



בס"ד, ל' חשוון תשפ"ג

24 נובמבר 2022

תיק מס' 81087

## פסק דין

לבין

בעניין שבין

הנתבעים והתובעים שכנגד

התובע והנתבע שכנגד

1. נתבע 1

2. נתבע 2

### א. רקע ועובדות מוסכמות

1. התובע" (שהוא גם נתבע שכנגד) הינו עוסק מורשה המפעיל רשת לממכר מוצרים (להלן "הרשת"). לרשת יש מספר סניפים המופעלים על ידי זכיינים מטעמו של התובע.
2. ב-24/7/19 חתם התובע עם נתבע 1 ועם נתבע 2, להלן לצורך הנוחות ייקראו: "הנתבעים") על הסכם זיכיון (להלן 'ההסכם') להקמת סניף חדש ברשת, באזור השרון.
3. ההסכם מקנה לנתבעים זכות להימנות על הרשת, שמשמעה בעיקר, שימוש בסימנים המזהים של הרשת, קבלת ידע וניסיון להפעלת הסניף וכן זכויות נוספות המפורטות בהסכם שנחתם בין הצדדים והוגש לבית הדין.
4. בסעיף 3 להסכם נקבע שעבור דמי זיכיון שיקנו לנתבעים בעלות על 50% מהסניף, ישלמו הנתבעים לתובע 300,000 ₪, לפי הפירוט הבא:
  - א. במועד חתימת ההסכם, ישלמו הנתבעים לרשת סך 25,000 ₪ בתוספת מע"מ.
  - ב. במועד חתימת ההסכם, יפקידו הנתבעים 100,000 ₪ בתוספת מע"מ בחשבון נאמנות, אשר יועברו לידי הרשת במועד חתימת חוזה שכירות לסניף.
  - ג. חודש לאחר חתימת חוזה שכירות לסניף, ישלמו הנתבעים לרשת 100,000 ₪ בתוספת מע"מ.
  - ד. החל מיום פתיחת הסניף ישלמו הנתבעים 75,000 ₪ בחמישה תשלומים במשך חמישה חודשים עוקבים.
5. כל עוד ההסכם יהיה בתוקף, ישלמו הנתבעים אחת לחודש תמלוגים בשווי של 5% ממחזור המכירות ברוטו של הסניף.
6. בסעיף 5 להסכם, התחייבה הרשת למצוא מקום להקמת הסניף, לחתום חוזה שכירות, להתאים את המקום להפעלת הסניף. להדריך את הנתבעים בהפעלת הסניף ולעשות את הנדרש לקבל רישיון עסק. לספק לנתבעים שילוט ופרטים נוספים המפורטים בהסכם.

עמוד 1 מתוך 25

משרד ראשי: רח' ברוריה 2, ת.ד. 8178 ירושלים 91080 Jerusalem P.O.B 8178 Brurya St. Main Office:

טל' 02-5371485 Tel פקס 02-5379626 Fax www.eretzhemdah.org bitdin@eretzhemdah.org ע"ר מס' 580120780

Founders: The Bellows Family, Chicago, Illinois



7. בסעיף 14 להסכם נקבע כך:

במקרה של ביטול ההסכם זה עקב הפרתו על ידי מי מהצדדים יהיה חייב הצד המפר לשלם לצד המקיים או המוכן לקיים את כל ההוצאות וההפסדים שנגרמו לו בגין ההפרה, סך של 125,000 ₪ אשר נקבע מראש ומקובל על הצדדים להסכם זה.

8. בפועל לא שולם במועד חתימת ההסכם סך 25,000 ₪ וכן לא הופקד במועד זה סך 100,000 ₪ לחשבון נאמנות. נחלקו הצדדים מהי הסיבה לכך, ועקב זאת הם הגיעו לבית הדין.

9. יצוין שבסעיף 16 בהסכם נקבע שבכל מחלוקת בין הצדדים להסכם, תובא המחלוקת להכרעתו של רב. בעקבות כך נשלחו הצדדים על ידי בית המשפט לבית הדין ארץ חמדה גזית.

10. תמצית המחלוקת בין הצדדים היא שהתובע מבקש לקבל את הפיצוי המוסכם מאחר ולטענתו הנתבעים הפרו את ההסכם כאשר לא העבירו את התשלומים במועדים שנקבעו. לעומת זאת, הנתבעים גם הם מבקשים לקבל את הפיצוי המוסכם בטענה שהתובע לא העמיד לרשותם את הסניף כפי שסוכם ובכך הפר את ההסכם.

## ב. טענות התובע

1. הנתבעים הפרו את ההסכם בכך שלא העבירו 25,000 ₪ לחשבון המשותף של הצדדים וכן כשלא העבירו 100,000 ₪ לחשבון נאמנות לצורך השותפות. לפיכך עליהם לשלם את הפיצוי שנקבע בהסכם בסך 125,000 ₪ בגין הוצאות והפסדים.

2. ההפסדים שנגרמו לתובע: עקב כך שהנתבעים לא מילאו את חלקם בהסכם, לא נפתחו סניפים של הרשת בשרון. כתוצאה מכך נגרם נזק לתובע, משום שבהתאם להתחייבות התובע לנתבעים בהסכם להעניק להם זכות ראשונים, דחה התובע פניות של מספר אנשים שבקשו לקנות זיכיונות לפתיחת סניפים באזור השרון, ולבסוף יצא התובע קרח מכאן ומכאן. בכך מוסברת דרישתו בסעיף 1.

3. במכתב ההתראה שנשלח לנתבעים ב-27/10/19, כשלושה חודשים לאחר חתימת ההסכם, הובהר לנתבעים שאף שהתובע הסכים לבקשת הנתבעים לדחות את התשלומים במספר ימים לאחר חתימת ההסכם, הוא לא ויתר על דרישת התשלום. במכתב זה התרה התובע בנתבעים שאם הם לא יקיימו את התחייבותם בתוך שבועיים ממועד קבלת המכתב, הם יידרשו לשלם פיצוי בסך 125,000 ₪, כפי שנקבע בהסכם.

4. אין לטעון כלפי התובע שלא מילא את חלקו בכך שהוא לא פעל למצוא מקום לפתיחת הסניף. שכן, על פי ההסכם הוא היה מחויב לעשות כן רק לאחר שהנתבעים יעבירו את הכספים הנזכרים לעיל.

5. לסיכום: על הנתבעים לשלם את סכום הפיצוי שנקבע בחוזה 125,000 ₪.



### ג. טענות הנתבעים

1. טרם חתימת ההסכם, הוסכם בין הצדדים שהמשיבים לא ישלמו את התשלום המפורט בסעיף 3.1.1 להסכם בסך 25,000 ₪ ובמקרה שהסניף יוקם, העסקה תעמוד על סך 275,000 ₪ בלבד.
2. גם לאורך כל התקופה התובע לא דרש מהם לשלם את תשלום סך 25,000 ₪ מה שמוכיח שהוא הסכים לוותר עליהם.
3. על פי סעיפים 5.1 ו-5.4 בהסכם, הנתבעים המתינו שהמשיב ימצא מקום להקמת הסניף, שהרי הוא בעל הסמכות הבלעדית לעשות זאת. המשיב לא עמד בהתחייבות זו.
4. הנתבעים הפקידו בהתאם להסכם המחאה בסך 100,000 ₪ בנאמנות אצל עו"ד א'.
5. התובע הציע לנתבעים לבטל את ההסכם ולפתוח סניף בתל אביב ברחוב דיזנגוף.
6. הנתבעים הגיעו לסניף בדיזינגוף מספר פעמים לצורך התרשמות והביעו הסכמה להפעיל סניף זה. לאחר מכן הם הודיעו על כך מספר פעמים לתובע, התובע לא השיב להודעותיהם ולבסוף חזר בו והעביר את הסניף לאנשים אחרים.
7. כפי שמשקף מהודעות הוואטסאפ שבין הצדדים, הנתבעים היו מעוניינים להמשיך ולקיים את ההסכם והתובע סרב לכך ולכן אין מקום לטעון כנגד הנתבעים שהם הפרו את ההסכם ולדרוש מהם לשלם את הפיצוי שנקבע בגין הפרת ההסכם.
8. לעומת זאת, חזרת התובע מהסכמתו להעביר לידי הנתבעים את הזיכיון לסניף בתל אביב, משמעה הפרת ההסכם שבין הצדדים המזכה את הנתבעים בפיצוי המוסכם בהסכם.
9. הנתבעים נדרשו על פי ההסכם לשלם סך 175,000 ₪ בתשלומים. אך תשלום זה מותנה בהקמת הסניף וחתימה על הסכם שכירות. תנאי זה לא קיים על ידי התובע.
10. הבסיס להסכם הוא הצהרת התובע כי יש לרשת סימן מסחר רשמי מסוים, כפי שנכתב בהסכם בין הצדדים: "והואיל והחברה בעלת הזכויות בסמני מסחר רשומים של רשת בתי העסק... שנרשמו כדין אצל רשם סימני המסחר". אולם, על פי בדיקת הנתבעים התברר שמדובר בהצהרה שאינה אמת. במועד חתימת ההסכם בין הצדדים, לא היה לרשת סימן מסחר רשמי.
11. גם אם היה על הנתבעים לשלם בגין ביטול ההסכם, הרי שסכום הפיצוי 125,000 ₪ על עסקה שלא כללה תשלום מצד התובע, אינו סביר ויש להפחיתו.
12. לא נגרם נזק לתובע המחייב תשלום פיצוי.
13. בהתנהגותו של התובע בכך שהוא לא תבע תשלום והמשיך להתנהל מול הנתבעים עולה שהוא למעשה ויתר על דרישותיו הכספיות.



#### ד. התביעה שכנגד

1. התובע לא פעל למלא את חובתו בהסכם למצוא מקום להקמת הסניף, לחתימה על חוזה שכירות, שיפוץ, תכנון והקמה, הדרכה וקבלת רישיון עסק.
2. הסיבה שהנתבעים רצו בהתקשרות עם הנתבע ולשמה היו מוכנים לשלם 300,000 ₪ הייתה רצונם לרכוש זיכיון רשמי של רשת המגובה בסימן מסחרי רשום. בפועל אין לרשת סימן מסחר רשמי.
3. נתבע 1 מצא מקום להקמת סניף בהוד השרון וביקש מהתובע לבוא לראותו, והתובע לא עשה כן, אף שהבטיח לבוא.
4. בפרק הזמן לאחר החתימה הודיע התובע כי הוא אינו פנוי לדבר על שום דבר, בגלל הבעיות שהתעוררו בסניף בתל אביב.
5. על אף משלוח מכתב ההתראה ב-27/10/19 המשיך התובע עם הנתבעים למצוא מתווה חילופי.
6. אחרי שהתובע חזר בו מהאפשרות שהנתבעים שכנגד יקבלו את הסניף בתל אביב הוא כתב להם שהם יחזרו למתווה הקודם, דהיינו מציאת סניף בשרון. מה שמלמד שמכתב ההתראה היה לצורך תביעה בבוא העת.
7. התובע התנהל בכזב עם הצדדים: הוא התחייב לזכיינות עם סימן מסחרי ולא עמד בכך. התובע התחייב להעביר לידיהם את הזיכיון להפעיל את הסניף בתל אביב ולא עמד בדיבורו. התובע לא פעל למצוא מקום להקמת סניף בשרון.
8. התובע גרם נזקים לנתבעים בכך שהם בזבזו זמן יקר מעבודתם ונאלצו להוציא הוצאות משפטיות להגן על עצמם מפני התביעה.
9. לפיכך הוא נתבע לשלם את הפיצוי שנקבע בהסכם בסך 125,000 ₪ ולכל הפחות לשלם קנס בגין התנהלותו.

#### ה. השאלות לדיון

1. האם יש תוקף להסכם לאור העובדה שלא היה סימן מסחר רשום בעת חתימת ההסכם.
2. האם לקבל את טענות הנתבעים שהם מילאו את חלקם בהסכם בעניין התשלומים.
3. האם הפר התובע את ההסכם בכך שלא פעל למצוא מקום להקמת הסניף.
4. האם לקבל את טענת התובע להפרת ההסכם לאור התנהלותו עם חתימת ההסכם ולאחריו.
5. במידה והפרו הנתבעים את ההסכם בכך שלא שילמו את התשלומים הנ"ל, האם זכאי התובע למלוא הפיצוי.

#### ו. האם יש תוקף להסכם בהעדר סימן מסחר רשום לרשת?

במבוא להסכם שנחתם בין הצדדים נכתב:



והואיל והחברה בעל זכויות בסמני מסחר רשומים של רשת בתי העסק כאמור לעיל שרשמו כדין אצל רשם סמני המסחר.

בדיעבד לאחר חתימת ההסכם התברר שאין בידי הרשת סימני מסחר רשומים.

### 1. טענות הנתבעים

לטענת הנתבעים בהעדר סימן רשום אין תוקף להסכם. הסביר זאת ב"כ הנתבעים:

הסיבה לכך ש[נתבע 1] ו[נתבע 2] ניאותו להיעתר לבקשת הנתבע שכנגד ולא פעלו בכוחות עצמם לפתוח חנות, היא כינויה אשר היא (בפרט כאשר בבעלות [נתבע 2] אולם אירועים אשר בין היתר מכין מוצרים דומים בעצמו) **נעוץ בכך כי\_ נתבע 2) ו[נתבע 1] חפצו לחסות תחת השם המסחרי של [הרשת] ולעשות שימוש במוניטין שיש לרשת** (ההדגשה במקור).

הוסיף ב"כ הנתבעים שאחד הנתבעים מחזיק בשני אולמות ומכיר ספקים רבים בתחום, ולא היה לו עניין כלכלי לפתוח סניף לממכר המוצרים שאינו חוסה תחת מותג חזק המגובה בסימן מסחרי רשום. לדבריו זוהי הסיבה בגינה ניאותו הנתבעים להכנס להשקעה בסכום 300,000 ₪ שנדרשו לשלם בהסכם שבין הצדדים.

### 2. טענות התובע

כנגד טענות אלו טען ב"כ התובע בסיכומיו לאחר הדיון את הטענות הבאות:

1. בחוק הישראלי אין חובת רישום של סימן מסחר אצל רשם סימני מסחר וכמו כן, אין מניעה לעשות שימוש בסימן מסחר שלא נרשם.
2. בפועל הרשת מפעילה סניפים ברחבי הארץ תחת שם מסחר מסוים והיא היחידה המשתמשת בסימן מסחר זה. השימוש בשם המסחר עם לוגו ייחודי של הרשת נעשה כבר למעלה משלוש שנים והרשת מפרסמת את סניפיה בטלוויזיה ברדיו ובאתר אינטרנט של הרשת.
3. מעולם לא הוגשה תביעה ו/או תלונה כנגד הרשת בגין שימוש אסור בסימן המסחר.
4. אין מניעה להשלים את תהליך הרשום. העיכוב ברישום נבע מסיבות טכניות.
5. גם סימן מסחר שלא נרשם עשוי להיות מוגן בחוק עוולות מסחריות.
6. יש יתרונות נוספים להסכם הזכיינות, מלבד השימוש בשם המסחרי של הרשת. בכלל זה, להביא את הסניף למצב של תחילת עבודה, גיוס עובדים, התקשרות עם ספקים מוזלים, מיתוג, מתכונים, מוניטין. באופן כללי מתחייבת להעניק לזכיון את כל המעטפת הנדרשת להפעלת הסניף.

### 3. סיכום טענות הצדדים

ניתן לסכם את הדברים: אין מחלוקת ששם וסמל מסחרי מהווים מנוף שיווקי משמעותי להצלחתה של רשת. לטענת הנתבעים העובדה שאין רישום פורמלי של השם המסחרי מאיינת למעשה את



משמעותו של ההסכם, שכן מדובר בשם ארעי שלא בהכרח יהיה לו המשכיות בעתיד. מאחר ואין מניעה חוקית לעשות שימוש במותג זה על ידי כל מי שיחפוץ בכך.

לעומת זאת עולה מטענות התובע שערכו של השם המסחרי הוא בשימוש בפועל, הן על ידי יצירת סניפים אחידים במקומות שונים הפועלים על פי דפוסי פעולה אחידים מבחינת איכות המוצרים רמת השירות ומחירם אשר חוסים תחת השם המסחרי. והן על ידי פרסומו של שם המסחר באמצעי פרסום שונים והחדרתו לתודעה הרחבה של הצרכנים הפוטנציאליים. במילים אחרות, בחירת הצרכנים לקנות בסניפי הרשת, אינה נובעת מרישומו של הסימן המסחרי, אלא מהצלחתו בשטח בעיני צרכנים רבים.

כמו כן, אין לבחון את היתרון בהצטרפות לרשת רק בהקשר של השם המסחרי אלא גם ביתרונות הנוספים כגון הסיוע בהפעלתו של הסניף, גיוס עובדים, התקשרות עם ספקים מוזלים וכו'. נדון בטענות.

#### 4. האם ביטול תנאי בהסכם גורר את ביטול ההסכם כולו?

כאמור, מה שנכתב במבוא להסכם שהרשת היא בעלת סימני מסחר רשומים אינו נכון והנתבעים לא ידעו עובדה זו בשעת החתימה על ההסכם. האם יש לראות בכך הטעייה המהווה עילה לביטול ההסכם, שהרי עובדה זו הוזכרה בפתח ההסכם.

כדי להשיב לשאלה זו יש לדון בשאלה העקרונית, האם ביטול תנאי אחד מתנאי ההסכם מבטל את כלל ההסכם. בשאלה זו דן בשו"ת מהר"ם פדואה (סימן מד):

השאלה השניה אם יהיה נפסל אחד מפרטי השטר האם בעבור זה נפסל כל השטר, אומר אני שהשטר יתקיים בשאר הפרטים. דעד כאן לא נחלקו רבי מאיר וחכמים (בבא מציעא עב ע"א) אלא בשטר שיש בו רבית אם גובין בו הקרן שרבי מאיר פוסל אותו לגמרי משום קנסא. וכן שטרי המוקדמין לשם גזירה שמא יגבו מזמן ראשון או משום קנסא. ולולא זה אף כי פסול מקצתו, היינו פרעון רבית שאין גובין מ"מ לא היה פסול שאר השטר היינו חוב הקרן אפילו לרבי מאיר.

דעת המהר"ם פדואה שאם נפסל אחד מפרטי השטר וניתן לקיים את הפרטים האחרים יש לקיימם. כדעתו פסק הרמ"א (חו"מ סי' נא סעיף ו).

אולם נראה שאין להשוות פסיקה זו למקרה שלפנינו, שכן מהוכחת דבריו בדין שטר שיש בו רבית שאין השטר נפסל, נראה שמדובר בביטול של פרט אחד בשטר שאינו נוגע לפרט האחר. אך, במקרה שלפנינו התברר שאחת מהנחות היסוד להתחייבות הצדדים אינה בתוקף. הנחה זו נוגעת לכלל ההסכם ויתכן שהשמטתה משפיעה על גמירות הדעת של הנתבעים ולפיכך אין תוקף להסכם.

נראה שעניין זה יהיה תלוי בשאלה, האם היו הנתבעים נמנעים מלחתום על ההסכם אם הם היו יודעים קודם החתימה שאין לתובע סימני מסחר רשומים. במידה והם היו נמנעים מלחתום, הרי



שאי קיומו של תנאי זה הוא עילה לביטול ההסכם, והוא המכונה בהלכה "מקח טעות". כפי כתב הרמב"ם (הלכות מכירה טו, ה):

כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום שמחזיר בו מקח זה מחזירין, וכל שהסכימו עליו שאינו מום הרי זה אינו מחזיר בו אלא אם פירש, שכל הנושא ונותן סתם על מנהג המדינה הוא סומך.

באופן שאין מנהג מדינה ברור, הגדרת מום המבטל מקח תעשה על פי אומדן דעת הקונה, וכן כתב הרמב"ם (שם טז, ה):

המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן יכול לומר לו לשחיטה מכרתיו לך. במה דברים אמורים? בשהיה הלוקח קונה לשחיטה ולחרישה, אבל אם היה יודע שהוא קונה לחרישה בלבד הרי זה מקח טעות וחוזר, וכן כל כיוצא בזה.

דין זה נפסק בשולחן ערוך (חו"מ רלב, כז, ראו עוד: חוקי התורה: מקח טעות עקב אי התאמה, סעיף 2) והוא מוסיף על כך, שאם ידוע שהקונה קנה את השור לחרישה בלבד, הרי שיכול לטעון טענת מקח טעות, גם אם רוב העולם קונים שוורים לשחיטה. עולה אפוא כי דעת הצדדים בעת חתימת ההסכם היא הקובעת בשאלה, האם יש מום במקח. ודעתם מתבררת על פי מנהגם של הצדדים.

בדומה לכך נקבע גם בחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973:

#### טעות

14. (א) מי שהתקשר בחוזה עקב טעות וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה והצד השני ידע או היה עליו לדעת על כך, רשאי לבטל את החוזה.

#### הטעיה

15. מי שהתקשר בחוזה עקב טעות שהיא תוצאת הטעיה שהטעהו הצד השני או אחר מטעמו, רשאי לבטל את החוזה; לענין זה, "הטעיה" – לרבות אי-גילויין של עובדות אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן.

הגדרה זו של החוק תואמת את ההלכה המאפשרת החזרת המקח באופן שנמצא בו מום יסודי שלא היה ידוע מראש.

לאור זאת, יש לבחון את דעות הצדדים במקרה שלפנינו, בעת חתימת ההסכם.

#### 5. כוונת הצדדים

הנתבעים הודו בישיבת בית הדין שבעת חתימת ההסכם ולאחריה, הם כלל לא שמו לב לעובדה שאין לתובע רישום של סימני מסחר ולמעשה הם התעוררו לכך לאחר שהוגשה תביעה כנגדם, מתוך בדיקה של בא כוחם. בכך נראה שיש לדחות את טענתו הגורפת של ב"כ הנתבעים שכל הסיבה שבגינה הסכימו הנתבעים לחתום על ההסכם היא העובדה שלתובע היה בעת חתימת ההסכם רישום



סימני מסחר וללא נתון זה, אין שום היגיון בחתימתם. אם אכן, זה מה שהנחה אותם, סביר שהם היו צריכים לדרוש אסמכתא לכך בעת החתימה.

נראה יותר מהדברים שמה שהוביל אותם לחתום על ההסכם הוא, היכרות הנתבעים את סניפי הרשת והערכתם שקבלת הזיכיון עשויה להניב להם רווחים נאים. אך, בהחלט אין להוציא מכלל אפשרות שהיה להם רצון להצטרף לרשת שיש לה סימני מסחר רשומים.

בבואנו להכריע בשאלה, האם הנתבעים היו חותמים על ההסכם, גם אם היה ידוע להם שאין סימני מסחר רשומים, יש להביא בחשבון נתונים נוספים.

א. יש תועלת בסימני מסחר גם אם אינם רשומים. כפי שהוצג על ידי ב"כ התובע, שכן סמל מסחר המוכר ללקוחות מהווה מוקד משיכה חזק. ללקוחות אין שום עניין בשאלה, האם מדובר בסמל מסחר רשום, אלא בכך שמדובר ברשת מוכרת שמוצריה מוצלחים. הצרכנים המחפשים מותגים של חברות מסויימות, אינם מתעניינים כלל האם למותג זה יש סימן מסחר רשום.

ב. הנזק הצפוי לעסק, שסימני המסחר שלו אינם רשומים, הוא בכך שעלולים לקום מתחרים שייחקו סמלים אלו. נראה שמדובר בחשש שאינו גבוה, כיון שהחוקיין עלול להיות צפוי לתביעה משפטית ועל דרך הכלל יש להעריך שחוקינות סמלי מסחר אינה שכיחה.

ג. מדובר בחיסרון בהסכם הניתן להשלמה, כפי שהוכח, שהרי באחרונה שלח התובע אישור שהוא השלים את הרישום סימני המסחר. באופן שמדובר במום במקח הניתן לתיקון, פסק השולחן ערוך (חוי"מ רלב, ה) בעקבות תשובת הרא"ש (כלל צו סימן ו) שאין לבטל את ההסכם אלא לתקנו:

ראובן שמכר לשמעון בתים שיש לו בעיר אחרת, וקודם גמר המקח נכנסו עובדי כוכבים בבתיים וקלקלו קצת מקומות ועשנו הכתלים ועקרו דלתות הבית והחלונות, ורוצה שמעון לחזור בו, וראובן טוען שכיון שהוא מום עובר ינכה לו מן הדמים כדי שיחזיר הבית לקדמותו ויקיים המקח, הדין עם ראובן.

אמנם, הרמ"א (שם) מסייג את זכות התיקון למומים שאינם מהווים שינוי מהותי הגורם לשינוי שמו של המוצר:

הגה: שהרי בית מכר לו ועדיין נקרא בית. וכן מום שאינו בגוף הבית, כגון שיש לאחר דרך עליו או אמת המים עוברת שם, מסלק המים והמקח קיים. אבל אם המום בגוף הבית, כגון שאמר לו שיש לו כותל שלם, ונמצא רעוע, אינו יכול לבנות לו כותל שלם; וכל כיוצא בזה.

ומבאר זאת נתיבות המשפט (שם, חידושים ס"ק ז):

פירוש, כל שיכול לתקן המום שיחזיר [הבית] לקדמותו בהדמים שינכה לו, ולא יהיה נחשב כפנים חדשות שיהיה נחשב כדבר שלא בא לעולם, מנכה לו מן הדמים. אבל בכותל שלם ונמצא רעוע, כשיתקן אותה ויבנה פנים חדשות באו לכאן, והוי כדבר שלא בא לעולם לכך המקח בטל.





לדעת נתיבות המשפט, זכאי המוכר לתקן את המום רק כאשר מדובר במצב בו התיקון מחזיר את הבית שנמכר לקדמותו, אך לא בתיקון שהוא למעשה בניית הבית מחדש. במקרה השני, יש להגדיר את המכירה כמכירת דבר שלא בא לעולם ואין לה תוקף (ראו גם חוקי התורה: מקח טעות עקב עי התאמה, סעיף 16).

בהשלכה למקרה שלפנינו, אין לקבל את דרישת הנתבעים לבטל את ההסכם למפרע לאור זאת שסימני המסחר לא היו רשומים. שכן, ניתן לתקן פגם זה על ידי רישום סימני המסחר, כפי שנעשה לבסוף. ואין לומר שרישום זה הוא כ'פנים חדשות באו לכאן', זאת משום שהיו יתרונות לסימן המסחר של הרשת גם קודם הרישום, והרישום עיגן באופן חוקי יתרונות אלו ואין בו יצירה מחודשת הזיכיון.

לסיכום, על פי הנראה מה שהוביל את הנתבעים לחתום על ההסכם הוא הבנתם שהרשת היא בעל פוטנציאל רווחי. הבנה זו היא מתוך הכרותם את סניפי הרשת. סביר שבכלל זה, העובדה שיש לרשת סימני מסחר רשומים. אך, מסתבר שזה לא היה העניין העיקרי, שכן, גם בלי רישום, שם הרשת המוכר בקרב הלקוחות מהווה מנוף שיווקי עיקרי. הוסף לכך שמדובר במום הניתן לתיקון כפי שעשה התובע.

לאור כל זאת יש להסיק שאין בטענה זו של הנתבעים כדי לבטל את ההסכם. אך, טענה זו תובא בחשבון בהכרעה הסופית של פסק הדין.

**מסקנה: יש תוקף להסכם למרות העדר הרישום של שם המסחר. אך, הדבר יבוא לידי ביטוי בהכרעה הסופית לקמן.**

## ז. טענות הנתבעים שהם מילאו את חלקם בהסכם בעניין התשלומים

### 1. טענת התובע

התובע טען שהנתבעים הפרו את ההסכם בכך שלא העבירו 25,000 ₪ לחשבון המשותף של הצדדים וכן כשלא העבירו 100,000 ₪ לחשבון נאמנות לצורך השותפות. לפיכך עליהם לשלם את הפיצוי שנקבע בהסכם בסך 125,000 ₪ בגין הוצאות והפסדים.

במכתב ההתראה שנשלח לנתבעים ב-27/10/19, כשלושה חודשים לאחר חתימת ההסכם, הובהר לנתבעים שאף שהתובע הסכים לבקשת הנתבעים לדחות את התשלומים במספר ימים לאחר חתימת ההסכם, הוא לא ויתר על דרישת התשלום. במכתב זה התרה התובע בנתבעים שאם הם לא יקיימו את התחייבותם בתוך שבועיים ממועד קבלת המכתב, הם ידרשו לשלם פיצוי בסך 125,000 ₪, כפי שנקבע בהסכם.

### 2. טענת הנתבעים

טרם חתימת ההסכם, הוסכם בין הצדדים שהמשיבים לא ישלמו את התשלום המפורט בסעיף 3.1.1 להסכם בסך 25,000 ₪ ובמקרה שהסניף יוקם, העסקה תעמוד על סך 275,000 ₪ בלבד. אף שאין



להם תיעוד כתוב לויתור זה, יש להוכיח את נכונות הטענה מכך שהתובע מעולם לא דרש תשלום זה.

בנוגע להפקדת 100,000 ₪ לחשבון נאמנות, טוענים הנתבעים, התובע הסכים שהסכום יופקד לידי עו"ד של הנתבעים. ואכן הופקדה המחאה בידי עו"ד א'.

מעובדות אלו עולה שהם עמדו בדרישות ההסכם בנוגע לתשלומים ולכן אין מקום לטענת התובע שהם הפרו את החוזה.

### 3. דיון

יש לדחות את טענת הנתבעים שהתובע ויתר להם על התשלום הראשון בסך 25,000 ₪ מהסיבות הבאות:

1. מההסכם (סעיף 3.1.1) עולה בבירור שהנתבעים התחייבו לשלם סכום זה עם חתימת החוזה.
2. התובע מכחיש את הויתור על תשלום ה-25,000 ₪.
3. בסעיף 17 בהסכם נקבע: "כל שינוי או תוספת להסכם זה יהיו בתוקף אם נעשו בכתב ובחתימת הצדדים להסכם".
4. בהעדר הוכחה כתובה, מוטלת על התובעים החובה להוכיח שהתובע ויתר על סעיף זה.
5. כמו כן הטענה שהתובע לא תבע סכום זה אינה נכונה שכן ב"כ התובע שלח לנתבעים מכתב התראה בתאריך 27/10/19 ובו נדרשו תשלום ה-25,000 ₪.

בנוגע לטענה השנייה בעניין הפקדת סך 100,000 ₪ לחשבון נאמנות. השיב התובע, שההמחאה לא הופקד לחשבון נאמנות אלא הועברה לידי עו"ד א' והנתבעים אף הורו לו שלא להפקיד את ההמחאה. אין דין המחאה שאינה מופקדת כדין הפקדת כסף בחשבון, כיון שיתכן שלהמחאה אין כיסוי. זאת ועוד, הסכום שנרשם בהמחאה הוא 10,000 ₪ בעוד שנכתב הסכום במילים מאה אלף ₪, המשמעות היא שמדובר בהמחאה שלא ניתן לגבותה כלל.

על פי הנתונים שהובאו בפנינו באותה עת התובע לא מחה על כך שההמחאה שנמסרה לעו"ד א' לא הופקדה בחשבון נאמנות. אך, גם בהינתן זאת, אין להסיק מכך שהוא ויתר על דרישתו בלא הוכחה לכך.

**מסקנה: יש לדחות את טענת הנתבעים. לפיכך, יש לקבוע שהנתבעים לא עמדו במחויבותם על פי ההסכם להפקיד את הסכומים שנדרשו מהם: 25,000 ₪ לחשבון משותף. ו-100,000 ₪ לחשבון נאמנות.**



## ח. טענת הנתבעים שהתובע הפר את ההסכם כשלא פעל למצוא מקום להקמת הסניף

### 1. טענות הצדדים

בתביעת הנגדית מטעם הנתבעים, טענו הנתבעים ולאחר מכן טען כן בא כוחם בהרחבה רבה בסיכומיו, שהתובע הפר את ההסכם שחתם עימם בכך שהוא לא פעל למצוא מקום להקמת הסניף, כפי שהתחייב בסעיף 5 להסכם שנחתם בין הצדדים.

לעומת זאת, טען התובע שכל עוד לא הועברו לידי התשלומים שנדרשו בעת חתימת החוזה, הוא לא היה מחוייב להתקדם במציאת מקום לפתיחת סניף.

### 2. דיון

להכרעה בנושא זה, להלן הסעיפים הרלוונטיים בהסכם:

1.1.1 במועד חתימת ההסכם זה, יפקיד הזכיון לחברה סך של 25,000 ₪ בתוספת מע"מ.

1.1.2 במועד חתימת ההסכם זה, יפקיד הזכיון סך של 100,000 ₪ בתוספת מע"מ בחשבון נאמנות, אשר יועברו לידי החברה במועד חתימת חוזה שכירות לבית העסק.

### 5. התחייבות החברה

5.1 מציאת מיקום להקמת בית עסק, חתימת חוזה שכירות, שיפוץ העסק....

מלשון ההסכם עולה שבעוד שהתשלומים היו אמורים להתבצע במועד חתימת ההסכם, מציאת מיקום להקמת הסניף אמורה היתה להתבצע מאוחר יותר.

בישיבת בית הדין הסביר התובע שהוא משתמש בכספים שהוא מקבל מהזכיינים כדי "להריץ את העסק" כלשונו. כלומר, לא מדובר רק בדמי רצינות, אלא בכספים שאיתם הוא מתחיל להקים את הסניף.

לכן, מסתבר שיש לקבל את טענת התובע שלא היה מקום לדרוש ממנו להתחיל בצעדים מעשיים להקמת הסניף, בעוד שלא הועבר לידי סכום כלשהו.

מסתבר, שגם הנתבעים הבינו דרישה זו, שהרי הם העבירו לידי עו"ד א' המחאה בסך 100,000 ₪ ב-31/12/19 ומייד לאחר מכן (כפי הנראה ב-1.1.20) נתבע 1 כתב לתובע בהודעת ווטסאפ: "הצ'ק נמסר לעו"ד א' לנאמנות כמו שסגרנו הכל מוגבל עד 31.1 לשם מציאת מקום. אז יאללה בוא נתחיל לרוץ תדבר איתי".

אלא שלעיל הובהר שהפקדת המחאה ביד עו"ד א' אין בה עמידה בהסכם.

כן גם עולה מדבריהם בבית הדין (פרוטוקול עמ' 3) שנשאלו מתי לפי החוזה היה צריך להעביר את ה-100,000 ₪, האם לפני מציאת המקום לסניף או לאחר מכן, ועל כך הם השיבו:



[את הכסף יש להעביר] לנאמנות, במועד חתימת ההסכם. אבל להוציא את הכסף מהנאמנות למען החברה רק לאחר מציאת מקום.

**מסקנה: יש לקבל את טענת התובע שכל עוד לא הופקדו בידי הכספים בהתאם לכתוב בהסכם הוא לא היה מחוייב למצוא מקום להקמת בית עסק.**

### **ט. האם בהתנהלותו התובע ויתר על זכותו לקבלת התשלומים על פי ההסכם**

עד כה קבענו כי הנתבעים לא עמדו בתשלומים שסוכמו בהסכם, וכן שהתובע לא היה מחוייב על פי ההסכם למצוא לנתבעים מקום לסניף חדש, כל זמן שהם לא עמדו בהתחייבותם בעניין התשלומים. כעת, יש לבחון האם התנהלות התובע העידה על כך שהוא מחל על זכותו לקבלת התשלומים מהנתבעים על פי החוזה, וממילא, הוא היה מחוייב להקים את הסניף עוד טרם קבלת התשלומים. אם נקבל סברה זו, הרי שהתובע הוא שהפר בסופו של דבר את ההסכם כאשר לא הקים את הסניף.

#### **1. רקע עובדתי**

ממכתב ההתראה ששלח ב"כ התובע ב-27/10/19 עולה כי במועד חתימת ההסכם, הסכים התובע לדחות את התשלומים של הנתבעים במספר ימים ולחתום על החוזה טרם קבלת התשלום. אולם לא הוגדר תאריך יעד מדוייק לתשלום סכומים אלו.

בסעיף 2.2 בהסכם נקבע:

הזכיון המוענק והמתקבל על פי הסכם זה מתייחס להקמת סניף בודד באזור השרון (להלן "שטח הזיכיון") לרבות ראש העין, הוד השרון, הרצליה, רמת השרון, רעננה.

למרות האמור בסעיף זה, בתחילת חודש ינואר 2020 הציע התובע לנתבעים לקבל את הסניף בתל אביב, מבלי להתנות זכות זו בתשלום הסכומים הנ"ל.

לאחר שהזכיון בתל אביב החליט להישאר, הציע התובע לנתבעים בחלק השני של חודש ינואר, לחזור למסלול שלנו, דהיינו למציאת מקום באזור השרון, למרות שהנתבעים עדיין לא מילאו חלקם בהסכם, לטענתו.

ברם, מהודעות הווטסאפ שנשלחו לבית הדין (נספחי הנתבעים), עולה שלאחר שירדה האפשרות שהם יקבלו את הזיכיון בסניף בתל אביב, התובע הזכיר לנתבעים את התחייבותם לתשלום הנ"ל שלא קויימה והוא דחק בהם בהקשר זה להחליט האם הם 'רציניים'.

יצוין כי לאורך כל התקופה מסוף דצמבר 2019 עד סוף ינואר 2020 ניכר מהודעות הווטסאפ שהנתבעים היו מעוניינים מאד להתקדם עם התובע במציאת מקום להקמת סניף. בתחילה הביעו עניין רב בסניף בתל אביב ולאחר שאפשרות זו ירדה מהפרק הם ביקשו שימצא להם מקום אחר. התובע הוריד את האפשרות של הסניף בתל אביב ולאחר מכן לא התקדם לחיפוש סניף אחר.

עולה, אפוא, שהתובע לא עמד על דרישת התשלום הכתובה בהסכם, בעת החתימה על ההסכם. ולמרות שהתובע שלח מכתב התראה ובו דרישה מהנתבעים לשלם את התשלום עבור הזיכיון וכן



דמי רצינות בהפקדה לנאמנות, הוא היה מוכן להעניק להם זיכיון בסניף בתל אביב מבלי שהם העבירו תשלומים אלו. ולבסוף הוא לא נתן לנתבעים אפשרות לפתוח סניף חדש.

## 2. נושאי הדיון

לאור הדברים, יש לבחון את השאלות הבאות:

א. האם לראות בהתנהלותו של התובע וויתור על התשלומים שנדרשו מהנתבעים, קודם מציאת מקום לפתיחת בית עסק. אם אכן כן, הרי שיש צדק בטענת הנתבעים שהם לא היו מחויבים להעביר כספים קודם פתיחת סניף.

ב. ב"כ הנתבעים העלה בסיכומיו טענה, שמשעה שהציע התובע לנתבעים את הסניף בתל אביב, הרי שבכך הוא זנח את ההסכם המקורי ומשמעה הסכמת הצדדים לוותר על ההסכם שנחתם בין הצדדים והליכה להסכם חדש. לפיכך, אין מקום לתבוע לאחר מכן את קיומו של ההסכם הראשון (אלא שעל פי זה יש להעיר, כי גם הנתבעים אינם זכאים לפיצוי מהתובע).

ג. טענה נוספת שהועלתה ע"י ב"כ הנתבעים, שהנתבעים הודיעו לתובע שההפקדה לנאמנות הוגבלה עד סוף ינואר לצורך מציאת מקום. ומשעבר מועד זה מבלי שהתובע איתר מקום לסניף, הרי שההסכם הסתיים.

## 3. דיון

נפתח בשאלה העיקרית – האם הנתבע וויתר על זכותו לקבל תשלומים מהנתבעים כתנאי לכל התקדמות במימוש ההסכם. אכן, משעה שעלתה ההצעה מצד התובע לנהל את הסניף בתל אביב, התובע הירפה מדרישת התשלום. אך, מייד לאחר שאפשרות זו ירדה, רואים מהודעות הווטסאפ, שהוא מציע להם לחזור למסלול של מציאת סניף בשרון ובאותה עת הוא שב לדרוש את התשלומים.

מסתבר שלגבי הסניף בתל אביב היה לתובע עניין שהנתבעים ייכנסו להפעילו באופן מייד, כיון שהזכיון בתל אביב עמד לעזוב והוא רצה להבטיח את ההמשכיות של הפעלת הסניף. כמו כן, הפעלת הסניף בתל אביב לא הייתה כרוכה בהוצאות נוספות מצידו של התובע. אך, לאחר שעניין זה ירד, הוא לא היה מוכן להתקדם להקמת סניף חדש בשרון מבלי שהנתבעים ישלמו את המקדמות שהם התחייבו עליהם בחוזה והוא דרש מהם לחזור למסלול שנקבע בהסכם.

מהאמור נראה שאין מקום להבין שהתובע ויתר על זכותו לקבלת התשלומים מהנתבעים כתנאי לכל התקדמות. וגם אם קיים ספק בעניין זה, מכיוון שההסכם מורה באופן ברור על חובת התשלום, אין לבטל חובה זו מבלי הוכחה ברורה.

לגבי טענות ב"כ הנתבעים – אכן יש לראות את הניסיון לגבי הסניף בתל אביב באופן נפרד מההסכם הראשון שנחתם בין הצדדים. אך, אין תכונות או סיכומים בין הצדדים המעידים על כך שעצם ההדברות בין הצדדים לגבי הסניף בתל אביב, מהווה ביטול של ההסכם הראשון.

**לכן יש לדחות את הטענה שהתובע וויתר על ההסכם בין הצדדים.**



לגבי הטענה שהנתבעים הודיעו לתובע שההפקדה בידי עו"ד א' מוגבלת עד לסוף ינואר כדי לאפשר מציאת מקום ולאחר מכן ההסכם מסתיים – שינוי כזה בהסכם אפשרי רק אם הוא נעשה בהסכמת שני הצדדים. בהסכם לא נכתבה אפשרות זו. ואדרבה בסעיף 17.1 להסכם נקבע:

כל שינוי או תוספת להסכם זה יהיו בתוקף רק אם נעשו בכתב ובחתימת הצדדים להסכם.

כמו כן, לאור מסקנתנו לעיל, כל עוד הנתבעים לא הפקידו כספים לחשבון נאמנות, הם לא היו זכאים לבוא בדרישות לתובע.

**לכן יש לדחות גם טענה זו.**

**מסקנה: לא הוכח שהתובע הסתלק מהחובה הראשון וכן לא הוכח שהוא ויתר על דרישת התשלום העולה מההסכם. לפיכך, הנתבעים הם שהפרו את ההסכם שנחתם בין הצדדים בכך שלא העבירו כנדרש מהם את התשלומים שנקבעו בהסכם.**

**י. דעת המיעוט: התובע אינו זכאי לקבל פיצוי**

בסעיפים הקודמים התברר שהנתבעים הפרו את החובה בכך שלא העבירו את התשלומים הנדרשים על פי החובה. האם יש להסיק מכך שזכאי התובע לקבל פיצוי וזאת בהתאם לנקבע בסעיף 14 להסכם, המחייב את מפר ההסכם בפיצוי. בעניין זה נחלקו דייני בית הדין. להלן דעת המיעוט.

אף שאני שותף לקביעה של עמיתי שהנתבעים הפרו את ההסכם, אני סבור שהם אינם חייבים לפצות את התובע, וזאת על בסיס ניתוח מדוקדק של סעיף 14 להסכם העוסק בפיצוי המוסכם, וזה לשונו:

במקרה של ביטול ההסכם זה עקב הפרתו על ידי מי מהצדדים יהיה חייב הצד המפר לשלם לצד המקיים או המוכן לקיים את כל ההוצאות וההפסדים שנגרמו לו בגין ההפרה, סך של 125,000 ש"ח אשר נקבע מראש ומקובל על הצדדים להסכם זה.

להבנתי פירוש המילים "במקרה של ביטול ההסכם זה עקב הפרתו על ידי מי מהצדדים" הוא שרק ביטול שנגרם עקב הפרה של הצד השני מזכה בפיצוי, וממילא עצם ההפרה אינה מזכה בפיצוי.

במקרה דנן, התנהלות הצדדים מוכיחה, שביטול ההסכם על ידי התובע לא נעשתה בגלל עיכוב התשלומים. לדוגמא- הנתבעים הציגו הודעות בהם הם מציינים לתובע שהכסף הועבר לנאמנות, והתובע מאז לא העיר להם שיש בעיה עם הכסף, או שההפקדה לא נעשתה כמו שצריך, ואדרבה הוא המשיך לשדר להם שהוא מבחינתו מוכן להתקדם עם קידום הסניף, ולא התנה זאת בשום פעולה נוספת מצידם. לבסוף, מחילופי ההודעות (נספח 4 בכתב תביעה נגדי, וכן נספחים 7-9 שם) עולה בבירור כי הכניסה לסניף נפלה בגלל שהתובע החליט להשאר עם הזכיין הקודם, ולא הוצגו בפנינו שום ראיות לכך שהיה קשר לבעיה בצורת ההפקדה של הכסף בכספי הנאמנות (כפי שטען התובע בבית הדין). כלומר- התובע מסיבותיו עמו, המשיך להתנהל עם הצדדים ולקדם את כניסתם לסניף, אף שההפקדה לכספי הנאמנות לא נעשתה בצורה שהייתה אמורה להיעשות



במהלך הזמן שבו התובע המשיך להתנהל עם הצדדים- התנהלותו נראתה כלא-רצינית, וגרמה לנתבעים לפקפק בכך שיש ביכולתו לעמוד בתנאי ההסכם שהתחייב להם. לא אכחש, שמבחינה פורמלית, התובע כלל לא היה חייב לחפש סניף, כל עוד הנתבעים לא העבירו את הכסף בצורה הנכונה. אך התובע החליט להתנהל באופן אחר, דבר שגרם למעשה לחוסר אמון מצד הנתבעים ביכולתו של התובע לעמוד בתנאי ההסכם.

לאחר שהמו"מ בין הצדדים עלה על שרטון בנוגע לכניסה לסניף היה זה סביר שהנתבעים לא יהיו מוכנים להפקיד את הכסף, משום שמבחינתם, התובע הוכיח כי הוא לא יוכל לעמוד בתנאי ההסכם מצדו.

אם נסכם את הדברים נאמר, שעל אף שהיו הפרות של ההסכם מצד הנתבעים, ואין לראות בהתנהלות התובע הסכמה להפרות. מכול מקום, מהתנהלות התובע והנתבעים גם יחד ניתן להסיק שהפרות אלו לא היו הסיבה לביטול ההסכם מצדו של התובע. או לפחות לא היו הסיבה העיקרית.

מאותה סיבה, הנתבעים אינם זכאים לפיצוי, היות והנתבעים לא עמדו בחלקם בהסכם, אין הם יכולים לבוא בטענות אל התובע על הפרת הסכם מצדו.

לסיכום, בעיניי מדובר בשותפות שלא צלחה. האחריות על הפירוק מוטלת על שני הצדדים, וממילא אין מקום לחייב בפיצוי אף אחד מהצדדים.

#### **יא. דעת הרוב: התובע זכאי לקבל פיצוי**

לדעת רוב הדיינים הפרת הנתבעים את ההסכם מנעה את קיומו ולבסוף בהעדר התקדמות, היא הובילה לביטולו של ההסכם. עולה, אפוא, כי האחריות לביטול ההסכם מוטלת על הנתבעים ולאור זאת יש צדק בתביעת התובע להשית על הנתבעים תשלום פיצויים. כעת יש לדון בתוקפו ההלכתי של סעיף 14 להסכם, אשר קבע כי סכום הפיצוי יעמוד על 125,000 ₪. זאת בגין 'ההוצאות וההפסדים שנגרמו לו בגין ההפרה'.

#### **1. טענות הנתבעים**

הנתבעים ערערו על תוקף ההתחייבות לפיצוי שנקבע בהסכם וכן על גובה סכום הפיצוי, להלן עיקר טענותיהם:

1. בסעיף 14 בהסכם נכתב שהפיצוי הוא על ההוצאות וההפסדים שנגרמו. התובע לא הוכיח שנגרמו לו הפסדים כתוצאה מכך שההסכם לא קיים.
2. טענת התובע שנגרם לו הפסד מכך שהוא היה מנוע מלהקים סניפים של הרשת בשנה שלאחר חתימת ההסכם אינה נכונה שהרי כל תקופת ההסכם נמשכה חודשים ספורים בלבד.
3. אין בהסכם הגבלה על הרשת לפתוח סניפי זכיינות אחרים בשרון.
4. התובע לא השקיע כספים ולא נקט בשום פעולה לפתוח סניף חדש, ולפיכך הפיצוי הנדרש אינו בגין השקעה שירדה לטמיון.



5. סכום הפיצוי מופרז, שהרי גובה העסקה הוא 300,000 ₪ ושיעור הפיצוי הוא קרוב למחצית הסכום.
6. הסכום מופרז גם על פי העולה מטענות התובע עצמו. שכן, לטענת התובע נגרם לו נזק בכך שנמנע ממנו רווח צפוי של הכנסות אם היה מוקם הסניף כמתוכנן. לדבריו, הוא היה זכאי לקבל 5% תמלוגים אחת לחודש ממחזור המכירות ברוטו של הסניף. במענה לשאלת ביה"ד אמר התובע שמחזור ההכנסות ברוטו הוא כ-25-20 אלף ₪ בחודש. לאור זאת, הרווח הצפוי הוא 1,250 ₪ בחודש ולשנה מדובר ברווח של 15,000 ₪. לפי זה, לא ברור למה נקבע סכום פיצוי בסך 125,000 ₪.
7. אין תוקף הלכתי לפיצוי בסכום מופרז. ב"כ הנתבעים מפנה למאמר של הרב אוריאל לביא "התחייבות לפיצוי מופרז עקב הפרת הסכם" (שורת הדין ז, תש"ס, עמ' קמב-קנד).

## 2. תגובת התובע

ראשית, נגרמו לו הפסדים בכך שלא נפתחו סניפים של הרשת בשרון, וזאת עקב התנהלות הנתבעים. לדברי התובע בהתאם להתחייבותו לנתבעים בהסכם להעניק להם זכות ראשונים, דחה התובע פניות של מספר אנשים שבקשו לקנות זיכיונות לפתיחת סניפים באזור השרון, ולבסוף יצא התובע קרח מכאן ומכאן.

שנית, גם בלא הוכחת נזק זכאי התובע לפיצויים. להלן ציטוט מדברי ב"כ התובע בכתב הסיכומים שהגיש לאחר הדיון (עמ' 6):

35. בין הצדדים נקבעו פיצויים מוסכמים בהתאם לסעיף 15 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (ההדגשה במקור), הצדדים הסכימו מראש על שיעור פיצויים כמוסכם ללא הוכחת נזק (ההדגשה אינה במקור).

37. סכום הפיצויים המוסכמים נקבעו מראש ובאופן יחסי ובהתאם לסכומים שנדרשו הנתבעים לשלם. יש לציין כי לתובע נגרמו נזקים המסתכמים בסכומים יותר גבוהים מגובה הפיצויים המוסכמים.

38. סעיף 15(א) לחוק התרופות מאפשר לצדדים לכלול בחוזה ביניהם סעיף פיצויים מוסכמים ללא הוכחת נזק. נקודת המוצא היא כי בית המשפט ייטה לכבד את רצון הצדדים ולאכוף תניה של פיצויים מוסכמים ככתבה וכלשונה, זאת, נוכח עיקרון-העל של חופש החוזים (דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ד 682 (2011)).

נדון בטענות הצדדים ובמקורות הרלבנטיים.

## 3. תוקפו של פיצוי מוסכם לאור דין אסמכתא

יש לדון בתוקפה של התחייבות לפיצוי בסכומים גבוהים. מהגמרא (בבא מציעא קד ע"ב) עולה שיש תוקף להתחייבות חוזית לפיצוי עקב אי עמידה בהסכם. אך התחייבות לסכום מוגזם, מוגדרת "אסמכתא" ואינה תקפה.





דין זה נפסק להלכה בשולחן ערוך (ח"מ שכח, א-ב):

המקבל שדה מחבירו... לא עבדה, אלא הובירה כולה או מקצתה, שמין אותה כמה היא ראויה לעשות, ונותן לו חלקו שהיה מגיע לו. ואם התנה עמו: אם אוביר ולא אעביד אשלם אלף זוז, הרי זו אסמכתא ואינו חייב לשלם.

מפסיקת השולחן ערוך עולה שיש זכות לפיצוי עבור מניעת רווח שגרם מקבל השדה בכך שלא עבד בשדה. אך, להתחייבות מופרזת אין תוקף.

#### 4. כוחו של מנהג לבטל אסמכתא

לאור האמור, נבחן האם יש תוקף למנהג הרווח, לקבוע בהסכמים סכומי קנסות מופרזים כדי לפתור את בעיית האסמכתא?

דיון בכך עולה מדברי התוספות (בבא מציעא סו ע"א, ד"ה ומניומי) הדן בתוקף התחייבות לקנס על ביטול שידוכין מבלי שנעשה קניין בבית דין שמחסן מפני בעיית אסמכתא:

ומיהו קנס שעושים בשעת שידוכין מהני אפילו לא קנו בבית דין חשוב כיון שנוהגין בו כל העולם מידי דהוי אסיטומתא דלקמן (דף עד ע"א) דקניא. ועוד דבדין הוא להתחייב כל החוזר בו כיון שמבייש את חברו.

התוספות מתרצים את המנהג לקבוע קנסות על ביטול שידוכין בשני נימוקים. הנימוק הראשון, התחייבות לשלם קנס תקפה בגלל שזה המנהג המקובל, בדומה לדין "סיטומתא" שהוא מעשה קניין המנהוג בין הסוחרים שיש לו תוקף הלכתי (שו"ע חו"מ רא).

הנימוק השני, הגורם לחיוב היא הבושה שעלולה להגרם לצד השני מביטול השידוך. מבאר הנחלת שבעה (סימן ח אות ד) שלא שייך לומר שההתחייבות לא נעשתה בגמירות דעת (בטענת, הגזמה או משטה אני בד), כיוון שביטול השידוך גורם לבושה שאין גדולה ממנה, ולכן אין בקנס זה אסמכתא כלל.

מתירוצו הראשון של התוספות עלה שסיטומתא (או מנהג) פותרת את בעיית אסמכתא, מדבריו ניתן להסיק לשאלתנו, שאם מנהג הסוחרים לקבוע קנסות מופרזים בחוזה, יש לכך תוקף.

התירוץ השני של התוספות אינו נזקק לחידוש העולה מהתירוץ הראשון, משום שהוא מעגן את חיוב הקנס על ביטול שידוכין על בסיס עיקר הדין, שכן, אין מדובר בהתחייבות מופרזת. בתירוץ השני יש חידוש עקרוני, שיש להכריע האם קיימת בעיית אסמכתא לא רק על פי גובה סכום ההתחייבות, אלא גם על פי נסיבות ההתחייבות. בביטול שידוך נגרמת בושה גדולה בהפרת ההסכם, לפיכך, יש תוקף להתחייבות לשלם פיצויים בסכום גבוה.

השאלה היא, האם התירוץ השני חולק על העקרון שעלה מהתירוץ הראשון שיש תוקף לסיטומתא להתגבר על בעיית אסמכתא?



יתכן שהתשובה לשאלה זו תלויה בהבנת כוחה של סיטומתא. סיטומתא היא דרך להקנות על פי מנהג הסוחרים שאינה על פי דרכי הקניין ההלכתיים. השאלה העקרונית בדיון זה היא, האם סיטומתא היא תחליף למעשה הקניין בלבד אך אין בה די כדי להתגבר על כללי הקניינים, או שמא היא אף מאפשרת להקנות דברים שבדרכי הקניינים הרגילות לא ניתן להקנותם.

נראה שיש תשובה לכך במחלוקת, המובאת בפתחי תשובה (חו"מ סי' רא ס"ק ב) האם סיטומתא מועילה להקנות דבר שלא בא לעולם. דעת הישי"ש, שו"ת הרדב"ז קצות החושן ונתיבות המשפט שסיטומתא לא מועילה להקנות דבר שלא בא לעולם, והנימוק הוא, "לא מהני אסטומתא למחשביה יותר מקנין גמור". ומכך יש להשליך שכשם שלא מועיל קניין כדי להתגבר על בעיית דבר שלא בא לעולם, כך גם לא תועיל סיטומתא להתגבר על בעיית אסמכתא.

אולם דעת החתם סופר (שו"ת חתם סופר (חלק ה, חושן משפט, סימן סו) בשם ראשונים שסיטומתא מועילה גם להקנות דבר שלא בא לעולם ובדומה לכך היא מועילה להתגבר על בעיית אסמכתא. זו לשון החתם סופר:

ומה שכתב מעלתו דליקני מטעם סיטומתא כמו שכתבו תוס' ב"מ ס"ו ע"א ד"ה ומניומא וכו' דקנס שעושים בשידוכים מהני כיון שנהגיי' העולם הוה ליה כסיטומתא והכי נמי דכוותיה בודאי כן הוא דבאסמכתא מהני מנהג העולם וקל וחומר הוא מדבר שלא בא לעולם שכתב הרא"ש בתיוב' כלל י"ג סי' כ' דמייתי ליה מעלתו דאם מנהג העולם להקנות בשטרי חכירות דברים שלא באו לעולם מהני מטעם סיטומתא... והוא הדין וכל שכן באסמכתא וקל וחומר כזה כתב מהר"מ במרדכי פ' שור שנגח ד' וה' סוף סימן מ"ד יעויין שם דכל טעמא דלא קני משום דלא סמכא דעתני' ומכיון שנהגו שפיר סמכא דעתני' /דעתני' /וקני...

טעמו של החתם סופר מדוע אין בעיית אסמכתא במקום שנהגו להתחייב בקנסות גבוהים הוא, שמאחר ונהגו בכך, הרי שאין לומר שלא סמכה דעתו של המתחייב.

ברם, על פי סברה זו, יש מקום לומר שגם לדעת הסוברים שסיטומתא אינה מועילה להקנות דבר שלא בא לעולם, היא תועיל להתגבר על בעיית אסמכתא. זאת משום, שבקניין דבר שלא בא לעולם יתכן שיש בעייה מהותית כיון שלקניין אין על מה לחול, לעומת אסמכתא שהחסרון הוא בסמיכות דעתו של המתחייב, וכיון שנהגו כן, מסתבר שסמכה דעתו של המתחייב, כפי שכתב החתם סופר. ההיגיון בדברי החתם סופר מבוסס על התירוץ השני של התוספות, המנתח את גמירות דעתו של המתחייב גם על פי הנסיבות, כפי שהוסבר לעיל.

הוכחה לכך שהסוברים שסיטומתא לא מועילה להקנות דבר שלא בא לעולם, מודים שסיטומתא מועילה להתגבר על בעיית אסמכתא, כתב הרב יוסף שלום אלישיב (פד"ר ה, 265). הרמ"א (חו"מ סימן רז, טו) פסק שבעוד שלא ניתן לקנות דבר שלא בא לעולם באף אחת מדרכי הקניין, על בעית אסמכתא ניתן להתגבר על ידי קנין מעכשיו ובבית דין חשוב. ביאר הסמ"ע (שם, ס"ק מב) שאם הצדדים כתבו שנעשה בבית דין חשוב, די בכך לכדי להתגבר על בעיית אסמכתא. אף שברור שבפועל



לא קנו בבית דין חשוב, כיון שהודה וכתב שקנה, גמר בדעתו והתחייב. כלומר, במקום שיש ראייה שהיתה גמירות דעת, אין בעית אסמכתא. לפיכך בסיטומתא כיון שכך נהגו, כולם יודו שאין בעית אסמכתא.

אולם יש לעיין במסקנה זו לאור דברי הראשונים והפוסקים דלהלן. ראשית, התוספות בנדריים (כז ע"ב, ד"ה והלכתא) לא הזכירו שיש תוקף לקנסות בשידוכין מדין סיטומתא, וכן בספר הישר לרבנו תם (סי' קעו) לא הביא הסבר זה. כך גם התוספות בסנהדרין (דף כד ע"ב ד"ה כל) לא הביאו הסבר זה.

כמו כן, בניגוד לתוספות כתב הרמב"ם (הלכות מכירה פ"א, יח) שאין תוקף להתחייבות לקנסות בשידוכין מאחר ויש בהם אסמכתא אלא אם כן ההתחייבות נעשתה בדרך הקנאה שאין בה אסמכתא כמנהגם של חכמי ספרד. אמנם, מעיון בלשון הרמב"ם יש מקום לדון האם דעתו היא שגם במקומות שנוהגים בהם לקצוב פיצוי גבוה, יש בעיית אסמכתא. זו לשונו:

כשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות באסמכתא כך היו עושין, קונין מזה שהוא חייב לחבירו מאה דינרין... ועל דרך זה היינו עושין בכל התנאין שבין אדם לאשתו בשידוכין ובכל הדברים הדומין להם.

מלשון הרמב"ם עולה שכך היה מנהגם להקנות באסמכתא בדרכם של חכמי ספרד. יתכן שיש מקום להסיק מדבריו שבמקום שהמנהג הוא להתחייב בסכומים מופרזים, אין בעיית אסמכתא, וכדעת התוספות.

אולם, מדברי הבית יוסף (אה"ע סימן נ) עולה בבירור שהוא סובר שהרמב"ם חולק על שני תירוצי התוספות. שכן, לאחר שהוא הביא את שני תירוצי התוספות, הוא הביא את שיטת הרמב"ם, החולקת לדעתו על התוספות וסוברת שיש בקנסות בשידוכין בעיית אסמכתא. לבסוף הכריע הבית יוסף בבדק הבית שאין להוציא ממון אלא כשיטת חכמי ספרד. משמע שהוא סובר שגם במקום שיש מנהג להתחייב בסכומים גבוהים אין להוציא ממון אם ההתחייבות לא נעשתה כדרכם של חכמי ספרד.

מחלוקת זו בין הרמב"ם לתוספות, נחלקו בה השולחן ערוך והרמ"א (אבן העזר נ, ו), דעת השולחן ערוך כדעת הרמב"ם ודעת הרמ"א כדעת התוספות. הרמ"א הסיק מתוספות שאין בעית אסמכתא בקנסות שעושין בשידוכין, אך, לא נימק האם פסיקתו היא על פי התירוץ הראשון או השני בתוספות. ברם, הבית שמואל (שם ס"ק יד) וכן הגר"א (שם, ס"ק טז) נימקו את דעת הרמ"א על פי התירוץ השני של התוספות שתוקף החיוב הוא מפני הבושה.

כמו כן, גם השולחן ערוך (חו"מ רז, טז) פסק כשיטת הרמב"ם בסתם וכתב על כך 'כן אנו נוהגים', בהמשך הסעיף הביא השולחן ערוך בדעת יש אומרים את התירוץ השני של התוספות. ועל כך כתב הרמ"א שם: 'וכן המנהג פשוט בכל גלילות האלוי'.



עולה, אפוא, שהשולחן ערוך לא פסק כדעת התוספות על פי שני תירווציהם. כמו כן, הרמ"א ונושאי הכלים הביאו את התירוץ השני של התוספות ולא את התירוץ הראשון.

כדעה זו להכריע כנגד התוספות וכדעת הרמב"ם, נפסק במספר פסקי דין. יעויין לדוגמה, בפד"ר (כרך ג עמ' 154-131, ביה"ד הגדול) הוכרע כדעת השו"ע שאין לחייב קנס מוגזם בשידוכין.

גם באופן שידוע שמנהג העולם לקבוע שמפר החוזה חייב לשלם פיצויים, הובא בפד"ר (כרך יד עמ' 42-30, ביה"ד רחובות) שיש מחלוקת ראשונים האם המנהג פותר את בעיית אסמכתא. והוכרע בפסק דין זה לא לחייב.

#### 5. הגבלת תוקפו של מנהג המדינה בדין אסמכתא

הכרעה זו שלא ללכת אחר מנהג העולם מעוררת קושי שכן היא עומדת בסתירה לכלל היסודי בדיני ממונות 'הכל כמנהג המדינה'. ליישב זאת, יש לבאר ששונה הוא דין אסמכתא בכך, שגמירות דעתו של המתחייב תלויה בשאלה האם בידו לקיים את התחייבותו (הגדרה זו לאסמכתא על פי שיטת התוספות (בבא מציעא עד ע"א, ד"ה הכא, וראשונים נוספים). לפיכך, על פי דעתם ניתן לקבוע כי אין תוקף להתחייבות מוגזמת, גם אם מנהג העולם להתחייב בחוזים לסכומי פיצוי מופרזים, באופן שאין בידו של המתחייב (או שיקשה עליו מאד) לקיים התחייבותו (ראו כהסבר זה בפד"ר יד, עמ' 41).

לאור זאת מבוארת המחלוקת בקרב חלק מהאחרונים בדעת התוספות (בבא מציעא סו ע"א) הני"ל, הנותנים תוקף לקנסות מופרזים בשידוכין. מדברי החתם סופר שהובאו לעיל עולה שהכל תלוי במנהג משמע ללא הגבלה. לעומת זאת, הבית מאיר (הובאה דעתו בפתחי תשובה אה"ע סימן נ ס"ק ט) לאחר שהביא את שני תירוצי התוספות הני"ל, כתב כך :

רוצה לומר, דכמו באם אוביר אשלם במיטבא לא חשוב גזים הוא הדין במה שמחייב קצת יותר מדמי הבושת בצמצום הוי בכלל במיטבא ומינה סך רב יותר ודאי דהוי אסמכתא דומיא דאם אוביר אשלם אלפא.

משמע ממנו שגם לתוספות אין תוקף להתחייבות בסכום מוגזם אלא בסכום הגבוה מעט מהפיצוי המגיע על הבושת. כן הובאו באוצר הפוסקים (אה"ע סימן נ, ס"ק מא ס"ק ד) אחרונים נוספים שהסכימו עם הבית מאיר. נראה שזוהי מסקנתו לאור שני תירוצי התוספות שלמרות שיש מנהג להתחייב לסכומים מופרזים, אין לכך תוקף בגלל החסרון בגמירות דעת המתחייב (ראו גם בעטרת דבורה ח"ב, עמ' 897 שדייק כן בבית מאיר שדבריו הם גם לתירוץ הראשון).

לאור האמור, יש להסיק שיש תוקף למנהג לקבוע פיצויים על הפרת התחייבות, אם הסכום אינו מוגזם ובידו לקיימו.

#### 5. הגדרת שיעורו של פיצוי סביר על בסיס דינא דמלכותא ומנהג המדינה

מדברינו האחרונים שיש להגביל את סכום ההתחייבות לפיצוי סביר, יש צורך להגדיר את הקריטריונים להתחייבות לפיצוי שיש לה תוקף. כתוב במשנה (בבא מציעא קד ע"א):



המקבל שדה מחבירו והובירה - שמין אותה כמה ראויה לעשות, ונותן לו. שכך כותב לו:  
אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא.

דעת רב האי גאון (ספר המקח, משפטי התנאים) היא שהחיוב הוא מטעם מזיק, בכך שהוא גרם  
הפסד לבעל השדה.

לעומתו סוברים התוספות (בבא מציעא עד ע"א, ד"ה הכא) וכן הרמב"ם (שכירות ח, יג) וראשונים  
נוספים, שחיובו על בסיס התחייבות. מאחר ומדובר בהתחייבות שאינה מופרזת אין היא אסמכתא.

שיטה נוספת היא שיטת הר"ן (בבא מציעא דף קד ע"ב, ד"ה התם) ונמוקי יוסף (על הרי"ף דף סא  
ע"ב, ד"ה ההוא) שיש תוקף להתחייבות מתקנת חכמים אף שיש בכך בעיית אסמכתא.

הפרדת דין זה מדיני נזיקין מלמדת שיש תוקף להתחייבות אף שמדובר בנזק עקיף כגרמא, שבדיני  
נזיקין אין לחייב עליו. וכן יש תוקף להתחייבות לפיצוי על נזק שלא בהכרח יתרחש בפועל אלא יתכן  
שיקרה. שכן, המשנה מחייבת את מה שהשדה הייתה 'ראויה לעשות'. למרות שלא בהכרח שהיה  
נעשה כך בפועל.

יתירה מכך, על פי ביאור זה יתכן לחייב על עצם הפרת חוזה, גם אם בפועל לא נגרם נזק, כאשר  
מדובר בהתחייבות שאינה מופרזת. אמנם, בדין זה הסתפק בספר פתחי חושן (קניינים פרק כא  
הערה כה) שכתב:

ובזמנינו מצוי שבחוזים למכירת דירה או כיוצא בזה כותבים תנאים שונים ובהם  
מתחייבים במקרה של ביטול החוזה או אחד הסעיפים שבו לתשלום כספי כקנס...

**אלא שאפשר שאם הסכום המוערך מראש הוא בסכום סביר, ויתכן שיהיה נזק כזה, אף  
על פי שלמעשה לא היה נזק בסכום זה, מועיל הקביעה מראש לעשות כלא גזים, וצ"ע.**

עוד ניתן לדייק מלשון המשנה 'אשלם במיטבא' שיש לשער את 'הראוי לעשות' על פי השיעור  
המקסימלי. כן עולה מפירוש רבנו עובדיה מברטנורא למשנה: "כפי מה שהיתה ראויה לעשות אם  
היתה חרושה וזרועה כראוי" ובדומה לכך כתב גם המאירי.

לאור הקריטריונים אלו נבחן את המנהג הרווח בימינו. בעניין זה יש להקדים אמירה עקרונית  
שעולה מפוסקי זמננו כי מנהג המדינה נקבע בין השאר על פי חוקים שנאכפים על ידי בתי המשפט  
(ראו לדוגמה פתחי חושן, שכירות ז, הערה יז, שחוק השכירות יוצר את מנהג המדינה, ובעמק  
המשפט חלק ה, שכירות בתים עמ' תמג שכתב כן בשם הרב אלישיב שחוק השכירות מחייב בזמננו  
מחמת שנוהגים לפיו).

על פי פסיקת הרמ"א (ח"מ רז, טו) עולה שבהתחייבות שיש לה תוקף על פי דינא דמלכותא אין  
בעיית אסמכתא:

וי"א דאם השלישו משכנות זה כנגד זה במשפטי גוים ובשטרותיהן, קנו אפילו באסמכתא,  
משום דינא דמלכותא דינא.



נראה שלכך נוטה דעתו של הריא"ה הרצוג (שו"ת בדיני חו"מ סימן נט) גם לגבי הנושא שלפנינו :

אין לך עסק שיש לו איזו חשיבות שהיא, שאיננו נעשה בחוזה ושאינו בו סעיף המחייב פיצויים. ובכגון זה דעתי נוטה דלית דינא דאסמכתא וכאילו מפורש שנעשה בבית דין חשוב (ע' סימן רז, סט"ו) ועדיף מסיטומתא. אולם יש לי הרושם שגם בדינא דמלכותא אין מחייבים בסכום המלא של הפיצויים כשהוא גבוה מדי, ועל כן יש מקום גם בדיננו, להבדיל, להפחית את הפיצויים במידה המתקבלת על הדעת, אף אם בטלה טענת אסמכתא.

והוסיף על כך הרב הרצוג :

הן אמת שיש דעת הרשב"א (נדריים כח ע"א) שבארץ ישראל אין מקום לדינא דמלכותא, אבל זה לא שייך לדעתי לדבר שהוא יסודי במסחר ובתעשייה ובקבלנות, כגון קביעת פיצויים למנוע הפרת חוזים והוא מנהג המדינה ויסוד הדינא דמלכותא. ואף על פי כן לא מפני שאנו מדמים נעשים מעשה לדון לודאי שאין כאן הריעותא של אסמכתא עד שתתברר יפה נקודה זו ותבוא עליה הסכמת המורים.

אף שהרב הרצוג התווה עקרון, מספק הוא נמנע לקבוע מסקנה גורפת שאין בעיית אסמכתא בכל התחייבות התקפה על פי החוק. ברם, עולה מדבריו שהוא סבור שיש תוקף הלכתי לדינא דמלכותא בעניינים של מסחר, תעשייה וקבלנות. אמנם, החזון איש (חו"מ ליקוטים סי' טז ס"ק יא) חלק על כך וסובר שמדובר בחוקים שהם בין אדם לחבירו ואין להם תוקף של דינא דמלכותא. אך, מקובל בפסקי ביה"ד ארץ חמדה גזית לתת לחוקים אלו תוקף של דינא דמלכותא מאחר ובימינו יש בחוקים אלו תקנת בני המדינה ואין להאריך בכך במסגרת זו.

לאור זאת, נבחן את סעיף החוק הרלוונטי ונסיק מכך לנדוננו. בסעיף 15א לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א-1970 נקבע :

(א) הסכימו הצדדים מראש על שיעור פיצויים (להלן – פיצויים מוסכמים), יהיו הפיצויים כמוסכם, ללא הוכחת נזק; אולם רשאי בית המשפט להפחיתם אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה.

מלשון החוק עולים שני פרטים חשובים לנדוננו. ראשית, החוק אמנם קובע שיש תוקף להתחייבות לפיצויים גבוהים, 'אולם רשאי בית המשפט להפחיתם אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק'. רשות זו להפחית, משליכה על דין אסמכתא. שכן, מסתבר כי ידיעת הצדדים בשעת ההתחייבות שיתכן שבית המשפט יפחית את סכום ההתחייבות יוצרת חיסרון בגמירות דעתם, וכדין התחייבות לסכום מופרז שיש בה בעיית אסמכתא (סברה זו עלתה ממספר מקומות, ראו לדוגמה פד"ר יד, עמ' 41, עטרת דבורה ח"ב עמ' 897, אלא שהם הסיקו מכך לבטל את כל ההתחייבות, בשונה מהמסקנה בפסק דין זה, כפי שיבואר להלן).



שנית, מהגדרת החוק עולה שבית המשפט לא יפחית את הסכום אם מדובר בסכום שיש לו יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש. נראה שהגדרה זו תואמת את ההגדרות שעלו לעיל מהמשנה. שכן, כאמור, המשנה אומרת שיש להעריך את מה שהיתה השדה ראויה לעשות. אולם מדובר בהערכה מסתברת שלוקחת את האפשרות המקסימלית של הרווח שנמנע. נראה כי ההגדרה בחוק יחס סביר לנזק, עולה בקנה אחד עם פרשנות המשנה שהוצגה לעיל.

נראה שמסקנה זו קרובה לעולה מדברי הבית מאיר שהובאו לעיל, בהגדרת 'אם אוביר ולא אעביד' אשלם במיטבא'. גם באופן שהתחייבות היא 'קצת יותר מדמי הבושת בצמצום'. ובמילים אחרות, באופן שיש יחס סביר בין הבושת להתחייבות, יש לקיימה.

**מסקנה: יש לחייב בפיצויים אם הם עומדים ביחס סביר לנזק.**

#### 6. הפחתת ההתחייבות לפיצויים מופרזים והעמדתה על פיצוי סביר

יש לדון בשאלה משלימה, במקרה שבית הדין סבור ששיעור הפיצויים שנקבע מופרז, האם יש לחייב בשיעור פיצוי סביר או שאין תוקף כלל להתחייבות זו. מקור דין זה בגמרא בבא מציעא (קד ע"ב) ונחלק שם הרי"ף (סא ע"ב מדפי הרי"ף) עם הרא"ש (פרק ט סימן ז) האם ביטול התחייבות מטעם אסמכתא משמעה ביטול מוחלט של כל ההתחייבות כדעת הרא"ש. או ביטול ההתחייבות המופרזת, לצד מתן תוקף להתחייבות בשיעור הנזק קיימת, כדעת הרי"ף.

אולם, גם לדעת הרא"ש במקום שמקובל לכתוב חובת פיצוי בחוזה, גם אם לא נכתבה התחייבות, יש לחייב, וזו לשונו:

שכיון שנהגו לכתוב בו אף אם לא כתב מיחייב לשלם מאי דאפסיד הלכך ה"נ כשתסלק דבריו העמידו על דינו וישלם מאי דאפסיד.

נראה מכך שיש להשליך לנדוננו, בזמננו על דרך הכלל, נהגו לכתוב קנסות בחוזה ולפיכך, גם אם לא היו כותבים הייתה חובת פיצוי מוטלת על מפר החוזה.

**מסקנה מהאמור עד כה:**

במקום שיש התחייבות בהסכם לתשלום פיצויים גבוהים שאינם עומדים ביחס סביר לנזק שיכול היה להיגרם לצד שלא הפר את החוזה, יש לחייב על פי שיעור הנזק הסביר שהיה יכול להגרם לו.

על פי הכרעה זו נהגו בבתי הדין הרבניים שלא לחייב פיצויים מופרזים שנקבעו בחוזה ולחייב שיעור פיצוי בגובה הנזק (להרחבה בעניין מנהג בתי הדין בימינו, יעויין במאמרו של הרב פרופסור רון קליינמן "תוקפם ההלכתי של חוזה בכתב, זכרון דברים וסעיף פיצויים מוסכמים", משפטי ארץ ד: חוזה ודיניהם, עמ' 129-132. וראו פסקי דין ארץ חמדה גזית 2-74005, 81121.

אולם יש להעיר על מסקנת פסק הדין הנ"ל, שקיבל את מסקנתו של הרב פרופסור קליינמן שכתב: "בתי הדין אינם מחייבים בפיצוי מוסכם מופרז העולה על הנזק האמיתי". נראה שיש להרחיב



מסקנה זו על פי לשון החוק וכפי שהוסבר לעיל, שגם התחייבות לסכומים העולים על הנזק האמיתי אך, יש להם יחס סביר לנזק, אין בהם אסמכתא.

לאור זאת, יש להעריך מהו שיעור הנזק שנגרם לתובע.

#### 7. שיעור הנזק שנגרם לתובע

התובע נשאל בדיון בבית הדין מדוע נקבע הסכום 125,000 ₪ כפיצוי. ותשובתו הייתה:

אני חי בזירה העסקית, כאשר אני מתחייב ל300,000 ₪. סביר לשלם פיצוי כזה על הפרת החוזה, ופיצוי זה נכון גם במידה ואני הייתי מפר.

יש לדחות קביעה זו, מהנימוקים הבאים:

ראשית, אם אכן התובע היה מוציא מכיסו 300,000 ₪ או היה נמנע ממנו רווח בשיעור זה, היה מקום לאמירתו. אך מאחר וההסכם אינו מחייב את התובע לפעול כל עוד לא הועברו הכספים אליו, הרי שאי העברת הכספים גרמה לכך שלא הייתה יכולת להתקדם למימוש ההסכם. למעשה המצב נותר בעינו כפי שהיה קודם החוזה והתובע בשלב זה לא נחשף לסיכונים.

שנית, טענתו שהוא היה מחוייב לנתבעים ולכן לא יכול היה לפתוח סניפים באזור השרון בלי הסכמתם, אינה נכונה מבחינה משפטית, כיון שההתחייבות בהסכם מקנה להם זכות ראשונים ותו לא. ברור, שבמצב שנוצר שהם לא העבירו לו כספים כלל, זכאי היה התובע לפתוח סניפים בשרון מבלי להעניק להם זכות ראשונים.

שלישית, גם התובע לא עמד במלוא התחייבותו בכך שהצהיר שיש לרשת סימני מסחר רשומים ובדיעבד התברר שנתון זה היה שגוי.

רביעית, בשלב מסויים הנתבעים הביאו לו תועלת בכך שהם היו מוכנים ומעוניינים מאד, כפי שניתן היה להתרשם בהפעלת הסניף בתל אביב. לבסוף התובע הוא שחזר בו.

מנגד, הנתבעים הפרו את ההסכם בכך שלא העבירו את הכספים כפי שהתחייבו בחתימתם על ההסכם והם הסבו נזק לתובע בכך שהוא השקיע בהסכם זה מזמנו וממנו וממנו ובשכירת עו"ד שניסח הסכם, וימשיך לטפל באי מימושו. ויתכן שהזמן שהושקע במשא ומתן לקיום ההסכם והציפיות שהיו כרוכים בהסכם זה, מנעו ממנו התקדמות באפיקים כלכליים אחרים. קשה לאמוד את האובדן הרווחים בשל כך, ולכן על דרך פשרה יש להעמיד את שיעור הפיצוי בסך 25,000 ₪ שהיו צריכים הנתבעים להעביר לידי התובע במועד החתימה על ההסכם. סכום זה שלגביו וודאי התחייבו הנתבעים, אם היה מועבר כמתבקש לא היה מוחזר להם בכל מקרה, לכן, הם ידרשו לבצע תשלום זה כעת כפיצוי לתובע על הפרת ההסכם.

**מסקנה: על הנתבעים לשלם לתובע על דרך פשרה הקרובה לדין סך: 25,000 ₪.**





### יב. הוצאות משפט

הכלל ברשת "ארץ חמדה גזית" במקום שהצדדים התנהלו באופן הוגן, שיש לחלק את אגרת בית הדין בין הצדדים וכך גם ננהג בתיק זה. התובע שילם אגרה בסך 1,750 ₪, הנתבעים שילמו אגרה בסך 2,250 ₪. ההפרש בין האגרות הוא 500 ₪.

לפיכך, התובע חייב לנתבעים חצי מההפרש בסך 250 ₪. סכום זה יופחת מחובם של הנתבעים לתובע.

### יג. החלטות

1. על הנתבעים, שניהם ביחד וכל אחד לחוד, לשלם לתובע, סך: 24,750 ₪ פיצוי בגין הפרת ההסכם, וזאת עד לתאריך 08 לדצמבר 2022.
2. התביעה הנגדית של הנתבעים כנגד התובע נדחת.
3. אין אפשרות לערער על פסק דין. פסק דין זה מבטל את פסק הדין שניתן בתאריך ט' חשון תשפ"ג, 03 נובמבר 2022.

"והאמת והשלום אהבו"

פסק הדין ניתן ביום ל' חשון תשפ"ג, 24 נובמבר 2022

בזאת באנו על החתום

הרב יוסף סוראני

הרב ציון כהן, אב"ד

הרב מאיר שקדי