**כריתת חוזה**

**-גמירת דעת-**

אינדיקציות: חתימה, עו"ד, כתב, התנהגות, תחילת קיום החוזה ועוד.

מבחן אובייקטיבי- פס"ד זנדבק

מבחן אובייקטיבי מרוכך- פס"ד פרץ בוני הנגב, בראשי נ בראשי (חוזה מתנה- דרישה גבוהה יותר לגמ"ד).

אי הבנה- ביהמ"ש יסתכל על המקרה מנק' מבט אובייקטיבית חיצונית ויבחן מה אדם סביר היה מבין מהתקשרות של הצדדים. Pearless

אפסות- לכאורה יש גמ"ד מבחינה אובייקטיבית, אך סובייקטיבית נשללה זכות הבחירה של אחד הצדדים לחוזה. 3 מבחנים: פער בין מה שחשב שחתם לבין מה שחתם עליו בפועל, היעדר רשלנות של החותם, שלילה מוחלטת של זכות הבחירה (פס"ד הדר חברה לביטוח נ פלונית). בבנק נ לופו הטענה נדחתה מאחר והתרשלה ולא קראה את החוזה.

גמ"ד יכולה להיות במעשה- שג"מ חניונים. התנהגות ותחילת ביצוע החוזה מעידים על גמ"ד.

**-מסוימות-**

-בעבר הייתה דרישה לרשימת פרטים ספציפיים שעל החוזה לכלול כדי שתהיה מסוימות- השופט עציוני בפס"ד קפולסקי- שמות הצדדים, מהות הנכס, מהות העסקה, מחיר, הוצאות ומיסים, מועדי תשלומים. כיום הלכה זו התרככה ונדרש קיום של גרעין מסוימות שמכיל פרטים מספיקים כדי להעיד על רצון הצדדים להתקשר בעסקה- פס"ד רבינאי, דורנר בבית הפסנתר. פרט חסר שאינו מהותי לצדדים ולכן לא פוגע במסוימות ניתן להשלים. פרט שהצדדים סיכמו שידונו בו בהמשך נחשב לפרט מהותי שלא ניתן להשלימו ומהווה פגם במסוימות- פס"ד זוננשטיין. כיום הגישה היא כי פרטים שאינם מהותיים לצדדים ניתן להשלים- פס"ד דור אנרגיה.

**-גמ"ד ומסוימות-**

שתי דרישות נפרדות שמעידות אחת על השניה ויכולות לפצות אחת על השניה. גמ"ד ברורה יכולה לפצות על היעדר מסוימות, ומסוימות מלאה יכולה להעיד על גמ"ד של הצדדים, חוסר משמעותי של אחד מהם יכול להעיד על חוסר גם בדרישה השניה- פס"ד עדני נ דוד.

דרכים להשלמת פרט חסר במסוימות- נוהג בין הצדדים במידה שיש, נוהג מקובל בעסקאות מאותו הסוג, חוק, ביצוע אופטימלי, הגיון כלכלי, מנגנוני השלמה מוסכמים (למשל שמאי).

**דרישת הכתב-**

רלוונטי לעסקאות במקרקעין- ס' 8 לחוק המקרקעין. דרישה ראייתית או מהותית? אם ראייתית- ישנם דברים רבים שיכולים להספיק לה, כל דבר כתוב, וניתן להסתפק בחתימה. בארץ הדרישה היא מהותית ולכן לא ניתן להסתפק באינדיקציות אחרות היכולות לפצות על היעדרה- פס"ד גרוסמן נ בידרמן. לאורך השנים חל ריכוך בדרישת הכתב, ומספיק כל מסמך כתוב המעיד על כוונת הצדדים להתקשר בחוזה כדי לקיים את דרישת הכתב- פס"ד בוטקובסקי.

חוזה מקרקעין שיש בו פגם במסוימות לא יעמוד גם בדרישת הכתב, ועל כן רק אם ניתן להשלים את הפרט החסר כי אינו מהותי החוזה יעמוד גם בדרישת הכתב.

**כריתת חוזה- הצעה וקיבול**

רלוונטי בעיקר בחוזים של התקשרות מרחוק- פער זמנים או פער גיאוגרפי. במו"מ שמתקיים כאשר שני הצדדים נוכחים זה נעשה כבדרך אגב כחלק מהמו"מ.

הצעה- עד מתי תקפה ההצעה?

-המציע חזר בו מההצעה- צריך להודיע על ביטול ההצעה לפני שהניצע הודיע על קיבול ההצעה. במקרה של הצעה בלתי הדירה (שהמציע הגדיר ככזו- פסד נווה עם נ יעקובסון) במקרה של ביטול על הודעת הביטול להגיע לניצע לפני שמגיעה אליו ההצעה (פס"ד תשובה נ בר נתן).

-דחה הניצע את ההצעה.

-עבר מועד הקיבול של ההצעה.

-חלוף זמן סביר מההצעה

-מת אחד הצדדים או הפך לפסול דין.

קיבול- יכול להתבצע בהודעה או התנהגות (שג"מ חניונים). קיבול לא יכול להיעשות בשתיקה אלא אם כן זהו נוהג קבוע של הצדדים. במקרה של הצעה מזכה כל זמן שהניצע לא ידחה אותה באופן אקטיבי זה יחשב כאילו קיבל אותה. הצעה שהתקבלה לאחר תאריך פקיעתה נחשבת להצעה חדשה. הצעה שהתקבלה בשינוי נחשבת גם היא להצעה חדשה. ניצע יכול לחזור בו מן הקיבול רק אם הודעת ביטול הקיבול תגיע למציע לפני הודעת הקיבול.

קיבול הצעה לציבור יכול להיעשות באקראי. במידה ורוצים שיהיו תנאים מסוימים לקיבול יש לציין זאת בהצעה- פס"ד קוזלי.

**תו"ל בכריתת חוזה**

סטנדרט התנהגות הנבחן באופן אובייקטיבי ע"פ המקובל בחברה. חובה קוגנטית. אדם לאדם, אדם. יסודות- הפרת החובה, קש"ס, סעד.

תוכן חובת תו"ל במו"מ- מצג שווא ועידוד הסתמכות- אשם בהתקשרות- מניעה מהצד השני לעשות מה שעליו לעשות כדי לכרות חוזה (פס"ד זפניק), פרישה ממו"מ שלא בתו"ל (קל בנין), מו"מ ללא כוונת התקשרות מסיבה כלשהי, התנערות מהסכמות שהושגו במהלך המו"מ (קל בנין), התעקשות על פרט טכני חסר כדי לטעון כי לא נכרת חוזה (קלמר). אמירת שקרים ואי גילוי- דומה להטעיה אך הסעדים שונים- פס"ד קסטרו. אפליה במו"מ- הוגנות במכרז (בית יולס, קל בנין), חובת שוויון- במשפט הפרטי לא קיימת באופן גורף, במידה ומדובר בגוף ציבורי או דו מהותי החובה קיימת.

סעדים- הפיצויים הקלאסיים הם שליליים מתוקף ס' 12ב. במידה ויש קש"ס בין המו"מ לבין הנזק שנגרם לצד השני הוא זכאי לפיצויים שיעמידו אותו במקום בו היה לפני המו"מ.

מבחנים למתן פיצויים חיוביים בעקבות חוסר תו"ל במו"מ:

-מבחן קל בניין- פיצויים חיוביים- יש להראות שלושה דברים- חוסר תו"ל, הצדדים היו קרובים מאוד לכריתת חוזה, יש קש"ס בין חוסר תו"ל לכך שלא נכרת חוזה.

-מבחן קלמר- פיצויים חיוביים- שתי הלכות שונות בגינן ניתן לפסוק פיצויים חיוביים גם בהיעדר דרישת כתב- ברק- זעקת ההגינות- לא הגיוני שצד שפעל בתו"ל ישאר בלי כלום ועל כן יש לפצותו. זמיר- ניתן להשלים את דרישת הכתב ע"י ביצוע החוזה, ביצוע חזק מדרישת הכתב ועל כן יפצה על היעדרה וניתן יהיה לפסוק פיצויים במקרה רלוונטי.

-מקרה ביניים- פיצוי בגין אובדן הזדמנויות- משלב פיצויים חיוביים ושליליים. ניתן לטעון כי במידה והצד שפעל בתו"ל לא היה מסתמך על המו"מ עם הצד שפעל בחוסר תו"ל הוא היה כורת עסקה עם אדם אחר ולכן היה עומד במקום אחר מהמקום בו עמד לפני המו"מ, ולכן מגיעים לו פיצויים בגין אובדן ההזדמנויות בעקבות ההתקשרות עם הצד חסר תו"ל.

**פגמים בכריתה**

**טעות- ס' 14**

במידה ויש טעות- פער בין הבנת אחד הצדדים את המציאות לבין המציאות- יש לצד הטועה עילה לביטול החוזה. יש צורך להוכיח קש"ס בין הטעות לבין כריתת החוזה.

הטוען לטעות מכוח ס' 14א צריך להוכיח: הייתה טעות, קש"ס בין הטעות לכריתת החוזה- סובייקטיבי, קש"ס אובייקטיבי- יסודיות הטעות, ידיעת הצד השני על הטעות או שהיה צריך לדעת עליה.

14ב- טעות משותפת- במקרה זה ההחלטה לבטל את החוזה תהיה תלויה בשיקול דעת ביהמ"ש. במידה ויוחלט לבטל יהיה על הצד הטועה שרוצה לבטל לפצות את הצד השני.

14ג- במידה וניתן לתקן את הטעות והצד שידע עליה הודיע שמוכן לתקנה לפני שהצד הטועה הודיע על הביטול, הטעות תתוקן ולא תהיה עילת ביטול.

14ד- טעות בכדאיות- טעות בכדאיות העסקה לא תהווה עילה לביטול החוזה. 3 מבחנים בספרות האם מדובר בטעות בכדאיות- עבר מול עתיד- טדסקי- האם מדובר בנסיבות שהיו קיימות לפני כריתת החוזה או במהלך הכריתה או שהנסיבות השתנו לאחר הכריתה. במידה והיו קיימות- לא טעות בכדאיות, במידה והשתנו לאחר הכריתה- זו טעות בכדאיות ואין עילת ביטול. תכונות מול שווי- שלו- שינוי בשווי הנכס הוא טעות בכדאיות, שינוי בתכונות הנכס לא יחשב לטעות בכדאיות ויהווה עילה לביטול החוזה. מבחן הסיכון- פרידמן- מימוש סיכון שלקח על עצמו אחד הצדדים יחשב לטעות בכדאיות. שינוי שלא היה על אחד הצדדים לקחת בחשבון יחשב לטעות שאינה טעות בכדאיות ויהיה עילה לביטול החוזה. בדר"כ ישתמשו בפועל במבחן של פרידמן כדי לפסוק האם מדובר בטעות בכדאיות או לא. (פס"ד שלזינגר, בן לולו, טלמון, ארואסטי). **יש ליישם את שלושת המבחנים בכל מקרה.**

שינוי בחוק הוא סיכון שהצדדים לקחו על עצמם בעת כריתת החוזה ועל כן לא יהווה עילה לביטול חוזה (פס"ד ארואסטי).

**הטעיה- ס' 15**

יסודות- נכרת חוזה בין הצדדים, הייתה טעות- פער בין הבנת הטועה את המציאות לבין המציאות בפועל, קש"ס כפול- קש"ס בין ההטעיה לה הצד המטעה גרם לבין הטעות, וקש"ס בין הטעות לבין כריתת החוזה.

ישנו ספק האם סעיף 14ג הנוגע לטעות הניתנת לתיקון רלוונטי גם להטעיה. אין תשובה ברורה בפסיקה.

ידיעת המטעה- הטעיה יכולה להיות במזיד, בשוגג, ברשלנות ובמחדל.

בהטעיה במחדל עולה השאלה לגבי היקף חובת הגילוי:

בפס"ד ספקטור נ צרפתי- בעבר רוב החובות להיזהר ולברר פרטים הוטלו על הקונה, כיום יש יותר ויותר חובות גילוי על המוכר.

חובת גילוי ע"פ חוק- לעיתים יש חוק המחייב לגלות פרטים במקרים מסוימים

חובת גילוי ע"פ נוהג- הנוהג המקובל בעסקאות דומות, נוהג של עיר מסוימת, וכו'.

חובת גילוי מכח יחסי אמון בין הצדדים- ככל שהיחסים קרובים יותר כך תגדל חובת הגילוי

חובת גילוי מכח גילוי חלקי- כאשר צד מגלה חלק מהפרטים החובה לגלות את כלל הפרטים גדלה (ספקטור נ צרפתי, חשמונאים)

חובת גילוי על מידע שקל להשיגו- חובת הגילוי תפחת, ניתן להניח כי הצד השני יוכל להשיג את אותו המידע בקלות

חובת גילוי על מידע שקשה להשיגו- מוכר חייב לגלות לקונה מידע שיהיה קשה לו להשיג על הנכס שמוכר לו. במידה והמידע נמצא אצל הקונה- במידה ומדובר בהסתרת מידע שיש רצון לעודד- לא תהיה חובת גילוי, אם מדובר במידע שלא ירצו לעודד- תהיה חובת גילוי.

-הטעיה בפרסום- יסודות- קיום חוזה- יש לבצע את שהוצע בפרסום, קיום טעות- יש להוכיח כי הקניה התבצעה בעקבות התבססות על המידע השקרי בפרסומת, ויש להוכיח קש"ס בין הטעות לבין כריתת החוזה. פס"ד וואפנה.

-סעדים- הצד הטועה רוצה לבטל את החוזה. במידה ונפסק כי מדובר בהטעיה על הצד הטועה להודיע לצד השני על הביטול תוך זמן סביר. בעקבות הביטול תהיה השבה הדדית.

**כפייה- ס' 17**

יסודות- קיום חוזה, קיום איום, קש"ס סובייקטיבי בין האיום לבין כריתת החוזה. הוכחה כי האיום נעשה ע"י הצד השני או ע"י מישהו מטעמו. הקש"ס הוא סובייקטיבי- מספיק שהאדם הספציפי חש מאוים בסיטואציה כדי שיחשב לכפיה.

-יש לבחון את סוג האיום- האם לגיטימי או לא- איום לגיטימי- ניתן להגיד כי הכריתה עצמה היא איום לגיטימי. אי התקשרות- בד"כ איום באי התקשרות יחשב לאיום לגיטימי. הפעלת זכות בתו"ל. איום לא לגיטימי- איום בתביעה כאשר אין עילה, איום בנקיטת הליך פלילי (פס"ד שפיר נ אפל).

-יש לאפיין את הכפיה- לבחון האם האיום לגיטימי או לא, ולבחון את עוצמתו- עליו להיות חזק ומפחיד מספיק כדי שיחשב לכפיה, אך בסופו של דבר המבחן הוא סובייקטיבי.

כפייה כלכלית- קשה להחליט מתי מדובר באיום לגיטימי ומתי לא. כיום המגמה היא להחשיב יותר איומים כלכליים לכפיה. שלושה תנאים לכפייה כלכלית ע"פ אקספומדיה- איום מיידי ומפתיע, הנזק הוא בלתי הפיך, היעדר יכולת לפנות לערכאות משפטיות. פס"ד מאיה מוסיף את היעדר היכולת לקבל תמונת מצב לגבי מצבו של הצד השני והיעדר היכולת לערוך איתו מו"מ כדי להגביר את הסיכויים שיפסקו כי מדובר בכפיה.

כפיה ע"י צד ג- פס"ד שושנה קרן- הכפיה צריכה להיעשות ע"י הצד השני או ע"י מישהו מטעמו. האם כפיה שנעשתה ע"י צד ג' אך הייתה ידועה לצד השני תיחשב לכפיה מטעמו? אין תשובה חד משמעית לשאלה זו בפסיקה.

**עושק- ס' 18**

יסודות- קיום חוזה, מצוקת העשוק (חולשה שכלית/ גופנית או חוסר נסיונו), ידיעת העושק על מצבו של העשוק, תנאי חוזה גרועים במיוחד לעשוק.

מצוקת העשוק- סאסי נ' קיקאון. תנאי חוזה גרועים- גנז נ' כץ. תנאי חוזה גרועים הם דבר חריג מכיוון שביהמ"ש מתערב בתוכן החוזה ועל כן ביהמ"ש בפועל ממעט להתערב בגין טענה זו ומתמקד יותר בטענת מצוקת העשוק.

**מגמות כלליות- פגמים**

ביהמ"ש לא ימהר לבטל חוזה מחמת פגם: טעות- ייתכן ונלקח סיכון ע"י הצד הטועה. הטעיה- ייתכן ולא הייתה חובת גילוי של המטעה. כפייה- חלק מהכפיות יחשבו ללגיטימיות כחלק ממו"מ. עושק- ייתכן והעושק לא ידע על מצוקת העשוק או שהתנאים לא היו גרועים מספיק.

לכל הפגמים אותו מבנה- כריתת חוזה, פגם ברצון, זכות ביטול.

זכות ביטול- ס' 19, 20, 21

**תוכן החוזה**

**פרשנות והשלמה**

קשיים פרשניים שיכולים לעלות- פרט חסר (הסדר שלילי/ לקונה), אמירות סותרות בחוזה (בכתב או בע"פ), ניסוח דו משמעי, מגבלה אינהרנטית של בהירות השפה, צורך בשימוש בהקשר והיגיון, שפה שמובילה לתוצאות לא הגיוניות.

הבחנות מסורתיות- פרשנות מול השלמה- יש לפנות קודם לפרשנות תוכן החוזה ולאחר מכן לפנות להשלמת הפרט החסר. לשון מול נסיבות­- הכתוב בחוזה ולאחר מכן הנסיבות שהובילו לכריתתו. פרשנות אובייקטיבית מול סובייקטיבית- בפירוש חוזה בד"כ יפנו לפרשנות הסובייקטיבית כדי להגיע לאומד דעת הצדדים. גישת השלבים לפרשנות החוזה- (הגישה לא מקובלת כיום בפסיקה)- לשון החוזה, במידה ואינה ברורה נעבור לנסיבות הכריתה. במידה ולא ניתן להבין את הלשון והנסיבות נבצע השלמה ע"פ הנוהג בין הצדדים ואם לא קיים ע"פ הנוהג בחוזים מאותו סוג. השלמה ע"פ חוקי חוזים מיוחדים. השלמה ע"פ חוק החוזים הכללי. השלמה מכח עקרון תו"ל (ס' 39). גישת הפסיקה- אתא נ זולוטוב- טשטוש ההבחנה בין פרשנות להשלמה. פס"ד אפרופים- יש לבחון את כלל הנסיבות גם במידה והלשון ברורה. פס"ד אמנון לוי נ נורקייט- במידה והלשון ממש ברורה אין צורך לפנות לנסיבות החוזה.

**טעות סופר- ס' 16**

המהות היא שונה מפגמים בכריתה שנובעים מטעות או הטעיה. טעות סופר לא מצמיחה עילת ביטול של החוזה אלא יש לתקן אותה ולגרום לכך שכוונת הצדדים תבוא לידי ביטוי בחוזה כפי שצריך. גם טעות מהותית יכולה להיחשב לטעות סופר- פס"ד פרקש. טעות סופר יכולה להיות תחליף לפרשנות בכך שיטען כי הפרט החסר מבטא את הטעות סופר שגורמת לכך שכוונות הצדדים לא באו לידי ביטוי כראוי בחוזה ועל כן יש לתקן את החוזה שנשאר תקף. במידה ויש להיעזר בפרשנות- תועדף פרשנות כנגד המנסח- ס' 25(ב)(1), או פרשנות מקיימת.

**קיום חוזה בתו"ל- ס' 39**

סטנדרט התנהגות לפיו יש להתנהג בקיום חוזה. החובה חלה גם בקיום חובה חוזית וגם בשימוש בזכות חוזית ומוטלת על שני הצדדים. על צד לחוזה לקיים את חיוביו וזכויותיו תוך התחשבות באינטרסים הלגיטימיים של הצד השני (תחב"צ). קיום חיוב באופן שעלול להכשיל את החוזה יכול להיחשב כחוסר תו"ל בקיום- פס"ד טקסטיל. עמידה על זכות באופן שמזיק לחייב ואינו מועיל מאוד לבעל הזכות תיחשב גם היא לחוסר תו"ל בקיום- פס"ד ג'רבי נ בן דוד, גלפנשטיין. שימוש בזכות באופן לא מתחשב שיפגע בחייב גם היא חוסר תו"ל- תחב"צ. התעקשות על פרט טכני גם היא עלולה להיות חוסר תו"ל- חיים יתח נ מפעל הפיס, אזרניקוב.

האם ניתן להקים חיובים חדשים מכח סעיף זה? מחלוקת בין אלון לבייסקי בלסרסון. למעשה על חובה הקמה מכח סעיף 39 ניתן להגיד כי היא חובה חדשה או אופן ביצוע של חיוב קיים בחוזה. גם ע"פ ברק בתחב"צ.

סעדים- במידה ונקבע כי יש חיוב חדש- כל סעד של הפרה- אכיפה/ ביטול הסעיף הרלוונטי/ פיצויים.

או ביטול הפעולה שנעשתה בחוסר תו"ל.

**חוזים פסולים**

מה דינו של חוזה בלתי חוקי? ס' 31: בטלות והשבה הדדית- ס' 21, ביטול חלקי- ס' 19, אכיפה חלקית או מלאה- במידה ואחד הצדדים קיים את חיובו ניתן לחייב את הצד השני לבצע את חלקו (קונקטיב נ גרופ), פטור מהשבה- ביטול החוזה ופטור חלקי או מלא מהשבה לפי שיקול דעת ביהמ"ש.

כאשר חוזה נגוע באי חוקיות אך מטרתו חוקית ישנן מספר גישות- פס"ד אדרעי נ גדליהו- הרתעה- הרתעה במקרה הספציפי והרתעת הציבור כולו מכריתת חוזים שאינם חוקיים (פס"ד ביטון נ מזרחי), הוגנות- שקילות התמורות- רלוונטי במיוחד כאשר יש התקדמות בביצוע החוזה ע"י אחד הצדדים, זו הגישה הרווחת כיום (כפר קרע, קונקטיב, סולימני נ כץ). תפקיד ביהמ"ש- לא מעוניין לאכוף חוזים בלתי חוקיים ובכך לעודד אותם.

הערה- כאשר צד לחוזה יטען לאי חוקיות החוזה ביהמ"ש לא ימהר לפסוק כבקשתו ויבחן האם הטענה נטענת בתו"ל.

חוזה למראית עין- אין פגם בכריתה, אלא חוזה פיקטיבי שמטרתו להיטיב עם הצדדים. עסקה פיקטיבית- העסקה בטלה ולכן אין עילת תביעה על דברים שקשורים אליה. פס"ד חזן נ חזן- יש צורך להוכיח באופן מובהק כי מדובר בעסקה פיקטיבית. היעדר אינדיקציות לא הופך את העסקה לפיקטיבית. עסקה נסתרת- עסקה שבאה להסתיר עסקה אמיתית שלא כתובה בחוזה. הטיפול הוא ע"י ס 30+31. פס"ד ביטון נ מזרחי- ברק בדעת מיעוט הציע כי במקרים אלו העסקה הגלויה תבוטל והעסקה הנסתרת תתקיים.

חוזה הנוגד את תקנת הציבור

המוסר המקובל בחברה. סטנדרט עמום שמעניק לביהמ"ש כח רב. בפסיקה ניתן לראות כי ביהמ"ש ממעט להשתמש בדוקטרינה זו ע"מ לכבד את רצון הצדדים ומה שסיכמו בניהם.

שיקולים לקיום מגבלה זו- שיקולים מחנכים לחברה (ביהמ"ש ימעט להשתמש בשיקול זה), פגיעה בצד ג', פערי כוחות בין הצדדים, פטרנליזם- מחשבה כי על ביהמ"ש להתערב כדי לעזור לצדדים שלא יודעים בעצמם מה טוב להם.

מטרת דוקטרינה זו היא לטפל במקרים שאין התייחסות קונקרטית בחוק אליהם, בעיקר סוגיות של הוגנות.

הקשרים מרכזיים לשימוש בדוקרטינה זו- רשימה פתוחה שכוללת:

-תניות פטור- נזקי גוף- אין להתנות על קיום נזקי גוף בחוזים רגילים. בחוזים של ספורט אתגרי למשל בו נלקח סיכון ע"י החותם ניתן להתנות תנאי זה אך אין להתרשל (פס"ד נהרות נ עזבון המנוח חרובי). נזקים רכושיים- 3 מבחנים מצטברים (שמגר ברוט נ ישופה)- פטור גורף הפוטר צד לחוזה בכל סיטואציה, נכס חשוב וקריטי לצד הנפגע, פערי כוחות משמעותיים בין הצדדים.

-חופש העיסוק- אסור להגביל את חופש העיסוק. מבחנים לתניה- לגיטימיות וסבירות התניה (פס"ד AES נ סער).

-שוויון- לא ברור האם במשפט הפרטי חלה חובת שוויון. בגופים ציבוריים או דו מהותיים חלה (פס"ד רקנט).

**חוזים אחידים**

שלבים לבחינת קיום תניה מקפחת בחוזה אחיד:

-קיום חוזה המוצע לכולם שנוסח כולו או רובו ע"י צד אחד, יש ספק ולקוח

-יש תנאי בחוזה- למעט תנאי ספציפי שהסכימו עליו הצדדים או תנאי הנוגע לתמורה הכספית לפי ס' 23.

-האם חלה חזקת קיפוח? יש לבחון את רשימת החזקות בס' 4. בפס"ד היועמ"ש נ גד נאמר כי כל תניה העלולה להיחשב כמקפחת תיחשב ככזו ולא מדובר ברשימה סגורה.

-סיווג התניה כמקפחת- על ביהמ"ש לבחון האם התניה מקפחת לקוחות או נותנת יתרון בלתי הוגן לספקים שעלול להביא לקיפוח הלקוחות (פס"ד מילגרום נ משען- שקילת התמורות והגיון עסקי). ביהמ"ש יתחשב בכלל הנסיבות ותנאי החוזה האחרים. זוהי שאלה אובייקטיבית המשאירה כח רב לביהמ"ש. ביהמ"ש ישתדל להראות מדוע התניה אינה הוגנת ע"פ שיקולים שיפוטיים שונים כמו נוהג ולעיתים רחוקות יפסוק לפי שיקולי צדק כאלו ואחרים.

סעדים- ס' 19- ביטול או שינוי התניה המקפחת.

**חוזה על תנאי- ס' 27**

חוזה שתוקפו מותנה בקיום תנאי. התנאי יכול להיות תנאי מתלה או תנאי מפסיק. ס' 27,29,28 רלוונטיים לנושא.

ניתן לפרש חוזה על תנאי במספר דרכים- התנאי הוא חיוב של אחד הצדדים, התנאי הוא תנאי לתוקף החוזה, החוזה עתיד להתקיים גם ללא התנאי- חוזה בלתי חוקי.

הסעדים תלויים באפשרויות הפרשניות- במידה והוחלט כי התנאי הוא חובה של אחד הצדדים- במקרה של הפרה מדובר בחיוב שהופר והסעדים יהיו של הפרת חוזה. במידה ומדובר בתנאי מתלה שלא התקיים החוזה בטל ותהיה השבה הדדית. במידה ומדובר בחוזה שיתקיים גם ללא התנאי ועל כן אינו חוקי- התוצאה תהיה ע"פ ס 31. הסעד הפשוט הוא ביטול אך אם ע"פ ס' 19 ניתן להפריד את החלק בחוזה התלוי בתנאי המתלה- נפריד אותו ונבטל רק אותו- ביטול חלקי.

**תרופות**

סטנדרט ההתנהגות בחוזים הוא של אחריות חמורה. צד שלא קיים את חיוביו יחשב למפר (חריג לכך הוא דיני הסיכול). במקרה של רשלנות וחיוב השתדלות- צד שצריך להשתדל לא יכול להתרשל, מבחן ההשתדלות הוא בתוצאה (אורות נ עטרי). חיוב שלא קוים תוך זמן סביר יחשב שהופר. ניתן לדחות קיום חיוב כש: נמנע הקיום ע" הנושה, מדובר בחיוב מותנה, חיובים שלובים שאחד הצדדים לא מקיים. בנוגע לחיובים שלובים יש ספק האם הם עצמאיים כל אחד בנפרד או שלובים זה בזה. (עצמאיים- אלתר, ושמגר במימון נ מאור- צריך להיות כתוב במפורש שהם שלובים כדי שיחשבו לכאלה, שלובים- דורנר בארבור נ רובינשטיין.

הפרה צפויה מקנה זכות לתרופות לצד המופר גם לפני ההפרה בפועל.

תרופות בגין הפרה- אכיפה/ ביטול/ פיצויים- בנוסף או במקום.

סדר הניתוח- חוזה, הפרה ע"י אחד הצדדים. במידה ואפשר- אכיפה. במידה ולא- השבה, פיצויים. (גם פיצויים על הרווחים של המפר- פס"ד אדרס).

אכיפה

הנפגע זכאי לאכיפה אלא אם מתקיים אחד מ4 סייגים- החוזה אינו בר ביצוע (לסרסון, אדרס), עבודה או שירות אישי (חייא נ מרקוביץ), אכיפה בלתי סבירה של ביהמ"ש או הוצ"פ (עוניסון נ דויטש, חייא נ מרקוביץ), סייג הצדק (אזימוב נ בנימיני).

מבחן **לביטול אכיפה** ע"פ חייא נ מרקוביץ- ככל שהחוזה מורכב יותר, ככל שהחוזה דורש שת"פ בין הצדדים, וככל שהחוזה דורש התערבות של ביהמ"ש.

מבחן **לקיום אכיפה** ע"פ עוניסון נ דויטש- ככל שהחוזה מפורט יותר, פיצויים לא מספיקים, השליטה בקרקע היא של הנתבע.

אכיפה בקירוב- ביהמ"ש יכול לשנות מעט את החוזה בהתאם לנסיבות כדי שתוכל להיות אכיפה. (אייזמן נ קדמת עדן).

ביטול

יש צורך לבחון האם מדובר בהפרה יסודית- הפרה שסיכמו שהיא יסודית או הפרה שאובייקטיבית היא יסודית (ביטון נ פרץ). הפרה יסודית- זכות ביטול מלאה. הפרה לא יסודית- זכות ביטול שאינה יסודית- יש לתת ארכה ובמידה ותופר תהיה זכות ביטול (שיכון ופיתוח נ מעלה אדומים, אבו זייד). שתיקה שיכולה להתפרש כוויתור על זכות הביטול מבטלת את זכות הביטול- Micro נ חלאבין. ניתן לתת ארכה ולהודיע על הביטול באותו הזמן (מעלה אדומים).

ביטול בעקבות הפרה- ביטול מראש או מרגע הביטול? רלוונטי לעניין פיצויים מוסכמים.

תוצאת הביטול היא השבה בעין. במידה ולא ניתן לבצע השבה בעין או שהצד הנפגע בחר באופציה זו תהיה השבה של השווי. במידה ובוטל חלק מהחוזה- ההשבה תהיה על החלק הרלוונטי.

במידה ומבצעים השבה יש להשיב את שווי הנכס בתוספת דמי שימוש כדי למנוע עשיית עושר שלא כדין (כלנית השרון). ניתן לצרף תרופות כדי להעמיד את הצד הנפגע במקום בו היה לו קוים החוזה או לולא נכרת החוזה, כדי שהצד הנפגע לא יצא מופסד בעקבות ההשבה (לוי נ מבט), ניתן לצרף כל זמן שלא נוצר כפל פיצוי. הפיצויים הם על הפער בין המקום בו עומד הנפגע בעקבות ההשבה לבין המקום בו היה לו קוים החוזה. סייג הצדק להשבה- גינזבורג נ בן יוסף- במידה וצד פעל בתו"ל בעקבות הסתמכות על החוזה ולכן יווצר מצב בו יצא מופסד בעקבות השבה- ניתן להפחית את שיעור ההשבה.

**פיצויים**

ס' 10- יש להוכיח כי היה חוזה שהופר ע"י הצד השני, קש"ס בין ההפרה לבין הנזק שנגרם. יש צורך להוכיח צפיות של הנזק. מספיקה צפיות אובייקטיבית או סובייקטיבית. פיצויים חיוביים.

יש צורך להוכיח קיום של ראשי נזק, אין צורך של הנפגע לאמוד אותם במדויק (אניסימוב נ מלון טירת בת שבע). לביהמ"ש קשה לאמוד נזק עקיף ולכן יפחית את הפיצוי בגין אותו הנזק (שמחון נ בכר, אלוניאל נ זאב).

כדי להוכיח פיצויים מכח ס 10 יש להוכיח- החוזה טוב במיוחד, ע"מ לקבל פיצויים על נזקים עקיפים יש להביא ראיות קונקרטיות כי ניתן היה להפיק רווח במידה והחוזה היה מקוים. כשלא ניתן להוכיח נזק ישיר לא ברור מאליו שמגיע פיצוי על נזק עקיף.

במידה ולא ניתן להוכיח פיצויי קיום ניתן לקבל פיצויי הסתמכות ע"פ ס' 10 באמצעות הוכחת נזק כלשהו.

נטל הקטנת הנזק- נזק שהנפגע יכול להקטין או למנוע. אם ניסה למנוע יקבל שיפוי מהמזיק על הוצאות סבירות בגין הניסיונות. בד"כ יקבע שערך מה שהנפגע איבד הוא לפי פרק הזמן הסביר בו יכול היה למצוא חלופה. (שמחון נ בכר)

פיצוי בעד נזק לא ממוני- הרחבה של ס' 10- שלבי הוכחה דומים- חוזה, הפרה, נזק שאינו ממוני, קש"ס, צפיות, פיצוי לשיקול דעת ביהמ"ש. בחוזים עסקיים יהיה קשה לקבל פיצויים בגין נזק לא ממוני.

פיצויים לפי ס' 11­- כשיש הפרש בין התמורה בחוזה לבין השווי של הנכס ביום הביטול יקבל הנפגע פיצויים מבלי להוכיח נזק. (איינשטיין נ אוסי). ס' זה רלוונטי לנזק ישיר ולא עקיף. לפי פסד אזורים נ כהן גם אינפלציה מהווה פער בין הערך החוזי לערך ביום הביטול.

פיצויים מוסכמים- לגיטימי וביהמ"ש יכבד אלא אם יש פער משמעותי בין גובה הפיצויים לבין הנזק שניתן היה לראות בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה (חשל נ פרידמן). פיצויים מוסכמים לא שוללים פיצויים נוספים לפי סעיפים 10-14. במידה ויש התניה על קבלת תרופות אחרות התנאי צריך להיות כתוב במפורש בחוזה (פסד לינדאור נ רינגל). ביהמ"ש לא ממהר להתערב בפיצויים מוסכמים ויבחן גם את גודל ההפרה- אם ההפרה משמעותית לא יתערבו בפיצויים גם אם לכאורה נראים מוגזמים (אהרון נ פרץ).

**סיכול- ס' 18**

-טענת הגנה של המפר בד"כ. התערבות נסיבות שאינן צפויות וגורמות לכך שקיום החוזה לא סביר או שונה מאוד ממה שהוסכם עליו מראש. אם הטענה מתקבלת לא תהיה אכיפה ולא ייפסקו פיצויים חיוביים.

רכיבי הסיכול- אירוע מסכל, קש"ס, קיום החוזה בלתי אפשרי או שונה מהותית מהמוסכם. הנפגע מהסיכול רשאי לפיצויים שליליים בכפוף לשיקול דעת ביהמ"ש.

מבחן הצפיות- איזו מידת צפיות מספיקה כדי לדחות טענת סיכול? מבחן הסיכון- מי נושא בסיכון? ניתן להגיע לאותה תוצאה ע"י פרשנות החוזה וללא טענת סיכול. (כץ נ נצחוני, רגב נ משרד הביטחון, בן אבו נ מ"י).