

## פיצוי מוסכם – סוגיות והיבטים

מאת

### יצחק עמית\*

תניית פיצוי מוסכם היא מהתניות הנפוצות ביותר בחוזה מכר-קבלנות-שכירות, הסכמים עסקיים- מסחריים בכלל ואף בחוזים צרכניים, והיא בעלת חשיבות רבה בחיי המעשה. עם זאת, אף שהיא נתפסת בתור מכשיר פשוט ויעיל, תניית פיצוי מוסכם מעוררת שורה של סוגיות ושאלות, הן במישור הדיוני הן במישור המהותי. מטרתה של רשימה זו להצביע על העיקריות שבהן ולנסות להאיר נקודות הטעונות הבהרה וחידוד, והכול בהתייחס לגישות השונות בספרות, בדגש על כתביה של פרופ' שלו. במישור הדיוני המאמר יתייחס בקצרה לשאלות הקשורות בסמכותם העניינית של בתי המשפט לדון בתביעה לפיצוי מוסכם וכן לאופן שבו נדרשים בעלי הדין להתייחס לפיצוי המוסכם בכתבי טענותיהם. במישור המהותי, שעליו נסב רובו המכריע של המאמר, נידרש בין היתר לשאלות הקשורות בתנאים לתחולתו של פיצוי מוסכם וביחס שבין הפיצוי המוסכם לבין רכיב הנזק. כן נעמוד על סמכותו של בית המשפט להפחית את הפיצוי המוסכם, ובכלל זה סוגיות הקשורות בנטל ההוכחה; בתניית פיצוי מוסכם גורף; ביכולת להתנות על סמכות ההפחתה; בכלים משפטיים אפשריים שבהם ניתן להשתמש לצורך ההפחתה. נושא נוסף שאליו נידרש הוא היחס שבין הפיצוי המוסכם לסעדים ופיצויים נוספים והיכולת לפסוק אותם במצטבר. לבסוף נידרש לסוגיות מיוחדות בפיצויים מוסכמים, כגון פיצוי מוסכם בחוזה אחיד; חילוט כפיצוי מוסכם; פיצוי מוסכם מוסווה ועוד. נסיים את המאמר בסיכום המסקנות והעקרונות העיקריים שניתן לחלץ מן הפסיקה בנושאים שנדונו במאמר.

**מבוא. א. יתרונותיו וחסרונותיו של הפיצוי המוסכם. ב. הפיצוי המוסכם במישור הדיוני;**  
1. הסמכות העניינית; 2. הפיצוי המוסכם בכתבי הטענות. **ג. מאפייני הפיצוי המוסכם ותנאים לתחולתו;** 1. הפיצוי המוסכם כתרופה לנפגע מהפרת חוזה תקף; 2. פיצוי מוסכם בחוזה פסול; 3. הפיצוי המוסכם כקובע חזקה חלוטה של נזק; 4. תניית הפיצוי המוסכם חלה על אף ביטול החוזה בשל הפרתו; 5. שערור הפיצוי המוסכם. **ד. סמכות בית המשפט להפחית את הפיצוי המוסכם;** 1. כללי; 2. המבחנים לצורך הפחתת הפיצוי; 3. על מי הנטל לצפות את סבירות הפיצוי המוסכם ולטעון להפחתה; 4. תניה גורפת ופיצוי מוסכם; 5. התנאה על סעיף ההפחתה; 6. תום לב ואשם תורם ככלים אפשריים להפחתת הפיצוי. **ה. הפיצוי המוסכם במצטבר לסעדים ולפיצויים נוספים;** 1. הפיצוי המוסכם כתרופה מחייבת יחידה או כתרופה אופציונלית; 2. הפיצוי המוסכם במצטבר לסעדים ולפיצויים נוספים. **ו. סוגיות מיוחדות**

\* שופט בית המשפט העליון.

מאמר זה עתיד להתפרסם גם בספר **עיונים בתורת החוזה – קובץ מאמרים לכבודה של פרופ' גבריאלה שלו** (בעריכת יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח).

**בפיצויים מוסכמים**; 1. פיצוי מוסכם כתניה מקפחת בחוזה אחיד; 2. איחור בביצוע לעומת אי-ביצוע ופיצוי מוסכם עתי – עד מתי? 3. חילוט כפיצוי מוסכם; 4. פיצוי מוסכם מוסווה וריבית הסכמית כפיצוי מוסכם. **סיכום.**

## מבוא

תניית פיצוי מוסכם היא מהתניות הנפוצות ביותר בחוזי מכר-קבלנות-שכירות, בהסכמים עסקיים-מסחריים בכלל ואף בחוזים צרכניים, ומכאן חשיבותה בחיי המעשה.<sup>1</sup> הפיצוי המוסכם נתפס כתרופה פשוטה ויעילה, שיש בה כדי להגביר את הוודאות והביטחון, ושניתן להפעילה בקלות הן במישור הדיוני בדרך של תביעה בסדר דין מקוצר והן במישור המהותי, באשר די לתובע להוכיח הפרת חוזה כדי לזכות בתרופה זו. אף שהפיצוי המוסכם נתפס, ובצדק, כמכשיר יעיל ופשוט, הנושא מעורר שורה של סוגיות, ומטרתה הצנועה של רשימה זו היא להצביע על העיקריות שבהן. אפתח ביתרונותיו ובחסרונותיו של הפיצוי המוסכם. טרם אציף את הסוגיות המהותיות בנושא שלפנינו, אעסוק בכמה נושאים במישור הדיוני. לאחר מכן אעסוק בתשתית העיונית ובמאפייניו של הפיצוי המוסכם כתרופה לנפגע מהפרת חוזה, בהתייחס לנושאים כמו פיצוי מוסכם בחוזה לא חוקי; אם קביעת פיצוי מוסכם מהווה חזקה חלוטה, או שהמפר רשאי לטעון ולהוכיח כי לנפגע לא נגרם כל נזק; שערך הפיצוי המוסכם. הסוגיה של התערבות בית המשפט בתניית הפיצוי המוסכם והפחתתו נדונה בהרחבה בפסיקה, ועל כן אייחד לה פרק נפרד בתוך הבחנה בין תניה גורפת לבין פיצוי מופרז. אחת הסוגיות הסבוכות בנושא של פיצוי מוסכם היא שאלת הצטברות הסעדים והתרופות. לנושא זה אקדיש פרק נפרד, ובמסגרתו אעמוד על האפשרות לראות בפיצוי המוסכם תרופה בלעדית או אופציונלית ואבחן את הסוגיה של פיצוי מוסכם במצטבר לפיצוי אחר או לפיצוי מוסכם אחר. לבסוף אעסוק בסוגיות מיוחדות הנוגעות לפיצוי המוסכם כמו תניית פיצויים מוסכמים כתניה מקפחת בחוזה אחיד; פיצוי מוסכם באיחור בביצוע לעומת מצב של אי-ביצוע מוחלט; חילוט ופיצוי מוסכם מוסווה; ריבית כפיצוי מוסכם. תכליתו של פרק זה היא להציף חלק מהקשיים המתודולוגיים בנושא ולהדגים כיצד התמודדה הפסיקה עם קשיים אלה בהתייחסות מיוחדת לנושא הריבית כפיצוי מוסכם והחידושים האחרונים בפסיקה בנושא זה. אציין כי קביעת סעיף פיצוי מוסכם בחוזה עשויה לשמש את בית המשפט גם לצורך השאלה אם נתמלאו תנאי מסוימות וגמירות דעת לצורך כריתת חוזה, אך לא בכך נעסוק. האכסניה של מאמר זה היא הזדמנות מצוינת להתכתב עם עמדותיה של פרופ' שלו בנושאים שבהם עוסק המאמר, בהדגשת השווה והשוונה בין הגישה המוצעת במאמר בסוגיות שונות לגישתה של פרופ' שלו באותן סוגיות.

לנוחות הקריאה נעמיד לנגד עינינו את נוסח סעיף 15 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות):

1 רונן אברהם "על הסדרי הפיצויים המוסכמים בהצעת החקיקה האזרחית החדשה" **משפט ועסקים** ד 389, 392 (תשס"ו).

### 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 ההפדה.

(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.

## א. יתרונותיו וחסרונותיו של הפיצוי המוסכם

קביעת פיצוי מוסכם בחוזה מקנה לצד הנפגע כמה יתרונות. במישור הדיוני ניתן לתבוע פיצוי מוסכם במסלול מהיר של סדר דין מקוצר. במישור המהותי קביעת הפיצוי המוסכם יוצרת חזקה חלוטה לקיומו של נזק, ועל כך אעמוד בהמשך. משכך, התובע אינו נדרש כלל להוכיח כי נגרם לו נזק, וממילא פטור הוא מלהוכיח את שיעור הנזק, את הסיבתיות והצפיות לנזק, מה שכרוך בהשקעת משאבי זמן וממון. בכך יש להפחית את רמת אי-הוודאות הכרוכה בהוכחת הנזק ואת סכום הפיצוי שייפסק בבית המשפט.<sup>2</sup> במסגרת הפיצוי המוסכם המתקשרים יכולים לקבוע פיצוי גם בגין ראשי נזק שקשה להוכיחם או שאין להם זכות מוקנית לקבלם, כמו נזק לא ממוני.<sup>3</sup> יתרון נוסף הוא שהתובע פיצוי מוסכם פטור מנטל הקטנת הנזק בשל הוראת סעיף 14(א) לחוק התרופות, הפוטרת את המפר מ"פיצויים לפי סעיפים 10, 12 ו-13 בעד נזק שהנפגע יכול היה, באמצעים סבירים, למנוע או להקטין".<sup>4</sup> סעיפים 11 ו-15 אינם נכללים אפוא בסעיפי הפיצוי המחייבים את הנפגע להקטין את נזקו, ובסעיף 458(ג) להצעת חוק דיני ממונות הדבר נקבע במפורש. ודוק: יש להבחין בין הנטל של הקטנת הנזק שאינו חל על תרופת הפיצוי המוסכם לבין המוסד של אשם תורם, שאין מניעה להחילו גם בתביעה לפיצוי מוסכם.<sup>5</sup>

מול יתרונות אלה, שהפכו את הפיצוי המוסכם למכשיר יעיל ונפוץ ביותר, יש להציב את שני החסרונות האלה: סכום הפיצוי המוסכם הוא תקרת הפיצוי שניתן לזכות לו מבלי להוכיח נזק, והסכום

2 משה בורנובסקי "נזק שנגרם כיסוד בפיצוי מוסכם" עיוני משפט יד 193 (תשמ"ט), שנכתב כהערת פסיקה על פסק הדין בע"א 795/86 לודאית נ' שירליב, פ"ד מא(3) 645 (1987).

3 דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים ד 687 (תשע"א).

4 ראו ע"א 260/80 נוביץ נ' ליבוביץ, פ"ד לו(1) 537, 546 מול האות ד (1982).

5 ע"א 4553/06 מדינת ישראל נ' מי ערד חברה להנדסה פיתוח ובנין בע"מ (בפירוק), פס' 20 (14.10.2010); ת"א (שלום ראש"ל"צ) 21070-02-10 בן יוסף נ' דירינקין (פורסם בנבו, 5.2.2013); יהודה אדר "הקטנת נזק ואשם תורם – הילכו שניים יחדיו?" משפט ועסקים י 381, 383 ה"ש 1 (תשס"ט).

כפוף לסמכות ההפחתה של בית המשפט.<sup>6</sup> אלא שהחיסרון הראשון הוא חיסרון לכאורי בלבד, כאשר במצב הדברים הרגיל הנפגע רשאי לתבוע פיצויי קיום ולוותר על הפיצוי המוסכם.

סיבה נוספת שבגינה צדדים לחוזה קובעים סנקצייה של פיצוי מוסכם היא מתן תמריץ לקיום החוזה. לשיטה זו, הפיצוי המוסכם אינו חופף את הנזק האמתי, והוא לא נועד לחסוך לצד הנפגע את ההוצאות הכרוכות בהוכחת הנזק שנגרם בפועל, אלא מטרתו להפעיל לחץ על הצדדים לקיים את החוזה. באספקלריה זו הפיצוי המוסכם ממלא גם פונקציה של הרתעה-ענישה, ועמדו על כך המחברים שלו ואדר בספרם.<sup>7</sup> דוגמה לכך אנו מוצאים בפיצוי המוסכם הסטטוטורי הקבוע בסעיף 5 לחוק המכר (דירות), תשל"ג-1973, ולפיו רוכש הדירה זכאי לפיצוי בשיעור של 150% מדמי שכירות של דירה דומה לתקופה של שמונת החודשים הראשונים לאחר הפיגור במסירת הדירה, ובשיעור של 125% לתקופה שלאחר מכן.<sup>8</sup>

יש הגורסים כי ניתן לראות את הפיצוי המוסכם כמעין עסקת ביטוח, כאשר אחד הצדדים לחוזה נכון לשלם מחיר גבוה יותר, אך בתמורה לכך דורש מהצד השני כי יפצה אותו בסכום הגדול משיעור הנזק הממשי אם לא יקיים את חיובו. לשיטה זו, ההפרש בין סכום הפיצוי המוסכם לבין הנזק בפועל הוא מעין פרמיה שצד מציע למשנהו.<sup>9</sup>

המשפט נכון אפוא להכיר בכך שהפיצוי המוסכם יעלה במידה מסוימת על שיעור הנזק בפועל, וכך הנפגע יכול "להתעשר" בעקבות הפרת ההסכם, בניגוד לעיקרון המוצהר שלפיו התרופות בדיני החוזים נועדו להעמיד את הנפגע במקום שהיה בו אילו לא הפרה, או כדי להעמיד את הנפגע במצב שהיה בו אילו לא נכנס לחוזה.

## ב. הפיצוי המוסכם במישור הדיוני

### 1. הסמכות העניינית

כמעט אין לך הסכם מכר מקרקעין שאינו כולל תניית פיצוי מוסכם. בעיית הסמכות העניינית מתעוררת במצב של תביעה לאכיפה או לביטול של הסכם הנוגע למקרקעין, שאליה נלווית תביעה לפיצוי

6 ליתרונותיו וחיסרונותיו של הפיצוי המוסכם ראו ע"א 628/87 חורי נ' חברת החשמל בע"מ, פ"ד מו(1) 115 (1991).

7 גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – תרופות לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 488 (תשס"ט); רנה סנילביץ "פיצויים מוסכמים – השוואה בין המשפט הישראלי ובין המשפט הקונטיננטלי" ספר אורי ידין ב 133, 134 (תש"ן).

8 תניות פיצוי מוסכם בגין איחור במסירת הדירה נפוצות בהסכמים בין קונה למוכר (כהגדרתו בחוק המכר (דירות)) כאשר בהסכם נקבע כי הקונה יהיה זכאי לפיצוי המוסכם אם האיחור במסירה יעלה על תקופה של כמה חודשים, על פי רוב שלושה חודשים. הפסיקה פירשה סעיף זה באופן שאם האיחור עולה על שלושה חודשים, ישולם הפיצוי המוסכם החל מהיום הראשון – ראו לדוגמה ע"א 804/87 קאופמן נ' גזית קונסוליו השקעות ופיתוח בע"מ, פ"ד מד(2) 60 (1990); ע"א 4337/02 ירמיהו עייני חברה לבנין בע"מ נ' קראופ צפון היפרשוק, רשתות שיווק בע"מ, פ"ד נח(1) 799, 805–806 (2003). לא כך נפסק כאשר המוכר ניסח את התניה באופן השולל במפורש פיצוי בגין התקופה של 90 הימים הראשונים – ע"א 10944/02 שיכון ופיתוח לישראל בע"מ נ' אוחנה, פ"ד נח(3) 673, 678–680 (2004).

9 בורנובסקי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 197; עמרי בן שחר ויובל פרוקציה "פרק ד: חוזים" הגישה הכלכלית למשפט 153, 216 (אוריאל פרוקציה עורך, תשע"ב).

מוסכם. במצב המשפטי הנוכחי, ואף שמדובר במצב שכיח ביותר, כל אחד מהסעדים נתון לסמכותה העניינית של ערכאה נפרדת. הסעד של אכיפה או ביטול של הסכם המקרקעין נתון לסמכות בית המשפט המחוזי, ואילו הסעד של הפיצוי המוסכם נתון לבית המשפט המחוזי או השלום, לפי שוויו הכספי של הפיצוי. בעסקאות שכיחות של מכר דירה הפיצוי המוסכם אינו עולה על פי רוב על זה שבסמכותו של בית משפט השלום, שהיא כיום 2.5 מיליון ש"ח, וכך נוצר מצב שבו נוכח הלכה עתיקה יומין, הידועה במקומותינו כ"הלכת פיצול הסעדים"<sup>10</sup>, נדרש התובע לפצל את תביעתו ולתבוע אכיפה או ביטול בבית המשפט המחוזי, ואת הפיצוי המוסכם בבית משפט השלום.<sup>11</sup> הלכה זו חזרה ואושררה פעמים מספר בבית המשפט העליון על אף התוצאה הקשה מבחינת הצדדים ומערכת בתי המשפט, הנדרשים לאותה שאלה ולאותו סכסוך בשתי ערכאות שונות. בית המשפט העליון הביע מורת רוח ממצב דברים זה, ואף נזדמן לי לקרוא למחוקק לשנות הלכה זו: "המצב לפיו פלוני מגיש תביעה לבית המשפט המחוזי לאכיפת הסכם, ותביעה לבית המשפט השלום לפיצוי מוסכם בגין הפרת ההסכם, אינה מצב ראוי לכל הדעות. בשלב זה, אותיר את הדברים בצריך עיון להזדמנות אחרת, ועד אז, אין לי אלא לחזור ולהפנות קריאה למחוקק לתקן את החוק על מנת למנוע מצבים מעין אלה"<sup>12</sup>. עד לשינויה של הלכת פיצול הסעדים, אם בדרך של חקיקה ואם בפסיקה, המצב המשפטי נכון להיום הוא שפעמים רבות יש לברר את תביעת הפיצוי בנפרד מהתביעה לאכיפה או לביטול של הסכם במקרקעין.<sup>13</sup> הפתרון הפרקטי לבעיה זו הוא לפנות לבית המשפט בבקשה לעכב את בירור התביעה שטרם החלה להתברר, עד לפסק דין חלוט בתביעה השנייה, מתוך הנחה כי פסק הדין החלוט יהיה פלוגתא פסוקה בין הצדדים בשאלת הפרת החוזה. פתרון זה אינו חף מקשיים ואינו פותר את הסרבול הדיוני, באשר עד למתן פסק דין חלוט לאחר הגשת ערעור אפשר שיחלוף זמן רב, והצדדים נתונים במצב של חוסר ודאות.

## 2. הפיצוי המוסכם בכתבי הטענות

תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 קובעות את הדרישות הכלליות בנוגע לכתבי הטענות של הצדדים, כמו הוראת תקנה 71(א) הקובעת כי "כתב טענות יכיל את הרצאת העובדות המהותיות בלבד". אולם לצד הוראות אלה התפתחה פסיקה ענפה שיצרה קורפוס של טענות שעל בעלי דין לכלול במפורש בכתבי טענותיהם,<sup>14</sup> ובעל דין שלא עשה כן עלול למצוא עצמו במצב שבו נסתחפה

- 10 ע"א 29/58 לוי נ' עקריש, פ"ד יב 1457, 1458 (1958)
- 11 ראו ס' 140(1) ו-51(א)(3) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984. הסיבה שסכום הפיצוי המוסכם מצוי, על פי רוב, בגדר סמכותו העניינית של בית משפט השלום, היא שפיצוי מוסכם שכיח הוא 10%-15% מערך החוזה. לפיכך כדי להיכנס בגדר סמכותו העניינית של בית המשפט המחוזי, ערך החוזה צריך להיות כ-20 מיליון ש"ח ויותר. רובן המכריע של עסקאות מכר דירה אינן עולות על סכום זה.
- 12 ע"א 5639/13 סגל נ' ורמז, פס' 9 (פורסם בנבו, 14.8.2014).
- 13 עוד בנושא הלכת פיצול הסעדים וביקורת עליה ראו יצחק כהן "הלכת פיצול הסעדים בין בתי משפט שונים והלכת העיקר והטפל – בין המצוי על תקלותיו לרצוי על תקותיו" הפרקליט נ 250-252, 229 (תשס"ח); יששכר רוזן-צבי **ההליך האזרחי** 332-335 (תשע"ה).
- 14 הנושא חורג ממסגרת דיונו וראוי לרשימה נפרדת, ועל קצה המזלג אזכיר כמה נושאים שעל בעל דין לטעון בכתבי טענותיו מכוח הפסיקה: בקשה לסעד מן הצדק כהגנה מפני תביעת סילוק על פי חוק הגנת הדייר; טענה לחוזה אחיד – ע"א 867/86 שרון נ' שיכון עובדים, פ"ד מה(3) 617 (1991); טענה הנוגעת להארכת תקופת ההתיישנות – ע"א 7261/97 שרבני נ' חברת האחים שבירו בע"מ, פ"ד נד(4) 464,

שדהו אך בשל טעות דיונית. לענייננו, סעיף 15(א) לחוק התרופות מעניק לבית המשפט סמכות להתערב בתוכן החוזה באמצעות הפחתת הפיצוי המוסכם שנקבע בחוזה, ועל כך אעמוד בהמשך. טעות נפוצה של בעלי דין, במיוחד של נתבעים, שהם מתגוננים בפני תביעת פיצוי מוסכם בטענה כי לא הפרו את החוזה וזונחים קו הגנה שני – טענה להפחתת פיצוי מוסכם. טענה זו יש להעלות במפורש בכתב ההגנה<sup>15</sup> וגם בכתב התביעה, במצב השכיח פחות, כשהתובע הוא שעותר להפחתת הפיצוי המוסכם,<sup>16</sup> שכן מדובר בטענה המחייבת גם הנחת תשתית עובדתית. צד שאינו מעלה טענה להפחתת הפיצוי המוסכם מסתכן בכך שאם ייקבע כי ההסכם הופר, הוא עומד בפני התוצאה שייפסק הפיצוי המוסכם במלואו.

אל מול הנטל של הנתבע לטעון להפחתת הפיצוי המוסכם בכתב ההגנה עומדת חובתו של התובע פיצוי מוסכם להבהיר בכתב התביעה מה היא ההפרה שבגינה נתבע הפיצוי המוסכם. כפי שנקבע בפסיקה, "לא סגי לטעון בעלמא הפרת הסכם כדי לחבר 'אוטומטית' את הפיצוי המוסכם לבין כל ההפרות לסוגיהן... תובע העותר לטען של פיצוי מוסכם, יתכבד ויפרט מהן ההפרות המיוחסות לנתבע, ואשר בגינן נדרש הפיצוי המוסכם".<sup>17</sup> מקום שבו מוגשת תביעה לפיצוי מוסכם בסדר דין מקוצר, הטענה להפחתת הפיצוי עשויה לשמש עילה למתן רשות להגן.<sup>18</sup>

## ג. מאפייני הפיצוי המוסכם ותנאים לתחולתו

בפרק זה אעסוק בכמה סוגיות המתעוררות בשל אופיו המיוחד של הפיצוי המוסכם – התנאי המקדמי של הפרת חוזה תקף, דינו של הפיצוי המוסכם בחוזה פסול, הפיצוי המוסכם כקובע חזקה חלוטה של נזק והיותו חיוב משני העומד בתוקפו על אף ביטול החוזה עקב הפרתו וכן סוגיית השערוך של סכום הפיצוי המוסכם.

### 1. הפיצוי המוסכם כתרופה לנפגע עקב הפרת חוזה תקף

תנאי מקדמי להפעלתה של תניית הפיצוי המוסכם הוא שהחוזה בין הצדדים תקף כי התובע הוא בגדר "נפגע" בשל הפרת החוזה, וכי תניית הפיצוי המוסכם חלה על ההפרה שבוצעה, אם מתוקף לשונו המפורשת של החוזה ואם בשל פרשנות הוראותיו.

- 473–474 (2000); ע"א 2167/94 בנק למסחר בע"מ נ' שטרן, פ"ד נ(5) 220, 216 (1997); רע"א 1345/13 סעאידה נ' אסיל, פ"ס ח (פורסם בנבו, 5.3.2013); טענה לאשם תורם – ע"א 838/86 סאלח נ' אבו זייד, פ"ד מג(1) 374 (1989); טענה להקטנת הנזק – ע"א 605/88 תבורי בית חרושת למשקאות קלים בע"מ נ' מעיינות הגליל המערבי, פ"ד מה(2) 1, פ"ס 17 (1991); ע"א 646/85 יצירות ברנע בע"מ נ' דניה חברה לפיתוח בע"מ, פ"ד מב(2) 793, 798 (1988); טענת "הדבר מדבר בעדו" – ע"א 40/87 נשר מפעלי מלט ישראלים בע"מ נ' אבוטבול אלישע, פ"ד מג(4) 49 (1987); טענה להטיה נשנית – ע"א 6102/13 מיכאל עצמון נ' חיפה כימיקלים בע"מ, פ"ס 38 (פורסם בנבו, 24.9.2015).
- 15 ע"א 630/84 בוקובה נ' רוזוליו, פ"ד לט(2) 584 (1985); ע"א 5559/91 ק.צ. מפעלי גז ואנרגיה [1982] בע"מ נ' מקסימה המרכז להפרדת אויר בע"מ, פ"ד מז(2) 642 (1993).
- 16 ע"א 8124/00 קניונים נכסים ובניין בע"מ נ' בני יעקב נדלן בע"מ, פ"ד נו(5) 219, 198 (2002).
- 17 ע"א 2161/11 דרור נ' פרץ, פ"ס 10 (פורסם בנבו, 5.2.2013).
- 18 ע"א 18/89 חשל חברה למסחר ונאמנות בע"מ נ' פרידמן, פ"ד מו(5) 264, 257 (1992).

ידועה ההבחנה בין חיוב ראשוני לחיוב משני: הראשוני הוא חיוב שנועד לביצוע העסקה מושא ההסכם בדרך שאותה חזו הצדדים מראש בעת כריתת ההסכם, או לפי הוראות השלמה בדין הכללי; החיוב המשני אינו נחוץ למימוש העסקה במתכונתה המקורית, והוא צופה פני סכסוך. יכול שמקורו של החיוב המשני יהיה בדין, כמו דיני התרופות, או בהסכם, כגון תניית בוררות או תניית פיצוי מוסכם היונקת את חיותה מהחווה העיקרי,<sup>19</sup> ולכך השלכות בכמה מישורים. למשל, דרישת תחול גם על החיוב המשני לשלם פיצוי מוסכם, ולכן לא תישמע טענה כי לצד הסכם מכר מקרקעין שנעשה בכתב הוסכם בעל פה על תניית פיצוי מוסכם. כחיוב משני יחול סעיף הפיצוי המוסכם במקרה של ביטול ההסכם עקב הפרתו, בעוד שביטול חוזה בשל פגם היורד לשורשו מפקיע הן את החיובים הראשוניים והן את החיובים המשניים. לכן אי אפשר לתבוע פיצוי מוסכם כשהחווה בוטל בשל פגם בכריתה לפי פרק ב' לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. כך גם באשר לעילה אחרת היורדת לשורש קיומו של החווה, כגון פגם בכשרות הצדדים שבגינה החווה בטל או ניתן לביטול, שהרי "לא הרי ביטול חוזה מכוח פגם הנופל בכריתתו, כהרי ביטול חוזה מכוח הפרתו".<sup>20</sup> למשל, בעניין **וופנה**<sup>21</sup> פרסמו המוכרים מודעה למכירת דירה באזור שקט. הקונים, שבאו לראות את הדירה בשבת, חתמו על זיכרון דברים לרכישת הדירה מבלי ששמו לב כי היא במרחק של כ-200 מטר מאזור תעשייה רועש, שעובדים בו שלוש משמרות ביממה. הקונים עתרו לביטול ההסכם בשל הטעיה, ובית המשפט המחוזי נעתר לתביעתם, אך חייב אותם בתשלום הפיצוי המוסכם שנקבע בחווה. בית המשפט העליון קיבל את ערעור הקונים וביטל את החיוב בפיצוי המוסכם, מהטעם שתנאי מוקדם להפעלת מנגנון התרופות הוא קיומו של חווה תקף שהופר, ואילו החווה המדובר בוטל בשל פגם בכריתה ולא בשל הפרה. בדומה לזה, כאשר בית משפט פוסק פיצוי לצד שטעה, במקרה של ביטול שיפוטי של חווה בשל טעות שהצד השני לא ידע, ולא היה יכול לדעת, עילה לפי סעיף 14(ב) לחוק החוזים, אין מקום לפסוק פיצוי מוסכם. הסעיף מסמיך את בית המשפט "לחייב את הצד שטעה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לצד השני **עקב כריתת החווה**" אך לא עקב הפרתו,<sup>22</sup> ולכן מדובר בשני סוגי פיצויים שונים לחלוטין. אף אין לראות בפיצוי המוסכם שנקבע בחווה אינדיקציה לשיעור הפיצוי הראוי במקרה של פסיקת פיצויים בשל ביטול עקב טעות לפי סעיף 14(ב), מאחר שהפיצוי המוסכם אינו בהכרח משקף את הנזק שנגרם בפועל מהביטול, אלא הוא משקף את הנזק שהיה ניתן לצפותו, בתוספת שיקולים של גידור סיכונים ותמריץ והרתעה מפני הפרה.<sup>23</sup> לעומת זאת הפיצוי על פי סעיף 14(ב) אינו משקף את הנזק שנגרם מהביטול אלא נזק שנגרם לצד השני בעקבות הסתמכותו על ההסכם.

19 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 3, ס' 39.117 בעמ' 684; שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 553-555.  
 20 ע"א 760/77 **בן עמי נ' בנק לאומי לישראל בע"מ**, פ"ד לג(3) 567, 574 (1979); שאול מנהיים "ביטול חווה מחמת הטעיה ותוכן החווה" הפרקליט לז' 477 (תשמ"ז).  
 21 ע"א 373/80 **וופנה נ' אוגש**, פ"ד לו(2) 215 (1981). וראו, בדומה לזה, ע"א 9645/06 **קדמת דקל בע"מ נ' עמר** (פורסם בנבו, 12.3.2009), שם אישר בית המשפט העליון את פסק דינו של בית המשפט המחוזי שלפיו אין לפסוק פיצוי מוסכם מקום שבו החווה בוטל בשל הטעיה.  
 22 סנילביץ, לעיל ה"ש 7, בעמ' 146.  
 23 שם, בעמ' 145-146.

עם זאת מקום שבו המצג הטרומ־חוזי מעוגן בחוזה, כמו תניה שלפיה הצהרה לא נכונה של צד לחוזה היא הפרה יסודית, אזי המצג הפך, במפורש או במשתמע, להתחייבות חוזית, ומתקיימות זו לצד זו העילה של הטעיה בכריתת חוזה ושל הפרת חוזה. במצב דברים זה אנו מניחים כי הצדדים צפו מצב שבו יתגלה פגם בשלב הטרומ־חוזי והסכימו בעת כריתת ההסכם כי הצד שהתקשר עקב הפגם יהיה זכאי לפיצוי מוסכם. כך אירע במקרה שבו הצהיר מוכר דירה כי הדירה בנויה על פי היתר כדין, ובהמשך נתברר לקונה כי תוספת הבנייה לא הייתה בהיתר. בית המשפט חייב את המוכר בפיצוי המוסכם.<sup>24</sup> בדומה לזה היה בית המשפט נכון לחייב מוכרי דירה בפיצוי מוסכם אילו נתברר כי הטעו את הקונים והסתירו מהם ליקויי רטיבות בדירה.<sup>25</sup> ודוק, יש להבחין בין תניה הכוללת הצהרה נוסח "הקבלן מצהיר כי ביצע פרויקטים דומים...", שאז נראה בהצהרה זו חלק מהחוזה, לבין תניה הקובעת פיצוי מוסכם בחוזה בגין הפרת חיובים שהם אינם חוזיים, כמו עוולה בניזיקין, או הפרת חובת תום לב במשא ומתן. **שלו ואדר** גורסים בספרם כי אין מניעה לקבוע פיצוי מוסכם כזה ומפנים להצעת הקודקס האזרחי, שם משמשים הפיצויים המוסכמים כתרופה כללית על הפרת חיובים אזרחיים.<sup>26</sup> אף אני אני רואה מניעה כי צדדים יקבעו פיצוי מוסכם בגין מצג שווא רשלני או בגין הסתרת עובדות במשא ומתן. כאמור, על מנת לפסוק פיצוי מוסכם יש להוכיח הפרה של החוזה, וזו השאלה המקדמית שעל בית המשפט לבחון. ככלל, אין צורך להוכיח הפרה יסודית של החוזה אף שבפרקטיקה הוראת הפיצוי המוסכם נסבה לרוב על הפרה יסודית. לעתים יידרש בית המשפט לפרש את הוראות החוזה על מנת לקבוע על אילו הפרות יחול הפיצוי המוסכם, ואם ביקשו הצדדים להגביל פיצוי זה לסוגים מסוימים של הפרות. ברגיל, אף אין צורך להוכיח הפרה של כל הוראות החוזה או של העסקה כולה כפי שיכול להשתמע מהפרשה שנדונה בעניין **קופלזון**.<sup>27</sup> באותו מקרה נטל השופט זוסמן כדוגמה מקרה שבו סיפק המוכר 15 מכוניות מתוך 16 מכוניות שלהן התחייב בהסכם. נקבע כי במקרה מעין זה אי אפשר לפסוק את הפיצוי המוסכם בגין הפרת ההסכם, באשר תחולתו של פיצוי זה היא רק במקרה של הפרה כוללת של ההתחייבות למסור 16 מכוניות. קריאה זהירה של דברי השופט זוסמן מעלה כי לדידו, הפיצוי המוסכם לא חל בשל לשונו של החוזה ובשל אומד דעת הצדדים, שמהם עולה כי נתכוונו שהפיצוי המוסכם יחול במקרה של הפרה כוללת של אי-הספקת 16 מכוניות. לכן לא ברור אם אכן יש להסיק מדברי השופט זוסמן באותה פרשה כי לדעתו יש צורך בהפרה כוללת של הוראות החוזה. מכל מקום, במצב הדברים הרגיל, ובכפוף כמובן לכוונת הצדדים, די בהפרה של אחת מהוראות החוזה, כמו אי-תשלום במועד של אחד התשלומים, כפי שנדון בעניין **רוזנר**.<sup>28</sup> באותו מקרה היה מדובר בעסקת מקרקעין בסכום של 450,000 לירות ופיצוי מוסכם של 75,000 לירות. בית המשפט המחוזי הפחית את סכום הפיצוי המוסכם מתוך הנחה שקביעת הפיצוי המוסכם התייחסה למקרה שכל הסכום לא ישולם,

24 רע"א 2324/07 **ברנס נ' לבדנסקי** (פורסם בנבו, 17.12.2007).

25 ת"א (שלום חי) 9786/06 **לוי נ' בן שטרית** (פורסם בנבו, 31.8.2009). באותו מקרה נפסק לבסוף כי מוכרי הדירה לא ידעו ולא הסתירו את בעיית הרטיבות בדירה והתביעה נדחתה. השוו לעניין זה לטקסט לה"ש 42.

26 שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 488.

27 ע"א 170/60 **קופלזון נ' איגוד העצמאיים**, פ"ד יד 2241, 2249 (1960).

28 ע"א 300/77 **רוזנר נ' ט.ל.מ. חברה לבנין ופתוח בע"מ**, פ"ד לב(3) 682 (1978).



אך לא למקרה שבו אחד התשלומים לא שולם במועד. השופטת בן-פורת הפכה את התוצאה וקבעה כי הפיצוי המוסכם נועד גם למקרה שאחד התשלומים לא ייפרע במועדו.

## 2. פיצוי מוסכם בחוזה פסול

האם יש ליתן תוקף לתניית פיצוי מוסכם בחוזה פסול? סעיף 30 לחוק החוזים קובע כי "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל". מאחר שתניית הפיצוי המוסכם נכנסת לפעולה רק בחוזה תקף, הרי שבשל בטלותו של החוזה הפסול ניתן להגיע בנקל למסקנה כי אי אפשר לתבוע פיצוי מוסכם על פיו. אלא שבשל הוראת סעיף 31 סיפה לחוק החוזים, המאפשרת לבית משפט הדין בחוזה פסול "במידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו", התעוררה מחלוקת בפסיקה, אם ניתן לחייב בפיצוי מוסכם גם בהסכם לא חוקי. בעניין **הווארד**<sup>29</sup> נחלקו דעות השופטים בנושא זה. השופטים שמגר ובן-פורת סברו כי אין מקום לפסיקת פיצויים מוסכמים בחוזה לא חוקי, מאחר שהחוזה הוא "כאין ואפס", ולעומתם סבר השופט אלון כי בשל המילים "קיום חיוב שכנגד" בסעיף 31 ניתן לפסוק פיצויים מוסכמים גם מכוח חוזה לא חוקי. דומה כי הפסיקה תומכת ברובה בדעת הרוב בעניין **הווארד**<sup>30</sup> אם כי הנושא נותר בצריך עיון וטרם הוכרע סופית. בעניין **זגורי**<sup>31</sup> למשל הותיר הנשיא ברק את השאלה בצריך עיון, כמו גם את השאלה הנוספת אם זכאי צד לפיצויים אף שביט המשפט לא הורה על קיום חיוב בחוזה לא חוקי, כמו פיצוי מכוח דיני הנזיקין או בגין ניהול משא ומתן שלא בתום לב.

לדעתי, יש לבכר את גישתם של שופטי הרוב בעניין **הווארד**. סעד הפיצויים לא נזכר כלל בסעיף 31 סיפה, והוראות החוזה הפסול אינן מצמיחות חיובים משפטיים. לכן מעשה או מחדל בניגוד לחוזה פסול אינם בבחינת "הפרה" שבגינה ניתן לפסוק פיצויים בכלל ופיצוי מוסכם בפרט.<sup>32</sup> ובכלל, תניית פיצוי מוסכם אינה בגדר "חיוב" במובן הרגיל של החוזה, באשר היא אינה מתייחסת לחיוב הראשוני בחוזה, ואין לראות בה חיוב לצורך תרופת האכיפה.<sup>33</sup> דעה זו הבעתי בהערת אגב באחד מפסקי הדין,<sup>34</sup> אך בפסק דין מאוחר לו הותיר בית המשפט את הסוגיה בצריך עיון.<sup>35</sup>

29 ע"א 311/78 **הווארד נ' מיארה**, פ"ד לה (2) 505 (1980).

30 ראו ע"א 195/84 **עיריית נהריה נ' יטח ימין**, פ"ד מ (3) 266 (1986); ע"א 759/81 **ברש נ' ירדני**, פ"ד מא (2) 253, 273 (1986); ע"א 359/79 **אלחנני נ' רפאל**, פ"ד לה (1) 701, 717 (1981). בע"א 6181/93 **עו"ד סלומנוב נ' שרבני**, פ"ד נב (2) 289 (1998) פסק בית המשפט שכר ראוי ונמנע מלדון בסוגיית הפיצוי המוסכם באספקלריה של חוזה לא חוקי.

31 בג"ץ 6231/92 **זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מט (4) 749, 785 (1995).

32 ראו סנילביץ, לעיל ה"ש 7, בעמ' 145; גבריאלה שלו **דיני חוזים – החלק הכללי** 542–543 (מהדורה שנייה, תשנ"ה), המצביעה על מגמה בפסיקה לשלול את סעד הפיצויים במקרה של חוזה פסול; דניאל פרידמן "תוצאות אי חוקיות בדין הישראלי לאור הוראות סעיפים 30–31 לחוק החוזים (חלק כללי)" **עיוני משפט** ו 172, 178 (תשל"ח–תשל"ט); עופר גרוסקופף "חוזה פסול" **חוזים** ג 479, 629–631 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, תשס"ג); וראו גם אצל פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 684, הסבורים כי ניתן לתת תוקף לתניית פיצוי מוסכם בחוזה פסול רק כאשר בית המשפט נותן צו לקיום החיוב הראשוני.

33 ראו טקסט לה"ש 43 להלן.

34 עניין **מי ערד**, לעיל ה"ש 5, פס' 20.

### 3. הפיצוי המוסכם כקובע חזקה חלוטה של נזק

מן המפורסמות הוא שפיצוי מוסכם פוטר את התובע מהוכחת שיעור הנזק. אך האם קביעת פיצוי מוסכם בכלל פוטרת את הנפגע מלהוכיח כי נגרם לו נזק? השאלה נדונה בעניין **לודאית**.<sup>36</sup> באותו מקרה התקשרה **לודאית** (המוכרת) בהסכם עם **שירליב** (הקונה), שלפיו התחייבה לודאית למסור חלקים ממבנה שהקימה לחזקת הקונה במועד מסוים. בהסכם נקבע כי אי-מסירה במועד היא תנאי יסודי, וכי הפרת תנאי יסודי תזכה את הנפגע בפיצוי מוסכם בשיעור של 10%. המוכרת לא השלימה את בניית המבנה ולא מסרה החזקה לקונה, וזו הגישה תביעה למינוי כונס נכסים להשלמת הבנייה ובקשה לפיצול סעדים. בעקבות הגשת התביעה הגיעו הצדדים להסכם פשרה, ולפיו תמציא המוכרת בתוך חודש תעודת גמר, והקונה תוותר על תביעותיה אם זו תקיים התחייבותה. אלא שהמוכרת לא עמדה בהתחייבותה להמציא תעודת גמר, והקונה הגישה תביעה לתשלום הפיצויים המוסכמים. המוכרת התגוננה בטענה שבבקשה לפיצול סעדים ביקשה הקונה, וקיבלה, היתר לתבוע "פיצויים בגין הנזקים שנגרמו", אך לא נגרמו לקונה כל נזקים. נוכח טענה זו נדרש בית המשפט להתמודד עם השאלה העקרונית – אם פיצויים מוסכמים מתייחסים לנזק שאכן נגרם לנפגע מההפרה. השופט וינוגרד השיב בחיוב, בהבחינו בין הנטל המוטל על התובע להוכיח עצם קיומו של נזק לבין הוכחת שיעור הנזק, שאותו הוא פטור מלהוכיח. לדעה זו הצטרפה השופטת נתניהו, ונראה כי בבסיס עמדתם של השניים קיים הרציונל כי הפיצוי המוסכם הוא קומפנסטורי, ולכן בהיעדר נזק לנפגע אין לפסוק לזכותו את הפיצוי המוסכם.<sup>37</sup>

השופטת בן-פורת חלקה על השופט וינוגרד, ולשיטתה, סעיף 15 לחוק התרופות יוצר הנחה חלוטה כפולה, שהנתבע אינו רשאי לסתור אותה, ולפיה סבל התובע נזק, והנזק הוא בשיעור המוסכם. לכן התובע פיצוי מוסכם אינו חייב כלל להוכיח כי נגרם לו נזק. ספציפית לבקשה לפיצול סעדים, שהתייחסה ל"נזקים שנגרמו", פירשה השופטת בן-פורת כי הכוונה לתביעה לפי סעיף 10 לחוק התרופות ולא לפיצוי מוסכם לפי סעיף 15 לחוק.

אף שהשופטת בן-פורת הייתה בדעת יחיד, דומה כי גישתה היא שנתקבלה בפסיקה.<sup>38</sup> לעומת גישת הרוב, שלפיה יש צורך להוכיח עצם קיומו של נזק, בשונה משיעורו של הנזק, קבעה הפסיקה בהמשך כי לצורך הפיצוי המוסכם אין צורך להוכיח כלל נזק,<sup>39</sup> ובכך נתקבלה הלכה למעשה גישתה של השופטת בן-פורת שלפיה קיימת חזקה חלוטה כי נגרם נזק. בדעה זו תומך גם בורנובסקי במאמרו הנזכר לעיל, וגם לדעתנו זו הגישה הראויה. אחד היתרונות של הפיצוי המוסכם, לצד הרציונל של

35 ע"א 4305/10 אילן נ' לוי, פס' 38 (פורסם בנבו, 9.5.2012).

36 עניין **לודאית**, לעיל ה"ש 2.

37 שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 491; השוו לפרידמן וכהן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 685–686.

38 סנילביץ, לעיל ה"ש 7, בעמ' 153, גורסת כי ס' 11 לחוק התרופות קובע חזקה חלוטה, ואילו ס' 15 נותן אפשרות לסתור את שיעור הפיצוי, ולכן זו חזקה יחסית. אך ראו אצל בורנובסקי, לעיל ה"ש 2, המראה שלשיטת השופט וינוגרד הפיצויים המוסכמים חופפים ולו חלקית את הנזק שנגרם לנפגע, כאשר קביעת הפיצוי אינה אלא קביעה מוסכמת מה הנזק, ואילו השופטת בן-פורת אינה רואה קשר הכרחי בין הנזק שנגרם בפועל לבין הזכאות לפיצויים מוסכמים.

39 ע"א 313/85 קור נ' דיין, פ"ד מא(4) 151, 159 (1987): "אין זה מעלה ואן זה מוריד, אם בפועל לא נגרם נזק כלשהו...".

תמריץ והרתעה, הוא חיסכון בהוצאות התדיינות.<sup>40</sup> פתיחת פתח למפר לטעון ולהוכיח כי לנפגע לא נגרם נזק עלולה לאיין יתרון זה. כך בהיבט הראייתי, וכך גם אין לאפשר זאת במישור המהותי. תניית פיצוי מוסכם, כשמה כן היא, משמעה הסכמה של הצדדים כי לצד הנפגע זכות מהותית לקבל את הפיצוי שעליו הוסכם גם אם לא נגרם לו כלל נזק. דהיינו, החיוב נובע מההסכם גופו, והסכמת הצדדים מבוססת על ההנחה שעלול להיגרם נזק. לכן אפילו יוכיח המפר כי לא נגרם נזק לנפגע, ואפילו יוכיח כי הנפגע הרוויח מההפרה, לא יהא בכך כדי לגרוע מזכותו של הנפגע לפיצוי המוסכם. סמכותו של בית המשפט להפחית את הפיצוי אינה גורעת מחזקה חלוטה זו, ולכן אני סבור, וזו גם הגישה המקובלת בפסיקה, כי אין בית המשפט מוסמך להפחית את הפיצוי המוסכם לאפס.

#### 4. תניית הפיצוי המוסכם חלה על אף ביטול החוזה בשל הפרתו

עמדנו על ההבחנה בין חיובים ראשוניים למשניים בהסכם, ועל כך שתניית הפיצוי המוסכם מסוגלת כחיוב משני. הפיצוי המוסכם יכול להיתבע לצד הסעד של ביטול החוזה, כפי שיוסבר בהמשך, ומכאן השאלה המתבקשת: הכיצד יכולה תניית הפיצוי המוסכם להישאר בתוקפה על אף ביטול החוזה? על כך השיבה הפסיקה כי תניה זו היא מסוג החיובים שהצדדים קובעים על מנת להסדיר את היחסים המשפטיים ביניהם, לאחר שהמערכת החוזית כשלה ולא השיגה את התכלית הראשונית שבגינה נכרת ההסכם.<sup>41</sup> תניית הפיצוי המוסכם שואבת אפוא את חיותה, על אף ביטול ההסכם, מרצונם של הצדדים להסדיר מצב שבו היחסים החוזיים עלו על שרטון, ולכן אין סתירה בין ביטול החוזה לבין השימוש בתניית הפיצוי המוסכם.<sup>42</sup>

תביעה לפיצוי מוסכם היא תביעה לפיצוי ואינה בגדר תביעה לאכיפת חיוב כספי. בעניין אהרן<sup>43</sup> התבטא השופט חשין כי הצד הנפגע מבקש את אכיפת הפיצוי המוסכם, בבחינת ביצוע בעין של החוזה, בהפנותו להגדרת התיבה "אכיפה" בסעיף 1 לחוק התרופות ככוללת גם "צו לסילוק חיוב כספי". אלא שאין הדבר כך, ויש להבחין בין אכיפה לפיצויים. להבחנה זו חשיבות רבה, מאחר שתביעת אכיפה כפופה לסייגים המנויים בסעיף 3 לחוק התרופות, ובראש ובראשונה לסייג הצדק, ולא כך התביעה לפיצוי מוסכם, שהיא חיוב משני. תביעת אכיפה כספית מכוונת לחיוב הראשוני שאחד הצדדים קיבל עליו בחוזה, כמו החיוב לשלם למשכיר דמי שכירות או לשלם למוכר את מחיר הממכר, ואילו החיוב בפיצויים מוסכמים הוא חיוב משני, שנועד מלכתחילה לתקן את נזקי ההפרה בשל אי-קיום החיוב הראשוני. אכן, שני החיובים הם כספיים, אך החיוב הראשוני על פי החוזה הוא במסגרת תרופת האכיפה וכפוף לשיקולי הצדק בסעיף 3(4) לחוק התרופות, ואילו החיוב בפיצויים מוסכמים, כשמו כן הוא, הוא במסגרת סעד הפיצויים, ולכן אין להחיל בעניינו את סייג הצדק.<sup>44</sup>

40 שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 488; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 685.

41 ע"א 4162/02 רנדור בע"מ נ' דרור מהנדסים (1990) בע"מ, פ"ד נח(4) 193 (2004).

42 ע"א 7379/06 ג.מ.ח.ל. חברה לבניה 1992 בע"מ נ' טהוליאן (פורסם בנבו, 10.9.2009); ע"א 8068/11 אורי עיני נ' חן שיפרים (פורסם בנבו, 11.2.2014).

43 ע"א 4481/90 אהרן נ' ג' פרץ מ' בן גיאת חברה להנדסה ובנין בע"מ, פ"ד מז(3) 427 (1993).

44 ע"א 879/92 מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' רוסמן, פ"ד נ(1) 774 (1996). אציין כי השאלה אם סייג הצדק הקבוע בס' 3(4) לחוק התרופות חל בכלל על תביעה לאכיפת חיוב כספי אינה נקייה מספקות.

הפסיקה השיבה על כך בחיוב (ע"א 3437/93 אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' אלדר,

## 5. שערור הפיצוי המוסכם

הפיצוי המוסכם הוא אפוא יצור כלאיים שחיותו, כחיוב משני שנכנס לתוקפו בשל הפרת החיוב העיקרי בחוזה, נמשכת גם אם בוטל ההסכם, והוא נועד למקרה של הפרה. כידוע, לצורך הסוגיה של שערור סכומים שנקבעו בהסכם הבחינה הפסיקה בין החוזה המקיים לבין החוזה המופר.<sup>45</sup> כאשר בחוזה מופר עסקינן, השערור נעשה על פי הדין, כמו חוק פסיקת ריבית, אך כאשר בחוזה מקוים עסקינן, שאלת השערור נקבעת על פי פרשנות החוזה. מכאן השאלה שהתעוררה בדבר שערור תניית הפיצוי המוסכם מיום כריתת ההסכם – האם לראות בתביעה לפיצוי מוסכם תביעה בחוזה מופר, או בשל אופי התניה יש לראות בה תביעה לקיומה של הוראה בחוזה? השאלה נדונה בהרחבה בספרם של שלו ואדר,<sup>46</sup> הגורסים כי מקום שבו לא קבעו הצדדים מנגנון של הצמדה לפיצוי המוסכם, יש לראות בשתיקתם הסדר שלילי השולל את השערור. עם זאת המחברים הותירו פתח פרשני למסקנה אחרת בנסיבות מיוחדות, וכאשר פרשנות ההסכם מביאה למסקנה כי יש להורות על שערור מיום כריתת החוזה. אף אני סבור כדעתם של המחברים, אך דומה כי בפסק הדין בעניין **הרשפינקל**<sup>47</sup> ננקטה גישה מעט שונה. באותו מקרה כרתו הצדדים הסכם שעל פיו מכר המשיב קרקע למערערת שהייתה בנויה עליה חנות שהייתה בבעלותו. על פי ההסכם, נקבע כי המשיב יקבל חנות חלופית בבניין שייבנה, וכל עוד לא נמסרה לו החנות, ישולם לו פיצוי מוסכם חודשי של 3,000 ל"י. הבניין לא נבנה, ובמשך שלוש שנים שילמה המערערת את הפיצוי המוסכם החודשי. לאחר מכן נחתם הסכם נוסף, ובמסגרתו ניתנה למשיב הלוואה ללא ריבית בסכום של 50,000 ל"י, שאותה התחייב המשיב להחזיר למערערת עם קבלת החנות המובטחת על פי החוזה הראשון. בהסכם השני נקבע כי כל עוד ההלוואה לא הוחזרה, תהא המערערת פטורה מתשלום הפיצויים המוסכמים שנקבעו בחוזה הראשון, אך אם החנות המובטחת לא תימסר למשיב עד לתאריך מסוים, הוא יהיה רשאי להחזיר למערערת את סכום ההלוואה ללא ריבית ולתבוע את זכויותיו על פי החוזה המקורי. הבניין לא נבנה והחנות לא נמסרה למשיב. המשיב החזיר למערערת את סכום ההלוואה ותבע את הפיצויים המוסכמים על פי החוזה הראשון. השאלה היחידה שעמדה לדיון הייתה אם המשיב זכאי לשערור הסכום של 3,000 לירות שנקבע כפיצוי מוסכם בגין כל חודש של פיגור במסירת החנות. השופט ברק קבע כי תביעה לפיצוי מוסכם עניינה החוזה המקוים, ולכן יש לעמוד על פרשנותו של החוזה או להשלימו במקרה של לאקונה. את תניית הפיצוי המוסכם יש לראות כמו כל תניה הקובעת כי על צד לחוזה לשלם למשנהו סכום כסף, ואין נפקה מינה אם הסכום שנקבע בחוזה הוא במסגרת החיוב העיקרי, כמו חלק מהמחיר, או חלק מהחיוב

פ"ד נד(1) 817, 839 והאסמכתאות שם (1998). אך ראו רנה סנילביץ "האם אכיפת חיוב כספי יכולה להיות בלתי צודקת?" **ספר זיכרון לגד טדסקי** 563 (תשנ"ו); נילי כהן "זכות ותרופה באכיפת חיוב כספי" **הפרקליט** מח 355, 362, 373 (תשס"ה-תשס"ו).

45 ע"א 554/83 "אתא" **חברה לטכסטיל בע"מ נגד עזבון המנוח זולוטולוב**, פ"ד מא(1) 282 (1987); ע"א 228/85 "דן" **אגודה שיתופית לתחבורה ציבורית בע"מ נגד בן-שלמה**, פ"ד מא(3) 34 (1987). לדעה שניתן לשערך על פי דין גם בתקופת החוזה המקוים ראו פסק דינו של השופט אנגלרד בע"א 6136/00 **שועית בע"מ נ' אשד**, פ"ד נו(4) 241 (2002).

46 שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 514-517; והשוו לפרידמן וכהן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 699, הסבורים כי אין מקום לשערור הפיצוי המוסכם ביחס לתקופה שבה לא בוצעה ההפרה.

47 ע"א 439/85 **הרשפינקל נ' גולדשטיין**, פ"ד מב(1) 286 (1988).

המשני לתשלום פיצויים. לגופם של דברים, נקבע כי יש לפרש את החוזה באופן שהצדדים הסכימו על פיצוי מוסכם נומינלי, משלושת הטעמים האלה: במשך שלוש השנים הראשונות שולם למשיב פיצוי מוסכם נומינלי; סכום ההלוואה הוחזר נומינלית; עצם העובדה שהחוזה השני נכרת בתום שלוש שנים מכריתת החוזה הראשון מבלי שהצדדים נתנו דעתם לנושא ההצמדה מעידה על דעתם כי התשלום ייעשה בערכים נומינליים.

עיננו הרואות כי בית המשפט בחן בעניין הרשפינקל את אומדן הצדדים מבלי ליתן משקל פרשני לעצם העובדה שלא נקבע מנגנון הצמדה בחוזה. כאמור, אני מצדד בגישתם של שלו ואדר, שלפיה בהיעדר מנגנון הצמדה לתניית הפיצוי המוסכם, "ברירת המחדל" היא לראות בכך הסדר שלילי.

## ד. סמכות בית המשפט להפחית את הפיצוי המוסכם

### 1. כללי

הנושא השכיח ביותר בפסיקה בסוגיה של פיצוי מוסכם הוא טענת המפר כי יש להפחית את הפיצוי המוסכם, כאמור בסעיף 15(א) סיפה לחוק התרופות.

המשפט האמריקאי אימץ מהמשפט האנגלי את ההבחנה בין פיצויים קבועים מראש (liquidated damages) לבין "קנס" (penalty clause), וכאשר נראה שהפיצוי המוסכם גבוה יחסית לנזק שהיה צפוי, וכי המטרה הייתה להרתיע את הצד שכנגד כדי לתמרץ אותו לקיים את החוזה, לא ייתן לו בית המשפט בארצות הברית כל תוקף.<sup>48</sup> לא כך במשפט הקונטיננטלי, אשר מכיר במפורש בסמכותם של הצדדים לקבוע תשלום מוסכם גם אם תכליתו הרתעתית-עונשית.<sup>49</sup> על פי המצב המשפטי טרם חקיקת חוק התרופות, ביטל בית המשפט תניית פיצוי כאשר נוכח לדעת כי מדובר בקנס, דהיינו תניית פיצויים עונשית. אולם ההבחנה בין קנס לבין פיצוי לא אומצה בסעיף 15 לחוק התרופות. על פי סעיף 15(א) סיפה, בית המשפט מוסמך אך ורק להפחית את סכום הפיצוי ולא לשלול את תוקפו של הפיצוי כליל.<sup>50</sup> הסעיף מסמך את בית המשפט להתערב במישורין בתוכן החוזה, בניגוד לעיקרון המרכזי של חופש החוזים,<sup>51</sup> ומכאן השאלה מהי ההצדקה לכך. החוזה מבטא את מערך הציפיות של הצדדים ואת חלוקת הסיכונים והקצאתם, וברגיל בית המשפט נותן תוקף להסכמת הצדדים. על כך יש להוסיף את האינטרסים של הסתמכות, מניעת חוסר ודאות והגנה על אינטרס הקיום של מי שקיים את החוזה. כל אלה שיקולים ה"מושכים" לכיוון של אי-התערבות. אלא שהמחוקק ביקש למנוע הטלת "קנס" במסווה של פיצוי, שאינו עומד בקנה מידה סביר לנזק הממשי שהמתקשרים היו יכולים לצפות. בנוסף ביקש המחוקק להגן על המתקשר הפזיז וקל הדעת, שעשה שיקול מוטעה "מתוך אי-איכפתיות או כמיקח

48 ראו ס' 2-718 ל-U.C.C.; 869, 894 STAN. L. REV. 63; Omri Ben-Shahar, *Fixing Unfair Contracts*, (2011).

49 ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 491-495. המחברים מחזיקים בעמדה דומה, ולפיה בישראל קיימת עמדת ביניים המאפשרת לבית המשפט רק להפחית את הפיצוי המוסכם ולא לאיינו כליל.

50 ראו עניין אהרן, לעיל ה"ש 43, בעמ' 435.

51 כלי נוסף שבאמצעותו בית המשפט מוסמך להתערב בחופש החוזים הוא ביטול תניה מקפחת לפי חוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1983, ועל כך אעמוד בפסקה הבאה.

טעות מתוך רצון להשיג ויתורו של הצד השני לגבי תניה אחרת בחוזה.<sup>52</sup> החשש הוא לגמירות דעתו של המתקשר בחוזה, אשר לעתים מסכים לפיצוי מוסכם דרקוני, אם מתוך שכנוע עצמי שממילא בדעתו לקיים את החוזה,<sup>53</sup> בדומה לרעיון ה"אסמכתא" במשפט העברי,<sup>54</sup> ואם בשל הטיות קוגניטיביות אופייניות לצרכן המצוי.<sup>55</sup> הסמכות שהמחוקק הקנה לבית המשפט בסעיף 15(א), להפחית את הפיצוי המוסכם, היא אפוא פשרה בין השיקולים הנוגדים של חופש החוזים מזה והגנה על המתקשר מזה, מבלי לפגוע בקדושת החוזה.<sup>56</sup> ראוי להדגיש כי העובדה שבית המשפט נעתר לטענה כי יש להפחית את הפיצוי המוסכם, אין בה כשלעצמה כדי להעיד שהחוזה נחתם באילוץ וכפייה, ואין בכך "משום אינדיקציה מכרעת לקיומו של פגם בכריתת החוזה, המצדיק את ביטולו".<sup>57</sup> עמדנו על כך שבמישור הדיוני, על מפר המעוניין בהפחתת הפיצוי המוסכם להעלות את הטענה בכתבי טענותיו, שאם לא כן, בית המשפט יכול שלא ליתן לו פתחון פה דיוני בנושא. משמצא בית המשפט להירש לטענה של הפחתת פיצוי מוסכם, המנגנון הוא דו-שלבי: בשלב הראשון בית המשפט בוחן אם קיים יחס סביר בין הפיצוי הקבוע ובין הנזק אשר היה צפוי מראש בסכירות בעת כריתת החוזה. רק אם התשובה היא שלילית, יעבור בית המשפט לשלב השני ויקבע באיזה שיעור יש להפחית את הפיצוי הקבוע בהסכם.<sup>58</sup>

האם בית המשפט רשאי להפחית את הפיצויים המוסכמים עד לאפס? איני סבור כך. המבחן הוא צפיות הצדדים בעת כריתת ההסכם, וקשה להלום כי הצדדים צפו הפרה שאין עמה כלל נזק לנפגע. בית המשפט לא נדרש כלל לשאלת היקף הנזק שנגרם בפועל, מאחר שיש בכך כדי לאיין לחלוטין את

52 ע"א 158/80 שלום נ' מוטה, פ"ד לו(4) 793, 806–807 (1982).

53 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 682.

54 וכידוע "אסמכתא לא קניא", ורש"י מסביר את הטעם לכך: "היינו דבר דאינו נותן לו מדעתו אלא סומך על דבר שאינו, דסבור שהוא יוכל לנצח ופעמים שמנצחים אותו" (סנהדרין, כ"ד ע"ב). כדוגמה לאסמכתא נהוג להביא את ההתחייבות "אם אוביר ולא אעביר אשלם אלפא זווי" (בבא מציעא קד). על סמך עקרון האסמכתא, ובדומה להפחתת פיצוי מוסכם ב בית המשפט, מפחיתים לעתים בתי הדין הרבניים מהסכום המופרז שנקב הבעל בכתובה אף שבנוסח הכתובה כתוב: "וגם התחייב החתן דנן בקנין דלא כאסמכתא בעלמא ודלא כטופסא דשטרי" (ראו לדוגמה המחלוקת בין הדיינים בפסק דינו של בית הדין הרבני בירושלים 1052109 פלונית נ' פלוני (פורסם בנוב, 27.6.2016)).

55 בן שחר ופרוקצ'יה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 230–234. עוד על התנהגות לא רציונלית והטיות קוגניטיביות באספקלריה צרכנית, לרבות בהקשר של חוזים אחידים, ראו שמואל בכר ואורן בר-גיל "פרק ה: הגנת הצרכן" הגישה הכלכלית למשפט 223, 230–234 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, תשע"ב).

56 השו"ע עניין אתא, לעיל ה"ש 45, בעמ' 297; והשוו למשפט האמריקאי, שבו נקבע כי סמכותו של בית המשפט לבטל פיצוי מוסכם נובעת משיקולי תקנת הציבור: RESTATEMENT (2d) OF CONTRACTS § 356(1) (1979) "A term fixing unreasonably large liquidated damages is unenforceable on grounds of public policy as a penalty". ראו Restatement (Second) of Contracts, 67 CORNELL L. REV. 862, 874 (1982).

57 ע"א 5806/02 ארביב נ' קרני, פ"ד נח(5) 193 (2004). בית המשפט הפחית את הפיצוי המוסכם אך דחה את הטענה כי ההסכם עצמו נגוע בפגם של כפייה ועושה.

58 עניין חשל, לעיל ה"ש 18.

קביעת הצדדים, 59 בשונה מהפחתת הפיצוי, שאמנם יש בה התערבות בהסכמה שאליה הגיעו הצדדים, אך היא אינה מאיינת לחלוטין את תניית הפיצוי המוסכם. האם ערב להסכם רשאי להיכנס לנעלי החייב ולטעון להפחתת פיצוי מוסכם? איני רואה מניעה לכך לאור סעיף 4(א) לחוק הערבות, תשכ"ז-1967, הקובע כי "אין הערב חב ביותר מחיובו של החייב ולא בחמור ממנו" ולאור סעיף 7(א), הקובע כי "כל טענה שיש לחייב כלפי הנושה בקשר לחיובו עומדת גם לערב". 60

## 2. המבחנים לצורך הפחתת הפיצוי

המבחן הקובע לצורך הפעלת סמכות הפחתה הוא אם יש יחס סביר בין הפיצוי שנקבע בהסכם לבין הנזק הצפוי בסבירות בעת כריתת החוזה. 61 היחס בין סכום הפיצוי המוסכם לבין מחיר הממכר או השירות אינו קובע כשלעצמו, אם כי יכול להיות שיקול בבחינת היחס הסביר בעת כריתת החוזה, מאחר ששיעור הנזק הצפוי מושפע במידה רבה מהשווי של אובייקט החוזה. 62 לעתים היעדר כל יחס סביר עולה מניה וביה מתוך החוזה עצמו, לדוגמה קביעת פיצוי מוסכם בשיעור של 30,000 דולר בחוזה שבו נקבע כי מחיר המקרקעין שנמכרו הוא 20,000 דולר. 63 כאמור, היחס בין השווי החוזי לסכום הפיצוי המוסכם אינו קונקלוסיבי, וייתכנו מקרים שבהם בית המשפט יכול להגיע למסקנה כי בעת כריתת ההסכם צפו הצדדים כי עלול להיגרם נזק תוצאתי השווה לשווי החוזה כולו ואף עולה עליו.

חשוב להדגיש כי בית המשפט אינו בוחן את הנזק שנגרם בפועל. השאלה היחידה לצורך הפחתה היא אם הפיצוי נקבע ביחס סביר לנזק שהיה ניתן לצפותו מההפרה שאירעה בפועל. דהיינו, בית המשפט בוחן את ההפרה הקונקרטית שלא כהפרות אפשריות אחרות שלא אירעו. 64 לצורך בחינה זו בית המשפט מדלג בין שני מועדים – מסיע עצמו לאחור ליום כריתת החוזה, ואז מעמיד את תניית הפיצוי המוסכם מול ההפרה הקונקרטית שנוולדה לאחר מכן. באספקלריה זו בית

59 סנילביץ, לעיל ה"ש 7, בעמ' 156; רונן, לעיל ה"ש 1, עמ' 395. לעניין זה אין נפקא מינה אם תניית הפיצוי המוסכם היא בבחינת פיצוי עונשי (קנס), באשר המחוקק לא הבחין בין קנס לבין פיצוי. אך ראו עמדתו של ידין, הגורס שההפחתה אף עשויה להיות טוטלית, דהיינו שלא ייפסקו לנפגע פיצויים כלל – אורי ידין חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 132 (מהדורה שנייה, תשל"ט). כאשר מדובר בתניה מקפחת בחוזה אחיד, ביטול תניית הפיצוי המוסכם עשוי להביא בפועל למצב של הפחתה לאפס. רע"א 7116/11 בורשנטיין נ' שריקי (פורסם בנבו, 24.6.2012); סנילביץ, לעיל ה"ש 7, בעמ' 159.

60 כך לדוגמה בע"א 532/83 סיני השקעות בע"מ נ' פישל, פ"ד מ(4) 319 (1986) נקבע כי פיצוי מוסכם בשיעור של 10% מסכום החוזה ממחיר הדירה בגין איחור ברישום הבעלות בדירה הוא סביר. בע"א 313/85 קור נ' דיין, פ"ד מא(4) 159 (1987) פיצוי בשיעור של 25% ממחיר הדירה בגין הפרת הקונה את ההסכם נחשב לא סביר, והפיצוי הופחת ל-15%.

61 שלו, לעיל ה"ש 32, בעמ' 595.

62 מה שמעלה חשש כי המחיר שנקבע בהסכם הוא למראית עין ונועד לחמוק מתשלום מס. במקרה כאמור, על בית המשפט להעמיד את סכום הפיצויים המוסכמים אל מול המחיר האמתי ולא אל מול המחיר הפיקטיבי שבו נקבו הצדדים בהסכם.

64 ע"א 126/84 יצחקי נ' שור, פ"ד לח(3) 620, 627 (1984).

המשפט בוחן אם הפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שהיה ניתן לצפות בעת כריתת החוזה שהוא תוצאה מסתברת של אותה הפרה קונקרטית.<sup>65</sup>

פיצוי מוסכם מקובל בחוזי מכר מקרקעין הוא בשיעור של 10% מערך החוזה, אך בית המשפט נתן תוקף גם לפיצוי מוסכם בשיעור גבוה יותר – של 20%,<sup>66</sup> של 25%<sup>67</sup> ולעתים גם של שליש מהתמורה החוזית,<sup>68</sup> וגם לתניית פיצוי מוסכם בשיעור של 100% משכר דירה ראוי, דהיינו כפל שכר דירה.<sup>69</sup>

### 3. על מי הנטל לצפות את סבירות הפיצוי המוסכם ולטעון להפחתה

המחוקק נוקט לשון "שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה". השאלה אינה מה הנזק שנצפה בפועל בעת כריתת החוזה, אלא מה היה ניתן לצפות בעת כריתת החוזה.<sup>70</sup> האם הצפיות הסבירה נבחנת מנקודת מבטם של שני הצדדים, של הנפגע או של המפר, כמי שחשוף לחיוב בפיצויים במקרה של הפרה? השאלה אינה נקייה מספקות, במיוחד נוכח הוראת סעיף 10 לחוק התרופות, שם ייחס המחוקק במפורש את הצפיות למפר בקבעו כי "הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה". מכך שאין התייחסות ספציפית למפר עולה לכאורה שהצפיות הסבירה היא של הנפגע או של שני הצדדים יחד (השווה להגדרת הפרה יסודית). אלא שאיני סבור כי מכלל הן בסעיף 10 ניתן ללמוד לאו לענייננו, ואני סבור כדעתם של שלו ואדר, הגורסים כי גם לצורך סעיף 15(א) יש לבחון את הצפיות של המפר, כמו בסעיף 10, בהיותו מי שחשוף לחיוב בפיצויים.<sup>71</sup> הצפיות על פי סעיף 15(א) היא אובייקטיבית, "שניתן היה לראותו",<sup>72</sup> אך לשם בחינת חוסר היחס הסביר בין הפיצויים שנקבעו בחוזה לבין הנזק שנצפה בעת כריתת החוזה, יש לבחון גם את דעתם של הצדדים עצמם בעת קביעת סכום הפיצויים, כלומר את הצפייה הסובייקטיבית בפועל.<sup>73</sup>

הנטל הוא על הטוען להפחתת הפיצוי המוסכם,<sup>74</sup> ולפי לשון הסעיף – "ללא כל יחס סביר" – נקודת המוצא היא כי "הפחתת הפיצוי נעשית רק במקרים חריגים, בהם לא נמצא יחס סביר כלשהו –

- 65 עניין אהרן, לעיל ה"ש 43.  
 66 ע"א 1/84 נתן נ' סטרוד, פ"ד מב(1) 661 (1988).  
 67 עניין בוקובזה, לעיל ה"ש 15.  
 68 ע"א 433/79 גלסמן נ' מוהרב, פ"ד לה(2) 161 (1980). באותו מקרה הגיע הפיצוי המוסכם המצטבר בגין איחור במסירה לשליש מערך הנכס על פי החוזה.  
 69 ע"א 79/80 וילנר נ' טל-ניר, פ"ד לו(3) 162 (1982). השווו לפיצוי המוסכם הסטטוטורי הקבוע בס' 5 א לחוק המכר (דירות), תשל"ג-1973, ולפיו זכאי רוכש הדירה לפיצוי מוסכם בשיעור של 150% מדמי שכירות של דירה דומה לתקופה של שמונת החודשים הראשונים לאחר המועד שנקבע בחוזה למסירת הדירה.  
 70 עניין חשל, לעיל ה"ש 18.  
 71 שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 498.  
 72 עניין חשל, לעיל ה"ש 18, בעמ' 265. לשיקולים השונים לבחינת סבירות הפיצוי המוסכם, כגון סוג החוזה והיקפו, ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 500-502; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 696-697.  
 73 שלו, לעיל ה"ש 31, בעמ' 594; ידין, לעיל ה"ש 59, בעמ' 131.  
 74 עניין רוזנר, לעיל ה"ש 28, בעמ' 686; עניין נוביץ, לעיל ה"ש 4; ע"א 748/80 גולדשטיין נ' גוב ארי חברה לבניין ולהשקעות נחניה (1976) בע"מ, פ"ד לה(1) 309 (1984).



ולו ברוחק – בין שיעור הפיצוי המוסכם ובין הנזק שניתן היה לחזותו בעת כריתת החוזה;<sup>75</sup> “ההפחתה נעשית על דרך הצמצום ולא ביד נדיבה, ויש להביא בחשבון לצורך קביעתה כל חשש אפשרי, ולו גם דחוק, שעשוי היה לקונן בלבד של מתקשר סביר בעת כריתת החוזה.”<sup>76</sup> ההפחתה עצמה נעשית עד כדי יצירת יחס סביר, דהיינו עד כדי שיעור הנזק שהיה ניתן לצפותו כסביר בעת כריתת החוזה עקב ההפרה הקונקרטית.<sup>77</sup> בבחינת סבירות הפיצוי וצפיות הנזק בעת כריתת החוזה יש לטעמי לשקלל רכיב שלא נזכר בפסיקה והוא סבירות התרחשותו של הנזק, דהיינו מהי תוחלת הנזק. כך, אם מגיע בית המשפט למסקנה כי בעת כריתת החוזה האפשרות כי ייגרם נזק בשיעור כה גבוה הייתה בלתי מסתברת, יש ליתן לכך משקל.<sup>78</sup>

#### 4. תניה גורפת ופיצוי מוסכם

לא אחת מעלים פרקליטים את הטענה כי הפיצוי המוסכם שנקבע בהסכם הוא תניה גורפת שאין לה תוקף. אך יש להבחין בין טענה לפיצוי מוסכם מוגזם שיש להפחיתו לבין הנושא של תניה גורפת בחוזה, שבעניינו נקבע בסעיף 6 לחוק התרופות כי “תניה גורפת בחוזה העושה הפרות ליסודיות ללא הבחנה ביניהן, אין לה תוקף אלא אם היתה סבירה בעת כריתת החוזה.”<sup>79</sup> יש להבחין אפוא בין שני סוגי טענות: הראשון נכנס בגדר סעיף 6 לחוק התרופות, והוא מכוון למקרה שבו ההפרה היסודית עצמה מוגדרת הגדרה גורפת. צדדים לחוזה נוהגים, מצוות עורכי דין מלומדה, לכתוב באחד מהסעיפים האחרונים בחוזה כי כל הסעיפים או רוב הסעיפים בחוזה הם תניה יסודית, שהפרתה תיחשב להפרה יסודית המזכה בפיצוי המוסכם שנקבע בהסכם. דרך זו היא בבחינת “תפסת מרובה לא תפסת”, באשר היא מחייבת את בית המשפט לבטל את התניה בהיותה גורפת לפי סעיף 6 לחוק התרופות. במקרה כאמור השאלה אם בהפרה יסודית עסקינן תיקבע על פי הקריטריון הקבוע בסעיף 6 בנוגע להפרה יסודית מסתברת, בשונה מהפרה יסודית מוסכמת, ואם ייקבע כי אין מדובר בהפרה יסודית, עלולה להישמט גם תניית הפיצוי המוסכם המתייחסת להפרה יסודית.

כאשר החוזה מבחין בסבירות בין תניה יסודית לתניה לא יסודית ואינו נתפס אפוא ברשתו של סעיף 6 לחוק התרופות, ניתן להעלות טענה מסוג אחר – כי תניית הפיצוי המוסכם כשלעצמה היא גורפת, במובן זה שהיא קובעת פיצוי מוסכם אחיד לסוגים שונים של הפרות, או שהתניה קובעת פיצוי מוסכם אחיד לאותו סוג של הפרה ללא קשר למידת חומרתה. אולם אין הוראה בחוק התרופות הפוסלת פיצוי מוסכם גורף, בדומה לסעיף 6, ועל כן התערבותו של בית המשפט מוגבלת למקרים שבהם אין כל יחס סביר בין הפיצוי הגורף לבין הנזק שהיה ניתן לראותו מראש בשל ההפרה הקונקרטית. לדוגמה, פיצוי מוסכם בגין איחור במסירה, ללא הבחנה בין איחור של יום אחד לבין איחור של שנתיים. טענות מעין אלה מצאו אוזן קשבת בפסיקה לצורך הפחתת הפיצוי המוסכם. יתרה מזו, אף נקבע כי עצם היותה של התניה “גורפת” מדברת בעד עצמה ופוטרת את המפר, המבקש להפחית את הפיצוי, מהנטל להוכיח כי

75 עניין חשל, לעיל ה"ש 18.

76 עניין רוזנר, לעיל ה"ש 28, בעמ' 687.

77 שם; עניין יצחקי, לעיל ה"ש 74.

78 בורנובסקי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 199–200.

79 להבחנה בין שני הנושאים ראו, בין היתר, עניין בוקובזה, לעיל ה"ש 15; עניין יצחקי, לעיל ה"ש 74; ע"א

707/78 יוסף נ' קניאל, פ"ד לה (4) 796 (1981).

היחס לנזק אינו סביר.<sup>80</sup> בעניין יצחקי<sup>81</sup> למשל נקבע פיצוי אחיד לכל הפרה שהיא, בין הפרה של יום איחור במסירת הדירה ובין הפרה טוטלית של החוזה כולו. במקרה אחר נקבע בחוזה פיצוי מוסכם בשיעור של 100,000 דולר, כשליש מערך העסקה כולה, בגין כל הפרה, בין שמדובר באיחור של יום ובין שמדובר באיחור גדול אחר. בעקבות זאת הופחת הפיצוי המוסכם בחצי.<sup>82</sup> מכאן מסקנת הפסיקה כי "קביעת פיצוי לשיעורין הינה עדיפה על פני קביעת פיצוי בסכום גלובאלי, שאינה מבחינה בין הפרה קלה לבין הפרה חמורה".<sup>83</sup>

כאשר בית המשפט מתרשם שהפיצוי המוסכם נקבע כקנס או כסנקציה, יש בכך אינדיקציה לקיומה של הצדקה להפחתת הפיצוי.<sup>84</sup> למשל, באחד המקרים נקבע פיצוי מוסכם בשיעור של 5,000 לירות בגין כל חודש של פיגור במסירה של כל אחת מהיחידות בנכס. בהמשך נעשה הסכם נוסף, ובו נקבע פיצוי מוסכם בסך של 20,000 לירות. בית המשפט הפחית את סכום הפיצוי המוסכם, מן הטעם שההגדלה הקיצונית בסכום הפיצוי לא נקבעה בשל שינוי מרחיק לכת במרכיביו הכלכליים של החוזה ולא מתוך הערכה סבירה והוגנת של הנזק הצפוי, אלא לשם יצירת תמריץ וסנקציה לקבלן לסיים עבודתו במועד.<sup>85</sup> לדעתי, ניתן לחלוק על תוצאה זו, באשר המחוקק לא הבחין בין קנס לבין פיצוי, וגם אם הפיצוי המוסכם נועד לתמרץ את הצד שכנגד, השאלה היא אם הפיצויים עומדים ביחס לנזק הצפוי בעת כריתת החוזה.

## 5. התנאה על סעיף ההפחתה

האם הצדדים רשאים להתנות על סעיף ההפחתה ולכתוב כי מוסכם עליהם שבית המשפט לא יפחית את הפיצוי המוסכם? אני סבור שהתשובה לכך שלילית, ואת סמכות ההפחתה המסורה לבית המשפט יש לפרש כקוגנטית.<sup>86</sup> העילה להתערבות בית המשפט על פי סעיף 15(א) היא היעדר היחס הסביר בעת כריתת ההסכם. לכן אין הצדדים יכולים לחסום ולמנוע את התערבות בית המשפט גם בדרך מתוחכמת יותר, כמו ניסוח שלפיו שיעור הפיצוי המוסכם נקבע בחוזה לאחר שהצדדים בדקו ומצאו כי הוא משקף את הנזק שניתן לצפותו בעת כריתת החוזה אם יופר בידי מי מהצדדים, או נוסח מעין זה.

## 6. תום לב ואשם תורם ככלים אפשריים להפחתת הפיצוי

האם ניתן מכוח עקרון תום הלב לטעון להפחתת הפיצוי המוסכם בטענה של חוסר תום לב מצד הנפגע, או לדרות בקשה להפחתת פיצוי מוסכם בטענה של חוסר תום לב מצד המפר? ניתן לטעון כי

- 80 עניין אהרן, לעיל ה"ש 43; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 698; שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 512.  
 81 עניין יצחקי, לעיל ה"ש 74.  
 82 ע"א 53/86 סולל נ' צוקרמן, פ"ד מב(2) 625 (1988).  
 83 עניין מקור הנפקות, לעיל ה"ש 44, בעמ' 788 מול האות 1. כן ראו השופט דנציגר בע"א 8506/13 זאבי תקשורת אחזקות בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, פס' 71 (פורסם בנבו, 23.8.2015), שם נאמר: "מנגנון פיצוי מוסכם עתי הינו מטבעו מנגנון מידתי יותר ו'שקוף' יותר ממנגנון פיצוי מוסכם גלובאלי, כיוון שהוא קובע מהו 'תג המחיר' שמוצמד לכל יום, חודש או שנה של הפרה, ובכך הוא יוצר יחס ישר בין גובה הפיצוי לחומרת הפרה ומגדיל את הפיצוי הכולל ככל שהפרה נמשכת".  
 84 שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 491-495.  
 85 ע"א 524/83 קן-תור נ' אלון, פ"ד מ(2) 533 (1986).  
 86 רונן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 395 ה"ש 13; דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים א 130 (תשנ"א).

ההסדר הקבוע בסעיף 15(א) לחוק התרופות הוא ייחודי, בבחינת הסדר שלילי בסוגיה. מנגד, הסעדים על פי עקרון תום הלב אינם מוגבלים,<sup>87</sup> ובנוסף, ניתן על דרך ההיקש לטעון כי כפי שבית משפט מתחשב בהתנהגות המפר בשלילה חלקית של הפרשי הצמדה או ריבית, כך גם באשר לפיצוי המוסכם. ואכן, שלו ואדר סבורים כי "אין ספק שגם התביעה לפיצוי בלא הוכחת נזק, ככל תביעת זכות במשפטנו, כפופה לחובת תום הלב בקיום החוזה".<sup>88</sup> רמז לאפשרות זו ניתן למצוא בפסק הדין בעניין **אינשטיין**,<sup>89</sup> שם מתייחס השופט ריבלין להוראת סעיף 11(א) לחוק התרופות, הקובע אף הוא סוג של פיצוי ללא הוכחת נזק ואשר גם לגביו בחר המחוקק שלא להחיל את הוראת הקטנת הנזק בסעיף 14(א) לחוק. השופט ריבלין מציע את האפשרות לפסוק שיעור נמוך מהפיצויים שהיו נקבעים לפי המנגנון שבסעיף 11 מקום שבו הפעיל הנפגע את ברירת הביטול שלא בתום לב, למשל כאשר השהה את מסירת הודעת הביטול ככוונה לזכות בפיצוי בשיעור גבוה מהפיצוי שהיה זוכה בו אילו ביטל את החוזה במועד מוקדם יותר. לדידו של השופט ריבלין, קביעת מועד הביטול על פי יום הביטול הראוי עולה בקנה אחד עם עקרון תום הלב. מבלי לקבוע מסמרות אני נוטה לדעה כי נושא הפיצוי המוסכם והפחתתו מוסדרים בסעיף 15 לחוק התרופות הסדר ממצה. דווקא מאחר שעקרון תום הלב כבודו מלא עולם, והוא כ"רקמה הפתוחה", קיים חשש כי באמצעות השימוש בכלי זה ייווצר מסלול עוקף להלכות הרבות שהתפתחו בסוגיה של הפחתת הפיצוי. לדוגמה, טענה כי תביעה לפיצוי מוסכם בסכום X בעוד הנזק שנגרם בפועל הוא כ-10% מסכום זה, היא חיסור תום לב מצד הנפגע. עם זאת תום הלב נכנס לתמונה דרך הדוקטרינה של אשם תורם שנוכרה לעיל, דוקטרינה שבסיסה מושתתת גם על עקרון תום הלב. ובכך אנו מכניסים את עקרון תום הלב לתמונה, אך כשהוא מוגבל ומתוחם, מבלי לפגוע בוודאות ובביטחון המסחרי.

## ה. הפיצוי המוסכם במצטבר לסעדים ולפיצויים נוספים

### 1. הפיצוי המוסכם כתרופה מחייבת יחידה או כתרופה אופציונלית

סעיף 15(ב) לחוק קובע במפורש כי אין בהסכם על פיצויים מוסכמים כדי לגרוע מזכות הנפגע לתבוע במקומו פיצויים לפי סעיפים אחרים או כדי לגרוע מתרופה אחרת. למרות זאת, וכפי שצדדים רשאים להתנות על תרופות בחוזה, הרי שעקרונית, אין מניעה כי צדדים יקבעו בחוזה כי הנפגע יהיה זכאי רק לפיצוי המוסכם ולא לתרופה אחרת (אך אם מדובר בחוזה אחיד, תתקיים בתניה כגון זו חזקת הקיפוח שבסעיף 4(6) לחוק החוזים האחידים).

87 בג"ץ 59/80 **שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ' ביה"ד הארצי לעבודה**, פ"ד לה (1) 828 (1980). בת"א (שלום חי') 32746-04-13 **החקלאי בת שלמה כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ נ' שנהב** (פורסם בנבו, 8.1.2016). שלל בית המשפט את הפיצוי המוסכם, מן הטעם שהנפגע שרכב לדרישת

התשלום המגיע לו גם סכום כסף שאינו מגיע לו, ובכך פעל בחוסר תום לב.  
88 שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 469. לגישת המחברים, בשונה מטענה המבוססת על עקרון תום הלב, טענת אשם תורם אינה הגנה טובה מפני תביעה לפיצויים בלא הוכחת נזק, בדומה לעקרון הקטנת הנזק. עם זאת המחברים מציינים שהשאלה טרם נדונה בפסיקה.

89 רע"א 2371/01 **אינשטיין נ' אוסי תכנון והקמת מבנים ופיתוח בע"מ**, פ"ד נז (5) 785, 797-798 (2003).

על פי הדין בישראל, מקום שבו החוזה קובע פיצוי מוסכם אך שותק בדבר תרופות אחרות, זכותו של הנפגע לתבוע אכיפה ברורה לכאורה מאליה, הן משום שהאכיפה היא התרופה הראשונה במעלה והן בשל לשונו של סעיף 15(ב), המאפשר לנפגע, כאמור, לתבוע "כל תרופה אחרת". בארצות הברית המצב שונה, ומקום שבו החוזה שותק בנוגע לתרופות אחרות, בתי המשפט מפרשים לעתים את החוזה כמקנה לנפגע רק את תרופת הפיצוי אך לא את תרופת האכיפה. לשיטה זו, תרופת הפיצוי מחייבת ואינה רק בבחינת אופצייה העומדת לנפגע.<sup>90</sup> השאלה אם תרופת הפיצוי המוסכם מוציאה תרופות אחרות התעוררה פעמים מספר בפסיקה. בפרשת **מוסיקי**<sup>91</sup> חתמו הצדדים על זיכרון דברים למכירת דירה כהאי לישנא:

עבור הדירה, דוד בן-גוריון, דירה מס' 10, אני בנימין מוסיקי מתחייב לשלם – 360,000 ל"י עבור הדירה. - 200,000 ל"י במזומן והשאר בצ'קים לתקופה של 8 חודשים. את הדירה לקבל לאחר התשלום האחרון. את הדירה נקבל עם הטלפון, את ההוצאות של הטלפון על חשבון בנימין מוסיקי. **במקרה שאחד הצדדים מתחרט ישלם - 10,000 ל"י לצד השני.** אני בנימין מוסיקי משלם על חשבון (2,000) אלפיים ל"י. (הדגשה הוספה – י"ע).

החוזה הופר בידי המוכרת כבר למחרת, לאחר שביררה ומצאה כי היא יכולה לקבל עבור הדירה סכום של 450,000 לירות. תביעת האכיפה של הקונה נדחתה, ונקבע כי אף שהמוכרת הפרה את החוזה, הרי שהאמור בזיכרון הדברים "בדבר זכותו של כל אחד מהצדדים להתחרט ולשלם - 10,000 ל"י לצד השני" הוא ברור וחד-משמעי, וממנו עולה כי הצדדים קבעו מראש כי במקרה שצד יתחרט הוא ישלם למשנהו רק את הפיצוי המוסכם. איני משוכנע כי התוצאה היא אכן חד-משמעית. זיכרון הדברים נערך בידי הדיוטות, ומכל מקום לא נכתב בהסכם כי **זכותו של כל צד להתחרט**, ולכן ניתן לפרש את התניה כקובעת פיצוי מוסכם "אמיתי". מנגד, דווקא משום שבהדיוטות עסקינן, ייתכן כי הם לא היו מודעים כלל לאפשרות של צד לאכוף חוזה בניגוד לרצונו של הצד השני, ולכן סברו והתנו מלכתחילה כי במצב של "חרטה" הצד המתחרט יחויב רק בפיצויים בסכום שנקבע. לשיטה זו, יש לפרש את התניה כפיצוי מוסכם "מדומה" כאשר מטרתה האמתית היא קביעת דמי יציאה מהחוזה, ועל כן יש לפרשה כקובעת סעד בלעדי.

השאלה אם הצדדים בחרו בתרופת הפיצויים המוסכמים כתרופה בלעדית ולא כתרופה אופציונלית עלתה גם בעניין **לינדאור**.<sup>92</sup> ובניגוד לעניין **מוסיקי**, הפעם נקבע כי מדובר בתניית פיצוי מוסכם "אמיתית". באותו מקרה היה מדובר בחוזה למכירת מניות בחברה בורסאית. הקונה התחייב לשלם למוכר סכום של 2.4 מיליון ש"ח עבור המניות, תשלום ראשון בסך של 480,000 ש"ח כנגד העברת המניות ושני תשלומים נוספים של 960 אלף ש"ח כל אחד בהמשך. באשר למקרה של הפרה קבע החוזה:

90 רונן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 400–401.  
91 ע"א 195/79 **מוסיקי נ' לויט**, פ"ד לד(1) 369 (1979). (לדעתנו לא רלוונטי להתייחס לפסיקה שקדמה לתיקון החוק).

92 ע"א 2454/98 **לינדאור נ' רינגל**, פ"ד נו(1) 225 (2001).

4. במקרה ויעקב רינגל לא ישלם את התשלום על-פי סעיף 3 ב,ג, [הסעיפים הקובעים את התשלומים השני והשלישי – י"ע], יעביר את המניות בחזרה לבעלותו של לינדאור אליהו והסכום ששולם על-פי סעיף 3-א להסכם דהיינו סך של 480,000 ש"ח לא יוחזר וישאר אצל לינדאור אליהו.

5. אי עמידת יעקב רינגל בתנאי סעיף 3 ב,ג, להסכם לא תימנע מלינדאור אליהו הגשת תביעות לקבלת כל סעד ופיצוי על נזקים שנגרמו לו.

כלומר, למעשה סעיף 4 קובע פיצוי מוסכם בצורה של חילוט (הפנייה לסעיף 15(ג)), וסעיף 5 מתייחס לאפשרות לקבל סעדים נוספים.

בפועל שילם הקונה את הסכום הראשון בלבד ולא יסף בשל הירידה הדרסטית בערך המניות. המוכר דרש אכיפת ההסכם, קרי אכיפת כספית של שני התשלומים הנוספים, ואילו הקונה טען כי עליו לשלם רק את הפיצויים המוסכמים בשווי התשלום הראשון, שנקבע כי המוכר יהיה זכאי לחלט במקרה של הפרה. הבעיה התעוררה נוכח לשון סעיפים 4 ו-5 להסכם כפי שצוטט לעיל.

השופט ריבלין, בדעת מיעוט, גרס כי הצדדים התנו על תרופת האכיפה. לשיטתו, סעיף 4 להסכם מבטא את אומד דעת הצדדים, שלפיה אם התשלום השני והשלישי לא ישולמו, יהיה המוכר זכאי להשבת המניות ולחילוט התשלום הראשון, תוך שלילת תרופת האכיפה. לגישתו, סעיף 5 מתייחס אך ורק לתרופת הפיצויים ובא להוסיף על סעיף 4 להסכם, במובן זה שאם לא יהיה די בתרופה הכספית הקבועה בסעיף 4 כדי לפצות את המוכר על כל נזקיו, הוא יהיה זכאי ל"כל סעד ופיצוי" על אותם נזקים. לשיטתו של השופט ריבלין, הצדדים בחרו בהסכם לאמץ מנגנון של "הפרה יעילה" בדרך של שלילת תרופת האכיפה ומתן זכות לקונה לחזור בו תוך תשלום פיצוי שנקבע מראש, לצד האפשרות לתבוע לפי החוק פיצוי גבוה יותר בהוכחת נזק (אך לא לתבוע אכיפה).

השופט אור הגיע למסקנה הפוכה, ולפיה דווקא שילוב שני הסעיפים מלמד שהצדדים ביקשו לשמר למוכר את כל הסעדים, לרבות סעד האכיפה. לגישתו, התניה על סעד האכיפה צריכה להיעשות במפורש, וכך גם ללא סעיף 5 להסכם ייתכן שהיה מגיע לאותה מסקנה. השופט שטרסברג-כהן, שהצטרפה לתוצאה שאליה הגיע השופט אור, העירה כי אלמלא סעיף 5 להסכם לא הייתה מהסת לקבוע כי הצדדים התנו על הסעדים וביקשו לשלול את סעד האכיפה.

במחלוקת שנפלה בין השופטים נראה לי כי יש להעדיף את דעת הרוב. זו מתיישבת היטב עם סעיף 5 להסכם, המקנה למוכר במפורש אפשרות לקבל "כל סעד ופיצוי". תניה של פיצויים מוסכמים, לרבות בדרך של חילוט סכומים ששולמו על פי החוזה, היא תניה נפוצה בהסכמים. סעיף 15(ב) לחוק התרופות קובע במפורש כי ניתן לתבוע סעדים אחרים במקום הפיצוי המוסכם, ולכן אם ביקשו הצדדים להתנות על כך, היה ניתן לצפות כי יעשו כן במפורש ובלשון שאינה משתמעת לשני פנים. מכל מקום, המחלוקת בין השופטים בעניין לינדאור ממחישה עד כמה יש להיזהר בניסוח סעיף הפיצוי המוסכם בחוזה, שמא יתפרשו הדברים כהתנאה על סעדים ותרופות אחרים.

לסיכום, בשני המקרים שהוצגו לעיל הבלעדיות נובעת מדברים שונים. בעניין לינדאור מדובר ביחס בין הפיצוי המוסכם לבין השלילה של תרופות אחרות, ובעניין מוסיקי לא הייתה התייחסות לתרופות אחרות אלא עלתה השאלה אם מדובר בהסדר בלעדי או לא. באותו מקרה נקבע כי הפיצוי בפועל היה בלעדי בשל אופיו של הפיצוי המוסכם, שנתפרש לא כפיצוי מוסכם אלא כתניית יציאה מן החוזה.

## 2. הפיצוי המוסכם במצטבר לסעדים ולפיצויים נוספים

סעיף 2 לחוק התרופות קובע: "הופר חוזה, זכאי הנפגע לתבוע את אכיפתו או לבטל את החוזה, וזכאי הוא לפיצויים, בנוסף על אחת התרופות האמורות או במקומן, והכל לפי הוראות חוק זה". הפיצוי המוסכם, כמו הפיצוי לפי סעיף 10 לחוק התרופות, יכול אפוא להיחשב לבדו או לצד תרופת האכיפה או לצד תרופת הביטול, והדברים ברורים וידועים. לעניין זה אין נפקה מינה אם האכיפה היא למסירה או להעברה של נכס, או אכיפה לחיוב כספי. לכן כאשר ראובן מפר את התחייבותו לשלם סכום מסוים עד מועד פלוני, שמעון זכאי לתבוע לצד אכיפת התשלום גם את הפיצוי המוסכם, ואם בחר בביטול ההסכם, הוא רשאי לחלט את הפיצוי המוסכם מתוך התשלומים שכבר שולמו לו.<sup>93</sup> עם זאת ניסוח כושל של החוזה עלול לשלול מהתובע את תרופת הפיצוי המוסכם לצד תרופת האכיפה. כך אירע באחד המקרים שנדונו בפסיקה, שם נקבע בחוזה: "הפר צד להסכם זה תנאי יסודי מתנאי הסכם זה, ובשל כך ביטל הצד שכנגד את ההסכם, ישלם הצד המפר לצד האחר פיצויים קבועים ומוערכים מראש בסכום השווה ל-15% מהתמורה הדולרית..." בית המשפט פירש את הסעיף כמאפשר לתבוע פיצוי מוסכם רק במצב של ביטול ההסכם בידי הצד שנפגע מההפרה.<sup>94</sup>

האם ניתן לתבוע לצד הפיצוי המוסכם גם פיצוי לפי סעיף 12 לחוק החוזים, בגין חוסר תום לב במשא ומתן? על כך השיבה הפסיקה בשלילה, מן הטעם שפיצוי מוסכם חל במקרה של הפרת חוזה, ואילו הפיצוי לפי סעיף 12 לחוק החוזים ניתן בגין הפרה של חיוב טרום-חוזי.<sup>95</sup> הפיצוי המוסכם יכול אפוא להיחשב לבדו או לצד תרופת האכיפה או הביטול. סעיף 15(ב) קובע כי אין בתניית הפיצוי המוסכם כדי לגרוע מזכותו של הנפגע "לתבוע במקומם פיצויים לפי סעיפים 10 עד 14". לכן לכאורה אי אפשר לתבוע פיצוי מוסכם נוסף על פיצויים אחרים, כמו פיצוי קיום לפי סעיף 10 לחוק<sup>96</sup> או פיצוי בגין עגמת נפש לפי סעיף 13 לחוק.<sup>97</sup> עם זאת השאלה אם ניתן לתבוע פיצוי מוסכם לצד פיצויים אחרים, או אם ניתן לתבוע כמה פיצויים מוסכמים זה לצד זה, אינה כה פשוטה, ועל כך אעמוד להלן.

פעמים רבות אנו מוצאים בהסכמים תניית פיצוי מוסכם כללית לצד תניית פיצוי מוסכם ספציפית. לדוגמה, תניה הקובעת פיצוי מוסכם של 100 דולר ליום בגין איחור במסירת החזקה בנכס לצד תניה הקובעת פיצוי מוסכם של 20,000 דולר בגין הפרה יסודית של ההסכם. במקרה של פיגור במסירת החזקה לא יוכל הנפגע לתבוע גם את הפיצוי המוסכם הכללי וגם את הפיצוי המוסכם הספציפי שעניינו

93 כפי שנקבע בהסכם המכירה שנדון בעניין רוזנר, לעיל ה"ש 28.  
 94 ת"א (מחוזי ת"א) 1949/04 אהרון נ' ענאקי (פורסם בנבו, 28.10.2008). על שצירופם של תרופת האכיפה ופיצוי מוסכם הוא אפשרי, מקום שבו הפיצוי נועד לרפא נזק שלא יירפא בצו האכיפה, ראו אצל שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 523-522; כן ראו אצל פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 691-692.  
 95 ע"א 7903/01 א.ש.צ.ג. צוות נכסים ויזמות (1995) בע"מ נ' זילברברג בע"מ (פורסם בנבו, 15.5.2003); ת"א (מחוזי חי') 895/02 יפה נוף תחבורה תשתיות ובניה בע"מ נ' עו"ד הפלר, פס' 42 (פורסם בנבו, 17.12.2006). אך ראו טקסט לה"ש 12-13 לעיל, כאשר הפרת חובת תום הלב באה לידי ביטוי בהצהרה לא נכונה שעוגנה בהסכם.  
 96 עניין צוות נכסים, לעיל ה"ש 95.  
 97 ע"א 498/88 יהודית (נובק) מירון נ' קידר, פ"ד מד(4) 250 (1990); וראו גם התייחסותם של פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 702-703, וביקורתם על דרך הניתוח שנקטה בו.

פיגור במסירה.<sup>98</sup> על פי רוב, הפיצוי המוסכם בגין כל יום איחור צופה פני איחור של כמה ימים ונועד להרתיע את הצד המתקשר מפני איחור במסירה, ולעומתו הפיצוי המוסכם הכללי נועד למקרה של הפרה יסודית, שיכולה לבוא לידי ביטוי גם באיחור ניכר במסירת הנכס או באי־מסירת הנכס כלל. כך, דחה בית המשפט המחוזי תביעה לפיצוי מוסכם בגין איחור במסירה במצטבר לתביעה לפיצוי מוסכם כללי, מן הטעם שהיענות לתביעה תביא לתוצאה דרקונית ולא סבירה, שאין בה היגיון מסחרי־כלכלי, וקשה להניח שהצדדים, אנשי עסקים סבירים, התכוונו אליה. מסקנה זו אומצה בפסק דינו של בית המשפט העליון.<sup>99</sup>

ודוק, יש להבחין בין איחור במסירת הנכס לבין מסירת הנכס שלא על פי תנאי ההסכם. באחד המקרים שנדונו בפסיקה עזב השוכר את המושכר במועד שנקבע בחוזה. למרות זאת המשכיר תבע פיצוי מוסכם של 100 דולר ליום לתקופה של כשלושה חודשים, בטענה כי היה עליו לבצע תיקונים ושינויים במושכר כדי להחזיר המצב לקדמותו, ולכן יש לראות בשוכר כאילו החזיר את המושכר בפיגור. הטענה נדחתה, ונקבע כי תניית הפיצוי המוסכם נועדה להרתיע מפני פיגור מאוחר של המושכר אך לא כדי להבטיח ביצוע תיקונים במושכר שניזוק או שינה צורתו. עם זאת נפסק לזכות המשכיר פיצוי המשקף את העובדה כי בשל העבודות שנעשו במושכר כדי להשיבו לקדמותו נבצר מהמשכיר להשכיר את הנכס לתקופה של כשלושה חודשים.<sup>100</sup>

כפי שנאמר לעיל, מהוראת סעיף 15(ב) כפשוטה עולה אפוא כי תביעת פיצוי מוסכם באה לכאורה חלף תביעת פיצויים לפי סעיפים 10 עד 14, אך הנושא אינו פשוט כלל ועיקר. הדעה המקובלת כיום, וזו גם הגישה הנראית לי, היא שאין לשלול צירוף של פיצוי מוסכם לפיצויים אחרים או בכלל לתרופות אחרות, ובלבד שלא ייווצר מצב של כפל פיצוי בגין אותו נזק.<sup>101</sup> שני פסקי דין מרכזיים פתחו פתח לאפשרות לתבוע את הפיצוי המוסכם במצטבר לפיצויים נוספים – עניין **חורי**<sup>102</sup> ועניין **קניונים**.<sup>103</sup> בעניין **חורי** דובר בקונה שזכה במכרז לסילוק פסולת עצים ופינוי הפסולת מאתר של חברת החשמל. בהסכם שנחתם בעקבות המכרז נקבע כי אם יפר הקונה את ההסכם, תהא חברת החשמל זכאית לחלט את הערבות הבנקאית שהפקיד במסגרת המכרז. סעיף נוסף בחוזה קבע כי מבלי לגרוע מכל סעד אחר, במקרה של הפרה יהא על הקונה לשלם פיצוי מוסכם בסך של 10,000 לירות. עוד נקבע כי בגין כל יום עיכוב בהוצאת החומר ממחסני חברת החשמל יחויב הקונה בדמי אחסון של 50 שקל

98 ע"א 433/79 **גלסמן נ' פורטונה**, פ"ד לה(2) 161 (1980). באותו מקרה נפסק לזכות התובע פיצוי מוסכם בגין כל יום של איחור במסירת החזקה, ונקבע כי סעיף הפיצוי הכללי מתייחס לסוג אחר של הפרות, ולכן אין להפעיל את שני הפיצויים המוסכמים במצטבר. בדומה, נקבע ברע"א 7452/96 **מדינת ישראל, משרד הבטחון נ' חברה קבלנית האחים אהרון בע"מ**, פ"ד נא(5) 874 (1998) כי בתביעה בגין איחור בהחזרת המושכר לא ניתן לתבוע גם דמי שכירות ראויים וגם פיצוי מוסכם של 150% מדמי השכירות.

99 רע"א 718/98 **יסמין חברה לבנין והשקעות בע"מ נ' ע' אהרונוב קבלנות בנין (1988) בע"מ** (פורסם בנבו, 20.4.1998). כן ראו ע"א 3234/14 **אם דבליו היי טק פרוג'טס ישראל בע"מ נ' י.ג. גג הנגב בע"מ** (פורסם בנבו, 8.11.2015), שם נחבע פיצוי מוסכם יומי לצד פיצוי מוסכם כללי, אך בנסיבות אותו עניין בית המשפט לא נדרש לכך.

100 ע"א 2489/90 **תנובה מרכז שיתופי לשיווק נ' גורנשטיין** (פורסם בנבו, 31.12.1990).

101 שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 521–524.

102 לעיל ה"ש 6.

103 ע"א 4630/04 **קניונים נכסים ובנין בע"מ נ' בני יעקב נדל"ן בע"מ** (פורסם בנבו, 13.12.2006).

לטון. בחוזה נקבעו אפוא שלוש תרופות של פיצוי מוסכם: חילוט העירבון, שכמוהו כפיצוי מוסכם (סעיף 15 ג) לחוק התרופות); פיצוי מוסכם של 10,000 ל"י; פיצוי מוסכם בדמות דמי אחסנה בסכום של 50 שקל לטון בגין כל יום איחור. הקונה הפר את ההסכם בנטילתו את העצים הטובים לשימוש ובאי-סילוקו את כל החומר. חברת החשמל ביטלה את ההסכם, חילטה את הערבות הבנקאית והגישה תביעה (שכנגד) בגין ההוצאות והנזקים שנגרמו לה בפועל מהוצאות פינוי העץ, שרפתו ואחסונו. בפסק דין ארוך ומורכב דחה הנשיא שמגר את התביעה לפיצוי בגין הנזק בפועל נוסף על חילוט הערבות, אך הכיר בתביעה לפיצוי המוסכם עבור כל יום אחסנה נוסף על חילוט הערבות. החשוב לענייננו הוא המבחן שטבע הנשיא שמגר, ולפיו אם הפיצויים שנתבעו הם בגין ראשי נזק שונים, אין מניעה להצטברות הפיצויים, מאחר שאין חפיפה בין הפיצוי המוסכם לבין הפיצוי האחר. פסק הדין מדגים את הכלל שלפיו אין לקבל כפל פיצוי בגין אותו ראש נזק. באותו מקרה היה אפשר לתבוע את הפיצוי המוסכם עבור אחסנת העץ במצטבר לפיצוי המוסכם בדמות חילוט הערבות, מאחר שמדובר במנגנוני פיצוי נפרדים שאינם מוציאים זה את זה. ובקיצור, מקום שנקבעו בו כמה הוראות בדבר פיצוי מוסכם, שאינן מוציאות זו את זו ואינן חלופיות, ניתן לצבור פיצויים מוסכמים מצטברים. כן ניתן לצבור פיצוי מוסכם ופיצוי על פי סעיף 10 לחוק התרופות כל עוד אין חפיפה בין הפיצוי המוסכם לפיצוי האחר.<sup>104</sup> לדוגמה, בחוזה למכירת דירה נקבע פיצוי מוסכם לזכות הקונה בגין כל חודש של פיגור במסירת הדירה. פיצוי מוסכם זה אינו חוסם את האפשרות של הקונה לתבוע את המוכר על הנזקים שנגרמו לו בגין ליקויי בנייה.<sup>105</sup>

השאלה מתי הפיצויים המוסכמים אינם חופפים אינה קלה. לדוגמה, הסכם בין מזמין לקבלן בנוגע לפרויקט בנייה, הכולל שלבים שונים ונפרדים. האם ראשי המזמין לתבוע את סכומי הפיצוי המוסכם, או לקזום מהסכום המגיע לקבלן, בגין איחור בכל שלב ושלב בפרויקט, מכוח סעיף 20 לחוק התרופות, הקובע כי "חובות שהצדדים חבים זה לזה על פי חוק זה ניתנים לקיזוז"? לדעתי, התשובה תלויה בפרשנות ההסכם ובנסיבותיו, ומקום שמדובר בו בשלבים נפרדים, שהחוזה מתייחס אליהם בנפרד, ייתכן שאין לשלול את זכותו של המזמין לתבוע, או לקזו, כמה פיצויים מוסכמים. מאחר שהקיזוז הוא תרופה של סעד עצמי, מזמין הנוקט דרך זו ומקזו מהסכומים המגיעים לקבלן בכל שלב ושלב של העבודה את סכום הפיצוי המוסכם, מעמיד עצמו בסיכון. שאם יקבע בית המשפט כי המזמין אינו ראוי לקזו כמה פיצויים מוסכמים, המזמין הוא שייחשב למפר ההסכם, ולקבלן יעמדו כל התרופות העומדות לנפגע מהפרת חוזה.

בדוננו בסמכות בית המשפט להפחית את הפיצוי המוסכם הגענו למסקנה כי הצדדים אינם יכולים להתנות על סמכות זו, המעוגנת בסעיף 15 (א) לחוק התרופות. האם רשאים הצדדים להתנות על סעיף 15 (ב) לחוק התרופות ולקבוע כי צד לחוזה יהיה רשאי לתבוע פיצוי מוסכם נוסף על פיצוי על הנזק בפועל לפי סעיף 10 לחוק? אדר וגלברד עומדים במאמרם על מגמת הפסיקה להכיר באפשרות להתנות על חוק התרופות ועל התמתנותה בחוק התרופות של עצמת הסייג השולל מכול וכול סנקצייה כספית שתכליתה עונשית. הא ראייה, שסעיף 15 מאפשר לבית המשפט להפחית פיצויים מוסכמים החורגים

104 ע"א (מחוזי חי') 3338/06 דראל רם בע"מ נ' לזרח (פורסם בנבו, 26.6.2007); פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 3 עמ' 703.

105 עניין מקור הנפקות, לעיל ה"ש 44, בעמ' 787.



מגדר הסביר מבלי לשלול את תוקפו של הסעיף. גישה "מרוככת" זו של החוק מאפשרת לדעת המחברים לקבוע סנקציה כספית בשיעור גבוה מזה שהנפגע היה זוכה בו על פי דין הפיצויים הכללי, כל עוד הסכום אינו חורג במידה לא סבירה מהנזק שהיה ניתן לצפות מראש בעת כריתת החוזה.<sup>106</sup> למרות זאת אני סבור כי להתניה כאמור לא יהיה ערך, מאחר שבבוא בית המשפט לבחון את סבירות הפיצוי המוסכם הוא יגיע למסקנה שהפיצוי המוסכם נקבע ללא כל יחס סביר לנזק שאותו היה ניתן לצפות בעת כריתת ההסכם. זאת, מן הטעם הפשוט, שקביעת הצדדים כי הנפגע יהיה זכאי לפיצוי בגין הנזק בפועל שנגרם לו נוסף על הפיצוי המוסכם, מדברת בעד עצמה ומעידה כי עסקינן בסנקציה לכל דבר ועניין ללא קשר לנזק.

פסק הדין בעניין **קניונים**<sup>107</sup> מסבך עוד יותר את התמונה בסוגיה של הצטברות פיצויים, בדונו ביחס שבין סעיף 15 (א) לסעיף 11 (א) לחוק התרופות. לשם הבנת הדברים, אין מנוס מלהציג בקצרה את העובדות הצריכות לעניין.

המשיבים רכשו מהמערערת מינימרקט תמורת 600,000 דולר, ובעת החתימה על ההסכם שילמו על חשבון הרכישה 300,000 דולר. ההסכם כלל תניית פיצוי מוסכם בסכום של 120,000 דולר. החוזה בוטל בידי המשיבים, שהגישו תביעה להשבת הסכום שהם שילמו על חשבון הרכישה וכן לפיצויים בגין הפרת החוזה. המערערת מצדה השיבה למשיבים סכום של 20,000 דולר מתוך הסכום של 300,000 דולר שהם שילמו, והודיעה כי היא מקזזת את היתרה בסכום של 280,000 דולר בגין הפרת המשיבים את החוזה, בשל ירידת ערך בשווי הנכס בסכום של כ-160,000 דולר במועד ביטול החוזה ובצירוף הפיצוי המוסכם בסכום של 120,000 דולר.

הסעיף הרלוונטי בהסכם קבע כלהלן:

במקרה של הפרה יסודית של החוזה על ידי הקונה, יהא המוכר זכאי לבטל את החוזה על ידי משלוח הודעה בדואר רשום לקונה, ובאותו מועד יהא החוזה בטל ומבוטל והמוכר יהא רשאי למכור את הממכר לאחר/ים ו/או לעשות בו כל שימוש אחר לפי ראות עיניו. המוכר יחזיר לקונה את הכספים שייגבו ממכר הממכר לאחר/ים בניכוי חמישית ממחיר הממכר כפיצוי קבוע ומוסכם מראש בגין נזקו של המוכר מחמת הפרת החוזה. לא נמכר הממכר, יוחזרו לקונה כספים בגובה שווי הממכר בעת הביטול בניכוי חמישית ממחיר הממכר כפיצוי קבוע ומוסכם מראש וזאת תוך 4 חודשים מיום מתן אישור הקונה למוכר, כי אין לו כל טענות או תביעות נגד המוכר בקשר לחוזה וביטולו.

בית המשפט המחוזי קבע כי המשיבים הם שהפרו את ההסכם, וכי שווי הנכס בעת הביטול פחת מ-600,000 דולר לסך של 440,000 דולר. בית המשפט המחוזי פסק למערערת את הפיצוי המוסכם בסך 120,000 דולר בלבד, ועל כך הגישה המערערת ערעור.

בית המשפט העליון, מפני השופט רובינשטיין, קבע בעקבות פסק הדין בעניין **חורי** כי ניתן לשלב בין תרופות להפרת חוזה כל עוד אין חפיפה בין הפיצוי המוסכם לפיצוי האחר. בדומה לפיצוי מוסכם,

106 יהודה אדר ומשה גלברד "השבה, פיצויים, צירוף תרופות וחופש חוזים (עיון בע"א 4630/04 קניונים נכסים נ' בני יעקב נדל"ן)" **משפטים** מ' 827, 860–861 (תשע"א).

107 לעיל ה"ש 103.

שאינו מצריך הוכחת נזק, גם סעיף 11(א) לחוק התרופות מאפשר קבלת פיצוי על הפרש המחירים ללא הוכחת נזק. הסעיף קובע כי אם הופר חיוב לספק – או לקבל – נכס, והחווה בוטל בשל הפרה, "זכאי הנפגע ללא הוכחת נזק, לפיצויים בסכום ההפרש שבין התמורה בעד הנכס או השירות לפי החווה ובין שווים ביום ביטול החווה". השופט רובינשטיין הגיע למסקנה כי הפיצוי של ירידת הערך לפי סעיף 11(א) והפיצוי המוסכם לפי סעיף 15(א) אינם מדברים באותו עניין, והמערערת זכאית הן לפיצוי בגין ירידת הערך בסכום של 160,000 דולר והן לפיצוי המוסכם. עם זאת השופט רובינשטיין מתערב בסכום הפיצוי המוסכם, מפחית ממנו מחצית, ומעמידו על 60,000 דולר. התוצאה הסופית הייתה אפוא כי המערערת זכאית לפיצוי בסכום כולל של 220,000 דולר, ומאחר שעל חשבון הרכישה כבר שולם לה סכום של 300,000 דולר, היא חויבה בהשבה של 80,000 דולר.

ההנמקה של השופט רובינשטיין להפחתת הפיצוי המוסכם מאלפת: "דומני אפוא שיש מקום להפחתה מסוימת של הפיצוי. המדובר בירידת ערך של 26–27 אחוזים בתוך תקופה של פחות מ-11 חודש. כאמור, מסופקני אם אילו נשאלו הצדדים בעת כריתת החווה, היו רואים בעיני רוחם ירידה אשר כזאת" (הדגשה הוספה – י"ע). מהדברים עולה בבירור כי הפיצוי המוסכם צופה פני ירידת ערך, והרי לכך בדיוק נועד הפיצוי בסעיף 11(א) לחוק. הדברים אינם עולים בקנה אחד עם המסקנה הכתובה כמה שורות לפני כן, ולפיה הפיצוי לפי סעיף 11(א) והפיצוי המוסכם לפי סעיף 15(א) אינם מדברים באותו עניין. לשון אחר, מחד גיסא קובע השופט רובינשטיין כי הפיצוי המוסכם והפיצוי בגין ההפרש בשל ירידת הערך אינם עוסקים באותו עניין, ומאידך גיסא הוא גורס בהמשך, בסתירה לאמור לעיל, כי הפיצוי המוסכם עוסק בירידת ערכו של הנכס.

בעקבות פסק הדין בעניין קניונים נכתב מאמרם זה של אדר וגלברד.<sup>108</sup> המחברים תומכים בתוצאת פסק הדין אך סבורים כי הנמקתו לוקה בחסר. לשיטתם, אכן יש חפיפה מסוימת בין התרופות, אך מוטב שלא לבטל כליל תרופה אחת אלא לנקוט את גישת הצירוף החלקי, עד להגנה מלאה על אינטרס הנפגע, לא יותר מכך ולא פחות מכך. לגישת המחברים, הדין הישראלי מכיר באפשרות להתנות על התרופות, אך הצדדים אינם יכולים לגבור על העיקרון האוסר על כפל תרופה, שהוא עיקרון כופה-קוגנטי. לדעתם, האינטרס הלגיטימי של המוכרת המערערת הנפגעת מהפרת החווה הוא שלא להיפגע כלכלית מן הביטול. אינטרס זה אינו אלא אינטרס הקיום, ולכן את ירידת הערך אין לסווג כסעד של השבה מוסכמת אלא כפיצוי קיום במסגרת סעיף 11(א).

אדר וגלברד עומדים על כך שאת ההסדר החוזי שקבעו הצדדים ניתן לפרש בכמה דרכים. אחת הדרכים היא שהפיצוי המוסכם אינו צופה פני הנזק הבסיסי של ירידת ערך הממכר אלא יוחד לשאר נזקי הפרה, שאת שיעורם העריכו הצדדים ב-20% מהתמורה החוזית (120,000 דולר). אפשרות נוספת, שלדעת המחברים היא הנכונה, שהחווה ביקש להעניק למוכרת פיצוי מצטבר בשיעור העולה על ההערכה הכנה של נזקיה הצפויים. דהיינו, המוכרת הייתה ערה לכך שסכום הפיצוי המוסכם בצירוף הפיצוי בגין ירידת ערך אכן יהיה גבוה מהנזק המרבי הצפוי מהפרת החווה, אך הדבר נעשה במודע כדי "להבטיח רמה מספקת של הרתעה מפני הפרת החווה (מראש) וענישה הולמת של המפר בגינה (בדיעבד)". הפיצוי המוסכם בסך של 120,000 דולר, הוא 20% מערך החווה ומשקף את הפיצוי שמקובל לקבוע כפיצוי כולל בגין כל הנזקים הנובעים מהפרת הסכם כגון דא. מכאן שאכן קיימת

108 לעיל ה"ש 103.

חפיפה תרופתית בין שני רכיבי הפיצוי, הנובעת מכך ששניהם מבקשים להגן על ראש הנזק של ירידת ערך הממכר. מאחר שצירוף שתי התרופות יחד מביא ליותר מהגנה מלאה על אינטרס הקיום של המוכרת, לפנינו כפל תרופות, שעומד לכאורה בניגוד לכלל קוגנטי שאי אפשר להתנות עליו. למרות זאת המחברים גורסים כי את החפיפה התרופתית, שעליה אוסר סייג כפל התרופה, ניתן לרפא באמצעות שיטת הצירוף החלקי, המגשימה טוב יותר את רצון הצדדים, כאשר חופש החוזים בא לידי ביטוי לא בצירוף המהווה כפל תרופה אלא בנטרול הכפל.

שיטת הצירוף החלקי מתיישבת, לגישת אדר וגלברד, עם התוצאה הסופית של פסק הדין של הפחתת הפיצוי המוסכם במחציתו וצירופו למרכיב ירידת הערך. התכלית האמתית של הפחתת הפיצוי המוסכם הייתה ראויה: להבחין בין הנזק של ירידת הערך לבין יתר נזקי ההפרה שזכו לפיצוי במסגרת הוראת הפיצוי המוסכם.

שיטתם של אדר וגלברד הולכת אפוא צעד נוסף מעבר למה שנקבע בעניין חורי. לשיטה זו, אף שקיימת חפיפה בין התרופות, והן אינן מוציאות זו את זו, ניתן לפסוק את שתי התרופות במצטבר, ובלבד שהצירוף לא יביא לפיצוי יתר.

אין דעתי כדעת אדר וגלברד, ואף לא כדעתו של השופט רובינשטיין בעניין קניונים. כאמור, הפיצוי המוסכם באותו מקרה היה 20% משווי הממכר. מדובר בפיצוי בשיעור נכבד, שנקבע בידי הצדדים לאור הערכתם את הנזקים האפשריים בעת כריתת החוזה שהיו תוצאת ההפרה. לכך שתי נפקויות: האחת – פיצוי מעין זה עונה על מכלול הנזקים שצפו הצדדים בעת כריתת החוזה; השנייה – הפיצוי עומד ביחס סביר לנזק שאותו צפו הצדדים. מכאן נובעות שתי המסקנות האלה: האחת, כי לא היה מקום להפחתת הפיצוי המוסכם; השנייה, כי לפנינו כפל תרופות בניגוד להוראה המפורשת של המחוקק בסעיף 15(ב) לחוק. גישת הצירוף החלקי יוצרת לטעמי אי-בהירות, ובסופו של דבר מחזירה אותנו לשאלה מה הנזק האמיתי שנגרם לנפגע על מנת להעריך עד לאיזה גבול יש לצרף את התרופות החופפות (במקרה דנן, לשיטת אדר וגלברד, הנזק האמיתי הוא 220,000 דולר, ולכן היה מוצדק להפחית את הפיצוי המוסכם).<sup>109</sup>

מה אפוא הפתרון הראוי? בניגוד לסעיף 15(ב), אין בסעיף 11(א) הוראה השוללת פיצוי נוסף. לכן ככל שלא היה בפיצוי בגין ירידת ערך הממכר לפי סעיף 11(א) כדי לפצות את המערערת על כל נזקה, היא הייתה רשאית לתבוע את המשיבים על מלוא הנזקים שנגרמו לה במסגרת סעיף 10 לחוק התרופות, והיה עליה לזנוח את הפיצוי המוסכם. בכך אין כל רבותא, ועניין של יום ביומו הוא שהנפגע תובע את מלוא נזקיו מכוח סעיף 10 לחוק התרופות, ולחלופין את הפיצוי המוסכם. לדידי, זו דרך המלך וזה היה הפתרון הראוי והפשוט, העולה בקנה אחד עם פשוטו של חוק. ודוק, העובדה כי הן הפיצוי לפי סעיף 11(א) והן הפיצוי לפי סעיף 10 נשענים על אינטרס הקיום, אין משמעה כי ענייננו בכפל תרופה. כפי שבמסגרת פיצויי הסתמכות (פיצויים שליליים) ניתן לתבוע בגין כמה ראשי נזק, כך גם במסגרת פיצויי קיום ניתן לתבוע בגין כמה ראשי נזק.

109 וראו גם ביקורתם של פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 704–707, על פסק הדין בעניין קניונים. המחברים עומדים על כמה קשיים בפסק הדין, ובהם חפיפת סעיף "ההשבה המוסכמת" שנקבעה בחוזה (שאינה אלא תניית פיצוי מוסווה) את סעיף הפיצויים המוסכמים. כן סבורים המחברים כי לא היה מקום שבית המשפט יתערב בסכום הפיצוי המוסכם, אולם טעות זו "תיקנה" את הטעות שבהימנעות מלראות בהשבה המוסכמת פיצוי המצטרף לפיצוי המוסכם.

## 1. סוגיות מיוחדות בפיצויים מוסכמים

בפרק זה אדון בכמה סוגיות יישומיות הנוגעות לתניית הפיצוי המוסכם – מה הדין כאשר הצד המפר אינו מקיים כלל את חיוביו, או שחיוביו מתעכבים משך שנים, פיצוי מוסכם באמצעות חילוט, פיצוי מוסכם מוסווה וריבית פיגורים כפיצוי מוסכם. אפתח תחילה בתניית הפיצוי המוסכם בחוזה אחיד.

### 1. פיצוי מוסכם כתניה מקפחת בחוזה אחיד

עמדנו על כך שסעיף 15(א) לחוק התרופות הוא כלי שבאמצעותו בית המשפט מתערב בתוכן החוזה. כלי נוסף להתערבות בתוכן החוזה הוא סמכותו של בית המשפט לבטל תניה מקפחת בחוזה אחיד. ואכן, בעקבות תיקון מס' 5 (תשע"ה–2015) לחוק החוזים האחידים, תשמ"ג–1982 נוסף לחוק סעיף 4(א6) הקובע חזקת קיפוח כלהלן:

תנאי המקנה לספק באופן בלתי סביר תרופה שאינה עומדת לו על פי דין, לרבות תנאי המתיר לספק לצרף תרופות שאין לצרפן על פי דין או תנאי הקובע פיצויים מוסכמים שאינם סבירים לטובת הספק;

חזקת קיפוח זו לא נכללה בהצעת החוק המקורית שפרסם משרד המשפטים, והיא נוספה בהמשך.<sup>110</sup> בדוננו לעיל בהוראת סעיף 15(א) לחוק עמדנו על כך שבית המשפט משתמש שימוש זהיר בסמכות ההפחתה של פיצוי מוסכם, וההפחתה נעשית במקרים קיצוניים כשהפיצוי המוסכם נקבע "ללא כל יחס סביר". מידת ההתערבות בפיצוי מוסכם בחוזה אחיד צריכה להיות רחבה יותר, מן הטעם שמשקלו של חופש החוזים בחוזה אחיד נמוך מלכתחילה.<sup>111</sup> בנוסף, החזקה החלוטה המשמשת אותנו בחוזה רגיל, ולפיה בעת כריתת החוזה הצדדים צפו נזק בעקבות ההפרה, וכי נגרם נזק בעקבות ההפרה, אינה תופסת כשמדובר בחוזה אחיד, שללקוח אין חלק בעיצובו ובניסוחו. לכן אין זהות בין מבחן הקיפוח לבין המבחנים שנקבעו בפסיקה לצורך הפחתת הפיצוי על פי סעיף 15(א) לחוק התרופות. עוד טרם התיקון לחוק חוזים אחידים נקבע בפסיקה כי "הסמכות להפחית תניית פיצוי מוסכם והסמכות לבטל תניה מקפחת בחוזה אחיד עומדת זו בצד זו, ואין האחת גורעת מרעותה", וכי תניה שבית המשפט היה מתערב בה מכוח סעיף 15(א) לחוק התרופות היא בדרך של קל וחומר תניה מקפחת על פי מבחני חוק חוזים אחידים, אך לא להפך.<sup>112</sup>

הגישה בעניין מידת ההתערבות בתניית פיצוי מוסכם בחוזה אחיד עובר לתיקון מס' 5 הנ"ל באה לידי ביטוי בשתי החלטות של בית הדין לחוזים אחידים בדבר תניות פיצוי מוסכם בחוזה מכר

<sup>110</sup> בעקבות מאמרם של משה גלברד ויהודה אדר "הצעת חוק החוזים האחידים (תיקון מס' 4) עיון ביקורתית" **חוקים** ה' 99, 126–130 (תשע"ג).

<sup>111</sup> שם, בעמ' 121–122.

<sup>112</sup> ח"א (אחידים-ים) 9005/03 **היועץ המשפטי לממשלה נ' שח"ל טלרפואה בע"מ**, פס' 15 (פורסם בנבו, 26.6.2006).

דירות: <sup>113</sup> באחת מהן נקבע פיצוי מוסכם בשיעור של 15%, ובשנייה – בשיעור של 10%. אף ששיעור זה של פיצוי מוסכם היה מן הסתם עובר בנקל את המבחנים שנקבעו בפסיקה בדבר סעיף 15(א) לחוק התרופות, לא כן לצורך מבחן הקיפוח בחוק חוזים אחידים. בית הדין קבע כי מאחר שהמוכר יכול להוכיח ללא קושי ירידת ערך (עקב מכירת הדירה לקונה חלופי בסכום נמוך יותר) ועלויות מימון במקרה של הפרה בידי הקונה, אין מקום לקבוע פיצוי ללא הוכחת נזק לצורך ראשי נזק אלה, מה גם שהתרחשותם של נזקים אלה אינה ודאית כלל. נקבע אפוא כי הפיצוי המוסכם לצורך ראשי נזק אלה אינו מגן על אינטרס חשוב של הספק, ומנגד, יש בו סיכון לפגיעה של ממש בלקוח, שעלול להיות מחויב בפיצויים בגין נזק שלא נגרם כלל לספק. לא כך באשר לראש נזק שבית הדין הגדירו "עלויות החלפה", שהן עלויות הכרוכות בהחלפתו של הקונה המפר בקונה חדש וכוללות הוצאות מנהליות ועלויות הנלוות לאיתורו של קונה חלופי וההתקשרות עמו. התרחשותו של נזק זה היא ודאית, אך הוא קשה להוכחה. נקבע כי עקרונית אין פסול בקביעת פיצוי מוסכם בעניינו. עם זאת נמצא כי שיעור הפיצוי שנקבע בשני החוזים האחידים שעמדו בפני בית הדין חרג בהיקפו מהנזק הצפוי בגין ראש נזק זה. מכאן שעל פי המבחנים שהחיל בית הדין, בחינת תניה של פיצוי מוסכם בחוזה אחיד תיעשה על פי תוחלת הנזק, קרי היקף הנזק הצפוי במכפלת ההסתברות להתרחשותו.<sup>114</sup>

### 1. איחור בביצוע לעומת אי-ביצוע ופיצוי מוסכם עתי – עד מתי?

בהסכם בין מזמין לקבלן התחייב האחרון לסיים את הבנייה בתוך 24 חודשים, שאם לא כן, ישלם בגין כל חודש של פיגור פיצוי מוסכם עתי בשיעור של 2,000 דולר. נניח כי הקבלן הפר את ההסכם ולא השיג כלל היתר בנייה, לא התחיל בבנייה, או החל בבנייה אך נקלע לקשיים, נטש את אתר העבודות מבלי לסיים את הבנייה, והפרויקט "תקוע". ברור כי הקבלן לא ישלים את הפרויקט. האם במצב דברים זה יש לחייב אותו בפיצוי המוסכם העתי? ואם כן – עד מתי?

ניתן לחשוב על דוגמאות נוספות שבהן הצד המפר אינו מקיים כלל את חיוביו או שחיוביו מתעכבים במשך שנים, בעוד שהמונה של הפיצוי המוסכם העתי ממשיך לתקתק. כמה פסקי דין עסקו בסוגיה זו. בעניין **רנדור**<sup>115</sup> העלה השופט (כתוארו אז) גרוניס את השאלה אם יש להבחין, לצורך החיוב בפיצוי מוסכם עתי, בין איחור בביצוע לבין אי-ביצוע. לאחר סקירת הגישות השונות בנושא זה צידד השופט גרוניס בגישה שלפיה איחור בביצוע כולל גם אי-ביצוע מוחלט. שאם נאמר כי ביטול החוזה בשל הפרתו מפקיע את תחולתו של הפיצוי המוסכם העתי, נוצר מצב אבסורדי שבו מוטב למפר שלא להשלים כלל את חיוביו, ובכך לפטור עצמו מתשלום הפיצויים המוסכמים. חוזרת אפוא השאלה למקומה – האם ניתן לחייב את המפר בפיצוי מוסכם עבור כל חודש איחור עד לסוף הדורות? הפתרון שהציע השופט גרוניס הוא לחייב בפיצוי המוסכם העתי למשך תקופה סבירה עד להשלמת החיוב בידי הנפגע, אם בעצמו או באמצעות קבלן אחר שייכנס בנעליו של הקבלן המפר. מקום שבו הנפגע מתעכב

113 ח"א (אחידים י-ם) 702/06 **היועץ המשפטי לממשלה נ' שיכון ופיתוח לישראל בע"מ**, פס' 117–127 (פורסם בנבו, 6.12.2011); ח"א (אחידים י-ם) 901/08 **היועץ המשפטי לממשלה נ' ב. יאיר חברה**

**קבלנית לעבודות בניה (1998) בע"מ**, פס' 10–17 (פורסם בנבו, 19.2.2012).

114 **גלברד ואדר**, לעיל ה"ש 110, בעמ' 121–122, ראו לעיל טקסט לה"ש 76.

115 לעיל ה"ש 41.

בהשלמת החיוב עיכוב לא סביר מסיבות לא מוצדקות, או שהעיכוב בהשלמת החיוב הוא בעטיו של הקבלן החדש, אין להביא תקופות אלה בחשבון לצורך חישוב הפיצויים. ההנמקה הרעיונית לסייג אחרון זה אינה נעוצה בחובת הקטנת הנזק, שהרי חובה זו אינה חלה על פיצוי מוסכם אלא בדרישה שהפיצוי יהיה ביחס סביר לנזק הנצפה.

השורה התחתונה היא שהפיצוי המוסכם ייקבע על פי משך התקופה שבה היה ניתן להשלים בסבירות את העבודה, למן תאריך ביטול החוזה בידי הנפגע. בדומה לנטל הקטנת הנזק הקבוע בסעיף 14 לחוק, בית המשפט בוחן את סבירות התנהגותו של הנפגע לצורך קביעת אורך התקופה שבגינה ייפסק הפיצוי המוסכם אף שסעיף 15 לחוק שולל במפורש את תחולת סעיף 14 לחוק. אלא שיש להבחין בין סכום הפיצוי המוסכם, שבעניינו לא חלה חובת הקטנת הנזק, לבין **התקופה** שבגינה נפסק הפיצוי, שבעניינה בלבד אנו מתחשבים בסבירות התנהגותו של הנפגע או של המתקשר החדש שבא בנעליו של המפר לצורך השלמת החיוב. השופט גרוניס מבחין בין סכום הפיצוי לבין תקופת הפיצוי בהיבט נוסף, בציינו כי הוא נוטה לדעה שסמכות ההפחתה לפי סעיף 15 (א) לחוק נוגעת לסכום הפיצוי ולא לתקופת הפיצוי. להערה זו אתייחס בהמשך.

לתוצאה דומה הגיע בית המשפט גם בעניין **זקן**,<sup>116</sup> כעשר שנים לפני פסק הדין בעניין **רנדור**. באותו מקרה היה מדובר בשני שותפים שניהלו עסק של אולם שמחות. במסגרת הסכם לפירוק השותפות התחייב השותף הפורש לטפל בכל ההיתרים והרישיונות הכרוכים בהפעלת האולם כאולם שמחות ולשאת בכל ההוצאות הכרוכות בכך. בהסכם נכלל סעיף שלפיו אם לא יושגו הרישיונות בתוך ארבעה חודשים מיום חתימת ההסכם, מכל סיבה שהיא, ישלם השותף הפורש למן אותו מועד פיצוי מוסכם של 700 דולר לכל יום שבו לא יושגו הרישיונות. השותף הפורש לא השיג את הרישיונות הנדרשים להפעלת האולם, השותף הנותר פעל בעצמו להשגתם, ובהמשך הגיש נגד השותף הפורש תביעה בסך של 350,000 דולר לפי חישוב של 500 ימי איחור X 700 דולר ליום. בית המשפט העמיד את תקופת הפיצוי על 100 ימים, מן הטעם שהשותף הנותר היה יכול להשיג בפרק זמן זה את הרישיונות המיוחלים לו פעל בסבירות מהרגע שנודע לו שהשותף הפורש אינו פועל להשגת הרישיון. בנוסף, התערב בית המשפט בסכום הפיצוי המוסכם והפחית אותו ל-200 דולר ליום, בהתחשב בנתוני העסק ובנזק שהיה ניתן לצפות מן ההפרה בעת כריתת הסכם פירוק השותפות, מה גם שאולם השמחות המשיך לעבוד כל אותה תקופה.

גם במקרה זה, בקביעת אורך התקופה התחשב בית המשפט בשיקולים המזכירים את נטל הקטנת הנזק. תקופת הפיצוי העתי הופחתה מאחר שהשותף הנותר יזם הגשת תכניות חדשות שערכו את קבלת הרישיונות במקום להשתמש בתכניות הקיימות. נקבע כי לו פעל השותף הנותר על פי התכניות המקוריות, שהגיש בשעתו השותף הפורש, היה יכול להשיג את הרישיונות בתוך מאה ימים לאחר מועד ארבעת החודשים שנקבע בהסכם.

הסוגיה של אורך התקופה שבה ניתן לחייב בפיצוי מוסכם עתי התעוררה גם בעניין **מקור הנפקות**.<sup>117</sup> המערערות היו חברות בנייה שמכרו דירה בעסקת ברטר לקבלן משנה בשם ויסמן. מכר את הדירה למשיבים והתחייב להמציא תעודת גמר לדירה בתוך 24 חודשים ולרשום את הזכויות

116 ע"א 539/92 **זקן נ' זיזה**, פ"ד מח(4) 89 (1994).

117 לעיל ה"ש 44.

בדירה בפרק זמן מסוים, שאם לא כן ישולם פיצוי מוסכם של 500 דולר לכל חודש של איחור. דא עקא, שבשל סכסוך בין המערערות לבין ויסמן סירבו המערערות לרשום את הדירה על שם המשיבים. המשיבים הגישו תביעה נגד ויסמן, וזה הגיש הודעת צד ג נגד המערערות. בית המשפט המחוזי פסק לזכות המשיבים את הפיצוי המוסכם בגין 36 חודשי איחור עד להגשת התביעה וקיבל את הודעת צד ג ששלח ויסמן למערערות. ויסמן העלה את החשש כי התביעה שהגישו נגדו המשיבים אינה סוף פסוק, וכי המשיבים עלולים להגיש נגדו תביעה נוספת לפיצויים מוסכמים בגין התקופה עד לרישום הדירה. השופט מצא עמד על כך שכל עוד המערערות אינן רושמות את הדירה על שם המשיבים, אכן מחריף הסיכון של ויסמן להיתבע בסכומים נכבדים נוספים כל עוד לא הושלם רישום הזכויות. עם זאת אם תוגש נגד ויסמן תביעה נוספת, הוא יוכל להתגונן בטענה כי התקופה שבגינה נדרש הפיצוי המוסכם חורגת מגבולות הנזק שאותו יכלו הצדדים לצפות מראש בעת כריתת החוזה. אמירה זו עומדת לכאורה בניגוד לרעתו של השופט גרוניס, שלפיה עניינו של סעיף 15(א) לחוק הוא בשיעור הפיצוי ולא בתקופת הפיצוי.

לדעתי, ההבחנה בין סכום הפיצוי לבין תקופת הפיצוי, לצורך סמכות ההפחתה של בית המשפט לפי סעיף 15(א), היא מלאכותית משהו. כאשר צדדים קובעים פיצוי מוסכם עתי, על בית המשפט לבחון אם בעת כריתת ההסכם נקבע הפיצוי ללא כל יחס סביר לנזק שהיה ניתן לראותו מראש בעת כריתת החוזה, ומהי סבירות התרחשותו של הנזק. סכום הפיצוי נגזר בסופו של דבר משני משתנים: שיעור הפיצוי כשלעצמו ותקופת הפיצוי, כאשר בחינת סבירות הפיצוי גם על פי אורך התקופה הסבירה הצפויה מביאה בסופו של דבר לתוצאה דומה של התערבות בשיעור הפיצוי.<sup>118</sup> על שני משתנים אלה ניתן להוסיף פרמטר של תוחלת הנזק, קרי סבירות התרחשות הנזק, כפי שזכר לעיל.<sup>119</sup> **שלו ואדר** מציעים בספרם שתי דרכים להגיע לתוצאה הרצויה של הפחתה:<sup>120</sup> האחת – ליתן פירוש תכליתי רחב של תניית הפיצויים ולפיו אין לייחס לצדדים כוונה להחיל את הפיצוי המוסכם במצבים מהסוג המתואר. לגישה, דרך זו קיצונית יתר על המידה, באשר היא מאיינת לחלוטין את תניית הפיצוי המוסכם במקרים מעין אלה: השניה – לגזור מעקרון תום הלב את חובתו של הנפגע לפטור את המפר מאחריות לגרימת החלק של נזקי ההפרה שלא בשליטתו. לטעמי, דרך זו ננקטה למעשה בעניין **רנדור וזקן** מבלי שבית המשפט נדרש לעקרון תום הלב. את גישת תום הלב של **שלו ואדר** ניתן לשלב במסגרת דוקטרינת האשם התורם, המושתתת גם על עקרון תום הלב, היות שהתנהגותו של הנפגע באותם מקרים תרמה לנזק. כך עשיתי בעניין **מי ערד**,<sup>121</sup> שם נקבע כי חלק מהאשמה רובצת לפתחו של הקבלן, ועל כן הושתו על המזמין רק 50% מסכום ריבית הפיגורים, בבחינת "אשם תורם" של הקבלן.

118 וראו עניין **זאבי**, לעיל ה"ש 83, פס' 59, שם אמר השופט דנציגר כי "בשאלת סבירות ריבית ההפרה במקרה דנן, יש לבחון את שני המשתנים שמכפלתם יוצרת את סכום ריבית ההפרה הכולל: שיעור ריבית ההפרה ומשך התקופה שבה נגבתה ריבית זו".

119 לעיל, בטקסט הצמוד לה"ש 78, המפנה לבורנובסקי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 199–200.

120 שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 511.

121 עניין **מי ערד**, לעיל ה"ש 5, פס' 18.

השאלה של תקופת הפיצוי התעוררה גם בעניין **גמחל**.<sup>122</sup> באותו מקרה נפסק כי חוזה למכירת חנויות בשוק קניין הופר בידי היזמים, וכי רוכשי היחידות זכאים לסעד של ביטול ההסכם והשבה. לפי פרשנות ההסכם נקבע כי רוכשי היחידות אינם זכאים לפיצוי המוסכם העתי שנקבע בחוזה בגין עיכוב במסירת הממכר לתקופה **שלאחר** ביטול החוזה. השופטת (כתוארה אז) נאור מבחינה בין מקרה זה לבין עניין **רנדור**<sup>123</sup> ועניין **זקן**.<sup>124</sup> שם העסקה מושא החוזה נמשכה הגם שהנפגע הוא שהשלים את העסקה בעצמו או באמצעות אחר, ולכן היה מקום לחייב בפיצוי המוסכם העתי גם לאחר ביטול החוזה. לא כך כשהנפגע מגלה דעתו כי אינו מעוניין להמשיך בקיום החוזה ובביצוע החיוב. הפיצוי המוסכם בחוזה נועד לפצות קונה העומד על זכותו החוזית לקבל את החזקה בממכר, אך משבוטל החוזה בידי רוכשי היחידות והם אינם עומדים על זכותם לקבל את הממכר, אין מקום לפסיקת פיצוי מוסכם לתקופה שלאחר ביטול החוזה.

לסיכום נושא זה, במקרה של פיצוי מוסכם עתי לא ימשיך המפר לחוב בפיצוי עד בלי קץ, והגבול לתקופת החיוב הוא פעולה של הנפגע בזמן סביר להשלמת החוזה, אם בעצמו ואם בהתקשרות בחוזה חלופי.<sup>125</sup>

## 2. חילוט כפיצוי מוסכם

בדומה לתרופת הקיזוז, גם החילוט הוא פעולה שהנפגע רשאי לנקוט כסעד עצמי חד-צדדי מבלי לפנות לערכאות. נושא החילוט בהקשר של פיצוי מוסכם נדון בספרם של שלו ואדר,<sup>126</sup> ואעמוד עליו בקצרה, תוך הדגמת הדברים. סעיף 15(ג) לחוק התרופות קובע כלהלן:

לענין סימן זה, סכומים שהמפר שילם לנפגע לפני הפרת החוזה והצדדים הסכימו מראש על חילוטם לטובת הנפגע, דינם כדין פיצויים מוסכמים.

דוגמה קלסית לחילוט היא מקום שבו הקונה המפר כבר שילם למוכר, והמוכר מבטל את ההסכם בשל ההפרה ומשיב לקונה את התמורה שכבר שילם, בהפחתת הפיצוי המוסכם כפי שנקבע בחוזה. דוגמאות נוספות – חילוט דמי הרשמה לרכישת דירה, כאשר הקונה מבקש לבטל את הרשמתו, או הסכם מכר בתשלומים, שבו נקבע כי אם הקונה יפגר באחד התשלומים, יהיה עליו להחזיר את הממכר למוכר מבלי שהמוכר יחויב בהשבת התשלומים שכבר בוצעו. בעניין **קרן הגימלאות**<sup>127</sup> אמר בית המשפט כי גם שלילת זכויות סוציאליות של חבר באגודה שיתופית נתפסת כתניית חילוט, ועל כן רשאי בית המשפט להפחית את הסכומים שנשללו מהחבר, בגדר סמכות ההפחתה לפי סעיף 15(א)

122 לעיל ה"ש 42.

123 עיל ה"ש 41.

124 לעיל ה"ש 116.

125 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 692–693; שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 508–510. עניין **זאבי**, לעיל

ה"ש 83, פס' 72.

126 שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 524–526.

127 ע"א 1795/93 **קרן הגימלאות של חברי אגד בע"מ נ' יעקב**, פ"ד נא(5) 433, 453 (1997).



לחוק התרופות. גם חילוט של פיקדון במסגרת הליך מכרז נתפס כפיצויים מוסכמים שנועדו לפצות את עורך המכרז על ההוצאות והנזקים שנגרמו לו בשל חזרה של מציע מהצעתו או מזכייתו.<sup>128</sup> ככלל, עם ביטול החוזה קמה חובת השבה, אך הצדדים יכולים להתנות על כך בדרך של הוראת חילוט. הלכה למעשה יש שני מצבים של פיצוי מוסכם – האחד צופה פני עבר, כאשר הסכום שולם והצדדים הסכימו כי לא יוחזר במקרה של הפרה, והשני צופה פני עתיד, כאשר הסכום טרם שולם, אך הוסכם כי ישולם במקרה של הפרה. זאת, בדומה להבחנה בין קיזוז לבין ניכוי. תרופת הקיזוז היא סעד עצמי שצד יכול לנקוט, ובלבד שנותרו בחזקתו סכומים המגיעים למפר, ותרופת הניכוי עומדת לנפגע הזן כסעד עצמי והן כאשר כבר שילם למפר עבור הממכר או המלאכה או השכירות.<sup>129</sup> החילוט יכול שייעשה מבלי לקבוע מראש את שיעורו. לדוגמה, נכס מושכן כערוכה לחיוב כספי, ובהסכם בין הצדדים נקבע כי אם הנכס ימומש בסכום העולה על סכום החוב, יישאר עודף הכספים בידי הנושה-בעל המשכון. במקרה כאמור אני סבור כי ניתן לראות בהוראה מעין זו הוראת חילוט שדינה כדין תניית פיצוי מוסכם לכל דבר ועניין.

להוראת סעיף 15(ג) אפשר שתהיה משמעות מרחיקת לכת מבחינת נפגע שחילט תשלום או פיקדון ששולם לו. אם הנפגע יגיש תביעה לפיצוי על מלוא הנזקים שנגרמו לו, הוא עלול להיתקל בטענה כי בעצם החילוט כבר גילה דעתו שבחר בתרופת הפיצוי המוסכם, וכי הוא מנוע מלתבוע פיצוי נוסף. לכן נפגע שמבקש לראות בחילוט אך תשלום על חשבון הפיצוי בגין הנזק שנגרם לו בפועל, טוב יעשה אם יבהיר מראש כי אין בחילוט הפיקדון משום בחירה במסלול הפיצוי המוסכם.

גם חילוט של נכס יכול להיחשב פיצוי מוסכם. בחוזי קבלנות מקובל לכלול סעיף השולל את זכות העיכובן העומדת לקבלן על פי סעיף 5(א) לחוק חוזה קבלנות. המשמעות היא שהמזמין מחלט למעשה את כל העבודות שהקבלן ביצע בשטח גם אם שווי העבודות שבוצעו עולה על השכר ששולם לקבלן, וכך ניתן לראות בעודף העבודות פיצוי מוסכם. תניה מקובלת נוספת בחוזי קבלנות היא שעם סילוק ידו של הקבלן מאתר הבנייה הקבלן אינו רשאי ליטול מהאתר חומרים או מתקנים שנדרשו לצורך ביצוע העבודות, כגון פיגומים שהקים. האם ניתן לראות בכל אלה בגדר חילוט? הסעיף נוקט את המילים "סכומים שהמפר שילם לנפגע", ולכן על פי פרשנות מילולית אין מקום לראות בזה פיצוי מוסכם.<sup>130</sup> מנגד יכולה להישמע הטענה כי בפיצוי מוסכם מוסווה עסקינן, ובנקודה זו אנו מגיעים לנושא הבא.

## 1. פיצוי מוסכם מוסווה וריבית הסכמית כפיצוי מוסכם

לא תמיד נוקטים הצדדים את המילים המפורשות "פיצוי מוסכם", ולעתים הפיצוי המוסכם מוסווה במסגרת אחת התניות בחוזה. לסיווג תניה בחוזה כפיצוי מוסכם יש כמה נפקויות, והחשובה שבהן היא שמכותו של בית המשפט להפחית את הפיצוי על פי סעיף 15(א) לחוק.

128 ע"א 9347/01 וייפיש נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נז(5) 241 (2003); ע"א (מחוזי ב"ש) 12-11-2012-23270 מינהל מקרקעי ישראל נ' פ' הרשקוביץ הנדסה אורחית בע"מ (פורסם בנבו, 30.9.2013).

129 תרופת הניכוי מופיעה בשלושה חיקוקים: ס' 28 לחוק המכר, תשכ"ח-1968; ס' 4(א)(2) לחוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974; ס' 9(א)(2) לחוק השכירות והשאילה, תשל"א-1971. על תרופת הניכוי וחוסר האפקטיביות שלה ברוב המקרים ראו דוד אלקינס ומשה גלברד "איי-ההתאמה של תרופת הניכוי: על הכדאיות המוגבלת של ניכוי מהמחיר בדין הישראלי" משפטים מ 183 (תש"ע).

130 ככלל, חילוט מוסכם יכול להתייחס לסכומי כסף או לפריטי רכוש – שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 524.

הוראה בחוזה שלפיה במקרה של הפרה לא יזכה הקבלן לתשלום בגין כל העבודות שביצע עד למועד ההפרה היא תניית פיצוי מוסכם מוסווה.<sup>131</sup> כאשר במסגרת הסכם פשרה נקבע כי איחור בקיום חיוב יחייב את הצד המפר לשלם בגין כל יום או כל חודש של איחור סכום מסוים, מדובר לכאורה בפיצוי מוסכם. אלא שלפי המבחן שמציעים שלו ואדר, יש להבחין בין פיצוי מוסכם שנקבע מראש, במצב שטרם התרחשה הפרה של ההסכם, לבין הסכמה על סכום פיצוי בדיעבד בעקבות הפרה של ההסכם, ובתניה מעין זו אין לראות כלל פיצוי מוסכם.<sup>132</sup> לעתים הסכם הפשרה נוקט לשון אחרת, בתניית האצה כגון "היה ולא ישולם סכום X עד ליום 1.7.2016. יהיה סכום החיוב 150% מסכום X", או "היה ותוך 60 יום לא ישולם סכום X, אזי מלוא החוב יעמוד לפרעון מיד". תניות מעין אלה הן מעשה של יום ביומו בהסכמי פשרה למיניהם, שנעשים לעתים בעידוד או בהמלצה של בית המשפט. אם נסווג תניות מעין אלה כפיצוי מוסכם מוסווה, יש לכך נפקות מבחינת סופיות הפשרה, באשר המפר יכול להעלות את הטענה כי בפיצוי מוסכם מוגזם עסקינן, שבית המשפט מוסמך להפחיתו.<sup>133</sup> בפסיקה נקבע כי התחייבות לפרעון מדי של מלוא סכום החוב במקרה של הפרת הסכם פשרה אינה בבחינת פיצוי מוסכם מוסווה,<sup>134</sup> מן הטעם שהדבר אינו עולה בקנה אחד עם כוונת הצדדים, אך גם משיקולי מדיניות, כדי לעודד הסכמי פשרה. תוצאה זו עולה בקנה אחד עם המבחן שמציעים שלו ואדר, כאמור לעיל.

דוגמה נוספת: בהסכם נקבע כי אם הלווה-הממשכן לא יפרע עד לתאריך מסוים את ההלוואה בסכום של מיליון ש"ח, יהיה המלווה-בעל המשכנתה זכאי לקבל לבעלותו את הדירה ששווייה שני מיליון ש"ח. לפנינו חפיפה בין הסוגיה של משכון מוסווה לסוגיה של פיצוי מוסכם מוסווה. שאלה נכבדה היא אם ניתן לראות בריבית הסכמית פיצוי מוסכם מוסווה. בנושא זה ניתן להצביע על כמה אבני דרך בפסיקה, שהגיעו לשיא בפרשת **זאבי**,<sup>135</sup> שעליה אעמוד בהמשך. בעניין **מע"ץ**<sup>136</sup> היה מדובר בחברה, לקוחה של הבנק, שהמחתה לבנק על דרך שעבוד את זכויותיה לקבל כספים על פי הסכם בינה לבין מע"ץ. בשל עיקולים שהוטלו על כספי החברה במע"ץ סירבה האחרונה להעביר את הכספים לבנק על אף ההלכה שלפיה המחאה גוברת על עיקול מאוחר. לבסוף חויבה מע"ץ להעביר את הכספים לבנק, ועלתה השאלה אם יש לחייב אותה גם בריבית חשב על הכספים שעוכבו תחת ידה. זאת, לפי ההסכם שבין החברה לבין מע"ץ, שבו נקבע כי במקרה של אי-תשלום במועד יישא התשלום ריבית החשב הכללי. התביעה התקבלה, ובאמרת אגב התייחס הנשיא ברק אל הוראה זו כ"מבטאת מנגנון של פיצויים מוסכמים", בקבעו כי הסדר הפיצוי המוסכם עומד בעינו גם כלפי הבנק שאליו המחתה החברה את זכותה כלפי מע"ץ.

131 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 687.

132 שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 490-491; ראו בדומה לזה אצל פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 693.

133 לדוגמאות שונות בסוגיה זו ראו פרידמן וכהן, שם, בעמ' 688-690.

134 ע"א 1756/11 עו"ד קרול חבה נ' בנק הפועלים בע"מ, פס" 24 (פורסם בנבו, 8.4.2013).

135 לעיל ה"ש 83.

136 ע"א 7871/98 מדינת ישראל – מע"צ מחלקת עבודות ציבוריות נ' יואב לוינסון, עו"ד כונס נכסים, פ"ד

נח(6) 340 (2004).

בעניין **מי ערד**<sup>137</sup> חויבה המדינה בתשלום ריבית פיגורים של החשב הכללי בגין סכומים שלא שולמו במועד לתובעת, והמדינה טענה כי היה צריך לחייבה בריבית חשב רגילה. בפסק הדין נדחתה טענת המדינה, אך הסכום הופחת למחצית בשל אשם תורם של הקבלן. נקבע כי ריבית הפיגורים היא פיצוי על פי ההסכם, וניתן לראות בה גם פיצוי מוסכם, שאמנם בעניינו לא חל הנטל של הקטנת הנזק, אך אין מניעה להחיל את דיני האשם התורם. מקרה זה ממחיש את השימוש בדוקטרינת האשם התורם כ"שלושה" של עקרון תום הלב, על מנת להפחית את הפיצוי המוסכם.<sup>138</sup>

בדומה לזה נקבע בפסק דין נוסף כי תניה הקובעת כי סכום שלא שולם במועדו יישא ריבית פיגורים היא תניה של פיצויים מוסכמים.<sup>139</sup>

על רקע פסקי דין אלה הגיע פסק הדין החשוב בפרשת **זאבי**. חברות זאבי הוקמו כדי לרכוש את חברת בזק בשל הליך ההפרטה שהיה אמור להעלות במידה ניכרת את ערכן של מניות בזק. לשם כך נטלו חברות זאבי הלוואה מקונסורציום של שבעה בנקים. במסגרת הסכם ההלוואה בין הבנקים לבין חברות זאבי העמידו הבנקים הלוואה של 733 מיליון דולר לתקופה של שנתיים. בהסכם נקבע כי סכום שלא ייפרע במועדו יישא ריבית בשיעור העולה ב-3% לשנה על הריבית ההסכמית (להלן: **ריבית ההפרה**). משלא נפרעה ההלוואה במועד, החלו הבנקים לחייב בריבית ההפרה. בשלב מסוים התמנה כונס נכסים מטעם הבנקים למימוש השעבודים שניתנו כבטוחה להלוואה. הכינוס כלל גם את מניות בזק, לרבות הדיבידנדים שחילקה בזק בסכומי עתק של כ-1.3 מיליארד ש"ח, שהפחיתו את חובן של חברות זאבי לבנקים. בהמשך מכר הכונס את מניות בזק בסכום כולל של 3.1 מיליארד ש"ח. הסכומים שהתקבלו מהכינוס כיסו את כל חובותיהן של חברות זאבי כלפי הבנקים, ובקופת הכינוס אף נותרה יתרה של חצי מיליארד ש"ח, והיא הוחזרה לחברות זאבי. החברות עתרו בתביעה לחייב את הבנקים להשיב להן כ-830 מיליון ש"ח, שלטענתן נגבו ביתר בגין ריבית ההפרה שהיא פיצוי מוסכם עונשי. עוד נטען כי במועד כריתת ההסכם לא צפו הצדדים את האפשרות כי במקרה של הפרה יימשך תהליך כינוס הנכסים יותר משבע שנים, והצדדים לא התכוונו כי ריבית ההפרה תחול במשך פרק זמן ארוך כל כך.

בית המשפט המחוזי קיבל את הטענה כי ריבית ההפרה היא בגדר פיצוי מוסכם, אך קבע כי זאבי לא עמדו בנטל להראות מהם הנזקים שהיה ניתן לצפותם מראש במועד כריתת ההסכם, שהם בבחינת תוצאה מסתברת של ההפרה, בשונה מהנזקים שאירעו בפועל. עם זאת נקבע כי שני הצדדים לא צפו כי תקופת כינוס הנכסים תימשך שבע שנים. בית המשפט המחוזי התערב והפחית את ריבית ההפרה לשיעור של 2.5% מעבר לריבית ההסכמית החל מחלוף כחמש שנים (מה שהתבטא בהשבה של כ-50 מיליון ש"ח לחברות זאבי). בית המשפט מצא להתערב בריבית ההסכמית מכוח סמכותו לפי סעיף 15 לחוק התרופות, ולחלופין על פי פרשנות של החוזה וקריאה לתוכו של מגבלת ריבית, בין מכוח עקרון תום הלב ובין מכוח תנאי מכללא.

137 לעיל ה"ש 5.

138 וראו עמדתם של שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בנוגע להבחנה בין דוקטרינת האשם התורם לעקרון תום הלב.

139 רע"א 8429/06 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 1.7.2007). באותו מקרה דובר בהסכם שיפוי בין המוסד לביטוח לאומי לבין חברות הביטוח.

שני הצדדים הגישו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. השופט דנציגר, בבית המשפט העליון, התמקד אך ורק בסוגיית הפיצוי המוסכם וקבע – בהסתמכו על הפסיקה שהזכרנו לעיל – כי ריבית ההפרה היא פיצוי מוסכם. נדחתה טענת הבנקים כי הריבית היא חלק מ"המחיר החוזי" שסוכם בין הצדדים, בבחינת תמחור כלכלי של הבנקים את הסיכון במצב של כשל בהחזר ההלוואה. כן נדחתה טענת הבנקים שיש לערוך הבחנה בין ריבית הפרה/פיגורים שנכללה בהסכם הלוואה בין בנק ללקוח לבין ריבית הפרה/פיגורים שנכללה בהסכם הלוואה בין בנק – לקוח מדובר בעניין שבליבת העסק של הבנק (קרי – מתן הלוואות ותמחור "המחיר החוזי" לפי רמת הסיכון). נקבע כי אף אם מבחינה כלכלית ריבית ההפרה היא מנגנון לגיטימי לגידור ולתמחור הסיכונים כחלק מ"מחיר העסקה", מבחינה משפטית מדובר בפיצוי מוסכם כיוון שמדובר בריבית נוספת על הריבית ההסכמית, ריבית ש"נכנסת לפעולה" ממועד הפרת הסכם הלוואה בלבד, וכי שאלת "המחיר החוזי" או רמת הסיכון המוגבר שאליו נחשפים הבנקים רלוונטית לשלב של בחינת סבירות הריבית לצורך הפעלת סעיף 15(א) לחוק.

בנקודה זו עבר השופט דנציגר לבחון את סבירות הריבית ההסכמית, בהתחשב בכך שמדובר בפיצוי מוסכם עתי, תוך בחינת שיעור הריבית ומשך התקופה שבה נגבתה. אשר לשיעור הריבית, בשל הנתונים שהביאו הבנקים, שמהם עלה כי שיעור ריבית ההפרה דומה לזה שנקבע בהסכמי הלוואה אחרים, נקבע כי ריבית ההפרה, כשלעצמה, היא סבירה. מה שהטה את הכף לחובת הבנקים היה המשתנה השני, של משך התקופה, לאור הפסיקה שסקרנו לעיל, ולפיה אין להניח שהיה בכוונת הצדדים לקבוע חיוב בפיצוי מוסכם עתי עד אין קץ. בבואו ליישם עקרונות אלה הגיע השופט דנציגר למסקנה כי המועד הסביר הוא אמנם יותר מתום שנה ממועד השלמת הליך ההפרטה של בזק, אך מאחר שבשלב מסוים (מחצית שנת 2007) עלה שווי מניות בזק על סכום החוב של החברות לבנקים, נקבע כי לא הייתה כלל הצדקה לחייב את זאבי בריבית ההפרה, ולכן יש לבטלה לחלוטין מאותו שלב ועד לסיום הליכי הכינוס (מה שהתבטא בהשבה של כ-250 מיליון ש"ח לחברות זאבי).

את הרציו של פסק הדין בעניין זאבי ניתן להעמיד על בסיס צר, ולפיו מקום שבו שווי הביטחונות עולה בנקודת זמן כלשהי על סכום החוב אין הצדקה לחייב כלל בריבית פיגורים. מנגד, ניתן להעמיד את הרציו על בסיס רחב יותר, ולפיו ניתן לסווג ריבית פיגורים בנקאית כפיצוי מוסכם אגב התערבות בסכום הפיצוי בשל התמשכות ההליכים. ואכן, בהחלטה הדוחה את הבקשה לדיון נוסף<sup>140</sup> קבע השופט ג'ובראן, כדבר מובן מאליו, כי הסיווג של ריבית פיגורים כפיצוי מוסכם הולך בעקבות פסיקה קודמת, שחלקה נזכר לעיל, ואף שאותה פסיקה לא עסקה בבנקים, יש לראות בפסק הדין בעניין זאבי התפתחות דוקטרינרית טבעית של יישום הלכה קודמת ולא הלכה חדשה בנושא.

לטעמי, הסיווג של ריבית פיגורים כפיצוי מוסכם גם ביחסי בנק-לקוח היא קפיצת דרך של ממש. ניתן לטעון כי ריבית הפיגורים הבנקאית משקפת את עלות האשראי שהלקוח יכול להשיג בנקודת הזמן של פיגור בהלוואה, ועל כן אין לראות בה ריבית מופרזת שיש להפחיתה. קריאה זהירה של פסק דין זאבי מעלה כי השופט דנציגר אכן לא השתית את פסק דינו על שיעור ריבית ההפרה כשלעצמה אלא על התמשכות ההליכים.

140 דנ"א 6076/15 בנק הפועלים נ' זאבי (פורסם בנבו, 12.10.2015).

למקרא פסק הדין בעניין זאבי קשה שלא להרהר שמא אילולא סכומי העתק שהיו מעורבים בעסקה לא היינו זוכים לפסק דין זה, שאי אפשר להפריז בחשיבותו ובהשלכותיו על יחסי לווים-בנק ועל התנהלות מערכת הבנקאות בכלל. בעניין זאבי היה מדובר בצדדים מתוחכמים, שהיו מיוצגים לכל אורך הדרך במיטב הייעוץ המשפטי. בית המשפט הגדיר את ההסכם בין הצדדים "חוזה מסחרי ייחודי", קבע כי הנטל המוטל על זאבי הוא כבד ביותר, אך למרות זאת התערב בשיעור הפיצוי המוסכם. ניתן לטעון כי הנכונות להתערב צריכה להיות גדולה יותר כאשר מדובר בלקוח מן השורה, שאז הפער ביחסי הכוחות בין הבנק לבין הלקוח והצורך להגן על "המפר התמים" גדולים עשרת מונים. זאת ועוד, בעניין זאבי התמחור של הבנק את הסיכון לצורך קביעת ריבית ההפרה נעשה בין היתר בהתחשב בכך שהיה מדובר בהלוואה מסוג Non-Recourse (הלוואה ללא זכות חזרה ללווה כשהבטוחה היחידה היא הנכס שנרכש באמצעות המימון). לא כך במצב הדברים הנוהג בעניינו של לקוח רגיל, המעמיד לרשות הבנק בטוחות שונות להבטחת פירעון ההלוואה, לרבות שעבודים וערבויות אישיות (אם כי גם זאבי עצמו העמיד ערבות אישית עד לסכום של 30 מיליון ש"ח).

לפי ההלכה שריבית פיגורים בנקאית היא פיצוי מוסכם, וגם בהנחה כי שיעור הריבית הוא סביר כשלעצמו, הרי שבשל ההתמקדות בעניין זאבי בשאלת משך התקופה עולה מאליה השאלה אם גם חיוב בריבית בנקאית חריגה הוא פיצוי מוסכם, ועד מתי ניתן לחייב בריבית חריגה. לשאלה זו אפשר שתהינה השלכות רוחב על מערכת הבנקאות, על יחסי בנק-לקוח ועל מצבם הכלכלי והמשפטי של מאות אלפי חייבים, הנאנקים בלשכות הוצאה לפועל במשך שנים רבות, אל מול הריבית הבנקאית החריגה המצטברת ותופחת עם השנים. ברגיל, פסק דין שניתן נגד חייב של בנק כולל פסקה שלפיה תצטבר על החוב ריבית חריגה ששיעורה ישתנה על פי שיעורי הריבית הנוהגים בבנק מעת לעת. עם חלוף הזמן ריבית פיגורים הסכמית, שנקבעה בהסכם אשראי בנקאי, עשויה להיתפס כפיצוי מוסכם עתי שראוי להפחיתו.<sup>141</sup> לפי פסק דין זאבי ניתן להגיע למסקנה כי אין להניח שהיה בכוונת הצדדים לקבוע חיוב בריבית פיגורים לתקופה של שנים. אכן, יש בכך התערבות בתוכן החוזה, אך התערבות אפשרית במסגרת סעיף 15(א) לחוק התרופות המאפשר להפחית פיצוי מוסכם. לתוצאה זו ניתן להגיע גם בדרך של פרשנות שלפיה אומד דעתם של הצדדים באשר לפיגור בתשלום הוא שהכוונה לפיגור שגרתי, אך לא למקרה שבו הפיגור מתארך וננקטים הליכים משפטיים. בדרך זו הלכה הפסיקה לפני שנים רבות, ונביא את הדברים כלשונם:

אולם יש מרווחי זמן, והם בעיקר אלו הנגרמים עקב מחלוקת בסיסית המתמשכת שנים עקב הבאתה לערכאות, בהם מאבדות ההוראות החוזיות בדבר איחורים ופיגורים כל רלוואנטיות. כאשר הצדדים התייחסו לפיגורים ולאחוריים, התכוונו לאלו הצמודים עדיין לביצוע החוזה כהלכתו וכפשוטו, כאשר יש צורך לתת ביטוי לתקלות האנושיות או העסקיות הרגילות, שבגללן יכול להתהוות פיגור כלשהו.

<sup>141</sup> למסקנה דומה הגיעה שופטת בית המשפט המחוזי ורדה אלשייך כאשר היה מדובר בחייבים חדלי פירעון, מן הטעם שבריבית גבוהה "אוכלת כול" יש כדי לפגוע בנושים אחרים – בש"א (מחוזי ת"א) 2024/01 כץ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פס' 54 (פורסם בנבו, 13.6.2002); פש"ר (מחוזי ת"א) 1221/02 עו"ד קוטלר נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו, 23.5.2004).

[...] הפירוש הנכון והסביר של הסעיף – היינו אומד עתם של הצדדים – לגבי ריבית של 11% על פיגור בתשלום, הוא, שהכוונה היא לפיגור שגרתי במהלך ביצוע החוזה, אך לא למקרה בו מתפתחים הליכים משפטיים כגון אלה שנתקיימו כאן. ברגע שהחלו הליכים משפטיים, במקרה שלנו על-מנת לפרש חלק מסוים מן החוזה, אין עוד המדובר בפיגור רגיל תוך מהלך ביצוע החוזה אלא בהשהיה מכוונת של התשלום עקב הליכים משפטיים ההולכים ומתנהלים.<sup>142</sup>

מה הוא אפוא גבול השנים שיציבו בתי המשפט להצטברות ריבית פיגורים עד לנקודה שבה סכום הפיצוי הכולל הופך לבלתי סביר ביחס לנזקים שיכלו הצדדים לצפות במועד כריתת החוזה? שאלה זו מתחדדת לאור דעתם של שלו ואדר שלפיה יש לבחון את סבירות הפיצוי המוסכם על פי ציפיותיו של המפר.<sup>143</sup> ימים יגידו, והמלאכה מוטלת לפתחן של הערכאות הדיוניות להציב את נקודת הגבול שממנה ואילך יופחת הפיצוי ותיקבע ריבית אחרת, לפי סמכות בית המשפט לפי סעיף 15(א) לחוק. וכפי שנאמר בעניין **זאבי**, ההפחתה יכול שתיעשה באחת משתי הדרכים: קיצור התקופה שבה תשולם הריבית החריגה או הפחתה של הסכום הכולל.

## סיכום

הפיצוי המוסכם הוא נושא פרקטי, המשמש בחיי המעשה מאחר שתניית פיצוי מוסכם נפוצה עד מאוד בחוזים מסחריים, חוזי מכר-קבלנות-שכירות וגם בחוזים צרכניים למיניהם. לתרופת הפיצוי המוסכם יתרונות רבים, הן במישור הדיוני והן במישור המהותי, ובעיקר היא פוטרת את הנפגע מהצורך להוכיח את הנזק שנגרם לו בפועל.

בנושא של פיצוי מוסכם קיימת פסיקה ענפה וכתובה ענפה, אולם כפי שנוכחנו לדעת, בכוחה של המציאות לעורר קושיות חדשות שטרם ניתן להן מענה ממצה. מאמר זה ביקש לעמוד על חלק מהשאלות ומהאתגרים שעלו ברבות השנים, בהתייחסו לגישות השונות בספרות, בדגש על כתביה של כלת המפעל, פרופ' גבריאלה שלו. עמדנו לעיל על כמה סוגיות הקשורות לתרופה נפוצה זו, שחלקן לא נדונו בכתביה של שלו, כגון הפיצוי המוסכם במישור הדיוני – נדונה סוגיית הסמכות העניינית של בית המשפט והקושי שנובע מחלוקת הסמכויות במקרקעין בין המחוזי לשלום, וכן נדונה העלאת הטענה בכתבי הטענות והטעות הנפוצה של בעלי דין אשר זונחים את טענת ההפחתה בכתב ההגנה; פיצוי מוסכם מוסווה ופרשת **זאבי** – המאמר העלה לדיון שאלה הנוגעת לריבית פיגורים במוסדות פיננסיים וליכולת של בית המשפט להפחיתם, מן הטעם שייתכן כי מדובר בפיצוי מוסכם; פיצוי מוסכם ואשם תורם – המאמר הציג תזה שפסק הכותב בפסק הדין בעניין **מי ערד**, ולפיה ניתן להפחית את הפיצוי המוסכם באמצעות אשם תורם של הנפגע; פיצוי מוסכם ופגם בכריתה – המאמר הציג פרקטיקה שלפיה המצג הטרומי-חוזי מעוגן בחוזה, שאזי המצג הופך להתחייבות חוזית, ובמקרה כאמור יחול

<sup>142</sup> ע"א 275/83 עיריית נתניה נ' "סחף" חברה ישראלית לעבודות פיתוח בע"מ, פ"ד מ(3) 235, 242–243 (1986).

<sup>143</sup> ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 498. ראו גם הדיון בטקסט לה"ש 81.

הפיצוי המוסכם; פיצוי מוסכם בחוזה אחיד – המאמר מדגיש כי שלא חוזים רגילים, בחוזים אחידים יש לבית המשפט סמכות לפסול כליל את תניית הפיצוי המוסכם כאשר מדובר בתנייה מקפחת; פיצוי מוסכם ופרשת קניונים – המאמר התייחס לעמדות השונות הקיימות כלפי פסק דין זה ומגיע למסקנה כי גישת הצירוף החלקי יוצרת אי-בהירות, וכי באותו מקרה היה מדובר בכפל תרופות, ומנגד לא היה מקום להפחתת הפיצוי המוסכם; פיצוי מוסכם ותוחלת הנזק – המאמר מציע מבחן נוסף לבחינת סבירותו של הפיצוי המוסכם, בדמות מבחן תוחלת הנזק. על מנת להקל על הקורא ולסכם את הדברים אציג להלן, הצגה "טלגרפית", את המסקנות והעקרונות העיקריים שניתן לחלץ מהפסיקה בחלק מהסוגיות שנדונו במאמר.

#### 144. בנושא סמכותו של בית המשפט להתערב בתוכן החוזה ולהפחית את שיעור הפיצוי:

- (-) הנטל על מבקש ההפחתה.
- (-) סמכות בית המשפט היא להפחית את תניית הפיצוי המוסכם אך לא לבטלה.
- (-) ההפחתה תיעשה במקרים נדירים שבהם לא נמצא כל יחס סביר לנזק, ולו בדוחק.
- (-) היחס הסביר נבחן בעת כריתת החוזה ולא במועד ההפרה, ולא על פי הנזק שנגרם לנפגע בפועל.
- (-) בחינת הצפיות והיחס הסביר בעת כריתת ההסכם נעשית אל מול ההפרה הקונקרטית שבגינה נתבע הפיצוי ולא אל מול כל הפרה שהיא.
- (-) לצורך בחינת היחס הסביר אפשר שתהיה חשיבות ליחס בין סכום הפיצוי המוסכם לבין שווי האובייקט מושא החוזה.
- (-) ההפחתה נעשית על דרך הצמצום ולא ביד נדיבה, בשמירה על יחס סביר בין הפיצוי לבין הנזק שהיה ניתן לצפות מהפרת החוזה בשעת כריתתו.
- (-) תניה גורפת של פיצוי מוסכם הקובעת פיצוי אחיד בגין כל הפרה יסודית של החוזה או של אחת מההתחייבויות בחוזה חושפת את התניה להתערבותו של בית המשפט ולהפחתת הפיצוי המוסכם.
- (-) כאשר בחוזה אחיד עסקינן, בית המשפט רשאי לבטל את תניית הפיצוי המוסכם כתניה מקפחת, על פי חזקת הקיפוח הקבועה בסעיף 4(א) לחוק חוזים אחידים.

#### 145. בנושא של הצטברות פיצויים:

- (-) לא ניתן לתבוע הן פיצוי מוסכם והן פיצוי על נזק לא ממוני לפי סעיף 13 לחוק התרופות.
- (-) לא ניתן לתבוע הן פיצוי מוסכם והן פיצוי על נזק בפועל לפי סעיף 10 לחוק התרופות.
- (-) לא ניתן לתבוע הן פיצוי מוסכם כללי והן פיצוי מוסכם ספציפי בגין איחור במסירה.

144 לסיכום ההלכות הרבות הקשורות לסוגיה של הפחתת הפיצוי המוסכם, ראו פסקי הדין האלה: עניין אהרן, לעיל ה"ש 43; עניין זאבי, לעיל ה"ש 83; ע"א 3846/98 דהן נ' ביטון, פ"ד נד(4) 575, 566 (2000); עניין קניונים, לעיל ה"ש 123, פס' ח.

145 לסיכום ההלכות בסוגיה של הצטברות פיצויים, ראו פסק דיני בע"א 734/08 (מחוזי חי') אבירד אחזקות 1998 בע"מ נ' טאובר אפרת (פורסם בנוב, 11.5.2009).

(-) למרות זאת ייתכנו מצבים שבהם ניתן לתבוע במצטבר כמה פיצויים מוסכמים, אם אלה נועדו לראשי נזק נפרדים, וניתן גם לתבוע פיצוי מוסכם לצד פיצוי על פי סעיף 10 לחוק, בגין ראשי נזק שלא נכללו בפיצוי המוסכם.

(-) גם במקרים של חפיפה בין ראשי הנזק שנכללים בפיצוי המוסכם לבין ראשי נזק אחרים ניתן, על פי גישת הצירוף החלקי כשיטתם של אדר וגלברד, לפסוק את שתי התרופות במצטבר, ובלבד שהצירוף לא יביא לפיצוי יתר.

כפי שפתחנו ואמרנו, אף שמדובר בנושא שתלמיו נחרשו, עדיין קיימות סוגיות שהדיון בהן טרם מוצה. למשל, בנושאים של הצטברות הפיצוי, פיצוי מוסכם מוסווה והפחתת פיצוי מוסכם עתי, לרבות ריבית פיגורים, דומה כי הפסיקה טרם אמרה את המילה האחרונה, וטרם נתבררו השלכותיו של פסק הדין בעניין זאבי. ניתן להניח כי נושאים אלו, לצד נושאים נוספים בתחום דיני החוזים, יוסיפו להתלבן בעתיד בפסיקתם של בתי המשפט ובכתיבת מלומדים. חזקה על כתביה של פרופ' שלו כי יוסיפו לשמש עבורם "עמוד ענן לנחותם הדרך" בבואם לעשות כן.