

בתי המשפט

001013/04 א	בית משפט מחוזי נצרת
26/11/2007 תאריך:	כב' השופט בנימין ארבל בפני:

בעניין: שופרסל בע"מ

התובעת

נ ג ד

מוחמד עבד אלקאדר ושות' בע"מ

הנתבעת

להחלטה במחוזי (20-10-2004): תא 1013/04 שופרסל בע"מ נ' מוחמד עבד אלקאדר ושות' בע"מ שופטים: בנימין ארבל, עו"ד: צבי הרשקוביץ ואח', צדוק חיים

לפסק-דין במחוזי (22-09-2008): עפ 5120/08 מדינת ישראל נ' דיניאור אקרמוב שופטים: רחל ברקאי, עו"ד: אבי ביטון

לפסק-דין בעליון (16-05-2011): עא 512/08 שופרסל בע"מ נ' מוחמד עבד אלקאדר ושות' בע"מ שופטים: ס' ג'ובראן, נ' הנדל, א' ריבלין, עו"ד: בע"א 512/08 בע"א 544/08 רונן שחר, בע"א 512/08 ו בע"א 544/08 צבי הרשקוביץ

להחלטה במחוזי (20-10-2004): תא 1013/04 שופרסל בע"מ נ' מוחמד עבד אלקאדר ושות' בע"מ שופטים: בנימין ארבל, עו"ד: צבי הרשקוביץ ואח', צדוק חיים

לפסק-דין במחוזי (22-09-2008): עפ 5120/08 מדינת ישראל נ' דיניאור אקרמוב שופטים: רחל ברקאי, עו"ד: אבי ביטון

לפסק-דין בעליון (16-05-2011): עא 512/08 שופרסל בע"מ נ' מוחמד עבד אלקאדר ושות' בע"מ שופטים: ס' ג'ובראן, נ' הנדל, א' ריבלין, עו"ד: רונן שחר, צבי הרשקוביץ

לתשובה בכתבי טענות (17-05-2011): עא 512/08 שופרסל בע"מ - ב"כ עו"ד רונן רדי, עו"ד צבי הרשקוביץ נ' מוחמד עבד אלקאדר ושות' בע"מ עו"ד: רונן רדי, צבי הרשקוביץ

לסיכומים בכתבי טענות (17-05-2011): עא 512/08 שופרסל בע"מ - ב"כ עו"ד רונן רדי, עו"ד צבי הרשקוביץ נ' מוחמד עבד אלקאדר ושות' בע"מ עו"ד: רונן רדי, צבי הרשקוביץ

לכתב ערעור בכתבי טענות (17-05-2011): עא 512/08 שופרסל בע"מ - ב"כ עו"ד רונן רדי, עו"ד צבי הרשקוביץ נ' מוחמד עבד אלקאדר ושות' בע"מ עו"ד: רונן רדי, צבי הרשקוביץ

להחלטה בעליון (09-06-2011): עא 512/08 שופרסל בע"מ נ' מוחמד עבד אלקאדר ושות' בע"מ שופטים: ס' ג'ובראן, נ' הנדל, א' ריבלין, עו"ד: רונן שחר, רונן רדי, לא מוסכמת, בע"א 512/08 ו בע"א 544/08 לתיקון טעות סופר בפסק דין

פסק דין

1. מונחות בפניי תביעה ותביעה "שכנגד לתשלום פיצויים, שמקורם בטענות באשר להפרת חוזה שכירות, שנחתם בין חברת שופרסל בע"מ - התובעת והנתבעת שכנגד, לבין חברת מוחמד עבד אלקאדר בע"מ - הנתבעת והתובעת שכנגד. הן התובעת והן הנתבעת טוענות אחת כלפי רעותה על הפרת החוזה מצידה של האחרת, ומכאן התביעה והתביעה שכנגד.

א. רקע עובדתי

2. התובעת והנתבעת שכנגד, חברת שופרסל בע"מ, הינה חברה המפעילה רשת מרכולים ארצית (להלן: "שופרסל").

הנתבעת והתובעת שכנגד חברת מוחמד עבד אלקאדר ושות' בע"מ, הינה חברה קבלנית שעיסוקה יזמות ובנייה בעסקי נדל"ן (להלן: "עבד אלקאדר").

עבד אלקאדר - בנתה והקימה מרכז מסחרי על קרקע שבבעלותה, המצויה בשפרעם, ובו מצויים, בין היתר, שטחי מסחר בשטח של כ- 4,000 מ"ר, המיועדים לשמש כמרכול (להלן: "המושכר ו/או המרכול").

ביום 07/10/1998 נכרת בין הצדדים הסכם שכירות לתקופה של 12 שנים ו-5 חודשים (להלן: "החוזה ו/או הסכם השכירות"), החל מיום מסירת החזקה במושכר. באותו הסכם ניתנה לשופרסל אופציה לתקופת שכירות נוספת.

ביום 17/05/2000 נמסרה החזקה במושכר לידי שופרסל אשר ייעדה את המקום לחקמת סניף מרכול.

3. לשופרסל טענות באשר להפרת החוזה על ידי עבד אלקאדר - ועל כן הודיעה ביום 2.12.03 לעבד אלקאדר כי היא מבטלת את החוזה שבין הצדדים, ומפנה באופן חד צדדי את המושכר- המרכול, תוך דרישת פיצויים בגין הפרת החוזה.

בהתאם, מסרה שופרסל לעבד אלקאדר הודעה על ביטול החוזה, בה הודיעה כי המרכול ייסגר עד ליום 05/12/2003 ויפונה עד ליום 05/01/2004.

שופרסל לא פעלה על פי הודעה זו.

ביום 18/01/2004, שלחה שופרסל הודעת ביטול נוספת, בה הודיעה, כי שערי המרכול יסגרו עד ליום 20/01/2004 וכי החזקה בו תימסר לידי עבד אלקאדר לא יאוחר מיום 31/01/2004.

4. ביום 18/01/2004 הגישה שופרסל תביעה לבית משפט זה לפיצויים כספיים בשל הפרת חוזה.

ביום 19/02/2004 הגישה עבד אלקאדר תביעה שכנגד, בה עתרה לחייב את שופרסל לפצותה בגין הנזקים שנגרמו לה נוכח ביטולו והפרתו של הסכם השכירות שלא כדין.

ב. טענות התובעת

5. לטענת שופרסל, הפרה עבד אלקאדר את הסכם השכירות שבין הצדדים, הפרה יסודית ובוטה, כמעט למן היום הראשון, והתמידה בהפרתה זו, חרף הזדמנויות רבות שניתנו לה לתיקון ההפרה.

לשיטתה, עוד בטרם חתימת החוזה, הציגה בפניה עבד אלקאדר מצגים, לפיהם היא עתידה להקים מרכז מסחר ומשרדים גדול. כאשר שופרסל פעלה בהתאם למצגים אלה, תוך שמוסכם היה על הצדדים, כי המושכר יהווה חלק ממרכז מסחרי גדול.

לטענתה, עיון בהסכם השכירות ובחינה של חוראותיו מעלה, כי כוונת הצדדים הייתה לפתוח ולהפעיל את המרכול כחלק ממרכז מסחרי גדול, בנוי ופעיל.

6. עוד טוענת שופרסל, כי המבנה, שהוקם על ידי עבד אלקאדר, רחוק מהגדרת "מרכז מסחרי". לשיטתה בנייתו של המבנה לא הושלמה. כך, אף מעולם לא ניתנה למבנה תעודת גמר ע"פ חוק התכנון והבנייה תשכ"ה-1965 (להלן: "חוק התכנון והבנייה").

לדבריה, העסק היחיד הפועל במרכז, למעט עסק אחד או שניים, שפעלו במבנה לתקופות קצרות, הוא המרכול. לשיטתה, פועלים במרכז תחנת דלק ואולם אירועים, אשר הגישה אליהם היא מחוץ למרכז והם אינם משפיעים על תנועת הקונים במרכז. לטענתה, הפרה עבד אלקאדר את התחייבותה לשווק ולאכלס את המרכז המסחרי, כאשר כל טענותיה של עבד אלקאדר, בדבר ניסיונות שיווק היחידות המצויות במבנה, חסרות כל בסיס.

לשיטתה, עבד אלקאדר חסרת תום לב. שכן, היא לא פעלה בהתאם לרוח החוזה, שהיא- קידום הפרויקט, ואף ידעה מלכתחילה כי לא תוכל לעמוד בהתחייבויותיה החוזיות. שכן, שנה טרם חתימת החוזה, ניסתה עבד אלקאדר לשווק את היחידות במבנה ללא הצלחה, תוך הסתרת עובדה זו משופרסל.

לשיטתה, ספק רב אם ניתן לראות בהתחייבותה של עבד אלקאדר לשווק את היחידות במרכז המסחרי, כ"חייב השתדלות" בלבד. עם זאת, אף אם מדובר ב"חייב השתדלות" בלבד, הפרה אותו עבד אלקאדר הפרה בוטה. שכן, נקטה בחוסר תום לב, ולא נקטה באמצעים סבירים לקידום הפרויקט ולאכלוסו של המרכז המסחרי.

לטענתה, מאחר ועבד אלקאדר הפרה את הסכם השכירות הפרה בוטה ויטודית, ואף הפרה קודם לכן את חובת תום הלב החלה עליה בניהול משא ומתן, רשאית הייתה שופרסל להיזקק לסעד הביטול הקבוע בחוק החוזים תרופות, תשל"א – 1970 לחלן: "חוק התרופות" ולהודיע, באופן חד צדדי, על ביטול החוזה.

לדבריה, על פי הוראות חוק התרופות והוראות החוזה, היא זכאית לפיצויים מעבד אלקאדר בגין כל הנזקים שנגרמו לה, כפועל יוצא מההפרה, לרבות ההוצאות שהוציאה לשם הקמת מרכז במושכר.

7. באשר לציוד במושכר, טוענת שופרסל, כי לאחר חו"ד המומחה מטעם בית המשפט, אשר נתמנה במסגרת הליכי הביניים בתיק זה, ובהתאם להחלטתו של בית המשפט מיום 08/07/2004, רובו המכריע של הציוד אשר הותקן על ידה במושכר, ניתן לניתוק והפרדה. ומשכך הינה זכאית להוציאו. עם זאת, היא טוענת, קיים ציוד רב אשר ניתן היה להוציאו ללא קושי, כאשר המומחה שנתמנה מטעם בית המשפט הטעה את בית המשפט לגביו, כאילו לא ניתן לנתקו. כן טוענת שופרסל, כי קיים ציוד, אשר לא סומן ונבדק ואף לא הוזכר כלל בחוות הדעת השמאית, עובדה אשר קיבלה את ביטוייה בחוות הדעת המשלימה של מומחה בית המשפט. משכך טוענת שופרסל, יש לחייב את עבד אלקאדר לשפותה בגין כל פריטי הציוד, כפי שנישומו והוערכו בחוות הדעת השמאית מטעם המומחה. שכן, כל הפריטים הנ"ל, אמורים היו להיות מוחזרים אליה, אלמלא מנעה ממנה עבד אלקאדר, ליטול ציוד זה, בטענה כי על פי הוראות החוזה, דין הציוד היה להיות מושאר בחזקתה.

ג. טענות הנתבעת – עבד אלקאדר

8. הנתבעת מכחישה את טענות שופרסל. לטענתה, זו סומכת על מצגים אשר הוצגו לה כביכול, במהלך המשא ומתן, אשר לא בשלו כדי הסכמות. עובדה היא כי, לא נכללו בנוסח החוזה. שופרסל אף לא הביאה לעדות את האנשים, אשר נטלו חלק במשא ומתן

מטעמה, כגון: יועציה המשפטית וכן מר דוד לב, אשר היה הרוח החיה בניהול המו"מ. עובדה זו תיזקף לחובתה. יתרה מכך, איזכורם של המצגים שהוצגו, במהלך המשא ומתן, מהווה עדות מפי השמועה, אשר אינה קבילה. על כן, על בית המשפט להורות על מחיקת הסעיפים, המופיעים בתצהירי שופרסל, ואשר בהן מופיעה התייחסות לדברים שהוחלפו. לדבריה, היא מעולם לא נטלה על עצמה התחייבות, להשכרתן ואכלוסן של כל היחידות השונות במרכז המסחרי. שכן, קיומה של התחייבות כזו, תלוי, מטבע הדברים, בצדדים שלישיים, אשר אין לה כל שליטה עליהם.

9. לשיטתה, של עבד אלקאדר, בנייתו של המרכז המסחרי הושלמה זה מכבר. כן הושלמו עבודות הפיתוח וסלילת הכבישים המובילים למרכז המסחרי. אמנם, לא בוצעו עבודות גימור. אך זאת, נוכח העובדה כי לכל שוכר דרישות משלו לגבי אופן הגימור של החלק אותו הוא שוכר. על כן, עבודת גימור נעשית רק כאשר אותה יחידה בנכס תושכר ותותאם לצרכי השוכר שיבוא.

לדבריה, בניית המרכז המסחרי נעשתה, במטרה להשכיר מספר רב ככל האפשר מיחידותיו. חיובה לעשות מאמץ להשכיר מספר רב של יחידות במרכז המסחרי הינו בגדר "חיוב השתדלות". כאשר היא התאמצה רבות למצוא שוכרים למרכז המסחרי, אם בעצמה ואם על ידי חברת רשף נכסים העוסקת בתחום שיווק הנדל"ן (להלן: "חב' רשף"). יש לזכור, כי אף האינטרס שלה היה להשכיר את נכסיה, אשר נבנו מלכתחילה, כנכסים מניבים.

לשיטתה, היא לא הפרה את החוזה. על כן ביטול החוזה באופן חד צדדי על ידי שופרסל נעשה שלא כדין ומהווה הפרה יסודית.

אף אם הייתה מפרה את החוזה עם שופרסל הרי שבנסיבות העניין, יש לקבוע כי שופרסל איבדה את זכות הביטול לפי סעיפים 7 ו-8 לחוק התרופות. זאת נוכח התנהגותה לאחר המועדים בהם נודע לה על ההפרות הנטענות, ולאור העובדה כי הודעת הביטול ניתנה שלא בתוך זמן סביר לאחר מכן.

10. עד להליך משפטי זה מעולם לא טענה שופרסל באשר לאי קבלת טופס 4 ותעודת גמר. ביטול הסכם השכירות, כך לטענת עבד אלקאדר, הינו פועל יוצא של טעות בכדאיות העסקת. ביטול זה מהווה חלק מתוכנית החבראה של רשת שופרסל. שכן, צפיותיה של שופרסל באשר לרווחיות המרכול במרכז המסחרי, ככל הנראה לא התממשו. לטענתה, כלל הוא, כי טעות בכדאיות עסקה אינה מזכה בביטול הסכם. הפסדיה הכספיים הנטענים של שופרסל אינם תוצאה של הפרה יסודית של החוזה. שופרסל אף לא הביאה ראיות להוכחת ההפסדים שהיא טוענת שנגרמו לה, ואף לא הביאה כל ראיה באשר להשפעת ההפרות על תנועת הקונים במרכול.

לטענתה, שופרסל לא הצליחה להוכיח את נזקיה ואף ביצעה הרחבת חזית אסורה בתצהירה, ביחס לפירוט סך השקעותיה במושכר ועלויות התאמתו לצרכיה.

11. באשר לציוד במרכול, טוענת עבד אלקאדר, כי בין הפריטים מצויים כאלה, אשר בא כוח שופרסל הודיע על ויתורם בדיון שהתקיים בפני בית משפט ביום 7/7/04. באשר ליתר הפריטים, היא טוענת, לא הוכיחה שופרסל כי אלה לא נרשמו על ידי השמאי.

ד. טענות התובעת - עבד אלקאדר - בתביעה שכנגד

12. טענה ראשונה שבפי עבד אלקאדר, נוגעת לחוב בגין תשלומי דמי שכירות שבעבר על ידי שופרסל.

לטענתה, ביום 01/10/2003 הפחיתה שופרסל את דמי השכירות ודמי הניהול בגין הרבעון האחרון של שנת 2003, בשיעור של 50% באופן חד צדדי. סכומים אלה לא שולמו לה עד כה.

לשיטתה, היא לא הפרה את הסכם השכירות ושופרסל אף לא הוכיחה כך. בהתאם, לא הייתה זכאית שופרסל לבצע הפחתה חד צדדית בדמי השכירות ודמי הניהול, אף לא מכוחו של חוק השכירות והשאילה. על כן, יש לחייבה לשלם את יתרת הסכום, ולחייבה אף בדמי שכירות ובדמי ניהול בגין הרבעון הראשון לשנת 2004.

13. לדבריה, דמי השכירות הופחתו במסגרת המו"מ בין הצדדים, עוד מלכתחילה. לשופרסל ניתנה הנחה מראש בדמי השכירות והניהול אשר עמדו על סכום המשקף 60% משיעורם הראלי. מאחר ששופרסל הפרה את הסכם השכירות, יש לחייבה לשלם את מלוא דמי השכירות ואת מלוא דמי הניהול בהתעלם מההנחה האמורה.

14. עוד טוענת עבד אלקאדר, כי על שופרסל לשלם לה דמי שכירות ודמי ניהול, עבור התקופה בה היה עליה לחפש שוכר חדש- תקופה של 6 חודשים. שכן, אם החוזה היה מסתיים במועדו, היה על שופרסל להודיע 6 חודשים מראש, האם ברצונה לממש את תקופת האופציה. תקופה זו שיקפה את המועד הסביר, אשר בה היה על עבד אלקאדר לחפש שוכר חלופי.

15. טענה נוספת שבפי עבד אלקאדר נוגעת לכך, ששופרסל סיכלה את ההתקשרות בינה לבין רשת "חדד פארם", אשר ביקשה לשכור יחידה בנכס לצורך ניהול בית מרקחת. לשם כך, נסמכה שופרסל על סעיף 8 לחוזה, שכותרתו "הגבלת תחרות". לשיטתה, סעיף 8 מהווה "הסדר כובל" לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 [להלן: "חוק הגבלים עסקיים"]. לטענתה, מאחר וההתקשרות עם חדד פארם סוכלה בהסתמך על סעיף 8

הנ"ל, המהווה הסדר כובל לא חוקי, ולאור העבודה כי שופרסל מבססת טענותיה על אי אכלוסו של המרכז המסחרי, על שופרסל לפצות אותה בגין ההכנסות שהיו צפויות לה מהחתקשרות עם חדד פארם.

16. באשר לסוגיית הציוד ופינוי המושכר, נסמכת עבדל אלקאדר על החלטת בית משפט מיום 08/07/2004, בה קבע בית המשפט, כי לאחר הוצאת הציוד, יבקר שמאי במקום על מנת לעמוד על ביצוע עבודות השבת המצב לקדמותו והתיקונים הנדרשים על פי החוזה. השמאי מטעם בית משפט קבע, כי במהלך הפינוי גרמה שופרסל נזקים שונים למבנה ולא השיבה את מצב המבנה לקדמותו. לטענתה, בשל התנחנותה של שופרסל נאלצה היא עצמה, על חשבונה, לבצע את התיקונים הנדרשים במושכר. על כן יש לחייב את שופרסל לשאת בעלות התיקונים.

ה. טענות שופרסל - הנתבעת בתביעה שכנגד

17. לשיטתה של שופרסל, עבד אלקאדר היא זו שהפרה את הסכם השכירות. בנסיבות אלו שופרסל היא היחידה מבין השניים, הזכאית לקבל פיצויים חוזיים. לטענתה, הפחתת דמי השכירות ביום 1/10/03 נעשתה כדת וכדין, לאור הפרתו הבוטה של הסכם השכירות על ידי עבד אלקאדר. לדבריה, היא הפעילה את זכותה על פי הוראת סעיף 9 (א)(2) לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971 (להלן: "חוק השכירות והשאלה") לפיה מוקנית לה הזכות להפחית, באופן חד צדדי, את דמי השכירות, עקב הפחתת שווי השכירות בשל פגם במושכר לעומת שוויה על פי חוזה השכירות.

18. דרישתה של עבד אלקאדר לקבלת ההפרש בין הסכומים שנקבעו בהסכם השכירות לבין הסכומים הריאליים, נתפסת על ידי שופרסל כטענה מופרכת והזויה. שכן, אין כל יסוד בדין לחייב שוכר בתשלום רטרואקטיבי של דמי שכירות, השונים מאלה שהוסכמו עימה. יתרה מכך, עבד אלקאדר לא הוכיחה את טענתה, באשר לגובה דמי השכירות הריאליים, הנתבעים על ידה.

19. באשר לטענת העיכוב במסירת החזקה במושכר והנזקים הכרוכים בעיכוב, טוענת שופרסל כי הללו מונחים לפתחה של עבד אלקאדר בלבד. שכן, זו האחרונה התעקשה למנוע משופרסל להוציא מהמושכר ציוד השייך לה.

20. טענות נוספות שבפי שופרסל הינן כדלקמן:

- לא הובאה כל ראיה כי נגרם לעבד אלקאדר נזק כתוצאה מעזיבתה את המושכר.

- לא הוכח כי ההסכם בינה לבין עבד אלקאדר כולל הסדר כובל. לטענתה, תנית הבלעדיות הינה תניה מקובלת ולגיטימית, אשר לא ניתן לכפור בחוקיותה ובתקינותה.

- באשר לטענת עבד אלקאדר בדבר נזקי הפינוי, טוענת שופרסל, כי המדובר בהרחבת חזית וכי אם ברצונה של עבד אלקאדר היה לתבוע בגין ראש נזק זה, היה עליה לעתור לתיקון כתב התביעה שכנגד מטעמה.

- באשר לטענה בדבר ויתור על זכות משפטית לביטול חוזה עקב הפרתו, טוענת שופרסל, כי בכתב התביעה שכנגד העלתה עבד אלקאדר טענות שונות בדבר הביטול, אך מעולם לא טענה לגבי טענת ויתור. משכך, המדובר בהרחבת חזית ועל כן, על בית המשפט להתעלם מטענה זו.

ו. טענות הצדדים בבש"א 2986/07-בקשה להיתר לפיצול סעדים

[על פי החלטתי מיום 11.11.07, ניתנת החלטה בבקשה זו כחלק מפסק הדין].

21. ביום 05/09/2007 הגישה עבד אלקאדר הנתבעת והתובעת שכנגד בקשה להיתר לפיצול סעדיה.

בבקשה זו, נתבקש בית המשפט, ליתן היתר לפיצול סעדים גם בגין נזקים שהתגבשו ו/או ארעו לאחר מועד הגשת כתב התביעה שכנגד.

22. טענות המבקשת - [עבד אלקאדר]:

לטענת המבקשת-עבדאלקאדר, התחייבות המשיבה שהייתה בלתי מותנית, מהווה התחייבות לתשלום סכום קצוב, הנסמכת על מסמך בכתב. בנסיבות אלו תבעה המבקשת את הסעדים המפורטים בכתב התביעה, על מנת לקבל חלק מן הכספים המגיעים לה.

לטענתה, באם יקבע בית המשפט, כי שופרסל הפרה את החוזה בין הצדדים, הרי שהמבקשת תחא זכאית להמשיך ולתבוע את נזקיה בגין כל יתרת תקופת השכירות נשוא ההסכם וכן נזקים נוספים שיתגבשו עקב הקביעה האמורה.

23. טענות המשיבה [שופרסל]:

לטענת המשיבה, המדובר בבקשה לפיצול סעד כספי למספר סעדי משנה, או מספר ראשי נזק, ולא בבקשה לפיצול תביעה לסעדים שונים.

לשיטתה, עסקינן בחוזה שבוטל ובתביעות כספיות הדדיות. אין להעלות על הדעת סעדים אפשריים אחרים כגון סילוק יד, צו מגיעה, צו עשה ו/או סעד אחר. המבקשת לא מראה בבקשתה דידון, כי בדעתה לדרוש כל סעד אחר, זולת סעד כספי. לדבריה, איש לא כפה על המבקשת לנקוט בדרך של הגשת תביעה שכנגד. המבקשת עשתה זאת על דעת עצמה. המבקשת יכולה להגיש תביעה מאוחרת, אשר תכסה את מלוא טענותיה ונזקיה. עוד טוענת המשיבה כי המבקשת לא הצביעה על טעמים ראויים ובעלי משקל להעדפת האינטרסים שלה דווקא על פני אלה של המשיבה.

24. תשובות המבקשת לתגובת המשיבה

לטענת המבקשת, התביעה שכנגד עוסקת בסעדים כספיים, שהתגבשו עד מועד הגשת התביעה שכנגד, ולא בסעדים שהתגבשו לאחר מכן. זאת, בשים לב לעובדה שמדובר בהפרת הסכמי שכירות וניהול, המהווה עילות נפרדות כשלעצמן, בגין כל תקופה ותקופה.

לשיטתה, יש לקבוע כי היא רשאית לתבוע דמי שכירות וניהול עתידיים במסגרת תביעה נפרדת. שכן, מדובר בעילה המתחדשת מדי חודש בחודשו, וכאשר כל תשלום עיתי, מקים לה עילה בפני עצמה.

המבקשת מתייחסת בבקשתה לסעדים אשר טרם התגבשו בזמן הגשת כתב התביעה ואף במועד בו נשמעו ההוכחות. לשיטתה, תשלומי המשיבה קשורים להלוואות שנטלה המבקשת מבנקים, ובהתאמה הביא אף לנקיטת הליכים על ידי הבנק כנגדה.

2. דיון

בש"א 2986/07 – בקשה להיתר פיצול סעדים

25. דין הבקשה להידחות.

תקנה 45 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 [להלן - "התקנות"] קובעת:

"מי שזכאי לסעדים אחדים בשל עילה אחת, רשאי לתבוע את כולם או מקצתם; אך אם לא תבע את כולם, לא יתבע אחרי כן כל סעד שלא תבע, אלא אם כן הרשה לו בית המשפט שלא לתבעו".

ואילו תקנה 46 לתקנות קובעת:

(א) תובע רשאי לאחד לתובענה אחת כמה עילות, בין נגד נתבע אחד ובין נגד כמה נתבעים יחד; תובעים אחדים רשאים לאחד לתובענה

אחת כמה עילות שהם מעוניינים בהן יחד, בין נגד נתבע אחד ובין נגד כמה נתבעים יחד; והכל כשאין הוראה אחרת בענין זה.

תקנה 46 מאפשרת פיצול תביעה בגין סעדים שונים, כגון פיצויים וצו ביצוע-בעין, אך אין היא מאפשרת ליטול סעד כמו פיצויים, לחלקו לסכומים - סכומים, ולהגיש, בגין כל סכום, תביעה נפרדת. (ראה, ע"א 61/77 - משה ו-שרה אנג'ל נ' רחל ו-חיים מייש. פ"ד לא(3), 673, עמ' 678-679 [1977] - דברי כב' השופט עציוני).

האיסור על-פיצול תביעות, הן בגין אותו סעד והן בגין סעדים שונים, מבוסס על שני אינטרסים. האחד הוא זה של הנתבע "שלא יהא זה מן הדין להציק לנתבע פעמים רבות בשל עילה אחת" (יואל זוסמן, סדר הדין האזרחי 169, מהדורה שביעית, 1995). השני הוא אינטרס הציבור, שנועד למנוע הטרדתו של בית המשפט בתביעות רבות סביב אותה עילה. (ראה: ע"א 532/86 המועצה לייצור ולשיווק של פרחי נוי נ' פרחי שומרון סלע בע"מ, פ"ד מג(1) 252 [1989]; ע"ש (ירושלים) 195/97 - היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי. תק-מח 2004(2), 5364, עמ' 5462).

עילת תביעה, אשר שימשה בסיס לפסק דין נבלעת בו, ושוב לא יוכל בעל דין לבסס עליה תביעה משפטית נוספת. כלל ההבלעה (merger) הינו כלל יסוד בתורת "מעשה בית דין". הוא מונע בעד תובע, שניתן בעניינו פסק דין, מלתבוע פעם נוספת בעילת תובענה ששימשה יסוד לפסק הדין. אולם, מקום שאותו מעשה או אותה עיסקה חוזית מצמיחים עילות תביעה נפרדות, רשאי תובע להגיש בגין תביעות נפרדות, אם בחר לעשות כן, וכלל השתק-עילה לא יחול, אף שיתכן, שמכח השתק פלוגתא, הוא יהא מנוע מלכפור בממצא כלשהו, שנקבע בהתדיינות הקודמת בינו לבין בעל הדין שכנגד. אין כך בענייננו.

במקרה דנן, לא מצאתי כל הצדקה לחתיר פיצול סעדים. המבקשת לא הציגה כל נימוק לכך שכלל הסעדים לא נדרשו במסגרת התביעה שכנגד. התביעה שכנגד, אשר הגישה המבקשת כנגד המשיבה, נסובה כולה על עילה אחת והיא הפרת חוזה. אף הסעדים שדרשה הינם סעדים כספים של פיצויים בשל הפרת החוזה. טענתה כי טרם התגבשו כל נזקיה, דינה להידחות. שכן, מהות הבקשה היא, כי המבקשת תהא זכאית להמשיך ולתבוע את נזקיה בגין כל יתרת תקופת השכירות נשוא ההסכם וכן נזקים נוספים שיתגבשו עקב הקביעה האמורה. זאת כאשר בכתב התביעה שכנגד תבעה המבקשת נזקים כספים ופיצלה אותם לראשי נזק שונים.

בע"א 367/83 - מ' שושן חברה לבנין ופיתוח נ' רמות גזית בע"מ, פ"ד לט(1), 633, עמ' 638-639 [1985], אמר כב' השופט גולדברג:

"אך מובן הוא, כי אין בעובדה ששתי התביעות הושתתו על אותו חוזה כדי ללמד, כי צמחה למערערת עילת תביעה אחת. החוזה, שעליו סבה ההתדיינות שלפנינו, מסדיר את היחסים בין הצדדים לו לאורך כל תקופת תבנייה, ובמהלכה מוטלים עליהם חיובים שונים. עילות התביעה שבידי המערערת בכל הנוגע לתשלום שכרה הן כמספר התשלומים, שחבה לה המשיבה על-פי החוזה, ואי-תשלום כל שיעור ושיעור הקים לה במועד התשלום את הזכות לתבוע את תשלומו, ואין לומר, כי תביעה בשל אי-תשלום אחד (או יותר) מן השיעורים "בלעה" בתוכה את העילות כולן ובכללן את העתידיות שבהן (ראה ע"א 68/55 (תעשיות א"י לנחושת נחושתן בע"מ נ' לובן בע"מ, פ"ד י 1298), בעמ. 1301, וכן פרופ' R.C. Casad בספרו Res Judicata 31 (in a Nutshe11 (St. aul, 1976)).

העולה מכך, כי אם המשיך החוזה שבין הצדדים להתקיים בעת שהוגשה התובענה בהליך הראשון, הרי היה בכל הפרה נוספת של החוזה על-ידי המשיבה לאחר מועד זה כדי להצמיח עילת תביעה חדשה נגדה, אם לאכיפה ואם לסעד אחר. מאידך גיסא, אם טרם שהוגשה התובענה בהליך הראשון או בד בבד עם הגשתה בוטל החוזה, ממילא לא קמו עוד למערערת עילות תביעה חדשות על פיו, והיה עליה לתבוע כבר אז את כל מה שמגיע לה לטענתה עקב הפרת החוזה. (ההדגשה אינה במקור - ב.א.)

עוד טרם הגשת כתב התביעה, יכלה המבקשת בתניחה כי המשיבה הפרה את החוזה, לאמוד נזקיה בגין הפרתו. ואף אם לא נהגה כך עוד בטרם נסתיים הדיון בתובענה, היה ביכולתה, להגיש בקשה חולמת לתיקון כתב התביעה והוספת נזקים.

כן עלי לחוסף, כי לטעמי, בקשה זו הוגשה בחוסר תום לב. שכן, בשלב זה, המבנה הושכר לשוכר אחר, אשר תשלומיו באים במקום תשלומי שופרסל.

על כן, אני דוחה את הבקשה לפיצול סעדים.

ח. התביעה העיקרית - טענות מקדמיות קבילות ראיות

26. קודם שאכנס להיכלול של דיון בתביעה לגופה, עלי לסלק מכשלה, הנוגעת לראיות שהוגשו מטעם בעלי הדין.

הן שופרסל והן עבד אלקאדר טוענות, אחת כלפי רעותה, טענות בדבר הגשת ראיות בלתי קבילות.

לטענת שופרסל, האמור בסעיפים 29-35 לתצהירו של מר עבד אלקאדר, המתייחס לניסיונותיה של חב' "רשף" לשווק ולהשכיר שטחים במרכז המסחרי, אינו בגדר עדות מקור אלא בגדר עדות מפי חשמועה. כך גם כל המסמכים המצורפים לתצהירו בהקשר זה, ומסומנים כנספח ט'. לפיכך טוענת שופרסל, יש למחוק סעיפים אלו מתצהירו ולהוציא מסמכים אלו מהתצהיר.

אין בידי לקבל טענה זו.

טענתה של שופרסל אינה מתייחסת לתוכנו של המסמך אלא לעצם קיומו. כך היא טוענת, כי לתצהירו של עבד אלקאדר צורפו העתקי מסמכים ולא המקור. עם זאת, היא אינה מכחישה את קיומם של המסמכים המקוריים, ואו טוענת טענת זיוף. חשיבות הדבר נעוצה בהבדל הקיים בגישת דיני הראיות להוכחת תוכנו של מסמך מזה, ולהוכחת עצם קיומו (לרבות תכונותיו החיצוניות) מזה. אם בהוכחת התוכן עסקינן, יש, ככלל, להציג את המקור, על ידי עושהו - שרק הוא כשיר להעיד על תוכנו. המסתמך על חריג מוכר - כגון, אבדן המקור - עליו חובת הטיעון והראיה. לעומת זאת, אם רק דבר קיומו של המסמך שנוי במחלוקת (כולל תכונותיו, כגון שטר חוב או חוזה), מדמים אותו לחפץ. כדברי כב' השופט זוסמן (כתוארו אז) בע"פ 105/51 ה"עמ"ש לממשלה נ' ג'ורג' פלד, פ"ד ו(1) 783, בעמ' 785-786:

"...אם תוכנו של המסמך אינו משמש נושא ההוכחה, אלא רק קיומו ... דינו של מסמך כדין כל חפץ אחר, ואין מחמירים בדבר סוג הראיה הדרושה..."

על סמך חלק מחשבה זה הוחלט, למשל, בע"פ 595/79 - עאהד סלים אלקורד נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 35 [1980], כי צילומים של שיקים, כאשר דבר קיומם של השיקים עצמם הוכחש, קבילים לראיה. ומשהוכח, שהצילומים בוצעו בידי עד ניטראלי, שאין יסוד לחשוד בו (פקיד בכיר במשרד האוצר שלא היה נוגע בדבר), ניתן לצילומים אלה גם מלוא המשקל הראייתי. לעומת זאת, כמוסבר שם, אילו היה תוכן השטרות שנוי במחלוקת, היו ראיות המשנה - הצילומים ועדות הפקיד - בלתי קבילות, והעובדה, שהצילומים בוצעו על ידי איש אמין וניטראלי, לא הייתה משנה תוצאה זו. שכן, שאלת הקבילות קודמת לשאלת המשקל.

קיצורו של דבר, "כלל הראיה הטובה ביותר" אינו תופס "בראיות חפציות" (EVIDENCE REAL), לרבות מסמכים, שדבר קיומם בלבד שנוי במחלוקת (כולל תכונות חיצוניות). לגבי אלה, ראיות משניות מותרות, גם אם המקור קיים, ורצוי היה להביאו כמוצג.

לפיכך, אם נמצאות הראיות המשניות אמינות, מסתפקים בהן. כפי שנאמר בע"פ 105/51 הנ"ל בעמ' 785, מול האות ג' מפי כב' השופט זוסמן (כתוארו דאז):

"הבאת חפץ רק רצויה הנה, ואינה הכרחית, כי בית-המשפט יקבל גם ראייה אחרת, כגון דברי עד אשר בפיו ידיעה על אודות החפץ. כך, למשל, נמצא אדם אשם בתפירת חליפה ובה מספר כיסים העולה על המכסימום המותר לפי תקנות ההגנה, ובית-המשפט דחה את טענתו, כי דברי הפקח אינם כשרים להוכחת צורת החליפה, ופסק כי הצגת החליפה בפני בית-המשפט לא היתה הכרחית: Bros Hocking v. . (1943) 2 All E.R. 722; (1944) 1 K.B. 120; Hocking v. L.J.K.B, 65; 170 "J., 217; 60 T.L.R, 60; 42 L.G.R. 7 (D.C.) (113

לפי דינים אלה, יש להסיק, כי גם בענייננו קבילים תצילומים ודברי העד מר עבד אלקאדר בסעיפים 29-35 לתצהירו, אף ללא המקור. יתרה על כל, בהעלותה טענה זו חטאה שופרסל בחוסר תום לב. שכן, בסעיף 3 לסיכומי התשובה שלה ובתגובתה לטענה שהעלתה עבד אלקאדר בדבר ראיות לא קבילות שהוגשו מטעם שופרסל, סתרה עצמה שופרסל וטענה כך:

"מבלי לגרוע כהוא זה מהאמור לעיל, הרי שאין שחר לנטען על ידי אלקאדר בסיכומיה (למשל בסעיף 98 להם), כאילו מסמך שלא הוגש באמצעות עורכו דווקא אינו קביל. מן המפורסמות היא שכל עד היכול להעיד בשבועה על עצם קיומו ו/או על תוכנו של המסמך יכול גם להגישו...
הדברים מקבלים משנה תוקף לאור העובדה שאלקאדר עצמה אינה כופרת בקיומם של אותם מסמכים ובאותנטיות שלהם (בכלל זה אין היא למשל טוענת טענת זיוף)... (ההדגשות במקור).

בהעלותה טענה זו, מנועה שופרסל מלטעון דבר והיפוכו כנגד בעל דין אחר.

על כן אני דוחה טענה זו של שופרסל.

27. לטענת עבד אלקאדר, מבקשת שופרסל להסתמך על מצגים שהוצגו בפניה, במהלך המשא ומתן בין הצדדים, ואשר אינם מצויים בנוסח החוזה. לטענתה, שופרסל לא הביאה לעדות מטעמה אף לא אחד מן האנשים שנטלו מטעמה חלק במשא ומתן, והדבר פועל לחובתה. כאשר הדבר לא הפריע לשופרסל להתייחס בתצהירה והכל מפי השמועה - למצגים הרבים אשר לטענתה הוצגו לה במהלך המשא ומתן. כך טוענת עבד אלקאדר, כי יש

להורות על מחיקת כל הסעיפים בתצהירי שופרסל המתייחסים לשלב המשא ומתן שכן המדובר בעדות שמועה שאינה קבילה.

מקובלת עלי טענה זו. בעדותו העיד העד מטעם שופרסל, מר ירון אלפי, כך:

- ש. בסעיף 2 אתה אומר שחלק מהעובדות ידועות לך ממסמכים בחברה, יש מסמכים שהסתמכת עליהם ולא צורפו לנ/1?
- ת. לא.
- ש. האם יכול להיות שמעבר לידיעה האישית שאתה מתייחס למסמכים שלמדת על העובדות, יכול להיות שצדדים שלישיים מסרו לך עובדות?
- ת. לא, הכל מידיעה אישית וממסמכים שהיו אצלינו בחברה.
- ש. אני מפנה אותך למשל לסעיף 7 לתצהיר שלך אתה אומר ששופרסל קיבלה פניה מעבד אל-קאדר. מאיפה אתה יודע?
- ת. אני למד ממסמך שהוגש לדירקטוריון, רב ההצעות שמגיעות לפיתוח ולעסקאות חדשות מגיעות דרך יזמים. גם המקרה הזה הם אנשים שהיו אצלינו בחברה אז וגם מהמסמך שהוצג על ידי דירקטוריון, הצעה להתקשרות בעסקה, אפשר להבין שהיתה פניה של עבד אל קאדר.
- ש. אני מפנה לסעיף 15 לתצהירך. אתה מתייחס להתחייבות של עבד אל קאדר במהלך משא ומתן לבנייתו של המרכול כחלק אינטגרלי ממרכז מסחרי פעיל. מי סיפר לך מה היה במשא ומתן.
- ת. הסתמכתי על מסמך שהוגש לדירקטוריון, נרשם שם שזה חלק ממרכז מסחרי, אני מפנה אותך לנספח א' לתצהיר. יש שם פרוטוקול של ישיבת וועדת נכסים. אני לא נכחתי בישיבה. נספח ב' סעיף 5.2.3 מדבר על סקירה של הפרויקט המוצע, כתוב "היזם מבוסס מאוד ובונה פרויקט גדול מאוד..." בכל פרויקט מסחרי גדול, קיימת חנות מזון שמהווה חנות עוגן וסביבה חנויות נוספות בתחום המזון, מסעדות, או מתחום חלא מזון, NF. NF – הכוונה חנויות חשמל וכדומה.
- ש. הפרוטוקול הוא לפני שהוקם המרכול.
- ת. כן. זה המצג שהוצג לפני הדירקטוריון שיהיה קיים מרכז מסחרי פעיל.
- ש. כשאתה מתייחס למצג במקרה זה, אני מבינה שאת המצג הציג דוד לב שהוא איש של שופרסל.

- ת. כן, דוד לב כמה שנים קודם קדם לתפקיד של עזרא צוק. ממה שאני מבין מהמסמכים הוא היה שותף למשא ומתן עם עבד אל קאדר.
- ש. מפנה לסעיפים 25.1 עד 25.5 לתצהיר שלך. מתוארת פה השתלשלות העניינים לאחר ביטול ההסכם עם שופרסל. מאיפה אתה יודע את העובדות.
- ת. א – הייתי שותף לחלק ממקבלי החלטות באגף, ב – אני נסמך על המסמכים.
- ש. הפגישות שמתוארות בסעיפים האלה נכחת באיזו מהן?
- ת. לא.
- ש. ביחס למרכול הספציפי הזה, מעבר לעובדה שישבת בישיבות הנהלה ושמעת את הדברים, המעורבות החלה לאחר ביטול ההסכם.
- ת. לא. אנחנו בשנת 2000 בתקופה שנפתח המרכול, שופרסל החליטה על אסטרטגיה של פיתוח אגרסיבי של מספר רב של סניפים, השיקול כאן היה להכנס למרכז מסחרי, לחנות עוגן בתוך מרכז פעיל, ההבטחות היו שאנחנו נהווה עוגן במרכז... מה היתה מעורבותך הישירה בעניין?
- ת. קבלת החלטות לפתיחת המרכול וקבלת החלטות בנושא הבראת המרכול.
- ש. במרכול ביקרת? (חדגשה שלי ב.א.)
- [עמודים 28 - 29 לפרוטוקול].

מעדותו של מר אלפי עולה, כי המצגים שהוצגו לשופרסל בזמן המשא ומתן שהתנהל בין הצדדים, הוצגו כביכול על ידי עבד אלקאדר בפני מר דוד לב, אשר לא זומן לעדות מטעם שופרסל. בספרו של יעקוב קדמי, "על תראיות-הדין בראי הפסיקה", חלק ראשון, 484 (מהדורה מורחבת ומעודכנת 2003) נאמר:

"האיסור אינו מצומצם רק ל"דברים" שהעד שמע באוזניו מפי אחרים ; והוא מתרחב-מעצם טיבו-וחל לגבי כל מידע שהעד קלט מפי אחרים ולא בחושיו שלו. ואין נפקא מינה אם הקליטה היתה בשמיעה או בדרך אחרת, כגון- במסמך; ש"אמירה" על ידי אחר יכולה להיעשות בע"פ, בכתב ואפילו בהתנהגות.

"עדות מפי השמועה", יכול שתהיה, אפוא: בע"פ- כשהעד מעיש על מה שמע מפי אחר; בכתב- כאשר העד מעיד על מה שקרא במסמך שנערך על ידי אחר; בהתנהגות- כאשר העד מעיד על משמעות התנהגותו שאחר."

מהדברים האמורים עולה, כי עדותו של מר אלפי, המתייחסת למצגים שהוצגו לשופרסל, בזמן המשא ומתן בין הצדדים, מהווה משום עדות שמיעה. על עדותו באשר למצגים אלו ניתן לבסס עובדות באשר לקיומו של משא ומתן ובאשר לקיומם של מצגים, אך לא באשר לתוכנם. שכן, דינה של אמירה של אחר בע"פ או בכתב, כל עוד היא מכוונת להוכחת עצם אמירתה, להבדיל מאמיתות תוכנה הינה כדין עדות מקור לכל דבר. (ראה יעקב קדמי, שם בעמ' 487, 489). הואיל ועדותו של מר אלפי מתייחסת לתוכן הדברים בסוגיית המצגים, הרי עדותו הינה עדות פסולה, וכך אתיחס אליה.

28. שני הצדדים טענו, האחד כלפי רעהו, בדבר אי העדת עד נדרש, כאשר הדבר פועל לחובתם. כך טענה שופרסל כי עבד אלקאדר לא זימנה לעדות מטעמה נציג מחב' רשף, אשר יעיד בדבר ניסיונות התקשרות עם שוכרים פוטנציאליים, ואילו עבד אלקאדר טענה כי שופרסל לא זימנה לעדות אנשים שנטלו עימה חלק במשא ומתן כגון דוד לב. מצאתי כי טענות הצדדים שניהם, בדין. נראה, כי שני הצדדים נמנעו מזימון של עדים רלוונטיים לעדות. כלל ידוע הוא, כי אי הבאתו של עד רלוונטי מעוררת חשד כי יש דברים בגו וכי בעל הדין אשר נמנע מהבאתו חושש מעדותו מחשיפתו לחקירה שכנגד. לעניין זה יפים הדברים שנאמרו בע"א 548/78 - אלמונית נ"י פלוני, פ"ד לה(1), 736, עמ' 762-763 (1980) שם נקבע הכלל כי:

"דרך זו שנקט אותה המחוקק קורה בכלל הנקוט בידי בתי המשפט מימים מימה, שמעמידים 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, הייתה פועלת נגדו. כלל זה מקובל ומושרש הן במשפטים אזרחיים והן במשפטים פליליים, וככל שהראיה יותר משמעותית, כן רשאי בית המשפט להסיק מאי-הצגתה מסקנות מכריעות יותר וקיצוניות יותר נגד מי שנמנע מהצגתה."

עם זאת, אל לנו לשכוח כי התובעת בתיק זה היא שופרסל, וכתובעת, עליה מוטל נטל הראיה. כך, היה עליה לזמן לעדות את מר דוד לב, אשר ניהל את המשא ומתן מטעמה של שופרסל עם עבד אלקאדר, שכן רק הוא יוכל להעיד על דברים שהוחלפו בין בעלי הדין בנוכחותו, ועל מצגים שהוצגו בפניו.

ט. מי הפר את הסכם השכירות?

29. שופרסל טוענת להפרת הסכם השכירות בשלושה מישורים:

- א. הפרת התחייבויותיה של עבד אלקאדר באשר לשיווקו של המרכז המסחרי.
- ב. אי השלמת בנייתו של המרכז המסחרי.
- ג. מצגי שווא שחוצגו לה, ועליהם הסתמכה, בשוכרה את הנכס במרכז המסחרי.

נדון בטענות אלה כסדרן.

30. האם הפרה עבד אלקאדר את התחייבויותיה בנוגע לשיווק המרכז המסחרי?

לטענת שופרסל, הפרה עבד אלקאדר את התחייבותה לפעול לשם קידום הפרויקט בהתאם לרוח החוזה, ולא התאמצה לשווק את היחידות הפנויות שבמרכז המסחרי. חוסר פעילותה בסוגיה, נתפס על ידי שופרסל כפעולה בחוסר תום לב.

לטענת עבד אלקאדר, היא מעולם לא התחייבה כי המרכז המסחרי יהיה פעיל, או כי הוא יאוכלס, או כי תושכרנה בו יחידות כלשהן. לשיטתה, ההתחייבות היחידה שהסכימה לכלול בחוזה, היא לעשות מאמץ לגרום לפתיחתן של יחידות, רבות ככל הניתן. התחייבות המוכרת בפסיקה כ"חיוב השתדלות".

בתגובה טענה שופרסל, כי ספק רב אם ניתן לראות בחיובה של עבד אלקאדר כ"חיוב השתדלות". זאת, לאור הוראות החוזה כולן, מכלול העובדות והנסיבות. לשיטתה, אף אם עסקינן בחיוב השתדלות בלבד, הפרה אותו עבד אלקאדר בגסות ובחוסר תום לב.

אם כך, עלינו לבחון מהי חובתה של עבד אלקאדר? האם הפרה עבד אלקאדר חובתה זו? האם לא התאמצה דייה למען שיווקו של המרכז המסחרי ולפתיחת חנויות נוספות בו? כדי לענות על שאלות אלו יש לבחון את הסכם השכירות, אשר נערך בין שופרסל לעבד אלקאדר.

בע"א 4869/96 מיליין נ' The Harper Group, פ"ד נב(1) 855, 845 [1998], מסכם כבוד הנשיא ברק בקצרה את ההלכה לעניין דרכי פרשנות חוזה. לדבריו מקום בו הדברים אמורים בטקסט בעל משמעויות לשוניות שונות, אזי:

"השליפה של המשמעות המשפטית ממגוון האפשרויות הלשוניות תיעשה לפי תכלית החוזה [ראה ע"א 554/83 'אתא' חברה לטכסטיל בע"מ נ' עיזבון המנוח זולוטולוב יצחק ז"ל ואח' (4)]. מהי תכלית זו? תכלית זו היא בראש ובראשונה התכלית הסובייקטיבית המשותפת של הצדדים [ראה בג"ץ 846/93 ברק נ' בית הדין הארצי לעבודה, ירושלים ואח' (5)]. זהו 'אומד דעת הצדדים' [סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי)]. זוהי כוונתם המשותפת של הצדדים..."

ואילו מקום בו אין לנו נתונים של ממש באשר לאומד דעת הצדדים:

"אין מנוס מפניה לתכלית האובייקטיבית של החוזה. אלה הם הערכים, המטרות והאינטרסים שחוזה מהסוג או מהטיפוס של החוזה שנכרת, נועד להגשים (ראה ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265, 313). הבחינה היא אובייקטיבית. השאלה אינה מה היתה כוונתם של הצדדים לחוזה הספציפי; השאלה הינה מהי "כוונתם" של צדדים סבירים".
(פרשת מליליין, שם, בעמ' 855-856).

בהתאם לכללים אלה (אשר גובשו בפסק הדין המנחה בע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שכון ויזום (1991) בע"מ, הנזכר לעיל) נפנה לפירושו של החוזה.

31. אומד דעת הצדדים

הוראת סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי) חתש"ג-1973 (להלן: **"חוק החוזים"**) קובעת כדלקמן:

"חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו-מתוך הנסיבות."

מהאמור עולה, כי לשון החוזה, והדרך בה בעצם בחרו הצדדים לנסח את סעיפי החוזה, היא המקור הראשוני לקביעת אומד דעת הצדדים.

לעניין זה מתייחסת פרופ' ג. שלו, בספרה **"דיני חוזים"**, מהדורה שניה, [1993] עמ' 301, 299, באומרה כי:

"מבחן אומד הדעת הוא מבחן אובייקטיבי, שלפיו נבחנת כוונת הצדדים על השתקפותה החיצונית".

(ראה גם: דב"ע מח/4-22 ההסתדרות הכללית של העובדים ואח' - מדינת ישראל, פ"ד ט' 461, 465).

ובהמשך:

"המקור האמין והחשוב ביותר לאומד דעתם של הצדדים הוא החוזה עצמו. כשם שתהליך פירוש החוזה הוא השלב הראשון בפתרון בעיות

משפטיות חוזיות, כך מהווה מיצוי הטקסט החוזי את השלב הראשון

בפירוש החוזה".

(וראה פס"ד אפרופים, בעמ' 314).

סעיף 5.10 להסכם השכירות קובע -

"המשכיר יעשה מאמץ שתוך 10 ימים ממועד מסירת החזקה

תפתחנה לשימוש מסחרי ללקוחות ובאי המרכז המסחרי מספר רב

ככל שניתן מיחידות המרכז המסחרי, וזאת בטקס חגיגי". (הדגשה

שלי ב.א.)

השאלה השנויה במחלוקת היא מה החובה המוטלת על עבד אלקאדר נוכח הוראה זו, והאם הפרה חובה זו.

כאמור, טוענת עבד אל קאדר כי המדובר בחיוב השתדלות. לעומתה טוענת שופרסל כי ספק רב, אם ניתן לראות בחיובה כ"חיוב השתדלות". שכן, הוראת סעיף 5.10 לחוזה אינה עומדת בפני עצמה, אלא יש לקרוא אותה ביחד עם יתר הוראות החוזה, תוך התחשבות במכלול העובדות והנסיבות.

32. מהו חיוב השתדלות?

חיוב השתדלות הוא חיוב לנקוט בכל האמצעים המתאימים למען השגת המטרה מבלי להתחייב להשגתה, להבדיל **מחיוב תוצאה** שמטרתו השגת תוצאה מסוימת (ראו אייל זמיר, "חוק חוזה קבלנות" 1974, פירוש לחוקי החוזים עמ' 34 והאסמכתאות שם; ע"א 679/82 עיריית נתניה נ' מלון צוקים תק-על 88 [2], 634; ע"א 2877/91 בן ציון גול נ' אליצור אוריעל, תק-על 95 [3] 1174).

בהתאם לכך, לא נראית לי גישתה של שופרסל, הסבורה כי עבד אלקאדר התחייבה לתוצאה. לטעמי, קשה מאוד, אם לא בלתי אפשרי, ליישב את נוסח הוראת סעיף 5.10 עם פירושה של שופרסל.

אכן כדי להתחקות אחר כוונת הצדדים יש לבחון את החוזה בשלמותו. בענייננו, קריאת החוזה כולו מביאה אותי למסקנה כי כוונת הצדדים הייתה להתחייב בחיוב השתדלות, ולא בחיוב תוצאה. שכן, ההוראה הרלוונטית המופיעה בו לעניין פתיחת יחידות נוספות במרכז המסחרי, מופיעה בסעיף 5.10, בו נאמר, כי המשכיר-עבד אלקאדר **"יעשה מאמץ שתוך 10 ימים... תפתחנה לשימוש מסחרי... מספר רב ככל שניתן מיחידות המרכז המסחרי..."**. מילים אלה מעידות על כוונה להשתדל **ככל האפשר**, אך אין ללמוד מהן על התחייבות לפתיחת חנויות בפועל.

התחייבותה של עבד אלקאדר במסגרת סעיף 5.10 הינה אך "למאמץ", כלומר, לנקוט בתום לב בכל הצעדים כדי שתתאפשרנה פתיחת מספר רב של חנויות.

מנגד, לא מצאתי כל סעיף אחר בהסכם השכירות המחייב את עבד אלקאדר בפתיחת החנויות במרכז המסחרי. ומכאן, שההוראה היחידה בחוזה, הנוגעת לסוגיה זו, דנה בהשתדלות, ללא שתהא לצידה כל הוראה המחייבת תוצאה.

33. לטענת שופרסל, אף אם המדובר בחיוב השתדלות, הפרה אותה עבד אלקאדר בגסות, וכי מעבר להפרת החיוב עצמו, היא נהגה בחוסר תום לב, בכך שלא נקטה באמצעים סבירים לקידום הפרויקט.

בטיעוניה, הפנתה שופרסל לעדותו של מר עבד אלקאדר - מנהל החברה, לפיה הוא מאשר כי לא פנה לחברת שיווק אחרת מלבד חברת "רשף".

וכך אמר מר עבד אלקאדר בעדותו:

- ש. תאשר לי בבקשה שמלבד רשף נכסים מעולם לא התקשרתם עם חברת שיווק אחרת לשם שיווק הפרויקט.
- ת. בזמנו לא. אסור לנו. אי אפזר לעבוד עם שני חברות.
- ש. למה אתה אומר שאסור לכם.
- ת. כי אנחנו מכבדים הסכמים. היה לנו הסכם בלעדיות עם רשף נכסים.
- ש. היה לכם הסכם בלעדיות רק שהסכם זה היה ל-4 חודשים, הבלעדיות נגמרה ב-10/97, ב-3/10/97 מותר לך להתקשר עם חברת שיווק אחרת, למה לא התקשרת עם חברה אחרת.
- ת. החברה קובעת את המדיניות היינו מרוצים משירותיה של חברת רשף, אנחנו לא חייבים לתת דין וחשבון לאף אחד.
- ש. תאשר לי בבקשה ששופרסל היה חוזה השכירות הראשון שחתמתם בפרויקט.
- ת. נכון.
- ש. משך למעלה משנה שאתם קשורים עם חברת רשף נכסים עלה בידכם לחתום באמצעות התווך שלה ובכלל חוזה שכירות אחד, למה לא חשבת לנסות דרך שיווק אחרת, לא באמצעות רשף נכסים אלא על ידי משווק אחר.
- ת. כבר עניתי על כך, הייתי מרוצה מהעבודה של רשף נכסים. לא רציתי להחליף אותה. הקבלן עשה עבודה טובה ולכן לא רציתי להחליף אותו. (עמ' 66 לפרוטוקול).

עלי לציין, כי הוכחת הפרתו של חיוב השתדלות הינה מורכבת, בשל אופיו של חיוב זה, בניגוד ל"חיוב תוצאה", בו עצם קיומה של אי התאמה בין התוצאה לבין ההתחייבות מהווה הפרה של החיוב. כאשר החיוב הוא השתדלות להשיג תוצאה "כי אז קיומו של פער בין התוצאה המיוחלת לתוצאה שנתקבלה בפועל איננה תנאי מספיק, ואף לא תנאי הכרחי לאחריותו של החייב" (אייל זמיר "עקרון ההתאמה בקיום חוזים" (תש"ן) עמ' 105 - 103).

בע"א 444/94 - אורות ייצוג אמנים נ' עטרי גלי, פ"ד נא(5), 241 [1997], עמ' 253-254
[1997] אמרה כב' השופטת בייניש (כתוארה אז):

"שאלת ההוכחה בדבר אי קיום חיובי השתדלות היא שאלה מורכבת בשל אופיים של חיובים אלה. דומה, כי רק לעתים רחוקות תימצאנה בידי התובע ראיות ישירות להמנעות הנתבע מקיום חיוביו. כך יהיה, למשל, כאשר הנתבע הצהיר במפורש, כי אין בדעתו לקיים את חיוביו. כך גם כאשר הנתבע נקט בצעדים חיצוניים והתנהג באופן המלמד כי אין בכוונתו למלא אחר חיוביו. דרך אפשרית אחרת שעשויה לשמש את התובע בהוכחת הפרתו של חיוב השתדלות היא הוכחת התרשלותו של הנתבע על ידי הבאת ראיות להתנהגות ראויה ומקובלת לביצוע חיוב מסוג זה, אשר ממנה סטה הנתבע. ואולם גם דרך זו אינה בהכרח מתאימה לכל המקרים בהם מדובר בחיובי השתדלות."

34. לא מצאתי כי מר עבד אלקאדר נמנע מלשווק את המרכז המסחרי, או כי הצהיר כי אין בדעתו לעשות כן. אף לא מצאתי כי התנהגותו נוגעה בחוסר תום לב, אלא הונעה משיקול עסקי שגוי.

למסקנה דומה הגעתי גם לאור בחינת "התכלית האובייקטיבית של החוזה" כפי שנוסחה בפרשת מליליין והמעוגנת בס' 25 (ג) לחוק החוזים הקובע:

"ביטויים ותניות בחוזה שנוהגים להשתמש בהם בחוזים מאותו סוג יפורשו לפי המשמעות הנובעת להם באותם חוזים".

נבחן, אם כן, כיצד נוקט היה צד לחוזה שכירות בנסיבות דומות לענייננו. כיצד הייתה נהגת שוכרת סבירה וכיצד הייתה נהגת משכירה סבירה.

משכירה סבירה לא הייתה מתחייבת להשכרת ו/או לפתיחת רוב החנויות בקניון, כאשר התחייבותה תלויה בהחלטותיהם העסקיות של עשרות בעלי חנויות ועסקים. כאשר אין

לדעת אם יענו לאתגר שבפתיחת בית עסק במרכז מסחרי חדש, במיקום שערכו המסחרי טרם נבחן.

התחייבות כזאת לא צפויה מצדדים, המנהלים את ענייניהם באופן מסודר, ומתוך מדיניות עסקית סבירה ושאיפה להצלחה כלכלית.

משכירה סבירה מוכנה היתה לדחות או אף לבטל את הסכם השכירות עם החנות השוכרת, כשזו עומדת על תביעתה, החגיגית והנבונה מבחינה עסקית, לגבי אחוזי השכרת שטחי מסחר, לאור משימתה, הלא קלה לשווק ולמלא את כל שטחי הקניון בשוכרים.

על כן, לאור כל האמור, אני קובע כי עבד אלקאדר לא הציגה לשופרסל מצגי שווא. כפועל יוצא מכך, לא הפרה את החוזה בגין עילה זו.

35. המו"מ בין הצדדים

כאמור, טוענת שופרסל כי עבד אלקאדר הפרה את הסכם השכירות הפרה יסודית ובוטה. לטענת שופרסל, פתיחת סניף חדש של הרשת כרוכה בהשקעה כספית אדירה של מיליוני שקלים. על כן, בטרם פתיחת סניף חדש, בוחנת שופרסל את כדאיות ההשקעה, עלויות ההקמה, צפי מחזור מכירות ורווחיות צפויה. לדבריה, עוד בטרם נכרת הסכם השכירות בזמן המו"מ, ובטרם הושלמה בנייתו של המרכז המסחרי, הציגה בפניה עבד אלקאדר מצג, לפיו היא מתעתדת להקים מרכז מסחר ומשרדים גדול. על מצג זה סמכה שופרסל, בהתכוונה להקים סניף במרכז מסחרי גדול, כאשר מסביב לו יפתחו עסקים רבים ושונים נוספים. לשיטתה, מעולם לא תכננה להקים עסק יחיד במרכז מסחרי אשר בנייתו טרם הושלמה.

36. טענת שופרסל, כי כבר בזמן המו"מ בין הצדדים, הציגה לה עבד אלקאדר מצגים שונים, עליהם הסתמכה בשקלה את פתיחת הסניף, דינה להדחות. קביעתי זו מבוססת על התפתחות המו"מ שבין בעלי הדין, כפי המשתקף בניסוחו של סעיף 5.10 בטיטת החוזים שהוצגו, ואשר יש בה כדי ללמדנו על הלך רוחם של בעלי הדין.

אכן, בטיטא מס' 1 לחוזה [נספח ג' לתצהירו של עבד אלקאדר] נכתב:

"המשכיר מתחייב כי יגרום לכך כי תוך 10 (עשרה) ימים ממועד מסירת החזקה תפתחנה לשימוש מסחרי ללקוחות ובאי המרכז המסחרי לפחות 70% (שבעים אחוז) מיחידות המרכז המסחרי וזאת בטקס חגיגי."

בטיוטא מס' 2 [נספח ג' לתצהירו של עבד אלקאדר] נכתב:

"המשכיר מתחייב כי יגרום לכך כי תוך 10 (עשרה) ימים ממועד מסירת החזקה תפתחנה לשימוש מסחרי ללקוחות ובאי המרכז המסחרי מספר רב ככל שניתן (הדגשה במקור) מיחידות המרכז המסחרי, וזאת בטקס חגיגי."

בטיוטא מס' 3 (נספח 2 לתצהירו של עבד אלקאדר), חושאר נוסחו של סעיף 5.10 כבטיוטא מס' 2.

ואילו בטיוטא מס' 4 [נספח ג' לתצהירו של עבד אלקאדר] נכתב בסעיף 5.10 -

" המשכיר מתחייב כי יגרום לכך כי תוך 10 (עשרה) ימים ממועד מסירת החזקה ייעשה מאמצ (הדגשה במקור) שתפתחנה לשימוש מסחרי ללקוחות ובאי המרכז המסחרי מספר רב ככל שניתן מיחידות המרכז המסחרי, וזאת בטקס חגיגי."

נראה, כי עם התקדמותו של המשא ומתן בין הצדדים, נערכו שינויים בהסכם מטעמו של כל צד.

טענותיה של שופרסל דינן להידחות. שכן, טיבו של משא ומתן בין הצדדים הוא, שכל צד שוקל את סיכוניו וסיכוייו לאור המצב המשפטי, ובהתאם מציג את עמדתו ודרישותיו עד לגיבוש המסמך האחרון.

אף במסמך מיום 22/03/1998, שנערך על ידי עורכי הדין ענת שני ורועי נחמזון יועצים משפטיים של שופרסל (נ/7) בסעיף 10, כתבו האחרונים כך:

" בסעיף 5.10 לחוזה מתחייב המשכיר כי תוך 10 ימים ממועד מסירת החזקה במושכר תפתחנה לפחות 70% מיחידות המרכז המסחרי. הקבלן לא מוכן להתחייב לפתיחת עסקים אחרים." (הדגשה שלי ב.א.)

דברים אלה מעידים על הלך רוחם וכוונתם של בעלי הדין. אף סעיף 18.3 להסכם השכירות שנחתם בין הצדדים קובע -

"הסכם זה מבטל כל הסכמה מוקדמת שהושגה בין הצדדים והוא ממצה בתוכו את כל הזכויות והחובות של הצדדים. לא תהיה נפקות

**לכל מו"מ, הבנה, התחייבות או מצג אשר היו, בין בעל פה ובין בכתב,
בין הצדדים עובר לחתימת הסכם זה"ו. (הדגשה שלי ב.א).**

כאמור, לא טרחה שופרסל להעיד כל עד, אשר יוכל להעיד על אשר התרחש במהלך הליכי המו"מ ועל המצגים שהוצגו אותה עת. מנגד, מעיד מר עבד אלקאדר כי:

"השינויים שעברה הוראת סעיף 5.10 להסכם השכירות, הם ברורים ומשקפים את חלך הרוח במשא ומתן. בניגוד לנטען על ידי הנתבעת, התובעת מעולם לא התחייבה כי המרכז המסחרי יהיה פעיל או כי הוא יאוכלס או כי תושכרנה בו יחידות כלשהן. הנתבעת, אכן ביקשה מן התובעת לקחת על עצמה התחייבות לאכלוסן של חלק מיחידות המרכז המסחרי, אך בקשה זו לא התקבלה על ידי התובעת. ההתחייבות היחידה שהסכימה התובעת לכלול בהסכם השכירות בהקשר זה, היא לעשות מאמץ לגרום לפתיחתן של יחידות רבות ככל האפשר. כפי שאבהיר בהמשך, התובעת קיימה אחר התחייבות זו והיא היתה עומדת בה גם אלמלא היתה בהסכם השכירות הוראה כלשהי בעניין זה". [סעיף 18 לתצהירו].

37. לאור האמור, אני קובע כי לא הוכח כי עבד אלקאדר הציגה מצגי שווא בעת המשא ומתן שהתנהל בין הצדדים. אף אם כך היו פני הדברים, היה על שופרסל להתגבר על מגבלת סעיף 18.3 להסכם.

י. השלמת הבנייה

38. לטענת שופרסל, מעולם לא ניתנה למרכז המסחרי תעודת גמר. זאת בניגוד להתחייבותה של עבד אלקאדר בסעיף 5.12 להסכם השכירות. אכן בעדותו הודה עבד אלקאדר כי אין למרכז המסחרי תעודת גמר (עדותו בעמ' 68 לפרוטוקול). עם זאת, לא הוכיחה שופרסל כי אי קיומה של תעודת גמר תביא להפרת החוזה. אף בסעיף 5.12 לחוזה נקבע:

"המשכיר מתחייב כי במועד מסירת החזקה תינתן למרכז המסחרי תעודת גמר כדין. על אף האמור לעיל, במקרה ואי קבלת תעודת גמר לא תמנע קבלה או חידוש (לפי העניין) של רישיון עסק והפעלה של מרכז במושכר עפ"י דין, יהיה המשכיר רשאי לדחות את מועד קבלת תעודת הגמר, אך זאת למועד שלא יאוחר משנה ממועד מסירת החזקה. במקרה בו לא נתקבלה תעודת גמר במועד מסירת החזקה, יפצה המשכיר את השוכר על כל נזק שייגרם לו וישפה אותו על כל

**הוצאה שהוציא עקב האמור לעיל ובלבד שאם הייתה מתקבלת תעודת
גמר, הנזק, או ההוצאה, לא היו נגרמים."**

בענייננו, קיבל המבנה כולו טופס 4. כאשר שופרסל קיבלה רישיון עסק והפעילה את המרכול במרכז המסחרי כדין. משכך אין בטענה זו להוכיח דבר באשר להפרת החוזה על ידי עבד אלקאדר.

39. אף הטענה כי עדין לא הוחל בבנייתה של קומת המשרדים בשטח של 5,700 מ"ר, שהייתה אמורה להיות מוקמת מעל המרכז המסחרי כשלב שני, דינה להידחות.

סעיף 1.3.8 לחוזה קובע, **"המשרדים" - מבנה בין 3 קומות, בשטח כולל של כ-5,700 מ"ר, שיבנה מעל המרכז המסחרי, הכל עפ"י התוכניות".** באשר לבניית המשרדים קובע סעיף 5.2 לחוזה, פסקה שנייה, מפורשות כי **"המשכיר שומר לעצמו הזכות לבנות בעתיד את המשרדים בהתאם לתב"ע, ובלבד שבניה כאמור תבוצע על פי דרישת הרשויות ועל פי הוראות כל דין..."**. מלשון הסעיף עולה, כי עבד אלקאדר לא התחייבה לבניית קומת המשרדים תוך זמן מסוים, אלא שמרה לעצמה זכות זו כשתחליט כך. אף ב-7/3/1998 מכתבם של ענת שני ורועי נחמזון יועצים משפטים של שופרסל מיום 22/03/1998, כתבו השניים בסעיף 1 ד' - **"נכון להיום הקבלן מתכנן לבנות שתי קומות של המרכז המסחרי בלבד (המפלס התחתון ומפלס המרכול) ולבנות בעתיד את הקומה השלישית ואת קומות המשרדים"**. ומכאן, שברור היה לשופרסל כי קומת המשרדים לא תוקם בשלב זה.

לטענת שופרסל, רובו של השטח הבנוי נמצא במצב שלד, ובכל מקרה, במצב הרחוק מלהיות מצב גמר, המתאים להפעלת עסקים. לחיזוק טענתה זו צרפה שופרסל לכתב התביעה חוות דעת של אינג' רונן שטרנברג לפיה, בנית המבנה לא הושלמה.

לטענת עבד אלקאדר, בנייתו של המרכז המסחרי הושלמה זה מכבר. כאשר עבד אלקאדר אף השלימה את כל עבודות הפיתוח, כמו גם את סלילת הכבישים המובילים למרכז המסחרי.

עיון בחוזה מעלה כי- סעיף 1.3.7 להסכם השכירות קובע:

"המרכז המסחרי" - מבנה שהמשכיר יבנה על המקרקעין, בשטח כולל של 14,620 מ"ר, בשלוש קומות, מהן 2,620 מ"ר במפלס התחתון (-3), 6,300 מ"ר במפלס המרכול ו-5,700 מ"ר במפלס העליון, הכל עפ"י התוכניות."

סעיף 1.3.40 קובע:

"השלמת בניה"-לרבות השלמת פיתוח המקרקעין, כולל השלמת בנית מגרשי החנייה, השטחים הציבוריים ודרכי גישה ברגל וברכב."

סעיף 5.7 קובע:

"המשכיר מתחייב כי במועד מסירת החזקה ישלים את בניית המרכז המסחרי כולו לרבות המושכר ופיתוח המקרקעין כאמור בסעיף 5.5 לעיל."

מלשון הסעיף עולה, כי הוסכם בין הצדדים, על השלמת הבניה.

כאמור, שופרסל הציגה חוות דעת לפיה, בנית המרכז המסחרי לא הושלמה. מחוות הדעת ומחקירתו של אינג' שטרנברג, עולה כי התמונות שצורפו לחוות הדעת, אינן מקיפות את המבנה כולו.

וכך משיב אינג' שטרנברג בעדותו:

"ש. אתה צילמת את המבנה בצילומים שמופיעים בעמ' 23 ו-24 משתי זוויות, דרום מערבית ומזרחית. נכון?

ת. כן.

ש. למה בחרת את שתי הזוויות הללו?

ת. מכיון שכל האיזור שנקרא אגף מזרחי, הוא איזור שומם לחלוטין, במצב שלד בלבד. בעמ' 23 ניתן לראות חלק מהחזית הדרומית, איפה שממוקמת תחנת הדלק. זו חזית קטנה ולא כל כך רלוונטית. זו חזית קטנה. החזית המערבית היא חזית קטנה, מופיעה בחוות הדעת אבל לא בשלמותה. אני צריך זוויות צילום, ואני לא יכול לגשת לכביש הראשי כדי לצלם ולכן תחזית מופיעה בעמ' 5. בסך הכל מדובר בחוות דעת הנדסית ולא בספר צילום.

ש. התמונות שצילמת בכל מקרה, תאשר לי, אינן מקיפות את כל המבנה?

ת. התמונות מקיפות את כל המבנה. חזית מזרחי, בעמ' 24 ניתן לראות חלק החזית של הסופר מרקט, בעמ' 23 ניתן לראות את החזית הפונה לתחנת הדלק, בעמ' 7 ועמ' 5 ניתן לראות את החזית המערבית.

- ש. אתה לא צילמת את כל החזית בגלל שלא יכולת לצלם?
 ת. בוודאי. אני חושב שהתמונות הקיפו את המבנה. " (עמ' 49 -
 50 לפרוטוקול).

ואילו לאחר מכן, חזר בו אינג' שטרנברג והסכים, כי התמונות שצורפו לחוות הדעת אינן משקפות את כל המבנה.

- ש. התמונות שבעמ' 28, זה הגדלה של משהו שרואים בעמ' 23 ו-24 או שזה משהו שלא נמצא בעמודים אלה?
 ת. לא.
 ש. זאת אומרת כשאמרתי שהתמונות בעמ' 23 ו-24, שהם לא הקיפו את כל המבנה, צדקתי.
 ת. אין צילומים המראים את החזית בה נמצאות דלתות הכניסה לסופרמרקט" (עמ' 50 לפרוטוקול)

בהתבססה על חוות הדעת של אינג' שטרנברג, טענה שופרסל כי קיימים במבנה אלפי מטרים בנויים במצב שלד ללא היתר בנייה. חקירת אינג' שטרנברג העלתה, כי זה האחרון התבסס בחוות דעתו על היתר בנייה אחד מבין שניים. מעדותו עלה כי לא ידע כי ביום 08/11/2000 ניתן היתר בנייה נוסף הגם שזה ניתן כשלוש שנים לפני שהוגשה חוות דעתו.

- ש. ראית היתרי בניה כלשהן בקשר למרכז המסחרי?
 ת. היתר בניה שמופיע בחוות הדעת, הגיע אלי צילום שלו.
 ש. תפנה אותי להיתר הבניה.
 ת. היתר בניה שלא מופיע אצלי אבל מופיע ודאי אצלכם, היתר הבניה, אני מעלעל בדפי העבודה שלי, ואני מוצא אותו. מציג לך. היתר בניה מיום 25.6.98.
 ש. מעבר להיתר בניה זה ראית היתרי בניה נוספים?
 ת. לא.
 ש. עיינת בתיק הנכס בוועדה המקומית?
 ת. לא אישית, שלחתי הנדסאי ממשדדי והוא קיבל אישור גם לראות וגם לצלם.
 ש. חוות הדעת שעליה אתה נחקר כעת, הגישה שופרסל במצורף לכתב התביעה.
 ת. אני מניח כך.
 ש. מאז שנתת ב- 27.11.03 חוות דעת לא נתת חוות דעת נוספת.
 ת. לא.
 ש. וגם לא נתבקשת לתת?
 ת. לא. "

(עמ' 50 - 51 לפרוטוקול)

ובהמשך:

- ש. אתה יודע במקרה הזה ניתן היתר בניה ראשון ולאחר כמה זמן ניתן היתר נוסף.
- ת. אני לא יודע.
- ש. היתרי הבניה שניתנו על המבנה הזה צורפו לכתב ההגנה שהגישה הנתבעת בתיק הזה, אתה מודע לכך?
- ת. אני לא יודע.
- ש. שופרסל לא אמרו לך דבר בעניין הזה, שניתן היתר נוסף?
- ת. לא.
- ש. אני מציגה לך היתר נוסף מתאריך 08.11.00. אתה לא ראית את ההיתר?
- ת. לא.

(עמ' 53 לפרוטוקול)

מעדותו של אינג' שטרנברג עולה, כי חלה התבסס בחוות דעתו על היתר בנייה אחד ולא התבסס על היתר הבנייה הנוסף הקיים (נ/8). כך אף הסיק, ובטעות, כי חלקו של המבנה נבנה ללא היתר בנייה.

לאחר שהוצג בפניו ההיתר הנוסף, המשיך לטעון כי חלקו של המבנה נבנה ללא היתר בנייה.

- ש. בהיתר החדש, מה שאתה אומר לי, שבעצם סך שטחי הבניין הוא על 20,000 מ"ר.
- ת. כתוב בהיתר החדש 20,120 מ"ר ובהיתר הישן יש כ- 11,000 מ"ר.
- ש. תוכנית ההיתר, הגרמושקה, יתכן מצב שבטבלת חישוב השטחים המופיעה בה, הגרמושקה, יהיו שטחים שונים ממה שעליהם ניתן היתר?
- ת. זו עובדה. עובדה שהבניין עצמו, המבנה עצמו, קיים. אפשר לראות אותו בנוי ורק אני מעריך פחות מחצי יש היתר, גם החדש וגם הישן.
- ש. אתה אומר שתוכנית ההיתר שמופיעה היום בוועדה המקומית, שנרשם עליה שהיא אושרה על ידי ועדה מקומית, לא היתה צריכה להיות הסתייגות.

ת. אני לא מבין בבירוקרטיה. בפועל, ללא קשר לחוות דעתי, שטח המבנה עצמו גדול מההיתר שאני כתבתי ומההיתר שאת הצגת לי."

(עמ' 54 לפרוטוקול)

בנקודה זו, עלי לציין, כי עדותו של אינג' שטרנברג סותרת כליל את טענת שופרסל לפיה "השטח הבנוי (רובו כאמור במצב שלד) עומד על 10,822 מ"ר בלבד, וזאת במקום שטח של 14,620 מ"ר" ... [סעיף 27 לסיכומיה]. שכן, זה האחרון העיד כי מדובר באלפי מטרים בנזי. בעדותו, המשיך אינג' שטרנברג וטען, כי על אף היתר הבנייה השני הקיים, עדין קיימת חריגה במבנה. זאת לאור העובדה כי קיימת אי התאמה בין היתר הבנייה לגרמושקה המצורפת אליו. יחד עם זאת, כאשר נשאל האם תיתכן אי התאמה כזו בפועל והאם נתקל בסיטואציה כזו בעבר, ענה באופן חיובי.

ש. נתקלת במצבים שיש תוכנית היתר מאושרת, ההיתר והתוכנית הם שני מסמכים שתומכים האחד בשני. האם יש מצב שבתוכנית ההיתר, בגרמושקה, יש יותר שטחים מאשר יהיו בהיתר.

ת. בכנות, כל נושא הגרמושקה וההיתרים מהנדסים גדולים ממני לא מסוגלים להבין את הראש, שיש מבנים קיימים ויש היתר בניה לחלק מהמבנה.

לשאלת בית משפט: ראית מקרים שבהם בגרמושקה כתוב X ובהיתר כתוב Y ?

ת. כן. אך אין לי הסבר לכך.
ש. האם בדרך כלל כשיש הבדל בין השטחים בגרמושקה לבין השטחים שלגביהם ניתן בסופו של דבר היתר בניה, האם אתה יודע שהועדה המקומית נוהגת לסייג על גבי הגרמושקה ולומר למרות שבגרמושקה נותנים שטחים, נותנים היתר על Y.

ת. אני משער שישנם בהחלטות ועדה מצורף פרוטוקול או הסתייגויות, אני באמת לא מומחה לזה.

ש. תסכים איתי שהרבה פעמים, היתר הבניה לא תמיד ניתן לפני שבונים. הרבה בונים ותוך כדי הליכים שהוגשה בקשה.

ת. באתרים שלי זה לא קרה. נתקלתי בחוות דעת או כמומחה מטעם בית משפט נתקלתי.

ש. ואז, בסופו של דבר, אדם בנה, 30,000 מ"ר ניתן לו היתר על 20,000 מ"ר, הוא צריך להרוס את ה- 10,000 הנוספים כי אין לו היתר.

ת. אם אין היתר אז כנראה יש בעיה חוקית.
(עמ' 54 - 55 לפרוטוקול)

נוכח האמור, איני סבור כי, שופרסל הוכיחה כי קיימת חריגת בנייה - באמצעות חוות הדעת שהוגשה מטעמה, אשר מלכתחילה התבססה על היתר בניה אחד, בעוד אשר קיימים שני היתרי בניה. כך אף לא מצאתי את תשובותיו של אינג' שטרנברג מספקות ומדויקות. על כן, לא אוכל לבסס עליהם ממצא עובדתי כל שהוא, באשר לטענה זו.

40. שונה הדבר באשר לסיום עבודות הגימור. לעניין זה העיד, מר עבד אלקאדר, כי המבנה כולו נבנה, למעט עבודות גימור. זאת נוכח העובדה כי לכל שוכר דרישות משלו לגבי אופן הגימור של החלק אותו הוא שוכר, והתאמתו לצרכיו.

וכך העיד:

"ש. נכון למועד שבו התחיל הסכסוך הסופי עם שופרסל נכון למועד שבו הגשנו את התביעה ונערכה חוות דעתו של שטרנברג, תאשר לי שבבניין היו אלפי מטרים בשלב שלד בלבד בלי שום עבודת גמר.
ת. חלק קטן מבניין שקוראים "תפר C". A ו- B היו גמורים. C לא קשור יש הפרדה מוחלטת.
(עמ' 74 לפרוטוקול)

ובהמשך:

ש. אני מראה לך בתמונה גם את B וגם את C, רואים שם שלד בלבד, אני לא רואה עבודות גמר, אתה יכול לומר איזה עבודות גמר נעשו ב- B ו- C.
ת. ב- B כל העבודות היו גמורות, זה האגף שבו יושב טרקלין חשמל.
ש. בקומה שמתחת לטרקלין חשמל.
ת. זה חניון.
ש. בחניון הזה יש משהו חוץ משלד.
ת. לא צריך בחניון.
ש. בחניון צריך ספרינקלרים.

- ת. יש. יש טופס 4.
- ש. בחניון יש מעל שלד הבטון יש איזה שהיא שכבת אספלט.
- ת. זה בטון.
- ש. הרצפה בחניון שמתחת לשופרסל הרצפה זהה לרצפת החניון שבמפלס השופרסל.
- ת. לא. למטה זה חניון סגור ואילו למעלה זה חניון פתוח. החניון העליון זה 6 מטר והתחתון 2.5 מטר. זה נמצא אפילו בתמונה.
- ש. בגוש B יש חנויות מיועדות.
- ת. מאוכלסות כבר, ראית את החוזים שלהם.
- ש. בגוש B במפלס 5.94 יש חנויות.
- ת. לא מאוכלס.
- ש. גמרים יש שמה.
- ת. גמרים דרוש עד כמה רמה שיבוא אדם שיגיד שאני רוצה שתעשה לי ריצוף כך וכך וקירות גבס, להשלים ולהתאים את המצב הסופי לצרכיו. לא נעשה זאת עד שלא יבוא מישהו ויבקש כי אחרת יאמר לא מתאים לי תהרוס.
- ש. ספנקלרים יש לך שם.
- ת. לא. עושים זאת רק אחרי תקרה אקוסטית אם הוא רוצה. אנו מדברים על קומה מעל שופרסל.
- ש. חשמל יש לך בקומה.
- ת. חיבור חשמל לאספקה לכל הבניין יש. במפלס העליון אין חיבור, אך יש חיבור לכל הבניין. הוזמן ושולם.
- ש. מציג לך תמונה של מפלס 5.94 בגוש B תגיד לי איזה עבודת גמר אחת אנו יכולים לראות במקום זה. מפנה לעמ' 29 לחוות הדעת של שטרנברג.
- ת. טיח יש, יש ציפוי אבן."
- (עמ' 74 - 75 לפרוטוקול)

מעדותו של עבד אלקאדר, עלה, כי לא בוצעו עבודות גימור, שכן עבודות מסוג זה יש לבצע בהתאם לטעמו האישי ורצונו של השוכר תוך התאמת התנאים לעסק שייפתח במקום. בנסיבות המתאימות טענה זו נשמעת הגיונית. אכן ככלל, במרכז מסחרי נפתחות חנויות מסוג שונה אשר ככלל דורשות גימור שונה. אולם, אין כך במקרה שלפני. במקרה שלפני, עיון בתמונות אשר צורפו לחוות הדעת מראה אחרת. נראה כי אין המדובר בעבודות גימור אלא בעבודות בסיסיות יותר. אם בחיפוי קירות, מלט ריצוף וכדומה. כך שאי סיום תבניה מהווה הפרת חוזה יסודית וזאת בהתאם להסכמת הצדדים בסעיף 17.2 להסכם השכירות.

התוצאה הינה כי צודקת שופרסל בטענתה, כי המבנה אינו מושלם, ונראה כולו כאתר בנייה בלתי מושלם.

עם זאת, לא מצאתי כי שופרסל הוכיחה את נזקיה, או את שיעור הפחיתה בהכנסותיה עקב מצבו של הבניין, כך שלא תובאו בפני כל נתונים, המאפשרים פסיקת פיצויים בגין הפרה זאת, ואילו באשר לזכותה של שופרסל לבטל את החוזה, בגין הפרה זו - אדון בפרק הבא לפסק הדין.

יא. האם בדין ביטלה שופרסל את החוזה?

על אף טענותיה הרבות של שופרסל בדבר הפרת חוזה, נראה כי עד לסוף שנת 2003 לא התלוננה שופרסל על הפרת חוזה. זאת, אף חרף מראהו הבלתי גמור של המבנה.

בפרוטוקול מסירת בניין מיום 17/05/2000 (נספח ז' לתצהירו של עבד אלקאדר) אישרה שופרסל את קבלת המושכר לשביעות רצונה על ידי מר שאול עוזרי וכך נכתב בפרוטוקול:

"על סדר היום: אישור מסירת מבנה-השטח המושכר לחברת שופרסל - כל השטח.

שאול עוזרי: הנני מאשר בזה כי חברת מוחמד עבד אלקאדר השלימה את בניית השטח המושכר לחברת שופרסל ע"פ המפרט הטכני ולפי שביעות רצוננו המלאה ביום 22 למרץ 2000 ומתאריך הנ"ל האחרייות על המבנה המושכר והעבודות שמבוצעות על ידי השוכר בהתאם לחוזה על חברת שופרסל".

עיננו רואות כי שופרסל הסכימה לקבל את המושכר, לשביעות רצונה ללא העלאת כל טענה בדבר חלקיו האחרים של המרכז המסחרי. יש לציין, כי שופרסל אף לא זימנה לעדות מטעמה את מר עוזרי, אשר קיבל בשמה את המושכר, כאשר שוב, יש לזקוף עובדה זו, לחובתה.

במכתבה של שופרסל לעבד אלקאדר מיום 25/03/2001 (נספח ה' לתצהירו של ירון אלפי) נכתב כך:

"בהמשך לפגישת עבודה מיום 18/03/2001 בה ביקשת משופרסל

כדלקמן:

פירוט:

כי נשלם את מלוא דמי השכירות למרות שידוע לך כי החנות אינה מגיעה לתוצאות ולטענתנו בין השאר עקב כך שהמרכז אינו מאוכלס באופן מלא מיום הקמת המרכז."

ובהמשך :

"נכבד ההסכם תוך כדי מחאה נשלם את דמי השכירות במלואם".

אכן, מציינת שופרסל במכתב זה, כי המבנה אינו מאוכלס, אך אינה מזכירה ולו ברמז, כל טענה באשר להפרת הסכם.

ביום 24/07/2003 שלחה שופרסל לעבד אלקאדר מכתב נוסף (נספח ו' לתצהירו של ירון אלפי) וכך כתבה :

1. הפעלת החנות בשפרעם גורמת לנו הפסדים רבים. על פי חישובים שלנו עלינו להפחית 100 אלף ₪ מהעלויות בכדי לאזן את החנות.
2. פדיון החנות בשנת 2002 עמד על 2.66 מיליון ₪ לחודש בממוצע (ללא מע"מ).
3. פדיון החנות בשנת 2003 בששת החודשים הראשונים, עמד על 2.32 מיליון ₪ לחודש בממוצע.
4. על מנת לסייע לנו, אבקש את התייחסותך במתן ההנחה לשנה.
5. בשנת ההנחה אנו נכניס סעיף האומר שאם 3.2 מהפדיון יהיה גבוה משכ"ד שנשלם לך, אנו נעביר לך את ההפרש (שכ"ד או הפדיון הגבוה מביניהם).

אף במכתב זה, לא ציינה שופרסל דבר בדבר הפרת ההסכם, אלא רק את קשייה בהפעלת המרכז.

כך נראה, כי מיום כניסתה למושכר במרכז המסחרי, לא טענה שופרסל דבר בדבר הפרת הסכם השכירות. מכתביה מעידים כי המרכז שהוקם במושכר לא היה כה ריווחי. על כן ביקשה הנחה. עם זאת לבקשת ההנחה מעולם לא צורפה התראה בדבר הפרת החוזה ו/או דרישה לתיקון הפרת חוזה. כך עד לספטמבר 2003. במכתבה מיום 02/09/2003 (נספח ז' לתצהירו של ירון אלפי) העלתה שופרסל לראשונה, את נושא ההפרה ותיקונה, וכך כתבה :

"לצערנו הרב טרם תיקנתם את הפרותיכם כאמור במכתבינו הקודמים ולא קימתם את הבטחותיכם שבאו בעקבות המכתבים

שנשלחו. כך לדוגמא: לא התחלתם בביצוע עבודות לתיקון הנזילות בתקרת המושכר ובמקומות נוספים בחנות וזאת על אף שתקופת הקיץ מתקרבת לסיומה".

ובהמשך:

"בנוסף לא חלה כל התקדמות בבניית המרכז המסחרי בהתאם להתחייבויותיכם בהסכם-דבר המסב למרשתי נזק רב. כפי שידוע לכם, והדבר מוצא ביטוי גם בהסכם, מרשתי התקשרה עמכם בהסכם שכירות על יסוד ההנחה כי המושכר יהווה חלק ממרכז מסחרי פעיל אשר ימשוך אליו לקוחות. בפועל החנות של מרשתי הינה היחידה הפועלת במקום, עבודות הפיתוח לא הושלמו ולמעשה פועלת החנות בליבו של אתר בנייה נטוש כאשר לא נעשה דבר מצידכם כדי לקדם את הפרויקט".

במכתב זה טוענת שופרסל כי עבד אלקאדר לא תיקנה את הפרותיה, זאת על אף הודעותיה הקודמות של שופרסל. בהתאם לטענה זו, מן הראוי היה כי שופרסל תציג מכתבים קודמים, בהם התריעה על הפרת חוזה אך לא כך. שופרסל לא הציגה בפני בית המשפט כל מכתב ו/או הודעה שנשלחה לעבד אלקאדר בדבר הפרת חוזה קודם ל-02/09/2003.

יתרה על כך, שופרסל שלחה הודעה בדבר ביטולו של החוזה לעבד אלקאדר רק ביום 02/12/2003 (נספח י"ז לתצהירו של ירון אלפי).

בסעיף 8 לחוק התרופות, נקבע דרך לביטול החוזה, בשל הפרתו לאמור:

"ביטול החוזה יהיה בהודעת הנפגע למפר תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על ההפרה; אולם במקרה האמור בסעיף 7 (ב) ובכל מקרה אחר שהנפגע נתן למפר תחילה ארכה לקיום החוזה - תוך זמן סביר לאחר שחלפה הארכה".

חוק התרופות אינו קובע את אופן הודעת הביטול. הודעת ביטול אפשר שתעשה בין בכתב ובין בהודעה בעל פה, הגשת כתב תביעה, או דרישה להשבה. ואולם, על נפגע מהפרה יסודית, הרוצה בביטול החוזה, לשלוח הודעת ביטול בתוך זמן סביר. אי מתן הודעה בתוך זמן סביר, יכולה שתביא למצב בו מייחס הדין לצד הנפגע בחירה בקיום החוזה ושלילת זכותו לביטול החוזה.

אף סעיף 20 לחוק החוזים קובע:

"ביטול החוזה יהיה בהודעת המתקשר לצד השני תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על עילת הביטול, ובמקרה של כפיה - תוך זמן סביר לאחר שנודע לו שפסקה הכפיה."

בספרם של דניאל פרידמן, נילי כהן, "חוזים", כרך ב', עמ' 1099-1098 [1992] נאמר:

"מן הרגע שבו מתחילים למנות את המועד שבו יש להפעיל את ברירת הביטול, עומד לרשות המתקשר "זמן סביר". פרק זמן ממושך מדי עשוי להעניק לנפגע יתרון בלתי הוגן, בכך שיאפשר לו להמתין להתפתחויות הכלכליות ולתכנן צעדיו בהתאם לכך. הוא גם עשוי לפגוע יתר על המידה בצד השני הממשיך להאמין שהחוזה עומד בתוקפו והעשוי לפעול לאור הנחה זו."

ובחמש:

"הוראות סעיף 20 לחוק החוזים וסעיף 8 לחוק התרופות מבהירות כי אי מתן הודעה במועד הוא עניין העומד בפני עצמו, ואיננו רק ראייה לכוונתו של המתקשר. הדבר גורר אובדן ברירת הביטול, בין אם המתקשר התכוון לכך ובין אם לאו. זהו "אישור" החוזה מכוח הדין".

"סבירותו" של הזמן לפי סעיף 20 לחוק החוזים היא מן הדברים שאין להם שיעור. כפי שנאמר בע"א 760/77 - בן עמי נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד לג(3), 567 עמ' 575-576 [1979] מפי כב' השופט ברק (כתוארו אז):

"סבירותה של הודעת הביטול, באשר למועד נתינתה, משתנה ממקרה למקרה. יש ותקופה קצרה של מספר ימים תיראה כבלתי סבירה (השווה ע"א 650/73 שמעון לוי נגד האניה "איריני" ובעליה, פ"ד כח (1) 505) ויש ותקופה ארוכה של שבועות וחודשים תיראה כסבירה. הכל תלוי במהות החוזה וטיבו, ובחנתנהגותם של הצדדים".

ובע"א 395/83 - אריה שלום נ' יכין חק"ל, חברה חקלאית בע"מ, פ"ד לט (2), 737 עמ' 740-741 [1985] נאמר על ידי כב' הנשיא שמגר (כתוארו אז) כי:

"סבירותו של הזמן לצורך מסירת הודעת הביטול איננה נמדדת על פי אמות מידה כלליות ומופשטות המנותקות מההקשר העובדתי (ע"א 760/77 בן עמי נ. בנק לאומי, פד"י ל"ג(3) 575, 567, אלא נבחנות בכל

**מקרה לאור מכלול נסיבותיו אם כי יש כמובן תקופות שהן כה ארוכות
עד שהן בלתי סבירות בכל הנסיבות."**

לטעמי, אין התנהגותה של שופרסל מהווה הודעת ביטול תוך זמן סביר. כך אנו רואים, כי לאורך כל הדרך, לא טענה שופרסל להפרת חוזה בשל סיבה כזו או אחרת. ממילא היא אף לא פעלה בנדון וקפאה על שמריה משך 3 שנים. ממכתביה לעבד אלקאדר נראה, כי המרכול לא היה מספיק רווחי לה. למרות זאת, העידה על עצמה כי אינה בוחרת בביטול החוזה. היא עצמה טוענת במכתבה מיום 02/09/2003 כי היא התקשרה עם עבד אלקאדר בחוזה על יסוד ההנחה כי המושכר יהווה חלק ממרכז מסחרי פעיל אשר ימשוך אליו לקוחות - דבר המעיד כי טעתה בכדאיות הקמת המרכול. אין ספק, כי פרק זמן של מעלה משלוש שנים אינו מהווה "פרק זמן סביר" למשלוח הודעת ביטול. אף לו רצתה שופרסל להשיב לעצמה את זכותה לבטל את החוזה, היה עליה ליתן לעבד אלקאדר אורכה לתיקון ההפרה.

ברע"א 7956/99 - שיכון ופיתוח לישראל בע"מ נ' עיריית מעלה, פ"ד נו(5), 779 עמ' - 787-788 [2002] נקבע:

"ההלכה הינה כי עם חלוף הזמן הסביר למתן הודעת ביטול, אין לבטל החוזה אם ניתן לפרש את חלוף הזמן כויתור הנפגע על זכות הביטול. לעומת זאת, אם חרף חלוף הזמן הסביר, אין הנפגע מוותר על זכות הביטול, כי אז לא רוכש לעצמו המפר חסינות מלאה מפני ביטול. אכן, ההלכה הינה, כי אם ההפרה בעינה עומדת בזמן בו מבקש הנפגע לבטל את החוזה, אין כל צידוק להעשיר את המפר על חשבון הנפגע. בכוחו של הנפגע לבטל את החוזה, ובלבד שהוא מעניק למפר אורכה סבירה לקיימו, ומבטל החוזה בתוך זמן סביר לאחר מתן האורכה (ע"א 71/75 מרגליות נ' אברבנאל, פ"ד כט(2), 652, 657; ע"א 464/81 מפעלי ברוך שמיר חברה לבנין ולהשקעות בע"מ נ' הוד, פ"ד לז(3) 393, 403-405; ע"א 283/81 ג'קוב קומפני (ישראל) בע"מ נ' החברה לפיתוח חוף אילת בע"מ, פד לז(3), 658, 666; ע"א 442/83 קס נ' קס, פ"ד לח(1) 777, 767; ע"א 670/89 מקור פיתוח עירוני בע"מ נ' קרון, פ"ד מה(3) 14, 7). (הדגשה שלי - ב.א.)

בענייננו, לא הוכיחה שופרסל כי נתנה לעבד אלקאדר כל ארכה שהיא לתיקון ההפרה. לאור דברים אלה אני קובע כי אף על אף העובדה כי עבד אלקאדר לא השלימה את הבניה, נשללה זכותה של שופרסל, בהעדר מתן ארכה, לביטול החוזה. טענתה של שופרסל, כי סעיף 17.11.2 מותיר בידה את ברירת הביטול במידה ועבד אלקאדר לא תתמיד בבניה, אף היא דינה להידחות. שכן, שופרסל ידעה, משך זמן רב, כי הבניה

באתר אינה נמשכת ואף על פי כן לא עשתה דבר בנדון. נראה, כי רק עם ההבנה כי מרכול זה אינו רווחי, גמרה אומר בליבה לעשות צעד. שימוש בסעיף זה לאחר זמן רב, בו לא עשתה דבר בנידון, ואף לא העלתה טענה בדבר הפרת חוזה, מהווה חוסר תוס לב מצידה של שופרסל.

לאור האמור, אני קובע, כי שופרסל ביטלה את החוזה עם עבד אלקאדר שלא כדין, ובכך, עם הפסקת קיום חיוביה על פיו, יש לראותה כמי שהפרה את החוזה.

41. כאמור, שופרסל אף לא הביאה כל ראיות לפחיתה בהכנסותיה מן המרכול עקב הפרת החוזה. על כן, אין מקום אף לקבל את טענתה כי הינה זכאית להפחתת דמי השכירות על פי הוראת סעיף 9[א] לחוק השכירות והשאיילה. מה עוד, שלטענת עבד אלקאדר, טענה אשר לא נסתרה, הופחתו דמי השכירות כדי 60% עקב מצב המבנה.

יב. ציוד שהושאר במרכול:

42. כאמור, אחת המחלוקות, הנתונות בין בעלי הדין, נוגעת לציוד, אשר הותקן במושכר על ידי שופרסל. על פי הוראת סעיף 13.6.2.4, אמורה שופרסל להותיר במושכר פריטים, שיחוברו, חיבור של קבע לקירות המושכר, כלשון הסעיף:

"בתום תקופת השכירות או האופציה לפי העניין, כל שינוי ו/או תוספת כאמור המחברים חיבור של קבע לקירות המושכר [למעט מה שניתן להפרדה פיזית] ישארו בבעלות המשכיר ללא שלשוכר תהיה זכות לקבלת פיצוי ו/או החזר כלשהו בגינם."

סוגיית הפריטים מקטגוריה זו, נדונה כבר בשלבים המוקדמים של ההתדיינות, עת מנעה עבד אלקאדר משופרסל לפנות את המושכר. נוכח חילוקי הדעות בין בעלי הדין באשר לפריטים אלה, מונה על ידי בית המשפט מומחה, אשר בדק את הפריטים וחיווה דעתו באשר לסיווגם. בהחלטתי מיום 8.7.04 קבעתי, לאחר חקירת המומחה, ושמיעת טיעוני בעלי הדין בסוגיה, מהם פריטי הציוד אשר יפורקו ויוצאו מן המושכר, ומהם פריטי הציוד אשר יותרו על כנם.

לטענת שופרסל, נותרו מספר פריטים, אליהם התייחס המומחה בחוות דעתו, ואשר הותרו במושכר על פי החלטתי האמורה, אשר היה מקום להורות על הוצאתם, והם: לוח חשמל מודולרי, מערכת אזעקה, מערכת גילוי אש, מתקני תפיחת בצק, רכות לוח חשמל, ארונות מצברים, לוח חשמל של מיזוג האוויר, ארונות חשמל לפיקוד על המקררים, מדחסי מערכת המיזוג המרכזית ומדחסי מקררים.

מנגד, טוענת עבד אלקאדר, כי בין פריטים אלה, קיימים גם פריטים אשר שופרסל ויתרה על הוצאתם בדיון שהתקיים ביום 7.7.04.

עוד טוענת עבד אלקאדר, כי נוכח חקירתו של העד מטעם שופרסל, מר ישראל ניב, עולה כי זה לא קרא כלל את חוות הדעת של המומחה - כך שאין מקום לשעות לטענתו כי המומחה הטעה את בית המשפט. עוד טוענת עבד אל קאדר בטיעוניה, כי שופרסל לא הוכיחה את ערכם של פריטי הציוד. שכן, המדובר בציוד משומש, בעוד שהשווי שנקבע, מתייחס לציוד חדש. עוד היא טוענת כי אף לא הוצגו ראיות לעניין זה.

43. בהחלטתי מיום 8.7.04, הבעתי עמדתי באשר לכוונת הצדדים באשר לציוד במושכר. וכך קבעתי:

כעולה מההוראה שבסעיף 13.6.3.4, הרי כל פריט המחובר חיבור של קבע לקירות המושכר, יישאר בבעלות המשכיר. כאמור, "המשכיר" לצורך החוזה הינו המשיבה. הצדדים הדגישו לצידה של הוראה זו, את המילים "למעט מה שניתן להפרדה פיזית". הוראה זו קובעת למעשה דבר והיפוכו. מחד, כל המחובר חיבור של קבע, יישאר בבעלות המשיבה. מאידך, פריטים המחוברים חיבור של קבע, והניתנים להפרדה פיזית, יוצאו מגדרה של ההוראה. ומכאן, שאף פריטים קבועים, אשר קובעו בחיבור של קבע, אך ניתן להפרידם, לא יהוו חלק מן הפריטים אשר יועברו לבעלות המשיבה.

בסעיף 13.7 נקבעה הוראה דומה. אלא שבסיפא לסעיף זה, מופיעה פסקה נוספת לפיה "הפרדה פיזית כאמור תבוצע על ידי השוכר ללא פגיעה בלתי ניתנת לתיקון במבנה המושכר".

בהוראה זו יש משום תוספת להוראה הקודמת, שכן, היא מבארת את הביטוי "ניתן להפרידם" אמור מעתה: פריטים, המחוברים, חיבור של קבע לקירות המבנה, אשר ניתן להפרידם, וזאת כאשר ההפרדה ניתנת לתיקון, לא יישארו בבעלות המשיבה.

ואם סברנו כי המילים "ניתנת לתיקון" אף הם טעונים הבהרה, הרי בא סעיף 16 לחוזה ומבהיר, בסיפא לו, מונח זה, ומפרט כי הכוונה היא להפרדה פיזית אשר תבוצע ללא עקירה, שבירה או

**הריסה, ובלבד שהשוכר יתקן כל נזק שנגרם עקב הפרדה זו
ויחזיר המצב לקדמותו".**

יש לציין, כי בסיכומיהם לפני, אין הצדדים משיגים על הדרך בה נקטתי בהחלטתי הנ"ל. מכאן, אין לי אלא להסיק כי ההחלטה, והכללים שהותוו בה, קבילים עליהם, ובהתאם לה אף התייחסו בסיכומיהם לרוב פרטי הציוד.

44. כאמור, לאורה של הקביעה דלעיל, ולאחר קבלת חוות הדעת השמאית וחקירת השמאי בבית המשפט, הגעתי לכלל מסקנה כי נמצא ציוד רב, אשר על אף הגדרתו כציוד קבוע על ידי השמאי, ניתן היה להפרידו ללא גרימת נזק. בהתאם למסקנה זו, אף תוריתי על הוצאתם של פרטי ציוד אלה. כמו בהחלטתי הקודמת, אף כיום איני רואה לנכון לאפשר הוצאתם של הפריטים, אשר נתבקשו על ידי שופרסל למעט מתקני ההתפחה, שכן אלה הותקנו דרך קבע במבנה, והפכו להיות חלק ממתקניו. מנגד, מתקני ההתפחה הינם פריטים המשמשים את המרכול, ואינם חלק מן המבנה.

נכון אמנם, כי במושכר נותרו פריטים רבים, אשר ניתן לפרקם ממקומם באמצעים טכניים פשוטים. כך הוא טיבה וטבעה של עבודת בניין - במבנים מותקנים מתקנים שונים, כגון: ברזים, מפסקי חשמל, דלתות וחלונות, לוחות חשמל וכיוצא באלה. כל אלה ניתן להוציאם, ללא כל קושי.

כך, דרך משל, אין כל קושי לפרק את מפסקי החשמל מן הקירות באמצעות מברג, את הדלתות להסיר מעל ציריהן או מסילותיהן, ואת הצנרת לפרק באמצעות מפתח שרברבים. עם זאת, ברי כי לא לכך כיוונו בעלי הדין. על כן, הפרדתי למעשה, בין פריטים, המחוברים חיבור של קבע, והמהווים אף חלק מן המבנה, כמבנה, ולאו דווקא מבנה המשמש למרכול - כאשר הם מהווים חלק בלתי נפרד מן המבנה, לבין פריטים ספציפיים, אשר תפקידם לשרת את המרכול, ואשר לפי טיבם אמורים לשמש, חלק מן המבנה. כך, דרך משל מדפים בחנות מהווים משום ריהוט, גם אם הוצמדו, באמצעות אביזרים הולמים, כגון ברגים ו"דיבלים", לקירות או רצפת המרכול, ואינם חלק מן המבנה.

נוכח האמור, איני רואה מקום לקבל את טענות שופרסל, המבקשת להוציא פריטים, אשר הפכו להיות חלק מן המבנה, גם אם פירוקם אפשרי. בהתאם, לא מצאתי מקום לשנות מהחלטת הביניים שלי, ולהורות על העברת פריטים נוספים לשופרסל. זאת פרט למתקני ההתפחה. המדובר במתקנים שאינם מהווים חלק מן המבנה, אלא משום ציוד וריהוט, המשמש את המאפיה שבמרכול. מתקנים אלה, ניתנים היו לפירוק והוצאה, ומן הראוי היה לאפשר לשופרסל להוציאם מן המרכול.

על כן, אין לי אלא לחזור על קביעתי, כי הפריטים הנטענים על ידי שופרסל, אינם אלא פריטים שחוברו חיבור של קבע למבנה למען יהיו חלק ממנו. על כן, אין להוציאם מן המושכר.

45. עוד טוענת שופרסל, כי קיימים פריטים נוספים אשר נשמטו מחוות דעתו של המומחה מטעם בית המשפט, אשר באים בגדר "ציוד נייד", אשר היה מקום להוציאם מן המושכר. לטענת עבד אלקאדר, לא הוכיחה שופרסל, כי במהלך הכנת חוות דעתו של המומחה נשמטו פריטי הציוד אותם היא מציינת.

מקובלת עלי טענת שופרסל גבי ציוד שנשמט מחוות דעתו של השמאי. שכן, בחוות דעת משלימה שהגיש השמאי לבית המשפט ביום 28.7.2004, צרף השמאי רשימה משלימה של פריטי ציוד, אשר נשמטו בעת עריכת רישום הציוד בביקורים קודמים, ואשר מוגדרים על פי החלטתי דלעיל, כרכוש נייד אשר ניתן לפינוי. אין ספק בליבי, כי אכן מדובר בציוד וריהוט השייכים לשופרסל, כאשר מן הראוי היה לאפשר לשופרסל להוציאם.

להלן רשימת הפריטים, כמופיע בחוות דעת המומחה:

1. מקרר עמידה [נירוסטה] מתוצרת קארי - 8,000 ₪.
 2. מזגן עילי מתוצרת עצמה - 10,000 ₪.
 3. ארון משרדי ממתכת - 2 דלתות - 1,060 ₪.
 4. משור סרט לחיתוך בשר - 30,000 ₪.
 5. מזגן עילי מתוצרת עצמה - 10,000 ₪.
 6. שולחן משרדי - משטח, רגלי מתכת, 3 מגירות [מגירה אמצעית חסרה] - 2,342 ₪.
 7. ארון לציוד תקשורת [מתכת עם דלת חזית מזכוכית] - 2,000 ₪.
 8. מדף אחסון / תצוגה כבד - 6 רגליים + 15 במות.
 9. מדף אחסון / תצוגה כבד 2 רגליים מגולוונות + מדפי נירוסטה.
 10. מדף אחסון / תצוגה כבד 3 רגליים + מדפים מגולוונות.
 11. מדף אחסון / תצוגה כבד 3 רגליים + 6 במות.
 12. מדף אחסון / תצוגה כבד 3 רגליים + 6 במות.
 13. מדף אחסון / תצוגה כבד 3 רגליים + 6 במות - 13,000 ₪.
- מחיר כולל לפריטים 8 עד 13.

הואיל ולא ניתן לשופרסל להוציא פריטים אלה, הרי שעל עבד אלקאדר לשלם לשופרסל את ערכם, ובנוסף אף את ערכם של מתקני התפחה [סך 90,000 ש"ח].

מחירי הפריטים הנ"ל, נלקחו חלקם מנספח א' לתצהירו של ישראל ניב וחלקם מנספח ד' לחוות דעת המומחה מטעם בית המשפט.

המומחה קבע את ערכם של כל הפריטים האמורים. התלבטותם האם זכאית שופרסל לקבל את ערכם כחדשים. עם זאת, נוכח העובד כי חלפו מספר שנים, כך שממילא היה מקום לחוסיק על שווי הפריטים הפרשי הצמדה וריבית, ואשר עבד אל קאדר נהנית מפריטים אלה, אשר אלמלא הושארו במרכול, היה עליה לרכוש חדשים במקומם, אני קובע כי עבד אל קאדר תשלם לשופרסל את ערכם הנומינלי ליום הגשת התביעה.

סך הכל על עבד אלקאדר לשלם לשופרסל סך של 166,402 ₪.

התביעה שכנגד

דמי שכירות עבור רבעון אחרון-2003 י"ג

47. במסגרת תביעתה הנגדית, פותחת עבד אלקאדר ותובעת הפרשי דמי שכירות, אשר תופחתו על ידי שופרסל באופן חד צדדי ושלא כדין, בגין הרבעון האחרון של שנת 2003.

לטענת עבד אלקאדר, שופרסל הפחיתה את דמי השכירות והניהול בשיעור של 50% באופן חד צדדי. כך שבפועל, שילמה לה שופרסל דמי שכירות ודמי ניהול עבור חודש וחצי ולא עבור שלושה חודשים, כפי שהוסכם בין הצדדים. לשיטתה, הפחתה זו בוצעה שלא כדין, ובניגוד להוראות הסכם השכירות. על כן, דורשת עבד אלקאדר תשלומם של סכום זה.

מאחר וקבעתי בתביעה העיקרית, כי שופרסל לא היתה זכאית לבטל את הסכם השכירות עם עבד אלקאדר, ולא הוכיחה את שיעור הפחיתת ערך הנכס, אין לי אלא לקבוע כי היא אף לא היתה זכאית להפחית את דמי השכירות והניהול בגין הרבעון האחרון של שנת 2003, באופן חד צדדי, בשיעור של 50%, מבלי להביא ראיה כי היתה זכאית לכך, ומהו שיעור ההפחתה לו הינה זכאית. על כן זכאית עבד אלקאדר כי שופרסל תשלם לה את הסכומים המוסכמים על פי החוזה שבין בעלי הדין.

לאור האמור, על שופרסל לשלם לעבד אלקאדר 50% מדמי השכירות והניהול בגין הרבעון האחרון של שנת 2003.

חישוב:

סעיף 11.1 לחוזה קובע "בתקופת השכירות ישולמו דמי שכירות בסך של \$10.50 (עשר דולר וחמישים סנט) לחודש לכל מ"ר של שטח המושכר לצורך תשלום דמי שכירות".

על כן:

$$\$41,895 = 3990 \text{ מ"ר} \times \$10.50$$

בסעיף 11.3 לחוזה נקבע "בנוסף לתשלום דמי השכירות כמפורט בס"ק 11.1 ו-11.2 לעיל, ישלם השוכר למשכיר דמי שכירות בסך \$5.25 (חמש דולר ועשרים וחמישה סנט) לחודש לכל מ"ר של שטח הרמפה המקורה בשטח הפריקה, הטעינה וחצר והמשק, כמסומן בצבע צהוב בתוכניות".

על כן:

$$\$420 = 80 \text{ מ"ר} \times \$5.25$$

ובסעיף 12.3 לחוזה נקבע "השוכר ישלם לחברת האחזקה בתקופת השכירות והאופציה, (במידה ותמומש) עבור ובנגד ביצוע המפורט בס' 13.1 להלן, דמי ניהול למ"ר בסכום השווה ל-60% מסכום דמי הניהול למ"ר ... ובכל מקרה סכום שלא יעלה על \$1.5 למ"ר..."

ומכאן:

$$\$5985 = 3390 \text{ מ"ר} \times \$1.5$$

יוצא, כי על שופרסל לשלם לעבד אלקאדר סך של \$48,300 לחודש שכירות. מאחר ושופרסל לא שילמה עבור חודש וחצי עליה להוסיף לתשלום סך של \$24,150. על שופרסל לשלם עבור הרבעון האחרון של שנת 2003 סך כולל של - \$72,450.

סעיף 11.6 לחוזה קובע כי "דמי השכירות יתורגמו לשקלים חדשים עפ"י שער הדולר היציג כפי שפורסם ביום 3.482-10/10/97 ש"ח לכל דולר, וממועד זה ואילך יהיו צמודים למדד הצרכן החל ממדד הצרכן היסודי ועד למדד החדש".

$$168,180.6 \text{ ₪} = 3.482 \times \$48,300$$

$$84,090.3 \text{ ₪} = 3.482 \times \$24,150$$

$$252,270.9 \text{ ₪} = 84,090.3 + 168,180.6$$

לאור האמור על שופרסל לשלם לעבד אלקאדר סך של 252,271.9 ₪. סכום זה ישא הפרשי הצמדה למדד המחירים לצרכן, מיום 10.10.97 ועד ליום 19.1.04 (ובסך הכל 295,799 ₪) ומיום זה ישא הפרשי הצמדה וריבית כחוק.

יד. ההפרש בין סכום השכירות לסכום הריאלי

47. לטענת עבד אלקאדר, עם כריתת הסכם השכירות, זכתה שופרסל למספר הטבות מסחריות. בין היתר ניתנה לה הנחה בדמי השכירות והניהול, כך שדמי השכירות והניהול הועמדו על סכום המשקף 60% בלבד משיעורם הריאלי. לשיטתה, הנחה זו ניתנה לשופרסל לאור התחייבותה לשכור את המושכר לטווח ארוך. מאחר ושופרסל הפרה התחייבות זו מבקשת עבד אלקאדר לחייבה במלוא דמי השכירות והניהול, בהתעלם מההנחה האמורה.

48. לטענת שופרסל, אין יסוד בדין לחיוב שוכר בתשלום רטרואקטיבי, המגלם דמי שכירות שונים מאלו שהוסכמו עימה. לטענתה, דמי השכירות בהסכם גילמו דמי שכירות ריאליים ואמיתיים וכי לא ניתן לנסות כיום להתחקות אחר דמי שכירות דמיוניים, שאולי, אמורה היתה לשלם לעבד אלקאדר.

49. מקובלת עלי טענת שופרסל.

עבד אלקאדר לא הוכיחה כי דמי השכירות שהוסכמו אינם דמי שכירות ריאליים. דמי השכירות, אשר על שופרסל לשלם, נקבעו בהסכם השכירות בין הצדדים. לא מצאתי בהסכם כל עדות ואף לא רמז כי הוסכם על הצדדים כי ישולם סכום מופחת. אף עדותו של מר עבד אלקאדר בעניין זה נשמעה כמתחמקת, וכך ענה בעדותו:

"ש. תאשר לי שדמי השכירות של טרקלין חשמל שנגבו מהם בפועל היו כמו שכתוב בהסכם.

ת. חייב להיות.

ש. במסגרת התצהיר שלך אתה טוען שנתת לשופרסל הנחות וירדת לקנטים.

ת. נכון.

ש. והנה בא טרקלין חשמל לא עם 4000 מ"ר אלא 270 מ"ר ומקבל את אותם דמי שכירות שמקבל שופרסל, 10.5 דולר למ"ר. איזה הנחה נתת לשופרסל.

ת. תבדוק את החוזה. החוזה של שופרסל בזמנו היה חתום על דולרים שנהפך להיות לשקלים. 10.5 שלהם זה לא אותו 10.5 שלהם כי הדולר קפץ. לא זוכר ערך הדולר אז.

ש. מה היה שער הדולר כשחתמת את ההסכם עם שופרסל.

ת. לא זוכר בעל פה זה נבדק בזמנו. כשנתיים או שלוש היה הדולר שלוש ומשהו וכטרקלין חתם היה ארבע ומשהו כאשר במקביל עלה המדד באחוזים נמוכים ביותר פחות מהדולר. שנית, השוק השתנה וכנסנו למיתון הידוע לכולם.

- ש. אתה לא יודע להגיד לי כרגע מה היה שער הדולר וגם לא בכמה עלה המדד של שופרסל.
- ת. אני לא רואה חשבון.
- ש. אולם השמחות, תאשר לי שאם מחלקים את דמי השכירות שהוא שילם לך על פני תקופת השכירות יוצא שהוא משלם פחות משישה דולר למטר.
- ת. לא עשיתי חשבון הזה, אבל אסור לי גם לקשור זה עם זה כי כל חוזה בפני עצמו. צריך לבדוק לגבי כל אחד מה הוא משקיע. אחד רוצה שאני אשקיע עד רמת שלד והשני רוצה גמר.
- ש. עיריית שפרעם משלמת לך 5 דולר למטר.
- ת. לא זוכר, צריך לבדוק.
- ש. מה שכתוב בהסכם זה מה שהיא משלמת.
- ת. כן.
- ש. את אולם השמחות נתת בגמר מלא.
- ת. צריך לבדוק בהסכם, מה שכתוב זה יתבצע.
- ש. תפתח בבקשה את ההסכם, נספח י' 3 לתצהירך.
- ת. העד מעיין בהסכם.
- ש. באולם האירועים יש גמר מלא.
- ת. כן. זה מה שכתוב בהסכם."
- (עמ' 70 - 71 לפרוטוקול)

עדותיו זו של עבד אלקאדר מעלה, כי טענתו בדבר הענקת הנחה לשופרסל בדמי השכירות, אינה מבוססת. שכן, אף יתר העסקים, אשר שכרו מבנה במרכז המסחרי, זכו לתנאים דומים. יתכן אמנם, כי עבד אלקאדר הסכימה להפחית את שיעור דמי השכירות בהתחשב במצבו הלא גמור של המרכז המסחרי, אולם, אין לקבוע כי הסכמה זו היתה מותנית בתנאי כלשהוא. על כן, לא מצאתי מקום וכל הצדקה שהיא בדיון, לחייב את שופרסל לשאת בהפרש שבין דמי השכירות ששילמה, לבין ערכם הריאלי, כפי הנטען על ידי עבד אלקאדר.

טו. דמי שכירות וניהול בתקופת התערכות

50. לטענת עבד אלקאדר, היה על שופרסל, אשר החזיקה במושכר עד ליום 26/07/2004, לשלם לה דמי שכירות וניהול עבור הרבעון הראשון לשנת 2004. מנגד, טוענת שופרסל, כי עבד אלקאדר לא זכאית לדמי שכירות וניהול בגין התקופה שלאחר 19.1.04. שכן, שופרסל לא הפעילה מרכול פעיל אחרי יום ה-19/01/2004.

לטענתה, מתאריך ה-19/01/2004 מנעו ממנה נציגי עבד אלקאדר את האפשרות לחוציא ציוד מהמושכר.

כן טוענת עבד אלקאדר, כי על שופרסל לשלם לה דמי שכירות וניהול בגין התקופה בה חיפשה שוכר חדש למושכר. לטענתה, אלמלא הפרה שופרסל את החוזה היתה זוכה לתקופה בת 6 חודשים, בהם יכלה לאתר שוכר חלופי. שכן סעיף 10.2 לחוזה מחייב את שופרסל להודיע לה 6 חודשים מראש האם ברצונה לממש את תקופת האופציה.

בתגובה טוענת שופרסל, כי העיכוב במסירת החזקה במושכר נבע אך ורק מהתעקשותה חסרת תום הלב של עבד אלקאדר, למנוע הוצאת ציוד מן המושכר. עוד טוענת שופרסל, כי עבד אלקאדר לא הוכיחה כל נזק, שנגרם לה מעזיבתה של שופרסל את המושכר. על כן יש לדחות טענתה זו.

51. מאחר וטענותיה של עבד אלקאדר בדבר תשלום דמי שכירות בגין הרבעון הראשון של שנת 2004 וטענתה בדבר תשלום דמי שכירות בתקופת ההערכות חופפות, בשים לב שהרבעון הראשון נוגע לתקופה שברובה היתה לאחר הגשת התביעה, איני מוצא מקום לדון בשתיחה. שכן בהעלאת טענות אלו יחדיו יש משום דרישה בלתי ראויה לכפל פיצויים, בגין תקופה זהה בה טרם הושבה החזקה במושכר לידי עבד אלקאדר - אשר חופפת אף לתקופת ההערכות, ואף חרגה מחוץ למסגרת התביעה. משכך מצאתי לנכון להתייחס לטענה בדבר פיצויים בגין אבדן דמי שכירות לתקופת ההערכות בלבד.

מקובלת עלי טענת עבד אלקאדר באשר לעניין זה. כידוע הזכות לפיצויים נובעת מכל הפרה של החוזה. פיצוי יכול שינתן כסעד יחיד ויכול שיצטרף לסעד אכיפה או סעד של ביטול. זכותו של הנפגע לפיצוי כספי, נועדה להגן על אינטרס הציפיות אשר בא בדמותו של אינטרס הנפגע להינות מן החוזה. (ראה, גבראלה שלו, "דיני חוזים", (עמ' 575-576 מהדורה שניה, תשנ"ה). איני מקבל את טענת שופרסל, לפיה לא הוכיחה עבד אל קאדר נזק שנגרם לה כתוצאה מהפינוי. במקרה דנן, עם עזיבתה של שופרסל את המושכר נגרם לעבד אלקאדר נזק של חסרון דמי השכירות עליהם הסתמכה, שעה שטרם קיבלה חזרה לחזקתה את המושכר, והיתה זכאית להודעה מוקדמת של שישה חודשים קודם להפסקת השכירות. תקופה זו אף חופפת ברובה לתקופה בה עמד המרכול ריק ולא שולמו לה דמי שכירות. על כן, מצאתי כי תשלום של 6 חודשי שכירות, יהיה משום פיצוי הולם בגין הפרת החוזה. זאת לאור העובדה כי בסעיף 10.2 לחוזה בין הצדדים, נקבע, באשר לתקופת האופציה, כי על שופרסל ליתן התראה של 6 חודשים מראש אם ברצונה לממש את תקופת האופציה, וזאת על מנת לאפשר לעבד אל קאדר להעריך.

52. לאור האמור, אני קובע כי על שופרסל לשלם לעבד אלקאדר פיצוי עבור 6 חודשי שכירות. כאמור כבר קבעתי, כי דמי השכירות החודשיים על פי החוזה, עמדו על סך של $168,180.6 = \$48,300$ ₪.

משכך, על שופרסל לשלם לעבד אלקאדר סך של $168,180.6$ ₪ 6X חודשים = $1,009,083.6$ ₪. סכום זה ישא הפרשי הצמדה למדד המחירים לצרכן מיום 10.10.97 ועד ליום 19.1.04 (ובסך הכל 1183,200 ₪) ומיום זה, ישא הפרשי הצמדה וריבית.

ט"ז תגבלת תחרות

53. לטענת עבד אלקאדר, שופרסל סיכלה את ההתקשרות בינה לבין רשת חדד פארם, אשר הייתה אמורה להפעיל במרכז המסחר חנות מסוג "פארם", תוך שהיא נסמכת על סעיף 8 לחוזה, שענייננו תגבלת תחרות. לשיטתה, סעיף 8 להסכם מהווה משום "הסדר כובל" כמשמעו בסעיף 2(ב)(4) לחוק ההגבלים העסקיים. שכן, הוראת הסעיף הגבילתה ו/או מנעה בעדה להשכיר יחידות במרכז, למרכולים אחרים, או לחנויות מסוג פארם. עוד היא טוענת, כי על פי הסיכום בינה לבין רשת חדד פארם, היתה חדד פארם אמורה לשכור יחידה במרכז המסחרי משך כ-10 שנים. כאשר דמי השכירות היו אמורים לעמוד על סך של $4,900$ \$ לחודש בצירוף מע"מ, ודמי הניהול היו אמורים לעמוד על $1,225$ \$ לחודש בצירוף מע"מ. משכך, היא טוענת, כי על שופרסל לפצותה בגין ההכנסות שהיו צפויות לה במסגרת ההתקשרות עם חדד פארם.

לטענת שופרסל, מדובר בתניה מקובלת ולגיטימית לחלוטין, אשר אין צד יכול לכפור בחוקיותה ובתקינותה. עוד היא טוענת כי ההסכם שנחתם הינו תולדות הסכמות מפורשות אליהן הגיעו הצדדים. אשר התייחסו אף לסוגיית הבלעדיות. בנוסף, טוענת שופרסל, כי אם חפצה בכך עבד אלקאדר, יכלה להתקשר עם חדד פארם וליטול על עצמה את הסיכונים הנובעים מכך. עוד טוענת שופרסל כי לו מדובר היה בהסדר כובל, יכלה רשת חדד פארם לעתור לבית המשפט למתן אפשרות לפתיחת סניף. לשיטתה, עבד אלקאדר אינה יכולה לטעון כנגד הסכם, אשר היא צד לו, ובאותה נשימה לטעון להיותו גנוע ופסול. מעבר לכך לא הוכיחה עבד אלקאדר כי המדובר בהסדר כובל.

54. איני מקבל את טענת עבד אלקאדר.

סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים מגדיר הסדר כובל כך:

"הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בינו ובין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם צד שאינו צד להסדר".

כדי שסעיף הגבלה ייחשב להסדר כובל עליו לקיים את כל התנאים הבאים:

א. ההסדר נעשה בין בני אדם המנהלים עסקים.

ב. אחד הצדדים מגביל עצמו.

ג. ההגבלה היא כזו העלולה למנוע או להפחית תחרות בעסקים.

ד. הפגיעה הצפויה בתחרות הינה בין הצד עליו הוטלה המגבלה לבין הצדדים האחרים להסכם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר.

מבחינת התנאים האמורים, נמצא כי רובם של התנאים התקיימו במקרה דידן.

ענייננו בהסדר בין גופים המנהלים עסקים. עבד אלקאדר הגבילה את עצמה כשהתחייבה לא להתיר פתיחת חנות נוספת מסוג של מרכול על סוגיו והגבלה זו עלולה לפגוע בתחרות. נמצא כי שלושה התנאים הראשונים התקיימו.

האומנם התקיים גם התנאי הרביעי?

נראה לי שהתשובה לכך שלילית.

עבד אלקאדר אינה עוסקת בהפעלת מרכולים לסוגיהם, וממילא הפגיעה הצפויה אינה בתחרות בין הצדדים להסדר. החלופה האחרת היא, כי ההגבלה פוגעת בתחרות בין הצד, שעליו הוטלה ההגבלה, לבין אדם שאינו צד להסדר. כאמור, מי שעליו הוטלה ההגבלה היא עבד אלקאדר, ומאחר וזו אינה עוסקת בהקמת מרכולים, לא התקיים התנאי החלופי, לפיו ההגבלה פוגעת בתחרות בין עבד אלקאדר לבין אדם שאינו צד להסדר. יתר על כן, בסעיף 8 להסכם נקבע:

"על אף האמור לעיל, מוסכם בזאת כי במרכז המסחרי יופעלו העסקים הבאים: בית קפה לצריכת מזון ומשקאות במקום, מסעדה לצריכת מזון ומשקאות במקום, עסק למכר מזון מהיר לצריכת מזון ומשקאות במקום, וכן בית מרקחת של חברת סופר פארם או ניו פארם, כאשר בית המרקחת כאמור יהא במתכונת הקימת של סופר פארם או ניו פארם במועד חתימת הסכם זה".

כך שטענת עבד אלקאדר, לפיה הוגבלה זכותה להשכיר יחידות לחנויות פארם אינה מדויקת.

לפיכך, לדעתי אין מדובר בהסדר כובל במובנו של סעיף 2 (א) לחוק ההגבלים העסקיים.

55. מעבר לכך, מן העובדות שנקבעו בפסק הדין עולה, כי הכללת התניה המגבילה בחוזה בין הצדדים התבססה על הסכמתה המפורשת של עבד אלקאדר. עניינו, לאמתו של דבר, איננו אלא במי שנטלה על עצמו התחייבות חוזית מפורשת, בגינה קיבלה תמורה כספית, ועתה מבקשת היא להשתחרר מהתחייבותה, באופן רטרואקטיבי. טיעוניה המפורטים לא שכנעונו שאילוצי הדין, הקבועים בחוק ההגבלים העסקיים, כופים עלינו לאפשר למי שנטל על עצמו את ההתחייבות החוזית האמורה, לחמוק מקיום התחייבותו.

איני פטור מלהעיר הערה על תום ליבה של עבד אלקאדר, בהעלותה טענה זו. עבד אלקאדר התקשרה בהסכם עם שופרסל כבר בשנת 1998. בעלות הדין קיימו אותו עד לסוף שנת 2003 כאשר עבד אלקאדר שאפה להמשיך ולקיימו, וזאת לאחר האירוע הנוגע ל"חדד פארם". דומה, כי עצם העלאת הטענה בדבר הסדר כובל, בשלב זה, אינו מעיד על תום לב מצד עבד אלקאדר. במשך כל שנות ההתקשרות מעולם לא טענה עבד אלקאדר כי מדובר בהתחייבות בלתי חוקית, מעולם לא ביקשה לבטלה ומעולם לא פנתה להכשירה. הטענה מועלית רק בעיתוי זה, בו הגישו הצדדים תביעות האחד כנגד השני. מותר דומני לומר שטענה כזאת, ובנסיבות כאלה, דבקה בה סירכא של אי הגינות.

י"ז נזקי המבנה שמקורם בפירוק המרכול ופינויו.

56. לטענת עבד אלקאדר, בהחלטתו מיום 08/07/2004 קבע בית המשפט, כי לאחר הוצאת הציוד מהמושכר, על שופרסל להחזיר את המצב לקדמותו. לשיטתה, בחוות דעתו של השמאי מטעם בית המשפט, קבע האחרון כי שופרסל גרמה למבנה נזקים שונים ואף לא השיבה את המצב לקדמותו. לדבריה, היא פנתה לשופרסל כדי שזו תבחן את מצבו של המושכר, אך פניה זו נותרה ללא כל מענה. עוד טוענת עבד אלקאדר כי עם תפיסת החזקה במושכר ביקר במושכר שמאי מטעמה במטרה לאמוד את נזקי הפינוי ואת עלויות השבת המצב לקדמותו אשר נאמדו על ידו בסך של 190,000 ₪. לטענתה, מאחר ששופרסל לא השיבה את המצב לקדמותו היא נאלצה לעשות זאת בעצמה ועל חשבונה.

- לטענת שופרסל, טענה זו מהווה הרחבת חזית אסורה. לשיטתה, אם רצתה עבד אלקאדר לתבוע בגין סעד זה היה עליה לעתור לתיקון כתב התביעה מטעמה. משלא עשתה כן, אל לו לבית המשפט להידרש לטענתה זו.

- איני מסכים עם טענת שופרסל.

אכן, האיסור "להרחיב חזית" עיקרו בכך שבעל דין אינו רשאי לחרוג מגדר המחלוקת, כפי שהוצבה בכתבי-הטענות, אלא אם כן נענה בית-המשפט לבקשתו לתקן את כתבי-טענותיו, או אם הצד שכנגד נתן לכך את הסכמתו, במפורש או מכללא (ע"א 759/76 צביה, רמי ו-משה פז נ' יצחק נוימן, פ"ד לא(2) 169 (1977); ע"א 3199/93 יוסף קראוס נ' ידיעות אחרונות בע"מ ו, פ"ד מט(2) 843 (1995)).

המחבר יואל זוסמן, בספרו 'סדרי הדין האזרחי', (מהדורה שביעית, 1995), סובר, בעמ' 329, כי:

"לפעמים יש ובעלי הדין מתקנים כתב טענות בשתיקה, על ידי שמנהלים את המשפט בפסים שונים מאלה שנקבעו לו בכתבי הטענות, ואם עשו כן, לא תישמע לאחר מכן הטענה - ובוודאי לא בדרגת הערעור - כי בית המשפט לא צריך היה לסטות מאפיקי המשפט כמו שסומנו בכתבי הטענות".

ובהמשך:

הכלל: כאשר שוכנע בית המשפט, שהצדדים הסכימו במפורש או מכללא, לנהל את המשפט שלא בהתאם לכתבי הטענות, בין שהתעלמו מטענה שנטענה שם, ובין שהתדיינו על טענה שלא נטענה בהם, במקרה כזה לא ישמש הנימוק הפורמלי של סטיה מכתבי הטענות, עילה לפסילת הדיון....". [יואל זוסמן, שם בעמוד 332].

חיזוק לדעתי, כי שופרסל הסכימה להרחבת החזית, מצוי גם בפרוטוקול, שם מצא לנכון בא כוח שופרסל לחקור את השמאי מטעמה של עבד אלקאדר בדבר נזקי הפינוי. כך אני מוצא, כי שופרסל הסכימה מכללא להרחבת החזית ולחוספת ראש נזק זה, שאם לא כן, היה עליה להודיע לבית המשפט כי היא מתנגדת להעדתו ולחקירתו של השמאי. על כן אני קובע כי טענה זו תשמע.

57. לגופו של עניין, טוענת שופרסל, כי חוות הדעת, שהוגשה מטעם עבד אלקאדר, מופרכת לחלוטין. כן היא טוענת, כי השמאי מטעמה של עבד אלקאדר לא ערך סקר מחירים עצמאי, אלא קיבל את נתוניה של עבד אלקאדר כתורה מסיני. לשיטתה, הואיל ועבד אלקאדר הינה חב' בניה גדולה, אין כל יסוד לתשיבי העלויות, כפי שהוצגו בחוות הדעת מטעמה, שכן אלה מתייחסות לעלויות בהם נושא אדם מן השורה המתקשר עם קבלן חיצוני.

58. מקובלת עלי טענת עבד אלקאדר.

אכן בהחלטתי מיום 08/07/2004 קבעתי כי:

"לאחר הוצאת הפריטים, יבקר השמאי(השמאי מטעם בית המשפט) במבנה, בתיאום עם הצדדים, ולא יאוחר מאשר תוך 17 יום מהיום, על מנת לעמוד על ביצוע עבודות השבת המצב לקדמותו והתיקונים הנדרשים, לרבות תיקוני ריצוף, חיפויים, אטימת חורים שנוצרו כתוצאה מהפירוק ושאר נזקים שנגרמו עקב פירוק הציוד, אשר יוצא מהמבנה".

בחוות דעת נוספת של השמאי מיום 26/07/2004, שנערכה לאחר פינוי הציוד מהמושכר על ידי שופרסל, כתב השמאי כך:

"עקב שיטת הסרת הציוד ע"י השחזת ברגים במקום הברגתם החוצה, בחלק מנקודות הצבת מקררי אמבטיה יהיה צורך לחצוב את הרצפה סביב הדיבל על מנת לאפשר את חילוצו ולתקן את הבטון וכמובן את אריחי הריצוף שנפגעו".

וכן,

"לא בוצעה כל עבודה על מנת "להחזיר את המצב לקדמותו".

ובהמשך:

"בעת פינוי הרכוש נגרמו נזקים לדלתות, משקופים, אריחי חיפוי, עמודי המבנה, קירות ונעקרו אריחי ריצוף".

לאור האמור, אין חולק כי נגרם למושכר נזק בעת פינוי הציוד. השאלה שנותרה בפנינו אם כן, היא מהו אומדן הנזק.

59. כאמור, הגישה עבד אלקאדר חוות דעת מטעמה, לפיה אומדן נזקי הפינוי עומד על סך של 190,000 ₪. שופרסל נמנעה מלהמציא חוות דעת נגדית, והסתפקה בחקירת המומחה, אשר נותר איתן בדעתו, באשר לנזקי המבנה ועלויותיהם. לעניין זה, מסכים אני עם טענת שופרסל, לפיה העלויות הנקובות בחוות הדעת, מתייחסות לעלותן לקבלן חיצוני, כאשר במקרה דנן עבד אלקאדר - חב' קבלנית גדולה, תיקנה בעצמה את נזקי הפינוי, עובדה המפחיתה את עלות התיקונים באופן ניכר.

אף מעדותו של המומחה מטעמה של עבד אלקאדר, מר יובל ברנוב, עלה כך:

- ש. תאשר לי שאם מר עבד אלקאדר, קבלן גדול ומעסיק פועלים, והעלויות שלו יהיו נמוכות יותר מהעלויות בחוות הדעת.
- ת. עשיתי חוות דעת כאילו קבלן חיצוני. אני מניח שבאופן מועט. (עמ' 65 לפרוטוקול)

יתרה על כך, נראה כי חוות דעתו מר ברנוב הסתמכה רובה ככולה על אסמכתאות, אשר הציגה בפניו עבד אלקאדר, ולא על סמך אסמכתאות חיצוניות.

- ש. רשמת לפרק אלומיניום 28,000 ₪ לפי חוות דעת של קבלן אלומיניום, תאשר לי שלא אתה קיבלת את ההצעה הזאת, לא אתה הזמנת את ההצעה מקבלן האלומיניום, אלא עבד אלקאדר?
- ת. מאשר.
- ש. ברור שלבעל הנכס יש אינטרס לנפח את המחיר. אתה קיבלת את חוות הדעת, אמרת שהיא נראית לך סבירה והשארית אותה. למה לא הזמנת אפילו לא הצעה אחת של מישהו מטעמך כדי לוודא באמת מה המחיר הראוי?
- ת. בסעיף הספציפי הזה, מנסיוני ומבירורים שעשיתי, זו הצעה סבירה בהחלט של תיקוני אלומיניום.
- ש. הרי אתה על כל פריט יכול להגיז לי בעיניי זה סביר. אם אתה רוצה להיות מומחה רציני, אתה צריך לתמוך דברך באסמכתאות. האם לא היה עדיף בעיניך לקבל אסמכתאות מטעמך בנושא עלויות התיקון.
- ת. סביר בעיני.
- ש. מי קיבל את ההצעה מ"רב בריח"?
- ת. הנתבעת.
- ש. אני אומר לך שהמחירים פה כמעט מוכפלים הם ב- 40% גבוהים מהמחירים של רב בריח. למה לא ביקשת הצעה לפריטים האלה, בעצמך?
- ת. אני גם עובד עם "רב בריח" ומקבל הצעות, כמו שראית את מידות הדלתות, הם לא רגולריות ואיני חושב כלל שהמחיר שניתן הוא מוגזם.
- ש. למה לא ביקשת הצעה מטעמך?
- ת. בדקתי את זה.
- ש. עם מי בדקת את זה?
- ת. עם אנשי רב בריח. עם מר מנדי.
- ש. אם כבר בדקת עם מנדי מכפר בריח, מה יותר פשוט שישלח את ההצעה שלו בפקס. למה לא עשית את זה?
- ת. מאותה סיבה. (עמ' 63-64 לפרוטוקול)

ובהמשך-

- ש. תאשר לי שגם את חוות הדעת של "מעלה מהנדסים בע"מ" לא אתה הזמנת?
- ת. מאשר.
- ש. וגם אותה אימצת ככתבה וכלשונה.
- ת. נכון.
- ש. איזה השכלה יש לך בחשמל?
- ת. אני מהנדס בניין.
- ש. למה לא טרחת לבדוק הצעות אחרות לעבודות התיקון בחשמל בנכס?
- ת. להערכתך הצעה זו סבירה. (עמ' 64 לפרוטוקול)

לבסוף, מאשר מר ברנוב כי האסמכתאות עליהן מבוססות חוות דעתו, נתקבלו כולן מעבד אלקאדר.

- ש. תאשר לי שכל האסמכתאות שצורפו לחוות דעתך, הן אסמכתאות שקיבלת אותן מעבד אלקאדר והוא אשר הזמין.
- ת. אני מאשר למעט חוות הדעת השמאית אשר ניתנה עבור בית משפטי". (עמ' 64 לפרוטוקול).

לטעמי, אין חוות דעתו של מר ברנוב מבוססת כראוי באשר לעלות. אם בשל העובדה כי כולה מבוססת על אסמכתאות המזמינה, ואם בשל העובדה כי במקרה דנן המזמינה אשר הינה חברה קבלנית, ביצעה בעצמה את עבודות התיקון. לאור דברים אלה אני קובע כי יש להפחית מאומדן נזקי הפינוי כפי שנקבעו בחוות דעתו של מר ברנוב סך של 40% בגין עלות זולה יותר לקבלן. שכן, אין ספק כי כאשר הקבלן עצמו מבצע עבודות, הוא לא חב לשלם תשלומים בגין הרווח הקבלני.

על כן, אני קובע כי על שופרסל לשלם לעבד אלקאדר, את העלויות השבת מבנה המרכול למצבו הקודם בשיעור של $[190,000 \times 60\%] = 114,000$ ₪.

י"ח סוף דבר

60. נוכח קביעותי בפסק דין זה לעיל, ולאחר שדחיתי את רוב טענותיה של שופרסל בתביעתה העיקרית, תוך קבלת חלק מזערי מהן. מנגד, קבלתי חלק ניכר מטענותיה של עבד אלקאדר בתביעתה הנגדית, הרי באה העת לסכם את התוצאות:

- א. בתביעה העיקרית תשלם עבד אלקאדר לשופרסל סך 166,402 ₪, בגין פריטים שהושארו בנכס.
- ב. בתביעה הנגדית, תשלם שופרסל לעבד אלקאדר סך 295,794 ₪ בגין תשלומי הרבעון האחרון לשנת 2000, וכן פיצויים בגין אובדן דמי שכירות בסך 1,183,200 ₪, ובסך הכל 1,478,999 ₪.
- ג. שופרסל תשלם לעבד אלקאדר סך 114,000 ₪ בגין תיקון נזקים שנגרמו למבנה המרכול.

כל הסכומים ישאו הפרשי הצמדה וריבית מיום הגשת התביעה [19.1.04] ועד לתשלום המלא בפועל. שופרסל זכאית לקזז את הסכום שנפסק לזכותה מן הסכומים בהם חוייבה.

אני קובע כי שופרסל תישא בהוצאות עבד אלקאדר בגין חוות דעת המומחים מטעמה, וכן 50% מסכום האגרה ששילמה, ובנוסף תשלם לה שכ"ט עו"ד בסך 100,000 ₪, בצירוף מע"מ. סכומי ההוצאות ישאו הפרשי הצמדה וריבית מיום שהוצאו בפועל, ואילו שכ"ט עו"ד ישא הפרשי הצמדה וריבית מהיום ועד לתשלום המלא בפועל.

ניתן היום ט"ו בכסלו, תשס"ח (25 בנובמבר 2007) בהעדר.

על המזכירות להמציא העתק פסק דין זה לצדדים.

בנימין ארבל 1013/04-54678313

בנימין ארבל, שופט

א00103/04מירב

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה