



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 3179/19

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופט א' שטיין

המערערת: נאש רמות בע"מ

נ ג ד

המשיבים: 1. מדינת ישראל - משרד הבינוי והשיכון
2. רשות מקרקעי ישראל
3. שיכון ופיתוח לישראל בע"מ
4. ארזים (ג. י.א) בע"מ
5. נחמן דברת
6. יעקב שמשון
7. מייק אוקנין

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו
(השופט הבכיר י' פרגו) אשר ניתן ביום 19.3.2019 בת"א
42398-10-12

תאריך הישיבה: כ"ו באדר התשפ"א (10.03.2021)

בשם המערערת: עו"ד דוד זילברבוים; עו"ד יוחאי שפירא

בשם המשיבה 1: עו"ד אביטל קלר; עו"ד אסנת דפנה

בשם המשיבה 3: עו"ד שרון באום

בשם המשיבה 4: עו"ד ליאור דגן; עו"ד דני בלקין

פסק-דין

השופט א' שטיין:

1. מה דינה של חבות בדמי פיתוח קרקע אשר נרכשה על ידי גורם פרטי מרשות מקרקעי ישראל ואחר כך נמכרה על ידי אותו גורם לגורם פרטי אחר מבלי שמבצע עבודות הפיתוח – משרד הבינוי והשיכון – קיבל את תמורתן?

אנו דנים בשאלה זו ובשאלות הנלוות אליה, חלקן סבוכות למדי, לאחר שלא עלה בידינו להביא את בעלי הדין לפתרון מוסכם של הסכסוך — ובעקבות הודעתם על כך אשר נמסרה לנו ביום 25.5.2021.

העובדות

2. שאלה זו ניצבת לפנינו בערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו (השופט הבכיר י' פרגו) אשר ניתן ביום 19.3.2019, בת"א 42398-10-12, על רקע מערכת החוזים המיוחדת שנקשרה בין בעלי הדין: מדינת ישראל (להלן: המדינה); חברת שיכון ופיתוח בע"מ (להלן: שו"פ); חברת נאש רמות בע"מ (להלן: נאש); וחברת ארזים (ג.י.א.) בע"מ (להלן: ארזים). בפועלה באמצעות רשות (אז מינהל) מקרקעי ישראל (להלן: רמ"י), המדינה העבירה לבעלותה של שו"פ (בין היתר) ארבעה מגרשים במסגרת חילופי קרקעות. מגרשים אלו נמצאים באתר רמות בעיר באר-שבע ורשומים כחלקות 11, 13, 26 ו-27 בגוש 38375 (להלן: המגרשים). זרועה האחרת של המדינה, משרד הבינוי והשיכון (להלן: משב"ש), ביצעה במגרשים אלו, באמצעות קבלניה, עבודות פיתוח (להלן: עבודות הפיתוח) שבגינן לא שולמה לה תמורה (להלן: דמי הפיתוח) עד עצם היום הזה.

3. הסכם המכר מיום 28.11.1994, שבאמצעותו העבירה רמ"י את המגרשים לשו"פ (להלן: הסכם רמ"י-שו"פ), חייב את שו"פ בתשלום דמי הפיתוח למדינה. חיוב זה נקבע בסעיפים 6(ב) ו-12(3) להסכם רמ"י-שו"פ בזו הלשון:

6. מסים ותשלומי פיתוח:

...

(ב) הרוכש מתחייב לשאת בכל מסי ואגרות פיתוח מכל סוג שהוא, הוצאות הפיתוח החלים ו/או שיחולו על הנכס, כגון הוצאות הקשורות בחיבור חשמל, אגרות צינורות מים וביוב סידור מים, התקנת ביוב, סלילת כבישים ומדרכות וכיוצא בהם. הרוכש מתחייב להחזיר סכומים אלה למוכר — אם ישולמו על ידו — תוך 14 (ארבע עשר) יום מיום שהמוכר ידרוש ממנו לעשות זאת וכן מפעם לפעם. הרוכש מצהיר כי סכום מסים, אגרות הוצאות הפיתוח הרובצים על הנכס עד ליום חתימת חוזה זה ידוע גם לו, הוא מתחייב במידה ולא נלקח בחשבון במחיר הנכס לשלם סכום זה למוכר ו/או לרשות המקומית ו/או לרשויות המוסמכות האחרות — הכל לפי

הנסיבות – ובהתאם להוראות המוכר תוך 14 (ארבע עשר) יום מיום דרישתם בכתב. המוכר לא יענה לכל טענות ומענות של הרוכש בקשר להוצאות הפיתוח הנ"ל.

...

12. תנאים מיוחדים:

...

3. ידוע לרוכשים כי כל הוצאות הפיתוח אשר יחולו על השטח ישולמו על ידם.

4. ביום 28.11.1999, שלח משב"ש דרישת תשלום ראשונה לשו"פ בעבור דמי הפיתוח בסך של 16,000,000 ש"ח (סכום שעודכן למדד 11/2000 ביום 14.1.2001 לסכום של 17,261,446 ש"ח) (להלן: דרישת התשלום הראשונה). דרישת התשלום הראשונה נדחתה על ידי שו"פ במכתבה מיום 10.3.2002, אשר גם הציע למשב"ש מספר "אלטרנטיבות" "על מנת לפתור את הבעיה". יתרה מכך: במכתב ששוגר לרמ"י ולמשב"ש בתאריך 4.8.2002, הודיעה שו"פ נחרצות כי לא חלה עליה שום חובה לשלם את דמי הפיתוח. משב"ש השיב להודעה זו ביום 8.10.2002 באמצעות מכתב שהפנה את שו"פ לאמור בסעיף 12(3) להסכם רמ"י-שו"פ אשר מטיל על שו"פ חובה מפורשת לשלם את דמי הפיתוח. ביום 15.12.2002 התקיימה ישיבת הנהלה משולשת בה נטלו חלק נציגי רמ"י, משב"ש ושו"פ ונעשה ניסיון להגיע לפשרה בדרך של הפחתת דמי הפיתוח – ניסיון אשר לא הניב פרי. לבסוף, ביום 18.1.2004, שיגר משב"ש מכתב לשו"פ בו הוצעה הנחה בשיעור של 30% מדמי הפיתוח המלאים. גם להצעה זו שו"פ לא נתנה את הסכמתה ולא שילמה בעד עבודות הפיתוח למרות דרישותיו החוזרות ונשנות של משב"ש.

5. למרות סירובה של שו"פ להיענות לדרישות התשלום של דמי הפיתוח, בשנת 2007 הושלמה העברת המגרשים לבעלותה בלשכת רישום המקרקעין. העברה זו בוצעה, מן הסתם, ללא התנגדות של רמ"י.

6. ביום 15.8.2008, נחתם הסכם מכר בין שו"פ לנאש – היא המערערת בהליך דנן. במסגרת הסכם זה, מכרה שו"פ את המגרשים לנאש תמורת סך של 5,760,000 ש"ח (להלן: הסכם שו"פ-נאש). באשר לדמי הפיתוח, קבע הסכם שו"פ-נאש כדלקמן:

2. הצהרות המוכר

המוכר חוזר ומצהיר ומאשר את כל האמור במבוא להסכם זה וכן כי:

...

2.3 המוכר לא נדרש ולא שילם לרשות המקומית ו/או לוועדה המקומית תשלום כלשהו בגין הוצאות פיתוח ו/או אגרות והיטלי פיתוח בגין המגרשים ואלה יחולו אך ורק על הקונה.

3. הצהרות הקונה

הקונה מצהיר, מאשר ומתחייב כי:

...

3.2 ידוע לקונה ומוסכם עליו כי כל אגרות והיטלי פיתוח בגין המקרקעין יחולו עליו בלבד, בין אם החבות לתשלומם חלה לפני חתימת הסכם זה ובין אם זו תחול או תוטל לאחר מכן, והכל בכפוף ומבלי לגרוע מהאמור בס"ק 2.3 לעיל.

...

9. מיסים והוצאות

9.1 כל המיסים, האגרות, ההיטלים, ותשלומי החובה למיניהם, מכל מין וסוג שהוא, בגין פיתוח כללי ו/או צמוד המתייחסים למקרקעין (להלן – "הוצאות פיתוח"). בין שהחבות לתשלומם עד לתאריך חתימת הסכם זה ובין לאחריו – יחולו על הקונה וישולמו על ידו.

(ההדגשה הוספה – א.ש.).

7. בחלוף שנה ממועד חתימתו של הסכם שו"פ-נאש, ביום 17.9.2009, נחתם הסכם מכר שלישי במספר, בין נאש לארזים (להלן: הסכם נאש-ארזים). בגדרו של הסכם נאש-ארזים, מכרה נאש לארזים את המגרשים במחיר כולל של 14,400,000 ש"ח. הסכם זה, אף הוא כלל בתוכו התייחסות מפורשת לדמי הפיתוח בקבעו כי החובה לשלם, ככל שתוטל, תחול על נאש ועליה בלבד. קביעה זו מופיעה בסעיף 4(א) להסכם נאש-ארזים; וזאת לשונו:

עוד מובהר כי אם יחול תשלום למשרד השיכון – בין במישרין ובין בעקיפין – בגין המגרשים ו/או הקרקע מכל מין וסוג שהוא, יחול וישולם תשלום זה במלואו ע"י המוכר (להלן: "החיוב למשרד השיכון"). המוכר מתחייב להסדיר כל תשלום ו/או דרישת תשלום בקשר עם החיוב למשרד השיכון באופן מיידי ובכל מקרה כך שלא ייגרם עיכוב כלשהו בהוצאת היתרי הבנייה למגרשים ע"י הקונה. כל תביעה ו/או דרישה שמקורה בחיוב למשרד השיכון תטופל ע"י המוכר, והמוכר יישא בכל העלויות,

ההוצאות ו/או הנזקים הכרוכים ו/או הנובעים מתביעה
ו/או דרישה כאמור.

8. ביום 24.10.2012 הגישה המדינה תביעה כספית לבית המשפט המחוזי תל אביב-יפו נגד שו"פ, נאש וארזים, ביחד ובנפרד. תביעה זו דרשה כי הנתבעות, ביחד או לחוד, תשלמנה למדינה את דמי הפיתוח בתוספת מע"מ, ובצירוף הפרשי הצמדה וריבית כדין. תביעה זו התבססה על דיני חוזים ודיני עשיית עושר ולא במשפט. במסגרתה, טענה המדינה, בין היתר, כי בהתאם לנוהל משב"ש "נוהג המשרד לחייב את בעל הקרקע בתשלום הוצאות פיתוח במועד בו "נהנה" בעל הקרקע בפועל מעבודות הפיתוח, דהיינו במועד בו ניתן לבעל הקרקע היתר בניה על הקרקע" (ראו: סעיף 15.2 לכתב התביעה). לצד זאת, טענה המדינה כי משב"ש נוהג לשלוח לבעלי מגרשים דרישות תשלום מוקדמות, על אף שאינם חייבים עדיין לשלם את דמי הפיתוח – זאת, בין היתר, כדי לאפשר לבעלי המגרשים "ליהנות מהחלטות ממשלה בדבר מתן סובסידיות בנוגע לעבודות פיתוח ובכך אף לדרכן אותם] (ראו: סעיף 15.3 לכתב התביעה).

9. הנתבעים חלקו על טענות אלה; וכפי שניתן היה לצפות, בארזים לא נפלה שלהבת: היא הגישה נגד נאש הודעת צד ג' בה דרשה כי נאש תשפה אותה בגין כל חיוב בדמי הפיתוח אם ייפסק שהיא – ארזים – חייבת לשלם למדינה תשלום כלשהו בעד עבודות הפיתוח במגרשים. ארזים שלחה הודעות צד ג' גם למדינה ולשו"פ, אולם להליכים אלה אין כל חשיבות, ועל כן לא אפרטם. תחת זאת, אציין את עיקר ההגנה: טענת ההתיישנות שהועלתה על ידי שו"פ נגד המדינה. טענה זו התבססה על חלוף התקופה – מעל שבע שנים – מהיום שבו, לטענת שו"פ, התגבשה אצל המדינה עילת התביעה. לטענת שו"פ, עילה זו התגבשה לכל המאוחר בשנת 2002, שבמהלכה היא – שו"פ – השמיעה באוזני המדינה, וחזרה והשמיעה, את סירובה העיקש, המנומק והבלתי מתפשר לשלם למדינה את דמי הפיתוח. לצד זאת, העלתה שו"פ את טענת השיהוי וטענות הגנה נוספות. נאש וארזים הצטרפו לטענת ההתיישנות ולטענות הגנה נוספות אשר הועלו על ידי שו"פ. הצטרפותה של ארזים לטענות אלו לוותה, כאמור, במשלוח הודעות צד ג' לנאש, לשו"פ ולמדינה.

10. ביום 21.8.2016, אחרי שמיעת הוכחות, קבע בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו כי נאש חייבת לשלם למדינה את דמי הפיתוח – זאת, הן מכוח דיני החוזים והן מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. בית המשפט קבע כי בפרק הזמן הקצר אשר מפריד בין הסכם שו"פ-נאש לבין הסכם נאש-ארזים לא חל כל שינוי במחירי השוק של המגרשים. קביעה זו הוליכה את בית המשפט אל המסקנה כי ההפרש בין המחיר שבו נאש מכרה את המגרשים לארזים (14,400,000 ש"ח) לבין המחיר אותו היא שילמה בעד המגרשים לשו"פ (5,760,000 ש"ח) מבטא את ערכן הכלכלי של עבודות הפיתוח שבוצעו במגרשים על ידי קבלני משב"ש. נקבע כי הפרש זה – 8,640,000 ש"ח – הוא דמי הפיתוח העדכניים שעל נאש לשלם למשב"ש. באשר לבסיסה המשפטית של חבות זו, בית המשפט קבע כי נאש התעשרה שלא כדין על חשבון המדינה ועל כן היא חייבת להשיב למדינה את דמי ההתעשרות – 8,640,000 ש"ח – מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. לצד זאת, נקבע כי מאחר שנאש לא כרתה שום הסכם עם רמ"י או עם משב"ש, למדינה לא קמה עילה חוזית נגדה. כמו כן קבע בית המשפט, כי תביעת המדינה נגד נאש – באשר היא נשענת על דיני עשיית עושר ולא במשפט – לא התיישנה. זאת, מאחר שלשיטת בית המשפט נאש התעשרה על חשבון המדינה במועד מכירת המגרשים לארזים: 17.9.2009; ובין מועד זה ליום הגשת תביעתה של המדינה, 24.10.2012, לא חלפו שבע שנים.

11. באשר לתביעה נגד שו"פ – בית משפט קמא קיבל את טענת ההתיישנות שלה, תוך שהוא דוחה את שאר טענותיה נגד התביעה. בתוך כך, קבע בית המשפט כי המועד ממנו יש למנות את תקופת ההתיישנות הוא 28.11.1999 – היום שבו נשלחה דרישת התשלום הראשונה על ידי משב"ש, וזאת מאחר שביום זה התקבע החוב בגין עבודות הפיתוח לסכום מסוים שעמד לתשלום מידי, ללא אפשרות לשנות את גובה הסכום או את מועד תשלומו. בית המשפט הדגיש כי מאותו מועד ועד ליום הגשת התביעה חלפו 13 שנים. מטעם זה, נקבע כי למרות ששו"פ נתנה למדינה התחייבות חוזית לשלם את דמי הפיתוח, מן הדין לדחות את תביעת המדינה נגדה מחמת התיישנות.

12. תביעת המדינה נגד ארזים נדחתה אף היא – זאת, משום שארזים לא התעשרה על חשבון המדינה וממילא לא נטלה על עצמה שום התחייבות חוזית או אחרת לשלם את דמי הפיתוח. יתרה מכך: לשיטת בית המשפט, ארזים שילמה עבור המגרשים מחיר אשר כולל בתוכו את הוצאות הפיתוח ועל כן חיובה בתשלום דמי הפיתוח יהא בגדר חיוב כפל.

13. החלטות אלה לא סיימו את מלאכתו של בית משפט קמא – זאת, מאחר שפסק הדין שניתן על בסיסן לא היה שלם, כפי שקבע בית משפט זה ביום 15.10.2018, בגדרו של ערעור אשר הוגש על אותו פסק דין (ראו: ע"א 8244/16 נאש רמות בע"מ נ' מדינת ישראל משרד הבינוי והשיכון (15.10.2018)). קביעה זו התבססה על קבלת טענתה של נאש כי בית משפט קמא התעלם משורה של ראיות – אשר כללו תצהיר וחוות דעת שמאיות – שבאו לשלול את תזת ההתעשרות שלא כדין שאומצה על ידי בית משפט קמא בפסיקתו. בית משפט זה החזיר אפוא את התיק לבית משפט קמא עם הנחייה לשקול את הראיות המדוברות וליתן פסק דין משלים.

14. פסק הדין המשלים, שנגדו הוגש הערעור הנוכחי, ניתן ביום 19.3.2019. במסגרתו, סקר בית משפט קמא את פסק דינו מיום 21.8.2016, בחן את הראיות המדוברות וקבע כי אין בהן כדי לשנות את ממצאיו ומסקנותיו. בית המשפט חזר אפוא על האמור בפסק דינו המקורי וקבע כי נאש חייבת לשלם למדינה "סך של 8,640,000 ש"ח בתוספת הצמדה מלאה למדד המחירים לצרכן וריבית חוקית מיום 17.9.2009 ועד לתשלום בפועל בתוספת מע"מ כחוק". עוד קבע בית המשפט כי כל צד יישא בהוצאותיו.

מכאן הערעור של נאש.

טענות הצדדים

15. נאש טוענת כי היא חויבה לשלם חוב שהתיישן וכי פסק הדין קמא מרוקן מיסודו את מוסד ההתיישנות על ידי מתן פרשנות מרחיבה ושגויה מיסודה לעילה של עשיית עושר ולא במשפט.

16. כמו כן מייחסת נאש לבית משפט קמא טעויות שונות בניתוח הראיות, תוך שהיא טוענת כי הדרך בה בחר בית המשפט לחשב את שיעור התעשרותה, אף היא שגויה מיסודה באשר היא מערבת הערכות בלתי מאומתות על מצבו של שוק המקרקעין בזמנים הרלבנטיים לתביעת המדינה.

17. מנגד, שו"פ, ארזים והמדינה סומכות את ידיהן על פסק הדין קמא – כל אחת בדרכה שלה – ואינן מערערות עליו. המשיבים הפורמאליים 5, 6 ו-7 אינם קשורים למחלוקת נשוא הערעור והודיעונו כי לא ישתתפו בדיון.

18. לטענת המדינה, בית משפט קמא צדק בהחליטו לדחות את טענת ההתיישנות של נאש – זאת, בין היתר, לנוכח העובדה שבהסכם שכרתה עם שו"פ בשנת 2008 נטלה נאש על עצמה את ההתחייבות לשלם למדינה את דמי הפיתוח. כמו כן טוענת המדינה, כי בית משפט קמא צדק בקבעו כי נאש התעשרה על חשבונה לאחר שניכסה לעצמה את פיתוח המגרשים מבלי לשלם עבורו. לבסוף, טוענת המדינה כי את תקופת ההתיישנות ממילא יש למנות ממועד התעשרותה של נאש על חשבונה – דהיינו: מהמועד שבו מכרה נאש את המגרשים לארזים, 17.9.2009, כפי שקבע בית משפט קמא. המדינה סבורה כי מאחר שבין מועד זה לבין הגשת תביעתה חלפו כשלוש שנים בלבד, די בכך כדי לדחות את טענת ההתיישנות של נאש. המדינה סומכת על כך את ידיה על פסק הדין קמא ועל נימוקיו.

דיון והכרעה

19. סבורני כי בכפוף לקביעתו של סכום החבות הכספית שנאש חבה למדינה בגין עבודות הפיתוח – כפי שיוסבר ויפורט להלן – דין הערעור להידחות. ברם, טעמי לדחיית הערעור ולהצדקת עמדתה של המדינה שונים מאלו שהנחו את בית משפט קמא בפסק דינו. הנני סבור כי הסכם שו"פ-נאש הוא זה שמחייב את נאש לשלם למדינה את דמי הפיתוח והופך את המדינה לנושה ישירה של נאש, וכי חבותה זאת של נאש לא התיישנה. באשר לשיעורם של דמי הפיתוח, סבורני כי בית המשפט המחוזי שגה משקבע אותו על בסיס הנחות בלתי מוכחות בנוגע לשוק המקרקעין, ולא על בסיס ראיות קבילות. מטעם זה, דעתי היא כי עלינו להחזיר שוב את התיק לבית המשפט המחוזי עם הנחיות מתאימות להמשך הדיון; ואפרט.

הסכם שו"פ-נאש הפך את המדינה לנושה של נאש בכל הקשור לגביית דמי הפיתוח

20. המפתח לפתרון הסוגייה המרכזית אשר מונחת על שולחננו מצוי באמור בסעיפים 3.2 ו-9.1 להסכם שבין שו"פ לנאש, אשר כבר צוטטו לעיל. מפאת חשיבות ההסדר שנקבע בסעיפים אלה, אצטטם שוב:

3.2 ידוע לקונה ומוסכם עליו כי כל אגרות והיטלי פיתוח בגין המקרקעין יחולו עליו בלבד בין אם החבות לתשלוםם חלה לפני חתימת הסכם זה ובין אם זו תחול או תוטל לאחר מכן ...

9.1 כל המיסים, האגרות, ההיטלים, ותשלומי החובה למיניהם, מכל מין וסוג שהוא, בגין פיתוח כללי ו/או צמוד המתייחסים למקרקעין (להלן – "הוצאות פיתוח"). בין שהחבות לתשלומם עד לתאריך חתימת הסכם זה ובין לאחריו – יחולו על הקונה וישולמו על ידו.

(ההדגשה שלי – א.ש.).

21. הסדר זה, שאינו משתמע לשתי פנים, בא לשחרר את שו"פ מהחבות בדמי הפיתוח ולהעביר חבות זאת, יחד עם ארבעת המגרשים, אל נאש. הלשון "יחולו על הקונה" ו"עליו בלבד" – בה נעשה שימוש בשני הסעיפים – מדברת על החלת החבות מעיקרה על נאש. לשון זו מורה כי נאש תהא חייבת לשלם את דמי הפיתוח למדינה וכי המדינה, באמצעות משב"ש, תהא זכאית לדרוש מנאש את תשלומם של דמי הפיתוח.

22. כך עולה גם מתכלית ההסדר: החלת החבות בדמי הפיתוח על חברה שאמורה היתה לקבל היתר בניה לשם הקמת בתי דירות על המגרשים, ואשר נטלה על עצמה אחריות בלעדית על כל אשר ייעשה במגרשים, לרבות הסיכונים הכרוכים בפיתוחם ובביצוע עבודות הבניה בהם, כמפורט בסעיף 8 להסכם שו"פ-נאש.

23. לטעמי, החלת החבות לשלם את דמי הפיתוח על נאש בסעיפים 3.2 ו-9.1 להסכם שו"פ-נאש מהווה המחאת חבות במובנו של סעיף 6 לחוק המחאת חיובים, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המחאת חיובים) – זאת, לאחר שהמדינה הסכימה להמחאה, בין במפורש ובין מכללא, כעולה ממכתבה ששוגר לנאש ביום 6.5.2012 (נספח 25 לכתב התביעה) וכן מהאמור בסעיפים 6, 7, 27 ו-32 לכתב התביעה.

24. בהקשר זה, יצויין כי הסכמת הנושה אשר משכללת את המחאתה של חבות מכוחו של סעיף 6 לחוק המחאת חיובים נועדה להגן על הנושה בלבד (ראו: מיגל דויטש דיני המחאת חיובים 24, 319, 321 (2018) (להלן: דויטש)). מטעם זה, הנושה זכאי לתת את הסכמתו להמחאה ועל ידי כך לגבש את זכותו להיפרע מהנמחה כל אימת שהסכם ההמחאה שבין החייב לנמחה עומד בתוקף ואינו מתבטל. על כך ניתן ללמוד מניתוחה של סוגיה משפטית מקבילה אשר נעשה על ידי פרופ' דויטש בספרו הנ"ל, בהתייחסו למציאות בה לנושה אין אינטרס מיידי להסכים להמחאת החבות:

"החייב יערוך עסקת 'גב אל גב' עם הצד השלישי, מבלי לבצע המחאה. דהיינו, הצד השלישי יטול על עצמו את החבויות הנדונות, בתוך מסגרת היחסים הפנימית שבינו

לבין החייב, ויספק לחייב את האמצעים הדרושים לביצוע חביותיו של החייב כלפי הנושה. החייב המקורי נותר אפוא "בתמונה" ולצד השלישי תהיה יריבות חוזית מול החייב בלבד. שאלה מעניינת היא אם נתונה לנושה האפשרות, בתנאים כלשהם, "לחדור" אל מסכת היחסים בין החייב לבין הצד השלישי ו"לנכס" לעצמו את הזכויות של החייב כלפי הצד השלישי. התשובה העקרונית לכך היא בחיוב, וזאת מכוח עקרונות התחלופה הכלליים על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט. כאשר החייב אינו מקיים את חיובו כלפי הנושה, ניתן לגרוס כי הוא "מחזיק" בזכויות כלפי הצד השלישי "על חשבוננו" של הנושה. החייב מסתמא נתן תמורה לצד השלישי, על מנת שהלה יסכים לקחת על עצמו את החבות הנדונה, ביחסים הפנימיים שביניהם". ראו: דויטש, בעמ' 330-331 (ההדגשה הוספה – א.ש.).

25. מסקנתי זו מקבלת תמיכה נוספת מכך שבהתאם לנוהל משב"ש, כפי שכבר צויין על ידי, "המשרד נוהג לחייב את בעל הקרקע בתשלום הוצאות פיתוח במועד בו "נהנה" בעל הקרקע בפועל מעבודות הפיתוח, דהיינו במועד בו ניתן לבעל הקרקע היתר בנייה על הקרקע" (ראו: סעיף 15.2 לכתב התביעה וכן סעיף 7.7 לתצהיר עדות ראשית מטעם המדינה אשר ניתן על ידי הגב' צביה אפרתי (להלן: תצהיר אפרתי)). הווה אומר: מבחינת המדינה, בעל הקרקע ב"זמן אמת" – הזמן שבו הקרקע מתחילה להיות מנוצלת עם מתן היתר הבנייה – הוא זה שחייב לשלם לה את דמי הפיתוח (ראו: סעיפים 17 ו-19 לכתב התביעה וכן סעיפים 13-18 לתצהיר אפרתי).

26. הבנה זו לא היתה רק נחלתה של המדינה, אלא גם נחלתן של נאש ושל חברת ארזים, שכאמור רכשה מנאש את המגרשים. כך עולה מהאמור בסעיף 4(א) להסכם נאש-ארזים, לפיו "... אם יחול תשלום למשרד השיכון – בין במישרין ובין בעקיפין – בגין המגרשים ו/או הקרקע מכל מין וסוג שהוא, יחול וישולם תשלום זה במלואו ע"י המוכר [נאש – א.ש.]. מהוראה זו עולה כי הצדדים להסכם – נאש, מזה, וארזים, מזה – חזו את האפשרות שהמדינה תבקש לגבות מאחת מהן את דמי הפיתוח. עוד חשוב להדגיש, כי הלשון המותנית "אם יחול", בה בחרו נאש וארזים, שונה מהלשון הבלתי מסוייגת שבאמצעותה הוטלה על נאש החובה לשלם את דמי הפיתוח למדינה בהסכם שו"פ-נאש. הבדל חשוב זה, אף הוא מצביע על כך שההסכם שבאמצעותו שו"פ מכרה את המגרשים לנאש הפך את נאש לחייבת של המדינה ואת המדינה לנושה של נאש בכל הקשור לגבייתם של דמי הפיתוח. כפי שכבר ציינתי, האמור בסעיפים 3.2 ו-9.1 להסכם שו"פ-נאש, אשר קבעו הסדר זה, מהווה המחאת חבות (להבדיל מביצועו של חיוב חוזי באמצעות אדם או גוף אחר במובנו של סעיף 40 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973; ראו: דויטש, בעמ' 333).

27. לשיקולים שמניתי עד כה יש להוסיף את הסתמכותה הקונסטרוקטיבית (אם לא האמיתית) של רמ"י על האמור בהסכם שו"פ-נאש בעניין חבותה של נאש לשלם למדינה את דמי הפיתוח במועד שבו נרשמו המגרשים על שמה של נאש כלשכת רישום המקרקעין: 4.1.2007 (כפי שמשמע ממוצג 32 לתיק המוצגים מטעם הנתבעת בערכאה קמא). רישום זה כלל העברת זכויות של שו"פ לנאש, והוא לא יכול היה להיעשות ללא הסכמתה של רמ"י. הסכמה זו ניתנה בהתייחס להסכם שו"פ-נאש על כל רכיביו ותנאיו – זאת, בין אם אנשי רמ"י קראו הסכם זה ונוכחו לדעת כי נאש נוטלת על עצמה את החבות לשלם את דמי הפיתוח ובין אם לאו. חברת נאש נהנתה מהסכמתה של רמ"י להעברת הזכויות על שמה במסגרת ההסכם שהציגה למדינה, ובכך דיינו. בנסיבות אלו, נאש מנועה מלהתכחש לחובתה לשלם למדינה את דמי הפיתוח ולזכותה הקורלטיבית של המדינה "לחדור" אל תוך ההסכם שלה עם שו"פ ולנכס לעצמה את הזכויות לקבלת דמי הפיתוח מנאש (לפי המינוח שטבע פרופ' דויטש בספרו הנ"ל; ראו: דויטש, בעמ' 330).

28. זאת ועוד: הטלת החבות בדמי הפיתוח על נאש בהסכם שו"פ-נאש בכל מקרה נופלת בגדרה של "המחאה לרוחב", כפי שהוסברה על ידי פרופ' דויטש בספרו הנ"ל. לדברי פרופ' דויטש, המחאה לרוחב היא –

"המחאה מתימטית של החבות באופן המותיר את שני החייבים כחייבים חיוב משותף ... הנושה זוכה בחייב נוסף שממנו הוא יכול להיפרע, מבלי שייגרע דבר מיכולתו להיפרע מהחייב המקורי. הנושה זכאי לדרוש את ביצוע מלוא החיוב מכל אחד מהחייבים ... באחד המקרים שנדונו בפסיקה, בית המשפט הדגיש כי בהיעדר הסכמה של הנושה להמחאה, ניתן לכל היותר לשקול אפשרות לכך כי הנמחה יהפוך לחייב משותף עם הממחה, תוך שהנושה זכאי להיפרע באופן מלא מכל חייב". ראו שם, בעמ' 316-317; וכן ע"א 867/03 נדב נ' עו"ד מנוסביץ-פלינר, פ"ד נט(3) 241 (2004), אליו הפנה פרופ' דויטש.

29. לפיכך, גם אם נראה בהטלת החבות בדמי הפיתוח על נאש מכוחו של הסכם שו"פ-נאש המחאה לרוחב – שלמרות האמור בהסכם שו"פ-נאש אינה משחררת את שו"פ מחבותה כלפי המדינה – נגיע למסקנה כי למדינה קמה הזכות לממש את החבות האמורה בעמדה מול נאש.

30. לסיכום: נטילת החבות על ידי נאש לשלם למדינה את דמי הפיתוח יצרה יריבות משפטית בינה לבין המדינה אשר מאפשרת למדינה לגבות את דמי הפיתוח ישירות ממנה.

בהפכו את המדינה לנושה של נאש בכל הקשור לגביית דמי הפיתוח, הסכם שו"פ-נאש יצר חיוב חדש (novatio)

31. בקבעו כי המדינה תהא נושה ישירה של נאש ותוכל לגבות מנאש את דמי הפיתוח, הסכם שו"פ-נאש יצר חיוב חדש – novatio – אשר עומד בכוחות עצמו ואינו תלוי בחבות שנטלה על עצמה שו"פ בהסכם הישן שלה עם רמ"י. הדבר עולה מההוראה הקטגורית בהסכם שו"פ-נאש אשר מחייבת את נאש לשלם למדינה את דמי הפיתוח "בין שהחבות לתשלומם עד לתאריך חתימת הסכם זה ובין לאחריו" (כאמור בסעיף 9 להסכם שו"פ-נאש). הוראה חוזית זו נקבעה, כאמור, ביום 15.8.2008, בחלוף כתשע שנים מיום 28.11.1999 – היום שבו שיגר משב"ש לשו"פ דרישה לתשלום דמי הפיתוח בה הופיע סכום החבות הסופי. ברי הוא, אפוא, כי אילו בעלות החוזה, שו"פ ונאש, התכוונו לכך שההסכם שביניהן ימשיך את ההסכם הישן שבין שו"פ ורמ"י, כמות שהוא, הן היו נמנעות מלקבוע את חבותה של נאש לשלם למדינה את דמי הפיתוח – "בין שהחבות לתשלומם עד לתאריך חתימת הסכם זה ובין לאחריו" – בלשון קטגורית שאין בצדה שום סייג או תנאי. זאת, מאחר שמדובר היה בחבות ישנה של שו"פ שלפחות לכאורה ניתן היה לטעון כנגדה טענות מוכרות כדוגמת התיישנות, שיהוי וויתור. הסכם שו"פ-נאש הוא הסכם מפורט שנוסח על ידי בעלי דין מתוחכמים אשר פעלו בעסקי מקרקעין ובנייה. חזקה על בעלי דין אלו שאילו היה ברצונם להמשיך את מסלולו של ההסכם הישן שבין שו"פ לרמ"י, הם היו קובעים זאת בלשון מפורשת תוך הכללת תנאי מפורש אשר קובע כי כל הטענות שעמדו לזכותה של שו"פ באשר לחובתה לשלם למדינה את דמי הפיתוח תעמודנה גם לנאש (ראו: ע"א 7649/18 ביבי כבישים נ' עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, פסקאות 11-17 לפסק דיני ופסקאות 5-7 לפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף (20.11.2019); וכן דנ"א 8100/19 ביבי כבישים נ' עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ (19.4.2020), פסקה 17 להחלטת הנשיאה א' חיות)). תחת זאת, נקבע בהסכם שו"פ-נאש כי נאש תהא מחוייבת לשלם למדינה את דמי הפיתוח ללא כפיפות לשום תנייה סטנדרטית בדבר "שמירת זכויות", שכל עורך דין אשר עוסק בחוזים יודע לנסחה. כל זה מצביע על כך שהחבות הישנה של שו"פ לשלם את דמי הפיתוח למדינה קיבלה עיגון חוזי עצמאי ומחודש (novatio).

32. מסקנתי זו נגזרת גם ממהותם של דמי הפיתוח, כפי שזו הוסברה בתצהיר אפרתי. החובה לשלם את דמי הפיתוח מתגבשת במועד ובמעמד ההנאה מהמקרקעין המפותחים,

דהיינו: כאשר בעל המקרקעין מקבל לידיו היתר בנייה – הרשאה מטעם מוסדות התכנון לממש את זכויות הבנייה שבידו. בקבעו את אשר קבע, הסכם שו"פ-נאש העמיד את נאש מול המדינה הן לעניין ה"דבש": מימוש זכויות הבנייה על המגרשים על פי היתר הבנייה שיתקבל, והן לעניין ה"עוקץ": החבות לשלם למדינה את דמי הפיתוח לאחר קבלת ההיתר (בין אם היא מוציאה את שו"פ מגדר חייבת נוספת, ובין אם לאו). לפי המבחנים המקובלים במשפטנו, הסכם זה הוא הסכם חדש מאחר שהוא שינה באופן מהותי את ההסכם הישן אשר נכרת בין שו"פ לרמ"י – הסכם שהוצאתו מן הכוח אל הפועל נעצרה מבלי להגיע לשלב של הוצאת היתרי בנייה על ידי שו"פ.

33. זאת ועוד: ברי הוא, כי אילו המדינה היתה צד פורמאלי להסכם שבין שו"פ לנאש, לא ניתן היה כלל להטיל ספק קל בהיותו בגדר "נובציו" (ראו, למשל: ע"א 8243/16 עג'אם נ' סיטון, פסקה 4 לפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף (19.3.2019) ("העברה זו בוצעה בהסכם המשולש בדרך משפטית הידועה כנובציו" ("novation"), המרה של חוזה קיים בחוזה חדש)). במקרה שלפנינו, המדינה לא היתה אמנם צד פורמאלי להסכם שו"פ-נאש, אך לכך אין שום נפקות לאחר שידענו שהסכם זה הכיל בתוכו המחאת חיוב רגילה או, למצער, המחאה לרוחב, ועל ידי כך יצר יריבות בין המדינה, כזכאית לדמי הפיתוח, לבין נאש, כחברה אשר חייבת לשלם למדינה את דמי הפיתוח. כפי שהוסבר על ידי פרופ' דויטש בספרו הנ"ל, קיומו או העדרו של נובציו הוא בסופו של יום עניין של פרשנות (ראו דויטש, בעמ' 331); ובמקרה דנן, פרשנות ההסכם שבין שו"פ לנאש בכל הקשור להעברת החבות בדמי הפיתוח משו"פ לנאש מובילה למסקנה חד משמעית: בין אם שו"פ נשארה בתמונה כמי שעדיין מחויבת להבטיח שהמדינה, באמצעות משב"ש, תקבל את דמי הפיתוח, ובין אם לאו – נאש נטלה על עצמה חבות מפורשת ובלתי מסויגת לשלם למדינה את דמי הפיתוח. כפי שכבר ציינתי, כך עולה מהוראות ההסכם שצוטטו לעיל; ואין כל ספק שזאת גם היתה תכלית ההסכם. החיוב המקורי לשלם למדינה את דמי הפיתוח הומר בחיוב חדש אשר חל על נאש בלבד (או, למצער, על נאש ושו"פ יחדיו).

כפי שהוסבר בספרם של ששייר, פייפוט ופרמסטון בנוגע לכלל משפטי מקביל אשר חל בגדרם של דיני החוזים האנגליים:

"Novation is a transaction by which, with the consent of all parties concerned, a new contract is substituted for one that has already been made. The new contract may be between the original parties, such as where a written agreement is later

incorporated in a deed; or between different parties, such as where a new person is substituted for the original debtor or creditor". Michael Furmston, Cheshire, Fifoot & Furmston's LAW OF CONTRACT 651-652 (16th ed., 2012).

(ההדגשה הוספה – א.ש.).

34. לזאת אוסיף את אשר כבר ציינתי: המדינה ממילא הסכימה לכך שנאש תשלם לה את דמי הפיתוח במקומה של שו"פ אחרי שנודע לה על ההסכמים שבין שו"פ לנאש ובין נאש לארזים. כך עולה מהמכתב שמשב"ש שיגר לנאש ביום 6.5.2012 (נספח 25 לכתב התביעה) וכן מהאמור בסעיפים 6, 7, 27 ו-32 לכתב התביעה ומתצהיר אפרתי. לאמיתו של דבר, המדינה היתה אדישה לזהותו של משלם התמורה המלאה בעד פיתוחם של ארבעת המגרשים, כל אימת שדמי הפיתוח ישולמו לה. הדבר עולה מהמכתב שהמדינה שלחה לנאש ולארזים (נספח 25 לכתב התביעה) אחרי ששרשרת המכירות של המגרשים הובאה לידיעתה. גם מכאן ניתן ללמוד על הסכמת המדינה לכך שנאש (או ארזים) תשלם לה את דמי הפיתוח במקומה של שו"פ. הסכמתה זו מספיקה כדי ליצור את המשולש הדרוש באופן מסורתי להשתכללות הנובציו – המרת ההסכם הישן שבין רמ"י לשו"פ בשני אלו: התחייבותה של נאש, מכוח ההסכם שלה עם שו"פ, לשלם למדינה את דמי הפיתוח והסכמת המדינה שכך יהיה.

התיישנות

35. כפי שכבר צויין על ידי, בית משפט קמא קבע כי תביעת המדינה לקבלת דמי הפיתוח משו"פ התיישנה מאחר שחלוף הזמן שמפריד בין המועד בו הגישה המדינה את תביעתה לבין מועד התכחשותה של שו"פ לחובתה לשלם למדינה את דמי הפיתוח עולה על שבע שנים (ראו: סעיף 15(1) לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958 (להלן: חוק ההתיישנות)).

לדאבוני, בקביעה זו נפל מספר טעויות.

36. אפתח את הדיון במושכלת יסוד: התקופה בת שבע השנים שבחלפה לא ניתן עוד להגיש תובענה אזרחית בשאינו מקרקעין, כאמור בסעיף 15(1) לחוק ההתיישנות, "מתחילה ביום שבו נולדה עילת התובענה" (ראו: סעיף 6 לחוק ההתיישנות).

37. המדינה טענה בכתב תביעתה כי לפי נוהל משב"ש, זכותה לקבלת דמי הפיתוח מתגבשת עם מתן היתר הבנייה שמאפשר לבעל הזכויות במקרקעין ליהנות מהמקרקעין שפותחו (ראו: סעיפים 15.2 ו-15.3 לכתב התביעה). כך גם נאמר בתצהיר אפרתי (ראו שם, סעיפים 7.7-7.8). כאמור בנספח 25 לכתב התביעה (מכתב דרישה שכאמור שוגר לנאש מטעם משב"ש ביום 6.5.2012) ובסעיף 13 לתצהיר אפרתי, היתרי הבנייה הרלבנטיים הוצאו, לכל המוקדם, אחרי כריתתו של הסכם נאש-ארזים, בשנת 2009, ותביעתה של המדינה הוגשה, כאמור, בשנת 2012, כשלוש שנים אחר-כך. ראיות אלה לא נסתרו, בשעה שהנטל להוכיח את ההתיישנות, כטענת הגנה, רבץ על שכמן של נאש ושל שו"פ (ראו: טל חבקיין התיישנות 61-62 (2014); ע"א 10591/06 יפרח נ' מפעלי תובלה בע"מ, פסקה 28 לדבריה של השופטת א' פרוקצ'יה (12.7.2010)). הווה אומר: טענת ההתיישנות של נאש ושל שו"פ לא הוכחה ואפילו הופרכה באופן פוזיטיבי, ובית משפט קמא חייב היה אפוא לדחותה.

38. יתרה מכך: לאחר שידענו שהסכם שו"פ-נאש, שכאמור נכרת ביום 15.8.2008, הוא בגדר נובציו, על כורחנו מגיעים אנו למסקנה כי הסכם זה איפס את שעון ההתיישנות. זאת, מאחר שהסכם אשר נופל בגדר נובציו יוצר עילת תביעה חדשה (ראו והשוו: In re Barrett, 417 B.R. 471, 477 (2009) ("As a new contract, a novation ... will start anew any temporal reference point – for example, a statute of limitations"). בין הסכם שו"פ-נאש – שכאמור יצר את חבותה של נאש לשלם למדינה את דמי הפיתוח – לבין המועד בו הגישה המדינה את תביעתה חלפו כארבע שנים בלבד. תביעת המדינה לא התיישנה אפוא גם מטעם זה.

39. בית משפט קמא הפעיל את שעון ההתיישנות מהמועד שבו השמיעה שו"פ באזני המדינה את סירובה הנחרץ לשלם את דמי הפיתוח, אשר נדחה ליום 28.11.1999 בו שיגרה המדינה לשו"פ דרישת תשלום אשר כללה סכום סופי ומוגמר. מועד זה קדם למועד שבו שו"פ היתה מחוייבת לשלם למדינה את דמי הפיתוח: הוא המועד של קבלת היתרים לבנייה על ארבעת המגרשים. סירובה המוקדם של שו"פ לשלם את דמי הפיתוח – עיקש ככל שיהיה – לא היה אפוא בגדר הפרת חוזה כפשוטה, אלא בגדר הפרה צפויה, כמשמעה בסעיף 17 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות).

סעיף זה קובע לאמור:

"גילה צד לחוזה את דעתו שלא יקיים את החוזה, או שנסתבר מנסיבות הענין שלא יוכל או לא ירצה לקיימו, זכאי הצד השני לתרופות לפי חוק זה גם לפני המועד שנקבע לקיום החוזה, ובלבד שבית המשפט, בנתנו צו אכיפה, לא יורה שיש לבצע חיוב לפני המועד שנקבע לקיומו." (ההדגשה הוספה – א.ש.).

הוראות סעיף זה אפשרו אמנם למדינה להגיש תביעה לקבלת דמי הפיתוח משו"פ מיד לאחר סירובה לשלם, או בסמוך ליום 28.11.1999, אולם תביעה זו לא יכלה להביא לכך שבית המשפט יחייב את שו"פ לשלם למדינה את דמי הפיתוח לפני הוצאת ההיתרים לבנייה על המגרשים. מטעם זה ומסיבות נוספות, דוקטרינת ההפרה הצפויה מקנה לנפגע את הזכות ללכת באחת משתי הדרכים כדלקמן: (1) לתבוע את המפר בסמוך לסירובו לקיים את החוזה; או (2) לחכות ולראות מה יעשה המפר במועד שנקבע בחוזה לקיומו של החיוב שבו עסקינן, ואם המפר יוסיף לעמוד בסירובו, לתבוע אותו (ראו: גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 65 (מהד' רביעית, 2019) (להלן: שלו וצמח); וכן גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות 131 (2009)). זכות המדינה ללכת בדרך השנייה ולתבוע את שו"פ לאחר הוצאת היתרי הבנייה לא התיישנה אפוא, שכן היתרים אלה הוצאו רק בשנת 2009, כשלוש שנים לפני הגשת התביעה.

40. בית משפט קמא לא נתן את דעתו לעילת התביעה המאוחרת שעמדה למדינה נגד שו"פ, ולכך שהאופציה להגיש תביעה מוקדמת מכוחו של סעיף 17 לחוק התרופות היא בגדר ברירה בידי הנפגע אשר אינה גורעת מזכותו להגיש את תביעתו נגד המפר רק אחרי שההפרה תשנה את מעמדה מהפרה צפויה להפרה ממשית. מדובר אפוא בטעות נוספת.

41. יחד עם כך, מאחר שבסופו של יום בית המשפט מצא כי נאש חייבת לשלם למדינה את דמי הפיתוח, טעות זו וטעויות נוספות אשר נפלו בהכרעתו בטענת ההתיישנות לא הסבו למדינה עיוות דין.

עשיית עושר ולא במשפט?

42. בית משפט קמא דחה, כאמור, את טענת ההתיישנות שהעלתה נאש לאחר שמצא כי נאש ניכסה לעצמה את עבודות הפיתוח בארבעת המגרשים חינם-אין-כסף במסגרת ההסכם שלה עם שו"פ, לפיו היא רכשה את המגרשים תמורת סך כולל של 5,760,000 ש"ח, ואחר כך מכרה את המגרשים כמפותחים לארזים תמורת 14,400,000 ש"ח ביום 17.9.2009. בית המשפט קבע כעניין של עובדה כי בין מועד כריתתו של ההסכם שו"פ-נאש, ביום 15.8.2008, לבין מועד כריתתו של ההסכם נאש-ארזים, ביום 17.9.2009, לא

היו תנודות במחירי מגרשים דומים באזור באר שבע, וכי כפועל יוצא מכך, ההפרש בין דמי הקנייה נשוא הסכם שו"פ-נאש לבין דמי המכירה נשוא הסכם שו"פ-ארזים – סכום נאה של 8,640,000 ש"ח, נכון ליום 17.9.2009 – הוא בגדר התעשרות של נאש על חשבון המדינה. לשיטת בית המשפט, התעשרות זו מהווה עשיית עושר ולא במשפט, ועל כן נאש חייבת להשיב למדינה את דמי ההתעשרות. בהתאם לכך, נקבע כי עילת ההשבה אשר קמה למדינה עקב התעשרותה של נאש על חשבונה, נולדה במועד ההתעשרות, 17.9.2009 – כשלוש שנים לפני הגשת התביעה – ועל כן היא לא התיישנה.

43. דעתי שונה. סבורני כי נאש לא התעשרה שלא כדין על חשבונה של המדינה. כדי להיווכח בזאת, נניח – בניגוד לעובדות – כי הסכם שו"פ-נאש, שבמסגרתו רכשה נאש משו"פ את המגרשים שהמדינה פיתחה על חשבונה, אינו מחייב אותה לשלם את דמי הפיתוח. הנחה זו מובילה אל המסקנה ששו"פ היא זאת שחייבת לשלם למדינה את דמי הפיתוח, ואילו נאש רכשה משו"פ את המגרשים כשהם נקיים מזכויות המדינה ומתביעותיה (פרט לתביעות מס, שאינן קשורות לענייננו). ואם תמצאו לשאול: כיצד הדבר ייתכן לנוכח המחיר הזול שנאש שילמה לשו"פ בעד המגרשים? – אשיב כי במקרקעין אין אונאה מצד מוכרם, וגם לא מצדו של הקונה (ראו והשוו: שולחן ערוך – חושן משפט רכז, כט ("אלו דברים שאין להם אונאה [...] הקרקעות. אפילו מכר שווה אלף בדינר או שווה דינר באלף אין בהם אונאה"). אם מוכר מקרקעין מוצא קונה שמוכן לשלם לו עבורם מחיר מופרז על פניו – כך יהיה. וגם ההיפך מכך הוא הנכון: אם קונה מקרקעין מוצא מוכר שנכון למכרם בנזיד עדשים, והשניים עושים ביניהם הסכם מרצון אשר לא נפגם בחוסר כשרות משפטית לעשות הסכמים, ולא נפל בו שום פגם מפגמי הכריתה, כדוגמת טעות או הטעיה באשר למצב העובדתי לאשורו – כך יהיה וההסכם יקויים. זאת, מאחר שידענו זה מכבר כי טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה איננה משנה דבר מאחר שזו איננה טעות בעובדה (ראו: סעיף 14(ד) לחוק החוזים; וכן שלו וצמח, בעמ' 345 ואילך). לעניין זה יש התייחסות ברורה ומפורשת בספרם של דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 136 (מהדורה שלישית, 2015) (להלן: דיני עשיית עושר ולא במשפט):

"[...] צד שהעביר טובת הנאה במסגרת חוזה תקף איננו יכול לטעון כלפי המקבל כי התעשר שלא כדין על חשבון, זאת, אף אם התובע עשה "עסק רע", כגון שמכר רכוש ששוויו מיליון שקל תמורת 600 אלף שקל. עובדה זו איננה מקנה לו עילה להשבה. החוזה שנוצר מהווה "עילה" או "צידוק" לרווח שהפיק המקבל לפיו. זהו גם שורשו של הכלל החשוב שלפיו כאשר קיים חוזה בין הצדדים, אין מקום לתביעה בגין עשיית עושר לגבי מה

שנכלל בחוזה. במקרה כזה אין המקבל זוכה בטובת הנאה
 "שלא על פי זכות שבדין" כאמור בסעיף 1 לחוק עשיית
 עושר ולא במשפט.

44. ברמה העקרונית, בעל מקרקעין שהמדינה מפתחת על חשבונה מתעשר על חשבון המדינה כל אימת שאינו משלם לה את הוצאות הפיתוח. בעל המקרקעין אינו רשאי לנכס לעצמו את הפיתוח שנעשה עבורו, או כל חלק ממנו, חינם-אין-כסף, ועל כן, בכפוף למערכת ההסכמית שחלה על המקרה, ככל שמערכת כזאת קיימת – הוא חייב לשלם למדינה את שווי הפיתוח מכוחם של דיני עשיית עושר ולא במשפט. כך קבע חברי, השופט י' עמית, בשבתו כשופט בית המשפט המחוזי חיפה בת"א (חי') 830/01 ג'נאים נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקה 7 (11.10.2004); וראו גם את פסק דינה של השופטת ב' טאובר בת"א (חי') 777-07 ג'נאים נ' מנהל מקרקעי ישראל, פסקה 19 (29.11.2010), ואת פסק דינו של השופט א' שוורץ בת"א (מרכז-לוד) 45870-05-13 שירותי בריאות כללית נ' מדינת ישראל, פסקאות 23-25 (14.7.2016). ואולם, הכלל האמור חל רק כאשר מדובר בפיתוח שנעשה עבור בעל המקרקעין, ולא עבור קודמו, ותחולתו אינה אלא שיורית במובן זה שהכלל לא יחול אם קיימת הסדרה חוזית אשר מטילה את החבות לשלם את דמי הפיתוח למדינה על בעל דין אחר. דיני עשיית עושר ולא במשפט לא נועדו לבוא במקומם של הסדרים חוזיים שמקצים לבעלי הדין זכויות וחובות בדרכם-הם. בכגון דא, סעיף 6(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, מורה לנו בלשון ברורה כי "הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון ואין הסכם אחר בין הצדדים." הווה אומר: הסדר חוזי בר-תוקף לעולם דוחה את תחולתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט (ראו: ע"א 6290/18 עזבון טמירה פינצ'וק ז"ל נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, פס' 41 לדבריו של השופט ע' גרוסקופף והאסמכתאות שם (2.5.2021); כמו כן ראו: דיני עשיית עושר ולא במשפט, בעמ' 136). כפי שמוסבר בדברי ההסבר להצעת חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ח-1978, ה"ח התשל"ח 266, 266 (1978), "אם כי הסוגיה מקיפה הלכות שונות ומשונות, ניתן להגיד באופן כללי שמרוכזים בה ההלכות של "ועשית הישר והטוב" בין אדם לחברו, מקום שדיני החוזים, דיני הקנינים ודיני הנזיקין משאירים 'שטחים מתיים'".

45. במקרה שלפנינו, נאש חייבת לשלם למדינה את דמי הפיתוח לא מפני שהיא התעשרה שלא כדין על חשבון המדינה – במרחב נטול הסכמים – לאחר שהמדינה פיתחה את מגרשיה מבלי לקבל ממנה תמורה עבור הפיתוח. נאש חייבת לשלם למדינה את דמי הפיתוח מאחר שההסכם שלה עם שו"פ הטיל עליה את החבות לשלם למדינה את דמי הפיתוח, תוך שהוא מקנה למדינה, בעמדה מול נאש, מעמד של נושה. אילו הסכם שו"פ-נאש שתק בעניינם של דמי הפיתוח, נאש לא היתה מתעשרת על חשבון המדינה – זאת

מאחר שבתרחיש זה החובה לשלם למדינה את דמי הפיתוח היתה מוטלת על שו"פ מתוקף האמור בהסכם רמ"י-שו"פ. במקרה כזה, העובדה שנאש רכשה משו"פ מגרשים מפותחים, או כמעט מפותחים, במחיר מציאה, ואחר כך מכרתם ברווח עצום לארזים, לא היתה הופכת את נאש למתעשרת שלא כדין על חשבון המדינה. מאחר שהחובה לשלם למדינה את דמי הפיתוח היתה אז מוסיפה להיות מוטלת על שו"פ, המדינה, כנושה של שו"פ, היתה נושאת בנטל הגבייה מבלי שהיתה עומדת לה הזכות לדרוש את דמי הפיתוח מנאש.

סיכום ביניים: נאש חייבת לשלם למדינה את דמי הפיתוח, וחבות זאת לא התיישנה

46. כאן המקום לרשום לפנינו סיכום ביניים: נאש חייבת לשלם למדינה את דמי הפיתוח מכוח האמור בהסכם שו"פ-נאש, וחבות זאת לא התיישנה.

47. הסוגיות שבהן נותר לנו לדון ולהכריע כוללות את שני אלה:

א. האם התנהלות המדינה בעניין הוצאות הפיתוח מגיעה כדי רשלנות תורמת אשר מצדיקה את הפחתת החבות של נאש?

וכן:

ב. מהו שיעורם של דמי הפיתוח שנאש חייבת לשלם למדינה?

בסוגיות אלה אעסוק כעת.

רשלנות תורמת של המדינה – ?

48. דיני החוזים שלנו הכירו זה מכבר בדוקטרינת הרשלנות התורמת אשר מאפשרת לבתי המשפט להפחית את סכום הפיצויים וההשבה, שמפר החוזה חייב לשלם לנפגע, מקום שהנפגע עצמו התנהל ברשלנות אשר מסמנת אותו כאשם חלקי בקרות ההפרה או הנזק שנגרם לו (ראו ע"א 3912/90 Eximin S.A. תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראדרי בע"מ, פ"ד מז(4) 64 (1993); ע"א 1551/19 פעמי תש"ז, מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' גובר, פסקאות 17-19 (15.1.2020); כמו כן ראו: אריאל פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים (1997); אריאל פורת "הגנת אשם תורם למפר חוזה – אימתי?" עיוני משפט יח(1) 103 (1993); גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים –

התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 374-384 (2009); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים 749-751 (מהדורה שניה, 2019)).

49. במקרה דנן, אין צל של ספק בכך שהמדינה התמהמהה עם גביית דמי הפיתוח ולא הגיבה באופן תקיף להתכחשותה של שו"פ לחובתה לשלם. חרף התכחשות זו, המדינה הציעה לשו"פ הנחה של 30% מדמי הפיתוח – הצעה, שאף היא נדחתה על ידי שו"פ – ואחר כך לא התנגדה להעברת המגרשים משו"פ לנאש בלשכת רישום המקרקעין, למרות שהיה בידה להתנות את הסכמתה לרישום בתשלום דמי הפיתוח.

50. למרות התנהלות זו, סבורני כי אין מקום להפעיל את דוקטרינת האשם התורם נגד המדינה, וזאת מכמה טעמים. ראשית, טענות בכגון דא לא עלו אלא בין השיטין ולא לובנו במסגרת ההתדיינות שהגיעה עד הלום. יתרה מכך: התנהלות המדינה מול שו"פ אינה יכולה להקנות לנאש שום זכויות – זאת, מאחר שההסכם שעליו חתמה נאש עם שו"פ חידש את החיוב לשלם למדינה את דמי הפיתוח והטילו על נאש, ומאחר שהמדינה לא התנהלה באופן רשלני ביחסיה עם נאש. מחומר הראיות עולה כי לאחר שנודע למדינה על העברת המגרשים משו"פ לנאש ומנאש לארזים, היא פנתה לנאש ולארזים – בלי להתמהמה – בדרישה ליידע אותה על פשר ההסכמים ולקבל את דמי הפיתוח המגיעים לה (ראו מכתב מטעם משב"ש אשר נשלח לנאש ביום 6.5.2012 (נספח 25 לכתב התביעה) ותצהיר אפרתי, בסעיפים 14-15).

51. כמו כן סבורני כי נאש אינה זכאית להנחה בת 30% שהמדינה הציעה, בשעתו, לשו"פ כדי לתמרץ אותה לשלם לה את דמי הפיתוח מראש. המדינה מעולם לא הציעה הנחה זו לנאש ועל כן היא אינה חייבת לתתה. גדולה מזו: בדומה לשו"פ, נאש התכחשה לחובתה לשלם למדינה דמי פיתוח כלשהם ואנו לא נחייב את המדינה לחלק פרסים למפרי חוזה.

הערכת החבות של נאש בדמי הפיתוח

52. בית המשפט המחוזי קבע, כאמור, כי דמי הפיתוח שנאש חייבת לשלם למדינה משתקפים בהפרש שבין המחיר בו רכשה נאש את המגרשים משו"פ כבלתי מפותחים (5,760,000 ש"ח) לבין הסכום שאותו קיבלה מארזים בגין מכירת המגרשים כמפותחים (14,400,000 ש"ח). לשיטת בית המשפט, הפרש זה – 8,640,000 ש"ח – מבטא את ההוצאות שהמדינה הוציאה על פיתוח המגרשים.

53. מהפרספקטיבה של שוק מקרקעין יעיל ומידע סימטרי, אין זה מן הנמנע שחישוב זה הוא חישוב נכון, אבל זו איננה הדרך לערוך שומה. דיני הראיות החלים במקומותינו מחייבים את שופטי ישראל להכריע בשאלות שבמחלוקת על יסוד ראיות ולא בהתבסס על הנחות וידיעה אישית, כדוגמת חישוב של עלויות פיתוח הקרקע המתבסס על הנחה בלתי מוכחת שעלויות אלו – ורק הן – מגולמות ברווח שעשה מוכר הקרקע ממכירתה לקונה. מחיר עלויות הפיתוח אינו בגדר "מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה" הנופלות בגדרה של ידיעה שיפוטית (ראו: ע"א 91/50 "מדור" חברה לבניין ולפיננסים בע"מ נ' ביק, פ"ד ה(1) 792 (1951); ע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב, פ"ד נח(5) 215, 273 (2004); וכן יעקב מלץ "ידיעה שיפוטית" המשפט ב 223, 226 (התשנ"ה); אליהו הרנון דיני ראיות חלק ב 39 (1977)). דינים אלו קובעים כי בהיעדר הסכמה בין הצדדים, היה על בית המשפט המחוזי לקבוע את שוויין של הוצאות הפיתוח של המדינה – ממנו נגזר שיעורם של דמי הפיתוח שנאש חייבת לשלם למדינה – בהתבסס על חשבונות מטעם משב"ש ובמידת הצורך, על חוות דעת של מומחים.

54. בנסיבות אלה, אין, לדעתי, מנוס מהחזרת התיק לבית המשפט המחוזי כדי שזה יקבע את השיעור של דמי הפיתוח בהתבסס על ראיות קבילות; וכך אציע לחבריי לעשות.

סוף דבר

55. מהטעמים שפירטתי לעיל, הנני מציע כי נדחה את ערעורה של נאש ככל שזה מופנה נגד עצם חיובה בתשלום הוצאות הפיתוח למדינה. לצד זאת, הנני מציע כי נחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי כדי שזה יקבע את שיעורם של דמי הפיתוח באופן הבא:

א. המדינה תגיש לבית המשפט המחוזי ותמציא לנאש חשבון עדכני המפרט את הוצאות הפיתוח אשר הוצאו על ידיה בנוגע למגרשים, כשהוצאות אלו מוצמדות למדד תשומות הבנייה – זאת, לא יאוחר מיום 21.11.2021.

ב. נאש תודיע לבית המשפט ולמדינה האם חשבון זה מקובל עליה; ואם הוא אינו מקובל עליה, תפרט את השגותיה ביחס אליו – זאת, עד ליום 26.12.2021.

ג. באין מחלוקת בין נאש למדינה, יינתן פסק דין שיחייב את נאש לשלם למדינה את הסכום המוסכם.

ד. בהתעורר מחלוקת בין נאש למדינה בנוגע לשיעורם של דמי הפיתוח, ימנה בית המשפט מומחה מטעמו אשר יחשב או ישום את דמי הפיתוח תוך התייחסות לעמדות הצדדים בחוות דעת מפורטת. חוות דעת זו תוגש על ידי המומחה לבית המשפט ותומצא לצדדים במועד אשר ייקבע על ידי בית המשפט. לאחר מכן, יאפשר בית המשפט לצדדים להציג שאלות למומחה – בין בכתב ובין בדרך של חקירה נגדית – ויכריע במחלוקת בפסק דין משלים אשר יקבע את דמי הפיתוח.

ה. כמו כן יקבע בית המשפט המחוזי בפסק דינו המשלים מי מבעלי הדין יישא בהוצאות משנהו בהתחשב בהתנהלותם בהליכים שהתקיימו לפניו.

56. באשר להוצאות ההליך אשר נוהל לפניו, הנני מציע לחבריי שנחייב את נאש רמות בע"מ לשלם למדינה הוצאות בסך כולל של 60,000 ש"ח. לא יהא צו להוצאות ביחס ליתר בעלי הדין.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים לתוצאה אליה הגיע חברי, השופט א' שטיין.

1. לצורך דחיית הערעור בנוגע לעצם חיובה של נאש בתשלום דמי הפיתוח, די לי בשתי קביעות שעליהן עמד חברי, המושתתות על נסיבותיו של המקרה דנן והן:

האחת – כי ההסכם בין שו"פ לנאש הוא בגדר המחאת חיוב (או "המחאה לרוחב"), באופן שהעמיד את נאש בחזקת חייב מול המדינה;

השניה – כי מירון ההתיישנות של תביעת המדינה החל עם מתן היתר הבניה, שאז התגבשה זכותה לקבל לידיה את דמי הפיתוח.

לכן, איני נדרש לקונסטרוקציה של חברי, כי נוצר חיוב בין נאש למדינה, המנותק לחלוטין מהחיוב שבין שו"פ למדינה, בגדר חיוב חדש (novatio) (לאפשרות לראות

הסכם כהמחאה או כיצירת זכות חדשה (novatio) ראו ע"א 817/79 קוטרי נ' בנק י.ל.
פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253, 290 (1984).

2. באשר לשיעורם של דמי הפיתוח, אני מסכים עם חברי כי יש להחזיר את הדיון
לבית המשפט המחוזי, ומקובל עלי המתווה המוצע על ידו.

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

אף אני מסכימה למסקנתו האופרטיבית של חברי השופט א' שטיין. בעשיתי כן,
אני בוחרת, כחברי השופט י' עמית, שלא להידרש לסוגיה של יצירת חיוב חדש (novatio)
אלא להתבסס על ההנמקה ה"רזה" יותר שעניינה המחאת חיוב.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שטיין.

ניתן היום, כ"ז בתשרי התשפ"ב (3.10.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט