**25/10/12 – מבוא לחוזים**

חוזה – הסכם בין שני צדדים או יותר שהמשפט מקנה לו תוקף מחייב. חוזה לא חייב להיות כתוב ולא חייב לפרט מה תהיה הסנקציה במקרה של הפרה (אך כמובן שזה לא אומר שאפשר להפר חוזה). חוזה מחייב יותר מהסכם, שמחייב יותר מהסכמה.

כדי שהסכם יהפוך לחוזה צריכה להיות לו **אכיפות משפטית**. יש לנו עניין לאפשר לאנשים לפתח אישיות ולא לפחד מסנקציות. אם כל ההסכמות היו חוזים – אנשים לא היו יכולים לפתח אישיות. כל משא ומתן היה נמשך המון זמן וזה היה משנה בצורה שלילית את האינטראקציה הבין-אישית. העלות של שיטה כזו תהיה גבוהה מאד והרבה ערכים ייפגעו. אם נקצה הרבה משאבים להידיינות משפטית, תחומים אחרים ייפגעו.

מנגנונים חוץ-משפטיים המעודדים קיום הבטחות:

1. נורמות מוסריות
2. נורמות דתיות
3. נורמות חברתיות (קהילת היהלומנים למשל)
4. מוניטין (קיום חוזה עשוי להועיל לשם שלנו כגוף המקיים הבטחות)
5. חשש לנקמה

המנגנונים החוץ-משפטיים יעבדו בחברות קטנות, הומוגניות, שבהן יש חשיבות עצומה למעמד החברתי. על החברות האלה להיות סגורות ובין הפרטים בהן מתקיימת אינטראקציה תמידית. חברות כאלה מגבילות את האפשרות לפתח את הכלכלה. בעולם המודרני יש קבוצות גדולות, הטרוגניות, ו**אי אפשר לסמוך על המנגנונים החוץ-משפטיים שיבטיחו קיום הבטחות**. מול כל הבטחה עומד נבטח/ת וכשאדם מחליט לא לקיים הבטחה יש נפגע/ת פוטנציאליים. המערכת היא דינמית, הנסיבות משתנות, ולכן כאשר מתחייבים לעשות דבר מה קיימת האפשרות שיגיעו הצעות חדשות ויגרמו להפר את אותה הבטחה. **האכיפות המשפטית מטרתה להבטיח את קיום ההבטחה**. קיום האכיפות המשפטית, בחוזים בפרט, מאפשר להתמודד עם סיכונים ולנצל הזדמנויות עתידיות.

בעבר היו **עסקאות ריאליות (ברטר)**. מדובר בעסקאות חליפין בזמן הווה של נכס בנכס (אתה תיתן לי פרה ואני אתן לך שני כבשים). כיום, קיימות **עסקאות אובליגטוריות** (עסקות הצופות פני עתיד) – חלופת הבטחה בהבטחה. לדוגמא: כשאדם רוכש דירה על הנייר, הוא נושא בסיכון מסוים (ולכן זה זול יותר). הקבלן, מצדו, מקבל מימון שמאפשר לו להתחיל פרויקטים נוספים. עסקאות אלה פותחות **טווח אפשרויות** שלא היה קיים בעבר.

כאן בא לידי ביטוי חשיבות האכיפות. אנחנו נותנים כסף לקבלן לפני שעומד הבית יציב, על בסיסו של חוזה. כיצד אנחנו יכולים להבטיח שיקוים החוזה? הרי שבמצב כזה יש לנו סיכון כלשהו. אך אנו יודעים, שהמדינה תדאג לאכוף את החוזה באם לא יקוים. עם זאת, נושא האכיפות אינו מושלם והרי שקיימים סיכונים עסקיים שדבר לא יגן עלינו מפניהם – הקבלן פושט רגל, החברה שהשקענו בה מתפרקת וכו'. החוזה מגן עלינו מפני סיכון מסוים – סיכון אי-הקיום, עד רמה מסוימת, שכן תמיד עלול להיווצר מצב בו הצד שכנגד מגיע לכדי **חדלות פירעון**.

עקרונות המחזקים את **חופש החוזים**:

1. חירות – בחברה דמוקרטית, רוצים להעניק לפרטים את מידת החופש הגבוהה ביותר שאפשר, כל עוד הדבר אינו פוגע באחרים.
2. אוטונומיה – יש ערך לכך שאנשים מקבלים החלטות עבור עצמם.
3. רציונאליות – אם אנשים לא יכולים לקבל החלטות נכונות לגבי עצמם, לא תהיה להם מחויבות לחוזה והמוסד הזה יהפוך להיות נפסד.

בחברה הטרוגנית, אין את המידע הנחוץ להגיע להסדרים שיתאימו לפרטים שחיים בה. צריך ליצור מערכת ביורוקרטית ענפה. בנוסף, המערכת היא דינמית. האלטרנטיבה של תכנון מדינה עדיין לא מהווה חלופה לחוזים.

**שיעור 28/10/12 – משא ומתן**

כיצד חוזים משפרים את מצב המתקשרים?

שווי למוכר – המחיר המינימלי שבו המוכר מוכן למכור את הנכס.

שווי לקונה – המחיר המקסימלי שבו הקונה מוכן לרכוש את הנכס.

הסיבה לפער – הבדלי העדפות, הבדלי כישורים (למשל, תיק עזרה ראשונה – פרמדיק יהיה מוכן לשלם עליו יותר מאשר סתם אדם), פערי מידע (למשל, מטבע עתיק – מי שלא מבין במטבעות, לא יהיה מוכן לשלם עבור מטבע כזה), פערי ציפיות לעתיד והבדלים ביחס לסיכון (מניה בחברת "טבע").

תפקידי המשא ומתן

1. לראות אם יש סיכוי לעשות עסקה (אם יש **ממשק חוזי**)
2. בהנחה שיש ממשק חוזי, לחלק את **העודף החוזי**.

**זכויות גברא**/in personam – זכויות אישיות שאינן ניתנות להעברה.

**זכויות חפצא**/זכויות התקפות כולי עלמא/in rem – זכויות קנייניות הניתנות להעברה.

לזכויות הקניין יש מעמד-על בעולם המשפט הפרטי – הן חזקות יותר מזכויות חוזיות, מזכויות נזיקיות ומזכויות הנובעות מעשיית עושר. דוגמא לזכות קניינית: שיעבוד לבנק.

דיני הנזיקין מטילים חובה על המזיק לפצות את הניזוק. מטרת דיני הנזיקין היא להשיב את המצב לקדמותו, דהיינו למצב כפי שהיה ערב התרחשות האירוע הנזיקי. נקודת המוצא היא שניתן להמיר כל נזק לסכום כספי. אי אפשר לאיין את הנזק לחלוטין. **פיצויים שליליים** – פיצויים הצופים פני עבר ומטרתם להשיב את הניזוק למצב בו היה ערב התרחשות הנזק.

דיני עשיית עושר שלא במשפט קובעים איסור על התעשרות שלא כדין. עיקרון היסוד הוא שמי שזכה בטובת הנאה בעלת ערך כלכלי על חשבון אחר יצטרך להשיב את טובת ההנאה/הרווח בו זכה. במקרים כאלה ניתן **להשיב את המצב לקדמותו**.

בניגוד לדיני הנזיקין ולדיני עשיית עושר שלא במשפט, שעוסקים באירועים לא מתוכננים, דיני החוזים מבוססים על **עיקרון ההסכמה**. מטרתם היא לאפשר לצדדים לשפר את מצבם על ידי הסדרה פרטית של מערכת היחסים ביניהם. ההנחה היא שעל פי רוב, חוזים אכן משפרים את מצב המתקשרים. מטרת דיני החוזים היא להעמיד את הצד הנפגע מן ההפרה במצב בו היה נמצא אילו החוזה קוים – **פיצויי קיום/פיצויים חיוביים** – הצופים פני עתיד. סעד נוסף הוא כמובן **אכיפה** של החוזה.

זכות יסוד: חופש החוזים מורכבת משני אלמנטים – **חופש ההתקשרות** שמקנה את החירות להתקשר בחוזה עם מי שרוצים; ו**חופש העיצוב** שמאפשר לעצב את החוזה כפי שרוצים (בגבולות מסוימים). זהות המקשר שכנגד תשפיע על עיצוב החוזה (אם הוא בן משפחה, למשל, החוזה יהיה לקוני עקב האמון בין הצדדים). בחוזה עם אדם זר פחות נרתעים משימוש באמצעים משפטיים.

סעיף 23 לחוק החוזים-תשל"ג-1975 קובע כי חוזה יכול שייעשה בעל-פה, בכתב או בצורה אחרת, זולת אם הייתה צורה מסוימת תנאי לתוקפו על פי חוק (חוזה מקרקעין/חוזה מתנה חייב להיעשות בכתב למשל) או הסכם בין הצדדים.

סעיף 24 – תוכנו של חוק יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים.

האם חופש החוזים כולל גם חופש מחוזים (חופש מעול מערכת המשפט)?

1. קהילת היהלומנים – כריתת חוזה באמצעות לחיצת יד + אמירת מזל טוב.
2. ע"א 621/04 אסעד נ' קלבאן – מוסד ה**סולחה**. קטטה בין שניים, ניסו להסדיר כמקובל בעדה הדרוזית באמצעות הסולחה וזקני העדה פסקו 50 אלף שקל לזכות הנפגע. אז המשיב שחשב שהסכום הזה נמוך מדי הגיש תביעה למחוזי, שם נפסק 350 אלף פיצוי. בערעור לעליון, השופטת נאור קבעה כי זה לא ברור שכשאדם פונה למוסד הסולחה מתבטלת הזכות לפנות לערכאה. היא טענה כי לא תהיה פגיעה קשה במוסד הסולחה.
3. ע"א 3833/93 לוין נ' לוין – זוג שמערכת היחסים ביניהם התערערה והם חתמו על הסכם גירושין שכלל סעיף שקבע כי עד מתן הגט יישא הבעל בכל הוצאות הבית והמזונות. נקבע כי החוזה יהיה חסר תוקף בבית המשפט ויהווה קניינו הפרטי של הבעל ביום מתן הגט. בית המשפט קבע שהבעל לא **יכול להתנות על יכולת האכיפה של החוזה בבית המשפט**. חופש החוזים מוגבל.

**שיעור 31/10/12 - חופש החוזים**

עיקרון חופש החוזים הגיע לשיאו בסוף המאה ה-19 – תחילת המאה ה-20. בתקופה זו שלטה אידיאולוגיה של אי-התערבות הממשלה בענייני היום (גישה שזכתה לשם **laissez faire**). מדובר בגישה קיצונית שעם הזמן ראו נסיגה ממנה. בתי המשפט הכניסו עקרונות מתחום המשפט הציבורי כמו שוויון, הגינות, סבירות וזכויות יסוד לתוך המשפט הפרטי, במיוחד לדיני חוזים, כל זאת באמצעות **עיקרון תום הלב ותקנות הציבור**. כתוצאה מכך, ההבדלים בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי היטשטשו.

מאילו טעמים יש להגביל את חופש החוזים?

1. סיבות תוכניות – לעיתים תוכן החוזה הוא כזה שאנו כחברה לא מוכנים להכיר בו. אופן ההתערבות: שלילת האכיפות המשפטית.

**חוזים בלתי חוקיים** – חוזה יכול להיות בלתי חוקי בשל תוכנו, מטרתו או אופן כתיבתו.

**חוזים המנוגדים לתקנת הציבור** – מעבר לחוקים, יש יסודות מפתח המעצבים את תקנת הציבור. מדובר במוסר הרווח של החברה הישראלית אותו מעצב בית המשפט. דוגמאות: חוזים הנוגעים לפגיעת גוף (מפעיל אתר בנג'י קובע כי אינו אחראי לנזק הנגרם), ניסיון למנוע מבית המשפט להתערב ולדון בהסדר (לוין נ' לוין), שלילת האפשרות של כיתוב בערבית על מצבות.

**הסכמים פוליטיים** – בית המשפט לא מתערב בשל עיקרון כיבוד רשויות.

**חילופי מומחה** – בית המשפט לא מתערב כי הוא מרגיש שאין לו מומחיות מספקת בתחום. לדוגמא ע"א 319/65 דוד אלבלדה נ' האוניברסיטה העברית: במקרה זה הפקולטה למשפטים החליטה להאריך את הלימודים בטרימסטר. חלק מהסטודנטים תבעו את האוניברסיטה בגין הפרת חוזה. בעליון, השופט לנדוי דחה את הטענה וקבע כי **האוניברסיטה היא המומחית ובית המשפט צריך להכפיף עצמו אליה**. יש בעיה אינהרנטית בכך שנותנים למומחים להחליט – הסכנה היא בכך שהמומחים ינצלו לרעה את כוחם.

דוגמא לניצול לרעה –בג"ץ 571/89 מוסקוביץ' נ' מועצת השמאים: בבחינה הראשונה מוסקוביץ' קיבל 45 ושמאי מוסמך אמר לו שתשובותיו היו נכונות. לאחר שניגש פעמיים נוספות ונכשל, הסתבר לו כי מועצת השמאים הגבילה את מספר הנכנסים למקצוע ל-6.5%. כשבית המשפט הבין מה קרה, הוא החליט שכאן **המומחה פעל משיקולים זרים** – הגבלת מספר השמאים כדי להגביל את התחרות. בית המשפט החליט לבחון את תשובותיו של מוסקוביץ' בעצמו.

**עניינים הקשורים לכבוד, פרס או ציון** – כבוד: בפסק דין אלבלדה השופט קיסטר שטען כי **תואר אוניברסיטאי הוא עניין של כבוד** ולכן לא ראה צורך להתערב. פרס: ע"א 338/65 מדינת ישראל נ' יום-טוב קרסיאנסקי: ערעור שנסב סביב תחרות חידון התנ"ך העולמי. קרסיאנסקי טען להליכים פגומים בהליך השיפוט ולחוסר הגינות. העליון החליט לא להתערב כי מדובר במתן פרס וגם כי הם אינם המומחים ואינם בקיאים בחומר. לדבריו, בית המשפט לא צריך לשים עצמו מומחה-על בתחומים בהם אין הוא מבין והסמכות מוענקת לשופטי החידון. ציון: סעיף 33 לחוק החוזים: "חוזה שלפיו יינתן ציון, תואר, פרס וכיו"ב ע"פ הכרעה או הערכה של אחד הצדדים או של צד שלישי, אין ההכרעה או ההערכה לפי החוזה נושא לדיון בבית המשפט".

**חוזה או הסדר הקשור למזל או להימור** – לפי סעיף 32א': "במקרה שזכייה מתבססת על מזל, לא ניתן לתבוע אכיפה או פיצויים". סעיף 32ב': "במקרה של הסדרי הימורים הקבועים בחוק או שקיבלו היתר על פי חוק" – חריגים, למשל טוטו או לוטו.

1. פגמים בהסכמה הספציפית – ביחס לחוזה מסוים נפל פגם בהסכמת אחד הצדדים לחוזה.

אופן ההתערבות: שחרור הצד שברצונו נפל הפגם מן ההסכמה לחוזה.

החשש הוא שאם נפתח פתח רב מדי לשחרור מחמת טעות זה יכול לערער את כל דיני החוזים ולכן במקרה של **טעות** בית המשפט לא ממהר להתערב. **הטעיה** – אם אחד הצדדים הטעה את הצד השני בעת החתימה (הטעיה במעשה או הטעיה במחדל). **כפייה** – רצונו החופשי של המסכים נשלל. **עושק** – ניצול מצוקה. מצוקת המתקשר קיימת באופן בלתי-תלוי בצד השני.

1. ספקנות בנוגע לכשירות המשפטית של צד לחוזה – מקרים שיש סימן שאלה קטגורי לגבי המתקשר/ת. למשל, הסכמים של **קטינים/פסולי דין**. אי אפשר למנוע לגמרי מקטינים להיקשר בחוזים (ילד שרוצה לקנות ארטיק או ילדים שמחליפים ביניהם קלפים). עם זאת, קיים ספק לגבי שיקול הדעת של ילדים. במקרים אלה יש כוונה להציב דרישה מגוף משפטי אחר או מצד ג' (הורה, אפוטרופוס, היועמ"ש, בית המשפט) בהתאם לסוג העסקה ולמורכבותה.

**חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות** עושה הבחנה היא בין עסקאות שקטינים נוהגים לעשות (קלפים) לבין עסקאות שהם אינם נוהגים לעשות (לרכוש דירה). השאלה היא היכן עובר הגבול.

**פסולי דין** מוגדרים כאנשים הסובלים מפגיעה נפשית או קוגניטיבית המערערת את שיקול דעתם באופן תמידי.

1. חוזים חשובים במיוחד – דרישה לצורה מיוחדת – יש כ-20 סעיפי חוק שדורשים כתב. שלושת החשובים: עסקת **מקרקעין**, חוזה **מתנה** (הענקת מתנה חד צדדית ללא תמורה) ו**הסכם ממון**. בתחומים אלה הכתב הוא יסוד מהותי הנדרש בכריתת החוזה. מדוע קיימת במקרים אלה דרישה צורנית שהיא חריג לחוק? כיוון שמדובר בחוזים משמעותיים, הרי גורל למתקשר. המטרה היא לתת למתקשרים הזדמנות לשקול את הדברים, לא להיחפז. **יש פער בין ההסכמה בעל-פה עד לאפיון החוזה הכתוב**.
2. חריגה מסטנדרט התנהגות מקובל (חוסר תום לב)

אופן ההתערבות: בית המשפט יכול לשנות את התוכן ולהעניק סעדים לצד הנפגע. הדוקטרינה – **חוסר תום לב** (או במהלך המשא ומתן או בקיום ההתחייבות החוזית).

1. שינוי נסיבות קיצוני

אופן ההתערבות: שחרור הצדדים מההתחייבות החוזית. הדוקטרינה – **סיכול**. דוגמא לנסיבות קיצוניות: הסופה "סנדי" בארה"ב.

1. פערים גדולים בעמדות המיקוח בחוזים אחידים – הבעיה הכי רווחת והכי קשה. משא ומתן אף פעם אינו מתנהל בין שני צדדים שווים. הדגש הוא על **חוזים אחידים** (חוזים שהוכנו מראש על ידי צד אחד – הוא הספק). הצד החזק הוא מנוסה, עבר מספר רב של התקשרויות, וביכולתו לנצל את יתרון המידע שלו. במקרים כאלה יש **חשש לקיפוח** הצד שכנגד. זה נכון בעיקר בחוזים צרכניים (ספקיות אינטרנט למשל).

אופן ההתערבות: התערבות בהסדרים ספציפיים בחוזה – **שינוי תניות מקפחות** בחוזים אחידים באמצעות עילת הקיפוח בחוק החוזים האחידים. בית המשפט לא מבטל את החוזה, הוא משנה את ההסדר הספציפי שנתפס כקיפוח.

**שיעור 1/11/12 - כריתת חוזה**

יצירת יחסים משפטיים מחייבים:

חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול (סעיף 1 לחוק החוזים). הצעה (לפי סעיף 2) היא פנייה המעידה על **גמירת דעתו** של המציע להתקשר עם הניצע בחוזה. ההצעה צריכה להיות בעלת **מסוימות** מספקת כדי לאפשר כריתת חוזה בקיבול והצעה. קיבול (לפי סעיף 5) היא הודעה שנמסרה למציע, המעידה על גמירת דעתו של הניצע להתקשר בחוזה עם המציע, הסכמה החופפת את תנאי ההצעה – הסכמה למסוימות ההצעה.

גישה זו מאפיינת היעדר משא ומתן והיא מתקיימת בעיקר בחוזים אחידים. כשיש משא ומתן, המודל הזה הופך להיות קשה ליישום. במקום זאת, מתמקדים בהעדה על גמירת דעת ומסוימות. ברגע שמזהים העדה על גמירת דעת אצל שני הצדדים ומסוימות מספקת לשם כריתת חוזה – זה מספיק. **אם בשלב מסוים הייתה הצטלבות רצונית בין הצדדים (לאו דווקא בשלב הסופי) – נכרת חוזה**. אין אפשרות לחזור אחורה מהנקודה הזו.

מה קורה כשיש פנייה של אדם לחברו בהיעדר מסוימות וגמירת דעת? המשמעות המשפטית היא שפנייה כזו נקראת "הזמנה" להיכנס למשא ומתן. הצעה יוצרת אצל הניצע כוח משפטי – כוח הקיבול. הזמנה, לעומת זאת, לא יוצרת כוח מקביל אצל הניצע.

העדה על גמירת דעת

פרופ' זאב צלטנר ז"ל הציע להגדיר גמירת דעת כ"רצינות". פרופ' גבריאלה שלו הציעה להגדיר גמירת דעת כ**"כוונה להתקשר עם הניצע המסוים בחוזה המסוים"**. פרופ' סיני דויטש הגדיר זאת כמשמעו במשפט העברי. בפס"ד פרץ בוני הנגב בדעת מיעוט ואחר כך ביניש בדעת רוב בבראשי פסקו כי גמירת דעת היא **"כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים"**.

אינדיקציות לקיום גמירת דעת/כוונה ליצור יחסים משפטיים:

1. קביעה מפורשת – נוסחת הקשר – בעיקר כאשר יש מסמך בכתב, לפעמים גם בעל-פה. ככל שהכותרת תהיה קרובה יותר ל"חוזה", הדבר מהווה אינדיקציה לקיום גמירת דעת. **ככל שהכותרת פחות משפטית ולקוחה משפת היום-יום ("סיכום"/"זיכרון דברים") אין אינדיקציה מוחלטת**. עם זאת, ייתכן מצב שגם מסמך שכותרתו "סיכום" יתפרש כיוצר יחסים מחייבים.
2. מבחן הנסיבות – האם הנסיבות שאפפו את המו"מ היו עסקיות (העדה על גמירת דעת) או אישיות-חברתיות-משפחתיות (יש הנחה שאולי לא הייתה כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים). לדוגמא: בלפור נ' בלפור – הבעל היה פקיד במשרד החוץ הבריטי והרבה להיעדר מהבית בשל עבודתו. היעדרויותיו העיבו על מצב רוחה של אשתו והוא הבטיח שישלם לה סכום מסוים על כל חודש בו יבלה מכסת ימים מסוימת מחוץ לבית. הוא הפר את ההחלטה והיא החליטה לתבוע אותו. בית המשפט קבע שלא הייתה כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים כי בתחום המשפחה ההנחה היא שאין כוונה לערב את בית המשפט. דוגמא הפוכה: אדוארדס נ' סקיי וויז – לטייס הייתה זכות לבחור בין פנסיה למענק פרישה חד-פעמי. הוא רצה לבחור בפנסיה, אך חברת התעופה שכנעה אותו לקחת מענק גבוה יותר והוא הסכים. לבסוף, חברת התעופה לא הסכימה להעניק את המענק הגבוה ובית המשפט החליט לפסוק לטובת אדוארדס.

יצוין, כי כיום בית המשפט נוטה יותר להתעסק גם בעסקאות משפחתיות.

1. נוהג – פעמים רבות קיימים נוהגים מסוימים בקבוצות מסוימות המעידים על כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים. לדוגמא: אמירת "מזל וברכה" בקהילת היהלומנים + השקת כוס.
2. שימוש במטבעות לשון משפטיות – כל ההנחות בבסיס חוזה מתחילות במילה "הואיל" ולכן שימוש בביטויים כמו הואיל, הפרה, פיצויים ואכיפה מעיד על הכוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים.
3. מסוימות או רמת הפירוט – מסוימות היא גם אינדיקציה המעידה על גמירת דעת וגם יסוד עצמאי שמעיד על שכלול החוזה. ככל שרמת הפירוט גבוהה יותר, הרי שמדובר באינדיקציה לקיום גמירת דעת. ככל שרמת הפירוט נמוכה יותר, והתנאים פחות ברורים, זוהי אינדיקציה להיעדר גמירת דעת.
4. התנהגות לאחר הכריתה – לדוגמא, בקשה מקרוב משפחה להלוות כסף או הודעה לגורם שלישי על הפסקת העבודה מולו בשל חוזה חדש מול גורם אחר מהווים כוונה ליצירת יחסים משפטיים. אפילו בקשה לביטול חוזה לאחר כריתה יכולה להעיד כי הייתה כוונה.
5. חתימה – מבחינת האדם הממוצע, אקט החתימה כמעט חופף את דרישת גמירת הדעת.
6. תשלום – העברת כסף לצד השני מעידה באופן מובהק על גמירת דעת.

בהחליטו האם הייתה גמירת דעת, מסתכל בית המשפט על מכלול האינדיקציות. בהקשר זה ראוי לציין את **המבחן האובייקטיבי** – לא בודקים כל צד ספציפי האם הוא גמר בדעתו ליצור יחסים משפטיים, אלא בית המשפט בוחן על מה התנהגותם העידה. בוחנים זאת באופן אובייקטיבי ולא סובייקטיבי.

ע"א 440/75 זנדבנק נ' דנציגר

שתי החברות החזיקו בנכס משותף – בית חולים. המערערים והמשיבים גם החזיקו בחלקים שווים במניותיהן של שתי חברות. בשלב מסוים הוחלט לפרק את השותפות. המנגנון המוצע, מכיוון שמדובר באחזקה בחלקים שווים, הוא שכל צד יציע לצד השני לקנות את חלקו והמרבה במחיר הוא יהיה הקונה. לשם כך הוזמנה חוות דעת משמאי שהעריך את שווי הנכסים ב-1,545,320 ל"י. בפועל לא מתממשת עסקה. בחלוף חודשיים, בא כוח המערערים משגר מכתב לעורך הדין של המשיבים ומציע למכור את חלקיהם וזכויותיהם של המערערים תמורת מחצית הערכת השמאי. בא כוח המשיבים השיב כי שולחיו מקבלים את ההצעה והם צירפו גם המחאה על סך 25,000 ל"י. השמאי העריך הערכת-חסר כיוון שהיה עוד כסף בקופה שלא נלקח בחשבון וכתוצאה מכך הסכום שהוערך היה נמוך מדי. לכן, המערערים טענו שלא הייתה כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים. בית המשפט קבע שהייתה כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים – הייתה פנייה לעורך דין, הייתה מסוימות מספקת, הועברו כספים, הנסיבות היו עסקיות והיה שימוש בביטויים משפטיים. **שמגר קבע כי המבחן לגמירת הדעת הוא מבחן אובייקטיבי** וכי "כל הזכויות שמורות" אינו מהווה כלום.

**שיעור 4/11/12**

פרופ' גבריאלה שלו מספקת ארבע הצדקות למבחן האובייקטיבי:

1. הצדקה סטטיסטית – **ברוב המקרים**, אנשים מתכוונים למה שהם אומרים, כלומר **אין פער אמיתי בין דבריהם למה שבלב**.
2. הצדקה ראייתית – אין לנו יכולת לבחון כליות ולב, ולכן כל מה שאנו יכולים לעשות הוא **להתמקד באובייקטיבי**, במה שאנו תופסים.
3. דינמיות מסחרית – בשל **המהירות בה דברים מתרחשים**, ובשל כך שקשה להחזיר דברים לאחור, אי אפשר לנסות להגיד על כל דבר "לא התכוונתי". לכן, בודקים את הדברים באופן אובייקטיבי ולא ניתן להתיר חוזים.
4. עיקרון ההסתמכות – ישנו גם צד שני לעסקה. **המשפט חייב להגן גם על המתקשר השני**. המתקשר שומע אמירה מסוימת ומסתמך עליה באופן סביר ובתום לב – ולבית המשפט חובה להגן גם עליו.

בפסיקה הישראלית, המבחן הזה נקרא **"מבחן אובייקטיבי מרוכך"**, כלומר מסתכלים על הנסיבות ומתחשבים במצב של המתקשרים. המבחן אינו נוקשה וטכני, אלא עשיר. פוחי סבור שלא נכון לומר "מרוכך" אלא "עשיר", אבל הדבר מעוגן בפסיקה.

ע"א 1932/90 פרץ בוני הנגב נ' בוחבוט

המדובר בעסקת מכר – הנכס הוא דירה. פרץ בוני הנגב היא חברה קבלנית ובמקרה זה היא הרוכשת ובוחבוט הוא המוכר. בוחבוט האב הוא הבעלים הרשום של הדירה והבן הוא הבעלים בפועל – גם מתגורר בדירה. פרץ בוני הנגב זימנו את האב לפגישה, ללא הבן, ובעד החתימה שלו שילמו לו 1,000 שקל ולבנו 15,000 שקל. האב הגיע לפגישה בגילופין ובטענה שאינו יודע קרוא וכתוב. העסקה נרקמה מול הבן, אך האב הוא זה שחתם (ללא נוכחות הבן). הבן לא פודה את ההמחאה ובוחבוט מבקשים לחזור בהם. פרץ בוני הנגב מגישים תביעה למחוזי ומבקשים לאכוף את החוזה, לפנות את הבן מהנכס ולקבל פיצויים מוסכמים כמו שנקבעו בחוזה. בית המשפט קובע כי היה חוזה, אך שולל את פינוי הבן ומסירת הפיצויים. פרץ בוני הנגב מערערים לעליון בטענה שמגיעים להם גם שני סעיפים אלה. בעליון יושבים שלושה שופטים, כאשר שניים מהם קובעים שיש לדון רק בסעיפים שהתבקשו ויש להסתמך על בית המשפט המחוזי שקבע כי יש חוזה ועל כן לדחות את הערעור. השופט שמגר משתמש בסמכות מתוקף תקנה 462 לתקנות סדר דין אזרחי, המאפשרת לשופט את הסמכות השיורית להיכנס לנושאים שלא הועלו בכתב הערעור. הוא משתמש בתקנה זו ומתייחס גם לבקשה שהוצעה בסעיף א'. הוא סבור כי לא הייתה גמירת דעת מצד בוחבוט האב. המבחן אינו פורמאלי. שמגר מתייחס לכך שהאב היה בגילופין, לא ידע קרוא וכתוב, לא הובהר לו על מה הוא חותם, הובטח לו כסף תמורת החתימה והוא לא היה מעורב בעיצוב העסקה וחתם מתוך רצון לעשות חסד עם בנו. שמגר לוקח בחשבון את שלל הנסיבות באומרו כי אין כאן העדה על גמירת דעת שכן האדם הסביר שהיה מתבונן על העסקה מן הצד, לא היה מסיק גמירת דעת בתנאים הנוכחיים. על כן, לדבריו, לא נכרת כאן חוזה כי לא הייתה העדה על גמירת דעת. דעתו של שמגר מהווה מיעוט מול שני שופטים שדחו את הערעור. דעת המיעוט במקרה הזה חזקה במיוחד מכוח הנסיבות בהן נוצרה. לא הייתה מחלוקת לגופו של עניין, אלא לגופה של פרוצדורה. דעת המיעוט שימשה בסיס לפסיקה מאוחרת.

ע"א 3601/96 בראשי נ' עיזבון המנוח בראשי

המנוח בראשי נפטר בגיל 87. הוא היה נשוי פעמיים – בפעם הראשונה הוליד שישה ילדים (מאחד מהם הנכד תמיר שהוא אחד התובעים) ובפעם השנייה הוליד ילד אחד – עמית, גם הוא אחד התובעים. בראשי הותיר אחריו צוואה. [\*צוואה היא מסמך חד-צדדי שכל אחד רשאי לנסח הקובע מה יקרה לרכושו לאחר מותו. ניתן לשנות צוואה כמה שרוצים ואין לה תוקף עד ליום פטירתו של המצווה]. בראשי היה במצב חמור ונכנס למוסד. שלושה חודשים לפני פטירתו ושבוע לאחר האשפוז במחלקה הסיעודית במצב גרוע, הוצא המנוח על ידי בנו עמית למכונית שחנתה מחוץ למוסד. הוא הוחתם על שלל טפסים תוך כדי פיצוח גרעינים. יש לזכור כי אינו יודע קרוא וכתוב. במעמד יש עורך דין אך הוא אינו נציגו של המנוח. קרובי המשפחה יצאו מהרכב. נראה היה שבראשי לא מגלה עניין בטפסים ומצבו הקוגניטיבי ירוד. הצוואה קובעת מה ייעשה עם אותם נכסים שהיו שלו עד פטירתו. משמעות המתנה היא הוצאת הנכסים היקרים ביותר מהצוואה והעברתם למקבלי המתנה – ולכן המשמעות היא מה נשאר בעיזבון. במקרה זה עסקת המתנה היא העברת השליטה בחברה וכל הנכסים שבידיו לידי המקבלים. יצוין כי בראשי לא היה פסול דין מאחר שלא הוכרז ככזה. השאלה המשפטית היא האם הייתה גמירת דעת בנסיבות העניין. השופטת ביניש מסבירה בפתח דבריה כי דרישת גמירת הדעת היא דרישה לרצון מגובש ולכוונה החלטית ורצינית ליצור התחייבות. המבחן הוא מבחן חיצוני אובייקטיבי המתמקד בנסיבות המקרה. היא מסבירה כי בעסקאות מתנה אנו מנסים לאזן בין מעניק המתנה שאכן התכוון להעניקה לבין אינטרס ההסתמכות של המקבל. **הרצון לוודא שהמעניק התכוון חשוב יותר כי מדובר בהענקה ללא תמורה**. המקבלים ניסו להגדיר את הסיטואציה משפחתית, אך ביניש דחתה זו בטענה כי זו סיטואציה עסקית. לאור הכרעותיה של ביניש מגיעים למסקנה שנדרשת גמירת דעת רצינית יותר, כלומר בעסקאות מסוימות, בשל נסיבותיהן, בית המשפט מעלה את הרף. לאור הנסיבות, בחתימה אין די והיא כשלעצמה לא תספיק ללמד על כוונה משום שמדובר במתנה רחבת היקף שניתנה מאדם במצב מנטלי ירוד. בית המשפט קבע כי לא היה חוזה משום שלא הייתה גמירת דעת.

\*במשפט האנגלו-אמריקאי אין תוקף להתחייבות להעניק מתנה, כלומר התחייבות ללא תמורה אינה תקפה. בדין הישראלי, לעומת זאת, יש שתי דרישות למתנה:

א) דרישה צורנית – החוזה צריך להיות כתוב.

ב) מבחן גמירת דעת קפדני יותר – מתוקף מהות העסקה מתנה.

ע"א 8163/05 הדר חברה לביטוח נ' פלוני ופלונית

השניים פה זוג נשוי לשעבר. חברת הדר הלוותה להם כסף בתמורה להחזר חודשי + ריבית. התנאי – אם הם לא ישלמו, דירתם תשועבד. שני בני הזוג חתמו על ההסכם. הם לא עמדו בתשלומים והחברה מבקשת לממש את השעבוד על הדירה. בני הזוג טוענים שהחוזה אינו תקף בטענה שפלונית סובלת מסכיזופרניה פרנואידית ופיתחה תלות סימביוטית בבעלה. כלומר, היא הרגישה שהיא תלויה בו בצורה קיצונית ולכן הסכימה לחתום. המחוזי מחליט שלחוזה אין תוקף והחברה מערערת לעליון. השופטת ארבל שוללת את טענת הכפייה כיוון שהכפייה בוצעה על ידי צד ג' (הבעל ולא חברת הדר). השופטת ארבל פועלת על פי הלכת "לא נעשה דבר" שמאפשרת לבית המשפט, במקרים חריגים, לשחרר מן החוזה צד החתום עליו. ההלכה תתקיים במקרים של שלילת רצון המתקשר על ידי כפייה קיצונית או טעות קיצונית. פלונית אמנם לא הוכרזה כפסולת דין, אך בעייתה לא הייתה רנדומלית והתגלתה רק בעסקאות בהן היה מעורב בעלה. השופטת ארבל טוענת כי דיני הכשרות המשפטית לא ממצים את כל המקרים בהם עלולה להיווצר בעיה עם כוחו המשפטי של צד להתקשר בחוזה. על פי בית המשפט, ניתן להשתמש בהלכה זו במקרים יוצאי דופן כשיש נטל ראייתי כבד על טוען הטענה ובמקרים של כפייה קיצונית או טעות קיצונית כאשר מעשי הטוען אינם נגועים ברשלנות. במקרה דנן מתקיימים התנאים והטענה מתקבלת. השופטת ארבל אינה מבטלת את כל החוזה אלא רק משחררת את האישה מהתחייבויותיה בחוזה. לעומת זאת, הבעל ממשיך לשאת בהתחייבויות ומכיוון שהפר את החוזה חשוף לתביעה ולהליכי גבייה שהחברה תנקוט נגדו.

השוואה בין מקרה זה לשני המקרים הקודמים:

במקרה של חברת הדר, לא ניתן לגלות את עניין התלות של פלונית בפלוני ועל כן במבחן האובייקטיבי לא ניתן היה לחשוד בדבר. לכן, זהו פגם סובייקטיבי. **בית המשפט יוצר חריג לבחינה האובייקטיבית ומכיר באפשרות של שחרור בשל בעיה סובייקטיבית שלא ניתן היה להבחין בה בעת החתימה**. אין דרך לאשר בעיה זו באופן אובייקטיבי ולכן מתעורר צורך להביא, בנוסף לאישור מכונס נכסים וכו', אישור כי אין למתקשרים תלות סימביוטית והדבר יביא לסיבוך ולהוצאות רבות. דרך התמודדות נוספת היא העלאת הפרמיות – כך אם ייווצר נזק הוא מכוסה על ידי כולם. אופציה נוספת היא שהדבר לא יביא לשינוי בשוק. השוק מתאים את עצמו בכל פעם שיש שינוי משפטי, אך אם הסיכוי כל כך קטן שהמקרה יישנה, לא צריך לשנות את הכללים על סמך החלטה מינורית אחת.

ע"א 1049/94 דור אנרגיה נ' חמדאן

חמדאן נמצא בחוזה אספקה עם חברת דלק ולקראת סיום החוזה הוא פותח במו"מ עם חברת דור אנרגיה. לאחר מו"מ אינטנסיבי וחילופי טיוטות, ביום 8/7/91 נערכת פגישה בין הצדדים ועורכי דינם, שבסופה יוצא מסמך "סיכום דברים". באי כוח הצדדים חותמים על הסיכום בנוכחות חמדאן, אך הוא עצמו לא חותם. יש לחיצת יד חגיגית וברכה על המוגמר ונקבע תאריך תוך ימים ספורים לחתימה על המסמך החוזי. חמדאן נוכח בטקס חניכת תחנת דלק אחרת של דור אנרגיה ולאחר כמה ימים מודיע לקבוצת דלק על סיום ההתקשרות עמם ועל אי-חידוש ההסכם. בתאריך שנקבע לחתימה חמדאן לא מופיע ומתחמק מדור אנרגיה. בסופו של דבר הוא מחדש את החוזה עם דלק ודור אנרגיה מגישים תביעה ומבקשים סעד הצהרתי – הצהרה של בית המשפט שלמעשה השתכלל חוזה מחייבים בין הצדדים למרות שלא נחתם חוזה פורמאלי. המחוזי קובע כי לא השתכלל חוזה אבל הייתה התחייבות לעשות חוזה, כלומר המו"מ הגיע לנקודת האל-חזור. דור אנרגיה רוצה שיוכרז שהיה חוזה. בעליון השופט אור קובע כי הייתה גמירת דעת כבר בשלב של סיכום הדברים והשתכלל חוזה. הוא התבסס על הנסיבות ועל התנהגות הצדדים עובר לכריתת החוזה ולאחר כריתת החוזה: באי הכוח חתמו, נכתב שזה בסיס להתקשרות הסופית ושאין עוד דרישות לחמדאן. השופט פירש את המפגש שנקבע כדי לשכתב את סיכום הדברים. הייתה לחיצת יד והייתה את ההודעה ל"דלק" על סיום ההתקשרות. כמו כן, חמדאן נכח במפגש המו"מ וכן בחניכת תחנת הדלק החדשה של דור אנרגיה. בנוסף, בחוזה בין חמדאן ל"דלק", הייתה תניית שיפוי – הסדר ביטוח לפיו "דלק" תישא בהוצאות אם חמדאן ייתבע על הפרת חוזה עם דור אנרגיה. תניית השיפוי לבד לא הייתה יכולה להצביע על גמירת דעת, אך היא מוסיפה לכל הנסיבות האחרות. מבחינת חישוב עלות התועלת האישית של חמדאן, כדאי לו להכניס את תניית השיפוי כי גם אם יפסיד בתביעה – "דלק" תשלם את הוצאותיו (גם מעיד על גמירת דעת). המחוזי הסביר כי הצדדים מחוייבים עכשיו להשלים את תנאיי החוזה מפני שהגיעו לנקודת האל-חזור. צריך להבין שזו לא העמדה המקובלת של הדין. אם נוסיף למו"מ נקודות שונות לפני כריתת החוזה זה ייקר את המו"מ בשני מובנים: זה יגרום לסרבול והמשא ומתן לא יהיה יעיל. שנית, יש בעיה להגדיר כל נקודה – באיזה שלב הצדדים הגיעו לנקודה שממנה אי אפשר לחזור אחורה? פוחי סבור כי אין להציב נקודת אל-חזור בחוזה ובמקומה יש להפעיל דוקטרינה של חוסר תום לב במשא ומתן. בית המשפט אומר שבשביל מקרה אחד בעייתי לא כדאי לסרבל את המערכת כולה ובמקרה הספציפי הזה יש לחייב את ההתקשרות בין הצדדים.

**שיעור 8/11/12**

ע"א 65/88 אדרת שומרון נ' הולינגסוורת'

מדובר בחוזה לתיקון מכונה. אדרת שומרון היא חברה ישראלית שעובדת מול חברה זרה (גרמנית). בין הצדדים לא נערך מו"מ ישיר, אלא חילופי תכתובות (טפסים וטלקסים). החברה הישראלית שולחת טופס הזמנה והחברה הזרה שולחת מסמך אישור הזמנה, בו מצוינים פרטים מסוימים: פירוט הציוד, מחירו, תנאי התשלום. במסמך נוסף שמגיע – חוזר תנאים – יש גם **תניית שיפוט זר** בגרמניה. תיקון המכונה לא צלח והחברה הישראלית מגישה תביעה בבית משפט מחוזי בישראל והחברה הגרמנית טוענת שאין לבית המשפט הישראלי סמכות לדון בתביעה משום שהצדדים הסכימו, חוזית, על תניית שיפוט זר. השאלה המרכזית אינה האם נכרת חוזה, כי בוודאי שנכרת חוזה, השאלה היא באיזה שלב במשא ומתן נכרת החוזה. כך נדע היכן צריך להתנהל המשפט. השאלה השנייה היא מהם תנאי החוזה. אם החוזה השתכלל לפני משלוח חוזר התנאים – אז המשפט יכול לדון בארץ. אם החוזה השתכלל עם משלוח חוזר התנאים או לאחריו – המשפט צריך להתנהל בגרמניה. בית המשפט מרגיש שחילופי הטלקסים היו לכל היותר שלב חשוב בגיבוש העסקה, אולם בשלב זה חסרה "ההכאה בפטיש". לטענתו, רק עם העברת חוזר התנאים, בתוספת אישור הזמנה, גמרו הצדדים בדעתם להתקשר בחוזה. יש כאן "מלחמת טפסים" – כל צד משתמש בטפסים שלו, שעוצבו על ידי המחלקה המשפטית לפי צרכיו. אם כך, איך קובעים מה התנאים? פרקטיקה אחת, פרקטיקת "הירייה האחרונה", קובעת שהטופס האחרון שנשלח עם הטובין קובע את הכללים. כלל זה, אותו אימץ השופט לוין, נותן עדיפות לספקים. הפרקטיקה השנייה, הנפוצה הרבה פחות, היא פרקטיקת "הירייה הראשונה" לפיה התנאים נקבעים לפי הטופס הראשון. כלל "הירייה הראשונה" בעייתי כי אז הספק לא חייב לספק את המוצרים. "הירייה האחרונה" בעייתית גם כן כי אז החברה הישראלית יכולה לאבד לקוחות רבים ולהפר חוזים עם חברות אחרות. כלל ה"נוק-אאוט" המקובל היום בארה"ב קובע שיש להשוות בין הטפסים של שני הצדדים ובכל פעם שיש אי התאמה, התנאים מבטלים אלו את אלו ובית המשפט יפנה להסדרי ההשלמה הקבועים בחוק (של המדינה שבית המשפט יקבע) ויחיל הסדרים אלו (מועד המסירה, מחיר וכו'). צריך להבין שאי אפשר להשבית מפעל ולומר "נישא וניתן עד שייצא עשן לבן". יש כאן הסדר בעייתי מאד מבחינה משפטית. ובכל זאת התפתחה פרקטיקה שמאפשרת לעסקים לעבוד. יש כאן מנגנון של "שחקנים באינטראקציה חוזרת" – צדדים שעובדים זה עם זה במשך זמן רב ובדרך כלל פותרים את הבעיות ביניהם מבלי להגיע לבית המשפט. בשלב המשא ומתן ניתן להגדיר את מקום השיפוט ואז ניתן לקבוע שכל ניסיון עתידי לשנות את מקום השיפוט מישראל למדינה זרה מחייב הודעה בכתב. הגדרה זו יש לעשות כשהצד שלך נמצא בעמדה מיטבית ולא כאשר ניתנים תחת לחץ. בית המשפט מציין שלפני שליחת חוזר התנאים לא הגענו לנקודות האל-חזור – חילופי הטלקסים היו שלב חשוב בגיבוש העסקה אך בשלב זה חסרה ההכאה בפטיש. עם העברתו של חוזר התנאים וטופס ההזמנה עם כל הכלול בו גמרו הצדדים בדעתם להתקשר בחוזה. השופט חוזר ואומר שאדרת שומרון יצרו אקט של **קיבול בתהליך של שתיקה ותשלום**. ככה משתכללות עסקאות בעולם.

ע"א 4976/00 בית הפסנתר נ' מור ורשות השידור

מדובר בתקופה בה רשות השידור הייתה שחקן מרכזי בטלוויזיה וכפועל יוצא הייתה חותמת על חוזים לשם פרסומות סמויות. היא עבדה במקביל עם "בית הפסנתר" ועם "כלי זמר". לפי החוזה, בית הפסנתר העבירה לרשות השידור פסנתר כנף שהיה אמור להופיע בסדרה בת שבעה פרקים – שבוטלה. בית הפסנתר תובעים פיצויים מרשות השידור ובדיון בשלום מגיעים להסכם פשרה שמהותו פיצוי כספי סמלי והסדר לשוויון בין בית הפסנתר לכלי זמר. הסכם הפשרה קיבל תוקף של פסק דין. רשות השידור מבקשת לחזור בה מן ההסדר בטענה שההסדר לא הגיע לרמה של חוזה וכי היה פגם בגמירת הדעת ובמסוימות. הם טענו שייצג אותם מתמחה זוטר שלא הייתה לו סמכות להגיע להסדר כזה ושאין תיחום בזמן השוויוניות בין בית הפסנתר לכלי זמר לפי ההסדר. בית המשפט המחוזי מקבל את הערעור. בעליון, השופטת דורנר פוסקת כי עצם ההליך במקרה זה ואימוץ הפשרה כפסק דין מחסנים את החוזה מפני טענת בטלות מדעיקרא ואין היעדר גמירת דעת. כמעט אף פעם לא ניתן לטעון שהייתה בעיה בגמירת הדעת כשהחוזה הפך לפסק דין. יש בכך היגיון ויש כאן גם שיקול מערכתי – מערכת המשפט מגבה את מעשיה.

דרישת המסוימות

בעניין המסוימות, אנו מחפשים **מסוימות מספקת ולא מסוימות מושלמת**. מדובר ביסוד עצמאי הנחוץ לצורך כינון חוזה ובאינדיקציה לקיום גמירת דעת. דרישת מסוימות מושלמת תציב רף גבוה מדי ותייקר, שלא לצורך, את הליך המו"מ ולכן דרישה כזו אינה יעילה. שנית, ישנן גם מגבלות קוגניטיביות כי כבני אנוש איננו יכולים לחשוב על כל התרחישים האפשריים. מכאן, שאין חוזים מושלמים.

דרישת הכתב

כידוע, קיימת הדרישה הצורנית – דרישת הכתב. לפי סעיף 8 לחוק המקרקעין, עסקה להעברת זכות על מקרקעין מצריכה מסמך כתוב. דרישת הכתב ודרישת המסוימות התפתחו במקביל. הפסיקה בישראל קבעה שלצורך קיום דרישת הכתב במקרקעין, צריך מסמך המכיל את יסודות העסקה. יסודות העסקה הם אותם פריטים הנחוצים לצורך קיום דרישת המסוימות. רשימת הפריטים צריכה להופיע במסמך כתוב – ואז מתקיימות שתי הדרישות. לפני כ-40 שנה וקודם לכן, קבעו בתי המשפט רשימה ברורה ומפורטת של תנאים שקיומם נדרש לצורך דרישת המסוימות ולצורך דרישת הכתב.

ע"א 649/73 קפולסקי נ' גולן

עסקה למכירת בניין. קפולסקי קונה מגולן. יש לו קבלות, תכניות בנייה, אבל אין מסמך אחד המכיל את כל הפרטים. ולכן הוא מנסה להמציא כל מיני מסמכים כדי להתגבר על דרישת הכתב. השופט עציוני קובע כי זה לא מספיק וכי כדי שתתמלא דרישת הכתב, ועמה יסוד המסוימות, נדרש מסמך אחד המופיעים בו הפרטים הבאים:

1. שמות הצדדים
2. הנכס
3. מחירו
4. מועדי התשלום
5. מהות העסקה
6. הוצאות המסים

לדברי השופט עציוני, רק מסמך כזה עונה על דרישת הכתב וממלא את יסוד המסוימות. גישתו של עציוני מכונה "הגישה הפורמליסטית". מאז, הרחקנו עצמנו מהאפיון המשפטי הזה. שיטת המשפט של היום גמישה יותר, מופעל יותר שיקול דעת ואנו פורצים את דרישת הצורניות. רשימת הפריטים מינימליסטית ודי קל לסגור עסקאות על בסיס המפרט הזה.

**שיעור – 11/11/12**

זנדבנק נ' דנציגר:

בפסק דין זה השופט שמגר מנתח את דרישת המסוימות ומסביר שדרישת המסוימות אכן מציבה יסוד פוזיטיבי (שנדרש על פי החוק) אבל אין צורך שהצדדים יסכימו על כל הפרטים עד האחרון שבהם. לדבריו, מספיקים פרטים שיאפשרו להסיק את מהות העסקה , גבולותיה, תחומיה ותוכנה. באשר לשאלה מהי הכמות המינימאלית של הפריטים הוא אומר כי זה תלוי בחוזה ובנסיבותיו, הכל על פי ההיגיון והשכל הישר. בחוזים פשוטים, למשל חוזה מכר, מבקש שמגר למצוא רק את ארבעת הפריטים הבאים: מהות העסקה, מהות הנכס, זהות הצדדים והמחיר. פרוחומובסקי מסתייג מעיצוב זה של שיטת משפט כיוון שלא ברור מה בדיוק הביטוי "השכל הישר" מצווה בהקשר עסקי. הוא טוען כי שיטה זו אינה מכשיר מספיק טוב שנותן ודאות מספקת. זהו מכשיר רחב מדי. לדבריו, המדד הזה מאוד עמום, לא מועיל, בעייתי.

פסק דין זה לא עסק בדרישת הכתב כי הנושא בו עסק החוזה לא במקרקעין אלא חוזה למכירת מניות. עם זאת, אחד מנכסי היסוד בפס"ד זה היה מקרקעין. לכן, פס"ד זה נושק לגזרת המקרקעין אבל לא דורש את הכתב. מה גרם לבית המשפט להתחיל בתהליך הגריעה של דרישת הכתב? 1. זו לא הייתה עסקה במקרקעין ולכן לא ראה בית המשפט לנכון לעמוד על דרישת הכתב. 2. השופט שמגר הסביר שלאחר חקיקת חוק החוזים יש הרבה יותר מנגנוני השלמה שמסופקים בחוק ולכן יש פחות סיבה לדאגה. גם פה פרוחומובסקי לא מסכים עם שמגר. לדבריו, השאלה היא אם הצדדים הגיעו לנקודה שהם רוצים שבית המשפט ישלים עבורם את הנושא. זאת לא שאלה של אפשר זאת שאלה של צריך, ראוי. שמגר מניח שהצדדים תמיד רוצים להגיע לחוזה, אבל זה לא נכון כי יש כאלה שלא. השאלה המרכזית היא האם נכון להשלים את החוזה.

רבינאי נ' מן שקד:

עסקה למכר דירה. מדובר על דרישת הכתב ועל מסוימות. מכרה דירה וקיבלה 15 אלף ל"י. היא חתמה ואחר כך ביקשה להתחרט. השופט ברק נכנס לשאלת המסוימות ומסביר שאם מזהים גמירת דעת, מסתמכים על הפרטים הבסיסיים הקיימים ומשלימים את היתר. **ברק קבע כי השתכלל חוזה והעלה על נס את הדרישה לגמירת דעת תוך שהוא מציב אותה כעליונה על יסוד המסוימות**. כאן מתחילה מגמה של עלייה במעמד גמירת הדעת וירידה במעמד המסוימות ודרישת הכתב. שיא המגמה ברע"א 4976/00 בית הפסנתר נ' מור ורשות השידור.

בית הפסנתר נ' מור ורשות השידור:

בעניין המסוימות היה חסר פרט חשוב מאוד – משך התקופה שבה על רשות השידור לנהוג בשוויוניות. מהות הסדר הפשרה היה שעל רשות השידור לנהוג בשוויוניות עם בית הפסנתר וכלי זמר, אך לא נאמר למשך כמה זמן. כל השופטים סברו שנתקיימה דרישת המסוימות. אבל הייתה מחלוקת לגבי הפרשנות. השופטת ביניש נקטה בדרך קונבנציונלית והצביעה על כך ש**דרישת המסוימות רוככה** בפסיקה לאורך השנים ולאור מגמה זו יש כאן מסוימות מספקת. לדבריה, את משך התקופה ניתן להשלים והוא יהיה **זמן סביר**. לעומתה, השופטת דורנר הקצינה את גישתה של ביניש וקבעה כי **מסוימות איננה רלוונטית** לפחות במקרים בהם יש העדה מובהקת וברורה על קיום גמירת דעת (אוביטר!). השופט אדמונד לוי הסכים עם דורנר, כך שלמעשה ההלכה היא לפי דורנר ולא לפי ביניש. ההשלכות לכך הן: ראשית, לגבי עסקאות מקרקעין יכול להיות שעדיין החוק מחייב פירוט רב יותר אם לא מכוח המסוימות אז מכוח דרישת הכתב כפי שהתפתחה בפסיקה (יש לזכור שפס"ד זה לא עוסק במקרקעין). שנית, גם לגישתה של דורנר יש חשיבות למסוימות כאינדיקציה לקיום גמירת דעת. לא בכל מקרה ברור כל כך שקיימת גמירת דעת מובהקת כמו בבית הפסנתר. שלישית, פורמאלית פסק הדין לא נאכף. יחד עם זאת, ממשיכים להתייחס למסוימות כאל דרישה עצמאית קיימת.

**הפסיקה לא חוללה את שדורנר שאפה לו**, כיוון שנדמה שלא ניתן להפריד בין גמירת הדעת והמסוימות. הדבר הגיוני במיוחד בהתחשב שפעמים רבות עסקאות נופלות על פרטים קטנים, לדוגמא מועדי תשלום.

פרוחומובסקי, בניגוד לדורנר, לא חושב שיש משמעות לדבר על גמירת דעת במנותק מסוימות. לדעתו לא ניתן לגבש גמירת דעת להתקשר בעסקה מבלי שתהיה ידיעה והסכמה על פרטיה. הוא חושב שפסק דין בית הפסנתר הוא תמוה כי הוא מאד לא מייצג. רמת גמירת הדעת פה היא קיצונית. לא כדאי לקחת פסקי דין קיצוניים כדוגמא מייצגת.

כאשר מכריעים במקרה מסוים שנכרת חוזה אף על פי שחסרו פרטים, אנו מגיעים לשאלת ההשלמה. לדוגמא: בבית הפסנתר לא היה ידוע משך התקופה אז היה צורך לקצוב את משך התקופה. ישנם מספר מנגנוני השלמה שכדי להפעילם נדרשים העדה על גמירת דעת, מסוימות מספקת וכתב (במקרים מסוימים).

**מנגנוני ההשלמה**

1. מנגנון השלמה מוסכם – האופציה הטובה והנוחה ביותר. לעתים הצדדים יודעים שישנם פרטים שאינם יכולים לחשוב עליהם בהווה והם מסכימים על דרך להשלימם בעתיד. למשל, באמצעות הפניה למומחה, למדד מסוים (מדד המחירים לצרכן, מדד תשומות הבנייה וכו'), למחירון (יצחק לוי). כשיש מנגנון מוסכם בית המשפט יסתמך עליו כי זה מנגנון ההשלמה המשקף באופן הקרוב ביותר את רצונם של הצדדים. ישנם כאלה שהיו אומרים כי במצב שכזה אין אפילו חסר בחוזה. מנגנון זה אינו חייב להופיע בכתב בחוזה.
2. עיקרון הביצוע האופטימאלי – זמין עבור בית המשפט רק כאשר קיים טווח אופציות מוגדר או מפרט סגור. דוגמא: אדם רכש מכונית מהחברה והוא טוען שלא סוכם על צבע המכונית. במצב זה יכול המוכר להתגבר על הבעיה בכך שיציע לקונה לבחור איזה צבע שהוא רוצה. דוגמא מפסק דין חמדאן נ' דור אנרגיה: אחת הטענות של חמדאן הייתה כי לא הוסכם על רשימת ציוד שיסופק לתחנת הדלק. דור אנרגיה נעזרה במנגנון זה והציגה את המפרט שהיא מספקת לכל בעלי התחנות. כך, מתגברים על בעיית החסר.
3. השלמה על פי נוהג (סעיף 26 לחוק החוזים, "פרטים שלא נקבעו בחוזה או על פיו יהיו לפי הנוהג הקיים בין הצדדים ובהיעדר נוהג כזה, לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג, ויראו גם פרטים אלה כמוסכמים"). אפשר להיעזר בנוהג שהתפתח בין הצדדים אך ורק כאשר היו בין הצדדים עסקאות קודמות. אם מדובר בעסקה ראשונה לא נוכל להיעזר באופציה א' (נוהג בין הצדדים). זה קנה מידה לא רע אך מעט בעייתי כי לא בטוח שהצדדים היו רוצים לפעול על פי נוהג זה גם הפעם. לגבי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג, זה עלה גם בפס"ד חמדאן (פסקה 16 לפסק הדין) – היה חסר מפרט הציוד. אז השופט אור אמר כי ניתן להשלים את הפרט החסר, בין היתר, מכוח סעיף 26 שמפנה אותנו למקובל בענף, בעסקאות בין חברות דלק למפעילי תחנות.
4. השלמה מכוח חוק – חוק ספציפי עדיף על חוק כללי. למשל, אם יש חסר בחוזה מכר דירה אז בראש ובראשונה נפנה לחוק המכר (דירות) ואם אין שם הסדר מתאים נפנה לחוק המכר (כללי) ואם גם משם לא תבוא הישועה נפנה לחוק החוזים (חלק כללי). דוגמאות מחוק החוזים חלק כללי:
* סעיף 41 – מועד הקיום – קיום תוך זמן סביר לאחר כריתת החוזה במועד שעליו הודיע הנושה לחייב זמן סביר מראש.
* סעיף 46 – קיום בסכום ראוי – חיוב לתשלום בעד נכס או שירות שלא הוסכם על שיעורו יש לקיים בתשלום של סכום שהיה ראוי להשתלם לפי הנסיבות בעת כריתת החוזה.

החוק לא יצור הסדר השלמה לכל מתקשר, הוא צריך לבחור הסדר אחד שיחול על כולם. הסדר זה צריך להתאים למתקשר הממוצע וחלק מהמתקשרים מקבלים מכורח החוק הסדר שיכול מאד להיות שלא מתאים להם.

**גבולות ההשלמה**

ע"א 252/78 ברון נ' מנדיס טורס בע"מ

עסקת מכר במקרקעין של חנות. הועבר סך של 26 אלף ל"י. לא הוסכם מועד להעברת הנכס ולא היה תשלום סופי. יש קבלה שבה מופרטים מהות הנכס, מחירו והמקדמה ששולמה ע"י המערער. המערער טוען שאת מה שחסר אפשר להשלים מההוראות הקבועות בחוק, בייחוד על פי חוק המכר. השופטת בן פורת סבורה שאין זה מן הראוי להשלים את החסר. סעיף 9א' לחוק המכר (כללי) קובע כי כאשר הממכר (הנכס) לא נמסר על אתר (בו במקום) תהא המסירה זמן סביר לאחר גמירת החוזה. לפי סעיף 21, התשלום יבוצע במועד מסירת הנכס. בן פורת קובעת כי במקרה זה אין להיעזר בהסדרי ההשלמה בחוק משום ש**ברור מהנסיבות ומהעדויות שהצדדים ביקשו לאמץ לעצמם הסדרים שונים ואף מנוגדים לאלה שנקבעו בחוק**. למשל, לגבי מועד המסירה הצדדים נשאו ונתנו על מועד ספציפי ולא דיברו על "תוך זמן סביר". מעבר לכך, לגבי התמורה, הצדדים החליטו שהתמורה תועבר בארבעה תשלומים כאשר שלושה מהם יבוצעו לפני מועד המסירה. דהיינו, אם בית המשפט רואה שהצדדים ביקשו לאמץ הסדר השונה מזה הקבוע בחוק, **זה לא יהיה נכון להשלים את החסר מתוך החוק**. אין מדובר במקרה בו הצדדים לא נתנו דעתם על העניין, להפך – ברור מדעתם של הצדדים כי הם לא רצו בהסדרים שהחוק מציע. לכן, לא נוח במצב זה לחייב אותם לפעול על פי הסדרים שלא היו טובים עבורם (השופטת בן פורת חזרה על עמדה זו בע"א 579/83 זוננשטיין נ' האחים גבסו וגם שם קבעה כי במקרה שבו פרט מהותי כגון מועדי תשלום לא נקבע במסמך הכתוב, לא ניתן להשלימו מכוח חוק או נוהג כאשר ברור מהעובדות שהצדדים ביקשו לאמץ הסדר השונה מן החוק או הנוהג). בעיני המרצה, בן פורת שואלת את השאלה הנכונה – האם נכון להכפיף את הצדדים להסדר שהם לא רצו בו? למה להכניס אותם למעין מיטת סדום?

לוין נ' שולר

עסקת מכר דירה שנקבעה על בסיס הסכמה שבעל פה וזכרון דברים חסר (בזכרון הדברים לא הופיע מחיר ולא היו מועדי תשלום). כשנמכרת דירה יש חובת תשלום ויש מס שבח שהוא תלוי בסכום. רשויות המס שותפו לכל עסקה. אם מוציאים את רשויות המס מן התמונה (לא חוקי!) אפשר להרוויח כסף. במצב כזה המצב האולטימטיבי הוא לרשום בהסכם מחיר נמוך יותר. במקרה זה, לא נקבע מחיר נמוך יותר, אלא נשאר מקום פתוח למחיר. הקונים נכנסו לדירה והכסף הועבר, אך רישום הבעלות על הדירה לא שונה. שולר טוענים כי הוסכם מחיר בעל פה (213 אלף דולר) ואף מוסיפים באופן חד צדדי את הסכום ותאריך ההעברה לטיוטת החוזה. לוין מצדם טוענים שהוסכם כי המחיר ייקבע לפי הערכת שמאי. המחוזי קבע כי לא נכרת חוזה בשל חסר בפרט מהותי, אך יחד עם זאת לאור העובדה שהקונים כבר שילמו והמוכרים כבר העבירו את החזקה לידי הקונים, ראתה השופטת לנכון להורות על השלמת העסקה ורישום הדירה על שם הקונים בתנאי שהקונים ישלמו את היתרה על פי הערכת שמאי. בעליון השופטים היו חלוקים בדעתם. הרוב (דעתו של שלמה לוין) סבור כי כיוון שהמוכרים מתנגדים לתוספת המאוחרת שנעשתה על ידי הקונים, הרי שיש לפנינו חסר המתייחס לאחד המרכיבים המרכזיים של העסקה. השופט לוין קובע כי במקרה הזה אין מקום להשלמת החסר משום שאין אפילו הסכמה בעל פה לגבי יסוד המחיר והשלמת התחייבות כתובה באמצעות הוכחתו של הסכם בעל פה שתוכנו שנוי במחלוקת אינה עולה בקנה אחד עם דרישת הכתב המהותית. בדעת מיעוט, השופטת שטרסברג-כהן טענה כי אלמנט המחיר ניתן להשלמה באמצעות הערכת שמאי או באמצעות הערכת הקונים (213 אלף דולר). אין ספק שהייתה פה גמירת דעת, למרות שיכול מאד להיות שהצדדים לא סגרו על מחיר להעברת הנכס. פס"ד זה מראה ש**יכול להיות חסר במחיר למרות שהייתה גמירת דעת**.

**שיעור 15/11/12**

זיכרון דברים – התפיסה הרווחת והמוטעית היא שזיכרון דברים הוא חצי חוזה. זיכרון דברים הוא או שלב במשא ומתן שטרם נתגבש כדי חוזה מלא, או חוזה מלא ומושלם על אף כותרת המסמך הלא מחייבת.

ע"א 158/77 רבינאי נ' מן שקד

נוסח זיכרון דברים. המוכרת קיבלה מקדמה על סך 15 אלף ל"י. בזיכרון הדברים סוכמו המחיר, מהות הנכס, מהות ההעברה ותנאי התשלום. הייתה חתימה של המוכרת אבל חסרה חתימת הרוכשת. שלושה ימים לאחר מכן המוכרת מתחרטת ומבקשת להשיב את המקדמה – הרוכשת מסרבת. אם נחצתה נקודת האל-חזור לא ניתן להתחרט. דרך המוצא במצב כזה, היא מציאת עילת ביטול. הדרך האמיתית שפתוחה בפני המוכרת היא לטעון שלא התגבש חוזה, דהיינו שהעסקה לא התקדמה דיה כדי שתחשב לחוזה מוגמר. המקרה הזה אינו מקרה קשה. ברק מסביר שזיכרון דברים יכול להיות שלב במו"מ ויכול להיות חוזה מושלם. השופט ברק מכנה את גמירת הדעת "כוונת הצדדים" ואת המסוימות "הסכמה על הדברים המהותיים". על פי נוסחת הקשר, לא ניתן ללמוד מהכותרת "זיכרון דברים" אם המסמך מחייב או לא. לפי השופט ברק, אם כתוב במסמך "בכפוף לחוזה", אזי זו ראייה מסוימת (אם כי לא מכרעת) לכך שמדובר בשלב בינתיים במו"מ. אם כתוב "עד שיוכן חוזה" – הרי שזה תומך בסיווג המסמך כחוזה סופי ומחייב. הוא קובע כי הכל תלוי בכוונת הצדדים. באשר למסוימות, קובע ברק כי בעסקת מקרקעין טבעי שיהיו הפרטים הבאים: הצדדים להתקשרות, תיאור הנכס הנמכר, מחיר ומועדי תשלום. באשר לחתימה, הוא קובע כי החתימה אינה תנאי הכרחי לקיום מסמך בכתב. ייתכן מסמך העונה על דרישת הכתב לפי סעיף 8 לחוק המקרקעין, גם בהיעדר חתימה. השופט ברק מסביר שהחתימה יכולה להיעשות במועדים שונים ובמעמדים שונים. אם יש חשיבות לחתימת צד כלשהו, הרי שמדובר בצד הקורה תיגר על קיום החוזה (במקרה הזה לחתימת המוכרת). ברק קובע כי במקרה זה יש חוזה מלא ומושלם, על אף כותרת המסמך "זיכרון דברים". בפסק הדין הזה יש גריעה במעמד הדרישות הצורניות, כאשר המוקד הוא חתימה. חתימה היא אכן אחד מרכיבי המסוימות שהיינו מצפים לראות בעסקאות הדורשות כתב. בשיטה הנוכחית, ניתן להתגבר על כל דרישה צורנית (במקרה הזה על דרישת החתימה). לחתימה יש מעמד מיוחד – מבחינה היסטורית, הטבעת החתימה הקנו בהרבה שיטות משפט עתיקות תוקף לחוזה. נדמה כי עד היום, התשובה האינטואיטיבית של רבים היא שאין חוזה בלי חתימה.

ע"א בוטקובסקי נ' גת

עסקה למכירת עסק במקרקעין. שני הצדדים נפגשים במשרדו של בוטקובסקי בתל אביב ומסכמים את פרטי העסקה. בוטקובסקי נוטל עט ומסכם על דף את הסכמות הצדדים. הוא לא חותם ומסביר כי אינו חותם משום שהוא רוצה עוד להיוועץ בעורך דינו. הפגישה מסתיימת בלחיצת ידיים והרמת כוסית. בסופו של דבר החוזה הפורמאלי לא נחתם והמגרש נמכר לצד שלישי. המחוזי קבע שלא השתכלל כאן חוזה ועל כך קובלים הרוכשים. מנגד, קבע המחוזי כי מנהל המוכרת (בוטקובסקי) נהג בחוסר תום לב וחייב אותו בתשלום פיצויים שליליים בסך 50 אלף שקל. על כך מערערים המוכרת ומנהלה. המסמך שנכתב, נפתח במילה "הסכם". על פי השופט מצא, מסמכים שנכתבים תחת הכותרת "סיכום" או "זיכרון דברים" יש לגביהם את חזקת אי-התקפות, אך כמובן שזו ניתנת לסתירה אם ניתן לזהות מסוימות וגמירת דעת. מבחינת המסוימות, במסמך נכתבו שמות הצדדים, מהות הנכס, מחיר, מועדי תשלום, מהות העסקה. היה חסר מועד העברת חזקה ובעלות – אך אלו ניתנים להשלמה מכוח סעיף 26 (המספק מנגנון השלמה).

**היחס בין חתימה לגמירת דעת:** קיום חתימה מהווה אינדיקציה חזקה לגמירת דעת. עם זאת, היעדר חתימה לא שולל בהכרח קיום גמירת דעת. אפשר להסיק את גמירת הדעת גם ללא חתימה.

במקרה שלפנינו, המסמך עצמו נכתב בכתב ידו של בוטקובסקי. שנית, עותק מן המסמך נמסר לרוכשים. שלישית, המסמך נוסח כחוזה מחייב. ורביעית, בוטקובסקי עצמו הודה כי אילו היה חותם על המסמך, הרי שהיה נוצר כאן חוזה מחייב. כמו כן, היו לחיצת ידיים והרמת כוסית. בשורה התחתונה, השופט מצא קובע כי בין הצדדים נכרת חוזה מחייב.

(\*פרוחומובסקי: לא קל לי עם פס"ד הזה. יש בו בעיה. המגמה של חתירה לצדק הולכת נגד כל המבחנים הפורמאליים. אנשים כמו בוטקובסקי נתפסים כאנשים שנהגו בצורה לא ראויה. בקונפליקט בינם לבין הצד שהתנהג בצורה ראויה, בית המשפט בוחר בצד השני ומעניק לו סעד מסוים. שיטת משפט אינה ניתוח חירום. לא נצליח לעולם לאמץ כלל שייתן לנו דיוק של 100% בכל מקרה ומקרה. תהיינה טעויות. ישנם שני סוגי טעויות:

1. FALSE POSITIVE – למשל, קביעה שגויה שנכרת חוזה. הצדדים ימצאו עצמם במערכת חוזית אף על פי שלא התכוונו לכך. בית המשפט כופה על הצדדים חוזה.
2. FALSE NEGATIVE – למשל, קביעה שגויה שלא נכרת חוזה, אף על פי שיש העדה גדולה על גמירת דעת. (מה שהמחוזי עשה בבוטקובסקי).

הנטל להוכיח שלא היה גמירת דעת הוא הצד השואף שלא להתקשר בחוזה. לדעת המרצה, המחיר של שיטת המשפט הזו במונחי ודאות הוא מחיר עצום. היה הרבה יותר טוב אם למשל היינו בוחרים מבחנים ברורים, כמו למשל חתימת שני הצדדים בה בעת. אם מדובר בחוזה בעל פה אז באמירת משפט פשוט. דברים כאלה קיימים והם יוצרים ודאות למתקשרים ואפשרות שאנשים יוכלו לפעול לפי דרכם גם במחיר של כמה מקרים בהם אנשים יצליחו לנצל את השיטה לצרכים שלהם\*).

**הצעות לציבור**

הצעה שניתן להפנותה לא לקבוצה או ניצע ספציפיים, אלא לציבור הרחב. בעניין זה יש להבחין בין הצעה שיכולה להניב חוזה בודד (מכרז, למשל) לבין הצעה שיכולה להניב מספר רב של חוזים. יש להבחין גם בין הצעה הדורשת קיבול באמירה, תכתובת או תקשורת לבין הצעה הדורשת קיבול על ידי התנהגות. יש להבחין בין שני סוגים של קיבול על ידי התנהגות – חוזי מאמץ וחוזי תוצאה. במקרים רבים בהם נדרש קיבול על ידי התנהגות יש עלות אינהרנטית לממצאים. הקיבול כרוך בעלות מסוימת, היא עלות הזמן והמאמץ, בעוד שהתוצאה אינה מובטחת. התוצאה הזאת מאפיינת הרבה מאד מבצעים של חברות.

הדוגמא הטובה ביותר להצעות לציבור היא הצגת מוצרים בחלון ראווה של חנות או הצגת מוצרים על מדף בסופר. בישראל קיים חוק הגנת הצרכן תשמ"א 1981. סעיף 17ב' לחוק מחייב הצעת סחורה בליווי מחיר וקובע שהמחיר מחייב. במקרים אלה הקיבול מתבצע בעת התשלום. בדרך כלל, כמעט אף פעם, אסור להתחרט. עם זאת, בישראל קיימים אפשרות לצרכנים להתחרט, לחזור בהם מעסקאות מכר מסוימות (מכוח סעיפים 2,3 לתקנות הגנת הצרכן תשע"א 2010). התקנות הללו הן התערבות רגולטורית של המחוקק שנועדה להגן על הצרכנים ומאפשרת להם לבטל חוזים ללא עילת ביטול המעוגנת בחוק החוזים, אלא על פי רצונם.

**מכרזים:**

**מכרזים פשוטים**

1. ההצעה: פרסום מוצר + מחיר מינימאלי + פרטים נוספים העונים על דרישת המסוימות.
2. הקיבול: מתבצע באמצעות הודעה או קומוניקציה המעידה על נכונות לקבל את ההצעה.

**מכרזים מורכבים**

1. ההזמנה: פרסום דבר המכרז (למשל, בניית פרויקט דיור).
2. ההצעה: הגשת ההצעות על ידי קבלנים.
3. מו"מ נוסף.
4. קיבול.

האסטרטגיה הנכונה היא לנסות לברר כמה מתכוון להציע המתחרה – ולהציע בשקל אחד יותר ממנו. לא להציע את המקסימום שלנו.

**CARLILL Vs. CARBOLIC SMOKE BALL (1893)**

פס"ד באנגליה. חברת תרופות שפיתחה תרופת פלא נגד התקררות. תרופה שנלקחת באמצעות שאיפה. הם הבטיחו שמי שישתמש בתרופת פלא זו, לא יתקרר והם הבטיחו סכום כסף גבוה (100 פאונד) שכל אדם שישתמש בתרופת הפלא ובכל זאת יחלה יהיה זכאי לקבלו את הסכום הזה. אחת הנשים שניסתה את התרופה הייתה גברת קרליל שחלתה וביקשה לקבל את הכסף שהובטח על ידי החברה. החברה טענה שלא הייתה כאן כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים. הם טענו שהייתה כאן "התרברבות גרידא". בית המשפט קבע שהמודעה התפרסמה בעיתון, עלו ממנה רצינות וכוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים והייתה כאן גם מסוימות מספקת וקביעה שהקיבול ייעשה באמצעות התנהגות לפי תנאי המודעה (רכישת התרופה, שימוש בה ואז חולי) ומכיוון שכך קרה – הייתה כאן הצעה, היה קיבול וזה מחייב.

**LEONARD Vs. PEPSI CO (1999)**

תבעו את פפסי על הפרת חוזה לאחר שפפסי סירבה לספק מטוס הממריא אנכית מדגם הרייר. בית המשפט פסק שלא הייתה בפרסומת כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים. כלומר, הפרסומת הייתה הזמנה בלבד, שלא הקנתה כוח קיבול. הנימוקים (החלשים):

1. השימוש במוזיקה הצבאית ובכיתוב הצבאי נועדו ליצור אפקט דרמתי ולהפוך את הפרסומת למעין פרודיה על הצבא.
2. החוק אוסר על נער כה צעיר דוגמת הנער המופיע בפרסומת לנהוג במכונית, כל שכן להטיס מטוס.
3. הגעה לבית ספר תיכון במטוס אינה אלא פנטזיה והאלמנט הפנטסטי מועצם על ידי תגובות החברים לכיתה.
4. ההרייר יוצר כמטוס קרב שנועד להשמיד מטרות ואדם סביר לא היה מתייחס אליו כאל אמצעי תחבורה לבית הספר.
5. לאונרד השקיע כ-700 אלף דולר בעלות המשקאות ועלות המטוס היא 26 מיליון דולר.

**שיעור בחוזים 18/11/12**

המשך להצעות ופרסומות:

בארה"ב ההנחה המשפטית היא שפרסומות הינן בגדר התרברבות גרידא ואין להן תוקף מחייב. עם זאת, במקרים מיוחדים בהם פרסומת מעידה על רצינות, על כוונה להתחייב מבחינה משפטית ויש בה את הפרטים הנחוצים, הרי שיראו בה הצעה. עם זאת, עמדת המוצא של הדין האמריקאי היא שפרסומות אינן מחייבות. בישראל, מתייחסים אל פרסומות כאל כל עניין אחר. כלומר, בית המשפט יבחן את תוכן הפרסומת על פי כל המדדים שעמדנו עליהם כדי להחליט האם יש בפרסומת העדה על גמירת דעת ומסוימות מספקת ואם יש – הרי שהפרסומת תיחשב להצעה המקנה כוח קיבול ויכולה לכונן חוזה. עמדת המרצה: איני חושב שצריך לאמץ קנה מידה אחיד. הייתי שמח מאד אילו הדין היה מאמץ אינדיקציה ברורה ומאפשר לספקים או לחברות לאותת באופן ברור לצרכנים מה מעמד הפרסומת. פרסומות לא חייבות להיות מחייבות ולא חייבות להיות לא מחייבות.

סוגיות ספציפיות הקשורות למנגנוני ההצעה והקיבול

חזרה מהצעה

למציע את יש הכוח לעצב את ההצעה ולעניין הזה משמעויות רבות. העניין הזה חשוב במיוחד לצורך שני עניינים ספציפיים – חזרה מן ההצעה והתוויית דרך הקיבול. סעיף 3 לחוק החוזים מבחין בין שני סוגי הצעות. סעיף 3א' עוסק בהצעה רגילה (הצעה הדירה – הצעה שניתן לחזור ממנה). סעיף 3ב' עוסק בהצעה בלתי הדירה (הצעה שלא ניתן לחזור ממנה או הצעה הפתוחה לפרק זמן מסוים).

מדוע שמציע ינסח הצעה בלתי הדירה?

1. פעמים רבות כשהניצע מקבל הצעה הוא צריך לשקול את ההצעה, לראות אם היא משתלמת. בתור ניצע, תמיד קיים חשש שהמציע ימשוך את ההצעה. זהו מצב לא ראוי מבחינת הניצעים, שאולי ויתרו על הצעות אחרות. מציעים, כדי למשוך ניצעים, יכולים לבחור מרצונם להגביל את עצמם. ההגבלה העצמית הזו מטיבה כמובן עם ניצעים, אבל באופן עקיף היא מטיבה גם עם המציעים – כי ייתכן כי לא מספיק ניצעים היו בוחנים את ההצעה בכובד ראש אם הייתה הדירה.
2. להפך – מציעים הצעה הדירה כדי לגרום לניצעים תחושת לחץ, אין להם פרק זמן גדול לשקול את ההצעה.

לפי סעיף 3א' מותר למציע לחזור בו מן ההצעה עד שנתן הניצע הודעת קיבול. לאחר שהניצע נתן הודעת קיבול לא יוכל המציע לחזור בו כיוון שכאן כבר יש הסתמכות של הניצע וגם כיוון שמבחינה פורמאלית בנקודה זו כבר נכרת חוזה. לפי סעיף 3ב' מותר למציע לחזור בו מהצעה בלתי הדירה עד שנמסרה ההודעה לניצע. יצוין, שרוב ההצעות הבלתי הדירות אינן בלתי הדירות לנצח. כמעט תמיד תהיה הגבלה לפרק זמן מסוים. זאת משום שזה עלול לעלות למציע בעסקאות אלטרנטיביות.

ע"א 7824/95 תשובה נ' בר נתן

הצדדים הם שותפים במקרקעין. לצורך פירוק השיתוף, נקבע בסעיף 8 לחוזה השיתוף כי צד שירצה למכור את חלקו יהיה חייב להציעו לצד השני וההצעה תהיה מוגשת בדואר רשום ופתוחה ל-14 ימים – יש לנו כאן זכות סירוב ראשונה. רק לאחר שהצד השני דחה את ההצעה ניתן להפנותה לצדדים נוספים. זו הצעה בלתי הדירה ל-14 ימים. העובדות: בחודש 5/94 המשיב בשיחות טלפוניות מציע למכור את חלקו ב-220 אלף ₪ והמערערים דורשים שיפנה אליהם בדואר רשום. ב-10/6 שולח המשיב פקס ודואר רשום המכילים הצעה על סך 220 אלף ₪ והם מגיעים ב-13/6. עוד ב-10/6 מבטל המשיב את הצעתו בטלפון ובפקס והמערערים דורשים דואר רשום. ב-15/6 מגיעה הצעה חדשה על סך 247,500 ₪. ב-22/6 מאשרים המערערים את קבלתם את ההצעה הראשונה. השאלה המרכזית היא האם במקרה זה בו קבעו הצדדים שהצעה צריכה להישלח בדואר רשום, נובע שגם ביטול ההצעה צריך להישלח בדואר רשום? אם התשובה לשאלה הזו חיובית, הרי שלחזרה מן ההצעה המקורית ולביטול אין שום תוקף. אם מצד שני דרך החזרה או הביטול יכולה להיות שונה מדרך ההצעה – דהיינו ניתן לחזור שלא בדואר רשום אלא בכל אמצעי תקשורת (כולל פקס), הרי שההצעה הראשונה מבוטלת. השופט גולדברג קובע כי בהסכם נקבעו רק דברי מתן ההצעה והקיבול – דואר רשום, ולא נקבעה דרך ספציפית לביטול או חזרה מהצעה ולכן ניתן לבטל או לחזור גם בדרכים אחרות. גולדברג מסביר כי **הצעה וקיבול משנים את המצב המשפטי ויוצרים מצב משפטי חדש, בעוד שבביטול או בחזרה מהצעה אין שינוי של המצב המשפטי ולכן את אלה ניתן לבצע גם באמצעים פשוטים יותר ולא צריכים את אותה רמה של העדה על גמירת דעת**. השופטים טירקל וברק מסכימים עם התוצאה, אבל השופט **ברק נכנס לנושא של חוסר תום לב**. הוא סבר ש**ההתעקשות של המשיבים על ביטול בדואר רשום היה בה טעם לפגם והיא עלתה כדי חוסר תום לב**. המרצה חושב שיש כאן גם פרשנות אחרת שמאירה את המשיבים באור אחר והיא שיכול מאד להיות שהם פשוט רצו ודאות, הם הכירו את הצד השני ואימצו לעצמם מערכת מסוימת של תקשורת ואפשרי מאד שהם האמינו בתום לב שגם הביטול צריך להיות בדואר רשום, אף כי לא הוסכם על כך.

פקיעת הצעה

1. אם נקבע מועד לקיבול ההצעה, אזי ההצעה תפקע במועד שנקבע (סעיף 4(1))
2. אם לא נקבע מועד לקיבול ההצעה, אזי ההצעה תפקע תוך זמן סביר (סעיף 8)

בדיעבד כל מיני אילוצים שנראו אילוצים קריטיים בזמן אמת, יכולים להיראות לבית המשפט כאילוצים לא מספיק קיצוניים ומשך הזמן הסביר בעיני בית המשפט יכול להיות שונה מאד מבית המשפט הסביר בעיניכם. ההמלצה היא תמיד לקבוע תאריך שבו ההצעה תפקע. בצעד אופן מפתיע, עורכי דין אינם מקפידים על כך, אולי מתוך אופטימיות שההצעה תתקבל או שבית המשפט יבין מהו זמן סביר.

1. אם הניצע דחה את ההצעה (סעיף 4(1))
2. ההצעה תפקע עם מות אחד הצדדים או הפיכתו של אחד מהם לפסול דין (סעיף 4(2))

ע"א 349/82 נווה עם נ' יעקבסון

נווה עם היא המוכרת ויעקבסון הוא הניצע. חברת נווה עם מציעה למכירה דירות שבבעלותה לרוכשים מסוימים. נווה עם קובעת שההצעה תהיה פתוחה עד תאריך מסוים – הצעה בלתי הדירה. אחד הניצעים הוא מר יעקבסון. יומיים לפני פקיעת ההצעה נווה עם מכנסת את כל הניצעים ובא כוח החברה מודיע לניצעים כי החברה מוכנה לחתום על חוזים במקום עם ניצעים שמסוגלים להציג 50% מן המחיר ולסייע להם בהשגת היתרה. יעקבסון עוזב את המקום כיוון שאין לו את הסכום. החברה פירשה את עזיבתו כך שהוא מסלק את ידיו מהצעת הרכש ודוחה את ההצעה. לטענתו, הוא לא דחה את ההצעה והמשיך בניסיונו לגייס מימון. הוא הצליח להשיג את המימון ביום שלמחרת והתייצב במשרדי החברה. בחברה אומרים לו כי ההצעה פקעה כלפיו. השאלה העיקרית היא הייתה ניתן להסיק מהתנהגותו של יעקבסון כי הוא דוחה את ההצעה? השופט בייסקי קובע כי **מדובר בהצעה בלתי הדירה**. הוא רואה בהצעה בלתי הדירה הצעה משודרגת שלא ניתן למשוך אותה בכל עת. הוא קובע כי ניתן לדחות גם הצעה בלתי הדירה, אבל מכיוון שכך יעקבסון לא היה חייב לקבל את ההצעה ביום המפגש עם נציג החברה. קל וחומר, יעקבסון לא היה חייב להסכים לשיפור בהצעה. במקרים כאלה נדרשת דחייה מפורשת ואקטיבית – לא ניתן להסיק דחייה מההתנהגות או מהנסיבות. המרצה סבור שצדק בית המשפט בכך שהגן על הזכות המוקנית שהייתה לניצעים לנסות ולמצות את יכולותיהם עד מועד פקיעת ההצעה. יש פה צד חלש יותר והיה ניסיון מצד החברה להלחיץ את הרוכשים ואין להם זכות לעשות דבר כזה. לדעתו, חברת נווה עם לא אמדה את הביקוש כראוי ואז הם ניסו לדלל את הניצעים.

ע"א 374/64 רוזנר נ' מגן דוד אדום

סניף מגן דוד אדום באשקלון שולח כרטיסי הגרלה לנמנעים. רוזנר מקבל כרטיס ובו כתוב שיש לשלם עבור הכרטיס כדי להשתתף בהגרלה. רוזנר לא משלם ואז מסתבר שכרטיסו עלה בהגרלה והיה מזכה אותו במכונית. רוזנר מבקש לשלם לאחר היוודע התוצאות. השאלה שנשאלת היא האם הוא יכול לבצע קיבול של ההצעה לאחר קיום ההגרלה? בית המשפט קובע כי הקיבול בנסיבות העניין היה באמצעות תשלום. השופט ברנזון קובע עוד כי **הקיבול אינו עניין שבלב והוא דורש גילוי דעת חיצוני**. עוד הוא אומר כי קיבול חייב להיעשות תוך זמן סביר, בנסיבות העניין – זמן סביר הוא לפני ההגרלה. לאחר ההגרלה, יש מידע חדש שהפך את העסקה לשונה לחלוטין ממה שהייתה מראש. אין להשיב את המצב. רוזנר כבר לא יכול, גם אם ירצה, לחזור לעסקה המקורית. אילו היו מאפשרים לרוזנר לרכוש את הכרטיס, הרי שכל מוסד ההגרלות היה מתמסמס כי אף אחד לא היה משלם מראש, כולם היו מחכים לראות אם מספר הכרטיס שלהם עלה בהגרלה ואז משלמים.

הקיבול

סעיף 5 לחוק החוזים קובע כי הקיבול יהיה בהודעת הניצע שנמסרה למציע והמעידה על גמירת דעתו להתקשר עם המציע בחוזה לפי ההצעה.

**הודעה** – בדרך כלל קיבול ייעשה באמצעות הודעה שיכולה להיות בכתב, בעל פה, בדרך תקשורת אחרת. לעיתים יידרש קיבול על ידי התנהגות (קיים לרוב בהצעות לציבור, אבל יכול גם להתקיים בהצעות ליחידים).

**קיבול באמצעות התנהגות** - לפי סעיף 6א' הקיבול יכול שיהיה במעשה לביצוע החוזה או בהתנהגות אחרת, כמשתמע מן ההצעה. לפי סעיף 6ב', **קביעת המציע שהיעדר תגובה מצד הניצע תיחשב לקיבול, אין לה תוקף**.

מדוע שוללים את האופציה לפיה להיעדר תגובה מצד הניצע אין תוקף? **קשה לגזור משתיקה או אי מעשה העדה על גמירת דעת**. שתיקה יכולה להתבצע מהרבה מאד טעמים שחלקם יכולים להיות אי קבלת ההצעה או שכחה ואנחנו לא רוצים שמצבים כאלה יתפרשו כקבלה. עניין נוסף הוא שיש פה מטרה של הגנה על האוטונומיה של הניצע/ת. אנחנו לא רוצים לתת למציעים את הכוח לחייב את הניצע לפעול אך ורק בעצם הפניית הצעה כלפיו.

ע"א 290/80 שגמ חניונים נ' מדינת ישראל

החברה מפעילה חניון בתל אביב. בזמן מלחמת יום הכיפורים החניון מתרוקן ויחידת משק לשעת חירום (מל"ח) משאירה את רכביה בחניון. בתום המלחמה שגמ תובעת פיצוי על השימוש בחניון ממדינת ישראל ומעלה טענה חוזית, לפיה מדינת ישראל חייבת בדמי שימוש ראויים מכוח חוזה. מדינת ישראל הציעה לשגמ 1,500 ל"י כפיצוי סמלי, אך טענה בכל תוקף שלא היה כאן חוזה. הייתה כאן גם עילה נזיקית – שגמ תבעו את מדינת ישראל גם על הסגת גבול. עלתה גם כאן טענה של עשיית עושר שלא במשפט (לאיין את הרווח של המתעשר – במקרה זה מדינת ישראל). שגמ קיבלה פיצוי על אבדן ההכנסות מחברת נתיבי איילון. נשאלת השאלה האם היה כאן חוזה בין שגמ לבית מדינת ישראל? השופט בך קובע כי **היה חוזה**. הוא מתאר סיטואציה קלאסית לפיה במצב רגיל כשאדם נכנס לחניון הקיבול מתבצע על ידי הכניסה למתחם החניון והחניית הרכב – **קיבול על ידי התנהגות**. הוא מדמה את הסיטואציה לסיטואציה של מספרה – אדם שנכנס למספרה מבצע קיבול על ידי התנהגות. המדינה ראתה עצמה ראשית לעשות שימוש בחניון כיוון שמדובר במצב מלחמה ולכן לטעמה אין מדובר כאן בחוזה. השופט בך קובע כי **יש חובת תשלום ועל המדינה לשלם**. יש להבחין בין שני מצבים: בכל חוזה לאחר כריתתו יש הסדרי ביצוע. הסדרי הביצוע אינם מהווים קיבול על ידי התנהגות. הם הסדרים שנכנסים לפעולה לאחר כינון החוזה. עצם כריתת החוזה מחייבת התנהגות מסוימת מצד הניצע. בסיטואציית החניון התשלום הוא החיוב החוזי שהאדם החונה קיבל על עצמו.

לפי סעיף 6ב', אף על פי שניתן לקבוע קיבול באמצעות התנהגות, **לא ניתן לקבוע קיבול בשתיקה**. איסור זה אינו מוחלט כפי שנדמה במבט ראשון. ישנם **שני חריגים** חשובים להסדר הקבוע בסעיף זה. החריג הראשון - הסעיף חל באופן מוחלט על שני צדדים שאינם נמצאים בקשר חוזי ולא היה ביניהם קשר חוזי קודם. כאשר מדובר ב**צדדים שכבר נמצאים בהתקשרות חוזית**, ומחליטים לעצב אותה מחדש, ניתן לקבוע ששתיקה או היעדר תגובה יהוו קיבול. חריג שני, שהוא מרכזי יותר, הוא סעיף 7. סעיף זה קובע חזקת קיבול בנוגע ל**הצעות שאין בהן אלא לזכות את הניצע**. לשון הסעיף: "הצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע, חזקה עליו שקיבל אותה, זולת אם הודיע למציע על התנגדותו תוך זמן סביר לאחר שנודע לו עליה". במצב שבו מוצעת לצד כלשהו הצעה שכל מטרתה לזכות אותו, ההנחה היא שהצעה כזו תתקבל על ידי האדם הסביר ולכן אנחנו משנים את הנטל כדי לחסוך בעלויות עסקה. כלומר, במקום שרוב האנשים יגידו 'אני מעוניין', בא המחוקק ואומר שיש רק קומץ קטן של אנשים שעלול להתנגד להצעה ולכן הגיוני להפוך את כלל הברירה – שאותם אלה שמתנגדים יביעו את התנגדותם. **זה מאפשר נניח לחברת הכבלים לפתוח חבילת ערוצים חינם למשך שלושה חודשים. הם לא צריכים לקבל על כך אישור. אלא נטל היידוע עובר למתנגדים שיכולים להגיד שאינם מעוניינים בכך**. מבחינת מגבש ההצעה נוצר קושי, כי אם מדובר במבחן השני (שזה צריך להיחשב כמזכה נטו בעיני כל הניצעים) הרי שלעולם לא תהיה הצעה שמזכה נטו. אם זה בעיני האדם הסביר אז זה טוב יותר. יצוין, כי סעיף 7 לא מתייחס רק להצעות לציבור.

מועד הקיבול

לפי סעיף 8א' אין לקבל הצעה, אלא תוך התקופה שנקבעה לכך בהצעה. אם לא נקבע מועד – תוך זמן סביר. סעיף 8ב' קובע כי "נתן הניצע הודעת קיבול במועד, אך הודעתו נמסרה למציע באיחור מסיבה שאינה תלויה בניצע ולא היה ידועה לו – נכרת חוזה, זולת אם הודיע המציע לניצע על דחיית הקיבול מיד לאחר שנמסרה לו הודעת הקיבול". סעיף 9 קובע שקבלת הצעה לאחר פקיעתה כמוה כהצעה חדשה - אין כאן קיבול. סעיף 10 עוסק בחזרה מקיבול – "הניצע רשאי לחזור בו מן הקיבול בהודעה למציע ובלבד שהודעת החזרה נמסרה למציע לא לאחר שנמסרה לו הודעת הקיבול". במקרה של תיקו – החזרה תקפה. סעיף 11 מדבר על קיבול תוך שינוי – שמהווה הצעה חדשה. בתי המשפט לא תמיד אוכפים את סעיף 11 בצורה דווקנית. הנטייה היא להתמקד בגמירת הדעת וחלק מהמיקוד בגמירת הדעת זה שזה מוריד ממעמדם של סעיפים דוגמת סעיף 11.

**שיעור 21/11/12**

תום לב במשא ומתן (סעיף 12)

בעבר תקופת המשא ומתן הייתה פטורה כמעט לחלוטין מהסדרה משפטית. לפני חקיקת חוק החוזים על המשא ומתן חלו עוולות נזיקיות מסוימות (בעיקר עוולות מצג השווא והתרמית), דהיינו אסור היה לרמות את הצד השני, אבל זו הייתה תקופה של הסדרה מינימאלית. תחום המשא ומתן היה יחסית חופשי מהסדרה משפטית, בכפוף לחריגים (מצג שווא ותרמית). כל זה השתנה עם חקיקת חוק החוזים וסעיף 12 הקובע ש**במשא ומתן לקראת כריתת חוזה על הצדדים לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב**. לאחר חקיקת החוק יש חובות על הצדדים במשא ומתן וכללי המשחק משתנים. **רמת תום הלב המצופה הולכת ועולה ככל שמתקרבים לנקודה החוזית**. בתחילת המשא ומתן רמת תום הלב המצופה נמוכה יותר והיא עולה ככל שמתקרבים לשלב כריתת החוזה וזה נמשך גם בתוך החוזה עצמו. לאחר כריתת החוזה נכנס סעיף 39 שעוסק בקיום חיוביים חוזיים בתום לב. חקיקת סעיף 12 חוללה שני שינויים מרכזיים:

1. הטלת חובות על הצדדים הנושאים ונותנים
2. סעיף זה הכניס רמה מסוימת של **עמימות משפטית** לשלב המשא ומתן, זאת משום שעיקרון תום הלב הוא בעצם סטנדרט משפטי ואינו כלל ברור.

סעיף 12 נוקט בשני מושגים חשובים: דרך מקובלת ותום לב. **דרך מקובלת** מפנה אותנו לנוהג הקיים, למצב הפוזיטיבי, למה שמקובל בחברה ובכל ענף עסקי. עם זאת, הדגש בפסיקה הושם על **תום לב**, שהוא הסטנדרט הרצוי – יש כאן הבניה נורמטיבית. בית המשפט מחיל את הסטנדרטים של ההתנהגות הראויה בעיניו. לא מפתיע שבית המשפט העליון בחר להתמקד בתום הלב ולא בדרך המקובלת. **תום הלב מקנה לבית המשפט העליון יותר חופש פעולה וכן מאפשר לעליון להכניס את המדדים הראויים בעיניו** (בניגוד ל"אדם הסביר").

הנשיא ברק הגדיר את החובה לנהוג בתום לב: "אדם לאדם אדם". במשא ומתן מתרחשים שני דברים: כל אחד מנסה להגיע לתוצאה שטובה לו (המשחק על העודף החוזי) ושני הצדדים רוצים להבין אם יש אפשרות לכריתת חוזה. כל צד רוצה למקסם את הרווח החוזי שלו על חשבון המתקשר שכנגד. במשא ומתן יש מגוון אסטרטגיות שצדדים יכולים לאמץ. חלק מהאסטרטגיות האלה יכולות לגרום נזק אדיר לצד השני מבלי שיניבו לי שום תועלת (אני נכנס למשא ומתן רק כדי לבזבז את זמנו ובאותו זמן הוא פוסח על אפשרויות אחרת) שזה חוסר תום לב. גם טקטיקות שמטרתן להשיג משהו בעלות עצומה לצד השני יכול להיחשב לחוסר תום לב.

תחולה זמנית – סעיף 12 חל על כל תקופת המשא ומתן, מרגע תחילתו ועד לסיומו בחוזה או בכישלון.

תחולה פרסונאלית – סעיף 12 חל על כל המשתתפים במשא ומתן, **כולל שלוחים**.

תחולה מהותית – החובה לנהוג בתום לב חלה **בין אם השתכלל חוזה ובין אם לאו** וניתן לתבוע על הפרתה בכל מקרה.

ע"א 7/81 פנידר נ' קסטרו

קסטרו פונה לחברו שמנהל את חברת פנידר לשם רכישת דירה. נחתם חוזה. החברה נקלעת לקשיים כלכליים ובסופו של דבר נכנסת להליכי פירוק.

\*חברות לא פושטות רגל. רק בני אדם פרטיים. חברות עוברות הליך פירוק. החזר שאדם יכול לקבל מחברה שהתפרקה הוא בין 10% עד 15%.

קסטרו מחליט לתבוע על חוסר תום לב במשא ומתן. בשלב שבו קסטרו ופניני נשא ונתנו, הקרקע שעליה אמור היה הנכס להיבנות כלל לא הייתה של החברה. החברה לא באמת רימתה במזיד, היא התכוונה לרכוש את הקרקע אבל הקרקע לא הייתה בידיה. קסטרו טען כי אילו ידע פרט זה הוא לא היה נכנס לעסקה הזו.

החוזה נכרת מול חברת פנידר ולא מול פניני. בשיטה המשפטית שלנו, כמו גם בכל שיטה משפטית אחרת, החברה נחשבת לאישיות משפטית אחרת. חברה היא בעצם פיקציה משפטית ולכאורה החברה היא הצד השני לחוזה. פניני טוען שיש לתבוע את החברה. **השופט שמגר קובע שמבחינה פרסונאלית חובה חלה על כל המשתתפים במשא ומתן, כולל אדם שנחשב שלוח**. בדרך כלל כשמדובר בדיני השליחות, שלוח הפועל בשם שולחו לא חב באחריות אישית. כאן שמגר יוצר חריג לדיני השליחות וקובע שבכל הקשור לסעיף 12, חובה זו חלה גם על שלוחים. השופט שמגר קובע גם כי לסעיף 12 יש תחולה קוגנטית (אינו ניתן להתנאה נוגדת), להבדיל מדיספוזיטיבית (ניתן להתנאה נוגדת).

**תחולה מהותית – מה ייחשב לחוסר תום לב? (מדד גמיש ולא מדובר ברשימה סגורה)**

1. אי גילוי פרט מהותי (פנידר נ' קסטרו – אי גילוי העובדה שהקרקע עליה אמור היה הכנס להיבנות אינה בבעלות חברת פנידר). חובת הגילוי חלה גם על פרטים שהצד שכנגד יכול היה לגלות בעצמו (זה שקסטרו יכול היה לברר מי הבעלים בעצמו לא פוטר את פניני מגילוי הפרט). פרט מהותי הוא פרט שהיה משפיע על החלטתו של אחד הצדדים להתקשר בחוזה.

**הקושי בחובת גילוי** רחבה הוא שישנם פרטים שקשה לדרוש לגביהם גילוי. ראשית, לבית המשפט יכולות מוגבלות להגיע למידע שבלב. שנית, לכל חברה יש סודות מסחריים שאי אפשר לבקש ממנה לחשוף במשא ומתן. שלישית, ישנם מקרים בהם מידע נקנה בעמל רב באמצעות השקעת משאבים משמעותית (דוגמא: אדם שמתמחה בשוק ההון או עורך דין שלמד שנים).

יכול להיות בעניין גילוי הפרטים צריך להתבסס על הדרך המקובלת. מה הנוהג הקיים. יכול להיות שהדרך המקובלת הייתה נותנת מדד טוב יותר לגבי אילו פרטים צריך לגלות.

1. פרישה ממשא ומתן בשלב מתקדם – (ע"א 800/75 קוט נ' ארגון הדיירים במרכז המסחרי – היה משא ומתן לרכישת דירה. בא כוח הרוכש אישר כמעט את כל הטיוטה לרכישה וביקש מספר שינויים קטנטנים ואז המוכרים פרשו מהמשא ומתן והנכס נמכר לצד אחר. הסתבר שנוהלו משאים ומתנים במקביל ובית המשפט קבע כי המוכרים התנהגו בחוסר תום לב. דוגמא נוספת: חמדאן או בוטקובסקי נ' גת). לפעמים אי הסכמות על דברים שנראים שוליים יכולים להיות מהותיים מאד מבחינת מתקשר ולכן בית המשפט צריך להיזהר בעניין הזה כי לפעמים דווקא הפרטים הקטנים יכולים לקעקע את ההתקשרות המשפטית. **לא תמיד פרישה ממשא ומתן בשלב מתקדם תיחשב לחוסר תום לב**. ככל שמתקדמים במשא ומתן צריך סיבה טובה יותר לפרוש.
2. ניהול משא ומתן ללא כוונת התקשרות – בין היתר זה כולל ניהול משא ומתן לצורך קבלת הצעת מחיר אטרקטיבית, ניהול משא ומתן לצורך ריגול תעשייתי, ניהול משא ומתן כדי לכלות את משאבי הצד שכנגד או כדי לפגוע במעמדו התחרותי. הטרחת הצד שכנגד ללא תועלת היא לכשעצמה בעייתית. עם זאת, גם כאן יש בעייתיות (דוגמא: אדם שנכנס לחנות בגדים כדי לתפוס מחסה מהגשם והחל להתעניין במחירי פריטים). חשוב להבחין בין סוגי עסקים. אין מדד מדויק שמאפשר להבחין בין המקרים, אבל די ברור שישנם מצבים שהנזק אינו מאד גדול וישנם מקרים שבהם העלות לצד התמים היא עצומה. צריך להפעיל שכל ישר והיגיון בריא. **השוואת מחירים לא נחשבת לחוסר תום לב**.
3. העלאת דרישות בלתי סבירות או בלתי חוקיות – (זוננשטיין נ' האחים גבסו – מחלוקת בין השופטת בן פורת שסברה כי העלאת דרישה בלתי חוקית אינה מפרה את החובה לנהוג בתום לב ואילו השופט ברק סבר שהעלאת דרישה בלתי חוקית מפרה את עיקרון תום הלב). פרוחומובסקי סבור ששום צד במשא ומתן לא צריך למצוא עצמו בין פטיש הדרישה הבלתי חוקית לבין הסדן. לדעתו, העלאת דרישה בלתי חוקית עולה כדי חוסר תום לב במשא ומתן (כמו ברק) ואם זה משתכלל לכדי חוזה אז החוזה כולו יהיה נגוע באי חוקיות. העלאת דרישות בלתי חוקיות אינה דבר מקובל. עצם העלאת הדרישה, גם אם זה לא מגיע לכדי שכלול חוזה, זה חושף לסעדים הקבועים בסעיף 12 בשל חוסר תום לב.
4. יצירת מכשולים המונעים מן הניצע לבצע קיבול – (ע"א 829/80 שיכון עובדים נ' זפניק – שיכון עובדים הציעו דירות למכירה, הצעה אטרקטיבית, בלתי הדירה. זפניק מגיעים למשרדי החברה כדי לחתום על חוזה אך תורם לא מגיע בגלל המתנה ארוכה. שיכון עובדים מציעים לאלה שלא הספיקו לחתום, חוזה חדש בעל תנאים גרועים מהמקורי אך משופר ביחס למוצע בשוק (מחיר הגבוה ב-10% מן ההצעה המקורית) ובנוסף, מי שיקבל את ההצעה יצטרך לחתום על הסכם ויתור בנוגע לתנאים הישנים. זפניק מסכימים ולאחר מכן מבקשים לבטל את החוזה החדש בטענת חוסר תום לב מצד החברה. המחוזי מקבל את טענת המשיבים. השופטת בן-פורת סבורה ש**הזפניקים היו צריכים כבר לפני החתימה על החוזה החדש להגיש תביעה על חוסר תום לב** ולכן מקבלת את הערעור. לדעת פרחומובסקי, שיכון עובדים הם אלה שמנעו את ההתקשרות בחוזה והפרו את עקרון תום הלב ואין כאן קשר לחוזה החדש שנכרת.
5. ניצול מצוקת מתקשר – היחס בין עילת חוסר תום הלב במשא ומתן לבין עילת העושק (גנז נ' כץ – חוזה שידוך שהצד המשודך היה רווק בין העדה החרדית בגיל מתקדם. בחוזה נקבע שאם יימצא לו שידוך, השדכנים יקבלו סכום שהוא מעל ומעבר למקובל בשוק. לאחר שנמצאה בחירת לבו, הוא סירב לשלם את הסכום שהובטח לשדכנים. בעליון הוחלט שלא היה עושק, אבל השופט קדמי בדעת מיעוט סבר שהייתה התנהגות חסרת תום לב במשא ומתן וכי השדכנים לא גילו התחשבות במצוקתו של אותו אדם. לפיכך, קדמי סבר שיש לשנות את מחיר החוזה. יש פה פתח לטעון שגם במקרים של ניצול מצוקה שאינם עולים כדי עושק ניתן להעלות טענת חוסר תום לב במשא ומתן).
6. התנהגות בלתי שוויונית במשא ומתן במכרז (בית יולס)

**שיעור 22/11/12**

התנהגות בלתי שוויונית במכרז:

ד"נ 22/82 בית יולס נ' רביב

חברת בית יולס מפרסמת מכרז לצורך בניית בית אבות. למכרז עונות חברות שונות, בהן חברת רביב וחברת רסקו. במכרז הציבה בית יולס כמה תנאים, בהם ערבות בנקאית. רביב הגישה את ההצעה הזולה ביותר וגם הציגה ערבות בנקאית. רסקו, לעומת זאת, לא סיפקה ערבות בנקאית ולא הגישה את ההצעה הזולה ביותר. בית יולס בחרו לבסוף ברסקו (לאחר שהגיעו להסכמה על הפער בסכום העסקה). רביב התקוממה והגישה תביעה. אחת השאלות המרכזיות: האם היה חוסר תום לב במשא ומתן מטעם חברת בית יולס? שופטי הרוב קובעים כי אין חובה לנהוג בשוויוניות. השופט אילון מסביר שהתנהלות במכרז יכולה להיות הגונה גם אם אינה שוויונית וכי במכרז פרטי אין צורך להחיל את עיקרון השוויון. מנגד, שמגר, המייצג את דעת המיעוט, סבר כי יש להחיל את עיקרון השוויוניות וכי יש לנהוג לפי תנאי המכרז גם כשמדובר במכרז פרטי. שמגר וברק (דעת המיעוט) אומרים כי מותר לגוף פרטי להכריז מראש שאין בכוונתו לנהוג בשוויוניות ואז התנהגות בלתי שוויונית תהיה מקובלת.

על גופים ציבוריים חל חוק חובת מכרזים שמחייב אותם לנהוג בשוויוניות. עובדי מדינה לא מפסיקים לרטון על חוק זה. שוויון לקוח מתחום המשפט הציבורי והשאלה היא האם יש להחילו גם על מכרזים פרטיים? השאלה היא מה הכלל שיחול בהיעדר התנאה מפורשת? כשהמכרז שותק, מה המשמעות מבחינת התנהלות שוויונית?

לפי דעת הרוב, אם מזמין המכרז שותק, המשמעות היא שאין צורך לנהוג בשוויוניות. לדעת המיעוט, אם מכריז המכרז שותק יש חובה לנהוג בשוויוניות. בעל המכרז צריך להכריז שלא ינהג בשוויוניות, אחרת הוא מחויב לנהוג בשוויוניות (opt out). הרוב מבקש לאמץ הסדר לפיו אין חובה לנהוג בשוויונית אלא אם מזמין המכרז הודיע כי ינהג בשוויוניות (opt in).

שוויוניות במכרז משמעותה יחס שווה בהתחשב בפרמטרים הרלוונטיים. האם ניסיון בענף הוא פרמטר רלוונטי? בוודאי. כדי לנקוט בשוויון צריך להגדיר פרמטרים בצורה מדויקת (20 שנות ניסיון, המלצות, השתתפות בפרויקטים בסדר גודל דומה, חוסן כלכלי). יש גם לקחת בחשבון שזה מראש יוריד את ההשתתפות במכרז וזה גם מייקר (הרבה זמן, הרבה התייעצויות). אופציה נוספת היא להכריז שאינך מתכוון לנהוג בשוויוניות כך, לא צריך לאפיין את ההצעות. אפשר לקבל אותן ואז לקבל מידע מכל מגישי ההצעות. זה עלול לפגוע בהשתתפות, אבל לא בצורה קטלנית. הסיבה היא שחברות קטנות חייבות לנסות לפרוץ לשוק והרבה פעמים הן מוכנות לקחת סיכונים. מכאן, יהיו אמנם חברות שיירתעו מכך שמכריז המכרז מבהיר כי לא ינהג בצורה שוויונית, אבל אין כמעט מכרזים שוויוניים פתוחים, בלי שום פרמטר.

ע"א 6370/00 קל בניין בע"מ נ' ע.ר.מ רעננה לבנייה והשכרה בע"מ

מכרז לבניית שכונת מגורים. ע.ר.מ פונה לעשר חברות קבלניות. בין שני הצדדים מתנהל משא ומתן, מוסכמים כל הפרטים. לאחר שהחוזה סוכם נדרש אישור של מועצת המנהלים. מועצת המנהלים לא מאשרת והפרויקט הולך לחברה אחרת. בית המשפט סבר שהחילוץ לאחור נעשה באמתלה שהאישור של מועצת המנהלים לא ניתן. הנשיא ברק קובע בעניין כלל ברירת המחדל כי בהיעדר התנאה נוגדת הקובעת כי אין חובה לנהוג בשוויון, עיקרון השוויון חל גם על מכרזים פרטיים. כלומר, לפי הדין במדינת ישראל היום אם אתה מזמין מכרז פרטי וברצונך לא לנהוג בשוויון, עליך להכריז על כך. אם הזמנת המכרז שותקת בעניין זה, הרי שחובה עליך לנהוג בשוויוניות. הסעד שנפסק לקל בניין הוא פיצויים חיוביים – פיצויים שנועדו להעמיד את הנפגע במצב בו היה עומד אילו קוים החוזה. חישוב הרווח הוא על פי רווח דומה במכרזים אחרים שהחברה ביצעה או הרווח של חברות אחרות בתחום. משתמשים ב"מדד קירוב". אי אפשר היה להחזיר את הגלגל לאחור ולאכוף את החוזה כי כבר נחתם חוזה עם חברה אחרת. המקרה הזה הוא חריג כי כל ההסדרים שוכללו והיה חסר רק אישור מועצת המנהלים ולכן נוצרה הזדמנות חריגה להעניק פיצויי קיום. המדד המקובל הוא עדיין פיצויי הסתמכות.

תרופות בגין הפרת החובה לנהוג בתום לב במשא ומתן

בעבר, בית המשפט פסק באופן מסורתי פיצויים שליליים בגין הפרת סעיף 12(ב). עם חקיקת חוק החוזים חלו שינויים גם במגוון התרופות האפשרי. פיצויי ההסתמכות היו האופציה המרכזית (בוטקובסקי נ' גת, גנז נ' כץ), אבל יש גם אופציות אחרות. בפסק דין זפניק השופטת בן פורת קבעה כי **רשימת הסעדים אינה מוגבלת לפיצויים שליליים וכי במצבים מסוימים ניתן להעניק אפילו אכיפה**. בן פורת העלתה את האפשרות שסעד כזה אפשר שיינתן בנסיבות הנכונות.

ע"א 986/93 קלמר נ' גיא

בני הזוג גיא הם אדריכלים. הם עשו הסכם עם קלמר שהם יבנו שני בתים על קרקע שלו ובתמורה הוא יעביר את הבעלות על חצי הקרקע על שמם. כשהם סיימו לבנות את הדירה, הוא סירב להעביר את הבעלות. לגישת קלמר, בין הצדדים לא נחתם חוזה. הוא טוען כי אין חוזה כתוב כפי שנדרש במקרקעין. השופט זמיר מתגבר על דרישת הכתב בך שלדבריו דרישת הכתב רוככה וכי ניתן לספק את דרישת הכתב באמצעות מסמכים שונים. עם זאת, לדבריו, בצירוף המסמכים אין די. הוא מוסיף כי לגבי חיובים שביצעו אין צורך בכתב ובענייננו – המבנה הוקם והושלם, כלומר כל החיובים בוצעו ולכן המסקנה היא שדרישת הכתב נתמלאה בעצם באמצעות ביצוע. **השופט זמיר משתמש בעיקרון תום הלב לצורך צמצום דרישת הכתב**. לדבריו, קלמר נאחז בדרישה צורנית פורמאלית של כתב כדי להתחמק מהתחייבותו החוזית. הנשיא ברק לא מסכים עם דרכו של זמיר. ברק אומר כי לא נכון לצמצם עוד את דרישת הכתב. עם זאת, מסביר כי **במקרים מסוימים בהם נשמעת "זעקת ההגינות" ניתן מכוח סעיף 12 לעקוף את דרישת הכתב ולאכוף את החוזה**. שני השופטים הגיעו לאותה מסקנה כי כן נכרת חוזה מחייב בין הצדדים.

בפס"ד קל בניין הוחלט על פיצויי ציפייה/קיום - מצד אחד הפיצויים במקרה של הפרת חוזה נועדו להעמיד את הנפגע במצב בו היה עומד לו קוים החוזה. הרווח מחושב על פי רווח דומה במכרזים אחרים שהחברה ביצעה או הרווח של חברות אחרות באותו תחום. משתמשים ב"מדד קירוב". אי אפשר להחזיר את המצב לאחור ולאכוף את החוזה כי כבר נחתם חוזה עם חברה אחרת. מקרה "קל בניין" הוא חריג כי הכל היה מוסכם ורק היה חסר אישור מנהלים. בסיטואציות אחרות שהמו"מ לא מבשיל יהיה מאוד קשה להעניק פיצויי קיום.

**פגמים בכריתת חוזה:**

חוזה למראית עין (סעיף 13): "חוזה שנכרת למראית עין בלבד בטל... אין בהוראה זו כדי לפגוע בזכות שרכש אדם שלישי בהסתמכו בתום לב על קיום החוזה". אנו למדים כי החוזה בטל במערכת היחסים הפנימית בין הצדדים, אבל כלפי צדדים שלישיים, שהסתמכו עליו בתום לב, תקף הוא. זה מקרה מיוחד כי יש לפנינו יצור משפטי שמתאפיין בכל המאפיינים החוזיים. הוא נראה מושלם, אבל הדבר הזה קרה משום שהצדדים רצו ליצור מצג מסוים ובעצם שני הצדדים ידעו באופן ברור ומוחלט שהחוזה שמשתקף לעולם אינו מבטא את ההסכמות הפנימיות ביניהם. יש כאן שני מאפיינים ייחודיים במישור היחסים הפנימי בין הצדדים:

1. שני הצדדים מודעים לכך שהסכמתם הנחזית אינה אמיתית
2. החוזה הנחזה בטל מדעיקרא ביחסים הפנימיים בין הצדדים.

סימולציה מלאה – מראית עין מוחלטת – מצב שבו יש חוזה נחזה שכל מהותו לא תואמת את הסכמת הצדדים. אין מאחוריו כלום. דוגמא: איש עסקים שנקלע למצוקה ומחליט להעביר את נכסיו לילדיו כדי להבריחם מנושים פוטנציאליים, כאשר למעשה לא הייתה העברה בפועל. דוגמא נוספת: צד במשא ומתן לעבודה חדשה נכנס לחוזה עם חבר לפיו החבר מעסיק אותו כדי להשיג שיפור תנאים מול המעסיק הפוטנציאלי האמיתי.

סימולציה חלקית (מראית עין חלקית) – יש חלקים בחוזה שאינם אמיתיים ואינם משקפים את ההסכמות האמיתיות, אבל לצידם יש סעיפים אמיתיים המייצגים נאמנה את הסכמות הצדדים. דוגמא: צדדים מסכימים על עסקה מסוימת ובכלל זה על סעיף המחיר, אבל בחוזה עצמו הם קובעים מחיר נמוך יותר כדי להקטין את חבותם במס. יש כאן חוזה מכר שאחד מפרטיו שונה.

ע"א 630/78 ביטון נ' מזרחי

שוכלל זיכרון דברים והוסכם שהסכום הוא 400 אלף ל"י. בחוזה הפורמאלי נכתב סכום של 340 אלף ל"י. שלטונות המס הם שותף לכל עסקה. בהוצאתם מן העסקה אפשר ליצור עודף כלכלי נוסף וזה מה שהצדדים שואפים לעשות. לאחר מכן פרץ סכסוך בין הצדדים והעסקה לא שוכללה – החוזה לא נחתם. המערערים מבקשים פסק דין הצהרתי המורה למשיב למלא את התחייבויותיו. המחוזי דוחה את הבקשה בטענה שמדובר בחוזה בלתי חוקי לפי סעיף 30 לחוק החוזים. השאלה המשפטית שעולה כאן היא מה היחס בין הוראת סעיף 13 (חוזה למראית עין) להוראת סעיף 30 (חוזה בלתי חוקי)? נשאלת השאלה תחת איזה מטרייה דינית יש לנתח מקרה שכזה.

השופט בכור אומר שאלמנט אי החוקיות גובר וכי יש לאפיין התקשרויות כאלה כהתקשרויות המנוגדות לחוק. לדבריו אין צורך לנסות ולהתחקות אחר החוזה האמיתי בין הצדדים ולתקף את אלו לאור מבחני גמירת הדעת והמסוימות. יש כאן אלמנט הרתעתי, אחרת יהיה תמריץ לצדדים ליצור סימולציה חלקית (לשנות את המחיר כלפי חוץ). השופט ברק קובע כי יש להתעלם מן החוזה הנחזה על הסכמותיו הלא אמיתיות. בשלב ב' יש להתחקות אחר ההסכמות האמיתיות ולבדוק האם אלו עומדות במבחני גמירת הדעת והמסוימות. דהיינו, השופט ברק מוכן להיכנס לעובי הקורה ולבדוק מה עושים עם "החוזה האמיתי" בין הצדדים.

**הנטייה היא לטפל במקרים כאלה באמצעות סעיף 30**. על פניו קיימים שני הבדלים בין שני הסעיפים:

1. סעיף 13 קובע בטלות מדעיקרא וגם סעיף 30 על פניו קובע בטלות מדעיקרא, אבל בסעיף 30 הבטלות מסויגת. זאת משום שלפי סעיף 30 בית המשפט מכוח הסעיף הזה יכול להיכנס לעובי הקורה, להסתכל על היחסים הפנימיים בין הצדדים ויש לו **שיקול דעת נרחב** מאד לגבי מה שניתן לעשות. לעומת זאת, תחת סעיף 13, על פניו אין לבית המשפט **סמכויות כל כך נרחבות**. למעשה, גם כשבית המשפט פועל מכוח סעיף 13, יש לו יכולת לאזן באינטרסים בין הצדדים מכוח עיקרון תום הלב. עיקרון תום הלב מאפשר לבית המשפט סמכויות נרחבות.
2. כשמדובר בסעיף 30 הוא מוביל לסעיף 31 שמאפשר **סעד של השבה**. ואילו תחת סעיף 13 אין השבה. למען האמת, זה לא כך. בפס"ד גינזבורג נ' בן יוסף נפסק שכל הסדרי ההשבה העולים מכוח דיני עשיית עושר שלא במשפט חלים גם על מגוון היחסים החוזיים.

סוף סעיף 13 אומר כי לגבי צדדים שלישיים החוזה הנחזה תקף. אם הצד השלישי פעל בתום לב, תוך הסתמכות (שינה את מצבו לרעה), כלפיו – אותו חוזה הוא אמיתי. זה הסיכון בכריתת חוזים למראית עין. **הבטלות של חוזה למראית עין היא פנימית אבל לא חיצונית לגבי צדדים שלישיים**. לצדדים שלישיים אין דרך להגן על עצמם, הם רואים חוזה מושלם.

**שיעור 29/11/12**

המשך עילות הביטול:

סעיף 14 לחוק החוזים:

14(א) – טעות שהצד השני ידע או היה עליו לדעת עליה

14(ב) – טעות שהצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת עליה

14(ג) – טעות הניתנת לתיקון (אינה מהווה עילת ביטול)

14(ד) – טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה (אינה מהווה עילת ביטול)

**רכיב העילה – מה צריך להוכיח צד הטוען לטעות?**

1. קיום חוזה – אם אין חוזה, אין מה לבטל.
2. קיום טעות – טעות היא פער בין מצב העניינים במציאות לבין מה שסבר הצד הטועה בעת כריתת החוזה.
3. קשר סיבתי סובייקטיבי – הצד הטועה נדרש להוכיח שהתקשר בחוזה עקב הטעות, דהיינו שהפער הזה הביאו לנהוג באופן מסוים ולהיכנס לחוזה.
4. יסודיות – גם האדם הסביר לא היה מתקשר בנסיבות הנוכחיות.
5. ידיעת הצד השני – נדרשת לצורך 14(א) ולא נדרשת לצורך 14(ב).
6. הטעות אינה ניתנת לתיקון, על פי סעיף 14(ג).

אם כל התנאים האלה מתקיימים צומחת עילת ביטול, כלומר לצד הטועה יש אופציה לבטל. החוזה אינו בטל מדעיקרא כמו בחוזה למראית עין. הצד שהצליח להוכיח את ששת המרכיבים הללו באפשרותו לבטל או לא לבטל את החוזה. יכול להיות שלמרות הטעות עדיין החוזה משתלם ולכן הצד הטועה בכל זאת לא ירצה לבטל את החוזה.

**טעות** – מחשבה או אמונה של צד שאינה תואמת את המציאות.

**טעות בעובדה**

ע"א 2495/95 בן לולו נ' אליאס

הדס בן לולו הייתה בת ארבע כשנפגעה בתאונת דרכים. מוגשת תביעת פיצויים נגד חברת הביטוח והצדדים מגיעים לפשרה לפיה ההורים יסלקו באופן סופי את כל התביעות ולא יתבעו יותר, גם על נזקים עתידיים, ויקבלו בתמורה 64,000 ₪. שנים אחר כך, התפתחה אצל הנפגעת מחלת נפש שהביאה את הוריה לנסות לפתוח את הסדר הפשרה עקב העלויות העצומות שנוצרו. ההורים טוענים שנפלה טעות שמצמיחה לצד הטעות עילת ביטול. נשאלת השאלה, האם בנסיבות אלה אכן עומדת לנפגעת ולהוריה עילת ביטול? השופט אור קובע שהתשובה שלילית. **חוזה פשרה הוא מנגנון לחלוקת סיכונים עתידיים** – כשאדם מקבל על עצמו הסדר פשרה כנפגע בתמורה לסילוק מלא של כל התביעות, הוא למעשה מסתכן בכך שתהיה התפתחות של נזקים עתידיים. אותו אדם הופך להיות מבטח של עצמו. אחד הסיכונים הוא שינוי בעובדות או במצב המשפטי. יש גם מקרים הפוכים, בהם הנזק מתברר כיותר קטן (מחקרים מוכיחים שעם חלוף הזמן אנשים מסתגלים ושעוצמת הפגיעה קטנה יותר ממה שהצדדים חשו מלכתחילה).

**אי ודאות מודעת** – כשאתה יודע שאתה לא יודע מה יילד יום ואתה מחליט באופן מודע לקבל עליך סיכון מסוים לגבי עובדות שיכולות להתפתח בעתיד, הרי שהתקיימותן של עובדות אלו אינו מצמחי עילה לביטול החוזה. השופט אור קובע שני חריגים בהם הכלל הזה לא יחול:

1. התפתחות עתידית כה חריגה בעוצמתה ובטיבה שלא ניתן לומר שהיא נכללה במסגרת אי הוודאות המודעת (הבדל בעוצמה/במינון)
2. פגיעה שגילויה משמיט את הבסיס לחוזה (הבדל בסוג).

ע"א 8972/00 שלזינגר נ' הפניקס

המנוח אורי שלזינגר חתם על חוזה ביטוח חיים, כולל ביטוח נגד מחלת הסרטן.

16/3/94 – שלזינגר מבטל את הפוליסה.

24/4/94 – נודע לשלזינגר שהוא חולה בסרטן.

15/1/95 – עצה מעורך דינו – שלזינגר שולח לפניקס הודעת ביטול של הביטול.

24/1/95 – אורי שלזינגר הלך לעולמו.

כאן עילת הטעות מועלית בקונטקסט של ביטול, דהיינו של יציאה מיחסים חוזיים. השאלה המשפטית היא האם במקרה הזה עילת הטעות מעמידה למערערת, האלמנה ארזה שלזינגר, את הזכות לחזור מן הביטול ולהחיות את היחסים החוזיים בין הצדדים. יש כאן מחלוקת בין השופט אדמונד לוי לבין השופטת איילה פרוקצ'יה.

השופט לוי (עמדת המיעוט) קובע כי סעיפי הפגמים ברצון חלים גם על פעולות חד צדדיות מכוח חוזה, לרבות ביטול חוזה. לדעתו, יש תכולה לעילות הביטול. הוא סבור שבמקרה הזה ניתן לבטל את הביטול. לדעתו, הייתה כאן טעות יסודית, שכן אף אדם לא היה מבטל ביטוח חיים אילו ידע שבגופו מקננת המחלה. הטעות היסודית הייתה שהמחלה קיננה בגוף המנוח בזמן הביטול, אולם הוא לא היה מודע לה. זה נופל לעילת ביטול של סעיף 14(ב) כי גם חברת הביטוח לא הייתה ולא היה עליה לדעת על הטעות. סעיף זה מאפשר לבית המשפט דרכי פעולה שונות ומגוונות בטיפול בטעות. השופט לוי מציע להחיות את הפוליסה, אך לחייב את שלזינגר לשלם חלק מן המחיר.

השופטת פרוקצ'יה (דעת הרוב) מסכימה עם קביעתו של השופט לוי לפיה סעיפי הפגמים ברצון חלים גם על פעולות חד צדדיות מכוח חוזה, לרבות ביטול חוזה. היא לא שוללת את האפשרות שדיני הביטול יחולו על יציאה מיחסים חוזיים. יחד עם זאת, במקרה הזה היא לא סבורה שניתן לבטל את הביטול. ההחלטה לבטל חוזה משנה את הקצאת הסיכון שהייתה קבועה בחוזה הביטוח. הגדרת אירוע הביטוח הייתה גילוי מחלת הסרטן. זה היה הטריגר שאפשר למבוטח לקבל את כספי הביטוח, לתבוע את דמי הפוליסה. היא מסבירה שכשם שעצם קינון המחלה בגוף המבוטח, להבדיל מגילויה, לא הולידה למבוטח את הזכות לתבוע את דמי הפוליסה, כך גם קינון המחלה בגופו מבלי שידע על כך לא מצמיח לו את הכוח לטעון שביטול הפוליסה בטעות יסודו. היא ממשיכה ואומרת שאי ידיעת המבוטח על מחלה קיימת המקוננת בגופו, הוא מן הסיכונים שנטל על עצמו המערער עם הכניסה לחוזה. היא קובעת שאין אפשרות לבטל את הביטול מחמת טעות. היא מוסיפה כי אילו התגלתה המחלה לפני הביטול, אבל שלזינגר לא היה יודע על הגילוי בשל עיכוב במסירת האינפורמציה, אז הוא היה זכאי לטעון לביטול על פי סעיף 14(ב).

לא הייתה סיבה הכרחית לקבוע כאן "סימטריה". לא היה הסדר בחוזה לגבי ביטול של ביטול. השופטת גזרה את זה מכוח גזירה שווה. האירוע הביטוחי הוא האירוע שמחייב את החברה להתחיל לשלם.

**טעות בחוק/בדין**

ע"א 2444/90 ארואסטי נ' קאשי

הסכם קומבינציה בין בעלי הקרקע לקבלן. בעסקה מסוג זה בעל קרקע מעביר את האפשרות לבנות לקבלן, שבתמורה מחזיר לבעל הקרקע מספר דירות בנכס הבנוי. שאר הדירות נמכרות לרוכשים. במקרה הזה סוכם כי בעלי הקרקע יקבלו שלוש מתוך שמונה הדירות שייבנו. קאשי, הרוכשים, מקבלים הערת אזהרה. (בעסקת מקרקעין לא תמיד אפשר להעביר את הבעלות על שם הקונים מיד. במצב כזה, רושמים הערת אזהרה, שמודיעה קבל עם ועדה כי יש לרוכש זכות על הנכס שתשתכלל בבוא מן הימים לבעלות מלאה. זה מיידע צדדים שלישיים שלא ייכנסו לעסקה, וזה כובל את בעלי הקרקע).

הפרויקט נמצא מצב של קיפאון כי הקבלן בקשיים כלכליים. בעל הקרקע מציע שכל הרוכשים יוותרו על הערות האזהרה בתמורה לתשלום מסוים. קאשי הסכים. בזמן החתימה על ההסכם הייתה עמימות משפטית, אי ודאות לגבי חבות בעל הקרקע כלפי רושמי הערות אזהרה. אז מתקבלת הלכה לפיה יש חבות ישירה לבעל הקרקע כלפי רושמי הערות אזהרה. בשלב הזה, קאשי מבקשים לבטל את הסכם הפשרה בטענה שלא ידעו את הדין לאשורו בעת שחתמו על הסכם הפשרה.

המחוזי נעתר לבקשת הקונים ומבטל מכוח סעיף 14(ב) את ההסכם. העליון אינו מסכים עם קביעה זו ועושה הבחנה בין חוק ברור בעת כריתת החוזה (לגביו חלה עילת הביטול) וחוק עמום/מצב משפטי עמום בעת כריתת החוזה (לא חלה עילת ביטול). השופט טל קובע כי החוק לגביו נטענת עילת ביטול חייב להיות ברור לחלוטין בשעת כריתת ההסכם. כשהחוק עמום בעת הכריתה לא ניתן להעלות טענת ביטול ופרשנות מאוחרת של חוק, שהבהירה אותו או שינתה מן המשמעות כפי שהייתה בשעת ההתקשרות, אינה יכולה להיחשב טעות בהבנת החוק. פרשנות מאוחרת לא מאפשרת העלאת טענת טעות. השופט טל אומר שאפשר להגיע לאותה תוצאה על ידי התייחסות למצב שלפנינו כטעות שאינה אלא טעות בכדאיות העסקה. בשורה התחתונה הערעור מתקבל והסכם הפשרה הושב לתוקפו.

כשהחוק עמום יש איזושהי חלוקת סיכונים. יכול להיות שפרשנות מאוחרת תכריע לטובתך או נגדך והצדדים מקבלים על עצמם הסדר משפטי לאור אי הוודאות הזו. הם מבינים שהחוק אינו ברור ומחליטים לכרות הסכם על בסיס המציאות. חוק תמיד יכול להשתנות. מדובר במערכת מעשה ידי אדם - ובני אדם יכולים לשנותה. גם שינוי מאוחר אינו מאפשר לטעון לטעות לאחר השינוי.

**טעות לגבי זהות הצד שכנגד -** טעות מעין זו מקימה עילת ביטול (ע"א צנעני נ' אגמון)

**טעות בכדאיות העסקה –** אינה מקימה עילת ביטול

כל טעות, במובן מסוים, משפיעה על איך שמעריכים את העסקה, האם חפצים בה או לא חפצים בה יותר. כל טעות שתתגלם באיזשהו פער בתמורה שיתקבל מן החוזה, לעומת מה שצופה להתקבל. אפשר לומר שכל טעות היא טעות בכדאיות העסקה. עם זאת, אנו מנסים להבחין בין טעויות שאינן אלא בכדאיות העסקה (שאינן מקימות עילת ביטול) לבין טעויות "רגילות", דהיינו טעויות שאינן רק בכדאיות העסקה (טעויות שמצמיחות עילת ביטול). כיצד מבחינים?

ע"א 406/82 נחמני נ' גלאור

יש כאן חוזה מכר דירה. על הדירה רובצת משכנתא. בחוזה נכתב במפורש שגובה המשכנתא 825,000 ל"י. הצדדים החליטו שלפיכך התשלום האחרון בסך 805,000 ל"י ישולם ישירות לבנק על ידי הרוכשים לשם סילוק המשכנתא. אחר כך התברר שסכום המשכנתא גבוה בהרבה ממה שסברו שני הצדדים. המוכרים מבקשים לבטל את החוזה. הם מעלים את הטענה שטעו (14(ב)) בכך שסברו שהמשכנתא היא בסכום מסוים אבל היא בסכום יותר גבוה. סעיף 14(ב) מדבר על טעות שהצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת עליה. השופט בייסקי מסביר כי:

1. סעיף 14(ב') אינו מקנה לטוען עילת ביטול עצמאית.
2. סעיף 14(ב') מחייב את התערבות בית המשפט, כלומר בית המשפט ידון בטענות הצדדים ויחליט האם מוצדק לבטל את החוזה מחמת טעות.
3. במסגרת שיקולי הצדק, יערוך בית המשפט איזון בין האינטרסים המנוגדים של הצדדים. דהיינו, הוא יבדוק האם הנזק שייגרם לצד הטועה מהתרת החוזה על כנו, גבוה מן הנזק שייגרם לצד התמים שכנגד מביטול החוזה. במסגרת האיזון יכול בית המשפט להתחשב גם במידת האשמה היחסית של הצדדים.
4. אם יחליט בית המשפט לבטל את החוזה, כבקשת הצד הטועה, הוא מוסמך להורות לטועה לשלם פיצויים לצד השני.

במקרה הזה אומר בייסקי שלא כדאי לבטל את החוזה שכן הוא יכול לחייב את המוכרים בפיצויים גבוהים ואז שכרם ייצא בהפסדם.

1. השופט בייסקי אומר שמכל מקום, טעותם הנטענת של המוכרים היא שהם לא העריכו נכונה את גובה המשכנתא וזו אינה אלא טעות בכדאיות העסקה, על פי סעיף 14(ד'), שאינה מאפשרת לטועה את ביטול העסקה כולה. המוכרים התרשלו בבירור גובה החוב – ועליהם לשאת בתוצאות התרשלותם.

**כיצד מבחינים בין טעות רגילה לבין טעות בכדאיות העסקה?**

1. פרופ' גד טדסקי סבור כי ההבחנה היא של עבר מול עתיד. המשמעות היא שהפער באמונה/מחשבה של הטועה היה קיים בעת כריתת החוזה – טעות רגילה. **אם הפער נוצר בעתיד, זו אינה אלא טעות בכדאיות העסקה**.

למשל, בפס"ד וופנה נ' אגוש, הרוכשים סברו שהבית במקום שקט, בעוד הבית היה במקום רועש, סמוך לאזור תעשייה. אזור התעשייה היה קים גם בעת הכריתה ולכן זו טעות בעבר.

לעומת זאת, הדוגמא של רכישת מניה מתוך ציפייה שתעלה במחיר, יש כאן דוגמא לאמונה לגבי העתיד. כמובן שטעיתי אם המניה לא עלתה, אך זו טעות בכדאיות העסקה.

1. פרופ' שלו סברה שההבחנה מתייחסת לתכונות/עובדות לעומת שווי. היא מסבירה ש**טעות בנוגע לעובדות היא טעות רגילה, ואילו טעות לגבי שווי היא טעות בכדאיות העסקה**. למשל בפס"ד נחמני נ' גלאור, אם הטעות הייתה לגבי עצם קיום המשכנתא מתייחס לעובדה. ואילו גובה החוב מתייחס לשווי. **פרוחומובסקי סבור שזה הבחנה מעט בעייתית**.
2. פרופ' פרידמן מציע את **מבחן הסיכון**. הוא אומר שכאשר הטעות מתייחסת להיבט שלא נלקח לגביו סיכון, מדובר בטעות רגילה. לעומת זאת, כאשר הטעות היא לגבי היבט שהצד הטועה נטל סיכון לגביו, מדובר בטעות בכדאיות העסקה. פרופ' פרידמן מבקש לתפעל את זה בצורה של האם צד ידע שהוא מסתכן או לא ידע שהוא מסתכן. למשל בפס"ד שלזינגר נ' הפניקס, הרוב סבר שחוזה ביטוח מחלק את הסיכונים בין הצדדים כשלדעת הרוב גילוי סרטן לאחר ביטול הפוליסה הוא סיכון שהמבוטח נטל על עצמו ולכן זו טעות שאינה מצמיחה עילת ביטול.

**שיעור 2/12/12**

המשך טעות בכדאיות העסקה:

המבחן של פרידמן יפה מאד בתיאוריה. הוא בעצם שואל על מי נפל הסיכון של הטעות שאירעה בפועל ואם צד נטל על עצמו את הסיכון הזה הרי שאין לו יכולת לטעון טעות. הבעיה היא שקשה מאד לתפעל את המבחן הזה בעולם האמיתי משני טעמים:

1. לא תמיד ברור מה הייתה חלוקת הסיכונים בין הצדדים. בית המשפט בסופו של דבר יצטרך לקבוע איזה צד נטל איזה סיכון. הוא יעשה זאת בהתבסס על לשון החוזה ועל נסיבות העסקה.
2. יכולים להיות סיכונים שפשוט שום צד לא חשב עליהם. למשל במקרה של שליזנגר לא הייתה התייחסות בחוזה לבעיה שאירעה בפועל. הצדדים לא ממש חשבו על תרחיש אפשרי כזה.

**מה עוד צריך כדי להוכיח טעות?**

נדרש קשר סיבתי סובייקטיבי בין הטעות לבין ההתקשרות בחוזה (באמצעות המילה "עקב"). על הטועה להוכיח שהתקשר בחוזה עקב טעות, דהיינו שאלמלא הטעות, אותו הפער, לא היה מתקשר בחוזה.

דרישת היסודיות – גם האדם הסביר לא היה מתקשר בחוזה. זו דרישה שמגבילה במידה מסוימת את היכולת לבטל חוזה מחמת טעות. לא כל טעות שאירעה תיחשב בהכרח ליסודית. דרישת היסודיות חלה לגבי סעיפים 14(א) ו-14(ב), אך לא חלה במקרי הטעייה לפי סעיף 15.

ידיעת הצד השני - בפועל (ידע) או בכוח (היה עליו לדעת). הידיעה הזו נדרשת לצורך סעיף 14(א) ואינה נדרשת לצורך סעיף 14(ב).

**אם נתקיימו כל הדרישות המצטברות, הרי שסעיף 14(א) מצמיח לצד הטועה כח ביטול אוטונומי. משמע, הצד הטועה רשאי להפעיל את הביטול בעצמו, ללא הזדקקות לסיוע בית משפט.**

**בעוד שלפי 14(ב), אין אפשרות לבטל באופן עצמאי, גם אם התקיימו כל התנאים. יש צורך לפנות לבית משפט, שמחזיק בשיקול דעת רחב האם להיעתר לבקשה (פס"ד שלזינגר). בית המשפט יכול להחליט שלא לבטל את החוזה אם לדעתו הביטול רק יפגע בצד המבקש משום שזה יחויב בתשלום פיצויים (פס"ד נחמני).**

**סעיף 14 מקנה עילת ביטול, לעומת זאת חוסר תום לב מקנה סעדים נוספים, למשל פיצויים.**

**הטעיה**

1. קיום חוזה
2. קיום טעות (טעות בחוק, טעות בעובדה, עובדה לגבי זהות הצד השני)
3. הטעיה על ידי הצד שכנגד או אחר מטעמו (בידיעת הצד שכנגד, שנתן הרשאה לכך. יש כאן גם עילה חוזית מכוח סעיף 12 – עיקרון תום הלב – כמו שאירע בפס"ד פנידר נ' קסטרו)
4. קשר סיבתי כפול:
5. קשר סיבתי בין ההטעיה לטעות, דהיינו שהפער אצל הצד הטועה נוצר כשתוצאה מהטעיה.
6. קשר סיבתי בין הטעות שנוצרה בעקבות ההטעיה לבין ההחלטה להתקשר בחוזה.

הקשר הסיבתי הדרוש הוא סובייקטיבי בלבד. בניגוד לדיני הטעות, אין בהטעיה דרישת יסודיות. לא מבקשים מהצד שהוטעה להוכיח שגם אדם סביר היה מוטעה במצב שנוצר.

**הטעיה יכולה להתבצע במעשה (הטעיה אקטיבית) או במחדל (הטעיה פסיבית).**

**הטעיה במעשה**

ע"א 373/80 וופנה נ' אוגש

מוכרי נכס פרסמו מודעה בעיתון על דירה באזור שקט. למחרת (ביום שבת) הגיעו הקונים לבדוק את הדירה. בו בזמן נקרא עורך דין למקום ונחתם חוזה. סעיף 12 לחוזה קבע פיצויים מוסכמים בסך 200 אלף ל"י אשר יושתו על מפר ההסכם. מחיר הנכס – 1,700,000 ל"י. למחרת התברר שהבית היה ממוקם במרחק של פחות מ-200 מ' מאזור תעשייה קיבוצי ובו 12 מפעלים, שחלקם עובדים במתכונת של שלוש משמרות (24 שעות ביממה). מיד שיגרו הקונים הודעת ביטול והמוכרים תובעים את הפיצויים שנקבעו בחוזה.

השופט שמגר קובע שהייתה כאן הטעיה לגבי יסוד מרכזי בעסקה, שהודגש לאורך כל תהליך ההתקשרות. מדובר בהטעיה אקטיבית. המוכרים יצרו מצג שווא, תחילה כשפרסמו במודעה שהדירה נמצאת באזור שקט, ובהמשך כשהזמינו את הקונים לראות את הנכס ביום שבת בו המפעלים אינם עובדים. הרוכשים חשבו שהם באמת מקבלים את מה שרצו, אך ברגע ששבו המפעלים לפעילות הבינו אחרת. השופט שמגר קובע כי הביטול תקף, כיוון שכך נופל חיובם של הקונים בפיצויים המוסכמים. מרגע שהחוזה בוטל, החוזה והתניות שבו חדלים מלהתקיים.

ע"א 488/83 צנעני נ' אגמון

צנעני פרסם מכירה של חלקת קרקע שאינה בבעלותו. כתוצאה מכך מתפתח משא ומתן עם האחים אגמון. בין הצדדים נכתב זיכרון דברים לפיו הם ירכשו את השטח בתמורה ל-1,300,000 שקל. צנעני פונה לגברת צוקר, בעלת הקרקע, ומציג עצמו כבא כוחם של רוכשים פוטנציאליים שמעוניינים לרכוש את הדירה ב-585,000 שקל. לבסוף נחתם חוזה. משנודעת האמת לאחים אגמון, הם מבטלים את החוזה וסוגרים עם גברת צוקר במחיר 585,000 שקל.

השופט שמגר קובע שהייתה כאן הטעיה אקטיבית כלפי האחים אגמון בדבר זהות הצד שכנגד. השופט שמגר אומר שהטעות הזו הובילה למפל שלם של טעויות. היא השפיעה על תנאי העסקה ועל המחיר. זה מוכיח את הפער בין חופש ההתקשרות ובחירת הצד שכנגד לבין החופש לעיצוב החוזה. איננו רוצים להכשיר את פעולותיו של צנעני בשל ההשפעה הרוחבית של החלטה כזו. אם נאשר זאת, אז בכל משא ומתן זה ישמיט את הקרקע תחת הנחות האמון. אמון בסיסי הוא פרמטר חשוב ביותר לצמיחה כלכלית. זה חוסך המון הוצאות. צנעני לא היה צריך לפרסם מודעה, אלא לגשת לאחים אגמון ולהציע להשיג להם נכס מסוים או לפנות קודם לגברת צוקר ולהציע להשיג לה רוכשים.

**הטעיה במחדל**

**כדי שתתקיים הטעיה במחדל נדרשת חובת גילוי**. חובת הגילוי יכולה לנבוע משלושה מקורות שונים:

1. דין (ס' 12)
2. נוהג
3. נסיבות

חובת גילוי מכוח דין

סעיף 12 (עיקרון תום הלב) מצמיח חובות גילוי על הצדדים הנושאים והנותנים.

ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי

התקשרות בין בעל מגרש לבין קבלן, כשעומדת להתרחש הפקעה של 40% משטח המגרש בשל שינוי תכנוני. כתוצאה מכך, מספר הדירות שניתן לבנות במקום ירד מ-16 (כמקובל) ל-12. ספקטור טוען שלא ידע שההפקעה משפיעה על מספר הדירות וכי מדובר בקבלן שיכול היה לברר בעצמו.

נשאלת השאלה, מהי חובת הגילוי המצופה מן המוכר בנסיבות דנן?

השופט אשר מזהה שני מקורות המצמיחים חובת גילוי. המקור הראשון הוא מכוח דין, כשהדין הוא סעיפים 12 ו-14(א) לחוק החוזים וסעיף 11 ו-16 לחוק המכר (שמטילים חובת דיווח במקרים של אי התאמה במכר, כלומר במקרים של פער בין הממכר כפי שהוא מתואר בחוזה לבין מצבו במציאות). המקור השני הוא גילוי מכוח הנסיבות – מדובר פה בהתקשרות עם קבלן. ברגע שקבלן סביר רואה מגרש כזה הוא חושב באופן אוטומטי שיוכל לבנות במקום 16 דירות. דווקא בשל הידע העודף של הקבלן, רואה פה השופט אשר חובה לגלות לו את המצב התכנוני של המגרש. **השופט אשר מזהה חוסר תום לב מצד ספקטור וכן הטעיה.**

השופט לנדוי סבור ש**אין לקבוע חובת גילוי רחבה בחוזים מסחריים כיוון שזה פוגע ביחסי המסחר.** בית המשפט אינו צריך לשמש "שמטרף" לצדדים. לדבריו, חובת הגילוי חלה על פרטים מהותיים שהצד השני אינו יכול לגלות בעצמו. עם זאת, השופט לנדוי לא מכשיר את העסקה מכוח סעיף 18 לחוק המכר, המחייב את המוכר למכור את הממכר כשהוא נקי משעבוד ומזכויות של צדדים שלישיים.

אם למשל לא היה מדובר בחוזה מכר, אז חוק המכר לא היה נכנס לתמונה ואז אנחנו נשארים עם הבדלי הגישות של שני השופטים. השופט לנדוי טוען שיש פה עניין בצדדים עסקיים ושהקבלן המנוסה היה יכול לבדוק את המצב לאשורו. לדבריו, חובת הגילוי צריכה להתייחס רק לפרטים מהותיים שלא היו יכולים הצדדים לגלות בעצמם (שני יסודות מצטברים). הגישה של לנדוי יוצרת כפילות בעלויות – שני הצדדים צריכים לגלות כל נתון ונתון פעמיים. האם אין זה הגיוני יותר שהצד שמודע למידע יחלוק אותו עם הצד השני? לדעת המרצה, התשובה היא כן, אך עד גבול מסוים. אז מהו הגבול? אין לנו רצון ליצור שיטת משפט שמטילה כפילות בעלויות. פרופ' שלו מציעה את הפתרון הבא: היא אומרת שלא צריך להיות מצב של אגואיזם מוחלט, אך גם לא מצב של אלטרואיזם מוחלט. צריך למצוא את שביל הזהב. היא סבורה שצריך לגלות לצד את השני את הפרטים שהוא אינו יכול לגלות בעצמו. מצד שני, אם צדדים היו מגלים הכל במשא ומתן, כל צד היה חושב 'למה שאני אשקיע במידע, אוציא כסף מכיסי כדי לגלות פרטים שאחר כך הצד השני יקבל את המידע כאילו היה פרי בשל?'. כדי להשיג מידע צרך להשקיע, גם כסף. מידע לא תמיד צומח על עצים.

בעניין הזה יש תיאוריה של אנתוני קרונמן שסבר שחובת הגילוי צריכה לחול על פרטים שהתגלו אגב אורחא, אך לא על מידע שהושג הודות להתמקצעות והשקעת משאבים. אנו רוצים לשמר את התמריץ להשקיע בהשגת מידע. איננו רוצים להגיע למצב שאף אחד מהצדדים לא ישקיע כסף וזמן בצבירת מידע. החשיבה של קרונמן יפה מאד, אך לא קלה לתפעול.

סעיפי דין אחרים הקובעים חובות גילוי

1. סעיף 16 לחוק המכר – מחייב גילוי של אי התאמה במכר (בסעיף 11 לחוק המכר – פער בין המכר בהגדרתו בעסקה לבין מצבו במציאות).
2. סעיף 8 לחוק השכירות והשאילה – מטיל חובת גילוי על המשכיר בדבר אי התאמות במושכר.
3. סעיף 8 לחוק השליחות – מחייב את השלוח לגלות לשולח את כל המידע הכרוך בשליחות.
4. סעיף 16 לחוק ניירות ערך – מטיל חובת גילוי בתשקיף. אם חברה הסתירה מידע בתשקיף, הרי שזאת עילת תביעה.
5. סעיף 2 לחוק מכר דירות – מחייב קבלנים לספק לקונה מפרט של הנכס.
6. סעיף 8 לחוק המתווכים – מחייב מתווך לגלות ללקוח את כל המידע שבידיו, הקשור לעניין התיווך.

חובת גילוי על פי נוהג

ייתכנו בתעשיות מסוימות, בגזרות פעולה מסוימות, בהן התפתחו סטנדרטי גילוי שונים. צריך לבדוק האם בתעשייה בה אנו עוסקים צמחה חובת גילוי כזו. למשל, אם בקרב קהילת היהלומנים יש נורמות גילוי רחבות יותר ולא גולה פרט מסוים, אנו רשאים וצריכים לטעון שהייתה חובת גילוי על פי נוהג שלא קוימה.

חובת גילוי על פי נסיבות

עלה גם בפנידר נ' קסטרו ששם פניני, מנהל החברה, היה חבר אישי של הקונה, דבר שהגביר את חובת הגילוי. זה גם עלה בספקטור נ' צרפתי, בפסק דינו של השופט אשר. וזה עלה גם בבית החשמונאים נ' אהרוני.

ע"א 494/74 בית החשמונאים נ' אהרוני

אהרוני מבקש להפעיל מסעדה בבניין בבעלות חברת בית החשמונאים. לאורך כל הדרך היה לו חשוב עניין הבלעדיות. הוא נשא ונתן, כשהוא מדגיש שוב ושוב את העניין הזה ואף הכניס זאת לחוזה (סעיף 10 קבע שהמוכר מתחייב לא להכניס שום עסק מתחרה לבניין). הוא הקפיד על כך הקפדה רבה וגם שילם על תניית הבלעדיות. להפתעתו, בזמן שהסטקייה שלו כבר פעלה, נפתחה מסעדה נוספת במקום אחר בבניין. אז מתברר לו שהבניין בנוי על שני מגרשים, אחד בבעלות חברת בית החשמונאים והשני בבעלות חברת ברנוביץ'. המסעדה השנייה הוקמה בחלק של ברנוביץ'. בית החשמונאים טענו כי עמדו בהסכם ולא פתחו עסק מתחרה בחלק שלהם בבניין.

השופט בייסקי (דעת הרוב) סבר כי הייתה כאן **חובת גילוי ברורה מכוח הנסיבות**. עצם ידיעת המוכרים עד כמה הייתה חשובה לאהרוני הבלעדיות, הטילה עליהם חובה זו.

לדעת השופט חיים כהן (מיעוט) המערערים לא יצרו מצג שווא לגבי בעלותם בבניין כולו. לכן, לא הייתה עליהם חובת גילוי. לטענתו, אהרוני היה צריך לבדוק זאת בעצמו.

המידע התכנוני היה ברשות החברה בלי שאנשיה היו צריכים להתאמץ להשיגו. הם יכלו להניח שכל אדם סביר לא יעלה במוחו רעיון כפי שהתרחש במציאות. הם יודעים שהבניין נבנה באופן לא קונבנציונלי. הם לקחו ממנו כסף על הבלעדיות ולא גילו לו את האמת. לדעת המרצה, הצדק הוא ללא ספק עם אהרוני ועם דעתו של בייסקי.

**שיעור 612/12 – המשך הטעייה**

עד כמה חשוב מצב דעתו של המטעה?

פרופ' צלטנר – הטעייה יכולה להיות רק בזדון או ברשלנות אך לא בתום לב

פרופ' קרצ'מר – הסכים עקרונית עם צלטנר, אך סבר שמשום שהחוק לא שולל אפשרות של הטעייה בתום לב, אז לדעתו הטעייה יכול שתתבצע בזדון, רשלנות או בתום לב.

פרופ' שלו – מסכימה עם פרופ' קרצ'מר, לדעתה מצב דעתו של המטעה אינו רלוונטי לניתוח ובלבד שהייתה הטעייה.

מיגל דויטש – מציע הבחנה בין הטעייה במעשה לבין הטעייה במחדל. הוא סבור שהטעייה במעשה יכולה להיות גם בתום לב (זדון, רשלנות או תום לב), בעוד שהטעייה במחדל יכולה להתבצע רק בזדון או ברשלנות.

**בע"א 338/85 שפיגלמן נ' צ'פניק קבע הנשיא שמגר שהטעייה יכולה להיות בזדון, מרמה או חוסר תום לב. אם מדובר בתום לב אז חוזרים לסעיף 14(ב) לפיו אין עילת ביטול עצמאית (הניזוק נדרש לשירותי בית המשפט).**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  | גרימה ע"י הצד שכנגד | ידיעת הצד השני בכוח או בפועל | יסודיות |  |
| טעות – סעיף 14(א) | - | + | + | יש עילת ביטול עצמאית |
| טעות – סעיף 14(ב) | - | - | + | אין עילת ביטול עצמאי, צריך את בית המשפט |
| הטעייה – סעיף 15 | + | + | - | יש עילת ביטול עצמאי |

כדי שתצמח זכות ביטול עצמאית צריך שני פלוסים. המקום היחידי שאין שני פלוסים זה 14(ב) – משמע, לצורך ביטול מכוח סעיף 14(ב) נדרשת התערבות של בית המשפט.

סעיף 14(ג) עוסק באפשרות תיקון הטעות. אם הטעות ניתנת לתיקון, והצד השני מוכן לתקן, אין עילה לביטול החוזה. דוגמא: נאמר ששני אנשים כרתו חוזה ואחד הצדדים טעה. אם הצד השני מוכן לתקן את הטעות, הרי שהוא יכול לשלוח לצד הטועה הודעת תיקון. להודעת התיקון יהיה תוקף כל עוד היא נשלחה לפני שנשלחה הודעת ביטול. אם הצד השני מסכים לתקן את החוזה כך שתימחה הטעות, הרי שאין עוד עילת ביטול.

בסעיף 14(א) הצד הטועה יכול למנוע את תיקון הטעות על ידי משלוח הודעת ביטול.

בסעיף 14(ב) הצד הטועה נזקק, כאמור, לשירותי בית המשפט. כלומר, בית המשפט הוא זה שיביא בחשבון את אפשרות תיקון הטעות.

נשאלת השאלה האם סעיף 14(ג) חל גם במקרה של הטעייה? מבחינת לשון החוק, התשובה היא לכאורה שלילית. אין לנו הוראה דומה בסעיף 15. סעיף ההטעיה אינו מורה שניתן לתקן טעות. יחד עם זאת, דעת המלומדים היא שההיגיון מחייב ש**ההסדר הקבוע בסעיף 14(ג) - הסדר תיקון - יחול גם במקרי הטעייה לפי סעיף 15**. המלומדים דניאל פרידמן, נילי כהן וגבריאלה שלו רואים זאת עין בעין. גם בספרות אם הצד המוטעה עומד על זכותו לבטל, הרי שהדבר יכול להיחשב על חוסר תום לב מצד הצד הטועה. המרצה לא מסכים עם גישה זו והוא לא היה סבור שהתעקשות הצד המוטעה על הביטול תביא לחוסר תום לב מצד הטועה.

יש חשיבות גדולה לשאלה האם יש עילת ביטול עצמאית (ביטול במשלוח הודעה) או שמא על הצד המוטעה לפנות לבית המשפט. מצד שני, אם הצד המוטעה סבור שיש לו עילת ביטול מכוח 14(א) או 15 והוא טועה – הרי שהוא עלול למצוא את עצמו מפר חוזה. חובת ההוכחה לידיעת הטעות היא על הצד המבקש לבטל את החוזה.

משהוכחו יסודות העילה לפי סעיף 14(א), 14(ב) או 15, סעיף 20 מעמיד לצד שנפגע את זכות הביטול, סעיף 21 קובע כי משבוטל חוזה, כל צד זכאי להשבה וסעיף 22 קובע שאין בהוראות אלה כדי לגרוע מכל תרופה אחרת (למשל פיצויים מכוח חוסר תום לב, או סעדים נזיקיים).

סעיף 19 עוסק בביטול של חוזה שניתן להפרדה לחלקים. במקרים כאלה, הביטול יחול רק על אותו חלק לגביו אירעה הטעות. לדוגמא: פרוחי מכר לאושרת אופניים, קסדה וצידנית. אושרת חשבה שמדובר באופניים עם 18 מהלכים, אך בפועל יש בהן רק 15. ניתן לנסות ולהפעיל את סעיף 19 באשר לאופניים ולהותיר את החוזה על כנו בנוגע לקסדה ולצידנית. חשוב שלא יהיו יחסי תלות בין החלקים השונים בחוזה. כלומר, אם באמת אושרת רכשה את הקסדה רק בגלל שהיא סברה שהיא רוכשת גם אופניים, אז לא יהיה זה נכון לאפשר לה לבטל את החוזה ביחס לאופניים ולהותירו על כנו ביחס לקסדה. כלומר, אם יש זיקות גומלין בין המוצרים השונים לא יהיה זה הולם להפעיל את סעיף 19.

14(ב) – ביטול באמצעות בית המשפט

סעיף זה עוסק במצב של היעדר אשם מוסרי אצל הצד שכנגד (כלומר הוא לא ידע או לא היה עליו לדעת). לבית המשפט ארבע אפשרויות פעולה:

1. בית המשפט יכול לדחות את בקשת הביטול (לשמר את החוזה)
2. בית המשפט יכול להורות על ביטול חלקי (לפי סעיף 19).
3. בית המשפט יכול להורות על ביטול מלא (להיעתר לבקשת הביטול).
4. בית המשפט יכול להורות על ביטול החוזה תוך כדי חיוב הצד הטועה בביצוע פעולות מסוימות או בתשלום פיצויים (נחמני נ' גלאור).

מהם שיקולי הצדק שישקול בית המשפט?

1. מאזן התוצאות האפשריות – הנזק שייגרם לצד הטועה מקיום מול הנזק שייגרם לצד שכנגד מביטול. כמובן שעל בית המשפט להיעתר לבקשת הביטול אם הנזק שנגרם לצד הטועה גבוה יותר מהנזק שנגרם לצד שכנגד.
2. האשם היחסי של הצדדים – בית המשפט מתייחס בעיקר לרשלנות הצד הטועה. כלומר, אם הצד הטועה התרשל זה שיקול נגד ביטול ואם הוא לא התרשל יש אפשרות ביטול (נחמני נ' גלאור, שם סבר בית המשפט שהיה על המוכר לברר במדויק את גובה המשכנתא ומשלא עשה זאת הרי שהתרשל).
3. חלוף הזמן – לפי סעיף 20 יש לבטל חוזה תוך זמן סביר. כלומר, יש ליזום את ההליך בבית משפט תוך פרק זמן סביר והשתהות בהפעלת זכות הביטול מהווה שיקול נגד ביטול (נחמני נ' גלאור, שם כתוצאה מחלוף הזמן אירעו שינויים - אינפלציה וכו'). אם הצד שכנגד השתהה בהפעלת זכות הביטול זה גובל ברשלנות.
4. יכולת תיקון העוול ומתן פיצויים – בית המשפט יכול להטיל פיצויים על הצד הטועה. על בית המשפט להביא את האפשרות הזו בחשבון לפני שהוא מחליט האם לבטל או לא (נחמני נ' גלאור). אם הצד שכנגד מוכן לתקן את העוול, הרי שאין סיבה לבטל את החוזה (בפס"ד שלזינגר, השופט אדמונד לוי הציע לחייב את משפחת המנוח עבור הפוליסה ובעצם חברת הביטוח תחיה את הפוליסה. חברת הביטוח לא הייתה מוכנה לכך). לעתים ניתן לחייב גם את הצד השני בתשלום פיצויים מכוח סעיף 12(ב) בנוסף על ביטול החוזה (בית החשמונאים).

סעיף 16 עוסק ב**טעות סופר – טעות זו אינה מהווה עילה לביטול**. במקרים של טעות סופר על בית המשפט לאתר את רצונם האמיתי של הצדדים ולהחיותו – דבר לא פשוט בכלל כי לעתים הצדדים יכולים לטעון שלא מדובר רק בטעות סופר.

**כפייה – סעיף 17**

מרכיבי העילה:

1. קיום חוזה
2. קיומה של כפייה
3. קשר סיבתי סובייקטיבי בין הכפייה לבין ההתקשרות בחוזה.
4. הצד שכנגד צריך להיות הכופה או אדם מטעמו.

כפייה –

1. איום בפגיעה בגופו של אדם או ברכושו (הצעה שלא ניתן לסרב לה).
2. איום בתלונה למשטרה שתוביל לפתיחת הליכים פליליים (שפיר נ' אפל)
3. לחץ כלכלי – האם איום בהפעלת לחץ כלכלי או ניצול מצב כלכלי כלשהו יכול לעלות כדי כפייה? מסורתית, בתי המשפט לא הכירו בכפייה כלכלית, אבל בתחום הזה התחוללה מהפכה. עד 1980 לחץ כלכלי לא הוכר כסוג של כפייה, אבל לאחר מכן המגמה התהפכה (רחמים נ' אקספומדיה)

**ע"א 784/81 שפיר נ' אפל**

אפל הוא בעל המשק ואילו שפיר הוא בעל מכלית – מוביל חלב. שפיר חושד שאפל מזייף ברישום החלב במשק. הוא מגיע יחד עם עורך דינו לביתו של אפל. מול ילדיו של אפל, שפיר מאיים בתלונה למשטרה. הוא מפרט את התלאות והייסורים שצפויים לו אם הדבר יתרחש. הוא אומר את כל זה כדי להוציא מאפל פיצוי. לבסוף, שפיר מוציא מאפל התחייבות לפיצוי. יום למחרת אשתו ובנו של אפל מבקשים לבטל את רוע הגזירה על ידי הוכחת חפותו של האב (ניצול שואה). האישה והבן מתחייבים לפצות בסכום גבוה (כמעט פי שניים) מההתחייבות המקורית. השופטת שטרסברג-כהן סבורה כי **איום בנקיטת הליכים פליליים עולה כדי כפייה**. נושא הפתיחה בהליכים פליליים אינו נתון להסדרה פרטית – לא ניתן להשתמש בו כמנוף במשא ומתן חוזי. כאן, לדעתה, הזכרת ההליכים הפליליים נעשתה בחוסר תום לב. היא מסבירה שהכפייה אינה חייבת להיות הגורם הבלעדי שהביא להחלטה להתקשר בחוזה. ואפילו זה לא חייב להיות הגורם המכריע.

**ע"א 8/88 רחמים נ' אקספומדיה**

אקספומדיה היא חברה יזמית המפעילה יריד מסחרי בבאר שבע. רחמים הוא בעל השטח ומבצע עבודות ההכשרה. תחזיות הרווח היו "ורודות". הצדדים התאחדו כי הם סברו שבמיזם הזה יש ערך. שתי החברות ערכו הסכם בעל פה לפיו רחמים מקבל 25% מהרווחים בניכוי הוצאות ההכשרה ואקספומדיה מקבלת 75%. עבודות ההכשרה הוערכו בסך 50 אלף דולר. היריד נכשל וביומו השלישי רחמים שולח הודעה לאקספומדיה בה נטען כי עלויות ההכשרה היו צריכות להיות משולמות מראש והוא איים שאם הן לא ישולמו הרי שהיריד ייסגר בו במקום. בתגובה לאיום מסכימה אקספומדיה לשלם 40 אלף דולר כדי שהיריד לא ייסגר ואת ה-10 אלף הנוספים תשלם מן הרווחים. אקספומדיה שקלה פנייה לערכאות, אבל הייתה נתונה ללחץ של זמן. אקספומדיה לא משלמת לרחמים כפי שהתחייבה ורחמים פונה למחוזי שפסק כי לטענה של רחמים לפיה הייתה חובה על אקספומדיה לשלם מראש את הוצאות ההכשרה אין בסיס. המחוזי קובע כי קמה לאקספומדיה עילת ביטול מחמת כפייה. אז מוגש ערעור לעליון. השופט מלץ קובע ש**גם לחץ כלכלי עסקי יכול להוות כפייה**. הוא קובע כי האיום היה מפתיע, וההשלכות שלו היו נזק חמור ובלתי הפיך. כמו כן נקבע כי העיתוי לא אפשר לפנות לערכאות. הוא קובע גם כי אפשרות פנייה לערכאות תשמיט בדרך כלל את טענת הכפייה, אך כאן לא הייתה הזדמנות אמיתית לפנות לערכאה.

המרצה מוסיף: בראייה רחבה יותר היה סעד משפטי. אקספומדיה היו יכולים לומר לרחמים כי הם יתבעו אותו על הפרת חוזה. הם החליטו להיכנע לאיום, אך הם לא התכוונו לשלם. הם רצו לתת לו לתבוע אותם ולתת לו לרדוף אחרי הכסף. אם הם היו תובעים על הפרת חוזה הם היו אלה שצריכים לרדוף אחרי הכסף. אפשר להעלות כאן טענה של חוסר תום לב – אבל דינה כנראה להידחות.

**ע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד**

מאיה רוכש יהלומים מחברות יהלומים ומשלם בהמחאות דחויות. בטרם הגיע מועד הפירעון הראשון, מאיה עוזב את הארץ. מאיה שולח נציג בשם בוארון אל כל אחד מהיהלומנים ומציע להם לחתום על הסכם ויתור בתמורה לחבילת יהלומים שערכה 30%-70% משווי החוב. המשיבות מסכימות לחתום ואז עם שובו של מאיה לארץ טוענות המשיבות לכפייה ומבקשות לבטל את החוזה.

השופט **חשין קובע שהייתה כפייה כלכלית מצד מאיה**. הוא מסביר שצריך להיות לחץ כלכלי אשר נוגד חיי מסחר תקינים, הלחץ צריך להיות באיכות ובעוצמה שמעמידים את הצד השני במצב של אין ברירה. הנסיבות: מאיה עזב את ישראל במפתיע, מקום מגוריו לא נודע, הוא לא הודיע אם ומתי יחזור ארצה, היהלומים נמצאו במקום מסתור שלא היה ידוע למשיבים, הפנייה ליהלומנים באמצעות בוארון נעשתה בנפרד לכל אחד מהמשיבים ושלא במקומות רגילים ובזמני עסקים מקובלים, לא הובאו בפניהם נתונים מפורטים ואמינים באשר למצב הכספי של מאיה וביחס לחובותיו והוצב בפניהם אולטימטום להסכים או לא לקבל דבר. **שמגר סבור שלא הייתה כפייה ושהחוזה מנוגד לתקנת הציבור** ולסעיף 30 לחוק החוזים. **בדעת מיעוט, השופט גולדברג סבור כי מדובר בשיקול כלכלי קר וכי לכל היותר מדובר בטעות בכדאיות העסקה**. בעיני גולדברג, לעומת חשין ושמגר, יש לשמר את החוזה ולהעמידו על כנו. פסק דינו של שמגר הוא הקיצוני ביותר – הוא סבור שהסכמי פשרה כאלה מנוגדים לתקנת הציבור. חשין סבור שהייתה כאן כפייה כלכלית. לפי פסיקת הרוב, הסכמי פשרה מהסוג שהוצע על ידי מאיה ייעלמו מן המפה. האם כדאי לשלול את האופציה של הסכמים מסוג זה? צריך לזכור שה-100% כבר לא עומד על הפרק כי על פי רוב אם מאיה אכן יפשוט את הרגל המשיבים יקבלו כ-10%. כל בעל חוב היה מעדיף לקבל את הסכם הוויתור שמציע כ-50%. בעקבות פסק הדין של הרוב, לא יוצעו יותר הצעות מהסוג שמאיה הציע באמצעות בוארון. לדעת המרצה, זה לא רעיון טוב כי במצבים כאלה עדיף לשני הצדדים לסגור על 50%. בית המשפט שלל את האופציה להצעות עתידיות מהסוג שהציע מאיה.

**שיעור 16/12**

**ע"א 6234/00 שאף נ' בנק לאומי**

שאף היא חברה קבלנית שמנהלת חשבון בבנק לאומי. החברה נקלעת לקשיים ואז היא מבקשת מימון מהבנק (היא מוגדרת כחברה בסיכון גבוה). במצב זה, המלווה יבקש איזשהן בטוחות (איך מגולם הסיכון?) או בריבית יותר גבוהה. הבנק מתנה מתן אשראי בקבלת בטוחות ממנהלי החברה - הבנק פונה למנהלי החברה ואומר להם: גם לכם יש תכניות חיסכון בבנק הזה, פתחו אותם. כמו כן דורש הבנק כתבי ויתור מן המנהלים בהם המנהלים מתחייבים לא לפנות לערכאות. החברה מתאוששת מן המשבר וכעבור שנים היא מבקשת להפר את כתב הוויתור. כלומר, החברה מבקשת לקזז את ההפסדים שנגרמו לה מפתיחת החסכונות של הבעלים. הבעלים טוענים שחתמו על כתבי הוויתור מתוך כפייה כלכלית. המחוזי קובע כי מבחינה עקרונית החתימה על כתבי הוויתור אכן התקיימה כתוצאה מאילוץ.

השופט מצא קובע בערעור לעליון כי לא הייתה כפייה כלכלית וכי התעקשות הבנק על כתבי וויתור אינה עולה כדי כפייה כלכלית. מצא מסביר שהמבחן לכפייה כלכלית הוא כפול: מבחן של עוצמה ואיכות. לדבריו, המבחן הוא מחמיר, קפדני. הוא מסביר כי **חשוב להתייחס למכלול תנאי החוזה ולנסיבות ההתקשרות – כשהמבחנים הם סבירות והוגנות**. יש אמות מידה מכבידות להכרה בכפייה כלכלית. ההבנה המודרנית היא כי דיני החוזים עוסקים במערכות יחסים נרחבות ומורכבות של אינטרקציות כלכליות חברתיות וציבוריות שרבות מהן אינן מבוססות על חופש הבחירה החוזי במשמעותו הקלאסית. הרבה פעמים בעולם העסקי חברות, גופים אישים נקלעים למשברים כלכליים. כשאתה במצוקה העולם אינו מאיר לך פנים. דווקא במצב הזה קשה לך יותר לגייס סיוע ולצאת מן המצוקה. חברת שאף פנתה לבנק כשגבה אל הקיר. היא ביקשה אשראי מועדף אבל היא הייתה לווה בסיכון גבוה מאד בשלב הזה. הבנק נעתר לבקשה אבל בתנאים מחמירים. תנאים המשקפים את הסיכון שנוטל על עצמו מלווה המעניק אשראי לחברה כמו שאף. מנקודת המבט של שאף הייתה כאן הכבדת יתר, אבל צריך לזכור שלא מדובר במערכת סנטימנטלית אלא במערכת עסקית. מנקודת הראות של הבנק הדרישות שהוצגו היו לגיטימיות ושיקפו **נהגים עסקיים מקובלים**.

בעיני המרצה זו החלטה מצוינת של השופט מצא. אילו היינו מרחיבים את עילת הכפייה הכלכלית ומחילים אותה בנקל גם על מצבים כאלה, הנפגעים הראשונים היו חברות במצב דומה לזה של שאף. צריך להבין שבאמת יש כאן סיכון גבוה. רוב החברות לא מסיימות כמו שאף, אין סוף טוב. בעולם העסקי חברות נכשלות. אם בית המשפט היה פוסק הפוך, בנקים היו מבינים את המשחק ולא היו נותנים אשראי מראש. משבר אשראי – הבנקים כבר לא מלווים.

**בית המשפט הכיר בוויתור על פנייה לערכאות**. בית המשפט אומר שזה ויתור מפליג והוא לא יוכר ברוב המצבים, אבל לפעמים אפילו ויתור כל כך חריג יתוקף.

מצא בוחן את תנאי החוזה ובודק האם הם היו גרועים מן המקובל (את זה בודקים בעילת העושק וזה לא קיים בכפייה). זה מהלך מעניין ולא רע. נכון היה, בעיני המרצה, להסתכל על המקרים של כפייה כלכלית דווקא מהפרספקטיבה של דיני העושק. נדמה לו ש**דוקטרינת העושק נותנת כלים יותר מדויקים להתמודד עם הסוגיות שעולות בכפייה כלכלית**. לכן, בסופו של דבר אין תמיהה שבית המשפט הלך לכיוון הזה.

תפקידו של הצד השני – שאינו נכפה

על הכפייה לבוא מן הצד השני או ממישהו מטעמו. ישנם מקרים "קלים" בהם הצד השני הוא זה שכופה. מישהו מטעמו זה אומר שלוח. אך מה קורה כשהצד השני רק יודע על הכפייה, אך לא מפעיל אותה?

בעניין זה יש לציין את ע"א 5493/95 דיור לעולה נ' שושנה קרן ואחרים. התקשרות בין דיירי בניין לחברה שמשפצת בניינים. כל דיירי הבניין הסכימו לפרויקט השיקום, פרט לדייר אחד שהחזיק בשתי דירות ודרש ארבע דירות בבניין המחודש. יתר הדיירים החלו למרר את חיי הסרבנים והפעילו עליהם לחץ. לבסוף, הסרבנים הסכימו לחתום על הסכם לפיו יקבלו שלוש דירות והחברה הסכימה. לאחר החתימה, מתחרטים הסרבנים וטוענים שחתמו מחמת כפייה. בית המשפט המחוזי קיבל את טענת הכפייה. בית המשפט העליון **משאיר בצריך עיון את השאלה האם כפייה שמקורה באחר, שאינו הצד השני לחוזה, מקימה עילת ביטול?** **העליון פוסק שלא הייתה כאן כפייה**. בית המשפט אומר שהיו פה שני סבבים של איומים ולחצים. בשלב הראשון, לפני שהדיירים העקשנים הסכימו לחתום על ההסכם לפיו יקבלו שלוש דירות, היו סך הכל איומים רכים. האיומים הקשים באו רק לאחר החזרה מן ההסכם. לכן, אין קשר סיבתי בין האיומים הקשים לבין הכניסה לחוזה. מה לגבי האיומים הרכים? בית המשפט אומר שהאיומים האלה לא היו מספיקים כיוון שבשלב כלשהו שאלו את הסרבנים מדוע הם לא פנו למשטרה והם השיבו שלא פחדו. מכיוון שכך, סבר בית המשפט שלא היה קשר סיבתי בין האיומים הקלים לבין החתימה על החוזה.

מבחינת קשר סיבתי, נדרש קשר סיבתי בין האיום/לחץ לבין הכניסה לחוזה. נדרש קשר סיבתי סובייקטיבי. לא צריך להראות שהאדם הסביר היה נוהג כך, מספיק שהמתקשר הספציפי שדורש ביטול סבר שיש קשר סיבתי. כל שצריך לעשות זה לומר שזה היה מבחינתם מה שהניע אותם להתקשר בעסקה. בע"א דיור לעולה הם טעו כשאמרו שלא פחדו מ"האיומים הרכים". לא נדרש שהאיום או הלחץ יהוו גורם בלעדי או אפילו מכריע, די בכך שישפיעו. בפסק דין זה בית המשפט הגמיש את הגישה שלו והעדיף לא לראות כפייה כיוון שהוא התמודד עם "בעיית הסחטן" – צד שמבקש תנאים מועדפים ובכך גורם להרעה במצב שאר בעלי הזכויות (יתר הדיירים). כשלמישהו יש וטו על ההחלטה הוא ינסה לקחת לעצמו את כל העודף הכלכלי שיוצר המיזם. אפשרות אחרת היא שהסרבנים באמת העריכו שלא קיבלו עסקה טובה מספיק. גם כאן בית המשפט בסופו של דבר מסתמך על מדד אובייקטיבי – מה מקובל בעסקאות כאלה או מה נראה לבית המשפט הוגן. בית המשפט מתחשב בסיטואציה של כלל הדיירים שמושפעים מההחלטה של הדיירים הסרבנים.

סעיף 17(ב) - אזהרה בתום לב על הפעלתה של זכות אינה בגדר איום לעניין סעיף זה.

**בפסק דין איליט נ' אלקו נקבע כי אזהרה בתום לב על כוונה לממש ערבויות אינה כפייה. לעומת זאת בשפיר נ' אפל קבעה השופטת שטרסברג-כהן שאיום על כוונה לנקוט בהליכים פליליים מהווה כפייה, דהיינו אינו נופל במסגרת חריג 17(ב).**

סעיף 20 - הביטול צריך להתבצע על ידי הודעה למתקשר השני תוך זמן סביר. מרוץ הזמן מתחיל מן הרגע בו הסתיימה או פסקה הכפייה. כל עוד הכפייה בתוקף, אי אפשר לצפות מהצד הנכפה שיפעל.

**עושק (סעיף 18)**

מרכיבי העילה:

* חוזה.
* מצב העשוק – מתקשר ששרוי במצוקה שנובעת מחולשה שכלית, גופנית או חוסר ניסיון.
* התנהגות העושק – ניצול המצוקה.
* קשר סיבתי בין העושק לבין כריתת החוזה.
* תנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל.

ע"א 403/80 סאסי נ' קיקאון

הזוג סאסי מתגוררים בדירה קטנה יחסית במרכז נתניה. הגברת קיקאון היא אישה צעירה המתגוררת בבית דו-משפחתי צמוד קרקע בפאתי העיר. ערכו של ביתה של קיקאון עולה בהרבה (פי כשלושה) מדירתם של בני הזוג סאסי. בין הצדדים נחתם חוזה להחלפת נכסים – דירה בבית. לאחר מכן קיקאון מבקשת ביטול מחמת עושק. לא היו איומים מצדם של סאסי, אלא שהם לכאורה ניצלו הזדמנות עסקית. קיקאון טוענת שהיא הייתה במצב לא טוב ולכן הסכימה לעסקה הזו. המחוזי מקבל את עילת הביטול וקובע שאכן היה עושק. בעליון, השופט טירקל מנתח את העושק לפי מרכיבי העילה:

* חוזה – יש.
* מצב העשוק – טירקל דורש מצב חמור ומתמשך. לדידו, אין די בקושי ארעי או חולף. השופט לנדוי סבור שדי בקושי ארעי או חולף – לא חייב להיות מצב חמור ומתמשך.
* התנהגות העושק – נדרשת ידיעה או "עצימת עיניים רשלנית" – הצד השני יודע או שהיה עליו לדעת שהצד שכנגד שרוי במצוקה אבל הוא מעדיף להסב את מבטו לכיוון אחר ולהתעלם מכך.
* קשר סיבתי – נדרש קשר סיבתי סובייקטיבי.
* תנאי החוזה – היעדר איזון בין הערכים המוחלפים – במקרה הזה מחירי נכסי הנדל"ן של הצדדים לא היו מאוזנים. ככל שיחס ההמרה גרוע יותר – תגבר נטיית בית המשפט להכיר בעושק.

בית המשפט מגיע למסקנה שאכן היה עושק. לטענתו, לנעימה קיקאון היה חוסר ניסיון קיצוני שגרם לה להתקשר בעסקה. כמו כן, קיקאון הוכיחה שהיא דיכאונית וקלה לשכנוע. באשר להתנהגות העושק, אין דרישה שהצד השני ייצור את המצוקה. באשר לקשר הסיבתי, אין צורך שהמצוקה תהווה את הסיבה הבלעדית או אפילו המכרעת להתקשרות. בית המשפט נדרש לבחינה מהותית של החוזה עצמו – תנאי החוזה (הגינותם). ביתר עילות הביטול, לא היה צורך לבדוק את תנאי החוזה בצורה הזו. האמת הביקורת היא ביחס למקובל. הפער הנדרש הוא שעל תנאי החוזה להיות גרועים במיוחד.

**גנז נ' כץ** – רווק חרדי בשנות ה-50 לחייו שהסכים לשלם סכום עתק עבור שירותי שידוך. בית המשפט קבע שאין מצוקה מספקת כדי לבסס עושק. זאת כיוון שלא הוכח שבעת הכריתה היה המערער שרוי במצוקה. "אכן, מצבו היה לא קל בהיותו רווק לא צעיר, חבר העדה החרדית, אין ספק שחש לחץ פסיכולוגי כבד להינשא, אולם על פי הראיות לא ניתן לומר שהוא הגיע למצב של חומרה ושקיעה של ממש".

ע"א 719/78 איליט נ' אלקו

הסכם בין חברת טכנולוגיה לבין חברת בנייה. איליט התחייבה להקים עבור אלקו מבנה תעשייתי. החברות בסקטור ההיי-טק יודעות שחברות קבלניות נוטות להתמהמה וחברת אלקו דורשת ערבויות מאיליט במקרה של איחור בביצוע. הבנייה לא מסתיימת במועד ואז אלקו מבקשת לממש את הערבויות ואיליט מתחננת שלא יממשו. נחתם בין הצדדים הסכם חדש. לאחר מכן שוב איליט נכשלת ומנסה לתקוף את ההסכם המאוחר בטענות של עושק וכפייה. השאלה המרכזית הייתה האם תנאי ההסכם המאוחר היו גרועים מן המקובל?

השופט שמגר מסביר שעל הצד הטוען לעושק מוטל הנטל להוכיח מהו המקובל בענף. במקרה שלפנינו, מדובר בהסכם ייחודי, כלומר לא תמיד יש מדד או קנה מידה מקובל. יש חוזים ייחודיים שלא מאפשרים לבית המשפט להתייחס אל המקובל. במקרים כאלה יילך בית המשפט לפי הראוי – הצודק וההוגן, כפי שהוא מבין זאת. שמגר מסביר שבמקרה זה לא הובאה כל ראייה המוכיחה כי תנאי החוזה היו גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל/ראוי. הנטל לשכנע את בית המשפט שהייתה חריגה מן הראוי, גם הוא על הטוען לכפייה.

ישנם שלושה תרחישים אפשריים:

1. המקובל ידוע והגון – יש להשוות את תנאי החוזה למקובל ואם הם גרועים במידה בלתי סבירה – לאפשר ביטול.
2. המקובל אינו ידוע – בית המשפט יחיל את אמות הצדק וההגינות שלו.
3. סתירה בין המקובל להגון – המקובל ידוע, אך אינו הגון ("מנהג סדום" – למשל הלוואות בשוק האפור או השחור – יש מקובל אבל הוא לא ממש הגון, אחוזי הריבית גבוהים להפליא). בית המשפט מתייחס לאפשרות הזו באוביטר של איליט: שמגר סבור שבמצב כזה אין להתערב – הולכים עם המקובל. ברק, מנגד, משאיר את השאלה בצריך עיון. למרצה קשה להאמין בכל זאת ששמגר ילך עם המקובל.

**היחס בין עילות הביטול לחובת תום הלב:**

היחס בין עושק (18) לבין החובה לנהוג בתום לב במשא ומתן (12)

ע"א 4839/92 גנז נ' כץ

גנז הוא רווק חרדי בשנות ה-50 לחייו שהסכים לשלם סכום עתק (100,000 דולר) עבור שירותי שידוך. עוד נקבע בחוזה שאם יהיה צורך בסיוע, הסכום יוכפל (200,000 דולר). לבסוף נמצא שידוך וגנז משלם 20 אלף דולר בלבד. כץ תובע את היתרה (80 אלף דולר) בגין הפרת חוזה. גנז, מצדו, טוען בין היתר לעושק.

השופט קדמי (מיעוט) טוען כי **לא היה עושק** כיוון שיש לו בעיה עם התנאי של מצוקת העשוק. הוא מסביר שללא שום ספק גנז היה נתון ללחץ פסיכולוגי בהיותו רווק בשנות ה-50 לחייו בן העדה החרדית, אך אין כאן מצב של חומרה ושקיעה של ממש. עם זאת, לדעתו, יש לקבל את התביעה כיוון שיש חוסר תום לב במשא ומתן מצדו של כץ. כץ נהג בגנז "מנהג זאבים" – ארב לו, שיחר לטרף. כץ ניצל את המצב כדי לגבות מגנז דמי שידוך מופקעים תוך חוסר תום לב במשא ומתן. השופט קדמי סבור ש-45 אלף דולרים הוא סכום ראוי וההפרש – 55 אלף דולר נוספים – הושג ב**חוסר תום לב**.

השופט לוין טוען ש**טענת חוסר תום הלב לא נטענה בערעור ולכן אין לעסוק בה**. בית המשפט לא תר כדי למצוא טיעונים עבור הצדדים.

השופט זמיר מסכים עם קדמי שאין עושק אבל הוא לא מסכים עם תום הלב. ראשית הוא מסכים עם לוין כי תום הלב לא נטען. שנית, הוא מסביר כי אין להרחיב את עילת תום הלב יתר על המידה אחרת היא תייתר את עילת העושק. עוד הוא אומר כי מומחים רשאים לגבות גמול גבוה על מומחיותם. אל לא לבית המשפט להתערב. מה שמנחה את השופט זמיר זה החשש שהתערבות יתר תקעקע את עיקרון חופש החוזים.

**שיעור עם המתרגל 20/12/12**

כשרות משפטית ואפוטרופסות

סעיף 1 לחוק קובע כי לכל אדם יש כשרות משפטית. לכלל יש שני חריגים:

1. קטינים – מתחת ליל 18.
2. פסולי דין – מי שנפסל על ידי בית המשפט. כדי להיות פסול דין אדם צריך להיות מוכר ככזה על ידי בית המשפט, בניגוד לקטין שזה סטטוס שחולף כשהקטין הופך לבגיר.

ישנם מקרים בהם לא מסתפקים באפוטרופוס וצריכים את בית המשפט. סיבה אחת היא שלעתים לקטין יש אינטרס מסוג מסוים והאפוטרופוס שלו לא מייצג את האינטרס הזה נכונה (מדובר בדרך כלל בעסקאות מורכבות – נדל"ן, מתנה וכו'). המחוקק חושש שהאפוטרופוס לא יראה בטובת הקטין.

החוק קובע שלושה סוגים שונים של מצבים כדי לענות על השאלה באיזה מקרים הפעולה שביצע הקטין תקפה ובאילו לא:

1. מצבים לגביהם הכשרות המשפטית של הקטין היא כמעט מלאה – פעולות שאם הקטין מבצע אותן גם ללא הסכמת האפוטרופוס שלו הן תקפות.
2. מצבים לגביהם הכשרות המשפטית של הקטין מוגבלת – פעולות שיש להן תוקף אבל ניתן לבטל אותן. היה וביטלו אותן, מאותו יום והילך אין להן יותר תוקף.
3. מצבים לגביהם לקטין אין כמעט כשרות בכלל – פעולות שאם מבצע אותן הקטין כמעט ואין להן תוקף ואז יש צורך באישור בית המשפט או האפוטרופוס. בלעדי אותו אישור הפעולות הללו חסרות תוקף.

הנקודה שסביבה סובב כל החוק היא סעיף 4: פעולה של קטין טעונה אישור של נציג או אפוטרופוס. כשמדובר בשני המצבים הראשונים, האישור מראש של הפעולה של הקטין בעצם משריין את הפעולה מביטול (אף אחד לא יוכל לבטל אותה לאחר מתן האישור). במצב השלישי, שבו מלכתחילה לפעילות הקטין אין בכלל תוקף באישור הנציג, אז האישור נותן את התוקף (ללא אותו אישור אין תוקף לפעולת הקטין). **האפוטרופוס לא יכול לתת הסכמה גורפת לפעולותיו של הקטין, אלא לפעולה ספציפית**. אם נציג של הקטין הסכים לפעולה מסוימת, הוא יכול לחזור בו מאותה הסכמה עד אשר בוצעה הפעולה (הפסיקה דנה רבות מהי אותה פעולה).

סעיף 6 קובע שני סוגי פעולות של קטין שאינן ניתנות לביטול:

1. פעולה משפטית של קטין שדרכם של קטינים בגילו לעשותם (מכירת לימונדה בדוכן ברחוב).
2. פעולה משפטית בין קטין לבין אדם שלא ידע שמדובר בקטין או לא היה עליו לדעת. הפסיקה קובעת שככל שהעסקה יותר מורכבת, כך חובת הבירור חשובה יותר.

מה שלא נופל בשתי הקטגוריות הנ"ל הוא בקטגוריית הביניים – פעולות שיש להן תוקף עד אשר נציגו של הקטין מבטל אותן. סעיף 5 קובע כי פעולה משפטית של קטין שנעשתה שלא בהסכמת נציגו ניתנת לביטול. כיצד ניתן לבטל פעולה שלא היה לנציג ידוע על קיומה?

1. הנציג יכול לבטל את הפעילות אם לא ידע עליה בתוך חודש ימים מרגע שנודע לו עליה.
2. אם הנציג לא ניסה לבטל, הקטין יכול לבטל בחודש שאחרי הגיעו לגיל בגרות.

סעיף 6א' קובע אילו פעולות דורשות הסכמה של האפוטרופוס:

1. רכישת נכס באשראי.
2. מקח אגב שכירות – ליסינג.
3. שכירות נכס או קבלת שירות באשראי.

ישנם מקרים בהם לא די באישור האפוטרופוס אלא נדרש אישור של בית המשפט. במקרים אלו גם אם האפוטרופוס ביצע את הפעולה ולא הקטין – עדיין לא יהיה לפעולה זו תוקף. סעיף 20 וסעיף 47 קובעים את המקרים:

פעולה שבה אין ההורים יכולים לייצג את הקטין בעסקה ללא אישור של בית המשפט (סעיף 20):

(1) העברה, שעבוד, חלוקה או חיסול של יחידה משקית בחקלאות, בתעשייה, במלאכה או במסחר, או של דירה;

(2) פעולה שתוקפה תלוי ברישום בפנקס המתנהל על פי חוק;

(3) נתינת מתנות, זולת מתנות ותרומות הניתנות לפי הנהוג בנסיבות העניין;

(4) נתינת ערבות;

(5) פעולה משפטית בין הקטין לבין הוריו או קרובי הוריו, זולת קבלת מתנות הניתנות לקטין.

סעיף 47 – אותו דבר רק באשר לחסוי:

(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 העניין;

(5) נתינת ערבות;

(6) פעולה אחרת שבית המשפט קבע, בצו המינוי או לאחר מכן, כטעונה אישור כאמור.

כאמור, בסעיף 4 נקבע כי נציג של קטין שנתן הסכמתו לפעולה יכול לחזור בו מהסכמתו לביצוע הפעולה כל עוד הפעולה לא בוצעה. בהקשר הזה פסקי הדין חלוקים באשר למהי הפעולה המשפטית.

בפסק דין כהן נ' משרד הביטחון קבע השופט בכור כי הפעולה המשפטית היא עצם החתימה על ההסכם ולא עצם הכניסה לשירות קבע. מכיוון שהפעולה כבר בוצעה – לא ניתן עוד לחזור ממנה. בדעת מיעוט השופט חיים כהן אומר כי כריתת החוזה היא פעולה אחת והכניסה לקבע היא פעולה שנייה. כל זמן שהפעולה השנייה לא בוצעה ההורים יכלו לחזור בהם. במקרה שלנו, הקטין הפך לבגיר וכבר עבר יותר מחודש ולכן המסקנה שלו היא גם שאין לחזור מההסכם.

בפסק דין שרף נ' אבער הורים חתמו בשם בתם הקטינה על עסקת מכר מקרקעין (שטעונה אישור של בית המשפט) ולא ביקשו אישור מבית המשפט. השופט חיים כהן אומר, שוב, שיש פה שתי פעילויות: התחייבות לבצע עסקה במקרקעין (התחייבות חוזית שאינה טעונה אישור של בית המשפט) וביצוע עסקת המקרקעין ורישומם ברשם המקרקעין (דרוש אישור). הוא מסביר כי בגלל שישראלה הגיעה במהלך הדברים לגיל 18 לא ניתן לבטל את העסקה ויש פה הסכם מחייב. בדעת הרוב (ברק שמגר) נקבע כי יש פה עסקה במקרקעין ואי אפשר לחלק בין שני חלקי ההתחייבות. בגלל שהעסקה במקרקעין נעשתה ללא אישור בית המשפט - אין לה תוקף. ברק אומר שאם ההורים הם אלה שעשו את העסקה אז יש התחייבות לאשר את העסקה בבית משפט בזמן סביר (אם לא יעשו כן זה סוג של הפרת חוזה). יש גם מצב אחר – שהילד עצמו חותם על חוזה המקרקעין. במצב כזה, חל סעיף 7 – אם בית המשפט לא נתן אישור אז אין חוזה.

בפסק דין ספיר נ' אשד השאלה המשפטית היא מהם השיקולים שמותר לאפוטרופוס לשקול כאשר הוא בא לאשר עסקה בשם החסוי או החסויה? האינטרס של החסוי הוא האינטרס החשוב. הטענות היו שהאפוטרופוס של החסויה התנהג בחוסר תום לב. בית המשפט אומר שמי שמתקשר עם אפוטרופוס של חסויה צריך לדעת שהעסקה אינה בטוחה וכל עוד שלא מאשרים אותה בבית המשפט אין ביטחון עסקי. מצד שני נאמר כי לא היה פה חוסר תום לב, למרות שסעיף זה חל גם על אפוטרופוסים. בית המשפט קובע כי האפוטרופוס מילא את תפקידו לדאוג לחסויה ולא הפר את תום הלב.

פתרון אירועון כשרות משפטית ואפוטרופסיות

נקודת המוצא היא שכל אדם כשיר לזכויות ולחובות. יש שני חריגים שאחד מהם הוא קטינים. קטינים צריכים את הסכמתם נציגם. במקרה זה לא היה הסכם של הנציג. אם היו נותנים הסכמה היא הייתה יכולה להיות רק על החוזה הספציפי הזה כיוון שהסכמה לא יכולה להיות גורפת. ההורים לא הסכימו ולכן במקרה זה לא היה שריון. סעיף 5 קובע כי פעולה ניתנת לביטול חודש מיום שנודע עליה לנציג או חודש או חודש אחרי שהקטין הגיע לגיל 18. במקרה הזה לכאורה לא עבר חודש וההורים יכולים לתת הסכמה. עם זאת, במקרה זה יתכן ומדובר בפעולה משפטית שבין קטינים (חריג המופיע בסעיף 6). זו שאלה פרשנית. על פניו נראה שמדובר בפעולה שדרכם של קטינים לעשותה ולכן לפעולה זו יש תוקף. עם זאת, סעיף 6א' מתייחס להסכמת אפוטרופוס לגבי פעולות באשראי ורכישת הקרמבו אחת לחודש היא פעולת אשראי – לכן על פניו הפעולה אינה תקפה.

**שיעור 26/12/12 – חוזה פסול (סעיפים 30, 31)**

סעיף 30 לחוק קובע ש**חוזה שכריתתו, תוכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או נוגדים את תקנות הציבור – בטל**. לכאורה על פי סעיף 30 העולם מאוד ברור. יש תוצאה של בטלות מדעיקרא. הדין לכאורה שולל כל תוקף מחוקי בלתי חוקי, פסול. זה שונה מעילות הביטול, בהן מדובר באופציה שיש לתפעל אותה ואין חובה להפעיל אותה. בטלות מדעיקרא – היעדר תוקף מלכתחילה.

סעיף 31 מתחיל בהוראת ההשבה שתיעשה לפי סעיפים 19, 21. הסעיף ממשיך וקובע שיש שיקול דעת נרחב לבית המשפט לפטור מהשבה את אחד הצדדים או להורות על השבה חלקית או אם צד אחד ביצע את החיוב החוזי המוטל עליו – להורות לצד השני לבצע את חיובו הוא.

כיום, תחת הדין הקיים, גם חוזים פסולים באים בשעריו של בית המשפט ובנסיבות המתאימות בית המשפט יכול להורות על אכיפתם חרף פסלותם.

הגישה ההיסטורית הייתה התעלמות. כלומר, בית המשפט ניער חוצנו מחוזים פסולים. ברגע שבית המשפט זיהה אי חוקיות שאפפה את החוזה, הוא פשוט סירב לדון בו – משך ידיו מן העניין לחלוטין. הגישה ההיסטורית אופיינה בשני מאפיינים:

1. הרתעה – כי תחת הדין הישן נשלח מסר מאוד חזק לצדדים – פעלתם באופן לא חוקי אז אל תצפו לאכיפה. מערכת המשפט לא תתעניין אפילו בטענות שלכם. אין לכם סעד. הרעיון הוא להניא צדדים מלהתקשר בעסקאות בלתי חוקיות מלכתחילה.
2. מאפיין אקספרסיבי – מערכת המשפטי שלחה מסר ברור שאנחנו לא נוגעים בדברים בלתי חוקיים. זה לא מסוג הדברים שהשופטים במערכת המשפט בישראל יעסקו בהם. השופטים עשו הפרדה בין העולם החוקי לעולם הלא חוקי. מה שנפל במסגרת העולם הלא חוקי – אין התייחסות אליו.

על אף שני המאפיינים הללו היו בעיות בגישה המסורתית:

1. התוצאות הקנייניות של חוזים פסולים נותרו בעינן. כלומר, אם א' וב' כרתו חוזה בלתי חוקי, מכירה של רכוש גנוב, א' העביר את הסחורה וב' לא העביר את הכסף אז הסחורה אמנם הועברה אבל לא' אין מזור. זה הקפיא את התוצאות הקנייניות בשלב שאליו הגיעה העסקה.
2. לעיתים קרובות, מידת האשם של הצדדים לא הייתה זהה וכך נוצרו מצבים בהם החוטא הגדול יותר יצא נשכר. יכול להיות ששני הצדדים חטאו במידה מסוימת אבל צד אחד היה זה שהכתיב את המעשה אבל הצד השני כביכול חטא פחות. זה שבית המשפט לא התערב אפשר לחוטא הגדול יותר לצאת נשכר.
3. בגלל התוצאה הקיצונית, בתי המשפט ביכרו פעמים רבות להתעלם מאי החוקיות. דוגמא: בכדורגל, אם נעשית עבירה על שחקן ברחבת העונשין אז יש פנדל. למשל, בבעיטת קרן אם אחד השחקנים נופל ברחבה, אז השופט מעדיף להעלים עין כדי לא להעניק פנדל שיש סיכוי גבוה שבעקבותיו יהיה גול.

**על פי הדין החדש (סעיפים 30 ו-31) יש גריעה בהרתעה. אין עמדה עקרונית שמתעלמים מחוזים פסולים. המסר אמנם נחלש, אך מצד שני בית המשפט הצליח לטפל בכל הבעיות. לבית המשפט יש שיקול דעת והוא יכול להתחשב במידת האשם של הצדדים. בית המשפט גם לא צריך יותר להתעלם מהחוקיות משום שכיום יש לו הרשאה על פי החוק לדון בחוזים פסולים.**

האם היתרונות של הדין החדש (הבעיה שכל הבעיות נפתרו) מצדיקה את הגריעה בהרתעה ואת היחלשות המסר האקספרסיבי?

לגבי ההרתעה זה מסובך. אבל יש להבין שההרתעה יכולה לבוא ממקורות שונים. בנוסף להרתעה שבאה מכוח דיני החוזים, יש הרתעה גדולה בהרבה מכוח המשפט הפלילי. כשאדם פועל באופן לא חוקי הוא יכול לאבד הרבה יותר מאשר את העסקה החוזית שהייתה נגועה באי חוקיות. הוא יכול לאבד את כספו והוא יכול לאבד את חירותו. כך שעניין ההרתעה אינו עד כדי כך מרכזי. מה גם שאם אנחנו סבורים שאיבדנו את אותו מרכיב ההרתעה שאיבדנו מדיני החוזים, אפשר להחמיר בסנקציה הפלילית. יכול להיות שדווקא בגלל שבית המשפט פתח את שעריו, יש עכשיו תמריץ לצדדים החוטאים לדווח על דבר העבירה (המקרה של קלמר נגד גיא). זה פותח פתח לאינפורמציה שאולי לא היינו מקבלים אחרת.

לגבי המסר האקספרסיבי, מראש לא בטוח עד כמה המסר הזה עבר והיה חזק כי רוב האנשים לא מסתכלים על כל פסק דין ומה שנאמר בו. שנית, אפשר תמיד להגביר את הרטוריקה בפסקי הדין ולומר שמדובר במעשה נורא וכו'. לכן, לא בטוח שהיחלשות המסר היא מחיר מאוד כבד.

**אי חוקיות - כריתה בלתי חוקית**

במערכת המשפט הישראלית ישנם חוקים המחייבים הליך כריתה מסוים עם אישורים מסוימים. לדוגמא, כריתה באמצעות מכרז כאשר פועל חוק חובת מכרזים. ישנם גם מקרים של כריתה בלתי חוקית כאשר נדרשת הסכמה של גוף מסוים שלו בלבד יש את הסמכות לכרות את החוזה או לאשר את הכריתה והגוף הזה לא נותן את הסכמתו או שאינו שותף למשא ומתן.

רע"א 3910/08 מועצה מקומית כפר קרע נ' מגן דוד אדום

מד"א מספקת שירותי נט"ן למועצות מקומיות. כפר קרע מבקשת להצטרף לשירות בשנת 1983. על החוזה חתם יו"ר המועצה חותם, אבל מכוח סעיף 193 לצו המועצות המקומיות נדרשת גם חתימת הגזבר. במקרה הזה הגזבר לא חתם. בשנת 1996, לאחר 13 שנה, הם מפסיקים לשלם על השירות. כפר קרע מנסים להתנער מן החוזה בטענה שהכריתה אינה חוקית עקב היעדר חתימת הגזבר. העליון לא מקבל את טענת **כפר קרע בדבר אי החוקיות בכריתה**.

פסק הדין הזה ממחיש את הבעייתיות בגישה המסורתית, הנוקשה, לפיה בית המשפט היה צריך למשוך את ידיו מן המקרה הזה.

תוכן בלתי חוקי

המקרה הפשוט ביותר. הוא מתרחש כל אימת שהחוזה עוסק בביצוע פעילות האסורה על פי החוק הפלילי. **חוזה מכר של סמים**, רכוש גנוב, פגיעה בצד ג' וכו'. בכל פעם שיש תניות ביצוע המנוגדות לחוק פלילי, התוכן הופך להיות בלתי חוקי. רוב מקרי אי החוקיות נוגעות בעבירות מס בעיקר בתכנון ובנייה. עולה השאלה מה לגבי עבירות על חוקים או תקנות רגולטוריות? למשל, מה קורה אם שני צדדים חותמים על חוזה שתוכנו הזרמת שפכים לנחל הקישון? עבירות שנוגעות באיכות הסביבה, למשל, שאינן נתונות לעניין פלילי. בעניין זה פרופ' שלו קובעת שהדבר תלוי בפרשנות החוק או התקנה הרלוונטיים, במה דברים אמורים. כלומר, בית המשפט יידרש לשאלה האם המחוקק הישראלי יסתפק בסנקציה הקבועה בחוק הרלוונטי או שמא יתכוון לא להסתפק בהסדר הקבוע בחוק או בתקנות בלבד וגם להפעיל את סעיף 30 לדיני החוזים ולראות בחוזה מעין זה חוזה בטל. פוחי אומר שחוזים כאלה יסווגו בדרך כלל כבלתי חוקיים או לפחות מנוגדים לתקנת הציבור.

מטרה בלתי חוקית

כאן אנחנו עוסקים במצב שבו החוזה על פיו נראה לגיטימי, אבל מסתתרת מאחוריו מטרה לא חוקית. דוגמא: נאמר שא' וב' חותמים על חוזה שכירות לפיו א' משכיר לב' את דירתו לצורכי מגורים, אבל למעשה הצדדים יודעים שב' לא שוכר את הדירה לצורך מגורים אלא לצורך **הפעלת קזינו** או לצורך הפעלת מעבדת סמים. במקרה הזה, כמובן שהמטרה היא בלתי חוקית. קטגוריית המטרות הבלתי חוקיות מעלה עניין מעניין והוא מה קורה כשצד אחד יודע על המטרה הבלתי חוקית והצד השני לא? נניח שהמשכיר סבור בתמימות שהוא משכיר את הדירה לצורך מגורים. כיצד מאפיינים את הסיטואציה? התשובה היא שנאפיין את הסיטואציה כחוזה פסול, אבל אז מגיע סעיף 31 שבמסגרתו לבית המשפט יש שיקול דעת נרחב מאוד בכל הקשור להסדר הפנימי בין הצדדים, סעדים וכו'. למשל, בית המשפט יכול לאסור על הפעלת הקזינו, אבל עדיין לחייב את השוכר לשלם את מלוא דמי השכירות. ייתכנו מצבים ששני הצדדים יודעים שהמטרה בלתי חוקית. לעיתים כשמטרה בלתי חוקית יהיה ממשק עם הוראת חוזה למראית עין. אפשר להתייחס לזה כך ואפשר להתייחס לזה אחרת. לא תמיד מראית עין תהיה נגועה באי חוקיות. לעיתים, מראית עין מונעת על ידי מוטיבציה בלתי חוקית אבל לפעמים היא יכולה להיות מונעת על ידי מוטיבציה אחרת.

תקנת הציבור

הכריתה יכולה לסתור את תקנת הציבור, התוכן יכול להיות מנוגד לתקנת הציבור או שהמטרה יכולה להיות מנוגדת לתקנת הציבור. הייתה התפתחות עצומה בדין הישראלי, אם כי התפתחות מסוג אחר מזו שדנו בה קודם. בעבר, על פי המשפט האנגלי, המונח תקנת הציבור התייחס לשלוש קטגוריות:

1. חוזה עבודה – כשנקבע סעיף המגביל את עיסוקו של העובד בתום יחסי העבודה (תניות הגבלה או אי תחרות). תניות מהסוג הזה נחשבו מנוגדות לתקנת הציבור, אם היו בלתי מידתיות. הגבלה בלתי מידתית על חופש העיסוק של עובדים נתפסה כמנוגדת לתקנת הציבור.
2. פטור מאחריות לנזקי גוף – כאשר למשל צד לחוזה פוטר עצמו מפגיעות בגוף או בנפש שעלולות להיגרם לצד השני. זה יכול להיות במסגרת אתרים לספורט אתגרי, אבל זה גם יכול להיות בסיטואציות הרבה יותר שכיחות – כשנכנסים למסעדה והרצפה חלקה או שמא יש מרצפת רופפת, מחליקים ונגרם נזק והעסק בה ואומר שכתוב בתקנון שהוא פטור מאחריות. במקרים כאלה, תניה כזו נחשבה מנוגדת לתקנת הציבור.
3. חוזים בלתי מוסריים בתחום האישות – גם אלו נתפסו כמנוגדים לתקנת הציבור.

מדוע גישת העבר הייתה כל כך מצומצמת ומדוע פחדו להרחיב את קטגוריית תקנת הציבור? הוצאו שלוש הצדקות לצמצום:

1. תקנת הציבור היא אמנם ערך חשוב, אך כך גם עיקרון חופש החוזים. כל הרחבה של תקנת הציבור בעצם נוגסת בחופש החוזים ומצמצמת אותו. במאה הקודמת חופש החוזים נהנה ממעמד של עיקרון על שאסור לגעת בו.
2. הדימוי של "סוס הפרא" – תקנת הציבור נתפסה כמעין סוס פרא, דוקטרינה משפטית שיכולה על נקל לצאת משליטה והעולה לרכוב על סוס הפרא מי ישורינו לאן יגיע? זו דרך ציורית להציג את "המדרון התלול" – נתחיל להחיל את הקטגוריה הזו לאן נגיע?
3. בעבר, בגלל הגישה המחמירה של הדין, בתי המשפט ניערו חוצנם מחוזים פסולים ואז נוצר מצב שבתי המשפט פשוט העלימו עין מאי חוקיות או כל בעייתיות דומה בחוזה. תחת המצב ההוא, בתי המשפט לא רצו להרחיב את קטגוריית תקנת הציבור כי ההשלכה הייתה לגרום להם להעלים עין ביותר מצבים.

**כיום, הקטגוריה של תקנת הציבור הורחבה מאוד והיא כוללת הרבה מאוד מקרים שלא נכללו בה תחת העולם הישן.** לדוגמא: הגבלת פנייה לערכאות וביטול סעדים משפטיים.

ע"א 148/77 רוט נ' ישופה

רוט רכשו דירה מחברת ישופה והמכר הועבר באיחור של שישה חודשים ובמצב גרוע. בחוזה שנחתם בין הצדדים היו שני סעיפים חשובים: סעיף 10 קבע כי קבלת החזקה בדירה על ידי הרוכשים מהווה ראייה חלוטה וסופית למילוי התחייבויות המוכר על פי החוזה ולא תהיה לקונים שום טענה נוספת. סעיף 9 קבע כי הקונים יישאו בכל נזק הנובע מסירובם לקבל את החזקה מרגע שהחברה הקבלנית הודיעה על נכונותה למסור את הנכס. מצד אחד, לא לקבל את החזקה זה אומר להמשיך לשלם שכירות במקום אחר או לגור במקום בו אתה לא רוצה לגור. מעבר לכך, יש את סעיף 9. מצד שני, אם ניכנס לדירה נתקלים בסעיף 10 שמטיל סנקציה שמשמעותה שאין לרוכש שום טענה כלפי הקבלן. זו דרך מתוחכמת של הקבלן לומר לקונה שאין לו יכולת לפנות לערכאות. הרוכשים נכנסו לדירה ואז הגישו תביעה לפיצויים הן על האיחור והן על מצב הדירה. הם טוענים שהחברה הקבלנית לא עמדה בהתחייבויותיה. החברה נשענה על סעיף 10 לחוזה ובית המשפט המחוזי דחה את התביעה בעקבות טענה זו. בעליון, **שמגר אומר שההסדר החוזי סותר את תקנת הציבור** משני טעמים: חומרת ההגבלה וחשיבות הדיור. לדבריו, ההגבלה היא באמת מרחיקת לכת ומדובר בעניין חשוב מאוד – דיור – שהוא הוצאה גבוהה מאוד עבור הרוכשים. השופט אילון, אליו מצטרף השופט אשר, אינו סבור שיש מקום להפעיל את תקנת הציבור (שהיא כלי משפטי מעט מסוכן) אבל גם הם מחליטים להעניק סעד לרוכשים וזאת מכוח סעיף 39 שקובע שיש לעשות שימוש בזכות הנובעת מ**חוזה בתום לב**. לפי סעיף זה, גם אם יש זכות שקבועה בחוזה, אי אפשר להפעיל אותה באופן שרירותי מבלי להתחשב בתוצאות, אלא יש להפעילה בתום לב ולקחת בחשבון את ההשלכות על הצד השני.

הדרך של שמגר היא פסילה עקרונית, קטגורית. הדרך של אילון ואשר היא דרך של 'אנחנו נאפשר את זה עקרונית, אבל נבחן את היישום בפועל כל מקרה לגופו'. לדעת המרצה, המהלך של שמגר יותר הגיוני. הדרך של אילון ואשר אינה מוצלחת, היא מטילה את דרך ההידיינות על הצד החלש שנמצא מראש בעמדה נחותה ולא נותנת שום בהירות אמיתית. המרצה סבור שעדיף היה במקרה זה לאמץ כלל קטגורי. גם בפס"ד מאיה נ' פנפורד שעסק בכפייה כלכלית שמגר העדיף להתערב מכוח תקנת הציבור ולפסוק שההסכם שנחתם בין הנושים לחייב בעסקת היהלומים סתר את תקנת הציבור. שם, למשל, יש לפרוחי בעיה יכול גדולה. זאת כיוון שיש איזשהו ערך בהסכמי פשרה. שם הוא לא היה מפעיל את תקנת הציבור.

שוויון ומניעת אפליה

דנג"צ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה

על פי תקנון אל-על, דיילי אוויר יוצאים לפנסיה בגיל 60. גיל הפרישה של שאר העובדים, בהם דיילי הקרקע, היה 65. דיילי האוויר הגישו תביעה בטענה של אפליה מחמת גיל. בית הדין הארצי לעבודה טוען שזה אמנם הסדר שונה, אך יש כאן בסיס – עניין של הופעה וכוח פיזי. מוגש בג"ץ, שפוסק שיש אפליה ומבטל את ההסדר מפסק הדין להבא. כלומר, מי שעדיין מועסק וטרם הגיע לגיל 65 יוכל להמשיך לעבוד עד גיל 65. אלה שכבר פרשו בטל קרבנם. בדנג"צ יש מחלוקת בין השופט ברק לשופט זמיר. ברק פוסק שעיקרון השוויון הוא מעקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית ולכן פגיעה בו **מנוגדת לתקנת הציבור**. לדברי ברק, תקנת הציבור היא מושג שסתום באמצעותו ניתן לייבוא עקרונות מתחום המשפט הציבורי. ברק מסביר שעיקרון השוויון בא במסגרת תקנת הציבור, אך כך גם עיקרון חופש החוזים ולכן צריך לאזן בין האינטרסים. לדעתו של ברק, במקרה זה עיקרון השוויון גובר על חופש החוזים. ברק מסביר שמדובר בהסכם קיבוצי שבו המטרה היא לתת יותר כוח לעובדים. לדבריו, הסכם קיבוצי אינו משקף בהכרח את הסכמתם הפרטנית של כל דייל ודיילת (הוועד החליט עבורם). סיבה נוספת בגללה מעדיף ברק את עיקרון השוויון היא שאפליה מחמת גיל היא אפליה חמורה במיוחד ולכן יש לשרשה. הדבר השלישי הוא שאל-על היא "המוביל הלאומי", היא אמנם חברה פרטית אך גם ציבורית ולכן במקרה זה חשוב במיוחד שאל-על תנהג בשוויון. מסקנתו של ברק היא שהביטול צריך לחול גם למפרע, כלומר גם על הדיילים שפרשו. זמיר, בדעת מיעוט, סבור שתקנת הציבור היא נשק מסוכן העלול להיות קטלני כשמדובר בחופש החוזים ומגדיר אותה כ"סוס פרא". לדברי זמיר, יש להפעיל את תקנת הציבור רק כאשר ההסדר מקומם את האדם הסביר, להבדיל מן האדם הנאור. הוא מוסיף כי נדרשת פגיעה גסה וברורה בתקנת הציבור. זמיר סבור שאל-על הטיבה עם דיילי האוויר בדרכים אחרות ולכן הם קיבלו פיצוי אחר על עניין הפרישה המוקדמת.

**שיעור 27/12/12**

המשך פסק דין רקנט

לפוחי מפריע האופן שבו מתנהל הדיון. דהיינו, השימוש בסיסמאות ובמטאפורות שאינן מקדמות אותנו לשום מקום. "סוס הפרא", האיזונים והשוויון. בסך הכל יש כאן מקרה של התנגשות בין שני ערכים: צדק חלוקתי מצד אחד, ויעילות כלכלית מהצד השני. לעומת זאת לא רואים לכך שום זכר בפסק הדין. יש כאן מצד אחד הסכם קיבוצי שהשופט ברק תוקף אותו כיוון שההסכם נחתם על ידי ועד ייצוגי שלא מייצג את האינטרס של כל עובד ועובדת. זה לא מדויק. כי נשאלת השאלה – אם זה נכון, מדוע יתאגדו העובדים מלכתחילה ומדוע הם שואפים להתאגד? תשובה: התאגדות משפרת את התנאים ונותנת יותר כוח לעובדים. אז במקום להציג את ההסכם הזה כרע, אולי הוא בעצם הסכם יותר טוב. אבל כשיש גוף מייצג, החשש הוא של ניגודי עניינים. החשש הזה אינו מוצג בפסק הדין. השופט ברק אמר גם כי אפליה מחמת גיל חמורה במיוחד. גם זו שאלה אמפירית – האם זה נכון? יש ממצאים שמעידים על כך? לא. מבחינה תיאורטית, סוגי האפליה שנחשבים לחמורים במיוחד הם אפליה על רקע דת, גזע ומין. אפליה מחמת גיל היא עניין חדש יחסית. מצד שני, השופט זמיר מדבר על סוס פרא ונשק קטלני.

כיצד נדע אם דיילי האוויר הופלו או לא הופלו לרעה? על פניו גיל הפרישה שנקבע להם מוקדם יותר. הקריטריון הוא כושר פיזי - היכולת לבצע את המטלה הנדרשת. גיל יכול להוות שיקול ליכולת התפקוד. בעצם גיל הפרישה השונה הוא לכשעצמו אינו יכול לחתום את הוויכוח. הוא נקודת התחלה. נקודה נוספת, שמעלה השופט זמיר, היא שאי אפשר לומר שיש אפליה או אין אפליה. יש המאמינים שהמידע שנחשף לנגד עיניהם הוא הקריטריון היחיד שקובע. אי אפשר להסתכל רק על הגיל. צריך לבדוק את שאר התנאים. יכול להיות שהיה פיצוי אחר כלשהו על גיל הפרישה המוקדם יותר. נניח שהגיל כן משפיע. ומוחלט להשוות את גיל הפרישה של דיילי האוויר לשאר הדיילים. אם זה נכון, אז מצד אחד יש הרבה כבוד ורצון לכבד אנשים מבוגרים (לא להפלות מחמת גיל). מצד שני, אם התפקוד שלהם לא כמו תפקודם של דיילים צעירים יותר – יש בעיה – נטל העבודה יוטל על אחרים והשירות שניתן יהיה פחות טוב. בעיה נוספת הסמויה מהעין היא שלדיילים הוותיקים יש שכר גבוה יותר.

ברק אומר 'אל-על היא המוביל הלאומי'. בשוק פתוח אל-על לא הייתה קיימת. אבל אל-על לא נעלמת כי המדינה לא נותנת לה להיעלם. הציבור משלם המסים הוא שמממן את אל-על. אם חשוב לנו לקדם את הערך של השוויון וזה אף פעם לא בא בלי מחיר – אז זה בסדר גמור. אבל השאלה היא האם זה חשוב מספיק? כמה אנחנו מוכנים לשלם כדי לאמץ את היחס הזה כלפי אנשים מבוגרים יותר ואם אנחנו מוכנים לשלם אז זה בסדר גמור. אבל חברה יכולה לא לאמץ העדפה כזו וגם זה לגיטימי.

**תניות הגבלת תחרות**

מידע עסקי, ובכלל זה קניין רוחני - ובכלל זה סודות מסחריים (וגם פטנטים וזכויות יוצרים). הדגש הוא על סודות מסחריים. כשמדובר בפטנטים ובזכויות יוצרים יש חשיפה של המידע. בסודות מסחריים אין. הסודיות היא מהות הנכס. **סוד מסחרי הוא כל מידע שהוא בעל ערך מסחרי המעניק יתרון לבעליו ואינו ידוע ברבים** (מתוך חוק עוולות מסחריות תשנ"ט 1999). זה בעצם כל מידע שהוא אפוף באיזושהי רמה של מסחריות. הסוד המסחרי המוכר ביותר הוא של קוקה קולה (אין אדם שיודע את הנוסחה כולה, היא מחולקת בין שלושה אנשים. הנוסחה עצמה שמורה בכספת במשרדי חברת קוקה קולה באטלנטה. למעשה אין נוסחה אחת, כי בארה"ב ממתיקים בסירופ תירס ולא בסוכר). לכל עסק שהוא יש הרבה מאוד סודות מסחריים.

כיצד מתגלים סודות מסחריים?

**רוב הסודות המסחריים מתגלים כתוצאה ממעבר עובדים**. מעביד מכשיר עובדים, מגלה להם את הסודות ואז הם מקבלים הצעה טובה יותר ורוצים לעבור. בעניין הזה, ישנם שני קווי הגנה:

1. איסור על גילוי – תניות אי גילוי – קו הגנה שאינו שווה הרבה כי קשה לאכוף אותו וקשה לדעת מה העובד יספר למעסיק הבא.
2. תניות אי תחרות – זה דבר אכזרי. הוא אכזרי כי יש בתניות האלה נזק עצום. זה מכשיר מאד לא כירורגי והוא יוצר נזק כפול. למעביד שכופה תניות כאלה – יש לכך מחיר. יש כאן אובדן הכנסות כיוון שלעובד לא תהיה מוטיבציה לעבוד.

מעבר חופשי של עובדים זה אחד התנאים לכלכלה מושלמת ולשוק חופשי. מעבר לכך, יש גם את חוק יסוד: חופש העיסוק. כלומר, אנחנו רוצים לאפשר לעובדים לעבור למקומות שבהם הם רוצים לעבוד. יש כאן **התנגשות חזיתית בין עיקרון חופש החוזים לבין עיקרון של התייעלות כלכלית ופגיעה בכלכלה**. בדרך כלל דיני החוזים דומים לכלכלת השוק אבל במקרה הזה נפגעת היעילות.

הכלכלנית אלן סקסוניאן השוותה בין עמק הסיליקון בקליפורניה לבין אזור היי-טק אחר (דרך 128 בסביבות בוסטון). מהמחקר שלה עלה כי בעמק הסיליקון הייתה עלייה ובבוסטון הייתה צניחה. לטענתה בתי המשפט במסצ'וסטס אכפו תניות אי תחרות ואילו בתי המשפט בקליפורניה סירבו לאכוף תניות מסוג זה. זה גרם למעבר עובדים תמידי, להפריה הדדית, ליישום טוב יותר של הון אנושי וכל זה הביא לעליית עמק הסיליקון.

ע"ע 164/99 פרומר נ' רדגארד

פרומר היה ממקימי חברת רדגארד. כחלק מחוזה העבודה שלו, הייתה תניית אי תחרות – 22 חודשים משך ההגבלה. פרומר התפטר בשל מחלוקת עם ההנהלה על תפקידו הבא וכעבור שלושה חודשים מסיום עבודתו הוא החל לעבוד בשירות צ'ק פוינט.

השופט אדלר (דעת הרוב) מסביר כי כאשר יש סתירה בין עיקרון חופש החוזים לעיקרון חופש העיסוק יש לאזן בין השניים, כאשר בהיעדר נסיבות מיוחדות – **חופש העיסוק גובר**. זאת מכמה טעמים:

1. הוא מעוגן בחוק יסוד (חוק יסוד: חופש העיסוק).
2. הוא מסביר שיחסי עבודה הם בלתי שוויוניים במהותם (יש כוח עודף למעסיקים במשא ומתן).
3. חשיבות ההגשמה העצמית של עובדים.
4. חשיבות מעבר עובדים להתפתחות הכלכלה.

הנסיבות המיוחדות, לפי אדלר, שבהן חופש החוזים יוגבל:

1. כאשר יש עניין של פטנט או זכות יוצרים.
2. כאשר קיים חשש לשימוש או לחשיפת סודות מסחריים שלא כדין.
3. המעסיק השקיע משאבים מיוחדים בהכשרת העובד ונקבעה בחוזה ביניהם התחייבות למשך עבודה מינימלי מסוים.
4. העובד קיבל תמורה ספציפית עבור התחייבותו שלא להתחרות במעביד.
5. בחינת תום הלב וחובת האמון בין הצדדים מחייבת אכיפת תניית הגבלת התחרות.

כשיש כלל וחריגים צריך לבדוק עד כמה קשה להיכנס לאחד החריגים. במקרה זה אפשר להתגבר בקלות על הכלל שחופש העיסוק גובר. אפשר למשל לומר שהושקעה השקעה בעובד ולפיכך יש צידוק להגביל את מעבר העובד. לכל עסק יש גם סודות מסחריים כך שגם על הסודות המסחריים ניתן להתבסס. אך גם במקרים בהם מותר להגביל את חופש העיסוק, ההגבלה צריכה להיות מידתית. בית המשפט פוסק שפרומר יכול לעבור לצ'ק פוינט ושההגבלה אינה מידתית.

כשבוחנים מידתיות יש להתחשב במידת התחרות, משך הזמן והיקף המשרות (האם ההגבלה מתייחסת רק לתפקידים מסוימים או שמא היא רחבה מאוד ומתייחסת לכל תפקיד שהוא).

במקרה זה, פרומר נאלץ לעזוב את הארץ. זאת כיוון רדגארד ביקשה להוציא צו אכיפה זמני ולקח המון זמן עד שנקבע הדיון. צ'ק פוינט לא חיכתה לפרומר והוא נאלץ למצוא עבודה בחו"ל. בעקבות פסק דין זה חלה גריעה בנכונות בית המשפט להעניק צווי אכיפה זמניים בכל הקשור להגבלת תחרות.

**בוררויות על ידי גורמים עברייניים**

ע"א 661/88 חיימוב נ' חמיד

חמיד הוא חלפן כספים מעזה שהגיע לתל אביב ובאמתחתו 50 אלף דולר. בשלב מסוים הוא חושד שהמשטרה בעקבותיו (אסור להחזיק סכומי כסף כאלה במטבע זר) ומחביא את הכסף בחנותו של חיימוב. כשהוא חוזר לחנות כדי לקחת את הכסף, הוא לא מוצא אותו. לטענתו, חיימוב גנב את הכסף. חיימוב טוען שסבלים שהיו במקום לקחו את הכסף. הם פונים לבוררות ונקבע כי חיימוב צריך לשלם לחמיד 40 אלף דולר. חמיד מצליח לגבות 25 אלף דולר. חיימוב מפסיק לשלם ומתלונן כי נסחט באיומים. חמיד מואשם ומורשע בפלילים ומודה בעבירות שיוחסו לו. לאחר מכן הצדדים מגישים תביעות הדדיות לבית המשפט. חיימוב מבקש את הסכום ששילם (25 אלף דולר). חמיד מבקש עוד 15 אלף דולר. בית המשפט מסביר כי יסודות עילת הכפייה מתקיימות אבל העילה לא הועלתה תוך זמן סביר (עברה למעלה מחצי שנה מיום הפסקת הכפייה). הנשיא שמגר מסביר כי המושג תקנת הציבור משקף את אושיות היסוד של הסדר החברתי - מעצם הווייתה תקנת הציבור היא מושג גמיש המשתנה משיטת משפט אחת לרעותה על פי המקום והזמן. הדעת איננה סובלת שבית המשפט יהפוך לאמצעי לאכיפת הסולחות הפנימיות של ספסרי מטבע זר. הכרעת סכסוכים באמצעות פנייה לבוררות של ספסרי מטבע זר הפועלים מחוץ לחוק נוגדת את תקנת הציבור. הנשיא שמגר טוען כי הצדדים מבקשים לאכוף החלטה של פוסקים מפוקפקים ומסביר כי **החוזה בטל כי הוא מנוגד לתקנת הציבור**. משכך, חלה חובת השבה על פי סעיף 31 - על חמיד להשיב לחיימוב 25 אלף דולר.

מערכת המשפט יכולה לחיות עם גופים אלטרנטיביים מסוימים (למשל סולחה בתוך עדה מסוימת). לראייה, פסק דין אסעד נ' קבלאן. אבל בוררות של ספסרי מטבע זר זה כבר בצד הלא נכון של תקנת הציבור.

**סעיף 31**

מעניק סמכות רחבה בידי בית המשפט לנקוט בפעולות הנחוצות לצורך עשיית צדק בין הצדדים. השיקולים שמפעיל בית המשפט במסגרת סעיף 31:

1. מהות אי החוקיות (אי חוקיות קלה לעומת אי חוקיות חמורה). אי חוקיות קלה יכולה להיות לדוגמא הרחבת חלון בדירה (עבירה על תקנת התכנון והבנייה) – זה לא חוקי אבל זה לא קיצוני. אי חוקיות חמורה יכולה להיות נטילת חיים.
2. היקף אי החוקיות (האם החוקיות נוגעת רק להסדר חוזי מסוים או שמא היא פושה בכל).
3. אפשרת ההכשרה בדיעבד. הרבה פעמים אפשר להשיג אישור/היתר בדיעבד אבל יש דרך להכשיר את הבעיה וזה חשוב.
4. מידת האשם היחסי של הצדדים.
5. השפעה/השפעות אפשריות על צדדים שלישיים תמי לב.
6. תום לבו של הצד המבקש להעלות את טענת אי החוקיות כדי להשתחרר מהחוזה (פס"ד כפר קרע).

מועצה אזורית כפר קרע נ' מגן דוד אדום בישראל (חזרה)

בית משפט השלום קבע שהחוזה אינו יכול להוות מקור נורמטיבי לחיוב המועצה בשל הוראת סעיף 193 לצו המועצות המקומיות, בהיעדר חתימת הגזבר. המחוזי מקבל את ערעור מד"א ובעליון התיק מגיע לשופט דנציגר. דנציגר סבור שהמחוזי צדק באופן בו הפעיל את **סעיף 31** לחוק החוזים כי מד"א עמדה בהתחייבותה ולכן צודק היה לחייב את המועצה בתשלום, דהיינו בביצוע החיוב החוזי שלה כפי שמאפשר סעיף זה. דנציגר מוסיף כי הטענה בדבר אי החוקיות על ידי המועצה נגועה ב**חוסר תום לב (סעיף 39 או 12)** שהרי המועצה הייתה מודעת לבעיה ואף על פי כן קיבלה את השירות ואז סירבה לשלם עליו. יש כאן בעצם מקור אפשרי נוסף בדין לחיוב המועצה בתשלום. הבעייתיות בסעיף 39 היא שהוא מניח שהיה חוזה (כי מדובר בתום לב בהפעלת זכות חוזית). גם דנציגר מגיע למסקנה שהיה חוזה (למרות שהייתה חסרה חתימת הגזבר).

ע"א 698/89 שילה נ' בארי

המערערים חותמים על הסכם קומבינציה עם קבלן. בהסכם הותוו פרטי הבנייה, אבל חלק מהסדרי הבנייה היו נגועים באי חוקיות – בנייה ללא היתר. בצד השני ישנם קונים (של הדירות). לקונים מציגים מפרט הכולל את הפרטים הלא חוקיים. היו חריגות בנייה נרחבות והמערערים (בעלי הקרקע) ביקשו להתנער מן החוזה בטענת פסלות. הקונים היו מעוניינים בכל זאת בקיום העסקה. הסכסוך שהתנהל היה בין הקבלן לבעלי הקרקע. המחוזי סבר שיש לאכוף את החוזה משום אינטרס ההסתמכות של הקונים. מוגש ערעור לעליון והשאלה המשפטית היא כיצד מאזנים את אי החוקיות כנגד אינטרסים של צדדים שלישיים תמי לב?

השופט אור קובע שהקונים לא ידעו על אי החוקיות אשר אפפה את החוזה בין המערערים לקבלן. הוא קובע כי רק בעלי הקרקע והקבלן היו מודעים לאי החוקיות. הוא מסביר שאי אכיפת החוזה בין בעלי הקרקע לקבלן תביא למצב בו חוטאים (בעלי הקרקע והקבלן) ייצאו נשכרים ומי שנהג בתום לב (הקונים) ייפגע. וזו תוצאה שצריך למנוע.

מדוע לא להסתפק בהשבה, ולהורות על אכיפה? הרוכשים התגוררו בדירה כבר כמה שנים ואין בהשבה בלבד כדי לפצותם על הנזק שייגרם להם מביטול החוזה. היה נגרם להם נזק רב על לא עוול בכפם. יתרה מכך, אין די בפיצוי כספי כדי לפצות את הקונים. מעבר לכך, השופט אור קובע כי ניתן להכשיר את חריגות הבנייה בדיעבד וגם זה שיקול בעד צו לאכיפה. הייתה פה גם אפשרות לשנות את תוואי הדירות בבניין שקיים כבר כדי שבסוף לא תהיינה חריגות בנייה.

**ביטול חלקי לפי סעיף 19**

מתי ניתן לבטל חלקית? ישנם שלושה תנאים מצטברים:

1. חוזה ניתן להפרדה לחלקים.
2. עילת הפסלות נוגעת לחלק מסוים בלבד ולא לחלקים אחרים.
3. ביטול החלק הנגוע בלבד לא ייצור חוזה שונה מהותית מן החוזה המקורי עליו הסכימו הצדדים.

ע"א 139/87 סולימני נ' כץ

סולימני חתמו עם הקבלן כץ חוזה למכירת דירת גג בבניין שעומד להיבנות. הוסכם בתוספת לחוזה שהמשיבה תקים עבור המערערים בריכת שחייה בחלק מהמרתף בין אם יהיה היתר ובין אם לא. סולימני הבהירו כי אם אין בריכה אז הם לא מעוניינים בדירה. האם ניתן לבטל רק את סעיף 7 לנספח שעניינו בניית הבריכה ולהשאיר את יתר החוזה על כנו? השופט אור סבור במקרה זה התנאים המצטברים (שלמעלה) אכן מתקיימים.

1. ניתן להפריד את החוזה לחלקים כי הייתה הפרדה בתמורה. החוזה נקב בסכום מסוים שישולם עבור הדירה ובסכום אחר שישולם עבור הבריכה.
2. עילת הפסלות נוגעת רק לחלק מסוים בחוזה (הבריכה בלבד). לגבי שאר הבינוי לא הייתה בעיה.
3. לא נוצר חוזה שונה מהחוזה המקורי כיוון שיש היגיון גם ברכישת דירת הגג ללא הבריכה.

**שיעור 30/12/12 – חוזים אחידים**

רוב החוזים בעולם הם חוזים אחידים. המאפיין העיקרי של חוזים אחידים הוא **היעדר משא ומתן**. הצדדים לחוזה הם ספק (הצד שמנסח את נוסח החוזה האחיד) ולקוח (הצד שמתבקש לקבל את הנוסח). דוגמאות לחוזים אחידים: כרטיס לאוטובוס, חשבונות מול הרשויות, חשבונות מול ספקיות אינטרנט וכו'. בחוזים אלה לא מתבצע משא ומתן אמיתי בין הצדדים. **העילה המשפטית לתביעה בחוזים אחידים היא עילת הקיפוח (ולא עושק!)**. באמצעות עילת הקיפוח ניתן **לשנות או לבטל תניות** בחוזים אחידים.

יתרונות החוזים האחידים:

1. **חיסכון בעלויות משא ומתן** **(זמן וכסף)**. זה לא רק הוצאות על עורך דין (דוגמא של משא ומתן בין נהג לנוסע שעולה לאוטובוס).
2. **חיסכון בהכשרת עובדים**. במקום להשקיע משאבים רבים בלאמן כל עובד ועובדת לגבי המיומנויות שלהם, אפשר להשתמש בחוזים אחידים.
3. **חיסכון בעלויות פיקוח על עובדים**. הכשרה זה עניין אחד אבל מה שהעובד עושה עם ההכשרה הזו אחר כך זה כבר עניין אחר. יכול להיות שלאחר ההכשרה, עובד יוצא מכלל שליטה. עלויות פיקוח בארגון גדול הן עצומות והטפסים שבהם משתמשים מאפשרים לחסוך בעלויות פיקוח כי קשה לדעת מה כל עובד ועובדת עושים מול הלקוחות.

חסרונות החוזים האחידים:

1. **חשש אמיתי לניצול לקוחות**. ישנם מספר גורמים שיוצרים את הבעיה הזו. ראשית, **רוב הלקוחות מתייחסים לחוזה כאל מוצר מוגמר**. רוב האנשים שמגישים להם טופס מודפס, מקבלים אותו בבחינת כזה ראה וקדש. מעבר לכך, מבחינה כלכלית אין שום תמריץ לשום לקוח בודד להיכנס לעובי הקורה. **"בעיית הטרמפיסט"** – הרבה פעמים בחיים אנו ניצבים בפני תוצאה שמאד היינו רוצים שתתרחש. מצד שני, איננו רוצים לשאת בעלות של הבאת התוצאה הזו ומעדיפים שמישהו אחר יישא בה. מאד נחמד לנו שאנשים ייצאו ויפגינו, אבל לי עדיף להתרכז בדברים אחרים. דוגמא לבעיית הטרמפיסט בחוזים אחרים: לכל בנק יש מאות אלפי לקוחות וכולם מקבלים את אותם טפסים – אז למה שאני אקרא אותם? שמישהו אחר יעשה זאת.

על החוזה האחיד צריך להסתכל כעל מוצר. זה גובל בתחום של דיני הנזיקין והרגולציה, שם יש שלושה כוחות ששומרים על השוק ומבטיחים שהספקים לא ינצלו אותנו עד כלות:

1. הראשון הוא גופים המפקחים על מה שנכנס לארץ.
2. השני הוא מוניטין.
3. השלישי הוא כוחות השוק.

מבין משולש הכוחות, מוניטין הוא הדבר שהכי פחות אפשר לסמוך עליו – הוא בא והולך ואפשר בקלות לעשות מניפולציות לגבי מוניטין. כשיש שוק תחרותי, **כוחות השוק** יעבדו בצורה האפקטיבית ביותר. למשל, בענף מוצרי החלב אין המון כוחות שוק.

מדוע כוחות שוק לא בהכרח ישפרו את התנאים בחוזים אחידים? אם אנשים לא קוראים ולא מנהלים משא ומתן מאד קשה להפוך את השוק הזה לתחרותי – כלומר להעביר צרכנים/לקוחות מחברה לחברה. בעיה נוספת היא בעיית המורכבות – החוזים האלה ארוכים מאד ויש גבול לרציונליות האנושית. לכן, נראה כי **תחרות שוק לא תפתור לגמרי את בעיית החוזים האחידים**.

יש מידה מסוימת של רגולציה בחוזים אחידים, אבל אין רגולציה רבה. מעבר לסיבה שרגולציה עולה הרבה כסף, היא קשה לאכיפה. יש פה גם בעיה של מידע. לגבי מוצרים, משחקים למשל, הפרמטר הוא בטיחות (מסכן או לא מסכן חיים). בחוזה אחיד מאד קשה להיכנס לזה. שנית, חוזים אינם נתפסים כמוצר מסוכן. דבר שלישי – העלויות הן א-סימטריות. הרגולציה מאד יקרה והשינוי של החוזה הוא מאד זול.

בעולם הסלולר למשל הגבירו את התחרות וזה מה שהוביל לשינוי. חלק מהבעיה בעולם הסלולר היא שהייתה רגולציית-יתר והיא שהובילה לתחרות. כדי לשכנע חברות להיכנס לזירה, הבטיחו להן בלעדיות. החברה הראשונה הייתה פלאפון, אחר כך הצטרפה סלקום ואז אורנג'. עד שהגיע משה כחלון.

**המצב המשפטי**

כשמדובר בחוזים אחידים יש שתי אפשרויות – יש את בית הדין הרגיל ויש את בית הדין לחוזים אחידים. שניהם מקבלים ביטוי בחוק החוזים האחידים שנחקק ב-1982.

לגבי **בית המשפט הרגיל**, ניתן להעלות הן את עילת הקיפוח מכוח חוק החוזים האחידים והן כל עילה חוזית אחרת – כגון טעות, הטעייה, חוסר תום לב וכו'. לקוח יכול לפנות לבית משפט רגיל במקרה של סכסוך מול ספק. ניתן לטעון ל**קיפוח בפועל** (קיפוח שכבר אירע) או **קיפוח בכוח** (קיימת סכנת קיפוח שטרם התממשה). אם הוכח שתנאי מקפח, יכול בית המשפט להורות על ביטולו או שינויו. להחלטה יהיה תוקף רק בין הצדדים. כמובן שלהחלטה כזו יהיו השלכות גם על צדדים שליליים, אך לא השלכות מידיות. כלומר, נוצר כאן תקדים שצדדים שלישיים יוכלו לנצל אבל בית המשפט לא יכול לבטל או לשנות את התניה בפני כולי עלמא.

הליכים ב**בית הדין לחוזים אחידים** יכולים להיפתח או על ידי ספקים (למשל בנק או חברה קבלנית המבקשים אישור נוסח חוזה) או על ידי לקוחות מיוחדים (למשל היועץ המשפטי לממשלה, ארגון צרכני יציג או ארגוני צרכנים אשר אושרו על ידי שר המשפטים לצורך עניין זה). **לא כל אדם יכול ליזום פנייה לבית הדין לחוזים אחידים**. תפקיד בית הדין הוא לבדוק ולאשר נוסחים של חוזה אחיד הנבחנים באופן כולל. בית הדין רשאי לאשר נוסח חוזה שהובא בפניו, או לערוך בו שינויים באמצעות ביטול תניות הנראות לו מקפחות או להורות על כתיבתן מחדש. אם בית הדין מאשר את החוזה, האישור תקף למשך חמש שנים ונוצרת חזקה שנוסח החוזה אינו כולל תניות מקפחות. במהלך חמש השנים האלה, רק היועמ"ש רשאי ליזום הליכים במסגרת בית הדין. רובם הגדול של הספקים אינם מנסים להשיג אישור לחוזה אחיד. מי כן? גופים שיש עליהם גזרות מסוימות של רגולציה.

השופטים בבית הדין לחוזים אחידים הם אנשי אקדמיה שעוברים על חוזים בני מאות תניות ועוברים תניה תניה ומחליטים האם היא עומדת במבחנים של החוק. מדי פעם מצליחים השופטים להגיע לחוזים חשובים (לדוגמא חוזים המבססים את פעולות ענף הבנקים), אבל יש מגבלות גדולות – **כמות השופטים שיושבים בבית הדין זעומה ביחס להיקף העבודה**. יש מעט מאד נוסחים של חוזים שהם מספיקים להגיע אליהם.

מטרתה של הפעילות הרגולטורית היא ליצור הרתעה, אך בסופו של דבר הסנקציה שצריך הספק לשאת אם החוזה לא יאושר אינה גדולה (מקסימום החוזה מתעכב).

תביעה ייצוגית – כשקבוצת אנשים שנעשה להם אותו עוול מתאגדים כקבוצה ומגישים תביעה ביחד. הרעיון בתביעות ייצוגיות הוא רעיון כלכלי בסיסי – הרבה פעמים יש מקרים של עשיית עוול שגרם נזק קטן מדי מכדי שיהיה ללקוח אחד כדאי לתבוע. רק העלויות של ייזום התביעה ושכירת עורכי דין יהיו גבוהות יותר מהפיצוי. אז עדיף להתאגד ולתבוע ביחד. בתביעות ייצוגיות מאגדים את כל הטענות לתביעה אחת ואז נוצרת **תביעה עם אלמנטים הרתעתיים**. המכשיר הזה, שהוא מכשיר פרוצדורלי, הוא מרכזי מאד במשפט האמריקאי.

עקרונית, ניתן לפעול במקביל הן במסגרת בית הדין הרגיל והן במסגרת בית הדין לחוזים אחידים. עם זאת, בדרך כלל אחת הערכאות תגביל את הדיון ברגע שתבין שמתנהל דיון גם בערכאה המקבילה.

**מהו חוזה אחיד?**

בסעיף 2 לחוק מוגדר חוזה אחיד: נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם.

**הדרישות לחוזה אחיד**

1. נוסח של חוזה – טיוטה כתובה של חוזה.
2. היעדר מו"מ מקדים - התנאים, כולם או מקצתם, נקבעו על ידי צד אחד מראש.

עלתה השאלה האם **תקנון** של חברה או אגודה שיתופית יכול להיחשב כחוזה אחיד? שאלה זו נדונה בע"א 1795/93 קרן הגמלאות של חברי אגד נ' יוסף יעקב. יעקב היה נהג באגד שנתפס על מעילה בכספים. נערך לו משפט והוחלט לסלקו מהאגודה השיתופית. על בסיס תקנון האגודה ועל יסוד ההרשעה, הוחלט לשלול מיעקב את כל הזכויות הסוציאליות (פנסיה וכו') המוענקות לחברים באגודה השיתופית. יעקב טען שהתניה בתקנון המאפשרת לשלול זכויות סוציאליות למועל בכספים היא תניה מקפחת בחוזה אחיד ולפיכך בטלה. משכך, לא ניתן להפעילה במקרה שלו. בית המשפט היה צריך לדון קודם בשאלה האם התקנון של אגד הוא חוזה אחיד (שרק בו חלה עילת הקיפוח). על פניו, היו סיבות כבדות משקל לומר שאין זה חוזה אחיד. הרי בסופו של דבר, תקנון אינו מסמך המנוסח באופן חד צדדי על ידי הצד שכנגד. תקנון הוא אגד של כללים שהוא פרי הסכמתם של החברים. דבר חשוב הוא שתקנון ניתן לשינוי ביוזמת החברים (אמנם יש דרישות להצבעות רוב, אבל בעיקרון חברי אגד יכולים לשנות את התקנון). למרות זאת, **השופט אנגלרד פסק שהתקנון הוא חוזה אחיד**. הוא קבע שהמבחן הוא מהותי (לא פורמאלי) והוא מעלה שלושה נימוקים התומכים בעמדתו:

1. מהות היחסים בין החבר לבין התאגיד מבחינת מעמד כלכלי. כלומר, פערים ביכולות המיקוח. **החבר הבודד חסר כוח ביחס לתאגיד**.
2. **מידת השפעת החבר היחיד על מעמדו** (במקרה זה נמוכה).
3. האם קיים **ניגוד אינטרסים בין החבר היחיד לבין הנהלת התאגיד** (במקרה זה כן, לאור הוויכוח שנוצר בין הצדדים).

השופט אנגלרד קבע שמבחינה מהותית, **ברגע שאופי ההתקשרות דומה ליחסים שבין ספק ולקוח במובן זה שקיימים פערי כוחות מהותיים, הרי שמדובר בחוזה אחיד**. קביעה זו, לפי השופט, תאפשר לבית המשפט להגן על הצד החלש.

1. שהתנאים או הנוסח ישמשו ל**חוזים רבים** - דרישה להוכחה שהספק התכוון לבצע התקשרויות עתידיות רבות על בסיס הנוסח שאומץ. אין צורך להראות שהיו כבר התקשרויות בפועל, אלא כוונה שמתייחסת לעתיד. דהיינו, שהספק אימץ נוסח של חוזה שישמש להתקשרויות רבות.
2. התקשרויות רבות בין מנסח החוזה האחיד לבין מספר אנשים בלתי ידועים במספרם או בזהותם. החוזה נוסח **לצורך התקשרויות עם אנשים אנונימיים**. זהות הלקוחות לא הייתה ידועה בזמן ניסוח החוזה. בע"א 568/88 בית יהונתן בע"מ נפסק שאף על פי שהחוזה עוצב עבור התקשרויות עם קבוצה מסוימת שהייתה ידועה (במקרה זה רופאים) אך הזהות הספציפית של כל רופא ורופאה לא הייתה ידועה, הרי שהמרכיב הרביעי מתקיים ומדובר לכן בחוזה אחיד.

**תנאי לחוזה אחיד**

סעיף 2 מגדיר תנאי לחוזה אחיד - תניה לחוזה אחיד, לרבות תניה המאוזכרת בו וכן כל תניה אחרת שהיא חלק מההתקשרות ו**למעט תניה שספק ולקוח הסכימו עליה במיוחד לצורך חוזה מסוים**.

הדרישות לתנאי לחוזה אחיד

1. תניה המפורטת במסמך עצמו.
2. לרבות תניה המאוזכרת בו (הפניה לתניות במסמכים או הסכמים אחרים)
3. כל תניה אחרת שהיא חלק מההתקשרות (הסכמות בעל פה, שלטים שמוצבים בכניסה לחניון/בקניון/במגרש ספורט). הרחבה זו משחקת לטובת הלקוח שכן בתניית הקיפוח ניתן לתקוף רק תנאי מקפח בחוזה אחיד וכאן גם "תנאים חיצוניים" למסמך נחשבים לתנאי בחוזה אחיד. האינטרס של הלקוח הוא שהגדרת התנאי לחוזה אחיד תהיה רחבה ככל האפשר.
4. **למעט** תניה שספק ולקוח הסכימו עליה במיוחד לצורך חוזה מסוים. אסטרטגית, במקרה שאין עמדה חזקה במו"מ, עדיף ללקוח לא להתעכב ולנסות לתקן דברים ספציפיים בחוזה, שכן לשיפור כזה יכול להיות מחיר יקר ובשלב מאוחר יותר הוא יכול למנוע מהלקוח לטעון שאותו הסדר מהווה תניה מקפחת בחוזה אחיד כמשמעות המושג בחוק (כי הוא שינה אותו).

**סייגים לתחולה (סעיף 23)**

1. תנאי הקובע את התמורה הכספית שתשולם ללקוח. **תניית המחיר בעצם פטורה**. ההנחה היא שאת תניית המחיר כל הלקוחות קוראים. לכן, לגבי התנייה הזו אין סיבה לדאוג.

**פוחי חושב שזה תמוה**. ראשית, המחיר לא עומד בפני עצמו והוא משקף תנאי העסקה וכדי לדעת אם המחיר מקפח או לא מקפח צריך להכיר את כל תנאי החוזה אבל כאמור את כלל תנאי החוזה הלקוח אינו מרבה לקרוא ולכן אי אפשר להחריג את תניית המחיר. בעיה נוספת היא שאם אין ללקוח יכולת לשאת ולתת אז מה זה משנה שהוא קרא את המחיר?**.**

1. תנאי התואם תנאים שאושרו בחיקוק. זה קצת יותר הגיוני מהסעיף הקודם (לדעת המרצה). הרעיון הוא ש**אם יש תנאי שתואם הסדר הקבוע בחוק, אין צורך לחשוש שהוא תנאי מקפח**. מה נופל בגדר הסדר/תנאי שאושר בחוק? עניין זה עלה בפס"ד ארגון שחקני הכדורגל נ' ההתאחדות לכדורגל. במקרה זה השחקנים כבלו על שתי תניות שהם הוכפפו אליהן במסגרת תקנון של ההתאחדות לכדורגל, אליו היו כפופים השחקנים. בנוסף לתקנון השחקנים, היו כפופים השחקנים לטופס נוסף שקבע שני הסדרים נוספים – אישור קבוצה לצורך פרסומת אישית; ואישור מיוחד מטעם ההתאחדות לצורך ניהול משא ומתן לפני תקופת ההעברות. ההתאחדות טענה שהתקנון שלה נוצר מכוח חוק (החוק חייב את ההתאחדות לאמץ תקנון ומשכך התניות מוחרגות מכוח סעיף 23). בית המשפט כמובן לא קיבל את הטענה הזו – בצדק. **הנשיא שמגר הסכים שהחובה להתקין תקנון ואף הנושאים שצריכים להיכלל בו מוגדרים בחוק, אבל לא ההסדרים הפרטניים**. כלומר, אין שום דבר בחוק שחייב את ההתאחדות לאמץ את שני ההסדרים עליהם יצא קצפם של השחקנים. לכן, **חוק החוזים האחידים חל והשחקנים יכולים להעלות את עילת הקיפוח**. התיק הוחזר לבית הדין לחוזים אחידים כדי שידון בשאלת הקיפוח לגופה.

גם בפס"ד אגד זה עלה. אגד טענה שמאחר שתקנונה הובא בפני רשם האגודות והלה אישר אותו, לא ניתן יותר לתקוף אותו מאחר שמדובר בהסדר שאושר בחיקוק. למרות זאת, השופט אנגלרד לא קיבל את הטענה. גם השופט חשין דחה את הטענה. הם קבעו שכאשר מדובר בזכויות סוציאליות, הרי שמדובר בעניין חשוב מאד. במסגרת סעיף 23, עניין לנו בחריגים ולאור חשיבות הזכות הסוציאלית ליעקב, יש לפרש את החריגים בצמצום.

1. **תנאי התואם הסדר בהסכם בינלאומי שישראל צד לו**. שתי הצדקות לקיום חריג זה:
2. אם מדינת ישראל קיבלה על עצמה הסדר בינלאומי כזה, הרי שמן הסתם הוא אינו מקפח.
3. איננו רוצים ליצור אי התאמה שעלולה לסבך את המדינה. כלומר, אם ישראל מקבלת על עצמה הסדר מסוים ואז בתי המשפט בישראל קובעים שההסדר הזה מקופח, נוצרת כאן סיטואציה קשה מבחינת התחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל.
4. **הסכמים קיבוציים** - הסכמים שנכרתים בין מעביד לוועד עובדים או ארגון עובדים ייצוגי כשהמטרה היא להגדיל את כוח המיקוח של העובדים, לשפר את עמדת המיקוח שלהם. היה חשש שעובדים אינדיבידואלים יכולים לטעון לקיפוח וזה ימוטט את כל הסדרי העבודה במשק. לכן הוחלט להחריג גם הסכמים קיבוציים.

**עילת הקיפוח (סעיף 3)**

תנאי מקפח וביטולו – בית המשפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו, בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות, משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק, העלול להביא לידי קיפוח לקוחות.

מבחן הקיפוח כפי שעלה בפס"ד קסטנבאום נקבע לפי אמות מידה של **סבירות והגינות**. מבחן הקיפוח מתקיים כל אימת ש**תניה בחוזה אחיד מקנה לספק יתרון בלתי סביר או בלתי הוגן**. הקיפוח לא חייב לשאת גוון כלכלי. מדובר בסטנדרט שמשאיר **שיקול דעת רחב מאד לבית המשפט ובית הדין לחוזים אחידים (סעיף שסתום)**.

סעיף 3 מורה שבנוסף על התניה המקפחת, יש לבחון את שלל תנאי החוזה. דהיינו, ייתכן שגם במקרים בהם נזהה תניה שמעניקה יתרון בלתי סביר או בלתי הוגן לספק, לא נגיע לתוצאה שיש קיפוח משום שישנן **תניות אחרות בחוזה שמאזנות את התניה המקפחת** – שמפצות את הלקוח על העניין הזה.

סעיף 3 מורה שיש להתחשב בנסיבות אחרות ("בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות"):

א) ראשית, אנחנו רוצים לבחון את **מעמד הספק בשוק ומבנה השוק בו פועל הספק**. האם מדובר בשוק מונופוליסטי או בשוק שהתחרות בו מעטה (שוק הסלולר או שוק הבנקים)? במקרה כזה גובר החשש שאכן יש כאן קיפוח. מנגד, אם מדובר בשוק תחרותי, אז ייתכן שכוחות השוק יוצרים איזון בין הספק לבין הלקוחות. התחרות גורמת לכך שהתנאים יהיו מאוזנים יותר, זה מחליש את אפשרות הקיפוח.

ב) שנית, **הפער בין מעמד הספק לבין הלקוח הספציפי**. לא דין כל הלקוחות זהה. יש אנשים שיכולים להשיג תנאים טובים יותר ויש אנשים שלא יכולים לשפר את תנאי החוזה בכלל מעצם מצבם הכלכלי. זה לא חייב להיות מקרים של עושק, זה יכול להיות פשוט בגלל שאדם נמצא במצוקה.

ג) שלישית, יש לבחון את **חיוניות הנכס או השירות**. ככל שמדובר בנכס או בשירות חיוני יותר (למשל בריאות), כך תגבר נכונות בית המשפט להתערב. לעומת זאת, כשמדובר בשירות שאינו חיוני ללקוח, בית המשפט לא בהכרח יתערב.

**חזקות קיפוח (סעיף 4)**

סעיף זה מונה 11 חזקות המתייחסות למקרים כלליים, לגביהם החוק קובע חזקה הניתנת לסתירה בדבר קיום קיפוח. חזקה היא מכשיר ראייתי. היא מעבירה את נטל ההוכחה. כל שעליי לעשות זה לבסס את התנאים שיוצרים את החזקה, ומאותו רגע והילך הנטל עובר לצד השני שינסה להזים את החזקה. עניין של נטלי הוכחה זה לא דבר של מה בכך. בדרך כלל בדיני ראיות תקף הכלל הידוע "המוציא מחברו – עליו הראייה". כלומר, מי שטוען שקופח הוא זה שצריך להוכיח שקופח. לעומת זאת, בתחום זה ישנם 11 **מקרים כלליים שמספיק להוכיח אותם ואז נטל ההוכחה יעבור לספק שיצטרך להוכיח שלא היה קיפוח**.

**שיעור 03/01/13 - המשך חוזים אחידים**

החזקות שבחוק החוזים האחידים (סעיף 4) שמעניקות פטור מתניית קיפוח:

1. תנאי הפותר את הספק באופן חלקי או מוחלט מאחריות שעליו לספק לפי חוק או פטור מאחריות באופן בלתי סביר (לאו דווקא בהקשר של נזקי גוף).

ע"א 461/62 (לפני חקיקת חוק החוזים האחידים) צים נ' מזיאר

במקרה הזה, נוסעת ספינה של צים טענה שהיא חלתה כתוצאה ממזון מקולקל שבא אל פיה במהלך השיט. צים התגוננה בטענה שהייתה תניית פטור על הכרטיס וביקשה מבית המשפט לשחרר אותה מאחריות. בית המשפט דחה את טענת צים. השופט לנדוי סבר ש**תניית הפטור מנוגדת לתקנת הציבור**, אבל הוא קבע סייג לפיו **לא כל תניה הפוטרת מאחריות לנזקי גוף תהיה בטלה, אלא רק תניה כזו בחוזה אחיד**. השופט ויתקון סייג את זה עוד יותר – לדעתו יש להתערב ולפסול תניות כאלה על רקע תקנת הציבור רק בהתקשרויות עם גופים ציבוריים המסוגלים להכתיב תנאים לאזרח הקטן. ויתקון מדבר על **פער משמעותי בעמדות הצדדים** ורק כאשר מדובר ב**שירות חיוני**.

ע"א 285/73 לגיל טרמפולין נ' נחמיאס

לגיל טרמפולין מפעילה אתר טרמפולינות. נחמיאס והמשיב השני השתמשו בטרמפולינות ונפגעו נזקי גוף. לטענת החברה, הייתה תניית פטור מאחריות בגין נזקי גוף גם על גב הכרטיס (שהיה מעין קבלה) וגם על גבי שלטים שהוצבו בתחום האתר. השאלה היא האם יש לתניית הפטור הזו תוקף? בית המשפט העלין קבע ש**התניה לא תקפה**. ראשית, הרישום על גב הכרטיס אינו מהווה הודעה מספקת והוא נעשה גם לאחר התשלום. שנית, המשתמשים נחשפו לשלטים לאחר ששילמו וכבר נכנסו לאתר. כלומר, יש כאן בעיה בפרוצדורת היידוע – הפגם הוא ש**התניה לא הובאה לידיעת המשתמשים בצורה הולמת**. לפיכך, כל השופטים רואים כאן בעיה. **השופט ויתקון סבור שמבחינה מהותית לא תמיד תיפסל תניית פטור העוסקת בנזקי גוף, אם היה יידוע נאות, אלא רק כאשר מדובר בשירות חיוני**. בעניין זה, אין דין שירותי השטה (מעבר מארץ לארץ) כדין פעילות ספורט אתגרי באתר טרמפולינות. השופט קיסטר סבור שיש אפשרות לכבד תניות פטור אם הספק נקט בכל אמצעי הבטיחות והאזהרות החמורים (אך במקרה הזה לא כך קרה). **קיסטר מציע לכבד את התניה הזו אם לא הייתה רשלנות**. יש לכך משמעות במצב בו הדין יוצר משטר של אחריות מוחלטת – כלומר אם ננקטו כל אמצעי הזהירות הסבירים ואז הוכנסה תניית הפטור – זה אומר שלא הייתה רשלנות. **השופט ברנזון אומר שלא ייתכן שגוף או אדם יספק שירותים לציבור ויפטור עצמו מאחריות לנזקי גוף למשתמשים**. בעיני ברנזון, הדבר **מנוגד לתקנת הציבור**. ברנזון הוא המחמיר ביותר בעניין המהותי. כלומר, לדעתו זה לא משנה אם היו מציגים בפני המשתמשים את תניית הפטור – זה עדיין לא היה עובר מטעמים מהותיים.

ע"א 449/85 היועמ"ש נ' גד

בפס"ד זה נקבעה בחוזה האחיד תניה אשר הגבילה את אחריות החברה הקבלנית כלפי הרוכשים לשנה אחת בלבד. בית המשפט פסק שהתניה נופלת בגדר חזקת הקיפוח לפי סעיף 4(1). מכאן, **אפשר לעלות את החזקה הזו לא רק בהקשר של נזקי גוף, אלא גם בנזקי רכוש**.

1. כל מקרה בו הספק מאפשר לעצמו, לאחר כריתת החוזה, לשנות, לבטל או לדחות חיובים.

בע"א אגד נ' יעקב נקבע בתקנון האגודה, שהוכרז חוזה אחיד, כי ביכולת החברים באגודה לשלול מחבר שסרח את זכויותיו הסוציאליות. זה מסוג השינויים שבהחלט נחשבים כנופלים במסגרת חזקת הקיפוח 4(2).

אם כך מדוע ספקים משמרים לעצמם את הכוח לדחות, לבטל או לשנות סעיפים בחוזה? החוק אומר שאם תניה חוזית נופלת בגדר אחת מן החזקות המפורטות בסעיף 4 רשאי בית המשפט לשנותה או לבטלה. אבל אם אין סנקציה אז מה אכפת לי לנסות ולהרוויח דרך שימוש בתניות כאלה? נניח שניסיתי את התרגיל הזה על 4,000 לקוחות והוא הצליח על רובם הגדול.

יש בעיה בחזקות האלה כיוון שהחוק לא יוצר הרתעה אמיתית. החוק מסייע ללקוחות שמחליטים לתבוע, אבל יש הרבה לקוחות שלא מעלים על דעתם לתבוע. הם מאמינים לספק שטוען כי זה בסדר על פי החוזה. הפתרון האפשרי הוא של תביעה ייצוגית, אבל אפילו תביעות ייצוגיות עלולות לא ליצור הרתעה מספקת כי ייתכן שהפיצוי שייפסק הוא קטן או שבכלל לא עלינו על כל האנשים שנפגעו מהתניה.

1. תנאי המאפשר לספק להעביר את האחריות לצד שלישי (גם במקרה שאדם רכש מוצר שנמצא באחריות היצרן וכך העסק ממנו נרכש המוצר ינסה להתנער מאחריות).
2. זכות השמורה לספק לשנות מחיר או חיובים מהותיים הנגבים מן הלקוח, זולת אם הדבר תלוי בנסיבות שאינן תלויות בספק. החשש הוא שלאחר שנכנסים לקשר חוזי ובעצם עכשיו עלות היציאה מהחוזה היא גבוהה יותר, הספק יתחיל לשנות את החיובים.

רע"א 1187/95 מילגרום נ' מרכז משען

משען היא חברה המפעילה בתי אבות. ב-1983 נכרת חוזה בין גברת מילגרום לבין בית האבות. שנתיים אחר כך נכרת חוזה נוסף עם קרובי הגברת מילגרום. גברת מילגרום מתגוררת בבית האבות במשך תשע שנים ומשלמת עבור השהייה. בעקבות הידרדרות במצבה הבריאותי, הגברת מילגרום הועברה לבית אבות סיעודי. סעיף 9(ג) לחוזה קובע כי התשלום במקרה העברה לבית אבות סיעודי יהיה לפי התעריפים המקובלים מעת לעת עבור אשפוז בבית האבות הסיעודי של דיירי בית האבות הרגיל. שיקול הדעת להעביר דיירים לבית אבות סיעודי הוא בלעדי בידי חברת משען. מדובר בחיוב הגבוה פי 5. הגברת מילגרום שהתה בבית האבות הסיעודי ארבעה חודשים ואז מתה. כשבית האבות בא לגבות ממשפחתה של מילגרום את החיוב הנוסף, המשפחה סירבה לשלם בטענה שיש כאן טענה מקפחת בחוזה אחיד שעומדת בסתירה לחזקה הקבועה בסעיף 4(4) לחוק החוזים האחידים. השופט ברק אומר כי מדובר ב"חוזה יחס" – חוזה לטווח ארוך שיש בו הסדרי ביצוע שצריכים להיות מותאמים לשינויי נסיבות שמתרחשים לאורך זמן. כמובן שככל שמשך חיי החוזה ארוך יותר, תידרשנה התאמות מסוימות. אי אפשר לקבוע הסדרים מדויקים לגבי תרחישים מדויקים שיתרחשו עוד תשע שנים. אי אפשר לדעת מה יהיה המחיר בעוד שנים רבות. במקרה זה קובעים הסדרי מעברים רחבים יותר. השופט ברק מבין את זה אבל הוא רואה כאן בעיה. **ברק מבין שאין ביכולת משען לצפות את העתיד, אך מכאן ועד לנטילת סמכות בלעדית לשנות חד-צדדית את המחיר הדרך ארוכה**. ברק אומר כי ניתן היה **לאמץ נוסחה לפיה ייקבע התעריף העתידי**. למשל, הבסיס יהיה התעריף הנוהג בבית האבות הסיעודי בזמן החתימה והעדכון יהיה לפי מדד מסוים. ברק קובע שמילגרום לא ישלמו את התוספת לגבי האשפוז בבית האבות הסיעודי. בנוסחה של ברק יש סיכון מסוים שמשען תישא בו. הסיכון הוא שהמדד לא יכול בוודאות לבטח את משען מפני כל שינוי עתידי. לדוגמא, יכול להיות שבעוד כמה שנים יהיה מחסור בכוח האדם שעוסק בשירותים סיעודיים (בעקבות שכר למשל). כדי להפחית את הסיכון של מרכז משען ל-0, נפתח פתח מחשש של ניצול לרעה. יש פה איזון בין הרצון שלו לאפשר לספק להגן על עצמו, לבין החשש שמא מערכת ההגנה שניצור אם היא תהיה כל כך מוחלטת עלולה לפגוע בלקוחות.

פוחי סבור שנפל לידי ברק מצב נוח כי היה מדובר יחסית במספר קטן של שנים. ברק פעל משיקולי הרתעה.

1. תנאי המחייב את הלקוח באופן בלתי סביר להיזקק לספק או לאדם אחר, או המגביל בדרך אחרת את חופש הלקוח להתקשר או לא להתקשר עם אדם אחר. בפס"ד איגוד שחקני הכדורגל, ההתאחדות הגבילה את יכולת השחקנים לעשות פרסומת אישית ללא אישורה ולעבור או לדון במעבר לקבוצה אחרת לפני תקופת ההעברות ללא אישור ההתאחדות. אנו **דואגים גם לחופש העיסוק ולחופש התחרות**. תניות מגבילות מהסוג הזה אינן ראויות ואינן מקובלות. אנחנו לא רוצים שגופים מסחריים חזקים ייצרו **הסדרים מעין אלה שהם חסמי כניסה לתחרות**.

בית יהונתן נ' היועמ"ש

במקרה זה היה מדובר בהסכם אספקת שירותים לבית רופאים. משך ההסכם נקבע לשבע שנים. בעצם כל מי שרכש קליניקה באותו בית רופאים חויב בשירותים לתקופה של שבע שנים. כמו כן נדרשה הודעה של שישה חודשים מראש לצורך סיום החוזה. גם ההסדר הזה, נפסק שהוא מקפח. בית הדין לחוזים אחידים קיצר את התקופה לחמש שנים במקום שבע ובית המשפט העליון אישר את הקיצור.

1. כל אימת שספק מנסה לשלול תרופות המגיעות ללקוח על פי דין או על פי חוזה.

היועמ"ש נ' גד

בחוזה נקבע שהקונה לא יוכל לרשום הערת אזהרה, כל עוד לא נבנו כל מחיצות הבניין והדירות נרשמו כיחידות עצמאיות. משמעות הדברים היא שקונים היו חשופים פה לאפשרות שצדדים שלישיים לא ידעו על זכויותיהם ושדירות תימכרנה פעמיים. האמצעי שהחוק מקנה לרוכשי דירות כדי להגן על עצמם מפני אפשרות זו הוא כמובן אמצעי של רישום הערות אזהרה. פה הרוכשים נותרו חשופים. בית הדין שינה את הסעיף באופן שיאפשר לרוכשים לרשום הערות אזהרה.

1. תנאי בחוזה אחיד המטיל את נטל ההוכחה על מי שהנטל לא היה עליו מלכתחילה.

בע"ש 195/97 היועמ"ש נ' בנק לאומי

נפסק שתניה בחוזה אחיד הקובעת שמוטל על הלקוח הנטל להוכיח את התרשלות הבנק בכל אותם מקרים שנגרם לו נזק משימוש בשירותים טלפוניים היא תניה מקפחת. כשמשתמשים בשירותים טלפוניים של בנקים, מבחינה ראייתית מאד קשה להוכיח מה היה בשיחה. מאידך, הבנק הרבה פעמים מקליט את השיחות ולכן אין היגיון בהעברת הנטל הראייתי ללקוח.

לחזקות הבאות – 8,9,10 – יש מכנה משותף.

1. כל אותם מקרים בהם הספק אוסר על הלקוח להשמיע טענה מסוימת בבית משפט.
2. כאשר הספק קובע אזור שיפוט בלתי סביר.

השקעות בניין נ' אשטון

קביעת ירושלים כהסדר שיפוט היא תניה מקפחת. ישראל אמנם מדינה קטנה, אבל ניתן בעיקרון גם לתבוע אזורי שיפוט מחוץ למדינת ישראל. זה לא קורה הרבה, אבל **החשש הוא שהספק יקשה מאד על לקוחות לפנות לערכאות** – או באמצעות שלילה של טענות מהותיות או באמצעות בחירת אזור שיפוט שאינו נוח ללקוח.

1. בוררות – אם לספק יש שליטה על מיקום הבוררות ומועדה.

**סעיף 5 לחוק החוזים האחידים** **קובע "הגבלת זכות הפנייה לערכאות"**. הסעיף מורה שתנאי בחוזה אחיד השולל או מגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות בטל. יש שתי ערכאות שיפוטיות שפועלות בגזרה (בית המשפט לחוזים אחידים ובג"ץ) ואמורות להשיג קצת איזון. אם עוד היינו מאפשרים לספקים להגביל גישה לערכאות, קל וחומר לשלול אותה, הרי שהיינו מסכלים את כל ההסדר שקבוע בחוק. לכן, בעניין הזה יש הסדר של בטלות (סעיף 5) שיש לפרש אותו בצורה רחבה – **יש הבדל משמעותי בין החזקות (שבסעיף 4) שבסך הכל מעבירות את נטל ההוכחה לבין הסדר מהותי שנותן תוצאה מסוימת של בטלות**.

כל החזקות בסעיף 4 הן חזקות מהותיות במובן שהן עוסקות בהגבלות מהותיות, להבדיל מפרוצדורליות, שבהן נתקלנו למשל בלגיל טרמפולין. אין בחוק שום התייחסות לכל מיני ניסיונות הסתרה וטשטוש באמצעים פרוצדורליים. יכול להיות שמדובר בתניה שלא נופלת במסגרת אף אחת מן החזקות, אבל שהיא הוסתרה כל כך טוב שאף אחד לא יכול היה לראות אותה. אין שום פיקוח על הנוהל שבו מבוצע יידוע לקוחות. דהיינו, כל הממד של לגיל טרמפולין ששם השופטים העלו אותו על נס, אינו נמצא במסגרת החזקות שקבועות בחוק. צריך לזכור ש**ניתן להעלות טענת קיפוח על בסיס סעיף 3 גם מטעמים פרוצדורליים ולאו דווקא מהותיים – כלומר גם בעניינים שאינם באים במסגרת החזקות של סעיף 4**.

חברה קדישא נ' קסטנבאום

משפחתה של הנפטרת ביקשה לכתוב בלועזית על המצבה שלה ואת תאריך הלידה והפטירה במספרים. המשפחה חותמת על החוזה, אבל אז תוקפת את תניית הכיתוב בעברית לפי לוח השנה העברי בלבד. השאלה היא האם התניה הזו היא תניה מקפחת. **שמגר** אומר שהחברה קדישא היא גוף דו-מהותי – יש לו מהות פרטית ומהות ציבורית. שמגר מאפיין את החברה בה אנו חיים כחברה פלורליסטית – יש מגוון דעות והשקפות. בעיניו, בחברה פלורליסטית, **על עיקרון האחידות לסגת מפני עיקרון הפלורליזם**. עוד הוא אומר כי קבורה היא עניין שהחברה לא יכולה להתקיים בלעדיו וכי **בגבולות הסביר, יש לאפשר לכל אדם לקבור את מתיו כפי שיחפוץ**. אין להכתיב דרך אחת לכולם. השופט ברק אומר שהאיזונים שעומדים על הפרק הם מצד אחד חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומצד שני טוהר השפה העברית. הגובר – כבוד האדם וחירותו. ברק אומר שגם אילו דובר בחוזה בין שני צדדים פרטיים (כלומר אילו חברה קדישא הייתה גוף פרטי) עדיין המסקנה הייתה שהתניה פסולה באשר היא **נוגדת את תקנת הציבור** (סעיף 30). כלומר, **ברק אומר שגם אם זה לא היה חוזה אחיד התניה הייתה נפסלת**. השופט אילון (בדעת מיעוט) אומר שהכיתוב בעברית הוא נכס צאן ברזל תרבותי. עוד הוא טוען שה**כיתוב בלועזית מנוגד להלכה**. השופט אילון טוען שיש כאן **כפייה של מיעוט** והוא סבור שהכיתוב בעברית סביר והוגן ובוודאי שאינו מקפח. לדבריו, ציבור גדול ייפגע מביטול תנאי זה. אשר לפגיעה בכבוד האדם, הוא מסביר שקשה לראות מדוע ייפגע אדם מנוהגה של חברה קדישא.

לפוחי יש בעיה עם דעת הרוב. לדבריו, שופטי הרוב מעצבים את הערכים שעל כפות המאזניים. מבחינת שמגר הערך שעומד כנגד הפלורליזם הוא האחידות. אליבא דברק זה טוהר השפה העברית. לטענת פוחי, מה שעומד על הפרק הוא עיקרון חופש הדת (ושופטי הרוב הצליחו לטשטש זאת יפה) וחופש המצפון ולא ערכים "זוטרים" יותר כמו טוהר השפה העברית או אחידות. הלוח הגרגוריאני מתחיל בלידת ישו. הקיסרים הרומים לא נתנו חסד לדת היהודית ורדפו יהודים. לדעת פוחי, יש פה מעשה קצת לא הוגן - כי שופטי הרוב מעמידים ערכים לא שווים על המאזניים. לדעתו, לא האחידות ולא טוהר השפה העברית הוא הנושאים כאן.

יש מספר חברות קדישא שפועלות בארץ. חלקן מתירות כיתוב בעברית (4/9). יש בישראל ציבור שמעדיף כיתוב בעברית בלבד ויש ציבור שמעדיף כיתוב בלועזית. פלורליזם אפשר להשיג בשתי צורות. דרך אחת היא לחלק את בתי הקברות לכאלה עם כיתוב בעברית בלבד וכאלה מעורבים. דרך אחרת היא שבכל בית קברות יהיה גם עברית וגם מעורב. הבעיה בשיטה השנייה היא שהיא שוללת את העדיפות מהצד שמעדיף כיתוב בעברית בלבד. האם לא היה יותר הגיוני לעשות איזון פלורליסטי בדרך הראשונה ולאפשר לכל אחת משתי הקבוצות שהעדיפות שלה תתקבל? יהיו שיגידו שכן אבל זה מקשה על אלה שמעדיפים עברית כי אז יוכלו לקבור את מתיהם רק בארבעה בתי קברות.

בעיני פוחי התוצאה של פסק הדין אינה מוצלחת. אי אפשר לשלול מציבור כל כך גדול את ההעדפה שלו בשל פלורליזם. האם לא ניתן היה לכבד העדפה של רוב כה גדול בישראל? ניתן היה, ולא היה צריך לנקוט בצעדים משפטיים כאלה.

**שיעור 6/1/13 – חוזה על תנאי (סעיפים 27-29 לחוק החוזים)**

27(א) – חוזה יכול שיהיה תלוי בהתקיים תנאי (תנאי מתלה) או שיחדל בהתקיים תנאי (תנאי מפסיק).

27(ב) – חוזה הטעון הסכמת צד שלישי או רישיון על פי חוק, חזקה שקבלת ההסכמה או הרישיון הינה תנאי מתלה (חזקה פרשנית).

27(ג) – חוזה שהיה מותנה בתנאי מתלה, זכאי כל צד לסעדים לשם מניעת הפרתו, אף על פי שנתקיים התנאי.

29 – בטלות החוזה או ההתנאה – במקרה בו יש חוזה על תנאי, לא נתקיים התנאי בתוך פרק הזמן עליו הסכימו הצדדים, או בהיעדר הסכמה תוך זמן סביר – אם מדובר בתנאי מתלה מתבטל החוזה ואם מדובר בתנאי מפסיק, אזי מתבטלת ההתנאה.

חוזה על תנאי מתלה

חוזה על תנאי מתלה הוא חוזה מנוי וגמור ושלם, אבל הפעלתו – הסדרי הביצוע - תלויים בהתקיימות תנאי כלשהו. גיבוש גמירת הדעת של אחד המתקשרים יכול להיות תלוי גם הוא בתנאי, אבל אז זה לא חוזה על תנאי.

חוזה על תנאי מפסיק (חוזה על תנאי מתלה+)

חוזה מושלם שבנוסף אליו החלו כבר בהסדרי הביצוע, אלא שאז התרחש אירוע שמפקיע את קיום החוזה והחוזה מתבטל. פתאום יש שינוי במציאות שהופכת את החוזה מיש – לאין.

ישנן המון פעולות שדרושות רישיון על פי חוק (27(ב)) והחוק עוזר לנו בהבהרת הסיטואציה הזו על ידי כך שהוא מסביר שבמצבים כאלה ישנה חזקה פרשנית – שמדובר בחוזה על תנאי. חוזה על תנאי מתלה הוא חוזה מלא ואמיתי ואם אחד הצדדים מפר אותו – נוקט בפעולות בניגוד לחוזה – ניתן לתבוע סעדים כדי לחסום את אותו צד המפר את החוזה (27(ג)).

משך הזמן (סעיף 29)

ישנן שתי אופציות - האופציה הראשונה היא אופציה לפיה הצדדים גם קבעו את משך הזמן לקיום תנאי. במצב כזה, אם מדובר בתנאי מתלה ואותו אירוע עליו התנינו את החוזה לא אירע – החוזה מתבטל. האופציה השנייה היא מצב שבו הצדדים לא קבעו משך זמן לביצוע התנאי, אז התנאי מפסיק ואנו ממשיכים בביצוע החוזה. אם לא נקבע מועד, הרי שפרק הזמן שמוקצה להתקיימות התנאי, בין אם הוא מתלה ובין אם הוא מפסיק, זה זמן סביר.

כשמדובר על הסדרי ביצוע ישנו כוח נרחב לעצב את החוזה. בהרבה מקרים אפשר לעצב את החוזה או כחוזה על תנאי מתלה או כחוזה על תנאי מפסיק. חושב להבין שמבחינה אופרטיבית זה ממש לא אותו דבר. ההשלכות הן מאוד משמעויות. אם זה חוזה על תנאי מתלה – זאת אומרת שהוא מוקפא. אם זה תנאי מפסיק – צריך להוציא הוצאות, לקדם את העסקה. במצב השני, תמיד מתנופפת מעל החוזה חרב – תנאי מפסיק – שיכול לגרום לחדלותו. הדוגמא הקלאסית היא קבלת היתר בנייה – אפשר למשל לנסח את קבלת היתר הבנייה כתנאי מתלה (זה הדבר ההגיוני לעשות). אך אפשר לנסח אותה גם כתנאי מפסיק. אם יש עמדת מיקוח חזקה אז שווה לעשות תנאי מפסיק (כי אז זה מחייב את הצד השני ויהיה לו קשה לצאת מן העסקה). הבחירה בניסוח התנאי (מתלה או מפסיק) משפיעה על חלוקת הסיכונים בין הצדדים.

ההבדלים בין תנאי מתלה לתנאי מפסיק

מבחינה סמנטית, נדמה כי ההבדל קטן, אך במציאות ההבדל בין תנאי מתלה לתנאי מפסיק הינו תהומי:

1. הסדרי השבה – בחוזה על תנאי מתלה, אם התנאי לא מתרחש אין צורך בהסדרי השבה מסובכים והרבה יותר קל להפסיק את ההתקשרות. עם זאת, כאשר מדובר בחוזה על תנאי מפסיק, התבצעו פעולות וכעת יש "לרדוף אחר הכסף".
2. פקיעת התנאי – בחוזה על תנאי מתלה אם לא פורטה התקופה שבמהלכה על התנאי להתקיים, יש לחכות זמן סביר עד להתקיים התנאי. אם זה תנאי מפסיק גם יש לחכות זמן סביר, אך כיצד מודדים זאת? פעמים רבות מתבצעת פנייה לרשויות, עושים מאמץ לקבל אישור אך לא מקבלים אותו ומנגד לא מקבלים תשובה שלילית מוחצת. ההבדל בין קיום תנאי לבין אי-קיום שכרוך הרבה פעמים בתשובה שלילית, הרי שזהו הבדל מאוד גדול. לכן, עדיף לא לסמוך על הזמן הסביר ולקבוע מועד בחוזה.

ע"א 464/81 מפעלי ברוך שמיר נ' ברוריה הוך

בין הצדדים נכרת חוזה קומבינציה לפיו אמורה הייתה החברה הקבלנית – ברוך שמיר – לבנות בניין ולתת שתי דירות להוך, בעלת הקרקע. בחוזה דובר על כך שהחזקה בדירות תועבר תוך 18 חודשים מיום אישור תכניות הבנייה וקבלת ההיתר. לאחר חתימת ההסכם הייתה תקופה ארוכה מאוד של הליכי תכנון שבגינם הוקפאו כל היתרי הבנייה (לפחות שמונה שנים). בערך שנתיים לפני תום התקופה, שלחה המשיבה מכתב ביטול למערערת, לפיו החוזה בטל מחמת סיכול. לטענתה, היה שינוי נסיבות חיצוני ולכן אין כבר טעם לדבר על קיום החוזה. החברה הקבלנית סירבה לראות בחוזה בטל ורצתה להמשיך בקיומו. המשיבה פנתה לבית המשפט המחוזי שיוציא צו הצהרתי המכריז על בטלות ההסכם והמחוזי נעתר לבקשה ופוסק שהחוזה בטל. על פסק דין זה הוגש ערעור לעליון.

השופט בך קובע כי בסיטואציה הזאת יש **חוזה על תנאי מתלה – קבלת היתרי הבנייה**. הצדדים לא קבעו פרק זמן לקיום התנאי המתלה, ונשאלת השאלה מהו הזמן הסביר (סעיף 29)? השופט בך סבור שלא חלף הזמן הסביר ולדבריו הזמן הסביר הוא הזמן שצפו הצדדים בעת חתימת החוזה. לדברי בך, ניתן - אם היו התפתחויות נוספות, לשנות את ההסכמה הראשונית. כלומר, ניתן לעדכן את משך הזמן הסביר. על עדכונים כאלה אנו למדים מהתנהגות הצדדים. הוא אומר שאילו צפו הצדדים את עיכובי התכנון, ניתן להניח שהם לא היו רואים בעיכוב שנוצר עיכוב לא סביר. בך מייחס לצדדים הסכמה היפותטית לקבל על עצמם מצב מסוים שהם לא באמת חזו. **הוא סבור שהחוזה קיים כיוון שלא חלף משך הזמן הסביר לקיום התנאי המתלה**.

השופט ברק סבור כי מדובר בסיטואציה בה יש חוזה על **תנאי מפסיק – אי קבלת היתר הבנייה**. לדבריו, התנאי המפסיק צריך להתקיים תוך זמן סביר כדי להפקיע את החוזה. ואם לא התקיים, אז קל וחומר שהחוזה נותר בתוקפו. הוא אומר שהצדדים רשאים להאריך את משך הזמן הסביר במהלך חיי החוזה. הוא מסביר כי אילו ביקש אחד הצדדים להפקיע את קיום החוזה, היה הדין עמו אך משלא עשה כן – החוזה עומד בתוקפו ולכן **החוזה תקף**.

לדעת השופט בייסקי (דעת מיעוט) הצדק עם המשיבה. בייסקי הולך צעד אחד רחוק יותר – הוא סבור שהייתה כאן **הפרה על ידי ברוך שמיר**. מבחינתו, היה עליהם להשיג את ההיתר (זו הייתה התחייבות חוזית רגילה שנטל עליו אחד הצדדים) ומשלא השיגו את ההיתר, הפרו את החוזה הפרה יסודית.

פרשנות של פסק הדין של פוחי: בך רואה בחוזה חוזה על תנאי מתלה, ברק רואה בחוזה חוזה על תנאי מפסיק ובייסקי רואה פה התחייבות חוזית רגילה שנטלה על עצמה החברה המערערת. המסקנות שנגזרות מכל סיווג הן שונות. בך – פסק דין בעייתי. הוא רואה בחוזה חוזה על תנאי מתלה (לדעת פוחי זה סיווג סביר של החוזה). הבעיה אצל בך היא בתקופת הביניים. בך אומר שהתחלנו עם זמן סביר מסוים אותו ראו הצדדים בנקודת ההתקשרות, אבל השתנתה המציאות וניתן להניח שאם הצדדים היו צופים את השינויים, הם היו מסכימים להארכת הזמן עוד ועוד. נשאלת השאלה מדוע להגיע למסקנה הזו? לפי בך, צד לחוזה על תנאי כלוא בין הפטיש לסדן. מצד אחד, יש את החובה לקיים חוזים בתום לב, אך מצד שני אתה כבר לא רוצה בחוזה הזה אבל אתה מופחד שבית המשפט יחמיר איתך על כך שלא נהגת בתום לב. פסק הדין של ברק בעייתי פי כמה מזה של בך כי הצדדים לא הפסיקו את החוזה כיוון שלא ידעו שיש כאן תנאי מפסיק כמו שברק חושב. הסיווג של ברק אינו טבעי או הגיוני. **בייסקי (ההחלטה הנכונה ביותר בעיני פוחי**) מצביע על הבעיה בסיווג ההיתר כתנאי ועל הדואליות שקיימת עם תום הלב – כשמדובר בחוזה על תנאי אתה צריך להאריך את התקופות כדי שלא תיתפס כפועל בתום לב. בייסקי רואה בזה חיוב חוזי רגיל שברוך שמיר נטלה על עצמה – להשיג את ההיתר. הוא סבור שלאחר כריתת החוזה הייתה אפשרות להשיג את ההיתר ומשהחברה לא עשתה כך היא בעצם הפרה את החוזה וזה מתנה למשיבה יכולת לבטל את החוזה.

האתגר הפרשני בפסק הדין:

1. השגת הרישיון היא תנאי מתלה – בך (ברוך שמיר)
2. אי השגת הרישיון הוא תנאי מפסיק – ברק (ברוך שמיר)
3. השגת הרישיון היא חיוב חוזי רגיל שאחד הצדדים נוטל על עצמו כחלק מהסדרי הקיום – בייסקי (ברוך שמיר)
4. מצב בו אחד הצדדים, או שניהם, אינם מודעים כלל לצורך ברישיון – טעות (טירקל העלה את הטענה בפס"ד נתיבי אילון).
5. מצב שבו הצדדים מסכימים לבצע, עם או בלי רישיון – חוזה פסול (עלה בפס"ד סולימאני נ' כץ).

כיצד מפרשים? עקרונות ה**פרשנות** הכלליים

1. **לשון החוזה** – מה בדיוק הצדדים ניסו לעשות? תחת איזו חלופה הם סיווגו את היחסים ביניהם? אם לשון החוזה ברורה ומפורשת זה מאוד מסייע לנו.
2. **התנהגות הצדדים** – במקרה שלנו התנהגות הצדדים היא קריטית במובן הזה שהיא יכולה לסייע לנו לדעת אם מדובר בחוזה על תנאי מפסיק.
3. **הנסיבות והתכלית** – בית המשפט ינסה להבין מה הייתה מטרת הצדדים ויפרש את החוזה נוכח מטרה זו.
4. \*ברירת מחדל פרשנית – מצבים בהם יש רישיון על פי חוק או חוק שהחוזה טעון הודעת צד ג' (27(ב)), בהיעדר נתונים לסתור, החזקה תעמוד בתוקפה ונראה בחוזה חוזה על תנאי מתלה.

ע"א 1581/98 נתיבי איילון נ' בשורה

נתיבי איילון מוכרת קרקע לצורך הקמת בניין משרדים. הבעלים של הקרקע היא עיריית תל אביב ונתיבי איילון פעלה מטעם העירייה. לפי סעיף 188א' לפקודת העיריות, כל אימת שרשות מקומית/עירייה מוכרת קרקע, נדרש אישור של שר הפנים. עוברת שנה והקרקע לא נרשמת על שמה של נתיבי איילון וכך היא גם לא עוברת לידי בשורה. בחלוף שנה, בשורה מבקשת לבטל את החוזה.

השופט טירקל קובע שמבחינת האופציות הפרשניות יש כאן תנאי מתלה שלא התממש, התחייבות חוזית רגילה (שהופרה) או טעות. **טירקל מסווג את השגת אישור השר כהתחייבות חוזית רגילה** – על אף החזקה בחוק (שעוסקת גם בהסכמת צד ג'). טירקל רואה סעיף בחוזה שקובע שהמערערת תטפל על חשבונה ברישום הזכויות בנכס על שמה. מסקנתו של טירקל מתחזקת מהתנהגות הצדדים לאחר החוזה. הוא סבור שהתנהגותם מאששת את הפרשנות שהוא מעניק ומסביר שמכיוון שהמערערת נטלה על עצמה להשיג את אישור השר, הרי שנסתרת החזקה בסעיף 27(ב) שכאשר נדרש אישור רשות לביצוע חוזה, מדובר בחוזה על תנאי מתלה. טירקל מוסיף שגם אם היינו מסווגים את הסיטואציה כתנאי מתלה, התוצאה לא הייתה משתנה כיוון שתנאי מתלה נותר תקף לתקופה המוגדרת בחוק כזמן סביר ובעיניו חלף הזמן הסביר. עוד אומר טירקל, שגם אם מנתחים לפי סיווג של טעות, הרי שזו טעות יסודית שמצמיחה זכות ביטול אוטונומית – טעות שהצד השני ידע או היה עליו לדעת עליה וטעות מעין זו מאפשרת ביטול גם ללא התערבות בית המשפט. לכן, **איך שלא מסתכלים על זה, ניתן היה לבטל את החוזה**.

בניסוח חוזה, תמיד כדאי לקבוע זמן סביר כדי לא להשאיר בידי בית המשפט את הפרשנות של מהו זמן סביר. יש להקצות את משך הזמן לקיום התנאי ולא להשאיר את זה פתוח. עם זאת, לעיתים ישנם מקרים שמסיבה עסקית כדאי לא לעשות זאת כאשר משך הזמן יכול להוות מכשול לחוזה.

סעיף 28 – סיכול תנאי

28(א) – במקרה של חוזה על תנאי מתלה, אם אחד הצדדים סיכל את קיום התנאי הוא לא יוכל להסתמך על אי-התקיימותו של התנאי.

28(ב) – במקרה של חוזה על תנאי מפסיק, אם צד אחד גורם לקיום התנאי המפסיק, לא יוכל אותו צד להסתמך על קיומו.

28(ג) – הוראות הסעיף לא יחולו אם לפי החוזה צד הוא בן חורין לסכל קיום תנאי מתלה או לפעול להבאת תנאי מפסיק.

אם מדובר בתנאי מתלה שהוא חלק מהחוזה, הרי ששני הצדדים מחויבים לפעול לקיום התנאי, לקיום החוזה. אם צד מסוים מנסה להכשיל את החוזה על ידי הכשלת התנאי, הוא לא יוכל להסתמך על כך. נניח שמדובר בחוזה בנייה שתלוי בהיתר המועצה וראש המועצה היא קרובת משפחה של צד ב' לחוזה וב' מנצל את קשריו המשפחתיים כדי להניעה לא ליתן היתר. לפי סעיף 28(א), ב' לא יוכל להסתמך על כישלון התנאי כדי להשתחרר מן החוזה. 28(ב) עוסק במצב הפוך בו יש חוזה על תנאי מפסיק. למשל, חוזה בין שני עובדים בבית עסק שהסכימו להתחלף ביניהם במשמרות כל עוד בעל העסק לא יאסור זאת. אחד מהם פנה אל בעל העסק והניע אותו לאסור על חילופי המשמרות, תוך כדי פגיעה בצד השני. גם במקרה זה, הצד שפנה אל המעסיק לא יוכל להסתמך על האיסור לצורך סיום החוזה (כי תנאי מפסיק מביא לחדלות על פי הדין). 28(ג) עוסק במצב מיוחד בו הצדדים הותירו מרחב פעולה רחב, במודע, לצד לפעול להכשלת התנאי במקרה של תנאי מתלה או להבאת תנאי במקרה של תנאי מפסיק. הצדדים בחרו לאפשר לאחד מהם לפעול על פי רצונו. במצב זה הסדרים א' ו-ב' לא יהיו תקפים ואז יחול סעיף 28(ג). מתי ייכנס סעיף 28(ג) לפעולה?

1. הבדלים בכוח המיקוח בין הצדדים – למשל כאשר צד שיכול להשיג היתרי בנייה יותר בקלות.
2. היגיון עסקי – יכול להיות שאחד הצדדים קשור ביותר מחוזה אחד ויש לו כמה עסקאות על הפרק הסותרות אחת את השנייה. אז הוא שומר לעצמו את הזכות לסכל עסקה אחת בהתקיים עסקה אחרת. הרעיון הוא שכל עוד הצד השני מודע לאפשרות הזו, הדין מתיר אופציה כזו.

ע"א 53/80 קיבוץ שניר נ' שרייטר

הייתה כאן התקשרות חוזית בין הקיבוץ לבין קבלן עבודות עפר. מהות ההתקשרות הייתה לנקות ואדי שעבר בקיבוץ. לצורך ביצוע העבודה, צריך היה להשיג היתר. קיבוץ שניר אמור היה לפעול להשגת ההיתר אלא שהוא לא עשה כן. הקיבוץ החל לגרור רגליו ולא עשה כלום כדי שההיתר יינתן. בחלוף פרק זמן מסוים, הקיבוץ סילק את הקבלן בתואנה שאין היתר לביצוע העבודות. הקבלן תבע פיצויים מן הקיבוץ. בית המשפט העליון סיווג את החוזה כ**חוזה על תנאי מתלה**. העליון קבע שבנסיבות המקרה **הקיבוץ סיכל את קיום התנאי ולכן בעצם מנוע מלטעון שהחוזה בטל**. כלומר, לא ייתכן שצד לחוזה יפעל בניגוד להסכמות ולאחר מכן יטען שהחוזה בטל כי לא התקיים התנאי. **אפשר היה להגיע לאותה תוצאה בדיוק באמצעות עיקרון תום הלב**, אלא שבזמן פסק הדין עיקרון תום הלב טרם הורחב לממדים אליהם הגיע היום ולכן היה צורך מראש לחוקק את ההסדרים הללו באופן מפורש.

**חיובים עצמאיים, מותנים ושלובים**

חיובים חוזיים עצמאיים

כאשר החיובים עצמאיים, חבותו של כל צד לחוזה עומדת בפני עצמה. משמעות הדבר היא ש**על צד לקיים את חיוביו, גם אם הצד שכנגד לא מקיים את החיובים שלו**. אותו צד יכול לתבוע את הצד שכנגד על הפרת חוזה, אבל בלי קשר הוא חייב לקיים את חיוביו שלו, אם אלו עצמאיים. דוגמא: בהיעדר התנאה נוגדת, חיוב הדייר לשלם שכר דירה. חיוב הדייר לשלם שכר דירה נחשב כחיוב עצמאי אלא אם כן שינו זאת בחוזה השכירות. המשמעות – גם אם המושכר לא תקין או אם בעל הבית לא עומד בהתחייבויותיו, על השוכר להמשיך לשלם (והוא יכול במקביל לתבוע את בעל הבית).

חיובים מותנים

כאשר החיובים מותנים, תלויה חבותו של צד בכך ש**יקויים תחילה חיוב הצד שכנגד שהוא הבסיס לחיוב הרלוונטי**. אז, הצד השני חייב לקיים (**אפקט הדומינו**). מופיע בסעיף 43(א).דוגמא: חברת צביעה שצריכה לצבוע בית עסק. במצב רגיל, אחריות הביצוע לא מתגבשת כל עוד לא סופקו הצבעים. החברה לא תיחשב מפרה כל עוד הצבעים לא סופקו – מלאכת הצביעה מותנית באספקת החומרים.

חיובים שלובים

חיובים שקיימת ביניהם תלות הדדית (הא בהא תליה) – הם צריכים להתבצע בו-זמנית, בעת ובעונה אחת. **חבותו של צד תלויה בקיום של הצד השני, ולהיפך**. בגלל הקושי הלוגי בהגדרת הזמן לביצוע, הוחלט בפסיקה שחיובו של צד תלוי בנכונותו של הצד השני לבצע את חיובו. דוגמא: סעיף 23 לחוק המכר קובע שבהיעדר התנאה נוגדת, **חיובו של המוכר למסור את הממכר וחיובו של הקונה לשלם הם חיובים שלובים**. במציאות, הסיטואציה הזו לא מעוררת כמעט בעיות.

בהרבה מצבים, השהיית קיום היא הסעד העצמי הכי נגיש וגם הכי חשוב. אמנם אפשר לתבוע על הפרת חוזה, אבל תביעות במדינת ישראל גם לוקחות הרבה זמן וגם מאד יקרות. הסדרת סיווג החיובים קובעת גם באיזה מצב נמצאים הצדדים בכניסה לתביעה. מעבר לכל, בהרבה מצבים גם זכייה בבית משפט לא תבטיח את השבת הכספים - לעיתים, ישנם גופים שהם חדלי פירעון וכו'.

ע"א 75/82 אלתר נ' אלעני

ב-1971 נכרת חוזה בין הצדדים לפיו המערערים ירכשו חנות בבניין שייבנה המשיב. נקבעו ארבעה מועדי תשלום, כאשר החשוב ביותר הוא התשלום השלישי בסך 60 אלף ל"י והוא יועבר על ידי הקונים לידי המוכר עם מכירת חנות שהייתה בבעלות הקונים. בשל נסיבות שונות, הבנייה לא הושלמה בזמן. לאחר 15 חודשים, המגרש עמד בשיממונו. ב-1974 המוכרים מכרו את חנותם אבל לא שילמו את הכסף למשיב כיוון שבניית החנות עליה נכרת החוזה לא התקיימה. המשיב דרש את הכסף בכל זאת. המערערים סירבו לשלם ואמרו כי ישלמו רק אם המשיב יכריז על נכונותו לקיים את החוזה (יתחיל לבנות). המחוזי פסק לטובת המשיב. הסוגיה הזו הגיעה לעליון והשאלה המשפטית הייתה כיצד לסווג את הסדר התשלום. השופט שמגר פסק שאין ספק ש**החיוב בעניין התשלום השלישי הוא חיוב עצמאי ובלתי תלוי בחיובו של הקבלן למסור את הנכס**. שמגר פסק שסיווג החיוב לא השתנה במועד מאוחר יותר ולכן נשאר עצמאי. המערערים ניסו לטעון שבגלל השיהוי של המשיב, השתנה הסיווג והחיוב הפך מחיוב עצמאי לחיוב מותנה. שמגר דחה את הטענה הזו בטענה שאין לה בסיס ולכן הערעור נדחה. **המערערים הפרו את החוזה הפרה יסודית**.

הערת פוחי: לעורך או עורכת דין רגילים זה לא היה צריך לקרות. "טעות של טירונים" – לתת חיוב לתמורה מאד גדולה בעד כלום.

ע"א 594/75 ג'רבי נ' הייבלום

נחתמה עסקה לפיה הייבלום מוכרת לג'רבי פרדס ונקבע בחוזה כי התשלום האחרון מתוך ארבעה בסך 50,000 ל"י ישולם למשיבה ביום העברת הבעלות. המערער החל לגרור רגליים ולא שילם בזמן ובשלב מסוים הציע לשלם למוכרת מחצית מהסכום. בכל אותה העת המוכרת הייתה נכונה להעביר את הבעלות. לבסוף לאחר חלופת מכתבים בין הצדדים, שלחה המוכרת מכתב לקונה ובו הודיעה על ביטול החוזה מחמת הפרה יסודית (מאפשרת לצד השני ביטול אוטונומי ללא פנייה לבית המשפט). המערער הגיש תביעה לאכיפת החוזה אשר נדחתה ומכאן הערעור.

השופט שמגר פוסק בצורה ברורה כי במקרה הזה מדובר ב**חיובים שלובים** ובמקרה כזה אין צד יכול לתבוע את הצד שכנגד על הפרה, אלא אם כן הוא היה מוכן לקיים את חיובו הוא. נכונות לקיים צריכה להיות מוכחת באופן ברור מן הנסיבות. במקרה זה המשיבה הייתה נכונה למלא את חלקה ולהעביר את הבעלות על שם הקונה, אולם הקונה מצדו לא היה נכון לקיים, הציע לשלם רק את מחצית הסכום ומכיוון שכך המסקנה היא ש**המשיבה הייתה זכאית לבטל את החוזה**.

אם היה מדובר בחיובים מותנים, שהעברת הבעלות תבוצע לאחר התשלום, היינו מגיעים לאותה תוצאה כי כל עוד הקונה לא שילם, גב' הייבלום לא הייתה צריכה להעביר את הבעלות. אבל אילו דובר כאן על חיוב עצמאי הרי שהתוצאה הייתה משתנה. לכן, חשוב מאד לשים לב לניסוח ובצעד אלמנטרי וקל ניתן למנוע סיכונים גדולים מהלקוחות.

**סיכול (ס' 18 לחוק החוזים תרופות)**

(א) שינוי נסיבות

(ב) 1. שלא ניתן היה לדעת עליו בכוח או בפועל בעת כריתת החוזה.

2. שלא ניתן היה לצפותו בכוח או בפועל בעת כריתת החוזה.

3. שלא ניתן היה למנעו.

(ג) החוזה הופך בלתי אפשרי לקיום או שונה באופן יסודי וצד אינו מקיים לא תינתן אכיפה ולא יינתנו פיצויים.

ההבדל בין הסיכול לטעות הוא שטעות צופה פני עבר אל ההווה, בעוד הסיכול צופה פני הווה אל העתיד. הבדל נוסף הוא שטעות היא עילת ביטול, כלומר הצד שטעה יעלה את הטענה כדי לבטל את החוזה. הסיכול באופן מסורתי, בשונה מהיום, נתפס כטענת מגן כלומר לא ניתן היה לבקש ביטול חוזה מחמת סיכול, אלא היה על הצד לחכות עד שייתבע ע"י הצד שכנגד על הפרת חוזה ואז להעלות את הסיכול כטענת הגנה. בעבר מרכז הכובד בפסיקה הושם על סוגיית הצפיות, כלומר מה יכלו הצדדים לצפות ומה היה עליהם לצפות. הפסיקה פירשה את מבחן הצפיות בצמצום רב, דבר שהוביל לפסקי דין כגון חירם לנדאו נ' פיתוח מקורות מים: חברה ישראלית שביצעה עבודות באוגנדה, אפריקה. התחוללה מהפכה צבאית באוגנדה וכל הציוד של החברה הישראלית הולאם. כתוצאה מכך לא הצליחו לבצע את העבודות להן התחייבו וכשנתבעו על הפרת חוזה טענו לסיכול. ביהמ"ש קבע כי יש להניח שבעלי העסקים יכלו לחזות שבשלטון דיקטטורי תהא מהפיכה. אפריקה היא יבשת מסוכנת וניתן צפות הפיכות בה.

ע"א 715/78 כץ נ' נצחוני

כץ הוא קבלן משנה שהתחייב לבצע עבודות בפרויקט כקבלן משנה והוא נאלץ להפסיק את העבודה עקב פרוץ מלחמת יום הכיפורים. בעקבות המלחמה, הייתה עליית מחירים תלולה ששינתה באופן קיצוני את עלות הביצוע וכץ נואש כי אינו יכול לעמוד בהתחייבויותיו. כץ פונה לקבלנים הראשיים אך אלה מסרבים להתחשב בכץ ומפנים אותו לתניית המחיר בחוזה שקובעת כי המחיר סופי וללא תוספות. כץ תובע למחוזי בטענת סיכול וביהמ"ש דוחה את הטענה ומכאן הערעור לעליון.

בעליון עולה השאלה האם עומדת לכץ טענת הסיכול? השופט ח' כהן קבע שאומנם כץ לא צריך היה לצפות את פרוץ המלחמה אך **שומה היה עליו לצפות את עליית המחירים**. כהן סבור כי לא משנה מה הביא לעליית המחירים, אלא העובדה שיכולה להיות עליית מחירים. השופט לנדוי קובע כי **כל עוד לא נתכונן שלום באזורנו יש לצפות למלחמה**. על כן טענת הסיכול נדחתה. לנדוי ספג ביקורת על פסק הדין שכן אם אגף המודיעין לא הצליח לחזות את המלחמה איך כץ יחזה זאת? פרופ' פרחומובסקי טוען כי תפיסת הדין הישן, לפיה ניתן לצפות כמעט כל אירוע עתידי, היא בעייתית.

משנות ה-90 חל שינוי בדין ומבחן הצפיות קצת נעלם.

ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון

בין הצדדים נכרת חוזה שעניינו רכישת מסכות אב"כ ישנות. רגב הוא יזם והצליח לסגור חוזה לפיו יקנה את המסכות ב-60 סנט למסכה וימכור אותן לחברה אמריקאית ב-80 סנט. פורצת מלחמת המפרץ וכתוצאה מכך נוצר ביקוש בלתי צפוי למסכות ומשרד הביטחון מפר את ההתחייבות כלפי רגב. כתוצאה מכך רגב מפר חוזה מול החברה האמריקאית שתובעת את רגב ונחתם הסכם פשרה שמחייב את רגב לשלם להם 50,000$. רגב מגיש תביעה למחוזי ומשרד הביטחון מעלה כהגנה את **ההשתחררות המינהלית** - כאן לא עולה השאלה האם הדבר היה צפוי. הציבור בארץ זקוק למסכות ומשרד הביטחון אמור לספק אותן. לכן, לפעמים נשחרר רשות מינהלית מלעמוד בהבטחה. כקו הגנה נוסף העלה המשיב את טענת הסיכול. במחוזי נדחתה טענת הסיכול ויתרה מכך ביהמ"ש המחוזי קבע שמשרד הביטחון יכול היה לספק את המסכות לרגב שהרי אלו לא עבדו ולא הושמדו. יחד עם זאת, הכיר המחוזי ביכולתו של משרד הביטחון להשתחרר מן החוזה עקב צורך ציבורי חיוני. נקבעו פיצויים ע"ס 56,000$ לצורך השבה. חשוב להבין שהנזק כבר קרה וכעת אחד הצדדים יאלץ לקחת אותו על עצמו. רגב מערער על גובה הפיצויים. לגבי הסיכול, השופט אנגלרד טוען שלא פירשו את כץ נ' נצחוני בצורה מדויקת והכוונה לא הייתה שהכל צפוי. מדובר בפירוש נוקשה מדי של ההלכה הפסוקה כי אפילו לנדוי השאיר את האפשרות הזו בצריך עיון. אנגלרד אומר שחייבים לשנות את הגישה לדיני הסיכול לאור עליית עקרון תום הלב וסעיף 39. כלומר נדרשת הגמשה של דיני הסיכול וזאת משום שיש קרבה רעיונית בין הדוקטרינות. **עקרון תום הלב קובע שבמקרים של שינוי נסיבות קיצוני הצד שכנגד חייב להתחשב במציאות החדשה שנוצרה ולא לעמוד על זכותו באופן דווקני**. במקרה שלנו פרוץ מלחמת המפרץ שינה את הלכות היסוד בבסיס ההתקשרות ואת הנסיבה של פרוץ המלחמה לא יכלו הצדדים לצפות מראש (פרחומובסקי מעיר כי קשה לו עם זה שנאמר שמשרד הביטחון לא יכול לצפות מראש את המלחמה) וגם לא למנוע. כתוצאה מכך, האמיר מחיר המסכות ב-1500%. אנגלרד קובע שאין צורך להיכנס לטענת הסיכול כי המשיב נטש אותה אבל בכל זאת הדברים חשובים. בסופו של דבר הערעור נדחה ופסק הדין של המחוזי עמד על כנו.

חשיבות פסק הדין היא הפחתת השימוש במבחן הצפיות והתמקדות במבחן הסיכון - מה הייתה חלוקת הסיכונים שראו הצדדים לנגד עיניהם עם הכניסה לחוזה? מה היה טווח הנסיבות והמחירים שעל בסיסו נכרת החוזה? כעת יש להשיב על השאלה אם השינוי נכנס בגדר טווח זה או נופל מחוצה לו? אם הסיכון הוקצה במסגרת החוזה, יישא בו הצד שלו הוקצה הסיכון. אם מדובר בסיכון שלא הוקצה לשום צד, אזי מדובר בסיכול.

ת"א ירושלים 3531/01 בן אבו נ' מדינת ישראל

בן אבו היא חברת בנייה קבלנית הבונה פרויקט רחב היקף בשכונת גבעת זאב בי-ם. החברה התבקשה להפקיד בידי משרד השיכון 23 מיליון ש"ח כאשר החברה עבדה לפי התחשיב הבא - החברה צפתה קצב מכירות מהיר ובמקרה הגרוע תימכרנה שתי דירות בחודש. כל הדירות היו צריכות להימכר, לכל המאוחר, תוך שלוש שנים. לאחר מכירת שש הדירות הראשונות, פרצה האינתיפאדה וכתוצאה מכך הייתה האטה מטורפת במכירת הדירות ובמהלך האינתיפאדה ואחריה נמכרת רק דירה אחת. חברת בן-אבו מפסיקה להזרים כספים למשרד השיכון וזה לא תובע את החברה על הפרה. המערערת מחליטה להשתמש בסיכול כ"טענת חרב" כלומר כעילה לביטול חוזה, ולתבוע מהמדינה את 23 מיליוני השקלים בחזרה. כב' השופט צבן מאמץ את גישתו של אנגלרד בכך שמחבר את תום הלב לסיכול עקב שינוי הנסיבות. יתר על כן הוא חוזר למבחן הסיכון ובודק מה הייתה התמונה שראו הצדדים לנגד עיניהם בעת כריתת החוזה והאם הציפיות האובייקטיביות קרסו. תשובתו של צבן היא כן ועל כן **מחייב את משרד השיכון להשיב לחברה הקבלנית את הסכומים שהועברו**.

לפני בית המשפט עומדות שתי אופציות אופרטיביות - השבה או שיפוי. המיקוד פה מוסט מהשאלה האם ניתן היה לצפות את האינתיפאדה בכלל לשאלה האם השתנו הנסיבות עד כדי כך שחרגו מן הסיכונים המגולמים בחוזה?

אם המיקוד הוא בסיכון ובעוצמת ההשפעה של האירוע המסכל, הרי שיש קשר מובהק וברור בין תנאי מפסיק לסיכול החוזה. החברה הייתה צריכה לנסח תנאי מפסיק בחוזה לפיו אם ימכרו פחות מ-X  דירות יופסק החוזה. גם רגב היית יכולה לקבוע תנאי מפסיק לפיו אם מחיר המסכות יעלה ביותר מ-50% החוזה יופסק.

**שיעור 13/01/13 - פרשנות**

סוגיית הפרשנות היא סוגיה חשובה המעוררת בהרבה מאוד מובנים. בעבר ניתן היה לתאר את שלבי הפרשנות בצורת פירמידה:
החלק הצר- התערבות בחוזה: חוזה פסול, חוזה המנוגד לחוק, חוזה המנוגד לתקנת הציבור, התערבות מכוח עיקרון תום הלב, התערבות מכוח חוק החוזים האחידים.
החלק האמצעי- השלמה
החלק הרחב- פרשנות
מידת ההתערבות או הסטייה המכוונת של הצדדים הולכת ומתגברת ככל שעולים בשלבים משום שהפרשנות שואפת להתחקות אחר רצון הצדדים ולחשוף אותו. הוספת סדר מכוח השלמה לא תמיד תהווה התערבות גדולה יותר או קשה יותר מאשר פסילת הסדר מכוח התערבות. יש צורך להבין שהפרשנות באה לידי ביטוי בכל נדבך משום שכדי להגיע להשלמה אנחנו צריכים להסיק כי הצדדים התכוונו לדבר מסוים אך לא כתבו אותו. כמעט אף פעם אי אפשר להתחמק מפרשנות. בעת המודרנית, הפרופסור איל זמיר הציע תאוריה חדשה: הפירמידה ההפוכה - התערבות שהייתה נדירה בעבר הפכה להיות מאוד מאוד מרכזית והדבר הוביל לצמצום חופש החוזים. אנו גם רואים נטייה להשלים חוזים ובכל מה שקשור לפרשנות שנועדה להתחקות אחר רצון הצדדים - דווקא יש שם צמצום.
סעיף 25- (א)- חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מן חוזה ובמידה שאינה משתמעת ממנו - מתוך הנסיבות (סעיף זה תוקן בשנת 2011). עיצוב הדין התווה קו פרשני מסוים שכונה במשך השנים בפסיקה, בספרות, "**הגישה הדו-שלבית**".

הגישה הדו-שלבית

1. לשון החוזה
2. אם לשון החוזה לא ברורה, עוברים לשלב ב' ובוחנים את הנסיבות (רק אם איננו מצליחים להתחקות אחר אומד דעתם של הצדדים מתוך לשון החוזה).

ע"א 650/84 שטרן נ' זיונץ

השופטת נתניהו הסבירה את הגישה הדו-שלבית: "הכלל כי אין מקום להשמעת ראיות חיצוניות בדבר כוונת הצדדים כשלשון המסמך הינה ברורה היה נקוט עמנו מאז ומתמיד בעקבות דיני הראיות האנגליים והוא מוצא אישור בלשונו של סעיף 25א' לחוק החוזים ובפסיקה שלאחריו". כלומר, **על הפרשן לתחום עצמו למסמך הכתוב בדבר, כאשר מסמך זה ברור**.

בדיני הראיות יש כלל גדול לפיו לא ניתן לסתור מסמך באמצעות ראיות שבעל פה. כלומר, יש עדיפות ברורה למסמך הכתוב. זאת כיוון שבעל פה ניתן לטעון כל מיני טענות ואילו הכתב מעגן איזושהי מציאות שהתהוותה בנקודת זמן מסוימת ו**אמינותו של הכתוב גבוהה יותר**. סעיף 25א' בעצם מגלם את הכלל הזה לפי נתניהו – ובצדק. זאת כיוון שהסכמתם של הצדדים כפי שנתגבשה בעת כריתת החוזה משתקפת או אמורה להשתקף בחוזה הכתוב בדרך כלל. יש מהימנות גבוהה יותר לחוזה הכתוב – וכך הייתה ההלכה במשך שנים רבות. כל זה היה נכון משך תקופה ארוכה, אבל המציאות המשפטית בכל מה שקשור לפרשנות השתנה. פסק הדין המנחה בעניין הוא פס"ד אפרופים.

ע"א 4628/93 אפרופים שיכון וייזום נ' מדינת ישראל

בעקבות גלי העלייה מחבר העמים בראשית שנות ה-90 נוצרה מצוקת דיור בארץ. נוצר הצורך לספק דיור להרבה אנשים. לצורך ההתקשרויות עם הקבלנים עיצבה מדינת ישראל **"חוזה פרוגרמה"** (חוזה מסגרת) שאמור להיות חוזה-על שבאמצעותו מתעצבות כל העסקאות. חוזה הפרוגרמה חילק את מדינת ישראל לאזורי פיתוח ולאזורים מבוקשים (אזורי יוקרה). כמובן שקבלנים מעדיפים לבנות באזורי יוקרה - בהם קל יותר למכור. היה חשש גדול של מדינת ישראל מעיכובים בבנייה והיה חשש נוסף של עיכובים בהצגת הדרישות לתשלום. מדינת ישראל התחייבה לשלם לקבלנים עבור הבנייה. הוחלט להשית סנקציות על הקבלנים בגין איחור בביצוע ואיחור בהצגת הדרישה לתשלום. מדינת ישראל הבטיחה לרכוש מהקבלנים את היחידות שלא תימכרנה ומצד שני הטילה סנקציות על איחורים. הרעיון היה להפחית מן המחיר שישולם לקבלנים במקרה של איחורים.

חוזה הפרוגרמה עוצב בחופזה, בצורה רשלנית. כתוצאה מכך, **לא פורטה בחוזה סנקציה למקרים של איחור בביצוע באזורי פיתוח**. בעצם לגבי החשש הגדול ביותר מבחינת מדינת ישראל לא פורטה סנקציה. לימים, כשקבלן איחר בביצוע ומדינת ישראל ביקשה להפחית מן התמורה (הפחתה של 5%) הקבלן התנגד כיוון שלא הופיעה סמכות כזו בחוזה. נקבעה סנקציה על איחור בביצוע לגבי אזורי יוקרה, אך לא נקבעה סנקציה כזו לגבי אזורי פיתוח. **מכאן ניתן להניח "הסדר שלילי" – כשרציתם לפרט סנקציה עשיתם זאת**. על הרקע הזה התגלגל התיק עד לבית המשפט העליון, שם אנו נתקלים בשלוש דעות של שלושה שופטים.

**השופט מצא (מיעוט) אומר שהחוזה נוסח בצורה גרועה, אבל אין מנוס מלקבל את לשונו**. **השופט לוין סבור שכאשר לשון החוזה אינה עולה בקנה אחד עם כוונת הצדדים (מקרים שמובילים לתוצאה אבסורדית) יש לסטות מהגישה הדו-שלבית**. לדבריו, לעתים ניאלץ להידרש לנסיבות גם כאשר לשון החוזה ברורה. זה יקרה במקרים חריגים בהם היצמדות ללשון החוזה תוביל לתוצאה אבסורדית, כמעט בלתי אפשרית. הוא סבור שהמקרה של חוזה הפרוגרמה הוא אכן מקרה כזה. לדבריו יש סנקציה גם על איחור בביצוע באזורי פיתוח אף על פי שהחוזה שותק במצב הזה.

השופט ברק מסכים עם השורה התחתונה של השופט לוין לפיה יש לקבל את הערעור, אך יוצא למתקפה חזיתית נגד תורת שני השלבים וטוען כי אבד עליה הכלח.

הכשלים בתורת שני השלבים (לפי ברק):

* הגבול בין לשון לנסיבות תמיד מטושטש
* הגישה הדו-שלבית אינה מתיישבת עם דיני החוזים העכשוויים המעלים על נס את הכוונה הסובייקטיבית של הצדדים.
* הגישה הדו-שלבית אינה מתיישבת עם עיקרון תום הלב.

**ברק מעמיד את הלשון והנסיבות באותה המדרגה ואומר שיש לשלב ביניהם ויחד להגיע ל"פרשנות תכליתית" – לנסות ולהבין מה תכליתם של הצדדים**. כלומר, מטרתם המשותפת לפי עיקרון תום הלב. (ברק מדגים את העניין באמצעות חוזה למכר "סוס" – מכונה).

פוחי תוהה מדוע לא לומר שיש כאן "טעות סופר" ובמקום זאת לבנות תיאוריה חדשה. **פוחי משוכנע שהייתה כאן "טעות סופר"**. **הסיבה שברק לא רצה לראות כאן טעות סופר היא שהוא זיהה כאן הזדמנות להנחיל את משנתו הפרשנית**. לכן, האפשרות של טעות סופר נדחקת הצידה כי אין לה בסיס עובדתי. בעיני פוחי ניתן היה להימנע מכל הפרשה באמצעות "טעות סופר".

לאחר הלכת אפרופים, הנסיבות הועלו לאותה דרגת חשיבות של לשון החוזה. בעצם פסק הדין הזה חשוב מאד מבחינה ראייתית דווקא כי הוא **שינה בכל הקשור לפרשנות חוזים את הכלל שנהג בישראל במשך שנים בנוגע לעליונות ראיות בכתב והעיקרון שלא ניתן לתקוף ראיות בכתב באמצעות טענות שבעל פה**. פסק הדין גם מדגיש את עיקרון הפרשנות התכליתית, אם כי הרעיון של הפרשנות התכליתית כבר היה שריר וקיים גם לפני פסק הדין אלא שהמיקוד היה בלשון החוזה. כאן עולה השאלה האם ה**שינוי** שחולל ברק (פס"דים מאוחרים יותר אימצו את דרכו של ברק ולא את זו של לוין) הוא טוב והאם יצאנו נשכרים מהמהפכה הפרשנית שחולל ברק? **לדעת פוחי, הקו הפרשני של ברק אינו מוצלח**. ברק מסתמך על מקרה אפרופים שהוא מקרה חריג למדי וכדי לחזק את גישתו הוא מביא את משל המכונה והסוס. אך מה זה מייצג? זה לא מייצג שום חתך עסקי מוכר ולגיטימי (בעסקאות כשרות). ההנחה השנייה של ברק, שהיא מרכזית יותר, היא ש**באמצעות הסתמכות על לשון ונסיבות נצליח להגיע ברמה יותר גבוהה של ודאות לתכלית של הצדדים**. זה לא רעיון כ"כ משולל היגיון, אבל יש שתי שאלות שצריכות להישאל והן: האם זה באמת משפר את היכולת שלנו להתחקות אחר רצון הצדדים ביחס ללשון החוזה בלבד? ומה המחיר שאנו מוכנים לשלם כדי להגיע לאמת בכל מקרה ומקרה? לגבי השאלה הראשונה, ברק משוכנע שכן. פוחי יכול לראות הרבה סיבות למדוע הוספת הנסיבות יכולה לתעתע יותר מאשר שתועיל. בשלב שבו מקרה מגיע לבית משפט, יש אי הסכמה בין הצדדים. כל אחד מהצדדים רואה את האמת לפי דרכו. זה ברור שהם לא יסכימו על תכלית החוזה וזה ברור שכל אחד מהצדדים ינסה לאשש את עמדתו תוך הסתמכות על הנסיבות וההיגיון העסקי וכו'. במצב הזה, הוספת הנסיבות עלולה דווקא לתעתע בפרשן כי זה לא מצב רגיל – זה מצב של התעמתות כשכל צד מחזיק בגישה מסוימת. יש בסיס לטעון שדווקא ההיצמדות ללשון החוזה תשקף טוב יותר את תכלית הצדדים כפי שראו אותה בזמן הכריתה. לגבי השאלה השנייה, יש תשובה מאד ברורה – המחיר של השיטה הזו הוא מחיר קטסטרופאלי. יש עלות להידיינות משפטית – גם עלות כלכלית וגם עלות במונחים של ודאות/אי ודאות שמיתרגמת לעלויות משפטיות. גרוע מכך, זה לא מוביל לאיזון כי לא לכל צד יש את אותה יכולת כלכלית. אם לא לכל צד יש את אותה יכולת כלכלית, השיטה של ברק עלולה להביא לעיוות כנגד צדדים שאין להם את המשאבים הכלכליים ללכת לבית משפט ולהתנגד למישהו שמנסה לטעון מכוח הנסיבות שהתכלית שונה ממה שמפורט בלשון החוזה. הפתח הזה יכול לגרום לאי שוויוניות, לעיוותים נוספים. האם מקרים כמו בפרשת אפרופים מייצגים/תדירים? לא, ומשל המכונה והסוס לא מייצג, בטח שלא בעסקאות נורמטיביות. אז בשביל מה לייקר את המערכת ולפתוח פתח לאי שוויון לא רצוי, לעלויות מטורפות, לגריעה במקצוע (היום עורכי דין שמנסחים חוזה בצורה מצוינת לא יכולים לקבל פרמיה רצינית מהלקוח כי תמיד ניתן לטעון שלשון החוזה זו רק נקודה אחת ויש גם את הנסיבות) ולחיות עם שיהוי כל כך ארוך בהליך הודאות. במשפטים, הצדק נאמד גם במונחים של זמן ולא רק במונחים של תוצאה. אם צד צריך לחכות 30 שנה כדי לקבל תוצאה צודקת – זו לא תוצאה טובה.

**פוחי סבור שלאור כל האמור לעיל היה צריך ללכת עם השופט דב לוין שדעתו שיקפה את התורה הדו-שלבית בצורה הכי מדויקת**. לגישתו של לוין, במקרים קיצוניים לא חייבים להרחיק לכת עד כדי כך וגם לפי הגישה הדו-שלבית ניתן היה לסטות מן המסמך הכתוב.

במהלך שנות ה-2000 היה זיק של תקווה שאולי יהיה שינוי בתורת שני השלבים. היו מספר פסקי דין של השופט יורם דנציגר שהעלו את האפשרות שאולי בית המשפט יחזור בו מהלכת אפרופים. אחד מהם הוא פסק הדין הבא.

ע"א 5856/06 אמנון לוי נ' נורקייט

המערער חתם על חוזה עם המשיבה לפיו הוא מוכר לה טכנולוגיה לעיבוד מוצרי בשר + ייעוץ. בתמורה, המשיבה מתחייבת לשלם תשלומים חודשיים שיימשכו גם במקרה של מות המערער או הפסקת הייעוץ. הדרך היחידה בה תוכל המשיבה להשתחרר מן החוזה היא לעבור לעבוד עם ספק אחר המשתמש בטכנולוגיה אחרת. המשיבה מתקוממת על כך שהיא צריכה להמשיך לשלם על שירותי ייעוץ וביקשה פרשנות תכליתית – להשתחרר מן החיובים החוזיים עליהם חתמה.

השופט דנציגר סבור כי על אף האמור, **נורקייט אינה יכולה להשתחרר מן החוזה כיוון שלשון החוזה ברורה וחד משמעית ויש לה משקל מכריע**. לדבריו, אין צורך של ממש להזדקק לנסיבות. דנציגר כן מתייחס לנסיבות – הוא מסביר שבמקור המערער רצה תשלום אחד גדול והמשיבה ביקשה לשלם בתשלומים חודשיים, שישולמו גם אם לא יינתן ייעוץ. דנציגר רואה זאת כהמרה של תשלום אחד ענק בשורה ארוכים של תשלומים קטנים. דנציגר ממחיש את הסכנה בהלכת אפרופים כפי שעוצבה על ידי ברק. זה לא המשיבה לא הבינה על מה חתמה, אלא שברבות הימים הם הרגישו ששילמו למערער יותר מדי ושאינם צריכים את הייעוץ הזה יותר. הם ניסו להסתמך על הנסיבות כדי להשתחרר מהתחייבות חוזית וזה ממחיש את הסכנה שבאפרופים. חוזה חי על פני תקופת ביצוע. עם הזמן, אינטרסים משתנים וצדדים מנסים להפנות גבם להתחייבויות שנטלו על עצמם פשוט כי זה משתלם להם. ואז **המשנה של ברק פותחת להם שער שלדעת פוחי לא היה טעם לפתוח אותו**. לדברי פוחי, החוזה הזה לא נוצר במקרה והוא שיקף העדפה מסוימת של הצדדים בזמן נתון והוא נוסח באופן בו נוסח כדי לכבד את ההעדפה הזו. נורא מפתה להגיד בדיעבד שאין היגיון עסקי בחוזה הזה, אבל בזמן נתון זה מה שהצדדים רצו לעצב.

ע"א 5925/06 אלי בלום נ' אנגלו סכסון

המערער הוא זכיין שזכה ביכולת להפעיל סניף של אנגלו סכסון. לפי הסכם הזיכיון, נקבע כי הזיכיון הוא לצמיתות ושבלום יוכל להשתחרר חד-צדדית מכל סיבה שהיא. לימים, אנגלו סכסון התקוממה וטענה שבשיטה הישראלית יש כלל נגד חוזים לצמיתות ובכלל איך יכול להיות כזה חוסר שוויון שבלום יכול להשתחרר מן החוזה מכל סיבה שהיא לפי רצונו והם לא. אנגלו סכסון ביקשה להשתחרר מן החוזה ודנציגר חוזר בערך מילה במילה על פס"ד אמנון לוי. דהיינו, **כאשר לשון החוזה ברורה וחד משמעית צריך להעדיף אותה**. דנציגר פחד מאד לחרוג ממה שעשה באמנון לוי.

התגובה לא איחרה לבוא. קבוצה של שופטי עליון התאגדה נגד דנציגר. **ריבלין טען שדנציגר ניסה לחרוג מהלכת אפרופים**. בכנס של לשכת עורכי הדין באילת דנציגר נשא את דבריו ואז ברק (שישב בקהל) טען כי העניין של עליונות הלשון הוא "איוולת". מאז, היוזמה לשנות את הלכת אפרופים נמוגה. היה גם ניסיון של המחוקק להתערב.

באופן לא מפתיע הלכת אפרופים די קוממה את עורכי הדין. הפגיעה בוודאות המסחרית לא הייתה עניין של מה בכך בכלל. **הגריעה במקצוע כתוצאה מהלכת אפרופים הייתה משמעותית**, עורכי דין הרגישו שנלקח מהם במידה מסוימת כוח שהיה שלהם והם לא יכולים יותר לגבות את אותה פרמיה על ניסוח חוזי מוצלח וראוי. הלכת אפרופים עוררה הדים רבים. בראיון הפרישה שלו, השופט מצא הביע תקווה שהלכת אפרופים תתהפך. נוצרה דינמיקה לשינוי חקיקתי שהנהיג ח"כ יריב לוין שביקש לשנות את לשון החוק עצמה כדי להגביל את בית המשפט. המהלך התמוסס כמובן.

לבסוף אושר ב-17 בינואר 2011 הנוסח המתוקן הבא: "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". ההר הוליד עכבר. אף אחד לא חושב ברצינות שהשינוי הזה יוביל לשינוי מגמה במשנה הפרשנית של בית המשפט, שזה משנה את הלכת אפרופים. מה שמדהים פה שהיה מהלך חקיקתי שמתבקשת השאלה לגביו לשם מה הוא נעשה כי בפועל שום דבר לא קרה.

ברק צודק כשהוא אומר שבאופן עקרוני לכנסת יש סמכות לשנות את הלכות בית המשפט. יש כאן חוסר סימטריה מטורף – ההתערבות של הכנסת היא יקרה ומסורבלת. הכנסת היא גוף פוליטי שפעולתו גובה מחירים עצומים מבחינה כלכלית וגם מבחינה פוליטית, בעוד שבית המשפט יכול לפעול במהירות מאד גבוהה ובעלות מאד נמוכה. כתוצאה מכך, **הכנסת לא יכולה באמת להתערב כל אימת שבית המשפט פוסק משהו לא לרוחה**. כדי להוציא פסק דין שאינו מוצא חן בעיני הכנסת, בית המשפט צריך רוב של שופטים כדי שיאמצו את פסק הדין. מבחינה פרקטית, **בלתי אפשרי שהכנסת תתקן כל כלל של בית המשפט**. הדברים הללו מובילים לתוצאה "מדאיגה" והיא שבית המשפט לא צריך לדאוג במיוחד שפסקי הדין שלו ישונו על ידי הכנסת. הנקודה החשובה ביותר היא שהדברים האלה לא נקבעים באמת בחוקה או בחוק – הם נקבעים בשטח. כמה בית המשפט מוכן להסתכן ולחרוג ממה שהכנסת רוצה, זה תלוי במאזן הכוח הפנימי בין הרשויות בכל מדינה ומדינה. הפסיקה משקפת מציאות ולא להיפך – כרגע **הרשות השופטת מאד בטוחה בעצמה ולרשות המחוקקת אין יותר מדי נקודת איום על המערכת השיפוטית**. אפילו בנושא של פרשנות משפטית לא הצליחו להעביר את החוק כפי שרצו. קל להפנות את האצבע כלפי בית המשפט אבל **המערכת הפוליטית היא זו שהעלתה את בית המשפט למעמדו** הנוכחי ועכשיו קשה להשיב את הגלגל לאחור. למעשה, גם אם החוק היה עובר במתכונת הראשונה, לא היה לו הרבה סיכוי.

כללים פרשניים:

1. סעיף 25ב' – **פירוש המקיים את החוזה עדיף על פני פירוש שמבטלו**.
2. סעיף25ג' – כאשר קיימת מחלוקת פרשנית לגבי **ביטוי שגור** ומקובל בקהילה עסקית מסוימת שהצדדים חברים בה, פרשנות ומשמעות הביטוי תהא לפי הפירוש השגור והמקובל.
3. סעיף 25 ד' (פחות חשוב) – מפנה לחוק הפרשנות וקובע שהוא יחול גם על דיני חוזים.

עקרונות פרשניים נוספים (לאחר הפרשנות התכליתית)

1. פרשנות הרמונית – העדפה לפרשנות שיוצרת הרמוניה בין כלל הסדרי החוזה. הרעיון הוא לפרש ביטויים זהים או דומים במקומות שונים בחוזה באופן זהה או דומה.
2. פרשנות העולה בקנה אחד עם עיקרון תום הלב – אם ישנן מספר אופציות פרשניות, יש להעדיף את זו הנתמכת בעיקרון תום הלב.
3. פרשנות נגד המנסח – בהינתן מחלוקת פרשנית, נבחר בפירוש הנוגד את עמדת המנסח. זאת משום שלצד המנסח הייתה אפשרות לכתוב באופן מפורש וברור את גרסתו ולהפכה לחלק מלשון החוזה, ומשלא נהג כך הרי שנוצרת הנחה שכוונת הצדדים הייתה לא לכלול את ההסדר הזה. הכלל הפרשני הזה יוצר תמריץ למנסחי חוזה להביע את עמדותיהם על הכתב. זה חשוב במיוחד בחוזים אחידים, שם בדרך כלל הספק, שהוא הצד החזק, הוא המנסח.
4. "תנאי מכללא" – מקורו בדין האנגלי. זה קשור לעניין **"הטרחן המתערב"**. "תנאי מכללא" הם תנאים שלא פורטו בלשון החוזה ואף על פי כן בתי המשפט קבעו שהם חלק מן החוזה. נניח שבעת ניסוח החוזה מופיע "טרחן מתערב" ומעיר את תשומת לב הצדדים לתנאים מסוימים ואז הם טוענים בפניו שתנאים אלה ברורים מאליהם. באפרופים היה אפשר בקלות להגיע לאותה מסקנה מכוח תנאי מכללא שהרי ברור שהתניה של סנקציה על איחור בביצוע באזורי פיתוח קיימת. מדובר ב**מכשיר משפטי שמאפשר לבית המשפט להכניס תנאים לחוזים**. השופט איילון הפעיל את עיקרון זה גם בפס"ד לסרסון. ה"טרחן המתערב" הוא בסופו של יום בית המשפט, כי אם הוא סבור שהסדר מסוים צריך להיות קבוע בחוזה אז הוא מפעיל את עיקרון זה.

**שיעור 16/01/13 - קיום חיובים חוזיים בתום לב**

סעיף 39 לחוק החוזים: "בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי שימוש בזכות הנובעת מחוזה".

כשמדובר על תום לב במשא ומתן, האתגר המרכזי היה ששני הצדדים במובן מסוים עדיין זרים זה לזה. ככל שמתקרבים יותר אל ההסכמה החוזית, כך גוברת החובה לנהוג בתום לב. בניגוד לתום לב במשא ומתן, סעיף 39 מדבר על מצב בו אנחנו כבר בתוך החוזה. כאן עיקרון תום הלב בעצם מתלבש על חיובים חוזיים קיימים וזכויות חוזיות כפי שהצדדים עיצבו אותן. מצד אחד, ניתן לומר שזה מהלך שקל יותר לחיות איתו שהרי הצדדים כבר הסכימו להיכנס למיזם משותף, הם הפכו שותפים החותרים אל מטרה מסוימת מכוח החוזה. מצד שני, ניתן לומר שסעיף 39 הרבה יותר בעייתי. זאת משום שכבר יש רשימת הסכמות בין הצדדים, הדברים נאמרו – במקרים מסוימים נכתבו – בצורה ברורה ובהסכמת שני הצדדים ויחד עם זאת עדיין רוכב על החוזה מעין ענן ענק שנקרא תום לב, שמעמעם את החובות והזכויות של הצדדים זה כלפי זה ולהיפך. זה פוגע בעמימות ובמקום מסוים זה יכול גם לסתור את תחושת ההגינות הבסיסית שנוצרת מעצם החוזה.

ע"א 391/80 לסרסון נ' שיכון עובדים

חברת שיכון עובדים היא חברת בנייה שבנתה בניין רב-קומות ועל פי חוק, בניין כזה מחויב ביצירת מקום לגנרטור ולגנרטור. מטרת הגנרטור היא מטרה ציבורית מובהקת – בבניין כזה יש צורך במקור אספקת חשמל נוסף (מעלית וכו'). אלא שלא הותקן גנרטור. שיכון עובדים טוענת שאין בחוזה תנאי המחייב אותה להתקין גנרטור, אלא רק ליצור מקום לגנרטור. הדיירים טוענים שהחוק לבניינים גבוהים מחייב התקנת גנרטור ומבקשים להתקין אחד. המקרה הזה מגיע עד לבית המשפט העליון. פוחי טוען שזה תמוה – למה שיכון עובדים הוציאו כל כך הרבה כסף על המשפט ולא פשוט התקינו גנרטור? בייסקי, בן פורת ואיילון מגיעים בסופו של הליך לאותה תוצאה – ש**יש להציב גנרטור**. אלא שהם נחלקו לגבי הדרך המשפטית הנאותה.

השופט בייסקי טוען שהחוק אינו מחייב את החוזה. בעיני פוחי זו אמירה תמוהה כי המצבים האפשריים הם או שה**חוזה נוגד את החוק** (ואז החוזה פסול) או שאפשר להוסיף **פרשנות** (עדיף פירוש שמקיים את החוזה מאשר פירוש שמבטל את החוזה). הפרשנות שמקיימת את החוזה היא שהצדדים כן התכוונו להכניס גנרטור. אופציה נוספת היא **תקנת הציבור** – יש כאן עניין של מפגע בטיחותי ובוודאי שגם אם הוא לא חוזה הסותר את החוק, יש איתו בעיה קשה שהוא נוגד את תקנת הציבור. בכל זאת, **בייסקי מעדיף לומר שיש להתקין גנרטור מכוח עיקרון תום הלב**, לפי סעיף 39 לחוק החוזים. המהלך של בייסקי הוא מהלך של השלמה ולא של פרשנות. לדברי בייסקי, **עיקרון תום הלב מאפשר יצירת חיוב חוזי חדש**.

השופטת בן פורת טוענת, מכוח **פרשנות**, שלא סביר שהצדדים ביקשו לנסח חוזה הסותר את הוראת חוק בניינים גבוהים. לטענתה, לא ניתן ליצור חיוב חדש מכוח עיקרון תום הלב. פוחי סבור שהמהלך של בן פורת הוא מהלך אלגנטי שלא סותר את החוק.

השופט איילון משתמש בנושא של **תנאי מכללא**. איילון אומר שמכיוון שמדובר בחברה מכובדת שלא תרצה לעבור על החוק והרי שבהתחשב בגודל החברה ובהינתן הוראות החוק, **ניתן להניח שהצדדים התכוונו למלא אחר הוראות החוק**.

בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה

מצד אחד יש חברת תחבורה ומצד שני יש את העובדים המיוצגים על ידי פועלי באר שבע. יש עיצומי עבודה ושביתות הפוגעים בפעילות החברה. יש איסור לאסור שביתות בחוזה העבודה משום שמדובר בתניה בלתי חוקית, ישראל מכירה בזכות השביתה. בהיעדר מקל, מוצע גזר – תשלום עודף אם אין השבתות. באופן עקרוני זה יכול להביא לאותה תוצאה, תלוי מה הבונוס שמוצע. העובדים פותחים בשיבושי עבודה והחברה שוללת מהם את הפרמיה בגין אי-השבתה. בחוזה לא נקבעה חובת יידוע (על השבתה), בפועל העובדים הודיעו חצי שעה לפני פתיחת השביתה. העובדים התקוממו על כך שנלקחה מהם הפרמיה וטוענים שלא הייתה עליהם חובה להודיע. חברת האוטובוסים טוענת שזה אולי לא היה כתוב בחוזה, אבל הייתה חובה להודיע מכוח עיקרון תום הלב. בית הדין הארצי לעבודה פוסק לטובת העובדים וקובע שהיה על החברה לכלול חובת יידוע בחוזה עצמו ובהיעדר תניה כזו לא הייתה חובה על העובדים ליידע.

המקרה מגיע לבג"ץ והשאלה המשפטית החשובה היא האם ניתן ליצור כאן חיוב מכוח ס' 39? השופט ברק מסביר כעניין התחלתי מהו עיקרון תום הלב ומה משמעותו וקובע כי **עיקרון תום הלב משנה את יחסי הצדדים והופך אותם מיריבים לשותפים בעלי מטרה מאוחדת, אותה הם שואפים להגשים**. ברק קובע שחובת תום הלב בעלת אופי אובייקטיבי. כלומר, מדובר בסטנדרט של 'מה ראוי' וכך עליה להתפרש. הוא מסביר שלא ייתכן שרמת תום הלב תשתנה מחוזה לחוזה או מסיטואציה עסקית אחת לאחרת או שתותאם לפי הצדדים ואופי ההתקשרות, אלא תוכן החובה מושתת על ערכי החברה הישראלית. לדבריו, את עיקרון תום הלב יש לפרש באופן אובייקטיבי מוחלט. ברק גם מסביר שעיקרון תום לב חל על כל סוגי הזכויות והחיובים הנובעים מחוזה וכן על זכויות וחיובים מכוח דין (ס' 61 לחוק החוזים – החובה לנהוג בתום לב לגבי חיובים וזכויות מכוח דין).

**ברק מפעיל את סעיף 39 כדי ליצור חיוב חוזי חדש – חובת היידוע**. הוא קובע ש**היה על העובדים ליידע מכוח עיקרון תום הלב**. אז עולה השאלה האם העובדים מילאו אחר ההתחייבות ליידע בתום לב וברק אומר ש**הודעה חצי שעה לפני ההשבתה אינה עולה בקנה אחד עם עיקרון תום הלב**.

בשורה התחתונה קובע ברק ש**העובדים לא זכאים לפרמיה** ומסביר שבניגוד לס' 12 שקובע מהי הסנקציה במקרה של היעדר חוסר תום לב במשא ומתן, ס' 39 לא מפרט את רשימת הסנקציות. לכן, בית המשפט מחזיק בסמכות רחבה לעצב את הסנקציה/הסעד בהתאם לנסיבות.

לפוחי קשה עם זה שיוצא שהעובדים הפרו את עיקרון תום הלב פעמיים. ברק לא לוקח בחשבון שיש כאן אלמנט חדש, מפתיע, שהעובדים וגם בית הדין הארצי לעבודה לא היו מודעים לו. לבית הדין לעבודה יש נטייה מסוימת לטובת עובדים, אבל בכל זאת גם הוא לא ראה חובת יידוע מהסוג הזה. לדעת פוחי יש הבדל בין מצב שבו החוזה מפרט הסדר מסוים ונשאלת השאלה איך צריך למלא אותו מכוח עיקרון תום הלב. במקרה שלפנינו היה כוח כפול לעובדים – ראשית, ברק יוצר חובת יידוע מכוח עיקרון תום הלב ואז הוא אומר שהעובדים לא עמדו בה. בעיני פוחי זו החמרת יתר. העובדים לא עמדו בחובת היידוע משום שהם לא ידעו עליה – היא לא הייתה מפורטת בחוזה. נוצר פה חיוב חדש שאף צד לא ידע עליו ואז גם מחמירים עם הצד שלא ידע אותו. תקדימים אפשר להפעיל מכאן והלאה, אבל מה עם הצדדים הספציפיים?

סנקציות בגין הפרת החובה לנהוג בתום לב על פי סעיף 39

1. בית המשפט יכול להורות על הצד שפעל בחוסר תום לב לשלם **פיצויים** לצד השני (חוסר תום לב = הפרת חוזה רגילה).
2. בית המשפט יכול לצוות על אכיפה, כלומר להורות לצד שפעל בחוסר תום לב **להתנהג כפי שהיה עליו להתנהג אילו נהג בתום לב** בקיום חיוביו או זכויותיו. נניח שצד סבר שהצד שכנגד היה חייב לשלם לו סכום כסף עד ה-1 בינואר 2013 וסירב לקבל את הכסף שבוע לאחר מכן, בית המשפט יכול לומר שאחרי שאנו מפעילים את עיקרון תום הלב אנו מגיעים לתוצאה שהיה על הצד לקבל את הכסף גם בחודש איחור וההתעקשות לא לקבל את הכסף נגועה בחוסר תום לב.
3. **שלילת הזכות לאכיפה או לפיצויים** מן הצד שנהג בחוסר תום לב. נניח שצד א' אמור היה לקיים חיוב מסוים בהתקשרותו עם צד ב' עד ה-15 בינואר ולא קיים, צד ב' תובע את א' על הפרת חובה ומבקש מבית המשפט שיחייבו לקיים או לשלם פיצויים. א' טוען להגנתו שב' עומד על זכות חוזית בחוסר תום לב. אם בית הספר יסבור שהחוק עם צד א', תישלל מב' הזכות לפיצויים או לאכיפה.
4. מתן כוח לצד שנפגע מההתנהגות בחוסר תום לב לסטות מחיובי החוזה ולבצע פעולות שלא היו מפורטות בו והיו נחשבות אחרת לפעולות מפרות. בית המשפט יכול **ליצור זכויות וחיובים חדשים** כדי להיטיב עם הצד הנפגע.
5. **שלילת כוח חוזי או חוקי** מן הצד שפעל בחוסר תום לב והעברתו לצד שכנגד או לבית המשפט. נניח שבית המשפט מחליט שמוכר דירה פועל בחוסר תום לב כאשר הוא מסרב לבצע העברת בעלות על הדירה בפנקסי הרישום (כוח שיש רק לבעלים של הדירה), יכול בית המשפט לומר שהוא שולל מבעל הדירה את הכוח שיש לו מכוח דין ומעבירו לקונה.

נוצר מצב לא בריא שרשימת הכוחות של בית המשפט כאשר מדובר בהפרת החובה לנהוג בתום לב רחבה יותר ומגוונת יותר מן הכוחות וסמכויות הפעולה שיש לו כאשר מדובר בהפרות סטנדרטיות. אם בית המשפט קובע שצד מסוים התנהג בחוסר תום לב זה שקול להפרת חוזה.

כשמדובר בדיני סעדים ותרופות, הרי שהשאלה המרכזית היא למה זכאי הצד הנפגע? כלומר, אילו סעדים נותן החוק בידי הצד הנפגע? כדי להגיע לשאלת הסעדים, עלינו לעבור כברת דרך מסוימת – כריתת חוזה, הפרה (אי ביצוע חיוב חוזי בכפוף לעיקרון תום הלב היוצק תוכן בסעיפי הביצוע) ורק אז מגיעים לשאלת הסעד.

החוקרים האמריקאים פולר ופרדו זיהו שלושה אינטרסים שמעצבים את דיני הסעדים:

1. אינטרס ההשבה - מטרתו היא להשיב כספים ונכסים שהועברו בין הצדדים מכוח החוזה, כך שהצד הנפגע יקבל בחזרה כל סכום כסף או רכוש שהעביר לידי הצד המפר.
2. אינטרס ההסתמכות – האינטרס הקלאסי בדיני נזיקין. השבת הצד הנפגע למצב בו היה לפני כריתת החוזה.
3. אינטרס הציפייה או הקיום – האינטרס הקלאסי בתחום דיני החוזים. המטרה היא להעמיד את הצד הנפגע במצב בו היה אילו קוים החוזה. אפשרות אחת היא חיוב הצד המפר בקיום החוזה (אכיפה) ואפשרות אחרת היא פיצויי קיום.
4. אינטרס עשיית העושר (אינטרס נוסף שהם לא זיהו) – זה לא אינטרס חוזי מובהק אם כי הוא שולב בתוך דיני החוזים. המיקוד של אינטרס זה הוא אחר – הוא מתמקד במפר ולא בנפגע. המטרה היא לשלול מן המפר את הרווח שצבר בזכות ההפרה ולהעבירו לנפגע.

שלושת האינטרסים הראשונים מתמקדים בנפגע, כשכל אחד מהם מתמקד בנזק אחר.

דוגמא: נניח שיש חוזה בין שמעון לבין לוי, לפיו שמעון מתכוון לרכוש מלוי שולחן אוכל גדול שעלותו 6,000 ₪. עלות הביצוע עבור לוי היא 5,000 ₪ וערך השולחן עבור שמעון הוא 8,000 ₪ (שמעון ציפה לקבל רווח של 2,000 ₪). שמעון שילם 3,000 ₪ במעמד חתימת החוזה כמקדמה. השאר אחר כך. שמעון מיידע את לוי שבכוונתו לרכוש מערכת תאורה המתאימה לשולחן, אך לא לשום מטרה אחרת, בסך 1,500 ₪ וכך הוא עושה. לוי הפר את החוזה.

בדוגמא זו ההשבה היא השבה של 3,000 ₪ לשמעון, כלומר השבת המקדמה. סעד ההשבה הוא ביטול החוזה שגורר השבה. שמעון יכול להסתפק בסעד הזה. אינטרס ההסתכמות זה אומר השבה של 3,000 ₪ + פיצוי בסך 1,500 ₪ (כי אין מה לעשות עם מערכת התאורה ללא השולחן) לשמעון. לפי אינטרס הציפייה או הקיום, לוי צריך להשיב לשמעון 3,000 ₪ (מקדמה) + 2,000 ₪ (הרווח החוזי) + 1,500 (מערכת התאורה) = 6,500 ₪. לגבי אינטרס עשיית העושר, נניח ששרי הריסון הציעה ללוי 15,000 ₪ עבור השולחן ולכן הוא הפר את החוזה מול שמעון (הרווח של לוי הוא 10,000 ₪). במקרה זה, לוי יצטרך להעביר 9,000 ₪ לשמעון (הפער בין 15,000 ל-6,000 בשני החוזים).

**האינטרס שאנו הכי רוצים להגן עליו בחוזים הוא אינטרס הקיום – להעמיד את הצדדים במצב אליו הם שאפו להגיע**. הבעיה היא להוכיח מה אינטרס הקיום. שמעון יכול לטעון בבית המשפט שציפה לקבל רווח גדול יותר. הבעיה היא שזה מידע פרטי ואין דרך אמיתית לוודא כמה נזק באמת נגרם לשמעון. בית המשפט לא יכול לוודא את המידע הזה. אם כך, **הפתרון המועדף הוא אכיפה כי אכיפה לא דורשת מבית המשפט לדעת את המידע הפרטי של שווי הקיום עבור הצד הנפגע**. יש פתרון אינפורמטיבי אדיר לאכיפה. מצד שני, יש גם בעיה קשה ואמיתית עם אכיפה – ראשית, זה לא תמיד אפשרי. שנית, כשנתגלע סכסוך, הצד הנפגע לא תמיד רוצה אכיפה (לא רוצה שלוי יבנה לי את השולחן יותר). הצדדים היו פעם שותפים שחותרים לאותה הפרה, אבל לאחר ההפרה אין ביניהם כבר אמון. בעיה שלישית היא הבעיה של ממד הזמן. אכיפה בתום הדיינות משפטית אינה שוות-ערך ברוב המקרים לקיום בזמן על פי החוזה. לדוגמא: חוזה לרכישת דירה. הקבלן באיחור של תשע שנים. בית המשפט יכול להורות על בניית הדירה בכל זאת. אבל עברו עשר שנים בהן הנפגע שילם שכר דירה והוציא הוצאות מטורפות.

בהרבה מקרים, **אם פוסקים אכיפה, חייבים לשלב אותה בפיצויים על הוצאות שנספגו כתוצאה מן האיחור בקיום**. במקרים בהם אין אפשרות אכיפה, לא נותר לבית המשפט אלא לפסוק פיצויי קיום והחישוב כאמור אינו פשוט. קל, מבחינה תיאורטית, לומר שאנחנו נפצה את הנפגע כך שיימצא בדיוק באותו מצב בו היה נמצא אילו קוים החוזה, אבל מעשית זו משימה לא קלה והיא כרוכה בהידיינות ארוכה. יש פער אמיתי בין התיאוריה לפרקטיקה.

באופן אידיאלי, אנחנו רוצים להגיע לאינטרס הציפייה והקיום אבל שם הכי קשה לאמוד את גובה הפיצוי. **לא קל לדעת כמה היה שווה הקיום לצדדים**. זה מסביר מדוע אנשים מסתפקים בסעד נמוך יותר אבל שהוא קל יותר להוכחה (השבה/הסתמכות). צריך לחשוב מה הכי כדאי ללקוחות לעשות – לא תמיד שווה ללכת על אינטרס ציפייה או קיום.

בעשיית עושר, הנפגע יוצא נשכר. למעשה, במצבים מסוימים הוא "צריך לקוות שתופיע שרי הריסון". אין פה פגיעה בשרי הריסון, כי היא כן תקבל את השולחן. הנפגע בסופו של דבר יהיה לוי.

**שיעור 17/01/13 – אכיפה (שיעור עם איתי המתרגל)**

הרעיון המרכזי שעומד מאחורי אכיפה הוא אינטרס הקיום. אכיפה מאפשרת לנו לקיים את ההסכם. מישהו מפר את ההסכם ובית המשפט מכריח אותו לקיים את ההסכם. כאשר מישהו נפגע מהפרת חוזה, יש לו אפשרות לבקש פיצויים ויש לו אפשרות לבקש אכיפה (קיום של החוזה). לא בהכרח שבית המשפט יסכים לתת לו את האכיפה. בהתקיים סייגים מסוימים בית המשפט לא ייתן אכיפה. בשונה מביטול, אכיפה הוא סעד שבית המשפט נותן. פונים לבית המשפט – ובית המשפט בדרך כלל ייטה לתת אכיפה כדי לקיים את אינטרס הקיום. נטל ההוכחה לקיומם של הסייגים הוא על כתפו של המפר. אכיפה מקלה גם בכימות הפיצויים.

סעיף האכיפה מבחין בין ארבע סוגים שונים של צווי אכיפה:

1. צו לחיוב כספי – על פי החוזה, אני אמור לקבל סכום מסוים ולא שילמו לי – בית המשפט יכול להוציא צו המחייב את הצד שכנגד לשלם את אותו חיוב כספי.
2. צו עשה – בית המשפט יכול לחייב אותי לתת את הנכס שהתחייבתי לתת על פי החוזה ולא נתתי.
3. צו לא תעשה – כאשר החיוב שלי הוא חיוב להימנע מלעשות משהו ובית המשפט מוציא צו שמחייב אותי לפעול על פי החוזה ולא לעשות משהו שהתחייבתי לא לעשות.
4. צו לתיקון תוצאות ההפרה או לסילוקן – חיוב נוסף מעבר לחוזים הרגילים (למשל מינוי כונס נכסים שמסייע לקיים את החוזה המקורי).

יש זהות בין צו לביצוע חיוב כספי לבין פיצויים. אכיפה כפופה לסייגים מסוימים (ס' 3 לחוק החוזים תרופות). מנגד, לגבי פיצויים יש כל מיני חובות (הקטנת נזק, אשם תורם). כאשר מבקשים אכיפה של חיוב כספי זה שונה מאשר כאשר אני מבקש פיצויים על הפרת חוזה (השוני הוא במשטרי האחריות).

סעיף 3 לתרופות לחוק החוזים קובע **סייגים לקיום האכיפה**:

1. **חוזה שאינו בר-ביצוע**. לדוגמא: התחייבתי למכור נכס אבל הנכס הושמד ולכן אי אפשר לחייב אותי למכור אותו. דוגמא נוספת: עסקאות נוגדות במקרקעין. יצוין כי גם חוזה פסול נכנס לעיתים לקטגוריה של חוזה שאינו בר-ביצוע. גם במקרים בהם החוק עליו הושתת החוזה שונה, בית המשפט יכול להכריז על החוזה שאינו בר-ביצוע.
2. אכיפת החוזה היא **כפייה לעשות או לקבל עבודה אישית או שירות אישי**. לדוגמא: אם אני מעסיק עוזר אישי ועכשיו החלטתי לפטר אותו למרות שבחוזה עצמו הוא מועסק לשנה שלמה. בית המשפט בדרך כלל לא ייתן אכיפה ויכפה את העבודה בין השניים ("ריח של עבדות עולה מזה"). יהיו סנקציות אחרות על פי החוזה אבל לא יחייבו את אותו אדם להמשיך לעבוד. עם זאת, ישנם מקרים שלמרות ההוראה הזאת כן תהיה אכיפה.
3. **ביצוע צו האכיפה דורש מידה בלתי סבירה של פיקוח מטעם בית משפט או לשכת הוצאה לפועל**. לדוגמא: יש חוזה לבניית מבנה ואותה חברה מפסיקה לבנות את המבנה. מישהו שרכש את הפרויקט מבקש לאכוף את הביצוע. הסייג אומר שאם יש עלויות גבוהות מדי של פיקוח על ביצוע החוזה, בית המשפט לא ייתן אכיפה. זה מתייחס לחוזים מורכבים – בעיקר חוזי בנייה.
4. **אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין**.

אייזמן נ' קדמת עדן (חוזה שאינו בר-ביצוע, קיום בקירוב)

אייזמן רוכש דירת נופש מקדמת עדן. חברת קדמת עדן נקלעת לקשיים כלכליים ומוכרת זכויות לחברת עונות. עונות מבטלת את כל חוזי הרכישה מלבד חוזים בודדים. הוצע לאייזמן לסגת מהעסקה ולקבל בחזרה את הכסף ששילם (ביטול והשבה) אך הוא סירב ועמד על זכותו לבקש ביצוע. חברת עונות בונה בסטנדרטים גבוהים יותר ולכן מבקשת תוספת תשלום. אייזמן מסרב. מדוע אייזמן פועל כך? 1. אייזמן לא ביקש את ההשבחה וגם אין לו צורך בה. 2. אייזמן מתנהג בצורה אסטרטגית. הוא מוכן לדירה משודרגת אך מעדיף לנסות ולקבל תמורה גבוהה יותר עבור פחות כסף ולכן דורש לעמוד על החוזה המקורי. אך הבעיה היא שהוא אינו היחידי בעסק הזה. יש עוד כ-30 רוכשים שנמצאים באותו המצב. לבית המשפט אין אפשרות לקיים את החוזה במתכונתו הנוכחית. גם אם אייזמן פועל בתום לב, עדיין מבחינה מציאותית לא ניתן לספק לו את מה שהוא מבקש. השאלה היא האם בית המשפט יכול להורות לאייזמן לשלם מחיר גבוה יותר תמורת הביצוע בסטנדרט של עונות? השופט אנגלרד: דוקטרינת **הביצוע בקירוב** שנלקחה מתוך דיני היושר (Equity) ונמצאת במשפט הישראלי מקדמת דנא, תקפה גם היום, לאחר חקיקת חוק החוזים ולה שני מקורות אפשריים: עיקרון תום הלב וסעיף 4. ברור שבית המשפט יעלה את עיקרון תום הלב ויטען שאייזמן פועל מתום הלב. סעיף 4 קובע שבית המשפט רשאי להתנות את אכיפת החוזה בקיום חיוביו של הנפגע או בהבטחת קיומם או בתנאים אחרים המתחייבים מן החוזה לפי נסיבות העניין. לפיכך, ניתן למצוא עיגון חקיקתי לדוקטרינת הביצוע בקירוב. **דוקטרינת הביצוע בקרוב נותנת כוח לבית המשפט להורות על ביצוע החוזה לא לפי המתווה המקורי, אלא תוך התאמות מסוימות כל עוד מדובר בסטייה לא מהותית מהחיוב המקורי**.

צרי נ' בית הדין הארצי לעבודה (עבודה אישית או שירות אישי)

התיק עוסק ב: א. עבודה התלויה בתכונותיו ובכישוריו של העובד ולא ניתן להעבירה לאחר. ב. נדרש שיהיה קשר ישיר בין העובד למעביד.

לכן, אם מדובר במפעל קטן בו יש רוח צוות וכולם נסמכים זה על זה הרי שבמסגרת ארגונית כגון זו תהיה נטייה לראות בסיטואציה חוזה עבודה אישי או שירות אישי והנטייה אפוא של בית המשפט תהיה שלא להורות על אכיפה מכוח החריג של כפייה של עבודה או שירות אישי. לעומת זאת, אם מדובר במסגרת עבודה גדולה או אנונימית למדי בה היחסים האישיים לא משחקים תפקיד מרכזי הרי שניתן יהיה להורות על אכיפה.

בפס"ד פרומר נ' רדגארד, פרומר ביקש לעזוב ולעבור לחברת צ'ק פוינט. בהינתן העובדה שהוא שימש במשרה בכירה ברדגרד, יש לקבוע שמדובר בחוזה עבודה אישי. אפילו במסגרות עבודה גדולות, מול הבכירים ביותר, יחסי העבודה הם יחסים אישיים. יש הבדל בין מי שנמצא בצמרת הארגונית של החברה לבין פועל בפס הייצור. צריך להסתכל לא רק על המסגרת אלא על מקומו של העובד הספציפי בתוך המסגרת. כמו כן, במקום להוציא צו אכיפה שיורה על פרומר להמשיך לעבוד ברדגארד, הם דרשו מבית המשפט להוציא צו שימנע ממנו לעבוד בחברה מתחרה. זה צו עוקף של חריג זה (מעין צו לא תעשה), אך מדובר בנתיב מוגבל וזאת בשל חוק יסוד חופש העיסוק. ניתן לנסות להוציא צו מניעה אך הוא צריך להיות סביר בנסיבות העניין ואינו יכול להיות גורף מדי.

עוניסון נ' דויטש (מידת פיקוח בלתי סבירה)

קונים רוכשים דירות מחברה קבלנית. החברה מגלה שהעלויות גבוהות יותר מאשר סברה מלכתחילה ומבקשת להעלות את המחיר. הקונים מסרבים (במקרה זה, החברה הקבלנית עצמה רוצה יותר כסף, בניגוד לפס"ד אייזמן נ' קדמת עדן שם חברה חדשה רצתה מחיר גבוה יותר). הקונים לא מסכימים לשינוי המתווה המקורי ומגישים תביעה למינוי כונס נכסים שישלים את המיזם ויספק להם את הדירות. החברה הקבלנית מתנגדת. בית המשפט המחוזי פוסק לטובת הרוכשים ומאפשר **אכיפה באמצעות מינוי כונס**. החברה הקבלנית מערערת לעליון בטענה שסעיף 3(3) צריך למנוע אכיפה בנסיבות העניין. השופט ברנזון קובע כי צו אכיפה יינתן כאשר:

1. העבודה מפורטת דייה.
2. פיצויים לא יפצו את הנפגע בצורה מספקת.
3. הקרקע עליה צריכה להתבצע העבודה בידי הקבלן.

בשורה התחתונה, הערעור של החברה הקבלנית נדחה וצו מהמחוזי נותר בעינו.

התייחסות לפסיקה:

* רמת הפירוט צריכה להיות גבוהה, כי אחרת ייווצרו סכסוכים לגבי מהות הביצוע. ללא פירוט מספיק עלות הפיקוח תהיה מטורפת. גם פירוט רב לא מבטיח תוצאה טובה משום שעדיין יש את בעיית המוטיבציה.
* לגבי הפיצויים שלא יפצו את הנפגע בצורה מספקת, מראש יש לנו נתון של העדפת הנפגע. הרוכשים יכלו לבחור בפיצויים מלכתחילה, אך בחרו אכיפה. התנאי הזה בעצם קובע שבימ"ש יבקר את שיקול הדעת של התובעים ויבדוק שוב האם פיצויים לא יכולים להיות סעד הולם.
* לגבי הקרקע, ברנזון תובע כי הקרקע תהיה בידי הקבלן, כי אם היא תהיה אצל צד ג' יותר קשה להורות על אכיפה.

ביקורת המרצה גדעון פרחומובסקי: השופט ברנזון בהסתמך על מלומד אנגלי טרייטל, קובע דברים שאינם מבוססים. המגמה שלו היא שמגזימים בקושי שכרוך בפיקוח על האכיפה. לדידו, אכיפה זה לא דבר שקשה להוציא מהכוח אל הפועל, ולדעת המרצה הוא טועה. חובות חוזיות מושתתות על אמון, וברגע שאין אמון העסק הופך למסובך.

**שיעור 17/01/13 – ביטול והשבה**

אפשר להתייחס אל ביטול כאל סעד עצמי שמתופעל על ידי משלוח הודעת ביטול. למרות שסעד הביטול מעוצב כסעד להפעלה עצמית, פעמים רבות עדיין יכולה להיות הידיינות בשני מצבים:

1. אם הביטול נעשה שלא כדין. **רק הפרה יסודית מקנה זכות ביטול אוטונומית**. אם ההפרה אינה יסודית, יש לבטל באמצעות בית משפט. עיקרון תום הלב מוסיף רובד של אי ודאות – הוא מעמעם את המשמעות האופרטיבית של חיובים מכוח חוזה וזכויות מכוח חוזה. כלומר, מכוח עיקרון תום הלב, לפעמים צד יהיה מצופה למחול על ההפרה או לפחות לא להחמיר עם הצד שכנגד. כתוצאה מהעמימות שנוצרה ועדיין נוצרת **מכוח החלת ס' 39 קיים חשש שאם פועלים באופן מהיר מדי לביטול חוזה באופן עצמאי, יכול לקרות שהצד שחשב שהוא הנפגע יהפוך לצד הפוגע והמפר.**
2. אם הצד השני חולק על הזכות לבטל – מתנגד לביטול.
3. לעיתים יהיה צורך בהתערבות בית המשפט כדי להסדיר את ההשבה.

ההבדלים בין הפרה יסודית להפרה שאינה יסודית

1. עיתוי הביטול – **כשההפרה היא יסודית נדרש ביטול תוך זמן סביר** (ס' 8 לחוק החוזים – תרופות); לעומת זאת, **כשמדובר בהפרה לא יסודית ישנה חובה להעניק ארכה ואז מתום סיום הארכה להמתין זמן סביר** (ס' 7(ב) ו-8 לחוק החוזים – תרופות).
2. כפיפות לשיקולי צדק – כשמדובר **בהפרה יסודית**, אין כפיפות לשיקולי צדק. כלומר, מדובר ב**זכות ביטול מוחלטת** (ס' 7(א) לחוק החוזים – תרופות); ואילו **כשמדובר בהפרה שאינה יסודית הביטול כפוך לשיקולי צדק** (ס' 7(ב) לחוק החוזים – תרופות).
3. חוזה הניתן להפרדה לחלקים – **כשמדובר בהפרה יסודית, יש ביטול חלקי או ביטול מלא לפי שיקול דעתו של הצד הנפגע** (ס' 7 (ג)); **כשמדובר בהפרה שאינה יסודית יש ביטול חלקי** (ס' 7 (ג)).

אך כיצד מגיעים למסקנה שהפרה היא יסודית?

קיימת הבחנה בין הפרה יסודית מוסכמת לבין הפרה יסודית מסתברת.

הפרה יסודית מוסכמת היא **הפרה שהצדדים הסכימו עליה בחוזה** שתהיה מוסכמת (מוגדרת כך בחוזה). בדרך כלל, לקראת סוף החוזה יהיה כתוב לפעמים "הפרה של סעיפים 13, 15 ו-22 תיחשב להפרה יסודית של חוזה זה". אם זה מופיע בחוזה, הרי שהמלאכה קלה. לרוב, כמעט תמיד, בית המשפט יכבד בנושא הזה את רצון הצדדים שהרי הם יודעים טוב מכולם מה יסודי בעיניהם, אלא אם כן מדובר בתביעה גורפת (כשהצדדים קובעים שכל הפרה של החוזה באשר היא, קלה כחמורה, תיחשב להפרה יסודית). **במקרים של תביעה גורפת בית המשפט לא ייטה לקבל את התניה הזו** (זה מזכיר מקרה בו ספק של חוזה אחיד לא יכול להחתים את הלקוח בראשי תיבות ליד כל סעיף וסעיף וכך להפוך חוזה אחיד לחוזה רגיל).

הפרה יסודית מסתברת היא **הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אילו ידע מראש על ההפרה ותוצאותיה**. בעצם מדובר בהפרות מהסוג ששוללות כמעט מלכתחילה את כניסת הצד הנפגע לחוזה. הבעיה אינה בסטנדרט המשפטי או בעיצובו, אלא באופן התפעול בפועל. צריך לקחת בחשבון שבית המשפט אינו יודע מה ההעדפות הסובייקטיביות של הנפגע. זה במיוחד יקשה על צדדים שחשוב להם מאד עניין מסוים שלא היה חשוב לאדם הסביר. דבר נוסף שיש לקחת בחשבון הוא שבית המשפט בוחן את הסוגיה בדיעבד – הזמן משנה את הפרספקטיבה בשני הכיוונים. במובנים מסוימים, בית המשפט עומד פה בפני מצב נתון. איך יכול בית המשפט לדעת באילו נתונים לא הייתם נכנסים לחוזה? קשה מאד לנסות לשער מה היה חשוב בעת כריתת החוזה. **זה יכול לגרום לשופטים מסוימים לחשוב שהפרה מסוימת היא משמעותית יותר מאשר שהייתה בעת כריתת החוזה או לגרום לבתי המשפט לחשוב שהפרה מסוימת פעוטה יותר מאשר שהייתה בעת כריתת החוזה.**

בשורה התחתונה, כדאי מאד בכל חוזה להרהר בסוגיה הזו מראש ולהגדיר הפרות מסוימות שתיחשבנה יסודיות. אין סיבה להשאיר זאת לבית המשפט, הן משום שבית המשפט יכול לטעות והן משום שזה יקר יותר.

ד"נ 44/75 ביטון נ' פרץ

פסק הדין עוסק בשתי עסקאות מכר. ב' מוכר דירה ל-א' וקונה דירה מ-ג'. הפער היחידי בין העסקאות הוא מועד העברת התשלומים. ב' היה אמור לקבל תשלום מ-א' ב-20/5 והיה חייב לשלם ל-ג' ב-21/5. זהו אפקט דומינו הקורה פעמים רבות בתחום החוזים. א' איחר בתשלום בשישה ימים וכתוצאה מכך ב' הפר את החוזה עם ג'. נשאלת השאלה האם במצב הדברים הזה שבו העמידה בזמנים היא בנפשו של נפגע, איחור קל בתשלום מהווה הפרה יסודית.

השופט ויתקון: קובע כי יש לבחון את התנהגות האדם הסביר בעת כריתת החוזה וטוען שבנסיבות רגילות, **אדם סביר לא צריך היה לצפות שאיחור קל של 6 ימים תהיינה לו השפעות כל כך מרחיקות לכת**.

השופט חיים כהן: מתמקד ב"תוצאות" (כהגדרת סעיף 6) וטוען כי **לא ניתן היה לצפות שהתוצאות יהיו כה הרות גורל עבור הנפגע**. קובע כי תוצאה שאינה נובעת באורח סביר או בדרך הטבע מן ההפרה אינה נכנסת בגדר הפרה יסודית. מציע פתרון – בנסיבות כאלה נשים תניה בחוזה הקובעת כי איחור פעוט יהווה הפרה יסודית מוסכמת.

השופט שמגר: **ה"תוצאות" צריכות להיות כאלו שניתן היה לחזות אותן**. מדובר בממד אובייקטיבי של ציפייה מראש ולא תוצאה שלאחר מעשה, כאשר הצדדים אמורים לחזות את התוצאות בעת ההתקשרות. העובדה שהפרה מסוימת התרחשה בפועל לא מעידה בהכרח שהיא הייתה צפויה.

**יש כאן נפגע בעל גולגולת דקה ולכן אין לחייב את הצד הפוגע בתוצאות הקונקרטיות של המקרה**.

דרך הטיפול במקרה של גולגולת דקה בענפי דין שונים:

בדיני נזיקין – החבות הינה על האדם הפוגע. אם איתרע מזלו ופגע באדם בעל גולגולת דקה, יישא הפוגע בעלויות.

בדיני חוזים – מתקשר בעל גולגולת דקה לא זוכה להגנה לפי צרכיו אלא לפי האדם הסביר / התוצאות הסבירות ולא מוטלת אחריות קפידה על המפר. זאת משום שבעוד בדיני נזיקין אין ממשק תקשורת בין הצדדים, בחוזים הצדדים יכולים לתקשר זה עם זו ונכון לעצב את הדין כך שייתן תמריץ לצד המיודע לחשוף אינפורמציה. צד רגיש במיוחד צריך לחשוף זאת בפני הצד האחר משום שזה עשוי להשפיע על התנהגותו. לדוגמא: איחור של מונית הלוקחת סטודנט לשיעור אינה כה משמעותית כמו איחור של מונית הלוקחת סטודנט למבחן מועד ב'. על הסטודנט מוטלת האחריות להתריע בפני תחנת המוניות כי הנסיעה הזאת הינה חשובה לו עד מאוד. כאשר מדובר במידע א-סימטרי, נכון להטיל את העלות על הצד המיודע.

במקרה של פס"ד ביטון נ' פרץ, כאשר ב' חתם על ההסכם עם א' הוא עדיין לא ידע שיחתום על הסכם עם ג', אך הוא עדיין יכול היה לבצע בצורה מוצלחת יותר את ההתקשרות עם ג', כאשר הוא מרווח יותר את מועדי התשלום ולא סומך על כך שהכל יתבצע כשורה.

הפרה יסודית מסתברת

1. אם מדובר ב**אי-קיום מוחלט** – יש הסתברות גבוהה מאד שזה ייחשב ל**הפרה יסודית** מסתברת.
2. לגבי **קיום באיחור, זה תלוי בנסיבות**. אם מדובר באיחור בביצוע חיוב כספי, אזי איחור קל בדרך כלל לא ייחשב הפרה יסודית (כמו בביטון נ' פרץ). יש הבדל גם בין אי-תשלום סכום קטן לבין אי-תשלום סכום גדול (אין דין פרוטה כדין מאה).
3. לגבי איחור בביצוע חיוב אחר, בדרך כלל לא ייחשב הפרה יסודית, אך ישנן נסיבות חריגות. למשל: איחור של שבוע באספקת מצות לפסח.

ארכה

**ארכה ניתנת במקרים של הפרה בלתי יסודית**. במקרים של הפרה יסודית, אין צורך בארכה. לכאורה זהו הבדל גדול. עם זאת, צריך לקחת בחשבון שעיקרון תום הלב חל גם על ביטול בגין הפרה יסודית. שנית, כשמדובר בהפרה יסודית מסתברת יש חשש גדול שהנפגע עלול לסבור לתומו שמדובר בהפרה יסודית של החוזה – הנחה שתביא אותו לבטל את החוזה ובפועל עלול להיווצר מצב שהוא טעה בתום לב ולא מדובר בהפרה יסודית והיה עליו לתת ארכה עובר לביטול.

המסקנה היא ש**כדי לקבל ביטחון כדאי תמיד לתת ארכה או להגדיר מראש את ההפרה כמוסכמת**.

ע"א 8741/01 micro balanced products נ' תעשיות חלאבין

המשיבה היא יצרנית מוצרי טיפוח והמערערת היא מפיצה של המוצרים. מדובר בחוזה הפצה, לפיו התחייבה המערערת להפיץ מכסה מסוימת של מוצרים מדי שנה. עוד הוסכם בחוזה שאם תפר המערערת את חיוביה החוזיים, תוכל המשיבה לסיים את ההתקשרות ביניהן בהודעה של 90 יום מראש. ההתקשרות חודשה כל כמה שנים. ב-1996 מחליטה המשיבה לבטל את ההתקשרות עם המערערת, משום שזו לא עמדה במכסה שהתחייבה עליה. המערערת טוענת להגנתה, בין היתר, שהמשיבה מחלה על זכותה לבטל את החוזה מכוח עילה זו משום ש**כבר 14 שנה המפיצה לא עומדת במכסות**. המערערים טענו כי שינו את מצבם לרעה בהסתמך על המצג שהמשיבה יצרה כלפיהם. כלומר, הם הניחו מראש שהמשיבים לא מתכוונים שיעמדו במכסה המינימלית וכך פעלו.

בית המשפט המחוזי הוציא צו הצהרתי שחוזה ההפצה בטל ועל כך הוגש ערעור לעליון. השופט ריבלין מסביר שס' 8 לחוק החוזים – תרופות, קובע שביטול צריך להתבצע תוך זמן סביר מיום ההפרה היסודית. אולם, אם ניתנה ארכה מכוח ס' 7(ב) (הפרה לא יסודית) או מכל סיבה אחרת, יחל מרוץ הזמן מיום פקיעת הארכה.

יש שתי דעות בפסיקה לגבי השפעת שיהוי במשלוח הודעת הביטול במקרים של הפרה יסודית:

1. בע"א 7956/99 שיכון ופיתוח נ' עיריית מעלה אדומים, קבע ברק ש**שיהוי אינו הופך הפרה יסודית לבלתי יסודית, אבל מקנה לה את אחת מתכונות האופי של ההפרה הלא-יסודית – הצורך במתן ארכה**.
2. האופציה השנייה עלתה בע"א 2825/97 אבו זייד נ' ברוך. השופט אנגלרד (בדעת יחיד) קבע ש**שיהוי במתן הודעת ביטול הופך הפרה יסודית להפרה לא-יסודית**.

בין כך ובין כך, אנחנו מגיעים למסקנה ש**יש חובה על המשיבה להעניק ארכה**. זאת כי המשיבה יצרה מצג בפני המערערת שברצונה להמשיך בקשרים העסקיים עמה, על אף אי העמידה במכסות. ניתן היה להגיע לאותה תוצאה גם מכוח **עיקרון תום הלב** (ברור שאם כך נהגתם כל השנים אז כבר הוכחתם שיש כאן דפוס פעולה מסוים).

יש סכנה אמיתית במתן ארכות – אם אתה מתחיל להעניק ארכות משום שאתה לא בטוח איך יכריע בית המשפט בנסיבות המקרה, אתה בעצם חושף עצמך לסכנה שנוצרה בפס"ד תעשיות חלאבין. דהיינו, גם במקרים של הפרה חוזרת ונשנית תצטרך להעניק ארכות. למעשה, בזה שהיית נחמד גרעת מזכויותיך. זה מצב לא רצוי שצד שנהג בסלחנות יימצא במצב של זכויות פחותות.

**השבה – סעיף 9**

מדובר בהשבה הדדית. **השבה בעין (החפץ/נכס עצמו)** או **השבת שווי החפץ/נכס**. ההשבה צריכה להיות השבה בעין, אלא אם כן הנפגע מעדיף השבת שווי. אם השבה בעין בלתי סבירה או בלתי אפשרית (מצבים בהם הנכס הועבר לאחר או הושמד) אז ידובר בהשבת שווי. לנפגע יש יתרון בכך שהוא יכול להחליט להשיב שווי למפר. הנפגע חייב להשיב אבל אם הוא מעדיף להשיב בשווי ולא בעין, אז הוא יכול לבחור. כאשר מדובר בהשבת שווי, יש לשערך (תוספת הצמדה וריבית).

נניח שגולן רכש דירה מקבלן ושילם לו מקדמה בסך 400 אלף שקל בעת חתימת החוזה והקבלן לא ביצע ושלוש שנים לאחר מכן גולן מבטל את החוזה. כמובן שאם כל מה שנשיב לגולן זה 400 אלף שקל, הרי שגולן ייצא מופסד. אם הוא היה שם את הכסף הזה בבנק במשך שלוש שנים הוא היה מקבל תשואה מסוימת ולכן צריך לשערך את ההשבה ולא להשיב סכום נומינאלי בלבד.

לנפגע יש פריבילגיה להחליט איך הוא יקבל ואיך הוא ייתן את ההשבה.

נשאלת השאלה מה היחס בין סעד הביטול לבין סעד האכיפה? **אם הנפגע בוחר לבטל את החוזה ושולח הודעת ביטול, אזי אין אפשרות בשלב מאוחר יותר לפנות לבית משפט ולבקש את אכיפת החוזה**. אם ביטלתם – אז זה בלתי הפיך. במצב הפוך, למשל בדוגמא הקודמת, גולן יכול לבקש צו אכיפה בבית משפט וגם לקבל אותו.

האם ניתן לקבל השבה + פיצויים? כמובן. הסעדים האלה אינם מוציאים זה את זה ו**ניתן בהחלט לקבל פיצויים בנוסף או במקום ההשבה**.

האם יכול הנפגע לקבל את רווחי המפר (סעד עשיית עושר)? כן, אם החוזה לא בוטל.

ד"נ 20/82 אדרס נ' הרלו את ג'ונס

חוזה בין אדרס (חברה ישראלית) לבין הרלו את ג'ונס (חברה גרמנית). החברה הגרמנית אמורה לספק לחברה הישראלית 7,000 טון ברזל במחיר של 570 מארק לטון. למלחמת יום כיפור היו שתי השפעות על החוזה: ראשית, נוצרה בעיה עבור החברה הגרמנית לספק את הברזל לחברה הישראלית ובפועל הוא לא סופק. שנית, מחירי הברזל האמירו פלאים בעת המלחמה (קפיצה של 25-30%). החברה הגרמנית מכרה את הברזל ברווח ניכר לחברה אחרת (לא ישראלית). לאחר המלחמה מחירי הברזל ירדו שוב לרמות שבהן הם היו טרם המלחמה ואז החברה הישראלית שהיא הנפגעת כאילו יצאה באפס – לא הפסידה ולא הרוויחה. אבל הגרמנים יצאו ברווח. החברה הישראלית לא ביטלה את החוזה, אבל בנוסף על הפרת חוזה היא הגישה תביעה בגין עשיית עושר כאשר היעד היה הרווח שעשתה החברה הגרמנית. אדרס ניסתה להגיע ל**רווח שנוצר למפר כתוצאה מן ההפרה**.

בערעור לעליון, בית המשפט קבע שהחברה הישראלית לא יכולה לתבוע בגין עשיית עושר שלא במשפט כאשר פתוחה בפניה עילה חוזית. בדיון הנוסף התוצאה התהפכה. ברוב של שלושה מול שני שופטים, נקבע כי **ניתן לתבוע בגין עשיית עושר שלא במשפט, גם כאשר קיימת עילה חוזית, כל עוד החוזה לא בוטל**. השאלה מה אם החוזה בוטל הושארה בצריך עיון.

בפסק דין זה יש חידוש משפטי וחידוש עסקי לפיו ניתן להגיע גם לרווחי הצד המפר, כל עוד לא בוטל החוזה. כלומר, **לפני שמחליטים אם להוציא הודעת ביטול, יש לבדוק אם המפר הרוויח מן ההפרה ואם כן לא כדאי לרוץ ולבטל**. יש כאן מסר הרתעתי כלפי מפרים – לא שווה לכם לנסות למצוא עסקאות אלטרנטיביות. דהיינו, אם קוננתם מערכת יחסים מול צד מסוים, אל תנסו "לראות" בשדות זרים אם אתם יכולים להשיג עסקה יותר טובה. כי גם אם תצליחו, כל רווח שתפיקו כתוצאה מהפרת חוזה יכול להיות מועבר לנפגע כך.

מכוח עשיית עושר, נפגעים יכולים לקבל סכום העולה על נזקם. סכום שאינו מייצג את הפגיעה בהם, אלא את הרווח של המפר. בפסק הדין הזה, הפגיעה בחברה הישראלית הייתה אפסית ומצד שני הרווח לחברה הגרמנית היה גדול ובית המשפט אפשר לחברה הישראלית לקבל את הרווח הזה.

**שיעור 21/01/13 – פיצויים**

רוב התביעות בשטח הן תביעות לפיצויים. זה הסעד הפופולארי ביותר. סעד שאינו כפוף לשיקולי צדק, כמו למשל סעד האכיפה, אבל כפוף לעיקרון תום הלב ולחובת הקטנת הנזק. הפיצויים יכולים להוות סעד עצמאי העומד בפני עצמו או להצטרף לביטול או לאכיפה ובלבד שהפיצוי אינו עולה על גובה הנזק. לכן, גובה הפיצויים ישתנה בהתאם לסיטואציה.

סעיפי החוק הרלוונטיים:

סעיף 10 לחוק התרופות מקנה את הזכות לפיצויים. קובע את המסגרת הכללית.

סעיף 11 עניינו פיצויים ללא הוכחת נזק.

סעיף 12 עניינו שמירת זכויות. הוא בעצם מקנה לנפגע את הזכות לבחור בחישוב פיצויים או לפי סעיף 10 או לפי סעיף 11.

סעיף 13 עניינו פיצויים על נזק שאינו של ממון (בעיקר מדובר על עוגמת נפש, סבל וכיו"ב).

סעיף 14 קובע את חובת הנפגע להקטין את נזקו.

סעיף 15 עניינו פיצויים מוסכמים – כלומר פיצויים שהוגדרו מראש על ידי הצדדים לחוזה.

סעיף 10:

"הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה".

סעיף זה מגדיר את חובת הנפגע בתובעו פיצויים. ישנם שלושה אלמנטים שעל הנפגע-התובע להוכיח:

1. סיבתיות – שהנזק נגרם כתוצאה מן ההפרה.
2. צפיות – שהמפר ראה את הנזק שהתחולל בפועל מראש (בעת כריתת החוזה) או שהיה עליו לראותו. צפיות בפועל – הצד השני ידע על הנזק. צפיות בכוח – תוצאה מסתברת של ההפרה (צפיות זו מאד אינטואיטיבית).
3. כימות הנזק – **בית המשפט אינו מכמת את הנזק עבור הנפגע-התובע, עליו לעשות זאת בעצמו**. כלומר, צריך להגיע לבית המשפט עם תחשיב של הנזק – להציג בפני בית המשפט מסכת של נתונים שעליו לקבל/לדחות.

ע"א 355/80 נתן אניסימוב נ' מלון טירת בת-שבע

מדובר בחוזה בנייה שמהותו הקמת שתי קומות נוספות בבית המלון. התקיימה הפרה על ידי החברה הקבלנית ובשל עיכוב בביצוע, עלויות הבנייה עלו. החוזה הפך עבור החברה הקבלנית לחוזה הפסד ולא השתלם לה להמשיך ולבצע את ההסכם. הם דרשו מטירת בת-שבע להעלות את הסכום וזו לא הסכימה. טירת בת שבע יצרה קשר עם חברה אחרת שהשלימה עבורה את הביצוע ותבעה את אניסימוב בשורה של ראשי נזק.

השופט חיים כהן סבור שנפגע התובע פיצויים צריך להוכיח:

1. סיבתיות (קשר סיבתי בין ההפרה לנזק) – **צד נפגע צריך להוכיח שנגרם לו נזק עקב ההפרה**.
2. צפיות – **ניתן לראות את הנזק מראש** כתוצאה מסתברת של ההפרה.
3. כימות הנזק – **הנפגע לא צריך לכמת את הנזק** אלא רק להראות שמדובר בנזק שניתן לפצות עליו בכסף.

השופט ברק חולק על כהן בעניין כימות הנזק וסבור ש**על הנפגע לכמת את הנזק, גם אם לא בצורה אבסולוטית**. ברק אומר שלפעמים יהיו מקרים בהם הנפגע לא יוכל לכמת את הנזק באופן מדויק או מתמטי אך הוא בהחלט צריך לנסות, בניגוד לכהן שסבור כי בית המשפט יעשה זאת.

בית המשפט המחוזי פסק לטובת מלון טירת בת שבע פיצויים בסך 492,500 לירות.

סעיף 11 – פיצויים ללא הוכחת נזק

1. "הופר חיוב לספק או לקבל נכס או שירות ובוטל החוזה בשל ההפרה, זכאי הנפגע ללא הוכחת נזק לפיצויים בסכום ההפרש שבין התמורה בעד הנכס או השירות לפי החוזה ובין שוויים ביום ביטול החוזה".

יש פה מדד מאד חשוב שהוא מחיר השוק. דוגמא: נניח שקניתי מעיל לחורף בזארה ב-1000 ₪. המעיל לא היה במלאי והבטיחו לספק לי אותו תוך שבועיים והמעיל לא סופק. זארה הפרה את החוזה. בחנות אחרת אותו מעיל עולה 1,300 ₪. כלומר, הנזק שנגרם לי הוא 300 ₪ וזה יהיה שווי הפיצויים.

התנאים המצטברים להפעלת הסעיף:

1. חוזה למכירה או קנייה של נכס או שירות
2. הפרה
3. ביטול
4. קיום פער בין המחיר החוזי לבין מחיר השוק בעת מועד הביטול.

רע"א 2371/01 איינשטיין נ' אוסי

המשיבה התחייבה למכור דירה והוחלט שהמחיר יהיה 140,000 דולר (המחיר החוזי). בשלב מסוים המוכרת התרעמה שהמחיר החוזי נמוך מדי ותבעה להעלות את המחיר ל-180,000 דולר בשל עלייה במחירי הדירות. הרוכשים סירבו וביטלו את החוזה. לבסוף, נמכרה הדירה לרוכש אחר ב-192,000 דולר. הנשיא ברק מפעיל את סעיף 11 וקובע ששווי הפיצויים צריך לעמוד על 52,000 דולר שכן שווי השוק הוא לפי המכירה שהתבצעה בפועל (192,000) לבין המחיר החוזי (140,000).

1. חיוב שעניינו תשלום כספי. הפרה של חיוב לשלם כסף – במצב כזה תהיה פסיקת ריבית מיום ההפרה עד התשלום בפועל. זאת על פי חוק פסיקת ריבית והצמדה. זה מאפשר לנפגע לקבל את הריבית שהיה צובר אילו בוצע התשלום בזמן.

סעיף 12

"האמור בסעיף 11 אינו גורע מזכותו של הנפגע לפיצויים בעד נזק שהוכיח לפי סעיף 10, אולם אם הייתה התמורה שכנגד החיוב שהופר בלתי סבירה או לא הייתה תמורה כלל, רשאי בית המשפט להפחית את הפיצויים עד כדי האמור בסעיף 11".

בסעיף 10 צריך להוכיח את הנזק ואילו בסעיף 11 צריך לשכנע את בית המשפט מהו המדד של מחיר השוק. כשמגיעים לתביעות פיצויים, לנפגע-התובע יש הרבה פעמים תמריץ להגזים בגובה הנזק. לכן, **כשיש מחיר שוק וכשניתן היה להשיג את אותה סחורה או אותו שירות במחיר שוק מסוים עולה השאלה למה לא עשית את זה?** כלומר, ניתן לאנשים לפעול לפי סעיף 10 אבל אם התביעות נראות מוגזמות ומופרכות נשתמש בסעיף 11 כמנגנון בטיחות.

סעיף 13 (אהוד על המוני עם ישראל)

פיצויים בעבור נזק שאינו ממוני. כל אותן תופעות לא רצויות שמתרחשות כשתוצאה מהפרת חוזה. **סעיף זה מקנה שיקול דעת לבית המשפט לפסוק פיצויים בשיעור שייראה לו ראוי בנסיבות העניין**. סעיף זה יכול להתעורר בשורה ארוכה של מצבים. דוגמא: אדם קנה חבילת נופש לחו"ל, אך הספקית מפרה ונגזר עליו להישאר בארץ.

בית המשפט יפעיל את שיקולי הצפיות והסבירות. בחוזים מסחריים סטנדרטים, סעיף 13 נכנס לתמונה הרבה פחות ממה שחושבים. חברות לא נחשבות לאישיות משפטית שחשה כאב וסבל וכו'. **זה בעיקר קשור למתקשרים שהם פרטים** בחברה וחווים סערת רגשות בעקבות ביטול חוזה.

סעיף 14 – חובת הקטנת הנזק

חובת הקטנת הנזק חלה על הנפגע ביחסיו עם המפר. סעיף א' קובע שעל הנפגע למזער את הנזק באמצעים סבירים. סעיף ב' מטיל חובה על המפר לשפות את הנפגע בגין ההוצאות שהוציא לשם הקטנת הנזק. **עיקרון תום הלב ממשיך לחול פה, גם לאחר שהמיזם המשותף התמסמס**. הצדדים חייבים להתחשב זה בזה ולהקטין כל אחד את ההוצאות של השני. עיקרון הקטנת הנזק גם משקף היגיון כלכלי מסוים. דוגמא: חוזה שכירות בין סטודנטית שהתקבלה ללימודים בבר אילן לבין בעל נכס בגבעת שמואל. נניח ששכר הדירה 1,000 ₪ לחודש. נניח שחל שינוי בתכניותיה של השוכרת והיא החליטה שלא ללמוד בבר אילן. היא הפרה את החוזה ואינה רוצה לשלם שכר דירה על דירה בה לא תעשה שימוש. סעיף 14 מחייב את בעל הנכס בהקטנת הנזק, כלומר, בעל הדירה חייב לנסות ולהשכיר את הנכס למישהו אחר ולצורך כך עליו לפרסם. נניח שפרסומת עולה 200 ₪ במקומון ולבסוף הדירה מושכרת למישהו אחר באותה תקופה בדיוק ובשכר דירה של 500 ₪. השוכרת תצטרך לשלם 500X12 (חודשים) + 200 על הפרסומת.

חשוב: מפצים את הנפגע בגין ההוצאות הסבירות. לדוגמא: אם בעל הדירה היה מציב שלט באיילון בעלות של 30,000 שקל זה לא סביר ואי אפשר לפרוע פיצויים על הקטנת הנזק.

סעיף 15

1. "הסכימו הצדדים מראש על פיצויים מוסכמים, יהיו הפיצויים כמוסכם ללא הוכחת נזק, אולם רשאי בית המשפט להפחיתם אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר".

בית המשפט יכבד תניית פיצויים מוסכמים מבלי להתייחס לגובה הנזק בפועל, אך ישנו חריג – במצבים בהם מוצא בית המשפט שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה – יתערב בית המשפט ויפחית את שיעור הפיצויים המוסכמים. למנגנון זה יש יתרון משלושה טעמים:

1. משקף את רצון הצדדים - הצדדים יודעים טוב יותר מה הנזק שייגרם להם כתוצאה מהפרה.
2. תניית פיצויים מוסכמים חושפת מידע מסוים.
3. החיסכון בעלויות למערכת. זה חוסך מבית המשפט את הצורך להוציא משאבים כדי להיכנס לתוך הסוגיה.

אם כך, מדוע לבית המשפט יש סמכות להפחית מהפיצויים המוסכמים?

יש אפשרות לנצל לרעה את המנגנון. במיוחד כשיש צד מיודע וצד שמיודע פחות, וצד חזק וצד חלש. **יש חשש שהמנגנון של הפיצויים המוסכמים יהפוך למנגנוני ניצול של החלש ולכן לבית המשפט יש סמכות להפחית את הפיצויים**.

מתי בית המשפט יתערב? באותם מקרים בהם "אין כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש". כלומר, אנחנו דורשים קצת יותר מהיעדר סבירות – היעדר כל יחס סביר.

1. **מאפשר לנפגע בכל מקרה לפעול מכוח סעיפים 10-14, אפילו אם הוכנסה לחוזה תניית פיצויים מוסכמים**.

יש שתי דרכים מקובלות לקבוע מנגנוני פיצויים מוסכמים:

1. **פיצוי גלובלי** על הפרה מסוימת – קביעת סכום אחיד עבור כל סוגי ההפרה הספציפיים. לדוגמא: על כל איחור במסירת החזקה בדירה, ישלם המוכר לקונה סכום של 50,000 שקל.
2. ליצור תניה **המבחינה בין סוגי הפרות לפי מידתן וחומרתן**. לדוגמא: על כל יום איחור במסירת הנכס, ישלם המוכר לקונה סכום של 500 שקל.

לדוגמא: פיצוי גלובלי של 50 אלף שקל בגין שלושה ימי איחור ייחשב תלוש וללא יחס סביר לנזק. אפשרות זו יכולה להפעיל את החריג של סעיף א' – בית המשפט יתערב ויפחית את הפיצויים המוסכמים.

ע"א 4481/90 אהרון נ' פרץ בן מ.גיאת

קונים רכשו שתי דירות מקבלן והם מגישים תביעה לקבלת הפיצויים המוסכמים בסך 15,000 דולר לדירה בגין איחור ברישום הדירות על שמם במשך חמש שנים וחצי. המחוזי הפחית את שיעור הפיצויים ל-5,000 דולר לדירה. הקונים מערערים לעליון והשופט חשין משיב את הסכום הראשוני על כנו. חשין מסביר ש**סמכות ההפחתה של בית המשפט היא סמכות חריגה** שיש להפעיל רק במקרים בהם אין שום יחס בין הסכום שנקבע לבין הנזק שניתן היה לחזות מראש. הוא מסביר שתניות פיצויים מוסכמים גורפות שלא מבחינות בין סוגים שונים של הפרות הגורמות מידה שונה של נזק תהוונה אינדיקציה לכך שהפיצויים המוסכמים עליהם הסכימו הצדדים מופרזים. חשין קובע שבמקרה דנן הפיצויים סבירים, הקבלן אמור היה לרשום את הבעלות על שם הקונים תוך שנה מיום החתימה ומכאן מסיק חשין שהצדדים כיוונו לביצוע מהיר של החוזה (תוך שנה). לכן, מדד הזמן היה חשוב לקונים ולפיכך סכום הפיצויים סביר.

אי הרישום מאד פוגע בשכירות של הנכס. אם הדירה לא נרשמת על שמכם, אתם תתקשו למכור אותה לאחר ואתם חשופים לתנודות השוק. לכן, פוחי סבור שבמקרה זה בית המשפט צדק.

ע"א 539/92 זקן נ' זיזה

מדובר בשותפים באולם שמחות שהחליטו להתפרק. במסגרת הסכם הפירוק, המשיב התחייב להשיג רישיון להפעלת אולם השמחות. הצדדים קבעו פיצוי מוסכם בשיעור של 700 דולר ליום. השגת הרישיון התארכה למשך 500 ימים. בית המשפט המחוזי הפחית את שיעור הפיצוי היומי ל-200 דולר. המחוזי גם קצב את תקופת ההפרה ל-100 יום. הנשיא שמגר בעליון מאשר את פסיקת המחוזי. הוא הסביר ש**אולם השמחות לא הושבת מפעילות במשך התקופה בה המתינו לרישיון** ובכל מקרה מדובר היה במקום כה מפחיד שלא ניתן היה להרוויח מהפעלתו 700 דולר ליום. אשר לתקופת ההפרה, שמגר קבע שהחלטת המחוזי להגביל את משך ההפרה ל-100 יום טובה בנסיבות העניין.