

תרופות בשל הפרת חוזה – פרופ' איל זמיר

תרופות בשל הפרת חוזה - הרצאה 1

מבוא היסטורי:

לפני החקיקה האזרחית החדשה המשפט האזרחי היה מוסדר במגילה שהיה הקודקס האזרחי העותמאני והיא לא כללה חלק כללי על דיני החוזים אלא פרקים נפרדים על מכר, שכירות וכו'. כאשר בשנות ה-60 נגשו לפרויקט חקיקה אזרחית חדשה נושא התרופות היה אחד הנושאים הראשונים שהתמודדו איתו כבר ב-1965 פורסמה הצעת חוק החוזים תרופות והצעה זו לא הבשילה לחוק ורק בשנת 1969 פורסמה הצעת חוק חדשה שהתקבלה – חוק החוזים תרופות בשל הפרת חוזה.

מקורות ההשראה לחוק התרופות היו משפט קונטיננטלי ובמיוחד מהמשפט הסקנדינבי וגם מהמשפט המקובל האנגלו-אמריקאי. דוג' מובהק להשפעה הקונטיננטלי היא תרופת האכיפה. דוג' להשפעת המשפט המקובל זה מבחן הצפיות בס'10.

מעבר למקורות ההשראה אלו היה מקור השראה מובהק נוסף וזה ה- uniform law for international sale of goods 1964 זו אמנה שישראל הייתה צד באישור האמנה הזו. זו אמנה שנועדה לתת דין אחיד על עסקאות מכר בינלאומי-ulls, אושרה בהאג 1964 יחד איתה אושרה גם אמנה בדבר כריתת חוזים בחוזה טובין בינלאומי עליה התבסס חלק א' של חוק החוזים. חוק המכר שלנו באופן ממשי על אמנת – ulfis. כל אלה מוביל לכך שהדין הישראלי מושפע משיטות משפט זרות.

חוק התרופות היה אחד החוקים הראשונים בחקיקה האזרחית החדשה גם חוקים שחוקקו לפניו כמו חוק המכר 1968 מתחשבים בחוק התרופות למרות שהוא חוקק מאוחר יותר כי הצעת החוק הייתה כבר ב-65 וזה היה ברור מה יהיה בחוק התרופות. חוקים שונים לא סודרו כי ידעו שזה יופיע בחוק התרופות, הן נלקחו בחשבון.

מלכתחילה הרעיון היה לחוקק החקיקה פרקים פרקים ולאחד לקודקס שלם, פרופ' אורי ידן הכין טיוטה שנועדה לאחד את החוקים כשהוא נפטר ביקשו מברק להמשיך את ההליך וברק העדיף לכנס ועדה, ועקת הקודיפיקציה. הועדה ישבה קרוב ל-20 שנה על ההצעה ובשנת 2004 היא פרסמה טיוטה ראשונה של הקודקס השלם, עוד לא מדובר בהצעת חוק אלא רק הצעה מוקדמת על מנת לפתוח דיון ציבורי ולקבל הערות. באוגוסט 2006 התפרסם תזכיר חוק דיני ממונות(הקודקס האזרחי) תזכיר זה השלב האחרון לפני הצעה של ממש. התזכיר נמצא באתר האינטרנט של משרד המשפטים (יש קישור בתחתית הסילבוס). התזכיר טרם הפך להצעת חוק כחולה, התירוץ הוא שרצו לכלול גם את נושא הירושה ומפלגה לא רצתה שיהיה רשום איש ואישה.

חוק דיני ממונות אמור להתחלק ל-5 חלקים:

1. עקרונות חוק דיני ממונות ס'6-1 (עקרון תום הלב מופיע כאן)

2. פעולות משפטיות ס' 47-7 לרבות כשרות ושליחות
3. חיובים ס' 48-499
4. נכסים (מקרקעין/מטלטלין) 599-693
5. הוראות כלליות ס' 694 ואילך.

אותנו מעניין החלק השלישי שמתחלק ל-6 חלקי משנה:

1. הוראות כלליות לחיובים, חלקם כוללים ס' מחוק החוזים הכללי
2. הוראות מיוחדות לחוזים ס' 99-154 זה החלק הכללי של דיני חוזים שכולל את חוק החוזים האחידים והחוק הכללי
3. חוזים מיוחדים 155-362 (עשרה פרקים)
4. חיובים בלתי רצוניים (נזיקין, עשיית עושר, מזונות)
5. חיובים אחרים (פרקים על שמירה וחיובי אמון)
6. תרופות בשל הפרת חיוב – ס' 444-499 (איחוד דיני התרופות בחוזים ובנזיקין) החידוש הגדול בחלק זה הוא שמוצא שאותן הוראות תחול על הפרת חיוב כלשהו כלומר גם על הפרת חוזה וגם על חיובים אחרים.

ההצעה לאחד ביחד את דיני התרופות בשל הפרת חוזה עם דיני התרופות של נזיקין שנויה במחלוקת שנדון בה בהמשך. מאמר גדול שמתנגד הוא של פרופ' חנוך דגן "סיכונים בקודיפיקציה: על האחדת יתר ועל ריבוי סעדים" פורסם במשפטים כרך ל"ו תשס"ז עמוד 249. באותו כרך כתב יהודה אדר מאמר "מדוע נכון לאחד את דיני התרופות בחוזים ובנזיקין תשובה לפרופ' דגן" עמוד 357.

קצת על המושג של הפרה בחוק התרופות:

חוק התרופות מסדיר את 3 התרופות העיקריות בשל הפרת חוזה:

1. אכיפה
2. ביטול
3. פיצויים

החוק כולל הוראות בעניינים נלווים כמו עכבון, קיזוז, מסירת הודעות ועוד. התרופות האלה אינן מוסדרות בחוקי החוזים המיוחדים. **תרופת הניכוי** מוסדרת בס' 28 לחוק המכר בס' לחוק השכירות והשאלה וס' 4 לחוק חוזה קבלנות. כאשר חוקקו את חוק התרופות חשבו שזה פיצוי שלא מתאים לחוזה. **בהצעת הקודקס היא מוסדרת בס' 498 כי הבינו שהיא כן מתאימה.**

הפרה מוגדרת בס' 1 לחוק התרופות והיא מוגדרת כמעשה ומחדל שהם בניגוד לחוזה. כלומר רוב הוראות החוק חלות בשווה על כל סוגי הפרות אפשריות לרבות: אי קיום מוחלט של החיוב, איחור בקיום, קיום שלא ע"י האדם הנכון, קיום במקום הלא נכון, מקרים של אי התאמה (הממכר סופק במקום ובזמן הנכון אבל הוא פגום באיזה דרך-יש לגבים גם הוראות מיוחדות אבל ההסדר הכללי של פיצוי מוסדר בחוק התרופות), הפרות של חוסר אמון (אי עמידה בסטנדרטים של התנהגות). כלומר אותן הוראות די מעטות

חלות על מגוון עצום של הפרות והן חלות על כל ההפרות בכל סוגי החוזים. אין שום שיטת משפט בעולם עם מידת הפשטה כזו גדולה וגבוהה של דיני התרופות בשל הפרת חוזה. הבסיס ההיסטורי ב- ulis חשב על זה אבל הוא עוסק במכר טובין בינלאומי וגם שם רמת ההפשטה היא יותר נמוכה.

הבסיס ההיסטורי הוא יוליס בו חשבו על תרופות בצורה מסודרת ועוסק בחוזי מכר טובין בינ"ל. גם יוליס עם רמת הפשטה נמוכה יותר ומבחין בין תרופות לקונה ותרופות למוכר וכו'.

אמנה נוספת בדבר מכר טובין בינ"ל – אמנת וינה 1980 UNCITRAL : זו הועדה (Comission) של האו"ם שעוסק בסחר בינ"ל מתוך כוונה להגיע להאחדה של דיני הסחר הבינ"ל. מוסד זה – אחת המשימות הראשונות ששם לעצמו הוא האחדה של דיני המכר הבינ"ל. לכאורה, לא נדרש לעשות שום דבר, כי היה החוק האחיד משנת 1964 והוא חוק מאוד מוצלח מבחינה סובסטנטיבית, אבל בכל העולם, רק שש מדינות הצטרפו אליו עם הצלחה מוגבלת בשטח ונכשל. הסיבה שנכשל לא היתה משום שההוראות של יוליס לא מצאו חן בעיני המדינות, אלא **מסיבות פוליטיות**. ועידת האג שהכינה את **יוליס – החוק האחיד** ע"ס עבודות הכנה שהחלו משנות העשרים, בוועידה ישבו בעיקר מדינות העולם הראשון המתועשות מהמערב, מה שאוטומטית גרם לעולם השלישי להניח שאם זה טוב למערב, זה בטח רע להן.

באמנות בינ"ל זהו תהליך שמזין את עצמו. ברגע שאמנה נקלטה על ידי שמונים מדינות, זה מתגלגל. אם רק שש מדינות זה בעייתי.

ועידת האו"ם שרצתה לקדם אמנה בדבר מכר טובין בינ"ל חשבה שטקטית לא כדאי לנסות לקדם את יוליס, אלא כדאי לעשות משהו חדש והציעו את ה- **CISG** שה- UNCITRAL היה מקדמה והיא אושרה בווינה ב- 1980, כשהאחרונה הרבה יותר מצליחה וקרוב למאה מדינות הצטרפו אליה.

אמנת וינה במקראה היא **חוק המכר (מכר טובין בינ"ל) התש"ס 1999**. לקח לישראל 19 שנה לאשר את אמנת וינה. הדין הישראלי – גם המכר, התרופות ומעמדו של עקרון תום הלב במשפט הישראלי – בכל ההיבטים האלה **וחוקי החוזים הישראליים דומים יותר לאמנת וינה (CISG 1980) מאשר לאמנת האג (1964)**, למרות שהחקיקה האזרחית ברובה שלנו לפני 1980. **הסיבה לכך** : היא שביוליס היו דברים לא מוצלחים, לעולם זה לקח 16 שנה להבחין בדברים אלו ולהציע נוסחים חלופיים, והמחוקקים הישראליים עמדו על תקלות אלו מראש. **אמנת וינה מאחדת שתי האמנות מ- 64 (תוכן אמנת וינה דומה לחוק החוזים שלנו)**.

באמנת וינה רמת ההפשטה של התרופות גדולה יותר מהחוק היחיד, וזהו מקרה שהחוק הישראלי קרוב יותר לאמנת וינה.

המחיר של הפשטת דיני התרופות

הדרך שהצליחו לקבוע ההפרות היא באמצעות מושגים כלליים ומושגי שסתום והמחוקק העביר חלק גדול מהעבודה לבתי המשפט שצריכים לעשות קונקרטיזציה של העקרונות הכלליים, ומביא לשאלה של האקטיביזם השיפוטי. ביהמ"ש – בתחום הזה לא היתה לו ברירה, פרט לאקטיביזם, כי ההוראות בחוק התרופות הן כלליות.

האבחנה בין חיובי תוצאה לחיובי השתדלות

אחת הנקודות החשובות שעולות מ'**ס' 1 לתרופות**: "מעשה או מחדל שהם בניגוד לחוזה", זה שמושג ההפרה בדין הישראלי אינו דורש שום יסוד נפשי מצד המפר כדי שתהיה הפרה. מפשוטו של ס' 1 עולה שבין אם המפר התנהג בזדון / יודעין /רשלנות/ שגגה, בכל מקרה זו הפרה. אין שום דרישה של אשם בחוק התרופות. כלומר, אם קוראים את חוק התרופות המסקנה היא שבין אם נפל אשם סוב' או לא בהתנהגות המפר, או שמא אשם אוב' או לא – התרשל או לא – זה לא רלוונטי, הפרה הינה הפרה, וכל התרופות עומדות לנפגע.

ההגנה היחידה למפר מצויה בס' 18 לתרופות – סיכול – כאשר ההפרה היתה בניסיונות בלתי צפויות או ניתנות למניעה. כלומר, בקריאת החוק נוכל להתרשם שהאחריות להפרת חוזה היא מוחלטת Strict liability שאינה מותנית באשם כלל.

פטור בשל אונס או סיכול החוזה

18. (א) היתה הפרת החוזה תוצאה מנסיבות שהמפר, בעת כריתת החוזה, לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן או שלא ראה ולא 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.

אחד מהפס"דים שמשקפים זאת בצורה הברורה ביותר:

פרטין נ' סלומון (עמ' 537):

1. **עובדות**: ב- 04.02.91 נערך חוזה למכירת דירה. הקונים, בני הזוג פרטין, התחייבו לשלם את מלוא המחיר כאשר הם יקבלו הלוואה שמובטחת במשכנתא. ב- 05.03.91 הקונים רשמו הערת אזהרה על הזכות שלהם לפי חוזה המכר. הקונים פנו לבנק וביקשו לקבל משכנתא, הבנק הלך למרשם המקרקעין והבנק אמר שלא יכול להלוות כסף ולהשתמש בדירה כבטוחה משום שיש **הערת אזהרה קודמת שרשומה על אותה דירה**.

a. בנוב' 90, המוכרים – משפחת סלומון, עשתה חוזה עם חברת תיווך שהיתה צריכה למצוא להם קונה לדירה, וכחלק מהחוזה, סלומון נתנו אופציה לחברת התיווך לקנות בעצמה את הדירה שהיתה אופציה של שלושים יום שפקעה בתחילת דצמבר 1990. חברת התיווך לא מצאה קונים וסלומון מצאו את פרטין בלי תיווך.

- b. למרות שהאופציה לפקיעת החוזה **פקעה בדצמבר 90**, ב- 14.02.91 הלכה חברת התיווך ורשמה הערת אזהרה מכח החוזה הזה – **ורשמה הערת אזהרה בלי שהיה לכך בסיס**. לכן, כאשר באו הקונים לבנק, הבנק אמר שלא ייתן הלוואה, משום שהרישום לא נקי.
- c. ב- 13.05.91 הצליחו המוכרים **למחוק את הערת האזהרה**. בנסיבות אלו, **הצהרת המוכרים בחוזה שהדירה נקייה משעבוד/עיקול/זכות אחרת של צד ג', זה היה נכון, אבל אחרי עשרה ימים זה הפסיק להיות נכון, כלומר, היתה כאן הפרת חוזה במובן הטכני**. הם לא יכלו לדעת שום דבר. מבחינת אשם המוכרים, נראה שהיו זכים כבדולח.
- d. הקונים טענו שהמוכרים הפרו העסקה ושישלמו פיצויים מוסכמים.
2. **ביהמ"ש המחוזי**: לא קיבל התביעה מצד הקונים, אלא שפסק פיצויים לטובת המוכרים ופסק שמי שהתחמק מקיום החוזה זה לא המוכרים, אלא הקונים שחיפשו תירוץ ותואנה כדי להתחמק מקיום החוזה. ערעור.
3. **ביהמ"ש העליון**: ברוב 2 מול 1, שופטי הרוב היו חשין ושמגר. גולדברג סבר שיש לדחות הערעור ונשאר בדעת מיעוט.
- a. חשין: "עקרון האחירות המוחלטת תופס מקום כבוד בכותל המזרח של דיני החוזים (548)".
- b. שמגר מצטט עצמו מ**"פס"ד אקזימינ"** (מגפי הגיינס - עם אשם תורם): "אחירות חוזית היא אחירות מוחלטת במובן שקמה במלוא היקפה ללא תלות בהפרה, הלך מחשבתו של המפר או נסיבות אחרות, עמ' 542".
- c. גם אם סלומון זכים, הם הפרו את החוזה ולכן יש לקבל תביעת הקונה. ככל שמדובר בתוצאה.
- d. גולדברג עשה זאת באמצעות פרשנות.
- e. **ההפרה**: גם לפי **חוק המכר** ולפי חוזה המכר, המוכרים התחייבו שהדירה תהיה נקייה מזכות צד ג', והיא לא היתה נקייה בחלק מהמועדים הרלוונטים. הכלל בדיני המכר שבהתחייבות הבעלות צריכה להיות נקייה ממועד הכריתה ועד העברת הבעלות.
- f. **כלומר, שניהם לקחו את נושא האחירות המוחלטת**.
4. ההכרזות של שמגר וחשין שזוהי אחירות מרכזית:
- a. **אמירות שמגר וחשין הן שגויות**: משום שהן גורפות וקובעות את האמירה שהאחירות החוזית היא מוחלטת בהתייחס לכל החיובים החוזיים. הקביעה שאחירות חוזית היא מוחלטת היא שגויה. בחוזה מכר זה נכון ועקרונית אחירות המוכר היא אחירות שאינה מותנית באשם, אבל כקביעה כללית לגבי אחירות חוזית בכלל, זו קביעה שגויה.
- b. זאת, משום שהחיובים החוזיים, כמו חיובים בכלל, משתייכים לשתי קבוצות (נויקיים, חוזיים): זה לא נכון שכל החיובים החוזיים הם חיובי תוצאה. למשל, **חיובי השתדלות**: חלקם הם כאלה.

בחוזה מכר סטנדרטי, אכן חיובי המוכר והקונה הם חיובי תוצאה. המוכר חייב לספק את הממכר ולמסור הממכר במועד המוסכם ולהעביר הבעלות במועד זה והקונה חייב לשלם המחיר בהתאם. בחוזה

מכר רגיל, הקונה שיספר שמאוד התאמץ להשיג את הכסף – זה לא רלוונטי. **החיוב הוא חיוב לתוצאה** – התחייבת לשלם במועד מסוים ולא התחייבת להשתדל לשלם. בכפוף לסיכול ואז זו לא אחריות מוחלטת, אלא אחריות קפידה, ואז יש הגנה – וכל המקרים שבהם תוכר סיכול היא קבוצה קטנה ממילא.

חיובי השתדלות: מי שהולך לבי"ח פרטי לעבור ניתוח, הרופא המנתח/ביה"ח אינם מתחייבים שהניתוח יצליח. **ביה"ח מתחייב לפעול בזהירות, בשקידה ובמיומנות** – בהתאם לסטנדרטים המקובלים של מיומנות, מקצועיות, זהירות, אמון ועוד. עורכי דין לא מתחייבים שהתביעה תתקבל על ידי ביהמ"ש, אלא מתחייבים לעשות כל המאמצים הסבירים בהתאם לסטנדרטים המקצועיים המקובלים, ונכון בכלל לנותני שירותים. ההתחייבות היא לא לתוצאה אלא להשתדלות בלבד.

ה"ח דיני ממונות < חוזים מיוחדים < חוזים למתן שירותים < ס' 213: "חוזה בין מזמין לנותן שירות, למתן שירות בשכר, מבלי שמתקיימים בין הצדדים יחסי עובד מעביד לאותו שירות". למשל, לסטודנטים ולבינתחומי יש חוזה שירות שהתחייב לתת שירותי הוראה במשפטים. כך גם ללקוח עוה"ד והמנותח.

< ס' 214: "נותן השירות ינקוט כל האמצעים הסבירים כדי להשיג את התוצאה שחוזה השירות מתכוון להשיגה. פעל נותן השירות כאמור, לא תיחשב אי השגת התוצאה המוסכמת, כשלעצמה, כהפרת החוזה".

לכן, **קביעות שמגר וחשין שאחריות חוזית מטיבה היא מוחלטת, הן קביעות לא נכונות**. הסיבה לכך היא משום שהם מורגלים בתבניות החשיבה האנגליות. **במשפט האנגלי מקובל לחשוב שחוזים זוהי אחריות מוחלטת ונזיקין זו אחריות שמותנית באשם** – כלומר קו הגבול של חיובי תוצאה והשתדלות חופף קו הפרדה בין חוזים לנזיקין. מחשבה זו תואמת העובדה שבהתאם למסורת של המ' האנגלו אמריקני, בד"כ, כשרוצים להטיל אחריות על עו"ד שהתרשל או על רופאה שהתרשלה או על נותן שירותים אחר שהתרשל בשל רשלנות מקצועית, המסורת היא לבסס אחריות זו על דיני הנזיקין. רשלנות מקצועית נתפסת כחלק מדיני הנזיקין, אבל אין סיבה טובה שהתביעה תהיה נזיקין, אבל יכול להיות שיש אפשרות לתבוע בחוזים מבחינת התרופות. **בארץ ניתן לתבוע בכ"א מהעילות (פס"ד שרמן נ' לוי** של השופט דב לוי), בפועל, הנטייה עקב המסורת האנגלית היא תביעה בנזיקין.

במשפט הצרפתי הכלל הבסיסי הוא שאם בין שני צדדים יש חוזה, ומישהו רוצה לתבוע בהתבסס על החוזה, העילה חייבת להיות חוזית. לכן, כל מה שהתפתח במשפט המקובל תחת דיני הנזיקין בהקשר רשלנות מקצועית, התפתח במשפט הצרפתי תחת דיני החוזים. **האבחנה בין תוצאה להשתדלות התפתחה בצרפת** שהיה חשוב להם עקב אבחנה פנימית, עקב חוזק דיני החוזים שם.

כיום, הנחת שמגר וחשין על חפיפה בין הגבול שלא אחריות מותנית באשם וזו שלא, לא נכונה לא פה ולא פה: גם בדיני הנזיקין יש לנו חיובים משני הסוגים, וגם בחוזים:

- **נזיקין** – עולות שמונתות באשם כמו רשלנות, ומצד שני הפלת"ד – ואחריות למוצרים פגומים.

- **חוזים** – יותר ויותר חוזים האחריות כן מותנית באשם. כל אימת שהאחריות החוזית מותנית באשם, שמגר וחשין טועים.
נפקויות: תוצאה, נטל שכנוע, חובת קיום אישית.

האם ס' 18 (סיכול) רלוונטי לחיובי השתדלות? כלל לא. ס' 18 הוא הגבול העליון לאחריות בחיובי תוצאה, ומוביל לכך שהאחריות בחיובי תוצאה היא לא לגמרי מוחלטת, אלא קצת פחות. כשמדובר בחיובי השתדלות האחריות נעצרת הרבה לפני ס' 18 – די בכך שלא התרשלתי ע"מ שלא אשא באחריות.

קיימת שורת פס"דים בישראל שקלטו אבחנה זו: **פס"ד אורות נ' עטרי**: אחריות מייצגי אמנים היא אחריות בהשתדלות. פס"ד זה מצביע על אחת הנפקויות החשובות של האבחנה הזאת:

1. לעניין **נטל השכנוע**: כאשר מדובר בחיוב תוצאה, ופרט טוען ש- Y הפרה חוזה והיא טוענת שקיימה – אין מחלוקת שהיה חוזה ושלפיו התשלום היה אתמול. נטל השכנוע הוא על זה שצריך לשלם. **בחיוב תוצאה, הנטל לקיום – מוטל על החייב.** הטוען לקיום תוצאה – הנטל עליו.
2. למשל, רופא שהתרשל לכאורה על פי התובע – נטל השכנוע הוא על הנפגע. **הטוען להפרת חיוב השתדלות – הנטל עליו.**

בפס"ד אורות לעתים יכולות סטיות מנקי המוצא כמו הדבר מדבר בעד עצמו.

נפקות חובת קיום אישית:

קיום - בידי מי
40. חיוב יכול שיקויים בידי אדם שאיננו החייב, זולת אם לפי מהות החיוב, או לפי המוסכם בין הצדדים, על החייב לקיימו אישית.

1. הכלל הבסיסי – על ידי האדם הספציפי בחוזה. נקי המוצא היא **שאינו חובת קיום אישי**, חיוב יכול להיות שמקיים בידי אדם אחר (**ס' 40 לחוזים** – קיום בידי מי).

a. סיפא הסעיף: זולת אם לפי מהות החיוב נדרש קיום אישי - הרי שלפי זה נדרש קיום אישי. הדוגי המרכזית לחיובם שלפי מהותם נדרש **חיוב אישי הם חיובי השתדלות**, בהם לא מובטח שיקבל קיום, אבל **מובטח לו שבעל המקצוע יבצע** את החיוב ולא ישלחו מישהו אחר לקיים החיוב.

הבדל נוסף בין חיובי תוצאה להשתדלות נוגע לאכיפה: לפי **ס' 3** נקי המוצא שהנפגע זכאי לאכיפה ואח"כ יש ארבעה סייגים:

הזכות לאכיפה
3. הנפגע זכאי לאכיפת החוזה, זולת אם נתקיימה אחת מאלה:
(1) החוזה אינו בר-ביצוע;
(2) אכיפת החוזה היא כפיה לעשות, או לקבל, עבודה אישית או שירות אישי;
(3) ביצוע צו האכיפה דורש מידה בלתי-סבירה של פיקוח מטעם בית-משפט או לשכת הוצאה לפועל;

(4) אכיפת החוזה היא בלתי-צודקת בנסיבות הענין.

ס"ק 2 ו-3, גורמים לכך שכמעט לעולם לא תינתן אכיפה של שירות אישי – חיוב השתדלות, בעוד שבחיובי תוצאה הרבה יותר קל לקבל אכיפה.

תרופות בשל הפרת חוזה - הרצאה 2

בשיעור הקודם דיברנו על האבחנה בין חיובי תוצאה (בהם החייב מתחייב להשיג תוצאה מסוימת/ מסירת נכס כלשהו) וחיובי השתדלות (החייב מתחייב אך ורק לעשות כל המאמצים הסבירים, להשתמש במיומנות הראויה וכו' להשגת התוצאה הרצויה).

אחריות בשל הפרת השתדלות טעונה רשלנות או חוסר זהירות/מיומנות. בתוצאה, אי השגת התוצאה מהווה הפרה כשלעצמה.

נטל השכנוע: בתשלום יש להציג קבלה, כשטוענים להתרשלנות – מי שטוען – עליו הראייה.

בפועל, בתוך כ"א מהקטגוריות וביניהן, יש ספקטרום של מצבים.

1. ככל שמדובר ב**חיובי השתדלות** – היקף האחריות עשוי להשתנות ממקרה למקרה.

a. האם איגוד שזה עיסוקו: שכן, מבוססת על התרשלנות וסטנדרט הזהירות יכול להשתנות ממצב למצב. למשל, נניח ששרה נתנה לרחל סכום גדול של כסף כדי שרחל תשקיע אותו עבור שרה בשוק ההון. ברור שזה חיוב השתדלות. באופן רגיל, מנהל התיק לא מתחייב לתוצאה, אלא לפעול בהתאם. השאלה מתי נאמר שרחל התרשלה תלויה בשאלה האם רחל היא השכנה מגדלת הפרחים, או שמא רחל היא חברת השקעות. **סטנדרט הזהירות על חברת השקעות גבוה יותר מהזהירות והמיומנות שיידרש מאדם פרטי שאין זה עיסוקו לעסוק בהשקעות.**

b. האם **שילמתי** לרחל על השירות שהיא נותנת לי. אם משלמים – **הסטנדרט יהיה גבוה יותר** מחינם.

2. גם בתוך **חיובי תוצאה** היקף האחריות עשויה להשתנות:

a. הסייג העיקר לאחריות בשל חיובי תוצאה היא דוקטרינת ה**סיכול לפי ס' 18 לחוק התרופות** בו יש הרבה מאוד מושגי שסתום. <ציטוט> "לא ידע ולא היה עליו לדעת...". מאפשרים לביהמ"ש להטיל אחריות יותר או פחות קפדנית כפי שהסעיף הזה הופעל בפסיקה, שק"ד זה לא מאד רחב.

פטור בשל אונס או סיכול החוזה

18. (א) היתה הפרת החוזה תוצאה מנסיבות שהמפר, בעת כריתת החוזה, לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן או שלא ראה ולא 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.

(ב) במקרים האמורים בסעיף-קטן (א) רשאי בית המשפט, בין אם בוטל החוזה ובין אם לאו, לחייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה או, על פי בחירה כאמור בסעיף 9, לשלם לו את שוויו, ולחייב את המפר בשיפוי הנפגע על ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר לשם קיום החוזה, והכל אם נראה לבית המשפט צודק לעשות כן בנסיבות הענין ובמידה שנראה לו.

- i. נניח ששוכרים שירותיו של מישהו שיוביל ציוד מעיר א' לעיר ב' וזהו חיוב תוצאה. נניח שיש נסיבות שלא תלויות בו ולא הביא הציוד בזמן/לא שלם, עדיין לפי זמיר, **הציפייה ממוביל מקצועי לצפות נסיבות מסכלות ולהתגבר עליהן היא חזקה יותר מאשר השכן שהסכים לבצע ההובלה שלא במסגרת עיסוקו**. סיכויים נמוכים שטענת סיכול תתקבל לנהג משאית שמעורב בת"ד.
- ii. במשפט האנגלו-אמריקני בחיובי השתדלות נוטים לחשוב על זה באחריות נזיקת כמו רשלנות רפואית/מקצועית ובהשפעת המ' האנגלי זה בד"כ בישראל, אבל מבחינה אנליטית אין הכרח בכך. במ' הצרפתי תלויות על אחריות מקצועית מוגשות על בסיס חוזי מתוקף עקרון חוזה קיים וזוהי מהות התביעה; בישראל – אחריות רשלנות מקצועית של עו"ד יכולה להתבסס על עילה נזיקת וחוזית. כשם שכ"א משתי הקטגוריות אינה אחידה, יש מצבי ביניים.

3. **היקף אחריות ביניים** ואפשר להגביר חיובי השתדלות לתוצאה, ולרכך תוצאה להשתדלות:

- a. **חוק השומרים** עוסק באחריות אנשים אחרים שמחזיקים בנכסים. **ס' 2 קובע היקף האחריות. ס' 2ב מסווג לשומר שכר**. אך מדבר על שני סוגים של שומר שכר – אחריות לתוצאה, ופטור רק בנסיבות של סיכול. בסיפא הסעיף, אם הוא לא מחזיק בנכס ע"מ לשמור עליו שההשגחה עליו טפלה למטרה העיקרית, פטור השומר אם אבדן הנזק או נזקו שנגרמו שלא ברשלנותו (**השתדלות**).

א. **חזקת שומר חנם** אחראי לאבדן הנכס או לנזקו אם נגרמו ברשלנותו.
 ב. **חזקת שומר שכר** אחראי לאבדן הנכס או לנזקו, זולת אם נגרמו עקב נסיבות שלא היה עליו לחזותן מראש ולא יכול היה למנוע תוצאותיהן (**אחריות תוצאה ופטור בסיכול**); אך כשהמטרה לשמור על הנכס היתה טפלה למטרה העיקרית של החזקתו, **פטור השומר** אם אבדן הנכס או נזקו נגרמו שלא ברשלנותו.

- i. **א2**: כדי להוכיח רשלנות צריך להוכיח רשלנות. בעל הנכס צריך להוכיח ששומר הנכס התרשל.
 ii. למשל, שוכר דירה הוא טפל – אבל הוא שומר שכר כי יש לו טובת הנאה מהחזקת הנכס.
 iii. **כל מוביל הוא שומר שכר טפל**. לפי **ס' 2ב האחריות היא שומר שכר טפל**.
 iv. **לפי 2ב סיפא לשומרים**: אומרים כתוב שהאחריות תלויה בנטל הרשלנות, אבל נטל השכנוע מוטל על השומר. כלומר, נטל השכנוע להיעדרה של התרשלנות חל על השומר. הוא פטור רק אם האבדן נגרם שלא ברשלנותו, כלומר, הנטל עליו להוכיח שלא התרשל. אחת הדברים שתומכים בפרשנות זו היא אם משווים

חוזה שמירת חנם:

ס' 2 לחוק השומרים, ההנחה שהאחריות היא השתדלות שמונתית ברשלנות.

אם מדובר בשומר שכר לפי **ס' 2 ב רישא האחריות היא אחריות תוצאה**.

ניתן לעשות שימוש בכך להוראות השלמה דיספוזיטיביות.

2בסיפא ל- 2א. שכן אם זו היתה אותה דרגת אחריות, היה ניתן להשתמש באותו ניסוח.

v. **2ב :** כדי שיהיה פטור צריך שלא תהיה רשלנות.

b. **ס' 6 לחוק חוזה קבלנות** – וזוהי הובלה – ב'1: דין מיוחד כאשר מדובר בקבלנים מיוחדים האחריות היא לתוצאה. **הדין הגובר הוא הקבלנות.**

6. **ת31א** (א) נעשו המלאכה או השירות בנכס בידי הקבלן, חייב המזמין לקבלו במועד שהוסכם עליו, ובאין הסכם – תוך זמן סביר לאחר שהקבלן הודיע לו שגמר את המלאכה או השירות.
(ב) אבד או ניזק הנכס בעודו בידי הקבלן – (1) **אחראי הקבלן**, לענין חוק השומרים, תשכ"ז – 1967, **כשמור שכר שמירת הנכס** אינה טפלה למטרה העיקרית של החזקתו; (2) פטור המזמין מתשלום השכר, זולת אם אבד או ניזק הנכס לאחר שהמזמין היה חייב לקבלו ומסיבה שהקבלן אינו אחראי לה.

להפיכת נטל השכנוע בכלל ההקשרים יש משמעות מהותית ולא רק ראייתית: כשהמחוקק קובע הנחה כלשהי לעומת מהו המצב הרגיל לעומת החרוג, יש לזה משקל שהוא מעבר לדיני הראיות. אם נמצאת אחריות לתוצאה רגילה מול אחריות לרשלנות רגילה, אם יש חזקת רשלנות האחריות תהיה קרובה לתוצאה. **בעונשין – אחריות קפידה** – ההבדל בין הרגילה לקפידה זה נטל השכנוע. בפועל, זה כמעט מוחלט. הוא הדין **בכלל הדבר מדבר בעדו** בנוזיקין – האחריות שם – לכאורה זה רק רשלנות והפיכת נטל השכנוע ומקרב האחריות למוחלטת.

אחת הדברים לקרב האחריות מהשתדלות לתוצאה היא ע"י הפיכת נטל השכנוע. בגלל הקושי המעשי לשכנוע. בנוסף, יש כאן מסר של המחוקק שאומר שזאת הנחה המוצא שאפשר לסטות ממנה ושיש אחריות. בשומר חנם אין הנחה כזאת – אין הנחה שרופאים מתרשלים. אם המחוקק יקבע שביה"ח לא שמר הרשומות הרפואיות חזקה שהיתה התרשלנות.

ס' ב סיפא של אחריות נטל השכנוע – במאמר של **זמיר** – אחריות הקבלן כשומר – שיקולי מדיניות, עיוני משפט י"ז תשנ"ב עמ' 95. מדובר על עניין של פיזור סיכונים, העברת מידע להיקף האחריות וכד'.

דרך שחיובי תוצאה – האחריות עשויה ללכת להשתדלות – היא דרך שיקול הדעת המסור לביהמ"ש במסגרת דיני התרופות בשל הפרת חוזה:

בחוק התרופות בנקודות רבות יש לביהמ"ש שק"ד. לכאורה, כשמדובר בחיובי תוצאה, האשם אינו רלוונטי. ביהמ"ש יכול להתחשב באשם או בהיעדר האשם של המפר במסגרת דיני התרופות. כשביהמ"ש מתחשב באשם במסגרת דיני התרופות, הוא בעצם מרכז את האחריות שאחרת היתה אחריות מאוד קפדנית לתוצאה. למשל, **בפס"ד פרץ נ' ביטון** נדונה השאלה **אימתי איחור בתשלום ייחשב כהפרה יסודית** שמאפשרת ביטול מיידי ומתי כלא יסודית.

• **השופט ברנזון:** זה תלוי בשאלה האם המאחר אשם באיחור. אם הוא מאחר משום **"צפצף על המוכר"** ניטה לומר שזו **הפרה יסודית**, ואם עשה מאמצים כבירים, פחות ניטלה להפרה יסודית, משמע ששק"ד התרופות יכול להכנס גם בחוק התרופות.

שימוש בכללי הפרשנות

השופט גולדברג בעניין **פרטין נ' סלומון** השתמש בדיני הפרשנות. אין מחלוקת שם שמדובר בחוזה מכר ושהממכר יהיה נקי מזכויות אדם שלישי הוא תוצאה. **אפשר באמצעות פרשנות להתחשב במקרים מסוימים בכל שההפרה לא נבעה מאשם של המפר**. זמיר מסכים עמו.

עקרון תום הלב כמרכז האחריות בחיובי תוצאה

מכת עקרון התו"ל אפשר לומר לנפגע בהפרה – לאט לך. אם אתה רץ להשתמש בתרופות הכי דרסטיות נגד המפר, יש להתחשב בו אם עשה מאמצים אדירים ונסיבות שגרמו להפרה יש להתחשב בכך.

- **השופטת בן פורת בפס"ד גולן נ' פרקש, לד 1, 813, 823 (מי"א 618):** השופטת חיוותה דעתה שאין להרכיב עקרון תום הלב על חוק התרופות. יש לו את מושגי השסתום שלו, את איזוניו ולא צריך להרכיב על כל מע' איזונים זאת את עקרון תום הלב. אפשר לפרש **ב61** שעקרון התו"ל יחול גם על התרופות – פעולות משפטיות שאינן חוזה, אך פירוש זה לא הכרחי לפי זמיר: " ככל שהדבר מתאים לעניין ולשינויים המחויבים" ← אפשר לומר שזה לא מתאים לעניין. בנוסף, אפשר לומר שהיקף השק"ד בחוק התרופות מספיק, ולא צריך להרכיב עליהן עקרון התו"ל. אם רוצים להגיע למסקנה ש- **ס' 39 של תו"ל** לא צריך את **ב61**. אפשר לומר שהתרופות בשל הפרה היא זכות הנובעת מחוזה, כלשון הסעיף.

- עמדת בן פורת לא התקבלה בפסיקה, והעמדה היא שאפשר להרכיב עקרון התו"ל גם

על תרופות בשל הפרת חוזה:

- **גולן נ' פרקש** – עמדת השופט חיים כהן בעמ' 821 שאפשר להרכיב השניים.
- השופט ברק בפס"ד שירותי תחבורה ציבוריים ב"ש.
- **פס"ד פומרנץ**.
- **פס"ד אבו זייד**, נג (1), 402, 415-413 עם השופט אנגלרד ומגיע למסקנה שעקרון התו"ל חל גם אם מסויג יותר מאחרים.

מעבר לכך, הצדדים יכולים לקבוע תניות שמחמירות האחריות שחלה אלמלא היתה התנאה:

חוזי מכר דירות כשהדירה היא על הנייר בזמן כריתת החוזה, תמיד חברות הבנייה כותבות שמתחייבות למסור הדירה ביום X, אבל מכל סיבה שלא תלויה בהן תיתכן דחייה במסירה. ככל שלתניות אלה יש תוקף, הרי שהן מקרבות אחריות תוצאה אל חיוב השתדלות.

למשל, חיוב חוזי –

איך נדע אם הוא חיוב תוצאה או השתדלות?

- **פירוש החוזה והשלמתו:** כותבים מפורשות.
- **בהיעדר הסכמה מפורשת/משתמעת:** אפשר לפנות להוראות השלמה חקוקות. ראינו דוגמאות כמו חוזה שמירת חינוך, לפי **ס' 2 לחוק השומרים**, ההנחה שהאחריות היא השתדלות שמונתנית ברשלנות. אם מדובר בשומר שכר לפי **ס' 2 ב** רישא האחריות היא אחריות תוצאה. יש הוראות השלמה דיספוזיטיביות.

- **בחוזים למתן שירותים מקצועיים**: היום, מכח הנוהג הכללי – ובעתיד – כאשר הקודיפיקציה תחוקק, הרי שלפי ס' 214 לה"ח דיני ממונות ההנחה תהיה שאחריות נותני שירותים מותנית ברשלנות. בחוק חוזה קבלנות אחריות הקבלן כשומר היא אחריות לתוצאה.
- נניח שאין הסכמה/נוהג/הוראת השלמה חקוקה: ניתן להצביע על שני קריטריונים כלליים איך מסווגים – תוצאה או השתדלות:

- מהי ההסתברות שבנסיבות רגילות התוצאה תושג:

- אם בנסיבות רגילות יש הסתברות גבוהה שהתוצאה המקווה תושג, הרי שהנטייה תהיה לומר שזהו חיוב תוצאה.
- כאשר השגת התוצאה תלויה באופן ממשי בנסיבות שאינן בשליטת החייב, ולכן לא ברור מהו הסיכוי שהתוצאה המקווה אכן תושג, הנטייה תהיה לומר שהחיוב הוא חיוב השתדלות בלבד. לכן, בטיפולים רפואיים/ייצוג משפטי, הנטייה היא להניח שמדובר בהשתדלות, כי ההצלחה תלויה בנסיבות רבות מעבר לשליטת העו"ד/רופא.

- האם מדובר בהתקשרות בתמורה או בהתקשרות חינם.

- אם בתמורה – הנטייה הראשונית תהיה להניח שמדובר בחוזה תוצאה, ואם החוזה הוא חינם – הרי שאפילו אם מדובר בנסיבות שבאופן רגיל ניתן להשיג התוצאה, תגרום לנו להניח שמדובר בחיוב השתדלות. בקודקס זה כתוב בס' 184 לתזכיר הקודקס האזרחי:

"אין המתחייב להקניית מתנה אחראי בשל אי קיום החיוב, אלא אם כן הוא נגרם בהתרשלותו". נטל השכנוע הוא על המקבל – אין אחריות אלא אם יוכח שהיתה התרשלות. ס' 178: הוראות פרק זה (מתנה) יחולו בשינויים המחייבים על כל חוזה ללא תרומה".

- כלומר, על כל חוזי החינם. אם תחוקק, נקודת המוצא שבחוזי חינם האחריות היא בהשתדלות בלבד.

לא נעסוק בשיקולי מדיניות מעבר להטלת אחריות כאחריות תוצאה או השתדלות. דומה לשאלה מנזיקין.

השתדלות	תוצאה	איך נוהג/הוראה משלימה
לא ברור הסיכוי	תוצאה תושג	הסתברות שהתוצאה תושג
נסיבות לא בשליטת החייב (רופא, עו"ד)	בנסיבות רגילות	
חינם (ס' 184 לה"ח דיני ממונות)	תמורה	התקשרות בתמורה או חינם

איך נדע אם הוא חיוב תוצאה או השתדלות?

פירוש החוזה והשלמתו: כותבים מפורשות

בהיעדר הסכמה מפורשת/משתמעת: אפשר לפנות להוראות השלמה חקוקות לחוק השומרים

בחוזים למתן שירותים מקצועיים הנוהג הכללי או ס' 214 לה"ח דיני ממונות

לסיכום:

אבחנה בין חיובי תוצאה להשתדלות – העמי' מתוך פירוש חוזה קבלנות; פס"ד אורות; עקרון ההתאמה בקיום חוזים (זמיר) תש"ן 103-108.

היחס בין דיני התרופות, הכריתה והתוכן:

אנחנו רגילים לחשוב שאלו שלוש קבוצות נפרדות של דינים. כריתה – כיצד נכרת חוזה, הפגמים; תוכן – עוסק בתוכן הזכויות וחיובי הצדדים; תרופות - תרופות במקרי הפרה של החוזה. **ההנחה הזאת היא בעייתית:**

1. נניח שאדם קונה מכונית משומשת ומגלה שלמכונית אין מנוע, עובדה שהיתה ידוע למוכר, אבל לא זאת לקונה. אילו עילות משפטיות עומדות לרשות הקונה:

a. **ביטול והשבה** במסגרת פגם בכריתה; פיצויים שליליים בשל חוסר תוו"ל במו"מ; **פיצויי הסתמכות** (אלמלא פגש הקונה השני) על עסקאות שפספס מכח עקרון התוו"ל; **אכיפה**. לפי **ס' 11-17 לחוק המכר המוכר צריך למסור ממכר מתאים לתיאור**. אם החוזה והמחיר מעיד על כך שנקנתה מכונית לנהוג בה, הרי שבהיעדר התנאה אחרת צריך שיהיה מנוע, ואם אין – זו הפרת חוזה. (לכן, כאן יש חפיפה בין שתי מערכות הדינים ויש להתייחס לכך). היתרון של אחריות בשל הפרת חוזה היא שנותנת הגנה לאינטרסים חיוביים.

b. **סיכול ס' 18 לחוה"ת**: מה קורה במקרים של כח עליון, מטאורים. במ' הישראלי הנוהג זה חלק מדיני התרופות. **בקודקס האזרחי** זה יהיה חלק מדיני תוכן החוזה, אין הפרה כי האחריות החוזית נגמרת במקרה של סיכול. כאשר חוזה דירה אומר שבאם תהיינה נסיבות מסוימות, הביצוע יידחה – זו שאלה של תוכן החוזה, אם אין סעיף כזה זו שאלה של סיכול ותרופות וזו אותה שאלה.

i. באופן כללי, אפשר בחוזה לקבוע הוראות לגבי תרופות שנתון לשליטת הצדדים במידה רבה. יש מחלוקת עד כמה דיני התרופות הם דיספוזיטיביים.

ii. למשל, **פס"ד אתא** (סוכן שקיבל בגדים מחברת אתא ומכר בקונסיגנציה). אתא רצתה להחזיר זאת נומינלית. בפסה"ד של ברק יש הבדלה בהצמדה:

1. בחיובים התקופה הבתר חוזית – אחרי שהיתה הפרה – פס"דים קודמים אמרו שעושים הצמדה מסוימת, וזו שאלה של תרופות של ביהמ"ש.

2. **אתא עוסק בשיערוך והצמדה בתקופה החוזית. בסופו של דבר ביהמ"ש מגיע למסקנה שצריכים להורות על זה במסגרת התקופה החוזית וזהו פס"ד מהפכני**. יש תחושה חזקה שתוכן הוא עניין שלל צדדים, ותרופות של ביהמ"ש, אבל זה לא ברור שהנחה זו כלל נכונה.

c. למשל, תניה בחוזה – למכור נכס תמורת 100. אם יבוא מישהו אחר ויציע 130 תמורת אותו נכס, הרי שהמוכר יקבל את ה-30. חוזה אחר אם מישהו אחר ויציע 30 בעד הנכס, זו שאלת תוכן. למשל, זו שאלת תוכן מי יזכה בהפרש. **בהיעדר הסכמה – פס"ד אדרס אומר שההזדמנות הזאת שייכת לנושה**. עד אז, חשבנו שההתחייבות שייכת לחייב. כלומר, דיני

התרופות מקצים סיכויים וסיכונים בין הצדדים, כמו תוכן החוזה. אין אבחנה ברורה בין דיני התרופות לדיני תוכן החוזה.

האינטרסים המוגנים על ידי התרופות בשל הפרת חוזה

Fuller & Perdue : המאמר המצוטט במשפט The reliance interest in contract damages – אינטרס ההסתמכות בפיצויים חוזיים.

הגדרות:

1. תרופה מיועדת להגן על **אינטרס הציפייה Expectoration interest** אם היא מיועדת להעמיד את הנפגע באותו מצב, או לפחות באותו מצב כספי, שבו היה **אילו החוזה קיים**.
2. תרופה המיועדת להגן על **אינטרס ההסתמכות Reliance** אם מיועדת להעמיד הנפגע באותו מצב, או לפחות באותו מצב כספי, שבו היה **אלמלא פגש את הצד השני**.
3. תרופה המיועדת להגן על **אינטרס ההשבה Restitution** אם היא מיועדת **לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע את טובות ההנאה שהמפר זכה בהן מכח החוזה**.

טענתם הראשונה במאמר היתה **טענה אנליטית**. אלה הן המטרות האפשריות של תרופות בשל הפרת חוזה, והם התמקדו בתרופות כספיות. הם לא הסתפקו בטענה זו, אלא טענו גם **טענה תיאורית**: כעניין שבעובדה, למרות שבתי המשפט מדברים על העמדת הנפגע במצב שבו היה אילו החוזה קויים (הגנה על אינטרס הציפייה), **בפועל, מה שבתי המשפט עושים מגנים על אינטרס ההסתמכות** (אלמלא פגש הצד השני). כמו כן, טענו **טענה נורמטיבית**: לגבי מה שראוי לעשות. במישור הנורמטיבי טענו שמוצדק שבתי המשפט יגנו על אינטרס ההסתמכות והיא יותר חשובה מעל אינטרס הציפייה. כיום – נתמקד בטענה האנליטית. אפשר לומר ששניים מתוך שלושה שמנינו מתמקדים בנפגע, בעוד שאחד מתמקד במפר: ההסתמכות והציפייה. השבה מתמקד במפר.

קדימה	אחורה	
ציפייה (אילו החוזה קויים)	הסתמכות (אלמלא פגש)	התמקדות בנפגע
?	השבה (לקחת ממנו ולהעביר לנפגע)	התמקדות במפר
נטילת רווחי המפר מעמידה המפר במצב כספי לו קיים החוזה.		

אם אנו רואים אינטרס ההשבה כמיועד לקחת ההתעשרות מהמפר, זה ברור שההשבה מתמקד במפר, כשציפייה והסתמכות מתמקדים בנגע. שניים מהאינטרסים באים להשיב המצב לאחור, בעוד שאחד מתכוון למצב קדימה.

עם זאת, חסר לנו תרופות לתרופות שתהיינה מיועדות להעמיד המפר שבו היה/מצב כספי שהיה אילו החוזה קויים. **תרופה בשל הפרת חוזה שמוקדה הוא העמדת המפר במצב שבו היה אילו קיים את החוזה** (כלומר, רצה להימצא במצב טוב יותר מהפרת החוזה מאשר קיומו, ופה אנחנו מחזירים אותו):

4. **נטילת רווחי המפר Disgorgement**: בפס"ד **אדרס** אמר ביהמ"ש שהחברה הישראלית לא הוכיחה שום נזק. החברה המוכרת מכרה במחיר גבוה ל-ב' יותר מאשר ל-א'. כלומר, על ידי הפרת החוזה הגדיל רווחיו ב- 300 מארק. לחברה הישראלית לא נגרם נזק, אבל רצו את ההפרש, ורצו את הרווחים שהמפר הפיק מההפרה שהם מעל ומעבר לנזקים שנגרמו לנפגע, וכך להעמיד המפר במצב שבו היה לו קיים את החוזה. זוהי הסתכלות קדימה, משום שאילו החברה הגרמנית היתה מקיימת החוזה עם החברה הישראלית, אדרס, היא היתה מוכרת ברזל ומקבלת עליו 600 מארק לטון. כל מה שהצליחו להפיק עם מכירה מעל 600 בהפרת החוזה הישראלי ומכרו לאדם אחר, את זה לוקחים מפייהם ונותנים לנפגע.

a. זה לא אחורה, כי נניח שביום שנערך החוזה עם הישראלים, לא היתה שום ברירה אחרת, אלא למכור לישראלים. נטילת רווחי המפר היא לאו דווקא אחורה, אלא התפיסה היא קדימה.

b. בשיטות משפט אחרות עם דיני עשיית עושר (התעשרות שלא על פי דין), לא נותנים את זה והיה יכול לקבל 0. כשיש נאמנות, נאמן שהפר את חובות הנאמנות שלו יש נגדו נטילת רווחים, אבל לא ביחסים חוזיים שהם לא נאמנות, אבל לא בשיטת המשפט הישראלית. רוב שיטות המשפט סבורות שהתעשרות הזאת היא לא על חשבוננו של הקונה. השאלה אם זה על חשבוננו או לא זו שאלה נורמטיבית עד כמה רוצים לתת כח לזכות החוזית ושאלה ששיקולי המדיניות הרלוונטיים כדי להשיב עליה היא מתחום דיני החוזים של מהו היקף ההגנה שאנו נותנים לזכות החוזית.

c. **אלו לא פיצויים עונשיים.**

אכיפה. במובן מסוים יכולה להכנס, אם כי באופן רגיל ניתן לחשוב עליה כמגנה על אינטרס הציפייה אילו החוזה קויים. במובן מסוים מעמידה את המפר.

5. **נוסף עליהם: אינטרס חמישי לפי זמיר** (במאמר להיום): **שחזור השקילות החוזית**: Restoration:

.of the contractual equivalence

למשל, אדם נכנס לגלריה לאמנות ביום שישי בצהריים, רוצה לקנות הדפס ומסכם עם המוכר שייקנה ההדפס במחיר מוסכם והצדדים לוחצים ידיים, המוכר הוא אדם דתי וביום ראשון בבוקר אמור הקונה לבוא לשלם הכסף ולקחת את ההדפס. בראשון בבוקר, זה הקונה שהודיע שלא מעוניין. על אילו אינטרסים התרופה תגן? ציפייה (אילו החוזה קויים). אין שום התעשרות של המקבל, אין הסתמכות הנפגע מההפרה. אם ניתן סעד במקרה זה, יגן רק על אינטרס הציפייה. התרופות הינן: אכיפה שתכריח הקונה לקחת ההדפס/פיצויים בשיעור הרווח אילו החוזה קויים.

גרסא ב': הקונה המעוניין בא בשישי בבוקר – מנהלים מו"מ, חוזה להדפס ומסכמים שהקונה ייקח את זה בראשון בבוקר. אחרי שהקונה עוזב הגלריה, בעל הגלריה מוריד ההדפס מהקיר ואורז. בראשון טלפון הביטול.

סעד: תרופות תגן על אינטרס ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) והציפייה (אילו החוזה קויים). ההסתמכות – הוצאות ישירות של ניקוי האבק והאריזה והפסד ההזדמנות שמא היה בא מישהו אחר וקונה ההדפס ביום שישי.

נניח שניתן אכיפה/פיצויים בשיעור הרווח שהיה מפיק מהחוזה למוכר: זה היה מגן על אינטרס הציפייה וההסתמכות. אכיפה/פיצויי ציפייה – יגנו לא רק על הציפייה, אלא גם על ההסתמכות. הסיבה שפיצויים בשיעור הרווח יגנו על גם על אינטרס ההסתמכות, משום **שבמצבים רגילים ההגנה על אינטרס ההסתמכות נבלעת בהגנה על הציפייה**, משום שאנשים עושים חוזים כדי להרוויח, ובד"כ, מרוויחים מחוזה. כלומר, סה"כ התמורה שהם מקבלים, גבוה יותר מאשר סך כל העלויות שכרוכות בביצוע החוזה. לכן, אפשר להניח שאינטרס ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) לא יותר גבוה מאינטרס הציפייה (אלמלא החוזה קויים) ואינטרס הציפייה לא יותר נמוך מאינטרס ההסתמכות, משום שרוצים הרווח בין התמורה שאמורים לקבל לבין העלויות בחוזה.

גרסא ג': יום שישי בבוקר. נכנס הקונה, עושה חוזה ומקבל את ההדפס, אורזים אותו והסיכום הוא שבראשון בבוקר הוא יבוא וישלם. להבדיל, פה אין טלפון – לא בא, לא משלם ואפילו לא מתקשר. אם ניתן לבעל הגלריה סעד במקרים – רשום לעיל.

אינטרס הציפייה Expectation interest

אינטרס ההסתמכות Reliance

אינטרס השבה Restitution

נטילת רווחי המפר Disgorgement

שחזור השקילות החוזית

תרופות בשל הפרת חוזה - הרצאה 3

בשיעור הקודם דנו באינטרסים המוגנים על ידי התרופות בגין הפרת חוזה.

מפר	נפגע	אחורה
הסתמכות (אלמלא פגש הצד השבה (לקחת מהמפר ולהעביר (נפגע)	השני)	
אינטרס הציפייה (אלמלא קויים נטילת רווחי המפר (החוזה)		קדימה

נטילת רווחי המפר חסר במודל של פולר ופרדו.

- במקרה של הדוג' הראשונה (נפרדים ב- 1200 בשישי צהריים) וסוגרים הגלריה ← סעד למוכר, אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה), משום שהקונה לא קיבל עדיין שום דבר, וגם לא היתר ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) מצידו של בעל הגלריות.
- במקרה השני, שישי בוקר והקונה התחייב לבוא בראשון ולקחת את ההדפס, אם ניתן סעד ← אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה) וההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) – משום שכאשר בעל הגלריה הוריד וארזו ההדפס היו לו גם הוצאות על נייר העטיפה ואולי הפסיד הזמדות למכור את ההדפס הזה לאדם אחר.
- אם בדוגמה השנייה נזכה את בעל הגלריה בתרופה של אכיפת החוזה/פיצויים לפי הרווחים שהיה מפיק מהחוזה, אילו החוזה קויים, הרי **שהסעד הזה יגן על אינטרס הציפייה (אלמלא**

קיום החוזה), אך מן הסתם יגן גם על ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) מתוך ההנחה שהגנה מלאה על האינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה) מבליעה בתוכה ההגנה על ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני). הטעם לכך, הוא **שאנשים עושים חוזה כדי להרוויח**, לכן אפשר להניח, כל עוד לא הוכח אחרת, שאינטרס ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) הוא נמוך/שווה לאינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה) – או שאינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה) גבוה/שווה לאינטרס ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני).

הקביעה הזאת הולמת רק עסקאות הדדיות:

- חוזה מתנה – לא רלוונטי לאינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה) והסתמכות (אלמלא פגש הצד השני).
- מניח שאין הפסדים, אבל אנשים לעתים חוזי הפסד, ואז אינטרס ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) גבוה יותר מאינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה).

יש קונצנזוס שבא לידי ביטוי בעמדות שלושת השופטים ב**פס"ד מלון צוקים** שאם לא יודעים מהו אינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה) (מה היו הרווחים שהיו לבוני המלון אילו הוקם, ולא יודעים), אבל כן יודעים מהו ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) (עשו חוזה רווח), הרי **שראוי לחשב הפיצויים לפי ההסתמכות** (אלמלא פגש הצד השני), הרי שאנו יודעים לתת קירוב מינימלי לאינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה) (ההטבות שהיו מקבלים לא היו נמוכים יותר מההוצאות, ואם יודעים מה ההוצאות, אנו יכולים להשתמש בהסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) כאמצעי להגנה על אינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה), ומעניקים את כל אינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה).

במקרה השלישי, אם הקונה קיבל ההדפס, הרי שאם ניתן סעד לבעל הגלריה במקרה זה ← יכול להגן על כ"א משלושת האינטרסים: משום שכאן, בניגוד לשניים הקודמים, **הקונה קיבל את ההדפס והתעשר**.

נניח שהסעד היחיד שניתן בגרסה השלישית הוא חיוב הקונה להחזיר את ההדפס (הוא הפר, ומחזיר את זה לנפגע = השבה; הסתמכות). על אילו אינטרסים הסעד הזה יגן?

- **השבה** (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע). אם מורים לקונה להשיב התמונה, יש בכך **הגנה מלאה על אינטרס ההשבה** (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע).
- **הסתמכות** (אלמלא פגש הצד השני)¹. **חלקית** – באמצעות ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע), כי עדיין לא מפצים על חומרי העטיפה ולא מפצה אותו על אבדן ההזדמנות למכור ההדפס למישהו אחר, אבל נזק ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) העיקרי שנגרם הוא הפרידה מההדפס (עם מינוס תמונה), ואם מחייבים הקונה להחזיר ההדפס, יש בכך הגנה על רוב אינטרס ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) של הנפגע (לכן, משיבים את מינוס התמונה). נניח שמחיר נייר העטיפה זניח למחיר ההדפס.

מה שאפשר להניח, הוא שהאינטרס הבסיסי ביותר הוא **ההשבה** (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע). האינטרס שמרחיק לכת יותר הוא **ההסתמכות** (אלמלא פגש הצד השני), משום שלא מחזירים לנפגע רק

¹ אלמלא בוצע החוזה.

את מה שנתן, אלא גם נותנים לו עטיפה + אבדן הזדמנויות, ואינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה) זה גם הרווחים – כלומר, מה שהוא נפרד ממנו + הוצ' נוספות + רווחים שהיה עושה לו העסקה בוצעה.

לפיכך, גולת הכותרת של דיני החוזים היא הגנה על אינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה). משום שדברים אחרים אפשר לקבל מע"ע (השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע)), הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) ניתן מנזיקין. רק בעילה חוזית מקבלים יותר מהשבת התעשרות, יותר מהשבת המצב לקדמותו, אלא ממש מקבלים הגנה על אינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה) – לו החוזה קיים, כולל הרווחים וזה מכסה את הכל.

מקרה 4: החוזה נכרת בשישי בבוקר, הקונה לא לקח את התמונה. המחיר המוסכם בין הצדדים היה 10 אש"ח, הקונה עשה את החוזה משום שההדפס שווה לו 12 אש"ח. מבחינת בעל הגלריה, ההדפס עצמו עלה לו 7950 ₪ ועוד 50 ₪ הוציא על אריזה, כלומר, הקונה ציפה להרוויח מהעסקה 2000, המוכר גם ציפה להרוויח מהעסקה 2000. ניח שהקונה הפר את החוזה (כמו בדוג' 2).
הסיבה שבגללה הקונה הפר החוזה, משום שבשבת ראה ביפו הדפס זהה תמורת 7,000 ₪, ורכש אותו, לכן לא היה לו עניין לבצע העסקה הראשונה עם בעל הגלריה הראשון. **על אילו אינטרסים נגן אם ניתן סעד לבעל הגלריה?**

- **אינטרס הציפייה** (אלמלא קיום החוזה). ע"י אכיפה על הקונה לבצע העסקה עם בעל הגלריה.
- **הסתמכות** (אלמלא פגש הצד השני). היה פה גם הוצאות על נייר עטיפה.
- **נטילת רווחי המפר.** במקרה כזה, נחייב המפר לשלם 3000 ₪ (אילו ביצע העסקה המקורית היה מרוויח 2000, הוא קנה נכס דומה ב- 7000, ואז הרוויח מהעסקה הקודמת 5000, כלומר ההפרה אפשרה לו להרוויח 3000). לפי זה, ניתן לחייבו להעביר את רווחי ההפרה לבעל הגלריה שנפגע. ההפרש בין שני החוזים הוא 3000 (בין 5000 ל- 2000)
- **אדרס:** אפשר להגן על נטילת רווחי המפר, גם אם מעל לאינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה). בעובדות פסה"ד, נזקי אדרס היו בערך 0, אבל בכל זאת נתנו להם את ההפרש. אם נגן על נטילת רווחי המפר, זה יהיה מעל לאינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה). ההנמקה שם לא דורשת שהיו זכויות קניין/מעין קניין לקונה הראשון בנכס. **אדרס נכון לתת תרופות שמטרתן להעמיד המפר במצב בו היה אילו החוזה קויים.**
 - החברה הגרמנית לא יכלה להפיק הרווח הנוסף, אלא ע"י הפרת החוזה הראשון. לכן, יש קש"ס הכרחי בין ההפרה לבין הרווח הנוסף.
 - בענייננו, **הקונה כן היה יכול לקנות ההדפס השני בלי להפר את החוזה הראשון, ולכן זה לא ברור שיש קש"ס בין ההפרה לרווחים.**
 - מאפיין את הלכת אדרס: אין דרישה ליחודיות הנכס. שם דובר על טונות ברזל.
- **המקרה כאן שונה מאדרס:** מדוע זה לא ברור שנטילת רווחי המפר חלה במקרה הזה. **לא ברור שיש קש"ס.** הרי אין שום מניעה שאדם יקנה 4 הדפסים. הוא הפר את החוזה הראשון ושינה את דעתו, אבל בין אם קנה ההדפס האחר, ובין אם לאו – הוא עדיין יכול לקנות ההדפס המקורי מבעל הגלריה. אי אפשר למכור את אותו הברזל לשני אנשים שונים, אבל **כן אפשר לקנות הדפסים משני אנשים שונים**, ולכן, לא ברור שזה רק עקב / בגלל

ההפרה של החוזה הראשון הוא עשה את הרווח השני – לא ברור שזה על חשבון החוזה הראשון. כי יכול היה להרוויח 2000 ועוד 5000 לכן לא ברור הקש"ס בין ההפרה לבין הרווחים שהפיק הקונה מהעסקה השנייה. לכן לא ברור שהדוג' תואמת אדרס, ואם אפשר לתת יותר מאשר אינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה).

[בהקשר הזה – מאמרו של חנוך דגן, "הזכות לפירות ההפרה: אנטומיה של חקיקה שיפוטית"] ומנתח את הלכת אדרס.

עד כה ראינו תמונה מסודרת של האינטרסים השונים.

זה לא ברור שאינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה) מבליע הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) שמבליעה השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע), וזה לא ברור שהחוזים תמיד מתעניינים באינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה).

1. **דוג' 1**: אדם נכנס למשרדי חברת הובלות ומשלם 6,000 ₪ תמורת הובלה של הדירה שלו. ההובלה אמורה להתבצע כעבור שבוע. לאחר חתימת החוזה והתשלום, מגלה שהיה פראייר, משום שכל חברות ההובלה האחרות, על הובלה כזאת גובות רק 4,000. עובר שבוע, ועוד לא התאושש מזה שגילה שהוא פראייר וזה ממשיך – חברת ההובלה שגבתה ממנה 6000 על פני 4000, אינה מבצעת ההובלה ומפרה את החוזה.

a. בדוג' זו – האם הנפגע יעדיף לקבל תרופה שתגן על אינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה), או שמא תרופה שתגן על אינטרס השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) שלו. אינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה) תתן לו את ההובלה עצמה – 4000, והשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) תתן לו 6000, לכן נניח שיעדיף את השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) **שעולה על האינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה).**

b. האם הנפגע זכאי ל-6000?

i. מי שטוען שכן, זה לא מקובל על הניתוח הכלכלי של המשפט (חנוך דגן). החוזה **מקנה סיכויים וסיכונים בין הצדדים.** אילו היה מסתבר ששווי השוק של ההובלה מלכתחילה/בעקבות שינויים של שווי השוק הוא 8,000, הרי שהלקוח בדוג' היה תובע 8000 שזה אינטרס האינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה) שלו.

ii. החוזה הגן על הלקוח מפני הסיכון שהמחיר יעלה ל-8000, אבל נטל על עצמו הסיכוי שהמחיר ירד/מקובל בשוק. הנפגע לא יכול לאחוז המקל בשני קצותיו: אם שווי השוק הוא 4000 יתבע השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) של 6000, ואם שווי השוק הוא 8000, יתבע השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) של 8000. כלומר, דיני החוזים האלה מטילים על המוביל סיכון גדול: זה לא רק הסיכון שאם הוא יפר והמחירים יעלו הוא יצטרך לשלם את המחיר הגבוה יותר, ומצד שני הוא לא ינה מהסיכוי שאם המחיר הוא 4000 אז הוא יצטרך או להוביל או לשלם 4000 משום שבכל מקרה ניתן יהיה לחייבו להחזיר 6000.

iii. כלומר, מטילים עלות גבוהה יותר על המוביל ← יגבה מחיר גבוה יותר מהלקוחות

← לא כדאי ללקוחות לשלם את זה בגלל הקצאת הסיכונים והסיכונים.

iv. זמירה שותף לגישה שצריך לשלם 6000. טוען, כי שמנסה לאחוז המקל בשני קצותיו

הוא המפר. אם כה מאמין בהקצאת הסיכונים החוזית, יתכבד וכבד החוזה. הוא

לא יכול להתכחש לחוזה ולהפרו, ומצד שני, להיאחז בחוזה.

1. רוב החוזים (פרט לעסקאות פיננסיות בבורסה שהם בגדר הימור) הם לא

רק, ואף לא בעיקר כלים להקצאת סיכון וסיכוי. רוב החוזים הם מסגרת

לשת"פ בין בני אדם. אם חוזים הם בראש ובראשונה מסגרת כזו, ואדם

מתכחש לחבות החוזית שלו ואינו משתף פעולה ומפר החוזה, הרי שלא

יכול להיאחז בהקצאת הסיכונים החוזית.

v. המצב המשפטי הנוהג הוא זה המשקף האינטואיציה שלנו שהיא השבה (לקחת

מהמפר ולהעביר לנפגע) של 6,000, אבל האסכולה הכלכלית גורסת שהחוק שגוי.

הטענה היא שיש עיוות באי סימטריה בהקצאת הסיכונים והסיכויים.

2. דוג' 2: אדם נכנס לחברת הובלה ומבקש לבצע עסקה, אומרים לו שזה עולה 6000. לאחר מו"מ בן

ארבע שעות נותנים לו את זה ב- 4000 ₪. אחרי שבוע, הם מבצעים ההובלה, ולאחר יומיים, כל

הצ'קים חוזרים ומרגישים עצמם פראירים. יש לציין כי ה- 6000 הוא השווי המקובל בשוק להובלה

כזאת.

a. האם יעדיפו סעד של אינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה) או ההשבה (לקחת מהמפר

ולהעביר לנפגע). האינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה) אילו החוזה קיים שווה 4000.

לא ניתן לעשות כאן השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) בעין, אז צריך לעשות השבת שווי

והוא 6000, לכן יעדיפו הגנה על אינטרס ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע).

b. האינטואיציה הרווחת שחברת ההובלה לא תוכל לתבוע יותר מ 4000 כשהאינטרס

הציפייה (אלמלא קיום החוזה) היא הגבול העליון: ממה שהם יכולים לתבוע.

c. חוזה שבו אנשים מסכימים לשלם יותר ממחיר השוק, יש לו תוקף מלא, בין אם הם ידעו

מהו מחיר השוק ובין אם לאו. השבה במקרה זה היא רק 4000, כי המוכר יכול לומר

שעובדה שלא היה מוכן לשלם יותר.

אפשר להגן על האינטואיציות הסותרות שלנו להבדיל מהמקרה הקודם :

3. בדוגמה הראשונה המוביל-מפר שגבה 6000 תמורת הובלה ששווי השוק שלה הוא 4000, התעשר

בדיוק בסכום של 6000.

4. בדוגמה השניה, הלקוח קיבל הובלה. אנחנו יודעים ששווי השוק של הובלה כזאת הוא 6000, ולכן

הנחנו שהתעשרותו היא בשיעור זה. אבל הוא עדיין יכול לטעון שזה היה שווה רק 4000, הראייה

שלא היה מוכן לשלם שקל יותר, ושעות ישב שם על הסכום, שמבחינתו – ההתעשרות שלו היא רק

4000. לכן, הטענה היא שגם במקרה השני, זה לא שאנחנו מעדיפים אינטרס הציפייה (אלמלא קיום

החוזה) על השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע), אלא שהשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע)

היא רק 4000, עובדה שלא היה מוכן לשלם יותר.

בשני המקרים, ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) היתה ספציפית. משום שבדוג' הראשונה למוביל היה 6000 ביד (ספציפי מאוד), בעוד שבמקרה 2, ההובלה העשירה אותו בסכום מוסכם שאינו יותר מ- 4000 (ואינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה) של המוביל נפגע הוא 4000; המפר יכול לטעון ששווי השוק הוא 6000, אבל בשבילו זה שווה 4000 וזה כל מה שהרוויח). זה מיישב שתי הדוג', משום שבני שהמקרים מוכנים להגן על השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) שעולה על אינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה), אלא במקרה השני ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) היא לא יותר מ- 4000.

המשך דוג' 2: הקונה שהצליח להוריד את המחיר, הוא המחיה את זכויותיו ללא הסכמת החייב (ניתן לפי חוק המחאת חיובים) לשכנו תמורת 6000 ₪; חברת ההובלה ביצעה ההובלה לשכן, והצ'ק על ה- 4000 חזר.

כאן נחשוב יותר לחייבו להשיב 6000. אם זה נכון שבמקרה זה, בניגוד למקרה בלי המחאת הזכות, אנו מחייבים המפר לשלם 6000, אז אנחנו עקביים.

- לעתים אינטרס ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) עולה על האינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה).
- האינטואיציה הרווחת היא שהדין יכול להגן על אינטרס ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) גם כשעולה על אינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה). פורמליסטים יוכלו לטעון שזה מדיני ע"ע, אבל לא כ"כ חשוב.

דוגמה נוספת: חוזה בין מזמין לבין קבלן בביצוע עבודת בנייה. התמורה המוסכמת בעד הפרויקט היא מיליון ₪. הסיבה שהקבלן שמח לעשות העסקה, זה משום שלפי תחשיבו, העלויות שלו בביצוע הפרויקט יהיו 800,000 וציפה להרוויח 200,000. הקבלן התחיל להתכונן, שכר מהנדסים וציוד והוציא 200 אש"ח כאשר הגיע מועד התשלום הראשון של המזמין. אז הסתבר שהמזמין לא משלם ולא מסוגל לשלם. המזמין מצליח להוכיח שבניגוד לתחשיב המקורי של הקבלן, אילו החוזה הזה היה מקויים ככתבו וכלשונו, הקבלן היה מוציא 1 מיליון ו- 50 אש"ח על הביצוע ובכך מפסיד את הסכום של 50 אש"ח.

- א' האינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה) של הקבלן: (-50,000).
- א' ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני): 200,000.
- א' ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע): 0 (הוא לא נתן עדיין שום דבר, פרט להכנות, ונניח שהן עולות 200 אש"ח).

במקרה הזה, אין ספק שהקבלן הנפגע יהיה מעוניין בסעד שמגן על אינטרס ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) שלו. **אם הדין מזכה הנפגע בהגנה על אינטרס ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) גם כשעולה על האינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה), הרי שהוא זכאי לפיצויים של 200 אש"ח.** אחד השופטים בעניין **מלון צוקים** חשב שאכן צריך לשלם 200 אש"ח:

- **ראוני.** משום שהמזמין – אל תדאג לרווחי הקבלן, אלא לקיים את מה שאתה רוצה, ואל תפר חד צדדית החוזה; חוזים יש לקיים. אם זה עדיף לשניכם לא לקיים החוזה, מן הסתם גם הצד השני יסכים לוותר על ביצוע החוזה שעומד להפסיד ממנו.

- **אפשרי**. מכח **ס' 10 לחוה"ת**. לפי חשין, ברגע שהחוזה הופר, ההוצאות שהוצאו על הקיום הרי הן **תלויות כנזק שגרמה לו ההפרה, ולכן יש קש"ס בין ההפרה להפסדים והוצאות אלו**. מצד הלוגיקה, מה שגרם להפסד הוא החוזה, ולא ההפרה, שכן עשה חוזה הפסד.

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

- **השופט מצא במלון צוקים נטה להסכים עם מצא בנוגע לדין הרצוי, ומשאיר בצ"ע ס' 10 לתרופות** משום שהסעיף דורש קש"ס בין ההפרה לנזק, ואין כאן כזה.
- **השופט מלץ**: אמר שלא ראוי (לא ההפרה גרמה לנזק) ואי אפשר לפסוק פיצויי הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) שהם מעבר לאינטרס הציפייה (אלמלא קיים החוזה) (דרוש קש"ס ואין).

העמדה בכל שיטות המשפט מחוץ לישראל כמו עמדתו של מלץ: אי אפשר לקבל פיצויי הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) בשל הפרת חוזה שגבוהים יותר מהאינטרס הציפייה (אלמלא קיים החוזה). כמו כן, **הנטל לשכנע שהחוזה היה חוזה הפסד מוטל על המפר**. אבל אם המפר עמד בנטל והוכיח שזה חוזה הפסד, כל שיטות המשפט אומרות שאינטרס הציפייה (אלמלא קיים החוזה) הוא גג עליון לפיצויי הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני).

- **לפי מלץ, במקרה דנן, הפיצויים שהקבלן היה זכאי להם הם בסכום של – 150,000 ש"ח. ללא פיצויים, הנפגע יהיה במינוס 200, אם יקבל פיצויים של 150, הוא ייצא במצב של מינוס 50, שזה אינטרס הציפייה (אלמלא קיים החוזה) שלו.**

פס"ד ארבוס:

1. **עובדות**: משפחה מרובת ילדים קנתה שתי דירות והחלו בתשלומים לחברה. בהסכם נקבע שמועד התשלום האחרון יהיה עם מועד מסירת המפתח. המשפחה שילמה התשלומים בזמן, וקיבלה המפתח באיחור של שנה. המשפחה תובעת על הפרשי הצמדה וריבית שיכלה לעשות עם הכסף במידה והיתה דוחה את התשלומים.

2. **נפסק**:

a. דורנר וריבלין:

- i. צריך לתת את כל המחיר לתקופה של שנה.
- ii. למרות שכל התשלומים היו אמורים לקרות לפני המסירה, בכל זאת יש תלות בין החיובים.
- iii. "כתוצאה מכך שתמורת הדירות שולמה לחברה כפי שנתחייבו הקונים, ובשל שהחברה הפרה חיובה המקביל למסור לידיהם הדירות, נשללה בפועל מהקונים הזכות להשתמש בתמורת הדירות לתקופת האיחור", לכן פסקה הריבית המקובלת. **יש קש"ס**.

אין הגנה על האינטרס הציפייה, אבל יש הגנה על ההסתמכות, כאשר איננו יודעים כמה הוא אינטרס הציפייה הוא לא פחות מההסתמכות אז נשתמש בהפסד הריבית הזה כקירוב לאינטרס הציפייה.

b. טירקל: יש כאן ע"ע, ויש לשלם בדיוק אותו דבר. **אין קש"ס**. לכן, לא מגן על אינטרס הציפייה.

ההנמקה הזאת **חשופה לביקורת** – מופיעה בפס"ד של טירקל בכך שאין קש"ס בין ההפרה לאבדן ההזדמנות להשקיע את כספי מחיר לפי הריבית, מפני שאלמלא היתה הפרה, היו משלמים אותם תשלומים בדיוק אותם מועדים. קש"ס יש בין ההפרה לזה שלא יכלו להשתמש בדירה למשך שנה: היה מגיע להם סוג של דמי שכירות על ההנאה שנה קודם, אבל את זה לא טענו. אין כאן קש"ס, לכן אין הגנה על אינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה).

הניסיון הראשון להצדיק את דורנר וריבלין: אין הגנה על האינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה), אבל יש הגנה על ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני). אמרנו שכשיש הסכמה, כאשר איננו יודעים כמה הוא אינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה), אינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה) הוא לא פחות מההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני), אז נשתמש בהפסד הריבית הזה כאמזן מינימלי לנוקי האינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה) שנגרמו לחברה. לגבי תקופת האיחור, ארבוס יכלו לעשות: לקבל הכסף, לקבל ריבית ולגור בדירה שכורה, או לקנות דירה ולגור בדירה משלהם.

- גם אם הריבית שניתן היה לקבל בתקופה הרלוונטית באופן ריאלי בהפקדה לתכנית חיסכון (5%), היתה קצת יותר גבוהה מדמי השכירות (שהם 4% לשנה) שניתן היה לקבל על דירה כזאת באותה תקופה, סביר להניח שאינטרס ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) כאן לא היה גבוה יותר מהאינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה) – בני הזוג העדיפו לא לשים הכסף בבנק ולשכור דירה, אלא לגור בדירה משלהם. לכן, זה סביר להשתמש בהסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) כקירוב לאינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה).

○ הערת שוליים זמיר: כנראה הם היו רציונליים – הנאה ממגורים בדירה שלך, גדולה יותר מעניין הכספי הישיר.

- הפסיקה כאן לפי הריבית היא מוצדקת כי זה הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) כקירוב מינימלי לאינטרס האינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה) – זה מה שהם ויתרו עליו בעסקה.

- כמו כן, אין סתירה הכרחית – גם העובדה שהם קיבלו בסופו של דבר את הדירה, לא מונעת ביחד עם קבלת הדירה, לתת להם הגנה על אינטרס ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) בשל הגנה באיחור המסירה. כלומר, הדן מאפשר שילוב הגנות על אינטרסים שונים באותו חוזה: למשל, כאשר תובעים פיצויי הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) מס' 12 ב לחוסר תו"ל במו"מ, אין סתירה הכרחית בין קיום החוזה להפרה. כל עוד הם מקבלים או את דמי השכירות על שנה שלא נהנו/ריבית – אין כפילו בין הסעדים, גם אם בסופו של דבר קיבלו הדירה.

○ פס"ד כהן נ' שמש: כאשר מוכר מאחר במסירת הממכר, ובתקופת האיחור הוא משכיר את הדירה למישהו אחר, הקונה יכול גם לקבל אכיפה של קבלת הדירה, וגם את דמי השכירות שהמוכר הפיק מאותה דירה (הגנה על אינטרס ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) + ציפייה) למרות שבסופו של דבר החוזה קיים, משום שזה על אלמנטים שונים בחוזה.

- המוכר שאיחר במסירת הממכר, חויב להוציא את דמי השכירות שקיבל על הנכס בתקופת האיחור למסירה כדי לשלם לקונה. זמיר: זה שילוב על הגנה על אינטרס ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) + האינטרס הציפייה (אלמלא קיום החוזה).

- אפשר להסתכל על דמי השכירות שהקונה היה מרוויח כהסבר למה היה מקבל את הסעד הזה, אבל זו לא הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני), אלא אינטרס הציפייה (אלמלא קוים החוזה) – העמדתו במצב לו החוזה קויים, ואז יכול היה להשכיר הדירה.
- אפשר לומר שזה גם נטילת רווחי המפר.

אילו זה היה הבסיס לפסיקת הריבית של דורנר וריבלין בארבוס, הרי שהתוצאה האופרטיבית של פסה"ד היתה שונה: היינו צריכים לקחת את כ"א מהתשלומים (למעלה מ-10), והחל מהרגע שבו היתה הפרה צפויה של חיוב המסירה, באותו רגע היתה להם זכות לעכב התשלומים, ואז לגבי כ"א מהתשלומים יש לחשב כמה ניתן היה לדחות אותו, ועל אותו סכום לתת ריבית אילו הושקע הסכום במשהו חלופי, וזה אומר שלגבי חלק מהתשלומים לא מגיעה שום ריבית, כי חלק מהתשלומים שולמו לפני שנכרת החוזה שאותם לא ניתן היה לעכב לפני ההפרה הצפויה.

מצד שני, חלק מהתשלומים זה אולי יותר משנה, מפני שפרק הזמן הכללי שם היה שנה ו-8 חודשים. אם כבר אחרי 3 חודשים מתוך תקופה זו היה ברור שיש הפרה צפויה, אז את התשלום הזה היה ניתן לדחות ליותר משנה. כלומר, **זה לא כל הסכום על שנה, אלא על תקופות שונות וחלקים שונים מהמחיר – אבל זה לא נעשה.**

זמיר: הדרך להצדיק את הפסיקה האופרטיבית של ביהמ"ש היא ע"י הכרה בקיומו של אינטרס חמישי:

אינטרס 5: שחזור השקילות החוזית

הטענה היא שהדין מגן, וראוי שיגן על ציפיית הקונים (לא אינטרס הציפייה (אלמלא קוים החוזה)) לאיזושהו יחס כרונולוגי בין כל אחד מהתשלומים לבין מועד המסירה. הם הסכימו לשלם תשלום X שנה ו-8 לפני המסירה, ו-Y שנה ו-6 לפני וכו'. יש שקילות כרונולוגית בין מועדי הקיום. **ברגע שהמסירה נדחת בשנה, יש לנפגע זכות לקבל סעד שיעמידו באותו מצב כספי שבו היה, אילו גם כל התשלומים זזו בשנה קדימה, ואז היחס הכרונולוגי בין המסירה לתשלומים היה נשאר זהה.** לפי זה, לנושה יש זכות ליחס מוסכם בין ל"ז התשלומים למועד המסירה. ברגע שהמסירה התאחרה בשנה, יש לו אינטרס הציפייה (אלמלא קוים החוזה) מוגנת בדין שהקונה יהיה באותו מצב כספי, אילו כל לוח התשלומים שלו זז בשנה קדימה, כדי לשמור על אותו יחס בין מועדי התשלומים לבין מועד המסירה. **יוצא שמגיע על כל הסכום ריבית של שנה בדיוק, שאפילו התשלומים שנעשו לפני הפרת החוזה מתאזנים.**

זמיר: זהו לא המקרה היחיד. קיימות תרופות בדין נוספות שמגנות על שחזור השקילות החוזית:

- נניח שיש חוזה לאספקת 100 טון חיטה במחיר של X לטון. המוכר מספק 76 טון במקום 100 טון. במקרה כזה, מאחר והחיטה ניתנת להפרדה לחלקים, הקונה יכול לעשות ביטול חלקי. נניח ששילם את כל המחיר, 76 טון נשארים אצלו, יכול לתבוע 24% מהמחיר, ואנו **משחזרים השקילות החוזית** ← מעמידים הקונה במצב אילו מלכתחילה היה מוסכם על ביצוע של מה שהיה בהפרה.

המשך המטרה החמישית:

שחזור השקילות החוזית

כאשר תרופה משחזרת השקילות החוזית, היא אינה מייעדת להעמיד המפר/הנפגע במצב שמי מהם היה אלמלא עשה את החוזה, וגם אינה מיועדת להעמיד מי מהם במצב בו היה אילו החוזה קיים. תרופה מיועדת לשחזר את השקילות החוזית אם היא מיועדת להנפגע במצב בו היה אילו עשה חוזה אחר, והחוזה הזה היה מקיים.

- החוזה האחר = חוזה שבו המפר לא היה נוטל על עצמו את החיובים שהוא קיבל על עצמו בחוזה המקורי, אלא חיובים שתואמים את מה שעשה במעשה – את הביצוע שלו בהפרה. כלומר, חיובים שונים – אלו שבוצעו בפועל. וגם – חיובי הנפגע היו מותאמים למה שהמפר ביצע בפועל, תוך שמירה על השקילות שהיתה בחוזה המופר המקורי.

דוגמאות:

1. **השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) בעקבות ביטול חלקי:** מבטלים את החלק היחסי שלא בוצע. כאשר חוזה ניתן להפרדה לחלקים, לפי החוק, הנפגע זכאי לבטל במקרים מסוימים רק חלק מהחוזה. נניח שהחוזה היה לאספקת 100 טון חיטה, המוכר סיפק 63 טון חיטה, המחיר היה אמור להיות 1000 ₪ לטון, הנפגע מבטל את החלק של החוזה שלא קיים שמתייחס ל- 37, ואז זכאי להשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) חלקית של מה שהוא שילם בעד ה- 37 טון. כאשר הוא מקבל את ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) החלקית בעקבות הביטול החלקי, הוא נמצא במצב בו היה אילו מלכתחילה נעשה חוזה לאספקת 63 טון ולא 100, והשקילות בין כמות החיטה לכמות הכסף היא אותה שקילות – המחיר פר טון הוא כמו בחוזה המקורי ← וזוהי שחזור השקילות החוזית. (נותנים מעבר לאינטרס הציפייה (אלמלא קיים החוזה)).

2. ניכוי:

- a. חוקים: ס' 28 לחוק המכר; ס' 29 לחוק השכירות והשאלה; ס' 24 לחוק חוזה קבלנות. מלבד שלושת סעיפים אלו, תרופת הניכוי מצויה בס' 50 לאמנה הבינ"ל בדבר מכר טובין – אמנת וינה, שנקלטה למשפטנו בחוק מ- 1999 שמעניק אותה. לעתיד לבוא, תרופת הניכוי תוסדר בתזכיר הקודקס האזרחי – ס' 498 (לתזכיר מ- 06).
- b. ספרות: הפירוש לחוק המכר/אייל זמיר, עמ' 559-586 תשכ"ח; הפירוש לחוק חוזה קבלנות/אייל זמיר, 533-548.

i. חוק הטובין היווה כבסיס לחוק התרופות, אבל השאירו אותו בחוק המכר. עם חקיקת חוק השכירות והשאלה עמדו שהיא מתאימה גם לחוזי שכירות, ולכן מוסדרת שם. בחוק חוזה קבלנות, אמרו שתרופה זו מתאימה גם לשם, ואז הסדירו אותה בס' 4 לחוק חוזה קבלנות.

(2) לנכות מן השכר, כל עוד לא תוקן הפגם, את הסכום שבו פחת שווה המלאכה או השירות עקב הפגם לעומת השכר לפי המוסכם.
--

עם ההכנה של הקודקס האזרחי, הבינו שאין סיבה טובה שתרופת הניכוי תהיה מוסדרת בדיני החוזים הספציפיים, ולכן בתזכיר היא מועברת לחלק הכללי של

תרופות. עקרונית, שופר הניסוח של תרופת הניכוי כך שכיום יותר ברור מה היא אומרת, משום שמוסדרת בשלושה סעיפים שונים עם ניסוח אחר, ולא ברור מה היא בכלל אומרת. הניסוח בתזכיר יהיה ברור יותר.

- c. **מהות תרופת הניכוי**: **עקב שווי פחת של הנכס**. ניכוי היא תרופה בשל אי התאמה של אובייקט החוזה, הממכר, המושכר והמלאכה שמפחיתה שווי האובייקט. זוהי תרופה על עצם פחיתת השווי. תרופת הניכוי אינה עוסקת בנוזקים תוצאתיים שהתגלגלו בעקבות אי ההתאמה, אלא אך ורק בפחיתת הערך של הנכס/מלאכה.
- d. נוסחת החישוב שונה מזו של פיצויים:

מחיר המוסכם = שווי השוק בעת הכריתה	שווי השוק במועד שלפיו מחשבים את הפיצויים	פגם הגורע 1/3 משווי האובייקט. מהם פיצויי הציפייה (אלמלא קויים החוזה) שהנפגע זכאי להם בכ"א מהמצבים בשל פחיתת השווי. ביחד עם הממכר הפגום יעמידו הנפגע באותו מצב חוזי שהיה אילו החוזה קויים.	ניכוי - מאפשרת להפחית התמורה המוסכמת באותו יחס שבו שווי הממכר הפגום פחת בשל אי ההתאמה. במקרה שלנו, הניכוי מאפשר לנפגע להפחית את מה שצריך לשלם בשליש.
120	90	30	40
120	120	40	40
120	150	50	40

כלומר, לפעמים שחזור שקילות חוזית נותן יותר/זהה/פחות מפיצויי ציפייה (אלמלא קויים החוזה).

הסבר עמודת ניכוי: הנפגע זכאי להפחתה יחסית של התשלום בשל אי ההתאמה, כלומר זה ניכוי מהתמורה המוסכמת בשיעור בו פחת שיווי האובי בשל אי ההתאמה. בדוג' שלנו זה שליש, בלי קשר לשאלה מה שווי האובי.

ניכוי מול השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) – ההבדל:

- **השבה** (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) בעקבות ביטול חלקי אפשרית רק כשהחוזה ניתן להפרדה לחלקים. אם התחייבתי לספק 3 מכוניות וסיפקתי רק 2 ניתן להפרדה;
- **ניכוי** - לעומת זאת, אם האובי הוא כל כולו מכונה אחת ויש פגם בה – **ביטול חלקי אינו אפשרי משום שאי אפשר להפריד לחלקים** ותרופת הניכוי מאפשרת להגיע לתוצאה דומה. כמו כן, יכול להיות שבהשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) עבר זמן לא סביר, וכאן זה לא תלוי בכך. לפעמים שחזור שקילות חוזית נותן יותר/זהה/פחות מפיצויי ציפייה (אלמלא קויים החוזה).

נתקשה למצוא בסעיפי החוק הקיימים את הנאמר לעיל, והכי קרוב הוא **ס' 9 לחוק השכירות והשאלה**. הנוסחים שונים ורובם משובשים.

תרופות בשל אי-תיקון
9. (א) לא תיקן המשכיר את הפגם תוך זמן סביר לאחר שקיבל על כך דרישה מאת השוכר, רשאי השוכר -
(1) לתקן את הפגם ולדרוש מהמשכיר החזרת הוצאותיו הסבירות;

(2) להפחית את דמי השכירות, כל עוד לא תוקן הפגם, לפי היחס שבו פחת שווי השכירות עקב הפגם לעומת שוויה לפי החוזה;

- **פס"ד לויטן נ' חנון** מ- 01.06.04: מפרשים את האמנה בדבר מכר טובין בינ"ל, לפי פירושו של זאב צלטנר.
- בתזכיר, **ס' 498** – הניכוי מהתמורה בעד הנכס או המלאכה, יחושב בהתאם לשיעור של אי ההתאמה, לעומת שווים אלמלא אי ההתאמה.

הנוסחה היחסית לניכוי: לפעמים הסיבה שבתי המשפט משתמשים בתרופת הניכוי, זה כדי להימנע מתוצאות קיצוניות. עד כה, דיברנו על מצבים בהם החוק אומר לנפגע שיוכל לבחור – בין ניכוי לבין פיצויים על פחיתת השווי. לעתים, בתי המשפט משתמשים ב**נוסחה היחסית** להמנע מקיצוניות:

- **מ' אמריקני**: החל משנות ה-70 התפתחה ה- Warranty of habitability ← החל בהלכה פסוקה ואז חקיקה שאומרת ש**משכירי (בעלי) דירות מגורים, חלה עליהם חובה חוזית שהדירה תתאים לקוד הדיור הרלוונטי** (קוד שאומר שדירות תהיינה בלי חולדות/נזילות/לא ייפול טיח מהתקרה וכד'). אלמלא זה, קודקס הדיור הרלוונטי היה מטיל סנקציות מנהליות/פליליות על כך ושזה חלק מהחוזה כי המשפט הלביש את זה על החוזה – ואם לא מתאים – סנקציות וזה קוגנטי.
 - למשל, הושכרה דירה כאשר דמי השכירות המוסכמים הם \$250 דולר לחודש. אילו הדירה היתה מתאימה לדרישות הסטטוטוריות, שווי השוק של השכירות שלה היה \$500. אחרי שהדייר נכנס לדירה, הוא ראה שיש בה כל מיני חולדות, סדקים וטיח שנופל, כאשר לפי מצבה הנוכחי, שווי השכירות החודשים שבה הוא 200. כרגע **השוכר קיבל משהו ששווה 200 לחודש**. לפי ההלכה, היה צריך לקבל משהו ששווה \$500.

▪ **הסכום שיגן על אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה) שלו: 300 (זהו ההפרש בין שווי השוק אם הכל היה בסדר, לבין השווי שקיבל אותו בפועל), אבל צריכים לעשות אחוזים מזה, ואז $200/500 = 40\%$, \$100 לחודש). שכן שווי השוק של הדירה הוא 200, ואילו היתה עומדת בסטנדרטים החקוקים, שווי השכירות היתה 500. בהסדרה קוגנטית זה לא משנה מה קורה בפועל בדירות ויש סטנדרטים ראויים. אם יחייבו המשכיר מדי חודש פיצויים של 300, השוכר יצטרך לשלם דמי שכירות של (-50) ← התרופה בהגנה על הציפייה יוצרת דמי שכירות שליליים. זה לא נראה לבתי המשפט האמריקניים ופסקו: שווי המושכר בשל אי ההתאמה הוא רק 40% ($200/500$), כלומר המחיר בפועל מול מחיר השוק) משווי של ממכר מתאים וזו הגריעה האמיתית, ולכן הסוחר ישלם - במקרה שלנו \$100 לחודש במקום 250 ובפועל זה 60%. השוכר קיבל משהו ששווה רק 40% מהחוק.**

- **מ' ישראלי**: **בלוטניק נ' שטיינהרטר** של השופט עדיאל מ- 17.04.07.
 - המחיר המוסכם לדירה היה \$290,000. שווי הדירה אלמלא הפגמים, לפי הערכת שמאי שביהמ"ש קיבל, היה \$380,000. השמאי מצא ששווי הדירה בהינתן כל ליקויי הבנייה הוא \$230,000 שהפחיתו 40% משווי הדירה. השופט עדיאל הורה שהתרופה הכספית לקונים היא הפחתה של 40% מהמחיר המוסכם, כלומר 40% מ- 290. במקרה של **חוק מכר דירות**, חוקי המכר הם קוגנטיים. אם ביהמ"ש רוצה להפחית 150,000 זה אומר שהקונה היה

מקבל את הדירה לא ב- 60% מהמחיר המוסכם, אלא בפחות מ- 50% מהמחיר המוסכם, וזה נראה לשופט לא צודק, אז הלך לנוסחה היחסית שמשחזרת את השקילות החוזית, כפי שזמיר סבור שכך היה צריך להיות. אין טענה מראש שהוסכם מראש על ליקויי הבנייה.

○ מבחינה מהותית, זה ניכוי.

○ הנוסחאות:

▪ מחיר מוסכם – A

▪ שווי האובייקט המתאים – B

▪ שווי האובייקט הפגום – C.

▪ סכום הניכוי – X:

$$\bullet \quad X = A - \frac{A * C}{B}$$

למשל, בטבלה – השורה הראשונה, סכום הניכוי הוא 120-120 כפול 80 חלקי 120 (שנותן את פחיתת השווי היחסית), אבל לא צריך את הנוסחאות.

נניח שערכנו חוזה לקניית חלקה בגודל דונם תמורת 100 אש"ח. בפועל, הסתבר ששטח החלקה הוא רק 950 מ"ר. כיצד נחשב את סכום הניכוי?

- כאשר השטח של חלקה נמוך מהמוסכם, פחיתת השווי היא לאו דווקא פרופורציונלית ליחס השטחים. יכול להיות שהפער בין חלקה של 950 מ' לחלקה של דונם יהיה יותר מ- 5%, שכן לפי תכנית המתאר יכול להיות שניתן יהיה לבנות אם המגרשים הם רק בגודל של דונם לפחות; אם ההבדל הוא רק בגודל הדשא, הפער יכול להיות פחות מ- 5%. **פס"ד שטרית נ' נוסבאום** פדי נג 3, עמ' 516.

בדוגמאות הטבלה, הפער בין המחיר המוסכם לבין שווי האובייקט במועד שלפיו מחשבים את הפיצויים, השינוי היה בגלל שינויים במחירי השוק שנשארו/עלו או ירדו. **לפעמים, יש פער כזה למרות שלא היה שום שינוי בשווי השוק** – השוק לא השתנה בכלל, אלא שהיה קונה/מוכר פראייר – ששילמו מעל/מתחת למחיר השוק. במקרים האלו, עדיין פיצויי ציפייה (אלמלא קויים החוזה) יחושבו לפי שווי השוק במועד שלפיו החוזה מקויים – בין אם עשיתי עסקה טובה/רעה. **לעומת זאת,**

אם עשיתי עסקה רעה, כלומר שווי השוק בכל התקופות הרלוונטיות היה ונותר 120, אבל הסכמתי לשלם 150 (קונה פראייר) ופגם מפחית 1/3 מערך הנכס – התרופה שאעדיף היא – ציפייה (אלמלא קויים החוזה) או שחזור שקילות?

- **ציפייה** (אלמלא קויים החוזה) תתן סכום של 40. זה במצב שהיה לו החוזה קויים, ואז היה לו נכס ששווה 120. קיבלנו נכס פגום בשיעור המפחית שלישי מערכו, כלומר הנכס שווה רק 80 (שליש מ- 120) **הם 40, ולכן סכום שווי השוק עקב הפגם יירד ל- 80), ולכן פיצויי ציפייה (אלמלא קויים החוזה) שיעמידו במצב לו היה נכס של 120 הם בשיעור של 40 (כלומר, מ- 80 מביאים ל- 120).**

- **סכום הניכוי:** 50. תרופת הניכוי מאפשרת להפחית המחיר המוסכם באותו שיעור שבו שווי הנכס פחת בשל אי ההתאמה, והוא פחת בשיעור של שלישי, לכן ניתן לנכות שלישי מהמחיר.

כלל אצבע :

שווי שוק גבוה מהמחיר המוסכם ← ציפייה, כי אז לו קויים החוזה הוא ירוויח
שווי שוק נמוך מהמחיר המוסכם ← ניכוי, כי ציפייה ייתן לו פחות כסף.

1. אם שווי השוק של האובייקט המתאים, במועד שלפיו מחשבים את פיצויי הציפייה (אלמלא קויים החוזה) גבוה יותר מהמחיר המוסכם, הרי שעדיף לתבוע ציפייה (אלמלא קויים החוזה).
2. לעומת זאת, אם שווי השוק של האובייקט במועד שמחשבים את פיצויי הציפייה (אלמלא קויים החוזה), נמוך יותר מהמחיר המוסכם, עדיף לתבוע סעד של ניכוי.
3. אם השניים שווים זה לזה, זה לא משנה.

עד כה הנחנו שהשליש נכון תמיד: אם הפגם הוריד שלישי מהשווי לפני שנה, אז גם היום הוא מוריד שלישי מהשווי. תיאורטית, ייתכן שאי ההתאמה בערכים של לפני שנה הורידה 28% מהשווי והיום מורידה 32% משום שמדובר במכונת מיובאת, ושנת הייצור לא אותו דבר, והשתנה המכס. אז, **השאלה היא איזו פרופורציה רלוונטית – שווי אוב' מתאים/פגום בעת הכריתה או בעת הקיום והחישוב הפיצויי?** מאחר ומטרת הניכוי היא שחזור שקילות חוזית בעת הכריתה, היחס הנכון הוא זה שהיה קיים בעת הכריתה.

ס' 498 ג סיפא לתזכיר: שווי הנכס / המלאכה יקבע על פי שווים בעת כריתת החוזה.

תזכורת,

1. **השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) בעקבות ביטול חלקי:** מבטלים את החלק היחסי שלא בוצע

2. **ניכוי:** עקב שווי פוחת של הנכס

3. **דחיית קיום:** שומר על השקילות החוזית במובן הכרונולוגי, ולא מגן על האינטרסים. כאשר מדובר בחיובים מקבילים או שיש בהם תלות אחרת, אם במקום למסור ביום X, מוסרים הממכר ביום X + חודשיים, הרי התשלום גם יכול להידחות עד אז, לפי **ס' 43 לחוה"ת**. זו לא הגנה על אינטרס ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני)/ציפייה (אלמלא קויים החוזה)/השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע)/נטילת רווחי המפר, אלא שמירה על השקילות החוזית במישור הכרונולוגי.

דחיית קיום	
43. (א)	המועד לקיומו של חיוב נדחה -
(1)	אם נמנע הקיום במועדו מסיבה התלויה בנושה - עד שהוסרה המניעה;
(2)	אם תנאי לקיום הוא שיקויים תחילה חיובו של הנושה - עד שקויים אותו חיוב;
(3)	אם על הצדדים לקיים חיוביהם בד בבד - כל עוד הנושה אינו מוכן לקיים את החיוב המוטל עליו.
(ב)	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 הדחייה, 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 הדחייה.

מאז אף הפיקלות החוזית

היחס בין תרופת הניכוי (עקב שווי פוחת של נכס) לתרופות אחרות:

1. **אכיפה וניכוי יילכו רק אם האכיפה חלקית,** כי באכיפה נקבל נכס שלם חדש, ואז אין מה לנכות. נניח שאני תובע אכיפה ומקבל אותה – ע"י החלפת הנכס/תיקונו – לא ניתן לקבל אכיפה וניכוי. השניים יילכו ביחד רק אם האכיפה היא חלקית. חייבנו המוכר לתקן, אבל גם אחריו יש עדיין פחיתת שווי, אז על הפחיתה שנתרה אפשר לתבוע פיצויים או ניכוי. נניח שביטלנו את החוזה כולו בשל אי ההתאמה – לא זכאי לניכוי, אלא להשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) של 100% מהמחיר.

2. **ניכוי וציפייה** (אלמלא קויים החוזה): ככל שמדובר בפחיתת הערך של האובייקט, לא ניתן לקבל את שניהם, משום שזה סעד כפול על אותה פגיעה. עם זאת, **ניתן לבחור בין ניכוי לציפייה** (אלמלא קויים החוזה) **על עצם פחיתת השווי**, ובנוסף לכל אחד מהם, אם נגמרו לי נזקים נוספים (המכונה קירטעה וזה גרם לנזק ללקוחות) אפשר לקבל פיצויים על הנזקים התוצאתיים – כלומר, **ניכוי + נזק תוצאתי**.

3. **ניכוי קיזוז**

- **ניכוי**: היא אחות של אכיפה, ביטול ופיצויים – תרופה מהותית.
- **קיזוז**: דרך לממש זכות שלי. במקרים שאתה חייב לי ואני חייב לך, ומועדי החיובים הגיעו ושניהם הבשילו, אני יכול לממש את זכותי על ידי קיזוז של חיובים נגדיים.

בניגוד למה שחושבים, **אפשר לתבוע ניכוי גם אם שילמתי את כל המחיר**. למשל, שלימתי 120 ושווי השוק ירד ל-90, אפשר לבחור בין ניכוי של 40 לפיצוי של 30, אפשר לתבוע שישלם לי 40 בתור ניכוי. **בס' 498ב'** לתזכיר החוק, כתוב שנדרש לדרוש השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) של סכום הניכוי אם שילם את הכל. הניסוח שם לא מוצלח, משום שמנסחי התזכיר סבורים שבסיס תרופת ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) הוא מניית ע"ע וכפופה לסייג הצדק, ויוצא שלפי זה – הנפגע לא יקבל מלוא סכום הניכוי כי השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) לא צודקת. השימוש בהשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) שם הוא שגוי, כי הניכוי הוא זכות מהותית שלא קשורה להשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע). לכן, זמיר סבור שהיה צריך לרשום בלי השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע).

ס' 18 לחוה"ת: במקרה של הפרה בנסיבות של סיכול, התרופות שהנפגע לא זכאי הינן אכיפה/פיצויים. לעומת זאת, לפי **ס' 18ב**, יכול לקבל השבה והסתמכות (אלמלא פגש הצד השני). עם זאת, יש שק"ד לביהמ"ש, ונקודת המוצא היא שעל הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) והשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) אפשר לקבל, גם אם ההפרה היתה בנסיבות של סיכול – בגלל מטאור למשל אפשר לקבל את המחיר, אבל לא את המכוננית.

פטור בשל אונס או סיכול החוזה

18. (א) היתה הפרת החוזה תוצאה מנסיבות שהמפר, בעת כריתת החוזה, לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן או שלא ראה ולא 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 (**לא אכיפה/פיצויים**).

(ב) במקרים האמורים בסעיף-קטן (א) רשאי בית המשפט, בין אם בוטל החוזה ובין אם לאו, לחייב כל צד **להשיב** לצד השני מה שקיבל על פי החוזה או, על פי בחירה כאמור בסעיף 9, לשלם לו את שוויו, ולחייב את המפר בשיפוי הנפגע על ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר לשם קיום החוזה, והכל אם נראה לבית המשפט צודק לעשות כן בנסיבות הענין ובמידה שנראה לו (**השבה/הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני)**).

ס' 18 לא שולל תרופת הביטול, לא שולל השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) בעקבות ביטול ולא שולל את תרופת הניכוי. אם הסיבה שבגללה קיבלתי רק 2 מכונות במקום 3 היא שנפל מטאור על המכונה השלישית, עדיין ניתן לקבל ניכוי של שליש מהמחיר, כשם שיכולים לקבל השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) בשל ביטול חלקי.

עמד על כך השופט ריבלין ב**פס"ד מרקין** 'משה פד"י נד 141: אחד היתרונות של ניכוי מלבד

פיצויי ציפייה זה שהיא תרופה שעומדת לנפגע גם בנסיבות של סיכול, בעוד שפיצויי ציפייה לא ניתן לקבל בנסיבות של סיכול.

יתרון נוסף של ניכוי: אם עוד לא שילמתי, ניתן לממש ניכוי באופן עצמאי, ולא צריך ללכת לביהמ"ש וניתן להפעילה באופן עצמאי, כמו קיזוז, כמו ביטול והשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) – כי עוד לא שילמתי (בסעיפים "רשאי לנכות" = אין צורך ללכת לביהמ"ש).

ניכוי הוא יותר מאשר קיזוז, כי ניכוי אפשר גם אם שילמנו את הכל. כאשר מדובר בתרופות שאדם מפעילן בעצמו, הוא נוטל על עצמו סיכון, כי אם יסתבר שביהמ"ש יכריע בדיעבד שניכה יותר מדי, האו ייחשב כמפר של החוזה.

4. **"הלכת" ארבוס**. הקונים קיבלו שחזור שקילות החוזית על איחור במסירת הדירה, וחוף מזה קיבלו הדירה בסוף. לא נאמרה שם מילה על "שחזור השקילות החוזית".

a. **עובדות**: המסירה התאחרה בשנה. ביהמ"ש נתן לקונים ששילמו את כל התשלומים במועדיהם סעד כספי שפחות או יותר העמיד אותם במצב שבו היו, אילו כל התשלומים שלהם כולם נדחו בשנה אחת. המסירה בפועל התאחרה בשנה, וביהמ"ש נתן דמי ריביות של דמי שימוש על 100% של המחיר לתקופת שנה. זה הרי כאילו לקחו כ"א מהתשלומים והשאירו אותם בבנק לעוד שנה וקיבלו את הריבית הריאלית הרגילה. כמו במקרה של חיובים מקבילים, השקילות המשוחזרת היא זו במישור הכרונולוגי – אותו יחס זמן בחיובי שני הצדדים.

b. **ההבדל בין זה לדחיית קיום**: התכלית זהה. העניין הוא שבארבוס, **הקונים שילמו בפועל את הכל, לכן לא יכלו לתבוע דחייה ולא היו מעוניינים בכך**. הסיבה ששילמו את הכל במועד – כי מדובר על תחילת שנות ה-80 ואינפלציה של מאות אחוזים ורצו להיפטר במהירות האפשרית ולא עיכבו אף תשלום.

c. **דרך 2**: האופן שבו שוחזרה השקילות הכרונולוגית בארבוס, זה כאילו הזיזו את כל החוזה שנה קדימה. אפשר היה לעשות זאת אחרת: אפשר היה לומר שממשיכים לראות החוזה כאילו נכרת במועד המקורי, אבל מועד המסירה המקורי היה במקום שנה ו-8, אלא שנתיים ו-8 אז היו פורשים התשלומים ברווחים גדולים יותר ← התוצאה המתמטית היתה שונה, כי זה לא היה על כולם אותו דבר, אלא על תשלומים שונים ריביות שונות.

שחזור שקילות חוזית הוא לא כלל משפטי קונקרטי, כמו שאינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה)/השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) אינם כאלה, אבל יש דרכים שונות להגן על הציפייה (אלמלא קויים החוזה): אכיפה – החלפה/תיקון; ציפייה (אלמלא קויים החוזה) – יכולים להיות מחושבים בדרכים שונות – כמה יעלה לתקן/להחליף/כמה פחיתת השווי. כ"א מ-5 התכליות שדיברנו עליהן היא איזושהי מטרה ועיקרון ולא כלל משפטי ספציפי קונקרטי שאומר בדיוק איך לחשב.

בעניין **ארבוס** (במאמר), חלק גדול מפסה"ד מוקדש לשאלה האם היתה תלות או לא בין חיובי התשלום לחיוב המסירה. לעניין שחזור השקילות החוזית זה כלל לא חשוב. למשל, 100% של המחיר היה משולם במועד הכריתה. בחוזה כזה ברור שאין תלות בין חיובי הצדדים – כי אחד הצדדים קיים את כל חיוביו במועד הכריתה. עדיין, לפי שחזור השקילות החוזית, הקונים היו זכאים לריבית על שנה על כספם, משום

שהיו מוכנים לשלם שנה ו-8 ולא שנתיים ו-8, לכן צריך להעמידם במצב שהיו מבצעים התשלום גם במועד של שנה ו-8 למסירה.

זוהי לא התערבות בתוכן החוזה, ולא יותר התערבות מאשר השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) בעקבות ביטול חלקי (מובילים הצדדים למצב שבעקבות ההפרה והתרופה זה לא מה שהסכימו. במידה מסוימת, דבקים בחוזה יותר מאשר תרופת הביטול וההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני), משום שדבקים בשקילות שהצדדים הסכימו עליה. לפי זמיר, **זו פחות התערבות קיצונית מאז התערבות בהשבה** (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) / הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) שאז הולכים לגמרי לאחור כאילו הצדדים לא עשו חוזה.

אין הסתמכות מעבר לציפייה, כי בעצם מה שמעבר לציפייה לא נגרם מהפרה, אלא מכריתת החוזה: כאשר דנו בשאלה האם ראוי לאפשר לה או האם ניתן לאפשר לנפגע לזכות בפיצויי הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) בחוזה הפסד, אמרנו שהגישה המקובלת בעולם, היא שלא. **הנפגע לא יכול לקבל הגנה על הסתמכות** (אלמלא פגש הצד השני) **מעבר לציפייה** (אלמלא קויים החוזה), משום שאם הולכים לציפייה (אלמלא קויים החוזה) זה הפסד בלי קש"ס בין ההפרה לנזק, ומה שגרם לנזק שהוא מעל לציפייה (אלמלא קויים החוזה) זו לא ההפרה, אלא הכריתתה. לכן, הדעה המקובלת בעולם היא שלא ניתן לקבל הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) מעל ציפייה (אלמלא קויים החוזה).

ניכוי יכול לעבור אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה): לעומת זאת, **אפשר לקבל תרופת הניכוי מעל אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה), ובאופן כללי – ראוי לפי זמיר, לקבל צעדים שמשחזרים שקילות חוזית גם אם זה מעבר לציפיה.** אפשר לעשות זאת גם במסגרת **ס' 10 לחוה"ת** כדרך לחשב פיצויים, כפי שעשו בארבוס. התגברות על דרישת הקש"ס: ההפרה גרמה לשיבוש השקילות החוזית. אחת התוצאות של ההפרה היא שהשקילות החוזית הכרונולוגית והיחס בין המחיר לכמות/איכות – שובשה על ידי ההפרה, ולכן ע"י שחזור השקילות החוזית, אני מתקן משהו שההפרה גרמה לו, לכן יש קש"ס.

יש מצבים ששחזור השקילות החוזית פועלת לטובת המפר.
בשיעור הבא: אכיפה.

תרופות בשל הפרת חוזה - הרצאה 5

תרופת האכיפה

הראשונה מבין שלוש התרופות בחוק התרופות. אין שום שיטת משפט שנותנת סעד בעד כל הפרה שהיא. **במבט השוואתי קיימים שלושה מודלים:**

1. **המ' האנגלו אמריקני:** נקי' המוצא שהנפגע בהפרת החוזה אינו זכאי לאכיפה, אלא לפיצויים (סעד כספי, ואכיפה זה בחריגים).

2. **המ' הגרמני:** נקודת המוצא היא הפוכה. **הנפגע זכאי לאכיפה, מלבד מקרים חריגים שעליו להסתפק בסעדים כספיים.**

3. **מודל אמצע;** המשפט הצרפתי: מחלק את כל סוגי החיובים לשתי קבוצות:

- a. אלו שבהם עקרונית ניתן לקבל תרופת אכיפה.
b. אלו שבהם עקרונית לא ניתן לקבל תרופת אכיפה.

4. המשפט הישראלי:

- a. לפני חוק התרופות: בעקבות השפעת המשפט האנגלי, המשפט הישראלי השתייך למשפט האנגלי שבו האכיפה היתה חריג. אנגלו אמריקני.
b. אחרי החוק: גרמני. **בס' 3 לחוק התרופות** אכיפה היא התרופה הראשונה והעיקרית לפי חוק התרופות והפסיקה בעקבות חוק התרופות הדגישה המהפך שהתחולל בדיני התרופות הישראליים, וזהו החידוש המרכזי החשוב בחוק התרופות.

מעבר למשפט הגרמני

הפסיקה: תרופת האכיפה היא הראשונית והעיקרית בשל הפרת חוזה.

- יש לתת את תרופת האכיפה כדבר שבשגרה, וזו צריכה להיות התרופה הרגילה השגרתית בשל הפרה.
- הפסיקה אומרת שיש לפרש **החריגים לאכיפה 3(1) – (4)3 בצמצום**.
- **נטל השכנוע לקיום אחד החריגים האלה מוטל על המפר**. אם המפר טוען שמתקיים אחד החריגים, עליו נטל השכנוע.
- הפסיקה מדגישה שאכיפה אינה עוד תרופות מן היושר – אקוויבלית, כפי שהיה הדין האנגלי, אלא **תרופה מן הדין**. כלומר, **תרופה שאינה בשק"ד של ביהמ"ש, אלא זה עניין של זכות**. לנפגע מהפרת חוזה יש זכות לקבל אכיפה.
- עצם העובדה שפיצויים הם תרופה הולמת להפרה כלשהי, זה לא שיקול כדי לשלול אכיפה.

חוקרי משפט השוואתי מראים שגם שיטות משפט שיוצאות מנק' מוצא הופכיות, בשורה התחתונה, בפרקטיקה ובמסקנות האופרטיביות עשויות מאוד להתקרב. אם הנסיבות הכלכליות, התפיסות החברתיות והמוסריות בחברות השונות הן פחות או יותר זהות, ניתן להראות שהרבה פעמים גם כשנקודות המוצא שונות, בפועל התוצאות האופרטיביות קרובות למדי.

בהקשר שלנו: אם החריגים בהיעדר אכיפה במ' האנגלי רחבים מספיק, ואם החריגים במ' הגרמני הם מספיק רחבים, ואם הם תמונת ראי אחד של השני ואם קווי הגבול תואמים האבחנות של המ' הצרפתי לסוגי חיובים שונים, קל להבין איך למרות נק' מוצא שונות, השורה התחתונה יכולה להיות קרובה ודומה.

הסיבה לחשוב שהתוצאות האופרטיביות תהיינה דומות היא ששיקולי המדיניות בכל שיטות המשפט הם די דומים באופן בסיסי, ולכן קשה להניח שבשאלות חשובות עקרוניות ההכרעות האופרטיביות אכן תהיינה מנוגדות לשיטות משפט שונות. **שקולי מדיניות בתרופות בהמשך הקורס**.

אין הבדל גדול כפי שנדמה שקיים בין הדין הישראלי אחרי החוק התרופות לזה שקדם לו:

למרות שכולם מדברים על מהפך ושינוי דרמטי, לפי זמיר – זה לא היה כה דרמטי במציאות.

השוואה בין הדין הישראלי לדין שקדם לו

1. **מקרקעין**: כאשר מדובר בעסקאות מקרקעין, הרי שבמשפט האנגלי החריג החשוב ביותר שנפגע אינו זכאי לאכיפה אלו עסקאות מקרקעין והתרופה שם היא ביצוע בעין Specific Performance כחריג לחריג זה. בדיני החוזים בישראל, רוב ההתדיינות קשורות למקרקעין. כלומר, רוב המקרים **בישראל שניתן צו אכיפה – גם באנגליה אפשר לקבל את זה**. זה לא הבדל מהותי.
2. **חיובים כספיים**: ההגדרה / התיאור של אכיפה בס' 1 לחוה"ת אומרת שאכיפה היא לרבות תשלום כספי. בכל אותם מקרים שבהם ביהמ"ש בישראל הורה לחייב לפרוע את התשלום הכספי, אין שום הבדל לעומת הדין האנגלי. הסיבה לכך היא שבמשפט האנגלי, זה בכלל לא נחשב כ- Specif. Perf. אלא תביעת DEBT לתשלום חוב, כי אין כאן עניין של ביצוע בעין, אלא עניין של תשלום כסף. **בתי המשפט האנגליים כדבר שבשגרה אוכפים תשלומים כספיים**.
3. **חיובי הימנעות**: אכיפה היא גם בצו לא תעשה. אם למשל, אדם התחייב באופן תקף שלא להתחרות במעבדו, אפשר לאכוף זאת, ואין בעיה לאכוף את זה גם באנגליה, כי זה לא SPEC PERF, אלא **INJUNCTION** צו מניעה, אותם ניתן לקבל כדבר שבשגרה במשפט האנגלי. **בחיוב להימנע מלעשות משהו**, במשפט האנגלי הנכונות לאכוף חיובים כאלה גדולה יותר מאשר המשפט הצרפתי (המצמצם יותר מהאנגלי – בו אי אפשר לאכוף לא עשייה של משהו ולא אי עשייה של משהו). חיובי הימנעות הם דבר שבשגרה במ' האנגלי.
4. **מיעוט התביעות לאכיפה**: למשל מצב היפותטי, מכלל התביעות לתרופות בשל הפרת חוזה, שיעור המקרים שבהם התרופה המבוקשת לאכיפה הוא אפסי, ונניח שבד"כ אנשים תובעים פיצויים ולא אכיפה. ככל שזה נכון, הרי שהאבחנה בין המ' הישראלי לאנגלי היא שולית. כי אם הנפגעים מלכתחילה לא מעוניינים באכיפה/לא תובעים אותה, הרי שההבדל בין המ' האנגלי לגרמני/הישראלי החדש לאנגלי הקודם הוא די מוגבל.
 - a. 99.9% מהמקרים של הפרת חוזה לא מגיעים לבתי המשפט משום שהליך שיפוטי הוא יקר. אם מדובר בצרכנים – פעמים רבות מפחדים מההליך ולא ממשמים זכויותיהם, ואם מדובר ביחסים מסחריים, מי שהולך לביהמ"ש זה נחשב ללא מכובד ויגרום לירידה בהיקף העסקאות וגם בגלל האקטיביזם השיפוטי שלא יודעים מה תהיה התוצאה הסופית. **מתוך ההפרות שמגיעות לבתי המשפט תובעים סעדים כספיים ולא אכיפה. הסיבות**:
 - a. **דין פרוצדוראלי**: עד כה דיברנו על המהותי. פרוצדוראלית, אם מגישים בקשה לאכיפת חוזה, כמעט תמיד במקביל **צריכים צו ביניים שימנע מכירת הממכר למישהו אחר**.
 - a. **חוזה קבלנות**: הקבלן התחיל העבודה והפסיק באמצע, כדי שיהיה טעם לצו האכיפה, צריך צו ביניים שיורה לו להמשיך לעבוד. למשל, **אכיפה על עובד לשעבר לא להתחרות** במעביד: בלי צו ביניים, אין שום משמעות לתביעה. אם בעוד שנתיים, ביהמ"ש יורה לעובד להפסיק לעבוד אצל המתחרה, כל הסודות והלקוחות כבר עברו. עם זאת, **הקושי הוא שבתחילת ההליך לא שמע בימ"ש והליכים משפטיים, לכן חושש לתת צו מניעה, כשזה סוגר את העסק בפועל. ביהמ"ש צריך להחליט אם לתת צו מניעה, כשכשל העובדות שיש לו זה רק תצהירים, שאלות משפטיות עוד לא הובהרו, ובאופן טבעי, בתי המשפט נוהרים מצווי ביניים,**

ובייחוד על צו שמשנה הסטטוס קוו, ועוד **נזהרים מצווים** שנותנים הסעד העיקרי **בלי דיון**.

- i. יש כללים מפורטים על שיקול מתן צו ביניים: **אם תשלום בכסף יכול להגן באופן סביר על אינטרסי התובע, הוא לא יקבל צו ביניים**. זה אחד הכללים שבדין המהותי הפסיקה אמרה שזה כבר לא שיקול דרך אכיפה.
- ii. **צווי ביניים הם עניין שבשק"ד, ללא זכות**. זרקנו מהדלת את הכלל שתרופת האכיפה היא בשק"ד – שכן הכלל נשלל בס' 3 לחוה"ת, אבל ממשיך בצווי ביניים, ומכאן שבלי צו ביניים אין חשיבות לצו המניעה הסופי, לכן זה נכנס שוב תחת כללי סעיפי הביניים.

b. **זמן**: א' התחייב למכור לב' מחשב חדש, ומפר את החוזה, וא' מקבל צו ביניים שלא ימכור המחשב לאף אחד אחר, וכעבור 3.5 מקבל צו אכיפה. במקרה זה, המחשב כבר יהיה חסר ערך. עצם העובדה ש**התדיינות משפטית לוקחת זמן משמעותי, אומרת שאכיפה היא לא תביעה פרקטית**. בגלל מיעוט התביעות לאכיפה, זה פחות משנה האם תיאורטית אפשר או לא לקבל אכיפה. למשל, חוזים לאספקה של נכסים מחלפים (שאינן חשיבות לזהות הספציפית כמו 50 טון חיטה/בטון) ← אף אחד לא תובע אכיפה של חוזים לאספקת נכסים מחלפים, משום שזה מיותר, כי פשוט אפשר לקנות תחליף. נאלצת לשלם יותר/קיבלת באיחור ← **תובעים פיצויים וכסף**.

5. **ארבעת החריגים**: סיבה אחרונה למהפך המדובר שלא התרחש – הם ארבעת החריגים לזכאות לאכיפה לפי **ס' 3 לחוה"ת**. זה נכון שבמחדל זכאי לאכיפה, אבל יש את **החריגים לשלילת אכיפה**, שהם די רחבים ומכל מקום, **מזכירים מאוד את הפסיקה האנגלית** ששללה תרופת האכיפה, כך שגם סיבה זו, המהפך המדובר ספק התרחש. בנוסף, בין תחילת שנות השבעים (תחילת המהפך) ועד היום, **גם המ' האנגלי השתנה**. למשל, נדבר על נטיית המ' הישראלי להרחיב זכותם של עובדים שפוטרו שלא כדין לקבל אכיפה – כשבאנגליה יש התפתחות דומה. כלומר, **אנחנו לא מתרחקים מאנגליה, כיוון שהולכת באותו כיוון**.
6. **הערה**: לא נטען שלא קרה כלום. שכן, היום התרופה המרכזית היום היא אכיפה.

ס' 448 לתזכיר חוק דיני ממונות: הכוונה בקודקס היא איחוד התרופות בחוזים עם הנזיקין. הפרק השני בחלק המשנה שעוסק בתרופות עוסק באכיפת החיוב – **ס' 448-451**. הזכות לאכיפה.

- **ס' 448 א'**: הנתבע זכאי לאכיפת החיוב אלא אם נתקיים אחד מאלה:

- 1-4 זה אלו של **ס' 3 לחוה"ת**.
- 5 – תרופת הפיצויים היא התרופה המתאימה **בשים לב לאופיו של החיוב** (נזיקי).

הזכות לאכיפה	
3.	הנפגע זכאי לאכיפת החוזה, זולת אם נתקיימה אחת מאלה:
(1)	החוזה אינו בר-ביצוע;
(2)	אכיפת החוזה היא כפיה לעשות, או לקבל, עבודה אישית או שירות אישי;
(3)	ביצוע צו האכיפה דורש מידה בלתי-סבירה של פיקוח מטעם בית-משפט או לשכת הוצאה לפועל;
(4)	אכיפת החוזה היא בלתי-צודקת בנסיבות הענין.

זה נשמע כמו צמצום של תרופת האכיפה במשפטנו שמקרב אותנו למשפט האנגלי. זו לא היתה כוונת המנסחים, אלא שם היתה שפיסקה 5 תעסוק בחיובים לא חוזיים – ותחול בעיקר על תרופות נזיקיות. מדוע בנזיקין אכיפה אינה התרופה המתאימה? למשל, נהיגה ברשלנות – לא תגרור צו מניעה שמנוע לנהוג ברשלנות; הוצאת לשון הרע – בגלל הרצון שלא להגביל את חוה"ב, הנטייה בנזיקין היא לאפשר לאנשים להשמיץ – ומקסימום משלמים פיצויים, ונזהרים מלתת צו מניעה נ' פרסום השמצות. אין להוציא מכלל אפשרות שבגלל איחוד החוזים והנזיקין ובגלל תוספת פס' 5 – יותר מאשר הדין ירחיב האכיפה בנזיקין, הוא יצמצם האכיפה בחוזים.

אופן האכיפה

מה שיש למחוקק לומר לגבי אופן האכיפה מצוי בהגדרה שאינה הגדרה של "אכיפה" בס' 1א לחוק שאומר מהן הדרכים השונות לאכוף. כבר ראינו שאכיפה מורחבת אצלנו מאשר SPEC PERFO באנגלי – זה גם צווי מניעה וגם חיובים כספיים. בהמשך נדון בשאלה האם / שמא התוצאה של הטכניקה החקיקתית בישראל של הרחבת מושג האכיפה גורמת לכך שהסעדים במ' האנגלי שלא היו כפופים לשיקולי צדק ושק"ד ביהמ"ש – מאחר ובישראל הוכנסו תחת אכיפה ואכיפה כפופה ל- (4)3 עם חריג הצדק, יכול להיות שיש תוצאה שיש סוגי חיובים שאפשר לקבל עליהם החזר פחות מבמ' האנגלי. שם אם אתה תובע פירעון חוק – זה לא צדק, זה לא שק"ד, וצריך לשלם. אצלנו, יש מקום לטענה שזה כפוף לסייג הצדק.

כיצד ביהמ"ש יפסוק כאשר ישנן דרכים שונות לאכוף אותו חיוב?

- נניח שהזמנו מכונית חדשה מהיבואן וקיבלנו אותה, ואז הסתבר שיש בה איזשהו פגם. שתי דרכי אכיפה באות בחשבון:
 - תיקון הפגם – ואם יש ירידת ערך – נוסף פיצויים על פחיתת השווי. זוהי הדרך שהספק יעדיף שהחווה ייאכף עליו.
 - מכונית חדשה – הקונה יעדיף זאת. שכן החווה הוא לקניית מכונית חדשה ולא מתוקנת, נא לספק בהתאם.
- חוק התרופות אינו מכריע בשאלה זו. אינו קובע מפורשות וגם לא במשתמע שאם באות בחשבון דרכי אכיפה שונות, הרי שהבחירה ביניהן נתונה לנפגע/שמא נתונה למפר. זמיר: החוק נותן שק"ד שיפוטי:
 - אם רוצים לעגן את שק"ד לביהמ"ש, אפשר לעגן אותו בס' (4)3 – אכיפה בלתי צודקת. אז אם תובעים אכיפה בדרך X, אבל יש דרך Y שמגינה על האינטרסים שלך באופן סביר, והרבה יותר זולה למפר, ניתן לומר שדרך X לא צודקת, ולכן ניתן את Y.
 - זמיר: זהו המצב – אין זכות למי מהצדדים להכתיב את אופן האכיפה, אלא עניין שביהמ"ש יכריע בו וישקול כל מיני שיקולים:
 - עלות יחסית: של כ"א מדרכי האכיפה.
 - עד כמה פיצוי כספי באמת יפצה את הנפגע על ההפרש: בשל כך שהנכס הוא לא מושלם.
 - עיסוק הספק: אם זהו חוזה בנייה, והמוכר הוא חב' בנייה, הרבה יותר זול לה לתקן בעצמה מאשר אולי לקנות תחליף.

- עד כמה ניתן ע"י תיקון לסלק אי ההתאמה: אם זה או שאקבל משהו חדש או שנקבל צל חיזור של משהו שהיינו אמורים לקבל, הצל פחות צודק לפי מה שהיית זכאי לקבל לפי החוזה.
- דיון בשאלה זו מצוי בספר "עקרון ההתאמה בקיום חוזים" עמ' 318-321.

הסייגים לתרופת האכיפה

ס' 3(1): החוזה אינו בר ביצוע

אם התחייב א' לנגן בחתונה ומכבש עבר על היד של הנגן, החוזה אינו בר ביצוע ואי אפשר לאכפו. מעבר לגרעין הטריטוריאלי הזה, לא ברור מתי החוזה באמת בר ביצוע.

פס"ד לסרסון נ' שיכון עובדים:

1. עובדות: חברת שיכון עובדים סיפקה תא לגנרטור עבור המעלית, ולא סיפקה הגנרטור. המחלוקת השנייה היתה לעניין מגדל הביטחון: לפי התקנות, כאשר בונים בניין כזה גבוה, צריך שיהיו חדרי ביטחון בכ"א מהקומות. לא נבנה מגדל ביטחון עם חדרים בכל קומה ← הקונים תבעו אכיפה.
2. נפסק: אכיפה לא תתקבל. בעצם, מגדל ביטחון זה לא דבר שניתן להוסיף אחרי הבנייה, אלא צריך להיבנות מההתחלה, ובפועל רצו להרוס את הבניין כדי שניתן יהיה לבנות אותו מחדש, וזה לפי ס' (1) לחוה"ת אינו בר ביצוע.

פס"ד פומרנץ נ' קדש

1. עובדות: חב' הבנייה סיפחה חלק מחדר המדרגות לדירות, והשכנים שכניסתם לדירה הפכה לצרה הגישו תביעת אכיפה. חברת הבניה טענה שלא ניתן להזיז את הקיר, וכל הבניין יתמוטט, לס' 3(1) לחוה"ת.
2. נפסק:

- a. השופטת בן פורת: דחתה טענה זו, אבל כשדנה בטענה, עושה זאת מכח ס' 3(4) – אין דבר כזה לא צודק, אתם הייתם צריכים לבנות את זה במקום, אז נא להתנהג בהתאם. בשני המקרים לעיל, זה לא שזה לא היה בר ביצוע, אלא מדובר היה בשאלת עלות. גם בלסרסון, היה ניתן לשכן אותם חלופית. כך שמעבר למקרה הנגן, הרבה פעמים שטוענים שאין לאכוף חוזה כי הוא לא בר ביצוע, אומרים שזה לא סביר מבחינת העלות. כשביהמ"ש נוח לו לקבל טענת המפר – עושה זאת במסגרת ס' 3(1), וכשרוצה לדחות אותה, עושה זאת מכח ס' 3(4). ביהמ"ש משחק בין הסעיפים ומשתמש במה שנשמע טוב יותר.

נניח שבעניין לסרסון ומגדל הביטחון, ביהמ"ש היה מוציא צו אכיפה, מה היה קורה אחרי פסה"ד?

- היו מגיעים לפשרה שאינה כרוכה בהריסת הבניין. לפי קוז – אם מדובר במצב שבו עלויות העסקה אפסיות או נמוכות מאוד, זה לא משנה למי הדין מקצה הזכאות, והיא תגיע למי שמעריך אותה יותר בעסקה רצונית בין הצדדים. האופן שבו המשפט מקצה זכויות Entitlement, לא קובע

בהכרח מי יחזיק בזכאות בסופו של דבר. אם עלויות העסקה הן נמוכות מספיק או נמוכות למדי, הרי שהזכאות תגיע בסופו של דבר למי שמעריך אותה יותר. ולכן, אם מתקבל על הדעת שבלסטרסון, הערך שהדיירים מייחסים למגדל הביטחון נמוך יותר מהעלות שהיתה כרוכה בבניית כל הבניין מחדש בידי שיכון עובדים, ניתן להניח שגם אם ביהמ"ש היה מוציא צו אכיפה, היו מגיעים להסכמה שהצדדים לא הורסים את הבניין, ושיכון עובדים היתה מפצה את הדיירים על מגדל הביטחון.

פומרנץ – המשך :

• בפסה"ד של בן פורת, כותבת שאם יתגלו קשיים באכיפה, יכולים הצדדים לפנות למחוזי שימנה כונס נכסים להזזת הקיר. הצדדים חזרו למחוזי, ושם השופט הפעיל לחץ רציני על הצדדים ובסופו של דבר, משפ' פומרנץ הסתפקה בפיצויים של \$10,000 והקיר נשאר. לפי הפרט – זוהי אזלת ידה של מע' המשפט; קוז – מוכיח שצדק. העלות לחברת בנייה היתה להזיז את הקיר – יותר מ- K10, ואז השכנים היו תובעים פיצויים. מאחר וכנראה K10 היו יותר ממה שפומרנץ העריכה את האין קיר, ופחות ממה שהחברה העריכה את היש קיר, אז עובדה שלמרות שהמשפט נתן צו אכיפה, הקיר נשאר במקום.

מקרה שכנראה נופל ב- (1)3 ולא ב- (4)3 : מקרים שבהם האכיפה המבוקשת היא לא חוקית. כנק' מוצא ביהמ"ש לא יורה לעשות משהו שאינו חוקי. במקום שביהמ"ש אינו מורה לעשות משהו שאינו חוקי, זה נכנס לס' (1)3 ולא (4)3. אנו מגיעים לשאלה של סעיף 3 רק אחרי שעברנו את ס' 31-30 שאומרים שחוזה בלתי חוקי הוא בטל, אבל לבתי המשפט שק"ד נרחב להקימו לתחייה. אחרי שעברנו את ס' 31 וביהמ"ש רוצה להורות על קיום החוזה, אז אנו מגיעים לס' 3 ורואים האם תרופת האכיפה היא אפשרית או לא, אבל יש הבדלים בין השאלות.

- ס' 1-30 – תוקף החוזה.
- ס' (1)3 – הפעולה הספציפית שמבקשים לאכוף. ולא באופן כללי האם החוזה לוקה באי חוקיות או לא.

לדוג': קבלן שמתחייב לעשות עבודה של סגירת מרפסת ואין היתר בנייה, והפרט תובע הקבלן בשל הפרת חוזה, ביהמ"ש לא יאכוף את זה, לפי זמיר. אם זה חוזה כללי גדול, ויש ספיח בלתי חוקי – יאמר ביהמ"ש שהחוזה הכללי חוקי, אבל טענה לסגירת המרפסת לא תתקבל.

פס"ד לוינ' לוינ' :

1. **עובדות:** הסכם גירושין, ונאמר שחוזה המזונות הוא לא חוזה ולא יציגו אותו למשפט.
2. **השופט זמיר:** את התניה שאומרת שהחוזה הוא לא חוזה, אכיפה שלה תהיה לא צודקת, ולכן אמר שלעניין ס' (4)3 זה לא רק צדק בין הצדדים, אלא שיקולי צדק מוסריים, חברתיים רחבים יותר (לא יסווג ב- (1)3)). ביהמ"ש רצה לומר שלתניה זו אין תוקף כיוון שסותרת את תקנת הציבור. לזמיר, השאלה היא של תוקף התניה, והדין הרלוונטי הוא **לדיני תקנת הציבור**, ולא תרופות כמו שנטען. מעבר לכך, יש בעיות נוספות: אם אין העדה על גמ"ד אז זה לא חוזה, כי אפשר להפוך לא חוזה לחוזה מכח תקנת הציבור. עם זאת, היתה העדה על גמ"ד בפועל.

ס' 3(2): עבודה או שירות אישיים

פסה"ד המרכזי של העליון בסוגיה של כפיית שירות אישי הוא **פס"ד צרי נ' ביה"ד הארצי לעבודה** משנת 1974.

1. **עובדות**: מישהו הועסק בחברת תרופות – צורי, במשך 26 שנה בתור משווק התרופות. היו לו שנתיים נוספות עד הפנסיה, ומפטרים אותו. הוא הגיש תביעה לביה"ד לעבודה וטען שפוטר שלכ"ד, וביקש שביה"ד יורה להחזירו עם מתן צו אכיפה. הסכסוך התקיים לפני שנכנס חוק התרופות לתוקף, אבל התייחסו ל- ס' 3(2) של שיקוף הדין הקודם שבדין האנגלי לא אוכפים חוזים לשירות אישי.

2. **נפסק**: ביה"ד לעבודה סירב לדחות התביעה על הסף. הגיע לעליון, **והעליון פסק** **אכן צדק ביהמ"ש** **שדחה על הסף את התביעה לאכיפה, מפני שלא מקבלים אכיפה של שירות אישי** – זה הדין הקודם וזה הדין כעת.

3. **המחלוקת כאן היא פוליטית אידיאולוגית**: על חלוקת הכח בין המעבידים לעובדים. זה לא מפתיע שביה"ד לעבודה בראשות ברניב היה יותר סוציאליסט מזוסמן וכהן שקיבלו הכשרתם בגרמניה. בקרב אנשי דיני העבודה היתה ביקורת על **פס"ד צרי** שמתאימים לדיני האדון ומשרת האנגליים, כי קשה לאכוף על אדון אנגלי שירותיו של משרת אישי. אבל היום, **כשהמעביד הוא חברה שבכלל לא יודע איך נראים העובדים שלו, לא צריכה להיות סיבה טובה לאכוף על המעביד להמשיך להעסיק את העובד, בהנחה שזה לא קטסטרופה בהחזירו לעבודה; כמו כן – אי אפשר להכריח את העובד לעבוד שריח של עבדות עולה ממנה**. עד היום, אין שום פס"ד של העליון שאומר שצרי מוטעה.

בשנת 1985, הונחה על שולחן הכנסת **ה"ח חוזי עבודה אישיים** ושם נאמר על אף **ס' 3(2) לתרופות**, ביה"ד לעבודה יכול לתת צו אכיפה להחזרה של עובד למקום עבודתו, בהתחשב בהשפעה של זה על היחסים במקום העבודה, פגיעה אפשרית בגורמים אחרים, אבל בכפוף לשיקולים אלו יש חריג. בין היתר, בגלל סעיף זה, ההצעה לא עברה עד היום עקב התנגדות המעבידים.

מאז חוקקו חוקים של **על אף 3(2) לתרופות ניתן להחזיר עובד שפוטר שלא כדין לעבודתו** (אחדים):

- **ס' 10(2) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה**: אם מישהו מפוטר בגלל צבע עורו/מין/דעות פוליטיות, ביהמ"ש יכול לתת צו אכיפה.

- **ס' 3 לחוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במינהל התקין)** התשנ"ז 1997: ניתן לאכוף.

כלומר, זה לא משהו שאינהרנטית לא ניתן לאכוף על המעביד, אלא משהו פוליטי.

אילו ביהמ"ש בעניין צרי רצה לפסוק אחרת, ונניח שהסכסוך היה מתגלע אחרי חקיקת הסעיף, יכול ביהמ"ש היה לפסוק אחרת:

1. יכול היה לאמץ האבחנה שאימץ ביה"ד לעבודה שאמר **ס' 3(2) חל כשאין הסכם קיבוצי**. במקרה הנדון, זה אמנם לא הוכרע, משום שזה היה עדיין הליך מקדמי – אבל **ס' 3(2)** אינו מונע אכיפה בסכסוך עבודה קיבוצי. אם ההסתדרות הגיש תביעה להחזיר מישהו לעבודה משום שפיטוריו היו בניגוד להסכם עבודה קיבוצי, מאפשרים את האכיפה.

2. **ס' 22 ב' לחוה"ת**: כשמדובר ביחסי עבודה קיבוציים, רומז לכך, שהסעיף אינו חל.

ביהמ"ש יכול היה להגיע לאותה תוצאה ולומר שזה לא אישי, שכן זה לא טיול. היום, ביהמ"ש יכול לטעון שהחברה סבלה אותו 26 שנה, ולא יכולה לא לסבול אותו שנתיים, זה שימוש בזכות שלא בדרך מקובלת ובתום לב. ביהמ"ש יכול היה להגיע לתוצאה אחרת על ידי זה שאומר שלא מחייבים את צרי לקבל את שירות התועמלן, אלא כופים רק את תשלום המשכורת, ואם זה ככה – היו משאירים אותו בפועל.

היום, אפשר היה גם להסתמך על כבוה"א.

בשיעור הבא: סיום אכיפה; ביטול והשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע).

תרופות בשל הפרת חוזה - הרצאה 6, 16.12.08

בשיעור הקודם דיברנו על האכיפה. בניגוד לפסיקה והספרות, לא ברור שנתחולל מהפך דרמטי בהיקף הזכאות והמימוש של תרופת האכיפה במשפט הישראלי. אחד הגורמים לכך הוא שורת סייגים שמונה **ס' 3** לזכאות לתרופת האכיפה.

פס"ד צרי: אילו ביהמ"ש היה רוצה לפסוק אחרת ממה שרצה, יכול היה, אבל לא רצה.

המשך אכיפת קבלת שירות

בשנים האחרונות, ביה"ד לעבודה צמצם באורח משמעותי את תחולתו של **ס' 3(2)** ואת הלכת צורי. עדיין הכלל הוא שביה"ד לא יאכוף חוזה לנתינה / קבלת שירות אישי, אבל **ביה"ד לעבודה הכיר בשורה של חריגים.**

1. **הפיטורין אינן הפרת חוזה, אלא פגיעה בזכות חוקתית של העובד:** **פס"ד מפעלי תחנות נ' יניב** וב**פס"ד הורן את ליבוביץ' נ' ההסתדרות הכללית** – בשני מקרים אלו, פוטרו האנשים על רקע פעילותם בהתאגדות של העובדים. ביה"ד לעבודה פסק שזכות ההתאגדות היא זכות יסוד חוקתית של עובד וכדי לתת הגנה אפקטיבית לזכות הזאת לא ניתן להסתפק בפיצויים, אלא יש לתת סעד אכיפה למי שפוטרו.
2. **מעביד ציבורי או מעין ציבורי:** ביהמ"ש יורה על אכיפה ולא יסתפק בסעד פיצויים. יש מחלוקת בבתי הדין לעבודה כמה אפשר למתוח מושג של גוף מעין ציבורי. **פס"ד ביבס נ' שופרסל:** התביעה היתה נגד השופרסל, ואז אמרה השופטת ברק שהוא מוכר מוצרים לכולם והוא גוף מעין ציבורי. שאר השופטים אמרו שמדובר בגוף פרטי, ולכן החריג לא יחול במקרה שופרסל.
3. **פיטורין סותרים איסור סטטוטורי:** כאשר הפיטורין מנוגדים לחוק, ביהמ"ש יכול לתת צו אכיפה לפי החריג הזה. בשיעור הקודם, הזכרנו שישנם חוקים שבאופן ספציפי נאמר שעל אף ס' 3(2) ניתן לתת צו אכיפה. **חוק שיויון הזדמנויות בעבודה, חוק הגנה על עובדים חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר מידות, חוק שכר מינימום,** אבל נוסף לחוקים אלו שקובעים מפורש חריג ל- 3(2), **יש חוקים נוספים שאוסרים פיטורין בלי לקבוע שאפשר לתת אכיפה כשמדובר בהפרת אותם חוקים.** אם **הפיטורין אינם רק הפרת חוזה, אלא הפרת איסור סטטוטורי, ניתן לתת צו אכיפה:**
 - פיטורי אישה בהיריון: לפי ההלכה לעיל, ניתן לתת אכיפה.

4. **חריג שיורי**: גם במקרים שבהם אין מדובר בפגיעה בזכות חוקתית/אין מדובר במעביד מעין ציבורי או ציבורי/הפרת איסור סטטוי, יכולים להיות מקרים שפיטורים לא יהיו סעד משביע רצון, ובאותם מקרים ניתן לתת אכיפה. זה נאמר בעניין **ביבס**, האם שופרסל היא חברה ציבורית, אבל מעבר לחריג הזה, ביה"ד הכיר בכוחו לתת סעד אכיפה, גם אם לא נופל באחד החריגים הספציפיים שנמנו קודם. יש מקרים שניתן לפחות צו ביניים שמונע פיטורין, שמכריע בהתדיינות כאלה, כפי שדיברנו, הוא שמכריע ההתדיינות.

פסיקה זו היא של **ביה"ד לעבודה ועומדת מול צרי**. בכל הנוגע לפסיקת העליון, זמיר לא מכיר פס"ד מפורש של העליון שחוזר בו מהלכת צורי, אבל יש לפחות פס"ד אחד שהעליון נתן ברכתו השקטה להתפתחויות אלו בביה"ד לעבודה.

בג"צ פלצמן נ' הרמטכ"ל מאוקי' 05:

1. **עובדות**: קצינה בקבע שביקשה לחייב את הצבא להאריך את השירות שלה. בין אנשי הקבע לצבא לא שוררים יחסי עבודה, וחיילים אינם נחשבים כעובדים של הצבא.
2. **נפסק**: ע"י השופטת פרוקצ'יה בהסכמת ברק ולוי, **ניתן לשאוב השראה מהתפתחויות דיני העבודה בשנים האחרונות**. ביהמ"ש העליון תיאר את התפתחויות בדיני העבודה בפסיקת ביה"ד לעבודה. העליון מתאר אותן בלי שום הסתייגות, וגם **ניתן צו אכיפה לפלצמן**.

גם ביהמ"ש העליון **יישר קו עם הפסיקה של ביה"ד לעבודה**. זה לא צריך להפתיע אם זוכרים את הפרט הבא: **פס"ד צרי** של העליון הפך פס"ד של ביה"ד הארצי לעבודה.

על רקע התפתחויות אלו, מה שקיים בתזכיר החוק ב**ס' 448א(2) לתזכיר דיני ממונות**, זמיר הציע לועדה לשנות הסעיף בנוגע לקבלת שירות אישי שלא התקבלה.

נניח שמרצה בבינתחומי בעל חוזה העסקה עם המרכז שמתחייב לפיהו ללמד במרכז ולא ללמד משפטים בשום מקום אחר. נניח שהמפר הפר את התחייבויותיו ומלמד במקום אחר, **האם ניתן לאכוף עליו להמשיך ללמד בבינתחומי? לא. האם ניתן לאכוף עליו לא ללמד במקומות אחרים? כן.**

- אם יאכפו על העובד לא לעבוד במקום אחר, בעקיפין, אם רוצה להתפרנס, הוא יתחייב לעבוד אצל אותו מעסיק, ובכך אנו עוקפים הרעיון שאנו לא רוצים להכריח אותו אדם לעבוד אצל אותו מעסיק.
- **פס"ד הועד הציבורי להקמת ישיבת פורת יוסף בעיר העתיקה נ' ספדיה**.

נקודת המוצא שאיסור לכפות שירותי אישי, איננו מונע למנוע מתן שירות אישי במקום אחר. החריג הוא שאם המשמעות המעשית של צו המניעה שמכריחים את העובד לעבוד אצל המעסיק, אז ביהמ"ש לא ייתן את הצו.

ההלכה הבסיסית נפסקה ב**פס"ד Lumley v. Wagner** מאמצע המאה ה-19

1. **עובדות**: עסק בזמרת אופרה. היתה חלק מתיאטרון, ששרה בתיאטרון מתחרה.

2. **ביהמ"ש האנגלי: לא יכולים למנוע ממנה לשיר, אבל כן יכולים למנוע ממנה לשיר במקומות אחרים.**

זוהי דוג' שהדין האנגלי נכון לתת צו מניעה בהיקף רחב יותר מהדין הצרפתי², למשל.

מאמר חקר את שורשיו וגולגוליו של פס"ד למלי. באמצע המאה ה-19, נשים היו מיוצגות מעט מאוד בשוק העבודה. אחד החריגים הראשיים לכך היה אמניות הבמה, וברוב התחומים האחרים לא היו נשים. תפיסת המעמד של נשים באמצע המאה ה-19 בסוגיה שנדונה באותה מקרה, היתה על רק התפיסות הכלליות של נשים באותה תקופה. **מע' היחסים בין הזמרת למנהל התיאטרון, נבחנה ע"ס אותן אמות מידה של יחסים משפחתיים, למשל, וביהמ"ש לא הסתכל על זה רק כהפרת חוזה, אלא כסוג של בגידה.** בנוסף, מצא המאמר שברוב המקרים שהיה מדובר בעובדת, בתי המשפט הפעילו את **הלכת למלי** ונתנו צו מניעה. ברוב המקרים שמדובר בעובד, לא ניתן צו אכיפה.

ס' 3(3): ביצוע צו האכיפה דורש מידה בלתי-סבירה של פיקוח מטעם בית-משפט או לשכת הוצאה לפועל;

מאמר זמיר – מידה בלתי סבירה של פיקוח. זהו שיקול מוסדי ש**לא יינתן צו אכיפה כאשר מטיל עלויות רבות על מערכת האכיפה המשפטית.** פסה"ד המרכזי שצמצם את זה הוא **אוניסון נ' דויטש** שבו ביהמ"ש אמר שלא צריך להתפעל כ"כ מהעלויות שצו האכיפה מטיל על בתי המשפט, ואפשר למנות כונס נכסים. באותו מקרה, מינו כונס נכסים ע"מ שישלים הבנייה כאשר הקבלן הפסיק לבנות. לא ברור עד כמה פסה"ד מהווה חריג אמיתי ל**ס' 3(3) משתי סיבות:**

1. בפס"ד אוניסון עצמו לא הכריחו הקבלן לבנות: מינו כונס נכסים שהשתמש בצו ובחומרים, אבל כונס הנכסים – לא ממש הכריחו הקבלן לעבוד.
2. השופטת אבנור שאלהיה זה הוחזר למחוזי לפקח על כונס הנכסים: נתבקשה להכריע בסוגיות קטנות מאוחר יותר.

ס' 3(4): אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין.

ביהמ"ש לא ייתן אכיפה אם בלתי צודקת בנסיבות העניין. **פס"ד לוינ' נ' לוינ'.** יש סוגיות שונות שמעורר הסעיף, לא ניכנס ויתר מדי.

1. מה קורה כאשר עובד או קבלן תובעים את שכרם ומזמין הקבלן מאשר שהוא הפר החוזה, אבל הצד השני היה צריך לדאוג להקטנת נזק. אילו העובד/קבלן היה מגיש תביעת פיצויים לפי **ס' 10**, ביהמ"ש היה יכול לקבל טענת הקטנת נזק ל**ס' 14**. אם התשלום היא לתשלום שכר, ס' 14 אינו רלוונטי, כי זה לא הקטנת נזק. יחד עם זאת, ניתן להניח שזו לא התנהגות סבירה.

הזכות לפיצויים	
10.	הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב הפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של הפרה.
הקטנת הנזק	
14.	אין המפר חייב בפיצויים לפי סעיפים 10, 12 ו-13 בעד נזק שהנפגע יכול היה, באמצעים סבירים, למנוע או להקטין.

² אמרנו שיש שלושה מודלים גרמני, צרפתי ואנגלי. בהקשר של מניעת אדם מלעשות בעצמו ולפעול, בדין הצרפתי בחיובי עשייה אישיים, בין אם זה לעשות ובין אם לאו – נקודת המוצא היא שאין אכיפה.

(ב) 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 התוצאות או ההתחייבויות בלתי-סבירות, חייב המפר בשיפוי כדי שיעורן הסביר בנסיבות הענין.

- a. **פס"ד אגד נ' אדלר** : ביהמ"ש במקרים כאלה יכול לשלול את התביעה של העובד לאכיפת תשלום השכר שלו בהסתכמך על **ס' 3(4)**. האכיפה במקרה כזה היא בלתי צודקת, והמשמעות שהעובד יתבע פיצויים, ולא אכיפה, ואם יתבע פיצויים, אפשר להפחית חלק מכלל הקטנת הנזק.
2. עד כמה יכול ביהמ"ש בתביעת אכיפה בין הנפגע למפר להתחשב באינטרסים של צד ג'. יש להבחין בין שני הקשרים :

a. **עסקאות נוגדות** : אדם מתחייב למכור נכס לפלוני, ואח"כ הוא עושה עסקה נוגדת לאלמוני, ומוסר הנכס לאלמוני, והשאלה האם העובדה שהקונה השני הוא אב ל- 10 ילדים שאין לו איפה לגור, בעוד שהקונה הראשון קנה הדירה להשקעה, האם זו סיבה טובה לדחות את תביעת האכיפה של הקונה הראשון. כאשר **ההתנגשות כאן היא בין דיני החוזים לדיני הקניין**, משום שבדיני הקניין יש הוראות ספציפיות לגבי עסקות נוגדות - **ס' 9 לחוק המקרקעין, וס' 12 לחוק המיטלטלין**, ובזכויות קניין, הנטיה היתה לקבוע כללים ברורים ולצמצם שיקול הדעת. (**פס"ד ורטהיימר נ' הררי, גנז**). בשימוש ב- **4(3)** ביהמ"ש מסכל הכלל הנקי בחוק המקרקעין והמיטלטלין. **בורטהיימר** עמדת ביהמ"ש שלא ישתמשו בשק"ד **4(3)** לסכל הדין המיוחד לגבי עסקאות סותרות, והלכה זו כורסמה בשנים האחרונות, אבל לא נהפכה באופן מוחלט. **בפס"ד פומרנץ** היתה דעת המיעוט של שמגר שאמר שאין לתת אכיפה. ההנמקה שלו הוא מפני שהיה שיהוי בתביעת האכיפה. מקריאת העובדות לא היה שיהוי ולא כלום – פרקי הזמן היו קצרים כולל מו"מ, אך **מה שכן היה** שבינתיים בעלי הדירה המורחבת קנו את דירתם בתום לב. הם לא נהנים מעדיפות משום שזה לא נרשם עצמם, אבל מה שרואים שם בין השורות של שמגר שהוא לא מרוצה **מהלכת ורטהיימר**, ובעצם רוצה להתחשב באינטרסים שלהם, והוא **מחפש דרך עקיפין להתייחס לצורך של ג', אז הוא משתמש בשיהוי**.

b. **בלי התנגשות קניין** : פיטורים שלא כדין שכירת מישהו אחר. אם יאכפו על המעסיק להעסקה מחדש, בפועל הנפגע מזה יהיה העובד החדש. בהקשרים אלו, הלא קנייניים ברור שהפגיעה באדם שלישי, נתפסת כשיקול לגיטימי שמקבל גושפנקא מפורשת בחקיקה. אותם ביטויים כמו **חוק חושפי שחיתות, חוק שוויון הזדמנויות שביה"ד על אף ס' 2(3)** לתת צו אכיפה, אומרים שייקח בחשבון הפגיעה האפשרית בעובדים אחרים.

ס' 4: תנאים באכיפה

תנאים באכיפה
4. בית המשפט רשאי להתנות את אכיפת החוזה בקיום חיוביו של הנפגע או בהבטחת קיומם או בתנאים אחרים המתחייבים מן החוזה לפי נסיבות הענין.

ס' 4 יכול להיות שאכיפה מסוימת היא לא צודקת – מרחיב את קשת המקרים שבהם תינתן אכיפה לס' 3.

- **פס"ד וינקלר נ' ספיר סודרי חברה לבניין**: בו היו הפרות הדדיות. ביהמ"ש אמר שיכולים לאכוף החוזה על א', בתנאי שבי' ישלם פיצויים על ההפרה שלו.
- **פס"ד המועצה המקומית נתיבות נ' ביה"ד הארצי לעבודה**: עוסק בשאלה של **אדלר נ' אגד** – האם כאשר המעסיק מפר החוזה והעובד תובע אכיפת תשלום שכרו, האם אפשר לומר שיקבל פיצויים, או שיחפש עבודה אחרת מהקטנת נזק. **עובדת שפוטר שלא כדין**, האם יכולה לתבוע כל המשכורת. הגיעו לתוצאה זהה כמו באדלר, **שאפשר להפחית את מה שתקבל באכיפה**, ועשו זאת מכח **ס' 4**. זה לא ס' 14, כי זו לא תביעת פיצויים.

הקטנת הנזק
14. (א) אין המפר חייב בפיצויים לפי סעיפים 10, 12 ו-13 בעד נזק שהנפגע יכול היה, באמצעים סבירים, למנוע או להקטין.
(ב) 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 התוצאות או ההתחייבויות בלתי-סבירות, חייב המפר בשיפוי כדי שיעורן הסביר בנסיבות הענין.

ס' 14 רלוונטי לתביעות פיצויים בלבד ולא לתביעות אכיפה

סוגיות נוספות מסעיף 4:

1. **אכיפה בקירוב**: מקרים שבהם אכיפת החוזה ככתבו וכלשונו אינה אפשרית, אבל אחד משניים:
 - a. **או** שהנפגע אומר שמוכן להסתפק **בתחליף מסוים**, היה אמור לקבל הדירה הצפונית בקומה החמישית, והמוכר הפר החוזה ומכר אותה למישהו אחר, שייתן אז את הדירה שליד.
 - b. החייב אומר שלא יכול לבצע את מה שהתחייב, אבל לפני שתובע פיצויים, ייתן משהו שהוא **כמעט זהה**. האם הנושה יכול להתעקש בדיוק מה שרוצה או שתובע פיצוי.
 - c. **בשני המקרים הנטייה היא לכיוון האפשרות להגמיש**. לפי זמיר, **אפשר לתלות מקרים אלו בתום הלב** שעלול לעתים להסכים להסכמת החוזה **בשינוי נסיבות מסוים**, או בהסתמך כאילו על התנאות האכיפה בתנאים לפי **ס' 4**.
 - d. **עם זאת, כמעט תמיד אכיפה היא תמיד באיחור, ואז תמיד בקירוב, כי זה לא בדיוק**.

תרופת הביטול

במשפט הישראלי, הפרת חוזה אינה גוררת התבטלות החוזה, אלא ההפרה מעניקה **כח לנפגע להחליט האם רוצה להשתמש בתרופת הביטול**. שימוש בתרופת הביטול הוא עצמאי ללא צורך לפנות לביהמ"ש. **אם הנפגע נתן הודעת ביטול כדין, הרי ש:**

1. **הצדדים אינם צריכים להמשיך ולקיים החוזה**. החיובים שמכאן ואילך פוקעים.
2. **חלה חובת השבה הדדית, אבל לא לגמרי סימטרית** של מה שהצדדים כבר נתנו, לפי החוזה.
3. **הנפגע זכאי לתבוע בנוסף לביטול גם פיצויים** לפי **ס' 10 ואילך לחוה"ת**.

האבחנה המרכזית שעליה מבוססים דיני הביטול היא **הפרה יסודית להפרה שאינה יסודית (ס' 6-9 לחוה"ת)**:

1. **האם אפשר לתת מיד או צריך לתת ארכה**. מה שמבדיל ביניהן הוא ארכה שניתנת בהפרה לא יסודית, והפרה יסודית מתרחשת מיד.

2. **סייג הצדק לתרופת הביטול**. לפי **ס' 7ב סיפא**, כאשר מדובר בהפרה שאינה יסודית, הרי שניתן לבטל זולת אם בנסיבות העניין היה החוזה בלתי צודק, לא תישמע שהחוזה בלתי צודק, אם המפר התנגד תוך זמן סביר. מבחן הצדק אינו חלק על הפרה יסודית.

ס' 7 ב' לחוה"ת – הזכות לביטול
(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 העניין היה ביטול החוזה בלתי-צודק; לא תישמע טענה שביטול החוזה היה בלתי-צודק אלא אם המפר התנגד לביטול תוך זמן סביר לאחר מתן הודעת הביטול.

a. **פס"ד אבו זייד נ' מקל**: בעמ' 4-413, השופט אנגלרד כתב **שייתכנו מקרים נדירים שבהם**

למרות שמדובר בהפרה יסודית, שימוש בזכות הביטול ייחשב כמנוגד לחובה להשתמש

בזכויות בדרך מקובלת ובתום לב – תקף לנסיבות חריגות יותר.

3. במקרה של חוזה שניתן להפרדה לחלקים (בעקיפין): **ביטול החוזה כולו, לעומת חלקו.**

המבחן בין הפרה יסודית להפרה שאינה יסודית קבועה ב**ס' 6 לחוה"ת**.

הגדרה
6. לענין 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 היתה סבירה בעת כריתת החוזה.

1. **שתי חלופות להפרה יסודית:**

a. **יסודיות מסתברת**: אדם סביר לא היה מתקשר בחוזה, אילו ראה מראש ההפרה ותוצאותיה.

i. גלגול קודם של הגדרה זו היא ס' 10 לחוק האחיד למכר טובין בינ"ל משנת 1964.

בנוסף, קיימת ההגדרה המצויה ב**ס' 35 לאמנת וינה 1980**.

ii. קיימים הבדלים בין שלוש ההגדרות.

iii. **מהו ההבדל המרכזי בין ההגדרה הישראלית לבין שתי ההגדרות שבאמנות**

הבינ"ל: ההבדל הבולט בין ההגדרה הישראלית לבין שתי ההגדרות האחרות הוא

שנפקד מקומו של המפר מההגדרה הישראלית. המפר נזכר בצורה מפורשת

בהגדרה מ-1964³, כל זמן שהמפר או שהיה עליו לדעת, כלומר יש גם כיצד היה

נוהג הנפגע, אבל גם נדרש לדעת כיצד היה הנפגע נהג. בהגדרה מ-1980⁴, המפר

מצוי בסיפא ← יש את מה שהמפר צפה או יכול היה לצפות בעת כריתת החוזה.

b. **יסודיות מוסכמת**: החל מהמילים או מ"הפרה שהוסכם עליה".

³ האג 1964 יוליס: המפר ידע או שהיה עליו לדעת בעת גמירת החוזה שאדם סביר במעמדו של הצד האחר לא היה מתקשר בחוזה, אילו ראה מראש ההפרה ותוצאותיה.

⁴ סעיף 25 לאמנת וינה 1980: הפרת חוזה... היא יסודית אם גורמת לצד האחר פגיעה במידה השוללת ממנו מהותית את אשר היה זכאי לצפות לו לפי החוזה, זולת אם המפר לא צפה, ואדם סביר מסוגו באותן נסיבות לא היה צופה, תוצאה כאמור.

הפרה יסודית מסתברת

פס"ד ביטון נ' פרץ:

1. עובדות: מכירה משולשת. נוצרה תגובת שרשרת, בפועל הקונה הרביעי ביטל החוזה עם ביטון, ביטון ביטל את החוזה עם פרץ (השני במס' החוזים), שחתם עם כליף, וביטון לא היה מוכן לקבל את הכסף שפרץ הציעו באיחור של שבעה ימים.
2. השאלה המשפטית: ביטון טענו שהם היו זכאים להפר החוזה מיד, משום שהיה מדובר בהפרה יסודית. פרץ אמר שאיחור ימים אחדים בתשלום אינו בבחינת הפרה יסודית.
 - a. טענתו המרכזית של פרץ היתה שכאשר עשינו את החוזה עם ביטון ב- 17 במרץ, לא יכול היה לנחש שכעבור שבועיים ב- 1 באפריל, שביטון יתחייב התחייבות מוזרה להעביר הכסף אחרי יום.
 - b. היתה תחושה לביהמ"ש שביטון לא התווכח מספיק עם גבאי, וחשבו שמפני שמדובר בגיסו (נשים בצד).
3. העליון היה צריך להתמודד עם טענת פרץ שלא יכלו לדעת שבגלל איחור כמה ימים בתשלום ביטון יאבד דירתו הישנה, ויישאר בלי החדשה.
4. הבעיה היא שאם קוראים את **ס' 6 לחוה"ת** (הגדרת הפרה יסודית): מדובר כאן בהפרה שניתן לגבייה שביטון סביר לא היה מתקשר באותו חוזה, אילו ראה מראש ההפרה ותוצאותיה. אילו ביטון היה רואה מראש ההפרה ותוצאותיה וא לא היה מתקשר בחוזה הזה.
5. ביהמ"ש העליון עם כל חמשת השופטים בע"א והד"נ, **רצו לפסוק לטובת פרץ**. אבל היתה להם בעיה עם נוסח הסעיף משום **שהביטון הסביר לא ראה מראש ההפרה ותוצאותיה, זו לא הפרה יסודית**. השופטים העלו תכסיסים פרשניים:
 - a. **לשים את המשקל על המילה "ותוצאותיה"** וזה לא כולל התוצאה שקרתה כאן: חיים כהן בדיון הנוסף ש"ותוצאותיה" זו רק תוצאה **טבעית**. שמגר בדיון הנוסף אמר על כך שאלו תוצאות **מסתברות** רגילות.
 - b. **להדגיש את מועד הראייה מראש**: זה היה הנימוק של ברנזון וע"א והשופטים ויתקון וחיים כהן בד"נ – הם אמרו שניתן להניח לגביה שאדם סביר אינו נביא. האדם הסביר בכריתת חוזה בין פרץ לביטון ב- 17 במרץ, לא יכול היה לקחת בחשבון שכעבור שבועיים ביטון יתקשר בחוזה עם גבאי ויקבל על עצמו להעביר הכסף תוך יום.
 - c. **הדגשת ההבדל בין הנפגע הספציפי לבין האדם הסביר**. גם אם ביטון עצמו צפה / תכנן להתקשר בעוד שבועיים בחוזה עם גבאי, אולי אפילו היתה לו טיוטה, האדם הסביר לא יודע על זה. ביטון עצמו אולי ידע על זה, אבל האדם הסביר בנעלי ביטון לא בהכרח יודע את זה.
 - d. **כל שלושת הנימוקים לעיל בלתי משכנעים**:
 - i. **האם הסביר הברור בסי 6** ברור שזה לא אדם שעומד בצד, אלא **אדם סביר בנעלי הנפגע**, כי הוא זה שלא היה מתקשר בחוזה אילו ראה מראש ההפרה ותוצאותיה.

ii. תמיד כאשר הדין מוכן להסתפק בצפייה מיוחסת, אדם סביר היה עליו לצפות, קל וחומר שצפייה בפועל מספקת. **אם יש ידיעה ממש, אז זה קל וחומר שזה מספיק,** ואז לא ישנה לנו אם היה עליו לדעת.

iii. גם האבחנה בין התוצאות הקונקרטיות לרגילות/סבירות/מסתברות אינה הגיונית. למשל, **מה היה קורה לפי היגיון ביהמ"ש,** אילו לפני כריתת החוזה בין פרץ לביטון, היו ביטון באים לפרץ ואומרים שלפי ס' מסוים בחוזה, אתה חייב לשלם K50 ביום X שייקח בחשבון שהולכים ע"ס להתקשר עם גיסם, ומתכוונים להתחייב את הכסף הזה להעביר לגיס יום אחד אחרי, ואם לא ישלם בזמן, הגיס יבטל החוזה מיד ויושלכו לרחוב. **אם אז פרץ היה אומר שנושא באחריות, אז היו פוסקים בדיוק ההפך.** כך שהשאלה **לא היתה מועד מוקדם/מאוחר/אדם סביר או הנפגע עצמו.**

6. **הבעיה:** **המפר לא ידע, ולא יכול היה לדעת המשמעות הקריטית של הקיום המדוקדק,** ולכן זה לא הוגן כלפיו שעכשיו אומרים לו שאיחור של תשלום בחלק מהמחיר ב- 7 ימים, והנפגע יכול לבטל את החוזה.

7. הדרך היחידה לצאת **מהבעיה שמקורה בניסוח ס' 6 לחוה"ת,** היא להשלים את מה שהלך לאיבוד, משום שבהגדרה של ס' 6, בניגוד להגדרה הקודמת, **ששכחו את נקודת המפר** בהגדרה ונקודת מבטו; הפתרון לא תחת "תוצאותיה", או נק' המבט של "האדם הסביר".

8. **נפסק:**

a. השופט ברנזון בעמ' 370 בע"א, והשופט ויתקון בעמ' 385 בדיון נוסף, אומרים **שלמרות**

לשונות של ס' 6, כדי שתהיה הפרה יסודית נדרש גם שהמפר יכול היה לדעת שמדובר

בהפרה שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה, אילו ראה מראש אותה או תוצאותיה.

ויתקון מציע לבסס את זה על עקרון תום הלב.

b. בין 65 ל- 69 הלך המפר לאיבוד. הבעיה טמונה בניסוח ס' 6.

זהו ההבדל הראשי בין ההגדרה הישראלית להגדרה באמנות הבינ"ל.

מהו ההבדל המרכזי בין ההגדרה באמנת וינה לבין שתי ההגדרות הקודמות (64 וזו המחוקק הישראלי)

1. במקום המבחן ההיפותטי האם אדם סביר היה מתקשר בחוזה אילו ראה מראש ההפרה ותוצאותיה – התשובה לה מאוד מניפולטיבית, **שואלים על המהותיות – עד כמה ההפרה היא מהותית במה שהחוזה נתן.**

2. **מהותיות עדיפה על המבחן העדיף של האדם הסביר.** מבחן האדם הסביר הוא היפותטי ואפשר לטעון שהוא **תמיד מתקיים ושהוא אף פעם לא מתקיים.**

a. **תמיד מתקיים:** כל אדם יכול לומר מפני שעשה החוזה, עשה אותו ע"מ שיקויים, אם היה יודע שהחוזה יופר, או שלא היה נכרת, או שהיה משנה.

b. **אין כמעט הפרות שאדם לא היה מתקשר בחוזה אילו ראה אותן:** למשל, השיפוצניק לא מבצע השיפוץ בזמן, וברור שהיו מתקשרים גם עם אחר, משום שכל השיפוצניקים מאחרים

בישראל. מחקרים אמפיריים מלמדים שאנשים לא מפוצצים עסקאות. אנשים חיים עם ההפרות, משום שהם רוצים גם התחשבות של הצד השני. אני מגלה גמישות כלפיך משום שגם אני אמור להיתקל בקשיים, ואם יש בעיה, תמיד אפשר לתבוע פיצויים. באופן זה, אפשר לטעון, שאין כמעט הפרה שלא מתקשרים, אבל ברור שהיו מתקשרים בפועל. לכן, מבחן מהותיות הפגיעה בס' 25 לאמנת וינה מוצלח יותר.

בהשוואה בין שלוש ההגדרות, **ההגדרה הישראלית היא הגרועה ביותר** :

- כמו ההגדרה מ-1964, היא מסתבכת בשאלה ההיפותטית האם הנפגע היה מתקשר בחוזה אילו ראה מראש ההפרה ותוצאותיה.
- הלך לאיבוד המפר. ככל שמדובר ב**תזכיר קובץ דיני ממונות**, בסיבוב הראשון של הועדה, הועדה אישרה להשאיר ס' 6 כמו שהוא, ובסיבוב השני, אומץ ס' 444 לתזכיר שמתקנת את שני הליקויים והולכת בעקבות אמנת וינה.

לסיכום

כאשר מסתכלים על הפסיקה, רואים שלאמיתו של דבר, השאלה שביהמ"ש שואל עצמו היא לא האם הנפגע היה מתקשר בחוזה אילו ראה מראש ההפרה ותוצאותיה, אלא האם מוצדק או לא לאפשר ביטול מיידי של החוזה בנסיבות אלה. כלומר, אנו יודעים איפה החץ צריך לפגוע, והבעיה היא המטרה סביבו. הדגמה לכך ניתן למצוא בשאלת **פרץ נ' ביטון** והיא אימתי איחור בתשלום של המחיר או חלק ממנו ייחשב כהפרה יסודית.

1. **כיצד הענקת כח ביטול מיידי תשפיע על מוסר התשלומים הירוד במדינת ישראל** : שיקול תוצאתי.
2. **מה גרם לעיכוב, האם באשמת החייב או נסיבות שלא תלויות בו כהוגנות ואשם המפר**. הוגנות 1.
3. **עד כמה האיחור פגע בנפגע**. הוגנות 2. יכול להיות שנגרמה לו פגיעה חמורה, ויכול להיות שזניחה.
4. **עד כמה פיצויים על האיחור יכולים לתת הגנה אפקטיבית לאינטרסים של הנפגע**. אם פיצויים כספיים יכולים לתת הגנה אפקטיבית לאינטרסי הנפגע, נהסס להגדיר ההגדרה כיסודית, בעוד שבמקרים אחרים נפרשה כיסודית.
5. **שיקול מוסדי שמא נפסוק שאיחור בתשלום אינו הפרה יסודית, זה יפורש שביהמ"ש הישראלי נותן לגיטימציה להפרות חוזים**.

כל השיקולים הללו מתייחסים לשאלה האם לתת או לא לתת כח ביטול מיידי לנפגע בשל איחור בתשלום. הוספת השאלה באמצע, **האם הנפגע הסביר היה מתקשר בחוזה אילו ראה מראש ההפרה ותוצאותיה**, לא מקדמת הדיון בכלל ודי מיותרת.

בשיעור הבא : תרופת הביטול.

תרופות בשל הפרת חוזה - הרצאה 7

בשיעור הקודם דיברנו על אבחנה בין הפרה יסודית ללא יסודית. בשלב הראשון, התמקדנו בחלופה של **יסודיות מצטברת להבדיל ממוסכמת** והצבענו על בעייתיות ההגדרה הישראלית, על רקע תולדות החקיקה,

וראינו את הבעייתיות שבהגדרות השונות. הזכרנו את ההצעה של המשלחת ההולנדית לקבוע ש**הפרה יסודית מצדיקה ביטול מיידית ללא צורך בארכה**, ולפי זמיר, **זוהי השאלה שבאמת מעסיקה את ביהמ"ש בסיווג הפרה**, ולא השאלה האם ניתן להניח לגבי הפרה שאדם סביר לא היה מתקשר בחוזה אילו ראה מראש ההפרה ותוצאותיה, אלא האם ראוי לאפשר ביטול מיידית בשל אותה הפרה. דיברנו על **שיקולים בפסיקה** – הוגנות; תוצאתיים ← מכוונים לשאלה האם ראוי או לא לאפשר ביטול מיידית, ולאו דווקא האם ניתן להניח את הנחת האדם הסביר.

הדגמנו זאת באיך לסווג איחור בתשלום: של חלק מהמחיר או חלק משמעותי מהמחיר, ראוי להיות מסווג בהפרה יסודית.

לגוף השאלה,

האם איחור בתשלום ייחשב להפרה יסודית?

הפסיקה התחבטה בשתי שאלות:

1. **האם הפרת ימים אחדים בהיעדר נסיבות לכאן או לכאן היא הפרה יסודית**. השופט ברנזון בפס"ד

הרשקו נ' וכטר סבר שכן – איחור מס' של כמה ימים זו הפרה יסודית שאדם סביר לא היה מתקשר בחוזה אילו ראה אותה, שראוי לאפשר ביטול מיידית של החוזה. זו אינה הדעה הרווחת בפסיקה. **ההלכה: איחור של כמה ימים בתשלום אינו מהווה הפרה יסודית**, זו היתה דעתם של חיים כהן ובן פורת בפס"ד **הרשקו**. שניהם, חזרו על זה בפס"ד **גולן נ' פרקש**, ועוד פס"דים שחזרו על העמדה הזאת.

2. **בהנחה שאומרים שאיחור של ימים אחדים אינו הפרה יסודית, האם עצם חלוף הזמן (לשבועות**

וחודשים), בשלב מסוים הפרה לא יסודית תהפוך ליסודית. בפס"ד **הרשקו וגולן**, השופטת בן פורת סברה שלא – **איחור לעולם יישאר הפרה לא יסודית**. הנמקתה היתה לוגית:

a. ההבדל בין יסודית ללא יסודית, **שבהפרה לא יסודית יש צורך בארכה לפני ביטול**. אם נפסוק שעצם חלוף הזמן יהפוך ההפרה ליסודית, **ויאפשר ביטול ללא מתן ארכה**, הרי שסיכלנו את כוונת המחוקק שבהפרה **לא יסודית תנתן ארכה**. יוצא שהנפגע לא צריך לעשות כלום לביטול החוזה – פשוט חיכה. לפי **ס' לב רישא** הפרה לא יסודית, הנפגע צריך לתת ארכה ולהודיע למפר שהפר חוזה, ועשוי לבטל את החוזה. אם אנחנו אומרים שעצם חלוף הזמן עשוי להפוך ההפרה הלא יסודית ליסודית, הרי שהוא לא צריך לתת ארכה וזהו סיכול כוונת המחוקק.

(ב) היתה הפרת החוזה לא-יסודית, זכאי הנפגע לבטל את החוזה לאחר שנתן תחילה למפר ארכה לקיומו והחזרה 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.

b. **רוב הפסיקה והמלומדים אינם מקבלים עמדתה של בן פורת**: השופט לנדוי ב**הרשקו**.

גורסים, **יש הפרות שהן יסודיות מהשניה הראשונה**. אם התחייבנו למסור משהו והשמדנו

אותו, ברור שזוהי הפרה מהשניה הראשונה. לצידן, **יש הפרות שלעולם לא תהפוכנה להיות**


יסודיות – למשל אם צריך לספק 50 טון וסיפקו 49.5 זו הפרה לא יסודית לכל אורך

התהליך. כך שהשאלה מתחדדת לגבי סוג מסוים של הפרות, כאשר מדובר באיחור בקיום

של חיוב מרכזי שעדיין ניתן לבצעו. לגבי הפרות כאלה, זמיר מניח, שבהתחלה זה אפילו לא הפרה, ובהתחלה זה נכנס לעקרון תום הלב. בשלב מאוחר יותר, הופך ללא יסודית ואז ליסודית. **התשובה לבן פורת** שאפילו במקרים המיוחדים הללו, **הניתוח המוצע איננו מייטר בהכרח הצורך בארכה ועדיין יש לה משמעות.**

c. **נניח שאיחור של חודש ומעלה נחשב להפרה יסודית.** לאחר יומיים של איחור, לפי זמיר, יוכל הנפגע לתת ארכה של 10 ימים (סבירה), ואם אחריהם, יוכל אחרי 12 יום ממועד המסירה המוסכם לבטל החוזה לאחר מתן ארכה. אם לא ייתן ארכה, הוא לא יוכל להמתין 12 יום, אלא חודש. כך שזה לא בהכרח נכון שהפירוש המקובל יותר שולל נפקות מהצורך לתת ארכה לפני הפרה של איחור בקיום של חיוב מרכזי. **הקטנת נזק רלוונטי לפיצויים בלבד ולא לביטול.**

d. אין מקום לחשש שאדם יוכל להמתין שנתיים ואז יבטל בשל הפרה יסודית משני טעמים:

- i. **ס' 8 – זמן סביר,**
 - ii. **אולם כשניתנה ארכה – תוך זמן סביר לאחר שחלפה ארכה.** אם חלף, זמן סביר, כח הביטול אובד. עדיין הנפגע יכול לחדש הביטול אם בהתנהגותו לא היה משום ביטול או הסכמה משתמעת לביטול תנאי החוזה, הרי שצריך לתת ארכה נוספת – **פס"ד מרגליות, מפעלי ברוך שמיר, אבו זייד, שיכון ופיתוח נ' עיריית מעלה אדומים** .
- e. עמדת טירקל: (דעת מיעוט) **בפס"ד מעלה אדומים** – אפשר לתת ארכה שתאריך הזמן **הסביר לביטול, ובלבד שהארכה ניתנה בתוך הזמן הסביר שבו עדיין אפשר היה לבטל.**
- f. בפרקטיקה, בד"כ נותנים ארכה, ולעתים סיכון הביטול כן נלקח. בסכסוכים – ביהמ"ש יפסוק אם זה זמן סביר או לא.

עד כאן להפרה יסודית מסתברת.

הפרה יסודית מוסכמת

מה ההבדל בין ההגדרה של יסודיות מוסכמת בס' 6 לבין הגדרה של יסודיות מוסכמת שנכללה בשתי הצעות שקדמו לס' 6:

- לא הבחינו בין תניות גורפות לאלו שאינן גורפות. בכל מקרה, תנייה שהופכת הפרות ליסודיות היתה צריכה לעמוד במבחן סבירות, בעוד שלפי ס' 6 רק אם מדובר בתניה גורפת, צריכה לעבוד במבחן סבירות. מצד שני, **להפרות גורפות**, הדין מחמיר יותר מאשר הצעות החוק.
- **תניות גורפות:**
 - גם לפי הצעות החוק כפופות למבחן סבירות. לפי החוק, לא.
 - תניות שאינן גורפות – קודם כפופות למבחן סבירות והיום לא.
 - **ס' 6:** נקי המוצא היא שלתניה גורפת אין תוקף, אלא אם היתה סבירה בכריתת חוזה. כלומר, מי שהכניס תניה גורפת ורוצה להסתמך עליה, הנטל עליו שלמרות שהיתה גורפת זה היה סביר להכניסה, בעוד שלפי הצעות החוק, כל תניית יסודיות היתה כפופה למבחן

הסבירות, אבל לא היתה הנחה של היעדר/לא היתה הנחה מודגשת של היעדר תוקף (מה שמודגש ב"אלא אם" של החוק).

בהצעות החוק לא היתה הדגשה של הנחת המוצא שהסכמה על יסודיות היא בלתי סבירה. לעומת זאת, בחוק ככל המדובר בתניות גורפות, יש הדגשה רבה של נק' המוצא שתניה גורפת היא בלתי סבירה, אלא אם כן יראו שהיתה סבירה בעת כריתת החוזה. בחוק יש הנחה גורפת שאין תוקף. מבחינת התחולה והפיקוח, **הצעות החוק מפקחות על יותר תניות, גם אלו שאינן גורפות, כך שגם מבחינת הפגיעה בחופש החוזים, **ההצעות פוגעות יותר בחופש החוזים**, כי לפי החוק, צריך שהתניה תהיה פחות לא גורפת ואז לא תהיה כפופה למבחן הסבירות. הנוסח היותר פטרנליסטי הוא של הצעות החוק, ששם כל תניית שיפוט היתה כפופה לפיקוח שיפוטי, בעוד שכאן בחוק זה רק תניות גורפות.**

בעוד שלפי הצעות החוק, המחוקק אינו סומך על שק"ד המתקשרים, ולכן בכל מקרה רוצה לבדוק שזה היה סביר, בחוק עצמו, הפיקוח הוא יותר על הפרוצדורה. אם רוצים להסכים על טענות יסודיות – יש לתת את הדעת על כל הפרה – ביהמ"ש לא מתערב, אבל **אם מדובר בס' 754 שאומר שכל הפרה של חיוב מחיובי הקונה תיחשב כיסודית – ביהמ"ש לא ייתן לזה תוקף**, מתוך הנחה שאנשים לא יהיו מודעים לסעיף זה. כלומר, יש יותר פיקוח על הוגנות החוזה בהצעות החוק מאשר בחוק עצמו. בחוק עצמו יש יותר התמקדות בצדק פרוצדוראלי של ההתקשרות, לעומת צדק של תוכן התניות.

- **יש חיסרון במבחן הגורפות שלא ברור מהי תניה גורפת.** אם כתוב ליד כל סעיף שהוא הפרה יסודית, זה פחות גורף לפי זמיר, מאשר סעיף אחד שמתייחס לכל הפרות הקונה בחוזה. השאלה איפה ביהמ"ש ירצה לשים הגבול אינה ברורה, ובעצם אם ביהמ"ש ירצה מספיק, אפשר לטעון כמעט כל תניה שהיא גורפת.
 - למשל, כל איחור בתשלום או חלק ממנו ייחשב להפרה יסודית: אפשר להגיד שלא גורף, אבל אפשר לומר שאין הבדל בין תשלום של 1 ש"ח ל- 50 אש"ח. שופט יצירתי מספיק, כמעט על כל תניה יוכל לנסות לטעון שהיא גורפת ובכך להכניסה לפיקוח של **סעיף 6** ומבחן הסבירות.
- **ברור שגם אם תניה אינה יסודית מכח יסודיות מוסכמת, היא עדיין יכולה להיות יסודית מכח יסודיות מסתברת (פס"ד שלום נ' מוטה** – גם אם אין תוקף לתניה גורפת שהגדירה הפרה X כיסודית, עדיין הפרה X יכולה להיות יסודית מכח המבחן של יסודיות מסתברת).

היחס בין יסודיות ההפרה לתיקון ההפרה

לכאורה, היחס הוא חד סטרי. אם ההפרה היא יסודית אין צורך לתת הזדמנות לתקן, ואם לא יסודית – יש צורך לתת הזדמנות לתקן. לפי זמיר, **הדין הרצוי הוא שהקשר בין יסודיות ההפרה לבין האפשרות לתקן הוא קשר דו סטרי ולא חד סטרי**, או לפחות חלקית.

- **נניח שמדובר בהפרה שהיא לא יסודית**, אבל ברור שאין מה לעשות לגביה, ז"א, התחייבנו לספק 18 עגלים מסוימים, ואחד מהם מת. נניח שזו לא הפרה יסודית, אבל אין מה לעשות. **הדעה המקובלת שבמקרה כזה אין צורך לתת ארכה כי לא תועיל לשום דבר.** השוואת מקרה כזה להפרה יסודית אינה מלאה.

- **סייג הצדק לאכיפה**: אם נאמר שמות העגל זו הפרה לא יסודית, אז אין צורך בארכה, אבל השאלה אם המפר יתנגד בזמן לביטול ביהמ"ש עשוי לומר שהביטול בנסיבות העניין אינו צודק.
- **מקרה משלים**: נניח שמדובר בקיום שהוא באופן דרסטי שונה מהמוסכם. היבואן התחייב לספק טויוטה קאמרי וסיפק קורולה והנפגע רוצה לבטל את החוזה (כי אין לו כסף) וטוען שזו הפרה יסודית ומבטל. היבואן: אם היה יודע, היה מחליף את זה תוך יום, ופשוט מדובר בטעות.
- בעיה איך מיישבים עם ס' 6: להפרה יסודית צריך שתי דרישות – עצם הפער הוא מספיק גדול; פרק הזמן שיידרש לתיקון גם הוא יהווה הפרה יסודית. אם זה רק יומיים, ולקונה היומיים לא משנים, הרי שזו לא צריכה להיחשב כהפרה יסודית.

הגדרה

6. לענין 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 היתה סבירה בעת כריתת החוזה.

- **באמנות בדבר מכר טובין בינ"ל** נתנו הדעת למקרה זה: כלל ספציפי שאומר שאי התאמה של הממכר הניתנת לתיקון תהווה יסודית רק אם מתקיימים שני תנאים:
 - ההפרה כשלעצמה היא יסודית.
 - האיחור לתיקון הוא כשלעצמו הפרה יסודית.
- אפשר להתגבר על זה במשפטנו באמצעות עקרון תום הלב, או פרשנות תכליתית של הסעיף. ניתן היה גם לטעון את הטענה – כי כתוב "ראה מראש ההפרה ותוצאותיה ולא היה מתקשר" – ואפשר לטעון שתוצאותיה של יומיים בקורולה, או ליסוע בקורולה באיחור של יומיים, אפשר להניח ובעצם זה מניח המבוקש. כך שיש שתי גרסאות בעצם.
- **פס"ד צמנטכל** – אוביטר – אם ניתן מתוך נכונות לתקן, אפשר לשלול את הביטול, תהיה כפופה לעקרון תום הלב, בעקבות אנגלרד באבו זייד).
- זוהי דוגמה נוספת לרמת ההפשטה הגבוהה של חוק התרופות שמכניסות שאלות שאילו החוק היה מפורט יותר, התשובות היו בתוכו בצורה ברורה יותר.

דרך הביטול

דרך הביטול

8. ביטול החוזה יהיה בהודעת הנפגע למפר תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על ההפרה; אולם במקרה האמור בסעיף 7(ב) ובכל מקרה אחר שהנפגע נתן למפר תחילה ארכה לקיום החוזה - תוך זמן סביר לאחר שחלפה הארכה.

- מתן הודעה תוך זמן סביר, ואם ניתנה ארכה (הפרה לא יסודית), ובכל מקרה, זמן סביר מיום שנודע על ההפרה או מיום שתמה הארכה.
- הנתינה של הודעת ארכה או הודעת ביטול איננה חובה. הנפגע איננו חייב לתת הודעת ביטול באופן או בזמן כלשהו, כי מדובר כך בנטלים להבדיל מחיוב:
- העולם מכיל **חיובים** אותם חייבים לעשות – באמצעות חוזה / החוק, ואם לא נעשה יש תרופות / סעדים נגד. כשזה חיוב מזכות.
- **נטלים** – דבר שצריך לעשותו כתנאי לזכייה באיזשהו יתרון משפטי. למשל, הכלל שלפיו יש להגיש תביעה בתוך תקופת ההתיישנות. נניח שחלפה התקופה ולא הגשנו התביעה. הנתבע לא יכול לתבוע

כעת פיצויים בשל כך שלא הגשנו התביעה בתוך תקופת ההתיישנות, אלא פשוט יבקש שהתביעה תימחק על הסף וכך יהיה. **נטל זה דבר שצריך לעשותו כדי שלי יהיה טוב, ולא לצד השני – צריכים לעמוד בנטל כדי לזכות ביתרון.** צריך להגיש התביעה במועד, ובמקרה שלנו – **צריך לתת הודעת ביטול בזמן כי אם לא, נפסיד זכויות.**

○ הקטנת נזק היא דוג' לנזק מסיבות שלא נרחיב.

הכללים של חוק התרופות מלכתחילה אקס אנטה, נראים מאוד רצויים, במיוחד בהשוואה לחלופות ← בשיטות משפט, התנערות של אחד הצדדים מהחוזה באופן בוטה וברור, משחררת אחד הצדדים מהחוזה. זה לא הדין בישראל. לפי הדין בישראל, **ההפרה רק מקימה לנפגע כח לנפגע לבטל, והחוזה לא פוקע מעצמו.** מראש, זה נראה הסדר ראוי:

1. נותן הכח לנפגע שיכול או להשתחרר מהחוזה או לדבוק בו.
2. הכלל מגביר את הודאות. גם המפר יודע איפה הוא עומד. לכל הפחות אחרי שעבר זמן סביר, הוא יודע שכעת הוא כבר לא חשוף לכח הביטול של הצד השני, לכן מלכתחילה אלו כללים רצויים.

מתחים בפסיקה בכל הקשור לעמידה בנטלים של הביטול:

הבעיה מתחילה בדיעבד – אקס פוסט:

1. קורה **בדיעבד שהנפגע לא עומד בנטלים האלה.** אולי משום שלא יודע שבישראל צריך לתת הודעת ביטול – אם הצד הראשון התנער לגמרי. אם העניין מגיע לביהמ"ש יש מתח בין שיקולי מראש לשיקולי בדיעבד – **מראש רוצים לתמרץ הנפגע שיתן הודעה כמה שיותר מהר, ובדיעבד אנחנו רוצים להתחשב בו** – כי יקופח מהפרת החוזה (או שמא לא הרגיש טוב וסוגיות של עטיפתו בצמר גפן).

2. לעתים, **ביהמ"ש רוצה להקל בדרישות של הודעות ארכה וביטול,** לא כדי להתחשב בנפגע, אלא דווקא **כדי להתחשב במפר.** לפי הדין, הנפגע יכול לבחור או לבטל החוזה/או שלא; אכיפה; לא; פיצויים/ לא; בחירת תרופות/צירופן; יכול לא לעשות כלום. לעתים, הדבר המשלם ביותר לנפגע הוא לא לעשות כלום.

a. **פס"ד גינצברג נ' בן יוסף:** (הדברים לא נאמרו במפורש, וזוהי פרשנות): חוזה בין בעל מפעל

למשקיע עתידי במפעל והפיכתו לשותף. לפי ההסכם, המשקיע היה צריך להשקיע סכום של \$K120 ובתמורה, 40% מהבעלות במפעל. **במעמד הכריתה,** שילם המשקיע K70, והיה צריך להשלים K50 ולא שילם את הסכום. בעל המפעל, השתמש ב-K70, אבל כשה-K50 לא הגיעו, לא עשה שום דבר. לפי זמיר, בעלות ה-40% היתה צריכה לעבור במקביל להשלמת התשלום של ה-50. בנסיבות אלה, הדבר הטוב מבחינת הנפגע זה לא לעשות כלום, כי אם יבטל החוזה יצטרך להחזיר K70, אבל אם יתבע אכיפה, יקבל K50, אבל יעביר 40% מהמפעל, ופיצויים לא – כי אין נזק, כך שיכול להיות מצב שיצטבר לו עוד K70 להון. **בנסיבות אלו, המפר רוצה להשתחרר מהעסקה ויקבל בחזרה את כספו.** **בנסיבות אלו, ביהמ"ש יחפש את הודעת הביטול, וימצא אותה – שלא היתה בפועל.** זוהי סיבה נוספת מדוע רוצים להקפיד מראש בדרישות ההודעה, אבל בדיעבד להקל בהן.

דעות שונות בפסיקה – האם הודעת הביטול צריכה להיות מילולית

המתח הזה בא לידי ביטוי בכך שבכל שאלה הקשורה לאופן הביטול, יש אסמכתאות לכאן ולכאן בפסיקה (ספרה של שלו – דיני חוזים, מהדורת 2000).

1. מצד אחד, אמירות בין בהקשר הזה, ובין בהודעה בעקבות פגם בכריתה, שהודעה **צריכה להיות מילולית**.
2. מצד שני, יש פסידיים שאומרים שאם אתה הסוחר **מחזיר המפתח**, **ברור שאתה מבטל** החוזה, גם אם אתה לא אומר כלום.
3. דעות שונות בשאלה האם **פנייה לביהמ"ש** שלא קדמה אליה הודעה ביטול, האם היא עצמה יכולה להיחשב כהודעת ביטול.
4. דעות שונות **האם ההודעה חייבת להגיע מהנפגע אל המפר, או שמא שהמפר שמע מצד ג' את זה**. מראש נאמר שכן, אבל בדיעבד לא.

עד כמה הביטול צריך חד משמעי שונה מהשאלה האם הביטול חייב להיות מילולי

אפשר להשתמש במילים שהן דו משמעיות וכך להתנהג. מחד, אמירות שהכרזות שהודעת הביטול צריכה להיות ברורה וחד משמעית, ומצד שני, **פס"ד גינצברג**, ששמגר אמר **ש"רצוי" שהודעת הביטול תהיה סבירה "ככל האפשר"**, כשבפועל לא היתה שם הודעת ביטול.

האם אפשר בהודעה אחת לתת גם ארכה וגם לבטל :

כלומר, נותנים ארכה של שבוע, ואם בתוך שבוע לא תקיים, הרי שאני רואה החוזה כמבוטל. **בפס"ד אמפא** – פסקו שאפשר, **בפס"ד מעלה אדומים** – פסקו שאפשר. **פס"ד מרגליות** – זה לא, כי צריך עוד הודעה אחרי **תום הארכה ככתוב בחוק**. יש פה שאלה פרשנית שתמיד אפשר לפרש ההודעה היחידה בין כארכה שאחריה צריך לבוא משהוא או ביטול מותנה.

עד כמה ארכה צריכה להיות מאיימת

לבסוף, נתגלעה מחלוקת בפסיקה בנושא :

1. **מחמירה** : בנתינת ארכה לפני ביטול, **צריך לאיים שאם אתה לא תקיים, זה עשוי לגרור את ביטול החוזה (אנגלרד באבו זייד)**.
2. **מחמירה פחות** : לא חייבים להזכיר ביטול, אבל לפחות **תשתוק**. (בן פורת ; חיים כהן **בהרשקו**). **צריך לא להטעות**.
3. אפילו אם בהודעת הארכה מזכירים למשל "תרופת אכיפה" בלבד, זה עדיין יכולה להיות ארכה מספקת שאחרי שמסתיימת ניתן לבטל החוזה. אפשר לומר, ואפשר שלא.

תוצאות הביטול

נעסוק בחלקן ונתמקד בהשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע).

אינטרס תרופת ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) מגנה על אינטרס ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע). אך זה לא ברור כ"כ – האם מטרת תרופת ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) היא

מניעת עשיית עושר ולא במשפט של הצדדים. השאלה מהי מטרת ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) בסי' 9 התחדדה בפסיקה בכל מיני פסי"דים, אבל בפרט ב**פסי"ד גינצברג**, וב**פסי"ד לוי נ' מבט**.

השבה לאחר ביטול

9. (א) משבוטל החוזה, חייב המפר להשיב לנפגע מה שקיבל על פי החוזה, או לשלם לו את שוויו של מה שקיבל אם ההשבה היתה 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 היתה בלתי-אפשרית או בלתי-סבירה או שהנפגע בחר בכך.

(ב) בוטל החוזה בחלקו, יחולו הוראות סעיף-קטן (א) על מה שהצדדים קיבלו על פי אותו חלק.

פסי"ד גינצברג עוסק בכך מהשאלה של מה דינה של השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) בלתי צודקת. **פסי"ד מבט** : בשאלה של היחס בין השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) לבין העמדת הנפגע במצב שבו היה אילו החוזה קויים (פיצויים חיוביים).

פסי"ד גינצברג והשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) בלתי צודקת

אנו כבר יודעים שאם אדם תובע אכיפה, הרי שלפי **ס' 4(3)** האכיפה לא תינתן לו אם האכיפה היא בלתי צודקת. אנו גם יודעים שאם זו הפרה לא יסודית, כח הביטול עשוי להשלל אם הביטול בלתי צודק לפי **ס' 7**, אבל בשום מקום בחוק לא כתוב, ועד פסי"ד גינצברג, גם איש לא חשב, שגם הזכות להשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) כפופה למבחן של צדק ומפסי"ד זה נודע לנו שהאינטרס הכי בסיסי עשוי להישלל בשל כך **שההשבה** (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) היא בלתי צודקת. הנמקת שמגר שהובילה אותו למסקנה זו מורכבת משלושה נדבכים עיקריים :

1. **תכלית ההשבה** (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) לפי **ס' 9** היא למנוע עשיית עושר ולא במשפט.
2. **דיני עשיית עושר הכלליים (בחוק ע"ע) חלים על כל הוראות ההשבה** (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) שתכליתן למנוע ע"ע ולא במשפט. באדרס זו לא הנקודה, אלא גם אם יש חוזה אפשר להגיש תביעה לא בעילה חוזית, אלא בעילה של ע"ע. כאן, הנקודה אומרת כאשר יש בחירה, בין אם זה בחוקי ע"ע, חוקי החוזים, הקניין, ובכל מקום אחר – אם יש הוראות שביסודן זה ע"ע, הרי שכנפי החוק, ופרטי אופן היישום של הזכות כפופים לעקרונות הכלליים של ע"ע.
3. מאחר ו**ס' 9** מכוון למנוע עשיית עושר, ומאחר שעל חובת ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) חלות הוראות חוק ע"ע, נחיל גם את **ס' 2 לחוק ע"ע**. לפי **ס' 1 לחוק ע"ע** : מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין – חייב להשאיר למזכה הזכייה. **ס' 2 לחוק ע"ע** ומסייג זאת: ביהמ"ש רשאי לפטור הזוכה מחובת ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) לפי **ס' 1**, כולה או מקצתה, אם ראה שהזכייה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה, או שראה נסיבות מיוחדות שעושות את ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) בלתי צודקת. כלומר, כל תביעה להשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) כפופה לכך שהיא לא בלתי צודקת. מאחר ואנו צריכים ליישם זאת גם על **ס' 9 לחוה"ת**, הרי שגם הזכות להשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) כפופה למבחן הצדק.

במקרה של **גינצברג**, בעל המפעל השתמש בכסף מהמשקיע, כדי לקנות מכוונות, אבל לא היה לו מספיק כסף כדי להכניס מכוונות אלו לשימוש, ועמדו כאבן שאין לה הופכין, והפכו להיות גרוטאות. לכן, אם נחייב בעל המפעל להחזיר 70 אש"ח, זה יהיה בלתי צודק, אלא להחזיר רק את הסכום שמייצג את שווי המכוונות במועד שבו אסור היה לו יותר להמתין באופן סביר, שבו היה צריך לעשות משהו ולפעול

- להקטנת הנזק שההשקעה בהן לא תרד לטימיון. לפי שווי המכונות באותה עת – המשקיע/מפר זכאי להשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע).
- בהנמקה המשולשת, עיקר הבעייתיות היא בנדבך הראשון ובנדבך השלישי. הנדבך השני פחות בעייתי. ככל שמדובר בנדבך הראשון – תכלית ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) בס' 9 לחוה"ת, יש דעות שונות.
- המחלוקת התעוררה בפסיקה בפס"ד סוכניות (השכרת רכב) נ' טרבלוס פד"י לג 1971: המחלוקת בין יצחק כהן לברק.
 - ברק אמר שמדובר בחובה שהיא חוץ חוזית שנועדה למנוע ע"ע,
 - לפי כהן, זו חובה חוזית שנובעת מהצורך להסדיר מע' היחסים החוזיים שבין הצדדים בעקבות ביטול החוזה.
- כלומר, חוזה לעומת ע"ע ולא במשפט. פרופ' פרידמן תומך בעמדתו של ברק – שמדובר בחובה שמטרתה למנוע ע"ע ולא במשפט. השופט ברק חזר על כך בשורת פס"דים כמו כלנית השרון, אלבשרה, גינצברג, מלון צוקים, פרגי-גשורי נ' מיטל פדי נט 5 עמ' 337 ← בכולם – תכלית תרופת ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) היא למנוע ע"ע ולא במשפט.
- לעומת זאת, השופט אנגלרד תומך בעמדתו של יצחק כהן, שחיווה במאמר "כנפי הנשר הדורסני: דיני ע"ע ולא במשפט" – במאמר של טדסקי "מזכה שאינו אלא מזכה, מפלאי תרופות ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) בדין הפרת חוזה" מרשימת הקריאה.
 - זוהי דעת השופטת של מיכל אגמון-גונן בספרה השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) בהקשרים חוזיים שהתפרסם בתשס"א.
- דעה 3: של זמיר. בחלק מהמצבים – מטרת תרופת ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) היא מניעת ע"ע ולא במשפט, ובאחרים, מטרתה היא הסדרת היחסים החוזיים בין הצדדים בעקבות ביטול החוזה.

מדוע דעה 3 צודקת?

דוג' המובילים:

- דוג' 1 – אדם נכנס למשרד הובלות, משלם 6000, יוצא החוצה ומסתבר שכל שאר המובילים עושים את זה תמורת 4000. לא בוצעה הובלה. ניתנת ארכה, החוזה מבוטל כדין. הוא זכאי ל- 6000 ₪ השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע). זמיר חושב שזה נועד למנוע ע"ע ולא במשפט ע"י המוביל, כי אם המוביל היה נשאר עם 6000, הוא היה מרוויח מזה. אם היינו אומרים לו ששייב רק 4000, הוא היה נשאר עם עוד 2000 בכיס וזו ע"ע, לכן היתה לנו אינטואיציה שיצטרך להחזיר את כל ה- 6000 שמחזקת התחושה של ברק ושות' למנוע עשיית עושר.
- דוג' 2 – שווי השוק של ההובלה הוא 6000. הלקוח התמקח, עד שהמוביל הסכים לבצע את זה ב- 4000. לאחר ביצוע ההובלה, הציקים חזרו. המוביל ביטל החוזה, ואין השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) בע"ע של לקחת הרהיטים בחזרה למקום. אז צריך לעשות השבת שווי – למרות שהשווי האוב' של ההובלה הוא 6000, לא נפסוק למוביל יותר מ- 4000, מה שמחזק מאוד דעת כהן ושות' שהחוזה קובע, שהמטרה היא לא רק לקחת ההתעשרות – אלא בעקבות ההסכמה.
- דוג' 3 – יכול להיות שהאינטואיציה תשתנה, אם הלקוח המחיה ומכר את זכותו למישהו אחר תמורת 5000, אז ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) שכנראה יהיה אפשר לתבוע היא לא 6000

שווי שוק, אלא 5000 לפי עושר שהתעשר, כלומר, שבדוגמה זו נעדיף ע"ע ולא במשפט במקום להסדיר החוזית.

כל אחת מהדוג' ניתן ליישם עם אחת מהתיאוריות, אבל יש מצבים לאלה ויש מצבים לאלה.

בעולם, הדעה היא שכן אפשר לקבל השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) מעבר לציפייה (אלמלא קויים החוזה), אבל לא לקבל הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) מעבר לציפייה (אלמלא קויים החוזה). כלומר עמדה 3 של זמיר, אומרת שבס' 9 אין רק תכלית אחת.

**כן השבה (לקיחה מהמפר ולהעביר לנפגע) מעבר לציפייה (אלמלא קויים החוזה)
לא הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) מעבר לציפייה (אלמלא קויים החוזה)**

פס"ד לוי נ' מבט: הנכונות שם לתת השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) בהתאם לניתוח המשכנע, של אנגלרד, שזו השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) שנועדה להגן על אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה), יש סוגי השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) לפי אנגלרד שלעיתים מטרת ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) היא הגנה על אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה), דבר נכון, לפי זמיר, וזה בוודאי לא ע"ע, אלא הסדרת היחסים החוזיים.

נדבך 1 – האם הבסיס הוא ע"ע לפי ס' 9 – דעה מקובל שכן. אנגלרד חושב שלא נכונה בכלל, וזמיר ביניים.

נדבך 2 – אשר על כן חליים דיני ע"ע על ס' 9.

נדבך 3 – יישום ס' 2 ומכפיפים את תרופת ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) לסייג הצדק. בטיעון שמגר בעניין גינצברג: מאחר ומדובר בהשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) שתכליתה לא חוזית – כפופה לסייג הצדק, ולפי סייג הצדק הנפגע לא צריך להשיב K70, אלא שווי המכונות כפי שפחת, ביום שיכול היה לצפות זאת. החלק הזה של שמגר בעייתי בעיני זמיר:

- הסיטואציה שהיינו חושבים שסייג הצדק רלוונטי לגביה, היא שליחת כסף בטעות ל- א' ולא ל-ב', ואז א' הוא זה שטעה, כי ב' כבר הוציא את הכספים, וזה לא פייר, וזה מאפשר לביהמ"ש להפחית ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) או חלקה.

- **ברגע שאנו מרכיבים את זה על ס' 9** – אנחנו מאוד פוגעים בודאות ובבטחון. משום שחשבנו עד **גינצברג** שאכיפה כפופה לצדק ופיצויים כפופים לשק"ד, אבל לפחות את המינימום של ביטול – זה מגיע לי, אבל לא בפועל. יתר על כן, גינצברג – מתיר להפחית השבה הן לנפגע והן למפר: היה מקרה קל במובן זה שהפחיתו את זכות ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) של הנפגע, ולפי ההלכה אפשר להפחית גם את חובת ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) של המפר, שכן אם ההפרה יסודה למנוע ע"ע, אז גם הנפגע לא יכול להיות שבעקבות ההפרה יקבל הזכות. בזה אנחנו לא אומרים שתוצאת פסה"ד אינה נכונה ומה שלא נכון זו ההנמקה.

- בעצם, בדיוק לאותה תוצאה שאומרת שלא צריך להחזיר 70, אלא לקזז מהם פחיתת שווי המכונות, ואפשר להגיע לזה בדרך המלך – מצורך פיצויי ציפייה (אלמלא קויים החוזה). מפני שהפרת חובתך לשלם את ה- K50 הנותרים, לא יכולתי להשתמש במכונות, נגרם נזק ישיר וצפוי שאותו ניתן לקזז כנגד חובת ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) של K70.

לוי נ' מבט מוחזק בקריאה, ודעת אנגלרד שם.

תרופות בשל הפרת חוזה - הרצאה 8

פיצויים

התרופה המרכזית השלישית שחוק התרופות מעניק לנפגע היא תרופת הפיצויים. ההוראה המרכזית היא **ס' 10 לחוה"ת** שמזכה הנפגע בפיצויים על נזקים שהיו צפויים באופן סביר מנק' מבטו של המפר בעת הכריתה, הביטוי הישראלי ל**הלכת האדלי נ' באקסנדייל** האנגלית. הוראות נוספות עוסקים בפיצויים ללא הוכחת נזק – **ס' 11**, בהפחתת פיצויי חינם וחצי חינם ב**ס' 12** ו**ס' 13**, **ס' 14** – הקטנת נזק, **ס' 15** – פיצויים מוסכמים.

ס' 10 לחוה"ת

לפי סעיף הזה:

ציפיה בספק

10. הזכות לפיצויים

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.

האינטרס המרכזי להגנה לפי ס' זה הוא אינטרס הציפיה (אלמלא קויים החוזה). לפי התפיסה הרווחת והמקובלת, מטרת הפיצויים לפי ס' זה היא להעמיד הנפגע במצב לו היה אילו החוזה קויים = הציפיה (אלמלא קויים החוזה).

האם באמת ס' 10 מתכוון ברצינות להעמיד הנפגע במצב בו היה אילו החוזה קויים?

הסיבות שבגללן ניתן לפקפק

האם אי פעם ס' 10 מעמיד/מתכוון ברצינות להעמיד הנפגע במצב שבו היה אילו החוזה קויים; בדיקה זו היא על רק מה שדיברנו בתרופת האכיפה וראינו שיש כל מיני סיבות שאכיפה לא מסוגלת להעמיד הנפגע אילו החוזה קויים בחלק גדול מהמקרים – אז האם פיצויים עושים זאת טוב יותר:

1. תחליף כספי: תרופת הפיצויים נותנת לכל היותר לנפגע תחליף כספי מאשר שהתחייב לקבל. כלומר, על ההפרה לא תבוא אכיפה, אלא פיצויים. תחליף כספי הוא לכל היותר תחליף כספי ולא באמת מעמיד המצב בו היה אילו החוזה קויים.

2. דרישת הצפיות: הנפגע זכאי לפיצויים לפי הסעיף, רק לפי נזק ורק אותו שהמפר היה צריך לצפות מראש בעת הכריתה כתוצאה מסתברת של ההפרה. אלמלא ההפרה, הנפגע היה מרוויח רווחים ונמנע מהפסדים, בין אם המפר היה יכול לצפות ובין אם לאו. בעקבות ההפרה, לא מרוויחים את הרווחים ההתחלתיים הצפויים, אבל לא על כולם נזכה בפיצויים, אלא רק על אלו שהמפר היה יכול לצפות באופן סביר בעת הכריתה. כלומר, זה לא ממש להעמיד הנפגע במצב בו היה אילו החוזה קויים.

3. קשיי הוכחה ושכנוע: לפי הדין, כדי שהנפגע יזכה בפיצויים הוא צריך לשכנע את ביהמ"ש לגבי

a. קיום הנזק

b. קיום קש"ס בין ההפרה לנזק

c. כמות הנזק.

אם הנפגע איננו מצליח לשכנע את ביהמ"ש שאמנם נגרם לו הנזק, או שהנזק הוא תוצאה של ההפרה, או שלא מצליח במידה הנדרשת לכמת את הנזק, הרי שהוא לא יזכה בפיצויים. אילו החוזה קיים, היינו מרוויחים רווחים בין אם ניתן להוכיח, ובין אם לא ניתן להוכיח אותם לביהמ"ש הלכאורי. ברגע ההפרה, צריכים להיות מסוגלים להוכיח בפני ביהמ"ש שנגרם נזק, עקב ההפרה, וכמה בדיוק הוא שווה ← הוכחת דבר היפותטי, כי זה לא דבר שקרה, אלא מה היה קורה אילו החוזה קיים, מה שעלול להרחיק הנפגע מהגנה אפקטיבית על אינטרס הציפייה (אלמלא קיים החוזה) שלו.

שלוש הסיבות הבאות לכך שפיצויים לא מעמידים הנפגע אילו החוזה קיים.

4. **הקטנת הנזק**: שבס' 14. אילו החוזה קיים, הוא לא היה נפגע מכך שהוא לא מקטין הנזק שנגרם עקב אי הקיום. **משהופר החוזה, הדין שולל הפיצויים בעד הנזק מאלו שיכול היה באופן סביר להקטין.**

הקטנת הנזק	הקטנת הנזק
14. (א) אין המפר חייב בפיצויים לפי סעיפים 10, 12 ו-13 בעד נזק שהנפגע יכול היה, באמצעים סבירים, למנוע או להקטין.	הקטנת הנזק
(ב) 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 התוצאות או ההתחייבויות בלתי-סבירות, חייב המפר בשיפוי כדי שיעורן הסביר בנסיבות הענין.	הקטנת הנזק

5. **נוקים לא ממוניים**: שבס' 13. **נראה שבתי המשפט אינם מנסים לתת פיצוי מלא** ואפקטיבי על פיצויים אלו.

פיצויים בעד נזק שאינו של ממון	פיצויים בעד נזק שאינו של ממון
13. גרמה הפרת החוזה נזק שאינו נזק-ממון, רשאי בית המשפט לפסוק פיצויים בעד נזק זה בשיעור שייראה לו בנסיבות הענין.	פיצויים בעד נזק שאינו של ממון

6. **סמכות הפחתת פיצויים**: ס' 12. כאשר מדובר בחוזה חניס, כמו חוזה מתנה, או בחוזה חצי חניס – שמוכרים משהו בחצי ממחיר השוק שלו, הרי **שביהמ"ש מוסמך** לפי ס' 12 – בעל השק"ד – **להפחית הפיצויים כך שיוגבלו להפרש האמור בס' 11**⁵ (פיצויים בלא הוכחת נזק) **ולשלול מהנפגע פיצויים על כל הנזקים התוצאתיים נוספים שלו**. שימוש בסמכות ס' 12 זו סיבה נוספת לכך שפיצויים אינם מעמידים הנפגע במצב שבו היה אילו החוזה קיים.

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

ס' 4-5 לעיל, עשויים להרחיק במידה משמעותית הנפגע מהיותו במקום שבו היה אילו החוזה קיים.

7. **אשם תורם**: **פס"ד אקזימין**. זוהי ההלכה בעניין אשם תורם. למרות שאשם תורם מופיע רק בנזיקין, **העליון הרחיב ההלכה גם לחוזים**, וזה יכול להפחית הפיצויים שהנפגע זכאי להם.

8. **עלויות ההתדיינות**: במקרים רבים, לממש הפיצויים יש צורך לפנות לביהמ"ש, אבל לא תמיד – אפשר לקזז. כשצריך לפנות לביהמ"ש, יש לכך עלויות רבות – שכר טרחה, חוו"דים, זמן, פגיעה במוניטין. במשפט הישראלי, עקרונית, הצד שזוכה במשפט זכאי לשיפוי על החזר הוצאותיו מהצד שהפסיד במשפט. אבל עדיין, לפי זמיר, **במקרים רבים ההוצאות שבתי המשפט פוסקים לזוכה אינן מלאות / מפצות אותו באופן מלא על כל ההוצאות שהוא נשא בהן** – ישירות ועקיפות לצורך ההתדיינות. כמובן, שאלו הוצאות **שלא היה נושא בהן אילו החוזה קיים**. סיבה זו מרחיקה תרופת הפיצויים מלהגן באופן אפקטיבי על אינטרס הציפייה (אלמלא קיים החוזה) של הנפגע.

⁵ הפרש בין שווי התמורה שהינו אמורים לקבל לפי החוזה, לבין שווי השוק הנוכחי שלה. כלומר, נזק מידי ישיר.

האפקט המצטבר של כללים אלו, הוא שבאופן טיפוסי ובמקרים רבים, תרופת הפיצויים אינה מעמידה הנפגע במצב בו היה אילו החוזה קויים, אפילו לא במצב הכספי בו היה אילו החוזה קויים. הדעת נותנת שיש הצדקות טובות לכל הכללים האלה, אבל השורה התחתונה היא שכאשר אומרים לנו שהדין שואף להעמיד הנפגע במצב בו היה אילו החוזה קויים, אפשר להתייחס לשאיפה זו בספקנות.

ניתוח זה, שופך אור על דיון לגבי השאלה עד כמה ראוי לתת אכיפה. ככל שאנו נוכחים לכך שפיצויים הם תרופה חלקית יותר, אפקטיבית פחות, כך יש הצדקה רבה יותר לכאורה לאכיפה לנפגע, שהיא בכל זאת, אמנם באיחור, אדם מקבל התמורה שהיה אמור לקבל לפי החוזה.

סיכום הסיבות שבגללן ניתן לפקפק בס' 10 ופיצויי ציפייה שלא מעמידים הנפגע במצב לו קויים החוזה

1. תחליף כספי ולא באמת מעמיד המצב בו היה אילו החוזה קויים
2. דרישת הצפיות: הנפגע זכאי לפיצויים לפי הסעיף, רק לפי נזק ורק אותו שהמפר היה צריך לצפות מראש בעת הכריתה כתוצאה מסתברת של ההפרה
3. קשיי הוכחה ושכנוע: קיום הנזק; קיום קש"ס בין ההפרה לנזק; כמות; הוכחת דבר היפותטי
4. הקטנת הנזק משהופר החוזה, הדין שולל הפיצויים בעד הנזק מאלו שיכול היה באופן סביר להקטין
5. נזקים לא ממוניים: שבס' 13. נראה שבתי המשפט אינם מנסים לתת פיצוי מלא
6. סמכות הפחתת פיצויים: ס' 12. הרי שביהמ"ש מוסמך להפחית הפיצויים כך שיוגבלו להפרש האמור בס' 11 ולשולל מהנפגע פיצויים על כל הנזקים התוצאתיים נוספים שלו
7. אשם תורם: פס"ד אקזימין העליון הרחיב ההלכה גם לחוזים
8. עלויות ההתדיינות ההוצאות אינן מלאות / מפצות אותו באופן מלא על כל ההוצאות שהוא נשא בהן
9. שלא היה נושא בהן אילו החוזה קויים

מצבים שהדין הישראלי מאפשר לנפגע לקבל סעדים כספיים שעולים על אינטרס הציפייה

(אלמלא קויים החוזה)

בה"ח דיני ממונות, ניתן לתת לנפגע סעד כספי שמעל לאינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה). קשה לדעת איזה שטח מכסים מקרים אלו, אבל הוא לא זניח.

1. הלכת ארזים: הנפגע עשוי לזכות בהגנה על נטילת רווחי המפר, גם אם הם עולים על הנזקים שההפרה גרמה לניזוק.
2. מלון צוקינא (בצריך עיון): לפי עמדת השופט חשין, הדין נכון לתת פיצויים שמגנים על אינטרס ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) גם מעבר להגנה על אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה). ייתכן שגם הלכת ארבוס למרות שלא דנה בשאלה בצורה המפורשת הולכת בכיוון הזה, אם כי יכול להיות שגם שם – אינטרס ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) היה נמוך יותר מהציפייה (אלמלא קויים החוזה), כך שהוא משמש רק כקירוב מינימלי לציפייה (אלמלא קויים החוזה).
3. ס' 11 ופס"ד אינשטיין נ' אוסי: יש מקרים שבהם ההפרש האמור בס' 11, "בין התמורה החוזית לבין שווי האובייקט במועד ביטול החוזה" – שהנפגע זכאי ללא הוכחת נזק עולה על הנזק שנגרם לו למעשה, ואז במקרים אלו, הנפגע עשוי לקבל סעד שעולה על הנזק שנגרם לו למעשה.

- פיצויים ללא הוכחת נזק**
11. (א) הופר חיוב לספק או לקבל נכס או שירות ובוטל החוזה בשל הפרה, זכאי הנפגע, ללא הוכחת-נזק, **לפיצויים בסכום ההפרש שבין התמורה בעד הנכס או השירות לפי החוזה ובין שוויים ביום ביטול החוזה.**
- (ב) הופר חיוב לשלם סכום-כסף, זכאי הנפגע, ללא הוכחת-נזק, לפיצויים בסכום הריבית על התשלום שבפיגור, מיום הפרה ועד יום התשלום, בשיעור המלא לפי חוק פסיקת ריבית, התשכ"א-1961, אם לא קבע בית המשפט שיעור אחר.
4. **השבה** (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) **בעקבות ביטול העולה על אינטרס הציפייה** (אלמלא קויים החוזה): ככל שהדין מאפשר זאת, סעד זה עשוי לתת לנפגע תרופה והשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) כספית שעולה על אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה) של הנפגע.
5. **ס' 28 לחוק חוזה ביטוח**: סעיף ריבית מיוחדת – "המבטח בביטוח אישיים שלא שילם תשלומי הביטוח בתום לב במועדים... רשאי ביהמ"ש לחייבו בתשלום ריבית מיוחדת בשיעור שלא יעלה על פי 3 מהריבית הקבוע בחוק פסיקת ריבית והצמדה". כלומר, ההצמדה היא לשערוך + ריבית ריאלית. **אם חברת הביטוח אינה משלמת בזמן, למרות שאין לה טענה אמיתית לעשות כן, לביהמ"ש סמכות לפסוק ריבית שהיא פי שלושה.**
6. **ניכוי ס' 28 חוק המכר, ס' 9 לחוק הזכויות והשאייה, ס' 4 לחוק חוזה קבלנות**: ניתן להפחית התמורה הכספית באורח פרופורציונלי לשיעור שפחת הנכס, במקרים מסוימים, מאפשרת לנפגע לקבל יותר מאשר הגנה על אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה)⁶. **כי אם ביום המכירה, התמורה גבוהה, ולאחר מכן ערך הנכס יורד, הניכוי יתבסס על יום המכירה המקורי, ופיצויי ציפייה על השווי הנוכחי הנמוך יותר.** אם התמורה המוסכמת היא 120, ובמועד חישוב פיצויי הציפייה (אלמלא קויים החוזה) לס' 10, שווי הנכס ירד ל-90, ואם הפגם מפחית שליש משווי הנכס ונבחר לא לבטל החוזה, הרי שפיצויים בשל פחיתת שווי הנכס, יעניקו סעד של 30 (שליש), הנכס שווה 60, ה-30 יביאו ל-90. תרופת הניכוי תאפשר לשליש מהתמורה המוסכמת, כלומר 40.
7. **חוק הגנת הצרכן ס' 113**: לא הסתכמו עליו בפסיקה, אבל האפקט שלו בחלק מהתקופות יכול היה להיות משמעותי. לפי ס' זה, אם הצרכן שילם מקדמה (כל תשלום שהוא לפני המסירה) לעוסק, ואח"כ חל איחור במסירה מטעמים שהמוכר/נותן השירות אחראים להם והאיחור עולה על שבועיים או אם לא הוסכם על מועד המסירה/ביצוע, תוך חודשיים מיום התשלום, **במקרים של איחור בביצוע המלאכה במסירת הנכס, יהא העוסק חייב בתשלום ריבית** (אין פה שק"ד לביהמ"ש, זו זכות) **בשיעור הקבוע בס' 4 לחוק פסיקת ריבית והצמדה 1961**, מהיום שהוסכם עליו עד ליום האספקה/מתן שירות בפועל".
- a. חוק פסיקת ריבית והצמדה: לפני האינפלציה עסק בתשלום ריבית בלבד. כשהחלה האינפלציה לטפס בשנות ה-70, הפכו את זה לחוק פסיקת ריבית והוסיפו סעיף הצמדה (ס' 3א רבתי) והסמיכו את ביהמ"ש לפסוק הצמדה מלאה תוך נתינת שק"ד לתקופת ההצמדה + ריבית ריאלית של כ-3-4% ועד 8%. במקביל להסמכת ביהמ"ש לבחור בין פסיקת ריבית לפי 4א להצמדה וריבית לפי ס' אחר, המחוקק עדכן את הריבית, אבל לא הריבית בהפרשי הצמדה וריבית, אלא ת הריבית שמדברת רק בחופה של פסיקת ריבית והגדיל אותה לפי האינפלציה שעיקר מטרתה היתה לפצות הנושה על האינפלציה.
- b. לפי ס' 113ב, באיחור במסירה, לצרכן יש זכות לקבל את הריבית הריאלית הגבוהה, לא כמו ס' 28א בח"ח ביטוח לריבית ריאלית, אלא לריבית הגדולה.

⁶ דיברנו על כך בהקשר שקילות החוזית – תורפת הניכוי מאפשר לנפגע לקבל פיצוי כפסי לקבל תמורה כספית, לפי הפרופורציה שפחת האוב' הפגום לפי שווי האוב' המתאים.

(ב) שילם הצרכן מקדמה בעסקה והנכס לא סופק לו או השירות לא ניתן לו, בשל טעמים שהמוכר או נותן השירות אחראים להם, תוך שבועיים מיום שהוסכם עליו, ואם לא הוסכם - תוך שני חדשים מיום התשלום, יהא העוסק חייב בתשלום ריבית בשיעור הקבוע בסעיף 4(א) לחוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א-1961, מהיום שהוסכם עליו ועד ליום ההספקה או מתן השירות בפועל.

c. בשנים האחרונות מאז תיקון החוק ב-01, הריבית הזאת לפי ס' 4 היא די נמוכה - 16%. נניח שזה היה האחוז במצב של אינפלציה של 4%, מקבלים עוד 12% על שווי הנכס. החוק חל גם על דירות מגורים, הנכס הוא לשימוש ביתי, אישי ומשפחתי. זו תרופה משמעותית שהולכת מעל הנזק בפועל לנפגע, כשמדובר על איחורים מצד העוסק בעסקאות צרכניות.

8. **הלנת שכר: חוק הגנת השכר 1968** קובע תרופות מיוחדות בשל הלנת שכר. בד"כ מתפשרים על הרבה פחות, כיוון שבמקרים של הלנת שכר, זה בד"כ נובע מחדלות פירעון. מצד הדין, יש הוראות בעלות אופי עונשי ממשי שמאפשרות שכלל שהגנת השכר, העובד זכאי לסכומים שהן מעבר למוסכם.

9. **שערוך חלקי באכיפה**: בתקופת האינפלציה הגבוהה, התאמת דיני התרופות לאינפלציה נעשתה על ידי בתי המשפט. לקח זמן לשוק להפוך להיות צמוד לגמרי, ובסופו של דבר - הכל הוצמד. גם במקרים כשכל הסכומים היו מוצמדים, בהיפר אינפלציה, היה קשה למנוע עיוותים בחוזה בגלל האינפלציה. למשל, חוזה שצמוד למדד המחירים לצרכן שמתפרסם פעם בחודש. כשהיתה אינפלציה של 10% בחודש, יום לפני פרסום המדד זה תשלום נמוך יותר. נערכו חוזים נומינליים/הצמדה, והפיתוי להפרה היה מצד המוכרים, כי יפסידו כסף - והמחיר שהסכימו למכור, הוא בעצם נמוך יותר ממה שהיו מוכרים יום למחרת, אחרי פרסום המדד - השווי הוא רק 60% מהתמורה המוסכמת. כלומר, היעדר מנגנון ההצמדה גרם לקבלת תשלום פחתו מהמחיר המוסכם. פנו לביהמ"ש בתביעות אכיפה.

a. בפס"דים הראשונים, אמרו שזאת אכיפה לא צודקת - תשלום נמוך משמעותית זו אכיפה שאינה צודקת. לא עשו שערוך לתקופה החוזית.

b. השלב הבא - **רבינאי נ' שקד**: בחלקו השני של שערוך באכיפה, אמר ברק **שיש סמכות להורות על אכיפה**, ומכח **ס' 4** נחייב הקונה לשלם סכום שלגבי כל תקופת ההתדיינות לפחות/כל התקופה שממועד התשלום המוסכם עד התשלום בפועל ישוערך. ממועד התשלום עד התשלום בפועל, ביהמ"ש התנה האכיפה על המוכר בשערוך של התשלום.

תנאים באכיפה

4. בית המשפט רשאי להתנות את אכיפת החוזה בקיום חיוביו של הנפגע או בהבטחת קיומם או בתנאים אחרים המתחייבים מן החוזה לפי נסיבות הענין.

c. בתי המשפט אמרו באופן עקבי: אם יחייבו הקונה לשלם כשהסכום צמוד ב-100% לאינפלציה, אנחנו בעצם נותנים ביטוח⁷ למפרים שהם לא יפסידו מירידת ערך⁸ הכסף, ואנחנו מטילים עלות קשה על הקונים שצריכים לעשות מאמצים לשמור על ערך הכסף ב-100%. כדי להימנע מתוצאות אלו, ביהמ"ש הורה על שערוך חלקי בלבד. הוא אמר שממועד

⁷ היה קשה בתקופה זו לא להפסיד כלום בגלל האינפלציה. ההלכה היתה: ההצמדה באיחור התשלום לא תהיה 100%.
⁸ אם לפי החוזה היינו צריכים לשלם 100 ב-01.01.75 - המוכר מפר ודורש תשלום של 300 כי הירות איבדו ערך, ואז הקונה לא משלם. מגיעים לפס"ד בינואר 80, נניח שהיתה אינפלציה של 400%, ביהמ"ש אומר שעכשיו אנו מחייבים המוכר למסור, ואם הקונה ישלם 100 זה לא רציני עקב אחוזי האינפלציה, כך שהנפגע עשוי לקבל נכס בשווי 3/4 משווי האמיתי, ובכך זו הגנה לנפגע על אינטרס הציפייה (אלמלא קיים החוזה) שלו.

התשלום המוסכם, עד התשלום בפועל, **הקונה ישלם 60-80% מהאינפלציה, ללא סכום גבוה** – כשהקונה דחה התשלום כדין (לפי סקירה במאמר של ד"ר שירלי רנר, עמד בממוצע על 70%). כלומר, בערכים ריאליים, הנפגע, מצבו בעקבות ההפרה היה טוב יותר אילו החוזה **קויים, משום שה- 30% של ההצמדה שלא חויב בהם, זה יכול היה להיות סכומים מאוד גדולים.** היום, זה פחות משמעותי.

10. **[פיצויים עונשיים:** בתזכיר דיני ממונות 2006 – יש את ההסכמה לביהמ"ש לפסוק "פיצויים לדוגמה" – **ס' 462 לקודקס.** "ביהמ"ש רשאי לפסוק פיצויים שאינם תלויים בנזק, אם מצא שההפרה נעשתה בזדון". בה"ח דיני ממונות מ-04 היה פירוט מאוד גדול וזה קוצר. **ההלכה: ס' 13 אינו מיועד לאפשר פסיקת פיצויים עונשיים בדלת האחורית, אבל זה קרה בפועל. לפי זמיר, ס' 13 מוביל ברוב המקרים לפיצוי חסר, ולא פיצוי יתר].** אין פיצויים עונשיים בדיני חוזים – זוהי ההנחה.

פיצויים בעד נזק שאינו של ממון
13. גרמה הפרת החוזה נזק שאינו נזק-ממון, רשאי בית המשפט לפסוק פיצויים בעד נזק זה בשיעור שייראה לו בנסיבות הענין.

11. **פיצויים מוסכמים (?):** לפחות בעולם המודלים הכלכליים, פיצויים מוסכמים לא יעלו על אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה). כלומר, אין אינטרס לאף אחד מהצדדים לקבוע פיצויים מוסכמים שהם מעל לאינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה). יחד עם זאת, במידה שבפועל הם עולים על אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה), ובהנחה שביהמ"ש לא מפחית הפיצויים לפי סמכותו, הרי **שגם ס' 15 עשוי במקרים מסוימים להוביל לפסיקת פיצויים שהם מעל לאינטרס הציפייה** (אלמלא קויים החוזה).

פיצויים מוסכמים
15. (א) 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.
(ב) 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.
(ג) לענין סימן זה, סכומים שהמפר שילם לנפגע לפני הפרת החוזה והצדדים הסכימו מראש על חילוטם לטובת הנפגע, דינם כדין פיצויים מוסכמים.

12. **קיים בתזכיר "צו מרתיע": ס' 499 לקודקס.** אינו קיים היום. נאמר שם שאם ביהמ"ש נתן צו אכיפה, ביהמ"ש יכול גם להוסיף ולקבוע שכל איחור בביצוע צו האכיפה יגרור איזשהו תשלום פר יום/שבוע/חודש בשל אי קיום צו האכיפה שנתן ביהמ"ש. זה נעשה על רקע כלל צרפתי: בחיוב עשייה/הימנעות מעשייה להבדיל מחיוב נתינה/הימנעות מנתינה, אין צו אכיפה – אי אפשר לעשות בן אדם משהו שהוא לא רוצה. ככל שעבר הזמן ראו שכך לא ניתן לנהל מדינה, וחיפשו דרך לעקוף כלל זה והמציאו את כלל ה**אסטורנט** – לא מכריחים לבצע, אבל אי הביצוע ילווה בסכום מצטבר. בפועל, שימושה המקורי של דוק' זו – אין בה צורך, כי אפשר לכפות לגבי הימנעות לעשייה/הימנעות מעשייה, ויש חריג של שירות אישי שאנחנו לא רוצים להכריח לקיים, ולא שאי אפשר. בישראל, זה נראה שזה צריך להיות בדיני הוצל"פ, וזה לא פתרון לבעיה בדיני תרופות, אלא הגברת אכיפת פס"די בתי המשפט.

מצד אחד, ראינו שורת סיבות שבגינן קרוב לודאי שדיני הפיצויים לא נותנים הגנה מלאה על אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה), אבל בהקשרים רבים הדין הישראלי מוכן לתת יותר מאינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה). לפי זמיר, בסה"כ, עם כל הלכת אדרס ואמרת האגב במלון צוקים, באופן טיפוסי נפגעים מקבלים פחות מהגנה על אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה), ולא הגנה מלאה על אינטרס זה.

10'0 ודרישת הצפיות

10. הזכות לפיצויים
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.

מה היחס בין דרישת הצפיות לבין השאיפה להגן על אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה): מרחיקה מהגנה על אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה). אומרת שיכול להיות ונגרם נזק, אבל מאחר והמפר לא היה צריך לצפות במועד כריתת החוזה, הרי שלא נקבל עליו פיצוי.
מהי ההצדקה לדרישת הצפיות בס' 10: מונחי הוגנות ומונחים כלכליים.

1. **שיקולי הוגנות:** זה לא הוגן לחייב המפר בפיצויים על נזק שלא יכול היה לקחת אותו בחשבון

מראש, נזק שהוא לא יכול היה לדעת שלוקח על עצמו הסיכון שהפרה שלו תגרור תשלום פיצויים בעדו. אילו המפר ידע שהפרתו תגרום כל מיני נזקים שהם יותר גדולים ממה שהוא חשב, יכול להיות שהיה אומר שלא מוכן להתקשר בחוזה ולא מספיק סומך על עצמו לקחת סיכון כזה גדול. **יכול להיות שהוא היה אומר בסדר, שמוכן להתקשר עמו, אבל המחיר יהיה יותר גבוה.** המחיר יהיה גבוה יותר, משום שזה אומר שנצטרך לעשות הרבה יותר מאמצים, כי היה מגדיל התמורה החוזית מראש, משום שיודע כמה זה חשוב לקיים החוזה, אז אעשה מאמץ גדול יותר, ואולי ארצה לרכוש לעצמי ביטוח – מה שיגדיל עלויות, ולכן זה לא הוגן כרגע לחייב את המפר בפיצויים על נזקים שלא היה יכול לצפות בעת הכריתה, בעת שהקצו האחריות והסיכונים בין הצדדים. יתר על כן, גם מנקי מבטו של הנפגע **זה** אולי **לא רצוי**, כי יכול להיות שהנפגע לא רוצה לשלם מחיר גבוה יותר, ולכן גם הוא מעדיף לשלם מחיר רגיל שבו החייב נושא באחריות לתוצאות הרגילות של ההפרה ולא רוצה לקנות ביטוח. לא מספיק לו הקיום לפרנוס חב' הביטוח. אם א' חושב שהנזקים במקרה של הפרה מצד ב' הם רגילים, ולא מוכן לשלם מחיר גבוה יותר שיידרש לשלם כדי ש-ב' יסכים לשאת באחריות גם על נזקים לא רגילים, אז גם א' יעדיף ש-ב' יישא באחריות על נזקים רגילים, והעלאה במחיר היא לא רצויה גם על ידי א'.

2. **שיקולים כלכליים:** לכאורה, **הלכת האדלי** עם דרישת הצפיות אינה הגיונית מבחינת נקי המבט

הכלכלית כיוון שאינה יוצרת התמריצים הנכונים. למשל, נניח שבמועד הכריתה, הנזק שהחייב היה יכול לצפות במקרה שלא יקיים, הוא 100. עברו חודשיים, הגיע מועד הקיום, עכשיו החייב יודע שאם יפר את החוזה גורם נזק של 300. מה שעוד הוא יודע, זה שע"י הפרת החוזה ואי קיומו, יכול להרוויח 200/להמנע מהפסד של 200. מנק' מבט חברתית היום, הדבר הנכון לעשותו הוא לקיים, כי עדיף שהחייב יפסיד 200 מאשר השני 300. בהינתן דרישת הצפיות נפר, משום שיודע שישלם פיצויים על מה שלא צפינו, ואז שווה להפר, לשלם פיצויים רק של 100, ולא להפסיד 200.

a. **מאמרם של איירס וגרטנר** **Ayers & Gertner 99 Yale L.J. 87 (1989)**: טענתם היא שעד

מאמרם, התפיסה המקובלת לגבי הוראות השלמה דיספוזיטיביות היתה, שהן נועדו לעשות דבר אחד: לחסוך בעלויות עסקה והוזלת עלויות ההתקשרות. אם חוק המכר נותן תפריט כללי היחסים בין המוכר והקונה, ואם התפריט הזה מתאים למה שרוב האנשים היו רוצים לכתוב ממילא לכתוב בחוזה, לא היו צריכים לכתוב החוזה. הדין החקיקי זהו דין דיספוזיטיבי לפי פרופ' פרוקצ'יה שחוסך עלויות עסקה. איירס וגרטנר, - כללי ברירת מחדל אלן יכולים לעשות עוד משהו: **התמודדות עם בעיות מידע**. **כדי שחוזים יהיו יעילים**, כדי

ששני הצדדים ירוויחו מהחוזה ונוכל להניח שהחברה בכללותה מרוויחה מהחוזה, **צריך** שאנשים יתקשרו בחוזים עפ"י **מידע מלא** ונכון. **עם זאת, יש סוגי מידע שבאופן טיפוס רק לאחד הצדדים יש אותו**, ושבאופן רגיל אין לו אינטרס לחשוף את המידע הזה. להפך – **יש לו אינטרס להסתיר** את המידע הזה וזה עלול להוביל לחוזים לא יעילים. **המידע שהכי פחות רוצים לגלות** הוא כמה א' הולך להרוויח מהחוזה, משום שאז המחיר עלול להשתנות באופן שם ב' ירוויח יותר. **הרווחים מקיום החוזה, שווים להפסדים מהפרת החוזה**, וזה משהו שלא רוצים לספר. אם לא מספרים, זה עלול להוביל לתוצאות לא טובות.

b. **העובדות בהאדלי נ' באקסנדייל**: מאה ה-19. ציר מרכזי בטחנת הקמח נשבר, בעל טחנת הקמח שכר שירותיו של בעל מרכבות שייקח הציר לנפח בעיר השכנה ע"מ שישתמש בו כדוג' להכנת ציר חדש. המוביל לא מסר את הציר השבור במועד, אלא באיחור. כתוצאה מכך, התעכב הייצור של הציר החדש. כתוצאה מכך, טחנת הקמח כולה היתה מושבתת כמה ימים יותר מאשר אילו המוביל ביצע את חיובו כמוסכם. בעל טחנת הקמח תבע פיצויים מהמוביל בשל השבתת טחנת הקמח. **נפסק**:

i. **בעל טחנת הקמח לא סיפר למוביל כמה זה חשוב להוביל את הציר בזמן**, ושטחנת הקמח מושבתת, **ולכן באופן סביר, המוביל יכול היה לחשוב שיש להם ציר רזרבי**, הוא לא רצה לגלות את זה, משום שהמוביל היה מעלה את המחיר, אבל זה **מנע קיום יעיל של החוזה**, שכנראה היה לשלוח סוס / שניים מאשר פרד לעיר. המוביל טען שלא ידע – ואמר שלא צריך לשלם פיצויים מעבר לנזק הרגיל שעומד על כלום. **ההלכה של פס"ד שהמפר אינו חייב בפיצויים על נזק שאינו רגיל ושגרתי, כלומר נזק שהוא מעל הרגיל והשגרתי ושלא היה לו מידע לגביו, נועד להמריץ הנושה להעביר המידע הזה עובר לכריתת החוזה** – זה באמצעות דרישת הצפיות. זה **מידע שבאופן טיפוס יש בידי הנושה ולא בידי החייב (הנזקים שייגרמו לנושה על ידי החייב)**.

c. **התאמה לשינוי נסיבות גם אחרי הכריתה**: נניח שבמועד הכריתה, שני הצדדים יכלו לצפות רק נזק של 100. אח"כ, חלו התפתחויות שבגינן הנושה ייגרם לו נזק של 300. **הלכת האדלי ממשיכה להמריצו למסור המידע גם אחרי כריתת החוזה**. נצפה שבמקרה כזה, הנושה אחרי כריתת החוזה יילך לחייב, **ויאמר לו שעכשיו זה הופך להיות קריטי**. **אנו מצפים שהחייב יאמר שהוא מוכן לקחת את הסיכון, שהמחיר יהיה גבוה יותר**. יש פה בעיה. **המודלים הכלכליים עדיין צופים שחרף מו"מ שיהיה ארוך יותר, אין סיבה שהוא ייכשל**, גם במצב של מונופולין דו צדדי, ועדיף מאשר בהיעדר התמריץ הזה, או זאת לפחות הטענה.

d. **איירס וגרטנר – האדלי הוא ברירת מחדל, כמו ס' 10, ואפשר להתייחס לדברים אחרים גם**. הוא כלל דיספוזיטיבי שאינו מחקה את מה שהצדדים היו רוצים, אלא כלל השלמה עונשי (PDR) Penalty default rule, אבל **ממריץ אותם לסטות מהדין הדיספוזיטיבי ובכך להעביר ביניהם מידע**. הוראות ההשלמה יעילות בענישת הצדדים ובסטיית מהדין הדיספוזיטיבי ובהעברת מידע ביניהם.

דיני הפיצויים מטעמי יעילות והוגנות כאחד מגבירים הזכאות של הנפגע לפיצויים, רק על נזקים שהיו צפויים באופן סביר מנק' מבטו של המפר בעת הכריתה.

היכן נתקלנו בדיני התרופות ברעיון דומה?

פס"ד פרץ נ' ביטון: פרץ אמרו שהם לא נטלו על עצמם התחייבות לתשלום מידי דקדקני של ה-50 אש"ח, משום שלא יכולנו לדעת עד כמה זה קריטי מבחינתך, ולו זה היה קריטי היה צריך לומר זאת מראש – אם כן, היה צריך לומר זאת ואז היו לוקחים מרווח יותר גדול/אחר, זה לא הוגן וזה לא יעיל.

תרופות בשל הפרת חוזה - הרצאה 9

בשיעור הקודם: סיבת הפיצויים – והסיבות שבפועל דיני הפיצויים לא מעמידים הנפגע במצב אילו החוזה קויים + מצבים בהם הדין הישראלי נכון עקרונית להעניק לנפגע סעדים העולים על אינטרס הציפיה (אלמלא קויים החוזה). כמו כן, ההצדקה לדרישת הצפיות בס' 10 + שיקולי הוגנות והרעיון של תמריץ להעברת מידע עובר לכריתת החוזה ובמהלכו.

היום: המשך פיצויים.

בשיעור הבא: הפרה צפויה. חומר הקריאה לשבוע הבא – נדחה לשבוע לאחר מכן.

נוקשות תרופת הפיצויים

- כשדיברנו על **אכיפה**, ראינו שהזכות לאכיפה כפופה למבחן של צדק עם שק"ד ביהמ"ש. ביהמ"ש לא יאכוף החוזה אם האכיפה היא בלתי צודקת.
- כשדיברנו על **ביטול בשל הפרה לא יסודית**, אמרנו שהשימוש בזכות הביטול כפוף לסייג הצדק.
- בזכות **להשבה** (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע), ראינו שלפי הפסיקה, **דרך תחולת ע"ע** ← השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) **עשויה להיות כפופה לסייג של צדק**.
- בפיצויים, **הספרות מדברת על כך שהזכות לפיצויים אינה נתונה לשק"ד ביהמ"ש, אלא תרופה נוקשה**: לא עצם/כמות הפיצויים כפופה לשק"ד. הנפגע זכאי לפיצוי על כל הנזקים הצפויים שנגרמו לו. **ס' 13** ונזקים לא ממונים – יש שק"ד לביהמ"ש, - זה החריג לכלל. כלומר, **אין כאן שאלה של אשם/התנהג בסדר או לא/התובע/הנתבע עשיר/עני**. כך כותבים פרופ' ידין, פרופ' שלו.

זמיר: **דיני הפיצויים מותירים לביהמ"ש שק"ד רחב**. יש להזכיר שנוסף ל**ס' 13**, גם **ס' 12** נותן שק"ד מפורש לביהמ"ש; גם **ס' 15** שעניינו הפחתת פיצויים מוסכמים נותן לביהמ"ש שק"ד מפורש להפחיתם, אבל שאר הפיצויים, נותנים בעצם שק"ד לביהמ"ש.

שמירת זכות

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

פיצויים בעד נזק שאינו של ממון

13. גרמה הפרת החוזה נזק שאינו נזק-ממון, **רשאי בית המשפט** לפסוק פיצויים בעד נזק זה בשיעור שייראה לו בנסיבות הענין.

פיצויים מוסכמים

15. (א) 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.

את הטענה אפשר להדגים לגבי היבטים שונים של כללי הפיצויים, ובקביעת העובדות יש לביהמ"ש מידת שק"ד בקביעת העובדות. נבחן הטענה רק לגבי **מבחן הצפיות** שמצוי בס' 10 לחוה"ת עליו דיברנו בשיעור הקודם.

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

הסעיף, דורש "נבואה אחרי מעשה" (השופט זילברג) – בדיעבד צריכים לדעת, איך הדברים נראו מראש.

עיקר הקושי במבחן הצפיות: לא בשאלה העובדתית מה המפר צפה למעשה, אלא בשאלה הנורמטיבית, מהם הדברים שהיה על המפר לצפות, עם הנזקים כתוצאה מההפרה, בעת כריתת החוזה.

• דוג': נניח שנערך חוזה למכירת דירה קטנה של 2 חדרים בין חב' בנייה לבין זוג צעיר בשכונה לא מיטבית. חב' הבנייה מאחרת במסירת הדירה במשך שנה וחצי. בינתיים, הזוג הצעיר שערך החוזה ממשיך לגור אצל הורי האשה – גם הם לא עשירים. כתוצאה מהריבים, הבעל נותן מכה לאישה ומפילה את עובריה. הם מתחילים בהליכי גירושין, מה שפוגם בתפקוד הבעל עד פיטוריו ומשכך, אין ביכולתם לפרוע המשכנתא לקניית הדירה, ואז הבנק פותח בהליכי מימוש לבית ההורים. בשלב זה, אבי הכלה מקבל התקף לב ומת. מדוע אף אחד מהנזקים הללו איננו בר פיצוי לפי ס' 10 מחברת הבנייה:

- חב' הבנייה לא יודעת איפה הזוג הצעיר עד שיקבלו הדירה; לא יודעת דרכי המימון; לא יודעת יחסים פנימיים בתוך המשפחה. **אפילו דמי שכירות הם לא חייבים לפי פס"ד שמחון נ' בכר חב' לבניין**, משום שלא שכרו דירה אחרת בתקופה – אין הוצ' שכירות. הם גם לא התכוונו להשכיר הדירה אותה קנו לשימוש עצמי, כלומר, **אין כאן אף נזק צפוי**, והנזק המגיע לבני הזוג בשל הפרת החוזה הוא 0.
- מצד שני: **הכל היה צפוי**. אפשר לבנות סיפור עד הפרט האחרון, הכל היה או צפוי בפועל, או היה עליו לצפות.

• כלומר, **מה שיוצא שנוסחת הצפיה היא נוסחה חלולה שמוותרת לביהמ"ש שק"ד עד כמה הוא רוצה להטיל סיכונים על המפר, ועד כמה לא רוצים להטיל סיכונים על המפר**. במלים אחרות, עד כמה השיטה המשפטית שלנו מוכנה להשלים עם הפרות חוזה. **ככל שמצמצמים את מה שצפוי מראש מנק' מבטו של המפר, כך מוזילים המחיר של הפרות חוזה ונותנים בעקיפין "לגיטימציה", להפרות חוזה, ולהפך**. לכן, ס' 10 נותן שק"ד רחב לביהמ"ש לתחמת הנזקים שהם בני פיצוי/סיכון, ואז הפיצוי עומד על בין 0 ל-100. אפשר לטעון בצורה משכנעת שהכל צפוי או שהדברים אינם צפויים.

דוג' 2: נניח שא' קנה דירה, ויש הפרת חוזה עם ליקויי בנייה ופגמים בדירה ומביאים חווי"ד לגבי עלות התיקונים. תיקון הליקויים עולה 50 אש"ח + מע"מ ומוכחים זאת לשביעות רצונו של ביהמ"ש. המוכר: אין

מקום לפסוק פיצויים אלו, לא את ה- 50 ובוודאי לא המע"מ, מפני שהקונה לא מתכוון לתקן הליקויים, וממשיך לגור ככה. האם הקונה זכאי לפיצויים על נזקים אלו. נניח שאם לא מתקנים, הליקויים מפחיתים מערך הדירה 20 אש"ח.

עלות תיקונים

- ההלכה: זה לא עניינו של הנפגע מה יעשה המפר בכסף. הנפגע זכאי ל- 50 אלף. נפסק ב**זלוצין נ' דיור לעולה פ"ד נה (4) 203, 209**. למרות שיש לומר, שלא כל בתי המשפט המחוזיים והשלום נוהגים באופן זה. לעתים, אומרים שלאחר התיקון וביאור הקבלות, ולפי זה יחייבו הקבלן לשפות על הנזקים.

ירידת ערך ועלויות תיקון

נניח שליקויי בנייה גורעים מערך הדירה 20 אש"ח בשווי השוק שלה, אבל סוב', הפגיעה בהנאה מהקונה מהדירה היא הרבה יותר גדולה. יש דברים שבגלל הצרכים המיוחדים, הרגישות שלי – פוגעים בי, אבל לא משפיעים על שווי השוק. אם הקבלן סייד את הדירה בכחול, יכול להיות שזה מה שהשוק אוהב, אבל ל-א' הנזק בשל ההפרה הוא מעל ומעבר לשווי השוק. **הנטייה בדיני פיצויים היא לפצות לפי קנה מידה אובייקטיבי**.

בידי מי נתונה הבחירה בין פיצויים לירידת ערך לבין עלות תיקון?

האם נהיה זכאים לטעון שאמנם ירידת השווי לפי שווי השוק – השווי ירד ב- 20 אש"ח, אבל לקונה מגיעים פיצויים של 40 אש"ח כשמבחינתו, הדירה שווה 40 אש"ח פחות והיה מוכן לשלם זאת. תיאורטית, זה ניתן להוכחה, בבניין הסמוך הציע 40 אש"ח פחות בגלל אותה אי ההתאמה.

- **ההלכה איננה שהנפגע זכאי לפיצויים לפי עלות התיקון**. זה תלוי בנסיבות. **פס"ד אמריקני** בנושא על אדם שהשכיר קרקע שלו לכרייה – **Peavy House** והחברה התחייבה שבסיום לקיחת המחצבים, היא צריכה ליישר את פני הקרקע. הוכחה שירידת ערך הקרקע היא זעומה, בעוד שההשטחה תעלה הון. ביהמ"ש האמריקני פסק לטובת החברה – הנזק זה פחיתת שווי, הפיצויים הם בלתי סבירים, וזה לא רציונלי לעשות את מה שרוצים לעשות, ולכן לא יקבל פיצויים לפי זה.
- **תורת ההפרה היעילה** אומרת שאם הנזקים לנפגע קטנים יותר מאשר רווח המפר מההפרה, והמפר מפצה באופן מלא הנפגע על נזקיו, אז יעיל יותר שתהיה הפרה. השאלה כאן היא מהם הנזקים לנפגע. ביהמ"ש האמריקני רצה לפצות הנפגע על נזקיו, רק אמרו לו שזה על פחיתת ערך הקרקע. לביהמ"ש יש שק"ד, גם בהגנה על אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה), דרכים שונות – להעמיד הנפגע אילו החוזה קויים.
- גם בדוג' – הבאת 20 אלף שמביאים לדירה, או 40 אלף עלות תיקון, מביאים למצב אילו החוזה קויים.

באופן כללי, **הנטייה בדיני פיצויים היא לפצות לפי קנה מידה אובייקטיבי – ירידה בשווי השוק, ולא לפי הפגיעה הסובייקטיבית**. הסיבה היא שסוב' פשוט לא ניתן לבדוק את זה, למרות שמנכ' מבט של יעילות כלכלית, בעולם שאנו יודעים הכל, אין סיבה לא לקחת בחשבון הנזקים הסוב' – אם מאמינים להם, אלו נזקים אמיתיים. **השאלה לפי ירידת ערך / עלות תיקון היא בשק"ד ביהמ"ש**. ההגנה על אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה), **הנחיות של ס' 10 הן מצומצמות, ולביהמ"ש שק"ד**.

- בנזק לחברה מסחרית, שברור שהשימוש בנכס הוא למכרו שוב, אז ההיגיון אומר שזה בוודאי מתאים לפי ירידת ערך אובי.
- כשאדם קונה נכס לשימוש עצמי, ויש ראיות מספיקות להניח שהוא יתקן, זה מחזק פסיקה לפי עלויות תיקון, ולפי העובדה שהנפגע לא משתמש בכסף ע"מ לתקן, לא בהכרח שוללת זכאותו לפיצויים לפי עלות התיקון.

אחת הדרכים המוצעות, גם בספרות וגם בפסיקה, להתמודד עם הקושי לכמת נזק סובי היא **שבמקרים שבהם אנו מאמינים שכנראה יש נזק סובי מעבר למחיר השוק**, היא באמצעות **פסיקת פיצויים עפ"י עלות התיקון**, או קרוב אליה, ואז אם משתכנעים שהנזק שנגרם הוא באמת לפי ערכים שוקיים, אפשר בדרך עקיפין לפתור הקושי אם מחשבים הפיצויים לפי עלות התיקון, למרות שעלות התיקון גבוהה יותר מירידת הערך. כך, בעקיפין אפשר להתמודד עם הבעיה הזאת. זה עדיין יכול להיות שלא מפצה באופן מלא על הנזקים הסובי, ולעתים אף יותר מהם, אבל זו דרך מעשית להתמודדות חלקית עם הבעיה הזאת. כך פעל ביהמ"ש המחוזי בת"א בפס"ד **אוחיון נ' חממי** (לא פורסם) מיום 18.08.00.

- **אכיפה בקירוב: בצידה, אם ביהמ"ש יעמוד על כך - יפסקו גם לעתים.**

לא נדבר על הגנה על אינטרס ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) בס' 10 – דיברנו על כך בהקשר מלון צוקים.

סעיף 13 לחוה"ת – נזק לא ממוני

פיצויים בעד נזק שאינו של ממון
13. **גרמה הפרת החוזה נזק** (כ"א כ"ו ס' 10 ע"ש ק"ע"ס את"ל 679/82 ע"א 679/82 עיריית נתניה נ' מלון צוקים מ-13.04.88, העובדה דר'טת 3301) שאינו נזק-ממון, רשאי בית המשפט לפסוק פיצויים בעד נזק זה בשיעור שייראה לו בנסיבות הענין.

נזקים לא רכושיים: כאב, סבל, עגמת נפש, אבדן הנאה.

ראשית, יש להצביע על כך שעצם הגבול בין נזקים רכושיים ללא רכושיים, אינו תמיד ברור.

- פגיעה במוניטין של תאגיד – ממוני.

- פגיעה במוניטין של נגר אחד – לא לגמרי ברור.

כפי שנפסק בפס"ד **מלון צוקים (הראשון)** ע"א 679/82 עיריית נתניה נ' מלון צוקים מ-13.04.88, **העובדה שנוק כלשהו קשה להוכיח אותו – או אולי הוא בלתי ניתן להוכחה, אינה אומרת שאפשר לפסוק לפי ס' 13. אם הנזק רכושי הוא נשאר כך, ואם אי אפשר להוכיחו לא יפסקו פיצויים. ס' 13 לא נועד לאפשר נזק רכושי שלא הצליחו לכמת אותו.**

כיוצא בזה פסקו בפס"ד **גולדמן נ' מיכאלי** – שס' 13 הוא לא דרך לפסוק **פיצויים עונשיים**: כלומר, למעלה מנזקו של הנפגע כדי להעניש/להרתיע המפר. זה לא לגמרי חד משמעי, משום שכפי שביהמ"ש הזכיר בפס"ד **גולדמן**, אם המפר לא רק מפר, אלא מתייחס לקונה בזלזול בכוונה, אז הנזקים של הקונה גדולים יותר והוא סובל יותר – ועל הסבל היתר הזה, אפשר לפסוק עוד פיצויים לפי ס' 13. לא שזה עונש, זה פיצוי, כי בפועל זה נזק, אבל הגבולות מטשטשים. בפס"ד **אניסימוב** – רמת הדיוק של כימות הנזק הדרוש. היו חילוקי דעות ברמה העקרונית בין השופט ברק לשופט כהן, כאשר ברק הקפיד יותר על כך, אלא צריך להביא ראיות – כלומר, אי אפשר סתם, אבל בפועל הוא הסכים עם חיים כהן שבאותו מקרה, אפשר לפסוק פיצויים, למרות

שלא היו הוכחות מדויקות על הפיצויים. זו שאלה אחרת, אבל אנחנו לא יודעים כרגע מה הנזק – ואז ס' 13 לא הפיתרון.

הקריטריונים לזכאות לפיצויים לפי ס' 13 :

ידין :

1. שק"ד ביהמ"ש לפי הסעיף.
 2. מחד, ס' 13 דורש קש"ס הדוק יותר מאשר ס' 10. ב- ס' 10 מדובר על פיצויים בעד הנזק שנגרם עקב ההפרה ותוצאותיה – יכול להיות קש"ס מתגלגל. לעומת זאת, בס' 13 כתוב "גרמה הפרת החוזה נזק", כשמהבדלי הניסוחים, מסיק שהקש"ס הדוק יותר. כלומר, הצער על מות האב בדוג' 1 לא נכנס לס' 13.
 3. מאידך, בס' 10 יש את דרישת הצפיות – גלגול סיבתי רחוק יותר, אבל יש תיחום מה המפר היה צריך לצפות בעת הכריתה. דעה זו אינה מקובלת על כולם
 1. ברק בגולדמן נ' מיכאלי: ס' 13 אינו אלא מקרה פרטי של העקרון הכללי הקבוע בס' 10, ולפי פירוש זה, גם ס' 13 (נזקים לא ממוניים) כפופים לדרישת הצפיות.
 2. פסיקה: ככל שניתן להתרשם ממנה, מגמת בתי המשפט לגבי ס' 13 היא מגמה "קמצנית". הנטייה היא לקמץ בפיצויים בשל הפרת חוזה כשמדובר בנזקים שאינם ממוניים. ביהמ"ש גם אמר זאת מפורשות בפס"ד אגד נ' אדלר בעמ' 835: עגמת נפש רגילה הנלווית להפרת חוזה היא לא משהו שמפצים עליו. מעבר לכך, אם מדובר בתאגיד – אין בכלל. חברות אינן בוכות בלילה :
 3. פס"ד נאות דברת נ' מעליות ישראלפט פדי מו (3) 350 – תאגיד אינו יכול לתבוע פיצויים על נזקים שאינם ממוניים. לפי זמיר, זה לא מובן מאליו, משום שגם אם החברה עצמה לא סובלת התמוטטות עצבים, יכול להיות שמנהלי החברה יסבלו ← תשובה אפשרית שיתבעו בניזקין.
 - a. השאלה שמתעוררת באופן תדיר יותר בהקשר ליקויי בנייה – שנוק לא ממוני נגרם לא רק לבני הזוג החתומים על החוזה, אלא גם לבת האסמטית, לבן הסובל מברונכיטי עקב העובש בדירה. במצבים אלו, הפסיקה נוטה להתחשב בנזק הלא ממוני שנגרם לשאר בני המשפחה ולתת לו ביטוי בפיצויים. לגבי השאלה האם הבסיס לכך הוא נזיקי או חוזי – לא ידוע, משום שבתי המשפט לא טורחים לומר ע"ס מה לוקחים בחשבון הנזק שנגרם לבני המשפחה. בתבניות החשיבה הישראליות נחשוב על כך כעילה נזיקין (וחוזה לטובת צד ג'), אבל זה לא הכרחי. במ' הגרמני מטפלים בסיטואציות כאלה במסגרת דיני החוזים.
- ככלל, כאמור בתביעות בשל הפרת חוזה, הנטייה היא לתת בסביבות כלום סביב פיצויים על נזק לא ממוני עם שני חריגים שבהם בתי המשפט כן פוסקים פיצויים לנסי' 13 כדבר שבשגרה :
1. כאשר החוזה מלכתחילה נועד להעניק טובת הנאה שאינה רכושית: אם מישהו מזמין מארגן חתונות/יוצא לטיול מאורגן והדברים לא מתנהלים לפי המוסכם, אלא מקרים שבהם בתי המשפט פוסקים פיצויים לפי ס' 13 כדבר שבשגרה. פס"ד בנישתי נ' ששון – בהקשר טיולים מאורגנים – שצורפו לטיול אחר מזה שסיכמו עליו מראש.

2. **ליקויי בנייה**: כשמדובר בדירות מגורים, **ההנחה שבית זה יותר מאשר נכס**, והפגיעה שנגרמת לאדם כאשר צריך בתקופות ארוכות לחיות בבית עם בעיות רטיבות ואחרות, הסברה היא שזה נזק אמיתי. הפיצויים במקרי ליקויי בנייה נעים בין עשרות למאות אלפי שקלים. הרחבה בספר לפירוש חוק למכר דירות.

ניתן לחלוק על הפסיקה הני"ל, שמתארת דימוי ותפיסת עולם של המציאות: שכן אנשים יוצאים לטיול בשביל להנות, הם עוסקים במקצוע שלהם – זה להרוויח כסף ועגמת הנפש שם לא חשובה.

ס' 14 לחוה"ת – כלל הקטנת הנזק

הקטנת הנזק	
	14. (א) אין המפר חייב בפיצויים לפי סעיפים 10, 12 ו-13 בעד נזק שהנפגע יכול היה, באמצעים סבירים , למנוע או להקטין.
	(ב) 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 התוצאות או ההתחייבויות בלתי-סבירות, חייב המפר בשיפוי כדי שיעורן הסביר בנסיבות הענין.

הקטנת הנזק אינה חיוב, אלא לכל היותר נטל. **טדסקי** טען במאמרו על בעיית הנטל והסיכול, שהקטנת הנזק זה אפילו לא נטל, מתוך הטענה שמטבע הדברים, נזקים נופלים – ונשארים איפה שהם נופלים. כשלאדם נגרם נזק, דרכו של עולם שהוא סובל. במקרים מיוחדים, הדין מאפשר להעביר הנזק שמישהו אחר יישא בו או יפצה עליו. הדין אינו מעביר את הנשיאה בנזק כשמדובר היה בנזק שניתן היה להקטין אותו על ידי הסובל. לפי זמיר, הדיוק בין נטל לבין התיאור של טדסקי הוא כ"כ קריטי/חשוב.

ס' 14 שולל מהנפגע זכאותו לפיצויים בעד נזק שהיה יכול למנוע / להקטין, בוודאי על נזק שעשה זאת בפועל. הסעיף חל על פיצויים **הן על פיצויים לפי ס' 10, ס' 13, והן על פיצויים לפי ס' 12** – אבל לפי זמיר, לא ברור מדוע ההתייחסות אליו כי זה מסמיך ביהמ"ש לגרוע הפיצויים בחוזי חינם או חצי חינם, וזה לא ברור למה זה נזכר שם ואולי הכוונה היתה לס' 11. עם זאת, זו הכוונה המקורית. **ס' 11 לא נזכר בכוונה, והפיצויים שם אינם כפופים לכלל הקטנת הנזק.**

חל הקטנת נזק - ס' 14 לחוה"ת

הזכות לפיצויים

10. הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו **עקב (קש"ס)** ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה.

לא חל הקטנת נזק - ס' 14 לחוה"ת

פיצויים ללא הוכחת נזק

11. (א) הופר חיוב לספק או לקבל נכס או שירות ובוטל החוזה בשל ההפרה, זכאי הנפגע, ללא הוכחת-נזק, לפיצויים בסכום הפרש שבין התמורה בעד הנכס או השירות לפי החוזה ובין שוויים ביום ביטול החוזה.

(ב) 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, התשכ"א-1961, אם לא קבע בית המשפט שיעור אחר.

חל הקטנת נזק - ס' 14 לחוה"ת

שמירת זכות

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

חל הקטנת נזק - ס' 14 לחוה"ת

פיצויים בעד נזק שאינו של ממון

13. גרמה הפרת החוזה נזק שאינו נזק-ממון, רשאי בית המשפט לפסוק פיצויים בעד נזק זה בשיעור

שייראה לו בנסיבות הענין.

ס"ק 114ב' – הנפגע זכאי לשיפוי על הוצאות ועל התחייבויות סבירות לשם הקטנת הנזק, בין אם נמנע הנזק/הוקטן ובין אם לאו. אם הוציא הוצ' לא סבירות זכאי בגבולות הסביר.

(ב) 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 התוצאות או ההתחייבויות בלתי-סבירות, חייב המפר בשיפוי כדי שיעורן הסביר בנסיבות הענין.

• נניח שתוך כדי מאמציו של פלוני להקטנת הנזק, לא רק שלא הצליח להקטין אותו, אלא שהגדיל אותו.

- כן. כי אם הרעיון של ס' 14 שלשני הצדדים מראש משתלם שהנפגע יפעל באופן סביר להקטנת הנזק גם אם לא מובטחת ההצלחה או קיים חשש שהנזק יגדל, אבל לשני הצדדים יש עניין שהנפגע ינקוט בפעולות אלה, הרי שצריך לפצותו גם אם לא הצליח להקטין הנזק, וכנראה גם על נזקים נוספים שהוא גרם.
- ס' 460 לתזכיר הקודקס האזרחי מאמץ כלל דומה.

חלוקת האחריות בפיצויים חוזיים – אשם תורם

כלל הקטנת הנזק עקרונית חל מרגע ההפרה ואילך. יש שאלה – מה קורה בהפרה צפויה. האם מרגע זה צריך לפעול או לא – בשיעור הבא. כעקרון, אם ההפרה לא היתה צפויה זה רק מרגע ההפרה. יש מצבים שבהם התנהגות הנושה עוד לפני ההפרה, גרמה לכך שהנזק יהיה גדול יותר. במלים אחרות, אם היה מתנהג אחרת, הנזק מההפרה היה קטן יותר.

ישנם מצבים שבהם חוק התרופות כמות שהוא יכול להתמודד עם הבעיה הזאת באמצעות דרישת הקש"ס שבס' 10. למשל, כמו בפס"ד אניסימוב, ביהמ"ש אמר שרואה שבתקופה הרלוונטית היו פחות אורחים, אבל זה רק חלק בגלל התאחרות השיפוצים, חלק נובע מהרמה הנמוכה של המזון. לגבי התיירים שלא באו בגלל איכות המזון, אין קש"ס בין ההפרה לנזק. כלומר, לפעמים אפשר לשחק עם הקש"ס, אבל זה לא בהכרח פותר הבעיה.

בחוק התרופות שלנו, בעקבות המי' האנגלו-אמריקני, אין עיגון לכלל חלוקת האחריות/אשם תורם בפיצויים חוזיים. ההגדרות בפרק התרופות בקודקס – חלות שווה בשווה על חוזים ונזיקין.

הפסיקה בישראל – פס"ד אקזימין – השופט שמגר הרחיב תחולת כלל האשם התורם/חלוקת האחריות גם לדיני החוזים. קדם לפס"ד של שמגר, פס"ד של ד"ר חמן שלח, פס"ד ברקי נ' עליאן, פס"ס תשמ"ד (3) 505. מה שמאפיין המצבים שמתבקש להחיל דוקי' של אשם תורם וחלוקת אחריות בפיצויים חוזיים, זה שבד"כ הקיום דורש שת"פ הדוק בין הצדדים.

- בפס"ד עליאן שיפוץ דירה הוא עניין מאוד דינמי, ובכשלוך – שני הצדדים אשמים בכך.

בפס"ד אקזימין – ההלכה זו נקבעה – שגם בפיצויים חוזיים אפשר לעשות חלוקת אחריות לפי אשם הצדדים.

- עובדות: יצרן ויבואן של מגפי ג'ינס, והיבואן התכוון למכור את המגפיים בארה"ב, ושני הצדדים היו בטוחים שיהיה לזה ביקוש גדול בארה"ב, משום שהיה מדובר בחיקוי של מותג אמריקני, אבל בהגיעם לחופי אמריקה, נאסרה ההפצה עקב הפרת זכות הקניין הרוחנית של היצרן.

- נפסק: על ידי

○ **שמגר** – שני הצדדים נהגו בחוסר תו"ל, וחילק את הנזק 50/50 לפי מבחן משולב של **סיבתיות וחוסר תום לב**. דוק' אשם תורם הוכנסה שלא בצדק, לפי זמיר, והנכון הוא גולדברג.

○ **גולדברג (דעת מיעוט)**: צודק בנושא. אין הפרה. הכלל הוא בדיני המכר, שאם אתה קונה מ-א' מכונית שיש לה רק שלושה גלגלים, אבל אתה יודע מראש שלמכונית הזאת חסר גלגל, הרי שזו איננה אי התאמה (**ס' 12 לחוק המכר**), אבל לא מזכיר הסעיף, אלא אומר שזה מהשכל הישר). בעובדות של פסה"ד, פסק שמגר שאף אחד מהצדדים לא יכול היה שלא לדעת שהמגף הוא העתקה מדויקת של החברה המקורית. כלומר, שבכלל לא היתה הפרת תונה. אין בכלל חוסר תו"ל, ושמגר אמר שחוסר התו"ל הוא שלא גילו אחד לשני את הדברים שלא ידעו.

● בשיעור הקודם מנינו את כלל האשם התורם כאחת הסיבות לכך שהפיצויים שהדינים נותנים בפועל לנפגע הם בד"כ פחות מאשר הגנה מלאה על הנזקים שנגרמו לו. **ככל שבתי המשפט ירחיבו השימוש באקזימין, הפיצויים שיינתנו בגין הפרת חוזים יהיו מוגבלים יותר**.

לגופו של עניין, כלל הקטנת הנזק, נשמע הגיוני, ונשאלת השאלה ההשוואתית, איך זה שבמ' האנגלו-אמריקני מסתדרים בלי אשם תורם בפיצויים חוזיים, למרות שבנזיקין כל הזמן זה נעשה?

לפי זמיר, נחזור לשבע הסיבות מדוע הפיצויים החוזיים הם פחות מהגנה על אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה). יש כ"כ כלים אחרים של ביהמ"ש לשימוש – מבחן הצפיות, הקטנת נזק ואח', אז זה שחסר לו כלי אחד בתיבת הכלים שלו, זה לא מונע מהגעה לתוצאות הראויות ביותר לכל מקרה.

ס' 11: פיצויים ללא הוכחת נזק

הזכות לפיצויים

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

פיצויים ללא הוכחת נזק

11. (א) הופר חיוב לספק או לקבל נכס או שירות ובוטל החוזה בשל ההפרה, זכאי הנפגע, ללא הוכחת-נזק, לפיצויים בסכום ההפרש שבין התמורה בעד הנכס או השירות לפי החוזה ובין שוויים ביום ביטול החוזה.
(ב) 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, התשכ"א-1961, אם לא קבע בית המשפט שיעור אחר.

עלינו להשוות בינו לס' 10. בס' 10 כשהנתבע תובע פיצויים עליו להוכיח ארבעה דברים

- | | |
|---------|----------------|
| 1. הפרה | 4. צפיות |
| 2. נזק | 5. כימות הנזק. |
| 3. קש"ס | |

אחד החריגים להוכחת כ"כ הרבה דברים זה **ס' 11**. אנחנו נתמקד ב**ס' 11א**: **אינו נדרש בהוכחת ס' 10**

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

כלומר, **היסודות בס' 11 הם שלושה**:

1. הפרה של חיוב לקבל/לספק נכס או שירות.

2. **ביטול החוזה בשל הפרה.**3. **קיומו של פער בין התמורה המוסכמת לפי החוזה, לבין השווי של הנכס/השירות ביום ביטול החוזה.**

בהרבה מאד מקרים, תוצאות לפי ס' 10 ו- 11 הן זהות. נניח שהתחייבנו למכור ברזל ב- 600, שווי השוק עלה ל- 900, במקום למכור לך, מכרתי לאדם שלישי ב- 900. אתה מבטל החוזה, ואם שילמת כל המחיר, אתה דורש עכשיו פיצויים של 900, ואם לא שילמת המחיר, אתה תובע ההפרש בין ה- 600 לבין ה- 900.

- הפיצויים האלה מגיעים באופן רגיל הן לפי ס' 10 ו- 11 – זה נזק צפוי, זה נזק ישיר – אם החוזה קויים היה ברזל ששווה 900, אין לי את הברזל הזה ואז הפסדנו 300. המקרה המשלים – אם הסכמנו למחיר מוסכם של 900 ומחיר השוק יירד ל- 600. במקרה זה, המוכר יכול לבטל את החוזה ולתבוע פיצויים על ההפרש לפי ס' 11 או 10 – משום שאז ימכור הברזל ב- 600, היו לו חוזה על 900, וההפסד הוא צפוי, ואלו מקרים לא מעניינים. **המקרים שס' 11 מוביל לתוצאות זהות לס' 10** לא מעניינים, אלא המקרים בין הפער שמתקבלת בין התוצאה לס' 10, לבין זו בס' 11.

תרופות בגין הפרת חוזה - הרצאה 10

בשיעור הקודם דיברנו על **ס' 11 א לחוה"ת**:

כדי שהנפגע יהיה זכאי לפיצויים **לפי ס' זה, אינו נדרש להוכיח ס' 10**, אלא די בהתקיימות שלושת היסודות:

1. הפרת חיוב לספק או לקבל נכס או שירות.
2. ביטול החוזה כדין.
3. קיומו של הפרש בין התמורה המוסכמת לבין שווי האובייקט ביום הביטול.

במקרים רבים, התוצאה לפי ס' 11 זהה לתוצאה המתקבלת לפי ס' 10. אם התחייבתי למכור משהו ב- 600, שווי השוק עולה ל- 900, אני מוכר הנכס לקונה ב' ב- 900, הקונה מבטל את החוזה ותובע את הפרש ה- 300, הרי שה- 300 האלה מגיעים לנפגע לפי ס' 11, אך באופן רגיל יגיעו גם לפי ס' 10, כי זה הסכום שיעמידו במצב שבו היה אילו החוזה קויים (300) – על פיצויי ציפייה (אלמלא קויים החוזה).

יסודות ס' 11:

אלמנט 1: "הופר חיוב לקבל או לספק נכס או שירות":

מה הדין אם המוכר סיפק הנכס, אך הנכס פגום?

האם הקונה יוכל להסתמך על ס' 11? קיומן של תרופות אחרות אינו שולל ההסתכמות על ס' 11, ונאמר זאת מפורשות **בחוק המכר**. הלשון כאן לא ברורה, אפשר לחשוב שאם הנכס סופק, אז אין כאן הפרת לספק נכס או שירות, כי הנכס סופק.

עם זאת, לפי זמיר, ההסבר ללשון הלא ברורה של ס' 11 נעוץ בהיסטוריה החקיקתית שלו. ס' 11 מבוסס על ס' 84 ליוליס – **חוק אחיד למכר טובין בינ"ל**, שעמד במרכז **פס"ד אדרס**, שם מדובר בחוזה מכר.

כשהעבירו הסעיף לחוק התרופות הכללי, היה צריך לגבי איזה חיובים מתייחס. לכן, כשמדובר כאן על חיוב לספק או לקבל נכס או שירות, הכוונה היתה להגדיר את החיוב ומהו החיוב שבו מדובר, ולא ההפרה. **אם בשל אי ההתאמה, הנפגע / הקונה ביטול החוזה כדין, מבחינה עניינית, בכל מקרה, הוא נשאר בלי הנכס, ולכן ההיגיון של ס' 11 חל גם במקרה שהביטול נעשה בשל אי התאמה, ולא רק כתוצאה מאי מסירה כלל של הנכס. ס' 76 לאמנה בדבר מכר טובין בינ"ל** (1980), המקבילה ל- ס' 84 לחוק אחיד מכר טובין בינ"ל – "בוטל החוזה ויש לטובין מחיר מקובל, זכאי הצד התובע לפיצויים לו מכר פיצויים לקבל את ההפרש". לא היה צריך להגדיר תחולה.

לעומת זאת, חוק התרופות – תחולתו רחבה יותר – תו"ל, סודיות ועוד חובות אחרות. ס' 11 אינו מתאים להפרות האחרות, רצו להגדיר תחולת ס' 11, שהופר חיוב לקבל או לספק נכס או שירות. המטרה כאן היא לא להגדיר ההפרות שגררו הביטול, אלא על סוג החוזים שהסעיף עוסק בו.

בכל מקרה, אם הקונה ביטל החוזה כדין, אז ההצדקה לס' 11 חלה.

אלמנט 2: ביטול החוזה כדין. דרישה זו עמדה במרכזו של הדיון בפרשת הרלו אנד ג'ונס (הגלגול האזרחי שהוליד אח"כ את אדרס). אמנם היה מדובר בס' 84 ליוליס, אבל הכלל הוא דומה.

- החברה הגרמנית סיפקה ממכר חלקי, ובמקום זאת, מכרה אותו ברווח גדול לקונה אחר. אחרי למעלה משנה וחצי מההפרה, הקונה הישראלית הגישה תביעה לביהמ"ש לפיצויים ע"ס הסעיף שמקביל לס' 11. **היא לא הצביעה על שום נזק, ובסיס התביעה היה שקיים הפרש לפי ס' 84 ליוליס (חוק אחיד משנת 1964) שנקלט במשפטנו. התביעה נדחתה בערעור האזרחי משלושה טעמים:**

- פסק ביהמ"ש שבשום שלב לא היתה הודעת ביטול. (אחד מתנאי הסעיף).
- גם אם נראה בהגשת התביעה משום הודעת ביטול, הרי שאינה הודעת ביטול כדין, כי עבר הזמן הסביר (שכבר עבר).
- גם אם נתגבר על המכשול הזה ונגיד שהתביעה היתה להודעת ביטול, או שההודעה לקונסול היתה הודעת ביטול, עד אז מחיר הטובין חזר לקדמותו וירד ל- 600 בחזרה מ- 900, ולכן בכל מקרה, **אין הפרש בין המחיר המוסכם לשווי הנכס ביום הביטול**, ולכן אין עליה.

ככל שמדובר בהנמקה שלא היה ביטול החוזה כדין – לפי זמיר, ביהמ"ש יכול היה לפסוק אחרת.

- ביוליס, בניגוד לחוק הישראלי, יש מצבים שהפרה גוררת התבטלות החוזה גם ללא הודעת ביטול.
- אנו יודעים מפסיקה מאוחרת יותר, פס"ד גינצברג, שכאשר ביהמ"ש מחפש מספיק הוא מוצא הודעות ביטול.
- אבל זה לא היה פותר בכל מקרה הבעיה של ג', כי עד הודעת הביטול שווי הנכס חזר לקדמותו. הטענה החלופית של הקונה שם היתה ע"ע שנדחתה בסיבוב הראשון, והדיון על כך הוליד את הלכת אדרס.

אלמנט 3: קיומו של ההפרש בין התמורה המוסכמת לבין השווי ביום הביטול

נניח שמחיר השוק של הנכס בכל התקופות הרלוונטיות היה ללא שינוי. האם זה אומר ש'ס' 11 לא יועיל לנפגע? לא, משום שיכול להיות שהתמורה המוסכמת היתה מעל או מתחת לשווי השוק. אם היתה מעל לשווי השוק, יהיה לקונה תמריץ להפר, ואם התמורה המוסכמת תהיה מתחת לשווי השוק, יהיה למוכר תמריץ להפר, ובמקרה כזה, ס' 11 עשוי להיות רלוונטי. לא כל החוזים נכרתים לפי שווי שוק. **אם יש פער – כפי שמוגדר – ס' 11 יכול לסייע לקונה.**

- מהו השווי? ההנחה שאם יש שווי שוק מקובל, זה השווי. בנכסים ללא מחירון/נסחרים בבורסה, אז יצטרכו להביא חו"ד מומחים, לגבי השווי במועד הרלוונטי. במקרים כאלו – בתי המשפט – אם המפר ביצע עסקה חלופית בסמוך למועד הביטול, ביהמ"ש ייטה להניח שהעסקה החלופית מספקת את שווי השוק באותו המועד (**פס"ד אינשטיין**).
- בתקופות אינפלציה: ההשוואה של המחירים צריכה להיות בערכים ריאליים (**פס"ד אזורים נ' כהן** מד (3) 374).

הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) על ס' 11 ולא על ס' 10

באופן רגיל, ובהרבה מקרים, התוצאה של ס' 11 שווה לס' 10. מהם המקרים שבהם ישתלם לתבוע לפי ס' 11 משום שמעניק פיצויים גבוהים יותר מאשר ס' 10.

אם קונים יום אחרי ב-100 יותר, יביא אותם כפיצוי

הזכות לפיצויים

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

לא חל הקטנת נזק (14),
ואם המחיר ירד, עדיין יהיה זכאי לפער 300.

פיצויים ללא הוכחת נזק

11. (א) הופר חיוב לספק או לקבל נכס או שירות ובוטל החוזה בשל ההפרה, זכאי הנפגע, ללא הוכחת-נזק, לפיצויים בסכום ההפרש שבין התמורה בעד הנכס או השירות לפי החוזה ובין שוויים ביום ביטול החוזה.
(ב) 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, התשכ"א-1961, אם לא קבע בית המשפט שיעור אחר.

- ס' 11 מדבר על תביעה לפיצויים **ללא הוכחת נזק** (לא הוכחה, לא כימות, ולא צפיות). משמעות סיבה זו היא זניחה.

○ הנזק שעוסק בו ס' 11 עם **נזק סיבתי ישיר; צפוי; קל לכימות**, ואם הצלחנו אותו לפי ס' 11, אז הצלחנו גם לפי ס' 10. אם היינו צריכים לקבל נכס, ולא קיבלנו, ועכשיו שווי השוק עלה, זה נזק ישיר, צפוי, מייד ונראה שהסעיף נותן יתרון כביר לנפגע.

- במקרים שבהם רמת המחיר – היתה עלייה, הפרה, ביטול ואז רמת המחירים ירדה ← **ספק אם בהיעדר נסיבות נוספות, הנפגע יוכל לטעון שנגרמו לו נזקים לפי ס' 10**, אלא אם יש משמעות לעובדה ששבועיים היה בלי ברזל, לא ברור שנפגע – ואז יש יתרון פה לס' 11.

- גם אם המחיר נשאר גבוה, יהיו מצבים שהנפגע לא יוכל לקבל פיצויים לפי ס' 10, אלא לפי ס' 11: **הקטנת נזק**. לפי ס' 14, הכלל שהנפגע אינו זכאי לפיצויים בעד נזקים שהנפגע יכול היה באמצעים סבירים למנוע ולהקטין – לא חל על ס' 11. באדרס אם המחיר 600, עלה ל – 900 ויש ביטול, ואם למחרת היום, הקונה מצליח לקנות ברזל חלופי של 700, הרי לפי ס' 10 יקבל פיצויים של 100, בעוד שלפי ס' 11 יקבל פיצויים של 300. לפי ס' 14, עצם שיכלו היה באופן סביר לקנות ברזל חלופי ב-700, אומר שלא יקבל פיצויים מעל 100, בעוד שס' 14 לא חל על ס' 11.

אז יש שלושה מצבים לעיל שבהם פיצויים לסי' 11 יכולים להיות גבוהים יותר מאשר פיצויים לפי סי' 10. המקרה הפחות חשוב מבחינה מעשית הוא מקרה קשיי ההוכחה, והמקרה היות משמעותי הוא תנודות במחירים, או במקרה של הקטנת נזק בפועל, או עצם האפשרות להקטין הנזק שאינה כלל שחל על סי' 11.

ההצדקה לכך שסי' 11 במצבים לעיל מעניק יותר פיצויים מאשר סי' 10/שסי' 11 מאפשר לפסוק פיצויים על נזק שלא נגרם:

1. **באופן רגיל, אין הפרש בין סי' 10 ל-11, ולכן המחוקק החליט להתעלם מהמקרים השוליים הללו.**

לפי זמיר, זה לא נכון, כי בהקשר של **הקטנת נזק** ברור שאי החלתו של סי' 14 על סי' 11 לא נעשתה בהיסח הדעת, אלא בכוונה מכוונת של אנשי ועדת חוקה, חוק ומשפט בכנסת.

a. **האמנה הבינ"ל מ-1980**

i. **סי' 77:** כלל הקטנת הנזק של האמנה: על הצד המסתמך להפרת חוזה לנקוט אמצעים סבירים להקטין ההפסד. לא נקט אמצעים כראוי, תהיה הפחתת הפיצויים בסכום שבו צריך היה ההפסד לקטון. כלל זה **אינו מתייחס לסעיפים ספציפיים והוא עקרון כללי**. כלומר, מי שניסח את סי' 14 טרח להשאיר את 11 בחוץ.

ii. **סי' 84 ליוליס** הוא **סי' 76 לאמנה** (מקביל לסי' 11): ס"ק א – בוטל החוזה ויש לטובין מחיר מקובלן, זכאי הצד התובע פיצויים, אם לא קנה או מכר בשנית בהתאם לסי' 75, לקבל את ההפרש כמו סי' 11. כלומר, אם **בסי' 76** תחולתו **מסויגת למקרה שהנפגע לא ביצע עסקה חלופית**. אם הנפגע ביצע עסקה חלופית, הפיצויים יחושבו לפי **סי' 75** ההפרש בין המחיר המוסכם לעסקה החלופית. **סי' 76**, חל באמנה רק במקרים שבהם לא היתה עסקה חלופית.

2. **סי' 11 לחוה"ת מתעלם מהאפשרות שהיתה או לא היתה עסקה חלופית**. אפילו אם היתה עסקה

כזו שהקטינה הנזק של הנפגע, ולכן לא זכאי לפיצויים לפי סי' 10 + 14, לפי סי' 11 נראה שהוא זכאי לסי' 12 אין סיבה שנרשם שם, כי אין לו סמכות להפחית פיצויים. **הסיבה לכך**: הנימוק שכנראה עולה מהפרוטוקולים של הועדה, ומ**פס"ד כץ נ' נצחוני** לג (3) 639 בעמ' 642; ומ**פס"ד שרם נ' גרינברג**, כט (1) 194 בעמ' 196, וגם בדברי השופט ריבלין בעמ' 797 ב**פס"ד אינשטיין נ' אוסי** הוא הסבר של פטות. **מטרת סי' 11 היא פישוט הליכים – נוסחה פשוטה**, מכניסטית לפסיקת פיצויים, בלי להסתבך בשאלה מה היה הנזק, האם אפשר או לא היה להקטינו, ובשל פשוטת סי' 11, **אנו לא מוכנים לשמוע מה היה נזק או לא, האם הנזק הוקטן או לא, וסי' 11 הוא איזשהו קיצור דרך**.

a. הסבר זה **בעיתי**, משום שבמקרים שניתן להסתמך על סי' 11, ממילא קל להסתמך על סי' 10. הפער הוא **במקרים של הקטנת נזק**, שברור שלא נגרם נזק, כי המחירים ירדו. בנסיבות אלו, קשה לקבל שרק בשביל לפשט את ההליכים, אנו מוכנים לחייב בן אדם לשלם פיצויים על נזק שלא נגרם למישהו.

3. **הרתעה**. תמריץ נגד המפרים. ע"ע. פשוט להרתיע המפר מאי כיבוד החוזה. אנחנו רוצים לשדר **למפר**

שלא יחשוב על ניצול השינוי במחירי השוק לעשיית רווח נוסף, משום שכל רווח נוסף שייעשה,

הקונה יוכל לבטל את החוזה, ונצטרך להעביר ההפרש אליו. גם ההסבר הזה מעורר קשיים. **ס' 11** נותן יותר מס' 10.

a. ברור שהסבר זה לא היסטורי, כי ברור שחברי הועדה בסוף שנות ה-60 לא חשבו על טיעון זה.

b. כל מי שמאמין בהפרות יעילות – יתנגד לטיעון הזה, שזה פשוט פוגע ביעילות.

c. **סעיף 11** לא עושה עבודה מספיק טובה אם זוהי מטרתו, משום שס' 11 אומר שצריך לקבוע ההפרש לפי היחס בין התמורה המוסכמת לבין שווי הנכס ביום הביטול. אבל יכול להיות שהביטול נעשה עדיין בתוך הזמן הסביר (אך עדיין יש ירידה), בעוד שמוכר מכר הנכס בזמן שהמחיר היה עדיין בשיא, וס' 11 לא יוציא מהמחיר את רווחיו, אלא חלקם. מהצד השני, יכול להיות שהמפר מצא קונה ב' ששילם יותר, אז **אם רוצים לתת הרתעה אפקטיבית את המפר, אנחנו צריכים להתאים את זה לרווחים שהוא עשה בפועל** – פחות או יותר משווי השוק ביום הביטול. נטילת רווחי המפר – אדוס – לא היה קיים בעת החקיקה, כי בכל העולם, כמו בישראל, שאין דבר כזה הלכת אדרס בחוזה למכירת נכסים נחלפים. זו הצדקה להלכת אדרס ולא לס' 11.

d. באופן טיפוסי, במציאות **ס' 10** (הזכות לפיצויים) **מוביל לתת-פיצוי** (בעיות הוכחה, הוצ' משפט, דרישת הצפיות) ודברים אחרים – הם פחות מנזקם האמיתי. ס' 11 באופן גס מנסה לאזן את זה, ונותן יותר ממה שאפשר לקבל לפי ס' 10, אבל זה לא נורא, כי ס' 10 באופן טיפוסי הוא לא באמת אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה) אלא לתת פיצוי.

פס"ד אינשטיין נ' אוסי:

חוזה למכירת דירה. המחיר המוסכם היה K140. המוכר הפר את החוזה, כי רצה למכור במחיר גבוה יותר. הוא הציע הצעה לקונה הראשון על K180, הקונה סירב, והמוכר המשיך והפר החוזה ומכר הדירה לצד ג' תמורת K192. הקונים הגישו תביעה לביהמ"ש השלום ונפסקו פיצויים בסך K40, לא היה מוכן לתת – בגלל הקטנת הנזק, שכן הציעו להם לקנות את זה ב-180, ואז גם אם מחיר השוק הוא 192, הייתם סובלים נזק רק של 40 ולא של 52, ואז לא יקבלו פיצויים על ה-12 הנוספים, אלא בשיעור K40. זו היתה דעת הרוב במחוזי, דעת המיעוט עמדה במחוזי ל-K52. **העליון פסק שזכאים לפיצויים בשיעור K52.**

מה הטיעון שכלל הקטנת הנזק אינו צריך לגרוע מזכותו לפיצויים ע"ס K52:

- לפי **ס' 11**, ואז לא חל כלל הקטנת נזק.
- נימוק שמשכנע שגם ההסדר באמנה דבר מכר טובין עדיף על **ס' 11**, נרמז בדברי השופט ריבלין. בעצם, הרציונל של כלל הקטנת הנזק הוא שהנפגע צריך לפעול כדי להקטין את הפיצויים שהמפר יצטרך לשלם. המפר חייב לפות את הנפגע על נזקיו, אם ישנן דרכים פשוטות, סבירות ויעילות לפעול להקטנת הנזק, כך שהמפר לא ישלם הרבה, אלא מעט, על הנפגע לנקוט את הצעדים הללו. אנו רוצים להמריצו, זה הוגן שיעשה זאת, ולכן לא ניתן פיצויים מעבר לכך. בעובדות המקרה, אילו הקונים הסכימו לקנות ב-180, במאמר מוסגר נאמר, שהמוכרים לא היה מסכימים למכור להם ב-180, אלא אם בחוזה היתה תניה שבכך

הם מוותרים על כל טענה שיכולה להיות נגד המוכרים, וברגע שמכניסים את זה (פס"ד זפניק), כבר אי אפשר לצאת מזה. ביהמ"ש אומר שזה היה לגיטימי לא להסכים ל-180. מעבר לכך, אפילו אם היינו אומרים שהסכם הפשרה אינו גורע מזכותם לתבוע את ה-40, אי הסכמת הקונים לקנות הדירה ב-180 לא הגדילה הנזק של המוכרים. אילו הם היו מסכימים, הרי שלמוכרים היה בכיס עודף של 40 שהיו צריכים לפצות את הקונים. משהקונה לא רצה 180, הלכו המוכרים והגדילו ל-52 את ההפרש, כך שהשאלה של האם הקונים הסכימו או לא, לא משנה את היקף הפיצויים (למרות גדילת ההפרש), כי בכל מקרה המוכרים היו צריכים להיפרד ממה שיש להם בכיס מעל ל-140, אז הסירוב שלו לא השפיע על היקף הפיצויים.

הפרה צפויה – ס' 17 לחוה"ח

המקור החשוב ביותר בנושא זה הוא ספרו של ד"ר משה גלברד – הפרה צפויה בחוזים.

הפרה צפויה

17. גילה צד לחוזה את דעתו שלא יקיים את החוזה, או שנסתבר מנסיבות הענין שלא יוכל או לא ירצה לקיימו, זכאי הצד השני לתרופות לפי חוק זה גם לפני המועד שנקבע לקיום החוזה, ובלבד שבית המשפט, בנתנו צו-אכיפה, לא יורה שיש לבצע חיוב לפני המועד שנקבע לקיומו.

הדיון בסעיף צריך להתחלק לשניים:

- הנסיבות להפרה צפויה.
- התוצאות של הפרה צפויה.

הערות – לחלק הראשון של הנסיבות:

1. **זמיר וגלברד**: הדעת נותנת שהשאלה עד כמה הנפגע הצפוי צריך להוכיח בצורה ברורה וחד משמעית שאכן הולכת להיות הפרה (שהפרה היא איממנטית, הכרחית וצפויה בהסתברות גבוהה), השאלה מהו הנטל והיקף הדרישות מהנפגע – תלויה בפועל בסוג התרופה שרוצה לבקש בשל ההפרה הצפויה. ככל שהנפגע רוצה ליזכות בתרופות דרסטיות ומרחיקות לכת יותר, כך הוא יצטרך להראות **בראיות ברורות** יותר שהיתה הפרה צפויה בהסתברות גבוהה יותר. אם כל מה שהוא מבקש זה השעיית חיובים נגדיים, או אכיפה, נטל השכנוע עליו יהיה נמוך יותר, קיומה של ההפרה הצפויה נדרש בהסתברות פחות ברורה, למשל אם רוצה לבטל החוזה בשל הפרה צפויה עוד לפני שהיתה הפרה אקטואלית.
2. **פס"ד Knigt v. Frost**: פס"ד אנגלי. נייט הבטיח לגב' פרוסט שיתחתן איתה כאשר אביו ימות. כשאביו עדיין היה בחיים, חזר בו מהבטחתו והיא תבעה אותו על הפרת הבטחת נישואין, בתקופה שעילה זו היתה עדיין מוכרת במ' האנגלי. נייט טען שאין מקום לחייבו בפיצויים – משום שלא ברור אם אי פעם יצטרך לשאת אותה, כי יכול להיות שאו הוא, או היא ימותו לפני האבא, ולכן אי אפשר לתבוע פיצויים. ביהמ"ש דחה הטענה של נייט, ואמר שלא בטוחים, אבל בכל זאת יש כאן הפרת הבטחה.

a. בישראל: זהו חוזה על תנאי. אפשר לקבל תרופות טרם קיום התנאי בס' 27(ג):

חוזה על תנאי

27. (ג) חוזה שהיה מותנה בתנאי מתלה, זכאי כל צד ל**סעדים** לשם מניעת הפרתו, **אף לפני שנתקיים התנאי**.

תוצאות ההפרה הצפויה

נדון בהרחבה רק בתוצאות, בהנחה שהתקיימו הנסיבות שמקימות הפרה צפויה.

לפי ס' 27, אם יש הפרה צפויה, זכאי הנפגע הצפוי לתרופות לפי חוק זה (ותרופות בשל הפרת חוזה, כמו אלו בחוק המכר) גם לפני שהיתה הפרה אקטואלית.

- סייג: לא ניתן לתת צו אכיפה שיקדים מועד הקיום לעומת המועד המוסכם.
- **האם אפשר לבטל החוזה, כאשר ההפרה הצפויה היא צפויה לא יסודית.** בהפרה לא יסודית, צריך לתת ארכה לקיום (14 יום). אם חודשיים לפני המועד צפוי שהמוכר יספק רק 95% מהכמות המוסכמת וניתן להניח ש- 5% פחות זו הפרה שאינה יסודית – האם הנפגע יכלו לבטל החוזה עוד לפני שהגענו ל- 15 במארס (הארכה)?

○ **פרופ' שלן:** תרופת הביטול בהפרה צפויה אפשרית רק אם ההפרה הצפויה היא יסודית, ואז יש צורך בארכה. בהפרה לא יסודית, הכח לבטל רק אחרי נתינת ארכה וזה לא ייגמר לפני 15 במאי.

○ **פרופ' ידון:** אפשר להעלות על הדעת ביטול בשל הפרה צפויה שאינה יסודית ומשמעות דרישת הארכה היא שבמארס, הנפגע הצפוי יכול לומר למפר שנותן ארכה של שבועיים. במהלך שבועיים אלו עליו לחזור בו מכוונתו שלא לקיים החוזה, או לדאוג לסלק הנסיבות שמהן הסתבר שלא תרצה או לא תוכל לקיים את החוזה. אם במהלך אותם שבועיים, החייב יחזור בו מההפרה הצפויה/ידאג לסלק הנסיבות שבהן הסתבר שתהיה הפרה, הרי שלא ניתן לבטל את החוזה, אם כן, מאמצע מרץ יהיה אפשר לבטל החוזה בכפוף לסייג הצדק שמדובר בביטול בשל הפרה שאינה יסודית.

הבעיה המרכזית שמאפיינת שימוש בתרופת הביטול במקרה של הפרה יסודית, היא שבהפרה יסודית יש פרק זמן ארוך יחסית של אי ודאות. כשמדובר בביטול בשל הפרה אקטואלית, לכל המאוחר תוך זמן סביר, אנחנו יודעים מהי עמדת הנפגע – הנפגע תוך זמן סביר מרגע שנודע לו על ההפרה, יכול לתת הודעת ביטול או שלא. בכל אופן, העולם יודע כעבור זמן סביר איפה אנחנו עומדים. בהפרה צפויה, יכול להיות שיחלוף פרק זמן ארוך הרבה יותר שבו יש אי ודאות ואנו לא יודעים. השאלה האם דבר כזה יקרה תלויה בשאלה, **האם הדין מאפשר לנפגע הצפוי להתעלם מהפרה צפויה**.

1. אם הדין מתיר לנפגע הצפוי להתעלם מההפרה הצפויה ולחכות להפרה האקטואלית ורק אז לממש זכויותיו ותרופותיו, הרי שבכל פרק הזמן שברור וצפוי שתהיה ההפרה לבין ההפרה האקטואלית, המצב אינו ברור.

אילו שיקולים יכולים להשפיע על הנפגע הצפוי כשהוא בא להחליט האם לפעול מיד כנגד ההפרה הצפויה או להמתין להפרה האקטואלית, והשאלה החשובה יותר היא האם יש לו את הברירה הזאת – הרחבה בהמשך.

1. **תזרה**. אם הנפגע הצפוי מבטל עכשיו, מובטח לו שהוא מבטל את החוזה. אם הוא יושב באפס מעשה, המפר הצפוי עשוי לחזור בו מההפרה הצפויה, ולסלק הנסיבות שמהן עולה שלא יקיים את הסיבה. במקרים רבים, זה ישמח את הנושה כי יכולה להיות לו עסקה טובה יותר (בתנאי שגם השיקולים האחרים מצביעים לאותו כיוון, אבל לפעמים יעציב אותו – להשתחרר מהחוזה).
2. **הוכחה**. נושה שמודיע עכשיו על ביטול בשל הפרה צפויה, לוקח על עצמו סיכון שלא יצליח להוכיח שבאמת היתה הפרה צפויה כבר באותו שלב מוקדם, ואם לא יצליח, כבר באותו שלב, הרי שהוא המפר.
3. **השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע)**. אם הנושה מבטל עכשיו, הרי שהוא זכאי מיד להשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) של מה שהוא נתן לצד השני, בעוד שאם נמנע מלבטל עכשיו, הוא לא זכאי להשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) בשלב הזה. זה יכול להיות קריטי, אם הנושה חושש שהחייב עומד לפשוט את הרגל, ואז אי אפשר יהיה להוציא ממנו כלום, אז הוא עשוי להיות לא חשוב לקבל השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) כבר עכשיו, ולא להמתין עם שאר הנושים כשהחייב בחדלות פירעון.
4. **המשך קיום**. אם לא מבטלים החוזה עכשיו, החוזה ממשיך להיות בתוקף ועליו לקיים את חלקי, אלא אם כן יש תלות בין החיוביים שתלויים ומותנים זה בזה.
5. **חוזה על תנאי (חעיית)**: העובדה שהחיוב של החייב הוא חיוב על תנאי איננה מונעת ממני לקבל תרופות בשל הפרתו הצפויה כבר עכשיו, כפי שמבהיר ס' 27 לחוק החוזים הכללי. אם לא נעשה עכשיו כלום, והתנאי המתלה לא התקיים עד מועד הקיום המוסכם, והתנאי המפסיק כן התקיים, הרי שלא תהיה לי שום טענה לתרופות בשל הפרת החוזה, כי החיוב לא השתכלל או התבטל.
6. **סיכול**: אם לא אעשה עכשיו כלום, יכול להיות שתיווצרנה נסיבות שבהן החייב יוכל להתגונן בטענת סיכול. זהו שיקול תיאורטי יותר מאשר מעשי, במצב שבו הפסיקה בישראל אינה נוטה להכיר בטענות סיכול. יכולים להיות שיקולים פסיכולוגיים, כלכליים וכו'.

עד כמה הדין מאפשר לנפגע הצפוי להתעלם מההפרה הצפויה, או שמא דורש ממנו לפעול כבר עכשיו

כדי לנתח את הדין, צריך לאבחן בין שני מצבים שבהם השאלה מתעוררת:

1. **מקרה 1: החייב (המפר הצפוי) מעוניין לסיים את החוזה (או להשתחרר ממנו)**. החייב מודיע שלא יקיים, לא מעוניין ולא יכול לקיים, ורוצה להשתחרר מהחוזה בהסכמה. **מקרים נחלקים לקטגוריות שונות של התעלמות הנפגע הצפוי מההפרה הצפויה**:
 1. **אי ודאות**: התעלמות הנושה מההפרה הצפויה גוררת אי ודאות. החייב לא יודע מה יעשה הנפגע הצפוי – אם כן או לא יבטל; ישלים עם ההפרה או שלא. יחסית קל.
 2. **אי הקטנת הנזק**: הנפגע יכול לפעול להפרת נזק. אם עכשיו יעשה עסקה חלופית, הוא ירפא את רוב הנזק שייגרם לו בשל ההפרה. אם לא יעשה עסקה חלופית, ויחכה עד ההפרה האקטואלית, נזקו יהיה חמור יותר, כולל הפיצויים מהמפר יהיו גבוהים יותר. כלומר, זו לא רק אי ודאות לחייב, אלא כל יום שעובר נכנס לחרדה, כי הפיצויים שצריך לשלם הולכים וגדלים.

3. **הגדלת הנזק**: בפס"ד ווייט נ' מקרגוה: חוזה בין מוסך לחברה שעסקה בפרסום ע"י פלקטים. במשך שלוש שנים, החברה פרסמה את המוסך והמוסך שילם. בתום שלוש השנים, מנהל המוסך (שהיה קצר בתקשורת בינו לבעל המוסך) סיכם עם חברת הפרסום שתמשיך לפרסם המוסך לעוד 3 שנים. באותו יום, בעל המוסך התקשר לחברת הפרסום ואמר שלא מעוניינים בחוזה הזה ואמר שלא ישלם. חבי הפרסום המשיכה לפרסם שלוש שנים ותבעה בתום התקופה לפי ההסכם סכום. כלומר, שלא רק פעלה להקטנת נזק, אלא בכך שבהתעלמותה מההפרה הצפויה, הגדילה הנזק מני מבט של הנפגע הצפוי.

4. **בישראל**: הנפגע רשאי להמתין זמן מסחרי סביר, מעבר לכך – אם לא יפעל להקטנת נזק, עלול להפסיד זכותו לפיצויים, ואם לא יבטל החוזה – את זכותו לבטל החוזה. **לעומת זאת, זכאי להתעלם מההפרה הצפויה עד שתהיה הפרה אקטואלית.** הדין באנגליה. בפס"ד וויט בית הלורדים פסק לטובתה של חברת הפרסום שגרר ביקורות נמרצות על הפסיקה הזאת, ובפסיקה ישראלית ישנה טרם חוק החוזים, ביהמ"ש הישראלי הסתייג מהלכה זו. **בארה"ב**: מותר לנפגע הצפוי להמתין רק זמן מסחרי סביר.

▪ **פס"ד בנק איגוד נ' סוראסקי**: בצהרי היום, הבנק רק רצה להשתחרר מהחוזה. השופט שמגר פסק שלא ברור. מצד אחד, נוטה לומר שאצלנו חל הכלל האנגלי, ויש לזה תימוכין בלשון הסעיף (17 תרופות) במילה **שתומך בדעה שהנפגע יכול לפעול נוכח הפרה צפויה, או שיכול לחכות**, "זכאי גם" – לתרופות לפני ההפרה האקטואלית, כלומר לא רק לתרופות מיידיות, אלא גם להמתין להפרה הממשית.

הפרה צפויה

17. גילה צד לחוזה את דעתו שלא יקיים את החוזה, או שנסתבר מנסיבות הענין שלא יוכל או לא ירצה לקיימו, זכאי הצד השני לתרופות לפי חוק זה גם לפני המועד שנקבע לקיום החוזה, ובלבד שבת המשפט, בנתנו צו-אכיפה, לא יורה שיש לבצע חיוב לפני המועד שנקבע לקיימו.

▪ **מלומדים**: מעבר לעניין המילולי של ס' 17, וויט נראית הולמת הדין הישראלי מאשר הדין הישראלי – הנושה זכאי לדבוק בחוזה ולהתעלם מההפרה הצפויה ועומד על שרוצה את קיום החוזה, ועומד על כך עם כד שבמי הישראלי מעמד תרופת האכיפה חזק יותר מבאנגליה, ובכך שבמי הישראלי (והלכות הפיצויים) הנפגע זכאי לסעדים שהם מעבר לאינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה) שלו (**הלכת אדרס**, ס' 11, אמרת האגב של חשין **במלון צוקים**) ולוקח הרבה יותר ברצינות מהמי האנגלית הזכות של נושה בקיום החוזה, כלומר, לא רק המילה "גם", אלא גם מבחינה עניינית ותפיסות היסוד של המשפט נראה שצריך לאמץ את **הלכת ווייט**. מאידך גיסא, הלכה זו נראית מאוד נוקשה. חבי הפרסום שבמשך שלוש שנים מתעלמת מאי הרצון שהחוזה יקויים וממשיכה לפרסם, נראה שהיא נוהגת בצורה מאוד קשוחה. עורך הדין של המוסך אמר שדבקים בכך שחוזים יש לקיים, בצורה בשמי שלנו נאמר שזה לא מתיישב עם עקרון תום הלב.

▪ **מהו הדין**. בסוראקן שמגר נוטה לומר שחלה אצלנו ההלכה האנגלית, אבל מקפיד לומר שזה שהם לא פעלו באותו יום, זה עדיין היה בזמן המסחרי הסביר. כלומר, גם לפי ההלכה האמריקנית מגיע לאותה תוצאה, ומזה נסיק **שלא ברור איפה המי הישראלי עומד כיום** – בין המי האמריקני למי האנגלי.

▪ פס"ד פרוסט.

▪ White v. McGregor.

2. **מקרה 2: החייב דבק בחוזה. החייב (המפר הצפוי) מעוניין בחוזה**, משתלם לו, כופר בכך שלא יוכל לקיים, שלא יכול לקיים, **ומתנגד בכל מאודו לביטול החוזה בידי הנושה.**

1. **פס"ד אברהם נ' מזרחי**: חב' הבנייה הכחישה את הטענה שהיא לא מתכוונת/לא יכולה/לא

מקיימת החוזה ודבקה בקיום החוזה.

לשיעור הבא, בנוסף למה שצריך: **פס"ד אברהם נ' מזרחי**; **פס"ד בנק איגוד נ' סוראקי**.

תרופות בשל הפרת חוזה, הרצאה 11, 13.01.09

המשך הפרה צפויה

פס"ד בנק איגוד נ' סוראקי: קניית פלטינה. ביהמ"ש פסק לאנשי העסקים פיצויים בשיעור 10% של עליית ערך הפלטינה עד היום שלמחרת, וההנמקה של ביהמ"ש היתה מורכבת מכמה נדבכים:

1. היתה התרשלות והפרת חוזה מצד הבנק.
2. ביהמ"ש דחה את הטענה של הבנק שהחוזה היה חוזה על תנאי במובן זה שהיה תנאי שהערבות צריכה להגיע עד 14:00 בצהריים.
3. פסק שלא היה חוסר סבירות בהתנהגות אנשי הבנק בכך שלא ניסו להשלים העסקה עוד באותו יום אחה"צ, אחרי שב- 1530 הבנק הודיע שלא יוכל לבצע העסקה, למרות שהם, בניגוד לבנק, ידעו שניתן להשלים העסקה באותו יום ע"י טלפון לבנק שלהם בשוויץ.
4. הפרה צפויה: מאחר וכבר ב- 1530 הבנק הודע שלא יבצע העסקה, ועדיין ניתן היה עד סוף יום העסקים לבצע העסקה, ביהמ"ש תיאר ההלכה האנגלית שמתירה לנפגע הצפוי לתאר ההפרה הצפויה, או ההלכה האמריקנית של זמן מסחרי סביר.
5. ביהמ"ש נטה לומר שבמ' הישראלי חל האנגלי, אבל זה לא משנה – כי לפי האמריקני, **המתנה של יום היא בגדר זמן מסחרי סביר, ולכן אין מקום לשלול את הזכאות של התובעים לפיצויים.**

בכל אחד מהנדבכים של הנמקת ביהמ"ש, התחושה היא שההכרעות העובדתיות והמשפטיות היו תלויות על חוט השערה. ביהמ"ש לא היה חייב לפסוק שהיתה התרשלות, הוא קבע שיש התרשלות בסופו של דבר. הוא יכול לקבוע שהחוזה על תנאי, וקבע שהחוזה לא היה על תנאי. ביהמ"ש פסק שכשהם צרחו אחד על השני בטלפון, אנשי העסקים לא ביטלו העסקה, אבל היה יכול לפסקו שכן. ביהמ"ש היה יכול לומר שכשהיה ברור לאנשי העסקים שהבנק לא יוכל לבצע העסקה, הם יכלו באותו יום לבצע העסקה ולמנוע הנזק. ביהמ"ש מצטט את עקרון תום הלב וליישם אחרת את ההנחה האמריקנית. **ברור שדי היה בהכרעה הפוכה באחת השאלות הנ"ל, כדי להפוך את תוצאת פסה"ד.** לפי זמיר, הסיבה לכך היא שלפני ביהמ"ש היה דימוי של הצדדים של מה שקורה פה. אם מסתכלים על האסמכתאות שביהמ"ש מביא, הרי שהוא במשתמע משווה בין בנק איגוד למוסדרות פיננסיים בארה"ב. ביהמ"ש מציין את הציונות של אנשי העסקים. **ביהמ"ש לא מדגיש את העובדה שבעצם הם בחרו באופציה הטובה ביותר מבחינתם,** כי אם היה מסתבר אחרי יום שמחירי הפלטינה ירדו, הם היו שמחים, חיכו לראות אם עולה או יורד, ראו שעלו ועמדו על ביצוע זכויותיהם לפי החוזה. אפשר היה להסתכל על הפרשה גם בעיניים אחרות ולומר שיש לנו כאן שני אנשי עסקים

ממולחים שיכולים להפיק רווחים גדולים בשיחת טלפון. מולם עומד בנק ישראלי קטן, שאף אחד שם לא ידעה לסוג עסקה FORWARD, והתקשרו למומחה בנושא, שפעם אחרונה שעשה עסקה כזו היה לפני עשרים שנה. בפועל, הם פשוט מכרו את טיעוניהם בצורה הרבה יותר אפקטיבית וזכו בהתדיינות.

פס"ד אברהם נ' מזרחי :

10-1 /81 --- 3/81 --- 7/78

חוזה נכרת ביולי 78. עד מרץ 81, עברו 32 חודשים. הפרויקט עוכב כי הקונים אמרו שהם לא מוכנים על בקשה להיתר בנייה, והבוררות הסתיימה במרץ 81, הבורר פסק לטובת החברה הקבלנית והורה לבעלי הקרקע לחתום על הבקשה להיתר, ובינתיים – השתנתה תכנית המתאר, כך שבכל מקרה צריך להכין בקשה חדשה להיתר. אחרי 7.5 חודשים, בעלי הקרקע הודיעו על ביטול החוזה. ביהמ"ש פסק:

1. היה על הקבלנים להתחיל מוקדם יותר במו"מ לפינוי הדייר המוגן. החוזה קבע שעל הקבלן להשיג את היתר הבנייה בהקדם האפשרי, ולעניין פינוי הדייר – החברה הקבלנית צריכה להגיש תביעת פינוי נגד הדייר תוך 14 יום מקבלת היתר הבנייה. ביהמ"ש פסק שהיה על הקבלנים להתחיל מוקדם יותר במו"מ לפינוי הדייר המוגן.

2. הקבלנים לא הפרו את החוזה הפרה אקטואלית, משום שהנושה לא הודיע לחייב על המועד המדויק בתוך הזמן הסביר בו עליו לקיים את החוזה בהסתמך על **ס' 41 לחוה"ח**. שלפי **ס' 41 לחוה"ח**, מקום שבו לא נקבע המועד לקיומו של חיוב חוזי, הרי שיש לקיים החיוב זמן סביר לאחר כריתת החוזה במועד שעליו הודיע הנושה (בעלי הקרקע) לחייב (חברה קבלנית) – מתי צריכה לבצע הבנייה ולמסור הדירות, לא עשו זאת ואין כאן עדיין הפרה אקטואלית), זמן סביר מראש.

מועד הקיום
41. חיוב שלא הוסכם על מועד קיומו, יש לקיים זמן סביר לאחר כריתת החוזה, במועד שעליו הודיע הנושה לחייב זמן סביר מראש.

3. היתה כאן הפרה צפויה של החוזה בידי הקבלנים, משום שהם לא נקטו כל פעולה לפינוי הדייר המוגן או לקבלת היתר בנייה מהרגע שהתכנית שונתה, ו"הם לא שכנעו את ביהמ"ש כי ברצונם באמת ובתמים לבצע החוזה תוך זמן סביר ובכלל".

כיצד ניתן היה לפסוק ההיפך בכל אחת משלוש הנקודות הללו.

1. לא היו צריכים לפעול מוקדם יותר, כי היו צריכים להגיש התביעה רק 14 יום אחרי קבלת היתר הבנייה, וברגע שבעלי הקרקע מושכים אותם למעלה משנתיים ולא חותמים על היתרי הבנייה, איזה היגיון יש לחב' קבלנית להתחיל להכנס למו"מ ולשלם כסף לדייר לפנותו, כשהם בכלל לא יודעים, האם יהיה כסף לצאת אל הדרך.

2. **ס' 41 לא חל במקרה זה. בעסקאות קומבינציה** ניתן לראות בחברה הקבלנית מוכרת (את הדירות שבעל הקרקע יקבל) או קבלנית (מבצעת הבנייה).

a. לפי **חוק המכר, ס' 9**, אם לא הוסכם על מועד מסירה מדויק, הרי שהמסירה תהיה תוך זמן סביר לאחר גמירת החוזה, ולפי **ס' 99** על המוכר (החייב) להודיע לקונה זמן סביר מראש על מועד המסירה.

מועד המסירה	
9. (א) מקום שהממכר לא נמסר על אתר, <u>תהא המסירה זמן סביר לאחר גמירת</u>	
החזרה	
(ב) הוסכם על מסירה תוך תקופה פלזנית, רשאי המוכר לקבוע את מועד המסירה בתוך אותה תקופה.	
(ג) במקרים האמורים בסעיפים קטנים (א) ו-(ב), על המוכר להודיע לקונה <u>זמן סביר מראש</u> על מועד המסירה.	

b. אותו כלל חל גם בקבלנות. המזמין חייב לקבל את המלאכה תוך זמן סביר לאחר שהקבלן הודיע לו שגמר את המלאכה או השירות. זה הגיוני. בעוד שבעסקת הלוואה זה הגיוני שאם נותנים הלוואה ולא אומרים מועד, צריכים להחזיר תוך זמן סביר, וזה שנתן הלוואה צריך לנקוב בזמן. **לעומת זאת, בחוזה מכר / קבלנות, ובמיוחד שהממכר הוא נכס שצריך לייצר, זה מגוחך לומר שהקונים יאמרו לחב' הבנייה שבעוד שבועיים יקבלו את המפתחות, אלא שהחברה מודיעה לקונים. ולכן, אם היתה כאן הפרה, בניגוד לסברתה של השופטת נתניהו, ההפרה היתה הפרה אקטואלית. אם עבר הזמן הסביר ולא קיימו החוזה תוך זמן סביר, זו הפרה אקטואלית.**

3. באופן כללי, מי שטוען שהחוזה הופר כלפיו – בהפרה צפויה, כשעוד לא הגיע בכלל המועד לקיום, ברור שהנטל הוא לפי **ס' 17 לחוה"ת**, הוא על הנושה, ולא על החייב, ויש אומרים – שהנטל הזה הוא כבד, וצריכים להראות במידת ודאות ממשית שהחייב לא יכול לקיים את החוזה. הודעת הביטול ניתנה 32 חודשים לאחר כריתת החוזה, כשברור מי אשם כאן – לפי הבורר – הקונים היו צריכים לחתום ולא היתה להם עילת סירוב חתימה, ובעלי הקרקע חיפשו כל דרך אפשרית להתחמק מביצוע החוזה.

לפי זמיר, אפשר היה בקלות לפסוק הפוך.

רשות – אלטר נ' אלעני ← פסקו ההפך במצבים כאלה.

תיאוריות

תיאוריות הרצון

תיאוריית הרצון של דיני החוזים מבוססת על הפילוסופיה הליברלית – התפיסה שכל אדם הוא ישות עצמאית, אוטונומית, תבונית, רציונלית, כל אדם הוא תכלית לעצמו, ואסור לי להשתמש באחר להשגת מטרותיו, משום שכך פוגעים בחירות האחר. מה שיפה בהבטחות בחוזים – שהן מאפשרות לי להנות מהמשאבים שלך ומהמאמצים שלך בלי לפגוע באוטונומיה שלך, משום שברגע שאתה מבטיח לי ויש התחייבות הדדיות, כל אחד מאיתנו יכול להנות משיתוף הפעולה ביניהם, בלי שנפגעת החירות או האוטונומיה של אף אחד.

ברגע ש-א' מבטיח ל-ב', הוא מזמין מתן אמון של מקבל ההבטחה בנותן ההבטחה, ואם אנחנו רוצים לכבד את המבטיח המתחייב, הכרחי שנכריח אותו לעמוד בהתחייבויותיו. דווקא על ידי ההכרח לעמוד בהתחייבויות, אנחנו מכבדים אותו כיצור אוטונומי, כאדם בוגר שאחראי למעשיו, התבטאויותיו, שאחראי לציפיות שיצר אצל הצד השני. **אחרי שנתנו הבטחה צריכים לעמוד בה, ואם נתנו הבטחה, העובדה שכעת, אחרי ההבטחה, אפשר להשיג תוצאות טובות יותר על ידי אי קיום ההבטחה – זה לא שיקול שלא לקיים את ההבטחה.** ההבטחה מציבה אילוץ על חופש הפעולה שלי. החירות שהיתה לי לפני שהבטחתי לעשות את

הדבר הטוב ביותר, עכשיו כבר אין לי חירות מלאה כזאת, יש אילוצים על כך, וצריכים לעמוד בהבטחה. כמובן **שזה לא ויהי מה – ויהיו מצבים של פטור מאחריות**, אבל צריך להיות משהו כבד משקל, ולא סתם שתוצאות ההפרה תהיינה טובות יותר מתוצאות קיום החוזה.

התיאוריה הליברלית של דיני החוזים, תיאוריית הרצון, חשופה לביקורות רבות. ביקורת מרכזית הינה שגם אם התיאוריה מסבירה מדוע זה לא מוסרי להפר הבטחות ויש לעמוד בהן, קשה יותר לתיאוריה הזאת (ופריד המחבר לא מנסה) להסביר למה המשפט צריך לאכוף את ההבטחות. שכן, המשפט לא אוכף כל ציווי מוסרי. אין אף מילה בטקסט שמסבירה לא רק מדוע הבטחות יש לקיים, אלא מדוע הבטחות צריך שיהיה להן תוקף משפטי ומדוע ראוי להשתמש במשאבים המדינה כדי לאכוף להכריח אנשים לקיים את חוזהיהם.

מה אומרת תיאוריית הרצון על תרופות בשל הפרת חוזה?

פריד (אמריקני) אומר שתיאוריית הרצון מסבירה את הדין הנוהג. מסבירה מדוע התרופה הסטנדרטית בשל הפרת חוזה היא פיצויי ציפייה (אלמלא קויים החוזה).

ברגע שמבטיחים, צריכים לעמוד בדיבור, ואם לא – צריכים לתת את הדבר שהוא הכי קרוב ושווה ערך להבטחתי, וזה מה שנותנים פיצויי הציפייה (אלמלא קויים החוזה) – מעמידים הנושה במצב בו היה אילו החוזה קויים. זהו הדבר הקרוב והשקול ביותר לקיום ההבטחה. פיצויי ציפייה (אלמלא קויים החוזה) נותנים לנפגע לא יותר ולא פחות מאשר את מה שהוא היה זכאי לקבל לפי החוזה.

פריד מודה בכך שיש מקרים שבהם דיני החוזים מחשבים פיצויים לאו דווקא לפי אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה), אבל יש לו הסבר לכל המצבים האלה.

- **מקרה 1: חישוב לפי אינטרס ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני)**, אבל זה לא סותר הטענה של פריד, כי השימוש בהסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) הוא אינסטרומנטלי בלבד, כי אנשים עושים חוזה למטרות רווח, ואם נפצה אותם כשאנו לא יודעים הציפייה (אלמלא קויים החוזה), נותנים הסתמכות, נותנים לפחות ציפייה (אלמלא קויים החוזה) בהיעדר דרך להוכיח הציפייה (אלמלא קויים החוזה) באופן ישיר יותר. מוביל הציוד לתערוכה שהפר את חיובו. במקרה כזה, אם אנחנו לא יודעים האם התערוכה היתה מוצלחת או לא, נוכל להניח שאם נפסוק לחברה שהזמינה את ההובלה את כל הוצאות ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) שהיו לה, שבהן היא נסעה כדי להשתתף בתערוכה, נוכל לומר שההגנה על אינטרס ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) זה קירוב מינימלי לאינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה). ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) לא מעניין אותנו, אלא שימוש בו לתת הגנה על הציפייה (אלמלא קויים החוזה), בנסיבות שבהן קשה לכמת את היקף אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה).

- **מקרה 2: מודה שלא נותנים פיצויי ציפייה (אלמלא קויים החוזה) – אחריות מוכר כלפי קונה משנה/המשתמש האחרון – חוק למוצרים פגומים.** במקרים כאלה, הפיצויים נועדו להשיב את מצבו של הנפגע לקדמותו. אם שברנו שן כשאכלנו לחם, נותנים פיצויי הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני). גם זה, לפי פריד, לא סותר התיאוריה שלו, כי האחריות במקרה זה היא אחריות נזיקית. התפיסה המקובלת במשפט האנגלו-אמריקני, כמו בישראלי זה שהאחריות של יצרנים כלפי המשתמשים במורד השרשרת וקוני משנה, במהותה אחריות נזיקית. זה שבמקרה הזה מחשבים פיצויים לפי אינטרס ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני), זה לא סותר את עקרון ההבטחה, כי זו

לא אחריות חוזית. נכון שזה לא ציפייה (אלמלא קויים החוזה), אבל אין לו בעיה עם זה, משום שזה לא חוזי, אלא נזיקי.

- **מקרה 3: הופמן נ' רד אוול – מקרים שבהם עדיין לא נכרת חוזה, השתק הבטחה, חוסר תו"ל במו"מ, ואז הפיצויים הם עקרונית שליליים, הסתמכות לפי 12ב.** מדוע העובדה שב- 12 ב הם הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) אינה סותרת את התיאוריה של פריד, כי ההבטחה לא לגמרי התממשה, והאחריות לפי 12ב היא אחריות נזיקית – לא בשל התחייבות, אלא בשל אשם. כיצד זה מתיישב עם קל בניין – גם המקרים הבודדים שבהם נכון ביהמ"ש בארה"ב/בישראל לתת פיצויים חיוביים בשל חוסר תו"ל – אינם סותרים התיאוריה של פריד, משום שבמקרים האלה – יש כבר הבטחה, למרות שאמנם חסרה פורמליסטיקה – אישור דירקטוריון/מסוימות. ולכן, זה לא סותר את תיאוריית הרצון.

לפי פריד, דיני החוזים מגנים על אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה), והוא לא פחות ולא יותר ממה שהנושה זכאי היה לקבל לפי החוזה. יש מקרים שבהם אנו לומדים על פיצויים שהם לא ציפייה, אבל או שהפיצויים הם מכשיר לכימות אומדן לפיצויים שאינה ציפייה (אלמלא קויים החוזה), או אחריות שאינה חוזית במהותה.

ביקורת על הטיעונים של פריד :

1. דיני הפיצויים כפי שפריד מתאר אותם אינם דיני הפיצויים למעשה. כאשר אומר שפיצויים בשל הפרת חוזה נותנים לנפגע לא פחות ולא יותר את המצב שבו היה אילו החוזה קויים, זה נחמד בתיאוריה, אבל זה ממש לא נכון. באחד השיעורים הקודמים מנינו 7 סיבות מדוע דיני הפיצויים מובילים לתת-פיצוי (מבחן הציפיות, קשיי הוכחה, נטל הקטנת נזק, בעיות כימות, קמצנות לגבי נזק לא ממוני, הוצאות התדיינו וכו'), כך שבעיה אחת בתיאור של פריד היא שהתיאוריה שלו לא מסבירה את דיני התרופות כפי שהם במ' האמריקני ובמ' הישראלי משום שבפועל זה לא נכון לומר שפיצויי ציפייה (אלמלא קויים החוזה) נותנים לנפגע לא יותר ולא פחות מאשר הגנה אפקטיבית על אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה), ובאופן טיפוסי נותנים פחות.
2. אם אנחנו באמת מאמינים שהבטחות יש לקיים, מדוע להסתפק בפיצויי ציפייה (אלמלא קויים החוזה): למה לא לתת אכיפה. אם יש משהו לא מוסרי בהפרת הבטחה, הרי שנובע מכך שאם הפרתי ההבטחה, צריך לצוות עליי לקיים את הבטחתי. אם יש משהו לא מוסרי בהפרת הבטחה מדוע לא לתת פיצוי עונשי או פיצויי הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) שעולים על הציפייה (אלמלא קויים החוזה), או הלכת אדרס וסעדים שמעל לאינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה) – למה לעצור שם.
3. טענתו של קראסול – בעצם מעקרון ההבטחה/מתיאוריית הרצון, לא נובע שום דבר לגבי מהן התרופות המתאימות בשל הפרת חוזה – הועלה תחילה על ידי פולר ופרדו. כלומר, הרי א' ובי יכולים לעשות חוזה, שחייבים לכתוב את ההתחייבויות, ואם לא – זכאים לפיצויי הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני), ואם אין בעיה של פגם ברצון, ואף אחד לא מונופול/צרכן, מן הסתם – יינתן תוקף לחוזה הזה. יכולנו לכתוב בחוזה שאם ב' יפר החוזה, א' יקבל את סעד אדרס – הדין היה נותן לכך תוקף. בכל אחד משלושת המצבים, בין אם אמרנו הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני)/ציפייה (אלמלא קויים החוזה) – שתיקה/נטילת רווחי המפר, בזה שהדין אוכף את אחד מהם, בכל מקרה זה מתן

תוקף לרצון שלנו. יוצא ש**כל הסדר מתיישב באותה מידה עם כיבוד הרצון שלנו**. כלומר, אומר קראסוול שתן את התרופה שהצדדים רוצים, ואין שום דבר טבוע בין תיאוריית הרצון לאינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה).

a. לפי זמיה, קראסוול לא צודק. בכל אופן, יש קורלציה מסוימת בין עיקרון ההבטחה/הרצון לבין היקף התרופות. ככל שאנו מורידים את התרופות עד ה-0, אנחנו פחות מאמינים שחוזים יש לקיים. ככל שאנו מעלים את המחיר, נניח עד עונש מוות, זה אומר שלוקחים מאוד ברצינות את התפיסה שיש חובה מוסרית לקיים הבטחות שניתנו ברצון חופשי. יכול להיות שתיאוריית הרצון לא עוזרת בין אכיפה לפיצויים, או סוגי פיצויים – כאן יכול להיות שיש לקראסוול טענה, אבל לומר שאין שום קשר בין תיאוריית הרצון לתרופות בשל ההפרה – זה לא משכנע.

b. טענת קראסוול שחובות פילוסופיות לקיום הבטחות – לא עובדות, והוא איש כלכלה מהגישה התוצאתית. כלומר, טוען שמעקרון ההבטחה לא נובע כלום.

ניתוח כלכלי של דיני תרופות בשל הפרת חוזה

זוהי תורת מוסר גם כן, ששונה מתיאוריית הרצון. מה שמאפיין את הניתוח הכלכלי כתורת מוסר הוא:

1. תורת מוסר תוצאתנית: Consequentialist תורת מוסר שאומרת שמה שקבוע מה צריך לעשות, מה צריך להיות הדין זה רק התוצאות. זה להבדיל מתפיסות דאונטולוגיות – Deontology שאומרות שתורות המוסר חשוב, אבל הן לא הדבר היחיד שחשוב. מנק' מבט תוצאתית – הרג של אחד, אפשר להיות חמישה אנשים שיחיו, והתוצאות הן טובות. דאוני אומרת שיש מגבלות, למרות התוצאות המיטביות, ואסור לפגוע באנשים בצורה כזאת. שואף לתוצאות הטובות ביותר. כשהניתוח הכלכלי שואל מהן התוצאות הטובות, הוא מסתכל אך ורק על רווחה של בני אדם – לא פינגווינים, גרנד קניון – אלא רק ככל שמשפיעים על רווחת בני האדם. כלומר, הניתוח הכלכלי הוא וולפריסטי WELFARE כדבר יחיד. המונח הכלכלי ל"ראוי" בכלכלה נורמטיבית, זה אם משהו הוא יעיל.

2. יעילות:

a. עדיפות פרטו: מצב א' הוא עדיף פרטו על מצב ב' אם יש לפחות אדם אחד שהרווחה שלו במצב א' גבוהה יותר מאשר במצב ב' ואין אף אחד שהרווחה שלו במצב ב' יותר גבוהה מאשר במצב א'. יש לפחות אדם אחד שמעדיף את א' על פני ב', ואין אף אדם שמעדיף את ב' על א'.

b. פרטו אופטימלי: אם אין אף מצב אחר שהוא פרטו עדיף עליו. חוזים הם יעילים פרטו. מעצם זה שעשינו החוזה, משמע – שמצבי עם החוזה הוא לפחות טוב כמו שהיה בלי החוזה, ואם שני הצדדים מרווחים, החוזה הוא יעיל פרטו. כלכלנים שעוסקים בכלכלת רווחה משתמשים הרבה בפרטו. כלכלנים של המשפט, כשעוסקים בניתוח נורמטיבי של המשפט, באופן טיפוסי אינם משתמשים בקריטריון פרטו, אלא בקריטריון קלדור היקס, משום שפרטו לא מעשי בכללים משפטיים.

i. למשל – הכלל חוזים יש לקיים – הוא פרטו אופטימלי. אנחנו מאפשרים לעשות חוזים, אתה לא רוצה – אל תעשה. נימוקי נגד:

1. הפכפך – מעדיף שחוזים יש לקיים, אלא אם כן אחד הצדדים חזר בו תוך שעתים. מעבר לכך, חוזים יש לקיים זה אומר שחלק מכספי משלם המיסים יוקדשו לאכיפת חוזים ויש אנשים שירצו שהכסף יילך לדברים אחרים, כלומר **אפשר לקחת אינספור כללים אחרים שהם פרטו אופטימליים והם שונים**.

ii. **פרטו יעיל לניתוח התנהגות רצונית של אנשים** – כי אם עשו זאת מרצון, זה פרטו יעיל. ברגע שאתה עובר לנתח כלליים משפטיים, כמעט כל כלל הוא פרטו אופטימלי, אבל תמיד יש יותר מאחד, אז לא יכול לבחור ביניהם.

c. **קלדור-היקס**: משפטנים כמעט תמיד משתמשים במודל זה. מצב א' הוא עדיף קלדור היקס על מצב ב', **אם סך כל התועלות שצומחות לאנשים במעבר מ-ב' ל-א' גדול יותר מסך כל העלויות שנגרמות לאנשים באותו מעבר מ-ב' ל-א'**. מצב קלדור היקס יעיל באופן מוחלט, הוא **המצב בו יש הכי הרבה רווחה**, ואם אי אפשר לעבור למצב אחר שבו כמות הרווחה גדולה יותר. זה המכנה המשותף בין התועלתנות הקלאסית לבין כלכלת הרווחה בה משתמש קלדור היקס, והיא מיקסום סך כל הרווחה האנושית. לפחות בעולם המודלים, לפי קלדור היקס, יש מצב שהוא קלדור היקס אופטימלי, וממקסם סה"כ הרווחה החברתית.

i. **חסרונות בהשוואה לפרטו**:

1. **בעיה מוסרית**. מבחינת ההצדקה המוסרית של קלדור היקס, היא הצדקה בעייתית. כי במצב א' יש לנו שלושה אנשים - ויש לפחות אדם אחד שמעדיף את א', ואחד את ב', ולא ניתן. קלדור היקס, אומר ש-ב' עדיף כי לפי סה"כ הרווחה של השורה, ב' מנצח, אבל מבחינה מוסרית האם היינו מעדיפים לחיות ב- ב', זה כבר לא בטוח, כי **אמנם סך הרווחה גדל, אבל רוב האנשים מצבם ב-ב' פחות טוב מאשר במצב א'**.

	1	2	3	סה"כ
א	1	2	2	5
ב	20	1	0	21

2. **בעיה טכנית**. כל זמן שמשתמשים בקריטריון פרטו ליעילות, איננו זקוקים להשוואה בין אישית של תועלות ועלויות. לא צריכים להשתמש בכימות רווח והפסד לאנשים שונים, משום שלפי קריטריון פרטו, מספיק שמפסידים פסיק, כדי לפסול את המעבר ו-ב' לא יהיה עדיף על א'. **קלדור היקס דורש חיבור וחיסור**: לחבר את כל עליות הרווחה פחות כל ירידות הרווחה ותראה מה קיבלת.

ii. החיבור והחיסור היתה נקודת תורפה גדולה של התועלתנות (חיבור האושר פחות הסבל, אבל זה לא מעשי).

הפתרון של הכלכלנים: ניתוח כלכלי סטנדרטי מניח שמע' ההעדפות של אדם היא שלמה. הטענה היא שאנחנו לגבי שני דברים בעולם יכולים לומר או שמעדיפים את א' על ב', או את ב' על א', או שאדישים. אם זה נכון, מע' ההעדפות שלי היא שלמה. אם נניח שהיא אכן שלמה, זה אומר שנוכל להשוות כל דבר לסכומי

כסף שונים. יש איזושהו סכום כסף שהייתי מוכן לשלם כל דבר. אם לכולם יש מעד העדפות שלמה, ואפשר להשוות בין כל א' ל-ב', הרי שניתן לתת ערך מספרי בכסף לכל זכאות. כל דבר – ואז מע' הכללים המשפטית האופטימלית מובילה לכך שזכאויות תוקצינה באופן הזה שמגדיל את כל הרווחה האנושית. הטריק של מע' העדפות שלמה שמאפשרת לנתק סכום בכסף לכל זכאות.

ההבדל בין כלכלת רווחה לבין תיאוריית הרצון :

התפיסה הליברלית והתפיסה הכלכלית הרבה פעמים הן מובילות לאותן תוצאות באופן כה שכיח עד כדי כך שזה מאפשר לכלכלנים להתהדר באיצטלה ליברלית. באופן טיפוסי, הן מובילות לאותן תוצאות. **נקודות הדימיון :**

- הניתוח הכלכלי הסטנדרטי והתפיסה הליברלית – **מתייחסות לחברה כאוסף של פרטים**. שניהן לא נותנות חשיבות טבועה לערכים דתיים או קהילתיים, והחברה היא אוסף הפרטים שמרכיבים אותה. זה נכון גם לגישה האינדיבי' וגם לגישה הכלכלית.
- **הרצון**. **הגישה הכלכלית** מייחסת ערך לדברים לפי כמה אנשים רוצים לשלם בעדם. כלומר, לרצון – WILL יש חשיבות מרכזית בתפיסה ליברלית ובתיאוריית הרצון בוודאי, אבל גם בגישה הכלכלית.

עם זאת, אלו **שתי תורות שונות**. בעוד שהתפיסה הליברלית מייחסת לרצון החופשי חשיבות אינטרינזית טבועה, הניתוח הכלכלי אינו מייחס לחופש או לרצון החופשי שום חשיבות כשהם לעצמם. כלכלת רווחה נורמטיבית מסכלת על הרצון החופשי, אבל לא כדבר חשוב כשלעצמו, לא כערך, אלא רק כמכשיר.

לרצון החופשי שלושה תפקידים אינסטרומנטליים בניתוח הכלכלי רווחה :

1. **תיאוריית הרווחה האנושית שביסוד הגישה הכלכלית – היא תיאוריה של העדפות**. משמע, **רווחתו של אדם עולה – ככל שההעדפות שלו מתגשמות ורצונותיו מתגשמים**, אם יותר רצונות מתגשמים – מצב טוב יותר וההפך. להבדיל מתועלתנות שמדברת במונחי אושר וסבל – כאן זה הגשמת העדפות ורצונות. **רצון נכנס לכלכלית – שחופש זה רצון רוב האנשים**. כלומר, **רצון חופשי הוא אחד המושאים של העדפות אנושיות**. לכן, ככל שיש לאנשים יותר רצון חופשי וחופש מצבם טוב יותר באופן טיפוסי.
2. **מידה כלשהי של חופש הכרחי כדי שאפשר יהיה להנות גם מדברים אחרים**. כפות בכתנת משוגעים, בעלות של 17 אחוזות – הוא לא ייהנה מהן, כי צריך מידת חופש פעולה להנות מדברים אחרים.
3. **הרצון החופשי מספק לנו קריטריון ואמת מידה לכימות של רווחה**. אנחנו משתמשים ב-WTP⁹ כאמצעי לקבוע כמה כל דבר תורם לרווחה של כל אדם.

לרצון החופשי שלושה תפקידים אינסטרומנטליים בניתוח הכלכלי רווחה

- **תיאוריה של העדפות** רווחתו של אדם עולה – ככל שההעדפות שלו מתגשמות ורצונותיו מתגשמים
- **חופש הכרחי כדי שאפשר יהיה להנות גם מדברים אחרים**

⁹Willingness to pay

• **הרצון החופשי מספק לנו קריטריון ואמת מידה לכימות של רווחה**

תרופות בשל הפרת חוזה - הרצאה 12

בשיעור הקודם דיברנו על **יעילות כלכלית** ואמרנו דברים כלליים על הגישה הכלכלית בכלל, והגישה הכלכלית למשפט. מנק' מבט כלכלית, **חוזים הם דבר יעיל**. אם עט שווה ל-א' 100 ול-ב' 300, וא' מוכר ב-160, ובהנחה שהחוזה ביניהם לא משפיע על רווחת אנשים אחרים, ירוויח מהחוזה 60, ו-ב' ירוויח 140, והחברה בכללותה תרוויח מהחוזה 200 – יעילים קלדור היקס, ויעילים פרטו (בשיעור הקודם הגדרות), כיוון שמשאבים יגיעו למקומות שמעריכים אותם יותר, מאשר אחרים, וסך כל הרווחה האנושית תגדל.

תפקיד דיני החוזים: לשמן את גלגלי השוק, לעודד ולהקל על עסקאות רצוניות. דיני החוזים עושים זאת בכל מיני דרכים. אנו נתמקד בדיני התרופות. נזכיר שעצם זה שמע' המשפט מספקת מע' לאכיפת חוזים הוא דבר המסייע לביצוע חליפין רצוניים, משום שזה מאפשר לאנשים להסתמך על ההתחייבויות העתידיות של האדם האחר. **המשפט מפחית את הסכנה שכ"א מהצדדים ינסה לקבל בתמורה שכנגד בלי לתת התמורה מצידו, דבר שעלול להוביל לכך שאף אחד מהצדדים לא יבצע את חלקו**, ועצם מע' האכיפה היא דבר יעיל שמונע הסכנה של כשל שוק – מעין דילמת אסיר. משום שאם ההעדפה הראשונה של כ"א זה שרק השני יבצע, וההעדפה האחרונה היא שרק אני יבצע, ההעדפה השניה ששניים יבצעו, והשלישית היא שאף אחד לא יבצע, אז החשש הוא שכ"א מהם אם לא יודע אם הצד השני יקיים או לא, שניהם ימצאו בעדיפות השלישית, בעוד שאם שניהם מקיימים ימצאו עצמם ברמה השניה.

התמקדות בדיני התרופות

אילו אנשים יכלו לעשות חוזים מושלמים שמתייחסים מראש לכל נסיבה אפשרית/התפתחות אפשרית/מצב עולם אפשרי בעגה הכלכלית, הרי שמלכתחילה היו קובעים שעל הצדדים לקיים חיוביהם, אך ורק אם משתלם לשניהם שהחיובים יתקיימו. **אילו הצדדים יכלו לעשות חוזה מפורט** לאין סוף המתייחס לכל האפשרויות, הרי שהם **היו דורשים מכ"א מהצדדים לקיים את חלקו, אך ורק אם** עלות קיום החיוב נמוכה יותר מהתועלת שהנושה מפיק מהקיום, משום שאחרת זה לא יעיל (התועלת נמוכה יותר מהעלות).

אילו במקום שני צדדים לחוזה, צד א', וצד ב', נניח חברה ותאגיד גדול היה קונה את שניהם ושניהם היו הופכים להיות מחלקות בתאגיד. במקרה כזה, ברור שהמנהל היה אומר למחלקה א', לבצע את הפעולה, רק אם זה יעיל. אילו לצדדים היו אינסוף משאבים ניסוחיים ולהיערך מראש לכל האפשרויות – זה מה שהיו עושים.

אילו זה היה המצב, לא היה חשש מהטלת תרופות חריפות מדי, ולקבוע שהפרת חוזה דינה עונש מוות, ולא היה פוגע ביעילות. משום שמלכתחילה כל אימת שלא מקיימים, אז מראש היה קיום. עם זאת, החוזה היה יכול לומר שבנסיבות מסוימות, לא יקיימו.

התמריץ של התרופות – שיתנהגו בצורה היעילה ביותר: עם זאת, **במציאות, אף חוזה אינו מושלם** ואז תפקיד דיני התרופות הוא **התחשבות בכך שהחוזה לא לוקח בחשבון את כל ההתפתחויות האפשרויות, ובכל**

זאת תפקיד החוזה/התרופות הוא לתת **תמריצים אופטימליים להתנהגות הצדדים**. **התנהגות יעילה – מגדילה את סך כל הרווחים מהחוזה – מקסימלית.**

דיני התרופות יוצרים תמריצים לא רק בשלב הקיום, אלא **לכל אורך חיי החוזה**. השאלה של דיני התרופות משפיעה על התנהגות הצדדים במו"מ, ובבחירת תרופות שונות, צריך לראות את התמריצים שלהן להתנהגות לכל אורך חיי החוזה.

תרופות כספיות – פיצויים

1. הבחירה בין קיום להפרה – דוק' ההפרה היעילה = הסעד האופטימלי הוא סעד פיצויים שמגנים על אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה) של הנפגע

תמריץ פוט' הוא החלטת החייב האם לקיים את החוזה או לא. דוג' מספרית: נניח שהמחיר המוסכם של הנכס הוא 160. הקונה **שילם** את המחיר של 160. נוסף על כך, הקונה נשא בהוצאות 20 של הכנות לקבלת הממכר (הכין המפעל, הכשיר העובדים). אם החוזה **יבוצע**, התועלת שיפיק הנושה מהממכר היא 200. **נניח שבא קונה ב'** ומציע למוכר שיפר את החוזה עם קונה א', וימכור את הנכס לקונה א'. נניח שהדין היה שאין תרופות בשל הפרת חוזה – אתה יכול להפר חוזה, וזה לא עולה כלום. במקרה כזה, המוכר יסכים למכור הנכס לקונה ב' בכל מקרה שקונה ב' יציע של לפי כל מחיר שמעל 0. כי בפועל, המוכר לא מפנים את ההשלכות, כי בפועל **התשלום בוצע**. המוכר יוכל למכור את הנכס לקונה ב', אם ב' מציע לו שקל אחד.

- **האם זה יעיל קלדור היקס? לא.** משום שקונה ב', יכול להיות שמעריך הנכס ב- 2,3,4, אבל מעריך אותו יותר מ-1. אנו יודעים שקונה א' מעריך הנכס ב- 200, אז **זה לא יעיל שהנכס יגיע לקונה ב' שמעריך הנכס ב- 3**, אלא יעיל יותר שהנכס יגיע לידי קונה א' שמעריך אותו ב- 200. **היעדר תרופות מביא לתוצאה לא יעילה.**

נניח שהדין אומר שהנפגע זכאי לסעד שמגן אך ורק על סעד ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע). במקרה כזה, המוכר ימכור לקונה ב', רק כשיציעו לו 161 לפחות. זה התמריץ שלו. הוא ישלם את השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) שמגיעה לקונה א', וישלם רווח של 1.

נניח **שהדין מגן אך ורק על אינטרס ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) של הנפגע.** הנכס יימכר לקונה ב', אם קונה ב' יציע לפחות 181. כי נזקי ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) של הקונה כוללים ה- 160 ששילם למוכר, ועוד 20 השקעות נוספות שעשה בהסתמך על החוזה, ולכן המוכר יפר אם קונה ב' מוכן לשלם 181. **זה לא יעיל, כי יכול להיות שקונה ב' מעריך הנכס ב- 300, אבל יכול להיות שגם ב- 185. מאחר וקונה א' מעריך הנכס ב- 200, הגנה על אינטרס ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) תביא לתוצאה שאינה יעילה.**

אם הדין מגן על אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה) של הנפגע. המוכר יפר את החוזה, אם קונה ב' יציע 201 לפחות. בנתונים שלנו **זה יעיל**. כי קונה א' מעריך הנכס רק ב- 200, קונה ב' מעריך אותו ביותר מ- 200 כי שילם 201, וזה יעיל.

נניח שהדין היה מזכה את הנפגע בהגנה על אינטרס נטילת רווחי המפר. המוכר שלנו ימכור הנכס לקונה ב', לעולם לא, תחת **הלכת אדרס** – כל מה שירוויח מההפרה, הוא יצטרך להעביר לידי הנפגע. **זה לא יעיל לכאורה**, משום שגורמת לכך שגם אם קונה ב' מעריך הנכס ב- 400.

זוהי דוק' ההפרה היעילה (הגדרה למעלה) פיצויי ציפייה (אלמלא קויים החוזה) מעמידים במצב לו החוזה הקויים, ולא מפסידים. אם המוכר מרוויח אז זה פרטו יעיל.

ביקורת על דוק' הפרה יעילה מול אדרס

1. דיני הפיצויים כפי שהם למעשה באופן טיפוסי אינם מצליחים להעמיד הנפגע במצב בו היה אילו החוזה קויים: בגלל בעיות של הוכחת נזק, כימות נזק, צפיות הנזק, כלל הקטנת נזק, קמצנות ביחס לפיצויים על נזקים לא ממוניים. בד"כ, דיני הפיצויים כפי שקיימים למעשה, הן במשפטנו והן בשיטות משפט אחרות, מעניקים לנפגע פחות מאשר הגנה על אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה). הנפגע אינו אדיש בין פיתוח להפרה, ואינו יכול להתאים לפיצויי ציפייה (אלמלא קויים החוזה), כפי שנוהגים בדינים הנוהגים. ביקורת זו הושמעה נגד פריד (שהגן על אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה)). נניח שדיני הפיצויים כן מעמידים הנפגע במצב בו היה אילו החוזה קויים, או שצריך רפורמה כדי להעמיד הנפגע במצב זה.
2. הסדר פיצויי ציפייה (אלמלא קויים החוזה) ככלל השלמה דיספוזיטיבי: הצדדים יכולים לסטות מס' 10, ע"י ס' של פיצויים מוסכמים, כך שכלל פיצויי ציפייה (אלמלא קויים החוזה) זו בעצם הוראה דיספוזיטיבית. הצדדים יכולים לסטות ממנו כפי שכתוב מפורשות בס' 14, ואפשר להסכים על פיצויים מוסכמים אחרים.

הזכות לפיצויים
10. הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה.
הקטנת הנזק
14. (א) אין המפר חייב בפיצויים לפי סעיפים 10, 12 ו-13 בעד נזק שהנפגע יכול היה, באמצעים סבירים, למנוע או להקטין.
(ב) 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 התוצאות או ההתחייבויות בלתי-סבירות, חייב המפר בשיפוי כדי שיעורן הסביר בנסיבות הענין.
אם מסתכלים על ס' 10 כהוראת השלמה דיספוזיטיבית, הרי שבדוגמה שבה פתחנו, משמעות ההוראה היא שהסיכוי, **ההזדמנות למכור את הנכס לאדם שמעריך אותו יותר מהקונה, שייכת למוכר**. משום שהמוכר ישלם לנפגע את ה- 200, ואם עכשיו בא קונה ב' שמעריך הנכס ב- 300, ומוכן לשלם 299, הרי שההזדמנות להרוויח את העוד 99 שייכת למוכר ולא לקונה. אם מסתכלים על זה כהוראת השלמה דיספ', כנראה שמניחה שהמוכר מעריך את ההזדמנות יותר מאשר הקונה. יש להניח שצדדים מקצים סיכונים וסיכויים בצורה יעילה, אז מטילים אחריות ונותנים הזדמנות למי שמעריך אותה יותר מרעהו (הדין החקיין, פרופ' פרוקציה – הכלל שרוב הצדדים היו רוצים ביניהם, והטענה היא שתהיה דרך ס' 10, ואין טעם להטיל הוצאות הנאה על דין לא יעיל על הצדדים). בפועל, אומר ש'אדרס' **נותן הנפגע לזכאות רווחי המפר מההפרה, הנפגע הטיפוסי לא יצליח לממש זכות זאת, ולכן יעדיף כלל דיספוזיטיבי/הסדר שלא נותן הזכאות הזאת, ולכן הדין הדיסי היעיל הוא ס' 10, ולא הלכת אדרס**. **המתקשר הטיפוסי בחוזה יודע שאם יש משהו מעריכים ב- 10 מול 2, עדיף לו לקבל 3 שגדול יותר מ- 2, ולכן גם הצד שמרוויח וגם הצד שכיבול מפסיד שניהם מרוויחים, אם הקצאת הסיכויים והסיכונים תואמת את מה שמגדיל הרווחה החברתית הכוללת, משום שהקצאה באה לידי ביטוי במחיר**.

- a. כאשר **ס' 10** מעניק במשתמע הזדמנות זו למוכר, הוא כנראה מניח שהזדמנות זו שווה יותר למוכר מאשר לקונה. בהזדמנות זאת, מעריכים שאם יבוא קונה ב' שרוצה את הנכס, הוא יפנה למוכר ולא לקונה.
- b. **המבקרים: הנחה זו לא נכונה בכל המקרים.** נניח שהמוכר הוא **סיטונאי**, והקונה הוא **קמעונאי**, אז לא ברור לאן הולכים. ואם זה ככה, לא ברור שהזדמנות זו שווה לחיוב יותר מאשר לנושה (קונה, נפגע מההפרה).
- c. אפשר היה לטעון נגד הטיעון הזה את: יש שני סוגי מקרים – קונה ב' פונה למוכר, או קונה ב' פונה לקונה א'. המקרים שקונה ב' פונה לקונה א' לא מעניינים אותנו, כי זה מקרים שהחובה יקוים, דיני התרופות אינם רלוונטים, ולכן **בעיצוב דיני התרופות צריכים לחשוב אך ורק כשקונה ב' יפנה למוכר, ובהם שאלה זו תתעורר.**
- d. **לפי זמיר, זה לא טיעון חזק** כי ייתכנו מקרים שקונה ב' מתלבט, הוא יכול לפנות למוכר, ויכול לפנות לקונה א', ואז יכול להיות שאם קונה א', יש אפשרות שקונה ב' יפנה אליו, יכול להיות שלא ירצה להסכים שיש הסדר משפטי שמעניק ההזדמנות למוכר, הוא ירצה הסדר משפטי שמכריח את קונה ב' לקנות ממנו ולהעביר לו את תוספת הערך שהוא מייחס לנכס.
3. **הבחירה בין הגנה על אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה) לבין נטילת רווחי המפר.** זוהי ביקורת על **אדרס** וזהו חיזוק להפרה היעילה. אומר שכאשר אני שואל כמה אני מעריך הזדמנות כלשהי, אני שואל לא רק כמה אני מעריך ההזדמנות, אלא גם מה הסיכויים שנצליח לממש את זכותי לאותה זכאות, **סיכויים למימוש:** אם יש זכאות נפלאה, אבל הסיכוי למימוש נמוך, אז תן לי שקל וקח אותה, ופחות מושכת. מנק' המבט הזאת, לנטילת רווחי המפר יש **חסרון גדול מנק' מבטו של קונה א', משום שהסיכויים של קונה א' לממש את זכותו לנטילת רווחי המפר הם קטנים.** הרבה יותר קל לנפגע קונה להוכיח אינטרס ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע), **הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) וציפייה (אלמלא קויים החוזה) שלו מאשר את רווחי המפר. בעולם שלא ניתן להוכחה, אדרס לא יעיל.**
- a. **ציפייה (אלמלא קויים החוזה):** ברור שהמידע הדרוש כדי להגן על אינטרס זה מצוי בעיקרו של דבר בידי הנפגע, **וידוע כמה היה מרוויח אילו החוזה קויים.**
- b. **הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני):** גם נכון. **הנפגע הוא זה שידוע כמה הוצ' הוציא על החוזה וההזדמנויות עליהן ויתר לצורך החוזה.**
- c. **השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע):** נכון גם לגביו, אבל פחות. אמנם אינטרס מסתכל על התעשרות המפר, אבל זה בעצם **התעשרות ממה שהוא קיבל מהנפגע, אז הנפגע נתן למפר, ובד"כ, יוכל להוכיח גם את זה יחסית בקלות.**
- d. **נטילת רווחי המפר: קשה להוכחה,** איזה הפסדים חסך המפר לעצמו על ידי הפרת החוזה. שכן, זוהי **הלכת אדרס** – רווחים/הפסדים שחסך לעצמו המפר, וזה קשה לנפגע לדעת ולהוכיח. אם זה ככה, לעתים לא שווה לשלם בעד זכאות שיש קשיים מאוד גדולים לממשה.
4. **ברוקס:** מנק' מבט כלכלית רוצים הפרות יעילות. מצד שני, יש תחושה לא נוחה שהמפר נהנה מהפרת החוזה ומשלשל לכיסו הרווחים מההפרה. כלל משפטי שמיישב בין שתי הבעיות: **נושה**

זכאי לסעד של נטילת רווחי המפר בין אם החייב הפר את החוזה, ובין אם לאו. כלומר, בעובדות של **אדרס**, תוכל חברת אדרס הישראלית לתבוע מחברת הרלו אנד ג'ונס 300 מרק על כל טון ברזל שחברת הרלו אנד ג'ונס **סיפקה** לחברה הישראלית, במקום למכור אותה לקונה ב'. **היעילות מתבטאת בכך** שעכשיו חברת הרלו אנד ג'ונס יודעת שאם תנהג בצורה לא יעילה **ותספק הנכס לאדרס, היא תצטרך לפצות** על ההתנהגות הלא יעילה שלה **בכל מקרה**. היא יכלה להרוויח 300 מרק (ההפרש בין 600 ל- 900) על כל טון, לא עשתה זאת – אז נא לשלם את זה לחברה הישראלית. לא רוצים לתת לחייב להתנהג בצורה "מוסרית", אבל לא יעילה, ולכן אומרים לו שאם יעביר הנכס לקונה ב', ישלם פיצויים של 300 לקונה. מבחינת תוצאות שהכלל שהוא מציע – **אלו תוצאות הפרה יעילה**, אבל זה לא נותן את רווחי המפר למעוול שיוצא נשכר מחטאו, אלא לנושה תם הלב. אין שיטה משפטית שעושה זאת.

לרצון הפרטי אין חשיבות טבובעה במסגרת הכלכלית - הבטחות יש לקיים, אלא אם כן יעיל יותר להפר אותן.

2. נקיטת אמצעי זהירות בידי החייב

עד כה הנחנו שהפרות נובעות מכך שהחייב החליט שמשלם להפר החוזה מאשר לקיימו. רוב ההפרות נובעות מכך שלאורך תקופה נמשכת (ולא ברגע הקיים) **החייב לא התאמץ מספיק כדי להבטיח הקיום במועד**, ולכן פרויקט הבנייה מתאחר, הממכר נוצר עם פגם. **אנו לא רוצים כלכלית שהחייב ינקוט באמצעי זהירות שיעילותם אינסופית**, אלא שינקוט באותם מאמצים שהעלות השולית שלהם אינה עולה על התועלת השולית שלהם. אם בעוד שקל של מאמץ, אפשר להכניס תועלת של 2, רוצים להמריץ לעשות זאת, אבל אם בעוד מאמץ שיעלה 2 ש, נעלה ההסתברות והתוחלת שהנכס יהיה כמו שצריך, רק בשקל אחד, אז לא שווה. **השיקול הזה מוביל לכך שעל דיני התרופות להגן על אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה)**. הניתוח של קיום / הפרה נכון גם לגבי נקיטת אמצעי זהירות/מאמצים, כי אם רוצים לתת תמריץ אופטימלי לחייב להתאמץ במידה המינימלית, עדיף שהתועלת לא תעבור את התועלת שצומחת לנושה. העניין הוא **שבהיתן מגבלות הידע האנושי והוכחת דברים, ויכולת ביהמ"ש לברר ולקבוע עובדות, הכלל של פיצווי ציפייה (אלמלא קויים החוזה) הוא אפילו יותר טוב מניסיון הצדדים לקבוע באופן פרטני** בדיוק מה צריך להיות המאמץ של החייב (כמה פועלים רזרבים, משאיות). שכן, דברים אלו קשים להוכחה, גם אם חוזה יקבע בדיוק מה יעשה הקבלן בכל רגע, יותר פשוט לומר לקבלן שיעשה מה שהוא רוצה, רק שיידע, שאם מפר החוזה, כל נזק שגורם לצד השני, לנושה – אתה תחויב להעמידו במצב בו היה אילו החוזה קויים. ביהמ"ש קובע הנזק לפי **ס' 10**. יותר קל להוכיח הנזק שההפרה גרמה לנפגע מאשר ללכת לדקדק ולברר האם החייב מתנהל בצורה יעילה או לא. בכך, נותנים לו תמריץ אופטימלי, בלי שנכנסים לרזי העסקה.

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

3. הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) הנושה

שיקול נוסף שהניתוח הכלכלי מצביע עליו כשבחורים התרופה האופטימלית הוא השפעת דיני התרופות על הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) הנושה על החוזה. כפי שלמדנו, במקרים רבים, כדי למקסם את התועלת מהחוזה, כדאי שהנושה ייערך לקראת הקיום מראש, ויישא בהוצאות לקראת הקיום. **נניח שנערך חוזה למכירת מכונה למפעל תעשייתי:**

הוצאות הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני)	התועלת מהמכונה	התועלת הנקייה
0	100	100
5	120	115
10	128	118

- אם קונה המכונה ישקיע מראש 0, הרי שהתועלת שלו מהמכונה תהיה 100 (חיכה שהיא תגיע, ואז התחיל להתארגן).
- 5 בהוצ' הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) ותועלת 120.
- 10 בהוצ' הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) ותועלת 128.

היקף אופטימלי של הוצ' הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) הוא 10, משום ש- 118 גדול בתועלת נקייה מכולן.

נניח שהמכונה הזאת אינה סטנדרטית, אלא מכונה שעדיין בשלבי פיתוח, ואנחנו לא בטוחים שיהיה משתלם לבנות אותה. יכול להיות שיסתבר שהבעיות בפיתוח הן מאוד גדולות, דברים שאנו לא יודעים בדיוק מהם – ולכן, ההסתברות שיהיה שווה לבנות את המכונה היא רק 50%. אילו היה מדובר בשתי מחלקות באותו מפעל, אז זה 50% סיכוי שמשלימים את בניית המכונה.

אותה טבלה עם ה- 50%...

הוצאות הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני)	תוחלת התועלת מהמכונה	תוחלת התועלת הנקייה מהמכונה
0	50	50
5	60	55
10	64	54

- אם לא משקיע כלום, תוחלת המכונה היעילה היא 50, כי הסיכוי שנקבל המכונה היא 50%.
- השקעה של 5 תביא ל- 60 תועלת.
- 10 תביא לתוחלת של 64.

עם זאת, **יוצא שאם אין ודאות (הסתברות לקיום החוזה פחותה מ- 100%) שהחייב לא יקיים, ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) האופטימלית נמוכה יותר מאשר ודאות.** אילו היה מדובר בשתי מחלקות באותו מפעל המחלקה שאמורה לקבל המכונה **היתה משקיעה רק 5**, לא יעיל להשקיע 10 כאשר התועלת שהחוזה יקיים היא רק 50% במספרים האלה.

אם הדין נותן לנפגע פיצויי ציפייה (אלמלא קויים החוזה) (במצב בו היה אילו החוזה קויים):

- בדוג' ה- 50%, ישקיע 10, משום שהם אומרים או שיקבל המכונה, או פיצוי כספי שיעמידו במצב בו היה אילו קיבל המכונה. כלומר, מתעלם ממצבי עולם של אי קבלת המכונה. לכן, יוצא שהנושה הסתמך **הסתמכות** (אלמלא פגש הצד השני) **יתר** על קיום החייב.

אם הדין נותן לנפגע פיצויי הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני)

- ישקיע גם 10, כי יודע שכל סכום שישקיע יקבל בחזרה, זו ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני). וזה מוביל להסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) **יתר**.

הפרדוקס של הפיצויים: הדרך היחידה לגורם לכך שהנפגע יסתמך באופן אופטימלי היא לא לתת לו שום פיצוי, ואז בדוגמת ה- 50% יסתמך על עלות של 5, כי זה היקף ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) האופטימלית.

מורכב מארבעת הטיעונים הבאים:

1. כדי שהמזיק (מפר) יתנהג בצורה אופטימלית, צריך שישלם פיצויים (בעל הקרקע) על מלוא נזקי הנפגע. (ראינו קודם) – בשיעור הנזקים שנגרמו לניזוק, הוא מפנים את כל הנזקים, ועושה משהו בצורה יעילה.
2. כדי שהניזוק יתנהג בצורה אופטימלית (שהאנשים לא יחצו הכביש כשקוראים עיתון ואייפוד או בנייה של בניין על קרקע שישללו כביש מחרתיים), צריך שלא יקבל שום פיצוי, או לתת לו פיצויים שלא קשורים להיקף הנזק שנגרם לו. דא עקא, בדיני הפיצויים, סכום הפיצויים שהמפר משלם, שווה לנזק הניזוק.
 - a. אפשרות התמודדות:

i. **ניתוק בין שני הסכומים**. יש פיצויי מזיק מול פיצויי הניזוק. אנו יודעים שאנו רוצים שהמזיק ישלם מלוא הפיצויים על הנזקים שהוא גורם, ושלניזוק יהיה פחות. רעיון לא טוב.

ii. **הניזוק יקבל פיצויים על מלוא הנזק, אבל רק עד תקרה של הנזק שהיה נגרם אילו הסתמך במידה אופטימלית**: כלומר, לא על הנזק הנוסף שנגרם לך בשל כך שאתה לא לקחת בחשבון מראש את האפשרות שהחוזה לא יקיים, זו ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) יתר ועליה לא לקבל פיצויים. **בעיית כימות**. כיצד נדע בדיוק כמה הנושה יכול היה לדעת לגבי הסיכויים שהחוזה יקיים, וההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) האופטימלית וכו'. כלכלנים טוענים שהרעיון לא כ"כ מופרך, למשל יכול לבוא ידי ביטוי במסגרת **דרישת הצפיות**. אם במצבים מסוימים, יוכל הנושה לטעון שחלק מהנזק – לא צריכים לפצות עליו, משום שצריך לקחת בחשבון שתהיינה תקלות, ולא יכול היה להתעלם מזה, ולכן הנזק הוא לא נזק צפוי. כדי שהטענה הזאת תישמע אינטואיטיבית, ניתן לחשוב על **פרץ נ' ביטון**. אמרו למוכר שההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) שלו על כך שיקבל בדיוק, וההתחייבות שנטל על עצמו לשלם כל הסכום בהפרש של יום היתה הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) מוגזמת. אנו רואים שבתוך דיני

התרופות, רעיון של לתת לקרר את הנושים מפני הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) מוגזמת הוא לא רעיון כ"כ מופרך.

4. תמריצים לנושה

אילו דברים יכולים להשפיע על הנושה להתנהג בצורה יעילה :

1. הקטנת נזק – כלל שנועד להמריץ הניזוק להתנהג בצורה יעילה, כשיפעל לעשות זאת כשהוא המונע היעיל ביותר של הנזק, ולא רוצים שיתפרע – וכדי למנוע ממנו זאת – יקבל הוצ' שיפוי למניעת נזק, **רק אם היו הוצ' סבירות**.

2. אשם תורם.

חסרון של שניהם **שמצריכים הערכה שיפוטית להתנהגות הצדדים**, דבר שמכניס רעש ואי ודאות למערכת. יש תחום אחד שבו כדי למנוע הרעש הזה מאמצים כלל מכניסטי יותר כדי להמריץ הנושה להתנהג בצורה יעילה והוא :

3. השתתפות עצמית – ביטוח. בדיני ביטוח, אנו רוצים שלמבוטחים יהיה תמריץ להתנהג בזהירות. מפחדים מהסיכון המוסרי, וחוששים מכך שאדם שמובטח לו פיצויים מלאים, יתחיל להתנהג בצורה רשלנית וחסרת זהירות, וכך השתתפות עצמית לכל ת"ד.

5. שנאת סיכון וביטוח

לפי עקרון התועלת השולית הפוחחת, התועלת של אנשים מכל שקל שיש להם פחותה מאשר השקל הקודם שהיתה להם, ולכן **אנשים שהם שונאי סיכון מעדיפים לשלם פרמיה כלשהי בתחילת השנה, משום שאותם משלמים מהשקלים האחרונים שלהם, ונותן להם ביטוח מפני הפסד השקלים הראשונים** שהם הכבדים שמשים לצרכי הבסיס. **נניח שהחייב אדיש לסיכון** עם פירמה של 3 מיליון לקוחות שמפזרת הסיכון ביניהם. **נניח שהנושה הוא שונא סיכון** (סטודנט, אדם פרטי).

- אם החייב הוא אדיש לסיכון, והנושה הוא שונא סיכון, מנק' המבט של שנאת הסיכון, האינטרס האופטימלי הוא אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה), זה שיקול בעד אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה) משום שזה מבטח את הנושה מפני סיכון, בין אם החוזה יקויים ובין אם לאו.

- **אם שני הצדדים שונאי סיכון**, ונניח שביטוח מסחרי הוא לא מעשי ויקר מדי: בציפייה (אלמלא קויים החוזה) – שניהם שונאי סיכון, אחד מהם מרוצה – הנושה שקיבל את הכסף, ומי שנושא בכל הסיכון הוא החייב, אבל גם הוא שונא סיכון, אז זה משהו שנמוך מפיצויי ציפייה (אלמלא קויים החוזה) – שיתרחש עם נסיבה / סיכון שגרם לכך שהחוזה הופר, אם הפיצויים נמוכים יותר מאינטרס ציפייה (אלמלא קויים החוזה), **אז איכשהו ההפסד מתחלק ביניהם. שניהם רוצים לפזר את הסיכון בין שניהם, שכל אחד מהם יפסיד רק 50, ולא 100,0, לא משנה מי מפר.**

- זה לא השבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע): כי אם הנושה מעריך את מה שנתן ב-100, ומה שאמור לקבל 300, כלומר ציפה להרוויח 200, ואם נותנים הגנה על ההשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) זה אומר שירוויח כלום. אם יקבל סעד של 200 בחלוקה זה עדיף.

6. (אהבת סיכון) – הפרה שאינה משפיעה על כמות הכסף שבידי הנפגע

מה קורה אם הנושה אוהב סיכון? האם יסכים לשלם איזושהי פרמיה, לא – אבל **מעדיף הנחה במחיר על פני ביטוח**. כך שאם הנושה הוא הרפתקן, לא אכפת לו שיהיו פיצויים מוסכמים של 7 ש, או תניות פטור אחרות ובלבד שיקבל הנחה במחיר, **ולוקח ההפרה על עצמו**. זה מקרה לא אופייני או סביר, אבל מקרה קרוב הוא הפרה שאינה משפיעה על כמות הכסף שבידי הנפגע. נניח והוא דרס בן אדם ורגלו בכסף. יש לזה תוצאות:

- מפסיד כסף, כיוון שלא יכול ללכת לעבודה.
 - כאב וסבל. אבל זה לא בהכרח משפיע על כמות הכסף.
- לחילופין, המצלמה בחתונה נפלה לתוך המים, וכל התמונות הלכו – זה לא משפיע על כמות הכסף. כשמדובר בנזקים שאינם משפיעים על כמות הכסף שבידי, האם זה רציונלי לרכוש ביטוח נגדם? לא. **אם מדובר בפגיעה שלא תשפיע על כמות הכסף שבידי, זה לא רציונלי לרכוש ביטוח נגדה**. זו הסיבה שבגללה דוגמניות מבטחות את רגליהן ואדם רגיל לא, משום שאם רגל הדוגמנית תיפגע, זה יפגע בהכנסותיהן. זה יכול להיות הסבר הצדקה כלכלית מדוע בתי המשפט וכלל שיטות המשפט נוהגות בקמצנות כשמדובר בפיצויים על נזקים לא ממוניים. לפחות ככל שמדובר בשיקול הביטוחי, נוכל לראות שבחברות הביטוח – אין כנראה ביקוש לפוליסות כאלה שנותנות על כאב וסבל. בד"כ נמצא על נזקים רכושיים והסכם ממון.

תרופות אחרות**תרופות בשל הפרת חוזה - הרצאה 13**

1. בחירה בין קיום להפרה
2. נקיטת אמצעי זהירות בידי החייב
3. הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) הנושה
4. תמריצים לנושה – הקטנת הנזק/אשם תורם/השתתפות עצמית
5. שנאת סיכון וביטוח
6. "אהבת סיכון" – הפרות שאינן משפיעות על כמות הכסף של הנפגע

6-1 בשיעור הקודם.

היום:

בשיעור הקודם אמרנו שמבחינת נקי' המבט של דיני התרופות, התרופות נבחנות מנק' המבט שהן נותנות להתנהגות הצדדים – מו"מ, כריתה ועד תום היחסים, כאשר באופן בסיסי, התמריצים יכולים לפגוע ולא לפגוע מבחינת מקסום התועלת בחוזה. דיברנו על דוק' ההפרה היעילה (1), כמו גם על סי' 2, בסי' 3 – פרדוקס הפיצויים שמצד אחד רוצים לתת פיצויים מלאים לנושה כדי להמריץ החייב להתחייב כראוי, אבל נתינת פיצויים מלאים תביא להסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) יתר מהנושה וכללים נוספים שנועדו לכוון התנהגות הנושה כמו (4). ב- 5, הצדדים יכולים להתשמש בדיני התרופות גם כתמריצים לפיזור הסיכונים בין הצדדים, על 6, והיום 7.

7. משא ומתן בדיעבד Renegotiation

עד כה הנחנו בצורה לא ריאליסטית, שהקצאת הזכויות והחובות היא זו שתמשיך לחול על הצדדים עד הסוף. לאמיתו של דבר, הצדדים יכולים לשאת ולתת גם במהלך חיי החוזה ולשנות ההסכמות המקוריות ולשלם זה לזה, כדי לעשות דברים שלא חייב, ואתה יכול לשלם לי כדי שאפטור אותך מלעשות דברים שלפי החוזה אתה חייב.

אילו לא היו שום מכשולים על מו"מ בדיעבד עם עלויות עסקה של 0 כיצד זה היה משפיע על הבחירה בין קיום להפרה:

1. **תחת פיצויי ציפייה** (אלמלא קויים החוזה) **נקיים אם העלויות** שההפרה תטיל עליך תהיינה **גבוהות יותר מאשר רווחי כהפרה**. פשוט נבדוק כמה פיצויים צריך לשלם לעומת כמה מרוויחים מההפרה.
 2. נניח שהתרופה היא **מעל אינטרס הציפייה** (אלמלא קויים החוזה). אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה) = 100, והתרופה שהדין קובע היא 150. לכאורה, **אני לא אקיים, אלא אם הרווח שלי מההפרה הוא לפחות 151**, משום שאני רוצה להפר רק אם ארוויח.
 3. כעת, **נוסיף האפשרות למו"מ בדיעבד**, אבל הפסד של 140 מקיום, אז אפשר להפר. התשובה היא שאם בעולם המודלים **תחת הנחות ההפרה היעילה, אם אפשר לנהל מו"מ בדיעבד, והפיצויים הם יותר מאינטרס הציפייה** (אלמלא קויים החוזה) **של הנושה, תמיד נוכל ל"שחדר"**, ולתת סכום מעבר לאינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה) שלוו, הוא יוותר על הקיום, ומתחת לרווח שלי מההפרה. כלומר, **הסכמה על סכום ביניים שישתלם לשני הצדדים לא לקיים החוזה**.
 4. נניח שהתרופה על הפרה היא 5, הציפייה היא 100. לכאורה, אני אפר, כל אימת שהתועלת שלי מההפרה היא 6, אבל בנסיבות האלה, הצד השני מוכן לשלם כל סכום מתחת ל-100 ומעל 6.
 5. יוצא בעולם של 0 עלויות עסקה, זה בכלל לא משנה דיני התרופות ככל שמדובר בנק' מבט של יעילות. החוזה יקיים אם הוא יעיל, בלי שום קשר לשאלה מהי התרופה.
- במציאות, עלויות המו"מ לעולם חיוביות, ואמורות להיות גבוהות במיוחד במו"מ בדיעבד**. משום שכאשר מדובר **במו"מ מחדש**, אין שוק משוכלל, וכאשר כך – מדובר במו"מ שמתנהל **בתנאים של מונופולין דו צדדי**. יש רק אדם אחד בעולם כולו שממנו אני יכול לקנות ההסכמה לשנות החוזה/רק אדם אחד שהצד השני רואה מולו שממנו יכול לקנות ההסכמה על שינוי החוזה, כלומר זה מונופולין דו צדדי. אם למונופולין זה מצטרפת בעיית מידע, אני לא יודע באמת מה הנזק שייגרם לך – לכן אתה יכול לבלף אותי, ואתה לא באמת יודע מה העלויות שלי ואני יכול לבלף אותך, אז החשש שהמו"מ לא יצליח הולך וגדל, ואז יש חשיבות שדיני התרופות ייצרו התמריץ האופטימלי להתנהגות הצדדים.

כלומר, אסור להתעלם מנתון זה, משום שכאשר יש אפשרויות למו"מ מחודש, הרי שזה יכול להשפיע על דיני התרופות בכלל. מעבר לכך, אם אנחנו לא הולכים עם קנו לשלב שהופך בלשון ימינו הזוי, אלא על הרגליים, לכללי התרופות **תהיה השפעה חלוקתית**, משום שהשאלה מי יצטרך לשחד

את מי כדי שיהיה קיום או כדי שתותר הפרה. המשחד נשאר עם פחות כסף בכיס, בעוד שהמשוחד נשאר עם יותר כסף בכיס. קוז ההזוי אומר שגם את זה ניקח מראש, ולכן כל השאלות החוקתיות תיעלמנה.

הסבר נוסף

8. הסתברות שהפיצויים ישולמו

עד כה, הניתוח שלנו הניח באופן לא ריאליסטי, שכל הפרה היא OBSERVABLE – כל אימת שאתה מפר החוזה, אני יודע. בנוסף, הנחנו באופן לא ריאליסטי, שכל הפרה היא ניתנת לאימות בביהמ"ש VERIFIABLE. כלומר, אפשר להראות לשופט ולשכנוע אותו שהפרת. במציאות, הפרות רבות הן בלתי נראות ו/או בלתי ניתנות לאימות. כתוצאה מכך, חלק גדול מההפרות – המפרים לא צריכים לשלם פיצויים. יתר על כן, גם כאשר מדובר בהפרות גלויות וניתנות לאימות, רוב הנושים, רוב הזמן לא הולכים לביהמ"ש. אם יש סעד עצמאי כקיזוז או ביטול כך יתבצע.

אם החייב יודע שההסתברות שהוא יצטרך לפצות הנפגע על הנזקים שההפרה גרמה לו היא הסתברות של שליש, הרי שכאשר הוא מתכנן את התנהגותו, העלות שהוא ייקח כאשר נזקי הציפייה (אלמלא קויים החוזה) הם 100, בהנחה שהוא אדיש לסיכון, הוא יניח שישלם שליש מזה, ולא 100 על הנזקים שגרם. זה מפחית את התמריץ לקיום החוזה (1) משום שבממוצע אם אפר החוזה לא אשא במלוא העלויות, אלא רק בשליש, כי על רק אחת משלוש הפרות נצטרך לשלם פיצויים, מפחית ההשקעה לנקיטה בהשקעה של אמצעי זהירות (2), הנושה שיודע את זה יסתמך פחות על החוזה (3) כי הבטחון שהחוזה יקויים נמוך יותר.

התגובה המיידית: אם ההסתברות שאשלם פיצויים היא שליש, באותם מקרים שאשלם פיצויים, אצטרך לשלם פי שלושה כדי לייצר את התמריץ האופטימלי מראש. כלומר, הפיצויים שהמפר ישלם צריכים להיות 1 חלקי ההסתברות שהוא ישלם אותם. חצי, פי שניים. שליש – הדין צריך לזכות הנפגע ב- 300% מנזקו, ואם אנחנו נלך בדרך הזאת, זה גם יצמצם את הבעיה באופן נוסף: בדרך שכאשר אני יודע שבמקרה של תביעה אקבל 300%, ההסתברות שאגיש התביעה היא כבר יותר משליש וירצה לממש זכויותיו. יכול להיות שמספיק לזכות ב- 250%.

- ההסתברות שאממש זכויותיי לא בלתי תלויה בשאלה מה אקבל מביהמ"ש אם אממש את זכויותיי. אם אני יודע שבמקרה שהתביעה תתקבל אקבל K250, יהיה לי תמריץ גבוה יותר. אימוץ כלל פיצויים שהוא מכפלה מחזק התמריץ ללכת לביהמ"ש ומגביר ההסתברות שהמפר יצטרך לשלם פיצויים, ואז בדוג' שלנו זה לא יהיה שליש אלא אולי מספיק 200%, כך שבממוצע המפר יראה לפניו תוחלת שיצטרך לשלם בממוצע את אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה).

הנימוקים הנ"ל משמשים לאסכולה הכלכלית. קשה להתעלם מהם, גם מבחינת המתנגדים להם. הבעיה, היא והשאלה מה נובע מזה – בלאגן – הרחבה בהמשך.

9. סנקציות לבר-משפטיות

הסיכוי שמפר חוזה ישלם בפועל הסנקציות המשפטיות הוא נמוך למדי. ובכל זאת, בגדול, רוב החוזים מקויימים רוב הזמן. אז כיצד – אם מע' השיפוט כה תקועה ולא אפקטיבית, האיום בסנקציה משפטית הוא כה חלש, כיצד עדיין רוב האנשים רוב הזמן בגדול מקיימים את החיובים שלהם? משום שהתמריצים המשפטיים הם לא העיקר. בניגוד למה שאולי התרשמנו, המשפט הוא לא כה חשוב במציאות. בפועל, מה שגורם לאנשים לקיים חוזים:

- שיקולי כדאיות

- של טווח קצר. אם עשינו לפני חודש חוזה שנמכור הפרה ב-100, אני מעריך את ההפרה יותר מהכסף שלי, ואתה הפוך, ולכן שנינו נקיים זאת.
- שיקולי כדאיות של טווח ארוך. היום, הפרה פחות מוצאת חן בעיניי, אבל אם רוצים לעשות עסקים, וגם אם נפסיד מהחוזה, אני לא אפר אותו – כי זה יהרוס את מע' היחסים.
- מוניטין כלפי השוק. יכלו להיות שלא שווה לי לקיים החוזה, אז אין לי שיקולי כדאיות של הטווח הקצר או שימור היחסים, אבל אני יודע שאם אפר החוזה, יש קשת אנשים אחרים שיידעו שאני אדם לא אמין, ולכן אעמוד בהתחייבותי, לשמור על עצמי כאמין.

- שיקולים חברתיים:

- חוזים לא נעשים בחלל ריק, אלא בין אנשים בחברה, ומע' הקשרים היא בד"כ לא רק כלכלית. אם לא אשלם לבעל המכולת, ואפגוש אותו אח"כ – יהיה לא נעים. אם אפר חוזה, ואפגוש הצד השני שוב, זה יהיה לא נעים, אז יש מע' של תמריצים חברתיים לקיים חוזים. חלקם קיימים ממילא, וחלקם מראים שכל מיני איגודי סוחרים משקיעים בחיזוק הקשרים בין אנשים, כי זה יותר טוב מכל מע' משפט שאנשים יקיימו התחייבותיהם.
- מע' מוסרית: רוב האנשים רוצים לחשוב על עצמם כאדם מוסרי שעומד בהתחייבותיו.

מה נובע מזה לגבי הסנקציה המשפטית האופטימלית? **כיצד הסנקציות הבר-משפטיות משפיעות על הגובה האופטימלי של הסנקציות המשפטיות?**

- נחזר לבחירה בין קיום להפרה. כאשר אני מחליט לקיים החוזה או להפר אותו – אני מציג עלויות קיום מול עלויות הפרה. מנק' כלכלית, אנו רוצים שסך כל עלויות ההפרה תהיינה שוות לנוק שגורמים לצד השני במקרה של הפרה. זה יגרום להפר אך ורק אם יעיל להפר, ויגרום לקיים, כל עוד הנוק שגורמים לצד השני גדול יותר מעלות הקיום לי. כשאני שוקל עלות תועלת של קיום מול עלות של הפרה, אני לוקח בחשבון לא רק הפיצויים שאצטרך לשלם או לא, אלא גם אבדן מוניטין, אי נעימות במקומות בילוי, וכד'. מנק' מבט כלכלית צריך שסך כל העלויות של ההפרה שהחייב רואה לנגד עיניו יהיו שווים לנוקים שההפרה גורמת לצד השני. יוצא לפי זה, שצרכים לתת פיצויים נמוכים יותר.

- קוטר ופורת: פרסמו מאמר שלכן צריך להוריד את הפיצויים. טענה זו לפי זמיר אינה משכנעת, כיוון שבאופן טיפוסי, כבר בדיני הפיצויים כפי שהם היום, יש כבר בעיה של תת פיצוי. הבעיה היא לא שצריך להוריד עוד יותר הפיצוי – אלא בגלל בעיות הוכחה,

צפיות הקטנת נזק ועוד, אז את המסקנה אי אפשר ללכת ממנה. אבל **אפשר להשתמש בניתוח ולומר**, גם אם לא בהכרח שצריך להוריד הפיצויים, זה אולי מסביר איך **מע' הדינים הקיימת בסך הכל מתפקדת**, **כי גם אם יש בעיה של תת פיצוי** שלכאורה היתה צריכה לגרום לכך שכולם יפרו חוזים, לא כולם מתחילים להפר החוזים, כי כנגד הפיצוי שהוא נמוך מדי בהשוואה לאינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה) התיאורטי, **יש משהו שמשלים את זה – הסנקציות הלא משפטיות שהמפר רואה לנגד עיניו**. זה גם יכול להיות פתרון מסוים לבעיה של הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) הנושה (3).

○ אמרנו שכדי שהנושה יסתמך באופן אופטימלי על הקיום הצפוי של החייב, צריך שלא יקבל שום פיצויים, או מעט מאד. אם מובטח לו שיקבל את מלוא אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה) הוא יסתמך יותר מדי על קיום החוזה ויתעלם מהאפשרות שלא יהיה שווה לקיים החוזה בכלל. זה מה שהוביל לפרדוקס הפיצויים. מחד, רוצים שהמזיק החייב יישא במלוא הנזקים שמטיל על הניזוק/נפגע, מצד שני, לא רוצים שהניזוק יקבל הכל, כי אז יסתמך יותר מדי. אמרנו שכלכלנים העלו ההצעה לעשות הפרדה בין כמות הפיצויים שהמפר משלם, לכמות הפיצויים שהניזוק מקבלים, אבל אף שיטת משפט לא עושה זאת.

○ בסנקציות לבר משפטיות, יכול להיות שכל השיטות עושות זאת

▪ המפר יודע שיש בעיה של תת פיצוי: שיש הסתברות שהוא כלל לא ישלם פיצויים, כך שכמות הפיצויים שיצטרך לשלם היא פחות מאינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה), וזה טוב, כי אז לא יתנהג ויטמון ראשו בחו"ל ויתעלם מההסתברות שחוזה יופר, לכן **נושים בפועל לא מתעלמים מאפשרות הפרה**. מצד שני, **סנקציות לבר משפטיות זה עלויות למפר**, אבל זה לא רווח לנושה (מזה שכולם שונאים אותי עכשיו, הנושה לא בהכרח מרוויח). כך שיוצא שהתוצאה המעשית היא כנראה **שבעיית הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) יתר של הנושה היא כמעט לא קיימת/ממותנת מאד**, כי הסיכויים שיקבל 100% לפיצוי הם קטנים, ומצד שני, **התמריץ לקיים החוזים מצד הנושים מספיק חזק**, למרות שהמשפט לא כ"כ מצליח, משום שיש את התמריצים הנוספים האלה.

10. העברת מידע עובר לכריתת החוזה ובמהלכו

דיברנו על כך עם מבחן הצפיות של **ס' 10**.

הזכות לפיצויים

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

נניח שבעת הכריתה אני צופה שייגרם נזק של 100. הגיע מועד הקיום, היום אני יודע שהנזק יהיה 300, כי בינתיים נודעו לי כל מיני דברים שלא ידעתי בעת הכריתה. אם אני יודע שההפסד שלי מקיום החוזה יהיה 200, הרי שמנק' מבט כלל חברתית, עדיף שאקיים. אבל לפי מבחן הצפיות, אצטרך לשלם רק 100 פיצויים לפי יום כריתת החוזה. יוצא **שמבחן הצפיות יוצר תמריץ לא יעיל שאומר תפר**, למרות שהוא יודע שיעיל שלא אפר.

ההסבר לכך של אנשי הגישה הכלכלית: **PENALTY DEFAULT RULE**. רגילים היינו לחשוב שהמטרה הבלעדית שהוראות השלמה דיספוזיטיביות, זה לחסוך הוראות השלמה בהתקשרות הצדדים ומפחית עלויות ההתקשרות, וזה ההסבר המסורתי של הוראות השלמה דיספוזיטיביות. **הרסט וגרטנר** אומרים שלעתים **אנו רוצים ברירת מחדל** שהיא לא יעילה, אלא **עונשית**. אנו רוצים זאת, משום שאנשים יתנו על ברירת המחדל, ובכך יעבירו מידע לצד השני. כדי שחוזים יהיו יעילים בכלל, צריך שהצדדים יתקשרו ע"ס מידע מלא, הבעיה היא שיש **מידע שרק אחד הצדדים רואה אותו**, ואנו רוצים להמריץ את מי שיודע לחלוק המידע עם הצד השני. המידע שבמיוחד אנשים לא אוהבים לחלוק זה כמה ירוויח מהחוזה. **פס"ד הדלי נ' באקסנדייק** אומר שאם אתה לא תספר מה הנזק שייגרם לך במקרה של הפרה, אז במקרה הפרה לא תקבל על כך פיצוי. מנק' מבט חברתית, אנו רוצים שתעביר המידע הזה, משום שב**אקסנדייק** ישלח הסוסים הכי מהירים, כי הציר משבית טחנת קמח שלמה. נכון, שאם נאמר לו אתה – ייקח מחיר יותר גבוה – אבל זה יעיל, כי אז אתה לא תפסיד.

סיכום ביניים:

תרופות כספיות – פיצויים

1. הבחירה בין קיום להפרה – דוק' ההפרה היעילה = הסעד האופטימלי הוא סעד פיצויים שמגנים על אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה) של הנפגע

- זה לא יעיל שהנכס יגיע לקונה ב' שמעריך הנכס ב-3, אלא יעיל יותר שהנכס יגיע לידי קונה א' שמעריך אותו ב-200. היעדר תרופות מביא לתוצאה לא יעילה.
- דיני הפיצויים כפי שהם למעשה באופן טיפוסים אינם מצליחים להעמיד הנפגע במצב בו היה אילו החוזה קויים: בגלל בעיות של הוכחת נזק
- הסדר פיצויי ציפייה (אלמלא קויים החוזה) ככלל השלמה דיספוזיטיבי, ע"י ס' של פיצויים מוסכמים
- הבחירה בין הגנה על אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה) לבין נטילת רווחי המפר שהסיכויים של קונה א' לממש את זכותו לנטילת רווחי המפר הם קטנים.
- **ברוקס** שעכשיו חברת הרלו אנד ג'ונס יודעת שאם תנהג בצורה לא יעילה ותספק הנכס לאדרס, היא תצטרך לפצות בכל מקרה

2. נקיטת אמצעי זהירות בידי החייב אנו לא רוצים כלכלית שהחייב ינקוט באמצעי זהירות שיעילותם אינסופית השיקול הזה מוביל לכך שעל דיני התרופות להגן על אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה).

3. הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) הנושה היקף אופטימלי של הוצ' הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) הוא 10, משום ש-118 גדול בתועלת נקייה מכולן. **יוצא שאם אין ודאות**, האופטימלית נמוכה יותר מאשר ודאות היתה משקיעה רק 5, בדוג' ה-50%, ישקיע 10, משום שהם אומרים או שיקבל המכונה, או פיצוי כספי שיעמידו במצב בו היה אילו קיבל המכונה. כלומר, מתעלם ממצבי עולם של אי קבלת המכונה. לכן, יוצא שהנושה הסתמך **הסתמכות** (אלמלא פגש הצד השני) יתר.

הפרדוקס של הפיצויים: הדרך היחידה לגורם לכך שהנפגע יסתמך באופן אופטימלי היא לא לתת לו שום פיצוי, ואז בדוגמת ה-50% יסתמך על עלות של 5, כי זה היקף ההסתמכות האופטימלית

4. תמריצים לנושה הקטנת נזק אשם תורם השתתפות עצמית – ביטוח

- 5. שנאת סיכון וביטוח** אנשים שהם שונאי סיכון מעדיפים לשלם פרמיה כלשהי בתחילת השנה, אם שני הצדדים שונאי סיכון אז איכשהו ההפסד מתחלק ביניהם.
- 6. (אהבת סיכון) – הפרה שאינה משפיעה על כמות הכסף שבידי הנפגע** מעדיף הנחה במחיר על פני ביטוח. ולקח ההפרה על עצמו. **אם מדובר בפגיעה שלא תשפיע על כמות הכסף שבידי, זה לא רציונלי לרכוש ביטוח נגדה.**
- 7. משא ומתן בדיעבד Renegotiation** במציאות, עלויות המו"מ לעולם חיוביות, ואמורות להיות גבוהות במיוחד במו"מ בדיעבד. במו"מ מחדש בתנאים של מונופולין דו צדדי. המשחד נשאר עם פחות כסף בכיס, בעוד שהמשוחד נשאר עם יותר כסף בכיס.
- 8. הסתברות שהפיצויים ישולמו** אם החייב יודע שההסתברות שהוא יצטרך לפצות הנפגע על הנזקים שההפרה גרמה לו היא הסתברות של שליש מפחית את התמריץ לקיום החוזה, פחות אמצעי זהירות, יסתמך פחות. אצטרך לשלם פי שלושה כדי לייצר את התמריץ האופטימלי מראש. זה גם יצמצם את הבעיה **ההסתברות שאגיש התביעה היא כבר יותר משליש וירצה לממש זכויותיו.**
- 9. סנקציות לבר-משפטיות** שיקולי כדאיות של טווח קצר; ארוך; מוניטין; שיקולים חברתיים: מנק' מבט כלכלית צריך שסך כל העלויות של ההפרה שהחייב רואה לנגד עיניו יהיו שווים לנזקים שההפרה גורמת לצד השני. צריך להוריד את הפיצויים
- 10. העברת מידע עובר לכריתת החוזה ובמהלכו** שמבחן הצפיות יוצר תמריץ לא יעיל שאומר תפר, למרות שהוא יודע שיעיל שלא אפר. **ההסבר לכך של אנשי הגישה הכלכלית: PENALTY DEFAULT RULE** ברירת מחדל עונשית שאם אתה לא תספר מה הנזק שייגרם לך במקרה של הפרה, אז במקרה הפרה לא תקבל על כך פיצוי **פס"ד הדלי נ' באקסנדייל**.

המשך...

דיני התרופות משפיעים על השאלה כמה מאמצים משקיעים בלבחור פרטנר לחוזה. בשיטת משפט שהעונש על הפרת חוזה הוא מוות, לא היינו צריכים לבדוק אמינות הצד השני משום שיודע שהוא לא יפר. ככל שהסנקציות נמוכות יותר, צריכים להתאמץ יותר.

דיני התרופות יוצרים תמריץ למה הסיכוי שאממש התרופות – ככל שמגיע לי יותר, הסיכוי שאממש את התרופות משתנה.

כעת, אנו יודעים הרבה יותר על השפעות דיני התרופות על התנהגות הצדדים.

סיכום ביניים

אנו רגועים פחות. משום שלא ברור מה נובע מזה. אין שיטת משפט שלוקחת הכל בחשבון. מה נובע מזה?
1. אפשרות 1: כפי שמבקרי תיאוריית הרצון אמרו שזה לפילוסופים, אבל לא מכתוב מה צריכה להיות דיני התרופות, הפילוסופים יכולים להיות על הכלכלנים שאין זה מעשי. יש כאלה שמודים בכשלון ניתוח זה.

2. אפשרות 2: אפשר לומר שהכל תלוי מה הציפיות שלנו. אם הציפיות מהניתוח הכלכלי של המשפט, שיחשוף בפנינו שיקולים שלא חשבנו עליהם קודם, ויעשיר ההבנה שלנו של מה שקורה, והתוצאות של דברים שונה שנעשה – מגניב. אם הציפיות נמוכות, הרי שההגשמה יותר מלאה.

a. מה עוד שכל הניתוח הכלכלי הוא רק נק' מבט אחת, והוא לא נק' המבט היחידה החשובה ביותר, ולכן זה לא נורא.

פיצויים מוסכמים

נניח שהנזק שייגרם לנפגע במקרה הפרה הוא 200. נניח שהחוזה כולל תניית פיצוי מוסכם שלפיה במקרה של הפרה, אצטרך לשלם 250. נסיבות אלה, בהתעלם מהדברים ש"מפריעים לנו" ← אפר החוזה למכירת נכס (קונה ב' מציע סכום כלשהו) אך ורק אם יציע לי לפחות 251. לכאורה, זה לא יעיל. משום שהיינו רוצים שאמכור הנכס לקונה ב', כל אימת שמציע לי לפחות 201. לכאורה, תניית פיצוי מוסכם שקובעת נזק מעל לאינטרס הציפיייה (אלמלא קויים החוזה) היא לא יעילה, וזה גם מספק לנו הצדקה לסי' 15א סיפא שנותן לביהמ"ש סמכות להפחית את הפיצויים המוסכמים, אם הוא ראה שנקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שהיה צפוי לכריתת החוזה. הוראות מעין אלה יש גם בשיטות משפט אחרות.

פיצויים מוסכמים
15. (א) 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 הפרה.

אלן שורץ – בא מנק' המבט הכלכלית – יש למחוק את 15א סיפא. זאת, כי הדוג' שכעת נתנו היא לא מציאותית, בה הצדדים מראש צפו שהנזק יהיה 200 במקרה של הפרה, והם הסכימו לתניית פיצויים של 250, זו טעות אופטית. אין סיבה שזה יקרה אי פעם. אם אני הנושה, ואני צופה בעת כריתת החוזה שהפרה תגרום לי נזק של 200, אין לי שום אינטרס לבקש פיצויים מוסכמים יותר מזה, וזה פשוט יהיה לא רציונלי. לא משתלם לי תניית פיצויים מופרזת, כי זה יעלה את המחיר. גם לנושה לא משתלם שיהיה תמריץ יתר לקיום לחייב, כי תמריץ היתר אומר שזה פשוט יקר יותר ומשלם פחות. למשל, עושים חוזה שהכלל המוסכם הוא הורדת הראש – ואחת משתיים, או שלא מקיימים החוזה, או שנדרוש סכום אסטרונומי. לכן, בעולם המודלים לאף אחד מהצדדים לא משתלם לקבוע תניית פיצויים מוסכמים שהיא מעל לנזקים שייגרמו לנפגע במקרה של הפרת החוזה.

כעת, עובדה היא ש**בתי המשפט** מסתכלים על חוזים, וזה נראה להם תניות מוגזמות, אז אומר **אחת שתיים**:

- **פגם בכריתה** - טעות/הפרה/כפייה/עושק ← לפי דיני הפגמים.
- **טעות אופטית לביהמ"ש** – לכם זה נראה מופרז, אבל יכול להיות שלנושה הזה נגרם נזק חריג – לא ממוני, נזק בגלל רגישויות מיוחדות שלו, בגלל צרכים מיוחדים שלו שהיה מוכן לשלם יותר כי הוא היה צריך את החליפה באותו יום. אם כך הדבר, צריך למחוק, לפי אלן שור, כדי לבטל ההסמכה של בתי המשפט להתערב בפיצויים מוסכמים. אף אחד לא השתכנע וטענה זו לא התקבלה מבחינת המחוקקים וביהמ"ש.

- **זה לא התקבל כי**: התשובה בחלקה בתוך הניתוח הכלכלי הסטנדרטי ובחלקה חורגת ממנו.
- **בתוכו**: אפשר לומר שיש מצבים שבהם זה כן יהיה רציונלי לחייב ולנושה להסכים על פיצויים גבוהים מהנזק שצפוי לנפגע. זה כאמצעי להתגבר על בעיית מידע SIGNALING.

למשל, **שני סוגי קבלנים בשוק**. רוב הקבלנים שעומדים בל"ז, וכאלה שלא. אבל למזמינים קשה לדעת מי זה מי. במקרה כזה, **משתלם לקבלנים החריגים המדייקים, לקבל תניית פיצויים גבוהה, וזה רציונלי לגמרי**. יכולים להיות שיקולים כלכליים שבגללם האפשרות שיהיה תניית פיצויים מוסכמים שהיא מעל לנזקים הצפויים של הנפגע, תהיה משתלמת לצדדים.

תרופת האכיפה

1. דבר אחד שכבר אמרנו אותו: **הטענה שדוק' הפרה היעילה מובילה למסקנה שאסור לתת אכיפה** (היא תרופה לא יעילה) **אינה נכונה**. ב-0 עלויות עסקה, או גם מעבר לזה, אבל כל זמן שהעלויות הן לא פרוהיביטיביות או מאד גבוהות, הנכס יגיע לקונה ב' אם מעריך אותו יותר מקונה א'. אם מה שמטריד אותנו שהנכס מגיע ל- א' למרות ש-ב' מרוויח יותר, לא צריך לחשוש, וגם אכיפה תוביל למסקנה הזאת. כי אם זה ככה, מוכר א' וקונה ב' יקנו את הסכמת קונה א' (ישלם 200 פיצויים, ימכור ב-290 וכולם מרוצים), ואין לו סיבה להתנגד. כלומר, **לא נובע ישירות שאכיפה היא תרופה לא יעילה**. כלומר, **בכל מקרה הנכס יגיע לקונה ב'**. **פרידמן**: דבר שעושים בהסכמה הם פחות מסובכים. וכוח על פיצויים זה יותר מסובך, והדרך הקלה יותר היא להרים טלפון.
2. בפועל, יש סוגי חיובים שאוכפים אותם, הן בקונטיננט והן במ' האנגלו אמריקני, ויש כאלה שלא. מה שמאפיין, חלק גדול מהחוזים שאפשר לקבל אכיפה בכל שיטות המשפט כמו **חוזי מקרקעין** שנאכפים גם במ' המקובל כדבר שבשגרה. מה שמאפיין אותם, שבחוזה כזה או למכירת נכס ייחודי אחר, **לביהמ"ש בעיה אדירה לקבוע מה אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה) של הנפגע, משום שאדם שקונה מקרקעין, הערך שהוא מייחס לדירה/קרקע/אחר עשוי להיות גבוה יותר ממחיר השוק, וזו לא שקית קמח שכל השקיות שוות בעיניי. בדירה או נכס ייחודי אחר, נדע שתהיה הפרה יעילה, אם הנפגע קונה א', יקבל באמת פיצויים שמגנים על אינטרס הציפייה (אלמלא קויים החוזה) שלו**. הוא יכול לטעון עד מחר שהדירה שווה טריליון, אבל אנחנו לא מאמינים לו, כי אומר זאת לקבל פיצויים. **כדי להתגבר על בעיה של מקרים שיש פער בין שווי אוב' לשווי סוב'**. יש יתרון גדול **לאכיפה לעומת פיצויים**, כדי להבטיח שתהיינה רק אכיפות יעילות, משום שאכיפה אומרת שחייבים לקנות הסכמת הנושה, ורק כשהמוכר נותן הסכמתו בהסכמה, באמת יודע שמקבל הסכום שזה שווה לו, בעוד שבמקרים אחרים, אם זה שקיות קמח/דלק – זה אחרת.

דיספוזיטיביות/קוגנטיות דיני התרופות

- לצורך כך נתבקשנו לקרוא את **פס"ד ליפקין נ' דור הזהב**: דיני התרופות הם **דיספוזיטיביים**.
- **דין** בספרו כתב שדיני התרופות הם **קוגנטיים**. נק' המוצא שהם קוגנטיים, משום שחוזה הוא הסכם אכיף שהדין נותן לו תוקף, אז אם מתנים על התרופות המשפטיות זה הסכם ג'נטלמני, ואז הוא כבר לא חוזה, ולכן נוגד המושג של צדדים של חוזה.
 - זו אינה הדעה הרווחת היום: **דיני התרופות כמו שאר דיני החוזים, מנק' מוצא הם דיספוזיטיביים**. מתיישב עם זה שדיני התרופות מתעסקים בהקצאת סיכונים לצדדים, וכיוון שתוכן החוזה בכלל הוא דיס', אין סיבה שדיני התרופות לא יהיו גם.

זמיר: זה לא כ"כ פשוט.

כפי שטען באריכות בחוברת פירוש והשלמה של חוזים בעמ' 60-38, **עצם האבחנה בין דינים דיס' לקוגנטיים הרבה יותר עמומה ממה שנדמה**. דינים דיספוזיטיביים הם במידה רבה קוגנטיים.

מעבר לכך, **הנטייה השיפוטית בכל העולם, וגם בישראל, היא בד"כ, לצמצם את חופש ההתנאה בתרופות בשל הפרת חוזה**. יש לזה כל מיני סיבות טובות:

1. מה שידין אמר.
2. אנחנו הרבה יותר חשדניים לגבי התנאות על דיני התרופות, משום שאנשים נוטים לחשוב שזה לא חשוב/מרכזי, ויש לזה מחקרים אמפיריים. אנשים מסכימים לפיצויים מוסכמים מופרזים (כמו שוכרי דירות על כל יום איחור, בגלל בעיות של סיגנלינג SIGNALING או רציונליות מוגבלת משום שחושבים בצורת של "לי זה לא יקרה").
3. **בפועל, בפתיחת חוק התרופות, יש לא מעט סעיפים שמעדים על עצמם שהם דיספוזיטיביים או קוגנטיים, או משהו באמצע**. אפשר **פיצויים מוסכמים**, אבל **בפיקוח ביהמ"ש**. **תניה גורפת** תפוקח על ידי **ביהמ"ש**. יש הוראות שהן בעליל קוגנטיות, ויש הוראות שהן דיספוזיטיביות, אבל הוראות שלא נאמר עליהן כלום לא אומר כלום.
4. הכלל שאי אפשר לאכוף לבצע שירות אישי לא נאמר שהוא קוגנטי, אבל לפי זמיר, לא צריך, כי ריח של עבדות עולה ממנו להכריח לעבוד.
5. **בפס"ד ליפקין**, אמרה השופטת נתניהו שאין שום סיבה שהנפגע מהפרה לא יוותר על זכותו להשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע) בעין. **הבעיות עם פס"ד זה:**

- a. אף אחד לא התנה על דיני התרופות, והמסקנה המשפטית היא בלתי מתיישבת עם העובדות. היתה שם משכנתא להבטחת הקיום, וכשיש משכנתא מימושה מוביל לכסף, אבל הכלל הבסיסי הוא שמשכנתא **לא גורעת** מויתור זכויות חוזיות אחרות, מה גם שבאותה תניה בחוזה נאמר ש"מבלי לגרוע מהזכויות האחרות".
- b. נתניהו: **בס' 2 לחוק** נאמר שהנפגע יכול לבחור בין תרופות שונות. אם זה ככה, אחרי ההפרה, מדוע שלא יוכל מראש להגביל את עצמו. התשובה היא שזה פשוט לא נובע. התניה בדיעבד לא מעידה על התנאה מלכתחילה. הפרקליטות **יכולה לעשות עסקת טיעון בדיעבד, ומראש – לא ניתן**. אפשרות בחירה וויתור על תרופות, לא נובע שאפשר לוותר על זה מראש.
- c. באותו מקרה, **ביהמ"ש פסק: שהנפגעת מההפרה ויתרה על תרופת ההשבה** (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע), **ויש לזה תוקף, כי זה דיספוזיטיבי**. זה לא מתקבל על הדעת גם מהטעם הבא:

- i. **מפר מוותר על זכותו להשבה** (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע). יש לנו פחות סימפטיה למפרים מאשר לנפגעים. מפר שניח שנקבע בחוזה מראש, שאם לא נקיים החוזה, אז מה שנתתי יחולט לטובתך – האם יש לזה תוקף מלא? לפי **15 ג**, **סכומים ששולמו מראש – דינם כדין פיצויים מוסכמים**. **אפילו כשמפר מוותר על זכותו להשבה** (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע), אין לזה תוקף מלא.

וכפוף לביהמ"ש, קל וחומר שהנפגע לא יכול לוותר על זכותו להשבה (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע).

(ג) לענין סימן זה, סכומים שהמפר שילם לנפגע לפני הפרת החוזה והצדדים הסכימו מראש על חילוטם לטובת הנפגע, דינם כדין פיצויים מוסכמים.

פטרנליזם בדיני התרופות

פטרנליזם – הגבלת חירותו של אדם וחופש הפעולה שלו, במטרה להגן על האינטרסים שלו עצמו. הפטרנליסט מאמין שהוא יודע יותר טוב מהנמען של הפטרנליזם, מה טוב עבור נמען הפטרנליזם. פטרנליזם הוא לא כ"כ פופולרי מאז המהפכה הליברלית, כי זה מנוגד לעקרון החירות, ובייחוד בחוזים עם החופש שלהם והאוטונומיה.

לא רק זה שהפך לא רצוי, אז מכנים פטרנליזם גם דברים שאינם כאלה.

פטרנליזם ושיקולים חלוקתיים הם שני דברים שונים :

1. **חוק האחריות למוצרים פגומים :** עד החוק הזה, היתה פרקטיקה מקובלת שאנשים היו קונים בקבוקים מזכוכית עם משקאות תוססים, שמים בסל, מתפוצצים נפצעים ומגישים תביעה.
2. המחוקק חוקק את החוק, **ועברנו לפלסטיק**. אחת השלכות החוק היא **שהמחיר של המשקאות התוססים עלה**. המשמעות היא **שיש אנשים שלא יכולים להרשות לעצמם** קולה. מנק' מבט חלוקתית זה עצוב, כי הצלחנו לעזור לאנשים שממשיכים לשתות משקאות תוססים ולא להפיצע, אבל יש לזה מחיר, כי אנשים לא יכולים לא לשתות בכלל תוסס, **וזה לא רצוי חלוקתית**.
3. לעומת זאת, **מנק' מבט פטרנליסטית, הכל רצוי**. זה רצוי שאלה ששותים לא יפצעו, ואלה שלא שותים **גם לא נפצעים**. כלומר, הפטרנליסט אומר שעדיף לא לשתות בזכוכית מאשר לשתות עם זכוכית ולקחת סיכון. אי השתייה היא חלק מהתוצאה החיובית של זה.

הרטוריקה היא אנטי פטרנליסטית, אבל **המשפט ודיני החוזים מלאים בפטרנליזם :**

1. פטרנליזם במשכנתא באמריקה היה מביא למצב טוב יותר.
2. ככל שמדובר בדיני התרופות, הפטרנליזם בא לידי ביטוי ב:
 - a. **ס' 3(2)** – עובד לא יכול לוותר על **אי האכיפות של ביצוע שירות אישי**, משום שאנו יודעים שחירותו חשובה יותר.
 - b. **סמכות ביהמ"ש לפסול תניות יסודיות גורפות** – הצדקה פטרנליסטית.
 - c. **ס' 15 לחוה"ת** – הפחתת פיצויים מוסכמים.

אנחנו נמצאים היום במצב נוח, גם לראות את ההצדקות לפטרנליזם הזה, משום שב-30 השנים האחרונות, חלה התפתחות עצומה במחקר פסיכולוגיה קוגניטיבית שהובל על ידי טברסקי וכהנמן. כלומר, באופן שיטתי לא חושבים בצורה שממקסמים רציונלית. זה לא שיש סטיות לכאן או לכאן, אלא שבאופן שיטתי, זה לא נכון... (?)

- אנשים סובלים מאופטימיות יתר. שאלו 50 סטודנטים בקולג', 10 שנים מהיום, מה הסיכוי שמצבכם האישי יהיה כמו הממוצע בכיתה, מתחת או מעליו. 100% היו מעל הממוצע, אבל זה לא יכול לקרות.

- אנשים מתעלמים מסיכונים שההתסברויות שלהם מאד נמוכות – לי זה לא יקרה, ולכן לוקחים הלוואות שאדם זהיר יותר לא היה לוקח, ולא חושבים שאולי יאבדו את כושר העבודה ולא יוכלו לפרוע ההלוואה וכו'.

חומר קריאה בנושא.