|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית משפט השלום בחיפה** | | |
|  | | |
| ת"א 42129-04-13 ויזגאן ואח' נ' בן דוד | | 21 דצמ 2015 42129-04-13 |
|  | | |
| **השופט** | אחסאן כנעאן | |
|  | | |
| **תובעים** | 1. מיכל ויזגאן 2. נתנאל ויזגאן  ע"י עו"ד אתי שרון-עידן | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **נתבעים** | משה בן דוד ע"י עו"ד משה כהן ואח' | |

**פסק דין**

|  |
| --- |
|  |

**רקע וההלך שלפניי**

1. לפני תביעה להשבת כספים ששולמו לנתבע במסגרת עסקה לרכישת דירה (להלן: "עסקת המכר") בה שימש כמתווך. במסגרת עסקת המכר רכשו התובעים, בני זוג, דירה ברח' דב פרומר 13/4 בקרית שמואל, הידועה כחלקה 23, גוש 12693 (להלן: "הדירה"). עילות התביעה הן: הפרת חובה חקוקה מכוח דיני הנזיקין; הפרת חוזה מכוח דיני החוזים והתעשרות שלא כדין על חשבון התובעים כאשר טענתם המרכזית היא ששילמו לנתבע סכום שלא היה עליהם לשלם.
2. הנתבע מתווך במקצועו, אשר בתיווכו רכשו התובעים ביום 13.06.2012 את הדירה. התביעה בעיקרה מעלה טענה שהנתבע גבה כספים מהם, מעבר לדמי התיווך ושכר טרחת העו"ד שטיפל בעסקה באצטלה של מדובר בחלק מהתמורה שהועברה למוכרים כאשר בפועל הוא שלשל כספים אלו לכיסו. **טיעוני הצדדים טעונות התובעים**
3. התובעים פנו לנתבע בעקבות מודעה שפרסם ברשת האינטרנט למכירת הדירה. הדירה הייתה באותה עת בבעלותם של יבגניה ורומן גלר אשר חתמו עם הנתבע על הסכם תיווך (להלן: "המוכרים").
4. תחילה נדרשו התובעים לשלם עבור הדירה סכום של 745,000 ₪. אולם בהמשך הודיע להם הנתבע כי המוכרים הביעו את הסכמתם למכור את הדירה תמורת סכום מופחת של 710,000 ₪, כאשר על הסכום הנדון יתווספו 20,000 ₪ בגין דמי תיווך שעל התובעים לשלם לנתבע ועבור שכר טרחת עוה"ד שיטפל בעסקה מטעם שני הצדדים. היינו שסך העלות שהתובעים נדרשו לשלם עמד על 730,000 ₪, התובעים נתנו הסכמתם לשלם את הסכום הנדון.
5. בהמשך הציג הנתבע לתובעים מצג לפיו המוכרים דורשים כי המחיר שיירשם בהסכם המכר יהיה על סך של 650,000 ₪, כאשר יתרת התמורה, 60,000 ₪, תשולם למוכרים במזומן. יתר על כן, דרש הנתבע מהמוכרים לשלם במזומן גם את דמי התיווך שעליהם לשלם לו ואת שכר טרחת עוה"ד של שני הצדדים, שהסתכמו יחד בסך של 20,000 ₪. את התשלומים האמורים בסך כולל של 80,000 ₪, ביקש הנתבע לקבל לידיו ביום חתימת ההסכם, וטרם חתימתו. ודוק, הנתבע הזהיר את התובעים לבל ישוחחו עם המוכרים על הסכום שהוסכם לתשלום, שכן הם כועסים מאוד ועלולים לבטל את העסקה.
6. בהמשך לדרישת הנתבע, העבירו התובעים לנתבע ביום חתימת החוזה וטרם חתימתו סך של 80,000 ₪ במזומן. מאחר שהחוזה טרם נחתם ביקשו התובעים מהנתבע שיאשר בכתב את קבלת הסכום האמור, הנתבע הסכים לחתום על הסכם הלוואה לכאורה, בתנאי שהסכם זה יוחזר לו עם חתימת החוזה. מתוך הסכום של 80,000 ₪, 5000 ₪ הועבר לעו"ד אשר ייצג את הצדדים במסגרת העסקה, ו-15,080 ₪, הועברו לנתבע עבור שירותי התיווך שנתן לתובעים.
7. סמוך לאחר התובעים עברו לדירה, ובמסגרת ישיבת וועד בית, גילו לתדהמתם כי התמורה שקיבלו המוכרים עבור הדירה הייתה על סך של 650,000 ₪, וזאת על אף שהתובעים שילמו עליה כאמור סך של 710,000 ₪. התובעים פנו למוכרים, ואלה אישרו כי הסכום שקיבלו עבור הדירה היה על סך של 650,000 ₪ בלבד. התובעים פנו לנתבע שהכחיש את שנטען נגדו וסירב להשיב את הסכום העודף שקיבל.
8. התובעים טוענים כי בכך שהנתבע שלשל לכיסו סכום כסף שיועד למוכרים, הוא ניצל הלכה למעשה את תפקידו כמתווך בעסקת המקרקעין ומעל באמונם של התובעים והמוכרים גם יחד. הנתבע הפר את החוזה עליו חתם עם התובעים, ופעל בניגוד לחובותיו על פי חוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו – 1996 (להלן: "חוק המתווכים"), שקובע כי עליו לפעול בנאמנות, בהגינות ובדרך מקובלת כלפי לקוחותיו.
9. כמו כן, טוענים התובעים כי העובדות הנדונות לעיל מקימות להם עילת תביעה אף מכוח עוולת התרמית שבפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: "פקודת הנזיקין") , וכן מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט – 1979 (להלן: "חוק עשיית עושר").
10. התובעים מציינים כי על מנת לשלם לנתבע את סך של 60,000 ₪, נאלצו לקחת הלוואה שתשלום הריבית בגינה עומד על סך של 11,184 ₪ (להלן: "ההלוואה"), כך שהסכום שגזל מהם הנתבע עומד על 71,184 ₪.
11. לדידם של התובעים, בעטיה של התרמית שביצע כלפיהם הנתבע, נגרמה להם עוגמת נפש רבה שממשיכה להיגרם להם עם כל תשלום שהם מבצעים להחזר ההלוואה. בפרט מאחר שהם זוג צעיר עם ילד, והסכומים המדוברים משמעותיים עבורם במיוחד. לפיכך הם מבקשים כי בית המשפט יפסוק פיצוי של 10,000 ₪, עבור עוגמת הנפש כאמור.
12. לאור האמור לעיל, מתבקש בית המשפט לקבל את התביעה ולחייב את הנתבע בתשלום בסך של 63,198 ₪. 44,840 ₪ בגין הסכום שהנתבע שלשל לכיסו שלא כדין, 8358 ₪ עבור הריבית שנאלצים לשלם התובעים בגין ההלוואה שלקחו מאחר שהסכום שהנתבע שלשל לכיסו לא נרשם בחוזה המכר; 10,000 ₪ פיצוי בגין עוגמת הנפש שנגרמה להם, 4130 ₪ עבור ההוצאות שהוציאו התובעים לצורך ניהול ההליך ובכלל זה, 2045 ₪ עבור אגרת בית משפט (בשני תשלומים), 935 ₪ תשלום למתורגמן, 400 ₪ תשלום שכר הופעתה של המוכרת שהתייצבה פעמיים, 750 ₪ שכר הופעתו של המוכר שהתייצב פעמיים. **טענות הנתבע**
13. מנגד מכחיש הנתבע במסגרת כתב הגנתו את מכלול הטענות שטענו התובעים ומציין כי התובעים הסכימו לשלם מחיר כולל של 730,000 ₪ בעבור הדירה, כאשר בתוך הסכום הנדון נכללים דמי תיווך, דמי יזמות ושכר טרחת עו"ד. הנתבע מוסיף כי ההסכמות בינו לבין מוכרי הדירה, אינן מעניינם של התובעים.
14. הנתבע טוען כי לא הונה ו/או רימה ו/או גזל מהתובעים דבר, והתובעים נכנסו לעסקה מרצונם החופשי ותוך ידיעה מלאה בדבר התמורה בעד העסקה על מרכיביה. למעשה מדובר בתביעה הנגועה בחוסר תום לב משווע, תוך ניסיון של התובעים לשפר את התנאים בעסקה.
15. הנתבע מציין כי פעל בנאמנות, בשקידה ראויה וביעילות לשם קשירת העסקה בין התובעים למוכרים וללא פועלו לא היו התובעים זוכים לרכוש את הדירה.
16. הנתבע מוסיף כי העובדות הנטענות בכתב בתביעה אינן מגלות כל עילת תרמית ו/או עשיית עושר.
17. להשקפתו של הנתבע מדובר בתביעה הנגועה בחוסר תום לב משווע ובחוסר יריבות, כאשר במסגרת התביעה הושמטו מעובדות המקרה עובדות רלוונטיות. כמו כן, לא ידוע לנתבע על כל עגמת נפש שנגרמה לתובעים ו/או בסיס לעוגמת נפש שכזו.
18. אשר על כן, מבקש הנתבע לדחות את התביעה. **דיון והכרעה**
19. העדים מטעם הצדדים נשמעו ביום 20.05.2015 וביום 23.06.2015, כאשר מטעם התובע העידו התובע בעצמו והמוכרים (להלן: "המוכרים"). מטעם הנתבע העיד הנתבע בלבד.
20. על מנת להכריע בתיק שלפני אבחן ראשית מה היו ההסכמות שבין הצדדים. בהמשך אבחן האם זכאי הנתבע לתשלום עבור דמי יזמות כטענתו, או ששכרו עולה לכדי דמי תיווך ותו לא, שכן, לתשובה לשאלה זו השלכה ישירה על התקיימותם של יסודות העילות שהופרו בדין אם הופרו. בהמשך ולאחר בחינת התקיימות היסודות בעילות כאמור, אקבע האם הנתבע הפר אי אלו עילות שבדין. **הסכמות הצדדים**
21. הנתבע טוען במסגרת תצהירו כי מס' שבועות לאחר שהגיע עם המוכרים לסיכום כי יקבל את הדירה לטיפולו הבלעדי, נפגש הנתבע שוב עם המוכרים שהבהירו לו שהם מרגישים לחוצים שמא לא יצליחו למכור את הדירה מאחר שעליהם לשלם לקבלן בעבור דירה חדשה שרכשו. לפיכך הגיעו הנתבע והמוכרים למספר הסכמות. ראשית הסכימו המוכרים לקבל לידם סך של 650,000 ₪ תמורה בעבור הדירה, ושנית הסכימו הנתבע והמוכרים כי ככל שתסתיים התקופה בה יכול המתווך להציע את הדירה למכירה באופן בלעדי והדירה לא תימכר, הנתבע ירכוש מהם את הדירה בעצמו בסכום של 650,000 ש"ח. הנתבע מציין כי המוכרים הבהירו לנתבע שכל סכום שישיג בעבור הדירה שיהיה מעל 650,000 ₪, יוכל לקבל לידיו.
22. הנתבע הציע כאמור את הדירה לתובעים והם החליטו לרכוש אותה. במסגרת המשא ומתן שניהל הנתבע עם התובעים טוען הנתבע כי הובהר לתובעים כי במידה שלא ירצו את הדירה, הנתבע מתכנן לרכוש אותה בסכום של 650,000 ₪. לבסוף הסכימו התובעים והנתבע כי התובעים ישלמו על הדירה סך של 730,000 ₪ כולל דמי תיווך ושכר טרחת עורך דין. הנתבע מצדו עמד על כך שההפרש בין סך של 650,000 ₪ ל- 730,000 ₪ ישולם במזומן והוא "יסתדר" מול המוכרים. הנתבע מדגיש כי התובע אמר לנתבע שזה לא מעניינו הסידור בינו לבין המוכרים ושהוא מרוצה מהמחיר ששילם בעבור הדירה. הנתבע מציין כאמור כי התובעים ידעו שמתוך סך 80,000 ₪ הוא מנכה את עמלתו שכוללת דמי יזמות ודמי תיווך.
23. התובעים כאמור מודים כי הסכימו לשלם עבור הדירה סך של 730,000 ₪, כאשר 80,000 ₪ מתוכם ישולמו במזומן. אולם טענתם היא כאמור כי הסכום שאמור להישאר מתוך סך 80,000 ₪ לאחר ניכוי שכרו של הנתבע ושכר טרחת עורך דין, אמור לעבור לידי המוכרים. התובעים טוענים כאמור כי שכרו של הנתבע כולל דמי תיווך בלבד, עליהם הוסכם, ולא דמי יזמות.
24. אם כך, הצדדים מסכימים בניהם כי הנתבע אמור היה לקבל לידיו תשלום בעבור דמי תיווך, אך חלוקים בשאלת האם הנתבע היה אמור לקבל לידיו גם דמי יזמות ואם כן האם גילה על כך לתובעים.
25. לאחר שבחנתי את הראיות שהונחו לפני אני מעדיף בבירור את גרסת התובעים על פני גרסת הנתבע. אני קובע כי הנתבע לא גילה כלל בפני התובעים כי הסכום לאחר ניכוי דמי תיווך ושכר טרחת עו"ד לא יועבר למוכרים אלא ישאר בידיו של הנתבע.
26. ראשית, אפתח בכך כי גרסתו של הנתבע הייתה גרסה מתגלגלת ומתפתחת וניתן לכנותה מעין "גרסה כבושה". הנתבע לא טרח להביא במסגרת כתב הגנתו גרסה זו אלא טען בצורה לאקונית כי הסך של 730,000 ₪ כללו בחובם בין היתר דמי יזמות. לכן העלאת הגרסה המפורטת בשלב מאוחרת יותר מעיבה על אמינותו של הנתבע.
27. במסגרת חקירתו של הנתבע עלו לא מעט פרכות שמעמידות בספק את אמינות גרסתו לפיה גביית הסכום בגין דמי יזמות מקורה בסיכום שסיכם למפרע עם התובעים. לעומת זאת גרסתם של התובעים והמוכרים לפיה הנתבע לא יידע אותם על כך בשום שלב, הייתה עקבית לאורך כל הדרך, וקיימת חפיפה כמעט מלאה בין גרסותיהם בנקודות הרלוונטיות.
28. ראשית, יש לציין כי בתחילת ההליך המשפטי הנתבע הכחיש שקיבל לידיו סכום של כ-80,000 ₪ מהמוכרים ורק בהמשך הודה בכך. בסעיף 8(א) לכתב ההגנה שהגיש הנתבע נטען:**"מוכחש האמור בסעיף 7 לכתב התביעה, למעט העובדה כי התובעים הסכימו לשלם מחיר כולל של 730,000 ₪ כדי לזכות בסופו של דבר ברכישת הדירה."**
29. אף על פי כן בהודעת ההבהרה שכתב ב"כ הנתבע, כשמונה חודשים לאחר שהוגש כתב ההגנה, הוא מציין בסעיף 4 כי הסך של 80,000 ₪ אכן שולם.
30. יתר על כן, במסגרת חקירתו הנגדית דבק התובע בגרסתו לפיה הנתבע אמר לו שמתוך 80,000 ₪ הוא מקבל את החלק שלו, ובהמשך מנכה ממנו את שכר טרחת עוה"ד, דמי תיווך "ושאר הכסף הולך למוכרים" (עמ' 11, ש' 22-23; עמ' 12, ש' 1-2). דבקותו של התובע בגרסה מעידה על מהימנותו כאשר לא נפל בעדותו סתירות היורדות לשורש העדות.
31. התובע הוסיף כי במידה שהנתבע היה מגלה לו כי הסכום שיישאר מתוך 80,000 ₪ בניכוי שכר טרחת עורכי הדין ודמי התיווך יגיע לכיסו שלו, היה מסרב חד משמעית (עמ' 11, ש' 1).
32. גרסה דומה מסר ע.ת מס' 3, המוכר, שטען שאם היה נפגש עם התובעים ומברר את מרכיבי התמורה ששילמו, לא היה חותם על העסקה (עמ' 24, 8-9).
33. הנה כי כן, שני הצדדים לעסקה מבהירים בצורה שאינה משתמעת לשני פנים כי אילו היו יודעים הלכה למעשה כיצד חולקו רכיבי התמורה בעבור הדירה, לא היו מסכימים להתקשר בעסקה.
34. המוכרים אמנם טוענים שוב ושוב כי בשלב מסוים היה להם חשוב לקבל לכיסם סכום של 650,000 ₪, ולא עניין אותם מעבר לכך. אולם יחד עם זאת הם מציינים כי הסיבה לכך היא שלא עלה בידם למכור את הדירה בסכום הגבוה מ- 650,000 ₪ והם היו לחוצים לקבל את הכסף לכיסם. היינו, המוכרים ביקשו לקבל לכיסם תמורה הגבוהה מהתמורה שקיבלו בפועל, והעובדה שהסכימו לקבל לידם בסופו של דבר 650,000 ₪ אין משמעה שהתובעים ידעו מכך והסכימו למתווה זה. וכך העידו המוכרים: **"אני בקשתי ממנו משהו אחר. סכום אחר. בסופו של דבר הוא מכר דירה שלנו בסכום יותר גדול וקיבל סכום מה שהוא רצה"** (עמ' 24, ש' 30-31). ועוד: **"אני רציתי למכור דירה בסכום יותר, אבל לא הצלחתי, אבל בסופו של דבר שמשה מכר אותה בסכום יותר גדול ואני הפסדתי כסף, הוא עבד עלי."** (עמ' 23, ש' 11-12)
35. יתר על כן, אמינותו של הנתבע מתערערת מאחר ובמסגרת חקירתו הנגדית , במענה לשאלת בית המשפט, מסר כי במידה שהיה מגיע אליו קונה שמבקש לקנות את הדירה בסכום של 650,000 ₪, לא היה מוכר לו את הדירה (עמ' 27, ש' 30). הווה אומר המוכרים מוכנים כבר למכור את הדירה במחיר נמוך משמעותית מהמחיר ההתחלתי אותו ביקשו, ולמרות זאת הנתבע משיקולים כלכליים שלו ועל דעת עצמו לא היה מסכים למכור את הדירה במחיר עליו סיכם עם המוכרים. היכן חובת הנאמנות למוכרים? היכן חובתו לדווח להם על קיום קונה פוטנציאלי כזה ולקבל הסכמתם למהלך כזה? לנתבע הפתרונים.
36. במסגרת הסכם התיווך עליו חתמו התובעים עם הנתבע ביום 02.06.2012, והוגש כנספח ב' לתצהירו, נרשם כי התמורה המבוקשת עבור הדירה היא בסך 747,000 ₪. הנתבע הודה במענה לשאלת בית המשפט, כי המחיר הנדון אמור לשקף את התמורה אותה מקבלים המוכרים לידם ללא עלויות נלוות של שכר טרחת עורכי דין, תיווך ועוד (עמ' 30, ש' 10-11). היינו שהנתבע אף שידע כי המוכרים מבקשים לקבל לידם בשלב זה סך של 650,000 ₪, ציין בהסכם התיווך כי המוכרים מבקשים לקבל לידם 97,000 ₪ יותר! . עובדה זו תומכת בטענת התובעים לפיה לא ידעו כי הנתבע מבקש לשלשל לכיסו דמי יזמות שכן לא מקובל לכלול דמי יזמות בתוך התמורה המבוקשת כפי שהנתבע מודה בעצמו.
37. אמינותו של הנתבע אף מתערערת לאור גרסתם של התובעים והמוכרים לפיה הנתבע אסר עליהם לשוחח בניהם. התובע הבהיר כי הנתבע הזהיר אותו לאורך כל הדרך שלא ידבר עם המוכרים, וציין במסגרת עדותו כי הנתבע אמר לו: **"הם עצבניים ולא מוכנים לשמוע על כסף מעבר למה שסיכמו בניהם ובגלל זה הוא לא מוכן שאדבר איתם עד לחתימת החוזה וגם בחתימת החוזה ומעבר לזה הוא אפילו לא אפשר לנו להביא את ההורים שלנו לחתימת החוזה. הוא אמר לנו רק אתם נמצאים שם והמוכרים. אף אחד לא מדבר על שום סכום". (עמ' 12, ש' 15-19)**
38. גרסה דומה נשמעה גם מפי המוכרים. הגברת יבגניה גלר העידה כי: "לא דיברנו על הכסף עם הקונים. משה ביקש מאתנו שלא נדבר על נושא הכסף עם הקונים" (עמ' 21, ש' 11). מר רומן גלר חיזק את דבריה וציין כי: "לא אישרו לי להיפגש עם קונים ולדבר על סכום כספי" (עמ' 24, ש' 8).
39. הנה כי כן, שני צדדים מנוגדים לעסקה, טוענים כי הנתבע אסר עליהם לשוחח ביניהם על התמורה לדירה ואני מקבל את גרסתם על פני גרסת הנתבע שמכחיש את הדברים. כעת נשאלת השאלה מדוע אסר הנתבע על התובעים והמוכרים לשוחח בניהם, שהרי אם הכל כשר כפי שטוען הנתבע, מדוע שלא ישוחחו בניהם הצדדים לעסקה. המסקנה היחידה שעולה בדעתי הוא חששו שמא מגעים אלו יחשפו וישבשו את תוכניתו לקבל "דמי יזמות" .
40. הנתבע מוסיף וטוען במסגרת סעיף 15ב לסיכומיו כי אם המוכרים סיכמו עמו על מנגנון תמורה מסוים, אין זה מעניינו של התובע מה הוא אותו מנגנון, מהם תנאי התשלום ועוד. הנתבע מציין כי הוא בדרך כלל אינו מיידע צד מה גובה העמלה שסוכמה עם הצד השני, וטוען כי אין באי חשיפת מנגנון התמורה שסוכם עם צד אחד, כדי הונאת הצד השני.
41. לאור דברים אלו טענתו כי התובעים ידעו כי הסכום העודף מיועד לדמי יזמות נסתרת והדבר מהווה הודאה מפיו שלא שיתף את התובעים בכך.
42. סתירה נוספת ומהותית שהתגלעה בעדות הנתבע התבטאה בכך שמחד הוא הסביר את העובדה לפיה ביקש מהתובעים את הכסף במזומן מראש בכך שלא סמך עליהם (עמ' 34, ש' 25). מנגד ובתשובה לשאלה מדוע לא החתים את התובעים על מסמך בכתב לפיו ידוע להם שיש לו עניין אישי בנכס, השיב: **"זה לא עבר לי בראש. זה היה קטע שהיינו בידידות מטורפת. הכל בסדר. לחצנו יד. הסכמנו. הוא הביא כסף. מה יותר מזה? לא מצאתי מקום לרשום את זה".**
43. הנה כי כן, ולאור האמור איני נותן אמון בגרסת הנתבע לפיה הוא גילה לתובעים שהוא משלשל לכיסו סך של 44,840 ש"ח בעבור דמי יזמות. **דמי יזמות או דמי תיווך**
44. הן בפסיקה והן בספרות המשפטית נערכו ניסיונות להגדיר את המושגים "יזם" או "יזמות", מושגים אלה נקשרו בדרך כלל ליוזמה בהקשר של הקמת חברות. ראה למשל: ע"א 262/86 רוט ואח' נ' deak and co [פורסם בנבו] (25.02.1991) ; א' פרוקצ'יה דיני חברות חדשים לישראל (המכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי על שם הרי סאקר) תשמ"ט בעמ' 182. אולם, כאשר אנו באים לבחון את דמותו של יזם אשר יש לו ענין בעסקאות מכר מקרקעין, אנו נותרים עם הגיונה המסחרי של העסקה ועם ניסיון החיים. ראה: ע"א 110/92 נחמיה נ' נחמיה [פורסם בנבו] בעמ' 5 (10.07.1995) (להלן: "פרשת נחמיה"). תיווך הוא למעשה יזמות בעסקאות מקרקעין, אולם ליזם שעוסק בעסקאות מקרקעין להבדיל ממתווך, ישנם מאפיינים מסוימים עליהם עמד בין השאר השופט לוין בפרשת נחמיה: **"ההיגיון המסחרי, הצעותיו המשופרות של המשיב שהביאו לקידום העסקה, הערנות שגילה למרכיבי העסקה וקביעת המסגרת המשפטית שהביאה לחסכון משמעותי במס ערך מוסף – בכל אלה יש כדי להציב את המשיב, כאדם אשר עיסוקו ביזמות... לפיכך זכאי הוא, על פי סעיף 46 לחוק החוזים לשכר ראוי העולה על שכרו של מתווך – והעולה לכדי שכר ראוי כיזם".**  עוד ראה: פרופ' ד' פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט, הוצאת בורסי 1982, בעמ' 131. דהיינו על מנת שיזם יזכה בדמי יזמות יש צורך לעניות דעתי כי ייתן שירות נוסף שאין חלק מהפעולות שמתווך עושה ושיתרום אף הוא לקידום העסקה. כך לדוגמא: אילו הנתבע היה משפץ את הדירה של המוכרים הדבר יכל להיחשב כפעולת יזמות. או אם היה נותן לצדדים שירות שאינו במובהק חלק מפעולות התיווך והדבר היה תורם לקיום העסקה וקידומה הדבר יכל להיחשב לפעולת יזמות. במסגרת הדיון שנערך ביום 23.06.2015 טען הנתבע במסגרת חקירתו הנגדית כי תפקידו בהתייחס לתובעים היה: "להראות להם את הדירה, להסביר להם כמה עולה דירה ואת כל התנאים שעומדים מסביב לקנות את הדירה וביום הראשון אמרתי להם אם אתם לא קונים את הדירה אני קונה את הדירה" (עמ' 29, ש' 25 – 27). בהמשך נשאל הנתבע עבור מה הוא מקבל דמי יזמות, והשיב כי: "עבור זה שהייתי צריך לקנות את הבית ואמרתי לקונים מהיום הראשון". (עמ' 32, ש' 25) בית המשפט אף חידד את שאלת התובעת ושאל את הנתבע אם אפשר לומר שדמי היזמות היו בעבור "כרית הביטחון" שנתן למוכרים, והנתבע השיב על כך בחיוב (עמ' 33, ש' 1). משכך, בעניינינו תרומתו של הנתבע לביצוע העסקה, בכללותה, מתבטאת במסירת מידע ובהעברתו בין התובעים למוכרים בעניין העסקה הנרקמת בניהם לצורך מכירתה של הדירה, ואין המדובר אלא בפעולות שהם במובהק במסגרת תפקידו של מתווך. כבר נאמר במסגרת ההלכה הפסוקה כי תפקיד המתווך הוא יצירת קשר יעיל בין מוכר וקונה והפגשתם לצורך כריתתה של עסקה. ראה: הפ (מרכז) 2552-07-08 רומנו נ' שאהבאזי [פורסם בנבו] בעמ' 23 ( 08.06.2009). ודוק, הבטחתו העתידית של הנתבע כי יקנה את הדירה במידה ולא ימצא לה קונה, הבטחה שאף לא התממשה בסופו של יום, אינה מהווה פעולת יזמות כלשהי. אין בפעולה זו כדי להביא לקשירת העסקה ולסלילת הדרך לחתימה על העסקה, ולפיכך רכיב היזמות כלל אינו קיים בה. הנתבע ציין בסעיף 15ב לסיכומיו כי מדובר ב"תרחיש תאורטי בלבד, שסייע להסיר דאגה מלבם של המוכרים". אם כך בוודאי שאין בתרחיש תאורטי זה כדי להצדיק את העובדה שהנתבע קיבל לידיו מעבר לחלקו בדמי התיווך כמעט 7% נוספים מערך הדירה. יתר על כן, גם אם נלך לשיטתו של הנתבע, "כרית הביטחון" היא כרית ביטחון למוכרים. אם כך לא ברור על שום מה גובה הוא דמי יזמות מהתובעים דווקא. ודוק, בין הצדדים קיים חוזה תיווך ולא חוזה יזמות, והתחושה היא שהנתבע ניסה בדרך זו לעקוף את ההסכם עם התובעים בנשוא דמי התיווך המוסכמים ולשלשל לכיסו כספים נוספים שלא כדין. אוסיף כי תמוהה בעיני העובדה שהחשבונית שהמציא הנתבע בעבור דמי היזמות נרשמה ביום 11.07.2012, כאשר העסקה בין הצדדים נחתמה ביום 13.06.2012, היינו כחודש לאחר חתימת העסקה. כמו כן ועד ליום זה טרם הומצא עותק קריא של חשבונית מס' 19, וזאת תוך התעלמות ברורה מהחלטת בית המשפט כפי שניתנה בדיון שהתקיים ביום 23.06.2015, בנוכחות הצדדים. אי המצאת ראיה עליה הוריתי פועלת בעוכריו של הנתבע ואני קובע כי אילו הומצאה היא הייתה תומכת בטענות התובעים למעשים בלתי כשרים מצד הנתבע. לפיכך אני קובע כי פועלו של הנתבע מצדיק לכל היותר קבלה של דמי תיווך ולא דמי יזמות. לאור זאת, גם אם הייתי מקבל את הטענה כי לתובעים הוסבר שמדובר בדמי יזמות הנתבע בכל זאת לא היה זכאי להם מפני שהוא לא ביצע כל פעולת יזמות או כל פעולה מעבר לתפקידו כמתווך ועל כן גבייתם מנוגדת לחוק המתווכים.
45. משקבעתי כי הנתבע היה זכאי לדמי תיווך בלבד ולא לדמי יזמות, יש לבחון אילו עילות שבדין הופרו כתוצאה מכך שגבה מהתובעים תשלום עבור דמי יזמות. **הפרת חובה חקוקה לפי חוק המתווכים**
46. העוולה בדבר הפרת חובה חקוקה היא עוולה ייחודית בין השאר בצורה שבה היא נכללת ב[פקודת הנזיקין](http://www.nevo.co.il/law/73015), אין לה אח ורע, לא באנגליה ולא בארצות-הברית. ייחודה של העוולה הוא בכך שדיני הנזיקין הם אלה שקובעים כי הפרת חובה חקוקה מהווה עוולה. מקור האחריות הנזיקית הוא ב[פקודת הנזיקין](http://www.nevo.co.il/law/73015) [נוסח חדש]. ראה: ע"א 145/80 ועקנין נ' שמש [פורסם בנבו] בעמ' 23 (09.11.1982) (להלן: "פרשת ועקנין").
47. על מנת שתקום עילת תביעה בעוולת הפר חובה חקוקה, נדרשת התקיימותם של התנאים המצטברים הבאים, כאמור בסעיף 63(א) לפקודת הנזיקין:1. חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק (להלן: "התנאי הראשון").2. החיקוק נועד לטובתו של הניזוק (להלן: "התנאי השני").3. המזיק הפר את החובה המוטלת עליו (להלן: "התנאי השלישי").4. ההפרה גרמה לניזוק נזק – קשר סיבתי (להלן: "התנאי הרביעי")5. הנזק שנגרם הוא מסוג הנזק אליו נתכוון החיקוק (להלן: "התנאי החמישי")
48. לפיכך יש לבחון תחילה האם מתקיים התנאי הראשון והאם קיימות חובות המוטלות על הנתבע מכוח חוק המתווכחים. **החובות המוטלות על מתווך**
49. [סעיף 8(א)](http://www.nevo.co.il/law/72991/8.a) לחוק המתווכים, קובע כי: **"מתווך במקרקעין יפעל "בנאמנות, בהגינות ובדרך מקובלת, וימסור ללקוחו כל מידע שיש בידו בעניין מהותי הנוגע לנכס נשוא עסקת התיווך".** חובות הגילוי, ההגינות והחובה לפעול בדרך מקובלת, חלות על מתווך באשר הוא וזאת מכוחו של עקרון תום הלב. עוד בעניין זה ראה: ע"א 7247/97 יצחקוב נ' מרדכי אביב מפעלי בניה בע"מ [פורסם בנבו] בעמ' 848 (26.11.2001); ע"א 2144/91 מוסקוביץ נ' ביר [פורסם בנבו] בעמ' 122 (20.07.1994). מימוש חובת תום הלב של הנתבע בקיום הסכם תיווך, משמעה בין היתר, כי הנתבע לא ישלשל לכיסו חלק מהתמורה המוסכמת ששילמו התובעים למוכרים מבלי ליידע אותם ולקבל את הסכמתם לכך שסכום זה יגיע הלכה למעשה לכיסו שלו. קיומו של הפרש בין הסכום ששילמו התובעים לסכום שקיבלו המוכרים, לא כל שכן הפרש כה משמעותי כמו במקרה דנן, הוא בבחינת מידע מהותי ורלוונטי שעל הנתבע היה לגלות לתובעים ולקבל את אישורם לכך. ראה: תא (נצ') 4532-02-12 נכסים בע"מ נ' טסלר [פורסם בנבו] עמ' 12 (14.08.2014) (להלן: "פרשת טסלר"). משכך אני קובע כי הנתבע הפר את חובת הנאמנות בה הוא חב במסגרת היותו מתווך בעסקת המכר.
50. יתרה מכך, [סעיף 10](http://www.nevo.co.il/law/72991/10) לחוק המתווכים קובע כי: "מתווך במקרקעין לא יתווך בעסקת מקרקעין אם יש לו ענין אישי במקרקעין או בעסקה, אלא אם כן גילה ללקוחו את ענינו האישי כאמור וקיבל את הסכמת הלקוח לכך בכתב..." העובדה כי הנתבע עתיד לשלשל לכיסו בנוסף לדמי התיווך כ-7% נוספים מערך העסקה הופכת אותו לבעל אינטרס ברור ומהותי בכריתתו של חוזה המכר ובתנאיו. יש להדגיש כי פעילות התיווך מעצם טבעה קיים ניגוד אינטרסים מסוים. למתווך, ששכרו נגזר מהתמורה המשולמת בגין העסקה בה תווך, לעולם אינטרס בקיומה של העסקה ואף בגובה התמורה המשולמת בגינה. על כן, עובדה זו מחייבת שהמתווך יגלה גילוי מלא כמה כספים הוא יגבה בעד שירותיו כמתווך וכמה הוא מתכוון לגבות בגין שירותים אחרים. הבטחת הנתבע למוכרים לפיה במידה שיפוג התאריך של הבלעדיות הוא יקנה את הדירה בעצמו הופכת אותו לבעל אינטרס ברור ומהותי בכריתתו של חוזה המכר ובתנאיו. על כן, חלה עליו חובת גילוי בדבר קיומו של אותו אינטרס. חובת גילוי זו, אשר מעוגנת במפורש בחוק המתווכים נועדה להבטיח, בין היתר, כי המתווך יפעל באופן הוגן כלפי לקוחו. לפיכך, בעניינינו כאמור הוכח כי מתקיים התנאי הראשון, מאחר שהנתבע הפר את החובות המוטלות עליו מכוח סעיפים 8(א) ו-10 לחוק המתווכחים. **האם החיקוק נועד לטובת התובעים? התנאי השני**
51. סעיף 8(א) לחוק המתווכים נועד להגן על הלקוח. מטרתו לאפשר ללקוח לקבל לידיו כל מידע שיש בכוחו להשפיע על החלטתו להתקשר בעסקת התיווך. לכן מדובר בסעיף שהוא במובהק נועד לטובת התובעים ובא להגן על האינטרסים שלהם. כך גם סעיף 10 לחוק המתווכים אשר מהווה קונקרטיזציה של חובת ההגינות המוטלת על מתווך. המחוקק אף ראה בנושא זה לשים דגש כאשר חייב כי חובת הגילוי בעניין זה תהיה בכתב ולכן מדובר בחובה אשר במובהק באה להגן על הלקוח.
52. יש לומר כי בגדול כל החובות שהוטלו על מתווך בחוק המתווכים נועדו להגן על הלקוח בשים לב לכך שחוק המתווכים הוא חוק צרכני. **האם החובה שהוטלה הופרה? התנאי השלישי**
53. יש להדגיש כי מתווך אמור להיות גורם נייטראלי שהלקוח יכול להתייעץ עמו באשר לשווי הנכס, מחירו, מצב השוק, ועוד. אל לו למתווך להיות מוטה לצד כזה או אחר ועליו לפעול באמינות ובהגינות כלפי לקוחו. ראה בעניין זה: תא(נצ') 8984-08-10 עזבון המנוחה דינה קורץ נ' צמרת הכרמל בע"מ [פורסם בנבו] בעמ' 12 (06.03.2015). במסגרת תנאי זה יש לבחון האם הוכח מבחינה עובדתית כי הנתבע גילה לתובעים על תשלום דמי היזמות, שכן אחריותו כלפי התובעים מושפעת באופן ישיר מקביעה זו.
54. משקבעתי כי הנתבע לא גילה לתובעים כי הוא גובה דמי יזמות אזי הנתבע הפר את חובת ההגינות. **האם ההפרה גרמה לניזוק נזק? התנאי הרביעי**
55. הסך של 44,840 ₪ שהנתבע נטל מהתובעים בוודאי מהווה נזק כספי שנגרם להם. אני מקבל את גרסתם של התובעים כי אילו היה הנתבע מגלה להם כי שארית הסכום מ-80,000 ₪ עובר לידיו בעבור דמי יזמות, לא היו נקשרים בעסקת המכר. לפיכך אני קובע כי קיים קשר סיבתי בין הפרת חובת הנאמנות והגילוי לבין הנזק שנגרם לתובעים. **התנאי החמישי – הנזק שנגרם הוא מסוג הנזק אליו התכוון החיקוק**
56. חוק המתווכים הוא חוק צרכני אשר מטרתו להגן על ה"לקוח" כצד החלש בעסקה. ראה: ע"א (ת"א) 1413/04 מטרופוליס נ' מליק בע"מ [פורסם בנבו] בעמ' 9 (30.10.2005). אין ספק שהתובעים אשר הינם לקוחות פרטיים ולא חברות מסחריות, ושזוהי דירתם הראשונה, הם בבחינת צד חלש בעסקה שחוק המתווכים בא להגן עליו.
57. למעלה מהצורך אציין עוד כי החוק קובע כי על מתווך לפרט במסגרת הסכם התיווך מה הם דמי העמלה המוסכמים (ראה תקנות המתווכים המקרקעין (פרטי הזמנה בכתב) , תשנ"ז – 1997). לכן משהנתבע ביקש לגבות מעבר לדמי התיווך המוסכמים בעבור פעולות שהם פעולות תיווך הפר גם חובה זו ומסיבה זו הוא חייב להשיב כספים אלו. **עשיית עושר ולא במשפט**
58. התובעים טוענים כי בעניינינו מתקיימים שלושת היסודות הנדרשים על פי סעיף 1 לחוק עשיית עושר, לצורך ביסוס עילת התביעה כנגד הנתבע. זאת מאחר שהנתבע שלשל לכיסו עשרות אלפי שקלים שהתובעים שילמו לו לכאורה כתמורה עבור המוכרים, שלא על פי זכות שבדין, וזאת היות ודין טענתו של הנתבע בגין דמי יזמות להידחות. היינו, שלנתבע לא הייתה כל זכות שבדין לקבל מהתובעים את הסכום הנדון והוא לקח אותו מהם שלא כדין. התובעים מוסיפים כי הוכח שלא היה קונה שהציע לשלם עבור הדירה סכום העולה על 650,000 ₪, ולכן מדובר בהתעשרות של הנתבע על חשבונם. סעיף 1 לחוק עשיית עושר קובע: **1.(א)"מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן - הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה."** הנה כי כן, [סעיף 1](http://www.nevo.co.il/law/4526/1) לחוק עשיית עושר קובע שלושה יסודות להתגבשותה של עילה על פיו, והם: התעשרות, שבאה לזוכה מן המזכה, שלא על-פי זכות שכדין. היסוד הראשון הוא זה של ההתעשרות כאשר במסגרתו נבחנת השאלה האם הזוכה קיבל נכס, שירות או טובת הנאה אחרת. היסוד השני בוחן האם ההתעשרות האמורה באה לזוכה על חשבונו של המזכה. היסוד השלישי מציב את הדרישה כי ההתעשרות של הזוכה על חשבון המזכה תהא שלא על פי זכות שבדין. עוד בעניין זה ראה: [רע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. את י. אליהו](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=רעא 371/89&amp;Pvol=מד)  [פורסם בנבו] פסקה 4 לפסק דינו של הנשיא שמגר (18.01.1990) (להלן: "פרשת ליבוביץ"). היסוד הראשון – התעשרות. קבלת סך של 44,840 ₪ בנוסף לדמי התיווך להם זכאי הנתבע, מהווה ללא כל ספק התעשרות מצדו. היסוד השני – ההתעשרות באה לזוכה מן המזכה. השאלה אם ההתעשרות באה מן המזכה היא שאלה שבעובדה (פרשת ליבוביץ, בעמ' 321). בנסיבות המקרה שבפנינו אין חולק כי ההתעשרות באה לנתבע מהתובעים ועל חשבונם. על היסוד "שלא על פי זכות שבדין" עמד הנשיא שמגר בפרשת ליבוביץ:**" מקום בו ניתן להצביע על דין אשר שולל את הפעולה שגררה את ההתעשרות, הרי שניתן לומר כי ההתעשרות איננה כדין... המקרים הקשים להכרעה בשאלה אם ההתעשרות אינה כדין הם המקרים בהם לא ניתן להצביע על דין מפורש אשר מקנה לזוכה זכות להתעשר או שולל זאת ממנו. במקרים אלה, המבחן לשאלה האם ההתעשרות אינה כדין הוא בכך האם התעשרות זו היא בלתי צודקת... מבחן הצדק על פיו נבחנת השאלה האם ההתעשרות אינה כדין, מודרך על פי 'תחושת המצפון והיושר' ועל פי השקפות בדבר 'הישר והטוב'... במרוצת הזמן נתגבשו עקרונות מסוימים שעל פיהם פוסקים; ואכן הכירה הפסיקה הישראלית בסוגי מקרים שונים שהם בגדר תרגומה של ההפשטה ללשון המעשה בהם קיימת עילה על יסוד עשיית עושר ולא במשפט. כך נפסק, למשל, כי תשלום מתוך טעות מזכה בהשבה... המקרים בהם הוכרה עילה בעשיית עושר אינם מהווים רשימה סגורה וממצה ומן העיקרון הכללי ניתן לגזור מקרים נוספים"** (פרשת ליבוביץ, בעמ' 322-323). לגישתי משלא נחתם חוזה בין הנתבע לתובעים באשר לדמי היזמות, לנתבע אין זכות שבדין להחזיק בסכום הנדון. ויפים לעניינינו דבריו של הנשיא שמגר בעניין זה: **"קיימים מקרים בהם ניתן יהיה להכריע בשאלה זו מתוך תחום הזכויות שבדין... כך, מקום בו המתעשר מצביע על זכות שבדין כעילה להתעשרותו, הרי שהתעשרותו היא כדין...כך, למשל, קונה שקיבל נכס על פי חוזה מכר והנכס עלה בערכו, התעשר אמנם, כביכול, על חשבון המוכר, אך התעשרות זו צומחת מכוח זכותו החוזית, ומכאן שהיא כדין"** (פרשת ליבוביץ, בעמ' 322) בעניין זה יש לציין אף את דבריו של השופט לוין בד"נ 20/82 אדרס נ' הרלו ג'ונס [פורסם בנבו] בעמ' 270 (11.02.1988): **"אמת, במקום שיש חוזה, נשלטות זכויות הצדדים על-פי החוזה. על-כן, אם מפירושו של החוזה נובע (במפורש או במשתמע), כי לצד הנפגע אין זכות לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט, נוהגים לרוב (כפוף לשיקול של תקנת ציבור) על-פי האמור בחוזה. אנו אומרים אז, כי אפילו התעשר המפר, התעשרותו אינה שלא כדין (ראה פרידמן, בספרו הנ"ל, בעמ' 67). אך במקום החוזה שבין הצדדים אינו מתפרש כשולל את הזכות לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט, ואין בו משום מתן זכות "למתעשר", באופן שהתעשרותו אינה שלא כדין, אין כל מניעה עקרונית לכך שדינים אלה יחולו בתקופת החוזה".** היינו שהתעשרות שכל כולה על סמך חוזה תקף וכחלק מהחיובים הנובעים מן החוזה אינה התעשרות שלא כדין. אולם בעניינינו כאמור אין חוזה תקף בין הצדדים בנושא דמי היזמות. לפיכך התובע קיבל, שלא בהתאם לזכות שבדין, טובת הנאה – בדמות סכום של 44,840 ₪ מהתובעים. משכך, גם במצוות סעיף 1 לחוק עשיית עושר , שווי הטבה זו על הנתבע להשיב לתובעים. **העילה החוזית**
59. משמצאתי כי הנתבע הפר את חובת ההגינות הרי הוא נהג בחוסר תום לב בביצוע הסכם התיווך ובניגוד לסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"א – 1971.
60. בשים לב לכך התובעים זכאים לסעד של פיצויים גם בגין הפרת חובת תום הלב. **נזקי התובעים**
61. אין ספק כי יש להשיב לתובעים את הכספים שגבה מהם הנתבע לטענתו כדמי יזמות.
62. באשר לריבית ששולמה על פי הנטען כהלוואה אני דוחה את התביעה. התובעים הוכיחו כי נטלו הלוואה ביום העסקה בהתאם לדפי חשבום הבנק שצורפו וכי שילמו החזר בסך של 1483 ₪ לחודש. יחד עם זאת, לא הוכח מה שיעור הריבית ששולמה בגין אותה הלוואה והאם היא עולה על הריבית החוקית שאני אמור לפסוק. יתרה מכך, לא פורט כמה מתוך סכום ההחזר החודשי מהווה תשלום ריבית וכמה בעבור הקרן.
63. התובעים טוענים כי נגרמה להם עוגמת נפש בשל הונאת הנתבע כאשר הם מדגישים שהינם זוג צעיר המפרנס את המשפחה בקושי ולכן הסכום ששולם ביתר הוא משמעותי עבורם. אני מקבל טענה זו של הנתבעים ומעמיד את הפיצוי בגין עוגמת הנפש על סך של 7,000 ₪. **סיכום**
64. לסיכום הנני מקבל את התביעה כנגד הנתבע ומחייב אותו לשלם לתובעים סך של 44,840 ₪, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק החל מיום 13.6.2012 ועד התשלום המלא בפועל. כן אני מחייבו לשלם לתובעים סך של 7,000 ₪ נכון למועד פסק הדין.
65. בנוסף אני מחייב את הנתבע בהוצאות משפט בסך של 4,000 ₪ ושכר טרחת עו"ד בסך של 10,000 ₪ בתוספת מע"מ. **מזכירות בית המשפט תמציא העתק מפסק הדין לבאי כח הצדדים.** ניתן היום, ט' טבת תשע"ו, 21 דצמבר 2015, בהעדר הצדדים. 