

אל תסתמכו על זה

הדעה הרווחת היא שדיני התרופות בישראל מעניקים לנפגע מהפרת חוזה זכות תרופתית להגנה על אינטרס ההסתמכות. אלא שזכות כזו אינה מוכרת אצלנו, בוודאי לא בחוק התרופות או בהלכה מחייבת

יהודה אדר



ד"ר יהודה אדר, מרצה למשפט אזרחי בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה; ספרו (בצוותא עם פרופ' גבריאלה שלו) "דיני חוזים - התרופות: לקראת קודיפקציה של המשפט האזרחי" ראה אור לאחרונה

טרס ההסתמכות. האינטרס הוגדר במאמר כאינטרס של הנפגע לעמוד, מבחינה כלכלית, במקום שבו היה צפוי לעמוד אלמלא נכרת החוזה. אינטרס זה, טענו המחברים, זוכה בפועל להכרה נרחבת למדי, וראוי לו שיוכר כאינטרס לגיטימי לא פחות - ואולי אף יותר - מאשר אינטרס הקיום.

אף שרבים חלקו על התזה העיקרית של המאמר, אין כל ספק שהסיווג העיוני שהוצע בו השפיע השפעה של ממש על השיח המשפטי. בשיטת המשפט האמריקאית ובשיטות משפט שהושפעו ממנה משמשת ההבחנה בין האינטרסים נקודת מוצא של כמעט כל דיון אקדמי בנושא התרופות בשל הפרת חוזה. השפעה זו לא פסחה גם על המשפט הישראלי. בתי המשפט שלנו אימצו אותה ועשו בה שימוש בה-

קשרים שונים, תוך שהם שבים ומזכירים כי "מקובל לומר, שדיני התרופות בגין הפרת חוזה באים להגן על שלושה אינטרסים", וכי "נפגע הבוחר בכך יכול לתבוע... כל סעד או צירוף של סעדים, המייצגים את אחד האינטרסים שעליהם בא להגן חוק התרופות" (דברי הנשיא שמגר בע"א 1846/92 לוי נ' מבט בניה בע"מ, פ"ד מז(4) 49, 54-55 (1993); דברי השופט ברק בד"נ 20/82 אדרס

בפסיקה ובספרות המשפטית בישראל אין לך כמעט הנחה מושרשת מזו שלפיה דיני התרופות בשל הפרת חוזה נועדו להגן על שלושה אינטרסים: אינטרס הקיום (או הציפייה), אינטרס ההסתמכות, ואינטרס ההשבה. ברשימה זו אטען כי למעשה, אין לך כמעט הנחה שגויה מזו. מגוונות ככל שיהיו תכ-ליותיו של דין התרופות על הפרת חוזה - הגנה על אינטרס ההסתמכות של הנפגע אינה נכללת בהן.

ההבחנה הנזכרת בין שלושת האינטרסים של הנפגע מהפרת חוזה מקורה במאמר אקדמי מפורסם שראה אור בארצות הברית בשנת 1936. במאמר זה הועמדה במבחן ההנחה האורתודוקסית של דיני החוזים האנגלו-אמריקאיים שלפיה המטרה העיקרית של הסעד הכספי הניתן בתגובה לה-

פרת חוזה היא לפצות את הנפגע על אובדן העסקה (loss of bargain), קרי, על אובדן הרווח שאותו ציפה להפיק מקיום החוזה. מחבריו של המאמר, Fuller ו-Perdue, כפרו בהנחה מסורתית זו. הם טענו כי הסעד הכספי (damages) הניתן בתביעות חוזיות נועד להגשים - ומגשים בפועל - לא מטרה אחת כי אם קשת של מטרות, ובכללן הגנה על אינ-

הקושי המהותי הכרוך בהכרה באינטרס ההסתמכות נובע מכך שהכרה כזו אינה מתיישבת עם המשמעות הטבעית וההגיונית שצדדים לחוזה - ושדיני החוזים עצמם - מייחסים לפעולה המשפטית של כריתת החוזה



תמכות. סעיף 2 לחוק מזכיר אמנם את זכות הנפגע ל"פיצויים" מבלי להבהיר מה טיבם של פיצויים אלה. אלא שבאותה נשימה מבהיר הסעיף כי זכות זו כפוף להוראותיו הרלוונטיות של החוק. הוראות אלה, ובראשן הוראות סעיפים 10 ו-13 לחוק התרופות, מבהירות כי הנפגע זכאי (בהתקיים תנאי החוק) לפיצוי בגין נזקי ההפרה ולא בגין הנזקים שגרמה לו כריתת החוזה, קרי נזקי ההסתמכות על החוזה. הקושי המהותי הכרוך בהכרה באינטרס ההסתמכות נובע מכך שהכרה כזו אינה מתיישבת עם המשמעות הטבעית וההגיונית שצדדים לחוזה – ושידיני החוזים עצמם – מייחסים לפעולה המשפטית של כריתת החוזה. כריתת החוזה מעניקה לכל אחד מהצדדים זכות לתבוע מרעהו לקיים את חיוביו, בין בעין (אכיפה) ובין בשווה כסף (פיצויי קיום); אין היא מקימה – לאיש מן הצדדים לחוזה – זכות לתבוע מרעהו לערוב לכך שהשקעתו (של הראשון) בחוזה תישא פרי. אכן, הנחת היסוד של דין החוזים היא שכדי להיות זכאי להגנה על אינטרס הקיום, על

חומרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221, 266 (1988)). על פי גישה מקובלת זו, שזכתה אצלנו לתימוכין גם בספרות המשפטית, רשאי הנפגע מהפרת חוזה להעדיף תביעה לפיצויי הסתמכות על פני דרישה להגנה על אינטרס הקיום. אכן, בפסיקתו של בית המשפט העליון הושמעה במפורש הדעה כי "אין מניעה, למשל, לשלב תרופת אכיפה עם פיצויי הסתמכות" (דברי השופט נתניהו בע"א 156/82 **ליפקין נ' דור הזהב בע"מ**, פ"ד לט(3) 85, 96 (1985)), וכי גם אם בחר הנפגע לבטל את החוזה בשל ההפרה, הרי כשם שהוא רשאי לצרף לתרופת הביטול תביעה להשבה ולפיצויי קיום, כך הוא רשאי לצרף אליה תביעה לפיצויי הסתמכות (עניין **לוי נ' מבט**, בעמ' 56).

ההכרה הנרחבת של הפסיקה והספרות באינטרס ההסתמכות כאינטרס לגיטימי של הנפגע מהפרת חוזה מעוררת שני קשיים – קושי פורמלי וקושי מהותי. הקושי הראשון מתבטא בכך שבחוק התרופות אין כל זכר לזכותו של הנפגע לפיצויי הס-

כל צד להיות נכון לבצע את הפעולות הנדרשות ממנו לשם הגשמת אינטרס הקיום של הצד שכנגד. על ביצוע פעולות אלה מתחייב כל צד בעת כריתת החוזה, מתוך ציפייה ותקווה שהעלות הכרוכה בביצוען נמוכה מהתשואה שקיום החוזה (בידי רעהו) יאפשר לו להפיק. אלא שציפייה ותקווה אלה אינן ראויות להגנה משפטית. אכן, בהיעדר הסכמה מיוחדת בחוזה עצמו, אין להסיק מעצם התחייבותו של צד לחוזה לקיים חיוב נתון שנטל על עצמו, על התחייבות משתמעת לערוב גם לכך שהחוזה יהיה רווחי מבחינת רעהו. הסיכוי לרווח, כמוהו כסיכון להפסד, מוטל על כל אחד מהצדדים בנפרד. ההתקשרות בחוזה אינה משנה דבר בהיבט זה. משמעותה החשובה - והיחידה לענייננו - היא הפיכת אינטרס הקיום מאינטרס גרידא לזכאות משפטית מוגנת. אין היא בגדר חוזה ביטוח שמכוחו זכאי הנפגע - במקרה שיופר החוזה - להחזר מלא של השקעתו. בעוד שאינטרס הקיום הופך, מעת שנכרת חוזה, לאינטרס הראוי להגנת הדין, הרי אין כן הדין באשר לאינטרס ההסתמכות. הפרת החוזה אין בה כדי ליצור לגיטימציה פגועה חדשה שלא היתה נחלתו לפניו.

מן הראוי להבהיר כי הדברים שלעיל יפים אך ורק בכל הנוגע לתביעה לפיצויי הסתמכות המושתתת על הפרת החוזה. אין בהם כמובן כדי לערער על זכותו של מי שנח

כל צד להיות נכון לבצע את הפעולות הנדרשות ממנו לשם הגשמת אינטרס הקיום של הצד שכנגד. על ביצוע פעולות אלה מתחייב כל צד בעת כריתת החוזה, מתוך ציפייה ותקווה שהעלות הכרוכה בביצוען נמוכה מהתשואה שקיום החוזה (בידי רעהו) יאפשר לו להפיק. אלא שציפייה ותקווה אלה אינן ראויות להגנה משפטית. אכן, בהיעדר הסכמה מיוחדת בחוזה עצמו, אין להסיק מעצם התחייבותו של צד לחוזה לקיים חיוב נתון שנטל על עצמו, על התחייבות משתמעת לערוב גם לכך שהחוזה יהיה רווחי מבחינת רעהו. הסיכוי לרווח, כמוהו כסיכון להפסד, מוטל על כל אחד מהצדדים בנפרד. ההתקשרות בחוזה אינה משנה דבר בהיבט זה. משמעותה החשובה - והיחידה לענייננו - היא הפיכת אינטרס הקיום מאינטרס גרידא לזכאות משפטית מוגנת. אין היא בגדר חוזה ביטוח שמכוחו זכאי הנפגע - במקרה שיופר החוזה - להחזר מלא של השקעתו. בעוד שאינטרס הקיום הופך, מעת שנכרת חוזה, לאינטרס הראוי להגנת הדין, הרי אין כן הדין באשר לאינטרס ההסתמכות. הפרת החוזה אין בה כדי ליצור לגיטימציה פגועה חדשה שלא היתה נחלתו לפניו.

ההגנה על הנפגע

מהפרת חוזה אינה צריכה לכלול את הזכות לפיצוי על נזקי ההסתמכות על החוזה. תכליתו של הפיצוי החוזי היא להבטיח לנפגע פיצוי על נזקי ההפרה - שלגרימתם אחראי המפר, ולא על נזקי כריתת החוזה - שלגרימתם אחראי הנפגע עצמו

הקשיים שעליהם עמדתי נבחנו בהרחבה בפסק הדין המאלף שניתן בפרשת **מלון צוקים** (ע"א 3666/90

עיריית נתניה, פ"ד מו(4) 45,

73 (1992)). באותו מקרה הסכימו כל השופטים כי במקרה שנתקל הנפגע מהפרת חוזה בקושי אובייקטיבי להוכיח את היקף ההכנסות שהיו צפויות לו מקיום החוזה - ולכן גם את שיעורו של אינטרס הקיום שלו, מן הראוי להתיר לו לתבוע תחתיהם פיצויי הסתמכות. כל זאת מתוך ההנחה - שלא נסתר על ידי המפר - כי החוזה היה חוזה רווחי, קרי, חוזה שבו שיעורה של ההשקעה המתחייבת מצידו של הנפגע (אילו קיים החוזה עד תום) נמוך משיעורה של התשואה שקיום

החוזה בידי המפר היה מצמיח לנפגע. ודייקו: בכך לא הכיר בית המשפט העליון בזכותו של הנפגע מהפרת חוזה להגנה על אינטרס ההסתמכות. כל שניתן קבע הוא שכל עוד לא הוכח כי החוזה אינו רווחי אין מניעה מלממש את ההגנה על אינטרס הקיום - לפחות באופן חלקי - באמצעות פסיקת פיצויי הסתמכות. זאת, כאמור, מתוך הנחה ששיעורם של אלה קטן משיעורם של פיצויי הקיום שהיו נפסקים לטובת הנפגע אלמלא מנעה ממנו ההפרה (שסיכלה את אפשרות הקיום של החוזה) להוכיח את שי

שף לחוסר תום לב במשא ומתן לתבוע מהצד השני פיצויי הסתמכות ("פיצויים שליליים") בגין הנזק שנגרם לו עקב כריתתו של חוזה הפסדי, שבו התקשר כתוצאה מחוסר תום לבו של הצד השני. זכות זו מעוגנת בסעיף 12(ב) לחוק החוזים והיא נתפסת - בצדק רב - כזכות מוקנית של הנפגע מהפרת חוזה תום הלב במשא ומתן (להבדילה מן הזכות לפיצויי קיום, שעל פי ההלכה הפסוקה לא תוכר אלא במקרים חריגים - ראו ע"א 6370/00 **קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ**, פ"ד נו(3) 289



כריכת ספרם של גבריאלה שלו ויהודה אדר, "דיני חוזים - התרופות לקראת קודיפקציה של המשפט האזרחי"

עורם. בכך אימץ בית המשפט מעין דוקטרינה של "נזק ראייתי", בהטילו על המפר את הנטל להוכיח כי החוזה שהפר היה הפסדי מבחינתו של הנפגע. כלל ראייתי זה אומץ והופעל מאז פרשת מלון צוקים – וככל הנראה גם לפני – במספר לא מבוטל של פסקי דין. כך, לדוגמה, בפרשה אחת (ע"א 8729/96 **כאכון מלונות ונופש בע"מ נ' עמידר החברה הלאומית לשיכון עולים בע"מ**, פ"ד נה(1) 673 (1998)), שבה לא הוכיח נפגע מהפרתו של חוזה להפעלתו של כפר נופש כמרכז קליטה לעולים את הרווח שנמנע ממנו בשל ביטולו שלא כדין של החוזה בידי המפר, פסק בית המשפט העליון לטובת הנפגע פיצויי הסתמכות על השקעה בפועל, ואף ציין כי אילו הוכיח זאת הנפגע, היה ניתן לפצותו גם על אובדן ההזדמנות להפיק רווח בעסקה חלופית (שם, בעמ' 681). פיצויי הסתמכות משמעותיים בראש נזק זה נפסקו בת"א (מחוזיית"א) 367/98 **היימן ש.י. חברה להשקעות ופיתוח בע"מ נ' דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ**, נבו (2008). כאן סירובה של חברת דלק לנהל משא ומתן עם החברה התובעת על הפעלת תחנה מטעמה התפרש כהתנהגות שלא בתום לב מצידה, ולמעשה גם כהפרתה של התחייבות חוזית מפורשת לנהל משא ומתן. הפרה זו זיכתה את התובעת בפיצויי הסתמכות על אובדן ההזדמנות לממש רווח בעסקה עם חברת דלק חלופית (שם, בפסקות 41-32).

דא עקא, שהשאלה העקרונית שבה עסקה רשימה זו לא זכתה להכרעה בפרשת **מלון צוקים**. בשאלה זו, שנבחנה שם רק אגב אורחא, היו דעות השופטים חלוקות. השופט מלץ סבר, ברוח הנאמר ברשימה זו, כי אין כל הצדקה – פורמלית או עניינית – להכיר בזכותו של הנפגע שהתקשר בחוזה הפסד (כלומר, חוזה שבו נסתרה החזקה בדבר קיומו של רווח) לפיצויי הסתמכות. השופט חשין, לעומתו, סבר כי שיקולים של חינוך והרתעה מפני הפרות חוזים מצדיקים הכרה באינטרס הסתמכות גם בחוזה הפסד. לשיטתו, פירוש יצירתי של סעיף 10 מאפשר להכיל בו את ההגנה על אינטרס הסתמכות. השופט מצא, שהצטרף במישור הדין הראוי לעמדת השופט חשין, ציין כי ספק אם ניתן לעגן את הזכות האמורה בהוראות הדין הקיים.

דין החוזים הישראלי לא הכריע אפוא באורח

מחייב בשאלת מעמדו של אינטרס הסתמכות. זאת ועוד, במקרים המעטים שנפסקים מעת לעת פיצויי הסתמכות בגין הפרת חוזה, נעשה הדבר בדרך כלל באורח סתמי ובלא דיון שיטתי בשאלת הבסיס הפורמלי או הרעיוני לפסיקתו של סעד זה (ראו לדוגמה ת"א (שלום-יים) 11596/05 **שבו נ' ששון**, נבו, פסקה 8 (2008), שבו נפסקו בפועל פיצויי הסתמכות, תוך שנדחתה תביעה לפיצויי קיום על אובדן הרווח(!); וכן ע"א (מחוזיית"א) 581/02 **לוינ' נ' אנגל גנרל דיבלפורס בע"מ**, נבו, פסקות 31-32 (2006), שם נפסקו פיצויי הסתמכות לנפגע שביטל חוזה בשל הפרתו, בלא כל דיון במקור הסמכות לפוסקם – ותוך דחיית תביעה לפיצויי קיום בטענה שאלה סותרים את תביעת פיצויי הסתמכות). ברשימה זו ביקשתי להפריך את המיתוס – שלמ"רבה הצער השתרש במקומותינו – שלפיו דיני התרופות בישראל מעניקים לנפגע מהפרת חוזה זכות תרופתית להגנה על אינטרס הסתמכות. זכות כזו אינה מוכרת אצלנו, בוודאי לא בחוק התרופות או בהלכה מחייבת. רשימה זו טענה כי זהו גם הדין הראוי. רחבה וחזקה ככל שתהא, ההגנה על הנפגע מהפרת חוזה אינה צריכה לכלול את הזכות לפיצוי על נזקי הסתמכות על החוזה. תכליתו של הפיצוי החוזי היא להבטיח לנפגע פיצוי על נזקי ההפרה – שלגרימתם אחראי המפר, ולא על נזקי כריתתו של החוזה – שלגרימתם אחראי הנפגע עצמו. ☞

