‏5/2/2021

**שיר חדד**

מחברת דיני חוזים

ד"ר עומר פלד

**תוכן עניינים**

[מבוא לדיני חוזים 6](#_Toc92877782)

[מהו חוזה? 6](#_Toc92877783)

[הסיבות לכריתת חוזה 6](#_Toc92877784)

[תוקפו המחייב של החוזה 8](#_Toc92877785)

[עקרון חופש החוזים וההתערבות בו 9](#_Toc92877786)

[הליך כריתת החוזה - הצעה וקיבול 10](#_Toc92877787)

[כוונה ליצור יחסים משפטיים ופגמים ברצון 11](#_Toc92877788)

[גמירת דעת ומפגש הרצונות 12](#_Toc92877789)

[יסודות ההצעה 12](#_Toc92877790)

[מפגש הרצונות 13](#_Toc92877791)

[מסוימות 14](#_Toc92877792)

[פניה לציבור 16](#_Toc92877793)

[מועדי ההצעה והקיבול ואופן מתן ההודעה 17](#_Toc92877794)

[חזרה מההצעה/ פקיעת ההצעה 18](#_Toc92877795)

[הקיבול 20](#_Toc92877796)

[חוזה חד צדדי 21](#_Toc92877797)

[הצעה מזכה 21](#_Toc92877798)

[מכירה פומבית ומכרזים 22](#_Toc92877799)

[הכשרות המשפטית 22](#_Toc92877800)

[משא ומתן לכריתת חוזה 25](#_Toc92877801)

[מבוא - חובת תום הלב במשא ומתן ופגמים בכריתה 25](#_Toc92877802)

[מקורות חיצוניים שמסדירים את ניהול המשא ומתן 26](#_Toc92877803)

[הסדרים נזיקיים המטילים אחריות בקשר למשא ומתן 26](#_Toc92877804)

[חוזה נספח 26](#_Toc92877805)

[השתק הבטחה – דוקטרינה חצי פרוצדוראלית 26](#_Toc92877806)

[היחס בין החובה לנהל תום לב במשא ומתן ובין פגמים בכריתה 27](#_Toc92877807)

[פעולות שמפרות את חובת תום הלב 28](#_Toc92877808)

[תרופות עקב הפרת חובת תום הלב 29](#_Toc92877809)

[תרופות בשל הפרת חוזה 30](#_Toc92877810)

[מבוא 30](#_Toc92877811)

[ברירת קיום 30](#_Toc92877812)

[אכיפת החוזה 31](#_Toc92877813)

[מבוא 31](#_Toc92877814)

[ניתוח תאורטי – אכיפה לעומת פיצויי קיום 32](#_Toc92877815)

[יתרונות לסעד האכיפה 33](#_Toc92877816)

[חסרונות לסעד האכיפה 33](#_Toc92877817)

[החריגים לתרופות האכיפה (סעיף 3 לחוק החוזים [תרופות]) 33](#_Toc92877818)

[אכיפה חלקית ואכיפה בקירוב 36](#_Toc92877819)

[אכיפה בתנאים ובשערוך 37](#_Toc92877820)

[תרופות בשל הפרת חוזה - ביטול והשבה 38](#_Toc92877821)

[מבוא 38](#_Toc92877822)

[הפרה רגילה והפרה יסודית 38](#_Toc92877823)

[ביטול חוזה בהפרה רגילה 40](#_Toc92877824)

[היחס בין הפרה יסודית והפרה רגילה 41](#_Toc92877825)

[ביטול בתנאים וביטול חלקי 41](#_Toc92877826)

[השבה על פי החוזה 42](#_Toc92877827)

[התעשרות מהפרת חוזה 47](#_Toc92877828)

[תרופות בשל הפרת חוזה - פיצויים 48](#_Toc92877829)

[מבוא 48](#_Toc92877830)

[האינטרסים ויחסי הגומלין ביניהם 48](#_Toc92877831)

[הערכת נזק 53](#_Toc92877832)

[אבדן נפח עסקאות 55](#_Toc92877833)

[סייגים ומגבלות – כללי 57](#_Toc92877834)

[פיצוי ללא הוכחת נזק 60](#_Toc92877835)

[פיצויים מוסכמים 61](#_Toc92877836)

[נזק לא ממוני 63](#_Toc92877837)

[השלמת פרטים בחוזה ודרישה צורנית של חוזה מקרקעין 64](#_Toc92877838)

[מבוא 64](#_Toc92877839)

[התייחסות להעדר פרטים – גמירות דעת, מסוימות, דרישות צורה ותרופות 64](#_Toc92877840)

[דרכים להשלים פרטים חסרים בחוזה 65](#_Toc92877841)

[השלמה לפי מנגנון פנימי לחוזה 65](#_Toc92877842)

[השלמה של החוזה לפי נוהג 66](#_Toc92877843)

[השלמה של החוק לפי הוראות חוק משלימות 66](#_Toc92877844)

[הוראות חוק קוגנטיות 68](#_Toc92877845)

[השלמה בעל פה בסתירה להוראות המשלימות 68](#_Toc92877846)

[הותרת פרטים למו"מ עתידי לעומת חוזה לניהול מו"מ 68](#_Toc92877847)

[צורת החוזה 69](#_Toc92877848)

[מבוא 69](#_Toc92877849)

[דרישת כתב מהותית 69](#_Toc92877850)

[התחייבות לעשות עסקה במקרקעין 69](#_Toc92877851)

[בעיית החתימה 71](#_Toc92877852)

[שינוי וביטול עסקה הטעונה בכתב 72](#_Toc92877853)

[השתק ותום לב מול דרישת הכתב 72](#_Toc92877854)

[ביצוע מלא או חלקי כתחליף לכתב 72](#_Toc92877855)

[תרופות בהיעדר חוזה בכתב 73](#_Toc92877856)

[תמורה והסתמכות 73](#_Toc92877857)

[התמורה בדיני החוזים הישראליים 74](#_Toc92877858)

[התמורה בחוזה שכירות והשאלה 74](#_Toc92877859)

[התמורה בחוזה מקרקעין 75](#_Toc92877860)

[התמורה בחוזה מכר 75](#_Toc92877861)

[התמורה בדיני השטרות 75](#_Toc92877862)

[הסתמכות 75](#_Toc92877863)

[תמורה שאינה מועילה לצד השני 75](#_Toc92877864)

[התחייבות לתת מתנה 76](#_Toc92877865)

[מבוא 76](#_Toc92877866)

[תנאים וחיובים בחוזה מתנה 76](#_Toc92877867)

[חזרה ממתנה 77](#_Toc92877868)

[כוונה ליצור יחסים משפטיים, הסכמי פרס ותחרות 78](#_Toc92877869)

[מבוא 78](#_Toc92877870)

[הבטחת נישואין – הדין בישראל 78](#_Toc92877871)

[הבטחה בין בני זוג 79](#_Toc92877872)

[הסכם ג'נטלמני מסחרי 79](#_Toc92877873)

[הסכם פוליטי 79](#_Toc92877874)

[הבטחת קבלה ללימודים והבטחה לציון 80](#_Toc92877875)

[תנאי תחרות 81](#_Toc92877876)

[חוזה הימורים 81](#_Toc92877877)

[פגמים בכריתת חוזה 82](#_Toc92877878)

[טעות 82](#_Toc92877879)

[מבוא 82](#_Toc92877880)

[יסודיות הטעות 83](#_Toc92877881)

[קו הגבול בין טעות לפי סעיף 14(א) לבין הטעיה 83](#_Toc92877882)

[טעות בכדאיות ונטילת הסיכון 84](#_Toc92877883)

[טעות לעומת העדר גמירות דעת 87](#_Toc92877884)

[סוגי הטעות 87](#_Toc92877885)

[סעדים 89](#_Toc92877886)

[טעות וסיכול החוזה 89](#_Toc92877887)

[תיקון הטעות 90](#_Toc92877888)

[הטעיה 90](#_Toc92877889)

[מבוא 90](#_Toc92877890)

[יסודיות הטעות 90](#_Toc92877891)

[המצב הנפשי 91](#_Toc92877892)

[הטעיה מטעמו של אחר 91](#_Toc92877893)

[מהות ההטעיה 91](#_Toc92877894)

[חובת גילוי 92](#_Toc92877895)

[עושק 94](#_Toc92877896)

[כפיה 96](#_Toc92877897)

[השפעת זכות הביטול על צדדים שלישיים 97](#_Toc92877898)

[זכות הביטול - מבוא 97](#_Toc92877899)

[תוצאות הביטול בין הצדדים לחוזה 97](#_Toc92877900)

[תוצאות הביטול כלפי צדדים שלישיים 97](#_Toc92877901)

[תנאים ותניות בחוזה 98](#_Toc92877902)

[מבוא 98](#_Toc92877903)

[תנאי מתלה 99](#_Toc92877904)

[חיובים מותנים 99](#_Toc92877905)

[תנאי מפסיק 102](#_Toc92877906)

[תניות 103](#_Toc92877907)

[פרשנות חוזים ותניות מכללא 107](#_Toc92877908)

[הרצאת אורח - תכליות דיני פרשנות החוזים: באיזו דרך עלינו ללכת כשחשוב לנו לאן נגיע? **(הרצאת אורח, ד"ר יפעת נפתלי)** 107](#_Toc92877909)

[לאן אנחנו רוצים להגיע כאשר מפרשים חוזים? 107](#_Toc92877910)

[התנגשות בין התכליות השונות של דיני הפרשנות 108](#_Toc92877911)

[סוגים שונים של חוזים וסוגים שונים של פרשנות 108](#_Toc92877912)

[מבוא 109](#_Toc92877913)

[מטרת הפרשנות והכלים הפרשניים 110](#_Toc92877914)

[היררכיה נורמטיבית והיררכיה בעלים פרשניים 110](#_Toc92877915)

[תוכנה של הפרשנות התכליתית 111](#_Toc92877916)

[תיקון 2 לחוק החוזים 112](#_Toc92877917)

[אבחנה בין סוגי חוזים – חוזה יחס וחוזה סגור 113](#_Toc92877918)

[אבחנה בין סוגי צדדים 114](#_Toc92877919)

[הוראות שנקבעו במפורש או באמצעות הפניה 115](#_Toc92877920)

[הסדרים בחוק וסטיה מהסדרים בחוק 115](#_Toc92877921)

[פער בין ההסדר שהצדדים סברו עליו ובין חוזים קיימים 115](#_Toc92877922)

[חוזים אחידים ותניות פטור 116](#_Toc92877923)

[חזרה – הוראות שנקבעו במפורש או באמצעות הפניה 116](#_Toc92877924)

[יש לבדוק האם מסמך נלווה לעסקה מהווה חוזה או קבלה? 116](#_Toc92877925)

[תניות הפטור 118](#_Toc92877926)

[מבוא 118](#_Toc92877927)

[טכניקות להתמודדות עם תניית פטור בעייתית 118](#_Toc92877928)

[חוזים אחידים 119](#_Toc92877929)

[מבוא – סטנדרטיזציה של חוזים 119](#_Toc92877930)

[ההיגיון בבסיס החוזים האחידים 119](#_Toc92877931)

[הסיכון בחוזים אחידים 119](#_Toc92877932)

[התמודדות עם הבעיות בחוזים אחידים 120](#_Toc92877933)

[חוק החוזים האחידים 120](#_Toc92877934)

[תנאי מקפח בחוזה אחיד 121](#_Toc92877935)

[חוזים לטובת צד שלישי 122](#_Toc92877936)

[מדוע רוצים חוזה לטובת אדם שלישי? 122](#_Toc92877937)

[למה צריך מנגנון מיוחד לחוזה לטובת צד שלישי? 122](#_Toc92877938)

[מנגנונים שונים ליצירת זכות לצד ג' 123](#_Toc92877939)

[זיהוי חוזה לטובת אדם שלישי 126](#_Toc92877940)

[שריון זכות המוטב 127](#_Toc92877941)

[מערכת היחסים המשולשת 128](#_Toc92877942)

[היחס בין חוזה המתנה וחוזה לטובת אדם שלישי 128](#_Toc92877943)

**שיעור מספר 1, 19/10/2020**

# מבוא לדיני חוזים

## מהו חוזה?

ההגדרה בריסטייטמנט האמריקאי (סעיף 1) **: "חוזה הינו הבטחה או מספר הבטחות אשר הדין מעניק בגין הפרתן סעד או מכיר בדרך כזו או אחרת בכך שביצוען מהווה חובה".** כלומר חוזה הוא הבטחה שההפרה שלהן נותנת סנקציה משפטית והדין מכיר בחובה החלה על הצדדים החתומים על החוזה.

**הבטחה** – "הבעת כוונה חיצונית לבצע פעולה מסוימת או להימנע מפעולה מסוימת, אשר נעשית באופן המצדיק אצל מקבל ההבטחה שהמבטיח נטל על עצמו התחייבות בקשר לעשיית הפעולה או הימנעות מעשיית הפעולה". **לא כל הבטחה היא חוזה**, כדי שהבטחה תחשב לחוזה – צריכה להיות הכרה של הדין כי בהפרתה מקובל סעד או תרופה.

**יסודות ההגדרה של חוזה:**

1. הבעה חיצונית של כוונה.
2. הבטחה.
3. הכרה בדין.

**התחייבויות להבטחות שאינן מהוות חוזה, ולא נרצה שביהמ"ש ייתן להן תוקף משפטי:**

* **פס"ד לוין נ' לוין – נישואין:** בעל ואישה החליטו להתגרש ולצורך כך ערכו חוזה אשר הסדיר בין היתר את תשלום המזונות שישלם הבעל לאישה לאחר מתן הגט. לבקשת הצדדים, נתן בית המשפט לחוזה תוקף של פסק דין**. סעיף 11 לחוזה הגירושין קבע כי בין הצדדים ייערך חוזה המסדיר את תשלום המזונות על ידי הבעל עד למתן הגט, וכי החוזה יהיה חסר תוקף משפטי והצדדים מתחייבים שלא להשתמש בו לכל מטרה, לרבות הצגתו בבית משפט.** בכך, היטיב לוין עם בת זוגתו (בהסכם ללא תוקף משפטי, נקרא גם "הסכם ג'נטלמני"). כאשר ביהמ"ש התערב ונתן לחוזה תוקף משפטי, הדבר עלול להרתיע גורמים אחרים להיכנס בהסכמים מסוג זה.
* **הבטחה לנישואין (אירוסין):**. יהיו מקרים שבהם זוג יבטיח להתחתן ואז יתחרטו, האם נרצה שיגיעו לפתחי בית המשפט בנושא הזה? בעבר בארצות הברית היו מקבלים את ההבטחה לנישואין, והיו מחייבים להעביר פיצוי במידה והתחרט. כיום, בית המשפט לא מתערב בהבטחת האירוסין, והחלה תופעה של עליית מחיר טבעת האירוסין. באמצעות טבעת האירוסין מבטאים בני הזוג את התחייבותם להינשא. נוצר סעד בין אנשים במקרה של הפרה (הטבעת תוחזר לבן הזוג אם האישה תתחרט, או תשמש כפיצוי במידה ובין הזוג יתחרט) ללא התערבות בית המשפט.

**מה מייחד את המקרים בהם יש הבטחה אבל אין בהם סעד בגין הפרת הבטחה או הכרה של הדין בחובה מכוח ההבטחה (מתי לא יהיה דין):**

1. אין כוונה של הצדדים וההבעה החיצונית לא מראה כוונה כזו.
2. המשפט יכול להזיק למערכת היחסים.
3. לא מוצדק להפעיל את המשפט:
   * חוזה הימורים.
   * ציון/פרס/תחרות.
   * הבטחה בין בני זוג.

**צריכה להיות הבעת כוונות ריאלית ולא מופרכת כדי שיהיה תוקף משפטי לחוזה** (דוגמת הפרסומת של פפסי שהבטיחו מטוס קרב למי שיאסוף מספר מסוים של נקודות). מתי פרסומת היא הבטחה ומתי היא אמירה בעלמה? קיימים דברים שאומרים אותם בהגזמה ולא צריך לחשוב שזאת התחייבות, לדוגמה "בפיצרייה הזאת מוכרים את הפיצה הטובה בעולם". איפה עובר הגבול? **לפי מה שהאדם הסביר והממוצע היה חושב.**

## הסיבות לכריתת חוזה

* **הבסיס לחוזה - חליפין**

הבסיס לחוזה - עסקת חליפין: כולם מרוויחים מעסקה מהסוג הזה מהסיבה שמעצם התקשרות בחוזה קיימת הסכמה בין הצדדים, מה שמראה שכולם מרוויחים, הם מחליטים באופן מודע להיכנס לעסקה בה כל אחד מקבל משהו ולא בהכרח ששניהם ירוויחו בצורה שווה (לדוגמה: מכר, קבלנות).

עסקת ברטר: עסקת חליפין, אשר במקום לתת כסף תמורת מוצר אני נותן שירות תמורת המוצר.

**חלוקה יעילה של משאבים:** המטרה החברתית של החוזה נוגעת לקידום תועלת חברתית בתצורה של חלוקה יעילה של המשאבים בחברה (דברים מגיעים למי שהכי צריך אותם):

* 1. הקצאה של משאבים יעילה כאשר יש תחרות ומידע מלא.
  2. כוח המיקוח: יכולתו של צד אחד להרוויח יותר מעצם העסקה בין הצדדים. ככל שמישהו מחזיק ביותר כוח מיקוח ככה הוא מרוויח יותר בעסקה בין שני הצדדים.
  3. מה המשמעות של העדר תחרות? חוסר מידע מלא על המוצר, וכך עשוי להיווצר מצב בו צד אחד לחוזה משלם יותר ממה שצריך מאחר שיש רק יצרן אחד/מונופול. **כל מי שהתועלת של המוצר גדולה מהעלות שלו בעצם מרוויח מהעסקה.** **כשאין תחרות, המחיר עולה, ועל כן יש אנשים שיחליטו לא לקנות אותו, ואז לא תהיה הקצאה יעילה של המשאבים בחברה.**

חליפין מיידיים: בהנחה וקניתי **במקום** חליפה שחייט תפר, האם נדרש חוזה? התשובה חיובית. חוזים לא מכילים התחייבות רק למוצר עצמו. אנו צריכים הסכמים לפעולות הנלוות של מכר ולכן בכל זאת צריך הסכם. עם זאת, **החשיבות האמיתית של ההסכם היא בחליפין עתידיים.**

שלושת הסיבות לכך שחליפין עתידיים מחייבים הסכם:

1. **מניעת עריקה:** להבטיח שהצדדים יעמדו בהתחייבות לחוזה.
2. **שינוי נסיבות:** להסדיר מה יקרה במערכת היחסים בין הצדדים במקרה של שינוי נסיבות מהותי. נרצה להגדיר חוזה שיתייחס לנסיבות ולעיתים אף יצדיק הפרה של ההסכם.
3. **הגדרה ברורה של פרטי החליפין**.

* **החוזה ככלי למימוש האוטונומיה של הפרט (התיאוריה של פריד):**

החוזה הוא כלי למימוש עצמי, באמצעות הטלת הגבלות על האני העתידי. **ניתן לטעון כי חוזה הוא ההפך מאוטונומיה – אני כובל את עצמי לחוזה ובכך אני מגביל את האני האמיתי שלי בעצם הגבלה**, אך בעצם מדובר במימוש של האוטונומיה - האפשרות להגביל את האני העתידי היא מימוש של תכנית העתידית שלי. כדי לממש את החופש אני צריך את ההתחייבות של אחרים, כדי לגייס את האחרים לקדם את המטרות שלי, אני נדרש לכבול את האני העתידי.

דוגמת החליפה: אני מעוניין בחליפה, אני יודע שאם אני לא אתחייב לשלם את הכסף בתמורה לחליפה בעתיד אני לא אשלם אותו. התופר יודע שאני לא מוכן אהיה לשלם את זה בעתיד, אני צריך לשכנע אותו שיתפור לי את החליפה כדי להגשים את הרצון שלי ולפיכך לממש את האוטונומיה שלי, זה מחייב אותי לכבול את האני העתידי שלי (לשלם לו בעתיד את הכסף).

* **אינטרס כלכלי - כלי להקצאת סיכונים למי שהכי יעיל שיישא את הסיכון**

הקצאת סיכונים היא חלק מהחליפין – למשל, כאשר אדם רוכש דירה מסוימת הוא לוקח סיכון שערך הדירה ירד או ששווי הדירה אינו כמו השווי אשר שילם.

בעת חתימה על חוזה הצדדים לוקחים על עצמם סיכונים, להלן מספר דוגמאות:

* **הקצאת סיכון לעליית מס תשומות (קבלן מול לקוח):** כשקבלן מוכר דירה אשר צמודה למס תשומות, מי שיעמוד יותר טוב בשינויים במס התשומות אשר צמוד למדד יהיה הצרכן ולא הקבלן, מאחר וכאשר מס התשומות עולה כל מחירי הדירות עולים, ויהיה לקבלן קושי לעמוד בכך מאחר ומכר מספר רב של דירות. לעומת זאת הלקוח קנה דירה אחת ולכן יוכל לעמוד בשינוי במס התשומות בצורה טובה יותר והוא זה שיישא בעלות – הסיכון הוא עליו.
* **חוזה ביטוח:** בעת חוזה ביטוח הלקוח משלם לחברת ביטוח סכום מסוים בכל חודש. הלקוח מפסיד אם הדירה לא נשרפת (משלם תשלום חודשי לביטוח כאשר חברת הביטוח לא נותנת שום תמורה), אך מרוויח אם הדירה נשרפת (הביטוח ישלם ללקוח יותר ממה שהלקוח שילם לו בתשלומים החודשיים). **חברת הביטוח לקחה על עצמה את הסיכון של הפרט**, אבל בגלל שהיא עשתה את העסקה הזאת עם מספר רב של מבוטחים, הסיכון כמעט ו"נמחק", ולכן היא יכולה לקחת על עצמה את הסיכון.
* **שנאת סיכון:** היא ההסתייגות של אדם לקבל עסקה שתוצאתה אינה ודאית, על פני עסקה שתוצאתה ודאית יותר, גם אם הרווח הצפוי בעסקה הוודאית נמוך יותר.

**לסיכום, בכתיבת חוזה יש לבצע הקצאה יעילה של סיכונים, כך שנקצה את הסיכון למי שמסוגל לעמוד בשינויים בצורה יותר טובה.**

**שיעור מספר 2, 21/10/2020**

## תוקפו המחייב של החוזה

**התיאוריה הכלכלית למשפט**

* הקצאת משאבים בחברה באופן יעיל.
* תכנון והסתמכות (של תכנית לעתיד אשר ניתן להסתמך עליהן).
* רווחה חברתית – שני הצדדים מרוויחים מההסכם.

**מתי הבטחה לא צריכה להיות חוזה מחייב?**

* **קיום החוזה לא מבטיח הקצאה יעילה של משאבים:** דוגמה לסיטואציה בה נרצה שהחוזה לא יהיה מחייב – שינוי נסיבות (למשל, שינוי במחיר עלויות של תפירת חליפה, נרצה שתפירת החליפה תהיה יעילה לצדדים).
* **אין הוצאות הסתמכות**.
* **בראיה רחבה** – לא מקדם רווחה חברתית. סיבה כלכלית שנרצה שהחוזה יקוים נוגעת לכך שבמידה ולא נקיים אותו, ייווצר נזק מסוים בעולם.

**תיאורית האינטרס של עטיה- חייב תמורה Promises, morals and law))**

הבטחה מחייבת כוללת שני יסודות:

* 1. **הסכמה של המבטיח לתוכן ההבטחה.**
  2. **אין אפשרות חזרה מההבטחה:** בדרך כלל ניתן לחזור מהבטחה. כדי שהבטחה תהיה ללא חזרה, **חייבת להתקיים חבות ממקור חיצוני להבטחה**. קיימים שני מקורות אפשריים:
     + 1. **קבלת טובת הנאה** **(תמורה)** – לא מאפשרת חזרה מההבטחה.
       2. **מחויבות עקב הסתמכות של הנבטח** – המבטיח נתן הבטחה והוא גרם לנבטח להסתמך על ההבטחה.

**צפיות (רווח עתידי) יכולה להספיק רק אם קיים קושי לבדוק אם הייתה הסתמכות בפועל**, כלומר האם מתן ההבטחה עצמה היא הענקת טובה הנאה – **ההבטחה ניתנת ללא תמורה אך מספקת צורך של נותן ההבטחה.**

**תיאורית הרצון (פריד) – לא חייב תמורה**

ההבטחה נותנת למוסר ההבטחה ולנבטח להגשים את הרצון שלו.  
**המקור הנורמטיבי לתוקף המחייב של ההבטחה לא יכל להיות טובת ההנאה לה זכה המבטיח (תמורה) או ההסתמכות של הנבטח על ההבטחה.**   
הטיעון של פריד: **מדוע עצם זה שיש תועלת (טובת הנאה) למבטיח מקיום החוזה לא יכול להוות מקור מחייב בדין לקיום ההבטחה?**

* **טובת הנאה לעיתים צומחת ממקום שאין חובה לגמול לו** (מקרים בהם לא קיימת חובה מקבילה). לדוג': להנות מהמוניטין של מישהו אחר (אדם הפותח מסעדה בסמיכות למלון ונהנה מאורחי המלון). האם הדבר מחייב אותי לגמול למלון? הדין לא יצור חובה כזאת.
* **הסתמכות יכולה להיווצר גם כאשר יש ציפייה להתנהגות ובהעדר הבטחה**. לדוגמה, אני רגיל שהשכן שלי מנגן בצהריים, אז אני יכל לחזור במיוחד הביתה כדי לשמוע אותו מנגן. אין לו חובה לנגן והפרת הציפיות שלי היא לא פעולה פסולה אפילו אם זה צפוי.
* פריד **טוען כי יש פגם לוגי פנימי בתפיסה של טובת הנאה כמקור מחייב ואף בתפישה של הסתמכות כמקור מחייב** – שניהם נסמכים על זה שההבטחה מחייבת (ולכן ניתנה התמורה ונוצרה ההסתמכות) כלומר, הסתמכות ותמורה הם **תוצרים** של הכוח המחייב של ההבטחה ולא המקורות שלה. **פריד טוען שיש בלבול בין סיבה לתוצאה. לא ניתן להחזיק בעמדה שמשהו גם גורם וגם התוצאה (הפגם אשר פריד מוצא אצל עטיה).**
* **אם יש באמת הסתמכות על ההבטחה, סימן שהאדם הבין שההבטחה מחייבת, ולכן ההסתמכות כשלעצמה לא מה שיוצרת את התוקף המחייב.**

האם ניתן להצדיק את הכוח המחייב של ההבטחה על בסיס שמירה על המוסד החוזי?   
הפרה אחת לא פוגעת במוסד ככללותו. על כן, גם אם למוסד יש חשיבות חברתית, המוסד לא נפגע בצורה ברורה מההפרה האינדיבידואלית.

האם ניתן להצדיק את החובה המוסרית לקיים הבטחה אינדיבידואלית?   
הטענה של **פריד** מתבססת על טענת האוטונומיה – נותן ההבטחה מבקש ממקבל ההבטחה להיות פגיע, על מנת לקיים את הרצון של נותן ההבטחה. כאשר אני לא מכבד את ההבטחה – אני פוגע בזכות לאוטונומיה שלהם, אני מתייחס אליהם ככלי להשגת מטרותיי. **הפרת הבטחה הופכת את הקידום העצמי בשיתוף אחר לניצול.**

מה הסעד הנכון להפרת הבטחה? – **חיוב קיום החוזה.** זה מכבד את האוטונומיה של נפגע העבירה ושל המפר, כמי שקבע את החוזה כדי לקדם את מטרותיו ולכתוב את סיפור חייו על פיו התכוון לפעול. **תיאוריות שונות לתוקף המחייב של החוזה עשויות להשפיע על המקרים בהם נקבע שלחוזה אין תוקף מחייב, ואף על התוצאה המתקבלת מהפרה של החוזה, לדוג': דוגמת חוזה המתנה (התחייבות ללא תמורה):**

* + - **עטיה** – לכאורה חסר תוקף, אלא אם הנבטח שינה את מצבו לרעה בהסתמך על החוזה.
    - **פריד** – אין סיבה שהחוזה יהיה חסר תוקף. החוזה צריך להיות מחייב אם זה הגשמה של רצון המבטיח.
    - המשפט הישראלי אפשר לחייב אנשים בחוזה מתנה בסיבות מסוימות (התחייבות ללא תמורה).
    - **ניתוח כלכלי:** חוזה המתנה נדרש להיאכף מאחר וזה יעיל לתת מתנות, שני הצדדים נהנים ממתן המתנה.

**אינטרסים שונים המוגנים באמצעות החוזה**

* **אינטרס הציפייה** : קניתי חליפה בסכום של 20 שקלים. החליפה, הייתה שווה לי 50 שקלים. אינטרס הציפייה אומר שבמקרה של הפרה, רק מעצם הציפייה שלי לקבל חליפה של 50 שקלים, יועברו לי 30 שקלים – כלומר, הציפייה של מה שהייתי מקבל אם החוזה היה מושלם.
* **אינטרס ההשבה:** בהמשך לדוגמת החליפה, אינטרס ההשבה הוא להחזיר את הסכום שאותו אדם שילם את החליפה – סכום של 20 שקלים. **המטרה היא להשיב את שני הצדדים למצבם אלמלא החוזה.**
* **אינטרס ההסתמכות**: הפיצוי שניתן על כך שאותו אדם הסתמך על החוזה והנזק שנגרם לו. ההסתמכות בעיקרה חלופה לאינטרס הציפייה. לדוג': קבוצת אנשים ביקשו לסגור מסעדה לקראת הערב. פיצויי ההסתמכות: השבת כל ההוצאות שהוצאתי בהסתמך על העסקה שלכם, לעומת הציפייה: השבת הסכום שציפיתי שארוויח (לא ניתן להסתמך על שני הטיעונים). קיימים מספר סוגי הסתמכות:

1. הסתמכות עיקרית – מה הוצאתי לפי החוזה - מה הוצאתי לקראת הערב – הסתמכות על החוזה עצמו, הסכום ששילמתי בגין החוזה.
2. הסתמכות אגבית – מה הוצאתי לקראת החוזה - סכומים שאני מוציא אגב החוזה כדי לממש אותו ואת האינטרסים שלי במסגרת החוזה. לדוגמה: הוצאת שכר דירה, חשמל, שכר לעובדים וכו'.
3. הסתמכות שלילית – על איזה סכום כספי ויתרתי למען קיום החוזה - ויתרתי על עסקאות אחרות כי הסתמכתי על העסקה שלכם.

**שיעור מספר 3, 26/10/20**

## עקרון חופש החוזים וההתערבות בו

פן פוזיטיבי: החופש להתקשר בחוזה ולקבוע את תוכנו.

פן נגטיבי: החופש לא להיקשר בחוזה אם אתה לא מעוניין.

**החריגים להתערבות בעקרון חופש החוזים:** מקרים בהם המשפט מאפשר את קיום החוזה, אך מתערב בתוכן שלו.

* **תניות קוגנטיות (עמדה פטרנליסטית):** תניה כופה. אנחנו אומרים לצדדים זאת התניה בחוזה, אין אפשרות להתנות עליה. **התערבות קוגנטית נועדה למנוע פגיעה.**
* **תניות דיספוזיטיביות:** אם לא נכתב כלום בחוזה, ולא נקבע כלום, ההתניה הדיספוזיטיבית היא מה שנקבע. מותר לסטות מההתניה, אך בהיעדר התייחסות זאת התניה.

מדוע יש מקור נורמטיבי להשלמת חוזים / מהי מטרת ההתניה?

* **חיסכון בעלויות ההתקשרות החוזית**: מאחר שחוזים מלאים לא ניתן לכתוב – העלויות מאוד גבוהות.
* **מטרה נוספת נוגעת ליצירת מצב של "ברירת מחדל":** החוק הדיספוזיטיבי קובע נורמה, הוא מכתיב הסדר. המחוקק עשוי לקבוע שורה של תקנות, שבעיניו הן רצויות. ההנחה היא שרוב החוזים ינהגו לפיו. לקדם מטרות חברתיות. Sticky defaults , כלומר הסדרים שאנחנו לא משנים אותם כי אנחנו רואים אותם כטובים.
* **תניות ברירת מחדל עונשיות**: מטרתנו היא שהצדדים **יעבירו מידע אחד לשני הקשורים לסיכונים הכרוכים בהתקשרות החוזה (גילוי מידע).** הדרך שאנו בוחרים לעשות זאת, נוגעת לכך שצד אחד יקבל פיצוי רק על הסיכונים שהצד השני ידע עליהם (ס'10 לחוק החוזים תרופות). כך אנו גורמים לכל צד לחשוף את הסיכונים של הצד השני בעת כריתת החוזה. המטרה היא שהצדדים לחוזה יעלו את כל המידע הרלוונטי לו כבר בשלב של כריתת החוזה (במשא ומתן). מי שהיה לו מידע רלוונטי ולא שיתף את הצד השני בו, ייענש על כך ובכך יתומרץ להעלות את המידע בשלב המשא ומתן.

שדות משפטיים בהם יש התערבות נרחבת בחוזים (לא ניתן להתנות עליהם, תניה קוגנטית):

* 1. דיני עבודה – חקיקת מגן. לדוג': שכר מינימום, שעות עבודה.
  2. דיני צרכנות – חוקה הגנת הצרכן וחוק החוזים האחדים.
  3. בנקאות.
  4. ביטוח.

**התערבות בעקבות עקרונות חוקתיים:**

* חוק כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד חופש העיסוק:
  1. **פס"ד חברת קדישא נ' קסטנבאום: (כיתוב בלועזית על מצבה)**
     + **המתקשר הוא גוף ציבורי**: ולכן כפוף לזכויות של המדינה כלפי האזרחים . על כן, ההתערבות מוצדקת מבחינה זו.
     + **חוזים אחידים:** בחוזה אחיד מוצדק להתערב בתוכן החוזה כי יש צד אחד לחוזה שקובע באופן בלעדי את כל התנאים ועל מנת **למנוע תנאי מקפח**. קיימת דאגה לצד שלא קובע את התנאים בחוזה וברוב המקרים לא קורא אותו בכלל.
     + **בטלות לפי סעיף 30 (תקנות הציבור):** הבעיה בסעיף זה, היא שהסעיף אומר שהחוזה בטל (חוזה שנוגד את תקנת הציבור בטל). לכאורה, השופט ברק היה צריך לבטל את החוזה – אך הוא אומר שאפשר לבטל את רק את עילת הבטלות של החוזה באמצעות **ביטול חלקי שלו** (באופן שלא מונע את ההגשמה שלו), והדרך הנכונה לעשות זאת היא לבטל רק את החלק שנוגד את תקנת הציבור.
     + **האם ניתן להשליך כתוצאה מכך גם על התערבות בחוזים פרטיים?**
       - * התערבות בחוזים מפלים כתוצאה מאפליה – לדוג' חיוב בכריתת חוזה.   
           לא ניתן להתערב בחוזים של אנשים פרטיים מבחינת עקרונות היסוד. עקרונות אלה מגבילים בעיקר את המדינה ולא את הפרט. במקומות ציבוריים יש חוקים שאוסרים על כך, אך בחוזים פרטיים אין איסור מפורש – ובכל זאת יש פגיעה בחוקי יסוד וכן יש אפשרות לקבל פיצוי למשל על משא ומתן שלא בתום לב (ס'12 לחוק החוזים).
         * חופש העיסוק – **AES נ' סער** (תניות אי תחרות וסודיות בחוזה, העובד פוטר ופתח עסק משלו), נגביל את התנית אי התחרות אך לא ניתן לבטל אותה.

# הליך כריתת החוזה - הצעה וקיבול

* הליך בחוק החוזים מכיל לפחות שני שלבים – הצעה וקיבול.
* הבחנו בין חליפין סימולטני ובין חוזה לביצוע עתידי, באותה המידה ניתן להבחין בין הליך כריתה חד שלבי (סימולטני/מידי) לבין הליך רב שלבי.

**מתי יש יותר משני שלבים להתקשרות?**

* **קיבול תוך שינוי שהופך להצעה חדשה** - הוספת פרטים להצעה של המציע.
* **פניה לציבור:** המציע מבקש מהציבור להציע הצעות ואז מבצע קיבול על ההצעה הרלוונטית.
* **פקיעת התוקף ההצעה**.
* המהות של ההסדר בחוק החוזים – חוזה נכרת עם מפגש הרצונות בין הצדדים לחוזה, כלומר מתקיימים שני תנאים:

1. **גמירות הדעת**: הרצון להיכנס לעסקה מחייבת.
2. **מסוימות**: הפרטים/ התנאים של אותה העסקה.

**כיצד איך החוק מסדיר את כריתת החוזה החד שלבי?**

* 1. אין הגדרה של מציע וניצע (אין מי שייתן הודעת קיבול).
  2. בהתקיים התנאים – גמירות הדעת ומסוימות.
  3. החוזה החד שלבי פשוט יותר לניתוח – מייתר שאלות כמו מועד הכריתה, חזרה מהסכמה טרם הכריתה וכו'.

## כוונה ליצור יחסים משפטיים ופגמים ברצון

* חשיבות הרצון של הצדדים משלושת הבחינות:

הרצון כבסיס לתוקף המחייב של החוזים, הרצון של הצדדים כאמצעי להבטיח השאת תועלת מהחוזה ותפישת הצד ההסכמי כבסיס לתוקף המחייב של החוזים.

* **הרצון של הצדדים להיכנס להסכם** מחייב אומץ כתנאי לכריתת החוזה במסגרת דרישת גמירות הדעת. זהו במידה רבה תנאי מקדמי – גמירות דעת להיקשר בחוזה יכולה להתגבש רק כאשר הצדדים רצו ליצור מערכת יחסים מחייבת משפטית.
* **הכוונה ליצור יחסים משפטים** היא במידה רבה תנאי מקדמי – גמירות הדעת להיקשר בחוזה יכולה להתגבש רק כאשר הצדדים רצו ליצור מערכת יחסים מחייבת משפטית. זהו תנאי הכרחי, אך הוא אינו מספיק. לעיתים גם אם יש כוונה ליצור יחסים משפטיים בית המשפט לא יכיר בחוזה, לדוג': התערבות במוסד, רצון לדכא פעילות שלילית.

**הבחנה בין פגם בהליך הכריתה ובין "פגם בכריתה"**

* **Non-Est Factum – לא נעשה דבר, משמעות הדוקטרינה הנ"ל בהקשר כריתת חוזה:**  
  סופר חותם על ספרים למעריצים. אחד המעריצים מבקש שיחתום בתחתית הדף כשלמעשה מעל החתימה יש כתב ערבות (הסופר חתם שהוא מוכן להיות ערב לחוב של ה"מעריץ"). **לא היה רצון להתקשר בעסקה, ועל כן לא נעשה כאן כלום – אין כאן חוזה – פגם בהליך הכריתה.**
* **הסופר ראה שמחתימים אותו לכתב ערבות אבל הכריחו אותו לחתום על כתב הערבות באיומים** מדובר על חוזה שנחתם בכפייה. לא קיים פגם בהליך הכריתה (הייתה הצעה וקיבול), אלא פגם בכריתה (**הסיבה שהיה קיבול**). לא היה רצון אותנטי. **הליך הכריתה הוא תקין אבל הוא תוצר של פגם ברצון, כלומר פגם בכריתה**. החוזה לא בטל, אך הוא ניתן לביטול.
* **ההבחנה בין בטל לבין ניתן לביטול** – ההשלכה של קבלת הדוקטרינה.

1. **פגם בהליך הכריתה – אין מפגש רצונות בין הצדדים והחוזה בטל** **מעיקרו** –אם היה פגם בהליך כריתה, לא היה קיבול.
2. **פגם בכריתה - הצד הנפגע יכל לבחור אם הוא רוצה לבטל בעקבות הפגם ברצון הסובייקטיבי שלו.** 
   * + **דוגמה לפגם בכריתה: פרץ בוני הנגב נ' בוחבוט**:   
       הסיפור העובדתי: חוזה מכר דירה, בוחבוט מוכר לחברה. בדירה גר הבן. חותם האב על הסכם המכר, אשר הדירה רשמו על שמו. האב טוען שהיה שתוי, לא יודע קרוא וכתוב, ולא הבין שהתקשר בהסכם למכור את הדירה, הם הבטיחו לו 1000 ₪. האב חתם על ההסכם מתוך הבנה שהבן שלו רצה שיתקשר בחוזה, **מדובר בטעות שהצד השני ידע עליה.**

דיון והכרעה: השופט שמגר, מבחין בין חוזה שלא נכרת מלכתחילה ובין חוזה שמכיל פגם ברצון - שמגר קובע שלא נכרת חוזה בכלל. התנהגות המשיב לא מעידה על גמירות דעתו להתקשר בחוזה. בנוסף אפילו אם היינו אומרים שנכרת חוזה, אפשר לבטל אותו לפי שמגר, **לפי סעיף 14א: "** מי שהתקשר בחוזה עקב טעות וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה והצד השני ידע או היה עליו לדעת על כך, רשאי לבטל את החוזה".

**בוחבוט סבר שהבן מעוניין שיחתום וימכור, והוא טען לעניין הזה. הצד השני היה צריך לדעת שהמצג לא נכון.**

**החתימה – ביטוי אובייקטיבי:** יש פער בין ביטוי אובייקטיבי וסובייקטיבי של גמירות הדעת. בדרך כלל נקבע את שאלת ההתקשרות לפי נתונים אובייקטיביים של גמירות דעת, אבל במידה וישנו פער בין האובייקטיבי לסובייקטיבי של גמירות הדעת (כלומר – האובייקטיבי לא מבטא את הסובייקטיבי), והצד השני גרם לפער הזה, אזי אי אפשר להישען על הפן האובייקטיבי.

**דוגמה לפער בין כוונה אובייקטיבית וסובייקטיבית (מהותית לסעיף 14):**   
הסכם מכר בו מצוין כי המחיר בדולרים, אך לא מצוין איזה דולר (קיים דולר קנדי ודולר ארה"ב). ערכו של דולר קנדי נמוך מערכו של הדולר האמריקאי. האם בנסיבות נכרת חוזה? שהרי, החוזה לא שיקף את הרצון של שני הצדדים (צד אחד חשב כי מדובר בדולר אמריקאי ואילו השני בדולר קנדי, הפחות ממנו).

במקרה הזה, קודם כל עלינו לשאול – למה בכלל מעניינת אותנו הכוונה האובייקטיבית? **בפס"ד בוטקובסקי נ' גת,** ראינו שביהמ"ש התייחס להבעות החיצוניות ופרשנותם האובייקטיביות של הצדדים (נכון שגמירות דעת זהו מצב סובייקטיבי, אבל אתה לא יכול להסתמך על רחשי הלב, ואם היו מעשים שמבטאים אובייקטיבית גמירות דעת אזי על סמך זה נכרת חוזה).

* + - התכלית של הבעה אובייקטיבית להסכמה על החוזה: הגנה על הצד השני, אדם רשאי להסתמך על ההבעה החיצונית של הצד השני המביעה גמירות הדעת - במקרה הזה לכאורה לא חל.
    - מצד שני- אם המוכר התכוון לדולר ארה"ב, וזה מה שעולה אובייקטיבית מהחוזה, אפשר להגיד שקיים מפגש רצונות? אנו מניחים שהצד השני מבין שמדובר בדולר ארה"ב.
    - אפילו אם המוכר יודע על הטעות ומרוצה ממנה, קשה להגיד שקיים מפגש רצונות (אדרבה, הוא מרוצה מהטעות בדיוק בגלל שהוא מעוניין לקים את החוזה בדולר ארה"ב).
    - אפשר לקבוע שנכרת חוזה בדולר ארה"ב ולנהל את הדיון ביחס להתנהלות המוכר במישור של תום הלב ביחס לכריתת החוזה, או אולי במסגרת דיני הנזקין (עוולת התרמית).
    - **אפשרויות אנליטיות:**
      1. לא נכרת חוזה.
      2. נכרת חוזה לרכישה בדולר קנדי.
      3. נכרת חוזה לרכישה בדולר ארה"ב.
      * אם נכרת חוזה בדולר ארה"ב, ניתן לביטול על ידי הרוכש לפי סעיף 14 (א) לחוק החוזים.
      1. אפשרות נוספת, באופן תאורטי, לא על פי דין – כריתה לפי דולר קנדי (לעודד גילוי טעות): מאחר ומאפשר לצד השני להעמיד אותו על טעותו - Penalty default rule. גם אם נכרת חוזה דולר קנדי, ובכריתת החוזה יש סטיה מהרצון האובייקטיבי שהוצג על ידי הצדדים, נעשה את זה לפי **סעיף 10 לחוק החוזים-תרופות, סיפא:** "...*נזקים שהיו צפויים בעת הכריתה*", ולכאורה מה ההיגיון? **הרי כל נזק הוא נזק, בין אם היה צפוי ובין אם לאו. הרעיון מאחורי זה הוא, אנחנו רוצים לעודד גילוי מידע, זה לא משקף את רצון הצדדים,** **אבל זה יעודד אותם לשתף מידע,** ולכן כשיש צד אחד שחושב שהחוזה נכרת על בסיס מידע מסוג מסוים, וצד שני יודע מה הוא חושב אבל יוצר מצג אובייקטיבי אחר – החוזה ייכרת על בסיס התוכן של מה שהצד השני טעה לחשוב שהוא התוכן של החוזה, זאת כדי לעודד גילוי.

**שיעור מספר 4, 28/10/20**

## גמירת דעת ומפגש הרצונות

### יסודות ההצעה

* חוק החוזים (הכללי) סעיף 1 – "חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול".
* חוק החוזים (הכללי) סעיף 2– "פנייתו של אדם לחברו היא בגדר הצעה, אם היא מעידה על גמירת דעתו של המציע להתקשר עם הניצע בחוזה והיא מסוימת כדי לאפשרות לכתוב את החוזה בקיבול ההצעה; הפניה יכל שתהיה לציבור".

**כלומר, יסודות ההצעה הם:**

1. **פניה.**
2. **גמירות דעת.**
3. **מסוימות.**

### מפגש הרצונות

היסוד האובייקטיבי – נלמד מההבעות החיצוניות של ההצעה ולא ממשאלת הלב של המציע.

היחס בין גמירות דעת ומסוימות:

**פס"ד רבינאי נ' מן שקד** - ריבוי פרטים מעיד על הרצון להתקשר בחוזה (סוכמו כל הסוגיות המהותיות).זה בעייתי בעניין של זכרון דברים (מסמך שאמור להראות על הסכמות ביניים במהלך במשא ומתן) – מסוכמים פרטים, אבל הצדדים בכוונה לא קוראים למסמך הסכם. הצדדים טרם הסכימו על כל הפרטים ויכולים לדון מחדש בתנאים.

כיצד ביהמ"ש יכריע אם מדובר בהסכם מחייב?

1. הבסיס לניתוח – **גמירת דעת** – האם הצדדים רצו להתקשר בחוזה?
2. **נוסחת הקשר** – התניה או ההסדר בתוך זכרון הדברים שמקשר בין המסמך לבין חוזה שייכרת בשלב מאוחר יותר, אפשר להשלים את הפרטים לפי החוק. אם כתוב "זכרון דברים זה יוחלף על ידי חוזה פורמלי" – הכוונה שכבר עכשיו המסמך הזה מחייב, ובעתיד החוזה הפורמלי יחליפו, אך אם כתוב שמסמך זה לא מחייב לשום דבר ועניין, לא מדובר בהסכם מחייב.

**הנטייה להכיר בזכרון הדברים כחוזה מחייב.**

מאחר שנבחן בכלים אובייקטיביים יכולים להיות **מקרים בהם לא הייתה כוונה להתקשר בחוזה, אך החוזה נכרת** (צד התרשל בהבנת מצב העניינים – היה צריך לדעת שהוא נקשר בחוזה).

**לדוג':**

**Taylor V. Allon**

כיסוי ביטוחי פג תוקף. נשלחה לאדם שעצרו תעודת ביטוח זמנית, אשר לא ראה ולא היה מודע אליה, והוא התקשר בביטוח חדש שלא נכנס עוד לתוקף. השאלה המשפטית**: האם תעודת הביטוח הזמני היא חוזה? אחרת הוא נוהג ללא ביטוח.**

בית הלורדים פסק שאין ביטוח – כאשר התבקש להציג ביטוח לשוטר לא הציג את התעודה הזמנית, **מעיד על כך שלא ידע עליה.** לכן, **לא היה קיבול** (למרות שחברת הביטוח אמרה כי הייתה משלמת במקרה של תאונה). לכאורה, ההתנהגות מעידה על קיבול, הרי הוא נסע, אולם כדי לזהות מפגש רצונות צריך להיות מודע: לפי סעיף 6(ב) לחוק החוזים הכללי- "קביעת המציע שהעדר תגובה מצד הניצע ייחשב לקיבול, אין לה תוקף"– **כדי שניתן יהיה לקבל הצעה, הניצע צריך להיות מודע אליה** – ועל כן בית הלורדים פסק כי אין כיסוי ביטוחי.

בדין הישראלי היה נחשב שהתבצע קיבול לפי סעיף 7 לחוק החוזים הכללי: "הצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע, חזקה עליו שקיבל אותה, זולת אם הודיע למציע על התנגדותו תוך זמן סביר לאחד שנודע לו עליה".

**שג.מ. חניונים בע"מ נ' מדינת ישראל**

הסיפור העובדתי:  
שגמ חניונים תבעה ממדינה ישראל דמי שימוש ראויים, עבור השימוש שעשה "משק לשעת חירום" בהחנותו את מכוניותיו בחניון בתקופת מלחמת יום הכיפורים. השימוש בחניון לא פגע בהחניית כלי רכב אזרחיים. בעקבות השפל שהביאה עימה מלחמת יום הכיפורים, ביקשה שגמ חניונים מהחברה ממנה רכשה את זכויות החכירה (נתיבי איילון) להקטין את הסכום אותה התחייבה לשלם ונענתה בחיוב לבקשתה. בית המשפט המחוזי דחה את התביעה בסברו שהמערערת פוצתה באמצעות ההפחתה האמורה בדמי החכירה וכי על שגמ לא לקבל תשלום ממ"י ומכאן הערעור.

השאלה המשפטית – האם יש זכות תשלום חוזית למפעילי החניון? כניסה לחניון על סמך ההצעה (תנאי התשלום) בכניסה לחניון מהווה קיבול?

ביהמ"ש: **השופט בך**: **מעצם השימוש בחניון הם קיבלו את ההצעה** ועל כן הם נדרשים לשלם. קיימת זכות חוזית (הצעה וקיבול):

* הבעה חיצונית אובייקטיבית של קיבול.
* **האם בעלי החניון סברו שיש למדינה כוונה לשלם? -** המבחן האובייקטיבי מביא לתוצאה לא סבירה כאשר ההבנה המשותפת של הצדדים בזמן אמת שונה.

**השופט אור**: אין זכות חוזית, לא מתבצע קיבול. הוא קבע כי אין חוזה, כי הם לא התכוונו לבצע קיבול ולא היה שום מדד אובייקטיבי, כי הם פלשו לשטח, אין שום כוונה לבטא את ההסכם, לא של הפולשים וגם לא של בעלי החניון. אלא יש הסגת גבול, אולם אין נזק. מדובר על עילה בעשיית עושר.

**שיעור מספר 5, 02/11/20**

## מסוימות

**תכלית הדרישה** – הצדדים מעוניינים לדעת את תוכן החוזה במעמד הכריתה. הצעה ע"י מציע חייבת להכיל את כל פרטי העסקה, והקיבול מעיד על כך שמקבל ההצעה הסכים לכל אותם פרטים וכן מעיד על גמירות דעת.

**חוזה שלם-** כולל את כל התרחישים האפשריים וכיצד הצדדים מתכננים להתמודד איתם, מהווה את כל הרצונות של הצדדים. כביכול החוזה האולטימטיבי. בכל זאת, לרוב לא נתקלים בחוזים שלמים. הבעיה בחוזה שלם היא שלא אפשרי לקיים אותו מכיוון שאין לנו את האפשרות לפרט את כל המקרים האפשריים ומה עושים איתם.

הפתרון-חוזה חסר, והשלמה של החוזה באמצעות מקורות חיצוניים של החוזה ( היינו רוצים שאותן מקורות ישרתו את שני הצדדים עבור החוזה שהם כרתו).

פתרון זה מאומץ בעוד מקרים, לדוגמה: סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"מ 1980: *"ראה ביהמ"ש שאלה משפטית הטעונה הכרעה ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החרות, הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל".*

**כיצד מיישבים את הדרישה של המסוימות בהצעה עם זה שההצעה תמיד חסרה?**

**הותרת פרט להשלמת החוזה ממקורות חיצוניים**

הותרת פרט להשלמה ממקורות נורמטיביים/ הוראות משלימות בחוק:

* חוק החוזים הכללי: קיימים מספר סעיפים בחוק המתייחסים להשלמת החוזה: סעיף 41 (מועד הקיום, תוך זמן סביר), סעיף 44 (מקום הקיום – במקום עסקו של החייב), סעיף 45 (קיום בבינוניות), סעיף 46 (קיום בסכום הראוי).
* חוקי חוזים פרטיקולריים: חוק המכר, חוק השכירות והשאילה, חוק חוזה קבלנות, חוק חוזה הביטוח – מכילים הסדרים שמשלמים את החוזים מהסוגים האלה.
* חוק החוזים – תרופות בשל הפרת חוזה: ניתן להסתכל עליו כמנגנון השלמה, נכון שהחוק לא אומר באמת מה התרופות, **אלא מה הצדדים יעשו כאשר תרחיש מסוים יקרה עליו לא הסכימו קודם.** חוק החוזים - תרופות הוא דיספוזיטיבי, שכן ניתן להתנות עליו דוגמה לתניה: הפרה של החוזה לא תזכה את הצד השני באכיפה של החיובים. חוזה שלם היה אומר מה הסעדים השונים בגין הפרה של החוזה. חוק החוזים תרופות משלים את הרצון של הצדדים. בנוסף, החוק גורם לצדדים לפעול כמו שהיו רוצים לפעול במועד הכריתה. כאשר נותנים פיצוי עקב הפרה של החוזה, זה מוודא שהחוזה יופר רק בתנאים שהיינו רוצים שהוא יופר במועד הכריתה.
* בעסקאות במקרקעין: קיימת דרישה נוספת לחוזה בכתב (סעיף 8 לחוק המקרקעין). המשמעות היא שהצדדים חייבים לכלול בחוזה את כל התנאים הנדרשים לקיום ולהיות בכתב, נוצר מלכוד לדוגמה – **ברון** **נ' מנדיס תורס.** מה קורה אם הצדדים הכניסו פרטים בכתב שלא מקיים את דרישת המסוימות? לדוג': "אנחנו נקיים את החוזה ב-20 לחודש", לא עונה על דרישת המסוימות לביצוע. כשהחוזה כולל בתוכו הסדר למועד הקיום, זה אומר שהצדדים רצו להתנות על מקורות השלמה ממקורות נורמטיביים ולכן לא ניתן להשלים זאת באמצעות סעיף 41 לחוק החוזים. **ניתן להשלים את הכתוב רק אם הצדדים לא התכוונו להתנות על כך (הדרישה הראשית היא גמירות הדעת)**, כלומר לא התייחסו לזה, ולכן במקרה זה החוזה נעדר מסוימות.

הצדדים יכולים ליצור חוזה שהוא לכאורה חסר אך עדיין לקיים אותו כחוזה שלם בכך שיהיו בו מנגנונים שישמרו עליו שלם.

**לעיתים יש הסדרים שמשלימים את ההסכם בתוך ההסכם:**

**הותרת פרט לקביעה של צד שלישי:**

שני הצדדים מסכימים כי לא קובעים מחיר מראש, אך קובעים שמאי אשר מוסכם על הצדדים שיקבע את המחיר בו ראוי לשלם. בפס"ד **החברה לפיתוח חוף התכלת נ' מנהל מס שבח מקרקעין**: נקבע צד שלישי שיקבע את זהות הממכר שתימכר אם הצדדים לא מגיעים להסכמה. זהות השמאי גם נותרה להסכמה עתידית. הבעיה, הצדדים לא מסכימים על זהות השמאי, ולכן לכאורה ההסכם לא שלם ואין מסוימות והחוזה לא נכרת מעולם. בית המשפט קובע שאין בעיית מסוימות – **הפתרון הוא השלמה של בית המשפט, כך שהוא זה שיקבע את זהות השמאי.** הבסיס להחלטת בית המשפט: הגשמת רצון הצדדים במועד הכריתה, הצדדים רצו שיהיה מנגנון השלמה לחוזה.

**הותרת פרט לקביעה של אחד הצדדים:** אפשר, בכפוף לעקרון תום לב. הצד שרשאי להחליט לא יכל לנצל את זה כדי לחרוג ממה שהצד השני יכל היה לצפות באופן סביר. **לדוג': פרמינסקי נ' סהקרוב**, **עסקת קומבינציה –** בעל שטח מוכר לקבלן את המקרקעין, הקבלן בונה את הנכס ומעביר כתמורה לקרקע חלק מהדירות. הקבלן התחייב להעביר למוכר דירה בעלת נתונים מסוימים (לא שלמים) **לבחירת המוכר**. גם במקרה שתתעורר בעיה והקבלן יטען כי אין חוזה ולא נכרת חוזה מעולם מאחר והוא אינו מסוים דיו, (לדוגמה אם לא צוין איזה דירה יעביר למוכר) **- ביהמ"ש יקבע כי החוזה מסוים, מכיוון שהאפשרות של המוכר לבחור הופכת את העסקה למסוימת.**

בארה"ב יש התייחסות ספציפית בסעיף 2-311 ל \*UCC(הצעה לחוק החוזים המסחריים שמוציא הממשל הפדרלי שעל בסיסו המדינות מחוקקות את החוקים שלהן):  
חוזה יחשב מסוים דיו אם חסר פרט, והחוזה כולל היתר לצד להשלים אותו. במקרה כזה, אותו צד נדרש להשלים את החוזה בתום לב ותוך זמן סביר. כאשר לצד אחד יש אופציה להשלים את החסר, והוא לא עושה כן כי התחרט (הוא לא יכל, נכרת חוזה) , עוברת הברירה לצד השני, אשר חייב להפעיל ברירה זו בתום לב. חוסר שיתוף פעולה אם דרוש כזה, יראה כהפרה של החוזה.

**Uniform Commercial Code(UCC)\* -** מפעל החקיקה המאוחדת האמריקאית נוצר לשם השגת אחידות חוקית מרבית בין המדינות השונות של ארה"ב, על מנת לייעל את המסחר הבין-מדינתי הרב המתבצע ביניהן. ה-UCC אומץ, באופן מלא או חלקי, בכל 50 המדינות של ארה"ב.

**הותרת פרט בתוך טווח מוסכם - הצדדים יכולים להסכים שמחיר או כמות יסוכמו בעתיד בתוך טווח**.לדוג': יש בעיית מסוימות – חוזה למכירת רכב במחיר בטווח 50,000 עד 55,000 ₪ או סעיפי אופציה בחוזה שכירות (לעלות את שכר הדירה ב-5%). **כאשר הצעה כוללת טווח לא מוסכם, לא ניתן להגדיר שנכרת חוזה – קיים פרט חסר (המחיר). לא ניתן להשלים את החוזה ממקורות נורמטיביים, כי השלמה של המחיר אפשרית רק אם הצדדים לא הסכימו על פרט בנושא, בהסכמה של הצדדים לטווח, הם לא נתנו אופציה להשלים את החוזה ולכן הוא חסר מסוימות.**

* פתרון אפשרי – **אופציה כפולה: כל צד יכל להשלים את ההתקשרות על ידי אימוץ הפתרון שמטיב עם הצד השני.** יש לשים לב לזמן סביר בהצעה – כלומר במידה ומדובר במכירת רכב, והחוזה חסר כפי ראינו בדוגמה מעלה, תוך כמה זמן אפשר לעבור הלאה למכור לאדם אחר?

מה קורה אם אף אחד מהצדדים לא פועל להשלמת החוזה? הסדר של שתי **הצעות בלי הדירות**\*\* אשר פוקעות תוך זמן סביר (המוכר והקונה נותנים הצעות אשר כל אחד מהצדדים יכול לממש אותן תוך פרק זמן סביר – ואם הצדדים לא ממשים את ההצעות, ההצעות פוקעות וניתן להתקשר עם גורמים אחרים).

\*\***הצעה בלתי הדירה:** הצעה בלתי חוזרת – מוגדרת בסעיף 3(ב) לחוק החוזים. רק מציע ההצעה יכול להגדיר את ההצעה כבלתי הדירה. כל מציע עושה זאת מהשיקולים שלו. שיקול נפוץ הוא רצון לתת לצד שכנגד (ואמור לקבל את ההצעה) ביטחון בהצעה - המציע בעצם אומר שהוא כה בטוח בהצעה כך שלא ירצה לחזור ממנה ולכן הוא קובע שהיא תהיה בלתי הדירה.

* **ניתן להרחיב את העיקרון למצבים כללים של חוסר בחוזה –** אפשר לחשוב על זה כעל שתי הצעות. כשהמוכר והקונה מסכימים על טווח מחירים, ונדרשת הסכמה של שניהם על המחיר הספציפי – כאשר המוכר מציע את המחיר שמיטיב עם המוכר - זה כמו הצעה של המוכר לקונה. במובן הזה, יש שתי הצעות שכל אחד מהצדדים יכל להשלים אותן לחוזה (לבצע קיבול). קיימים חוזים אשר מכילים מנגנון השלמה מסוג זה, כאשר יש פרט בחוזה שהצדדים אינם מסכימים עליו – **הצד שרוצה לקיים את החוזה תמיד יכול להביא להשתכללותו כאשר הוא מאמץ את האופציה שהכי טובה לצד השני.**

**הותרת פרט שיתקבל במשא ומתן עתידי (בלי טווח):** אם הצדדים הסכימו שיחליטו בעתיד, נוצרת בעיית מסוימות. אפשר לחשוב על כך כהסכם מקדמי (עוד לא הסכם שלם). הותרת פרט יכול להיחשב כהסכם שמגדיר את התנאים לניהול משא ומתן, זה לא אומר שנכרת חוזה.

* **דוגמה: גלנר נ' תיאטרון חיפה** – הצדדים לא הסכימו על מחיר אך הסכימו לנהל משא ומתן בנוגע למחיר ואז התיאטרון מסרב לנהל משא ומתן. **האם ניתן לתבוע את התיאטרון על הפרת חוזה?** כן, הפרת ההסכם לניהול משא ומתן. עד כמה זה הכרחי לקיים את זה לאור סעיף 12? לא ניתן לחייב לקיים את החוזה שכן משא ומתן לא בהכרח היה מניב קיום חוזה, אבל עשוי להתקיים פיצוי על ההסתמכות (ההוצאות שהוצאתי) מאחר ואיבדתי אפשרות לנהל משא ומתן עם גורמים אחרים, לכן זה נזק שנגרם לי אגב ההסכם לניהול משא ומתן. הסעד יהיה קבלת פיצוי על כך שהפרו את ההסכם לניהול משא ומתן.

## פניה לציבור

הצעה יכולה שתהיה לציבור (סעיף 2 לחוק החוזים כללי סיפא). כאשר מתקיימים כלל התנאים של הצעה (כוונה ליצור יחסים משפטיים, גמירת דעת ומסוימות) הפניה לציבור מהווה הצעה. מנגד, אם הפניה לא מהווה הצעה, היא הזמנה להציע הצעות שעל בסיסן יכל להכרת חוזה (בתנאי שהזמין ביצע קיבול).

כאשר מדובר בהצעה, הרי שמספיק לקבלה על מנת לכרות חוזה מחייב. אולם, לעיתים מדובר ב"הזמנה להציע הצעות", כלומר פנייה אשר מטרתה לקבל הצעות מצדדים אחרים, כאשר כוח הקיבול נשאר בידי המציע.

ההבחנה בין הצעה מול הזמנה להציע הצעות קובעת איך, מתי ובאילו תנאים נקשר החוזה. בנוסף, **ההבחנה חשובה במיוחד כאשר טעונה הכרעה בתחרות זכויות (המצב המשפטי ששניים טוענים לאותה זכות בפועל) בין חוזים נוגדים,** **לדוגמה:** **בהצעה לציבור לקנות מוצר בודד יזכה בתחרות מי שמסר ראשון את הודעת הקיבול**, כי הראשון שמסר את ההודעה הביא להשתכללות של חוזה ולכן זכותו עדיפה – הוא הראשון ששכלל את הזכות החוזית לממכר. **לעומת זאת, אם הייתה פניה להציע הצעות ולא הצעה, השתכללה הזכות של הראשון שקיבל הודעת קיבול (מטעם המוכר)** כי החוזה נקשר ברגע שהתקבלה הודעת קיבול למציע.

**מתי פניה לציבור מהווה הצעה ומתי היא מהווה הזמנה להציע הצעות (לא מהווה הצעה, חסר תוקף מחייב)?**

* **חנות לשירות עצמי וחנות "רגילה":**   
  הצגת פריט על המדף עם תג מחיר, האם זו הצעה או הזמנה להציע הצעות? (בצרפת – הצעה, באנגליה לפי Pharmaceutical Society V. Boots – הזמנה להציע הצעות).  
  **השאלה תהיה - האם בעל החנות גמר בדעתו להתקשר בחוזה ברגע שהקונה נטל את המוצר מהמדף?**

היכן נכרת החוזה, בקופה או מאקט נטילת המוצר מהמדף? בישראל, ההצעה היא בלתי הדירה בנוגע למחיר שמופיע על המדף, הקיבול וכריתת החוזה נעשה בקופה שכן אין רצון לחייב אנשים בזמן בחירת המוצר מהמדף בקיבול ההסכם. בנוסף, יש חשש לעסקים שהמחיר על המדף ייחשב כסופי מאחר והתבצע קיבול מעצם נטילתו מאחר ויש חשש לטעות במחיר.

* **משלוח קטלוגים הביתה**לכאורה נשלח לאנשים הצעה לקנות משהו והקיבול מתבצע באמירת כן, בביצוע הזמנה. הבעיה – מבחינת המוכרים לפעמים לא כך היו רוצים שישתכלל החוזה עקב מלאי מוגבל - קיים מספר מוגבל של יחידות, ברגע שהקטלוג הוא הצעה, לא תמיד המלאי יתאם את הרצון של האנשים שרצו להתקשר בחוזה וביצעו קיבול - במידה ויש לי 100 יחידות ויש יותר מ 100 חוזים אני מסתכן **בהפרת חוזה שלא תואם את כמות המלאי שיש**.

ניתן לחשוב **על הצעה מותנית "עד גמר המלאי"** המשמעות היא שזוהי באמת הצעה אך ברגע שיגמר המלאי ההצעה פוקעת. ניתן גם לחשוב כי יש כאן **"תנאי מכללא":** הסדר בתוך החוזה גם אם לא נאמר במופרש, החשיבות של **תנאים מכללא שהם מגדירים תוכן חוזה ותוכן הצעה גם אם הם אינם נמצאים** **אם הם חלק ממה שגורמים סבירים היו חושבים שהם חלק מהחוזה.**

שיקולים בקביעה בין הצעה לבין הזמנה להציע הצעות

1. משך ההצעה: הצעה לתקופה קצרה מאוד (מעוניין לראות זאת כהצעה).
2. אפשרות המציע למשוך את הצעתו - זה צורת ביטוח למציעכיוון שהוא רואה זאת כהצעה.
3. הגבלה כמותית – על סך ההזמנות או על הזמנה ליחיד: המשמעות היא שמדובר בהצעה.
4. זהות המציע – להגן על מציע קטן לעומת מציע גדול: נרצה להגן על מציע קטן שעלול למצוא את עצמו בעסקה שלא יוכל לממש, לעומת חברה מאד גדולה שמציעה הצעות, ההגנה לא תהיה אותה הגנה.
5. נזקי הסתמכות, מקדמה, דרישות לביצוע מהלקוח – יגרום להיראות כהצעה ולא כהזמנה להציע הצעות.

* **פרסום מודעה ברשתות החברתיות (עדיף לסווג כהזמנה להציע הצעות) –** פרסום מודעה ברשתות החברתיות או אתרים ייעודיים על השכרת דירה/מכירת כלי רכב הכוללת פרטים מדויקים ולכאורה מתקיים עיקרון המסוימות - במידה ומישהו רושם "קיבלתי" על ההצעה האם נחתם חוזה? ה**משכיר אינו מציע הצעה אלא מזמין את הציבור להציע הצעות** שכן, יש למציעים פרטים שאין אפשרות לדעת מראש (לדוגמה: זהות השוכר) – כל עוד חסר מידע, ההצעה אינה מסוימת דיה. אם הייתה הצעה (ולא הזמנה), פרטים לא נכונים בפרסומת יכולים לבסס טענת פגם ברצון. בנוסף, קונה פוטנציאלי יכל לבקש לוודא מידע נוסף (לדוג' לבקש לבדוק את הרכב), ככל שהמידע הזה חסר הוא לא הצעה עקב היעדר מסוימות. מדובר בשלב במשא ומתן שהוא אינו קיבול אלא **קיבול מותנה (כמו הצעה חדשה).** **סירוב לנהל מו"מ לאחר שפרסמתי הזמנה להציע הצעות או מסירת פרטים שגויים בהזמנה – עניינת פגיעה בחובה לנהל מו"מ בתום לב, ולא לשאלת כריתת החוזה.**

## מועדי ההצעה והקיבול ואופן מתן ההודעה

**פס"ד קדישא נ' לוי: מכרז** הוא בהגדרתו הזמנה להציע הצעות – פניה לציבור והזמנה לציבור לתת הצעות שונות להתקשרות בחוזה, ואמירה "אנחנו הולכים להתקשר בחוזה על סמך ההצעות האלה". המכרז יכול להכיל את התנאים לקיבול בתוך ההזמנה, ואז ניתן לראות את הפניה כהצעה להתקשר בחוזה. בפס"ד זה לא נכללו הפרטים המסוימים ועולה השאלה – בהנחה ויש הצעה וקיבול, מתי נכרת החוזה. אחד הנימוקים בפס"ד לכך שלא נכרת חוזה היו שלא קיים מועד שבו אנו יכולים להגיד שהתקיים מפגש רצונות.

**חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול - מועד כריתת החוזה** :

נמסרה הצעה -> התקבלה ההצעה -> **נמסרה הודעת קיבול -> התקבלה הודעת הקיבול** -> נכרת חוזה.

**עולות שתי שאלות:**

* מה קורה בזמן הביניים, לפני שנכרת החוזה, האם בכל השלבים הקודמים לצדדים פתוחה האפשרות לשנות את דעתם?
* מתי ניתן להודיע על קיבול?

**סעיף 3 לחוק החוזים (חלק כללי):**

1. *המציע רשאי לחזור בו מן ההצעה בהודעה לניצע, ובלבד שהודעת החזרה* ***נמסרה לניצע******לפני שנתן*** *הודעת קיבול.* **כלומר, לפני שהניצע נתן הודעת קיבול ולא לפני שנתקבלה ההודעה.** מהרגע שנמסרה ההודעה (גם אם לא הגיעה ליעדה) המציע אינו רשאי לחזור בו מהצעתו – המחוקק מגן על הסתמכות הניצע.
2. *קבע המציע שהצעתו היא ללא חזרה, או שקבע מועד לקיבולה, אין הוא רשאי לחזור בו ממנה לאחר שנמסרה לניצע.*

**סעיף 10 לחוק החוזים (חלק כללי):**

הניצע רשאי לחזור בו מן הקיבול בהודעה למציע, ובלבד שהודעת החזרה נמסרה למציע לא לאחר שנמסרה לו הודעת הקיבול או שנודע לו על קיבול בדרך האמורה בסעיף 6(א).

קיימת א-סימטריה בין סעיף 3 ל10 – המציע רשאי לחזור בו מההצעה עד **שהניצע לא נתן את הודעת הקיבול**. הניצע רשאי לחזור בו מהקיבול עד **שהודעת הקיבול** **לא נמסרה**. יכל להיווצר מצב שבו המציע (עוד לא השתכלל חוזה) **כבר כבול בהסכם כי ניתנה הודעת הקיבול, אבל הניצע לא כבול בהסכם כי טרם נמסרה הודעת הקיבול למציע,** רק הניצע יכל להשתחרר מההסכם בנקודת הזמן הזאת.

**סעיף 60 לחוק החוזים (חלק כללי):**

1. הודעה לפי חוק זה תינתן בדרך המקובלת בנסיבות העניין.
2. מקום שמדובר בחוק זה על מסירת הודעה, רואים את ההודעה **כנמסרה במועד שבו הגיעה לנמען או אל מענו.**

המציע הוא אדון ההצעה – הוא **יכל לקבוע בהצעה זכות חזרה כל עוד לא נמסרה לו הודעות קיבול. יכול גם להתנות על הזכות שלו לחזור מההצעה לאחר שנמסרה**. גם ההסדר בסעיף 10, במידה מסוימת הוא ברירת מחדל – המציע יכל לקבוע את כל תנאי ההצעה עד להודעת הקיבול והשתכללות החוזה.

ניתן לראות הצעה ללא חזרה ואופציה (המשפט האנגלו-אמריקאי שולל זאת) **והשאלה היא מה מרוויח אדם שנתן הצעה ללא זכות חזרה?** לגבי המציע הוא מרוויח את זה שההצעה הבלתי הדירה שלו יכולה ליצור רצון לקבל הצעת קיבול מידית, שכן אין לו אפשרות לחזור בו וכן התוקף לחייב את המציע ידרבן גורמים להתקשר בחוזה. **בפס"ד נוה עם נ' יעקבוסון** – ניתנה הצעה בלתי הדירה - שמוגבלת בזמן והודעת הקיבול, ראינו כי המציע שהתחרט בו מהאפשרות של נתינת ההצעה ההצעה, לא מעוניין שאנשים יקבלו את ההצעה (לחזור בו מההצעה הבלתי הדירה) האמיתית ויכל לעשות זאת על ידי כך שהוא מתחמק מלתת לאנשים לעמוד בהצעה, בתנאים אלו ישתכלל החוזה, אחרת לא תהיה משמעות להצעה בלתי הדירה.

**שיעור מספר 6, 04/11/20**

## חזרה מההצעה/ פקיעת ההצעה

דיברנו על חזרה מההצעה ומתי ניתן לחזור ממנה. **אף אם המציע לא חזר בו מההצעה, היא עשויה לפקוע.** כאשר ניתן לחזור מההצעה, החזרה מתבצעת באותה דרך בה ניתנה ההצעה.

**ההצעה פוקעת במקרים הבאים:**

* המציע חזר בו מההצעה.
* הניצע דחה אותה סעיף 4(1).
* עבר מועד הקיבול סעיף 4(1).
* פקע הכושר של המציע ליטול על עצמו התחייבות משפטית 4(2).

**המציע חזר בו מההצעה**

**קוזלי נ' מדינת ישראל:**  בפס"ד זה, המוצאים של גופת החייל דרשו את הפרס המגיע להם לפי הפרסומים – המדינה טענה שההצעה לא תקפה מאחר והעמותה נסגרה. הייתה הודעה על הפסקת פעילות העמותה, אך לא על זה שהפרס לא יינתן. **בסופו של דבר, נפסק הדין לפי דעתו של השופט הנדל, שפסק כי המדינה לא חזרה בה מההצעה, ובטח שלא באותו אופן בו פרסמה את ההצעה.**

**הודעה על החזרה מההצעה- כיצד צריכה להימסר ההודעה?**  – מכאן לומדים את דרך הודעת החזרה לציבור – באותה הדרך של ההצעה עצמה, על מנת לשרת את האינטרס של מניעת הסתמכות. כאשר מדובר על הצעה ליחיד, על מנת לחזור מההצעה יש להודיע לאותו אדם ספציפי, מאחר ואתו אדם הסתמך על ההצעה.

**מה קורה אם ידוע שלא נמסרה הודעה על החזרה מההצעה, אולם ידוע שהניצע היה מודע לכך?** לכאורה בסיטואציה כזאת, הוא אינו יכל להגיד שהוא הסתמך על ההצעה. העניין נבחן בפס"ד **Dikinsom v. Dodds** . שם דובר על אדם שאמר לחברו שימכור לו סוס תמורת 50 מטבעות, האדם לא נתן הסכמה, הוא שמע על כך שהסוס נמכר לאדם שלישי, ואז ביצע קיבול.

נמסרה הודעת קיבול מהניצע, אך טרם הגעת הודעת הקיבול, הניצע גילה שהממכר הייחודי נמכר לצד שלישי. **האם ההצעה פקעה?**

**במשפט האנגלי:** המטרה של ההודעה היא ליידע את הניצע. אם הניצע יודע, הושגה התכלית של ההודעה, ולכן ידיעת הניצע על זה שהמציע מכר את הממכר לצד שלישי, כמוה כהודעת ביטול ולכן אם הוא עוד לא שלח הודעת קיבול, לא נכרת חוזה. **התכלית של ההודעה על משיכת ההצעה היא שהניצע לא יסתמך יותר על ההצעה, אם זאת התכלית והוא בפועל יודע, הוגשמה התכלית ולא נדרשת הודעה רשמית.**

**במשפט בישראל:** לאור הנוסח של חוק החוזים סעיף 3: "המציע רשאי לחזור בו מההצעה בהודעה לניצע" – כלומר, ההודעה צריכה **להינתן על ידי המציע ולא על ידי גורם שלישי**. כברירת מחדל, המציע הוא זה שצריך למסור את ההודעה, אבל הוא יכל לקבוע בחוזה אמצעים שונים להודעה על מנת להפקיע את ההצעה.

**דחיית ההצעה על ידי הניצע**

**דחיה במפורש או מכללא**

* קיבול בשינוי – סעיף 11: אני מסכים להצעה שלך אבל אני דורש תנאי נוסף - כמוהו כהצעה חדשה. כאשר יש הצעה בלתי הדירה שבוצע לה קיבול בשינוי, הוא **מפקיע את ההצעה**. אבל, זה לא אומר שגישוש במסגרת משא ומתן מהווה דחייה אקטיבית של ההצעה**. לא כל קיבול בשינו יפקיע את ההצעה.**
* **פס"ד נווה עם רמת גן נ' יעקובסון**:

**מה המלכוד**? על מנת לקבל את הכסף מהבנק היה נדרש להביא חוזה לרכישת דירה. ע"ב החוזה אפשר לחתום על הסכם המשכנתא ולהעביר את הכסף לחוזה. המוכר, סירב לחתום על חוזה לפני שיועבר הכסף.

**דחיית ההצעה**: הקונה לא אמר בפירוש שהוא לא רוצה, אלא אמר: "אין לי כסף" ועזב את הפגישה, בכך חשבו שהוא דחה את ההצעה. הייתה הצעה בלתי הדירה מאחר והיה תוקף להצעה: דחייה של ההצעה מפקיעה את ההצעה גם אם ההצעה בלתי הדירה. **אמירה לא מפורשת ללא שינוי בקיבול לא צריכה להביא לדחיית ההצעה.** ניטה לפרש דחייה של ההצעה באופן מצומצם.

**עבר מועד הקיבול**

**כאשר נקוב בהצעה מועד והוא חלף – פקעה ההצעה.**

מה קורה אם בהצעה לא קבוע מועד? תוך זמן סביר בנסיבות העניין. להלן **ע"א רוזנר נ' מד"א – הגרלה על רכב.** הטענה בפס"ד, היה שהתבצעה קיבול מעצם כך שהוא לא החזיר את הכרטיס למציע, רחשי הלב לא מספיקים לביצוע הקיבול, היה נדרש לבצע קיבול. אך הוא דרש לבצע קיבול לאחר ההגרלה – אנו נדרשים לבצע זה תוך זמן סביר, שכן מועד ההגרלה אמור להפקיע את ההצעה.

**צימרמן נ' זילכה**

הגרלת לוטו – המוכר מילא בשם הלקוח כרטיס לוטו ושלח אותו, הכרטיס ניצח, ועל הדוכן טען שהפרס הוא שלו.

השאלה המשפטית, מי זכאי לפרס?

בית המשפט מגיע משני נימוקים שונים לכך שהלקוח זכאי לפרס ולא בעל הדוכן: קיימת **השופט ברנזון** טען בין הצדדים מערכת יחסים מיוחדת – מערכת יחסים ארוכת טווח שבמהלכה הוא שולח כרטיס לוטו בשם הלקוח, מדובר על חוזה שירות שבו הלקוח מתחייב לרכוש כל שבוע כרטיס והמוכר לשלוח כל שבוע כרטיס גם אם הוא לא משלם עליו מראש. ולכן, הפרס שייך לרוכש.

**השופט הלוי** סבר שהתשלום הוא לא ביצוע הקיבול, אלא הוא תנאי. ההסכם שנכרת הוא הסכם למכירת כרטיס שבו התשלום הוא חיוב חוזי שמוגשם אחרי ולא בסמוך לקיבול.

**איך מסבירים את ההבחנה בין פסקי הדין?**

לתשלום יש משמעות שונה בין שני הפסקי דין – ברוזנר התשלום מהווה קיבול, בצימרמן התשלום הוא חיוב חוזי לאחר שבוצע ההסכם.

**פקע הכושר ליטול חיובים**

1. **כשרות משפטית:** המציע נתן הצעה ומאבד את היכולת שלו להתקשר משפטית עם אחרים. כולם כשירים לזכויות וחובות: אני יכול להיות מושא של הזכות או מושא של החוב, כל עוד האדם חי. באיזה סיטואציה אני יכולה להגשים זכות שלא הייתה לי קודם? (כלומר, להתקשר בחוזה). **כאשר המציע מאבד את כושרו, ההצעה פקעה.**
2. **כשרות של יחיד –** אם הוא בוגר (לא קטין) ולא פסול דין.
3. **כשרות של תאגיד –** כשר לחובות וזכויות, יכל להיקשר בחוזים כל עוד הוא קיים.
4. **פקיעת הכשרות מפקיעה את היכולת ליטול זכויות וחובות חדשים.**
5. **יכול לבצע קיבול באמצעות חליפו.**

## הקיבול

קיבול בדרך של **הודעה** (סעיף 5 לחוק החוזים הכללי) או התנהגות (סעיף 6 לחוק החוזים הכלכלי) **אם משתמע מההצעה**.

**היחס בין התנהגות והודעת קיבול**

לא נדרשת גם הודעת קיבול אם מבוצע קיבול בהתנהגות: ענין **קוזלי נ' מדינת ישראל** – אחת הטענות של המדינה הייתה שהחברים יצאו ליער לטיול ולא הודיעו לפני זה למדינה שהם הולכים לחפש את הגופה (לא הצהירו על כוונתם לבצע קיבול), ביחד לטענה זו, **בית המשפט קבע כי לא נדרשת גם הודעת קיבול כאשר יש קיבול** בהתנהגות – ההתנהגות מספיקה כדי לבצע קיבול.

האם נדרש קשר סיבתי בין ההתנהגות ובין ההצעה? האם יכול להתבצע קיבול בלי שאדע על ההצעה? השופט עמית, **אומר שלא יכל להיות שמתבצע קיבול להצעה בלי שהניצעים יודעים עליה. הרי החוזה נכרת כתוצאה ממפגש רצונות. השופט הנדל אומר שהם היו מודעים ולכן מתבצע קיבול בהתנהגות.**

קוזלי בשינוי – ניתן לחזור מההצעה. מה אם היו מודיעים שהם יוצאים לחפש את הנעדר אבל לא מצאו אותו? **המציע יכול לחזור בו מההצעה רק אם לא נשלחה הודעת קיבול וגם אם עוד לא נמסרה. אם הייתה נשלחת הודעה קיבול, המשמעות הייתה שההצעה נותרת פתוחה והם לא יכולים לחזור ממנה עד שמתבצע קיבול אך היא פוקעת בתוך זמן סביר.**

היקש משליחה ומסירה של הודעת הקיבול ביחס להצעה רגילה.

**קיבול בשתיקה**

1. **סעיף 6 ב לחוק:** "קביעת המציע שהעדר תגובה מצד הניצע יחשב לקיבול, אין לה תוקף".
2. **אין להטיל חובות חוזיות ללא הסכמה**.
3. **ניתן להקנות זכויות ללא הסכמה – הצעה מזכה.**

**סייגים**

1. **מערכת יחסים חוזית קיימת** – חוזים ללא תוקף, אפשר לשנות את החוזה על ידי משלוח הודעה של צד אחד לצד השני, שבה אומרים "אם אתה לא מודיע לי אחרת אקח את זה כהסכמה". **לאורך חיי החוזה (מאחר ומדובר במערכת יחסים ארוכה) הצדדים יעשו שינויים ואיננו רוצים להגביל שינויים אלה.**
2. **שינויים בחוזה במשלוח הודעה –** ביטוח, חוזים צרכניים ארוכי טווח.
3. **אדרת שומרות נ' הולינגסוורת ג.מ.ב.ה**: חברה ישראלית שמזמינה הזמנה מגרמניה, ולאחר מכן הולינגסוורת שולחים לאדרת שומרון שכל סכסוך משפטי יהיה בגרמניה ואדרת שומרון לא ענו. השאלה הייתה תנית שיפוט זר במסמך מאוחר יותר לחוזה – האם התבצע קיבול? השופט לוין פסק שהתבצע קיבול מאחר ועצם המשך החוזה מהווה קיבול התנהגות, **בדר"כ השתיקה לא מהווה קיבול לפי כללי המשפט הישראלי.**

**הודעת קיבול לא נמסרה למציע**

**השוו – הודעה על חזרה מההצעה לא נשלחה לניצע פס"ד Flethouse :**

לא קיבל את ההצעה אבל מסר הודעה לא למכור את הנכס. הנכס נמכר לאחר מכן, האם התבצע קיבול?

## חוזה חד צדדי

**Carlil v. Carabolic smoke Ball co**: עוסק בסיטואציה שבו החברה פרסמה שמי שמשתמש בתרופה שלה נגד שפעת לא יחלה במחלה אם יעשה שימוש רצוף של שבועיים. הם אומרים שאם הם ישתמשו בתרופה וזה לא יעבוד, החברה תעביר פיצוי כספי. מישהי מגישה תביעה נגד החברה וטוענת שחלתה בשפעת.

**האם יכול להשתכלל חוזה כאשר מטילים חיובים רק על צד אחד?**

**במשפט האנגלו אמריקאי אתה לא יכול להשתכלל בחוזה שאתה לא מקבל ממנו תמורה - ההשאלה שעולה היא האם במקרה הזה יש תמורה** – לפני שמשתכלל ההסכם, ברור מדוע יש אינטרס לחברה לפרסם את התרופה בדרך הנידונה לעיל (הם בטוחים ביעילות של התרופה וכך מפרסמים אותה) – ברור שיש אינטרס לצד בהצעה הזאת. אך אם ההצעה משתכללת בקיבול בהתנהגות של הצד השני – להשתמש במשך שבועיים בתכשיר, במקרה הזה **– אין תמורה לאחר הקיבול, מהרגע שהשתכלל החוזה יש חיובים רק כלפי צד אחד** – רק כלפי החברה שיכולה לשלם פיצוי במקרה שהמשתמש לא קיבל את מה שרצה, כלומר חלה בשפעת. **בית הלורדים אומר, שחייב להיות תמורה, אך התמורה לא חייבת להיות בקיבול החוזה. עצם קיבול בהתנהגות יכל לשכלל את התמורה – הפעולה שמבצעת קיבול נותנת את מלוא הפעולה על החוזה.**

במשפט הישראלי אין משמעות לתמורה – כאשר חוזה נכרת ללא תמורה מדובר בחוזה מתנה. **להלן מספר דוגמאות לחוזה חד צדדי:**

* **עניין קוזלי מעורר מספר שאלות:** האם צריך לדעת על ההצעה לפני ביצוע ההתנהגות? (בעניין קוזלי דנו בסוגייה האם הם ידעו על הפרס המוצע על מציאת הגופה של החייל).בחוזה חד צדדי בית המשפט בוחן את החוזה לפי האינטרס של המציע. אם התנהגות מורכבת – האם צריך לדעת על ההצעה בעת השלמת ההתנהגות?
* **תמריצים לעובדים** (דוגמה נוספת לחוזה חד צדדי) – "חבר מביא חבר" (מי שמביא חבר לעבודה מקבל בונוס), מישהו שמביא חבר שלא נקלט זכאי לבונוס? החוזה משתכלל כשהחבר מגיע להתראיין. מדובר בחוזה חד צדדי שמשתכלל מעצם הבאת החבר, אבל הוא מותנה בזה שהחבר נקלט לעבודה. הגעה של החבר לראיון הוא הקיבול, ומרגע שהחבר נקלט המעסיק משלם את הבונוס לעובד.

## הצעה מזכה

ס'7 לחוק החוזים עוסק בסיטואציה קרובה לחוזה החד צדדי: *"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".*

אם יש הצעה שהיא מזכה, אז יש חריג לסעיף 6ב שאומר שלא יהיה קיבול בשתיקה, בכך שהוא אומר שיש חזקה לניצע שמקבל את ההצעה זולת אם הודיע למציע שהוא לא מעוניין בהצעה. הצעה מזכה, בשונה מחוזה חד צדדי שמשתכלל במתן תמורה ומחייב את הניצע לבצע פעולה שיש בתמורה, **אין כל חיוב על הניצע, גם לא לאחר שהוא קיבל את ההצעה – החוזה לא מטיל כל נטל על הניצע.** לדוג': חברה אומרת "הטבה לחברי מועדון" – הצעה מזכה, הם לא צריכים להודיע קיבול אלא אם הם מודיעים שהם לא מעוניינים בהצעה.

האם הניצע צריך להיות מודע להצעה? **טיילור V אלון** – האם מה שהמבטח נתן, הארכה לביטוח, מתנה? בית הלורדים אומר שזאת לא מתנה, ואין בכלל חוזה (בדין האנגלי חייבת להיות תמורה). זאת לא מתנה כי יש אינטרס לחברת הביטוח לתת לטיילור את החודש הנוסף של הביטוח כי זה גורם לו לרצות להישאר בחברה. על כן יש כאן תמורה, אבל מבחינת הדין הישראלי – ההצעה היא הצעה מזכה.

**ההבחנה בין הצעה מזכה והתחייבות לתת מתנה:**

1. יכולה להיות תמורה (במובן של חוק חוזה מתנה).
2. מתנה עשויה להטיל חיובים.

**בשני המקרים קיימת חזקת קיבול.**

האם יש משמעות לידיעה על ההצעה המזכה כדי שהיא תשתכלל לידי קיבול?

תלוי בכוונת המציע. יהיו מקומות שבהן הצעה מזכה תחייב את הידיעה של הניצע אם ככה עולה מתוך ההצעה. אבל, אם המציע רוצה שההצעה תחייב אותו כלפי כל הניצעים מבלי שתידרש ידיעה על כך שהניצע נחשף להצעה, אז היא תתקבל ללא צורך בידיעה על ההצעה.

1. בדין האנגלי, התשובה לשאלה לעיל היא חיובית, חייב לדעת שיש הצעה מזכה כדי לבצע קיבול להצעה.
2. **בדין הישראלי** – התשובה לא ברורה. גם בהצעה לתת מתנה, שגם לגביה קיימת חזקת קיבול וגם להצעה מזכה, זה **יהיה תלוי במידה רבה בכוונה של נותן ההצעה**. אם הכוונה הייתה כזאת שהמציע רצה שההצעה תהיה מחייבת ותוקפה יכנס באותה רגע, כך יהיה או לפחות תוך זמן סביר שלא ניתנה הודעת דחייה. אבל אם אנו סבורים שההצעה היא כזאת שהמציע רצה שיראו אותה (לדוגמה: פרסומת), אז נגיד שדרושה צפייה/הסתמכות בפועל בהצעה המזכה.
3. משמעות חזקת הקיבול.

## מכירה פומבית ומכרזים

**מתי נכרת החוזה במכירה פומבית?** המבנה החוזי של המכירה הפומבית – התנהגות קלאסית להזמנה להציע הצעות. אם זאת הזמנה להציע הצעות, **המשמעות היא שנדרש קיבול, ואם לא מבוצע קיבול לא השתכלל חוזה**. אך ברגע שמישהו נתן את ההצעה הגבוהה ביותר, האתר של המכירה הפומבית לא יכל לחזור בו ולא נרצה שהוא יוכל לחזור בו. לכן אפשר לחשוב על הסוגייה כ:

* **כל הצעת מחיר כקיבול מותנה** (לא דרך מקובלת לפרש זאת): כל פעם שמישהו מבצע קיבול הוא מותנה (משכלל חוזה בתנאי מפסיק, התנאי- אם מישהו אחר יבצע קיבול במחיר גבוה יותר), כאשר תתקבל הצעה במחיר גבוהה יותר החיובים ההדדיים יפסקו, כד שמשתכלל חוזה חדש עד שהחוזה האחרון משתכלל ולא נדרש לבצע קיבול.
* **הזמנה להציע הצעות וכל הצעת מחיר היא הצעה חדשה**.
* **חוזה נספח המסדיר את קשירת החוזה** : "אני מבצע קיבול להצעה הגבוהה ביותר" – כך שכשמציע ההצעה הגבוהה ביותר, הקיבול הוא אוטומטי והם לא נדרשים לתת הודעות קיבול. ישנם שני חוזים – החוזה המקדים שמסדיר את המנגנון של הצעה וקיבול (משא ומתן עם כל הנוכחים בחדר), המנגנון אומר כי יש התחייבות חוזית לקבל את ההצעה הגבוהה ביותר ולכן הם לא נדרשים לתת את ההודעת קיבול כי הם התחייבו מראש לקבל את ההצעה הגבוהה ביותר. מסגרת שבה יש התחייבות לקבל הצעות -> הצעות קונקרטיות -> קיבול לפי ההתחייבות הקודמת, לקבל את ההצעה הגבוהה ביותר.
* ראינו **בפס"ד קדישא נ' לוי** – אם אני לא מתחייב לקבל את ההצעה הגבוהה ביותר, המכרז הוא פניה לציבור להציע הצעות שלא מביאה להשתכללות חוזה באופן אוטומטי ומאפשרת את המנגנון של משא ומתן.

# הכשרות המשפטית

**כשרות לזכויות וחובות והכשרות לפעולה משפטית**

החוק מבחין בין כשרות לזכויות וחובות ובין הכשרות לפעולות משפטיות.

**סעיף 1 לחוק הכשרות:** "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו".

**סעיף 2 לחוק הכשרות:** "כל אדם כשר לפעולות משפטיות, זולת אם נשללה או הוגבלה כשרות זו בחוק או בפסק דין של בית המשפט.

פעולה משפטית היא יצירה של זכויות וחובות: אדם יכול להיות מושא של זכות או של חובה אך לא יכול להביא להשתכללות של זכויות או חובות חדשים. אדם כזה לא יכול ליצור על דעת עצמו דיספוזיציה של הזכויות הקיימות שלו – לא יכל להעביר או לוותר על זכויות בעצמו.

מה ההשלכה של חוסר כשרות?

כיצד ניתן להיות כשר לזכויות ולחובות, אבל לא להיות כשר לפעולות משפטיות? –לאדם חסר כשרות משפטי יש נכסים, אך הוא לא יכול לבצע פעולות שיגרמו לכך שיהיה בעלים של נכס – **כשאנשים לא כשירים לבצע פעולות בעצמם, הם כשירים לבצע את זה באמצעות מישהו אחר שפועל בשמם (נציג שלהם), הם לא כשירים לבצע את הפעולה אך הם כן כשירים לקבל את הזכות.**

**מגבלות על הכשרות לבצע פעולות משפטיות**

לדוג' במקרים הבאים נשאל מה תוקף ההסכמה של קטין או אדם שאינו כשיר משפטית:

1. **חוזים** – פעולה משפטית, אדם חסר כשרות משפטית לא יכל להביע הסכמה/גמירות דעת להתקשר בחוזה.
2. **יחסי מין** – הסכמה אומרת שלא בוצע אונס, אלא אם מדובר בקטין – ההסכמה של הקטין אינה מתירה את המעשה כיוון שבמובן המשפטי הוא אינו כשיר משפטית להסכים.
3. **פרטיות** – עולה השאלה בהקשרים אינטרנטיים – כאשר נכנסים להסכמים באינטרנט מוותרים על הסדרים הנוגעים לפרטיות – חוק הגנת הפרטיות קובע שמותר לפגוע בפרטיות של אדם בהסכמתו (במפורש או במכללא), וזה אומר שנתיר פגיעה בפרטיות רק כלפי אנשים שיכולים לגבש את ההסכמה, ותהיה שאלה לגבי האפשרות לפגוע בפרטיות של קטינים.

**לפי חוק הכשרות המשפטית יש שתי אוכלוסיות שלא יכולות לבצע את הפעולה המשפטית עקב חוסר יכולת לגבש הסכמה השוללת מניה וביה את היכולת לבצע פעולה משפטית:**

1. **קטינים.**
2. **פסולי דין** – הכרזנו עליו כמי שלא יכול לגבש את הרצון לבצע את הפעולה המשפטית, אין כלל מראש שאומר מי פסול דין ונצטרך לאמץ הבחנה ברורה לגבי מתי מכריזים על מישהו כפסול דין. ביהמ"ש מוסמך להכריז על אדם שאינו מסוגל לדאוג לענייניו מחמת ליקוי נפש או מוגבלות שכלית כעל פסול דין.

כדי לבצע פעולה משפטית דרושה גמירות דעת (מפגש הרצונות, צריך לגבש את הרצונות של הצדדים) או הסכמה. **לכאורה נוצרת בעיה מהצד השני** של ההתקשרות – יכולתי לחשוב שקטינים לא יכולים לכרות חוזה מאחר והם לא יכולים לגבש גמירות דעת, אך זה דורש מהצד השני לגלות אם האדם קטין או בגיר – הצד השני נכנס לקושי בהבחנה. אם פסול דין לא מסוגל לגבש רצון ולכרות חוזים, אנו יוצרים מצב שהצד השני של ההתקשרות לא יודע מול מי הוא עומד והאם הוא יכול להיכנס לחוזה, וזאת בעיה שהצד השני לא יכל לרפא**. החוק נותן לנו שני פתרונות שונים להגדרת האוכלוסיות שציינו לעיל:**

1. **קטין:** אדם שלא מלאו לו 18 הוא קטין; אדם שמלאו לו 18 בשנה הוא בגיר.
2. **פסולי דין:** אדם שמחמת מחלת נפש או ליקוי בשכלו אינו מסוגל לדאוג לעניינים, רשאי בית המשפט לבקשת בן זוגו או קרובו, או לבקשת היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו ולאחר ששמע את האדם או נציגו להכריזו פסול דין – המשמעות היא שמרגע ההכרזה של בית המשפט האדם הפך לפסול דין – סטטוס דקלרטיבי (הצהרתי). אין הגדרה ברורה לפסול דין. **ההכרזה על אדם כפסול דין היא הכרזה שלא רק מצהירה על המצב, אלא יוצרת אותו, הכרזה קונסטרוקטיבית (כלומר, אינה מסתכלת על מקרים בדיעבד, מממשת אותו).**

**פעולות על ידי קטין – (חלק רלוונטיות גם לפסול דין)**

***סעיף 4 לחוק הכשרות****:" פעולה משפטית של קטין טעונה הסכמת נציגו; ההסכמה יכולה להינתן מראש או למפרע לפעולה מסוימת או לסוג מסוים של פעולות. יכול נציגו של קטין לבטל הסכמתו לפעולה על עוד לא נעשה הפעולה".*

***סעיף 5 לחוק הכשרות****: "פעולה משפטית של קטין שנעשתה לא בהסכמת נציגו ניתנת לביטול****.* לא היינו רוצים שזה יתבטל מראש. צריך לזכור שהנציג יכל לבצע את ההסכמה בדיעבד.**

1. *על ידי נציגו, ואם אין לקטין נציג – על היועץ המשפטי לממשלה, תוכל חודש ימים לאחר שנודע להם הפעולה.*
2. *אם לא נודע לנציג או ליועץ המשפטי לממשלה על הפעולה – על ידי הקטין, תוך חודש ימים לאחר שהיה לבגיר*. **אנו רואים ביועץ המשפט לממשלה כנציג שיורי השומר על האינטרסים של הקטין כאשר אין מי שישמור עליהם.**

**מה קורה לצד השני?** מה קורה כאשר הוא אינו יודע אם ניתן אישור?

**מחד,** כאשר מדובר בקטין, ניתן לבטל את הפעולה. **מאידך,** הצד לא צריך לחשוב שהוא יהיה כרוך בעסקה לנצח. הנציג רשאי לבטל את הפעולה חודש ימים לאחר שנודע לו עליה. הנציג יכול לבטל את הפעולה, אך הוא מוגבל בזמן (סעיף 5 [1]).

**הרעיון החוזי שעומד בבסיס תפיסה סעיף 5 (2):** הקטין ביצע פעולה (קיבול או הסכם). יש לוודא אם הקיבול יכל לשקף את גמירות דעתו להתקשר בחוזה. **קטין לא יכול לשקף גמירות דעת, רק הנציג יגבש את גמירות הדעת ויוביל להשתכללות של ההסכם**. ההסדר של סעיף 5 (1) חריג לחוק החוזים סעיף 6 (לא ניתן לבצע קיבול בשתיקה), **ובו אנו מאפשרים לנציג לבצע קיבול בשתיקה (אם לא יגיד כלום עד חודש ימים, התבצע קיבול).** כדי שהוא יוכל לבצע קיבול בשתיקה, הנציג חייב להיות **מודע להצעה**, ואם הוא לא מודע אליה – אנחנו לא יכולים להגיד שבנסיבות האלה הוא ביצע קיבול בשתיקה. לכן משאירים את הזכות לקטין לחזור בו מהסכמתו (שהיא בעייתית כי אין לו את היכולת לגבש גמירות דעת) כאשר הוא בגיר, כל עוד הנציג שלו לא ידע על כך.

**ניתוח חוזי במקרים של העדר כשרות: קבלת החלטות על ידי הנציג**

סעיף 17 לחוק הכשרות: "באפוטרופסותם לקטין חייבים ההורים לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין"

**מה ההבדל בין אפוטרופוס לנציג של קטין?**

ההורה הוא גם הנציג וגם האפוטרופוס**. הנציג הוא מי שמבצע את הפעולות המשפטיות בשם הקטין.** הנציג של הקטין מייצג אותו בהליכים משפטיים. כשקטין מגיש תביעה, היא צריכה להיות מוגשת באמצעות נציגיו. **האפוטרופוס של הקטין או של החוסה, חייב מבחינה משפטית לדאוג לצרכיו**.

**מהי המשמעות לנהוג לטובתו?**

במשפט, התפיסה של נאמנות כקונסטרוקט משפטי, אומר שנאמן הוא מי שנוהג בזכויות של הנהנה ומי שזכאי לבצע פעולות בזכויות של נהנה. הנאמן, שמבצע את הפעולות בזכויות ובנכסים של הנהנה, חייב לעשות זאת מתוך טובתו של הנהנה בלבד, **כך שאסור לו להעדיף את האינטרס של עצמו על פני האינטרס של הנהנה.**

האפוטרופוס נאמן על הנכסים והזכויות של הקטין, ולכן הוא מחויב לפעול בהם כדי להניב את האינטרס של אותו קטין. המנגנונים של חוק הכשרות המשפטית (במיוחד סעיף 20) נועדו למנוע מצבים של ניגוד עניינים.

**ס'6 לחוק הכשרות: הפעולה של הקטין לא ניתנת לביטול אם זה מסוג הפעולות שקטינים מבצעים בדרך כלל.**המבחן לפי סעיף זה הוא מבחן אובייקטיבי, ושואל האם מדובר בפעולות שקטינים מבצעים בדרך כלל ,בתלות בגילם.

פעולה שהצד השני לא ידע שמתבצעת מול קטין ולא היה צריך לדעת-   
יש גם דרישה **סובייקטיבית** שהצד השני לא ידע שמדובר בקטין וגם דרישה **אובייקטיבית** שהוא לא היה צריך לדעת (כלומר, שאדם סביר במצבו לא היה חושב שמדובר בקטין). עדיין לא יהיה ניתן לבטל עסקאות מסוג זה, **אלא אם זה יגרום לקטין נזק משמעותי.**

תוצאות הפעולה של התנאי שניתן בסעיף 5 לחוק הכשרות המשפטית: ביטול מותנה, החוזה נכרת בידי הקטין אבל נכרת עם תנאי מפסיק (תוך חודש ימים), ולכן החוזה בטל בדיעבד. שונה ממה שנקבע בסעיף 6א, שאומר שפעולה באשראי או לשיעורין היא בטלה מעיקרה (לא השתכלל מעולם החוזה).

**ס' 6א גובר על סעיף 6:** סעיף 6 (א) לחוק הכשרות המשפטית שאומר: *פעולה משפטית של קטין שהיא רכישת נכס באשראי או במקח-אגב-שכירות, שכירות נכס או קבלת שירות באשראי, אין לה תוקף, על אף האמור בסעיפים 5 ו-6, כל עוד לא באה עליה הסכמת נציגו; לענין סעיף זה, "אשראי" – לרבות תשלום בשיעורים*", גובר על סעיף 6 – אם ילד מתקשר בפעולה והצד השני לא יודע שזה קטין או ילדים מתקשרים בפעולות האלו באופן רגיל אך זה כרוך בלקיחת הלוואה או פעולה בתשלומים, אז הפעולה בטלה.

**פלאפון תקשורת בע"מ נ' אבן:** רכישת מכשיר בתשלומים. הוגשה על כך תביעה נגד פלאפון, שטענה כי פלאפון ילדים עושים את הפעולה באופן קבוע, אך פלאפון הפסידה **מאחר וסעיף 6 (א) גובר על סעיף 6.**

**פעולות טעונות אישור של בית המשפט - סעיף 20 לחוק הכשרות:** פעולות בניגוד עניינים או פעולות שיש סיכון שיגרמו להשפעה כלכלית על הילד – כלומר פעולות המעלות את החשד שהן לא נעשות לטובת הילד ועל כן רוצים עין נוספת (בית המשפט) שתפקח שהפעולה מבוצעת לטובתו.

**"ואלה הפעולות שבהן אין ההורים מוסמכים לייצג את הקטין בלי שבית המשפט אישרן מראש:**

1. העברה, שעבוד, חלוקה או חיסול של יחידה משקית בחקלאות, בתעשייה, במלאכה או במסחר או של דירה;
2. פעולה שתקפה תלוי ברישום בפנקס המתנהל על פי החוק;
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."

**ההבחנה בין סעיף 5 לסעיף 20, לעניין התוקף החוזי של האישור:**

**פס"ד שרף נ' אבער**: קנייה של נכס לילד כפעולה טכנית (כאשר יש מספר דירות בבעלות הם מחויבים בתשלום מס), אך היא אינה טכנית בכלל.

לכאורה חוזית, ההורים לא יכולים לייצג את הקטין ועל כ לא יכולים להיכנס לחוזה בשמו, זה אומר שלא יכלה להתבצע לא הצעה ולא קיבול בשמו. נוצר חוזה שכולל בתוכו תנאי לתוקף של החוזה. סעיף 20, לפי לשונו לא יוצר תנאי כזה, אבל ברק מסייג את זה ואומר – בעולם המעשה, איך ביהמ"ש נותן אישור? על מנת לבצע זו הוא צריך את הפרטים של העסקה, ועל כן נדרשת עסקה מחייבת. **איך יכל להיות שההורה לא יבצע קיבול אך העסקה תחייב?** אפשר לחשוב על ההסדר כהתחייבויות מקדימות. במקרה זה, יש הצעה (הצעת רכישה, הרוכשים נותנים הצעה בלתי הדירה) וההורים מתחייבים חוזית לפעול לאישור ההצעה על ידי בית המשפט (התחייבות חוזית נפרדת), **כדי לבצע קיבול להצעה הם צריכים לקבל את אישור בית המשפט מראש ועל כן מתחייבים בהסכם נפרד לפעול למען קיבול ההצעה**. לכן לא יכול להיות צעד אכיפה או צעד כלפי הקטין (הקטין הוא לא צד ולא נעשתה פעולה בשמו), אך אפשר לתבוע מההורים לבקש סעד הצהרתי מביהמ"ש שהעסקה תקפה.

**השיקולים של בית המשפט במתן האישור – כדאיות העסקה לקטין**

**פס"ד נחול נ' לוי**:

אגרנט שואל, האם במועד המשפט העסקה כדאית לקטין. במועד העסקה, העסקה הייתה הוגנת, אך במועד המשפט אם הנכס היה שווה יותר ולכן הוא היה דוחה את האישור.

יתרון לקטינים: כוח מיקוח חזק - זה ממצב אותם בעמדה יותר קשוחה במשא ומתן. כשהמציע ישאל את עצמו כמה להציע, הוא יחשוב להציע מחיר כמה שיותר גבוה כי כך הוא מבטיח בסיכוי יותר גדול שהעסקה תאושר על ידי בית המשפט.

חסרון לקטינים: פחות אנשים ירצו להיכנס איתם לעסקה מלכתחילה: ככל שבית המשפט יעריך את שווי הנכס בדיעבד במועד המשפט, פחות אנשים ירצו להיכנס לעסקה מלכתחילה, מאחר והעסקה מסוכנת כי היא יכולה להתבטל, והמאמצים הכלכליים עשויים להיות לשווא.

**שיעור מספר 8 11/11/2020**

# משא ומתן לכריתת חוזה

## מבוא - חובת תום הלב במשא ומתן ופגמים בכריתה

עד כה עסקנו ביצירת מערכת יחסים חוזית. בשלב זה, נתייחס להתערבות משפטית בשלבים טרום חוזיים.

**במשפט האנגלו – אמריקאי** לא מוכרת חובת תום לב כללית במשא ומתן ואף לא בקיום חוזה, מאחר כי אנו חושבים על ההסדרים של דיני החוזים כאירוע שמתחולל עם מפגש הרצונות - הכוח המקים חיובים חוזיים הוא מפגש הרצונות, כלומר לא נכפת על הצדדים מערכת יחסים מחייבת כל עוד אין להם רצון. זאת הסיבה שנדרשת גמירות דעת ומפגש רצונות של שני הצדדים בתהליך הכריתה.   
החשש מכניסה למשא ומתן מגדיל את העלויות הכרוכות בניהול משא ומתן. אם נגיד שיש חובת תום לב, כדי לקיים משא ומתן נדרש ייעוץ משפטי – אך לרוב לא נרצה שכל פעם שאנשים יכנסו לחוזה הם ישכרו ייעוץ משפטי ויחשבו כיצד לבנות את ההתקשרות, באופן שייקר את השלבים המקדמיים. **זאת הסיבה שאנו חוששים מהתערבות בשלב טרום חוזה**.

זה לא אומר שאין אחריות בגין פעולות שנעשו בשלב הטרום חוזי – תרמית, מצג שווא ולעיתים הבטחות – הדין הישראלי והאמריקאי מסדיר את השלבים האלו.

**סעיף 12 (א) לחוק החוזים הכללי קובע** *"במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב".* ההסדר הנ"ל הוא בין הסדר נזיקי לבין הסדר חוזי. לא ניתן לחשוב עליו כהסדר חוזי, מאחר שהוא פועל על השלב הטרום חוזי (כלומר לפני שנכרת חוזה).

הפרת תום הלב במשא ומתן – אם המערכת יחסים הייתה מערכת יחסית חוזית, היה ניתן לבקש סעד חיובי – כלומר אכיפה של החוזה או פיצויים של קיום החוזה (פיצויי ציפייה, משקפים את מה שצד היה מרוויח אם החוזה היה מתממש). אם נחשוב על ההסכם כהסדר נזיקי, התוצאה תהיה לתת לצדדים פיצויים שליליים (בגין ההסתמכות).

איתור נקודת האיזון: סעיף 12 יוצר חשש מצינון המוטיבציה של אנשים להיקשר בהסכמים. מצד שני, יש לו מקום מבחינה מוסרית ומבחינת יעילות או הגשמת רצון הצדדים במובן הזה ששני הצדדים רוצים להיכנס למשא ומתן רק עם אנשים תמי לב. **הדיון בפסיקה מנסה לתור אחר האיזון הראוי בין התערבות יעילה בשלב המשא ומתן ובין ההגשמה של העיקרון שהצדדים צריכים לפעול בתום לב.**

אנו ננסה לפרוט את הפעילויות שעשויות לגרום למשא ומתן בחוסר תום לב. כמדיניות כללית, נעדיף טענות שהם לא טענות חוסר תום לב בעלמא, אלא מוסדרות בדוקטרינה קונקרטית אף אם היא נשענת בבסיסה על חובת תום הלב. לדוגמה: אשם בהתקשרות – תולדה של חובת התום לב.

## מקורות חיצוניים שמסדירים את ניהול המשא ומתן

לפי שנכנס לדיון בפרשנות של סעיף 12 לחוק החוזים – יש לעמוד על מספר מקורות משפטיים נוספים (דוקטרינות) שמסדירים את ניהול המשא ומתן לכריתת חוזה:

הסדרים נזיקיים המטילים אחריות בקשר למשא ומתן   
התנהגות שפוגעת בצד האחר למשא ומתן עשויה להיות עוולה נזיקית. לדוגמה:

* **פס"ד טפחות נ' צבאח**: בנק לא מגלה לרוכשי דירות נוטלי הלוואה על ניגוד העניינים שלו (הוא יודע שהקבלן שבונה את הבניין נמצא בקשיים כלכליים, יש לו אינטרס משמעותי שהרוכשים ייקחו משכנתא, כדי שהקבלן יוכל לכסות את החוב שלו), הבנק הואשם באי גילוי רשלני, אחריות לפי סעיף 12 לחוק החוזים הכללי.
* **פס"ד עמידר נ' אהרון** – עמידר אחראית בגין חיווי דעה רשלני לגבי המצב התכנוני של הנכס הנמכר, ביחס לאפשרות לפתוח במקום מסגריה – מצג שווא רשלני. **אהרון נכנס להתקשרות החוזית עקב חוות הדעת הנ"ל ולכן מחויבים בפיצוי.**
* **פס"ד Esso Petroleum v. Marson** – אחראים בגין מצג שווא אם נחזו להיות מומחים – מצג שווא רשלני. כתוצאה מכך שהם לא אומרים שלא ניתן להציב את משאבות הדלק ליד כביש, היו הפסדים לאסו, ועל כן חויבו על פיצויים בגין מצג שווא רשלני.

חוזה נספח   
דיברנו על חוזה המסדר את ניהול המשא ומתן, לדוגמה במכירה פומבית. הכוונה כאן שונה: בישראל ובמדינות המשפט המקובל, **נעשה שימוש ברעיון החוזה הנספח מכללא, כדי להטיל חיובים שליליים (הזכות לפיצוי שלילי) במסגרת המשא ומתן. המצג בשלב המשא ומתן הוא חלק מהחוזה**, בו ההתחייבות היא שהמצג נכון. התוצאה של החוזה הנספח היא כריתת החוזה העיקרי הנזק מהפרת הנספח – קשירת החוזה העיקרי.

* **פס"ד Esso Petroleum v. Marson** – במשפט האנגלי, פיצויי הסתמכות.
* **עמיד נ' אהרון** – השופט לנדוי אומר שאפשר לאמץ את הרעיון של החוזה נספח גם כדי להעמיד את הפיצוי באותו עניין ולא חייבים להשתמש במצג שווא רשלני.
* **אין צורך בקונסטרוקציה המשפטית לאור סעיף 12** **לחוק.**
* כאשר יש עילה נזיקית, אין משמעות לעילה הנוספת לאור מנגנון חישוב הפיצוי. בכל מקום שיש חוזה נספח יש גם מצג שווא רשלני, החוזה נספח לא מוסיף למצבו של התובע.

### השתק הבטחה – דוקטרינה חצי פרוצדוראלית

* **השתק ((Estoppel:** צד לא יכל להעלות טענה בבית המשפט, הוא "מושתק" מלהעלות את הטענה.
* **השתקים יכולים להיות במעשה בית דין:** תוצאה שניתנה בפסק דין ולכן הנושא סגור בין הצדדים ולא ניתן להעלותו מחדש. כפוף לזכות לערער, ולכן הוא חל כאשר יש פסק דין סופי.
* ניתן לפרוט את ההשתק לסוגיות משנה:
  + 1. **השתק העילה:** ערכאת בית משפט הכריעה לגבי העילה, אין אפשרות להעלות את טענה מחדש לא רק בפני אותו בית משפט, אלא גם בפני בית משפט אחר, ולא רק במסגרת ההליך אלא גם במסגרת הליך אחר. לדוג': במקרה של הפרת חוזה, תבעת והפסדת, אתה מושתק מלהעלות את הטענה אם תרצה לטעון לפיצויים.
    2. **השתק שיפוטי:** בהגשת התביעה תוארו עובדות, לא ניתן לתאר את העובדות אחרת (טענות עובדתיות סותרות).
    3. **השתק פלוגתא:** אם בית המשפט פסק בנוגע למחלוקת בין הצדדים, לא ניתן לטעון מחדש את אותה סוגייה עובדתית שהוכרעה כבר. מהרגע שהוכרעה הפלוגתא בפועל, אתה מחויב בעמדה הזאת ומושתק מלטעון.
    4. **השתק הבטחה ((Promissory Estoppel:** הבטחות שניתנו או מצגים שניתנו במסגרת המשא ומתן יכולים לחייב צד אחד במובן הזה שהוא לא יכל להעלות אותם.
    - המקרה הבסיסי: מצג, אם הציג צד א' לצד ב' מצג שווא, צד ב' יכל לאחר מכן לטעון שצד א' מושתק מלטעון זאת. לדוגמה, אם אני אומר למישהו שאין לי זכויות בנכס מסוים ולמעשה יש לי זכויות של משכון על הנכס, אחר כך אם אגיש תביעה למימוש המשכון הוא יכל לטעון כי אני מושתק מהעלאת הטענה לכך שיש לי משכון על הנכס.
    - השתק הבטחה יכל לחול במצבים שצד אחד הבטיח לצד השני הבטחה שאין תמורה בגינה, אבל הצד השני מסתמך עליה (כלומר, אין חוזה), לדוגמה ויתור על חוב – האדם נטל הלוואה ולפני שהשיב אותה הנושה אמר לחייב שהוא מוותר לו על החוב. במקרה הזה אם אחר כך הוא מגיש תביעה ומבקש את השבת החוב**, הוא יכל לטעון שהוא הסתמך על כך שאין חוב ועל כן הנושה מושתק מטענת שיש לו חוב.**
    - במשפט האנגלי זה ניתן כמגן ולא כחרב (כלומר ניתן רק לטעון להגנה אם הצד השני מעלה את הסוגייה).
    - **בארה"ב – השקעות טרום חוזיות – Precontractual investment** הדוקטרינה של השתק הבטחה היא רחבה יותר ומאפשרת פיצויי הסתמכות/פיצויים חיוביים וגם כטענת חרב. לדוגמה: בפס"ד Hoffman v. Red Owl Stores– רשת קמעונאית גדולה בדרום ארה"ב. הופמן פונה לנציג החנות על מנת להתקשר איתם בחוזה כדי שיפתחו סניף של הרשת ביישוב שלו. הנציג עונה לו שעליו לאתר מקום טוב לפתוח סניף, והחנות תגיע להסכם לפתיחת הסניף. הופמן משקיע משאבים, ולוקח סוכן נדל"ן שיחפש קרקע רלוונטית שעונה על התנאים, בהליך המשא ומתן Red owl חוזרים מן ההצעה.

**ביהמ"ש:** כשאתה יצרת הבטחה שתנהל מו"מ או תאפשר לפתוח את החנות והצד השני השקיע עקב כך השקעות בקיום החוזה – נוצר השתק הבטחה, כך שאין אפשרות לחזור בך מן ההסדר, אתה חייב פיצויים לצד שהסתמך על ההבטחה שלך, אבל הם מוגבלים רק להוצאות ההסתמכות. כלומר, אתה לא חייב לקיים את החוזה או לשקף את פיצויי הקיום אך יש לשלם את הוצאות ההסתמכות.

**כל הדוקטרינות שנידונו לעיל הם הסדרים משפטיים שיכולים להסדיר את המערכת הטרום חוזית בלי קשר לסעיף 12 לחוק.**

## היחס בין החובה לנהל תום לב במשא ומתן ובין פגמים בכריתה

עילות לביטול חוזה בשם פגם בכריתה יכולות, אך לא חייבות, להיות תוצאה של הפרת חוזה.

**האם החפיפה בין הפרת חובת תום לב לפגמים בכריתה היא חפיפה חלקית או מלאה?**

טענות לפגם בכריתה: **טעות, הטעיה**- לא בהכרח יכולות להוות הפרה של חובת תום הלב, **כפיה** (פעולה אקטיבית, מעשה זה בהכרח מפר את חובת תום הלב) **ועושק** (ניצול מצוקה של הצד השני ויצירת חוזה גרוע כלפי הצד הנתון במצוקה, הם בבירור הפרה של חובת תום הלב).

טעות חד צדדית היא כשצד לחוזה מתקשר בחוזה תוך אמונה מסוימת והוא מתבדה לגבי האמונה הזאת. אם צד אחד לא ידע על הטעות, הצד הטועה נפגע ואולי עשוי לבטל את החוזה, נראה שאין הפרה של חובת תום הלב כלפי הצד השני. יכל להיות שהצד השני שלא טעה היה צריך לדעת על הטעות במובן שהוא התרשל. ועדיין, לא ברור שהתרשלות זו מהווה חוסר תום לב במשא ומתן.

הטעיה ברשלנות: אי גילוי של פרט שנעשה ברשלנות יכול ליצור בסיס לטענת הטעיה ועדיין לא ברור האם יש פגיעה בעיקרון תום הלב.

הטעיה בהעדר רשלנות: כאשר קיימת חובת הגילוי. לא ברור האם מדובר בהפרה של חובת תום הלב.

**ההשלכה על הסעדים – האם ניתן לתבוע גם וגם?**

ניתן, אם מתקיימים שני תנאים:

1. יש עילה בגין פגם בכריתה וגם הפרה של חובת תום הלב,
2. נותר נזק שלא תוקן עקב ביטול החוזה **או** –
3. הנפגע לא מעוניין לבטל (פגם בכריתה – ניתן לביטול, לא בטל) – אבל דורש פיצוי על הפרת חובת תום הלב, כאשר יצטרך להוכיח שאכן הופרה חובה זו ושנגרם לו כתוצאה מכך נזק. לכאורה, יכל להיות קשה להראות שיש נזק כשהנפגע לא רוצה לבטל את ההסכם.

**הרעיון הנורמטיבי לחובת תום הלב - האם הסטנדרט בסעיף 12 אובייקטיבי או סובייקטיבי?**

סטנדרט אובייקטיבי – לנהוג בדרך המקובלת על הכלל. כעניין של מדיניות, היינו רוצים שחובת תום הלב תוגדר במונחים אובייקטיבים ולא בסובייקטיביים (הקושי בסעיף 12 הוא שיש עמימות בחובה החוזית) – לא ניתן להתאים את הציפיות של צד אחד לציפיות של הצד השני, ועל כן יש לחשוב על חובת תום הלב כדבר אובייקטיבי.

הקושי בסעיף 12 הוא שאנו רוצים יציבות ופוחדים להיכנס למשא ומתן.

**בחינה מחודשת של סובייקטיביזציה של תום הלב – התחשבות בסוגי הצדדים:**

* **פערים בתחכום** – במקומות בהם אין פערים בתחכום נרצה להנמיך את דרישת תום הלב כאשר הצדדים יכולים לשמור על עצמם גם בשלב הטרום חוזי. במקומות בהם יש פערים בתחכום, נרצה שחובת תום הלב תקבל בכורה.
* **פערים בכוח המיקוח** - נצפה משחקנים מתוחכמים שיש להם כוח מיקוח משמעותי, נגיד חוזים אחידים שבהם צד אחד קובע את התנאים, להיות הרבה יותר תם לב מול צדדים חלשים, לעומת שני שחקנים מתוחכמים עם כוח מיקוח שווה.
* **פרסונליזציה** – העולם החדש ושינויים בעקבות Big Data מאפשרים לאסוף המון מידע על אנשים. כך ניתן להבחין בין שחקן מתוחכם או לא מתוחכם, כולל רמת התחכום באמצעות אמצעים אוטומטיים, ואדע לחשב כלפי מי יש חשש שינצלו ויפגעו בו לעומת מול מי יש חשש נמוך יותר. לאחר אפיון הגורמים, ניתן להגיע לעסקה ולדעת מתי יש להפעיל את חובות או לא – דאגה פרסונלית ללא התערבות ביהמ"ש.

**כיצד החובה מתפרשת לאור תפישות נורמטיביות של דיני החוזים?**

1. **צדק הסכמי**: נגשים את מה שהצדדים רוצים ולא נכפה עליהם את מה שהם לא רוצים. לכאורה, חובת תום הלב פוגעת בצדק ההסכמי, מאחר ואנו כופים אותה על הצדדים.
2. **ניתוח כלכלי**: שני צדדים בהגדרה מרוויחים מקיום החוזה גם אם החוזה חד צדדי במאפייניו – מניתוח כלכלי גורף לשני הצדדים יש תמריצים ליצור חוזה שמשיא את הערך עבור שניהם יחדיו.
3. **צדק מתקן:** עמדה קיצונית. ברגע שיצרת הבטחה לצד השני והייתה הסתמכות על ההבטחה, אתה מחויב לכל הנזקים של הצד השני. ב **Red Owl** נרצה פיצוי מלא על הנזק שנגרם על כל הוצאה שהוצאה על בסיס ההבטחה, ללא קשר לסיבת הפרישה מההסכם בסוף.

**למה חובת תום הלב טובה לצדדים בקיום החוזה?**

מדוע חובת תום הלב משרתת את הצדדים לפי **Red Owl** – מה הצדדים היו רוצים שיקרה במשא ומתן וכיצד זה משליך על הסעדים שלהם?

* הופמן מתקשר עם הרשת הקמעונאית וכתוצאה מכך הוא מחפש שטח מקרקעין שעליו יבנה את החנות. בשלב הזה, טרם נכרת חוזה, מדובר על שלב טרום חוזי. הופמן לא רוצה להיות כרוך בחוזה כרגע כי הוא מכיר בסיכון שלא ימצא מקום. מצד שני, זה שלב במשא ומתן שכרוך בהשקעה – **שני הצדדים רוצים שההשקעה תתבצע בצורה הטובה ביותר כי זה מגדיל את הסיכוי שהחוזה ייכרת והוא טוב לשני הצדדים. כשהצדדים עושים השקעות טרום חוזיות הם יוצרים תועלת לשני הצדדים.**
* מה יגרום להופמן להשקיע אופטימלית טרום חוזית? אם הוא יודע, שההשקעות הטרום חוזיות אבודות, הוא הולך להשקיע מעט מדיי, כי הוא מפנים רק את התועלת שלו מזה שייכרת חוזה. ולכן יש אינטרס לשני הצדדים להתחלק ביניהם בהשקעות טרום חוזיות. דרך אפשרית היא אמירה שלא תהיה פרישה מהמשא ומתן שאינה מוצדקת אחרי שהייתה השקעה טרום חוזית (דרך לתמרץ את הצדדים להשקיע השקעות טרום חוזיות).

## פעולות שמפרות את חובת תום הלב

* **התנהגויות שמובילות לפגם בכריתה:**
  + **אי גילוי של פרט ומצג שווא.**
  + **מצג שווא ותניה חוזית – מצג שווא טרום חוזי ותניה חוזית.** 
    - **הבחנה בסעדים** – במצג שווא אפשר לקבל פיצויים שלילים ובתניה חוזים אפשר לדרוש את האכיפה של החוזה.
  + **הבעיה עם אי גילוי / חובת הגילוי:** ברגע שאתה חייב לגלות לצד השני את כל הפרטים אתה לא יכול להרוויח ממידע – על כן זה מדכא תמריצים לאסוף מידע. לדוגמה, גילוי נפט – פלוני אינו יודע שבאדמה שהוא הבעלים שלה יש נפט. אם חייבים לגלות את המידע הזה, פלוני ירוויח את כל הכסף מהנפט בשטח. והמומחה, מראש יבחר לא לעשות את זה.
  + **קורנמן:** יש להבדיל בין שני סוגים של מידע- **מידע אקראי** (מידע שהושג באקראי, שלא הושקע במיוחד מאמץ או כסף להשגתו) **ומידע שנרכש במכוון** (מידע שהושקע מאמץ מיוחד או כסף לצורך השגתו). לדעת קרונמן, אין להטיל חובת גילוי על מידע שנרכש במכוון, וזאת כדי לא לרפות את ידי אלו המשקיעים מאמץ וכסף מלעשות זאת בעתיד.
  + **Esso ועמידר** – הציגו מצג שווא. העלות של המידע והגילוי הייתה מאוד זולה, הם יכלו לגלות את המידע האמיתי בלי השקעה ולכן זה שהם הטעו את הצד השני לא נוגד את העמדה של קרונמן. בעניין **ספקטור נ' צרפתי,** היה מצב שונה. קבלן קונה מבעלים של קרקע מידע, שניהם צדדים עסקיים מתוחכמים. הקבלן אומר למוכר הקרקע שהוא מעוניין לבנות בניין עם 18 קומות והמוכר אומר שאין בעיה, אך בדיעבד התגלה שאפשר לבנות 12 קומות ולא 18. ביהמ"ש אומר שחובת הגילוי היא מוגבלת, ונראה לנו שבמידה מסוימת זה מתיישב עם העמדה של קרונמן. אם המטרה לתת תמריצים לגלות מידע, אני ארצה שגם לקונה יהיו תמריצים לאיסוף מידע.
  + **טפחות נ' צבאח**: התנגשות בין חובת גילוי וחובת סודיות – קבלן פשוט רגל ולקוחות שמעוניינים לקחת משכנתא. לפי ביהמ"ש – חובת הגילוי לא גוברת על הסודיות, אך גם חובת הסודיות לא גוברת על חובת הגילוי. הפתרון – גילוי כלפי הרוכשים, "דעו לכם שהקבלן נמצא בקשיים, אסור לי לתת מידע פיננסי נוסף על מצב", כך לא להפר את חובת הסודיות או חובת תום הלב כלפי הרוכשים.
* **כפיה ועושק** – **גנז נ' כץ –** האם מקרים שבהם נקבע שאין עושק, עדיין יכולה להיות הפרה של חובת תום הלב? **בית** **המשפט** פוסק כי לא נוכל לקבל את העובדה שאין טענה לעושק אך יש טענה לחובת תום הלב, **ולכן לא הייתה הפרה של חובת תום הלב.**
* **התחמקות מביצוע הקיבול כדי להימנע מהתקשרות בהסכם:** אשם בהתקשרות צד להסכם מונע באופן מכוון וחסר תום לב את האפשרות של הצד השני לבצע קיבול ולכן מונע את כריתת החוזה.
  + **שיכון עובדים נ' זפניק:** חברה פרסמה הצעה לציבור להתקשר בחוזה בתנאים נוחים, ואז מתחמקת ולא מאפשרת להתקשר בחוזה. השופטת **בן-פורת**: על פניו חלה דוקטרינה הנקראת "אשם בהתקשרות" – צד להסכם מונע באופן מכוון וחסר תום לב את האפשרות לבצע קיבול וכך מונעים השתכללות חוזה.
* **פרישה בלתי מוצדקת ממשא ומתן** – **זזושטיין נגד גבסו** (דעת המיעוט של ברק). ברק אומר שאם הסיבה לפרישה היא עקב כך שהצד השני לא מוכן לבצע משהו לא חוקי, הוא פועל בניגוד לחובת התום לב במשא ומתן.
* **ניהול משא ומתן סרק:** **קל בנין נ' ע.ר.מ רעננה** – ההפרה של חובת תום הלב הינה בעקבות כך שהם בסופו של דבר העירייה חתמה על הסכם עם חברה שלא השתתפה במכרז. בסופו של דבר החברה שלא השתתפה במכרז יכלה לראות מה היו ההצעות של החברות האחרות ועל כן היה לי יתרון עליהן, ללא הוצאת הוצאות הכלולות בהשתתפות במכרז "אקס אנטה" – גם עיריית רעננה הייתה רוצה שיכפו עליהם את התנאים הללו בדיעבד, כי הם רוצים שהצדדים יידעו שהם כפופים לכללים שהם עצמם קבעו כי שאנשים ישתתפו, אחרת אף אחד לא ישתתף במכרז.

## תרופות עקב הפרת חובת תום הלב

לפי סעיף 12 ב – "*צד שלא נהג בדרך מקובלת ולא בתום לב חייב לצד השני פיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב המשא ומתן או עקב כריתת החוזה והוראות סעיפים 10,13,14 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א 1970".*

**לכאורה סעיף 12 מוגבל לפיצוי, והפסיקה פירשה את זה לפיצוי שלילי בלבד, אך זה לא בהכרח נכון:**

1. פיצוי עבור הוצאות ניהול למשא ומתן.
2. פיצוי בגין מניעת רווחים – פיצוי שלילי עבור אבדן הזדמנויות רווח (עסקה) – אני מוותר על עסקאות מסוימות כדי לנהל משא ומתן עם הגורם הרלוונטי, **בקל בנין** – פיצוי עקב עלויות השתתפות במכרז (ניהול משא ומתן) – קל בניין יכלו לטעון שהם לא היו נכנסים למשא ומתן במקביל עם עירייה אחרת. כתוצאה מכך הפסדנו כריתת הסכם עם עירייה אחרת ולכן זה נזק. בקל בניין נפסק פיצויים שליליים ופיצויים חיובים – הרווח שהיו מקבלים אם היו מתקשרים בעסקה.
3. **Chaplin v. Hick**s – הצבעה בעיתון, התחייבו להביא את המשתתפים על אחוז ההצבעות הגבוה ביותר לראיונות להזדמנות לעבודה יוקרתית. גברת Hicks הפסידה כתוצאה מזה את הסיכוי לקבל עבודה – את ההזדמנות במשא ומתן להתקשר בעסקה. נפסק לה פיצויים חיוביים, 10% מהרווחים שהייתה עושה אם הייתה מתקשרת בעסקה. 10% שיקף את הסיכוי לקבלת המשרה.
4. הפסיקה הרחיבה לאכיפה – אשם בהתקשרות **שכון עובדים נגד זפניק**- בפסק הדין נקבע כי הסעד בגין הפרת חובת תום הלב אינו מוגבל לסעד הפיצויים בלבד, אלא ניתן לתבוע בגינו כל סעד שהוא, לרבות אכיפת החוזה. ניתן לדרוש אכיפה של ההסכם או פיצויי קיום. בנסיבות מיוחדות ניתן לתת פיצוי מלא או אכיפה, לפי פסק הדין **זוננשטין נ' גבסו**.
5. היחס בין סעיף 12 לחוק החוזים וסעיף 8 לחוק המקרקעין: **קלמר נ' גיא (עסקת קומבינציה)**, זעקת ההגינות. הפרה של חובת תום הלב לא רק יכולה להעניק תרופות, אלא להתגבר על דרישות אחרות בחוק החוזים. קיימת בפסיקה שימוש בסעיף 12 כדי להתגבר על חובות אחרות. השופט **ברק** קבע כי עקרון תום הלב גובר על את הדרישה בכתב, ואילו **השופט זמיר** שאסופת מסמכים מרככים את הדרישה בכתב, אבל לא שעקרון תום הלב גובר עליה. ולכן אנו נראה שימוש בסעיף 39 לחוק החוזים הכללי ("בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה") להתגבר על חובות אחרות גם במקומות שיש דרישות צורניות או פרוצדורליות להביא למימוש הזכות.

**שיעור מספר 9 16/11/2020**

# תרופות בשל הפרת חוזה

## מבוא

**כלל הדיון הנוגע לתרופות מתחיל בנקודה שהחוזה מופר על ידי אחד מהצדדים.** חוק החוזים תרופות מקנה שלושה סוגים של תרופות: אכיפה, ביטול ופיצויים.

דוגמאות לתרופות ספציפיות:

1. **עכבון** (סעיף 19 לחוק החוזים תרופות), סעיף 11 המיטלטלין, סעיף 5 לחוק החוזה קבלנות – צד אחד יכל לעכב נכס שנמצא בחזקתו עד שהצד השני ישלים את הצד שלו בחוזה.
2. **סעד הקיזוז** (סעיף 20 לחוק החוזים תרופות) – כאשר יש חובות הדדים בין צדדים לחוזה, הצד רשאי לקזז את הסכום שהוא חייב לשלם מהסכום שהוא זכאי לקבל.
3. **ניכוי מחיר (סעיף 28 לחוק המכר)** – פרטי הממכר שונים ממה שנכתב בחוזה, אחת האפשרויות שעומדות לקונה הן לנקות מהמחיר הנקבע את שווי הנכס האמיתי.
4. **ביטול** – סעד שנפגע ההפרה מפעיל בעצמו. הודעה על ביטול שלא כדין מהווה הפרת חוזה (אם ההפרה היא לא יסודית).

הסעדים שלעיל הם סעדים עצמיים – לא צריך ללכת לבית המשפט ולבקש אותם. אם צד לחוזה מבצע את הסעדים האלו לעצמו שלא כדין, הצד השני יכל לתבוע בבית המשפט על פיצויים שלא כדין.

אין אפשרות לבקש סעדים הסותרים אחד את השני, לדוגמה: ביטול והשבה ואכיפה.  
ניתן לבקש סעד אכיפה וסעד פיצוי, וביטול החוזה וסעד פיצוי. לעיתים ניתן לתבוע אך ורק פיצוי (לא מבקש אכיפה של ההסכם המקורי או ביטולו, אלא רק פיצוי על הנזק שנגרם עקב ההפרה ותוצאותיה.

ברירת קיום יחס מיוחד לסעד האכיפה

כאשר מופר חוזה הנפגע צריך לבחור – ביטול או אכיפה. לעיתים, תביעת פיצויים בלבד. עומדת אפשרות נוספת – **ברירת קיום** – המשך קיום של החוזה באופן חד צדדי. השלמת החיובים של הנפר (מי שנפגע מההפרה), תביעת תמורה כספית מלאה.

**היתרונות של ברירת קיום לנפר:** אין חובת הקטנת הנזק (תביעת אכיפה) ולא צריך להוכיח את הנזק.

**איחוד בתי הספר טכניקום נ' אדלר**: בית הספר טען לברירת קיום – כלומר ביצעו את הצד שלהם בהסכם, הם בחרו לקיים ואילו האב רצה שהחוזה יפסיק. **למה הם עמדו על כך שזאת תהיה ברירת קיום ולא תביעת פיצוי?** במידה רבה, הבקשה של בית הספר נובעת מחובת הקטנת הנזק, שכן לא פעלו להקטנתנו והציעו את המקום של התלמיד לתלמיד אחד למשל. לכן בית הספר ביקש אכיפה ולא פיצויים (אילו לא מילאו את חובתם להקטין את הנזק אינם זכאים לפיצויים), ולכן הם מקבלים יתרון במובן החוזי. במובן השטרי, זה היה נחשב לכישלון תמורה מלא ולא ניתן להסתמך על השטר כמשהו קנייני.

**מדוע בית המשפט פסק כי לא הייתה ברירת קיום?** בית הספר לא סיפק את השירות. יש מקומות שבהם קיום של החוזה יכל להיעשות באופן חד צדדי ויש מקומות שהוא דורש שיתוף פעולה של שני הצדדים, ועל כן ברירת הקיום אינה אופציה. ולכן במקרה של טכניקום נ' אדלר, מדובר בכישלון תמורה מלא.

ביהמ"ש מסתמך על **פס"ד White v. McGregor**: מודעות פרסום על פחי זבל ברחבי העיר. מישהו נקשר בחוזה ואז נמלך בדעתו לאחר יומיים מאחר שזאת הייתה החלטה פרסומית לא טובה. הם החליטו כן לבצע את הפרסום ולאחר מכן לתבוע ממנו את כל הסכום שהיה נדרש עליו לשלם (ברירת קיום – קיום ההסכם מהצד שלהם). האם הם רשאים לעשות זאת? **צד שמתנער מהחוזה לא מביא לביטול החוזה, לכן, הם היו רשאים לעשות כן, נפגע ההפרה יכול לבחור לקיים**. שני חריגים:

1. במקרה בו נדרש שיתוף פעולה של המפר לא ניתן לטעון לברירת קיום.
2. **אין אינטרס לגיטימי בהמשך קיום החוזה** – אינטרס לגיטימי: מוניטין, התחייבות לצדדים שלישיים ונזק שלא מפוצה. אפשרות נוספת – אמונה סבירה של הנפגע שישכנע את המפר לקיים את ההסכם. **דוגמאות:**

* **פס"ד בנק איגוד לישראל נ' סוראסקי** - במסגרת השוק של יחסים ממשיים הבנק התחייב לרכוש מתכת יקרה ואז חזר בו. סוראסקי אמרו שהם מעבירים את הכסף ומצפים מהבנק לממש את החוזה. לאחר שזה לא קרה, הבנק ביקש להפחית את הפיצוי כי הוא טען שהם יכלו לקנות בעצמם את המתכת, ואילו בית המשפט פסק לטובת סוראסקי, מאחר שלאחר שהעבירו להם את הכסף הם יכלו לצפות שהבנק יקנה את המתכת, הם ביקשו לאכוף את ההסכם **מאחר שהם ביצעו את החיוב שלהם, כשהם מצפים ממך לעשות זאת, לא חלה עליהם חובת הנזק.**
* **Clea shipping corp v. bulk oil ilnt'l** - חברת ספנות שמשכירה אוניות. החברה השכירה למישהו ספינה לשנתיים. השוכר אמר שמעוניין לסיים את החוזה ולאחר שנה החזיר את הספינה. חברת הספנות העמידו את הסירה במזח ולא נתנה לאף אחד להשתמש בה. החברה טענה לברירת קיום - החוזה שכירות המשיך והוא בחר להחנות במזח, אנחנו העמדנו את הספינה לרשותו ולכן קיימנו את הצד שלנו. במקרה דנן, בית הלורדים יישם את החריגים. מאחר וזה לא שימוש באינטרס לגיטימי, לא הייתה סיבה להעמיד את הנכס למשך שנה**, אין אפשרות לדרוש ברירת קיום – החוזה הפסיק להתקיים. ניתן לתבוע פיצויים הכפופים לחובת הקטנת הנזק.**

**בית הלורדים יישם את החריג על פס"ד White v. McGregor.**

**הבעיה בהלכת פס"ד White v. McGregor**

* פורמאלית אין בעיה בעקרון הקטנת הנזק, מאחר שהוא חל רק במצבים שנפגע דורש פיצויים, וכאן נדרש אכיפה. עם זאת יש בעיה רעיונית, מטרת עיקרון הקטנת הנזק הוא להפחית למינימום נזקי הפרת חוזה. אם צד לחוזה עומד על קיום החוזה בלי שיש למישהו אינטרס בקיומו, נוצר בזבוז, ועל כן באמצעות ברירת קיום אני מעודדים בזבוז.
  + לדוגמה: לדוגמה: בפרסום על פחים, אנו גורמים לפרסום על פחים לחברה שלא מעוניינת בכך, זה בזבוז, והכל על מנת לקיים את החיוב של הצד השני, לכאורה היה עדיף לחייב את המפר בכל החיוב החוזי ולא לפרסם על הפחים – לא היינו עושים השקעה חסרת תועלת חברתית.

לכאורה היה **עדיף לחייב את המפר בכל הפיצוי ולא לפסוק הלכה שהיא חסרת ערך חברתי**. אין אנו מדברים על בעיה קשה, מאחר ואנו מגבילים את האפשרות לברירת קיום רק במקרים בהם יש אינטרס עודף – במקרים שבהם הפיצוי לא יהיה ממילא פיצוי מלא.

* עקרונית, **ההלכה עוקפת את דיני האכיפה** – יש לאכיפה מגבלות, ואם אנו מאפשרים לצד לקיים חוזה באופן חד צדדי, אנו סותרים את המגבלות האלו. **מנגד ברירת הקיום מוגבלת רק במקרים בהם יש זכות סעד אכיפה (בפס"ד טכניקום, נאמר שלא אפשרי לטעון לברירת קיום כי לא הייתה אפשרות לבקש סעד אכיפה מלכתחילה).**
* מכביד על המפר – מטיל חיוב על המפר שהוא לא מעוניין בו והיה אולי מעדיף לתת פיצוי.

ברירת קיום עולה גם **בפס"ד אגד נ' אדלר**:  
אדלר תובע את שכרו עבור השנים שיכלו אגד להשתמש בשירותים שלו ולא עשו זאת.

האם בית המשפט מניח שעמדה לתובע ברירת הקיום? לא, מאחר שביהמ"ש קובע שאדלר אינו זכאי לסעד האכיפה, מאחר שאכיפת החוזה היא בלתי צודק בנסיבות העניין. **זכאות לסעד של אכיפה היא תנאי הכרחי לאפשרות לתבוע ברירת קיום.**

האם זכאי לאכיפה לאור סעיף 3(2) לחוק החוזים תרופות? – חריג לאכיפה עבור שירות אישי – לא, אם היה מפעיל את החריג התביעה הייתה נדחית מלכתחילה, לא ניתן להכריח את המעסיק להעסיק אותו אם היה חוזה לשירות אישי.

מה היה נפסק לפי טכניקום/ White: לכאורה היה צריך שיתוף פעולה, אבל עומד בניגוד להנחה שניתן לתובע אכיפה.

**הפתרון - אי הקטנת הנזק - חוסר תום לב – החריג לאכיפה מטעמי צדק.**

## אכיפת החוזה

### מבוא

הגדרת אכיפה: *"בין בצו לסילוק חיוב כספי או בצו עשה אחר ובין בצו לא תעשה, לרבות צו לתיקון תוצאות ההפרה או לסילוקן".*

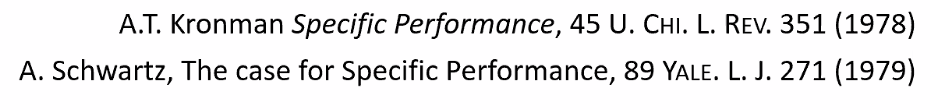
מטרת הסעד – קירוב מרבי לביצוע מלכתחילה. אכיפה היא סעד ברירת מחדל, החריג הוא שלילת ביצוע האכיפה (החריגים שמנויים בסעיף 3).

**ההבדל בין הדין הישראלי לדין האנגלי: כמעט ואין הבדל בדין האנגלי לדין הישראלי. לכאורה באנגליה פיצויים הם ברירת המחדל ואילו בישראל אכיפה היא ברירת המחדל, אבל החריגים לברירת המחדל בישראל הם מאוד רחבים ולכן אין הרבה מקום לזכות לאכיפה. במידה רבה הדינים הם חופפים בכל מקרה קונקרטי למרות שהדין על הנייר הוא הפוך.**

כאשר לא ניתנת אכיפה (עקב החריגים בסעיף 3) – פיצויי קיום (שקול לאכיפה).   
כשהחוזה הוא חוזה לקיום חיוב כספי (לדוג' חוזה הלוואה), אכיפה של החוזה תהיה תשלום של החוב בהלוואה וגם הפיצוי יהיה תשלום ההלוואה. **כלומר כשהחוזה הוא קיום חיוב כספי,** **הסעד של האכיפה ופיצויי הקיום בעלי חפיפה מלאה.**

ניתוח תאורטי – אכיפה לעומת פיצויי קיום  
בספרות קיים דיון ער בסעד האכיפה, כאשר קיים סעד של פיצויי קיום. יש שלושה הסברים מקובלים להעדפה של סעד אכיפה:

1. **פיצויים אינם מפצים כראוי (נכס ייחודי):**



**אכיפה זה דבר חיובי כאשר פיצויים לא מפצים כשמדובר בנכס ייחודי, אין תחליף שווה ערך.** לדוגמה ציור יחיד במינו של אמן מפורסם. כשאין תחליף לנכס הדרך היחידה לפצות הינה אכיפה, אך יש לכך הסתייגויות, ביחס לכל דבר יש ערך, כלומר לצד בחוזה יש סכום שהוא מוכן לקבל כדי לוותר על הנכס, אך יש לכך קשיים:

* + **עלות ההערכה** – אולי ניתן לאמוד כמה הנכס שווה לנפגע ההפרה, אך לעמוד על השווי הסובייקטיבי שלו יהיה יקר. ככל שאחסוך כסף בבירור השווי הסובייקטיבי אני מוריד את הסיכוי שההערכה שלי תהיה נכונה.
  + **כאשר מדובר בנכס פחות ייחודי** –נוכל לאמוד בצורה יותר מדויקת את הנזק ועדיין יש אפשרות לטעות. לדוגמה: יש שמלה ייחודית אבל היא לא השמלה היחידה, יש אחרות גם מאד דומות עם מאפיינים דומים, אז ייתכן שהשמלות האחרות לא תחליף מושלם והשווי הסובייקטיבי שונה, אבל עדיין נוכל להעריך בקירוב את הנזק של המפר. עדיין קיימת אפשרות לטעות.
  + **כאשר מדובר בנכס שהוא לא ייחודי** – אם יש שוק, אין אפשרות לטעות.

**סעיף 11 (א) לחוק החוזים (תרופות)** – *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 שווים ביום ביטול החוזה.*

**פיצוי האכיפה חזק יותר כאשר מדובר בנכס ייחודי, אך חלש יותר כאשר מדובר בנכסים לא ייחודיים.**

**פיצויים לא מפצים כאשר מדובר בנכס ייחודי:**

* + - הוצאות ירדו לטמיון (איתור הנכס).
    - קשיי הערכה – עלויות איתור תחליף, כעס ותסכול.
    - נזקים ספקולטיביים – אבדן רווחים – הסכם שבמסגרתו הייתי צריכה להגיע לפגישה אך בגלל ההסכם איחרתי לפגישה, מדובר בנזק רחוק וקשה להוכחה ולרוב לא אקבל בגינו פיצויים.

1. **צדדים לחוזה מעדיפים ככלל סעד של אכיפה ולכן זה צריך להיות ברירת המחדל:**

בישראל אכיפה היא ברירת מחדל ואם אני לא רוצה אכיפה אני יכול לבקש פיצויים. כלומר נפגע ההפרה יכל לבחור מה הוא מעדיף. כשפיצוי זה ברירת מחדל, זה לא נכון להגיד שאני יכל להעדיף אכיפה (אני זכאי לפיצוי ואם מתקיימים חריגים אני זכאי לאכיפה). כלומר, **כשאני זכאי לאכיפה אני יכול לבקש במוקם פיצוים, וכשאני זכאי לפיצויים אני לא יכול לבקש במקום – אכיפה.** זה אומר, שאם אכיפה עדיפה לתובע הוא יבקש אותה, ואם לא הוא יבקש פיצוי. זה לבד לא אומר שאכיפה עדיפה אבסולוטית. **שוורץ** אומר שדרך זו עדיפה לשני הצדדים – עדיף לתת לתובע ברירת מחדל של אכיפה כי בדר"כ הוא יעדיף פיצויים ולא אכיפה. כשאתה תובע אכיפה, היא פעולה אלימה מול המפר, ובדר"כ אינך רוצה להתנהג כך (מדובר על התקשרות חוזרת לדוגמה). אז ברירת המחדל תהיה אכיפה מתוך הנחה שתעדיף פיצוי. קל לדרוש פיצוי, אך עם אכיפה זה לא המקרה.

הערה: דיני התרופות הם דיספוזיטיביים, סעד ברירת מחדל הינו סעד שהצדדים יכולים להתנות מראש ולהגיד שהם מעדיפים סעד של פיצויים ולא אכיפה.

הנתבע לפי **שוורץ** ישתדל להימנע מתביעת אכיפה אם ניתן להימנע מכך:

* + - מבטיח יהיה עוין – כפייה על המפר לקיים חוזה.
    - אכיפה כרוכה בהוצאות פיקוח – פיקוח על ביצוע החוזה יעלה יותר מאשר קבלת פיצוי.
    - לנבטח פשוט יותר לתבוע פיצויים.

חיסרון האכיפה: האכיפה נותנת פתח לסחטנות. אם התנאים השתנו צד יכול לסחוט את הצד השני (הנפגע את המפר) בסכומים גבוהים כדי להנות מזה שיש לו סעד אכיפה. הטענה של שוורץ כי החשש לא משמעותי, לאור התמריצים עדיף להעדיף פיצוי.

.

1. **סעד אכיפה מפחית עלויות לאחר ההפרה ופיצויים מוסיפים הוצאות –**

**קרונמן** – צדדים יסכימו מראש לאכיפה אם התועלת מאכיפה בשלב המו"מ לנבטח עולה על העלויות למבטיח. אם יש אכיפה - זה הסעד ברירת מחדל, לא צריך להסכים על הפיצויים מראש, אז זה מוזיל עלויות משא ומתן. מי נהנה מסעד של אכיפה? האם נפגע ההפרה אקס-אנטה יעדיף אכיפה או פיצויים? כשרק צד אחד יכול להפר, את מי זה משרת במועד הכריתה? לכאורה אין לנו העדפה. כי אם אני נפגע ההפרה ואני אעדיף סעד של אכיפה עקרונית והסכמתי לפיצויים, אז זה חלק מהמו"מ וזה התגלם במחיר החוזה, ומשכך נשאל מה הצדדים יעדיפו – מה יגלם את התועלת הכי גדולה שלהם אחר כך?

אני מעוניין לקיים חוזים אך לא אקיים אותם בכל מחיר. אז אני רוצים שהמפר ידע שהוא מפר רק כשכדאי להפר מנקודת המבט של שני הצדדים. **התשובה לאיזה סעד עדיף בהקשר הזה, מנקודת המבט של הצדדים במועד הכריתה – הוא סעד הפיצויים ולא אכיפה, בגלל התפיסה של הפרה יעילה.**

**הפרה יעילה** – צד מפר את ההסכם כאשר לא שווה לקיים אותו – עלות קיום ההסכם גבוהה מהשווי של ההסכם לנושה. בסיטואציה הזו היינו רוצים שהחוזה יופר כדי לקבל פיצויים. לעומת זו באכיפה, נפגע ההפרה ידרוש לאכוף את ההסכם.

אכיפה לא יעילה במקום בו הצדדים יכולים לנהל משא ומתן לאחר ההפרה - מה שיקרה הנפגע יוכל לבקש אכיפה והמפר יהיה מוכן לבקש לו סכום נוסף כדי שיוותר לו על האכיפה של ההסכם.

כשיש הרבה צדדים, סעד האכיפה עשוי למנוע הפרה יעילה ולכן זה סעד פחות טוב לשני הצדדים, מאחר שבמועד הכריתה יתייקר מחיר המשא ומתן כי צד לחוזה יודע שקיימת אפשרות כי יהיה סעד אכיפה ועל כן אכיפה לא יעילה של ההסכם ויגלם זאת במחיר החוזי. על כן סביר ששני הצדדים יעדיפו פיצוי במועד הכריתה. וזה מתקשר לעלויות מו"מ.

### יתרונות לסעד האכיפה

* **פיצוי חסר –** המפר יפר כל עוד התועלת מההפרה נמוכה מהפיצוי. אם הפיצוי בחסר, יש הפרות לא יעילות ואכיפה פותרת את הבעיה. **ניתן להתגבר על הבעיה עם קביעת פיצוי מוסכם**, אבל אם אנו הולכים לכיוון זה, הבעיה שזה דורש שלב נוסף של משא ומתן ולכן מייקר את עלויות העסקה, ולכן עדיף אכיפה.
* תמריצים של הנבטח לגרום להפרה במקרה של פיצוי מוסכם.
* אכיפה חוסכת עלויות של הערכת הפיצוי.

### חסרונות לסעד האכיפה

* **סחטנות** - אכיפה נותנת מקום לסחטנות. נניח חוזה ששוויו מבחינת נפגע ההפרה – 200 ₪, ועכשיו העלות שלו הרבה מעל ה- 200 ₪. כדי לקיים את החוזה, החייב צריך להשקיע 1,000 ₪. יש סעד אכיפה – הנפגע יכול לדרוש כל סכום עד 1,000 ₪ כדי להסכים לוותר אל עד האכיפה, הוא יכול לסחוט את הצד השני, לסכומים שהם הרבה יותר גבוהים מהשווי של החוזה ולנצל את מעמדו העדיף כדי להנות מכך שיש לו סעד אכיפה.
* **קשיי פיקוח** – בית המשפט הוא זה שמורה על אכיפת החוזה, ולכן ישנן הוצאות הכרוכות בכך.
* על מי כדאי להשית את ההוצאות?
  + המפר – יכל להעריך את הסיכוי שיפר. רצוי שיפנים את העלויות של הפיקוח.
  + נפגע ההפרה – בוחר אם אכיפה או פיצוי.

### החריגים לתרופות האכיפה (סעיף 3 לחוק החוזים [תרופות])

1. **החוזה אינו בר ביצוע – אכיפה בלתי אפשרית בנסיבות העניין**

* **מניעה פיזית או משפטית לבצע את החוזה.**
* **חוזה הכולל מנגנון השלמה למילוי הפרטים שלא מומש** (לדוגמה: דרישה לשמאי שיעריך את שווי הנכס). ניתן לבצע אכיפה בקירוב – לאכוף אותו בתנאים או בשינויים.
* **אם חוסר האפשרות לבצע היא תוצר של הפרה של הצד השני** – לא ייחשב להפרה כלל. לדוג' – מצב שבו קבלן מתחייב לבנות והוא לא יכל לבנות מאחר והמזמין התחייב להשיג רישיון בנייה, האם אפשר לתבוע אותו לאכיפה? **אכיפה לא – החוזה אינו בר ביצוע**, **אך פיצויים**? **גם לא**, משתי סיבות: אם צד אחד מפר את ההסכם וכתוצאה מזה מביא להפרה של הצד השני, אז לכאורה ההפרה של הצד השני היא תוצאה של ההפרה של הראשון ולכן נזק של צד אחד שווה ערך לנזק של הצד השני, והפיצויים מאזנים אחד את השני.

מעבר לזה, סעיף 43(א)2 לחוק החוזים הכללי: *"אם התנאי לקיום הוא שיקויים תחילה חיובו של הנושא – עד שקוים אותו החיוב".* אם תנאי לחוזה שיקויים תחילה חיוב הנושה, אז מעכבים את קיום מועד החיוב עד שיקויים אותו חיוב של הנושה (של צד א'). אז לכן בדוגמה שלנו אם לעכב את הבניה של הקבלן צריך שהמזמין יסדר את הרישיון והקבלן התחייב להתחיל בתאריך מסוים, ולא הושגו הרישיונות, מעקבים את תחילת פעולת הקבלן ולכן הוא מעולם לא הפר את החוזה.

* **היחס לסיכול** – **החוזה אינו בר ביצוע עקב סיטואציה שהצדדים לא חשבו עליה בזמן הכריתה** (סעיף 18 לחוק החוזים הכללי) – מקרים שהחוזה בטל בלי אשמה של הצדדים. כשיש סיכול לא תהיה אכיפה אך ככלל גם לא יהיו פיצויים. אמנם לא תהיה אכיפה כי החוזה אינו בר ביצוע אך גם לא יהיה סעד אחר. סיכון שחלף מהעולם – החוזה בטל באופן אוטומטי, לדוגמה: חוזה ביטוח.

**יש להפריד בין מצבים בהם החוזה אינו בר-ביצוע אבל ניתן היה לצפות זאת מראש, ואזי נאמר שהייתה הפרה של ההסכם, לבין מקרים שהחוזה אינו בר ביצע עקב סיבה שלא ניתן היה לצפות מראש ואזי זאת לא הפרת ההסכם ואין סעד כלל.**

1. **כפיה לעשות או לקבל עבודה לשירות אישי**

באופן עקרוני לא ניתן לאכוף על מעביד לשכור את שירותי של עובד אך יש לכך חריגים. בדיני עבודה יש שני חריגים מרכזיים:

* הריון וחופשת לידה – מעסיק לא יכל לפטר עובדת במהלך ההיריון או מיד לאחר חופשת הלידה.
* חוק חיילים משוחררים – החזרה לעבודה: אוסר על פיטור של חייל מילואים שנקרא לשירות מילואים בעקבות זאת. אם הוא ביצע יותר מיומיים מילואים ברציפות, אין לפטר אותו במהלך 28 הימים שעוקבים לשירות המילואים.

בשני המקרים אלה יש היתרים (אסור לפטר אלא אם קיבלת היתר).

**הרציונליים כלפי העובד:**

* **מניעת עבדות**: גישה פטרנליסטית. כלומר, בכך שאנחנו לא מאפשרים לאכוף חוזי שירות אישי (ובכך מונעים מאדם לעשות עבודה שהוא לא רוצה לעשות), ניתן לומר שאנחנו מונעים מאותו אדם עבדות באופן שמהווה גישה פטרנליסטית.
* **תועלת חברתית** - תועלת מהאפשרות לעבור מקומות עבודה.

**הרציונל כלפי אי כפיית המעביד**:

* כל החריגים הם כלפי המעביד (חד כיווניים) הם חריגים שבהם אנחנו נכפה על המעסיק להעסיק או שלא לפטר. הרעיון של אי כפייה כלפי המעביד נובע מכמה הסברים:
  + **תועלת מהעבודה:** מה יקרה לשכר של עובדים אם נגיד למעביד שברגע שסגרנו חוזה עם עובד נסגור איתו "חוזה לנצח" (כלומר לא ניתן לפטר את העובד) – מעבידים עשויים לחשוש מכך שהם לא יכולים לפטר את העובד וכי הם כבולים עמו לתקופה מסוימות, הם עשויים בנסיבות האלה להוריד את השכר כדי לגלם את הסיכון במשכורת של העובדים.
  + **קשיי הוכחה בהפרת חוזה של עובד**: לא היינו רוצים לכבול מעביד לעובד – לפעמים עובד הוא לא טוב ולכן רוצים לפטר אותו, אך לא ניתן להוכיח את זה.

**האם ניתן לתבוע הגבלה על האפשרות לעבוד אצל מתחרים?** (תנית אי תחרות), המשמעות של המגבלות מהסוג הזה הן פרקטית כפייה לעבודה. בישראל, המגבלה הזאת מותרת אבל היא מוגבלת מאוד – בזמן סביר, במקום ובתחום התחרות (אותו עניין בדיוק, איסור לעסוק במקצוע שרכשת אינה ניתנת, ובמובן הזה גם אכיפה לא תינתן).

**האם המעביד יכל לתבוע את העובד בעשיית עושר?** כלומר, "אני תובע את ההתעשרות שלך מההכשרה שעברת אצלי" – ככלל, בתי המשפט בישראל לא מכירים באפשרות הזאת, אך מעסיקים עדיין מכניסים את התניה הזאת לחוזה, או התניית מעבר הכשרה שמתייחס לתשלום על כך, מתנים את העובד להישאר תקופה מסוימת ואם לא הוא יצטרך להחזיר את הסכום של ההכשרה.

1. **ביצוע צו האכיפה דורש מידה בלתי סבירה של פיקוח מטעם בית משפט או לשכת הוצאה לפועל** הנטייה היום היא לצמצם את החריג הזה מאחר והוא לא מספיק מוצדק:

* **פס"ד עוניסון נ' דויטש** - אם יש בעל למקרקעין שמסרב לקבל את עסקת המקרקעין, ניתן למנות כונס נכסים לנכס כדי לאכוף את קיום העסקה – כלומר, ניתן למנוס כונס נכסים למימוש צו אכיפה. נקבע כי צו אכיפה (צו ביצוע בעין) על ידי מינוי כונס נכסים יינתן בהתקיים שלושה תנאים:
  + - העבודה מפורטת.
    - פיצויים לא יפצו במידה מספקת.
    - הנתבע מחזיק בקרקע שעליה צריכה להתבצע העבודה.

סעיף זה לא מתייחס לאכיפה של חיוב כספי (לכך בית המשפט קבע מנגנונים לטובת הביצוע), אלא פעולה של צו עשה.

* **פס"ד סתם נ' מרקוביץ'** (עסקת קומבינציה) חוזה מורכב, זמן ממושך לסיום דרוש שיתוף פעולה רב (השלמת פרטים) – היה במצגת, לא הורחב בשיעור. **רושמת לעצמי מהספר מחשבות:**

בבחינת השאלה אם יש להימנע מסעד האכיפה עקב הצורך במידה בלתי סבירה של פיקוח מטעם ביהמ"ש, יתחשב ביהמ"ש בעיקר בגורמים הבאים:

* + - מידת המורכבות של החוזה.
    - משך הזמן הצפוי של ביצוע החוזה.
    - מידת שיתוף פעולה הנדרשת בין הצדדים.

כך למשל, ביצוע הסכם הטעון עדיין השלמה בפרטים מסוימים, כאשר היחסים בין הצדדים הינם מעורערים, עלול להצריך מידה בלתי סבירה של פיקוח מטעם ביהמ"ש.

* **שיקולי מדיניות להצדקת החריג:** 
  + **יפגע בסמכות של בית המשפט** – אם אין פיקוח החוזה עשוי לא להיות מקוים בפועל. מאמר Neason של הרווארד ששואל איך בית המשפט צריך לקבל החלטות, אחד הנימוקים שהוא נותן הוא שהדבר הכי חשוב הוא שהציבור יכבד את החלטות ביהמ"ש. **האם נדרשת אכיפה הדוקה של בית המשפט?** עולה החשש שבלעדי אכיפה זו, אנשים לא יקיימו את צווי בית המשפט ובכך כל ההליך נפגע. אנשים מתקשרים בחוזים מאחר שהם רוצים את התמיכה של בית המשפט במידת הצורך, ואם אין אפשרות לסמוך על המוסד – זה יוצר בעיה.
  + **פיקוח על האכיפה עשוי להיות יקר** - ידרוש משאבים חברתיים משמעותיים ביותר - מנגנון האכיפה שנקבע בפסק הדין עשוי להיות מאוד יקר.
    - **ניתן לפתור את בעיית העלות** – השתת העלות על הצדדים, כלומר להטיל את העלויות של הפיקוח על הצדדים, כך השיקול של עלויות הפיקוח לא יפריע לביהמ"ש. הבעיה הנובעת מכך, היא שאם תהיה הפרה הצדדים יצטרכו לשאת בעלויות האלה, הם מגלמים זאת בחוזה (כלומר מראש) בהסכם, ולכן זה יפגע ביעילות ההסכם – עסקאות שרצינו שיתרחשו לא יתקיימו, הצדדים לא ירצו לממש את סעד האכיפה מאחר שהוא יקר ויעדיפו סעד פיצויים. אם ככלל הצדדים לא היו מעוניינים באכיפה, יש הצדקה לשנות את הסעד הזה כסעד ברירת המחדל.
    - **בעיה נוספת בגילום במחיר החוזה** – **Adverse selection (מצטמצמות האפשרויות בשוק)**- תופעה שצד אחד מעוניין להתקשר עם צד שני בחוזה אך לא יודע מה הערך של העסקה בצד השני.

דוג': **בשוק הלימונים** (מאמר): לימונים זה השם הפופולארי לרכב משומש בעל פגמים, מה יקרה בשוק יד שניה של הרכבים אם לא ניתן יהיה לעשות בדיקה על שווי הרכב ולא יהיה ניתן לדעת מה השווי של הרכב. השאלה שעולה כתוצאה מכך היא כמה הקונה יהיה מוכן לשלם על רכב. **לכאורה, הקונה ירצה לשלם את מחיר השווי הממוצע.** כתוצאה מכך, אנשים שמחזיקים רכב שמחירו מעל הממוצע, יעדיפו להחזיק את הרכב ולא למכור. המוכר יודע שמוכרים שהרכב שלהם שווה מעל הממוצע לא ימכרו ולכן קיימים בשוק רכבים שהשווי שלהם נמוך מהממוצע, כתוצאה מכך כל הרכבים במחיר הממוצע יצאו מהשוק גם כן – מאחר שהשווי שלהם שווה יותר והמחיר הממוצע ירד, **כך שנשארים בשוק רק "הלימונים" – רק הרכבים הזולים ביותר.**

**כיצד תאוריית הלימונים מתקשרת לנושא שלנו**? אם במועד הכריתה נגיד לקבלן כי הוא צריך לשלם את עלויות הפיקוח במקרה של הפרה. לקבלן יש מידע פרטי, מה הסיכויים שהוא יצטרך להפר את החוזה – יש לו ניהול סיכונים פנימי. במקרה כזה, יכולה להתרחש הסיטואציה של "שוק הלימונים" **– נשאר עם הקבלנים שהסיכוי שיפרו את החוזה הוא מאוד גבוה** **– הבעיה נוצרת מאחר שצד אחד עם מידע שאינו חולק עם הצד השני (הסיכויים להפרה).** הפתרון לבעיה זו הוא על ידי מנגנון הערכת שווי הנכס. **אם אני נושא בעלויות של ההפרה של הצד השני ואני לא יודע מה הסיכוי שהוא יפר את ההסכם, קיימת אותה בעיה של מידע א סימטרי – אהיה מוכן לשלם לפי הממוצע, והצד השני ירצה את הסכום שמשכלל את הסיכוי להפרה שלו, ואם הוא לא יוכל לגלם זאת, אנו נשאר רק עם אלה עם הסיכון הכי גבוה שיפרו את החוזה.**

1. **אכיפת החוזה בלתי צודקת בנסיבות העניין**

* **האכיפה מכבידה מאוד על המפר, ופיצויים מהווים תרופה סבירה** - **דוד נ' יאסין** (אדמה לשתילת ציפורן) – היו הבדלים בין האדמה שהוא קנה לאדמה שסופקה. לאחר שהאדמה פוזרה נגרם נזק לפרחי הציפורן. אם אנו מבקשים אכיפה ספק האדמה יצטרך להחליף את כל האדמה (ולא רק את האדמה שפוזרה, מאחר ולא ניתן להפריד בניהן), מה שאומר שעלות קיום החוזה היא גבוהה. לעומת זאת, פיצוי בעל האדמה יהיה הרבה יותר סביר. לכן הגיוני שינתן כאן צו פיצויים ולא אכיפה – **האכיפה תביא למצוקה קשה וחמורה של המפר.**
* **האכיפה תביא למצוקה קשה וחמורה של המפר - פס"ד אזימוב נ' בינמיני** - אינה רצתה למכור את הדירה בגלל שבנה נפטר והיא הייתה במצוקה אמיתית. **כאשר האכיפה מביאה למצוקה קשה וחמורה, זו סיבה טובה לא לתבוע אכיפה,** **אך זה מותנה בזה שהנסיבות לא היו ידועות במועד הכריתה.** בבנימיני, ההורים ידעו על כך שבנם נפטר במועד שרצו למכור את הנכס, ולכן לא מתקיים החריג וחייבו בצו אכיפה.
* **התנהגות הנפגע לא מצדיקה אכיפה** – לדוגמה, אם הנפגע הפר קודם אבל החוזה לא בוטל.
* **השפעה על צדדים שלישיים** – עסקאות נוגדות – מכרתי לא' נכס ואז הלכתי ומכרתי את אותו הנכס לב', אם ב' דורש אכיפה של הנכס ספציפי, בית המשפט לא יכל לשלוח את צו האכיפה כי זה בלתי צודק לא', שלא ידע על הכריתה עם ב'.
* **הפחתת הנזק** – בנסיבות קיצוניות, ורק כאשר האכיפה היא בסעד כספי, שניתן היה להפחית את הנזק של הצד השני, אז אכיפה של החיוב הכספי תהיה בלתי צודקת בנסיבות העניין (סעד פיצויים שכפוף לחובת הקטנת הנזק – **פס"ד אגד נ' אדלר**: הנפגע הפר קודם את החוזה או שנהג שלא בתום לב במהלך קיום החוזה - נפגע שלא עמד בנטל הקטנת הנזק שנגרם לו. נקבע כי מחדלו של התובע להקטין את נזקו מהווה כשלעצמו נימוק להימנעות מזיכויו בסעד האכיפה מחמת היותה של אכיפה כזאת בלתי צודקת בנסיבות העניין).

**המשמעות של ברירת המחדל – נטל השכנוע**

בישראל אכיפה היא ברירת המחדל ואילו באנגליה וארה"ב, הן פיצויים. החריגים, מביאים לתוצאות קרובות בין שני הדינים, ואין משמעות למה הכלל ומה החריג.

**פס"ד אזימוב נ' בינימיני** (ילד שנפטר, המשפחה מתחרטת על מכירת הבית)– על מי הנטל להוכיח שמתקיימים הנסיבות לסעיף 3? **הנפגע יהיה זכאי לאכיפת החוזה אלא אם מתקיים אחד החריגים בסעיף 3 לחוק התרופות. נטל ההוכחה להראות כי התקיים חריג שאינו מאפשר להעניק לנפגע סעד של אכיפה – מוטל על המפר.** אם ברירת המחדל היא פיצוי, הנפגע צריך לשכנע את בית המשפט לסטות מברירת המחדל.

**שיעור מספר 10 18/11/2020**

### אכיפה חלקית ואכיפה בקירוב

לפי סעיף 4 לחוק החוזים תרופות: "בית המשפט רשאי להתנות את אכיפת החוזה בקיום חיוביו של הנפגע או בהבטחת קיומם או בתנאים אחרים המתחייבים מן החוזה לפי נסיבות הענין". **עקרון זה מקנה לביהמ"ש סמכות לדאוג לקיום חיובי המפר כלפי הנפגע במסגרת צו אכיפה שניתן למפר לבקשת הנפגע.** ביהמ"ש העליון קבע כי במסגרת סעיף זה מוסמך ביהמ"ש ליתן צו אכיפה בקירוב לנפגע עקב ההפרה (**אייזמן נ' קדמת עדן**).

ניתן לבקש את האכיפה בקירוב מהמפר והנפר. **אייזמן נ' קדמת עדן** דוגמה רעיונות לאיך אפשר לבצע אכיפה בקירוב) – דירה שנמכרה פעמיים, הפתרון היה לתת דירה אחרת מאותו פרויקט. ביצוע בקירוב, מבצעים חוזה אחר שמקורב לחוזה המקורי, ומגשים את אותן המטרות. לא מדובר בביצוע בקירוב כי הייתה הסכמת הצדדים אבל זו דוגמה דומה לכך. זה מונע מן המפר להתחמק מהביצוע על ידי כך שהוא הופך את הביצוע לבתי אפשרי, נניח שבאייזמן – קדמת עדן רצו להפר את החוזה מסיבות אחרות, והם עושים זאת על ידי מכירת הדירה. האפשרות לביצטע בקירוב אומרת ניתן להתחמק מהמחויבות החוזית שכן ניתן לבצע ביצוע בקירוב.

**יתרונות:**

* **מונע מהמפר להתחמק מביצוע**.
* **מונע מהנפר לעמוד על ליטרת הבשר** (הביטוי מגיע מהמחזה "הסוחר מוונציה" – אם לא תיתן לי אכיפה של ההסכם, תיתן לי ליטרת בשר מהגוף שלך).

**חסרונות:**

* חיובים חדשים – הצדדים הגיעו למפגש רצונות, ביצוע בקירוב מפר את הרצון הצדדים בשלב הכריתה.

**סיבות לביצוע בקירוב**

* **ביצוע בלתי אפשרי**: להגשים את תכלית החוזה למרות שהחוזה אינו בר ביצוע (**אייזמן נ' קדמת עדן**).
* **שירות אישי:** לדוג': שלומי החשמלאי התחייב להגיע לבצע עבודות חשמל בדירה ולא היה יכול להגיע, ניתן לבקש אכיפה בהגעת מישהו אחר.
* **אי יכולת פיקוח של בית המשפט:** בית המשפט יכול לעמוד על הדרישה של ביצוע בקירוב כדי לאפשר את הביצוע ולחסוך את פעולות האכיפה.
* **אכיפה מדויקת תגרור אי צדק**.
* **בעיות במנגנוני השלמה**: אם הצדדים לא יישמו את מנגנון ההשלמה (כאשר החוזה לא היה מסוים) לא ניתן להשלים את החוזה, על כן יהיה ניתן להשלימו באמצעות ביצוע בקירוב. לדוג': **בפס"ד חוף התכלת** קבעו מנגנון בו ייקבע באיזה שטח יימכר הממכר. ביהמ"ש פסק כי המנגנון לא יושם, אבל השלים בעצמו וקבע איזה ממכר מחייב. על כן מדובר בביצוע בקירוב של החוזה, וכך מגשימים את הרצון הצדדים של מנגנון ההשלמה שנקבע במועד הכריתה.
* **סיכול:** אם החוזה סוכל (לא הפרה), וניתן לבצע את החוזה בשינוי קל למרות הסיכול באופן שמגשים את המטרה והרצון הצדדים, אז בית המשפט יכל לפסוק כי התנגדות לביצוע בקירוב תהווה הפרה של חובת תום הלב ולכן נכפה את הביצוע בקירוב. לדוג': חוזה הנוגע לחתונה בקורונה, סירוב לא סביר של מקום העסק לשינוי תהווה הפרה של חובת תום הלב.
* **אי חוקיות:** ניתן לבטל את החוזה או לפתור את אי החוקיות בחוזה (בעדיפות). אם אפשר לבצע זאת על ידי שינוי, בית המשפט יפסוק ביצוע בקירוב.

### אכיפה בתנאים ובשערוך

סעיף 4 לחוק התרופות *" בית המשפט רשאי להתנות את אכיפת החוזה בקיום חיוביו של הנפגע או בהבטחת קיומם או בתנאים אחרים המתחייבים מן החוזה לפי נסיבות העניין."*

אם הנפר שמבקש אכיפה הפר בעצמו – **התניית אכיפה בתשלום פיצויים.**

**וינקלר נ' ספיר סודרי חברה לבנין** – **אכיפה בתנאים אפשרית כאשר החיובים המקוריים בחוזה תלויים, היא אינה אפשרית כשהחיובים הם עצמאיים.**

**חיובים עצמאיים:** הצדדים מתחייבים לספק שירות ותשלום כאשר אין קשר למועד התשלום ולביצוע החיוב, לא ניתן להתנות את הקיום בביצוע התשלום של הצד השני.

**חיובים תלויים (שלובים):** התשלום על ידי צד א' הוא התנאי מקדמי לביצוע הפעולה על ידי צד ב'.

**סעיף 4 נכנס לתוקף בדרך כלל לצורך שיערוך:**

דוגמה א' – **המוכר מפר**: קונה צריך לשלם 100 שקלים עוד חודש על הממכר שיימסר לו לעוד חודש. קיימת אינפלציה וערך הכסף יורד – במועד הביצוע ממכרים מהסוג הזה נמכרים ב200 כי השקל שווה פחות – המוכר מפר ובזמן המשפט המוצרים נמכרים ב 400, והמוכר אומר – אני מוכן לקיים את החוזה, אך מעוניין בתשלום גבוה יותר מ-100. אם המוכר הוא שמפר, הקונה דורש אכיפה במחיר המקורי ואת הנכס (במועד המשפט) – **האם המוכר יכל לדרוש שערוך?** ב**קדמת עדן אמרו, שגם אם המוכר הפר, יש לו זכות לבקש שערוך של ההסכם. באותה מידה, בתקופה שמעבר לחוזה.**

שערוך בתקופה החוזית – מותנה בחובת תום הלב.

שערוך עשיית עושר – שערוך חלקי.

דוגמה ב' – **קונה מפר:** הקונה צריך לשלם 100 ולא משלם, הקונה מפר כי כעת המחיר שווה פחות. אין אפשרות להגיד שיש לו אפשרות לשערך את הסכום עד מועד ההפרה. לאחר מועד ההפרה, הייתה עלייה – במקרה זה, המוכר זכאי לתשלום בלי הוכחת נזק (סעיף 11[ב]), אם הוא רוצה להצמיד את זה למדד, מתבצע שערוך אוטומטי. המוכר גם יכל להיות זכאי לפיצויים לפי סעיף 10, אם מוכחת הזדמנות עסקית, תוך הוכחה שיכל להעריך את נזקי ההפרה. עוד אפשרות הוא "עשיית עושר" – שימוש של הקונה המפר בכסף. הוא התעשר בהשקעה הזאת על חשבון הכסף שהיה צריך להעביר, נדרש להעביר למוכר.

**שיעור מספר 11 23/11/2020**

## תרופות בשל הפרת חוזה - ביטול והשבה

### מבוא

**ביטול היא תרופה חלופית לתרופת האכיפה** – משמעות הביטול הינה הפסקת קיומו של החוזה בעוד שמשמעות סעד האכיפה היא השלמת קיומו של החוזה, על כן מדובר בסעדים סותרים. בשונה מהתרופות האחרות, לביטול יש תפקיד כפול. ביטול לא רק משמש כתרופה להפרה של חוזה, אלא שביטול היא תרופה שניתנת גם לתוצאה של פגמים בכריתת חוזה כגון: טעות, הטעיה, כפייה ועושק מזכים את הנפגע בביטול אך לא בסעדים אחרים (בנפרד מסעיף 12 לחוק התרופות). ביחס להפרה, **הביטול צומח מהפרה יסודית**, שמקנה לנפגע ההפרה זכות ביטול אוטומטית. הזכות **לביטול צומחת גם כשמדובר בהפרה לא יסודית** – אבל אז הזכות מותנת בכך שההפרה לא תוקנה תוך זמן סביר – לפי סעיף 7(ב) לחוק החוזים תרופות, וסעיף 8 סיפא.

**ההסדרים שמופיעים ביחס להפרה יסודית בחוק החוזים תרופות:**

7 (א) *"הנפגע זכאי לבטל את החוזה אם הפרת החוזה היתה יסודית."*

8 *"רישא ביטול החוזה יהיה בהודעת הנפגע למפר תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על ההפרה;"*

**בעוד שהסעיפים הבאים מתייחסים להפרה שהיא לא יסודית – תלויה במתן ארכה למפר לביצוע החוזה:**

(7)ב" היתה הפרת החוזה לא יסודית, זכאי הנפגע לבטל את החוזה לאחר שנתן תחילה למפר ארכה לקיומו והחוזה לא קויים תוך זמן סביר לאחר מתן הארכה, זולת אם בנסיבות הענין היה ביטול החוזה בלתי צודק; לא תישמע טענה שביטול החוזה היה בלתי צודק אלא אם המפר התנגד לביטול תוך זמן סביר לאחר מתן הודעת הביטול."

8 סיפא "אולם במקרה האמור בסעיף 7(ב) ובכל מקרה אחר שהנפגע נתן למפר תחילה ארכה לקיום החוזה - תוך זמן סביר לאחר שחלפה הארכה."

### הפרה רגילה והפרה יסודית

**הפרה יסודית**

על מנת להבין האם זכות הביטול היא אוטומטית או תלויה בהתנהגות מאוחרת של הנפגע, יש לבחון מתי הפרה היא יסודית ומתי היא הפרה רגילה.

סעיף 6 לחוק החוזים תרופות מכיל הגדרה אחת בלבד: "לעניין סימן זה, "הפרה יסודית" - **הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה, או הפרה שהוסכם עליה בחוזה שתיחשב ליסודית**; תניה גורפת בחוזה העושה הפרות להפרות יסודיות ללא הבחנה ביניהן, אין לה תוקף אלא אם הייתה סבירה בעת כריתת החוזה."

ניתן לחלק את ההפרה היסודית להפרה יסודית מסתברת ולהפרה יסודית מוסכמת:

* **הפרה מסתברת:** " הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה".
* **הפרה מוסכמת:** "הפרה שהוסכם עליה בחוזה שתיחשב ליסודית".

הרעיון בבסיס ההבנה הוא האיזון בין האינטרסים של המפר והנפר. לנפר יש זכויות, איך הן לא בלתי מוגבלות. אנו רוצים להגן על הנפר אבל באופן סביר, והרעיון הוא לחשוב על האיזון בהתחשב במה **שהמפר יכול היה לראות בשעת הכריתה.**

**הפרה יסודית מסתברת:**

כדי שההפרה תהיה יסודית צריך לראות שאדם סביר לא היה מתקשר בחוזה לו ראה את ההפרה ותוצאותיה. מדובר במבחן אובייקטיבי, אותה הפרה אשר אדם סביר לא היה מתקשר בחוזה אילו צפה מה יהיו התוצאות המשוערות של ההפרה שארעה (**ביטון נ' פרץ**).

**איך מפרשים את התיבה "לו ראה את ההפרה ותוצאותיה"? ומיהו אותו אדם סביר?**

**דנ"א (דיון אזרחי נוסף) ביטון נ' פרץ –** קיימות עסקאות בשרשרת באותו המחיר כאשר התשלומים נקבעים למועדים עוקבים. באחת החוליות באמצע חל עיכוב והחולייה אחרי מבטל, להלן דוג':

* שמעון רוכב דירה מראובן וצריך לשלום לו מקדמה ביום 1 בינואר.
* ראובן רוכש דירה מלוי, וצריך לשלם לו מקדמה ביום 3 בינואר.
* לוי רוכש דירה מיהודה, וצריך לשלם לו מקדמה ב 5 בינואר.

אם שמעון לא משלם, לראובן אין את האפשרות לשלם ללוי, וללוי אין את אפשרות לשלם ליהודה. כלומר, אותה הפרה נגררת אחריה בשרשרת. שמעון מאחר בתשלום ומעביר לראובן את התשלום רק ב 6 בינואר. יהודה מבטל את החוזה מול לוי, זה אומר שלוי לא יקנה דירה חדשה והוא מעוניין להישאר בדירתו הנוכחית. השאלה, האם לוי יכול לבטל את ההסכם עם ראובן (החולייה האמצעית).למרות שהעיכוב הוא זניח וההפרה היא הפרה קלת ערך, ההשפעה של ההפרה עליו היא השפעה דרמטית מאחר שהוא איבד בגללה את העסקה.

פסיקות השופטים בנוגע **למה האדם הסביר היה יודע:**

1. ברנזון – **האדם הסביר הוא הנפר, אך ניתן לחשוב רק על יסודות שהיו ידועות למפר** **בשעת הכריתה**, על כן בודקים את היסודיות של ההפרה רק לאור מה שנפר והמפר ידעו. **אם המפר לא ידע על החולייה הבאה בשרשרת, אז אומנם הפגיעה היא תוצאה של ההפרה, אבל הוא לא יכול היה לראות אותה במועד הכריתה.**
2. ויתקון – שואלים לגבי **האדם הסביר** (החוק מתכוון לאדם הסביר) – השאלה לא לגבי הצדדים הספציפיים לחוזה, כי אז זה לא האדם הסביר. החוק מתייחס לאדם הסביר - עלינו לחשוב מה הוא יודע. האדם הסביר לא יכול לדעת ידיעה כמו עסקאות סותרות. ויתקון מגיע לתוצאה זהה לשל ברנזון אבל מכיוון אחר.

אנו מסתכלים מנקודת המבט של הנפר, למה? משום שאנחנו נרצה לבחון האם הנפר היה מתקשר בחוזה אילו היה רואה את ההפרה ותוצאותיה מראש. אם הנפר ראה זאת ובכל זאת התקשר בחוזה, אז לא יהיה מדובר בהפרה יסודית וחמורה משום שהנפר לקח אותה בחשבון בשיקוליו ובכל זאת בחר להתקשר בחוזה.

יש לקרוא את העמדה כאילו כתוב – **לו ראה את ההפרה, ותוצאותיה הסבירות**. זה יוצר איזון בין המידע שמחזיק הנפר והצורך בוודאות למפר. זאת העמדה של כהן ושמגר **בדנ"א ביטון נ' פרץ** (אותה תוצאה, נימוק שונה).

דוגמה: הדיון דומה לדיון אפשרי בעבודה שהגשנו בנושא תרופות: עלתה השאלה האם ההפרה של הקייטרינג הייתה יסודית.

הנפר בזמן אמת לא ביקש לתקן – כלומר, נראה שהיה מתקשר בחוזה לו היה רואה את ההפרה. עולות שתי שאלות במקרה הזה:

* האם בובי ידע (או היה צריך לדעת) על **תוצאות** ההפרה? (ברנזון וויתקון).
* האם התוצאה **שהתרחשה בפועל היא תוצאה מסתברת של ההפרה?** יסודיות ההפרה קשורה למעשה עצמו, ואנו צריכים לבחון את התוצאות המסתברות של ההפרה שהנפר היה רואה מראש – בשעת הכריתה. הטענה של כהן בפסק הדין היא שאנו צריכים להסתכל על תוצאות מסתברות של ההפרה (שמגר וכהן).

**הפרה יסודית מוסכמת:**

הגדרה של הפרה יסודית לא דורשת רק את המצבים שבהם אנו יכולים להחליט לפי הרישא של סעיף 6 שהפרה היא יסודית, אלא הצדדים יכולים להכריז בעצמם על תניות בחוזה שההפרה שלהם היא הפרה יסודית. היכולת לקבוע כי הפרה היא יסודית למעשה מתנה על דיני ברירת המחדל של התרופות.

**לא ניתן לקבוע כי כל הפרה של החוזה תיחשב כיסודית אלא אם היא סבירה, כיצד נבחן אם התניה סבירה?**

**השאלה הנורמטיבית** – למה לא לתת תוקף לתניה שקובעת כי כל הפרה היא יסודית? (עיקרון חופש החוזים)

אין לזה תוכן משמעותי (הפרה יסודית או הפרה רגילה) – המשמעות היחידה היא האם יש סעד ביטול אוטומטי. למה לא לתת לצדדים לקבוע סעד ביטול אוטומטית?

* + **מראה של סעיף 15 לחוק החוזים תרופות**: פיצויים מוסכמים – "הסכימו הצדדים מראש על שיעור פיצויים (להלן - פיצויים מוסכמים), יהיו הפיצויים כמוסכם, ללא הוכחת נזק; אולם רשאי בית המשפט להפחיתם אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה". אם הפיצוי המוסכם לא מקיים יחס סביר לנזק כי ניתן היה לצפות אותו במועד הכריתה בית המשפט לא יכבד את תנית הפיצוי המוסכם. ביהמ"ש לא רוצה לאפשר סנקציה עונשית.
  + **אסון להטעות מפר בכוח –** **ע"א מזור נ' וחידי**: דוגמה לעניין כיצד צד יכול לנצל באופן מוגזם את האפשרות שלו לתת תניות גורפות ומדוע נרצה שבית המשפט יתערב. תניה גורפת כזאת, מטעה את הצד השני – עו"ד נקשר בחוזה עם צדדים, ומכניס לחוזה תניות חד צדדיות לטובתו, כאשר הצד השני לא הבין את המשמעות. בין השאר כתב כי כל הפרה של תניה בהסכם הזה (מתייחס לתניות שמחייבות את הצד השני) יחשבו להפרה יסודית של ההסכם. בית המשפט משתכנע שלצדדים שהתקשרו בהסכם אין מושג מה המשמעות של הפרה יסודית. לכאורה, ניתן להגיד "בעיה שלהם", אך מאחר וקשה להבין מה המשמעויות ללא התמקצעות בתחום, בית המשפט התחשב בכך שעובדתית לא נכון ש"כולם יודעים" ומבינים את המשמעויות. **השופט ריבילין טען כי התניה מטעה את הצד השני ועל כן התניה הגורפת אינה סבירה ומבוטלת.**
  + לפי **שלום נ' מוטה**, **תניה סבירה כאשר כל ההפרות הן על אותו מישור** (לא קלות וחמורות יחד).
  + על מנת להחליט אם תניה היא גורפת, יש לבחון לא רק את התוכן שלה – אלא גם את הנסיבות שהיא הוכנסה לחוזה **פס"ד מזור נ' וחיד**.

**מה קורה אם בטלה תניה גורפת?**

* עדיין יכולות להיות תניות ספציפיות – נניח שכל סעיף בחוזה מתייחס לכך שאם מפרים אותו הוא יחשב כהפרה יסודית, בית המשפט יאשר את זה, אך עדיין יפעילו על כך את מבחן הסבירות.
* ניתן להוכיח הפרה יסודית מסתברת.

### ביטול חוזה בהפרה רגילה

**הפרה רגילה:** כל הפרה שאינה יסודית. יכולה להיות הפרה של תניה אחת בחוזה ולא בהכרח הפרה של כל החוזה.

נפגע ההפרה זכאי לבטל במקרה של הפרה רגילה, אולם הזכות מוגבלת ומותנת. **הזכות מותנת בכך שנתן תחילה למפר ארכה לקיים את החוזה והוא לא קיים אותו תוך זמן סביר לאחר מתן הארכה אז ניתן יהיה לבטל את החוזה**. הזכות מוגבלת **רק למקרים שסעד הביטול צודק**. ניתן לפרש את "**הזמן הסביר**" שעומד במספר דרכים (ממתן הארכה עד שעומדת לנפר הזכות לביטול):

1. מנקודת המבט של **המפר** – הזמן הסביר הוא **הזמן שנדרש כדי לתקן את ההפרה**.
2. מנקודת המבט של **הנפר** – זמן סביר מתייחס לתוצאות של ההפרה, ולא לזמן שנדרש לתקן אותם. הנפר יכל לסבול הפרה קטנה, **אך אם ככל שעובר יותר זמן הנזק שנגרם לו גדל**, אנו לא חייבים להכריח אותו לחכות תקופה ארוכה לפני שהוא מבטל את החוזה.
3. **הזמן הסביר – סטנדרט אובייקטיבי**: לא מסתכלים על המפר והנפר הספציפיים, אלא על "הזמן הסביר".

אין תשובה חד משמעית לשאלה הזאת. ד"ר פלד מאמין שזמן סביר צריך לאפשר למפר לתקן את ההפרה, אך בוודאי לא צריכים לעמוד על תקופה ארוכה כאשר ההמתנה גורמת לנזק מאוד גדול לנפר. ככל שהנזק יותר גדול, כך ההפרה נראית כמו הפרה יסודית. **הזמן הסביר יהיה הזמן הקצר בעניין הקטנת הנזק לנפר**.

**נקודה נוספת נוגעות למועד בחינת הזמן הסביר – מועד ההפרה או מועד הכריתה:**

1. **ביחס לקיום תנאי מתלה תוך זמן סביר (**ס' 29 לחוק התרופות). השופט בך **מציין בע"א ברוך שמיר חברה לבניו ולהשקעות בע"מ נ' הוך** –ס' 29 אומר שאם יש חוזה שקיים בו תנאי מתלה שלא התקיים תוך זמן סביר החוזה בטל. ועולה השאלה, מה הזמן הסביר שבו אנו נותנים לתנאי להתקיים. **בך** אומר כי הזמן הסביר הוא לפי **הצפייה של הצדדים במועד הכריתה**. **להפרה יש שני מועדים רלוונטיים, בעוד שתנאי מתלה רלוונטי רק בכריתה, לכן הפרשנות של בך אינה עונה על השאלה.**
2. **סעיף 10 לחוק התרופות** מדבר על הנזקים של ההפרה, מדבר על הציפייה של הצדדים במועד הכריתה. הם יכולים להיות **רלוונטיים גם לציפייה של הצדדים לגבי כמה זמן יידרש לתקן הפרות מראש.**
3. לעומת זאת, **נסיבות ההפרה עשויות להשתנות**, והצדדים לא היו רוצים להגביל את עצמם לידיעה שלהם במועד הכריתה כי הם מבינים שנסיבות החיים של החוזה משתנות והם היו רוצים לאפשר תיקון תוך זמן סביר ממועד ההפרה.

**במקרה של הפרה רגילה, מרגע ההפרה המפר צריך לתקן את ההפרה תוך זמן סביר ממועד מתן הארכה ומהרגע שלא תוקנה ההפרה תוך זמן סביר, יש לתת הודעת ביטול תוך זמן סביר. האם הזמן הסביר לשני המקרים זהה?**

הזמן לא זהה, על מנת לענות על השאלה לעיל, יש לבחון לפי תכלית:

**הזמן הסביר לתיקון ההפרה נוגע להפרה ולהשלכות ההפרה על הנפר.** לעומת זאת, **חובת ההודעה תוך זמן סביר** מאזנת בין האינטרס של המפר שיש לו יכולת לבטל בעקבות ההפרה ובין האינטרס של הנפר שצריך לדעת אם החוזה מבוטל או לא, הוא לא יכול להיקשר בחוזה "לנצח" ועליו לדעת האם הוא מבוטל.

על מנת לקיים את שתי התכליות האלה יש חובת הודעה תוך זמן סביר. השיקולים צריכים להתפרש לאור השאלה **– כמה זמן נרצה להשאיר את המפר באי ידיעה להמשך התקיימות החוזה.**

**ראינו שזכות הביטול מוגבלת רק למקרים שהביטול צודק. עולה השאלה איך הם נבחנים ומה הקשר בין שיקולי צדק ותום לב.**

סעיף 39 לחוק החוזים הכללי: בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב, והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה.

לפי בג"צ **שירותי תחבורה ציבורית באר שבע נ' בין הדין הארצי לעבודה** – כוחות משפטיים המוקנים מכוח דיני החוזים וכוחות משפטיים בכלל, **כפופים לעיקרון תום הלב.**

**מתי הביטול לא צודק?** כאשר ההפרה קלה, היא לא תוקנה בזמן אבל בטעות הנובעת מתום לב, ופיצוי נותן תרומה הולמת, לא צודק לתת סעד של ביטול.

### היחס בין הפרה יסודית והפרה רגילה

**מה הדין במקרה של הפרה יסודית כאשר לא נמסרה הודעת ביטול תוך זמן סביר ממועד ההפרה?**

במקרה של הפרה לא יסודית, הנפגע תמיד יכל לתת ארכה (לפנות למפר ולבקש לתקן תוך זמן סביר). **אין מגבלת זמן על מתי המפר מבקש ארכה**. לעומת זאת **אם ההפרה היא יסודית, אני חייב לתת הודעה תוך זמן סביר על ביטול החוזה**.

**צריך לשים לב לפערי הזמנים** – כאשר הייתה **הפרה יסודית**, קמה לנפר זכות ביטול ובלבד שהודעת הביטול ניתנה בתוך **זמן סביר**. אם חלף חלון הזמן שבמסגרתו יכול היה הנפר לתת הודעת ביטול, והמפר טרם תיקן את ההפרה, הנפר יכול לנהוג כאילו מדובר בהפרה שאינה יסודית בכדי לבטל את החוזה. כאשר מדובר בהפרה שאינה יסודית, יש קודם לתת ארכה לביצוע החוזה ורק אם הנפר לא תיקן את ההפרה, קמה הזכות לביטול.

ביחס **להפרה יסודית** חובה לבטל **תוך זמן סביר** מרגע הגילוי של ההפרה. במקרה של הפרה רגילה – זמן סביר לאחר **מתן ארכה** למפר לקיים את החוזה. לכאורה, **פרק הזמן שעומד לביטול במקרה של הפרה רגילה ארוך יותר, כי הנפר יכול לשלוט במועד הביטול.** **אם הנפר פספס את החלון להודיע על ביטול בהפרה יסודית תוך זמן סביר, לכאורה נשללה ממנו הזכות לביטול החוזה.** הפתרון שמוצא בית המשפט, **הוא שהפרה יסודית היא גם הפרה לא יסודית**. לא יכל להיות שנשללות מהנפר זכויות כי ההפרה היא יסודית. אם הנפר לא נתן הודעה על ביטול תוך זמן סביר מרגע שנודע לו על ההפרה הוא יכל להודיע על ארכה ולדרוש תיקון של ההפרה, ואם היא לא תוקנה תוך זמן סביר נוצרת לנפר שוב זכות לבטל את החוזה וגם במקרה הזה נדרש להודיע על הביטול תוך זמן סביר, **אך הזמן הסביר הוא שונה – מדובר על הזמן מהמועד שבו המפר לא תיקן את ההפרה לאחר מתן הארכה.**

### ביטול בתנאים וביטול חלקי

**דרך הביטול**

ביטול החוזה נעשה בהודעה. על הודעה **חלים הכללים של סעיף 60 (א) לחוק החוזים (חלק כללי)**: *"הודעה לפי חוק זה תינתן בדרך המקובלת בנסיבות העניין".* הצדדים יכולים להתנות על דרך מתן ההודעה. זאת שאלה שצריכה להתפרש מהנסיבות של ההסכם. אם כתובה בחוזה דרך הודעה אחרת, אז זאת תהיה דרך ההודעה גם במקרה של ביטול.

**מה התוצאה של הודעת הביטול?**

לכאורה, זכות הביטול של החוזה היא מלאה. כלומר, הופר החוזה הפרה יסודית, או הופר הפרה רגילה שלא תוקנה, רשאי הנפר לבטל את החוזה בביטול מלא, וכל צד צריך להשיב את מה שקיבל לפי החוזה. עולה השאלה – **האם בית המשפט יכול לבטל את החוזה רק אם הנפר מקיים תנאים כלשהם או להורות על ביטול חלקי של החוזה.**

**שני תנאים שיכולים להתקבל ביחס לביטול של החוזה:**

* **ביטול בתנאים:** לא קיימת הוראה בחוק החוזים תרופות לביטול בתנאים (הצבת תנאים לביטול החוזה). עם זאת, **בפס"ד ארגמן נ' ברנפלד**, **בתי המשפט יוצרים זכות לביטול מותנה דרך ציר פסיקה**.

הסיפור: חוזה מקרקעין. הרוכשים, רצו לקנות את המגרש אך את הבית שעל המגרש יעבירו חזרה למוכרת (המוכרת מכרה את ביתה ואז רכשה אותו בחזרה). **הרוכשים לא העבירו את רישום הבעלות בבית בעקבות התרשלות, ועל כן מדובר בהפרה יסודית של החוזה.** אך הרוכשים, רשמו ברשם המקרקעין שאולם הנכס לא שלה, אך הוא בשכירות ל – 999 שנים. זכות השכירות היא זכות קניינית וככל שהיא יותר ארוכת טווח כך היא דומה יותר במאפייניה לבעלות. **היא נותנת להם שתי ארכות לקיים את ההסכם והם לא מקיימים אז היא תובעת ביטול. השופט לוי פסק**: כי מתקיימים התנאים לביטול ולכן הוא פוסק ביטול, אך הוא מסייג אותו. **הביטול יכנס לתוקף בעוד חצי שנה, אלא אם במהלך החצי שנה, הרוכשים יתקנו את ההפרה וישלמו 30,000 ₪,** כלומר עוד ארכה לתיקון ההפרה. לכאורה זה אומר שכאשר יש הפרה יסודית, צריך לתת ארכה נוספת (היא נתנה להם שתי ארכות). **האם זה אומר שככלל צריך לתת ארכה נוספת?** – לא, מכיוון שלא עבר זמן סביר והשופט לוין מאריך את הזמן הסביר בעוד 6 חודשים. דרך אחרת אומרת, כי לוי משנה את זכות הביטול מסעד עצמי לסעד שלבית המשפט יש תפקיד קונסטרוקטיבי בו (כמו פיצוי, שניתן רק על ידי בית המשפט) – בית המשפט יכל להתערב בסעד ולתת בעצמו ארכה נוספת.

* **ביטול חלקי**

ס' 7(ג): *ניתן החוזה להפרדה לחלקים והופר אחד מחלקיו הפרה שיש בה עילה לביטול אותו חלק, אין הנפגע זכאי לבטל אלא את החלק שהופר;* ***הייתה בהפרה גם משום הפרה יסודית של כל החוזה****, זכאי הנפגע לבטל את החלק שהופר או את החוזה כולו.*9(ב): *בוטל החוזה בחלקו, יחולו הוראות סעיף קטן (א) על מה שהצדדים קיבלו על פי אותו חלק.*

נשאלת השאלה, **מהן הנסיבות שבהן ניתן החוזה להפרדה?** **פס"ד בנישתי נ' ששון** (כמה זוגות טסו לחופשה בחו"ל, כשהגיעו ליעד התברר שהטיול שרכשו איננו אותו טיול, וכי הם אמורים לטוס ליעד נוסף אך לא טסו, על כן הם קיבלו רק חלק מהחופשה, יש לציין כי לא הייתה להם אפשרות טכנית לחזור). **עולה השאלה האם החוזה ניתן להפרדה.** חברת הנסיעות טוענת כי לא ניתן לתת ביטול מלא, מאחר והם סיפקו חלק מהחוזה. ניתן לעשות ביטול חלקי, ובהקשר הזה בית המשפט דן בחוזים שהתכלית שלהם היא הנאה. **הרעיון הוא שכאשר התכנים היא חוויה, לא ניתן לבטל חלק מהחוזה.** זה לא שרכיבים מהחוויה הכללית שציפית לה הם בהכרח ניתנים לחלוקה. במקרה הזה, רציתי את החוויה הכוללת של הטיול. לכן ביטול במקרה זה הוא ביטול כל החוזה. הטענה שנובעת מכאן היא **שההפרה היא הפרה יסודית, גם אם החוזה ניתן להפרדה, כי לא הייתי מתקשר בכל החוזה אם הייתי רואה מראש את הטענה ותוצאותיה, ולכן זכאי הנפגע לבטל את החלק שהופר או את החוזה כולו.**

### השבה על פי החוזה

**תוצאות הביטול**

**תוצאות סעד הביטול הינן השבה הדדית**. המטרה – מניעת התעשרות, כל צד קיבל משהו ואם נותיר אותו אצלו לאחר שבוטל החוזה הוא מתעשר. ולכן, כדי למנוע התעשרות – שני הצדדים חייבים בהשבה. **בהקשר הזה תרופת ההשבה היא דו כיוונית.**

**ההשבה מתבצעת בעין:** אם צד לחוזה מקבל נכס מסוים והחוזה הופר ובוטל, הוא חייב להשיב את אותו נכס עצמו. אבל מותר לעשות **השבה של השווי**, ולא של הנכס בעין, אם:

1. **ההשבה בעין היא בלתי סבירה** – עולה סכום בלתי סביר למפר (דוג': שבירת צינורות ניקוז לאחר שהותקנו).
2. **אם ההשבה בלתי אפשרית** – קבלת שירות ולא נכס, השבה בעין היא בלתי אפשרית. דוגמה נוספת היא שקיבלתי נכס על פי החוזה אך הנכס הושמד ועל כן השבה בעין בלתי אפשרית במקרה זה.
3. **אם הנפגע בחר בהשבת שווי:**
   * הנפגע יכול לבחור שהוא ישיב בשווי, והמפר ישיב בעין.
   * חשש מניצול לרעה של הנפגע.
   * כפוף לתום לב –אם יש דרישה להשבה בעין, אך אם זה מכביד על המפר, בית המשפט יתערב.

השבה של כל אחד לפי מה שקיבל על פי החוזה – **בנישתי נ' ששון**:

**בייסקי:** ביטול חלקי. קבלן משקיע המון בהכנה לקראת בנייה של בניין, קונה דברים שטרם עשה בהם שימוש – טרם העביר אותם לצד השני. עצם הקנייה, היא לא מה שהצד השני קיבל, ולכן הוא לא חייב להשיב גם לא הוצאות עבור ההכנה האלה. **בייסקי טוען, שהנופשים לא קיבלו כלום על פי ההסכם. הם היו בטיול בחול שלא רצו בו ולא הצליחו לחזור ממנו, טיול אשר כפו עליהם.** אין כאן התעשרות על חשבון המפר כי הם בעצם קיבלו משהו בכפייה. על כן הם לא קיבלו כלום מהחוזה ואין להם צורך להשיב (עמדה קיצונית, הנופשים כן היו בטיול בחו"ל).

**איילון:** טוען כי הם טיילו בחו"ל, איך יכל להיות שהם לא מחזירים שום דבר?

**מה עם השבה ביחסים עם צדדים שלישיים?**

**חייב מבקש מנושה לשלם לצד שלישי.**

**חייב->צד שלישי-> זוכה.**

החייב מפר את ההסכם. הנושה **לא שילם לחייב אלא לזוכה**. **האם החייב, חב בהשבה?** (הוא לא קיבל כלום).

לפי עמדת ביהמ"ש כן, אך הדרך להגעה לתוצאה היא שונה.

**פס"ד סוכנויות להשכרת רכב נ' טרבלוס:**

**עמדת ברק:** נניח שאדם חייב כסף, אך במקום לתת הכסף לאדם שהוא חייב לו (לנושה), הוא נותן לאדם אחר שנתבקש על ידי הנושה, כך שהתמורה שקיבל מלאה, שכן החוב שהיה לו נעלם– **ועל כן הוא חייב בהשבה מלאה**.

**כהן ואשר** – בעל המניות והחברה מתקשרים בהסכם עם טרבלוס שישקיעו בחברה ובתמורה להשקעה בחברה הם יעשו שינוי בתקנון ויעבירו מניות. החברה, עושה שינויים בתקנון ומעבירה מניות לצד שלישי לחברה שהיה כלפיה חוב, ואז הם מעמידים תנאים כדי לבצע את ההסכם. **סוכנויות הרכב מפרה את ההסכם, היא חברה בע"מ – הערבון שלה מוגבל לנכסים שלה, ולכן אם היא חייבת אי אפשר לפנות לגורם אחר**. **החיוב של החברה יהיו גם על הבעלים שלה ולא רק על החברה, אשר כל אחד מהם חייב בחובת ההשבה.**

**הוויכוח בין כהן לברק הוא לא ביחס לתוצאה** – **אלא למקור החיוב בהשבה**. **כהן** אומר שכלל הצדדים כלולים בהסכם. יש הסכם, בו שני צדדים מצד אחד ועוד אחד מהצד השני. **כשיש כמה שמתקשרים בהסכם ומתחייבים ביחד לפעולות בהסכם, החיובים שלהם קיימים יחד ולחוד ולכן גם הסעדים שניתנים נגדם ניתנים ביחד ולחוד**, ולכן הזכות שעומדת כלפי חייב אחד עומדת מלאה כלפי חייב שתיים. **עמדת ברק** שונה – **זה לא חיוב מכוח ההסכם (ההסכם בוטל)**, **זה חיוב שהוא תוצר של ההתעשרות.** אם זה חיוב שהוא תוצר של ההתעשרות, אז חובת ההשבה תצמח רק בגין ההתקשרות בהסכם. במה התעשר הבעלים של החברה מהתשלום לחברה? – ההתעשרות שלו קיימת, היא התעשרות נורמטיבית (היא קיבל את התמורה שביקש בהסכם). לכן, ברק אומר ששניהם חייבים בהשבה של ההתעשרות מאחר ששניהם קיבלו את מה שרצו על פי ההסכם.

מה קורה אם יש חייב וצד שלישי – החייב הפר, הצד השלישי קיבל את התמורה, אבל החייב פושט רגל ורוצים להיפרע ממי שקיבל את התמורה:

**חייב->נושה->צד ג'**

**דוגמה: דנ"א בייזמן השקעות בע"מ נ' בנק הפועלים למשכנתאות:**



חליווה קונה את הנכס מפלונית, שמזייפת את חתימתה של נוגה. בנק משכון ממן את הנכס ורושם משכון על המקרקעין. בייזמן מגיע לעסקה שניה לרכוש את הנכס מחליווה. בעת רכישת הנכס ע"י בייזמן רוב התשלום הוא לטובת סילוק המשכנתא שבנק משכון נתן לחליווה. **התברר כי העסקה בין פלונית לחליווה הייתה פיקטיבית וכי אין לחליווה מה למכור,** פלונית נעלמה עם הכסף שקיבלה כתוצאה מהעסקה המזויפת. אין מחלוקת שהנכס שייך לנגה ולא נעשתה בנכס שום פעולה (העסקה פיקטיבית).

ניתן להתעלם כרגע מנגה ופלונית כי הם לא צד בעסקה:



בייזמן מעוניין לבטל את ההסכם – האם חליווה חייב להשיב את הכסף שקיבל מבנק משכון? כן, החייב התעשר ולכן על החייב להשיב. חליווה חב בחובת השבה כלפי בייזמן, של כל הכסף ששולם לבנק משכון. הבעיה היא שחליווה פושט רגל ולא יכל להשיב את הכסף. בייזמן נתן לבנק משכון כסף ומעוניין לקבל את הכסף מבנק משכון (לא מחליווה). **האם קיימת זכות השבה לצד ג' שקיבל תמורה מכוח החוזה, אך הוא אינו צד לחוזה?**



מנקודת הבט של החוזה – הייתה לבנק את הזכות לקבלת התשלום, והוא קיבל תשלום בהתאם, לכן לא ברור על מה מבוססת חובת ההשבה.

מנקודת מבט של החייב, הוא זכאי לקבל את מה שהוא נתן, מאחר ולא קיבל כלום בתמורה.

**Discharge for value** – דוקטרינה במשפט האנגלי, **מי שפרע את ההלוואה לא יכול לקבל בחזרה את הכסף**. אם צד החזיק בחוב כספי, והייתה לו חובה להשיב את ההלוואה, והשיבו לו את ההלוואה וכל זה נעשה בתום לב, לא ניתן לבקש חזרה את הכסף ששולם למי שפרע את ההלוואה גם אם הוא עשה את זה בטעות.

במקרה הזה נקבע כי היה פגם בהתקשרות – שני הצדדים טעו, ולכן ניתן לבטל את ההסכם. בעקבות הביטול צריך השבה.

**דיני עשיית העושר** – מה קורה אם יונתן מבקש מגיא להעביר לו כסף, וגיא מתכוון להעביר לו כסף ובטעות מעביר לחשבון בנק אחר. **האם יש חובה ממי שקיבל את הכסף להשיב אותו?** **דיני עשיית העושר** דנים בסיטואציה של תשלום בטעות ואומרים שמי שקיבל תשלום בטעות צריך להשיב אותו למעט אם הוא הסתמך על התשלום הזה ולא ניתנה הודעה תוך זמן סביר – **קבלת תשלום בטעות מזכה בהשבה**. על כן, אם הייתה טעות בזיהוי, ברור שהייתה חובת השבה.

השאלה שנדונה כעת נוגעת לכך **שהחוזה בטל עקב פגם בכריתה** – **בית המשפט אומר שבטלה הזכאות לקבלת הכסף.** התשלום הופך להיות שלא על פי זכות שבדין **ולכן הזוכה (הבנק) מתעשר על חשבון החייב.** נכון שהוא קיבל כסף שהיה מגיע לו, אך לא מהחייב – כאילו הכסף הועבר בטעות. לכן **הוא קובע שחובת ההשבה קיימת גם במקרים של ביטול והשבה עקב פגם בכריתה – גם על החייב וגם על הצד השלישי הזוכה כדי למנוע התעשרות שלא בדין.**

דרך אחרת - ניתן להגיד כי מצבו של הזוכה השתפר – הבנק קיבל זכות משכון על נכס שלא היה שייך לחליווה, אם הבנק היה ממש את המשכנתא הוא היה מגלה שאין לו כלום, הזכות לשמור על הכסף גורמת לזה שהטעות של בייזמן משפרת את המצב של הבנק, הוא מקבל כסף כאילו כדי להסיר רישום של משכנתא שהייתה שווה משהו כאשר בפועל לא הייתה שווה כלום. **לכן בית המשפט אומר שטעות של צד בהסכם משפר את מצבו של הבנק מעבר למצב שהוא היה בו לפני ההתקשרות (משכנתא חסרת ערך למשכנתא שיש לה שווי מלא). לכן, הבנק צריך להשיב את הכסף.**

**שיעור מספר 12 25/11/2020**

**התנאה על זכות ההשבה**

**האם ניתן להתנות על זכות השבה? ההסדר הקבוע הוא דיספוזיטיבי.** אם בית המשפט יכל לדחות תניה גורפת, אז הצדדים יכולים לקבוע שבית המשפט לא יכול לשלול מהם את התניה הגורפת. כאשר הצדדים מחליטים שכל הפרה מקנה זכות ביטול, האם מדובר בתניה גורפת? אכן – המשמעות היא שכל הפרה היא הפרה יסודית המזכה בזכות ביטול ללא מתן ארכה, לכן בית המשפט יתייחס לתניה כזאת כתניה גורפת והוא יכל לאשר אותה אם היא סבירה.

**האם אפשר להתנות על כך שלא תהיה זכות ההשבה למרות שקמה הזכות לביטול?**

* **התנאה על קיום הזכות** – במקרה של הפרה לא תהיה לצדדים זכות לקבל השבה אחר העסקה. לכאורה, זה סותר את הדין הקוגנטי. אך מצד שני, השבה ניתנת לצד פיצויים (אתה לא יכול לקבל השבה, אך אתה יכל לקבל פיצויים). אם הפיצויים מכסים את אותו סכום, **אין סיבה שלא נשלול את ההשבה, כי האינטרס מוגן במלואו על ידי הפיצויים המשולמים. התנאה על זכות ההשבה היא לא בעייתית כשיש זכות לפיצוי מלא.**
* **השבה בעין או השבת שווי** – הצדדים יכולים להתנות על סוג ההשבה: ברירת המחדל היא השבה בעין. ההתנאה נוגעת לכך כשהצדדים יסכימו במקרה של ביטול להסכים להשבת שווי בלבד ולא להשבה בעין.
* **גובה ההשבה –** ניתן לחשב השבה בצורות שונות. תעלה השאלה אם הצדדים יכולים להתנות על הדרך שבה תחושב השבת השווי (לדוג' לפי ערך חוזי או ערך שוק) כל חישוב יכל להיות שונה **אז על פניו אין סיבה שהצדדים לא יוכלו להתנות מראש על האופן שבו הם מבקשים שתחושב השבה במקרה של ביטול.**

**למה שמישהו מהצדדים ירצה לקבוע שאין השבה בעין?** זה ישנה את המחיר החוזי ומה שהצדדים ירצו להפיק ממנו, ולכן שני הצדדים יסכימו מראש על השבת שווי כדי למנוע את העלות בדיעבד.

**למה שמישהו מהצדדים ירצה לקבוע שאין השבה בכלל, אבל יש פיצויים?** הפיצוי נמוך מההשבה. הסכום שבו אנו שוללים השבה הוא במקרה שהחוזה יהיה חוזה הפסד, והנזק שנגרם מקיום החוזה קטן מהתמורה החוזית, כי הוא חוזה הפסד. כשאנו שוללים השבה אנו מבטיחים לצדדים את האפשרות לממש את הרווח העודף שלהם מההסכם. אפשר לטעון שזה לא תם לב, אבל אם הצדדים רוצים לקחת את הסיכון כשהם נכנסים לחוזה הפסד, ניתן להם לעשות זאת.

**גובה ההשבה - השבה לפי שווי חוזי או שווי ריאלי**

דוגמה להמחשה: קבלן שנקשר בחוזה הפסד. המחיר החוזי הוא 100 עבור עבודת הקבלן. הוא מפר את החוזה לאחר ביצוע 80% מהעבודה. כלומר שווי העבודה הוא 200, וקיבל רק 100, ואם היה מבצע באופן מלא את כל העבודה השווי היה 250. כעת הקבלן מפר את החוזה – והקונה תובע פיצויי קיום.

**מה הערך של הפיצוי קיום אם יש השבה?** הקבלן ביצע 80% מהפרויקט, אם הקבלן ביצע זאת הוא צריך להשיב לקונה 20 שהוא קיבל שלא לצורך. הקונה קיבל חזרה 20 ואת הנכס ששווה 200, והצפייה שלו היה שיקבל 250, והקבלן צריך להשיב לו עוד 30. הקבלן צריך לשלם לקונה פיצויים בסך 30, וכך אנו מגשימים את הציפייה של הקונה. אם הקונה לא היה מקבל השבה, הפיצוי שהיה זכאי לו היה 50. אילו היינו אומרים השבה הדדית – הקבלן היה צריך לשלם לקונה פיצוי של 100 ועוד 250, כדי שהקונה יהיה בסוף ב250. מנקודת המבט של הקונה, אם הקבלן הפר, אין הבדל, ואין חשיבות לשאלה איך מחשבים את ההשבה.

**הציפיה של הקונה לרווח, ועל כן האם זה לגיטימי שצד שזוכה להשבה חוזית מרוויח מזה שהצד השני הפר את החוזה?**

אם הקונה מפר והקבלן מבטל, מה אפשרויות ההשבה? הקבלן זכאי להשבה של 200, כי הקונה קיבל נכס ששווה 200 ואינו יכל להשיב את הנכס (השבה בעין – אי אפשר להחזיר את העבודה שביצע הקבלן), אפשר השבת שווי – מה שהקונה קיבל שזה 200.

אפשרות שניה היא להשיב את אינטרס הציפייה המלא – 100.

אפשרות שלישית היא החזר עבור ביצוע 80%, ועל כן יוחזר 80.

אפשרות אחרונה היא להחזיר 50 – המחיר החוזה (100) פחות ההוצאות שנחסכו עקב ההפרה (50) יש לנקות את התועלת מאחר והקבלן לא צריך להמשיך לבנות, ועל כן יש לחשב את ההוצאות שנחסכו עקב ההפרה.

לשון סעיף 9: (א)  *משבוטל החוזה, חייב המפר להשיב לנפגע מה שקיבל על פי החוזה, או לשלם לו את שוויו של מה שקיבל אם ההשבה הייתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך; והנפגע חייב להשיב למפר מה שקיבל על פי החוזה, או לשלם לו את שוויו של מה שקיבל אם ההשבה הייתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך.*

**מה שקיבל לפי החוזה, ואת השווי של טובת ההנאה שצמחו לו כתוצאה מכך.**

**אין תשובה חד משמעית מהלשון של הסעיף איזה אפשרות עדיפה, השבה בשווי או השבה בעין**. אנו נשאל מה היתרונות של כל אחת מהאפשרויות. כל עיקרון ההשבה בדיני חוזים כפוף לחוק עשיית עושר ולא במשפט. **בייזמן**: כל ההשבה החוזית כפופה לחוק זה – הבנק חייב בהשבה, מאחר שהיא כפופה לחוק עשיית עושר, אנו מפחיתים את גובה ההשבה למחצית מהסכום.

סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט:  *בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזכייה לא הייתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת.*

**השווי הריאלי**

**טיעונים בעד שווי ריאלי:**

* **זהות בין השבה בעין והשבה בשווי**: זהה במהותו להשבה בעין. העברתי למישהו מטיל זהב, אשר מאוד תנודתיים במחירם. עם ביטול החוזה, הוא יכל לקבל השבה בעין – את מטיל הזהב, ולקבל מחיר גבוהה יותר לפי ערכו הנוכחי (ערכו הריאלי) – בעד השבה לפי השווי הריאלי הוא שזה הכי קרוב לשווי בעין. במשפט האנגלו אמריקאי זה הנימוק העיקרי להשבת שווי.
* **מתיישב פרשנית עם סעיף 9 –** הסעיף מכוון לשווי הריאלי (במקרה עם הקבלן ההשבה צריך להיות 200).
  + **האמנם?** קיים דין מיוחד לנכסים ממשיים. במקרה של נכס ממשי קיימת זכות עקיבה – הזכות לעקוב אחרי גלגוליו של הנכס – אם אדם מכר נכס ואז החוזה בוטל עקב הפרה ויש זכות להשבה בעין, אבל הקונה מכר את הנכס, יש זכות לעקוב אחרי מה שהקונה קיבל. **אם מה שהקונה קיבל זה סכום כסף מסוים, יש למוכר את הזכות לקבל את השווי.** קיים רק בנוגע לנכסים ממשיים, אך לא לגבי שירותים, אין אפשרות "לעקוב" אחר השירות. **קבלן הבניין לא מוכר נכס, אלא שירות, הוא בונה את הנכס. במקרה של שירות לעולם לא ניתן שווי ריאלי.**
  + **ראינו הבחנה דומה גם בין אכיפה ופיצויי קיום.** לכאורה זהים, אבל בפועל יש הבחנה והבדלים בין אכיפה ופיצויי קיום, לדוג' חובת הקטנת הנזק שקיימת ביחס לפיצויי קיום ולא ביחס לאכיפה. יש השבה בעין והשבת שווי, למרות שהם אמורים להתחקות אחר השני, לא אומר שאין בניהם הבדלים (**לדוג' איחוד בתי הספר טכניקום).**
* **מעמיד את הצדדים במקום הכי טוב שהיו אלמלא החוזה.** כל צד משיב את מה שיש בידיו והתוצאה היא שהם עומדים מבחינה כלכלית כאילו הם היו לפני שהתקשרו בחוזה מלכתחילה. הבעיה עם עמדה זו, היא שהמטרה של השבה היא לא להחזיר את המצב לקדמותו, אלא למנוע התעשרות.  
  **מה קורה אם השבה ריאלית יוצרת התעשרות?** יש לשאול האם היא לגיטימית או לא. האם ההתעשרות היא במשפט, או לא במשפט – התעשרות במשפט היא על פי זכות שבדין. **בפס"ד אדרס**, עמדת **ברק**– המפר לא רשאי להתעשר מההפרה. זה לא אומר שהנפר לא רשאי להתעשר עקב ההשבה. לכאורה, ניתן להגיד שאנו לא רוצים שהצדדים יתעשרו בגלל החוזה, אך כשהנפר מתעשר, זה אפשרי אם ההתעשרות היא לגיטימית. ועל כן עולה השאלה, מה התכלית של השבה חוזית.

**השווי החוזי**

**טיעונים בעד השווי החוזי:**

* **השבת השווי הריאלי ימנע מהצדדים להקצות הסיכונים שבחוזה** (למרות שהמזמין הפר, בעד החלק שבוצע אין מקום להטיל עליו סיכונים שהצדדים הקצו לקבלן). כאשר הקבלן התחייב לעשות את כל העבודה שלו במחיר 100, הוא לא היה מחיר הפסדי, לאחר מועד הכריתה חלו שינויים שהובילו לכך שהעלות יותר גבוהה, ולכן הביצוע של הקבלן שווה 200. אם נחייב השבה של 200, **אנו נחייב את הצדדים כנגד הקצאת הסיכונים שעשו בתהליך כריתת החוזה**. **שינוי בדיעבד לפי השבת שווי, משנה את הקצאת הסיכונים של הצדדים**. החשש מהתנהלות אסטרטגית – **מתי "נרוויח" מההפרה**. על כן ההשבה צריכה להיקבע לפי המחיר החוזי.
* **אם הקבלן מתעשר עקב ההפרה, התוצאה לא סבירה** – הקבלן היה אמור לקבל תשלום לפי חוזה הפסד. אם הוא יקבל שווי ריאלי, הוא מתעשר עקב ההפרה – הוא מקבל יותר ממה שהיה מקבל אילו החוזה לא היה מופר.
* **שינוי בהיקף החבויות של המזמין במועד הכריתה** – הקונה שהפר יודע שההסכם מבחינתו מגודר – אתה תשלם 100, ואף פעם לא תשלם מעל 100. כעת הוא מפר את החוזה, והוא יודע שהצד השני יכל לקבל לכל היותר 100. בגלל שהפרת, פתאום ההשבה היא הרבה יותר מהחבויות שהתחייבת אליהם במועד הכריתה ולכן השווי החוזי עדיף. זאת דרך נוספת לחשוב על הסטייה מכוונת הצדדים במועד הכריתה.
* **הרתעה מפני הפרה יעילה**- המזמין, לאחר 80% ביצוע, החליט שהוא לא מעונין בנכס, ומתכוון לשבור את הכול, כי אין משמעות לשווי הנכס מבחינתו. אם יבטל עכשיו את החוזה וזה לפי השווי החוזה ישלם לקבלן 80. לעומת זאת, לפי ההשבה ריאלית, אם תבטל את החוזה תשלם 200 ואם תשלים את החוזה תהיה הוצאה של עוד 50 ואתה תצטרך לשלם רק 100, לכן הקונה יחליט לא לבטל את החוזה ויעדיף לתת לקבלן להשלים את העבודה. **הסבר כלכלי**. **הפרה יעילה היא מצב בו אם למשל המוכר יפר את הבטחתו לייצר חליפה עבור הקונה, התוצאה תהיה יעילה, וזאת משום שעלויות יצור החליפה גבוהות משווי החליפה עבור הקונה** (המקסימום שהוא מוכן לשלם עבורה). הרתעה מפני הפרה יעילה יכולה לקרות במצב בו הפיצויים שנטיל על מייצר החליפה (במצב של הפרה) יהיו גבוהים מיצור החליפה במחיר הגבוה ולא יעיל, ובכך נגרום ליצרן החליפה לייצר אותה למרות שבהסתכלות כללית היה פה הפסד חברתי.
* **הקשר הסיבתי בשווי החוזה** - *השאלה מFuller and Perdo -* ניזכר, שאמרנו שלא יכול להיות שהפרה של חוה מיטיבה את מצבו של הנפר. קיים קשר סיבתי לנזק – המפר מוגבל לנזקים שגם אלמלא ההפרה. הקבלן היה אמור לקבל 100, אלמלא ההפרה הקבלן היה מקבל 100. לא יכל להיות שבגלל ההפרה נגרם לו אבדן שווי שגדול מ-100. **מה היה קורה אם במקרה הזה המפר לא היה מפר את החוזה – הפער = הנזק**. בהקשר של ההשבה, מה שהיית מקבל על פי החוזה, לא יכל להיות גדול יותר מבחינת הקשר הסיבתי למה שאתה מקבל בעקבות ההפרה.

**לסיכום: מה עדיף, שווי חוזי או ריאלי?** יש דעות לכאן ולכאן בפסיקה, אבל כן רואים כשההשבה היא מהמפר לנפר, תהיה נטייה לאפשר התעשרות (להשיב לפי שווי ראלי), וכאשר ההשבה היא מן הנפר אל המפר לא לאפשר התעשרות, ורואים זאת גם ב**אדרס**, **לא לאפשר התעשרות של המפר על חשבון הנפר.**

**דוגמה מסכמת:** מכשירים טכנולוגיים שהשוק שלהם נעלם, כמו קלטות וידאו או דיסקים של מוזיקה. בשני המקרים, הטכנולוגיה הוחלפה באופן כמעט מוחלט.**אדם שרכש מכשירים שהפכו למיושנים מחזיק נכס שהשווי שלו בשוק יכול להיות אפס, וודאי נמוך מהמחיר החוזי.**במצב זה אם החוזה היה מתקיים, המחיר היה משולם במלואו והרוכש היה נותר עם נכס שלא שווה כלום. במקרה של השבת שווי לפי השווי הריאלי, יוצא שהקונה נשאר עם המכשיר, ולא משלם כלום. **לכן הוא מתעשר לעומת המצב בו היה אלמלא ההפרה אם ההשבה נעשית לפי השווי הריאלי ולא לפי המחיר החוזי.**

**לכן, הטענה אומרת שאם המטרה של השבה היא מניעת התעשרות יש לבחון בהתאם לנסיבות מהי ההעשרה שמונעת התעשרות. בדרך כלל זו תהיה השבה לפי השווי הריאלי, אבל לא תמיד.**

השווי החוזי משקף את ההקצאה שהצדדים כיוונו אליה במועד הכריתה. הבעיה עם השווי החוזי נוגעת לשאלה מהי מטרת ההשבה. הרעיון בבסיס ההשבה הוא למנוע התעשרות של צד להסכם. במקרה זה, הקונה המפר קיבל נכס שלא על פי זכות שבדין, ולכן הוא מחויב בהשבה של השווי של הנכס. אם לא היה חוזה בין הצדדים, ההשבה נקבעת על פי ערכו האובייקטיבי של החוזה (שווי השוק). כלומר, אם אדם היה מקבל נכס שלא בזכות ומחויב בהשבת שווי (אם השבה בעין בלתי אפשרית), ברור שההשבה היא לפי הערך של הנכס, מה עוד שאין מחיר חוזי. נוסף על כך, השווי המלא מגלם את הערך שניתן בהשבה בעין. לכן, יש מתח בין שתי הגישות.

### התעשרות מהפרת חוזה

ס' 1 לחוק עשיית עושר שלא במשפט*: מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן - הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכייה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה.*

**דוגמאות – איך הפרה של החוזה יכולה לגרום להתעשרות:**

* **חוזה שכירות שהסתיים**. השוכר לא פינה את הנכס, המחיר החוזי נמוך – אין שוכר אחר. עולה השאלה, איך צריך לחשב את ההשבה שהמפר (השוכר) צריך לשלם למשכיר: במקרים האלה השווי הוא הריאלי ולא החוזי. ההשבה לפי שווי ריאלי נועדה למנוע מהנפר להתעשר. מפר החוזה לא זכאי להתעשר ולכן ההשבה של מה שקיבל תהיה לפי השווי הריאלי. קיימים שני סוגים של השבה – השבה של מה שקיבלתי בעקבות החוזה, והשבה שקיבלתי בעקבות התעשרות מהפרת החוזה. בדוגמה הנ"ל לא קיבלתי את הזכות להיות בדירה – הפרתי את החוזה שלא פיניתי את הדירה ונחסך לי שכר הדירה ממקום אחר.
* **ש.ג.מ חניונים** – אפשר להתייחס אליו גם במובן של מניעת התעשרות – המדינה חייבת לשלם לחניון על השווי ההוגן של השימוש במגרש כי הם התעשרו מהשימוש ולא שילמו שכירות במקום אחר (לא קרה בפס"ד, אך ניתן להסתכל על זה גם כך).
* **מכירת נכס:** מוכר התחייב למכור לקונה 1, ומכר בסוף לקונה 2 במחיר הגבוה יותר. האם קונה 1 זכאי לתבוע את השבת הרווח? מבחינה חברתית היינו רוצים שהממכר יעבור לקונה החדש בעקבות כך שהשווי גבוה יותר. האם אנו רוצים לחייב את המוכר לשלם לקונה 1 את הרווחים שלו? כלומר את הפער בין מה שהוא קיבל במחיר החוזי עם קונה 2 והמחיר החוזי עם קונה 1 (**פס"ד אדרס** – חובה להשיב את הרווחים). **זכות מבחינה משפטית**: זכות העקיבה – הזכות של מי שהתחייבו כלפיו לספק לו נכס, לקבל אותו. או, את מה שהחייב קיבל במקום הנכס. אם התחייבתי למכור נכס מסוים ואז מכרתי אותו ב- 200 אז הנכס הפך להיות 200 ועל כן אני חייבת להשיב 200.

**נאמנות קונסטרוקטיבית – המשפט יוצר פיקציה שבה נקבע שמישהו נאמן. באדרס** דנו בזכות שביושר, (**שמוליד זכות עקיבה בתמורה הנגדית**), הזכות תלויה בכך שמדובר בנכס ספציפי. איך זה מסביר את הנימוק באדרס? ש' לוי, בך – השופטים מסבירים שהנכס הוא כן נכס ספציפי.

* **התחייבות לשמור על הנכס**, הפרה בכך שלא שלח שומרים – לא נגרם נזק. לא שלחת את השומרים, שווי השירות שקיבלתי הוא אפס – ולכן יש להחזיר את התשלום על השירות – כלומר השבה. **עילה בעשיית עושר – לא ביצעת את שהוסכם וכתוצאה מזה אתה הרווחת כסף מהפרת ההסכם.**

**הבסיס העיוני Disgorgement - מנחה את ברק בפס"ד אדרס. הרצון שלא יצא חוטא נשכר. המחשבה שאנחנו לא מעוניינים שאנשים יתעשרו בעקבות הפעולות הלא לגיטימיות שלהם.** בדיני החוזים זה יוצר קושי, מאחר שיש מתח בין תפיסה **שהפרת החוזה** היא פעולה בחיי היום יום, **אשר לא מלווה באשם**. ובין תפיסות שרואות **בחוזה חיוב מוסרי** **שההפרה שלו היא בת אשם**.

אם הפרת חוזה היא התנהגות עוולתית(דיני הנזיקין), נרצה למנוע מאנשים כך שלא יפעלו בדרך של הפרת חוזה, והדרך הטובה לבצע זאת היא על ידי שלילת כל רווח מההפרה. מצד שני, ראינו שהרבה פעמים הפרה של החוזה זה הצעד היעיל. כלומר, אם שני הצדדים יודעים שהמשך קיום החוזה לא רצוי, החיוב יכל להביא לכך שחוזה שהצדדים לא רוצים ימשיך להתקיים.

**לדוג' אדרס** (**בשינויים קלים**) – חברה שרוצה לקנות ברזל וממוקמת בטורקיה, ויש קונה בישראל. יש קונה אחר שנמצא גם בטורקיה. החברה הטורקית חייבת למכור את הנכס לקונה הישראלי. לפני שהנכס נשלח, באה החברה הטורקית (הקונה) ואומרת – אני מוכנה לשלם על הנכס הזה יותר ממה שהוא שווה לחברה הישראלית. החברה הטורקית (המוכרת) תפר את החוזה, והחברה הישראלית לא תיפגע מזה, מאחר שהיא תקבל פיצוי מלא. הפרה הזאת יעילה שכן החברה הטורקית (הקונה) מעוניינת בזה יותר. לכאורה, יכולנו לקיים את החוזה – החברה הטורקית (המוכר) הייתה מוכרת את הנכס לחברה הישראלית, שהייתה מוכרת בחזרה לחברה הטורקית. אך זה גם לא יעיל (עלויות גבוהות על מנת למנוע את הפרת החוזה). **כשהפרה חוסכת משאבים חברתיים, עדיף הפרה על פני קיום של החוזה- זה הרעיון של הפרה יעילה. זה יכל לקרות בכל מני נסיבות, כאשר קיום החוזה בעייתית.**

אם לעומת זאת יש כלל של **disgorgement**, כך **שהמפר יידרש לשלם את הרווח שלו מההפרה, אז כנראה שלא תהיה הפרה בכלל**, וזה חבל כי ההפרה הייתה יעילה מבחינה חברתית (הממכר היה מגיע למי שמעריך אותו יותר. הקונה הראשון היה מקבל פיצוי כספי שגורם לו להיות אדיש בין אכיפה ופיצוי, והקונה השני היה מקבל מוצר שהוא מעריך יותר).

**החריג בפס"ד אדרס** – קונצנזוס בארה"ב שזאת טעות. גם בישראל אין פסקי דין שמקיימים את הגישה שמיוצגת באדרס.

**שיעור מספר 13 30/11/2020**

## תרופות בשל הפרת חוזה - פיצויים

### מבוא

המטרה היא לפצות את הנפר על הנזק שנגרם לו בעקבות ההפרה. **מוסדר בסעיף 10 לחוק החוזים [תרופות]***: "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".*

**בנוסף להסדר הכללי קיימים הסדרים נוספים:**

1. פיצוי ללא הוכחת נזק.
2. פיצוי בגין נזק לא ממוני.
3. פיצוי מוסכם.

מקובל לחשוב על פיצוי כעל הסדר שבו אין הרבה שיקול דעת לבית המשפט. ביהמ"ש צריך לאמוד את הנזק. עם זאת, בפועל, יש הרבה דברים שניתן להכריע לגבי איך מחושב הנזק (נקראות הכרעות נורמטיביות שבית המשפט יכל להפעיל הרבה שיקול דעת). בפועל, פיצוי מוגבל מכל מני סיבות - בחובת הקטנת הנזק, בסיבתיות, וודאות הנזק ועוד. כל אלה מוכרעים על ידי סטנדרטים רחבים ולכן יש **לבית המשפט שיקול דעת רחב לא רק בסעד האכיפה אלא גם בסעד הפיצויים.**

### האינטרסים ויחסי הגומלין ביניהם

1. **ציפייה/קיום** – אילו קוים החוזה.
2. **הסתמכות** – אינטרס הנוגד את אינטרס הקיום – נעמיד את הנפר במצב לו היה לולא התקיים החוזה.
3. **השבה** – הצדדים לא יתעשרו עקב ביטול החוזה.

**פס"ד לוי נ' מבט** השאלה לגבי הסעדים השונים:

סעדים סותרים וסעדים שאינם סותרים: **ההכרעה החשובה היא שאין סתירה בין פיצויי קיום לפיצויי השבה, כל עוד אין כפל פיצוי. כלומר, האפשרות לבטל את החוזה ואז לקבל פיצויי קיום אינה נמצאת בסתירה.** הסיבה לכך שאין סתירה בין הסעדים היא שתכלית ביטול החוזה הינה להפסיק את החיובים מכאן והלאה, היא **אינה סותרת את הרצון להעמיד את הנפר במצב שהיה לו קוים החוזה.**

**אינטרס הציפייה**

אינטרס הציפייה ייחודי לחוזים. הפיצויים בנזיקין שניתן לקבל הם פיצויים שליליים – המעמידים את הקורבן במקום בו היה אלמלא בוצעה העוולה. בהקשרים מסחריים, הסעד בנזיקין מעמיד את הקורבן של העוולה במצב בו היה אלמלא התרחשה ההתקשרות המסחרית. לדוג': **פס"ד זלסקי נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה** – מצג שווא רשלני אודות שווי נכס. **פיצוי הסתמכות** יהיו הפער שהוא שילם על הנכס ומה שהיה משלם על הנכס **אז** אילו היה בידיו המידע האמיתי. בעקבות ההסתמכות על הועדה המקומית הוא שילם יותר מדיי – זה הפיצוי השלילי. **הפיצוי החיובי – פיצויי קיום**, זה הפער בין שווי הנכס **היום**, לשווי שהנכס היה אילו היו אומרים לו את המידע האמיתי. ביהמ"ש פוסק כי ביחס לעילה הנזיקין מגיע לו הפיצוי השלילי בלבד.

מדוע דיני החוזים מגנים על אינטרס הציפייה?

* **הסבר מוסרי דוקטרינרי** – **קיימת זכות לביצוע חוזה. פיצויי הקיום, נועדו לממש את הזכות** במובן שהם יעמידו את הנפר במקום בו היה אילו החוזה היה מקוים (מבחינה כלכלית). לכן וודאי שהפיצוי שהנפר זכאי לו צריך לקיים את אותו העיקרון.
* **הסבר כלכלי** – **פיצויי ציפייה מבטיחים שהחוזה יופר רק אם ההפרה יעילה**: הסיבה נוגעת לכך שפיצויי קיום מאפשרים רק להפרות יעילות להתקיים, וגורמים לכך שהפרות לא יעילות לא יתקיימו כי **פיצויי הקיום גורמים לכך שההפרה לא תשתלם למפר**, בעוד שפיצויי ההסתמכות כשלעצמם לא. **פיצויי קיום גורמים לפרט שרוצה להפר את החוזה לקיים את החוזה כשהקיום יעיל, ולהפר את החוזה כשהקיום לא יעיל** (כלומר, כאשר העלויות לקיום החוזה גבוהות באופן לא יעיל, המפר יעדיף לשאת בפיצויי הקיום מאחר שמצבו הכלכלי יהיה עדיף אם ישלמם, לעומת מצב בו יקיים את החוזה, יקבל את חלקו מהחוזה, אך גם יישא בעלויות קיום מאוד גבוהות).

**לדוגמה:** חוזה שהמחיר החוזי הוא 100, והיו לנפר **הוצאות הסתמכות של 20**, והערך של המוצר עבור הנפר הוא 150, אז הוא **הסכים לשלם 100 עבור מוצר ששווה לו 150.** צד ג' מציע לשלם ליצרן 130. **האם התוצאה היעילה היא שהמוצר יימכר לצד ג'?** **לא, מאחר שצד ג' מוכן לשלם 130, אך עבור הנבטח (=הנפר) זה שווה 150 ועל כן ההפרה לא יעילה.** אילו היו רק פיצויי הסתמכות, המפר היה צריך לשלם פיצוי של 20 (הסתמכות) ולכן, בשביל רווח נוסף של 30, יישאר לו רווח של 10 ביד, על כן הוא יפר את החוזה מול הנבטח בשביל להרוויח לכיסו 10 – במקרה של פיצויי הסתמכות. **אך אם יפסקו פיצויי קיום, הוא יצטרך לשלם לנפר סכום כסף נוסף, גבוה יותר ממה שצד ג' מעוניין לשלם ולכן ההפרה לא יעילה.** אילו צד ג' היה מוכן לשלם 200, ההפרה אכן הייתה יעילה, מאחר שהנכס שווה לו יותר מאשר לנפר וגם כי הסכום שהוא מוכן לשלם "יקזז" את פיצויי הקיום, ולכן התוצאה היעילה היא שהמוכר יפר את ההסכם וימכור לצד ג' – **הרעיון הוא שנעביר את המשאבים לצד שמעריך את השווי שלו בצורה הגבוהה ביותר.**

**ביקורת**– הנבטח יכל למכור לצד ג', אולם זה יגרור הוצאות עסקה (משא ומתן מחודש וכו'). הבעיה שבגללה נרצה להבטיח שהנכס יגיע לקונה ולא תהיה הפרה, היא כי למעשה הפיצויים הם בחסר (פיצוי שהוא נמוך ממה שהיית אמור לקבל לו החוזה קוים) – ה- 150 לא מגלם את כל הפיצויים, כאשר הפיצוי האמיתי צריך להיות גבוה יותר. ולכן פיצויי ציפייה מבטיחים שהחוזה יופר רק אם ההפרה יעילה.

**אינטרס ההסתמכות**

* **הסתמכות עיקרית:** הוצאות שהוצאו על פי החוזה או הכנות לביצוע החוזה. לדוג': רכישת חומרים הדרושים לביצוע החוזה.
* **הסתמכות משנית/אגבית:** הוצאות שהוצאו בהסתמך על החוזה, אך לא לשם ביצועו. לדוג': פרסום מודעות להשכרת נכס.
* **אבדן הזדמנויות עסקה:** ויתור על משא ומתן לחוזה רווחי יותר. כשיש הוכחה משמעותית לכך שנגרם ויתור על הזמנות עסקית יינתנו פיצויי הסתמכות.

**נזקים תוצאתיים**: **נזק המתגבש בעקבות ההפרה, לאחר ההפרה וכתוצאה ממנה** **והוא נפרד מפיצויי הקיום וההסתמכות.** הוא לא נובע מהוצאות שהוצאו טרם ההפרה ולא נוגע לתמורה שהובטחה. זכאות לפיצויים אלה קיימת בין אם תבעת לפיצויי הסתמכות או קיום. (**לוי נ' מבט** – נזק לשטיחים כתוצאה מהמים הם נזקים תוצאתיים עקב הפרת ההסכם). דוגמאות: נזק גוף, נזק רכוש.

**אינטרס השבה**

החזרה של מה שניתן לצד השני לפי החוזה. קיימת חובת השבה הדדית.

**יחסי הגומלין בין האינטרסים**

האינטרסים השונים חיים יחד והכלל הוא שניתן לקבל פיצוי יחס עם סעדים אחרים כל עוד אין סתירה או חפיפה.

**צורת החישוב של הפיצויים**

* **פיצויי ציפייה:** הציפיה מההסכם – חיסכון בהוצאות ביצוע – טובות הנאה+ נזקים תוצאתיים.
* **פיצויי הסתמכות**: הסתמכות עיקרית + הסתמכות אגבית – טובות הנאה + נזקים תוצאתיים.

**לוי נ' מבט בניה** – נקבע ביטול ופיצויי קיום. הפיצוי נקבע לפי שווי הנכס שהובטח פחות החיסכון בעלויות הביצוע (ביצוע כל החובות שלהם) פחות חובות הנאה שצמחו להם (השווי של שכירות על הנכס). בפסק הדין מסבירים מדוע הם צריכים לקבל את ההשבה של הסכום ששילמו בחזרה + פיצוי על הנזקים התוצאתיים (השטיחים שנרטבו), שכירות נוספות ששילמו כשהיו צריכים לצאת מהדירה.

**להלן הפיצויים שניתן לתבוע יחד:**

* **פיצויי ציפייה ואכיפה**: אכיפה, עמידה על כך שהנפר ישלם ופיצויי הציפייה הם הנזקים שנגרמו כתוצאה מעיקוב בתשלום.
* **פיצויי ציפייה וביטול** – ביטול החוזה, אך דרישה להיות במצב הכלכלי בו היה נדרש הנפר להיות אילו החוזה היה מקוים מלכתחילה.
* **פיצויי ציפייה ללא תביעת אכיפה או ביטול** – הפרת ההסכם (ללא ביטול או אכיפה, כמו שהוא), רק פיצוי על מה שהצד ציפה לקבל מהחוזה לעומת מה שקיבל בפועל.
* **השבה והסתמכות** – האינטרסים לא זהים. הוצאות להכנה לקיום החוזה הם פיצויי הסתמכות. הביטול לא מזכה בהשבה על מחיר ההסתמכות מאחר והצד השני לא התעשר. לפי **פס"ד אדרס,** רוחי המפר חייבים בהשבה אך הם לא הוצאות הסתמכות. על כן, **האינטרסים האלה אינם חופפים – לפעמים ההשבה תהיה גבוהה מההסתמכות וההפך. בנוסף הם מכסים אינטרסים שונים.**

**איך מונעים פיצוי כפל?:** לא ניתן לתת פיצויים המכסים את אותו הסכום. יש לחשוב על התוצאה הסופית, באיזה מקום הנפר היה אילו קוים החוזה ואילו החוזה לא היה קיים. על כן:

* **לא ניתן לתבוע פיצויי הסתמכות עיקרית ופיצויי ציפייה –** הוצאות שהוצאו על מנת לקיים את החוזה, אתה זכאי להם כדי לחזור למצב אילו היית אילו החוזה לא היה קיים מלכתחילה. פיצויי ציפייה נועדו להביא את הנפר למצב שהיו אילו החוזה היה מקוים, **לכן מדובר על פיצויים בעלי אינטרסים נוגדים.**
* **לא ניתן לתבוע פיצויי הסתמכות עיקרית והשבה (לא תמיד) –** הסתמכות עיקרית הן הוצאות שהוצאתי במסגרת מילוי ההסכם. השבה היא השבה של מה שהצד השני קיבל במסגרת מילוי ההסכם. במרבית המקרים תהיה חפיפה בין מה שהצד השני קיבל מכוח ההסכם ובין מה שאני הוצאתי. כשאין חפיפה, אין בעיה לתבוע גם וגם, אך כשיש חפיפה – אין מקום לתבוע את שניהם. לדוג': הקבלן שבנה בניין למישהו אחר המבטל את ההסכם ומבקש השבה. הוא מקבל את השווי של הנכס שהוא בנה (השבת שווי). האם הוא יכל לתבוע את ההוצאות בבניית הנכס? לא, כי יש סתירה בין האינטרסים. **חריגים: מקרים שבהם ההשבה גבוהה מאינטרס ההסתמכות, הוצאות הסתמכות שלא נכנסות בגדר ההשבה (הוצאות הסתמכות אגבית).**
* **לא ניתן לתבוע השבה ופיצויי ציפייה (לא תמיד, נדרש לקזז) -** באופן עקרוני אפשר, אך נדרש לקזז אותם. נניח קיבלתי 100 מההשבה ועוד 50 ציפייה. **לא ניתן לקבל השבה מלאה בלי קיזוז וגם את כל הציפייה.**
* **לא ניתן לתבוע אבדן הזדמנויות ופיצויי קיום** – פיצויי קיום נועדים לשים את הנפר במקום שבו היה אילו קוים החוזה, ואילו היה קוים החוזה ממילא לא היה החוזה השני, מאחר ואבדן הזדמנויות נוגע לקיום חוזה אחר. פיצויי הקיום שוללים אבדן הזדמנות עסקית ולכן יש סתירה בין האינטרסים.
* **סעד אכיפה והסתמכות/ קיום**

**לכאורה, פיצויי הסתמכות נוגדים את סעד האכיפה, שכן הם מהווים פיצוי עבור הוצאה שהוצאה כדי לקיים את החוזה, וסעד האכיפה מבקש לקיים את החוזה בפועל.**יחד עם זאת, יכולים להיות מצבים **שיושלמו פיצויי הסתמכות אגבית (אינסידנטלית) יחד עם אכיפה.**  
להלן דוגמה: מסעדן פותח מסעדה חדשה. הוא מזמין למסעדה מקרר לשמירה על מצרכים. המסעדן אחראי לדאוג שיהיה ניתן להתקין את המקרר במקום. המסעדן הזמין ליום האספקה של המקרר מצרכים שיש לשמור בקירור.   
לבסוף, הוא הזמין חשמלאי שיוודא כי קיימת אספקת חשמל מספקת למקרר במקום בו אמורים להתקין אותו.   
יצרן המקררים התעשייתיים מפר את החוזה ולא מספק את המקרר.  
המסעדן תובע אכיפה, כך שהמקרר יסופק בפועל. העיכוב באספקה גרם לכך שהמוצרים שהזמין בהסתמך על המקרר יתקלקלו.  
התאמת המסעדה להתקנת המקרר היא הוצאת הסתמכות עיקרית של המסעדן. הוא לא יכול לתבוע את ההוצאה הזו יחד עם פיצויי קיום. המצרכים שנרכשו הן ההוצאות שהוצאו על סמך ההסכם, קרי הוצאות הסתמכות אגביות, שהמסעדן יכול לתבוע לצד סעד של אכיפה, כי ההפרה גרמה לאובדן של הוצאות ההסתמכות האלה, אפילו אחרי שניתן צו האכיפה.  
  
באותה מידה, **ניתן לתבוע לצד אכיפה פיצויי קיום** (אך לא יחד עם הוצאות ההסתמכות). לדוגמה, אם המסעדן יכול להראות כמה עולה להשכיר מקרר כזה, פיצויי קיום ישקפו את העלות הזאת בתקופה שבין מועד האספקה המקורי ובין המועד שבוצעה האספקה בפועל .  
לבסוף, המסעדן יכול לתבוע גם בגין נזקים תוצאתיים. לדוגמה, אם כתוצאה מהעיכוב לא יכול היה לפתוח את המסעדה מספר ימים והוא איבד הכנסות, **זה נזק תוצאתי שניתן לקבל בגינו פיצוי מעבר לסעד של אכיפה.**

**מתי עדיף פיצויי הסתמכות על צפייה?**

באופן כללי אין היגיון שהוצאות ההסתמכות יהיו גבוהות מהוצאות הציפייה למעט:

* **בחוזה הפסד**: ההוצאות בקיום החוזה גדולות ממה שיכלתי לקבל מהחוזה, הוא אינו משתלם כלכלית.
* **קושי לאמוד – ספקולטיבי**: לפעמים החוזה יראה הפסדי אך הוא אינו כך, לדוג' אם נכנסתי לחוזה לטובת פרסום ומוניטין. הבעיה שקשה לאמוד את העסקאות שהיית זכאי אילו היית מקבל את הפרסום ולכן יש בעיה לאמוד את פיצויי הקיום.

**CCC Films London LTD. V. Impact Quardrant Films LTD**

פסק דין באנגליה, חברה שלחה סרטים בדואר. הסרטים לא הגיעו והחברה השנייה **תבעה את החברה האנגלית על אבדן הרווחים אילו הייתה מקרינה את הסרטים**. **הרווח שאפשר היה להפיק הוא ספקולטיבי מאחר שלא ניתן לאמוד את הרווחים שהיו מופקים מההקרנה**. בית הלורדים **פסק פיצויי הסתמכות (במקרה זה, זהה לפיצויי השבה).** לכן, ההלכה היא **שכשאפשר להוכיח זאת, פיצויי הקיום הם התקרה העליונה** (אין אפשרות לקבל מעל זאת) **ולכן, אם פיצויי הקיום נמוכים מההסתמכות, גובה הפיצוי יהיה עד גובה פיצויי הקיום.**

**פס"ד צוקים נ' נתניה** – אנו לא יודעים אילו היה ניתן אישור לבניה. על כן יש ויכוח בפס"ד אם הייתה התחייבות לקבל את האישורים. **לא נטענו פיצויי קיום מאחר שמדבור ברווח שלא יכלו להוכיח באופן וודאי**. **אם פיצויי הציפייה נמוכים מפיצויי ההסתמכות – פיצויי ציפייה הם גבול עליון, אך נשאר בצריך עיון ולא כהלכה**. היה קושי לאמוד את פיצויי הציפיה ולכן פסקו פיצויי הסתמכות. אין בישראל הלכה שאומרת שפיצויי ההסתמכות יכולים להיות גבוהים מפיצויי הציפייה.

**מתי עדיף השבה על פיצויי ציפייה?**

* חוזה הפסד או שציפייה לא ניתנת להוכחה (בדיוק מתי שעדיף הסתמכות על ציפייה). צריך גם כסעד נוסף שההסתמכות תהיה נמוכה מההשבה.
* תוצאה של החישוב שונה – הוצאות של הנפר בהסתמכות מול הרווח של המפר בהשבה. אם הרווח של המפר גבוה מההוצאות של הנפר, הנפר יעדיף השבה על פני הסתמכות גם כשיש בניהם חפיפה**,** לדוג': ההוצאות לבניית הבית והשבת שווי של הבית, אם היה נכס שנמסר והשווי שוק שלו גבוה כתוצאה משינויים בשוק, אז ברור שהנפר יעדיף השבת שווי על פני הוצאות הסתמכות.

**הסתמכות לפני כריתת חוזה**

* **פס"ד Angelia Television Ltd v. Read–** הוציאו הוצאות הפקה והתקשרו עם שחקן שהפר את החוזה. האם ההפקה יכולה לתבוע את ההוצאות שהוציאו לפני שהוא התקבל? (לפי שנכרת החוזה) הטענה שהתקבלה היא שההוצאה לא הוצאה בהסתמך על החוזה איתו, אך בהסתמך שנכרת חוזה עם מישהו והוא יודע במועד הכריתה שהם מוציאים את ההוצאה כדי לכרות חוזה, וברור כי ההפרה גרמה לבזבוז של ההוצאות, **ולכן זהו נזק של הסתמכות בפועל על החוזה למרות שהוצא לפני החוזה.**
  + **דרך אחרת להגיע לאותה תוצאה:** **אבדן הזדמנות עסקית**: הוציאו הוצאה על הפקה וערכו אודישנים לשחקנים. השחקן יודע במועד הזה שאילו לא היה מגיע לשם הם היו לוקחים שחקן אחר והוצאות ההפקה לא היו מתבזבזות.
* **הוצאות במסגרת משא ומתן** – יכולות להיחשב כהוצאות הסתמכות, **אך פיצוי בגינם יינתן אילו היה משא ומתן שלא בתום לב לפי סעיף 12 לחוק החוזים**.**Red owl** – אדם שהוציא הוצאות בשביל לאתר מקום לפתוח בו חנות מכולת ואז החברה הפרה את הרצון שלה להיכנס עמו למשא ומן כל שכל ההוצאות שהוצאו במסגרת המשא ומתן היו לטמיון. זכות הפיצוי של השקעות טרום חוזיות הן סוג של פיצוי הסתמכות אבל לא על החוזה אלא הנוגע לשלב המשא ומתן.

**חלוקה:** התוצאה האולטימטיבית מבחינת תמריצים תהיה לחלק את הנזק בין הצדדים על השקעות טרום חוזיות ולא שצד אחד יישא בכל התשלום. השקעות טרום חוזיות הן השקעות שמניבות תועלת לשני הצדדים, מאחר שמדובר על השקעות שעושה צד אחד על מנת להגדיל את הסיכוי שיגיעו לעסקה – שתביא תועלת לשניהם. אם אותו צד נושא לבד בעלות גם כשאין עסקה אז כל צד ישקיע מעט מדיי בהשקעות טרום חוזיות. דרך טובה לתמרץ את הצדדים להשקיע טוב טרום חוזית היא לגרום לצד להפנים חלק מהעלות, וכי "תדע לך שאם הצד השני ייסוג בצורה לא לגיטימית מההסכם אתה לא תישא בעלויות ההפרה לבד" – גורם להשקעה יעילה טרום חוזית.

**ההשפעה על סוג החוזה על סוג הפיצוי**

ההבחנה בין סוגי האינטרסים יכולה להתקשר גם להסדר החוזי גופו.

הבחנה בין חוזה השתדלות וחוזה להגשמת תוצאה:

חזרה לתכלית החוזים ופרשנות חוזים – חוזה כהבטחה וחוזה כמכשיר להקצאת סיכונים. **חוזה הבטחה** מוגבל למה שהצדדים יכולים להבטיח באופן סביר. אם אני חושב שצד אחד לא מסוגל לקיים את מה שהבטיח הוא לא ייכלל בחוזה. **החוזה להקצאת סיכונים** לעומת זאת, הוא מכשיר שמחלק את הסיכון בין הצדדים. אני יכל להתחייב לתוצאה גם אם לשני הצדדים ברור שהסיכוי שאשיג אותה מאוד נמוך, ואם לא אשיג אותה אהיה חייב בפיצוי.

**Hawkings v. Mcgee:** רופא אמר לאביו של ילד שבוצע לו השתלת עור מהחזה כי שהילד יבריא תוך 4 ימים. השאלה העולה, היא מהחובות של החוזה בין הרופא לילד. **כולם הסכימו שהרופא הבטיח לבצע את הניתוח, אבל לא הייתה הסכמה לשאלה האם ההבטחה לתוצאה היא חלק מההסכם.** הרופא אמר, שההבטחה לתוצאה לא יכלה להיות חלק מההסכם כי כל אדם בר דעת צריך להבין שרופאים לא יכולים להתחייב ל-100% תוצאה. **ביהמ"ש פוסק כי קודם כל, הייתה הבטחה מצד הרופא, ולכן כעניין נורמטיבי אני רוצים לפרש את זה כאילו הוא הבין שהוא הבטיח להגיע לתוצאה.** אך למעשה זאת לא השאלה הנכונה היא **מה הקצאת הסיכונים שהצדדים רצו?** האם הרופא לקח על עצמו את הסיכוי שהניתוח יכשל? זה אומר **כעניין תרופתי שהרופא מבטיח את התוצאה ואם לא יעמוד בתוצאה הוא ישלם לו את הפיצוי, לא בגלל הפרת חוזה כעניין מוסרי (כאשר מתייחסים על חוזה כהבטחה) אלא מאחר שהוא נטל על עצמו את הסיכון.** **ההנחיות שביהמ"ש נותן למושבעים בתיק:**

1. **יש לתת פיצוי בגין הכאב והסבל העודפים שנגרמו בעקבות הניתוח** (מצבו לפני הניתוח ואיזה כאב וסבל הוא סבל בעקבות הניתוח) – **ביקורת: זאת תוצאה שגויה,** אפשר לחשוב על כאב וסבל כפיצויי הסתמכות על החוזה. כאב היה גם אם הניתוח היה מושלם, ולכן זה לא נזק שנובע מקיום החוזה, אלא נזק שנובע מהסתמכות החוזה. פיצויי הסתמכות, זה פיצוי שאינני זכאי לו אם אני מבקש פיצויי ציפייה, **הכאב והסבל הם פיצויי הסתמכות.**
2. השפעה השלילית של הניתוח על התפקוד של היד (מה היה הנזק) –**הביקורת של ביהמ"ש שקיבל את הערעור: ביהמ"ש נתן פיצוי רק על רק נזקים התוצאתיים בלי פיצויי הסתמכות וקיום – וזאת טעות. יש לתת פיצויי ציפייה, על איך הייתה אמורה להיות היד עם הניתוח היה מצליח פחות התוצאה הנוכחית.**

### הערכת נזק

**הוצאות תיקון מול ירידת ערך**

כאשר יש הפרה של ההסכם ניתן לתקן את ההפרה או לפצות על פער השווי בין המצב בעקבות ההפרה והשווי אלמלא ההפרה.

דוג': **Jacob & Young v. Kent** – הזמנת חוזה לבנייה של בית, אשר בתוך הקירות יש צינורות מפלסטיק שהותקנו בבניין ואמרו שיתקינו צינורות מתכת. הקושי – הערכה אובייקטיבית עשויה להיות שונה מהערכה סובייקטיבית. אילו לכולם אכפת מצינורות ב' וא' באותה מידה, זה מפצה באופן מלא את הניזוק ואין סיבה לתת לו את עלויות התיקון (אובייקטיבי). אבל, יש ניזוקים שמאוד אכפת להם מצינורות ב' (סובייקטיבי). אם זה באמת חשוב לנפר, מדובר בנזק.

האם צריך להגן על ערכים סובייקטיביים?

1. **הגישה האנגלית** – לנכסים ייחודיים יש קושי הערכה ועלויות איתור (משקיעים המון בלאתר דירה ועל הזמן המושקע יש לתת פיצוי ולא רק לפי השווי האובייקטיבי) גבוהות. על כן הפיצוי צריך לגלם את העלות של ההשבה ולא את השווי שוק, מאחר והוא אינו מדויק ואמורפי, הנכס הוא ייחודי והפערים בהערכות שווי גבוהות.
2. **הגישה המקובלת בכלל המשפט** – סטנדרטים אובייקטיבים (בכלל דיני החוזים). מפצים לפי הערכות שוק (שמאי) ולא לפי הערכה פרטית.
3. **כברירת מחדל אתן את הערך האובייקטיבי אלא אם כן גילית את הערך הסובייקטיבי (מעודד להפוך את השווי האובייקטיבי לסובייקטיבי)**– עידוד גילוי (סעיף 10) אני רוצה שהמפר יפר רק אם זה הפרה יעילה, אבל בשביל זה הוא צריך לדעת מה הנזק שיגרם מההפרה. את הנזק הסובייקטיבי המפר לא יודע מאחר ואין בידיו את המידע (הוא אצל הנפר – לפי הערך שלו) זה יגרום לכך שעלולות להיות הפרות לא יעילות אילו לא נגלה את השווי הסובייקטיבי. לעומת זאת– אם במעמד החוזה "אגלה" מה הערך של הנכס בשביל שכן אפשר להתנות על הסטנדרט האובייקטיבי.– ערך החוזה יהיה גבוה יותר, וזה יעודד את העובדה שיהיו רק הפרות יעילות. הכוונה היא שגילוי שכזה מאותת לצד שכנגד (שעלול להפר את החוזה) מה הוא שווי החוזה עבור הצד השני. כך, כאשר הצד שכנגד יחשוב האם להפר את החוזה או לא (מבחינת עלות-תועלת), הוא ייקח בחשבון בפיצויי הקיום שיצטרך לשלם את ההערכה הסובייקטיבית (שיתכן ותהיה גבוהה מהערכה האובייקטיבית), והדבר יכול להשפיע על הכף ולגרום לקיום החוזה בכל זאת (או לאי קיומו ככל שהערכה הסובייקטיבית נמוכה יותר).

קיימים מספר קשיים עם עמדה זו:

* **קושי קנייני** – הפיצוי מגביל את הנפר לעשות שימוש ברכושו כרצונו.
* **החשש הנוסף** – ניצול לרעה, עלות התיקון (של הצינורות) לא משקפת ערך סובייקטיבי, היא שרירותית. ניתן להגיד שזה שווה לי סובייקטיבית יותר על מנת לקבל פיצוי גבוה יותר.

**שיעור מספר 14 02/12/2020**

**Peevyhouse -** מכרה פחם, השאלה היא אם צריך לכסות אותו (פעולה זמנית), תיקון הכיסוי של הבור יעלה 29,000 דולר. אבדן הערך של הקרקע נמוך יותר (הקרקע לא שווה הרבה, היא נמצאת במקום יחסית מבודד, והנזק לקרקע הוא 300 דולר). ההפרש בין ירידת הערך והתיקון הוא גדול, **אך זה היה ידוע לצדדים במועד הכריתה.**

לפי דעת המיעוט, בשלב כריתת החוזה הצד שמתקשר עומד על כך שיהיה הסדר בסוף החוזה שיחזירו את הקרקע לקדמותה. **עולה השאלה האם Peevyhouse יודעת את העלויות התיקון בשלב המשא ומתן וכך יכולה להיות טענה לגמרי התמורה החוזית - הם משנים את מערך היחסים במועד הכריתה, ואחד הוויכוחים בין דעת הרוב לדעת המיעוט זה אם הם ידעו את העלויות במועד הכריתה.** העמידה על הביצוע היא יותר הגיונית כאשר הם ידעו מראש את עלויות התיקון. **דעת המיעוט מדגישה את זהות הצדדים – הצד שמתקשר בחוזה הוא אדם פרטי ולא גוף מסחרי** (מדוע זה משנה? – ערך סובייקטיבי לעומת אובייקטיבי. גוף מסחרי מתייחס לנכס כאובייקטיבי – שווי הנכס. לעומת זאת לאנשים פרטיים יש ערך סובייקטיבי, הסוטה מהערך האובייקטיבי), לכן ה -300$ לא מפצה את האדם הפרטי, אחרת הוא היה עומד על כך במועד הכריתה. על מנת למנוע בזבוז, לא נפצה ב 29,000$ על מנת למנוע בזבוז.

לכאורה, הפער האדיר בין המחירים הוא בעייתי. כי אנו נותנים לנפר פיצוי גדול בהרבה מהנזק הסובייקטיבי שנגרם לו. מצד שני, זה סותר את מהות העסקה במועד הכריתה שלה – במועד זה העסקה הייתה לתמלוגים (תשלומים) + התחייבות לתקן. בפסק הדין יש התייחסות למהות העסקה בהבחנה שלה מעסקאות אחרות – הבעלים של הקרקע לא קיבלו דמי שכירות חודשיים אלא תמלוגים מכריית הפחם. לכן הם יותר קרובים לשותפות מאשר משכיר שהשכיר שטח למישהו אחר, הם שותפים לגורל של העסק, ועל כן, אפשר לחשוב שאין סיבה לחשוב עליהם כעל מי שציפה לקבל את השטח שלו בחזרה כמה שהיה קודם. **דרך אחרת לחשוב על זה**, **שאלת חלוקת הסיכונים.** בשלב הכריתה התיקון היה הגיוני, ובאותה נקודת זמן להתעקש על התיקון היה הגיונית, כי הוא כדאי כלכלית. השאלה על מי מטילים את הסיכון כשיש שינוי בערך הקרקע לאורך זמן אם הפיצוי לפי הוצאות התיקון, הסיכון לשינוי בהוצאות. אם לפי ירידת הערך, הסיכון על הבעלים (אם יש לו ערך סובייקטיבי) נפצה אותו לפי ירידת הערך כי הוא יישא בסיכון שהערך של הקרקע ירד והמשמעות היא שהוא יאבד חלק מהערך הסובייקטיבי שלו (תיקון הקרקע היה מפצה אותו על הערך הסובייקטיבי שלו וכאשר לא עושים זאת הוא מאבד חלק מזה).

לצד לחוזה יש ערך סובייקטיבי גבוה, כיצד הוא יכול להתגונן?:

* **סעד אכיפה**: הם יכולים להתגונן על ידי תביעה אכיפה – התחייבות על פי ההסכם. הבעיה שזה זה יכל להתפרש כאחד המקרים שיש בו סייג לאכיפה – סעיף 3(4) – אכיפה בלתי צודקת בנסיבות העניין, כי זה מכביד על המפר והנזק לנפר לכאורה מינורי, אשר ניתן לתקן אותו בפיצוי (מקרים בו ביהמ"ש יכל להתערב במקרה של אכיפה).
* **פיצויים מוסכמים:** לכאורה אפשר לפסול את הפיצוי המוסכם כי הוא מוגזם (**סעיף 15 לחוק החוזים תרופות** - הסכימו הצדדים מראש על שיעור פיצויים (להלן - פיצויים מוסכמים), יהיו הפיצויים כמוסכם, ללא הוכחת נזק; אולם רשאי בית המשפט להפחיתם אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה), אבל הסמכות ניתנת רק אם הפיצוי לא מקיים יחס צפוי לנזק במועד הכריתה.
* **פירוט מדויק בחוזה**: כולל התייחסות מפורשת לפער. בפסק דין **Peevyhouse** הם הופתעו מהפער בין העלויות.

**שווי אובייקטיבי מול שווי סובייקטיבי**

**בדין הישראלי לפי סעיף 10 לחוק החוזים תרופות אין הסדר ברור הנוגע לפער בין השווי האובייקטיבי לסובייקטיבי.** אך אפשר להגיע לתוצאה של ירידת הערך דרך חובת הקטנת הנזק (סעיף 14 לחוק החוזים תרופות) - **אם הנכס לא ייחודי, אנו נגיד שאם נמכור אותו בירידת הערך במקום לתקן אותו, תהיה עמידה בחובת הקטנת הנזק.**

**ניתן להגיע לפער בין השווי האובייקטיבי לסובייקטיבי, דרך סעיף 13 לחוק החוזים תרופות** (נזק לא ממוני), לכאורה מאפשר לתת פיצוי על הפער אבל לא מיועד למטרה זו.

ניתן עם דרך סעיף 4 לחוק חוזה הקבלנות, אופציה למזמין לתקן ולדרוש החזר הוצאות סבירות או לנקות מתשלום ירידת הערך. המזמין הזמין עבודה וההפרה בוצעה תוך הפרה של ההסכם ונדרש עבודות תיקון. למזמין העבודה יש אפשרות לתקן בעצמו ולדרוש החזר הוצאות סבירות עבור התיקון כסעד עצמי הוא רשאי לנקות את ההוצאות האלה מהתשלום בירידת הערך. הסבר דומה קיים בחוק השכירות והשאילה ביחד לשכירות מכס.

בעיה דומה עולה גם בדיני הנזיקין. ההלכה – תיקון, אלא אם אבדן גמור. בחוזים הצדדים מפרים את ההסכם. בנזיקין, לא מכירים את הצדדים ולא יודעים מה השווי הסובייקטיבי שלהם לגבי לנכס. לכן יכל להיות שנעדיף בחוזים תשלום גבוה יותר גדי לגלם את ההפרש הזה בפערי המידע.

**התפקיד של מחיר השוק**

**מקומות שבהם הערכת הנזק תהיה קלה – מקומות שיש בהם שוק שמאפשר לכמת את הנזק, הפער בין המחיר החוזי למחיר השוק ייתן פיצוי שלם.** לדוג' בחוזה מכר השוק קובע את הפיצוי – הפער בין המחיר החוזי ומחיר התחליף. קונה א' התחייב לשלם 100 תמורת נכס ובמועד ההפרה מחיר השוק – 150, פיצוי 50 יהווה פיצוי מלא, כי יש לו 100, +ה-50 והוא יכל לקנות לעצמו נכס.

מה קורה אם **קונה א' הוא מתווך בעסקת תיווך, התכוון לקנות ב 100 ולמכור לקונה ב ב120, האם הפיצוי צריך להיות 20 או 50?** **בליאון נ' ריגנר** – זוסמן קובע 20 (הרווח הצפוי). אך לפי ד"ר פלד יש להבחין בין מצבים – אם קונה א התחייב לקונה ב, והוא עדיין חייב למכור לו הפיצוי לא יכל להיות 20, הפיצוי חייב להיות 50. מהסיבה שקונה א ירכוש את המוצר בשוק ב 150 כדי למסור אותו לקונה ב, כי הוא חייב לעשות כן וכתוצאה מכך נגרם לו נזק של 50 כי הוא היה אמור לקנות את המוצר ב-100 ולספק לקונה 2 אבל הוא קנה ב 150 וסיפק לקונה 2. אופציה אחרת זה שהוא יפר מול קונה 2. מה יהיו הפיצויים? 30. חוץ מזה, הוא זכאי לפיצוי על הפער של האבדן רווח – 20. סה"כ 50.

צריך להבחין בין מצבים –

* קונה 1 התחייב למכור לקונה 2 ב-120 אבל החובה מותנית בביצוע המוכר, כך שאם המוכר מפר קונה 1 לא חייב לקונה 2. במקרה הזה, הנזק הוא רק 20. קונה 1 היה אמור לקבל משהו ב-100 ולמכור ב-120 והוא הפסיד את העסקה ב-20 אבל אין חובה לקיים את העסקה ולכן לא נגרם לו נזק עודף.
* אולם, קונה 1 יכל עקרונית לרכוש בשוק ב- 150 את הנכס ולספק לקונה 2. לכן עדיין זכאי לפיצוי של 50 (הפער בין המחיר החוזי למחיר בשוק, של מה שהיה אמור לקבל).

ניתן לראות כי מחיר השוק משפיע על גובה הפיצוי. **לפי סעיף 11 (א) לחוק החוזים תרופות**: "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 שווים ביום ביטול החוזה", המועד הקובע הוא מועד הביטול.

### אבדן נפח עסקאות

קונה הפר את ההסכם מול קבלן דירות, כאשר הוא עוד לא שילם את הסכום שהובטח. אם הייתה ירידת ערך בנכס, הקבלן זכאי לפער, אם הייתה עלייה – לא. האם זה נכון שקבלן לא יקבל אף פיצוי? נניח שיש לו דירות רבות:

* מצד אחד, הקונה שילם מחיר נמוך ממחיר השוק.
* מצד שני, המחיר היה גבוה מהעלות לקבלן, ויש הפסד רווחים.
* לכאורה, יש תשובה פשוטה – הקבלן ימכור את הדירה לצד ג'. ואם צד ג' באמת קנה את הדירה במחיר השוק, לכאורה אין נזק. אולם, השאלה היא מה היה עושה צד ג' אם לא היה מופר החוזה – אם היה קונה מהקבלן דירה אחרת, אז אלמלא ההפרה הקבלן היה מוכר שתי דירות, לקונה ולצד ג'.

זאת טענת אבדן נפח עסקאות – מכרתי את הממכר למושא החוזה, אבל אלמלא ההפרה הייתי מוכר יותר.

**האם נותנים פיצוי על אבדן נפח עסקאות?**

יש להכריע שבאמת הייתה ירידה בנפח העסקאות. כשהמלאי מוגבל, ומחוסל בכל מקרה, הטענה לא יכלה לעמוד. עם קבלני בניין הטענה קשה להוכחה – אין להם שליטה על כמות הדירות (אי אפשר להגיד "הייתי בונה עוד" מאחר וזה נקבע מראש) והביקוש הוא דיי יציב. יכל להיות שנגרם נזק מכך שלקח יותר זמן למכור את הדירה, אבל לא על כך שהייתי מוכר יותר יחידות, כי המלאי לא חוסל.

האם במקרה זה, שהמלאי לא חוסל, אין פיצויים בכלל? **לא, הן מכוסות לפי סעיף 14 (ב) לחוק החוזים תרופות**: *"הוציא הנפגע הוצאות סבירות למניעת הנזק או להקטנתו, או שהתחייב בהתחייבויות סבירות לשם כך, חייב המפר לשפות אותו עליהן, בין אם נמנע הנזק או הוקטן ובין אם לאו; היו ההוצאות או ההתחייבויות בלתי סבירות, חייב המפר בשיפוי כדי שיעורן הסביר בנסיבות העניין".*

**יכל להיות שגם יש זכאות לפיצויי הסתמכות על הוצאות משא ומתן לכריתת החוזה** (לא דרך מקובלת, רק במיוחד אם היה פגם בתום הלב שהוביל לביטול החוזה).

**יכולה להיות זכאות לפערי מחיר (אם חיובי – כלומר אם פעל לחובת הקטנת הנזק והנזק לא הוקטן ל-0 כך שנותר פער חיובי)** – האם הנפר זכאי לקיזוז אם שלילי (קיזוז אם הרוויח, נניח שקונה קנה דירה ב-100 מקבלן וביטל. הקבלן התקשר עם קונה ב' ומכר ב-110 עם הוצאות של 15, אז קונה א' יפצה אותו ב-15, אבל יקזז את הרווח, שכן התכוון לקנות את הדירה ב- 100)? - לא קיימת תשובה חד משמעית בפסיקה, אך התפיסה המקובלת שלא ניתן לקזז – נוגד את התפיסה שמותר להחסיר מהפיצויים את התועלת שצמחה מההפרה. נורמטיבית, כנראה שצריך שיהיה קיזוז.

**נזקים תוצאתיים** – עלויות מימון. משבר הכלכלי בשנת 2008 – עלויות דיור וירידת ערך. הנזק לבנקים לא היה בגלל שהנכסים איבדו מהערך, אלא בגלל קשיי נזילות (בעיית מזומנים). הריבית שהבנק מבקש מהקבלן על הנייר נמוכה יותר, ולכן כשמבוטל הסכם כזה יש נזק מימון שיגמר (בר פיצוי).

דוגמאות של סוחרי רכב מארה"ב ואנגליה. הבחנה בין מצבים בהם ההיצע עולה על הביקוש ולהיפך. במקרה זה ההיצע עולה על הביקוש, אז אפשר לומר שאכן מכרתי את הרכב, אבל הייתי מוכר עוד רכב, יש לי 1,000 רכבים כאלו – כולם היו נמכרים ותמיד יש לי רכבים למכור לך. בשונה מן הקבלן בניין – אצלי אין הגבלה על ההיצע ולכן יש לי אובדן של נפח עסקאות.

**אותה מערכת טעונה קיימת בשכירות**. אם יש נכסים רבים להשכרה, הפרת החוזה יוצרת נזק גם אם ניתן להשכיר לאחרים. לעומת זאת, אם נכס ייחודי, עולה חובת הקטנת הנזק (להשכיר את הנכס שלגביו הייתה הפרה, אין זכאות לטעון לאבדן נפח עסקאות).

**בנוגע לחוזה קבלנות:**

**In re Vice Mill** (In re - בעניין של). חוזה ליצירת מכונות, חלק יוצרו לפני ההפרה, ונמכרו תוך ביצוע התאמות לקונה החדש, חלק לא יוצרו. הטענה הייתה כי הקבלן שנשכר לביצוע העבודה היה יכל לבצע את כל ההזמנות גם ככה, הוא ניצל את המכונות שהוא בנה כדי לבצע התאמות ולמכור ולא לבזבז. נפסק פיצוי על אובדן הרווחים ביחס לכולם – מאחר שהייתה אפשרות לייצר את כל המכונות גם ככה. הוא היה מבצע את הייצור גם ככה עבור הקונה השני, ואם אין מגבלה על כמות הייצור, ניתן לתבוע ביחס להכול. אותו דבר קיים במידה מסוימת לאבדן נפח עסקאות של עורכי דין – לקוח מגיע, מעבירים את התיק שלו לעו"ד אחר. **בכללי האתיקה ניתן להשתתף בשכר הטרחה של העו"ד החדש שקיבל, רק אם לא מדובר בעומס יתר. אם הטענה נוגעת לעומס יתר, היית חייב ממילא לדחות את הלקוח ולכן אתה לא זכאי לשכר טרחה (כמו באבדן נפח עסקאות).**

**מקרים שבהם אין אבדן נפח:** הקונה הפר אך רכש אצל המוכר מוצר חלופי, שלא היה קונה אחרת. סוכן הזמין מיצרן עבור מזמין והפר, המזמין רכש.לדוג' אם המתווך הפר את ההסכם אבל היה אמור להעביר את הנכס למזמין ומי שביצע את ההסכם במקום המתווך הוא המזמין.

**נגד הטלת אחריות בגין אבדן נפח עסקאות:**

**לעיתים גם אם נחשוב שיש אבדן נפח עסקאות, לא היה:**

חברת בואינג כרתה חוזה למכירת מטוס לחברת T/W/A שהפרה את החוזה. בואינג מכרה את המטוס ל Pan Am. היא מכרה 99 מתוך 100 מטוסים שייצרה באותה השנה. **המשפט האמריקאי קבע - אבדן נפח עסקאות רלוונטי רק למקרים בהם השוק הוא רחב. בשוק מצומצם כאשר יש נגישות גבוה בין הקונים, אין בהכרח אבדן נפח עסקאות.**

בגלל שהמנכלים דיברו ביניהם ובזכות הביטול של החברה הראשונה, החברה השנייה קנתה את המטוס. אם לא היה ביטול, החברה השנייה לא הייתה קונה, כך שבכל מקרה הייתה מבוצעת עסקה אחת ולא שתיים ולכן אין אבדן נפח עסקאות.

פיצוי מניח שלמוכר מספר קבוע של לקוחות ויכולת ייצור בלתי מוגבלת. המציאות שונה – תקופת לחץ, רמת ייצור אופטימלית (אפילו אם טכנית אפשר יותר) – בואינג בכוונה מוכרת 100 מטוסים ולא יותר, לכן גם אם טכנית אפשר יותר, היא לא הייתה מייצרת יותר מטוסים כדי לא לפגוע ברמת המחירים, ולא ניתן לטעון לאבדן נפח עסקאות.

**בעד הטלת אחריות בגין אבדן נפח עסקאות:**

* **בלי פיצוי יש פטור למפר של עסקה קמעונאית** – לכן לעולם לא יהיה פיצוי. כשאני מוכר בשופרסל מוצרים, החליפיות היא מוחלטת כי יש הרבה יצור כזה, ולכן על כל הפרה כזאת לעולם לא יהיה פיצוי. חייבים להכיר בנזק הזה כדי למנוע הפרות.
* **המחשבה שבעסקאות נזק "קוביית שוקולד לא הורסת דיאטה"** – קוביית שוקולד אחת לא גורמת לעלייה במשקל, ונכון שעסקה ליחידה אחת מבין מיליון יחידות שיש להם ביקוש לא גורמת לאבדן נפח עסקאות, אך היא גורמת בשוליים, כמו קוביית שוקולד שגורמת להשמנה בשוליים (ברמה זניחה, לא מורגשת), אך אם לא נפצה עליה, ייגרם נזק (או תיהרס הדיאטה אם נאכל 1000 קוביות שוקולד). **הרעיון של לפצות על אבדן נפח עסקאות על כל יחידה שולית נועד להתמודד עם הבעיה הזאת שאתה חייב לעשות זאת גם אם היחידה השולית לא הוסיפה נזק כי ההצטברות - כן גורמת לנזק.**

**פתרון מוצע:**

**להכיר באפשרות של אבדן נפח עסקאות רק אם קיימת הסתברות גבוהה שאכן נגרם נזק. שיקולים רלוונטיים:**

* **ביקוש והיצע**.
* **נכס ייחודי מול נכס לא ייחודי** – ככל שהנכס פחות ייחודי כך יש פחות סיכוי שנגרם נזק מאבדן נפח עסקאות.
* **יצרן מול קמעונאי** – קמעונאי מוגבל בכמויות, אך ליצרן עומדת טענה טובה יותר ביחד לטענה.
* **בחינת יכולת טכנית לבצע עבודה במקביל** – היכולת הטכנית לבצע עסקאות במקביל (דוגמת שכר הטרחה של עו"ד).
* **מעמדו של המוכר בשוק:** המעמד של המוכר בשוק פועל לשני כיוונים – מצד אחד לא רוצים לתמוך במונופול, אך יש לו נזק משמעותי יותר לטעון לאבדן נפח עסקאות. מצד שני, הייצור של המונופול מוגבל, וזה תמריץ לקבוע שאין טענה לאבדן נפח עסקאות.
* **נגישות בין קונים בשוק** – הקונה שהפר, יכל להתקשר עם הקונה הבא ולמכור לו ישירות. אם אין נגישות בין קונים בשוק יהיה אבדן נפח עסקאות.
* **עד כמה העסקה הנוספת מרחיבה את הפעילות** – מקרים שבהם יש אינטרס נוסף בגין קיום העסקה הנוספת.

**מתי צריך לבחון את הנזק מההפרה?**

**יום מתן פסק הדין או יום ההפרה?** עקרונית, לפי יום התשלום, אך אי אפשר לבצע זאת ככה מאחר **ובית המשפט מעריך את הנזק לפי יום פסק הדין + ריבית והצמדה** שאמורה להעביר את הנזק מיום פסק הדין ליום התשלום. **החריגים:** קמים מחובת הקטנת הנזק, כי החובה קמה ביום ההפרה, ויש לאמוד את הנזק ביום ההפרה כדי לעמוד בחובת הקטנת הנזק.

**דוג':** המחיר החוזי הוא 100 ובעת ההפרה הוא 150. בעת הביטול הוא 200 ובמועד פסק הדין הוא 300.

אם נחשב את הנזק במועד המשפט – הפיצוי הוא 200 (**הפער בין המחיר החוזי והערך במועד פסק הדין**).

**עולה השאלה – איך מודדים את חובת הקטנת הנזק:**

**תושייה נ' גוטמן** – המחיר בעסקה היה 63,700$ לאחר ההפרה 50,000$ וסמוך לאחר ההפרה 57,000$. ברק – חובת הקטנת הנזק מחייבת לחשב לאחר ההפרה או לאחר הביטול.

**ע"א אריאל נ' קירשנבאום** – הפרה על ידי מוכר וביטול על ידי הקונה. המוכר השיב חזרה לקונים את הסכום שהם שילמו והקונים רוכשים דירה חדשה במחיר גבוה יותר (שוות ערך לפי השמאים). כהן אומר – המועד הרלוונטי זה המועד בו רכשו את הדירה החדשה, אבל אם לא הייתם מקבלים את הכסף – לא הייתי עומד על העניין של הקטנת הנזק. החישוב הוא סמוך לאחר מועד הביטול אבל רק אם יכולים באופן סביר להקטין את הנזק.

**ליפשיץ נ' לוי -** המערער בנה דירה במחסן והציע למכירה, היו ליקויים בדירה בגלל שזה היה מחסן. הערך של הנכס ירד בין מועד המשפט ומועד פסק הדין. שווי במועד ההפרה – 110,000 ובמועד המשפט 100,000. שווי עקב אי התאמה במועד המשפט – 70,000 הפחתה של 30%. אולם, לא כל ירידת ערך נובעת מאי ההתאמה. 5,000 בגלל בעיה באיטום (נפסק תחת ראשי נזק אחרים), 25,000 ירידת ערך בגלל אי התאמה לפי השמאי, אולם מתחלק שווה בשווה בגלל שהדירה במרתף וזה היה ידוע לתובעת.

אחת הדרכים לחשוב על זה היא באמצעות פיצוי במועד ההפרה, והצמדה של ערך הכסף. אם אנו סבורים שהנפגע היה מעוניין להצמיד את הכסף לנכס, אז צריך לתת לפי שווי הנכס במועד המשפט. אם אנו סבורים שהנפגע לא היה מעוניין להצמיד את הפיצוי לנכס, יש לתת לפי הסכום הנומינאלי (ריבית).

**שיעור מספר 15 7/12/2020**

### סייגים ומגבלות – כללי

**שיקולים להפחתת הפיצוי**

**ריחוק הנזק (צפיות):**

1. לפי סעיף 10 לחוק התרופות: המפר ראה את הנזק מראש או שהיה עליו לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה". **נזק לא צפוי נחשב רחוק ולא מזכה בפיצוי**.**Victoria Loundry** – איחור במסירת דוד למכבסה, שהייתה צריכה אותו כדי לערוך את הפעילות שלה. כתוצאה מזה נגרמו שני נזקים למכבסה – הפסד עסקאות רגילות. בנוסף היה להם הסכם עם העירייה ועל כן מדובר בהפסד של חוזים מיוחדים ברווח גדול – והם רוצים על כך גם פיצוי. **ביהמ"ש טוען כי לא יכלו לקבל פיצוי על העסקאות המיוחדות ולכן מגביל את הפיצוי רק לעסקאות הרגילות.**
2. **עידוד העברת מידע** – **לנפר יש תמריץ לא לגלות על הסיכון להפרה כי זה פוגע בעמדת המיקוח שלו** (בלי קשר בכלל להפרה). מחיר חוזי נקבע לפי מיקוח בין הצדדים, אם אני יודעת שצד אחד מאוד זקוק לשירות שלי, אני אדע לגבות ממנו יותר – הצדדים לא רוצים להגיד לצד השני עד כמה החוזה חשוב להם. לכן עדיף להם לא לגלות. נחשוב שיש שני סוגי מתקשרים – נזק נמוך ונזק גבוה. אני אדרוש סכום ממוצע ואם אני אפר אני אצטרך לשלם פיצוי רק שאני לא יודע אם האדם מולי הוא מהנזק הנמוך או הקטן. **כשאתמחר את הסיכוי שאפר חוזה אתמחר לפי הממוצע.** הניזוקים עצמם יודעים אם הם טיפוס של נזק קטן או גדול, אלה שיודעים שהם נזק קטן עלולים לא לרצות לשלם בגלל שהמחיר הוא הממוצע. במקרה הזה אני יכל להיקלע למצב שאנשים יצאו מהשוק (תאוריית **Adverse selection** – שוק הלימונים).

**עולה השאלה למה זה חשוב שהמפר יידע מראש על התוצאות הסבירות של ההפרה:**

* **הפיצוי כתנאי מכללא בחוזה** – שידע כמה להשקיע באמצעי זהירות.
* **מניעת התקשרות בחוזים רצויים** - אם יהיה פיצוי על נזקים לא צפויים זה עשוי למנוע התקשרות בחוזים רצויים (זהירות יתר בשלב הכריתה).
* **נקיטת זהירות ראויה מפני הפרה** - אנו רוצים שחייבים לפעמים יפרו חוזים, ושיפעלו למניעת הפרות רק כאשר ההפרה היא לא יעילה.
* **העמדת אפשרות למפר להגביל את אחריותו בשעת הכריתה** (למה שהצדדים ירצו להגביל אחריות?) - כשאדם יודע מה הנזק שנגרם בהפרה שלו, הוא יכל להחליט שהוא לא מעוניין לקחת את הסיכון.
* **הנפר הוא מונע הנזק (הבלתי צפוי) הזול** – הקצאת הסיכונים לנפר.
* **מניעת תופעה Adverse selection.**
* **עשוי למנוע תופעה של סבסוד צולב** – תופעה שגורם אחד מתקשר עם כל מני גורמים אחרים. בגלל שההסדר החוזי שלו איתם הוא אחיד, יוצא שאחד מאותם הלקוחות מסבסד את המחיר של הלקוח השני. לדוגמה: שטיפת מכוניות – מגיעים מכוניות שלא יודעים מה טיבם וסוגרים הסכם לשטיפת מכוניות כאשר אני מתחייב לא לגרום נזק לרכב במסגרת החוזה. כמה אדרוש על שטיפת המכוניות (המחיר החוזי)? המחיר ישקף את התיקון שאגרום נזק לרכבים, אך הם מסוגים שונים – זולים ויקרים. אי אפשר לגבות מחיר שונה מבלי הרכבים ואני גובה מהם מחיר אחיד, כאשר התוצאה היא שאנשים עם רכבים זולים משלמים יותר מדיי עבור שטיפת הרכב ואנשים עם רכבים יקרים משלמים מעט. בעצם, העניים מסבסדים את המחיר לעשירים. כל תופעה כזאת יוצרים את הסכנה של סבסוד צולב, שבו העניים מסבסדים עשירים. **הפתרון** הוא להגביל את האחריות בתוך ההסכם – אני אכסה את הנזקים לרכבים שיגרמו תוך כדי השטיפה אבל עד 1000 שקלים. מונע גם את הבעיה של Adverse selection.

**מבחן ריחוק הנזק ובעיית היישום:**

מה הדין אם התרחש נזק לא צפוי – לדוגמה מזון כלבים המכיל רגל שהורג את הבעלים. היה צפוי שהכלב הוא זה שימות. אין מחלוקת שהמוות של האדם לא יהיה בר פיצוי, **אך השאלה המעניינת היא האם ניתן פיצוי לפי הנזק שהיה קורה אילו הכלב היה מת.**

השאלה הגיעה לפסיקה – אבדן רווחים עקב **שימוש לא צפוי**. כשתובעים לאבדן רווחים אתה מוגבל לסכום של הרווח הצפוי גם אם השימוש היה לא צפוי.

בשונה מדיני הנזיקין – אין אבחנה בחוזים בין סוג והיקף הנזק. **צריך צפיות לגבי היקף הנזק וסוגו**. **בפס"ד חזן נ' דגן** שמגר אומר שתמיד יש צפיות לגבי התנודות של השוק – אמנם צריך להיות צפיות לגובה הנזק אבל גובה נזק חריג כתוצאה מתנודות השוק הוא תמיד צפוי. במקרה זה הפחתה בנכס מקרקעין שלאחר הפרת החוזה.

* **דרישת הוודאות:** הנפר צריך להוכיח את הנזק שנגרם לו ברמת וודאות מאוד גבוהה לפי פס"ד **אנסימוב נ' מלון טירת הכרמל בת שבע**: אבדן רווחים עקב עיקוב במסירה. כהן – עמדת יחיד – יש להוכיח נזק צפוי, אומדן הנזק לא חייב להיות צפוי – ניתן לתת פיצוי על בסיס אבדן, קרוב למבחן גולגולת דקה בנזיקין. ברק – רוב – דרישת ודאות ולנזק ולשיעור הפיצויים ואם אין באפשרותך להראות, לא ניתן פיצוי.

**היום הנטייה להקל על הדרישה של וודאות גובה הנזק:**

* ההפרה היא זאת שיצרה את חוסר הודאות – היא שגרמה לנזק ולכך שלא ניתן להוכיח אותו.
* הפרה מכוונת – התנהגות מכוונת שהובילה לנזק, לא ניתן למפר להסתתר מאחורי הטענה שהנזק קשה לאמידה.
* פיצוי לפי הסתברות – **Chapplin** – פיצוי הסתברות אילו הייתה זוכה בעבודה במקרה שהיו מזמנים אותה לראיון. כשסוג הנזק צפוי ובית המשפט משתכנע שהוא נגרם אבל אמידת הנזק אינה וודאית, בית המשפט מאפשר לתת פיצוי לפי ההסתברות שהנזק נגרם והתרחישים השונים לגובה הנזק.

**סיבתיות**

שאלה דומה לזו שבדיני הנזיקין - כדי לקבל פיצוי יש להראות את הקשר הסיבתי, ואלמלא ההפרה הנזק היה נמנע – הפער בין מה שהיה קורה אלמלא ההפרה.

**מתקשים להוכיח סיבתיות ביחס לשני גורמים:**

1. יש קושי להראות מה היה קורה ללא ההפרה – עולם אלנטרנטיבי.
2. עמידה של נזק עתידי – הופר ההסכם שאמור לשרת אותי בעתיד לתקופה ארוכה. כדי לאמוד את הנזק, צריך לדעת מה יקרה בעתיד, כולל העתיד הרחוק.

מבחן הצפיות יכל להתיישב עם הדרישה לסיבתיות משפטית (סיכון ממשי, בחינה על ידי הסתברות).

**הקטנת הנזק – חלה ביחס לנזקים שלאחר ההפרה**

**דוגמה:** ג'ני (מהעבודה) - מדובר באשם תורם (**Examin נ' טקסטיל והנעלה**). למה? כי הקטנת הנזקים חלקה ביחס לנזקים שלאחר ההפרה. כאן היא ממש לקחה חלק אקטיבי במהלך ההפרה בכך שלא אמרה לעובדים לשים מסכות והתעלמה מהאירוע.

דרך נוספת להפחית בדיעבד את הפיצוי היא על ידי עיקרון הקטנת הנזק, **סעיף 14 לחוק החוזים תרופות**:

1. אין המפר חייב בפיצויים לפי סעיפים 10, 12 ו-13 בעד נזק שהנפגע יכול היה, באמצעים סבירים, למנוע או להקטין.
2. הוציא הנפגע הוצאות סבירות למניעת הנזק או להקטנתו, או שהתחייב בהתחייבויות סבירות לשם כך, חייב המפר לשפות אותו עליהן, בין אם נמנע הנזק או הוקטן ובין אם לאו; היו ההוצאות או ההתחייבויות בלתי סבירות, חייב המפר בשיפוי כדי שיעורן הסביר בנסיבות העניין.

הרציונל:

* יצירת תמריצים לנפר להקטין את נזקי ההפרה – חברתית אנו רוצים לצמצם נזקים ועל כן ניצור את ההגבלה. ניתן להשתמש במנגנון אחר, אתה זכאי לפיצוי המקסימלי על הנזק, לא משנה כיצד תתנהג, הוא ירצה שהנזק שלו יהיה נמוך מהפיצוי– ועל כן יהיה לו תמריץ להקטין את הנזק. **לכן, תחת פיצוי מוסכם (סעיף 15 לחוק החוזים תרופות) לא צריך את עקרון הקטנת הנזק, מאחר שבאופן עקרוני יש תמריצים להקטין את הנזק מאחר והפיצוי לא תלוי בנזק בפועל.**
* הגינות כלפי המפר – מחייבת את הקטנת הנזק, במקום פיצוי שבלתי תלוי בגובה הנזק בפועל. הרעיון הוא שהנפר יחשוב על הנזקים המינימליים. לא נרצה לחייב את המפר בנזקים שלא הוא גרם אלא המפר.

נוצר מצב בעייתי – המפר בזדון יכל לטעון להפחתה כתוצאה מרשלנות הנפר. קיימת שאלת הגינות לגבי המערכת היחסית – האם התנהגות רצונית היא יותר חמורה מהתנהגות ברשלנות – קיים יתרון לא הוגן למפר. מדובר על העיקרון של הצדק שהמפר יהיה אחראי לנזקים שהוא עשה שהנפר לא יכל למנוע.

הקטנת הנזק לא חלה על מקרים בהם הפיצוי לא תלוי בגובה הנזק בפועל (סעיף 11/15). מהבחינה הזאת ניתן להתנות על כך בחוזה. **החובה חלה על הנפר רק מרגע שהופר מולו החוזה**.

**האם חובת הקטנת הנזק חלה גם בהפרה צפויה?**

ככלל, לא ניתן לתבוע תרופות בגין הפרת חוזה כאשר טרם הגיע המועד לקיומו של החוזה. **לכלל זה ישנו חריג המתייחס למקרה של הפרה צפויה:** סיטואציה שבה צד לחוזה מגלה את דעתו או שמסתבר מנסיבות העניין כי אותו צד צפוי להפר את החוזה, אך מכיוון שלא יוכל לקיים את החוזה או שלא ירצה לקיים אותו.

**האם חלה חובת הקטנת הנזק בהפרה צפויה?** אפשר לחשוב על שתי גישות:

* + 1. (נלקח מספר מחשבות) **הקטנת הנזק גם להפרה הצפויה** (עמדה המקובלת בארצות הברית). על נפגע היודע על הפרה צפויה להמתין זמן מסחרי סביר שלאחריו עליו לפעול להקטנת הנזק, כמו כן הבוחר לא לנקוט בצעדים העשויים להקטין את הנזק עשוי להיות כפוף לעיקרון תום הלב. הדוגמה של פסק הדין **White v. McGregor**- של הפרסומות על פחי הזבל. בטרם המסע פרסום יצע לפועל המזמין הודיע שהוא לא מעוניין בו. המפרסם הכין בכל זאת את מודעות הפרסום. נקבע כי יכול המפרסם לתבוע לרווח שנמנע ממנו אך לא על העלות שאבדה לריק, **וכי על מנת שיוכל להתעלם מן ההפרה הצפויה ולהמשיך בביצוע החוזה צריך להתקיים אינטרס לגיטימי של הנפגע בהמשך ביצוע החוזה.**
    2. מצד שני, **עיקרון הקטנת הנזק לא קיים בהפרה צפויה**, לאור עקרון ברירת הקיום לנפגע עתידי. לדוגמה, נושים יכולים לדרוש שחוזה יקוים. אם ניתן לעמוד על ברירת הקיום, הנושה שעומד על ברירת הקיום לא צריך להקטין את הנזק. מהרגע שהחוזה הופר בפועל, הוא צריך להקטין את הנזק. (**ע"א נתן נ' סטרוד**, **ע"א בנק איגוד נ' סוראקי).**

**הנפר מבקש לעמוד על הקיום והוא אפשרי – הפעלת ברירת הקיום, אין חובה להקטנת הנזק**

יש להבחין גם במקרים האלה בין עמידה לקיום וחובת הקטנת הנזק ביחס לפיצויי קיום ובין הסתמכות אגבית ונזק תוצאתי.

**אשם תורם – מאפשר להפחית את הפיצוי בלי קשר לחובת הקטנת הנזק, חלה בתרומה להפרה. אם ניתן לעצור את ההפרה – מדובר באשם תורם.**

קיימים מקרים שבהם הנפר יכל למנוע את ההפרה, או לפחות להפחית את הסיכון להפרה. **נשאל האם הנפר היה יכל למנוע את ההפרה, להפחית את הסיכון או לעצור אותה.** עניין Examine – עמדו בחובת הקטנת הנזק, מכרו את הנעליים למרות ההפרה של ההסכם. כאשר שני הצדדים לא שיתפו פעולה על מנת להקטין את הנזק, מדובר באשם תורם. הם לא פעלו לעצור את ההפרה מלכתחילה.

**בכל הסכם ביצוע יש תנאי מכללא שאפשר להתנות עליו שיש שיתוף פעולה**. יש הפרות הדדיות, שגורעות מהיכולות של הנפר השני לקבל פיצוי עקב הנזקים שנגרמו לו בעקבות ההפרה.

**ההבדל בין אשם תורם להקטנת הנזק:**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **קריטריון** | **אשם תורם** | **הקטנת הנזק** |
| **המועד** | מתייחס להפרה עצמה: ככל שיש לנפר אשם תורם בהפרה, זה אומר שהייתה לו מעורבות כלשהי (בין במעשה ובין במחדל) במועד ההפרה. | החובה קמה מרגע ההפרה והיא אבסולוטית. הקטנת נזק בהכרח תהיה לאחר ההפרה, ורק לאחר שהתגבש נזק כלשהו. |
| **חובת להראות שההתנהגות היא בת אשם** | יש חובה להראות שההתנהגות היא בת אשם. | לא קיימת חובה. |
| **היקף האחריות** | באשם תורם זה יחסי (**פסק דין Examin)** |  |

### פיצוי ללא הוכחת נזק

**סעיף 11 לחוק החוזים תרופות**

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 שווים ביום ביטול החוזה.** (לדוגמה: מוכר דירה שהפר את התחייבותו למכור את הדירה לקונה ותחת זאת מכר את הדירה לצד שלישי. הקונה המקורי יהיה זכאי לפיצוי בגובה ההפרש בין המחיר החוזי לבין המחיר בו נמכרה הדירה בפועל, ככל שקיים הפרש בין השניים (מחיר שמשקף את ערך השוק של הדירה זה המחיר בו נמכרה הדירה בפועל).
2. הופר חיוב לשלם סכום כסף, זכאי הנפגע, ללא הוכחת נזק, לפיצויים **בסכום הריבית על התשלום שבפיגור, מיום ההפרה ועד יום התשלום**, בשיעור המלא לפי חוק פסיקת ריבית, תשכ"א-1961, אם לא קבע בית המשפט שיעור אחר.

**סעיף 12 לחוק החוזים תרופות**

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

המשמעות של פיצוי 11(א) – **פיצויי קיום לפי תחליף בשוק**.

**אפשרות ההפחתה לפי סעיף 12 –**אם ההסכם היה הסכם ללא תמורה, בית המשפט רשאי להפחית את הפיצויים של סעיף 10 רק לפיצויים של סעיף 11. הרעיון: סיפוק מוצר במחיר זול. ההפרה, גורמת לנזקים שהם ההפרש. זה נראה לא הוגן לחייב את מי שנותן מתנה (תמורה שכנגד החיוב בלתי סבירה/ללא תמורה בכלל) על נזקי ההסתמכות. על כן הגיוני להפחית את הפיצוי כדי לא להתעמר בנותן המתנה.

**פסיקת ריבית מעבר לחוק פסיקת ריבית והצמדה** – בן פורת: לא. בך (יחיד)- לא במקרה זה שייתכן שכן. דוגמה שמאפשרת שיעור אחר: הפרה ביחס לניירות ערך שיש להצמיד את הנזק בהתאם לשיעור נייר הערך כי זה הנכס שהנפגע רצה להשקיע בו.

### פיצויים מוסכמים

**ס' 15 לחוק:**

1. הסכימו הצדדים מראש על שיעור פיצויים (להלן - פיצויים מוסכמים), יהיו הפיצויים כמוסכם, ללא הוכחת נזק; אולם רשאי בית המשפט להפחיתם אם מצא שהפיצויים נקבעו **ללא כל יחס סביר לנזק** **שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה.**
2. הסכם על פיצויים מוסכמים אין בו כשלעצמו כדי לגרוע מזכותו של הנפגע לתבוע **במקומם** פיצויים לפי סעיפים 10 עד 14 או לגרוע מכל תרופה אחרת בשל הפרת החוזה.
3. לענין סימן זה, סכומים שהמפר שילם לנפגע לפני הפרת החוזה והצדדים הסכימו מראש על חילוטם לטובת הנפגע, דינם כדין פיצויים מוסכמים.

**ההבחנה בין פיצוי מוסכם וחילוט (=**עריכת הסכם אשר במסגרתו שילמת כסף והפרת את ההסכם, לדוג' מקדמה של 100,00 שקלים, לאחר ההפרה יש השבה הדדית. **חילוט אומר שאין השבה – כל הכסף נשאר אצל הנפר**) – **שינוי בזהות התובע.** אם יש פיצוי מוסכם, התובע הוא הנפר שמבקש פיצוי. אם יש תניית חילוט, התובע הוא המפר שדורש השבה והנפר מתגונן בטענת חילוט.

**זכות ההפחתה בדין הישראלי – בדומה לדין הגרמני:**

אולם רשאי בית המשפט להפחיתם אם מצא שהפיצויים נקבעו **ללא כל יחס סביר לנזק** שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה. מקום ספציפי לבית המשפט להתערב בפיצויים מוסכמים.

**המטרה של פיצוי מוסכם**

* מאפשר למפר הפוטנציאלי לדעת מראש מה תהיה החבות שלו במקרה של הפרה.
* קיים גם חיסכון בהוצאות משפט, שכן לא צריך להביא גורמים שיעריכו את הנזק. מצד שני – יוצר הוצאות משא ומתן.
* דיוק - יכולת ההערכה של הצדדים (מראש) עדיפה על יכולת בית המשפט לאחר מכן.
* מאפשר לצדדים ליצור הסתמכות ולייצר אמינות אצל הצד השני – תכרות חוזה מולי, אני מוכן לכרות סעיף פיצוי מוסכם, כדי לתת את הביטחון בלכרות איתי חוזה. הסכמה של החייב אומר "אני מאמין שיש סיכוי מאוד גדול שלא אפר, אחרת לא הייתי מוכן לפיצוי מוסכם גבוה".

**המטרה של התערבות מאוחרת בפיצוי מוסכם**

* מניעת ענישה של צד להסכם –פיצויים מוסכמים אשר מטרתם להעניש את המפר.
* פגיעה בצדדים שלישיים – עשוי לגרום לכך שבמקרה של הפרה הפיצוי יהיה גבוה. נושים יכולים להסתמך על כמות נכסים של המפר, אם יהיה נושה שיהיה זכאי לפיצוי גבוה, זה יפגע בנושים האחרים. לא נכון לגבי חילוט.
* חשש להטעיה – גם פחות סביר ביחס לחילוט. כשאני נותן את הכסף, החשש שיטעו אותי בכריתת החוזה מוגבלת לכסף שנתתי. לדוג' חוזה שכירות: התחייבות לפיצויים מוסכמים על איחור במסירת הדירה. ההתחייבות היא לחילוט (משלמים מראש על החודש האחרון, ואם יוצאים באמצע הכסף מחולט), אך הוא מוגבל בסכום. פיצוי מוסכם לא מוגבל ויכול להוביל להטעיה.
* קיים חשש שפיצוי מוסכם יעודד את הנפגע לגרום להפרות. עולה השאלה האם אשם תורם כן, לכאורה לא. ניתן לטעון שחייבים לכלול אשם תורם מאחר שהוא מרוויח הרבה יותר מהפרה מאשר קיום החוזה.

**סיבות לא להתערב בפיצוי המוסכם**

* **חופש החוזים –** ככלל לא מתערבים בתנאים שהצדדים קבעו, גם אם מוטים לטובת צד אחד (חריג לעושק, Unconscionability במשפט האמריקאי).**אם התנאים החריגים (עושק) לא מתקיימים, אז למה להתערב בחוזה?**
* עידוד הצדדים לעשות שימוש במוסד – בית המשפט רוצה שיעשו שימוש בפיצויים מוסכמים כי זה חוסך את הדיון המשפטי.
* אם לצדדים יש מידע עדיף על מידע בית המשפט, אין מקום לביהמ"ש להניח שהפיצוי מופרז – מאחר שאם הצדדים הם רציונליים ובידם המידע המלא, הם מתמחרים את הפיצוי המוסכם בתוך החוזה, ועל כן הוא יהיה אופטימלי ולא מופרז.
  + אולם, אולי חוזה הימור – הנושה רוצה פיצוי מוסכם מוגזם כמו שאני קונה כרטיסי לוטו – אני יודע שאתה לא הולך להפר את החוזה בסיכוי גבוה, אך אעשה משהו לא יעיל - ביטוח מעבר לנזק.
    - **סיבה להתערב -** רציונאליות מוגבלת (אופטימיות) – אם אנשים הם לא רציונליים. אופטימיות – במובן הכלכלי הערכת חסר של ההסתברות שיקרה לי משהו רע**. האופטימיות תגרום לי להסכים לפיצוי גבוה מאחר שאני אעריך בחסר את הסיכוי שאפר את החוזה. לכן החייב עלול להסכים לפיצוי מוסכם גבוה מדיי לדרישת הנושה, כי הוא לא רציונלי.** אם אנו חושבים שצדדים מסתמכים על אופטימיות, הצדדים היו רוצים שביהמ"ש בדיעבד יתערב – זה מבטח אותם מהחלטות שגויות.

**סיכום:** כאשר הפיצוי מכיל רכיב סובייקטיבי משמעותי – אין מקום להתערב. כאשר הפיצוי המוסכם מסדיר נזק אובייקטיבי באופיו (ריבית), יש מקום להתערבות.

**פיצוי מוסכם עשוי להיות מוסווה:**

* **פיצוי מוסכם מסווה דרך השבה -** **פס"ד האן נ' מני**: קבלן התחייב להשיב את הכסף במקרה של איחור מבלי לגרוע בזכויות לתביעת אכיפה. אולי לא פיצוי מוסכם מופרז אם המחיר היה חלקי, ומגלם את הנזק. **הוויתור על ההשבה הוא חילוט, שהוא פיצוי מוסכם.**
* **השבת שווי:** גם אילו נטען שבמקרה של הפרה תהיה השבת שווי – הפיצוי המוסכם יהיה השווי.
* **גם חוזה חילופין** יכל להיות סעיף פיצוי מוסכם. שתי חלופות – או לבצע פעולה, או לשלם. אם אתה לא מבצע אתה לא מפר את החוזה, על כן הוא תובע אכיפה של החלופה השנייה. כמו ב**פס"ד חוף התכלת**, אם אתה לא תעשה עסקה תחזיר לי את הכסף עם ריבית, זה למעשה פיצוי מוסכם עם ריבית.
* **קנס על איחור בתשלום** – פיצוי מוסכם. לכאורה אין ההבדל מבחינה כלכלית בין בונוס על הקדמה בתשלום לעומת קנס על איחור בתשלום. ובכל זאת הדין האנגלי קבע שאין אפשרות להכיר במושג של "בונוס" כסעיף של פיצוי מוסכם. ההתערבות בפיצוי מוסכם צריכה להיות לפי התכלית של החוזה, ועל כן אמורה להיות לבית המשפט אפשרות להתערב בו, על כן יש לשאול מה הצדדים רצו שיהיה הקיום. האם ניתן לתבוע אכיפה על זה שלא עומדים ביעדי מכירות? – לא ניתן, אז לא מדובר בהפרה. אך זו דרך להשתמש בתכליות של פיצוי מוסכם בצורה יותר רכה שלא תאפשר התערבות או סעדים בגין הפרה. אם ניתן לכלול תאריך יעד של מסירה לסוף ינואר ובונוסים על מסירה חודש קודם – לא מוגבל לסעיף הפיצויים. הפיצוי מוסכם דרך הבונוס לא נתון לשיקול דעת ביהמ"ש. אך אם יהיה איחור למסירה, לא ניתן יהיה לבקש סעדים אחרים.

**הפחתה בפיצויים**

* נבחן האם בשעת ההפרה שיקף קנה מידע סביר לנזק?
* "העדר כל יחס סביר" – רק מקרים קיצוניים – הנזק שנגרם בעיכוב החזרת הדירה לא יכל להיות גבוה יותר משכר הדירה.

**מבחני עזר**

* האם הנזק הצפוי קל להערכה?
* היקף העסקה – יחס בין שווי העסקה והפיצוי המוסכם – האם משכנע?
* תניה גורפת (מחלוקת בין אנגליה וארה"ב. הוצאות עסקה).

**שיקולים שאינם רלוונטיים**

* אם נגרם נזק בפועל.
* התנהגות הצדדים.

**אופן ההפחתה - קיימות מספר אפשרויות:**

* עד לנקודה המקסימאלית בה מתקיים יחס סביר, קלוש ככל שיהיה.
* עד שיש יחס סביר.
* עד לנזק הממשי (ביטול של תניה).

**פס"ד חשל נ' פרידמן –** סוגיית הריבית, 10% ריבית חודשית על החוב – ריבית גבוהה. פרידמן טען שנפלה טעות בהסכם, שכן התכוון לריבית שנתית של 10%. הפסיקה – ריבית של 35% שנתי. היה אפשר לבטל את הפיצוי מוסכם לגמרי ולקבוע את הפיצוי לפי סעיף 11 לפי חוק ריבית והצמדה. היה אפשר להפחית עד הריבית שמקיימת יחס סביר – הנקודה המקסימלית (לא הריבית הממוצעת). זה יוצר שיטת מצליח – קבע את הפיצוי הכי גבוה שאתה יכל ואם נתערב, נקבע את המקסימום שביהמ"ש מוכן לקבל, ועל כן יש בעיה עם פסק הדין. אותה הבעיה קיימת בעניין של פערי שכר בין גברים ונשים. בית הדין השווה את השכר האישה לשכר של הגבר שמרוויח הכי נמוך מבין מי שהוצג. אין תמריצים להיזהר.

### נזק לא ממוני

**ס' 13 לחוק החוזים תרופות:** גרמה הפרת החוזה נזק שאינו נזק ממון, רשאי בית המשפט לפסוק פיצויים בעד נזק זה בשיעור שייראה לו בנסיבות העניין.

בנזיקין ייתכן שקל יותר לקבל פיצוי בגין נזק שאינו ממוני מאשר בחוזים – הגנה על אינטרס לא ממוני, עוולות שהנזק מהן ככלל לא ממוני (מטרד, פרטיות, לשון הרע, הפליה). סיבות לרתיעה: הצפת בתי המשפט, קשיי הוכחה, הוצאות מנהליות, הכבדה על פעילות/ תיחום הנזק.

**בחוזים – אותן חששות כמו בנזיקין וגם:**

* הרתעה מלהיכנס מלכתחילה לחוזה.
* **מונע הנזק הזול** - **הפיצוי הוא ביטוח מפני ההפרה.** הציפיה לשלם פיצוי בעצם כולל ביטוח מפני תוצאות הפרת העסקה. הביטוח מתומחר במחיר החוזי. על כן ניתן לשאול איזה סיכונים אנשים רוצים לבטח – אנשים מבטחים נזק כלכלי, מאחר ושקל אחד של האגרה של הביטוח היום שווה לנו פחות מהסיכוי לשלם יותר. שונאי סיכון יבטחו סיכונים כלכליים. לעומת זאת, נזק לא ממוני לא מבוטח.
* **נימוקים כלכליים** – ביטוח. אם נרצה למנוע הפרות לא יעילות, נצטרך שהמפר יפנים את כל הנזקים – פיצויי קיום כולל הנזק הלא ממוני.

**שיקולים בפסיקת הפיצוי**

* **צפיות: גולדמן נ' מיכאלי** – נכנסו לדירה באיחור של 11 חודשים בלי לקבל מפתח, ללא חשמל ומים. נפסק פיצוי בגין האיחור ולא בגין המגורים ללא תשתיות, **כי זאת לא התנהגות שהקבלן היה צריך לצפות**.
* **נזק פיזי**: לא שיקול בחוזים בדר"כ.
* **בנזיקין** – אכיפת חסר (תיקון הרתעה ועידוד תביעות), כשאנשים לא מגישים תביעות יהיו יותר מדיי התנהגויות עוולתית, על כן פיצוי לא ממוני מעודד להגיש תביעה (במקרים של קושי להוכחת הנזק). בחוזים הנושא פחות מקובל אך אפשרי. בהקשרים צרכניים יש פיצויים מכוח דין שגבוה מהנזק. בחוק הגנת הצרכן יש הסדר שנקרא פיצויים לעוגמה.
* **אופי החוזה - מקרים שבהם החוזה הוא אישי**: מקרים בהם תכלית החוזה הוא לא ממוני. דוגמאות:
  + **Sulivan V. O'connor** ניתוחים כושלים שדרשו ניתוח אף שלישי. הפיצויים שנפסקו לה הם בגין נזק לא ממוני בגלל הכאבים והסבל שהיא חובה.
  + **בנישתי נ' ששון** – חוזה לחופשה/בילוי. לא פסקו להם השבה.

**פיצויים וביטוח: ס'16 לחוק החוזים תרופות:** בקביעת שיעור הפיצויים לא יובא בחשבון סכום שהנפגע קיבל או זכאי לקבל בשל הפרת החוזה לפי חוזה ביטוח.

**ליפשיץ נ' לוי:** בעל דירה שהפך מחסן לדירה – נזק לשטיחים (תוצאתי). היה ביטוח לנזקים מההצפה והיא קיבלה פיצויי על השטיחים, עולה השאלה האם היא יכולה לתבוע על הנזק. החוק לא מסויג, לא זכאים לקבל גם את כספי הביטוח וגם פיצוי.

זה תלוי **בזכות הסוברוגציה** – **הזכות של חברת הביטוח לתבוע על הפיצויים שהיא שילמה.** היא זכאית לתבוע כשהיא משלמת על נזק (הזכות שלה מבוטח לתבוע עוברת לחברת הביטוח). למשל בנזקי גוף חברת הביטוח משלמת לעובד שנפגע לפי הנזק בפועל. חברת הביטוח יכולה לתבוע את המעסיק/הרשלן שגרם לנזק – אם אין, אין לה אפשרות לתבוע בסוברוגציה, אך אם יש אין לנפגע אפשרות לתבוע גם לפיצויים. במקרה שהביטוח לא תלוי בנזק, אין זכות סוברוגציה. ובמקרים אלה אם נכיל את סעיף 16 נפגע ההפרה יקבל פיצוי מהביטוח אבל המפר ישלם מעט מדיי. אם יש זכות סוברוגציה – סעיף 16 מונע כפל פיצויים כלפי המפר. לכן הפסיקה פירשה את זה כך שהמפר ישלם פעם אחת את הנזק שהוא גרם – חלק לנפר וחלק לחברת הביטוח.

# השלמת פרטים בחוזה ודרישה צורנית של חוזה מקרקעין

## מבוא

קיים מסמך שלא כולל את כל פרטי ההתקשרות. מדובר בשלב במשא ומתן או הסכם עם השלמת פרטים בעתיד. יכל להיות שמדובר בהסכם ששלם מבחינת הצדדים במובן הזה שאין להם כוונה להשלים אותו, הם רוצים לקיים את ההסכם עם החורים שבו ושההשלמה תבוא מצדדים חיצוניים. חוזה שכולל התייחסות לכל תוצאה בעתיד (מקת"גים -Continencies) הוא חוזה שיקר לייצר, ולכן הצדדים אומרים שנאמץ את ההשלמה בדין. או העדר צפיות, מקרים שהם לא חשבו עליהם.

השלמת פרטים מתקשרת לשאלות הקשורות לפרשנות החוזה.

## התייחסות להעדר פרטים – גמירות דעת, מסוימות, דרישות צורה ותרופות

**מסויימות - קיים מסמך שלא כולל את כל פרטי ההתקשרות. כדי להתמודד עם זה צריך לשאול למה:**

* אם מדובר בתוצאה של העדר גמירות דעת – אין חוזה.
* אם אין מספיק פרטים כדי לעמוד בדרישת המסוימות – אין חוזה.
* בחינת יסוד הצורה כאשר קיימת.
* אפילו אם יש חוזה, עשוי להקשות על מתן סעד של אכיפה, בגלל שלבית המשפט אין מושג איך לאכוף את ההסכם ואפשר לחשוב על זה כאל הסייג השלישי – ידרוש מידה בלתי סבירה של פיקוח מצד בית המשפט.

**מחסור בפרטים/ חוסר גמירות הדעת**

**רבינאי נ' מן שקד** – השאלה המרכזית להפעלת עיקרון ההשלמה – אם הצדדים היו מעוניינים להיכנס לחוזה, אם כן ניתן להשלים. אם יש מחסור בפרטים רבים, מעיד על העדר רצון להתקשר. ברק מדבר על נוסחת הקשר (כוונת הצדדים להתקשר בחוזה משפטי מחייבת או שלב במשא ומתן) והרצון להתקשר בהסכם מחייב.

**אם מחסור בפרטים חוסך הוצאות למה שזה יהווה בכלל ראיה להעדר גמירות הדעת?** התשובה לזה, היא שמחסור בפרטים אפילו אם ניתנים להשלמה הם חוזים שניתן לטייב אותם לברירה הקונקרטית. הבעיה היא שהכללים מאוד כלליים (בדין - "תוך זמן סביר ממועד הכריתה", לא בהכרח יתאים להשלמה נורמטיבית של החוזה). במקרים בהם החוזה מורכב, חוסר פרטים מעיד על העידר גמירות הדעת.

אם ברור שיש גמירות דעת – ניתן להציל את החוזה. הבעיה, זה לא משקף את הרצון האוטנטי של הצדדים. אולם גם הביטול לא. השאלה מה מקרב יותר לרצון הצדדים?

**פס"ד פסטרנק נ' חברת יוסף לוי –** מכתב המעיד על עסקה בניית בתים על קרקע בתנאים מסוימים. היו חסרים הפרטים עצמם על הדירות. מדובר על הסכם קומבינציה – היא מוכרת לו קרקע והוא משלם לה כסף ובונה דירות ומחזיר לה שתי דירות. הפירוט של הדירות לא היה קיים בהסכם ולכן הוא לא היה מסוים דיו. **לכן הוא קובע שאין חוזה – פסק דין ישן, חריג בנוף. נועד להראות את הגישה הישנה מול החדשה (רבינאי מן שקד).**

הגישה העדכנית **ברבינאי מן שקד** אומרת שביהמ"ש ישלים את הפרטים. **בעובדיה נ' אדרבי** בית המשפט משלים את מועד העברת החזקה, מועד תשלום היתרה, זהות משלם דמי ההסמכה למנהל מקרקעי ישראל, שימוש במנגנונים שונים (חקיקה דיספוזיטיבית ונוהג). **בחברה לפיתוח נ' חוף התכלת** לכאורה אפשר לחשוב שהיה חסר רק מיקום הנכס, אך למעשה הושלמו הרבה פרטים על ידי בית המשפט שהשתכנע שהייתה כוונה להסכם משפטי כבר באותו השלב.

**מחסור בפרטים ובעיית הצורה**

להלן מספר דוגמאות לחוזים הדורשים כתב: ס' 8 לחוק המקרקעין; סעיף 5(א) לחוק המתנה; סעיף 203 (א) לפקודת העיריות.

לכאורה במקרים האלה, הסיבה שיש דרישה לצורה היא להבטיח את הרצינות של הצדדים. ובכל זאת, הפסיקה התירה הרחבה יתרה של השלמת הפרטים בהסכם באמצעות הסדרי השלמה נורמטיביים גם לעניין הכתב.

נוצרת התנגשות אפשרית עם רצון המחוקק: דוגמה קיצונית לכך הייתה בפסק הדין **תמגר נ' גושן** – הסכמה של הצדדים בעל פה, מחוץ לחוזה, מרפאת את חוסר המסויימות בהסכם. זה סותר את דרישת המחוקק כי מדובר בהשלמה של החוזה בכתב באמצעות הסדר בעל פה, כשהדרישה היא שהחוזה תהיה בכתב. אפשרות זו, נראית בסתירה ישירה לרצון המחוקק שההסכם יהיה בכתב ובכל זאת ביהמ"ש אפשר כן.

**מחסור בפרטים וסעדים** – ההשלכה של מחסור בחוזה יכולה להוביל לפגיעה בסעדים. השופט עציוני **בפסטרנק נ' לוי**, אומר שאפילו אם היה קובע שהחוזה שלם לא היה ניתן סעד של אכיפה. בגלל שהחוזה לא שלם לא ניתן לתת סעד אכיפה, כי לא יודעים מה החוזה מחייב אז לא ניתן לאפשר סעד כזה. **בחוף התכלת** גם הייתה בעיה כזאת. עסקה למכירת מקרקעין לא מסוימת ומנגנון ההשלמה לא יושם בפועל. ביהמ"ש מתמודד עם זה ע"י ביצוע בקירוב של בית המשפט או פיצויים – סעד האכיפה לא מתאפשר כשהחוזה לא שלם אז ביהמ"ש יפסוק פיצויים.

**לסיכום:** חוזים לא שלמים ניתן להשלימם לפי מנגנוני השלמה.

## דרכים להשלים פרטים חסרים בחוזה

מנגנון השלמה פנימי, נוהג, השלמה מכוח הוראות חוק (חוקי החוזים נועדו להקל על מנגנון המשא ומתן – הצדדים לא צריכים לדון במקום מסירת הממכר למשל, כי יש הוראות חוק משלימות).

**הסדר ההיררכי** - מנגנון השלמה פנימי > נוהג > השלמה מכוח הוראת חוק.

**הסדר ההיררכי מורכב** – מנגנון פנימי >נוהג מיוחד > נוהג כללי > הוראות חוק משלימות ספציפיות > הוראות חוק כלליות.

לדוג' בעסקת מכר ההשלמה תגיע מחוק המכר ואם אין אז מחוק החוזים חלק כללי.

לדוגמה: ס' 44 א לחוק החוזים הכללי אומר שחוזה יקוים במקום עסקו של הנושה וסעיף 10 (א) לחוק המכר אומר שהמסירה של הממכר תהיה במקום עסקו של המוכר.

חלק מהוראות החוק יכולות להיות קוגנטיות הגוברות על רצון הצדדים (לדוג': שכר מינימום).

**הסדר ההיררכי המלא** – הוראות קוגנטיות > רצון הצדדים > מנגנון פנימי (בתוך החוזה מנגנון שמשלים אותו) > נוהג מיוחד > נוהג כללי > הוראות חוק משלימות ספציפיות > הוראות חוק כלליות.

**אם אף אחד מאלה לא מאפשר להשלים את החוזה – החוזה נעדר מסוימות ולא נשלים אותו/נכיר בוא, לא התקיימו התנאים של הצעה וקיבול.**

**שיעור מספר 16 9/12/2020**

קיימות הוראות כופות (קוגנטיות) שגוברות על הוראות החוק והנוהג – ועל הרצון הצדדים, ועל כן הם יהיו ראשונות המעלה.

**מה עילת התביעה בחוזים שכוללים הוראות שמפרות הוראות קוגנטיות?** – לדוג' חוזה עבודה שבו יש שכר מתחת לשכר המינימום. לכאורה, עילה נזיקית, על הפרת החובה לשלם שכר מינימום. אפשר להסתכל על זה גם כעילה חוזית – ההוראות נקראות לתוך החוזה. הוראה הנכללת בתוך החוזה, יש חוזה עבודה שכתוב בו שהעובד יקבל מתחת לשכר המינימום. אפשר לתבוע אכיפה של החוזה, בעילות לא חוזיות – הפער לא ישקף את אותה הזכות.

### השלמה לפי מנגנון פנימי לחוזה

**החברה לפיתוח חוף התכלת נ' מנהל מס שבח המקרקעין**

חברה שהגיע להסכם למכור חלק מהנכסים, שם עלתה השאלה לעניין המסויימות – הבעיה בחוף התכלת הייתה שהצדדים לא הסכימו על הממכר. לכאורה, **איך אפשר להשלים בחוזה פרט לזהות הממכר? –** הצדדים קבעו מנגנון השלמה פנימי, שכן יקבע את הממכר שמאי. הצדדים ימנו שמאי מוסכם שיחליט מה הם הנכסים שנמכרים בהינתן התשלום. באותו עניין, ביהמ"ש כפה עליהם חוזה בגלל שהיו הרבה דברים שהם לא הסכימו עליהם והתמורה לא הייתה בהתאם להסכם (פער בין מה שבוצע בחוזה למה שבוצע בפועל), אך ביהמ"ש קבע שהנכס נקבע בהתאם לתמורה, ולכן זה שהפרט חסר הוא לא משנה.

הדיון במנגנונים הבאים נדון באופן מלא בשיעור על מסויימות:

* הותרת פרט להחלטה של אחד הצדדים.
* טווח מחירים/כמויות (אופציה כפולה, השלמה תוך זמן סביר).
* **תמגר נ' גושן** – יישום רחב של **אופציה כפולה**: כשהצדדים מסכימים שהטווח מחירים בו הנכס יימכר בין 100-200, אז המוכר יכל לכפות את ההסכם אם הוא יגיד, אני מוכר ב-100 והקונה יכל לכפות את ההסכם למוכר אם הוא יגיד אני קונה ב-200. לכל אחד ניתנת אופציה לכפות על הצד השני אם הוא מסכים למחיר שהכי טוב לצד השני בטווח והצד השני לא יכל להתנגד, כי השלמה כזאת תהיה חסרת תום לב. במקרה זה, קבלן בעסקת קומבינציה אמר שהדירות לבחירת המוכרת. ברגע שניתנת לצד שטוען כי אין חוזה את האפשרות לאמץ את האופציה הטובה ביותר עבורו הוא לא יכל להתלונן שאין אפשרות לממש את ההסכם. ברגע שניתנן לצד שטוען שאין החוזה את האפשרות להשלים אותו על ידי הצד השני, לחוזה לא יהיה היעדר מסויימות (נתנו לה לבחור איזה דירות שהיא רוצה) – הסוגייה נשארה בצריך עיון, שכן בפסק הדין בית המשפט לא נוקט באופציה הכפולה אך ניתן לאמץ. גם אם לא הייתה הסמכה בעל פה מראש, זה הפיתרון הכי טוב עבור הצד שטוען שאין חוזה.

### השלמה של החוזה לפי נוהג

**בהיעדר מנגנון השלמה פנימי – ס' 26 לחוק החוזים חלק כללי (השלמת פרטים):** פרטים שלא נקבעו בחוזה או על פיו יהיו לפי הנוהג הקיים בין הצדדים, ובאין נוהג כזה – לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג, ויראו גם פרטים אלה כמוסכמים.

**התחקות אחר רצון הצדדים : הרעיון סעיף 26 לחוק החוזים חלק כללי**

* נוהג מיוחד.
* נוהג כללי – החוק מכיר בהסדרים שקיימים בשוק – עסקאות הנמצאות בשוק מפותח לא רק מבחינת הסדרים עסקיים אלא בעיקר מבחינת הסדרים חוזיים, שקיימים בין הצדדים בשוק, הם ברקע של העסקה הספציפית משליכים על האינטרקציות.
* **( Lisa Bernstein)** מתחקה אחר **שוק היהלומים בניו יורק –** דוגמה לעסקאות בעשרות אלפי דולרים שמתבצעות בלחיצת יד, שבהן מועברת הסחורה לפני שמועבר התשלום ויש בהם הסדרים מאוד מורכבים ליישוב סכסוכים. אין הסכמים בכתב, ועם זאת הפרות זה אירוע נדיר, יש סכסוכים לגבי שווי ממכר אבל התנערות מהסכם מאוד נדיר בטח כשמדובר בפנייה לבתי משפט. זה לא אומר שאין להם הסדרים חוזיים, להיפך – זה אומר שיש להם תרבות חוזית מאוד מפותחת. היא גם מתחקה אחר **שוק הבשר ושוק הכותנה-** כל החוזים שלהם מאוד מורכבים אבל לא ניתן לראות את זה בחוזה, **יש מנגנון שלם של נוהג שמשלים את ההסכמים האלה**. ולכן החוק מאמץ את ההבנה שבשווקים מהסוג הזה יש מנגנונים חוזיים מורכבים שמשלימים את התוכן של החוזה הספציפי ומשקף את רצון הצדדים תופעה מיוחדת בשוק הכותנה – סכסוכים על איכות הממכר לא מגיעים לבית המשפט, אלא לוועדות פנימיות של סוחרי כותנה שיכריעו – מערכת חוזית שעוקפת את בתי המשפט. לכאורה, מנגנון מוזר – הסיבה שאנו רוצים שתנאים יהיו מוסכמים בהסדרים היא שנוכל לאכוף את בתי המשפט. הסנקציה כאן, לא חייבת להיות משפטית במובן של ביהמ"ש אוכף את הסנקציה, אלא סנקציה מסחרית או של ניגודים מקצועיים – **ועל כן היא מראה שיש מערכת שלמה של הסכמים שההפרות שלהן מנוהלות בתוך הקבוצה המסחרית ששומרות על פעילות השוק, גישה שיותר טובה ממה שנשלט על ידי ביהמ"ש בגלל שהם מומחים לתחומם.** **כולם מוסדרים בנוהג ולא מופעים בהסכם.**

### השלמה של החוק לפי הוראות חוק משלימות

**תאוריה של כללי ברירת המחדל – הגישה הכלכלית:**

כללים שמתחקים אחר הרצון ההיפותטי של הצדדים. מתאים לגישה כלכלית, מאחר שמטרת הגישה הזאת היא לא להתחקות אחר רצון הצדדים אלא לחסוך להם משא מתן. **מתאים לתאוריה של צדק הסכמי**: חוזים חסרים זאת תופעה קיימת ועל מנת להשלים אותה יש להתחקות אחר הרצון ההיפותטי של הצדדים.

דוגמאות:

* **ס' 40 לחוק החוזים** -  חיוב יכול שיקויים בידי אדם שאיננו החייב, זולת אם לפי מהות החיוב, או לפי המוסכם בין הצדדים, על החייב לקיימו אישית – **ההבדל עם סעיף 6 לחוק המחאת חיובים**: חבותו של חייב ניתנת להמחאה, כולה או מקצתה, בהסכם בין החייב לבין הנמחה שבאה עליו הסכמת הנושה, זולת אם נשללה או הוגבלה עבירותה לפי דין – **להפסיק להיות צד להסכם ולהעביר את ההסכם לאדם אחר**. המחאה של זכויות לא נדרשת הסכמה של הצד השני. אך לנושה, אכפת לדעת מי החייב שעומד מולו, חשוב לו לדעת שהחייב הוא בעל פרעון ושניתן יהיה לתבוע אותו. **את המחאת החיוב כברירת מחדל לא נרצה לאפשר.** לפי ס' 40 לחוק החוזים, קיום החיוב על ידי אחר, ללא הסכמת הנושה – זה לא משנה כי עדיין **החייב נשאר חייב,** הוא לא מעביר את ההסכם למישהו אחר. הוא לא יכל להעביר את החובה החוזית שלו בלי הסכמה.
* **ס' 42 לחוק החוזים** – קיום לפני המועד, כל עוד נמסרה הודעה ולא יפגע בנושה – כברירת מחדל מותר לו אלא אם הצדדים הסכימו אחרת.
* **ס' 10 לחוק המכר** – מסירה במקום עסקו של המוכר.

**האם כלל ברירת המחדל צריך להיות נטרלי** – כזה שלא מעדיף אף אחד מהצדדים? – הצדדים מתמחרים את ההסכמים החוזיים. אם החוק מעדיף צד אחד, זה לא פוגע בצד השני. אבל, אם ההסדרים הם לא נטרלים והצדדים צריכים לתמחר אותם, זה יכל ליצור עלויות של משא ומתן.

* **כללי ברירת מחדל עונשיים:**
  + סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות).
  + המטרה – להעלות נושא בכוונה במשא ומתן.
  + פיצוי מוסכם – זה שקובעים שהפיצוי המוסכם הוא מקסימלי (מוגזם) מורידים אותו לקצה המקסימלי של התחום גורם לזה שאין ברירת מחדל עונשית ושהכי טוב יהיה לקבוע את הסכום הכי גבוה שהוא יכל, במקרה הכי גרוע יורידו לו את המקסימום לטווח ולכן אין כאן סנקציה.
  + חוק שכר שווה לעובד ולעובדת.
  + דוגמה: **סעיף 41 לחוק החוזים:**" חיוב שלא הוסכם על מועד קיומו, יש לקיים זמן סביר לאחר כריתת החוזה, במועד שעליו הודיע הנושה לחייב זמן סביר מראש." **למה הנושה מחליט על מועד קיום החיוב**? הסיבה שנותנים לנושה זה כדי לגרום לחייב לעלות את זה מיוזמתו. לחייב יש אינטרס להשאיר את העניין מעורפל, לכן ברירת המחדל שמעדיה את הנושה מחייבת את החייב להעלות את הנושא בעצמו.

**תאוריה של כללי ברירת מחדל - קידום צדק**

**לא כדי לקדם את התועלת החוזית, אלא כדי לקדם שיקולים של צדק. אם הצדדים לא מתמחרים הוראות חוק משלימות ולא נוטים לסטות מהם יש מקום לבנות הסדרים משלימים צודקים.** ברירת המחדל – איזון בין הצדדים (אין סיבה להעדיף צד אחד על השני), האיזון הוא צודק ואם לא, נעדיף את אחד מהצדדים. תאוריית של קידום צדק תגיד – עדיף ברירת מחדל של כללים מאוזנים.

**ברירת מחדל – איזון בין הצדדים:**

* ס' 42 לחוק החוזים – קיום מוקדם עושה צדק עם הצדדים.
* ס' 43 לחוק החוזים – מועד קיום חיוב נדחה – אם מסיבה התלויה בנושה – עד הסרת המניעה, אם תנאי לקיום הוא חיוב של הנושה – עד שיקויים החיוב, אם הצדדים מחוייבים לקיים יחד – עד שהנושה יהיה מוכן לקיים את חיובו.
* ס' 45 לחוק החוזים – קיום בבינוניות.
* ס' 46 לחוק החוזים – תשלום בסכום ראוי לפני הנסיבות במועד הכריתה.
* אם הצדדים לא מתמחרים הוראות חוק משלימות, ולא נוטים לסטות מהם, יש מקום לבנות הסדרים משלימים צודקים.
* **קידום צדק בין הצדדים** – התערבות רכה שהצדדים יכולים לסטות ממנה (זה, אלא אם תקבעו אחרת). זה מאפשר לחייב להציף את הסוגייה מול הצד השני. חנות שאומרת אני לא מעוניינת שתהיה לי מדיניות החזרת מוצרים לפי חוק הגנת הצרכן, חייבת להודיע לצרכנים מה מדיניות החזרת המוצר אצל החנות – מדיניות החזרה במקרים שאין סטיה מברירת המחדל.
* **קידום מטרות חברתיות באמצעות חוזים דרך ברירת מחדל** – אם אני חושב שהצדדים לא מתנים על כללי ברירת המחדל כי הם **" Sticky default"** – כאלה שלא נוטים להתנות עליהם. לדוג': בארה"ב היה שלב שבו חייבו מעסיקים לאפשר לעובדים לקבל פנסיה, אך כדי לקבל זאת היה צריך לבחור קרן פנסיה ואם לא בחר כברירת מחדל לא היו מפרישים לאף קרן וגילו שרוב העובדים לא בחרו ולא הפרישו להם פנסיה. אז החליטו לשנות את הבררת מחדל – מראש מפרישים לקרן פנסיה אלא אם תבחר אחרת.
* **עיצוב ערכים** – פטרנליזם רך. יצירת ברירת מחדל, ונתינה לסטות כמה שרוצים. בגלל שהן דביקות, והרבה לא סוטים מהם, זה ישפיע על החברה (מעצב מודעות).

### הוראות חוק קוגנטיות

באיזה סיטואציה נרצה הוראות כופות?

רק כשיש צד מאוד חזק וצד מאוד חלש – נרצה להתערב אקטיבית בתוכן החוזים. זה לבד לא יספיק, נרצה שהצד החלש יהיה כפוף ללחצים של הצד החזק או שהוא סובל מחוסר מודעות. זה שהוא כפוף ללחצים לא אומר שמדובר בחוזה לא יעיל, הצד החזק לא יקבע חוזה לא יעיל. אם הצד השני לא מיודע (לא מבין מה התנאים של החוזה אומרים), ויש צד שיכל לעצב את החוזה איך שהוא רוצה – אז החוזה יכל להיות גם לא יעיל.

דוגמאות מדיני עבודה:

* חוק שעות עבודה ומנוחה – אם העובד לא שוקל את הדברים באופן מלא, תהיה התערבות מוצדקת על מנת לדאוג שלעובד יהיו שעות מנוחה על אף שבהתחלה הוא לא היה מיודע אליהם.
* פיצויי פיטורין – העובד זכאי לפיצוי אם המעביד סיים את יחסי העבודה והוא לא זכאי אם הוא בחר לסיים את יחסי העבודה (היום – רוב העובדים מקבלים הפרשה לפיצויים). לכאורה יכל להצביע על חוסר מודעות של שני הצדדים של הצד השני במועד סיום העסקה. הסדרים קוגנטים שנועדו להשלים תפיסה של עלויות שהצדדים לא חושבים עליהם לבד.
* הפרשה לפנסיה.
* שכר מינימום.
* חופשה שנתית.

דוגמאות נוספות:

* חוק הגנת הצרכן – אחריות ושירות לאחר מכירה, הוראות לביטול עסקה.
* חוק המכר (דירות) – הבטחת השקעה של רוכשי דירות – הסדרים קוגנטיים רבים (חלופיים) להבטחת ההשקעה.
* חוק החוזים האחידים – נותן כרטיס פתוח לבתי משפט להתערב בהסדרים שנתפסים כבעייתיים.

**האם ההוראות הקוגנטיות מגנות על הצד החלש?**

* **שכר מינימום** – עשוי לפגוע בעובדים חלשים. מה יקרה כשמעלים אותו? נתייחס רגע לעובד הכי גרוע בחברה. ועכשיו מחייבים את המפעל להעלות את השכר שלו, הוא לא מייצר מספיק הכנסה למפעל כדי להצדיק את השכר –כתוצאה מכך העובד יפוטר ולא ימצא מקום עבודה אחר כי אף אחד לא יהיה מוכן לשלם לו את שכר המינימום. **פוגעת בעובדים חלשים על מנת לעזור לעובדים קצת פחות חלשים.**
* **הבחנה בין אקס אנטה ואקס פוסט** – הערמת קשיים בפיטורין – חובת שימוע, הודעה לפני שימוע וכו' שנועדו להקשות. זה מגן עליהם לאחר שקיבלו את העבודה ולפני שמפטרים אותם. אם אני יודעת שקשה לי לפטר מישהו, העלות שלו עולה ולכן שכר שלו ירד. אחרי שהוא קיבל עבודה, החוק מגן עליו, לפני, לא.
* הגבלה על שכר דירה – פגיעה בשוק. מסייע לכל מי ששוכר דירות, אך מה עם מי שירצה לקנות דירה להשקעה? התשואה תהיה נמוכה. עלול לפגוע בשוכרים ולא לשפר את מצבם, שכן פחות משקיעים ירצו לקנות דירות להשקעה, כתוצאה מכך ההיצע ירד והשוק יפגע.

### השלמה בעל פה בסתירה להוראות המשלימות

מה קורה כאשר יש הוראות חוק משלימות והצדדים התנו עליהן בעל פה.

### הותרת פרטים למו"מ עתידי לעומת חוזה לניהול מו"מ

התחייבות חוזית לעניין שאנהל משא ומתןאו שיש חוזה שלא הושלם ובשלבי ניהול המשא ומתן או שהשארנו פרטים שצריכים להשלים אותם.

**גלר נ' תאטרון חיפה:** האם זה היה הסכם לניהול משא ומתן או חוזה שחסרים לו פרטים**. האם ניתן לפסוק בגין הסכם לניהול משא ומתן פיצויי קיום?** לכאורה לא, כי יכל להיות שהמשא ומתן לא יבשיל לכדי הסכם. הפיצוי לא משקף את הנזק הזה, פוסקים בפס"ד פיצוי של 10,000. לכן ברנזון אומר שהיה הסכם מושלם עם פרטים חסרים. הוא פוסק פיצוי גבוה, הוא היה אמור להרוויח 7,000, במקום הקטין את הנזק והרוויח 2000 כלומר הנזק שלו 5,000 בלבד – פי 2 מהנזק שקרה.

# צורת החוזה

## מבוא

**ס' 23 לחוק החוזים:** חוזה יכול שייעשה בעל פה, בכתב או בצורה אחרת, זולת אם היתה צורה מסויימת תנאי לתקפו על פי חוק או הסכם בין הצדדים.

**צורת החוזה – חלק מחופש החוזים.** רק כאשר יש חריגים, דרישה צורנית בחוק (התחייבות לעסקה במקרקעין והסכמי ממון).בדרישת הכתב קיים גם יתרון ראייתי – מיצוי הטענות על מסמך הכתב**. היתרון מתבטא בסעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העתמאני:** תביעות הנוגעות להתחייבויות וחוזים או לשותפות, למוכסנות או להלוואות שעל פי הרגיל והנהוג הם נעשים במסמך בכתב, והעולות על עשר לירות, צריך להוכיחן במסמך בכתב... טענה ותביעה נגד מסמך בכתב בנוגע לדברים האמורים, אף אם אינה עולה על עשר לירות, צריך להוכיח בכתב או על ידי הודאתו או פנקסו של הנתבע".

הפירוש המקובל: כאשר נהוג לערוך חוזים בכתב, יש להוכיח את החוזה באמצעות מסמך. אולם, מאחר שהדרישה ראייתית, ואינה מהותית, הסתפקו בבדל הוכחה של אחד ממרכיבי העסקה בכתב.

גם ללא סעיף 80, מתקשים לסתור ראיה בכתב באמצעות ראיות אחרות. התפיסה המקובלת היא שנצפה שהסכם יהיה בכתב ואם יש טענות שלא מופיעות בכתב לא נקבל אותן ככלל. **לכלל הזה יש חריגים – הסדרים חיצוניים למסמך בכתב.** **דוגמאות:**

* **תנאי מתלה** – תנאי שאומר מתי ההסכם בכתב נכנס לתוקף יכל להיות מחוץ לחוזה.
* טענה לתרמית ואי חוקיות (לדוגמה הטענות העובדתיות בעניין **זוזשטיין נ' גבסו**, היו שהמוכרים רצו לכתוב מחיר נמוך כדי לרמות את רשויות המס. טענה כזאת, הגיוני שלא תופיע במסמך, כי כל הרעיון באי החוקיות היא שבמסמך לא מופיע המחיר האמיתי).
* בעניין **בן ציון נ' אזולאי** – בית המשפט העליון התיר להציג ראיות בע"פ ביחס לקיומו של תנאי מתלה וכן ביחס לסעיף של האי חוקיות מתוך הבנה שהסדרים כאלה יכולים להיות מחוץ למסמך.

## דרישת כתב מהותית

* התחייבות לעשות עסקה במקרקעין (ס' 8 לחוק המקרקעין).
* התחייבות לתת מתנה ס' 5(א) לחוק המתנה.
* ביטוח – ס' 2 לחוק החוזה ביטוח.
* הסכם ממון – דרישת כתב וכן אישור של בית המשפט.

### התחייבות לעשות עסקה במקרקעין

התחייבות להקניית זכות במקרקעין שלא על פי הורשה. העסקה מושלמת בשעה שמבוצע רישום ברשם המקרקעין. עסקה היא ביצוע רישום אצל רשם ממשלתי. ניתן לקנות "התחייבות" לעסקה במקרקעין, כלומר קנייה של זכות:

* זכויות במקרקעין – בעלות, שכירות, חכירה וחכירה לדורות, משכנתא, זיקת הנאה, זכות קדימה.
* עסקה במקרקעין – הקניית זכות במקרקעין שלא על פי הורשה. העסקה מושלמת בביצוע הרישום ברשם המקרקעין.
* התחייבות לעשות עסקה בקרקעין טעונה בכתב למעט שכירות רגילה (מתחת 5 שנים).

למה אנו רוצים דרישת כתב מהותית?

* תכלית ראייתית – ודאות לגבי קיומו של חוזה ותנאיו.
* הבטחת רצינות הצדדים לעסקה, מעבר להבעה חיצונית לגמירת הדעת. אם הדרישה היא מהותית זה מצדיק אי הכרה בחיובים ההדדים אפילו אם אין מחלוקת לגבי כוונת הצדדים ותוכן ההסכם.
* דרישת הכתב בעסקת מקרקעין – גודל העסקה, חשיבות הרישום.
* דרישת הכתב בהתחייבות למתנה – הבטחת הרצינות של נותן המתנה.

אם דרישת הכתב היא מהותית, אז כדי ליצור הסכם בכתב הוא חייב לעמוד בתנאים ההכרחיים להכרה בהסכם – מסוימות וגמירות הדעת.

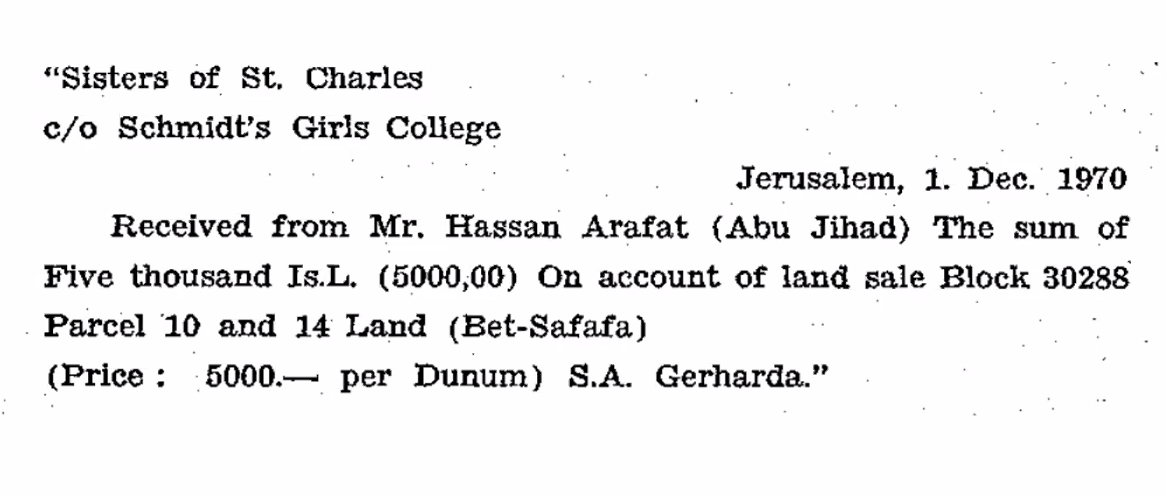
**מסוימות בהתחייבות לעסקה במקרקעין –** **קפולסקי נ' גני גולן (השופט עציוני)**:

* שמות הצדדים.
* מהות הנכס.
* מהות העסקה.
* מחיר.
* תנאי התשלום.
* הוצאות ומיסים.

פסיקה מאוחרת הוסיפה שני תנאים נוספים – מועד המסירה ומועד העברת הפעלות. הם לא אותו דבר – הבעלות עוברת ברישום ברשם המקרקעין.

**הדרישה שהופעה בקפולסקי רוככה, אם ניתן להשלים את הכתב באמצעות השלמה נורמטיבית אז זה לא חייב להיכתב. ראינו זאת בפסק הדין רבינאי נ' מן שקד ע"י השופט ברק.**

לא רשימה סגורה, יכולים להיות תנאים נוספים וזה תלוי בנסיבות העניין – **קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס הקדוש, להלן המסמך בפס"ד: דוגמה קיצונית להסכם מקוצר מאוד. חסר כאן מועד תשלום, יש את זהות הממכר, אין את ההתחייבות לתשלומי מיסים. למעשה, רוב הפרטים לא מופיעים אבל ביהמ"ש טוען כי הם ניתנים להשלמה.** התשלום יהיה תוך זמן סביר, כמו כן המסירה, הרישום בטאבו יהיה בזמן סביר לפי התנאים של מרשם מקרקעי ישראל.



באותו עניין ההסכם נכתב לפני חוק החוזים – ביהמ"ש השלים לפי הנוהג שהיה קיים. מערב באופן מלא בין דרישת המסויימות והצורה – **מספיק שיהיה כתב פשוט, והמסוימות תושלם על בסיס הוראות השלמה נורמטיביות.** **העניין של כתב הוא שאלה של מסויימות**, אך אם רצינו את דרישת הכתב כדי להבטיח את רצינות הצדדים זה עוקף את זה, כי זה לא מראה רצינות של הצדדים כי מאפשרים השלמה מאוד רחבה של העסקה. ריכוך נוסף בדרישת הכתב אף מוביל לפגיעה ביסוד גמירת הדעת, שכן דרישת הכתב מראה על גמירות הדעת של הצדדים. היינו מצפים שלא ניתן להשלים את דרישת הכתב ובכל זאת רואים ריכוך, המוביל גם לפגיעה ביסוד גמירות הדעת.

**הסכמה בעל פה והשלמה לפי דין**

**כיצד השלמה בעל פה מתיישבת עם דרישת הכתב?** הצדדים יוצרים מסמך חסר לעסקה. המסמך ניתן להשלמה נורמטיבית. הצדדים מגיעים להסכמות בעל פה שלא מתיישבות עם ההשלמה הנורמטיבית:

* **ברון נ' מנדיס: לא סוכם המועד של מסירת הממכר והציעו להשלים את זה לפי סעיף 9א לחוק המכר. העמדה של השופטת בן פורת** – כשהצדדים הסכימו בעל פה משהו אחר, לא ניתן להשלים אותו לפי דרישת הכתב, ולכן אין הסכם בין הצדדים שכן עסקת מכר טעונה בכתב. **כל סטייה מהוראות הדין לא מאפשרת השלמה נורמטיבית על כן ההסכם חסר ולא עומד בדרישת הכתב לפי קפולסקי ואין חוזה בין הצדדים.** תוצאה מוזרה. אם הצדדים לא מסכימים על כלום יש חוזה, אם הצדדים מסכימים על פרטים אין. (אם צדדים מסכימים על משהו בעל פה אין חוזה אבל אם לא – אין חוזה). **בפסק דין מאוחר יותר, שומרוני נ' רוזנבלום, נקבע כי כל סטיה מהוראות הדין מונעת השלמה נורמטיבית ואם לא ניתן לעשות כן ההסכם חסר ואם כך אין חוזה בין הצדדים. הסכמה בע"פ לא מאפשרת השלמה של ההסכם באמצעות הדין.**
* **תמגר נ' גושן**: **איך זה מתיישב עם הגישה בברון נ' מנדיס**? לא היה רשום בהסכם את זהות הממכר, אבל הייתה הסכמה בעל פה שהיא זאת שתבחר את הדירה. ההסכמה בע"פ סותרת את מנגנון ההשלמה הנורמטיבי. מעין מנגנון השלמה בע"פ עומד בסתירה לברון נ' מנדיס והופך את פסק הדין. דרך נוספת ליישב את הסתירה , זה היה מנגנון השלמה חוזי - מנגנון האופציה הכפולה. כשזהות הממכר לא מצויה בחוזה אבל כשהחוזה קובע איך להשלים אותו – יישום של מה שהכי טוב לצד השני ישלים אותו.מתיישב עם עקרון תום הלב – אתה לא יכל לטעון שלא נכרת חוזה אם אתה מקבל את האופציה שהכי טובה לך, כשיש הוכחה מובהקת לגמירות דעת ורצון להתקשר בין הצדדים.

**שיעור מספר 17 14/12/2020**

**איך היינו יוצרים מנגנון ששומר על העיקרון שדרישת הכתב היא דרישה מהותית וגם, מאפשר לצדדים להגיע להסכמות בניהם מחוץ לחוזה בכתב?** לכאורה, אם יש הסכמה בע"פ והצדדים מודים בה, חייבים להכיר בה כהשלמה, כך שתמגר נ' גושן היא תוצאה הכרחית. **אך מה קורה כאשר יש מחלוקת בין הצדדים לגבי הפרשנות בעל פה** – לא יכל להיות שהצדדים הגיעו להשלמה בעל פה, הם חלוקים לגבי מה שהם הסכימו והמצב הזה גרוע יותר מהמצב שבו הם לא הסכימו בכלל או לא דנו בכלל. לכן במצבים אלה, נניח שהצדדים לא הגיעו להסכמה בעל פה והשלמה צריכה להיות השלמה נורמטיבית, כלומר אם היינו מוכנים להשלים את ההסכם הכתוב קודם, יש לעשות זאת גם כעת.

מצד שני יש להיזהר בהשלמה. אם המטרה של דרישת הכתב בחוזה מקרקעין היא לוודא את רצינות הצדדים צריך שההסכם יוודא את רצינות הצדדים. ואם יש פרטים מהותיים לעסקה שלא כתובים בהסכם בכתב, ובגלל זה אנחנו לא יודעים שהצדדים חשבו עליהם לעומק, זה יהיה לא נכון להשתמש בעקרונות ההשלמה הנורמטיבית, כי דרישת הכתב היא מהותית. לכן ביחס לאותם פרטים שבהם ההשלמה היא בעייתית צריכים להגיד שאין הסכם.

**אפשרות לנתבע לבחור (דומה לאופציה כפולה בפן המרחיב שלה):** **הצעתו של פרידמן:** אם דרישת ההשלמה היא ביחס לפרט מהותי, נגיד לנתבע (הצד שסבור שאין חוזה מחייב) לבחור. אם היינו מוכנים להשלים את זה בהשלמה נורמטיבית היינו כופים על הצד שטוען שאין חוזה מחייב הסכם שאפילו לא עומד ברצינות ולא מביע את דרישת הרצינות, אך אם נותנים לו את האפשרות, הוא לא יכל לטעון שכופים עליו הסכם שהוא לא מעוניין בו.

### בעיית החתימה

ריכוך נוסף באשר לדרישת הכתב מדבר על בעיית החתימה. חתימה נתפסת בראיה של הדיוטות כתנאי הכרחי להסכם, שתפקידה להוות ראייה לגמירות דעת הצדדים. אין לחתימה תפקיד במסוימות, אך החתימה כן אומרות לנו שהצדדים החליטו להתקשר בהסכם שמחייב אותם משפטית. ברור לגמרי שהצדדים יכולים להתנות את כריתת ההסכם בקיומה של חתימה. ברור שאם הצדדיים רואים בחתימה תנאי לתוקף ההסכם (בהתאם לנוסחת הקשר של ברק בפסק דין **רבינאי נ' מן שקד**) להעדר חתימה משמעות במישור גמירת הדעת ולא יהיה תוקף להסכם. לכאורה היינו אומרים שהחתימה היא חלק מדרישת הכתב, שכן לא מספיק מסמך כתוב, אלא מסמך שמעיד על קיבול וגמירת דעת בין הצדדים. השאלה אם יש נפקות במישור הצורני. הצדדים יכולים להתנות את כריתת ההסכם בקיום של חתימה.

**בוטקובסקי נ' גת** – חברה קבלנית שמכרה דירה לקונים, לחיצת ידיים והשקת כוסות וקביעה לפגישה לחתימה על ההסכם אצל העורך דין. לא הייתה פגישה והחברה מכרה את הדירה לגורמים אחרים ומכאן שלא הייתה חתימה על ההסכם. בעצם אומרים שאין קדושה לחתימה ומנסים להבין מה הראיות האחרות שמשמשות**. נמצאים נימוקים ללמה אפשר לקבל את ההסכם בלי חתימה המעידה על גמירות דעת.** **להלן הנימוקים:**

* המסמך נמצא אצל בוטקובסקי ונוסח כהסכם.
* עותק של המסמך נמסר לרוכשים, בוטקובסקי ידע שאם הוא היה חותם אז זה היה מחייב את הלקוחה.

לכאורה, מדובר בנימוקים חסרים. ניתן גם להגיד שהגיעו לשלב במשא ומתן ולא הייתה ראייה לגמירות דעת של הצדדים וחותם העסקה. אם אנחנו חשובים על דרישת הכתב כמהותית כולל הבעות של גמירות דעת במסגרתה אז בוטקובסקי לא הגיוני לפי הגישה הזאת. **אך אם דרישת הכתב היא דרישה ראייתית צורנית, אז בוטקובסקי מאוד הגיוני.** **דרישת הכתב היא רק ראייתית ולכן השופטים אומרים לנו בוטקובסקי – יש ראיות אחרות לגמירת** **דעת** (לדוג: השקת הכוסות). ולכן בעצם הויתור על חתימה על המסמך מרככת את יסוד גמירות הדעת בדרישת הכתב.

### שינוי וביטול עסקה הטעונה בכתב

מה היחס לדרישת הכתב בנוגע לשינויים בהסכם – כשיש דרישת כתב מהותית - שינוי קל לא דורש מסמך, **אולם שינוי ביחס לתנאים המהותיים מחייב כתב.** חוזים יכולים להתנות על שינויים בחוזה (לדוג': שינויים בהסכם רק בכתב).מה אם יש דרישת כתב מהותית הדין ואין הסדר בין הצדדים כיצד הם רוצים לעשות את השינוי, והם רוצים לשנות משהו בהסכם. ההסדרים של חוזה מחייב בכתב הם הסדרים קוגנטים. שינוי ההסכם כמוהו ככריתת הסכם ולכאורה הצדדים לא יכולים לשנות בניהם את העסקה בע"פ או להסכים להתנות על ס'8 לחוק המקרקעין.

במקרה שהצדדים מסכימים על משהו בעל פה (**פרידמן וכהן** מציעים בספר שלהם על חוזים):

* **חוסר נפקות לשינוי:** אם הצדדים הסכימו בעל פה - חוסר נפקות לשינוי. דוגמה: בחקיקה, מה יקרה אם יש חוק שפוגע בזכות חוקתית ותוקן, והתיקון גם פוגע בזכות חוקתית – מה קורא אם בגץ פוסל את החוק שתוקן – האם בגץ יכל לפסול את החוק החדש כאשר מחזיר את החוק הקודם לתוקפו.
* **בטלות ההסכם:** כל החוזה בטל. יש כאן בעצם שתי עסקאות, עסקה אחת שלא מתקיים יסוד גמירות דעת כי הצדדים רצו לשנות אותה ועסקה נפרדת ללא יסוד הכתב (השינוי) ובעצם אין אף עסקה שמתקיימת כלפיה גם גמירות הדעת וגם הסדר הכתב– ולכן השינוי מאוחר בעל פה לחוזה בכתב מבטל את שני החוזים. תוצאה קשה אם הצדדים לא היו מעוניינים לבטל את החוזה הראשון.

\*תיקון טעות סופר – לא דורש הסכם בכתב. לביהמ"ש יש סמכות לתקן טעות סופר.

### השתק ותום לב מול דרישת הכתב

אם הצדדים לא השלימו את דרישת הכתב כדי לעשות פעולה פסולה אז הסיטואציה לא יכולה לאפשר לכך שהם יתחמקו מהחיובים שלהם לפי ההסכם.

**זוננשטין נ' גבסו: פסיקה שמשתמשת בתום לב כדי להתגבר על דרישת הכתב.**

**ברק (מיעוט) –** אם אנחנו סבורים שצדדים לעסקה לא הגיעו להסכמה ולא השלימו את העסקה בכתב כדי לעשות פעולה פסולה (להתחמק מתשלום מס) אז הסיטואציה לא יכולה לאפשר שהם יתחמקו מההסכם. כלומר, הסיבה שהצדדים לא הגיעו להסכם בכתב היא רלוונטית. הוא לא אומר שיש הסכם בין הצדדים כי הוא לא יודע להגיד כן מאחר שהערכאה הקודמת לא בדקה את זה לעומק, היא אמרה שאין דרישת כתב ולכן אין הסכם. אם הסיבה שהם לא הייתה דרישת הכתב עקב הפרה של חובת תום הלב, אז חייבים להשלים את הכתב. על כן, הוא לא מגיע להכרעה כי צריך להחזיר את זה לערכאה הקודמת שלא בחנה זאת מספיק. **בן פורת –** אי אפשר להשלים את הפרטים כשהם חלוקים עליהם לפי העמדה **בברון נ' מנדיס** – מחלוקת לגבי ההשלמה אז לא ניתן להשלים וזה שזה נובע מחוסר תום לב היא לא רלוונטית כי אין כתב ולא ניתן להשלימו שכן מדובר בדרישה מהותית.

**היה אפשר להשתמש בתפיסה של השתק הבטחה כדרך להתגבר על דרישת הכתב זינגר נ' קימלמן:** ברגע שהצד השני הבטיח להתקשר על בסיס ההסכם והוא מפר את ההתחייבות שלו בחוסר תום לב אז צריך למנוע ממנו להעלות את הטענה של היעדר כתב דרך המושג של השתק הבטחה, כדרך להתגבר על דרישת הכתב. **השופט בייסקי – הרעיון הזה ירוקן את הדרישה מתוכן, המשמעות היא שתמיד כשתהיה הבטחה לא תהיה דרישת כתב. פסק הדין שולל את האפשרות של השתק הבטחה כדי להתגבר על דרישת הכתב.**

### ביצוע מלא או חלקי כתחליף לכתב

**Statute of fraud** - במשפט האנגלי יש אפשרות מרוככת להתגבר על דרישת הכתב והיא רק אם מראים שהייתה הונאה. כלומר, אם מראים שמי שטוען להעדר כתב, הונה הצד השני להסכם. לא מספיק שזה היה חסר תום לב אלא שזאת הייתה כוונתו מלכתחילה, שהוא בנה תכנית שבה הוא יקבל טובת הנאה מהחוזה ולא ישלים את ההסכם עקב היעדר דרישת הכתב אז תרוכך דרישת הכתב. כשאדם מבקש שישלימו מולו את ההסכם מתוך תכנית שלא לעשות כתב ואז להגיד – אין כתב ולכן אין הסכם.

**קלמר נ' גיא: עסקת קומבינציה. העמדה של זמיר (מיעוט): האם לבד אסופת המסמכים עונה על דרישת הכתב?** נגמיש את דרישת הכתב בסעיף 8 כאשר הביצוע הוא חלקי. כלומר הביצוע החלקי של החוזה משלים את הפרטים החסרים יחד עם אסופות המסמכים.לדוגמה לא היה ברור מההסכם אם מדובר בעסקת קבלנות או עסקת קומבינציה ולכן הביצוע משלים את הכתב. **העמדה של ברק:** זה יהיה מעשה זוועה לאנשים שמעודדים אותם להשלים את ההתחייבויות שלהם לפי ההסכם, יוצרים אצלם את התחושה שהחוזה גמור ואז מנסים להתחמק מהביצוע בטענה של היעדר כתב. מתגברים על הדרישה של הכתב המהותי באמצעות חובת תום הלב.

### תרופות בהיעדר חוזה בכתב

כשאין חוזה בכתב שהוא תוצר של ההפרה של חובת תום הלב, מה הסעדים שניתן לתבוע? **בקלמר נ' גיא**, אם חוסר תום הלב זאת הסיבה לאי השלמת הכתב, **אז לכאורה אפשר להתגבר על דרישת הכתב באמצעות חובת תום הלב**.

* **סעדים רגילים של חוסר תום לב במשא ומתן או פגם בכריתה:** אם חוסר תום הלב לא גרם להיעדר דרישת הכתב אלא יש חוסר תום לב בהתנהגות של אחד הצדדים בלי קשר לחוזה בכתב אז אין חוזה אך יש חוסר תום לב במשא ומתן– לכן פתוחים הסעדים של חוסר תום הלב.
* **חוסר תום לב שהמהווה אי השלמת כתב:** אם חוסר תום הלב זה מה שגרם לאי השלמת הכתב (התפיסה של ברק), אז יש לברר מה דרישת הכתב, אם הדרישה ראייתית אז לכאורה לא אמורה להיות בעיה. אם דרישת הכתב היא מהותית אז יש קושי. כי אם אומרים שאפשר להתגבר על דרישת הכתב באמצעות חובת תום הלב, היא לא באמת דרישה.
  + **אולם אם הטענה שבעקבות ההתנהגות הנושה סבור שקיים כתב, יש אפשרות להשלים:** בקלמר נ' גיא הצדדים חשבו שיש בניהם הסכם בכתב. זה נוצר בין השאר כתוצאה מהיחס שהפעיל הצד השני (ההתנהגות חסרת תום הלב שלו), אפשר לחשוב על זה כעל עוד תנאי – אם אין כתב והסיבה היא התנהגות חסרת תום לב של הצד השני וגם חשבו שיש כתב והם טעו לחשוב כך בגלל התנהגות חסרת תום הלב של הצד השני אז תהיה נטייה יותר קלה להשלים את דרישת הכתב.
  + מתיישב עם הבסיס הלוגי של דרישת הכתב המהותית, שנועדה להבטיח את רצינות הצדדים להתקשר בעסקה. כשהצד השני גורם לצד אחד לחשוב שיש כתב למרות שאין אז אי אפשר לצפות מהצד השני שיבין את העסקה יותר ברצינות כי הוא חושב שיש כתב.

**טבוליצקי נ' פרלמן –** הובטח מחסן יחד עם הדירה. המחסן לא כתוב בהסכם, בית המשפט התגבר באמצעות שימוש בעילת התרמית בנזיקין (דרך עוולת התרמית, העוולה של הונאה, עוולה המזכה בפיצוי על נזק)**.**

# תמורה והסתמכות

**במשפט האנגלו אמריקאי אין חוזה מתנה - המשפט האנגלו אמריקאי מכיר בתמורה כיסוד להתקשרות חוזה**, לצד גמירת הדעת ומסוימות. על כן אם ההסכם בין הצדדים מסוים דיו, וברור כי הצדדים גמרו בדעתם להתקשר במערכת יחסים משפטית על בסיסו, אולם הוא נעדר תמורה – לא ניתן להקנות תרופות על בסיס ההתחייבות. דוגמה – סטודנט שמתחייב לעבוד בחינם. העבודה בחינם היא התחייבות למסור משהו ללא תמורה ועל כן לא ניתן לאכוף אותה או לתבוע בגינה סעדים במשפט האנגלו אמריקאי, לא לטובת הסטודנט או המעסיק.

**הסכמי אופציה – האפשרות של צד אחד לכפות על הצד השני לעסקה:**

* **אופציה כחלק מחוזה שלם –** יש תמורה. התמורה היא במסגרת התמורה החוזית רגילה. לדוגמה סעיף אופציה בחוזה שכירות:" בתום השנה אני יכל להישאר לעוד שנה". כאורה סעיף האופציה הוא זכות שניתנת לצד אחד ללא כל תמורה, ועל כן הוא אינו ניתן לאכיפה. אך אם זה נעשה כחלק מחוזה שלם אין עם זה בעיה. האפשרות של המשכיר לעמוד על דמי השכירות בהתאם לאופציה, **אומר שהאופציה לא ניתנת בלי תמורה, כי החוזה נותן תמורה וזה לא משנה האם יש תמורה ספציפית לכל תניה בחוזה.**
* **חוזה אופציה** – חוזה שמקנה אפשרות לחוזה אחר – לדוגמה: לקנות את האופציה, לקנות מניה בעתיד במחיר מסוים (חוזה לרכישה של נכס עתידי במחיר מסוים). חוזה האופציה ניתן בתמורה ולכן אופציה כחוזה נפרד שניתן עליו תמורה גם לא בעייתי.
* **הבעיה זה לחשוב על הצעה ללא חזרה (בלתי הדירה)** – הצעה זו מקנה לניצע זכות לכפוף את המציע לחוזה ללא כל תמורה. הזכרנו שמשפט האנגלו אמריקאי האפשרות של המציע להגביל את עצמו בהצעה בלתי הדירה נתקלה בקושי כי ביהמ"ש אמר שזאת אופציה ללא תמורה ולכן זאת התקשרות חוזית כשלעצמה כשהיא נעדרת תמורה. במשפט הישראלי החוק קובע במפורש את האפשרות להצעה בלתי הדירה ועוד ראינו כי אין את דרישת התמורה כדרישה מהותית.

## התמורה בדיני החוזים הישראליים

בדין הישראלי יש הכרה להתחייב לאפשרות ללא כל תמורה. האפשרות להתחייב ללא תמורה יוצרת כמה הבדלים:

* התחייבות למכור נכס או להעביר נכס ללא תמורה מבחין בין חוזה מתנה וחוזה מכר.
* **חובת כתב ואפשרות חזרה:** התחייבות לתת מתנה טעונה בכתב ומקנה לנותן המתנה זכות לחזרה שלא קיימת בחוזה מכר וצריך להבדיל בין שני ההסדרים האלה – חוזה המכר וחוזה המתנה והצעה מזכה, הצעה שניתנת עם תמורה עקרונית מהותית אבל לא יוצרת חיובים לצד השני.
* הצעה מזכה – הצעה שניתנת עם תמורה עקרונית מהותית, אבל לא יוצרת חיובים לצד השני. דוגמה להצעה מזכה: שוברי הנחה למועדון הלקוחות, שחברה מפרסמת הודעה שהיא נותנת הנחה לחברי המועדון שלה זאת הצעה מזכה ולא צריך להודיע על קיבול כדי להיות זכאים להנחה הזאת, אבל לא מדובר במתנה מהסיבה שהחברה עושה את זה לא בתמורה להתחייבות הקונקרטית אבל במסגרת תמורה כללית (אקט שיווקי) ובפסיקה קבעו שפעולות שיווק שמטרתן להגדיל מכירות הן לא מתנה ובגלל זה גם במשפט האנגלו אמריקאי מכירים באפשרות לעשות התחייבויות כאלה.

### התמורה בחוזה שכירות והשאלה

השאלה מתי קיימת תמורה משפיעה על חוזים בדין הישראלי.

**יש חשיבות לתמורה בהקשרים חוזיים שונים**

**חוק השכירות והשאילה מבחין בין שכירות ושאלה:**

* ס' 1 – שכירות היא זכות שהוקנה בתמורה (להלן-דמי שכירות), להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות" (עם תמורה).
* ס' 26 – "שאילה היא זכות להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות, כשהזכות הוקנתה שלא בתמורה" (ללא תמורה).

**ולא רק שקיימת אבחנה, לאבחנה נפקות, לדוגמה: סיום השכירות וסיום השאילה:**

**ס' 18-** "תקופת השכירות תתחיל עם מסירת המושכר לשוכר". **(המשכיר לא רשאי לבטל את תקופת השכירות שלו, בניגוד לתנאים מסוימים בהשאלה – יש זכויות לשואל שאינן קיימות למשכיר).**

**ס' 29א** – "המשאיל רשאי לבטל את חוזה השאילה כל עוד לא מסר את המושאל לשואל והוא רשאי לסיים את השאילה בתוך תקופתה אם מת השואל או אם המושאל דרוש למשאיל לצורך עצמו והכל בהודעה לשואל זמן סביר מראש".

מה קורה אם הצדדים קובעים חוזה שכירות, והתמורה אינה מהותית? מצד אחד הצדדים התכוונו לחוזה שכירות אבל מצד שני, בגלל שהתמורה לא מהותית יש כאן הסכם שאילה. לפי סעיף 2ג' לחוק השכירות והשאילה – **תכולה דיספוזיטיבי על שכירות** – קיימת במלואה רק על חוזה השכירות. ס' 2ג " **הוראות רק זה יחולו כשאין כוונה אחרת מההסדר**". הסדרים בחוזה השאילה הם ברובם קוגנטים עליהם לא ניתן להתנות.

צדדים שקראו להסכם שאילה הסכם שכירות – לכאורה, יש כוונה אחרת משתמעת מההסכם – הצדדים אומרים, נכון שההסכם הוא שאילה אבל מבקשים להחיל את ההסדרים של חוזה שכירות וכל ההסדרים הדיספוזיטיביים יחולו בהסדר הזה אפילו אם זה חוזה שאילה – זאת ניתן כי על הסכם שכירות יש תכולה דיספוזיטיבית ולכן ניתן להתנות עליהם. נכון גם לגבי חוזה מתנה, שהצדדים קראו לו חוזה מכר – לא ניתן להתנות על ההסדרים הקוגנטיים ולכן על סיווג החוזה יש נפקות לגבי אותם הסדרים קוגנטיים שלא ניתן להתנות. לדוגמה, חוזה מתנה מחויב בכתב.

**חוק החוזים תרופות – ס' 28ב** "הפרת חוזה שאילה לא תשמש עילה לתביעת אכיפה" – תרופות מוגבלות ביחס לחוזה שאילה לעומת חוזה שכירות.

**לסיכום:** מאחר שתמורה בדין הישראלי היא תמורה מהותית, אנחנו צריכים להכריע מה לעשות בחוזה שבו הוקנתה זכות להחזיק **בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות, כשהזכות הוקנתה שלא בתמורה מהותית, אולם הצדדים כינו אותו חוזה שכירות**.  
ד"ר פלד סבור שהדרך היחידה לפרש חוזה כזה באופן שמתיישב עם רצון הצדדים ולא סותר את החוק היא לקבוע כי חלים על החוזה כל התנאים הקוגנטיים בחוזה שאילה, וכל ההסדרים הדיספוזיטיביים של חוזה שכירות**. תוצאה זו מתחייבת שכן מדובר בחוזה שאילה, אולם הצדדים יידעו את בית המשפט שהם מעוניינים לקבל על עצמם את התנאים של חזוה שכירות בעצם כך שכינו את העסקה כשכירות.**

### התמורה בחוזה מקרקעין

**עסקאות נוגדות "**התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום לב – זכותו עדיפה".

**בדומה, תקנת השוק מסדירה הסדר דומה:** "מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך תום לב על הרישום יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון".

### התמורה בחוזה מכר

**מטלטלין**

**עסקאות נוגדות:**  התחייב אדם להקנות לחברו בעלות או זכות אחרת במיטלטלין, ולפני שמסר לו את המיטלטלין או הקנה לו את הזכות חזר והתחייב עם אדם אחר בהקניה נוגדת, זכותו של הראשון עדיפה, אך אם השני התקשר בעסקה וקיבל את המיטלטלין או את הזכות בתום לב ובתמורה – זכותו עדיפה (ס' 12 במיטלטלין).

**תקנת השוק** (34, מכר) נמכר נכס נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה נקיה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ובלבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום-לב.

### התמורה בדיני השטרות

**שטרות**

תמורה בת ערך היא כל תמורה המספקת להעמיד התקשרות פשוטה, לרוב חוב קודם או חבות קודמת.

אוחז כשורה – "אוחז כשורה הוא אוחז שנטל את השטר כשהוא שלם ותקין לפי מראהו ובתנאים אלה.. נטל את השטר בתום לב ובעד ערך ובשעה שסיחרו לו את השטר לא הייתה לו כל ידיה שזכותו קנינו של המסחר פגומה" (**נדרש כי הרכישה תעשה תום לב**).

כשא' מספק לב' שטר ניתן לפרוע אותו או להסב אותו. המשמעות של הכיתוב "למוטב בלבד" – אי אפשר לסחור בשטרות שנותנים. זה חריג, לכלל שאומרים שצ'קים ניתנים להסבה. באופן עקרוני היום כשא' כותב לב' צ'ק דחוי ב' יכול לשמור את הצ'ק ולפדות בבנק בעוד חצי שנה, הוא גם יכל למכור את הצ'ק לג'. התמורה יוצרת משמעות לעניין זכויות בעניין קניין.

### הסתמכות

לעיתים הסתמכות יכולה להוות תחליף חלקי לתמורה. כלומר, הזכות החוזית מתחזקת אף בלי תמורה (ממשית), אם הייתה הסתמכות. דוגמה – חזרה ממתנה – יש זכות לחזרה מהמתנה לפי סעיף 5(ב) לחוק המתנה: "כל עוד מקבל המתנה לא שינה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות, רשאי הנותן לחזור בו ממנה".

כלומר יש זכות חזרה ממתנה רק אם לא היה שינוי לרעה במצבו של מקבל המתנה בעקבות הסתמכות עליה. החוק הכללי אומר שאם אין תמורה אבל הייתה הסתמכות, זכות החזרה מוגבלת.

**השתק הבטחה** – שיעור על תום לב במשא ומתן – **ההסתמכות של הנבטח יכולה להקנות לו אפשרות לטעון טענות כלפי המבטיח שלא היו עומדות לו אחרת וזה אף אם לא ניתנה תמורה**.

נראה כי הסתמכות יכולה להוות תחליף חלקי לדרישת התמורה.

### תמורה שאינה מועילה לצד השני

תמורה יכולה להיות מסירה של זכות גם אם לצד השני אין כל תועלת ממנה. יש לקחת את הדין האמריקאי בערבון מוגבל - הדין הישראלי מצמצם את דרישת התמורה כי הוא מכיר באפשרות להיכנס לחוזה ללא תמורה ולכן תמורה תחשב רק תמורה מהותית.

**עניין Hamer v. sidway –** אחיין ודוד, דוד התחייב לתת מתנה לאחיין אם לא ישתה עד גיל 21, שם את הכסף בחשבון השקעות, הכסף הועבר לHamer, הדוד נפטר מבלי לתת לאחיין את הכסף, האחיין פנה למנהל הנכס של הדוד, לא הייתה תמורה להצעה של הדוד ולכן סירב להעביר את הכסף. **ביהמ"ש פסק – התמורה היא מה שהבן דוד ביצע (החובה).**

**גם חובה מוסרית יכולה להוות תמורה:**

**Webb v. McGowin – האם הייתה תמורה?** לכאורה ניתן להגיע להסכם בתמורה אם מראש עושים זאת (אם תציל אותי אני אתן לך 15$ לכל חייך), כשאתה מקבל את התמורה לפני התחייבות לתשלום אתה לא חייב לשלם**. מדובר על בסיס מוסרי – המשמש כתמורה**. **במקרה הזה יש עוד שיקול**, לא רק שהוא הציל את החיים ומסר תמורה רעיונית לחייב, אלא הוא גם נפצע קשה בתהליך. בנסיבות האלה, לא רק שקיבלת את התמורה מראש אלא נוצרת מחויבות מוסרית – התחייב לתת כסף תמורה להרגיע את המצפון, **לא תמורה מהותית ולכן אם הייתה דרישה מהותית לתמורה זה לא היה עומד בה.**

**שיקולים:**

* בהקשר הזה יכולים לחשוב שאני רוצים לעודד אנשים לפעול כדי להציל אחרים.
* מי שמעוניין לחזור מההבטחה זה לא מי שניצל ומי שנתן את ההבטחה – אלא העיזבון שלו. **בדין הישראלי האפשרות לחזור מהבטחה שניתנה בחיים היא מאוד מוגבלת.**

## התחייבות לתת מתנה

התחייבות לתת מתנה כאשר האדם מת – **האם ניתן לדרוש מהיורשים להמשיך?** – במשפט האנגלו אמריקאי כמובן שלא כי לא מכירים בחוזה מתנה. הפתרון בדין הישראלי כפול – **הכרה בחוזה מתנה, ודרישת תמורה מהותית כדי לא להיכנס לגדרו של חוק המתנה.** חוק המתנה יוצר זכות חזרה (קוגנטית בחלקה) של נותן המתנה.

**שיעור מספר 18 16/12/2020**

### מבוא

מתנה לא יוצרת קושי מבחינת דיני החוזים – הקושי נוצר רק מהתחייבות למתנה עתידית. ההתחייבות לתת מתנה היא חוזה ללא תמורה (להבדיל ממתן מתנה). השוני הוא שהענקת מתנה לא טעונה בחוזה.

כדי שהתחייבות למתנה תהיה אכיפה – צריך להתגבר על דרישת התמורה במשפט האנגלו אמריקאי. בדין הישראלי התמורה היא לא מחסום בפני קיומו של חוזה ולכן הדרישה של התמורה היא מהותית – היא לא קונסטרוקטיבית לקיום החוזה ואינה דרישה לקיומו אלא יש לה משמעות לסיווג החוזה. חוזה ללא תמורה יהיה חוזה שיחולו עליו דינים שונים, ולתמורה יש נפקות שונה בדין הישראלי.

ההכרה במתנה מחייבת הגנה על נותן המתנה. ההתחייבות היא לא מלאה ונותן המתנה יכול לחזור בו. במובן הזה יש בדין הישראלי דרישת תמורה- שהופכת את החוזה לכזה שלא ניתן לחזור בו מההתחייבויות.

הפתרון בדין הישראלי כפול – הכרה בחוזה מתנה, ודרישת תמורה מהותית כדי לא להיכנס לגדרו של חוק המתנה.

חוק המתנה יוצר זכות חזרה של נותן המתנה – בתנאים מסוימים. ההתחייבות היא לא מלאה.

**ס' 4 לחוק המתנה**  מתנה יכול **שתהיה על תנאי ויכול שתחייב את המקבל לעשות מעשה בדבר-המתנה או להימנע מעשותו**; נותן המתנה רשאי לדרוש מהמקבל את מילוי החיוב, ורשאי לדרוש זאת מי שהחיוב הוא לזכותו, ואם היה בדבר ענין לציבור - היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו.

### תנאים וחיובים בחוזה מתנה

ההבדל בין תנאי וחיוב בחוזה מתנה:

**ברקוביץ נ' קלימר** (מכירת דירה לטובת קניית דירה לבת שלה ובעלה, הילדה חלתה בסרטן, נפטרה והבעל לא רצה שהאמא תגור איתם).

**מדוע נקבע שזו מתנה על תנאי ולא מתנה בחיוב? –**

כדי שתמורה תיחשב היא צריכה להיות תמורה מהותית ולכן מדובר כאן בחוזה מתנה מאחר והסכום שהיא נתנה גבוהה יותר מההסכם (השכירות בחדר אחד), היא קיבלה תמורה לא מהותית ולכן מדובר בחוזה מתנה לפי הדין הישראלי.

**מה קורה אם בטל התנאי של חוזה המתנה?** (התגוררות בדירה החדשה) – יש השבה הדדית כדי למנוע עשיית עושר – כל צד משיב את מה שהוא הרוויח.

**התחייבות לתת מתנה – ס' 5 לחוק המתנה:**

1. התחייבות לתת מתנה בעתיד טעונה מסמך בכתב.
2. כל עוד מקבל המתנה לא שינה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות, רשאי הנותן לחזור בו ממנה, **זולת אם ויתר בכתב על רשות זו.**
3. מלבד האמור בסעיף קטן (ב), **רשאי הנותן לחזור בו מהתחייבותו אם הייתה החזרה מוצדקת בהתנהגות מחפירה של מקבל המתנה** כלפי הנותן או כלפי בן-משפחתו או בהרעה ניכרת שחלה במצבו הכלכלי של הנותן.

מוסר המתנה יכל להתחייב לא לחזור בו. אף לפי 5ג הוא רשאי לחזור בו אם הייתה החזרה מוצדקת.

בתנאים מסוימות זכות החזרה מהמתנה היא קוגנטית.

**ויסר נ' שביט – התנהגות מוצדקת לחזרה מהמתנה**

**המשיבים הסכימו להרחבת דירת המערערים על חשבון השטח המשותף, לא עשו כלום עם ההתחייבות, המצב בין השכנים הדרדר, הוגשה תביעה למחוזי לאכיפת ההסכם, המחוזי דחה ומכאן הערעור. הייתה התחייבות לא לחזור ממתן המתנה.**

העמדה של לוין **- דעת מיעוט – לא לבטל את החוזה, פרשנות מצמצמת להתנהגות המחפירה.**

דורנר וטירקל **– דעת רוב – לקבל את הערעור בגלל ההתנהגות המחפירה. מאמצים גישה מרחיבה יותר למשמעות של התנהגות מחפירה.**

### חזרה ממתנה

**הזכות קיימת** רק עם המתנה לא הוקנתה**. מתי מוקנית המתנה? כשמדברים על זכויות זה הופך את זה ליותר קשה, לדוגמה, נכס מקרקעין – המתנה מוקנית בעת הרישום והעברת הבעלות. אבל לפעמים לאנשים אין זכויות במקרקעין, רק זכות שתהיה להם זכות במקרקעין. דוג': קניית דירה והיא "על הנייר". הקבלן מתחייב לבנות דירה ולרשום אותה על שמכם וכרגע אין כלום. הנכס היא הזכות שירשם משהו על שמי בעתיד. העברת המסמך היא העברת הזכות.**

**כיצד מוקנית הזכות? אם רוצים להשלים את העברת המתנה –** דרך לעשות זאת היא מסירת הזכויות בכתב ולא העברת הבעלות בנכס.

ס'6 לחוק המתנה: **בעלות בדבר-המתנה עוברת למקבל במסירת הדבר לידו, או במסירת מסמך לידו המזכה אותו לקבלו, ואם היה הדבר ברשות המקבל - בהודעת הנותן למקבל על המתנה; והכל כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לעניין הנדון.**

**בפסיקה (Hammer and Sideway ) הקושי נוצר כשנותן המתנה הולך לעולמו והיורשם מתחבטים אם הם יכולים להתחמק מהמתנה. במצבים אלה הדין הישראלי דומה לאנגלי והאמריקאי – לא רוצים לסכן את הרצון של אדם שמת ולכן מכירים בהתחייבות החוזית למרות שאין תמורה. בדין הישראלי, ניתנה פרשנות** בע"א ועד הישיבות בא"י נ' מיכאלי **– ביהמ"ש העליון עוסק במצב שבו היורשים רוצים לחזור בהם מהתחייבות למתנה. הזכות קיימת לנותן המתנה אבל לא נתונה ככלל ליורשים והם אינם יכולים לחזור בהם. פרשנות ריאליסטית של הפסיקה בארה"ב מתיישבת עם הפסיקה המפורשת בארה"ב שהזכות לחזור מהמתנה היא רחבה אבל נתונה לאדם שנותן את המתנה.**

# כוונה ליצור יחסים משפטיים, הסכמי פרס ותחרות

## מבוא

**יסוד מתוך גמירת הדעת שהמשפט יתערב לנו ביחסים – כשצדדים גומרים בדעתם להתקשר בחוזה הם צריכים לגמור בדעתם שההתחייבות תהיה כפופה למשפט. למעשה, מדובר ביסוד מתוך גמירת הדעת. מתי למרות שיש כוונה ליצור יחסים משפטיים אין כוונה שכל ההסדר יהיה כפוף לביקורת שיפוטית או מתי המשפט אומר, שהוא אינו נכנס להסכם הזה.**

**חזרה להגדרה לחוזה לפי הריסטייטמנט –** "חוזה הוא הבטחה או מספר הבטוחות אשר הדין מעניק בגין הפרתן תרופה או מכיר בדרך כזו או אחרת בכך שביצוען מהווה חובה".

**כלומר, תיתכן הבטחה המוכרת על ידי הדין, אולם המשפט לא מעניק בגינה סעדים. לכן ההבטחות קיימות אך הן לא חוזה.**

הסכמים שבהם לא בטוח שהצדדים התכוונו שביהמ"ש יתערבו בהם: לדוג': הסכם לארוחת ערב

**לכאורה יכל להיות שזאת לא הבטחה אלא הצהרת כוונות שלא נכנסת להגדרה ולכן לא שואלים אם זה חוזה.**

**הבטחה " הבעת כוונה לעשות פעולה או להימנע מעשותה כאשר הבעת הכוונה נעשית באופן המצדיק הבנה אצל מקבל ההבטחה שהמבטיח נטל על עצמו מחויבות בקשר לעשיית הפעולה או הימנעות ממנה".**

ואם בכל זאת מדובר בהבטחה? ואפילו להבטחה שאי קיומה עשוי לגרום לנזק?

**ארוחה מוזמנת מראש לדייט (תשלום מראש) – אם תבטל, מדובר בנזק ממון ואף יגרם נזק לא ממוני – השפלה בעקבות כך.** אולם – הצדדים לא מעוניינים שבתי המשפט יסדירו את היחסים שלהם. אם היו סבורים שמדובר בהתחייבות שקושרת בחוזה, לא היו מסכימים לה מלכתחילה – ולכן לא הייתה גמירות דעת להתקשר בחוזה.

## הבטחת נישואין – הדין בישראל

קיימות שיטות משפט שלא מתערבות כלל. בישראל יש עילה להפרת הבטחת נישואין אך היא מאוד מוגבלת, יש הכרה מסויימת. ברוב המדינות המשפט המקובל אין עילה ובקונטיננט אין סעד חוזי (קונטיננט – האיחוד האירופי – צרפת, גרמניה, ספרד, איטליה - המשפט הקונטיננטלי הוא המשפט האירופאי). **מדינות המשפט המקובל הן מדינות שהחוק נותן קווים כללים של הדין והדין מתפתח דרך פסיקה.**

ניתן להסתכל על הבטחה להינשא בכמה צורות:

* לא באמת הבטחה (פרשנות לא סבירה).
* הבטחה, אבל ללא כוונה ליצירת יחסים משפטיים. כלומר הייתה הבטחה להינשא אבל הם לא רצו שההבטחה הזאת תהיה בסיס לתביעה.
* אולם שאלה תרבותית – ייתכן שיש כוונה להיכנס למערכת יחסים מחייבת, תלוית נסיבות.

אולם, יכל להיות שהמשפט יגיד שלמרות זאת – הוא לא יתערב על מנת למנוע **הרתעה מפני הפרה** – האם נרצה להרתיע צד שלא מעוניין להינשא לצד השני מפני הפרה של התחייבות? המשמעות של הרתעה היא שאנשים יינשאו למרות שהם לא מעוניינים בזה, לא נרצה לעשות זאת, לא נרצה להרתיע אנשים מלהפר את ההסכם.

**מנגד** – בפסיקה יש סיפורים מזעזעים במיוחד שנראה שלא הייתה שום כוונה מלכתחילה מלהינשא, במיוחד שמצבים שבהם צד אחד מנסה להניע את הצד השני להסתמך על הצעת הנישואין. לדוגמה הריון – מקרים של גברים שהיו נשואים שיצרו את ההבטחה לאישה השנייה ואז נשארים עם האישה הראשונה.

בישראל קיימת הסכמה להתערבות מתונה, לפי הדין האנגלי הישן:

* הפיצוי צנוע – עבור הסתמכות בלבד.
* אין פיצויי ציפייה וכמובן שאין אכיפה.
* במקרים חריגים – פיצוי על נזק לא ממוני **– פס"ד פלונית נ' פלוני**, הצעת נישואין לאחר חתימה על הסכם ממון דרקוני שהיא סרבה לחתום עליו והיה אירוע חינה ולא הגיע, לאחר מכן התחרט ורצה להינשא לה, ולאירוע חתונה לא הגיע. במקרה זה ביהמ"ש נתן פיצוי על נזק לא ממוני (בסך 25,000 ₪).

**האם יש מקום להכיר בזכות לפיצוי בנזיקין?**

**פלוני נ' פלוני** – תביעת רשלנות של א' נגד ב' בטענה שב' ניהל רומן עם אשתו של א' וגרם לה בכך לנזק נפשי. דחיית התביעה.

ס'62 לפקודת הנזיקין – גרם הפרת חוזה. **לכאורה, אם הנישואים הם חוזה, קיום רומן הוא גרם הפרת חוזה.**

ס'62 ב לפקודת הנזיקין - **לעניין סעיף זה היחסים הנוצרים על ידי נישואין לא ייחשבו כחוזה.**

הבטחה להינשא על בסיס מצג שווא - אולם, אם ניתנה הבטחה ללא כל כוונה לקיימה או על בסיס מצג מטעה (גבר נשוי שטוען שהוא רווק) – **נדונה האפשרות להכיר בעוולת התרמית**. לא שולל את הזכות לתביעה חוזית.

## הבטחה בין בני זוג

ככלל, המשפט לא רוצה להיכנס לתא המשפחתי. למעט סוגייה אחת, הסדרת יחסים ממוניים בין בני הזוג. בהקשר הזה יש שני הסדרים רלוונטיים: **הסכם ממון שנכרת לפני הנישואים או במהלכם או הסכם הגירושין**. חוק יחסי ממון מכיר בזה כהסכם ונותן לו תוקף חוזי ודורש כי ההסכם יאושר על ידי ביהמ"ש.

אם הצדדים לא מסדירים בניהם את הסדרי הממון – חוק יחסי הממון קובע (חוזה ברירת מחדל).

**הקושי מתעורר כאשר נערך הסכם שמסדיר יחסים ממוניים (מזונות) אך הצדדים מבקשים לקבוע כי להסכם לא יהיה תוקף משפטי:**

**לוין נ' לוין -** בעל ואישה החליטו להתגרש ולצורך כך ערכו חוזה אשר הסדיר בין היתר את תשלום המזונות שישלם הבעל לאישה לאחר מתן הגט. לבקשת הצדדים, נתן בית המשפט לחוזה תוקף של פסק דין. סעיף 11 לחוזה הגירושין קבע כי בין הצדדים ייערך חוזה המסדיר את תשלום המזונות על ידי הבעל עד למתן הגט, וכי החוזה יהיה חסר תוקף משפטי והצדדים מתחייבים שלא להשתמש בו לכל מטרה, לרבות הצגתו בבית משפט. בהתאם לאמור, בסעיף זה נערך בין הצדדים חוזה כאמור (להלן: חוזה מזונות) והוא הופקד בידי עורכת הדין.

**נוגד את תקנת הציבור** – כולל תניה שאומר שאסור להציג אותו – האכיפה בלתי צודקת בנסיבות העניין ולכן החוזה לא תקף.

**הביקורת של פורת** – הקרבה של כל "הלוין הבאות" שעכשיו גם אם בן הזוג שלהם היה רוצה לתת יותר כסף במסגרת ההדברות על המזונות בשלבים של הפרידה הוא לא יעשה זאת – לא יהיו יותר "הסכמים ג'נטלמניים". הצדדים הביאו את עמדתם בצורה מפורשת ובית המשפט התייחס בצורה הפוכה. בית המשפט מצדיק את התפיסה של הצדק במקרה הקונקרטי ולא במה יגרם בצורה רוחבית יותר.

## הסכם ג'נטלמני מסחרי

חברה שמספקת שירותי תיקון מוצרים רושמת בהסכם שלה כי מדובר בהסכם ג'נטלמני ואין להציג את ההסכם בבית המשפט – כמו בעניין לוין. חשוד, עוסק שמנסה להתחמק מהוראות הדין. מצד שני, אם הצדדים מבינים את ההוראה (נניח שקיים שלט שמציג את זה). יש מקרים שבהם מנגנון אכיפה פנימי עדיף על מנגנון חיצוני. **לדוגמה eBay** – מערכת אכיפה פנימית, אין אפשרות אמיתית לאכיפה חיצונית. ניתן להגיש תלונה דרך האתר. אפילו אם אין אכיפה חיצונית לא מפחדים לקנות באתר.

**פתרון** – **תנאי מקפח בחוזה אחיד.** חלה כאן חזקה שהתנאי מקפח ולכן חוזים כאלה יבוטלו. אבל אם יש הסבר סביר, אז ביהמ"ש יכל לאשר אותך והם לא יבוטלו.

## הסכם פוליטי

בהקשר הפוליטי יש תמיד התערבות שיפוטית ברמה המנהלית – חוקתית (התערבות שבמהותה מוגבלת). עולה השאלה האם יש כוונה להיכנס למערכת יחסין תחת המשפט הפרטי.

**ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה יצחק שמיר** – האם ביהמ"ש יתערב בהסכם קואליציוני?

מדובר על הסכם בין הליכוד לבין סיעה שהתחייבה לתמוך בשמיר ובתמורה הובטחו לה מקומות ברשימת הליכוד לכנסת הבאה, מינוי חבר סיעה לשר וויתור על חוב כספי שהיה לסיעה כלפי הליכוד.

אין התערבות **למעט בוויתור על החוב הכספי** – **ויתור על חוב כספי הוא כמו תשלום כסף – זה כמו קניית שלטון. ולכן אסור לוותר על החוב הכספי.**

**השופט אלון** – הסיבה לכך שלא מתערבים בהסכם הקואליציוני היא שביהמ"ש לא הגורם המוסמך לכך, רק המצביעים הם מי שצריכים לשפוט את ההסכם הפוליטי **ולכן החובה היחידה היא פרסום** – להביא לידיעת הציבור כדי שהוא ישפוט אתכם בקלפי בעוד X שנים.

ה**שופט ברק** אומר כי ההסדר השיפוטי יכול להתערב בהסכם פוליטי, אבל לפי המנהל הציבורי, ולכן הצדדים לא יכולים להתחמק מתחולת המשפט הציבורי גם אם הם רוצים להחיל את דיני החוזים הפרטיים בלבד.

**שיעור מספר 19 21/12/2020**

**אלחג' נ' אבו עקל**

המערער איאד אחמד נבחר לעמוד בראש רשימת המועמדים לבחירות מועצה מקומית, הוחלט ביניהם שתתקיים רוטציה והדבר דלף טרם הבחירות. מערער 1 ו-3 נבחרו לשני המושבים שזכתה בהם הסיעה. כשהסתיימה מחצית קדנציה פנו אליהם משיבים 1 ו-2 ודרשו שיתפטרו על מנת שיוכלו להתמנות במקומם בהתאם לרוטציה. מזכירות הסיעה ביטלה את החלטת הרוטציה מכיוון שהמשיבים פרשו מהסיעה. בעקבות כך פנו המשיבים לבימ"ש המחוזי בטענה שהסכם הרוטציה מחייב ומכאן הערעור.

**ברק** – לא חלים דיני החוזים על הסכמים פוליטיים (בז'רז'בסבקי).

**זמיר** – לא מסכים עם גישתו של ברק. לא מדובר בהסכם שביהמ"ש צריך להתערב בו. ויתרה מכך – הדבר נרשם בפרוטוקול ולא מהווה גמירות דעת. ולכן דוחה את הערעור. לטענתו, ניתן לחייב הסכם פוליטי גם במישור האזרחי, אבל פה לא הייתה להם כוונה כזאת.

**באופן כללי המשפט לא מתערב בהסכמים פוליטיים במישור החוזי – אלא התערבות במישור המנהלי חוקתי.**

## הבטחת קבלה ללימודים והבטחה לציון

**מרום נ' אוניברסיטת תל אביב** מועמדת שמגיעה לראיון קבלה ללימודי רפואה ומודיעים לה שהיא תתקבל רק אם תשפר את ציוני הבגרויות לממוצע 95. היא משפרת ל-97, והרף עולה ל-98. האם האמירה אם תשפרי תתקבלי היא קבילה? לא הייתה הבטחה לקבלה ללימודים תחת הנסיבות.

* נעצרים בשלב ההבטחה – אין מדובר בהבטחה אלא בייעוץ.
* האם יש כוונה ליצור יחסים משפטיים? לא.

המשפט לא צריך להתערב בתחומים של מומחיות ובקיאות. יש להעביר את ההחלטה למי שיש לו את היכולת המוסדית לקבל את ההחלטה. יש נסיבות שבהן יכולה להיות התערבות, לדוג' דיני איסור הפליה. תהיה סיבה להתערבות במקרה של הפליה. קיים דיון ער בפסיקה אם ניתן לאכוף חוזים באמצעות דיני איסור הפליה.

**ס' 33 לחוק החוזים הכללי:** חוזה למתן ציון - חוזה שלפיו יינתן ציון, תואר, פרס וכיוצא באלה על פי הכרעה או הערכה של אחד הצדדים או של אדם שלישי, אין ההכרעה או ההערכה לפי החוזה נושא לדיון בבית משפט.

בעניין מרום – לא היה כל צורך לדון כי נקבע שלא הייתה כוונה ליצור יחסים משפטיים.

**פס"ד שני נ' אוניברסיטת תל אביב**

שני הגישה לבית המשפט המחוזי תובענה בהמרצת פתיחה ובה טענה כי היא התחילה את לימודיה באוניברסיטה על יסוד תוכנית שאושרה על ידי הארגונים המוסמכים של האוניברסיטה וסמוך לתום שנת הלימודים ביטלה האוניברסיטה רטרואקטיבית את הפטור שניתן לה מלימודי כמה מקצועות בטענה שהפטור ניתן שלא כדין. בית המשפט המחוזי דחה את התובענה ומכאן הערעור.

**העליון מקבל את הערעור ומחזיר למחוזי לקבוע מי אמר להן שהן פטורות מהקורסים, אדם שלא הייתה לו סמכות אבל כך הם חשבו**. בהקשר זה מדובר **בדוקטרינת הסמכות הנחזת** – אורגן (אדם או מספר בני אדם) בחברה שנחזה להיות בעל סמכות, הארגון לא יכל להתנער לאחר מכן מהעובדה שנוצרה הסתמכות על כך. לכן, מכירים בסיפור זה בלימודים הקודמים של שני.

**ברק** – ס' 33 לא מונע להתערב במקרה שלא מדובר בשיקול דעת מקצועי אלא השאלה מי הגורם המוסמך.

לכאורה היה אפשר להגיד שהשיקול הוא מקצועי. הסיבה להכרה בלימודים קודמים היא שאלה מקצועית שמתייחסת לסוגייה האם הלימודים מספיקים לדרישות.

במבחני הלשכה, ביהמ"ש העליון לוקח יד אקטיבית בנוגע לסוגייה האם שאלה היא פסולה מכיוון שהוא סבור שיש לו מומחיות במשפטים. אם היה מדובר במבחן בסיעוד למשל הוא לא היה מתערב בתוכן.

## תנאי תחרות

**קיים אותו שיקול גם בתנאי תחרות, נראה שאין מקום לביהמ"ש להתערב בתוצאה:**

**פס"ד מדינת ישראל נ' קרסניאנסקי**

במבחן התנך עולמי לשנת־ תשכ״ה זכה גרהם מיטשל מאוסטרליה במקום הראשון והמשיב במקום השני. בתביעתו לבימ"ש המחוזי אמר כי הוא היה צריך לזכות ולא האוסטרלי ופירט 3 סיבות עיקריות: השופטים קיבלו מהאוסטרלי תשובות לא נכונות, דחו תשובות נכונות של המשיב וטעו בחישוב סכום הנקודות של האוסטרלי. ביהמ"ש המחוזי אמר שהוא לא התערב בהחלטת שופטי החידון אם התשובה נכונה או לא כי הם הוסמכו לפי התקנון, אך הוא כן יתערב אם הייתה טעות בחישוב הנקודות. **התברר כי אכן הייתה טעות – האוסטרלי ענה נכון על 7 שאלות וקיבל 8 נקודות. ביהמ"ש דחה את טענת המדינה ומכאן הערעור (בטענה שהמשפט לא יכל להתערב).**

**השופט ברנזון** – נוצר חוזה משפטי בין הצדדים. ביהמ"ש לא צריך לעסוק בטענות הנ"ל בגלל שכל ישות שופטת בתחרות יכולה לקבוע את שיטת הניקוד. לפי הסכמת הצדדים לשופט בתחרות ישנה את המילה האחרונה.

**השופט הלוי** –התביעה עצמה מופרכת מעיקרה מאחר וההשתתפות לא יוצרת זכויות משפטיות.

בעצם השאלה המשפטית בפסק הדין היא מה החוזה מסדיר. מה מגבש את גמירת הדעת של הצדדים:

* השתתפות בתחרות.
* התחייבות לתנאים.
* התחייבות לפרס – לא מוסדר בין הצדדים. אם הצדדים התנו בחוזה שרק הצדדים יחליטו מי יזכה ביהמ"ש לא יכל להתערב בחוזה.

## חוזה הימורים

**ס' 32 לחוק החוזים:**

1. חוזה של משחק, הגרלה או הימור שלפיו עשוי צד לזכות בטובת הנאה והזכיה תלויה בגורל, בניחוש או במאורע מקרי יותר מאשר בהבנה או ביכולת, אינו עילה לאכיפה או לפיצויים.
2. הוראות סעיף זה לא יחולו על משחק, הגרלה או הימור שהוסדרו בחוק או שניתן לעריכתם היתר על פי חוק.

אבחנה בין זכיה מקרית ובין זכיה אשר תלויה יותר בהבנה או ביכולת – לדוג' משחק פוקר. **בע"פ בלטי נ' מדינת ישראל –** עבריינים שניהלו משחקי פוקר וטענו שהם לא עברו על חוק העונשין שאוסר על משחקי מזל (פוקר = משחק יכולת לטענתם). **ביהמ"ש**: **אם יש אנשים עם מומחיות** – מדובר ביכולת. אך אם מדובר באופן כללי, מתייחסים לפוקר כמשחק מזל.

**רפי נ' פקיד שומה ת"א 4 -** במקרה זה הייתה זכייה במשחק פוקר של סכום כסף ותבעו אותו על תשלום מס מעבודה. השאלה אם זה מזל או לא נקבעת לפי שאלת המומחיות. קיימת שאלה הנוגעת לרצף המשחקים או למשחק הבודד – רצף משחקים = יכולת, משחק בודד = מזל.

**אם החוזה בלתי חוקי הוא עשוי להיות בטל מעיקרו לפי סעיף 30 לחוק החוזים.** עשויה לעלות שאלה לגבי ההשבה, כי יכל להיות שביהמ"ש ימנע מלהתערב – **עלה בקונקטיב גרופ נ' דבוש**: חברה שעסקה במכרזים באינטרנט לפיה מי שהציע את המחיר הכי גבוה יזכה (אנשים היו צריכים "לנחש" מה אחרים יציעו). ביהמ"ש קובע שלא מדובר במכרז אלא בהגרלה כי זה תלוי במזל.

**סיכום – מתי הסכמה בין צדדים לא תהווה חוזה?**

* אין הבטחה – פס"ד מרום נ' אונ' ת"א, יציאה לארוחה ערב.
* הבטחה, אבל ללא כוונה ליצור יחסים משפטיים (בז'רז'בסקי, זמיר, באלחג', הלוי בחידון התנ"ך).
* הבטחה חוזית, אבל הסכמה שלאחד הצדדים ניתנה סמכות הכרעה (ברנזון בחידות התנ"ך).
* הבטחה חוזית ורצון הצדדים, אולם העניין המקצועי וביהמ"ש מעדיף את שיקול דעתו של גורם מקצועי (אלון, בז'רז'בסקי).
* הבטחה חוזית אבל יש אינטרס ציבורי שביהמ"ש לא יתערב – הבטחה במסגרת נישואין, הסכמים פוליטיים – אלון בז'רז'בסקי.
* חוזה פסול (חלקית/מלא) – הצדקה למשיכת ידיו של המשפט כדי שמוסד החוזים לא יסייע לביסוס פרקטיקה פסולה (חוזה הימורים).

# פגמים בכריתת חוזה

## טעות

### מבוא

**ס' 14 לחוק החוזים: טעות**

(א)  מי שהתקשר בחוזה עקב טעות וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה והצד השני ידע או היה עליו לדעת על כך, רשאי לבטל את החוזה.

(ב)  מי שהתקשר בחוזה עקב טעות וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה והצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת על כך, רשאי בית המשפט, על פי בקשת הצד שטעה, לבטל את החוזה, אם ראה שמן הצדק לעשות זאת; עשה כן, רשאי בית המשפט לחייב את הצד שטעה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לצד השני עקב כריתת החוזה.

(ג)   טעות אינה עילה לביטול החוזה לפי סעיף זה, אם ניתן לקיים את החוזה בתיקון הטעות והצד השני הודיע, לפני שבוטל החוזה, שהוא מוכן לעשות כן.

(ד)  "טעות", לעניין סעיף זה וסעיף 15 - בין בעובדה ובין בחוק, להוציא טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה.

**ס' 15 לחוק החוזים: הטעיה**

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

**ס' 16 לחוק החוזים: טעות סופר**

 נפלה בחוזה טעות סופר או טעות כיוצא בה, יתוקן החוזה לפי אומד דעת הצדדים ואין הטעות עילה לביטול החוזה.

**המקור של הסדר הטעות**

במאה ה – 19 , **יזהר הקונה** – מי שקונה, קונה את הנכסים As is והוא צריך לברר את המצב המשפטי שלהם, ההתאמה לצרכים שלו ואת המצג העובדתי. הוא לא יכול לטעון שהוא טעה.

טעות חד צדדית לא מזכה בסעד. טעות משותפת היא טעות של שני הצדדים לגבי אותה עובדה ואינה תמיד מזכה בסעד.

החריג – מרמה – צד החוזה מוכיח שהצד השני רימה אותו, תמיד היה רשאי לבטל. **בפס"ד Wood**, אחד הדיונים שמתקיימים ברקע היא שאלת המרמה והיא מכתיבה במידה רבה את התוצאה של פסק הדין.

ב-120 יש התרחבות של הגנה על הטועה – הרחבה של תום הלב וסולידריות שמגיעה לשיאה בתקופה הנוכחית.

ניתן לחשוב על טעות בכריתת חוזה כתאונה**. התקשרות חוזית על פי המצב העובדתי זה המצב התקין. כשאנשים מתקשרים בחוזה על בסיס מידע שלא תואם את המצב העובדתי האמיתי, זה מצב פתולוגי – תאונה בהתקשרות**. וזה מייצר עלויות – הפער בין המצב הכלכלי שצד שהתקשר בחוזה רצה להיות בו לבין המצב הכלכלי כתוצאה מכך שנקשר בחוזה בפועל. **בהתקשרות בחוזה לפי טעות, יוצרים מצב שהצדדים לא רצו להיות בו ולכן הוא לא יעיל חברתית.**

הטעות יוצרת עלות – צד קושר את עצמו בחוזה שהוא לא מעוניין בו ולכן מצבו הכלכלי בעקבות החוזה נחות מהמצב בו היה לפני שנכנס לחוזה. סותר את המטרה של חוזים להשיא את הרווחים ולהביא להקצאה יעילה של משאבים בחברה.

**אם הטעות היא תאונה, ניתן להטיל אחריות על נזקי התאונה על מונע הנזק הזול** (\*מתי מטילים אחריות על המזיק ומתי על הניזוק - פוזנר הוא שופט ליברלי בארה"ב ואחד הכותבים החשובים בעולם בתחום הניתוח הכלכלי של המשפט. הוא מדבר על העיקרון של מי כדאי שיישא בעלויות התאונה. **מי שיכל למנוע את התאונה בעלות הכי זולה כדאי שיישא בכל העלויות שלה כי אז יהיה לו התמריץ למנוע את התאונה**).

לדוגמה, בטעות חד צדדית – הצד השני ידע עליה (14א), **זול לו לתקן את הטעות כי הוא ידע עליה ומונע הנזק הזול זה לא הטועה אלא הצד השני להתקשרות.**

ייתכן מצב בו א' מונע הנזק הזול ובשלב השני ב' הוא מונע הנזק הזול – ככלל ההזדמנות האחרונה – מדיני הנזיקין (Last clear chance). **נושא האחריות הוא הגורם האחרון שיכל למנוע את התאונה.** באותה מידה, נכון שבשלב הראשון הטועה יכל למנוע את התאונה בעלות הכי נמוכה, אך היינו רוצים שהאדם האחרון יתומרץ באופן מלא לעשות זאת ע"י הטלת האחריות.

**מהצד השני, לא כל טעות כדאי למנוע**. נשאל מה העלויות של מניעת הטעות. טעות יוצרת עלות והכרה בזכות הביטול עקב טעות יוצרת עלות מהצד השני (פגיעה בהסתמכות). ולכן, זה פוגע ביכולת להסתמך על החוזה **– אם אני יודע שניתן לבטל חוזים כתוצאה מטעות אני פחות מסתמך עליהם וזה יוצר פגיעה חברתית.**

דיני החוזים מנסים לאתר נקודת איזון – מצד אחד כשאוכפים חוזים שנגועים בטעות זה יוצר עלויות. מצד שני, אפשרות לבטל חוזים כאלה פוגע באפשרות של אנשים להסתמך על חוזים (עלויות משני הצדדים). לכן נאזן בין העלויות האלה.

### יסודיות הטעות

**ס' 14 א' – טעות חד צדדית**

"וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה...." (ס' 14 א' לחוק החוזים).

דומה להגדרת ההפרה היסודית בס'6 בחוק התרופות.

**ס'14א וס'14ב קובע תנאי שהטעות תהיה יסודית, אם הטעות לא יסודית אין זכות ביטול.**

אם אני יודע על הטעות, ידיעה בפועל – שזה יסודי לצד השני, אז אפשר להניח שאני יודע שהיא יסודית**. אם אני לא יודע שהיא יסודית לצד השני ולא ידעתי על הטעות אבל היה עליי לדעת עליה, אז מגיע מבחן האדם הסביר** (מבחן אובייקטיבי, האדם הסביר לא היה מתקשר בחוזה, יש ידיעה קונסטרוקטיבית "היה צריך לדעת").

**"היה עליו לדעת על כך..." – למה מתכוון "על כך"? יצירת פרשנות קשה לסעיף 14:**

**ישנן כמה אפשרויות:**

* **ידע על הטעות:** היא יש ידיעה על הטעות אבל לא על זה שהיא יסודית – מתן זכות ביטול נותנת זכות ביטול רחבה שכן הטועה יכול לבטל כל פעם שהצד השני ידע או היה צריך לדעת על הטעות אפילו אם סבר שזה עניין שולי לגמרי.
* **ידע על יסודיות הטעות**:

**קרצ'מר –** **רק ידיעה על יסודיות הטעות ולא שהייתה טעות בפועל**– הצד השני ידע שזה נוסף בעל חשיבות לטועה גם אם לא ידע שהוא טועה בפועל. לתפישת קרצ'מר זאת הדעת היחידה להבחין בין טעות לפי 14א ובין הטעיה (אם הצד השני יודע על הטעות ועל ליסודיותה – יש חובת גילוי שהפרתה מהווה הטעיה). **ידיעה קונסטרוקטיבית** – מצב משפטי בו נקבע שיש ידיעה למרות שהאדם לא ידע בפועל על הטעות. (היה צריך לדעת) קרצ'מר גם טוען שזאת הדרך היחידה להביא לביטול של טעות משותפת – אם יש טעות משותפת אז כל צד לא ידע ולא היה צריך לדעת על הטעות של הצד השני, כי שניהם טעו. ואם כך, איך אפשר לבטל טעות משותפת? **פרשנות בעייתית** – נותן אפשרות ביטול מוגזמת ופוגע באפשרות להסתמך על החוזה**. אתה לא צריך לדעת שהצד השני טועה, מספיק לדעת שמשהו חשוב לו כדי להקנות זכות ביטול**. עלה בהערת אגב **בבג"צ כנפי נ' ביה"ד הארצי לעבודה** (לא הלכה, אבל תפיסה אפשרית).

* **ידע על הטעות וכן שמדובר בטעות יסודית: מתיישב גם עם הפסיקה** (הדעה של שלו, פרידמן וכהן).

### קו הגבול בין טעות לפי סעיף 14(א) לבין הטעיה

אם צד ידע על הטעות של הצד השני בפועל ולא העמיד את הטועה על מצב הדברים האמיתי, לכאורה יש תחולה מקבילה של ס14א ו15 – אבל, **אם צד אחד לא יודע על הטעות של הצד השני אבל היה עליו לדעת (ידיעה קונסטרוקטיבית אבל לא בפועל) לא חל סעיף 15 הדורש ידיעה בפועל.**

**ס' 15 לא טעות יסודית וס' 14 טעות יסודית.**

**אם צד לא ידע על הטעות אבל היה עליו לדעת – יחול רק ס'14א – דרישה ליסודיות.**

**ס' 15 אומר שאי גילוי כאשר יש חובה היא הטעיה אך לא קובע באילו נסיבות חובת הגילוי קונקרטית**. דין ספציפי לעומת דין כללי – לפי סעיף 14 חובת הגילוי קמה כאשר העניין יסודי.

**לסיכום, קו הגבול:**

* **לא בהכרח יש תחולה מקבילה בין הסעיפים** – סעיף 14א חל גם על ידיעה קונסטרוקטיבית (לא ידיעה בפועל, אלא היה צריך לדעת על כך). על כן התחולה אינה מקבילה לסעיף 15.
* **גם כאשר יש תחולה מקבילה** - במצבים שלכאורה הייתה ידיעה בפועל של הצד שלא טעה על הטעות של הצד השני, יש את השאלה האם הוא היה צריך לגלות. ס'15 לבד לא עונה על השאלה, כי הוא לא אומר מתי יש חובה לגלות. ס'14א נותן הסבר למתי יש לגלות – כאשר אתה יודע על הטעות של הצד השני. **במובן הזה יש חשיבות לס' 14א כי הוא אומר באיזה נסיבות קיימת חובת הגילוי.**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **הסעיף בחוק** | **יסודיות הטעות** | **ידיעת צד ב' על הטעות** | **גרימת הטעות על ידי צד ב'** | **זכות ביטול אוטומטית** |
| **14(א) טעות חד צדדית** | + | + | - | + |
| **14(ב) טעות משותפת (שני הצדדים לא ידעו ולא היו צריכים לדעת על הטעות)** | + | - | - | על ידי ביהמ"ש |
| **15 הטעיה** | - | + | + | + |
| **12 תום לב במשא ומתן** | - | בפועל בלבד | - | אין זכות |

### טעות בכדאיות ונטילת הסיכון

**טעות בכדאיות – לא מוכרת כטעות המזכה בזכות ביטול: סעיף 14 ד' לחוק החוזים חלק כללי:**  "טעות" לענין סעיף זה וסעיף 15 – בין בעובדה ובין בחוק, להוציא טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה. מהי טעות בכדאיות העסקה?

**פס"ד ספקטור נ' צרפתי**: רוכש קרקע לבניה, סבר שאין מגבלת גובה למרות שהייתה. המוכר כנראה ידע על המגבלה ושהצד השני טוען, וטען – טעות בכדאיות.

**השופט אשר** – טעות ביחס לשווי נשוא ההתחייבות היא טעות בכדאיות העסקה. זה לא טעות ביחס לתכונות. **אם הטעות היא ביחס לשווי הנכס, זאת תהיה טעות בכדאיות. אם הטעות היא ביחס לתכונות הנכס – זאת לא טעות בכדאיות.** המבחן מופיע גם בצנעני נ' אגמון.

**טעות ביחס לשווי הממכר: פס"ד נחמני נ' גלאור**: קונים התחייבו לסלק משכנתא של המוכרים על הכנס. מוכרים הצהירו על גובה המשכנתא שרובצת על הנכס אבל הסתבר שהיא גבוהה יותר בגלל הפרשי ההצמדה. יש בפסקי דין ישנים תופעה קשה של הצמדה בגלל שבישראל הייתה אינפלציה דוהרת.

**השופט בייסקי –** טעות בכדאיות העסקה, הם טעו לגבי גובה הפרשי ההצמדה, וידעו שיש הצמדה. על כן טעו לגבי השווי של הממכר, ולכן זאת טעות בכדאיות העסקה.

**ביקורת** – לא ברור שזאת טעות בכדאיות, אפשר לפרש כטעות בתכונה כי הם לא הבינו את משמעות ההצמדה. אבל כל טעות בעסקה מביאה לשוני בשווי הממכר. אם אומרים שטעות בכדאיות מובילה להערכה שגויה בשווי הממכר, זה מייתר את הדיון בטעות בכדאיות. אם לא הבינו נכון את הפרשי ההצמדה זו טעות שמובילה להערכה שגויה של המחיר ולכן טעות בכדאיות. במובן הזה כל טעות בחוזה מסחרי היא טעות בכדאיות.

**פס"ד מאיר נ' מזרחי: אותה בעיה כמו בפס"ד נחמני נ' גלאור.** מוכרת דירה ב 480,000 ₪. הקונים אמרו לה יחד עם **מתווך** שזה שווי השוק של הדירה. בפועל התברר שהשווי של הדירה הוא 600,000 ₪.

**השופט לוין** – טעות בהערכת שווי הממכר ולכן טעות בכדאיות. לפי ספקטור אין זכות ביטול. טעות בכדאיות העסקה מונעת גם זכות ביטול לפי סעיף 15. יוצר שיש כאן פסק דין בעייתי, נותנים לה תחושה מבוססת מאוד לגבי השווי של הממכר, ואומרים שזה לא מקנה זכות ביטול גם לא לפי הטעיה כי זאת טעות בכדאיות. זה לא אומר שאין סעדים לפי סעיף 12 או בעוולה נזיקית. נראה הסדר בעייתי.

**פס"ד גינדי נ' אפללו**

**אשר** – המשיבים עשו עסקה וחתמו על חוזה אחרי שתנאיו הוסברו להם בנוסף על עצם קריאתו; הם אינם קטינים ואינם נתונים לאפוטרופסות כלשהי. אם סברו שלפני חתימה על חוזה הם זקוקים לעצתו של עורך דין שלהם יכלו לפעול בהתאם, ואם בחרו לחתום על החוזה כמות שהוא אין בידם לבוא לביתה משפט ולטעון שלא ידעו או לא הבינו על מה הם חותמים. ועל אלה יש להוסיף שאם לא הבינו את ההוראות החלות על התשלום השלישי הרי זו טעות סובייקטיבית שלא באה כתוצאה מהטעיה, וטעות כזו אינה משמשת עילה לביטולו של חוזה.

לעניין 14ב, טעות שהצדדים לא ידעו עליה לגבי מסירת הדירה לפני התמורה. **הוא אומר שזאת טעות בכדאיות כי בעצם המוכרים טוענים שלא היה להם כדאי למסור את הדירה טרם קבלת התשלום. עמדתו של ד"ר פלד:** הבעיה היא שהמוכרים לא טענו "הבנו נכון את החוזה ולא תמחרנו נכון את השווי שלו", שאז אפשר להבין שזה מתקשר לטעות בכדאיות, הם אומרים – חשבנו שאנחנו מתחייבים למשהו אחד כאשר בפועל התחייבנו למשהו אחר ולכן מדובר בטעות לגבי תוכן ההתחייבות, ולא בטעות בכדאיות.

**פס"ד כנפי נ' בין הדין הארצי לעבודה** טעות לגבי הסכם פשרה של אדם עם ביטוח לאומי. בהסכם הפשרה שלו הוא חשב שהוא מקבל סכום מסוים לפי אחוזי הנכות שנפסקו לו, הוא אמר שהוא רוצה פסק דין בהסכמה שהוא יקבל סכום מסוים עבור 38% הנכות שנפסקו לו. **הוא סבר שאם תחול הרעה במצבו הוא יהיה זכאי לתוספת**. והוא היה סבור כך כי בעבר כשאנשים היו מתקשרים בעסקאות כאלה עם ביטוח לאומי כך היה המקרה. לאחר הסכם הפשרה, היה פסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה שלא מקבלים תוספת אם יש הרעה במצב. כנפי טוען שהוא טעה לגבי מצב הדין.

**השופטת בן פורת** – טעות בתוכן ההתקשרות ולא בכדאיות, אינך מבין את תוכן ההתקשרות ולכן זאת לא טעות בכדאיות. **לכן לכאורה לפי כנפי היה אפשר להגיע לעמדה שקיימת זכות ביטול בעניין גינדי.**

**המבחן הראוי לכדאיות העסקה:**

**הפרשנות של טדסקי** "טעות בכדאיות העסקה": **טעות לגבי התרחשות עתידית אשר פוגעת בציפיות/תקוות של המתקשר**. לדוגמה: תקווה ששוי הנכס יעלה, תקווה שהצמדה של העסקה לדולר תטיב עם המתקשר והתקוות מתבדות.

**כלומר – כל הערכה לגבי העתיד היא טעות בכדאיות.**

**הפרשנות של פרידמן – "הסיכון החוזי וטעות והטעיה בכדאיות" עיוני משפט**

**יש להבדיל בין סיכונים שהצדדים נטלו על עצמם במסגרת ההתקשרות בחוזה. הטעות בכדאיות היא התממשות לסיכון שצד נטל על עצמו**. כשאדם קונה נכס מקרקעין הוא לוקח על עצמו את הסיכון ששווי הנכס תרד – ולכן מדובר על טעות בכדאיות של הסיכונים.

העמדה הזאת התקבלה **בפס"ד ארואסטי נ' קאשי.**

**טעות לגבי הדין** – מזכה בביטול החוזה. סעיף 14ד אומר את זאת בפירוש "בין בעובדה ובין בחוק". שונה מהדין האנגלית במובן זה.

ביהמ"ש קובע שבהסכם פשרה, אנשים מתפשרים מאחר שיש אי וודאות לגבי הדין ולכן קונים את הסיכון לגבי מה שהדין אומר. ולכן מדובר בטעות בכדאיות העסקה במקרה זה.

איך הפסיקה מתיישבת עם **בג"צ כנפי נ' בין הדין הארצי** (שינוי באחוזי הנכות)? **הסיכון שהדין ישתנה לא הוקצה בחוזה – במובן הזה הטעות הייתה משותפת** – שני הצדדים חשבו במועד הכריתה של החוזה שאם תהיה החמרה הם ישלמו לו עוד כסף ולכן לא ניתן להגיד שזה סיכון שהצדדים הקצו בניהם. לעומת זאת **בארואסטי נ' קאשי** היה הסכם פשרה ולכן הייתה הקצאת סיכונים בהתאם לדין ולכן מדובר בפירוש בטעות בכדאיות.

הבחנה בהתאם לסיכונים שהצדדים נטלו על עצמם במסגרת ההתקשרות בחוזה. טעות בכדאיות לפי הסיכון מתפרשת באופן רחב גם ביחס לפעולות אחרת בחוזה.

ניראה שהגישה אומצה **בפס"ד שלזינגר נ' הפניקס** אדם היה חולה בסרטן עוד שהייתה לו את הפוליסת ביטוח אבל הבדיקה שגילתה את הסרטן הייתה לאחר ביטול הביטוח. **בפס"ד זה מאמצים את ההגדרה של דניאל פרידמן.** טעות בכדאיות העסקה היא טעות בהקשר הקצאת הסיכונים. כשצד מבטל חוזה ביטוח והוא מבקש לבטל בדיוק את הסיכוי שיש לו אירוע ביטוחי והמועד הוא האבחון ולא תחילת המחלה. לכן מדובר בטעות בכדאיות העסקה. במובן הזה הם מאמצים את מה שנאמר **בארואסטי נ' קאשי.**

למה דיני הפגמים בכריתה חלים על פעולות שלא קשורות לכריתת חוזה? לדוגמה לביטול: **ס'61 ב הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לענין בשינויים המחוייבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה ומכוח הסעיף הנ"ל חלה אפשרות לבטל גם ללא קשר לתהליך הכריתה.**

**שיעור מספר 20 23/12/2020**

**(הפרשנות של פרידמן – בחינה בהתאם לסיכונים שהצדדים נטלו על עצמם במסגרת ההתקשרות בחוזה - המשך).**

**ספיר וברקת נדלן נ' אמסטר** – פרשת הולילנד, **חתימה על הסכם As is,** חקירה משטרתית שהתנהלה בחשאיות והתפרסמה בשלב מאוחר יותר. הייתה בעיה עם היתרי הבניה ולכן לא הייתה אפשרות לממש את החוזה. **הטעות בכריתה הייתה החוסר הידיעה בנוגע לחקירה הפלילית שיכולה להשפיע על היתרי הבנייה.**

**Amalgamated investment v. John walker investment** – הרוכש קונה קרקע כדי לבנות בניין דירות והמוכר יודע שזאת התכלית והם מדברים על האפשרות שיש להרוס את הבניין אך הבניין נועד לשימור, והמוכר לא ידע על כך מראש. נאמר שם שהקונה יערוך את כל החקירות הרלוונטיות להריסת הבניין (טרם הבניה החדשה) והמוכר טוען שלא ידוע לו שהבניין מיועד לשימור. לאחר כמה חודשים, בשעת החתימה על ההסכם, הועברה רשימה של מבנים שמיועדים לשימור והמבנה הוכנס לרשימה, ולא ניתן להרוס אותו. הם מקבלים את ההודעה שהבניין נכנס לשימור יום אחרי חתימת החוזה. הקונה תבע את המוכר בטענת ביטול החוזה **בעילת טעות משותפת.** ביהמ"ש קבע שלא צריך לבטל את החוזה בגלל הטעות המשותפת. יש כאן צד שאמר "אני לוקח על עצמי את הסיכון" על אף שלא נאמר במפורש, הצדדים הקצו בניהם את הסיכון שיתממש מאחר שהם דיברו על הסיכון והיו מודעים לו ואף רשמו בהסכם שהקונה מבצע את כל הבדיקות הדרישות. התפיסה של נטילת הסיכון שוללת את האפשרות לטעון לטעות (אפשר לחשוב על זה על "השתק" או כטעות בכדאיות).

בפסק הדין השופט אומר שפרשנות של טעות בכדאיות היא הסדר דיספוזיטיבי – הצדדים יכולים להגיע להסכמה בניהם למתי תיחשב טעות.

**המשמעות של טענת As is –** סיכון לגבי מצבו הנוכחי של הנכס – כך שנלקח הסיכון שקיימת אי התאמה נסתרת. בפסק הדין מתקיים דיון בשאלה של מוקדם ומאוחר (בברקת) – מזכיר את הסיפור של שלזינגר נ' הפניקס – מחלת הסרטן שנתגלה לאחר ביטול החוזה, באותה מידה – חקירת המשטרה נתגלתה לאחר כריתת החוזה (וכמו הפס"ד האנגלי לעיל). השופט מקיים דיון על האמת העובדתית והחוזית.

**מתי נתון בעולם נכנס להסכם החוזי**? **דיון זה נערך על מנת לאמץ את הגישה של טדסקי** (נוגדת לפרידמן) – טעות ביחס לעתיד. העתיד נמדד ביחס למועד הגילוי בעולם החוזי ולא בעולם החיים. אירוע הסרטן מתקיים לא במועד שהתפתחה המחלה אלא במועד שאובחנה**, ואירוע החקירה המשטרתית נכנס לעולם החוזי במועד הגילוי על החקירה המשטרתית ולא במועד שהחלה בפועל (כשהיא נסתרת בעולם המעשה היא לא קיימת בעולם החוזי).** אם מאמצים את הגישה של פרידמן, אין צורך לדון בשאלה הזאת, מאחר שלא מדובר על טעות עתידית. במובן הסיכון, יש להבין האם הסיכון התממש **בעבר או בהווה וכך להבין האם הצד לקח על עצמו את הסיכון בפועל. אבל אם הצדדים לא יודעים, אין משמעות לזמנים.**

**לדוג':** חוזה ביטוח - התאונה קרתה בזמן הביטוח אבל התביעה התרחשה אחריו – בהסדרי ביטוח אחריות יש הסדר מפורש שהאירוע הביטוחי הוא אירוע התביעה אבל שהוא מכסה תביעה שהתרחשה במהלך תקופת הביטוח. **עולה שאלה מקבילה גם בשלנזינגר, האם האירוע שמזכה בפיצוי זאת המחלה או הגילוי שלה.** שונה מהדיון שמתרחש בהולילנד, בעניין החקירה הנסתרת והגלויה **היא מתי התרחש האירוע שמסכן את מטרת החוזה, שכן התרחש בשלב החקירה ולא כשהיא התגלתה ולכן זה לא כמו האירוע הביטוחי לעניין הפרשנות של החוזה עצמו**. קיימת הבחנה בין הדיון לגילוי האירוע והאירוע עצמו בשני פסקי הדין – הבחנה במסגרת פרשנות החוזה עצמו. **אם בשלנזינגר האירוע הביטוחי הייתה המחלה ולא האבחון שלה, הוא היה זכאי לפיצוי כי הוא חלה במהלך תקופת הביטוח, ואין קשר לעניין הטעות.**

### טעות לעומת העדר גמירות דעת

**Non est factum - לא היה מעולם.**

טעות, יכולה להיות סיטואציה שבה אחד הצדדים או שני הצדדים לא התכוונו להתקשר בעסקה הקונסטרוקטיבית – לא רק שזאת טעות בעסקה אלא שהעסקה מעולם לא נקשרה. לכאורה לא צריך את דיני הטעות, כי במקרה כזה לא התקיימה גמירות דעת ואז החוזה לא נכרת מעולם – לפעמים הצדדים מתקשרים בעסקה שכן התקיימה גמירות דעת ועדיין תהיה השאלה האם החוזה לוקה בטעות (שני הצדדים האמינו בקיום של אותה הטעות בהתקשרות בחוזה).

**טעות הדדית –** הצדדים טועים אך כל אחד חושב משהו אחר (הדרך לפתור את העניין זה במסגרת הצעה וקיבול ולא במסגרת דיני הטעות)

**Raffles v. Wichelhaus** מקרה של פער בין גמירות דעת והחוזה שנחתם – האונייה ממובי שמגיעה עם כותנה. אותו מקרה מעלה שאלות של גמירות דעת כי שני הצדדים רצו למכור ולקנות את הכותנה אך היו שתי אוניות באותו השם שמגיעות במועדים שונים ואיכות הכותנה הייתה שונה. הצד שרוצה לאכוף את ההסכם רוצה את הכותנה שקנה מאחר שהאיכות שלה גבוהה יותר. **בית הלורדים טוען שלא מדובר בשאלה של טעות, אלא לא התקיים מפגש רצונות – שכל צד מגיע להסכם אבל חושב על דברים אחרים לא ניתן להגיד שנכרת הסכם ובנסיבות האלה אין הסכם.** בגלל שהסכם נבחן לפי הרצון האובייקטיבי, כדי שיתבטל ההסכם המסמך עצמו חייב לנקוב בדו משמעות, שעל לפניו לא ניתן לעגן אותו. טעות הדדית מובילה לביטול במקרים שבחוזה קיים אי בהירות **בישראל יש פס"ד הפוך מכך – עמל נ' שינלדר - הצדדים השכירו דירה אך הניחו דבר אחר על איזה חדר מושכר. ביהמ"ש מאשר את ההסכם ולא מעמיד אותם על הטעות.**

**בדין הישראלי היה נפתח דרך דיני ההצעה והקיבול:**

**מפעל בתים טרומיים נ' טמסיט** – טעות הדדית בהסכם פשרה ביחס לנפקות של הכרעה עתידית של המוסד לביטוח לאומי ולכן לא היה מעולם קיבול או מפגש רצונות.

### סוגי הטעות

**טעות משותפת** – שני הצדדים חולקים את הטעות.

במשפט האנגלי – גורר ביטול אוטומטי. בארה"ב – ניתן לביטול. אם הטעות משותפת לגבי תוכן החוזה – זאת טעות סופר.

**Sherwood v. Walker** – שני הצדדים חשבו שהפרה עקרה, אך מסתבר שהיא בהריון, החוזה בוטל מחמת טעות משותפת בעקבות טעות במהות העסקה.

פרשנות בישראל – כיצד היה מוכרע בארץ?:

* העמדה של **קרצ'מר** **רק ידיעה על יסודיות הטעות ולא שהייתה טעות בפועל** - מספיק להחיל את 14א ולהביא לביטול של ההסכם. יש טעות משותפת. שני הצדדים טועים לגבי העקרות ושני הצדדים יודעים ששאלת העקרות היא יסודית ולכן לפי קר'צמר זה מספיק להחיל את 14א ולבטל את ההסכם. כל צד, כי שניהם הצד הטועה, יכול להביא לביטול ההסכם בגלל הידיעה על הסודיות.
* **גבריאלה שלו** – כל צד טועה והצד השני לא ידע על הטעות - טעות משותפת נכנסת תחת 14ב. רשאי לבטל וביהמ"ש יפעיל שיקול דעת.
* **ד"ר פלד** – ראשית, יכל להיות 14א, מאחר שיש צד שטעה לגבי הממכר והצד השני היה צריך לדעת (לא ידע על הטעות, אבל לא היה צריך לטעות – הוא רשלן. אם היה פועל באופן סביר באיתור המידע היה צריך לדעת שהוא טועה וממילא לדעת שהצד השני טועה גם. יש לדעת כמה דברים - לדעת את האמת – הוא לא יודע, הוא טועה גם. וגם לדעת שהצד השני טועה ואת יסודיות הטעות). שנית, אם שני הצדדים טועים ולא יודעים ולא היו יכולים לדעת, אנו במצב של 14ב. ובסיטואציה הזאת ביהמ"ש רשאי לבטל. **אולם במקרה הזה לשני הצדדים היה ברור שהם כורתים עסקה היא למשהו אחר (פרה עקרה)**. זה מקרה שנכנס לטעות ולא לגמירות דעת.

כאשר כל צד להסכם התכוון להיכנס להסכם אחר, לא ניתן להגיד שהתקיים מעולם מפגש של רצונות. אולם, מאחר שגמרות דעת נבחנת בפרמטרים אובייקטיביים, **כדי שתתקבל הטענה ההסכם עצמו צריך ללקות באי-ודאות או דו-משמעות**. זאת דרישה מפורשת בדין האנגלי, אבל נראה שהיא הכרחית גם תחת הדין הישראלי, שכן אחרת ייקבע שההסכם מסוים וקיימת גמרות דעת לפי פרמטרים אובייקטיביים. המקרה האנגלי של רפלס (שתי אוניות פרלס שמגיעות מבומבי עם כותנה) מציג מקרה פרדיגמטי - יש אומנם הסכם, אולם כל צד התכוון למשהו אחר, ולא ניתן אף לתת פרשנות אובייקטיבית לדברים, שכן כל אחת מהפרשנויות סבירה באותה מידה.  
**ביחס לטעות משותפת, שלפעמים ניתן יהיה לבטל לפי 14(א), ולפעמים לפי 14(ב) בתלות בשאלה אם הצד שלא מעוניין בביטול ידע או היה צריך לדעת על הטעות. אם הצד שמעוניין בביטול היה צריך לדעת על הטעות, ניתן לומר שהוא נטל על עצמו את הסיכון לטעות, ולכן לא תינתן לו זכות הביטול. ניתן להגיע לתוצאה הזאת דרך פרשנות של המונח טעות בכדאיות העסקה.**

**פס"ד McRea v. Commonwealth disposals commission**

מכירה של מכלית דלק שלא נמצאת ברשות המוכר (נמצאת בלב ים). בפועל המכלית לא קיימת. אחרי חיפוש הקונה מוצא גרוטאה שלא ניתן לעשות בה שימוש**. השאלה אם הקונה זכאי לפיצויי הסתמכות – עלויות האיתור**. המוכר אומר שאין חוזה, הוא בטל מחמת טעות משותפת – מאחר ששני הצדדים חשבו שיש.

**אפשר להגיד שאין טעות – ויש הפרת חוזה**. אבל גם אם נחשוב שיש טעות משותפת – הטעות של הקונה נובעת מזה שהמוכר גרם לו לטעות, הוא אמר לקונה שיש מכלית בים, הוא טעה וגרם לו לזה אף זאת לא טעות שהיא נפרדת – **הוא יצר את המצג שגורם לטעות אצל הצד השני והמשמעות היא שצד אחד לוקח על עצמו אחריות למצב העניין העובדתי**. המוכר התחייב למכור אז הוא נטל על עצמו את הסיכון ביחס לממכר. בכל מקרה אם זאת טעות משותפת זאת טעות של 14ב, כי לא חושבים שהקונה ידע או היה צריך לדעת על הטעות של המוכר, והפתרון האפשרי הוא שגם אם מאפשרים למוכר לבטל הוא עדיין צריך לשלם פיצוי לפי ס'14ב שאומר שביהמ"ש רשאי לחייב את הצד שטעה על הנזק שנגרם לצד השני.

**Wood v. Boyton** – שני הצדדים חשבו שמדובר באבן זרקון. לאחר המכירה התברר שמדובר ביהלום.

**מה ההבדל במקרה של Sherwood ?** **הקונה היה תכשיטן** – הוא אומר שהוא אף פעם לא ראה יהלום לא מלוטש ולכן לא ידע שהוא מחזיק יהלום. בSherwood שני הצדדים היו בטוחים שהפרה עקרה. **ב Wood – לא הייתה טעות! הדיון לסו גהאבן הוא דיון ער בין הצדדים – לא בטוחים באיזה אבן מדובר ולכן לוקחים את הסיכון שלא מדובר ביהלום**. היא יכלה לברר מה השווי של האבן ולכן ביהמ"ש משתכנע שלא הייתה כוונת מרמה ולכן אין טעות משותפת – שניהם לא ידעו שמדובר ביהלום ושניהם עשו עסקה על הסיכוי שהאבן היא משהו אחר.

**טעות חד צדדית**

המקרה הרגיל – צד אחד טועה וצד שני לא. אם הצד השני יודע או שעליו לדעת על טעות ויסודיות הטעות – 14א ואולי 15. אם השני לא יודע ולא היה עליו לדעת – 14ב.

במשפט האנגלו אמריקאי ככלל אין זכות לפיצוי לפי ה Common law. בנסיבות מסוימות יש סעד באקוויטי (הדין האנגלי היה מוחלק לשני מערכות דין מקבילות), כאשר לוקחים בחשבון את האינטרס הלגיטימי של שני הצדדים. במקרה כזה לפחות שוללים את הזכות לאכיפה בעין.

**אופי הטעות – ביחס למה הצדדים טועים?**

**טעות משפטית**

באנגליה לא מאפשר ביטול לפי המשפט המקובל, חריג באקוויטי. **בבג"ץ כנפי נ' בית הדין הארצי לעבודה** – אפשרות של ביטול עקב טעות בדין. באותו מקרה לא חוזה – החלטה של צד בהליך משפטי לבקש גמלה או מענק חד פעמי. בית המשפט מתגבר **דרך 61(ב) – אפשר לבטל גם פעולה אחרת שהיא לא חוזית עקב טעות, וטעות היא גם טעות שבדין לפי סעיף 14ד.**

**טעות בזהות המתקשר** – **מי הצד השני לעסקה?**

מי שמתקשר בהסכם ע"י עורך דין כאשר אחד הצדדים נשאר עלום שם. **גרוסמן נ' כספי** – בפועל הטעיה. עו"ד שמייצג צד לעסקת מכר מקרקעין ולא גילה את זהותו. בדיעבד לאחר גילוי הזהות, השכן שונא אותו ולא רוצה להתקשר עימו בחוזה. נקבע כי חל ס'14א ו15 ולכן יש זכות ביטול.

### סעדים

**סעיף 14ב כולל במסגרת קביעת הסעד שיקולי צדק: ביהמ"ש רשאי להורות על ביטול והשבה, אבל הוא צריך לבדוק את זה לפי:**

* הפגיעה היחסית בצדדים – מאזן הנוחות – מי יפגע יותר במקרה הביטול?
* בדיקת האשם היחסי – מי גרם לטעות של הצד שטעה?

יש הבדל בין מאזן הנוחות ובדיקת האשם של הצדדים. מאזן הנוחות היא בדיקת אקס פוסט, זה להגיד מי יפגע יותר במקרה של הביטול. בדיקת האשם היחסי תהיה – מי אחראי לטעויות האלה? מי יכל למנוע זאת ביותר זול? בדיקת אקס אנטה.

**האם ניתן להתנות על ביטול?** לכאורה אפשר בנסיבות של טעות ביחס לעובדה, כמו התניית As is – יכולה להתפרש כהתניה על זכות הביטול כאשר הצד טועה. במקרה של ביטול חוזה מכוח 14א - יכולות להיות אפשרות לפסיקת סעדים לפי סעיף 15 רק אם הייתה ידיעה בפועל, **יכולה להיות הפרה של חובת תום הלב ולכן פיצויים מכוח ס'12 לחוק.**

### טעות וסיכול החוזה

הסדר תרופתי, **ס'18א לחוק החוזים תרופות**: "הייתה הפרת החוזה תוצאה מנסיבות שהמפר, בעת כריתת החוזה, לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן או שלא ראה ושלא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען, **וקיום החוזה באותן נסיבות** הוא בלתי אפשרי או שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים, **לא תהיה ההפרה עילה לאכיפת החוזה שהופר או לפיצויים.**

**ביטול עקב טעות לגבי מצב הדברים העתידי, מצב הדברים הזה יהיה האירוע המסכל.**

במשפט האנגלי – נכנס תחת טעות משותפת כאשר הסיכול נוצר לאחר הכריתה.

**בישראל** יכולה להיות תחולה מקבילה של 18 א ו14ב: 18א יהיה האירוע המסכל, שהוא גם הטעות המשותפת של הצדדים.

**הדוקטרינה של סיכול מטרה**

לעיתים נכרת חוזה לשם הגשמת מטרה ספציפית אך המטרה סוכלה כתוצאה מאירוע חיצוני. לדוג': הבניין לשימור – אפשר לחשוב עליו כעל אירוע מסכל, העסקה נועדה לבניית דירות והאירוע שהבניין הפך לבניין לשימור מסכל את האפשרות לעשות כן.

בדין האנגלי הדוקטרינה של סיכול מטרה נכנסת תחת טעות משותפת – הגיע מהשכרה קצרת טווח של דירות לצורך צפייה בהמלכה. במקרים שהגיעו לפסיקה היו מקרים שבהם התהלוכה זזה**, ביהמ"ש טען שהתכלית של החוזה סוכלה ולכן יש טעות של הצדדים המאפשרת את ביטול החוזה והשבה הדדית.**

**בדין הישראלי יש שאלה לגבי סיכול מטרה**

**ברק מדינה** – צריך לתת לס'18 פרשנות תכליתית.

חוק דיני ממונות – הצעת חוק קיימת שאמורה לאגד בחוק אחד את כל ההסדרים האזרחיים (חוק המקרקעין, מטלטלין, חוזים וכו'). ס'130 (2) להצעת חוק דיני ממונות: התרחשות נסיבה חדשה המכשילה ת מטרת ההתקשרות בחוזה" – אימוץ של דוקטרינת סיקול מטרה.

**גבריאלה שלו** אמרה שזה נכנס לדין הישראלי מתוקף ס'39 לחוק החוזים. קיום בתום לב אומר שכאשר אתה יודע שהמטרה של הצד השני סוכלה אתה לא יכל לעמוד על קיום החוזה כי זה לא תם לב כלפי הצד השני.

ס'16ב לחוק חוזה הביטוח קובע הסדר קונקרטי שמתייחס לסיכול מטרה (אם הסיכון נהיה בלתי אפשרי המטרה של הביטוח סוכלה).

### תיקון הטעות

**ס' 14 ג' לחוק החוזים הכללי:**  טעות אינה עילה לביטול החוזה לפי סעיף זה, אם ניתן לקיים את החוזה בתיקון הטעות והצד השני הודיע, לפני שבוטל החוזה, שהוא מוכן לעשות כן.

לא ניתן לבטל את החוזה מחמת טעות אם הצד השני יכל לתקן את הטעות (הצד שלא טעה), אבל זה לא חל על הטעיה. אז הטעיה מזכה את ביטול החוזה גם אם ניתן לתקן את ההטעות, והטועה רשאי להכריע אם הוא עומד על התיקון או רוצה לבטל.

עוד משמעות להבדל בין 14א ו15. וגם הסבר אסטרטגי למתי ארצה לתבוע לפי 15 או לפי 14א.

**אכיפה**

**בנסיבות של 14ב וביהמ"ש קובע שלא ניתן לבטל את החוזה האם יש זכאות לאכיפה**? **אבדני נ' קסוטו** – טעות לגבי הממכר לא מזכה בביטול אבל לא תאפשר אכיפה, מאחר שהיא בלתי צודקת בנסיבות העניין כי החוזה מבוסס על טעות. לא מדובר בהלכה מחייבת אבל זאת ההלכה המקובלת בפסיקה היום.

**שיעור מספר 21 28/12/2020**

## הטעיה

### מבוא

**סעיף 15 לחוק החוזים הכללי:** "מי שהתקשר בחוזה עקב טעות שהיא תוצאת הטעיה שהטעהו הצד השני או אחר מטעמו, רשאי לבטל את החוזה; לענין זה, "הטעיה" – לרבות אי-גילוין של עובדות אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן."

### יסודיות הטעות

ס' 15 לא דורש שהטעות תהיה יסודית. כלומר, אדם שהוטעה, טעה בפועל, והתקשר בחוזה על סמך הטעות רשאי לבטל אף אם המטעה לא ידע ולא היה צריך לדעת שהטועה לא היה מתקשר בחוזה עקב הטעות.

כלומר, המטעה לא יכול לטעון שהטועה רגיש במיוחד. לדוג': ריפוד באוטו, יש אנשים שעבורם טעות בצבע הריפוד תהיה קריטית מספיק כדי לבטל.

**זה אומר, שאם נוצרת טעות, לא תקום לקונה זכות ביטול לפי ס'14, אבל אם חלו התנאים של הטעיה אז צומחת זכות ביטול.**

בעיה – הטעיה בתום לב: יכולה להיות הטעיה בתום לב. לדוגמה: ידעתי שהריפוד ברכב לא באותו צבע, אבל לא חשבתי שזה קריטי. צומחת זכות ביטול שהגורם שמטעה בתום לב ולא ברשלנות כאשר הוא לא היה צריך לדעת שזה משהו מהותי לצד השני.

* **הפתרון בארה"ב:** ההטעיה חייבת להיות יסודית או זדונית – כוונת תרמית, כלומר בחוסר תום לב.
* בפועל בישראל – גם אם אין דרישה מפורשת ביהמ"ש לא ממהר להכיר בזכות הביטול במקרה שההטעיה לא יסודית, **דרך דרישת הקשר הסיבתי.**
* כלומר, יסודיות הטעות עובדת מהמישור המהותי כפי שקיים בס'14 למישור הראייתי. המטעה יכל לבטל אם ההטעיה היא לא יסודית, אך ביהמ"ש מניח שאם היא אינה כך זה לא היה מונע ממנו להתקשר בחוזה.

**שאלת יסודיות הטעות**: דוג' בפס"ד **ולנטין נ' ולנטין** – הייתה הטעיה אבל לא מתקיים קשר סיבתי בין ההטעיה ובין כריתת החוזה. היא אינה קשורה סיבתית להסכם השלישי (ההסכם שהוא מבקש לבטל).

**האם ביהמ"ש צודק?**

הבעל יכל לטעון – הסכם 3 נחתם תוך אמונה בתוקפו של הסכם 2 (טעות). הסכם 2 נחתם תוך אמונה בתוקפו של הסכם 1 (טעות). הסכם 2 מבוסס על אמונה בתוקף של הסכם 1, והם הוא לא תקף אז תוקף הסכם 2 לא תקף, ולפיכך ההסכם השלישי לא. ואז מתגלגלים לשאלה – האם הסכם 1 נכרת בטעות? הסכם 1 נכרת על סמך ההנחה שרוצים להסדיר את היחסים בין בני הזוג, שבוע לפני שהאישה מבקשת גירושים. בנקודת זמן של הסכם 1, הוא נחתם תוך הטעיה ביחס לאירועי אילת. הטעיה מכוונת – נמסר מידע שקרי ביחס לאירוע שהתרחש בסמיכות לחתימה על ההסכם. המהלך של ביהמ"ש שניתק את הקשר בין הסכם 1 (לפני ההחלטה להתגרש), מהסכמים 2 ו 3 שנכרתו אחרי ההחלטה להתגרש, היא החלטה לא קלה. לכאורה, לפני שנכרת הסכם 1 בשעת הגירושים אין שום אינטרס להעניק זכויות עודפות בהסכמי 2 ו 3 ולכן יש קשר סיבתי בין ההסכמים.

**דרך להצדיק את ההלכה שיצאה מהעליון – לא נטען ע"י הצד שרצה בביטול וטען להטעיה.**

דוגמה ליסודיות הטעות בדלת האחורית: **פס"ד פופסקו נ' עיריית חיפה**

עולה חדש שמעוניין להקים פארק שעשועים בחיפה. הוא הציג יכולת כלכלית לעמוד בפרויקט שלא הייתה לו בפועל – אמר שברשותו מיליון ל"י ובפועל החזיק כשליש מהסכום. ביהמ"ש קבע כי המצג תרם לנכונות להתקשר בחוזה בפועל. אולם, לא ניתן סעד של ביטול לעירייה – נקבע כי היו בחוזה מנגנונים שונים ששמרו על העירייה מפני מצב בו פופסקו לא מסוגל לשאת בעלות הכלכלית, והחוזה אף לא היה כרוך בשום סיכון לעירייה – אין מה להפסיד. לכן נקבע כי אין קשר סיבתי.

**למעשה, הטענה היא שהאדם הסביר היה מתקשר בחוזה על אף הטעות, כלומר הטעות לא יסודית.**

### המצב הנפשי

**הטעיה בתום לב**

יש להבחין בין מצג שווא רשלני בתום לב למצג שווא לא רשלני בתום לב.

* **מצג שווא רשלני בתום לב-** לא הייתה כוונה להטעות אבל אדם סביר בנסיבות לא היה מטעה.
* **מצג שווא לא רשלני בתום לב**- אמצעים סבירים לא היו מונעים את הטעות. **פרידמן, כהן ושלו**- חושבים שניתן לבטל את החוזה על סמך מצג שווא לא רשלני בתום לב. **כאשר המצג שווא לא רשלני פרידמן ושלו אומרים שכן (בדומה לריסטייטמנט, שאומר שאפשר לבטל אבל הטעות חייב להיות יסודית)** אך הבעיה היא שנוצר קושי מבחינת תמריצים. כי ניתן לבטל גם אם הטעות לא יסודית וגם אם הטועה היה יכול לגלות ולמנוע אותה בקלות- במקרה זה יש להכריע לפי 14ב ולא 15.

### הטעיה מטעמו של אחר

**ס'15** מתייחס למקרים שבהם צד טועה או הצד השני הטעה אותו או אחר מטעמו. ברקע, **יש לבחון את ס'2 לחוק השליחות** – "שלחו של אדם כמותו ופעולת השלוח לרבות ידיעתו וכוונתו מחייבת ומזכה לפי העניין את השולח".

על פניו, בעקבות חוק השליחות לא נדרש שסעיף 15 יוסיף "אחר מטעמו". **אבל, התיבה "אחר מטעמו" רחבה יותר מאשר בחוק השליחות.** **הדרישה היא שהמטעה פועל מטעמו של הצד השני, גם אם ההטעיה מטעמו שלו.** לדוג' נציג מכירות – מתקשר למישהו ומציג שירות בחינם, ואז מתברר שזה בתשלום. הסיבה לכך היא שלא כי הוא רוצה להשיג כספים לחברה אלא לקבל בונוסים **ולכן הסיבה שהוא מטעה היא מטעמו שלו אבל הוא פועל מטעם חברת הסלולר**. במקרה זה, עדיין ניתן לביטול עקב הטעיה כי היא נעשתה ע"י הצד השני או אחר שפעל מטעמו.

**מה בדבר הטעיה על ידי מי שלא פועל מטעם הצד השני?** טעות, לא הטעיה.

גם כפייה ועושק יכולים להיעשות על ידי מי מטעמו של הצד השני.

**מה קורה אם הכפייה והעושק נעשים על יד צד ג' שלא קשור לצד השני להסכם?** אין סעד לאכיפה לפי 18,17. גם לא לפי 12. אפשר להימנע מאכיפה לפי החריג בסעיף 3(4).

### מהות ההטעיה

**ההבחנה בין חובת גילוי להטעיה אקטיבית אינה קלה**. לדוגמה, גילוי של חצי אמת או הצגת מצג אמיתי שנהיה שגוי.

* **מצג שווא**

**הטעיה ככלל היא מצג שווא של עובדה או משפט, אשר מוביל לטעות של הצד השני ומוביל לכריתת החוזה.**

**כשמוצג מצג עובדתי במסגרת המשא ומתן שמוביל לטעות של הצד השני וכתוצאה מכך לכריתת החוזה**. אי קיום הבטחות במסגרת החוזה אינן מצג שווא. השאלה, **האם הייתה לי כוונה בשעת הכריתה לא לקיים את ההתחייבות, האם מדובר בהטעיה?**

ברור שהתחייבות בחוזה היא לא מוצג אז לכאורה לא מדובר בהטעיה, יש סעדים בגין הפרה. אבל, אם אני יוצר מצג שאני נכון לקיים את ההתחייבויות שלי, אז לכאורה יש מצג שאני יכול ומוכן לקיים את ההתחייבות וחוסר הנכונות או היכולת לקיים אותן מהווה הטעיה - **הטעיה לא לגבי המחויבות אלא לגבי זה שיש מסוגלות לקיימן**. **בארה"ב,** זאת לא הטעיה – אלא הפרה של החוזה. **באנגליה** זה הוכר כהטעיה **ובישראל** יש גישות שונות בעיקר ביחס להבטחות שלא נכנסו בגדר החוזה, חוסר הנכונות לקיים הבטחה חוץ חוזית מלכתחילה נחשב להטעיה.

לדוג': **בן עמי נ' בנק לאומי** – אדם שהתחייב למסור ערבים לחשבון בנק עסקי כשידוע לנציג שאין לו אפשרות להביא ערבים. ביהמ"ש פוסק שזאת הטעיה כי הוא מעולם לא התכוון לקיים. **מה אם התכוון לקיים, אבל לא היה יכל לקיים? אם התכוון לקיים אבל לא היה מסוגל זאת לא הטעיה.**

* **התפארות והבעת דעה**

התפארות והבעת דעה בדר"כ נתפשים ככוללים התחייבות ביחס לאמיתות המצגים. אין התחייבות מכללא (משתמעת) לאמיתות הדברים ולכן לא נוצר מצג שווא (אין הטעיה). **בעניין איי די איי חברה לביטוח נ' לשכת סוכני ביטוח בישראל** יש טענה שהקמפיין של שוקה, שמצייר סוכני ביטוח ככאלה שלא יודעים לעבוד עם מחשבים וגוזל כסף הוא מטעה את הצרכנים. הם טוענים להטעיה לפי חוק הגנת הצרכן שקובע שהטעיה היא עוולה ולפי תיאור כוזב. ביהמ"ש קובע: "**דיני מצג השווא יחולו כאשר מדובר בהצהרה לגבי נתון עובדתי או משפטי ולא כאשר מדובר בחוות דעת בהערכה גרידא או בדברים התפארות".** דומה לפס"ד פפסי, שהם הבטיחו מטוס.

* **אמת מהותית ואמת מילולית**

כל מה שנאמר אמת, **אולם קיים פער בין האמת המילולית לאמת המהותית או לחלופין נאמרו דברי אמת אולם שינוי מאוחר ולפני הכריתה שינה את התמונה העובדתית.**

* + **המקרה הראשון – אמת מילולית שונה מהאמת המהותית**

**חברת בית החשמונאים נ' אהרוני,** תביעה נזיקית ולפני חוק החוזים. המוכר הוא בעל מקרקעין שמקים עליו בניין ומוכר חנות בבניין. **בהסכם נאמר שלא תוקם עוד מסעדה למעט המסעדה שנמצאת בחנות**. המוכר לא מספר שהבניין, למרות שנראה כמבנה אחד, בנוי על שתי יחידות מקרקעין נפרדות אשר בונים עליהן שני קבלנים שמשתפים פעולה ובעצם מדובר באותה יחידת מבנה, כשבחלקת מקרקעין השנייה בונים כמה מסעדות. השאלה הייתה האם צריך להעמיד את הקונים על הטעות שלהם שבעצם המקרקעין אינה יחידת מקרקעין אחת.

**ביהמ"ש: השופט בייסקי** – כן, הייתה חובה לגלות לקונים שמדובר בשתי חלקות.

**כהן (דעת מיעוט)** – הקונים היו צריכים לברר והתרשלו בבדיקת גבולות השטח.

**רגומי נ' אררט,** ביטוח נגד שריפה. חברת הביטוח שילמה ואז תבעה ודרשה השבה. בשעת הכריתה שאלו אם בוטל בעבר חוזה אצל חברת ביטוח אחרת. רגומי השיבה כי היא ביטלה כמבוטחת ביטוח שהיה לה אצל חברת המגן. מתברר שהמגן ביקשה לבטל ורגומי ביקשה שיתנו לה לבטל במקום. **ביהמ"ש קבע כי רגומי לא הסתפקה בתשובה שלילית אלא הוסיפה שהיא מבטלת פוליסה קיימת. בכך, גילתה חצי אמת. משבחרה לספר, הייתה חייבת לספק תמונה מלאה ומדויקת ולכן הוא קובע שהייתה אפשרות לבטל.**

* + **המקרה השני – נאמרו דברי אמת, אולם שינוי מאוחר שינה את התמונה העובדתית**

**לקי דרייב נ' הילטון,** בזמן המשא ומתן הייתה לקי דרייב נציגים של הרץ אבל ידעו שהרץ לא הולכת לחדש את הרישוי ולכן בשעת קיום החוזה הם לא יהיו נציגים של הרץ. **ביהמ"ש עמדתו של השופט הלוי** – בגלל שהייתה הידיעה שבעתיד זה יכל להשתנות, יש חובה לעדכן על שינוי הנסיבות.

### חובת גילוי

**במשפט האנגלי אין חובת גילוי כללית. בדין הישראלי עולה השאלה מתי צריך לגלות לפי נוהג או נסיבות?**

**דינים שונים מטילים חובת גילוי ספציפית, לדוגמה:**

* חוק חוזה ביטוח (מבטח ומבוטח) – חוק חוזה הביטוח יוצר סעד ספציפי על חובת גילוי. מצד אחד חל סעיף 15. מצד שני יש סעד ספציפי לחוק הביטוח ששוללת את ביטול החוזה ולכן קיימת תחולה מקבילה לסעיף 15.
* חוק הגנת הצרכן.
* חוק הבנקאות (שירות ללקוח).
* חוק המכר (דירות).

החוקים הספציפיים מסדירים גם סעדים במקרה של הפרה. **עולה שאלה אם יש מקום בכלל להחיל את סעיף 15 בנסיבות הנ"ל**? התשובה לכך היא שזה **תלוי**, כשהחוק כולל בתוכו הסדרים ששוללים את התחולה של סעיף 15 אז **חוק ספציפי גובר על חוק כללי**. אבל, אם החוק לא כולל הסדרים כאלה ששוללים מניה ובניה את האפשרות להסכם אז תהיה חובה כפולה, לדוגמה בחוק הגנת הצרכן יש סעדים על פעולה שעשויה להטעות ובמקרים כאלה אין סיבה שלא תהיה תחולה מקבילה גם לסעיף 15.

**מתי הגילוי הוא לפי דין**? גילוי לפי סעיף 12א "במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב". כלומר, לפי דין זה כולל לפי נוהג (דרך מקובלת) לכן נראה תוספת מיותרת.

זה אומר שלא היה צריך לכלול בסעיף 15 את דרישות הגילוי לפי נוהג או דין בגלל סעיף 12 לחוק החוזים.

גילוי לפי נסיבות – גם בדרך כלל מביא לתחולה של סעיף 12.

**שיקולים בהכרה בחובת גילוי**

* + 1. **יחסים בין הצדדים**

**רגומי נ' אררט** (ביטוח נ' שריפות) מערכת היחסים המיוחדת בין מבטח למבוטח דורש שהמבוטח ייתן מידע מלא למבטח. אותו דבר בנוגע ליחסי בנק לקוח – התקשרות עם לקוחות לעסקת משכנתא ובמקביל מתקשר עם הקבלן שיודע שהוא נתון לקשיים ועולה השאלה אם יש חובה לגלות ללקוחות, **ביהמ"ש קובע שכן – "לא ניתן למסור את המידע שיש לנו על הקבלן, קחו את זה בחשבון".**

**ולנטין נ' ולנטין** – ביהמ"ש מתייחס לשאלה של המערכת יחסים המיוחדת ויש שם דיון בהבחנה בין אנשים הקשורים במערכת יחסים זוגית לחובת הגילוי בהסכמים מסחריים – כשיש יחסים מיוחדים בין הצדדים חובת הגילוי רחבה יותר.

* + 1. **קרבה למידע**

כמה המידע קרוב לצדדים? הדבר עלה **בספקטור נ' צרפתי**.

ביהמ"ש: העמדה של אשר: חובת הגילוי מתבקשת כאן.

העמדה של לנדוי וכהן: חובה לגלות מידע רק כאשר הצד השני לא יכול לגלות את המידע בעצמו. הם מאשרים את זכות הביטול בעקבות הפרה של חוק המכר המאפשר ביטול עקב אי התאמה (לא קשור לסעיף 15 אלא לרכש מקרקעין).

**קינסטלניגר נ' אליה** בעלת קרקע בארה"ב לא דוברת עברית וירשה את הקרקע לפני שנים. הקרקע החקלאית עברה שינו ייעוד המפשיר אותה למגורים. הקונים ידעו על שינוי הייעוד.

**השופט אנגלרד** – חובת גילוי **"עקרון תום הלב דורש כי המציע יגלה את העובדה כי לגבי החלקה החקלאית קיימת תכנית לשינוי ייעוד המעלה את ערך הקרקע".**

בשונה **מספקטור נ' צרפתי, כאן מי שמבקש לבטל לא היה קרוב למידע,** היו לו מכשולים להשגת המידע וזה מה שיכל להסביר את הפער בין התפיסות של לנדוי בעניין ספקטור לעניין קינסטלניגר.

* + 1. **אשם תורם**

**ספקטור נ' צרפתי** – כהן אומר, שצד לא צריך לגלות משהו לצד השני שיכל היה בדרך סבירה לגלותו, לכן לא ניתן לטעון לאי הגילוי.

דיון דומה עולה גם **בגינדי נ' אפללו** , העמדה של השופט אשר: מדובר על מידע שאדם סביר היה צריך לדעת – אדם סביר היה צריך לקרוא את החוזה. לא צריך להעמיד אתכם על הטעות שלכם – יכולתם לקרוא אותו ולכן דיי ברור למה האשם התורם משפיע על שאלה הגילוי.

**שפיגלמן נ' צ'פניק -** בעלי מניות החברה שמחזיקה במוסך שהופקע לצורך סלילת נתיבי איילון. שותף מכר את חלקו לשותף השני. באותה שעה יש מו"מ מתקדם עם נתיבי איילון לרכישה חוזרת של חלק מהשטח שהופקע. **ביהמ"ש לא התיר ביטול על בסיס הטעיה – בעל מניות צריך לברר מהן הזכויות הנלוות למניות שלו. בהעדר ראיה להטעיה זדונית, אין הטעיה.**

* + 1. **גילוי לפי הניתוח הכלכלי**

**מתי נרצה לחייב צד אחד למסור מידע לצד שני לחוזה?**

**קרונמן** במאמר **A.T Kronman, Mistake, Disclosure, Information and the Law of contracts ,** אומר שצריכים לחשוב על מידע כנכס. כשחושבים על נכסים, מידע הוא לא נכס סתם אלא **מידע הוא נכס שניתן ליצור אותו**. יש חשיבות חברתית בייצור מידע. במה שונה מידע מנכסים אחרים שיכולים לעבור ידיים? **העברה של נכסים מיד ליד מקנה ערך רק ככל שמי שמקבל את הנכס מעריך אותו יותר ממי שמסר אותו**. ב**מקרה של מידע זה לא המצב, אפשר לייצר מידע חדש, ובגלל זה אם המידע הוא פרודוקטיבי, כזה שיש לו חשיבות בעולם נרצה ליצור תמריצים לייצר דבר כזה**. מכאן, הכלל הישן של "**הזהר הקונה**" מאוד הגיוני. **לאפשר לכל צד לעסקה לנצל באופן מלא את המידע שיש לו וכך הוא יוצר תמריצים לייצר מידע, לצדדים יש אינטרס לאסוף מידע כי הם יודעים שיוכלו לנצל את המידע במסגרת העסקאות ולא יצטרכו לגלותם לצד השני.**

**כשיש חובת גילוי מלאה, נמנע מהצדדים להפיק רווח מהמידע שלהם**. לדוג': סקר קרקעות לגילוי נפט - קרקע חקלאית ששווה 10, כי כולם יודעים שיש סיכוי קטן שיש בה נפט. עלות איתור הנפט היא גבוהה ודורשת המון מומחיות. מה יקרה אם אותם גופים שמומחים באיתור נפט וחושדים שבקרקע יש פוטנציאל יצטרכו לגלות לבעלים אחר כך שהם גילו נפט. אם הם נדרשים לגלות, **המחיר ישקף את זה שיש נפט בקרקע ואז הם לא יוכלו להרוויח מהמידע שהם אספו ואם ידעו על כך מראש לא יוכלו לנצל את המידע הזה ולכן מראש לא יחפשו.**

זה אומר שחובת הגילוי, **מפחיתה את התמריץ לגלות מידע**. מכאן, אפשר להבחין בין סוגים שונים של מידע – מידע שיש להשקיע בגילוי שלו ומידע שמתגלה באקראי או ללא השקעה.

* + 1. **חשיבות סובייקטיבית בגילוי מידע**

**Reed v. King** - קנתה דירה ובדיעבד גילתה שהיה בה רצח של משפחה שלמה, הייתה חובת גילוי ולכן דורשת את ביטול החוזה. **ביהמ"ש –** משנה את מהות הדירה ולכן הייתה חובת גילוי. אם היא הייתה מעלה את הטענה שרק לה זה מפריע, ביהמ"ש לא היה מסתפק בכך. **יש להבדיל בין מידע חשוב אובייקטיבי לבין מידע לא רציונאלי**. זה שנרצחה בבית משפחה שלמה זה לא רלוונטי, מהות הבית נשארת אותו הדבר ועל כן זה לא רציונאלי לרצות לגור בו. אבל, **זה לא אומר שזה לא בעל חשיבות אובייקטיבית** – אם האמונה הלא רציונאלית, הפחד מרוחות רפאים, הוא משותף לכולם אז הוא אמנם לא רציונלי אבל זה משפיע אובייקטיבית על שווי הנכס ובגלל שהפחד משותף לרבים ויוצר השפעה אובייקטיבית על פרמטרים רלוונטיים לחוזה קיימת חובת גילוי. אם היה מדובר רק בהעדפות אישיות, אז לא הייתה חובת גילוי, שלא צומחת תחת דברים שלא חשובים לציבור בכללותו. **העובדה שזה משפיע על שווי הדירה בשוק מוביל למסקנה שעובדה זו חשובה אובייקטיבית שכן משפיעה על הציבור.**

* + 1. **הטעיה והפרת חוזה**

**מצגים טרום חוזיים יכולים להוות בסיס להטעיה אבל התחייבויות בחוזה הן לא הטעיה אלא הפרת חוזה**. יש לשים לב ששניהם מקנים סעדים, אך בדר"כ המצב של **נפגע ההטעיה/הנפר עדיף אם המצג הוא התחייבות חוזית**, **מאחר שניתן לדרוש אכיפה של הקיום של המצג, מה שלא ניתן לדרוש במקרה של הטעיה**. אם לא ניתן לעמוד על ההתחייבות החוזית אפשר לקבל פיצויים שיינתנו במסגרת אכיפה הם פיצויים חיוביים. לעומת זאת אם ההטעיה היא בתום לב, הסעד היחידי שיש הוא ביטול. יש עדיפות לפרשנות לפיו ההסדר הוא תניה בחוזה ולא מצג עובדתי טרום חוזי.

**שיעור מספר 22 30/12/2020**

## עושק

**עושק – ס' 18 לחוק החוזים הכללי:**

מי שהתקשר בחוזה עקב ניצול שניצל הצד השני או אחר מטעמו את מצוקת המתקשר, חולשתו השכלית או הגופנית או חוסר ניסיונו, ותנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל, רשאי לבטל את החוזה.

**הסעיף מורכב מ:**

* **ניצול של הצד השני או אחר מטעמו.**
* **עקב (קשר סיבתי).**
* **מצוקת המתקשר, חולשתו השכלית או הגופנית או חוסר ניסיונו.**
* **תנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל.**

**מצוקת המתקשר**

מצוקת המתקשר, חולשתו השכלי תאו הגופית או חוסר ניסיונו?

פס"ד **סאסי נ' קיקאון** – השופט טירקל (עמדת מיעוט) – עושק מתקיים רק במצב חמור ומתמשך ולא בקושי ארעי או חולף.

**כהן נ' הרשקוביץ** – שמגר דוחה את טענת העושק –התקבלה טענת העושק מכיוון שלא הייתה מצוקה – המצוקה הכלכלית במקרה זה הינה מצוקה חולפת שלא מראה על מצוקה מתמשכת. במקרה דנן לא מדובר על מצוקה כלכלית מתמשכת. בנוסף, שמגר טוען שהם יכלו להמשיך לשכור את הדירה ולעמוד על הזכות לפיצויים עקב הפרת חוזה.

**עקב – דרישת הקשר הסיבתי**

יש להראות לכאורה שהחוזה נכרת עקב העושק או הכפייה. ביחס לטעות ראינו דרישת קשר סיבתי אובייקטיבית, לפחות אם לא הייתה ידיעה על הנסיבות הסובייקטיביות של הצד השני.

**שפיר נ' אפל – דיון על עושק:**

שני הסכמים, הטענה ששניהם תוצר של עושק (פעמיים התקשרו בחוזה כתוצאה מאיומים).

ההסכם הראשון – מתקיים עושק כי האיומים מופנים כלפי ניצול השואה – לא רק אומר שיתלונן למשטרה אלא גם שיבואו השוטרים ויכו אותו, הוא מנצל את זה שהאדם ניצול שואה. קיים כאן ניצול מצוקה הגורם אוטומטית להתקשרות בחוזה מאחר שלא היה קיים חוב ברקע. נוצרת התחייבות לשלם עבור כלום – לכן קיים קשר סיבתי של המצוקה שהוביל להתקשרות בחוזה.

ההסכם השני – בגלל שההסכם הראשון הוא תוצר של עושק, גם ההסכם השני.

**השופטת שטרסברג כהן** – "**אין צורך להוכיח שאילולא העושק לא הייתה נוצרת התקשרות ולא נדרש שהעושק יהיה הגורם הבלעדי או המכריע להתקשרות**. מבחן הקשר הסיבתי בין העושק לבין ההתקשרות הוא מבחן סובייקטיבי". יש חזקה שקיים קשר סיבתי בין הדברים, אם יוכיחו שלא מתקיים הקשר הסיבתי הסובייקטיבי, לא יעמוד מבחן העושק. השופטת אומרת כי אין צורך להוכיח שהעושק יהיה הגורם הבלעדי או המכריע להתקשרות. מבחן הקשר הסיבתי בין העושק לבין ההתקשרות הוא מבחן סובייקטיבי. לכאורה, יש כאן סתירה בין דברי השופטת. **אך הדבר הברור הוא שאין דרישה אובייקטיבית,** דבר שעולה גם מתוך הסעיף. כאשר יש הנחה שההתקשרות היא תוצאה של העושק וככל שהיא ניתנת לסתירה יכל העושק להראות שהנעשק היה נכנס לחוזה גם אלמלא תנאי העושק.

**קשר סיבתי (מבחן סובייקטיבי):** העושק השפיע, או לפחות היה אחת הסיבות להתקשרות בחוזה. המבחן הינו סובייקטיבי ומתייחס לאדם העשוק שהתקשר בחוזה ולא לאדם הסביר.

**סבירות החוזה**

חוזה לא סביר – כאשר החוזה נכרת ללא תמורה או ללא ביסוס בזכות קיימת אין מקובל ואין אפשרות לבדוק אם חורג מהמקובל (מאחר שלא קיים חוזה על "כלום"). **לפי שטרסברג כהן ובן פורת בשפיר**, תמיד מתקיים התנאי ביחס לעילת העושק בנסיבות האלה.

קיימת מחלוקת לעניין השאלה אם נקיטת הליכים פליליים תמיד בגדר חוסר תום לב. איום בנקיטת הליכים לא תמיד פעולה בחוסר תום לב, אך בנסיבות בפסק הדין **שפיר נ' אפל** אין ספק שמדובר בחוסר תום לב מאחר שמתווספים איומים פיזיים.

**יחסי גומלין בין היסודות**

**רעיון האגרגציה הנורמטיבית (פורת ופוזנר – מאמר):** הרעיון לא אומץ בפסיקה בפועל.

היסודות של עילת העושק מקיימות יחסי גומלין – עולה בפס"ד **סאסי נ' קיקאון**: ככל שיסוד אחד מתקיים בצורה חזקה יותר ככה דורשים פחות את ההתקיימות של היסודות האחרים. אותו רעיון במובנים כלליים יותר במשפט**, רעיון האגרגציה הנורמטיבית** – **החוק עובד ביחידות עצמאיות שלא מקיימות יחסי גומלין אבל אפשר לחשוב שכן היינו רוצים בזה.** לדוגמה, טענת אשם תורם והקטנת הנזק – נפר, שלא ביצע פעולות להקטנת הנזק ולא מנע את ההפרה של הצד השני כפי שיכל היה. יש מקרים בהם הפעולות לא מגיעות לרמה הגורמת להפחתת פיצוי– מהי הנקודה שצריך לנקוט פעולה להקטנת נזק ונקודה שלא? יש שתי טענות שנורמטיבית הן כמעט – מה אם אפשר לעשות ביניהם אגרגציה – אמנם אתה לא חייב בעניין הקטנת הנזק או רק אם אשם תורם, אבל יחד הם מספיק משמעותיים כדי להוביל להפחתה של הפיצוי.

**תפיסה זו נקלטה בתוך דוקטרינות משפטיות** – במקרה של עושק במפורש. דרישה של מצוקה ודרישה של חוזה בלתי סביר – ככל שהחוזה יותר "בלתי סביר", כך נדרוש פחות מצוקה ולהיפך.

**סאסי נ' קיקאון:** ככל שהיחס בין התמורות נוטה יותר לרעת העשוק – כף יטה יותר בית המשפט לפסוק כי מתקיימים היסודות האחרים – במקרה דנן החוזה בהחלט בלתי סביר.

## כפיה

**ס' 17 לחוק החוזים הכללי:**

1. מי שהתקשר בחוזה עקב כפיה שכפה עליו הצד השני או אחר מטעמו, בכוח או באיום, רשאי לבטל את החוזה.
2. אזהרה בתום לב על הפעלתה של זכות אינה בגדר איום לענין סעיף זה.

**יש כמה צורות לכפייה:**

1. כוח ואיום.
2. סנקציה פלילית.
3. איום כלכלי.

**השאלה של כוח באיום מתפרשת באופן סובייקטיבי – האם הנכפה חש מאוים באופן שגורם לו להתקשר בחוזה?**

האיום הראשון **בשפיר נ' אפל –** התחושה הסובייקטיבית מביאה את אותו אדם להתקשר בחוזה. האיום השני, מתקשר לאיום בהפרת החוזה הראשון. הפגם בחוזה הראשון הוא מה שהופך את החוזה השני לכזה שנכרת מתוצאה של כפיה.

**הכפייה לא צריכה להיות יסודית (בדומה לדיון בעושק) והיא נבחנת במבחן סובייקטיבי.**

מה התוצאה של איום בסנקציה פלילית. **בשחם נ' מנס** – שחם גנב ממנס. ושחם הסכימו להעביר למס את דירתם, שושנה (האישה של שחם) טוענת שהחוזה לא חוקי בגלל כפיה ועושק, מכיוון שם התחייבו במסגרת החוזה לא לדווח לרשויות על הגניבה **– נוגד את תקנת הציבור, היינו רוצים שמי שעד לעבירה ידווח עליה**. הטענה כי החוזה נתון בכפיה כי מנס אומר לזוג שחם **"אם אתם לא תעבירו לי את הדירה, אני אדווח עליכם לרשויות"** ובזה הוא מאיים עליהם בסנקציה פלילית ולכן הוא כופה עליהם להתקשר בחוזה. **ועושק, מאחר שהוא מנצל את מצוקתם**. **טענת העושק נדחת מיד – החוזה הוא סביר, הדירה עונה על החוב של הסכום שגנב.** המצוקה – לא ברור מה המצוקה, קיימת הסכמה של הגנב לתקן את המעשה שלו. הגב' שושנה היא עורכת דין שאמורה לדעת לא להתקשר בחוזה. **מדוע טענת הכפייה לא מתקבלת? הם יזמו את ההצעה ועל כן אין קשר סיבתי**. לא הכירו בכך שהאיום הוא פניה לרשויות לעומת **שפיר נ' אפל -**במקרה של שפיר לא היה בסיס לפנות למשטרה ולדווח על פשע. יותר מזה, לא הייתה זכות לקבל כסף. כאן קיימת הזכות הבסיסית לקבל את ההשבה של הגניבה.

**שאול רחמים נ' אקסומדיה** – כפיה כלכלית. יש אפשרות לתבוע על כפיה מסוג זה. היה איום שנוגע לסגירת היריד ויגרום להפסד רווחים. **השופט מלץ** קובע לעניין הכפייה שיש עילה לביטול החוזה בגלל שהיה להם זמן מועט לשקול את ההחלטה. האיום הוא מידי, יש כאן עניין של זמנים. אין זמן לפנות לבתי המשפט – שונה מהעמדה של **כהן נ' הרשקוביץ** שם היה זמן לשקול את הדברים ולהתייעץ עם עורכי דין ורואי חשבון. על כן לפי פרק הזמן נוצרת עילת הכפייה.

**אזהרה בתום לב**

"אזהרה בתום לב על הפעלתה של זכות אינה בגדר איום".

עמידה על זכות שבדין אינה איום ואינה מובילה לפגם בהתקשרות. בעניין **שפיר נ' אפל**, אפל נכשל בתרמית של מכירת חלב. מדוע לא מדובר באזהרה בתום לב? משתי סיבות:

1. **התום לב נוגע לאזהרה ולזכות** – אם לא הייתה זכות בפועל לא יכול להיות שהאזהרה היא בתום לב.
2. האיום שהופעל בהקשר הפנייה למשטרה במיוחד בנסיבות אינה אזהרה בתום לב, לגבי זה יש מחלוקת בין השופטים.

# השפעת זכות הביטול על צדדים שלישיים

## זכות הביטול - מבוא

פגם בכריתה מעניק זכות ביטול – למעט 14ב ביטול ברשות.

אין הבחנה בדרך הביטול למעט הסדר ייחודי בכפייה (ס' 19-21 לחוק החוזים הכללי).

**סעיף 19 מגדיר ביטול חלקי** – רק אם ניתן להניח שאלמלא הפגם בכריתה לא היה מתבטל כל החוזה על אף שהוא נוגע רק לחלק מהחוזה, הברירה בין ביטול חלקי למלא היא מי שמחזיק בעילה.

הבעיה נוצרת כשיש חלק שהוא בלתי חוקי אבל לא ניתן להפריד בתמורה – לדוגמה חוזה עבודה שכולל תניה של אי תחרות מוגזמת. מגיע עובד לאחד שהתפטר ומבקש מביהמ"ש לבטל את התניה. את כל החוזה אי אפשר לבטל אבל את התניה מבקש לבטל. הבעיה, שלכאורה סעיף 19 דורש גם השבה חלקית – השבה על החלק הבלתי חוקי. העובד קיבל רכיב בתמורה, שמגלם את ההתחייבות לא לעבוד במקום אחר במשך זמן מוגזם. לכן לא ניתן לחשב זאת. ביהמ"ש מתעלם מהקושי ולא מפחיתים מהתמורה. דומה להסדר הכללי בחוק החוזים האחידים.

סעיף 20 מגדיר את דרך ומועד הביטול (בהודעה, תוך זמן סביר מהיוודע עילת הביטול).

אופן מתן ההודעה – סעיף 60א.

הודעה על דרך תביעה, אפשרית עקרונית רק אם זאת הכוונה ועומדת בדרישות הזמן הסביר (כהן נ' הרשקוביץ).

**הדרישה – מעת הידיעה בפועל!**

סעיף 21 מסדיר את חובת ההשבה בעקבות הביטול – בעין או בשווי.

## תוצאות הביטול בין הצדדים לחוזה

אם היה הסכם שבטל עקב פגם בכריתה כלל החיובים החוזיים בטלים - הפסקת החיוב החוזי. כולל חיובים משניים – בוררות, פיצויים מוסכמים, הסכמה על אופן חישוב ההשבה.

ההסכם עדיין בעל משמעות עניין של הקצאת הסיכונים.

**מתי השבה בעין בלתי אפשרית?** נכס שהועבר לצד ג' ולא ניתן להשיבו.

השבה בעין היא בלתי סבירה לפעמים, משני הצדדים. לדוגמה, בלתי סבירה מצד מוסר ההשבה - הסכם לבנית לבניין – השבה בעין בלתי אפשרית.

היא יכולה להיות בלתי סבירה מצד מקבל ההשבה – נכס שלאחר שימוש חסר ערך, לדוגמה – נעליים.

עשוי להיות מושפע מהשאלה מי גרם לפגם ברצון. ס' 21 לא מבחין בין מי שהחזיק בעילת הביטול והצד השני – ההשבה היא הדדית. אבל האם סביר שההשבה תהיה בעין או בלתי סביר בהתאם להבחנה מי גרם לעילת הביטול. לדוגמה, מכור נעליים שניצל מצוקת אדם ומכר נעליים במחיר גבוה. בנסיבות האלה סביר לעמוד על השבה בעין.

**יש שוני בין סעיף 21 לסעיף 9 לחוק התרופות שנותן ברירה בידי הנפר.**

## תוצאות הביטול כלפי צדדים שלישיים

**מערכות יחסים שונות:**

1. א העביר לב'. ב' העביר לג'. א' מפעיל זכות ביטול כלפי ב' אחרי שהנכס עבר מב' לג'.
2. א' העביר לב'. ב' העביר לג'. א' מפעיל זכות ביטול כלפי ב' לפני שהנכס עבר מב' לג'.
3. א' העביר לב'. ב' העביר לג'. לב' יש זכות ביטול במסגרת ההסכם עם א'. העילה נוצרה אחרי שהעביר את הנכס לג'.
4. א' העביר לב'. ב' העביר לג'. לב' יש זכות ביטול במסגרת ההסכם עם א'. העילה נוצרה לפני שהעביר את הנכס לג'.

**יש שתי אפשרויות קיצוניות:**

1. אין השבה בעין – א' לא יזכה בנכס. כאשר חוליית האמצע לא יכולה לתת השבה בשווי.
2. ביטול החוזה בין ב' לג' למפרע. ג' גובר רק אם מתקיימים תנאי **תקנת השוק**. **רכישת הזכות בלי שא' ממשיך להחזיק בזכות העקרונית שלו.**

במקרים של פגם ברצון המצב מורכב כי החוזה אמור להיות בטל ממועד הכריתה. אם א' מחזיק בעילה מול ב', ב' מעביר לג' והעילה מתגלה רק אחר כך, העילה הייתה קיימת מלכתחילה אז הייתה זכות רדומה שקיימת מלכתחילה. מצד שני זה יוצר לג' קושי כי תמיד תהיה זכות ביטול.

**אפשר למתן את התוצאה באמצעות הדרישה של סעיף 20** - לא תמיד תהיה זכות ביטול כי א' צריך להפעיל תוך זמן סביר. השאלה אם הפעלה תוך זמן סביר נוגעת רק לגילוי הטעות או שקיימת דרישה לגלות את הטעות תוך זמן סביר? **לשון הסעיף אומר שיש להפעיל את הזכות תוך זמן סביר מהרגע שגילית עליה.**

בכפייה – מותר לתבוע ביטול תוך זמן סביר מרגע שהוסר האיום.

**כנען נ' ממשלת ארצות הברית**

תמונה שנקנתה בשוק הפשפשים, גילו אחר"כ ששווה הרבה יותר ונגנבה ממוזיאון.

**כיצד ממשלת ארה"ב שהיא לא צד לחוזה יכולה לבטל אותו**? נפתר דרך זכות העקיבה. קיימת זכות של הבעלים של הנכס לעקוב אחרי גלגולו. אדם גנב נכס ואותו גנב מכר את הנכס בתנאי תקנת השוק אז בעל הנכס איבד את הנכס, הקונה קנה קניין אמיתי בנכס ולבעל הנכס אין זכות לקבל אותו. יש לו זכות עקיבה אחרי הגלגולים – הכסף שקיבל הגנב בעבור הנכס. בעל זכות העקיבה יכל לדרוש את הכסף. במקרה דנן זה לא עוזר לממשלת ארה"ב כי היא קיבלה סכום של 250 ₪.

**השופט אור אומר שזכות העקיבה היא אחרי הזכויות של הנכס,** **מה שמאפשר לכל קונה שלא רכש את הנכס תחת תקנת השוק, לא רק להחזיר את התמורה אלא לממש זכויות שיש לו ביחס לנכס –** במקרה זה לצנעני יש זכות ביטול בעקבות זכות משותפת, שבעקבות זכות העקיבה עוברת לבעלים האמיתיים של הנכס – ממשלת ארה"ב. וזה הפתרון שמציע השופט. לדעתו תנאי תקנת השוק לא קיימים.

**הפתרון של ברק: מימוש זכות הביטול דרך חובת תום הלב של המוכר. ושלילת זכות הקונה לפי תקנת השוק – שוב על דרך חובת תום הלב.**

**שיעור מספר 23 04/01/2020**

# תנאים ותניות בחוזה

## מבוא

עד כה דנו בנושאים פתולוגים (איך דברים משתבשים) – נושאים בהם חוזה נכרת או לא היה צריך להכרת מלכתחילה. אפילו שדיברנו על הדין שנכרת חוזה, דיברנו על כך שאחד הצדדים לא רצה להיכנס לחוזה או שיש פגם אחד שנגע למהלך ההתקשרות. דיברנו על דברים שעלולים להשתבש. אנו לומדים על האנטומיה – פיזיולוגיה של החוזים "על הדרך". החלק הזה, מוקדש למבנה של החוזה. נעסוק יותר במצבים פתולוגיים אבל המוקד מתהפך במידה רבה.

רוב החוזים לא מופרים ואין להם פגמים בתהליך ההתקשרות. הם לרוב מקוימים ואז צדדים ממשיכים בדרכם**. על כן יש להבין את הפיזיולוגיה של החוזה – כיצד דברים עובדים כשהחוזה תקין.** רוב העבודה של עורכי הדין נוגעת לניסוח החוזה.

השיעורים הקרובים יעסקו במבנה החוזה ובפרשנות שלו.

**תנאים ותניות**

**תניה** – חיוב של צד להסכם. סעיף בהסכם שבו צד מתחייב לבצע פעולה או שמסדיר את המועדים.

**תנאי – קיים תנאי מתלה ותנאי מפסיק**. הסדר בחוזה שאם הוא תנאי מתלה אומר שהחוזה תלוי בהתקיים התנאי ואם הוא תנאי מפסיק הסדר שכשהוא מתקיים החוזה חדל.

**לפי סעיף 29 לחוק החוזים:** "היה חוזה מותנה בתנאי והתנאי לא נתקיים תוך התקופה שנקבעה לכך, ובאין תקופה כזאת – תוך זמן סביר מכריתת החוזה, הרי אם היה זה תנאי מתלה – מתבטל החוזה, ואם תנאי מפסיק – מתבטלת ההתנאה."

**לעיתים אנו מכנים תנייה בלשון תנאי וזה אינו שימוש נכון שכן חוק החוזים מבחין בין תנאי לתניה.** הטעות, נעשית גם על ידי המחוקק, לדוגמה – תנאי מקפח בחוזה אחיד – מתייחס לתניה ולא לתנאי.

**הגדרה של תנאים בהסכם**

האחריות החוזית ביחס לתניות מוחלטת. **מה התכלית של התניות?** אתחייב למשהו על מנת **לעודד את ההסתמכות** של הצד השני. ההסתמכות יכולה לבוא לידי ביטוי גם בתשלום – אתחייב לתוצאה כדי לקבל תשלום מהצד השני. ניתן לחשוב על ההתחייבות **בהוקינס V מקגי**, להשיג תוצאה בניתוח הפלסטי לתיקון הצלקת – קיימת התחייבות לתוצאה על מנת שהצד השני יסכים לניתוח.

לעיתים ניתן להתנות על התוקף המחייב באמצעות תנית **Best effort – תנית השתדלות.** צד יעשה את מירב המאמצים כדי להשיג את התוצאה. ככלל, רוב החוזים כוללים התחייבות להשגת תוצאה – מדובר על הסכמים חריגים המתייחסים להשתדלות.

חריג – אירועים שלא תלויים בלעדית במאמצים. לדוג': הקיום של החוזה תלוי באירוע חיצוני.

אירוע שאין לצד שליטה עליו משפיע על האפשרות לקיים את החוזה – לדוג': קיום החוזה מותנה בירידת גשם.

אירוע שלצד אין שליטה עליו משפיע על כדאיות החוזה. בגלל שזה לא משתלם לי לעיתים לקיים את החוזה אני אתנה את החוזה בתנאי – לדוג': אקיים את החוזה רק אם שער הדולר יהיה מעל סכום מסוים. (במקרה זה אני יכול לקיים את החוזה אבל הוא לא כדאי לי).

## תנאי מתלה

**אירוע שהצדדים מסכימים עליו שהוא בלתי וודאי אשר בהתקיימו תקום חובת ביצוע או יינתן תוקף לחוזה.**

יש שתי פרשנויות מקובלות:

* **פרידמן** טוען שביצוע החוזה מותנה בקיום החוזה.
* **טדסקי** טוען כי תוקף החוזה מותנה בקיום האירוע – החוזה משתכלל בעת קיום התנאי.

אם האירוע ודאי, לא מדובר בתנאי, אלא חוזה שהחיובים שלו עתידיים. לדוג': אני מתחייב לתת לנועם 200 ₪ אם יחלפו שבועיים – לא תנאי.

**מאפיינים טיפוסיים של התנאי מתלה:**

* בדר"כ התנאי מדבר על אירוע עתידי – כלומר החוזה ייכנס לתוקף כש..., עד אז החוזה אינו מחייב ואין לחוזה תוקף.
* אירוע שהצדדים לא יודעים מה קרה – אם העולם העובדתי שהתייחס בעבר הוא כזה, אז ההסכם נכנס לתוקף.
* בדר"כ מדובר באירוע חיצוני להסכם – הוא לא מדבר על הביצוע של ההסכם אלא על אירוע נפרד ממנו. לדוג': קבלן יכל להתנות את הבניה בהיתרי בנייה, אך זה לא מה שדרוש לו לקיים את החוזה, טכנית הוא יכל להקים את המבנה.
* התקיימות התנאי לא תלויה בלעדית בהתנהגות הצדדים, לדוג':
  + גשם.
  + התנאי תלוי גם בהתנהגות הצדדים אבל בעיקר בגורם חיצוני. לדוג': קבלת רישיון – ביצוע פנייה למשרד התחבורה ובקש רישיון על מנת לממש את החוזה.
  + תנאי יכל להיות תלוי לגמרי בהתנהגות – **פס"ד ברקוביץ' נ' קלימר**, עוסק במתנה האם בחיוב או בתנאי. ברק קובע שזאת מתנה על תנאי, התנאי – שתאפשר לאמא לחיות בדירה עד סוף חיה – תנאי מפסיק להסכם. מדובר על תנאי שאומר איך צד מסוים מתחייב להתנהג ויחסית חריג.
  + אם התנאי תלוי לחלוטין בהתנהגות של צד – התנהגות לא בהתאם לא מהווה הפרה של החוזה. אולם עשוי להוות הפרה בתנאים מסוימים. דוגמה – התקשרות עם קבלן שיפוצים, ברגע שאשלים את הרכישה אתה תעשה שיפוץ בבית. במידה רבה, תלוי בקונה. בעניין **שוילי נ' זילברג** ביהמ"ש קובע שמדובר בתנאי מתלה.

### חיובים מותנים

באופן עקרוני אפשר להתנות רק חלק מהחיובים ולא את כל החוזה. לדוג': החיוב יכל להיות מותנה באירוע חיצוני לא וודאי או בהתנהגות של הצד השני. חוזה ביטוח זה חוזה שמותנה באירוע לא וודאי – תשלום לביטוח כל חודש, ו-"אם" יש לי בעיה, החיוב של חברת הביטוח צומח.

חיוב יכל להיות מותנה בהתנהגות מסוימת של הצד השני. לדוג': חיוב מותנה הוא התחייבות של צד אחד לבצע פעולה רק אם קודם לכן הצד השני ביצע פעולה.

חיובים שלובים הם התחייבות של צד לבצע פעולה רק אם הצד השני נכן לבצע באותה העת גם פעולה.

**מדוע כן ניתן להתנות רק על חלק מהחוזה?:**

1. **ס'27 לחוק החוזים מדבר על החוזה כולו ולא על חיובים ספציפיים**. אפשר להטיל את ההסדר גם על חיוב מותנה **דרך סעיף 61ב** (חלים על חיובים דיני החוזים): " הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לענין בשינויים המחוייבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה **ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה**".
2. **ייתכן שניתן להחיל את זה גם דרך סעיפים 31 בשילוב עם סעיף 19 ו-21:**

**ס'31:** "הוראות סעיפים 19 ו21 יחולו בשינוים המחייבים גם על בטלותו של החוזה לפי פרק זה".

**ס'19 ביטול חלקי** - ניתן החוזה להפרדה לחלקים ועילת הביטול נוגעת רק לאחד מחלקיו, ניתן לביטול אותו חלק בלבד; אולם אם יש להניח שהצד הרשאי לבטל לא היה מתקשר בחוזה לולא העילה, רשאי הוא לבטל את החלק האמור או את החוזה כולו.

**ס'21 השבה לאחר ביטול** - משבוטל החוזה, חייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה, ואם ההשבה הייתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויו של מה שקיבל.

ככלל, היישום חריג ולא מוכר פס"ד שהשתמשו בו אבל הרעיון מוכר.

**ההבחנה בין תניה ותנאי מתלה**

לעיתים קיים קושי להבחין – אם מדובר בתנאי מתלה אז החוזה לא נכנס לתוקף ואי התקיימו התנאי היא לא הפרה של החוזה. לעומת זאת אם יש התחייבות, העובדה שהתנאי לא מתקיים היא הפרה.

**סעיף 27ב – חזקה עובדתית (ניתנת לסתירה):** "חוזה שהיה טעון הסכמת אדם שלישי או רישיון על פי חיקוק, חזקה שקבלת ההסכמה או הרישיון הוא תנאי מתלה".

**להלן דוגמאות לקושי:**

ביצוע החוזה מונתה ברישיון אבל גם בלי הרישיון קיום החוזה יבוצע. במובן הזה, יש חיוב בתוך החוזה שאינו מותנה בתנאי מתלה אבל במקרה הזה אפשר להגיד שהחוזה בטל מתוקף אי חוקיות.

אפשרות אחרת, הקבלן אומר – אני מתחייב לקבל רישיון – הוא לא מתנה את החיובים מכוח ההסכם אלא חיוב מתוך ההסכם. כלומר, אם לא אקבל רישיון אני מפר את ההסכם.

אפשרות א' – תנאי.

אפשרות ב' – התחייבות, א' מתחייב להשיג את הרישיון, אי השגת הרישיון היא הפרה.

**הרישיון לא הושג – מה התוצאה?**

**אופציה א'** - הקבלן אומר – אני אתחיל לבנות בתנאי שיתקבל אישור בנייה.

מה קורה אם א' סיכל את התנאי, לא נתן לו להתקיים - **במקרה זה ס'28א יוצר השתק** – "היה חוזה מותנה בתנאי מתלה וצד אחד מנע את קיום התנאי, אין הוא זכאי להסתמך על אי-קיומם" ל**א חל לפי סעיף 28ג** : "הוראות סעיף זה לא יחולו אם היה התנאי דבר שהצד היה, לפי החוזה, בן חורין לעשותו או לא לעשותו, ולא יחולו אם מנע הצד את קיום התנאי או גרם לקיומו שלא בזדון ושלא ברשלנות" .כלומר, אם לא התחייב להשגת הרישיון, או שפעל בתום לב ולא ברשלנות, הוא אינו רשאי להגיד שאין לו חיובים אם התנאי לא מתקיים והצד השני יכל לתבוע אותו על הפרת ההסכם.

**קיים קושי עם הקשר הסיבתי בין הפעולה בחוסר תום לב ואי קבלת הרישיון** – **מבחן האלמלא,** לא בטוח שאם כן היה פועל בתום לב היה מקבל את היתר הבניה, ויכל להיות שלא היה מקבל היתר בניה בכל זאת. לכן, קשה להגיד שיש כאן הפרה.

אפשר לפתור זאת אם היינו פועלים לפי הרעיון של פיצוי הסתברותי, **Chaplin v Hicks** – ההסתברות שהדוגמנית הייתה מקבלת עבודה אם היו מזמנים אותה לראיון.

**מדלגים על הקשר הסיבתי בגלל שהסעיף משתיק את הטענה.**

**אופציה ב**, הפרה – האדם עשה את כל מה שיכל כדי להשיג את הרישיון אך סורב. ברור שב' יכל לבטל את החוזה. לא יהיה סעד של אכיפה, לפי סעיף 3.1. החוזה אינו בר ביצוע. מה הסעדים האחרים שיהיו לב'? החוזה לא מתקיים כתוצאה מאירוע מסכל. אם מדובר בהתחייבות לבצע, ב' זכאי לסעדים כעניין של ברירת מחדל.

**אופציה ג'** – מדובר גם בהתחייבות וגם בתנאי לקיום ההסכם. במקרה זה אם לא מתקיים יש לב' שתי חלופות – לבטל את החוזה מעיקרו או לבטל עקב הפרה. **האם א' יכל להסתמך על אי קיום התנאי**? אם הייתה לא' התחייבות לקבל את הרישיון והוא לא פעל כך, ביהמ"ש פוסק בעניין **עבו נ' נחל נובע** שניתן לחייב אותו לפנות לקיים את הרישיון – ניתן לבצע את האכיפה של ההתחייבות ואם מתקבל הרישיון, תהיה אכיפה של החוזה.

לפעמים קשה להבחין אם פעולה מסוימת היא תנאי או תניה – **פס"ד סוכנות מכוניות בים התיכון**,

**מדוע היה קושי לקבוע אם מדובר בתנאי או תניה?** "המוכרת מתחייבת למסור את זכויותיה בכפוף להסכמת הסכם הביטוח" – כתוב באותו משפט שהיא מתחייבת להשיג את התוצאה ושזה כפוף להסכמה, נוצר קושי. מתקשר לבעיה הכללית עם הפרשנות של החוק לאור זה שהסכמת המנהל היא חוזה שטעון בהסכמת צד שלישי ו**ס'27ב** (חוזה על תנאי: חוזה שהיה טעון הסכמת אדם שלישי או רשיון על פי חיקוק, חזקה שקבלת ההסכמה או הרשיון הוא תנאי מתלה.)אומר כשמדובר בחוזה התלוי בצד שלישי מדובר בתנאי מתלה. ולכן זה מעלה את הקושי. מצד אחד, התחייבות. מצד שני, טעון בהסכמת צד שלישי שלפי החוק אומר שזה תנאי מתלה.

**ביהמ"ש – השופטת פורת** – **לפי סעיף 27 ו28 ביטול למפרע או עמידה על ביצוע החוזה** – קיומו של תנאי מתלה וסיכול התנאי. עומדת בפני הקונה שתי אפשרויות, אם תרצה להגיד שהחוזה הוא בתנאי מתלה אז אינו התקיים וההסכם בטל. אם הטענה כי התנאי לא מתקיים אבל הקונה לא יכל להסתמך על כך כי גרמת לסיכול התנאי לפי סעיף 28א, לא יכל להיות שהחוזה לא קיים וגם כי התקיים סיכול התנאי. **אם בחרת בקיום החוזה, יש לשלם למתווכים.**

היה תנאי מתלה שלא התקיים כתוצאה מהתנהגות הצד השני יש ברירה – האם אסתמך על התנאי שלא התקיים או מבטל את החוזה בגלל התנאי המתלה, אם נבחרת לאכוף את החוזה הוא תקף כלפי כולם, כולל המתווכים.

**אם מדובר בתנאי מתלה הקונה צריך להראות שהמוכר פעל באופן לא סביר. אם מדובר בחיוב, המוכר צריך להוכיח סיכול – מאמציו כן היו סבירים להשגת האמצעי לקיום החוזה.**

סיטואציה דומה – **אמפא נ' רום כרמל תעשיות** – חוזה מכר ל 30 מכוניות. נאמר בע"פ הידי היצרנית, כרמל, שכדי לקיים את החוזה דרוש רישיון של משרד התחבורה. הרישיון לא ניתן. האם הרישיון היה חיוב של כרמל או שהיה מדובר בתנאי מתלה?

**השופט בכור** – לא תנאי מתלה מאחר שלא הוזכר בהסכם ופעולה זו אינה תנאי בהסכם. זה מתחזק כאשר השגת הרישיון הוא בתחום המומחיות של צד לחוזה – נטייה להכיר כהתחייבות ולא כתנאי מתלה.

**הבחנה בין תנאי מתלה ומועד הקיום**

קבלן מתחייב לקבלן משנה – אשלם לך כאשר אקבל תשלום מהמזמין. המזמין פשט רגל.

**אם מדובר בתנאי מתלה – אין חיוב, התנאי לא מתקיים.**

**אולם** - זה יכול גם להתפרש כקביעת מועד תשלום, שאז החיוב קיים. אם המזמין נעלם ולא משלם, אפשר לתבוע את החייב בתשלום.

בארה"ב – מעמידים את הסיכון על הקבלן הראשי – מחייבים אותו בתשלום מאחר שהוא קרוב למזמין ומכיר את הסיכון ויכול אף להפחית את הסיכון.

בישראל – **לא מדובר בתנאי מתלה אלא בחיוב.** קיימים חיובים קודים בביצוע ההסכם. במקרה כזה אי תשלום לעולם = הפרה.

**מה המשמעות של תנאי מתלה? האם הוא תנאי להשתכללות חוזה או אין מדובר בתנאי, אבל תנאי לחיובים - חלק מההסכם אבל החיובים ממשיכים עד להתקיימות התנאי?**

**פרידמן** – **תנאי חלק מההסכם ולכן הוא תקף.** לפי ההסדרים בחוק, אפשר לקבל סעדים אם התנאי לא מתקיים. וגם, יש חיובים, לדוגמה: ס'27 וס'28 יכולים להטיל חיוב על הצד שרוצה להסתמך על התנאי לפעול לקיום התנאי.

**טדסקי** – **תנאי מתלה משהה את קיום החוזה עד לקיום התנאי**. חוזה בלתי חוקי הוא חסר תוקף גם אם הצדדים רצו שיהיה לו תוקף, יש דברים שהצדדים יכולים להתנות עליהם שלא נותנים תוקף להסכם ואינם קשורים להצעה וקיבול. זה שיש חיובים מחוץ להסכם לא אומר שום דבר, כי הם קיימים גם ככה. יכל להיות שהתנאי נותן תוקף להסכם ויש חיובים לצדדים לפי סעיף 12. **עמדה זו, היא שכל ההסכם נעדר תוקף אם לא מתקיים התנאי המתלה.**

**למה יכל להיות הבדל פרקטי בין הפירושים?** כששואלים על עסקאות נוגדות. תחשבו שמוכר מכר נכס עם תנאי מתלה, מוכר דירה רק אם שער הדולר יעלה. אותו מוכר הלך למישהו אחר ומכר לו ב-120,000 דולר. **השאלה נוגעת להכרעה בעסקאות הנוגדות** – יש את השאלה מי הראשון בזמן. נניח שהחוזה בתנאי מתלה נכרת קודם אבל התנאי מתלה התממש אחרי שנכרת החוזה השני. אם תנאי מתלה הוא תנאי לתוקפו של ההסכם אז החוזה שנכרת אחר"כ הוא הראשון בזמן לעניין שאלת התחרות בניהם אבל, אם החוזה נכנס לתוקף ברגע שהוא נכרת ורק החיובים שלו נכנסים לתוקף מחייבים מרגע שהתקיים התנאי, אז החוזה בתנאי מתלה יהיה הראשון בזמן.

דוגמה נוספת – עוולת גרם הפרת חוזה – לפי ס'62 לפקודת הנזיקין מתייחסת לפעולות שבהם צד שלישי שלא קשור לחוזה גורם לאחד הצדדים להפר אותו. אם התנאי מתלה מכניס לתוקף את קיומו של ההסכם אדם שהתערב בהסכם בצורה שאחרת הייתה נחשבת עוולתית לפני שהתקיים בתנאי מתלה לא יכל להיות מואשם בעוולת גרם הפרת חוזה.

**יכולה לעלות שאלה אם תנאי מתלה הוא חלק מההתקשרות החוזי,** במקרה **נאג'ם נ' יעקב** של חוזה מכר מקרקעין לרשות הביטוח – ההסכם ייכנס לתוקפו לאחר שיחתמו על ההסכם הנהלת מקרקעין ישראל. צד להסכם אומר, ברגע שהמנהלים יחתמו על ההסכם הוא יכנס לתוקף. השאלה אם זה תנאי מתלה או האם אפשר להסתמך על סעיף 28א. לפי ביהמ"ש, הסיפור הוא גמירות דעת. זכרון דברים יכנס לתוקף ברגע שהמנהל של החברה יחתום עליו אומר בעצם שעוד לא הייתה גמירות דעת להתקשרות בהסכם. בעצם החתימה של ההנהלה זה אקט של גמירות דעת – הצדדים התנו את האופן שבו נכרת ההסכם.

דוגמה נוספת – **שרף נ' אברעם** – פעולת קטין שטעונה אישור על ידי הנציג ומקרים שבהם הנציג לא יכל לאשר לקטין וצריך אישור ביהמ"ש. האם מדובר באישור צד שלישי ואז מדובר בתנאי מתלה. לפי ברק, מדובר באקט של אישרור ההחלטה ועל כן חלק מגיבוש ההסכם. מדובר בשלב במשא ומתן כדי להוכיח גמירות דעת.

דוגמה אחרונה – חוק יחסי ממון. חוק זה קובע שהסכם ממון טעון אישור של ביהמ"ש. האם זה אומר שהסכם ממון נכרת לפני האישור והוא בתנאי מתלה ומותנה באישור ביהמ"ש? כדי לבדוק זאת יש לבדוק מה ביהמ"ש צריך לבחון כדי לאשר. לפי החוק, ביהמ"ש צריך לבודק שהצדדים נכנסו להסכם מרצונם החופשי ושהם מבינים את החיובים הדדים של ההסכם. האישור לא נועד לבדוק יחסים חיצוניים, הוא לא כמו רישיון בניה, האישור נועד להבטיח את גמירות הדעת של הצדדים. במובן הזה, אישור ביהמ"ש הוא תנאי לכריתת ההסכם ולא תנאי מתלה בתוך הסכם שנכרת. זה אומר, שאי אפשר לתבוע צד להסכם ממון לזה שהוא גרם לכך שהתנאי לא יתממש.

## תנאי מפסיק

תנאי שאומר שהמשך ביצוע החוזה או תוקפו מותנה בכך שלא אירע אותו אירוע בלתי וודאי שהצדדים הסכימו עליו. "החוזה יהיה בתוקף כל עוד לא יורד גשם".

**איך מבחינים בין תנאי מתלה לתנאי מפסיק?**

אלא אם התקיים אירוע X – תנאי מתלה.

אם הצדדים חייבים לבצע אבל הם לא חייבים לבצע אם מתקיים תנאי X, זהו תנאי מפסיק.

מה ההבדל? אם מאמצים את הפרשנות של טדסקי יש הבדל דרמטי. חוזה בתנאי מפסיק הוא כבר בעל תוקף מרגע כריתתו והוא מפסיק להתקיים מרגע שהתקיים התנאי.

יש להוכיח שהתנאי התקיים כדי להוכיח שהשני לא מבצע אותו הוא מפר.

אם החוזה הוא בתנאי מפסיק, כל החיובים תקפים, צריך לבצע אותם – הצד שרוצה להפסיק לבצע אותם עליו הנטל להראות שהתקיים התנאי מפסיק.

לעיתים לא ברור אם התנאי הוא תנאי מפסיק או מתלה. האם הרישיון הוא תנאי מתלה או שאי השגת הרישיון הוא תנאי מפסיק?

א' יבצע את כל המוטל עליו גם לפני קבלת הרישיון. לכן יכל להיות שיש לבצע את כל הפעולות, נדחתה בקשתך לקבל את הרישיון, מופסקים החיובים. אפשרות אחרת, לא צריך לבצע כלום ואם תקבל את הרישיון תתחיל לבצע את הדברים.

ברק, במספר פסקי דין אומר, שזה תנאי מפסיק. מדובר על תנאי מפסיק שיוצר חיובים. החוזה הוא בעל תוקף היום ולכן לא יכל להיות שזה בתנאי מתלה. בעצם, הוא מניח במשתמע שתנאי מתלה הוא כזה שבלעדיו אין חוזה. ובגלל שהוא רוצה להניח שקיים תוקף לחוזה, אלא אם מתקיים הרישיון, הוא לא יכל להניח שזה תנאי מתלה כי הוא מאמץ את הפרשנות של טדסקי.

מה החיובים שמוטלים על הצדדים לפני אירוע התנאי המתלה – האם הפרת קיום התנאי מעבר להסדר שקיים בס'28 היא הפרה של החוזה?

אפשר לחשוב על כל חוזה על תנאי כחוזה שכולל תניה מכללא, שהצדדים יעשו את הדרוש לקיום התנאי. בחוזה בתנאי מתלה שטעון אישור, ניתן לאכוף על הצד שיפנה לקבל את האישור. אפשר לחשוב שהתנאי יוצר חוזה נלווה שבו הוא אומר שצדדים מתחייבים לבצע פעולות כדי להגשים את התקיימות התנאי. את החוזה הזה ניתן לאכוף!. הפתרון של סעיף 28 א וב' יוצר השתק – לא ניתן להסתמך על זה שהתנאי לא התקיים בכפוף לסעיף קטן ג': "הוראות סעיף זה לא יחולו אם היה התנאי דבר שהצד היה, לפי החוזה, בן חורין לעשותו או לא לעשותו, ולא יחולו אם מנע הצד את קיום התנאי או גרם לקיומו שלא בזדון ושלא ברשלנות".

אם אדם פעל באופן סביר וגרם לזה שלא התקיים התנאי המתלה בטעות, הצד השני לא יוכל להסתמך על זה שהתנאי לא התקיים. לדוג': קבלן שפעל לקבל היתר וטעה בתום לב. למרות שלא התקיים התנאי, הצד השני לא רשאי להבנות מכך – לא רשאי לענות על הטענה.

לתנאים יש השפעה על הסטטוס של הצדדים:

אם החוזה הוא בתנאי מפסיק אין בעיה לתבוע על הפרה של ההסכם כל עוד לא התקיים התנאי המפסיק. ס'27ג אומר שאם החוזה היה מותנה בתנאי מתלה זכאי כל צד לסעדים לשם מניעת הפרתו אף לפני שהתקיים התנאי.

הסעדים למניעה של הפרת ההסכם – האם ניתן לתבוע פיצויים?

אי קיום התנאי המתלה פועל למפרע – בסוכנות רכב – עמדת בן פורת – לא מתקיים התנאי מתלה החוזה מתבטל למפרע. אין חובת תשלום למתווכים, אבל בחרתם לא להסתמך על זה ולכן יש חובה לשלם. מתי יש ביטול של ההסכם אם לא מתקיים התנאי – אם יקבע פרק זמן לקיום התנאי המתלה – שנגמר הזמן או, תוך פרק זמן סביר.

**שיעור מספר 24 06/01/2020**

**חזרה על תנאים בחוזה**

אם צד מונע ברשלנות או בזדון את קיומו של התנאי מתלה (או גורם לקיומו של התנאי המפסיק) והחוזה לא התיר לו לפעול כרצונו בהקשר זה, אין הוא רשאי להסתמך על כך. מדובר על השתק לטעון את הטענה.

**ישיבה וכולל אבן חיים נ' צמרות המושבה**

**תנאי או חיוב? –** "בהסכם זה מתחייבת צמרות להאריך את תוקף המועד... וזאת במידה שהבנק יסכים לכך". מצד אחד, מתחייבת (נראה כמו חיוב) ואומרים, זאת במידה והבנק יסכים – נראה כמו התניה. ביהמ"ש פוסק שמדובר בתנאי מתלה.

הסעד הזמני – סעדים שניתנים לפני המשפט. סעד שניתן לפני שמקיימים הליך משפטי ולפני שיתבררו הזכויות. אם העסקה בין צמרת לגד הייתה מושלמת וביהמ"ש היה מחליט שהישיבה זוכה, אז היו צריכים להחליט מה עושים עם גד, ולכן ביהמ"ש הוציא סעד זמני.

זכות לסעד שנועד למנוע הפרה – סעד זמני.

## תניות

חוזה מורכב ממצגים, תנאים ותניות.

פרטי החוזה יכללו את התנאים והתניות. התניות, סעיפים בחוזה שהם לא תנאים, מגדירים מה החיובים שמוטלים על הצדדים ומה המנגנוני ביצוע של אותם חיובים. חיובים כמו, "הקונה מתייחס לשלם... המוכר מתחייב..". מנגנוני ביצוע: מועדי תשלום והתנאת החיובים. כלל המנגנונים הם התוכן של העסקה, הלב של ההסכם.

כאשר מדברים על חיובים, ישנם שלושה סוגים:

1. חיובים עצמאיים – חיוב שאומר שצד צריך לעשות משהו במסגרת ההסכם ללא קשר לחיובים של הצדדים האחרים. "עמית תשלם לדוד את הסכום של 100,000 ₪ ב1/9" – חיוב עצמאי לא תלוי.
2. חיובים מותנים – חיובים שצומחים בתנאי שהתקיימו תנאים מסוימים. בדר"כ, קיום של חיוב אחר על ידי הצד השני. לדוג': עמית מתחייבת... ולאחר שדוד השלים את העברת הבעלות" – חיוב מותנה, יש לו מועד אבל הוא מותנה בזה שלפני העברת התשלום מושלמת העברת הבעלות. אם לא בוצעה העברת הבעלות, אין חובה לתשלום – החיוב החוזי לא קם.

יש פעמים שהחוזה מותנה מכללא – מפרשנות החוזה ולא מתוכנו. לדוג', חיוב על ידי צד אחד דרוש בפועל כדי לחייב את הצד השני ושניהם ידעו זאת במועד הכריתה. לדוג': **מסיקה נ' ועקנין**, המוכר היה צריך להביא לקונה ייפוי כוח, המוכר לא העביר זאת והקונה לא העביר תשלום. ביהמ"ש: כדי להעביר את התשלום צריך את המשכנתא והמוכר ידע זאת, שאם לא יעביר את ייפוי הכוח לא יוכל לקבל את התשלום ולכן ברור שבשעת כריתת ההסכם הם התכוונו להתנות את ההסכם בהעברת ייפוי הכוח.

1. חיובים שלובים – חיובים שצריכים להתבצע באותו הזמן. הם שלובים כי כל אחד מהם מותנה בשני. זה בעייתי, כי אם כל אחד מותנה בשני, לכאורה אחד לא חייב עד שהשני לא ביצע ולכן אף אחד מהם לא חייב לבצע. הפתרון – החובה לבצע צומחת מרגע שיש נכונות של הצד השני לקיים את המוטל עליו (לא צריך את הביצוע בפועל). אם לא מקיים נראה את הצד שלא נכון לקיים כמפר.

אם שני הצדדים לא נכונים לקיים, שניהם לא מפרים את ההסכם, כי החיוב של אף אחד מהם לא צמח. בסיטואציה הזאת, לכאורה, הצדדים יכולים לבטל את ההסכם. בפועל, זו העמדה המקובלת בביהמ"ש אך יש חריגים – מכוח טובת תום הלב אפשר לראות את שני הצדדים כמפרים.

מתי לא קיימת חובה לקיום חיוב כך שלא נחשב הפרה? במצב של חיובים מותנים, כאשר החיוב שלי מותנה בחיוב של הצד השני והוא לא ביצע, או שהחיובים הם שלובים והצד השני לא הראה נכונות לבצע את החיוב שלו.

חוק החוזים כולל בתוכו התייחסות מפורשת לסוגי החיובים בסעיף 43 לחוק החוזים, העוסק בדחיית מועד הקיום.

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

סעיף נועד להתמודד עם מצבים בהם יש צורך כלכלי שלוב במועדים ואז יש נזק מוגבל עקב הדחייה במועדים. בית המשפט רשאי ולא חייב לחייב בפיצויים.

ביהמ"ש יכל לחייב על הנזק שנגרם בעקבות הדחייה בפיצויים גם אם אין הפרה.

הקושי בתניות עצמאיות – באופן עקרוני שני הצדדים יכולים להפר הסכם. אם התניות עצמאיות וצד אחד ביצע הפרה של ההסכם ואז מגיע המועד של התניה העצמאית של הצד השני הוא צריך להחליט – האם לקיים את החיוב שלו או להפר בעצמו. אם הוא מפר, שני הצדדים יכולים לתבוע אכיפה או סעדים בגין הפרה אבל, בנסיבות האלה ביהמ"ש יפעיל את החריג של סעיף 3(4) – אכיפה בלתי צודקת בנסיבות העניין. שאלה שעולה, האם ב' יכל להפר ולתבוע אכיפה של א'? הנטייה להכיר בזה למרות שב' יחויב בפיצוי.

**סדר ביצוע חיובים בחוזה**

* האופי של העסקה מחייבת סדר מסוים של פעולות – א' סנדלר, ב' ספק נעליים. א' לא יכול להתחייב לתקן לפני שב' מספק לו נעליים. החיוב מותנה – ב' מספק ואז צומחת החובה לא' לתקן. אותו דבר לגבי סדר הפעולות של צד בעצמו – א' מתחייב להשיג רישיון וא' מתחייב לבנות את הנכס - קודם רישיון ואז בניית הנכס. החיוב מותנה בפעולה שלו להשיג רישיון.
* הצרכים הסובייקטיביים מכתיבים את סדר החיובים בחוזה: יכל להיות שסדר החיובים הוא לא קובע מאופי העסקה, אבל נקבע לפי הצרכים הסובייקטיביים של הצדדים שמכתיבים את הסדר. לדוג': קונה נכס מקרקעין חייב להיות רשום כבעלים לצורך קבלת משכנתא. הרישום כבעלים נדרש להיות לפני התשלום. הרישום חייב להיות קודם לתשלום. בפועל בנקים מאפשרים לקבל מימון כנגד רישום הערת אזהרה או הסדר אחרי שמבטיח כי יתבצע רישום.
* שיקולים עסקיים: לכאורה לא שייך למשפט. לעורכי דין יש תפקיד משמעותי בעיצוב עסקאות. סדר יצוע החיובים בהסכם מושפע גם מהמבנה העסקי, לדוגמה: שלבים בפיתוח המוצר. א' שוכר את שירות ב' בפיתוח מוצר. הפיתוח לוקח שנים רבות במסגרתן צריך לבדוק היתכנות, לפתח אב טיפוס, לבדוק כשלים. כל אחד מהשלבים כרוך בסיכון ועלויות. יש שאלה של חלוקת הסיכונים, החוזה מחולק לשלבים. יכל להיות שבכל שלב, יתברר שהחוזה הוא בלתי אפשרי לביצוע (טכנולוגית/כלכלית). הצדדים יכולים לעצב את החיובים שלהם כחיובים מותנים אחד בשני, חברה תעשה פעולה אחת ותשלם סכום חלקי, בחינת השלב השני של החוזה וכן הלאה.
* סדר הביצוע נועד להקנות ביטחון לצדדים – כל צד מעוניין לדעת שהוא לא יבצע את חלקו מבלי לקבל תמורה שוות ערך באותו שלב.
  + בחוזה מכר דירה, המוכר לא רוצה להעביר בעלות וחזקה לפני שקיבל את התמורה. שני הצדדים אומרים "אני מפחד מביצוע פעולות לפני קבלת השלמת החיובים של האחר".

אפשר ליצור ביטחון בחוזה שלא קשורים לסדר ביצוע החיובים:

1. סעדים – תביעה לתרופות: אכיפה/פיצויים. התרופות הן בעתיד הרחוק ואינן פותרות את הבעיה בהווה. הם אינם פותרים שתי בעיות: סיכון לחדלות פרעון וחוסר אפשרות לקבל אכיפה. בנוסף, מרגע שיש הפרה הצד השני מפחד להמשיך לקיים את החיובים שלו ובו בזמן מעוניין לעמוד על קיום ההסכם.
2. בטחונות – לדוג': רישום הערת אזהרה, ייפוי כוח לנאמן. לעיתים לא ניתן לקבל בטחונות ובכל מקרה זה יוצר עלות.

דוגמה: הסכם מכר דירה מקבלן.

**חיובי המוכר:**

* חיובים עיקריים – קבלת היתרים, בניה, העברת חזקה בנכס והעברת בעלות.
* חיובים משניים – העברת מסמכים דרושים לקבלת הלוואה.
* חיובים עתידיים – התחייבות לתקן פגמים.

**חיובו הקונה:**

חיובים עיקריים – תשלום.

קביעת סדר הפעולות כולל הגדרת החיובים בעצמאים, מותנים או שלובים.

כדי לבטח את עצמך לא משנה רק הסדר של החיובים אלא גם הגדרתם.

לעיתים יהיה ברור מה סוג החיוב שניתן. במקרים אחרים, זה נובע מהחוק. ס'23 לחוק המכר יגדיר חיוב כחיוב מותנה. אם לא, נלך לפרשנות חוזה. סדר החיובים לבד לא מקנה ביטחון מספק לצדדים אם התניות עצמאיות. במקרה כזה, יש לקביעת סדר החיובים היגיון עסקי וחיבות מבחינת יצירת תזרים מזומנים נכון, אבל אין בו ביטחון מספק (למרות שפערי הזמנים כן מאפשרים לנפר לבטל לפני שמגיע תורו לביצוע.

סדר החיובים לבד לא מקנה ביטחון מספק לצדדים אם התניות עצמאיות. במקרה כזה יש לקביעת סדר החיובים היגיון עסקי וחשיבות מבחינת יצירת תזרים מזומנים נכון, אבל אין בו ביטוח מספק (למרות שפערי זמנים כן מאפשרית לנפר לבטל לפני שמגיע תורו לבצע). כדי להבטיח שצד לא יהיה חייב לקיים את החיובים לאחר הפרה של הצד השני או בהיווצר חשש משמעותי להפרה של הצד השני – החיובים חייבים להיות מותנים או שלובים.

מה קורה אם החיובים עצמאיים?

ניתן לחשוב על כמה סוגים של קשיים בנובעים מתכנון בעייתי של חוזה.

החיוב של א' קודם לחיוב העצמאי של ב', א' מפר את החוזה וב' צריך להחליט:

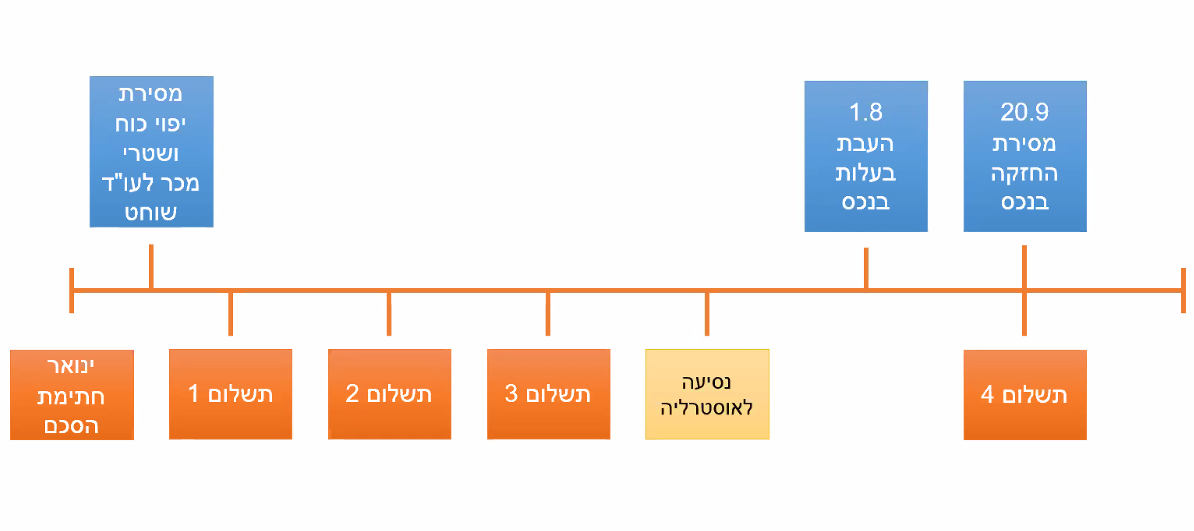
1. לבטל את החוזה עקב ההפרה של א'.
2. להותיר את החוזה, לקיים את החיוב שלו ולתבוע אכיפה של א'.
3. להותיר את החוזה ולהפר בעצמו את ההסכם, ולהיות חשוף לתביעה.

החיוב של ב' קודם לחיוב של א', נוצר חשש ממשי אצל ב' ש א' לא יקיים את החיוב שלו כשיגיע מועדו. עקרונות, ב' צריך להחליט:

* ביטול החוזה עקב הפרה צפויה, לא תמיד אפשר כי צריך להוכיח הפרה בפועל.
* קיום החיוב ונטילת הסיכון – כמו שהיה בבניית החוזה.
* הפרה – אם יפר קודם לא יוכל לתבוע אכיפה.
* פתרון נוסף – שינוי סדר הביצוע לפי הלכת שוחט.

**פס"ד שוחט נ' לוביאניקר:**

סדר הזמנים:



המוכרים נתנו ייפוי כוח בלתי חוזר לעורך דין של הקונים. מדובר שוחט לא פנה לרשם המקרקעין ועשה את העברת הבעלות, לכאורה יכל לבצע זאת, אבל הקונים ביקשו לא לבצע זאת מכיוון ששוחט הוא עורך דין נאמן להסכם ואם היה מבצע פעולה בניגוד להוראה של הקונים הוא היה מבצע עבירה אתית.

לא הייתה ערובה/בטחונות לכך שהתשלום יתבצע בפועל. ברגע שיהיו מוכנים יעבירו את התשלום והבעלות ביחד.

**העמדה של בן פורת:**

מדובר בחיובים עצמאיים, לא שלובים. אי אפשר לפתור זאת דרך פרשנות של ההסכם. אבל, הקונה הייתה צריכה לבוא בדין ודברים לפני שנסעה לאוסטרליה מכוח עקרון תום הלב. התנהגות זו מזכה את המוכר בסעד מוגבל, לסטות מהקיום המדויק של החיובים ולדרוש שילוב של החיובים (תשלום ומסירת החזקה). הסעד הזה פוגע בצד השני. לכן בנקודת הזמן זאת החיובים הופכים להיות שלובים – צד אחד מוכן לחייב והצד השני לא, הצד שלא מוכן לקיים מפר. לכן הביטול של המוכרים הוא כדין – ביטול כנגד הפרה יסודית.

**ההלכה:** חובת קיום בתום לב מאפשרת שילוב של תניות עצמאיות כאשר יש בסיס סביר להאמין שהחייב לא יבצע חיוב ייסודי בעתיד. עמדה דומה קיימת בדיני החוזים בארה"ב וב-ב.ג.ב (קודקס האזרחי הגרמני).

פסקי דין באותו הפתרון:

* **זיגל נ' רוזנר** (בן פורת): הפרות חוזרות של המוכר מקנות לקונה את הזכות להעמיד תנאים לפני ביצוע החיובים שלו.
* **אלפרוביץ נ' מזרחי** – מוכרים טענו שהם זכאים לבטל חוזה לאחר זכרון דברים. הקונים עמדו על הביצוע אך דרשו שייחתם חוזה פורמאלי לפני התשלום הראשון. המוכרים מודיעים על ביטול עקב הפרה. הקונים תובעים, וביהמ"ש מאפשר אכיפה. נקבע כי לפי פרשנות חוזה היה צריך קודם חוזה פורמאלי. אולם בנימוק נוסף נאמר שההתנהגות מהווה חוסר תום לב ומצדיק את העמידה של הקונים על חתימת ההסכם.

**שיעור מספר 25 11/01/2020**

# פרשנות חוזים ותניות מכללא

## הרצאת אורח - תכליות דיני פרשנות החוזים: באיזו דרך עלינו ללכת כשחשוב לנו לאן נגיע? **(הרצאת אורח, ד"ר יפעת נפתלי)**

### לאן אנחנו רוצים להגיע כאשר מפרשים חוזים?

**תכליות דיני הפרשנות**

הכללים המשפטיים אשר מנחים את בית המשפט בבואו לפרש את החוזה (חקיקה/פסיקה). יכולים להיות כללים שנקבעו בחוק ויכולים להיקבע בפסיקה, ביהמ"ש יכל תוך כדי הפסיקה ליצור כללים חדשים לפרשנות של חוזה.

לדוגמה: *"חוזה יפורש לפי אומד בעתם של הצדדים"* – מדובר על כלל משפטי שקבוע בחוק ונותן הנחייה לביהמ"ש.

לפני שקובעים האם כלל פרשני מסוים הוא רצוי, נדרש לחשוב:

* מה המטרה אותה מבקשים הכללים הפרשניים להגשים?

באופן מפתיע, עיקר הדיונים בספרות נעדרו עיסוק ישיר בשאלה זו, אלא התמקדו בוויכוח על "האקטיביזם השיפוטי" הרצוי במסגרת פרשנות החוזה בעקבות הלכת אפרופים).

**תשובה אפשרית לשאלה: מטרת הפרשנות היא לפתור סכסוכים הנוגעים לתוכן החוזה.** בעוד שזאת מטרה של הליך הפרשנות, היא לא מאוד מסייעת בהקשר לאיזה כלל משפטי הוא טוב או לא טוב.

תכלית ראשונה

**תשובה אפשרית נוספת: המטרה של ההליך הפרשני היא להגשים את רצונם המשותף של הצדדים במועד חתימת החוזה:**

* + 1. **תכלית צופה פני עבר:** ביהמ"ש ישאל מה הצדדים רצו בעת כריתת החוזה.

**אילו ערכים משקפת תכלית זאת?**

**תפיסה ליברלית (אוטונומיה):** החוזה הוא מכשיר משפטי שמאפשר לצדדים לעצב את החיים שלהם לפי הבחירות שלהם ולכתוב את סיפור חייהם.

**תפיסה כלכלית (יעילות):** אם רואים בחוזה משהו שנועד לקדם יעילות, הצדדים עצמם הם מי שיודעים הכי טוב מה ההתקשרות היעילה בניהם ולכן התקשרו בחוזה. כשמפרקים את החוזה יש לפרק אותו בהתאם לרצון שהיה להם כשחתמו על החוזה.

**חתימת החוזה**

**אילו קשיים עשויים להתעורר?** חילוץ הרצון הסובייקטיבי, לפעמים ביהמ"ש לא יכל לגלות בקלות למה הצדדים התכוונו במועד הכריתה. פרשן החוזה צריך למצוא כללים פרשניים שיאפשרו לו לחלץ את הרצון הסובייקטיבי.

* + 1. **תכלית צופה פני עתיד: תכלית הפרשנות היא גם ליצור בסיס נוח להתקשרויות חוזיות עתידיות**  
       כשאנו מתקשרים בחוזה אנו רוצים שהכלל הפרשני יאפשר לבית המשפט ליצור את ההתקשרות החוזית הטובה ביותר. והטעם לכך היא שהסיבה שאנו מתקשרים בחוזה היא שהחוזים הם כלי לתכנון עתידי. גם התכלית הזאת חולקת את אותם ערכים: הן תפיסה ליברלית וקידום האוטונומיה וכן תפיסה כלכליתשכן זה טוב מבחינת יעילות לחברה שלצדדים תהיה וודאות בכלי החוזה וביהמ"ש יכל לאכוף את החוזה בצורה שתשקף את ההסכמות שלהם.

**אבל, לא המתקשרים הקונקרטיים אלא כיצד צדדים עתידים יוכלו להתקשר בחוזה בקלטת.** תכלית צופה פני עתיד חושבת בצורה רחבה יותר.

למשל: האם לקבוע כלל פרשני שיאפשר לגלות את הרצון הסובייקטיבי בעלות גבוהה מאוד, כאשר אחד הצדדים היה יכל להסיר את הנושא בחוזה בעלות נמוכה יחסית?

האם כלל שיאפשר את הבירור העובדתי הסובייקטיבי של הצדדים או כלל אחר, שיביא בחשבון את העובדה שהייתה דרך יעילה יותר להסדיר את הסוגייה?

**פרשנות נגד המנסח:** ס'25(ב1) לחוק החוזים – "חוזה הניתן לפירושים שונים והייתה לאחד הצדדים לחוזה עדיפות בעיצוב תנאיו, פירוש נגדו עדיף על פירוש לטובתו". כלל פרשני שנקבע על ידי המחוקק שאומר שמי שמנסח את החוזה יש לו מוטיבציה לנסח אותו בצורה ברורה כי אם לא יעשה כן, ביהמ"ש יעדיף את הפרשנות שנגד המנסח על חשבון בירור הרצון הסובייקטיבי של הצדדים.

* + 1. **חוזה הוא רק מכשיר להגשמת הרצון הפרטי של הצדדים?** בניגוד למקרים בהם מעוניינים להגיע להסכמות לא דרך הכלי החוזי, כאשר מתקשרת בחוזה אנו רוצים שביהמ"ש יעשה שימוש בכוח הכופה שלו כדי שהצד השני יכבד את ההסכמה. התשובה לשאלה היא כמובן שלילית, שכן החוזה הוא לא רק הסכמה בין שני הצדדים – **הוא הסכמה אכיפה.** לכן, דיני פרשנות החוזים צריכים לתאום את ערכי היסוד של המשפט (לדוג': ביהמ"ש לא יאכוף חוזה בלתי חוקי).

**חשוב להדגיש:** לא יכל להיות חולק על כך שזוהי אחת המטרות של דיני פרשנות חוזים, גם מנקודת מבט של מי שמדגישים את היותו של החוזה מכשיר "פרטי".

השאלה המורכבת נוגעת למשקל שיש ליחס למטרה הזאת ביחס למטרות האחרות לא לעצם היותה חלק מהמטרות של פרשנות החוזה. למשל, האם אפשר לפרש את החוזה כך שתושג תוצאה שוויונית יותר על אף שזו לא התוצאה שהוסכמה? יש שאומרים שכן, ויש כאלה שלא – במקרה הזה אם ברור למה הצדדים התכוונו יש לפרש את החוזה לתכלית צופה פני עבר ולהשיג את תוצאת השוויון דרך כללים אחרים.

**לסיכום:** הצבענו על שלוש מטרות אפשריות לכללי הפרשנות:

1. **תכלית צופה פני עבר** – הגשמת רצון הצדדים במועד ההתקשרות.
2. **תכלית צופה פני עתיד** – שכלול ההתקשרות החוזית.
3. **תכלית צופה פני הווה** – כיבוד ערכי שיטת המשפט.

### התנגשות בין התכליות השונות של דיני הפרשנות

**כאשר התכליות השונות מתיישבות זו עם זו**

יכולים להיות מקרים בהם כלל פרשני יתאים ליותר מתכלית אחת. לפי סעיף 25(ב)1 – יעילות בהתקשרויות עתידיות +הווה: הצד המנסח הוא החזק. אולם, יתכנו מקרים בהם התכליות השונות לא יתאמו זו לזו. לפעמים כלל יכול להעדיף תכלית אחת על פני תכלית שניה.

לטענתנו, המחלוקת במשפט הישראלי על האופן בו ראוי לפרש חוזים היא למעשה **מחלוקת על האיזון הראוי בנין התכליות השונות.**

בהתייחס להלכת אפרופים, **השאלה העומדת במרכז פסק הדין נוגעת לאיזה משקל יש לייחס ללשון החוזה בהליך הפרשנות?**

תורת שני השלבים – קביעה כי יש לתת ללשון משקל מכריע (על פני נסיבות החוזה) – **מקדמת תכלית צופה פני עתיד.** הנסיבות הספציפיות של החוזה אולי יחשפו טוב יותר מה הייתה כוונת הצדדים בעת ההתקשרות (צופה פני עבר) אבל בזה שאני אומרת שללשון יהיה משקל מכריע אני נותנת עדיפות תכלית צופה פני עתיד, יותר חשובה לי הוודאות בחוזה מאשר רצון הצדדים בהתקשרות.

ברגע שמבטלים את תורת שני השלבים, נותנים לביהמ"ש לתת משקל גדול יותר לתכלית צופה פני עבר, ניתן להביא ראיות על הרצון הסובייקטיבי של הצדדים בעת ההתקשרות. זה בא על חשבון תכלית צופה פני עתיד. בנוסף, וזאת למעשה הביקורת המרכזית להלכת אפרופים, לתכלית צופה פני הווה – אם בית המשפט לא ימצא את הרצון הסובייקטיבי הוא יפנה לעקרונות השיטה כדי לפרש את רצון הצדדים וכך הוא מכניס להליך הפרשנות משקל גבוה יותר לתכלית צופה פני הווה.

כלומר, הוויכוח הוא לא מה מידת המעורבות הרצויה של ביהמ"ש (פרשנות חוזים היא תפקיד מובהק של ביהמ"ש בניגוד לנושאים המצויים במחלוקת רבה יותר כגון התערבות בחקיקה). **השאלה היא לא כן או לא אקטיביזם שיפוטי אלא כיצד עליו לאזן בין התכליות השונות של דיני הפרשנות?**

### סוגים שונים של חוזים וסוגים שונים של פרשנות

**מגישה אחידה לגישה פלורליסטית**

**האם מה שחשוב בפרשנות החוזה הוא לצפות פני עתיד או פני עבר?**

* **כללי הפרשנות האופטימליים יכולים להשתנות לפי מאפייני התקשרות בין הצדדים**: המשקל שיש לתת לכל אחת מהמטרות ישתנה לפי סוג החוזה. ההצעה אינה לבחון כל מקרה לגופו - אלא לנסח כללי פרשנות אשר תואמים קטגוריות מסוימות של חוזים להם יהיה כלל פרשני שיתאים במסגרת הליך הפרשנות של הסוג הזה של החוזה. גם המחוקק הישראלי מבחין בין סוגים שונים של חוזים (חוזה מתנה, חוזה תמורה, חוזה מסחרי, חוזה צרכני....). מה שהמחוקק לא עשה זה ענה על השאלה איך לפרש אותם, הוא רק מכתיב הוראות קוגנטיות או דיספוזיטיביות לגבי סוג מסוים של חוזים אבל בעיקרון דיני הפרשנות חלים על כל סוגי החוזים. אפשר למצוא בפסיקה פסקי דין שהתייחסו לשוני פרשני בהתייחסות לסוג החוזה.

**האם זה אינטואיטיבי שכל החוזים יש לפרש באותו אופן**? לא. יש להבחין בין מתקשרים הפועלים כעוסקים לבין מתקשרים הפועלים כפרטים – מתקשר מתוחכם לעומת מתקשר פחות. מי שפועל בעולם החוזי כפרט, לא ייהנה מייעוץ משפטי ולכן הוא לא יהיה מודע באופן מלא להשלכה שיש לדיני הפרשנות על תוכן חוזה שהוא חתום עליו.

**שלושה סוגים של חוזים:**

1. **חוזים עסקיים – מתקשרים שני עוסקים או יותר:** התכלית המרכזית היא צופה **פני עתיד**, לאפשר בסיס נוח להתקשרויות עתידיות. אין מקום לתת משקל רב לתכלית הצופה פני הווה, מדובר על שתי חברות שלקחו על עצמם סיכונים מרצונם החופשי ולכן לא ארצה להתערב דרך פרשנות החוזה בהסכמות החוזיות בניהם אלא מעדיפה תכלית צופה פני עתיד.
2. **חוזים צרכניים - חוזים שבהם אדם מתקשר בחוזה עם חברה:** קשה לדבר על תכלית צופה פני עבר ולכן קשה להגיד שאם נסתמך על תוכן החוזה נשקף את הכוונה של הצדדים במועד ההתקשרות. גם לגבי תכלית צופה פני עתיד, ממילא צד אחד הוא זה שמנצח את החוזה. לכן **התכלית המרכזית היא צופה פני הווה,** תוצאה הגונה וראויה בראי ערכי של שיטת המשפט. **בניגוד למקרה הקודם, כאן קשה להגיד שהתערבות ביהמ"ש פוגעת בחופש החוזים.**
3. **חוזים פרטיים – שני צדדים פרטיים:** התכלית המרכזית היא **צופה פני עבר**, הגשמת רצונם המשוער של הצדדים במועד חתימה החוזים. במקרים אלו קשה להגיד שראוי שללשון יהיה מעמד מכריע.

**לסיכום**: על בית המשפט לשאול תחילה איזה חוזה הוא מבקש לפרד ולאחר מכן להתאם את הכלל הפרשני לתכלית המרכזית שצריכה לעמוד לנגד עיניו לאור החוזה.

## מבוא

**פרשנות מעלה שני סוגים של שאלות:**

1. תכלית הפרשנות (אקטיביזם שיפוטי מול שמרנות).
2. איך מגשימים את התכלית (קונטקסטואליזם מול פורלמיזם).

איך גישות נורמטיביות שונות מתייחסות לתכליות האלה?

* **הגישה הכלכלית** – יש תכלית אחת לכל המשפט ותכליתה היא השאת הרווחה המצרפית והתכלית של דיני החוזים היא להשיא את הרווחה המשותפת של הצדדים לחוזה, בגלל שהכניסה לחוזים היא התנדבותית נשיא את הרווח המצרפית על ידי שניצור מערכת דינים שתשיא את הרווחה המשותפת של הצדדים לחוזה.
* **שוורץ וסקוט** – פרשנות פורמליסטית משיאה את התועלת המשותפת של הצדדים לחוזה. הצדדים קובעים את תנאי ההתקשרות ביניהם והם יודעים איזה תנאים טובים להם, כי הם המומחים לתחום שבו הם מתקשרים. אם נצמד לפרשנות שעולה מתוכן החוזה ובגלל זה היא משיאה את התועלת.
* **פוזנר** – לא מסכים עם שוורץ וסקוט. יש צדדים שבהם הצדדים מנסחים את החוזה לאור נסיבות מסויימות שמשפיעות על התועלת מהחוזה. אם קיימים מקרים שונים שהחוזה חולש עליהם, הצדדים היו רוצים שביהמ"ש יתחשב בנסיבות אקס אנטה, כי זה ישיג את התועלת שלהם מהחוזה. התעלמות מהנסיבות תיפגע בצדדים מראש.

**פוזנר, שוורץ וסקוט** עוסקים בחוזים שונים. אם נחשוב על חוזה מורכב, נרצה להיצמד לפרשנות של שוורץ וסקוט כי זה ישיא את התועלת החברתית. אם החוזה פתוח כי הצדדים לא ידעו על כל האפשרויות הם היו רוצים שביהמ"ש יתחשב בנסיבות כי היו מבקשים את הסיוע הפרשני המאוחר ולכן הגישה כלכלית יכולה להציג לנו עמדה שונה לפרשנות חוזה בהינתן בסוג החוזה. בחוזים שהצדדים שניהם מיודעים לחוזה, תניה שאומרת – היצמד לטקסט ולא להתערב בפרשנות היא תניה שיש לכבד לפחות מהגישה הכלכלית.

* **חירות:** ביהמ"ש צריך לקדם את החופש של הצדדים להתקשרות בחוזים. פרשנות החוזה נדרשת להגשים את רצון הצדדים. זה אומר, שאסור לפרשנות כזאת להזדקק לערכים חיצוניים. הם אינם חופש (לדוג': תום לב), אבל נסיבות חיצוניות לחוזה שמעידות על מה שהצדדים רצו במועד הכריתה זה מסייע ויש להתחשב בהם כי זה מאפשר להם לממש את החופש ומקדם את החירות במועד הכריתה. לא בדיוק זהה לאוטונומיה.
* **אוטונומיה**: תפיסה ליברלית של אוטונומיה אומרת שהזכות לאנשים לכתוב את סיפור חייהם קיימת גם במהלך חיי החוזה והמשמעות היא שכל צד חופשי חייב לכבד את האוטונומיה של הצד השני.

**דגן ודורפמן**: תפיסה של האוטונומיה של הצדדים מחייב גישה של Relational justice – "צדק ביחסים" – מערכות יחסים מגדירות מה צודק לעשות כי לאנשים יש תפקיד שונה בכתיבת סיפור חייהם של אנשים. יש מקום צנוע לערכים חיצוניים בפרשנות החוזה והמקום הזה מובחן בין סוגי היחסים. סוגי היחסים הרלוונטיים הם לא במקום שיש יחסי כוחות אלא במקומות שבהם סוג היחסים מכתיב סוג שונה של צדק (לדוג': מערכת חוזים שמסדירים את יחסי הממון בין בני זוג צריכים להתפרש שונה מאשר חוזה מסחרי לא בגלל פערי כוחות, אלא בגלל שהסכם ממון נמצא בסוג מיוחד של מערכת יחסים שזה יש חשיבות ערכית למערכת היחסים הפנימית) ולכן יהיו חוזים שבהם יינתן יותר מקום להתערבות.

**הסוגייה בין היחסים משפיעה גם על הפרשנות של החוזה** – יש חוזים שמצדיקים יותר החדרה של ערכים לפרשנות של ההסכם.

## מטרת הפרשנות והכלים הפרשניים

**הערות מושגיות – אפרופים**

**העובדות:** ממשלת ישראל יזמה תכנית שמטרתה עידוד בניה של דירות לעולים חדשים ולזכאי דיור אחרים. התכנית כללה הקצאת קרקעות לבניה על ידי מינהל מקרקעי ישראל והתחייבותו שלו לרכוש מן הקבלנים את הדירות שתיבנינה. לצורך הגשמתה של תכנית העידוד הוכן נוסח אחיד של חוזה מסגרת (חוזה פרוגרמה) בין המדינה לבין קבלים. חוזה הפרוגרמה הבחין בין **שני סוגי פרויקטים**: הסוג הראשון כלל הסכמים לבניית דירות באזורים מבוקשים ואילו הסוג השני כלל הסכמים לבניית דירות באזורי פיתוח. חוזה הפרוגרמה הטיל על המדינה חבות לרכוש מהקבלן לפי דרישתו מכסה קבועה של הדירות שתיבנינה במחיר אשר יחושב לפי הוראות החוזה. עם זאת, בחוזה הפרוגרמה נקבעו שני מקרים אשר בהתקיימם תוטל על הקבלן סנקציה של הפחתת מלוא המחיר בשיעור מסוים: המקרה האחד – איחור בהגשת בקשת הקבלן למימוש התחייבות המדינה לרכוש מידו הדירות. המקרה השני – איחור בהשלמת ביצוע הבניה.

**למה מכוון ברק במונח כוונה סובייקטיבית של הצדדים? הכוונה המשותפת של הצדדים שזכתה לביטוי חיצוני.**

**האם יכולה להיות כוונה אובייקטיבית?** אמות מידה אובייקטיביות לבחינה של חוזים. הערכים של השיטה – הוגנות, עילות, תום הלב וכו'. ביהמ"ש יחדיר את הערכים לתוך החוזה כאשר יש מחלוקת פרשנית בין הצדדים, אלה יהיו אמות המידה האובייקטיביות.

### היררכיה נורמטיבית והיררכיה בעלים פרשניים

**לאיזו עמדה יש בכורה בפרשנות החוזה?**

המטרה היא הגשמת הכוונה של הצדדים ולכן יש בכורה לפרשנות הסובייקטיבית על פני אמות מידה אובייקטיביות, על זה אין מחלוקת בפסק הדין. אם כך, אז מה המחלוקת בין הגישות?

**המחלוקת היא לגבי הסדר שבו עורכים את הפרשנות וקבילות הראיות החיצוניות:**

* **תורת שני השלבים – היררכיה פרשנית:**
  + **לשון:** ראשית השופט יפנה לטקסט ויחליט אם הטקסט ברור או לא. אם הוא ברור, לא נעשה שימוש נסיבות חיצוניות.
  + **אם לא, עוברים לנסיבות חיצוניות.**

**דוג': פס"ד חסקין נ' חסקין** ביטוח חיים של חלל מלחמת יום הכיפורים, נכתב שמה של גרושתו בביטוח החיים. שם המוטב היה צמוד לתואר "אשתי" – האם האישה השנייה זכאית לפוליסה או יש להתייחס לשם האישה, לגרושתו? ביהמ"ש פסק כי יש להעביר את הפוליסה לאישה. זאת דוגמה לחוזה שסובל מדו משמעות. יש דינה, שהיא לא אשתו ויש אשתו שלא דינה וכתוב "דינה אשתי" – יש למצוא לזה פתרון – או דינה או אשתי. הפרשנות מבוצעת על ידי הבנה של הרצון שלו, אך סעיף 25 לא מאפשר לנו את זה, הוא חייב לקיים את הדיאלוג עם הטקסט בחוזה. כן ניתן לבטל לגמרי את התניה בגלל הדו משמעות, ובהיעדר מוטב הפוליסה הולכת לעיזבון שהולך ליורשים.

**ברק** טוען **באפרופים** שהפרשנות של שני השלבים לא הגיונית ויש לבצע פרשנות תכליתית – ביטול ההיררכיה. הטקסט לא יכל להיות קודם לנסיבות, יש לפרש את הטקסט לאור הנסיבות וללמוד מהנסיבות לאור הטקסט. גם אם הטקסט נראה לנו ברור הוא צריך להתפרש לאור הנסיבות ועל כך תורת שני השלבים בוטל. על אף הביקורת על אפרופים בפול היא לא חזרה.

**מה ההצדקה לשיטת הפרשנות התכליתית?** שלושה טיעונים שלא תלויים במטרת הפרשנות:

* **שפה תמיד תלוית נסיבות.** לדוג': הסוס והעגלה (**בלמורל, ריבלין**). כל מי שנכנס לחוזה יודע שמדובר במשאית ולא בסוס ועגלה. האם נתייחס ללשון הברורה של החוזה? כמובן שלא. דוג' נוספת: תוכנה נתקעת, מציעים לצאת ולהיכנס, ברור שלא מדובר על לצאת ולהיכנס פיזית מהחדר אלא לצאת מהתוכנה ולהיכנס בחזרה. משמעות המילים תלויית הקשר. מצד שני, יש להתאמץ כדי לחשוב על הדוגמאות וברוב המקרים ההקשר ברור ולכל הפחות לאפשר לצדדים להגיד למה התכוונו. השאלה אם הנימוק הזה לא מביא לכל הפחות לעמדה דיספוזיטיבית.
* **לשון לא מספקת וודאות:** מי קובע אם הלשון ברורה או לא? – השופט. וכל פעם השופט הוא אדם אחר. הצדדים כותבים הסכם וחיים בחרדה תמידית איך יפורש החוזה. מתיישב עם האקטיביזם הפורמליסטי, עמדת זמיר: כל פעם ששופט רוצה להגיע להכרעה ערכית מסוימת, יגיד תמיד השופט שהלשון לא ברורה ויוכל להשתמש באיזה כלי שירצה. כל האפשרות שקיימת בתורת שני השלבים הופכת לפיקציה. גישת השלב האחד – לפחות עושים זאת בדרך הישר.
* **לא מתקיימת סטייה מהדין**: לפי סעיף 25 א לחוק החוזים הכללי: "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה ובמידה שאינה משתמעת ממנו מתוך הנסיבות". **פירוש הטקסט בתוך החוזה לא חייב להתפרש רק לפי לשונו, אלא אפשר להיעזר בנסיבות חיצוניות.** הנוסח שונה בתיקון 2:"חוזה יפרוש לפי אומד דעתם של הצדדים כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה יפורש החוזה בהתאם ללשונו".

**ברק מעלה שלושה טיעונים שתלויים בבסיס התחקות אחר רצון הצדדים:**

יש גם ככה דוקטרינות שמצמצמות את הפער בין הגישה האובייקטיבית ובין הגישה הסובייקטיבית. הפערים האלה לא רחוקים כל כך, הם הצטמצמו – דיני הטעיה, סיכול, חוזים פרטיקולריים. אם מפרשים לפי הלשון מרחיבים את הפער שהמחוקק ביקש לצמצמם גם ככה.

גישת הפרשנות התכליתית עולה מעקרון תום הלב ומגשימה את עקרון הצדדים. כל תכליתו של עקרון תום הלב הוא למנוע מצד לפעול לפי הפרשנות המילולית של החוזה כאשר זו עומדת בניגוד לכוונה סובייקטיבית ידועה של הצד השני. לכן הפרשנות בתום לב לחוזה עולה בקנה אחד עם הכוונה המשותפת.

תורת שני השלבים לא לוקחת ברצינות את כוונת הצדדים. התורה טובה אם כל מה שארצה הוא לשמור על יציבות העסקאות – ביהמ"ש יאכוף את החוזה שנכנסו אליו, ללא קשר לכוונת הצדדים בעת ההתקשרות (מתייחס לגישה הצופה פני עתיד). מדוע להגביל את הראיות המשקפות את רצון הצדדים במועד הכריתה? לכן, כל מי שמלעיז ואומר שמכניסים עקרונות חיצוניים טועים – מכניסים את הרצון הסובייקטיבי של הצדדים.

מנגד, לא ברור שזה מה שהצדדים היו רוצים. יכול להיות שצדדים מתוחכמים חשבו על הפרשנות ללא נסיבות חיצוניות ולכן זה רצונם.

### תוכנה של הפרשנות התכליתית

ההתחשבות בשפה של הצדדים – לעיתים יש לצדדים שפה שמשמשת אותם, דרך אחת מתייחסת לפרשנות החוזה והשנה מתייחסת להשלמת חוסרים בחוזה. לדוגמה, הסוס והעגלה של ריבלין. הסדר כזה מקבל ביטוי חיצוני בנסיבות חיצוניות למסמך, נניח בחילופי טיוטות (מחקו תנאי מסיים שהועבר באחת הטיוטות) ולכן כך מגשימים את הרצון הסובייקטיבי של הצדדים.

עוד דבר שברק מתייחס אליו **באפרופים** – תכלית סובייקטיבית לאור תכלית העסקה הקונקרטית. לדעתו, אין שום היגיון לתת קנס רק על סוג מסוים של נכסים וההיגיון הפנימי אומר שהם רצו להשית קנס. מתקשר לפרשנות גם מתוך במסמך, הסדרים של סעיף אחד משפיעים על הפרשנות של סעיף אחד.

**בלום נ' אנג'לו סכסון**

ההסכם לא קצוב בזמן הוא לצמיתות. בלום רשאי לבטל את ההסכם בהודעה לאנגלו 60 ימים מראש ומנגד הם לא יכולים לבטל את החוזה אלא אם מתקיימים תנאים מסוימים. בלום אומרת שניתן לבטל את ההסכם בהודעה ללא הצמדות לתנאים ו**דנצינגר** קובע שהביטול היה שלא כדין. אם סיבת הביטול לא מצוינת בחוזה הם ביטלו שלא כדין. כיצד עמדתו של **דנצינגר** מתיישבת עם ההיגיון העסקי? הם כתבו את התנאים וההסכם. אם השאלה היא עסקית, למה שאנגלו תגדיר את זה שהם לא יכולים לבטל את החוזה? הם רוצים למשוך את המתקשר. **על כן יש היגיון עסקי בחוזה הזה והוא מחייב אותם לפי לשון ההסכם.** מתיישב גם עם סעיף 25ב1.

**תכלית סובייקטיבית לאור תכלית העסקה הקונקרטית**

מה הקושי בתכלית הסובייקטיבית לאור תכלית העסקה – ביהמ"ש הוא לא המוסד המתאים להחליט מה מתאים לצדדים לאור ההיגיון העסקי. דנצינגר ייחודי בעניין הזה, הוא בעל יכולת מוסדית להבין את העסקאות האלה. אך באופן עקרוני זה אינו תחום ההתמחות של בית המשפט. ריבלין וג'וברן – לא נוגד את שיטת הפרשנות התכליתית למעט התייחסות לראיות חיצוניות.

לפי ברק **באפרופים,** התכלית האובייקטיבית היא התחשבות בסוג העסקה תוך קיום הגינות וסבירות, פרשנות לפי מכלול המטרות, האינטרסים והתכליות של הצדדים.

החשש שדנצינגר מעורר בהרחבה **בבלמורל**, הכלל הפרשני האחרון שנכפה רק אם לא מגלים את אומד הצדדים, בפועל, זה נותן לכך מקום יותר מרכזי. הבעיה זה מדרון חלקלק: ניתן להגיד שפרשנות תכליתית היא שאומרים שאם התכליתית הסובייקטיבית לא ברורה מכניסים את הערכים – כאן נכנסים לעולם שבו מכניסים באופן שיטתי את ערכי היסוד של דיני החוזים באופן שברור לנו שלא משקף את רצון הצדדים במועד הכריתה.

שתי בעיות שעולות מכך שהפרשנות נועדה להכניס לתוך החוזה ערכים של הוגנות, הגינות וסבירות:

* מי קובע מה הוגן? ערכי המשפט או ערכיו של השופט?
* אקטיביזם שיפוטי – כפיה של ערכי בית המשפט על הקשר של הצדדים בניגוד לרצונם. יש לעשות זאת לא דרך פרשנות אלא דרך החוק.
* מה אם הצדדים התכוונו ליצור חוזה לא הוגן? האם ניתן לכפות עליהם? – לא. התערבות המשפט מאפשרת התקשרות מוסרית ולכן לא יתערבו.

**תכלית אובייקטיבית לעומת כוונת הצדדים**

הפרשנות נועדה להכניס לתוך החוזה ערכים של הוגנות הגינות וסבירות.

* התערבות בחוזים כאשר יש פערי כוחות/ניצול.
* התערבות כזאת קיימת ממילא במקרים חריגים, אז ניתן ביטול.

הביקורת של זמיר: רטוריקה כאקטיביזם. ברק לא עושה שום דבר שונה מדנצינר. שניהם אקטיביסטים. ברק פשוט קנה לגבי שלו. ד"ר פלד: הבעיה בהעדר התחייבות למסלול אחד – החמרה של חוסר היציבות.

**שיעור מספר 26 13/01/2020**

**תוצאות המקרה של אפרופים**

כל השופטים מתבססים על ההיגיון העסקי של החוזה בפרשנותם. הלשון של החוזה לא אומרת מה התוצאה, הנסיבות החיצוניות לא מלמדות אבל למדים את זה מההיגיון העסקי שלו. לא הגיוני שצדדים מתוחכמים לא היו קובעים מנגנון סנקציה על איחור ולכן ברור שהם התכוונו שהסעיף יחול על כלל העסקאות.

**האם המסקנה מתחייבת?**

אפשר למצוא היגיון עסקי בסנקציה על איחור במימוש. אולם, לא ברור שכל עסקה שאין בה סנקציה היא אבסורד. סנקציה כזאת מטילה סיכון מאוד גדול על הקבלן, יכולות להיות נסיבות שאינן תלויות בו שיגרמו לעיכוב. **אפשר היה גם ללכת במסלול פרשנות נגד המנסח**, מי שניסח את ההסכם זאת המדינה – סעיף 25(ב)(1) – מוביל לתוצאה שונה. התוצאה לכל הפחות לא מחייבת והמנגנון שיצר ברק הוביל לביקורת ועלתה לדיונים נוספים עד **לתיקון 2 בביבי כבישים.**

### תיקון 2 לחוק החוזים

**פירוש של חוזה: סעיף 25א לחוק החוזים הכללי:**

*"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."*

האם השינוי של סעיף זה שינה באופן מהותי את הדין?

על פניו, נראה שהתיקון ביטל את הלכת אפרופים. ואז הגיע פסק הדין של ריבלין בפס"ד **המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ:**

**ריבלין: "**הפירוש הנכון לסעיף המתוקן הוא כדלקמן: חוזה יפורש תוך בחינה מקבילה ומשותפת של לשון החוזה ושל נסיבות העניין, בכפוף לחזקה פרשנית ניתנת לסתירה – שלפיה פרשנות החוזה היא זו התואמת את פשט הלשון, דהיינו: את המשמעות הפשוטה, הרגילה והטבעית של הכתוב. החזקה ניתנת לסתירה במקרים שבהם למד בית המשפט, מתוך הנסיבות, כי הלשון אינה פשוטה וברורה כפי שנחזתה להיות במשפט הראשון וכי למעשה – עשויה היא להתפרש בדרכים אחרות מאלה שנראו ברורות בתחילת הדרך הפרשנית. ודוק: קיומה של החזקה מבטא את משקלה החשוב והמשמעותי של לשון החוזה. לעומת זאת, היותה ניתנת לסתירה משקפת את העובדה כי משקלה של הלשון חרף חשיבותה, אינו מכריע או בלעדי".

יש להיזכר בדוגמת "העגלה והסוס", יש ראיות משכנעות שמסיטות את החזקה שניתנת לסתירה שהצדדים התכוונו לפשט הלשון, ביהמ"ש יכל לפרש בדרכים אחרות מאלו שנראו ברורות בתחילת הדרך הפרשנית. אמנם, קיומה של החזקה מבטא את משקלה החשוב והמשמעותי של לשון החוזה לפי התיקון אומר שיש חשיבות מאוד גדולה ללשון החוזה אך עדיין אינה בלעדית.

ריבלין נקרע בין שני עולמות. בחוזה העסקי, נראה לריבלין ולמחוקק שהחוזה צריך להיות מפורש לפי לשון ההסכם, נסיבות חיצוניות לא צריכות להיכנס לשיקולים. אבל ריבלין מפחד, כי סעיף 25א לא מוגבל להסכמי B2B, הוא חל על כל ההסכמים ולכן הוא אומר תהיה חזקה הניתנת לסתירה ובהסכמים בין שני אנשים או בין עוסק לא גדול (התקשרות עסקית של צדדים לא מתוחכמים), נהיה חייבים להתייחס לנסיבות ואם הן מובילות למסקנה ראייתית חזקה שצריך לסטות מהלשון הפשוטה של החוזה חייבים לעשות כן.

הסוגייה נפתרה במידה רבה בביבי כבישים.

### אבחנה בין סוגי חוזים – חוזה יחס וחוזה סגור

קיימים סוגים של חוזים שבהם יש התערבות פרשנית נרחבת יותר.

חוקים שקובעים השלמה נורמטיבית אבל לא מתערבים באגרסיביות בתוכן או בפרשנות:

* **חוק השכירות והשאילה** – כשיש הסדרים לא ברורים המחוקק מתערב בתוכנם. להסדרים אלה יש בסיס נורמטיבי מסוים, בדר"כ איזון בין הצדדים. אפשר להשליך מתוך הרעיון הזה גם על רעיון הפרשנות. במידה מסוימת – סוגיית אפרופים נוגעת להשלמת הסכם. בחוק זה הפרשנות היא עדינה וזה בגלל שבדרך כלל לא חושבים שיש עדיפות לצד אחד של ההסכם, לא חושבים שיש לחוזה סכנה להיות לא הוגן.

חוקים אחרים מתערבים בתוכן החוזה ויש להם השלכה פרשנית: יש צד אחד מתוחכם שמבין את הסיטואציות שיכולות להתרחש בחוזה יותר מהצד השני:

* חוק החוזים האחידים: אם הפרשנות לפי לשון החוזה מקפחת את הלקוח על ביהמ"ש לפרש את זה באופן שיוסר הקיפוח.
* חוק הגנת הצרכן.
* חוק חוזה הביטוח.
* חוק המכר (דירות) וחוק המכר (הבטחה השקעה של רוכשי דירות).

**ביבי כבישים:** בפסק הדין בביבי כבישים **השופט שטיין** מבחין בין חוזה יחס וחוזה סגור. כשהחוזה סגור ומפורט, הצדדים לא רוצים שהחוזה יפורש ממקורות חיצוניים. החוזה מספיק מלא – זה לא אומר שהוא שלם, כי עדיין צריכים את דיני הפרת החוזה – אם החוזה היה שלם לעולם לא הייתה הפרה כי כל התנהגות הייתה מוסדרת בתוך החוזה. החוזה הסגור הוא מאוד מפורט, והתכלית שלו היא להסדיר את מערכת היחסים הסגורה – **הצדדים לא ראו במועד הכריתה נסיבות צפויות שלא רצו לסגור אותם בתוך המערכת החוזית**. **אז למה שהצדדים ירצו שהחוזה הסגור יפורש בראש ולראשונה לפי לשון החוזה?** ובכן, כשהצדדים מנסחים חוזה כזה, הם מקדישים זמן ומשאבים בניסוח. על כן הם רוצים שביהמ"ש יתייחס לניסוח של ההסכם כי זה משקף בצורה הכי טובה את רצון הצדדים במועד הכריתה. בשונה **מחוזה יחס**, חוזה פתוח שמגדיר מערכת יחסים ארוכת טווח. הגמישות הזאת מחייבת את הצדדים לא להכניס את כל הדברים בתוך החוזה אלא תשהיה פרשנות פתוחה לחוזה, על כן ירצו שביהמ"ש יפרש לפי הנסיבות. הם לא ירצו להגיע למשא ומתן מחודש כל שנה אז הם רוצים במועד הכריתה שביהמ"ש יפרש את החיובים שלהם הוא יתחשב בנסיבות המשתנות.

כשהחוזה סגור, תוספות להסכם יקבעו לפי הסדרים שקיימים בתוך ההסכם וגם לעיתים יוסדרו באותה דרך שבה נחתם ההסכם (מסמך שבו שני הצדדים חתומים עליו). לעומת זאת בחוזה פתוח, שינויים בהסכם הם חלק מהחיים של ההסכם ולכן נראה שינוי בהתנהגות שהצד השני לא סתר אותו שנמשך לאורך זמן בלי התנגדות כמשהו ששינה את תוכן ההסכם.

**מדוע הצדדים היו רוצים שבחוזה יחס העקרונות של השיטה (ערכי תום הלב וכו') ישפיעו על העקרונות של החוזה, והיו מעדיפים פרשנות תכליתית של החוזה?** מראש הצדדים קבעו הסדרים רכים שידרשו התערבות מאוחרת. אבל, האם ההתערבות בחוזים האלה דומה להתערבות פרשנית בחוזה ביטוח? היינו חושבים שזה לא אותם ערכים, ערכי יסוד של השיטה אינם זהים בשני המקרים. מנסים בשני המקרים לפתור בעיות שונות. ההתערבות גם במסגרת חוזה יחס היא מוצדקת ממקור אחר, הצדדים רוצים את ההתערבות של ביהמ"ש כדי לעזור להם להסדיר יחסים ארוכי טווח והם היו רוצים שההתערבות הפרשנית שלו תיצמד לעקרונות הערכיים המקובלים. תנאים כאלה שמניחים שהצדדים שווים. לעומת זאת העקרונות שנרצה לייבא בחוזה צרכני הם עקרונות אחרים, אנו מניחים שהניסוח של החוזה הוא מוטה מראש ולכן ההתערבות הפרשנית היא שונה.

### אבחנה בין סוגי צדדים

לפי גרוסקו, חשוב להבחין בין סוג הצדדים להסכם.

בתכלית צופה פני עתיד, נרצה להקל על ההתקשרות העסקיות בכך שנאפשר לצדדים וודאות במה שיקרה בתוך ההסכם. ולכן, חייבים לפרש את ההסכם לפי אופי הצדדים בהקשר הזה בפרשנות שהיא סגורה, כלומר בלשון ההסכם.

זה לא נכון לכל ההסכמים. אמנם קיימים הסכמים שלא נפרש כך. כאשר ישנם **פערי כוח במיקוח** או **בניסוח** (בין אם זה פערי כוח מהותיים או פרקטית) או **במידע** או **מהותיים** (כשיש צד חלש ואין לו כוח או הזדמנות להתערב – כלומר העדר אפשרות טכנית) או **פרקטית** (כשיש אפשרות טכנית אבל לא כדאי לי) או **רציונלי** (כשיש צד שלא רציונלי עבורו לקרוא את החוזה אף פעם) – במקרים אלו תהיה פרשנות אקטיביסטית נגד המנסח בסוגי חוזים כאלו.

פערי כוח בניסוח או פערי כוח מהותיים או פרקטיים, משפיעים על המשקל שאנו נותנים להתערבות הפרשנית:

* **פערי כוח ניסוח מהותיות ופרקטיות (אדישות רציונאלית)**: צד אחד מאוד חלש שאין לו יכולת או הזדמנות להתערב. בחוזים מהסוג הזה, במובן הפרקטי זה נכון לא לקרוא את החוזה, לנתח תניות ולהתמקח – למה לעיתים זה הדבר הנכון לעשות? אפילו אם החוק לא היה מגן על צרכנים לדוגמה, חוק החוזים האחידים אומר שתנאי בחוזה אחיד הוא כזה שלא התקיים לגביו משא ומתן. אפילו אם לא היה את חוק החוזים האחידים ולא הייתה הגנה, עדיין היה רציונלי לא לקרוא את החוזה, מאחר שיש סוגייה של עלות מול תועלת – התועלת מלקרוא את החוזה ולהתמקח עליו היא מאוד מוגבלת לעומת העלות של קריאת החוזה שהיא גבוהה. לכן זה רציונאלי להיות "אדיש" ולא לקרוא את החוזה.
* **אם חוזה מוטה לצד אחד, זה יוביל לעסקאות לא יעילות**. כשהצדדים כורתים חוזה העסקה אמורה להיות טובה לשניהם. אם מבינים שיש צד אחד שמנסח וצד אחד שזה אינו רציונאלי עבורו לקרוא את החוזה אף פעם, התנאים לא יהיו לו עדיפים. לכן מגיעים לפרשנות אקטיביסטית (בארה"ב) נגד המנסח בסוגי חוזים כאלה.
* **פערי מידע**: יכולים להתבטא בהבנה המשפטית וגם בסיטואציה שיכולה להתפרש לאורח חיי החוזה.
* **פערים ברציונאליות**: יכל להיות אדם שמתקשר בחוזה והוא עם פערי רציונאליות. בדר"כ מדובר בצרכן, לדוגמה:

ביטוח חיים בארה"ב לאחר 11 בספטמבר, היה ביטוח למקרה של התרסקות מטוס וביטוח למקרה שנחטף המטוס ע"י טרוריסטים. לצרכן, זה היה חקוק בזיכרון והוא עדיף לרכוש ביטוח יקר יותר (חטיפת המטוס ע"י טרוריסטים) כי זה התקשר לו למקרה האחרון שקרה, למרות שהמוצר פחות טוב, שכן ביטוח להתרסקות מטוס אמור לכסות גם את זה.

**יש שתי סיבות לכך שהצרכן פחות רציונאלי מהעוסק:**

יש מנגנונים לספק שמוודאים שהעוסק יהיה רציונאלי.

אופטימיות – בעלי עסק לא סובלים מאופטימיות, כי עסק אופטימי נענש. לכן נישאר עם עוסקים רציונליים.  
לדוג': חב' הביטוח אופטימית שאומרת שאנשים לא ייפגעו – תפשוט את הרגל.

**לסיכום:** הגישה הפרשנית שהתקבלה ביבי כבישים היא שפרשנות ביהמ"ש תלויה או בסוג החוזה או בסוג הצדדים לחוזה.

# הוראות שנקבעו במפורש או באמצעות הפניה

**סוגייה של השלכה של מסמך המוסיף תוכן לחוזה.** מדובר על תופעה נפוצה, שהחוזה עצמו מפנה למסמך אחר. המסמכים האלה, הם לא קונקלוסיביים, הם בעצמם מפנים לעוד מסמכים. יש כאן אסופת מסמכים רחבה שנכנסת להסכם כל פעם דרך הפנייה. יוצא שחלק מתנאי ההתקשרות מתגלים לאדם שמתקשר בהסכם רק אחרי שהוא נכנס להסכם (לדוג': פייסבוק, פרטים שמתגלים רק אחרי שפותחים חשבון או תעודת אחריות במוצר הנמצאת בתוך הקופסא, רואים את תעודת האחריות רק לאחר שפותחים את הקופסא). ההפניה למסמך החיצוני יכולה לאשרר את החובות והזכויות של הצדדים – דובר בהקשר של זכרון דברים ונוסחת הקשר, זכרון הדברים מפנה למסמך הפורמלי. אפשרות שניה, זה שהמסמך משנה את החיובים של הצדדים כפי שנקבע קודם לכן בחוזה. האפשרות לא מרחיבה או משנה את החיובים אבל מגדירה את המנגנונים למימוש החיובים האלה. לדוגמה: תנאי החוזה של פייסבוק מפנים להגדרות השימוש, מסמך נפרד, מגדיר את החיובים ההדדיים של הצדדים שניתנים לשינוי על ידי פייסבוק (ברירת מחדל שניתנת להתאמה ולא קבועה בתוך החוזה).

הביעה ביצירת תניות באמצעות הפניה למסמך חיצוני נוגעת לגמירות הדעת של הצדדים. יש להבחין בין מסמך נגיש למסמך שלא נגיש:

* **רישום על גבי האריזה.**
* **מסמך שממוקם בתוך האריזה.**
* **המסמך יכול להיות מופנה למסמך חיצוני:** לדוגמה: "תנאי התקנון כפי שיפורסמו מעת לעת באתר אינטרנט של החברה".

## הסדרים בחוק וסטיה מהסדרים בחוק

הרבה פעמים החוזים האלה חוזרים על תנאים שמופיעים בחוק. לדוגמה, תעודת האחריות ברוב המקרים חוזרת על החוק: "לפי תקנות הגנת הצרכן..". אם תעודת האחריות חוזרת עליהם, היא אינה בעייתית, כי כאשר חסרים פרטים במסמך וקיימים הסדרים קוגנטיים הם ממילא יהיו ההסדרים. סטייה מהסדר קוגנטי יכולה רק לשפר את מעמד הצרכן.

הבחנה בין תנאים מהותיים ושוליים במסמך חיצוני לעסקה: השלכה אפשרית:

* אין תחולה בכלל.
* חל תמיד.
* חל מהרגע שניתן היה לדעת את הפרטים – ברגע שאפשר לגשת למסמך החיצוני התנאים שלו חלים. חייבים לתת אפשרות לצד שמתקשר בעסקה ולא יכל לראות קודם לסגת מהעסקה בלי שתיחשב כהפרה.

## פער בין ההסדר שהצדדים סברו עליו ובין חוזים קיימים

מה קורה אם המסמך סוטה ממה שהצדדים חשבו?

**דוד נ' דרורי:** בחור שעשה ביטוח לאופנוע ולאחר שהפוליסה נשלחה אליו אחד התנאים היה שיהיה לו רישיון לאופנוע. הוא לא יכל לדעת את זה כי לא יכל לגשת לפוליסה לפני. ביהמ"ש: דבר סביר שהיה צריך לדעת בעת ההתקשרות.

**עטיה נ' אררט:** תאונת דרכים שהנהג שפגע באישה נהג ברכב שחשב שהפוליסה שלו מכסה אותו, היא אומרת "מותר לנהוג ברכב רק למי שיש לו רישיון מעל לשנתיים והוא מעל גיל 24".הקושי היה שכשהם התקשרו בחברת הביטוח, אמרו לו שמי שרוצה את הפוליסה הוא אדם מתחת לגיל 24, זאת הפוליסה שהם ביקשו – הם קיבלו פוליסה אחרת. **ביהמ"ש**: פנו לחברת הביטוח בבקשה לפוליסה מסוימת, בנסיבות האלה, חברת הביטוח חייבת ליידע אם זה שונה מהעסקה המקורית. התפיסה הנ"ל נקלטה בסעיף 3 לחוק הביטוח: חובה להבליט הגבלות: "*תנאי או סייג לחבות המבטח או להיקפה יפורטו בפוליסה בסמוך לנושא שהם נוגעים לו, או יצויינו בה בהבלטה מיוחדת; תנאי או סייג שלא נתקיימה בהם הוראה זו, אין המבטח זכאי להסתמך עליהם".*

וגם בסעיף 4 לחוק החוזים האחידים: שאם קובע תניה ששוללת זכות אחרת שקיימת בביטוח באופן לא סביר – אזי ביהמ"ש יבטל את התניה הזאת ויקבע שמדובר על תנאי מקפח בחוזה אחיד, גם אם זה מתנה אותה בהודעה בזמן לא סביר.

**חיובים, מגבלות ומנגנונים שנקבעו במסמך חיצוני: מנגנונים שנכללו במסמך בנפרד**

לעיתים מסמך מאוחר מסדיר מנגנונים למימוש הזכויות בתוך החוזה. לדוגמה, מסמכים לתביעת ביטוח משפיעים על האפשרות לממש זכות לפי החוזה.

**עניין בריטניה אמריקה**

בעטיה נ' אררט- רוצים לסטות מחיובים שנקבעו קודם יש להדגיש אותם. בכל מקרה, לפי עניין **בריטניה,** החיובים צומחים רק מרגע שידע עליהם. ניתנת גם האפשרות לבטל את החוזה למפרע.

**שיעור מספר 27 13/01/2020**

# חוזים אחידים ותניות פטור

## חזרה – הוראות שנקבעו במפורש או באמצעות הפניה

### יש לבדוק האם מסמך נלווה לעסקה מהווה חוזה או קבלה?

השאלה מגיעה מסדרה של תיקים באנגליה שנקראים Ticket cases – אדם קונה כרטיס לרכבת ועל הכרטיס רשומים הסדרים חוזיים. השאלה האם הם מחייבים.

אם הכרטיס הוא רק קבלה לתשלום אחרי שנכרת החוזה ובעקבות חיובים שצד אחד עשה – לא ניתן להגיד שהתבצע קיבול על הקבלה והם לא משנים את ההסדרים החוזיים.

**Chepetlon v. Barry** – נגרם לאדם נזק מכיסא שהוא קנה. יש תנית פטור על הכרטיס ונקבע בביהמ"ש כי מדובר בקבלה ולא בחוזה.

**Thornton:** כרטיס אוטומטי לחניות שעל גב הכרטיס כתוב שהתנאים מוצאים במגרש. בניהם – פטור מלא מנזק גוף. הוא נדרס בחניון וביהמ"ש טוען שהפטור אינו תקף כי מדובר בקבלה ולא בחוזה.

אולם, אם הלקוח יודע (ידיעה קונסטרוקטיבית) שהכרטיס מחיל תניות, אז התניות חלות אם לא התחרט, ניתנת לו אפשרות כזאת, אחרי קבלת הכרטיס (קיבול בהתנהגות). לדוג: רבע שעה לצאת מהחניון ללא תשלום.

אם מדובר בחוזה, האם יש משמעות לכך שצד לא ידע על תניה שמופיעה במסמך ומה ההשלכה של מסמך חיצוני שלא זמין לניצע בשעת הכריתה.

**גונשרוביץ' נ' מפעל הפיס:** אדם תובע את מפעם הפיס באשר להגרלה שהוא זכה בה והכרטיס אבד. בתוכנית ההגרלות יש תנאי שיש פטור מלא מתשלום הפרס אם הכרטיס אבד. האדם טוען: לא הכיר את התנאים. ביהמ"ש: כל תנאי ההתקשרות נקבעים על בסיס הכרטיס ולכן לא ניתן לסבור שהכרטיס הוא קבלה בלבד. מראש ידעת על קיומו של התקנון וכל החיובים מוגדרים דרכו ולכן כשזה המצב לא ניתן לחשוב שהכרטיס הוא קבלה בלבד.

**כיצד קובעים אם מדובר בחוזה או קבלה?**

* המסלול התוך חוזי הראשון להתמודד עם הסדרים פוגעים במסמכים נלווים הוא לשלול את התוקף החוזי.
* במקרה שנקבע כי כבר נוצרה התקשרות חוזית "סגורה" ללא צורך במסמך המאוחר, אותו מסמך (קבלה) לא יכול לשנות אותה ולכן הוא חסר כל תוקף.
* גם אם יש למסמך תוקף הדין האנגלי הגביל את ההשלכות השליליות של מסמכים אלו בצורה רכה יותר – במקום העדר תוקף, חובת גילוי.

**גם אם מדובר בחוזה – האם יש משמעות לכך שצד לחוזה לא ידע על קיום התניה?**

ככלל, כאשר אדם חותם על המסמך לא יכול לטעון שלא קרא או לא הבין (גינדי נ' אפללו). הרציונל ברור – בחינה אובייקטיבית.

אולם, במקרים בהם המסמך הנלווה (הכרטיס) הוא חלק מהחוזה, עדיין אין חתימה המעידה אובייקטיבית על מודעות לתנאים (אם יש מודעות סובייקטיבית אין מקום לדיון).

באנגליה – אם התנאות מרעות באופן מרחיק לכת עם הניצע חובה לתת הודעה סבירה על קיום התניה.

סבירות מתן ההודעה נבחנת אל מול תוכן התניה – ככל שהתניה פוגעת יותר בניצע, ככה נדרשת הודעה בולטת יותר.

לעיתים כתב קריא יכל להספיק. אם פוגעי, הדגשה מיוחדת או מסמך נפרד.

בענייןThornton – פטור מנזק גוף דורש הדגשה מיוחדת.

העניין האנגלי נקבע גם במשפט הישראלי דרך פסיקה גם על מסמכים שנחתמו. כלומר אם חתמת על מסמך ואם לא הוכח שאתה מודע לנסיבות באופן סביר, הוא לא חל עלייך.

**עטיה נ' אררט**: כן הייתה חתימה על המסמך. ביהמ"ש מחדיר דרך חובת תום הלב את החובה ליידע באופן אקטיבי על השוני בין מה שהוא הזמין לבין מה שקיבל בפועל.

**עוד דבר הדורש הודעה אקטיבית - סעיפים 1-3 לחוק הגנת הפרטיות**. הפרת הפרטיות נדרשת בהסכמה. השאלה היא מה הכוונה להסכמה – ס' 3 לחוק הגנת הפרטיות. נשאל מה ההבדל בין הסכמה מדעת לבין הסכמה אובייקטיבית. לא מספיק לדרוש את החתימה על המסמך, אלא צריך שהאדם יהיה בפועל מיודע לאותם הסדרים. רואים כי הסכמה חוזית מספיקה לה הסכמה אובייקטיבית לקיומה של החיובים והסכמה מדעת דורשת הסכמה סובייקטיבית.

**ס'38 לחוק ההוצאה לפועל** – אדם שלקח משכנתא ולא מצליח לשלם את ההלוואה והבנק מממש המשכון, יש הסדר בו יש לספק לחייב מקום מגורים או לוודא שהוא יכול לספק לעצמו. מדובר על הסדר דיספוזיטיבי שניתן להתנות עליו. בפועל, כל חוזה משכנתא מתנה עליו.

יש סדרה של פסקי דין שמגבילים את התניה דרך חובת יידוע:

**פי.אף.איי אסטבלישמנט נ' רוזנר:** אין חובה למלווה לספק ללווה דיור חלופי. ביהמ"ש: לא ציינת במפורש בחוזה שקיים סעיף 38 שמקנה זכות כזאת. אם לא נכתב במפורש, לא הייתה התניה ועל כן הוא חל.

**משכן בנק הפועלים למשכתנאות נ' שפייזצמן**: נקבע כי אם החייב ידע בפועל על הזכות ועל ההתניה, ההתניה בת תוקף.

**מיסטר מאני ישראל נ' רייז**: כדי להתנות על ס'38 צריך ליידע את הלקוח בפועל על קיום הסעיף ועל ההתניה. כלומר, יש חובת הסכמה מדעת – לא מסכימה הבעיה אובייקטיבית ויש לוודא ידיעה סובייקטיבית כדי שההתנאה תחול עליה.

**דרגות שונות של הסכמה:**

מעשה, אפשר לחשוב על דרגות שונות של הסכמה. הדרגה החוזית הרגילה היא הסכמה אובייקטיבית – הסכמה נמוכה. הסכמה מדעת מפורש או מכללא זו הסכמה מדעת שמקובל לפרש זאת במובן שכדי לקיים הסכמה מדעת האדם חייב לדעת על הפגיעה בפרטיות ועל השימוש שעושים ואז מספיקה הבעת הסכמה רגילה ולא צריך שתהיה מפורשת לעניין הפגיעה הספציפית. אם אדם יודע שהחוזה פוגע לו בפרטיות, חתימה על החוזה מספיקה.

הסכמה מדעת שמורה לסוג מקרים אחר – מונח מתחום הרפואה. לא נסתפק בזה שאדם אולי יודע, נצטרך לוודא שהוא אכן יודע. מי שמבצע את הפעולה מחויב לשבת עם המטופל ולהסביר לו באופן אקטיבי על ההליך הרפואי.

אותו עיקרון חדר גם לפקודת הנזיקין – לפי סעיף 5(א) לפקודת הנזיקין – הסתכנות מרצון. צניחה חופשית: אם הבעתי מכללא שאני מודע להסתכנות האם מגיע לי פיצוי על נזק שנגרם לי? ביהמ"ש מצמצם את האפשרות לתניה מכללא.

**רואים שדרך אחת להתמודד עם תניות פוגעניות שרשומות במסמכים נלווים דורשת יידוע.**

**מה ההשלכה של מסמך שאינו זמין בשעת כריתת החוזה?**

חייב להיות הדעה סבירה שהתנאים לעסקה רשומים במסמך נלווה לחוזה.

לעניין **Thortnton –** על המסמך עצמו לא היה כתוב שיש פטור מנזקי גוף, המסמך אמר שהתנאים מופיעים על קירות החניון וזה היה כתוב על כל מני מקומות בקירות.

**בעניין מפעל הפיס:** **חיים כהן** בדעת מיעוט אומר שאין לתנאים של התקנות תוקף מכיוון שהם מופיעים בילקוט הפרסומים – רשומות: המקום שבו מתפרסמת כל פעולה בעלת תוקף חקיקתי אם זה תקנות, חקיקה, הוראות המנהל.. כולם חייבים להיות מפורסמים במקום פרסום רשמי. למה שתקנון מפעל הפיס יפורסם ברשומות? חברה ממשלתית לתועלת הציבור. התקנון שלה נקבע ברגולציה, יש גופים הקובעים מה אם התנאים של ההגרלות ולכן זה מפורסם ברשומות. היום אין בעיה למצוא את התקנון, אבל באותה תקופה אין גישה לאנשים לילקוט הפרסומים. אין לצפות ממנו לחפש את התקנון ואין תוקף חוזי.

**לסיכום:**

ישנם שלושה מקרים של מהותו של מסמך חיצוני לחוזה:

קבלה.

חוזה, אך תניה לא חלק מהחוזה – בהעדר הודעה סבירה.

חוזה, ההפניה למסמך חיצוני לא מחייבת בשל הודעה לא סבירה/ העדר נגישות.

ביסוס דוקטרינרי:

* **קבלה**: דרך דיני ההצעה והקיבול.
* **שלילת הכרה בתניה:** אפשרי דרך הצעה וקיבול בדין האנגלי, המתייחס רק למקרים שבהם החוזה לא נחתם. הבעיה היא שזה לא מסביר למה שוללים תניות פוגעניות ולא את כל התניות במסמך הנלווה. המשמעות היא שיש חובת יידוע דרך חובת תום הלב – הפתרון הישראלי שנאמר במפורש **בעטיה נ' אררט.**
* **מסמך חיצוני**: בעיקר מתבסס על חובת תום הלב, אפשר עקרונית להיות מחויב בתניות לא ידועות אך לפי חובת תום הלב.

## תניות הפטור

### מבוא

ראשית, נדון במספר דוגמאות:

1. פטור לצדדים מקיום ההוראות בחוזה: הקבלן רשאי שלא לבצע את חיוביו.
2. אחריות הקבלן להפרת חוזה מוגבלת לסכום של 10,000 ₪.
3. תניה הפוטרת מסעד שזכאי הצד השני לפי ההסכם: אין לתבוע את הקבלן לאכיפת חיוביו.
4. ספק השירות אינו אחראי לנזקי גוף אשר עשויים להגרם לצרכן.

ההשלכה החוזית של הדוגמאות:

דוגמה 1 – אם חלה על שני הצדדים מדובר בהסכם ג'נטלמני. אם חל רק על הקבלן מדובר בחוזה אופציה (משמעות של חיובים תלויים/שלובים שלקבלן ניתנת האופציה להחליט אם הוא מבצע או לא).

דוגמה 2- הגבלה של החבות. מדובר על הגבלה של הפיצוי מתוך החיוביים החוזיים.

דוגמה 3- פטור מסעדים ספציפיים (ניתן לתבוע פיצויים). התוקף שת התניה – האם מותר להתנות על דיני התרופות? כן, דיספוזיטיביות.

דוגמה 4- הגבלה על חבות נזיקית – זכות חיצונית להסכם.

תניות פטור הן נפוצות לא מהוות תניה חריגה. לפניות הפטור יש תכלית לגיטימית – לגדר את הסיכון הכרוך בהתקשרות חוזית. יכל להיות אינטרס של שני הצדדים. גידור של האחריות במסגרת החוזה יכולה להיות רצויה לשני הצדדים במקרה של ביטוח, לדוג' בהזמנה של מסע בים מזמין לוקח ממוביל ימי – יכל להיות שהוא רוצה לבטח בעצמו ולשלם פחות למוביל הימי ולכן ירכוש ביטוח נפרד. משרת את שני הצדדים.

הבעיה בתניות פטור היא בחוזים אחידים – צד אחד לא מודע לכך שקיימת תנית פטור ולא יכול להתמקח על כך. זה יותר בעייתי כשפטור קם מחבות שקיימת מכוח הדין ולא מתוך החוזה הספציפי.

### טכניקות להתמודדות עם תניית פטור בעייתית

* **מישור ההצעה והקיבול:** ראינו את המנגנון שנקבע בדין האנגלי ובישראל. חייבים להסב את תשומת ליבו של הצד השני לתוקפה של תניה.
* **פרשנות:** פרשנות מצמצמת לתניית פטור. מתיישב עם כלל הפרשנות נגד המנסח ס' 25ב1 לחוק החוזים. אולם זה כלל פרשנות עצמאי – פירוש מצמצם לפטור. **עוד אפשרות היא הנחה שהצדדים לא התכוונו כלל לתת פטור.** בדרך כלל, הנחה שהפטור לא מתייחס לאחריות בפרשנות (לדוגמה: חוק השומרים קובע ששומר בשכר אחראי באחריות חמורה לחפצים שניתנו לו). ניתן לפרש תניית פטור שמתייחסת לאחריות ככזו שפוטרת את השומר רק מאחריות חמורה אולם לא מאחריות ברשלנות.
* **הפרה יסודית:** במשפט האנגלי אין פטור על הפרה יסודית של החוזה. נקבע במקור כדין מהותי (אין אפשרות בחוזה צרכני לתת פטור מהפרה יסודית). היום – עמדה פרשנית, כחלק מהתפישה הכללית לפרשנות מצמצמת את הפטור, כך גם בישראל (**עוודה נ' מפעל הפיס**). **מדוע לא ניתן לבטל את תניית הפטור אם ההפרה היא יסודית ורוצים לבטל את החוזה?** לאחר ביטול עקב הפרה יסודית מבטלים את החיובים החוזיים מכאן והילך (מעת ההפרה), ההסכם אינו בטל.אם היה ביטול עקב פגם בכריתה, כן הייתה בטלה תניית הפטור.
* **תקנת הציבור:** סעיף 30 לחוק החוזים – עד לחוק החוזים האחידים זאת הייתה הדרך היחידה לתקוף תניות פטור. כלומר, ניתן לבטל תנית פטור אם היא נוגדת את תקנת הציבור. הבעיה היא כאשר החוזה לא ניתן להפרדה – קשה להגיד שההסדר של הפטור ניתן להפרדה מהחלקים האחרים אך בפועל ביהמ"ש מבצע זאת כך.
* **תום לב:** העמדה של אלון היא שהדרך הזאת בעייתי. אין בעיה מבחינת תום לב בלכלול תניית פטור אלא החובה היא בעמידה על התניה. הטכניקה יכולה להגביל את התניה רק בנסיבות מסוימות: אם פעלת באופן סביר לגיטימי להפעיל תניה מסוימת ואם לא אז לא לגיטימי לדרוש אותה. **הבעיה היא הטכניקה זו שרירותית, כל שופט יכל להכריע לכאן או לכאן.** זה עשוי להגביל את השימוש לתניות האלה.
* **קיפוח בחוזה אחיד: תוקף חזיתית את תנית הפטור.**

**שיעור מספר 28 17/01/2020**

## חוזים אחידים

### מבוא – סטנדרטיזציה של חוזים

רוב החוזים לא מקיימים את מודל מפגש הרצונות: ספקי שירותים, רכישה בקמעונאות, הסכמי התקשרות אינטרנטיים וכו'. המשמעות היא שצד אחד (ספק) קובע תנאים להתקשרות עם הרבה אחרים (לקוחות). צד אחד משקיע בניסוח החוזה ונותן הצעה מסוג "Take it or leave it offer". מדובר על הצעות מסוג קח או לך: זה החוזה, זה התנאים שלו – אין משא ומתן בתהליך ההתקשרות.

מה מיוחד בעסקאות מהסוג הזה מבחינה כלכלית? נותן את כל כוח המיקוח לצד אחד של העסקה. המשחק המוכר שממחיש את זה בתורת המשחקים הוא **משחק האולטימטום:** משחק של שני שחקנים שלאחד נותנים את האפשרות להציע לשני סכום ואומרים שאם השני מסכים שני הצדדים מקבלים את החלוקה של הכסף. אם מציעים 100,000 שקלים, צד אחד יקבל 1000, והשני 99,000 או ששני הצדדים לא יקבלו, לא רציונאלי לוותר על ה-1000 כדי שהצד השני לא יקבל.

### ההיגיון בבסיס החוזים האחידים

להלן שלושה גורמים המצדיקים את ההיגיון שהספק הוא זה שמנסח את החוזה (הבסיס של חוזים אחידים:

* **פערי עלות תועלת מצדיקים ניסוח ע"י הספק**: לספק מוצדק להשקיע בניסוח חוזה כי זה משמש אותו להתקשרות עם כמות גדולה של אנשים. עבור הספק תניות החוזה חשובות מאוד. עבור הלקוח, התניות לא חשובות, ולכן זה הגיוני שהספק ינסח אותו.
* **מומחיות לספק**: עוד נטען שלספק יש מומחיות בתחום של החוזה ולצרכנים אין.
* **חיובים חוזיים**: לרוב החיובים לפי החוזה מופנים לספק ולא ללקוח.
  + **חריגים לכך שהתניות לא מופנות לספק**: תניות שלא מסדירות חיובים כמו שינוי בחיובים לפי החוזה, הגבלת התקשרות, הסדרי שיפוט ופטור הנוגעים לחבויות הספק (בארה"ב הרבה חוזים כוללים תניות בוררות).

### הסיכון בחוזים אחידים

**חשש לניצול הצרכנים:**

* **אדישות רציונלית** – לאף אחד אין תמריץ לקרוא את החוזה כי התועלת נמוכה מהעלות לקרוא את החוזה ולהתמודד עימו. קיים חוסר יכולת לנהג משא ומתן (הצעה של קח או לך).
* **אדישות לא רציונלית** –
  + **מיופייה**: חושב על ההווה ולא על העתיד – בוחר שלא להתמקח למרות שזה ישפיע עליו בעתיד. דוגמה: מדפסות ודיו. יש כמה מדפסות שחלקן זולות וחלקן יקרות. אנשים לא חושבים על השימוש בדיו לטווח הארוך, שכן הדיו מאוד יקר גם כאשר המדפסת זולה וגם כשהיא יקרה.
  + **אופטימיות**: קנסות על ביטול הסכמים זה לא משהו שנמצא בדאגות האדם העכשווי. הסיכוי להפרת החוזה הוא מאוד גדול ולכן כן יש להתייחס לכך בחוזה. לדוג' חדרי כושר.
  + **קשב מוגבל:** לא שמים לב להסדרים חוזיים שאינם בולטים (Saliency) אנשים שמים לב למחיר אך לא לריביות.
* **ניצול כוח מונופוליסטי:** כשיש כוח שוק עולה החשש שעסקים ינצלו את הצרכנים. מכיוון שתניה גרועה בחוזה היא כמו מחיר ואם יש תחרות בשוק המתחרים מתחרים גם על המחיר החוזי ועם על החוזה עצמו – תניה גרועה היא כמו עלות בחוזה. אבל לא כל המחירים נולדו שווים – יש בעיית קשב לצרכנים**, המחיר ששמים לב אליו הוא המחיר עצמו.** קשה לצרכנים לשים לב למחיר שמובע בהתניות גרועות. אם יש תחרות בשוק, המתחרים יבליטו את התניה הגרועה של המתחרה. המידע לגבי התניות הגרועות יעבור בשוק וביחס להתנהלות החוזה. החשש הוא כשיש תחרות מוגבלת אז מתחרים בשוק קטן יגבילו את התחרות באמצעות מבנה מבלבל של עלויות לדוגמה במקום לכתוב את המחיר הסופי יכתבו אותו לפני מיסים וחיובים שונים, במקום שיהיה מחיר אחד הוא יהיה מפורק למחירים שונים.

### התמודדות עם הבעיות בחוזים אחידים

* **התערבות דרך עידוד תחרות – שימשו בשוק כמפחית פגיעה בצרכנים:**

רגולציה מגבירה תחרות בין השחקנים הקיימים: ניוד מספרים (הסרת חסמים שכרוכים במעבר מחברות הסלולר נועדה להגביר תחרות, איסור על נעילת לקוחות לזמן ממושך, קביעת מנגנוני חיום אחידים - המחירון האחיד של שירותים בנקאיים), חוק ההגבלים העסקיים והסרת חסמים – עידוד כניסה של מתחרים.

* **התערבות דרך חקיקה פרטיקולרית:** לרוב החוזים יש רגולציה משני סוגים: רגולציה על גילוי ורגולציה על הסדרים בתוך החוזה. החשש הוא ניצול האדישות של לקוחות כדי שלא יפנימו את כל העלויות של התניות בחוזה: הסיוע הוא למנוע תניות כאלה או להבליט תניות גרועות.
  + **גילוי ומניעת הטעיה:** חוקים בביטוח, צרכנות, בנקאות, פרטיות.
    - המשמעות של הפרת חובת הגילוי מוכרת כעוולה או שיש לשלול את התניה.
    - איסור השפעה בלתי הוגנת (ס'3 לחוק הצרכן)
    - **מה ההבחנה בין הטעיה צרכנית ובין הטעיה חוזית?** חובת הגילוי היא נרחבת בהטעיה צרכנית. יש חובת גילוי לגבי כל הפרטים המהותיים. מעבר לזה, החוק מגדיר גודל כתב והחוק קובע איסור לגבי פעולה שעשויה להטעות. רואים מנגנון שמאפשר תביעה על הטעיה צרכנית שהיא הרבה יותר רחבה מההטעיה החוזית ומגדירה חובות גילוי ספציפיות של מה שחסר בסעיף 16.
    - **מה ההבדל בין ניצול מצוקה ובין כפיה ועושק?** בעניין של עושק יש להוכיח קשר סיבתי בין הפעולה של הצד שעושק לצד הנעשק, וגם צריך להוכיח שהחוזה בלתי סביר. כאשר מדובר בחוזים אחידים, אין צורך. יודעים שמנצלים את המצוקה של הצרכנים ובהקשרים אלו יכולים להבין למה יש התערבות בחיובים החוזיים.
    - **קביעת הסדרים כופים (קוגנטים):** חוק הגנת הצרכן קובע הסדרים לעניין אחריות ותיקון לאחר המכירה – המטרה היא לגרום לעוסק לפחד למכור משהו לא תקין.
    - מנגנוני האכיפה הם מאוד רחבים, כאלה שקובעים גם אכיפה אזרחית. הם מאפשרים אכיפה מנהלית ופלילי.

### חוק החוזים האחידים

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

חוזה אחיד הוא לא חוזה אלא נוסח של חוזה. כשממלאים את הפרטים בו הוא הופך להיות חוזה. מספיק שחלק מהתנאים נקבעים באופן חד צדדי, לדוגמה תקנון. נקבעו מראש כלפי מספר חוזים ומשנה שזה אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם. אם אפשר לזהות אותם ויודעים כמה הם לא מדובר בחוזה אחיד.

מיהו הספק בחוק?: מי שאחראי על הניסוח של החוזה. מתי זה שמקבל את השירות הוא מי שמנסח אותו? מגרש גרוטאות גדול, כל מי שרוצה למכור לי דברים – אלה התנאים שבאלה אקנה מכוניות. המדינה עושה הרבה חוזים אחידים.

מיהו הלקוח?: לא מי שמנסח את החוזה.

**מהו תנאי בחוזה אחיד?** תניה! שלא נערך לגביה משא ומתן. מהרגע שנערך לגבי משא ומתן, לא מדובר חוזה אחיד.

סעיף 23 מחריג מחיר – הוא אינו תנאי בחוזה אחיד. הסיבה לכך היא שהדבר המרכזי הוא דברים שלא בולטים לקונה, מחיר כן.

מחיר באשראי: מחיר בתשלומים. העוסק נדרש לציין מחיר באשראי כי זה מתקשר לטווח הרחוק.

### תנאי מקפח בחוזה אחיד

עדיף לא להתמקח על תנאי בחוזה אחיד כי אז נשללות הזכויות לטעון שהוא מקפח.

סעיף 3: "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"

הראייה להוכחה שהתנאי מקפח היא על הלקוח. הוכח שהתנאי מקפח – ביהמ"ש או בית הדין (בית הדין לחוזים אחידים) יבטלו או ישנו.

**חזקות:**

הדברים לבטל או לשנות:

* היועץ המשפטי לממשלה, הממונה על הגנת הצרכן, ארגון לקוחות.
* התחולה של חוק החוזים האחידים היא על כל החוזים.

ביהמ"ש:

* תחולה על החוזה למפרע.
* אין מגבלה של סעדים.

מנגנון של תובענות ייצוגיות מאפשר לביהמ"ש ליצור תחולה רחבה ולהעניק את כל קשת הסעדים. מייתר במידה רבה את הצורך של לקוחות בבית הדין לחוזים האחידים..

חוק תובענות ייצוגיות מאפשר להגיש תביעה רחבה לכל הלקוחות בו זמנית.

סעיף 4 קובע רשימה של חזקות שתנאים מסוימים מקפחים.

האם חזקה חלוטה או ניתנת לסתירה? ניתנת לסתירה מהסיבות הבאות:

חזרה להגדרה בסעיף 3:" בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות" כלומר גם אם אומרים שיש נסיבות שבהם אנו סגורים שתנאי מסוים מקפח צריך לבדוק זאת לאור הנסיבות. קובעים חזקה והיא ניתנת לסתירה לפי הנסיבות של התנייה הקונקרטיים ואם היא חלה זה מעביר את הנטל – העוסק צריך להוכיח שהתנאי לא מקפח (בדר"כ הלקוח הוא זה שצריך להוכיח).

חזקות חלוטות בסעיף 5: נזקי גוף, שלילת זכות פניה לערכאות.

איך קובעים אם תנאי הוא מקפח?

* לפי מכלול תנאי החוזה: סעיף יכל להיחזות כמקפח אך הסדרים אחרים בחוזה מאזנים. למשל: חוזה המכיל מספר ברירות.
* אינטרס לגיטימי: לכאורה הקשירה פוגעת בלקוח (לדוג': נספרסו וקפסולות), במקרה שלנו זה נועד לחשב עלויות של פיתוח ומחקר שאחרת לא ניתן לעשות – אז היא מכסה אינטרס לגיטימי. **בפס"ד מילגרום:** שינוי בעלויות של בית אבות סיעודי. השינוי יכל להשפיע על תמחור ואי אפשר לקבוע מחיר אחיד חייבים זכות לשנות את המחיר. **ברק** אומר שהתנאי מקפח כי זה נכון שהם לא יכולים לתת מחיר ספציפי אבל יכולים לקבוע מנגנון תמחור עתידי.
* יכולת פיזור הנזק: **בפס"ד קשת:** הטיעון של ביהמ"ש זה שהגבלת האחריות לפיצוי על נזק לבגדים, הגבלת האחריות לא מכסה אינטרס לגיטימי ולא נסתרה חזקת הקיפוח שקיימת בסעיף 4. הביקורת של פורת: האנשים שהבגדים שלהם שווים הכי פחות מסבסדים את אלה שהבגדים שלהם שווים הכי הרבה. מנגנון הגלת האחריות של מכבסות בסוף פוגעת בצרכנים הכי חלשים שלא נרצה לפגוע בהם.

**שיעור מספר 29 20/01/2020**

# חוזים לטובת צד שלישי

## מדוע רוצים חוזה לטובת אדם שלישי?

חוק החוזים הכללי מסדיר את הרעיון של חוזה לטובת צד שלישי. הבסיס של חוזה כזה הוא יצירת יריבות בין המוטב ובין החייב. היה אפשר ליצור חוזה שהתכלית שלו היא לשרת אדם שלישי בלי שתהיה יריבות כזאת, לדוגמה, אם ההורים של X רוצים לקנות לביתם מתנה, לא מדובר בחוזה לטובת צד שלישי – הבת היא מי שנהנית מהחוזה. לכן נשאל למה שנרצה לבצע חוזה שיוצר יריבות ישירה, קרי אפשרות של הנהנה מהמתנה (של המוטב בחוזה) לתבוע ישירות את החייב למימוש החיוב שלו על פי ההסכם.

הסיבה לכך היא כי אנשים ירצו לבצע זאת או כי הם רוצים לספק להם מתנה, או כי הם רוצים לקיים חיוב. לדוגמה, לנושה יש חיוב כלפי המוטב שיכל להיווצר מחיוב עצמאי (נגיד חוזי) והוא רוצה לקיים את החיוב הזה וזאת ע"י יצירה חוזה עם החייב שאומר שהחייב יקיים את החיוב שאני חייב לנושה שלי, הוא יהיה המוטב בחוזה השני.

**בייזמן השקעות:** בייזמן נכנס לעסקה עם חליווה והוא אומר, אני אשלם כסף לבנק. הבנק הוא המוטב בעסקה בין חליווה המוכר לבין בייזמן הקונה. **בייזמן זה החייב,** **חליווה הוא הנושה** והבנק הוא המוטב לקבלת התשלום.

## למה צריך מנגנון מיוחד לחוזה לטובת צד שלישי?

לכאורה, לא צריך מנגנון מיוחד לחוזה לטובת צד שלישי. ניתן להגיע לאותה תוצאה אם נהפוך את המוטב לצד לחוזה. (רוצים לתת מתנה למישהו, אז אומרים לו – בוא איתנו, אנחנו נחתום על חוזה לרכישת שירות או נכס ואתה תהיה צד לחוזה, שבו אתה תהיה זכאי לתוצרי החוזה. זה לא יהיה חוזה לטובת צד שלישי אלא חוזה עם צדדים שרשומים בתוכו ואותו אדם שרצינו שיהיה הנהנה הוא המוטב שלו – שיכל לדרוש אכיפה כי הוא צד לחוזה). **מדוע שנרצה ליצור חוזה שבו יש למישהו זכות ואותו אדם אינו צד לחוזה?**

* **מוטב קשה לאיתור או מרוחק:** אפשרות אחת היא שלפעמים אותו נהנה/מוטב קשה לאיתור, מרוחק (לדוגמה מעלה, הבת בטיול בהודו, לא רוצים להביא אותה לחתום על ההסכם). **רוצים לעשות את ההסכם בצורה שמטיבה עם האדם המרוחק.**
* **זהות המוטב לא ידועה בשעת הכריתה:** אפשרות אחרת היא שאיננו יודעים מי המוטב בשעת הכריתה. לדוגמה: הגרלה באוניברסיטה שרוצים שהזוכה יקבל ספר, האוניברסיטה עושה הסכם עם חנות ספרים שתספק את הספר לזוכה. ההגרלה מאפשרת לדעת בדיעבד מי הזוכה והמוטב של העסקה, אך לא ניתן להכניס את הזוכה להסכם מראש כי אנחנו לא יודעים את זהותו מראש.
* **המוטב לא קיים:** אפשרות יותר קיצונית היא שהמוטב לא קיים – אדם שעוד לא נולד לדוגמה, ויוצרים חוזה כי בגיל 18 יקבל זכות כלשהי ונכנסים להסכם עם גוף אחר, הוא יקבל את הזכות לאחר שיוולד ויהפוך להיות המוטב לחוזה. אותו דבר לגבי תאגיד בתהליך הקמה – התאגיד לא יכל לכרות חוזה כי הוא עדיין לא קיים, אבל הוא יכל לכרות חוזה לטובת התאגיד, נושא המשרה או בעלי התאגיד יכרתו חוזה לטובתו.
  + **אפשר להגיע לאותה תוצאה ע"י הסדר חלופי בסעיף 6ג לחוק השליחות** - "תאגיד יכל לאשר פעולה שנעשה למענו לפני היוסדו ויחולו הוראות סעיף זה". – התאגיד מאשר את הפעולה בדיעבד ואז הופך להיות צד לחוזה (הנושה ולא המוטב). מנגנון אחר להגיע לחוזה לטובת התאגיד לפני שהוא נוסד.
* **חוזה לטובת הציבור או פרטים מהציבור**: המדינה כורתת חוזה עם מד"א, והיא רוצה שלאנשים תהיה אפשרות לתבוע אכיפה של החיובים, אז היא עושה את החוזה כחוזה לטובת צד שלישי.
* **טעמי נימוס והפתעה:** הנושה מעוניין לא להחתים את המוטב מטעמי נימוס – לדוגמה, מתן מתנה, לא נרצה להטריח את אותו אדם שאנו רוצים להעניק לו מתנה לחתום על מסמכים לטובת קבלת המתנה, לא רק מטעמי נימוס, יש גם רצון להפתיע. נרצה שהחוזה יהיה לטובת צד שלישי ולא אפשרות להביא את הצד השלישי לחתום על המסמך.
* **המוטב מעוניין להישאר חסוי**: אפשר לעשות זאת אם לא מחתימים אותו אבל מאפשרים זיהוי שלו. אז החוזה לטובת אדם שלישי לא אומר מי הוא אבל מאפשר לזהות את המוטב בדיעבד כך שהוא נשאר חסוי בעת המשא ומתן בין הנושה והחייב.
  + **אפשרות אחרת להגיע לאותה תוצאה**: ע"י שליחות נסתרת. שלוח יכל להיקשר בחוזה בשם השליח בלי שהצד השני יודע שנעשה בשמו שליחות והשולח יכל אחרי זה לקבל עליו את הזכויות, בצורה הזאת החייב לא יודע על זהותו של הנושה האמיתי. אבל, כפוף לחובת תום הלב. ראינו את זה בהיבט הטעיה – כאשר לצד השני חשוב לדעת את הצד בחוזה, אפשר לטעות לחוסר תום לב או במקרים קיצוניים להטעיה.

## מנגנונים שונים ליצירת זכות לצד ג'

איך אנחנו יכולים ליצור זכויות לטובת אדם שלישי שלא באמצעות חוזה לטובת צד שלישי?

* **נאמנות**

נאמנות נוסדה במקור באנגליה כאפשרות להוציא חוזה לטובת אדם צד שלישי, כי מסיבות פורמליסטיות לא הייתה אפשרות לעשות חוזה לטובת צד שלישי אז עשו כן דרך מנגנון זה.

נאמנות היא זיקה לנכס שעל פיה הנאמן פועל לטובת הנהנה או למטרות אחרות. מגדירים נאמן, שיש לו זיקה לנכס והוא צריך לפעול בו לטובת צד שלישי. אפשר לחשוב על אנשים שמשכירים דירה לאדם אחר אבל רוצים ששכר הדירה ישולם למישהו שלישי. שוכר הדירה, יהיה הנאמן, והוא משלם את שכר הדירה לא לבעלים של הנכס, אלא למוטב של הנאמנות. בנאמנות יכולים לדבר על הנאמן והמוטב וחוזה הנאמנות לא חייב להיות בין המוטב והנאמן, אלא יכל להיות שהבעלים של הנכס ממנה נאמן ומגדיר מוטב שהוא שלישי – נפרד. נאמנות בחוק הישראלי מוגדרת בחוק הנאמנות ויכולה להיווצר לפי חוק בתנאים מסוימים, לפי הסכם או לפי כתב הקדש. כתב הקדש הגיע אלינו דרך הדין העברי. אפשר לפתור נאמנות והקדש גם לצדדים עתידיים ולא מוכרים בהמשך, למעשה שכונות בירושלים הם הקדש שאנשים העבירו במקום להעביר את הנכס הם הקדימו מוסד הקדש והגדירו נאמנים. הקדש יכול לפעול למטרות הציבור ולא למטרות של יחידים. אפשר להקים קרן או עמותה או הקדש שנותן מתנות לתלמידים מצטיינים או מלגות לאוניברסיטה הוא הנאמן צריך לפעול לממש את מטרות ההקדש. **מה שמיוחד בנאמנות** זה שהיא חלה על נכס מסוים או קרן מסוימת, היא לא יכולה לחול על פעולות – הנאמן לא מבצע פעולות עבור הנאמנות אלא הוא מנהל נכסים.

* **המחאה**

דרך אחרת ליצור זכויות לצד שלישי היא ליצור המחאה של זכויות.

**המחאה של זכויות מוגדרת בחוק המחאת חיובים סעיף 1:**

(א): "זכותו של נושה לרבות זכות מותנית או עתידה לבוא, **ניתנת להמחאה ללא הסכמת החיוב**, זולת אם נשללה או הוגבלה עבירותה לפי דין, לפי מהות הזכות או לפי הסכם בין החייב לבין הנושה".

(ב) "ההמחאה יכול שתהיה לגבי הזכות כולה או מקצתה, ויכול שתהיה מותנית או על דרך שעבוד" **(ניתן לשעבד זכויות בהמחאה).**

**חוק המחאת חיובים סעיף 2:**

(א)"המחאת זכות אין בה כדי לשנות את הזכות או תנאיה, ולחייב יעמדו כלפי הנמחה כל הטענות שעמדו לו כלפי הממחה בעת שנודע לו על המחאה" – **בהקשר זה נראה הבדלים רבים בין המחאת זכויות לחוזה לטובת צד שלישי.**

(ב)"פרע החייב את הזכות לממחה לפני שהודיע לו על ההמחאה או שהוצגה לפניו המחאה בכת מאת הממחה, מופטר החייב, זולת אם פעל שלא בתום לב".

(ג)" פרע החייב את הזכות לנמחה לאחר שהממחה הודיע לו על ההמחאה או שהוצגה לפניו המחאה בכתב מאת הממחה, מופטר החייב אף אם לא עבר הזכות לנמחה, זולת אם פעל שלא בתום לב".

**מה ההבדלים בין המחאה לבין חוזה לטובת צד שלישי?**

* + **מועד היצירה**: חוזה לטובת צד שלישי יוצר מערכת יחסים משולשת במועד כריתת ההסכם. כבר באותו מעמד יש את הנושה, החייב והמוטב. החוזה מגדיר בתוכו מי המוטב. לא כך חוזה ההמחאה – במקרה של המחאת זכויות יש את הנושה והחייב והנושה בשלב מאוחר יותר, לעיתים קרוב למועד הכריתה ולעיתים לא, הנושה מעביר את הזכויות שיש לו במסגרת ההסכם עם החייב לאדם אחר.
  + **שיתוף פעולה על מקבל הזכות איך אנחנו יוצרים את היחסים עם הצד השלישי בחוזה לטובת אדם שלישי ובחוזה המחאה?:** בחוזה המחאה, ראינו שלא צריך את ההסכמה של החייב כדי להמחאות את החובה שלו כלפי הנושה. **הנושה רשאי להמחאות את הזכות שיש לו לאדם אחר** **בלי לקבל את הסכמתו של החייב**. אבל, הוא צריך לקבל הסכמה של הנמחה. אז הנושה רוצה להמחאות את הזכות שלו, הוא עושה זאת במסגרת הסכם להמחאת הזכות והסכם כזה הוא בינו לבין הנמחה ולכן הוא כממחה צריך את הסכמת הנמחה. צריך שיתוף פעולה של הנמחה והממחה, ללא שיתוף פעולה של החייב. **לעומת זאת** בחוזה לטובת אדם שלישי האדם השלישי מקבל זכות מרגע הכריתה, היא לא טעונה את הסכמתו ולא נדרשת שיתוף פעולה מצידו, אך כן צריך שיתוף פעולה עם החייב כי זה במסגרת ההסכם איתו אז הוא חייב להסכים לתנאי שיוצר זכות כלפי צד שלישי.

**מתי נעביר את הזכות דרך המחאה**? כאשר המוטיבציה להעביר את הזכות נוצרה לאחר הכריתה, כרתנו חוזה שלא הייתה לנו כוונה שיצור טובת הונאה לצד שלישי ואז רצינו שטובת ההנאה תצמח כלפי מישהו אחר אפשר לעשות זאת דרך המחאה של הזכות. לא נוכל לעשות זאת לטובת אדם שלישי כי הוא לא נמצא בשעת הכריתה (**גולדמן נ' מיכאלי**, מציג מקרה כזה, כי בשעת הכריתה לא היה אדם שלישי בתמונה והמחו את הזכות בשלב מאוחר יותר).

**השוואה בין חוזים:**

* + חוזה א'- נושה נדרש לבצע פעולה והחייב נדרש לשלם לנהנה.
  + חוזה ב'- נושה נדרש לבצע פעולה והחייב נדרש לשלם לנושה. אולם הנושה ממחה את הזכות לנמחה.

לכאורה, התוצאה בשניהם היא אותה תוצאה. יש כאן נושה שחייב לחייב, וחייב שחייב לנמחה או למוטב/נהנה. **והשאלה היא מה שונה ומה דומה בין שני ההסדרים?**

* + **זהה: המוטב/נמחה זוכה בזכויות באותה "רמה" של הנושה**: נכון גם לפי המחאת חיובים וגם לפי ההסדר של חוזה לטובת צד שלישי.

**ס' 37 לחוק החוזים:** "כל טענה שיש לחייב כלפי הנושה בקשר לחיוב תעמוד לו גם כלפי המוטב".

**ס' 2(א) לחוק המחאת החיובים**: "לחייב יעמדו כלפי הנמחה כל הטענות שעמדו לו כלפי הממחה בעת שנודע לו על ההמחאה". **מה הטענות שיכולות לעמוד לחייב כלפי הנושה ולכן כלפי המוטב או כלפי הממחה** **ולכן כלפי הנמחה**? נגיד, הפרת חוזה, פגם בכריתה.

* + **בכל זאת ההסדרים לא זהים**. ס'37 לחוק החוזים אומר, "כל טענה בקשר לחיוב" וסעיף 2א' לחוק המחאת חיובים אומר "כל הטענות", כלומר לא רק בקשר לחיוב. זה אומר שאם יש מערכת יחסים רחבה בין הנושה והחייב, והנושה המחה את הזכויות שלו, יכולות לעמוד לחייב כל הטענות שעמדו לו כלפי הממחה. לדוגמה, אדם שקנה שני מוצרים בשני חוזים נפרדים והוא המחה את הזכויות רק ביחס לאחד מהם ועליו הוא שילם. לכאורה, יכל הנמחה להגיד, "אני דורש קיום/אכיפה". החייב יכל להגיד שעומדת לו **טענת קיזוז: קיזוז בין החוזים.** החייב יכל להגיד שהוא לא חייב כי לא קיבל תשלום עבוד החוזה השני. אמנם שני החוזים נפרדים ולכאורה אין ביניהם קשר, **אך במסגרת המערכת יחסים שיש עם הממחה ניתן לקשר בניהם באמצעות טענת קיזוז** (קיזוז חוב אחד, אל מול תשלום במקום אחר). אם היה מדובר בחוזה לטובת צד שלישי טענת הקיזוז לא תעמוד כי החייב יכל לעלות טענות רק בקשר לחיוב ולא בקשר למערכת היחסים שיש לו כלפי הנושה.
  + **מה שונה מהותית בין המקרים האלה**? השאלה היא, מה מערכת היחסים שקיימת אחרי שהכנסנו את אותו אדם שלישי? אם הנושה ממחה את הזכות שלו והופך להיות ממחה של הזכות הוא יוצא מהתמונה. הממחה לא יכל לדרוש קיום של החוזה מהחייב. לעומת זאת, בחוזה לטובת אדם שלישי יש עכשיו שני נושים – הנושה, והמוטב, שניהם יכולים לדרוש קיום של החיוב (אף אחד לא יצא מהמסגרת החוזית).
  + **את מי המוטב יכל לתבוע בגין אי קיום החיוב**? אז ראינו **בגולדמן נ' מיכאלי**, שאומרים – היה חוזה, הייתה המחאה של הזכות מכוח החוזה, ואז בא הנמחה והוא לא תובע את החייב אלא את הממחה של הזכות. ואז השאלה היא האם הוא יכל לעשות כן? ביהמ"ש אומר כי אין עם זה שום בעיה. הממחה של הזכות המחה את זכותו במסגרת חוזה בינו לבין הנמחה. בתוך המסגרת הזאת החוזה ממשיך להתקיים והמשמעות היא שכל החיובים האלה ניתנים לאכיפה או לתביעת פיצויים. לכן לא הייתה בעיה בפסק הדין להגיד – תתבע את הממחה. לעומת זאת, מה אם זה היה חוזה לטובת צד שלישי? אין זכות לנהנה לתבוע את הנושה. כי לנושה אין חיוב כלפיו הוא רק של החייב. ולכן, אם זה היה חוזה לטובת צד שלישי לא הייתה אפשרות כזאת.
* **חוזה ביטוח**

חוזה המגדיר את המבטח, המבוטח והמוטב (המוטב יכל להיות צד שלישי). המוטב הוא מי שמקבל את תגמולי הביטוח ואינו חייב להיות המבוטח. המבוטח הוא מי שחייב לשלם את דמי הביטוח אבל לא חייב להיות המוטב. הרבה פעמים החייב הוא גם המבוטח. **באיזה מצבים המוטב הוא לא המבוטח והמבוטח עושה זאת כדי להגן על עצמו?** באיזה מצבים מגדירים מוטב נפרד:

* + **ביטוח צד ג' – ביטוח אחריות**: מכסה את החבות הנזיקית שיש לאדם כלפי האחר. אפשר להגדיר ביטוח כזה כביטוח שהמוטב שלו הוא אותו צד ג' שנפגע ואז יהיה ביטוח שיוצר יריבות ישירה בין חברת הביטוח ובין הניזוק (אותו צד שלישי), זה המצב **בפס"ד אליהו חברה לביטוח.**

**שינוי המוטב**

הגדרנו בחוזה לטובת צד שלישי את האפשרות לקבוע מי אותו צד שלישי, זה יכל להיות צד שלישי שניתן לזהות אותו באמצעים מסוימים או צד שלישי מזוהה בשם, **והשאלה היא מתי מותר לשנות את הזהות של הצד השלישי?** מותר לשנות את זהותו של הצד השלישי **כל עוד הצד השלישי לא יודע שנכרת חוזה לטובתו**.

לעומת זאת, **בחוזה ביטוח, ניתן לשנות את זהות המוטב גם אם הוא יודע על הזכות שלו** זאת לפי סעיף 11(ג) לחוק חוזה הביטוח: "כל עוד לא קרה מקרה הביטוח רשאי המבוטח, בהודעה בכתב למבטח, לקבוע מוטב זולתו, ורשאי הוא לבטל את הקביעה ולקבוע מוטב אחר; אולם הקביעה תהיה בלתי חוזרת אם נקבע כך בחוזה או בהודעה בכתב מאת המבוטח למבטח ".

לפעמים הצדדים יכולים לקבוע שלא יהיה ניתן לשנות את זכות המוטב והיא תהיה בלתי חוזרת. דוגמה טיפוסית היא **ביטוח חיים:** ביטוח חיים שנערך אגב חוזה משכנתא (ביטוח חיים מחייב שמכסה את המשכנתא), לפי מטרת חיוב רכישת ביטוח חיים לטובת המשכנתא, הבנק להיות המוטב של הביטוח. ולכן, במקרים כאלה, הבנק יהיה המוטב והוא יהיה מוטב שלא ניתן לשנות אותו. זה לא אומר שלא ניתן לשנות אף פעם אבל צריך את ההסכמה שלו כדי לשנות את זהות המוטב.

**ס' 44א לחוק חוזה הביטוח**: "נקבע כמוטב בן זוגו של המבוטח ללא נקיבת שמו, יזכה בתגמולי הביטוח מי שהיה בן זוגו בקרות מקרה הביטוח, ואם נקבעו קרובים – הקרובים שהיו בחיים בקרות המקרה. נקבעו ילדים או צאצאים – גם מאומץ ומי שנולד תוך 3000 ימים לאחר קרות המקרה במשמע".

כלומר, המוטב יכל להיות מוגדר כבן הזוג והוא אינו חייב להיות מזוהה, מספיק להגיד שזה בן הזוג. זה מעניין, כי החוק מאוחר **לעניין חסקין.** אם חוק חוזה הביטוח היה חל לפני, היינו יכולים להגיד לחסקין לכתוב אל תכתוב "דינה אשתי" אלא תכתוב "אשתי" והחוק מסדיר את זה, כלומר לא נדרש לזהות את המוטב בשם.

מצד שני מותר להתנות על סעיף 44 ולכן אין איסור לכתוב "דינה אשתי", אז הבעיה שנוצרה בעניין חסקין אינה נפתרת בסעיף 44א אלא רק מאפשר לכתוב "אשתי" בלי לפרט וזה היה פותר את הבעיה אבל אם הוא היה כותב "דינה אשתי" הבעיה לא הייתה נפתרת.

* **שליחות**

לכאורה גם חוזה השליחות יכל ליצור מנגנונים כאלה אבל זה לא באמת חוזה לטובת צד שלישי. חוזה השליחות ככלל הוא חוזה בין שני אנשים. השלוח הוא לא צד שלישי, הוא רק מייצג את השליח, והחוזה שנכרת הוא בין השליח והשלוח. **החריג הוא סעיף 14ב לחוק השליחות הקובע:** "הוראות (לגבי סיום השליחות) סעיף זה לא יחולו אם ניתנה ההרשאה להבטחת זכותו שלך אדם אחר או של השלוח עצמו וזכותם תלויה בביצוע נושא השליחות". **הרעיון הוא שניתן ליצור שליחות לטובת התחייבות של השולח לאדם, ובמקרה הזה השליחות לא ניתנת לביטול ויש בעצם, גם אם השולח רוצה לבטל את השליחות, השלוח צריך לסרב ולהמשיך להיות השלוח – ונוצרת מערכת יחסים משולשת – שולח, שלוח וצד שלישי.**

**דוגמה למערכת יחסים של שולח, שלוח וצד שלישי: שוחט נ' לוביניקר,** יש את עורך הדין שיכל לבצע את הפעולות להעברת הנכס (בני הזוג טסו לאוסטרליה הרי). הוא שלוח, שמקבל ייפוי כוח בלתי חוזה ועל כן הוא שלוח בשליחות בלתי חוזרת לפי 14ב, **ולכן גם אם השולח אומר שהוא לא מעוניין לבצע את השליחות הוא לא יכל לבטל אותה**. כך שאם חלים התנאים של סעיף 14ב, גם המוות של השולח לא מבטל את השליחות.

* **תביעה נזיקית של צד ג'**

חוזה לטובת צד שלישי יכל להיווצר כאשר הנושה רוצה לקיים חיוב שלו למוטב, באמצעות החייב, אז הוא נקשר עם החייב בחוזה לטובת המוטב. יש כאן מערכת של שני הסכמים – **הסכם אחד של נושה-מוטב**, שבמסגרתו הנושה חייב למוטב חיוב כלשהוא. **והסכם שני של נושה-חייב**, שבמסגרתו הנושה מעוניין שהחייב יפרע את החובות שלו כלפי המוטב.

היינו יכולים לעשות חוזה שהוא אינו לטובת צד שלישי , שבמסגרתו אומר הנושה לחייב: "תפרע את החיוב שלי כלפי המוטב" אבל זה לא מקנה למוטב זכות תביעה ועל כן לא מדובר בחוזה לטובת צד שלישי. נניח שהחייב מודע לחיוב הזה של הנושה כלפי המוטב. אם החייב יודע על החובות החוזיות של הנושה כלפי המוטב, והוא יודע שאם הוא יפר את החוזה כלפי הנושה, הנושה כתוצאה מזה יפר את החוזה כלפי המוטב, **עומדת למוטב זכות תביעה עצמאית, גם אם אין חוזה לטובת צד שלישי, בגין גרם הפרת חוזה (עילה נזיקית).** הנפגע מהפרת החוזה רשאי לתבוע נזיקית את מי שגרם באופן לא סביר להפרה של החוזה מולו, וכך יכולה להיווצר דרך דיני הנזיקין מסלול של יריבות ישירה בין המוטב ובין החייב למרות שאין בניהם חוזה או חיובים חוזיים.

דרך נוספת ליצירת חיובים דרך דיני הנזיקין בשרשרת של הסכמים היא בעניין של מצג שווא רשלני. בפס"ד **קורנפלד נ' שמואלוב** נדון מקרה שבו קבלן מכר דירה לקונה, והקונה מכר את הדירה למי שקנה ממנו, ומתברר שהקבלן מסר מצגי שווא בעת כריתת החוזה שלו עם הקונה הראשון. מצגי השווא היו שהוא באמת קבלן ולא חובבן. מצג השווא עובר מהקונה הראשון לקונה השני. אין בין הקבלן לקונה השני מערכת יחסים חוזית אבל נקבע שהקונה השני נפגע מהרשלנות של הקבלן (מצג השווא שלו) והוא יכל לצפות במסגרת התנאים של סעיף 35-36 לפקודת הנזיקין שבשרשרת הניזוקים יהיו גם הקונים מהחוזה הראשון ועל כן חייב להם מבחינה נזיקית.

## זיהוי חוזה לטובת אדם שלישי

**מתי מדובר בחוזה לטובת אדם שלישי?**

* **זיהוי המוטב:** צריך שניתן יהיה לזהות את המוטב באופן וודאי גם אם לא נקוב. ראינו בדוגמה בפסק הדין של **חסקין נ' חסקין** שהמוטב לא ניתן לזיהוי. ואם לא ניתן לזהות את המוטב, הפתרון אליו הגיע ביהמ"ש אומר כי הוא מבטל את מערכת הזכויות שניתנה לצד השלישי וכי הוא מותיר רק את מערכת הזכויות לטובת הנושה. באותו מקרה זה היה לעניין חוזה ביטוח אבל הפתרון נכון גם לגבי חוזה לטובת צד שלישי. **כלומר, אם הצד השלישי לא ניתן לזיהוי אז בטלים כל הזכויות של אותו צד שלישי וצריך להחיל את החוזה כאילו קיים רק בין החייב והנושה**. במקרה הזה אם החוזה אומר שהחייב צריך לשלם כסף לנושה או לנהנה אז הוא ישלם את הסכום לנושה ואם הוא נפטר אז לעיזבון.
* **נדרשת כוונה להקנות זכות**: לא מספיק להראות שמוטב מזוהה או ניתן לזיהוי, צריך להראות שיש כוונה להקנות זכות**. סעיף 34 לחוק החוזים הכללי:** *"חיוב שהתחייב אדם בחוזה לטובת מי שאינו צד לחוזה (להלן – המוטב) מקנה למוטב את הזכות לדרוש את קיום החיוב,* ***אם משתמעת מן החוזה כוונה להקנות לו זכות זו***" (כלומר את הזכות לעמוד על קיום החיוב).

**זה אומר שיכולים להיות חוזים שיוצרים הנאה לצד שלישי בלי הכוונה להקנות לו זכות**. יכל להיות שהם לא מתכוונים להקנות לו טובת הנאה כלל, אלא שטובת ההנאה צומחת אגב חוזה שנכרת לטובת הנושה, לדוג': אני יכל לכרות חוזה לבנות פסל בגינה שלי, וכל השכנים ייהנו מהפסל. אבל הם לא יכולים לדרוש קיום של החיוב, כי אין כוונה להקנות להם את הזכות לדרוש קיום של החיוב ואף לא הייתה להם כוונה לדרוש את הזכות להנות מהחוזה, אלא מדובר בתוצר לוואי של החוזה. יכל להיות שיהיו מוטבים שיש כוונה ליצור להם את זכות טובת ההנאה אך ללא זכות לאכוף את החוזה. לדוגמה, אני יכל ליצור חוזה שבו אני מזמין משהו ורוצה גם שעוד אנשים ייהנו מההזמנה אבל אין כוונה לתת להם את הזכות לממש את הזכויות. **רק אם יש כוונה להקנות לאדם שלישי את הזכות לדרוש אכיפה נגיד שזה חוזה לטובת צד שלישי**. הבעיה היא שזה לא רק אם זה כתוב במפורש אלא יכל להיות שזכות כזאת משתמעת מהחוזה. **סעיף 34 מאפשר להגיד שמדובר בחוזה לטובת אדם שלישי גם אם הזכות משתמעת**. על כן, יש לדעת מתי משתמעת זכות כזאת. יש שני שיקולים מרכזיים:

* + **האם טובת ההנאה מועברת ישירות למוטב:** ככל שטובת ההנאה מועברת ישירות למוטב נגיד שיש יותר כוונה להקנות לו זכות לאכיפה.
  + **האם זהות המוטב ידועה:** אם אני רוכש זכות ואני אומר בהסכם שאני מרשה לעצמי את הזכות להעביר אותה לטובת צד שלישי, זה לא הופך אותה לזכות לטובת צד שלישי. בפסק הדין **גולדמן נ' מיכאלי,** בחוזה של הקונים עם הקבלן נאמר שהקונים יכולים להעביר את הזכות שלהם בדירה לאדם אחר. זה לא חוזה לטובת צד שלישי כי לא רק שזה לא מזהה את הצד השלישי אלא לא מאפשר אפילו לדעת אם יהיה כזה ולכן ניטה להגיד שאין כאן כוונה לתת לאדם ספציפי זכות לדרוש אכיפה.
* **אינטרס הנושה:** כאשר בוחנים חוזה לטובת צד שלישי יש לשאול מה האינטרס של הנושה. יש לשים לב שחוזה לטובת צד שלישי מקנה לנושה זכות חזרה בהקצאת טובת הנאה לאדם שלישי אבל היא מוגבלת מאוד. ולכן, אם אנחנו חושבים אם הייתה כוונה ליצור מערכת יחסים כזאת מה היה האינטרס של הנושה. זכות החזרה של הנושה יכולה להיות חסרת משמעות אם:

**הנושה חייב עצמאית למוטב:** אם הנושה חייב נכס מסוים למוטב ואז הוא קובע חוזה נוסף עם החייב שייתן את אותו הדבר למוטב, אז לכאורה אין לו אינטרס שתעמוד לו זכות חזרה כי במילא הוא חייב את החיוב הזה. ולכן תהיה נטייה להכיר הזה כחוזה לטובת צד שלישי שמקנה לצד השלישי זכות אכיפה ישירה.לעומת זאת, אם לנושה אין כל אינטרס לקיים את החיוב כלפי אותו אדם שלישי, לא נרצה להקנות זכות ישירה לאותו אדם שלישי. **לא נגזור כוונה משתמעת בנסיבות האלה שאין לו אינטרס.**

**טובת ההנאה ייחודית למוטב:** אם היינו אומרים שמדובר במשהו שאין בו אינטרס אישי היה קל לחשוב על זה שאין פה חוזה לטובת צד שלישי. נכס שהמוטב יכל להנות ממנו אבל הנושה לא – יהיה יותר קל לפרש את זה כחוזה לטובת צד שלישי, ברגע שנאמר שזה משרת אדם שלישי או ייחודי לו, כך תהיה נטייה יותר להכיר בחוזה ככזה לטובת צד שלישי.

**בחוזה קיימת תניה שמאפשרת לנושה להתחרט.**

**לבסוף, יש לראות האם יש לנושה אינטרס ליצור יריבות ישירה בין החייב למוטב.** כלומר לאפשר לו לממש את הזכויות בעצמו, נרצה להכיר בחוזה כחוזה לטובת צד שלישי.

**נקודה נוספת היא אם הנושה רוצה להישאר חלק מהתמונה.** אם במקרה שהנושה רוצה לתת מתנה ובוחרים בטכניקות של חוזה לטובת צד שלישי, המשמעות היא שכנושה הוא נשאר בתוך התמונה. אם כך הוא רוצה מבינים למה הטכניקה ההגיונית היא חוזה לטובת צד שלישי.

* **אינטרס המוטב והחייב:** המוטב נהנה מחוזה לטובתו, כי החוזה הזה לא תלוי בנושה. אם היינו חושבים שהנושה יעביר את הנכס אחרי שיקבל אותו צריך שהוא יהיה בחיים וכמובן שיעביר את הנכס. המוטב, נמצא בתוך החוזה בין הנושה והחייב, הוא צד, כי זה חוזה לטובתו, הוא יכול לממש את החיוב גם אם הנושה יוצא מהתמונה, כי למוטב יש זכות ישירה. ולכן אם יש אינטרס של החייב והנושה לדאוג לאינטרס עצמאי של המוטב נרצה לפרש את החוזה כחוזה לטובת צד שלישי. **למה שהחייב יסכים**? לכאורה, אין לו סיבה. חוזה לטובת צד שלישי זה פתרון שפחות טוב לחייב **מהמחאת הזכויות שעדיפה לו כי זה מפחית את כמות הנושים**. כשיש המחאה של הזכות יש לחייב רק נושה אחד – הנמחה. אבל כאשר יש חוזה לטובת צד שלישי גם הנמחה וגם הנושה יכולים לתבוע את החייב ועל כן הוא בבעיה ולא מרוצה. למה שכן יסכים בכל זאת – ובכן כי אלו התנאים היחידים שהסכים עליהם הנושה בשעת הכריתה כי זה האינטרס שלו אז ניטה לפרש את זה מנקודת המבט של החייב בצמצום. איך זה מתקשר להחלטה **בעניין אליהו נ' חאמדה?** באותו עניין היה דיון על אדם שנפגע בתאונה והיה חוזה ביטוח. אותו עובד היה צד שלישי כי הוא לא היה המבוטח וזאת הייתה סיטואציה שלא הייתה תאונת דרכים אבל הייתה קרובה להיות כן ולכן כל הדיון הוא חוזי ולא נזיקי. באותו מקרה, לחברת הביטוח לא אכפת אם יש יריבות ישירה או אכיפה. זאת כי חברת הביטוח משלמת בכל מקרה, בין אם זה יהיה דרך המבוטח ובין אם תשלום ישיר. **האם בביטוח אחריות תמיד נוצרת יריבות ישירה בין המבטח לבין הצד השלישי שנפגע?** לא תמיד. ברירת המחדל היא שיש יריבות בחוק חוזה הביטוח. הנפגע בביטוח אחריות ישר לתבוע ישירות את התשלום של דמי הביטוח מחברת הביטוח. הצדדים יכולים להתנות עלזה ולקבוע שחוזה הביטוח הוא מסוג של שיפוי בלבד = המבוטח זכאי להחזר עבור תשלום שהוא שילם בגין החבות שהוא מוסר. במקרה כזה אין יריבות ישירה.

## שריון זכות המוטב

הזכות של המוטב קמה עם כריתת החוזה אבל היא משתריינת רק מהרגע שהמוטב ידע על זכותו. מעניין לחשוב על המשמעות שנתנו מבחינה פרשנית למה הוא תנאי מתלה לפי הוויכוח בין טדסקי לפרידמן לעניין זכות השריון. מתי הזכות של המוטב הופכת להיות כזאת שלא ניתן לשנות אותה? מהרגע שהוא יודע על החוזה לטובתו. **האם הזכות הזאת צומחת שיש תנאי מתלה לחוזה עוד לפני שהוא מתממש?** לפי הדין, הזכות של המוטב קיימת מרגע כריתת החוזה גם אם הוא מותנה. זה אומר שמרגע שהמוטב יודע על החוזה לטובתו לא ניתן להתנות עליה גם אם החוזה הוא בתנאי מתלה. זה עוזר להבין את ההעדפה של ד"ר פלד לטובת הפרשנות של פרידמן. כשהחוזה מתקיים החיובים שלו מותלים אבל החוזה קיים עוד לפני התקיימות התנאי המתלה כי הזכות של המוטב וחוסר האפשרות לשנות אותו קיימת גם לפני שמתקיים התנאי המתלה ברגע שהוא יודע על קיומו של החוזה.

ראינו שבחוזה ביטוח יש דין מיוחד שכן אפשר לשנות את המוטב גם אחרי שנמסרה לו הודעה (אלא אם כן הזכות הוגבלה). וגם דיברנו על מתי אפשר להגביל את הזכות של המוטב (ביטוח חיים למשכנתא). **מתי ניתן לשנות את המוטב?** לפני קיום האירוע.

יש כאן הבחנה בין סעיף 36 ב' לחוק החוזים הכללי לבין סעיף 147 לחוק הירושה. סעיף 147 לחוק הירושה אומר שככלל הביטוח הוא לא חלק מנכסי העזבון אלא אם כן נקבע אחרת. ואז השאלה האם בצוואה יכל להיקבע אחרת. **ס'36ב לחוק החוזים** אומר " בחיוב שיש לקיימו עקב מותו של אדם – על פי חוזה ביטוח, על פי חברות בקופת קצבה או בקופת תגמולים או על פי עילה דומה – **רשאי הנושה, בהודעה לחייב או בצוואה שהודעה עליה ניתנה לחייב, לבטל את זכותו של המוטב או להעמיד במקומו מוטב אחר, אף אחרי שנודע למוטב על זכותו**". זה אומר שמותר לשנות את המוטב גם אחרי שנודע למוטב על קיומה של הזכות באותם מקרים שמדובר בזכות על פי חוזה ביטוח או על פי זכאות לתגמולים מקרן. השאלה האם הוא יכול להיוודע על זה מחברת הביטוח רק מגילוי הצוואה.

**בפישר נ' תמר:** **כדי ליישב את ס'36ב לחוק החוזים הכללי עם סעיף 147 לחוק הירושה**, אומר שמגר שמותר לשנות זאת דרך צוואה ומותר להודיע באמצעות הצוואה לחברת הביטוח על שינוי המוטב אבל צריך להודיע על זה באמצעות מסירת הצוואה לפני מימושה (לפני שאדם נפטר) אחרת זה יהיה חסר תוקף. זה הגיוני משתי סיבות:

1. אנו לא רוצים ליצור מצב שבו יש הוראות סותרות ואי אפשר לשאול את הנושה כי הוא כבר לא בין החיים ולא ניתן לברר איתו את הזכות שהיה מעוניין בה.
2. שהצוואה תתגלה הרבה אחרי שכספי התגמולים ישולמו כבר – לעיתים לוקח שנים עד שהצוואה מאושרת ואת תגמולי הביטוח ניתן לקבל מייד עם המוות.

## מערכת היחסים המשולשת

נקודה אחרונה נוגעת למערכת היחסים המשולשת ולהשלכות שלה על הצדדים. **מה קורה אם החייב מפר את ההסכם עם הנושה והמוטב?:**

האם המוטב יכול לתבוע את הנושה אם הוא הפר את ההסכם? לא, המוטב לא יכל לתבוע את הנושה, הוא לא חייב לו שום דבר. אם הנושה יצר את ההסכם לטובת אדם שלישי (המוטב) במסגרת חיוב שיש לו אז המוטב יכל לתבוע את הנושה במסגרת החיוב הנפרד.

**בייזמן השקעות בשינוי:** חליווה לקח הלוואה מהבנק ועשה הסכם עם בייזמן שהוא נדרש לשלם לבנק. עכשיו, בייזמן לא משלם לבנק. האם הבנק יכל לתבוע את חליווה? **הבנק לא יכל לתבוע את חליווה על ההפרה של ההסכם של בייזמן**. הוא יכל לתבוע את חליווה על כך שהוא לקח הלוואה במסגרת ההסכם הראשוני ולא שילם אותה. אבל אם נניח שזה הסכם מתנה, זה לא היה בנק, אלא בייזמן, חליווה ומקבל המתנה.בייזמן לא שילמו למקבל המתנה את הערך. האם הוא עכשיו יכל לתבוע את מוסר המתנה על זה שהוא לא קיבל את המתנה? – לא זכאי לתביעה כזאת.

ביחסים של המוטב והנושה עם החייב, כשהחייב מפר את ההסכם. שניהם יכולים לתבוע – גם המוטב וגם הנושה. **מה קורה אם הם מבקשים סעדים שונים?** לדוג': המוטב מעוניין באכיפה והנושה מעוניין בביטול. הנושה במסגרת ההסכם הנושה חייב לממש חיובים, אם תובעים אכיפה זה גורם לנושה לעמוד בחיובים שלו. ולכן היה אפשר להגיד שניתן לסייג את זכות האכיפה של המוטב רק לפי סעיף 4 לחוק החוזים תרופות – האם במקרה הזה האכיפה בלתי צודקת כי היא מטילה חיובים על הנושה שהוא גם סובל מההפרה. באותה מידה אפשר לשאול מה קורה אם המוטב מעוניין בביטול? אין שום סיבה לאכוף. כי אם הוא מעוניין בביטול והחוזה לטובתו זה כמו שהמוטב היה אומר בשעת הכריתה שהוא לא מעוניין מטובת ההנאה שצומחת לו מהחוזה. במקרה כזה, הנושה יכל לעמוד על אכיפה ולכאורה להחליף מוטב.

## היחס בין חוזה המתנה וחוזה לטובת אדם שלישי

חוזה מתנה טעון כתב, חוזה לטובת אדם שלישי לא טעון כתב. **אם הנושה רוצה לתת מתנה למוטב האם הוא חייב לעשות חוזה בכתב?** האם ניתן להקנות זכות למקבל המתנה בלי כתב אלא דרך חוזה לטובת צד שלישי. התחייבות לתת מתנה טעונת כתב. חוזה לטובת צד שלישי זה לא התחייבות לתת מתנה, זה חיוב של החייב לתת משהו למוטב. זה אומר, שהחיוב הזה לא חל על הנושה, אם זה מתנה בהעדר כתב. כלומר, אם המוטב הוא מקבל המתנה אם מוסר המתנה (הנושה) מעוניין להתחייב כלפיו שייתן לו מתנה חייבים כתב. ואם מוסר הכוונה התקשר בכתב עם החייב לטובת המוטב, מקבל המתנה, זה מספיק – לא נדרוש שני מסמכים – החוזה לטובת אדם שלישי בכתב צריך להספיק לעניין ההתחייבות הזאת.

אם אין הסכם בכתב עדיין המוטב יכל לדרוש קיום בחוזה לטובת אדם שלישי. ואם אין מסמך בכתב, אין יריבות של מקבל המתנה עם הנושה. זה אומר, שהנושה תמיד יכל לבטל את החיוב, להגיד לחייב "אני מוותר על החיוב שלך לפי ההסכם". הוא רשאי לבטל את הזכאות של המוטב כי הזכאות שהוא מסר לו היא מתנה. זה גם אומר שאם הוא נעלם או יוצא מהתמונה, המוטב תמיד יכל לעמוד על הזכות שלו לביצוע של החוזה כלפי החייב כי ביחס אליו זה לא חוזה מתנה, זה חוזה בתמורה.

לגבי חזקת קיבול – בחוזה לטובת צד שלישי אין חזקת קיבול, הוא נוצר עם ההודעה. בחוזה מתנה יש חזקת קיבול. אם אנחנו אומרים שיש כאן חוזה מתנה ונרצה שתהיה אפשרות למוטב לתבוע חיוב מהחייב (קיום של החוזה) חייבת להימסר לו הודעה כדי שהוא יהיה צד להסכם. זכות החזרה תהיה במקרה זה לפי חוק המתנה ולא לפי הסדר הביניים שקיים בחוזה לטובת אדם שלישי.