

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 153/04

בפני: כבוד השופטת מ' נאור  
כבוד השופטת ע' ארבל  
כבוד השופט א' רובינשטיין

המערערת: חיותה רובינוביץ

נגד

המשיב: עו"ד יוסף רוזנבוים

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב  
בתיק ת"א 2873/99 מיום 1.10.03 שניתן על ידי כבוד  
השופטת א' חיות

בשם המערער: עו"ד עמי סביר

בשם המשיב: עו"ד רותי וקסמן

### פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

הרקע העובדתי

א. ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב (השופטת חיות) בת"א (ת"א) 2873/99 מיום 1.10.03, בו נדחתה תביעת המערערת כנגד המשיב, עורך דין, לפיצוי על רשלנות מקצועית. עיקרי העובדות, שעליהן אין מחלוקת של ממש, הם כלהלן: ביום 10.5.95 קיבלה המערערת מאביה במתנה זכויות חכירה שהיו לו במגרש המצוי באזור התעשייה הצפוני ברמלה (להלן המגרש או הנכס). כעבור כשלוש שנים, ביום 14.7.98, מכרה המערערת את זכויותיה לשני השותפים האחרים במגרש, תמורת 336,000 דולר של אדה"ב. כשבועיים לאחר מכן, ביום 3.8.98, רכשה המערערת לאביה דירת מגורים בתל אביב תמורת 270,000 דולר. בביצוע עסקת המכר של המגרש הסתמכה המערערת על הערכת המשיב מיום 18.6.98, לפיה צפויה היא לשלם כמאה

אלף ש"ח מס שבח (כ- 8% מסכום העסקה). כיום ברור שבהערכת המשיב נפלה טעות חישובית, ובפועל חויבה המערערת לשלם 576,264 ש"ח מס שבח (כ- 47% מסכום העסקה). לפער הניכר בין הסכום אותו ציפתה המערערת לשלם לבין הסכום אותו נדרשה לשלם בפועל, היתה בנסיבות השלכה על אפשרויות המימון של רכישת הדירה לאכיה מכאן התביעה שעניינה פיצוי בגין רשלנות מקצועית של המשיב בהערכת מס השבח. הסכום שנתבע היה ההפרש בין הערכת מס השבח לבין המס בפועל, בצירוף סכום בעבור עגמת נפש וכן כיסויים של תשלומי מס הכנסה על הפיצוי שייפסק.

פסק הדין קמא

ב. (1) בית המשפט קמא קיבל את טענת המערערת לפיה בינה לבין המשיב שררה זיקה המקימה אחריות חוזית ונזיקית. כן נקבע כי התקיים קשר סיבתי בין ההערכה שנמסרה על-ידי המשיב לבין ביצוע העסקה, דהיינו, שהמערערת הסתמכה בפועל על ההערכה השגויה. בית המשפט לא קיבל את טענת המשיב לפיה רשאי היה להניח כי בא כוחה של המערערת, ובעלה שהוא רואה חשבון במקצועו, ישובו ויבדקו בעצמם את ההערכה שנמסרה להם. כן לא נתקבלה טענת המשיב, לפיה הערכת המס הנכונה שערך בא כוחם של קוני המגרש במהלך המו"מ יש בה כדי לשלול את ההסתמכות על הערכתו השגויה.

(2) ברם, על אף האמור קבע בית המשפט קמא כי המערערת לא הצביעה על נזק בר פיצוי שנגרם לה כתוצאה מהסתמכותה על הערכת המשיב. בית המשפט הכריע, כי המערערת אינה זכאית להפרש שבין הערכת המשיב לבין סכום המס ששולם בפועל, העומד בבסיס כתב התביעה, כיון שתשלום זה לא נבע מטעותו של המשיב, אלא מתובתה החוקית לשלם מס כדין. כן נקבע, כי התובעת לא הצליחה להראות כיצד מימושה של עסקת המכר שינה את מצבה לרעה.

(3) בית המשפט דן בשלוש חלופות שעמדו בפני המערערת באשר לנכס: הותרת המצב על כנו - אפשרות שבית המשפט שלל מהטעם שמבני התעשייה המושכרים שעמדו בנכס נהרסו, ולפיכך הפסיקו להניב הכנסות; הצטרפות למיזם בניה משותף של כל השותפים במגרש - אפשרות שאכן הוצעה למערערת על ידי השותפים כבר בשנת 1997, אך לא נתקבלה על ידיה בעיקר בשל ספקות בכדאיות המיזם; וקניית חלקם של שאר השותפים - אפשרות תיאורתית שמעולם לא עמדה על הפרק. נוכח האמור נקבע, כי מכירת הזכויות לשאר השותפים היתה האפשרות הריאלית היחידה שעמדה בפני המערערת. עוד נקבע, כי ההחלטה על מכירת הזכויות בנכס נפלה עוד

לפני קבלת ההערכה השגויה, והיא הואצה בשל הרצון לקנות לאכיה של המערערת, שעבר בשנת 1996 אירוע מוחי, דירה בכניין בו מותקנת מעלית. לאחר שסקר – ושלל – את האפשרויות השונות שעמדו בפני המערערת בזמן קבלת ההחלטה, קבע בית המשפט כי המערערת לא הצביעה על נזק שנגרם לה כתוצאה מהסתמכותה על ההערכה השגויה. כן נדחתה תביעת המערערת לפיצוי בעבור נזק לא ממוני, בקביעה שלא "כל פרץ רגשות מצדיק פיצוי בגין עגמת נפש".

#### טענות הצדדים בערעור

ג. (1) המערערת טוענת, כי טעה בית המשפט בקבעו שלא נגרם לה כל נזק כתוצאה מההערכה השגויה. לטענתה, הסתמכותה על הערכה זו היא שהביאה אותה לביצוע העסקה, ובשל כך השתנה מצבה לרעה. נטען כי אילו ידעה המערערת מראש את שיעור המס הנכון, היתה שוקלת מחדש את רכישת הדירה לאכיה, שחייבה כאמור גיוס משאבים נוספים מעבר לתמורה ממכירת הזכויות במגרש. כן נטען, כי שגה בית המשפט בקבעו שבפני המערערת לא עמדו אפשרויות אחרות מלבד מכירת הקרקע; המערערת אכן שללה חלופות אחרות – בכללן כניסה למיזם משותף וחלוקה בעין של המגרש – כיון שסברה בטעות שמכירת זכויותיה תהיה רווחית יותר, אך אילו ידעה את שיעור המס הנכון, היתה נוקטת באחת החלופות הללו, או משאירה את המצב על כנו. כן נטען כי אילו ידעה המערערת מראש את התמורה הריאלית שתקבל בעבור זכויותיה במגרש, לא היתה עושה את עסקת המכר, ובוודאי שלא כמחיר בו בוצעה.

(2) מנגד טוען המשיב, כי צדק בית המשפט קמא בקביעתו שהמערערת לא הצביעה על נזק בר פיצוי. המשיב שב וטוען כי הערכתו לא היתה בגדר חוות דעת, אלא הערכה גסה שנעשתה כטובה לחבר. כן נטען שההערכה נשלחה לבדיקתו של בא כוח המערערת ובעלה, ובדיקתם הרשלנית ניתקה את הקשר הסיבתי, ולחלופין היוותה רשלנות תורמת בשיעור 100%. נטען כי המערערת לא פעלה להקטנת הנזק, היינו לביטול הסכם המכר, ובכך ניתן לראות אשרור בדיעבד של ההחלטה למכור את הזכויות במגרש. ולבסוף, נטען כי שיעור המס הנכון נודע למערערת מפי בא כוח הקונים עו"ד כספי, ואף על פי כן בחרה להמשיך בביצוע העסקה.

לאחר שלא צלחו ניסיונות לפשרה, בקדם הערעור בפני השופטת נאור ולאחר מכן על פי הצעה שהוצעה על-ידינו בהחלטה מיום 5.9.05, ניתן פסק דין זה בהתאם להחלטה ההיא, על סמך החומר בכתובים, ללא דיון נוסף.

ד. על מנת להבריע בתיק עלינו להידרש ביסודו של דבר לשאלה אחת שהיא שתיים: האם נגרם למערערת נזק בר-פיצוי כתוצאה מהסתמכותה על ההערכה השגויה, ואם כן, מהו שיעור הנזק? התשובה לכך אינה פשוטה.

על האחריות

ה. (1) בפתח הדברים ייאמר, כי בית המשפט קמא קבע קביעות עובדתיות בחלק ניכר מפסק דינו בשאלה האם בין המערערת למשיב התקיימה מערכת יחסים המקימה אחריות מצד המשיב במישור החוזי והנזיקי, והשיב על כך כזכור בחיוב. המשיב אמנם מעלה טענות בקשר לכך, אך לאחר העיון לא ראיתי מקום לשוב ולהידרש לאלה, המעוגנים בחומר העובדתי שהיה בפני בית המשפט. הכרעתו של בית המשפט קמא בעניין זה מקובלת עלי, קרי, כי התקיימה בין הצדדים "זיקה המקימה אחריות הן במישור החוזי והן במישור הנזיקי" (עמ' 7). במישור החוזי, מעורבותו של המשיב במערכת העסקים המשפחתית, בייעוץ לאביה של המערערת, לאורך שנים שקדמו לאירועים נשוא התביעה, וכן המשך המעורבות בכל הנוגע למערערת עצמה, מגבשים את המחויבות שקבע בית המשפט קמא. אכן, בשלב שבו ניתנה ההערכה השגויה יוצגה המערערת על-ידי עו"ד כרמל נפתלי (שהוא גם קרוב משפחה, בשל נישואי אבי המערערת לאמו), ואולם המכתב הרלבנטי המרכזי, מיום 18.6.98, נכתב כמכתב פורמלי מאת המשיב לעו"ד נפתלי, ולהבנתי נעשה הדבר במסגרת מערכת יחסים נמשכת, ואינו נראה על פניו כ"טובה", כ"שיחת חולין שבכתב" גרידא, אלא כמסמך מקצועי העוסק בענייני מס השבת. כאן המקום להעיר, כי לא אחת מזמנים החיים סיטואציות שבתחום האפור, שבהן פועלים בני אדם על סמך עצות משפטיות (או רפואיות ואף הנדסיות, למשל) שניתנו כ"טובה" על רקע היכרות כזאת או אחרת, וכשמשתכש משהו מתיצבת השאלה האם היה המדובר באחריות חוזית או נזיקית. פשיטא שאדם הגון לא יתבע מי שנתן לו עצת אקראי בשיחה אישית, אך ההכרעה מכל מקום היא תלויה נסיבות, קרי, במישור החוזי בשאלה האם נתכוונו הצדדים לעצה מחייבת וזה היה אומד דעתם, ובמישור הנזיקי - האם היתה חובת זהירות. העצה היעוצה לנועצים וליועצים היא כמובן זהירות מתמדת לערוך את ההפרדה, קרי, הנוחן עצה מסוג כזה טוב לו שיאמר מפורשות כי היא ניתנת כאינדיקציה לכיוון חשיבה ולא כעצה מקצועית; וכבר אמרו חכמים, "אסיא דמגן במגן, מגן שוי" (בבלי בבא קמא פ"ה, א') "רופא המרפא בחינם, שווה חינם" וכמבואר "אין רפואתו שווה כלום. מי שהזיק את חברו והנפגע זקוק לטיפול רפואי, אם המזיק מציע שילכו לרופא המרפא בחינם,

אין שומעים לו. הניזוק יכול לומר לו, שאינו חפץ ברופא זה, מפני שאין ערך לטיפול רפואי של רופא המרפא בחינם" (נ' רקובר בהשתתפות נ' יעקובי, ניבי תלמוד 49; וראו להלכה רמב"ם נזיקין, חובל ומזיק ב', י"ח; שולחן ערוך חושן משפט, מ"כ, כ"א). הגבול לעתים דק. מכל מקום, בענייננו נשלח עותק המכתב גם לבעלה של המערערת רו"ח רובינוביץ וגם לידי אבי המערערת, והדעת נותנת, נוכח היחסים ה"היסטוריים" של המערער עם האב ונוכח המכתב לעו"ד נפתלי, שהמדובר היה בחוות דעת מקצועית אשר הנוגעים בדבר ייחסו לה משקל. האמירה בסיפה המכתב "אשמח לעזור" היא כתיבה סטנדרטית גם ביחסים רגילים בין עורך דין ללקוח, בגדרי נימוס. לכן אין מקום לבטל בהבל פה זיקה חוזית – מקצועית של המשיב כלפי המערערת. יתרה על כך, כפי שציין גם בית המשפט קמא, בכל מקרה אין לשלול קיומה של אחריות בנוזיקין; וראו ע"א 751/89 מוסהפור נ' שוחט, פ"ד מו(4) 531, 534-537 (הנשיא שמגר); ע"א 2625/02 נחום נ' דורנבאום, פ"ד נח(3) 385, 425 (הנשיא ברק): "מבחינת סטנדרד ההתנהגות הנדרש, אין למעשה הבדל בין יחסים חוזיים לנוזיקיים. הסטנדרד הוא כמו המיומנות והזהירות הנדרשת מבעל מקצוע כלפי מי שהוא חב כלפיו, לצד כללי האתיקה הקובעים את נורמות ההתנהגות הראויות לעורך דין". לעניין זה הביא השופט דב לוין בהסכמה בע"א 37/86 לוי נ' שרמן, פ"ד מד(4) 446, 471 את מאמרו של א' בר שלום "שאלת אחריותם בנוזיקין של עורכי דין" (הפרקליט כ"ה, תשכ"ח 479, 498), ושם נאמר:

"אנשים נוטים ואף אוהבים לקבל עצות חינוך מידידיהם עורכי הדין... ומתכוונים לסמוך עליהן, עתה או לעת מצוא. וזו הנקודה המכרעת. אם אכן ברור שעשויה לבוא הסתמכות כזו, או אפשר להעלות על הדעת הסתמכות זו כאפשרות מסתברת, הרי נראה שהצדק מחייב כי האומר - היועץ יכיר בכך שאין הוא מדבר יותר אך ורק כידיד, אלא גם יותר ויותר בסגולתו כאיש המקצוע, ועליו לשאת באחריות אם ירד מסטנדרט המיומנות הנדרש ממנו".

(2) הוא הדין באשר לשאלת הקשר הסיבתי בין טעותו של המשיב באשר לגובה מס השבח, לבין התקשרותה של המערערת בהסכם למכירת הנכס. בית המשפט קמא קיבל, על פי הראיות, את טענת המערערת כי הסתמכה לעניין מס השבח על הערכת הנתבע מיום 18.6.98. אין מקום לפתוח שאלה עובדתית זו.

(3) ואולם, אין גם להתעלם משניים – מכך שבמכתב המשיב מ-18.6.98 כונתה ההערכה כ"גסה" ושהיה עדיין בידי עו"ד נפתלי ורו"ח רובינוביץ לבדוק, ומכך שעו"ד כספי, בא כוח הקונים, התלה סכום של 180,000 דולאר מכספי המכירה עד לאישור מס

שבת, ודבר זה יכול היה להדליק נורית אזהרה. בכך יש מקום לקביעת אשם תורם. בית המשפט קמא, משקבע את אשר קבע באשר לנזק, לא נדרש לכך מטבע הדברים. אכן, טעותו של המשיב היא עיקר. היא ראשית ואחרית, שכן עליו נסמכה המערערת בסופו של יום. ואולם, היו הזדמנויות גם למערערת או לפועלים עמה לבדוק בעצמם כאמור. נראה לי לקבוע את "תרומת" המערערת ל- 25%.

נזק

1. באים אנו איפוא עתה לשאלות שבערעור, שעניינן הנזק.

(1) בית המשפט קמא קבע, כי אף שהמשיב התרשל בהערכתו באשר למס השבת, לא הצביעה המערערת על נזק בר פיצוי. נקבע כי האופציה היחידה שנשקלה על-ידיה בעבר היתה הצטרפות למיזם הבניה המשותף, אך זו נתפסה כבלתי כדאית ולכן נדחתה.

(2) המערערת עתרה לפיצוי בגין עגמת נפש וכן בגין ההפרש בין הערכת המס השגויה לאשר שילמה בפועל. בהיבט דיני החוזים, נבחן הדבר במשקפי סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 הקובע כי "הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה". בית המשפט מצא כי אין מקום לפיצוי כזה, שכן "העובדה שהתובעת נדרשה לשלם את סכום המס לאשורו נובעת מן הדין ואין היא תולדה של מעשה הנתבע". בתחום הנזיקין נקבע, כי החזר הפרש המס לא יהא "השבת המצב לקדמותו" על פי עקרון דיני הנזיקין, אלא העשרת התובעת שלא כדין.

(3) על קביעותיו אלה של בית המשפט קמא עלי לחלוק חלקית. אטעים, כי בשונה מנושא האחריות והקשר הסיבתי, נושא הנזק קשה יותר להערכה ולכימות בנסיבות, שכן המדובר בסיטואציה שיש בה עמימות ומטבע הדברים כרוכה גם באומדנה, כפי שגם יפורט להלן. האם היתה המערערת נכנסת כל עיקר לעיסקה אילו ידעה את סכום המס? בית המשפט קמא קבע כי המערערת לא הוכיחה כי יכלה להפיק תועלת מן הנכס בלא מכירתו, וספציפית בנסיבות - לשאר השותפים כפי שנעשה, מה גם שחפצה לרכוש דירה ובה מעלית לאביה. ואולם, לדעתי בכל מקרה אילו ידעה המערערת כי תחויב בסכום מס שבח עתק כפי שחויבה, יכלה להמתין לימים אחרים ולא למכור את הנכס באותה עת. והרי ביחס לעצם עשייתה של עסקת המכר בזמן

ובתמורה בהם נעשו, כרי כי המערערת הסכימה למכור את זכויותיה תמורת 336,000 דולר, בהניחה כי לאחר ניכוי מס שבח יישאר בידה למעלה ממליון ש"ח, די והותר לרכישת הדירה לאביה בתל אביב. ואולם, ספק בעיני האם העסקה היתה נעשית באותם תנאים אילו ידעה המערערת כי תיוותר בידה רק מתצית הסכום. אכן, איני רואה מקום לשלול את טענת המערערת כי לא היתה מתקשרת בעסקה לרכישת דירה לאביה ב- 270,000 דולר, אילו ידעה כי לאחר ניכוי מס שבח לא תספיק התמורה מעסקת המכר למימון רכישתה. יתכן לדעתי שהיתה מסתפקת באותו שלב בכך שאביה יעבור לדירה שכורה עם מעלית למשך תקופה מסוימת. ההיגיון מורה, כי קשת האופציות שעמדו בפניה צומצמה עקב חוות הדעת.

(4) ועוד, אכן בדצמבר 1997, כשבעה חודשים לפני מכירת הזכויות בנכס, הציעו השותפים למערערת להיכנס לשותפות במיזם בניה. מימון המיזם תוכנן להתבצע באמצעות הלוואה ארוכת טווח, שתפרע מתוך פירות הנכס. ההסכם, חתום על ידי שני השותפים, הועבר לידי המערערת על-ידי המשיב, אך זו בחרה שלא להצטרף אליו בעיקר מתוך ספקות בכדאיותו הכלכלית. יתכן, כי שיקולים אלה היו משתנים אילו היו מוצבים במשוואה הנתונים הנכונים.

(5) לדידי יש איפוא היגיון בטענת המערערת, כי אילו היתה מודעת לסכום המס האמיתי היתה שוקלת מחדש את האפשרויות החלופיות ומחליטה לפי הנסיבות, או אף מוותרת על העיסקה לעת ההיא. ההערכה השגויה שנמסרה למערערת על-ידי המשיב מנעה ממנה את אפשרות הבחירה בחלופה כראות עיניה, וזאת אם לגבי "שב ואל תעשה", ואם לגבי אפשרויות שניתן היה לשקול מחדש. לכאורה נגרם איפוא נזק, ובעניין זה אין מדובר לכאורה בהתערבות בממצאים עובדתיים של בית המשפט המחוזי אלא במבט שונה על המצב שאליו נקלעה המערערת.

(6) לפיכך זכאית המערערת, לדעתי, לפיצוי.

חישוב גובה הנזק ושיעור הפיצוי

ז. (1) זו כנראה השאלה הקשה ביותר; על מה לפצות את המערערת, וכיצד.

(2) המערערת העמידה את תביעתה המקורית על 1,100,000. נטען כי בשל טעותו של המשיב הפסידה המערערת סך 509,324 ש"ח נטו (ההפרש בין ההערכה השגויה לתשלום בפועל, נכון ליום הגשת התביעה), אך מכיון שכל פיצוי שיפסק

לטובתה ימוסה כנטען בשיעור של 50%, הרי – זו הטענה – יש להכפיל את סכום הפיצוי. בנוסף תבעה המערערת 100,000 ש"ח פיצוי בגין עגמת נפש. בסיכומיה מחייסת המערערת הן לאפשרות שתפוצה בהתאם לחישוב האמור (ההפרש) והן לאפשרות חלופית, לפיה תפוצה בסך 114,000 דולר, הסכום שהיתה צריכה לגייס ממקורותיה לצורך השלמת רכישת הדירה.

(3) מהו אכן נזקה של המערערת, הטעון הוכחה אם על פי דיני החוזים ואם על פי דיני הנזיקין? על פי דיני החוזים, כדברי פרופ' ג' שלו (דיני חוזים, מה' 2, 578) "תנאי מוקדם להיווצרות הזכות לפיצויים הוא נזק שנגרם לנפגע כתוצאה מהפרת החוזה". פשיטא שכך הוא כדיני הנזיקין. הנזק החוזי אמור לעמוד במבחן הסיבתיים, אליו כבר נדרשנו, ובמבחן הציפיות בפועל ובכוח (שם, 579-580), אליו נשוב להלן. לגובה הנזק, לדידי אין הוא שקול במקרה דנא כנגד כל שיעור מס השבח שלגביו שגה המשיב; גם אינו בהכרח שקול לסכום שהיה על המערערת לגייס ממקורותיה לצורך השלמתה של רכישת הדירה. הנזק ביסודו צריך בעיני להיערך על פי אומדן, בחינת "שודא דדייני", בשאלה מה הסכום שלגביו כדאית היתה עשיית העיסקה למערערת. להלן אבאר דברי.

(4) העיקרון הרלבנטי לפיצוי כדיני החוזים הוא לפי סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) הנזכר. עקרון הפיצוי המנחה כדיני הנזיקין הוא כנודע השבת המצב לקדמותו (RESTITUTIO IN INTEGRUM; ע"א 355/80 נתן אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה' (2) 800, 808, (מ"מ הנשיא ח' כהן); ביחס למשפט העברי, ראו י" בלס, "החזרת המצב לקדמותו כעקרון על בתשלומי נזיקין", תחומין יג (תשנ"ב – תשנ"ג), 388). הלכה היא כי הפיצויים הנפסקים בגין מצג שווא רשלני אינם פיצויי קיום אלא פיצויי הסתמכות. בעניין זה הביא השופט (כתארו אז) אור, מתוך הסכמה (ע"א 5610/93 זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ראשון לציון, פ"ד נא(1) 68, 82), את דברי ד"ר עדה בר שירה:

"לפי הכללים המסורתיים של דיני הנזיקין, הערכת הפיצויים נעשית באופן שמיועד להחזיר את הניזוק למצב בו היה אלמלא בוצעה כלפיו העוולה. פיצויים אלו מכוונים פיצויי הסתמכות להבדיל מפיצויי קיום. מטרתם לתקן את הנזק שנגרם בפועל ולא להעניק רווחים שהיו מופקים אילו נרכשה הזכות החוזית... לגבי מצג שווא רשלני, נוסחת הפיצויים היא זו הנוהגת כדיני הנזיקין, דהיינו, הנפגע זכאי לפיצויי הסתמכות ולא לפיצויי קיום" (ע' בר שירה, "התרמית", בתוך דיני הנזיקין – העולות השונות, ג' טדסקי, עורך, 39-38).



(ראו גם ע"א 5465/97 קני בתים בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון נתניה, פ"ד נג(3) 433, 440-441, השופטת ביניש). בנסיבות ענייננו קבלת תביעתה של המערערת במלואה לא תשיב את המצב לקדמותו, אלא תעשיר אותה – ללא הצדקה – על השבון המשיב. ברם, הפסיקה הכירה לא רק בפיצויים בעבור הוצאות שהוצאו עקב מצג השווא (פיצויי הסתמכות "קלאסיים"), אלא גם בפיצויי הסתמכות בגין "אבדן הזדמנויות אלטרנטיביות" (רע"א 378/96 שגיא וינבלט נ' משה בורנשטיין בע"מ, פ"ד נד(3) 247, 258, השופטת שטרסברג-כהן). דהיינו, הנפגע זכאי לפיצוי על האפשרות התלופית שהוחמצה עקב הסתמכותו על המצג הרשלני. פיצויים אלה נובעים מעקרון השבת המצב לקדמותו, ולפיכך הם באים בגדר "פיצויי הסתמכות"; אין הם "פיצויי קיום".

(5) זהו המצב גם בארצות הברית במקרה של רשלנות, כבענייננו, שם נקבע "The damages recoverable for negligent misrepresentation do not include the benefit of the plaintiff's contract with the defendant" (The Restatement (Second) Of Torts § 552 (1977)) זאת בניגוד לסיטואציה של תרמית, שם נפסק כי ניתן לפסוק גם פיצויי קיום (The Restatement (Second) Of Torts § 549). בפסק הדין *Trytko v. Hubbel*, 28 F.3d 715 (7<sup>th</sup> Cir. 1994) נקבע, כי במסגרת פיצויי ההסתמכות בתביעה בגין מצג שווא רשלני יש לפסוק גם "opportunity costs" המוגדרים מילוניית "the value of the next-highest-valued alternative use of that resource" (David R. Henderson, *The Concise Encyclopedia of Economics* (2005)). Roger A. Bowles, *Economic Aspects of Legal Procedure*, in THE ECONOMIC APPROACH TO LAW (1981) 192). בפסק הדין, העוסק גם הוא במצג שווא רשלני של עו"ד, נקבע כי: (article)" §552B(2) only directs that a plaintiff is not entitled to recover for expectancy created by the defendant's negligent misrepresentations... but while expectations negligently created are not recoverable, benefits foregone as a result of such expectations are"

ראו גם *Cunha v. Ward Foods Inc.* 804 F.2d 1418 (9<sup>th</sup> Cir.1986). רמת הוודאות בה צריך התובע להוכיח כי אכן היה פונה לאפיק חלופי היא "a good deal of certainty" (*Madigan Inc. v. Gilbert Goodman*, 498 F.2d 233, 240 (1974); 476 f.24 795, 803 (1973). *Zeller v. Boque Electric Manufacturing*, 476 F.2d 795' 803 (1973)).

(6) נמצא אם כן כי במקרה שלפנינו לא ניתן לקבל את תביעת המערערת לפיצויי קיום. המערערת זכאית לפיצוי רק על הנזקים שנגרמו בשל אבדן הזדמנויות חלופיות, ועל הוצאות שנגרמו לה – אם בכלל, בשל הצורך לגייס את יתרת התמורה עבור הדירה (עלויות מימון). על המערערת להראות "שאלמלא מצג השווא... סביר להניח" שבשעת המעשה היתה בוחרת "באחד מאותם אפיקי השקעה אלטרנטיביים שהפיקו תשואה גדולה יותר" (כלשון פסק הדין ברע"א 378/96 הנזכר, בעמוד 248, ההדגשה הוספה – א"ר). דהיינו, עליה להראות שאילו ידעה את גובה מס השבח סביר להניח כי היתה בוחרת בחלופה אחרת, ושחלופה זו היתה בסופו של יום רווחית יותר מאשר המצב אליו נקלעה, שבו נשלל ממנה במידה רבה הרצון החופשי. נטל הראיה המוטל על המערערת קל מהרגיל, מהטעם שטעותו של המשיב, ההתרשלות, היא העומדת ביסוד הקושי להוכיח באיזו חלופה היתה המערערת בוחרת אלמלא זאת. המצג הרשלני עלול ליצור קושי נוסף, כיון שלעיתים משהוצג מצג כזה מפסיק הניזוק לתור אחר חלופות נוספות, וממילא קשה יותר לזהות בראיה לאחור חלופות ריאליות אחרות בהם עשוי היה לבחור. אין ספק שאין להטיל השלכות אלה של מעשי המזיק על כתפי הניזוק. למען ההגינות יש להטעים, כי בנידון דידן בהתרשלות עסקינן ולא במצג של מרמה או זדון חלילה.

(7) אודה כי שקלתי להציע לחברי להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי, על מנת שיידרש פרטנית לחלופות כאמור שיכלה לילך בהן המערערת, אך הגעתי לכלל מסקנה שהדבר יאריך ויסבך נושא המצוי מזה זמן רב מדי על שולחנם של בתי המשפט, ושעדיף להסתייע בנתונים הקיימים ולקבוע פיצויים על דרך האומדן. הטעם הספציפי לכך, והוא ספציפי לענייננו, הוא שבניגוד למקרים העוסקים במניות שבפסיקה האמריקנית, במקרה זה לנסיבותיו קשה לכמת במדויק את "אבדן ההזדמנות", על פי הנתונים. לפיכך יש מקום לנקוט בדרך של אומדן.

(8) פסיקה על פי האומדן, ובארמית "אומדנא" ולעתים, "שודא דדייני" (ראו להלן) שכיחה במשפטנו, בין בדיני הנזיקין, כמעט כמעשה שבכל יום בקביעת ראשי נזק מסוימים, ובין בתחום החוזי. אכן, בפסק הדין ע"א 355/80 אניסימוב נ' מלון טירת בת שבע הנזכר נחלקו דעות השופטים בשאלה אם ניתן לפסוק פיצויים לפי סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) באין נתונים עובדתיים שימשו כסיס לחישוב גובה הפיצויים; השופט ח' כהן סבר שדי בהוכחת קיומו של הנזק, והפיצויים ייפסקו על דרך אומדן (עמ' 804), ואילו השופט ברק (ועמו השופט י' כהן) קבע כי על הנפגע "להוכיח, במידת ודאות סבירה, הן את נזקו הן את שיעור הפיצויים, שיהא בו כדי לפצותו על נזקו" (עמ' 806) ו"כשם שמידת הנזק אינה עניין שנקבע על פי אומדנא

דדינא, כן ענין הפיצוי אינו נקבע על פי אומדנא דדיינא; ועם זאת, באשר למידת הודאות, "... באותם המקרים בהם – לאור טבעו ואופיו של הנזק – ניתן להביא נתונים מדוייקים, על הנפגע-התובע לעשות כן, ומשנכשל בנטל זה לא ייפסק לו פיצוי. לעומת זאת באותם מקרים אשר בהם – לאור טבעו ואופיו של הנזק – קשה להוכיח בדיוקנות ובוודאות את מידת הנזק ושיעור הפיצויים, אין בכך כדי להכשיל את תביעתו של הנפגע, ודי לו שיביא אותם נתונים, אשר ניתן באופן סביר להביאם, תוך מתן שיקול דעת מתאים לבית המשפט לעריכת אומדן להשלמת החסר..." (עמ' 808-809).

ראו גם דברי השופט מלץ בע"א 294/92 דרוק נ' אליאטיאן, פ"ד מז(3) 23, 34:

"בהקשר הנדון אין נפקא מינה אם מדובר בפיצוי על בסיס חוזי או פיצוי על בסיס נזיקי... השימוש בכלי האומדנא נשמר גם בפסיקת פיצויים נזיקיים לנסיבות בהן בלתי אפשרי או לפחות קשה להוכיח את שיעור הנזק בצורה מדוייקת ומלאה".

כן ראו לפסיקה אומדנית ע"א 46/87 שבילי נ' שבילי (לא פורסם), השופט - כתארו אז - אלון; ע"א 2688/95 יצחק פנחס נ' כרם מהנדסים, פ"ד נ(5) 742, 746 (השופט טירקל); ע"א 3400/03 רוחמה רובינשטיין נ' עין טל (לא פורסם) (השופט טירקל) לעניין קניין רוחני; ע"א 658/98 זאבי נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (השופט ג'ובראן).

(9) מציאות החיים היא, שאם בשל קושי אובייקטיבי להעריך במדויק נזק צופה פני עתיד, ולעתים אף בנסיבות עמומות מסוימות במבט לעבר, על בית המשפט להפעיל את ניסיון החיים והשכל הישר, לנסות להעמיד עצמו במקומם של הצדדים, ועל יסוד זה להעריך נזק ופיצוי.

(10) (א) המשפט העברי מכיר אף הוא באומדן כבסיס להערכה ראייתית. אמנם, הבעייתיות שבאומדן אינה פשוטה; ראו ש' אלבק, הראיות בדיני התלמוד 62-71 המביא (עמ' 65) גם את דברי הרמב"ם סנהדרין כ"ד א': "יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להם שהם אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן, אף על פי שאין שם דאיה ברורה..."; זאת – מעיקר הדין, אך בהלכה ב' שם, מוסבר כי "משרבו בתי דינים שאינם הגונים, ואפילו היו הגונים במעשיהם, אינם חכמים כראוי ובעלי בינה, הסכימו רוב בתי דיני ישראל שלא יהפכו שבועה אלא בראיה ברורה...", קרי, כדברי אלבק – "לפי האומדן האובייקטיבי של דיני הראיות"; ומוכן כי אף גם זאת אינה פשוטה.

(ב) סוגיה זו נסקרת בהרחבה במאמרו הממצה של הרב אברהם דוד כ"ץ, "האומדן בדיני הראיות", משפטי ארץ (מכון משפטי ארץ עפרה), כרך ב', 107. המחבר המלומד מבחין בין אומדן המציאות, שעניינו הערכת עובדות, לבין אומדן דעת הנותן, קרי הצורך לאמוד את כוונתו של מבצע הפעולה: "הספק הנוגע לכוונתו של אדם יכול לנבוע מכך שאותו אדם לא הסביר כראוי את עצמו או מכך ששינוי הנסיבות מעורר את השאלה, האם גם בנסיבות אלו היה פועל כפי שהתכוון?" (עמ' 121). דבר אחרון זה קרוב במידה מסוימת לענייננו. וכדעת הרמב"ם (זכיה ומתנה ו', א') שנפסקה בשולחן ערוך (חושן משפט רמ"ו, א'): "לעולם אומדים דעת הנותן, אם היו הדברים מראין סוף דעתו, עושים על פי האומדן אף על פי שלא פירש. כיצד, מי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת, וכתב כל נכסיו לאחר, מתנה גלויה גמורה, ואחר כך בא בנו, אין מתנתו קיימת, שהדברים מוכיחים שאילו ידע שבנו קיים לא היה נותן כל נכסיו...". ראו גם עמ' 130. לענייננו מכל מקום ניתן להשתמש באומדן כדי לשאול מה היתה המערערת בוחרת לעשות אילו ידעה את שווי המס לאשורו.

(ג) הבחנה שלא נידרש אליה היא מדין מרומה, כלומר, מצב שבו הדיינים נוכחים כי יש רמאות מצד המתדיינים. בהקשר זה מוזכר גם הביטוי הנודע "דין אמת לאמיתו" ("כל דיין שדן דין אמת לאמיתו אפילו שעה אחת – מעלה עליו הכתוב כאילו נעשה שותף לקדוש ברוך הוא במעשה בראשית" (בבלי שבת י', א'); ראו כץ שם, עמ' 135).

(ד) אומדן בגוון נוסף הוא מה שקרוי "שודא דדייני" (בבלי, כתובות צ"ד, א'; רש"י מסביר שם "לפי ראות עיני הדיינין יטילו הזכות והחובה", והמלה "שודא" מוסברת כ"לשון השלכה..."), כלומר, כיצד מטילים הדיינים את הדין. המונח מוסבר באותה מסכת (פ"ה ע"ב) אף במקרה שבו היה צורך להכריע בין שני טוענים לירושה בצוואת שכיב מרע, שאין ביניהם עדיפות, והדבר נעשה לפי "שודא דדייני". רש"י מבאר זאת כ"הטלת הדיינים, לפי מה שיראו דיינים שהיה דרכו של מת לקרב את זה יותר מזה או מי שבשניהן טוב ונוהג בדרך ישרה, שיש לומר, בו נתכוון המת לזכות" – כלומר, אומדים את דעתו של המת (ראו כץ שם, עמ' 142-143). לאחר סקירת הדעות השונות בראשונים בנושא זה מסיק המחבר המלומד כי עם כל הבעייתיות יש דעות הרואות אפשרות ולעתים חובה לפסוק על פי אומדן (עמ' 160); ראו דברי ר' יעקב ריישר בשו"ת שבות יעקב קמ"ב; והרב עוזיאל ברשימתו "אומדנת הדיינים", תלפיות ב' 319 שלפיה, בין היתר, "חייב הדיין לדון על פי אומדן דעתו בכל דבר שדעתו נוטה להם שהוא אמת, והדבר חזק בלבו שהוא אמת אף על פי שאין ראייה לדבר... (אך) אין

אומדנא חשובה לדון על פיה אלא אומדנא ברורה המוכרת לדיין מתוך הכרתו והבנתו העצמית... (ראו כץ שם, עמ' 160-161).

(ה) אשר לדילמה שבין שיטת הכללים והגבלת שיקול הדעת השיפוטי ובין מתן חופש העלול להפוך את המשפט לסובייקטיבי מסביר המחבר כץ כי "מדובר באותם מקרים שבהם מתעורר הצורך לחרוג מן ההליך השיפוטי, וגם אז ניכרת ההשתדלות בהלכה לתחום את גבולות הסטייה לאומדנא ברורה ומובנת, שתדרוש מהדיין דרישה וחקירה מעבר לרגיל, ורק אם לבו יהיה שלם בדבר רשאי הוא לפסוק את הדין" (עמ' 162).

(ו) דומה שבאים הדברים, כראש וראשונה, להזהיר שלא לנקוט באומדנא ביד קלה, וזהו כובד האחריות המוטל על השופט. אך נראה כי במקום שבו תחושת הצדק מתישבת בהחלט עם אומדן, ולאחר שנבחן החומר כולו כדבעי, יש מקום לילך בה, אף לפי המשפט העברי.

(ז) ברוח זו ראו גם שוחטמן, סדר הדין, 249-252; ולבסוף דברי גולאק – יסודות המשפט העברי, ד' 97, הסוקר את האומדנות:

"יסוד האומדנא הוא מה שרגיל ומצוי בחיי השוק, ומשום כך האומדנא מתבססת תדיר על הנסיון (הדגשה במקור – א"ר), המורה לנו רגילות הליכות בני אדם בני אדם ודרכי המשא ומתן..."

כך בדוגמה של מי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת בנו וכתב כל נכסיו לאחרים, ואחר כך בא בנו, נקבע להלכה שאין מתנתו מתנה "שאלו היה יודע שבנו קיים לא כתבן" (כדברי ר' שמעון בן מנסיא בבבלי בבא בתרא, קל"ב א' וכן רמב"ם קנין, זכיה ומתנה ו', א' "לעולם אומדין דעת הנותן. אם היו הדברים מראין סוף דעתו, עושים על פי האומדן אע"פ שלא פירש"). חיי המעשה אינם יכולים ליתן תשובה פרטנית מדויקת לכל סיטואציה. האומדן הוא דרך לעשיית צדק בשעה שהדבר אפשרי, מתוך הנחה שהתבוננותו של העוסק בדבר לכל הצדדים לא תניח מקום למשגים קרדינליים.

(11) על יסוד כל האמור, אומדן שבו אציע ללכת בנידון דידן הוא בבחינת הסכום שסביר היה שתסכים המערערת לשלם כמס שבח כדי לבצע את העיסקה, שהוא פחות מן הסכום ששילמה ויותר משניקב בהערכת המערער. אומדן זה יכול את

ההערכה באשר לנכונות המערערת לעשות את העיסקה על פי גג מס שבח פלוני. לא אדרש פרטנית לעגמת הנפש (אני גם ער לדברי בית המשפט המחוזי באשר לחומרים שאליהם לא התייחס בהקשר זה, שהובאו לפניו, כגון במערכת היחסים שבין המערערת לאביה); הסיטואציה כולה טבולה בה, מטבע הדברים, כמו בעצם כמעט בכל מקרה של היגררות להתדיינות משפטית, אך אינה מצריכה פסיקה נפרדת. כן איני רואה מקום להידרש להיבטי מס ההכנסה, שלא הוכחו כדבעי, אם לא על-ידי התיחסות ברורה של שלטונות המס, מכל מקום על-ידי חוות דעת מקצועית. באשר לאומדן גופו, אמנם הלכה היא "שעל התובע להוכיח לא רק את העובדה שנגרם לו נזק או שהוא זכאי להשבה, אלא להוכיח גם במידת ודאות סבירה את גובה הנזק" (ע"א 7905/98 AEROCON C.C נ' הוק תעופה בע"מ, פ"ד נה(4) 387, 395) (השופט בניש), אך נקבע גם האמור מפי השופט ברק בפרשת ע"א 355/80 אניטימוב הנזכרת. כלל הוא כי "מקום שהוכח קיומו של נזק, העובדה שאין אפשרות לחשב שיעורו במדויק אין בה כשלעצמה כדי לשחרר את המעוול מתשלום פיצויים לניזוק" (ע"א 525/74 אטבסטוט וכימיקלים חברה בע"מ נ' פזגז חברה לשווק בע"מ, פ"ד ל(3) 281, 285, השופט מני; ראו גם ע"א 7905/98 AEROCON C.C נ' הוק תעופה בע"מ הנזכר בעמ' 396). הוזהרתי עצמי כי "תורת הפיצויים אינה תורה מדויקת. אין היא דורשת דיוק מתמטי, ואין היא מבוססת על ודאות מוחלטת... עם זאת, אין להתחשב בספקולציות גרידא, שאין להן כל בסיס" (ע"א 5/84 יחזקאל נ' אליהו חברה לבטוח בע"מ, פ"ד מה(3) 374, 381, השופט – כתארו אז – ברק).

(12) כדי לשבר את האוזן באשר לשימוש באומדן במקרה דנא, ניתן להמשיל בהיקש במידה מסוימת, את הדבר לדרך האומדן ההלכתית של ראש הנזק הקרוי "צער" במשפט העברי, שהוא אחד מחמשת ראשי הנזק שבהם מתחייב החובל בחברו, והוא כאב וסבל בלשונונו כיום, ונאמד בשונה מן הנזק, החיסרון הממוני הנאמד על פי "שווי מכירה" של עבד בשוק. "צער? כוואו (גרם לו כויה – א"ר) בשפוד או במסמר, אפילו על צפרנו, מקום שאינו עושה חבורה, אומדין (הדגשה הוספה – א"ר) כמה אדם כיוצא בזה רוצה ליטול להיות מצטער כך" (משנה בבא קמא ח', א'). ובגמרא (בבלי בבא קמא פ"ה א') מבואר, וכך גם נפסק להלכה, כי "אומדין כמה אדם רוצה ליתן לקטוע לו ידו המוכתב למלכות בין סייף לסם", וכביאור רש"י "כמה אדם רוצה ליתן – לשליח המלך מידו המוכתבת למלכות לקטעה בסיף ויקטענה השליח בסם", כלומר מי שנדון לקטיעת ידו בסיף, כמה מוכן הוא לשלם כדי שהקטיעה תהא קלה יותר, על-ידי סם (הרדמה מן הסתם); וראו רמב"ם נזיקין, חובל ומזיק ב', י'; וכן שולחן ערוך חושן משפט ת"כ, ט"ז, שזה לשונו: "צער כיצד, הרי שקטעו אצבעו (המזיק קטעו את אצבעו של הניזק – א"ר) אומדים כמה אדם רוצה ליתן בו לקטע לו אבר זה בסיף או לקטוע אותו בסם, אם גזר

המלך לקטוע אבר (בסיף) ומה שיש בין זה לזה משלם לו. והרמ"א (ר' משה איסרליש) מוסיף בהגהתו "ובמקום דאיכא (במקום שיש – א"ר) צער לחוד משערין אם היה גזור המלך לכוות אותו בשפור על צפרנו וכדומה, כמה היה נותן להינצל מצער זה". ישנה מחלוקת בצער שאין עמו נזק (גמרא שם פ"ד, ב' – פ"ד, א'), אך דבר זה אינו מענייננו. להבחנה בין סוגי צער ראו ש' אלבק, פשר דיני הנזיקין בתלמוד, 80. האומדן הוא איפוא בסיס להערכת נזק שאין דרך להעריכו בבירור גמור (ראו גולאק, יסודי המשפט העברי ב' 215: "הערכת שווי הצער בדמים קשה מאוד..."); אומדן מצוי גם בענייני נזיקין אחרים, והריהו סוגיה שבמחלוקת בהקשרים שונים של נזיקין; באשר לשימוש באומדן ובאשר לתוצאותיו ראו בבא קמא צ"א, א'.

(13) בשקלול כל האמור יצאתי מתוך ההנחה, מחד גיסא, כי המערערת היתה נכונה להיכנס להוצאת מס גדולה משמעותית יותר מאשר הסכום שהודיע עליו המשיב, אילו הוצגה זו בפניה, אך מאידך גיסא, לא להוצאה גדולה כפי שהיתה, נתח עצום מן ההכנסה מהמכירה. מבקש אני להציע לחברי, לקבוע כי הסכום שישולם למערערת יהא מחצית ההפרש בין סכום המס השגוי, כפי שהוערך על-ידי המשיב – 94,478 ₪ – לבין הסכום ששילמה המערערת בפועל למס שבח – 576,264 ₪, קרי, 240,896 ₪, כשהוא צמוד ונושא ריבית מיום התשלום בפועל של הסכום המלא למס שבח, אך בניכוי 25% כאמור בפסקה ה(2) לעיל.

ה. משעיינתי בדברי חברתי, השופטת נאור, אבקש לחדד נקודות אחדות. אין חולק כי האפשרות להיכנס למיזם בניה משותף נשללה מספר חודשים לפני קבלת חוות הדעת השגויה, ומקובלת עלי גם קביעת בית המשפט המחוזי לפיה ההחלטה לבצע עסקת מכר נפלה גם היא קודם קבלת חוות הדעת (עמ' 12 לפסק הדין; עמ' 34 לפרוטוקול). מבחינה זו מקובלים עלי הממצאים העובדתיים שנקבעו בפסק הדין. המחלוקת שנפלה בין חברתי לביני, ודומה כי היא יורדת לשורשו של ראש הנזק של אבדן הזדמנויות חלופיות, עניינה השאלה האם אנו מוכנים לקבל את ההנחה כי אילו היתה המערערת מקבלת חוות דעת נכונה, היתה חוזרת ושוקלת גם אפשרויות שהוכח שבעבר נתפסו כלא כדאיות מכל טעם שהוא. סוגיה זו סוגיה משפטית היא. אין בידי להסכים לטענה הראייתית לפיה די בעובדה שאפשרות קונקרטית נשללה בעבר על מנת להוכיח שהיא לא באה בגדרי "הזדמנות חלופית". לדידי השאלה הרלבנטית בנסיבות אינה אם אפשרות זו או אחרת נפסלה בעבר, אלא האם היתה המערערת נוקטת בה אילו ידעה בזמן קבלת ההחלטה את שיעור המס הנכון – האם ברגע האמת היא אכן היוותה "הזדמנות חלופית". העובדה שאפשרות נשללה בעבר, לא תמיד מעידה שהיא אינה רלבנטית עוד. סבורני כי קביעה אחרת עלולה לרוקן מתוכן את הפיצוי בראש נזק זה,

שכן אדם רציונאלי נוטה לבחור באפשרות מסוימת רק לאחר שלילת חלופותיה. פסיקת פיצוי בראש נזק זה מחייבת אפוא התחשבות באפשרויות שכבר נפסלו באופן ברור ומודע. כפי שציינתי (פסקה ז(7), עמ' 10) שקלתי להשיב את התיק לבית המשפט המחוזי, שיבחן אלו הזדמנויות חלופיות עמדו, אם בכלל, בפני המערערת, אך כמו חברתי סברתי כי בנסיבות יעיל יותר יהיה ללכת בדרך האומדן.

ט. אם דעתי תישמע, יתקבל הערעור איפוא חלקית בהתאם לאמור. אציע, כי המשיב ישא בהוצאותיה של המערערת בערכאה זו ובשכר טרחת עורך דינה בסך 20,000 ש"ח.

שׁוֹפֵט

השופט מ' נאור:

1. בית המשפט המחוזי קבע, כקביעה, שבעוכדה, כי המערערת הסתמכה לעניין מס השבח הצפוי על הערכתו השגויה של המשיב, לפיה יחול על עסקת מכירת זכויותיה בנכס לשאר השותפים מס שבח שאינו עולה על 100,000 ש"ח. חברי השופט רובינשטיין מציע שלא נתערב בקביעה זו ודעתי כדעתו. דעתי כדעתו גם לעניין התרשלותו של המשיב.

2. לעניין הנזק שונה דעתי מדעת חברי. בית המשפט המחוזי קבע כי האפשרות היחידה שהיתה ישימה מבחינת המערערת היתה האפשרות של מכירת זכויותיה בנכס לשאר השותפים (להלן: עסקת המכר). אפשרות חלופית - להשתתף במיזם משותף - נדחתה על ידי המערערת ואביה, הן בשל העדר אמצעים והן בשל חוות דעת שלילית באשר לרווחיותו של מיזם כזה, שנתן בעלה של המערערת, שהוא רואה חשבון. למעשה, ההחלטה להתקשר בעסקת המכר נפלה עוד קודם שהמשיב נתן את ההערכה השגויה וללא קשר אליה. שכן היה גם צורך בהחלפת דירת המגורים של האב, שעבר אירוע מוחי והתגורר עם חברתו לחיים בדירה בקומה שלישית ללא מעלית. בית המשפט המחוזי קבע לבסוף, כי ההערכה השגויה של המשיב לא גרמה למערערת נזק ממוני: את המס בגין המכירה חייבת היתה המערערת לשלם מכוח החוק, ולא בשל ההערכה השגויה. עוד נקבע, כי אין לפצות את המערערת בגין נזק לא ממוני.

3. ואולם חברי קובע כי חוות הדעת השגויה מנעה מהמערערת את האפשרות לבחור בחלופה אחרת, והיא שלא למכור את הזכויות בנכס כלל. כלשונו:



"לדידי יש איפוא היגיון בטענת המערערת, כי אילו היתה מודעת לסכום המס האמיתי היתה שוקלת מחדש את האפשרויות החלופיות ומחליטה לפי הנסיבות, או אף מוותרת על העיסקה לעת ההיא. ההערכה השגויה שנמסרה למערערת על-ידי המשיב מנעה ממנה את אפשרות הבחירה בחלופה כראות עיניה, וזאת אם לגבי 'שב ואל תעשה', ואם לגבי אפשרויות שניתן היה לשקול מחדש. לכאורה נגרם איפוא נזק, ובעניין זה אין מדובר לכאורה בהתערבות בממצאים עובדתיים של בית המשפט המחוזי אלא במבט שונה על המצב שאליו נקלעה המערערת." (ההדגשות הוספו – מ"נ).

על כן קבע חברי כי המערערת זכאית לפיצוי בגין הנזק שנגרם, וזאת, כפי שהסביר, בדרך האומדן.

4. לדעתי חברי מתערב, ולא רק "לכאורה", בממצאים עובדתיים שקבע בית המשפט המחוזי. לאחר שעיינתי בחומר הראיות סבורה אני שלהתערבות זו אין הצדקה. כמו כן, חולקת אני על מסקנתו של חברי בעניין קביעת הפיצוי במקרה זה בדרך האומדן. עם זאת סבורה אני, שלא כדעתו של בית המשפט המחוזי, כי יש לפסוק לטובת המערערת פיצוי מסויים בגין נזק לא ממוני.

5. אבאר תחילה את עמדתי כי אין מקום לקבוע, בניגוד לדעת בית המשפט המחוזי, שההערכה השגויה מנעה מהמערערת את האפשרות לבחור בחלופה אחרת כראות עיניה. המערערת אכן ציינה בתצהירה כי "מיותר לציין, כי אני לא הייתי מבצעת מכר של המקרקעין אילו הייתי יודעת כי שיעור המס עולה מעל 100,000 ש"ח, ובוודאי לא כאשר שיעור המס מסתכם בפועל פי 5 מחוות דעת שנתן הנתבע [המשיב – מ"נ] לפני המכר". ואולם, מחקירת המערערת עלה ברורות כי היא לא רצתה להיכנס לשותפות משיקולים שונים (עמ' 34 לפרוטוקול), בין השאר, בשל כך שלא רצתה לקחת הלוואה. רק כשעניין השותפות ירד מעל הפרק הוחלט על עסקת המכר. בית המשפט המחוזי מזכיר בפסק דינו את עדויות המעורבים בפרשה כאשר לאי הכדאיות של המיזם המשותף (פסקה 9 לפסק הדין המחוזי). לפיכך גם ענין המיזם המשותף - ירד מעל הפרק.

6. כשהתבקשה המערערת בחקירתה להבאיר מה הנזק שנגרם לה מעסקת המכר השיבה, שרצתה להביא לאביה במיוחד מחו"ל מרפא סיני, והנתבע "מנע ממנה" לרפא את אביה (עמ' 36 לפרוטוקול). מקטע זה עולה שהמערערת היתה זקוקה לכסף כדי לטפל באביה. ועוד: על פי העדויות לא ניתן היה להמשיך ולהשביח נכסים לא חוקיים

שהיו במקרקעין, כיוון שעוד בטרם נחתם הסכם המכר נהרסו רוב המבנים הלא חוקיים ולא ניתן היה להוסיף ולהשכירם (עמ' 45 ו-48 לפרוטוקול). לפיכך, גם חלופה זו ירדה מעל הפרק. אמנם, יתכן וניתן היה לנקוט בדרך של שב ואל תעשה, דהיינו להימנע מביצוע עסקת המכר. ואולם, הימנעות מביצוע עסקת המכר באותה עת לא היתה פותרת את בעיית המס: הצורך לשלם מס שבח (בערכו הנכון) היה שב ומתעורר כל אימת שהמערערת היתה מחליטה למכור את הנכס (הקרקע), וכל עוד היה הנכס (הקרקע) ברשותה (וראו עדות המערערת בעמ' 39 לפרוטוקול, מול השורות 2-6). מכאן, שאין מקום להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי, כי ההערכה השגויה למעשה לא גרמה למערערת נזק ממוני.

7. ואולם אף אם אניח כי נגרם כאן נזק (לשיטתו של חברי), הרי שאין מקום לקבוע פיצוי בגינו בדרך האומדן. אבאר עמדתי זו. על דרך העקרון מקובל עלי כי במקרים של מצג שווא רשלני, תיתכן פסיקת פיצוי בגין ראש נזק מסוג "אבדן הזדמנויות חלופיות". לענין זה דעתי כדעת חברי, כי נפגע ממצג שווא רשלני זכאי לפיצוי הנזיקי ששייב את מצבו לקדמותו (רע"א 378/96 וינבלט נ' משה בורנשטיין בע"מ, פ"ד נד (3) 247, 261ג). פיצוי זה הוא פיצוי הסתמכות, כפי שציין השופט אור בהערת אגב בפסק הדין בעניין זלסקי, הנזכר על-ידי חברי:

"מכיר הדין בכך שאינטרס ההסתמכות כולל את זכותו של נפגע לפיצוי על הפסדים שנגרמו לו עקב כך שנמנע מהתקשר בעיסקה חלופית בשל מצג השווא הרשלני. אכן, הפסד כזה עקב אבדן הזדמנות עלול לנבוע מהסתמכותו הסבירה של הניזוק על המצג ושינוי מצבו של הניזוק לרעה עקב הסתמכות זו. על עצם זכותו של הנפגע לפיצוי בראש נזק זה אין הדעות חלוקות... עם זאת מתעוררות שאלות לא קלות לעניין יישומה של זכות זו, ובמיוחד בשאלת טיב ההוכחה הנדרש לצורך ביסוס קיומו של אבדן הזדמנות במקרה הקונקרטי" (ע"א 5610/93 זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, פ"ד נא (1) 68, 84-85; והשוו ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (כרך א', חשנ"א) 625, 630-631).

8. אך אפילו אצמד עם חברי כברת דרך ואניח כי במקרה זה נגרם נזק מסוג אבדן הזדמנויות חלופיות, עדיין אין לדעתי מקום לפסוק פיצוי בגין ראש נזק זה בהעדר ראיות שניתן וצריך היה להביאן, באופן סביר להוכחת שיעור הפיצוי הנטען. חברי קובע כי על הטוען לראש נזק מסוג אבדן הזדמנויות חלופיות, ובענייננו המערערת, להראות "שאלו ידעה את גובה מס השבח סביר להניח כי היתה בוחרת בחלופה אחרת, ושחלופה זו היתה בסופו של יום רווחית יותר". לאמת מידה זו מסכימה אני (ראו והשוו, גם כן בהקשר לתביעת רשלנות של עו"ד, דבריי בע"א 989/03 חטר-ישי - משרד

עורכי דין נ' חינוזון (טרם פורסם), פסקאות 28-30). ואולם חברי מוסיף, כי נטל הראיה המוטל על המערער "קל מהרגיל", וכי כיוון שבנסיבות העניין "קשה לכמת במדויק את אבדן ההזדמנות" – יש לנקוט בדרך של אומדן. בעניין זה דעתי שונה.

9. במסגרת הוכחת יסוד הנזק בעוולת הרשלנות, הכלל הוא כי על התובע להוכיח, בשלב הראשון, את היקפו ומידתו של הנזק שנגרם לו (תיחום הנזק), ובשלב השני, את שיעור הפיצויים לו הוא זכאי בגין הנזק שנגרם לו (כימות הנזק):

"עוולת הרשלנות כוללת, כאחד מיסודות האחריות, קיומו של נזק. יסוד זה מעורר שתי שאלות עקרוניות: האחת, קביעת היקפו ומידתו של הנזק שבגין התרחשותו אחראי המזיק. זוהי שאלה של תיחום הנזק, אשר במסגרתה מאתרים את הנזקים שנגרמו על-ידי ההתרשלות תוך ייחוד אותם נזקים שבגינם מוטלת אחריות ברשלנות. השניה, קביעת שיעור הפיצויים שהניזוק זכאי לו בגין הנזק שנגרם לו. זוהי שאלה של כימות ושומה, אשר במסגרתה יש לתרגם את הנזק לסכומי כסף שיש בהם כדי לפצות את הניזוק" (ע"א 610/94 עניין בוכבינדר, בע' 312).

כלל זה חל גם בתביעת פיצויים בגין הפרת חוזה –

"נפגע, התובע פיצויים לפי סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) (להלן: חוק התרופות), חייב להוכיח, במידת ודאות סבירה, הן את נזקו והן את שיעור הפיצויים, שיהיה בו כדי לפצותו על נזקו... בהגשמת הזכות לפיצויים, על-פי סעיף 10 לחוק התרופות, נוהגים להבחין בין שני שלבים. השלב הראשון עניינו קביעת היקפו ומידתו של הנזק, שבגין התרחשותו אחראי המפר. זוהי שאלה של תיחום הנזק, אשר במסגרתה מאתרים את הנזקים, שנגרמו על-ידי ההפרה (בחינת הסיבתיות), תוך ייחוד אותם נזקים שהם צפויים, ושכגינם מוטלת אחריות (מבחן הצפיות). משאותר הנזק, אשר בגין התרחשותו אחראי המפר, בא מקומו של השלב השני, אשר עניינו קביעת שיעור הפיצויים, לו זכאי הנתבע בגין הנזק שנגרם לו. זוהי שאלה של שומה וכימות (QUANTIFICATION), אשר במסגרתה יש לתרגם את הנזק לסכומי כסף, שיש בהם כדי לפצות את הנפגע" (דעת הרוב בע"א 355/80 נתן אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה (2) 800, 806-807).

אכן, "בתביעות לתשלום סכום כסף הכלל הוא שעל התובע להוכיח לא רק את העובדה שנגרם לו נזק או שהוא זכאי להשבה, אלא להוכיח גם במידת ודאות סבירה

את גובה הנזק" (ע"א 7905/98 Aerocon C.C. נ' הוק תעופה בע"מ, פ"ד נה (4) 387, 1397).

10. מן הכלל אל הפרט: אף אם אניח, בעקבות דברי חברי, כי המערערת עברה את המכשול של תיחום הנזק, דהיינו הוכחת עצם קיומה של חלופה אחרת (כגון – שב ואל תעשה), אין בתיק הערכאה הראשונה שמץ ראייה בדבר שיעור הפיצויים, דהיינו הוכחת שוויין של החלופות שאבדו. במילים אחרות, אפילו נניח לטובת המערערת כי איבדה את האפשרות לבחור בחלופה אחרת (שאינה עסקת המכר), היה עליה להניח תשתית, שתאפשר להעריך את הפיצוי במידת ודאות סבירה, קרי בכמה גבוה, אם בכלל, שווי החלופה האחרת, שאבדה, מן החלופה של עסקת המכר. אכן, לא נדרש "דיוק מתמטי" בהוכחת הפיצויים, אך "נתונים סבירים" – יש להביא. במקרה זה לא הובאו נתונים שניתן היה באופן סביר להביאם. המערערת השליכה יהבה בהבאת הראיות אך ורק על הדרישה שהמשיב יפצה אותה על ההפרש בין השומה הנכונה לבין השומה השגויה שערך.

11. האומדן שעורך חברי מבוסס על הערכת "הסכום שסביר היה שתסכים המערערת לשלם כמס שבח כדי לבצע את העיסקה". כמבואר לעיל, המערערת כלל לא עברה את משוכת ההוכחה הראייתית בכדי להגיע לשלב האומדן השיפוטי. כאמור, "הוכחת הנזק היא תנאי הכרחי אך לא מספיק לקביעת הפיצוי. כשם שעל הנפגע להוכיח את הנזק שנגרם לו, כן מוטלת עליו החובה להוכיח את הנתונים העובדתיים, מהם ניתן להסיק את הפיצוי, דהיינו, את הערך הכספי של החזרת המצב לקדמותו" (עניין אניסימוב, בע' 1808). משלא הוכחה המערערת את הנתונים הללו, אין מקום לפסיקת פיצוי על דרך של אומדנא דדינא. אכן, מדובר "באותם המקרים, בהם – לאור טבעו ואופיו של הנזק – ניתן להביא נתונים מדויקים, [אשר בהם] על הנפגע-התובע לעשות כן, ומשנכשל בנטל זה, לא ייפסק לו פיצוי" (עניין אניסימוב, בע' 1809). על כן משלא עמדה המערערת בנטל ההוכחה הנדרש, הרי שלדעתי אין מקום למתן פיצוי בגין אבדן הזדמנויות חלופיות. אעיר, כי ממילא באומדן של חברי – המבוסס על הערכה כמה מס היתה המערערת מוכנה לשלם – אין, לדעתי, קנה מידה מתאים להערכת הפיצוי בגין הנזק שלדעת חברי נגרם בפועל.

12. כך הוא במישור הנזיקי (מצג שווא רשלני), וכך הוא גם אם נשקיף על יחסי הצדדים באספקלריה חוזית. עקב דמיון בין המישור הנזיקי למישור החוזי בענייננו – הן במרכיב סטנדרט ההתנהגות הנדרש מהמשיב (ראו עניין דורנבאום, בע' 425 T) והן במרכיב תחולת עקרון הפיצוי של השבת המצב לקדמותו (ראו עניין אניסימוב, בע' 1397).

T808; וכן ע"א 195/85 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' סוראקי, פ"ד מב (4) 811, 1834 -  
 הרי שבגסיבות העניין תוצאת שני המישורים אחת היא:

"הפיצוי האמור על אבדן הזדמנות קרוב להעניק לנפגע, למעשה, את טובת ההנאה שאותה ציפה לקבל על יסוד המצג הכוזב אשר הוצג בפניו. מבחינת היקפו ומהותו, דומה פיצוי זה לעתים קרובות לפיצוי חזי. במקרים כאלה, מיטשטשת ההבחנה בין אמת-המידה הנזיקית לבין אמת-המידה החזית... דברים אלה מתארים נכוחה את המשמעות של ההכרה בפיצוי בגין אבדן הזדמנות גם כשמדובר בעוולה הנזיקית של מצג שווא רשלני. הם מבהירים, כי לעתים אין להבחנה בין האינטרסים השונים נפקות מעשית רבה, ב'שורה האחרונה' של היקף הפיצוי". (עניין זלסקי, בע' 85; עוד על קווי הדמיון העקרוניים המצדיקים הסדרים קרובים בנושא התרופתי, בין ההקשר הנזיקי להקשר החוזי, ראו מ' דויטש פרשנות הקודם האזרחי (כרך א', תשס"ה), בע' 291, 320-322, 324-327).

13. לסיכום: חולקת אני על מסקנתו של חברי בעניין הוכחת קיומו של נזק ממוני. עם זאת סבורה אני, שלא כדעתו של בית המשפט המחוזי, כי יש לפסוק לטובת המערער פיצוי מסויים בגין נזק לא ממוני.

14. חברי השופט רובינשטיין קבע - בדרך האומדן - סכום פיצוי כולל בגין נזק, ולא פסק פיצוי נפרד בעבור נזק לא ממוני. דעתי היא שיש מקום לפצות את המערערת בנפרד, פיצוי מסויים, בגין נזק לא ממוני בלבד. המשיב גרם למערערת בהערכתו השגויה צער רב, ולו בשל כך שחיה באשליות לגבי סכום הכסף שיהיה בידיה לאחר תשלום המסים. אמת הדבר, "קביעת הפיצוי בגין נזק לא ממוני קשה היא. הן בשל הקושי האינטלקטואלי שביסוד ראש נזק זה, הן בשל הקושי להעריך בערכים כספיים את שיעורו של נזק מסוג זה... בה בעת, העיקרון של החזרת המצב לקדמותו, חולש גם על ראש נזק זה ומחייב, על כן, פיצוי הולם בגינו" (ע"א 1081/00 אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מ"י (טרם פורסם), פסקה 22 לפסק הדין). כשאני מביאה בחשבון את שיעור האשם התורם (או אי-הקטנת הנזק) שקבע חברי, הייתי מציעה לקבוע פיצוי בגין הנזק הלא ממוני בלבד בסך של 50,000 ש"ח, שישאו הפרשי הצמדה וריבית כחוק החל מיום מתן פסק דיננו זה עד ליום התשלום בפועל. סכום זה מבטא את הפגיעה במערערת כתוצאה מהתרשלותו של המשיב בעניינה. בהתאם, הייתי מציעה לדחות את שאר חלקי הערעור, בלא צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

1. אני מצטרפת לדעתה של חברתי השופטת נאור, וסבורה כמוה כי לא הוכח שהערכתו המוטעית של המשיב בעניין מס השבח היא זו שגרמה למערערת בנסיבות העניין לבחור דווקא בחלופה של מכירת הנכס, ולא בחלופות אחרות. אכן במקרה זה יכולה היתה המערערת באופן סביר להביא ראיות כלשהן להוכחת שיעור הפיצוי הנטען, ומשלא עשתה זאת אני מתקשה להצטרף לפסיקת פיצויים על דרך האומדן. כשלעצמי, מצאתי כי טענתה של המערערת, לפיה לולא טעותו של המשיב לא היתה מתקשרת בהסכם לקניית הדירה לאביה בסכום של 270 אלף דולר, עשויה להיות משכנעת יותר, אלא שממילא המערערת לא הוכיחה מהם הנזקים שנגרמו לה, אם נגרמו לה, מקנייה זו.

עם כל הצער וההכנה למצוקתה של המערערת, אין לי אלא להצטרף לתוצאה של דחיית הערעור, תוך פסיקת פיצויים בגין הנזק הלא ממוני שנגרם למערערת, כפי שנקבע בפסק דינה של השופטת נאור.

שופטת ע' ארבל

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינה של השופטת מ' נאור.

ניתן היום, ח' בשבט תשס"ו (6.2.2006).

שופטת

שופטת ע' ארבל

שופטת

