

ע"א 8143/14 יוסף חלפון נ. בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ

פסק-דין בתיק ע"א 8143/14

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8143/14

לפני:

כבוד השופט ס' ג'ובראן

כבוד השופט נ' הנדל

כבוד השופטת ע' ברון

המערער:

יוסף חלפון

נגד

המשיב:

בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב מיום 05.10.2014 בת"א

1944/09 שניתן על ידי כבוד השופט י' אטדגי

המערער:

בשם

עו"ד ד"ר רוי בר-קהן

המשיב:

בשם

עו"ד אסף אנגלרד; עו"ד זוהר אילן

השופט נ' הנדל :

מהו היקף חובת תום הלב של בנק, המצוי בהליכי משא ומתן לקראת פשרה עם ערביו של חייב שאינו מסוגל לפרוע את חובו? ואם הופרה חובה זו – מהי התוצאה? אלה השאלות המרכזיות העולות בערעור שלפנינו, על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, ת"א 1944/09 (כב' השופט י' אטדגי).

רקע והליכים קודמים 1. המערער ערב לחובן של חברות מסוימות (להלן: החברות) יחד עם חברו (להלן: הערב הנוסף). הרקע לכך הוא היותם בעלי מניות ומנהלים בחברות, ורצונם להשיג מימון לפרויקט בנייה מאת הבנק – הוא המשיב. האחרון הלווה סכומי כסף גדולים לחברות, שבסופו של דבר לא הצליחו לפרוע את חובותיהן. אלה עמדו, על פי טענת הבנק, על כ-60,000,000 במועד הגשת התביעה מושא הערעור. בעקבות זאת נכנסו החברות להליכי פירוק וכינוס. הבנק דרש מן המערער ומן הערב הנוסף לשלם את חובותיהם מכוח ערבותם לחברות, וניהל איתם משא ומתן לשם הגעה להסדר פשרה. המשא ומתן הבשיל לכדי "מסמך עקרונות" ששלח הבנק למערער ולערב הנוסף (להלן: הסכם העקרונות). הם נדרשו לחתום עליו וכן להחתים גורמים נוספים מטעמם – נשותיהם ואביו של המערער. הערב הנוסף חתם על ההסכם ללא הערות, ואילו המערער חתם עליו תוך הסתייגות משתי נקודות, שיפורטו להלן. המערער לא זכה למענה כלשהו מצד הבנק להערות שהעיר ביחס להסכם העקרונות. לאחר חתימת המערער והערב הנוסף על הסכם העקרונות, המשיך הבנק לשאת ולתת רק עם הערב הנוסף. משא ומתן זה לא כלל שינוי של התנאים שנקבעו בהסכם העקרונות, אלא רק פירוט רב יותר של עניינים שכבר נקבעו בו. בסופו של דבר נכרת

הסכם בין הבנק לבין הערב הנוסף בלבד (להלן: הסכם הפשרה). במסגרת ההסכם התחייבו הערב הנוסף ואשתו, בין היתר, לגרום לכך שהבנק יקבל "סכום מינימאלי" של 12,000,000 ש"ח לפחות, וכך הוצאות נוספות שהוציא הבנק. עוד נקבע כי סכום זה יכול להתקבל גם ממימוש נכסי החברות, ולא דווקא מכיסו של הערב הנוסף. נעיר כי להערכתו של המערער, כפי שיפורט בהמשך, צפוי הסכום המינימאלי להיות משולם אך ורק מנכסי החברות. כמו כן הסכימו הצדדים להסכם הפשרה כי אם לא יקבל הבנק סכום זה – ישלם לו הערב הנוסף, באמצעות שיקים שהפקיד בידיו, את ההפרש בין אותו סכום מינימאלי לבין הסכום שיתקבל בפועל ממימוש נכסי החברות. בתמורה התחייב הבנק, בין השאר, לוותר על חובות הערב הנוסף. היות שהסכם הפשרה לא כלל בסופו של דבר את המערער, הגיש נגדו הבנק תביעה מכוח ערבותו. סכום התביעה עמד על סך של 2,550,000 ש"ח, למרות שהבנק טען כי חובו של המערער גדול בהרבה.

בית המשפט המחוזי קיבל את תביעת הבנק, בדחותו חלק מטענות ההגנה שהעלה המערער – התיישנות, שיהוי, הפטרו של המערער מערבותו מכוח הפטרו של הערב הנוסף, טענות להפרת חוזה מצד הבנק ביחסיו עם החברות וטענות בדבר אופן חישוב הריבית. שתי טענות ההגנה נוספות שהעלה המערער לא נדונו. אחת, הסכם העקרונות עליו חתם במסגרת המשא ומתן שנערך עם הבנק הוא חוזה מחייב. אם טענה זו נכונה, הרי שהסכם זה שינה את הסכם הערבות המקורי, ולכן יש לדחות את דרישת הבנק לאכיפת הסכם הערבות. שנייה, הבנק הפר את חובת תום הלב כלפיו, לנוכח הדרתו מהסכם הפשרה שנערך בסופו של דבר עם הערב הנוסף בלבד. בית המשפט המחוזי קבע כי אין בדעתו לדון בטענות אלה, הואיל והועלו כלאחר יד ובאופן אגבי. עוד נפסק כי אין בכך למנוע מן המערער להגיש תביעה נפרדת, ככל שהוא סבור שעומדת

לו עילה מתאימה. מכאן הערעור, שבמרכזו עומדות הטענות שבהן לא דן בית המשפט המחוזי.

2. לטענת המערער, הסכם העקרונות שגובש במהלך המשא ומתן שניהל עם הבנק, ושעליו חתם המערער לאחר שביצע בו שינויים מסוימים, מהווה חוזה מחייב בינו לבין הבנק. טענה נוספת היא שהבנק הפר את חובת תום הלב המוטלת עליו בשלוש דרכים: ראשית, בנהגו באופן שונה בשני הערבים – המערער וחברו – בעת שחתם על הסכם פשרה עם אחד מהם בלבד. שנית, בכך שלא יידע את המערער על כריתת הסכם הפשרה עם הערב הנוסף. שלישית, באופן ניהול המשא ומתן בינו לבין המערער. לנוכח אלה סבור הוא כי יש לדחות את תביעת הבנק נגדו, או משום שחוזה הערבות המקורי שונה באמצעות הסכם הפשרה, או משום שהעמידה עליו כפופה לחובת תום הלב המוטלת על הבנק.

נבהיר בנקודה זו כי על פי גישת המערער, שווי נכסי החברות עולה על גובה "הסכום המינימאלי" שהערב הנוסף נדרש לדאוג כי ישולם לבנק על פי הסכם הפשרה. אם הנחה זו נכונה, הרי שבסופו של דבר יתקבל כל הסכום מושא הסכם הפשרה מנכסי החברות, וערב החתום על הסכם הפשרה לא יאלץ להוציא ממון רב מכיסו לשם כיסוי חובותיהן. עוד נעיר כי תמונת המצב המדויקת בעת הנוכחית לא הובהרה לחלוטין על ידי הצדדים. מכתבי הטענות והדברים שנשמעו לפנינו בעל פה, עולה לכאורה כי הערב הנוסף טרם שילם סכום כלשהו מכיסו מתוקף ערבותו, אך בד בבד טרם התקבל "הסכום המינימאלי" שאותו יש להעביר לבנק על פי הסכם הפשרה. המערער טען בדיון שנערך כי רצונו להצטרף להסכם זה יסודו גם בתקווה שבסוף לא יידרש להוציא ממון מכיסו, למעט ההוצאות הכרוכות בביצוע הפעולות הנדרשות על פי הסכם

הפשרה. בין כך ובין אחרת, עמדת המערער היא שאין לקבל את תביעת הבנק לאכיפת חוזה הערבות המקורי. מנגד, הבנק טוען כי טענות המערער בערעור הן טענות חדשות המהוות הרחבת חזית, כי הן אינן מבוססות מבחינה עובדתית ומשפטית, וכי הן שגויות לגופן. מכאן שחוזה הערבות בתוקפו עומד, ובדין נקבע כי על המערער לשלם מכוחו את הסכום שנפסק.

דיון והכרעה 3. מסכים אני עם קביעותיו של בית המשפט המחוזי לעניין טענות ההגנה שבהן דן. אלה נדחו על פי דין. עם זאת, סבורני כי נכון היה לדון גם בשתי הטענות שבהן בחר שלא לדון, המצויות במרכז הערעור הנוכחי. בניגוד לטענת המשיב, אין המדובר בטענות חדשות או בהרחבת חזית. טענות אלה הוזכרו כבר בכתב ההגנה, בתצהיר ובסיכומים שהוגשו מטעם המערער בהליך קמא (ראו למשל סעיפים 47-48 לכתב ההגנה המתוקן; סעיף 38 לתצהיר העדות הראשית; סעיף 38 לסיכומים בכתב). לא זו אף זו, חלק נכבד מדיון ההוכחות הוקדש לליבון, ועדים משני הצדדים נחקרו על הנסיבות שאפפו את הסכם העקרונות והאופן שבו נהגו הצדדים במשא ומתן עד לחתימת הסכם הפשרה ולאחריו. אכן, בהליך קמא ובהליך הנוכחי הסוגיות הועלו במסגרת טענות הגנה, על אף שלא פעם הן מועלות כטענות "התקפה" חוזיות, מטעם התובע. זהו, כנראה, ההסבר לקביעת בית המשפט המחוזי כי המערער רשאי להגיש תביעה עצמאית. אלא שבנסיבות העניין, אין מנוס מלדון בטענות המערער, לאור האפשרות שקבלתן תוביל לדחיית התביעה נגדו. הרי טענתו של הבנק היא כי יש לאכוף את הסכם הערבות שכרת עם המערער. אך אם נכרת הסכם פשרה שבא תחת הסכם הערבות, או אם הפר הבנק את חובת תום הלב המוטלת עליו בשלבים שקדמו לכריתתו של הסכם פשרה – ושתי טענות אלה נטענו על ידי המערער – יתכן שאין לקבל את תביעת הבנק כפי שהיא. מבחינה דיונית, כתב התביעה קובע

את הדרישה לסעד. קווי ההגנה שלא נדונו על ידי בית המשפט המחוזי נותנים מענה לדרישה זו, היה ויתקבלו. על כן יש לדון בטענות המערער בהליך הנוכחי.

4. טענתו הראשונה של המערער היא כי נכרת חוזה בינו לבין הבנק, על בסיס הסכם העקרונות האמור. הסכם זה, כפי שעולה מן החומר שהוגש ומטענות הצדדים, הוא מסמך ובו עקרונות של הסכם פשרה, שנוסחו לאחר משא ומתן שניהלו המערער, הערב הנוסף והבנק. הבנק שלח הסכם זה למערער ולערב הנוסף. האחרון חתם עליו כמות שהוא, ואילו המערער ביצע בו שינויים ביחס לשתי נקודות, לפני שחתם אף הוא. האחת, זהות ה"חייבים" לפי הסכם העקרונות. על פי הנוסח ששלח הבנק, החייבים על פי הסכם זה, מלבד שני הערבים, הם גם גורמים מטעמם – נשותיהם ואביו של המערער. הלה מחק מנוסח הסכם העקרונות את הדרישה לכך שגורמים נוספים מטעם הערבים יהיו "חייבים" לפי ההסכם, והותיר רק אותו ואת הערב הנוסף. השנייה, זהות הפרויקטים מושא הסכם הפשרה. על פי הנוסח ששלח הבנק, אחד מהתנאים לפטור החייבים מאחריותם הוא ביטול של כל הערבויות שהעמיד הבנק לחברות, והשבה לבנק של כל סכום שיחולט מהערבויות שהעמיד לפי חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974, בפרויקטים של החברות. תנאי זה לא היה מקובל על המערער, שהוסיף כי חובות החייבים על פי ההסכם נוגעות רק לערבויות שניתנו ביחס לחלק מן הפרויקטים שמבצעות החברות. המערער שלח לבנק את העותק המוער והחתום על ידו. הבנק לא הגיב להערות המערער, וברי כי בשלב זה לא נכרת חוזה מחייב.

את עיקר יהבו השליך המערער על כך שבסופו של דבר, הסכם הפשרה אשר נכרת עם הערב הנוסף זהה מבחינה מהותית להסכם העקרונות. על פי הקווים החלופיים שבהם

הולך המערער, עם החתימה על הסכם הפשרה בין הבנק לבין הערב הנוסף נכרת חוזה גם בין הבנק לבינו. דהיינו, קיים חוזה מחייב בין המערער לבין הבנק, אשר שינה את חוזה הערבות המקורי שנחתם ביניהם. זאת, מכוחן של שלוש קונסטרוקציות אפשריות: מכוח קיבול של הבנק להצעה שהציע המערער, בעת שליחת טופס הסכם העקרונות המכיל את הערותיו; מכוח קיבול מאוחר שביצע המערער להסכם העקרונות ששלח לו הבנק – קיבול שמהווה למעשה חזרה מהסתייגויותיו הראשוניות וקבלת הצעת הבנק כפי שהוצעה בהסכם העקרונות; מכוח הגדרתו של הסכם העקרונות כ"הצעה מזכה" מצד הבנק, שיש לגביה חזקת קיבול מצד המערער, וזאת מפאת תנאיו המטיבים של הסכם העקרונות (ראו סעיף 7 לחוק החוזים (חלק כללי)), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים)).

דין הטענות להידחות. אתיחס אליהן לפי הסדר שבו הוצגו. ראשית, לא ניתן לראות בהתנהגותו של הבנק – כריתת הסכם פשרה עם הערב הנוסף – קבלה של הצעת המערער. זאת ולו מן הטעם שהמערער לא היה שותף כלל להסכם הפשרה שנחתם לבסוף, ואין כל אינדיקציה לכך שהבנק התכוון לכונן יחסים חוזיים גם עמו. יתרה מזאת, תנאי שתי ה"הצעות" – הצעת הערב הנוסף שאותה קיבל הבנק והצעת המערער שאותה דחה – שונים אלה מאלה. לדוגמא, אחד מהחייבים על פי הסכם הפשרה היא אשתו של הערב הנוסף, שאת שמה מחק המערער מטופס הסכם העקרונות. לכן לא ניתן לראות בקבלת הצעת הערב הנוסף משום "קבלה בהתנהגות" של הצעת המערער. שנית, לא ניתן לומר שהמערער קיבל כדין את הצעת הבנק, בדמות הסכם העקרונות. נקודת זמן זו, שבה נחתם הסכם הפשרה, מצויה למעלה משמונה חודשים לאחר נקודת הזמן שבה דחה המערער את הסכם העקרונות כפי שהציע הבנק, ולאחר שהבנק המשיך לשאת ולתת עם הערב הנוסף ואף חתם עמו על

הסכם פשרה סופי. בנסיבות כאלה, ספק רב אם הקיבול שביצע המערער, ככל שהיה כזה, הוא תוך זמן סביר (סעיף 8 (א) לחוק החוזים). מכל מקום, המערער לא הצביע על הודעה או פעולת קיבול שקדמו להתנערות הבנק מההצעה, להבדיל מקיבול ההצעה לאחר התנערות מפורשת של הבנק ממנה. שלישית, אף אם נניח שהסכם העקרונות היה בגדר הצעה שאין בה אלא כדי לזכות מטעם הבנק – ואיני סבור כך – הרי שהמערער הביע במפורש את התנגדותו לה, בעת שליחת הסתייגותיו.

לבסוף יצוין כי הצדדים נחלקו בשאלה עובדתית. בחלקו האחרון של הסכם העקרונות ששלח הבנק למערער נאמר: "אם לא יחתם הסכם פשרה מפורט בתוך שבועיים מהיום – יחשב מסמך עקרונות זה כהסכם הפשרה שבין הצדדים". בעותק שצורף לכתבי הטענות מטעם המערער הוספה המילה "לא" למשפט זה, כך שנאמר בו כי אם לא יחתם הסכם מפורט – לא יחשב הסכם העקרונות כהסכם הפשרה שבין הצדדים. הצדדים נחלקו האם המערער הוסיף מילה זו אם לאו.

לשיטת הבנק, המערער הוסיף מילה זו. מתוספת זו ניתן ללמוד שהמערער לא רצה בשום אופן שהסכם העקרונות יהפוך לחוזה מחייב. מנגד, המערער טוען כי לא הוא הוסיף מילה זו, וכי אין הוא יודע מי הוסיף אותה. בית המשפט המחוזי לא הכריע בשאלה זו. בנסיבות העניין, ולאור האמור בפסקה הקודמת, איני סבור כי יש לכך נפקות. גם אם אקבל את טענת המערער כי לא הוא הוסיף מילה זו, וגם אם אדחה אותה – עדיין הניתוח דלעיל על תילו עומד, ולא ניתן לראות בהסכם העקרונות כחוזה המחייב את הבנק. חתימתו של המערער היא על המסמך המכיל את הערותיו, ואילו הצעת הבנק, ככל שהייתה כזו, כוללת לכל היותר את הסכם העקרונות ללא

הסתייגויותיו של המערער. אם כן, לא נוצר "מפגש רצונות" ולא התגבש חוזה בין הצדדים (ראו והשוו סעיפים 6(ב), 11 לחוק החוזים).

5. טענתו השנייה של המערער, העומדת במוקד ההכרעה, היא שהבנק הפר את חובת תום הלב המוטלת עליו. הוא מבקש כי נקבע כלל רחב בדיני ערבות, לכל הפחות כאשר הנושה הוא בנק. לפי גישתו, על הבנק לנהוג בשוויון בין ערבים. במקום שבו הוצעה לערב מסוים הצעת פשרה – יש לתת גם לערבים אחרים לאותו חוב הזדמנות להצטרף לפשרה זו באותם תנאים. מכוחה של חובה זו, כך נטען, נגזרות אף חובות גילוי ויידוע שבהן חב הבנק, על משא ומתן או כריתת הסכמים עם חלק מהערבים. חובות אלה נועדו לאפשר את הצטרפות הערבים האחרים למשא ומתן או להסכם שנכרת עם רעהם. עוד הפנה המערער לפסיקה שניתנה בערכאות הנמוכות, הצועדת בנתיב דומה ומטילה על הבנק חובה לנהוג באופן שוויוני בערבים לאותו חוב, במקום שבו מוצע לאחד מהם הסכם פשרה.

הדרישה מבנק לנהוג באופן שוויוני בין ערבים מושכת את תשומת הלב של המשפטן. ברם, בסוגיות מעין אלה יש לפסוע באופן זהיר וממקרה למקרה. לנוכח מאפייניו של התיק הנוכחי, סבורני כי אין צורך להידרש לשאלות הכלליות שהעלה המערער בסוגיית השוויון בין ערבים. המסגרת הנורמטיבית ההולמת את נסיבות המקרה אינה דיני הערבות וחובה מיוחדת המוטלת על בנקים מכוחם, אלא חובת תום הלב הטרומי חוזית המצויה עמנו מימים ימימה. זוהי איננה קרקע בתולה, אלא קרקע שרבים צעדו בה, הנשענת על חקיקה ועל פסיקה עשירה ומתפתחת. אבהיר את עמדתי.

חובת תום הלב ופרישה ממשא ומתן 6. סעיף 12(א) לחוק החוזים קובע: "במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב". הסעיף

מבטא את התפיסה שעל הצדדים למשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה מוטלת החובה לפעול לשם הגשמת המטרה המשותפת, באופן הוגן ותוך התחשבות בציפייה הסבירה של הצד שכנגד. המטרה המשותפת עומדת בליבת הפעולה. זהו ההבדל בין דיני הנזיקין לבין דיני החוזים. לא פעם, עיניי דיני הנזיקין נשואות לתאונה. מפגש לא מתוכנן, ואף לא רצוי על ידי מי מהצדדים. דיני החוזים נולדים במפגש רצוני בין שניים או יותר. לא תאונה אלא הסכם. אמנם הצדדים אינם מחויבים להקריב את האינטרס הלגיטימי שלהם, אולם עליהם להתחשב באינטרס ההדדי בכריתת החוזה, תוך נאמנות לרוח העסקה ומטרתה. הצדדים אינם רשאים להיות "זאבים" זה לזה, אף כי אמת המידה אינה אלטרואיזם צרוף. אדם לאדם – אדם. לא פחות, אך גם לא יותר. כך לפחות מבחינת דרישת הדין) ע"א 144/87 מדינת ישראל נ' אינג' פבר, חברה לבנין, פ"ד מד(3) 769, 776 (1990) (להלן: עניין פבר); ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289, 297-298 (2002) (להלן: עניין קל בנין). (מדובר, בין השאר, במבחן אובייקטיבי, המודד את התנהגותו של צד למשא ומתן אל מול רף ההתנהגות הראוי (ראו שם). היקף חובת תום הלב בעת המשא ומתן תלוי במספר משתנים, כגון השלב במשא ומתן שבו מצויים הצדדים ומיהותם – אדם פרטי, גוף ציבורי, נאמן וכיוצא באלה) גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי 147-145 (2005) (להלן: שלו); ע"א 9073/07 מדינת ישראל - משרד הבינוי והשיכון נ' אפרופים שיכון וייזום (1991) בע"מ, פסקאות 18, 34 (03.05.2012); ע"א 416/89 משה (גלר) גל-אור נ' חברת כלל (ישראל) בע"מ, פ"ד מו(2) 177, 185 (1992) (להלן: עניין גל-אור).

החובה לנהוג בתום הלב גם בשלב המשא ומתן אינה מפתיעה. היא מוצדקת משיקולי הוגנות ומתיישבת היטב עם התיאוריות השונות שבבסיס דיני החוזים. כך הוא בוודאי

על פי תיאוריות המבוססות על הסתמכות וגישות המתרכזות ביעילותם הכלכלית של דיני החוזים, המצדיקות על נקלה את החובה לנהוג בתום לב כבר בשלב המשא ומתן (ראו עמרי בן שחר ויובל פרוקצ'יה "חוזים" הגישה הכלכלית למשפט 153, 165-175 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012)). על פי הגישות המתמקדות באוטונומיה של הרצון, חופש החוזים והחובה לקיים הבטחות, ניתן לראות ביחסים החוזיים כמקרינים על שלב המשא ומתן. גם שלב זה הוא חלק מהיחסים החוזיים בכללותם, בבחינת פרוזדור לטרקלין. ליתר דיוק, פרוזדור שיקבע אם ייווצר טרקלין. חלק מהאוטונומיה לכרות חוזים כוללת את האפשרות לשאת ולתת לקראת כריתתם ולעצב את תנאיהם. הסכמתם של שני צדדים לשאת ולתת יוצרת הדים בספירה החוזית. המלומדת גבריאלה שלו המשילה את שלב המשא ומתן להריון, שבמהלכו הולך ונוצר החוזה ונקבעת דמותו (שלו, עמודים 144-146). לאמור, החוזה אינו נוצר לפתע פתאום, בחלל הריק. הוא תוצאה של תהליך, שהוא חלק בלתי נפרד מהחוזה עצמו, המשפיע על עיצוב החוזה ומושפע מן הנורמות החוזיות. גם כאשר חוזה אינו נכרת, הליכי המשא ומתן עשויים לגרור השלכות משלהם.

7. המשפט העברי יכול לסייע להבנת העניין. כך בשני מובנים. הראשון, הקביעה כי השאלה הראשונה מבין השאלות שתוצגנה לאדם כשיעמוד לדין בעולם הבא, כדי לבחון את אופן התנהלותו בחייו, היא: "נשאת ונתת באמונה?" (תלמוד בבלי, שבת לא, א). שאלה זו נשאלת לפני השאלה "קבעת עתים לתורה?", על אף חשיבותה של מצוות לימוד התורה ביהדות. סדר השאלות הוביל את פרשני התלמוד לדון ביחס שבין חובת האדם לשאת ולתת באמונה בעיסוקו המסחרי, לבין חובתו ללמוד תורה (ראו למשל חידושי התוספות, קידושין מ, ב). יש המסבירים שתחילה נשאל האדם על משאו ומתנו, שכן "אם לא היה נושא ונותן באמונה, היה ישוב העולם חרב, כי אין

העולם קיים אלא על הדין ועל האמת ועל השלום... לכן שואלין אותו תחלה: 'נשאת ונתת באמונה?' כי דבר גדול הוא, כיון שקיום העולם תלוי בזה" (ב"ח, אורח חיים קנה, א (בית חדש, מגדולי הפוסקים במאה ה-17)). יישוב העולם תלוי בכך שבני האדם ינהלו את משאם ומתנם באמונה. זהו המסד לניהול חברה תקינה. דברים דומים עולים ממקור נוסף בתלמוד: "אביי אמר... מי שקורא ושונה ומשמש תלמידי חכמים ואין משאו ומתנו באמונה, ואין דבורו בנחת עם הבריות, מה הבריות אומרות עליו? - אוי לו לפלוני שלמד תורה, אוי לו לאביו שלמדו תורה, אוי לו לרבו שלמדו תורה; פלוני שלמד תורה ראו כמה מקולקלין מעשיו וכמה מכווערין דרכיו" (תלמוד בבלי, יומא פו, א). בלימוד התורה לא סגי. הוא צריך להיות מלווה ביחס הולם כלפי הזולת, לרבות נשיאה ונתינה באמונה.

אף אם הקטגוריה של "משא ומתן באמונה" אינה זהה בהכרח לקטגוריה של "משא ומתן בתום לב", שכן הראשונה עוסקת בכל הליכות האדם בעולם המסחרי – מבחינה רעיונית יש להן מן המשותף. ערוך השולחן, שנכתב ברוסיה בסוף המאה ה-19 ובראשית המאה ה-20, הדגיש כי החובה לנהל משא ומתן באמונה אינה חופפת לאיסור לגנוב, לגזול או לשקר. האחרונים אסורים בפני עצמם, כלפי כל אדם. חובת הנשיאה ונתינה באמונה רחבה יותר, וכוללת התנהלות הגונה, הקפדה גם על עניינים שוליים וצדדיים יחסית הקשורים למשא ולמתן, ואף התנהגות בנחת עם הבריות (ערוך השולחן, אורח חיים, סימן קנ"ו, סעיף ג. וכן ראו שילם ורהפטיג דיני חוזים במשפט העברי 16 (התשל"ד); דברי השופט י' אנגלרד בעניין קל בנין, עמודים 309-304, הדן בנפקות המשפטית שעשויה להיות לפרישה ממשא ומתן בחוסר תום לב במשפט העברי).

זהו המובן הראשון שבו ניתן להסתייע בדין העברי. המובן השני יובהר בהמשך. תחילה יוצג היבט אחר של התיאוריות המעמידות במרכז את האוטונומיה והרצון החופשי. ישאל השואל: מדוע בית המשפט מתערב בשלב הטרם-חוזי? הקובע הוא החוזה, ויש לבדוק את זכויות הצדדים דרכו. כדי להשיב לשאלה זו, יצוין כי הדין מוכן לבטל חוזה בשל העובדה שהוא אינו מבטא רצון מלא ואוטונומי, לנוכח נתונים אישיים של אחד הצדדים. דוגמאות לכך הן קטינות או מוגבלות שכלית (ראו למשל סעיפים 4-6א, 9 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962). דוגמאות אחרות נסובות סביב נסיבות ההתקשרות הספציפיות של החוזה, בשונה ממוגבלות כלליות של הצדדים. טול למשל את עילת הכפייה (סעיף 17 לחוק החוזים). אף כאן יש רצף מסוים, וניתן להצביע על סוגים שונים של כפייה, כגון כפייה פיזית או כפייה כלכלית (ע"א 1569/93 יוסי מאיה נ' פנפורד בע"מ, פ"ד מח(5) 705 (1994)). דוגמא נוספת היא ביטול חוזה בשל עושק (ראו סעיף 18 לחוק החוזים). ותשומת הלב לשינויים בינו לבין סעיף 17 לחוק החוזים).

המשותף למקרים שהובאו הוא הפגיעה באוטונומיה של היחיד. בשדה דיני החוזים, חשיבותה של פגיעה כזו נעוצה בהעדר הסכמה חופשית ורצונית. נתון זה בכוחו, בנסיבות מסוימות, לערער את תוקפו של החוזה עד לביטולו. לצד סוג זה של רצון מוגבל, יש סוג נוסף של מקרים שבהם נפל ברצון פגם המסוגל להוביל לביטול החוזה. במקרים אלה הקושי הוא בהבנת אחד הצדדים את המציאות שברקע החוזה. השאלה המתעוררת אינה האם הסכים באופן חופשי, או האם היה הוא מסוגל להסכים – אלא למה הסכים. בסוג זה יתכן שהסכמתו אינה הסכמה לחוזה כפי שנכרת. דוגמאות לכך – הטעיה וטעות. הכלל הוא כי בהעדר הסכמה המשקפת את המציאות כהווייתה, יש פגיעה באוטונומיה. בדרך זו ניתן להבין את החובה המוטלת על כל צד לנהוג בתום

לב אף לפני שנכרת החוזה. דרישה זו משליכה ישירות על יכולתו של צד לכרות חוזה המשקף באופן מלא את רצונו. הרי נכרת חוזה תקף כאשר יש מפגש רצונות (Meeting of the minds) יתכן שיש מפגש, אך לא של רצונות, עקב פגיעה כזו או אחרת באוטונומיה. אין זה אומר שכל פגיעה משליכה על תוקף החוזה. אף אין זה אומר כי כל אחת מהפגיעות שוות ערך היא – דין קטין אינו כדין חולה נפש, ודין כפייה אינו כדין עושק – אלא שיש חוט אחד המקשר ביניהם. ודוק, חוט זה מתייחס לא פעם לפגם ברצון שלי עקב התנהגות לקויה של האחר. דהיינו, הפגיעה באוטונומיה מסוג זה זקוקה גם לפוגע וגם לנפגע. וראו הבדיקה הכפולה של שני הצדדים לחוזה, המשותפת לסעיפים 14-18 לחוק החוזים – טעות, הטעיה, כפייה ועושק. הדברים סבוכים (ראו באורח כללי איל זמיר "טעות והטעיה בכריתת חוזה" ספר אור 203 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013)) ולענייננו נסתפק בכך.

בהקשר זה ניתן להתייחס למובן השני שבו עשוי המשפט העברי להיות לעזר בהבנת הסוגיה. על פי דין תורה, ישנו איסור "הונאה" בדיני החוזים: על צדדים לחוזה מכר לנקוב במחיר הוגן במסגרת החוזה, שאינו סוטה יתר על המידה מערכו של הממכר (ויקרא כה, יד-יז). לעניין חוזה למתן שירותים ראו הרמב"ם, משנתורה, מכירה, פרק יג, הלכה יט). סטייה ממחיר השוק יכולה להוביל לקבלת פיצויים, ובמקרים מסוימים אף לביטול החוזה (שם, פרק יב). ניתן להביט על דיני ההונאה משתי זוויות שונות. הראשונה היא נקודת מבטו של הצד המפסיד מפער המחירים. מבט כזה רואה בהונאה מעין טעות חוזית. עצם הסטייה מן המחיר המקובל אינה מקימה בהכרח את עילת ההונאה. למשל, הרמב"ם קובע כי אם הצד המפסיד הצהיר במפורש שהוא יודע על קיומו של פער המחירים, אך חפץ לבצע את העסקה בכל זאת – אין זו הונאה (שם,

פרק יג, הלכות ג-ד). נקודת מבט שנייה היא זו של הצד המרוויח מן העסקה. הביטוי "הונאה", להבדיל מ"טעות", כרוך בגינוי מוסרי של מבצע ההונאה. מזווית זו, הבעיה בתוכן החוזה נובעת מהתנהגותו הפסולה של אחד הצדדים בטרם כריתתו. כך קובע הרמב"ם: "הנושא והנותן באמונה, אין לו עליו הוניה. כיצד? 'חפץ זה בכך וכך לקחתיו, כך וכך אני משתכר בו' – אין לו עליו הוניה" (שם, הלכה ה). כאשר המוכר אינו מסתיר נתונים מסחריים מן הקונה – לא עומדת לאחרון עילת "הונאה", גם אם גילה לאחר ביצוע העסקה כי מחיר השוק נמוך מהמחיר ששילם. ניתן להסביר כי הלכה זו מבטאת את התפיסה שהמיקוד אינו רק בטעותו של הקונה ביחס למחיר, אלא גם בהתנהגותו של המוכר בעת המשא ומתן. צא ולמד, דיני ההונאה, שמקובל להחשיבם כדינים שתפקידם לפקח על תוכן החוזה, קשורים בטבורם לנסיבות כריתתו, ובפרט לחובה לשאת ולתת באמונה (ראו והשוו בנימין פורת "החוזה הכפוי ועקרון הצדק החוזי" דיני ישראל כב 49, 51-54 (התשס"ג)).

הניתוח דלעיל מלמד כי דרישת תום הלב בשלב הטרום חוזי מתבקשת ואף טבעית היא. העדר תום לב בשלב זה עלול לשאת בחובו השלכות של ממש, לרבות יצירת חובות כאלה או אחרים. מצוידים בסעיף 12(א) לחוק החוזים, עלינו לבחון את המקרה שלפנינו בפן העובדתי ובפן המשפטי. זאת, על מנת לקבוע האם הבנק ניהל את המשא ומתן בתום לב, ואם לא – מהן המשמעויות הנגזרות מכך.

8. ניתן להצביע על מספר מקרים טיפוסיים שבהם התנהגותו של צד למשא ומתן עלולה, בנסיבות המתאימות, להפר את חובת תום הלב המוטלת עליו, כגון אי-גילוי עובדות (ע"א 9019/99 קינסטלינגר נ' אליה, פ"ד נה(3) 542, 546 (2001)), ניהול משא ומתן מקביל עם צד שלישי, מבלי ליידע את הצד השני על כך (עניין פבר, עמוד

148-780), או ניהול משא ומתן ללא כוונת התקשרות (ראו באופן כללי שלו, עמודים -156 ; דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 559-621 (1991) (להלן: פרידמן וכהן), וההפניות שם). אין עסקינן בכללים מוחלטים או פורמליים. גם את דוקטרינת תום הלב יש ליישם בתום לב. לא כל הפרה של חובת תום לב מצמיחה בהכרח סעד. הבחינה נערכת, בין היתר, על סמך מהות הפרת החובה והשלכותיה על היחסים החוזיים והצד שכנגד. ויודגש שוב, נוסעים אנו בכביש דו-סטרי. דרישת תום הלב הטרומ חוזית עשויה להיות רלוונטית הן כאשר נחתם חוזה והן כאשר הוא לא נחתם. השוני בין שני המצבים יכול להשפיע על הסעד, אך לא על כך שלהפרת החובה יכול להיות מחיר.

אחת מההתנהגויות שהוכרו, בנסיבות מסוימות, כמפרות את חובת תום הלב היא פרישה ממשא ומתן ממניעים שאינם ענייניים, באופן הפוגע בציפייתו הסבירה של הצד שכנגד. נקודת המוצא של סוגיה זו היא שקיומו של משא ומתן אינו בגדר ערובה לכריתת החוזה בסופו. לצדדים עומדת הזכות לפרוש מן המשא ומתן, אפילו לאחר שסוכמו התנאים המהותיים. אך כאמור, זכות זו אינה מוחלטת. גם היא צריכה להיות ממומשת בתום לב – באופן הוגן, תוך התחשבות בציפייתו הסבירה של הצד שכנגד ומתוך נאמנות להגשמת המטרה המשותפת:

”כמו כל התנהגות במהלך משא-ומתן, גם הפרישה ממנו צריכה להיות מונחית על-ידי עקרון תום הלב... פרישה בתום לב היא פרישה המודרכת על-ידי שיקולים ענייניים הנובעים ממהות העסקה, מהתפתחות המשא-ומתן ומעמדות הצדדים לו” (ע”א 2701/99 אלישע פנטי נ’ שריה יצהרי, פ”ד נה(5) 721, 727 (2001) (להלן: עניין פנטי), המצטט את דברי שלו. וכן ראו שלו, עמודים 151-153).

צד למשא ומתן אינו יכול לנהוג בשרירות ובשרירותיות מוחלטת, כאשר הדבר בא על חשבון רעהו. המסגרת של משא ומתן טומנת בחובה אחריות כלפי האחר, על אף שכאמור, חובת תום הלב אינה מתבטאת בהכרח לכרות את החוזה, ואף לאחר שהמשא ומתן תם אך החוזה טרם נכרת. אין נקודת "אל-חזור" קודם לכריתת החוזה, אשר לאחריה לא יכולים הצדדים למשא ומתן לפרוש ממנו בתום לב (בכפוף להוראות חוק החוזים עצמו. ראו למשל סעיף 3(א) לחוק, לעניין המועד האחרון לחזרת המציע מהצעתו). ניתן לפרוש מן המשא ומתן בכל שלב שהוא. אולם משמעות החובה בהקשר זה היא כי כאשר הפרישה כרוכה, למשל, בפגיעה בציפייתו הסבירה או בהסתמכותו של הצד השני – יש מקום רב יותר לבחינת השיקולים להחלטת הפרישה. מטבע הדברים, ככל שקרובים אנו יותר לחתימה על החוזה, כך מתגבשת יותר ציפייתו של הצד השני ונדרש טעם טוב יותר לפרישה מן המשא ומתן.

בע"א 8144/00 עלריג נכסים (1987) בע"מ נ' ברנדר, פ"ד נז(1) 158 (2002) (להלן: עניין ערליג) הפרישה מן המשא ומתן נעשתה לאחר סיומו למעשה, ולאחר שהצד הנפגע אף החל לקיים את חיוביו, תוך תשלום סכומים נכבדים. באותו עניין לא נכרת החוזה, למכירת זכויות במקרקעין, מפאת העדרו של חוזה בכתב. אולם גם בנסיבות שבהן המשא ומתן היה בשלבים פחות מתקדמים הכירה הפסיקה בפרישה ממנו כחסרת תום לב. בעניין גל-אור, שבו נקבע כי יתכן שהפרישה מן המשא ומתן לא נעשתה בתום לב, נותרו בעת פרישת המשיבה מן המשא ומתן סוגיות עקרוניות שהצדדים טרם סיכמו, כגון התשלומים המגיעים למערער והחיובים המוטלים עליו במסגרת החוזה. הוכרע שם כי "ככל שהצדדים קרובים יותר ליצירת הקשר החוזי, מצפים מהם להציג סיבה ברורה יותר להצדקת פרישה מן המשא ומתן" (שם, עמוד 185). ודוק, בחינת תום הלב בשלב הטרם חוזי תערך על רקע נסיבות המקרה כולן.

עיתוי הפרישה מן המשא ומתן אינו שיקול שעומד לבדו. התמונה בכללותה חשובה ומכריעה. אך נושא העיתוי בעל משקל. ניתן להיווכח כי אין דרישה הכרחית להצדקה כבדת משקל בכל מקרה ומקרה, אולם התנערו שרירותית ממשא ומתן מתקדם אינה עונה על הקריטריון של תום לב. ובכל זאת נזכיר, הפרת החובה לחוד ותוצאותיה לחוד. אין בעצם ההתנערו שרירותית כדי לקבוע מה תהינה תוצאות הפרת החובה. ומן הכלל אל הפרט.

9. בית המשפט המחוזי לא דן, כאמור, בסוגיית חוסר תום הלב, ולא קבע ממצאים עובדתיים בגדרה. ברם, עיון בכתבי הטענות שהגישו הצדדים, בתצהירים שהוגשו ובפרוטוקול החקירות הנגדיות – יוצר תמונה ברורה למדי של מרבית פרטי ההשתלשלות העובדתית. בפרט – השלב שאליו הגיע המשא ומתן והנסיבות שבגינן נקטע. אם ניתן לקבוע ממצאים בערכאת הערעור, על בסיס הממצאים שנקבעו בערכאה המבררת והראיות שהוצגו בה, ככל שהן ברורות ומאפשרות קביעת ממצאים נוספים – מוטב להתקדם בהכרעה הערעורית ולהימנע מהחזרת הדיון לסבב נוסף בפני הערכאה הדיונית, על כל המשתמע מכך.

כפי שיוסבר להלן, מן הראיות שהובאו עולה כי המערער היה נכון באופן עקרוני לחתום על הסכם פשרה במסגרתו הוא מתחייב לגרום לכך שהבנק יקבל "סכום מינימאלי", וכי הייתה לו מוטיבציה רבה לעשות כן. עוד עולה כי המשא ומתן הגיע לשלב מתקדם ביותר. למרות רצון המערער לחתום על הסכם פשרה והניסיונות שעשה לברר היכן עומד המשא ומתן, הבנק לא הגיב לפניותיו, לא דחה או קיבל את הצעתו ולא עדכן אותו על כך שהמשא ומתן ממשיך להתנהל. בה בעת, המשיך הבנק לנהל את המשא ומתן עם הערב הנוסף מבלי ליידע את המערער – משא ומתן שיכול

היה להשפיע ישירות על זכויותיו, ועל אף שהוא היה שותף לו עד לשלב מתקדם ביותר. כן ניתן לקבוע שהסיבה היחידה שהמערער לא צורף להמשך המשא ומתן היא שהוא לא נטל בו חלק פעיל. אלא שכאמור, הסיבה לפסיביות היחסית של המערער היא שהבנק הסתיר ממנו את קיומו של המשא ומתן, על אף ניסיונו לברר האם הוא מתקיים ורצונו להשתתף בו. ועתה לפירוט הדברים.

10. השלב במשא ומתן: מהסכם העקרונות שהוצג עולה כי הבנק היה נכון, באופן עקרוני, לראות בהסכם זה את החוזה המוגמר. ניכר שהסכם העקרונות נוסח לאחר משא ומתן בין הצדדים, וכאמור – הבנק הוסיף בסופו את התניה הבאה: "אם לא יחתם הסכם פשרה מפורט בתוך שבועיים מהיום – יחשב מסמך עקרונות זה כהסכם הפשרה שבין הצדדים". לשון אחר, מבחינתו של הבנק הסכם העקרונות היה מעין "חוזה עם פתיל שהייה". אם היו החייבים על פי ההסכם חותמים עליו, לא הייתה מניעה עקרונית מצד הבנק לראות בהסכם זה כהסכם הפשרה המוגמר. עובדה זו מעידה על מידת גמירת הדעת והמסוימות המשמעותית שהייתה לבנק בשלב מתקדם זה של המשא ומתן. יצוין גם כי ההסכם המפורט שנחתם בסופו של דבר אינו משנה באורח מהותי – אם בכלל – את הסכם העקרונות, אלא אך מפרט את הפרטים, הטכניים בעיקרם, שלא הוסדרו במפורש בהסכם העקרונות. לב ההסכמים, הלא הוא חיוכי כל אחד מן הצדדים במסגרת החוזה, נותר זהה. מסקנה דומה עולה גם מהסיכומים שהוגשו מטעם הבנק. לטענתו, התנהל משא ומתן לכריתת הסכם פשרה בינו ובין המערער והערב הנוסף. עוד נטען כי ניתנה למערער "הזדמנות להצטרף להסכם הפשרה עם הבנק" ועם הערב הנוסף, אלא שהמערער סירב לחתום על ההסכם שעליו חתם רק הערב הנוסף (סעיף 18 לסיכומי הבנק בבית המשפט המחוזי).

עולה כי המשא ומתן הגיע לשלב שבו כל שנותר למערער הוא "להצטרף להסכם", כלשון הבנק עצמו. הסיבה לאי-כריתת החוזה אינה הגעתו של המשא ומתן למבוי סתום או שינוי בעמדותיו של הבנק, אלא אך ורק סירובו של המערער להסכים להצעה שהונחה לפניו. סירוב כזה מעיד אמנם על העדר גמירת דעת מצד המערער, אולם חשוב להדגיש כי התנגדות המערער לא נגעה ללב ההסכם – חיובי הצדדים על פיו – אלא לעניינים מהותיים פחות. מהתנהגותו לאחר שגילה כי נחתם הסכם פשרה עם הערב הנוסף, ובפרט מרצונו להצטרף להסכם זה, ניתן ללמוד כי אם הייתה ניצבת בפניו הברירה בין ויתור על דרישותיו לבין פיצוץ המשא ומתן – היה בוחר בויתור על הדרישות וחתימה על ההסכם שעליו חתם הערב הנוסף. ויודגש כי בשלב זה של ההכרעה בכוונתי להציג תיאור עובדתי, כפי שעולה מהחומר. המשמעות של תיאור עובדתי זה, והשפעת העניין על הסעד, תידונה בהמשך.

11. נסיבות פרישת הבנק מן המשא ומתן: הזכרנו את טענת הבנק כי המערער סרב לחתום על ההסכם. גרסה זו מוסכמת. המערער אינו מכחיש את העובדה שלא קיבל את הסכם העקרונות כפי שנשלח אליו, אלא הציע תיקונים בשתי הנקודות שפורטו לעיל – חתימת "חייבים" נוספים מטעם הערבים וזהות הפרויקטים הנכללים בהסכם. אולם בין נקודת זמן זו לנקודה שבה נחתם הסכם הפשרה בין הערב הנוסף לבנק עברו למעלה משמונה חודשים. מה קרה במהלכם? מדוע לא צורף בסופו של דבר המערער להמשך המשא ומתן על אף שהיה שותף לו גם בשלב מתקדם מאוד, ועל אף שחתם על הסכם העקרונות – גם אם תוך הסתייגות מסוימת – והביע את רצונו העקרוני לחתום על הסכם סופי? על פי עדותו של נציג הבנק, התשובה לכך אינה טמונה בשיקולים ענייניים. הבנק לא החליט בשלב כלשהו – משיקולים כלכליים, שיקולים אחרים של כדאיות ואפילו משיקול שאינו ענייני – כי הוא אינו מעוניין שגם המערער

יחתום על הסכם הפשרה. על פי טענת הבנק עצמו, הסיבה לכך שהמשא ומתן עם המערער לא נמשך היא אך ורק מפני שהוא לא נכח בפועל ליד שולחן המשא ומתן. אלא, כפי שיובהר, הצגה כזו הינה בגדר תמונה חלקית, העשויה להטעות. אסביר. נקדים ונאמר כי הבנק אינו אמור "לרדוף" אחרי לקוחות או חייבים. לו היה הבנק משאיר את שערו פתוחים בפני המערער, אך הלה היה בוחר לשבת באפס מעשה – לא היה פגם בכך שהבנק אינו מתאמץ להחתימו על הסכם הפשרה. ברם, מן הראיות שהוצגו עולה ששערי הבנק נסגרו בפני המערער, חרף רצונו להמשיך ולהשתתף במשא ומתן. שילוב הדברים – הדרה מן המשא ומתן באמצעות מצג שווא והטענה כי החוזה לא נכרת לנוכח היעדרות זו – הוא שיוצר את התשתית לקביעה שהופרה חובת תום הלב.

וכך מסר תחילה נציג הבנק בחקירתו הנגדית בבית המשפט המחוזי:

"אני רואה כשותף למשא ומתן מישהו שבא ואומר את דעתו. המשא ומתן התנהל עם [הערב הנוסף], [המערער] לא הגיע לבנק, לא נלחם על עמדתו. אם הייתה לו עמדה בהסדר היא לא הובאה בפניי" (עמוד 7 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי).

"אם [המערער] היה מגיע לפני [החתימה על הסכם הפשרה] והיה אומר אני מוכן לחתום... היה כל חודש מרים טלפון שולח מכתב מה קורה עם ההסדר, איפה זה עומד, מה עם ההערות שלי, אני מוכן לוותר עליהן. כמו שעשה [הערב הנוסף] שהגיע לבנק ישב ניהל משא ומתן..." (שם, עמוד 13).

"יש לי ערב שמגיע לבנק שואל מה אני יכול לעשות... מגיע צועק, הולך, חוזר למחרת, יושבים ודנים, מראים רצינות ועניין... אנו ניהלנו משא ומתן עם [הערב

הנוסף] הוא היחיד שהיה שם... [המערער] היה צריך להיות שם, להראות שהוא נמצא.
לא היינו צריכים להגיע למצב הנוכחי" (שם, עמוד 17).

במהלך הדיון נשאל נציג הבנק מה היה קורה לו היה המערער פועל על פי ההנחה שהציג – לו היה הוא מגיע לבנק ו"נלחם על עמדתו" או "מרים טלפון, שולח מכתב 'מה קורה עם ההסדר, איפה זה עומד'". האם במקרה כזה היה הבנק חותם עמו על הסכם פשרה באותם התנאים של הסכם הפשרה שנחתם עם הערב הנוסף? בתשובה לשאלה זו ענה נציג הבנק:

"זה ספקולציה, אבל ייתכן שכן... לא אתכחש לכך שמשא ומתן שהולך לכיוון מסוים ייתכן והיה נחתם". (שם).

אכן עולה כי מסקנה זו מסתברת מאוד. הבנק עצמו היה מוכן לכלול את המערער בהסכם העקרונות, הדומה במהותו להסכם הפשרה שנחתם לבסוף, כאשר לא התרחש כל שינוי בעל חשיבות בפרק הזמן שבין משלוח הסכם העקרונות והחתימה על הסכם הפשרה.

עינינו הרואות, לא ניתן טעם ענייני לכך שהסכם הפשרה לא נחתם גם עם המערער, ולמצער – שהמשא ומתן לא המשיך להתקיים בין הצדדים. הסיבה לכך על פי הבנק היא שהמערער לא השתתף במשא ומתן שנערך עם הערב הנוסף, ועקב כך לא ויתר, ולא יכול היה לוותר, על ההערות שהוסיף להסכם העקרונות. יוער כי נציג הבנק העלה טיעונים במישור הכלכלי, אולם זאת ביחס לדרישת המערער להצטרף להסכם הפשרה לאחר שכבר נכרת עם הערב הנוסף בלבד, ולא ביחס לשלב שקדם לכריתת הסכם הפשרה.

12. כאמור, נתון זה – העדר טעם ענייני לאי-צירוף המערער להסכם הפשרה, מלבד נפקדותו משולחן המשא ומתן – אינו עומד לבדו. נוספת עליו הטענה המשלימה, כי בניגוד לנטען על ידי הבנק – המערער ניסה להשתתף במשא ומתן אולם נדחה על ידי הבנק ללא כל סיבה. המערער העיד כי פנה אל הבנק וניסה לברר מה עלה בגורל הערותיו על הסכם העקרונות. הוא מסר כי שוחח עם אדם בשם שי, שהיה אחד האחראים על העניין מטעם הבנק, ושאל אותו האם יש תשובה להערותיו ומה קורה עם המשא ומתן:

“לאור השתלשלות הדברים והטענות שלכם [המערער] לא בא לבנק, אני טוען שכן הייתי אצל שי פעמיים שלושה, וכן הרמתי טלפון לבנק, גם אחרי שהמסמך הזה נחתם תמיד אני שאלתי מתקדם משהו? מתבשל משהו? שאלתי בבנק” (שם, עמוד 21. וכן ראו עמודים 20, 23).

המערער הוסיף שלמרות פניותיו לא קיבל כל תשובה מן הבנק להערותיו, חיובית או שלילית. עוד הוסיף כי לא קיבל כל ידיעה על כך שהמשא ומתן נמשך בלעדיו. טענות אלה מתיישבות עם התנהלותו של המערער לאורך הדרך, פניותיו החוזרות ונשנות לבנק לאחר ששמע כי נחתם הסכם פשרה עם הערב הנוסף, עם רצונו העקרוני להגיע להסכם פשרה על בסיס מתווה הסכם העקרונות שהוצג לו ועם הממון הרב שהיה מוטל על הכף לדידו. הבנק, מצדו, לא הציג ראייה כלשהי לכך שטענות המערער אינן נכונות, ואף לא הציג כל ראייה לכך שהשיב למערער לאחר קבלת הערותיו להסכם. הנציג שהעיד מטעם הבנק אישר כי אותו “שי” שעמו טען המערער ששוחח אכן היה לפחות בחלק מהתקופה, אחד האחראים על המשא ומתן בעת הרלוונטית. למרות זאת, הבנק לא הביאו להעיד ולהתייחס לטענות המערער כי פנה אליו, על אף שהיה

יכול להזמין לעדות ולהפריך את דברי המערער בנקל. נציג הבנק אף נשאל האם לא עלה על דעתו להזמין את המערער מיוזמתו למשא ומתן, או לפחות להתעניין מדוע הוא אינו שותף להמשך המשא ומתן שכבר הגיע לנקודה קריטית. בתשובה לכך ענה כי "הנושא עלה – איפה [המערער]?" ו[הערב הנוסף] לא נתן לזה תשובה קונקרטית" (שם, עמוד 8), וכי "הנושא לא היה משמעותי, במסגרת זה שמגיע ערב לחוב ומוכן להגיע להסדר. הערב השני הנחתי שלא מטריד אותו ולא מעניין אותו שום דבר בקשר לחוב."

13. כאן יש להתייחס לנתון חשוב נוסף – פערי הכוחות בין הבנק לבין המערער. זאת באופן כללי, וביתר שאת במצב שבו המערער מצוי בעמדת חולשה ביחס לבנק, לנוכח חובותיו הכבדים. פער זה יכול להתבטא בכך שהמערער אינו חפץ לעורר עליו את כוחו של הבנק, לרבות פתיחת הליכים נגדו. נתון זה זוכה למשקל לנוכח טענה אפשרית לפיה היה על המערער לפעול יותר. גם אם הוא הרים מספר פעמים טלפון ונפגש עם הנציג הרלוונטי בבנק, יתכן שהיה עליו לעשות הרבה יותר מכך – לשלוח מכתבים, "להילחם על עמדתו" ו"לצעוק", כלשון נציג הבנק. יש צדק מסוים בטענה שניתן היה לעשות יותר, אולם בהינתן פער הכוחות הרב והפעולות שכן ביצע המערער – די במה שנעשה כדי לקבוע שהאשם בהתקשרות מוטל לפתחו של הבנק. גם אם ניתן היה לעשות יותר, המערער פעל באופן עקבי במהלך התקופה, עם פניות קונקרטיות והעברת עמדה ברורה שאפשר היה לדחותה או לקבלה, אך לא ראוי היה שלא להתייחס אליה. הטענה כי אין די בפניות טלפוניות ובפגישות עם הנציג הרלוונטי מטעם הבנק, אלא יש להילחם או לאיים בפנייה לגורמים גבוהים יותר בבנק, מתעלמת מן המצב כהווייתו. כך בעיקר בשים לב לעובדה שעסקינן בלקוח שלא היה מיוצג על ידי עורך דין בשלב המשא ומתן. יכולותיו של הלקוח לפעול מול

הבנק הן מוגבלות, ואילו חובות הבנק הן מורחבות. על האחרון מוטלת חובה מוגברת באופן כללי כלפי לקוחות או חייבים, וגם בהקשר הטרומי חוזי הוכרה חובת תום לב מוגברת של הבנק (ראו למשל ע"א 4602/97 רדאל (אשדוד 88) בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נג(2) 577, 597 (1999)). על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בבנק המנהל משא ומתן עם מי שכבר קשור עמו במערכת חוזית, וכאשר מדובר במשא ומתן לשינוי תנאיו של אותו חוזה.

14. עולה, אם כן, שהמערער לא ישב בפסיביות אלא פעל אל מול הבנק. על פי עדותו, שלא נסתרה, הוא ניסה לפנות מספר פעמים לנציגי הבנק ואף שוחח עם הנציג הרלוונטי. למרות זאת, הוא נדחה ללא תשובה ברורה, האם הבנק מסכים להצעותיו אם לאו, וכיצד יש להמשיך להתקדם. בה בעת שדחה נציג אחד של הבנק את המערער, המשיך לנהל נציג אחר של הבנק (ואולי אף אותו נציג שדחה את המערער) משא ומתן סביב אותו שולחן שממנו הודר המערער, יחד עם הערב הנוסף. המערער לא הוזמן לשולחן זה על ידי הבנק, על אף שכבר היה שותף למשא ומתן בשלב כה מתקדם עד שהבנק היה נכון לחתום עמו על הסכם כמעט מוגמר. נציג הבנק לא ראה בו שותף למשא ומתן ו"הניח שהעניין לא מטריד אותו ולא מעניין אותו". זאת למרות שמדובר בחוב של מיליוני שקלים והמערער הביע כבר נכונות עקרונית להצטרף להסכם, גם אם הסתייג מקביעות מסוימות. הבנק ידע על כך, שהרי המערער חתם על עותק הסכם העקרונות שהומצא לו ומסר את העותק החתום לבנק, עם ההערות שעליו. בנסיבות אלה מהווה התנהגות הבנק חוסר תום לב ברור. יש מקום להדגיש את מקומו של את ממד הזמן בניתוח. דהיינו, חלוף שמונה חודשים מאז קבלת המערער את הצעת הסכם העקרונות תוך הסתייגות מסוימת, ועד שכרת הבנק את ההסכם הסופי עם הערב הנוסף. מצד אחד מדובר בתקופה ארוכה דיה בנסיבות

העניין, כדי להלין על הבנק שלא מסר תשובה. מצד שני, אין מדובר בתקופה כה ארוכה מבחינת המבט של המערער, עד כי היה עליו להסיק את המסקנה שתשובת הבנק היא שלילית על אף התשובה הפורמלית לפיה "אין תשובה". ממד הזמן רלוונטי, ויש לבחון את הפעולות שנעשו ביחס אליו.

סיכומם של דברים, יש לבחון את התמונה העובדתית בכללותה. בענייננו עולות חמש נקודות מכריעות: ראשית, המשא ומתן הגיע לשלב מתקדם מאוד. שנית, המערער הביע נכונות לחתום על הסכם פשרה, בכפוף לשינויים שאינם עומדים במהות העניין, ועל הכף הונח משקל רב מבחינתו. שלישית, הבנק לא הגיב להצעתו או לניסיונותיו לברר את מעמדו. ההפך הוא הנכון – זרוע אחת שלו דחתה את פניותיו בלך ושוב. באותו זמן, וזוהי הנקודה הרביעית, ובלי ליידע את המערער על כך, זרוע אחרת שלו המשיכה לנהל משא ומתן רק עם הערב הנוסף. זרוע זו לא פנתה מיוזמתה אל המערער, לא הגיבה להצעתו ולא עדכנה אותו על המשך המשא ומתן, מפני שסברה, על פי טענתה, כי ההסכם לא מעניין אותו ואינו חשוב לו. כך, למרות החוב הגדול לבנק ולמרות השתתפותו במשא ומתן עד לשלב מתקדם מאוד. ודוק, ההתנהגות כלפי אחד הערבים לא הובאה בהקשר של קביעה ממוקדת לפיה יש חובה לנהוג בשוויון בין כל הערבים לחוב. כאמור, סוגיה זו לא נדרשת בהכרעה. תחת זאת, העניין מובא כאחד מהשיקולים שמבססים חוסר תום לב מצידו של הבנק בנסיבות הקונקרטיות שלפנינו. חמישית, יש להביט על הצדדים בהתאם למצב כהווייתו ופער הכוחות ביניהם. מצד אחד עומד בנק, ומצד שני אדם שחייב לו מיליונים רבים של שקלים. יכולותיו ללחוץ על הבנק במסגרת משא ומתן מוגבלות. צירופן של הנקודות מראה שהבנק לא נהג בתום לב.

עברנו את המחצית הראשונה של הדרך בחלק זה של ההכרעה. נקבע כי הבנק הפר את חובת תום הלב המוטלת עליו. המשך הדרך מוליך אותנו אל תוצאות ההפרה. לכך נפנה כעת.

תוצאות הפרת חובת תום הלב

15. דיני החוזים מבחינים בין שתי סוגיות מרכזיות – חובותיהם של הצדדים ותוצאות הפרתן. הפרה לחוד וסעד לחוד. זאת בשל שיקולים עקרוניים ומעשיים כאחד. למשל, במציאות קיים פעמים רבות פער בין רגע כריתת החוזה לבין הרגע שבו נדרש בית המשפט להכריע באשר לזכאותו של צד לסעד חוזי. הבחנה זו באה לידי ביטוי בהסדרת דיני כריתת החוזה וקיום החיובים על פיו בחוק אחד – חוק החוזים (חלק כללי), ותוצאות הפרתו של חוזה בחוק אחר – חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות). ההבחנה בין החיוב לתוצאות הפרתו נקבעה גם ביחס לחובת תום הלב במשא ומתן. בעוד שסעיף 12(א) לחוק החוזים מגדיר את החובה, סעיף 12(ב) לחוק עוסק בתוצאות ההפרה:

”צד שלא נהג בדרך מקובלת ולא בתום-לב חייב לצד השני פיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב המשא ומתן או עקב כריתת החוזה, והוראות סעיפים 10, 13 ו-14 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, יחולו בשינויים המחוייבים.”

יושם אל לב כי סעיף זה מופיע בחוק החוזים הכללי, ולא בחוק התרופות. ברם, ניתן לראותו מן ההיבט המהותי חלק מדיני התרופות, ובפרט כאשר סעיף 12(ב) מפנה אל חוק התרופות וחל גם על מקרים שבהם נכרת חוזה. כך או אחרת, בעבר רווחה הגישה כי כוונת המחוקק הייתה להעניק לצד הנפגע מהפרת חובת תום הלב במהלך המשא ומתן אך ורק סעד של פיצוי בגין נזקים שנגרמו לו כתוצאה מן הכניסה למשא ומתן.

עמדה זו נדחתה על ידי הפסיקה, ככל שמדובר בחוסר האפשרות לחרוג מהענקת פיצויים שליליים, ופיצויים בלבד. ההתפתחות בדין היא בשני המישורים: סוג הפיצוי וסעדים נוספים מלבד פיצוי. במישור הראשון, סעיף 12(ב) עצמו פורש כמאפשר להעניק במצבים מיוחדים גם פיצויים חיוביים – פיצויי קיום – המעמידים את נפגע ההפרה במצב שבו היה עומד לו היה נכרת החוזה, ולא רק פיצויים שליליים – פיצויי הסתמכות. נקבע כי לשונו של סעיף 10 לחוק התרופות, אליו מפנה סעיף 12(ב) לחוק החוזים, מרחיבה את היריעה. במישור השני, נקבע כי אין בסעיף 12(ב) כדי למנוע מתן סעדים נוספים במקרים המתאימים, כגון אכיפה או מתן צווים אחרים, אם מכוח עקרון תום הלב עצמו ואם מכוח עקרונות משפטיים אחרים. להבנתי, וכפי שיוסבר, המקור להתפתחות בשני המישורים, על אף השוני ביניהם – חד הוא, וקשור לתכלית הסעד הראוי.

גישה זו הוצגה בפסיקה בע"א 829/80 שכונ עובדים בע"מ נ' שרה זפניק, פ"ד לז(1) 579, 583 (1983), על ידי השופטת מ' בן פורת:

"מקובלת עלי טענתו המשפטית של מר ח' מלצר, כי מכוח ה'אשם בהתקשרות' יש שרואים פעולות, שאותו אשם מונע את ביצוען... כאילו בוצעו... תרופות הפיצויים, המנויות בסעיף 12(ב) לחוק החוזים, אינן בגדר רשימה סגורה או ממצה. נהפוך הוא, מעצם ההכרה בדרישת תום הלב כעקרון על או כעיקרון חולש נובע, שאין להצר את תחום התרופות לפיצויים בלבד" (שם, עמוד 583. וכן ראו נילי כהן "גלגולו של שיכון – תרומתה של השופטת בן-פורת לעיצובו של תום הלב במשא ומתן" המשפט יד 175 (התשע"א)).

הרחבת מנעד התרופות שניתן להעניק בגין חוסרתום לב במשא ומתן נעשתה בפסיקה עוד קודם לכן באופן מעשי, אך ללא ניתוח מפורט של הסוגיה (ראו נילי כהן, שם, בעמוד 189 ; ע"א 846/76 יהודית עטיה נ' "אררט" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד לא(2) 780(1977)). מכל מקום, עמדה זו אומצה והורחבה בפסקי דין מאוחרים יותר (ראו ע"א 651/82 מדינת ישראל נ' החברה האילתית לשירותים באוניות בע"מ, פ"ד מ(2) 785, 794-795(1986)). כך, למשל, בפרשה אחרת שבה "פוצץ" משא ומתן בין הצדדים בטרם נכרת החוזה, שבה המשנה לנשיא בן פורת על דבריה דלעיל. באותו עניין הוסיף השופט א' ברק :

"משא ומתן זה חייב להתנהל בתום-לב (סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי)). צד 'המפוצץ' משא ומתן שלא בתום-לב, עשוי לשאת בתוצאות התנהגותו. תוצאות אלה עשויות להיות שונות ומגוונות. כך, למשל, הוא עשוי לשאת בחובת הפיצויים. לעתים ניתן לאכוף את הצדדים להמשיך ולנהל משא ומתן. עשויות להיות נסיבות, שבהן ניתן לראות את המשא והמתן עד 'לפיצוצו' כמספיקות לשכלול החוזה" (ע"א 579/83 הרי זוננשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, קבלני בנין, פ"ד מב(2) 278, 288-289(1988)). לעניין המקור הנורמטיבי למתן סעדים אלה – השתק או מניעות לעומת תום לב – ראו שם, עמודים 291-292).

הנה כי כן, במקרים המתאימים ניתן להעניק מגוון תרופות, והכל בהתאם לנסיבות העניין ולאופן שבו השפיע חוסרתום הלב על מסלול היחסים. יש להדגיש כי גם על פי קו זה, במקרים השגרתיים שבהם חוסרתום הלב מוביל לאי-כריתת החוזה, הסעד היה ונותר פיצויים שליליים (ראו ע"א 434/07 אריק פרינץ נ' אמירים מושב עובדים של צמחונים וטבעונים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פסקאות כ-כט

14.06.2009)). רק במקרים חריגים ניתן יהיה לסטות מכלל זה, ולהורות על מתן סעדים אחרים, ואף סעדים המעמידים את הצד הנפגע במקום שבו היה עומד אם היה החוזה נכרת. להשלמת התמונה יוער כי בעניין זוננשטיין נחלקו השופטים לעניין התוצאה לנוכח שאלות שאינן רלוונטיות לענייננו, ובסופו של דבר הוכרע בדעת הרוב (ובניגוד לעמדתו של הנשיא ברק) כי באותו עניין לא הפר מי מהצדדים את חובת תום הלב, למרות האפשרות שהעסקה נכשלה מפני שאחד הצדדים העלה דרישה בלתי חוקית במהלך המשא ומתן. כך או כך – הרלוונטי לענייננו הוא שהן הנשיא ברק הן המשנה לנשיא בן פורת הסכימו כי תוצאות הפרת חובת תום הלב במשא ומתן אינן מוגבלות לפיצויים שליליים בלבד, ועמדה זו התקבלה מאז בפסיקה ללא עוררין (ראו למשל רע"א 235/12 אירוס הגלבוע בע"מ נ' עומר הנדסה בע"מ (27.2.2012); רע"א 3160/08 אליהו מזר נ' גאון חברה לבנין והשקעות בע"מ, פסקה 9 (28.6.2009); עניין קל בנין, 301-302).

16. מדוע הכלל הוא פסיקת פיצויים שליליים? באילו מקרים ייפסקו בכל זאת סעדים אחרים? וכיצד ניתן להצדיק זאת? בפסיקה ובספרות הוסבר הטעם המרכזי שביסוד הדין, המספק מענה לשאלות אלה. בעניין קל בנין עמד הנשיא ברק על כך שבדרך כלל חוסר תום לב במשא ומתן מוביל לכך שלא נכרת חוזה. במצב כזה לא יכול בית המשפט לדעת האם היה נכרת חוזה לו היו הצדדים נוהגים בתום לב, או מה היה תוכנו של החוזה לו היה נכרת לבסוף (עניין קל בנין, עמודים 298-302). כאמור, הצדדים רשאים לפרוש מן המשא ומתן בכל שלב, ממניעים ענייניים ותוך התחשבות בציפייה הסבירה של הצד השני, ואף בסמוך למועד שנקבע לחתימה על החוזה. אף ניתן לשנות את תוכן החוזה בכל שלב של המשא ומתן. לכן, ככלל, לא ניתן לקבוע שאלמלא הפרת חובת תום הלב היה נכרת חוזה שתוכנו ידוע. אי-נכונותו של בית

המשפט להשלים את החסר – קביעת תוכן החוזה שהיה נכרת, אם בכלל – אינה נובעת רק מקשיים עובדתיים. בית המשפט אף אינו מעוניין בכך. חופש החוזים כשמו כן הוא, וזהו כלל גדול בתחום זה של המשפט (ראו למשל שלו, עמודים 45-84). מושכלות ראשונים, בית המשפט אינו כורת חוזה עבור הצדדים אלא אך אוסף את רצונם שלהם לכרתו, למצער בנקודת זמן מסוימת. לכן, כאשר לא ניתן לקבוע שחוזה מסוים היה נכרת לו היו הצדדים נוהגים בתום לב, אין הצדקה להעמיד את הצד הנפגע במקום שבו היה עומד אם היה החוזה נכרת. מכאן שהכלל הוא פסיקת פיצויים שליליים (עניין קל בנין, עמודים 298-302). אפס, קיימים מצבים חריגים. במצבים אלה עומדים לפני בית המשפט די נתונים כדי לקבוע כי אלמלא חוסר תום הלב היה נכרת חוזה, ואף מה היה תוכנו של אותו חוזה. זהו תנאי הכרחי אך לא מספיק. כדי להגיע לתוצאה נדירה של חריגה מפיצויים שליליים, יש לבחון גם את התנהגות שני הצדדים, ובמיוחד הצד שהפר את חובת תום הלב. עוד יש לבדוק את האינטרסים המנוגדים, והאם די בפיצויי הסתמכות כדי להגן על האינטרס של הנפגע. אם כן, במקרים המתאימים, "השבת המצב לקדמותו" פירושה העמדת הצדדים במקום שבו היו עומדים לו היה החוזה נכרת, או בנקודה אחרת במשא ומתן. כך, לא משום שבית המשפט מציב את הצדדים במקום שבו לא עמדו, אלא מפני שהוא משיב אותם למקום שבו בחרו הם עצמם לעמוד עת נהגו בתום לב (ראו ודוקו שם, עמודים 299-302; פרידמן וכהן, עמודים 640-643).

נמצאנו למדים כי הכלל הרחב הוא השבת המצב לקדמותו. יישומו של כלל זה מוביל, במרבית המקרים שבהם הופרה חובת תום הלב במהלך המשא ומתן, לשחזור מצבם של הצדדים בערב כניסתם למשא ומתן. במקרים אלה לא ניתן להעמידם על המשבצת החוזית, שכן זו טרם נוצרה לפני הפרת חובת תום הלב. אף אין טעם לחייבם לחדש

את המשא ומתן מן הנקודה שבה הופסק. במקרים רבים, בעת מתן הסעד לא ניתן כבר לכרות את החוזה. וגם אם הדבר אפשרי, סביר מאוד שמסלול היחסים יוביל לאי-כריתת החוזה, ולכך שנפגע ההפרה לא יזכה בתרופה למכאוביו החוזיים באופן מעשי. לכן הסעד ההולם, בהיבט של השבת המצב לקדמותו, הוא פיצויים בגין הנזקים שנגרמו לנפגע ההפרה בעקבות ניהול המשא ומתן. עם זאת, בנסיבות חריגות שבהן עומדים לפני בית המשפט נתונים עובדתיים מתאימים, וכאשר האיזון בין שני הצדדים דורש זאת – ניתן להשיב את הצדדים לשלב מסוים במשא ומתן, ואף לנקודה שבה ניתן לקבוע כי היה נכרת חוזה (לתמיכה בעמדה דומה ולהצדקות נוספות ראו גם פרידמן וכהן, עמודים 637-643, 648, הדוגלים אפילו באפשרות מרחיקת הלכת שבמקרים המתאימים לכך, יינתן צו מניעה המונע מראש "הפרה צפויה" של חובת תום הלב, לרבות פרישה ממשא ומתן; גואלטירו פרוקצ'יה "הפרת החובה לנהוג בתום-לב" הפרקליט לט 65 (התשמ"ט-התשנ"א); נילי כהן "דפוסי החוזים ותום לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" הפרקליט לז 13 (התשמ"ז) (להלן: כהן); דרורה פלפל "סעדים עקב העדר תום לב במשא ומתן" עיוני משפט יא 307 (התשמ"ו); יואל זוסמן "תום לב' בדיני חוזים – הזיקה לדין הגרמני" עיוני משפט ו 485 (התשל"ח-התשל"ט). מנגד ראו שלו, עמודים 159-163; סיני דויטש "סעיף 12 לחוק החוזים: האומנם תרופה לכל מכאוב?" מחקרי משפט ד 39 (התשמ"ו)). ברוח זו העניק בית המשפט העליון במספר מקרים פיצויי קיום לנפגע מהפרת חובת תום הלב בשלב המשא ומתן, במגמה להעמידו במקום שבו היה עומד לו היה החוזה נכרת (ראו למשל עניין קל בנין, עמודים 302-303; עניין ערליג, עמודים 170-171. וכן ראו עניין פנטי, עמודים 727-728; ע"א 700/89 חברת החשמל

לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667 (1993)).

17. לנוכח חשיבות העניין, נמקד את מבטנו בסוגיית עיצוב הסעד. המיקוד מגלה כי לבית המשפט יש גמישות בנדון, גם בשלב הטרומ חוזי. כאמור, במרבית המקרים ייפסקו פיצויים שליליים, המשיבים את נפגע ההפרה לנקודה שבה עמד בערב המשא ומתן. רק לעיתים נדירות יש לחרוג מכך. כדי להבין טוב יותר את מהות העניין ואת ההבחנה בין המצבים, יש להבין את הרקע העיוני לסוגיה. הדרך להשקיף על העניין ראשיתה בהנמקתו של הנשיא ברק בעניין קל בנין, כי לעיתים דווקא פיצוי קיום מחזירים את המצב לקדמותו. בית המשפט מנסה לעשות במקרה הקונקרטי צדק בין הצדדים, תוך איזון בין האינטרסים שלהם לפני ולאחר הפרת חובת תום הלב. כעת עסקינן במישור העיוני. במישור זה, המסגרת המחשבתית המתאימה היא צדק מתקן. ארחיב.

המונח צדק מתקן מדבר בעד עצמו בקול רם. התרופה נועדה לתקן את אי-הצדק שסבל צד אחד מידי הצד השני 148 (Ernest J. Weinrib, *Corrective Justice*) (2012) להלן. (Weinrib, *Corrective Justice*): זהו הרעיון שבבסיס כלל השבת המצב לקדמותו. זוהי, כידוע, אחת ממטרות דיני הנזיקין (אריאל פורת נזיקין כרך א 55-68 (2013) (להלן: פורת)). בית המשפט כבר הכיר במפגש שבין דיני החוזים ודיני הנזיקין – שעשוי להפגיע במבט ראשון – בהקשרים שונים, כגון אשם תורם, שתחולתו בדיני החוזים הוכרה מכוח עקרון תום הלב (ראו למשל ע"א 3912/90 Eximin S.A. תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ, פ"ד מז(4) 64, 81-87 (1993) והאסמכתאות שם Ariel Porat, *A Comparative Fault Defense in Contract Law*, in *Fault in American Contract Law* (Ariel Porat & Omri Ben-Shahar eds, 2010) 207 קודם לחקיקתו של סעיף 12 לחוק החוזים הוכרה חובת תום הלב במשא ומתן מכוח דיני הנזיקין, וגם לאחר

חקיקת סעיף זה אין מניעה לפנות אל דיני הנזיקין לצורך קבלת סעד בהקשר זה (ראו למשל ע"א 783/83 שמואל קפלן נ' מרדכי נובוגרוצקי, פ"ד לח(3) 477, 484 (1984); ע"א 230/80 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' דוד קסטרו, פ"ד לה(2) 713, 727 (1981); כהן, עמודים 16-17). כיום, כמובן, סעיף 12 לחוק החוזים סולל את הדרך לתביעה חוזית, אך כאמור – הפסיקה פיתחה במהלך השנים תורת תרופות גם באמצעות כלים אחרים של המשפט. מהלך זה מעיד על כלליות העיקרון של השבת מאזן הזכויות שהופר על כנו:

"בתשתיתה של שיטת המשפט – של כל שיטת משפט – מונחים עקרונות-יסוד ודוקטרינות השליטים על כל השיטה או על ענפים מסוימים בה... עקרון ההשבה לקדמות עיקרון שליט הוא במשפט הפרטי במקרים שבהם מתחוללת הפרת איזון שהמשפט רואה בה הפרת איזון הראויה להתערבותו של המשפט. כך בדיני נזיקין וכך בדיני חוזים, בדיני עשיית עושר ולא במשפט, בדיני הקניין ועוד. אכן, דרכי יישומו של העיקרון שונות הן בענפי משפט שונים – כך, למשל, לא הרי יישום עקרון ההשבה לקדמות בדיני נזיקין כהרי יישומו בדיני חוזים – ואולם, עקרון-האב אותו עיקרון הוא...

הנחת-היסוד היא שפלוני פרע חוק וסדר, ושלא כמותר בדין שינה את המאזן ואת איזון היחסים שבינו לבין זולתו. במקום זה יתעורר עקרון ההשבה לקדמות, ובשם שיטת המשפט יצווה אותנו כי נעשה כמיטבנו להשבת מצב הדברים לכמות שהיה עובר להפרת האיזון והמאזן. למצווה זו נישמע בין בביצוע בעין, בין בביצוע בעין בקירוב ובין בתשלום פיצוי או שיפוי או בהוריית השבה" (ע"פ 4466/98 דבש נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 73, 98-99 (2002), השופט מ' חשין).

בפריזמה זו, ניתן להצדיק סעד החורג מפיצויים שליליים כחלק מעקרון של צדק מתקן – שהוכר גם כאחד העקרונות המכוננים של דיני התרופות החוזיות: "בניגוד לדעה שגורה, עקרון ההשבה לקדמות אינו נחלתם של דיני הנזיקין בלבד. למעשה, זהו עיקרון מנחה של כלל דיני התרופות, ובכללם דין התרופות בשל הפרת חוזה" (גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות, לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 23 (2009), והאסמכתאות שם). זאת ועוד, "הפיצוי החוזי והפיצוי בנזיקין נועדו שניהם להגן על אותו אינטרס מוגן, הלא הוא אינטרס הקיום" (שם, ה"ש 46; יהודה אדר "קרן אור על אינטרס ההסתמכות" ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 343, 383-395 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013); דניאל פרידמן "אינטרס הקיום בפיצויים חוזיים" ספר זיכרון לגואלטירו פרוקצ'יה 377, 386, 393-396 (אהרן ברק, נפתלי ליפשיץ, אוריאל פרוקצ'יה ומרדכי א' ראבילו עורכים, התשנ"ז)). כמובן, עדיין יש הבדל גדול בין מערכות הדינים השונים, הלא הוא סוג הזכות שעליה מגן הדין – קיומה של זכות "חוזית" או קיומה של זכות "נזיקית". כמובן זה, בשלב הטרם חוזי הזכות שהופרה אינה זכות חוזית אלא זכות טרום-חוזית, שהרי חוזה לא נכרת בין הצדדים. הזכות שהופרה אינה לקיום החוזה, אלא לניהול משא ומתן בתום לב – שתחילתה כזכות נזיקית וכיום מקום מגוריה תחת קורת הגג של חוק החוזים.

כיצד אופי הזכות שהופרה משפיע על עיצוב הסעד, בראי הצדק המתקן? פרופ' ארנסט ווינריב מאוניברסיטת טורונטו, אבי התיאוריה המודרנית של צדק מתקן, עמד על אופן פעולת הצדק המתקן בדיני התרופות החוזיות. כדי להשיב את המצב לקדמותו, יש לבחון תחילה באיזו צורה הופר המאזן בין הצדדים לסכסוך. ווינריב מתבסס על התיאוריה הקאנטיאנית של דיני החוזים, וטוען כי במקרים שבהם הופר

חווה – הופרה הזכות לקיום ההבטחה (ולא הזכות במושא החווה עצמו, כגון הנכס שנמכר במסגרת החווה). לכן השבת המצב לקדמותו תהיה אכיפת ההבטחה או מתן שוויה, בדמות פיצויי קיום (Weinrib, Corrective Justice, עמודים 148-184). מתן שוויה ההבטחה משיב את האיזון לנקודה שבה היה קודם ההפרה – לא פחות מכך אך גם לא יותר, בניגוד לפיצויים שליליים מחד גיסא ולנטילת רווחי המפר מאידך גיסא. יש להעיר כי שיקולים אחרים יכולים להצדיק תוצאות נוספות, אולם כאן עסקינן בנקודת מבטו של הצדק המתקן.

אם אמשיך ואצעד לאורך קו זה, הזכות בשלב הטרם חוזי היא לניהול המשא ומתן בתום לב. נוצרה פגיעה ביכולת להציע הצעה או לקבל הצעה מהצד שכנגד. הפרת חובת תום הלב בצורה של פרישה ממשא ומתן שלא כדין, תתוקן באופן המדויק ביותר באמצעות השבת המשא ומתן על כנו במסלול של תום לב והגינות. אם הדבר אינו אפשרי או חסר ערך מעשי – וכך המצב ברוב רובם של המקרים – התיקון יהיה באמצעות מתן שוויה הזכות שהופרה. "שוויו" של משא ומתן יכול להיות קשה להערכה. פיצויים שליליים, הגם שאינם מחזירים בהכרח את הצדדים בדיוק למצב שבו היו עומדים לו היה המשא ומתן מתנהל בתום לב, הם הקירוב הטוב ביותר לשוויה הזכות שנפגעה, כאשר לא ניתן לדעת מה היו פירות המשא ומתן לו היה נמשך ולא ניתן לאכוף את חידושו. ברוח זו, למשל, עמד פרופ' אוריאל פרוקצ'יה על כך שכלל הפיצויים השליליים בגין הפרת חובת תום הלב במשא ומתן סוטה מן הרציונל של השבת המצב לקדמותו. בהיבט של רציונל זה ניתן לנפגע ההפרה סעד שרירותי במידה רבה. עם זאת, כלל הפיצויים השליליים יעיל ומוצדק, בבחינת הרע במיעוטו, משום שכלל לא ניתן לדעת מה היה "שוויו" של המשא ומתן לו היה מנוהל בתום לב. ממילא לא ניתן לדעת לאיזו נקודה בדיוק יש להשיב את נפגע ההפרה (אוריאל

פרוקציה "כללים וסטנדרטים בספר הברית – תמרור אזהרה לחקיקה בעידן המודרני" מחקרי משפט כו 661, 723-724 (2010). על פי קו זה, כאשר ניתן לחדש את המשא ומתן, או אפילו לקבוע מה היו תוצאותיו אילו לא הופסק – וכאשר פיצויים שליליים אינם משיגים ולו באופן חלקי את התוצאה של תיקון אי-הצדק – מצויה לבית המשפט תרופה מתאימה יותר, המחזירה את המצב לקדמותו באופן המדויק ביותר. כך לפי תפיסה של צדק מתקן:

"From the standpoint of corrective justice, private law is a distinct form of practical reason, in which justification reflects the correlative situation of the parties as doer and sufferer of the same injustice" (Weinrib, Corrective Justice, p. 184).

הנה, רוחו של הצדק המתקן מרחפת בחלל המשפט, לובשת צורה ופושטת צורה. לעיתים מלובשת היא בבגדי הנזיקין ולעיתים בבגדי החוזים, אך לעולם אחת היא. זהו הבסיס הרעיוני של הדין.

ואחרון – ראשון. צדק מתקן פותח ומסיים, מילולית ומהותית, בצדק ובשיקוליו. ניתן לומר כי תורת התרופות היא המסע אחר התוצאה הצודקת. אכן, יש כללים. יש גם מציאות. למשל, סעיף 3(2) לחוק התרופות קובע כי בית המשפט לא יאכוף חוזה אם "אכיפת החוזה היא כפיה לעשות, או לקבל, עבודה אישית או שירות אישי". לענייננו חשוב יותר סייג נוסף, הקבוע בסעיף 3(4), לפיו אין לאכוף חוזה כאשר "אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות הענין". יהיה אשר יטען כי הסעיף האמור אינו ברור, ואין בו להנחות את השופט בצורה מספקת. גם אם יש אמת בטענה זו, השאיפה לצדק תוצאתי גוברת. כך גם בקביעת התרופה בשדה החוזים באופן כללי. המשמעות היא

כי גם במקרה דנא, על מרכיביו הייחודיים, התרופה חייבת להיות צודקת בהינתן שני הצדדים, על נסיבות המקרה.

ומן הכלל אל הפרט.

18. כיצד יש ליישם את האמור על המקרה שלפנינו? הדין המהותי כפוף למסגרת הדיונית. כזכור, הבנק הוא התובע. המערער הוא הנתבע. לא עומדת לפנינו תביעה מטעם המערער למתן סעד אופרטיבי בגין חוסר תום לב במשא ומתן, אלא תביעה מטעם הבנק לאכיפת חוזה הערבות. מסגרת זו מתווה את השיקולים למתן תרופה. השאלה היא האם יש לאכוף את החוזה, ולחייב את המערער לשלם מכוחו לבנק, או לדחות את התביעה. תתכן גם דרך ביניים של קבלת התביעה באופן חלקי. כפי שנקבע לעיל, חוזה הערבות בתוקפו עומד, אולם גם על אכיפת החוזה להיעשות בתום לב ובאופן צודק. בפועל יש מיזוג של שני היבטים בחובת תום הלב. האחד, מילוי הוראות חוזה הערבות בתום לב, מכוח סעיף 39 לחוק החוזים. השני, חובת תום הלב במשא ומתן מכוח סעיף 12 לחוק, ביחס לשינוי החוזה. מעתה אמור, השאלה הרחבה היא האם במקרה הנדון מונע חוסר תום הלב של הבנק את אכיפת החוזה שאותה הוא מבקש, באופן מלא או חלקי. לניתוח שאלה זו, ניעזר בכלים שבהם הצטיידנו במהלך הדרך – מהו הסעד שישלב לקדמותו את המאזן הנורמטיבי בין הצדדים באופן המדויק ביותר, בהתחשב בשלבי המשא ומתן, התנהלות הצדדים ומהלך הדברים אם לא הייתה החובה מופרת, מיהותם של הצדדים והקשר ביניהם. ניתן לציין חמש נקודות עיקריות שעליהן יש לתת את הדעת:

השלב במשא ומתן. עסקינן בנסיבות שבהן הגיע המשא ומתן לשלב מתקדם ביותר, בוודאי שמבחינת הבנק. הסכם הפשרה שעליו חתם לבסוף עם הערב הנוסף הוא בעל

תנאים זהים לתנאי החוזה שעליו הוצע למערער לחתום. כבר בהצעה זו למערער נכון היה הבנק לראות, באופן עקרוני, כחוזה סופי ומחייב, כפי שצוין בסופה. עמדנו לעיל על כך שנתון זה מעיד על גמירת הדעת והמסוימות הגבוהות בשלב זה של המשא ומתן.

מהלכם הצפוי של הדברים. במרבית המקרים שבהם נקטע משא ומתן בחוסר תום לב, לא ניתן לקבוע כיצד היה נמשך מהלך הדברים. לרוב, כאשר מוכר מפסיק בחוסר תום לב משא ומתן עם צד פלוני, כדי למכור נכס לצד אלמוני – החוזה שנכרת לבסוף כולל תנאים שונים מאלה שעליהם דנו הצדדים, כגון מחיר גבוה יותר או תנאים טובים יותר למוכר. זוהי הסיבה, במקרה הטיפוסי, להתנערות מוכרים ממשא ומתן. קשה אפילו יותר לקבוע את מהלך הדברים בשעה שקונה פורש ממשא ומתן בחוסר תום לב, או במקרים מסוימים שבהם מדובר בחוזה למתן שירותים. המקרה שלפנינו שונה וייחודי במובן זה. הנתון החשוב הוא קיומו של צד שלישי וליתר דיוק – צד שני נוסף ונפרד. מדובר בערב נוסף, החתום על הערבויות שעליהן חתום המערער, ושהיה שותף לכל שלבי המשא ומתן, מראשית ועד אחרית. בנקודה זו יש להעיר כי איש מן הצדדים לא הביא את הערב הנוסף להעיד בבית המשפט. דומה כי הדבר היה מסייע לפיזור חלק מן הערפל האופף את נסיבות פיצוץ המשא ומתן, וההיגיון הכלכלי של הסכם העקרונית והסכם הפשרה. בכל מקרה, העובדה שהערב הנוסף חתם לבסוף על ההסכם שעליו הוצע לו ולמערער לחתום, מלמדת על כך שהבנק לא נסוג מכוונותיו ומהצעתו במסגרת הסכם העקרונית בשום שלב. חיזוק לכך ניתן למצוא בעדות נציג הבנק עצמו, שתלה את העדרו של המערער מהסכם הפשרה רק בכך שנעדר מהמשך המשא ומתן, שלא היה אלא תהליך של הפיכת הסכם העקרונית התמציתי להסכם מפורט יותר. מדברי נציג הבנק עולה כי סביר להניח שלו היה המערער נוכח בשלב

זה, היה מצטרף אף הוא להסכם. צא ולמד, הכשל בהתנהגות הבנק נעוץ בסיבות שגרמו לכך שלא נחתם חוזה עם המערער.

ניתן, אם כן, לקבוע כי מבחינתו של הבנק – לו היה המערער נוכח במשא ומתן ומוותר על הערותיו, היה מצטרף להסכם הפשרה. בכך לא די, שכן יש לבחון גם את התנהלותו של המערער. הלה סירב בזמן אמת לקבל את הצעת הבנק כפי שהיא. מסתבר מאוד, כפי שנטען בכתבי הטענות, שהיה מוותר על הסתייגויותיו אם היה רואה שהבנק עומד עליהן כתנאי לכריתת הסכם הפשרה. אולם בפועל לא ויתר עליהן המערער בטרם משך הבנק את הצעתו, לאחר כריתת הסכם הפשרה עם הערב הנוסף – ולו מן הטעם שלא ניתנה לו הזדמנות כזו.

הקשר בין הצדדים. הצדדים לא היו "זרים" לחלוטין בשלב המשא ומתן. הם כבר היו כרוכים במערכת יחסים חוזית, מכוח הסכם הערבות שעליו חתמו. במסגרת זו חלה על הבנק, כאמור, חובת תום הלב כלפי המערער גם מכוח סעיף 39 לחוק החוזים. מצויים אנו ב"חוזה בתוך חוזה", או ליתר דיוק, ב"טרומ חוזה בתוך חוזה". במקרים כאלה הצדדים כפופים ממילא לחובת תום לב מוגברת, ביחס לצדדים זרים הפותחים במשא ומתן, לפחות ככל שיש קשר בין המשא ומתן ליחסים החוזיים הקודמים. זאת, בדומה לחובת תום הלב המוגברת המוטלת על צדדים ל"חוזה יחס", המסדיר מערכת יחסים מתמשכת בין שני צדדים (רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרום הינדה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, 160 (1998)). לעניין חובת תום לב מוגברת דומה גם כאשר מדובר בלקוחות ובנק, או במסגרת משא ומתן לשינוי חוזה קיים, ראו למשל ע"א 6916/04 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי

לממשלה, פסקה 147 (18.2.2010); רע"א 1835/10 שמואל רינגל נ' רו"ח דוב
רוזנברג(25.8.2010).

מיהות הצדדים. בנוסף לקשר הקודם בין הצדדים, יש חשיבות גם למיהותם. המשיב
הוא בנק, ואילו המערער, מכוח ערבותו וקריסת החברות, הוא חייב. מתוקף יחסים
אלה הבנק חב כלפי המערער בחובת תום לב מוגברת במשא ומתן לקראת כריתתו של
הסכם.

כפי שפורט לעיל, קיומה של חובת תום לב מוגברת רלוונטי בעת בחינת פעולות הבנק
– האם נעשו בתום הלב הדרוש? אך ניתן לתהות האם יש לה השלכה גם על הסעד.
התשובה היא שאין סל תרופות חוזיות שונה ומיוחד כאשר קיימת חובת תום לב
מוגברת, בהעדר דבר חקיקה מפורש. ואולם, החובה המוגברת יכולה להשליך באופן
עקיף על סל התרופות הרגיל והשאיפה לתוצאה צודקת. זה המצב במקרה יוצא הדופן
שלפנינו, שאחד ממאפייניו המיוחדים הוא שהבנק גם יושב על כס התובע. חובת תום
הלב המוגברת החלה עליו אינה פוסחת על מעמדו כתובע, וגם בהקשר זה עליו לעמוד
על זכויותיו בתום לב מוגבר. השאלה האם הדרישה לאכיפת חוזה הערבות עונה על
הסטנדרט של תום לב, מושפעת אפוא מן הנטל הנורמטיבי המוטל על דורש האכיפה.
אצלנו, קיימת נטייה רבה יותר לקביעה שלנוכח התנהלות הבנק, העמידה על אכיפת
חוזה הערבות כמות שהוא, על אף התנהלותו, אינה עמידה על זכות בתום לב.

שיקולים מעשיים. הנקודה החמישית נסובה סביב השיקולים המעשיים. ראשון,
העובדה שאין מניעה לכריתת הסכם פשרה בין הבנק למערער גם כיום. זאת בשונה
ממקרים רבים בהם נפסק משא ומתן ונחתם חוזה עם צד שלישי. אצלנו הערב הנוסף
אינו צד שלישי, אלא צד שני נוסף. מלכתחילה נועד הסכם הפשרה לכלול את שני

הערבים גם יחד, ולכן אין בכך שההסכם נחתם כבר עם הערב הנוסף כדי למנוע את הצטרפות המערער להסכם. זו הרי הייתה כוונת הבנק מלכתחילה, וכך כנראה היה קורה לו היה הבנק נוהג בתום לב. שיקול מעשי נוסף עניינו אינטרס ההסתמכות של המערער. בנסיבות המיוחדות של המקרה, הגנה על אינטרס זה לא תועיל לו כלל. לא נטען כי הוא הוציא הוצאות משמעותיות במהלך המשא ומתן. משמעות ההגנה על אינטרס ההסתמכות בלבד תהיה חיובו של המערער במיליוני שקלים, שמתשלומם היה כנראה פטור אם היה הבנק נוהג בתום לב – בהנחה שהסכם הפשרה היה נכנס לתוקף ושכך נגזר ממנו. ומן הכיוון השני, הבנק יזכה לרווח דומה עקב התנהלותו בחוסר תום לב. קשה להסכין עם תוצאה כזו.

19. הפועל היוצא מהשיקולים שהובאו לעיל הוא זה: מן הצד האחד, יש יסוד לטענת המערער כי בנסיבות העניין אין לאכוף את חוזה הערבות כפי שהוא. החוזה היה קרוב מאוד לשינויו, וניתן ללמוד כי הבנק היה מוכן לכרות עם המערער את הסכם הפשרה, יחד עם הערב הנוסף, אם היה הבנק נוהג בתום לב. מן הצד האחר, יש יסוד לטענת הבנק כי אין לדחות את תביעתו באופן מלא, כעמדת המערער. יש להכיר בכך שבין הצדדים שררו יחסים חוזיים. נכרת חוזה ערבות. המשא ומתן התנהל סביב האפשרות לשנותו. בפועל, החוזה הראשון לא בוטל וחוזה חדש לא נחתם בין הצדדים. ומכאן לפסיקת בית המשפט המחוזי. להשקפתי, על אף שמצאתי שלא להתערב ברוב רובן של קביעותיו, נפלה שגגה בעמדה לפיה היה והמערער מעוניין לטעון לחוסר תום לב במשא ומתן, ניתן לעשות זאת רק בדרך של הגשת תביעה נגדית. משלא הוגשה כזו, כך נקבע, בית המשפט המחוזי אינו נדרש לסוגיה. ואולם, חוסר תום לב בניהול המשא ומתן עשוי להיות לא רק חרב, אלא גם מגן. לא רק בסיס לתביעה, אלא גם הגנה נגד

התביעה. יש שוני בין שני המצבים, וגם בתוצאה. אך משדנתי בטענת חוסר תום הלב במשא ומתן וקיבלתי אותה – יש לכך השלכה ישירה על תביעת הבנק.

בנסיבות אלה, אציע לחבריי לקבל את תביעת הבנק באופן חלקי, כפי שיובהר. חוזה הערבות לא בוטל או הוחלף עדיין באחר, ולו זו הייתה מלוא התמונה – היה נכון לקבל את תביעת הבנק כפסיקת בית המשפט המחוזי. עם זאת, נתון נוסף נוצר. היחסים החוזיים בין הצדדים לא הסתיימו בחתימה על חוזה הערבות המקורי. בהמשך נערך משא ומתן לשינוי חוזה זה. אף זה חלק מחופש החוזים. ברם, הבנק הפר את חובת תום הלב המוטלת עליו. הפרה זו מורכבת משתי יחידות – יצירת מצג שווא כאילו עמדת המערער עודנה נשקלת וכי המשא ומתן קופא על שמריו, ובה בעת המשך ניהולו והגעה להסכם עם הערב הנוסף, תוך הסתרת נתונים אלה מהמערער על אף פניותיו לבנק. אכיפת חוזה הערבות מותנית אפוא בהסרת הנזק שיצר הבנק בהתנהגותו.

ומהי התוצאה הראויה במקרה זה? נראה כי יש ארבע אפשרויות. האחת, קבלת תביעת הבנק באופן מלא. כאמור לעיל, הקושי בקבלת אפשרות זו הוא אי-מתן כל משקל לחוסר תום הלב של הבנק בנסיבות הקונקרטיות של המקרה. לשון אחר, האם היא זה צודק ונכון, מבחינת הדין, להגיע לאותה תוצאה – אכיפת חוזה הערבות – בין אם הבנק נהג בתום לב ובין אם לאו, במסגרת המשא ומתן שנערך בין הצדדים? תשובה שלילית לשאלה זו מעמידה בסימן שאלה פסיקה שמאמצת האפשרות של קבלת תביעת הבנק במלואה.

האפשרות השנייה היא דחיית התביעה באופן מלא, כבקשת המערער. תוצאה זו אין לקבל. המערער אינו יכול לדרוש, או אפילו לצפות, שיקבל פטור מההסכם הראשון

עקב ניהול משא ומתן שלא התגבש לכלל חוזה מחייב. כך, גם בהינתן העובדה שהבנק נהג בחוסר תום לב. פשיטא שגם על המערער מוטלת חובת תום לב כלפי הבנק. לכן אין לקבל טענות מסוימות שהעלה במסגרת ההליך שלפנינו, לפיהן הוא זכאי גם לכך שהבנק יציע לו תנאים טובים מאלה שהוצעו לו במסגרת הסכם העקרונות ומשהוצעו לערב הנוסף, כגון פטור מצירוף חייבים אחרים מטעמו. כשם שאין לקפח את המערער, אין להיטיב את מעמדו גם ביחס לערב הנוסף.

האפשרות השלישית היא לחייב את שני הצדדים לחתום על הסכם חדש, שיהיה דומה להסכם שנחתם בין הבנק לבין הערב הנוסף. הקושי באפשרות זו הוא שהמשא ומתן לא הסתיים, ולו מפני שהבנק גרם לכך בהתנהגותו. לכן, קביעה שיש לחתום על חוזה חדש – הגם שסעד כזה אפשרי במקרה המתאים, כאמור לעיל – אינה מתאימה כאן. יהיה בכך משום כפיית הצדדים לחתום על חוזה, על אף שהחוזה טרם התגבש באופן מלא וסופי. נכון שהמשא ומתן הגיע לשלב מתקדם ביותר, כפי שהובהר. אך אין דומה מצב זה למצב שבו המשא ומתן הגיע למעשה לסיומו, כפי שארע בפרשות אחרות שבהן נפסקו פיצויים חיוביים על אף שלא נכרת חוזה בין הצדדים (ראו עניין קל בנין ועניין ערליג). אף בשלב מתקדם של המשא ומתן יש לשמור על חופש החוזים בין הצדדים. גם אם בנקודות משמעותיות ניתן לכוון את הצדדים, ואף לחייבם לפעול במתווה מסוים – חוזה אין. אכיפת חוזה היא תוצאה מרחיקת לכת גם במישור המעשי, לנוכח חלוף הזמן מן המועד שבו פוצץ המשא ומתן. בהקשר זה יוזכר כי המחלוקת בין הצדדים התמקדה בצורך של המערער להחתיים חייבים נוספים מטעמו, והרי אלה בגדר צד שלישי שאינו שותף לסכסוך הנוכחי, ואינו חייב לקבל את תנאי הבנק.

האפשרות הרביעית היא להחזיר את שני הצדדים לשולחן המשא ומתן, בנקודה שבה עמד קודם להתנהגות הבנק בחוסר תום לב. יתרונויה של אפשרות זו בכך שהיא אינה מתעלמת מהתנהגותו של הבנק. לצד זאת, היא אינה מוכנה לקבל את ביטול הסכם הערבות, ויצירת מצב שבו יינתן למערער יתרון שאינו מגיע לו. להסדר זה גם יתרונו מעשיים, שכן המשא ומתן יתנהל בין הצדדים תוך הכוונה מסוימת, והבהרת השלכות אי-ההגעה להסכם, כפי שיפורט. אך עדיין, בית המשפט אינו מחייב את הצדדים להגיע לחוזה, כפי שמציעה האפשרות השלישית, אלא מוסר את העניין לצדדים, לרבות שקילת ההשלכות של אי-ניהול המשך המשא ומתן בתום לב. כך יושב המצב לקדמותו באופן המדויק ביותר.

20. אינני מתעלם מכך שהאפשרות של אכיפת הצדדים להמשיך ולנהל משא ומתן אינה ראויה ומעשית בדרך כלל. אולם כאמור – הפסיקה והספרות הכירו בכך שבנסיבות מסוימות קיימת הצדקה לבחור בה. אכן, יש לצעוד בדרך זו במקרים חריגים בלבד, הן משיקולים של דין מהותי והן משיקולים של מדיניות. השיקולים המהותיים נסקרו לעיל בהרחבה, אולם גם שיקולי המדיניות תובעים לבחור באפשרות זו ביד קפוצה. זאת, שכן המשמעות המעשית היא שבית המשפט אינו מסיים את המחלוקת בין הצדדים, אלא מחייב אותם להמשיך ולנהל משא ומתן. הקושי אינו רק מנקודת מבטו של בית המשפט, דהיינו מכך שהסכסוך עלול להמשיך. גם עבור הצדדים עלול המשך המשא ומתן, בחלוף זמן ולאחר ניהול הליך משפטי, להיות מנוצל על ידי הצד האחר באופן שאינו תואם את עקרון תום הלב. בדרך כלל, אין זה מתאים לחזור לנקודת זמן שכבר חלפה. צא ולמד, האפשרות הנוכחית רחוקה מלשמש כדרך המלך, אולם לעיתים אין מנוס מבחירה בה. באילו נסיבות אפוא סעד של החזרה למשא ומתן ראוי, צודק ומעשי?

קשה לקבוע רשימה של תנאים. בכל מקרה יהיה על בית המשפט לבחון את מלוא התמונה כיחידה בפני עצמה. אולם ניתן להצביע על מספר נקודות – שהן נחלתן של מקרה זה – כדי להסביר מדוע בתיק דנן יש לצעוד בדרך שממעטים לפסוע בה.

נתון אחד – ניתן לתחום את גבולות המשא ומתן באופן ברור, שיבהיר לצדדים את המצב המשפטי לאשורו. כך, על סמך התנהגות הצדדים בזמן אמת. ההוראה הדרושה אינה להמשיך ולנהל משא ומתן "פתוח", אלא כי הצעת הבנק – כפי שהובעה בהסכם העקרונות ולאחר מכן בהסכם הפרשה – תשוב אל השולחן, לאחר שהורדה ממנו בחוסר תום לב. הבנק העלה את הצעתו בהסכם העקרונות. המערער קיבל אותה, בכפוף להסתייגותיו. מן החומר עולה כי אם לא היה מציג הבנק למערער מצג שווא כאילו הצעתו עדיין נשקלת, אלא מגלה לו כי המשא ומתן עם הערב הנוסף ממשיך להתנהל – היה המערער זוכה לשקול את ההצעה פעם נוספת, תוך אפשרות לחזור בו מהסתייגותיו. אם כן, אלה גבולות המשא ומתן שניתן להמשיך ולנהל – הצבת הצעת הבנק בפני המערער פעם נוספת. מדובר בהוראה קונקרטית ותחומה, שאינה פותחת מחדש את העניין כולו.

נתון שני, קיומו של ערב נוסף והחווה שנחתם בינו לבין הבנק. כאמור, מבלי להביע עמדה משפטית בדבר החובה להציע לערבים חווה דומה – כאן הבנק הוא אשר בחר להציע חווה דומה לשני הערבים. אמנם הדבר לא יצא לבסוף אל הפועל ביחס למערער, בשל התנהגותו חסרת תום הלב של הבנק, אך יש בנמצא חווה נוסף כאמת מידה לחווה בין הצדדים. נתון זה נכון ביתר שאת בהתחשב במעמד הבנק, כפי שהובהר לעיל, בכל הנוגע לאפשרות לחייבו לשוב ולהציע למערער את ההצעה שהוצעה לו בזמנו.

נתון שלישי – נכונותם של שני הצדדים לחתום על החוזה בתקופה שעד להגשת התביעה. אמת, נעדר מרכיב הסימולטניות בנקודות ההסכמה בין הצדדים. לא הייתה סמיכות זמנים היוצרת מפגש בין רצונותיהם. כאשר עמדה הצעת הבנק בתוקפה, המערער סרב לקבלה כמות שהיא, ואילו כאשר חזר בו המערער ורצה לקבל את ההצעה – היה זה לאחר שהבנק כבר חזר בו ממנה, לנוכח חתימת הסכם הפשרה הסופי עם הערב הנוסף. עם זאת, במהלך תקופת המשא ומתן בכללותה, הסכימו שני הצדדים לכרות חוזה על בסיס העקרונות המחייבים את הערב הנוסף, כל אחד במועד אחר. הרלוונטיות היא שיש בכך להעצים את ההצדקה להחזיר את הצדדים לשולחן המשא ומתן, מתוך הכוונה להגיע לחתימה על הסכם על בסיס עקרונות אלה. הפער בין עמדות הצדדים, שמנע הסכמה, הוא בשאלת הזמנים ולא בפרטי ההסכם. בראייה זו, החיוב לשוב למשא ומתן ראוי.

הנתון הרביעי עניינו אופן התנהלות הצדדים לאחר פרוץ הסכסוך, תוך שימת דגש על התקופה הנוכחית. קרי, בדיון שנערך לפנינו הביע המערער נכונות לחתום על ההסכם הפשרה הסופי שנחתם בין הבנק לבין הערב הנוסף, אף כי במקביל לכך ניסה לשפר את עמדתו ולהשיג הסכם משופר שלא ידרוש ממנו להחתים חייבים נוספים מטעמו. מהצד של הבנק – הובעה נכונות במהלך הדיון להחתים את המערער על הסכם זהה לזה שעליו חתם הערב הנוסף. אמנם בדומה למערער גם הבנק שאף לעמדה טובה יותר, לפיה יש לדחות את כל טענות המערער. ברם – וזה העיקר – האפשרות הועלתה, הצדדים לא הסתייגו ממנה מטעמים מעשיים שצצו בעקבות חלוף הזמן, והעדיפו את הפתרון של חתימה על הסכם על פני אפשרויות אחרות (לדוגמא האפשרות הראשונה והשנייה שהועלו לעיל). אף צד לא טען כי יש טעם ענייני ההופך את ההסכם לבלתי כדאי או בלתי מעשי, ביחס לתנאים ששררו בעת המשא ומתן על

הסכם העקרונות. במילים אחרות, לא חלה התפתחות ההופכת את המשא ומתן לבלתי רלוונטי. היפוכו של דבר. המשך המשא ומתן ישים גם בנקודת הזמן הנוכחית. לכך יש משקל עצמאי, מעבר לאינדיקציה הראייתית לעניין התגלגלות העניינים אלמלא חוסר תום הלב של הבנק. הקשר בין הנתון השלישי והנתון הרביעי הוא כי יש בסיס למסקנה שכל צד הסכים להסכם העקרונות, אם כי בשלבים שונים, הן בזמן המשא ומתן והן בנקודת זמן זו. זהו שילוב בין שיקולים של כיבוד חופש החוזים והרצון של כל אחד מהצדדים, לבין שיקולים מעשיים.

נתון חמישי – מבחן עשיית הצדק. מתן סעד אחר יוביל לתוצאה הראויה מנקודת המבט של צדק מתקן. במקרנו, פסיקת פיצויים חיוביים היא חסרת משמעות ואף דומה שאינה מוצדקת מן הפן המהותי. הרי סוף כל סוף, המערער הוא זה שדחה את הצעת הבנק בזמן אמת. בד בבד, פסיקת פיצויים שליליים, ובוודאי שקבלת תביעת הבנק במלואה, תוציא את המערער ללא מאומה, ואילו הבנק יצא נשכר מחוסר תום לבו. הדרך שנתרה היא אפוא דרך המשא ומתן. אף יש צדק במובן של "מידה כנגד מידה". חוסר תום הלב של הבנק מורכב ממצג שווא במהלך המשא ומתן, גם ביחס לחתימת ההסכם עם הערב השני, על אף ניסיונות הבירור של המערער – דבר שהוביל לפיצוץ המשא ומתן למעשה. התוצאה של חיוב הצדדים להמשיך ולנהל משא ומתן – לא פחות ולא יותר – מהווה מענה הולם להפרת חובתו של הבנק. כך גם ביחס למערער. הוא אינו יכול לבקש סעד המעמיד אותו במצב טוב מזה שבו היה אמור להיות, כאשר קיימים יחסים חוזיים בינו לבין הבנק. אין מקום לבטל את החוזה, או להעניק למערער חוזה בתנאים טובים יותר מאלה של הערב הנוסף. ויושם אל לב, וכאן הראייה הכוללת של הדברים, בענייני התוצאה המוצעת אינה ראויה רק בהשוואה לאפשרויות האחרות. היא צודקת בפני עצמה, כפי שהוסבר לעיל.

מכלול הנתונים מטה את הכף לעבר האפשרות של המשך ניהול המשא ומתן בגבולות האמורים. יש להדגיש כי לא היה די בכל נתון בפני עצמו. אך בהשתלבותם יחד, בעוצמה הקונקרטי – עולה כי זוהי התוצאה הראויה ביותר. ניתן לומר כי זהו מקרה חריג. ואכן, אין לתמוה על כך שהתוצאה היא כזו. הבנק דורש לאכוף את הסכם הערבות, ואילו המערער דורש, בין היתר, את ביטולו. הקצוות אינם מתאימים. ניתן לומר כי גישת הכל או לא כלום, במקרה זה, מחטיאה את המטרה באותה מידה. יש להורות על הסדר אחר, שמאזן כראוי את האינטרסים של הצדדים ואת זכויותיהם.

21. לאחר הדברים האלה קראתי בעיון את חוות דעתה הבהירה של חברתי, השופטת ע' ברוך. דרכה שונה מדרכי בשתי נקודות. ראשית ועיקר, אין היא סבורה כי הונחה התשתית העובדתית לבסס את המסקנה לכך שהבנק פעל בחוסר תום לב. שנית, סבורה היא גם אם היה לכך ביסוס מספיק – אין מקום להורות כיום על השבת הצדדים לשולחן המשא ומתן. אבקש לחדד את עמדתי ביחס לשתי הנקודות האמורות.

התשתית העובדתית. כאמור, בין הצדדים נפלה מחלוקת עובדתית בדבר השאלה האם המערער היה פסיבי ולא פנה אל הבנק; או שמא פנה לנציגים שונים של הבנק, אך הוצג לו מצג שווא כאילו לא נעשה דבר, וכאילו ההחלטה בעניין הערותיו להסכם העקרונות טרם ניתנה. זוהי שאלה בעלת משקל בעת בחינת תום ליבו של הבנק. אדרש בקצרה לשני עניינים בהקשר זה – עדויות הצדדים כשלעצמן, והצורך לבחון אותן על רקע ההתנהלות הכללית של הצדדים.

העניין הראשון הוא עדויות הצדדים בבית המשפט המחוזי, והמשקל שראוי לייחס לכל אחת מהן. בשורה התחתונה, יש להעדיף את גרסתו של המערער על פני גרסתו

של הבנק, בהתייחס לשאלה כיצד פעל המערער בזמן אמת. לכך מספר נימוקים, מעבר לאמור לעיל.

האחד, העובדה שהעד מטעם הבנק – מר דקל – העיד כי מעולם לא שוחח עם המערער בטלפון או פגש אותו, וכי כל המגעים עם המערער נעשו באמצעות הכפופים לו (עמודים 6-7 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי). כך גם בשלב שבו עוד התנהל בין הצדדים משא ומתן, עד לניסוח הסכם העקרונות. הנה כי כן, הבנק לא זימן לעדות את הגורם מטעמו שבא בפועל במגעים עם המערער. לכן מר דקל לא היה יכול לסתור את טענתו המפורשת של המערער כי שוחח עם נציג אחר של הבנק – מר שי, או כי שוחח בטלפון עם פקידות הבנק בין מועד חתימתו על הסכם העקרונות ומועד חתימת הסכם הפשרה (שם, עמודים 21, 27). ואכן, מר דקל לא טען בעדותו כי המערער לא פנה אל גורמים אחרים בבנק, אלא רק כי לא הובאה לידיעתו פניה כלשהי של המערער. לפנינו מצויה אפוא עדות ישירה של המערער כי פנה אל גורמים שונים בבנק, שלא הובאה כל ראיה פוזיטיבית לסתור אותה, בדמות עדות או מסמך שמהם ניתן ללמוד אחרת.

נימוק שני הוא כי עדות נציגו של הבנק, מר דקל, תואמת יותר לגרסתו של המערער, ואינה עולה בקנה אחד עם גרסתו של הבנק. מר דקל העיד כי מבחינתו המערער לא היה שותף למשא ומתן עם הבנק, אף לפני ניסוח הסכם העקרונות, שכן המערער לא פנה אליו באופן אישי, לא שוחח עמו ולא הביע את דעתו (שם, עמוד 7). הנה כי כן, נציג הבנק העיד מפורשות כי מבחינתו המערער מעולם לא היה חלק מן המשא ומתן, גם בתקופה בה אין מחלוקת כי משא ומתן אכן התקיים (פסקה 18 לסיכומי הבנק בבית המשפט המחוזי). נתון זה מתיישב טוב יותר עם גרסת המערער, לפיה הוחלט

להדירו מן המשא ומתן, מאשר עם גרסת הבנק לפיה המערער הוא זה ש"ניתק מגע" למרות רצון הבנק להגיע להסכם. בנוסף לכך, הראיה שהביא הבנק, כדי לתמוך בטענה שהמערער ישב בחוסר מעש, היא העובדה שהמערער לא בא בדברים עם מר דקל. אלא שאין זו ראיה כבדת משקל, שהרי הצדדים ניהלו במשך תקופה מסוימת משא ומתן מתקדם ביותר – וכל זאת מבלי שהמערער פגש או אפילו שוחח עם מר דקל, לפי עדותו של האחרון.

נימוק שלישי – עדותו של מר דקל לפיה הבנק לא חפץ כלל, לאורך כל הדרך, לכלול את המערער בהסכם הפשרה. על פי עדות זו, הגורם המרכזי והמכריע במשא ומתן שנוהל היה הערב הנוסף. בתחילה הבנק רצה לכרות את הסכם הפשרה רק איתו, אלא שרצונו של האחרון לצרף גם את המערער להסכם הפשרה הוביל לצירופו למשא ומתן, עד לגיבוש הסכם העקרונות (עמוד 11 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי). הבנק העדיף, לפי עדות נציגו, לכרות את הסכם הפשרה עם הערב הנוסף בלבד, ולהשאיר בידיו את האפשרות לתבוע מן המערער סכום נוסף, על פני צירוף המערער להסכם הפשרה יחד עם הערב הנוסף (שם, עמודים 11, 15). הבנק נאלץ אפוא לצרף את המערער למשא ומתן, אך זאת כדי שהערב הנוסף יסכים לרתום את כישוריו הביצועיים לטובת הבנק במסגרת הסכם הפשרה.

פתיל נוסף בחוט זה של סיפור המעשה הוא תגובת הצדדים לאחר שנודע למערער כי ככל הנראה נכרת חוזה בין הבנק ובין הערב הנוסף. המערער ביקש לברר את פרטי ההסכם הסופי שנחתם, כדי לבקש להצטרף אליו, אך נענה בשלילה. הבנק לא הסכים אפילו לגלות לו כי נכרת הסכם או את פרטי החוזה, ואלה נגלו לו לבסוף רק לאחר שפנה לערכאות. הבנק אף סירב לצרפו להסכם, כאמור, על אף שצירופו באותו שלב

היה שקול לחתימה עמו על החוזה מראש – שכן הערב הנוסף טרם החל בביצוע חיוביו. סירובו של הבנק היה נעוץ בכך שלאחר שהערב הנוסף הסכים לחתום ללא המערער – שוב לא היה לבנק כל חפץ בחתימת המערער על החוזה (שם, עמודים 16-18). כך, בניגוד לעמדת הבנק בעת גיבוש הסכם העקרונות, שאז כל אותם שיקולי תועלת שהועלו בדיעבד לא הפריעו לו כלל ועיקר. דברים מפורשים אלה, לפיהם כל העת היה הבנק מעוניין לכרות הסכם רק עם הערב הנוסף, מתיישבים טוב יותר עם הגרסה לפיה הבנק הוא הגורם לפיצוץ המשא ומתן, ולא עם הגרסה לפיה דווקא המערער הוא שגרם לכך, חרף נכונותו של הבנק לכרות עמו הסכם פשרה.

לסיום הדיון בעדויות, אתיחס לכך שהערב הנוסף לא הגיע למסור עדות. חברתי סבורה כי יש לזקוף לחובת המערער עובדה זו, וכי מכאן אחיזה לסברה שהמערער ידע בזמן אמת על הליכי המשא ומתן בין הערב הנוסף לבנק, אך לא נקף אצבע. אולם המערער לא העלה כל טענה הקשורה לערב הנוסף בכל הנוגע לתקופה הרלוונטית, ומגרסתו עולה כי הערב הנוסף כלל לא היה מעורב בפניותיו לבנק ובתשובות הבנק. על פי קו זה, בתקופה שבין החתימה על הסכם העקרונות והחתימה על הסכם הפשרה לא היה קשר בין המערער, שהמתין לתשובת הבנק, ובין הערב הנוסף. כל שידע האחרון הוא כי המערער אינו שותף למשא ומתן, מבלי לדעת את הסיבה לכך – האם המערער עצמו אינו חפץ בכך או שמא הבנק הוא הגורם המרכזי בסיפור. לעומת זאת, דווקא נציג הבנק התייחס בעדותו לערב הנוסף, וטען כי שאל אותו במהלך המשא ומתן היכן המערער, מבלי לזכות לתשובה קונקרטית (שם, עמוד 8). אין לזקוף אפוא את העדרו של הערב הנוסף מן הדיון דווקא לחובת המערער, שלשיטתו הערב הנוסף לא ידע דבר. דומה כי הכף הראייתית נוטה יותר לחובת הבנק, אם סבור היה כי הערב

הנוסף מסוגל לתמוך בגרסה כי המערער ידע בזמן אמת על ניהול המשא ומתן בין הבנק והערב הנוסף.

העניין השני, מעבר למהימנות עדויות הצדדים עצמן, הוא הצורך לבחון את הגרסאות השונות על רקע כלל הנסיבות. הצדדים לא הביאו אמנם מסמכים רבים התומכים בטענותיהם, אולם עדיין ניתן ללמוד רבות מן הנסיבות שקדמו לסכסוך והפעולות שננקטו לאחריו. כפי שפרטתי לעיל, עדותו של המערער מתיישבת היטב עם כל נתוני הרקע, ובכללם התנהגות שני הצדדים לפני ואחרי החתימה על הסכם העקרונות ועל הסכם הפרשה, כמו גם עם העובדה שלא הוצגה כל תשובה מטעמו של הבנק הדוחה את הערות המערער על הסכם העקרונות (ראו את הפירוט בפסקאות 12-13 לחוות דעתי). כאמור, המערער היה שותף למשא ומתן בשלב מתקדם, נשא בסיכון להפסדים אדירים, ופעל בנחישות ברגע שגילה שנחתם הסכם פשרה בלעדיו. כשפנה המערער לבנק כדי לגלות על כך פרטים נתקל בסירוב גמור למסור לו כל מידע. לא למותר להדגיש שוב עובדת מפתח – המערער חתם על הסכם העקרונות, על אף הערותיו. עובדה זו בוודאי מעידה על רצון עקרוני להשתתף במשא ומתן יותר מאשר על סירוב לעשות זאת. הבנק, לעומת זאת, החליף את עורו במחי פקס – מנכונות לראות בהסכם העקרונות הסכם סופי, לנתק מוחלט עם המערער. נתונים אלה מתיישבים טוב יותר עם גרסת המערער, כי הבנק פעל בחוסר תום לב, ולא עם גרסת הבנק כי המערער זנח את רצונו להגיע לפשרה.

עד כאן הצגת תשתית עובדתית לשם תמיכה במסקנה אליה הגעתי. לטעמי די בה. דא עקא, בכך לא סגי. נראה כי יש גם ממד נורמטיבי-משפטי בנדון, הנסוב סביב מעמדו של בנק לעומת מעמדו של חייב. לכך אתייחס בהמשך.

22. התוצאה האופרטיבית. חברתי הוסיפה כי גם אם התנהג הבנק בחוסרתום לב, אין

זה מעשי להשיב היום את הצדדים לשולחן המשא ומתן. גם כאן אעיר שתיים.

ראשית, בדיון שנערך לפנינו הבנק לא הביע מניעה עקרונית לחתום גם כיום על ההסכם. היפוכו של דבר. המגעים לא הבשילו לבסוף לכדי הסכם פשרה על אף נכונותו של הבנק לכך.

שנית, חברתי מדגישה גם כי על פי הסכם הפשרה הסופי, נדרש הערב הנוסף להשקיע מאמצים רבים על מנת לקיים את התחייבויותיו. צירוף המערער להסכם כיום יאפשר לו "לתפוס טרמפ" על מאמציו של הערב הנוסף, שאולי כבר ביצע חלק מן הפעולות הנדרשות. אלא שמנקודת מבטם של הצדדים שלפנינו, איני סבור כי יש לנתון זה השלכה על התוצאה כפי שסבורה חברתי. מבחינתו של הבנק חלוקת המאמצים בין שני הערבים אינה משנה, כל עוד יקבל את הסכומים הנקובים בהסכם הפשרה. כך היה בעת שהוצע הסכם העקרונות. ניתן להניח כי גם הערב הנוסף לא יתנגד כלל לצירוף המערער להסכם – צירוף שהוא יזמו מלכתחילה, ועשוי להקל עמו במידה זו אחרת. כך או כך, צירופו כיום לא ירע את מצב הערב הנוסף.

נסכם – ונתייחס אף לממד הנורמטיבי שהוזכר לעיל. הבנק הציע הצעת פשרה. העניין לא נזנח אלא המשיך להתנהל במרץ. בשלב מסוים, המערער הסתייג בשתי נקודות – חתימת אשתו ואביו על ההסכם, וזהות הפרויקטים הרלוונטיים לעניין הערבויות לפי חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות). עם כל חשיבותן של נקודות אלה, הן אינן יורדות לשורש העניין. זאת בהתחשב במשמעותן הכלכלית לעומת יתר הסכומים שעל הפרק, שלתשלומם הסכים המערער. בהתאם לכך המערער אף חתם על הסכם העקרונות, התנהגות המלמדת על רצונו להגיע להסכם פשרה. מצופה –

בוודאי מבנק לעומת חייב – כי יביע עמדה לכאן או לכאן, ביחס להצעות הנגדיות של החייב. העדר תגובה לתגובה מחזק את גרסת המערער, לפיה הבנק יצר מצג שהעניין עודנו תלוי ועומד. עוד המערער מחכה, והנה נחתם הסכם עם הערב הנוסף. לא מצאתי כי הבנק הביא תמיכה לגרסתו, לפיה סבר כי המערער התנער לחלוטין מהסכם הפשרה. המערער הציג תשתית שחלק מרכזי בה אינו מוכחש על ידי הבנק. הבנק לא נתן מענה לטענת המערער שפנה לגורמים שונים בבנק. תחת זאת, השליך את יהבו על עובד שממילא לא היה בקשר עם המערער במהלך המשא ומתן – ואף בתקופה שבה הבנק מודה כי התנהל משא ומתן. באשר לחלוף הזמן, אכן עבר זמן מאז המקרה. אך בדיון שהתנהל בפנינו לאחרונה הבנק לא שלל כלל וכלל את האפשרות להגיע לפשרה. נראה לי אפוא כי התוצאה הראויה היא מתן אפשרות לצדדים לחזור לשולחן המשא ומתן. תוצאה זו, לטעמי, נותנת ביטוי לפגם בפעולות הבנק מצד אחד, אך לא מכתיבה לצדדים – לרבות הבנק – תוצאה מראש. להשקפתי, כשם שקבלת התביעה נגד המערער אינה צודקת, תוך התעלמות מפעולות הבנק, כך גם דחיית התביעה לחלוטין, מבלי להעניק משקל לסיפור המעשה בכללותו.

23. מסקנתי וההצעה שאציע היא זו: הערעור מתקבל באופן חלקי. משמע, אין להתערב בקביעות בית משפט קמא, פרט לחיוב האופרטיבי בסעיף 20 לפסק דינו וקביעותיו לעניין הסוגיות שנדונו בערעור זה, שבהן בחר בית משפט קמא שלא לדון. הצדדים ישובו לשולחן המשא ומתן. לאמור, ככל שעומד הבנק על תביעתו, עליו להודיע על כך למערער בתוך 60 יום, ולאפשר לו להצטרף להסכם הפשרה שנחתם עם הערב הנוסף, על בסיס הסכם העקרונות שעליו הוצע למערער לחתום, באותם התנאים. יודגש כי נוסח ההסכם המפורט שעל הבנק להציע למערער אינו כפוף להסתייגויות האחרון מהסכם העקרונות. היה והמערער או החייבים מטעמו יסרכו

לחתום על הצעה זו, זכויות הבנק לדרוש את אכיפת חוזה הערבות שמורות לו, על דרך הגשת תביעה חדשה עד לגובה הסכום שנתבע בבית המשפט המחוזי. כאמור, קביעותיו של בית משפט קמא באשר לסוגיות שבהן דן ופסק עומדות על כנן. כמובן, בהתאם למתווה שנקבע, חובת תום הלב בניהול המשא ומתן חלה על שני הצדדים. אף רשאים הם לנהל משא ומתן לקראת הסדר חדש, אחר, אם שניהם ירצו בכך.

בנסיבות העניין, ולנוכח התוצאה החלקית, הייתי מבטל את ההוצאות שהוטלו על המערער בבית המשפט המחוזי, ומוסיף כי כל צד יישא בהוצאותיו בשני ההליכים.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

1. חברי השופט נ' הנדל פרש משנה מקיפה ומחכימה בנושא חובת תום הלב בשלב הטרום חוזי. בתמצית, חובה זאת מטילה "יחסי אמון" מיוחדים על הצדדים למשא ומתן, ומחייבת אותם לנהוג זה כלפי זה ביושר ובהגינות (ראו, למשל, דברי השופט (כתוארו אז) א' ברק ב-ע"א 207/79 רביב נ' בית יולס, פ"ד לז(1) 533, 543-544 (1982)). אני שותפה לעמדתו של חברי כי הטענה בדבר חוסר תום לב במשא ומתן עשויה לשמש כחרב ולא רק כמגן; וכן כי במקרים המתאימים, הגם שאלה חריגים, הפרת החובה יכול שתצמיח סעדים נוספים פרט לפיצוי שלילי. ואולם בנסיבות המקרה לא מצאתי יסוד לקבוע כי הבנק הפר את חובת תום הלב בניהול משא ומתן ביחסיו עם המערער – וכבר בשל כך לא אוכל להצטרף לתוצאה שאליה הגיע השופט הנדל. אף אם הייתי סבורה כי דבק רבב בהתנהלותו של הבנק, לגישתי נסיבות המקרה אינן מאפשרות להשיב את הצדדים לשולחן המשא ומתן כפי שמציע חברי כי ייעשה.

ביסוד הגנתו של המערער מפני תביעת הבנק לממש את ערבותו, ניצבת טרונייתו של המערער על כך שהבנק לא הציע לו להתקשר בהסכם פשרה דומה לזה שערך עם הערב הנוסף, מר דוד יפרח (להלן: יפרח; המערער ויפרח יחדיו יכוננו להלן: הערבים). לגרסת המערער, הבנק הדיר אותו מן המשא ומתן עם יפרח והסתיר ממנו את הסכם הפשרה שבו התקשרו. בית המשפט המחוזי סבר כי אין מקום לדון בטענותיו של המערער בדבר חוסר תום לב מצידו של הבנק – בהיותן "טענות הגנה אגביות" כלשונו (בסעיף 13 לפסק הדין) – ומשכך נמנע מלקבוע ממצאים עובדתיים בנדון. תמימת דעים אני כאמור עם חברי השופט הנדל, כי טענה בדבר חוסר תום לב במשא ומתן יכול שתועלה כמגן מפני תביעתו של הבנק לאכיפת הסכם הערבות – ועל כן שומה היה על בית המשפט המחוזי לברר ולהכריע במחלוקת שנתגלעה בין הצדדים בסוגיה זו.

לאחר עיון בחומר הראיתי שהובא לפני בית המשפט המחוזי, מצא השופט הנדל כי בנסיבות המקרה יש לקבוע בערכאתנו ממצאים עובדתיים בשאלת תום הלב של הבנק – וכך להימנע מהחזרת הדיון בתיק לערכאה המבררת. לגופם של דברים, סבור חברי כי הראיות והעדויות מצביעות בבירור על כך שהבנק התעלם מפניותיו של המערער לקיים משא ומתן להסדר חובות, ואף הסתיר ממנו באמצעות מצג שווא כי בה בעת נרקם הסדר פשרה סופי עם יפרח. דעתי, בכל הכבוד, שונה. לטעמי אין ביסוס בחומר הראיתי, שהובא לפני בית המשפט המחוזי והוצג גם לעיוננו, לטענותיו של המערער בדבר חוסר תום לב מצידו של הבנק – ובמיוחד לא שוכנעתי כי המערער לא היה מודע בזמן אמת להתגבשותו של הסכם פשרה בין הבנק לבין יפרח. משכך, נשמט היסוד גם תחת טענותיו של המערער בדבר אפלייתו כערב על ידי הבנק לעומת יפרח – ודינו של הערעור להידחות. וכעת אפרט.

הרקע להסכם העקרונות

2. תחילה מספר מילים בדבר התמונה הכוללת המצטיירת מן החומר הראיתי. העובדות שאין עליהן חולק הן שבמועדים הרלוונטיים לתובענה חבר המערער ליפרח, קבלן ששמו הולך לפניו בעיר אשקלון, ויחדיו ביקשו להקים פרויקט מגורים ומסחר רחב ממדים (להלן: המיזם). השניים, באמצעות חברה שבבעלותם המשותפת וכן חברות נוספות (יחד יכוננו להלן: החברות הקבלניות), התקשרו עם מינהל מקרקעי ישראל בהסכם לקבלת זכויות הפיתוח של מקרקעין בשטח של למעלה מ-8,000 מ"ר באשקלון; על פי התכנון, המערער ויפרח התכוונו לבנות במקרקעין 272 יחידות דיור וכן 5,000 מ"ר של שטחי מסחר. בשלב הבא התקשרו המערער ויפרח, באמצעות החברות הקבלניות, בהסכם ליווי עם הבנק – לצורך מימון המיזם והעמדת ערבויות לפי חוק המכר לרוכשי הדירות. כנגד המימון והערבויות, שיעבדו החברות הקבלניות נכסים שונים לטובת הבנק; והמערער ויפרח ערבו באופן אישי לבנק לקיום כל התחייבויותיהן של חברות אלה, ללא הגבלה בסכום.

לימים לא עמדו החברות הקבלניות בהתחייבויותיהן כלפי הבנק, ובשנת 2000 הבנייה במיזם הופסקה. באותו שלב נבנו רק 136 יחידות דיור ו-2,500 מ"ר של שטחי מסחר – קרי: מחצית בלבד מן המתוכנן. הבנק החל לנקוט הליכים נגד החברות הקבלניות, והגיש לבית המשפט המחוזי בתל אביב תובענה למימוש שיעבודים ולמינוי כונס נכסים (פ"ש"ר 1085/06). בעוד כינוס הנכסים מתנהל, התקיימו מגעים בין הבנק מצד אחד לבין המערער ויפרח מצד שני – במטרה להגיע להסדר בנוגע לערבותם האישית להתחייבויות החברות הקבלניות. באותה עת עמדו חובותיהן של החברות בגין

האשראי שקיבלו מן הבנק על לא פחות מ-40,000,000 ש"ח, והיקף הערבויות שניתנו על ידי הבנק עבור החברות לצדדים שלישיים עמד על מיליונים רבים נוספים.

3. לאחר משא ומתן ממושך, שנוהל בעיקר על ידי יפרח מול נציגי הבנק (ראו עמ' 7 לפרוטוקול בבית המשפט המחוזי מיום 11.2.2013, ש' 12-27), בחודש ספטמבר 2007 הציג הבנק לשני הערבים מסמך המאגד את עקרונות הפשרה המוצעת. בתמצית, על פי המתווה שהוצע, הבנק התחייב לפטור את הערבים מהתחייבויותיהם האישיות כלפיו – וזאת בתנאי שהבנק יקבל סך של 12,000,000 ש"ח; את הוצאות כינוס הנכסים; וכן כל סכום שיידרש הבנק לשלם מכוח ערבויות שהעמיד עבור החברות הקבלניות לטובת צדדים שלישיים. הכוונה היתה שהערבים יגרמו לכך שניתן יהיה לממש כמה שיותר מנכסי המיזם – ואת תמורתם יעבירו יפרח והמערער לבנק; ואם לא יעלה בידם לפרוע את הסכומים האמורים מתוך קופת המיזם, יידרשו הערבים לעשות כן מכיסם הפרטי (להלן: הסכם העקרונות). בעוד שיפרח חתם על הסכם העקרונות כמות שהוא – המערער ערך שלושה תיקונים עיקריים בהסכם, וחתם עליו באופן חד צדדי ומבלי שהבנק הסכים לשינויים.

ראשית, המערער מחק מן ההסכם את רעייתו ואת אביו, שהבנק ביקש לצרפם כמי שיבטיחו גם הם באופן אישי את התחייבויותיו של המערער במסגרת הפשרה. שנית, לגבי אותן ערבויות שהעמיד הבנק עבור החברות הקבלניות לצדדים שלישיים – המערער ביקש להבהיר כי לצורך הפטרתו מן הערבות הוא יידרש לפרוע רק ערבויות שהעמיד הבנק במסגרת המיזם, ולא כל ערבות אחרת שהועמדה על ידו עבור החברות הקבלניות. וחשוב מכל, המערער תיקן את הסעיף האחרון בהסכם, שהורה כך: "אם לא יחתם הסכם פשרה מפורט בתוך שבועיים מהיום – יחשב מסמך עקרונות זה

כהסכם הפשרה שבין הצדדים". המערער הוסיף לסעיף את המילה "לא" – באופן ששלל מהסכם העקרונות את אופיו הסופי והמחייב כפי שבא לידי ביטוי בהוראה זו. וכך נאמר לאחר התיקון: "אם לא יחתם הסכם פשרה מפורט בתוך שבועיים מהיום – לא יחשב מסמך עקרונות זה כהסכם הפשרה שבין הצדדים" (ההדגשה שלי-ע'ב').

יצוין כי המערער טען בבית המשפט המחוזי כי לא הוא שהוסיף בסעיף האחרון את המילה "לא" על גבי העותק שעליו חתם בכתב ידו – ואולם גם לא היה בידו כל הסבר אחר לתוספת זו. כפי שכבר צוין, בית המשפט המחוזי לא קבע ממצאים עובדתיים בנוגע להתנהלות הצדדים במהלך המשא ומתן ביניהם – ובכלל זה גם לא נתן דעתו לתיקונים שנעשו על גבי הסכם העקרונות. ואולם על פניו נראה כי אין ממש בטענה זו של המערער: הסכם העקרונות הוא מסמך מודפס, שעל גביו נערכו מספר תיקונים בכתב יד – והמערער מודה כי התיקונים כולם, פרט להוספת המילה "לא" בסעיף האחרון, נערכו רק על ידו. בניגוד למערער, ברי שלבנק לא היה כל אינטרס לערוך תיקון שכזה – שכן אלמלא היה הבנק מעוניין להעניק לפשרה תוקף סופי, מלכתחילה לא היה מוסיף סעיף כזה להסכם העקרונות. טענה כי השינוי נערך במסמך רק לצורך ההליך דנן לא נשמעה מפי המערער, וממילא היא לא הוכחה.

גרסת המערער לא הוכחה

4. עיקר עניינו של ערעור זה הוא באירועים שלאחר תיקון הסכם העקרונות על ידי המערער – ובהקשר זה לצדדים גרסאות עובדתיות סותרות. לטענת המערער, הבנק דחה את ניסיונותיו לקדם את הפשרה בין הצדדים והסתיר ממנו כי המשיך במקביל לקיים משא ומתן רק עם יפוח; ואילו לטענת הבנק, המערער הוא שהתעלם מהצעותיו של הבנק להגיע להסדר, לא נטל אחריות על חובותיו הכבדים לבנק, ונמנע מלקחת

חלק בהסכם הפשרה הסופי עם יפרח (נחתם ביום 19.5.2008 ; להלן : הסכם הפשרה). גרסתו של כל אחד מהצדדים נשענה על עדות יחידה מפיו של עד בעל עניין : מטעם המערער העיד הוא עצמו ; מטעם הבנק הובאה עדותו של מר זאב דקל, מי ששימש בעת הרלוונטית כמנהל אגף האשראי בבנק, והיה אחראי על הסדר החוב של החברות הקבלניות והערבים (להלן : דקל). יצוין כי בשנת 2008 קודם דקל לתפקיד סמנכ"ל, שאז הוחלף בתפקיד מנהל האגף על ידי מר שי זיכלינסקי – מי שהיה כפוף לו קודם לכן (להלן : שי) (ראו עמ' 10 לפרוטוקול ש' 16-22). פרט לעדותם היחידה של בעלי הדין, לא הביא מי מהצדדים כל ראייה ממשית לתמיכה בגרסתו.

הנטל להוכיח את טענת חוסר תום הלב במשא ומתן, בהיותה טענת הגנה, רובץ לפתחו של המערער. אמנם לפי סעיף 54(2) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, ניתן לבסס ממצאים על יסוד עדות יחידה של בעל דין שאין לה סיוע (בכפוף לחובת הנמקה) – אלא שגרסתו של המערער רחוקה מלהיות משכנעת, היא מעוררת שורה של תהיות, ובכל מקרה אין בה די כדי להרים את הנטל הרובץ לפתחו של המערער להוכיח כי דבק בהתנהלותו של הבנק חוסר תום לב.

5. מעדויותיהם בפני בית המשפט המחוזי, הן של דקל והן של המערער, ניכר כי המערער החל לגלות עניין בפשרה עם הבנק רק לאחר שהסכם הפשרה עם יפרח כבר הושג ונחתם (ראו למשל עדותו של המערער בעמ' 27 לפרוטוקול ש' 8-11). את הסכם העקרונות המתוקן שלח המערער לבנק באמצעות הפקס, ומאז לא יצר עוד קשר עם נציגיו. טענתו של המערער כי פנה לבנק בנושא הפשרה גם קודם לחתימתו של הסכם הפשרה, נטענה על ידו בשפה רפה בלבד. דקל מצידו הבהיר בעדותו כי במשך כל אותו זמן שבו היה אחראי מטעם הבנק על הסדר חובותיהם של הערבים,

המערער מעולם לא יצר עימו קשר ולא פנה אליו – וזאת בניגוד ליפּרח, שעִימו נפגש דקל מספר פעמים (ראו בעמ' 7 לפרוטוקול, ש' 9-17; עמ' 10, ש' 25-26; עמ' 18 ש' 2-1). כאשר אומת המערער עם הדברים הללו במהלך חקירתו – הלה טען לראשונה, וכלאחר יד, שפנה לשי ולא לדקל, ושי הוא שדחה אותו בלך ושוב. אם היה ממש בדברים, מצופה היה מן המערער שיבקש להעיד את שי לתמיכה בגרסתו – ומשלא עשה כן יש לזקוף את הדבר לחובתו. חשוב לא פחות, לא ברור מגרסתו של המערער כיצד זה ייתכן שלא ידע על כך שהמשא ומתן בין הבנק לבין יפּרח מוסיף להתנהל ומבשיל לקראת הסדר סופי. כפי שכבר צוין, יפּרח והמערער היו שותפים במיזם ובגיננו הם נושאים יחדיו בחוב של עשרות מיליוני שקלים לבנק; ולא רק זאת אלא שעד לשלב מתקדם של המשא ומתן, שבו ניסח הבנק את הסכם העקרונות, עמדו שני הערבים "באותו צד" מול הבנק. מן הראוי היה שהמערער יבהיר כיצד נפרדו דרכיהם של השניים (יפּרח והמערער) בעיצומו של משא ומתן עם הבנק – ואולם לא רק שהמערער לא זימן את יפּרח למתן עדות על מנת ללבן את הדרוש ליבון, אלא שגם עדותו שלו שותקת בנדון, והדבר פוגם על פניו במהימנות גרסתו.

לעומת זאת, דקל הסביר בעדותו כי מבחינתו של הבנק, השינויים האמורים שעריך המערער בהסכם העקרונות – ובעיקרם הוספת המילה "לא" בסעיף האחרון – הבהירו לבנק כי המערער אינו מעוניין להתקשר בהסכם מחייב, ושמטו את הקרקע תחת הפשרה שהחלה מתגבשת עימו (ראו בעמ' 7 לפרוטוקול ש' 29 עד עמ' 8 ש' 2; בעמ' 8 ש' 25-29). ועוד נטען, כי לאחר שחתם על הסכם העקרונות (תוך תיקונו כאמור), המערער נקט בגישה פאסיבית ולא יזם כל פניה לבנק על מנת לקדם פשרה בין הצדדים. משכך, דקל הבהיר כי באותה נקודת זמן, "הנחתי שלא מטריד אותו ולא מעניין אותו שום דבר בקשר לחוב" (עמ' 8 לפרוטוקול ש' 22-24). דקל הודה כי לא

פנה מיוזמתו למערער ולא הפציר בו לחזור לשולחן המשא ומתן, אך זאת משום שבנסיבות המקרה הוא לא סבר שזה מתפקידו:

”ת: אני אסביר. מר חלפון (המערער-ע'ב') ידע על קיום המו"מ, עובדה הוא חתם על הסכם העקרונות. גם שתי שניות אחרי שהוא חתם, הוא לא חיפש אותי מעולם, הוא לא פנה אליי, לא הביע עניין, הוא ידע שהנושא מתקדם. לא, אני לא מרגיש שהיה מחובתי לעודד את מר חלפון לטפל בחובותיו כלפי הבנק במסגרת הסדר שאני חותם עם אחד הערבים לחוב. אני ראיתי בפעולות שלו משום חוסר אכפתיות” (ההדגשות שלי-ע'ב') (עמ' 9 לפרוטוקול ש' 1-7).

בהינתן כל האמור, איני סבורה כי עלה בידי המערער להניח תשתית עובדתית וראייתית מתאימה כדי לקבוע שהבנק הסתיר מפניו את קיומו של משא ומתן עם יפרא ואת הסכם הפשרה, או שנהג בחוסר תום לב במשא ומתן במובן אחר כלשהו. אמת הדבר, יכול היה הבנק לפנות מיוזמתו למערער ולעודד אותו לשוב לשולחן המשא ומתן – ואולם בנסיבות שבהן המערער לא הראה כל עניין מצידו להסדיר את חובותיו לבנק, אין לומר כי הבנק פעל באופן בלתי ראוי משלא עשה כן. זאת ועוד: הרושם המצטייר מן העדויות הוא שדווקא התנהלותו של המערער היא זו שאינה ראויה – כאשר לאורך כל תקופת המשא ומתן עם יפרא, המערער מצידו נקט גישה פאסיבית ולא לקח כל אחריות על חובותיו לבנק, שעמדו על עשרות מיליוני שקלים.

התוצאה המתבקשת

6. ומכאן לתוצאה שאליה מגיע השופט הנדל בפסק דינו. חברי סבור כי עלינו להחזיר את הצדדים לשולחן המשא ומתן, על מנת שידונו בצירופו של המערער להסכם הפשרה. מטבע הדברים, תוצאה זו מבוססת על הנחה שלפיה גם היום אין מניעה

לכריתתו של הסכם בין המערער לבנק, שיהא זהה להסכם הפשרה שבין יפרח לבנק; ואולם איני סבורה כי זה המצב. אמנם בדיון שנערך לפנינו חזר המערער והביע את נכונותו לחתום על הסכם זהה להסכם הפשרה – לכאורה תוך ויתור על התיקונים שתקן על גבי הסכם העקרונות – אלא שהבנק לא שעה להצעה זו של המערער, ונראה שלא בכדי.

למקרא הסכם הפשרה ניכר כי תכליתו של ההסדר היא לתמרץ את יפרח לקדם את מימוש הנכסים שנותרו במיזם כך שהבנק יוכל להיפרע מתמורתם. בין היתר, יפרח נדרש להוציא טופס 4 לשם אכלוס יחידות הדיור, ובחלוף הזמן גם לפעול להארכה של הסכמי פיתוח עם המינהל; ונוסף לכך – לעסוק בשיווקם של הנכסים (ראו למשל עדותו של דקל בעמ' 12 לפרוטוקול, ש' 1-7 ובעמ' 15 ש' 2-4). על פי ההסכם, ככל שיעלה בידו של יפרח לממש יותר נכסים – כך תקטן חבותו האישית כלפי הבנק. ואמנם, מעדותו של דקל עולה כי יפרח השקיע מאמצים רבים לקיים את התחייבויותיו על פי הסכם הפשרה (ראו למשל בעמ' 12 לפרוטוקול ש' 29-30).

כיום אנו מצויים למעלה מ-8 שנים לאחר חתימתו של הסכם זה – וקיים ספק ממשי אם בכלל נותרו במיזם נכסים מניבים שמתוכם יוכל הבנק להיפרע. אין זה ראוי לאפשר למערער "לתפוס טרמפ" על העבודה והטרחה שהשקיע יפרח במיזם מכוח הסכם הפשרה, ובכך לפטור עצמו מהתחייבויותיו כלפי הבנק בלא כלום; והדברים מקבלים משנה תוקף בהינתן שבמשך שנים רבות קפא המערער על שמריו ולא עשה מאום כדי להסדיר את חובותיו לבנק.

7. זאת ועוד. מן הראוי לחזור ולהזכיר כי ראשיתם של היחסים שבין הצדדים אינה במשא ומתן לקראת חתימתו של הסכם העקרונות, אף לא בהסכם הערכות שקדם לו,

אלא בהסכם הליווי – שבמסגרתו קיבל המערער יחד עם יפרח (באמצעות החברות הקבלניות) מימון מהבנק להקמתו של המיזם, בהיקף של עשרות מיליוני שקלים, שהוא אף ערב לו באופן אישי. משהמיזם כשל והחברות הקבלניות נקלעו לחובות עצומים לבנק, נדרש המערער לשאת באחריות ולהשיב את החוב. בעת הגשת התביעה לבית המשפט המחוזי עמדו חובותיהן של החברות הקבלניות לבנק על סך של 60,000,000 ש"ח. הבנק הגיע להסדר עם יפרח שלפיו הלה ישלם לבנק סך של 12,000,000 מיליון שקלים, בתוספת השבה של הוצאות הכינוס (שיש להניח כי עמדו על מאות אלפי שקלים נוספים), וכן כל סכום שישולם מכוח ערבויות שניתנו לצדדים שלישיים. ברי כי מדובר בסכומים לא מבוטלים – שהיו אמורים להשתלם לבנק בעיקר מתוך קופת המיזם כאמור. וכעת, כאשר ניתן להניח כי אין עוד אפשרות ממשית להפיק תמורה מן המיזם, ולמצער אפשרות זו הצטמצמה למדי, הגיש הבנק תביעה נגד המערער לתשלום סך של 2,550,000 מיליון שקלים בלבד מתוך החוב – העומד עתה על סכום גבוה בעשרות מונים. במצב דברים זה, קבלת תביעתו של הבנק ודחיית הערעור היא אף צודקת.

8. סופו של דבר, אם תישמע דעתי נורה על דחייתו של הערעור ונחייב את המערער בהוצאות הבנק בסך של 20,000 ש"ח.

ש ו פ ט ת

השופט ס' ג'ובראן:

תמים דעים אני עם חברי השופט נ' הנדל כי טענת חוסר תום לב במשא ומתן יכולה לשמש כחרב ולא רק כמגן. ואולם, במקרה שלפנינו, שותף אני לדעת חברתי השופט ע' ברון כי גרסת המערער – עליו נטל הוכחת הטענה כאמור בפסקה 4 לחוות דעתה

— לא הוכחה כנדרש, ואין די בתשתית העובדתית שהוצגה כדי להטות את מאזן ההסתברויות לטובתו. בנסיבות אלו, לא מצאתי מקום להידרש לשאלה העקרונית של הסעד המוצע על ידי חברי השופט נ' הנדל בחוות דעתו, וניתן להותירה לעת מצוא. עם זאת, אני מסכים כי במקרים החריגים המתאימים, יתכן סעד אחר מאשר פיצויים שליליים בגין הפרת חובת תום הלב במשא ומתן. בכפוף לאמור, אני מסכים לפסק דינה של חברתי השופטת ע' ברון ולתוצאה שאליה הגיעה.

ש ו פ ט

הוחלט לדחות את הערעור כאמור בחוות דעתה של השופטת ע' ברון, אליה הצטרף השופט ס' ג'ובראן, ובניגוד לחוות דעתו של השופט נ' הנדל, שהציע לקבל את הערעור באופן חלקי.