|  |
| --- |
| **בית משפט השלום בחיפה** |
|  |
| ת"א 15246-11-13 ואח' אמות השקעות בעמ נ' קטקטים אורות בע"מ ואח' | 7 מרץ 201615246-11-13, 31417-11-13, 10766-12-13 |
|  |
| **השופטת** | מירב קלמפנר נבון |
|  |
| **תובעת** | אמות השקעות בע"מ ח.פ. 520026683ע"י עו"ד נ. גלנטי ואח' |
|  |
|  | **- נגד -** |  |
|  |
| **נתבעים** | 1. קטקטים אורות בע"מ ח.פ.5140067412. תמיר קולטונוף3. מיכל אלטר-קולטונוףע"י עו"ד ליאור צמח ואח' |

**פסק דין**

|  |
| --- |
|   |

לפני שלוש תביעות שאוחדו. תביעה חוזית – כספית, תביעה שטרית ותביעה לפינוי מושכר.

**ת.א. 31417-11-13 קטקטים בע"מ נ' אמות השקעות בע"מ**

התובעת (להלן: "קטקטים") היא חברה המנהלת ומפעילה רשת של משחקיות לפעוטות ולילדים. הנתבעת (להלן: "אמות") היא חברה ציבורית העוסקת בנכסי נדל"ן, ניהולם והשכרתם במקומות שונים בארץ ובין היתר היא בעלת זכויות החכירה של המגרש עליו נבנה "קניון אורות" באור עקיבא (להלן: "אורות") ובעלת הזכות להשכיר חנויות ושטחים בקניון. ביום 25.11.10 נחתם הסכם שכירות בין הצדדים, במסגרתו שכרה "קטקטים" יחידה בקומה השלישית בקניון, בשטח של כ- 345 מ"ר, במטרה להקים משחקיה לילדים ופעוטות (להלן בהתאמה: "ההסכם", "המושכר"). בנוסף למושכר שכרה "קטקטים" שטח נוסף בגודל של כ- 14 מ"ר להקמת דוכן קפה מרשת "גרג" ואולם הודגש כי שטח זה אינו מעניינה של התובענה שלפני. לטענת "קטקטים" יש לה מוניטין רב בתחום המשחקיות וכל המשחקיות (למעט המשחקייה נשוא תובענה זו) מופעלות תחת רישיון עסק בתוקף. לטענת קטקטים, במסגרת ההסכם בין הצדדים, היא שכרה שטח ריק עליו הקימה מראשיתה את המשחקייה תוך השקעת משאבים עצומים. זמן קצר לאחר פתיחת המשחקייה, בחודש 6/11 או בסמוך לכך, פנתה "קטקטים" אל עירית אור עקיבא בבקשה לקבלת רישיון עסק למשחקיה אשר נדחתה מאחר ולקומת המושכר אין היתר כחוק. לטענת "קטקטים" מבדיקה שערכה הסתבר לה כי לא זו בלבד שלקומת המושכר אין היתר אלא שאף לא הוצא לאותה קומה טופס 4. לטענתה בדיעבד, לאחר בדיקה מעמיקה בוועדות התכנון, התברר לה כי כבר במועד המו"מ וחתימת הסכם השכירות, "אמות" הייתה מודעת לבעיית חוקיות קומת המושכר אך לא הזכירה זאת ולא יידעה את "קטקטים" בדבר. לטענתה, "אמות" יצרה מצג לפיו אין כל בעיה חוקית בקניון וכי בידיה כל האישורים הנדרשים לבנית הקניון בכלל ושטח המושכר בפרט. לטענת קטקטים, במועד חתימת ההסכם, "אמות" הדגישה כי חשוב לה שכל העסקים הפועלים בקניון יפעלו כדין ואף לחצה על "קטקטים" למהר ולהוציא רישיון עסק, כל זאת בזמן בו "אמות" מודעת ויודעת כי קומת המושכר אינה מוסדרת חוקית, ללא היתר בניה וללא טופס 4, וכך לא יאושר ל "קטקטים" רישיון העסק. עוד טוענת "קטקטים" כי למיטב ידיעתה בקניון פועלים עסקים רבים ללא רישיון עסק ו"אמות" מצידה איננה מייחסת לכך כל חשיבות או נוקטת בפעולה כלשהי. לטענת "קטקטים" מיד עם דחית בקשתה להיתר, פנתה זו אל "אמות" בדרישה להסדרת חוקיות שטח המושכר ולקיום כל התנאים בהם חבה "אמות" על פי ההסכם, על מנת ש"קטקטים" תקבל רישיון עסק. לטענת "קטקטים", מנהל "אמות" פנה אל הועדה המקומית וביום 17.10.12 חרף העובדה כי למושכר אין היתר בניה ואין טופס 4, אושר ל "קטקטים" רישיון עסק זמני לתקופה של חצי שנה עד ליום 17.4.13. לטענת "קטקטים" חרף החלטת הועדה המקומית, במהלך החודשים שהוקצבו לה "אמות" לא קיימה את דרישות הועדה, לא השלימה את תהליך הרישוי ולא קיבלה היתר לשטח המושכר ואף לא ניתן טופס 4 לשטח המושכר. לטענת קטקטים, ביום 17.4.13 פגה התקופה שהוקצבה ל "קטקטים" לקבלת רישיון העסק ובקשה להאריכו או לחדשו נדחתה שכן "אמות" לא עמדה בהתחייבויותיה ולא מילאה אחר הדרישות לקבלת היתר או טופס 4. אף פניות אל גורמים שונים בוועדה לא הועילו ועמדת הועדה נותרה חד משמעית- לא יאושר רישיון עסק עד להסדרת קומת המושכר. לטענת "קטקטים" קבלת רישיון עסק לפעילותה היא תנאי הכרחי בהתאם להוראות החוק והיא מאוימת על ידי פקחי העיריה בקבלת כתב אישום. לטענתה, מאחר ועיקר פעילותה היא הפעלת משחקיות לילדים, רישיון עסק הוא מהותי לכיסוי הביטוחי וכן מטעמים כלכליים, ובין היתר מאחר וחלק ניכר מפעילותה מתבסס על שיתוף פעולה עסקי עם גורמים שונים, פרטיים וציבוריים, המתנים כתנאי מקדמי את שיתוף הפעולה ברישיון העסק. לטענתה, חזרה "קטקטים" ופנתה אל "אמות" בדרישה להסדיר את האישור של שטח המושכר ולתקן את ההפרות אולם ללא הועיל. עוד טוענת "קטקטים" כי החל מחודש 7/13 החליטה להפסיק את תשלום דמי השכירות ובכך להקטין נזקיה. פעולה זו הובילה ל"התעוררות" כלשהי מצדה של "אמות", אשר שלחה לה מכתבי התראה. לטענת "קטקטים", בתקופה הסמוכה למועד סיום התקופה בה אושר לה לקבל רישיון עסק זמני, היא עדיין סמכה על "אמות" ותלתה בה תקוות כי זו תסדיר את חוקיות המושכר. בשיחה שקיימה אותה עת עם מנכ"ל הקניון, שכנע אותה המנכ"ל כי הם פועלים במרץ להסדרת חוקיות המושכר וכי מדובר בתקופה קצרה עד שתוכל לקבל את רישיון העסק. בתקופה זו, נוכח נזקי "קטקטים" ואי יכולתה להתקשר בשיתופי פעולה עם עסקים לקידום המשחקייה טען מנכ"ל "אמות" כי בכפוף למכתב בקשה מטעם "קטקטים" המעיד על קשיי נזילות ומצב כלכלי רע, יוכל להקטין את דמי השכירות. "קטקטים" אכן עשתה כך והעבירה מכתב כאמור למנכ"ל הקניון אלא שלטענתה תוך זמן קצר ביותר גילתה כי לא נעשה דבר לקבלת ההיתר, דמי השכירות לא הופחתו והדרישה לקבלת המכתב האמור, נועדה אך ורק על מנת לקבל מסמך כתוב הפועל לרעתה. "קטקטים" טוענת כי "אמות" הפרה את חובת הגילוי החלה עליה וכן את חובת תום הלב במו"מ החלה על הצדדים, הפרה את חובת תום הלב החלה עליה בקיום ההסכם על פי ס' 39 לחוק החוזים, הטעתה את "קטקטים", יצרה מצג שווא כוזב, לא קיימה את חיוביה, ידעה או שהיה עליה לדעת על הפגמים במושכר, אך לא גילתה אותם ל "קטקטים" בטרם חתימת ההסכם או במועד החתימה והפרה הפרה יסודית של הסכם השכירות. "קטקטים" מדגישה כי לכל אורך הדרך היא הייתה מעוניינת לקיים את הסכם השכירות בתנאי שקומת המושכר תוסדר כדין ואף הציעה בהמלצת בית המשפט להפקיד את דמי השכירות בקופת בית המשפט עד שתוסדר חוקיות קומת המושכר אלא ש"אמות" עמדה על פינויה מהמושכר בפועל. מן הטעם זה טוענת "קטקטים" כי אף אין לקבל את טענת "אמות" לפיה כישלון עסקי מצד "קטקטים" בניהול המשחקייה הוא שגרם לה לדרוש את ביטול החוזה. עוד מדגישה "קטקטים" כי לאחר פינוי המושכר ועל אף הצהרות התובעת באשר לקיומו של קיים שוכר חלופי, קומת המושכר נותרה ריקה ולא הושכרה לגורם אחר.

משכך, טוענת "קטקטים" כי יש להורות על ביטול ההסכם בכפוף לתשלום הפסד רווחים בסך של 25,000 ₪ לחודש - ממועד הפעלת המשחקייה ועד למועד הגשת התובענה (תקופה של 2.5 שנים) ובסך הכל, אבדן רווחים בסך של 750,000 ₪. לטענתה, בהתאם להסכם השכירות, תקופת השכירות בצרוף תקופת האופציה מסתיימת ביום 13.12.2020 ובעבור תקופה זו זכאית "קטקטים" לפיצוי בגין אבדן רווח עתידי ממועד הגשת התובענה ועד למועד סיום תקופת השכירות (7 שנים) בסך של 2,100,000 ₪. סה"כ בעבור אבדן רווחים סך כולל של 2,850,000 ₪. כן לטענתה היא זכאית לפיצוי בגין אבדן השקעה והפסד השקעה במושכר בסך של 650,000 ₪. בנוסף להשקעה הנ"ל ממועד תחילת תקופת השכירות ועד למועד הגשת התובענה, הפסד במושכר בסך של 200,000 ₪. סה"כ 850,000 ₪. מטעמי אגרה העמידה "קטקטים" את תביעתה על סך של 1,000,000 ₪ בלבד.

"קטקטים" הגישה חוות דעת מומחה מטעמה, אדריכל יורי פויצ'ינסקי, אשר קבע בחוות דעתו מיום 26.3.14 כי השטח עליו הוקמו המשחקייה ובית הקפה לא קיבל היתרים וטופס 4 כדין. לא במועד הקמתו ולא עד למועד כתיבת חוות הדעת. המומחה קבע כי בשיחתו עם מזכיר הועדה, אישר מזכיר הועדה מר ברדודגו את האמור לעיל ואף הצהיר כי ללא קשר לשטח המדובר עקב חריגות רבות במקומות שונים בקניון, המדיניות של הועדה המקומית והרשות המקומית היא לא לאשר רישיון עסק, בין היתר, למשחקיה ולגרג.

לטענת "אמות", בעקבות פיגורי "קטקטים" בתשלומים בהתאם להסכם, נשלח אליה מכתב התראה בדרישה לסילוק החוב. בתגובתה הודיעה "קטקטים" כי בשל כך שאינה יכולה לטענתה, להשיג רישיון עסק, היא איננה מסלקת את החוב הקיים ואף מבטלת את ההרשאה לחיוב החשבון שנתנה. במצב דברים זה שלחה "אמות" ל"קטקטים" הודעה על ביטול הסכם השכירות ודרשה כי זו תפנה את המושכר. לטענתה, טענות "קטקטים" בכל הנוגע להוצאה של רישיון העסק הן טענות סרק של שוכר המנסה להתחמק מהתחייבויותיו לתשלום דמי שכירות וניהול ותו לא. לטענתה, לקניון קיים טופס 4. "אמות" מאשרת כי לאחר מתן היתר הבניה הראשוני לקניון נדרשו פעולות לגליזציה לתוספות בניה מסוימות, זאת לרבות חלקים בקומת הקניון בה מצוי המושכר. "אמות" פעלה במלוא המרץ לשם השגת היתרי הבניה כאשר בתקופת הביניים לא הייתה בעיה כלשהי להשגה של רישיון עסק. ואכן בחודש יוני התקבל היתר הכולל גם את כל תוספות הבניה שהיו בקומה בו מצוי המושכר וברור כי מאותו המועד ואילך אין כל מניעה מלהשיג רישיון עסק קבוע. לטענתה, ככל של"קטקטים" בעיה בהוצאת רישיון עסק, הרי שזו נעוצה בפגם כלשהוא אצלה. לעניין זה טוענת "אמות" כי בקניון עסקים רבים הפועלים עם רישיון עסק לרבות עסקים קודמים שהיו באותה קומה בו מצוי המושכר. עוד טוענת "אמות כי "קטקטים" טוענת טענותיה רק לגבי שטח משחקיית "קטקטים" ומבקשת להותיר את דוכן "גרג" מחוץ לתביעה. "קטקטים" אינה מבארת מדוע רישיון העסק הנו אקוטי לה למשחקיה ולא לקפה "גרג". לטענת "אמות" ההפרדה שנערכה על ידי "קטקטים" מקורה ברווחיות שני העסקים. בעוד שהמשחקייה אינה רווחית לה והיא מחפשת דרך להתחמק מהתחייבויותיה החוזיות, דוכן ה"גרג" רווחי ולכן היא מבקשת להותירו מחוץ לתביעה. לטענתה, האחריות להוצאת רישיון עסק מוטלת במלואה על כתפי "קטקטים" והפרה של התחייבות זו מקנה ל"אמות" את הזכות לבטל את הסכם השכירות. לטענת "אמות", "קטקטים" היא זו שהפרה את הסכם השכירות. לטענתה היא השתתפה בהוצאות ההשקעות במושכר בסכומים נומינליים של כ- 225,000 ₪, סכומים אשר על "קטקטים" להשיב לה נוכח הפרת ההסכם. "אמות" טוענת כי בהתאם לקבוע בהסכם, החובה לבחון את המצב התכנוני, החוזי, המשפטי והעובדתי של המושכר טרם עריכת הסכם השכירות היא חובה המוטלת על כתפי "קטקטים". לטענתה "קטקטים" לא נתנה כל הסבר כיצד העדר רישיון הסב לה נזקים כלכליים או ביטוחיים כלשהם וככל ש"קטקטים" אינה יכולה להתקשר בדרך כלשהי עם גורמים שונים הרי שהאשם בכך נעוץ בה עצמה. "אמות" כופרת בנזק הנטען על ידי "קטקטים" ובקיומו של קשר סיבתי בין הנזק לעילות התביעה הנטענות.

**תא"מ 10766-12-13 אמות השקעות בע"מ נ' קטקטים בע"מ ואח'**

זוהי תביעה לביצוע שטר שהוגשה בה התנגדות לביצועו. במסגרת הסדר דיוני מיום 9.1.14, הסכימו הצדדים כי תינתן ל"קטקטים" רשות להגן. הוסכם כי "אמות" תגיש כתב תביעה מתוקן ו"קטקטים" תגיש כתב הגנה.

"אמות" הגישה לביצוע בלשכת ההוצאה לפועל אחד משלושה שטרות עליהם חתמה "קטקטים", להבטחת מלוא התחייבויותיה בהתאם להסכם השכירות, בסך של 40,000 ₪ כל אחד. הנתבעים 2-3, קולטונוף תמיר ואלטר- קולטונוף מיכל, חתמו כערבים על שלושת שטרי החוב בערבות אוואל. כן חתמו הנתבעים על כתב ערבות אישית לתשלום מלוא התחייבויות "קטקטים" על פי הסכם השכירות. לטענת "אמות" מאחר ו "קטקטים" חדלה מלשלם את התשלומים בהם היא חייבת בהתאם להסכם, הוגש לביצוע אחד משטרות החוב שבידי "אמות", כנגד מכלול הנתבעים, ללשכת ההוצאה לפועל בחיפה (תיק מס' 02-48022-13-2). הנתבעים הגישו התנגדות לביצוע השטר. במסגרת הסדר דיוני בין הצדדים, הסכימו כאמור הצדדים למתן רשות להגן כנגד השטר, תוך שניתנה ל"אמות" הזכות לתקן את כתב התביעה, ולהעמידו על מכלול החוב הנטען כלפיה, מעבר לסכום השטר ומכאן התביעה המתוקנת שלפני. על פי ההסדר בין הצדדים אוחדו מכלול ההליכים בין הצדדים. לטענת "אמות" חובה של "קטקטים" בגין דמי השכירות וניהול עד לסוף חודש 5/14, נכון למועד הגשת כתב התביעה המתוקן, עומד על סך של 190,175 ₪. לטענת "אמות", אי תשלום דמי השכירות והניהול מהווים הפרה מהותית של הסכם השכירות (ס' 20.6 להסכם) ולכן הודיעה "אמות" ל"קטקטים" על ביטול הסכם השכירות. בהתאם להסכם חייבת "קטקטים" בתשלום פיצוי מוסכם, בשיעור השווה בהיקפו לסכום של דמי השכירות בעבור 12 חודשי שכירות. משכך, טענה "אמות" כי סך חובה של קטקטים עומד ע"ס של 448,273 ₪. לטענת "אמות", "קטקטים" חבה בתשלום החוב הנ"ל מכח התחייבויותיה החוזיות בין במפורש ובין מכללא, כלפי "אמות". לטענתה הנתבעים הנוספים, חבים בתשלום החוב ביחד ולחוד מכח ערבותם האישית להסכם וחובות "קטקטים". לטענתה, הנתבעים חבים בתשלום הסכום האמור ביחד ולחוד אף לאור התחייבויותיהם השטריות, וכן מכח דיני עשית עושר ולא במשפט.

הנתבעים במסגרת כתב הגנתם, חזרו על אותן הטענות אשר נטענו במסגרת כתב התביעה בת.א.

31417-11-13. לטענתם דווקא "אמות" היא זו אשר הפרה את הסכם השכירות. לטענתם "אמות" פעלה כלפיהם בחוסר תום לב מובהק הן בשלב המו"מ לקראת חתימתו של ההסכם, הן במועד חתימת ההסכם והן עם קיום ההסכם וכניסת הנתבעת למושכר. לטענתם, כל משך המו"מ בין הצדדים לקראת החתימה על ההסכם, ידעה "אמות" כי קומת המושכר נבנתה בניגוד לדין ללא היתר וללא טופס 4 אך לא גילתה זאת לנתבעים והציגה לפניהם מצג כוזב לפיו שטח המושכר נבנה כדין וכי זו מחזיקה בכל האישורים הנדרשים לקניון בכלל ולמושכר בפרט.

**ת.א. 15246-11-13 אמות השקעות בע"מ נ' קטקטים אורות בע"מ**

התביעה הוגשה בתחילה ביום 10.11.13 לפי פרק טז4 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד- 1984. במסגרת תביעה זו עתרה "אמות" לפינוי "קטקטים" מהמושכר זאת בשל הפרה נטענת של הסכם השכירות. במסגרת ההסדר הדיוני מיום 9.1.14 הוסכם כי התביעה תועבר לסדר דין רגיל וכי תביעה זו תאוחד יחד עם שתי התביעות לעיל. בדיון שהתקיים לפני ביום 29.9.14, הודיעה "קטקטים" כי תתפנה מהמושכר ביום 31.10.14 (ראה עמ' 8 שורות 8-9 לפרוטוקול) ואכן עשתה כך ומשכך מתייתר הדיון בתובענה זו.

**דיון:**

**האם נוהל המשא ומתן בין הצדדים בתום לב**

סעיף 12(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, קובע כי "במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב".

בעא 144/87 מדינת ישראל נ' אינג' פבר, חברה לבנין ואח', פד מד(3), 769(14/08/1990), נקבע לעניין זה כי "התנהגות "בדרך מקובלת ובתום לב" נדרשת הן במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה (סעיף 12(א) לחוק החוזים הכללי) והן בקיום של חיוב הנובע מחוזה או בשימוש בזכות הנובעת מחוזה (סעיף 39 לחוק). על פי עקרון תום הלב במשא ומתן טרום חוזי "מחויב כל צד למשא ומתן לפעול תוך נאמנות כלפי הצד האחר למשא ומתן, ותוך נאמנות לרוח העסקה ולמטרתה. השאלה המרכזית ביישום סעיף 12 היא אם האמצעים שננקטו במהלך המשא ומתן מתישבים עם דרישת תום-הלב". (ראה בספרה של ג. שלו הנ"ל בעמ' 48). במסגרת החובה לנהוג בתום לב בעת המשא ומתן, על צד למשא ומתן גם לגלות למשנהו את אותן עובדות אשר ניתן לצפות שצד תם לב יגלה למשנהו. כפי שקובעת בענין זה המחברת המלומדת ג. שלו בספרה הנ"ל: "תחום תחולה מובהק ושכיח של חובת תום הלב במשא ומתן הוא תחום הגילוי. הפרת החובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב במשא ומתן לובשת צורה של אי גילוי עובדות, כאשר על פי הנסיבות היה מקום לצפות לכך שהאדם המנהל משא ומתן יגלה אותן לצד השני. בתחום זה חובת תום הלב היא אקטיבית, ומטילה חובת עשיה. חובת תום הלב כוללת חובה לגלות לצד השני לפני כריתת החוזה עובדות חשובות ואפילו עובדות שהצד השני היה יכול לגלותן בכוחות עצמו, כאשר גילוי זה מתחייב ממהות העסקה ומנסיבות המקרה". (ראה שם בעמ' 49, וכן ראה לחובת הגילוי המוטלת על צד למשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה את פסק דינו של השופט אשר בע"א 838/75 ספקטור נגד צרפתי, פסקי דין ל"ב (1) עמ' 231 בעמ' 238 ואילך והאסמכתאות שם; ודברי חברי, השופט ברק, בע"א 273/78 גרוסמן נגד כספי פסקי דין ל"ג (3) עמ' 300 בעמ' 307). ובאשר לחובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב בשלב לאחר כריתתו של החוזה: "משמעותה של החובה לקיים חוזה בתום לב ובדרך מקובלת היא כי הצדדים ליחס החוזי חייבים לנהוג זה כלפי זה ביושר בהגינות ועל פי המקובל על בעלי חוזה הוגנים. אמת הדבר, אין הצדדים לחוזה מלאכים זה לזה אך שוב אל להם להיות זאבים זה לזה ("נבל ברשות החוזה" כלשונו של השופט אלון בע"א 148/77 רוט ואח' נגד ישיפה (בניה) בע"מ פסקי דין ל"ג (617 (1 בעמ' 638). על כל הצדדים לחוזה מוטלת החובה לשתף פעולה זה עם זה ולפעול תוך התחשבות באינטרס המשותף להם בחוזה. על בעלי החוזה לפעול להגשמתה של כוונתם המשותפת תוך נאמנות ומסירות למטרה, שעמדה לנגד עיניהם, ותוך עקביות בהגשמת ציפיתם המשותפת תוך נאמנות ומסירות למטרה שעמדה לנגד עיניהם ותוך עקביות בהגשמת צפיתם המשותפת הסבירה". (מדברי השופט ברק בבג"צ 59/70 שירותי תחבורה צבורית באר שבע בע"מ ואח' נגד בית הדין. הארצי לעבודה בירושלים ואח'. פסקי דין ל"ה (1) ע' 828 בעמ' 834). וכדבריו של השופט (כתוארו אז) אלון בע"א 391/80 לסרסון ואח' נגד שכון עובדים בע"מ (פסקי דין ל"ח(2) עמ' 1132): "ענין תום הלב שבסעיף 39 לחוק החוזים בא להורות על קיומו וביצועו של חיוב מחיובי החוזה בדרך עשית הישר הטוב ומתוך רצון לקיים את כוונתם של הצדדים לחוזה לפי רוחו של החיוב ולא רק לפי אותיותיו הטכניות והפורמליות שבהן הוא נוסח..." (ראה שם בעמ' 263 מול האות ז'). החובה לנהוג בתום לב יכולה ללבוש גם צורה של חובת גילוי עובדות חשובות על ידי צד לחוזה בתקופה החוזית. (ראה בבג"צ 59/80 הנ"ל בעמ' 836 מול האות ד') שאלת קיומה של חובה כזו, וגבולותיה, שונים, מטבע הדברים, ממקרה למקרה. לצורך עניננו, די אם נאמר , שחובת הגילוי בתקופה החוזית קיימת - או ליתר דיוק ממשיכה להתקיים - כל אימת שחובת הגילוי לא קוימה על ידי צד בשלב הטרום-חוזי, וחיוניות הגילוי ממשיכה להתקיים גם בשלב החוזי, ומידת החיוניות היא כזו, שמי שאינו מקימה כמוהו כמי שנהג שלא בהגינות ושלא בדרך מקובלת ובתום לב ".

על בסיס האמור יש לבחון האם אכן נכונה טענת "קטקטים" לפיה באי גילוי פרטים מהותיים בבסיס העסקה ובין היתר בעובדה כי לקומת המושכר אין היתר בניה וטופס 4, הפרה "אמות" את חובת הגילוי החלה עליה וכן את חובת תום הלב במו"מ החלה על צדדים להסכם. לטענתה, "אמות" הציגה בפניה מצג כוזב ומטעה עת הציגה לפני אנשי "קטקטים" את שטח המושכר כנושא את מלוא האישורים וההיתרים הנדרשים ע"פ דין. עיון בהסכם השכירות בין הצדדים מעלה כי בסעיף 3.5 להסכם השכירות (נספח א' לת/2) הצהירה "אמות" "כי המושכר מיועד לשימוש מסחרי על פי ייעודו ועל פי התב"ע החלה על הפרויקט וכי לא קיימת מבחינתה שום מגבלה עפ"י דין ו/או עפ"י הסכם להתקשר בהסכם זה ולהתחייב בחיוביו".

אלא שבתכתובת דואר אלקטרוני (נספח יא לת/2) מיום 10.10.12 בין מר מנדי שפיגלר למר קובי פוליקמן, מנכ"ל קניון אורות בו מצוי הנכס מטעם "אמות", כותב מר שפיגלר, מהנדס הועדה המרחבית "השומרון" משנת 2011, "..אבקש לדייק: א. תינתן ערבות ע"ס 50,000 ₪, להסדרת כל החריגות, אחרת לא תינתן שום המלצה לרשיון עסק! (וזאת כתנאי לסעיפים ב, ג ו ד') וכל זאת לתקופה של חצי שנה בלבד להסדרת כל החריגות בקניון!! ב. בכפוף לא'- ארומה וקטקטים יקבלו המלצה לרישיון עסק (ושוב לחצי שנה בלבד...). ג. ספין פלוס- יקבלו המלצה ללא הגלריה (ושוב לחצי שנה בלבד..) ו/או עד שיוסדרו הליכי האישור והתוספות החדשים... ד. GREG- אשר לא הופיע בהיתר המקורי משנת 2007- וכולו החריגה, לא יקבל כל המלצה עד שלא יוסדו כל הליכי הרישוי בקומה ג".

כך אף באשר למכתב מטעם הועדה המקומית לתכנון ובניה – השומרון מיום 9.2.14 (נספח ב לנ/3) החתום על ידי מהנדס הועדה מר מנדי שפיגלר בנוגע לבקשה שהוגשה לוועדה למתן חוות דעת לבקשה לרישוי עסק ל "קטקטים- קנין אורות".

"מבדיקת הועדה עולים הדברים הבאים: 1. קיימים היתרים למבנה ולשימוש אולם בוצעו תוספות ושינויים בקומה 9.15+ אשר לא קיבלו היתר וטופס 4 כדין. 2. העסק לו מבוקש רישוי עסק מצוי בקומה אשר טרם הוצא לה היתר כחוק. לפיכך על המבקשים להמתין עד להסדרת ההיתר וטופס 4 למבנה ולאחר מכן תידון הבקשה בשנית. 3. לאור האמור לעיל, המלצת הועדה המקומית מיום 9.2.14 היא: מתנגדים למתן רישוי עסק לפי הפרטים שנמסרו לעיל, מהנימוקים הרשומים לעיל, וכן מהנימוקים שלעיל."

מר שפיגלר העיד לפני בית המשפט כי טופס 4 מעולם לא ניתן לקומה השלישית בקניון (ראה עמ' 48 שורות 26-27 לפרוטוקול) ".. העסק לו מבוקש רישיון עסק ממוקם בקומה שטרם הוצא לו רישיון עסק כחוק. לאור האמור, ההחלטה של הועדה הייתה התנגדות כתוצאה לנימוקים שתוארו" (ראה עמ' 46 שורות 28-29 לפרוטוקול). בהתאם לעדותו של מר שפיגלר, לצורך מתן רישיון עסק, הועדה דורשת קיומו של טופס 4 מוסדר, לאחר היתר שהוסדר וקיום השימוש על פי היתר (עמ' 47 שורה 7 לפרוטוקול). מר שפיגלר אישר כי בחודש 11/14 ניתן היתר לקומה השלישית אולם טרם ניתן טופס 4 ואילו הטופס 4 שניתן בשנת 1995 אינו רלבנטי לקומה השלישית (עמ' 47 שורות 19-23). בהתאם לעדותו ככל והיה מתבקש רישיון עסק לקומה הראשונה של הקניון, שם הוסדר טופס 4 על פי היתר ועל פי היעוד, הייתה ניתנת המלצה לרישיון עסק לעסק בקומה זו (עמ' 48 שורות 3-9).

מר שפיגלר העיד כי במסגרת הפגישה בחודש 10/12 עם נציגי "אמות" המלצת הועדה היתה לתת

ל"קטקטים" רישיון עסק זמני עד להסדרת הליכי הרישוי בכפוף להפקדת ערבות בנקאית. "ש. בחודש אוקטובר 2012, היתה לך פגישה עם נציגי הקניון ובאותה פגישה היו הסכמות שהועלו על הכתב באימייל שלך מ – 10.10.2012, נספח יא' לתצהירו של מר פוליקמן? ת. כן. ש. לגבי קטקטים, היה תנאי ראשון כי תופקד ערבות בנקאית, הערבות הופקדה? ת. למיטב זיכרוני, כן. ש. לגבי קטקטים נאמר כי תהיה המלצה לרישיון עסק זמני עד להסדרת הליכי הרישוי, ולגבי גרג היות והוא לא מופיע בהיתר משנת 2007 והוא כולו בחריגה, לא יקבל כל המלצה, עד שיוסדרו הליכי הרישוי, זה ההסכמות שהגעתם באותה פגישה? ת. נכון..." (עמ' 50 שורות 1-7 לפרוטוקול). בהתאם לעדותו של מר שפיגלר, לאחר אותן הסכמות, נערכה בדיקה על ידי מנהלת האזור בוועדה, שבעקבותיה התגלה כי כלל אין היתר לקומה השלישית "ש. אתה זוכר מתי היתה הבדיקה הזו? ת. כפי שאמרתי, ב – 9.2.2014 סירוב למתן המלצה לרישיון עסק"(עמ' 50 שורה 17 לפרוטוקול). בהתאם לעדות מר שפיגלר, בעקבות הבדיקות והבקשות להסדרת הקומה, התברר כי הייתה בעיה בחישובי השטחים. באחת הישיבות במהלך 2013, הודה המתכנן כי היו טעויות בחישובי השטחים והוחלט לחשב מחדש את השטחים. "ש. אני מניח שאם הוועדה בחודש יוני 2013, הייתה חושבת שאין היתר לקומה השלישית, או שיש בעיה בחישובי השטחים, לא הייתה מוציאה את ההיתר של יוני 2013, ולכן הבעיות שאתה מדבר עליהם עכשיו, כנראה התגלו אחרי הוצאת ההיתר של יוני 2013? ת. נכון, ובגלל זה גם הוגשה בקשה חדשה של הקניון, שהיא יותר מאוחרת מההיתר שניתן ב – 2013 ש. שהיא הבקשה שהוגשה ביוני 2014? ת. נכון. ". (עמ' 49 שורות 29-30, עמ' 50, עמ' 51 שורות 1-9).

זאת ועוד. במכתב מיום 13.3.14 (נספח ג' לנ/3) מאת דליה כהן מנהלת רישוי עסקים ושילוט בעירית אור עקיבא, כותבת הגב' כהן כדלקמן "הנדון: בקשה לרישוי עסק....הריני לעדכן כי התקבלו אישורי כיבוי אש, אישור התברואן הרשותי ואישור משטרה. האישור היחיד שטרם התקבל הינו אישור הועדה המקומית לתכנון ובניה".

הגב' דליה כהן העידה לפני בית המשפט, כי ככלל, ללא אישור הועדה המקומית העיריה אינה מוציאה רישיון עסק וכי הסיבה לאי מתן האישור ל "קטקטים" הייתה העדר אישור הועדה. בהתאם לעדותה, במרץ 2014 היו בידיה כל האישורים הנדרשים, למעט אישור הועדה כאמור.

מר ניסים ברדוגו מזכיר הועדה המקומית לתכנון ובניה ואחראי על מחלקת הפיקוח, העיד כי ההיתר לקומה השלישית ניתן ביום 4.11.14. בהתאם לעדותו (נכון ליום 15.7.15- מ.ק.נ) טרם ניתן טופס 4 ואילו הטופס 4 שניתן לקניון בשנת 1995 הוא מותלה ואינו רלבנטי לקומה השלישית. עוד העיד מר ברדוגו כי על מנת לקבל רישיון עסק יש צורך בהיתר בניה וטופס 4 (ראה עמ' 43-46 לפרוטוקול).

מר תמיר קולטונוף העיד כי הוא פנה בבקשה לרישיון עסק עוד לפני שהעסק נפתח. הבקשה הוגשה לקראת חודש יוני 2011 ובחודש 1/12 התקבלה תשובה שלילית מהועדה. בהתאם לעדותו, במסגרת המו"מ לקראת החתימה על הסכם למשחקיה קניון אורות, לא היה לו ייצוג משפטי מאחר ודובר למעשה על הסכם זהה להסכם קודם בין "קטקטים" ל"אמות" ביחס להפעלת משחקיה בכרמיאל. בהתאם לעדותו של מר קולטונוף, עובר לחתימה על ההסכם בקניון אורות, הוא לא ערך בדיקה אם יש היתר לקניון, כפי שלא עשה כן עובר לחתימה על ההסכם שנחתם להפעלת המשחקייה בכרמיאל. בהתאם לעדותו יחסיו עם מר קובי פוליקמן חבריים. לאחר קבלת מכתב הסירוב מהועדה, הוא פנה אל מר פוליקמן שהיה מופתע כמוהו והבטיח לטפל בעניין. לטענתו, גם פניות נוספות אל מר פוליקמן לא הועילו. בהתאם לעדותו קטקטים עמדה בכל הדרישות לקבלת רישיון העסק ולאחר חודש יוני 2013 המועד בו פקע ההיתר הזמני הוא פנה פעם נוספת בניסיון לקבלת רישיון העסק וסורב. (עמ' 30-38 לפרוטוקול).

מר שמעון אבו דרהם המשמש סמנכ"ל הנדסה ב"אמות" העיד כי זו רכשה את הקניון כאשר היו מלוא האישורים (עמ' 11 שורות 21-23 לפרוטוקול). ".. הועדה מצאה טעות בחישובי השטחים מהתקופה של לפני שקנינו את הקניון שקיימת לפי היתרים שניתנו כדין. אנחנו אפילו לא בדקנו מה מצבנו המשפטי בסיטואציה כזו, שילמנו את התוספת שהיה צריך לשלם, לא היה שום דבר מהותי" (עמ' 12 שורות 27-30 לפרוטוקול). בהתאם לעדותו, העדר היתר לקומה השלישית התגלתה רק לאחר ש"קטקטים" פנתה לעיריה בבקשת רישיון עסק.

מר קובי פוליקמן מנכ"ל קניון אורות באור עקיבא מטעם "אמות" העיד כי הליך הלגליזציה בקומה השלישית הסתיים וניתן היתר מיוני 2014 (עמ' 15 שורות 28-29 לפרוטוקול). לעניין רשיון העסק לנתבעת העיד מר פוליקמן כי במסגרת הפגישה עם המהנדס ניתן היתר זמני ל"קטקטים" כאשר במקביל הוא התחייב לדאוג להשלמת כל הדרישות לקבלת היתר(עמ' 16 שורות 11-13 לפרוטוקול). מר פוליקמן אישר כי עובדת קיומן של חריגות בניה בקומה השלישית, לא צוינה בהסכם של "קטקטים", אך בהסכם של העסק השכן, כן מצאה "אמות" לנכון לציין את הדבר (עמ' 18 שורות 20-21 לפרוטוקול). כאשר נשאל מר פוליקמן האם הוא חולק על פסק הדין שניתן בעניינו של "ספין פלוס", העסק השכן באותה הקומה, שם קבע בית המשפט כי אין היתר לקומה השלישית בקניון הוא עונה כי "אם בית המשפט טעה במקום אחד, אין סיבה להקיש מכך על התיק שכאן. ש. אתה חולק על הקביעות העובדתיות של בית המשפט שם? ת. כן. ש. אתה מצהיר שלא הייתה מניעה להוציא רישיונות עסק בקומה ג'? ת. כן ." (עמ' 18 שורות 22-30, עמ' 19 שורות 1-2 לפרוטוקול).

הנה כי כן מן העדויות והראיות המפורטות לעיל עולה כי בעת ניהול המו"מ עובר לחתימה על ההסכם בין הצדדים, בשלב החתימה על ההסכם וגם לאחר מכן משך תקופה ארוכה מאד, לא היו לקומה השלישית במושכר היתר בניה וטופס 4 כדין. ההסכם בין הצדדים נחתם ביום 25.11.10. היתר הבניה לקומה השלישית ניתן רק ביום 4.11.14 וטופס 4 לקומה זו ניתן ביום 11.8.15. בנסיבות אלו, הצהרת "אמות" במסגרת הסכם השכירות לפיה לא קיימת שום מגבלה להתקשר בהסכם עם "קטקטים", עומדת בסתירה למצב בפועל בעת החתימה על ההסכם. "קטקטים" חתמה על ההסכם השכירות תוך שהיא מסתמכת על הצהרת "אמות" לפיה לא קיימת כל מגבלה לחתום על ההסכם. בפועל, העדר קיומו של היתר הבניה וטופס 4, אשר האחריות להוצאתו מוטל על כתפי "אמות" כבעלת הנכס, היא זו שהביאה בסופו של יום לכך שלא ניתן היה להוציא רישיון עסק קבוע למשחקיה. בנסיבות אלו, יש לראות ב"אמות" כמי שהפרה את חובת הגילוי החלה עליה וכן את חובת תום הלב במו"מ החלה על הצדדים. היה על "אמות" ליידע את "קטקטים", עובר לחתימה על ההסכם, על העובדה המהותית כי לקומה השלישית בקניון אין היתר בניה וטופס 4. לזאת יש להוסיף את העובדה כי מר פוליקמן אישר בעדותו כי בעוד שקיומן של חריגות הבניה במושכר אוזכרו בחוזה השכירות של עסק נוסף באותה הקומה, הרי שחריגות אלו לא צוינו במסגרת ההסכם עם "קטקטים". "ש. העובדה הזו שיש חריגות בניה, לא צוינה בהסכם של קטקטים? ת. לא, אצל השכן כן". העובדה כי עובדה זו נשמטה מידיעתה של "קטקטים" , בעוד הובאה לידיעת העסק השכן באותה הקומה מעידה כי "אמות" ביכרה שלא לחשוף את מלוא המידע הרלבנטי לפני "קטקטים" בעת חתימת הסכם השכירות.

אין בידי לקבל את טענת "אמות" לפיה כדי להקים טענה כנגד "אמות", היה על קטקטים להראות כי רשות הרישוי החליטה לדחות בקשה לרישיון עסק שהוגש על ידה. לטענתה, לו הייתה "קטקטים" מקבלת החלטה של רשות הרישוי, הדוחה את הבקשה למתן רישיון עסק, היה עליה להציגה לפני "אמות" ולתת בידה שהות להסדיר את הבעיה שנוצרה (ראה ס' 8-9 לסיכומי "אמות").

"קטקטים" פעלה לקבלת רישיון עסק אלא שבקשתה נדחתה מאחר וכאמור לקומת המושכר לא היה היתר וטופס 4 כדין. גם אם אצא מנקודת הנחה כי רק בשלב מאוחר זה, נודע ל"אמות" על אי קיומו של היתר בניה לקומת המושכר, הרי שמשלב זה היה על "אמות", בהתאם להתחייבותה לפני ראש הועדה, לפעול בפרק הזמן בו ניתן רישיון זמני להפעלת עסק "קטקטים" להשלמת מלוא הדרישות לקבלת היתר, דבר אשר לא נעשה על ידה. בנסיבות אלו כאשר ברור ל"אמות" כי הסיבה לאי מתן רישיון עסק נעוצה באי קיומו של היתר בניה, ברי כי היה עליה לעשות על מנת להוציא אישור בפרק הזמן שניתן ולא להמתין ל"קטקטים" שתפנה בבקשה נוספת למתן רישיון עסק.

אף אין בידי לקבל את טענת "אמות" לפיה "קטקטים" בחרה שלא לדרוש מהרשות המקומית החלטה בבקשתה למתן רישיון עסק שכן לו הייתה עומדת על הכרעה בבקשתה, הרשות לא הייתה מסרבת לבקשה (ס' 13 לסיכומים). טענה זו עומדת בסתירה מוחלטת לעדותו של מר שפיגלר, אשר העיד כי ככלל לצורך מתן רישיון עסק, הועדה דורשת קיומו של טופס 4 מוסדר לאחר היתר מוסדר וקיום השימוש על פי היתר.

כאמור, חובת תום הלב כוללת חובה לגלות לצד השני לפני כריתת החוזה עובדות חשובות ואפילו עובדות שהצד השני היה יכול לגלותן בכוחות עצמו, כאשר גילוי זה מתחייב ממהות העסקה ומנסיבות המקרה. חובת הגילוי בתקופה החוזית קיימת כל אימת שחובת הגילוי לא קוימה על ידי צד בשלב הטרום-חוזי. חיוניות הגילוי ממשיכה להתקיים גם בשלב החוזי, ומידת החיוניות היא כזו, שמי שאינו מקיימה כמוהו כמי שנהג שלא בהגינות ושלא בדרך מקובלת ובתום לב. בענייננו, גילוי עובדת העדרם של היתר הבניה וטופס 4 לקומת המושכר מתחייב ממהות העסקה ומנסיבות המקרה. במועד החתימה על ההסכם ידעה "אמות" או היה עליה לדעת, כבעלת המושכר, כי לא ניתן היתר בניה לקומת המושכר. עדותו של מר שמעון אבו דרהם המשמש סמנכ"ל הנדסה ב"אמות", לפיה כאשר "אמות" רכשה את הקניון, היו בידיהם מלוא האישורים ולא נערכה בדיקה של המצב המשפטי של הנכס, מצביעה על התנהלות בעייתית מצידה בכל הנוגע לעניין זה. היה על "אמות" לברר עניין זה באופן מעמיק עובר לחתימה על ההסכם ולא לשבת בחיבוק ידיים תוך ציפייה כי השוכרת "קטקטים" תגלה זאת. כאמור, גם לאחר שעובדה זו התגלתה לצדדים בעקבות פניית מר קולטונוף לוועדה לשם הוצאת רישיון העסק, ועל אף התחייבות "אמות" להשלים את מלוא הדרישות לשם הוצאות היתר בניה בפרק הזמן בו ניתן ל "קטקטים" רישיון העסק הזמני לתקופה של חצי שנה, הרי שהדבר לא נעשה על ידי "אמות" ובעניין זה אין לה להלין אלא על עצמה.

באשר לטענת בדבר הפרת סעיף 13 להסכם במסגרתו התחייבה "קטקטים" לבצע את כל הפעולות הנדרשות לשם הוצאות רישיון העסק. אין לקבל טענה זו, בנסיבות בהן "קטקטים" פעלה בהתאם לאמור בהסכם ופנתה לגורמים הרלבנטיים להוצאות רישיון העסק, אלא שבקשתה נדחתה בשל העדרו של היתר הבניה לקומת המושכר, היתר שהוצאתו הוא באחריותה של "אמות".

לסיכום דברים אלו, אני קובעת כי בשלב המשא ומתן לקראת החתימה על ההסכם ולמעשה עד ליום 4.11.15 (המועד בו ניתן היתר לקומה השלישית), לא היו לקומה זו היתר בניה וטופס 4 כדין. האחריות לכך מוטלת על כתפי "אמות" אשר ידעה, או לכל הפחות אמורה הייתה לדעת על כך שלא קיים היתר בניה לקומה השלישית. כתוצאה מכך לא התאפשר להוציא רישיון עסק קבוע למשחקיה. משכך הפרה "אמות" את חובת תום הלב הן בשלב המשא ומתן עם "קטקטים" והן בעת קיומו של הסכם השכירות.

**האם הייתה הפרה של הסכם השכירות ומיהו הצד המפר**

"אמות" טענה כי שאלת מצבו התכנוני של הנכס היא שאלה שכל אדם יכול לבחון אל מול רשויות התכנון ומשכך יכולה היתה "קטקטים" לברר מבעוד מועד, אם למושכר יש היתר בניה. לעניין זה מפנה "אמות" לס' 9.6 להסכם במסגרתו הצהירה "קטקטים" כי בדקה את תוכניות המושכר ואת תוכניות הקניון, מצאה אותן מתאימות לצרכיה וכי היא ויתרה, על פי הוראות סעיף זה על כל טענה לפגם או לאי התאמה "למעט פגם או מום נסתר". כן מפנה "אמות" לס' 13 להסכם השכירות במסגרתו הצהירה "קטקטים" כי היא בקיאה בדרישות הרשויות השונות לשם הוצאות רישיון עסק, וכי היא מתחייבת לבצע את כל הפעולות הנדרשות לשם הוצאה של רישיון עסק. כן הוסכם כי אי השגה של רישיון עסק לא תהווה עילה לאי עמידה של הנתבעת בהתחייבויותיה על פי ההסכם.

אלא שכבר נקבע כקביעה שיפוטית אשר נותרה בעינה במסגרת פסק הדין אשר ניתן בעניינה של "ספין פלוס אורות בע"מ" (ת.א. 60483-05-13) כי לקומת המושכר לא היה היתר בנייה כדין ואף לא טופס 4 ובהשכירה את הנכס ל"קטקטים" במצבו זה, הפרה "אמות" את הסכם השכירות בין הצדדים הפרה יסודית. אף אם "קטקטים" מצהירה כי הנכס מתאים לצרכיה, הרי שהיא עושה כן על בסיס המידע השגוי והחלקי אשר מספקת לה "אמות" ועל בסיסו אף התקשרה עמה בהסכם כפי שפורט לעיל בהרחבה. את האחריות להפרת הסכם השכירות ניתן לתלות ב"אמות".

**הזכות לביטול ההסכם :**

סעיף 7(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)התשל"א 1970 קובע כי "הנפגע זכאי לבטל את החוזה אם הפרת החוזה היתה יסודית". העדר קיומו של היתר בניה וטופס 4 לקומת המושכר בו שכנה "קטקטים" הוא הפרה יסודית של הסכם השכירות בין הצדדים ומשכך, בדין ביטלה הנפגעת – "קטקטים" את ההסכם בין הצדדים.

סעיף 9(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) קובע כי "משבוטל החוזה, חייב המפר להשיב לנפגע מה שקיבל על פי החוזה, או לשלם לו את שוויו של מה שקיבל אם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך והנפגע חייב להשיב למפר מה שקיבל על פי החוזה , או לשלם לו את שוויו של מה שקיבל אם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך"

הזכות להשבה, קמה איפוא עם ביטול החוזה מחמת הפרתו.

ראה בעע"א 423/80 אבדני נ. קסוטו ל"ז (1) 701.

"קטקטים" זכאית אפוא להשבה בהתאם לאשר קיבלה על פי הסכם השכירות, כשם ש"אמות" זכאית להשבה של מה שנתנה בהתאם להסכם, ל"קטקטים", דהיינו זכות השימוש בנכס או שוויה הכספי, כלומר דמי השימוש בנכס. כנגד תשלום דמי השכירות, עשתה "קטקטים" שימוש בנכס וקיימה בו את עסקה. החל מחודש יולי 2013 חדלה "קטקטים" לשלם את התשלומים החלים עליה לפי החוזה. בשל כך הודיעה "אמות" ל- "קטקטים" ביום 27.10.13 על ביטול ההסכם. אלא שהזכות לביטול ההסכם היא ל"קטקטים" ולא ל"אמות". כך או אחרת, בוטל ההסכם בין הצדדים. "קטקטים" פינתה את הנכס ביום 31.10.14 (ראה עמ' 6 שורה 19 לפרוטוקול מיום 29.9.14) ולעניין זה העיד מר קולטונוף כי עורכי דינו ייעצו לו להישאר במושכר ללא תשלום דמי שכירות וכן לפנות את המושכר במועד בו פונה. לטענתו, החליט להישאר בנכס ללא תשלום דמי השכירות על מנת למזער את הנזקים אשר נגרמו לו שכן ההסכם אמור היה להיות לעשר שנים.

"אמות" טוענת כי מגיעים לה דמי השכירות בגין השימוש אשר עשתה "קטקטים" בנכס, בתקופה בה ישבה בנכס ולא שילמה דמי שכירות ומבקשת לתבעם באמצעות שטרי החוב עליהם חתמו בעלי "קטקטים".

**האם אמות זכאית לפרעונם של השטרות המותנים? האם ניתן לחייב את הערבים על גבי השטרות?**

כמצוין לעיל במסגרת החתימה על הסכם השכירות, חתמה "קטקטים" על שלושה שטרי חוב להבטחת מלוא התחייבויותיה לפי הסכם השכירות, בסך של 40,000 ₪ כל אחד. הנתבעים 2-3, קולטונוף תמיר ואלטר- קולטונוף מיכל, חתמו כערבים על שלושת שטרי החוב. כן לטענת "אמות" חתמו מיכל ותמיר קולטונוף על כתב ערבות אישית לתשלום מלוא התחייבויות "קטקטים" על פי הסכם השכירות. מאחר ו"קטקטים" חדלה מלשלם את התשלומים בהתאם להסכם, פתחה "אמות" תיק הוצאה לפועל כנגד "קטקטים" בלשכת ההוצאה לפועל בחיפה (תיק הוצל"פ מס' 02-48022-13-2) במסגרתו הגישה "אמות" לביצוע אחד משלושת שטרי החוב . לטענת "קטקטים" כאמור בתצהירו של מר קולטונוף, הוא ואשתו מעולם לא חתמו על כתב הערבות האישית והחתימות על כתבי הערבות הנחזות להיות שלהם, אינן שלהם. לטענתם, במסגרת המו"מ עם מר פוליקמן הוסכם מפורשות כי לא תהיה ערבות אישית מעבר לשטרי החוב וכך גם נקבע בסעיף 25 לתנאים המיוחדים להסכם בין הצדדים. כמו כן בסעיף 9.22 לתנאים המיוחדים נקבע כי סעיף 18 להסכם לפיו יש לתת ערבות אישית, בטל. עוד טענה "קטקטים" כי הערבות הבנקאית מטעמה בסך של 40,000 ₪ נפרעה על ידי "אמות" בחודש 10/14 ולמרות זאת לא הפחיתה "אמות" את סכום התביעה בהתאם.

משקבעתי כי הסכם השכירות הופר על ידי "אמות" וכי "קטקטים" היא זו אשר הייתה רשאית לבטל את הסכם השכירות במועד בו פסקה מלשלם את דמי השכירות החודשיים, אזי קמה ל"קטקטים" הזכות לפיצוי המוסכם הנקוב בהסכם השכירות בגין הפרתו וסכום זה, השווה ערך ל 12 חודשי שכירות, עולה על התחייבות "קטקטים" לתשלום דמי שכירות, בהתאם לשטר החוב אותו הגישה לביצוע "אמות". לפיכך "אמות" אינה זכאית לפירעון שטרות החוב וכתב הערבות, בין אם נכונות טענותיה השטריות של "קטקטים" בדבר חתימתם של ה"ה קולטונוף על שטרי הערבות ובין אם לאו. מעבר לכך, הרי שמאחר ו"אמות" הפרה את הסכם השכירות, פקעו חובותיה של "קטקטים" ל"אמות" ומשכך לא ניתן עוד לממש שטרות אשר נועדו לקיום אותן התחייבויות אשר פקעו עם הפרת ההסכם.

אף לו הייתי מקבלת טענתה של "אמות" כי חישוב השטחים השגוי , אשר היא לא היתה יכולה לדעת עליו בעת כריתת החוזה הוא אשר הוביל להעדר היתר וטופס 4 בהתאם להוראותיו של ס. 18 לחוק החוזים(תרופות) הקובע כי

"(א)היתה הפרת החוזה תוצאה מנסיבות שהמפר, בעת כריתת החוזה, לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן או שלא ראה ושלא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען, וקיום החוזה באותן נסיבות הוא בלתי אפשרי או שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים, לא תהיה ההפרה עילה לאכיפת החוזה שהופר או לפיצויים.

(ב)במקרים האמורים בסעיף קטן (א) רשאי בית המשפט, בין אם בוטל החוזה ובין אם לאו, לחייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה או, על פי בחירה כאמור בסעיף 9, לשלם לו את שוויו, ולחייב את המפר בשיפוי הנפגע על ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר לשם קיום החוזה, והכל אם נראה לבית המשפט צודק לעשות כן בנסיבות הענין ובמידה שנראה לו."

הרי שבתי המשפט היו נכונים להכיר בזכותו של צד לחוזה שסוכל, לבטלו, אף שאותו צד לא היה בבחינת "נפגע", ראה בת.א (חיפה)4667/95 גל חן תיקוני אניות בע"מ נ. סילאן ספנות בע"מ (ניתן ביום 17/12/97). עדיין זכאית "קטקטים" לפיצוי על ההוצאות שהוציאה והתחייבויות לשם קיום החוזה והללו מתקזזות כנגד דמי השכירות אשר תובעת "אמות".

**הפסד רווחים:**

"קטקטים" טענה כי היא זכאית לפיצוי מעם "אמות" בשל אבדן רווחים, כתוצאה מהפרת ההסכם. מר קולטונוף (נ/3) העיד כי העדרו של רישיון העסק למשחקיה בקניון אורות, מעבר להיותו תנאי הכרחי בהתאם להוראות החוק, קיימת לו חשיבות מהותית אף בהיבטים כלכליים ביטוחיים. מר קולטונוף העיד כי חלק ניכר מהכנסות המשחקיות ברשת נובעות מאירועים המתקיימים במשחקיות, מהכנסות מכניסות בודדות של לקוחות מזדמנים, הכנסות מאירועים והכנסות מעמדת "גרג" הנמצאת במתחם המשחקייה. האירועים האמורים כוללים אירועים של אנשים פרטיים (ימי הולדת וכיו"ב), אירועים של גופים מוסדיים כגון בתי ספר, גנים פרטיים, גנים ציבוריים, עירייה, מועדוניות, מתנ"סים, קייטנות וכיו"ב ושיתופי פעולה אחרים עם גופים מוסדיים ומועדוני לקוחות. לטענתו, כמות האירועים משפיעה באופן ישיר על כמות הכניסות המזדמנות שכן האירועים חושפים את המשחקיה לפני הקהל הרחב. עוד העיד מר קולוטונוף בתצהירו כי משנת 2012 הוכנסו בכל המשחקיות ברשת "קטקטים" קופות חכמות המאבחנות בין כניסות מזדמנות וההכנסות מאירועים, באופן המאפשר לבצע השוואה או הבחנה מלאה בין שתי קטגוריות לאלו. לטענתו, מההשוואה בין המשחקייה בקניון אורות לבין יתר המשחקיות ברשת, ניתן ללמוד כי ההכנסות מכניסות מזדמנות למשחקיה בקניון אורות נמוכה באופן אבסולוטי וכן נמוכה מהכנסות יתר המשחקיות ברשת. לטענתו, הסיבה לכך נעוצה אך ורק בהעדר האפשרות לקבלת רישיון העסק למשחקיה בקניון אורות. לטענתו דווקא למשחקיה בקניון אורות פוטנציאל הצלחה ורווח גדול יותר משל המשחקיות האחרות, זאת מהטעמים הבאים: המשחקייה בקניון אורות היא המשחקייה הרביעית שהוקמה. המשחקייה הוקמה לאחר שנצבר ניסיון קודם ברשת בניהול משחקיות, עובדה המשפיעה על עלויות הרכישה, אופן גיוס העובדים, תפעול יעיל, ידע בשיווק ופיתוח העסק ועוד; מוניטין מצטבר שקיים לרשת בייחוד כשהרשת פועלת בתחום גאוגרפי קטן יחסית. יתרון לגודל של הרשת- ברכישות, מבצעים, כרטיסיות, מו"מ מול המשכירים ועוד; הימצאותה של המשחקייה בתוך קניון פעיל, להבדיל ממשחקיות אחרות ברשת, העדר משחקיות נוספות בסביבה, הסביבה בה נמצאת המשחקייה בקניון אורות מתאפיינת באוכלוסייה צעירה, קיומו של סניף "גרג" במסגרת מתחם המושכר ובסמוך למשחקיה, קיומה של עמדת "גרג" בתוך המשחקייה מתחילת פעילותה להבדיל מהמשחקיות האחרות בהן עמדה זו הוקמה רק בשלבים מאוחרים יותר. אך על אף נתוני הפתיחה הללו, כמות האירועים והכניסות המזדמנות במשחקיה באורות נמוכה משמעותית מיתר המשחקיות. מר קולטונוף העיד כי לקוחות פרטיים ולקוחות מוסדיים מבקשים לראות או מתנים את שיתוף הפעולה וקיום האירוע במשחקיה, ברישיון עסק. ביחס ללקוחות פרטיים, מאחר ולמשחקיה אין רישיון עסק אנשים חוששים לסגור אירועים ולהסתכן בסגירת המקום או באסון הנובע ממבנה שלא כדין. ביחס ללקוחות המוסדיים, אלו מתנים את שיתוף הפעולה ברישיון עסק. מר קולטונוף צירף לעיון בית המשפט, דואר אלקטרוני מיום 15.1.12 מאת נציגת קבוצת נווה נופש (נספח כו לנ/3) שם נרשם: "אני בסגירות אחרונות לפני הפרסום באתרי הארגון השונים. אני זקוקה לרישיון עסק + אישור ביטוח בתוקף בדחיפות"; דואר אלקטרוני מיום 5.2.14 מאת איריס בר נוי, מנהלת שיתופי עולה- קבוצת נווה נופש (מספח כז לנ/3) שם נרשם "שלח לי בבקשה רשיון עסק"; העתק הסכם שכותרתו "הסכם להפצת שוברי כניסה למשחקייה" בין חברת איי. אס פיתגורס המפעילה את המשחקייה בקניון קסטרא לבין חברת כלי נופש בע"מ (נספח כח לנ/3); הסכם בין חברת אי. אס פיתגורס לבין חברת ח.מ. תשורון חן (1987) בע"מ (נופשונית) (נספח כט לנ/3).

כן צרפה "קטקטים" לעניין זה חוות דעת רו"ח ועו"ד מאלק בלאן. בחוות דעתו מיום 30.3.14 קבע המומחה מטעם "קטקטים" כי מניתוח הנתונים התוצאות העסקיות של המשחקייה בהשוואה ליתר המשחקיות ברשת עולה כי קיים קשר ישיר בין העדרו של רישיון עסק למשחקיה לבין תוצאותיה העסקיות הנמוכות הנובעות מהפער שבכמות האירועים, וכפועל יוצא גם בכמות הכניסות המזדמנות, ביחס ליתר המשחקיות ברשת. סה"כ הנזק לעבר מסתכם ב 294,197 ₪ ולעתיד בסך של 866,615 ₪. סה"כ הפסד משני הסעיפים נכון ליום 31.12.13 מסתכם בסך של 1,140,812 ₪.

המומחה נחקר על חוות דעתו. המומחה העיד כי לצורך הכנת חוות הדעת הוא לא ביקר בקניון ולא בחן פעילות של עסקים אחרים בקניון מלבד פעילות משחקיית "קטקטים". המומחה אישר כי חוות דעתו נערכה על בסיס הדו"חות הכספיים של משחקיות "קטקטים". המומחה אישר כי לא בדק את היקף פעילות קניון "אורות" בהשוואה להיקף פעילות קניונים אחרים בהם מפעילה "קטקטים" משחקיות וכי לא בדק פעילותן של משחקיות אחרות באזורים דומים. המומחה אישר כי הוא לא השווה נתונים דמוגרפיים בין הערים בהן מצויות משחקיות "קטקטים", הוא הניח שזה דומה בכל האזורים והסתמך על ממוצעים. כן העיד המומחה כי הוא לא ערך השוואה בין הכנסות הקניונים השונים. המומחה אישר כי הוא לא השווה בין שטח סניפי המשחקיות של "קטקטים" וכי, מלבד הסניף בקניון קסטרא בו הוא ביקר, הוא לא ערך השוואה בין המתקנים בכל אחד מסניפי "קטקטים". המומחה אישר כי הוא לא בחן ולא לקח בחשבון לצורך ההשוואה נתונים של קניונים אחרים או עסקים אחרים שנפתחו בסמוך לכל אחד מהקניונים בהם מצויים סניפי משחקיות "קטקטים", מאחר ונתון זה לא היה רלבנטי בעיניו. "ש. ז"א אם יש עסק בחוצות המפרץ, וחצי שנה אחרי שהוא מוקם נפתח ליד הקניון הסמוך, עסק דומה, זה לא רלבנטי בעיניך? ת. עסקים נפתחים ונסגרים מהמון סיבות ויש הרבה כאלה. ש. נניח שיש סניף של מוזס ליד חוצות המפרץ וחצי שנה אחרי זה מקימים סניף של BBB זה לא בעל השפעה לדעתך? ת. בעיני זה לא רלבנטי. במקרה הספציפי הזה יש להם נתונים רלבנטיים שזה המשחקיות האחרות.". המומחה אישר כי קביעתו בחוות הדעת לפיה אין משחקיות נוספות בסביבת קניון אורות, היא על סמך מידע שמסר לו הבעלים וכך גם באשר לקביעתו לפיה סביבת המגורים בקניון אורות מתאפיינת באוכלוסייה צעירה.

על בסיסן של ראיות אלו לא ניתן לבסס את תביעתה של "קטקטים" בגין הפסדי רווחים בשל העדר רישיון העסק. באשר לתכתובות המייל והחוזים אותם צרפה "קטקטים", לא מצאתי כי יש באלו בכדי ללמד על קשר סיבתי בין העדרו של רישיון עסק לבין הכנסות המשחקייה בקניון אורות בהשוואה ליתר המשחקיות. לא ברור ביחס לאיזו משחקיה מתייחסות תכתובות המייל. החוזים שהוצגו הם של חברת איי. אס. פיתגורס (המפעילה את המשחקייה בקניון קסטרא) מול "גלי נופש בע"מ" וח.מ תשורות חן (1987) בע"מ (נופשונית). החוזה מול נופשונית חתום. לא הובהר האם בסופו של יום בוצעה ההתקשרות בין הצדדים ואם לא, האם הסיבה הבלעדית לכך היא העדרו של רישיון העסק. ממילא אין במסמכים אלו בכדי ללמד על היקף הפסדי הרווחים הנטען של "קטקטים" במשחקיה בקניון אורות ואם הפסד זה אכן נובע מהעדרו של רישיון העסק. בנסיבות היה מקום כי "קטקטים" תזמן את נציגי חברות אלו על מנת שאלו יבהירו האם בוצעה התקשרות בין הצדדים ואם לא, מדוע. העובדה כי עדים אלו לא זומנו עומדת ל"קטקטים" לרועץ על פי ההלכה לפיה מעמידים בעל דין בחזקתו, שלא ימנע מבית המשפט ראיה, שהיא לטובתו ואם נמנע מהבאת ראיה רלבנטית שהיא בהישג ידו, ואין לו לכך הסבר סביר, ניתן להסיק שאילו הובאה הראיה, היתה פועלת נגדו (ע"א 548/78 שרון ואח' נ' לוי, פ"ד לה(1) 736).

באשר לחוות דעת רו"ח בלאן מטעם "קטקטים". לא עלה בידי המומחה להוכיח באמצעות חוות הדעת את הקשר סיבתי בין העדר רישיון העסק למשחקיה לבין הפגיעה הנטענת ברווחי המשחקייה. מעדותו של מר בלאן לפני עולה כי חוות דעתו נערכה על סמך נתונים חלקיים מאד. המומחה מעולם לא ביקר במשחקיה בקניון אורות ולמעשה מלבד ביקור במשחקיה בקניון "קסטרא" בחיפה לא ביקר המומחה באף אחד מסניפי "קטקטים". המומחה ערך חוות דעתו על ידי השוואה בין משחקיות "קטקטים" על בסיס הדו"חות הכספיים שהוצגו לו. המומחה לא ערך השוואה של היקף פעילות קניון אורות בהשוואה לפעילות של קניונים אחרים בהן פועלות משחקיות "קטקטים", הוא לא ערך השוואה של נתונים דמוגרפים של היישובים בהם פועלות משחקיות "קטקטים" ברחבי בארץ, לא בדק האם קיימים עסקים מתחרים באזורים בהם ממוקמות משחקיות "קטקטים". המומחה אף לא בדק מהו השטח של כל משחקיה והמתקנים המצויים בה. יתרה מכך, המומחה אישר כי מעולם לא ניהל עסק דומה וכי הוא אינו בעל השכלה אקדמית בתחום ניהול עסקים ובנסיבות אלו ספק רב, האם הקביעה בדבר קשר סיבתי בין העדר רישיון עסק לבין פגיעה ברווחים, היא בתחום מומחיותו של המומחה שהנו עו"ד ורו"ח בהכשרתו.

כמו כן, אין להתעלם אף מכך שהחל ממועד החתימה על ההסכם בחודש 11/10, משך תקופה של שלוש שנים לא העלתה "קטקטים" כל טענה בנוגע להיתר הבניה למושכר. טענה זו הועלתה לראשונה במכתבה של "קטקטים" אל "אמות" בחודש 10/13. לא ניתן להתעלם אף מההפרדה אותה עושה קטקטים ביחס לנכסים אותם היא שוכרת בקניון אורות, כאשר בנוגע למשחקיה מצאה "קטקטים" לנכון לטעון כי קיימת בעיה עם רישיון העסק והיא אף פסקה מלשלם את דמי השכירות ואילו בנוגע לדוכן הקפה "גרג", אשר אף הוא פעל בקומת המושכר ללא רישיון עסק, אין לה כל טענה. לכך, לא ניתן כל הסבר מניח את הדעת על יד "קטקטים". משכך דין תביעת "קטקטים" להשבתם של רווחים אשר נמנעו ממנה, להידחות, הן באשר לעבר והן באשר לעתיד.

מכל המקובץ לעיל עולה כי "אמות" נהגה שלא בתום לב בעת המשא ומתן עם "קטקטים", כאשר לא הביאה לידיעתה את העובדה כי לקומה בה שכן המושכר לא היה היתר כדין ואף לא טופס 4. מסיבה זו אף קיום הסכם השכירות נגוע בחוסר תום לב מצידה של "אמות" וזו הפרה את הסכם השכירות הפרה יסודית. זכות הביטול להסכם היא ל "קטקטים" אף שההסכם בוטל בידי "אמות" ושני הצדדים זכאים להשבת מה שנתנו בהסכם או לשוויו הכספי. מאחר ו"אמות" נתנה ל"קטקטים" את האפשרות לעשות שימוש במושכר וזו לא שילמה את דמי השכירות החל מחודש 10/13, זכאית "אמות" לדמי השכירות מני אז. אלא ש"קטקטים" זכאית לפיצוי המוסכם בגין הפרת ההסכם העולה על סכום דמי השכירות ולפיכך אין לגבות את דמי השכירות באמצעות ביצוע שטרי החוב אותם מסרה "קטקטים" להבטחת קיום התחייבויותיה. "קטקטים" לא הוכיחה את אובדן הרווח הנטען על ידה כפי שפורט לעיל בשל הפרת ההסכם בידי "אמות". משכך , יש לדחות את תביעת "קטקטים" בהתאם לאמור לעיל ואף את תביעתה השטרית של "אמות" יש לדחות בהתאמה. מאחר והנכס נשוא התובענה כבר פונה , הרי שאין עוד מקום להיזקק לתביעת הפינוי אשר הגישה "אמות".

**סוף דבר,**

אני מורה על דחיית התביעה בת.א. 31417-11-13 אשר הוגשו בידי "קטקטים".

כן מורה על דחיית התביעה בתא"מ 10766-12-13 אשר הוגשה בידי "אמות". כפועל יוצא, תיק ההוצאה לפועל נשוא תובענה ייסגר, הליכים אשר ננקטו מכוחו יבוטלו והשטרות נשוא תיק ההוצאה לפועל יושבו ל"אמות".

כן, אני מורה על מחיקת ת.א. 15246-11-13 אשר הוגשה בידי "אמות".

אל נוכח התוצאה אליה הגעתי, יישאו הצדדים איש איש בהוצאותיו שלו.

ניתן היום, כ"ז אדר א' תשע"ו, 07 מרץ 2016, בהעדר הצדדים.

