בית משפט השלום בראשון לציון

ת"א 55130-12-21 יחיאל וישראל מבית קלר ויליאמס ראשונים K.W ואח' נ' אלימלך ואח'

לפני כבוד השופט מוטי פירר

תובעים
1. יחיאל וישראל מבית קלר ויליאמס ראשונים K.W
2. דוד הררי
ע"י ב"כ עו"ד ליעוז הקרי

נגד

נתבעים
1. קרן אלימלך
2. שמר אלימלך
ע"י ב"כ עו"ד לוטם נגב

פסק דין

מחלוקת בין מתווך במקרקעין בבלעדיות לבין לקוחותיו, בדבר היותו הגורם היעיל בהתקשרות המוכר והקונה בעסקת מכר דירה, וממילא בדבר זכאותו לדמי תיווך.

1. הנתבעים, אשר ביקשו למכור את דירת מגוריהם, ניסו תחילה לעשות זאת באופן עצמאי ללא סיוע מקצועי. משנקפו הימים והדבר לא עלה בידם, החליטו לשכור את שירותם של התובעים, מתווכים במקרקעין, עמם חתמו על הזמנת שירותי תיווך בבלעדיות.

2. כחודשיים לאחר מכן, בעיצומה של תקופת הבלעדיות, התקשרו הנתבעים בהסכם למכירת דירתם לרוכש אשר התעניין ברכישת הדירה ואף ביקר בה מספר פעמים, במועד שקדם לחתימת הסכם הבלעדיות. היות שהרוכש התעניין ונחשף לעסקה עוד בטרם ההתקשרות עם המתווך, סרבו הנתבעים לשלם למתווך את דמי התיווך, שכן לטענתם הוא לא שימש כגורם היעיל שהביא להתקשרות הצדדים בעסקת המכר.

3. טענת המתווך בתובענה זו כפולה: ראשית טוען הוא כי לנוכח הסכם הבלעדיות ובהתחשב בפעולות השיווק שביצע, קמה לו החזקה הקבועה בדין, לפיה הוא הגורם היעיל שהביא לעסקה; שנית טוען, כי הנתבעים הפרו סעיף מפורש בהסכם הבלעדיות, המחיבם להפנות אליו כל רוכש או מתעניין אשר יגיע אליהם בתקופת הבלעדיות, זאת בין אם פנה בעקבות פעולות המתווך ואם אם בדרך אחרת.

4. לפיכך טוען המתווך, כי על הנתבעים לשלם לו דמי תיווך כפולים: הן את דמי התיווך המגיעים לו מהם כמוכרי הדירה בתקופת הבלעדיות, והן את דמי התיווך שעל הרוכש היה לשלם לו, לו היו הנתבעים מפנים את הרוכש אליו כמצוות אותו סעיף בהסכם.

5. תחילה הגישו הנתבעים תביעה שכנגד כנגד המתווך, בטענה לפיה גרם להם נזקים והפסדים שונים בפעולותיו ובמחדליו, אולם במהלך ניהול התובענה ניאותו לדחיית התביעה שכנגד.

6. השאלות העומדת לפתחנו הן אפוא אלו: האם המתווך שימש בעניינו כגורם היעיל שהביא להתקשרות הנתבעים והרוכש בהסכם המכר; האם הפרו הנתבעים את הסכם הבלעדיות בכך שלא הפנו את הרוכש למתווך; וככל שהפרו, מהן תוצאותיה של אותה הפרה.

תמצית העובדות וטענות הצדדים

7. המסכת העובדתית מוסכמת ברובה הגדול בין הצדדים, והבדלי הגרסאות ביניהם זניחים. ואלו עיקרי הדברים ותמציתם:

8. הנתבעים, בני הזוג קרן ושמר אלימלך, התקשרו בשנת 2019 בהסכם לרכישת דירת מגורים חדשה מקבלן אשר עתידה הייתה להימסר להם בחודש אפריל 2022. בהתאם ללוח התשלומים שבהסכם הרכישה, נדרשו לשלם לקבלן סך של 1,375,000 ₪ עד ליום 30.10.21. לצורך השגת הסכום האמור, היה עליהם למכור את דירת מגוריהם שברחוב אברבנאל 24 בראשון לציון ("**הדירה**").

9. תחילה פעלו הנתבעים באופן עצמאי למכירת דירתם ללא סיוע מקצועי, ולצורך כך פרסמו החל מחודש פברואר 2021 פרסומים שונים באתרים וברשתות החברתיות. מספר רוכשים פוטנציאליים ביקרו בדירה והביעו התעניינות, אולם הזמן נקף והדירה טרם נמכרה. בין המתעניינים היה גם מר חיים ישראל ("**הרוכש**" או "**חיים**") אשר ביקר בדירה פעמיים. בפעם הראשונה ביקר בדירה ביום 6.7.21 יחד עם אשתו ובנו, ובפעם השנייה ביקר ביום 19.7.23 יחד עם חתנו, קבלן שיפוצים במקצועו. חיים היה מעוניין לרכוש את הדירה, אולם רעייתו יפה לא הייתה בשלה לכך באותה העת, על כן נדמה היה כי העסקה ירדה מהפרק והקשר בין הצדדים נותק.

10. לנוכח מועד התשלום לקבלן אשר הלך והתקרב, החליטו הנתבעים לפנות לקבלת שירותי תיווך. בעקבות המלצה חמה שקיבלו מאת חבריהם פנו לתובע 2 מר דודי הררי העובד במשרד התיווך התובעת 1 ("**המתווך**"). ביום 15.8.21 נחתם בין הצדדים הסכם להזמנת שירותי תיווך בבלעדיות ("**הסכם הבלעדיות**"). תקופת הבלעדיות נקבעה לפרק זמן שמיום 16.8.21 ועד ליום 15.2.22, כאשר לנתבעים ניתנה נקודת יציאה ביום 16.12.21. הנתבעים סיפרו למתווך על פרק הזמן הקצר העומד לרשותם למכירת הדירה, לנוכח מועד התשלום לקבלן ההולך וקרב (30.10.21), והמתווך מצדו הבטיח לעשות כל הניתן על מנת לשווק את הדירה במהרה.

11. בהסכם הבלעדיות נקבע כי דמי התיווך יעמדו על סך של 2% ממחיר העסקה בתוספת מע"מ, וכי אלו ישולמו בכל מקרה בו יימכר הנכס בתקופת הבלעדיות. בהסכם הופיעו רשימת פעולות

שיווק אשר על המתווך לבצע, וככל שיבצע לכל הפחות שתיים מתוכן בתוך שליש מתקופת הבלעדיות, תעמוד לו החזקה לפיה הוא 'הגורם היעיל' שהביא לעסקה (כקבוע בסעיפים 9(ד) ו-14(ב) לחוק המתווכים במקרקעין, תשנ"ו-1996 ובתקנות המתווכים במקרקעין (פעולות שיווק), תשס"ה-2004). בסעיף 4(ג) להסכם הבלעדיות התחייבו הנתבעים כדלקמן:

> בזמן הבלעדיות לא נתיר כי מתווכים אחרים יפעלו עבורנו אלא באמצעותכם בלבד. אנו מתחייבים להפנות אליכם כל לקוח או מתווך אשר יגיעו ו/או יפנו אלינו בתקופת הבלעדיות. כל קשר או מו"מ יעשה באמצעות משרד התיווך [...] בין אם הרוכש הגיע דרכם ובין אם בדרך אחרת כלשהי (להלן – "**סעיף 4(ג) להסכם הבלעדיות**").

12. סעיף 4(ד) להסכם קבע כי הפרת הוראות הבלעדיות יזכו את המתווך בפיצוי מוסכם בשיעור 3% ממחיר העסקה. בנוסף, בגוף ההסכם נוספה הערה בכתב יד בדבר שני לקוחות שהוחרגו מתחולתו. מדובר בשני רוכשים פוטנציאליים שביקרו בדירה בטרם ההתקשרות עם המתווך, ועלתה האפשרות כי המשא ומתן עימם יתחדש. שמו של הרוכש חיים ישראל לא נזכר בהסכם הבלעדיות ולפיכך הוא לא הוחרג, ככל הנראה מהטעם שהנתבעים סברו באותה העת כי ההתקשרות עמו ירדה מהפרק.

13. מחיר העסקה לא נכתב בגוף הסכם הבלעדיות, (זאת בניגוד להוראת תקנה 1 לתקנות המתווכים במקרקעין (פרטי הזמנה בכתב), תשנ"ז-1997, ור' לעניין זה ע"א 3384/16 **עמית מזרחי נ' אהוד מרקוביץ** (2018)). עם זאת, הצדדים שניהם העידו על הסכומים שדוברו מפורשות ביניהם באותו מעמד. הנתבעים בקשו למכור את הדירה בסכום אשר יותיר בידם בסופו של יום, לאחר תשלום דמי התיווך, סך של כ-1,830,000 עד 1,840,000 ₪, אולם המתווך ביקש לקיים התייעצות נוספת במשרדו בטרם יוחלט מהו הסכום אותו נכון יהיה לפרסם במודעות הפרסום השונות, כך שייוותר מרווח למשא ומתן. מספר ימים לאחר מכן סיכמו הצדדים כי הדירה תפורסם במחיר של 1,870,000 ₪ וכך אכן נעשה.

14. בתצהירו ובעדותו פירט המתווך את מגוון פעולות השיווק והפרסום בהם נקט בימים שלאחר חתימת הסכם הבלעדיות, ובכלל זה תליית שלט פרסום, צילום הדירה, פרסומים נרחבים ברשתות החברתיות ובאמצעי פרסום המקובלים בין מתווכי נדל"ן המשתפים פעולה ביניהם, עריכת "בית פתוח" וכיו"ב. הנתבעים הביעו אמנם בזמן אמת מורת רוח מקצב הפעילות האיטי לשיטתם וכן מהעובדה שהמתווך טס לחופשה בחו"ל בימים שלאחר החתימה, אולם הם לא מצאו לנכון להודיע על ביטול ההסכם בגין הפרתו. לאחר שעיינתי בראיות ושמעתי את עדויות הצדדים לא מצאתי לפקפק בגרסתו של המתווך והתרשמתי שהוא אכן פעל באופן סביר ומקובל, ולכל הפחות עמד ברף המינימלי הנדרש לצורך קיום תנאי הבלעדיות בהתאם להוראות החוק והתקנות הנזכרים בסעיף 11 לעיל.

15. בעקבות פעולותיו של המתווך ביקר בדירה, בין היתר, כבר בתחילת חודש ספטמבר 2021, רוכש פוטנציאלי בשם שחר מוסקוביץ ("**שחר**"). שחר הביע התעניינות ברכישת הדירה ואף ביקר בה פעם או פעמיים נוספות, אולם טרם החל להתנהל משא ומתן ישיר בינו לבין הנתבעים. מתוך הראיות שהוגשו, ובעיקר התכתובות שבין המתווך לנתבעים מזמן אמת עולה, כי שחר נכון היה לשלם בתמורה לדירה סך של 1,830,000 ₪, כאשר במועד חתימת הסכם המכר תשולם מקדמה בסך 450,000 ₪. לו העסקה עם שחר היתה יוצאת אל הפועל בסכום האמור, היו הנתבעים משלמים למתווך דמי תיווך בסך 42,822 ₪, כך שהיה נותר בידם סכום של 1,787,178 ₪. ואולם, על מנת לעמוד בתשלום לקבלן, היה עליהם ליטול הלוואת גישור מאת גורם מממן. בנוסף, לו עסקה זו היתה מתממשת, יתכן שגם שחר היה משלם למתווך דמי תיווך בסכום דומה.

16. והנה, ביום 10.10.21 יצר הרוכש חיים ישראל קשר עם הנתבעים וחידש עמם את הקשר שהחל עוד בחודש יולי. שיחות הטלפון שנוהלו בין חיים לבין הנתבעים הן בחודש יולי והן בחודש אוקטובר הוקלטו על ידו בזמן אמת והוגשו כראיות מטעם הנתבעים. חיים עצמו, בנו וחתנו אשר ביקרו בדירה כבר בחודש יולי אף העידו במסגרת ההליך, עדותם נמצאה מהימנה בעיניי ולא מצאתי לפקפק בגרסתם. התמונה המתקבלת מתוך עדויות אלו היא זו: לאחר ביקוריו של חיים ובני משפחתו בדירה בחודש יולי, ומשרעייתו יפה לא היתה שלמה עם הבחירה, הוסיפו בני הזוג להתעניין בדירות נוספות ואף התקדמו בעסקה אחרת, אולם מימוש העסקה האחרת נתקל בקשיים ולא יצא אל הפועל. או אז חידשו את הקשר עם הנתבעים, זאת מבלי שנחשפו לפעולות השיווק והפרסום שנקט בינתיים המתווך, והציעו להם לרכוש את הדירה בתמורה לסך של 1,800,000 ₪. חיים ורעייתו הסכימו לשלם כבר במועד חתימת החוזה סך של מיליון ₪, הצעה שהתאימה כמו כפפה ליד לצרכיהם של הנתבעים, אשר נדרשו לשלם לקבלן עד לתום חודש אוקטובר סכום נכבד, כמתואר לעיל.

17. הנתבעים יצרו קשר עם המתווך והודיעו לו כי שב אליהם רוכש אליו התוודעו בתקופה שבטרם חתימת הסכם הבלעדיות. המתווך מצדו שאל האם 'לשחרר' את שחר, הקונה המתחרה אשר לכאורה נכון היה לשלם סכום גבוה יותר (1,830,000 ₪). ביום 13.10.21 ביקש הנתבע מהמתווך שלא לשחרר עדיין את שחר, שכן באותם ימים ספורים עדיין התנהל המו"מ בינם לבין חיים, אולם לאחר שסוכמו מלוא הפרטים בין הצדדים לעסקה, הודיע הנתבע למתווך ביום 24.10.21 כי ניתן 'לשחרר' את שחר. דומה כי העדיפות מצדם של הנתבעים למכור את הדירה לחיים על פני שחר, היתה כפולה. ראשית, המכירה לחיים הבטיחה להם מקדמה בסך מיליון ₪, על פני מקדמה בסך 450,000 שנכון היה שחר לשלם, ובכך נחסך מהם הצורך בנטילת הלוואת גישור. שנית, הסכום שהיה נותר בידיהם ממכירת הדירה לשחר, לאחר ניכוי דמי התיווך, נמוך מהסכום שנותר בידיהם ממכירת הדירה לחיים, בהנחה שהם פטורים מתשלום דמי תיווך.

18. ביום 26.10.21 נחתם הסכם המכר בין הנתבעים לבין חיים ורעייתו, לפיו נמכרה הדירה בתמורה לסך של 1,800,000 ₪, כאשר במועד החתימה שילם חיים סך של מיליון ₪. מעדויות הנתבעים וכן חיים עולה כי הסיכום העקרוני היה על סך 1,810,000 ₪ אולם חיים הסכים להותיר את הדירה למשך חודשיים נוספים בשימוש הנתבעים תמורת הפחתה של 10,000 ₪ מהתמורה. יצוין, כי בשיחות שקדמו לחתימת הסכם המכר, סיפרו הנתבעים לחיים כי קיים רוכש מתחרה (ככל הנראה הכוונה לשחר) אשר הובא על ידי המתווך ואשר מעוניין לשלם בתמורה לדירה של 1,830,000 ₪. חיים מצדו לא הסכים להעלות את הצעתו, שכן ככל הראה הבין שניתנת לו עדיפות לנוכח הצעתו לשלם דמי קדימה גבוהים במיוחד בסך מיליון ₪, כבר במועד החתימה.

19. בין המתווך לבין הנתבעים התנהל שיח בכל הקשור לתשלום דמי התיווך. הנתבעים סברו כי הם פטורים מתשלום, שכן הדירה נמכרה לרוכש עמו נוצר קשר עוד לפני הסכם הבלעדיות, כמו כן לטענתם המתווך לא היה הגורם היעיל להתקשרות בעסקה. תחילה סברו אמנם כי עליהם להפנות את חיים למתווך בהתאם להוראות הסכם הבלעדיות, אולם לאחר שחיים סרב לכך, והם אף התייעצו עם עורך דין מטעמם, הגיעו לכלל מסקנה כי לא חלה עליהם חובת תשלום דמי תיווך. הנתבעים הבטיחו אמנם תחילה למתווך 'להסתדר' עמו ומאוחר יותר אף הציעו לו תשלום מופחת בסך 8,500 ₪, אולם המתווך עמד על תשלום מלוא דמי התיווך בשיעור 2% ממחיר העסקה בתוספת מע"מ.

20. לטענת המתווך, לנוכח העובדה שהדירה נמכרה בעיצומה של תקופת הבלעדיות, ובהתחשב בפעולות השיווק שביצע בתקופה זו, קמה לו החזקה הקבועה בסעיף 14(ב) לחוק, לפיה הוא הגורם היעיל שהביא להתקשרות הצדדים בעסקה. עוד טוען, כי העבודה שהנתבעים לא הפנו את הרוכש חיים אליו, מיד כאשר שב אליהם במהלך תקופת הבלעדיות, מהווה הפרה יסודית של הוראת סעיף 4(ג) להסכם הבלעדיות. לפיכך, זכאי הוא לטענתו מאת הנתבעים, הן לתשלום דמי התיווך מהם כמוכרים, והן לדמי התיווך שצפוי היה לקבל מאת הרוכש לו היה מופנה אליו באותה העת. בסך הכול תובע המתווך סך של 85,000 ₪.

21. לנתבעים שלל טענות כנגד המתווך, בין היתר טוענים כי הסכם הזמנת שירותי התיווך לא נקב בסכום העסקה ועל כן בטל, כי המתווך לא פעל כראוי ולא קידם את העסקה בשקידה סבירה ועוד כיו"ב, אולם עיקר טענתם בכך שהמתווך לא היה הגורם היעיל שהביא להתקשרות בינם לבין הרוכש, שכן מדובר ברוכש שהקשר עמו נוצר עוד בטרם החלה תקופת הבלעדיות.

הגורם היעיל והחזקה הסטטוטורית

22. סעיף 14 לחוק המתווכים במקרקעין, תשנ"ו-1996 ("**החוק**") קובע, מהם התנאים אשר בהתקיימם יהיה זכאי המתווך לדמי תיווך:

> (א) מתווך במקרקעין יהיה זכאי לדמי תיווך מאת לקוח אם נתקיימו כל אלה:
>
> (1) הוא היה בעל רשיון בתוקף לפי חוק זה בעת שעסק בתיווך או שחל עליו, באותה עת, פטור זמני בהתאם לאמור בסעיף 20;
>
> (2) הוא מילא אחר הוראות סעיף 9; (**חתימת הלקוח על הזמנה בכתב** – מ.פ.)
>
> (3) הוא היה הגורם היעיל שהביא להתקשרות הצדדים בהסכם מחייב.
>
> (ב) מתווך במקרקעין שביצע בתקופת הבלעדיות את פעולות השיווק שנקבעו לפי סעיף 9 (ד) – חזקה שהיה הגורם היעיל כאמור בסעיף קטן (א)(3) לגבי עסקה שנכרתה בתקופת הבלעדיות.

23. פרשת בראל נכסים (רע"א 4036-16 **קבוצת בראל נכסים בע"מ נ' אופיר בנימין** (2016)), באה לעולם לאחר תיקון מס' 4 לחוק, בו נוספו תנאים ומגבלות שיחולו על התקשרות שכוללת מרכיב של בלעדיות. בפרשה זו נפסקו וחודדו העקרונות הבאים, תוך מתן תשומת לב לתכלית הצרכנית העומדת ביסוד התיקון לחוק:

הזכאות לדמי תיווך מותנית בכך שבעסקה שנכרתה היה המתווך הגורם היעיל שהביא לעסקה. קביעה זו נכונה גם לגבי מתווך בבלעדיות. עם זאת, על מנת להקל על המתווך הבלעדי, קבע המחוקק חזקה ראייתית לטובתו שעוגנה בסעיף 14(ב) לחוק, לפיה אם ביצע בתקופת הבלעדיות את פעולות השיווק שנקבעו בסעיף 9(ד) לחוק חזקה היא שהיה הגורם היעיל לגבי עסקה שנכרתה בתקופת הבלעדיות;

הדרישה הקבועה בסעיף 14(א)(3) לחוק, לפיה התשלום למתווך יהיה מותנה בכך שהיה הגורם היעיל ביסוד העסקה, היא תנאי קוגנטי וזאת גם בהסכם בלעדיות. קרי, זכאותו של מתווך לתשלום מותנית תמיד בכך שהוא יהיה הגורם היעיל שביסוד העסקה, גם אם מדובר במתווך בלעדי. עם זאת, למתווך הבלעדי יש אפשרות 'קלה' יותר לעמוד בתנאי זה מכוחה של החזקה הסטטוטורית שנקבעה בעניין בסעיף 14(ב) לחוק. חזקה זו ניתנת אמנם לסתירה, אולם לא בנקל ניתן יהיה לסתור זאת;

בפרשת בראל נקבעו מספר אמות מידה ומבחנים, אשר נועדו לסייע בהכרעה בשאלה האם הורם הנטל לסתירת החזקה הקבועה בסעיף 14(ב) לחוק, ואולם נקבע כי הדבר יוכרע לפי נסיבות כל עניין.

24. כדרכן של חזקות ראייתיות, יש בכוחן להעביר את נטל ההוכחה ואף את נטל השכנוע מכתפיו של התובע לאלו של הנתבע. משמעות הדברים היא, כי במקום בו מוכיח המתווך כי בינו לבין הלקוח נחתם הסכם בלעדיות, כי ביצע את פעולות השיווק הדרושות, וכי העסקה נכרתה בתקופת הבלעדיות, חזקה היא שהמתווך שימש כגורם היעיל להתקשרות. מכאן ואילך הנטל על הלקוח להוכיח את היפוכם של דברים. אולם במה דברים אמורים? במקום בו המסכת העובדתית לוטה בערפל ולא ניתן לקבוע מהו או מיהו הגורם שהביא להתקשרות בעסקה. או אז תופעל החזקה האמורה לטובתו של המתווך. אולם במקום בו המסכת העובדתית ידועה ואינה שנויה במחלוקת, וממנה עולה כי תרומתו של המתווך לעסקה דלה, הרי שנסתרה החזקה והוברר כי המתווך איננו הגורם היעיל שהביא להתקשרות.

25. בדומה לכך, מקום בו חברו מספר גורמים יחדיו להתקשרות הקונה והמוכר בעסקה, יש לבחון מהו חלקו של המתווך בתוך כל אלו, והאם תרומתו עולה כדי היותו הגורם היעיל. ודוק, אין די בכך שהמתווך ישמש אחד הגורמים שהביאו להתקשרות, אחד מני רבים, נדרש הוא להיות **ה**גורם **ה**יעיל, בה"א הידיעה. ניתן להעלות על הדעת את האפשרות לפיה, מקום בו חברו מספר גורמים גם יחד ולא ניתן לקבוע מה מידת השפעתו של כל גורם, תועיל החזקה לטובתו של המתווך, ותקבע כי בהעדר ראיות לסתור, יש לראות במתווך את הגורם הדומיננטי וממילא היעיל. אולם שוב, במה דברים אמורים, במקום בו התמונה העובדתית חסרה. כאשר ברור כי חלקו של המתווך בכינונה של העסקה שולי וזניח, הרי שמיניה וביה נסתרה החזקה, ולא ניתן יהיה להכיר בו כגורם היעיל שהביא להתקשרות.

26. ודוק, בעוד תוקפה של החזקה במקרה של תיווך בבלעדיות, מקורה בשדה דיני הראיות, הרי שגוף הדרישה להיותו של המתווך הגורם היעיל לכינונה של עסקה, היא דרישה שמקורה בשדה הדין המהותי. בפרשת מוסקוביץ (ע"א 2144/91 **הנרי מוסקוביץ נ' אסתר ביר** (1994)), הודגש כי "דרישת ההלכה הפסוקה היא, כאמור, כי פעולת המתווך תהא הגורם היעיל להתקשרות החוזית. המבחן הוא מבחן של סיבתיות. אין המתווך יוצא ידי חובתו בעצם הוכחת הסיבתיות העובדתית. אין די בכך שהמתווך הוא גורם מסוים בשרשרת הסיבתית, בבחינת סיבה-בלעדיה-אין. הדרישה היא לגורם שהוא היעיל" (ר' גם ע"א 7247/97 **יצחקוב נ' מרדכי אביב מפעלי בניה בע"מ** (2001)).

27. כאמור, היות המתווך הגורם היעיל כתנאי לזכאותו לדמי תיווך, הוא תנאי קוגנטי שאינו ניתן להתנאה. בהתאם להוראות סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, חוזה שתוכנו בלתי חוקי – בטל. לפיכך, סעיף בהסכם הבלעדיות הקובע כי המתווך יהיה זכאי לדמי תיווך גם במקום בו הוא אינו הגורם היעיל – סעיף בלתי חוקי הוא ואין לאוכפו. הוא הדין גם כאשר סעיף בהסכם הבלעדיות כובל ומחייב את הלקוח להפנות למתווך כל גורם מתעניין, אף אם

הגיע אליו שלא באמצעות מאמצי התיווך ופעולות השיווק, כך שהמתווך יהפוך דה-פאקטו בכל מקרה לגורם היעיל (ר' ע"א (מחוזי תל אביב-יפו) 37075-03-11 **ז'קלין (יסמין) נגר נ' דניאל אהרוני** (2011); והשו' ע"א (מחוזי תל אביב-יפו) 6663-05-23 **חיים זלצמן גביש נ' אורן פרנס - גלי תכלת נכסים** (2023)).

מן הכלל אל הפרט

28. בענייננו, המסכת העובדתית ברורה למדי, ולמעט מספר דגשים מועט היא איננה שנויה במחלוקת. לפיכך הצורך לעשות שימוש בחזקה הראייתית הקבועה בסעיף 14(ב) לחוק אינו רב. מהעדויות והראיות עולה כי המתווך נקט אומנם פעולות שיווק, ובעקבותיהן התעניינו בדירה מספר רוכשים פוטנציאליים ובתוכם שחר, אולם המגעים שניהל המתווך עם שחר לא הבשילו לכדי עסקה מחייבת ואף לא הגיעו לכדי ניהול משא ומתן ישיר בינו לבין הנתבעים. בסופו של דבר נכרת הסכם מחייב בין הנתבעים לבין הרוכש האחר, חיים, אשר הגיע אליהם עוד קודם לחתימה על הסכם הבלעדיות, והוא לא נחשף למאמצי השיווק של המתווך. אין חולק כי המתווך לא יצר את הקשר בין חיים לבין הנתבעים, לא היה מעורב במשא ומתן ואף לא נטל בו כל חלק. עדותו של חיים לפיה, הוא לא נחשף לפרסומים ולפעולות השיווק שביצע המתווך, נמצאה מהימנה בעיניי ולא מצאתי לפקפק בה.

29. תרומתו של המתווך לעסקה בין חיים לבין הנתבעים התמצתה בכך, שבאותם ימים ספורים בהם התנהל המשא ומתן בין הנתבעים לבין חיים, עמדה 'באוויר' הצעתו המתחרה של שחר, ולא מן הנמנע שהיא נשפה בערפו של חיים והאיצה בו לקדם את המו"מ. יתכן גם שהדבר גרם לו להסכים לשפר את הצעתו בכך שהסכים להעמיד מקדמה גבוהה יותר כתשלום ראשון במעמד חתימת ההסכם, סכום של מיליון ₪, דבר שאיננו שגרתי בעסקאות מסוג זה. עם זאת, כבר בשיחה שהתנהלה והוקלטה בין חיים לנתבעים בחודש יולי אמר חיים: "אני מאוד גמיש בכסף. אני יכול לגייס לך את זה במזומן, הכול ביחד אפילו תוך חודשיים שלושה" (עמ' 34 למוצגי הנתבעים). בנוסף, הנתבעים נהנו משירותיו של המתווך בכך שהותירו את הצעתו של שחר 'תלויה באוויר' בעזרת המתווך לפרק זמן של כ-11 ימים, עד אשר התברר שהעסקה עם חיים אכן עומדת להתממש.

30. המתווך לא השכיל אמנם להביא את שחר לעדות ועל כן קשה לקבוע מהי מידת רצינותו של האחרון ועד כמה נכון היה באמת לרכוש את הדירה, אבל מהשיחות המוקלטות שהתנהלו בין הנתבעים לבין חיים בימים הסמוכים להתקשרותם בעסקה עולה, כי הם הזכירו באוזניו לא אחת את קיומו של המתווך בבלעדיות ואת ההצעה המתחרה שהושגה על ידו. מנגד, חיים לא העלה את סכום הצעתו לנוכח ההצעה המתחרה, שכן הוא היה מודע ליתרון השמור לו בכך

שהציע תשלום מקדמה הגבוהה למעלה מפי שניים במועד חתימת ההסכם, דבר שהיה נחוץ לנתבעים כאוויר לנשימה.

31. כללו של דבר, ניתן להניח שקיומו של המתווך ברקע הדברים יחד עם הצעתו המתחרה של שחר אשר נותרה באוויר למשך כ-11 ימים, תרמו תרומה מסוימת להאצתה של העיסקה שהתממשה בסופו של יום בין הנתבעים לבין חיים. עם זאת, מהשיחות שהתנהלו בין חיים לנתבעים, ואף משמיעת עדויותיהם בבית המשפט, מתקבל הרושם שככל הנראה העסקה היתה יוצאת אל הפועל גם אלמלא ההצעה המתחרה של שחר, שכן הצעתו של חיים ובעיקר תנאי התשלום שהציע, התאימו ככפפה ליד לצורכיהם של הנתבעים.

32. בפרשת **הנרי מוסקוביץ** דלעיל הוטעם כאמור כי "דרישת ההלכה הפסוקה היא, כאמור, כי פעולת המתווך תהא הגורם היעיל להתקשרות החוזית. המבחן הוא מבחן של סיבתיות. אין המתווך יוצא ידי חובתו בעצם הוכחת הסיבתיות העובדתית. אין די בכך שהמתווך הוא גורם מסוים בשרשרת הסיבתית, בבחינת סיבה-בלעדיה-אין. הדרישה היא לגורם שהוא היעיל" (פסקה 9). בנסיבות עניינו, שוכנעתי כי המתווך לא שימש אפילו כגורם הסיבתי-עובדתי בבחינת "הסיבה-בלעדיה-אין", שכן סביר עד מאוד שהעסקה בין הנתבעים לבין חיים הייתה באה לעולם גם אלמלא מאמציו של המתווך. משלא נתקיים מבחן הסיבתיות העובדתית, קל וחומר שלא התקיים מבחן היעילות.

33. משמעות הדברים היא, כי גם אם למתווך בענייננו תרומה מסוימת להחשתה של העסקה בין הנתבעים לבין חיים, סוף סוף לא יכול להיות ספק כי הוא איננו הגורם העיקרי או היעיל שהביא לכך, ולפיכך הוא אינו זכאי לדמי תיווך.

34. אשר לטענתו הנוספת של המתווך, לפיה הפרו הנתבעים את הוראות סעיף 4(ג) להסכם הבלעדיות המצוטט לעיל, סעיף המחייבם להפנות אל המתווך כל לקוח אשר יפנה אליהם 'בתקופת הבלעדיות' – לא מצאתי כי יש לקבלה. ראשית, הוכח כי הרוכש חיים לא הגיע לראשונה בתקופת הבלעדיות, אלא כשלושה חודשים קודם לכן ולפיכך הסעיף בנוסחו לא חל על נסיבות העניין; שנית, מדובר לטעמי בסעיף בלתי חוקי, שכן מטרתו היא להתנות על הוראת חוק קוגנטית. ואבהיר את הדברים:

35. בפרשת בראל נכסים הוטעם כאמור לעיל, כי התנאי בדבר היות המתווך הגורם היעיל להתקשרות, מהווה הוראת חוק קוגנטית. מטרת החוק היא כפולה – לזכות את המתווך בדמי תיווך על פרי מאמציו, אך לא לזכות אותו על עסקה שאינה פרי מאמציו. משמעות הדברים היא, כי תנאי חוזי על פיו יחויב לקוח לשלם דמי תיווך גם כאשר המתווך לא שימש כגורם היעיל, מהווה התנאה אסורה על הוראת החוק.

36. בענייננו, סעיף 4(ג) להסכם הבלעדיות מטיל על הנתבעים חובה להפנות למתווך כל לקוח אשר יגיע או יפנה אליהם בתקופת הבלעדיות, בין אם אותו לקוח הגיע באמצעות המתווך ובין אם לאו. מטרתו של הסעיף החוזי הנ"ל היא להפוך דה-פאקטו את המתווך לגורם היעיל בכל עסקה שתתממש, גם אם הוא אינו כזה באמת. לו רצה הדין להתיר אפשרות כדוגמת זו, היה מוותר על תנאי הגורם היעיל במקרה של תיווך בבלעדיות, ולחילופין היה קובע חזקה חלוטה לטובת המתווך ולא כזו הניתנת לסתירה (ר' פרשת בראל נכסים, פסקה 1 לחוות דעתו של כב' השופט עמית).

37. במסגרת הסיכומים העלה ב"כ המתווך טענה נוספת לפיה זכאי המתווך לפיצוי מוסכם בשיעור 3% בגין הפרת הסכם הבלעדיות. טענה זו לא נזכרה בכתב התביעה, אולם גם לגופה דינה להידחות. משקבעתי כי סעיף 4(ג) המחייב את הנתבעים להפנות כל רוכש למתווך – אינו חוקי, הרי שממילא הפרתו אינה מזכה את המתווך בפיצוי מוסכם. גם טענה נוספת בדבר העדר תום לב מצדם של הנתבעים, דינה להידחות, וכך גם הטענה לפיה הנתבעים פעלו שלא כדין לסיכול הסכם התיווך. בזמן אמת הודיעו הנתבעים למתווך כי פנה אליהם רוכש שביקר בדירה קודם לתקופת הבלעדיות, ולא ניסו להסתיר זאת. בהמשך הדרך ניאותו לשלם למתווך סכום סמלי בעבור מאמציו (כ-20% מדמי התיווך) אולם הצדדים לא הגיעו לידי הסכמות. משקבעתי שהנתבעים פטורים מהותית מתשלום דמי התיווך, הרי שאין לייחס להם חוסר תום לב או סיכול בגין הסירוב לשלמם.

סוף דבר

38. הקשר בין הרוכש לבין הנתבעים נוצר בטרם התקשרו האחרונים בהסכם התיווך והבלעדיות עם המתווך. חזרתו של הרוכש לזירה ויצירת הקשר המחודש בינו לבין הנתבעים בעיצומה של תקופת הבלעדיות, נעשו ביוזמתו, וללא קשר לפעולות השיווק שביצע המתווך. לפעולותיו של המתווך בענייננו ניתן לייחס לכל היותר תרומה קלה ושולית להתקשרות הצדדים בעסקת המכר. תרומה זו באה לידי ביטוי באפשרות לפיה הזדרז הרוכש להתקשר עם הנתבעים בעסקה, תוך ידיעה שברקע הדברים פועל מתווך ומוגשות הצעות מתחרות. עם זאת, עסקת המכר בין הנתבעים לרוכש היתה יוצאת אל הפועל בכל מקרה, כך נראה, גם ללא תרומה זו.

39. תוצאת הדברים היא, שאין לראות במתווך בנסיבות עניינו "הגורם היעיל שהביא להתקשרות הצדדים בהסכם מחייב", ומשכך לא התקיים התנאי הבסיסי לזכאותו בדמי תיווך.

40. סעיף 4(ג) להסכם הבלעדיות קבע כי חובה על הנתבעים – מזמיני שירותי התיווך – להפנות למתווך כל מתעניין המגיע אליהם בתקופת הבלעדיות, בין אם הגיעו אליהם באמצעות המתווך ובין אם לאו. סעיף זה איננו חוקי היות שמטרתו היא לעקוף את הוראתו הקוגנטית של סעיף 14(א)(3) לחוק. משכך, בהתאם להוראות סעיף 30 לחוק החוזים הוא בטל ואין לאוכפו.

לחילופין יש לדייק בקריאת סעיף 4(ג) הנ"ל ולפרשו כך שלא יסתור את הוראות החוק, דהיינו באופן המחייב את הנתבעים להפנות למתווך רק לקוחות "אשר יגיעו ו/או יפנו אלינו בתקופת הבלעדיות", ולא לקוחות שביקרו והתעניינו בדירה קודם לכן, ואשר לא הושפעו מפעולות השיווק שביצע המתווך.

41. אין לכחד. תוצאת הדברים אכן מעוררת אי נוחות מסוימת. סוף סוף פעל המתווך בעניינם ולטובתם של הנתבעים, הקדיש מזמנו וממרצו, ביצע פעולות תיווך ואף עמד בקשר עם רוכש פוטנציאלי חלופי, אשר הגיש הצעת רכישה מתחרה, שככל הנראה הרימה תרומה מסוימת להצלחת העסקה שנכרתה בפועל בין הנתבעים לרוכש. ואולם, כבר עמד בית המשפט בהלכת בראל על אופיין הייחודי של עסקאות תיווך (פסקה 28 לחוות דעתה של כב' השופטת ברק ארז):

"תיווך הוא עיסוק שטמונים בו סיכוי וסיכון, זה לצד זה. הסיכון מתבטא בכך שדמי התיווך הם מעין שכר טרחה המותנה תוצאה. לצד זאת, שכרו של המתווך, אם הוא אכן מתקבל, עשוי לעלות על מידת ההשקעה שנדרשה ממנו בכדי לקבלו, ואין בינו לבין מידת התועלת שהפיק הלקוח משירותיו קשר הכרחי".

42. מששוכנעתי כי בנסיבות המקרה שלפנינו, המתווך לא שימש כגורם היעיל שהביא להתקשרות המוכר והקונה בעסקת המכר – אין מנוס מדחיית התביעה.

43. התובעים יישאו בהוצאות הנתבעים ובשכר טרחת עו"ד בסך כולל של 10,000 ₪. בקביעת שיעור ההוצאות הבאתי בחשבון בין היתר את סכום התביעה ואת תוצאתה, את העובדה שהוגשה תחילה תביעה שכנגד אך נדחתה בהסכמה, את מספר הישיבות שהתקיימו, בקשות הביניים שהוגשו ונדונו, דרך התנהלות הצדדים בהליך, התעריף המינימלי המומלץ ועוד.

ניתן היום, ה' טבת תשפ"ד, 17 דצמבר 2023, בהעדר הצדדים.

מוטי פירר, שופט