**שיעור 1 – 14.10.18**

**מבנה הקורס**

מטרות הקורס:

* שליטה בדיני החוזים – היכרות טובה עם חוק החוזים ועם הפסיקה הרלוונטית הבסיסית בקורס.
* חשיבה משפטית – יישום. היכולת לקחת את החוק וליישם אותו על מקרים חדשים ואחרים. הטענה היא שמה שאנחנו לומדים ייתן לנו כלים להתמודד עם המקרים הללו. איך עושים את זה? עלינו להבין איך החומר הזה עובד. עלינו ללמוד איך מתמודדים עם מקרה חדש, קצת אחר ממה שכבר למדנו.   
  לא תמיד הפתרון של הקייס הוא פשוט ועלינו להטיל ספק בתוצאה הברורה מאליו. הרבה פעמים הפתרון לא ברור ואין לנו תשובה אחת וודאית. עלינו להחזיק בראש איזשהו חוסר וודאות. אנחנו לא יודעים להגיד בוודאות מה יקרה אבל אנחנו יודעים להגיד חלק מהדברים, לפעמים גם הרבה מהם. אנחנו לא יכולים לדעת איך יכריע בית המשפט אבל מה שאנחנו מנסים ללמוד זה טיעונים לגיטימיים טובים וחזקים ולדעת לחזות בקירוב את תוצאת המקרה.

דרישות הקורס:

הגעה, קריאת החומר בבית, השתתפות אקטיבית. ישנן עשרים נקודות בקורס שמורכבות מנוכחות והשתתפות. חלק משמעותי מעשרים הנקודות האלה הוא הגעה והשתתפות במידה וזה תורנו. חלק קטן אבל מסוים הוא איכות ההשתתפות.

בעשרים הנקודות הללו נכללים גם שני תרגילי הגשה בכתב (הדבר היחיד שנכנס לשכלול עשרים הנקודות הוא הגשת התרגיל. התרגילים אכן מקבלים ציון אך זה אינו ישתכלל בעשרים הנקודות). עשרים הנקודות האלו לא יכולות לגרוע מהציון הסופי בקורס, אלא הן ציון מגן.

תוכן תרגילי ההגשה בכתב הוא פתרון קייס, כאשר בעזרתם ננסה לכסות כמה שיותר מהחומר. יהיו שני מפגשי תרגול עם החונכים בהם נעבור על התכנים של תרגילי ההגשה ותרגול אחד שמטרתו יהיה הכנה למבחן.

גם במבחן, יהיה לנו פתרון קייס. השאלה הראשונה תהיה קייס שאותו נצטרך לנתח לפי הדין של החוזים במשפט הישראלי. השאלה השנייה תהיה לקבוע אם דין הוא טוב או רע, ללא קשר לקייס מסוים ולנמק את החלטתנו. האם הדין מוצלח או לא? האם הוא ראוי או לא?

**מבוא**

השאלה הראשונה שאנחנו שואלים כשאנחנו ניגשים לפתור קייס בדיני חוזים היא האם יש לנו חוזה? השאלה הבאה שנשאל היא מה אומר החוזה? מהו תוכן החוזה ומה הוא קובע?

במידה וקיימת הפרת חוזה (במידה ונגרם נזק) הצד המפר יצטרך לתת איזשהו סעד לצד הנפגע מהפרת החוזה (תרופות, פיצויים). הרבה פעמים במידה ופיצוי לא נותן לנו מספיק, ישנה אפשרות לבקש אכיפה מבית המשפט (בית המשפט יחייב את שני הצדדים לעמוד בחוזה).

באופן כללי התפיסה שלנו בדיני חוזים היא תפיסה מהותית. אנו נמצאים בשיטת משפט שעברה תהליך של מעבר מפורמליזם לערכים. אנו לא מסתכלים על טכניקה אלא על הגיון ותוכן.

מהו היתרון של שיטת משפט פורמלית? שיטת משפט שבה יש לנו משהו חד וברור, ולפיו אנו קובעים את הדברים? בשיטת משפט פורמלית העבודה של השופטים קלה. מאוד חשוב שהעבודה של השופטים תהיה קלה, מאחר ובצורה זו המשפט יהיה יעיל יותר. אם בתי המשפט עובדים בצורה פשוטה וקלה אנשים יוכלו לתבוע ולקבל את התרופה המגיעה להם (כי הדבר ישתלם להם ולא יבזבז להם זמן רב ומשאבים רבים).

הטיעון השני שעולה הוא ששיטת משפט פורמלית היא וודאית עבור הצדדים. במידה ואנו יודעים שיש חוזה חתום כל אחד מהצדדים יודע היכן הוא עומד. במידה והדבר לא ודאי ומדויק הרבה פעמים אנו לא יודעים איפה אנחנו עומדים.

אמנם הפורמליות מקלה מאוד על המערכת המשפטית ועל עורכי הדין אך הדבר יכול להקשות על צדדים שהם אינם מקצועיים.

**מבוא לדיני החוזים – מושגי יסוד**

הרבה ממה שנלמד בקורס הוא השפה המשפטית, בצורה קצת יותר מדויקת. נתחיל עם מספר דוגמאות קטנות למושגים בשפה המשפטית.

הלכה – ההלכה היא הכלל המשפטי שקובע פסק הדין.

תקדים – התקדים הוא השאלה האם פסק הדין מחייב ערכאות אחרות.

דוקטרינה – אלמנט רחיב בניתוח קייס.

מושג שסתום – יש לתת לבית המשפט להכריע. זהו איזשהו חלק מכלל משפטי שהינו גמיש ונותן מרחב ושיקול דעת לבית המשפט.

המונח החשוב ביותר לקורס הזה הוא חוזה.

אז מהו חוזה?

חוזה הוא הסכם אכיף, מחייב משפטית.

קודם כל עלינו לשים לב שזוהי הגדרה של משפטנים, ולא הגדרה יום יומית. החוזה הוא הסכמה בין שני צדדים היוצרת חיוב משפטי חדש.

אנחנו יכולים ללמוד מהגדרה זו כמה דברים. מעצם ההגדרה שהסכם מחייב משפטים אנחנו יכולים ללמוד שני דברים לפחות. הדבר הראשון שאנו יכולים ללמוד הוא ישנם הסכמים שלא מחייבים משפטית. הסכם שאינו מחייב משפטית הוא למשל, לחיצת יד. הרבה מדיני הכריתה עוסקים בהסכמות שאינן מחייבות משפטית. ישנן גם חובות משפטיות שאינן נובעות מחוזה (כל דבר הנובע מחקיקה).

הדבר הראשון שבית המשפט נדרש להכריע עליו בקייס הנובע מחוזים הוא האם ישנו חוזה.

הדבר השני שאנו יכולים ללמוד הוא שהסכמה רומזת לקיומם של צדדים. זה אומר לנו קודם כל שכדי שתתקיים הסכמה חוזית צריכים להיות שני צדדים לפחות.

שאלה נוספת שעולה היא את מי מחייב החוזה? החוזה יוצר חובות וזכויות בקבוצות מסוימות של אנשים, בצדדים של החוזה.

למה צריך חוזים?

החוזים מאפשרים לצדדים לשנות את מצבם המשפטי על פי הרצון שלהם.

דיני החוזים משמשים גם לדברים הרבה יותר מורכבים. כשאנחנו מדברים על חובות חוזיות אנו מדברים בדרך כלל על חובות עתידיות.

החוזה מאפשר הסתמכות. למשל, במצב בו אני מעוניין לקנות דירה, במידה ואחתום חוזה על קנייה של דירה בעוד שנה, אני אוכל לגשת לבנק ולבקש משכנתא לפי ההסתמכות שלי על החוזה, על כך שאצטרך לשלם סכום מסוים על הדירה בעוד שנה. לא אגש לבנק ואקח משכנתא אם לא אדע בוודאות שאני צריך לשלם על הדירה. אוכל לדעת בוודאות שאני צריך לשלם על הדירה במידה וחתמתי על חוזה. ההסתמכות היא השקעה של אחד הצדדים או של שניהם בהסתמך על התחייבויות עתידיות הנובעות מהחוזה.

החוזה מקים זכויות חוזיות, זכויות בין הצדדים.

* זכות גברא מול זכות חפצה. זכות גברא היא זכות מול מישהו אחר. זכות חפצה היא זכות מול כולם. לדוגמא, לי יש זכות חפצה בשלמות הגוף שלי. זוהי זכות שמתקיימת מול כולם, לכולם אסור לבוא ולפגוע בי. נניח שעכשיו מישהו ירה לי ברגל. הייתה לי זכות חפצה בשלמות הגוף מול כולם, אבל רק המישהו הספיציפי הזה ירה לי ברגל ורק מול האדם הזה יש זכות גברא לפיצויים.
* ישנה גם זכות ראשונית וזכות משנית (זכות תרופתית). הזכות הראשונית היא הזכות הבסיסית שיש לי. הזכות המשנית, התרופתית, היא הזכות שקמה לי במקרה של הפרה של הזכות הראשונית.

תפקידם של דיני החוזים

תפקידם של דיני החוזים הם לאפשר עסקאות עתידיות, לאפשר את התקיימות השוק ולאפשר לאנשים לקבוע הסדרים משפטיים חברתיים, לעצב מערכות משפטיות קטנות כרצונם.

ישנו חופש בדיני החוזים, אנו מאפשרים לאנשים להקים מערכות משפטיות משלהם, אבל זהו החופש לכבול את עצמך, ליצור הסכם משפטי מחייב.

למה אני צריך את החופש לכבול את עצמי? כדי שיוכלו לסמוך עליי, כדי שלא תהיה לי אפשרות לשנות את דעתי.

**דיני החוזים**

דיני החוזים הם כללים משפטיים שעוסקים בעולם הזה של החוזים. אנשים כורתים חוזים אחד עם השני, וכשמצב העוסק בחוזים מגיע לבית המשפט בית המשפט צריך לדעת איך להתמודד איתו.

השאלה הראשונה שבית המשפט צריך לענות עלייה היא האם מתקיים חוזה.

השאלה השנייה שבית המשפט צריך לענות עלייה היא מה אומר החוזה, מהו תוכן החוזה? דבר שלישי שדיני החוזים צריכים לעשות הוא להגיד לנו מה קורה אם חוזה מופר?

הדבר הרביעי שדיני החוזים אומרים לנו הן מגבלות על החוזה.

אלו הם הכללים שדיני החוזים מכתיבים לנו:

1. כללים לכריתת חוזה
2. כללים לפרשנות חוזה
3. תרופות להפרת חוזה
4. מגבלות על תוכן החוזה

אלו הם הכלים שדיני החוזים נותנים לנו:

1. כללים מול סטנדרטים – כלל נותן הבחנה חדה וברור בין שתי קטגוריות. הסטנדרט הוא עמום ומשאיר מקום לשיקול דעת. עדיין יש בו הבחנה בין חוזה או חוסר קיום חוזה, אבל אנחנו משאירים מקום לשיקול דעת של בית המשפט. יש עקרונות לכללים ויש עקרונות לסטנדרטים.
2. דין קוגנטי מול דין דיספוזיטיבי – דין קוגנטי הוא דין שבו אנו לא יכולים לשנות את המצב המשפטי. בוא נניח שיש חוזה עבדות, המנסה להקים קיום חדש בין הצדדים אך נכשל, מאחר ויש דין קוגנטי האוסר על עבדות. לעומת זאת יש דינים דיספוזיטיבים, דינים שניתן להתנות עליהם.   
   מה נחשב דין קוגנטי ומה לא? את זה ניתן לקבוע רק מתוך הגיון. כמובן שיש דברים בסיסיים שלא ניתן להתנות עליהם אך את השאר ניתן לקבוע רק מתוך הגיון בריא. יכולת ההתניה על הדינים הדיספוזיטיבים נובעת מהחופש בדיני החוזים.   
   מתי מוצדק לקבוע דין קוגנטי? אנחנו רוצים דין קוגנטי כשאנחנו מרגישים שיש חוסר שוויון בין צדדים. כשיש צד חזק וצד חלש ויש צורך להגן על הצד החלש. מקום שני שנרצה לקבוע דין קוגנטי הוא כשעלינו להגביל אנשים מפגיעה בצד שלישי.   
   אלו הם המקרים שיש הצדקה לדין קוגנטי התפיסה היא שיש מקום לתת חופש פעולה לצדדים ולא להגביל את רצונם, לתת לשני הצדדים לעשות מה שטוב בשבילם (אלא אם אחד מהצדדים חלש ואין ברירה אלא להגן עליו, או אלא אם כריתת החוזה תביא לפגיעה בצד שלישי). הדוגמאות הקלאסיות הן חוזה עבדות וחוזה חיסול.
3. משפט מול יושר – המערכת המשפטית עומדת מול אפשרות להעדיף את הצדק והיושר מול כללים וחוקים. לדוגמא, בעניין חתימה הכלל המשפטי אומר שהחוזה חייב להיות חתום. נניח שיש לנו מצב בו יש חוזה ספציפי שמנצל את העניין שאין חתימה על החוזה על מנת לעקוף אותו, וביהמ״ש צריך לפעמים לתת עדיפות ליושר והצדק אל מול הכלל היבש. עולה השאלה איך בונים את הדין בצורה כזו שהמטרות יושגו? יוצא מכך, שביהמ״ש, כדי לעשות צדק, לעיתים משנה את המשפט (המתבטא בכללים) או מפרש אותו כדי להעדיף יושר, כדי למנוע מצב שבו מניפולציות ״משתלטות״ על הדין כדי לשחק בו לטובתן.
4. רציו מול הוביטר – הרציו הוא החלק המחייב בפסק הדין וההוביטר הוא כל מה שמעבר, התוספת. כיום המצב הוא שהגבולות היטשטשו והרציו וההוביטר לעיתים מעורבבים זה בזה.
5. דין רצוי מול דין מצוי – הדין המצוי הוא החוק הקיים. הדין הרצוי הוא הדין הנורמטיבי והראוי. יש להבחין בין שתי שאלות בסיסיות. מהו הדין ומה ראוי שיהיה הדין?

**ההיסטוריה של דיני החוזים**

החקיקה בישראל התחילה מהמשפט העות'מאני. אחריו הגיעו דיני החוזים האנגליים וחלק גדול מדיני החוזים של היום מבוסס על המשפט האנגלי (the common law).

בחוק החוזים (שנחקק בשנות השבעים) לקחו הרבה מהחומרים הקיימים וסידרו אותם לדבר חקיקה אחד ומרכזי, אליו הוסיפו דברים מהמסורת האירופאית. מאז בית המשפט מפרש את חוק החוזים ומיישמו בקייסים שונים.

חוק החוזים מחולק לחוק החוזים – חלק כללי ולחוק החוזים – תרופות.

ישנה חקיקה נוספת משנות השבעים: חוזים אחידים למשל, חוקי חוזים ספציפיים.

**מגמות ואידיאולוגיה בדיני חוזים**

בדיני החוזים מתח אידיאולוגי משמעותי. המתח האידיאולוגי המרכזי שקיים בדיני החוזים מתחלק לשתי גישות. ישנה הגישה של שוק חופשי וישנה הגישה של הסולידריות החברתית.

לפי הגישה של השוק החופשי בית המשפט מכבד את הרצונות של שני צדדי החוזה ואת חופש החוזים ולכן אין הרבה מקום לשיקול דעת של בית המשפט, הוא מכבד את שיקול הדעת של הצדדים המחויבים בחוזה.

לפי הגישה של הסולידריות החברתית אנו מסתכלים מנקודת מבט שבה יש צד חלש. חשוב מה הצדדים רצו, אבל לא תמיד הם יודעים מה נכון ותפקידו של בית המשפט הוא להגן על הצד החלש. נותנים פה תפקיד יותר אקטיבי לבית המשפט.

**שיעור 2 – 18.10.18**

**היווצרות חוזה**

**כריתת חוזה**

כדי לדעת אם נכרת חוזה ביהמ״ש מסתכל על מספר דברים. הדבר הראשון שהוא מסתכל עליו הוא גמירות דעת.

גמירת דעת

הגדרה –

גמירת הדעת מקובעת **בס׳ 2 לחוק החוזים (חלק כללי).** גמירת דעת היא הכוונה של שני הצדדים להגיע לכדי חוזה מחייב, כוונה ליצירת יחסים משפטיים מחייבים. זהו הדבר הראשון והמרכזי ביותר שביהמ"ש מסתכל עליו כשהוא רוצה להחליט אם יש חוזה, והאם הייתה להם כוונה ליצירת יחסים משפטיים מחייבים.

העדה של גמירת דעת –

ישנה רשימה של אלמנטים שיכולים להעיד על גמירת דעת. אלמנטים אלו יכולים להיות, למשל, חתימה, כתב, תחילת ביצוע החוזה (קיום ההתחייבויות שלך לפי החוזה). על מנת להוכיח גמירת דעת עלינו להשתמש קודם כל ב**מבחן האובייקטיבי הטהור**. מסתכלים על כל הנסיבות ולפיהן מחליטים אם היה חוזה. עלינו לבחון האם הייתה לצדדים כוונה אמיתית ליצור יחסים משפטיים מחייבים. גמירת דעת נדרשת משני הצדדים. על פי המבחן האובייקטיבי הטהור צריך שתהיה העדה חיצונית על גמירת דעת.

* **פס״ד זנדבנק נ׳ דנציגר** -   
  מדובר על חוזה מכר. ישנה שאלת סיווג בפס״ד לגבי מה בדיוק נמכר פה (מכר מניות או מקרקעין?). בעסקת מכר יש לנו מוכר (זנדבנק) וקונה (דנציגר). הרבה פעמים בעסקת מכר יש לנו צד אחד שרוצה להשתחרר מהחוזה והצד השני רוצה לקיים את החוזה.   
  הקונה רוצה לקיים את עסקת המכר, וטוען שהייתה חליפת מכתבים, וזה מעיד על גמירת דעת. המוכר טוען בתשובה שזה היה משא ומתן לפני כריתת החוזה. הקונה טוען שהיה שימוש בביטוי ״כל הזכויות שמורות״ ולכן הייתה גמירות דעת.   
  למה בעצם המוכר לא מעוניין למכור? הייתה הערכת שמאי לנכס, והוא העריך מספר סעיפים. אמנם, נשכחו חובות החברה (נכסים, חובות של מישהו אחר כלפי החברה). כלומר, נשכח איזשהו סכום כסף מחוץ להערכת השמאי. כמובן שהמוכר טוען שהוא לא היה מעוניין למכור במחיר שהוא נמוך מדי.   
  מה שקרה הוא שיש את הערכת השמאי, חלק חיצוני שלא כתוב פה, והסכם להעברת הנכס.   
  **השופט שמגר** טוען שהשימוש בביטוי ״כל הזכויות שמורות״ אינו מעיד על גמירות דעת. בנוסף, הוא טוען שכשאנחנו מסתכלים על העניין מבחוץ, נראה הדבר כאילו ישנו חוזה מחייב.   
  עולה טענה כי הקונים ידעו שהמחיר לא הוגן ולכן היה כאן חוסר תום לב בכריתת חוזה. אמנם, שמגר דוחה את טענה זו.  
  שמגר אומר שבמידה והייתה הצעה וקבלה זה מעיד ללא ספק על גמירות דעת וכריתת חוזה מחייב. לטענתו של שמגר חלופת המכתבים מהווה הצעה וקבלה.
* **פס״ד ש.ג.מ חניונים נ׳ מדינת ישראל** -   
  במהלך קיומה של מלחמה הצבא מחנה כלי רכב באיזשהו חניון. לאחר מכן בעלי החניון מבקשים תשלום. עולה השאלה האם המדינה צריכה לשלם על החניה בחניון?   
  עולה גם השאלה למה התכוונו הצדדים? האם זה שחנית בחניון שלי מעיד על כך שאתה רוצה ליצור יחסים משפטיים מחייבים? זוהי שאלה ששואלת לגבי האם התנהגות מסוימת מעידה על גמירת דעת.   
  נאמרים פה שני דברים: התנהגות יכולה להעיד על גמירת דעת, והעדות על גמירת דעת יכולה להיות לא ברורה.

מבחן אובייקטיבי מרוכך –

זוהי סוגיה מרכזית שמתוארת בפסיקה. **גמירת דעתו של צד לחוזה נבחנת מנקודת מבטו של אדם סביר בנעלי הצד השני. (סביר = הגיוני).** כאשר אנחנו באים לבחון האם התקיימה אצל הצדדים גמירת דעת, זהו השלב השני. כאמור, בשלב הראשון עלינו לבדוק האם התקיימה גמירת דעת לפי המבחן האובייקטיבי הטהור ולאחר מכן לבדוק האם התקיימה גמירת דעת לפי המבחן האובייקטיבי המרוכך.

* **פס״ד פרץ בוני הנגב – אחים פרץ בע״מ נ׳ בוחבוט**  
   העסקה היא עסקת מכר במקרקעין. הצדדים הם המערערת (הקונה בשם החברה) והמשיב (האב של הבעלים של הדירה). כאן השאלה המרכזית היא האם הייתה גמירת דעת אצל המשיב.   
  עולה כאן שאלת ביניים איך בודקים גמירת דעת? אנו בודקים האם האדם הסביר היה רואה כאן התקיימות של חוזה. עד עכשיו דיברנו על מבחן אובייקטיבי טהור. הסתכלנו על אינדיקציות. במקרה הזה אנחנו עדיין במבחן האובייקטיבי אבל מוסיפים לנו גם שהמבחן האובייקטיבי הוא נקודת מבט של אדם סביר בנעלי הצד השני. יכול להיות שהדבר נראה כאילו התקיים חוזה על פני השטח, אבל אנו רוצים להסתכל על הדברים בצורה אחרת, מנקודת המבט של הקונה (החברה). הכוונה באדם סביר היא אדם הגיוני. האם אדם הגיוני שהיה עומד במקום הקונה היה חושב שיש גמירת דעת באותה הסיטואציה בדיוק?   
  אם האדם הסביר יודע שהמוכר אינו יודע קרוא וכתוב, למשל, הוא יבין שאין גמירת דעת מאחר והוא לא יודע לקרוא את התוכן של החוזה שהוא כותב עליו.   
  ! מה שדיני החוזים רוצים לעשות הוא לשקף את הציפיות של הצדדים אחד כלפי השני.   
  במקרה הזה, החברה (הקונה) הבינה שאין גמירת דעת. מבחוץ, זה נראה כאילו יש חוזה מאחר ויש חתימה. אך מבפנים, החברה (הקונה) הבינה שאין גמירת דעת מצד המוכר. האינדיקציות הן הבאות: המשיב היה שיכור בעת החתימה על המסמכים, הוא אינו יודע קרוא וכתוב, ואמנם הדירה רשומה על שם המשיב אבל הבעלים הרשמיים של הדירה הוא בנו של המשיב, והוא זה שמתגורר בה.   
  בשאלה של גמירת דעת יש הרבה עמימות, ויש מקום לוויכוח. צריך לראות מה נראה הכי הגיוני.   
  כל תהליך המשא ומתן לגבי מכר הדירה התקיים מול הבן, והובטח לו שהוא יהיה נוכח במעמד החתימה על החוזה. בסופו של דבר נחתם החוזה עם האב ללא נוכחות הבן.
* **פס״ד בראשי נ׳ בראשי -**הצדדים בפס״ד זה היו עמית ותמיר בראשי (בנו ונכדו של זלמן בראשי) וזלמן בראשי. העסקה בחוזה זה היא עסקת מתנה. השאלה העולה בפסק הדין היא האם הייתה גמירת דעת אצל זלמן בראשי בעת חתימת המסמכים של חוזה המתנה. חוזה המתנה מבטל את הירושה שהייתה קיימת.   
  במקרה זה אנו משתמשים במבחן האובייקטיבי המרוכך. היה נראה כי בראשי האב לא היה מסוגל לגמרי לקבל את ההחלטה של חתימה על חוזה המתנה. אנו צריכים להסתכל על המצב של האב מנקודת המבט של אלה הנמצאים בצד השני של חוזה המתנה.   
  מה העובדות במקרה זה?   
  בראשי האב חתם על החוזה בתוך רכב, בנוכחות עורכי דין ששימשו לעדים, בזמן פיצוח גרעינים. בראשי האב חתם ארבע פעמים על החוזה, ועלה כאן טענה שתמיר ועמית בראשי רצו שיתקיים חוזה המתנה על מנת לשמור על ליכוד החברה, וזה היה רצון עיקרי אצל בראשי האב (שימור על ליכוד החברה).   
  הצד השני טוען שבראשי האב הוצא מתוך מרכז סיעודי, ושהותו שם מראה שהוא לא היה כשיר. ישנן עדויות שמראות על חוסר צלילות דעת בהתנהגותו.   
  ביהמ״ש פסק כי לא התקיימה פה פסיקת דעת. הייתה הבנה שלמרות שהדברים נראים כאילו התקיים פה חוזה מנקודת מבט חיצונית, לא הייתה צלילות דעת מוחלטת אצל בראשי האב.
* **פס״ד בוטקובסקי נ׳ גת –**

בני הזוג גת קנו דירה מבוטקובסקי. הייתה הסכמה בכתב על מחיר בה נכתב שהחוזה המפורט ע״י עורכי דין יגיע בעוד יומיים. בסופו של דבר נמכרה הדירה למישהו אחר.   
לפי סעיף 8 בדיני החוזים בעסקת מקרקעין יש דרישת כתב. דרישת הכתב לא מחייבת חתימה.   
האם הייתה גמירת דעת?   
האינדיקציות במקרה זה הן לחיצת ידיים, קיומו של מסמך כתוב, הרמת כוסית.   
ביהמ״ש מחליט שהיה חוזה, וזאת בעיקר בגלל המילים שבמסמך הכתוב. בעיקר חסמה פה חתימה של שני הצדדים.   
המבחן האובייקטיבי המרוכך – בוטקובסקי רצה ליצור רושם כלפי בני הזוג גת שיש חוזה, וזאת כדי לוודא שיהיה לו קונה לנכס במידה ולא ימצא קונה טוב יותר.   
האם האדם הסביר בנעליהם של בני הזוג גת היה חושב שנוצר פה הסכם? מאחר ובוטקובסקי דאג ליצור את הרושם שכן, כל אדם סביר היה מבין שיש פה חוזה. בסיטואציה בניהם זה מה שהיה מובן, ולכן יש פה חוזה (יחסים משפטיים מחייבים).   
חתימה היא העדה מאוד טובה על גמירת דעת, מאחר והיא יחסית ודאית. לפעמים, יש לוותר על קיומה של חתימה. במקרה זה, אנו מוותרים על חתימה על מנת להרוויח את האלמנט של הצדק. למרות שהחתימה היא כלי מאוד נוח וחשוב, היא לא תמיד משקפת את כל המציאות.

צורת החוזה

**ס׳ 23 לחוק החוזים (חלק כללי)** קובע כי חוזה יכול להיות בעל פה, בכתב או בצורה אחרת, אלא אם כן יש צורה אחרת המתחייבת ממהות החוזה מחוק או מהסכמה בין הצדדים. בנוסף, ישנם סוגי חוזים המחייבים דרישת כתב, כמו חוזה במקרקעין (**ס׳ 8 לחוק המקרקעין** דורש שצורת החוזה תהיה בכתב).

**מקרים מיוחדים**

1. גבולות דיני החוזים – ישנם מקרים מסוימים בדיני החוזים בהן יש הסכמה אך לא מתקיים חוזה מחייב. ביהמ״ש אומר שאלו הם לא מקרים משפטיים שיש לדון בהם. זהו העולם של הסכמים אישיים, משפחתיים. אלו הם מקרים שנמצאים מחוץ לגבולות עולם החוזים. הסכמים שקשורים ללימודים, למשל, הם לא בהכרח חוזים משפטיים. הבטחה להינשא, למשל, היא הסכם אישי ( **פס״ד פלונית נ׳ פלוני**).
2. אי הבנה – זהו מצב בו כל הצדדים התכוון למשהו אחר. אנו מסתכלים על זה בצורה של העדה חיצונית על גמירת דעת. אם מבחוץ ביהמ״ש יכול להעיד מה הייתה ההסכמה אז יש חוזה. לעומת זאת אם ביהמ״ש מסתכל על הסיטואציה ולא מצליח להבין מה הייתה הכוונה במצב לא מתקיים חוזה.
3. טענת האפסות – עד עכשיו, בגדול, כל הדברים היו עקביים והגיוניים. נתחיל ממקרה לדוגמא (**פס״ד הדר חברה לביטוח נ׳ פלונית**). בני זוג באו לקחת משכנתא מהבנק. כעבור זמן הם איחרו בתשלומי המשכנתא. הבנק הגיע לעכל את הנכס. האישה (פלונית) טענה שבעלה איים עליה במעמד לקיחת המשכנתא שאם לא תגיע איתו לבנק הוא יתגרש ממנה. היא טוענת שיש לה בעיה נפשית מוכרת, ושלא הייתה לה גמירת דעת במעמד לקיחת המשכנתא.

מנקודת מבט אובייקטיבית זה נראה כאילו יש גמירת דעת, וגם מנקודת מבטו של הבנק זה היה נראה כך. השופטת ארבל טוענת את טענת האפסות. מודגש העניין שזה משהו חריג מאוד, אך במקרים נדירים שבהם למרות לפי המבחנים הרגילים לגמירת דעת נראה כאילו מתקיימת גמירת דעת ישנה שלילה מוחלטת של הרצון, יפסק כי אין גמירת דעת ואין חוזה.   
**בפס״ד בנק איגוד** אומרת השופטת דורנר שלמרות שהיה מקרה שבו ארבל טענה את טענת האפסות זוהי אינה הלכה במשפט.

**שיעור 3 – 21.10.18**

אחד הדברים המרכזיים בהם דנו בנושא גמירת דעת הוא שגמירת דעת של צד בחוזה נבחנת מנקודת מבטו של האדם הסביר בנעלי הצד השני.

נרחיב לגבי מקרים מיוחדים בדיני החוזים:

אלו הן לא סוגיות מרכזיות ולא סוגיות שמתעוררות הרבה.

**גבולות דיני החוזים:**

האם הפרת הבטחה נכללת בתור הפרת חוזה? מדוע הבטחה אינה נחשבת חוזה?

הבטחה היא לא הסכם משפטי, ואת זה אפשר לדעת מאחר ולא מתקיימת כאן גמירת דעת (רצון של שני הצדדים ליצור יחסים **משפטיים** מחייבים). יכול להיות שמבחינה מוסרית הפרת הבטחה היא מעשה לא תקין, אך מבינה משפטית היא לא עומדת כעילה לתביעה.

למה קיים הפער בין משפט למוסר מבחינה של הפרת הבטחה? ההסבר הפשוט הוא שביהמ״ש מכבד את רצון הצדדים, כמקובל בדיני החוזים. ביהמ״ש הוא לא המקום לנהל דיונים בנושאים שהם לא משפטיים. אנו צריכים להיות ערים לקיום של הפער הזה. הרבה פעמים ישנו גם הטיעון המוסדי, שלביהמ״ש אין זמן לעסוק בסוגיות הקטנות האלו, זה יצור עומס במוסדות המשפט.

מהם ההבדלים בין הסכמה משפטית (חוזה) לבין הסכמה שאינה משפטית (הסכם ג׳נטלמני)?

חוזה עסקי, למשל, יכול להיות חוזה מסחרי, חוזה צרכני או חוזה פרטי.

בהקשר של חוזה עסקי, זהו הלב המסורתי של דיני החוזים. ביהמ״ש לרוב נוטה לקשר הסכם עסקי לחוזה. יכול להיות מצב בו יש חוזה עסקי שאינו מחייב משפטית, אם הצדדים מעוניינים בכך.

בכל הנוגע להסכם בין בני משפחה, התפישה הישנה קובעת כי הסכמים בין בני משפחה בדרך כלל לא תקפים בבית המשפט, ולרוב ביהמ״ש ימנע מלהתערב. התפישה החדשה בנוגע להסכמי משחה היא שלביהמ״ש יש סמכות להכיר בהסכמי משפחה כהסכמים משפטיים מחייבים. ביהמ״ש לא בהכרח יאפשר לבני משפחה לברוח מההנחה שלא ניתן להכיר בחוזים אלו במובן המשפטי.

ב**פס״ד פלונית נ׳ פלוני** עוולה לנו מצב בו שני אנשים שהיו נשואים רצו להתחתן, והבטיחו אחד לשני כי יעזבו את בני זוגם הנוכחים על מנת להינשא אחד לשני. האישה הייתה עובדת של הגבר במפעל, והוא עודד אותה להתגרש ואף מימן לה את הליכי הגירושין. לאחר גירושיה וילד משותף לשניהם הוא החליט לא לעזוב את אשתו הראשונה. נפסק כי על מנת שיהיה חוזה יש לבדות העדה חיצונית על גמירת דעת ואם יש להסכם תוקף משפטי מחייב.

מקרה זה מציג מגבלה של העדה חיצונית לגמירת דעת. בסיטואציות כאלו קשה להבחין בהעדה, כי מראש הצדדים לא ניגשים למקרה עם מחשבה על תביעה במקרה של הפרה. במקרה זה ביהמ״ש בדק. את ההסתמכות של האישה על הגבר ואת ההפסדים שנגרמו לה בחוזה בניהם.

בבחינת הסכמים אישיים (הסכמים ג׳נטלמניים), יכולים להיות להסכמים אלו משקל כבד באופן אישי, אך אין להם תוקף משפטי. הפרת ההסכם יכול להיות לא ראוי מבחינה מוסרית, אבל

המערכת המשפטית אינה מתאימה להסדיר יחסים אלו, ומעבר לכך, התערבות שלה עלולה להיות הרסנית למערכות יחסים אלו.

בבחינת הסכמים לימודיים ותחרויות, אלו לא מוסדרים מבינה משפטית. גם במידה ומתקיים היבט חוזי מסוים בית המשפט שומר את הזכות של מארגני התחרות/מוסד הלימודים להתנהל באופן עצמאי.

**טענת האפסות:**

הרבה פעמים המצב המשפטי לא ברור עד הסוף. יש לנו פסק דין של השופטת ארבל שמיישם את טענת האפסות, ובפסק הדין הזה יש שני שופטים שמסכימים איתה. מדובר בהלכה חריגה שלא ברור שמתיישבת במשפט הישראלי. פסק הדין הזה במובן מסוים סותר מהותית את רוב שאר הפסיקה הקיימת. קשה ליישב את ההגיון של פסק הדין הזה עם הפסיקה במדינת ישראל.

טענת האפסות אומרת שכשיש שלילה מוחלטת של הרצון אז אין גמירת דעת. עד עכשיו אמרנו שלא ממש משנה מה קורה בראש של אדם, אלא שמה שמשנה זה מה היה קורה בנעליו של אדם סביר בצד השני. השופטת ארבל דואגת להדגיש שטענת האפסות מתקיימת רק במקרים מאוד חריגים וקיצוניים. השופטת דורנר דואגת להדגיש בפסק דין מאוחר יותר שטענת האפסות היא לא חלק מההלכה הכוללת במשפט הישראלי.

מה הצדק מאחורי טענת האפסות?   
כאשר מדובר באדם שלא כשיר לדין, ניתן להעלות את טענת האפסות. זהו טיעון של צדק. הטיעון שעומד מול הצדק הוא וודאות. איך נוכל לדעת בוודאות שלא התקיימה כאן גמירת דעת? לא נוכל לאמץ כלל משפטי שאנו בוחנים גמירת דעת בצורה סובייקטיבית.

**אי הבנה:**אי הבנה הוא מצב בו כל צד בחוזה התכוון לשני דברים שונים לגמרי ומהסתכלות חיצונית אי אפשר להבין מה הכוונה בחוזה. ישנה גמירות דעת, שני הצדדים רצו ליצור יחסים משפטיים מחייבים אך לא ברור לגמרי לגבי מה. אי הבנה שונה ממצב של טעות.  
הכי קל להסביר את דוקטרינת אי ההבנה היא דרך מסוימות.

מסוימות

המסוימות היא איזושהי מסה קריטית של פרטים שמתוכם אנחנו יכולים להגיד על מה הצדדים הסכימו. דרישת המסוימות מעוגנת ב**ס׳ 2 לחוק החוזים (חלק כללי)**.

**פס״ד דור אנרגיה נ׳ חאג׳ אחמד סמיר:**מדובר בחוזה שיווק בלעדי של דלקים. בפסק הדין מוצגת מערכת יחסים מורכבת בין הבעלים של חברת הדלק ״דור אנרגיה״. חאג׳ אחמד סמיר הוא הבעלים של תחנת דלק, ו״דור אנרגיה״ היא חברת הדלק. ״דור אנרגיה״ רוצים לקנות מאחמד את הזכויות הבלעדיות לשיווק הדלק.   
תחנת הדלק של אחמד עובדת כבר שנים רבות עם חברת ״דלק״, ובסופו של דבר גם תמשיך לעבוד עם חברת דלק. לקראת סיום החוזה של אחמד עם ״דלק״ נכנס אחמד למשא ומתן עם חברת ״דור אנרגיה״ והגיע להסכם בלעדיות איתה, בו הוסכם שיודפס חוזה עליו יחתמו שני הצדדים.   
שאלת המסוימות וגמירת הדעת העולה בפסק דין זה:   
העליון פסק שהתקיים חוזה תקף ומחייב בין ״דור אנרגיה״ לאחמד.   
מבחינת גמירת דעת, אחמד טען שלא התקיימה גמירת דעת מאחר ולא הוא חתם על ההסכם אלא עורך דינו הוא זה שחתם. ביהמ״ש פוסק שהייתה גמירת דעת למרות טענתו של אחמד.

מבחינת המסוימות עולה בעייתיות.   
בחוזה היו חסרים פרטים, למשל, רשימת הציוד (רשימת הציוד ש״דור אנרגיה״ צריכה לספק לתחנת הדלק). למרות המחסור בפרט של רשימת הציוד, ביהמ״ש פוסק שזהו לא פרט מהותי בחוזה וזהו פרט שניתן להשלים אותו לפי נוהג או חוק.   
רק במידה וחסר פרט מהותי בחוזה הוא יגרע מדרישת המסוימות.   
איך יודעים מה נחשב לפרט מהותי ומה לא? אין תשובה ברורה לשאלה זו.   
הפרט החסר יכול להיחשב ללא מהותי במידה והצדדים כבר הגיעו להסכמה כוללת. במידה ואין הסכמה כוללת בין הצדדים, הפרט יכול להיחשב מהותי ולפגוע בדרישת המסוימות.   
אם הצדדים חושבים שהפרטים שמתקיימים בחוזה מספיקים כדי שיהיה חוזה, אזי יש גמירת דעת והחוזה עומד בדרישת המסוימות (כנראה) ולכן ישנו קשר חזק ומהותי בין הדרישות למסוימות וגמירת דעת.   
אם אנחנו חושבים שיש גמירת דעת אנחנו בדרך כלל נחשוב גם שיש מסוימות, ואם אנחנו חושבים שאין גמירת דעת אנחנו כנראה נחשוב גם שאין מסוימות.

האם המסוימות היא דרישה עצמאית שעומדת בפני עצמה או שהיא מגיעה יד ביד עם דרישת גמירת הדעת?

**פס״ד עדני נ׳ דוד:**עדני הוא הקונה של חנותו של דוד. זהו חוזה מכר. בין הצדדים התקיים זיכרון דברים ובמצב כזה עלינו להבין את נוסחת הקשר. האם זיכרון הדברים הזה נועד להיות הסכם סופי ומחייב או שהוא שלב בדרך?השאלה המשפטית העולה פה היא שאלה של גמירת דעת ומסוימות.   
יש לנו כאן פרט חסר. כמו בדור אנרגיה, בנספח שכתבו הצדדים צוין שהחוזה הסופי יוכן עד ה13.09.05.   
ביהמ״ש פסק כי לא התקיימה כאן גמירת דעת וזאת מאחר וחסר כאן פרט מהותי (תנאי תשלום) שלא ניתן להשלים על פי חוק או מנהג. השופט פורמן אומר לנו שני דברים:

1. **לא הייתה גמירת דעת** – לא הייתה כוונה של הצדדים שההסכם שנכתב בניהם יהיה הסופי והמחייב (הם לא הסכימו על פרטי התשלום לכן איך יכול להיות שהתכוונו שזה יהיה החוזה הסופי?).
2. את הפרט החסר **לא ניתן להשלים** על פי חוק או מנהג.

השופט עמית בדעת מיעוט אומר לנו שכן הייתה גמירת דעת ושהפרט החסר הוא לא מהותי, אפשר להשלים את העסקה גם בלעדיו.

**שיעור 4 – 25.10.18**

המסוימות בדרך כלל עוקבת אחרי גמירת דעת. כשעולה שאלת המסוימות יש לנו פריטים שקיימים בחוזה ופריטים החסרים בחוזה. השאלה הראשונה שעלינו לשאול היא אם הפריטים שמתקיימים בחוזה הם הפריטים שבעיקר ובבסיס החוזה והם המהותיים בחוזה? השאלה השנייה שעלינו לשאול היא האם הפריטים החסרים הם משמעותיים ולא יכול להתקיים חוזה במידה ואין הסכמה על אלו?

סקירה היסטורית של התפתחות המסוימות במשפט

נדבר על פסיקה קצת ישנה אבל בכל זאת משמעותית במשפט.

את **השלב הראשון** בדרישת המסוימות נציג דרך **פס״ד קופולסקי נ׳ גני גולן**.

פסק הדין מדבר על מכר מקרקעין, יש בה איזשהו זיכרון דברים ומסמך כלשהו של הסכם בין הצדדים. בהסכם חסר פרט. **השופט עציוני** מחליט על רשימה שבהיעדר אחד הפרטים בה לא תתקיים מסוימות ולכן גם לא יתקיים חוזה. מאוחר יותר נקראה רשימה זו ״רשימת עציוני״.

הפרטים שצריכים להתקיים על מנת שתהיה מסוימות ויתקיים חוזה:

1. שמות הצדדים
2. מהות הנכס
3. מהות העסקה
4. מחיר
5. מועדי תשלום
6. הוצאות ומיסים

**הדבר השלילי שעולה מהשימוש בגישה הישנה והנוקשה** של ״רשימת עציוני״ הוא שאדם שלא מכיר את החוק בצורה מדויקת יכול לצאת מופסד מאי ידיעת החוק במידה ולא ידע על אחד הפרטים שצריכים להתקיים על מנת שתהיה מסוימות ויתקיים חוזה.

**הדבר החיובי שעולה מהשימוש בגישה הנוקשה** הזו הוא שאלו הם כללים חדים, ואלו טובים כי הם מצמצמים את שיקול הדעת של השופט. בצורה זו יהיה פשוט להחליט האם מתקיימת גמירות דעת ונכרת חוזה בין הצדדים.

הגבלת שיקול דעת השופט יכול להיות טוב מאחר ועלינו לחשוד בשופט מדי פעם. אנו מאמינים בהפרדת רשויות ובצורה זו יכולה להיות בקרה על הרשות השופטת. בנוסף, השופטים הם בני אדם ואנחנו רוצים להגביל את שיקול הדעת של השופטים מאחר ושופט צריך להיות חסר דעה. סיבה נוספת להגביל את שיקול הדעת היא אחידות. במקרים דומים יהיו לנו הכרעות דומות, תהיה אחידות בעולם החוזים. הדבר האחרון שחשוב בהגבלת שיקול דעתו של השופט היא קיצור הליכים. כשיש כללים חדים הכל ברור וזמן הדיון בבתי המשפט יתקצר.

הגבלת שיקול הדעת יכולה לבוא לרעתנו, לעומת זאת, כאשר התשובה העולה מן הנוסחה הקבועה היא לא בהכרח נכונה, ואז יש צורך להפעיל שיקול דעת של השופט. כלל חד לפעמים חותך באופן לא נכון, העולם הוא לא פשוט, ויכולים להיות גם מקרים שימצאו בתוך ״שטחים אפורים״. מה שצודק הוא לא תמיד מה שקורה עם הכלל החד. מה שצודק הוא בדרך כלל מה שהצדדים התכוונו, מה הם רצו. בדיני חוזים אנו מאמינים ללכת עם כוונת הצדדים.

אם המסוימות מסקלת את כוונת הצדדים משהו בבחינת המסוימות שלנו לא תקין.

כשיש כלל חד תמיד יהיה מי שימצא מקרי גבול. כשיש שיקול דעת לבית המשפט יש למערכת איך להתמודד עם מניפולציות של הצדדים.

את **השלב השני** בהתפתחותה של המסוימות נציג דרך **פס״ד רבינאי**.

**השופט ברק** פוסק לנו שכאן עולה שינוי בגישה למסוימות. יש לנו סיטואציה של זיכרון דברים בנכס מקרקעין, קונה ומוכר. המוכר רוצה להשתחרר מהחוזה והקונה רוצה לאכוף את החוזה. המוכר טוען לאי גמירת דעת, מחסור מסוימות ומחסור בדרישת הכתב.

כשיש זיכרון דברים אפשר להבין את המצב בשני דרכים: או שזהו הסכם מהותי שמייצר חוזה או שזהו הסכם ביניים שנכתב על מנת לתעד את ההתקדמות במשא ומתן.

חסרים לנו פרטים בחוזה, אך השופט ברק אומר לנו שזה לא משנה, ויש לנו את האפשרות להשלים דברים.

ברק אומר לנו שמה שאנחנו צריכים זהו גרעין המסוימות. ברגע שיש גרעין קטן של מסוימות את כל שאר הפרטים תוכל להשלים.

את **השלב השלישי** בהתפתחותה של המסוימות (פרטים שניתן להשלים) ניישם דרך פסקי הדין הבאים:

**פס״ד זוניינשטיין נ׳ גבסו:**

בשני פסקי הדין האלה **השופטת בן פורת** אומרת לנו שבמידה והצדדים אמרו שידונו בפרט מסוים בעתיד אין מסוימות ואין חוזה.

**בפס״ד** **״דור אנרגיה״** עולה נושא הפרט המהותי. אומרים לנו משהו קצת שונה מפס״ד זוניינשטיין נ׳ גבסו, והוא שכשהפרט החסר שאמרו שידונו בו בעתיד הוא שולי ולא מהותי לעיקר החוזה מתקיימת מסוימות. לעומת זאת, במידה ואמרו שידונו בפרט החסר בעתיד הוא שנוי במחלוקת הוא מהותי לא מתקיימת מסוימות ועל כן לא מתקיים חוזה.

אם קוראים את דעת הרוב **בפס״ד עדני** לא כל כך ברור מה נאמר שם. נראה כי דעת הרוב (השופט פוגלמן) שנויה במחלוקת. בסופו של דבר הוחלט כי לא מתקיימת מסוימות מאחר והפרט החסר היה פרט מהותי לדעת הרוב, אך במהלך הדיון עלו גם פס״ד דור אנרגיה וגם פס״ד גבסו ולא היה ברור מהי ההלכה בדיוק. שני הדברים שנאמרים בפס״ד גבסו ובפס״ד דר אנרגיה הם מאוד דומים וההבדל בניהם הוא דק מאוד, והם לא בדיוק סותרים אחד את השני.

יש בפסיקה איזושהי חוסר בהירות אך השופטים לא מכריעים בו ולא נכנעים לחוסר הבהירות כל כך בקלות. הספק מתעורר כשיש פרט שהוחלט שידונו בפרטים בהמשך אבל לא מתקיימת שום הוכחה שהפרט היה מהותי וקונקרטי או שנוי במחלוקת. במצב כזה כל עורך דין יעלה את הפסיקה המתאימה לטענתו ולטובת הצד שלו והשופטים יצטרכו להכריע בין ההלכות.

המבחן שנוהג היום הוא המבחן בעדני. הוא יחסית עמום, מאחר והוא מסתמך על גמירת דעת וגמירת דעת בעצמה מוגדרת בצורה עמומה.

הדרישות האלו נתפסות כתומכות אחת בשנייה. אם יש מסוימות גמורה והרבה פרטים שסגורים בין הצדדים זה מחזק את ההנחה שמתקיימת מסוימות. במידה רבה אך לא תמיד, מסוימות כפופה לגמירת דעת. אם לא מתקיימת מסוימות כנראה שלא מתקיימת גמירת דעת.

נניח שיש לנו פרט חסר בחוזה ונניח שהוא לא מהותי, אזי יש לנו חוזה. אבל, צריך להשלים את הפרט החסר. איך אנו משלימים את הפרט החסר?

זה מסביר לנו קצת את הרתיעה של ביהמ״ש מלהכריע שמתקיים חוזה כשיש דרישה להשלים פרטים. בסופו של דבר זה תפקידו של ביהמ״ש להשלים את הפרט החסר במידה ועולה הצורך.

משלימים את הפרט החסר קודם כל לפי הנוהג. קודם כל לפי הנוהג בצדדים הספציפיים של הדיון. במידה ולא קיים נוהג בין הצדדים מתנהלים לפי הנוהג שמתקיים במקרים דומים.

אבל מה קורה במידה והמקרה שלנו חריג? במידה והחוזה הוא לא טיפוסי לא טוב להשלים אותו לפי חוזים אחרים. במקרה כזה עורכי הדין יעלו טענה במהלך הדיון בבית המשפט שלא ראוי להשלים את החוזה המתקיים עקב היותו חריג. אבל, הפרטים שלא יושלמו רק לגבי הפריטים שיוצאים דופן, הפריטים החסרים. יכול להיות שפריט חסר אחד יהיה חריג בחוזה ואחד אחר יהיה לפי הדין המקובל.

מנגנוני השלמה של פרטים בחוזה

במקרה בו יש לנו גמירת דעת, יש מסוימות, וחסר פרט אחד או פרטים לא מהותיים, יש כמה דרכים בהן בית המשפט יכול להשלים את הפרט על מנת שהחוזה יהיה אכיף.

**אחד המנגנונים** להשלמת פרטים הוא עקרון הביצוע האופטימלי – יש לנו צד שרוצה להשתחרר מהחוזה ויש לנו צד שרוצה לאכוף את החוזה. הפרט שרוצה להשתחרר מהחוזה טוען שאין מסוימות. הפרט שרוצה לאכוף את החוזה ינסה לעשות הכל כדי שהפרט החסר יהיה מרוצה מהשלמת הפרט החסר ואז לא יוכל לטעון לחוסר מסוימות. לכן, במידה ולמשל הפרט החסר הוא מועדי תשלום ועולה טענת חוסר המסוימות לגבי הפרט הזה על מנת להשתחרר מהחוזה הצד הקונה יציע לשלם מתי שרוצה הצד המוכר לקבל את התשלום. בצורה כזו הפרט הופך ללא מהותי ואז יוכל הצד הקונה לטעון שמאחר וזה לא פרט מהותי ניתן להשלים אותו, ובית המשפט יוכל לקבוע שמתקיימת מסוימות.

**מנגנון שני** להשלמת פרטים בחוזה הוא השלמה לפי הוראות חוק דיספוזיטיביות בדיני החוזים – **ס׳ 46 לחוק החוזים** אומר שניתן להשלים את במידה והפרט החסר הוא המחיר, מאחר ופרט זה לא משנה כלום בחוזה. אם חסר לנו המחיר בדרך כלל הוא שנוי במחלוקת, אבל ס׳ 46 מעלה סייג למקרה זה ואומר שלמרות שרוב הזמן המחיר הוא פרט מהותי בחוזה, במידה והתשלום הוא סמלי ולא מהותי אפשר להשלימו. המחיר במקרים כאלה יקבע לפי מדד מסוים, לפי מנגנון הסכמה מקובל.

**מנגנון שלישי** להשלמת פרטים חסרים בחוזה הוא מנגנון מוסכם המדבר על השלמת הפרטים לפי מה שהצדדים קבעו (במצב בו הצדדים החליטו כי ישלימו את הפרטים בהמשך). במקרה זה הצדדים כבר קבעו בצורה עצמאית את דרך השלמת הפרטים החסרים (למשל, הערכת שמאי).

**מנגנון רביעי** אליו ניתן לפנות על מנת להשלים פריטים חסרים בחוזה הוא השלמה לפי נוהג. על פי מנגנון זה, ניתן לפנות להסכמים דומים בתכליתם ולהשלים על פי הנוהג בהסכמים דומים.

**מנגנון חמישי** בו נוכל להשתמש על מנת להשלים פריטים חסרים בחוזה הוא מנגנון השלמה בעזרת סבירות והיגיון, על פיו משלימים פרטים לפי הדרך המקובלת ועיקרון תום הלב.

אנו נוגעים בשלב פרטי ההשלמה רק אחרי שמסכימים שהתקיים חוזה, ואז משלימים אותו לפי נוהג, לפי החוק, לפי עקרון הביצוע האופטימלי.

דרישות צורת החוזה:

סעיפים 7 ו-8 בחוק המקרקעין הם חלק מדרישת צורת החוזה.

תחולת דרישת הכתב

סעיף 7 דן ברישום, והרישום משמעותו רישום בטאבו לצורך העברת בעלות. העברת הבעלות מתקיימת ברגע הרישום. הזכות שעולה מסעיף זה היא זכות חפצה, למשל בעסקת מקרקעין, זכות חפצה על דירה.

סעיף 8 דן בדרישת הכתב, ודרישת הכתב מתייחסת לחוזה. חוזה זו התחייבות לעסות עסקה, התחייבות להעביר את הנכס, בעסקאות מקרקעין. הזכות שעולה מדרישת הכתב היא זכות גברא, זכות לקבל את הבעלות על הדירה בעתיד.

מהי עסקה במקרקעין?

בדרך כלל עסקאות מכר, שכירות ארוכת טווח (מעל חמש שנים). סעיף 1 לחוק המקרקעין מגדיר מהן עסקאות במקרקעין. סעיף 79 לחוק המקרקעין מגדיר את דרישת הכתב במקרקעין רק לשכירות של מעל חמש שנים, ולכן בשכירות של שנה, למשל, לא חייבת להתקיים דרישת הכתב על מנת שיתקיים חוזה.

**פס״ד גרוסמן נ׳ בידרמן:**

השאלה המשפטית בה עסק פסק דין זה היא האם דרישת הכתב היא מהותית וראייתית? נפסק כי דרישת הכתב היא דרישה מהותית. מה הכוונה בדרישה מהותית?

השופט זוסמן מאוד מוטרד מהשאלה האם דרישת הכתב היא מהותית או ראייתית. כלומר, הדרישה הראייתית באופן בסיסי אומרת שצריך כתב, ויש דרישה לכתב אבל צריך את הדרישה זו כדי להוכיח שהייתה הסכמה ושמתקיים חוזה. במידה ולא התקיים כתב אין אפשרות להוכיח חוזה.

הדרישה המהותית אומרת שהכתב הוא ההסכמה החוזית, החוזה עצמו.

אם אנחנו צריכים כתב רק כדי להוכיח הסכמה אנחנו יכולים להסתפק בהרבה יותר דברים, כלומר הדרישה הרבה יותר גמישה. זה יכול להיות מסמך מהליך המשא ומתן שמעיד שהייתה הסכמה. זהו מסמך שהוא ראיה להסכמה, שדרכו אפשר ללמוד שהייתה הסכמה בין הצדדים.

ההבדל בין דרישה מהותית לדרישה ראייתית הוא מאוד דק, והשוני הוא מבחינת המסוימות. אם הדרישה המהותית זה אומר שמה שהוסכם בחוזה בנינו זה רק מה שהוסכם בכתב בנינו. אם יש דברים שלא מופיעים בכתב הם לא חלק מהחוזה, ואז חסרים לנו פרטים מבחינת מסוימות. במידה ואפשר ללמוד על הפרטים החסרים מהסכמות בעל פה זה לא מספיק כי דרישת הכתב היא מהותית ולא ראייתית. מאחר והדרישה היא מהותית מה שלא מופיע בכתב ופרטים שלא נמצאים בחוזה הכתוב מבחינתנו הם פרטים חסרים.

במקרה בו יש לנו מסמך כתוב שמעיד על הסכמה בין הצדדים, לפי הגישה הראייתית מתקיים לנו חוזה. ההסכמה בין הצדדים מעידה על גמירת דעת. במידה ואנו הולכים לפי דרישת הכתב המהותית לא מתקיים כאן חוזה כי הדרישה המהותית דורשת את החוזה עצמו כראייה, דורשת את ההסכמה בכתב בין הצדדים.

בפסק הדין היו מסמכים בכתב, התקיימה הסכמה על חוזה עתידי בכתב, הייתה הסכמה כנראה אך היא לא הייתה בכתב. החוזה הסופי לא נכתב עדיין ובגלל שנפסק כי דרישת הכתב היא מהותית נפסק גם כי לא התקיים כאן חוזה.

אנחנו יודעים שאפשר להשלים פרטי מסוימות. נניח שיש לנו מסמך כתוב ולא מופיעים בו פרטי התשלום. פרטי התשלום הוסכמו בין הצדדים בעל פה אך לא נכתבו. למרות זאת, בגלל שדרישת הכתב היא מהותית זהו פרט שעלינו להשלים אך זה לא מעיד על זה שלא התקיים חוזה. מאחר שיש ראיות לכך שהייתה הסכמה בין הצדדים לגבי התשלום אנו יודעים שהפרט לא שנוי במחלוקת ולכן אפשר להשלים אותו.

כשפסק דין זה היה מאוד רלוונטי דרישת המסוימות הייתה מאוד נוקשה, ואז ההבחנה בין דרישת כתב מהותית ודרישת כתב ראייתית הייתה מאוד חשובה. היום מאחר ודרישת המסוימות היא פחות נוקשה מפעם, אין משמעות גדולה מאוד להבדל בין דרישת הכתב הראייתית לדרישת הכתב המהותית.

**פס״ד בוטקובסקי נ׳ גת:**

יש לנו מסמך כתוב שהוא לא החוזה, אך הוא יכול להעיד על החוזה. ביהמ״ש כיום אומר שאם המסמך מעיד על הסכמה בין הצדדים הוא נחשב כחוזה, במיוחד כשהוא בכתב.

בבוטקובסקי היה לנו מסמך מוקדם, איזשהו זיכרון דברים. המסמך הסופי בכתב לא נערך עדיין, היה תאריך מסוים לחתימה על החוזה הרשמי, אבל מה שבית המשפט אמר זה שהמסמך הקודם הוא החוזה והוא מספק את דרישת הכתב.

המשמעות של דרישת הכתב כדרישה מהותית כמעט רוקנה מתוכן. בהרבה מאוד מקרים אפשר פשוט לקחת את ההסכמה הקודמת שהייתה בכתב ולהשתמש בה כהעדה לחוזה.

מבחינה מבנית ביהמ״ש פה מתגמש לגבי מה שהוא רואה כהסכמה החוזית.

אין ספק שגילוי הדעת של הצדדים לאורך המשא ומתן משפיע על החלטת ביהמ״ש לגבי גמירת דעת.

התוצאה בפסק דין זה היא פסיקה על קיומו של חוזה בהשפעת חוסר תום הלב של אחד הצדדים.

הדרישה לכריתת חוזה היא קודם כל גמירת דעת, לכן עולה השאלה מה המשמעות של תום לב לעניין כריתת חוזה?

הדרישה שאנחנו מדברים עליהן עד עכשיו אלו הן דרישות שמקימות את החוזה.

משמעותה של דרישת הכתב לעניין חתימה

כתב לא בהכרח אומר שאנחנו צריכים חוזה מושלם. השאלה כמה כתב צריך על מנת למלא את דרישת הכתב היא שאלה עמומה. מה נחשב מספיק כדי לקיים את דרישת הכתב?

בפס״ד בוטקובסקי נפסק כי אין חובה גמורה לחתימה על מנת שתתקיים דרישת הכתב.

**שיעור 5 -28.10.18**

הצעה וקיבול

הנושא האחרון בכריתת החוזה הוא הנושא של הצעה וקיבול. הסעיפים הנוגעים להצעה וקיבול הם **סעיפים 1-11 לחוק החוזים**, ו**ס׳ 60 לחוק החוזים**. **ס׳ 1 לחוק החוזים** מגדיר לנו כי ״חוזה בדרך של הצעה וקיבול לפי הוראות פרק זה״.

מה שאנחנו לומדים מהסעיפים הראשונים של החוק הוא שאנחנו צריכים גמירת דעת ומסוימות אצל שני הצדדים של החוזה (מציע וניצע). המציע הוא מי שנותן את ההצעה והניצע הוא מי שיכול לקבל את ההצעה.

בהרבה מקרים כל שאר הסעיפים של הצעה וקיבול (אחרי הסעיפים הנוגעים בגמירת הדעת) לא רלוונטיים ולא מתעוררים בכלל. כל עוד יש גמירת דעת ויש מסוימות מתקיים לנו חוזה.

מהי כריתה בין נעדרים?

כריתה בין נעדרים היא כריתה המתקיימת כאשר שני הצדדים לא נמצאים באותו המקום ובאותו זמן. במצב כזה עולה השאלה של פגישת רצונות בצורה יותר משמעותית.

ברגע שיש פער זמנים ופער גאוגרפי מתעורר הנושא של הצעה וקיבול מאחר ואנחנו רוצים לבדוק האם הרצונות של שני הצדדים נפגשו.

**הצעה**

לפי **ס׳ 2 לחוק החוזים (חלק כללי)**, ״פנייתו של אדם לחברו היא בגדר הצעה, אם היא מעידה לגמירת דעתו של המציע התקשר עם הניצע בחוזה והיא מסוימת כדי אפשרות לכרות את החוזה בקיבול ההצעה; הפניה יכולה שתהיה לציבור״.

ההגדרה של **הצעה** היא פנייה שיש בה מספיק גמירת דעת ומסוימות כדי שיהיה אפשר להפוך אותה לחוזה בקיבול ההצעה. כלומר, זו פניה שהצד הניצע יכול להשיב לה בחיוב ויהיה לנו חוזה. כל פנייה שהיא פחות מזה היא הזמנה בלבד ולא הצעה. הזמנה היא הצעה לשבת למשא ומתן.

חזרה מן ההצעה

ב**ס׳ 3 לחוק החוזים** מופיעים מקרים מיוחדים.

1. **הצעה רגילה** – המציע רשאי לחזור בו מן ההצעה בהודעה לניצע, ובלבד שהודעת החזרה נמסרה לניצע לפני שנתן הודעת קיבול. במסירת הקיבול נכרת החוזה (**ס׳ 3(א) לחוק החוזים**).
2. **הצעה בלתי חוזרת –** ״קבע המציע שהצעתו היא ללא חזרה, או שקבע מועד לקיבולה, אין הוא רשאי לחזור בו ממנה לאחר שנמסרה לניצע״ (**ס׳ 3(ב) לחוק** החוזים).   
   הצעה בלתי חוזרת היא לכאורה הצעה שאי אפשר לחזור בך ממנה, אבל כמובן זה לא מדויק. איך אנחנו יודעים שהצעה היא בלתי חוזרת? או שיש תאריך על ההצעה או שאנחנו אומרים שזוהי הצעה בלתי חוזרת.   
   הצעה בלתי חוזרת אומרת שאני לא יכול לחזור בי מהרגע שההצעה הגיעה לניצע. תהיה אפשרות לחזור בך אם הביטול הגיע אל הניצע לפני שההצעה הגיעה אל הניצע.

מתי הצעה פוקעת?

**האפשרות הראשונה** והמשמעותית ביותר היא שההצעה פוקעת כאשר המציע חוזר בו מההצעה.

ברגע שהמציע מתחרט, במידה והוא עשה זאת לפי הכללים, ההצעה לא רלוונטית ולניצע אין אפשרות לקבל אותה.

לא תמיד מותר לחזור בך מההצעה. בסעיף 3(א) נאמר לנו ש״המציע רשאי לחזור בו מן ההצעה בהודעה לניצע, ובלבד שהודעת החזרה נמסרה לניצע לפני שנתן הודעת קיבול״. כלומר, המציע יוכל לחזור בו מן ההצעה רק לפני שניתנת תשובת קיבול מן הניצע. למשל, אם נשלח מכתב הצעה מהמציע לניצע והמציע מעוניין לחזור בו, עליו לוודא שמכתב ההודעה על הביטול יתקבל לפני שהמציע ייתן הודעת קיבול.

**האפשרות השנייה** היא שההצעה פוקעת כאשר הניצע דוחה את ההצעה.

**האפשרות השלישית** היא שההצעה פוקעת כאשר עבר המועד לקיבול ההצעה. למשל, אם נקבע שהמועד לקבלת ההצעה הוא מחרתיים הניצע יכול לקבל אותה רק עד מחרתיים. במידה והוא מקבל אותה יום לאחר מכן, זו תיחשב כהצעה חדשה העומדת בעצמה.

**האפשרות הרביעית** היא שההצעה פוקעת כאשר מת המציע או הניצע, או כאשר אחד מהם הפך לפסול דין (פסול דין הוא מצב בה אדם הגיע לסיטואציה בה הוא לא יכול לקבל החלטות, ויש לבצע הליך משפטי בו ימונה לו אפוטרופוס. כל עוד לא עבר התהליך האדם לא נחשב פסול דין).

**האפשרות החמישית** והאחרונה היא שההצעה פוקעת כאשר עבר זמן סביר מההצעה.

**סעיף 60(ב)** לחוק החוזים אומר שלא משנה אם הניצע ראה את ההודעה, אלא משנה אם הניצע קיבל אותה, שההצעה הגיעה אליו.

**מהו זמן סביר (מושג שסתום)?**

**פס"ד גורדוס נ' גורדוס**:

בני זוג שהתגרשו והדירה נשארה בבעלות משותפת, הבעל נשאר בדירה ואף הקים משפחה חדשה ואילו האישה נסעה לגור בחו"ל. לאחר כמה שנים האישה שולחת מכתב (המכתב הוא הצעה) לגבר בו היא אומרת שהיא רוצה למכור את החלק שלה בדירה ומציעה לו לקנות את החלק שלה (הבעל הוא הניצע), הניצע משיב למכתב (במישור הפורמלי-עונה על דרישת גמירת דעת), האישה טוענת כי הניצע השיב להצעה לאחר זמן לא סביר, של חצי שנה.

בימ"ש מחוזי טען שמדובר בזמן סביר.

בימ"ש העליון קבע שמדובר בזמן לא סביר ע"פ הפרמטרים הבאים (**השופטת בן פורת**):

1. בדיקה של מערכת היחסים בין הצדדים – זוג מתגרש האישה עוברת לחו"ל, הגבר מקים משפחה חדשה, האינטרס של האישה הוא להתנתק ולהשתחרר מהשותפות בנכסים, והשופטת בן פורת לומדת מהיחסים ביניהם שהם רוצים להשתחרר מהר, לכן תשובה לאחר 6 חודשים אינה זמן סביר.
2. האם צפויה עליה בערך הנכס – אם צפויה עליה אז הזמן הסביר הוא קצר. לא מתקבל על הדעת שהניצע יחכה עד שהערך יעלה ואז הוא יחליט שהוא רוצה לקנות את הדירה בערך הנמוך יותר. בנסיבות המקרה אומר השופטת בן פורת, מאחר והמגמה הייתה עליה של ערך הדירות לא יתקבל על הדעת הזמן שבו הוא המתין ע"מ לקבל את ההצעה.
3. מורכבות ההצעה – אם ההצעה מאוד מורכבת הזמן הסביר ארוך יותר ואם ההצעה פשוטה הזמן הסביר הוא קצר. השופטת בן פורת קבעה כי מורכבות הבדיקה היא פשוטה הבעל מכיר את הדירה ושוויה.
4. מהם המאפיינים של הניצע – האם הוא גוף מסורבל ובירוקרטי או מדובר באדם פרטי. בגוף מסורבל הזמן הסביר הוא ארוך יותר מאדם פרטי.
5. המרחק הגיאוגרפי לא רלוונטי לתשובת הזמן הסביר, כי ניתן להעביר מסרים בצורה אלקטרונית מהירה.

השופט ברק בדעת מיעוט: בבדיקתו מהו זמן סביר הגיע למסקנה הפוכה מהשופטת בן פורת:

1. ראשית, האישה לא הוכיחה שהייתה עליה בערך הנכס.

על זה עונה השופטת בן פורת: על מי נטל ההוכחה? נטל ההוכחה הוא על הבעל שרוצה חוזה מחייב לכן הוא צריך להוכיח שהיה קיבול תוך זמן סביר, בנוסף ערך הנדל"ן באותה תקופה היה בעליה, וזה היה ידוע לכן עליו נטל ההוכחה.

1. אחרי שהאישה נתנה את ההצעה היא שלחה מכתב להורי הבעל שבו היא אומרת שהיא עומדת מאחורי ההצעה, את המכתב היא שולחת 3 שבועות אחרי שהיא שולחת את ההצעה לבעל.

**פס״ד תשובה ואח׳ נ׳ בר נתן:**

יש לנו חוזה מכר של מקרקעין בין שני שותפים בחלקת מקרקעין. המוכר הפוטנציאלי הוא בר נתן והקונה הפוטנציאלי הוא תשובה. יש בין השניים הסכם שותפות קודם בו נקבע כי במידה ואחד הצדדים מעוניין למכור את חלקו בנכס יש לצד השני זכות ראשונית על מכר הנכס. יש פה עניין של איחוד נכסים. דבר נוסף שנאמר בהסכם השותפות בין השניים הוא שההצעה של המכר תישלח בדואר רשום, על מנת שהדבר היה מתועד בצורה מסודרת.

בר נתן מעוניין למכור את חלקו ושולח דואר רשום לתשובה. לאחר מכן הוא מתחרט על המחיר שהוצע בהצעה הראשונה. הוא שולח מכתב ופקס לתשובה בגין השינוי במחיר. הדבר הבא שקורה הוא שתשובה שולח קיבול בדואר רשום על ההצעה הראשונה ורק לאחר קבלת האישור מתקבל בדואר הרישום הביטול.

החוזה הראשוני קבע שהצעה וקיבול צריכים להיות בדואר רשום, אך הביטול לא חייב להיות בדואר רשום.

בהצעה בלתי חוזרת הביטול צריך להגיע לפני ההצעה. זה מה שקורה לנו במקרה הזה, הביטול הגיע בפקס לפני שהגיעה ההצעה בדואר רשום. אם הפקס המבטל היה מגיע אחרי הגעת ההצעה, היה מתקיים לנו חוזה. ההצעה הפכה להיות בלתי חוזרת כשקבעו תאריך בהסכם המקורי שהיה בין הצדדים על ההצעה.

**פס״ד נוה-עם נ׳ יעקובסון:**

בפסק דין זה ישנו חוזה מכר של דירה. המוכרת היא נוה-עם והקונה הוא ד״ר יעקובסון. בחוזה נקבע תאריך סופי לקבלת ההצעה ומספר ימים לפני תאריך זה התקיימה ישיבה בה התבקש מהקונים לשלם חצי מהסכום לקניית הדירה. יעקובסון לא הצליח לגייס עד תאריך זה חצי מהסכום של הקנייה וקם והלך מהישיבה אך יום לאחר מכן הגיע למשרדי החברה עם הסכום המבוקש. המוכרת טענה כי בעזיבתו את החדר יעקובסון דחה את ההצעה.

ביהמ״ש פסק כי אין הדבר נכון ומאחר שההצעה הייתה בלתי חוזרת (מאחר והיה תאריך למועד האחרון לקבלת החוזה) המוכרת לא יכולה לחזור בה.

**קיבול**

קיבול צריך להיות בהודעה. ההצעה היא פנייה שיש בה מספיק גמירת דעת ומסוימות והקיבול הוא הודעה מהצד השני, תשובה חיובית להצעה שגם בה צריך להיות בעלת גמירת דעת ובהתאם לפרטי ההצעה (**ס׳ 5 לחוק החוזים**). קיבול יכול להיות גם בהתנהגות וזאת על פי **ס׳ 6(א) לחוק החוזים**

לפי **סעיף 6(ב) לחוק החוזים** קיבול לא יכול להיות בשתיקה: ״קביעת המציע שהעדר תגובה מצד הניצע ייחשב לקיבול, אין לה תוקף״.

מקרים בהם שתיקה תהווה הסכמה:

* במקרה של נוהג בין הצדדים
* חוזה מוקדם בו הצדדים הסכימו כי הקיבול ייעשה בשתיקה
* הצעה המזכה את הניצע

במצב של הצעה מזכה (רק הניצע מיטיב מההצעה) יש חזקת קיבול, ואת זה אנו יכולים לדעת לפי **סעיף 7** **לחוק החוזים**. חזקת קיבול הכוונה היא שבמידה ולא נעשה כלום מהצד הניצע יש קיבול.

קיבול באיחור

במידה ואנו מקבלים את ההצעה לאחר שפקעה ההצעה דינה כדין הצעה חדשה, וזאת נאמר לנו ב**סעיף 9 לחוק החוזים.**

חזרה מן הקיבול

ב**סעיף 10 לחוק החוזים** מוצבים לנו התנאים לחזרה מהקיבול. עד מתי מישהו יכול לחזור בו מהקיבול?

ניתן לחזור בך מהקיבול בהודעה למציע רק במידה וההודעה תימסר לפני שהתקבלה הודעת הקיבול. מרגע שנמסרה הודעת הקיבול מתקיים חוזה והגיוני שלא יהיה ניתן לחזור בך.

אופציה נוספת לחזור מהקיבול היא במידה והמציע נתן הצעה ואז נודע לו על הקיבול (מבלי שתגיע אליו הודעת הקיבול); מהרגע שהמציע יודע שיש קיבול הניצע לא יכול לחזור בו מהקיבול.

קיבול תוך שינוי

זהו מצב בו הקיבול הוא הצעה חדשה. הניצע משנה את ההצעה הראשונית (״כן, אבל...״), וזאת על פי **ס׳ 11 לחוק החוזים (חלק כללי)**.

**הצעה לציבור, התחייבות חד צדדית ומלחמת הטפסים**

מלחמת הטפסים

זו הסיטואציה המרכזית היום שבה שאלות של הצעה וקיבול עדיין מתעוררת. יש לנו בדרך כלל שני צדדים מסחריים (למשל, ספק וקונה) ולכל אחד יש טופס משלו לגבי העסקה. בטפסים כתובים תנאים מסוימים הקבועים בין הצדדים. במקרה של ספק וקונה למשל, אם יגיע הספק לסופר הספק חותם על הטופס של הקונה והקונה חותם על הטופס של הספק. לפעמים יש פער בתנאים הכתובים בין שני הטפסים. למשל במקרה של ספק וקונה, כשהספק מגיע עם משלוח של חלב לסופר, אך בדרך החלב נשפך. בכל אחד מהטפסים של הצדדים כתוב תנאי אחר לגבי סיטואציה כזו. במצב כזה עלינו להכריע איזה מהטפסים הוא הטופס הצודק? התשובה היא שזה לא לגמרי ברור.

פתרון אחד אפשרי הוא להגיד שלא מתקיים פה חוזה בכלל. זהו דבר שקצת חריף להגיד כי כן הגיעו להסכמה על חלק מהדברים.

הפתרון השני הוא שמתקיים חוזה עם פרט חסר ועלינו להשלים אותו. נשלים את הפרט החסר לפי נוהל בין הצדדים, הביצוע האופטימלי, הוראות השלמה חקוקות. לא תמיד קל להשלים את הפרט.

הפתרון השלישי הוא להגיד שתקף החוזה של הספק. ניתן להגיד זאת מאחר והמשלוח של הספק הגיע ונחתם ע״י הקונה. מצד שני ניתן להגיד גם את ההפיך, שהחוזה המתקיים הוא החוזה של הלקוח, מאחר וגם הספק חתם על חוזהו של הלקוח.

זוהי לא סיטואציה שיש לנו פתרון פשוט אליה במשפט הישראלי.

**שיעור 6 – 1.11.18**

הצעה לציבור

בסעיף **2 לחוק החוזים** נאמר לנו שהצעה יכולה להיות לציבור. במה זה שונה מכל הצעה אחרת?

כשעולה הצעה לציבור, מה ההבדל בין הצעה להזמנה?

גם הצעה וגם הזמנה הן פניות. הזמנה היא מצב בו המוכר מזמין למשא ומתן. הצעה מבטאת גמירת דעת. הצעה היא משהו רציני שבעזרת קיבול אפשר להפוך אותו לחוזה.

בדרך כלל נהוג לומר שמשהו כמו מודעה באתר אינטרנט למכירת דירה ייחשב להזמנה. אין כאן את הכוונה שברגע שמישהו יהיה מעוניין לקנות את הדירה ישתכלל חוזה.

דוגמא נוספת היא מוצר בחלון ראווה. אם על המוצר יש מחיר זו כבר הצעה, מאחר ואפשר פשוט לקחת את המוצר, להגיע לקופה, יש ציפייה שמסוגלים לשלם וזוהי לא הזמנה למשא ומתן.

קיימות דוגמאות מעט יותר מורכבות להבדלים בין הצעה להזמנה. למשל, יש לנו פרסומת שבה נאמר לנו שנקנה שקיות חטיפים ונקבל פרס. הרבה פעמים הפרסומות האלה הן הצעה מאחר וקיימת בהן גמירת דעת, יש כוונה לחברה המפרסמת ליצור חוזה מחייב. הרבה פעמים, לעומת זאת, פרסומות ייעודן למשוך את תשומת הלב של הקונים. הרבה פעמים נאמרים דברים בפרסומות שאין להם כיסוי ולכן אין כאן אפילו הזמנה. (למשל, פס״ד נגד חברת פפסי, שהבטיחו שמי שיהיו לו מיליון פקקים של בקבוקי פפסי יקבל מטוס קרב. הדבר לא יצא לפועל והחברה נתבעה ע״י אזרח אמריקאי. ביהמ״ש פסק כי לא הייתה כאן גמירת דעת לנתינת מטוס הקרב למי שיקנה מיליון בקבוקים של פפסי).

דוגמא נוספת היא מודעות פרס. לדוגמא, מודעה בה כתוב אבד כלב והמוצא יקבל אלף שקלים. קיימת כאן גמירת דעת, אבל עולה שאלת צורת הקיבול – עד מתי המציע יכול להתחרט? כיצד יתבצע הקיבול? האם פקעה ההצעה? בהצעה לציבור שאלות כאלו תמיד מתעוררות.

קיבול יכול להיות גם בהתנהגות, והדבר מעוגן בס׳ 2 לחוק החוזים. השאלה היא באיזו התנהגות יכול להתקיים הקיבול?

אם אדם מגיע עם הכלב אין כאן שאלה, נוצר חוזה. לעומת זאת, אם אדם ראה את המודעה והחליט לחפש את הכלב; מה קורה במצב בו התולה של המודעה מתחרט, מסמן איקסים על המודעות או מפרסם הודעה שהמודעה לא רלוונטית יותר?

הקיבול צריך להיות בהתאם להצעה. עלינו לפרש את ההצעה ולהבין למה המפרסם התכוון במודעה.

דוגמא נוספת היא חייל בשם מג׳די חלבי שנעלם בשנת 2004. ב2007 יצאה מודעה מטעם עמותה (הקשורה למשרד הביטחון) שהבטיחה פרס כספי של עשרה מיליון דולר למי שימסור מידע שיוביל למציאתו. בשנת 2012 קבוצה של אנשים שיצאו לכרות עצים בכרמל מצאו את הגופה שלו. המודעה עדיין הייתה בתוקף, לא נקבע בה איזשהו מועד של זמן לפקיעת ההצעה.

השאלה העולה היא האם נכרת חוזה בין הצדדים? האם למדינה יש חובה לתת להם עשרה מיליון שקלים מאחר והם מצאו את הגופה?

אין כאן משמעות למילים ״מידע שיובל למציאתו״. חבורת האנשים שמצאו את החייל הנעדר מצאו את גופת החייל, וזוהי הייתה הכוונה הסופית של המודעה בשורה התחתונה.

האם זה שהחייל כבר היה מת משנה? אין משמעות גם לעובדה הזו.

לא מתקיים כאן קיבול, וזאת מאחר ומציאת הגופה הייתה פעולה אקראית. המחוזי אומר לנו שאין כאן חוזה, מאחר ומצאו את הגופה במקרה. הם לא עשו מאמצים מיוחדים לחפש את הגופה, הם לא שינו את ההתנהגות שלהם באופן בו ניתן ללמוד שהיה מצידם קיבול.

הפרשנות הנכונה של ההצעה היא לעודד אנשים להשקיע במציאת החייל הנעדר. המחוזי גם אומר שלא ראוי לתת את התשלום כי ההצעה נועצה לתת תמריץ מסוים ולא הייתה פה התנהגות מיוחדת למצוא את החייל שנבעה מהתמריץ.

המחוזי בשורה התחתונה פסק כי לא היה כאן קיבול, מאחר ולא הייתה כאן גמירת דעת. הם מצאו את הגופה במקרה ולא בכוונת תחילה. אי אפשר ללמוד מזה שהם התכוונו ליצור יחס משפטי מחייב עם המדינה, ולא ניתן שתתקיים גמירת דעת בלי דעת.

לסיכום, הסעיפים של הצעה וקיבול הם סעיפים של כלל, מאוד טכניים.

כאשר יש סטנדרט, אין הרבה מה להגיד על קביעת הסטנדרט. העבודה האמתית היא לגבי ההליך שלפיו נקבע הסטנדרט, מה היו השיקולים לכאן ולכאן, אבל הפסיקה תהיה מאוד טכנית.

המגמה בדיני החוזים

המגמה הראשונה היא מגמת הרחבה – הקלה בכניסה לעולם החוזי. יותר דברים יכולים להיחשב חוזים. ראינו את הדבר ב**פס״ד בוטקובסקי.** פעם בגישה מצרה יותר היינו אומרים שבבוטקובסקי לא משתכלל חוזה. מתחיל כאן ריכוך בדרישת הכתב ובדרישת המסוימות.

המגמה השנייה היא מעבר לגמירת דעת על חשבון הדרישות האחרות. היום אנחנו נוטים להסתכל בעיקר על גמירת דעת; הרבה דברים כפופים לה ותלויים בה. פעם דרך מסוימות היינו אומרים שלא מתקיים חוזה אם לא מתקיימת דרישת המסוימות. היום אנחנו שמים את דרישת המסוימות בצד והיא פחות חשובה.

אנחנו עוברים מדרישות פורמליות (דרישת הכתב, מסוימות) לדרישות מהותיות (גמירת דעת) ואנחנו מקלים בכניסה לעולם החוזים.

יש איזשהו קשר בין שתי המגמות. מה הקשר בין אקטיביזם שיפוטי לבין זה שביהמ״ש מכיר ביותר חוזים? מאחר ויש יותר שיקול דעת לבית המשפט השופטים יכולים לעשות יותר.

אם אני מכיר בזה שיש חוזה יש לי יותר אפשרויות, יותר כלים מבחינת הסעדים הניתנים.

**האם המגמה בדיני החוזים היא טובה?**

הדין הרצוי –

כשאנחנו רוצים לדון בדין הרצוי אנחנו צריכים להעלות טיעונים בעד ונגד תיקונים לחוק החוזים.

נניח שאנו רוצים למחוק את סעיפים 1-11 שדנים בהצעה וקיבול ונחליט במקום שחוזה נכרת במסמך בכתב ערוך וחתום ע״י עורך דין שמעיד על כוונת הצדדים ליצור יחסים משפטיים.

טיעון בעד העניין הוא ודאות לשני הצדדים. אהממה, עלינו לשאול למי היא הודאות? יש הרבה מקרים בהם הציבור לא יודע את הכללים הספציפיים ואז אפשר להתווכח על הנקודה הזו ולומר שיש כאן ודאות לחזקים וחוסר ודאות לחלשים.

דבר שני הניתן לומר לגבי ודאות הוא שלפעמים העולם יותר מורכב מזה. כלומר, צריך שיהיה פה צדק במקרה הקונקרטי. יכול להיות מקרה שיגיע שלא ייפול בצורה טובה לפי הכלל החדש. הכוונה היא מקרה חריג שהכלל החד לא יוצר בו תוצאה טובה. הדבר השני שעולה הוא שכללים חדים יוצרים פתח לרמאות ויוצר מצבים שאנשים יוכלו למצוא דרך לעקוף את הכללים ואז ה״רע״ מנצח.

עולה שאלה האם הכלל החד הזה הוא באמת יותר ברור?

לא תמיד ברור שהכלל שאנחנו רוצים שיהיה יותר ודאי יהיה יותר ודאי. זאת מאחר והעולם מורכב והוא מעלה מקרים מורכבים. יש כללים שיהיו פשוטים במקרה מסוים ויצרו מורכבויות במקרים מסוימים.

המשפט צריך לשקף את המציאות ולשקף את מה שאנשים עושים. זאת מתוך הנחה שאנשים לא יודעים את החוק בצורה מושלמת והמשפט צריך להתאים את עצמו לאנשים.

רכיב נוסף הוא עניין של ודאות עבור השופטים וקיצור ההליכים. יכול להיות שתחת כלל חד הליכים משפטיים יהיו הרבה יותר זריזים וברורים. כמובן שגם את זה אפשר לסתור ולהגיד שבמקרים מסובכים הדבר יעכב את בית המשפט ואת ההליכים המשפטיים.

פגמים בכריתת חוזה

פגמים ברצון

קודם כל הסיטואציה מצביעה לנו על כך שהיה רצון של הצדדים ליצור מצב משפטי חדש. יש הסכמה של הצדדים ולכן מתקיים חוזה. אבל, בחוזה יש איזשהו פגם. הרצון של אחד הצדדים היה מושפע ממשהו חיצוני שהפך את הרצון לפגום. הפגמים האלה ברצון הם: טעות, הטעייה, כפייה ועושק. המשותף לכל אלה הוא שנכרת חוזה אבל בגלל שמתקיים הפגם ניתן לבטל את החוזה.

טעות – **ס׳ 14(א) לחוק החוזים** אומר שמי שהתקשר בחוזה עקב טעות וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה והצד השני ידע או היה עליו לדעת על כך, רשאי לבטל את החוזה.

יסודות העילה הם: קיומו של חוזה, קיומה של טעות וקשר סיבתי אובייקטיבי וסובייקטיבי בין הטעות לכריתת החוזה.

כלומר, היה חוזה אבל אחד הצדדים טעה ולכן ניתן לבטל את החוזה. המילה ״עקב״ שמופיעה בסעיף מצביעה לנו על קשר סיבתי בין הטעות לכריתת החוזה. הקשר הסיבתי שנדרש בסעיף 14(א) הוא שלולא הטעות לא היה אחד הצדדים מתקשר בחוזה.

טעות היא פער בין ההבנה של הצדדים של המצב לבין המצב המתקיים במציאות.

יש לנו כאן שני סוגים של קשר סיבתי. קשר סיבתי אובייקטיבי וקשר סיבתי סובייקטיבי. הקשר הסיבתי הסובייקטיבי במקרה זה הוא הקשר הסיבתי בין הטעות לבין ההתקשרות בחוזה (אם לא הייתה הטעות לא היה אחד הצדדים מתקשר בחוזה, במקרה הספציפי המדובר). הקשר הסיבתי האובייקטיבי הוא קשר הנובע מהמילים ״ניתן להניח״. כלומר, האדם הסביר היה מניח שלא היה מתקשר חוזה במידה וידועה הטעות – ניתן להניח שללא הטעות לא היה משתכלל חוזה בין הצדדים.

דרישת היסודיות היא קשר סיבתי סובייקטיבי, כלומר, אדם מבחוץ המסתכל על הטעות היה חושב שאדם סביר לא היה חותם על החוזה במידה והיה יודע על הטעות (האם אדם סביר בנעלי הצד השני היה מתקשר בחוזה אם היה יודע על הטעות?).

מצד אחד אנחנו רוצים להתחשב ברצון הצדדים ומצד שני אנחנו צריכים להתחשב בציפיות הסבירות של הצדדים ולכן קיימת דרישת היסודיות.

מי שטוען לטעות על מנת להביא לביטול חוזה צריך להראות שהוא לא ידע על הטעות, שהיה קשר סיבתי סובייקטיבי בין הטעות לבין כריתת החוזה (שלא היה נכרת החוזה אם הייתה ידועה הטעות) וקשר סיבתי אובייקטיבי. בנוסף עלינו להוכיח שהצד השני ידע על הטעות.

מצד אחד אנחנו רוצים להתחשב ברצון הדדים ומצד שני אנחנו צריכים להתחשב בציפיות הסבירות של הצדדים ולכן קיימת דרישת היסודיות.

התוצאה של ס׳ 14 היא זכות לביטול החוזה. אין טעם לדבר על טעות אם אין רצון לבטל את החוזה.

כשמדברים **על ס׳ 14(ב)** **לחוק החוזים** מדברים על טענה חלופית לס׳ 14(א), ועל פיו ״מי שהתקשר בחוזה עקב טעות וניתן להניח כי לולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה והצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת על כך, רשאי בית המשפט, על פי בקשת הצד שטעה, לבטל את החוזה, אם ראה שמן הצדק לעשות זאת; עשה כן, רשאי בית המשפט לחייב את הצד שטעה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לצד השני עקב כריתת החוזה״.

ישנם שני הבלים בין ס׳ 14(א) לבין ס׳ 14(ב).

בשני הסעיפים מתקיימים הדברים הבאים: חוזה, טעות, קשר סיבתי, יסודות הטעות, אי יכולת לתקן את הטעות ולא נכללת טעות בכדאיות החוזה.

ההבדלים בין סעיפים אלו הם:

בסעיף 14(א) הצד השני ידע על הטעות ובסעיף 14(ב) לעומת זאת, הצד השני לא ידע על הטעות. בסעיף 14(א) הסעד שניתן מביהמ״ש הוא ביטול החוזה ובסעיף 14(ב) הסעד שניתן מביהמ״ש הוא ביטול החוזה וגם מתן פיצויים לצד שנפגע מכריתת החוזה.

**סעיף 14(ג) לחוק החוזים** מדבר על טעות שניתנת לתיקון. במידה והטעות ניתנת לתיקון אין זכות לביטול החוזה. סעיף זה חל גם על סעיף 14(א) וגם על סעיף 14(ב).

**סעיף 14(ד) לחוק החוזים** מדבר על טעות בכדאיות העסקה ואומר שעלינו להראות שהטעות היא איננה טעות בכדאיות העסקה בלבד. אם הטעות היא רק טעות בכדאיות לא ניתנת הזכות לביטול החוזה. סעיף זה מנסה לטפל בשאלה איזה טעויות מעלות זכות לביטול החוזה ואיזה טעויות לא מאפשרות לקבל זכות לביטול החוזה?

בספרות עולים שלושה רעיונות שונים לגבי מה היא טעות בכדאיות. ישנם שלושה מבחנים להבחנה בין טעות לבין טעות בכדאיות:

1. תכונות מול שווי (**מבחן של גבריאלה שלו**) –   
   עלינו להראות שהטעות היא לא רק בשווי העסקה אלא רק בתכונותיה של העסקה. מה שטוב במבחן הזה הוא שהוא יחסית פשוט ויחסית קל להפעיל אותו. במידה והטעות היא רק בשווי הנכס לא עולה הזכות לביטול. במידה והטעות היא בתכונות הנכס עולה הזכות לביטול החוזה.
2. עבר מול עתיד(**מבחן של טדסקי**) –   
   טעות לגבי העבר היא לא טעות רק בכדאיות ולכן היא מקנה זכות לביטול החוזה. טעות לגבי עבר מתייחסת לזמנים בהם הופיעו התכונות שמקנות זכות ביטול. כלומר, אם התכונות כבר היו קיימות או הופיעו אחרי כריתת החוזה. טעות רק בכדאיות היא טעות לגבי העתיד וזו לא מקנה זכות לביטול החוזה.
3. מבחן הסיכון (**מבחן מהותי – מבחן של פרידמן**) –

החיסרון במבחנים הקודמים הוא שהם לא תמיד מניבים תוצאות נכונות לגמרי. זהו המבחן הכי נפוץ בפסיקה אבל החיסרון בו הוא שהוא לא מביא תמיד מביא תוצאות מדויקות.   
מבחן הסיכום בא ושואל מי מהצדדים נטל על עצמו את הסיכון לטעות הספציפית שהתרחשה? מה חלוקת הסיכונים שהייתה בין הצדדים?   
עלינו להבין למה הצדדים התכוונו בחוזה ואז נוכל לדעת את חלוקת הסיכונים בין הצדדים.   
מבחן הסיכון לכאורה אם נפעיל אותו נכון תמיד ייתן לנו את התוצאה הנכונה אבל קשה להפעיל אותו בצורה הנכונה.   
  
נדגים את המבחן בפסיקה:

* **פס״ד שלזינגר**:   
  הצדדים בפס״ד זה היו אדם פרטי וחברת ביטוח. האדם הפרטי ביטל את ביטוח החיים שלו. כשהוא ביטל את הביטוח הוא כבר היה חולה אבל לא ידע על כך. אחרי שביטל את הביטוח הוא גילה שהוא היה חולה. הטעות כאן הייתה פער בין הידיעה של שלזינגר על בריאותו לבין המצב שהתקיים במציאות. מתקיים פה קשר סיבתי גם אובייקטיבי וגם סובייקטיבית, אדם שיודע שהוא חולה לא היה מבטל את ביטוח החיים שלו.   
  מבחינת המבחן של עבר מול עתיד, הוא כבר ידע שהוא חולה, משמע שהתכונה כבר הייתה קיימת. גם מבחינת המבחן של תכונות מול שווי זו טעות שהיא גם בתכונות, לכן היא צריכה להקנות זכות ביטול.   
  ביהמ״ש אומר לנו (השופטת פרוקצ׳יה) ניגשת למבחן הסיכון ואומרת ששלזינגר נטל על עצמו את הסיכון מבחינת המקרה הביטוחי. כשאתה מבטל ביטוח המשמעות היחידה של ביטול ביטוח היא נטילה על עצמך את הסיכון של אירוע ביטוחי (במקרה הזה מחלה). הסיכון עובר מחברת הביטוח אל האדם המבטל.   
  המבחן שהשופטת פרוקצ׳יה מכילה הוא בשאלה איזה צד נטל על עצמו את הסיכון? עלינו להתייחס כאן לכוונת הצדדים וזהו מבחן הסיכון.
* **פס״ד בן לולו נ׳ אליאס**:

מבחן הכדאיות בפס״ד זה הוא של מבחן הסיכון. השאלה של מבחן הסיכון כאן היא שאלה פרשנית. השאלה היא מה הפרשנות הנכונה של הסכם הפשרה? מי נטל על עצמו את הסיכון לטעות שהתממשה בפועל? הטעות הייתה באחוזי הנכות של בן לולו. זוהי שאלה פרשנית לכל דבר ועלינו להבין את הסכם הפשרה.   
השופט אור אומר לנו שהסכם פשרה אומר שהנפגע נוטל על עצמו את הסיכון של החמרה עתידית במצבו והוא מוותר על זכות תביעה עתידית.   
השופט אור יוצר כאן איזשהו חריג ואומר שהיה צריך להגיד שבן לולו סבלה והיא זקוקה לכסף על מנת לחיות עם הליקוי שנוצר לה עקב התאונה.

**שיעור 7 – 04.11.18**

כשאנחנו מדברים על טעות אנחנו מדברים על פער בין הידיעה שלי לבין המצב במציאות. עלינו להראות טעות, קשר סיבתי אובייקטיבי (אדם סביר לא היה מתקשר אם היה יודע על הטעות). הרבה פעמים אנחנו כורתים חוזה כדי לחלק בנינו את הסיכונים העתידיים בסיטואציות מסוימות. במקרים של טעות בכדאיות אנו מדברים על טעות שהיא בפן הכספי, וטעות בכדאיות לא מקנה זכות ביטול.

ב**פס״ד בן לולו נ׳ אליאס** השופט אור אומר שהסכם הפשרה שהיה בין הצדדים כיסה את האפשרות שתהיה תביעה עתידית. כלומר, הסכם הפשרה התייחס לסיכון של תביעות עתידיות.

מה בכל זאת השופט אור אומר לנו מבחינת חריג אפשרי? יכול להיות מקרה חריג מאוד שבו אולי הסיכון לא עבר. הוא אומר שיכול להיות מקרה שבו בהסכם פשרה תהיה החמרה במצב ואנחנו בכל זאת נבטל את הסכם הפשרה, וזה במקרה שההחמרה היא כל כך קיצונית שהיא יוצאת מגדר ההסכם. איך מצדיקים מקרים כאלה לאור מה שאמרנו במבחן הסיכון?

מבחן הסיכום בא ושואל מי מהצדדים נטל על עצמו את הסיכון לטעות הספציפית שהתרחשה? מה חלוקת הסיכונים שהייתה בין הצדדים?

הנקודה היא כזו, הפגיעה כל כך חורגת מהנזק הראשוני שההסכם לא חל עליה. מדברים כאן על איזשהו סיכון שהצדדים בכלל לא שקלו אותו ולכן עולה האפשרות לבטל את ההסכם.

הרעיון הוא גם לשקף איזושהי הוגנות בין הצדדים.

השופטים מאוד מצמצמים ביטולי הסכמים בגין טעות.

מעבר לכך, דווקא בהיבט הזה יש משהו חשוב ומעניין. מה היה קורה אם היינו בכל זאת במקרה הזה מבטלים את ההסכם? זה היה גורם לחברות הביטוח לגרום את הסכמי הפוליסה והפשרה באופן הרבה יותר ברור כדי שיהיה ברור שהם כללו את הסיכון הזה בתוכו ולא יוכלו לבטל את הסכמי הפשרה האלה בעתיד.

יש לנו שאיפה שיהיו יותר הסכמי פשרה ושלא כל הליך יגיע לבית המשפט.

מה קורה במצב שרפורמה משנה את המצב המשפטי לאחר הסכם פשרה? האם הדבר יכול להיחשב כטעות?

המבחן של טדסקי (עבר מול עתיד) אומר שטעויות הנוגעות לעתיד הן טעויות בכדאיות העסקה. מבחן הסיכון (המבחן המהותי) אומר שבהסכם פשרה הצדדים נוטלים עליהם את הסיכון לשינויים עתידיים במצב המשפטי.

יש לנו שלושה מבחנים לטעות בכדאיות: מבחן הסיכון (המקובל בפסיקה), המבחן של עבר מול עתיד והמבחן של תכונות מול שווי.

פסק הדין האחרון הוא **פס״ד כרמל נ׳ טלמון.** בפס״ד זה טלמון מכר נכס וגילה שהנכס יכול לשמש גם למסחר ולא רק למגורים ועקב כך הוא טוען לטעות ורוצה לבטל את החוזה. דעת הרוב במקרה זה אומרת שזה היה סיכון שנלקח במסגרת מכר הנכס. השופט מזוז בדעת מיעוט לא מסכים עם הדעה הזו, ואומר שלא הייתה כאן כוונה להעביר את הסיכון לזה שהמצב התכנוני ישתנה, ולכן יש לו זכות לביטול החוזה. בסופו של דבר הערעור נדחה מאחר ובדעת הרוב זו הייתה טעות בכדאיות העסקה ולכן לא עומדת הזכות לביטול. דעת הרוב אומרת לנו כי טלמון לא בדק את המצב התכנוני של הנכס. האם מתוך זה שהוא לא בדק אנו יכולים להבין שהוא לקח את הסיכון במצב התכנוני של הנכס? לפי דעת הרוב התשובה לשאלה זו היא חיובית.

הטעיה – **ס׳ 15 לחוק החוזים**

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

קודם כל צריך להתקיים כאן חוזה וצריכה להתקיים כאן טעות. מופיעה לנו המילה ״עקב״ שמצביעה לנו על קשר סיבתי. במקרה זה יש לנו קשר סיבתי כפול. צריך להיות לנו קשר סיבתי בין החוזה ובין הטעות וצריך להיות לנו גם קשר סיבתי בין הטעות להטעיה מהצד השני.

הצד השני צריך להיות זה שגרם לטעות (הקשר הסיבתי הראשון) והטעות צריכה להיות זו שהביאה לחוזה (הקשר הסיבתי השני). הקשר הסיבתי הכפול הוא הדרישה הבסיסית של הטעיה.

מה לגבי טעות שאינה ניתנת לתיקון במקרים כאלה?

לפי החוק, העניין של תיקון הטעות לא רלוונטי להטעיה. חשוב להגיד שלא ברור לנו המצב המשפטי לגבי תיקון הטעות. בספרות דווקא חושבים שס׳ 14(ג) שמדבר על טעות שניתנת לתיקון צריך לחול גם על ס׳ 15. כלומר, שבמידה והטעות שהובילה להסכם היא ברת תיקון יש לתקנה ולא לבטל את החוזה.

בסעיף 14 היה כתוב לנו בצורה מאוד מפורטת דברים לגבי המצב התודעתי של אחת הצדדים לחוזה (הצד שידע או היה עליו לדעת, או הצד שלא ידע).

שאלה שעולה לנו היא האם יש דברים בחוזה מסוים שצריך לגלות אותם, ואם אתה לא יודע אותם אתה יכול להיות מטעה בשגגה או מטעה ברשלנות?

מלשון הסעיף אין לנו תשובה על השאלה הזו.

ביסוד הנפשי יש לנו שלוש אפשרויות: הטעיה ביודעין (כלומר, ידיעה על המצב הקיים מבלי לגלות עליו לצד השני. לכל הדעות אם יש ידיעה של המטעה זה מספיק ולא יכול להיות יסוד נפשי יותר מחמיר מזה) , הטעיה ברשלנות (לא ידעתי אבל הייתי צריך לדעת. השאלה היא האם אדם סביר היה צריך לדעת או היה יודע על הדבר? שאלה זו עולה רק במידה ואנחנו מוכנים לקבל את כך שיש הטעיה ברשלנות) והטעיה בשגגה – הטעיה בתום לב (לא ידעתי ולא הייתי צריך לדעת. לא היה מצופה מהאדם הסביר לדעת את הדבר, אבל אולי בכל זאת אתה מטעה, וזאת מאחר וכתוצאה מהטעות שלך וחוסר הידיעה שלך נוצר חוזה).

לפי שלו יכולה להיות הטעיה בשגגה. לפי צלטנר הטעיה יכולה להיות רק ברשלנות וביודעין. לפי שמגר, לעומת זאת, הטעיה יכולה להיות רק ביודעין.

הטעיה במחדל והטעיה במעשה

מעשה הוא פעולה אקטיבית ומחדל הוא אי עשייה. איפה רלוונטית לנו ההבחנה בין מעשה ומחדל בהטעיה? כל מה שקשור לעניין של אי גילוי הוא מחדל. מה אנחנו יודעים לגבי הטעיה במחדל? לגבי הטעיה במחדל צריך שתהיה חובת גילוי. המילים שמצביעות לנו על חובת הגילוי הן ״היה על הצד השני לגלותן״. במקרה של פעולה אקטיבית מדובר על מצב בו אדם אמר משהו שהוא לא נכון, ולא רק לא אמר כלום. (למשל, אם אדם המוכר בית אמר שהמרפסת שלו היא חוקית והיא לא חוקית – הדבר הוא הטעיה במעשה. אם הוא לא היה אומר כלום זו הייתה הטעיה במחדל).

היקף חובת הגילוי (הטעיה במחדל)

כשההטעיה היא אקטיבית אין כל כך רלוונטיות להיקף חובת הגילוי.

**פס״ד ספקטור נ׳ צרפתי**. במקרה זה הקונה הוא זה שרוצה לצאת מהעסקה מאחר וגילה שהמגרש הוא לא מה שחשב שהוא (מבחינת היתרי בנייה).

לפי **השופט אשר**, קודם כל יש לנו טעות – פער בין מה שהוא חשב על המגרש לבין מה שקורה עם המגרש בפועל. מתקיים לנו גם קשר סיבתי – אם היה יודע על הטעות לא היה מתקשר בחוזה. מה הפעולות כאן שהיוו הטעיה מצד המוכר? איך המוכר הטעה? הטעיה במחדל כאן תהיה לא להגיד כלום. בזה שלא נאמר כלום הקונה טעה והתקשר בחוזה. מבחינת קשר סיבתי זה עובד בצורה שאם המוכר היה מגלה לקונה את הפרט שהסתיר הקונה לא היה מתקשר איתו בחוזה. לכן, ניתן להגיש שיש קשר סיבתי בין ההתנהגות של המוכר להתקשרות בחוזה.

לפי **השופט לנדוי** הטעות נגרמה כתוצאה מאי הגילוי של המוכר. אם המוכר היה מגלה הקונה לא היה טועה. השאלה שעולה מצד לנדוי היא האם על המוכר יש חובת גילוי?

**השופט אשר** אומר שיש חובת גילוי על המוכר. אשר אומר לנו שיש כאן חוסר תום לב מצד המוכר. המוכר שיקר איזשהו שקר פסיבי. לטעמו של אשר המוכר ידע טוב מאוד את הפרט אותו הוא לא סיפר לקונה ומה המשמעות של הפרט זה בעיני הקונה.

**השופט לנדוי** אומר שאין כאן חובת גילוי המוטלת על המוכר מאחר והקונה היה יכול לבדוק את הפרט שלא גולה בעצמו. לנדוי אומר שלטעמו אם יכולת לברר בעצמך בקלות לא מוטלת חובת גילוי על הצד השני.

הכלל הישן הוא ״היזהר הקונה״. אחריות הבדיקה היא על הקונה. הכלל שמקובל בימינו הוא חובת גילוי גדולה על המוכר. למוכר יש באופן טבעי יותר מידע על הנכס. אנחנו עובדים מתוך נקודת מבט של יעילות. המקרה יהיה יותר מסובך במקרים של תום לב מצד המוכר (לגבי פרטים שהמוכר יודע וחושב שהקונה מברר אותם). במקרים כאלה ניתן להגיד שלא חייבים לנדב מידע על הנכס מצד המוכר לכל הקונים הפוטנציאלים. במידה והמוכר יודע שהקונה הפוטנציאלי לא יודע ולא בדק פרטים מסוימים עולה כאן הנושא של חובת הגילוי.

מה שעולה לנו הוא שבפס״ד זה מתקיימת הטעיה במחדל, אבל הדבר תלוי באיך אנחנו מבינים את הסיטואציה. השאלה האם מתקיימת פה הטעיה במחדל היא תלויה בפרשנות.

הטעיה במחדל מתקיימת במקרים שמישהו לא מגלה מידע וברור לו שהוא מטעה את הצד השני.

השאלה העולה היא מה היסוד הנפשי שמתקיים אצל המטעה בזמן ההטעיה? האם ידעתי שאני מטעה את הצד השני? האם ברור לי שבגלל הפרט שאני מחסיר הצד השני יבחר להתקשר איתי בחוזה ובגלל זה אני משמיט אותו?

* **חובת גילוי על פי חוק** – ״על פי דין״. כשיש חובת גילוי על פי חוק יש חובת גילוי לפי ס׳ 15. ס׳ 15 אומר לנו שכל חובת גילוי שקיימת על פי דין רלוונטית לס׳ זה.
* **חובת גילוי על פי נוהג** – ״על פי נוהג״. מה שנהוג לגלות זה הרבה פחות ברור לנו ממה שצריך לגלות לפי דין. הרבה פעמים קשה לנו להגיד מה נהוג לגלות. נוהג אומר לנו מה מקובל. מה קורה בדרך כלל בחוזים מאותו הסוג? במידה ונהוג להגיד משהו ולא אמרת אותו עולה הזכות לביטול החוזה.
* **חובת גילוי על פי הנסיבות** – ״על פי הנסיבות״. במקרה זה אנחנו מדברים על המקרה הספציפי ונסיבותיו.

יחסי אמון בין שני הצדדים מגבירים את חובת הגילוי. חובת האמון מקימה חובת תום לב מוגברת ובמסגרתה גם חובות גילוי מוגברות.

יש גם עניין של חובות גילוי מכוח גילוי חלקי. הרעיון הוא שמרגע שהתחלת להגיד משהו אתה מתקרב יותר להטעיה אקטיבית ואז יש יותר חובת גילוי. מתוקף זה שסיפרתי לך הרבה דברים אני יוצר אצלך ציפייה סבירה שסיפרתי לך הכל.

מידע שקל להשיגו – ככל שיותר קל להשיג את המידע יש פחות חובת גילוי לגביו, וזאת מתוקף הטיעון הכללי שאם זה מידע שקל להשיג אותו המוכר יכול להניח שהצד השני יודע אותו. המוכר לא מחויב לזרוק את כל המידע לגבי הנכס לכיוון הקונה. הדבר קצת משתנה במידה והמוכר יודע שאין לקונה את המידע הזה.

מידע שקשה להשיג אותו – למוכר יש מידע שקשה להשיג אותו, בדרך כלל מידע על פגם נסתר בנכס. למוכר בדרך כלל יש יתרון גדול מבחינת המידע על הנכס. במקרים כאלה יש חובת גילוי גבוהה יותר לגבי המידע הזה.

מידע שיש לקונה וקשה לגלות אותו – אם לקונה יש מידע שהמוכר לא יודע בדרך כלל לא מתקיימת חובת גילוי. השאלה קשורה להשקעות של הקונה. אם מדובר בהשקעות שאנחנו רוצים לעודד לא תהיה חובת גילוי. אם כדי להשיג את המידע הקונה נדרש למאמץ וזה מאמץ מסוג שאנחנו רוצים לעודד לא נקים חובת גילוי. יכול להיות שנדרש מאמץ אבל זה לא מאמץ שאנחנו רוצים לעודד ואז לא מתקיימת חובת גילוי.

אין לנו שום דבר שאומר כאן באופן מובהק מהו הגבול של חובת הגילוי אבל יש לנו הרבה אינדיקציות בעניין.

סעדים בהטעיה

סעדים זה מה שהצד רוצה לקבל. כשאנחנו מדברים על פגמים בכריתה, על טעות והטעיה הסעד שרוצים לקבל הוא ביטול. הצד לחוזה שמבקש ביטול חוזה מכוח טעות או הטעיה מבקש סעד מאחר והוא רוצה להשתחרר מהחוזה. בעקבות ביטול החוזה באה השבה הדדית. הדוגמא הפשוטה להשבה הדדית היא מקרה של מכר דירה. במקרה של הטעיה עלינו להוכיח שהייתה הטעיה ואם הצלחנו עלינו להודיע על הביטול תוך זמן סביר. לאחר שנשלחה הודעת הביטול יש השבה הדדית. השבה הדדית אומרת שהצד שכל אחד מהצדדים מקבלים חזרה את מה שהם נתנו בחוזה. במקרה של הדוגמא שלנו הקונה מקבל את הכסף בחזרה והמוכר מקבל את הדירה בחזרה.

צריך רק להבין שיש שאלה של מה התרופה שאתה מנסה לקבל ושאתה תופר את הטיעון שלך בהתאם למה שאתה רוצה לקבל.

**שיעור 8 – 08.11.18**

**הטעייה**

לגבי הטעייה יש דעות שונות בפסיקה ובעיקר בספרות.

יש לנו הטעיה במעשה (שקר באופן אקטיבי) והטעייה במחדל (אי-גילוי).

**״הטעייה במעשה אפילו בתום לב, אבל הטעיה במחדל רק ביודעין״.**

הדעה של דויטש לגבי איך עובד ביחד המצב התודעתי של המטעה עם ההבחנה בין המעשה לבין המחדל אומרת לנו שיש הבחנה בין הטעיה אקטיבית להטעיה פסיבית, בין הטעיה במעשה להטעיה במחדל. הטעיה אקטיבית לא חייבת להיות מתוך ידיעה, אפשר להטעות אקטיבית בטעות. במחדל המצב שונה, יש אי גילוי. זו תיחשב להטעייה רק אם המטעה ידע על הטעות. אין הטעיה במחדל ללא ידיעה של המטעה על הטעות.

בשביל הטעיה במחדל דויטש דורש ידיעה.

**מבחינת שלו אין הבחנה בין היסודות הנפשיים בהקשר של הטעייה**. מספיק שאתה לא הודעת לצד השני וזה גרם לטעות שלו. לשלו יש עמדה מצירה יחסית בעניין של חובות גילוי. בהטעייה הסוגיה המרכזית ביותר היא חובת הגילוי – מתי צריך לגלות? שלו אומרת שאין חובת גילוי על משהו שהצד השני היה יכול לגלות בעצמו.

הטעייה בפרסום –

בשביל שתתקיים הטעייה צריך שיתקיים לנו חוזה. אפשר לדבר על חוזה הרכישה במקרה של הטעייה בפרסום. מאוד קשה להוכיח קשר סיבתי במצב של הטעייה.

בהטעייה בפרסום צריך קודם כל לשים לב מהו החוזה, מהי הטעות, ומהו הקשר הסיבתי. הקשר הסיבתי בדרך כלל יהיה נקודת תורפה מאוד מרכזי. בנוסף, צריך לחשוב על הסעדים.

**כפייה** (יסודות העילה, מבחני הפסיקה, כפייה כלכלית)

יסודות העילה-

* קיום חוזה
* קיומה של כפייה
* קשר סיבתי סובייקטיבי
* הכופה הוא הצד השני או אחר מטעמו

מבחני הפסיקה-

**פס"ד שפיר נ' אפל-**

לאפל היה משק חלב במושב. שפיר משווק את החלב לטרה. יש ביניהם מע' יחסים ארוכת שנים. שפיר מתחיל לחשוד שאפל מרמה אותו, הוא חושב שהוא עושה רישומים שגויים של כמות החלב שהוא נותן (הוא חושב שהוא רושם יותר ממה שהוא נותן). הוא עושה בירורים ולוקח עו"ד. הוא מגיע בערב במפתיע לבית של אפל, והוא ועורך דינו מאיימים עליו שהם יגלו את השקרים שלו ושהם יפנו למשטרה. הם אומרים לו שהוא צריך לחתום איתם על הסכם. אפל מפחד וגם הילד שלו נבהל והוא חותם על הסכם שהוא צריך לפצות את שפיר בסכום כסף רב. למחרת, הבן והאישה של אפל מגיעים לשפיר ואומרים שזה היה לא בסדר ומבקשים לבטל את ההסכם. עו"ד גם נמצא שם והם מאיימים עליהם ולבסוף משכנעים את האישה והבן שאפל רימה והם "נאלצים" לחתום על הסכם לפיצוי כפול.

מבחן סובייקטיבי- את אפל זה הלחיץ עד כדי כך שהוא חתם על ההסכם.

איך טוענים לכפייה? קיימים שני מבחנים מצטברים –

1. **עוצמת הכפייה** – יש להראות שהופעל לחץ ושהוא היה בעוצמה.

2. **איכות הכפייה** – הפעלת לחץ בדרך לא לגיטימית. מותר לאיים על הפעלת זכות בתום לב, זה לא נחשב לכפייה. איום בהפעלת זכות שלא בתום לב נחשבת לכפייה.

ביהמ"ש אומר לשפיר שזה היה חסר תום לב, שכן לא הוכח שאפל עשה דבר פסול. אסור לאיים על אדם בקריאה למשטרה כדי לגרום לו לחתום על חוזה.

בפסה"ד עולים שני עניינים:

* לא הייתה לשפיר אמונה אמיתית שיש לו תביעה אמיתית, שיש רמאות. הוא לא ידע שהצד השני רימה אותו. הוא חשד אבל זה חוסר תו"ל אם אתה מאיים על הפעלת זכות שלא בטוח שקיימת.
* האם זו דרך לגיטימית לאכוף זכות, קריאה למשטרה? ביהמ"ש החליט שהייתה כפייה ויש זכות ביטול.

שני הגורמים ביחד גורמים למעשה של שפיר להיות כפייה. אם היה רק גורם אחד, לא ברור מה היה אם זה היה נחשב לכפייה.

פנייה למשטרה היא לא חלק מהלחצים הלגיטימיים במו"מ לעסקאות.

לסיכום, שני מבחני הכפייה הם עוצמת הכפייה (עוצמת הלחץ שמפעילים) ואיכות הכפייה (לחץ מסוג לא לגיטימי. למשל אלימות פיזית, פגיעה ברכוש, פנייה למשטרה, איום בחשיפת מידע מביך, איום שלא בתום לב על הפעלת זכות. כל דבר שהוא לא חלק ממו"מ עסקי).

**כפייה כלכלית-**

סיטואציות בהן צד אחד לא מרוצה מהחוזה כי הוא מרגיש שלחצו עליו בסיטואציה כלכלית לא הוגנת, ועל כן צריכה להיות לו זכות ביטול. למשל:

* איום בהפרת חוזה
* איום באי תשלום חוב
* איום בתחרות עסקית
* איום באי התקשרות

אלו סוגים של לחצים כלכליים – עסקיים שאנשים מפעילים אחד על השני והרבה. השאלה מתי הם הופכים לכפייה? על פניו הם לא אמורים להוות כפייה. הם לחצים רגילים. מתי לחצים כאלו הופכים ללא לגיטימיים? (השניים הראשונים יותר נפוצים).

**פס"ד רחמים נ' אקספומדיה** –

בהסכם הראשוני החליטו שההוצאות ישולמו מתוך הרווחים. לא היו רווחים, רחמים איים בסגירת היריד. אז נכרת חוזה חדש. אקספומדיה טענו שהוא נכרת בכפייה.

כאן נשאלת השאלה- מה אומר הסכם הרקע? ביהמ"ש קבע שהיה חוזה שותפות והתשלום הוא מתוך הרווחים. כלומר, אם אין רווחים- הוא לא מקבל כלום.

על רקע הסכם זה מתעוררת סוגיה חוזית נוספת, הוא מאיים להפר את ההסכם הראשוני. הוא רוצה הסדר אחר. הוא מאיים בהפרה – לסגור את היריד, כדי לקבל תנאים יותר טובים ולקבל את הכסף מיד. אקספומדיה הסכימו. כרגע נוצר הסכם. השאלה היא- מה הפך את האיום ללא לגיטימי? למה זה לא בסדר לסגור את היריד?

מה האינדיקציות מתוך פסה"ד לכך שהאיום הוא לא לגיטימי? \*איום מפתיע \*לחץ זמנים \*נזק בלתי הפיך. איום בהפרת חוזה בפני עצמו לא היה הופך לאיום לא לגיטימי. \*נכון שאקספומדיה התייעצו עם עו"ד, אבל לא הייתה להם אפשרות אחרת. חוסר האפשרות לפנות לערכאות (בשל חוסר זמן) מעיד על כך שהאיום הוא לא לגיטימי.

לפי כל אלו, הלחץ הכלכלי הפך לכפייה כלכלית. נפסק שהייתה כפייה על אף שהייתה הזדמנות להיוועץ בעו"ד.

**פס"ד יוסי מאיה-**

לפי **חשין** יש כפייה. האיום הוא לא לגיטימי. המבחן לטענתו הוא האם האיום לגיטימי. אבל זו השאלה המשפטית. לא מובן מה המבחן מבחינת חשין, מתי האיום הופך ללא לגיטימי.

לפי **שמגר** החוזה לא בסדר. הוא לא חוקי, אבל אין כפייה (לא ממש ברור ההסבר שלו).

לפי **גולדברג** (דעת מיעוט) יש חוזה. יש חופש חוזים. יש להם כסף. הגיעו להסכם שלא מוצא חן בעיניהם- שיתמודדו.

נפסק בפסק הדין של שמגר. יש כפייה, אין הסכם.

בפסק דין זה יש הרגשה של רמאות, יוסי מאיה מסתיר עובדות.

**הסדר נושים** – כשאדם חייב כסף לנושה והוא לא יוכל להחזיר לו אותו, הוא אומר לנושה שהוא ייתן לו את כל מה שהוא יכול אם הוא יוותר על החוב הגדול. יש לשני הצדדים אינטרס לקיים את ההסדר הזה.

חשין יודע שהסדר נושים זה דבר קורה ותקין. זה לחץ כלכלי לגיטימי. אבל לא כשיש אווירה של רמאות.

יש איום בהפרת עסקה שהוא בסדר. שהוא כנה. זה לא כפייה.

**שיעור 9 – 11.11.18**

כפייה כלכלית

**ההלכה מאקספומדיה** – איום מפתיע, נזק בלתי הפיך וחוסר יכולת פנייה לערכאות הם גורמים היכולים להקים עילה לכפייה. חוסר אפשרות לפנייה לערכאות משמעותו חוסר אפשרות לסעד משפטי אפקטיבי. הסיטואציה היא שיש לי צד שהאיום שלו היא הפרת החוזה והפרת החוזה גורם לי איזשהו נזק שאין לי סעד משפטי אפקטיבי שיכול לעצור את הנזק. כמובן שאפשר לתבוע בדיעבד, אבל הכוונה במקרים כאלה היא שאין אפשרות לסעד שימנע את הנזק שהאיום מביא אליו. העניין השני כאן הוא האיום המפתיע. מה הקשר בין הפתעה לחוסר לגיטימיות? בשוק קורים דברים מפתיעים כל הזמן וזה בסדר. למה מפתיע ובלתי הפיך הופך את האיום לבלתי לגיטימי?

רעיון אחד כאן הוא רעיון של הסתמכות. נזק בלתי הפיך קורה על רקע הרעיון שנוצרה הסתמכות בין הצדדים. הצד הנפגע הוא במצב פגיע בגלל החוזה שנוצר.

רעיון שני כאן הוא איום לא רציונאלי, איום שאין לו הגיון כלכלי. זה עוד דבר שיכול להפוך איום כלכלי לאיום כלכלי לא לגיטימי.

**ההלכה מיוסי מאיה** – לחץ כלכלי בלתי ראוי. (אין תשובה למתי לחץ כלכלי הופך לבלתי ראוי). בגדול אמרנו שבפס״ד מאיההיה לנו איום כלכלי שבו מאיה היה חייב כסף ולא היה מוכן לשלם אותו לצד השני.

לדעתו של השופט חשין האיום היה לא לגיטימי מאחר והוא הרגיש שהייתה שם סוג של רמאות.

צריך שהאיום יהיה מסוג לא לגיטימי אבל אנחנו רוצים להבין מה הופך את האיום ללא לגיטימי. כשהאיום הכלכלי שלנו מבוסס על שקר אנחנו יכולים להבין שאולי האיום הכלכלי הוא לא לגיטימי ומבוסס על סוג של הטעייה. חשין נאלץ להראות שיש מקרים חריגים גם בכפייה כלכלית, וזאת מאחר והכפייה בפס״ד זה לא נטענה בצורה טובה.

כפייה בפס״ד זה היא מסלול בעייתי. הרעיון של איום שקרי עוד לא הפך להלכה בפסיקה.

השופט גולדברג אומר לנו שמותר לאיים באיום כלכלי גם אם הוא לא הכי מדויק בעולם. הצד השני צריך לקחת עליו את האחריות לבדוק אם האיום הוא שקרי או לא.

השופט שמגר אומר לנו שהייתה כאן אופציה לטעון פה הטעייה. שמגר לא רצה לפתוח פתח רחב יותר לכפייה כלכלי והוא טוען שאפשר היה לבטל את החוזה בגין תקנת הציבור. שמגר מעדיף ללכת לפי תקנת הציבור מאחר וכשהוא משתמש בתקנת הציבור הוא לא מרחיב את דוקטרינת הכפייה.

תקנת הציבור הוא סוג של סעיף שונות. זהו משהו שאפשר להשתמש בו לפעמים ואין לו סדר מאוד ברור ולשימוש בו אין הרבה נזק מבחינת הנזק של הדוקטרינה. זוהי לא דוקטרינה שמשתמשים בה הרבה והיא לא קובעת הלכה. כלומר, זוהי דוקטרינה שמשתמשים בה במקרים חריגים.

בדרך כלל כשאנחנו מסתכלים על סכסוך יש לנו צד אחד שרוצה לטעון לצד מהותי וצד אחד שרוצה לטעון לצדק פרוצדוראלי. הרבה פעמים ביהמ״ש לא ממהר לעבוד על פי צדק מהותי, אלא נוטה לעבוד על פי צדק פרוצדוראלי, לעבוד על פי צדק בתהליך עצמו ולא בתוצאה.

לסיכום, מתי נוכל להגיד שלחץ הוא בלתי לגיטימי ומתפרש ככפייה כלכלית?

1. נגוע בשקר. עד כמה יש הרגשה שהאיום מבוסס על שקר או על תרמית. זוהי לא הלכה.
2. איום נעדר הגיון כלכלי. אם האיום של הפרת חוזה הוא בתום לב, זה לגיטימי. (כמו המקרה של לעשות עבודה מאוד יקרה של ריצוף תמורת כסף קטן. מאוד יקר, לא שווה לי, מפר חוזה) אם לא, אין בזה היגיון כלכלי והאיום הוא לא לגיטימי.
3. ניצול הסתמכות של הצד השני. אם צד אחד הסתמך ועשה הכנות הוא פחות ירצה להפר את החוזה, ותהיה יכולת גדולה יותר לכפות עליו את החוזה.

ככל שהיו לצד השני יותר אופציות וברירות, יש פחות יכולת לטעון לכפייה.

חלק מעולם העסקים הוא ניצול הזדמנויות עסקיות וכל דבר שהוא כזה הוא בוודאי לא איום כלכלי בלתי לגיטימי. לעומת זאת, איום שכל המטרה שלו היא לגרום הפסדים הוא סחטנות והוא לא חלק מעולם העסקים הלגיטימי.

כפייה על ידי צד שלישי

אחד מהאלמנטים היה שכפייה צריכה להיות ע״י הצד השני או אדם מטעמו. או שהצד השני כפה בעצמו או שהוא שלח את הכופה. לא ברור לנו בדיוק מה נדרש במצב כזה.

מה קורה במצב בו אחד הצדדים יודע על כפייה ולא עושה לגביה כלום?

**פס״ד דיור לעולה נ׳ קרן** מספר לנו על מקרה של תמ״א 38, בו צריך לעשות הסכמה של איזשהו אחוז של הדיירים של הבניין, אך יש דייר אחד שמתנגד וההתנגדות שלו מעכבת את כל הפרויקט. מה שקורה הוא שהדיירים האחרים מאיימים על הדייר שמתנגד. הקבלן יודע את הסיטואציה, אך הוא לא זה ששלח אותם לעשות את זה. האם הידיעה הזו מספיקה כדי שזה יהיה כפייה?

התשובה בפסיקה היא לא ברורה והשאירו את השאלה הזו ב״צריך עיון״.

**עושק (ס׳ 18 לחוק החוזים)**

עושק היא עילה יחסית פשוטה אבל הניסוח של הסעיף יחסית מבלבל.

כשאנחנו באים ליישם עושק אנחנו רוצים לבדוק את התקיימותם של מספר פריטים. כמובן שאנחנו צריכים להראות קודם כל חוזה. לאחר מכן נצטרך להראות את האלמנטים הבאים (יסודות העוולה):

1. ״**מצוקה**״ – מצוקת העשוק
2. ״**ניצול**״ – נדרש כאן משהו גם מהצד השני, העושק. נדרשת כאן ידיעה של הצד השני על המצוקה של הצד העשוק.
3. ״**קשר סיבתי סובייקטיבי**״ – צריך שיהיה כאן קשר סיבתי סובייקטיבי בין התקשרות העשוק בחוזה לבין הניצול של העושק. כאן זה מעט פחות ברור לנו.

בלשון הסעיף הקשר הסיבתי הוא בין החוזה לבין הניצול אבל הניצול זה משהו שלא כל כך ברור לנו. אומרים לנו שנדרשת ידיעה של העושק על המצוקה של העשוק. למעשה הדרך הכי נוחה לחשוב על עושק כמו שהוא מופיע בפסיקה היא – להוכיח חוזה, מצוקה, קשר סיבתי בין החוזה למצוקה. לולא המצוקה לא היה הצד העשוק מתקשר בחוזה. עלינו להוכיח גם ידיעה של הצד העושק על המצוקה של הצד העשוק.

**בפס״ד סאסי** אומר לנו מהי מצוקת המתקשר. מהו המבחן למצוקה? מה צריך להראות כדי להוכיח שמתקיים עושק?

המצוקה צריכה להיות מסוג מסוים שמביא לקושי בקבלת החלטות. זו לא צריכה להיות בהכרח מצוקה מנטאלית אבל היא צריכה להיות מצוקה שמביאה לקושי מנטאלי בקבלת החלטות. מצוקה לצורך עושק אומרת שבחוזים מסוימים של אותו אדם הם יהיו בטלים כי בחוזים האלו ספציפית הוא התקשר מתוך המצוקה. העושק נמצא בין כשרות משפטית לבין פסול דין. אנחנו יודעים שהמצוקה צריכה להיות כבדה, ו**השופט טירקיל** אומר לנו שלא די במצוקה חולפת, צריך מצוקה קבועה או מתמשכת. **השופט לנדוי** לעומתו אומר שיכולים להיות מקרים ספציפיים שבהם המצוקה תוכל להיות רגעית.

איך מצוקה זמנית יכולה להספיק לעילה של עושק למשל? יכול להיות שאנחנו רואים מישהו בסיטואציה בעייתית אבל כנראה שהעניין פה יהיה שהמצוקה לא תהיה איזושהי סיטואציה כלכלית לוחצת אלא משהו שמוביל לפגיעה ביכולת קבלת החלטות.

ההלכה מפס״ד זה היא שהמצוקה היא סובייקטיבית, נדרשת מצוקה כבדה שיוצרת פגם משמעותי ביכולת קבלת ההחלטות ולא ברור אם המצוקה חייבת להיות מתמשכת וקבועה או שהיא יכולה להיות גם רגעית.

עולה לנו כאן גם רכיב הניצול – ״התקשר בחוזה עקב ניצול של הצד השני...״.

״עצימת עיניים ברשלנות גסה״ אומר לנו שגם אם לא ידעת במאה אחוז שקיימת מצוקה אצל הצד השני ובחרת להעלים עין, הדבר יכול להספיק כדי להקים עילת עושק.

מפס״ד זה עולה לנו שניצול הוא ידיעה על המצוקה.

גריעות תנאי החוזה

״ושתנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מהמקובל״. לא מספיק שתנאי החוזה יהיה גרועים מהמקובל, אלא הם צריכים להיות גרועה במידה בלתי סבירה מן המקובל.

איך בודקים את גריעות תנאי החוזה?

דרך אחת להסתכל על גריעות תנאי החוזה היא דרך הקריטריון תנאי החוזה צריכים להיות גרועים באיזשהו מובן בסיסי מבחינת שקילות התמורות – התמורות לא שקולות, לא שוות בערכן.

ניתן להגיד שהצד העשוק לא היה מסכים להתקשר בחוזה אם היה יודע את התמורה האמיתית שהוא מקבל מהחוזה.

דרך שנייה להסתכל על גריעות תנאי החוזה היא דרך ״המחיר המקובל והאובייקטיבי״ הוא מחיר השוק.

שתי הדרכים האלה לא תמיד ממצות את הדיון, ויש מקרים שהם קצת יותר מסובכים.

הסעיף של עושק אמור לכסות לנו את כל החוזים. הסכמים שהם יותר קונקרטיים נמצאים לפעמים בדיני החוזים המיוחדים מאחר ובתחום מסוים אנחנו יודעים להגדיר דברים בצורה יותר מדויקת.

זו תהיה התערבות בלתי סבירה בחיי המסחר אם כל פעם שצד לא יהיה מרוצה מהחלטה שהוא ביצע תהיה לו את האופציה להתחרט.

מתקשרים חוזיים פוטנציאליים יודעים שהחוזה צריך להיות מאוד סטנדרטי והם יכולים להיזהר מביצוע עסקאות שיהיו לא סבירות. המחוקק מנסה להימנע ממצבים בהם צדדים חזקים יפגעו בצדדים חלשים.

ב**פס״ד גנז נ׳ כץ** מדובר על עסקה בין שדכן לבין אדם רווק חרדי. הסכום המתבקש פה בגין השירותים היה גבוה מן הסביר וכך גם נקבע בחוזה. גנז טוען כאן לעושק.

יש לנו כאן חוזה, ואנחנו צריכים לדון על המצוקה של גנז. לגבי המצוקה כאן נקבע כי הייתה מצוקה אבל היא לא עלתה כדי פגם ברצון.

בואו נניח שהייתה כאן מצוקה מספיק חמורה וגמירת דעת ונתמקד רק בעניין של גריעות התנאים. את גריעות התנאים אנחנו בודקים על פי הסטנדרט. מבחינת תנאי החוזה מה שמקובל בשוק הוא סכום משמעותית יותר נמוך ממה שהוסכם בחוזה המדובר.

ניתן לחשוב על מהו שכר סביר לשעה בסוג השירותים הללו ואז לחשב מה הסכום שמגיע לכץ. אבל מה שגנז מנסה להגיד כאן הוא שיש פה עניין חשוב בשבילו בצורה קיצונית ואין לו כלים להשיג אותו. על מנת להשיג אותו הוא יוצר שיתוף פעולה עם מישהו שיש לו את הכלים לפתור את הבעיה ורוצה לעזור לו לפתור את הבעיה באותה המידה שהוא רוצה לפתור אותה.

הדרך לגרום לבן אדם לרצות לפתור בשבילו את הבעיה באותה המידה בה גנץ רוצה לפתור את הבעיה היא לתת לו תמריץ כספי, זהו ההיגיון העסקי במקרה זה.

לבטל את האופציה להשתמש בתמריץ כספי אומר להגביל את חופש החוזים של הצדדים.

הרעיון של תנאי החוזה גרועים מהמקובל יש בו מורכבות מסוימת. עולה השאלה כמה אנחנו רוצים להיכנס לפרטים הספציפיים של מקרים מסוימים וכמה אנחנו רוצים להתערב בין הצדדים?

בסופו של דבר מי שקובע אם החוזה הוא טוב או לא הוא הצדדים, הם אלו שיודעים באמת אם החוזה מיטיב עמם או לא, ולכן ביהמ״ש נזהר מלפסוק בעניין חוזה טוב או רע.

לסיכום, הייתה מצוקה שלא הספיקה. שלא הספיקה כדי להיכנס לעולם של עושק. זה לא הגיע למצב שפגם בשיקול דעתו של גנז גם תנאי החוזה לא היו בהכרח גרועים.

פגמים בחוזה

הרבה פעמים בעניין של פגמים ישנה מגמה מצמצמת. ביהמ״ש לא ממהר לבטל חוזה בגין פגם.

בטעות, למשל, ביהמ״ש נוטה ליישם את המשפט הכי מצר של מבחן הסיכון.

גם בהטעייה יש לנו מבחן מצר לגבי הטעיית הצד השני, לפיו אם הצד השני היה יכול לגלות את הפרט החסר תוטל עליו האחריות של גילוי הפרט ולא תתקיים הטעיה.

בעושק, יש גם כן מבחן מאוד מצר ולא הרבה דברים יכולים להיכנס לתוך עולם העושק.

ביהמ״ש לא נוטה לתת לצדדים להתחמק מההתחייבויות המשפטיות שלהם.

לכל הפגמים יש פחות או יותר את אותו המבנה. המבנה הכללי הוא שיש לנו חוזה, פגם ברצון ואז עולה לנו זכות ביטול מכוח הפגם.

**ס׳ 19-21 לחוק החוזים:**

**ס׳ 19** **לחוק החוזים** מדבר על ביטול חלקי – אם היה פגם בחלק מהחוזה יכולה לעלות העילה לבטל רק את החלק הפגום בחוזה. לעומת זאת אם נפל פגם בכל החוזה עולה הזכות לבטל את כולו.

לפעמים ביטול חלק מסוים של החוזה יכול להיות מאוד קריטי. החלק הפגום יבוטל וכל שאר החוזה יתקיים.

**ס׳ 20 לחוק החוזים** מדבר על דרך הביטול. כל מה שהפגמים האלו נותנים היא הזכות לביטול. יש לבטל את החוזה בצורת של הודעה תוך זמן סביר מרגע שנודע על העילה. מרגע שאתה יכול להודיע על הביטול אתה צריך תוך זמן סביר להודיע על ביטול העילה.

צריך לזכור שאחרי ביטול מגיעה השבה הדדית.

**שיעור 10 – 15.11.18**

תום לב במשא ומתן – מבוא

תום לב הוא חלק מעולם היווצרות החוזה. תום לב במשא ומתן עוסק בצורת ההתנהלות המקובלת בזמן משא ומתן לקראת כריתת חוזה.

הכלל של כריתת חוזה הוא כלל קונסטיטוטיבי הוא כלל שיוצר משהו. זהו כלל שמגדיר כוח, כלל שיוצר אפשרות לשנות את המצב המשפטי. זהו הכלל שמקים את החוזה.

הכללים של תום לב הם כללים של איסור והיתר. מה מותר לנו לעשות ומה אסור לנו לעשות. אסור לנו לנהוג בחוסר תום לב במשא ומתן.

בנושא של תום לב יש קצת יותר מקום לפסיקה. עד עכשיו הפסיקה הייתה יחסית פסיבית. בגדול יש לנו את החוק והוא זה שנותן לנו את המסגרת הכללית. בנושא של תום לב יש הרבה יותר מקום לבית המשפט. החוק קובע משהו מאוד כללי ולא ברור, ולפסיקה יש הרבה יותר מקום להגדיר את הנושא של תום לב.

**ס׳ 12 לחוק החוזים (חלק כללי):**

1. במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב.
2. צד שלא נהג בדרך מקובלת ולא בתום לב חייב לצד השני פיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב המשא ומתן או עקב כריתת החוזה.

האלמנטים של הסעיף הם:

בסעיף 12(א) עולה לנו החובה, ובסעיף 12(ב) עולה לנו נושא הפרת החובה. למעשה יש לנו כפילות מסוימת. סעיף 12(א) רק מזכיר לנו את קיומה של החובה לנהוג בתום לב. בדרך כלל נשתמש בסעיף 12(ב).

בסעיף 12(ב) מציגים לנו את הסעד במקרה של התנהלות בחוסר תום לב. צריך להיות לנו נזק על מנת שיתקבלו פיצויים, וצריך להיות קשר סיבתי בין ההתנהגות בחוסר תום לב לבין הנזק.

מבנה העילה

מהי חובת תום הלב? על מי ומתי היא חלה? אם מישהו הפר את החובה, מהו הסעד? מהו הקשר הסיבתי שנדרש לנו כשאנחנו דנים בנושא תום הלב?

הסעיף לא נתן לנו יותר מדי מידע לגבי חובת תום הלב, הוא נתן לנו רק מבנה. אם הפרת את חובת תום הלב וגרמת לנזק אתה חב בפיצויים.

מקורות העילה

חוק החוזים נחקק בשנת 1973 ובו נחקקה גם חובת תום הלב. לפני חוק החוזים הייתה לנו זיקה מאוד ברורה להסתמכות בהקשר לחובה לנהוג בתום לב. אמנם לא הייתה הסכמה סופית ולא נחתם הסכם אך הייתה כאן הסתמכות של הצד הנפגע. נוצר מצב על פיו היה לצד הנפגע על מה להסתמך באופן מוצדק.

אילו צעדים אופרטיביים ניתן לבצע על סמך הסתמכות על הצד השני?

למשל במקרה של משא ומתן מתקדם למכר דירה – הצד הקונה היה יכול לגשת לבנק לבקש משכנתא, להתייעץ עם עורך דין. במקרה זה יכולה להיות הסתמכות על תום הלב של הצד השני ועל סמך ההסתמכות הזו להוציא כסף על צעדים לקראת הכניסה לעולם החוזים – קניית הדירה.

זוהי הסתמכות טרום חוזית.

לפני התפתחות ס' 12 לחוק החוזים היו לנו דוקטרינות במשפט האנגלי והקונטיננטלי.

אם הצד המוכר לא התכוון כלל למכור את הדירה לקונה המדובר, הייתה כאן הסתמכות שווא.

הדבר הבסיסי שס' 12(ב) נותן לנו הוא סטנדרט של התנהגות, אחריות טרום חוזית. מדובר על השלב הטרום חוזי. זה מנותק משאלת כריתת החוזה. במשא ומתן יש להתנהג בתום לב.

המקורות ההיסטוריים של ס' 12 הם פסיקה מהמשפט האנגלי, הצרפתי, הקונטיננטלי והאנגלו-אמריקאי שנותנת עילת תביעה לצד שהסתמך כל מצג שווא מהצד השני בזמן משא ומתן.

הדברים האלה לא מוצגים בצורה מאוד ברורה בס' 12 לחוק החוזים וזה מה שנותן לפסיקה את המקום הרחב לדון בנושא.

לביהמ"ש אין מחויבות גדולה למה שקרה בפסיקה לפני ס' 12 לחוק החוזים, הוא מסתמך בעיקר על הסעיף עצמו.

יש לנו שתי שאלות עיקריות להתעסק בהן בעניין תום הלב –

מהי החובה? (מאפייני חובת תום הלב בס׳ 12 לחוק החוזים)

חובת תום הלב קיימת בהרבה דברים, אבל סעיף 12 עוסק רק בחובת תום הלב במשא ומתן.   
  
סטנדרט ההתנהגות הנדרש הוא בין אדם לאדם, והסטנדרט הוא אדם לאדם, אדם (לפי ברק).

כשאנחנו דנים במכר של דירה למשל, עלינו לנהוג בתום לב. הדרישה היא לא להיות זאב ולא להיות מלאך. תמיד יהיה וויכוח בין הצדדים. תמיד יהיה צד אחד שיטען שהצד השני לא היה בסדר. תמיד אפשר להתווכח על השאלה אם מישהו נהג בתום לב או לא.

חובות אמון (אדם לאדם מלאך) הן חובות המתקיימות במצבים שבהם לצדדים חובה גדולה יותר כלפי הצד השני, כשאחד הצדדים אמור לראות את האינטרס של הצד השני.

זוהי לא החובה הרגילה בדיני החוזים. הצדדים לא צריכים להיות בעלי אינטרס אחד לשני. כל צד פועל למען האינטרס של עצמו אך לנהוג בצורה אנושית. זה אומר בצורה כללית שאסור לנו לשקר.

הרבה מאוד מהפסיקה אפשר להכניס תחת הקטגוריה של איסור אמירת שקר.

המושג של תום לב הוא מושג עמום - מושג שסתום - שדרכו ניתן להזרים רעיונות וערכים לתוך הפסיקה.   
  
הפרת חובת תום הלב יכולה להיות דומה למה שדיברנו עליו בהטעייה. ההבדל הוא ברמת הסעד וברמת התרופה. הסעד שנובע מחוסר תום לב הוא פיצויים.   
חובת תום הלב היא חובה קוגנטית – חובה שאין להתנות עליה. מה זה אומר? אנחנו לא יכולים לקבוע בחוזה בנינו שבעתיד לא תהיה לנו חובת תום לב אחד כלפי השני. זוהי חובה שמתקיימת תמיד.   
  
מאפיין נוסף של תום הלב הוא היותו סטנדרט אובייקטיבי, וזאת לפי רוב הדעות בפסיקה. אנחנו לא מסתכלים על הסטנדרט הראוי לפי אדם מסוים; אנחנו מסתכלים על מה צריך להיות הכלל אצל כולם?   
  
על מי חלה חובת תום הלב? חובת תום הלב חלה על כל מי שלוקח חלק במשא ומתן, כל מי שהיה צד למשא ומתן גם אם הוא לא היה צד לחוזה.

**פס״ד קסטרו:**   
הצדדים בפס״ד קסטרו היו תושב חוץ ופנידר. הצדדים לחוזה היו קסטרו וחברה המעוניינת למכור דירה לקסטרו, כאשר החברה הייתה בבעלותו של פנידר.   
במה התבטאה כאן הפרת חובת תום הלב?   
נחתם בין הצדדים זיכרון דברים, קסטרו שילם את כל התשלומים אך העסקה לא יצאה לפועל עקב הליכי פירוק וקשיים כלכליים של החברה הקבלני של פנידר.

בפסק הדין בעליון נקבע ע״י השופט ברק כי החוזה שנכרת היה בין המשיב לחברה, אבל גם פנידר נדרש בפיצויים מאחר והוא היה צד למשא ומתן.   
מותר היה לפנידר למכור דירה שלא שייכת לחברה שלו. אבל, אסור היה לו למכור דירה שלא שייכת לחברה בלי לגלות על כך לקסטרו.

בפס״ד זה מדובר על תחולת החובה לנהוג בתום לב.

השאלה המשפטית שעולה להכרעה בפסק הדין היא מה האחריות של שלוח במשא ומתן לקראת כריתת חוזה? האם ניתן להטיל פיצויים על פנידר? מי חייב בפיצויים, פנידר או החברה?

ביהמ״ש אומר לנו שעל פנידר החובה לשלם פיצויים לקסטרו.   
כאן פנידר חב בפיצויים בעיקר בגלל ההתנהגות שלו כמנהל.

לפי ס׳ 12 לחוק החוזים יש חבות אישית במובן של מי שהיה צד למשא ומתן הוא זה שישלם פיצויים לצד הנפגע מחוסר תום הלב.

לחובת תום הלב יש פוטנציאל תחולה מאוד רחב.

משא ומתן קורה הרבה פעמים בין נציג של חברה לבין אדם פרטי.

המקרה כאן הוא מקרה יחסית קל מאחר ובעל החברה הוא המנהל ומדובר בחברה פרטית ויחסית קטנה. לכן קל מאוד להטיל עליו את חבות הפיצויים בגין חוסר תום הלב במשא ומתן עם קסטרו.

מהו התוכן הקונקרטי של חובת תום הלב? מהן הסיטואציות שבהן רוצים להשתמש בחובת תום הלב? לאיזה קטגוריות אפשר לחלק את החובה הזו?

בגדול החובה מטילה איסור על שקר.

1. **מצג שווא ועידוד הסתמכות.** זוהי הקטגוריה המסורתית של תום לב במשא ומתן. יש דרישה להיות עירני לכך שהצד השני יכול להסתמך על המצג שלך במשא ומתן. יש דרישה לא ליצור מצג שווא במשא ומתן כדי שלא תהיה הסתמכות שווא.
   1. **אשם בהתקשרות** –   
      אשם בהתקשרות בהגדרה כללית הוא אשם של אחד הצדדים באי כריתת החוזה.   
      דוגמא לאשם בהתקשרות הוא **פס״ד שיכון עובדים**. בפס״ד זה השופטת בן פורת מזכירה לנו את צמד המילים ״אשם בהתקשרות״. המשמעות של מושג זה לא לגמרי ברורה. האשם בהתקשרות במקרה הזה היה הצעה למכור דירות במחיר מסוים עד מועד מסוים, ושיכון עובדים מנעו את ביצוע הקיבול של זפניק. קיבול הוא בהתאם להצעה. כששיכון עובדים נתנו את ההצעה הם יצרו מצג מסוים שהם מוכנים לקבל קיבול עד מועד מסוים והמצג הזה בסופו של דבר היה שקרי. זפניק הגיעו במועד הנכון כדי לקבל את ההצעה ושיכון עובדים לא קיבלו את ביצוע הקיבול. ההצעה של שיכון עובדים הייתה בלתי חוזרת. הם נהגו בניגוד להתחייבות שלהם ויצרו מצג שווא. מבחינת החובה לנהוג בתום לב במשא ומתן, ההסתמכות של הקונים הייתה שהם הגיעו למקום שפורסם במודעה, מילאו טופס שהיה נדרש על מנת להתקשר בחוזה עם שיכון עובדים, השיגו את סכום הכסף הנדרש בקושי רב. הייתה איזושהי התייחסות בפסק הדין לפעולות שביצעו הזוג זפניק, אבל זה כמעט לא מופיע בפסק הדין ולא מתייחסים לכך בהקשר לתוצאה. זה מראה לנו במובן מסוים על ההרחבה בשימוש בתום הלב בקטגוריות האלו.   
      ההרחבה שבית המשפט מבצע נובעת באופן ישיר מלשון ס׳ 12 לחוק החוזים. פחות ברור שצריך להראות הסתמכות כדי לנצח בתביעה מכוח ס׳ 12.
   2. **פרישה ממשא ומתן שלא בתום לב** –   
      אם אדם נמצא במשא ומתן ממושך לגבי מכר דירה עם צד שני, ובסופו של דבר מוכר את הדירה לצד ג. עולה השאלה האם זה חוסר תום לב או האם זה לגיטימי? עצם ההימצאות במשא ומתן עם צד מסוים לא מחייב אותך למכור לו. אבל, מוטלת עלייך החובה להודיע לצד השני שאתה נמצא במשא ומתן עם צד שלישי.
   3. **משא ומתן ללא כוונת התקשרות** –   
      משא ומתן ללא כוונת התקשרות נחשב כשקר. השקר הוא חוסר הגילוי על אי הכוונה להתקשר בחוזה.
   4. **התנערות מהסמכות שהושגו** –   
      התנערות מהסכמות שהושגו הוא מצב בו הייתה הסכמה למכור דירה עם הצד השני למשא ומתן, ואז המוכר מתחרט. זה יכול להיות חוסר תום לב מאחר ואסור לסגת מדברים שכבר הוסמכו. כל עוד המשא ומתן עצמו עוד מתנהל עולה האפשרות לסגת מהחוזה.   
      זהו מצב מאוד קרוב למה שקרה ב**פס״ד קל בניין.** העניין הוא איך אתה מציג את הדברים לצד השני.
   5. **התעקשות על פרט טכני חסר** –   
      סיטואציה כזו מוצגת ב**פס״ד קלמר נ׳ גיא**. מותר להתעקש על כתב, אך זה הופך לחוסר תום לב כשהצגת מצב בו אתה מתחייב לחוזה למרות שאין כתב ואז אתה מנסה להתנער מהחוזה בטענה שאין כתב. אם אתה מתעקש על פרט טכני זה יכול להגיד שהמצג שהוצג היה מצב שיקרי.
2. **אמירת שקרים ואי גילוי.** אם אנחנו נמצאים במשא ומתן עם מישהו מוטלת עלינו החובה לגלות לצד השני את הדברים שידוע לנו. ההבדל בין ההיבט הזה של משא ומתן להטעייה הוא שאם היית לא בסדר ולא התנהגת בתום לב יכול להיות שתהיה חייב בפיצויים.
3. **אפליה במשא ומתן.** זוהי החובה לנהוג בשוויון. היא לא לגמרי מיושמת בפסיקה.
4. **הוגנות במרכז** –   
   ב**פס״ד קל בניין** היו חמש חברות שניגשו למכרז. יש חובה של הוגנות במרכז מהבחינה של מסוימות לנהוג בכללי המרכז שאתה עצמך קבעת. הייתה להם בסופו של דבר הצעה של חברה שהייתה מחוץ למרכז. אנחנו רוצים שצדדים יוכלו להסתמך על הוגנות המרכז ושלא תהיה האופציה לצדדים לשקל ולסגת מכללי המכרז שהם קבעו.
5. **חובת שוויון** –   
   האם יש חובת שוויון כללית מעבר למחויבות שלקחת על עצמך?   
   במשפט הפרטי כשאין לנו גוף דו מהותי או חובה מחקיקה ספציפית זה מאוד לא ברור שקיימת חובת שוויון כללית. ב**פס״ד קל בניין** מדברים לכאורה על חובת שוויון אבל זהו לא באמת המצב. האם אפליה במשא ומתן נחשבת לחוסר תום לב? זה לא לגמרי ברור. יש דעות לכאן או לכאן. אין ממש פסיקה בישראל שמטילה חובה כזו על אדם פרטי.

סעדים עקב חוסר תום לב במשא ומתן

**פיצויי הסתמכות, סעדים שליליים –**

זוהי ההבנה המסורתית של פיצויי הסעיף.

נדגים במצג שווא של מכירת דירה. הקונה השקיע בהוצאות שונות עקב הסתמכות על כך שתימכר לו הדירה. כתוצאה ממצג השווא נוצר נזק והצד הקונה מעוניין בפיצויים.

המילה ״עקב״ בס׳ 12(ב) מציגה לנו דרישה של קשר סיבתי בין המשא ומתן בחוסר תום לב לבין הנזק.

אם הצד השני הסתמך על המשא ומתן והוציא הוצאות, ההוצאות הן הנזק שנגרם. הוצאות ההסתמכות הן הנזק ועליהן יהיה הפיצוי.

אלו הם פיצויים שליליים, ונהוג לומר שפיצויים שליליים מטרתם להחזיר את הנפגע למקום בו היה לפני המשא ומתן. להחזיר את המצב למצב שהיה קיים אם לא היה מתקיים המשא ומתן.

**פיצויי קיום, סעדים חיוביים –**

סעד חיובי נועד להביא רווח. הוא נועד להביא את הנפגע למצב שהיה מתקיים לו היה נכרת החוזה ולו הוא קוים. לא לגמרי ברור איך הסעדים החיוביים מעוגנים בס׳ 12 לחוק החוזים. זוהי חריגה משמעותית מהמקורות של ס׳ 12. אלו הם אלמנטים אחרים לגמרי והם נובעים מחידושים של הפסיקה.

נניח שיש משא ומתן למכור דירה, וסוכם מחיר של מיליון. עוד לא נחתם חוזה.

לפני התשלום, הקונה הוציא סכום כסף ואז התפוצצה העסקה ונוצר לנו מצב של חוסר תום לב מאחר ומראש לא הייתה כוונת התקשרות והדירה נמכרה למישהו אחר.

כעבור מספר חודשים התגלה ששווי הדירה עלה למיליון וחצי. לקונה הסופי של הדירה היה רווח של חצי מיליון.

במקרה שיש עליית ערך יכול להיות שהקונה ירצה לתבוע לפיצויי קיום.

אנחנו צריכים להראות התנהגות בחוסר תום לב.

סעד חיובי בהגדרתו הוא הרווחים שהיו צפויים.

אחד הסעדים החיוביים הוא קיום החוזה. יש אפשרות לקבל סעדים חוזיים בגלל שהצד השני היה חסר תום לב.

המבחן שנקבע ב**פס״ד קל בניין** לתרופות חיוביות מורכב משלושה רכיבים שיש להוכיח:

צריך להראות שהתקיים לנו כאן חוסר תום לב.

צריך להראות גם שהצדדים היו מאוד קרובים לכריתת החוזה.

בנוסף, עלינו להראות שחוסר תום הלב הוא שמנע את כריתת החוזה.

אם אני מפר את חובת תום הלב ליכול להיות שאני אחוב לפצות את הצד השני ברווחים שציפה להפיק מהעסקה.

האם הדבר מעוגן בלשון ס׳ 12 לחוק החוזים?

לא, מאחר וס׳ 12 מדבר על נזק שכבר נגרם, לא על נזקים שמבוססים על רווחים עתידיים.

**שיעור 11 – 18.11.18**

תום לב

הדגש בתום הלב הוא על מצג שווא ועידוד הסתמכות.   
הפסיקה יכולה להכתיב לנו הלכות בשלושה רבדים משמעותיים:

1. **יישום**. כלומר, אנחנו רוצים לדעת מה זה עושק, למשל. איזו התנהגות עולה לכדי עושק? איזה איום הוא איום לא לגיטימי המהווה עושק? ואז, פסק הדין אומר לנו שהתנהגות ספציפית היא עושק. במצב כזה נוכל במצבים דומים לדעת אם התנהגות עם עושק.   
   אלו הן הלכות קטנות יחסים.
2. **מבחן חדש**. מבחן חדש בפסיקה נותן לנו עקרון כללי ליישום של החוק. אם ניקח את העניין של כפייה למשל, בפס״ד אקספומדיה אנחנו מקבלים כלל שאנחנו יכולים להשתמש בו במקרים הבאים. הוא מבחן במובן שהוא נותן לנו אמצעי כללי להחליט האם מקרה הוא כפייה או לא. זהו יישום קצת יותר רחב של החוק.
3. **כלל חדש**. זהו משהו שלא ידענו שאנחנו יכולים לעשות מתוך לשון החוק, ואחרי הפסיקה אנחנו יכולים לדעת שאפשר לעשות זאת. למשל, פס״ד קל בניין מתווה לנו הלכה על פיה אנחנו יכולים לפצות גם בסעדים חיוביים בעניין תום הלב, מה שמהווה הלכה חדשה לגמרי.

מהו הסעד החיובי עקב הפרת חובת תום הלב?

הדוגמא היא מכר של דירה, והמוכר והקונה הסכימו של מחיר של 100 ש״ח. הקונה שילמה לעורכת הדין שלה כדי לבדוק כל מיני דברים על הנכס. בסופו של דבר המוכר החליט למכור לצד שלישי ולא הודיע לקונה הראשון. לאחר ההחלטה למכור לצד שלישי מחיר הדירה עלה משמעותית.   
הקונה המקורי תובע פיצויי הסתמכות או לחלופין פיצויים חיוביים. פיצויי הסתמכות יתקבלו על שכר הטרחה של עורכת הדין. פיצויי קיום לעומת זאת, מביאים את הצד הנפגע למצב בו היה אילו היה נכרת החוזה.

פיצויי הסתמכות הם פיצויים הברורים לנו מתוך לשון החוק, ואנחנו יכולים להבין זאת דרך המילה ״עקב״ המצביעה לנו על קשר סיבתי. קשר סיבתי הוא מבחן ״גורם בלעדיו אין״. הקשר הסיבתי כאן צריך להיות בין ההסתמכות שנוצרה לבין המשא ומתן. לולא המשא ומתן לא היה נגרם הנזק לקונה המקורי של הדירה. כאן הקשר הסיבתי ברור לנו מתוך לשון הסעיף.

פחות ברור לנו מבחינת לשון הסעיף והקשר הסיבתי איך אנחנו מגיעים לפיצויים החיוביים. יש לנו בעיה מבחינת לשון הסעיף, בעיקר.

אחרי **פס״ד קל בניין** אנחנו יודעים שברק מעגן את הפיצויים חיוביים בפרשנות החוק.

בפס״ד זה נאמר לנו ע״י ברק שיש צורך להוכיח שהמשא ומתן הגיע לשלב מאוד מתקדם, ועלינו להוכיח גם כי חוסר תום הלב מנע את השתכללות החוזה.

לא ברור לנו לגמרי איך בדיוק היישום אמור להתקיים בכל מקרה ומקרה. גם כאן יש עניין של קשר סיבתי, והוא שלולא חוסר תום הלב היה נגרם החוזה. במילים אחרות, אי כריתת החוזה קרתה עקב חוסר תום הלב.

**מבחני פס״ד קלמר נ׳ גיא –**

גם בפס״ד זה עולה לנו דרך מסוימת להגיע לסעדים חיוביים. זוהי סיטואציה דומה לקל בניין במובן שבו יש כאן הסכמה מהותית, וחסר פרט טכני אחד (הכתב). אפשר להגיד שכבר התקיים כאן חוזה אך יש צורך להתגבר על דרישת הכתב. חסר לנו האלמנט חשוב של דרישת הכתב על מנת שיתקיים חוזה.

יש בפס״ד זה שתי הלכות שונות לגבי מתי אפשר להתגבר על דרישת הכתב ולהיכנס לעולם החוזים גם בלעדיה.

זעקת ההגינות (ברק) – זהו מצב בו זה יהיה חוסר צדק מאוד גדול בחוסר הכרה בחוזה. זהו מצב בו יש הסתמכות מאוד מאוד גדולה.

ההלכה של השופט זמיר – הביצוע של החוזה יכול להוות גם תחליף לדרישת הכתב.

**מקרה ביניים – פיצויים בגין אובדן הזדמנויות**

אובדן הזדמנויות במקור זה מצב של סעדים שליליים לפי לשון **ס׳ 12 לחוק החוזים**. אנחנו רוצים להביא את הנפגע למצב בו היה אם לא היה מתקיים המשא ומתן.

אובדן הזדמנויות מופיע לנו כסוג של דלת אחורית לפיצויי הסתמכות רגילים.

**פרשנות החוזה**

במצב בו החלטנו שיש חוזה, עלינו לבדוק את החוזה מבחינת הפרשנות שלו. מה החוזה אומר, מה תוכן החוזה? מה תנאי החוזה? באופן בסיסי כדי לדעת מה החוזה אומר עלינו לפרש אותו, לקרוא אותו ולהבין מה הוא אומר.

בדרך כלל פרשנות החוזה היא לא כל כך מסובכת. הסיבה לכך שפרשנות החוזה היא לא כל כך מסובכת היא כי יש לנו נוהג ונסיבות שהם יחסית קבועים ועל פיהם אנחנו יכולים לדעת מה כוונת החוזה בדרך כלל.

קשיים פרשניים אפשריים:

* **פרט חסר** – מה קורה במצב בו חסרים לנו הסדרים? האם מדובר בפרט משמעותי וגדול?
* **ניסוח דו משמעי** – עמימות בלשון, למשל.
* סתירה בין אמירות שונות – קושי פרשני קלאסי, יכול להיות בין סעיפים שונים בחוזה. עלינו לשאול מה קורה אם יש לנו סתירה בין מה שכתוב לחוזה לבין אמירה בעל פה שנאמרה בזמן כריתת החוזה? מה גובר, מה שכתוב בחוזה או האמירה שבעל פה?
* **שפה שמובילה לתוצאה לא הגיונית** – מצב בו השפה אולי ברורה אבל קרה מקרה שהצדדים לא חשבו עליו, ואם אנחנו הולכים לפי לשון החוזה קורה משהו מאוד מוזר. זהו קושי פרשני ולא ברור אם זו הייתה הכוונה בחוזה.
* **מגבלה אינהרנטית של בהירות השפה** – זהו מצב בו השפה לא ברורה. אי אפשר לדבר בבהירות מושלמת. תמיד יכולה להיות משמעות אחרת למילים שאותן אנחנו אומרים. השפה היא לא בהירה כמו שנדמה לנו. הבהירות של השפה לא נובעת מהמילים עצמן אלא מההיגיון וההקשר.
* **צורך בשימוש בהקשר והיגיון** – אנחנו כל הזמן משתמשים בהיגיון. הדברים האלה תמיד פועלים ברקע כשאנחנו ניגשים לשפה והם אלו שהופכים משהו לברור. ההבנה לא נובעת מבהירות השפה אלא מניסיון, הגיון והקשר.

אנחנו לא יודעים להגיד מהי פרשנות מילולית פשוטה. הרבה פעמים הלשון של החוזה לא ברורה, אבל זה לא אומר שאנחנו לא יודעים מה החוזה אומר. כשאנחנו קוראים בזהירות את לשון החוזה אנחנו יכולים להבין בצורה יחסית ברורה מה קורה בחוזה.

בפרשנות אנחנו רוצים להעניק איזושהי משמעות לתוכן החוזה, להבין מה הוא אומר.

אבחנות מסורתיות שעלו בספרות המשפטית כמענה לקשיים בפרשנות החוזה

1. **פרשנות מול השלמה** – ההבחנה הזו מופיעה לנו בפסיקה ובחקיקה ועל פיה יש לפרש את מה שקיים בחוזה ואז להשלים את מה שלא קיים בחוזה.
2. **לשון מול נסיבות** – מבחינת הלשון הכוונה היא מה שכתוב בחוזה ונסיבות זה ככלל כל השאר.
3. **פרשנות אובייקטיבית מול פרשנות סובייקטיבית** – בפרשנות סובייקטיבית אנחנו רוצים לדעת למה הצדדים התכוונו, ובפרשנות אובייקטיבית אנחנו רוצים לדעת מה החוזה הספציפי הזה אומר.   
   בפרשנות חוזים אנחנו מסתכלים בדרך כלל על פרשנות סובייקטיבית, מאחר ואנחנו מסתכלים על מה שהצדדים רצו ופחות משנה מה החוזה הזה אומר.

החקיקה במידה רבה מתבססת על תמונת עולם שמתארת את ההבחנות הללו. הפסיקה, לעומת זאת, אומרת לנו שההלכות האלה לא תמיד עובדות ויכולות להיות בהן בעיות רבות.   
תמיד ישאר מקום לפרשנות בחוזה, וזאת מאחר ופרשנות זה תהליך שבו אנחנו נותנים משמעות לטקסט וחשיבה של כל אדם עובדת באופנים מורכבים ושונים. הפרשנות היא מערכת יחסים בין המשמעות וההבנה למי שכתב את החוזה.

גישת השלבים לפרשנות החוזה

ס׳ 25(א) מדבר על פרשנות החוזה, וס׳ 26 מדבר על השלמת החוזה. אנחנו נעבור לשלב הבא בגישת השלבים רק לאחר שמיצינו את השלב הקודם. השלבים בונים לנו סדר מסוים והם מבוססים על הבחנות מסוימות. השלבים ככלל מבוססים על ההבחנה בין פרשנות אובייקטיבית לפרשנות סובייקטיבית. אנחנו הולכים מפרשנות סובייקטיבית לפרשנות אובייקטיבית. אנחנו מתחילים מהכוונה הספציפית של החוזה וממשיכים לכוונה כללית ואובייקטיבית.

יש לנו כאן פרשנות מסוימת לאיך אמורים לפרש חוזה מכוח **סעיפים 25(א) ו-26 לחוק החוזים**. שיטת השלבים היא לא בדיוק ההלכה היום.

הגישה החלופית לגישת השלבים היא **הגישה ההוליסטית** (הוליזם – השלם, הכל ביחד). הגישה ההוליסטית אומרת שתמיד נסתכל על כל השלבים בגישת השלבים כאחד, ומתוכם נבין מה מעוגן בצורה יותר אמיתית והוגנת בלשון החוק ומה רלוונטי למקרה שלנו.

על מנת להבין את הגישות נניח כי יש לנו חוזה שכירות ובחוזה כתוב שהדייר יכול לפנות את הדירה בהודעה למשכיר תוך שישים יום מראש, אך בעל פה סוכם שגם שלושים יום יספיקו לכדי הודעה מוקדמת לפינוי הדירה.   
מהי הפרשנות המילולית של החוזה רק לפי לשון החוזה? האם מה שנאמר בעל פה הוא נסיבות או לשון החוזה? גם מה שנאמר בעל פה יכול להוות את לשון החוזה ולכן הדברים מתחילים קצת להתערבב לנו.   
הרבה פעמים אפשר להתייחס לדברים שנאמרו בעל פה הם נסיבות, אך אפשר להתייחס לדברים שנאמרו בעל פה גם כלשון החוזה.

הרבה פעמים הכוונה בלשון החוזה היא לשון החוזה בפרשנות סבירה, ואז רוב השלבים האחרים של שיטת השלבים מקופלים לתוך שלב זה. בפרשנות מילולית למעשה משתמשים בהיגיון.

היגיון והקשר הם הדברים הכי חשובים להבנת לשון החוזה ולא ברור לנו לגמרי איפה הם ממוקמים בשיטת השלבים.

הגבול בין לשון החוזה לנסיבות היא לא תמיד ברורה.

השלבים לפרשנות החוזה הם הבאים:

1. **לשון החוזה** – **ס׳ 25(א) לחוק החוזים**. על פי ס׳ 25(א) קודם כל הולכים ללשון החוזה ואם לשון החוזה לא ברורה נעבור לנסיבות הכריתה.
2. **נסיבות הכריתה** – **ס׳ 25(א) לחוק החוזים**. ניגש לנסיבות הכריתה רק במצב בו לשון החוזה לא ברורה לנו.
3. **נוהג בין הצדדים** – **ס׳ 26 לחוק החוזים**. ס׳ 26 מדבר על השלמת פרטים.
4. **נוהג בחוזים מאותו הסוג** – **ס׳ 26 לחוק החוזים**.
5. **הוראות השלמה בחוקי חוזים מיוחדים**.
6. **הוראות השלמה בחוק החוזים הכללי**.
7. **השלמה מכוח עיקרון תום הלב** – **ס׳ 39 לחוק החוזים**.

**פס״ד אתא נ׳ זולטוב –**

אתא היא מפעל ליצור טכסטיל וזולטוב הוא מעין ״סוכן״ של בגדים המיוצרים באתא. זולטוב ואתא חתמו על הסכם לצורך הסדרת ההסכמה בניהם ובהסכם היה סעיף שמתנה על זולטוב להפקיד פיקדון אצל אתא שיוחזר לו שלושה חודשים אחרי תום ההסכם בין הצדדים.

זולטוב נפטר, לכן מסתיים ההסכם, והשאלה העולה היא איך מחזירים את הפיקדון בתום ההסכם? האם צריך להחזיר את הפיקדון בסכומו המקורי או שיש להחזיר אותו בתוספת של הצמדת ריבית? מה החוזה בין הצדדים אומר לגבי שאלת ההצמדה על הפיקדון?   
החוזה כולל מנגנון הצמדה מסוים אך הוא לא כולל הצמדה למדד.

במידה וחסר לנו פרט, אנחנו צריכים לעבוד לפי ס׳ 25(א) (למרות שלפי ההיגיון הבריא אנחנו אמורים לעבוד לפי מנגנון השלמה שהוא מכוח ס׳ 26 לחוק החוזים).

על פי ברק בפסק דין זה, פרשנות במובן הצר היא פרשנות לפי ס׳ 25(א) לחוק החוזים. פרשנות במובן הרחב לפי ברק היא פרשנות לפי ס׳ 26 לחוק החוזים. הדבר מראה לנו שמתחילים להיטשטש השלבים בשיטת השלבים.

בסופו של דבר, איך ברק מכריע?

התוצאה של פסק הדין הייתה שיש הצמדה לפיקדון, במסגרת ס׳ 25(א) לחוק החוזים, פרשנות במובן הצר. ברק אומר שזה שלא הייתה התייחסות למשהו לא אומר שאנחנו צריכים להשתמש בהשלמה, יכול להיות שאנחנו עדיין צריכים ללכת לפי גישה של פרשנות.

חסר בפרטים הוא סוג של קושי פרשני, ולא תמיד אנחנו צריכים ללכת להשלמה לפי נוהג, או השלמה בכלל.

ברק פוסק שאפשר לפתור את הבעיה בפס״ד זה דרך פרשנות במובן הצר, פרשנות שהיא לא השלמה. הפרשנות שנוקט כאן ברק היא פרשנות סובייקטיבית. הוא מתייחס לכוונת הצדדים מתוך היגיון. הטענה היא שהמילה ״פיקדון״ מצביעה על ההיגיון העסקי של החוזה.

ברק הכניס לשלב של לשון החוזה הרבה מעבר למילים המופיעות בחוזה בלבד.

מה פסק הדין הזה עושה, בסופו של דבר?

רטוריקה – איך אני מדבר. פרקטיקה – מה התוצאות של המילים, מה אני עושה בפועל.

הרטוריקה בפסק דין זה היא מאוד צנועה. אין כאן שימוש בכלים מפחידים, מסוכנים ואקטיביסטים.

האקטיביזם בפס״ד זה הוא הכנסת דברים לחוזה מכוח ההוגנות.

אקטיביזם בדיני החוזים הוא מצב בו ביהמ״ש עושה דברים במקום החוזים, בעיקר הכנסת תוכן לחוזה שהצדדים לא הכניסו בעצמם.

המהלך המרכזי האנליטי של פסק הדין שהופך אותו להלכה חשובה הוא טשטוש ההבחנה בין פרשנות להשלמה.

בגישת השלבים יש הבדל משמעותי בין ס׳ 25(א) לבין ס׳ 26, וברק מבטל או מטשטש את ההבדל הזה. ברק לוקח משהו שעל פי גישת השלבים היינו פותרים בעזרת השלמה ופותר אותו בעזרת פרשנות החוזה.

ביהמ״ש לוקח כאן מנגנון שלא הופיע בחוזה ומוסיף אותו לחוזה.

**שיעור 12 -22.11.18**

תוכן החוזה

כשאנחנו מדברים על תוכן החוזה אנחנו מדרים על שתי שאלות מרכזיות.

מהו תוכן החוזה, מהן הזכויות שהוקמו בין הצדדים בתוכן החוזה, ומה הדברים שמותר לצדדים להסכים בין החוזה בניהם?

פרשנות החוזה

פרשנות לפי נוהג

פרשנות לפי נוהג היא מצב בו יש לנו ניסוח דו משמעי בלשון של החוזה, למשל. יש לנו עמימות בשאלה מה קורה לפי החוזה במקרה שבו אני הדייר, רוצה להשכיר חלק מהדירה למישהו אחר? אנחנו לא יודעים למה הייתה הכוונה. לכן, נפרש לפי הנוהג. נראה מה נהוג ונפרש לפי מה שנהוג לעשות בדרך כלל בחוזים דומים. יש היגיון לפרש לפי מה שנהוג לעשות בדרך כלל באותו התחום.

**פס״ד אפרופים**

ישנו חוזה כללי לגבי בניית דירות. בחוזה נקבע שיש שני סוגים של דירות. יש דירות באזורי ביקוש ויש דירות בעיירות פיצוח. נקבעו גם קנסות על איחורים בבנייה. מדובר בדירות של בוני קבלן והמדינה מתחייבת לרכוש חלק מהן אם הוא לא מצליח למכור אותן בעצמו. אם המדינה היא הקונה היא מציבה קנס על איחור.

ישנם שני סוגים של מועדים, ביצוע (מתי הקבלן סיים לבנות את השלד) ומימוש (מתי הקבלן מגיע לממש מול המדינה את הרכישה של הדירות).

בחוזה, לגבי סוג אחד של דירות (הדירות באזורי הביקוש) יש קנס בגין איחור בביצוע ויש קנס על איחור במימוש. לגבי הסוג השני של הדירות (דירות באזורי פיתוח) אין קנס בגין איחור בביצוע ויש קנס לגבי איחור במימוש.

ברק בפס״ד אפרופים

כדי לבסס את הפסיקה שלו באופן משכנע, הוא חייב להיכנס להנמקות באופן מעמיק. בנוסף, יש לו עניין כללי נגד גישת השלבים. הוא חושב שגישת השלבים היא בעייתית, שהיא סוג של שיטה שקרית. הוא מנסה להעביר איזשהו מסר ככלי לגבי תורת השלבים.

**הלכת אפרופים** אומרת לנו שגם אם הלשון ברורה תמיד עלינו להסתכל על הנסיבות.

אחרי הלכת אפרופים גישת השבלים במובן של הפרדה בין הלשון ובין הנסיבות היא לא המצב התקף.

תמיד כדאי ליישם את שני השלבים ולהגיד איזה גישה הייתה מביאה אותנו לאיזה תוצאה (גישת השלבים והלכת אפרופים). כמעט תמיד, שתי הגישות יביאו אותנו לאותה התוצאה. מבחינת הפרקטיקה וההשלכה המעשית של ההלכה הזו כמעט ולא קרה כלום.

לדוגמא, אם אנחנו שואלים האם אנחנו רוצים שיהיה קנס בסיטואציה מסוימת? בואו נגיד שהלשון אומרת שאין קנס, אך הנסיבות וההיגיון אומרים לנו שיש קנס. בלשון יש חוסר בהירות מסוימת. גם בגישת השלבים אם הלשון לא ברורה ניתן להגיע לנסיבות.

מתי יהיה הבדל בין הגישות? אם הלשון ברורה, אומרת שאין קנס, וההיגיון אומר שיש קנס.

מה יעשה ביהמ״ש אם הוא בכל זאת רוצה להגיע לתוצאה בה אין קנס? ביהמ״ש תמיד יכול להגיד שלשון החוזה לא ברורה. זה לא אומר שההסתכלות בנסיבות אין לה משמעות.

במקרה של אפרופים ברק הוא היחיד שלא העלה את הטענה שהלשון לא ברורה.

אם ברק היה רוצה הוא היה יכול בצורה מאוד פשוטה להצדיק את הטענה שלו בכך שהיה אומר שהלשון לא ברורה.

כשאנחנו בודקים את הפרשנות של החוזה מתוך הלשון והנסיבות, מהו המשקל שצריך לתת לשון?

מה שגישת אפרופים אומרת הוא שהלשון לא חוסם אותנו מהסתכלות על הנסיבות. ללשון יש משקל גדול, אך אין לתת לה את המשקל היחידי בהסתכלות על פרשנות החוזה. זה לא אומר שהנסיבות תמיד יכריעו, אך זה אומר שיש לנו פתח להסתכל עליהן.

לסיכום, על פי הלכת אפרופים, כשאנחנו משתמשים בגישת השלבים, אם הלשון ברורה, אין לפנות לנסיבות. לעומת זאת כשאנחנו משתמשים בגישת אפרופים ניתן לפנות לנסיבות, גם אם לשון החוזה ברורה.

אקטיביזם שיפוטי – רטוריקה מול פרקטיקה

אקטיביזם בתוצאה אומר שביהמ״ש רוצה להגיע לתוצאה מסוימת שמאוד חשובה לו והוא יעשה הכל כדי להגיע לתוצאה הזו. במקרה של **פס״ד אתא נ׳ זולטוב** למשל, התוצאה הייתה חשובה לברק ולכן הוא השתמש בגישת השלבים על מנת להגיע אליה, למרות שהוא לא בהכרח מאמין בה. מבחינת התוצאה, זה פס״ד אקטיביסטי. ביהמ״ש נתן לעצמו כוחות להגיע לתוצאה מסוימת שאנחנו לא חושבים שהמחוקק התכוון אליה, אנחנו לא חושבים שהצדדים התכוונו אליה, אבל לביהמ״ש היה מאוד חשוב להגיע אליה. ברטוריקה באתא הייתה צניעות מאוד גדולה. כשהתוצאה חשובה שומרים על רטוריקה צנועה, כדי לא להיות חשוף למתקפות וביקורות על אקטיביזם.

רטוריקה נפוחה ואקטיביסטית חושפת את ביהמ״ש לביקורת. זהו מחיר שביהמ״ש צריך לשלם.

ביהמ״ש העליון בארה״ב למשל, כשיש לו תוצאה שחשובה לו, הוא עושה מה שבא לו ומנמק את זה בצורה פסיביסטית.

ב**פס״ד אפרופים** ברק מודע לכך שהוא משלם מחיר ברטוריקה האקטיביסטית שלו, והוא מוכן לשלם אותו מאחר והמסר לגבי גישת השלבים מאוד חשוב לו. בפרקטיקה של פס״ד זה לא קרה המון, אבל הרטוריקה היא מאוד חשובה, היא מופנית לקהלים מסוימים והיא יוצרת משהו שנקרא ״רוח אפרופים״.

רוח אפרופים פחות או יותר נתפסת כ״לבית המשפט יש הרבה כוח בפרשנות החוזה״.

רוח אפרופים זה איזשהו הלך רוח שנוצר בעקבות הרטוריקה כאן, והרושם שנוצר כאן הוא שביהמ״ש יכול לעשות כרצונו החופשי בחוזים. רוח אפרופים היא מאוד גדולה, מאוד נפוחה, מאוד קומפוזית והיא מעניקה המון כוח לביהמ״ש. רוח אפרופים היא שביהמ״ש מכריע את תוכן החוזים עצמאית בניגוד לרצון הצדדים. זוהי לא ההלכה.

במידה רבה לביהמ״ש יש המון כוח בפרשנות חוזה, אבל זה לא נובע מהלכת אפרופים. תמיד השתמשו בנסיבות ובתכליות.

הלכה אפרופים עושה משהו שהוא מאוד קרוב ל**ס׳ 16 לחוק החוזים (טעות סופר)**. אחת הסיבות היחידות שההלכה היא כל כך חשובה היא עקב הרטוריקה של פסק הדין.

מה שברק אומר בהלכת אפרופים הוא שעלינו לנהוג בצורה כנה. כל מה שברק אומר הוא שתמיד השתמשנו בנסיבות ותמיד נשתמש בנסיבות, ולכן צריך לוותר על שיטת השלבים. בכל מקרה אין לנו שימוש בשיטת השלבים ואנחנו תמיד פונים לנסיבות, לכן אין עניין להשתמש בה בצורה שקרית ולפסוק בצורה אחרת בסופו של דבר.

בהינתן שלביהמ״ש יש כוח ברמה מסוימת, כמה הוא צריך להודות בה? זוהי שאלה של רטוריקה, שמשפיעה על הלגיטימציה של ביהמ״ש ועל כמה הוא חשוף להתקפות.

מה הסטטוס של הלכת אפרופים היום (מבחינת הפסיקה)?

אחרי פס״ד אפרופים יש לנו את **דנ״א מגדלי ירקות** בו גרוניס וחשין הצליחו להעלות את הלכת אפרופים לדיון נוסף. דיון נוסף הוא הרכב מורחב של שופטים שדן בפס״ד בעליון. פס״ד זה קובע שהלכת אפרופים היא הלכה.

לאחר מכן, יש לנו את **פס״ד אמנון לוי נ׳ נורקייט**. השופט דנציגר הוא השופט הדן בפס״ד זה.

הצדדים בחוזה היו אמנון לוי, שחתם על חוזה עם המשיבות, כאשר החוזה היה הסכם ייעוץ.

לאחר זמן מסוים המשיבות פנו ללוי בטענה כי המחיר של הטכנולוגיה גבוה להן מדי.

יש לנו מומחה ומפעל, והמפעל משתמש בשיטה של המומחה. עולה השאלה אם התשלום הוא תמורת עבודה או תמורת מוצר? עולה גם השאלה אם הם עברו להשתמש בטכנולוגיה דומה או בטכנולוגיה שונה לגמרי?

מה שס׳ 5.8 להסכם הייעוץ אומר שהתשלום ימשיך כל עוד המפעל משתמש בטכנולוגיה, וס׳ 17.5 אומר שהחברה תמשיך להשתמש בשירותיו של לוי כל עוד הוא רוצה בכך.

השאלה היא איזה מהסעיפים הנ״ל גובר על השני? האם יש אפשרות להפסיק להשתמש בשירותיו של לוי או לא?

השופט דנציגר אומר שהלשון והנסיבות כאן מצביעות לאותו הכיוון. מה זה אומר לגבי היחס בין פס״ד זה לבין פס״ד אפרופים? אין סתירה בין הנסיבות ללשון אז לכאורה לא עולה כאן בעיה. הלכת אפרופים אומרת שצריך תמיד להתייחס גם ללשון וגם לנסיבות והיא אומרת זאת ביחס לגישת השלבים. גישת השלבים אומרת שפונים לנסיבות רק אם הלשון לא ברורה. במקרה הזה גם שימוש בהלכת אפרופים וגם שימוש בשיטת השלבים התוצאה שמתקבלת היא זהה. הדיון של אפרופים עולה רק כשיש הבדל בין הלשון לבין הנסיבות. פס״ד זה לא רלוונטי להלכת אפרופים.

מה שקורה כאן הוא שדנציגר מתייחס להלכת אפרופים בכל מקרה, ואומר שעל אף האמור בפס״ד אפרופים הוא מסתייג מההלכה הנקבעה שם. אהממה, זה לא קורה בפועל כי זה הוביטר, הלכת אפרופים לא שימשה כאן כדי להגיע לתוצאה.

מבחינת הרטוריקה בפס״ד אמנון לוי, הוא כתוב בצורה מאוד מתומצתת ביחס לאפרופים, הוא מצטט שני פסקי דין שהוא מתנהג אליהם. בגדול מה שדנציגר אומר כאן זה שהוא לא אוהב את הלכת אפרופים. ברטוריקה של פסק הדין זה אמירה מאוד חשובה מאחר ויש כאן הגבלה מסוימת של רוח אפרופים ושיש להעניק קדימות ללשון החוזה.

בשורה התחתונה מה שקורה הוא שיש הסתייגות מהלכת אפרופים אך אין לזה משמעות גדולה בפועל.

לאחר מכן, ב**פס״ד המוסד לביטוח לאומי נ׳ סהר חברה לתביעות בע״מ** נאמר לנו שאחרי תיקון של **ס׳ 25 לחוק החוזים**, יש עיגון להלכת אפרופים בחקיקה.

* לפני התיקון – ״חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו – מתוך הנסיבות״.
* אחרי התיקון – ״חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמש מתוך החוזה ומתוך נסיבות העניין, ואולם אם השתמע אומד דעתם במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו״.

פרשנות נגד המנסח

**ס׳ 25(ב)(1)** קובע כי ״חוזה הניתן לפירושים שונים והייתה לאחד הצדדים לחוזה עדיפות בעיצוב תנאיו, פירוש נגדו עדיף על פירוש לטובתו״.

**סעיף 25(ב)(1) (הסעיף החדש)** – אנחנו מפרשים את החוזה נגד הצד שיש לו עדיפות בעיצוב תנאי החוזה – נגד הצד החזק (כאשר יש עמימות). עדיפות בעיצוב תנאי החוזה זה אומר "הצד החזק", לדוגמה – בנק נ' לקוח או שוכר נ' משכיר. (יכול להיות שיהיו מי שיגידו ש"הצד החזק" זה לאו דווקא הצד שיש לו עדיפות בעיצוב תנאי החוזה). הסעיף אומר שניתן לפרש את החוזה כנגד מי שניסח אותו. ניתן להיווכח על המשמעות הנכונה של החוזה – כל אחת טובה לצד הטוען לו, לפי הסעיף הזה זה ניתן לפסוק לטובת הצד שלא כתב את החוזה, לצד שלא הייתה לו עדיפות לעיצוב התנאים של החוזה, לצד הפחות אקטיבי בניסוח החוזה.

**טעות סופר**

**ס׳ 16 לחוק החוזים** קובע כי ״נפלה בחוזה טעות סופר או טעות כיוצא בה, יתוקן החוזה לפי אומד דעת הצדדים ואין הטעות עילה לביטול החוזה״.

ס׳ 16 מופיע בחוק החוזים (חלק כללי) בפרק הנוגע לפגמים.

טעות סופר מול טעות רגילה

טעות רגילה היא טעות לפי ס׳ 14 לחוק החוזים. טעות כזו היא חוסר התאמה בין הידיעה לבין המציאות בפועל. טעות סופר היא פער בין הכוונה של הצדדים לבין לשון החוזה. טעות סופר מתקיימת כשלא באה לידי ביטוי כוונת הצדדים.

אילו טעויות תחשבנה בגדר טעות סופר?

מה שהפסיקה אומרת לנו הוא שאין מניעה שטעות גדולה יחסית תיחשב לטעות סופר.

למשל, ב**פס״ד פרקש** נפסק כי גם החלפה של מסמכים יכולה להיחשב כטעות סופר.

סעדים בגין טעות סופר

הסעד בגין טעות סופר הוא תיקון הטעות.

טעות סופר ופרשנות

ב**פס״ד פרקש**, יש פער בין מה שמופיע בחוזה לבין אומד דעת הצדדים.

הייתה הסכמה כללית בין השופטים לכך שנפלה טעות סופר.

בטעות נוסף נספח שלא היה אמור להיווסף לחוזה. יש פער בין מה שסוכם לבין מה שכתוב בנספח. כל צד טען שחוזה אחר מבטא את הרצון האמתי, את הכוונה האמתית שלו להתקשר בחוזה.

ביהמ"ש קובע כי ההסכם הראשוני הוא זה שמבטא את כוונת הצדדים המקורית – ההסכמה האמיתית של הצדדים. אם החוזה הכתוב לא מתאים להסכמה המהותית בין הצדדים – חלה טעות סופר, ויש צורך לשנות את החוזה.

כאשר יש פער בין כוונת הצדדים לניסוח החוזה, צריך לבדוק מה הייתה כוונת הצדדים המקורית. לצורך זה, ביהמ"ש מסתכל על היגון עסקי ועוד כל מיני קריטריונים. ביהמ"ש לא מוגבל לכתב. סעיף טעות סופר מאפשר לו מרחב פעולה רחב לשינוי חוזה.

במקרה של פרקש זה לא שהקונה מודה בכך שלא מגיעה לו ההנחה, אבל בזמן הכריתה אנחנו יכולים להניח למה שניהם התכוונו. שניהם התכוונו אז להנחה נמוכה ולכן ההנחה הגבוהה שכתובת בחוזה היא טעות.

**שיעור 13 – 25.11.18**

פרשנות – הדין הרצוי

מהו ההסדר הרצוי בהקשר של פרשנות?

אנחנו רוצים לתת איזושהי מסגרת לדיון בעניין הדין הרצוי בנושא הפרשנות. עלינו לעשות ניתוח אנליטי של הדין הרצוי בצורה שמבססת את ההבנה שלנו. כשאנחנו רוצים לענות על השאלה מה הדין הרצוי בנושא מסוים, אנחנו צריכים לבחון אותו בשלושה שלבים. השלב הראשון הוא הבנה בסיסית של פרשנות כדו שיח – מדובר בהבנה פשוטה של היחסים בין הצדדים. השלב השני הוא לדון במטרות הפרשנות. איך אנחנו רוצים שחלוקת השליטה תיראה? המבנה של הטיעון הוא מי צריך לקבל יותר שליטה בהליך הפרשני? השלב השלישי הוא לדון באמצעי הפרשנות. איך נגיע לתוצאה הרצויה?

פרשנות כדו שיח

פרשנות היא דו שיח. תמיד יש שני צדדים – הדובר והנמען (המפרש). לאף צד אין שליטה מוחלטת בתהליך הפרשנות. הצד הכותב לא יכול לקבוע באופן חד צדדי מה הצד השני יבין. הדבר עובד גם בכיוון ההפוך, הצד המפרש לא יכול לפרש את הדברים איך שהוא רוצה בצורה מוחלטת, במידה והוא יפרש בצורה קיצונית ומנותקת מהדברים לגמרי, יהיה אפשר לומר שהוא חורג ממסגרת הפרשנות הסבירה.

לא יכול להיות שלמחוקק תהיה שליטה מוחלטת בתהליך הפרשני, למשל. בסופו של דבר ביהמ״ש צריך להבין מה כתוב בחוק ולפרש אותו. מהכיוון השני, ביהמ״ש לא יכול לפרש את החוק איך שהוא רוצה בצורה מוחלטת. אם ביהמ״ש עושה משהו שהוא שונה לחלוטין ממה שכתוב בחוזה, למשל, כבר לא ניתן להגיד שזו פרשנות של החוזה.

יש פה עניין של שליטה – מי שולט בתהליך? אין אף גורם אחד ששולט בתהליך באופן בלעדי.

יש פה שני צדדים ויש להם שליטה ביחד בתהליך הפרשני.

מטרות הפרשנות

אי אפשר לתת שליטה מוחלטת אבל אנחנו יכולים לנסות לתת יותר שליטה לביהמ״ש ופחות שליטה למחוקק או להפך.

נניח שאנחנו רוצים לתת יותר שליטה לצדדים, הדבר אומר שיש להשאיר פחות שיקול דעת לביהמ״ש ולהתחשב יותר במה שקורה בחוזה בפועל.

למה שנרצה לתת כמה שיותר שליטה בתהליך הפרשני לצדדים? למה שנרצה לתת כמה שפחות שיקול דעת לביהמ״ש?

טיעון אחד בעד גישה זו נובע מהמהות של דיני החוזים – הרצון לתת לצדדים את החופש להיקשר ביחסים משפטיים איך שירצו.

למה שנרצה לעשות ההפך, לתת יותר שיקול דעת לביהמ״ש ופחות להתחשב ברצון הצדדים?

טיעון אחד בעד גישה זו נובע מהצדק החלוקתי – יש לנו תמיד עניין של יחסי כוחות. אנחנו רוצים לבוא לקראת הצד החלש, לעזור לו מול הצד החזק.

אמצעי הפרשנות

נניח שמה שאנחנו רוצים להשיג הוא כמה שיותר שליטה לצדדים. איך עושים את זה? מה האמצעי שבאמת משיג את זה בצורה הכי טובה?

אפשר להגיש שנשתמש בפרשנות שנצמדת למילים של החוזים. כשהמטרה שלנו היא לתת כמה שיותר כוח לרצון לצדדים פרשנות שנצמדת למילים היא טובה מאחר ואנחנו מניחים שלשון החוזה משקפת בצורה טובה את כוונת הצדדים ואם אני נצמד ללשון החוזה אנחנו מגיעים לתוצאה שצמודה לרצון החוזים.

צריך וחשוב לטעון גם את הטיעון הנגדי. לשון הצדדים בדרך כלל לא משקפת בצורה טובה את רצון הצדדים והיא מלאה במניפולציות. דרך פרשנות מילולית הרבה פעמים אפשר להגיע למצב שנותנים הרבה שליטה לביהמ״ש.

תוכן החוזה

כבר יש לנו חוזה, עכשיו השאלה העולה לנו היא איך הצדדים צריכים לנהוג בזמן קיום החוזה?

**ס׳ 39 לחוק החוזים (חלק כללי)** קובע כי ״בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה״.

כשאנחנו מסתכלים על הסעיף אנחנו צריכים להבין מה הוא צריך לעשות. ס׳ 39 לחוק החוזים קובע לנו איך אנחנו צריכים להתנהג במצב מסוים. ההבדל בין ס׳ 12 לחוק החוזים לס׳ 39 לחוק החוזים הוא שס׳ 12 מדבר על הזמן שקודם לכריתת החוזה וס׳ 39 מדבר על הזמן שאחרי כריתת החוזה. קיימת חובה לנהוג בתום לב גם בזמן שאחרי כריתת החוזה, שאחרי המשא ומתן.

מהו היקף החובה לנהוג בתום לב בזמן קיום חוזה?

כשעושים משהו שקשור לקיום החוזה צריך לנהוג בתום לב. אדם מוכר דירה, החיוב של האדם הוא מסירת הדירה(החיוב שנובע מהחוזה). לא היה על האדם חיוב לתת אדם למישהו ועכשיו בעקבות החוזה קיים על האדם חיוב לתת את הדירה לאדם שרכש אותו ממנו. קיום ההתחייבות שלי בתום לב במקרה כזה הוא מתן הדירה למרות שלא כתוב בחוזה איך אני צריך להעביר את החזקה בדירה. נניח שאני אומר שהוא מעביר את הדירה בצורה לא נוחה בצד השני- כל המסמכים נמצאים במשרד עורכי דין מרוחק שפתוח יום אחד בשבוע. בחוזה לא כתוב איך אני מעביר את החזקה על הדירה אבל כן צריך לנהוג בתום לב- בדרך שנוחה לצד השני ותיראה כדרך טובה בעיני האדם הסביר.

מהו הסעד ברגע שהפרת את חובת קיום תום הלב?

מתוך לשון ס׳ 39 לחוק החוזים אנחנו לא יכולים להבין מה הסעד. מה שכתוב לנו בסעיף הוא שכשאנחנו עושים משהו שקשור לקיום החוזה עלינו לנהוג בתום לב.

חיוב של החוזה צריך להתקיים בתום לב. במצב של חוזה מכר של דירה, למשל. נניח שיהיה מצב שלא כתוב בחוזה איך להעביר את החזקה בדירה, אבל גם אם הדבר לא כתוב בחוזה יש חובה להעביר את החזקה בדירה בצורה המקובלת, בתום לב, לפי הנוהג במקרים דומים.

הדבר מראה לנו שני דברים מאוד חשובים:

1. **יש קשר בין השאלה של תום לב לבין השאלה של פרשנות.**   
   אפשר להגיע לתוצאה של קיום לב דרך פרשנות. תמיד אפשר להגיד שאם לא היה כתוב איך להעביר את הדירה בחוזה, בגישה פרשנית אפשר להגיע שברור שהייתה כוונה לעשות זאת על פי הנוהג. זו התוצאה שמתקבלת גם מתום לב.
2. **הדבר מצביע לנו על התרופה.**   
   למעשה הס׳ מקים על הצדדים חיובים במסגרת החוזה שלהם. כלומר, אם צד א׳ אמור למסור את הדירה לצד ב׳ ס׳ 39 אומר איך לעשות את זה במסגרת החוזה. אם לא ביצעת את מסירת הדירה לפי חובת תום הלב התרופה היא בגין הפרת החוזה – לכן התרופה תהיה לפי החלק של התרופות בחוק החוזים.

יש כאן איזשהם חיובים שהצדדים לא הסכימו אליהם במפורש, והם מקבלים את אותם הסעדים שהם היו מקבלים בגין חיובים שכן הוסכמו. זה נובע מהעובדה שס׳ 39 לחוק החוזים הוא במובן מסוים כלי פרשני.

האם ניתן להקים חיובים חדשים מכוח ס׳ 39 לחוק החוזים?

שאלה זו אומרת שיש דברים שאנחנו יכולים להגיד מכוח ס׳ 39 שעכשיו אתה מחויב לעשות. למשל, אפשר לחייב אדם כשהוא מוסר דירה, למסור אותה בצורה מסוימת. אפשר להתייחס לזה בשני אופנים. או שקם פה חיוב חדש (בחוזה לא היה כתוב איך למסור את הדירה ועכשיו אומרים שצריך לעשות את זה באופן מסוים, זהו חיוב חדש) או שניתן להגיד שרק מסבירים כאן את דרך הביצוע של חיוב קיים (החיוב למסור את הדירה כבר היה קיים, רק מסבירים לנו איך יש למסור אותה).

כל חובה שקמה מתוך ס׳ 39 אפשר להגדיר אותה כחובה בגין אופן ביצוע של חיוב קיים או שאפשר להגדיר אותה כחיוב חדש.

בס׳ 39 יש לנו שני חלקים: גם חלק הנוגע ב**קיום חיוב** וגם חלק הנוגע ב**שימוש בזכות**.

למשל, אם צד א׳ צריך למסור את הדירה לצד ב׳. החיוב הוא למסור את הדירה ועל צד א׳ לעשות זאת בתום לב. על צד ב׳ לעשות שימוש בזכות שלו בתום לב. נניח שהזכות היא לקבל את הדירה ביום חמישי, אבל צד א׳ מאחר ביום אחד מתוך סיבות שלא בשליטתו. לצד ב׳ תעלה הזכות לתבוע בגין הפרת חוזה. צד ב׳ צריך להשתמש בזכות שלו באופן סבירה, בתום לב. לא צריך להיות קטנוניים ואם יש איחור של יום מסיבות סבירות אין צורך לתבוע בגין הפרת חוזה.

שימוש החובה לנהוג בתום לב יכולה להעלות הרבה בעיות. אם מגיע לצד ב׳ לקבל את הדירה בצד מסוים למה שהוא לא יוכל לקבל את הדירה ביום שנקבע, למה עליו להתפשר ולקבל יום אחרי? השאלה היא כמה אנחנו צריכים ומוכנים להתגמש מגבולות החוזה.

**פס״ד לסרסון –**

מה היה החיוב בפס״ד לסרסון שקם מכוח ס׳ 39 ואיך אפשר להציג אותו באופן לאכיפת חיוב קיים או בצורה החלופית של חיוב חדש נוסף, שלא היה קיים בחוזה המקומי והוא קם מכוח ס׳ 39?

לפי ס׳ 39 במקרה הזה חייבים לבנות גנרטור בבניין למרות שזה לא היה כתוב בחוזה. אפשר להציג את זה או כצורת קיום של חיוב קיים או כחיוב חדש שלא הופיע בחוזה.

אלון אומר שכשאנחנו מסתכלים על הסעיף אי אפשר להתערב ולהוסיף חיובים חדשים למה שהצדדים קבעו.

הצדדים הם לסרסון וחברת שיכון עובדים. עולה כאן שאלה חשובה לגבי מגדל הביטחון והגנרטור. גם בניין הביטחון וגם הגנרטור הם שני דברים חסרים שהיו צריכים להיבנות. ההבדל נובע מכך שאת בניין הביטחון אי אפשר לבנות בזמן שהוגשה התביעה. התביעה הוגשה בצורה של תמריץ פתיחה ובמצב כזה ניתן לקבל רק סעד של אכיפה ולא של פיצויים. עניין מגדל הביטחון מסיבות טכניות נדחה.

הגנרטור נשאר בחסר. הוא לא נבנה ולא היה כתוב עליו דבר בחוזה.

**השופט בייסקי** אומר לנו שמכוח עיקרון תום הלב אומר לנו שכשאתה מתחייב לעשות משהו אתה מתחייב לעשות אותו בחוק. אנחנו נוטים להניח שכשיש דרישה חוקית לגבי הביצוע היא צריכה להתקיים בתום לב, יש לבצע את הביצוע לפי הדרישה החוקית.

אם אתה מתחייב לבנות חדר גנרטור, למשל, עלייך למקם בתוכו גם את הגנרטור.

מה **שהשופטת בן פורת** אומרת לנו הוא שההיבט כאן הוא תרופתי. אם אני עושה משהו שלא כדין אני עובר על תקנות הבנייה, אבל כל הדברים האלה הם מול המדינה. המדינה היא זו שיכולה לקנוס. כאן הצד השני של החוזה גם יכול לתבוע בגין פיצויים. בן פורת אומרת לנו שהמצב כאן הוא חוזה בלתי חוקי. למה עלינו לתת כאן זכות תביעה לצד אחד, כאשר הוא לא שילם עבורה? זה נכון שאמורים לבנות עם גנרטור, אבל אין כאן זכות תביעה מאחר והחוזה הוא בלתי חוקי. לכן עלינו להניח שיש כאן צד אחד שהוא תם לב.

הוויכוח בין השופטים הוא ברטוריקה. השופט אלון חושב שמה שהשופט בייסקי עשה הוא חסר אחריות ונותן יותר מדי כוח לביהמ״ש. אלון אומר שבייסקי פועל בצורה אקטיביסטית מדי. לטעמו של **השופט אלון** אין להשתמש בתום לב אלא בפרשנות. במקרה הזה הפרשנות הסבירה נראית לו דרך טובה יותר להגיע לתוצאה. ברוב פסק דינו של אלון הוא כותב בצורה שנובעת מפרשנות. אלון טוען שבן פורת הרחיבה יותר מדי את הוראת תום הלב.

מה שבן פורת אומרת לנו הוא שאם אמורים בדרך כלל לבנות בצורה מסוימת עלינו לפרש בצורה שהייתה כוונה לבנות בצורה המסוימת הזו.

**גישתו של השופט בייסקי היא הכי רחבה כאן** – הוא משתמש בתום הלב, בס׳ 39 לחוק החוזים. הוא אומר שכשאתה לוקח על עצמך לבנות בניין אתה לוקח על עצמך לבנות אותו כדין.

**גישתה של השופטת בן פורת היא פחות רחבה** – היא אומרת שכשצד מתחייב לבנות בניין יש להניח כי הוא התכוון לבנות אותו כדין, ואין להגיד כי יש חיוב לבנות כדין.

**גישתו של השופט אלון היא הצרה ביותר** – לטעמו עקב פרשנות, במקרה הזה הכוונה הייתה לבנות את הגנרטור.

**שיעור 14 – 29.11.18**

תום לב בקיום חוזה – הפרה וסעד

**ס׳ 39 לחוק החוזים** מגדיר לנו כי ״בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה״.

יש לעשות הבחנה בין קיומו של חיוב לשימוש בזכות הנובעת מן החוזה. את שני אלו יש לבצע בתום לב.

האם יכולים לקום חיובים חדשים מכוח ס׳ 39?

דיני החוזים אמורים להקים חיובים מכוח רצון הצדדים. ביהמ״ש לא אמור לקבוע את תוכן החוזה בין הצדדים.

מנגד, ישנם תנאים מכללא, מחוץ מהמסגרת של מה שהצדדים קבעו.

כשאנחנו בענף המשפטי של דיני החוזים נראה לא הגיוני שביהמ״ש קובע חובות חדשות מאחר ויש לנו את עיקרון חופש החוזים. לכן, השאלה אם אנחנו נמצאים בדיני החוזים היא חשובה.

השופט אלון ב**פס״ד לסרסון** אומר לנו כי בדיני החוזים אי אפשר להקים חיובים חדשים, אי אפשר להתערב לצדדים במה שהם קבעו. הוא אומר לנו שס׳ 39 לא יכול להקים חובות חדשות. עמדה זו נובעת מתפיסה מסוימת של דיני החוזים. לטעמו של אלון דיני החוזים לא אמורים להתערב ברצונם של הצדדים ולהטיל עליהם חובות.

**פס״ד שירותי תחבורה** –

העמדה של ברק בפס״ד זה היא שאפשרי מכוח ס׳ 39 להכניס חיובים לחוזה שהצדדים לא הסכימו עליהם.

עולה כאן שאלה של וודאות. האם בהכנסת חיובים חדשים שלא קבעו הצדדים בעצמם אנחנו פוגעים בוודאות הצדדים בכניסה לעולם החוזים?

בפס״ד זה יש לנו את ארגון העובדים והם עושים משהו שנחשב ״שיבוש עבודה״. מותר לעובדים לעשות זאת, אבל בתנאי שיהיה אישור של מועצת הפועלים. אם אין אישור של מועצת הפועלים נשללת לעובדים הפרמיה.

השאלה העולה היא האם מועצת הפועלים, כשהיא עשתה שימוש בזכות שלה לאשר את השבתת העבודה, האם היא עשתה זאת בתום לב?

השופט ברק קובע כאן כי הייתה למועצת הפועלים זכות לאשר את שיבושי העבודה, אך כשעושים שימוש בזכות צריך לעשות את זה בתום לב. מה זה אומר? להודיע לצד השני שאתה הולך לעשות שימוש בזכות הזאת זמן סביר מראש, על מנת שתהיה לו האפשרות להתכונן לזה.

אם אני משתמש בזכות בלי להודיע, זה יכול להפתיע את הצד השני.

מבחינת הצד של העובדים, התוצאה כאן קצת מפתיעה מבחינת השובתים. הם חשבו שלא יפגעו להם בפרמיה מאחר והם דאגו לקבל אישור של מועצת הפועלים ובסופו של דבר פגעו להם בפרמיה.

מה שיוצר כאן את אי הודאות הוא עמימות של הסטנדרט עצמו שנקבע בחוק.

בהרבה מקומות מחוץ לדיני החוזים המדינה אומרת לנו מה לעשות ואז אנחנו יכולים להבין מה התוכן של החובה. בס׳ 39 לעומת זאת, הרבה פעמים לא ברור לנו מה התוכן של החובה.

ניתן להגיד שסה״כ להודיע מראש, זה דבר מאוד לגיטימי.

האם הגיון סביר הוא משהו צפוי או לא?

בהרבה מקרים הגיון סביר הוא מאוד צפוי, אבל לא תמיד.

כשיש שאלה של תום לב מכוח ס׳ 39 תמיד יש צד שטוען שצריך להוסיף את החובה מכוח הסעיף, וצד שני שיגיד שאין אפשרות להוסיף חיובים חדשים מכוח ס׳ 39 לחוק החוזים.

ב**פס״ד לסרסון** הדיירים אמרו שצריך להיות חיוב להתקין גנרטור, ו**אלון** פסק שבאמת **אין אפשרות להוסיף חיובים חדשים מכוח ס׳ 39 לחוק החוזים.**

ב**פס״ד שירותי התחבורה ברק** פסק לנו כי **יש אפשרות להקים חיובים חדשים מכוח ס׳ 39 לחוק החוזים**, אבל מנמקים את זה בצורה של אופן קיום של חובות קיימות בחוזה. ההודעה בפס״ד שירותי תחבורה היא לא חובה חדשה, אלא אופן קיום של הזכות לשבות.

לברק יש רטוריקה יותר רחבה ויותר אקטיביסטית, ולכן הוא אמר שניתן להכיר בהודעה כחובה חדשה ולא להסתכל על המצב כחובה לאופן קיום סביר של החובה בתום לב.

**השטח האפור** בדיני החוזים הוא כל הדברים שמותר לעשות, אך נתפשים כלא הוגנים. מהו גודל השטח האפור הזה שאנחנו הופכים לאסור?

מהות החובה לפעול בתום לב

* קיום החוזה בניגוד לדרישות חוק עשוי להיחשב לחוסר תום לב (**השופט בייסקי בלסרסון**). בסה״כ אחד הצדדים עושה משהו שמותר לו לפי החוזה אבל ברור לנו שהוא לא בסדר, זהו השטח האפור. איך אנחנו יכולים לדעת שהוא לא בסדר? מאחר והוא נוגד הוראות חוק. הוא מבוסס על הוראות חוק אחרות קיימות. אם אני עושה משהו שאני לא אמור לעשות לפי חוק, זהו חוסר תום לב וזה לא אמור להפתיע אף אחד.   
  ב**פס״ד לסרסון** הקבלן פעל בחוסר תום לב כאשר הוא לא התקין את הגנרטור.   
  **השופטת בן פורת** מתנגדת לעמדה של בייסקי. היא אומרת שיש כאן חוזה בלתי חוקי. אם הצדדים נכנסים לחוזה שיש בו הוראה בלתי חוקית הדבר הופך את החוזה לבלתי חוקי.   
  יש ספק מסוים לגבי ההלכה של בייסקי בלסרסון.   
  אנחנו לא יודעים לגמרי מה המעמד של אדם שביצע את החוזה שלו שלא בהתאם לכל הדרישות החוקיות. זה בהחלט יכול להיות חוסר תום לב אבל אין לנו כלל גורף שקובע את זה.   
  בפס״ד זה גם אלון וגם בן פורת משתמשים בפרשנות ומתנגדים לפירוש של בייסקי לגבי חובת תום הלב בפס״ד זה.
* קיום חיוב באופן שיכשיל את החוזה עשוי להיחשב לחוסר תום לב (**פס״ד טקסטיל**).   
  יש לנו שתי חברות שיש בניהן חוזה משותף, וכל אחד מהצדדים מבין שהחוזה הולך להתפרק. עם זאת, כל אחד מהצדדים מקווה שהאחריות תיפול על הצד השני.   
  מה שאפשר להבין מפס״ד זה הוא שגם אם עושים את מה שחייב מבחינת החוזה אך לא משתפים פעולה עם הצד השני, זה יכול להיחשב לתום לב.   
  על הצדדים יש חובה לתקשר בניהם, לשתף פעולה עם הצד השני, לקיים את החיובים באופן שלא יכשיל את החוזה, להיות מוכן לשינויים סבירים בחוזה על מנת לאפשר את המשך הפרויקט המשותף, וכל אלו מכוח ס׳ 39 לחוק החוזים.   
  אין לנו הרבה מידע מהפסיקה לגבי הקטגוריה הזו של חובת תום הלב בקיום חיובים.   
  בגדול אנחנו יודעים שבקיום חיובים יש לעשות זאת בתום לב ובצורה סבירה, אבל זה לא כלי שנעשה בו המון שימוש.

תום לב בשימוש בזכות

* נדרשת עורמה או תחבולה כדי ששימוש בזכות ייחשב לחוסר תום לב (**פס״ד שלום נ׳ מוטה**).
* עמידה על זכות באופן שמזיק לחייב ואינו מועיל לבעל הזכות עשויה להיחשב לחוסר תום לב. **פס״ד ג׳רבי נ׳ דוד –** בפס״ד זה ג׳רבי הגיע בזמן לשלם את החוב, אך הוא לא שילם את הסכום הנכון. יום לאחר מכן הוא רצה לתקן את הטעות ולשלם את שאר החוב. דוד לא רצה לאפשר לו לשלם את החוב מאחר וטען שהוא איחר בתשלומו. במקרה הזה, לפי ההלכה הישנה היינו אומרים לדוד יש את הזכות להתעקש על הזכויות שלו מאחר והוא לא שיקר ולא רימה. ההלכה שנקבעה בפס״ד זה היא אחרת. אין כאן עורמה ואין כאן תחבולה או שקר. ההלכה שעולה מפסק דין זה היא שאם בצד שיש לו את הזכות זה לא פוגע, ובצד שצריך לקיים את החובה זה משנה מאוד, ההתעקשות היא דבקנית. במילים אחרות, אם ההפרה היא כזו שהצד שצריך לקבל את הכסף לא נפגע בכלל ההתעקשות לקבל את הכסף בזמן יכולה להיתפס כחוסר תום לב. זאת מאחר והצד השני, שחב את הכסף, רוצה לתקן את הטעות וההתעקשות תיחשב כחוסר תום לב.   
  זוהי הרחבה של העמדה שרק אם שיקרת או רימית יחשבו מעשיך כחוסר תום לב. נראה כאילו הצד ״הנפגע״ מההפרה לא באמת מנסה להגן על עצמו אלא מגן על זכותו ממקום דבקני. הרי הוא לא נפגע באמת.  
  **התעקשות על זכות תיחשב לחוסר תום לב אם ההפרה של הזכות לא באמת פגעה בי.**
* עמידה על זכות באופן שמזיק מאוד לחייב ומועיל רק מעט לבעל הזכות עשויה להיחשב לחוסר תום לב. **פס״ד גלפנשטיין** – הסיטואציה היא כזו שנקבע תאריך ראשון לתשלום במועד החתימה ומועד התשלום השני היה במועד קבלת המשכנתא. הצד הקונה איחר בתשלום השני ולכן הצד המוכר ביטל את החוזה – בטענה כי הצד הקונה לא עמד במועדי התשלום. הנקודה החשובה מפס״ד זה היא שכאן יש פגיעה מסוימת במי שנדרש לוותר על זכותו ועדיין במקרה זה הדבר נחשב כעמידה דבקנית על זכות.   
  כלומר, ההתעקשות על הזכות נחשבה לחוסר תום לב למרות שאם אני לא מתעקש על הזכות אני נפגע. ביהמ״ש הרגיש בנוח להגיד שזהו חוסר תום לב מאחר והצד השני נפגע בצורה הרבה יותר משמעותית מביטול החוזה מאשר שהצד הראשון נפגע מהתגמשות לגבי הזכות שלו. במילים אחרות ניתן לומר שאם אתה מתעקש על הזכות שלך כדי להגן על עצמך קצת, ועקב ההתעקשות הצד השני נפגע הרבה, אתה מתנהג בחוסר תום לב.   
  **בפס״ד גלפנשטיין ביהמ״ש הרחיב את ההלכה הקודמת. הוא אומר לנו שיש חובה לא להתעקש על זכותך אפילו אם הוויתור על הזכות פוגע בך קצת.**   
  מה שביהמ״ש מנסה לעשות כאן הוא לדחוף את הצדדים להגשים את המטרה המשותפת. במובן הזה ההתעקשות על הזכות היא חסרת תום לב כי גם הזכות נקבעה בצורה חסרת תום לב. זה מזכיר מאוד את החובה לפעול באופן שלא יכשיל את החוזה ויבטל את המטרה המשותפת של הצדדים. התקלה כאן הייתה שנכתב חוזה לא מוצלח.
* שימוש בזכות באופן לא מתחשב, שיפגע בחייב שלא לצורך, עשוי להיחשב לחוסר תום לב. **פס״ד שירותי תחבורה** – ההלכה מפס״ד זה היא לא בדיוק מובנת. ההלכה הספציפית אומרת שחלק מחובת תום הלב היא לא להשתמש בזכות באופן מפתיע, שיש להודיע זמן סביר לפני שימוש בזכות. הרעיון הוא שיש להפעיל את הזכויות שיש לך בצורה שפוגעת בצד השני בצורה הכי מינימלית.
* התעקשות על פרט טכני עשויה להיחשב לחוסר תום לב. **פס״ד חיים יתח נ׳ מפעל הפיס** – חיים יתח טוען שהוא קנה את הכרטיס הזוכה, אבל יש פרט טכני חסר (אחד משני הכרטיסים שצריך על מנת לקבל את כספי הפרס). יתח טוען כי הפרט החסר הוא טכני בלבד. מפעל הפיס מנגד, אומרים שאין שום הוכחה כי הכרטיס הזוכה באמת נקנה ע״י יתח. אם מפעל הפיס יודע שזכית והוא לא מוכן לתת את הכספים מכוח בעייתיות טכנית זה מתקרב לעניין חוסר תום לב.   
  השופטת ארבל תובעת כי הוודאות שלנו כי הוא אכן זכה היא גבוהה. בפסק הדין מתייחסים לקביעות העובדתיות של המחוזי וארבל אומרת לנו שהמחוזי קבע שהוא הזוכה, ושהדבר הוכח שהסתברות קבועה.   
  האם ההתעקשות על התקנון של ההגרלה שדורש טופס השתתפות הוא חוסר תום לב או לא?

**השופטת ארבל פוסקת כי ההתעקשות הדבקנית על הזכות להצגת טופס ההשתתפות היא חוסר תום לב**; זאת מאחר וטופס ההשתתפות קיים בצורה אחרת אצל חיים יתח.

אי אפשר להגיד שהמהות של החוזה היא לתת את הפרס לחוזה. המהות של החוזה היא לתת את הפרס למי שמגיע לו לפי תנאי החוזה לקבל את הפרס. זאת לפי טענתם של מפעל הפיס.

**השופטת נאור חולקת על ארבל**. השופטת נאור בסופו של דבר מגיעה לאותה התוצאה, אך היא אומרת שבשימוש בחוסר תום לב במקרים כאלה אנחנו פותחים פתח בעייתי. זאת מאחר ואין מבחן ברור לחובת ההתנהלות בתום לב. אין לנו דרך מדויקת להסביר איפה עובר הקו.

לכן, **נאור אומר שיש להגיע לתוצאה הרצויה דרך פרשנות של החוזה, מאחר וזה מה שהצדדים התכוונו אליו.** נאור מזהירה אותנו מהרטוריקה של ארבל שלפיה אסור להתעקש על מה שכתוב. זוהי אמירה בעייתית מאחר ואם אסור להתעקש על מה שכתוב בחוזה הדבר פוגע בוודאות שלנו, אנחנו לא יודעים מה מותר ומה אסור לעשות.   
הבעיה כאן היא שיכול להיות שניתן לחיים יתח את סכומי הזכייה ובדרך קצת ״קלקלנו״ את דיני החוזים, הכרנו באיזשהם כוחות בס׳ 39 שעדיף שלא היינו מכירים בהם. לחלופין יכול להיות שפירשנו את החוזה בצורה שפוגעת בדיני החוזים.

חוסר תום לב בקיום – סעדים

כשיש הפרה של חובת תום הלב בקיום חובה או בשימוש בזכות אנחנו מתייחסים לזה כהפרה חוזית.

תרופות בגין הפרת חוזה (פיצויים, אכיפה)

למשל, אם בעל דירה לא הסביר איך לתחזק את הגג בצורה שלא יהיו נזילות וכתוצאה מכך נוצר נזק, הוא יכול לחוב בתשלום פיצויים לדיירים. קיימים סעדים ופיצויים בגין הפרה של חובת תום הלב.

בטלות הפעולה שנעשתה בחוסר תום לב

במקרים כאלה הדברים נוגעים יותר לשימוש בזכות. למשל, אם יש זכות לצד אחד לביטול חוזה במידה והיה איחור בתשלום. או, לחלופין, קיימת זכות לקבל סעד או תרופה מסוימת אם הצד השני איחר.

במידה והצד ניצל את הזכות בחוסר תום לב, נבטל את התוקף של הפעולה שהתבצעה (**פס״ד שירותי תחבורה ב״ש**). מועצת הפועלים הייתה צריכה להודיע בזמן על השביתה. הם אישרו את השביתה, הודיעו, אך לא זמן סביר מראש. נתייחס לזה כאילו לא הייתה ההודעה.

בפס״ד שירותי תחבורה ב״ש הייתה להם את הזכות לשבות בתנאים מסוימים, אך הם הפעילו את הזכות לשבות בצורה חסרת תום לב. לכן, אנחנו מתייחסים לזה כאילו הם לא הודיעו.

זהו כלי שביהמ״ש יכול לעשות איתו המון דברים. אם צד אחד אמור להעביר את הנכס, למשל, אך הוא עשה זאת בצורה שהיא לא בתום לב, נתייחס לזה כאילו לא הועבר הנכס. אפשר להתייחס לצד חסר תום הלב כמפר חוזה, מתעלמים מהפעולה שביצע הצד שפעל בחוסר תום לב.

נניח שלצד אחד יש זכות להעלות דרישה לקבל את התמורה החוזית במועד מסוים. צד זה יכול לשלוח מכתב ולהגיד שהוא דורש את התמורה היום. אהממה, הוא מפעיל את הזכות בצורה שהיא בחוסר תום לב. הוא מצא יום שלא נוח לצד השני להעביר בו את התשלום ודווקא ביום הזה הוא הפעיל את הזכות שלו לקבל את התמורה.

במצב כזה, במידה ונגרם נזק אפשר לפצות את הצד הנפגע.

ניתן גם להגיד שלא הוצגה דרישת תשלום (מתעלמים מהפעולה של הצד שהתנהג בחוסר תום לב).

תום לב בקיום חיובים וזכויות מחוץ לדיני החוזים

כאמור, **ס׳ 39 לחוק החוזים** קובע כי ״בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מהחוזה״.

**ס׳ 61(ב) לחוק החוזים** קובע לנו כי ״הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לעניין בשינויים המחויבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה.

אם נקרא את ס׳ 39 ואת ס׳ 61(ב) ביחד, תתקבל המסקנה כי בקיום חיוב יש לנהוג בתום לב, והוא הדין גם לגבי שימוש בזכות; וזאת לא רק בנוגע לדיני החוזים.

**פס״ד אסרניקוב נ׳ מ״י** קובע לנו שהמדינה צריכה להתנהג בתום לב, ושבמקרה הספציפי הזה המדינה נהגה בחוסר תום לב. פס״ד זה מבהיר את העבודה שעושה ס׳ 61 – כל פעם שיש לנו מערך של חובות וזכויות, חובת תום הלב חלה. הדבר מעיד על אימפריאליזם חוזי מאוד גדול.

**שיעור 15 – 02.12.18**

**חוזים פסולים**

יש לנו חוזים מסוימים שמבחינת התוכן שלהם הם לא בסדר ועל כן ביהמ״ש מכריז עליהם כבטלים.

חוזה בלתי חוקי

**ס׳ 30 לחוק החוזים** מגדיר לנו כי ״חוזה שכריתתו תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים [...] בטל״.   
**ס׳ 31 לחוק החוזים** מגדיר לנו כי ״הוראות סעיפים 19 ו-20 יחולו, בשינויים המחויבים, גם על בטלותו של חוזה לפי פרק זה, אולם בבטלותו לפי סעיף 30 רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון, לפטור צד מהחובה לפי סעיף 21, כולה אם מקצתה, ובמידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה – לחייב את הצד השני בקיום החוב שכנגד, כולו אם מקצתו״.

חוזה בלתי חוקי הוא חוזה, אך ביהמ״ש מבטל אותו. זה אומר שהצדדים כרתו חוזה בניגוד להוראות החוק. באופן בסיסי הבעיה פה היא בעיה שקשורה לחוק ולא לאחד הצדדים.

מלשון **ס׳ 31 לחוק החוזים** עולה כי באופן כללי שאחרי שקבענו שהחוזה הוא בלתי חוקי יש המון אופציות למה שיכול לקרות הלאה מכאן. **ס׳ 31 לחוק החוזים** מגדיר את התוצאות האפשריות בחוזה בלתי חוקי.

כל פעם שלפי הפרק של תוכן החוזה חוזה בטל, חל ס׳ 31 לחוק החוזים. מה בדרך כלל קורה במצב של בטלות החוזה? השבה הדדית מכוח **ס׳ 21 לחוק החוזים**.

קודם כל ס׳ 31 לחוק החוזים אומר לנו שכשחוזה בלתי חוקי בטל מכוח ס׳ 30 צריך להיות סעד של השבה הדדית.

בנוסף, **ס׳ 31 לחוק החוזים** מגדיר לנו שיכול להיות מצב של ביטול חלקי של החוזה. את החלק החוזה שהוא חוקי נקיים ואת החלק של החוזה שהוא לא חוקי לא נקיים.

סעד נוסף שיכול להיות לנו מכוח **ס׳ 31 לחוק החוזים** הוא אכיפת החוזה, וזאת במידה וצד אחד קיים את החיוב שלו כולו או מקצתו. במקרים כאלה אפשר לאכוף חיוב של הצד השני לחוזה.

אפשרות נוספת לסעד היא בטלות החוזה ללא הוראות של השבה.

תוצאות אפשריות מכוח **ס׳ 31 לחוק החוזים**:

1. בטלות והשבה הדדית (מכוח **ס׳ 21 לחוק החוזים**).
2. בטלות חלקית של החוזה (מכוח **ס׳ 19 לחוק החוזים**).
3. בטלות ופטור מהשבה (חלקית או מלאה).
4. אכיפה חלקית או מלאה של החוזה (במידה והצד השני מילא את חלקו).

גם כאן, יש לנו צד אחד שרוצה להשתחרר מהחוזה ועל כן הוא טוען לאי חוקיות החוזה. הצד שרוצה להשתחרר מהחוזה אומר שהחוזה פסול ולא חוקי ועל כן הוא בטל ואין לחייבו בקיום החוזה. הוא משתמש באי חוקיות החוזה כתירוץ להשתחרר מהחוזה.

**פס״ד אדרעי נ׳ גדליהו**

במקרה זה הצד שרצה להשתחרר מהעסקה הוא מוכר הדירה, והצד שרוצה לאכוף את החוזה הוא הקונה של הדירה. המוכרים של הדירה אומרים שצריך לבטל את החוזה כי הוא בלתי חוקי, וזאת מאחר ונכרתו שני חוזים שלטענתם של המוכרים (אדרעי) היו פיקטיביים. נכרת כאן חוזה שדרכו אפשר לשלם פחות מס לרשויות. הדירה הייתה גדולה יותר ממה שדווח עליה בפועל, ומכרו אותה בדירה יחסית נמוך, והוסיפו סעיף של תשלום על ריהוט שבפועל בא להשלים את הכסף בגין גודל הדירה.

שקר לרשויות המס מכניס לקטגוריה של חוזה בלתי חוקי.

יש כאן היבט נוסף של השאלה מה קורה מול רשויות המס? יש לשלוח את פסק הדין ליועץ המשפטי ורשויות המס צריכות להתנהל מול הצדדים לחוזה.

השאלה היא מה המשמעות של הבעיה מול רשויות המס מבחינת היחסים בין הצדדים?

יש לנו צד שרוצה להשתחרר מהעסקה, ואומר שהעסקה היא בלתי חוקית ומעוניין להשתחרר מהעסקה מכוח ס׳ 30 לחוק החוזים.

מה שחשוב להבין במקרה של חוזה בלתי חוקי הוא מה כל אחד מהצדדים רוצה. חוזה בלתי חוקי מתעורר רק כשהדבר מגיע לביהמ״ש מאחר ואחד הצדדים רוצה לבטל את החוזה.

מה שהמוכרים רוצים כאן הוא ביטול של החוזה וזאת מכוח טענה כי המחיר של הנכס עלה והם לא מעוניינים למכור במחיר שהוסכם בין הצדדים. על כן, הם טוענים לביטול על מנת להשתחרר מהחוזה ולמכור את הדירה במחיר גבוה יותר.

ניתן כבר סכום כסף במקרה זה. ככל שהתקדמו יותר בביצוע החוזה ביהמ״ש פחות ייטה לבטל את החוזה. העסקה אמנם לא הושלמה עדיין אך יש בה התקדמות משמעותית.

ב**פס״ד קלמר נ׳ גיא**, למשל, גם נטה ביהמ״ש לא לבטל את החוזה, מאחר וגם שם מאוד התקדמו בביצוע החוזה.

התוצאה שאליה הגיעו השופטים במקרה זה היא כזו של אכיפת החוזה. לא התקיים פה ביטול החוזה. הדבר לא אומר שהתעלמו מ**ס׳ 30 לחוק החוזים**, אלא השתמש ב**ס׳ 31 לחוק החוזים** ואמר כי צד אחד קיים את מקצת החיוב שלו ולכן ניתן לצוות אכיפה על הצד השני.

אנחנו לא צריכים שאחד הצדדים יקיים את כל החיוב שלו אלא מספיק שהוא קיים חלק מהחיוב שלו. הקונים כאן לא שילמו את כל המחיר אבל מספיק שהם שילמו חלק מהמחיר על מנת לצוות על אכיפת החוזה.

מבחינת התוצאה לא הייתה מחלוקת. הוויכוח בין השופטים היה לגבי הדרך להגיע לתוצאה.

**השופט אלון** הגיע לתוצאה דרך **ס׳ 31 לחוק החוזים**, וגם **השופטת בן פורת** הגיעה לתוצאה דרך ס׳ זה.

הוויכוח כאן הוא לגבי ההלכה הכללית, האם יש לקבוע כללים לגבי סוג כזה של חוזים. האם הדבר לא מעודד חוזים בלתי חוקיים?

לביהמ״ש יש כאן המון שיקול דעת ועל כן נשאלת השאלה איך מכריעים בין האפשרויות לסעד?

מה השיקולים שביהמ״ש ישקול על מנת להגיע לתוצאה המבוקשת? (יישום ל**פס״ד אדרעי נ׳ גדליהו**)

שיקולים ומטרות:

1. **הרתעה** – טיעון זה אומר שאנחנו לא רוצים שאנשים יכרתו חוזים בלתי חוקיים. אנחנו רוצים להרתיע את הציבור מחוזים בלתי חוקיים, להעניש אותם בגין חוזים כאלו או לפחות לא לתת להם ״פרס״ בגין כריתת חוזים כאלו. השיקול הזה דוחף לתוצאה ספציפית בהתאם למקרה.   
   הרבה פעמים שיקול זה ידחוף לביטול החוזה. יכולים להיות גם מצבים בהם הביטול של החוזה הוא לטובתו של אחד הצדדים ולכן הוא לא משמש כסעד טוב להרתעה.   
   במקרה של פס״ד אדרעי אם יש ביטול של החוזה המוכר מרוויח מזה ועל כן השיקול של הרתעה לא מתקיים כאן. הדבר יכול לעודד כריתת חוזים בלתי חוקיים כי תהיה לו אופציה לצאת מהחוזה.   
   ברור שאם יש לנו צד שהוא אשם יותר נרגיש בנוח לפסוק לרעתו. נניח שבפס״ד אדרעי החלטנו שהמוכרים אשמים יותר מהקונים. על כן, כדי להרתיע נפסוק לרעתם. במקרה זה לרעתם אומר לא לתת סעד של ביטול החוזה.   
   לכן דווקא יכול להיות שאכיפת החוזה תהיה הסעד שישמש כהרתעה, אבל נוכל לפסוק זאת רק לפי מקרים ספציפים.
2. **הוגנות** – שקילות התמורות (מי נתן יותר בעסקה ומי נתן פחות?). צד אחד נתן משהו, ואנחנו לא רוצים שהצד השני יקבל משהו בלי לתת שום דבר. מעניין אותנו שהתמורות יהיו שקולות ולא יהיה צד שהרוויח מבלי לתת דבר.   
   השיקול הזה רלוונטי כשכבר הייתה התקדמות בביצוע החוזה. אנחנו לא רוצים לתת השבה, למשל, במקום בו צד אחד השקיע הרבה עבודה ובביטול החוזה אנחנו מונעים ממנו קבלת כסף על עבודה שכבר ביצע.   
   יש כאן דאגה לאיזון בין התמורות של הצדדים. גם כאן נשאלת השאלה מי אשם יותר באי החוקיות, ותשובה לשאלה הזו משנה מאוד כשאנחנו רוצים לדאוג לאיזון בין התמורות של הצדדים.
3. **תפקיד ביהמ״ש** – ביהמ״ש לא רוצה להיות בימ״ש של עבריינים, אין לו עניין לאכוף חוזים בלתי חוקיים. זהו שיקול מוסדי. ביהמ״ש לא רוצה לשתף פעולה בחוזים בלתי חוקיים. ביהמ״ש לא יכול להיות מעורב באכיפה של חוזה בלתי חוקי.   
   שיקול זה הרבה פעמים מוביל לסעד של ביטול והשבה.   
   נניח שקבלן בנה בביתו של אדם חדר בלי היתר, ושניהם ידעו על הדבר, האשם דבק בשניהם. עכשיו אם אנחנו אומרים שביהמ״ש לא יכול לתמוך בחוזה כזה עליו לצוות ביטול. נניח שיש כאן בטלות, יש לצוות גם על השבה הדדית. הצד שקיבל את החדר צריך להשיב את מה שהוא קיבל מכוח החוזה – השווי של החדר מבחינה כספית (הכסף שהשקיע הקבלן בבניית החדר).   
   במישור החוזי מאוד יכול להיות מצב בו יש חדר בלי היתר אך שולם תמורתו כסף מכוח צד בימ״ש.

ככל שאי החוקיות יותר בולטת זה משנה את האיזון בין השיקולים המוזכרים. במקרים מסוימים ברור כי ההרתעה תהיה יותר חשובה לנו משיקולים אחרים, מאחר ואנחנו רוצים למנוע התנהגויות כאלה בחברה.

עובדות רלוונטיות:

1. **אשם יחסי** – הרעיון הכללי הוא שהשאלה מי אשם יותר באי החוקיות משפיעה על סוג התרופה. על מנת ליישם זאת יש לראות מה קורה בכל מקרה ספציפית. אנחנו תמיד נרצה לפסוק סעד שהוא לטובתו של הצד שאשם פחות.
2. **מרכזיותה של אי החוקיות**
3. **התקדמות בביצוע** – אם צד אחד כבר נתן הרבה, הוא יכול לצאת מופסד כאן ולכן נרצה לפסוק סעד לטובתו. יש לשאול עד כמה התקדמו הצדדים בביצוע החוזה ולפי ההתקדמות לפסוק לטובת אחד הצדדים.
4. **תום לב בהעלאת הטענה לאי חוקיות** – כשאנחנו מרגישים שיש צד שמשמש באי חוקיות על מנת להגיע לתוצאה שהוא מעוניין בה ביהמ״ש ייטה לפסוק לרעתו.

**פס״ד סולימני נ׳ כץ**

יש לנו קבלן ומזמין. הקבלן הוא למעשה חברה קבלנית שבבעלותה מגרש והיא מתכוונת לבנות בניין על המגרש, ויש לנו קונה או מזמין (סולימני). המזמין קנה את שתי הדירות העליונות בבניין וביקש שיחברו בניהן. בנוסף, הקונה רצה שיצמידו לשתי דירות אלה את המרתף (יצמידו את המרתף מבחינת שייכות לדירת הפנטהאוז). נוסף על כך, הוא ביקש גם בניית בריכה.

מבחינה חוקית אי אפשר להצמיד את המרתף לפנטהאוז מאחר והמרתף הוא חזקתם של כל דיירי הבניין ומבחינה חוקית אי אפשר גם לבנות בריכה.

בסופו של דבר בנו את הבניין, ומאחר ואין בריכה הקונה מעוניין לבטל. אין כאן הטעייה ואין כאן טעות או כפייה וזאת מאחר והוא ידע את כל הדברים מההתחלה. על כן טוען הקונה לאי חוקיות לצורך ביטול החוזה.

סולימני טוען לאי חוקיות החוזה ולכן אין לחייב אותו בקניית הדירה. אהממה, זו לא התוצאה האפשרית היחידה (ביטול החוזה). זה שהחוזה הוא בלתי חוקי לא יוביל בהכרח לביטול החוזה. יכול להיות שביהמ״ש יגיע לתוצאה אחרת מבחינת הסעד.

מבחינת הנימוקים שסולימני יטען שהאשם כאן הוא יחסי – האשמה היא בעיקר של הצד השני. הקבלן הוא זה שאמור לעבוד כדין. בנוסף, סולימני יוכל לטעון כי מבחינת תפקיד ביהמ״ש על ביהמ״ש לבטל את החוזה מאחר וביהמ״ש לא אמור לתמוך ולאכוף חוזים בלתי חוקיים.

סולימני יטען גם להרתעה. הוא יטען שאין לאפשר לקבלן לאכוף את החוזה מאחר והוא בלתי חוקי ועל מנת להרתיע אותו לא לכרות חוזים בלתי חוקיים נוספים אין לאפשר לו לאכוף את החוזה ולחייב את הקונה לקנות את הדירה.

הקבלן לעומת זאת, ידבר על אשם יחסי בין הצדדים מהמקום שהקונה הוא זה שדחף לאי החוקיות ויש לפסוק לרעת הצד שהוא אשם יותר ועל כן לאכוף את החוזה.

הקבלן לא רוצה לבנות את הבריכה, לכן יכול לטעון גם לביטול חלקי מכוח **ס׳ 19 לחוק החוזים** **דרך ס׳ 31 לחוק החוזים**. כלומר, הוא יבקש לבטל את בניית הבריכה ולאכוף את כל שאר החוזה.

ביהמ״ש החליט לפסוק לטובת הקבלן. בדרך כלל במקרים כאלה ביהמ״ש ילך לטובת הקונים, אבל בסיטואציה הספציפית בפס״ד זה הקונה הוא מאוד חריג. בדרך כלל אנחנו נחשוב שהקבלן הוא הצד החזק ושאי החוקיות דובקת בו. במקרה הזה זהו לא המצב.

המגמה בפסיקה

המגמה בפסיקה נוגעת בהסכמים שיש בהם אי חוקיות אבל היא לא אי חוקיות פלילית ברמה גבוהה.

בעבר, נפוצה הרבה יותר גישה הרתעתית, עונשית, חינוכית. זו הייתה גישה של אי התערבות. הדבר מופיע ב**פס״ד ביטון נ׳ מזרחי**, למשל. בגישה הישנה הזו לביהמ״ש לא היה כל כך אכפת אם הייתה תוצאה לא הוגנת, וזה מאחר שמבחינת ביהמ״ש זה היה נחשב כשיקול של הרתעה.

בגדול בפס״ד כמו **אדרעי נ׳ גדליהו** ביהמ״ש היה יכול להגיד לפי גישה זו שהדבר היחיד שקורה מבחינת התוצאה הוא ביטול החוזה. הגישה הייתה לשלול מהצדדים סעד ולבטל את החוזים. למרות שיווצרו תוצאות שהן לא תמיד צודקות, היא עדיפה מאחר והיא יכולה למנוע מבחינה הרתעתית ומוסדית (תפקיד ביהמ״ש) חוזים בלתי חוקיים.

המגמה כיום באופן כמעט בלעדי היא להגיע למצב של הוגנות בין הצדדים. כשמגיע לנו חוזה שנגוע באי חוקיות לביהמ״ש מה שביהמ״ש יעשה הוא לדאוג שיהיה פתרון יחסית הוגן מבחינת תמורת הצדדים. גישה זו מביאה לתוצאות הרבה פחות חריפות מפעם.

המגמה הזו מיושמת לנו במספר פסקי דין:

* **פס״ד אדרעי נ׳ גדליהו**
* **פס״ד כפר קרע –**   
  דנציגר בפס״ד זה לא נותן רשות ערעור למועצה המקומית כפר קרע, הוא מחליט לא להתערב בפסיקה של ביהמ״ש המחוזי. זהו לא פס״ד מלא.   
  הסיטואציה הייתה שמועצה מקומית כפר קרע קיבלו שירותי נט״ן ושילמו עליהם. בשלב מסוים הם הפסיקו לשלם אך המשיכו לקבל את שירותי נט״ן. עכשיו תובעים אותם בגין תשלום על השירותים שקיבלו. כפר קרע טוענים שהחוזה הוא בלתי חוקי ולכן אין לחייב אותם בגין תשלום שירותים. בחוזה כזה צריך חתימה של גזבר ואין חתימה של גזבר ועל כן הוא לא חוקי.   
  מבחינת השיקולים המשפטיים, ביהמ״ש מתייחס כאן להוגנות בין הצדדים.ביהמ״ש רוצה ליצור מצב בו צד לא מקבל משהו בחינם. דבר נוסף שביהמ״ש מתייחס אליו כאן הואשיקול המתייחס לעובדות המקרה הספציפי. אי החוקיות כאן היא לא מאוד מרכזית. אי החוקיות היא שולית וטפלה לחוזה. במקרה כזה אנחנו פחות דואגים להרתעה ויותר דואגים להוגנות.  
  יש כאן גם התייחסות להתקדמות בביצוע. השירותים סופקו במשך שנים רבות למרות שהחוזה הוא כביכול בלתי חוקי. על כן ביהמ״ש רוצה לדאוג שמד״א יקבלו תמורה בגין עבודתם.  **ס׳ 193** מדבר כי אין חוזה במצב בו אין חתימת גזבר. נאמר שהחוזה לא יחייב את המועצה במידה ולא תהיה חתימה של הגזבר. יש כאן מעבר לאמירה של אי חוקיות. ס׳ זה קובע חיובים במישור החוזי – ״לא יחייב״ נוגע למישור החוזי.   
  ההסדר שהופך את החוזה ללא חוקי מתייחס גם לתוצאות החוזיות של אי החוקיות. מתעוררת כאן שאלה חשובה לגבי היחס בין ס׳ 193 לצו לבין ס׳ 31 לחוק החוזים? אם צד אחד ביצע את חלקו אנחנו יכולים מכוח ס׳ 31 לחייב את הצד השני לבצע את חלקו. ס׳ 31 נמצא בחלק הכללי של חוק החוזים, מה שאומר שזה יהיה ההסדר אלא אם יש חקיקה ספציפית. הסדר ספציפי גובר על הסדר כללי. ביהמ״ש כאן חורג מהרעיון הזה ואומר שאפשר להשתמש בס׳ 31 לחוק החוזים למרות שיש את ס׳ 193 לצו. ס׳ 193 אומר לנו מה אמורה להיות התוצאה החוזית של אי החוקיות והוא קובע משהו שונה מס׳ 31. המחוקק אמר לנו שבחוזה מהסוג הזה יש רק תוצאה אחת אפשרית – בשונה ממה שקבוע בס׳ 31 לחוק החוזים.   
  דנציגר מגיע לתוצאה של אכיפת החוזה דרך דוקטרינה של הסדר שלילי. הוא אומר שמותר להשתמש בס׳ 31 מכורח אי קיומו של הסדר שלילי. יש כאן סתירה בין הדברים וביהמ״ש עושה כאן מהלך בעייתי. הסדר שלילי הוא בדרך כלל הסדר שאומר שהחוק קובע משהו מסוים, ואפשר ללמוד מכך שכל דבר אחר הוא אסור. למשל, החוק קובע שניתן לבטל חוזה במקרה של סיכול. האם יש מכך הסדר שלילי שממנו אפשר ללמוד שאם לא היה סיכול לא ניתן לבטל את החוזה. המבנה במקרה הספציפי הזה הוא שהחוק קבע בס׳ 193 שבהיעדר חתימת גזבר ההסכם לא יחייב את המועצה. האם ניתן להסיק מכך שמאחר וקיים ס׳ 193 הוא יוצר הסדר שלילי על פיו ס׳ 31 לא קיים? דנציגר אומר לנו שלא קיים כאן הסדר שלילי, שס׳ 193 לא קובע הסדר שלילי לגבי ס׳ 31.   
  היה אפשר לפתור את פסק הדין בצורה אלגנטית יותר דרך ס׳ 193 – להגיע למצב של בטלות והשבה הדדית. מד״א צריכה לקבל בחזרה את מה שהיא נתנה – שירותי נט״ן, כלומר, שווי של שירותים אלו (תשלום בגין השירותים).
* **פס״ד קונקטיב גרופ –** זהו פס״ד המדבר על מכרזים באינטרנט. יש חברה שפתחה אתר שבו משלמים על מנת להציע הצעה. ההצעה הגבוהה ביותר למוצר היא זו שתתקבל ובמידה ויש שתי הצעות זהות שתיהן תיפסלנה.   
  התובעים טענו כי החוזה הוא לא חוקי ועל כן הוא בטל. המחוזי פסק להשבה של דמי ההשתתפות רק למי שלא זכה במוצר אותו רצה לקנות.   
  העליון מבטל הפסיקה של המחוזי ומבטל את ההשבה. הוא אומר שלמרות שאולי יש פה אי חוקיות זוהי אי חוקיות קטנה וטפלה והחוזה תקף וחוקי. התוצאה החוזית נשארת. פחות חשוב לביהמ״ש כאן להרתיע ולדאוג שלא יהיו הימורים באינטרנט. לביהמ״ש חשוב שכל אחד יקבל את מה שהוא התחייב אליו לפי החוזה. בסה״כ לא מדובר כאן אפילו בהימור שהוא לגמרי ברור.
* **פס״ד סולימני נ׳ כץ**

חוזה למראית עין

חוזה למראית עין מעוגן בחוק ב**ס׳ 13 לחוק החוזים**. לכאורה, ס׳ 13 לחוק החוזים מדבר על אחד מהפגמים בכריתת החוזה. הוא לא הופך את החוזה לבר ביטול אלא לחוזה בטל.

חוזה למראית עין הוא חוזה פיקטיבי, לא אמיתי. אנחנו כורתים חוזה שיראה לשאר האנשים כמו חוזה אך לא כורתים חוזה באמת.   
  
לפי **ס׳ 13 לחוק החוזים** ״חוזה שנכרת למראית עין בלבד – בטל; אין בהוראה זו כדי לפגוע בזכות שרכש אדם שלישי בהסתמכותו בתום לב על קיום בחוזה״.

זהו חוזה שיש בו משהו פסול שאותו ביהמ״ש יכול לבטל. יש שני סוגים של חוזים למראה עין:

1. **עסקה פיקטיבית** – למשל, לאדם יש עשרים דירות. ככל שיש יותר נכסים, משלם הבעלים יותר מס. מה שעושים כדי לשלם פחות מס הוא עסקת מכר פיקטיבית של חלק מהדירות. כלומר, מעבירים את הדירה לאחד הילדים מבחינת הרישום בלבד. זהו חוזה בטל. עסקה פיקטיבית עולה לנו ב**פס״ד חזן נ׳ חזן**. ס׳ 13 לחוק החוזים הוא לא קריטי כאן מאחר ואין כאן גמירת דעת כלל – לא ברור שיש כאן חוזה בכלל.
2. **עסקה נסתרת** – סוג זה של חוזה למראית עין עולה לכדי ביטוי ב**פס״ד ביטון נ׳ מזרחי**. במקרים כאלה יש לנו עסקה אמיתית אך יש לנו גם עסקה פיקטיבית המכסה עליה. מה שקורה הוא שיש מכר של דירה, למשל ובנוסף, יש חוזה למראית עין (של מכר דירה במחיר נמוך יותר) על מנת לכסות על מכר הדירה במחירה כפי שהוא במכר האמיתי של הדירה.   
   יש הצעה של ברק בפס״ד ביטון נ׳ מזרחי לבטל את החוזה למראית עין והחוזה למכירה שהוא במחיר גבוה הוא תקף. כלומר, העסקה הנסתרת היא זו שתקפה. בצורה כזו אנחנו יכולים ״להכשיר״ את העסקה הבלתי חוקית.

אבחנה בין חוזה בטל לחוזה בר ביטול

פגם בכריתת החוזה הופך חוזה לבר ביטול. למשל, במקרה של עושק החוזה הוא בר ביטול. הוא עדיין קיים ותקף ורק אם הצד הנפגע מעוניין לבטל את החוזה יש לתת הודעה לגבי ביטול החוזה, מכוח ס׳ 20 החוזים.

במילים אחרות, חוזה שיש פגם בכריתתו ניתן לבטלו על ידי הודעה לפי **ס׳ 20 לחוק החוזים**.

חוזה בטל הוא חוזה שביהמ״ש מכריז על הבטלות שלהם. זוהי לא ברירה הנתונה לאחד הצדדים.

**שיעור 16 – 06.12.18**

**חוזה הנוגד את תקנת הציבור**

תקנת הציבור הוא המוסר המקובל בחברה. הס׳ המעגן את תקנת הציבור בחוק החוזים הוא **ס׳ 30 לחוק החוזים (חלק כללי)**, והוא קובע כי תניות או סעיפים שנוגדים את תקנת הציבור בטלים. תקנת הציבור היא דרך לבטל סעיפים בחוזה/תניות בחוזה (הסדר בחוזה. יכולה להיות תניה שהיא שני סעיפים או תניה שהיא חלק מסעיף) שנראים לנו בלתי סבירים. יש תניות שנוגדות את תקנת הציבור, ואז נבטל אותן.

תקנת הציבור היא נושא מעניין מאחר והמתחים העומדים לנו ברקע של חוזה שיש בו תניות נוגעים בשאלה מהו המוסר המקובל? יש כאן איזשהו סטנדרט עמום והכללים של תקנת הציבור נקבעו ברובם דרך הפסיקה.

בתקנת הציבור מתעורר עניין של חופש החוזים ומגבלות קוגנטיות עליו. ביטול תניות פוגע בחופש החוזים וברצונם של שני הצדדים. עולות כאן סוגיות רבות שלא מטופלות בחוק.

בנושא של תקנת הציבור נאמר לנו כי לביהמ״ש יש את היכולת לבוא ולבטל או לשנות נושא שנקבע ע״י הצדדים בחוזה מרצונם החופשי, ועל כן נפגע חופש החוזים.

ההתנגשות היא בין חופש החוזים לבין מגבלות קוגנטיות על חופש החוזים.

כלל קוגנטי הוא כאמור, כלל שלא ניתן להתנות עליו. זהו הכלל ואי אפשר לקבוע הסדר אחר. חופש החוזים הוא העיקרון המאגד של דיני החוזים וכל הדין סב סביב העיקרון הזה. לפי רצון הצדדים נוכל לדעת מה קובע החוזה, והוא אמור לתת לנו הבנה וודאות בנוגע לחוזה.

עולה כאן נימוק של זכות בסיסית הנובעת מהזכות לאוטונומיה ולחירות הפרט בכל הנוגע לכיבוד חוק החוזים. אנו רוצים לכבד את האדם הנמצא במדינה ליברלית וחופשית. כחלק מהזכות הזו עולה גם הזכות לשנות את המצב המשפטי במידה ויש רצון לכך, ועל כן יש לכבד את חופש החוזים.

יש גם נימוק כלכלי ופרקטי לכיבוד של עיקרון חופש החוזים. חופש החוזים הוא לא דבר מובן מאליו והוא לא תמיד היה. חופש החוזים אומר שניתן ליצור הסדרים חוזיים כרצוננו. רוב הכלכלה היא מוסדרת. יש טענה חזקה לחופש החוזים ממקום של יעילות כלכלית. חופש החוזים והיכולת לשלוט על המצב המשפטי שלנו יוצר סדר נוסף מבחינה כלכלית. חופש החוזים מביא לרווחה כלכלית גדולה יותר. חופש החוזים בא באיזושהי סמיכות לכלכלה תעשייתית.

אנחנו מאמינים שאנשים יודעים מה טוב בשבילם. הרעיון הבסיסי הוא שאם אנחנו נותנים לאנשים את חופש החוזים הם יכולים ליצור עסקאות שיטיבו עימם, אנחנו נותנים לכל אדם להעיד את ההעדפות שלו.

אם כן, למה יש מגבלות קוגנטיות על חופש החוזים?

כשיש פערי כוחות, נותנים מגבלות קוגנטיות על חופש החוזים וזאת על מנת למנוע מצבים בהם צד חלש יותר בחוזה נפגע. זה לא אומר שכשיש פערי כוחות אנחנו תמיד נפסול את החוזה.

עולה כאן עניין של רפורמה מחנכת. אנחנו רוצים לחנך את החברה בצורה מסוימת ולכן אנחנו מכניסים את ההעדפות המוסריות שלנו. נימוק זה לא בא לידי ביטוי היום מאחר וזה לא נחשב משהו כל כך לגיטימי לעשות. אנחנו רוצים לתת לאנשים חופש לקבוע את ערכיהם המוסריים. על כן, אנחנו מתייחסים לנימוק זה בתור איסור לפגוע באחר – עיקרון ההיזק. אם אין במוסר האישי של הצדדים עניין של פגיעה בצד אחר, אנחנו לא נתערב ברצון הצדדים.

אלו הם צידוקים כלליים להגבלות קוגנטיות על חופש החוזים.

אילו מגבלות קוגנטיות אנחנו מטילים על חופש החוזים מכוח שיקולים פטרנליסטיים?

הגבלה פטרנליסטית היא הגבלה על עשיית דברים שיכולים להזיק לצד שלישי מתוך שיקול פטרנליסטי. יש דברים שאנשים יסכימו להם אבל אנחנו חושבים שהם לא טובים להם אז אנחנו מגבילים אותם. (למשל, איסור מכירת סיגריות לילדים, הטלת מס על מכירת סיגריות).

סוגיות שלא מטופלות בחוק

כאמור, תקנת הציבור היא המוסר המקובל. על כן, אנחנו משתמשים בתקנת הציבור כאשר אין לנו פתרון בחוק לגבי בעיה מסוימת. אנחנו למעשה משתמשים בתקנת הציבור כדי לפתור סוגיות שנשארו ללא פתרון בפסיקה.

ביהמ״ש מפרש הרבה פעמים את תקנת הציבור כמשהו שהוא לא הוגן בצורה קיצונית ביחס לאחד הצדדים.

שימוש בדוקטרינת תקנת הציבור

המסורת היא להפעיל את הס׳ הנוגע בתקנת הציבור במקרים מאוד חריגים ולצמצם את השימוש בה. זהו לא המצב היום. כיום יש שימוש יותר רחב בדוקטרינת תקנת הציבור.

ישנם גם סעדים בגין סעיף או תניה הסותרים את תקנת הציבור, וסעדים אלו הם פסילת התנייה או שינוי התנייה.   
יש רעיון בסיסי שאומר שבחוזים שהם מאוד לא הוגנים מאוד ביהמ״ש יתערב.

תניות פטור

**תניות פטור =** סעיף שפוטר את אחד הצדדדים מאחריות. החוזה פוטר צד אחד מאחריות שקיימת לו מכח החוק.

**נזקי גוף -** תחום קלאסי לתקנת הציבור.

**פטור בחוזים רגילים:** תניה העוסקת באיזשהי פעילות (טיול, שיט, לימודים באונ') שיכולה לגרום לנזקי גוף למשתתף מטעם המקום שדרכו הפעילות מבוצעת ולא מקימה אפשרות לתביעה . מדובר בתניה נוגדת את תקנת הציבור ולא היא פסולה.. לא ניתן לפתור את עצמך מאחריות נזיקית- אחריות נזיקית היא קונגטית.

**ספורט תחרותי ואתגרי:**

**נזקים כספיים ורכושיים:**

1. **פטור גורף**
2. **נכס חשוב**
3. **פערי כוחות**

**פס״ד צים נ' מזיאר**

מזיאר יצאה לשיט ובחוזה היה כתוב שהחברה לא אחראית על מחלות, נזקי גוף וכיו"ב שיקרו במהלך השיט. מזיאר חלתה במהלך השיט.

ביהמ"ש פסק: התניה בטלה מכוח תקנת הציבור. אימוץ של פס"ד אנגלי ישן שלא ניתן להתנות על נזקי גוף.

**פס״ד נהרות משלחת רפטינג נ' עזבון המנוח שלומי חרובי**

החברה הצהירה שתבדוק את המסלול לפני היציאה לדרך, לא עשו זאת

שלומי חרובי נהרג בשיטפון.

השאלה: האם לחברה יש חבות בנזיקין?

**קביעת ביהמ"ש:** המנוח חרובי ויתר על פציעה הנובעת מהשיט עצמו (הסתכנות מרצון), אך לא מפציעה של התרשלות החברה, ולכן יש חבות בפיצויים.

**פס״ד רוט נ׳ ישופה:**עובדות: חוזה מכר דירה. הדירה לא הייתה מוכנה בזמן לכניסתו לדירה. המערער דורש דמי נזק על הפרת החוזה. 3  
אלון- תקנת הציבור חלה על פגיעות בגוף ובנפש ולא על נזקי ממון. אלון מסתמך על ס'39 (קיום בתו"ל). לא היה צורך לערב את תקנת הציבור, אלא יש לפעול לפי תום הלב.   
שמגר- תקנת הציבור צריכה לפעול במקרה זה לפי המבחן שהוא מציע:   
\* **כמה הנזק הממוני קריטי**, חשוב ומשפיע על חיי האדם שנפגע. דירת מגורים היא נכס חשוב.   
\*בנוסף שמגר אומר שיש בסעיף בחוזה **חסימה מוחלטת של תרופות**.   
\* הוא מתייחס ל**פערי הכוחות** בין הצדדים.

**חופש העיסוק-** האם ההגבלה על חופש העיסוק נוגדת את תקנת הציבור?

* **לגיטימיות התנייה-** צריך לבדוק אם התניה נועדה למנוע תחרות לדוג' או נועדה למנוע אינטרס מסחרי לגיטימי שלמעסיק יש זכות קניינית בנוגע אליו. מה כן לגיטימי? להגן על אינטרסים מסחריים שיש למעביד קניין לגביהם – לדוג' פיתחתי משהו ולעובדים שלי יש גישה אליהם. אני רוצה להגן על מה שפיתחתי ולכן אני קובע תניה שמגנה על מה שפיתחתי. כמו לדוג' רשימת לקוחות- עבדתי קשה במשך שנים על מנת ליצור רשימת לקוחות . לגיטימי לקבוע תניה המגנה על רשימת הלקוחות שלי ומונעת מהעובדים שלי להשתמש ברשימה שלי לטובת צרכים אישיים שיכולים לפגוע בי.
* **סבירות התנייה:** צריך להראות שהתניה לגיטימית וסבירה. מזה תניה סבירה? תצריך להראות שההגבלה היא לגיטימית- אני מגביל את חופש העיסוק של העובד כדי להגן על אינטרס קנייני שיש לי – לדוג' הגנה על רשימת לקוחות . ואז צריך להראות שההגבלה היא סבירה- לדוג'- צריך להראות שהפגיעה היא פגיעה מידתית, שאנחנו מגבילים את חופש העיסוק במילה שלא עונה על הנדרש.
* תקופת האיסור
* תחום גאוגרפי של האיסור
* היקף הפעילות האסורה
* **סעד:** דרך בטלות חלקית ניתן להגיע לשינוי התניה או לכתיבה של תניה חדשה שהיא לא פסולה.

(כלל העיפרון הכחול- לקחת חלקים בעייתיים מהחוזה ולהוריד אותם, לשנות אותם, לטפל בהם).

אם אנחנו חושבים שהתניה היא מוגזמת בגלל הזמן שהיא מקציבה לעובד שפוטר לא לעבוד בתחום מסוים- ניתן לשנות את הזמן שהיא מקציבה ולהקציב זמן חדש.

נבטל חלק מהתניה הקיימת ולמעשה, כתבנו תניה חדשה. צמצום התניה הקיימת וקביעת תנאים סבירים יותר בתניה החדשה שנקבעת.

**פס״ד AES נ׳ סער:**

עובדות: סער עבד בחברה והיה חתום על סודיות. לאחר תקופה בחברה הוא פוטר ופתח חברה מתחרה. הוא למעשה עובר על סעיפים בחוזה הסודיות. הסעיפים עליהם חתם סער פוגעים בחופש העיסוק שלו לאחר עזיבת החברה. סעיפי החוזה משחקים לטובת החברה ולא לטובתו של סער. השופטים אומרים שיש לבחון את המקרה לאור המבחן המידתי.   
לביהמ"ש הייתה תפיסה ליברלית (בעד השוק החופשי) שלא פוסלת את חופש העיסוק, לכן הם בחרו לפסול את החוזה דרך תקנת הציבור.

ברק- מבחין בין שתי הגבלות: הגבלה על סוד מסחרי (לגיטימית) והגבלה על תחרות (פסולה).   
יש לבחון את סבירות ההגבלה באמצעות: תקופה, תחום והיקף.   
\* בפס"ד זה ברק מביא אסמכתאות רבות לדעתו אך הן לא בהכרח מכריעות לטובתו.   
התניה בחוזה אמרה שהוא לא יוכל להתחרות בחברה לתקופה בלתי מוגבלת. למעשה התניה לא בוטלה לחלוטין, אלא היא קוצרה.

**שוויון בדיני החוזים-**

יש הבחנה ברורה בין משפט ציבורי (נורמה מרכזית- שוויון) למשפט פרטי (נורמה מרכזית- חירות). יש את הדין הרצוי והדין המצוי.

לפי תקנת הציבור- האם חלה חובת שוויון במשפט הפרטי? כן, אפליה נוגדת את תקנת הציבור לכן חלת חובת שוויון גם במשפט הפרטי.

* האם יש חובת שיוון במשפט הפרטי?
* משפט ציבורי מול משפט פרטי
* שוויון מול חופש
* דיני עבודה
* גופים דו מהותיים
* מוצרים ושירותים

**פס״ד רקנט נ׳ בית הדין לעבודה**   
עובדות: פס"ד שקשור להסכם קיבוצי בין אל-על לדיילי האוויר והיציאה לפנסיה בגיל 60. דיילי אוויר יוצאים לפנסיה בגיל 60 לעומת צוות הקרקע שיוצא בגיל 65. אל-על אמרה שיש צורך בכושר פיזי לצוות אוויר. לא הוכח שיש צורך בכושר פיזי בעבודה.   
הדיון הוא האם חובת השוויון חלה במשפט הפרטי. חובת השוויון חלה בגלל חקיקה ספציפית; חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.   
זמיר ובייניש- אין כאן פגיעה מספיק חמורה לכדי פגיעה בתקנת הציבור.  
ברק- פגיעה בשוויון כן נוגדת את תקנת הציבור.   
\* יש לנו למעשה איים של שוויון הנוצרים מחקיקה במשפט הציבורי שגולשים למשפט הפרטי.

**שיעור 17 – 13.12.18**

**חוזים אחידים**

התפיסה שחוק החוזים האחידים משקף והתפיסה שהוא משקף ביחס לחוזים רגילים

ההבדל העקרוני והרעיוני בתפיסה בין חוזים לבין חוזים אחידים הוא בביטוי העקרוני של המצב המשפטי של הצדדים (המשמעות המשפטית של רצון הצדדים).

דיני החוזים מכבדים את רצון הצדדים, אנחנו נוטים להימנע מהתערבות בתוכן החוזה עקב חופש החוזים. בדיני החוזים האחידים, התפיסה היא אחרת. התפיסה היא לא בהכרח להגשים את רצון הצדדים, אלא התפיסה היא שחוזים אחידים לא בהכרח מבטאים את ההסכמה של הצדדים, את הרצון של הצדדים לשנות את מצבם המשפטי וזאת מאחר ואלו הם חוזים שנכתבו ע״י צד אחד. לכן, נרגיש יותר בנוח להתערב בתוכן של מה שנקבע בחוזים אחידים. התפיסה היא שחוזים אחידים ממילא לא ממש משקפים את הרצון המדויק של הצדדים ועל כן ניתן להתערב בהם יותר.

מה ההבדל בסופו של דבר? ההבדל הוא שלכאורה בחוזה רגיל שני הצדדים כתבו אותו ביחד וביצעו משא ומתן ובחוזה אחיד צד אחד כתב את כל החוזה בעצמו והצד השני חתם. האם ההבדל הוא כל כך משמעותי? הרי הצד שחתם תמיד היה יכול לבחור לא לחתום על החוזה בסופו של דבר.

לכאורה יש כאן תפיסה שחוזים אחידים מייצגים יחסי כוחות שונים בין הצדדים.

בחוזים אחידים יחסי הכוחות הם אחרים מאשר בחוזה רגיל. בחוזה רגיל יש לנו שני צדדים שהם שווי כוחות ובחוזה אחיד, יש לנו צד אחד שהוא בעל ניסיון רב יותר מהצד השני (הצד שמנסח את החוזה) ולכן יכול להיות שהחוזה יהיה יותר לטובתו.

היותו של החוזה אחיד הוא לכאורה אינדיקציה לפערי כוחות ופער כוחות (הגנה על הצד החלש) הוא הרבה פעמים סיבה להתערב בחוזה.

ישנו בית דין לחוזים אחידים. זהו מוסד שהוא נפרד מבית המשפט. בית הדין יכול לאשר ולפסול חוזים מסוימים באופן כללי ולא בהקשר של סכסוך ספציפי. כלומר, ניתן להביא חוזה אחיד לבית הדין לחוזים אחידים והוא יפסול אותו כי הוא רואה בו חוזה לא תקין. אם חוזה מסוים נקבע כמקפח, מה ההשלכה של זה על חוזים עתידיים? הצד שכתב את החוזה יצטרך לנסח חוזה חדש, אבל אין הבטחה שהחוזה החדש לא יהיה גם הוא מקפח.

מה אנחנו צריכים לבדוק כשאנחנו חושבים שצד אחד יכול לטעון לקיפוח בחוזה אחיד?

קיפוח בחוזה אחיד הוא עוד אמצעי של צד בחוזה לבקש שינוי בחוזה, לבקש מביהמ״ש לשנות את תוכן החוזה. יש יתרונות להתערבות בתוכן החוזה ויש מחירים להתערבות בתוכן החוזה. היתרון הוא הגנה על הצד החלש בין הצדדים, והמחיר הוא פגיעה בוודאות, והעובדה שלא תמיד ברור כי ביהמ״ש הוא הסמכות הלגיטימית לקביעת התוכן של החוזה.

האם חוזה הוא חוזה אחיד?

הטענה הראשונה שצד שרוצה להגיע לשינוי בחוזה צריך להוכיח הוא שהחוזה הוא חוזה אחיד. תמיד תעלה השאלה האם יש כאן חוזה שהוא אחיד. לפעמים זה כתוב במפורש (חוזה סטנדרטי) ולפעמים זה משתמע מתוך הנסיבות (למשל, לקוח שנכנס לבנק וחותם על משכנתא, ניתן להניח שהחוזה של המשכנתא הינו חוזה אחיד). חוזה אחיד נתפס כפחות מחוזה רגיל, אבל זה לא אומר שאין לו משמעות כלל.

״חוזה אחיד״ – ״נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם״.

זה אומר, שיש לנו צד אחד שכתב חוזים רבים על מנת להתקשר עם צדדים רבים, זהו לא חוזה שעוצב בין צדדים ספציפים.

יש לנו ספק ויש לנו לקוח כשמדובר בחוזה אחיד. הספק הוא הצד שכתב את החוזה, בדרך כלל הצד החזק יותר בין השניים. הלקוח הוא הצד שחתם על החוזה, והוא בדרך כלל הצד החלש יותר בין השניים. השאלה העולה היא האם יש צד אחד שהכין את החוזה לצורך התקשרות עם צדדים רבים והוא הספק, ויש לנו צד שמגיע רק לחתום על החוזה, והוא הלקוח.

זה שהחוזה הוא חוזה סטנדרטי זה לא מספיק. צריך שזה יהיה חוזה סטנדרטי שהצד שניסח אותו מתכוון להשתמש בו מול צדדים רבים (לקוחות רבים).

האם התנייה היא חלק מהחוזה האחיד?

יכול להיות שיש לנו חוזה שהוא כביכול חוזה אחיד ותניות ספציפיות בו לא יחשבו תניות בחוזה אחיד. כלומר, עלינו לשאול האם התניה הספציפית שבה אנחנו רוצים להתערב היא תניה בחוזה אחיד?

״תנאי״ – ״תניה בחוזה אחיד, לרבות תניה המאוזכרת בו וכן כל תניה אחרת שהיא חלק מההתקשרות, ולמעט תניה שספק ולקוח הסכימו עליה במיוחד לצורך חוזה מסוים;״

מה שצריך לבדוק כדי להחליט אם התנייה היא חלק מהחוזה האחיד? נניח שיש לנו חוזה אחיד, שנוסח ע״י צד אחד לצורך התקשרויות רבות עם צדדים בלתי מסוימים, אבל לגבי תניה אחת בחוזה התקיים משא ומתן בין הצדדים. זה אומר, שהתניה היא לא חלק מהחוזה האחיד.

על כן, על התניות הספציפיות שבנוגע אליהן היה משא ומתן אי אפשר לטעון קיפוח מאחר והן כבר לא חלק מהחוזה האחיד.

**ס׳ 23 לחוק החוזים האחידים** קובע סייגים לתחולת החוק:

* + - * 1. תנאי הקובע את התמורה הכספית שישלם הלקוח או הספק בעד נושא העסקה, ובלבד שהוא מנוסח בלשון פשוטה וברורה;
        2. תנאי התואם תנאים שנקבעו בחיקוק, בהתאם לתכלית החיקוק;
        3. תנאי התואם תנאים שנקבעו בהסכם בין-לאומי שישראל צד לו;
        4. הסכם קיבוצי לפי חוק הסכמים קיבוציים, תשי״ז-1957, בין שהוגש לרישום לפי החוק האמור ובין אם לאו, לרבות הסדר קיבוצי אחר ובלבד שנעשה בכתב ונקבעו בו שיעורים לשכר עבודה.

תניה בחוזה אחיד, ״לרבות תניה המאוזכרת בו״ – הדבר אומר כי יש הרבה דברים שאולי לא מופיעים בטופס החתום אבל הם עדיין חלק מהחוזה האחיד. למשל, אם לבנק יש תקנון, הסדרים שנמצאים בתקנון חלים על ההתקשרות של אדם מסוים עם בנק. יכולה להיות גם הבהרה בעל פה שניתנה לנו, שתחול על החוזה.

האם חלה חזקת קיפוח?

ישנן חזקות מסוימות (חזקה – היפוך נטל הראיה). על הטוען לקיפוח להוכיח כי התניה שהוא טוען שהיא מקפחת היא באמת כזו. ישנן סיטואציות בהן יש על התניה חזקת קיפוח. כלומר, אנחנו יוצאים מנקודת מוצא שהתניה היא מקפחת ועל הצד השני להוכיח שהיא לא מקפחת.

נניח שהכרענו כי החוזה הוא חוזה אחיד והתניה היא תניה בחוזה אחיד. השאלה הבאה היא האם התניה נופלת באחת הקטגוריות בחוק על פיהן חלה עליה תניית קיפוח?

נניח שיש לנו תניה בחוזה (אחרי שהראנו שיש חוזה אחיד והתניה היא תניה בחוזה אחיד). אנחנו נרצה לנתח את התניה ולהגיד שהתנאי הוא אחד מהתנאים שמקיימים חזקת קיפוח, כאשר אלה מוגדרים ב**ס׳ 4 לחוק החוזים האחידים**.

חזקה על התנאים הבאים שהם מקפחים (דוגמא):

**ס׳ 4(1) לחוק החוזים האחידים** קובע כי ״תנאי הפוטר את הספק, באופן מלא או חלקי, מאחריות שהייתה מוטלת עליו על פי דין אילולא אותו תנאי, או המסייג באופן בלתי סביר את האחריות בהייתה מוטלת עליו מכוח החוזה אילולא אותו תנאי״.

צד לחוזה יכול לפטור עצמו מאחריות שהדין מטיל עליו, מאחר והרעיון של דיני החוזים הוא לאפשר לצדדים לשנות את המצב המשפטי שלהם. **ס׳ 4(1) לחוק החוזים האחידים** אומר לנו שקביעת פטור בחוזה אחיד מאחריות שהייתה מוטלת אם לא התניה המסוימת יש עליה חזקת קיפוח (כלומר, היא תיחשב תניה מקפחת ועל הצד החזק נטל ההוכחה לגבי אי היותה מקפחת).

במידה ויש חזקת קיפוח, הצד הטוען לקיפוח לא צריך להוכיח שיש קיפוח אלא הצד השני, הספק צריך להוכיח שאין קיפוח. קיומה של חזקת קיפוח לא אומר שהתניה בטלה.

האם התניה מקפחת (או בטלה)?

יכול להיות שהתניה היא לא מקפחת. נניח שיש לנו חוזה אחיד, בחוזה האחיד הזה יש תניה שנכנסת לתוך גבולות החוזה האחיד, ותניה מתאימה לתנאים המוצבים בס׳ 4(1) לחוק החוזים האחידים, השאלה הבאה שעלינו לשאול היא האם התניה היא מקפחת או הוגנת? את זה צריך לבדוק לפי **ס׳ 3 לחוק החוזים האחידים**, הקובע כי ״בית המשפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו – בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות – משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספר העלול להביא לידי קיפוח לקוחות (להלן: תנאי מקפיח)״.

כשמסתכלים על קיפוח, מסתכלים על מכלול גדול של דברים. כל דבר יכול להיות רלוונטי לשאלה האם יש קיפוח או לו. נסיבות שיכולות להיות רלוונטיות לשאלה האם תניה היא מקפחת או לא הן, למשל, מי הצדדים לחוזה (מהם יחסי הכוחות – יכול להיות שיש צד אחד שלא יכול להגן על עצמו כראוי), נסיבות הכריתה (יכול להיות שצד אחד מאוד הדגיש תניה מסוימת בחוזה לצד השני, ואז אין קיפוח כי הצד הראשון דאג שהצד השני מודע לתניה זו), האם התניה היא תניה גורפת (האם היא פוטרת מכל אחריות לגמרי), הנוהג בשוק המסוים.

אנחנו צריכים להסתכל האם מבחינה אובייקטיבית התניה נראית לנו הוגנת? ביהמ״ש נאלץ בסופו של דבר האם התניה נראית לנו משום מצב בלתי הוגן. זוהי שאלה המעניקה הרבה כוח בידי בתי המשפט. השאלה של קיפוח היא מושג יחסית גמיש ויש פה מקום להרבה שיקול דעת של ביהמ״ש. צריך להבין מהו המקום שבמסגרתו יש לביהמ״ש שיקול דעת. כלומר, לביהמ״ש יש שיקול דעת מטעם המחוקק בשאלה מהו קיפוח. זה לא אומר שביהמ״ש יכול לעשות מה שהוא רוצה. המחוקק מגדיר את מרחב שיקול הדעת ובתוך המרחב הזה ביהמ״ש עובד.

הלקוח הוא זה שיטען לקיפוח מצד הספק, ואין אפשרות שהדבר יתקיים בצורה ההפוכה (כלומר, לא יכול להיות שהספק יטען לקיפוח מצד הלקוח).

סעד

למעשה, יש לנו את ס׳ 19 לחוק החוזים האחידים שמסביר לנו מה הסעד. אם יש קיפוח ביהמ״ש יכול לשנות את התניה המקפחת או לבטל אותה באופן שישנה את הקיפוח.

**ס׳ 19 לחוק החוזים האחידים** מגדיר כי

1. ״מצא ביהמ״ש, בהליך שבין ספק ולקוח, שתנאי הוא מקפח, יבטל את התנאי בחוזה שביניהם או ישנה אותו במידה הנדרשת כדי לבטל את הקיפוח״.
2. ״בהשתמשו בסמכותו לפי ס׳ קטן (א) יתחשב ביהמ״ש במכלול תנאי החוזה ובנסיבות האחרות, וכן בנסיבות המיוחדות של העניין הנדון לפניו״.

**פס״ד מילגרום**

הייתה לנו דיירת בבית אבות שעברה מדיון מוגן למסגרת סיעודית בה היא הייתה צריכה לשלם מחיר גבוה משמעותית מהמחיר שהייתה צריכה לשלם בדיור המוגן, וזאת עפ״י תניה מקפחת בחוזה אחיד.

ביהמ״ש נתן כאן סעד שהוא מעבר לביטול הקיפוח. התנאי המקפח קבע כי בית האבות יכול לקבוע באופן חד צדדי את המחיר של המסגרת הסיעודית. יש לשים לב כי ההבדל בין ההסגר המצוי (מקפח) לבין ההסדר שנקבע ע״י ביהמ״ש. הוחלט כי צריך שתהיה נוסחה קבועה לקביעת המחיר בבית האבות הסיעודי.

השאלה העולה כאן בסופו של יום היא מי משלם למי כמה כסף?

הרבה צדדים מגיעים לביהמ״ש מאחר והם מרגישים שנעשה להם חוסר צדק והם רוצים שיפסק פס״ד לטובתם ויתקבל בו סעד כספי עקב חוסר הצדק.

למרות שכל ההכרעות פה היו לטובת הלקוח, העובדה שיש כאן סעד היא מקרית לחלוטין. אם היו קצת יותר ראיות שהספק היה מביא לא היה מתקיים כאן סעד. אם הספק היה מוכיח שהקיפוח לא מביא לאיזשהו הבדל משמעותי מבחינת הכסף, לא היה מתקבל כאן סעד.

הדין הרצוי והדין המצוי

יש לנו הסדר נפרד לחוזים אחידים. האם זה רעיון טוב?

נניח שעולה שאלה המציבה בפנינו את כך שמוצע לבטל את חוק החוזים האחידים ושואלת האם השינוי המוצע ישנה את הדין הקיים ולמה.

מצד אחד, הדבר ישנה את הדין הקיים מאחר ובדין הקיים יש הבחנה בין חוזים רגילים לבין חוזים אחידים, ובחוזים אחידים יש עילה שהיא עילת הקיפוח והיא מאפשרת התערבות יותר חזקה בתוכן של החוזים האחידים, ובמידה ויבוטל חוק החוזים האחידים תבוטל הסתמכות של ביהמ״ש להתערב בחוזים האחידים.

מצד שני, הדבר לא ישנה את הדין הקיים בפועל, מאחר והוא ישנה בעיקר את הרטוריקה שבה משתמש ביהמ״ש על מנת להתערב בתוכנו של חוזה.

תמיד התשובה היא שלא ברור שיש שינוי מאחר ויש כלים אחרים שבמידה ויבטלו את הכלי הזה נוכל להשתמש בהם על מנת לשנות את תוכן החוזה.

השלב השני הוא לשאול האם השינוי המוצע הוא ראוי. התשובה היא שיש יתרונות וחסרונות לדבר.

יש לתת כמה שיותר טיעונים שיהיו כמה שיותר טובים לכאן ולכאן. עלינו לקחת את מגוון האינטואיציות לגבי השאלה האם ההסדר של חוק החוזים הוא טוב או לא ולפרוט אותן לשורה מנומקת של טיעונים.

**שיעור 18 – 16.12.18**

**חוזה על תנאי**

חוזה על תנאי משמעו שתוקפו של החוזה יכול להיות מותנה על תנאי מסוים. כלומר, חוזה על תנאי הוא חוזה שתוקפו תלוי בהתרחשותו של איזשהו אירוע חיצוני. תניה ככלל היא סעיף מסוים בחוזה, הסדר מסוים בחוזה. תנית פטור היא הסדר בחוזה שפוטר את אחד הצדדים מחובה שהייתה מוטלת עליו. למשל, חוזה בניה שמותנה בשאלה האם יתקבל היתר בניה. במידה ויתקבל היתר יהיה מחויב הקבלן לבנות את הבית ובמידה ולא יתקבל היתר בניה לא יהיה מחויב הקבלן לבנות את הבית.

**ס׳ 27(א) לחוק החוזים** מגדיר כי ״חוזה יכול שיהיה תלוי בהתקיים תנאי (להלן: תנאי מתלה) או שיחדל בהתקיים תנאי (להלן: תנאי מפסק).

**ס׳ 29 לחוק החוזים** מגדיר לנו כי ״היה חוזה מותנה והתנאי לא מתקיים תוך התקופה שנקבעה לכך, ובאין תקופה כזאת – תוך זמן סביר מכריתת החוזה, הרי אם היה זה תנאי מתלה. – מתבטל החוזה, ואם תנאי מפסיק – מתבטלת ההתנאה״.

הצדדים למעשה מגיעים לאיזשהו הסדר שהוא תנאי חיצוני, והתוצאה של התנאי היא שהחוזה יכול להיות במקרים מסוימים תקף ובמקרים מסוימים בטל.

**ס׳ 29 לחוק החוזים** נותן לנו איזשהו תנאי טכני לדרך ההתקיימות של חוזה על תנאי. לדוגמא, נשתמש בדוגמא של חוזה בנייה המותנה על קבלת היתר בניה. יש לנו קבלן ויש חוזה האומר שיבנה בית במידה ויתקבל היתר. אם יינתן היתר יש חובה לבנות את הבית. במידה ולא יינתן היתר תוך תקופה מסוימת (תוך זמן סביר או תוך תקופה שהוגדרה בחוזה) לא עלה החובה לבנות את הבית.

באופן בסיסי הסעד שמצוין לנו בס׳ 29 לחוק החוזים הוא הסעד במקרים מסוימים של חוזה על תנאי. התוצאה היא שאם לא התקיים התנאי החוזה בטל.

**ס׳ 28(א) לחוק החוזים** מגדיר לנו כי ״היה חוזה מותנה בתנאי מתלה וצד אחד מנע את קיום התנאי, אין הוא זכאי להסתמך על אי קיומו״.

**ס׳ 28(ב) לחוק החוזים** מגדיר לנו כי ״היה חוזה מותנה בתנאי מפסיק וצד אחד גרם לקיום התנאי, אין הוא זכאי להסתמך על קיומו״.

**ס׳ 28(ג) לחוק החוזים** קובע כי ״הוראות סעיף זה לא יחולו אם היה התנאי דבר שהצד היה, לפי החוזה, בן חורין לעשותו או לא לעשותו, ולא יחולו אם מנע הצד את קיום התנאי או גרם לקיומו של בזדון ולא ברשלנות״.

תקפות החוזה היא קריטית כדי לדעת מה הצדדים חייבים אחד לשני. אם התוצאה היא שיש חוזה מחייב, לאחד הצדדים יש חובה כלפי הצד השני.

הדבר המשמעותי בסיכול תנאי הוא שהצד שסיכל את התנאי לא יכול להסתמך על אי התקיימות. הצד. כלומר, אם יש צד שאחראי לכך שתנאי לא התקיים הוא לא יכול לטעון לבטלות החוזה.

למשל, אם הקבלן גרם לכך שלא יושג היתר בניה הוא לא יכול לטעון לבטלות החוזה מכוח ס׳ 29.

אם ראובן הוא הקבלן, והחוזה קובע שעליו לבנות את הביתה במידה ויושג היתר בניה תוך שלוש שנים. במידה וראובן במעשה או במחדל גרם לאי קבלת היתר הבנייה במשך שלושת השנים הללו, הוא לא יוכל לטעון לבטלות החוזה ותהיה עליו החוזה לבנות את הבית. עם זאת, במידה והצד השני של החוזה (שלא גרם לאי התקיימותו של התנאי) מבקש לבטל את החוזה במצב בו לא התקבל היתר הבניה, עולה לו הזכות לביטול.

במידה ואחד הצדדים גרם לאי קיומו של התנאי, אך הוא עשה זאת בתום לב ולא בזדון, עולה לו הזכות לטעון לבטלות החוזה (**ס׳ 28(ג) לחוק החוזים**).

במסגרת הסעדים – הסעד הבסיסי הוא בטלות החוזה. **ס׳ 31 לחוק החוזים** אומר לנו שייתכן גם שהחוזה בטל חלקית, דרך **ס׳ 19 לחוק החוזים**. כלומר, אם לא התקיים התנאי, החוזה ניתן להפרדה לחלקים ועילת הבטלות נוגעת רק לאחד החלקים האלה, ניתן לטעון לבטלות של אחד החלקים בלבד ולחייב את הצד הרלוונטי לקיים את שאר החוזה.

**ס׳ 31 לחוק החוזים** מגדיר עוד מספר סעדים, אך הם רלוונטיים רק במקרה של חוזה בלתי חוקי.

סכסוך משפטי הוא מצב בו יש חוזה, צד אחד רוצה להשתחרר ממנו והצד השני רוצה לקיים אותו. חוזה על תנאי ממקם אותנו גם הוא בסיטואציה של סכסוך משפטי. עלינו להבין מי הצד שרוצה להשתחרר מהחוזה ומי הצד שרוצה לקיים את החוזה, ואז להבין מי הצד שטוען מה.

בדרך כלל מי שמפר את החוזה הוא הצד שרוצה להשתחרר מהחוזה.

סכסוך לדוגמא

מקרה בו בנייה של בית מצריכה היתר. נניח שלא ניתן ההיתר.

מה יהיו טענות הצדדים?

צד אחד יטען שלא התקיים התנאי המתלה ועל כן החוזה בטל, והוא משוחרר מהחיובים שלו. הצד השני יכול לטעון שכן התקיים התנאי או שלא עבר זמן סביר לצורך בטלות החוזה.

מהן אפשרויות ההכרעה של ביהמ״ש? מהם הדברים שביהמ״ש יכול לקבוע?

עולות לנו כאן שלוש אפשרויות, כאשר הדרכים להגיע לכל אחת מהן הן שונות:

1. קבלת ההיתר הייתה חיוב על אחד הצדדים (קבלן/מזמין). למשל, על הקבלן היה מוטל להשיג את היתר הבנייה, אך יתכן גם ההפך (שהחיוב להשיג את היתר הבניה היה על המזמין). הצד החייב להשיג את ההיתר הוא המפר. התרופה הבסיסית בהפרת חוזה היא אכיפה.
2. לא מדובר בחיוב אלא מדובר בתנאי – או שיהיה היתר או שלא יהיה היתר. אם יהיה היתר החוזה תקף ואם לא יהיה היתר החוזה לא תקף. כלומר, החוזה בטל.
3. החוזה קובע בנייה גם ללא היתר, מה שמכניס אותנו לנושא של אי חוקיות. יכולות להיות מגוון תוצאות הקשורות לאי חוקיות מכוח **ס׳ 31 לחוק החוזים**.

**פס״ד נתיבי איילון**

התנאי בפס״ד זה היה אישור של שר הפנים להעברת בעלות מעיריית ת״א למוכר. כלומר, העברת הקרקע תלויה באישור של שר הפנים (גורם חיצוני).

לפי השופט טירקל, שתי האפשרויות הן שהאישור מהווה חיוב על המוכר או תנאי מתלה. בנוסף, נטען שיכול להיות שיש טעות שתביא לבטלות החוזה.

איך אנחנו מבינים את המעמד של האישור ע״י שר הפנים לצורך החוזה? אם זהו חיוב על המוכר, נתיבי איילון היו צריכים להשיג את האישור של שר הפנים. במידה והמוכרים לא יקיימו את החיוב המוטל עליהם הם מפרים את החוזה. במידה וזהו תנאי מתלה, במידה ולא ישיגו את האישור לא תעלו החובות מהחוזה.

ברק אומר לנו שחייבים לבחור את אחת מהאפשרויות: או חיוב או תנאי. טירקל אומר לנו שיכול להיות שיש כאן קצת משניהם. דורנר מסכימה עם ברק וזו הופכת להיות ההלכה. עלינו להגיע להחלטה – איזה מהמקרים מתקיימים בפסק הדין? האם מדובר במשהו שאחד הצדדים לקח על עצמו לעשות (ואז זהו חיוב) או האם מדובר בתנאי מתלה?

השאלה העולה היא שאלה פרשנית – עלינו לפרש את החוזה ולהבין מה הצדדים קבעו כאן. ברק אומר לנו בפס״ד זה שיש לנו מסגרת פרשנית די נוחה. אם צד אחד נטל על עצמו לפעול להשגת ההיתר, זה מביא אותנו לאפשרות הפרשנית שמדובר בחיוב. זה עוזר כי הצדדים קובעים בדרך כלל מה נמצא באחריות מי.

בפסק דין זה מגיעים לתוצאה שזהו חיוב על המוכרים, מאחר ואין אזכור כלל לחיוב הספציפי הזה. אבל, כתוב שם שהמוכר מתחייב שיהיו לו את כל האישורים כדי למכור. זה אומר לנו מבחינה פרשנית, כשאנחנו מפרשים את העבודה הנדרשת לקבלת כל ההיתרים הללו כחיוב על המוכר.

התוצאה הסופית היא שהאישור משר הפנים היה חיוב על אחד הצדדים ולא תנאי.

ברגע שאנחנו רואים מתוך החוזה שצד אחד לקח על עצמו לעשות דברים על מנת לקבל את ההיתר אנחנו יכולים ללמוד שיש כאן חיוב ואם לא מושג היתר הקבלן הוא מפר של החוזה.

ברגע שאנחנו מגיעים לתוצאה פרשנית שמתקיים תנאי מתלה, במידה ולא התקיים התנאי החוזה בטל.

**ס׳ 27(ב) לחוק החוזים** קובע כי ״חוזה שהיה טעון הסכמת אדם שלישי או רשיון על פי חיקוק, חזקה שבהלת ההסכמה או הרשיון הוא תנאי מתלה״. (חזקה – היפוך נטל הראיות).

**ס׳ 27(ג) לחוק החוזים** קובע כי ״חוזה שהיה מותנה בתנאי מתלה, זכאי כל צד לסעדים לשם מניעת הפרתו, אף לפני שנתקיים התנאי״.

הקשר בין חוזה על תנאי לבין פרשנות

כאמור, כשיש לנו משהו שעשוי להיות תנאי השאלה המרכזית היא האם מדובר בתנאי או בחיוב?

זוהי שאלה של פרשנות, והצדדים מתווכחים לגבי מהי הפרשנות הנכונה. כל צד יטען מה צריכה להיות הפרשנות.

בפס״ד נתיבי איילון זה מה שטירקל עושה. מפרש את החוזה מבחינת נסיבות הכריתה, רצון הצדדים וכו׳. ביהמ״ש מגיע למסקנה בסופו של דבר שבפס״ד זה מדובר בחיוב.

**פס״ד צאלים נ׳ דלק**

כאמור, כשאנחנו עומדים מול חוזה וקיים לנו הסדר שעולה השאלה לגבי תנאי, יש שתי אפשרויות פרשניות על פיהן ההסדר הוא או חיוב או תנאי מתלה. פס״ד צאלים מעלה אופציה פרשנית שלישית. כלומר, על פי פס״ד זה יכול להיות מקרה בו זה גם חיוב וגם תנאי.

יכול להיות לנו מקרה בו החיוב הוא תנאי מתלה וחיוב השתדלות. כאן יש צורך בהיתר ויש חיוב על הקבלן להשיג את ההיתר הזה (בחוזה כתוב שהקבלן יפעל להשגת ההיתר) אבל נאמר לנו שחיוב זה הוא חיוב השתדלות. כלומר, על הקבלן יש חיוב לפעול להשגת ההיתר אך אין עליו חיוב להצליח להשיג את ההיתר.

הסיטואציה היא שלא הושג היתר והחוזה אומר שהקבלן צריך היה לפעול על מנת להשיג היתר. הקבלן טוען כי אין כאן חובה לתשלום פיצויים עקב הפרת החוזה מאחר והחיוב היה חיוב השתדלות.

גם אם אנחנו רואים בחוזה שכתוב שהקבלן צריך לפעול על מנת להשיג את האישורים והוא לוקח על עצמו להשיג את האישורים זה לא אומר לנו באופן ברור שזהו חיוב ולא תנאי. זה אומר לנו שזהו חיוב אך יכול להיות שזהו גם תנאי, בנוסף לחיוב. עלינו להבין אם החיוב הוא חיוב השתדלות או חיוב להגיע לתוצאה.

הרבה יותר קשה להוכיח הפרת חיוב השתדלות מאשר להוכיח הפרת חיוב תוצאה.

אם לא יהיה היתר, על מי מוטל הסיכון הזה?

במידה ואין היתר אי אפשר לבנות. זהו סיכון, זה משהו שעלול לקרות בעתיד והוא לרעתנו.

נניח שהקבלן משקיע כסף וכך גם הדיירים, ואז לא מתקבל היתר הבניה. אם השגת ההיתר היא חיוב על הקבלן, אז בזה שאין היתר הקבלן הפר את החוזה שלו ואז הוא חייב לפצות. אפשרות שנייה היא שהשגת ההיתר היא לא חיוב על הקבלן והיא תנאי מתלה, ואז החוזה בטל. התממש כאן סיכון מסוים.

אפשר לקבוע גם הרבה תנאים אחרים. נניח שיכולה להיות עונה גשומה במיוחד. אם תהיה עונה גשומה במיוחד עלויות הבניה יהיו עלויות גבוהות, כאשר גם זה נחשב סיכון – יש לו תוצאות שליליות מבחינת הצדדים. במקרה כזה אם נכתב חוזה רגיל (לא חוזה על תנאי) גם אם תהיה עונה גשומה במיוחד יהיה מוטל על הקבלן לבנות את הבניין, ואז הסיכון מוטל על הקבלן. בעזרת המנגנון של חוזה על תנאי אפשר לקבוע את חלוקת הסיכונים בין הצדדים. למשל, אנחנו יכולים לכתוב שראובן מחויב לבנות את הבניין על המגרש תוך שנה אחת, אלא אם תהיה עונה גשומה במיוחד. זהו תנאי מפסיק שבעזרתו קובעים חלוקה אחרת של הסיכונים בין הצדדים. עכשיו הסיכון של עונה גשומה במיוחד מוטל על המזמין, מאחר ואם תהיה עונה גשומה במיוחד המזמין יצטרך לשאת בהשלכות של עיכוב הבנייה.

מתי חוזה מופר?

כדי להבין מתי חוזה מופר, עלינו להבין מה תוכן החיוב ומתי ניתן להגיד שמישהו לא קיים את החיוב שלו? מתי עולה האפשרות להגיד שאתה מפר כתוצאה מאי עמידה בחיוב שהוטל עלייך?

**שיעור 19 – 20.12.18**

**היציאה מהחוזה**

בעקרון, חוזה יכול להסתיים גם בדרך אופטימית. בדרך כלל אנחנו מדברים על סכסוך חוזי שמביא לסיום החוזה. ברגע שצדדים יוצאים מהחוזה אין כבר מערכת יחסים של חובות וזכויות בניהם. הדרך הפשוטה לצאת מהחוזה היא שהצדדים קיימו את החיובים שלהם ויצאו מהמתחם החוזי בניהם.

דרך אחרת לצאת מהחוזה היא הפרתו. בעקבות הפרה יש תרופות המגיעות לצד הנפגע.

הפרת חוזה

תרופות בגין הפרה נמצאות בחוק החוזים (תרופות בגין הפרה).

ב**ס׳ 1 לחוק החוזים (תרופות בגין הפרת חוזה)** מוגדר כי:

״הפרה״ היא מעשה או מחדל שהם בניגוד לחוזה.

״נפגע״ הוא מי שזכאי לקיום החוזה שהופר.

הנפגע מההפרה הוא זה שזכאי לתרופות. הנפגע הוא מונח משפטי כאשר משמעותו היא שהצד השני הנמצא מולו בחוזה הפר את החוזה. זה לא בהכרח אומר שהתקיים נזק אצל הנפגע.

סטנדרט ההתנהגות הנדרש בחוזים

כדי שאני לא אחשב מפר, איך אני צריך להתנהג? כמה אני צריך להקפיד ע״מ שהצד השני לא יוכל להאשים אותי בהפרה? למשל, אם מוכר מחויב להעביר את הדירה לקונה. האם הוא תמיד מפר?

יש שתי אפשרויות בנוגע לאחריות בגין חובה חוזית.

1. **אחריות חמורה** – בכל הנוגע לחיובי תוצאה ברגע שמפרים חיוב תוצאה ניתן להטיל אחריות חמורה. החריג לזה הוא דיני הסיכול – אם היה משהו מאוד חריג שמנע מביצוע החיוב יכול להיות שלא תוטל אחריות חמורה בגין הפרה חיוב תוצאה. החיוב הוא חיוב להגיע לתוצאה שאליה התחייבת במסגרת החוזה, ואם לא תעמוד בחיוב זה תהיה עליך אחריות חמורה.
2. **רשלנות** – מדובר על חיובי התרשלות. על האדם לפעול בסטנדרט סביר והגיוני. הדוגמא כאן היא דוגמה של עורך דין ולקוח. עורך הדין מחויב לייצג את הלקוח במשפט, אך הוא לא מחויב לנצח. במסגרת החוזה סטנדרט ההתנהגות שנדרש הוא לא להתרשל ולעשות את המאמץ הסביר. על העורך דין לקיים את החיוב שלו לייצג את הלקוח. אם לא נקבעה הרמה המדויקת של איכות הייצוג שעורך הדין צריך לתת רמת ההשתדלות תהיה בדרך כלל סבירה, בינונית (מעוגן בחלק הכללי של חוק החוזים).

אנחנו בדרך כלל יודעים שחוזה מכר של דירה הוא בעל חיובי תוצאה, אבל יכול להיות גם מצב בו חוזה מכר של דירה הוא בעל חיובי השתדלות (למשל, חוזה דרך סוכן נדל״ן).

מתי ההתנהגות בניגוד לחוזה נחשבת להפרה?

**ס׳ 41 לחוק החוזים (חלק כללי)** קובע כי ״חיוב שלא הוסכם על מועד קיומו, יש לקיים זמן סביר לאחר כריתת החוזה, במועד שעליו הודיע הנושה לחייב זמן סביר מראש״.

**ס׳ 42 לחוק החוזים (חלק כללי)** מדבר על קיום לפני המועד – ״חיוב יכול כי יקוים לפני מועדו, ובלבד שהודיע החייב לנושה על כך זמן סביר מראש והדבר לא יפגע בנושה״.

**ס׳ 43 לחוק החוזים (חלק כללי)** מדבר על דחיית קיומו של חוזה –

1. ״המועד לקיומו של חוב נדחה –
2. אם נמנע הקיום במועדו מסיבה תלויה בנושה – עד שהוסרה המניעה;
3. אם תנאי לקיום הוא שיקויים תחילה חיובו של הנושה – עד שקוים אותו החיוב;
4. אם על הצדדים לקיים חיוביהם בד בבד – כל עוד הנושה אינו מוכן לקיים את החיוב המוטל עליו.
5. נדחה המועד לקיום החיוב כאמור בס׳ קטן (א), רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן, לחייב את הנושה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לחייב עקב הדחיה, אף אם אין בדבר משום הפרת חוזה מצד הנושה, ואם היה על החייב לשלם תשלומים תקופתיים עד לקיום החיוב שמועדו נדחה – לפטור אותו מתשלומים אלה בתקופת הדחיה״.

**פס״ד אלתר**

המערערים חתמו עם המשיב, שהוא קבלן בניין, על הסכם, לפיו ירשו ממנו חנות בבניין, שיוקם על ידיו. בהסכם נאמר, בין היתר, כי תאריך מסירת החנות יידחה אם סיבת העיכוב תהיה, בין השאר, הגבלות בבנייה מטעם רשות ממשלתית או עירונית. כמו כן נקבע, כי חלק הארי מדמי המכר ישולם למשיב במעמד מכירת חנותם הנוכחית של המערערים. משנוכחו המערערים לדעת, כי קרב מועד גמר הבנייה והגיע זמן מסירת החנות, והמגרש עדיין עומד ריק, גם כתבו למשיב וביקשו פרטים על העיכובים, ובסיפא למכתב נאמר, שאי קיום התחייבות המשיב עפ״י ההסכם מהווה הפרה חמורה של ההסכם, שתתממש בהגיע ליום המסירה, המשיב הפנה בתשובתו לעיכובים בוועדת התכנון והבניה. המערערים לא הגיבו על תשובה זו, ואילו המשיב המשיך בקידום הבנייה תוך עיכובים שנגרמו עקב הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה. המערערים מכרו את חנותם, אך לא הודיעו על כך למשיב ואף לא שילמו את התשלום שאמורים היו לשלמו במעמד המכירה הנ״ל. שלוש שנים לאחר מכן ביטל המשיב את החוזה עקב העלמת עובדת מכירת החנות ואי ביצוע התשלום, שאמור היה להתבצע במעמד אותה המכירה. המערערים עתרו בביהמ״ש המחוזי לאכיפת החוזה. ביהמ״ש דחה את התביעה ומכאן הערעור.

המערערים טוענים באופן הבסיסי ביותר שהמועד לקיום החיוב שלהם נדחה. הם היו אמורים לשלם במועד שבו הם מכרו את החנות אבל בגלל שינויים מסוימים המועד לקיום החיוב הזה נדחה, ועל כן בזה שהם לא שילמו הם לא הפרו את החוזה. לגישתם עקב שינויים אלה החיוב שלהם הפך להיות חיוב שלוב בחיובי הקבלן לבנות.

ביהמ״ש פסק כי במקרה זה החיובים הם עצמאיים (אם הצד השני מתעכב בקיום החיוב שלו אין אופציה לדחות את קיומו של החיוב השני). ביהמ״ש פוסק כי אין כאן עניין של הפרה ע״י הקבלן אבל החיוב שלו נדחה. זה שהחיוב של הקבלן נדחה לא אומר שהחיוב של הקונה לשלם גם נדחה ועל כן אם הקונים לא שילמו הם הפרו את החוזה.

חיוב מותנה, הוא חיוב שמותנה בחיוב אחר. ישנו סדר בין החיובים. קודם אמור לקרות חיוב אחד ואחר כך אמור לקרות החיוב השני.

חיובים שלובים הם חיובים שאמורים להתבצע אחד במקביל לשני.

בחיובים שלובים יותר מסובך לקבוע מתי צד מפר, מאחר וכל עוד צד אחד לא ביצע את החיוב הצד השני לא מחויב לבצע אותו.

על כן, במצב של חיובים מקבילים, מתי אפשר לתבוע בגין הפרה?

בחיובים שלובים החיוב על אחד הצדדים קם והופך לאקטואלי לא כשהצד השני ביצע את החיוב, אלא ברגע שהגיע המועד לקיום החיוב והצד השני מביע נכונות לקיים את חיובו.

כשענייננו בחיובים שלובים, החיוב יכול להידחות אם הצד השני לא מוכן לקיים את החיוב. אבל, אם הצד השני כן מוכן לקיים את החיוב אזי שהחיוב לא נדחה.

מה שמסביר את הפסיקה של אלתר בצורה הכי טובה הוא שאם הקונים היו יותר תמי לב הפסיקה הייתה יותר באה לקראתם.

לסיכום הנושא של חיובים מקבילים, אם צד אינו מוכן לקיים את חיובו לפי החוזה, הצד השני זכאי לדחות קיומו של כל חיוב מקביל.

המחלוקות בהלכה:

* + - * חזקה על חיובים שנקבעו לאותו מועד שהם מקבילים (דורנר בארבוס נ׳ רובינשטיין).
      * חזקה על חיובים שנקבעו לאותו מועד שהם עצמאיים (שמגר במימון נ׳ מאור).

**ס׳ 17 לחוק התרופות** מדבר על הפרה צפויה וקובע כי ״גיליה צד לחוזה את דעתו שלא יקיים את החוזה, או שנסתבר מנסיבות העניין שלא יוכל או לא ירצה לקיימו, זכאי הצד השני לתרופות לפי חוק זה גם לפני המועד שנקבע לקיום החוזה, ובלבד שבית המשפט, בנתנו צו אכיפה, לא יורה שיש לבצע חיוב לפני המועד שנקבע לקיימו״.

כאמור, הפרה היא מעשה או מחדל שעומדים בניגוד לחוזה. בקיום חיובי תוצאה האחריות היא חמורה ובקיום חיובי השתדלות האחריות היא רשלנות.

**תרופות בגין הפרה**

**ס׳ 2 לחוק החוזים (תרופות בגין הפרת חוזה)** קובע כי ״הופר חוזה, זכאי הנפגע לתבוע את אכיפתו או לבטל את החוזה, וזכאי הוא לפיצויים, בנוסף על אחת התרופות האמורות או במקומן, והכל לפי הוראות חוק זה״.

כשאנחנו באים לנתח קייס, עלינו קודם כל לשאול האם הנפגע זכאי לתרופה. הדבר הבסיסי הוא להוכיח כי **מתקיים חוזה** והייתה **הפרה של החוזה**. נכנס גם כאן עניין של פרשנות. עלינו להבין מה החוזה קובע ומה הוא מחייב לעשות על מנת לקבוע האם צד פעל בניגוד לחוזה. קיומה של הפרה של החוזה היא לא סוף הדיון. לא תמיד עולה זכאות לאכיפה, השבה או פיצויים.

עלינו להראות **לאילו תרופות זכאי הנפגע?** האם הוא זכאי לאכיפה, להשבה או לפיצויים? בכל תרופה ספציפית יש דיון נפרד.

אם צד לא זכאי לאכיפה, זה לא אומר שלא היה חוזה ולא הייתה הפרה. יכול להיות שהצד זכאי לתרופה אחרת, יכול להיות שהוא גם לא זכאי לתרופה כלל.

השלב השלישי בניתוח של תרופות לחוזה, עלינו לברר **מה יקבל הנפגע במסגרת כל תרופה**.

**פס״ד אדרס**

נתחיל מניתוח פסק הדין לפי השלבים של ניתוח סוגיה בעניין של תרופות בגין הפרת חוזה.

בשלב הראשון כאמור עלינו להראות שהיה חוזה ושהחוזה הופר.

הצדדים הם חברה ישראלית וחברה גרמנית. קודם כל עולה השאלה מה הדין שחל? הישראלי או הגרמני? החוזה בין הצדדים הוא חוזה מכר, על פיו החברה הגרמנית אמורה לספק לחברה הישראלית כמות מסוימת של ברזל במחיר מסוים.

הדבר הראשון שהראנו לפי המבנה לניתוח הוא שיש חוזה. עכשיו, ניתן להראות גם שיש הפרה. החברה הגרמנית הפרה את החוזה ע״י כך שהיא לא העבירה את כל כמות הברזל שהיא הייתה אמורה להעביר, והיא מכרה את הברזל שנותר מהכמות שהייתה אמורה לעבור לישראלים לצד ג׳.

עכשיו השאלה היא מהן התרופות האפשריות? בדר״כ אפשר לקבל אכיפה, אבל זו כבר בלתי אפשרית כאן. ביהמ״ש החליט כי לא קיים כאן סעד אפשרי של אכיפה, שפערי הזמן כבר לא מאפשרים אכיפה של החוזה. כאן לא נגמר הדיון.

ניתן לבצע השבה, וניתן גם לתת את הרווח שבו החברה הגרמנית מכרה את הסחורה לצד ג׳. התרופה האחרונה מגיעה מהדין של עשיית עושר ולא במשפט. גם פיצויים לא היו רלוונטיים במקרה זה, מאחר ולא הובאו ע״י החברה הישראלית ראיות לגבי הנזק.

ההלכה החדשה מאדרס היא שהמפר יכול להיות מחויב למסור את רווחי ההפרה. כלומר, גם כשיש חוזה דיני עשיית עושר ולא במשפט יכולים לחול. דיני עשיית עושר ולא במשפט אומרים שאם התעשרת באופן לא מוצדק על חשבון מישהו אחר אתה מחויב להעביר לו את ההתעשרות הזאת.

התוצאה היא שכשיש לנו צד שמפר חוזה, תרופה אפשרית נוספת היא רווחי המפר וזוהי ההלכה.

זוהי הלכה שהיא דיספוזיטיבית והיא יחסית חריגה בעולם. זה המצב המשפטי כרגע בישראל אך בשאר העולם המצב לא ברור לגבי העניין.

מטרות התרופה: סעדים חיוביים ושליליים

ישנן שתי אפשרויות כאשר אנחנו רוצים להעניק לצד הנפגע סעד בגין הפרת החוזה ע״י הצד השני. דיני החוזים אומרים שאם הפרת חוזה וגרמת למישהו נזק עלייך לפצות אותו.

* **סעד שלילי** נועד להעמיד צד במקום בו היה לולא החוזה. כלומר, סעד שלילי נועד להחזיר את המצב אחורה. למשל, אם הנפגע הוציא הוצאות עקב החוזה, הסעד השלילי יחזיר לנפגע את ההוצאות. **פיצויי הסתמכות** היא תרופה שלילית שמבוססת על הנפגע, אנחנו מביאים את הנפגע למצב בו היה לולא היה החוזה.
* **סעד חיובי** נועד להעמיד צד במקום בו היה לולא ההפרה. כלומר, סעד חיובי הינו צופה עתיד. לו כן קוים החוזה, הנפגע היה מקבל משהו כתוצאה מחיוב בחוזה, ועל כן אנחנו נותנים לו או את קיום החיוב שהיה בחוזה או פיצוי כספי בעל שווי כספי זהה לזה המופיע בחיוב. עולה גם האפשרות להביא את המפר למקום בו היה נמצא אם היה מקיים את החוזה.

**שיעור 20 – 23.12.18**

אכיפת החוזה

אכיפה הינה תרופה בגין הפרת חוזה. מי שנפגע מהפרת חוזה, יכול לבקש סעד של אכיפה.

**ס׳ 3 לחוק התרופות** מגדיר את הסייגים לקבלת סעד של אכיפה.

״הנפגע זכאי לאכיפת החוזה, זולת אם נתקיימה אחת מאלה:

1. החוזה אינו בר ביצוע;
2. אכיפת החוזה היא כפיה לעשות, או לקבל, עבודה אישית או שירות אישי;
3. ביצוע צו האכיפה דורש מידה בלתי סבירה של פיקוח מטעם בית משפט או לשכת הוצאה לפועל;
4. אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין״.

לפי **הגישה הקונטיננטלית**, אכיפה היא התרופה הראשונית בגין הפרת חוזה. לפי גישה זו, הסכמים יש לקיים. אכיפה משמעה שביהמ״ש מורה בצו לעמוד בהתחייבויות של החוזה. המחשבה היא שאם התחייבת למשהו יש לזה משקל ואתה צריך לעשות את מה שהבטחת.

לפי **הגישה במשפט המקובל האנגלי** אפשר לקבל אכיפה, אבל זה נדיר. דרך המלך עפ״י גישה זו היא פיצויים, ועל מנת לקבל סעד של אכיפה על הנפגע להוכיח שהפיצוי הוא לא תרופה שלמה והיא לא מביאה את הנפגע למקום מספיק טוב.

הגישה של אכיפה עפ״י **הגישה הקונטיננטלית** עומדת על העיקרון של ״הבטחת אז קיימת״.

הגישה של **המשפט המקובל האנגלי** מתמקד יותר על העיקרון על פיו אין להזיק לאחר. תרופת הפיצויים משמעותה שאדם הפר את החוזה, גרם לאחר נזק ועל כן הוא צריך לפצות אותו. במובן הזה יש הרגשה שדיני החוזים נבלעים בתוך דיני הנזיקין.

לא ברור לנו אם עפ״י גישה זו דיני החוזים דורשים לקיים הבטחות או דורשים רק לא לפגוע באחר.

ישנו ויכוח בין הגישות, לגבי מהי התרופה המוצלחת יותר (אכיפה או פיצויים)?

בשתי השיטות ניתן לקבל את שני הסעדים, אבל שיטת המשפט מחליטה מהו הסעד הראשוני שניתן לקבל ומהו הסעד שיותר קשה לקבלו.

כשאנחנו מדברים על תרופות בחוזים, עלינו להכיר מהי הפרה יעילה.

ניתן להבין באופן אינטואיטיבי את העיקרון של הפרה יעילה דרך העניין של אדרס. אדם התחייב למכור את הדירה שלו לצד א׳, אבל אז צד ג׳ מציע יותר כסף. צד ג׳ מאוד רוצה את הדירה וכנראה שיש לה אינטרס מסוים כלפיה. דרך אכיפה צד א׳ יכול לדרוש שהדירה תגיע אליו, למרות שהדבר אינו יעיל או כדאי. תחת פיצויים זהו לא המצב. דרך פיצויים ניתן להפר, לשלם פיצוי ובכך למנוע את הנזק של הנפגע, ובכל זאת להעביר את הנכס במחיר המקסימלי שניתן לקבל עליו. למרות זאת, תחת אכיפה לפעמים יכולים להכריח לבצע את החוזה למרות שהוא כבר לא יעיל.

בישראל, אנחנו הרבה יותר קרובים לגישה הקונטיננטלית.

**החריגים בס׳ 3 לחוק התרופות** הם כלי להכרעה בשאלה מתי ניתן אכיפה ומתי לא. זה לא אומר שהנפגע לא יקבל סעד כלל, אלא רק שהוא לא יקבל אכיפה בתור סעד.

**ס׳ 3(1) לחוק התרופות** אומר שאם החוזה לא בר ביצוע לא תינתן אכיפה.

**מדובר על ביצוע בלתי אפשרי או בלתי יעיל**. נדירים המקרים שביצוע החוזה הוא בלתי אפשרי, ומדובר לרוב על מקרים בלתי משתלמים (**פס״ד אדרס, פס״ד לסרסון**).

ביצוע שהוא לא בר ביצוע לא בהכרח צריך להיות משהו בלתי אפשרי בפועל, אלא משהו שביצועו הוא כל כך אבסורדי שאין אפשרות לבצעו.

**ס׳ 3(2) לחוק התרופות** מדבר על חוזה לשירות אישי. שירות אישי הוא מצב בו החוזה מבקש מאחד הצדדים לבצע את העבודה בעצמו. כלומר, כאשר נדרש ביצוע ע״י החייב ותלוי בכישוריו האישיים (למשל, **פס״ד חייא נ׳ מרקוביץ**). ההבחנה כאן הרבה פעמים היא בין עבודה לקבלנות.

בדיני עבודה בהקשר זה ישנן שתי סוגי תביעות:

1. המעביד תובע החזרה לעבודה. ההפרה במקרה זה היא כשהעובד מתפטר.

במצבים כאלה אין אכיפה ולא ייאכף סעיף המגביל עבודה במקום אחר, אם משמעותו אופרטיבית היא אכיפה לעבוד אצל מעסיק ספציפי.

1. העובד תובע לחזור לעבודה. ההפרה במקרה זה היא כאשר המעביד מפטר את העובד. כאן יש מקרים שביהמ״ש מחייב את המעסיק להחזיר את העובד למקום העבודה. הכלל במקרים כאלה הוא פיצויים (**פס״ד צרי נ׳ בית הדין לעבודה**). במקרים אלו ישנו חריג של אכיפה (**אלישע נ׳ אוניברסיטת תל אביב**).

ב**ס׳ 3(3) לחוק התרופות** מצוין סייג על פיו לא תינתן אכיפה אם זו תדרוש מידה בלתי סבירה של פיקוח מביהמ״ש או מהוצאה לפועל.

עפ״י **פס״ד עוניסון** חוזה קבלנות ייאכף במקרים הבאים (תנאים מצטברים):

* מקרים בהם העבודה מפורטת.
* מקרים בהם פיצויים לא יפצו את הנפגע בצורה מספקת.
* מקרים בהם הקרקע עליה צריכה העבודה להתבצע היא בבעלותו של הנתבע.

עפ״י **פס״ד חייא נ׳ מרקוביץ** השיקולים נגד אכיפה הינם:

* ככל שהחוזה מורכב יותר ביהמ״ש לא יאכוף את החוזה.
* ככל שמשך הביצוע ארוך יותר ביהמ״ש לא ירצה לאכוף את החוזה.
* ככל שהביצוע מצריך יותר שיתוף פעולה בין הצדדים, ביהמ״ש יהיה בעל נטייה לא לאכוף את החוזה.

**ס׳ 3(4) לחוק התרופות** מדבר על סייג הצדק. עפ״י סייג זה ביהמ״ש לא יאכוף חוזה אם הדבר יוביל לתוצאה לא צודקת בנסיבות המקרה. ישנן מספר דברים שביהמ״ש צריך לקחת בחשבון בבואו להימנע מסעד של אכיפה עפ״י סייג זה:

* מאזן הנזק
* אי שוויון נורמטיבי
* תום ליבם של הצדדים
* שינויי נסיבות

כדי לקבל פטור מאכיפה במקרה זה על המפר להראות שהנזק שייגרם לו מאכיפה עולה משמעותית על הנזק שייגרם לנפגע אם החוזה לא ייאכף.

ב**פס״ד אזימוב** יש חוזה מכר של דירה בין שני צדדים. האינטרס של אזימוב לדירה הינו קרבת הדירה לביתה של אחותה, מאחר ובנה הוא בעל מגבלות והיא צריכה את עזרת אחותה בטיפול בבנה. בני הזוג בנימיני איבדו את בנם, וביטלו את החוזה בטענה כי הדבר יחמיר את המצב הנפשי של גב׳ בנימיני, מאחר וקשה לה להתנתק מהדירה עקב כך שהיא אוצרת את כל זיכרונותיה מבנה שנפטר. כלפי שני הצדדים יש לנו אמפתיה. אזימוב טוענת כי הסיבה שבגינה בנימיני רוצים לבטל את החוזה היא סיבה כלכלית גרידא ואין שום קשר למצבה הנפשי של בנימיני. טענה זו נדחתה.

ביהמ״ש קובע כי למרות הסבל שייגרם לבני הזוג בנימיני הם נאלצים להורות על אכיפת החוזה מאחר והפגיעה באזימוב גם היא חזקה.

למעשה מדובר במאזן הנזק, על פיו אנחנו רוצים להסתכל האם אכיפה תגרום למפר נזק מאוד גדול והאם העדר אכיפה תגרם לנפגע נזק מאוד גדול. דבר נוסף שעולה בפסק דין זה הוא אי שוויון נורמטיבי – אנחנו בודקים את הנזק של שני הצדדים, כאשר הנפגע מתחיל בנקודת מוצא בעלת יתרון על המפר. אנחנו תמיד נוטים לטובת אכיפה, זהו הכלל. סייג הצדק הוא החריג.

כשביהמ״ש נתקל במצב בו אחד הצדדים הוא לא תם לב, הוא לא ירצה להעניק לו את מה שהוא מבקש. בנוסף, אם ההפרה התקיימה ע״י סיטואציות שהיו ידועות מראש, לא ירצו להעניק סעד של אי-אכיפה למפר.

מה שמשמעותי בפס״ד זה הוא הפיצוי. אם הייתה אפשרות לקבל פיצוי מלא, לא בהכרח ביהמ״ש היה מגיע לאכיפה.

**ס׳ 4 לחוק התרופות** מדבר על אכיפה בתנאים.

״בית המשפט רשאי להתנות את אכיפת החוזה בקיום חיוביו של הנפגע או בהבטחת קיומם או בתנאים אחרים המתחייבים מן החוזה לפי נסיבות העניין״.

ב**פס״ד אייזמן נ׳ קדמת עדן** נקבע כי ניתן להתנות את האכיפה בתשלום נוסף, על מנת לפגוע התעשרות שלא כדין של הנפגע. ביהמ״ש יכול לקבוע תנאים לחוזה בצידה האכיפה שלו.

בפס״ד זה מדובר על אייזמן שקנה דירת נופש מחב׳ קדמת עדן. קדמת עדן נקלעה לקשיים כלכליים ומכרה את הפרויקט לחברה אחרת (להלן: חב׳ עונות). חב׳ עונות רצתה להשתחרר מהחוזה ואייזמן רצה לקבל אכיפה ע״מ לקבל את דירת הנופש. אייזמן כבר שילם אחוז מסוים של החוזה המקורי. הדירה שהוא אמור לקבל מהחברה החדשה שבונה את הבניין שווה יותר מהדירה המקורית מאחר והחברה החדשה עשתה הרבה שינויים בתוכניות של הפרויקט. על כן נפסק כי האכיפה תהיה בתנאי שאייזמן ישלם יותר כסף בגינה.

הנימוק של השופט לתוצאה שנקבעה היא שאנחנו מוסיפים למחיר (תנאי לאכיפה) כי לא יכול להיות שאנחנו נותנים למישהו משהו שהוא לא שילם עבורו. מבחינת המטרות של דיני הפיצויים זה מביא את המצב למקום של שוויון. התוצאה שמה את אייזמן באותו מקום שכל אדם שמגיע לקנות דירה מהפרויקט החדש נמצא בו. יש כאן אינטרס של השבה – אנחנו מביאים את אייזמן למקום בו הוא היה נמצא לולא היה החוזה. בפס״ד זה הכלל אומר משהו אחד והתוצאה יוצרת משהו אחר.

סעדים חיוביים ושליליים – סיכום

**סעדים שליליים**:

* פיצויי הסתמכות – מביאים את הנפגע למקום בו הוא היה נמצא לולא החוזה.
* השבה – מביאה את המפר למקום בו היה לולא החוזה.

**סעדים חיוביים**:

* פיצויי ציפייה – מביאים את הנפגע למקום בו היה לולא ההפרה (לו קוים החוזה)
* שלילת רווח – מביא את המפר למקום בו היה לולא ההפרה (לו קוים החוזה)

**שיעור 21 – 27.12.18**

**פיצויים**

**ס׳ 10 לחוק החוזים (תרופות בגין הפרת חוזה)** קובע 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 הפרה״.

פיצויים, הם תרופה להפרת חוזה. פיצויים במובן מסוים הם התרופה המרכזית. כדי להראות שמגיע לך פיצוי, עליך לעבור את כל השלבים. צריך להראות קיומו של חוזה, הפרתו של החוזה וזכאות לפיצויים עקב הפרת החוזה. ברירת המחדל לתרופות בישראל היא אכיפה. בפועל, ביהמ״ש בדרך כלל מעניק תרופה של פיצויים.

הרעיון שאם הזקת למישהו אתה צריך לפצות אותו הוא רעיון בסיסי לכל שיטת משפט. זה גם מראה לנו על קשר בין דיני החוזים לבין ענפים אחרים, מאחר והרעיון של פיצוי קיים בענפים אחרים של המשפט.

מה קורה במצב בו צד אחד הפר את החוזה שלו ולצד השני לא נגרם נזק? כשלא התקיים נזק, קשה להשיג תרופה. זה מעלה את השאלה, למה יש חוזים בכלל, אם ניתן להפר אותם?

מה צריך להראות כדי לקבל פיצויים מכוח ס׳ 10 לחוק התרופות?

המילה ״עקב״ בלשון הסעיף מצביעה על קשר סיבתי שיש להוכיח בין ההפרה לבין הנזק. צריך להוכיח כי ההפרה היא שגרמה לנזק.

לשון הסעיף מנסה להביא את הנפגע למקום בו הוא היה לו קוים החוזה – לולא ההפרה. ברמת העיקרון הסעיף מדבר על פיצויים חיוביים.

המילה ״הנפגע״ בלשון הסעיף מצביעה על כך שעלינו להוכיח שהיה חוזה בין הצדדים ושהייתה הפרה של החוזה.

היסודות שיש להוכיח עפ״י ס׳ 10 לחוק התרופות:

* חוזה
* הפרה
* נפגע
* נזק
* קשר סיבתי
* צפיות בכוח או בפועל (אובייקטיבית וסובייקטיבית)

נזק ישיר מול נזק עקיף.

נזק ישיר הוא הנזק המידי הישיר שהוא תוצאה ישירה של ההפרה בלי שום שלבים נוספים בדרך. בדרך כלל נזק ישיר הוא ההפרשים בשווי של נכס מסוים. למשל, אם ראובן התחייב למכור את הדירה לשמעון ומחיר הדירה עלה, ואז ראובן לא העביר לו את הדירה. הנזק שנגרם לשמעון הוא מיידי ועל כך הוא נזק ישיר, אין עוד שום שלבים נוספים על מנת שהנזק יתגבש. ברגע שהיה ראובן מקיים את ההתחייבות החוזית שלו הנזק לשמעון היה נמנע.

נזק עקיף הוא נזק שהרבה פעמים נובע משימוש בנכס, נזק שעל מנת שהוא יגרם יש לעבור שלבים נוספים מרגע אי קיום החוזה. השרשרת הסיבתית לקיום הנכס היא ארוכה יותר. צריך להראות עוד כמה דברים חוץ מההפרה עצמה על מנת להראות את התקיימותו של הנזק.

נטל ההוכחה גם בנזק ישיר וגם בנזק עקיף הוא על הנפגע.

השאלה היא למעשה מהו נזק? הדרך הנכונה ביותר להוכיח נזק היא לפי הפער בין שני מצבים. שני המצבים בהם אנחנו מעוניינים הם המצב בו אדם נמצא עקב ההפרה והמצב בו אדם היה נמצא לולא ההפרה.

תיחום הנזק מול שיעור הפיצוי

כאן יש צורך לתת שמות לנזקים, לתת הגדרה ל״מהו הנזק״ (״תיחום הנזק״). מבחינת ״שיעור הפיצוי״, צריך להוכיח מה השווי של הנזק. צריך להביא ראיות לשני הדברים האלו.

קביעת ״שיעור הפיצוי״

יש לעשות השוואה בין מצבו של הנפגע לו קוים החוזה למצבו אחר ההפרה.

נזק ישיר הינו עליית ערך או חוזה בתנאים עדיפים.

נזק עקיף הינו ראיות לרווחים עתידיים.

הנזק שהוא בר פיצוי הוא הנזק שנגרם מההפרה.

**פס"ד שמחון נגד בכר** –

הסכם קומבינציה שנחתם בין חברה קבלנית לבין המערערים. החברה התחייבה להקים בניין בין 9 יחידות דיור ובתמורה שמחון יקבל שתי דירות. הקבלן הפר את החוזה.

ראש נזק 1- טענתם העיקרית של המערערים היא שמאז חתימת ההסכם בין הצדדים חלה ירידה בערך המגרש ולכן למערערים לא היה סיכוי להתקשר בעסקת קומבינציה עם קבלנים אחרים בתנאים שנקבעו בהסכם.

ראש נזק 2- המערערים היו אמורים לקבל 2 דירות במקום דירה ושליש- וזה בעצם הנזק. איבוד רווח של שני שליש דירה. מה שהם התכוונו לקבל מהחוזה היה גדול יותר ממה שהם התכוונו לתת. זה יכול לנבוע משינוי זמן או ערך. ביהמ"ש קבע שהם יקבלו פיצוי כי אכן היה נזק, אפילו שהקבלן נכנס לעסקה גרועה.

ראש נזק 3- בנוסף היה עניין שהם לא היו אמורים לשלם מע"מ, מה שבעסקה עתידית הם כן יצטרכו לשלם.

ראש נזק 4- בנוסף הם דורשים דמי שכירות כי אם היה להם 2 דירות הם היו יכולים להשכיר אותם. ביהמ"ש לא פוסק להם דמי שכירות כי הם לא הביאו ראיות לכך שהם התכוונו להשכיר ובכמה. מדובר בנזק עקיף שלא הובאו לגביו ראיות קונקרטיות לרווחים העתידיים.

סעיף 10 מראה לנו לכאורה פיצויים חיוביים, אבל נוכל לראות גם פיצויי הסתמכות.

**נזקים עקיפים/ תוצאתניים דרך סעיף 10** –

**אלוניאל נ' זאב בר בניין ופיתוח** –

המערערת, חברת אלוניאל בע"מ המחזיקה בזיכיון להקמת מסעדות של רשת מקדונלד'ס בישראל והמשיבות שהקימו מרכז מסחרי בירושלים, חתמו על מסמך שכותרתו "סיכום תנאים מסחריים". נאמר שחוזה ייחתם ביניהן לא יאוחר מ-45 יום מחתימת הסכם זה. ואולם מחלוקת באשר לסוגיית כשרותה של המסעדה, טרפדה את חתימת החוזה, והמשיבות השכירו שטח לפתיחת מסעדה לחברה המתחרה במערערת. המערערת הגישה לבית המשפט קמא תביעה ובה דרשה פיצוי בגין הפרת ההסכם שנכרת לדעתה בין הצדדים.

נושא הכשרות עלה עוד בשלב המשא ומתן ונכתב במסמך שלא תהיה מכירת ציז'בורגר אך המילה "כשר" הושמטה.

העליון קבע כי קיים עניין דוקטרינרי של הקטנת הנזק. המסעדה הייתה צריכה לנקוט באמצעים אחרים כדי להקטין את הנזק. (לנסות להעביר למקום אחר).

כימות הנזק- אם החוזה היה מתקיים המסעדה הייתה קמה, אך לא הייתה מרוויחה את סכום הכסף שהציגה מפאת סיכונים שונים כמו מצב בטחוני, תחרות וכו'.

יש צורך לבצע אומדן ריאלי יותר.

מדובר בנכס שכל משמעותו היא הפקת רווחים בשונה מנכס רגיל כמו דירה לדוג'.

זוהי תמונת המראה לפס"ד הקודם. בפס"ד הקודם ראינו שהצדדים הצליחו להראות עליית ערך ושהעסקה טובה במיוחד וקיבלו פיצוי עבור נזק ישיר. כאן קורה ההיפך- הם לא הצליחו להראות שהעסקה הזו טובה במיוחד ולא הוכיחו נזק ישיר. למרות זאת הם קיבלו פיצוי עבור נזק עקיף. אם היו מראים שהשכירות עלתה מאז, או שהחוזה היה טוב במיוחד- היו מקבלים פיצוי גם עבור נזק ישיר.

**סעיף 11 לחוק התרופות** מתייחס לנזקים ישירים. ההפרש בין השווי של הנכס בזמן הכריתה (המחיר החוזי) לבין המחיר ביום ביטול החוזה. בנוסף ב- ס' 11 לא צריך להוכיח קשר סיבתי משום שלא צריך להראות שהייתה לי היכולת להפיק את הרווח הזה. במובן מסוים נותן פיצוי מעבר לאינטרס הציפייה (בסיטואציה מסוימת).

**סעיף 11 ב' פיצויים ללא הוכחת נזק** –

הופר חיוב לשלם סכום כסף, זכאי הנפגע, ללא הוכחת נזק, לפיצויים בסכום הריבית על התשלום שבפיגור, מיום ההפרה ועד יום התשלום, בשיעור המלא לפי חוק פסיקת ריבית, תשכ"א-1961, אם לא קבע בית המשפט שיעור אחר.

אותה סיטואציה אבל הקונה יצחק לא שילם את הכסף תמורת הדירה במצב זה משה יקבל את ההפרש בין ערך הכסף בין יום הכריתה ליום הביטול.

**ס' 12 שמירת זכות** –

האמור בסעיף 11 אינו גורע מזכותו של הנפגע לפיצויים בעד נזק שהוכיח לפי סעיף 10; אולם אם הייתה התמורה שכנגד החיוב שהופר בלתי סבירה, או שלא הייתה תמורה כלל, רשאי בית המשפט להפחית את הפיצויים עד כדי האמור בסעיף 11.

סעיף 12 רישא- אומר שהתובע יוכל לבחור את הסעיף שהוא רוצה לתבוע ממנו. הלשון בסעיף 12 מניחה שסעיף 10 ייתן יותר מ-11 כי 10 כולל גם נזקים תוצאתניים.

הסיפא של ס' 12- יצחק מתחייב לתת למשה דירה במתנה ואז הוא מפר ומשה תובע פיצוי (לפי חוזה מתנה) במצב כזה רשאי ביהמ״ש להגביל את הפיצויים לפי סעיף 11 שישמש תקרה לפיצוי. בהמשך לדוג' ביהמ״ש ייתן לי פיציים בגובה הדירה ולא בגובה הפיצוי.

**ס' 13 פיצוי בעד נזק לא ממוני** –

נזק לא ממוני = שאי אפשר לכמות אותו.

גרמה הפרת החוזה נזק שאינו נזק ממון, רשאי בית המשפט לפסוק פיצויים בעד נזק זה בשיעור שייראה לו בנסיבות העניין.

ס' זה הוא סוג של הרחבה והערה לגבי ס' 10. סעיף זה רק מבהיר לנו שנזק בס' 10 כולל גם נזקים לא ממוניים.

לכאורה ההבדל בין ס' 10 ל-13 זה שכתוב צפיות. בס' 13 זה לא כתוב- אז האם צריך צפיות? פרופ' ידין טוען שלא צריך צפיות בסעיף 13. הפסיקה טוענת שצריך צפיות.

פיצוי כזה מקבלים כשברור שהחוזה הוא מסוג כזה שהדבר המרכזי שהנפגע ציפה להפיק- הוא הנאה לא ממונית.

לדוג'- זוג שציפה שנגנים יגיעו לחתונתם- ולא הגיעו. מדובר פה בנזק לא ממוני- בעוגמת נפש.

על מנת להוכיח נזק לא ממוני צריך להוכיח שהיה חוזה, הפרה, נפגע, נזק שאינו נזק ממון, קש"ס וצפיות.

נטל הקטנת הנזק – **ס' 14 לחוק התרופות**

1. אין המפר חייב בפיצויים לפי סעיפים 10, 12 ו-13 בעד נזק שהנפגע יכול היה, באמצעים סבירים, למנוע או להקטין.  
   מחיר הדירה לפי החוזה 10  
   מחיר הדירה בזמן ההפרה 11  
   מחיר הדירה בזמן מתן פסק הדין 13
2. "הוציא הנפגע הוצאות סבירות למניעת הנזק או להקטנתו, או שהתחייב בהתחייבויות סבירות לשם כך, חייב המפר לשפות אותו עליהן, בין אם נמנע הנזק או הוקטן ובין אם לאו; היו ההוצאות או ההתחייבויות בלתי סבירות, חייב המפר בשיפוי כדי שיעורן הסביר בנסיבות העניין".  
   כלומר, המפר יצטרך לשלם לנפגע על עלויות נוספות שהוציא ברכישת דירה חלופית.  
   פיצוי 1 + שיפוי 1 = 2.  
   צריך לזכור שאי אפשר לתת לנפגע פיצוי כפול.

**שיעור 22 – 30.12.18**

**פס״ד מלון צוקים** הוא פס״ד חשוב כשאנחנו מדברים על פיצויים. ס׳ 10 לחוק התרופות בדרך כלל נותן פיצויים חיוביים, ופס״ד מלון צוקים מראה לנו מתי אפשר לקבל דרכו גם פיצויים שליליים. בין המשיבה לבין קבוצת משקיעים נחתם זיכרון דברים להקמת בית מלון. המשקיעים הקימו לצורך כך את המערערת. לאחר מכן התחלף ראש העירייה בראש עירייה חדש, והמשיבה הודיעה שאינה רואה עצמה קשורה בזיכרון הדברים. המערערת תבעה את המשיבה בבימה״ש המחוזי בגין הפרת חוזה. היא תבעה פיצויים על הפסד הרווח הצפוי ולחלופים, השבה של הכספים שהוציאה על סמך זיכרון הדברים ושכר ראוי. ביהמ״ש המחוזי קיבל את התביעה ופסק, כי המערערת הפסידה סיכוי להקמת מלון נושא רווחים, אך לא ניתן להעריך סיכוי זה בכסף, ולכן נפסק למערערת פיצוי גלובאלי, תוך שימוש בס׳ 13 לחוק התרופות. על פסק דין זה ערערו בעלות הדין לביהמ״ש העליון. ביהמ״ש העליון קבע כי זיכרון הדברים חייב את בעלות הדין והופר ע״י המשיבה. עם זאת, טעה ביהמ״ש המחוזי בפסיקתו לפיצויים גלובאליים לפי ס׳ 13. התיק הוחזר לביהמ״ש המחוזי, ע״מ שיקבע את גובה הפיצויים שלהם זכאית המערערת וכן ממצא לגבי השאלה, מה הסבירות שהמלון היה מוקם ומהו שיעור ההסתברות לקיום הרווח. ביהמ״ש המחוזי פסק לטובת המערערת הוצאות שונות שהוציאה בהסתמך על זיכרון הדברים, לרבות הוצאות בגין חיפוש משקיעים בארץ ובחו״ל. כמו כן חויבה המשיבה לפצות את המערערת בגין שכר הטרחה ליזמיה בגין ייזום פרויקט המלון, וכן נדחתה תביעת המערערת לאובדן רווחים, מאחר ולא הוכיחה ברמת הסתברות מספקת שהייתה מרוויחה מהקמת המלון והפעלתו ולא הוכיחה שיעור נזק זה במידת הסבירות הדרושה. מכאן הערעור.

כאמור, העירייה מפרה את החוזה וצוקים תובעת לפיצויים. בדרך כלל כשתובעים פיצויים צריך להראות מהו הנזק שנגרם. מה שקורה כאן הוא שצוקים לא מצליחים להראות את הנזק ועל כן הם יכולים לקבל במקום פיצויי הסתמכות (מעמיד את הנפגע במקום בו היה נמצא לולא החוזה). לולא החוזה, צוקים לא היו מוציאים את ההוצאות על המשקיעים.

השופט מלץ בפס״ד זה אומר כי כאשר אי אפשר להוכיח מהו הנזק מההפרה ניתן לקבל פיצויי הסתמכות (סעד שלילי). הוא מעגן זאת בלשון של **ס׳ 10 לחוק התרופות**. **ס׳ 10 לחוק החוזים (תרופות בגין הפרת חוזה)** קובע 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 הפרה״.  נזק שנגרם עקב ההפרה הוא נזק שלולא ההפרה לא היה נגרם, מה שמצביע לנו על סעד חיובי. למה ניתן להעניק גם סעד שלילי? זה נובע מקונסטרוקציה משפטית שמלץ בונה שאומרת שאנחנו מניחים לטובת הנפגע שהוא לא נכנס לחוזה הפסד. כלומר, אם הוא לא נכנס לחוזה הפסד הוא קיווה להרוויח מהחוזה וזה אומר שפיצויי הציפייה עולים על פיצויי ההסתמכות ואנחנו יכולים לתת לו תחליף סביר לפיצויי הציפייה מאחר ולא ניתן למדוד את אלו. התחליף הסביר לפיצויי הציפייה הם פיצויי ההסתמכות.

מה קורה כשאנחנו יודעים מה פיצויי הציפייה ומהם פיצויי ההסתמכות ופיצויי ההסתמכות עולים על הציפייה? הסיפור העובדתי שאנחנו יכולים לדמיין הוא של חוזה הפסד. יכול להיות שהחוזה הוא לא רווחי. אם זה באמת חוזה הפסד ולא צפוי ממנו רווח פיצויי הסתמכות יכולים להיות יותר משתלמים לנפגע. האם כאשר פיצויי הסתמכות גבוהים יותר מפיצויי הציפייה אפשר לדרוש פיצויי הסתמכות מכוח ס׳ 10 לחוק התרופות?

השאלה שהשופט חשין שואל היא מה קורה במקום בו פיצויי ההסתמכות גבוהים מפיצויי הציפייה? חשין אומר לנו שגם במצב כזה עולה האפשרות לדרוש פיצויי הסתמכות מכוח ס׳ 10 לחוק התרופות.

עפ״י השופט חשין לא מגיע למפר פרס גם אם מדובר בחוזה. הפסד ולכן רשאי הנפגע לפיצויי הסתמכות.

השופט מצא משאיר את הנושא בצורך עיון. מבחינת הדין הרצוי מה שחשין אמר הוא נכון אבל מבחינת הדין המצוי לא ניתן להגיע לכך דרך ס׳ 20.

מה קורה במצב בו יש לנו הפרה ומתברר בדיעבד שיש חוזה הפסד? במקרה כזה פיצויי ציפייה לא יעזרו, מאחר והציפייה כאן היא אפסית או פחות. פיצויי הסתמכות, לעומת זאת, יכולים לעזור במידה והנפגע זכאי לקבל אותם.

האם כשאנחנו באים לפסוק פיצויי הסתמכות מכוח ס׳ 10 לחוק התרופות צריך להראות צפיות של הנזק? על פי לשון החוק, התשובה לשאלה זו היא חיובית. פיצויים ההסתמכות בצוקים הם להחזיר למשקיעים את ההוצאות שהם הוציאו לצורך הקמת המלון. הנזק שנגרם להם הוא ההוצאות שהם הוציאו. במסגרת ס׳ 10 צריך להראות שהנזק הזה היה צפוי. כלומר, שההוצאות האלה היו צפויות עקב הפרת החוזה.

בפיצויי הסתמכות הנפגע יקבל פיצויים בגין הוצאות שהיו צפויות עקב החוזה.

כשיש לנו חוזה הפסד, סביר שהצדדים ירצו להשתחרר ממנו. ברגע שס׳ 10 מאפשר לצד שלא הפר פיצוי על חוזה ההפסד מהצד השני זה יוצר תמריץ בעייתי לצדדים לשבת לשולחן המשא ומתן. כל צד יעדיף שהצד השני יצא המפר כדי שיוכל לקבל ממנו את ההפסד החוזי כפיצוי.

**ס׳ 11 לחוק החוזים (תרופות בגין הפרה)** הוא נתיב אלטרנטיבי לפיצוי ויש לו שני חלקים.

**ס׳ 11(א) לחוק התרופות** קובע כי ״הופר חיוב לספק או לקבל נכס או שירות ובוטל החוזה בשל ההפרה, זכאי הנפגע לפיצוי, בסכום ההפרש שבין התמורה בעד הנכס או השירות לפי החוזה ובין שוויים ביום ביטול החוזה״. ס׳ זה מדבר על נכס או רכוש.

**ס׳ 11(ב) לחוק החוזים** קובע כי ״הופר חיוב לשלם סכום כסף, זכאי הנפגע, ללא הוכחת נזק, לפיצויים בסכום הריבית על התשלום שבפיגור, מיום ההפרה ועד יום התשלום, בשיעור המלא לפי חוק פסיקת ריבית, תשכ״א-1961, אם לא קבע בית המשפט שיעור אחר״. ס׳ זה מדבר על כסף.

יסודות הסעיף הם הבאים:

1. **הפרת חוזה** – יש להראות קיומו של חוזה והפרתו.
2. **ביטול החוזה**.
3. **הפרש בין השווי בחוזה לשווי ביום הביטול** – יש אפשרות להראות כאן נזק ישיר בלבד. הרי שדרך ס׳ 10 ניתן לקבל פיצויים גם בגין נזקים עקיפים (למרות שקשה לקבלם בדרך כלל). סיבת ההפרש יכולה להיות עליית מחיר או אינפלציה (עפ״י **פס״ד אזורים**).
4. **אין דרישה לקשר סיבתי**.
5. **אין נטל הקטנת הנזק על הנפגע**.

**מתי יהיה יתרון לתביעה דרך ס׳ 11 לחוק התרופות (מתי הנפגע ירצה לתבוע דרך ס׳ 11 ולא דרך ס׳ 10)?**

1. כאשר עלות השירות גבוהה וערכו נמוך.
2. כאשר מחיר הנכס עלה ואז ירד
3. כאשר זהו נזק שניתן היה להקטין (עפ״י **פס״ד אינשטיין**).

**שיעור 23 – 03.01.2019**

**פיצויים מוסכמים**

במקרה של פיצויים מוסכמים הצדדים הסכימו ביניהם מהם הפיצויים שהצדדים קבעו שיעמדו להם במקרה של הפרה.

**ס׳ 15(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)** קובע כי

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

**ס׳ 15(ב) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)** קובע כי

״הסכם על פיצויים מוסכמים אין בו כשלעצמו כדי לגרוע מזכותו של הנפגע לתבוע במקומם פיצויים לפי סעיפים 10 עד 14 או לגרוע מכל תרופה אחרת בשל הפרת החוזה״.

**ס׳ 15(ג) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)** קובע כי

״לעניין סימן זה, סכומים שהמפר שילם לנפגע לפני הפרת החוזה והצדדים הסכימו מראש על חילוטם לטובת הנפגע, דינם כדין פיצויים מוסכמים״.

**פס״ד חשל נ׳ פרידמן**

בהסכם שנכרת בין המערערת לבין חברה שבבעלות המשיב התחייבה האחרונה להקים פרויקט בנייה על חלקת אדמה בבעלות המערערת, תמורת קבלת יחידות מסוימות במבנים שתקים. בין השאר, כלל הפרויקט שטחי מסחר, אשר – בהתאם להסכם – חולקו שווה בשווה בין הצדדים. המערערת ביקשה להשכיר חנות השייכת לה המצויה באזור המסחרי של הפרויקט. המשיב, שחשש כי ההשכרה האמורה תפגע בסיכוייו להשכיר את החנות הנ״ל ביחד עם חנות סמוכה, השייכת לו, לבנק או לגוף דומה, חתם על הסכם עם המערערת, ולפיו ישלם לה, תמורת הימנעות מהשכרת החנות, סכום חודשי הצמוד למדד יוקר המחייה, ואם סכום זה לא ישולם במועדו, הוא יישא ריבית פיגורים בשיעור של 10% לחודש כשהריבית והקרן שניהם צמודים למדד.

המשיב לא עמד בחיוביו עפ״י ההסכם, והמערערת תבעה אותו בסדר דין מקוצר.

בבקשת הרשות להתגונן הדה המשיב בעצם קיום החוב אך טען, כי בהסכם נפלה טעות, שכן כוונת הצדדים הייתה לריבית שנתית בשיעור של 10% ולא לריבית חודשית כה גבוהה. הוא גם עתר להתערבות ביהמ״ש בשיעור הריבית בטענה, כי מדובר בפיציים שנקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לצפות בעת כריתת החוזה, ולפיכך ביקש הפחתת שיעור הריבית בהתאם להוראות ס׳ 15(א) לחוק התרופות. כן טען, כי דרישת ריבית גבוהה כזו היא שימש שלא בתום לב בניגוד לאמור בס׳ 39 לחוק החוזים. ביהמ״ש המחוזי נתן פס״ד חלקי לגבי החוק שאינו שנוי במחלוקת ונתן למשיב רשות להתגונן כלפי יתרת החוב ולבסוף דחה את התביעה על יסוד הוראת ס׳ 15(א) הנ״ל. מכאן הערעור והערעור שמנגד לביהמ״ש העליון.

אחת השאלות שעולות היא איך מודדים את הנזק מאיחור במקרה כזה? עפ״י ריבית. הנזק מאיחור קשור לגובה הריבית (ריבית – הערך של כסף לאורך זמן). ככל שהריבית גבוהה יותר העלות של איחור גבוהה יותר. במקרה זה נקבעה ריבית הרבה יותר גבוהה ממה שהנזק שהיה נגרם מאיחורים באותה תקופה הוא במשק. הטענה של פרידמן היא שהסיבה שזה קרה היא טעות סופר.

פרידמן (המפר) מבקש שיופחת הפיצוי. הצד המפר עפ״י ס׳ 15 הוא הצד שרוצה שיופחת הפיצוי, בנימוק שזהו לא נזק שהיה צפוי בזמן הכריתה וזהו גם לא נזק שאירע בפועל. כלומר, הפיצוי שנקבע בחוזה הספציפי גבוה מאוד בהשוואה לנזק שהמפר צפה ובהשוואה לנזק שנגרם.

ההלכה היא שמה שמשנה הוא לא מה הנזק שהאדם הספציפי סבר ולא מה הנזר שנגרם אלא מה הנזק שהיה סביר לצפות בעת הכריתה. זה בעצם אומר שביהמ״ש יהיה זהיר מאוד בהפחתת הפיצוי.

במקרה זה, ביהמ״ש מסכים עם פרידמן ששווי הנזק כאן לא גבוה כמו הפיצויים המוסכמים שנקבע החוזה. ביהמ״ש אומר לנו שרק אם הנזק שנגרם בפועל נמוך משמעותית ממה שנקבע בחוזה לביהמ״ש יש את הסמכות להתערב ולשנות את הפיצוי המוסכם בחוזה.

בפס״ד זה ביהמ״ש מגביל את העיקרון של חופש החוזים.

לסיכום, המקרה שנקבע כאן הוא שהפיצוי היה גבוה מהנזק שנגרם בפועל ומהנזק שצפו הצדדים בזמן הכריתה. ההלכה היא שאין להפחית את הפיצוי המוסכם אם הוא עומד ביחס סביר לנזק שהיה סביר לצפות בזמן הכריתה.

**פס״ד אהרון נ׳ פרץ**

המקרה:

נקבעה תניה גורפת, שקובעת פיצוי גבוה ללא אבחנה, אבל הנזק בפועל היה גבוה. תניה היא למשל, לקבוע כי על כל איחור יהיה פיצוי של 10,000 דולר, ללא אבחנה בין איחור של יום לבין איחור של חודש. האם הפיצוי עומד ביחס סביר לנזק מההפרה? לכן, ביהמ״ש יפחית אותו. נקבעה כאן תניה שנותנת פיצוי מוגזם בלי להבחין בין ״כמותיות״ ההפרה.

המבחן(ההלכה):

אין להפחית את הפיצוי המוסכם אם הוא עומד ביחס סביר לנזק שהיה סביר לצפות בזמן הכריתה כתוצאה של ההפרה הקונקרטית שאירעה בפועל.

ביהמ״ש מגיע לתוצאה שמביא אותו לכבד את מה שקבעו הצדדים ולא לפגוע בחופש החוזים.

התנאה על תרופת האכיפה

האם תניית פיצויים מוסכמים מתנה על אכיפה? כלומר, האם בקבלת פיצויים מוסכמים אנחנו מונעים מהנפגע לקבל אכיפה? התשובה לכך היא בשלילה, גם עפ״י ס׳ 15(ב) לחוק התרופות וגם לפי **פס״ד בנימיני**.

התנייה על אכיפה צריכה להיות מפורשת (**פס״ד לינדאור נ׳ רינגלר**), וזאת מאחר והתרופה היא ברירת המחדל – התרופה הרגילה להפרת חוזה.

**ביטול**

בגין הפרה יש שלוש תרופות עיקריות: אכיפה, פיצויים וביטול והשבה.

ביטול והשבה היא התרופה ההפוכה לאכיפה. הרי אכיפה אומר לנו שהנפגע רוצה לקיים את החוזה, להכריח את הצד השני לעשות מה שהוא התחייב לעשות לפי החוזה. ביטול זה להפך – אם הפרת, הצד הנפגע רוצה להשתחרר מהחוזה.

בעקבות הביטול תהיה השבה הדדית וגם אופציה להגיע לפיצויים דרך ס׳ 11 לחוק התרופות.

מתי הנפגע יכול לבטל?

בדרך כלל המפר הוא הצד שרוצה להשתחרר מהחוזה, אבל פתאום כאן הנפגע הוא הצד שרוצה להשתחרר מהחוזה. לפעמים הצד המפר הביא על עצמו מצב בו לנפגע יותר משתלם כבר לצאת מהחוזה כי החוזה הוא חוזה הפסד ויותר משתלם לנפגע להשתחרר מהחוזה. יכול להיות גם שהנפגע לא רוצה להישאר ביחסים עם המפר יותר, עקב ההפרה.

מה צריך הנפגע להראות ע״מ לקבל ביטול?

ס׳ 6 לחוק התרופות הוא סעיף המגדיר הפרה יסודית.

הפרה יסודית נותנת זכות ביטול מלאה והפרה לא יסודית נותנת זכות ביטול מוגבלת.

גם בעניין דרך הביטול יש הבדל מבחינת הפרה יסודית והפרה לא יסודית.

**הפרה יסודית** כמשמעה בס׳ 6, משנה כאמור לזכויות ביטול מורחבות יותר.

**ס׳ 6 לחוק התרופות** קובע כי

״לעניין סימן זה, ׳הפרה יסודית׳ – הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אילו ראש מראש את ההפרה ותוצאותיה, או הפרה שהוסכם עליה בחוזה שתיחשב ליסודית; תניה גורפת בחוזה העושה הפרות להפרות יסודיות ללא הבחנה ביניהן, אין לה תוקף אלא אם הייתה סבירה בעת כריתת החוזה״.

ישנה **הפרה יסודית מסתברת**, כאשר זוהי הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אילו ראש מראש את ההפרה ותוצאותיה.

**הפרה יסודית מוסכמת**, לעומתה, היא הפרה שהוסכם עליה בחוזה שתיחשב ליסודית (תניה גורפת בחוזה העושה הפרות להפרות יסודיות ללא הבחנה ביניהן, אין לה תוקף אלא אם הייתה סבירה בעת כריתת החוזה.

איך צדדים לחוזה קובעים ביניהם בחוזה אם הפרה היא יסודית או לא יסודית?

או שמגדירים בלשון החוזה שאיחור מסוים למשל, ייחשב להפרה יסודית של החוזה.

תניה גורפת יכולה להתקבל בחוזה רק במידה וביהמ״ש יחשוב שהיא סבירה ביחס לחוזה.

זכות הביטול

אם ההפרה היא יסודית, לנפגע יש זכות לבטל את החוזה וזאת לפי ס׳ 7(א) לחוק התרופות.

**ס׳ 7(א) לחוק התרופות** קובע כי

״הנפגע זכאי לבטל את החוזה אם הפרת החוזה הייתה יסודית״

**ס׳ 7(ב) לחוק התרופות** קובע כי

״הייתה הפרת החוזה לא יסודית, זכאי הנפגע לבטל את החוזה לאחר שנתן תחילה למפר ארכה לקיומו והחוזה לא קוים תוך זמן סביר לאחר מתן הארכהֿ זולת אם בנסיבות העניין היה ביטול החוזה בלתי צודק; לא תישמע טענה שביטול החוזה היה בלתי צודק אלא אם המפר התנגד לביטול תוך זמן סביר לאחר מתן הודעת ביטול״.

**ס׳ 7(ג) לחוק התרופות** קובע כי

״ניתן החוזה להפרדה לחלקים והופר אחד מחלקיו הפרה שיש בה עילה לביטול אותו חלק, אין הנפגע זכאי לבטל אלא את החלק שהופר; הייתה בהפרה גם משום הפרה יסודית של כל החוזה, זכאי הנפגע לבטל את החלק שהופר או את החוזה כולו״.

דרך הביטול

באופן בסיסי, ביטול הוא בדרך של הודעה. **ס׳ 8 לחוק התרופות** קובע כי ״ביטול החוזה יהיה בהודעת הנפגע למפר תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על ההפרה; אולם במקרה האמור בסעיף 7(ב) ובכל מקרה אחר שהנפגע נתן למפר תחילה ארכה לקיום החוזה – תוך זמן סביר לאחר שחלפה הארכה״.

**פס״ד ביטון נ׳ פרץ**

השאלה המשפטית שעולה כאן היא האם ההפרה במקרה הזה הייתה יסודית או לא. האם לנפגע היה מותר לבטל או לא תלוי בשאלה האם ההפרה הייתה יסודית או לא.

**שיעור 23 – 06.01.2019**

תרגול לקראת המבחן

נינה חתמה חוזה של קבלת שירות והיא מתחייבת לבלעדיות ל20 שנה, גילתה שזה לא רווחי וחתמה עם חברה אחרת ובכך ביטלה את החוזה.

יש לנו בעיה של חוזה ארוך טווח. מישהו שמתחייב למשהו לזמן של 20 שנה. חשוב להבין שזו הבעיה כי זה ישפיע על יישום הדוקטרינות לאחר מכן. יש להבין מה המתח הבסיסי שעומד בבסיס השאלה.

יש כאן בעיה של חוזה ארוך טווח. הפתרון של הקייס נובע מאיזשהו מתח בסיסי שישפיע על יישום של דוקטרינות רבות במהלך פתרון הקייס.

הסיטואציה היא שהזמרת כבולה לחוזה לתקופה מאוד ארוכה, וזה עשוי להיות בעייתי מאחר והרבה דברים יכולים להשתנות בדרך גם מבחינת הזמרת וגם מבחינת החברה.

בעייתי לחתום על חוזה שמחייב שני צדדים לעבוד ביחד למשך עשרים שנה בבלעדיות.

מצד אחד, חוזה ארוך טווח הוא בעייתי. מצד שני, זה הכרחי במקרה שמולנו. זה הכרחי מאחר והחברה היא זו שגילתה את הזמרת. היא עדיין לא זמרת מצליחה אלא היא זמרת מתחילה ומצב כזה יוצר סיכון מבחינת החברה.

אם הם לא ישקיעו בנינה הרבה כסף היא לא תצליח ואז לא יהיה רווח, ואז ההשקעה שהחברה השקיעה הולכת לפח. הם צריכים בשלבים מאוחרים יותר להרוויח מהאמנים האלה הרבה כסף ע״מ שהשקעה שלהם לא תלך לטמיון. אם לא תהיה תקופת הבלעדיות הארוכה החברה לא תוכל להרוויח.

מדובר כאן בחופש העיסוק וזה מתקשר לתקנת הציבור. אפשר לבוא ולהגיד שהתניה זאת היא תניית עבדות והיא נוגדת את תקנת הציבור. מצד שני, הדרך היחידה של החברה להצליח מהעסקה הזו היא חוזה לטווח ארוך.

ניתן גם להעלות טענה הקשורה לחופש החוזים. שני הצדדים נכנסו לחוזה מרצון וצדדים לחוזה יכולים לחתום על חוזה שתוכנו כרצונם.

ניתן לטעון כי החברה התנהלה בחוסר תום לב בכך שעיכבה את ההצלחה של נינה כי היא סידרה לה הופעות שלא יקדמו את הקריירה שלה, ומצד שני ניתן לטעון גם שנינה התנהלה בחוסר תום לב כשסירבה להגיע להופעות.

ניתן גם להגיד שנינה הפרה את החוזה וכך גם ניתן להגיד על החברה.

מבחינת רשלנות, בתרגיל הזה לא יהיה הבדל מאוד גדול בפתירה עפ״י גישת השלבים והגישה ההוליסטית. יהיה הבדל כאשר הלשון של החוזה מאוד ברורה.

עלינו לבחון את הצורה שבה ההפרה עובדת במקרה זה ועפ״י הצורה שבה הפרה עובדת ליישם את הנושא של תרופות.

כדאי לפתור את התרגיל באופן מובנה, בסדר מסוים. עלינו לפתור את התרגיל באופן אנליטי. כלומר, עלינו לבדוק מה מתעורר בקייס ועל פי זה להתחיל לפתור אותו (לפי השלד של מבנה הקורס).

כשאנחנו באים לפתור מקרה של דין רצוי ודין מצוי, של הצעה לשינוי חוק, עלינו לכתוב מעבר לתשובה לגבי אם זה משנה את הדין הקיים. עלינו גם לכתוב אם בפועל השינוי המוצע משנה את הדין הקיים כמו שזה נראה על הנייר.

החלק הפחות אינטואיטיבי הוא החלק שבו אנחנו מראים מה ההבדל בפועל (ואם זה נוגד את האינטואיציה) לבין הדין הקיים לבין השינוי המוצע ואיך הוא ישנה את החוק.

תיקון לסעיף לא תמיד יכול לשנות את המצב המשפטי באופן מאוד מעמיק מאחר וזהו רק סעיף, ויש עוד סעיפים רבים בחוק שיכולים לכפות על השינוי המוצע.

תרגול לקראת המבחן

חברת "קול לכל" (להלן: החברה) עוסקת בייצוג אמנים שונים, בעיקר זמרים ומוזיקאים. ביום 1.2.2000 חתמה החברה חוזה ייצוג עם נינה קאלו, זמרת צעירה בתחילת דרכה. לפי ההסכם בין הצדדים, החברה התחייבה לספק לנינה שירותי ייעוץ, ייצוג, פרסום, שיווק, וארגון הופעות. בתמורה, תהיה החברה זכאית למחצית מהרווחים שתפיק נינה מעבודתה כזמרת בתקופת החוזה. כמו כן נקבע בחוזה שלחברה תוקנה בלעדיות לתקופה של עשרים שנה, כך שבמשך תקופה זו מחויבת נינה לעבוד רק עם החברה, ולא דרך סוכני ייצוג או אמרגנים אחרים. החוזה נחתם על גבי הטופס הסטנדרטי של החברה, כאשר נינה ומנהל החברה מילאו בכתב יד על גבי הטופס את משך תקופת הבלעדיות (20 שנה). החברה השקיעה כספים רבים בקידומה של נינה, בממוצע של 80,000 ₪ לשנה. בשנים 2000-2001-2002 היו רווחיה של נינה נמוכים ממה שקיוותה החברה, ועמדו על סך של 100,000 ₪ לשנה בממוצע.

בחודש ינואר 2003 זכתה נינה בתחרות זמר חשובה בארגנטינה, ובעקבותיה להכרה בינלאומית. באותו זמן, נקלעה החברה לקשיים כלכליים, והחברה נדרשה להגדיל הכנסות באופן מידי על מנת להימנע מפשיטת רגל. החברה ארגנה עבור נינה הופעות רבות, אך נינה סירבה לרובן. הנהלת החברה מחתה על התנהלותה של נינה ועל חוסר שיתוף הפעולה הנדרש להצלת החברה. נינה, מצידה, סברה כי היא ניצבת בפני הזדמנות חד פעמית, בעקבות זכייתה בתחרות, והיא חייבת לנצל את המומנטום כדי לבסס את מעמדה ככוכבת ברמה בינלאומית. במסגרת זו, סברה נינה שההופעות שהופעות שאורגנו עבורה הן טעות אסטרטגית. לדעתה, ההופעות שאורגנו היו קטנות מדי ונערכו באתרים שלא היו יוקרתיים מספיק נוכח הצלחתה. לטענתה של נינה, הופעות כאלה היו "צעד אחורה" שלא יקדמו את הקריירה שלה בשלב בו היא נמצאת, ואף יפגעו בסיכוייה להתקדם. בגלל חילוקי הדעות בין הצדדים, בשנים 2003-2006 לא היו לנינה כל הכנסות.

ביום 1.1.2007 הודיעה נינה כי היא מבטלת את החוזה עם חברת "קול לכל", וחתמה על חוזה ייצוג חדש עם החברה הבינלאומית "סטארדום". בו ביום, הגישה חברת "קול לכל" תביעה נגד נינה לאכיפת החוזה ולפיצויים בגין הפרתו. נינה מצידה הגישה תביעה נגד חברת קול לכול, לביטול החוזה ולפיצויים בגין הנזק שנגרם לה. מיום שהחלה נינה לעבוד עם חברת "סטארדום" זינקו הכנסותיה לסך של 500,000 ₪ לשנה.

**מה תהיינה טענות הצדדים, וכיצד עשוי להכריע בית המשפט?**

פתרון

יש לציין כי שני הצדדים הם כשירים מבחינה משפטית, שאלו הם לא זוטי דברים ונכרת חוזה בין הצדדים.

האם נינה רשאית להשתחרר מהחוזה ולכרות חוזה חדש עם חברת סטארדום?

האם בין השנים 2003-2006, אחד מהצדדים זכאי לסעד מאחר ולא היו רווחים בין שנים אלה?

החברה תטען שנינה אינה רשאית להשתחרר מהחוזה ולחתום חוזה עם חברת סטארדום, זאת מאחר והיא הפרה את תנית הבלעדיות שקובעת שהיא מחויבת לחברת קול לכל למשך עשרים שנה. החברה תבקש אכיפה ופיצויים.

מנגד, נינה תטען כי עולה לה הזכות להשתחרר מהחוזה מאחר והתניה של התחייבות לעשרים שנה היא תניה מקפחת בחוזה אחיד. זהו חוזה אחיד מאחר וזהו חוזה סטנדרטי שהחברה חותמת עם כל לקוחותיה. התניה גם נוגדת את תקנת הציבור או נגועה בעושק.

אם יש תניה שהיא תניה מקפחת או נגועה בעושק הביטול של נינה יהיה כדין.

נינה תטען קודם כל שהתניה היא תניה מקפחת בחוזה אחיד. היסודות לתניה מקפחת בחוזה אחיד: היסוד הראשון הוא קיומו של חוזה אחיד (היה חוזה סטנדרטי של חברת קול לכל שתקף לגבי כל הלקוחות);

היסוד השני הוא תניה מקפחת בחוזה (ע״מ להגדיר תניה מקפחת נסתכל על ההגדרה של החוק למילה תנאי – תניה בחוזה אחיד, לרבות תניה המאוזכרת בו וכל תניה שהיא חלק מההתקשרות ולמעט תניה שספק ולקוח הסכימו עליה לצורך חוזה מסוים – **ס׳ 2 לחוק החוזים האחידים**).

נינה תטען שהתניה של הבלעדיות היא תניה מקפחת מאחר וזוהי תניה בחוזה אחיד, ומנגד החברה תטען שהסייג של **ס׳ 2 לחוק החוזים האחידים** מתקיים כאן, מאחר והם כתבו סעיף ספציפי בכתב יד בצד החוזה מה שמבטל את היותו של החוזה אחיד והופך אותו לחוזה ספציפי.

נינה תטען כי זה שהם חתמו על תניה ספציפית בכתב יד לא אומר שהתניה היא לא חלק מהחוזה הסטנדרטי. התניה צריכה להיות תניה מספיק משמעותית כדי להפוך את החוזה הזה למסוים, והתניה כאן היא לא משמעותית עד כדי הפיכת החוזה למסוים. היא עדיין חתמה על חוזה אחיד מול החברה, אותו החוזה שהחברה חותמת עם כל לקוחותיה;

התנאי השלישי הוא חזקת קיפוח (**ס׳ 4(5) לחוק החוזים האחידים**). חזקה היא נטל ההוכחה. במקרה זה זהו תנאי המחייב באופן בלתי סביר את הלקוח להזדקק לספק או לאדם אחר, או המגביל בדרך אחרת את חופש הלקוח להתקשר או לא להתקשר עם אדם אחר.

נינה תטען כי חלה חזקת קיפוח על התניה. היא כובלת אותה לחברה לעשרים שנה והיא מחייבת אותה להתחלק ברווחים עם החברה בצורה שהיא לא סבירה.

מנגד, החברה תטען כי ההיגיון העסקי הוא חלק מהחוזה כאן. ההיגיון העסקי אומר במקרה זה כי נראה שלא הוגן שחברה לא תכבול את הלקוח אליה. החברה משקיעה בנינה משאבים וכספים, וזה דבר לגיטימי לקשור אותה עקב כך לחברה. החברה תטען גם שההשקעה הזו והכבילה של הלקוח אל החברה זהו מצב שקורה תמיד בין לקוחות לחברות.

החברה תבקש לאכוף את החוזה (או את התניה באופן חלקי) ונינה תבקש לבטל את התניה באופן חלקי או את החוזה באופן מלא. ביהמ״ש יכול להחליט לקצר את תקופת ההתחייבות של נינה אל מול החברה – במידה והוא מוצא שהתניה היא תניה מקפחת.

באופן כללי כשאנחנו בודקים תניה בחוזה אחיד אנחנו צריכים להתייחס למכלול הנסיבות, ולא רק לתניה הספציפית. כאן נינה יכולה להכניס טענה שהיא הייתה זמרת בתחילת דרכה, שהיא לא ידעה איך להתנהל מול חברות גדולות, שחלוקת רווחים של חמישים אחוז היא לא סבירה. העילה הזו שקשורה למכלול הנסיבות – מוגדרת כ״תקנת הציבור״. על כן כשאנחנו רוצים לטעון שנתייחס למכלול הנסיבות אנחנו נבדוק האם התנייה עומדת בתנאי תקנת הציבור.

הטענה השנייה של נינה היא שהתניה נוגדת את תקנת הציבור. תקנת הציבור היא איזון מוסרי של ערכי החברה, שלאורו יש לבחון את המקרה. ב**ס׳ 30 לחוק החוזים** נקבע כי ״חוזה שתוכנו בלתי חוקי, או בלתי מוסרי או נוגד את תקנת הציבור הוא בטל״. לבחינת תקנת הציבור אנחנו נעזרים במבחנים הפסיקה (האם התניה נוגדת את תקנת הציבור). ב**פס״ד סער** ברק מדבר על שלושה מבחנים לבדיקה של סבירות ההגבלה – עד כמה אנחנו יכולים להגביל באמצעות תניה ושהיא לא תיחשב תניה מקפחת? מה נחשב תניה סבירה ומה נוגד את תקנת הציבור?

**התנאי הראשון** הוא תקופת ההגבלה – נינה תטען שתנאי זה גם הוא מתקיים מאחר ויש כאן הגבלה של עשרים שנה, שהיא תקופת הגבלה לא סבירה. החברה תדבר על ההיגיון העסקי, ותטען כי נינה הייתה זמרת מתחילה כשחתמה על החוזה מול קול לכל וע״כ החברה צריכה להשקיע עליה משאבים וכספים רבים, ועד שנינה תחזיר את ההשקעה יכולות לעבור שנים רבות ועל כן תקופת ההגבלה היא סבירה. ההיגיון העסקי מחייב לאפשר לחברות להגביל אמנים צעירים מבחינת ההתקשרות עם חברות אחרות. אם לא יתאפשר הדבר לא ישתלם לחברות להשקיע באמנים צעירים מאחר ובסופו של דבר הדבר לא יהיה רווחי.

**התנאי השני** הוא תחום גיאוגרפי (בארץ או מבחינה בינלאומית) – תנאי זה מתקיים מאחר והיא מוגבלת לא להתקשר גם עם חברות הממוקמות בארץ וגם לא עם חברות הממוקמות בחו״ל.

**התנאי השלישי** הוא היקף פעילות (ספציפי על דברים מסוימים או הגבלה כללית) – נינה תטען כי תנאי זה מתקיים מאחר והיא מוגבלת בפעילות הכוללת שלה ויכולה לעבוד אך ורק מול חברת קול לכל.

נינה תטען כי כל המבחנים מעידים כי התניה הלא לא סבירה. התחום הגאוגרפי מגביל אותה מבחינת העבודה, מבחינת תקופת ההגבלה היא ארוכה מדי ומבחינת היקף הפעילות היא גם כן מוגבלת לתקופה קיצונית ולכן התניה נוגדת את תקנת הציבור.

תניה מקפחת יכולה להביא למצב של ביטול החוזה או ביטול התניה ספציפית. התרופה היא או ביטול התניה של הבלעדיות או לקצר את התניה הספציפית (**ס׳ 19 לחוק החוזים האחידים** – ביטול חלקי של תנאי מסוים בתוך החוזה).

בהקשר לעושק (**ס׳ 18 לחוק החוזים**), היסודות שדרכם יש להוכיח עושק הוא קיומו של חוזה, עושק (ניצול), מצד ה״עשוק״ – מצוקה של הצד המנוצל, קשר סיבתי בין ההתנהגות העושקת לבין כריתת החוזה (אין דרישת יסודיות ועל כן הדרישה היא רק לקש״ס סובייקטיבי) וגריעות בתנאי החוזה בצורה בלתי סבירה.

״מי שהתקשר בחוזה עקב ניצול שניצל הצד השני או אחר מטעמו את מצוקת המתקשר, חולשתו השכלית או הגופנית או חוסר ניסיונו, ותנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל, רשאי לבטל את החוזה״.

התנאי האחרון (גריעות תנאי החוזה) הוא תנאי חריג ויש ליישם אותו בזהירות.

יישום התנאים:

**גנץ נ׳ כץ – יכולה להיות מצוקה המוגדרת בתור קושי בקבלת החלטות.**

נינה תטען שהתקיים חוזה, שהתקיים גם ניצול ע״י העושק ושהתקיים גם התנאי של מצוקה של הצד המנוצל התקיים. המצב של נינה היה מצב של חוסר ניסיון, היא הייתה צעירה ולא בקיאה בתנאי השוק והיה לה חוסר ניסיון בקבלת החלטות. נינה תטען כי החברה קול לכל ניצלה את חוסר ניסיונה והחתימה אותה על חוזה שנגוע בעושק, היא ניצלה את המצוקה של נינה והחתימה אותה על חוזה בלתי סביר.

נינה תטען שיש כאן קש״ס מאחר שהחוזה נכרת בעקבות הניצול. החברה ידעה שהיא חסרת ניסיון ועל כן ניצלה את המצב וגרמה לה להתקשר בחוזה עקב העושק.

החברה תטען כי הם לא ידעו שהיא חסרת ניסיון, רוב האמנים נמצאים במצב התחלתי. הם לא ניסו לנצל אותה. החברה תטען שתנאי החוזה אינם גרועים מאחר והם הבטיחו לה שיעזרו לה להתקדם בתחום ובעולם המוזיקה. מנגד, נינה תטען כי הם החתימו אותה על חוזה שמחייב אותה לחלוק חצי המרווחים שלה עם החברה.

אם תתקבל טענתה של נינה לגבי עושק אנחנו נדרוש מנינה הודעה לגבי ביטול לאחר זמן סביר. אם היא הודיעה תוך זמן סביר עולה לה הזכות לביטול החוזה. החברה תטען כי נראה שעבר הזמן הסביר שצריך להודיע אחריו על ביטול חוזה וע״כ נינה לא יכולה לקבל את זכות הביטול. עברו כבר מספר שנים מרגע כריתת החוזה.

אם החוזה יבוטל, החברה תצטרך להחזיר לנינה את הכספים שלה, ונינה תצטרך להחזיר לחברה שווי כספי של השירותים שהחברה נתנה לה. מי שהשקיע כסף וניתן להחזיר לו כסף נחזיר לו כסף. אם הושקעו דברים שהם לא כסף צריך להחזיר בכסף את גובה השירותים והמשאבים שהושקעו מאחר והשבה בעין לא אפשרית.

הפרה ע״י החברה היא עוד טענה של נינה. נינה תטען שבמידה ולא מתקבלות טענותיה לגבי התניה הספציפית של הבלעדיות החברה פעלה בחוסר תום לב בקיום החוזה או לחלופין נינה תטען שהחברה קיימה את החוזה בחוסר תום לב (**ס׳ 39 לחוק החוזים**). על החברה הייתה חובה לייצג את נינה ולדאוג לקיום הקריירה שלה. ברגע שהיא ביקשה מנינה להופיע ע״מ לפתור בעיות של החברה ולא ע״מ לקדם את הקריירה היא פעלה בחוסר תום לב וע״כ יש כאן קיום של חוזה בחוסר תום לב.

החברה, מנגד, תטען שנינה היא זו שפעלה בחוסר תום לב ולא קיימה את החוזה. הם יכולים גם לטעון לסוג של חוסר שיתוף פעולה – שגם עולה לכדי חוסר תום לב.

אם אחת מהטענות של נינה תתקבל (קיפוח, עושק, תקנת הציבור או הפרת החוזה ע״י החברה) החוזה בטל או בוטל כדין על ידה ועל כן החוזה לא מתבטל. אם תתקבל הטענה של החברה החוזה אינו בטל והחברה תרצה אכיפה של החוזה ופיצויים.

בבחינת הפיצויים, נפסוק פיצויים לפי **ס׳ 10 לחוק התרופות**.

ישנם חמישה יסודות לצורך הפרה:

קיומו של חוזה (התקיים כאן), הפרה (במידה ופוסקים לטובת החברה התקיימה כאן הפרה), נזק (גם זה התקיים), קשר סיבתי עובדתי וקשר סיבתי משפטי (צפיות – המפר היה יכול לדעת בזמן הכריתה על נזק צפוי בפועל – סובייקטיבי – או בכוח – אובייקטיבי). במקרה שלנו החברה תטען שנינה הייתה יכולה לצפות את הנזק (שהיא מתכוונת לעבור לחברה אחרת).

חשוב להזכיר את **פס״ד אלוניאל** שמדבר על פיצויים לטווח ארוך – ביהמ״ש לא ממהר לתת פיצויים לטווח ארוך.

החברה תטען לאכיפה ונינה לא רוצה לאכוף את החוזה. ס׳ 3 לחוק התרופות מציין את שלושת הסייגים לאכיפה והם: כפייה לעשות, לקבל עבודה או שירות אישי. אכיפת החוזה דורשת מידה בלתי סבירה של בדיקות מצד ביהמ״ש והתנאי השלישי הוא שאכיפה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין.

נינה תטען שאכיפת החוזה מצריכה בדיקה בלתי סבירה של ביהמ״ש מאחר וזהו חוזה ארוך טווח ומצריך מידה בלתי סבירה של פיקוח ובלתי הוגן לאכוף אותו מאחר והוא ארוך טווח ומגביל אותה לתקופה ארוכה מדי – יכול להרוס לה את הקריירה.

בבחינת שירות אישי נינה תטען כי סייג זה מתקיים והחברה תטען מנגד שזהו לא שירות אישי, מאחר וזוהי חברה שהעניקה את השירות ולא אדם פרטי.

השנים 2003-2006

החברה תטען כי נינה הפרה את החוזה, וע״כ מגיעים להם פיצויים בגין השנים 2003-2006. זאת מאחר והיא סירבה להופיע בהופעות שהחברה סידרה לה. השאלה היא האם הוטלה על נינה חובה להופיע בכל הופעה שהחברה סידרה לה? נינה תטען שלא והחברה תטען שכן. יש לנתח את השאלה לפי פרשנות מילולית.

ס׳ 10 מכיל בדרך כלל רק פיצויי ציפייה אבל ב**פס״ד מלון צוקים** נפסק כי ניתן להכניס פיצויי הסתמכות כאשר אין אפשרות להוכיח פיצויי ציפייה או כשזה חוזה הפסד. פיצויי ציפייה הם פיצויים לחברה בגובה הכספי בו היה מקוים החוזה בצורה אולטימטיבית.

פיצויי הסתמכות במקרה זה הם החזרת ההפסד של החברה.

נינה תטען כי החברה היא זו שהפרה מאחר והיא לא פעלה באופן סביר ומקצועי לקידומה בעולם המוזיקה, היא דאגה רק לעצמה ותבקש פיצויים ששווים לרווחים שהייתה יכולה להרוויח (פיצויי ציפייה) והיא רוצה לקבל גם שינוי בחלוקה ברווח האפשרי שהייתה יכולה להפיק.

**שיעור 24 – 10.01.19**

**ביטול חוזה**

העולם של אכיפה ופיצויים נועד להביא את הנפגע למקום בו הוא היה לו קוים החוזה. בבחינת פיצויים, ניתן פיצוי שמשווה את מצבו של הנפגע למצב בו היה לו קוים החוזה – אלו הם פיצויים חיוביים המביאים את הנפגע קדימה.

ביטול והשבה, לעומת זאת, הם סעד שלילי המביאים את הנפגע למקום בו היה לפני החוזה, לולא החוזה. אם בוטל החוזה, תהיה השבה הדדית – הדברים האלה קשורים אחד לשנים.

אפשר לבטל חוזה אם יש הפרה (הפרה יסודית מביאה לזכות ביטול מיידית והפרה לא יסודית צריכה להגיע עם ארכה וזכות הביטול כפופה לסייג צדק).

מרגע שניתן ביטול חוזה, תהיה השבה הדדית.

**ס׳ 9 לחוק התרופות** קובע ״משבוטל החוזה חייב המפר להשיב לנפגע את מה שקיבל על פי החוזה, או לשלם לו את שוויו של מה שקיבל אם ההשבה הייתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך;״