|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו כבית-משפט לערעורים אזרחיים** | | |
|  | | |
| ע"א 554-02-15 אינדיג ואח' נ' אזרן | | 28 יול 2016 554-02-15 |
|  | | |
| **השופטת** | רות לבהר שרון | |
|  | | |
| **המערערים** | 1. שמואל אינדיג 2. חשד"ר מרכזי שליטה ואחזקות (1990) בע"מ  ע"י עו"ד רחלי כרמון עו"ד עדי עטיה רוזנברג | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **המשיב** | יעקב אזרן ע"י עו"ד דורון ניכטברגר | |

**פסק דין**

בפניי ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בתל אביב יפו (כב' השופט אהוד שוורץ), שניתן בת.א. 4267-02-10, ביום 11.12.14, במסגרתו התקבלה חלקית תביעת המשיב, יעקב אזרן (להלן: "המשיב"), כנגד המערערים, שמואל אינדיג וחברת חשד"ר מרכזי שליטה ואחזקות (1990) בע"מ (להלן בהתאמה: "מערער 1", "המערערת", וביחד: "המערערים"), לקבלת פיצויים בגין ליקויי בניה, עוגמת נפש, ותשלום בהתאם להסכמה קודמת.

**העובדות ופסק דינו של בית משפט קמא**

1.המשיב רכש דירה בבית משותף ברמת השרון, אשר נבנה ע"י המערערת, היא החברה הקבלנית, בהתאם להסכם קומבינציה מיום 30.12.99, ונמכרה למשיב ע"י מערער 1 שחתום על הסכם מיום 29.12.08 (להלן: "הסכם המכר").

שני המערערים וכן מנכ"ל המערערת התקשרו בהסכם הקומבינציה עם בעלי הקרקע, כאשר הם התחייבו כלפי בעלי הקרקע להקים את הבניין, שבו אחת הדירות, היא נשוא התובענה.

2.כחצי שנה לאחר החתימה על הסכם המכר, ביום 14.06.09, שבועיים לאחר מסירת המפתח, הוסכם בין הצדדים בכתב יד בלתי קריא (נספח 4 לתיק מוצגי המערערים), כי המערערים יבצעו תיקונים והשלמות בדירה, וכי בכפוף לביצועם לא תהיינה לצדדים תביעות הדדיות. למחרת, מנכ"ל המערערת שלח הודעת דואר אלקטרוני למשיב (להלן: "המייל") לגבי השלמות שנעשו בדירה, ובגינן יקוזזו סכומים שעל המשיב לשלם, וכך נכתב במייל:

**"להלן פירוט ההשלמות שכבר שולמו וההשלמות שבגינם יופחת מהתקבולים מאזרן**

**1....**

**2. אספקת 3 מזגנים 1.5 כ"ס לקומה למטה יקוזז 10,170 ₪ לפי הצעת המחיר שמצ"ב.**

**3....**

**4. מקלחון - יקוזז 3,000 ₪**

**5. ניקיון דירה - יקוזז 3,000 ₪**

**...**

**7. כמובן שאם יהיו תיקונים נוספים לדברים שכבר בוצעו לפי המפרט - יבוצע לפי אחריות שנת הבדק.**

**על כן בעבור סעיפים 2,4,5,7 יש לקזז 21,170 ₪..."** (נספח 4 לתיק מוצגי המערערים).

יצוין, כי סכום זה של 21,170 ₪ שולם למשיב, רק לאחר הגשת התביעה, בהסכמת הצדדים, במסגרת בקשה לצו עשה שהוגשה עם הגשת התובענה הנוכחית.

3.באוגוסט 2009 נכנסו המשיב ומשפחתו להתגורר בדירה, לאחר שבוצע על ידו שיפוץ עצמאי בדירה. מאז, לטענתו, פנה מספר פעמים למערערים, הן בכתב והן בעל פה, בבקשה לביצוע תיקונים, בין השאר בעקבות הצפות בדירה, אך התיקונים לא בוצעו. לפיכך, לטענתו, הוא נאלץ להגיש את התובענה נשוא הדיון על סך של 202,900 ₪.

4.**המערערים טענו בבית משפט קמא**, כי דין התביעה נגדם להידחות על הסף מן הטעם שהמשיב מיצה עילתו במסגרת הליך קודם שהתנהל בין הצדדים, במסגרתו תבע המשיב את המערערים בגין הפרת הסכם המכר, בעקבות מחלוקת בעניין חניה אותה רכש המשיב בהתאם להסכם המכר (ת"א 16882-09-09; להלן: "התביעה הראשונה"). יצוין, כי התביעה הראשונה הוגשה גם כנגד הבעלים של דירה אחרת בדירה, שעשו לטענתו שימוש שלא כדין בחניה (לטענתם ברשות), כאשר המשיב טען להשגת גבול ועתר לסילוק ידם מהחניה, לתשלום דמי שימוש ולפס"ד הצהרתי לפיו החניה הינה בבעלתו ויש לרשום אותה על שמו. תביעה זו, שהוגשה כאמור בספטמבר 2009, הסתיימה בפשרה, שקיבלה תוקף של פס"ד ביום 13.10.09, כאשר הפשרה התייחסה למערכת היחסים בין כל הצדדים לתביעה הראשונה, בהם נכללו גם את השכן הנוסף שטען כי גם לו הובטחה החניה.

5.עוד טענו המערערים כי במועד הגשת התביעה הראשונה היה המשיב מודע לליקויים המהווים את עילת התביעה הנוכחית, ולכל הפחות ידע על כך במהלך ניהול אותה התביעה, ומשלא עתר לפיצול סעדים - מנוע הוא מהגשת תביעה נוספת.

עוד הם טענו, כי לאור הסיכום בין הצדדים מיום 14.6.09, פעל המשיב בחוסר תום לב עת הגיש את התביעה, לאחר שהוסכם כי ככל שיבוצעו התיקונים וההשלמות, לא תהיינה לצדדים תביעות הדדיות.

לגופו של עניין, טענו המערערים כי לא נותרו בדירה כל ליקויים נוספים, וככל שקיימים, הם נובעים מהשיפוץ הפרטי שערך המשיב לאחר קבלת החזקה בדירה.

6.**המשיב טען בבית משפט קמא**, כי מדובר בשתי עילות שונות, וכי בכל מקרה במועד הגשת התביעה הראשונה, בעניין החניה, לא התגבשה עילת התביעה נשוא הדיון, כאשר חוות הדעת של המומחה מטעמו התקבלה רק חודשיים לאחר הגשת התביעה. עוד לטענתו, לא יכולה להיות מחלוקת כי אכן קיימים ליקויים בדירה, כפי שגם מומחה המערערים קבע, כאשר המערערים לא הוכיחו קשר בין עבודות השיפוץ שביצע המשיב לבין הליקויים הנטענים.

7.בימ"ש קמא, בהחלטה מיום 15.9.10, דחה את טענת מיצוי העילה, וקבע כי הגם שמדובר במקרה גבולי, הרי שניתן לברר את התביעה על אף שלא התקבל היתר לפיצול סעדים, זאת מאחר וההליך הקודם התנהל בקשר לחניה בלבד, ולא בקשר לליקויי בניה. עוד קבע ביהמ"ש, כי את שאלת המניעות לאור ההסכמה מיוני 2009, יש לבחון לגופה. בר"ע שהגישו המערערים על החלטה זו - נדחתה על ידי כב' השופטת צ'רניאק, תוך שבין השאר נקבע שמדובר בהחלטת ביניים שניתן יהיה לערער עליה במסגרת ערעור על פסק הדין הסופי (רע"א 46700-10-10).

8.**בפסק דינו נשוא הערעור,** דחה בית משפט קמא את בקשת המערערים לדחייה על הסף, כאשר קבע כי הסוגיות שנדונו בשני ההליכים שונות, והעובדה ששני ההליכים קשורים להסכם המכר, אין בה די כדי לקבוע כי יש להחיל את הכלל של מיצוי עילה. עוד קבע בית המשפט, כי גם אם הייתה למשיב ידיעה במועד הגשת התביעה הראשונה לגבי הליקויים הנטענים, הרי שטרם התגבשה ידיעה ממשית לגבי הליקויים, וכך ציין: "... לא ראיתי לקבוע גם כעת, שידיעה, ככל שהייתה, לגבי הליקויים שנתבעים כאן, התגבשה לכלל ידיעה ממשית, שיש בה למנוע את ההליך שבפניי, ומכוח הכללים הדיונים האמורים".

בית המשפט דחה גם את טענת המערערים למניעות לאור ההסכמה מיום 14.6.09, וקבע, כי עולה בבירור מהמסמך, כי ההסכמה להעדר תביעות הדדיות מתייחסת רק לאותם השלמות ותיקוני ליקויים עליהם הוסכם במפורש, ולא ניתן להסיק מהמסמך ויתור גורף על זכות תביעה עתידית בקשר לליקויים שלא צויינו במסמך ושלא היו ידועים באותו מועד.

עוד קבע בית המשפט בהקשר זה, כי לא הוכח כי המשיב פעל בחוסר תום לב.

בית המשפט קבע, כי חל במקרה דנן חוק המכר (דירות), וכי ברור שמדובר ברכישת דירה מקבלן, כאשר המערערת אחראית לכל הליקויים, וזאת על אף שהסכם הרכישה נעשה מול מערער 1 בלבד.

בית המשפט הוסיף וקבע, כי העובדה שהמשיב ביצע שיפוץ עצמאי בדירה אינה מטילה עליו את האחריות לליקויים, שכן לא הוכח שהליקויים נובעים מעבודות השיפוץ שהוא ביצע אלא מדובר בליקויים שהיו בדירה. כך לגבי הליקוי העיקרי הנתבע - שיפועים הפוכים בריצוף במרפסת - קבע בית המשפט כי כל המומחים הסכימו כי ליקויי זה היה קיים, ודחה הטענה כי ליקוי זה נובע מהשיפוץ שערך המשיב. עוד קבע ביהמ"ש בהקשר זה כי השתכנע כי ליקוי זה נודע למשיב רק עם בוא החורף והגשמים.

לאור כל זאת, קבע בית המשפט כי המשיב זכאי לפיצוי בסף 52,460 ₪ בגין ליקויי הבנייה, זאת בהתאם לחוות דעת המומחה שמינה בית המשפט, וכן זכאי לפיצוי בסך 4,000 ₪ בגין עוגמת נפש,8,000 ₪ בגין הוצאות, ו-15,000 ₪ בגין שכ"ט עו"ד.

**טענות הצדדים בערעור**

9.**לטענת המערערים**, שגה בית משפט קמא כשדחה את טענת מיצוי העילה לאור התביעה הראשונה שהתנהלה בין הצדדים, והסתיימה בפשרה, וזאת ללא כל נימוק. לטענתם, שתי התביעות נובעות מאותה העילה - הפרת הסכם המכר. עוד לטענתם, במועד הגשת התביעה הראשונה, ידע המשיב על עילת התביעה הנוכחית בעניין הליקויים, כאשר הוא לא טרח לעתור לפיצול סעדים, ובהקשר זה שגה ביהמ"ש כשנמנע מלקבוע ממצא פוזיטיבי בעניין ידיעת המשיב אודות הליקויים, וכן שגה כשקבע כי גם אם הייתה למשיב ידיעה, היא לא התגבשה לידיעה ממשית לגבי עילת התביעה, כל זאת כאשר המשיב הודה בחקירתו כי ידע על הליקויים, דבר העולה לטענתם גם מהמסמכים.

לטענת המערערים, הסכמתם להתפשר במסגרת התביעה הראשונה התבססה על הסברה כי המשיב קיבל את עמדתם, כפי שבאה לידי ביטוי בהתכתבויות בין הצדדים, לפיה הם אינם אחראים לליקויים, ובכך שינו מצבם לרעה, תוך שהסתמכו על הסכם הפשרה כמסיים את כל המחלוקות.

עוד טוענים המערערים, כי ההסכמה מיוני 2009 כללה ויתור על תביעות עתידיות הדדיות, וזאת לאור האופי המיוחד של העסקה, כאשר המשיב ערך שיפוץ נרחב בדירה, וההבנה הייתה כי ממועד מסירת המפתח אין עוד לקבלן אחריות בגין ליקויים.

באשר לנזקים שנפסקו, טוענים המערערים, כי בכל מקרה לא היה מקום לפסוק פיצוי בגין עוגמת נפש, וכן כי לא היה מקום לפסוק מעבר ל-50% מהנזק שנקבע בחוות דעת מומחה בית המשפט, כאשר רק מחצית הזכויות בדירה הינן של המשיב, בעוד המחצית השנייה בידי אשתו, שאינה צד להליך.

10.מנגד, טוען המשיב, כי בצדק דחה בית המשפט את טענת מיצוי העילה, כאשר מדובר בשתי עילות תביעה שונות לחלוטין, וכאשר בכל מקרה העילה לתביעה הנוכחית התגבשה רק לאחר הגשת התביעה הראשונה, כאשר דו"ח השמאי לגבי הליקויים ניתן למשיב רק בנובמבר 2009, ומחובתו של המשיב היה ליתן למערערים זמן סביר לתיקון הליקויים, ורק לאחר שאלה לא נעתרו לכך - התגבשה עילת התביעה.

עוד טוען המשיב, כי חל במקרה דנן חוק המכר (דירות), וכי כאשר מדובר בליקויים שמתגלים לאורך זמן, אין צורך לבקש היתר לפיצול סעדים, ועילת התביעה מתגבשת רק אם וכאשר הקבלן אינו מבצע את התיקונים הנדרשים. משכך, בצדק דחה בית המשפט את טענת מיצוי העילה.

בפן הפרוצדורלי, טוען המשיב, כי את טענת מיצוי העילה היה על המערערים להעלות בהזדמנות הראשונה, ועוד במסגרת הבקשה לצו עשה, דבר שלא נעשה, ועל כן דין הבקשה להידחות.

לטענת המשיב, במסמך מיום 15.6.09 התחייב מנכ"ל המערערת לבצע תיקונים לפי אחריות שנת בדק, כאשר כל ההסכמות באותו מסמך קשורות לליקויים שהתגלו לפני כניסת המשיב לדירה, בעוד שהליקויים מושא התביעה, התגלו רק לאחר כניסת המשיב לדירה.

מוסיף וטוען המשיב, כי מטעמים של צדק יש לקבל את תביעתו, ולדחות את הערעור, שעה שאין מחלוקת כי בדירה אכן נמצאו ליקויים חמורים, שאינם שנויים במחלוקת ע"פ קביעת כל המומחים, ואינם קשורים לעבודות השיפוץ.

לבסוף, טוען המשיב, כי המערערים נהגו בחוסר תום לב, בין היתר כאשר התעלמו לחלוטין מהדרישות לתיקונים, ובצדק פסק בית משפט קמא פיצוי גם בגין עוגמת נפש, וזאת על הצד הנמוך. לגבי הטענה כי בכל מקרה יש לפסוק רק מחצית הנזק שכן המשיב הוא בעלים של מחצית הזכויות בדירה, בעוד המחצית השנייה הינה בבעלות אשתו, שאינה צד להליך - טוען המשיב כי אשתו הצהירה כי מטעמי יעילות הוגשה התביעה רק על ידי המשיב, ובכל מקרה בימ"ש ציין כי מחצית הפיצוי שייך לאשה.

**ד י ו ן**

**11.לאחר שעיינתי בפסק דינו של בית משפט קמא, בהודעת הערעור ובעיקרי הטיעון, וכן בכל המסמכים, ולאחר ששמעתי את הצדדים, אני סבורה כי דין הערעור להידחות.**

12.טענתם העיקרית של המערערים היא כי המשיב לא היה רשאי להגיש את התביעה ללא קבלת היתר לפיצול סעדים, שכן מדובר בשתי תביעות המבוססות על אותה עילה, ולאור התביעה הראשונה חל מיצוי עילה במקרה זה. אקדים ואומר כי דין טענה זאת להידחות.

13.אין מחלוקת כי התביעה הראשונה מספטמבר 2009, הוגשה לא רק כנגד המערערים, אלא גם כנגד אחד השכנים, כאשר העתירה שם הייתה לסילוק ידו של השכן מהחניה, לתשלום דמי שימוש ראויים, וכן למתן פסק דין הצהרתי כי המשיב הוא הבעלים של החניה.

14.תקנה 45 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 קובעת כי "מי שזכאי לסעדים אחדים בשל עילה אחת, רשאי לתבוע את כולם או מקצתם; אך אם לא תבע את כולם, לא יתבע אחרי כל סעד שלא תבעו, אלא אם כן הרשה לו בית המשפט שלא לתבעו".

ביסוד התקנה עומד הכלל של מעשה בית דין, ובכללו עקרון השתק העילה, שנועד בעיקרו להגן על הנתבע ועל בית המשפט מפני התדיינות כפולה, כאשר לביהמ"ש שק"ד לחרוג מהכלל וליתן במקרים המתאים היתר לפיצול סעדים, וכל זאת כאשר מדובר ב"עילה אחת" [רע"א 1399/11 קופת עליה - אגודה שיתופית לאשראי בע"מ נ' לזרום חברה קבלנית לבנין ופיתוח בע"מ (פורסם בנבו, 19.1.12)].

הפסיקה פירשה את המונח "עילה אחת" שבתקנה 45 באופן מרחיב, והמבחן הוא "כל אשר בלשון בני אדם נחשב לסיבה הדומיננטית של התביעה שהוגשה" [ע"א 447/68 הופמן נ' מיכאלי-לויטל, פ"ד כג(2) 52, 55 (1969], והעילה נחשבת לאותה עילה אם הסכסוך בשאלה המהותית הוא זהה [א' גורן סוגיות בסדר דין אזרחי (מהדורה 11, 2013) (להלן: "גורן"), 335].

15.ואולם, בענייננו, כפי שטוען בצדק המשיב, מדובר בשתי עילות נפרדות לחלוטין, ולכן רשאי היה התובע להפריד בין התביעות, ללא צורך בקבלת היתר [ע"א 512/08 שופרסל בע"מ נ' מוחמד עבד אלקאדר ושות' בע"מ (פורסם בנבו, 16.5.11)]. אומנם הן התביעה הראשונה והן התביעה הנוכחית נובעות מהפרת אותו הסכם, ואולם גם כאשר מדובר בהפרת הסכם, יתכן ויקומו כתוצאה מההפרה שתי עילות תביעה נפרדות ושונות (גורן, בעמ' 336). במסגרת התביעה הראשונה עתר המשיב כאמור לפס"ד הצהרתי לפיו יוצהר כי הוא הבעלים של חניה שנרכשה על ידו במסגרת הסכם המכר, וכן עתר לסילוק יד מהחניה ולדמי שימוש ראויים. מדובר למעשה בעילת תביעה קניינית, כאשר התביעה הנוכחית, הינה תביעה לפיצוי כספי בגין ליקויי בנייה, דהיינו - עילה שונה ונפרדת לחלוטין, ומשכך אין כל מניעות להגשת התביעה מן הטעם הזה.

16.למעלה מן הדרוש יצוין, כי במקרה זה השתכנעתי, כפי שקבע בצדק בית משפט קמא, כי מדובר ברכישת דירה מקבלן, כאשר לפיכך, חל חוק מכר (דירות). כך עולה מההתכתבות בין הצדדים, שמלמדת על כך שהמערערים התחייבו להותיר על כנה את ההתחייבות לתיקונים בהתאם לאחריות שנת הבדק (ראה סעיף 7 למייל), וכך גם עולה מהסכם המכר, שבסעיף 14 נקבע במפורש כדלקמן: "14.1 המוכר אחראי לכל אי התאמה בדירה עפ"י הוראות חוק המכר... 14.2 לא תתקבלנה כל תביעות בקשר לליקוים שהיו קיימים ואפשר היה לראותם בראיה של אדם לא מקצועי המתבונן באופן סביר, כבר בעת מסירת וקבלת הדירה, ואשר לא הוזכרו במפורש בפרוטוקול בעל מסירת החזקה בדירה לקונים").

17.באשר לטענת המניעות לאור המסמך מיום 14.6.09 בו צויין כי בכפוף לביצוע ההשלמות והתיקונים ע"י המערערים עליהם הוסכם במסמך, והעברות כספים, לא תהיינה לצדדים תביעות הדדיות - בית משפט קמא, קבע, בצדק, כקביעה עובדתית לאחר שעיין בכל הראיות ושמע את העדים והתרשם מהם, כי לא מדובר בויתור גורף על כל תביעת עתידית, אלא רק לגבי הליקויים שכבר הועלו, ורק ככל שהמערערים יעמדו בהתחייבותם לתיקון וקיזוז עלויות. לא מצאתי מקום להתערב גם בקביעה זו, שהינה הגיונית ומבוססת על הראיות כדבעי.

גובה הנזק

18.בית משפט קמא דחה את טענת המערערים כי לא היו ליקויים, וכן דחה את טענתם כי גם אם היו ליקויים הם נבעו מהשיפוץ העצמאי שביצע המשיב. בית המשפט קבע, כקביעה עובדתית, שמדובר בליקוים שאינם קשורים לשיפוץ העצמאי, ושבגינם זכאי המשיב לפיצוי, וכך קבע בית המשפט: "יצויין כי לעניין הליקוי העיקרי, שכל המומחים שחיוו דעתם בתיק, קבעו שקיים... והכוונה לשיפועים ההפוכים במרפסת המרוצפת...אין לקבל טענת הנתבעים, שמדובר בכשל הקשור לעבודות התובע...". סיכם בית המשפט וקבע: "שוכנעתי גם מעדות התובע בעניין שאכן מדובר בליקוי שהתגלה עם הגעת החורף והגשמים, ואינו קשור לשיפוץ שביצע בחלק אחר של הסלון".

19.הנזק שפסק בית משפט קמא בגין הליקויים מבוסס על חוות דעת המומחה שמינה בית המשפט, ואשר לא נסתרה על ידי המערערים. בנסיבות אלה לא מצאתי כל מקום להתערב בגובה הנזק שנפסק. כך גם לגבי הפיצוי שנפסק בגין עוגמת הנפש, שבנסיבות העניין נפסק על הצד הנמוך.

הטענה כאילו לכל היותר היה מקום לפסוק רק מחצית מהנזק, לאור העובדה שאשת המשיב שהיא בעלים של מחצית הדירה לא הייתה צד להליך - מוטב היה לה שלא תועלה כלל, מה גם שבית משפט הבהיר בפסק דינו כי פסק הדין מונע כל אפשרות לתביעות עתידיות בעניין זה מצד האישה.

**סוף דבר**

20.לאור כל זאת, הערעור נדחה.

הנני מחייבת את המערערים לשלם למשיב הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד בסך 20,000 ₪ כולל מע"מ. הפיקדון שהפקידו המערערים יועבר למשיב, באמצעות ב"כ, על חשבון ההוצאות הנ"ל.

**ניתן היום כ"ב בתמוז, תשע"ו (28 ביולי 2016), בהעדר הצדדים.**

**המזכירות תעביר העתק פסק הדין לצדדים.**

