע שההסכם תקף). מסקנות אלה אינן מעידות בהכרח על חבותם של הנתבעים בנזקים הנטענים מצד ורטיגו, אלא יש לבחון סוגיה זו על פי העילות הנטענות.

חבותם הנטענת של הנתבעים

27. ורטיגו טוענת, כי מר ישעיהו, כנציגה של מצפה ימא, ניהל עמה משא ומתן בחוסר תום לב ותוך הצגת מצגי שווא והטעיה, ולכן יש לייחס לו אחריות אישית, בין היתר מכוח הוראות סעיפים 12 ו-15 לחוק החוזים.

בנוסף, טוענת ורטיגו, כי הנתבעים הפרו את החובות המוטלות עליהם מכוח הוראות חוק השכירות והשאילה, תשל"א - 1971 (להלן: "חוק השכירות והשאילה").

חובת הגילוי היא חלק מחובת תום הלב המעוגנת בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים, והפרתה עשויה להיחשב כהטעיה (ע"א 11400/07 ויזל נ' בן חנן (2010)).

בפסק הדין שניתן לאחרונה בת"א (מחוזי חיפה) 713-04 אלמקייס נ' מדינת ישראל (30/7/12), קבע כב' השופט רון סוקול (סעיפים 31 - 32 לפסק הדין):

"הפרתה של חובת הגילוי עשויה להקים לצד הנפגע עילת תביעה מכוח דיני הפגמים בכריתת חוזה ובמיוחד תביעה בשל הפרת חובת תום הלב במשא ומתן כמפורט בסעיף 12 לחוק החוזים (ראה ד"נ

7/81 פנידור חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673 (1983); ע"א 282/89 רוטנברג נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מו(2) 339 (1992); ע"א 3051/08 סאסי קבלני בניין, עפר וכבישים (1986) בע"מ נ' מדינת ישראל-משרד הבינוי והשיכון (ניתן ביום 10/1/10); ע"א 838/75 --- סוף עמוד 24 ---

ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231 (1977)). כמו כן עשויה הפרת חובת הגילוי לעלות כדי הפרת הסכם ויכולה לבסס טענה בדבר אי התאמה של הממכר (ראו ד' פרידמן ו-נ' כהן הנ"ל כרך א' עמ' 562, 563 וכן ע"א 7730/09 כהן נ' מבני גזית (2000) בע"מ (ניתן ביום 6/6/11)).

לעיתים מטשטשים הגבולות בין האחריות הטרומ חוזית לבין האחריות החוזית בשל אי ההתאמה. עם זאת להבחנה בין שלבי האחריות השונים עשויה להיות נפקות בעניינים שונים ובעיקר לסעדים שיוענקו לצד הנפגע (ראו ד' פרידמן נ' כהן חוזים כרך א' 621-622 (1991)).

שאלה נפרדת עוסקת בהיקף חובת הגילוי, כלומר איזה מידע יש לגלות. היקף חובת הגילוי משתנה ממקרה למקרה על פי נסיבותיו. ככלל, ניתן לומר כי חובת הגילוי משתרעת על כל מידע המצוי בידי צד אחד ואשר יש בו כדי להשפיע על נכונותו של הצד האחר להתקשר בחוזה על פי התנאים המוצעים (ראו למשל ע"א 230/80 לעיל בעמ' 726; ע"א 838/75 לעיל בעמ' 240; ע"א 7730/09 לעיל, פסקה 14; ד' פרידמן ו-נ' כהן הנ"ל כרך ב' עמ' 813-817).

היקפה של חובת הגילוי יושפע בין היתר מטיבו של המידע, מחשיבותו לעסקה ומהשפעתו עליה, מזהות בעלי הדין, ממידת האמון שרוכש צד אחד לחברו, מזמניות המידע לציבור הרחב וגישותו לצד שכנגד, מעלות השגת המידע וכו".

עיקרון תום הלב חל גם על חיובים וזכויות הנובעים מחוזה, על פי סעיף 4 לחוק השכירות והשאלה, לפיו: "חיוב הנובע מחוזה שכירות יש לקיימו בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מן החוזה".

(רע"א 1784/98 עמידר-החברה הלאומית לשיכון בישראל בע"מ נ' מנדה (1999); ע"א 11384/07 יוזל נ' ראובברגר (2010); ת"א (מחוזי ת"א) 1235-04 באולינג רמת השרון (3000) בע"מ נ' שיא יזום ופיתוח בע"מ ואח' (2010); ע"א (מחוזי חיפה) 8541-01-09 לוי נ' ראובן (2010))

28. בענייננו, כאמור, ההסכם אינו תקף, מאחר שלא התקיים התנאי המתלה המעוגן בו. בנוסף, לא ורטיגו הייתה זו שמנעה את קיום התנאי, או שפעלה תוך זדון או התרשלות. עם זאת, לא התרשמתי שורטיגו נשאה בנטל השכנוע המוטל עליה להראות, כי הנתבעים פעלו תוך הטעיה או חוסר תום לב.

בחקירתו הנגדית, נשאל מר ברק: "ש' מי שאתה רואה כאחראי כמי שסיכל את ההסכם זה יותר הנמל ולא משה. ת: לי אין ספק שמי שגורם לזה לא משה זה הנמל. הנמל עשו החלטה והחליטו שלא נהיה שם אם משיקולי רעש או שיקולים נכונים או זרים כי חלק מהמעורבים לא היו הכי ניטראליים היו מעורבים --- סוף עמוד 25 ---

בגופים אחרים שנפתחו חודשיים שלושה לאחר מכן בצמידות יחסית של שטח. הנמל החליט מה שהחליט הייתי מצפה רק לדבר אחד בקטע הזה ממשה ובזה אני רואה בו את האשם. להגיד לא הולך בוא נגמור עניין נסיים את הסיפור רציתי נלחמתי לא עובד...היינו עייפים מותשים היינו מוכנים לכל פשרה. בוא נלך הביתה נשאר חברים. לגרום לנו לבטל את השיק. להשתתף באיזה שלב לעבור צד ולהיות באותו שלב עם הנמל. הוסיף עוד דרישה ועוד דרישה למה כל הדרישות לא באו בתחילת הדרך. למה התכניות אושרו לאחר מכן התחילו לבוא הדרישות הנוספות". (עמ' 40 לפרוטוקול).

לאחר מכן, נשאל מר ברק לגבי הסיבה שהתביעה כנגד הנמל נמחקה והשיב: "אני יודע שהנמל נמחק. אין לנו הסכם מול הנמל. יש לנו הסכם מול משה. זה הבסיס המרכזי מול הנושא" (עמ' 41 לפרוטוקול).

כלומר, התביעה נותרה תלויה ועומדת רק כנגד מצפה ימא, ומר ישעיהו כנציגה, מאחר שזו החברה עמה התקשרה ורטיגו, אך למעשה, ורטיגו סבורה, כי האחריות הישירה לאי התקיימות התנאי המתלה מוטלת למעשה על אוצר מפעלי ים.

במילים אחרות, לטענת ורטיגו, אוצר מפעלי ים ניסתה למנוע, משיקוליה שלה, את הקמת עסקה של ורטיגו, ולכן הציבה דרישות רבות ושונות, פעם אחר פעם, בניסיון להלאותה ולגרור לה לחזור בה מכוונתה להפעיל את המושכר.

טרונייתה של ורטיגו כלפי הנתבעים, מתמקדת ב"שיתוף הפעולה" הנטען שלהם עם אוצר מפעלי ים, בניגוד לאינטרסים של ורטיגו ותוך התעלמות מהם.

שיתוף פעולה נטען זה מתבטא, בין היתר, בהסתרת דרישותיה של אוצר מפעלי ים לקבלת מידע על מהות העסק המתוכנן, הסתרת הסתייגויותיהם של גב' אנג'ל ומר וולף לגבי הקונספט המתוכנן ונקיטת עמדתה של אוצר מפעלי ים, בכל הקשור לדרישות התכנוניות השונות.

למעשה, ציפייתה של ורטיגו, בתקופה הרלוונטית להתקשרות עם הנתבעים, הייתה להתנהלות קולגיאלית והגונה מצדם, תוך גילוי כל העובדות הרלוונטיות להתקשרות, אלא שבסופו של יום, נוכחה ורטיגו, לטענתה, כי הנתבעים פעלו בחוסר תום לב כלפיה, תוך הטעייתה לגבי עובדות ודרישות רלוונטיות, וכל זאת, על מנת לרצות את אוצר מפעלי ים, שהיא בסופו של דבר, בעלת הזכויות במתחם.

השערה זו, הגיונית ככל שתהא, לא הוכחה.

אמנם, כאמור, עדותו של מר ישעיהו בחקירתו הנגדית (להבדיל מעדותו בתצהיר) לקתה בעמימות, שנבעה, לטענתו, מהעדר זיכרון לגבי העניינים הרלוונטיים, ולאור עמימות זו, קשה

--- סוף עמוד 26 ---

לאמת את טענותיו (הנחרצות) שבתצהיר. בנוסף, טענותיה של ורטיגו מגובות במסמכים המתארים את ההתרחשויות הכרונוולוגיות, כך שגירסתה מתקבלת על הדעת מבחינה לוגית.

עם זאת, אני סבור, כי יש לנקוט זהירות רבה בטרם ייחוס חוסר תום לב או כוונת הטעיה למר

ישעיהו, כבעל השליטה והמנהל של מצפה ימא. הוכחת חוסר תום לב או הטעייה טעונה, באופן מובנה, הוכחת יסוד נפשי מסוים של הנתבע, ובענייננו, הדבר לא הוכח.

למעשה, אם פני הדברים הם כפי שנטען על ידי ורטיגו, הרי שבסופו של דבר, אוצר מפעלי ים לא הייתה מאשרת, באופן סופי, את הפעלת המושכר, וממילא, בכל מקרה, לא הייתה תחולה לתנאי המתלה, וההסכם לא היה נכנס לתוקף.

כלומר, דווקא טענתה של ורטיגו, לפיה הנתבעים פעלו כ"עושי דבריה" של אוצר מפעלי ים, מרחיקה מהם אחריות ישירה לנזק, שהרי בכל מקרה, לא הייתה להם שליטה על החלטותיה של אוצר מפעלי ים, ולכן גם אם לא היו משתפים עמה פעולה, לא היה ניתן האישור להפעלת המושכר.

התרשמתי כי מר ישעיהו ניסה, בתום לב סובייקטיבי, לפעול באופן שייטיב עם ורטיגו ועם אוצר מפעלי ים גם יחד, תוך ריכוך עמדותיה הנחרצות של אוצר מפעלי ים, ואולי גם תוך גילוי סלקטיבי שלהן, אך אין משמעות הדבר, שהוא ניסה לסכל את ההתקשרות, אלא להפך, ייתכן שבכך כוונתו הייתה לגשר על הפערים הקיימים, אלא שלמרבה הצער, ללא הצלחה.

ייתכן שדרך התנהלותו של מר ישעיהו במקרה זה אינה מיטבית, אך מכאן ועד ייחוס העילות הנטענות לו ולמצפה ימא, ארוכה הדרך.

לפיכך, אני רואה לנכון לייחס לנתבעים חבות כלשהי לנזקיה הנטענים של ורטיגו.

מאחר שכאמור, לא הוכח חוסר תום לב מצד מר ישעיהו, אני רואה לנכון לפסוק עבור ורטיגו פיצויי הסתמכות בגין השקעתה במבנה או פיצויי קיום (לעניין זה ראו והשוו ע"א 2720/08, ע"א

3153/08 ז'אן נ' ליבמן (23/8/12)).

לסיכום

29. לאור האמור, התביעה מתקבלת חלקית. אני קובע כי ההסכם מיום 17/1/05 בין ורטיגו לבין מצפה ימא לא נכנס לתוקף ואיננו תקף, וכפועל יוצא מכך זכאית ורטיגו ממצפה ימא --- סוף עמוד 27 ---

להשבת הכספים ששילמה כדמי שכירות, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק, בצירוף 2.5% מסכום זה (החזר יחסי של האגרה) ובצירוף 15% + מע"מ על סכום זה (שכ"ט ע"ד). התביעה שכנגד נדחית.

כל צד יישא ביתרת הוצאותיו.

ניתן להגיש פסיקתא מוסכמת לחתימתי (מבלי שהדבר ייחשב כמובן כויתור על זכות הערעור).
ניתן היום, י"ב חשון תשע"ג, 28 אוקטובר 2012, בהעדר הצדדים.

אבי זמיר 54678313-2615/05

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה
בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן

--- סוף עמוד 28 ---

-

-

(ת"א) 2615/05 תא (ת"א) 2615-05 ורטיגו אקטיב יזמות בע"מ נ' מצפה י.מ.א. בע"מ

www.nevo.co.il

-