שיעור זה הועבר ע"י ד"ר גלברד

**מו"מ לכריתתו של חוזה**

מאז חקיקתו של חוק החוזים – חלק כללי, הנושא של מו"מ מעוגן במסגרת החוק. עד אז – לא היה משהו מחוקק בצורה רשמית, ועד אז היו מוצאים דרכים חלופיות איך לטפל במו"מ.

**סעיף 12** – גם היקף התחולה שלו יותר רחב מהנורמות האזרחיות שיש לנו. מאז שנחקק חוק החוזים ומאז שהפסיקה עיכלה את סעיף 12, כל שלב המו"מ נשפט ע"י סעיף 12. לסעיף 12 יש שני חלקים:

**חלק א' – קביעת החובה**  -

יש פה נורמה עם מרקם פתוח – לא משהו שאומר שמותר ואסור. יש פה אמירה על "תום לב" ואפשר להכניס לתוכה כל מיני דברים. ולכן כבר בפסקי הדין הראשונים שהגיעו לעליון, ודיבר העליון על המרקם הפתוח הזה של "תום לב" (בניגוד להרבה מאוד חוקים שהם "עשה ואל תעשה" – פה יש משהו הרבה יותר אמורפי).

היום יש פסיקה מאוד ענפה בנושא – ואנחנו יודעים לתאר מה מפר את תום הלב במו"מ ומה לא. בבסיס – הוראת החוק היא עדיין הוראה פתוחה. חובת תום הלב יוצרת חובת גילוי. יכול להיות אפילו ש"הצפת מידע" (כמו שקורה היום באינטרנט) הוא מצב של חוסר גילוי. בכל מקרה- אנחנו רואים את התחום הזה שהוא הולך ומתפתח לאורך השנים.

בשנים הראשונות – כל פס"ד בנושא "תום לב" היה חידוש. מה הפסיקה קבעה על החובה הזאת?

* הפסיקה קבעה כי **חובת סעיף 12 א' (תום הלב) חלה על כל מו"מ** – כלומר גם מו"מ שבסופו נכרת חוזה וגם מו"מ שבסופו לא נכרת חוזה. המקור של סעיף 12 א' הוא בדין הגרמני. הוועדה שישבה וניסחה את החוק העתיקה את זה מהדין הגרמני, ושם החובה חלה רק כאשר המו"מ פוצץ במצבים מסויימים של חוסר תום לב ורק כשלא נכרת חוזה. בפסק הגרמני – אם נכרת חוזה, אז אין מצב של תום לב. אצלנו המצב טיפה שונה – ואנחנו מחילים את זה גם אם יש חוזה וגם אם אין – אם כי אנחנו מטפלים על בזה בצורה שונה.
* **החובה לתום לב מתקיימת לכל אורך מו"מ** – חוזה נכרת בצורה של הצעה וקיבול (מו"מ). הרבה פעמים מו"מ מתחיל הרבה לפני ההצעה ובכל מיני גישושים ופניות. תום לב חייבים לעשות מהרגע ההתחלתי ועד הסוף. אם כי העוצמה של החובה משתנה: ככל שמו"מ מתקדם, העוצמה של החובה מתגברת.
* **על מי חלה החובה לנהל מו"מ בתום לב** – על מי חלה החובה של סעיף 12? זה חל על הצדדים למו"מ (פס"ד פנידר נ' קסטרו) – זה מאוד מהותי לגבי חבות של דירקטורים, עו"ד, מתווכים. כל מי שנוטל חלק במו"מ – גם אם הוא לא אמור להיות צד בנושא. אם מנהל מוסר מידע מוטעה – הוא יחוייב באופן אישי, ולעיתים גם אם החברה ידעה – אז יכול להיות שגם החברה עצמה תחוייב. במו"מ – גם אם מישהו פועל כשלוח – כולם מחוייבים. זה עלול ליצור מצב לא פשוט, ששמגר מתייחס אליו בפס"ד קסטרו: מה קורה אם דירקטוריון מנחה את המנכ"ל לנהל מו"מ ולא לגלות מידע מסויים, אבל זה סוג של מידע שעל פי הכללים שהתגלו יש חובה לגלותו? המנכ"ל, עו"ד מצויים במצב קשה – מצד אחד אם הוא יגלה את המידע הוא מפר את חובת הנאמנות כלפי מי ששלח אותו (וזוהי חובה חוקית – יש חוק שליחות!) ואם הוא סוטה מהחובה הזאת – הוא כאילו הפר חוזה והוא יחוב בפיצויים. מצד שני, אם הוא לא יגלה את המידע הוא מפר את חובת תום הלב כלפי הצד השני ויש לו חבות אישית בנושא הזה. ובפס"ד פנידר עלתה השאלה, האם כאשר השלוח לא מגלה מידע "כי כך הורו לו" – האם חובת הנאמנות שלו יוצרת לו חסינות מפני תביעה של הצד השני על הפרת חובת תום הלב? שמגר אומר שזה לא יוצר לו חסינות. במילים אחרות - בכל מקרה – מישהו יתבע אותך. ושמגר אומר שהפתרון במקרה הזה הוא פשוט להתפטר (למרות שכמובן, זה לא כזה טריוויאלי).
* **חובת תום הלב היא חובה אובייקטיבית** – יכול להיות שלצדדים יש רף מעוות של הגינות. הרף של מהו תום לב נקבע ע"י בית המשפט ועפ"י אמות המידה של בית המשפט – ויכול להיות שבית המשפט חושב שסוג מסויים של התנהגות אינה ראוייה. אם כך, מה המשמעות של הביטוי "דרך מקובלת של תום לב"? דרך מקובלת = מה שמקובל. בפועל, הפסיקה עיקרה את הביטוי "דרך מקובלת" מכל תוכן, מכיוון שקבעו שקנה המידה הינו אובייקטיבי, ואין שום משמעות לביטוי "דרך מקובלת".
* **הנורמה היא גם קוגנטית ולא רק אובייקטיבית** – על החובה הזאת אי אפשר להתנות. דהיינו, הצדדים לא יכולים להחליט באופן מודע, שאפשר שלא יהיה תום לב.
* **יש קשרי גומלין מעניינים בין עילה של החובה לנהוג בתום לב (העילה של סעיף 12) ובין הפרק הבא בחוק החוזים** – אשר עוסק בפגמים בכריתת חוזה. פגמים בכריתת חוזה הם מצבים שבהם יש בעייתיות באופן הכירה, הפגמים העיקריים שהחוק מכיר: טעות, הטעייה, כפייה ועושק. לגבי רוב הפגמים בכריתה (למעט טעות) יש בזה בהכרח הפרה של תום לב. התרופות שניתנות לזה הן שונות: אם היתה כפייה, עושק או הטעייה ונכרת חוזה –אם רוצים לבטל אותו, צריכים להסתמך על עילת הכפייה או העושק. העילה של סעיף 12 אינה מאפשרת ביטול של החוזה, אלא רק פיצויים. ואם רוצים לבטל, אנחנו חייבים להסתמך על העילה המשפטית של כפייה/עושק/הטעייה. ואם גם נגרם נזק (הוצאות, הזדמנויות שהוחמצו) – אזי תובעים את זה דרך סעיף 12. במילים אחרות, סעיף 12 העוסק בתום לב, אינו מאפשר לבטל את החוזה אלא רק לקבל פיצויים. אם רוצים לבטל חוזה, -אזי חייבים לעשות את זה לפי פרק ב' בנושא ההטעייה, העושק והכפייה. אבל אם , בנוסף לעושק ולכפייה יש גם פיצויים שרוצים לקבל, אנחנו פונים לפי סעיף 12 של חוסר תום לב.
פס"ד ספקטור נ' צרפתי – יש הטעיה לפי סעיף 15 לחוק התרופות: יכולה להיות הטעייה אקטיבית (רמייה) או הטעייה פסיבית (אי גילוי מידע). אבל כדי שתהיה עילה של הטעייה, ע"ב הטעייה פסיבית, מי שהוטעה צריך להצביע על המקור החוקי שהוא חובה לגלות. אם מישהו לא גילה מידע והוא לא חייב לגלות – אז אין פה הטעייה. כדי שתהיה הטעייה, אזי חייבת להיות חובה לגלות. חובת גילוי כללית שתמיד אפשר להשתמש בו – זה סעיף 12 – שלפי תום הלב יש גם גילוי.

*איך יודעים שהתנהגות ספציפית היא בתום לב?* להלן דוגמאות מתוך הפסיקה:

* ספקטור נ' צרפתי : לא היה ויכוח שיש חובת גילוי, אלא על היקפה של חובת הגילוי. האם מידע שחייבים לגלות מידע שהצד השני יכול לגלות בעצמו? כבר מהפסיקה הראשונה בנושא, יש הבנה שחייבים חובת גילוי. אם לוקחים פסיקה, לאורך השנים, רואים שיש פס"דים שמאוד מרחיבים את חובת הגילוי (כולל בעסקאות מקרקעין שאז המידע הוא פומבי ולמרות זאת) – ומנגד יש פס"דים שאומרים שאם זה מידע פומבי – הצד השני היה יכול לגלות אותו. לפעמים אותו שופט קובע בשני פס"דים בצורה שונה.
מה היקף חובת הגילוי? ההנמקה בפס"ד ספקטור היא מעט פשטנית. לאורך השנים מגלים שהקביעה במקרה קונקרטי אם הופרה או לא הופרה חובת הגילוי מבוססת בדר"כ על שקלול של מס' פרמטרים.
* קיסלינגר נגד איליה: המידע שלא גילו פה הוא מידע תכנוני. זה מידע נגיש לחלוטין. מי שלא גילה את המידע זה הקונה למוכר. בעוד שבדר"כ הבעיה היא הפוכה, בדר"כ.

להלן כמה פרמטרים הקשורים להיקף חובת הגילוי:

* מיהם הצדדים בחוזה- יש הבדל בין הסכם שבו הצדדים הם מיומנים ובין עיסקה/הסכם שהוא צרכני (צד אחד מיומן והצד השני הוא האזרח הקטן). היקף הגילוי במקרה של עיסקה צרכנית (Business to Consumer) היא הרבה יותר רחבה.
* פומביות המידע – כאשר המידע פומבי ונגיש זה ייפעל בכיוון של צמצום חובת הגילוי.
* טיב היחסים הקודמים בין הצדדים – כאשר יש עסקה בין קרובי משפחה, שותפים וכיוצ"ב- ואחד הצדדים מנצל את זה.
* מוכר לעומת קונה – בעיקר היקף החובה יהיה גדול יותר על המוכר או על המשכיר אבל לא תמיד כך.
* נסיבות מיוחדות – לדוגמא הנסיבות של קיסלינגר (אשר קיבלה את האדמה בירושה).

**לחובת תום הלב יש חובה גם לא לפרוש ממו"מ ללא עילה**: יש מצבים, בעיקר במצבים בהם היה מו"מ ארוך, היה הסתמכות של שני הצדדים, ההנחה היתה שדברים קורים לקראת סגירה ורק משהו יוצא דופן ימנע את כריתת החוזה (למרות שאין עדיין חוזה) ואז אם אחד הצדדים פורש מסיבה קפריזית – זאת תהיה הפרה של חובת תום הלב. בתי המשפט מאוד נזהרים מזה- כיוון שאנחנו עדיין בשלב ההצעה והקיבול. גם קצת קשה להוכיח את הטענה הזאת.

**ניהול מו"מ ללא כוונת התקשרות** – אם מנהלים מו"מ עם מישהו, ומנהלים מו"מ במקביל עם מישהו אחר, שלא כדי לכרות איתו חוזה אלא כדי ליצור לחץ על מי שמנהלים איתו מו"מ – זה הפרה של תום הלב כלפי הצד הנוסף שאיתו המו"מ היה מו"מ "קש". הפסיקה קבעה שאם מישהו מנהל מו"מ ללא כוונת התקשרות, וזה סתם הכנסת צד נוסף לטירחה ולעלויות – זה הפרה של תום הלב. קשה להוכיח את זה. אם יוצרים אצל הצד הרגשה שהמו"מ הוא בלעדי – אזי יוצרים ציפייה מסוג א' ועובדים בצורה שונה.

**פס"ד זוננשטיין נגד גבסו** – ברגע האחרון המוכר העלה דרישה שחלק מסויים מהכסף ישולם "מתחת לשולחן". הקונה סירב, ועל רקע זה התפוצץ החוזה. הקונה טוען שזה הפרה של תום הלב. בן פורת: אם היה נכרת חוזה כזה – אז הוא היה לא חוקי. אבל אין פה סוגייה של חוקיות במו"מ – אין פה בעיה אמיתי. ברק אמר שהעלאת דרישה לא חוקית היא הפרה של תום לב במו"מ. הנושא לא הוכרע עד הסוף. ברק התכוון לכך שהסיטואציה בכללותה היתה הפרה של תום לב. המוכר ידע שהקונה לא יסכים ולכן הוא השאיר את הדרישה הזאת עד הרגע האחרון. אחרת, הוא היה מעלה את זה בשלבים מוקדמים יותר. העיתוי של העלאת הדרישה הזאת "ברגע האחרון" – יש בה מחוסר תום לב. השופטים פסקו שלא אוכפים את החוזה.

**ניצול מצוקה של הצד השני –** יודעים שצד מסויים במצוקה ומנצלים את זה לטובתנו (האם זה הפרה של תום הלב?). האם ניצול של מצוקה מהווה הפרה של תום הלב? –תלוי. לא יכול להיות שכל ניצול של מצוקה זה הפרה של תום לב, כיוון שחלק ניכר מהחוזים הם כאלה. ללא ספק יש מצבים של ניצול לחץ של הצד האחר שבהם בתחום הלגיטימי. אין אפשרות לכמת את זה. ברור לכולם שיש מצבים רבים ושגרתיים של ניצול לחץ. מצד שני, ברור לחלוטין שיש התנהגויות של ניצול לחץ: עושק או כפייה. עילת העושק קובעת שאם צד מנצל מצוקה של הצד האחר וכתוצאה מזה תנאי החוזה גרועים בצורה בלתי סבירה מן המקובל, עבור הצד שנעשק, אז יש עילה לביטול החוזה. וודאי שיש רמות של ניצול מצוקה שאינן לגיטימיות. הבעיה הפרקטית היא מהם מצבי הביניים? מה קורה אם ניצול המצוקה הוא יותר ממה שרגילים, אבל זה לא מגיע לרמות המאוד גבוהות, או שלא מתקיים בסיס אחד של ניצול העושק.

**פס"ד גנץ נגד כץ**- מדובר על סיטואציה שבה אדם בשנות ה- 40 לחייו, רווק, היה במצוקה גדולה מאוד להתחתן. המצוקה שלו היתה אמיתית וקשה בגלל כל מיני סיבות: הוא היה חרדי, הסביבה החברתית והמשפחתית, הגיל שלו, הוא היה בן יחיד להורים ניצולי שואה. לפי הפס"ד הוא היה נתון בלחץ נוראי. והוא פנה לשדכן חרדי אחר – כץ – והם הגיעו להסכם של תיווך .אם השדכן מוצא עלמה להנשא עמה, והדרישה היתה שהיא תוכל עדיין ללדת ילדים, אזי דמי השדכנות יהיו 100,000$. אם השדכן יעזר בעוזר שדכן – אז המחיר יהיה 200,000$. הסכומים הללו מעידים על לחץ. ומצאו כלה. גנץ נתן לכץ 20,000$ וכץ הגיש תביעה. הטענה של גנץ שניצלו את המצוקה שלו. בית המשפט המחוזי קבע שלא היתה כזאת גבוהה של מצוקה, ולא בטוח שאלה תנאים בלתי מקובלים. ומאחר וגנץ היה מקרה מיוחד – בית המשפט קבע שהחוזה תקף ושגנץ צריך להשלים את הכסף. בבית המשפט העליון נחלקו הדעות –אבל השופט קדמי אמר שגם אם זה לא עושק, זוהי לא התנהגות הוגנת של בני אדם. וגם אם אין פה עושק – יש פה הפרה של תום הלב .השופט קדמי היה במיעוט ובית המשפט העליון קבע כמו המחוזי. בין היתר, השופטים האחרים חשבו אחרת, מנימוק שאם היינו אומרים להגיד שיש הפרה של סעיף 12 בלי עושק, אז למה התנאים המחמירים של עושק? יש פה 2 תרופות שונות. אם היו מוכיחים את העילה של סעיף 12 (חוסר תום הלב) – זה בדיוק ההפרש בין מחיר השוק ובין המחיר שנקבע בפועל – ולכן היו מחייבים את השדכן להחזיר פיצויים בהפרש שבין מחיר השוק ובין מה שלקחו.

**מכרזים פרטיים** – האם הפרת חובת שוויון במכרז פרטי מהווה הפרה של חובת תום הלב? מכרז זאת טכניקה לניהול מו"מ. טכניקת המכרז מאפשרת לנהל תחרות על בסיס של קריטריונים שוויוניים. ולכן הפסיקה קבעה כבר לפני מס' שנים, ואח"כ גם חוק חובת מכרזים, שכאשר רשות ציבורית מנהלת מו"מ היא חייבת (בכפוף לחריגים ספציפיים בחוק) לנהל מו"מ בצורה של מכרז. בתחום של המשפט הציבורי העיקרון הכי חשוב הוא עקרון השיוויון. הרשות הציבורית חייבת לנהוג בשוויון כלפי כולם בכל הפעולות שלה. גם כשהרשות עומדת לכרות חוזה היא חייבת לנהוג בשיוויון והטכניקה היא מכרז שיוויוני. לעיתים, גם גוף פרטי (אדם או חברה) בוחר לנהל מו"מ בצורה של מכרז. במקרה זה, הגוף הפרטי לא חייב – אלא זה רצון שלו. במשפט הפרטי אין עקרון של שיוויון – אלא יש חופש קניין, חופש רצון וכיוצ"ב. אם גוף פרטי עושה מכרז – מה גובר? האם גובר העקרון הבסיסי שגוף פרטי יכול לעשות עם כספו מה שהוא רוצה או שאם בחרנו לעשות מכרז, אז חייבים לנהוג בשוויון? – זוהי שאלה לא פשוטה – שכן יש פה אינטרסים מנוגדים. אם גוף פרטי בוחר לעשות מכרז מרצונו, אלה שטוענים שאז הוא מחוייב על שיוויון – על מה הם מבססים את זה? – שכן חוק המכרזים לא חל אנשים פרטים. הטיעון היחיד הוא טיעון של סעיף 12 – אשר עוסק בתום לב – שכן ברגע שעושים מכרז – זה כמו להגיד שאנחנו צריכים לנהוג בשיוויון. השאלה הזאת התעוררה ב**פס"ד בית יולס** – מכרז פרטי של בית אבות בחיפה. היא מחליטה לעשות מכרז ובסופו של דבר מחליטה לתת את עבודה למישהו שלא עמד בקריטריונים. אם זה היה מכרז ציבורי – המכרז היה נפסל. אבל מה עושים במקרה כזה? האם במכרז פרטי חלים כל הקריטריונים השוויוניים כמו בכרז ציבורי? בעליון נקבע בהתחלה, ברוב של 2 מול 1 שיש חובת שוויון. השופטים ברק ושמגר קבעו בדעת רוב שיש חובת שוויון שנובעת מסעיף 12. השופט אילון, שהיה בדעת מיעוט, קבע שאין כך – שכן אם זה מכרז פרטי אז חופש החוזים גובר, וזכותו של בעל המכרז להעדיף את מי שהוא רוצה. מאחר והנושא כ"כ עקרוני – הנשיא אישר דיון נוסף. בדיון נוסף שבו הורחב ההרכב – ובסוף היה "מהפך". דעת המיעוט התקבלה בהרכב החדש – שכן 2 השופטים שהצטרפו – הצטרפו לדעת המיעוט. 3 חושבים שאין חובת שוויון במשפט פרטי ורק 2 חושבים (שמגר וברק) שיש חובת שוויון. ההבדל בין דעת הרוב לדעת המיעוט הוא הרבה פחות דרמטי. כל השופטים הסכימו שבמכרז פרטי יכול בעל המכרז לכתוב מראש שהוא לא מתכוון לפעול בשוויון וזה תופס! (וזה בניגוד למכרז ציבורי). המחלוקת היא מה קורה כשאין אמרה כזאת לגבי זה שמוציא המכרז הפרטי לא אומר שהוא לא יינהג בשוויון? אם פרט לקח על עצמו את ההתחייבות לנהוג בשוויון – אז איך ברק ושמגר מסכימים שאם בעל המכרז מתנה שהוא לא ינהג בשיוויון – אז זה תופס? שכן חובת תום הלב היא קוגנטית – איך אפשר להתנות עליה? שמגר: זוהי חובה שהיא קוגנטית בעיקרה – כנראה שלפי גישת ברק ושמגר, הפרת תום הלב הוא לא בעצם העובדה שלא נוהגים בשיוויון. הפסול הוא בעצם ה*ציפייה* לשוויון (שזאת טכניקת המכרז) – ובעצם בסוף נוהגים בצורה שונה. ברגע שכותבים במכרז עצמו שאין נוהגים בשיוויון – אז לא חייבים לנהוג בשיוויון. במילים אחרות – כאשר כותבם שאין שיוויון – אז זה לא באמת מכרז, אלא מו"מ מרובה משתתפים. אם כללי המשחק ברורים אז אין הפרה של תום הלב. חילוקי הדעות פה נובעים ממחלוקת הרבה יותר עמוקה בין הגישה שהוביל ברק בבית המשפט העליון ובין הגישה של אילון בבית המשפט העליון. אגב, לאור העובדה שדעת שמגר וברק היתה מיעוט בבית יולס, הגישה הזאת השתנתה והפכה להיות רוב במרוצת השנים.

**פס"ד קל-בניין** – חב' ארם רעננה בונה את שכונת לב הפארק ברעננה ומוציאה מכרז לעבודות תשתית ופיתוח. אחת החברות שנותנות את ההצעה הכי נמוכה היא חב' קל-בניין ומורידים אותה עוד. עכשיו כל מה שצריך הוא אישור מועצת המנהלים כדי שניתן יהיה לחתום על החוזה. שם מסתבר למועצת המנהלים שיש חברה שמוכנה לעשות את העבודה במחיר נמוך יותר – אבל החב' לא השתתפה במכרז. השופט זפט במחוזי בת"א – פוסק לפי מה שהיה בבית יולס – דהיינו זה לא היתה הפרה של תום הלב. זה מגיע לבית המשפט העליון ובית המשפט העליון קובע שברור שהיתה כאן הפרה של חובת תום הלב. בית המשפט כיום מתעלם כמעט לחלוטין מבית יולס. במכרז פרטי יש חובת שיוויון לפי סעיף 12 אלא אם יש אמירה מפורשת במכרז הפרטי בנושא השיוויון. לאחר שנקבע בבית המשפט העליון שהופרה החובה לתום לב, זה חזר למחוזי לקביעת העונש. וגם לגבי העונש/פיצויים חזר התיק לבית משפט העליון בשנית.

**חלק ב' – הסנקציה והתרופות**

עד כאן דיברנו על סעיף 12 א' –משמעות החובה: חובה קוגנטית, חובה לגלות, חובה לא לפרוש ממשא ומתן. אבל היתה ויש הפרה – מה התרופה בסעיף 12 ב'?

*צד שלא נהג בדרך מקובלת ובתום לב, חייב לצד השני פיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב המו"מ או עקב החוזה, ויחולו סעיפים מסויימים מתוך חוק החוזים/תרופות בשל הפרת חוזה*.

חוק החוזים / תרופות בשל הפרת חוזה עוסק בהפרת חוזה. אבל סעיף זה אומר שגם במקרה של הפרת תום לב במו"מ מקבלים מענה מתוך החוק שעוסק בהפרת חוזה. סעיף הקטנת הנזק אומר שאפילו אם מישהו הפר את החוזה, והצד השני יכול להקטין את הנזק ולא עושים – אזי מה שלא צמצמנו – לא נהיה זכאים עליו לפיצוי (לדוגמא – אם הקונה בא עם בקבוק פתוח והוא לא סגר אותו אז על ה-"דלתא" של מה שנשפך אצלו – הוא לא יקבל פיצוי).

סעיף 13 לחוק התרופות – מאפשר לפסוק פיצויים על נזק לא ממוני (בעיקר עגמת נפש, צער, סבל וכיוצ"ב). בתי המשפט ממעטים להשתמש בזה. הסעיף העיקרי שעוסק בפיצויים הוא סעיף 10 לחוק התרופות – הסעיף המרכזי של פיצויים בגין הפרת חוזה והסעיף הזה אינו קובע נוסחא לחישוב פיצויים, אלא 2 עקרונות בלבד: סיבתיות וצפיות. כלומר- אם מישהו הפר חוזה הוא יכול לקבל חוזה הוא יכול לקבל פיצויים רק על מה שהוא סיבתית נפגע ממנו. העובדה שהיתה הפרה והעובדה שהיה נזק לא בהכרח קשורים זה בזה. צפיות – לא כל מה שהוא סיבתי, הוא בר פיצוי – כי אם זה נזק מאוד יוצא דופן שאף אחד לא היה יכול להעלותו בדעתו , אז אין פיצוי. הפיצוי הוא רק על נזק סביר. השכרנו למישהו דירה לשנה ומפרים את החוזה ולא נותנים לו דירה. העובדה שהוא ייצטרך למצוא דירה אחרת – אז יש סיבתיות. אבל אם אותו אחד ששוכר את הדירה קנה ציוד בשווי מאוד גדול, והציוד הוא בשווי מאוד גדול – אז זה בלתי צפוי לחלוטין. זה נזק חורג מאוד מאוד ממה שאפשר לצפות.

סעיף 12ב' קובע שבמקרים של הפרת חוזה – יחול סעיף 10 לחוק התרופות בשינויים מחוייבים: בתי המשפט קבעו שאם הופרה חובת תום לב במשא ומתן, וכתוצאה מההפרה הזאת לא נכרת חוזה – ואנחנו ניתן פיצויים, אזי הפיצויים יכולים להיות יכולים להיות רק פיצויים שליליים. אנחנו בסיטואציה שבה היה מו"מ שהתפוצץ עקב תום לב ולא התקיים חוזה. הצד שנפגע לא יכול להגיד שהוא רוצה פיצוי על כל הרווח. למה? טיבם של מו"מים שלפעמים נכרתים חוזים ולפעמים לא – ויכולות להיות סיבות רבות שלא יהיה חוזה. בעייה שנייה היא בעיה של צפיות – אין אפשרות לאמר בוודאות מה בסופו של דבר היו תנאי החוזה, גם אם הוא היה נכרת. ולפיכך, אי אפשר לדעת מה היה הנזק בכל הסיפור הזה. הדרישה לסיבתיות ולצפיות – גורמת לכך שהנזק היחיד שאפשר לפצות עליו זה הנזק עקב המו"מ – שאלה העלויות על המו"מ. ההוצאות שהוצאנו ירדו לטמיון עקב חוסר תום לב במו"מ. **הפסיקה קבעה שהפיצויים עקב 12 ב' הם פיצויים שליליים בלבד. לא רווח נמנע.**

דוגמא- התנהל מו"מ למכירת נכס לפי מחיר של 100. הצד השני פוצץ את המו"מ שלא בתום לב. אם העסקנו יועץ ושילמנו לו 10 והיו הוצ' נסיעה בסכום של 5 – אז אלה פיצויים שסעיף 12 ב' מאפשרים לקבל. העובדה שלא נכרת הסכם והמחיר של הנכס עלה ל- 150 הוא לא פיצוי שאפשר לדרוש – כי זה פיצוי חיובי (רווח נמנע). במשך שנים רבות זאת היתה התרופה היחידה – כאשר ההפרה גרמה לפיצוץ שלא נכרת חוזה. עד **פס"ד של שיכון עובדים נגד זפניק** – חב' שיכון עובדים פרסמה מודעה שהיא מוכרת בפרוייקט ברמת אביב דירות בהנחה משמעותית. הסיבה היתה שהם התקרבו לסוף השנה ורצו להוריד את המחיר. כתוצאה מזה היתה פנייה של מתעניינים רבים ושיכון עובדים נתנו ל- 2-3 לקוחות לקנות דירה במחיר הנמוך ואחרי זה פשוט לא הסכימו יותר לקבל חוזים אחרים. בשפה של דיני החוזים – לא איפשרו להם לעשות קיבול: מנעו מהם. מצד אחד לא נכרת חוזה – כי לא נעשה קיבול. עורך הדין של התובעים (משפ' זפניק) – מבקש אכיפה – הם רוצים את הדירה! הם רוצים אכיפה של חוזה שלא נכרת. השופטת בן פורת אומרת שבאופן עקרוני יש לקבל את העתירה – כי התנאים הושלמו ונשארה עוד איזשהו משימה פורמאלית- שכן התוכן ידוע; ואחד הצדדים מונע את העיסקה תוך הפרת תום הלב- במצב כזה אפשר לחרוג מהפיצויים בלבד – ו"להמציא" פיצוי נוסף (שלקוח מהמשפט הגרמני – "אשם בהתקשרות") – והתרופה הזאת מדברת שלא פוסקים פיצויים ולא אכיפה. התרופה היא שרואים את אותה פעולה שלא בוצעה כאילו היא כן בוצעה. דהיינו רואים את החוזה כאילו הוא נכרת והופר. אנחנו עוברים מהמישור של הפרת תום הלב להפרת חוזה. השופטת בן פורת מוכנה לקבל את הטיעון הזה עקרונית. (בפועל היתה פשרה בין הצדדים – ולכן בית המשפט אמר שעקרונית התביעה היא בסדר, אבל לאור העובדה שהיתה הסכמה כבר ביניהם – היא לא החזירה את זה אחורה). אומרת בן פורת שלדעתה התרופות בסעיף 12 ב' אינן רשימה מלאה – ולכן היא רוצה פה תרופה אחרת.

**פס"ד קלמר נגד גיא** – לקלמר היתה חלקת קרקע בהרצליה שניתן היה לבנות עליה 2 קוטג'ים. גיא היו שני אדריכלים ובעיסקת הקומבינציה – גיא יבנו 2 בתים, והוא מקבל בית אחד מהבתים הללו. קלמר, כדי להמנע מתשלום מס שבח מקרקעין – אם מוכרים בית מגורים יש פטור ממס שבח, אבל אם מוכרים מגרש – אז יש מס שבח. קלמר רצה שלא יהיה הסכם כתוב ורק שאחרי שיהיו בתים –יעשו הסכם. אבל כשהיה בית – קלמר סירב לעשות הסכם בדיעבד – כיוון שעלויות הבתים עלו מאוד בזמן הבנייה – והוא היה יכול להרוויח מזה כסף. גיא הלכו לבית משפט והגישו תביעה. אבל במקרה זה – לא היה כתב הלכה למעשה... (וזה עיסקת נדלן). אבל מאחר וקלמר הפר את תום הלב – ולאור העובדה שאף אחד לא מערער על העובדות, אז בית המשפט נותן אכיפה לחוזה, למרות שבאופן פורמאלי הוא לא קיים. האפשרות להשתמש בתרופה הזאת שנקרא לה "אשם בהתקשרות" – לראות את החוזה כאילו הוא נכרת, ואפשר לאכוף או לפצות אותו.

**פס"ד קל בניין** – בית המשפט העליון החזיר את זה לבית המשפט המחוזי. בית המשפט המחוזי אמר שהופרה חובת תום הלב. מה הפיצויים? פיצוי שלילי. השופט זפט רצה לתת להם רק את עלויות ההוצאות, ועל העלויות האלה הם ערערו. השופט ברק אומר: הסיבה שנתנו תמיד פיצויים שליליים זה בגלל שיקולי סיבתיות וצפיות. ההנחה היתה שהחוזה לא היה נכרת גם מסיבה אחרת – ואנחנו לא יודעים גם מה היה היקף הנזק. אבל ברק טוען שבמקרה הזה המו"מ הסתיים, ואנחנו מדברים רק על עניין פורמאלי/טכני, ואלמלא הפרת תום הלב מצד ארם רעננה החוזה היה נכרת והכל היה גמור. במצב כזה אין סיבה לא להגיד שהנזק שנגרם כתוצאה מהפרת משא ומתן הוא אובדן הרווח. כי אם חובת תום הלב לא היתה מופרת – היה נכרת חוזה ואנחנו יודעים מה הרווח שהיה מופק. לפיכך, ניתן לקבל פיצויים חיוביים בלי להשתמש בקונסטרוקציה של אשם בהתקשרות. אם הפיצוץ היה בשלב מוקדם יחסית, אומר ברק – אפשר רק פיצויים שליליים. אבל אם הפיצוץ היה בשלב מתקדם מאוד –אפשר לבל פיצויים חיוביים. מו"מ מפוצץ בחוסר תום לב בשלב סופי שלו – אפשר ללכת ב- 2 מסלולים אלטרנטיביים: אשם בהתקשרות (=חוזה נכרת = אכיפה / פיצויים חיוביים) ; אין חוזה שנכרת (= פיצויים חיוביים). השאלה היא: מתי בוחרים באיזו דרך? במקרה הזה קל בניין מעדיפה לעשות את הרווח הכספי גם בלי עבודה. מבחינה משפטית יש לנו פה 2 מסלולים אפשריים. את המסקנה הזאת ניתן ללמוד מפס"ד אלריג נכסים.

**פס"ד אלריג נכסים** – לחברה מסויימת (א') היה מגרש בר"ג. בצמוד למגרש היו 3 חלקות קטנות בבעלות עיריית ר"ג (המדובר על המגרש של מגדל משה אביב). שלוש החלקות ביחד היו בשטחן כשליש מהמגרש של חברה א'. אף אחד מהחלקות האלה אי אפשר לנצל באופן יעיל. עירית ר"ג העבירה תוכנית שאיחדה את החלקות האלה עם המגרש, ונתנה לחב' א' אופציה לקנות את 3 החלקות האלה תמורת 2 מ' $. כשמצרפים את 3 החלקות למגרש – אז הן מהוות כרבע מהמגרש. ולפיכך שווי המגרש הגדול – 8 מ' $. לחב' א' לא היה 2 מ$ נזיל. חב' א' פנתה לחב' ב' לקבל מימון ולחב' ב' יש קשרים טובים בבנקים כדי שבעתיד אם ירצו לבנות וייקט, אז חב' ב' תסייע באשראי. חב' ב' תביא את המימון והיא תהיה שותפה בפרוייקט כולו. באיזה %? ב- 25%. הכל נעשה בע"פ שכן אסור היה שהעיריה תדע – כי אם חב' ב' היתה נכנסת לתמונה העיריה היתה חייבת לעשות מכרז (היא לא מחוייבת למכרז במקרים של השלמת קרקע).

נחתם החוזה עם עירית ר"ג – חב' ב' הביאה כ- 800,000$ ואת היתר היה צריך להביא כששר הפנים יאשר את העיסקה. כששר הפנים אישר את העיסקה, ופורמאלית חב' א' היא הבעלים של העיסקה, חב' א' מכרה את הקרקע כולה לצד ג'. החב' הזו עשתה רווח של 4 מ' $. חב' א' באה עכשיו ומחזירה את ההלוואה לחב' ב'. חב' ב' ביקשה לקבל חלק מהרווח. הטענה של חב' א' היתה שאין חוזה ולא עשו אותו בכתב. וזה מאוד דומה למקרה של קלמר נגד גיא. בית המשפט המחוזי אומר שרואים את הכתב כאילו הוא נעשה מכח סעיף "אשם בהתקשרות" – סעיף 12. בית המשפט אומר שרבע מהכסף שהוא רווח – צריך ללכת לחב' ב'. חב' א' הגישה ערעור לבית המשפט העליון, ובעליון אומרים שלא חל פה אשם בהתקשרות. היתה הפרה של חובת תום הלב. אבל אשם בהתקשרות מחילים רק במקרים מאוד נדירים. המדובר באנשי עסקים – והם ידעו שבלי כתב אין תוקף לחוזה. ולכן לא נכון להשלים את החוזה. אלא שברור שהיתה פה הפרה חמורה של חובת תום הלב וזה היה בשלב סופי ושהדבר היחיד שמנע את כריתת החוזה זה חוסר תום הלב. ולכן מחילים פה את הפיצויים החיוביים כמו בקל-בניין. למה בית המשפט טרח לכתוב פס"ד ארוך שאומר שאין פה אשם בהתקשרות ויש פה כן פיצויים חיוביים? בית המשפט מנסה להעביר את המסר: המסלול התרופתי העיקרי של הפרת חובת תום לב במשא ומתן הוא פיצויים. אם הפרת תום הלב הביאה לפיצוץ המו"מ בשלב מוקדם יחסית, זה יהיה פיצויים שליליים. אם זה בסוף המו"מ – זה פיצויים חיוביים. קיימת גם האפשרות של אשם בהתקשרות – שמתאפשרת רק במקרים יוצאי דופן מאוד: אותם מקרים שבהם לצד הנפגע יש אינטרס מיוחד לא רק בערך הכספי של החוזה אלא גם לקבל בפועל את מה שהובטח לו. לדוגמא- אם קנינו יצירת אומנות, וכל חיינו חסכנו לקניית היצירה, ומו"מ פוצץ – אז גם אם נקבל פיצויים מלאים – זה עדיין לא מפצה – כי אין לנו את יצירת האומנות. בקלמר נגד גיא, גיא בנו בית כדי לגור בו. תמורה כספית לא תיתן להם מענה – הם רצו לגור באותו בית ספציפי. בכל מקום שבו האינטרס הוא אינטרס כספי פרופר (כמו בקל בניין)- שם מתאים המסלול של פיצויים חיוביים לפי סעיף 12 ב'. גם באלריג נכסים זה כך. אבל אם יש לאחד מהצדדים צורך ללא פיצוי כספי – יש אשם בהתקשרות. אבל רק במקרים כאלו וכאופציה אחרונה.