תוכן עניינים -

[**מבוא : 2**](#_Toc504987021)

[**כריתת חוזה : 4**](#_Toc504987022)

[**הצעה וקיבול - 4**](#_Toc504987023)

[**מסוימות : 7**](#_Toc504987024)

[**זכרון דברים : 9**](#_Toc504987025)

[**הצעה וקיבול – 10**](#_Toc504987026)

[**הצעה 10**](#_Toc504987027)

[**קיבול 12**](#_Toc504987028)

[**תום לב במשא ומתן : 12**](#_Toc504987029)

[**מצבים שבהם התנהגות עלולה להיחשב כחוסר תום לב : 13**](#_Toc504987030)

[**הסעדים שניתן לקבל מכוח הפרת חובת תוה"ל 14**](#_Toc504987031)

[**פגמים בכריתת חוזה – 15**](#_Toc504987032)

[**א. חוזה למראית עין – 15**](#_Toc504987033)

[**ב. עילת הטעות - 15**](#_Toc504987034)

[**ג. עילת ההטעיה - 17**](#_Toc504987035)

[**ד. עילת הכפייה – 20**](#_Toc504987036)

[**ה. עילת העושק – 22**](#_Toc504987037)

[**ו. חוזה פסול - 23**](#_Toc504987038)

[**חוזה בלתי חוקי 23**](#_Toc504987039)

[**חוזה שמנוגד לתקנת הציבור 23**](#_Toc504987040)

[**ז. כשרות משפטית ואפוטרופסות – 26**](#_Toc504987041)

[**חוזים אחידים - 28**](#_Toc504987042)

[**ביצוע והפרה 33**](#_Toc504987043)

[**א. חוזה על תנאי – 33**](#_Toc504987044)

[**ב. תנאים ותניות (חיובים עצמאיים, מותנים ושלובים) - 34**](#_Toc504987045)

[**ג. סיכול - 35**](#_Toc504987046)

[**ד. פרשנות – 36**](#_Toc504987047)

[**ה. קיום חיובים בתו"ל – 38**](#_Toc504987048)

[**ו. הפרה צפויה - 39**](#_Toc504987049)

[**סעדים - 40**](#_Toc504987050)

[**א. אכיפה - 40**](#_Toc504987051)

[**ב. ביטול והשבה (מתרגל) - 43**](#_Toc504987052)

[**ג. פיצויים – 43**](#_Toc504987053)

[**ד. פיצויים מוסכמים – 45**](#_Toc504987054)

# מבוא :

**לחופש החוזים ישנם שני היבטים** : חופש ההתקשרות וחופש העיצוב (חופש העיצוב נקבע ע"פ **ס' 23** לחוק החוזים (חוזה יכול להיעשות **בכתב** או **בע"פ,** **אלא אם כן יש דרישה אחרת** ע"פ חוק).

**ע"א 621/04 אסעד נ' קבלאן :** מוסד הסולחה קבע שעל המערער לשלם למשיב פיצוי בסך 50,000 דולר בגין פציעות שנגרמו לו. **בימה"ש העליון** : נטען שברגע שהצדדים פנו למוסד הסולחה, אין לפנות למערכת המשפט. **השופט רובינשטיין** – פנייה לסולחה לא אומרת שהתקיים ויתור על הזכות לפנות למערכת המשפט, הסולחה לא מהווה תחליף להליך השיפוטי והתערבות לא תביע להרס המוסד.

**ע"א 3833/93 לוין נ' לוין :** הסכם גירושין בין בני זוג שהתקיימה בו תניה שאוסרת להציג אותו בפני בית משפט, בתמורה לכך הבעל היה מוכן לשלם מזונות מוגברים. הבעל הפסיק לשלם את המזונות המוגברים, האישה פנתה לבימה"ש. **בימה"ש העליון : השופט זמיר** – אוכף את ההסכם, קיימת כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים , ואכיפות חייבת להיות חלק מהעסקה.

**תפקידי המו"מ** : לנסות לבדוק האם קיימת אפשרות לכריתת חוזה, ולקבוע את המחיר החוזי.

**תנאים מקדמיים שצריכים להתקיים כדי שייכרת חוזה :**

* העדה על גמירות דעת
* מסוימות מספקת
* בחלק מן החוזים – כתב

**טעמים להתערבות בחוזה :**

1. **סיבות טכניות – קשורות לתוכן החוזה :** תישלל האכיפות באופן מלא או חלקי.
* **חוזה בלתי חוקי –** כופה הסדר שלא ניתן להתנות עליו.
* **חוזה המנוגד לתקנת הציבור –** מנוגד לעקרונות שיטת המשפט.
* **חוזה לרעת צד ג'.**
* **זוטי דברים : ת"ק 60469-01/15 קלמן נ' אבואל היג'א :** התערבות על 1000 ₪ בין עובד למעביד, אבואל טען שהוא ישלם שקל אחד בכל חודש. **בימה"ש** פסק שאין להפוך את בימה"ש לחלק מהצחוקים, סירב להתערב בעניין פעוט ערך.
* **הסכמים פוליטיים חשובים –** מתוך עיקרון הפרדת הרשויות.
* **חוזים שההתערבות בהם מהווה חילופי מומחים : ע"א 338/65 מד"י נ' קראסיאנסקי :** קראסיאנסקי זכה במקום השני בחידון התנ"ך, הוא טען שהזוכה במקום הראשון זכה שלא כדין, הבסיס החוזי היה תקנון התחרות. **בימה"ש העליון** – **השופט ברדנזון** **והשופט ויתקון** : שופטי החידון הם המומחים, ובימה"ש לא יכול להחליף את שיקול דעתם. **השופט הלוי:** מדובר בעניין של תחום הכבוד שלא ראוי שבימה"ש ייכנס אליו.

**ע"א 319/65 אלבלדה נ' חברת האוניברסיטה העברית :**  האוניברסיטה החליטה להאריך את לימודים המשפטים בטרימסטר, אלבלדה הוא סטודנט שטען שהאוניברסיטה הפרה את החוזה. **בימה"ש העליון – השופט לנדוי :** אנשים האוניברסיטה הם המומחים, אם הם חושבים שדרוש טרימסטר נוסף כדי להכשיר את הסטודנטים, אין להתערב בשיקול דעתם. **השופט קיסטר** – מדובר בעניין של כבוד.

**ע"א 4106/11 ד"ר יצחק רויזמן נ' הפקולטה לרפואה (אונ' ת"א) :** ד"ר רויזמן ביקש להשלים תואר בפילוסופיה, האוניברסיטה פסלה את הצעות המחקר שלו. בימה"ש העליון – ההחלטה נתונה לשיקול הדעת המקצועי של האוניברסיטה, בימה"ש יתערב רק אם ההחלטה התקבלה בשל חוסר סמכות, שרירות, אפליה וכדומה.

* **עניינים הקשורים לכבוד, מתן פרס או ציון : בג"ץ 571/89 מוסקוביץ' נ' מועצת השמאים :** מוסקוביץ ניסה לעבור את מבחני מועצת השמאים מספר פעמים. התברר שרק 6.5% עוברים את המבחנים בשל שיקולים זרים – צמצום מספר העוברים כדי שלא תהיה תחרות. **בימה"ש העליון** – קיים פתח לשחיתות, לא מסתמך על דעת המומחים כדי שלא ינצלו את כוחם לרעה.
* **חוזים שעניינם מזל או הימור :** מכוח **ס' 32** לחוק – שלילת אכיפה או פיצויים.
1. **פגמים בהסכמה הספציפית :** קיים חשש שלא התקיים רצון חופשי לכריתת החוזה : ניתן לשחרר צדדים מן החוזה.
* **טעות –** פגם במידע.
* **הטעייה –** פגם שנובע מהתנהגותו של הצד שכנגד.
* **כפיה –** מגבילה את הרצון החופשי.
* **עושק –** ניצול מצוקה מאת הצד שכנד.

**לא תמיד ניתן לשחרר צדדים מן החוזה, מן הסיבות הבאות :**

1. לא ניתן לדעת כיצד השוק יתנהג אם אנשים לא יספגו את טעויותיהם.
2. חוזים הם מכשיר להקצאת סיכונים – כשמדובר בהתחייבות עתידית תמיד קיים סיכון.
3. **כשרות המתקשרים (לרוב קטינים/פסולי דין) :** בחוזים מסוימים תתקיים דרישה לאישור החוזה ע"י צד ג' (אפוטרופוס, בימה"ש וכו'), קיימת אבחנה בין חוזים שדרכם של קטינים לעשות לבין חוזים שאינם כאלו. כדי להפוך להיות פסול דין יש צורך להכריז על כך בבימה"ש.
4. **חוזים חשובים במיוחד –** קיימת דרישת כתב בחוזי מקרקעין, חוזי מתנה ובהסכמי ממון. יש צורך שהצדדים ישקלו את החוזה באופן זהיר.
5. **פערים משמעותיים בכוח המיקוח :** התערבות מכוח חוק החוזים האחידים, כאשר מתקיימים שני תנאים :
6. כאשר החוזה הוא **חוזה אחיד.**
7. חוזה שמכיל **הסדרים מקפחים**.
8. **חריגה מסטנדרט התנהגות ראוי** - למשל חוסר תום לב (במו"מ / בחוזה).
9. **שינוי קיצוני בנסיבות (סיכול)** – בימה"ש ישחרר צד מן החוזה, זוהי סיטואציה נדירה.

#

# כריתת חוזה :

## **הצעה וקיבול** -

**חוזה נכרת ע"י הצעה וקיבול.**

|  |  |
| --- | --- |
| **מרכיבי ההצעה** | **מרכיבי הקיבול** |
| * פנייה
* העדה על גמ"ד של המציע
* מסוימות מספקת
 | * הודעה שנמסרה למציע
* העדה על גמ"ד של הניצע
* הסכמה החופפת את ההצעה
 |

זהו המודל הקלאסי, אך כאשר יש מו"מ הוא הופך להיות מסורבל.

התנאים החשובים ביותר הם – העדה על **גמ"ד** ו**מסוימות** מספקת. ע"פ פסיקת בימה"ש – העדה על גמירות דעת היא כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים. ישנם מספר מקורות שניתן להשתמש בהם כדי להחליט האם הייתה כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים :

1. **נוסחת הקשר** – כאשר קיימת כותרת ברורה (חוזה / קביעה מפורשת וכו').
2. **נסיבות** – ככל שהנסיבות הן יותר משפחתיות, כך הכוונה ליצור יחסים משפטיים קטנה.

**נסיבות משפחיות - בלפור נ' בפלור :** בלפור התחייב לשלם לאשתו כסף על כל יום שבו הוא יעדר מן הבית (מעבר למסכה מסוימת). אשתו תבעה אותו בגין הפרת חוזה, **בימה"ש** פסק שבנסיבות המשפחתיות לא הייתה כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים.

**נסיבות עסקיות – אדורדס נ' סקיוואיס בע"מ :** בחוזה העבודה של אדוארדס נקבע שאם תיפסק עבודתו הוא יוכל לבחור בין פנסיה למענק חד פעמי. הוא ביקש לבחור במענק שהמעביד הגדיל, אך הוא לא עמד בכך. **בימה"ש** – הנסיבות היו עסקיות, לכן התקיימה כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים וגמירות דעת.

1. **נוהג** – פעולות מסוימות שמעידות על גמ"ד (מזל וברכה אצל היהלומנים).
2. **הסתייעות בעו"ד**
3. **התנהגות הצדדים לפני ואחרי כריתת החוזה.**
4. **מסוימות** – ככל שהיא גדולה יותר, כך בימה"ש ייטה להסיק שהתקיימה כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים.
5. **חתימה**
6. **העברת תשלום וקבלתו**
7. **שימוש בשפה משפטית** – פיצויים, הפרה וכו'.

**ע"א 440/75 זנדבק נ' דנציגר :** המערערים והמשיבים החזיקו בחלקים שווים במניות של שתי חברות, כאשר לחברה אחת היו מקרקעין והחברה השנייה החזיקה בבית החולים שנמצא במקרקעין, הם פנו לשמאי כדי לקבוע הערכה. התגלה שהיו עוד חובות לבית החולים שלא נלקחו בחשבון על ידי השמאי – כלומר הערכתו הייתה **הערכת חסר,** ולכן המחיר היה נמוך מידי – המוכר מבקש להשתחרר מהעסקה. **השופט שמגר :** משמעות הביטוי גמירת דעת היא כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים, המבחן הוא אובייקטיבי (האם אדם סביר היה מסיק שקיימת כוונה ליצור יחסים). במקרה זה, פניית המערערים העידה על כוונה ליצור יחסים משפטיים, אינדיקציות : נוסח מפורש של הפניה, מגעים קודמים שהתקיימו בין הצדדים, ייצוג משפטי, העברת תשלום, מסוימות מספקת, שפה משפטית. הסיטואציה הייתה עסקית, למונח "כל הזכויות שמורות" אין שום משמעות כאשר ישנן אינדיקציות רבות כ"כ.

**פרופ' ג' שלו – הטעמים לשימוש במדד אובייקטיבי :**

1. **טעם סטטיסטי** : אנשים בד"כ מתכוונים למה שהם אומרים, לרושם שהם יוצרים וכו'.
2. **טעם ראייתי** : שופטים לא יודעים מה עובר בראשם של הצדדים, ניתן לשפוט רק מה שעובר נגד עיניהם.
3. **טעם מסחרי** : אנו רוצים שעסקאות מסחריות ישתכללו בצורה מהירה, לא ייתכן שנדרוש מצדדים לשום ולתחקר את ההצעה שכנגד.
4. **טעם ההסתמכות** : בימ"ש לא יכול להגן על צד מבלי לפגוע בצד שהסתמך על מה שהצד השני.

בפסיקה ישראלית המבחן הוא **מבחן אובייקטיבי מרוכך** – מתחשב בנסיבות הספציפיות של ההתקשרות / המתקשר.

**ע"א 1932/90 פרץ בוני הנגב מ' בוחבוט :** חברה קבלנית רצתה לרכוש את דירתו של בוחבוט. האב ובנו ביקשו להתשחרר מן החוזה שנכרת בשל היעדר גמ"ד – האב לא הבין על מה הוא חותם, היה שתוי, לא יודע קרוא וכתוב. פרץ דרשו את הפיצויים המוסכמים. **השופט שמגר (דעת מיעוט)** – לא השתכלל חוזה מפני שפרץ ראו את מצבו של בוחבוט ולא התייחסו.

**ע"א 3601/96 בראשי נ' עזבון המנוח בראשי :** החלה התדרדרות במצבו של המנוח זלמן בראשי, אושפז במוסד סיעודי. עמית וחיים (בניו) ותמיר (נכדו) – החתימו אותו על חוזה מתנה, בליווי עו"ד, שמעניק להם את נכסיו. הם עשו זאת בתוך רכב בשעה שהוא מפצח גרעינים ולא מבין את משמעות החוזה (ניסיון להוציא מהצוואה את הנסכים המשמעותיים). **השופטת בייניש –** בחוזה מתנה יש לשים רף גבוה בבחינת גמ"ד, יש לוודא שנותן המתנה התכוון לתת אותה. במקרה זה לא התקיימה גמ"ד – המנוח היה שרוי בדימנציה, לא יודע קרוא וכתוב, חוזה נחתם במכונים תוך פיצוח גרעינים, מתנה רחבת היקף, לא ברור שהוא הבין את משמעות מעשיו, הסיטואציה הייתה משפחתית. מגיעה למסקנה שהמנוח לא התכוון ליצור יחסים משפטיים מחייבים.

**ע"א 8163/05 הדר חברה לביטוח נ' פלונית :** פלונית ופלוני ביקשו לרכוש דירה, הדר סיפקה את המשכנתא. הזוג לא עמד בתשלומים והדר ביקשה לעקל את הנכס. פלונית מבקשת לבטל את החוזה משום שהיא סובל מתלות קשה בבעלה, היא פחדה שאם היא לא תחתום הוא יעזוב אותה. **השופטת ארבל :** לא השתכלל חוזה מכוח דוקטרינת "לא נעשה דבר". כאשר אדם אינו פסול דין קיימת חזקה שאם חתימתו מתנוססת על חוזה, אזי הייתה כוונה לשכלל יחסים משפטיים מחייבים.

1. דיני הפסלות / הכשרות המשפטית אינם ממצים את שלל המצבים ולכן קיימת דוקטרינת ה"לא נעשה דבר".
2. נטל ההוכחה הוא על מעלה הטענה, הנטל הוא כבד.
3. מעלה הטענה צריכים להראות שהתנהגותם לא הייתה נגועה ברשלנות.

במקרה זה תלות פלונית בבעלה הייתה כה קשה, שעומדת לה טענת "לא נעשה דבר".

* הערה : מקרה זה שונה מפס"ד דין בראשי מפני שכאן פלונית נראית מבחינה ככשירה. פלונית אינה כשירה רק לעסקה הספציפית הזו, אך היא אינה פסולה לחוזים אחרים.

לא הייתה לחברת הדר דרך לדעת שלא ניתן לקיים את החוזה עם פלונית. השופטת מגדירה תנאים ספציפיים מאוד לטענת "לא נעשה דבר" :

1. אם יש לצד המעלה את הטענה תביעה / סעד מצד שלישי, יכולים לקבל כסף ממקום אחר, קיום החוזה לא מאוד יפגע בה – זה יהיה שיקול נגד ביטול החוזה.
2. יש להתחשב במשך הזמן שעבר כ"פקטור" שנכנס לשקלול האם להכיר בטענת "לא נעשה דבר", היא ערה על הצורך להגן על הצד שכנגד.

לא התקיימה כפייה מצד החברה, גם עילת העושק לא קיימת - החוזה היה סטנדרטי. מגדירה תנאים מאוד ספציפיים - אנו לא רוצים לאבד את הטענה האובייקטיבית לעומת הסובייקטיבית. חיי המחסר עלולים להפוך להיות מסורבלים.

**ע"א 1049/94 דור אנרגיה נ' חמדאן** : בעל תחנת דלק, נמצא בחוזה שעומד להיגמר עם חברת דלק. מקיים מו"מ עם דור אנרגיה, משתכלל מסמך שנקרא "סיכום דברים", בו נכתב שלא יהיו לחמדאן דרישות נוספות. המסמך נחתם ע"י עוה"ד, נקבע שהצדדים יחתמו עליו כמה ימים לאחר מכן. חמדאן הגיע לאירוע פתיחת תחנה של דור אנרגיה. החוזה לא נחתם, חמדאן שולח הודעת ביטול וכורת חוזה עם דלק. **השופט אור :** המו"מ הבשיל לכדי חוזה, הצדדים לא חתמו אך ורק כדי ליצור חוזה נקי יותר (עוה"ד חתמו, הוא הגיע לאירוע, התקיימה תנייה בחוזה עם דלק שאם הוא ייתבע – דלק תישא בעלויות).

**ע"א 65/77 אדרת שומרון נ' הולניגסוורת :** מכונה לטווית חוטים באדרת שומרון מתקלקלת. היא מזמינה מכונה חלופית מהלווינגסוורת, באמצעות חילופי טלפונים ופקסים. התקיימה תניה באישור ההזמנה לפיה כל סכסוך יתברר בבימה"ש בגרמניה. המכונה התקלקלה, אדרת שומרון מגישה תביעה. באיזה שלב השתכלל החוזה? השלב שבו בימה"ש מזהה גמ"ד משותפת הוא הנקודה בה נכרת חוזה, ומה שמגיע לאחר מכן אינו רלוונטי. **השופט לוין :** חילופי הפקסים היו חלק במו"מ, ברגע שהתקבל מסמך חוזר עם התנאים והחברה הישראלית שתקה – התקיימה קבלה במעשה. לא תמיד ניתן ליצור חוזה מפורט מאוד בגלל הצורך שהמוצר ישווק באופן מהיר.

כלל הירייה הראשונה : הטופס הראשון שהועבר בין הצדדים מכריע. מה שכתוב בו קבע. הכלל הזה נותן עדיפות לקונה. כלל הירייה האחרונה : הטופס האחרון שהועבר בין הצדדים מכריע, תנאיו יתקבלו. הכלל הזה נותן עדיפות לספק, **השופט לוין בוחר בכלל הזה.** כלל הנוקאאוט : במקרים של סתירה בין תניות יתעלם בימה"ש מן התניות הסותרות ויבצע השלמה ע"פ דין. למשל – כשאין הסכמה בין הצדדים לגבי התשלום / האספקה וכו' – בית המשפט יתעלם מהסתירה וישלים את הפרטים ע"פ החוק.

**רע"א 4976/06 בית הפסנתר נ' מור (רשות השידור( :** חוזה לפיו יוצג פסנתר של בית הפסנתר בתכנית ברשות השידור, התכנית לא עולה. הצדדים עורכים הסכם לפיו רשות השידור תפצה את בית הפסנתר בכך שהיא תנהג בשוויוניות בינה לבין בית הפסנתר, ההסכם קיבל תוקף של פסק דין. רשות השידור ערערה על פסה"ד בטענה שלא התקיימה גמ"ד ומסוימות מספקת, עובד זוטר היה בייצוג. **בימה"ש העליון** – השתכלל חוזה, ניתן לו תוקף של פס"ד – השופט הסביר לצדדים את מהות מעשיהם, לא ייתכן שצד יטען שלא התקיימה גמ"ד.

### מסוימות :

בהליך המשא ומתן למסוימות ישנם שני תפקידים:

1. מדובר ביסוד הנחוץ לשם כינון החוזה.
2. מהווה אינדיקציה לקיום גמ"ד.

מהי רמת המסוימות הנדרשת ?

1. רמת מסוימות מספקת כדי שנוכל להעמיד חוזה.
2. פרטים מהותיים.

הערה : לא ניתן לרדת לרמת מסוימות מאוד ספציפית מפני שזהו לא דבר משתלם מבחינה כלכלית לכך – לא ניתן להגיע לכל סוגי התרחישים. יש להגיע לרמת מסוימות מספקת שבה החוזה מכיל את המינימום הנחוץ.

#### דרישת כתב :

המסמך הכתוב צריך להחיל את כל הפרטים הנחוצים לצורך עמידה בדרישת המסוימות. לצורך העברת אחת מן הזכויות הבאות נדרש מסמך כתוב:

1. בעלות
2. שכירות (שכירות שאינה עולה על 5 שנים לא מחייבת כתב).
3. זיקת הנאה
4. זכות קדימה
5. משכנתא

**ע"א 649/73 קפולסקי נ' גני גולן –** קפולסקי מבקש לאכוף עסקת מקרקעין בינו לבין גני גולן, למרות שאין בידו מסמך כתוב. הוא מחזיק חשבונית שמראה שהוא העביר כספים ואישורי בניה. **בימה"ש** – דחה את הערעור כי לא התקיימה מסוימות מספקת. נדרש שבמסמך יופיעו הפרטים הבאים – **שמות הצדדים, מהות הנכס, מהות העסקה, המחיר, מועדי התשלום והוצאות המסים.**

#### מנגנוני השלמה :

מגמת הפסיקה היא להשלים את הפרטים החסרים בחוזה ע"פ הדין : **ע"א 9255/11 דין דניאל נ' ברלינסקי :** נחתם זכרון דברים שבו נכתבו – מהות העסקה, מחיר, מועדי תשלום ומועדי ביצוע. המחלוקת הייתה בגין שיעור החבות במס. לפי גרסת הקונה החבות במס תוגבל בתקרה של 400,000 ₪ לפי המוכרים – החבות כולה היא של הקונה (עסקת נטו). לאחר החתימה הצדדים המשיכו לגלות התעניינות בעניין המס. בחלוף כמה שנים הנכס נמכר לצד ג'. הקונה דורש אכיפה. **בית המשפט העליון : השופטת ברק ארז** –

1. המסוימות חשובה הן כיסוד עצמאי והן כאינדיקציה לקיום גמירת דעת.
2. דרישת המסוימות רוככה לאורך השנים (אך יש גבול).
3. סוגיית החבות במס לא הוסדרה ע"י הצדדים, לדעת הקונה לא הייתה הסכמה לשאת בכל עלות המס – אלא רק עד 400,000 דולר. לא התקיימה הסכמה בין הצדדים בסוגיות המס.
4. סוגיית החבות במס הייתה סוגיה מרכזית ובעלת חשיבות רב, את זאת אנו למדים מן הנסיבות ומהתנהגות הצדדים.
5. העובדה שבסופו של דבר החבות הייתה נמוכה מ-400 אלף דולר אינה מעלה ואינה מורידה. זאת לאור העובדה, שבעת החתימה על זיכרון הדברים – לא הייתה הסכמה על נושא זה.
6. הפגם בעיקרו הוא דווקא בגמירת הדעת. ישנה בעיה במסוימות - בעיית המסוימות משליכה גם על גמירת הדעת – אין העדה על גמירת דעת ולכן לא השתכלל חוזה מחייב.

אנו עדים לגישה שונה – **לא משלימים את החסר מפני שהפרט שלא הושלם הוא פרט שנחשב מהותי לצדדים** והייתה עליו מחלוקת שלא הוסכמה ע"י שני הצדדים. השופטת ברק ארז מחזיקה בעמדה שהפגם במסוימות גורם לפגיעה בהעדה על גמירת הדעת.

**השופטת חיות** קובעת שיש חשיבות גדולה למסוימות בחוזה, רק אם כן יש חוסר מסוימות בגלל טעות / היסח הדעת – והפרט לא באמת מהותי, בית המשפט יוכל להשלים את הפרטים החסרים. היא מזכירה את חשיבות המסוימות כיסוד עצמאי. למעשה, **השאלה היא לא האם אפשר להשלים, אלא האם ראוי להשלים**. בנוסף – אם הצדדים היו חלוקים בדעותיהם לגבי הסדר מסוים, או אמרו כי הם רוצים לקבוע את הפרט – ולא הצליחו להגיע להסכמה אין זה ראוי (לא מותר) להשלים. כאשר צד מסוים לא רוצה למצוא עצמו באופן מפתיע כפוך לחוזה מבלי שרצה זאת, הנטל הוא עליו (כלומר, התפקיד המרכזי הוא להדגיש שעד שאין הסכמה מדויקת בנוגע פרטים מסוימים לא נכרת חוזה, ואם אין גילוי דעת מפורש מן הסוג המפורט לעיל – ישנה חשיפה לכך שבימה"ש יסיק שהתקיים חוזה וישלים את הפרטים באמצעות מנגנוני השלמה).

ישנו מדרג **לשימוש מנגנוני ההשלמה** (הסדר בו בימה"ש ינסה להשלים פרטים חסרים):

1. מנגנון השלמה מוסכם – לעיתים הצדדים במסגרת המו"מ ביניהם / המסמך ששוכלל (אם שוכלל) – יסכימו על מנגנון השלמה כלשהו (למשל – מדד, מחירון, מומחה וכו').
2. עיקרון הביצוע האופטימלי - קיים טווח אופציות מוגדר, כשברור לחלוטין מה קיים בתוך הטווח. שכאשר קיים טווח אופציות מוגדר – הצד שמבקש לבצע את החוזה יכול לומר שצד שטען שלא נכרת חוזה מפני שחסרה מסוימות יבחר מן האופציות הקיימות את האופציה שהוא מעדיף. נדרשים שני תנאים – שיהיה טווח מוגדר ושהצד שרוצה את החוזה יסכים לצד השני לבחור מבין האופציות הקיימות (בפס"ד **חמדאן** – בית המשפט השתמש בעיקרון זה לעניין רשימת הציוד, ודור אנרגיה נתנו לחמדאן לבחור איזה ציוד הוא רוצה לבחור).
3. השלמה מכוח נוהג – ע"פ **ס' 26** לחוק החוזים : פרטים שלא נקבעו בחוזה יהיו לפי הנוהג הקיים בצדדים. ובאין נוהג כזה, לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג, ויראו גם פרטים אלה כמוסכמים.
4. **יש נוהג ספציפי בין הצדדים** – נוהג כזה יהיה זמין אך ורק אם הצדדים היו באיזשהו קשר בעבר, אם היו חוזים בעבר שעל בסיסם הם התפתח נוהג .
5. **נוהג כללי** – זהו הנוהג המקובל בענף, למשל – אם הנוהג בענף הוא שוטף + 60.
6. השלמה מכוח חוק – בשלל חוקים ניתן למצוא הסדרים כלליים שאפשר להיעזר בהם לצורך השלמת החוזה (למשל – בפס"ד בית הפסנתר : נקבע שהזמן שבו רשות השידור תקיים את ההסכם יהיה זמן סביר).

אם ניתן להשלים את החוסר ע"י **חוק ספציפי** ואם לא ניתן למצוא משהו אפשר להסתמך על **חוק כללי** יותר, למשל - עסקה למכירת דירה : חוק המכר (דירות) -> חוק המכר -> חוק החוזים.

**מועד הקיום** : חיוב שלא נקבע מועד לקיומו, יש לקיימו **תוך זמן סביר** מכריתת החוזה, במועד שעליו הודיע הנושה לחייב זמן סביר מראש.

כאשר אין הסכמה על **המחיר** : יהא **המחיר שראוי** היה לשלם בעד הנכס או השירות בעת כריתת החוזה.

נגזר מכך שעל השופט אחריות רבה בשימוש במנגנוני ההשלמה – האם בהכרח נכון לחייב את הצדדים להיות חלק מחוזה ?

**הגבולות של מנגנוני ההשלמה –** קיימת זיקה בין פרשנות להשלמה – אנו מגיעים להשלמה רק לאחר שעברנו את הפרשנות. מתחייבת פרשנות לפני ההשלמה משלל סיבות:

1. צריך העדה זו ומסוימות מספקת על מנת שנוכל לעבור לרובד ההשלמה.
2. האם מדובר בפרט מהותי או לא מהותי?
3. האם נשמט בהיסח הדעת או לא?

לפעמים יש הסדרים חסרים, שכל צד אומר שהסכים על משהו אחר. בית המשפט יכול לאמץ את גרסת אחד הצדדים – כמו בלוין נ' שולר, ודניאל נ' ברלינסקי במחוזי (התקבלה גרסת המשיבים – המערער נושא בכל סכום המס) במידה ואומצה גרסת אחד הצדדים – אין צורך בהשלמה, כי אין חסר.

**כאשר ברור שהצדדים ביקשו לאמץ לעצם הסדר שונה מזה המפורט בהסדרי / בסעיפי ההשלמה בחוק : ע"א 252/78 ברון נ' מנדיסטורס :** עסקת מקרקעין, המערער ביקש לאכוף אותה כאשר היו הסכמות לגבי פירוט הכנס, המחיר ושולמה מקדמה. בנוגע למועד המסירה לא התקיימה הסכמה. **השופטת בן פורת** – ניתן לקבוע שהנכס יימסר תוך זמן סביר, אבל ברור שהצדדים קבעו הסדר שהו המסירה תתבצע במועד ספציפי (ולא תוך זמן סביר). הצדדים אימצו הסדרים שאינם ע"פ החוק, ולכן השלמת החסר אינה ראויה ולא נכרת חוזה.

**ע"א 579/83 זוננשטיין נ' גבסו :** זכרון דברים, הצדדים כתבו שחוזה ייכתב בהמשך, אך זה לא נעשה מפני שהם לא הגיעו להסכמה בנוגע למועדי התשלום. **השופטת בן פורת** – לא נכרת חוזה, תנאי מהותי שלא הוסכם היה חסר.

**כאשר הצדדים עצמם לא מצליחים להגיע לכלל הסמכה בעניין מהותי : ע"א 2143/00 לוין נ' שולר :** עסקה למכירת דירה, לא הוסכם מחיר. המוכר טוען שהמכיר שהוסכם הוא מחיר השוק, ואילו הקונה כתב על גבי טופס את המחיר 213 א' דולר כאילו שזהו המחיר שסוכם. הצדדים רצו להתחמק מתשלום מס ולכן לא נכתב מחיר מפורש. **השופט לוין (דעת רוב)** – לא ניתן להשלים את החסר, השלמת התחייבות כתובה בעזרת הסכם שנכרת בע"פ שתוכנו שנוי במחלוקת אינה עולה בקנה אחד עם דרישת הכתב. **השופטת שטרסברג כהן (דעת מיעוט)** – ניתן להתגבר על דרישת הכתב מכוח עיקרון תום הלב. לא התקיימה מחלוקת על המחיר, אלא על המחיר לאחר החבות במס.

## זכרון דברים :

ניתן לבדוק האם זכרון דברים הוא חוזה מחייב בעזרת כמה מדדים – העדה על גמ"ד, מסוימות מספקת וכתב.

**ע"א 158/77 רבינאי נ' מן שקד :** בזכרון דברים הוסכמו – מהות העסקה, הכנס, המחיר, מועד התשלום והמסירה, שמות הצדדים, שולמה מקדמה ורבינאי חתמה על המסמך. רבינאי מבקשת לחזור בה. **השופט ברק :** לא נותן לרבינאי לחזור בה. על זכרון הדברים נכתב "עד שיוכן חוזה" – תומך במסקנה שיתקיים חוזה (לעומת "בכפוף לחוזה מחייב"). הוסכמו הפרטים המהותיים והייתה כוונה לכרות חוזה, ולכן הוא קובע שיש לאכוף את זכרון הדברים. אם קיימת חתימה כלשהי – חתימתו של המוכר היא בעלת החשיבות הרבה יותר. זהו תקדים חשוב – לפניו התקיימה הגישה שזכרון דברים הוא שלב במו"מ, וכעת בימה"ש אכף זכרון דברים.

**ע"א 692/86 בוטקובסקי נ' גת** : מו"מ למכירת מגרש, השתכלל זכרון דברים. בוטקובסקי מנהל החברה תלש דף מפנקסו וסיכם ההסכמות של הצדדים (מחיר, תנאי תשלום, שמות). הצדדים לא חתמו אבל הועבר עותק לצד השני, הצדדים לחצו ידיים והשיקו כוסות לחיים. נקבעה פגישה במשרד עוה"ד של בוטקובסקי, אך היא לא התקיימה והנכס נמכר לצד ג'. **השופט מצא :** חתימה היא אינדיקציה טובה לגמ"ד, אך העדר חתימה לא שולל את גמה"ד. הוא מגיע למסקנה שהתקיימה גמ"ד מכוח העובדה שהמסמך נכתב בכתב יחדו של בוטקובסטקי, נוסח כחוזה מחייב, עותק נמסר לרוכשים, בוטקובסקי הודה שאם הוא היה חותם היה נכרת חוזה. בנוסף לכך הוא נעזר בנסיבות – לחיצת הידיים, הרמת הכוסיות. ניתן להשלים את החוזה מכוח הדין.

**דעת המרצה** – הנוסח הוא האינדיקציה הטובה ביותר. שאר הנסיבות בעייתיות – מישהו היה צריך לכתוב סיכום של הפגישה, הגיוני למסור תיעוד לצד שכנגד, לחיצת הידיים היא מעשה חברי מקובל, בוטקובסקי אמנם העיד שאם הוא היה חותם היה נכרת חוזה – אך הוא לא חתם. ע"פ רוב – חתימה היא מה שמקנה לחוזה תוקף.

שירלי רנר במאמר "קלות שבה מכניסים צדדים ליחסים חוזיים", ציינה שתי טעויות של בימה"ש: לפסוק שאין חוזה כשהיה, ולפסוק שהיה חוזה כשאין. בשיטתנו – בימה"ש ממוקדים למניעת טעויות מהסוג הראשון, כך שהם יצרו שיטה שמתעלמת מהסוג השני. **לדעת המרצה** – כדי להימנע מטעויות רצוי להשתמש בשיטה פורמליסטית, מדדים ברורים.

**ע"א 7193/08 עדני נ' דוד :** זכרון דברים שבו נקבע שהסכם מפורט ייכתב עד תאריך מסוים. הייתה בעיה בנוגע למועדי התשלום – הנספח לא שוכלל לחוזה. הקונה רושם הערת אזהרה. בימה"ש העליון – **השופט פולגמן (דעת רוב)** : לא נכרת חוזה, ניתן לפרש את הביטוי "חוזה מפורש עד ה-13.9" בשתי דרכים – שהיה חוזה או שלא יהיה חוזה. בגלל שמועדי התשלום הם מהותיים ולא התקיימה הסכמה, בימה"ש לא יתערב. **השופט עמית (דעת מיעוט)** – מועדי התשלום אינם חיוניים מפני שהקונה לקח הלוואה והיה יכול לשלם בכל עת. התקיימה גמ"ד ולכן ניתן להשלים מכוח חוק.

רואים שינוי במגמת הפסיקה – הצליחו לחמוק מביצוע ע"י הדגשת החשיבות של מועדי התשלום. **המרצה** סבור שאלמלא בימה"ש היה סובר שזהו פרט מהותי – היו משלימים את החוזה.

## הצעה וקיבול –

הצעה : ע"פ **ס' 2** לחוק החוזים, **הצעה יכולה להיות לציבור** – ולהניב הרבה חוזים. למשל – הצגת מוצר בחלון ראווה : אם יש מחיר – זו הצעה, אם אין מחיר – זו הזמנה.

ישנם **חוקים שנועדו להגן על צרכנים** : למשל **ס' 17** לחוק הגנת הצרכן – מגן מפני שינוי במחיר. תקנות הגנת הצרכן (ביטול עסקה) – מאפשרות לבטל עסקאות תוך 14 יום בהתקיים תנאים מסוימים.

ישנם סוגים שונים של מודעות – מודעה שיכולה להניב חוזה אחד, או מודעה שיכולה להניב מספר חוזים. חלקן יכולות להיחשב כהצעה וחלקן כהזמנה – בהתאם לגמ"ד ולמסוימות.

**מודעות פרס** **- ת"א 10458-04/14 קוזלי ואח' נ' מדינת ישראל** : עמותת לחופש נולד הבטיחה פרס בסך 10 מילון דולר למי שייתן מידע רלוונטי לגבי החייל הנעדר מג'די חלבי. קוזלי ואח' בעת יום עבודה מצאו עצמות ביערות הכרמל, הם לא ידעו למי הן שייכות או אם הן בכלל עצמות אדם. הם לא היו מודעים להצעת הפרס, העמותה הודיעה על הפסקת הפרס לפני שגופת החייל נמצאה. **בימה"ש המחוזי** – יש צורך בשני תנאים כדי שיתבצע קיבול : הבעה חיצונית לקבלה, ושההצעה והקיבול יתקיימו בו זמנית. התנאים הללו לא קרו במקרה זה, אדם סביר שהיה צופה בהם לא היה מגיע למסקנה שהם ביצעו קיבול. בו זמניות – התובעים לא התכוונו כלל למצוא את החייל, ולא ידעו שהם מצאו אותו. בימה"ש מצביע על צורך בקש"ס בין ההצעה לקיבול.

**Carlil v. Carbolic smoke ball (1893):** חברה פרסמה הודעה שמי שישתמש בתרופה שלה ולא יתרפא יקבל 100 לירות. גב' שטרלינג לא נרפאה ותבעה את החברה. בימה"ש דחה את הטענה שהחברה רק התרברבה, המודעה הייתה הצעה בעלת מסוימות מספקת, הקיבול היה השימוש.

**Leonard V. Pepsi Co S.N.D (1999):** פפסי השיקה פרסומת שבה נאמר שקניית פפסי מקנה נקודות, ובתמורה לנקודות ניתן לקבל פרסים. בפרסומת נראה מטוס צבאי ששוויו הוא 7 מיליון נקודות. אנשים עסקים דרשו לאכוף את מה שנראה בפרסומת. בימה"ש – הפרסומת לא היוותה הצעה : הפרסומת הייתה פרודיה על הצבא, החוק אוסר על נער לטוס וכו'.

**מכרזים :** נהוג שפרסום המכרז נחשב כהזמנה. מטרת ההזמנה היא להניע אנשים להציע הצעות, והמפרסם יכול לבחור איזו הצעה לקבל. המו"מ יכול להיות מאוד אינטנסיבי. ניתן לבצע כל דבר בדרך מכרז, זוהי דרך טובה לאמוד את מחיר השוק. יש לבדוק מהם תנאי המכרז והאם הוא משתלם.

**חזרה מההצעה** : מציע יכול לחזור בו מן ההצעה בהודעה לניצע אם ההודעה נמסרה לפני שהתבצע קיבול. אם נקבע מועד לקבלת ההצעה, או שנכתב שההצעה היא ללא חזרה – המציע יכול לחזור בו כל עוד ההצעה לא נמסרה לניצע. סוגי ההצעות מתחלקות כך :

מבחינת הניצע האופציה הטובה ביותר – הצעה בלתי הדירה בלעדית (המצב האופטימלי לניצע), אך זהו המצב הגרוע ביותר מבחינת המציע. ישנן מגוון סיבות שבגללן מציעים יעניקו הצעות בלתי הדירות, או בלעדיות : למשל לתת לצד שכנגד זמן לבצע בדיקות ורצון לספוג את עלויות הבדיקה וכו'.

**פקיעת ההצעה (ס' 4) :** אם המציע לא חזר בו ההצעה תפקע – תוך זמן סביר, עם דחיית הניצע, אם חלף מועד הקיבול, עם פטירת אחת מהמציעים / הפיכתם לפסולי דין / ניתן צו פירוק.

**דחייה ע"י הניצע : ע"א 379/82 נווה עם נ' יעקובסון :** נווה עד הציעה לעומדים בתנאים מסוימים אפשרות לרכוש דירה. בהצעה נקבע תאריך לקיבול, ייכרת חוזה בתנאי שישולם 50% מערך הדירה לפני כריתת החוזה. נציג החברה הזמין את הדיירים לפגישה יומיים לפני פקיעת ההצעה כדי לחתום על חוזה. יעקובסון אמר שאין לו כסף כרגע ויצא מן הפגישה. יומיים לאחר מכן הוא השיג את הכסף וביקש לאכוף את החוזה. החברה טוענת שהוא דחה את ההצעה. **השופט בייסקי** : ההצעה היא בלתי הדירה, לא ניתנת לביטול על התאריך שצוין בה. יעקובסון לא דחה את ההצעה באופן מפורש ואקטיבי ולא ניתן להסיק שהוא דחה את ההצעה.

**פקיעה תוך זמן סביר / חלוף המועד הסביר לקיבול : ע"א 374/74 רוזנר נ' מגן דוד אדום :** מבצע הגרלות של מד"א, נשלח כרטיס לביתו של רוזנר. התברר שהכרטיס שלו זכה במכונית, אך הוא לא שילם. **בימה"ש העליון** – הקיבול היה צריך להיות באמצעות תשלום, קבלה אינה עניין שבלב, יש לקבל את ההצעה תוך זמן סביר.

קיבול : ע"פ **ס' 5** לחוק – קיבול יהיה בהודעה שנמסרה למציע ומעידה על גמ"ד של הניצע. ע"פ **ס' 6** - קיבול יכול להיות בהתנהגות אם דרכי ההתנהגות משתמעות מן ההצעה.

שני סוגים של קיבול בהתנהגות – התחייבות לתוצאה או התחייבות למאמץ. קיימת עדיפות לסוג הראשון, יש קושי במדידת מאמץ.

לעומת זאת, ע"פ **ס' 6(ב)** – קיבול לא יכול להיות בשתיקה (ע"פ הפסיקה – אלא אם כן התקיימה מערכת חוזית בין הצדדים בעבר).

ע"פ **ס'** **7** – הצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע – חזקה עליו שהוא קיבל אותה. הנטל לסרב מועבר לניצעים, למרות שקשה לחשוב על הצעה שהיא מזכה נטו לכל אדם ואדם.

ע"פ **ס' 8** – יש לקבל את ההצעה בזמן שנקבע לכך, ואם לא נקבע זמן – תוך זמן סביר. אם הודעת הקיבול ניתנה בזמן, אך לא נמסרה באיחור רב בשל סיבה שאינה תלויה בניצע – נכרת חוזה אלא אם כן המציע הודיע מיד שהוא לא מעוניין.

ע"פ **ס'** **9** – קיבול של הצעה שפקעה, זוהי הצעה חדשה.

ע"פ **ס'** **10** - הניצע יכול לחזור בו מהקיבול של ההצעה כל עוד הדבר נעשה לא לאחר שנודע למציע על הקיבול (באופן רגיל או קיבול בהתנהגות).

ע"פ **ס'** **11** – קיבול תוך שינוי זוהי הצעה חדשה.

# תום לב במשא ומתן :

יש חובה לנהוג **בדרך מקובלת** ו**בתום לב** במו"מ. תום לב הוא הסטנדרט שראוי שיתקיים בחברה (לכן הוזנחה הדרך המקובלת – הסטנדרט המצוי). **ס' 12** הכניס את תחום המו"מ לתוך דיני החוזים, והפך את התנהלות המו"מ לדבר שיש בו עמימות.

יש חובה לנהוג בתום לב עוד בשלב הראשון, אבל כלל שמתקדמים – החובה מתעצמת. חובה זו היא פרסונלית – חלה גם על שלוח, לא ניתנת להעברה. היא גם לא ניתנת להתנאה נוגדת – אי אפשר להסכים שלא לנהוג בתום לב. מבחינת מהותית : "אדם לאדם – אדם". עיקרון זה חל (ע"פ המרצה) – במקומות בהם צד אחד מקבל מעט ממהלך, אבל הצד השני מפסיד הרבה.

## מצבים שבהם התנהגות עלולה להיחשב כחוסר תום לב :

1. **אי גילוי מידע :**

**ד"נ 7/81 פנידר נ' קסטרו :** פניני הוא בעל מניות ומנהל חברת פנידר, הוא חבר מן העבר של קסטרו – הוא תושב חוץ שרוצה לעבור לארץ. הוא רכש דירה מהחברה, פניני לא גילה לו שהיא נמצאת בקשיים, או שהקרקע שעליה הבניין אמור להיבנות טרם נרשמה על שם החברה. **השופט שמגר :** מחייב את פניני באופן אישי (מכוח **ס' 12(א**)), חובת תום הלב חלה גם על שלוח. הוא היה חברו מהעבר, קסטרו הסתמך עליו באופן מיוחד. **חובת הגילוי ע"פ שמגר** – רחבה, כוללת פרטים שהצד השני יכול לגלות בעצמו. **בעייתיות בחובת הגילוי הרחבה –** השגת מידע כרוכה במשאבים, פניני לא היה צריך להתאמץ כדי לגלות שהקרקע אינה נמצאת בידי החברה, ולא היה צורך לגרום לקסטרו להתאמץ כדי לגלות זאת – אסור לשמוט את המאמץ שכרוך בהשגת הפרטים.

בימה"ש קבע שכאשר חברה נמצאת בחדלות פירעון עליה לחשוף את העניין, ולפני זה אין חובה – כדי לא לפגוע גם בחברה.

יש הסוברים שגילוי יותר מדי מידע שעלול לבלבל הוא גם התנהגות בחוסר תום לב.

1. **ניהול מו"מ ללא כוונת התקשרות** – ככל שהצד שכנגד משקיע יותר, החובה גדלה.
2. **פרישה ממו"מ בשלב מתקדם** – ככל שהמו"מ מתקדם יותר, החובה גדלה. אי כריתת חוזה עקב פרטים שהשתבשו לקראת סיום המו"מ היא חוסר תום לב.
3. **העלאת דרישות בלתי סבירות/בלתי חוקיות** – בלתי סבירות: כול להיות שדרישה היא בלתי סבירה מבחינה אובייקטיבית, אבל זהו רצון הפרט. בלתי חוקיות: בפס"ד זוננשטיין נ' אחים גבסו – **השופטת** **בן פורת** : דרישה לא חוקית אינה חור תו"ל. **השופט ברק** : כן חוסר תו"ל. **המרצה** – מסכים עם ברק, צד לא צריך לבחור בין לעבור על החוק ללהפסיד את החוזה. אדם נורמטיבי הוא שומר חוק. ישנם מספר סעדים בקשר לחובת תוה"ל, ולכן יש משמעות לשאלה האם דרישה בלתי חוקית מפרה את עיקרון תוה"ל.
4. **יצירת מכשולים המונעים מן הצד שכנגד להתקשר בחוזה** –

**ע"א 829/80 שיכון עובדים נ' זפניק :** שיכון עובדים פרסמו מודעה למכירת דירות 60, זפניק לא הצליחו לשכלל את החוזה בזמן (באשמת החברה). החברה נתנה לזפניק לקנות את הדירה ה-10% יותר ממה שהוצע בפרסומת (פחות מהמחיר הרגיל), בתנאי שהם יוותרו על זכות התביעה, זפניק הסכימו. **השופטת בן פורת** – החברה נהגה בחוסר תו"ל, אם זפניק לא היו חותמים הם היו זכאים, משחתמו אין להם אופציה.

1. **ניצול מצוקה –**

**ע"א 4839/92 גנז נ' כץ :** גנז הוא רווק חרדי בשנות ה-50. כרת חוזה עם כץ לשידוך תמורת 100 א' דולר, הייתה תניה שאם אדם נוסף יעזור הוא יקבל עוד 100 א' דולר. השידוך מצליח, כץ משלם רק 20 א' דולר, כץ תובע. גנז מנסה לבטל את החוזה בעילת העושק (לא מזכיר את חובת תוה"ל). **השופט קדמי (מיעוט)** – עילת העושק לא מתקיימת, אבל יש לקבל את הערעור מכוח ס-12(א), כץ נהג במנהג זאבים. אין שום יחס בין המחיר הנוהג לסכום אותו כץ דרש. אילו כץ היה נוהג בתו"ל – הם היו מגיעים לסכום של 45 א' דולר, וזה הסכום שעל גנז לשלם. שאלה מוסדית – מי צריך לקבוע תקרת מחיר ? בימה"ש, המחוקק ? אין לבימה"ש יכולות לאסוף מידע כמו למחוקק. **השופט לוין** – לא היה עושק, אבל בימה"ש לא יכול להעלות את טענת תוה"ל בשם גנז. אין לשידוך במקרה של גנז מדד בשוק. **השופט זמיר** – מסכים עם קדמי, מוסיף שנזג הוא איש עסקים, הוא כבר השקיע כספים כאלו בעבר, הסכום היה גבוה אבל לא ברור שהוא היה מופרז. אין לערער אין היציבות החוזית בשל עיקרון תוה"ל.

1. **ניהול מו"מ עם כמה צדדים במקביל –** בעיקר כאשר הצדדים לא מודעים שמתנהל מו"מ עם אנשים נוספים.
2. **התנהגות בלתי שוויונית במכרז –**

**ד"נ 22/88 בית יולס נ' רביב :** בית יולס פרסמו מכרז לבניית בית אבות, לא התחייבו להצעה הזולה ביותר, אבל דרשו מכל המשתתפים עברות בנקאית. רביב הגישה את ההצעה השנייה הזולה ביותר, רקסו זוכה במכרז למרות שהיא לא נתנה ערבות בנקאית. רביב טענה שבית יולס נהגה בחוסר תו"ל. **השופט אלון (רוב)** – שוויון ותו"ל אינם זהים. אם מפרסמת מכרז לא התחייבה לנהוג בשווין, היא לא חייבת לעשות זאת. **השופטים** **ברק** **ושמגר** (מיעוט) – חובת תוה"ל מכילה את החובה לנהוג בשוויון, אלא אם כן מפרסם המכרז הודיע שהוא לא מתכוון לנהוג בשווין. **הלכה זו התהפכה בפס"ד קל בניין נ' ארמ רעננה.**

הסעדים שניתן לקבל מכוח הפרת חובת תוה"ל **– ס' 12(ב) :** הסעיף מדבר על קבלת פיצויים (בשל הנזק שנגרם במו"מ/בחוזה), פיצויים שליליים / פיצויי הסתמכות !

**השופטת בן פורת** (פס"ד **זפניק**) באוביטר – רשימת הסעדים **אינה סגורה**, ניתן להעניק גם סעדים שאינם מוזכרים בסעיף.

התחולל שינוי **בע"א 986/93 קלמר נ' גיא** : עסקת קומבינציה. גיא (אדריכלים) יבנו שתי יחידות דיור על השטח של קלמר, כל אחד יקבל יחידת דיור ואת השטח שבה היא נמצאת. הסיכום היה בע"פ (כנראה משיקולי מס). קלמר טען שלא היה חוזה מעולם, לא התקיימה דרישת הכתב. **השופט זמיר** – דרישת הכתב רוככה, אפשר להתגבר עליה בעזרת הבניה בפועל, החוסר בפרטים מחופה ע"י השימוש שלהם בפועל. **השופט ברק** : מגן על דרישת הכתב, היא ההכרחית. מגדיל את עיקרון תוה"ל "עיקרון מלכותי", קלמר נהג בחוסר תו"ל ולכן יש לאכוף את החוזה (זהו מקרה

קיצון – נשמעת "זעקת ההגינות"). רואים פה את המדיניות של ברק – העצמת עיקרון תוה"ל. על מנת להכריע אם ניתן לוותר על דרישת הכתב יש להתחשב במשקלם המצטבר של שני רכיבים:

1. האם התחולל שינוי במצב בעקבות החוזה, כגון שהוא קוים או שהייתה עליו הסתמכות.
2. מידת אשמתו של הצד שהתנער מביצוע החוזה.

במקרה שלפנינו, מאחר שהחוזה בוצע בחלקו, תוך הסתמכות אחד הצדדים עליו, יש לאכוף את החוזה. **השופט גולדברג:** החלת עקרון תוה"ל על דרישת הכתב צריכה להיות מוגבלת למקרים בהם הייתה הסתמכות משמעותית על החוזה, שהתעלמות ממנה תביא לתוצאה קשה ולא הוגנת. בנסיבות האלו, יש להעדיף את ערך ההגינות על דרישת הכתב.

**ע"א 6470/00 קל בניין נ' ארמ רעננה** : עיריית רעננה פרסמה מכרז לבניית שכונה, ארמ הגישה את ההצעה הזולה ביותר, לאחר מו"מ ארמ הורידה את המחיר, הובטח להם שהפרויקט שלהם ומה שנדרש זה חתימה של הדירקטוריון, שזהו עניין פרומלי בלבד. נכרת חוזה עם חברה אחרת. **השופט ברק** – מקבל את הערעור מכוח עיקרון תוה"ל, ניתן לחשב כמה קל בניין היו יכולים להרוויח אילו החוזה קוים (מפני שהוא בוצע), ולכן הוא פוסק פיצויי להם ציפייה/קיום.

# פגמים בכריתת חוזה –

## חוזה למראית עין –

ע"פ **ס' 13** לחוק החוזים – חוזה שנכרת למראית עין בלבד, בטל. אך לא ניתן לפגוע בצד ג' שהסתמך על קיום החוזה בתו"ל.

יכולים להיות **שני סוגים** – חוזה **שכולו למראית עין**, או חוזה **שחלק מהסדריו הם למראית עין**. **סיבות** לקיום חוזה כזה : **הברחת נכסים** (העברת נכס כדי להתחמק מנושים), **התחמקות ממס** (דירה שלישית), **שיפור עמדת מיקוח בתנאי העסקה** (צד ג' שחותם על חוזה שבו מפורטים תנאי העסקה טובים). הערה : זה לא תמיד יהיה לא חוקי – לשם התרברבות וכו'.

**ע"א 630/78 ביטון נ' מזרחי :** ביטון ומזרחי חתמו על זכרון דברים. המחיר האמיתי היה 400 א' לירות, המחיר שצוין בחוזה היה 340 א' לירות. החוזה לא נחתם, ביטון מבקש אכיפה. **השופט בכור (רוב)** – נרקמה עסקה בלתי חוקית ששני הצדדים מרוויחים ממנה (הרווח מטיב עם המוכר והקונה הסכים בתמורה לחלק ממנו). העסקה בטלה בגלל האי חוקיות. גישתו של ברק עלולה לתמרץ צדדים לנהוג באופן לא חוקי. **השופט ברק (מיעוט)** – יש חוזה גלוי (340) וחוזה סמוי (400), אם החוזה האמיתי מקיים את התנאים הנדרשים (גמ"ד, מסוימות, כתב – ורק המחיר חסר) – יש לאכוף את החוזה הסמוי.

כאשר החוזה מבוטל עלול להיות מצב שבו צד אחד יוצא מורווח והשני מופסד : במקרה זה יש להשתמש **בדיני עשיית עושר שלא במשפט !** (חלים בכל מצב – פס"ד גינצברג נ' יוסף).

**אם צד ג' הסתמך על קיום חוזה בתו"ל ופעל בהתאם – החוזה יהיה תקף לגביו !**

**ער"א 2550/01 בירס נ' משכן :** הזוג בירס נקלעו לחובות, הם רשמו את דירתם על שם בנם, חלפו שנים והוא התאהב בביתם של הזוג ולסון, הוא עובר לגור איתם. כשהוא מגיע לגיל 18 הולסונים משכנעים אותו "למכור" להם את הדירה כדי שהם יוכלו לקחת משכנתא ממשכן. הם נכשלים בתשלומים והבנק מבקש לעכל את הדירה. בירס מגלים את הדבר, הבנק טוען שהוא התסמך על החוזה בתו"ל. **בימה"ש** פסק שמשכן התסמך על החוזה בתו"ל ולכן הם רכשו זכויות שתקפות לגבי הדירה.

## עילת הטעות -

הסעיף המרכזי לעילה זו הוא **סעיף 14**, תת סעיפים א' + ב' מהווים בסיס לביטול.

1. מי שהתקשר בחוזה עקב טעות, ניתן להניח שאלמלא הטעות הוא לא היה מתקשר – והצד השני **ידע** או **שהיה עליו לדעת** על כך.
2. מי שהתקשר בחוזה עקב טעות, ניתן להניח שאלמלא הטעות הוא לא היה מתקשר – והצד השני **לא ידע** או **לא היה עליו לדעת** על כך, בימה"ש רשאי לבטל את החוזה (בבקשת הטועה), אם הוא מצא לנכון, הוא רשאי לחייב את הצד הטועה בפיצויים לצד השני.
3. טעות **הניתנת לתיקון** לא מהווה עילה לביטול.
4. טעות שאינה אלא ב**כדאיות העסקה** לא מהווה עילה לביטול.

**יסודות העילה** – מה צריך להוכיח ?

* **קיום חוזה**.
* **קיום טעות** – פער בין המציאות כפי שצד אחד הבין, לבין המצב בפועל. הנטל הוא על הטוען לטעות.
* **קש"ס סובייקטיבי** בין הטעות להתקשרות, ההתקשרות נוצרה עקב הטעות.
* **דרישת יסודיות** – רק טעות שאדם סביר לא היה מתקשר בחוזה אילו היה יודע. מכניסה אלמנט אובייקטיבי במהלך שהוא סובייקטיבי במהותו.
* **ידיעת הצד שכנגד** – בכוח/בפועל (לצורך 14(א)), לא נדרש עבור (14(ב)).

**טעות בעובדה** **: ע"א 2495/95 בן לולו נ' אליאס –** בן לולו נפצעה בהיותה בת 4 (ת"ד) התקיימה פגיעה פיזית וחשש לפגיעה נפשית, התקיים הסכם פשרה שקיבל תוקף של פס"ד בינה לבין חברת הביטוח. 7 שנים לאחר מכן התגלתה נכות נפשית שהעלתה את שיעור הנכות שלה ל-50%. היא מבקשת לבטל את החוזה. **השופט אור** **–** רק במקרים חריגים יבוטלו הסכמים שקיבלו תוקף של פס"ד. עיקרון אי הודאות המודעת – שני הצדדים לקחו סיכון, לא ניתן לדעת מה יקרה בעתיד. בעניין נזקי גוף – כאשר מתקשרים מתוך אי הודאות המודעות – נושאים בסיכון שהעובדות ישתנו בעתיד. חריגים לכך –

1. פגיעה חריגה בעוצמתה שאינה נכללת באי הודאות המודעת.
2. גילוי נוסף שמשמיט את הקרקע מההסכם.

אופציות להסכם פשרה – הסוג הנפוץ : החמרה או שיפור לא מאפשרים ביטול, אופציה נוספת – הסכם קצר מועד (אינו נפוץ – הנפגע רוצה את כספו, חב' הביטוח רוצה סופיות).

**ע"א 8972/00 שלזינגר נ' הפניקס** : המנוח שלזינגר היה מבטוח בהפניקס – פוליסה שכללה את מחלת הסרטן. הוא ביטל את הפוליסה, כמה ימים לאחר מכן נודע לו שהוא חולה בסרטן. כמה חודשים לאחר מכן הוא (בעצת עו"ד) הוא ביטל את הודעת ביטול הפוליסה, לאחר מכן הוא נפטר. התובעת היא אלמנתו. האם עילת הטעות העמידה למנוח עילת ביטול של הודעת הביטול ? **השופט לוי (מיעוט)** – זכות הביטול נובעת מהחוזה. פגמים ברצון חלים גם על פעולות חד צדדיות. **ס' 14** – כיוון שהמנוח טענה בהערכת מצבו הבריאותי, טעות חמורה בעלת השלכות קשות – הוא זכאי לבטל את הביטול. המחלה כבר קיננו בגופו כשהוא ביטל את החוזה, מכוח **ס' 14(ב)** הוא יכול לבטל ולהיות זכאי ל60% מכספי הפוליסה. **השופטת פרוקצ'ה (רוב)** - מסכימה שניתן לבטל את החוזה (מכוח **ס' 14**). בחוזה הביטוח נקבע שגילוי המחלה הוא האירוע שבשלו ניתן להשיג כסף, קשה מאוד לדעת מתי מחלה מתחילה לקנן בגופו של אדם.

**טעות בחוק – ע"א 2444/90 ארואסטי נ' קאשי :** עסקת קומבינציה, הקבלן התחייב להקים בניין 8 קומות, 3 דירות יעברו לבעלי הקרקע. השתכללו חוזים, נרשמו הערות אזהרה. הקבלן נקלע לחדלות פירעון. במו"מ בין הבעלים לרוכשים – הבעלים ביקשו לבטל את הערות האזהרה בתמורה לפיצוי. הרוכשים האמינו שקיימות להם זכויות רק מול הקבלן ולא מול הבעלים. בהסכם בין הבעלים לרוכשים – הרוכשים ויתרו על הערות האזהרה. הרוכשים מבקשים לבטל את ההסכם מחמת טעות – יצאה הלכה חדשה מבימה"ש שמקנה לרוכשים זכויות גם מול הבעלים. **השופט טל** – בעניין של טעות בחוק/מצב משפטי – יש לבצע הפרדה : מקרים בהם המצב המשפטי ברור, ומקרים בהם הוא אינו ברור. ניתן לטעון לטעות רק כאשר המצב המשפטי ברור, כשהדין אינו ברור לא ניתן לעשות זאת (עיקרון אי הודאות המודעות). המקרה הזה שייך לסוג השני – לא התקיימה טעות אלא אי ודאות. הוא מוסיף שזוהי בכדאיות העסקה, ניתן להגיע לתוצאה מכוח **ס' 14(ד).**

**ס' 14(ד) – טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה :**

* הטעות צריכה להיות בכדאיות העסקה בלבד – כל טעות משפיעה על כדאיות העסקה.
* החרגה זו מונעת את ביטול החוזה בכל מצב שצד אינו מרוצה.

**ע"א 406/82 נחמני נ' גלאור :** הונח שחוב המשכנתא היה בגובה 825 ל"י, ולכן הוסכם שהקונה יעביר תשלום בסך 805 א' ל"י ישירות לידי הבנק לשם סילוק המשכנתא. התברר שחוב המשכנתא גבוה בהרבה והמוכר מבקש לבטל את החוזה מחמת טעות לפי **ס' 14ב'**. האם נחמני זכאי לבטל את החוזה ? **השופט** **בייסקי** – כאשר מדובר **בסעיף 14(ב)** ההחלטה כפופה לשיקול הדעת של בימה"ש, המצפן הוא הצדק בין הצדדים. על הד המבקש ביטול להוכיח שקיום החוזה יגרום לו נזק יותר גדול מאי קיומו. בימה"ש יכול להורות על תשלום פיצויים. בנסיבות הללו, אין אפשרות לבטל את החוזה – המוכר היה יכול לבדוק מהו גובה המשכנתא, הוא התרשל. גם אם העסקה הייתה מבוטלת, נחמני היה צריך לשלם פיצויים וזה היה הופך ללא כדאי (ניתן להגיע לתוצאה גם מכוח ס' **14(ד)).**

**הבדל בין טעות רגילה לטעות שאינה אלא בכדאיות העסקה –**

1. **פרופ' טדסקי –** מבדיל בין טעות המתייחסת **לעבר/להווה** לבין טעות המתייחסת **לעתיד**. למשל – פס"ד וופנה נ' אוגש : הרעש היה קיים בעת מכירת הדירה, עומדת עילת טעות.
2. **פרופ' שלו –** אבחנה בין **תכונות** (טעות רגילה) לבין **שווי** (טעות בכדאיות העסקה). בפס"ד ספקטור נ' צרפתי – היה ניתן לבנות רק 12 דירות במקום 16, טעות בעובדות.
3. **פרופ' פרידמן – מבחן הסיכון**, אם הוקצה סיכוןן בין הצדדים זוהי טעות בכדאיות העסקה, אם הסיכון לא הוקצה – טעות רגילה. פס"ד שלזינגר נ' הפניקס – מבחן "אי הודאות המודעת" – אם צד נטל אחריות על סיכון מסוים והוא התממש, לא עומדת לו עילת הטעות.

**ע"א 7920/18 כרמל נ' טלמון :** כרמל החזיק ברבע מנכס, שותפות עם טלמון בנות דודתיו. הוא נקלע למצוקה כלכלית ומבקש מטלמון לרכוש את חלקו (1.55 מיליון), הן לא רוצות אך הוא דחק בהן. העסקה השתכללה As Is. הוחלט שהקונות יישאו במס שבח – הם פנו לשמאי שהעריך את הנכס ב-4.4 מיליון (מפני שהוא היה מיועד גם למגורים ולא רק למסחר). **בימה"ש המחוזי** – אין טעות ואין הטעיה, כרמל התרשל בכך שהוא לא בדק את טיב הנכס. **השופטת חיות (רוב)** – לא התקיימה טעות, כרמל לא הוכיח שהנכס יועד למגורים. כריתת עסקה As Is מהווה סיכון לשני הצדדים – כרמל לקח על עצמו את הסיכון. **השופט מזוז (מיעוט) –** ניתן לבטל מכוח **14(ב),** קיים חוסר צדק משווע. הטעות מתייחסת לעבר (מבחן של טדסקי). העסקה As Is מדברת על מצבו הפיזי של הבניין ולא למצב התכנוני.

## עילת ההטעיה -

**יסודות העילה :**

* קיום חוזה
* קיום טעות
* הטעייה ע"י הצד שכנגד או אחד מטעמו. אחר מטעמו – אם הוא פעל על דעת עצמו, אפשר לתבוע אותו בגין חוסר תו"ל **ס' 12.**

**הטעיה במעשה : ע"א 373/80 וופנה נ' אוגש :** אוגש פרסמו הודעה למכירת דירה במקום שקט. וופנה הגיעו אל דירתם בשבת. הם הדגישו את חשיבות המקום השקט, המוכרים אמרו שהדירה נמצאת במקום שקט. השתכלל חוזה עם פיצויים מוסכמים. התגלה לוופנה הדירה נמצאת ליד אזור תעשייה. **השופט שמגר** – עומדת עילת ההטעיה, המוכרים יצרו מצג שווא אקטיבי (מודעה+הבטחות). הרוכשים שלחו הודעת ביטול – ולכן החוזה לא הופר ואין מקום לפסיקת פיצויים לאוגש.

**הטעיה במחדל : ע"א 488/83 צנעני נ' אגמון :** צנעני הוא עו"ד, פרסם מודעה למכירת חלקה ב-1.3 מ'. החלקה הייתה בבעלותה של גב' צוקר, בשלב זה היא לא הייתה מיודעת למכירה. אגמון שיכללו זכרון דברים עם צנעני, במקביל הוא שיכלל זכרון דברים עם צוקר – הוא יקנה את הנכס ב585 א'. אגמון גילו וקנו את הכנס ישירות מצוקר. השופט שמגר – עומדת עילת הטעיה, הטעות אינה רק בכדאיות העסקה, אלא בזהותו של הצד שכנגד ומעמדו המשפטי.

יש צורך **בקש"ס כפול** – בין ההטעיה לטעות ובין הטעות להתקשרות !

**בהטעיה במחדל** – צריך שתהיה חובת גילוי, מקור בדין המחייב צד לחשוף מידע (בלעדיו, לא תתקיים הטעיה). בעניינו – הסעיף העיקרי שמחייב חובת גילוי הוא **ס' 12** (תו"ל).

**ע"א 383/75 ספקטור נ' צרפתי :** עסקת קומבינציה, מגרש בד"כ מותר לבנות עליו 16 דירות, חלק מן המגש היה מיועד להפקעה ולכן הותר לבנות בו רק 12. הקבלן גילה זאת והמתווך ידע מכך, העסקה המקורית עם הקבלן לא יוצאת לפועל. הגיע קבלן נוסף, בעל המגרש לא גילה לצרפתי שניתן לבנות רק 12 דירות. נכרת חוזה וצרפתי גילה על ההגבלות. האם עומדת לידי צרפתי עילת ההטעיה ? האם קיימת חובת גילוי ? **השופט אשר -** יש חובת גילוי מכוח **ס' 12,** יש לגלות את פרט מהותי לגבי העסקה, מספר הדירות הוא דבר מהותי. גם מכוח הנסיבות – הקונה הוא קבלן שתיכנן לבנות 16 דירות. יש אי התאמה בין תכונות המגרש לבין המציאות. **השופט לנדוי** – אין לקבוע חובת גילוי רחבה בחוזה מסחריים, בדברים שהצדדים היו יכולים לגלות בעצמם – אין חובת גילוי. מכוח **ס' 18** לחוק המכר יש למסור את הנכס שהוא נקי משעבוד ולכן החוזה בטל.

אמנם שני השופטים הגיעו לאותה תוצאה – אבל קיים הבדל מהותי ביניהם (**המרצה**). השופט **אשר** מציב חובת גילוי רחבה מאוד, אפילו כשמדובר בקבלן שאמור לדעת את דיני הבנייה. השופט **לנדוי** – מצמצם את חובת הגילוי, הצדדים צריכים להסתדר בעצמם ובימה"ש לא יכול להגן עליהן מכל עניין קטן, עליהם לגלות פרטים בעצמם.

**שאלת ההתרשלות** - בישראל, רשלנות המוטעה אינה פרט קריטי (בייחוד כמדובר על הטעיה במעשה). ככל שחובה תוה"ל גדולה יותר, יינתן פחות יחס להתרשלות. בפס"ד כרמל נ' טלמון נפסק אחרת מפני שהיה מדובר בטעות ולא בהטעיה.

**היקף חובת הגילוי – פרופ' שלו** : יש חובת גילוי לגבי פרטים שהצד השני לא יכול לגלות בעצמו. ע"פ שלו יש בעיה כלכלית בכך – עלויות הבדיקה משולמות פעמיים (כשהצדדים לא סומכים אחד על השני).

**פרופ' קרונמן :** מידע שמתגלה ללא השקעת משאבים – יש לגלות. מידע שגילוי כרוך בהשקעת משאבים מיוחדת – אין חובת גילוי. דוגמא מפהס"ד – הקבלן הראשון כבר גילה שניתן לבנות רק 12 דירות, ולכן הגילוי לא היה צורך בהשקעה.

**סעיפי חוק אחרים המטילים חובת גילוי:**

**ס' 16 לחוק המכר** – מחייב גילוי של אי התאמה במכר (אי התאמה לפי **ס' 11** לחוק המכר – כאשר אין בממכר את התכונות הרגילות לשימושו המסחרי).

**ס'8** **לחוק השכירות והשאילה** – מטיל חובת גילוי על המשכיר בנוגע לאי התאמות במושכר.

**ס'8 לחוק השליחות –** מחייב את השלוח לגלות לשולח את כל המידע הקשור לשליחות.

**ס' 16 לחוק ניירות ערך –** קובע חובת גילוי רחבה בתשקיף (תשקיף – מדובר במידע פרטי לגבי החברה. החוק קובע חובת גילוי רחבה כאשר הציבור קונה מניות – ואז היא הופכת לחברה ציבורית. אז הציבור צריך לקבל מידע נאמן על מצב החברה)

**ס' 2 לחוק מכר דירות –** מחייב קבלנים להוציא מפרט לרוכשים (ליידע את הרוכשים בנוגע לנכס)

**ס'8(א) לחוק המתווכים –** מחייב מתווך לגלות ללקוח את כל הפרטים הקשורים לתיווך.

**ס'4 לחוק הגנת הצרכן –** מחייב עסקים לגלות לצרכנים פגמים מהותיים במוצרים.

מטרת החוקים הללו היא להתגבר על המידע הפרטי שידוע לאחד הצדדים בלבד, כך נחסכות מקבוצות מסוימות עלויות הבדיקה.

מקורות לחובת גילוי – מקור בחוק, גילוי מכוח נוהג, גילוי מכוח הנסיבות.

עסקנו בגילוי מכוח חוק, גילוי מתוך נסיבות – למשל בפס"ד פנידר נ' קסטרו.

**ע"א 494/74 בית החשמונאים נ' אהרוני :** אהרוני הקונה מתפעל מסעדה, רוכש יחידה מהמוכרים. בחוזה התקיים תנאי בלעדיות – לא תיפתח מסעדה נוספת בבניין. נפתחה מסעדה נוספת, אהרוני גילה שהבניין הוקם על שני מגרשים, החלק השני היה שייך לחברה אחרת (הבניין היה בנוי באופן שבו לא היה ניתן להבחין בהפרדה). האם התקיימה הטעיה במחדל ? **השופט בייסקי (רוב)** – ברור שהבלעדיות הייתה קריטית, הוא לא היה יכול לדעת על המצב התכנוני של הבניין, שתיקת הבעלים היא הטעייה (ואולי אפילו תרמית). **השופט ח' כהן** – המערערים לא יצרו מצג שווא, לא ניתן להטיל אחריות. אהרוני היה יכול לגלות את המידע. **המרצה** מסכים עם בייסקי, המצב התכנוני היה מאוד חריג, לא הייתה סיבה לחשוש, באופן סביר הוא לא היה יכול לצפות אופציה כזאת.

מצבו של המטעה :

1. **פרופ' שלו** – יכול להטעות בזדון, בתו"ל או ברשלנות
2. **פרופ' צלטנר** – יכול להטעות בזדון או ברשלנות. אם זה נעשה בתו"ל – יבוא בגדר **ס' 14**.
3. **פרופ' דויטש** – הטעיה במחדל – רק בזדון. הטעיה במעשה – זדון, רשלנות או תו"ל.
4. **שמגר** – הטעיה יכולה להיות בזדון, מרמה או בחוסר תו"ל.

**המרצה** – אם זה נעשה בתו"ל – יבוא בגדר **ס' 14.**

**סעדים לטעות/הטעיה** : לאחר הוכחת יסודות העילה : ע"פ **ס' 20** – יש לטועה/למוטעה זכות ביטול. ע"פ **ס' 21** – כשחוזה מבוטל כל צד זכאי להשבה. ע"פ **ס' 22** – ניתן לקבל גם סעדים נוספים (למשל אם היה חוסר תו"ל).

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| הסעיף | גרימה ע"י הצד השני | ידיעת הצד השני | יסודיות | זכות הביטול |
| ס' 14(א) | לא נדרש | נדרשת | נדרשת | אוטונומית – אין צורך בביהמ"ש |
| ס' 14(ב) | לא נדרש | לא נדרשת | נדרשת | בשיקול דעת ביהמ"ש |
| ס' 15 | נדרש | נדרשת | לא נדרשת | אוטונומית – אין צורך בביהמ"ש |

 ע"פ **ס' 14(ג)** – אם הטעות ניתנת לתיקון (בהסכמת הצדדים) – אין צורך בביטול, ניתן להציל את החוזה. אם אדם רוצה לבטל את החוזה ללא להציע אפשרות תיקון – עלול להיחשב **כחוסר תו"ל.** סיבה נוספת לא לבטל את החוזה – ההבדל בין **ס' 14(א)** **לס' 14(ב)** – צד יכול לחשוב **שס' 14(א)** הוא זה שהתקיים, **ולא ס' 14(ב)** וכך הוא עלול להיחשב כמפר. אם המקרה הוא בגדר **ס' 14(ב) –** יש אפשרות לתיקון. ע"פ **דעות מלומדים :** שלו, פרידמן, נילי כהן – גם במקרים של הטעיה אפשר לתקן את החוזה מכוח ס' 14(ג) (למרות שאין התייחסות מפורשת בסעיף).

**ס' 19 – ביטול חלקי – אפשרי כאשר:**

* החוזה ניתן להפרדה לחלקים
* הטעות נוגעת לחלק אחד
* ביטול החלק ה"נגוע" אינו משפיע על שאר החוזה, אם יש תלות בין הרכיבים – לא יהיה אפשרי.

**ס' 14(ב) – ביטול באמצעות בימה"ש,** (הצד לא ידע/לא היה עליו לדעת) **יש ארבע אפשרויות תגובה:**

* לדחות את בקשה הביטול (נחמני נ' גלאור)
* ביטול חלקי
* ביטול מלא
* ביטול החוזה + חיוב הצד הטועה בפיצויים.

שיקולי בימה"ש בפעילות ע"פ **ס' 14(ב)** :

1. **מאזן התוצאות האפשריות** – השוואה בין הנזק שייגרם מקיום החוזה, לנזק שייגרם מביטולו (+התחשבות בפיצויים).
2. **משך הזמן שחלף** – ע"פ **ס' 20** יש לשלוח הודעת ביטול תוך זמן סביר, ייקבע מתוך הנסיבות.
3. **יכולת תיקון העוול לצד שכנגד באמצעות פיצויים** – למשל בנחמני נ' גלאור אם היו מקבלים את הביטול, תשלום הפיצויים היה הופך את הביטול ללא כדאי.

**ס' 16 – טעות סופר** : לא מצמיחה עילת ביטל. בימה"ש ישתמש בפרשנות, בעזרת שווי השוק. נטל ההוכחה הוא על הטוען לטעות סופר, נטל קשה (תמיד ניתן לטעון שנקבע מחיר מסוים בגלל תנאים מיוחדים וכו').

## עילת הכפייה –

**ס' 17 – כפייה**, מרכיבי העילה :

* קיום חוזה
* קיום כפייה (כוח, איום, לחץ)
* קש"ס סובייקטיבי בין הכפייה לבין ההתקשרות
* מקור הכפייה – הצד שכנגד / אחר מטעמו

**מהי כפייה ?**

1. **איום בפגיעה פיזית/ברכוש** – התקשרות מתוך פחד, הצד לא התכוון להתקשר, לא חתם מרצון חופשי.
2. **איום בפתיחה בהליכים פליליים** :

**ע"א 784/81 שפיר נ' אפל :** שפיר הוא בעל מיכלית להובלת חלב, עוסק בהובלה עבור אפל. הוא חשד שהמשיב שינה את הרישומים כדי להגדיל את הכנסתו. שפיר מגיע לביתו בליווי עו"ד – מטיח בו האשמות, מאיים לפנות למשטרה. אפל היה ניצול שואה, בנו איים להתאבד. המשיב חתם על חוזה לשלם למערער. למחרת, אשתו ובנו של המשיב התייצבו אצל עוה"ד עם הוכחות שהוא לא גנב, לסוף הם חותמים על התחייבות נוספת לשלם עוד. נטען שהתקיימה עילת הכפייה. **השופטת שטרסברג-כהן** – התקיימה כפייה, היא לא חייבת להיות הסיבה הבלעדית/המכרעת להתקשות – מספיק שהיא תרמה להתקשרות (הקלה בעניין הקשה"ס), איום בפתיחה בהליך פלילי מהווה כפייה, זה אינו נושא למו"מ חוזי או קלף מיקוח.

1. **כפייה כלכלית/לחץ כלכלי :**

**ע"א 8/88 רחמים נ' אקספומדיה** : חוזה לייזום יריד, רחמים בעל השטח ביצע עבודות הכשרה (50 א' דולר), נקבע שהוא יישא בעלויות הכשרת הקרקע. התברר שהיריד לא יצליח, רחמים איים שאם אקספומדיה לא תישא בעלויות, הוא יסגור את היריד. הוסכם שהמשיבה תשלם 40 א' ועד 10 א' אם יהיו רווחים (לאחר ייעוץ עם עו"ד – לא היה זמן לפנות לבימה"ש). המערערת ביקשה לבטל את החוזה מחמת כפייה – **בבימה"ש במחוזי** התביעה התקבלה. **השופט מלץ** – איום מפתיע עלול לגרום לנזק חמור, בייחוד כאשר המאוים פגיע – המשיבה חששה שכל ההשקעה תרד לטמיון (פגיעה). פנייה לערכאות לא הייתה אפשרות ריאלית, עומדת עילת הכפייה.

ישנו **תרחיש אלטרנטיבי** – היריד היה נסגר ואקספומדיה הייתה תובעת בגין הפרה, אבל בתרחיש שהתקיים רחמים היה זה שרודף אחרי הכסף ולא הם.

**ע"א 1669/93 מאיה נ' פנפורד** : מאיה רכש יהלומים ממספר יהלומנים, הוא השאיר להם המחאות דחויות ועוזב את הארץ (בשל קשיים כלכליים). שלוחו של מאיה פונה אל נושיו ומציע להם יהלומים בשווי 30%-70% בתמורה לוויתור על החוב, הם מסכימים. כשמאיה שב לארץ הם מבטלים את החוזה וטוענים שהתקיימה כפייה. **השופט חשין** – לכפייה יש תנאי כפול :

1. איכות – לחץ בלתי ראוי אינו תנאי מספק
2. עוצמה – שמעמידה את אחד הצדדים במצב שאין ברירה.

מאיה עזב את ישראל באופן מפתיע בלי לומר לאן, לא הודיע אם הוא ישוב ומתי, לא ידוע היכן היהלומים נמצאים, הפנייה נעשה באופן אישי במקומות וזמנים לא שגרתיים, לא הובאו בפני הנושים נתונים לגבי מצבו של מאיה והיהלומנים חששו שאם הם לא יחתמו על הודעת הוויתור הם יצאו באפס – ולכן שני התנאים מתקיימים ועומדת טענת הכפייה. **השופט שמגר** – לא התקיימה כפייה, היו ליהלומנים אופציות אחרות, החוזה צריך להתבטל בגלל שהוא מנוגד לתקנת הציבור (**ס' 30**). **השופט גולדברג (מיעוט)** – לא התקיימה כפייה, הם פעלו באופן מחושב וכלכלי, התכוונו לבטל את החוזה מלכתחילה.

**חשוב** – **התנאים של חשין** ! לפי שמגר וגולדברג – מאיה נהג בחוסר תו"ל, הוא לא מצטרף לעילת הביטול, אלא גם בצירוף לעילת הכפייה (לא רק בטעות והטעיה). **המרצה** – מסכים עם השופט גולדברג, אם מאיה היה נכנס לחדלות פירעון הנושים לא היה מקבלים סכום כמו שהם קיבלו, בימה"ש גרם לכך שאנשים לא ייתנו גם את הסכום הזה, אלא יפשטו רגל / יישארו בחו"ל.

**ע"א 6234/00 שאפ נ' בנק לאומי** : שאפ מבקשת הלוואה מהבנק, הם במצב כלכלי לא טוב, בתור בטוחה – בנק דורש מנהלי החברה יפתחו תכניות חיסכון אצלם + חתימה על כתבי ויתור. המנהלים מפסידים אבל החברה מתאוששת, הם טוענים שהתקיימה כפייה. **השופט מצא** : לא התקיימה כפייה, ע"פ המבחן של חשין – איכות ועוצמה, לא ניתן לטעון שהתקיימה כפייה בכל פעם שהתקיים לחץ כלכלי, ההוכחה היא קשה. יש לבחון את מידת סבירותם והגינותם של תנאי החוזה – הבנק נטל על עצמו סיכון במתן ההלוואה, הבטוחות שיקפו את הסיכון, תנאי העסקה היו סבירים ומקובלים.

**השופט מצא** **מטשטש את הגבול בין כפייה לעושק –** בחוק אין דרישה לגריעות תנאים כשזה מגיע לכפייה. הוא משתמש בגורם האובייקטיבי כממד עזר, אינדיקציה חיצונית (ולא יסוד), במקרים של כפייה כלכלית.

**ע"א 6493/95 דיור לעונה נ'** **קרן** : דיירי בניין התקשרו עם חברת דיור לעולה (עושה תמ"א 38). קרן הייתה בעלים של שתי דירות בבניין, הם סירבו לחתום – רצו לקבל ארבע דירות לאחר השיפוץ. הדיירים הפעילו לחץ כדי שהם יחתמו – קרן הסכימו, אך הם חזרו בהם. השכנים מתנכלים לקרן, החברה תובעת אכיפה וקרן טוענת שהתקיימה כפייה, החברה טוענת שהכפייה לא הגיעה מהם, אלא מהדיירים. **בימה"ש המחוזי** – פסק לטובת קרן. **בימה"ש העליון** – משאיר בצריך עיון את השאלה האם הדיירים היו הצד שכנגד. לא התקיימה כפייה מפני שבשלב הראשון האיומים לא היו קשים, האיומים הקשים הגיעו רק בשלב הראשון ולכן אין קש"ס בין ההתקשרות לאיומים. לא כל איום יכול להוות עילה לביטול חוזה.

פסה"ד של המחוזי מעלה אפשרות שניתן לטעון כפייה גם אם הלחץ לא נבע מהצד שכנגד/שלוחו.

ע"פ **ס' 17(ב)** – אזהרה בתום לב על הפעלת זכות אינה איום – **פס"ד** **איליט נ' אלקו** : אזהרה על שימוש בבטוחות אינה איום (למרות שאיום בפתיחת הליך פלילי אינו נושא למו"מ – **פס"ד** **שפיר נ' אפל**).

## עילת העושק –

**יסודות העילה :**

* קיום חוזה
* מצב ה"עשוק" – חולשה שכלית, חולשה גופנית, חוסר ניסיון.
* התנהגות הצד שכנגד – ניצול המצוקה ע"י הצד שכנגד/אחר מטעמו, ידיעה בכוח/בפועל על המצוקה.
* קש"ס סובייקטיבי – בין ניצול המצוקה להתקשרות בחוזה
* גריעות תנאי החוזה – גרועים במידה סבירה מן המקובל (אובייקטיבי)

**מצב העשוק – ע"א 403/80 סאסי נ' קיקאון :** חוזה להחלפת נכסי מקרקעין. שווי הדירה של סאסי – 72 א' לירות, שווי הדירה של קיקאון – 140 א' לירות. קיקאון עברה לדירה והיא גילתה שהיא אינה כפי שסאסי הציגו אותה (בעלת בעיות רבות). קיקאון מבקשת לבטל בעילת העושק. **השופט טירקל** – החולשה צריכה להיות כבדת משקל, חמורה ומתמשכת. **השופט לנדוי** – די גם בחולשה ארעית וחולפת. **השופטת שטרסברג-כהן** – מצטרפת ללנדוי, קיקאון הייתה חסרת ניסיון, ע"פ חו"ד פסיכיאטרית – נוטה לחרדות, קל להשפיע עליה. למרות שסאסי שטענו שהם לא ידעו על מצבה, הם היו אמורים לדעת, נקטו בעצימת עיניים רשלנית, ההבדלים בין ערכי הדירות הם משמעותיים.

**גריעות תנאי החוזה (ביחס למקובל) – ע"א 719/78 איליט נ' אלקו :** איליט היא חברה קבלנית, אלקו חברת הייטק. חוזה לבניית מבנה מתקדם. אלקו דרשה הפקדת ערבויות למקרה של עיכוב בביצוע, איליט התעכבה, אלקו הודיעה על כוונתה לממש את הערבויות. התנהל מו"מ קדחתני, איליט נטלה על עצמה התחייבויות וערבויות נוספות. לאחר סיום הפרויקט, איליט ביקשה לבטל את החוזה (השני) בגין כפייה ועושק. **השופט שמגר** – החוזה הוא חוזה ייחודי, אין סטנדרט מקובל ולכן בימה"ש יכריע ע"פ מה שנראה לו ראוי וצודק, תנאי החוזה לא היו גרועים במידה בלתי סבירה. ישנם **שלושה מצבים** :

1. **המקובל ידוע והוגן** – מאמצים את המקובל כאמת מידה.
2. **המקובל אינו ידוע** – בימה"ש יאמץ את אמת הצדק.
3. **המקובל ידוע, אך אינו הוגן ("מנהג סדום")** – ע"פ שמגר אין להתערב, ע"פ ברק – צריך עיון.

**היחס בין עילת העושק לעילת תוה"ל** **– ע"א 4839/92 גנז נ' כץ** : גנז הוא רווק בשנות ה-15, כץ הוא משדך. נכרת חוזה לשידוך – 100 א' דולר, תניה נוספת – אם אדם נוסף יעזור, גם הוא יקבל 100 א' דולר. השידוך מצליח, גנז משלם רק 20 א'. כץ מגיש תביעה, גנז מבקש לבטל בעילת העושק. **השופט קדמי** – עילת העושק לא מתקיימת – לא הוכח שגנז היה עם חולשה כלשהי או חוסר ניסיון, כן קיים חוסר תו"ל (ס' **12**), כץ נהג במנהג זאבים, אילו הצדדים היו נוהגים בתו"ל הם היו מגיעים למחיר חוזי בסך 45 א'. **השופט לוין** – לא היה עושק, בימה"ש לא יכול להעלות את עיקרון תוה"ל בשמו של גנז. **השופט זמיר** – מסכים עם לוין, מוסיף שגנז הוא איש עסקים, כבר השקיע סכומים כאלו בעבר, תוה"ל עלול לערער את היציבות החוזית.

**עילת העושק מאפשרת ביטול, אולי השבה, ואילו עיקרון תוה"ל מאפשר פיצויים/שינוי תנאי החוזה.**

## חוזה פסול -

**ס' 30 -** חוזה **שכריתתו**, **תכנו** או **מטרתו** הם **בלתי** **חוקיים**, **מוסריים** או **נוגדים את** **תקנת** **הציבור** **בטל**.

**ס' 31 –** אם החוזה בוטל לפי ס' 30, בימה"ש יכול לפטור צד מן החובה ע"פ ס' 21 – השבה לאחר ביטול (אם מצא לנכון) כולה או חלק ממנה, ואם צד אחר ביצע את החוזה – לחייב את הצד השני בקיום החוב שכנגד – כולו או חלקו.

בעבר, בימה"ש היה מנער חוצנו מחוזים פסולים, רצון ליצור הרתעה בעזרת שלילת האכיפות המשפטית, גישה זו יצרה בעיות. כיום, קיימת גישה שונה – מתבטאת באמצעות **ס' 30** שקובע את בטלות החוזה, **וס' 31** שקובע שיתקיימו הסדרי השבה גם על חוזה פסול, נותן שק"ד לבימה"ש – לפתור מהשבה, להורות על ביצוע וכו'. חוזה בלתי מוסרי נבלע לתוך חוזה שסותר את תקנת הציבור.

### חוזה בלתי חוקי

1. **כריתה בלתי חוקית** – קיימות הוראות מסוימות שנוגעות לכרית חוזה שכמדובר בחוזים של רשויות.

**ע"א 3910108 מ"מ כפר קרע נ' מד"א** : מד"א סיפקה שירותי נט"ן למועצה. ע"פ **ס' 139** לצו המועצות המקומיות – יש חיוב שחתימת הגזבר תופיע, אך הוא לא חתם. השירות ניתן במשך שנים ארוכות, אבל המועצה לא שילמה וטענה כי החוזה פסול. **השופט דנציגר** – משתמש **בס' 31**, מד"א נתנה את השירות, המועצה שילמה במשך 13 שנה בלי ערעור, טענת אי החוקיות היא התנהגות בחוסר תו"ל.

יש לשים לב לכמה דברים בפסה"ד – **אי החוקיות אי שולית ואגבית, מידת הביצוע של הצדדים, ניתן לקבל הכשרה בדיעבד, תוה"ל היווה שיקול מכריע**.

1. **חוזה בלתי חוקי** – למשל חוזה עסקת סמים, לעיתים נדירות חוזים כאלו ישתכללו בכתב.
2. **מטרה בלתי חוקית** – למראית עין החוזה נראה הוגן, אך מסתתרת מטרה שאינה חוקית, למשל – חוזה שכירות למגורים, כשבעצם המטרה היא הפעלת קזינו.

מה יקרה במצב שבו רק צד אחד מודע למטרה הלא חוקית? **פרופ' פרידמן** : להפריט חוזה כזה כלפי הצד המיודע – זה יהיה חוזה בלתי חוקי, ולצד התמים זה יהיה חוזה אכיף. **הפסיקה** – מטפלת בזה ע"י **ס' 31.**

### חוזה שמנוגד לתקנת הציבור

בעבר תקנת הציבור הייתה מצומצמת :

1. חוזה שכלל תניות הגבלת עיסוק (החלפת מקום עבודה).
2. תניות פטור בגין נזקי גוף.
3. חוזים בלתי מוסריים מתחום האישות.

**סיבות לצמצום** : עיקרון חופש החוזים (חוזים יש לקיים), "סוס פרוע" – חשש מהרחבה, בעבר בימה"ש התנער מחוזים פסולים – העלימו עין.

כיום, בימה"ש לא נרתע מהרחבת הקטגוריה של חוזים הנוגדים את תקנת הציבור – דוגמאות : **ע"א 148/77 רוט נ' ישופה** : חוזה למכירת דירה, רוט הוא קבלן, ישופה הוא קונה. הדירה נמסרה באיחור של חצי שנה, המפרט לא תאם את הדריה. ס' 10 בחוזה קבע שקבלת חזקה בדירה מהווה ראיה חלוטה לכך שהחברה עמדה בהתחייבויותיה, ס' 9 לחוזה – הקונים יישאו בכל הנזקים הנובעים מסירובם לקבל חזקה בדירה. **השופט שמגר (מיעוט)** – ההסדרים מנוגדים לתקנת הציבור, ס' 10 יוצר ויתור על תביעה עם קבלת חזקה. **השופט אלון (רוב**) – ההסדר לא נוגד את תקנת הציבור, אך יש לפעול מכוח ס' 39 (תוה"ל).

כביכול, השופטים הגיעו לאותה תוצאה. אבל ישנו הבדל – כאשר קובעים שהסדר מסוים נוגד את תקנת הציבור – הוא בטל לחלוטין ויורד מהאופציות החוזיות הקיימות, **שמגר** – לא יתקיימו הסדרים כאלו כלל, **אלון** – יש לבחון האם הם התקיימו בתו"ל או לא (בשם חופש החוזים). בייחוד בחוזים אחידים – קיימת אפשרות שהסדרים כאלו נוגדים את תקנת הציבור, אך היא אינה מוחלטת.

**שווין ומניעת אפליה** : **דגנ"ז 4191/97 רקנט נ' ביה"ד הארצי לעבודה** : דיילי אוויר באלעל פורשים בגיל 60, לעומת דיילי אוויר שפורשים בגיל 60. רקנט טען שיש יחס מפלה. ביה"ד לענייני עבודה – פוסק נגד רקנט. **בדיון ראשון בבג"ץ – זמיר ובייניש** : ע"פ חוק שוויון הזדמנויות בעבודה : מי שיפרוש אחרי כניסת החוק לתוקף זכאי לפיצוי, מי שפרש לפני – לא זכאי לפיצוי. שני הצדדים הגישו ערעור – האם גיל הפרישה מנוגד לתקנות הציבור ? **השופט ברק** : עיקרון השוויון הוא עיקרון יסוד, תקנת הציבור מאפשרת ייבוא עקרונות יסוד לתוך עולם המשפט. גם חופש החוזים הוא עיקרון יסוד חשוב, אבל עיקרון השווין גובר :

1. הסכם קיבוצי – לא משקף את הפרט באופן מספק.
2. אל על היא מעסיקה ממשלתית.
3. אפליה מחמת גיל היא חמורה ביותר, ויש לעקור אותה מהשורש.

**המרצה** : הסכם קיבוצי מחזק את העובדים, אפליה מחמת גיל אינה חמורה במיוחד (כמו לאום או מגדר). האם באמת התקיימה אפליה ? הרי התפקידים שונים, המשימות של דיילי האוויר קשות יותר. ברק מתפעל את תקנת הציבור באופן רטרואקטיבי : ההסדר לא היה תקף אף פעם, הוא מכיל את ערכי החברה למפרע. **זמיר ובייניש (מיעוט)** – תקנת הציבור היא כלי מסוכן בכל האמור לביטול חוזים, יש להפעיל אותה ביחס להסדרים שמקוממים את האדם הסביר (ולא הנאור), אלעל הטיבה עם דיילי האוויר בדרכים אחרות, הייתה הסתמכות רבת שנים, הסתמכות ערך חשוב. **המרצה** : מסכים עם זמיר ובייניש, יש חשיבות לפיצוי דיילי האוויר באופן אחר.

**תניות הגבלת תחרות** : **ע"ע 164/99 פרומר נ' רדגר** : פרומר הוא מהנדס תוכנה בכיר ברדגר, בחוזה הייתה תנייה שלפיה אסור לו לעבור לחברה מתחרה למשך 22 חודשים מסיום העסקתו. הוא עובר לעבוד בצ'ק פוינט שלושה חודשים לאחר סיום העבודה ברדגר. רדגר מנסה לסכל את המעבר שלו. **הנשיא סטיב אדלר** – באיזון בין חופש החוזים לחופש העיסוק, **חופש העיסוק גובר** : חילוף הוא חיוני למשק, זכות יסוד חופש העיסוק, יחסי כוחות לא שוויוניים (עובד-מעביד). אבל קיימים **ארבעה חריגים** – **סוד מסחרי**, **הכשרה מיוחדת** שהעובד קיבל, תפקידים המאופיינים **בחובת תו"ל ואמון** (בכירים בד"כ). רגדר טענה שפרומר נחשף לסודות מסחריים. אין לקבל את התניה – פרומר הגיע עם כל הכישורים הנדרשים, הסוד המסחרי כבר אינו בגדר סוד כבר תשעה חודשים, שני הצדדים נהגו בתו"ל (עובד מסור ואחראי), אין הפרה של יחסי האמון. בהעדר טעמים מיוחדים **חופש העיסוק גובר** – הוא **מעוגן בחוק יסוד**, **חשיבות ההגשמה העצמית** של עובדים, **הכוחות הם בידיי המעביד**, **חשיבות השוק הפתוח להתפתחות הכלכלה וחשיבות של מעבר עובדים לשוק הפתוח**. הסיבות **להגבלת חופש העיסוק** : חשש משימוש **בסוד מסחרי** שלא כדין, המעסיק השקיע **משאבים מיוחדים בהכשרה**, העובד **קיבל תמורה עבור הגבלת** חופש העיסוק, **בחינת תוה"ל ויחסי האמון** בין הצדדים.

באופן כללי, חופש העיסוק גובר, בהעדר טעמים מיוחדים יש לאפשר מעבר עובדים. נטל ההוכחה שאחד מן התנאים מתקיים הוא על המעסיק. אפילו אם הוא הצליח בנטל ההוכחה, עליו להוכיח שהיא עמדה במבחן הסבירות : משך הגבלה סביר (לא עשרות שנים וכו'), היקף ההגבלה (לא ניתן לאסור על עבודה בכל מקום), באילו תפקידים אסור לשמש ? – בימה"ש ייתן את הדעת על שלושת הפרמטרים.

למרות שבפועל פרומר ניצח, הוא בעצם הפסיד מפני שהתקבל צו מניעה זמני – צ'ק פוינט לא תחכה לו עד שיסתיימו ההליכים המשפטיים. כיום, המצב השתנה וקשה מאוד לקבל צו מניעה נגד עובד.

**מחקרה של אנאלי סאסוניאן :** השוואה בין שני איזורי הייטק בארה"ב – עמק הסיליקון ואזור 128. היא הגיעה למסקנה שעמק הסיליקון הצליח בגלל שבבוסטון אכפו תניות הגבלה, ובעמק הסיליקון לא.

 יש להתחשב **בהגשמה העצמית** של העובדים, חופש העיסוק **זכות יסוד** **ויחסי כוחות בלתי שוויוניים**

**דרכים אלטרנטיביות ליישוב סכסוכים : ע"א 66/188 חיימוב נ' חמד** : חיימוב הוא בעל חנות בת"א, חמד הוא חלפן כספים (באותה תקופה היה אסור על סחר במטבע זר), הוא חש שהמשטרה רודפת אחריו, הוא נכנס לחנות והשאיר בה 50 א' ₪, הוא מגיע לאסוף אותה אך היא לא נמצאת. שניהם הולכים לחוסרי מטבע זרים (בוררות) – פוסקים שעל חיימוב לשלם 40 א'. חיימוב משלם 25 א', ובסופו של דבר הוא מגיש תלונה למשטרה (סחיטה ואיומים). בימה"ש המחוזי – מכבד את החלטת הבוררים, פוסק שעליו לשלם את ה-15 הנותרים. **השופט שמגר** : עמדה לחיימוב עילת הכפייה, רק שהוא לא ביטל תוך זמן סביר. פסק הבוררות מנוגד לתקנת הציבור – בימה"ש לא יסייע לגורמים עבריינים, אופי הבוררים נוגד את תקנת הציבור (יכול להיות שע"פ הגישה הקלאסית חיימוב לא היה מקבל דבר – בימה"ש היה מנער את חוצנו).

**שיקולי בימה"ש בהפעלת ס' 31 :**

1. מיהו החוטא הגדול יותר
2. האם כל החוזה פסול או רק הסדרים מסוימים
3. האם אי החוקיות שולית ואגבית או עיקרית
4. מידת הביצוע של כל אחד מן הצדדים
5. האם אפשר לבצע הכשרה בדיעבד
6. מידת תוה"ל של כל אחד מהצדדים
7. השפעה על צדדים שלישיים תמי לב

**רע"א 3910/08 מ"מ כפר קרע נ' מד"א** – ר' לעיל : אי החוקיות שולית ואגבית, ניתנת להכשרה בדיעבד, מד"א ביצעה את החוזה – המועצה שילמה במשך שנים, המועצה נהגה בחוסר תו"ל.

**ע"א 698/89 שילה נ' בארי** : שילה זכו במכרז שמאפשר להם לבנות על מקרקעין, הם כורתים חוזה עם קבלן שכורת חוזה עם בארי. הבניה בוצעה תוך חריגות קשות מהיתרי הבנייה, הרוכשים בכל זאת נכנסים לדירה – תובעים את הקבלן שמצרף את שילה. שילה טוענים לאי חוקיות ומבקשים לבטל את החוזה. **השופט אור** : מפעיל את שקה"ד שניתן לבימה"ש מכוח **ס'** **31** – הרוכשים לא היו מודעים לאי החוקיות. אם לא תתבצע אכיפה – הפגיעה בקונים תהיה משמעותית, הם **צדדים שלישיים תמי לב** – פיצוי לא ישפה אותם באופן ראוי, יש לבצע אכיפה. **ניתן להכשיר את החוזים בדיעבד** ע"י קבלת היתרים.

יש לשים לב – **ס'** **31** מפנה **לס' 19** שעוסק בביטול חלקי של החוזה !

**ע"א 139/78 סולימני נ' כץ** : סולימני הם רוכשים, כץ הוא קבלן ובנו הוא אדריכל. חוזה לרכישת דירת גג, ס' 7 לחוזה – כץ יקים בריכה בין אם יושג היתר ובין אם לא. החברה מסרבת לבנות את הבריכה, סולימני מבקשים לבטל את החוזה. האם ניתן לבטל את החלק העוסק בבריכה להשאיר את שאר החוזה ? **השופט אור** : ניתן לבצע ביטול חלקי מכוח ס' 19 בהתקיים 3 תנאים מצטברים :

* החוזה ניתן להפרדה לחלקים
* עילת הביטול נוגעת רק לחלק אחד בלבד (או לכמה חלקים שניתנים להפרדה).
* ניתן לבטל את החלק הבעייתי בלי להשפיע על שאר חלקי החוזה.

ניתן לפצל את הבריכה מדירת הגג, עילת הביטול מתייחסת רק לבריכה, נקבעה תמורה נפרדת לבניית הבריכה, אפשר לבצע פיצול מן התמורה הכללית – לא ייווצר הסדר שונה מהותית ללא הבריכה. **המרצה** – זהו מהלת בעייתי, סולימני העידו על חשיבות הבריכה (החוזה מעיד על כך), היכולת להפריד את החוזה בצורה פורמלית – אינה המדד שהצדדים ראו בעת כריתת החוזה. סולימני היו צריכים ליצרו חוזה כל תנאי – מתן היתר לבניית הבריכה הוא תנאי מתלה לקיום החוזה, למרות שקבלת היתר לוקחת זמן וזה היה עלול לעכב את שאר החוזה. לרוב, התנאי השלישי (חוזה שונה מהותית) **בס' 19** לא יעבור בצורה חלקה.

## כשרות משפטית ואפוטרופסות –

יש דברים שנועדו לממש את רצונות הצדדים בקשר, **הכשרות המשפטית** נכנסת לעניינים שקשורים ל**תוה"ל** ו**לתקנת הציבור** : שלושתם נועדו כדי להגן על צדדי החוזה ועל הפרט. המקרים המוכרים לעניין זה הם **קטינים** ו**פסולי דין.**

ע"פ **ס' 1** לחוק הכשרות המשפטית – כל אדם כשיר לזכויות ולחובות, ע"פ **ס' 2** – כל אדם כשיר אלא אם כן הוא מוגבל ע"י החוק/בימה"ש. **ההבדל** העיקרי בין הסעיפים – אם הורישו לקטין נכס, הוא כשיר לזכויות ולחובות, אבל הוא לא יוכל לממש פעולות משפטיות לבדו (ללא אפוטרופוס). יש רצון **להגביל את חופש החוזים** לקבוצות האלו מתוך רצון להגן עליהן – קבוצות חלשות שלא בהכרח מסוגלות לדאוג לאינטרסים שלהן.

**ס' 4 לחוק הכשרות** – פעולה של קטין צריכה להיות בהסכמת נציג, ההסכמה אינה בהכרח תנאי לפעולה אלא היא מחסנת את החוזה מפני ביטול, אמנם יש מקרים בהם ההסכמה נותנת את התוקף.

**כשרות כמעט מלאה : ס' 6** על פעולות **שדרכם של קטינים לעשות** (בגילו של הקטין), או על פעולה עם אדם שביצע עסקה אבל הוא **לא ידע / לא היה עליו לדעת שהצד השני הוא קטין** (שני תנאים מצטברים). **סייג** לכך – אם היה בפעולה **משום נזק של ממש** לקטין או לרכושו. **יש תוקף לפעולה המשפטית – אבל הנציג יכול לבטל את הפעולה !**

**ס' 5 –** פעולה משפטית של קטין ניתנת **לביטול ע"י הנציג שלו/היועמ"ש** – חודש ימים לאחר שנודע להם על הפעולה, ואם זה לא נודע להם (ולא במקרה שהם ידעו אך בחרו שלא לבטל) – **הקטין יכול לבטל תוך חודש ימים מעת היותו בגיר.**

**כשרות משפטית מוגבלת : ס' 6א' –** לפעולות משפטיות מסוימות אין תוקף ללא הסכמת נציג : פעולות בעלות מחויבות גדולה יותר, פוטנציאל נזק גדול יותר (למשל רכישת נכס באשראי, שכירות נכס וכו') – לא תהיה הכבדה לשוק אם תידרש הסכמה מראש.

**רכישה במזומן – ס' 5, רכישה באשראי – ס' 6א !**

**ס' 7 :** ישנן פעולות שבמסגרתן יש צורך באישור בימה"ש ואישור האפוטרופוס אינו מספיק – מפורטות **בס' 20 (לגבי קטין) –**

* 1. העברה, שעבוד, חלוקה או חיסול של יחידה משקית בחקלאות, בתעשיה, במלאכה או במסחר, או של דירה;
	2. פעולה שתקפה תלוי ברישום בפנקס המתנהל על פי חוק;
	3. נתינת מתנות, זולת מתנות ותרומות הניתנות לפי הנהוג בנסיבות הענין;
	4. נתינת ערבות;
	5. פעולה משפטית בין הקטין לבין הוריו או קרובי הוריו, זולת קבלת מתנות הניתנות לקטין.

**ס' 47 (לגבי חסוי) –** אפוטרופוס לא מוסמך לייצג את החסוי מבלי אישור בימה"ש מראש:

* + 1. העברה, שעבוד, חלוקה או חיסול של יחידה משקית בחקלאות, בתעשייה, במלאכה או במסחר, או של דירה;
		2. השכרה שחוקי הגנת הדייר חלים עליה;
		3. פעולה שתקפה תלוי ברישום בפנקס המתנהל על-פי חוק;
		4. נתינת מתנות זולת מתנות ותרומות הניתנות לפי הנהוג בנסיבות הענין;
		5. נתינת ערבות;
		6. פעולה אחרת שבית המשפט קבע, בצו המינוי או לאחר מכן, כטעונה אישור כאמור.

בסעיפים האלו מתוארות פעולות משפטיות שטעונות אישור בימה"ש, נטולות תוקף בלעדיו. אלו פעולות מורכבות יותר, קיימת פחות דאגה בקשר להכבדה על השוק. לא מצוינות פעולות בעלות פוטנציאל נזק גבוה יותר (למשל ניתוח), מניחים שהאפוטרופוס דואג לטובת הקטין, לעומת פעולות אחרות בהן עלול להיות ניגוד אינטרסים (למשל ילד שירש נכס מסבתו).

**בג"ץ 709/79 כהן נ' משרד הביטחון** : כהן והוריו התחייבו לכך שהוא ישרת בקבע 3 שנים בתמורה ללמידה בפנימייה צבאית, כהן מתבגר ומתגייס לאחר שנה וחצי של שירות, הוא מבקש לבטל את החוזה. **השופטים בייסקי ובכור (רוב)** – הפעולה נכנסת לגדר ס' 5, ההורים לא ביטלו את הפעולה, וגם כהן עצמו לא ביטל אותה תוך 30 יום מיום היותו בגיר (למרות שגם אם הוא היה מבטל לא היה לזה תוקף מפני שההורים נתנו את הסכמתם). כהן קיבל המון הטבות מהצבא, ביטול לאחר כל זה הוא חוסר תו"ל. **השופט כהן (מיעוט)** – קיימות שתי פעולות משפטיות נפרדות : מהרגע שההורים נתנו את ההסכמה – החוזה תקף. לעומת זאת, לא יהיה בהכרח תוקף לביצוע שירות הקבע (פעולה נפרדת) – ההורים נתנו הסכמה מכללא, ברגע שהם לא ביטלו את ההסכמה החוזה תקף, בכפוף לחובת תוה"ל. **בעייתיות** בדעה זו – נדרשת הסכמה נוספת ואז ההורים יכולים לבטל אותה.

**ע"א 112/79 שרף נ' אבער** : הורים רוכשים דירה בשמה של ביתם ומבקשים למכור אותה (בלי אישור בימה"ש), רישום העסקה נעשה לאחר שהיא הפכה בת 18. ההורים לא מקיימים את החוזה, הצד שכנגד פונה לבימה"ש. האם נכרת חוזה ? **השופט כהן (מיעוט)** – ישנן שני פעולות : התחייבות לחוזה והעברת הנכס עצמו, רק הפעולה השנייה צריכה אישור בימה"ש. מהרגע שהבת הפכה לבגירה – אין צורך באישור והפעולה תקפה, הוא מגיע למסקנה שההצהרה שהקטינה נתנה אינה ביטול. **השופטים ברק ושמגר (רוב)** – יש להבחין בין שני מצבים – מקרה שההורים ביצעו את החוזה בשמו של הקטין – ע"פ ברק זהו חוזה מכללי ויש להביא אותו לבימה"ש תוך זמן סביר. לעומת זאת, מקרה שבו הקטין ביצע את הפעולה בעצמו – הוא אומר שהחוזה הוא על תנאי מתלה, שהוא אישור בימה"ש (לכן החוזה לא ניתן לביטול בזמן שממתינים לאישור בימה"ש). במקרה הזה, בגלל שהקטינה הפכה לבגירה התנאי המתלה הופך מאישור בימה"ש לאישורו של הקטין – אם הקטין לא נתן את הסכמתו, החוזה לא נכנס לתוקף. במקרה זה, הקטינה לא הביעה הסכמה אלא התנגדות, ולכן החוזה לא תקף.

**ע"א 614/84 ספיר נ' אשד-** ספיר,אפוטרופוסים של חסויה ניהלו מו"מ למכירת דירתה של החסויה. בשלב מסוים אחד האפוטרופוסים חזר בו בטענה שהעסקה כבר איננה כדאית. אשד פנו לבית המשפט ע"מ לאכוף את החוזה בטענה של חוסר תום לב. **השופט שמגר -** על האפוטרופוס שייצג את טובת החסויה תוך כדי שיקולים של פגיעה בצד השני, במקרה שלנו הוא אכן עשה זאת ואין לאכוף את החוזה.

# חוזים אחידים -

הרוב המוחלט של החוזים הם חוזים אחידים – חוזים **שהוכנו** **מראש** לפי **תבנית** ומשמשים **למספר עסקאות**. **יתרונות החוזים האחידים :**

1. **חיסכון בעלויות העסקה** – עלויות מו"מ, זמן הוא משאב יקר.
2. **חסכון בהכשרת עובדים** – קיימים טפסים מסוימים שניתן להסתמך עליהם ללא עלויות הכשרה.
3. **חסכון בעלויות פיקוח** – אין צורך לבדוק מה עובד עושה, הוא לא מבצע מו"מ, רק מחתים לקוחות.

**חיסרון מרכזי** – חוזים אחידים **לא ניתנים לשינוי**, יש חשש שחוזים חד צדדים **לא מעוצבים בצורה הוגנת**. מענה לכך : תחרות/שוק חופשי : אם קיים הסדר לא הוגן, ישנו בעל עסק שיציע הסדר טוב יותר, התחרות אמורה לאזן את חוסר השוויון, התחרות תלויה במספר גופים : **מידע** – גם אם בעל עסק מנסח חוזה טוב יותר, אנשים לא קוראים אותו, מה שמשנה זה המחיר ולכן התמריץ לתחרות אינו גבוה. בכל ההסדרים מעבר למחיר – אנו פגיעים ומועדים לפורענות. אם התחרות לא פותרת את הבעיה ישנם **עוד שני מנגנונים** – **רגלוציה** : פיקוח על גזרות במשק, אך רגולציה היא יקרה ולא תמיד יעילה, לרגולטור אין תמיד את כל המידע. **תביעות במשפט הפרטי** – ע"פ חוק החוזים האחידים.

קיימים בחוק ארבעה **מונחי יסוד** :

* חוזה אחיד – חוזה שמשתכלל בהעדר מו"מ
* ספק - הצד שמנסח את החוזה
* לקוח – הצד שמקבל את החוזה
* עילת קיפוח – העילה המרכזית, מאפשרת לשנות/לבטל תניות לא הוגנות הפוגעות בלקוחות

הקימו גם בית דין לחוזים אחידים, אבל רק ארגונים יציגים, ועדים או היועמ"ש יכולים לפנות אליו. הפרט יכול לפנות לבימה"ש באופן רגיל, אבל זכייתו תשפיע רק עליו ולא על כל מי שהתקשר בחוזה.

**חוזה אחיד** – מוגדר **בס' 2** לחוק החוזים האחידים :

* **נוסח של חוזה**
* **תנאיו או מקצתם נקבעו מראש** – אין מו"מ מקדים.
* כדי שישמשו תנאים **לחוזים רבים**
* בין מנסח החוזה אחיד לבין **מספר אנשים בלתי ידועים במספרם או בזהותם**

**האם תקנון יכול להוות חוזה אחיד ?** **ע"א 1795/93 קרן גמלאות של חברי אגד נ' יעקב** – חזקה מקפחת 4(2): נהג שמעל בכספי החברה, הוחלט לסלק אותו מהאגודה. התקנון של אגד קובע שנהג שסולק מאבד את הזכאות לפנסיה. יעקב טען שזהו תנאי מקפח בחוזה אחיד, לעומת זאת אגד טענה שזהו תקנון שאומץ ע"י כל החברים למען כולם, לא מדובר בחוזה אחיד בעל צד חזק וחלש, ניתן לשנות את התקנון עם רוב מסוים. **השופט אנגלרד –** התקנון הוא כן חוזה אחיד, מאמץ מבחנים מהותיים

1. מהות היחסים בין החבר לאגודה מבחינת יכולות כלכליות (פעילות כלכלית)
2. מהי השפעת החבר הבודד על מעמדו
3. האם קיים ניגוד אינטרסים בין החבר הבודד לבין שאר חברי האגודה.

יש פער משמעותי בין הכוח של חבר האגודה והאגודה, זהו חוזה אחיד והתניה היא מקפחת. **השופט חשין** מוסיף שכאשר התניה כל כך קיצונית יש להשתמש בה בזהירות רבה.

**ע"א 568/88 בית יהונתן בע"מ נ' היועמ"ש –** חזקה מקפחת 4(5) : החברה הקימה בניין לרופאים, ניסחה חוזה אחיד, נטען שקיימת תניה מקפחת בית יהונתן ניסו להתגונן בטענה שמכיוון שכל הלקוחות רופאים, לא נכון לומר שהם בלתי מסוימים. **בימה"ש** דחה טענה זו מכיוון שעדיין זהות הרופאים עצמם אינה ידועה. התקיימה תניה בחוזה שמחייבת את הרופאים להתקשר עם חברת שירותים במשך 7 שנים, שנה מראש על סיום ההתקשרות – **בימה"ש** קיצר את התקופה לחמש שנים והודעה חצי שנה מראש.

המונח "**תנאי**" מוגדר ב**ס' 2** לחוק החוזים האחידים :

* תניה בחוזה אחיד – כל תניה שמופיעה בדפוס החוזה
* לרבות תניה המאוזכרת בו – גם אם התניה מפנה למקום אחר למשל תקנון וכו'.
* וכל תניה אחרת שהיא חלק מההתקשרות – גם שלט יכול להוות חלק מתנאי (למשל שלט בכניסה)
* למעט תניה שספק ולקוח הסכימו עליה – אם התקיים מו"מ לגבי תנאי מסוים, הוא מוחרג

זו תניה רחבה – שמאפשרת מרחב תקיפה נרחב. חוק החוזים האחידים נותן ללקוחות יותר אופציות.

בעייתיות בהחרגה – חתימה ליד סעיף מסוים בחוזה אחיד נותנת לספק בסיס לטעון שאותו הסכם הוא מוחרג מתכולת חוק החוזים. **המרצה** – מאמין שהחתימה לא תמנע את יכולת הלקוח לתקוף את ההסכם, אבל אם באמת התקיים מו"מ – יש בסיס לטעון שההחרגה מתקיימת.

סוגי התנאים שעליהם לא יחול החוק – מפורטים **בס' 23** :

1. **תנאי הקובע את התמורה הכספית** – באופן רגיל תניות המחיר מוצאות מחוץ לחוק, ההנחה היא שגם אם אנשים לא קוראים את החוזה, הם כן מתעניינים במחיר.
* **חריג** : תניות המאפשרות לספק לשנות מחיר או להתאים אותו לאחר חתימת החוזה.
1. **תנאי התואם חיקוק** – אם המחוקק נתן את דעתו בעניין מסוים, בימה"ש לא יתערב.

**ע"א 825/88 ארגון שחקני הכדורגל נ' ההתאחדות לכדורגל :** שני תנאים שהופיעו בתקנון ההתאחדות הותקפו בבית הדין :

1. שחקן חייב אישור מההתאחדות לבצע מו"מ לעבור לקבוצה אחרת (לא בתקופת ההעברות).
2. שחקן חייב אישור קבוצה כדי להשתתף בפרסומת.

ההתאחדות טענה שהתקנון חסין מפני שהוא הותקן מכוח ס' 10 לחוק הספורט (נופל בגדר ס' 23(2)), הטענה התקבלה בביה"ד. **הנשיא שמגר** – לתקנון אין מעמד של תקנה, ההתאחדות אינה רשות מנהלית – התקנונים אינם חסינים מהתערבות, הדין הוחזר לביה"ד לחוזים אחידים.

1. **תנאי התואם הסדר באמנה בינלאומית שישראל צד לה.**
2. **הסכם קיבוצי** – התפיסה היא שיש איזון בכוחות, החוזים מעוצבים ע"י ועדים בעלי יכולת השפעה.

**ע"פ** **ס' 3 (תנאי מקפח וביטולו)** – בימה"ש יכול לשנות/לבטל תנאי בחוזה אחיד שיש בו משום קיפוח, או יתרון בלתי הוגן לספק (שעלול לגרום לקיפוח). שני מונחים חשובים – **קיפוח** ו**יתרון בלתי הוגן** : השופט ברק אמנם מאר שאין דרך להגדיר את המנוח באופן ברור, אך בפס"ד קסטנבאום הוא מציע **את מבחן ההגינות והסבירות**. הקיפוח לא חייב להיות כלכלי – אם הגנה מעבר לנתפס כראוי, זה יהיה תנאי מקפח. יש לבחון את התנאי המקפח ביחס למכלול החוזה – ביחס להסדרים אחרים, הוא יכול להיחשב כלא מקפח. **נסיבות נוספות** שיש לקחת בחשבון :

1. **מעמדו הכלכלי של הספק בשוק** – כלל שהוא קרוב יותר למונפול / ליגופול (מס' ספקים שולטים), יש חיזוק לטענת הקיפוח.
2. **הפער בין מעמד הספק למעמד הלקוח**
3. **חיוניות השירות/המוצר** – ככל שהוא יותר חיוני, בימה"ש ייטה להתערב יותר.
4. **הערך המעורב מבחינת הלקוח** – ככל שמדובר בערך חשוב יותר הנטייה תגבר.
5. **הלחץ והמצוקה בו נתון הלקוח בעת החתימה.**

**ס' 4 – חזקות קיפוח** : הרעיון הוא שעל הלקוח להוכיח שהתקיימה אחת מהחזקות, ואז נטל ההוכחה עובר אל הספק להצדיק את התניה. כמובן שקיימים גם הסדרים שלא נכללים בס' 4, במקרים כאלו נטל ההוכחה יהיה יותר קשה.

1. **תנאי הפוטר ספק באופן בלתי סביר מאחריות המוטלת עליו ע"פ חוק** : **ע"א 449/85 יועמ"ש נ' גד** : א. בחוזה נקבע שקבלת החזקה בדירה ע"י הרוכש תהווה הוכחה מכרעת שאין בה פגמים, ב. אישור מאדריכל הבניין/רשות מוסמכת בנושע לתקינות רכוש משותף תהווה הוכחה מכרעת, ג. ואחריות החברה על פגמים תוגבל לשנה אחת בלבד. בימה"ש ביטל את ס' ג'
2. **מקרה בו הספק מאפשר לעצמו לשנות, לבטל או לדחות חיובים** : **ביועמ"ש נ' גד** – סעיף 2.3 אפשר לחברה לדחות את מועד מסירת הממכר באופן בלתי מוגבל, בימה"ש אישור להם עיכוב של עד 90 יום.
3. **תנאי המאפשר לספק להעביר אחריות לצד שלישי** – חשש מהתנערות מאחריות והעברתה לגורמים מפוקפקים.
4. **תנאי המעניק לספק את הזכות לשנות מחיר או חיובים מהותיים, זולת אם הדבר תלוי בנסיבות שאינן בשליטת הספק** –

**רע"א 1185/97 מילגרום נ' מרכז משען** : משען מנהלת בית אבות רגיל וסיעודי, סעיף 9(ג) בחוזה קבע שאם יהיה צורך להעביר את גב' מילגרום לבית האבות הסיעודי, המחיר יהיה לפי התעריפים שיהיו מקובלים מעת לעת. משען העבירה אותה לבית האבות הסיעודי, המשפחה התנגדה לשלם. משען מגישה תביעה, המשפחה טענה שזהו הסדר מקפח. **הנשיא ברק** – זהו חוזה יחס : נמשך לאורך זמן, בחוזים כאלו קשה לצפות התרחשויות מראש. בחוזה יחס, יש קושי להתחקות אחר כוונת הצדדים, יש לבחון ע"פ עקרונות הסבירות, הוגנות, תוה"ל, מוסריות וחברתיות. ההסדר הוא בחזקת ס' 4(4) ומשען לא הרימה את נטל ההוכחה – ההסדר הוא מקפח, למרות שלא הוכח שהמחיר שהם תבעו היה לא הוגן. הדרך הנכונה לביצוע החוזה הייתה לקבוע מחיר מסוים + הצמדה למדד. הם לא קיבלו כסף משום שהעלו את טענת עשיית עושר שלא במשפט מאוחר מדי.

1. **תנאי המחייב את הלקוח להיזקק לספק באופן בלתי סביר, או המונע ממנו להתקשר עם אחרים. פס"ד איגוד שחקני הכדורגל נ' התאחדות הכדורגל** (ר' לעיל). **פס"ד בית יהונתן נ' היועמ"ש** : (ר' לעיל) קיצור תקופת ההתקשרות עם חברת השירותים, וקיצור זמן ההודעה מראש.
2. **תנאי השולל או מגביל תרופות המגיעות ללקוח באופן בלתי סביר : פס"ד היועמ"ש נ' גד** – החברה מנעהמהרוכשים את הזכות לרשום הערות אזהרה, הם העלו מס' טיעונים שבימה"ש דחה – לאחר התחשבות בספק הוכרע שמהרגע שנבנו הקירות הפנימיים יהיה ניתן לרשום הערות אזהרה (כך לא יתקיים הסרבול שעליו הקבלנים דיברו). כל דבר שמשפיע על הסעדים שמגיעים ללקוח ע"פ חוק – נופל תחת סעיף זה, נטל ההוכחה קשה. **ח"א 16647-03/15 יועמ"ש נ' האחים דוניץ :** תנאי בחוזה אחיד השולל מן הלקוח זכות לקזז סכומים שהקבלן חייב לו הוא מקפח, קיזוז הוא סעד חשוב ופרקטי.

**6(א). תנאי המקנה לספק באופן בלתי סביר תרופה שלא מגיעה לו ע"פ דין או הקובע פיצויים מוסכמים שאינם סבירים לטובת הספק –** למנוע מצב שבו הספק יתעשר על חשבון הלקוח. **ע"א 22119-03/15 יועמ"ש נ' אשדר :** אשדר קבעה פיצויים מוסכמים בסך 15%, נקבע שהיא תצטרך להוכיח את נזקיה ולא לקבל פיצוי מוסכם אחיד.

1. **תנאי המטיל נטל הוכחה על הלקוח שאינו רובץ עליו מכוח הדין – ע"ש 195/97 יועמ"ש נ' בנק לאומי**: תניה בחוזה אחיד שמורה שמוטל על הלקוח להוכיח את התרשלות הבנק בכל מקרה בו נטען לנזק כתוצאה משימוש בשירותי הבנק היא מקפחת. ללקוחות יש קושי להוכיח שקיימת התרשלות, הראיות נמצאות בידי הבנק.
2. **תנאי השולל את זכות הלקוח להעלות טענות מסוימות בערכאות או הקובע כי כל סכסוך יתברר בבוררות –** הסדר שעל פניו הוא מקפח, הספק יכול להסביר מדוע הוא לא.
3. **תנאי המקנה לפסק כוח בלעדי לקבוע את מקום השיפוט או הבוררות** – למנוע מצב שבו הספק יקבע מקום בוררות שלא נוח ללקוח וכך הוא ימנע התדיינות.
4. **תנאי הקובע מסירת סכסוך לבוררות כאשר לספק השפעה גדולה יותר על הליך הבוררות** – למנוע מצב שבו הבורר אינו נטרלי.
5. **תנאי הקובע הצמדה למדד מסוים כך שירידה של המדד הנ"ל לא תזכה את הלקוח.**
6. **תנאי המצהיר שהלקוח קרא את החוזה או תנאי שבו או על מודעתו לעניין מסוים – למעט מידע, שהלקוח מוסק לספק בחוזה.**

**ס' 5 – מצבים של בטלות מלאה :**

1. תנאי השולל / מגביל זכות לפנות לערכאות בטל
2. תנאי הפוטר את הספק באופן מלא/חלקי מאחריות על נזקי גוף

**ע"א 285/73 לגיל טרמפולין נ' נחמיאס** : שני קופצים נפצעו בטרמפולינה. הופיעה תניית פטור על גב כרטיס הכניסה ועל שלט שהוצב בתוך אזור הקפיצות. מהו המעמד של תניית הפטור ? **השופט ברנדזון –** דוחה את הערעור, אנשים לא קוראים מה כתוב על כרטיס הכניסה, והשלט גם לא רלוונטי מפני שהם ראו אותו לאחר שהם כבר שילמו והיו בפנים. הפטור מנוגד לסדר הציבורי – מעמיד את השלמות הגופנית בסכנה. **השופט ויתקון** – המשתמשים לא יודעו כראוי, אין מקום לכלל פסילה גורף, יש לקחת כמה פרמטרים בחשבון : מידת הנזק, עלות המניעה והאינטרס הציבורי. **השופט קיסטר** – עיקרון קדושת החיים הוא עיקרון חשוב שגובר על הכל.

**המחוקק** – אימץ את גישתו של קיסטר, **אין תניית פטור בכל מה שקשור לקדושת החיים ושלמות הגוף**, לא משנה מה כתוב בחוזה – אם לקוח נפגע הוא יכול לתבוע.

**ע"א 294/91 קסטנבאום נ' חברת קדישא :** קסטנבאום מבקש לקבור את אשתו (בקרבת חבריה מהאוניברסיטה העברית), אחיו חותם על טופס סטנדרטי של חברת קדישא – בטופס הייתה תנייה שמחייבת כיתוב בעברית על המצבה. קסטנבאום מבקש כיתוב לועזי מפני שזו הייתה העדפתה של המנוחה. **השופט שמגר** – קדישא היא חברה דו-מהותית, ציבורית ופרטית, חלות עליה נורמות מהמשפט הציבורי והמשפט הפרטי, המשפט הציבורי מקבל משקל כבד יותר- מתוכו אנו שואבים את עקרון הסובלנות וכבוד האדם – האיסור של ציון כיתוב בלעז נוגד את תקנת הציבור. **השופט ברק** – גם אם קדישא הייתה גוף פרטי, ההסדר היה נפסל. באיזון בין טוהר השפה העברית לכבוד האדם – כבוד האדם גובר. כשאדם נמצא במצוקה הוא לא יכול לבחון את האותיות הקטנות, חברות הקדישא הנוספות אינן רלוונטיות בגלל שהמנוחה רצתה להיקבר עם חבריה לסגל. **השופט אלון (מיעוט)** – השפה העברית היא נכס תרבותי, כשרות כיתוב בלעז שנוי במחלוקת בקרב הפוסקים – ישנן חברות אחרות שאפשרו כיתוב בלעז והסובלנות היא ערך דו-צדדי – גם המיעוט צריך להתחשב ברוב, שינוי ההסדר יפגע בציבור שכבר קבר את קרוביו במקום.

במקרה הזה היו אלטרנטיבות לאנשים כמו קסטנבאום – הן לא היו מושלמות, וכרוכות בעלויות, ואי נוחות גבוהה. או לחייב את הרוב לקבל את העדפת הפרט, או במקרה שלנו להגיד לפרט כי הוא לא יוכל לקבל את כל מה שהוא מבקש – אך כדי לכבד את הרוב, תידרש גם אתה לפשרות מסוימות. **דעת המרצה** היא דעתו של השופט אלון – זה היה איזון מוצלח יותר מאשר לחייב את הרוב לקבל עליו את העדפת המיעוט, ועוד בשם הסבלנות והפלורליזם, אשר עובדת לשני הצדדים.

# ביצוע והפרה

## חוזה על תנאי –

ע"פ **ס' 27** לחוק - חוזה יכול שיהיה תלוי בהתקיים בתנאי – חוזה על **תנאי מתלה,** בהתקיים תנאי מסוים – החוזה יתחיל להתקיים. או שיחדל בהתקיים חוזה על **תנאי מפסיק –** בהתקיים תנאי מסוים, החוזה יפסיק להתקיים.

**תנאי מתלה** – הוא ההסדר הנפוץ יותר, אם התרחשות מסוימת היא קריטית, אין טעם להתחיל את החוזה בלעדיה (למשל קבלת משכנתא), **תנאי מפסיק** – גם הסדר זה הגיוני מבחינה כלכלית, אם תחריש כלכלי מסוים יתחרש החוזה יספיק (שינוי בערך המטבע הזר וכו').

**ע"א 464/81 מפעלי ברוך שמיר נ' ברוריה הוך :** המערערת היא חברה קבלנית, חוזה קומבינציה – החברה אמורה לבנות על השטח ולהעביר למשיבה שתי דירות, הוסכם שהעברת החזקה תתבצע תוך 18 חודשים מיום אישור תכניות הבניה. המצב התכנוני הוקפא עקב הערכה מחודשת, נמשך קרוב ל-8 שנים. שנתיים קודם לכן – הוך שלחה הודעת ביטול. מהו מעמד החוזה ? בימה"ש המחוזי – החוזה בטל. **השופט בך** – זהו חוזה על תנאי מתלה, פרק הזמן הוא "הזמן הסביר", הצדדים לא צפו עיכוב כזה, אבל אילו היו יודעם על המצב התכנוני, הם היו מסכימים גם לתקופה ארוכה יותר (**המרצה** – אבל הוך לא הסכימה), **השופט ברק** – יש לקיים את החוזה, החוזה הוא על תנאי מפסיק שהוא אי השגת ההיתר – משלא נקבע זמן : התנאי הוא אי מתן ההיתר תוך זמן סביר, במשך הזמן הצדדים לא ביטלו את החוזה ולכן הודעת הביטול עולה כדי חוסר תו"ל. **השופט בייסקי** – מסכים עם המחוזי, זו התחייבות חוזית רגילה, המערערת לא נטלה על עצמה לפעול לקבלת היתרי הבנייה ולכן היא הפרה את החוזה.

**פרשנויות בנוגע לעניין זה :** כאשר מדובר בתנאים שמכוח חוק שחלים על התקשרות חוזית – למשל קבלת היתר בנייה דרושה מכוח חוק.

1. קבלת ההיתר הינה תנאי מתלה (בך בפס"ד הוך).
2. אי קבלת ההיתר בתור תנאי מפסיק (ברק בפס"ד הוך).
3. השגת ההיתר הינה התחייבות חוזית רגילה, שאחד הצדדים לחוזה נטל על עצמו (בייסקי בפס"ד הוך).
4. טעות שאחד הצדדים / שניהם לא ידעו על הצורך בהיתר.
5. חוזה לא חוקי ( בפס"ד סולימני נ' כץ – הבריכה תיבנה ללא קשר לקבלת ההיתר).

**כיצד ניתן לדעת כיצד לפרש תנאי כזה ?**

* נתחיל עם לשון החוזה – מהו תוכן התנאי וכיצד החוזה עוצב.
* אומד דעתם של הצדדים – אם לא בטוח באיזה תנאי מדובר אינדיקציה טובה היא בדיקה האם היא הצדדים התחילו בקיום ההתחייבות (אם זה תנאי מתלה – לא התחילו, תנאי מפסיק – התחילו).

**בס' 27(ב)** קיימת ברירת מחדל פרשנית – אם לא ניתן להסיק מתוך החוזה/נסיבות : חוזה שטעון הסכמת צד ג' או רישיון ע"פ חיקוק הוא **חוזה על תנאי מתלה**.

**ע"א 1581/98 נתיבי איילון נ' בשורה** : המערערת מפרסמת מכרז לגבי מגרש בת"א, בשורה זוכה – נכרת חוזה. הזכויות אינן בידי המערערת אלא בידי עריית ת"א, וכדי להעביר אותן יש צורך באישור שר שלא ניתן. **בימה"ש המחוזי** – חוזה על תנאי מתלה (אישור שר), זמן סביר עבר ולכן הוא בטל. **השופט טירקל** – קיימות שלוש אפשרויות : חוזה על תנאי (אישור שר), התחייבות חוזית רגילה שצד נטל עצמו או טעות. הוא קובע שהחלופה השנייה היא זו שהתקיימה, בשל לשון החוזה "המערערת תטפל על חשבונה ברישום..", רישום הזכויות היא התחייבות חוזית, מסקנה שמתחזקת בשל התנהגות הצדדים (ניתן להגיע לאותה תוצאה בעזרת עילת הטעות). **השופטים ברק ודורנר:** מצטרפים לחלק הראשון של התחייבות חוזית + הפרה לא הולכים לכיוון הטעות.

 **ס' 28** : חל גם על תנאי מתלה וגם על תנאי מפסיק. (**א**)  היה חוזה מותנה בתנאי מתלה וצד אחד מנע את קיום התנאי, אין הוא זכאי להסתמך על אי-קיומו. (**ב**)  היה חוזה מותנה בתנאי מפסיק וצד אחד גרם לקיום התנאי, אין הוא זכאי להסתמך על קיומו. (**ג**)   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 שלא בזדון ושלא ברשלנות.

לפעמים צדדים לחוזה יכולים לעשות מעשים שיביאו לאי-התקיימות תנאי מתלה במקרה של חוזה תנאי מתלה, או להתקיימות תנאי מפסיק במקרה של תנאי מפסיק מפני שהם רוצים לחסל את החוזה.

**דוגמא** : **ע"א 53/80 קיבוץ ניר נ' שרייטר** : חוזה ביצוע עבודות עפר, הקבלן היה אמור לנקות אפיק נחל, לשם כך היה דרוש היתר, הקיבוץ לא פעל להשיגם וכאשר הקבלן ניסה הקיבוץ לא שיתף פעולה. **בימה"ש** – הקיבוץ סיכך את קבלת ההיתר, הוא לא יכול להסתמך על אי קבלתו כדי לסיים את ההתקשרות – מכוח **ס'** **28**, זהו חוזה על תנאי מתלה.

**ס' 29 – בטלות החוזה או ההתנאה :** תנאי, בין אם מתלה ובין אם מפסיק פוקע בתום התקופה שקצבו לו הצדדים. אם יש קביעת תקופה מפורשת בחוזה, היא תכובד**.** באין תקופה כזו, פוקע התנאי תוך זמן סביר. **בפסה"ד נתיבי איילון**, נקבע כי תקופה של שנתיים אשר במהלכה לא הושג הרישיון – מהווה זמן סביר. **בפסה"ד ברוריה הוך** – רוב השופטים סברו כי גם בחלוף 8 שנים לא תם הזמן הסביר.

## תנאים ותניות (חיובים עצמאיים, מותנים ושלובים) -

**חיובים עצמאיים :** חיוב חוזי העומד בפני עצמו, חובה לקיימו ללא קשר להפרות שמבצע הצד שכנגד. למשל – חובה לשלם שכ"ד, אפילו אם הבעלים מפר את החוזה כלפי השוכר.

**חיובים מותנים** : יש לקיים לאחר שהצד שכנגד מקיים חיוב משלו, שהוא תנאי לקיום החיוב המותנה. למשל - רישום הערת אזהרה רק לאחר שהרוכש שילם סכום מסוים.

**חיובים שלובים** : חיובים שקיימת ביניהם תלות הדדית, יש לבצע אותו בו-זמנית. **ס' 23 לחוק המכר** קובע שאם לא נקבע אחרת בחוזה, המוכר צריך למסור את המוצר, ברגע התשלום. כמובן שניתן לחרוג מכך בחוזה אם קבענו אחרת.

**ע"א 765/82 אלתר נ' אלעני** – חוזה לפי המערערים אמור לרכוש חנות בבניין אותו יקים המשיב, המחיר – 95 א' לירות, יועברו בארבעה תשלומים : במעמד החתימה, בתאריך מסוים, בזמן שהקונה ימכור את החנות שבבעלותו ובזמן מסירת החזקה. היו עיכובים ולא נבנה בר, הקונה מכר את החנות שלו והדבר נודע לקבלן. הקבלן טוען שאי העברת הכסף היא הפרה והוא זכאי לסעדים, הקונה טען כי הקבלן גם הפר את החוזה. **השופט שמגר**- החיוב לשלם עם מכירת החנות הוא עצמאי – אי קיומו מהווה הפרה, שמגר לא מקבל את טענת הקונה שאי ביצוע הבנייה משנה את התנאי, הוא ביצע הפרה יסודית של החוזה.

**ע"א 794/75 ג'רבי נ'** **הייבלום** : חוזה מכר פרדס, 150 א' לירות, ארבעה תשלומים. התשלום האחרון היה בסך 50 א' לירות – ישולם במעמד העברת הבעלות. ג'רבי הקונה מתמהמה, המוכרת מוכנה להעביר בעלות – ג'רבי מציע לשלם מחצית מן הסכום. הייבלום מבטלת בגין הפרה, ג'רבי מערער. מהם סוגי החיובים ? **השופט שמגר** : חיובים שלובים – תשלום ה-50 א' והעברת הבעלות צריכות להתבצע יחד – מרגע הבעת הנכונות לקיים את החוזה – יש עמידה בדרישת החוק. הייבלום הייתה מוכנה לקיים והקונה לא, הקונה הפר את החוזה.

## סיכול -

הסעיף המרכזי לעניין זה הוא **ס' 18** : כאשר יש הפרה שהיא **תוצאה של נסיבות** שהצד השני **לא ידע/לא יכול היה לדעת עליהן** – בעת כריתת החוזה, בנוסף – המפר **לא היה יכול למנוען** וכתוצאה מכך הקיום **אינו אפשרי או שונה באופן יסודי** ממה שהסכימו עליו הצדדים. סעיף זה מנוסח כסעיף הגנה מפני תביעה בגין הפרה – לצד שנפגע לא יינתנו פיצויים או אכיפה. **מרכיבי הסעיף :**

* **אי ידיעה / אי צפייה** (בכוח או בפועל) – נסיבות שלא היה ניתן לצפות אותן.
* **המפר לא היה יכול למנוען**
* הקיום הופך להיות **בלתי אפשרי / שונה באופן יסודי**.

בימה"ש יכריע מה צד יכול היה לדעת בתור עניין נורמטיבי, גם בעניין אפשרות המניעה בימה"ש יכריע. **קיום בלתי אפשרי** – חלופה קלה, כאשר הנכס נשרף למשל, **קיום בלתי חוקי** – החוק משתנה והעסקה הופכת להיות בלתי חוקית ו**שונה באופן יסודי** – מצד הקיום אפשרי, אך לא כדאי.

לא מכירים בסיכול בצורה קלה – **שפוטרים צד אחד, הצד השני נפגע** ! למרות זאת, ברור שישנם מצבים של חוסר ידיעה. **בימה"ש יכול לבחון את המקרה בכמה זוויות** – יכול להיות שצד לא יכל לצפות רעידת אדמה, אבל הוא כן צפה עלייה במחירים וכדומה.

**ע"א 101/79 חירם לנדאו נ' מקורות** : מקורות ביצעה עבודות באפריקה טענה שהחוזים עליהם חתמה סוכלו, משום שכל ציודה הועלם במהפכה באוגנה ע"י השלטון הצבאי. **בימה"ש**– שני הצדדים היו יכולים לחזות שבשלטון דיקטטורי תהיה מהפכה. אפריקה היא יבשת מסוכנת וניתן לצפות הפיכות בה.

 **ע"א 715/78 כץ נ' ניצחוני** : כץ הוא קבלן משנה שחתם על הסכם עם ניצחוני, היה תנאי בחוזה שקבע שהסכום לא ישתנה, פורצת מלחמת יום הכיפורים – כץ יוצא למלחמה. בשובו הוא מגלה שהמחיר החוזי הפך להיות בלתי כדאי לחלוטין, מתבצע מו"מ לשם התאמת המחיר, הצד שכנגד. הקבלן לא מבצע את העבודות – נצחוני תובעים את כץ על הפרה, הוא טען שהתקיים סיכול. **השופט כהן** : גם אם נניח שפרוץ המלחמה לא ניתן היה לצפייה, הרי שעליית המחירים (ולו אף תלולה), ניתן גם ניתן לצפות. הראייה הינה תניית המחיר בחוזה ואופן ניסוחה. **בעייתייות** : הוא מבצע את המהלך שהוזכר לעיל – לא משנה מה גרם לעליית המחיר, מפני שניתן לצפות שהמחיר יעלה. בהגדרה כה רחבה של צפיות – אין מרחב חיים של ממש לדוקטרינת הסיכול. יש חשיבות לתניה בכך שהיא ממחישה את חלוקת הסיכונים בחוזה. **המרצה** – ניתן היה לכתוב שהצדדים חילקו את הסיכונים, ולאור חלוקת הסיכונים הקבלן צריך היה לבצע – האם מתנייה מחיר נגזר שכץ לא יכול היה לטעון לסיכול ? **השופט לנדוי** : בהעדר שלום בין ישראל לבין שכנותיה, **הבלתי צפוי הוא הצפוי** וגם פרוץ מלחמה ניתן לצפות (בייחוד בישראל).

**ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון** : חוזה למכירת מסכות אב"כ שפג תוקפן, מחיר – 0.6 דולר למסכה. הוא משכלל חוזה עם חברה אמריקאית – 0.8 דולר למסכה. פורצת מלחמת המפרץ – נוצר צורך במסכות. רגב נתבע ע"י החברה, בפשרה הוא מתחייב לשלם לה 50 א' דולר. משרד הביטחון – מבקש להתשחרר מחמת שתי טענות : **הלכת ההשתחררות המנהלית** – הקבלה עם רשויות מפני שבסופו של דבר מי שיישא במחיר הם האזרחים ועילת **הסיכול**. השופט אנגלרד – בהלכת כץ הפירוש שמלחמה היא דבר צפוי הוא נוקשה מדי : השופט לנדוי בעצמו השאיר אותה בצריך עיון וכניסת עיקרון תוה"ל מחייב גמישות של הפירוש הנוקשה. פרוץ המלחמה שינה את בסיס ההתקשרות – עליית מחירים של 1500% (באוביטר – המדינה נטשה את טענת הסיכול). "ריכוך כפול" – השאלה המרכזית לא צריכה להיות עצם קיום האירוע, אלא השפעת האירוע על החוזה, במקרה זה – יש הבדל בין עלייה של 30% לבין עלייה של 1500%. מכוח ס' 39 – מרכך את דיני הסיכול הישנים. קיום חוזה בתו"ל – לא ניתן לעמוד על החוזה בדבקנות בלי להתייחס לנסיבות שהתשתנו, עיקרון תוה"ל משנה את הסיכול ממצב של הכל או כלום למצב שבו יכולה להתקיים פשרה. עקב החשש שיזדקקו למסכות בישראל לא היה חיוב על המדינה לעמוד בחוזה, המדינה פיצתה את חברת רגב. בית המשפט לא חייב להכריע שיש לקיים או לא לקיים את החוזה כלל, הוא יכול לשכתב את החוזה. פסה"ד בעניין הסיכול הוא אוביטר, אבל התקיים ריכוך של דיני הסיכוך.

**ת"א 3531/01 (י-ם) בן אבו נ' מד"י** : מכרז להקמת שכונה בגבעת זאב. פרצה האינתיפאדה השנייה, דירות לא נמכרו. נמכרות רק 2% מהדירות (6 דירות לפני הפריצה ועוד אחת אחרי). בן אבו מבקשת לבטל את החוזה מחמת סיכול (לפני פסה"ד הזה – השתמשו בסיכול רק כטענת הגנה, בן אבו השתמשו בה כטענת חרב). **בימה"ש המחוזי** – יש לבחון שלוש נסיבות : **שינוי הנסיבות**, **תוה"ל וסיכול** – המיקוד הוא בהשפעת הנסיבות על הקיום החוזי. ניתן לבטל מחמת סיכול, הפער בין הצפיות למציאות הוא משמעותי.

1. עלייה בקרנו של **עיקרון תוה"ל** – כל מבחני הצפיות רוככו בעזרת ס' 39, המרצה : יהיה ניתן לטעון לסיכול בקלות יותר בזכות עניין זה. שינוי נוסף – התאמת החוזה לשינוי הנסיבות ולא דווקא ביטולו.
2. הפסיקה מתמקדת **באפקט של השינוי על החוזה** – יש לחשוב על השפעת המקרה על החוזה – מהו תחום הקיום הכלכלי של החוזה ? למרות שאם צד רוצה להוסיף תניות מסוימות – לצד השני יהיו דרישות בהתאם.
3. כשמדובר באירועים מפתיעים, הביטוח לא חייב לבוא רק מהצד שכנגד, אלא גם מהמדינה – כשהמצב הביטחוני מתדרדר, **המדינה מבטיחה לפצות.**

**ס' 18** – קובע הסדר השבה ע"פ שק"ד של בימה"ש, מאפשר לו לחייב את הצד המפר לשפות את הנפגע על הוצאות, או אפילו לבצע את החוזה, הכל בהתאם לנסיבות.

## פרשנות –

 **שני רבדים בדיני החוזים :** פרשנות והשלמה (והתערבות), בעזרת פרשנות ניתן להגיע לתוצאה בה אין חסר, היא יכולה לפתור בעיות של חוזים לא חוקיים או חוזים שסותרים את תקנת הציבור. הפרשנות היא קריטית בין היתר בשל עיקרון תוה"ל – גם אם החוזה ברור, בימה"ש יוכל לשנות אותו מכוח עיקרון תוה"ל. השיטה הנוהגת בישראל היא **פרשנות תכליתית** : התחקות אחר תכלית החוזה, ביטוי לכוונתם או לכוונה שהייתה צריכה להיות להם (מבחן האדם הסביר). לתכלית יש שני רבדים : **רובד סובייקטיבי** – מה שהצדדים ראו לנגד עיניהם, כוונתם המשותפת, ה"**יש ריאלי**". **רובד אובייקטיבי** – מהו הדבר הראוי (אפילו אם הצדדים לא חשבו עליו), ה"**יש האידיאלי**".

בעבר, הייתה נהוגה תורת שני השלבים : ראשית, פונים אל לשון החוזה, שנית – אם הלשון אינה ברורה, פונים לנסיבות. דוגמא : **ע"א 650/84 שטרן נ' זיונץ** : **השופטת נתניהו –** " הכלל כי אין מקום להשמעת ראיות חיצוניות בדבר כוונת הצדדים כשלשון המסמך הינה ברורה, היה נקוט עמנו מאז ומתמיד...". חל שינוי בגישה זו בפרשת אפרופים **: ע"א 4628/93 מד"י נ' אפרופים** : הייתה מצוקת דיור עקב עליות, המדינה ניסחה חוזה פרוגרמה לשם התקשרות עם קבלנים, התקיימה חלוקה לשני אזורים : פיתוח ומרכז. ההטבה שניתנה בחוזה – התחייבות לרכוש דירות שלא יימכרו, הסנקציה (כפולה) – איחור בדרישה גרר הפחתה של מחיר הרכישה ואיחור בביצוע אמור לגרום להפחתה של מחיר הרכישה. מבחינת לשון החוזה – הסנקציה התקיימה רק לגבי אזור המרכז, ובאיזורי פיתוח הייתה רק סנקציה לגבי איחור בדרישה (ולא בביצוע). אפרופים לא עומדת במועד השלמת הביצוע, המדינה רוצה להפחית ממחיר הרכישה, אבל בחוזה לא מצוין כלום ("ריבוע ריק"). **בימה"ש המחוזי** – פוסק לטובת אפרופים. **השופט מצא (מיעוט)** – גישת "**שני השלבים**" : אין סנקציה לגבי איחור בביצוע, בני אדם מדקדקים בד"כ כשמדובר בחוזים, לשון החוזה היא המקור הטוב ביותר לאומד דעתם של הצדדים. **השופט לוין (רוב)** – **גרסה מרוככת של תורת שני השלבים** – כאשר ברור שלשלון החוזה לא משקפת את רצון הצדדים או מביאה לתוצאה אבסורדית, יש לפנות לנסיבות – פוסק לטובת מד"י. **השופט ברק (רוב)** – דוחה את תורת שני השלבים :

1. הגבול בין הלשון לנסיבות מטושטש – לשון תמיד עמומה.
2. התורה אינה מתיישבת עם הגיונם הפנימי של דיני החוזים המתמקדים בכוונה.
3. תורת שני השלבים אינה מתיישבת עם עיקרון תום הלב.
4. זוהי תורה מיושבת שאבד עליה הכלח.

**משל המכונה והסוס** – חובה תמיד להידרש לנסיבות, על הפרשן לנוע כמטוטלת. הנסיבות הללו – ברור כי הייתה כוונה להטיל סנקציה.

אחרי פרשת אפרופים – לשון החוזה והנסיבות שוות לחלוטין ! **המרצה** – בעייתיות פסה"ד :

1. **משל המכונה והסוס** – למה צריך לתת חו"ד פרשנית על חוזה שבנוי על אנומליה ? זו לא דוג' מאפיינת.
2. **לשון החוזה היא עמומה** – אך אין אלטרנטיבה טובה יותר, הרבה יותר קל לשחק עם נסיבות החוזה מאשר עם לשון החוזה.

**ניסיונות לשנות את שיטת הפרשנות : ניסיון שיפוטי** – **ע"א 5856/06 לוין נ' נורקייט** : לוי הוא מומחה לעיבוד בשר, כורת חוזה עם חב' נורקייט – מכירת טכנולוגיה ושירותי ייעוץ. נורקייט משכנעת אותו לקבל תשלומים חודשיים ולא חד"פ (ישלמו לו אפילו כשהוא ילך לעולמו). התקיימה תניה שלפיה הייעוץ ייפסק אם נורקייט תתחיל להתשמש בטכנולוגיה שונה מהותית מזו של לוי. נורקייט מודיעה על סיום העסקה ומפסיקה לשלם. **השופט דנציגר** : בהתקיים שני תנאים נורקייט תוכל להפסיק לשלם : הפסקת שימוש בטכנולוגיה באופן מוחלט, לוי לא רוצה/מסוגל לתת יעוץ (למעט מוות). הוא **סבור שכאשר הלשון ברורה, יש לתת לה משקל מכריע בפרשנות**. לוי לא רצה תשלומים חודשיים, מותו לא יפסיק את התשלום. קיים הגיון מסחרי, פוסק לטובת לוי. דנציגר חוזר על דבריו גם **בפס"ד בלום נ' אנגלו סכסון**.

**ניסיון חקיקתי :** ח"כ לוין ניסה לשנות את החוק, עבר ס' 25 כפי שהוא היום : חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין, ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו. **ברע"א 3961/10 המוסד לבט"ל נ' סהר** – המחוקק אימץ את הלכת אפרופים. הכנסת לא הצליחה לשנות את החוק בשל : אי סימטריה בעלויות (של בימה"ש לעומת של המחוקק), קשה לשנות חקיקה – ח"כ מתחלפים, עלויות עצומות וכו'.

**עקרונות פרשניים נוספים :**

1. דוק' התנאי **מכללא "הטרחן המתערב"** : כאשר בימה"ש הגיע למסקנה שברור שתנאי מסוים הוא חלק מהחוזה ולכן הוא לא נכתב (מעמד לא ברור אחרי אפרופים).
2. פירוש המקיים את החוזה עדיף מפירוש המביא לבטלותו (ע"פ **ס' 25(ב)).**
3. כאשר ניתן לפרש את החוזה בכמה דרכים, מעדיפים את הפירוש שנגד המנסח ולא הפירוש שלטובתו (**ס' 25(ב)1**– בעיקר בחוזים אחידים).
4. פירוש מקובל בקהילה – כאשר שני צדדים מגיעים מאותה קהילה **(ס' 25(ג))**
5. פרשנות הרמונית – אם ביטוי חוזר על עצמו, המשמעות שלו תהיה אותה משמעות בכל החוזה.
6. פרשנות העולה בקנה אחד עם עיקרון תוה"ל.

## קיום חיובים בתו"ל –

הסעיף המרכזי הוא ס' 39. **ע"א 391/80 לסרסון נ' שיכון עובדים** : חב' שיכון עובדים בנתה בניין רב קומות, ע"פ החוק יש חוב שיהיה גנרטור, נבנה מקום לגנרטור. הדיירים תובעים והחברה טוענת שבחוזה לא התקיימה תניה משמחייבת אותם לספק גנרטור. **השופט בייסקי** – יש לספק גנרטור מכוח עיקרון תוה"ל. **השופטת בן פורת** – ע"פ ס' 25 פירוש שנותן תוקף לחוזה עדיף מפירוש שמבטל אותו – החברה התכוונה לספק גנרטור ולכן החוזה תקף והיא חייבת לספקו. **השופט אלון** – דוקטרינת התנאי מכללא, היה ברור לצדדים שיש לספק גנרטור.

**בג"צ 59/80 שירותי רווחה ציבוריים ב"ש נ' ביה"ד הארצי לעבודה** : חב' אוטובוסים הסכם עם עובדיה, לפיו אם לא יהיו שיבושים הם יקבלו פרמיות. פורץ סכסוך עבודה, מתקיימת ישיבת תיוון שנכשלת ולאחר מכן כינוס עובדים שגרר הפסקת עבודה. העובדים הודיעו על האסיפה 30 דק' מראש לוועד (ולא למעביד), החברה לא משלמת פרמיות. ביה"ד הארצי לעבודה מקבל את התביעה, מוגשת עתירה לבג"צ – **האם העובדים הפרו את החוזה** ? **השופט ברק** – האם ניתן ליצור חיוב שלא מופיע בכוח מכוח ס' 39 ? **ראשית**, תוה"ל הופך צדדים **מיריבים לשותפים**. **שנית**, חובת תוה"ל היא בעלת **אופי אובייקטיבי** לא ייתכן שמהות החובה תשתנה לפי הנסיבות, זוהו חובה כללית. **שלישית**, היא **קיימת לגבי כל זכות** חוזית וגם על חיוב מכוח חוק. **רביעית**, **ניתן ליצור חיובים חדשים מכוח ס' 39**, לעובדים יש זכות להיאבק, אך עליהם לעשות זאת בתו"ל. **חמישית** – לעניין ס' זה (להבדיל מס' 12) – ישנו **פירוט סעדים לגבי הפרת החובה** :

1. פיצויים / אכיפה
2. שלילת פיצויים/אכיפה לצד שהפר את החובה
3. מתן הרשאה לנפגע לסטות מחיובי החוזה (לבצע פעולות שהיו נחשבות להפרה)
4. שלילת כוח הנתון לצד המפר את החוזה לנהוג בתום לב ולהעבירו אל הצד הנפגע או לבימה"ש

**המרצה** – בעייתיות : בימה"ש החמיר עם העובדים, דרש מהם משהו שאין לו התייחסות בחוזה.

**ע"א 701/79 שוחט נ' לובליאנקר** : לובליאנקר הם בעלי דירה, משכללים חוזה עם שוחט. התמורה תשולם בארבעה תשלומים, העברת הבעלות תתבצע בין התשלום השלישי לרביעי. שוחט שילמו במועד, אך יצאו לחופשה ללא להודיע, לובליאנקר נחרדו – לא ידעו אם התשלום יתבצע והגישו תביעה לביטול החוזה. **השופטת בן פורת** – שוחט נהגו בחוסר תו"ל בכך שלא הודיעו, משנה את החיוב לחיוב שלוב – העברת הבעלות תתבצע בעת התשלום הרביעי. **בימה"ש יכול לשנות חיובים מכוח החובה לנהוג בתו"ל.**

**ע"א 702/80 גלפשטיין נ' יפת אברהם** : גלפשטיין הם קונים, חוזה למכירת דירתם של אברהם. המוכרים התחייבו שהעברת הרישום וקבלת התשלום יתבצעו באותו יום, תשלום הקונים היה כרוך בקבלת משכנתא, אך באותה תקופה לא היה ניתן לקבל משכנתא אלא אם כן הבעלות הייתה נרשמת על שם הקונה. המוכרים לא העבירו את הבעלות מפני שהקונים לא יכלו לשלם, הם מבטלים את החוזה. **השופט שינבויים** – קבלת המשכנתא היא תנאי לקבלת התשלום, לא היה ניתן לקבל את התשלום, למוכרים היו כמה דרכי פעולה. ע"פ עיקרון תוה"ל – יש להפוך את החיובים לחיובים שלובים כדי לבצע את החוזה. **השופט בייסקי (מיעוט)** – לשון החוזה ברורה, היה על הקונים להעביר את התשלום לפני רישום הבעלות. רישום הבעלות הוא חיוב עצמאי ולא נכון להפוך אותו לחיוב שלוב. בפסה"ד זה רואים שניתן לשנות חיובים מכוח עיקרון תוה"ל.

## הפרה צפויה -

הפרה מוגדת **בס' 1** לחוק התרופות – מעשה או מחדל שהם בניגוד לחוזה.

**דוק' זוטי דברים** – המשפט לא מעסיק את עצמו בזוטות, למשל אם ההפרה היא טכנית ושולית. כיום הדוקטרינה הזו נבלעת לתוך עיקרון תוה"ל.

**סוגי הפרות** : הפרה **בפועל** (**ס' 1** לחוק התרופות), **הפרה צפויה** (**ס'** **17** לחוק התרופות) – בדיני החוזים ניתן לתבוע על הפרה שטרם התרחשה :

1. **הפרה צפויה מסתברת (משתמעת) –** מתוך הנסיבות ברור שהצד לא יקיים את ההתחייבות.
2. **הפרה צפויה מפורשת** – כאשר צד מגלה שהוא לא יכול לקיים את החוזה.

**הפרה צפויה משתמעת** **– ע"א 635/83 אברהם נ' מזרחי** : עסקת קומבינציה, הקבלנים צריכים לבנות והבעלים יקבלו שתי דירות. היה על הקבלן לקבל היתר בנייה ולפנות את הדייר המוגן שהתגורר במקום, לא נקבע פרק זמן לכך. אירע שינוי בתכניות המתאר, המשיבים הבינו שהמערערים לא פועלים לקידום הפרויקט, ממציאים לקבלן הודעת ביטול. האם התקיימה הפרה בפועל / הפרה צפויה ? **השופטת נתניהו** - לא התקיימה הפרה בפועל מפני שלא נקבע פרק זמן, כן התקיימה הפרה צפויה – הקבלן לא נקט שום פעולה לפינוי הדייר ולקבלת ההיתר, הביטול היה הכוח. המרצה – לא ניתן לדעת שהייתה הפרה צפויה, לא נקבע פרק זמן.

**הפרה צפויה מפורשת** **– ע"א 1816/91 דלתא נ' שיכון עובדים** : חוזה שכירות שנתן לדלתא את האופציה לרכוש את הנכס בתום התקופה. דלתא שילמה את התשלום הראשון בזמן ואת השני באיחור של חודש וחצי. בסוף השכירות, דלתא ביקשה לממש את האפשרות, שיכון עובדים הודיעה על ביטול החוזה. **השופטת דורנר** – מסכימה עם דלתא, ברגע שהתשלום השני התקבל הם מחלו על ההפרה ואבדה להם זכות הביטול, בימה"ש אוכף את החוזה ונותן לדלתא לרכוש את הנכס.

**יתרונות של הפרה צפויה :** הנפגע יכול לבחור – לפעול מיד או להמתין (ולתבוע בגין הפרה רגילה). תביעה בגין הפרה צפויה מאפשרת את הקדמת התביעה – קבלת צווים שמשפרים את מצב הנפגע (עיקול נכסים, עיכוב יציאה מהארץ וכו'). מצד שני, יש הסוברים שכדאי להמתין משום שהמצב יכול להשתנות, היקף הנזקים יהיה יותר ברור לאחר המתנה. אבל אם ההפרה היא כה צפויה אין טעם בכך. **מבחינה כלכלית,**

**חוזה מופר בין אין מדובר בהפרה רגילה או בהפרה צפויה משני טעמים : שינוי עתידי**. השינוי יכו להיות לטוב או לרע – בשני המקרים שינוי הופך את **קיום החוזה המקורי ללא משתלם**.

# סעדים -

ברגע שצד מפר את החוזה – אנחנו נמצאים בגדר ס' 2 לחוק החוזים (תרופות): הנפגע זכאי לתבוע אכיפה / פיצויים או שילובן.

* אינטרס **הקיום** (או **הציפיה**) – זהו האינטרס החוזי המובהק, מטרתו היא **להציב את הנפגע בו היה אילו קוים החוזה כלשונו.** כדי להגן על הנפגע, בימה"ש יעניק אכיפה, אבל היא לא תמיד תציב אותו במקום הו הוא היה אמור להיות אילו קיום החוזה, בשל מימד הזמן – לכן יש מקום גדול לסעד הפיצויים. לחשב פיצויי קיום זה לא פשוט – אין מדד אובייקטיבי שיכול להוכיח מה הייתה ההסתמכות של הקונה (אכיפה חוסכת זאת)
* אינטרס **ההסתמכות** – מטרתו היא **להציב את הנפגע בו היה ערב כריתת החוזה**. פיצוי הסתמכות בגין כל הוצאה סבירה שהנפגע הוציא בהסתמכות על החוזה, גם הפיצויים האלו קשים לחישוב.
* אינטרס **ההשבה** – המטרה היא **להשיב לצד הנפגע כספים או שירותים או נכסים שהעביר לצד המפר.** שתי אופציות : השבה בעין – השבת נכס שהועבר או השבת שווי (יתרון – קלות הביצוע, בד"כ הסכום יהיה יותר נמוך מאשר באינטרסים האחרים).
* **אינטרס שלילת עושר –** מקורו בדיני עשיית עושר שלא במשפט, מתמקד במפר – לקיחת ההתעשרות מהמפר והעברת הסכום לנפגע (גם אינטרס זה לא בהכרח יעניק פיצויים גדולים יותר).

מנגנון נוסף הוא **פיצויים מוסכמים** – בלעדיהם קשה לדעת כמה הנפגע היה מרוויח מהחוזה, זוהי אינדיקציה טובה.

## אכיפה -

**יתרון** – מבטלת את הצורך לחשב פיצויים, אך בד"כ תלווה בפיצויים. מוגדרת **בס' 1** לחוק התרופות :

* צו לסילוק חוב - על המזיק לשלם כסף
* צו עשה אחר – למשל בנייה
* צו לא תעשה
* צו לתיקון תוצאות ההפרה/סילוקן
* צו הצהרתי – צו שאומר "כך עליך לעשות".

**חריגים** לאכיפה נמצאים **בס' 3** לחוק התרופות :

1. **חוזה שאינו בר ביצוע** – למשל כאשר נכס נהרס, חריג לעניין זה : דוק' הביצוע בקירוב : ביצוע שאינו מדויק, אך קרוב מספיק.

**ע"א 6866/99 אייזמן נ' קדמת עדן** : אייזמן חתם על חוזה רכישת דירת נופש, קדמת עדן מכרה את הפרויקט לעונות, שמקימה אותו באיכות גבוה יותר ומחיר בהתאם. אייזמן רוצה את אכיפת החוזה המקורי. האם הלכת הביצוע בקירוב נקלטה במשפטנו ? **השופט אנגלרד** : על אייזמן לשלם מתוך דוק' הביצוע בקירוב, כיום – ניתן לבצע את החוזה מכוח עיקרון תוה"ל (**ס'** **39**), ע"פ **ס' 4** לחוק התרופות – ניתן להתנות אכיפה בתנאים, במקרה הזה – תשלום נוסף. **המרצה** : ניתן לבצע גם אכיפה מקורבת, אך יכול להיות שאייזמן היה מעדיף ביטול והשבה ולא להוסיף כסף.

1. **כפייה לעשות/לקבל שירות אישי/עבודה אישית –** כאשר יש צורך באמון, הרבה אינטראקציה.

**בג"ץ 245/73 צרי נ' ביה"ד הארצי לעבודה** : ד"ר קורס ופטר שנתיים לפני גיל פרישה, הוא מבקש השבה למקום עבודתו. ביה"ד קיבל את התביעה של רוקס. **בג"ץ** – פיטורים שלא כדין אינם מוצדקים, אבל לא הכרחי להעניק אכיפה – הסעד ההולם הוא פיצויים. מחד – רוקס הרוויח, הוא יכול לא לעבוד ולקבל שכר, אבל הוא רצה לעבוד. הערה - כיום הגדרת העבודה האישית צומצמה מאוד – רק אנשים בכירים במשרות אמון, מקומות עבודה מאוד קטנים וכו ייחשבו כעבודה אישית.

**חריגים** – סעיפי חוק המאפשרים החזרת עובדים :

1. חוק ההגנה על עובדים : מאפשר החזרת עובדים ומניעת פיטוריהם במקרה של חשיפת שחיתויות.
2. חוק שיווין הזדמנויות בעבודה : מסמיך את בימה"ש להשיב עובד / למנוע את פיטורו מחמת אפליה.
3. חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות : מסמיך את בימה"ש להורות על החזרת עובד / העסקת עובד שלא התקבל לעבודה / פוטר בשל מוגבלות.
4. חוק שכר מינימום : מסמיך את בימה"ש להשיב לעבודה עובד שפוטר משום שתבעו שכר מינימום.
5. חוק עבודת נשים : אוסר פיטורי עובדת בשל היריון / חופשת לידה.
6. חוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה): אוסר על פיטורי עובד / אי העסקה בשל מילואים.

**המרצה** : חוקים מצוינים, חלקם פחות אפקטיביים, המעביד יכול לטעון שהוא פיטר בשל סיבה אחרת.

1. קיום החוזה ידרוש מידה בלתי סבירה של פיקוח :

**ע"א 846/75 אוניסון נ' דויטש** : המערער – רוכש דירה, משיבים – קבלנים. הבנייה לא הושלמה, החוזה מופר, המערער נדרש לשלם עוד, אך החברה נקלעת לחדלות פירעון, ממונה כונס נכסים כדי להחליף את החברה. המערער מגיש תבעה – מבקש שהכונס ישלים את הבנייה, הכונס טוען שאכיפה דורשת מידה בלתי סבירה של פיקוח. **בימה"ש** – אכיפה היא סעד מרכזי. **השופט ברנדזון** – יש לתת אכיפה כאשר :

* העבודה מפורטת
* הפיצויים לא יפצו מידה מספקת
* הנתבע (קבלן) מחזיק בקרקע עליה אמורה להתבצע העבודה.

התנאים מתקיימים – יש לתת אכיפה. **המרצה** : כאשר הצד שכנגד מתעקש לא לאכוף, כנראה שהאכיפה לא תהיה כמו שצריך, בייחוד בחוזה מורכב כמו חוזה בנייה.

**ע"א 108/84 סתם נ' מרקוביץ'** : סתם מבקשת לאכוף זכרון דברים לעסקת קומבינציה. **השופט בך** – חוזה בין קבלן לרוכשי דירות לא אינו עבודה אישית (**ס' 3(2))**, ישנם פרטים הטעונים השלמה אבל היחסים התדרדרו, תידרש אכיפה בלתי סבירה של בימה"ש. פיקוח יהיה בלתי סביר בתנאים הללו –

* מידת המורכבות של החוזה – ככל שהוא יותר מורכב, נטייה לא לאכוף.
* משך הזמן הצפוי לביצוע החוזה – ככל שהוא יותר ארוך, נטייה לא לאכוף.
* מידת שת"פ הנדרש בין הצדדים – כלל שהוא יותר גדול, נטייה לא לאכוף (במקרה הזה, החוזה אפילו לא נכתב, רק זכון דברים – אפילו בזה היה צורך בבימה"ש).
* אכיפה תהא בלתי צודקת בנסיבות– מתמקד בצדק, ע"פ שק"ד של בימה"ש, נטל ההוכחה קשה.

**ע"א 5131/10 איזמוב נ' בנימיני** : עסקה למכירת דירה, אזימוב הרוכשת – אם חד הורית לילד עם צרכים מיוחדים, רוצה לגור ליד אחותה. בנימיני – הורים שקולים, הם רצו לעבור דירה כדי לשנות את נסיבות חייהם, מבקשים לבטל את החוזה מטעמים הומניים – חשש שעזיבה תגרום להתדרדרות במצבה של גב' בנימיני, מציעים פיצוי לאזימוב. המחוזי – פסק לטובת בנימני (**מכוח ס' 3(4)),** אזימוב תקבל פיצויים מוסכמים. באילו נסיבות יימנע בימה"ש מאכיפה מכוח **ס' 3(4**)? **השופטת חיות** – אכיפה היא מלכת התרופות, על הטוען לחריג **3(4)** להוכיח מצוקה בפועל, ולא אפשרות למצוקה. במסגרת שיקולי הצדק :

|  |  |
| --- | --- |
| **בצד המפר** | **בצד הנפגע** |
| חומרת ההפרה | אשמו התורם |
| המאמצים שעשה המפר להימנע מן ההפרה (מאמצי המניעה) | היקף קיום חיוביו |
| המניעים להפרה |  |
| הניסיונות לתקן את תוצאות ההפרה |  |

לנפגע יש יתרון פתיחה, קיימת חזקה בעד אכיפה. על המפר להוכיח שהתקיימו נסיבות חריגות :

1. לא היה שינוי נסיבות
2. לא היה ברור שמעבר יפגע בבנימני (רק חו"ד מקצועית).
3. יש לתת מקום למצבה הנפשי של אזימוב
4. לאזימוב לא היה אשם תורם

ולכן אזימוב זכאית לאכיפה.

**שיקולים נוספים** : **מצגים שיצרו הצדדים** (למשל - אם צד אמר שהוא יתבע רק לפיצויים ואז תובע אכיפה). **משך הזמן שעבר עד להגשת התביעה**.

**ע"א 3533/93 לוין נ' לוין** : זוג שחתו על הסכם גירושים – אילנה תקבל מזונות מוגברים אבל החוזה הוא קניינו של יוסף ואסור להשתמש בו בבימה"ש. התגלה סכסוך, האישה תובעת ע"פ החוזה. השופט זמיר – חסימת הדרך לערכאות מנוגדת לתקנות הציבור, אבל פה החסימה לא הייתה מוחלטת, הוא משתמש בס' **3(4)** – אכיפה התניה אינה צודקת בנסיבות העניין. ניתן להבחין שיש אפשרות להכניס שיקולים רחבים יותר לתוך הסעיף – שיקולים של תקנת הציבור וכו'.

**ס' 4** לחוק התרופות – בימה"ש לא חייב להעניק/לשלול אכיפה, הוא יכול להתנות אכיפה בתנאים. האם צדדים יכולים להתנות על תרופת האכיפה ? **בפס"ד לינדאור נ' ריגנל** : **השופט אור** – ניתן לשלול את האכיפה בהתנאה מפורשת או שהוויתור יוסק באופן חד משמעי מלשון ונסיבות החוזה.

חובת הקטנת הנזק חל על סעד הפיצויים מכוח **ס' 14,** אבל מכוח **עיקרון תוה"ל** יש להקטין את הנזק גם באכיפה : **ראשית**, הוא רואה את הצדדים כשותפים ולא יריבים. **שנית**, ע"פ **ס' 4** ניתן לבצע אכיפה בתנאים (ולעדן אותה). **שלישית** – ניתן לטעון שהאכיפה לא צודקת בנסיבות **(ס' 3(4))** – ועל הנפגע להסתפק בפיצויים.

## ביטול והשבה (מתרגל) -

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **הפרה יסודית** | **הפרה לא יסודית** |
| **שיקולי צדק** | שיקולי צדק – מוגדר בס' 7 א'. אין בחינה של בימה"ש אם הביטול היה מוצדק או לא (לא יבדקו אם הביטול היה מוצדק או לא). | ס' 7(ב)' בימה"ש יכול לבדוק תחת שיקולי צדק האם היה ניתן לבטל את החוזה |
| **מתן ארכה** | אין צורך במתן ארכה | יש צורך במתן ארכה |
| **החלקים הניתנים לביטול** | ניתן לבטל את כל החוזה | ניתן לבטל את החלק שהופר |

 אבחנה בין הפרה יסודית ללא יסודית :

1. **קביעה בחוזה באופן מפורש** – הוגדר איזה איחור יהווה הפרה יסודית וכו'.
2. **הפרה יסודית מסתברת** – ניתן להוכיח שאדם סביר לא היה מתקשר בחוזה אילו היה יודע על ההפרה.

**ד"נ 44/75 ביטון נ' פרץ-** עסקאות קנית דירות בשרשרת. שמעון קונה מלוי, לוי קונה מיהודה. שמעון מאחר ב6 ימים בתשלום ללוי ועל כן לוי לא שילם ליהודה. יהודה ביטל את החוזה בשל הפרה. לוי מבקש לבטל את החוזה עם שמעון בטענה של הפרה יסודית. שלושה שופטים מגיעים לאותה מסקנה - אם התוצאה של ההפרה אינה סבירה, הרי שלא מדובר בהפרה יסודית מסתברת. **השופט ויתקון** סובר שאדם סביר לא היה חושב שאיחור קל יגרור תוצאות כל כך מרחיקות לכת. **השופט כהן** - מתייחס **לתוצאות**, האם התוצאה של ההפרה הייתה **תוצאה סבירה**. אם אדם סביר היה יכול לצפות את התוצאה שתגרום לנזק, ההפרה היא הפרה יסודית. **השופט שמגר** - מדגיש את עניין **הצפיות**, לא ניתן היה לחזות את הפגיעה מראש.

**דוג' להפרה יסודית** : **אי קיום טוטלי**, **קיום באיחור** (לבחון ע"פ הנסיבות), **איחור בביצוע חיוב שאינו כסף** (למשל להופיע באירוע שעבר), **איחור בתשלום** (תלויי נסיבות).

הביטול חייב להיות בהודעה, חייב לתת אכרה שכמדובר בהפרה לא יסודית, בהפרה יסודית ניתן אך לא חייב. **אם חלף הזמן הסביר מההפרה האם עדיין ניתן לבטל את החוזה ? ע"א 8741/01 חלאבין נ' מיקרו** : מיקרו מפיצה מוצר של חלאבין. חוזה המחייב את מיקרו במכירת כמות מינימאלית של מוצרים. כעבור 14 שנה חלאבין שלחה למיקרו הודעת ביטול בין הפרת חוזה. מיקרון ערערה בטענה שמתוך 14 שנה שחלאבין לא אמרה דבר. **השופט ריבלין -** לכתחילה התנאי היה יסודי אך מכיוון שהם לא ביטלו תוך זמן סביר ההפרה היסודית מקבלת תכונה של הודעת זמן סביר מראש או שההפרה היסודית הופכת להפרה שאינה יסודית. בכל אופן הייתה צריכה להינתן ארכה ועל כן הערעור של מקרו מתקבל. ישנן שתי דעות במשפט הישראלי : **ברק** - השתהות יתר בעקבות הודעת ביטול לא הופכת את ההפרה להפרה לא יסודית אלא היא רק מקבלת את המרכיב של הפרה יסודית- נתינת ארכה. **אנגלרד** - הפרה יסודית הופכת להפרה לא יסודית, השתהות לא משנה את סיווג ההפרה אבל מחייבת מתן ארכה.

## פיצויים –

הסעיף המרכזי לעניין הפיצויים הוא **ס' 10** לחוק התרופות. **שלושה מרכיבים :**

* קש"ס – הזכאות לפיצוי היא בעד הנזק שנגרם מההפרה
* צפיות – אם המפר היה יכול לצפות בכוח/בפועל.
* כימות הנזק (לא מופיע בלשון החוק)

לעניין הכימות יש ויכוח בין השופטים **בע"א 3555/80 אניסימוב נ' מלון טירת ב"ש** : חוזה להקמת שתי קומות נוספות במלון. המערערת לא משלימה את הבנייה בטענה שיש עלייה במחירי הביצוע, מבקש שיערוך. המלון מסרב, אניסימוב עוזב, המלון טוען שהוא ירד בדרגה בשל העניין. המחוזי – התקיימה הפרה יסודית (100 א' פיצויים). **השופט כהן** – אומר שהנפגע לא חייב לכמת את נזקו, אלא להוכיח אותו וביהמ"ש יכמת אותו – אין קש"ס בין ההורדה בדרגה לשיפוץ ולכן הוא מפחית את סכום הפיצויים. **השופט ברק** – מגיע לאותו סכום פיצויים, אבל נטל כימות הנזק הוא על הנפגע. הכלל הוא – על הנפגע לכמת את נזקו ולהוכיחו, החריג הוא בפיצויים בגין עוגמת נפש (ע"פ **ס'** **13** לחוק התרופות) – בימה"ש יכמת את הנזק בשיעור שנראה לו.

**באילו מצבים עדיף לתבוע על פיצויי הסתמכות ולא קיום ?**

1. לפעמים, **קל יותר לתבוע פיצויי הסתמכות – ע"א 366/90 עיריית נתניה נ' מלון צורים** : חוזה לבניית מלון, עיריית נתניה התחייבה לטפל בהיתרים, המצב התכנוני השתנה – היא הפרה את החוזה. תחילה, הם ניסו לתבוע מכוח ס' 13 (עוגמת נפש) – נגרם נזק אך הם לא יודעים כמה, בימה"ש הסכים שס' 13 לא משמש למצבים כאלו, הזנק שנגרם היה ממוני. **סיבוב שני** – הם תבעו מכוח אינטרס ההסתמכות, בימה"ש פסק להם פיצויים**, נפגע זכאי לפיצויי הסתמכות כאשר פיצויי הקיום קשים להוכחה.**
2. **במקרה של חוזה הפסד** – ניתן לאפשר תביעה על פיצויי הסתמכות כאשר החוזה היה מניב הפסד.

במקרה של **השבה** – יש תמימות דעים בין השופטים **הנפגע יכול לתבוע לביטול והשבה גם כאשר פיצויי ההשבה גבוהים יותר.** אינטרס הקיום תמיד ייתן לנפגע יותר פיצוי כשהמצב התפתח כפי שהוא צפה.

**חובת הקטנת הנזק –** חלה מכוח **ס' 14** (על פיצויים מכוח **ס' 13 וס' 10**) :

1. מחייב את הנפגע לנקוט באמצעים סבירים כדי להקטין את נזקו (משקף את **עיקרון תוה"ל**).
2. מחייב את המפר להשיב לנפגע את ההוצאות הסבירות שהוא הוציא מכוח **14(א).**

**פס"ד פוקס נ' מקליין –** הנפגע לא צריך לעשות הכל כדי להקטין את נזקו, רק דברים סבירים.

**ס' 11 – פיצויים ללא הוכחת נזק :** נוסחה סטטוטורית לחישוב פיצויים, בתנאים :

1. **חוזה למכירת/קניית נכס או שירות**
2. **פרה**
3. **ביטול בעקבות ההפרה**
4. **קיים פער בין מחירם החוזי של הנכס או שירות לבין שווין ביום הגשת התביעה.**

**בהתקיים התנאים הללו :** מגיע לנפגע פיצוי על ההתייקרות, נדע מהו הפער ע"פ מחיר השוק.

למצבים בהם **הקונה הוא המפר מתייחס ס' 11(ב) – אם הקונה מאחר/לא משלם** : המוכר זכאי להפרשי **ריבית והצמדה,** חוסך בהוכחת אינטרס הקיום**. רע"'א 2371/01 אינשטיין נ' אוסי** : זכרון דברים למכירת דירה, בשל עליית מחירי הדירות אוסי מבקשת 40 א' יותר, צד ג' מוכן לשלם 52 יותר – אוסי מוכרת. **הנשיא ברק** – פוסק לאנשטיין 52 א' פיצויים מכוח ס' 11 – הפער בין המחיר החוזי למחיר השוק.

הערה **: חובת הקטנת הנזק לא חלה אם הנפגע מבקש רק את הפער**. אם קיים יותר מראש נזק אחד, ניתן לתבוע גם לגבי ראשי נזק אחרים (מכוח **ס' 10 או 13)**, אפשר לשלב ראשי נזק עם **ס'** **11**.

**ס' 12** – **שמירת זכות** : הנפגע יכולים לפי שיקול דעתם לבחור בפיצויים ע"פ **ס' 10** או ע"פ **ס'** **11**. אבל, אם ע"פ **ס' 10** מגיעים לחישוב פיצויים שאינו סביר, בימה"ש רשאי להוריד את הפיצויים לשיעור **ס' 11.**

## פיצויים מוסכמים –

הסעיף המרכזי לעניין זה הוא **ס' 15 : אם הצדדים הסכימו על סכום מראש, הוא יינתן ללא הוכחת נזק, אלא אם כן בימה"ש הגיע למסקנה שהוא לא סביר ביחס לנסיבות ואז הוא יהיה רשאי להפחית אותו** (בימה"ש לא רוצה שפיצויים מוסכמים יהפכו לפיצויים עונשיים) – אבל יש פה ביטול של כל העניין של חיסכון בעלויות. מכוח ס**' 15(ב) ניתן לבחור בין הפיצויים המוסכמים לאחד מן האינטרסים האחרים** (אם הם נמוכים מדי), ע"פ **ס' 14(ג) – סכומים שהמפר שילם והצדדים הסכימו מראש על חילוטם לטובת הנפגע הם כמו פיצויים מוסכמים**. **ע"א 228//90 אהרון נ' פרץ בן גיאת** : שתי דירות נמכרו ע"י קבלן, פיצויים מוסכמים – 15 א' דולר (לכל חוזה), המחיר החוזי היה 90 א'. הקבלן התעכב 5.5 שנים במסירה, הרוכשים תובעים להעברת הרישום ולפיצויים המוסכמים. בימה"ש **המחוזי** הפחית את הפיצויים ל-5 א'. **השופט חשין** : הסמכות לצמצם פיצויים מוסכמים היא חריגה, תניית פיציים מוסכמים גורפת יכולה להוות אינדיקציה לכך שהפיצוי הוא בלתי סביר. יש לבצע אבחנה בין איחור קל לאיחור ארוך. הפיצויים היו סבירים, הצדדים העניקו חשיבות לביצוע מהיר.

**ע"א 539/92 זקן נ' זיזה** : שותפים בניהול אולם שמחות (פעל ללא רישיון), חוזה פירות שותפות לפיו המערער יקבל את השכירות והמשיב יטפל בהשגת הרישיון. הפיצויים המוסכמים – אם הרישיונות לא יושגו תוך ארבע חודשים – 700 דולר לכל יום איחור, התקיים איחור ב-500 יום. **בימה"ש המחוזי –** הפחית את הסכום. **השופט שמגר** – מאשר את פסיקת המחוזי, מלכתחילה העסק היה מפסיד, הם לא היו יכולים להגיע לרווח של 700 דולר ביום.

ניתן לקבוע פיצויים מוסכמים שונים לכל מיני סוגים של הפרות – הבעיה היא שדיון ארוך ומדוקדק בפיצויים מוסמכים עלול להרוס בשלב המו"מ. פעמים רבות הצדדים בוחרים שיעור פיצויים מוסכמים לכל הפרה. ניתן לקבוע סכום פיצויים מוסכמים בשתי טכניקות : ע"פ אחוז או ע"פ סכום מסוים. נראה שישנו מקום לקבוע פיצוי שונה לגבי איחור בביצוע לעומת אי ביצוע בכלל.