בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 58960-06-20 הרברט ואח' נ' משהב חברה לבניין ופיתוח בע"מ ואח'

02 מאי 2021

לפני **כב' השופט שאול שוחט, סגן נשיא**

כב' השופטת עינת רביד

כב' השופט נפתלי שילה

מערערים

1. מרדכי הרברט
2. שיפרה הרברט
3. ישראל מאיר
4. שרה כהן
5. משה שוודרון
6. חיה שוודרון
7. ישראל לינדנפלד
8. שרה לינדנפלד
ע"י ב"כ עו"ד אבי עמבר

נגד

משיבים

1. משהב חברה לבניין ופיתוח בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד מרדכי רז ו/או עדיאל דהן

פסק דין

השופט שאול שוחט, סגן נשיא, אב"ד

המערערים הם בעלי זכויות בבית משותף בן 12 דירות. הבית המשותף בנוי על המקרקעין ברחוב אפשטיין 5 בני ברק. המשיבה היא חברת בנייה שיזמה והוציאה לפועל מיזם של תמ"א 38(2) ברחוב הבנים 19-21 ברמת גן. המיזם כלל הריסה של שני בניינים קיימים ובניית שניים אחרים תחתם. ניסיונות המערערים למנוע את ביצועו של המיזם, במישורים שונים, הן לפני רשויות התכנון הן לפני בית המשפט, לרבות פנייתם לבית המשפט לעניינים מנהליים למנוע את החדרתם של עוגנים אל תוך עומק הקרקע של המקרקעין שבבעלותם ומתחת לבניין שלהם, לביסוס יסודות המיזם, לא צלחו. משניתן, בסופו של יום, היתר הבנייה (21.7.14) והמשיבה החלה בעבודות הבנייה לפי ההיתר (1.9.14), הגישו המערערים, ביום 7.6.15, תביעה לבית משפט השלום בתל אביב יפו שעניינה החדרת אותם עוגנים לחלל הקרקע שבבעלותם. תביעת המערערים – בקצרה - הייתה, כי לצורך יציקת היסודות שנדרשו לבניינים מושא המיזם והסדרת החנייה של בניינים אלה החדירה המשיבה, לתוך עומק

האדמה שמתחת ליסודות הבניין שבו הם מתגוררים עוגנים קבועים, ללא אישורם. משכך, עתרו לסילוק ידה של המשיבה מהמקרקעין באופן שתסיר את כל התשתיות שהניחה מתחתיו ולהשבת המצב לקדמותו כמו גם לפיצוי כספי ולקביעת טובת הנאה לה הם זכאים משהפכו, במעשי המשיבה, לשותפים שלה במיזם – שווי חלק מהחיסכון המלא בחלופת העוגנים הקבועים לעומת חלופה אחרת, יקרה יותר, שיכלו לעשות בה שימוש מבלי לפגוע בזכות הקניין שלהם; דמי שימוש ראויים בגין השארת העוגנים; שווי נזקים שנגרמו לדירותיהם; לחלופין – 30% מהרווחים הגולמיים שצמחו למשיבה מהפרויקט.

בית משפט קמא (כב' הש' עמית יריב) דחה את העתירה לסילוק יד משמצא, כי אין הצדקה להיעתר לה למרות התקיימות יסודותיו של ס' 16 ל**חוק המקרקעין**, תשכ"ט – 1969. באשר לפיצוי הכספי ולטובת ההנאה קבע, כי הפיצוי הראוי הוא כזה שיעביר למערערים את חלקם בחיסכון שחסכה המשיבה בבחירתה לפגוע בזכויות הקנייניות שלהם שלא כדין. לגישתו, שיטת הביסוס בה בחרה המשיבה הוזילה את עלויות הבנייה שלה וזיכתה אותה בטובת הנאה, מה שמקנה למערערים עילה מדיני עשיית עושר.

על מנת לקבוע את שווי החיסכון שחסכה המשיבה פנה בית משפט קמא לבחון את טענות המערערים בנוגע לשיטות הביסוס החלופיות שהציעו ומינה מהנדס ומומחה מטעמו לשם כך. מבין שלשת השיטות שהונחו לפניו קבע, כי המשיבה יכולה הייתה לנקוט בשיטת ביסוס של בניית קיר סלארי שאינה מחייבת חדירה למקרקעין של המערערים, על פני החדרת עוגנים קבועים, וזיכה אותם, כפי חלקם היחסי ברכוש המשותף, מתוך שווי ההתעשרות הכולל. מנגד דחה בית משפט קמא את העתירה לתשלום דמי שימוש ראויים משראה בה תשלום כפול כמו גם את העתירה לתשלום נזקים לבניין משמצא, על פי חוות דעת המהנדס, שלא נסתרה בחקירה הנגדית, כי לא נגרם נזק לבניין ו/או לדירות של המערערים מהחדרת העוגנים.

המערערים, שלא רוו נחת מתוצאת פסק הדין, שניתן ביום 18.3.20, הגישו את הערעור שלפנינו ועתרו, למעשה, לקבלת כל הסעדים המקוריים שביקשו בתביעתם בבית משפט קמא: להורות על סילוק היד גם במחיר של הריסת הבניין של המערערים ובנייתו מחדש (הסיבה שבית משפט קמא מצא את הסעד לבלתי צודק); לשנות את החלטת בית משפט קמא לבחור בשיטת הקיר הסלארי כשיטת הביסוס החילופית ולבחור בשיטת ביסוס top- down (להלן: T.D), שעלותה יקרה יותר; גובה הפיצוי וטובת

ההנאה – על בית משפט קמא היה לפסוק גם דמי שימוש ראויים וגם פיצוי על הנזקים שנגרמו לבניין ולדירות.

בתום ישיבת הערעור (5.4.21) וכדי לקדם הכרעה בתיק הצענו למערערים את ההסדר הדיוני הבא:

"כדי לקדם הכרעה בתיק לטובת הצדדים מציעים שאדוני יחזור בו מסילוק היד בהיבט הקנייני, תוך שמירה על הטענה של שווי כספי לסילוק היד, כמו גם תוך שמירה על הטענה של דמי שימוש בנוסף לעשיית עושר.

בית משפט יבדוק בשלב הראשון את חוו"ד של המומחים לרבות חקירתם בעניין הקיר הסלארי. ככל שבימ"ש יגיע למסקנה שיש אפשרות לעשות קיר סלארי, במקרה כזה נפנה לאדוני בהצעה לחזור בו מהערעור ללא תשלום הוצאות למעט בסוגיית דמי השימוש בנוסף לעושר ולא במשפט, ושווי אי סילוק היד. היה ונגיע למסקנה שאין אפשרות לעשות קיר סלארי, נציע לצדדים להשיב את התיק לקמא להשלמת חוה"ד ע"י המומחה בסוגיית הטופ דאון. אחרי שתהיה חו"ד ויינתן פס"ד בסוגיית הטופ דאון כל צד יוכל לערער על פסה"ד לרבות רכיבי הערעור שהיו לפנינו למעט סילוק היד ברמה הקניינית".

ב"כ המערערים נתן הסכמתו כהאי לישנא:

"ב"כ המערערים: אני מסכים. אני חוזר בי מהטענה לסילוק יד בהיבט הקנייני. שומר על טענותיי באשר לשווי אי מתן סילוק היד; על מתן פיצוי בדמות דמי שימוש ראויים בנוסף לפיצוי בגין עשיית עושר; ועל הטענה שלא ניתן לעשות קיר סלארי. אני מסכים שאם בית המשפט יגיע למסקנה לאחר שיבדוק את החומר שכן ניתן לעשות קיר סלארי (בניגוד לדעת המומחה מטעם בית משפט) יהיה רשאי בית המשפט להציע לי לחזור בי מהערעור גם בהיבט הזה ולהותיר להכרעה את סוגיית שווי אי מתן סילוק היד והפיצוי הנוסף לדמי שימוש ראויים.

ככל שבימ"ש יגיע למסקנה שלא ניתן לעשות קיר סלארי, אני נותן את הסכמתי להחזרת התיק לבימ"ש קמא להשלמת חו"ד של מומחה ביהמ"ש בסוגיית הטופ דאון. לאחר מתן פסה"ד המשלים אם המערער ירצה לערער יוכל לערער במסגרת הערעור על הטופ דאון, גם על שווי אי סילוק היד ודמי השימוש הראויים בנוסף.

ידוע לנו שעמדת המשיבה היא שהטענות של המערערים בדבר שווי אי סילוק יד ודמי שימוש ראויים בנוסף לפיצוי בגין עשיית עושר, היא שמדובר בשינוי חזית ו/או הרחבת חזית. טענה זו שמורה להם".

ב"כ המשיבים נתן אף הוא את הסכמתו והבהיר:

"אנחנו חוזרים על התנגדותנו להרחבת חזית ושומרים על טענתנו. נבקש שההרכב יאפשר לנו לטעון בכתובים בסוגיית השווי אי סילוק יד והפיצוי הנוסף בדמות דמי שימוש".

ההסדר הדיוני קיבל תוקף של החלטה.

ההסדר הדיוני האמור הוצע למערערים לאחר שהובהר, בחילופי הדברים במהלך הדיון בערעור, כי אין מקום להתערב בקביעת בית משפט קמא לדחות את סעד סילוק היד ומשב"כ המערער הסכים, כי גם בשיטת הקיר הסלארי (שהיא יותר זולה משיטת ה T.D) לא היה צורך בהחדרת עוגנים לקרקע של המערערים ברם, לשיטתו לא ניתן היה לנקוט בשיטת הקיר הסלארי (עמ' 5 לפרוט' הערעור למטה עד עמ' 6 ש' 1-17).

נאמנים להסדר הדיוני שקיבל את הסכמת הצדדים ואף ניתן לו תוקף של החלטה פנינו לבדוק את נכונות טענתם של המערערים, כי על פי חוות הדעת השונות שהיו לפני בית משפט קמא וחקירות מומחה בית המשפט והמהנדס לא הייתה אפשרות לנקוט בשיטת הקיר הסלארי כך שהשיטה שבה בית משפט קמא היה צריך לבחור היא שיטת ה T. D מה שהיה מגדיל את שווי החיסכון וממילא את הפיצוי לו זכאים המערערים.

חמישה טעמים מצאנו לדחות טענה זו של המערערים ומתוך כבוד להצהרת בא כוחם, כי ככל שזו תהיה המסקנה ישקול הוא את חזרתו אף מחלק זה של הערעור (עמ' 12 לפרוט' הדיון בערעור ש' 18-16) טרחנו ונימקנו בכתובים את מסקנתנו בהחלטה מפורטת מיום 7.4.21 אף נתנו דעתנו גם על שתי העתירות הנוספות שהיו נותרות לבירור ככל שב"כ המערער היה חוזר בו מטענתו בנוגע לקיר הסלארי – שווי אי מתן סילוק יד ודמי השימוש הראויים (עמ' 12 לישיבת הערעור ש' 15-14), טענות שנשמרו למערערים, ופרטנו את המסקנות אליהן הגענו בנוגע לשתי סוגיות אלה במסגרת ההחלטה אף הצענו הצעת פשרה. בקשנו התייחסות חיובית או שלילית ללא הנמקה:

"**נבקש תחילה תשובה של המערערים תוך 3 ימים. התשובה תינתן ללא הנמקה ותכלול התייחסות חיובית או שלילית לחזרה מטענת שווי אי סילוק ולדרך הפתרון העדיפה בסוגיית דמי השימוש**".

חרף החלטתנו למתן תשובה ללא הנמקה עם התייחסות חיובית או שלילית להצעתנו, הגישו המערערים, ביום 12.4.21, התייחסות ארוכה ומפורטת, המונה 7 עמודים, במסגרתה ביקשו להבהיר מדוע, למרות הטעמים אותם הבאנו בהחלטתנו לכך שלא מצאנו שגגה בפס"ד של ביהמ"ש קמא שיצא מנקודת הנחה כי החלופה של קיר סלארי היא אפשרית, היה עלינו להגיע למסקנה אחרת; מדוע שגינו בעמדתנו כי עתירת המערערים בסיכומיהם לסעד שווי אי מתן סילוק יד הינה הרחבת חזית לה התנגדה המשיבה; טיעונים נוספים לעניין העתירה לדמי שימוש ראויים ואף טענו, בפתח התייחסותם, כי הסכמתם לחזור בהם מסעד סילוק היד הייתה מותנית ומוסכמת בכך שבית המשפט ידון בשאלת גובה וערך הפיצוי שיש לפסוק לחובת המשיבה בשל העובדה שבסופו של יום היא לא תידרש לסלק את העוגנים (בשל ההסכמה), קרי גובה הפיצוי בשל אי סילוק יד, ולא בשאלה אם בכלל מגיע למערערים פיצוי בשל אי הסילוק.

משהוגשה תגובה מפורטת קבעתי, כי תוגש תשובה לתגובה מטעם המשיבים. זו הוגשה ביום 20.4.21.

משכך הם פני הדברים ניתן פסק דיננו זה.

<u>סעד סילוק היד</u>

חזרתם של המערערים מסעד סילוק היד, במסגרת ההסדר הדיוני, עומדת בפני עצמה. היא לא הייתה מותנית בדבר. המערערים לא היו רשאים לצאת מנקודת הנחה, כי כנגד הסכמתם לחזור בהם מסעד סילוק היד ייפסק להם, בכל מקרה, פיצוי בגין אי סילוק היד וכי הכרעת בית המשפט תינתן רק בשאלת גובה הפיצוי (עמ' 1 להתייחסות המערערים).

בתום הדיון ולפני שב"כ המערערים, במו פיו, נתן הסכמתו להסדר הדיוני, הבהרנו, כי "**אנחנו לא נתערב בחלק פסק הדין שעוסק בנושא הסילוק היד**" (עמ' 11 לפרוט' הדיון ש' 20). בהמשך הבהרנו מה הסעדים שטעונים בחינה ומאיזה היבט (שם ש' 21-24) ואחרי שהצדדים לא הגיעו להבנה (שם ש' 29 עד עמ' 12 ש' 1) ועל מנת לקדם הכרעה בערעור, הצענו, כפי שפורט לעיל, שהמערערים יחזרו בהם מסעד סילוק היד בהיבט הקנייני "**תוך שמירה על הטענה של שווי כספי לסילוק היד**" (וסעדים נוספים) מבלי להתנות את החזרה בפסיקת פיצוי אף הבהרנו, כי אם נצטרך להחזיר התיק לבית משפט קמא מקום שנגיע למסקנה, כי אין אפשרות לעשות קיר סלארי אזי על פסק הדין החדש שיינתן לא

ניתן יהיה לערער על סילוק היד בהיבט הקנייני (להבדיל משאר רכיבי הערעור, עמ' 12 לפרוט' הדיון ש' 3-12). ב"כ המערערים נתן הסכמתו תוך שנרשם, כי הוא מסכים להסדר הדיוני – חוזר בו מהטענה לסילוק יד בהיבט הקנייני אך שומר על טענותיו באשר לשאר הסעדים לרבות "**שווי אי מתן סילוק יד**". ב"כ המערערים אף הצהיר, כי ידועה לו עמדת המשיבה שהטענות של המערערים "**בדבר שווי אי סילוק יד**" כמו גם הסעדים האחרים "**שמדובר בשינוי חזית ו/או הרחבת חזית**" וכי "**טענה זו שמורה להם**" (שם, ש' 14-25). מיד לאחר סיום דבריו הודיע ב"כ המשיבה כי הוא חוזר על התנגדותו להרחבת חזית.

בנסיבות אלה לא ניתן לקבל את טענת המערערים ואין לאפשר להם לחזור בהם מהוויתור על סעד סילוק היד.

<u>קיר סלארי</u>

בהחלטתנו מיום 7.4.21 הבהרנו כי לא נפלה שגגה במסקנתו של ביהמ"ש קמא כי החלופה של קיר סלארי הינה אפשרית. החלטתנו נסמכה על חמישה טעמים אותם הבהרנו באותה החלטה ונחזור עליהם גם בפסק דיננו (עם תיקוני הגהה קלים):

"**<u>ראשית</u> גם המומחה ההנדסי מטעם המערערים (כהן צבי) התייחס בחוות דעתו (במסגרת העובדות במקרה שלפנינו) לחלופה זו כחלופה אפשרית. בס' 1.7 לחוות דעתו ציין, כי "קיימות חלופות ביצוע אחרות, לתמוך את דפנות החפירה באמצעות יציקת קיר תומך עם רגל הפוכה (לכיוון שטח הבניה), על מנת להימנע מחדירה לתחום מגרשים גובלים, אולם חלופה זו מייקרת את עלויות ההקמה ולכן לא השתמש בה הקבלן".**

<u>שנית</u>, המומחה ההנדסי מטעם ביהמ"ש (יוגר) התייחס בחוות דעתו לחלופה זו כחלופה שאותה הגדיר כ"לא מעשית" אבל נמנע מלתאר אותה כלא אפשרית. המומחה הסביר כי לא מעשי לבחור בחלופה זו משום שזנב הקמץ יחדור לתחום חלל המרתף ויהווה בעיה תכנונית וביצועית וכי הצבת קיר כזה, עד לרתימתו לקרקע, צפוי לגרום בוודאות לנזקים למבנה של התובעים. כלומר קריאה מדוקדקת של הדברים מעידה כי מדובר בחלופה אפשרית אך כרוכה בעלויות נוספות שצפויות להידרש כתוצאה מהשימוש בה (שינוי תכנוני וביצועי ותיקון נזקים למבנה של התובעים ככל שייגרמו כתוצאה מהצבת הקיר).

<u>שלישית</u>, חקירת המומחה מטעם ביהמ"ש (יוגר) גם העלתה כי המומחה הבחין בין היות החלופה אפשרית ("אני לא אמרתי בכלל שאי אפשר לבנות. אפשר גם אפשר...אז לעשות סלארי אתה יכול...") לבין היותה חלופה כלכלית או מעשית ("זה בזבוז של כסף כי אין מי תהום, ואם אין מי תהום קיר סלארי אתה יכול לקבל קיר אטום") – ר' בעמ' 103 לפרוט'. בהמשך עדותו הוא התייחס לחלופה שהציע מומחה המערערים שלדבריו הציע לעשות "אלמנט סלארי אבל לא קיר. לא קיר, אלא קמץ" (עמ' 103 ש' 23-22 לפרוט'), קבע כי הוא אינו מקבל את עמדתו (עמ' 104 ש' 21 לפרוט') והסביר כי קמץ "יזוז הצידה 20 ס"מ ויישאר יציב" ואותה תזוזה של 20 ס"מ צפויה לגרום לסדק בבית המערערים ולכן "אי אפשר לעשות קמץ" (עמ' 105 ש' 14 לפרוט').

<u>רביעית</u>, לא מצאנו כי בסיכומי המערערים לפני ביהמ"ש קמא נטענה טענה ברורה ומנומקת לפיה לא היתה כל אפשרות לשימוש בחלופה של הקיר הסלארי ולפיכך יש לפעול לפי חלופת ה"טופ דאון" ואין בילתה. לכל היותר, בס' 334.1 נטען בשפה רפה, כי "אפילו ניתן היה לעשות שימוש בחלופה של השימוש בקיר הסלארי..." והמערערים נוקבים בעלות הנגזרת מחלופה זו. דא עקא, בהמשך, הפיצוי הנתבע בפרק זה (של עשיית עושר ולא במשפט) חושב על ידי המערערים לפי "הממוצע בין שתי החלופות" – קרי החלופה של קיר סלארי והחלופה של שיטת הטופדאון (ר' ס' 335, 340 לסיכומים).

<u>חמישית</u>, לא מצאנו בעקרי הטיעון של המערערים טענה לפיה ביהמ"ש קמא שגה כשפסק את הפיצוי לפי דיני עשיית עושר לפי החלופה של "קיר סלארי" משהוכח בפניו כי חלופה זו כלל אינה אפשרית (כפי שטענו המערערים בדיון לפנינו). בס' 19 לעיקרי הטיעון מציינים המערערים כי "למשיבה היו חלופות לעוגנים אך היא בחרה שלא להשתמש בהם" והפנו לס' 59-40 להודעת הערעור ולסעיפים 256-241 לסיכומים. בס' 59-40 להודעת הערעור אין כל טענה לפיה חלופה של "קיר סלארי" אינה אפשרית. ההפך הוא הנכון, בס' 59 להודעת הערעור טוענים המערערים כי ביהמ"ש קמא התעלם מהעובדה שלמשיבה "עמדו חלופות שונות לבנייה, עם עוגנים ובלי עוגנים לביצוע החפירות והביסוס בפרוייקט אך הן היו יקרות יותר כמו למשל שיטת TOP DOWN, שהינה אחת מבין מספר החלופות המאפשרות את בניית מרתפי החנייה והביסוס ללא שימוש בעוגני קרקע...". כלומר, אין טענה כי החלופה של קיר סלארי אינה אפשרית והמערערים מונים את שיטת "טופדאון" כחלופה אפשרית אחת אך לא בלעדית. גם בסעיפים 256-241 לסיכומיהם לא טענו המערערים כי למשיבה הייתה רק חלופה אחת לבנייה והיא שיטת "טופדאון" הגם שטענו שזו הייתה עמדת המומחה מטעם ביהמ"ש מוטי יוגר (כך בס' 244 לסיכומיהם). המערערים טענו

בסיכומיהם לפני ביהמ"ש מפורשות כי הוכיחו שהיו למערערת מספר חלופות לבנייה ללא עוגנים, ומנו בין אלו גם את החלופה של בנייה באמצעות קיר סלרי, היא החלופה אותה אימץ ביהמ"ש קמא במסגרת פסק-דינו. לא זו אף זו, בהמשך אף התייחסו לחלופה של קיר סלרי כאפשרות מעשית בדיוק כמו "הטופדאון" לאור חשיבות הדברים נביא את ס' 241-242 לסיכומי המערערים ככתבם וכלשונם:

241. הוכח כי לנתבעת היו מספר שיטות בנייה שעמדו בפניה וחלקו לא כלל עוגנים בשטח התובעים:

א. עוגני קרקע זמניים הנותרים בקרקע ל"כל החיים".

ב. עוגני קרקע זמניים אשר נשלפים בתום עבודות הבניה.

ג. בנייה בסיוע קיר סלרי.

ד. בנייה בשיטת ה- TOP DOWN.

ה. יש אלטרנטיביות ביניים ובלשון המומחה ב"אמצע" כאשר לא ניתן לבנות קיר סולרי ושיטת ה- TOP DOWN יקרה {ראה תשובתו של מומחה בית-המשפט, מר מרזוק בחקירתו הנגדית וכמעודכן לעיל}.

242. ברור ששיטות א' ב' אינן רלוונטיות לאור התנגדות הצפויה של התובעים ועל מצטמצמת הבחירה ל 2 שיטות חליפיות בלבד: קיר סלרי או TOPDOWN

לאחר עיון בהתייחסות המערערים לחלק זה של ההחלטה מיום 7.4.21 ובתשובת המשיבה בעניין זה לא מצאתי לנכון לשנות מהמסקנה אליה הגענו לפיה לא נפלה כל שגגה בפסק דינו של ביהמ"ש קמא שיצא מנקודת הנחה כי החלופה של קיר סלארי הינה אפשרית. ההבחנה שמבקשים המערערים כעת לעשות כשהם מציינים שקיימים 2 סוגים של קיר סלארי, האחד שנתמך באמצעות עוגנים (שמחייב הכנסת עוגנים לקרקע של המערערים) והשני שנתמך באמצעות קמץ - לא בא זכרה בטיעוניהם לפני ביהמ"ש קמא לא בסיכומיהם אף לא בעיקרי הטיעון שלפנינו (ר' לעניין זה הטעם החמישי להחלטה מיום 7.4.21 שפורטה לעיל).

<u>לענין הסעד של שווי אי מתן סילוק יד</u>

בהחלטתנו מיום 7.4.21 קבענו בהקשר לסעד זה את הדברים הבאים:

"בכתב התביעה המתוקן (מוצג ד' למוצגי המערערים) אין עתירה כזו – התביעה הכספית התבססה על חישוב החיסכון מהשימוש בשיטת טופדאון + דמי שימוש ראויים בגין העוגנים שנותרו + נזקים

לבניין בלבד. עתירה אחרת וחלופית שם היא לקבל 30 אחוז מהרווח הגולמי בפרויקט. שום מילה על קבלת סעד כספי בגין אי סילוק יד – ר' ס' 61-60 לכתב התביעה.

בס' 339 לסיכומיהם עתרו המערערים לקבל פיצוי כספי במקרה בו ייקבע אי סילוק העוגנים, לפי שווי הריסה ובנייה של הבניין מחדש – סה"כ כ-6.5 מיליון ₪.

בסיכומי המשיבה (מוצג 1 למוצגי המשיבה) – בס' 136 – מצאנו התנגדות מפורשת להרחבת החזית המדוברת ונאמר מפורשות שזה סעד שלא נתבע בתביעה".

על רקע ממצאים אלה קבענו כי אכן מדובר בהרחבת חזית.

לאחר שנתתי דעתי להשגות ב"כ המערערים על קביעות אלה לא מצאתי לנכון לשנות ממנה. כזכור הבהרנו בהחלטתנו מיום 7.4.21, כי עתירת המערערים בס' 339 לסיכומיהם לפיצוי כספי, במקרה בו ייקבע אי סילוק העוגנים, לפי שווי הריסה ובנייה של הבניין מחדש, בסך של כ-6.5 מיליון ₪, מהווה הרחבת חזית אסורה לה התנגדה המשיבה בסיכומיה (בס' 136). כפי שהמשיבה ציינה בסיכומיה אין בכתב התביעה עתירה לסעד כזה וסעד כזה גם אינו בסמכות ביהמ"ש קמא. המערערים מפנים, בהתייחסותם להחלטה, לסעיף 62 לכתב התביעה המתוקן שם צוין, כי על הסעד הכספי המבוקש (הסכומים שמפורטים בסעיף 61 לכתב התביעה המתוקן) המגיעים לה בגין שווי חלק מהחיסכון+ דמי השימוש הראויים+ שווי הנזקים **או לחילופין** 30% מהרווחים הגולמיים בפרויקט (סכומים שלפי חישוב המערערת בתביעתה עולים כדי סך של 4.88 מיליון ₪ לפי החלופה הראשונה ו-4.5 מיליון ₪ לפי החלופה השנייה) "**במקרה והנתבעת מכל סיבה שהיא לא תפנה את העוגנים הרי שאז יש להוסיף לסעד הכספי המבוקש על ידי התובעים גם 50% מסך עלות פינוי העוגנים שהייתה אמורה לשאת בו הנתבעת לו הייתה מפנה את העוגנים**" (ס' 62 לכתב התביעה).

ברם, עתירת המערערים בסיכומיהם בעניין זה אינה עולה בקנה אחד עם עתירתם בכתב התביעה. בכתב התביעה **לא כימתו** את הסכום הכספי הנוסף לו הם עותרים ככל שהעוגנים לא יסולקו ועתירתם הייתה ל-50% מסך עלות פינוי העוגנים, בעוד שבסיכומיהם עתרו לסכום כספי נקוב, לפי חוו"ד מומחה ביהמ"ש שהעריך את עלות הריסת בית המערערים ובנייתו מחדש (פעולות שנדרשות לצורך הוצאת העוגנים) בסך של כ-6.5 מיליון ₪ (למלוא העלות). מדובר בסעד כספי בגין עילה ספציפית בתביעה כספית ועל המערערים היה לציין את הסכום שנתבע על ידם בגינו בתביעתם. חוות דעת מטעם מומחה בית המשפט שהעריך עלות רכיב זה היא כלי בידיו של ביהמ"ש באמצעותו יוכל לשערך את

הסכום שייפסק על ידיו אך הדבר לא פוטר את המערערים, **כתובעים**, מלציין מלכתחילה את הסכום שנתבע בגין רכיב זה ולכל הפחות היה עליהם לבקש לתקן את תביעתם בהמשך ההליך (דבר שלא עשו במקרה זה). משנוסח כתב התביעה המתוקן חסר בעניין זה, ומשלא תוקן בהמשך, הרי בשלב הסיכומים בו כימתו לראשונה רכיב זה של תביעתם ועתרו לסעד נוסף בגינו, ביקשו הם למעשה להרחיב את חזית המחלוקת והתנגדות המשיבים לכך מוצדקת.

<u>העתירה לדמי שימוש ראויים</u>

המערערים עתרו **בכתב התביעה**, בס' 58.1.ב, לקבל דמי שימוש ראויים בסך של **1500** ₪ **לשנה** בגין כל דירה במיזם כאשר הדרישה היא "**למשך כל תקופת השארת העוגנים בפועל ועד להוצאתם**". בסעיף הבא לאחריו – 59.1 - חישוב דמי השימוש נעשה לפי שווי של 1500 ₪ **לחודש** לכל דירה במיזם ולמשך **שנתיים ימים** מה שמביא לסכום של 2.88 מיליון ₪ (80 דירות X 1500 ₪ X 24 חודשים).

בסיכומי המערערים בקמא נטען שלפי העדויות העוגנים לא יתכלו באדמה בתוך שנתיים אלא במשך זמן בלתי ברור ובלתי ידוע ולכן הם עותרים לדמי השימוש לתקופה של **50 שנים** (ר' התחשיב בס' 310 לסיכומיהם).

המשיבה בסיכומיה התנגדה מפורשות להרחבת החזית בעניין זה (ר' ס' 136ח' לסיכומי המשיבה) ודי בכך כדי לקבוע שכל עתירה לדמי שימוש ראויים לתקופה שהיא מעבר לשנתיים דינה להידחות.

<u>באשר לדמי השימוש השנתיים הראויים</u>: בכתב התביעה הוערכו אלה, על ידי המערערים, כדי סך של 1.44 מיליון ₪ לשנה. חישוב המערערים נגזר לפי מספר הדירות הנטען בבניין שבנתה המשיבה (לטענת המערערים 80 דירות). מדובר בחישוב תמוה שכן דמי שימוש משולמים בהתאם לשטח שנעשה בו שימוש (קרי השטח שבבעלות המערערים) ולא בהתאם לשטח של המשתמש.

השמאי מטעם ביהמ"ש, מר מרזוק, העריך את דמי השימוש השנתיים הראויים בסך של 19,416 ₪ לשנה (ר' בסעיף ט8' לחוות דעתו) ומכאן שחלקם של המערערים בהם (שהם בעלי 4 דירות מתוך 12 דירות בבניין) - 1/3 מסכום זה (ר' חישוב מרזוק שהתייחס לסך של 1,616 ₪ לשנה לכל דירה).

מכאן, שלפי גישת מרזוק, דמי השכירות השנתיים הראויים למערערים (בעלי 4 דירות מתוך 12 דירות בבניין) לתקופה שנתבעה (שנתיים ימים) צריכים לעמוד על סך של 12,944 ₪ בלבד.

יצוין כי השמאי מרזוק חישב את דמי השימוש הראויים לפי שטח התפיסה של העוגנים בקרקע (ר' בסעיף ט3' לחוו"ד) – שטח של 380 מ"ר בסה"כ. טענת המערערים בסיכומיהם, כי יש להכפיל את דמי השימוש שקבע השמאי פי 3 הואיל והעוגנים אינם נמצאים במישור אופקי אלא נפרשים (מתחת לקרקע) על פני גובה של 3 קומות – אין לה על מה לסמוך. בשים לב שבמקום בו מצויים העוגנים אין "קומות" בנויות לא הביאו המערערים שום אינדיקציה לכך שעקרונות התחשיב של השמאי, לא לקחו בחשבון "קומות" תיאורטיות שם נפרשו אותם עוגנים. אציין שהשמאי מרזוק אף נשאל והעיד, כי אינו מכיר מקרה בו הושכר חלק מהקרקע בשביל להחדיר עוגנים והמשכיר קיבל על כך תמורה מדי שנה (ר' בעמ' 87 ש' 12-9 לפרוט').

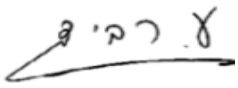
ביהמ"ש קמא בפסק-דינו פטר עצמו מלדון בשיעור דמי השימוש המגיעים למערערים מהטעם שמצא כי "**משנקבע כי התובעים זכאים לפיצוי בעילה של עשיית עושר ולא במשפט, אין מקום לדון בתשלום דמי שימוש**" (ס' 55 לפסה"ד). המשיבה בתשובתה להתייחסות המערערים (תשובה מיום 20.4.21) מצדדת בקביעה זו של ביהמ"ש קמא ומסבירה כי המערערים לא היו רשאים לתבוע גם את החיסכון שצמח למשיבה בעקבות השימוש בעוגנים וגם את דמי השימוש הראויים בגין אותו מעשה פלישה משמדובר בכפל פיצוי בגין אותה עילה. בתשובתה אף הפנתה המשיבה לפסיקה שלטענתה תומכת בגישתה. לא מצאתי טענות אלו של המשיבה במסגרת עקרי הטיעון מטעמה וחשוב מכך – במסגרת סיכומיה. שם, בפרק ז'2 (ס' 99-81 לסיכומים) מפרטת המשיבה טעמים מטעמים שונים מדוע המערערים אינם זכאים לדמי שימוש ואף אחד מהם אינו נוגע לכך שמדובר בסעד חופף לסעד אחר שכבר נתבע בגין אותו מעשה. כך או כך, אינני סבור שיש כפילות כנטען ואמליץ לחבריי להרכב לקבל את הערעור בנקודה זו.

סוף דבר – לו דעתי תישמע יידחה הערעור על כל מרכיביו למעט בנושא דמי השימוש הראויים. בהקשר זה הערעור מתקבל והמשיבה תשלם למשיבים, בנוסף לחיוב שהוטל עליה בפסק הדין, סכום נוסף של 12,944 ₪ בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק מיום פסק דינו של בית משפט קמא ועד התשלום בפועל. משהערעור התקבל בנקודה אחת בלבד ומשום נסיבות העניין יישא כל צד בהוצאותיו. העירבון יושב למערערים באמצעות בא כוחם.

שאול שוחט, שופט
סגן הנשיא, אב"ד

<u>השופטת עינת רביד</u>

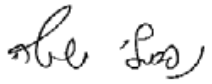
אני מסכימה.



עינת רביד, שופטת

<u>השופט נפתלי שילה</u>

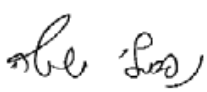
אני מסכים.

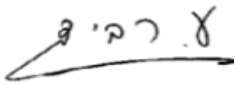


נפתלי שילה, שופט

נקבע כאמור בפסק דינו של כב' השופט ש' שוחט, סגן הנשיא - אב"ד.

ניתנה היום, כ' אייר תשפ"א, 02 מאי 2021, בהעדר הצדדים.







שאול שוחט, שופט, סגן הנשיא אב"ד	עינת רביד, שופטת	נפתלי שילה, שופט