

מיטל הרוש

השימוש במחברת באחריות המשתמש

# מחברת בחינה

## חוזים מסחריים

פרופ' משה גלברד

תודה לאסתי גולדשטיין על השלמת החומרים 😊

המכללה האקדמית נתניה, משפטים תוכנית חץ, תשע"ט

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

## תוכן

4	מבוא
5	הדין הישראלי
9	היחס שבין חוזים כללים לבין דיני החוזים המיוחדים:
11	סיווג
17	דיני מכר
17	פרק א' – הוראות כלליות
22	פרק ב': תוכן החוזה
22	חיובי המוכר
23	העברת בעלות
24	חיוב במסירה
37	פרק ג' של החוק - תרופות
38	עיכבון
39	קיזוז
41	ניכוי מהמחיר
49	הפרה צפויה
52	המחאת חיובים
60	המחאה של זכויות במקרקעין
65	הוראות החוק
73	חוזה לטובת אדם שלישי
74	חזרנו להמחאה
80	חוק הערבות
82	המאפיינים של חוזה הערבות
83	פרשנות של חוזה ערבות
86	ערבויות מיוחדות
89	ערבות רגילה
100	עקרון השיפוי
104	פרק ב': ערבות של ערב יחיד
105	הגנות מיוחדות שיש לערבים
106	חוזים אחידים
116	אופן השימוש בחוק
118	פרק ד' לחוק החוזים האחידים
118	ביטול תנאי מקפח
120	התיישנות בעילת הקיפוח
134	חוק השכירות והשאלה
136	חיובי המשכיר
142	היבטים קנייניים של השכירות

מיטל הרוש

השימוש במחברת באחריות המשתמש

144..... שכר מכר – עסקאות של שכירות מסחרית – שכר מכר

145..... סימן ו' לחוק – פרק דירות מגורים – סימן ו' לחוק

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

**מבוא**

אין באף מקום במשפט הישראלי הגדרה מדויקת מה זה חוזה מסחרי, גם בחלק משיטות המשפט האחרות. באופן כללי, משפט מסחרי עוסק בעסקאות לאספקת מוצרים/טובין או שירותים. אבל לא כשמדובר בחוזה צרכנות. כלומר, כל העסקאות לאספקת טובין או שירותים שהן לא צרכניות, בדרך כלל בין צדדים צרכניים. לעסקאות צרכניות יש את הדינים שלהם עם ההגנות שלהן. זהו חוק המכר אצלנו, אין אצלנו חקיקה מסחרית מיוחדת.

החוקים הקיימים הם בעצם מה שמכונה בעצם דיני חוזים מיוחדים (חוק המכר, חוק חוזה קבלנות, חוק השכירות והשאלה, חוק הערבות) והם עוסקים בסוגים ספציפיים של חוזים. אצלנו, הם עוסקים בחוזים האלה בין אם הם מסחריים ובין אם לא. כלומר, אם יבואן של סחורה מוכר סחורה לקימעונאי, יכול חוק המכר. אבל גם אם מישו מוכר את הרכב שלו לאדם פרטי, זה עדיין חוק המכר. **אין אצלנו הבחנה ממוסדת בין חקיקה מסחרית לבין דיני החוזים הרגילים, אנו מפעילים את אותם דיני החוזים בעיקר את דיני החוזים המיוחדים בהקשרים מסחריים.**

בליבת חוזים מסחריים עומד חוק המכר.

החוזה שעוסק באספקת שירותים במשפט הישראלי הוא חוק חוזה קבלנות שהוא חוק קצר. הוא עוסק בשני דברים:

קבלנות – **דוגמא**: חוזים למתן שירותים וחוזים לעשיית מלאכה. אם אני הולך לחייט, מביא לו את הבד ואומר לו לתפור לי חליפה, הוא בעצם נותן מלאכה או שירות. הוא לא מוכר לי נכס, יחול שם חוק חוזה קבלנות. יש חוקים ספציפיים שעוסקים במתן שירותים כמו שירותי אדריכלות, שירותי סלולאר הם חוזים למתן שירותים ויחול חוק הקבלנות.

החוקים הללו עוסקים במעטפת של העסקה – חוזי מימון כדי לממן רכישת סחורה, דיני בטוחות כי המימון דרוש במתן בטוחות להבטחת הכסף או האשראי. אם הקונה קונה סחורה באשראי, צריך להבטיח באיזושהו אופן את התשלום. ערבות שזה אחת מדרכי ההבטחה של חוב כספי. **כל המעטפת של העסקה, לא רק הליבה (מכר/קבלנות) מקובל בעולם ולכן, גם בישראל נסווג אותם כשייכת לתחום של חוזים משטריים. דוגמא**: דיני שטרות או אמצעי תשלום בכלל הם חלק מהחוזים המסחריים.

יש שיטות משפט שיש בהן הבחנה מבנית בין חוזים מסחריים ולא מסחריים. **דוגמא**: בגרמניה, יש קוד אזרחי ה-BGB האזרחי הגרמני שעוסק בחוזים לא מסחריים, ויש קוד מסחרי שעוסק בחוזים מסחריים. אם מגיע סכסוך לבית משפט, צריך לאבחן בשלב ראשון אם זה סכסוך מסחרי או לא מסחרי.

UCC

דוגמא בולטת מאוד לקוד מסחרי: ה-UCC האמריקאי, על פי שמו הוא קוד מסחרי ולמרות זאת, הוא מוחל גם בחוזים לא מסחריים אבל בבסיס הוא נועד להיות קוד מסחרי.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

בארה"ב יש 50 מדינות ולמעשה, יש שם 50 שיטות משפט, לכל מדינה יש את שיטת המשפט שלה והן לא זהות. בחלק זה מאוד דומה ובחלק לא. בלוזיאנה למשל, המשפט שלה הוא מסורת צרפתית וזה שונה ממדינות אחרות. יש שיטת משפט נוספת בארה"ב שהיא שיטת משפט פדרלית. יש חלוקה שנובעת מהוראות בחוקה – איזה נושאים שייכים למשפט של המדינות ואיזה נושאים שייכים למשפט הפדרלי.

התחום של המשפט המסחרי הוא תחום מובהק שהוא פנים מדינית, הוא לא פדרלי ולכן, בעצם היו צריכים להיות 50 שיטות משפט שונות ונפרדות בתחום של המשפט המסחרי. זה לא נוח וזה לא יעיל שאיש עסקים מניו יורק כורת חוזה מסחרי עם איש עסקים מניו ג'רזי, זה לא הגיוני שהם יתחילו לחשוב ולהתדיין איזה משיטות המשפט יחולו ואיזה עורך דין ניקח וכו', זה מהווה חסמים קשים על סחר. **הבדלים בדין זה אחד החסמים הכי בעייתיים למסחר בין מדינות.** לכן, השאיפה בתוך ארה"ב (תופעה דומה קורית גם באירופה אבל בעוצמה פחות גדולה) לעשות את המשפט דומה בתחומים האלה.

בשנות ה-50 של המאה המוקדמת, ישבה וועדה של טובי המומחים בתחום המשפטי המסחרי, הפרטי, דיני חוזים וכו', ניסחה חוק מסחרי, מקיף מאוד ומשוכלל מאוד ואמרה הנה קוד – מי שרוצה שיאמץ אותו. ה-UCC שהם ניסחו לא מחייב אף אחד, הוא מודל, הוא דוגמא לחוק שלא מחייב אף מדינה. ישבה קבוצה של חכמים וכתבה חוק. במהלך השנים, כל 50 המדינות, בחקיקה פנימית שלהם אימצו את ה-UCC. יש חוקים דומים אבל הם לא זהים בין המדינות. אבל בגדול זה עשה את המשפט מאוד דומה.

אין דבר כזה UCC אמריקאי כי הוא לא מחייב, הוא המודל שאחת לכמה שנים הארגון שניסח את ה-UCC יושבים ועושים ריוויזיה כי העולם משתנה והסחר נראה היום אחרת אז הם מעדכנים את ההוראות הללו במודל שלא מחייב אף אחד ומדינות שרוצות, מאמצות את התיקונים הללו בפרלמנטים הפנימיים של כל מדינה וזה בדרך כלל קורה.

ל-UCC יש פרק אחד כללי שאומר שהמטרה של החוק היא מצד אחד לעשות את זה מאוד פשוט, מאוד ברור, להתעדכן כל הזמן עם מה שקורה בשוק, לשמור על יציבות במשפט מסחרי. הוודאות והיציבות במשפט מסחרי מאוד חשוב. כשאדם עושה תמחור, חלק מהתמחור נובע מהכללים המשפטיים של היצירה הזאת. ה-UCC לא דומה לחוק החוזים או לחוק המכר שלנו במובן הזה שהוא מאוד מפורט. יש מאות סעיפים על כל נושא. חוק המכר שלנו הוא קצר מאוד לעומת ה-UCC. פרק 2 ב-UCC עוסק בחוזי מכר. לאחר מכן הוסף פרק A2 שעוסק בשכירויות מסחריות (לא השכרה של דירה למגורים אלא בעיקר שכירויות של מטלטלין, ליסינג. ה-UCC עוסק במאמצעי תשלום, הסדרי תשלום ובטוחות, שטרי מטען וכו', כל מה שסובב את העסקה המסחרית (לא הכל).

הדין הישראלי

המשפט המסחרי שלנו בנוי ממה שבאופן מסורתי אנחנו משייכים למשפט המסחרי. חוק המכר חל גם על חוזי מכר צרכניים, חוזי מכר פרטיים וחוזי מכר מסחריים. **דוגמא:** חברה שיש לה בנייני משרדים משכירה ללקוח קטן משרד שם, זו עסקה צרכנית בעצם שחל עליה חוק השכירות והשאלה ואם זו עסקה מסחרית החוק הזה גם חל. **דוגמא:** אם חברת ליסינג משכירה ציוד חקלאי לחברה חקלאית, יחול חוק השכירות והשאלה. **בחוקים שלנו אין הפרדה פורמאלית בין סוגי העסקאות אבל הפסיקה עושה את ההבחנות ומתייחסת באופן שונה כשמדובר על חוזה מסחרי.**

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

כשאנו מסתכלים על פסיקה של בית המשפט העליון, הפסיקה לכל אורך הדרך עושה הבחנות בין חוזים מסחריים ולא מסחריים ועל בסיס זה מגיעה לתוצאות שונות. **שאלת הסיווג מבחינת הפסיקה היא מאוד חשובה.**

**פס"ד ספקטור נ' צרפתי:** מדובר על חוזה שבו אדם מכר חלקת קרקע לקבלן והסתיר ממנו מידע והוא לא גילה לו שיש הפקעה על הקרקע הזאת ובגלל שהפקעה מקטינה את שטח המגרש זה ממילא מקטין את זכויות הבנייה בחלקה. בית המשפט דן בחוזה על בסיס טענה של הטעייה, בין היתר. דעת הרוב של השופט לנדוי – שקבע שלא הייתה הטעייה אבל הנימוק האחר שלו היה שהעובדה שיש הפקעה יוצרת בחוזה המכר מצב של אי התאמה לפי דיני המכר (סעיף 11 לחוק המכר). ברגע שיש אי התאמה לפי דיני המכר, יש עילת ביטול אבל זה לא קשור להטעייה. כשהוא מסביר למה אין הטעייה הוא אומר שהקונה עוסק בבניה למרות שהוא לא קבלן, הייתה זו רשלנות חמורה מצידו, מותר היה למוכר להניח שהקונה כקבלן סביר ילך ויברר תחילה מה מצב החלקה לפני שמסכים איתו. "אנו עוסקים בחוזה מסחרי רגיל ואל לנו לקבוע רמת מוסריות גבוהה מדיי למשא ומתן בעסקאות כגון אלה, שמא נפגע ביציבות חיי המסחר ובציפיותיו של אדם שחתם על חוזה וערך את ענייניו לפי עסקה היוצאת לפועל". בחוזים מסחריים יש חשיבות מאוד גדולה ליציבות ולוודאות ולהכניס לתוך החוזים שיקולים מאוד לא מוגדרים של תום לב ברמה גבוהה מדיי, זה יפגע ביציבות של חיי המסחר.

ברור לגמרי שאם אותה סיטואציה הייתה סיטואציה לא מסחרית אלא צרכנית או פרטית, השופט לנדוי היה אומר שכן הייתה פה הטעייה אבל אנחנו מתייחסים אחרת כשמדובר על מסחרי.

השופט מוסיף ואומר שקיימת סכנה של ממש אחרי מושגים של תום לב. התערבות שיפוטית צריכה לשמור על גבולותיה. **הרעיון בחוזים מסחריים הוא יציבות וודאות.**

בתי המשפט הרבה פעמים כשעולה טענת טעות או הטעייה בחוזים מסחריים, יש נטייה גדולה מאוד לבתי המשפט להגיד שזו טעות או הטעייה שאינה אלא בכדאיות העסקה. אנו יודעים שלפי סעיף 14ד' לחוק החוזים – אי אפשר לבטל. באותן סוגי טעות עצמן שבחוזים לא מסחריים בית המשפט מוכן לראות בהם טעות שמדובר בביטול החוזה, כשמדובר בחוזה מסחרי, בתי המשפט אומר שאנשי עסקים יעשו את כל התחשיבים שלהם ואם הם רוצים לבטל חוזה מסחרי זה מסיבה של כדאיות ובתי המשפט לא נוטים לאשר.

**פס"ד קופלמן נ' בינקי:** היה מדובר באיש שעסק באופן מסחרי במסחר במניות. הוא ניסה לטעון שהייתה טעות ולבטל את החוזה (ערך המניות שהוא קונה ירד). בית המשפט אומר שהמערער נכנס לעסקה לתועלתו המסחרים, לרוב מזלו לא הפיק רווחים מהעסקה, מדובר בטעות בכדאיות העסקה ואין טעות שבית המשפט צריך להתערב בו. **ברגע שיש אלמנט מסחרי בית המשפט מאוד ספקן כשמישהו רוצה לבטל.**

**אותו סעיף בחוק חל גם על ביטול בשל טעות בחוזה מסחרי וגם בביטול בשל טעות בחוזה לא מסחרי אבל היישום בעסקה, מתחשב באופי של החוזה.**

למדנו את הנושא של דרישת הכתב במקרקעין, אחד פסקי הדין המעניינים היה **פסק דין קלמר נ' גיא** שבו בית המשפט הכיר בתוקף החוזה למרות שהוא נעשה בעל פה. זו ההלכה המפורסמת של תום לב וכתב – חוסר תום לב במשא ומתן גובר על דרישת כתב מהותית במובן שבית המשפט יכיר בתוקף החוזה למרות שלא נעשה בכתב.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

בעל קרקע עשה עסקה עם זוג קונים שקנו ממנו חצי מהמגרש ובתמורה הם הבטיחו לבנות על המגרש שני בתים, אחד עבור עצמם ואחד עבורו – עסקת קומביניציה בעצם ואחר כך, סיימו לבנות, כשערך הקרקע מאוד עלה, בעל הקרקע התכחש לעסקה, אמר שהוא ישלם את עלויות הבנייה אבל המגרש כולו שלו כי אין תוקף למכירה כי היא נעשתה בעל פה. בית המשפט הכיר בתוקף החוזה מפני שהיה פה חוסר תום לב קיצוני. סייטואציה דומה להפליא לקלמר נ' גיא, התרחשה בפסק דין אחר, **פסק דין אלריג נכסים**: בית המשפט אומר – עלתה אותה טענה, היה חוסר תום לב והקונה אמר שהמוכר נהג בחוסר תום לב, משיקולים שלו עשינו את החוזה, כשערך הקרקע עלה, הוא מתכחש לעסקה בדיוק כמו בקלמר נ' גיא. בית המשפט המחוזי אמר שבאמת זה אותו דבר אבל בית המשפט העליון אמר בהיותו איש עסקים מנוסה, חזקה על רינגר (הקונה) שהיטיב לדעת כי על המוכר היה לערוך מסמך בכתב ומשאין מסמך, אז החוזה לא בתוקף. **חוזה מסחרי, מדובר באנשי עסקים שעשו עסקה מסחרית, הם צריכים לדעת שאם לא עשו מסמך בכתב, אין חוזה.**

**הסיטואציה באלריג נכסים**: לחברה מסחרית הייתה חלק קרקע ולעיריית רמת גן היו 3 חלקות קטנות שצמודות לחלקה הזאת. העירייה ניצלה את העובדה שהיא גם בעלת מהלכים מסוימים בוועדה המקומית לתכנון ובנייה (עירייה וועדה מקומית לתכנון ובנייה הם שני גופים שונים לגמרי אבל יש זיקות מסוימות בין שני הגופים הללו). החלקות של העירייה היו קטנות מדי בכדי שיוכלו לנצל אותם באופן יעיל, לכן, הוועדה אישרה תוכנית שמאחדת את כל 4 החלקות לחלקה מאוד גדולה. העירייה פנתה לחברה א' בעלת החלקה הגדולה ואמרה שהיא מוכנה למכור את החלקות של העירייה תמורת 2 מיליון דולר לפי הערכת שמאי. ההערכה הייתה מאוד נמוכה ובגלל זה החברה רצתה לקנות. חברה א' פנתה לחברה ב' ואמרה לה לממן את הרכישות האלה (השטח של חלקות העירייה הם רבע מהמגרש) ואז הן יהיו שותפות. זו לא עסקת מקרקעין טובה כי אין מסמך בכתב. היו שיקולי מס גם במקרה דנן. חברה א' עומדת בפרונט כאילו היא קונה ומאחורי הכללים, חברה ב' מממנת והיא כאילו קונה לעצמה כדי שהיא תהיה שותפה במגרש המאוחד. חברה ב' ביצעה את חלקה והביאה את הכסף ואז חברה א' התכחשה. ברגע שחברה א' חתמה על החוזה מול העירייה וחברה ב' הביאה את התשלום, העסקה אושרה פורמאלית לאחר כמה חודשים ואז היה צריך אישור של שר הפנים כי זה שטח שהעירייה מכרה, לאחר מכן, הלכה חברה א' ומכרה את כל החלקה כולה לחברה ג' תמורת 12 מיליון דולר (כשהערכת השמאי של הכל הייתה 8 מיליון). את הרווח הזה חברה א' לא רצתה לשלם לחברה ב' אלא רק את מה שהם נתנו. הטיעון היה שהחוזה היה בעל פה ולכן, אין לו תוקף משפטי. השופט בבית המשפט המחוזי תל אביב אמר שזה בדיוק כמו קלמר נ' גיא אבל פה, בית המשפט העליון אומר שבגלל שזה חוזה מסחרי אז זה לא נכון. בית המשפט העליון נתן לחברה ב' את הכסף כפיצויים על הפרת חובת תום לב במשא ומתן אבל הוא לא הכיר בהם.

**וודאות של הכללים המשפטיים גוברים על תום לב. השיקול של וודאות ויציבות, כלומר, אנחנו הולכים לפי הספר, גוברת בחוזים מסחריים.** זה לא אומר שאין בחוזים מסחריים תום לב, אבל המידה שבית המשפט מרשה להשתמש בתום לב כדי לשנות את הכללים, היא פחותה.

פרשנות חוזה

כשמדובר בחוזה מסחרי, בית המשפט מפרש את ההסכם לפי ההיגיון הכלכלי או המסחרי של העסקה.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

**פס"ד פרומוטפין נ' קלדרון:** כלל ידוע הוא שחוזה מסחרי יש לפרש בדרך שתתאים לתכלית המסחרית של העסקה ועל בית המשפט לתת לחוזה תוקף מתקבל על הדעת כפי שאנשי עסקים היו עושים לפי נסיבות העסקה. באותו מקרה, שתי חברות ייבאו רהיטים מחברה ברומניה, הם הבינו שאם שניהם מייבאים התחרות לא תעשה טוב והשוק לא מספיק גדול כדי שיהיו שני ייבואנים של המוצר הזה. הם עשו בנייהם הסכם שאחת משתי החברות תייבא באופן בלעדי את הרהיטים האלה מהיצרן הרומני אבל הרהיטים מגיעים לארץ מפורקים ובחווה הם התחייבו שהחברה השנייה, מקבלת בלעדיות בהרכבת הרהיטים. העסק התחיל לעבוד ואחרי זמן מה הסתבר שהחברה שקיבלה את הבלעדיות לייבא את הרהיטים, מוכרת את הרהיטים מפורקים. הם אמרו שהם התחייבו שרהיטים שהם רוצים להרכיב, החברה השנייה תרכיב אבל הם לא רוצים להרכיב. החברה שהייתה אמורה להרכיב פנתה לבית המשפט, והשאלה הייתה איך מפרשים את החוזה? בית המשפט בודק את ההיגיון הכלכלי של העסקה ואומר שהם לא היו מוותרים על החלק של היבוא אם הם היו יודעים את זה.

**ע"א 5856/06 אמנון לוי נ' נורקייט:** אמנון לוי פיתח שיטה ייחודית לעיבוד בשר קפוא, הוא גילה איך אפשר להכניס כמות גדולה של מים לבשר הקפוא כדי להגדיל את המשקל. נוהל משא ומתן בינו לבין חברת נורקייט שרצתה לקנות ממנו את הידע. בהתחלה דיברו על סכום אחד שהם ישלמו לו ויקנו את הידע ואחר כך הם שכנעו אותו שהם ישלמו לו במקום סכום אחד, הם ישלמו בתשלומים לכל החיים ולהם זה טוב משיקולי מס. הם אמרו שהם ישלמו לו את הכסף ויקראו לו "דמי יעוץ". דמי יעוץ שוטפים אפשר לנכות כהוצאה מוכרת לצורך מס. לעומת זאת, תשלום חד פעמי זה תשלום הוני, אז יש יתרונות מס. הם שכנעו אותו שזה טוב גם לו כי יש לו הבטחה לכל החיים וגם להם. באיזשהו שלב, הם גילו כמו הרבה יצרנים שלא כדאי לייצר בישראל אלא רק לתווך. הם באיזשהו שלב הפסיקו לעבד את הבשר וייבאו מחו"ל והפסיקו לשלם לו. כשהוא שאל אותם למה הם לא משלמים הם אמרו שלא צריך יותר ייעוץ. זה הגיע לבית המשפט והשאלה הייתה שאלת הפרשנות – דנצינגר אמר שצריך להבין את ההיגיון הכלכלי של העסקה. הדמי ייעוץ זה תחליף לתשלום המזומן ששילמו עליו. בית המשפט החליט שהם צריכים לשלם.

בהרבה מאוד חוזים כשמדובר בעסקאות מסחריות, את בית המשפט מעניין התכלית הכלכלית/מסחרית של העסקה, גם בנושא של פרשנות. **בית המשפט חושב מה התכלית האובייקטיבית של היגיון מסחרי.**

**סיכום:** למרות שבמשפט הישראלי, אין לנו ענף או חוק נפרד לדיני חוזים מסחריים והחוקים הרגילים שלנו הם שחלים, באופן מעשי, בתי המשפט ערים לעובדה שמדובר בחוזה מסחרי ומיישמים את אותו דין אבל באופן שמתאים לאופי המסחרי של החוזה. **יש לנו דיני חוזים מסחריים רק לא כמו בגרמניה או ארה"ב, לא בקודקס נפרד ובדינים הללו נעסוק.**

עקרונות נוספים שעולים מהפסיקה לחוזים מסחריים:

שיקולים מסחריים – העובדה שבתי המשפט נותנים עדיפות למממן נכס. כלומר, אם אני חברה מסחרית ורכשתי מכונה עבור המפעל שלי וקניתי אותו באשראי, בעצם עוד לא שילמתי באופן מלא את העסקה, המוכר מימן בינתיים את המכונה הזאת ואני נכנסתי לחדלות פירעון. המשפט נותן עדיפות למוכר כי הוא מימן את הנכס. **יש עדיפות לממן הנכס.**



## מיטל הרוש

השימוש במחברת באחריות המשתמש

שיקולי תקנת השוק - אלו שיקולים של תקנת שוק, הם שיקולים שרלוונטיים לחוזים מסחריים. תקנות השוק במקרקעין או מטלטלין נועדו להסדיר מסחר חופשי בשוק.

דיברנו על כך שנעסוק בקורס בחוקים שעוסקים בדיני חוזים מיוחדים, בהקשר המסחרי – מכר, קבלנות, ערבות, שכירות, עם דגש על היבטים מסחריים של זה.

היחס שבין חוזים כללים לבין דיני החוזים המיוחדים :

היחס הרגיל הוא שזה גם וגם כי בדרך כלל דיני החוזים המיוחדים ודיני החוזים הכללים לא עוסקים באותו נושא. דיני החוזים הכלליים עוסקים בעקרונות הכלליים שמה ששותף להם בדרך כלל זה הרעיון של חופש החוזים – כללי הכריתה (כריתה וקיבול) מכיוון שהם משקפים את עקרון חופש החוזים, לא חשוב באיזה חוזה מדובר, זה משותף לכלל החוזים, לפעמים יש החרגה מזה, אבל בגדול זה משותף לכל החוזים. פגמים בכריתה – כשיש פגם ברצון החופשי, יש פגם שמאפשר את ביטול החוזה, משותף לכל החוזים. פרשנות – לפי אומד דעתם של הצדדים – עקרון חופש החוזים, מנסים לברר מה הצדדים התכוונו, זה לא משנה איזה חוזה זה. דיני החוזים הכלליים שעוסקים בעסקאות הליבה, משותפים לכולם.

דיני החוזים המשותפים מתעסקים בעיקר בתוכן של החוזה. בתוכן, יש הבדל בין חוזה שכירות לחוזה מכר, בין חוזה מכר לחוזה ערבות, התוכן הוא שונה. דיני החוזים המיוחדים עוסקים בעיקר בתוכן הספציפי של החוזה על פי הסוג שלו ולכן, ברוב המקרים לא תהיה חפיפה אלא השלמה.

אבל בעיקר בגלל שיטת החקיקה אצלנו שהייתה חקיקה בשלבים (פעם חוקקו את חוק המכר, אחר כך את חוק החוזים הכללי, בין לבין את חוק התרופות), באופן מעשי, יש גם תחומי חפיפה. **דוגמא**: כשחוקקו את חוק המכר, כשחוקקו את חוק השכירות והשאיילה עוד לא היה חוק כללי, אז הכניסו דברים כלליים גם לחוק המכר. בתחומים מסוימים יש חפיפה. במקרים שיש חפיפה, ב-99% מהמקרים אין סתירה. החוק הכללי והחוק המיוחד אומרים את אותו דבר בדיוק.

**דוגמא**: סעיף 6 לחוק המכר – מילה במילה סעיף 39 לחוק החוזים וההבדל היחיד שבחוק החוזים כללים רשום חוזה ובחוק המכר כתוב מכר. אין סתירה, הם אומרים אותו דבר.

**תום-לב**

6. חיוב הנובע מחוזה מכר יש לקיימו בדרך מקובלת ובתום-לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מן החוזה.

סעיף 5 לחוק המכר – בדיוק אותו דבר כמו סעיף 26 לחוק החוזים (כללי).

**הסכם ונוהג**

5. (א) פרטים של חוזה מכר שלא נקבעו בהסכם בין הצדדים יהיו לפי הנוהג שהצדדים להסכם ראו אותו כמקובל עליהם בעסקאות קודמות שביניהם, ובאין נוהג כזה – לפי הנוהג שצדדים סבירים רואים אותו כחל בעסקאות מאותו סוג.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

(ב) נזקקו הצדדים לביטויים או לתניות שנוהגים להשתמש בהם בהליכות סחר, יפורשו הביטויים והתניות בהתאם למשמעות הנודעת להם בסחר הנדון.

רק באותם מקרים נדירים שבהם יש חפיפה וסתירה, כלומר, כל חוק עוסק באותו עניין ונותן תשובה שונה, שם נעדיף את החוק הספציפי.

**דוגמא:** נושא של מקום מסירת הממכר. אם חסר בחוזה, הצדדים לא קבעו בחוזה את מקום המסירה של הממכר, אז סעיף 10 לחוק המכר קובע שהמסירה תהא במקום עסקו של המוכר (אם הצדדים לא קבעו אחרת). אבל יש גם תשובה בחוק החוזים הכללי והיא מובילה לתוצאה הפוכה מפני שבחוק החוזים (חלק כללי) כתוב בסעיף 44א' – חיוב שלא הוסכם על מקום קיומו, יש לקיים במקום עסקו של הנושה.

בחוזה המכר הנושה המוכר והקונה הם הנושים, תלוי מה החיוב. בכל חוזה יש חיובים הדדיים, כל צד הוא נושה. בחוזה מכר, בקשר לחיוב למסור את הממכר, המוכר חייב למסור את הממכר ולכן הנושה הוא הקונה. החובה לשלם את הכסף היא על הקונה ולכן, הנושה הוא המוכר.

על איזה חיוב הצדדים לא הסכימו? על חיוב המסירה. מיהו החיוב? המוכר חייב למכור את הממכר ולכן הוא הנושה, את הכסף חייב לתת הקונה ולכן, הנושה הוא המוכר.

במקרה זה, הוראת חוק המכר היא יותר ספציפית ולכן, נעדיף את חוק המכר.

זה נכון שהכלל הוא חוק ספציפי גובר על חוק כללי אבל זה סוף הדרך. קודם כל, אם אין חפיפה בכלל בין החוק הספציפי והכללי, שניהם חלים, כל אחד בנושא שלו. אם יש חפיפה ויש סתירה, חל החוק הספציפי והוא גובר על החוק הכללי.

- כשלומדים בקורס הבסיסי של דיני חוזים, דיני חוזים, אחד הנושאים שלא מעניין אותנו שם בכלל זה שאלת סיווג החוזה כי אמרנו שדיני החוזים הכלליים חלים על כל החוזים, אז מה אכפת לי אם זה חוזה מכר או שכירות או הלוואה או משכון? כשאנחנו מגיעים לדיני החוזים המיוחדים בהקשר המסחרי, השאלה הכי חשובה היא שאלת הסיווג ואיתה מתחילים. דוגמא: אם אני בא לחייט ואומר לו תתפור לי חליפה אבל אני לא מביא לו את ה בד, השאלה האם זה חוזה מכר או קבלנות יכולה להיות קריטית כי בנושאים מסוימים, החוקים נותנים תשובות שונות. למשל, נראה שבנושא של אי התאמה, בחוזה מכר, הקונה צריך להודיע למוכר על כל אי התאמה בממכר מיד ואם הוא לא הודיע מיד אז אי אפשר לתבוע. השופטת בן פורת – מיד זה יותר מהר מזמן סביר. בחוזה מכר למשל, אם הקונה לא מודיע מיד על אי התאמה הוא לא יוכל לתבוע. בחוזה קבלנות הוא יכול להודיע תוך זמן סביר על אי התאמה וזה יכול להיות משמעותי כי אם החייט שלנו תפר את החליפה לא טוב והקונה/המזמין, שם אותה בארון ורק אחרי 3 חודשים או חודשיים הוא לובש אותה פעם ראשונה ומגלה שהיא לא תפורת טוב, המיד כבר עבר, הזמן הסביר אולי לא. אם חל חוק המכר, הוא לא יוכל לתבוע אבל אם חל חוק הקבלנות, הוא כנראה יוכל לתבוע.

בשיעור הבא נתייחס למצבים קיצוניים יותר כמו – כשאדם נותן מתנה, חל חוק המתנה. חוק שעוסק בדיני חוזים. אם האדם נותן מתנה בחייו אבל על מנת שהמתנה תוקנה לאחר מותו, זה כבר לא מתנה זו צוואה (דיני ירושות) ויש כללים אחרים לצוואות וכללים אחרים לחוזים. לפעמים הכללים שונים – למשל, בחוזה מתנה, שניתנת בחיים המקבל צריך להיות מעורב בחוזה, הוא צריך להסכים או לא להתנגד לקבל את המתנה, אם הוא

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

לא מעורב – אין חוזה. בצוואה, אם מי שעשוי לזכות על פי הצוואה מעורב בהליך העשייה שלה, זה פוסל את הצוואה. יש מקרים שמתעוררת שאלת סיווג – האם חל חוק המתנה או חל חוק הירושה.

**דוגמא:** באחד מפסקי הדין, אדם נתן את דירתו במתנה, עשה חוזה מתנה, הוא אמר שהוא נותן את הדירה שלו במתנה לפלוני על מנת שתוקנה לו שעה אחת לפני מותי.

**דוגמא:** אישה מאוד עשירה, עשתה חוזה שבו היא נתנה לאוניברסיטת בן גוריון מיליון דולר תרומה אבל היא אמרה אתם לא מקבלים את זה בבת אחת, אתם מקבלים 50 אלף דולר כל שנה, עושים טקס כל שנה לכבודה עד מיליון דולר, היא עשתה את החוזה כשהייתה בת 95 והספיקה לחיות שנה אחת. היה כתוב שאם היא תמות, כל הסכום יעמוד לפירעון מיד.

נדבר עליהם שבוע הבא.

## 2 בנובמבר 2018

סיכום שיעור שעבר:

דיברנו על זה שאין לנו באופן פורמאלי או ממוסד גוף של דיני חוזים מסחריים בניגוד למדינות אחרות שיש בהם קוד מסחרי כמו בגרמניה, ארה"ב. אבל יש לנו באופן מהותי דיני חוזים מסחריים. חלק מדיני החוזים המסחריים, כמו שראינו שיעור שעבר, זה העובדה שדיני חוזים כללים מיושמים בפסיקה באופן שונה כשמדובר בחוזה מסחרי. ראינו את זה בחובות גילוי, פרשנות חוזים, דרישת הכתב. אבל רוב דיני החוזים המסחריים אצלנו זה בעצם דיני חוזים מיוחדים. החוקים של דיני החוזים המיוחדים שחלים על כלל סוגי העסקאות – לא משנה אם זה עסק לעסק שזה חוזה מסחרי, פרטי לפרטי וכו'. חוק המכר חל על כל סוגי העסקאות. זה גוף החקיקה העקרי שעוסק בחוזים מסחריים.

אמרנו שבחוזים מסחריים, ליבת העניין זה חוזה המכר וחוזה קבלנות, עסקת מכר ועסקה למתן שירותים וכל מה שסובב אותם.

מכיוון דיני חוזים כללים למדנו בקורס הבסיסי בדיני חוזים, אנו מסתפקים במה שלמדנו בשיעור מבוא.

בקורס אנו נתמקד בדיני חוזים מיוחדים.

בדיני החוזים המיוחדים יש חשיבות רבה מאוד לנושא הסיווג, מה שבכלל לא עסקנו בו כשלמדנו קורס כללי בדיני חוזים. חוק החוזים כללי וחוק החוזים תרופות חלים על כל חוזה שקיים אבל כשאנחנו מגיעים לדיני חוזים מיוחדים, השאלה של סיווג היא קריטית.

סיווג

ניתנה דוגמא שלא קשורה לחוזים מסחריים אלא ממחישה את הדרמתיות בסיווג. הדוגמא הייתה הבחנה בין חוזה מתנה לבין צוואה, שזה רק עניין של סיווג כי חוזה מתנה אמרנו שזה מתנה בחיים וצוואה זה מתנה שאמורה להינתן אחרי המוות. זה מאוד דומה, אבל יש הבדלים דרמטיים, ניתנו שני מקרים שבהם שאלת הסיווג היא לא פשוטה, היא מורכבת.

**פס"ד אברג'יל נ' עזבון המנוח משה בן יאיר:** באחד מפסקי הדין, אדם נתן את דירתו במתנה, עשה חוזה מתנה, הוא אמר שהוא נותן את הדירה שלו במתנה לפלוני על מנת שתוקנה לו שעה אחת לפני מותי. האם זה חוזה מתנה בחיים או שזה בעצם הסוואה של צוואה? במקרה הזה, בית המשפט קבע שזו צוואה מפני שהרי אנחנו

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

נדע מתי זה שעה לפני המוות רק אחרי המוות. זה חשוב כי בצוואה, אם הזוכה מעורב בעשיית הצוואה, זה פוסל את הצוואה. בחוזה מתנה, הכרחי שהמקבל יהיה מעורב בעשיית החוזה כי זה חוזה, יש הצעה וקיבול, צריך גמירת דעת של שני הצדדים. זה רק עניין קטן אבל התוצאה היא תוצאה של 180 מעלות. במקרה הזה, הרב אברגיל שהוא מקבל המתנה, היה מעורב בתהליך עשיית ההסכם הזה ומכיוון שבית המשפט פירש שזה צוואה, הוא פסל את זה.

**ע"א 3727/99 אוניברסיטת בן גוריון נ' עו"ד דן בן בסט ואח' :** אישה מאוד עשירה, עשתה חוזה שבו היא נתנה לאוניברסיטת בן גוריון מיליון דולר תרומה אבל היא אמרה אתם לא מקבלים את זה בבת אחת, אתם מקבלים 50 אלף דולר כל שנה, עושים טקס כל שנה לכבודה עד מיליון דולר, היא עשתה את החוזה כשהייתה בת 95 והספיקה לחיות שנה אחת. היה כתוב שאם היא תמות, כל הסכום יעמוד לפירעון מידי. זה היה אמור להימשך ל-20 שנה ההסכם. האוניברסיטה הייתה מעורבת בהסכם – אם זה חוזה מתנה אז הכל בסדר וזה טוב שהיא הייתה מעורבת. במקרה הזה, בית המשפט קבע שזה הסכם מתנה ולא הסכם צוואה.

**המרצה :** רצה להראות שבעיית הסיווג היא דרמטית.

נראה עוד מעט שלפי חוק המכר, המוכר יכול לשמר בעלות בידיו אם הוא רוצה. כלומר, מועד העברת הבעלות בממכר, נתון להחלטת הצדדים, זה נושא דיספוזיטיבי. העניין הוא שכאשר סיטונאים מוכרים סחורה לספקים, נותנים אשראי ספקים – שוטף + 120, הם רוצים להבטיח את הפירעון ולכן, הם אומרים שכל עוד הקונה לא גמר לשלם, הבעלות בממכר נשארת של המוכר. זה מעורר שאלה מעניינת מפני שבעצם, החוזה הזה הוא חוזה מכר מצד אחד אבל הוא חוזה הלוואה מצד שני, מפני שבאופן תיאורטי, הקונה יכול היה ללכת לבנק, לקחת הלוואה על מלוא התשלום, לשלם במזומן ולקבל את הסחורה ואז הבנק היה מלווה לו (היה לנו חוזה הלוואה). מי שנותן את ההלוואה פה זה המוכר. איך מסווגים את החוזה? אם זה חוזה הלוואה, תניית בעלת השימור היא חוזה משכון. לגבי משכון, יש כללים, אם המשכון לא רשום, אז במקרים של חדלות פירעון, אין לו תוקף כלפי המפרק או כלפי הנאמן בפשיטת רגל. לעומת זאת, אם אנחנו מחליטים שזה חוזה מכר אז אפשר להתנות על מועד העברת הבעלות. **שאלת הסיווג היא נושא מאוד חשוב.**

**האם חוזה מסוים הוא חוזה מכר או חוזה קבלנות? יש מקרים שהגבול הוא בתפר.**

למה זה חשוב?

**בפס"ד זיקית:** התעוררה שאלת אי התאמה בהקשר למפעל שעשה עבודת צביעה של בדים והתעוררה שם השאלה האם חל חוק חוזה מכר או חוק חוזה קבלנות. הבעיה הייתה שהבדים היו מיועדים לבגדי ים וכשתפרו מהם בגדי ים ואנשים נכנסו איתם למים, הצבע ירד ונהיה שקוף ואז הגישו תביעה על אי התאמה. אם זה חוזה מכר, הקונה צריך לבדוק מיד את הממכר ולהודיע על אי התאמה מיד (סעיפים 13 ו-14 לחוק המכר), הבדיקה מיידית וההודעה מיידית. לעומת זאת, בחוק חוזה קבלנות, זמן סביר. מיד זה פרק זמן יותר קצר מפרק זמן סביר ובזיקית, זה היה בגבול. בית המשפט חשב שפרק הזמן של מיד חלף ושל זמן סביר לא חלף. הבעיה

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

הייתה שאם החוזה היה חוזה מכר, אי אפשר היה להגיש את התביעה ואם זה חוזה קבלנות, אז אפשר להגיש תביעה.

**איך מסווגים?**

**דוגמא ראשונה:** חוק השכירות והשאלה:

**מהות השכירות**

1. שכירות היא זכות שהוקנתה בתמורה (להלן – דמי שכירות), להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות.

**תחולה**

2. (א) הוראות פרק זה יחולו על שכירות של מקרקעין ושל מיטלטלין, ובשינויים המחוייבים – גם על שכירות של זכויות.

**(תיקון מס' 1) תשע"ז-2017**

(ב) הוראות פרק זה יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על שכירות משנה ויראו לעניין זה את השוכר הראשי כמשכיר ואת שוכר המשנה כשוכר.

(ג) הוראות פרק זה יחולו כשאינן בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון ובאין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם בין הצדדים.

החוק מגדיר את תחולת החוק. אנו יודעים מה זה שכירות ואנחנו יודעים שהחוק חל על שכירות של מקרקעין ומטלטלין וזכויות של שכירות משנה. אבל, הוראות פרק זה יחולו כשאינן כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם בין הצדדים. כלומר, יש פה הוראה דיספוזיטיבית. הצדדים יכולים להחליט שהם רוצים להחיל עליו את חוק המכר, הם יכולים לקבוע דין אחר בינם לבין עצמם. **יש פה הוראת סיווג דיספוזיטיבית.**

ברוב המקרים, שאלת הסיווג נתונה לכוונת הצדדים.

כמו תמיד בדיני חוזים, אנחנו מעדיפים כוונה. אנו הולכים לפי הכוונה, אנחנו בודקים את הכוונה כפי שהיא עולה מתוך כל הוראות ההסכם ואנו מסווגים לפי מה שהצדדים רוצים. אבל לא תמיד.

**דוגמא נוספת:**

סעיף 2(ב) לחוק המשכון – מסווג לנו על איזה עסקה יחולו הוראות חוק המשכון.

**תחולה**

2. (א) הוראות חוק זה יחולו כשאינן בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון.

(ב) הוראות חוק זה יחולו על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, יהא כינויה של העסקה אשר יהא.

החוק אומר פה שלא אכפת לו איך הצדדים קוראים לחוזה – אם זה חוזה מכר או שכירות, אבל אם הוא מזהה שיש כוונה להשתמש בנכס כבטוחה כדי להבטיח חוב כספי, לא מעניין אותי מה הצדדים רוצים, יחולו על העסקה הזאת הוראות חוק המשכון. למה פה יש הוראה שהיא בעלת אופי כופה? בגלל שפה, תלויות בזה זכויות של צדדים אחרים שהם לא צד לחוזה. הרי הבטוחה הזאת, במקרה של חדלות פירעון, משפיעה על הזכויות של כל

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

הנושים האחרים וזה מה שמאפיין זכות קניינית – היא לא נוגעת רק לצדדים עצמם אלא יש לה השלכות על כולם.

יש מקרי סיווג שיש הוראה כופה בחוק ואומרת שלא אכפת לה מה הצדדים עושים, החוק מגדיר ואי אפשר לעקוף את ההוראה הזאת. במקרה של חוק המשכון זה כי תלויות בזה זכויות של צדדים שלישיים ובהסכמה בין הצדדים, הם לא יכולים להחליט על צדדים שלישיים. דוגמא: הם לא יכולים לפטור את עצמם מהוראת רישום.

בדיני עבודה – הפסיקה יצרה כללי סיווג כופים. עובד ומעביד, גם אם הם ינסו לצאת מדיני העבודה, באמצעות זה שהם יסווגו את העובד כעובד עצמאי, אם יתקיימו המבחנים של עובד – מעביד, בית המשפט יכול להחליט שמדובר בעובד. הסיבה היא הצורך להגן על הסקטור המוחלש. כללי הסיווג הם קוגנטיים.

**שאנחנו עוסקים בדיני החוזים המיוחדים, שאלת הסיווג היא קריטית.**

מה קורה כשיש מהות מעורבת של חוזה?

אם החוזה הוא חוזה שהוא כולו שכירות או כולו משכון, זה יחסית קל.

אבל יש מקרים אחרים בהם זה קשה יותר:

**דוגמא:** נניח ואני נכנס לחנות של חייט אומן בתל אביב, בוחר בד והוא תופר לי חליפה לפי הזמנה. האם זאת חוזה מכר (הוא מוכר לי חליפה) או שזה חוזה לעשיית מלאה (מפני שהעיקר פה זו המומחיות שלו בייצור החליפה)? זה חוזה מעורב כי אני גם קונה ממנו את הבד וגם את המומחיות. אבל בנושא הזה, יכול להיות שהמומחיות יותר חשובה מהבד כי עובדה שבאתי אליו ולא למישהו אחר. את הבד אפשר לקנות בהרבה מקומות אבל את המומחיות, רציתי את שלו. לכן, מדובר פה בחוזה מעורב. על עשיית מלאכה חל חוק חוזה קבלנות שחל גם על מתן שירותים. ראינו שיש חשיבות להבחנה בשאלה באיזה חוק מדובר.

נניח שהאינטואיציה של המרצה אומרת שהוא בעיקר לקח את החייט אומן בגלל שהוא בעל מלאכה טוב, אומן ולכן, הדגש הוא שם. אם הדגש הוא שם, אז נקודת הפתיחה צריכה להיות חוק חוזה קבלנות. אבל שוב, אין ספק שיש פה עסקה מעורבת.

- יכולה להיות עסקה מעורבת שהיא בעצם שני חוזים שונים שהם במקרה נמצאים באותו מסמך. **דוגמא:** אני שוכר ממישהו דירה וגם קונה ממנו 10 טון תפוזים ועשינו את זה באותו מסמך, זו לא עסקה מעורבת, זה חוזה שכירות כי שכרתי ממנו דירה וזה חוזה מכר כי קניתי ממנו תפוזים בגלל שיש לי חנות. זו לא עסקה מעורבת. על השכרת הדירה – חוזה שכירות. לגבי התפוזים – חוזה מכר. זה שהם נמצאים באותו מסמך, זה טכני. אבל זה לא כך עם החייט, שם המהות מעורבת, קניתי ממנו גם את הבד וגם את המומחיות באותה עסקה, זו עסקה מעורבת.

סעיף 8(ב) לחוק חוזה קבלנות –

על חוזה להספקת נכס שיש להפיקו או לייצרו והקבלן קיבל עליו לתת את עיקר החומרים הדרושים לכך, יחולו הוראות חוק המכר, תשכ"ח-1968.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

שאלת הסיווג לגבי הדוגמא עם החייט: החליפה לא הגיעה כמו שצריך, הצבע יורד, גם הצבע שהזמנתי היה אדום וקיבלתי ורוד. איזה חוק חל על זה? במקרה הזה, יכול להיות וויכוח מה זה עיקר החומרים (לפי הסעיף). איך יודעים מה עיקר החומרים? נגיד שהוא סיפק את כל הבד ואני סיפקתי רק את הכפתורים אבל הכפתורים הם משובצי יהלומים, הבד עולה 3,000 ₪ אבל הכפתורים 50,000 ₪, לכן, השאלה קשה מה הם עיקר החומרים. אבל בדוגמא, המרצה אמר שהוא סיפק את עיקר החומרים ולכן, יחול חוק המכר שהסעיף מפנה אליו. רשום בסעיף שלמרות שהחווה הוא מעורב, יחול עליו חוק אחד והוא חוק המכר. אם אני הייתי מביא את כל הבד מהבית, היה חל חוק חוזה קבלנות. בכל מקרה, חל חוק אחד על עסקה מעורבת.

**בספרות: סיווג של עסקה מעורבת, בטכניקה או בשיטת הטמעה.** מה זה הטמעה? יש שני חוקים רלוונטיים אבל באחד מהם לא משתמשים.

ב-99.9% מהמקרים, תחול ברירת המחדל של החוק כי הצדדים לא באמת מתנים בעסקאות כאלה, הם לא באים עם עורכי דין וחושבים איזה חוק להחיל, לכן, בדוגמא שנתנו לעיל עם החייט, חל חוק המכר.

שאלה: מה אם למשל אני לא נכנס לחנות של חייט, כפי שתיארנו קודם, אלא לחנות של צייר ומבקש שיצייר את הפרוטורט שלי והוא מספק גם את הדף וגם את הפחם. כאן, המרצה לא חושב שהיינו מגיעים לאותה תוצאה מפני שכאן, זה לא חוזה להספקת נכס שיש להפיקו או לייצרו. הנכס כאן הוא כל כך שולי, הדף עולה שקל והפחם שקל, פה ברור שזה חוזה קבלנות והוא אינו חוזה בעל משמעות מעורבת. לעומת זאת, בחליפה, לבד יש ערך מהותי, אין לזה ערך שולי. גם אם באתי אליו כי הוא מומחה, לבד עדיין יש ערך כספי מהותי. במקרה זה, החוזה הוא בעל שתי מהויות: בד (חומרים) ועבודה. אם הוא היה מצייר את זה על בד מאוד יקר, זה יהיה כמו השאלה של החליפה.

♥ אנו צריכים לבדוק את שאלת המהותיות כשאנו קובעים באיזה חוזה מדובר.

♥ הסיווג לפי סעיף 8(ב) הוא סעיף של החמרה. זה סעיף דיספוזיטיבי שהצדדים יכולים להתנות עליו אבל במקרים כמו הדוגמאות לעיל, הצדדים בכלל לא מגיעים למצב שהם מתנים או עושים חוזה ואז הסעיף חל ומתנה. במקרים של עסקאות מסחריות וגדולות, הצדדים כן עובדים עם עורכי דין וכנראה שיתנו את החוזה.

♥ בזוטי דברים, בית המשפט לא מתערב.

סעיף 2 לחוק המכר –

**הספקת נכס**

2. חוזה להספקת נכס שיש להפיקו או לייצרו, רואים אותו כחוזה מכר, זולת אם המזמין קיבל עליו לתת את עיקר החומרים הדרושים להפקת הנכס או לייצרו.

**דוגמא:** הזמנתי ספה, הלכתי לנגר והזמנתי ממנו סלון. אבל הסלון לא מוכן, הוא מייצר לי אותו לפי המידות הספציפיות שלי. כשאני בא אליו, אין לו את הסלון הזה. זה כנראה חוזה מכר, כי אני קונה ממנו סלון אבל יש פה מהות מעורבת כי הוא עושה מלאכה בעיקר בשבילי.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

כשאנו פונים לסעיף 2 לחוק המכר, הוא סעיף מקביל לסעיף 8(ב) לחוק הקבלנות. אם אני הייתי מביא לנגר את כל החומרים לייצור אז היה חל חוק חוזה קבלנות, אבל אם לא, חל חוק המכר. זו שיטת הטמעה כי חל רק חוק אחד. שוב, מבחן עיקר החומרים הוא מבחן שאין לו תשובה ברורה בפסיקה. זה משאיר הרבה מקום לשיקול דעת.

**חוק דיני ממונות**

הצעת חוק דיני ממונות עשתה כמה דברים: איחדה את כל החוקים (24), ביטלה כפילויות (יש היום הרבה כפילויות בין החוקים), יש סתירות בין חוקים, בגלל שהם נחקקו בפרקי זמן שונים, היא חידדה מושגים ובעיקר, הצעת חוק דיני הממונות עשה עדכון של החקיקה.

**סעיף 189 להצעת חוק דיני ממונות (בתוך הפרק: חוזה קבלנות) -**

היה ביצוע המלאכה כרוך בהספקת חומרים שישפק הקבלן על פי החוזה או על פי הנסיבות, יחולו על הספקת החומרים הוראות פרק ראשון: חוזה מכר בחלק משנה שלישי, בשינויים המחויבים.

סעיף זה בא במקום סעיף 8(ב) לחוק הקבלנות.

בהצעת חוק דיני ממונות אומרים שאם יש חוזה מעורב שיש בו גם מהות של מלאכה וגם מהות של מכר, על כל חלק יחול הדין הרלוונטי. למשל, יש אי התאמה בחומר, החליפה שהוא סיפק לי, החומר מתברר אחרי כביסה אחת, יחולו על זה הכללים של המכר. אבל אם העבודה היא במלאכה, הוא עשה עבודה לא טובה וגזר לא נכון, יחול חוזה קבלנות.

צריך לאתר איפה הבעיה.

**דוגמא:** נניח שאני הולך לרופא שיניים והוא עושה לי סתימה. הוא עושה סתימה כמו שעשו פעם, מזהב. יום אחד מגיע מישו ומגיש תביעה ואומר שהזהב הזה גנוב, גנבו את הזהב ממנו והוא רוצה את הזהב חזרה. אם על היחסים החוזיים ביני לבין רופא השיניים שלי חל חוזה קבלנות כי הוא נתן לי שירותי ריפוי של השיניים וחל רק חוזה קבלנות, בחוק חוזה קבלנות אין תקנת שוק, אז העובדה שקניתי את הסתימה הזאת בתום לב וממי שעיסוקו בכך, זה לא יעזור לי ויצטרכו להחזיר לו את הזהב. אבל אם, זה יעבוד על הספקת החומרים שנעשתה תוך כדי עשיית המלאכה, זה יחול על חוק המכר ובחוק המכר יש תקנת שוק ומכיוון שאת הסתימה הזאת קניתי ממי שעיסוקו בכך, זה כן יעזור ויחול חוק המכר.

שיטת הסיווג הזאת הינה **שיטת הצירוף**: לא חוק אחד נטמע בתוך השני ומחילים את החוק. בשיטת הצירוף על כל חלק בחוזה המעורב, יחול הדין הרלוונטי לאותו חלק.

כמובן, שלא תמיד זה ניתן ליישום. **דוגמא:** בחוזה מכר אנו נראה שיש אחריות מאוד גדולה להתאמת הממכר. סעיפים 11 – 18 עוסקים באי התאמה. במתנה, אין אחריות כזאת לנותן מתנה. נניח שנתתי לאחיין שלי במתנה מכונת. האחריות שלי באי התאמה היא מאוד מופחתת, למעשה היא לא קיימת. נניח שמכרתי לו את המכונת במחיר מלא, אני אחראי על אי התאמה. אבל מה יקרה אם בגלל שהוא אחיין שלי ויש לו יום הולדת, המכונת ששווה 100,000 ₪ מכרתי לו אותה ב-50,000 ₪. עכשיו זו עסקה מעורבת, גם חוזה מכר וגם חוזה מתנה. השאלה



## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

היא אם אני אחראי או לא אחראי? כשיש בעיה במנוע, זה בחלק של המתנה המנוע או בחלק של המכר? אי אפשר לדעת, אין לזה תשובה ברורה. **המרצה**: מנסה להראות שלא תמיד שיטת הצירוף עובדת.

**- מקובל היום להניח ששיטת הצירוף עדיפה על שיטת המתנה.**

**דיני מכר**

חוק המכר נעשה בשנת 1968, החוק הוא חוק ישן והוא מבוסס על אמנה בין לאומית, כמעט מילה במילה, משנת 1964. האמנה הבין לאומית הזאת מבוססת על עבודת הכנה של משפטנים שנעשתה בשנות ה-50 של המאה הקודמת. החוק הוא חוק עתיק.

אמנת המכר הבין לאומית מ-1964, אמנת האג, שעליה מבוסס החוק הזה, כבר מזמן בוטלה. בישראל יש לנו את חוק המכר (מכר טובין בין לאומי). הוא חל על עסקאות מכר בין לאומיות. כשאמנת האג בוטלה וישראל הצטרפה לאמנת וינה, שונה חוק המכר (מכר טובין בין לאומי) אבל חוק המכר לא עודכן ולא שונה. הוא ישן. בהצעת חוק דיני ממונות יש הרבה הצעות לתיקונים של חוק המכר.

**פרק א'** של החוק, עוסק בהוראות כלליות, בעיקר הגדרות שקובעות את היקף התחולה של החוק ועוד כמה סעיפים שלא נעסוק בהם כל כך.

**פרק ב'** של החוק עוסק בתוכן של החוזה. ככלל, חוק המכר כמו רוב החוקים המיוחדים, עוסק בעיקר בתוכן של החוזה. דיני החוזים הכלליים, עוסקים בעקרונות המשותפים לכל החוזים ולכן, הם לא מתעסקים בתוכן הספציפי. מחולק בסימן א' שעוסק בחיובי המוכר, סימן ב' עוסק בחיובי הקונה ואחר כך יש הוראות משותפות למוכר ולקונה.

**דיני החוזים המיוחדים מתעניינים בעיקר בתוכן והרעיון העיקרי הוא שהם משמשים בעצם מעטפת עבור צדדים שעושים חוזה כזה.** צדדים שעושים חוזה מכר, יכולים להתמקד בתניות העיקריות של החוזה והם לא צריכים לחשוב מה יקרה בזמן שהעברה הייתה כך וכך כי החוק בעצם עושה את העבודה בשבילה וקובע את ההוראות. מה שמאפיין דיני חוזים מיוחדים זה שהם עוסקים בעיקר בתוכן של החוזה.

**פרק ג'** עוסק בתרופות. חוק דיני החוזיות (תרופות) נחקק בשנת 1970, חוק המכר נחקק לפני כן ולכן, יש שם את פרק של תרופות.

זה המבנה הכללי של חוק המכר.

**פרק א' – הוראות כלליות**

סעיף 1 לחוק המכר – מגדיר מהו מכר.

**מהות המכר**

1. מכר הוא הקניית נכס תמורת מחיר.

**חסרים בסעיף שני דברים:**

1. אנחנו יודעים שבהקשרים מסחריים, בדרך כלל אנחנו מדברים על מכר של מטלטלין בעיקר. חלק חשוב בעסקת המכר זה המסירה, אין בהגדרה מסירה. בהמשך החוק יש הגדרה של מסירה, אבל הכניסו את

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

ההקנייה = הקנייה של זכות בעלות (אלמנט מרכזי). המסירה היא גם אלמנט מרכזי אחר, אבל זה לא נכנס פה כי אולי מכיר יכול להיות מבלי מסירה. אני יכול להקנות את הבעלות בדירה שלי לאדם אחר, אבל אמשיך לגור בה. יכולה להיות עסקת מכר בלי מסירה. בנוסף, מסירה לא מאפיינת רק עסקת מכר, מסירה יש לנו בשכירות, בשמירה, בהשאלה וכו'. זה לא צובע בצבע אופייני את עסקת המכר לעומת הקניית הבעלות היא ייחודית לעסקת מכר.

2. אם היינו מסתכלים רק על סעיף 1 לחוק, היינו חושבים שהחוק חל רק על ההיבט הקנייני של עסקת המכר. כלומר, רק על עסקאות ריאליות, שאני מקנה עכשיו בעלות במשהו. אבל זה לא נכון, רוב העסקאות המכר בעולם המודרני, זה התחייבות להקנות. האם החוק חל גם על החוזים האובליגטורים של המכר או רק בהקנייה? רוב החוק עוסק בהיבטים החוזיים של עסקת המכר, להקנייה מוקדש מעט מאוד בחוק. **רוב הסעיפים עוסקים בחלקים החוזיים של עסקת המכר (חובת ההתאמה של הממכר וכו').** זה חסר בהגדרה אבל לא חסר בחוק.

כשהחוק מדבר על הקניית נכס, למרות שזה לא כתוב, חוק המכר חל רק על הקניות רצוניות. יש מקרים של הקניית בעלות שהיא לא רצונית, דוגמא: הפקעה. אם רשות ציבורית מפקיעה נכס מקרקעין, היא צריכה לשלם פיצויים, אז יש פה הקניית בעלות בתמורה אבל זו לא עסקת מכר. **חוק המכר חל רק על הקניות רצוניות.** דוגמא נוספת להקנייה לא רצונית בתמורה: בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת. יכול להיווצר מצב שזכות בעלות במקרקעין, מוקנית למישהו מכוח הוראות החוק והיא לא רצונית, אז חוק המכר לא חל עליה.

איך עושים הקנייה רצונית? רק בחוזה!

**- מכר הוא הקניה של זכות הבעלות בנכס.**

מה זה נכס?

סעיף 4 לחוק –

**תחולה**

4. (א) הוראות חוק זה יחולו על מכר של מטלטלין, ובשינויים המחוייבים – גם על מכר של מקרקעין וזכויות.  
(ב) הוראות חוק זה יחולו כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון, ובאין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם בין הצדדים.

הוראות החוק חלות על כלל סוגי הנכסים - חל על מקרקעין, מטלטלין וזכויות. רוב החוקים שלנו חלים על כלל סוגי הנכסים.

יש שני סעיפים בודדים שחלים רק על סוג ספציפי:

סעיף 34 לחוק המכר – תקנת שוק, חל רק על נכס נד (רק מטלטלין).

תקנת שוק במקרקעין – סעיף 10 חל רק על מקרקעין.

**תקנת השוק**

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

## מיטל הרוש

השימוש במחברת באחריות המשתמש

סעיף 33 לחוק המכר – העברת בעלות.

איך עוברת בעלות במקרקעין? ברישום ולכן, סעיף 33 לא רלוונטי למקרקעין. בזכויות אין מסירה, זכות זה נכס לא מוחשי ואי אפשר למסור אותה, לכן, הסעיף לא חל גם על זכויות. סעיף 33 לחוק המכר, למרות שזה לא כתוב בו, חל רק על מטלטלין.

**העברת הבעלות**

33. הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו, אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר או על דרך אחרת להעברת הבעלות.

לפי סעיף 7א' לחוק המקרקעין, הבעלות עוברת ברישום ואם אין רישום, אז זו התחייבות. סעיף 33 חל רק על מטלטלין.

יתר הוראות החוק חלות על כלל סוגי הנכסים – מטלטלין, מקרקעין וזכויות.

**חזרה לסעיף 1 לחוק:**

אמרנו שזה חל גם על זכויות אז כשאני משכיר למישהו נכס, אני מקנה לו זכות שכירות.

**שאלה:** האם חל חוק המכר על חוזה שכירות?

**תשובה:** אם אני בעלים של נכס ואני משכיר לך אותו, זו יצירה ראשונית של זכות שכירות. היא לא הייתה קיימת קודם, היא נוצרה עכשיו לראשונה מתוך אגד הזכויות שנקרא בעלות (מלכת זכויות הקניין). אני גוזר מתוכו נתח. יחול על כך חוק השכירות והשאילה. אבל, אם אני השכרתי לך נכס ואת זכות השכירות שלך, כפי שהיא, את מוכרת למישהו, יחול על זה חוק המכר (גם חוק השכירות בהיבטים מסוימים). לעומת זאת, אם את משכירה למישהו בשכירות משנה, יחול חוק השכירות. מקרה ביניים זה כשאני משכיר בשכירות משנה את כל השכירות שלי.

במילים אחרות,

אם אני שוכר, משכיר בשכירות משנה ומייתר משהו בידי, למשל – השכרתי חדר אחד מתוך שלושה או השכרתי את כל הדירה, אבל השכירות שלי היא לשלוש שנים ואני השכרתי רק לחצי שנה (סאבלט) זו שכירות משנה. אם העברתי למישהו את כל הזכויות והחובות שיש לי על פי חוזה השכירות, הוא שוכר את הדירה במלואה לכל תקופת השכירות, אני יוצא מהתמונה וחל חוק המכר.

יש מקרה ביניים שבו העברתי לשוכר המשנה את כל מה שיש לי, נגיד השכרתי לו את כל הדירה, לכל התקופה, אבל אני נשאר בתמונה, במובן שהחובות והזכויות שלי הם מול הבעלים ושלו הם שלי. זה המקרה הגבולי בין העברת שכירות לבין שכירות משנה.

**דוגמא:** חכירה ממנהל מקרקעי ישראל. כשאני חוכר ממ"י נכס, חל חוק השכירות. אבל כשאני מוכר את מלוא זכויות החכירה שלי למישהו אחר, אני מוכר אותם.

**בעיקרון, גם על מכירה של זכות, חל חוק המכר.**

קיים חוק שנקרא **חוק המחאת חיובים** שעוסק בעסקאות בזכויות, זה יכול להיות מכירה של זכות, זה יכול להיות שיעבוד/משכון של זכות.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

**דוגמא:** נניח שאתה חייב לי מיליון ₪, אתה רוצה לשלם לי את זה בעוד מיליון שנה ואני רוצה למכור את הזכות הזו למישהו. יש לנו חייב, יש לנו נושה והנושה מוכר את הזכות לצד ג' (ננשה). האם חל חוק המכר או חוק המחאת חיובים? ביחסים בין הנושה לבין צד ג' חל חוק המכר כי ב' מוכר לג' את הזכות וחוק המכר חל גם על מכר של זכויות. חוק המחאת חיובים מטפל בעיקר ביחסים שנוצרים בעקבות המכירה בין ג' לא'. כי הרי, בעקבות המכירה, א' חייב מיליון שקלים לא לנושה אלא לצד ג'. אבל אין ביניהם חוזה ובהסדרת היחסים ביניהם, מטפל חוק המחאת חיובים.

**המרצה:** פעם פרופ' וויסמן שהיה פרופ' לדיני קניין באוניברסיטה העברית, פרסם מאמר שנקרא "איברים כנכסים" והוא דן בשאלה אם חוק המכר חלק על מכר של איברים. התשובה הפשוטה היא שיש איברים, שהם בעיקר איברים מתחדשים וכן, חוק המכר חל עליהם. למשל, יש אנשים שמוכרים שיער או מכירה של זרע. במקרה כזה, חוק המכר חל. אם מוכרים כלייה, הסיבה שחוק המכר לא חל זה בגלל שזה חוזה בלתי חוקי והוא בטל בכל מקרה. לגבי מכירת איברים מן המת: זה לא חוקי ובנוסף, השאלה הגדולה היא מי הבעלים? הגישה המקובלת היא שהעזיבון איננו הבעלים של גופת הנפטר (לא יהיה במבחן, לידע כללי).

**הקניית נכס תמורת מחיר:** אם זה לא בתמורה, יחול חוק המתנה. הקניית בעלות ללא תמורה היא ההגדרה של חוק המתנה. התמורה נבדקת באופן מהותי.

באנגליה, חוזה יכול להיווצר רק אם יש תמורה אבל זו תמורה במובן מאוד טכני והאנגלים אומרים ששילינג תמורת מכונית רויס רויס זו תמורה, גרגר פלפל תמורת אוניה, זו תמורה. תמורה זה עניין פורמאלי טכני שיש עליו כללים משפטיים שנוצרו בפסיקה האנגלי.

בתקופה שדיני החוזים בארץ היו אנגליים, כשעורך דין היה רוצה לעשות חוזה מתנה, למשל כשהורים נותנים דירה מתנה לבנם, היו כותבים שהם נותנים את הדירה תמורת שקל. זאת בגלל שבמשפט האנגלי לא הייתה מתנה בלי תמורה. מאז שנכנס חוק החוזים, אין יותר צורך בתמורה בחוזה מתנה.

**במשפט הישראלי** – התמורה נבחנת באופן מהותי. היא מבחינה בין מתנה/שאיילה לבין עסקאות בתמורה. לכן, התמורה בחוק המכר היא על פי התמורה המהותית. בסעיף 1 לחוק לא כתוב בתמורה אלא כתוב תמורת מחיר. תמורת מחיר זה תמורת תשלום בכסף, זה יכול להיות באמצעות כרטיס אשראי, העברה בנקאית, שיק, מזומן. האם החוק יחול כאשר התשלום הוא לא בכסף אלא בנכס אחר או בשירות?  
כן, מכיוון שזה כתוב בסעיף 3 לחוק.

**סעיף 3 לחוק –**

**חליפין**

3. הוראות חוק זה יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על חליפין.

חוק המכר, למרות שמדובר בעסקה בה מקנים בעלות בנכס תמורת כסף, חל גם על עסקאות חליפין לפי סעיף 3.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

לגבי המחיר, אנו נתמקד בעיקר בחיובים של המוכר. החיוב למסור את הנכס, החיוב שהנכס יהיה מתאים למה שהוסכם, אלה חיובים אופייניים בעסקת מכר. החיוב של הקונה הוא לשלם. ברוב העסקאות של המזמין בעסקת קבלנות זה לשלם, של השוכר זה לשלם ולכן, לא נעסוק בקונה כמעט. בקצרה: החוק מסדיר בכמה הוראות את נושא התשלום:

סעיף 19 לחוק –**חובת תשלום וקבלה**

19. הקונה חייב לשלם למוכר את המחיר ולקבל את הממכר.

סעיף 20 לחוק – אם לא הוסכם על מחיר/ חסר פרט מהותי/ אין מסוימות/ אין גמירת דין - אין תוקף לחוזה. יש מקרים שבהם המחיר הוא פרט שולי.

**חישוב המחיר**

20. (א) לא הוסכם על המחיר או על דרך קביעתו, ישולם המחיר הראוי.  
(ב) נקבע המחיר לפי משקל, יחושב לפי המשקל הנקי.

סעיף 21 לחוק – הוראה דיספוזיטיבית. ברוב העסקאות המסחריות, המחיר לא משולם במועד מסירת הממכר.

**המועד לתשלום המחיר ומקומו**

21. המחיר ישולם במועד מסירת הממכר ובמקום עסקו של המוכר, ובאין למוכר מקום עסק – במקום מגוריו הקבוע

אלה ההוראות הכלליות ביחס לתשלום.

סעיף 2 לחוק – דיברנו עליו, עוסק בחוזה מעורב, ראינו שהמבחן הזה בעייתי במספר תחומים. המבחן עצמו של עיקר החומרים הוא מבחן בעייתי (אנחנו לא יודעים מה זה לפי משקל/ערך), לפעמים זה ברור ולפעמים זה מסובך ליישום.

**אנחנו יכולים ללמוד דברים עקיפים מהסעיף הזה:**

1 אנחנו יכולים לראות שמוכר יכול למכור נכס שעוד לא קיים, כלומר, שהוא עוד לא בבעלותו. "חוזה להספקת נכס שיש להפיקו או לייצרו". אי אפשר להקנות בעלות בנכס שלא קיים אבל אפשר להתחייב להקנות בעלות. מזה אנחנו לומדים שאין מניעה להקנות בעלות בנכס שאדם הוא לא בעליו, הוא יכול רק להתחייב למכור. אם כך, קל וחומר שאדם יכול למכור נכס שהוא כן קיים אבל הוא לא בעליו. **דוגמא:** יבואן, עדיין לא קיבל את הסחורה מחו"ל, אבל הוא מתחייב למכור אותה. **דוגמא:** אם אני נכנס לסוכנות מכונות ואני מזמין מכונת שהיא עדיין לא יוצרה, החוזה הוא לא חוזה להקנייה אלא חוזה שיש בו התחייבות להקנות.  
- אין שום חובה בעסקת מכר שהמוכר בעת כריתת החוזה יהיה בעליו של הממכר. אם הוא לא בעליו של הממכר, הוא עדיין לא יכול להקנות בעלות אבל הוא יכול להתחייב להקנות בעלות. למה? כי הממכר עוד לא קיים בעולם או שהוא קיים בעולם אבל המוכר הוא לא בעליו, אין שום בעיה עם זה. אי אפשר להקנות דבר שלא

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

בעולם, אין בעיה להתחייב להקנות בעלות במשהו שלא בעולם וחוק המכר חל על זה, הוא חל על עסקאות אובליגטוריות. רוב חוזה המכר בעולם המודרני הם כאלה.

**סיכום:** סעיף 1 מגדיר את היקף תחולת החוק (הקנייה רצונית בחוזה של נכס), חל גם על עסקאות חליפין, סעיף 3. החוק חלק גם על חוזה מעורב שיש בו מכר וקבלנות בהתייחס לשאלת המהות (סעיף 2 לחוק). יש תחולה לתקנת השוק חוק המכר או אין תחולה לתקנת השוק חוק חוזה קבלנות, הגדרות אלה מאוד חשובות לגבי תחולת החוק.

חזרה לסעיף 4 לחוק המכר -

גם סעיף 4 עוסק עדיין בתחולה. דיברנו על סעיף 4(א) שקובע שתחולת החוק הוא על כלל סוג הנכסים. כשהחוק הזה נכתב, מה שעמד לנגד עיני המחוקק זה עסקת מכר במטלטלין וזה הוחל גם בשינויים המחויבים על הנכסים האחרים. החוק קודם כל מוכוון מטלטלין (עסקאות מסחריות) אבל גם על נכסים אחרים. **סעיף 4 קובע שהחוק הוא דיספוזיטיבי.** זה ברור וזה עקרון כללי של חוק כללי וחוק מיוחד. אם יש חוק יותר כללי כמו חוק המכר דירות, על מכירה של דירה חדשה, חל חוק המכר דירות אבל גם חוק המכר, אבל חוק המכר הוא כללי ביחס לחוק המכר דירות.

**סעיף 4(ב) לחוק המכר אומר שניתן להתנות חוץ מבשני מקרים:**

- סעיף 16 לחוק – סעיף קוגנטי – "על אף האמור בכל הסכם".

- סעיף 34 לחוק המכר – תקנת השוק, אי אפשר להתנות על תקנת השוק.

שני הסעיפים הנותרים לחלק הכללי, הם סעיפים לא חשובים ומדוע? מפני שסעיף 5 לחוק המכר עוסק בהשלמת פרטים שחסרים בחוזה מכר על פי נוהג והוא מקביל לסעיף 26 לחוק הכללי, פשוט כשהחוק הזה נחקק לא היה חוק החוזים כללי ולכן, הפסיקה לא מתייחסת לכך אלא לחוק החוזים כללי.

סעיף 5(ב) גם נמצא כי לא היה חוק חוזים כללי אז, הוא הדין ביחס לסעיף 6 לחוק המכר.

סעיף 6 לחוק המכר הוא מילה במילה לסעיף 39 לחוק החוזים הכללי, ההבדל היחיד הוא שבסעיף 6 כתוב מכר ובחוק החוזים הכללי לא.

לשלושת הסעיפים האלה לא נתייחס כי למדנו אותם בקורס הכללי, זה חל על כל סוגי החוזים, אין לזה שום דבר מיוחד ביחס לחוזי מכר.

דיברנו על החוק ביחס להיקף התחולה ובהיקף לסעיפים הדיספוזיטיביים.

חקיקה מסחרית היא בדרך כלל דיספוזיטיבית, לעומת זאת, בדיני חוזים צרכניים בדרך כלל החקיקה היא קוגנטית.

**פרק ב': תוכן החוזה****חיובי המוכר**מהם החיובים העיקריים של מוכר?

מסירה, העברת בעלות והתאמת הממכר – הם ליבת החוזה בחוזה מכר.

הרבה פעמים אנשים שהם לא משפטנים מתייחסים למסירה ולהעברת הבעלות כאילו זה אותו דבר אבל אנחנו יודעים שזה לא כך.

## מיטל הרוש

השימוש במחברת באחריות המשתמש

רוב הפסיקה שעוסקת בסכסוכים על חוזי מכר היא סביב נושא ההתאמה.

**העברת בעלות**

סעיף 33 לחוק המכר – דיברנו על כך לעיל.

סעיף דיספוזיטיבי. הצדדים יכולים להסכים על מועד אחר או דרך אחרת להעברת הבעלות, זה קורה. יכול להיות מצב שהבעלות עוברת לקונה לפני המכירה. דוגמא: אם הקונה שילם כבר את מלוא התמורה, הבעלות עוברת אליו אבל המוכר ממשיך לעשות שימוש בנכס, להחזיק בו ולהשתמש בו כשוכר או כחלק מתנאי עסקת המכר.

יש גם אפשרות אחרת, שהבעלות תהיה מאוחרת למסירה.

שני סייגים לכך שהבעלות מקדימה את המסירה:

**א.** אפשר בהסכמה להקדים את מועד הבעלות אבל מגבלה אחת לגבי ההקדמה זה בעלותו של המוכר – אי אפשר לקבוע מועד העברת בעלות שבו המוכר עדיין לא הבעלים של הנכס או בגלל שהנכס לא יוצר או בגלל שהנכס עוד לא בבעלותו של המוכר. אדם לא יכול להקנות יותר ממה שיש לו.

**ב.** סייג שני שעולה מתוך הספרות/פסיקה: אי אפשר לעשות העברת בעלות רטרואקטיבית. הסיבה היא חשש מפני פגיעה בנושים של המוכר. החשש מפני פגיעה באינטרסים, כי כשיש זכות בעלות, צדדים שלישיים מסתמכים עליה, בוודאי בעסקאות מסחריות.

**סיכום:** הצדדים יכולים להקדים את מועד הבעלות למועד המסירה ובלבד, שמועד הקדמת הבעלות לא יהיה לפני המועד שבו המוכר הוא הבעלים או לפני מועד כריתת החוזה, לפי המאוחר מבין שניהם.

**דוגמא:** אנו כורתים חוזה ב-1/1, אנחנו מסכימים בחוזה שהמסירה תהיה ב-1/3, הסחורה היא מטלטלין. הסעיף הוא דיספוזיטיבי לפי סעיף 33 הצדדים יכולים להסכים שמועד המכירה יהיה ה-1/2, הם לא יכולים להסכים שמועד המסירה יהיה לפני ה-1/1 והם לא יכולים להסכים שמועד המסירה יהיה כשהמוכר עדיין לא הבעלים של הסחורה. ובנוסף, לפי המאוחר מבין שני המועדים.

המוכר התחייב להקנות בעלות ב-1/1 למרות שהוא עדיין לא בעלים וזה בסדר. אבל בשלב שהוא צריך להקנות את הבעלות למוכר, זה יהיה בזמן המסירה. אין בעיה שייקבעו ביניהם מועד מוקדם יותר ובלבד שלא יהיה מוקדם למועד כריתת החוזה או למועד שבו המוכר יהיה בעלים של הממכר, לפי המאוחר מבין השניים. כלומר, אם לפני ה-1/1 המוכר היה הבעלים של הנכס, המועד הכי מוקדם זה ה-1/1. אם המוכר נהיה הבעלים של הנכס ב-1/2, המועד הכי מוקדם זה ה-1/2. לכן, **הצדדים בהסכמה יכולים להעביר את מועד המסירה ובלבד שזה לא יהיה לפני מועד כריתת החוזה או לפני המועד שבו המוכר הפך להיות הבעלים של הממכר.**

בעלות שמאוחרת למסירה:

הצדדים בהסכמה מחליטים שהעברת הבעלות תהיה מאוחר למסירה מכל מיני סיבות:

1. מניעה אובייקטיבית: אם הבית המשותף עדיין לא נרשם, תהיה מסירה לפני שהבעלות תעבור. במקרקעין עדיין לא מתאפשר רישום לצורך העניין אבל בחוזים מסחריים יש סיבה אחרת: הבטחת האשראי שנתן המוכר לקונה, זאת הסיבה הנפוצה בחוזים מסחריים. כמו שאמרנו, ברוב החוזים המסחריים, הממכר נמכר באשראי (שוטף + 120) והמוכר רוצה להבטיח את עצמו מפני חדלות פירעון.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

אם הקונה הוא חדל פירעון, המוכר הוא נושה רגיל והוא רוצה לקבל עדיפות באמצעות הבעלות, להגיד שהסחורה הזאת, המפרק לא יכול לשים עליה יד.

כאן נכנס העניין של האם זה תופס או לא תופס בגלל הוראות המשכון של חוק המשכון. כאשר הצדדים מסכימים על מסירה לפני קבלת הבעלות זה אפשרי, למעט מקרים שיש משכון מוסווה שאז בית המשפט עלול להגיד שאין תוקף לשימור הבעלות, יש לזה תוקף ביחסים בין הצדדים אבל לא יהיה לזה תוקף כלפי נושים של הקונה, אם הוא הפך להיות חדל פירעון. אבל, ביחסים בין הצדדים אין שום בעיה לפי סעיף 33. כל עוד הקונה שלנו הוא לא חדל פירעון, אז ביחסים שבין הצדדים, דחיית הבעלות למועד מאוחר למועד המסירה זה תופס. הבעיה היחידה מתעוררת אם הוא הופך להיות חדל פירעון ואז במקרים מסוימים זה עשוי להתנגש.

חיוב במסירה

בניגוד לבעלות שעוסק בו סעיף 33, חיוב במסירה מופיע לכל אורך החוק. החוק חושב על מטלטלין, ובמטלטלין אנחנו הרבה פעמים מזהים את המסירה עם עוד דברים. המסירה היא אלמנט מאוד מרכזי וחשוב בחוק המכר.

סעיף 7 לחוק –**חובת מסירה והעברה**

7. המוכר חייב למסור לקונה את הממכר ולהעביר לו את הבעלות בו.

**מסירה כיצד?**

8. (א) מסירת הממכר תהא בהעמדת הממכר לרשות הקונה.

(ב) היה הממכר חלק מתוך צובר של נכסים, תהא המסירה בעשיית כל הדרוש כדי לאפשר את ייחוד הממכר וקבלתו על ידי הקונה.

(ג) הוסכם על הובלת הממכר על ידי מוביל, תהא המסירה בהעמדת הממכר לרשות המוביל, ובלבד שהמוביל אחראי כלפי הקונה על פי חוזה ההובלה.

**מועד המסירה**

9. (א) מקום שהממכר לא נמסר על אחר, תהא המסירה זמן סביר לאחר גמירת החוזה.

(ב) הוסכם על מסירה תוך תקופה פלונית, רשאי המוכר לקבוע את מועד המסירה בתוך אותה תקופה.

(ג) במקרים האמורים בסעיפים קטנים (א) ו-(ב), על המוכר להודיע לקונה זמן סביר מראש על מועד המסירה.

**מקום המסירה**

10. (א) המסירה תהא במקום עסקו של המוכר, ובאין למוכר מקום עסק – במקום מגוריו הקבוע.

(ב) ידעו הצדדים בעת גמירת החוזה שבמועד המסירה יימצא הממכר במקום פלוני, תהא המסירה באותו מקום.

(ג) הוסכם על הובלת הממכר על ידי מוביל, תהא המסירה במקום שהוסכם עליו עם המוביל האחראי כאמור בסעיף 8(ג).

הסעיפים הבאים לא מועתקים כיוון שנדבר עליהם בהרחבה בהמשך.

סעיף 11 לחוק – אי ההתאמה נקבעת במועד המסירה.

סעיף 13 לחוק – חובה על בדיקה של הממכר בעת המסירה.



## מיטל הרוש

השימוש במחברת באחריות המשתמש

סעיף 15 לחוק – אי התאמה נסתרת. יש תקופת התיישנות מקוצרת לגבי חלק מהתרופות. נדבר על זה בהמשך, מתחיל להימדד ממועד המסירה.

סעיף 18 לחוק – נושא של פגם בזכות, זכויות של צדדים שלישיים, אם הנכס משועבד או מעוקל, זה נבדק בזמן המסירה.

סעיף 21 לחוק – קובע את מועד התשלום למועד המכירה.

סעיף 22 לחוק – קובע את העברת הסיכון למועד המסירה.

סעיף 33 לחוק – קובע את העברת בעלות למועד המסירה.

**הנושא של מסירה עובר כמעט לאורך כל הדרך של הוראות חוק המכר והוא רלוונטי להרבה נושאים כמו חיוב ההתאמה, מועד התאמת הסיכון וכו'. חיוב המסירה הוא חיוב מרכזי בחוק.**

יש עסקאות מכר שאין בהן באמת מסירה, יש בהן מסירה קונסטרוקטיבית.

במקרקעין: אם אני מוכר למישהו בעלות בנכס תפוס, שיש בו דייר מוגן על פי חוק, האם זו לא עסקת מכר? זו כן. האם יש העברת בעלות? כן. האם יש מסירה? יש מסירה קונסטרוקטיבית, מי שהחזיק בנכס ימשיך להחזיק בו אחר כך, קודם הוא החזיק מטעמו של המוכר כעת הוא מחזיק מטעמו של הקונה, יש מסירת העברה הרעיונית. אלמנט המסירה פה הוא תיאורטי, רעיוני, אין שינוי בהחזקה.

סעיף 8(א) לחוק המכר –

**מסירה כיצד?**

8. (א) מסירת הממכר תהא בהעמדת הממכר לרשות הקונה.

(ב) היה הממכר חלק מתוך צובר של נכסים, תהא המסירה בעשיית כל הדרוש כדי לאפשר את ייחוד הממכר וקבלתו על ידי הקונה.

(ג) הוסכם על הובלת הממכר על ידי מוביל, תהא המסירה בהעמדת הממכר לרשות המוביל, ובלבד שהמוביל אחראי כלפי הקונה על פי חוזה ההובלה.

ברוב העסקאות המסחריות יש מסירה ממש והמסירה ממש, בניגוד למה שאנחנו חושבים, סעיף 8(א) קובע שמסירת הממכר תהא בהעמדת הממכר לרשות הקונה. לפי הספרות והפסיקה זה אומר שהמוכר ממלא תפקיד פסיבי במסירה. כמובן שזה דיספוזיטיבי, הצדדים יכולים לקבוע אחרת, אבל אם הם לא קבעו אחרת – נניח שהתחייבתי למכור לך סחורה מסוימת ואני מתקשר ואומר שהסחורה מוכנה במחסן והמחסן פתוח, אפשר לקחת. קיימתי את חובת המסירה.

יכול להיות שהצדדים יסכימו על מסירה פיזית ממש, יכול להיות שזו תהיה הסכמה משתמעת מתוך החוזה, יכול להיות שזה הנוהג בין הצדדים וזאת תהיה מסירה פיזית ממש. אבל בהיעדר הסכמה או נוהג, ברירת המחדל של החוק היא מסירה פסיבית – העמדה לרשות. ברגע שאמרתי שהממכר מוכן ואתה יכול לקחת אותו, קיימתי את חובת המסירה. מועד המסירה הוא מאוד רלוונטי – אם איחרתי במסירה, יכול להיות רלוונטי לנושאים אחרים בחוק כמו תקופת התיישנות וכו'.

בהקשר של העברת סיכון – החוק לא נוקט בלשון מסירה.

## מיטל הרוש

השימוש במחברת באחריות המשתמש

סעיף 22 לחוק – העברת סיכון.

**העברת הסיכון**

22. (א) אבד או נתקלקל הממכר לפני שהקונה קיבל אותו, משוחרר הקונה מחיוביו, זולת אם אבד או נתקלקל, מסיבה שאין המוכר אחראי לה, אחרי שהמוכר עשה את המוטל עליו למסירתו והקונה הפר את חובתו לקבלו.

(ב) הוסכם על הובלת הממכר והמוכר מסרו למוביל האחראי כאמור בסעיף 8(ג), אין הקונה משוחרר מחיוביו אם אבד או נתקלקל הממכר אחרי שנמסר למוביל מסיבה שאין המוכר אחראי לה.

”לפני שהקונה קיבל אותו” – סעיף 22 לצורך העברת סיכון, אם שמתני את הממכר ברחוב, הסיכון לא יעבור אל הקונה.

**חזרה לסעיף 8 -**

באופן מפתיע, ברירת המחדל של החוק, היא מסירה פסיבית.

נניח שהמוכר מוכר מאה שקי מלט, כשבמחסן של הקונה יש 2,000 שקי מלט, הוא מוכר לו חלק מתוך צובר של נכסים. במקרה כזה, תהא המסירה באיחוד הממכר וקבלתו על ידי הקונה. כלומר, צריך להפריד את המאה שקים מהאלף ואז אפשר לבצע מסירה. אבל, אם זה לא כך, אם זה מאה שקים של מלט מתוך מאה שקים של מלט שיש לי במחסן. זה בעייתי כי כמו שהמרצה אמר, המסירה משמשת בחוק בהקשרים שונים ומגוונים. למשל – ההקשר של העברת הבעלות – אמרנו שברירת המחדל של החוק במטלטלין, הבעלות עוברת למסירתו, ולפני רגע אמרנו שהמסירה פסיבית של העמדה לרשות. **יש בעיה! למה החוק קובע כברירת מחדל שבנכסים נדים הבעלות עוברת במסירה?** למה לא כשהבעלות עוברת מתי שהצדדים רוצים? למה במקרקעין הבעלות עוברת ברישום? בזכויות קניין צריך פומביות בגלל שזכויות קניין משפיעות על צדדים שלישיים. הבעלות משליכה על זכויות של צדדים אחרים ולכן, אנחנו מחפשים פומביות. אז בנכסים שיש לגביהם מרשם, כמו מקרקעין הפומביות באה על סיפוקה באמצעות המרשם. **בנכסים שאין בהם מרשם, אנחנו מניחים שהחזקה יוצרת פומביות.** אמרנו שבהסכמה, הצדדים יכולים לקבוע שהבעלות תעבור לפני החזקה או אחרי החזקה ולכן, החזקה היא לא ביטחון לזה שהבעלות באמת עוברת.

משכון – תופס כלפי נושים של החייב בחדלות פירעון באחת משתי אפשרויות: או רישום או החזקה. משכון מופקד. אני יכול לעשות משכון משוכלל לא על ידי רישום אלא על ידי הפקדה של הנכס הממושכן בידיו של בעל המשכון. למה זה תחליף לרישום? כי זה יוצר פומביות. החזקה יוצרת פומביות.

סעיף 33 לחוק המכר אומר שהבעלות במטלטלין עוברת במועד המסירה כי המסירה יוצרת פומביות. אבל לפי סעיף 8 ראינו שהמסירה היא מסירה פסיבית, היא לא מסירה שיוצרת פומביות אלא היא מסירה של העמדה לרשות. אם זה במחסן שלי ואמרתי שאתה יכול לבוא לקחת, אז אף אחד לא רואה את זה.

האם יכול להיות שהמסירה בסעיף 33 והמסירה בסעיף 8 היא לא אותה מסירה?

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

**פס"ד צור שמיר נ' חדד:** השאלה שלעיל עלתה ונענתה עליו בפסק הדין. אדון חדד קנה מכונית סובארו חדשה. הוא קנה אותה בסוכנות של סובארו בבאר שבע אבל המגרש שממנו מוציאים את המכוניות החדשות היה בחיפה. החברה אמרה לו שאם הוא רוצה, הם נותנים שירות ללקוחות, שיוסיף כמה שקלים ונהג יביא את המכונית מחיפה לבאר שבע והוא עשה ביטוח לאוטו כדי שיהיה אפשר להוציא את המכונית החדשה, הנהג לקח את המכונית, עשה תאונה בדרך והמכונית הלכה טוטאל לוסט. חברת צור שמיר לא רוצה לשלם. הבעיה הייתה שחברת הביטוח אמרה שלפי תנאי הפוליסה, הביטוח בתוקף רק כשבעל הפוליסה הוא הבעלים של הרכב. הטענה של חברת הביטוח הייתה שבהיעדר הסכמה אחרת, הבעלות במכונית שהיא מטלטלין, עוברת במועד המסירה והמסירה לפי חברת הביטוח עוד לא נעשתה ולכן, הבעלות עוד לא עברה לחדד ולכן, הפוליסה לא תופסת. חברת יפנטו של הרכבים אמרה לחדד שייקח מכונית חדשה ואם יזכה בכסף בתביעה, יתן להם.

הוויכוח בפסק דין: חדד אומר שהייתה מסירה מפני שברגע שהודיעו לו שהמכונית מוכנה בחיפה, זו העמדה לרשות. השאלה אם לקחתי או לא לקחתי, היא לא רלוונטית. כלומר, מה שחדד אומר, שגם המסירה בסעיף 33 לצורך העברת בעלות, היא מסירה פסיבית. ביהמ"ש העליון: מקבל את הטענה הזאת. המרצה: לעניות דעתו הנימוק שמסירה זה העמדה לרשות בנכס נד ולכן, בעצם הייתה מסירה לחדד כבר כשהודיעו לו שהמכונית מוכנה בחיפה זה בעייתי מפני שמי שמבין את הרציונל של סעיף 33 ומבין שהבעלות עוברת במסירה כי המסירה מייצרת פומביות לכל העולם שיוצרת מרשם והעברת חזקה, מבין שזה בעייתי. הנימוק השני היה שמכיוון שחדד שילם על הנהג, הנהג הוא שלוחו של חדד ולכן, כשהוא קיבל את מפתחות האוטו ונסע, חדד קיבל את המסירה פיזית. מה יקרה בעסקה מסחרית גדולה שבה תתעורר שאלה של האם הבעלות עברה לצורך תחולת ביטוח למשל? כרגע, האמירה היחידה שיש זה פסק הדין של צור שמיר נ' חדד שבאמרת אגב אומר שמסירה בסעיף 33 זה אותו דבר כמו 8, זה העמדה לרשות. המרצה אומר אמירת אגב כי האמירה בפסק הדין זה שהייתה גם מסירה פיזית כי הנהג היה שלוחו של חדד.

גם היום אין תשובה לשאלה שלעיל.

אמרנו שלפי סעיף 8 לחוק המכר, המסירה היא מסירה פסיבית. סעיף 8(ב) + (ג) המרצה אמר שלא נלמד.

סעיף 9 לחוק – מדבר על מועד המסירה.

**מועד המסירה**

9. (א) מקום שהמכר לא נמסר על אתר, תהא המסירה זמן סביר לאחר גמירת החוזה.  
 (ב) הוסכם על מסירה תוך תקופה פלונית, רשאי המוכר לקבוע את מועד המסירה בתוך אותה תקופה.  
 (ג) במקרים האמורים בסעיפים קטנים (א) ו-(ב), על המוכר להודיע לקונה זמן סביר מראש על מועד המסירה.

סעיף 10 לחוק המכר – מדבר על מקום המסירה. המסירה תהא במקום עסקו של המוכר.

**מקום המסירה**

10. (א) המסירה תהא במקום עסקו של המוכר, ובאין למוכר מקום עסק – במקום מגוריו הקבוע.  
 (ב) ידעו הצדדים בעת גמירת החוזה שבמועד המסירה יימצא הממכר במקום פלוני, תהא המסירה באותו מקום.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

(ג) הוסכם על הובלת הממכר על ידי מוביל, תהא המסירה במקום שהוסכם עליו עם המוביל האחראי כאמור בסעיף 8(ג).

הוראה שסותרת הוראה כללית שנמצאת בחוק החוזים הכללי.

בסעיף 44 לחוק החוזים כתוב שחייב שלא הוסכם על מקום קיומו יש לקיים במקום קיומו של הנושא. אבל מכיוון שסעיף 10 לחוק המכר הוא חוק ספציפי, הוא גובר והמסירה תהא במקום עסקו של המוכר.

**החייב שיש לגביו הכי הרבה הוראות בחוק הוא חייב ההתאמה.**

**בחייב ההתאמה עוסקים סעיפים 11 – 18 לחוק המכר.**

סעיף 11 לחוק המכר – מגדיר מה זאת אי התאמה.

**אי התאמה**

11. המוכר לא קיים את חיוביו, אם מסר –

- (1) רק חלק מהממכר או כמות גדולה או קטנה מן המוסכם;
- (2) נכס שונה או נכס מסוג או תיאור שונה מן המוסכם;
- (3) נכס שאין בו האיכות או התכונות הדרושות לשימושו הרגיל או המסחרי או למטרה מיוחדת המשתמעת מן ההסכם;
- (4) נכס שמבחינת סוגו, תיאורו, איכותו או תכונותיו אינו מתאים לדגם או לדוגמה שהוצגו לקונה, זולת אם הוצגו ללא קבלת אחריות להתאמה;
- (5) נכס שאינו מתאים מבחינה אחרת למה שהוסכם בין הצדדים.

היינו מצפים שהחוק יבוא ויגיד קודם כל שהמוכר חייב למסור לקונה נכס שמתאים למה שמוסכם, לקבוע את החייב.

לפי סעיף 11 אנחנו מבינים שהמוכר לא קיים את חיוביו אם מסר נכס לא מתאים לפי הסעיפים הקטנים ואז לפי זה אנחנו מבינים שיש לו איזשהו חיוב.

**האם יש חובה שהנכס יתאים לתקן וזה לא מוסכם בחוזה?**

בניגוד לחוקים במדינות אחרות ובניגוד להצעת חוק דיני ממונות, אין חובת התאמה לתקן. בסעיפי אי התאמה של חוק המכר (דירות) יש חובת התאמה לתקן של תכנון ובנייה, אבל בסעיף 11 לחוק המכר, אין חובת התאמה לתקן אלא למה שהתחייבתי בחוזה. אם מתעוררת שאלה פרשנית, בית המשפט יניח שהצדדים התכוונו שזה יהיה מתאים לתקן. **לדוגמא**: באחד מפסקי הדין, חברת שיכון עובדים מכרה דירות בבניין וזה היה בניין גבוה ובחוזה היה כתוב שהחברה מתחייבת שיהיה גם בבניין תא גנרטור וגילו שאין גנרטור. כשהם באו לחברה, כמו הפסקת חשמל. השכנים קיבלו את המפתחות, נכנסו לתא הגנרטור וגילו שאין גנרטור. כשהם באו לחברה, החברה אמרה שהיא התחייבה לתא גנרטור ולא לזה שיהיה גנרטור בתא. זה הגיע לביהמ"ש והשופטת בן פורת שם התייחסה לפרשנות, למה התכוונו בתא גנרטור? היא אמרה שכשיש תקן ולפי חוק תכנון ובנייה, בבניין גבוה צריך להיות גנרטור, ההנחה שלה הייתה שהצדדים רצו לקיים את התקן ואם הם לא רצו לקיים את התקן, הם היו צריכים להגיד זאת בצורה ברורה. **התקן משפיע בצורה אבל לפי הסעיף 11 אין חובה לתקן.**

המוכר לא קיים את חיוביו אם מסר ממכר לא מתאים – מה זה אומר שאם יש אי התאמה המוכר לא קיים את חיוביו? **החוזה הופר. דוגמא**: הבטחתי בזמן המו"מ שהממכר יהא מסוג מסוים ובסוף הוא לא כזה, הטעיה או הפרה? הטעיה או אי התאמה? **הכלל**: אם המצג/הבטחה הייתה בשלב הטרם חוזי, בזמן המו"מ והיא לא הפכה

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

לחלק מהחווה, באופן עקרוני זאת הטעיה. אם היא הפכה לחלק מהחווה והיא לא קוימה, יש לנו הפרה. צריך לזכור שהשאלה מה זה חלק מהחווה היא מאוד גמישה בפסיקה. ביהמ"ש מכניס בדרך של פרשנות אל תוך החווה גם דברים שלא נמצאו בחווה במפורש והוצגו במשא ומתן. הוא עושה את זה או בדרך של פרשנות או בדרך שהוא אומר שבעצם הייתה הצעה, ההצעה כוללת את כל המידע שהועבר בזמן המשא ומתן, החווה כוללת את כל ההבטחות הטרומים חוזיות אלא אם כן החווה אומר במפורש שמה שהוצג במשא ומתן לא מחויב אלא אם כן הוא נמצא בחווה. הרבה פעמים מצבים טרום חוזיים נכנסים בדרך כזו או אחרת לתוך החווה. אם המצב הזה לא מקוים, יש לנו גם הטעיה וגם אי התאמה. אם אני רוצה לבטל את החווה אני יכול לבטל את החווה בגין הטעיה וגם בגין אי התאמה שהיא הפרה. האם זה משנה לי? כן, ברגע שאני אומר הטעיה, אני מבטל את החווה בשל הטעיה, אני לא אוכל לקבל פיצויי קיום. מפני שאני אומר שרימו אותי ואני לא רוצה את החווה הזה ורוצה לחזור למצב הקודם כאילו לא הכרתי את המוכר לעולם. הפיצויים יעמידו אותי במצב שהייתי לפני החווה, אני לא אוכל לקבל פיצויי קיום ולא פיצויים מוסכמים. אם אני טוען לאי התאמה שהיא הפרה ולא פגם בכריתה, אני כן זכאי לכל הפיצויים.

אי התאמה חייבת להתקיים במועד המסירה – מה יקרה אם קיבלתי נכס תקין, הכל מתאים בו, מלאי של מזגנים לצורך העניין, יש לי מלאי של מזגנים, הכל היה תקין בזמן המסירה ואחרי שנה, מסתבר שהמזגנים האלה מפסיקים לעבוד, האם יש אי התאמה? **אי התאמה חייבת להיות במועד המסירה**, חוק המכר, לא כולל חובת אחריות לאחר מועד המסירה, הוא כולל התחייבות להתאמה במועד המסירה. בניגוד לחוק המכר (דירות) ששם יש גם חובת התאמה וגם חובה לתקן ליקויים שמתגלים בתקופת האחריות. בחוק המכר הכללי, אין חובת אחריות. ברוב העסקאות יש חובת אחריות שנובעת מהחווה כי הצדדים מסכימים בחווה שיש לו אחריות לשנה או לכמה שהסכימו ביניהם. אם אין התחייבות חוזית, אין חובת אחריות מתוקף סעיף אי התאמה. **בחוזים מסחריים אין תקופת אחריות אלא אם הצדדים קבעו אותם בחווה**. אלא מה?

**דוגמאת המזגנים:** קניתי מזגנים מיבואן של מזגנים – 1,500 מזגנים ואחרי שנה המדחסים שלהם הולכים והמזגנים האלה אמורים להחזיק לפחות 10 שנים. אם אין בחווה תקופת אחריות, אז אין לו אחריות, הדרך היחידה היא לומר שיש פה ראיות נסיבתיות. כלומר, עצם העובדה שהמזגנים הפסיקו לעבוד אחרי שנה, מעידה על זה שבעת המסירה, הם לא היו מתאימים, היה משהו פנימי שאי אפשר היה לראות אותו ואי אפשר היה לבדוק אותו – בחומר או לא משנה מה, היה משהו לא תקין כבר בעצם המסירה. אנחנו משתמשים בעצם ראיות נסיבתיות, אני לא תובע על זה שהם התקלקלו אחרי שנה אלא על זה שהם לא היו תקינים במועד המסירה, ההתקלקלות רק מעידה על זה. אם אין תקופת אחריות בחווה ואני אגיש תביעה על זה שהם התקלקלו לי אחרי שנה וזהו, אני אפסיד את התביעה. אני צריך לטעון שהייתה אי התאמה במועד המסירה והקלקול מעיד על זה. אני צריך לשכנע את בית המשפט שמזה שכל המזגנים התקלקלו אחרי שנה, הם לא היו מתאימים במועד המסירה, זו העילה.

**9 בנובמבר 2018****חובת ההתאמה - היא למה שהוסכם בין הצדדים, אין חובת התאמה לתקן.**

גם אם יש תקן אין חובת התאמה לתקן אלא החובה למה שהוסכם בחווה. אם מתעוררת שאלת פרשנות למה הוסכם בחווה הנטייה לפרש היא שמה שהוא הוסכם היה לפי התקן, אבל אין חובה.

## מיטל הרוש

השימוש במחברת באחריות המשתמש

בהצעת חוק דיני ממונות בס' 166: כאשר המוכר הוא איש עסקים (חוזה מסחרי) לא במכירה פרטית רק בעסקית, ויש על הנכס תקנים מחייבים לפי חיקוק יפעל המוכר על פי התקנים (יש חובת התאמה לתקן).  
**אי התאמה זו הפרה ולא פגם בכריתה** (המוכר לא קיים את חיוביו).  
 חוזה מכר ניתן להפר בכל מיני דרכים. יכולה להיות הפרה על איחור, אי התאמה, אי מסירה. לפעמים יש חשיבות להבחין אם מדובר באי התאמה או אי מסירה.

הבחנה בין אי מסירה ואי התאמה:

ס' 11 לחוק המכר מבוסס על ההנחה שלמרות שנמסר נכס לא מתאים חיוב המסירה בוצע, כשיש הפרה מסוג של אי התאמה החוק יוצא מתוך הנחה שחיוב המסירה כן קיים. "המוכר לא קיים את חיוביו (חובת ההתאמה) אבל הנכס שנמסר הוא לא מתאים". **הבעיה** היא שלעיתים אי ההתאמה כל כך גדולה שזה לא הגיוני שהייתה אי מסירה. קו הגבול הוא עד כמה יש אי התאמה, עד כמה חמורה אי ההתאמה.  
 אם אי ההתאמה היא כה מהותית שהנכס שנמסר בכלל לא דומה לנכס שלגביו המוכר התחייב, אז נגיד שזה לא אי התאמה אלא לא הייתה מסירה. זה תלוי בנסיבות.

יש תרופה אחת בס' 28 לחוק התרופות - תרופת הניכוי מהמחיר שחלה רק במקרה של אי התאמה. אז אם רוצים להפעיל את התרופה הזו צריך להוכיח שההפרה הייתה מהסוג של ס' 11 אי התאמה כי אי מסירה לא מפעילה את הסעד הזה.

יכולים להיות פיצויים מוסכמים שמותאמים רק לאי מסירה ולא אי התאמה. לכן מאוד חשוב לדעת אם מה שנמסר זה רק אי התאמה. או שהיה איחור במסירה. ואם זה לא נחשב למסירה אז נכנסים לתוקף הפיצויים.

ע"א 8343/01 **עובדיה נ' סיבל נהריה** - היה מדובר על דירה שקונה קנה אותה והוא קיבל ערבות חוק מכר על הדירה. והערבות הזו, ניתנת להפעלה רק במקרה של אי מסירה. אי אפשר להפעיל את ערבות חוק המכר דירות – לפי החוק במקרה של אי התאמה- היא ערבות שנועדה לכשל טוטאלי בעסקה, אבל אם קיבל את הדירה ויש כמה מרצפות שבורות הוא לא יכול לקבל את הערבות.

**הבעיה הייתה**: שהקונים קנו דירות נופש שהיו צריכות לכלול גם מתקני נופש (סאונות, בריכות אולמות ספורט) בפועל מה שהחברה בנתה ומסרה זה דירות מגורים. אותו גודל ותיאור של דירה אבל היעוד לא היה נופש אלא בית משותף. האם הקונה יכול לממש את הערבות? אם הדירה שנמסרה היא דירת מגורים בבית משותף ולא דירת נופש: האם זו אי מסירה או אי התאמה? מדובר במקרה גבולי.  
**ריבלין**: חושב שהייתה מסירה, הנכס לא מתאים.

**חיות**: אי ההתאמה היא כה דרמטית בין דירת נופש לדירה רגילה - שהייתה אי התאמה.

סעיף 11 לחוק המכר –

**אי התאמה**

11. המוכר לא קיים את חיוביו, אם מסר –

(1) רק חלק מהממכר או כמות גדולה או קטנה מן המוסכם;

(2) נכס שונה או נכס מסוג או תיאור שונה מן המוסכם;

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

- (3) נכס שאין בו האיכות או התכונות הדרושות לשימושו הרגיל או המסחרי או למטרה מיוחדת המשתמעת מן ההסכם;
- (4) נכס שמבחינת סוגו, תיאורו, איכותו או תכונותיו אינו מתאים לדגם או לדוגמה שהוצגו לקונה, זולת אם הוצגו ללא קבלת אחריות להתאמה;
- (5) נכס שאינו מתאים מבחינה אחרת למה שהוסכם בין הצדדים.

## סעיף 29 לחוק המכר –

## דין כמות עודפת

29. מסר המוכר לקונה נכסים בכמות יתירה על המוסכם, והכמות היתירה ניתנת להפרדה ללא הוצאות או טרחה בלתי סבירות, אין הקונה זכאי לחזור בו בשל כך מן החוזה, אלא זכאי הוא, תוך זמן סביר, להודיע למוכר שהוא דוחה את הכמות היתירה; לא עשה כן, ישלם את מחירה לפי השיעור המוסכם.

הקונה צריך להגיד "נתת לי יותר, לא מעוניין בזה" ועכשיו מה שנובע מזה, זה שהמוכר צריך לקחת את זה חזרה על חשבוננו. זו הפרה וזה לא אומר שהקונה לא יכול לתבוע פיצויים כי למשל אם היו לו עלויות אחסון על הכמות העודפת, הוא יוכל לתבוע את הפיצויים אך הוא לא יוכל לבטל את החוזה. זה מתאים לדין הכללי של חוק התרופות מפני שחוק התרופות אומר שבמקרה של הפרה לא יסודית, תנאי לביטול הוא שהנפגע יתן למפר הזדמנות לתקן את ההפרה (לפי סעיף 7 ב' לחוק החוזים תרופות).

מה קורה אם מה שהמוכר נתן זו לא כמות עודפת: **דוגמא**: מה יקרה אם התחייבתי לספק לך מלאי של מכוניות והתחייבתי שבמכוניות לא תהיה מערכת מולטימדיה והמוכר סיפק עם מערכת מולטימדיה? המוכר סיפק איכות עודפת אבל לכל אחת מהמערכות האלה בשני קליפסים אפשר לנתק ולהשים בצד, כלומר, היא כן ניתנת להפרדה בלי הוצאות טרחה בלתי סבירות. פרופ' אייל זמיר בספר שלו על חוק המכר אומר שהמבחן העיקרי הוא היכולת להפריד בקלות ולכן, לפחות בדרך של היקש, סעיף 29 יחול גם על המקרה של המכוניות, למרות שאי אפשר להגדיר את זה ככמות עודפת אלא כאיכות עודפת.

**אין טעם להתלבט בשאלה אם משהו זה כמות או איכות, לפעמים זה קשה להחליט. לפעמים ההבחנה בין כמות לאיכות היא קטנה אבל זה לא משנה.**

**- המבחן העיקרי בסעיף 29, על פי ספרו של פרופ' זמיר, הוא קלות ההפרדה של האיכות הוא הכמות העודפת.**

מה קורה שהקונה ראה שיש כמות עודפת או איכות עודפת והוא לא מודיע עליה? במקרה הזה הוא צריך לשלם פרופורציונלית למחיר החוזי. אז במקרה של השקי מלט, אם יש מחיר ל-300 שקית, אפשר לחשב פרופורציונלית ל-350 שקים, הוא יצטרך לשלם על השקים העודפים.

יכולה להיות במקרים שונים חשיבות להבחנה האם מדובר אם זה אי מסירה או אי התאמה. אמרנו שיש תרופה שחלה רק על אי התאמה ולא על אי מסירה. בנוסף, הרבה פעמים חוזים קובעים פיצויים מוסכמים על כל יום של אי מסירה אבל זו לא אי התאמה, צריך לדעת. במקרה הספציפי של פסי"ד סיבאל היה מדובר במקרה של ערבות בנקאית שאפשר היה לממש אותה רק על אי מסירה ולא על אי התאמה.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

חזרה לסעיף 11 לחוק המכר:

- סעיף 11(1) לחוק המכר – כמות שונה מהמוסכם.
  - סעיף 11(2) לחוק המכר – שונה במהות/באיכות, שונה מהמוסכם. **דוגמא**: הזמנתי מכונת באדום כהה וקיבלתי אותה באדום בהיר, זה שונה מהמוסכם. מידת השונה תקבע אם זו אי התאמה או אי מסירה אך במקרה הזה מדובר באי התאמה. אם הייתי מזמין מלאי של מכונות באדום כהה וסיפקו לי מלאי באדום בהיר זה אי התאמה אבל אם הזמנתי מלאי של מכונות וקיבלתי מלאי של אופנועים, זה אי מסירה. כשהנכס שנמסר שונה באופן מהותי מאוד ממה שהוסכם זה אי מסירה, איפה הגבול זה קשה להחליט.
  - סעיף 11(3) לחוק המכר – **דוגמא**: ע"א 465/80 **סולונץ נ' התכופ**: היה מדובר במכירה של צינורות שהיו מיועדים להעביר דלק מהמכולות למטוסים. המוכרת סיפקה צינורות שכאשר מעבירים בהם דלק, נהיים בהם חורים, החומר שהסה עשויים ממנו לא עמיד. כשאני מזמין צינורות לדלק אני לא צריך להגיד מראש במפורש בחוזה שהצינורות צריכים להיות עמידים לדלק. ברגע שאני מזמין צינורות לדלק והבאת לי צינורות שדלק הורס אותם, יש אי התאמה לשימושו הרגיל או המסחרי או למטרה מיוחדת המשתמעת מההסכם.
  - סעיף 11(4) לחוק המכר – נכס שלא מתאים לדגם או דוגמא שהוצגו לקונה – מתי הוצגו לו? לפני החוזה ואחר כך אתה מקבל משהו אחר. הסעיף הזה עושה משהו מאוד מעניין וחשוב. בשיעור שעבר הוסבר שיש הבדל גדול בתוצאות בין הטעיה לבין הפרה. בדרך כלל התרופות שאפשר לקבל על הפרה הרבה יותר משמעותיות כמו למשל פיצויים מוסכמים שאפשר לקבל על הפרה ולא על הטעיה, פיצויי קיום אפשר לקבל על הפרה ולא על הטעיה. על הטעיה אפשר לקבל מקסימום ביטול/השבה ופיצויים על הוצאות שהוצאתי. ברוב המקרים, הנתבע יעדיף לתבוע על הפרה מאשר על הטעיה. ההבדל הוא שהטעיה זה מצב כוזב טרום חוזי בשלב המשא ומתן, הפרה זה התחייבות בתוך החוזה. כשאני מציג למישהו דוגמא או דגם בזמן המשא ומתן, באופן טבעי זו הטעיה ולא הפרה. הסעיף הזה הוא הטריק איך לעבור מהטעיה להפרה. **הסעיף הזה אומר שאם במהלך המשא ומתן הציגו דגם או דוגמא, החוק מניח שבעצם החוזה משתמעת התחייבות שהממכר יתאים למה שהוצג בזמן המשא ומתן.** החוק אומר בעצם שאם הצגת לקונה דגם או דוגמא, אם לא אמרת אחרת, במשתמע, גם אם זה לא אומר במפורש בחוזה, התחייבת בחוזה שהממכר יהיה לפי הדגם או הדוגמא ואז מדובר באי התאמה ולא הטעיה.
- ע"א 5888/08 **אלרומלי נ' החברה הכלכלית לפיתוח רהט בע"מ** - נקבע שגם פרוספקט נחשב לדגם או דוגמא, זה לא חייבת להיות האריח עצמו.
- אם אתה רושם שם להמחשה בלבד, זה לא יסייג את האחריות שלך, אם אתה כותב המחשה, אדרבא, מה שאני מראה לך ממחיש את מה שאני מתכוון למכור לך. אם אתה כותב בפרוספקט שזה לא ממחיש את מה שאתה קונה לגמרי, אז זה משהו אחר.
- בדרך כלל הדגם או הדוגמא מתכוונים למשוך את הקונה, לגרום לו לקנות, אז אחד מהשניים: אם אני אומר לו במפורש שזה לא מייצג את מה שהוא מקבל, פספסתי את כל המטרה של הצגת הדגם או הדוגמא. אם אני לא אומר לו את זה, אז אני מחויב. אז כשאני כותב על הדגם או הדוגמא שהוא



## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

להמחשב בלבד, זה לא עוזר. אם אני אכתוב עליו שהוא לא מייצג את מה שהוא מקבל, זה יעזור מבחינה משפטית אבל לא מבחינה עסקית. האפשרות היחידה היא לכתוב בחוזה שכל הדברים שהוצגו בזמן המשא ומתן לא מחייבים אבל אז, יש חובה גם מכוח חובת תום הלב וחובות אחרות, להפנות את תשומת ליבו של הלקוח לתנאי הזה בחוזה אחרת, אנחנו בוודאי במצב של הטעיה ואולי אפילו בהפרה כי יכול להיות שהתנאי הזה הוא תנאי מקפח בחוזה אחיד ויבטלו אותו. במילים אחרות, החוק אומר שאתה בטח לא יכול לרמות.

✓ סעיף 11(4) לחוק מאוד חשוב שבעצם אפשר להפוך תביעה על הטעיה לתביעה על אי התאמה. ברגע שהוצג דגם או דוגמא, יש התחייבות!

▪ סעיף 11(5) לחוק המכר – סעיף סל. אם לא הצלחתי להגדיר את אי התאמה בכל אחד מארבעת הסעיפים הקודמים, יש פה סעיף כללי שאומר שכל דבר שלא מתאים בין מה שהוסכם לבין מה שנמסר, זו אי התאמה ואפשר בעצם להשאיר רק את הסעיף הזה אבל הסעיפים הקטנים האחרים של סעיף 11 הם סעיפים קלאסיים של אי התאמה שמפרטים את אי התאמה.

סעיף נוסף של אי התאמה נמצא בהצעת חוק דיני ממונות:

סעיף 65(ב)(5) נכס שאינו ארוז כמקובל באריזה שיש לשמור עליו – אי התאמה באריזה של המוצר ולפעמים, אם זה מוצר שיכול להיפגע, אם הוא לא ארוז כראוי, זה חשוב. נחשוב על מוצר שצריך להיות סטרילי והאריזה שלו היא לא כמו שצריך. **המרצה**: יכול להיכנס גם לסעיף 11(5) אבל כדי שלא יהיה ספק, הוסיפו את זה בהצעת חוק דיני ממונות.

סעיף 12 לחוק המכר –**ידיעה על אי-התאמה**

12. אין הקונה זכאי להסתמך על אי-התאמת הממכר כאמור בסעיף 11 (להלן – אי-התאמה) אם ידע עליה בעת גמירת החוזה.

החוק מסייג ואומר שאם הקונה ידע בעת כריתת החוזה על אי התאמה הוא לא יוכל לתבוע בגינה כי אם הוא ידע בעת כריתת החוזה על אי התאמה ובכל זאת כרת את החוזה, זו כבר לא אי התאמה, הוא הסכים. זה נועד למנוע כל מיני קונים חכמולוגים שהציגו להם דוגמא בזמן המשא ומתן, כשהם כרתו את החוזה הם ידעו שהדוגמא הזאת זה לא מה שיינתן להם והם אמרו שהם יתבעו על אי התאמה. אם בזמן הכריתה הקונה ידע על אי התאמה, שהנכס לא מתאים, אין אי התאמה. **צריך ידיעה בפועל ולא ידיעה קונסטרוקטיבית.**

אם מדובר על מצב שמה שאנו מכנים עצימת עיניים, זה יהיה כאילו הוא ידע.

ניתן לוותר בהסכמת הצדדים על אי התאמה. צריך לזכור שסעיף 16 הוא קוגנטי, כלומר, אם המוכר ידע על אי התאמה, הוויתור לא תופסת. בנוסף, הוויתור על אי התאמה מופיע בחוזה אחיד ואז הוא בוודאי ייחשב לתנאי מקפח מפני שהזכות לתבוע על אי התאמה, הזכות שהנכס יהיה מתאים, היא זכות שנתונה לקונה על פי חוק המכר.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

הרבה פעמים הוויתור על אי ההתאמה אפשרי כיוון שהסעיף דיספוזיטיבי אך בתנאי שהוא לא נעשה בחוזה אחיד כי ברוב המקרים זה יהיה קיפוח, בנוסף, אם בזמן כריתת החוזה המוכר לא ידע אפשר לוותר על טענת אי ההתאמה.

## סעיף 13 לחוק המכר – עוסק בנטל הבדיקה.

**בדיקת הממכר**

13. (א) על הקונה לבדוק את הממכר מיד לאחר קבלתו.  
 (ב) הוסכם על הובלת הממכר, על הקונה לבדוק אותו מיד לאחר שהגיע למקום הייעוד, ואם הועבר הממכר למקום אחר בלי שהקונה בדק אותו והמוכר ידע או היה עליו לדעת על אפשרות של העברה כזאת – מיד לאחר שהגיע הממכר למקום האחר.  
 (ג) על המוכר לתת לקונה, לפי דרישתו, הזדמנות נאותה לבדוק את הממכר לפני המועדים האמורים בסעיפים קטנים (א) ו-(ב).

סעיף 13(א) לחוק - על הקונה לבדוק את הממכר מיד לאחר קבלתו. השופטת בן פורת בפס"ד סולונס – ניתן להסביר את הדרישה לבדיקה מיד בצורך של עולם המסחר. אין זאת אלא שהמחוקק ביקש לדאוג למצב של וודאות כי עסקת מכר שנקשרה ותמה ונשלמה, שוב אין להרהר אחריה. בדרך זו, יכול המוכר להמשיך בפעילותו הכלכלית כשהוא משוחרר מן החשש שמא יבוא אליו הקונה בטענות לאחר מעשה על פגם בממכר. היא אומרת לנו שעולם המסחר רוצה וודאות, אז המוכר צריך לדעת שהוא חשוף לטענות לתקופה קצרה, מיד, ואחר כך הוא יכול להמשיך בעסקיו כרגיל.

**המרצה:** יש פה כמה שאלות – דבר ראשון, עובדה שבכל הפרה אחרת, הנפגע יכול להגיש תביעה עד תום תקופת ההתיישנות, למה פה דווקא להגביל אותו אפילו לא לזמן סביר אלא מיד? בסופו של דבר המפר הוא המוכר, אז למה צריך לדאוג שהמוכר יוכל להמשיך בעסקיו כרגיל בלי לדאוג?

הסיבה האמיתית לזה שזה מיד זה שחוק המכר שלנו מועתק מאמנת המכר הישנה, ופעם השיקול היה שיקול נכון - בעסקאות בינלאומיות צריך לדעת שהעסקה נגמרה ולשים אותה בצד. בעולם של היום, זה אפילו לא נכון בעסקאות בין לאומיות, בטח לא בעסקאות במדינת ישראל שעליהן חל חוק המכר. לכן, בהצעת חוק דיני ממונות, ה"מיד" הוחלף בזמן סביר, אבל זו עדיין הצעת חוק.

המידיות הזאת, אומרת שאם הקונה לא בודק את הממכר מיד, אז הוא לא יכול לתבוע על אי התאמה. זו סנקציה חריפה מדי על קונה שהוא הנפגע, המוכר הוא המפר. היינו צריכים להקשות על המוכר, המפר שמכר נכס לא מתאים ולא על הקונה שקיבל נכס לא מתאים.

סעיף 13(ב) לחוק – קובע מה המועד שמתחילים לספור ממנו את פרק הזמן של המיד כשיש הובלה של הממכר. הוסכם שעל הקונה לבדוק מיד לאחר שהנכס הגיע למקום שאליו הובילו. מסירה זה העמדה לרשות ואז מתחיל לרוץ זמן הבדיקה. אז אם יש הובלה, רק כשהממכר הגיע למקום שלו.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

סעיף 13(ג) לחוק – אם הקונה רוצה הוא יכול לעשות בדיקה עוד לפני שהוא קיבל את הממכר. כלומר, הוא יכול להגיד שלפני שהוא מביא את הסחורה אליו, הקונה רוצה לבדוק אותו אצל המוכר במפעל. לקונה יש זכות לדרוש לבדוק את הממכר לפני המכירה והמוכר חייב לאפשר לו את זה אלא אם כן בחוזה קבוע אחרת.

השאלה היא איך לבדוק את הממכר?

האם צריך לקחת את הממכר למעבדה שתבדוק אותו? האם צריך להביא מומחה שיבדוק? על מנת לענות על השאלה הזאת, נציץ לסעיף 15 לחוק המכר שקובע דין מיוחד לאי התאמה שמוגדרת כאי התאמה נסתרת ששם, גם אם לא גילו אותה מיד ולא הודיעו עליה מיד, אפשר לתבוע. אי התאמה נסתרת זו אי התאמה שלא ניתנת לגילוי בבדיקה סבירה. מכאן, אנו למדים שהבדיקה שצריך הקונה לעשות לצורך סעיף 13 היא בדיקה סבירה. כלומר, הוא לא צריך לעשות בדיקה חריגה ויוצאת דופן אלא בדיקה סבירה. השאלה היא כמובן, מה זה בדיקה סבירה? זה תלוי בהתנהגות השוק – מה הבדיקה הסבירה לממכר כזה? **דוגמא:** אם אני קונה מכונית יד שנייה, הבדיקה המקובלת בשוק היא במוסך או במקום בדיקה. אם זו הבדיקה המקובלת, אז אם עשיתי בדיקה שבה פתחתי את המנוע ורק הסתכלתי עליו, זו לא בדיקה סבירה. **באופן כללי, הבדיקה צריכה להיות סבירה ובדיקה סבירה תלויה בתנאי השוק. הקונה צריך לעשות את הבדיקה הסבירה הזאת מיד לאחר קבלת הממכר.**

**חשוב לדעת:** סעיף 13 מטיל על הקונה נטל של בדיקה ולא מטיל על הקונה חובת בדיקה. הקונה יכול גם לא לבדוק, אם הוא לא בודק, הוא לא מפר שום חובה כלפי המוכר (המוכר לא יתבע אותו על זה שהוא לא בדק את הממכר) אבל אם הוא לא בודק, ישללו ממנו התרופות. באופן עקרוני, **הבדיקה היא לא חובה על הקונה אלא נטל על הקונה במובן שאם הוא לא בודק, הוא לא מפר שום חובה כלפי המוכר אבל אם הוא לא בודק, הוא לא יוכל לתבוע תרופות.** דומה להקטנת נזק.

לפי החוק היום והפסיקה שפירשה אותו, אם הקונה לא בודק את הממכר, הוא מאבד את כל התרופות האפשריות, לא יהיה לו זכות לביטול או השבה או תרופות או נזיקין וכו', כך פורש הנטל הזה בפסק דין סולונס ובפסיקה שבאה אחר כך וזאת תוצאה קשה מדי מפני שבסוף, המוכר הוא המפר, אז כל הנזק נופל על הראש של הנפגע/הקונה?

סעיף 169 להצעת חוק דיני ממונות – "הקונה אינו זכאי להסתמך על אי התאמה אם לא הודיע על אי התאמה למומכר בתוך זמן סביר לאחר שגילה אותה" – במקום מיד הפכו לזמן סביר.

אבל, סעיף 169(ב) להצעת חוק – "על אף הוראות סעיף קטן א', לא קיים הקונה נטל מהנטלים האמורים, זכאי הוא להסתמך על אי התאמה באותה מידה שבה אי קיום הנטל כאמור, לא פגע במוכר".

היום החוק אומר שאם הקונה לא בדק ולא הודיע מיד, הוא לא יכול לתבוע על אי התאמה. ההצעת חוק דיני ממונות אומרת שיבדוק תוך זמן סביר. דבר שני, בסוף המוכר הוא המפר באי התאמה. למה אנחנו רוצים שהקונה יבדוק תוך זמן סביר ויודיע? מפני שככל שהוא יודע למוכר יותר מהר, ככה עלויות התיקון יהיו נמוכות יותר. אי התאמות הרבה פעמים הולכים וגדלים, לפעמים, ככל שאנחנו קרובים יותר למועד המכירה, למוכר יש את האמצעים לתקן (**דוגמא:** אם זה בתים, הפיגומים עוד בשטח). באה הצעת חוק דיני ממונות ואומרת שאם הקונה לא הודיע תוך זמן סביר יש לבדוק – אם כתוצאה מזה נגרם נזק למוכר שעכשיו עלויות התיקון או הפיצוי

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

יהיו גבוהות יותר, על ההפרש הזה הקונה לא יקבל. אבל את מה שממילא, אם הוא היה מודיע בזמן, המוכר היה חייב לו, אז הוא חייב לו. **במילים אחרות, בהצעת חוק דיני ממונות, הפכו את נטל הבדיקה וההודעה להקטנת נזק** (זה הגיוני ומידתי והרבה יותר פרופורציונאלי, מאזן באופן נכון בין הנזק שהמוכר גרם לבין הרצון של הקונה לשתף פעולה כדי להקטין את הנזק).

**המרצה:** אין ספק שחוק המכר יתוקן בהתאם.

ע"א 508/86 **ברומברג נ' ורדי**: עסקה מסחרית. מישהו שעסק באיטליה והיה סוחר בפרוות (לא ביהלומים). הציעו לו לקנות יהלומים, הוא קנה יהלומים גדולים. שווי של יהלום נקבע גם לפי הגודל שלו, לפי הצורה אבל במידה רבה לפי רמת הניקיון של האבן. הוא שילם מחיר על בסיס ההנחה שרמת הניקיון היא מאוד גבוהה. בזמן כריתת החוזה או לפני, הוא בדק את היהלומים באמצעות לופה (לופה = זכוכית מגדלת שניתן לראות את האבן ולהעריך אותה) שמגדילה את היהלום פי 10, נחה דעתו והוא קנה את היהלומים. עברו חודשים והוא החליט לבדוק את היהלומים במעבדה מיוחדת שיש שם מיקרוסקופ אלקטרוני שמגדיל פי 40 ושם הוא גילה שרמת הניקיון שונה ממה שהובטח לו. הוא הגיש תביעה על אי התאמה, הוא רצה לבטל את החוזה בגין אי התאמה ובית המשפט אמר שצריך לבדוק תוך זמן סביר, הוא לא בדק תוך זמן סביר ולכן, הוא לא יכול לתבוע על אי התאמה. השאלה היא האם זה נכון? כי הוא כן בדק והוא צריך לעשות בדיקה סבירה והוא עמד בנטל הבדיקה הסבירה. זאת אי התאמה שאי אפשר היה לגלות אותה בזכוכית מגדלת של פי 10 אלא רק במיקרוסקופ אלקטרוני. אי התאמה שאי אפשר לדרוש את התרופות גם אם עבר המיד. בסעיף 15 הזמן נמדד מיד שגילו בפועל את אי ההתאמה ואז צריך מיד להודיע על אי ההתאמה.

למה בית המשפט קבע את הקביעה לעיל?

**המרצה:** יכול להעלות בדעתו כמה רעיונות.

אפשרות ראשונה היא שאולי בית המשפט חשב שביהלומים מעל גודל מסוים, הבדיקה הסבירה היא במיקרוסקופ אבל בית המשפט לא אומר את זה ודי ברור שהבדיקה הסבירה כן בוצעה. בית המשפט כנראה כמו בהרבה מקרים, רצה להגיע לתוצאה מסוימת, בגלל שמה שקרה באמת זה שהוא קנה את היהלומים והיה מבסוט שהוא עשה את עסקת חייו והוא הלך לבדוק את היהלומים במעבדה כשהייתה נפילה בשוק היהלומים. אם הייתה עליית מחירים בשוק היהלומים, הוא לא היה בודק אותם, כנראה הייתה לו בעיה בכדאיות העסקה. בית המשפט כדי להגיע לתוצאה הזאת משבש את דיני המכר. בית המשפט יכול היה להגיד שגם אחרי שהוא גילה את זה הוא לא הודיע מיד ולכן, הוא לא יכול לתבוע על אי התאמה נסתרת. בית המשפט יכול היה להגיד שבאבנים גדולות בדיקה בזכוכית מגדלת של פי 10 לא מספיקה.

סעיף 14 לחוק המכר –

**הודעה על אי-התאמה**

14. (א) על הקונה להודיע למוכר על אי-התאמה מיד לאחר מועד הבדיקה לפי סעיף 13(א) או (ב) או מיד לאחר שגילה אותה, הכל לפי המוקדם יותר.

(ב) לא הודיע הקונה על אי ההתאמה כאמור בסעיף קטן (א), אין הוא זכאי להסתמך עליה.

## מיטל הרוש

השימוש במחברת באחריות המשתמש

על הקונה להודיע למוכר על אי ההתאמה מיד לאחר שהוא בדק או מיד לאחר שהוא גילה את אי ההתאמה. **המהלך הרגיל זה בדיקה מיד אחרי המסירה והודעה מיד אחרי גילוי אי ההתאמה.**

סעיף 14(ב) לחוק – אם הוא לא הודיע, הוא לא יכול להסתמך על אי ההתאמה ובפסק דין סולונס, השופטת בן פורת אומרת שהוא לא יוכל לתבוע לפי חוק המכר, לפי תרופות, הוא לא יוכל לתבוע על הפרת חוזה כלל.

סעיף 17 לחוק המכר –

**הוראות נוספות בדבר ההודעה**

17. (א) קונה המודיע על אי-התאמה יפרט אותה פירוט סביר ויתן למוכר הזדמנות נאותה לבדוק את הממכר.  
(ב) ניתנה הודעת אי-התאמה בדרך המקובלת בנסיבות הענין, זכאי הקונה להסתמך עליה אף אם אחרה להגיע לתעודתה או לא הגיעה אליה כלל.

הקונה צריך לפרט מהי אי ההתאמה, צריך לתת לו הזדמנות לבדוק את הממכר.

**16 בנובמבר 2018**

**פרק ג' של החוק - תרופות**

ברוב החוקים המיוחדים אין דיון בתרופות כי יש את חוק החוזים תרופות. אבל החוק הזה קדם לחוק התרופות. האם הוא נותן משהו נוסף על חוק התרופות? האם שאני מייצג קונה יש טעם להיעזר בפרק התרופות של חוק המכר?

סעיף 27 לחוק - הוראות פרק זה באות להוסיף על כל דין אחר: ברמה העקרונית ניתן להשתמש גם בחוק התרופות וגם בתרופות בחוק המכר. (אי אפשר לקבל כפל תרופות) ואי אפשר לקבל תרופות סותרות. (אי אפשר לתבוע ביטול ואכיפה). כמו כן, אני לא אוכל לתבוע פיצויי קיום (ציפייה) וניקוי מהמחיר לפי ס' 28. הרציונל של תרופת הניכוי מהמחיר – סותר את הרציונל של פיצויים לפי חוק התרופות- אי אפשר לתבוע את שניהם.

ס' 29 לחוק התרופות - "גורע" מסעד הביטול: עוסק באי התאמה ספציפית: אי התאמה שיש בה כמות עודפת. אפשר להחיל את הסעיף גם באיכות עודפת בדרך של היקש.  
ס' 29 יחול רק אם מדובר על אי התאמה שהקונה קיבל יותר - והיותר ניתן להפרדה קלה, אפשר להפריד את זה ללא הוצאות או טרחה בלתי סבירות.  
במקרה של כמות או איכות עודפת שניתנת להפרדה בקלות אי אפשר לקבל ביטול של החוזה! (מקביל לס' 7 לחוק החוזים).

ס' 30 לחוק - מכירה על פי מפרט: "ניתנה לקונה הזכות לקבוע מידה, מניין משקל או נתונים אחרים לתנאי הממכר והקונה לא קבע אותה תוך הזמן המוסכם בחוזה ואם אין זמן מוסכם אז תוך זמן סביר.

## מיטל הרוש

השימוש במחברת באחריות המשתמש

**קיימות שתי אפשרויות:** המוכר זכאי לחזור בו מהחווה או לקבוע את הנתונים בעצמו בהתחשב בצרכים של הקונה, למשל אמרנו לקונה שהוא יכול לבחור את הצבע.  
**סעיף 30ב' לחוק - נותן לקונה הזדמנות שנייה.**

**מקרה בו הקונה לא הודיע מה הוא רוצה:**

1. **האפשרות הראשונה:** אפשרות שזכות הבחירה עוברת למוכר - המוכר יכול לבחור לתת את מה שהוא רוצה, המוכר יודיע לקונה שהוא מעביר לו צבע אדום למשל. הוא צריך לנסות להתחשב בצרכיו של הקונה במידה שהם ידועים לו (סוג של תום לב).

ס' 30 ב' לחוק - ברגע שהקונה קיבל הודעה הוא יכול להודיע מיד שהוא לא רוצה את זה אלא משהו אחר.  
**מקביל לס' 51 לחוק החוזים - זכות הבחירה תהיה בידי הנושה והוא לא השתמש בה תוך התקופה שנקבע, רשאי החייב לבחור את החיוב:** צד אחד צריך לבחור לא בחר, זכות הבחירה עוברת לצד השני.

2. **האפשרות השנייה:** המוכר זכאי לבטל את החווה כאילו הופר. (רשום כאילו הופר - כי לא הופר בגלל וויתור על זכות). לקונה ניתנה זכות לבחור צבע. כשצד לחווה מפר חובה הוא מפר חווה אבל אם הוא מוותר על זכות הוא לא הפר שום דבר.

✓ אפילו בהפרת חווה חוק התרופות מבחין בין הפרה יסודית שבה אפשר לבטל ובהפרה לא יסודית אשר בה צריך לתת לצד השני הזדמנות לתקן ואז הביטול כפוף לשיקולי צדק, זה לא ביטול אוטומטי. בסעיף 30 רק הקונה וויתר על זכות שהייתה לו - המוכר יכול לבטל את החווה.

**עיכבון**

ס' 31 זכות עכבון - עוסק בעיכבון במסגרת התרופות.

בזמן שהחוק חוקק לא היה, היום יש בחוק התרופות הכללי בס' 19 זכות עכבון. ס' 31 לא מוסיף יתרון מעבר לחוק התרופות.

**מהו עכבון?**

הזכות לעכב נכס להבטחת פירעון.

למוכר יש זכות עכבון על הממכר להבטחת תשלום הסכומים שמגיעים לו מהקונה עקב עסקת המכר. לקונה יש זכות עכבון לתשלום סכומים שמגיעים לו מן המוכר אם קיבל את הממכר ועליו להחזירו למוכר - זה מתייחס למצב של עודף למשל שהקונה צריך להחזיר אבל המוכר צריך לשלם לו פיצוי על עלויות אחסון והובלה אז יש לו זכות עכבון.

במקרה של הפרה יסודית של חווה הממכר והקונה מבטל את החווה - עכשיו הקונה צריך להחזיר את הממכר וצריך לקבל מהמוכר גם את הכסף וגם פיצויי הפרה ואז יש לו זכות עכבון להבטחת הסכומים.

צריך לדעת שעכבון עובד טוב בעיקר במצב שבו הנכס המעוכב עולה בערכו באופן משמעותי על החוב, כי אם הנכס המעוכב הוא פחות מהחוב - אז הצד השני יאמר שאין בעיה תשמור אצלך. אלא אם כן יש לו שווי סובייקטיבי עבור הצד השני - הצד השני מאיזו סיבה צריך דווקא אותו, הוא מייחס לו ערך מיוחד שמצדיק לפדות אותו. אחרת זה לא מהווה אמצעי לחץ וכל הרעיון בעיכבון זה להוות לחץ.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

עיכבון יש לו יתרון משמעותי כי הוא מעניק לבעל העכבון מעמד של נושה מובטח בפשיטת רגל וחדלות פירעון: אם הצד השני הופך להיות חדל פירעון, בעל זכות העיכבון יכול להחזיק את הנכס גם מול הנאמן או המפרק- הוא יפדה את זה תמורת החוב רק אם הנכס המעוכב שווה יותר.

✓ השנה נחקק חוק חדלות פירעון החדש שיכנס לתוקף בספטמבר 19. לפי החוק החדש מעמדו של נושה שיש בידיו נכס מעוכב כמעמדו של נושה בעל משכון. החידוש הוא שנכון להיום בעל זכות עכבון יכול רק להחזיק בנכס וללחוץ שיפדו אותו ממנו אם הנכס ערכו גבוה מהחוב אז הנאמן יפדה אותו, כדאי לו. לפי החוק החדש - אפשר לממש, למכור את הנכס המעוכב כמו שמוכרים נכס ממושכן.

**איפה כתוב מה זה עכבון ואיך הוא מתנהל?****ס' 11 לחוק המיטלטלין -**

- א. עכבון הוא זכות על פי דין לעכב מיטלטלין כערובה לחיוב עד שיסולק החיוב.
- ב. עלה שווי המיטלטלין המעוכבים על שווי החיוב במידה בלתי סבירה (רצוי שהנכס המעוכב יהיה שווה יותר מהחוב אבל אם הוא שווה הרבה יותר מהחוב) זכאי החייב לשחרור מקצת המיטלטלין אם הם ניתנים להפרדה לחלקים.
- ✓ אני צריך לשחרר חלק מהנכסים המעוכבים (חלק מהמלאי או הסחורה) רק אם זה עולה במידה בלתי סבירה משווי החוב ואם זה ניתן לחלוקה.

החייב זכאי לשחרר את המיטלטלין מן העכבון במתן ערובה מספקת אחרת. הוציא הנושה מרצונו את המיטלטלין מעכבון זה יפקע ברגע שבעל העכבון משחרר את הנכס מרצונו - פקע העיכבון.

✓ מקום שיש עכבון במקרקעין כל ההוראות חלות גם על עכבון במקרקעין.

מה קורה אם אני מעכב נכס מכוח ס' 31 והוא נכס פסיד? למשל אני מעכב מלאי של גבינות קוטג', הנכס מחזיק מעמד שבוע, האם מותר לי למכור אותו? לפי החוק היום לא.

במשכון מופקד - (נכס שאני נותן פיזית) שם יש פתרון לנכסים פסידים - מותר לך לממש אותו ולהחזיק כמשכון את התמורה שמתקבלת. (בדרך של היקש אפשר להחיל את זה על עכבון).

**קיזוז**

ס' 32 לחוק - קיזוז בעסקת מכר (לא בחדלות פירעון): חובות שהצדדים חבים זה לזה עקב עסקת מכר אחת ניתנים לקיזוז. כספים לא צריך לעכב אלא ניתן לקזז.

**ההבדל בין עיכוב לקיזוז:** בקיזוז אני למעשה פורע את החוב באמצעות פרוצדורת הקיזוז - פעולה חשבונאית של קיזוז. קיזוז זה שיטה לפירעון חיוב כשיש חובות הדדיים.

היום הסעיף לא מוסיף הרבה מעבר לס' 20 לחוק התרופות שמקנה ממילא זכות קיזוז במקרה של הפרת חוזה.

**עכבון קיזוז וביטול חוזה**

## מיטל הרוש

השימוש במחברת באחריות המשתמש

**המאפיין אותם:** מדובר בתרופות עצמיות. אני מפעיל אותן בלי ללכת לבימ"ש. אחרי שהפעלתי הצד השני ילך לבימ"ש כדי להגיד שלא הפעלתי אותן כדין.

יש נוחות או יעילות גדולה בהפעלת תרופה עצמית לעומת תרופה שאני צריך ללכת לבימ"ש מצד שני כל הסיכון הוא על מי שמפעיל את התרופה - אם בדיעבד הסתבר שלא הייתי זכאי להפעיל את התרופה שהפעלתי - אני טוען שהפרת את החוזה ולא הפרת או גובה הפיצויים לא נכון אז עצם העובדה שהפעלתי את התרופה, אני מפר את החוזה.

**התנאים הספציפיים של קיזוז:**

**נקבעו בס' 53 לחוק החוזים -**

- הקיזוז נעשה באמצעות משלוח הודעת קיזוז.
  - חל על חיובים מאותה עסקה אחת,
  - הגיע מועד לקיום החיובים.
- אם זה חיובים קצובים אפשר גם שלא מתוך עסקה אחת.
- אם אני רוצה לקיזוז מתוך אותה עסקה אני יכול לקיזוז חיוב לא קצוב. דוגמא: אני טוען שנגרם לי נזק אני משער את הסכום.
- כשמדובר על קיזוז בעסקאות שונות - אפשר לקיזוז בתנאי שהחיובים הם חיובים קצובים.

**אין לקיזוז חיוב שהזכות לקיומו אינה ניתנת לעיקול.**

**איזה זכות לא ניתנת לעיקול?** זכויות שעל פי הדין לא ניתנות לעיקול למשל זכויות מסוימות של קצבאות, מזונות ילדים. יש סכומים שמסיבות סוציאליות המשפט נוקט בגישה אלטרואיסטית ומבטיח יכולת קיום מינימלית של האדם ולכן אי אפשר לעקל את זה.

**קיזוז בחדלות פירעון:** מקרה מיוחד שפועל אחרת לגמרי.

בפשיטת רגל או פירוק - יש אפשרות לקיזוז מכוח ס' 74 לפקודת פשיטת הרגל שחל גם על חברות. בעתיד זה יהיה הסדר בחוק חדלות פירעון.

קיזוז בפירוק זה משהו שונה ומשמעותי יותר מקיזוז במצב סולבנטי (מצב שכל השחקנים בעלי יכולת פירעון) זה בסך הכל קיצור הליכים, אבל במצב של חדלות פירעון, כי יש קופה מסוימת ואחרי שהמפרק או הנאמן מכר את כל הנכסים נותרו לחלוקה 10 למשל. יש כעת 5 נושים - לאף אחד מהם אין זכות קדימה או נושה מובטח, כולם רגילים: כל אחד יקבל 2.

**דוגמא:** נניח שנושה מסוים חייב גם הוא למי שחייב לו, לפושט הרגל - אם אין קיזוז, הוא ישלם 10, בקופה יש 20 וכל אחד יקבל 4 במקום 2. אם יש לו זכות קיזוז הוא לא ישלם כלום לקופה והוא יקבל 2. על זכות הקיזוז שלו הוא מקבל את הכל על חשבון אחרים, אז קיזוז עובד בפשיטת רגל כמו בטוחה: נושה שיש לו זכות קיזוז - הוא נושה מובטח. לכן, יש כללים מיוחדים שאי אפשר להתנות עליהם: החוב חייב להיות חוב קיים בעת מתן צו הפירוק.



## מיטל הרוש

השימוש במחברת באחריות המשתמש

איזה יתרון יש עד כה בתרופות של חוק המכר לעומת חוק התרופות בדין הכללי? רק סעיף 30 ב' שמאפשר במקרה שהקונה לא בחר צבע מאפשר למוכר לבטל.

**ניכוי מהמחיר**

ס' 28 לחוק - תרופה שלא קיימת בדין הכללי:

**פס"ד שטרית נ' נוסבאום:** הופעלה תרופת הניכוי מהמחיר במקום שלא היה צריך להפעיל אותה. התרופה הועתקה מחוק המכר לחוק השכירות וחוק חוזה קבלנות.

✓ בהצעת חוק דיני ממונות בפרק הכללי של התרופות: הכניסו תרופת ניכוי מהמחיר כתרופה כללית לא רק במכר שכירות וקבלנות.

**מהו ניכוי מהמחיר?**

הפר המוכר חיוב כאמור בס' 11 (ניכוי מהמחיר הוא תרופה לאי התאמה בלבד! אי התאמה שגרמה לכך שהנכס הלא מתאים שווה פחות ממה שהוסכם החוזה. אי אפשר לתבוע לניכוי מהמחיר במקרה של אי מסירה. כשהשוני בין הדברים הוא מאוד גדול לא הייתה מסירה, אבל כשמדובר בשוני של איכות זו אי התאמה) המוכר לא תיקן את הדבר תוך זמן סביר מההודעה של הקונה (הקונה צריך לתת למוכר הזדמנות לתקן את אי התאמה- רק בתרופה הזו צריך לתת למוכר הזדמנות לתקן) והמוכר לא מתקן כי הוא לא רוצה או לא יכול. ואין הקונה רוצה לתבוע את ביצוע החוזה או לחזור בו ממנו (הקונה לא רוצה לתבוע אכיפה או ביטול: התרופה לא יכולה ללכת עם ביטול או אכיפה וגם לא עם פיצויים!) זכאי הוא לנכות מן המחיר (המונח הנכון הוא להפחית את המחיר כי לנכות נותן תחושה מוטעית שכמו בקיזוז מדובר בסעד עצמי וזה לא בהכרח- השאלה של הסעד העצמאי תלויה בכך שאם הקונה שילם את כל הכסף ועכשיו מסתבר לו שיש אי התאמה והוא רוצה ניכוי מהמחיר הוא יצטרך להגיש תביעה לבימ"ש לתשלום כסף, אבל זה לא תביעת פיצויים, זו תביעת ניכוי).

לעומת זאת, אם הוא עוד לא שילם, הוא יכול לקזז פיצויים או שהוא יכול לקזז ניכוי. ניכוי זה תרופה כספית שמחושבת באופן שונה מפיצוי והרציונל שלה שונה מפיצוי.

✓ אפשר לקזז אותה אם הכסף עדיין אצל הקונה וצריך לתבוע אותה בבימ"ש אם הכסף הוא אצל המוכר.

**מה הקונה יכול לנכות מהמחיר?**

להפחית מהמחיר: "זכאי הוא לנכות את הסכום שבו פחת שווי הממכר עקב אי ההתאמה לעומת שווי מהחוזה".

**הרעיון של ניכוי מהמחיר:** אני הקונה קיבלתי נכס לא מתאים ששווי פחות משווי של נכס מתאים. אני יכול לדרוש אכיפה או לבטל אבל לא- בדיעבד מתאים לי מה שמסרת לי אבל אני רוצה לשחזר את המחיר הנכון עבור מה שנתת לי. נשחזר את החוזה ונראה מה הייתי משלם אם מראש היינו מסכימים על הנכס הלא מתאים שנתת לי.

אני מנכה, מפחית מהמחיר את הערך של החלק הלא מתאים במועד כריתת החוזה, שחזור מחדש של המחיר למועד כריתת החוזה.

בפיצויים הרציונל הוא שונה - שם אני אומר: "תן לי מה שהבטחת לי, רק במקום באמצעות אכיפה אי רוצה שתיתן לי את הערך הכספי של מה שהובטח לי". זה יכול להיות כמו ניכוי מבחינת הערך אבל לא תמיד כך.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

**דוגמא ממחישה:** נניח שהתחייבתי (המוכר) למכור משהו (אני לא יודע מה ההגדרה) אולי 4 משלוחים של סחורה. נניח שמה שאני מוכר שווה 100. וכל חלק שווה 25.

המוכר מסר נכס לא מתאים כי הוא מסר רק 3 חלקים לדוגמא.

הקונה יכול היה לומר- אני רוצה אכיפה- כך בחזרה ותן לי נכס שהבטחת לי.

המוכר נתן לקונה נכס לא מתאים.

אפשרות נוספת: הקונה נשאר עם הנכס אבל אני רוצה פיצויים: כמה פיצויים? של 25 כי יש לי נכס שווה 75 ואם היית נותן מה שהבטחת היה לי נכס ששווה 100 אז עלייך לתת לי צייק של 25 ואז זה היה שווה למה שהתחייבת לתת לי מההתחלה ומה שהוסכם בחוזה.

במקרה שהקונה תובע ביטול: הייתי מחזיר את הנכס ומקבל בחזרה 100 בהנחה ששילמתי.

בניכוי מהמחיר: מתאים לי מה שקיבלתי, למרות שהזמנתי משהו אחר. אבל אם בזמן המו"מ שהסכמנו על המכירה- היינו יודעים מראש שתמסור לי 75 לא היינו קובעים את המחיר הזה אז תחזיר לי 25. או שאני אשלם לך רק 75- שזה דומה מאוד לסכום ביחס לפיצויים אבל לא תמיד.

- אם המחיר של הנכס עלה: נניח שבזמן כריתת החוזה הנכס שווה 100. ומכיוון שמה שהבטחת לי המחיר הוא 100. התחייבת למסור לי את הנכס בעוד חצי שנה.

בזמן שמסרת לי את הנכס המחיר של הנכס בשוק עלה.

שווי הנכס עלה במועד המסירה- המחיר שלו בשוק הוא 120.

אבל, המוכר מסר נכס לא מתאים יש בו רק 3 חלקים במקום 4.

במועד הכריתה: שווי הנכס היה 75.

במועד המסירה- השווי של הנכס הוא 90. (קיבלתי רק 3 במקום 4).

אם אני תובע פיצויים, מטרתם להעמיד את הנפגע במצב בו הוא היה כאילו החוזה היה מקוים כראוי) הייתי תובע 30 קיבלתי נכס ששווה 90, הייתי אמור לקבל נכס שהיה שווה 120- אז זה מה שהיה מעמיד אותי במצב כאילו קוים החוזה.

לעומת זאת ניכוי מהמחיר - אני משחזר את המחיר בזמן כריתת החוזה- ולכן הניכוי הוא 25.

בכל מקרה שבו שווי הממכר בעת המסירה גבוה יותר מהמחיר בחוזה ונשמר יחס קבוע בין השווי של ממכר מתאים וממכר לא מתאים (ההנחה היא שממכר לא מתאים שווה 75% מהממכר המתאים) עדיף לי לתבוע פיצויים.

בתנאי שוק של עלייה או יכול להיות מצב שהשוק נשאר אותו דבר אבל אני קניתי את הנכס בהנחה גדולה.

**המבחן הוא:** האם השווי של הנכס במועד המסירה גבוה מהמחיר שלו בחוזה- אם כן פיצויים תמיד ייתנו לי יותר כסף.

אם שווי הממכר במסירה זהה למחיר החוזי, זה לא משנה או מפני שלא חל שינוי או מפני שאני מוסר במועד הכריתה- ניכוי ופיצויים יתנו לי אותו דבר.

**במצב שבו שווי השוק במועד המסירה נמוך יותר מהמחיר החוזי:** לכאורה, עדיף לי לתבוע ניכוי.

ניכוי מהמחיר לא מתעניין במועד המסירה אלא שואל כמה הייתי משלם בחוזה עבור הנכס אם היינו מסכימים עליו בחוזה. בשוק יורד - ניכוי ייתן לי יותר מפיצויים.

## מיטל הרוש

השימוש במחברת באחריות המשתמש

אבל אי התאמה זו הפרת חוזה ולכן אני זכאי גם לתרופות אחרות כמו ביטול.  
פיצויים: קיבלתי נכס ששווה 75 (הייתי אמור לקבל נכס 100) אז הפיצוי הוא  $25 = 100 - 75$ .  
ניכוי מהמחיר: אני נשאר עם נכס ששווה 75 אבל אני מקבל עוד 30 - כי המחיר הוא 120 לפי השווי  $105 = 120 - 15$ .  
ביטול: אני מחזיר את מה שקיבלתי (שוויו 75) והוא צריך להחזיר לי  $120 = 120$ .  
 בהנחה שנשמר יחס קבוע בין שווי של נכס מתאים ולא מתאים. בשוק יורד עליו לתבוע ביטול.  
 אם אני מבטל את החוזה אני מתקן את כל הטעות הכלכלית שעשיתי (שנכנסתי לחוזה הפסד = קניתי נכס שהערך שלו ירד).

הפסיקה אומרת שכאשר יש לי עילה לבטל חוזה בשל הפרה - זה לגיטימי לוותר רק בגלל שזה כדאי לי.  
מה אם הקונה רוצה להשאיר אצלו את הנכס שלא מתאים שהוא קיבל?  
 לא תמיד אתה יכול להשיב את הנכס, לפעמים כבר השתמשת בו.  
 למה לא בחרתי באכיפה? אמנם קניתי נכס אחר אבל כשקיבלתי אותו זה מצא חן בעיניי, מתאים לי הנכס. ואז תרופת הביטול לכאורה לא רלוונטית כי אני לא רוצה להחזיר אותו.

ס' 9 בחוק התרופות - אם הנפגע מבטל את החוזה יש חובת השבה. המפר ישיב לנפגע וההפך.  
 הנפגע חייב להשיב מה שקיבל או לשלם לו את שווי של מה שקיבל - אם ההשבה הייתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך.  
 - המחוקק אומר באופן מודע שלנפגע יש אופציה להחליט שהוא מבטל את החוזה אם הוא מחזיר את הדבר עצמו או שהוא מחזיר את השווי שלו במועד ההשבה.

בעקבות הביטול הנפגע צריך להשיב את הנכס הלא מתאים ולקבל חזרה 120. אם הוא רוצה להשאיר הוא יכול =  
 ובמקום לתת אותו לתת את כמה שהוא שווה באותו מועד.  
 הוא יתן 75, יקבל 120 (נטו 45) ונשאר עם הנכס - ששווה  $75 = 120$  יישאר אצל הנפגע.

יש אפשרות לנפגע לבטל חוזה - בתור תרופה כספית. להישאר עם הנכס, וליהנות מהיתרון הכלכלי- מהביטול.  
 החוק יוצר סנקציה נגד מפריים- אל תפר חוזה כי אז הנפגע יכול לנצל לטובתו את ההפרה.

במילים אחרות, מה שקניתי מאוד מוצא חן בעיניי אבל זה לא מה שהובטח לי בחוזה והייתה ירידת מחיר- אני אודיע על ביטול, אתן למוכר צ'ק במקום לתת לו את הנכס ואז בגלל הביטול המוכר צריך לתת לי את מה ששילמתי לו ואני אשאר עם הנכס.

במצב של ירידת ערך: כל זה במצב של אי התאמה (שזו הפרת חוזה).  
 במועד המסירה (לא כריתת החוזה) הממכר ערכו פחות מהמחיר בחוזה עדיף לתבוע ביטול.  
 ואם אתה רוצה את המוצר- עושים השבת ערך. (השבת ערך- לפי שווי שוק- אם קניתי במיליון וחצי - והמחיר שוק הוא מיליון אז אני צריך להחזיר מיליון).

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

**דוגמא להסבר:** קניתי דירה מקבלן ב-2 מיליון והוא הבטיח לי חניה מקורה, בסוף הוא מכר את זה למישהו אחר ונותרה חניה פתוחה. עכשיו המחיר של הדירה ירד, קיבלתי את הדירה ויש אי התאמה כי זה לא מתאים למה שהובטח לי יש חניה בלי גג. נניח שזו הפרה יסודית כי עניין של גג הוא קריטי, ומחיר הדירה ירד למיליון וחצי משני מיליון (ירד בגלל השוק). בפיצויים הייתי תובע 20 אלף (על ההפרש של קירווי החנייה). ניכוי מהמחיר-הייתי רוצה לראות כמה הייתי משלם שקניתי את הדירה אם הייתי קונה עם חניה לא מקורה. בביטול: אני צריך להחזיר למוכר מיליון וחצי ולקבל 2 מיליון. אבל אני אוהבת את מה שקיבלתי הדירה טובה לי, אז אני מודיעה על ביטול החוזה ובמקום להחזיר את הדירה אני מחזיר לו צ'ק של מיליון וחצי והוא חייב לתת לי צ'ק של 2 מיליון.

**איך בוחנים הפרה יסודית?**

הפרה יסודית או שהוגדרה בחוזה או שהוגדרה לפי סעיף 6 לחוק התרופות קובע שהפרה יסודית היא הפרה שאם הנפגע היה רואה מראש את ההפרה הוא לא היה נכנס לזה (לא הייתי קונה את הדירה מראש אם הייתי יודע שהחנייה היא לא מקורה- אז זו הפרה יסודית).

בישראל תרופת הביטול יכולה להיות רק תרופה כספית אם הקונה קנה נכס והשווי שלו ירד.

לא כדאי להשתמש בניכוי כשהמחיר יורד כי ביטול עדיף, כשהמחיר עולה עדיף פיצויים. כשהמחיר אותו דבר פיצויים יתנו לי אותו דבר.

בפסק דין שטרית – היה מצב של שוק עולה והשתמשו בניכוי.

**מתי שווה להשתמש בתרופה של ניכוי מהמחיר ס' 28?**

כשלא נשמר יחס קבוע בין שווי של נכס מתאים לשווי של נכס לא מתאים בין מועד הכריתה למועד המסירה (ניכוי מהמחיר זו הפרה על אי התאמה- ואי התאמה זו הפרה שמתרחשת רק במועד המסירה).

**דוגמא:** הפיצויים לא משקפים את השווי של הנכס אלא את עלות התיקון, לפעמים התרופה היא תיקון אי ההתאמה. נניח שבמועד כריתת החוזה עלות התיקון הייתה 25, תמורת תשלום של 25 הייתי יכול להפוך את הנכס למתאים, בינתיים עלויות התיקון ירדו (המציאו חומר יותר זול), עכשיו עלויות התיקון הן רק 20. קיבלתי נכס שערכו עלה ל-120, קיבלתי נכס ששווה רק 100 אבל עלויות התיקון נמוכות יותר. אם אני אתן 20 הוא יוכל לתקן - במקרה כזה הניכוי יהיה יותר כדאי.

**כדי להשתמש בתרופת הניכוי צריכים להתקיים תנאים:**

1. הפרה מסוג אי התאמה
  2. מחיר הנכס הלא מתאים יהיה נמוך יותר
  3. שלא ישמר יחס קבוע בין השווי של הנכס המתאים והלא (בגלל עלויות תיקון שהשתנו או אולי חל שינוי במיסוי והמיסוי על דירות למשל נהייה גבוה או נמוך יותר ושווי השוק השתנה באופן לא פרופורציונאלי. (הנכס הלא מתאים לא שווה 3 רבעים מהנכס המתאים אלא היחס השתנה.
  4. אין אפשרות או המוכר בוחר לא לתקן.
- רק אז ניכוי מהמחיר ייתן תוצאה עדיפה.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

ברב המקרים שבהם הקונה עשה עסקה לא טוב, רוב הסיכויים שהמוכר לא יפר - כי הוא עשה עסקה רווחית. והוא יעשה הכל כמו שצריך שלא תהיה לצד השני סיבה להשתחרר מהחובה.

מדוע יש לנו את תרופת הניכוי מהמחיר?

כמעט תמיד לא כדי להשתמש בה.

שוק עולה = פיצויים.

שוק יורד = ביטול.

במצב שלא נשמר יחס קבוע- המוכר ינצל את ההזדמנות לתקן. אפשר להשתמש בתרופת הניכוי מאוד זניחה. אין כמעט פסיקה על התרופה של ניכוי מהמחיר.

למה זה נמצא בחוק?

חוק המכר הוא תרגום של אמנת המכר הבינלאומית הישנה, אמנת האג.

איך מחוקקים אמנה בינלאומית? פעם היו בוחרים מלון באתר אקזוטי ומגיעים נציגים ומנסחים. כל אחד מביא מהבית את מה שהוא מכיר משיטת המשפט שלו ובחלק גדול משיטות המשפט האירופאיות (הקונטיננטליות) יש משהו מעניין והוא שבמקרים של אי התאמה, אי אפשר לתבוע פיצוי, אפשר לתבוע רק כאשר:

- אם הקונה רוצה את שהובטח לו- הוא יתבע אכיפה.
- בגלל שקיבלתי משהו לא מתאים לא סומך על המוכר- ביטול.
- אם לא זה ולא זה, ההנחה שאני מוכן לעשות חוזה עם המוכר ובדיעבד הנכס שקיבלתי מתאים לי- האפשרות היחידה היא לתבוע ניכוי מהמחיר.

זה התרופה הכספית היחידה בגין אי התאמה בשיטות המשפט האירופאיות.

כשהמשפטים הגיעו לנסח את האמנה הם הביאו את הניכוי מהמחיר והאנגלים אמרו שזה קיזוז. יש פרוטוקולים שמראים שלא הבינו על מה מדובר.

אחרי שהבינו: התוצאה הייתה שבאמנה הבינלאומית יש הכל, ביטול, אכיפה, פיצויים וניכוי.

וזה הועתק לשיטת המשפט שלנו.

בשיטת משפט שיש בה את כל התרופות- זה סיכוי קלוש שישתמשו בניכוי מהמחיר אם יש לך את האפשרות לפיצויים.

כמעט תמיד עדיף פיצויים או ביטול, ניכוי מהמחיר מאוד נדיר.

**בפס"ד שטרית נ' נוסבאום**: המגרש של הבית שהקונה קנה בפ"ת הסתבר שיש עליו הפקעה שמורידה 200 מטר. יש אי התאמה. הנכס הלא מתאים כיוון שהוא שווה פחות מהמתאים, הביאו שמאי שקבע כמה. עוה"ד תבע ניכוי מהמחיר. באותה תקופה הייתה עלייה בשווי (הוא היה אמור לתבוע פיצויים).

**ביהמ"ש**: התובע תבע ניכוי מהמחיר ולא ביטול של החוזה מפני שהוא כבר עשה השקעות בנכס ולכן הוא לא רצה לבטל.

**המרצה**: זה לא נכון כי זו לא הסיבה שבחר בניכוי מהמחיר. ראשית, במחירים עולים - הוא לא היה רוצה לרצות ביטול אלא פיצויים. שנית, גם אם מדובר בביטול העובדה שאי אפשר להחזיר את הנכס - הוא יכול להחזיר שווי.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

הוא בחר בניכוי מהמחיר: מפני שהקונה עוד לא גמר לשלם את כל הכסף והוא רצה שהקונה יוכל לעשות סעד עצמי. עוה"ד חשב שניכוי מהמחיר זה קיזוז. **השאלה אם הקונה שילם או לא, אינה רלוונטית.** אם היה תובע פיצויים הוא עדיין יכול היה לקזז על הסכום שלא שילם. בזה שהוא תבע ניכוי מהמחיר הוא גרם נזק ללקוח. השמאי גם טעה כי הוא עשה חישוב של פיצוי (כמה היה הפרש של הנכס עם ההפקעה ובלי ההפקעה) - עשו קיזוז של פיצויים וביהמ"ש כינה את זה ניכוי- בפועל לא נגרם נזק).

✓ בחוק החדש: הפכו את הניכוי מהמחיר לתרופה כללית (לא רק חוזי מכר).

היה פס"ד על מקרה שהוא לא חוזה מכר- אבל עשו שם שימוש בתרופת הניכוי מהמחיר - נוסע טס בטיסה מאירופה לארה"ב במחלקת עסקים, מישהו מת בטיסה מדום לב. לא רצו להשאיר שם את הגופה והושיבו את הגופה לידו. הוא הגיש תביעה והוא תבע ניכוי מהמחיר.

ביהמ"ש פסק: ניכוי - הפחיתו לו את הסכום של הכרטיס בביזנס עד לגובה של מחיר טיסה במחלקה הרגילה.

## 23 בנובמבר 2018

## סעיף 23 לחוק המכר –

## חיובים מקבילים

23. חובת המוכר למסור את הממכר וחובת הקונה לשלם את מחירו הם חיובים מקבילים שיש לקיימם בד בבד.

מתאר עסקת מזומן כשהמוכר מוסר והקונה משלם בד בבד, בעסקאות מסחריות בדרך כלל הצדדים יתנו על זה אלא התשלום יהיה באשראי. בעולם המסחרי רוב החוזים נעשים באשראי. את סעיף 23 צריך לקרוא יחד עם סעיף 43 לחוק החוזי כללי -

## דחיית קיום

43. (א) המועד לקיומו של חוב נדחה –

- (1) אם נמנע הקיום במועדו מסיבה תלויה בנושה - עד שהוסרה המניעה;
- (2) אם תנאי לקיום הוא שיקויים תחילה חיובו של הנושה - עד שקויים אותו חיוב;
- (3) אם על הצדדים לקיים חיוביהם בד בבד - כל עוד הנושה אינו מוכן לקיים את החיוב המוטל עליו.

(ב) נדחה המועד לקיום החיוב כאמור בסעיף קטן (א), רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן, לחייב את הנושה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לחייב עקב הדחיה, אף אם אין בדבר משום הפרת חוזה מצד הנושה, ואם היה על החייב לשלם תשלומים תקופתיים עד לקיום החיוב שמועדו נדחה - לפטור אותו מתשלומים אלה בתקופת הדחיה.

החיבור של שני הסעיפים האלה אומר לנו שבעסקת מכר שבה הצדדים לא קבעו הסדר שונה מזה שבסעיף 23 אלא השאירו את זה כחיובים בו זמניים, נובעת מזה גם תרופה או סעד במקרה של הפרה – אם המוכר לא מוסר את הממכר, הקונה יכול לדחות את מועד התשלום ואם הקונה לא משלם המוכר יכול לא למסור את הממכר. כל הפסיקה שיש לנו עוסקת בחוזה מכר והשאלה היא – מתי בחוזה מכר מוכר יכול לדחות את מסירת הממכר או קונה יכול לדחות את התשלום כשהצד השני מפר את החיוב שלו?

הנושא הזה חשוב כי הוא נושא מאוד פרקטי. הרבה פעמים יכול לבוא לקוח וזאת השאלה הבערת. **דוגמא**: יש לי חוזה, הצד השני הודיע לי שהוא מעכב כרגע את התשלום שלו, האם אני יכול לדחות את מסירת הסחורה או

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

הפוך, הצד השני הודיע לי שאין לו כרגע את הסחורה, יש עיכוב, האם אני יכול לדחות את מועד התשלום? זה מסוג הדברים שאין לנו זמן ללכת לבית משפט, צריך לתת תשובה במקום.

**השאלה הזאת יכולה להתעורר בשלושה מצבים:**

**דוגמא:** חוזה מכר שהקונה הפר את התנאים (אותו דבר אם זה הפוך והמוכר לא מוסר את הסחורה) – זה יכול להתעורר או בעסקת מקדמה או בעסקת אשראי או בעסקת מזומן.

בעסקת מזומן שני הצדדים צריכים לקיים באותו זמן, המוכר צריך למסור את הסחורה והקונה צריך לשלם באותו זמן (יום שלישי בשעה 12:00). בדוגמא שלנו, הקונה מפר ולא משלם. האם המוכר יכול לעכב את מסירת הממכר?

בעסקת מקדמה – שהיא לא עסקה אופיינית בחוזים מסחריים אבל בעסקה כזו הקונה אמור לשלם קודם. החיובים הם לא בו זמניים אז ברור לנו שסעיף 43(א)(3) לא נותן לנו תשובה. הקונה צריך לשלם ביום ראשון והמוכר צריך לספק את הסחורה בחמישי. הקונה לא שלם ביום ראשון, האם ביום חמישי המוכר צריך לספק את הסחורה? ההבדל הוא פער הזמנים. בגלל שיש הבדל בעיתוי, יש הבדל בפן המשפטי.

בעסקת אשראי (תשלום דחוי) – המוכר מספק את הסחורה ביום ראשון והקונה צריך לשלם ביום חמישי. יכול להיות מקרה כזה בהפרת זכויות. האם ביום ראשון, כשהמוכר צופה שביום חמישי הקונה לא ישלם, האם הוא יכול כבר להגיד שהוא מעכב לו את המסירה של הסחורה? אלה המצבים שיכולים להתעורר בחוזה מכר.

ברירת המחדל של חוק המכר, אם הצדדים לא קבעו את העיתוי של החיובים, סעיף 23 לחוק המכר היא ברירת המחדל, הצדדים צריכים לקיים את החיובים שלהם בד בבד, אבל זה דיספוזיטיבי וברוב העסקאות המצב הוא עסקת אשראי ובחלק מהעסקאות זה עסקת מקדמה ובכולן מתעוררת אותה שאלה פרקטית וכך גם אומרת הספרות המשפטית, זו השאלה הכי פרקטית בחוזים מסחריים – **האפשרות של צד להגיב מיידית להפרה של הצד השני על ידי עיכוב/דחייה של החיוב שלו עצמו מפני שזו התגובה הראשונית, אחר כך נחשוב אם אנחנו רוצים לבטל את החוזה, ללכת לבוררות/גישור או לבית משפט.**

**השאלה היא מה עושים באותו רגע כשיש הפרה ממשית?**

לגבי עסקת מזומן יש לנו תשובה בסעיף 43(א)(3) לחוק החוזים כללי: "אם על צדדים לקיים חיוביהם בד בבד ... כל עוד הנושה אינו מוכן לקיים את החיוב המוטל עליו".

הנושה = בכל חוזה, שני הצדדים נושים, תלוי ביחס לאיזה חיוב.

סעיף זה אומר בעצם לא משנה מי מהצדדים, אם אחד מהם לא מוכן לקיים את החיוב שמוטל עליו, הצד השני יכול לדחות את שלו.

**פה מתעוררת בעיה לוגית** – בסוף העניין הזה יגיע לדיון משפטי. השופט בדיעבד רואה למול עיניו סיטואציה שבה ביום שלישי בשעה 12 בצהריים המוכר היה צריך למסור את הסחורה והקונה היה צריך לשלם אך בסופו של דבר לא קרה כלום מפני שאף אחד מהצדדים לא קיים את חיובו, איך אני יודע מי המפר ומי המגיב? זוהי בעיה פרקטית.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

הפסיקה נתנה על הבעיה הלוגית שלעיל תשובה –

ע"א 594/75 ג'רבי נ' הייבלום: בית המשפט, השי' שמגר: מקום בו על שני צדדים לקיים חיובים מקבילים (בד בבד), אין האחד יכול לתבוע את רעהו בשל הפרת חוזה אלא אם קיים או היה נכון לקיים את חיוביו. לא היינו יודעים בעצם מי המפר, מי האשם. הפתרון הוא: המבחן לא יכול להיות ביצוע ממש אלא פחות מכך, מספיקה נכונות לביצוע. על מהוכר להיות נכון למסור לקונה את הממכר ועל הקונה להיות נכון לשלם את המכירו. אנו לא מחפשים מי קיים את חיובו כראיה לבית המשפט אלא מי הגיע ביום שלישי בשעה 12:00 עם סימנים שמעידים על כך שהוא מוכן לשלם – הקונה הביא שיק בנקאי או המוכר בא עם הסחורה או שהם עשו את הפעולות הנדרשות. באופן מציאותי, ברוב המקרים, אם זה מה שאנו בודקים, אפשר לגלות מי בא עם נכונות לקיים ומי בא עם צד מפר. הפתרון הוא לחפש ראיות על הנכונות לקיום החוזה. זאת התשובה הפשוטה בחיובים בו זמניים, כמו שמדבר עליהם סעיף 23 לחוק המכר, החיוב של המוכר למסור והחיוב של הקונה לשלם, הם חיובים הדדיים שיש לקיים בד בבד ובחיובים כאלה, אם צד לא מקיים השני יכול לדחות.

מה יקרה בדוגמא של עסקת מקדמה?

אמרנו שבעסקת מקדמה הקונה היה צריך לשלם ביום ראשון והמוכר היה צריך לספק ביום חמישי? סעיף 43(א)(2) – "המועד לקיומו של חיוב נדחה.. אם תנאי לקיום הוא שיקויים תחילה חיובו של הנושה – עד שקויים אותו חיוב" החוק אומר שאם הקונה לא שלם, ביום חמישי המוכר יכול לדחות בתנאי שלפי החוזה יש יחסי תלות בין שני החיובים.

למה אין דרישה כזאת בחיובים בו זמניים? בחיובים בו זמניים, החוק יוצא מתוך הנחה שכוונת הצדדים הייתה שיהיו יחסי תלות בין הצדדים. סביר להניח שהסיבה שבחווה מכר קובעים את מועד המסירה והתשלום בדיוק באותו מועד, זה בגלל זה – כדי שאם אחד יפר, השני יגיב באותו רגע.

מעצם העובדה שהצדדים קבעו את החיובים לאותו מועד, כנראה שהסיבה הייתה ליצור זיקה/תלות/פיקוח הדדי בין החיובים ההדדיים של הצדדים ולכן, סעיף 43(א)(3) לא דורש הוכחת תלות אלא מניח שיש תלות – אם החיובים הם בו זמניים, לא צריך להוכיח כלום, ברגע שצד אחד לא קיים, השני לא חייב לו כלום. כמובן, שזה דיספוזיטיבי, הצדדים יכולים לקבוע בחוזה הוראה אחרת. המרצה: מכיר חוזים כאלה אבל לא חוזים מסחריים אלא צרכניים. דוגמא: בחברות בנייה כשאתה קונה דירה, יש הוראה מפורשת שמנתקת את חובת התשלום של הקונה, את התלות בינה לבין חיובי המוכר. כלומר, אתה צריך לשלם לפי המועדים גם אם הבנייה נתקעת ולא מתקיימת, אחר כך צריך לבטל את זה כתנאי מקפח. בחוזים מסחריים לא נמצא התנייה. כשמדובר בחוזים שהם לא בו זמניים, החוק אומר שאם הצדדים התכוונו שתהיה ביניהם תלות, אז אפשר לדחות.

יש לשים לב: אם התזמון בחוזה הוא לא בו זמנית, אם זו עסקת מקדמה, צריך להוכיח כוונה ליצור תלות בין החיובים. דוגמא: עורכי דין הרבה פעמים יכתבו מילה או שתיים שמשקפות את זה, למשל "מסירת הסחורה תהיה בכפוף לכך שבוצע התשלום" – במצב כזה אפשר לדחות. אם החוזה נוקט בלשון ניטרלית לגמרי, למשל כתוב שהתשלום יהיה ביום ראשון והממכר ימסר ביום חמישי: בעבר, הגישה בפסיקה הייתה שאם אין בחוזה



## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

עצמו רמז על תלות, ההנחה היא שאין תלות בין החיובים והמשמעות היא שהמוכר לא יוכל לדחות את מסירת הסחורה, הוא יהיה חייב למסור את הסחורה למרות שהקונה לא שילם. הוא יוכל לעשות דברים יותר דרסטיים, הוא יוכל לשלוח הודעת ביטול של החוזה, אבל בחיים המסחריים זה לא קורה כל כך בקלות. קודם כל בודקים מה קורה, רוצים להציל את העסקה, לא רצים לבטל חוזה. המוכר מוצא את עצמו במצב מאוד בעייתי (אם אין בחוזה יצירת זיקה בין שני החיובים) שבו הקונה לא שילם ביום ראשון, מגיע יום חמישי, צריך לספק את הסחורה או לבטל את החוזה, אם הוא לא אמסור את הסחורה, המוכר בעצמו יפר את החוזה דוגמא:

ע"א 765/82 אלטר נ' אלעני: בית המשפט: היה מדובר על חיובים שהם לא בו זמניים ובית המשפט אומר אם אתם רוצים לעכב כי הקונה לא משלם, צריך לכתוב במפורש בחוזה ואם אין את זה מפורש בחוזה, חייב למסור. **היום** הפסיקה היא חד משמעית בעניין הזה והיא הפוכה – אנחנו נניח שאין תלות בין החיובים רק אם החוזה יאמר את זה במפורש למשל "החיוב של הקונה לשלם והחיוב של המוכר למסור את הסחורה, אין ביניהם תלות" וזה לא קורה.

**ארבוס נ' רובינשטיין**: שילוב חובת הקונה לשלם את המחיר בחובת המוכר למסור את הממוכר, אינה מתקיימת רק כשהחיובים אמורים להתבצע באותו זמן אלא השילוב הזה... כל עוד החוזה לא אומר במפורש שאין קשר בין החיובים של המוכר והקונה, ההנחה שלנו היא שיש גם אם החוזה לא אומר את זה. **שתיקת החוזה ביחס ליחסי התלות בין החיובים של המוכר והקונה, ההנחה הפרשנית לפי הפסיקה העדכנית, היא שיש תלות בין החיובים שמובילה לזה גם בחיובים לא בו זמניים, אם הקונה לא משלם, המוכר יכול לדחות וכך גם ההפך.**

**סיכום:**

אם החיובים הם בו זמניים – החוק אומר לפי סעיף 43(א)(3).

אם החיובים הם לא בו זמניים – ברוב המקרים, המוכר לא ימסור את הסחורה כי ההנחה הפרשנית היא שיש תלות בין החיובים והמקרה היחיד שזה לא יעבוד זה אם החוזה יאמר במפורש שאין ביניהם יחסי תלות. **דוגמא**: אם הוא לא שילם ביום ראשון, המוכר יכול לא למסור את הסחורה ביום חמישי.

הפרה צפויה

**בהפרה צפויה** – החוק לא מטפל בהפרה צפויה.

החוק לא מטפל במקרה של עסקת אשראי – כלומר, ביום ראשון המוכר צריך לספק את הסחורה, ביום חמישי הקונה צריך לשלם אבל ביום ראשון, המוכר חושד/חושש שהסחורה לא תסופק כי הוא שמע ששיקים של הקונה התחילו לחזור או שהנושים כבר מחפשים את הקונה וכו'.

**בסעיף 17 לחוק החוזים (תרופות)** – במקרה של הפרה צפויה, לנפגע הפוטנציאלי (הצד השני) יש באופן מידי את כל התרופות לפי חוק התרופות אבל פה לא מדובר על תרופה לפי חוק התרופות אלא על עיכוב ואין תרופה כזאת בחוק התרופות.

**כפיה**

17. (א) מי שהתקשר בחוזה עקב כפיה שכפה עליו הצד השני או אחר מטעמו, בכוח או באיום, רשאי לבטל את החוזה.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

(ב) אזהרה בתום לב על הפעלתה של זכות אינה בגדר איום לענין סעיף זה.

**דוגמא:** אני מקבל עכשיו טלפון מהמוכר שצריך לספק היום את הסחורה, הקונה צריך לשלם עוד שבועיים והוא יודע שיש לו שיקים שחוזרים, מה הוא עושה? הודעת ביטול לצורך העניין יכול להפוך אותו למפר החוזה. מכיוון שאין תשובה בחוק, יש על כך תשובה בפסיקה. ע"א 701/79 שוחט נ' לוביאניקר, פ"ד לו(2) 13 - במקרה כזה, הייעוץ שאתן למוכר הוא לפנות לקונה ולהגיד לו שיש חשש כי הוא שמע שיש שיקים חוזרים/שהבנק עשה אותו לקוח מוגבל ולבקש בטחונות שהוא עומד לשלם אחרת המוכר לא יספק לו את הסחורה. בשוחט נ' לוביאניקר היה מדובר בתשלום אחרון. אם החוזה כולו הוא מיליון ₪ והתשלום האחרון הוא 1,000 ₪ זה לא בטוח שזה יקרה, צריך להיות פרופורציה בין גודל החיוב שהופר לגודל החיוב בכללי. בדוגמא הכי פשוטה – הוא צריך לשלם על כל הסחורה ביום חמישי וביום ראשון המוכר שומע שהוא לא יכול לשלם, צריך לפנות אליו ולהגיד לו על החשש, אם הוא נותן בטחונות המוכר צריך לספק את הסחורה, אם הוא לא נותן בטחונות, הפסיקה מאשרת שכשיש חשש סביר להפרה צפויה (שהוא עומד לא לקיים), לדחות את הקיום.

כיוון שאין הסדר בחוק המכר שאומר את זה, הפסיקה ביססה את כל זה על תום לב. מה הבסיס המשפטי בבית המשפט בפסק דין שוחט להסדר הזה שלא כתוב אצלנו בחוק? תום לב. ב-UCC האמריקאי יש הוראה כזאת של חוק המכר והיא 2-609. פרק 2 של הקוד עוסק בחוזה מכר וסעיף 609 אומר שאם מתעורר חשש סביר שהצד השני לא יקיים חיוב עתידי שלו, המוכר יכול לפנות אליו ולהגיד לתת בטוחה נאותה לזה שהוא יקיים את החיוב, הסעיף אפילו מגדיר שהוא צריך לתת את הבטוחה תוך 30 יום, אבל אם הוא לא נותן אותה הוא מפר את החוזה ובמשך 30 היום האלה מותר לצד שדרש את הבטוחה לעכב.

אצלנו אין את ההסדר הזה בגלל שחוק המכר הוא ישן ולכן, הפסיקה יצרה הסדר דומה מאוד – צריך לפנות לצד השני, להודיע על החשש, לבקש בטוחה, אם הוא לא נותן בטוחה, ניתן לעכב.

בשוחט היה מדובר על עסקת מכר לא מסחרית אלא על עסקת מכר של דירה. הקונים שילמו את שלושת התשלומים הראשונים ונשאר רק תשלום אחד אבל הוא היה משמעותי ויותר גבוה מהשלושה האחרים. היו צריכים למסור את הדירה חודש לפני התשלום הזה (כמו עסקת אשראי, להעביר בעלות וחודש אחר כך לשלם את התשלום האחרון). היה שם סכסוך בין בני הזוג הקונים והמוכרים חששו שהם לא יקבלו את התשלום האחרון אז בית המשפט בדיעבד אומר שהמוכרים היו זכאים לדרוש בטוחות לתשלום וכל עוד לא קיבלו בטוחה, היו יכולים לעכב את מסירת הדירה.

לאחר פסק דין זה, היו שורה של פסקי דין שיישמו את שוחט:

ע"א 1816/91 דלתא הנדסה נ' שיכון עובדים, תק-על 98(2) 1885: הפרה צפויה מקנה לנפגע את הזכות לעכב את ביצוע חיוביו ובלבד שיוכיח כי הוא מצידו נכון לקיים את חיובו שכן, הנטל לקיים חיוב מבוסס על ההלכה כי הצד השני יקיים את חיובו במועד שנקבע בחוזה. כלומר, כל הרעיון הוא שאני הסכמתי לספק את הסחורה ביום

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

ראשון מתוך הנחה שהוא ישלם ביום חמישי ואם הוא לא ישלם בחמישי, כל הבסיס של החוזה מתערער ולכן, מותר לי בהפרה צפויה לדחות את קיום החוזה.

- בהצעת חוק דיני ממונות, הכל מעוגן בתוך סעיפי החוק.

ע"א 2568/98 פטר נ' חממי: היה מדובר על עסקת קומבינציה, סוג של עסקת מכר. בעל הקרקע התחייב לתת את הקרקע לקבלן והקבלן התחייב לבנות ולתת לו דירות. בעל הקרקע העמיד את הקרקע לרשות הקבלן, הקבלן בנה את הבניין, לפי החוזה בדירות שהיו מיועדות לבעל הקרקע, דירות התמורה, בעל הקרקע היה חייב לשלם על כל אחת מהדירות כמה תשלומים קטנים כמו מונה מים, מונה חשמל, ועל זה היה סכסוך בין הצדדים. בעל הקרקע אמר שהוא לא צריך לשלם את זה והקבלן אמר שהוא כן צריך לשלם את זה. בתגובה, הקבלן עיכב במשך חודשים רבים את מסירת הדירות. כשהעניין הגיע לבית המשפט, הקבלן אמר שלפי הפסיקה, בעל הקרקע הפר את חיובו, הוא לא שילם עבור המונים ולו מותר לעכב את מסירת הדירות. בית המשפט: מה פתאום, צריך להיות יחס סביר בין החיובים ההדדיים.

- בהצעת חוק דיני ממונות: אפשר לדחות קיום רק אם החיוב שמופר הוא חיוב עיקרי בחוזה.

יש הבדל בין הפרה של חיוב עיקרי לבין הפרה יסודית, זה לא אותו דבר.

דוגמא: אם למשל דחיתי ביום את תשלום המחיר, הפרתי חיוב עיקרי כי התשלום הוא חיוב עיקרי, יכול להיות שההפרה היא לא יסודית בגלל שעכבתי רק ביום אחד (אם לא מוגדר, יש את סעיף 6 לחוק שהוא מדבר על הפרה יסודית). יכול להיות הפרה יסודית של חיוב עיקרי או הפרה לא יסודית של חיוב עיקרי (שהוא החיוב המרכזי בחוזה). המונים הם לא חיוב עיקרי אלא משני ואי אפשר לעכב חיוב עיקרי כשמה שהופר זה חיוב משני – ניתן לתבוע את זה אחר כך, אבל קודם למסור את הדירות.

נניח שמתרחש מצב שבו המוכר דוחה את מסירת הסחורה כי הקונה מפר את מסירת התשלום – כמה זמן אפשר לדחות?

ע"א 7938/08 מונסנגו נ' מכביאן: השופט עמית: "סעיף 43 לחוק החוזים הכללי שותק לגבי תקופת הדחייה (לכמה זמן אפשר לדחות). האם ניתן להשהות קיום חיוב לנצח נצחים או למשך שנים רבות כמו במקרה דנן? איני סבור כך. לטעמי, כאשר המועד לקיומו של חיוב נדחה, מחמת אי קיום חיובו של הנושה (המוכר דוחה את מסירת הסחורה בגלל שהקונה לא שילם/לא משלם/צפוי לא לשלם) תקופת ההשהיה צריך להיות סבירה על מנת למנוע מצב בו הנושה... דהיינו, בשלב מסוים, כעבור זמן סביר, מי שהשהה את החיוב צריך לרדת מהגדר ולפעול באופן אקטיבי".

במילים אחרות, או שהוא צריך להודיע על ביטול החוזה או שהוא צריך להגיש תביעה לאכיפה אך הוא לא יכול להשאיר את המצב לנצח. הרעיון של דחיית קיום הוא איזושהו סוג של סעד ביניים, אומנם סעד עצמי, אבל סעד ביניים כדי לאפשר לי להתארגן, להבין מה קורה ואז אני צריך נקוט עמדה.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

**המרצה:** אחד היתרונות של דחיית קיום, כשאני אומר לו לעכב את הסחורה כי הוא לא משלם, זה שזה משאיר את כל האופציות פתוחות. גם לגבי פשרה/גישור וכו'. דחיית קיום מונעת מצב שהצד הנפגע ימשיך להשקיע משאבים כלכליים בחוזה שכבר נחזה להיות בעייתי כי הצד השני כבר הפר אותו/מפר אותו/צפוי להפר.

כל הדוגמאות שנתנו עכשיו עבדו על מצב שבו הקונה מפר את חובת התשלום, זה אותו דבר בדיוק אם זה הפוך, אם המוכר מפר/הפר/צפוי להפר את חובת המסירה ואנחנו צריכים להמליץ לקונה האם לדחות את התשלום.

➤ **הערת אזהרה:** כשבא אליי קונה ואומר לי שלא סופקה לי הסחורה והוא רוצה לדחות את התשלום, יש עורכי דין שמתבלבלים בין דחיית תשלום לבין הודעת קיזוז. זה דומה אבל זה ממש לא אותו דבר. אם אני שולח הודעה על דחיית תשלום המשמעות היא שאני לא משלם עכשיו אלא אחר כך כשאתה מספק את הסחורה. אם אני שולח הודעת קיזוז המשמעות היא שאני לא הולך לשלם אף פעם, זה כאילו הודעה ששלמתי. קיזוז זה דרך לפירעון של תשלום. אני יכול לשלוח הודעת קיזוז רק אם יש חיובים הדדיים. רק אם יש לי טענה שבזה שלא סיפקת לי את הסחורה, גרמת לי נזק ואני מקוזז את התשלום שלי מול הנזק שאתה גרמת לי וזה אפשרי.

➤ **ע"א 670/89 מקור פיתוח עירוני נ' קרון:** שם הקונה במקום לשלוח הודעה שהוא דוחה את התשלום כי היה שם צפי שהמוכר לא יעביר את הבעלות בנכס במועד, הוא שלח הודעת קיזוז ובית המשפט אמר שאם שלחת הודעת קיזוז, אתה הפרת את החוזה מפני שבהודעת קיזוז אתה בעצם אומר שאתה לא משלם יותר. הודעת הקיזוז היא התשלום אבל לא אמרת נגד מה אתה מקוזז. **אם אני מודיע על קיזוז במקום שמותר לי רק לדחות, הפרתי את החוזה.**

## המחאת חיובים

בכל מה שעסקנו עד היום בחוזים תמיד היו לנו שני צדדים – מוכר וקונה, משכיר ושוכר, מלווה ולווה.

בעולם החוזים, יש מצבים שבהם יש לפחות שלושה צדדים.

אנו נעסוק בקורס לפחות בשני מצבים שיש בהם שלושה שחקנים: (1) המחאה (2) ערבות (3) ריבוי חייבים/ריבוי נושים.

זאת סיטואציה שמערבת שלושה צדדים באופן בסיסי.

חייב, חייב כסף לנושה אשר מעביר את הזכות שיש לו כלפיי החייב לצד שלישי והוא הנמחה. מכיוון שהוא נמחה, לנושה שלנו יש שני כובעים, כלפי החייב הוא נושה וכלפי הנמחה קוראים לו ממחה.

חייב ← נושה/ממחה ← נמחה.

בעולם המסחרי המודרני יש שלושה סוגים של נכסים (בניגוד לעולם העתיק שהיו בו רק מקרקעין ומטלטלין) והם: מקרקעין, מטלטלין וזכויות. זכויות נתפסות כנכס שניתן להעביר אותו, למשכן אותו להוריש אותו וכו'. רוב העושר בעולם המודרני גלום בזכויות אובליגטוריות. הזכויות שלנו לפנסיה הן זכויות אובליגטוריות,

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

חשבונות חסכון שיש לנו בבנקים הן זכויות אובליגטוריות. רוב ההון, העושר האנושי היום מצוי בזכויות אובליגטוריות, בכלל לא עולה על הדעת שאי אפשר לסחור בהן (למכור אותן/לשעבד אותן/להוריש אותן). בעבר: בעולם העתיק, האפשרות למכור זכות אובליגטורית, הוכרה בפעם הראשונה באנגליה במאה ה-19.

לפני כן, ההנחה הייתה שאי אפשר להעביר זכות משתי סיבות:

1. נניח שהיית חייב לי כסף מהתחייבות חוזית שלך, ההנחה הייתה שההתחייבות שלך היא אישית כלפיי, אתה חייב לי כסף ולא למישהו אחר, לכן זה נקרא זכויות אישיות. זכויות אישיות במובן שאתה התחייבת לשלם לי כסף ולא למישהו אחר ולכן, אני לא יכול להעביר את הזכות הזאת למישהו אחר. ההנחה הייתה שהתחייבות אישית חוזית, מבוססת על יחס אישי בין החייב לנושה ולכן, אי אפשר להחליף את הנושה, הנושה לא יכול למכור את הזכות הזאת למישהו אחר.

2. הייתה בעיה תפיסתית – בניגוד למקרקעין ומטלטלין, נכס שהוא זכות אי אפשר לראות אותו או להחזיק אותו ביד, לכן הייתה בעיה רעיונית – איך אפשר למכור זכות כאילו היא נכס? הפטנט הכי מוכר זה שלקחו את הזכות הארטילאית הזאת והפכו אותה למשהו מוחשי, דיני שטרות.

מה זה שטר? שטר IOU – אני מתחייב לשלם לך בתאריך 1/1 עשרת אלפים שקלים – התחייבות חוזית. ברגע שאני כותב את זה על השטר, אתה יכול לסחר אותו, על ידי העברת השטר, העברת את הזכות כי מי שמחזיק בשטר עכשיו יכול לבוא אל מי שעשה את השטר ולגבות את הכסף ב-1/1. את זה היה יותר קל לעכל כי נתנו משהו מוחשי לשטר.

היו עוד כל מיני פטנטים אבל כולם לא מאוד מוצלחים, למשל: החייב (א') חייב כסף לנושה (ב') והוא רוצה להעביר את הזכות לנמחה (ג'). ב' היה נותן לג' ייפוי כוח ואומר לו שהוא ממנה אותו כמויפה כוח שלו/כשליח שלו לגבות את הסכום מא' ובנוסף, היה אומר לו שלאחר שהוא גובה, הוא יכול להשאיר את זה אצלו. כמובן שזו הייתה דרך עקיפה (יכלו להתעורר בעיות כמו אם ב' היה מת, הזכות הייתה פוקעת וכו'). אפשרות אחרת הייתה שאם ב' רוצה להעביר את הזכות ג', היו עושים ישיבה שלושתם וכותבים מחדש את החוזה – ההתחייבות של א' כלפי ב' מבוטלת ועכשיו א' חייב לג' ובמצב כזה, צריך שיתוף פעולה של כולם. במשפט העברי זה נקרא "במעמד שלושתם". גם זאת הייתה דרך לעקוף את העובדה שהמשפט לא הכיר באפשרות להעביר זכויות. בעולם המודרני זה לא עובד כי רוב הכסף האנושי נמצא בזכויות אובליגטוריות ולכן, צריך לאפשר מבחינה מסחרית העברה של הזכויות האלה, שימוש בהן לצורך משכון/לצורך השגת אשראי וכו'. לכן, מהמאה ה-19 במשפט האנגלי מכירים בזכות להעביר את הנכס הנ"ל שהוא זכות אישית.

בהתחלה, כדי לתת משהו מוחשי לזכויות אישיות, אמרו שצריך לעשות בכל מקרה חוזה בכתב וצריך לעשות פנקס רישום שהזכות שהייתה של ב' עברה לג' כי אחרת איך נדע? בנכס רגיל זה קל ובזכות לא רואים אותה, אז לפחות שיהיה מרשם של זכויות והעברת הזכות הייתה תלויים במרשם בכתב, בפנקס רישום וכו'. לאט לאט השתחררו מזה כי כל העולם המסחרי, כל שוק האשראי המשני בעולם המסחר, עובד על המחאת זכויות ואי אפשר לסרב את התהליך הזה. צריך לעשות אותו כמה שיותר פשוט, כמה שיותר קל כדי לאפשר

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

את תנועת המסחר ולכן, המגבלות האלה ירדו. התפיסה גם שיכול להיות נכס שלא רואים אותו ולתת לו קיום מוחשי, לקח הרבה זמנים אבל עיקלו את זה בסוף.

חוק המחאת חיובים – 1969, מקל מאוד על המחאת זכות, הוא מאפשר המחאת זכות בלי שום מגבלות: לא צריך חוזה בכתב, לא צריך רישום, לא צריך כלום וכו'. בעסקאות בנכסים מוחשיים מעורבים שניים, בהמחאה מעורבים שלושה צדדים: החייב, הממחה(נושה) והנמחה.

היחסים שבין החייב והממחה, מוסדרים על ידי הדינים שרלוונטיים לסוג היחסים שביניהם. דוגמא: אם למשל החייב, חייב לו כסף כי הממחה מכר לחייב סחורה, היחסים ביניהם הם יחסי מכר הנידונים על פי חוק המכר. דוגמא: אם החייב חייב כסף לממחה כי הממחה השכיר לו נכס, היחסים ביניהם נידונים על פי דיני השכירות. אם הוא חייב לו כסף כי הממחה נתן לו הלוואה, אז דיני הלוואות.

מה ביחס למערכת היחסים שבין הממחה לנמחה?

אם הממחה מוכר את הזכות לנמחה ← חל חוק המכר. אם הממחה נותן את הזכות במתנה לנמחה ← דיני מתנה. אם הממחה משעבד את הזכות לנמחה ← דיני משכון.

חוק המחאת חיובים מטפל בעיקר ביחסים שנוצרים בעקבות ההמחאה בין החייב לבין הנמחה. הרי בעקבות ההמחאה, החייב היה חייב קודם לממחה/נושה ולאחר ההמחאה, הוא חייב לנמחה. נוצרים פה יחסים, החייב חייב לנמחה למרות שאין ביניהם קשר חוזי ישיר (הם מעולם לא עשו חוזה). כדי לטפל במערכת החדשה שנוצרה, מטפל חוק המחאת חיובים.

**המחאה = להמחאה יש היבט קנייני וגם היבט אובליגטורי.**

היבט הקנייני – אם אנו מסתכלים על זכות כעל נכס, לממחה יש כל מיני נכסים – בית, מקרקעין שבבעלותו, מטלטלין ויש לו זכויות. אחת מהזכויות היא לקבל כסף מהחייב, אם הוא מוכר את הזכות הזאת לנמחה, מבחינה קניינית, הזכות נגרעה מנכסי הממחה והצטרפה לנכסי הנמחה. הייתה העברת בעלות בזכות. הבעלים של הזכות היה ממחה לפני ההלוואה ובעקבות ההלוואה הבעלים של הזכות הוא הנמחה. זאת ההסתכלות הקניינית.

היבט אובליגטורי – מה שהמחאה עשתה זה חילופי נושים. היה נושה של החייב ועכשיו במקומו יש נושה אחר. אם מסתכלים מנקודת מבטו של החייב: הוא היה חייב לנושה אחד ובעקבות ההמחאה התחלף לו הנושה והוא חייב לנושה אחר שהוא הנמחה.

יש הסתכלות אובליגטורית ויש הסתכלות קניינית לגבי מה התוצאות של ההמחאה ונראה איך זה בא לביטוי בהמשך.

פסקי דין בהמחאת חיובים, כשקוראים אותם בפעם הראשונה, זה עושה בלגן. הם פסקי דין קשים להבנה עובדתית עוד לפני השאלה המשפטית. **המרצה**: פטנט איך להבין את כל פסקי הדין בהמחאה כי כולם אותו דבר. כל פסקי הדין בהמחאה עוסקים בסיטואציה הבאה – באיזושהו שלב אחרי שהייתה המחאה, הממחה (נושה) הפך להיות חדל פירעון, אם הוא אדם פרטי אז הוא הוכרז פשי"ר, אם הוא חברה, ניתן נגדו צו פירוק. עכשיו, הנושים שלו (שזה או המפרק או הנאמן בפשיטת רגל או בשלב מוקדם יותר זה יכול להיות כונס נכסים מכוח

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

אגרת חוב) מחפשים את הרכוש והם מגלים שהחייב חייב לו כסף. המפרק אומר שיש נכס שאפשר לצרף לתוך הקופה, מגיע הנמחה ואומר שזה שלו מפני שהממחה, לפני שהפך להיות חדל פירעון, העביר לו את הזכות. כל פסקי הדין בהמחאת חיובים עוסקים בעימות שבין הנושים (הנאמן/המפרק) לבין הנמחה – למי שייכת הזכות. אלו כל הסיטואציות העובדתיות בפסקי הדין של המחאת זכות. ברגע שמבינים את זה ההבנה בקריאת פסקי הדין הללו הופכת להיות קלה.

**צריך להבין שהממחה אחרי ההמחאה הפך להיות חדל פירעון ואם הוא לא חדל פירעון זה לא מגיע לפסיקה.**

החוק שעוסק בהמחאת זכויות הוא חוק המחאת חיובים.

חוק קצר מאוד שבו סעיפים 1 – 5 (כולל), עוסקים בהמחאת זכויות.

סעיפים 6 – 8 עוסקים בהמחאת חובות. סעיפים 9 – 12 הם סעיפים טכניים.

**העיקר הם סעיפים 1 – 5 וסעיפים 6 – 8.**

כל פסקי הדין שעוסקים בחוק הזה, מבחינה מסחרית אין בחיים המסחריים, כמעט אף פעם אין המחאת חוב אלא יש המון המחאת זכויות ולכן, נעסוק בהמחאת זכויות.

המחאת זכויות זה דבר מאוד פרקטי, למה?

דוגמא: א' קונה סחורה מב'. עסקאות מכר הן כמעט תמיד מכר באשראי. א' מוכר את הסחורה לב' בשוטרף + 120, ב' צריך כסף והוא יקבל את הכסף רק בעוד 120 יום. אפשרות אחת זה ללכת לבנק ולקחת אשראי. האפשרות השניה היא להעביר את הזכות הזאת לג' ולקבל תמורתה מזומן. חלק גדול משוק האשראי המשני, לאו דווקא הבנקים, מבוסס על המחאות זכות. השימוש העיקרי בהמחאה זה להשיג מזומן עכשיו תמורת זכות לקבל כסף במועד עתידי.

לכן, בעולם המסחרי יש בלי סוף המחאות ולכן, אנחנו בקורס שלנו נדון בסעיפים 1 – 5 של החוק, בנושא של המחאת זכויות בלבד.

סעיף 1 לחוק המחאת חיובים -**המחאת זכות**

1. (א) זכותו של נושה, לרבות זכות מותנית או עתידה לבוא, ניתנת להמחאה ללא הסכמת החייב, זולת אם נשללה או הוגבלה עבירותה לפי דין, לפי מהות הזכות או לפי הסכם בין החייב לבין הנושה.  
(ב) ההמחאה יכול שתהיה לגבי הזכות כולה או מקצתה, ויכול שתהיה מותנית או על דרך שעבוד.

מראה לנו עד כמה קל בישראל היום להמחות זכות.

מדובר בזכות קיימת/מותנית/עתידי. אפשר להמחות בלי הסכמתו של החייב. החוק לא דורש חוזה בכתב לצורך ההמחאה, ב' יכול להמחות את הזכות לג' באמצעות חוזה גם בעל פה. אין צורך ברישום ואין מה למסור כי זכות זה נכס ארטילאי. הזכות פשוט עוברת מב' לג'.

החוק מאוד ליברלי, אפשר להמחות את הזכות בכל דרך, את כל הזכות, חלק מהזכות, זכות מותנית, זכות חלקית, זכות קיימת, זכות עתידי, בלי הסכמתו של החייב, לא צריך מסמך בכתב ולא צריך מרשם, הכל כדי להפוך את השימוש בהעברת הזכויות לכלי מהיר, נוח וזול.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

**דוגמא:** אמרנו שא' חייב לב'. הוא יכול להיות חייב לו כל מיני דברים, המחאת זכות לא בהכרח מתייחסת להעברת זכות של כסף. יכול להיות שא' התחייב לתת סחורה לב' וב' ממחה את הזכות הזאת. **בעולם המסחר, ב-99.9% מהמקרים מדובר על הזכות לקבל כסף.**

למה א' חייב לב' כסף? אפשרות אחת היא שבין א' לב' (הסיטואציה השכיחה והקלאסית בעולם המסחרי) כי בין א' לב' יש חוזה. יכול להיות גם סיבות אחרות שא' חייב לב' כסף למשל אם יש פסק דין שא' חייב לב' כסף (נזיקין לצורך העניין). גם זכות כזאת ניתנת להמחאה.

עשיית עושר ולא במשפט – יכול להיות שא' חייב כסף לב' כי הוא מחזיק שלא כדין בכסף של ב'. מישהו היה צריך להפקיד כסף לחשבון של ב', בטעות הוא הפקיד את זה לחשבון של א', ועכשיו א' חייב כסף לב' לא בגלל פסק דין ולא בגלל חוק, הוא מחזיק שלא כדין כסף של ב' ועכשיו הוא חייב לשלם את הכסף לב'. כל עוד הוא לא שילם, לב' יש זכות לקבל כסף מא'.

**אנו נתייחס לסיטואציה המסחרית הקלאסית:**

- א' חייב כסף לב' בגלל חוזה ביניהם ועכשיו ב' עומד להעביר את הזכות הזאת.

**למה בעולם המסחרי ממחים?**

השימוש הראשון והעיקרי זה מה שאנחנו מכנים המחאה פיננסית, המחאה שמטרתה היא לגייס כסף מזומן תמורת זכות לקבל כסף במועד דחוי. בשטרות קראנו לזה – "ניכיון שיקים".

בהמחאה זה מאוד נפוץ ויש שתי אפשרויות לגייס כסף כנגד זכות או לעשות המחאה פיננסית:

1. **אפשרות אחת:** א' חייב כסף לב', הוא חייב לו מיליון ₪ בעוד שישה חודשים. ב' רוצה כסף מזומן עכשיו, הוא פונה לג' (שיכול להיות איזשהו גוף שעוסק בשירותים פיננסיים) ואומר לו שהוא רוצה למכור לו את הזכות. ג' יבדוק ויגיד לו בסדר, הוא קונה את הזכות והוא מקבל תמורת הזכות 900,000 ₪. ההפרש של הפרמיה מורכב משני דברים: מועד הפירעון (ריבית על הכסף) ובנוסף, הסיכון או במילים אחרות, מה הסיכוי להיפרע מא'. בהנחה שא' הוא גוף מאוד יציב, הפרמיה תהיה יותר נמוכה. **ב' מוכר את הזכות לג' תמורת כסף מזומן שהוא בערך פחות משווי הזכות (המחאת מכר).**

2. **אפשרות שנייה:** ב' פונה לג' ואומר לו שהוא צריך כסף, הלוואה. ג' נותן לב' הלוואה וב' בתור ביטחון להלוואה משעבד/ממשכן את הזכות לטובת ג' (המחאה יכולה להיות על דרך שיעבוד).

לשני הדברים יש דמיון רב והדמיון הוא במטרה הכלכלית והמטרה הכלכלית של ב' היא לגייס עכשיו מזומן ובשני המקרים, הוא משתמש בזכות כדי להשיג את המזומן, אומנם בדרכים שונות, פעם אחת באמצעות מכר ופעם אחת באמצעות קבלת הלוואה ושיעבוד.

בנוסף, גם במכר וגם בשיעבוד, מה שג' מעוניין זה לקבל עדיפות על כל הנושים של ב' במידה וב' הופך להיות חדל פירעון. כלומר, כשא' ישלם את המיליון ₪, הם לא ילכו לקופה של ב' לצורך חלוקה בין הנושים אלא הם ילכו לג'. איך ג' משיג את הפתרון הזה? במכר הוא משיג את הפתרון הזה שכבעלים של הזכות, היא לא שייכת בכלל לב' ומכוח הבעלות שלו הוא גובר על כולם. אותו דבר מכוח שיעבוד, נושה בעל שיעבוד הוא נושה מובטח בחדלות פירעון, יש לו זכות עדיפה בנכס המשועבד על פני כל הנושים האחרים, הוא במקום הראשון, הזכות הזאת כנכס, משועבדת לג' ואף אחד לא יכול לגעת בה, רק ג'. מהבחינה הזאת יש דמיון מאוד גדול בין שני סוגי העסקאות



## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

ובהמשך נראה שיש גם הבדלים ביניהם וההבדלים האלה יחייבו אותנו לראות בפסיקה כל מני מבחנים לדעת מתי המחאה פיננסית היא המחאת מכר ומתי היא המחאת שעבוד.

## סעיף 97(א) לפקודת פשיטת רגל –

**ביטול המחאה כללית בלתי רשומה [42א] [תשכ"ט]**

97. (א) המחאה אדם לאחר זכויות קיימות או עתידות לבוא והוכרז לאחר מכן פושט רגל, לא תהיה להמחאה תוקף כלפי הנאמן לענין הזכויות שלא נפרעו לפני תחילת פשיטת הרגל, אלא אם נרשמה ההמחאה בזמן ובדרך שנקבעו בתקנות.

אמרנו קודם שאין חובת רישום בחוק וזה נכון, כל עוד ב' סולבנטי ולא חדל פירעון, תוקף ההמחאה לא מותנה ברישום. אבל מהרגע שהממחה חדל פירעון, התוקף כלפי הנושים שלו (נאמן/מפרק) מותנה ברישום (כמו משכון). כתוב שזה ירשם בדרך ובזמן שנקבעו בתקנות – אם מדובר בממחה שהוא אדם פרטי, הרישום הוא אצל רשם המשכונות. לרשם המשכונות יש טופס לרישום המחאות ואם הממחה הוא חברה, אז הרישום נעשה בטופס. ישום המחאה אצל רשם החברות.

זה מה שקובע סעיף 97(א) לפקודת פשיטת רגל.

## סעיף 97(ב) לפקודת פשיטת רגל –

**ביטול המחאה כללית בלתי רשומה [42א] [תשכ"ט]**

97. (ב) האמור בסעיף קטן (א) לא יחול על המחאת זכויות כלפי חייבים שפורטו בהמחאה ושיזמן פרעון חל בשעת ההמחאה או לפנייה, או זכויות קיימות או עתידות לבוא לפי חוזים שפורטו בהמחאה, או המחאת זכויות הכלולה בהעברת עסק בתום-לב ובתמורה.

חובת הרישום לא תחול על המחאת זכויות כלפי חייבים שפורטו בהמחאה או זכויות קיימות או עתידות לבוא לפי חוזים שפורטו בהמחאה, או המחאת זכויות הכלולה בהעברת עסק בתום לב ובתמורה". כלומר, אם בהסכם ההמחאה בין ב' לג' פורטו החייבים (ב' אמר לג' שהוא ממחה לך את הזכות שיש לי כלפי א') אז במקרה כזה, גם אם ב' הפך להיות חדל פירעון וגם אם זה לא נרשם, זה בתוקף.

כלומר, סעיף 97(ב) לפקודת פש"ר – מחריג את הרישום ואומר שזה לא חל כשחוזה ההמחאה מפרט מי החייב או מתאר את החוזים שמכוחם הייתה ההמחאה.

**המרצה:** ב-99% מהמקרים זה מה שקורה, ההמחאה מפרטת מי החייב ומה החוזים שמכוחם הייתה המחאה. מתי זה לא יחול? כשב' אומר שהוא ממחה לג' את כל הזכויות שיש לו כלפי כל מי שחייב לו (המחאה כללית) אבל היא נעשית תוך כדי העברת עסק בתום לב ובתמורה. **דוגמא:** יש לי סופר – מרקט, מכרתי למישהו את העסק שלי ואני אומר לו שיש הרבה אנשים שחייבים לי כסף (ספקים/לקוחות), כל מי שחייבים לי אני ממחה לך ולא מפרטים מי החייבים, אבל זה אגב העברת עסק בתום לב ובתמורה, אז גם אם הממחה חדל פירעון וגם אם ההמחאה לא נרשמה, יהיה לה תוקף כלפי המפרק.

סעיף 97(ב) כמעט מוחק את סעיף 97(א) אז מה נשאר? נשאר רק מקרה אחד שבלי רישום לא יהיה לו תוקף. המקרה הזה הוא כאשר עושים המחאה כללית אבל זה לא נעשה במסגרת העברת עסק בתום לב ובתמורה. אם אני עושה לך המחאה כללית וזה לא תוך כדי מכירת עסק, זה מריח כמו הברחת נכסים. המקרה היחיד שחובת

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

רישום מכוח סעיף 97 חלה זה המקרה הזה – **המקרה של המחאה כללית שלא מפרטת חייבים ספציפיים או חוזים ספציפיים והיא לא תוך כדי מכירת עסק בתמורה או בתום לב (מקרה חריג מאוד).**

ע"א 596/86 **בן ציון נ' הנאמן על נכסי בן ציון** – הייתה פעם פרשת ארץ ישראל בריטניה שנודעה בציבור. חלק מהספחים של הפרשה הזאת זה שמי שהיה מנהל בנק ארץ ישראל – בריטניה, הוכרז כפושט רגל. בפסק דין זה, יהושע בן ציון, הוכרז פושט רגל. זמן קצר לפני שהוכרז פושט רגל, הוא עשה חוזה המחאה לאחותו וכתב כך: "הנני ממחה ומעביר לך בזאת באופן בלתי חוזר, את כל זכויותי לדמי שכירות ו/או לדמי מפתח בגין הבניין ... הן שכבר הגיע כבר זמן פרעונם, הן שיגיעו בעתיד..." הוא רצה כמוכן להבריא את הכספים האלה, להעביר אותם לאחותו אבל מה שאומר **בית המשפט**: "דא עקא, דווקא ניסוח זה של המחאה שהינו כוללנו הוא שעומד בעוכריו של הנמחה ושל פושט הרגל כאחד מפני שבגידרו של אותו מסמך לא פורטו החוזים לפי סעיף 97(ב) וניסוח כוללני זה מוציא את החלופה של סעיף 97(ב) ... ולכן, אין לומר שמדובר בחוזים שפורטו בהמחאה כמשמעותו של סעיף 97(ב)".

במילים אחרות אם הוא היה אומר שהוא ממחה לה את הזכויות כלפי סוחר זה או חוזה מתאריך זה וזה, אבל ברגע שהוא אמר כל החוזים שהיו או יהיו, זה הפך להיות כללי, זה לא אגב מכירת עסק ולכן, בהעדר רישום, אין תוקף להמחאה.

**המרה:** מצא רק עוד שני פסקי דין שבהם בית המשפט אמר שזו המחאה כללית ובשני המקרים, כל מי שקורא את פסק הדין מבין שהיה ניסיון להבריא נכסים זמן קצר לפני פשיטת הרגל או פירוק. בית המשפט אומר שלא היה רישום ואין תוקף להמחאה.

ברוב המקרים, גם בלי רישום, למרות שהממחה הפך להיות חדל פירעון, יהיה תוקף להמחאה כלפי הנושים (המפרק/הנאמן בפשיטת רגל). אלא אם כן, ההמחאה בין ב' לג' היא שעבוד. אם ההמחאה היא לא שב' מוכר לג' את הזכות אלא שב' ממשכן לג' את הזכות, אז יש חובת רישום לא מכוח סעיף 97 לפקודת פשיטת רגל אלא מכוח דיני המשכון.

בהמחאות פיננסיות, הממחה יכול להשיג כסף מזומן או על ידי מכירה של הזכות או על ידי שיעבוד והלוואה. אנו נראה תופעה מעניינת בפסיקה שבמקרים שבי' הופך להיות חדל פירעון, הרבה פעמים יש וויכוח בין הנמחה לבין המפרק או הנאמן האם זו הייתה המחאת מכר או המחאת שעבוד. למה הוויכוח? כי ההמחאה לא נרשמה וההמחאה כן מפרטת את החייב או החוזים. אם זאת המחאת מכר, יהיה לה תוקף והנמחה גובר כי חל הסייג של סעיף 97(ב). אם זאת המחאה על דרך שיעבוד, אז מכוח דיני המשכון לא יהיה לה תוקף אם היא לא נרשמה. מה טוען המפרק? שזו המחאה על דרך שיעבוד ומה טוען הנמחה? שזו המחאת מכר.

לפעמים החוזה מאוד ברור ואומר שזו המחאת מכר אבל הרבה פעמים הסכמי ההמחאה נעשים בין אנשי עסקים והם רק אומרים את זה ביניהם ואי אפשר לדעת אם זו הלוואה/משכון או שזאת המחאת מכר. אמרנו שהדברים הדומים זה שמשמשים בזכות כדי להשיג כסף מזומן והשימוש בזכות נותן עדיפות לג' במקרה של חדלות פירעון אבל יש הבדלים שנובעים בין מכר לבין הלוואה.

מה הסימנים שמבחינים בין המחאת מכר לבין הלוואה?

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

כאשר א' פורע את החוב, מסתבר שהגובה שהוא משלם יותר גבוה ממה שהם יחשבו. נניח שהחוב של א' היה צמוד לערך הדולר וערך הדולר עלה מאוד, עכשיו הוא משלם הרבה מאוד שקלים. אם זאת המחאת מכר, הכל שייך לג', מפני שזה הרעיון במכר, אם קניתי נכס ממישהו וערכו עלה, הערך העולה הוא של הקונה. אם זאת הייתה הלוואה ושיעבוד, מה קורה כשאני מממש נכס משועבד והתמורה שקיבלתי מכסה את החוב ויש עודף? העודף שייך לב'. **ההבדל הראשון: צריך לראות לפי תנאי ההסכם אם יש עודף, למי הוא שייך** ← אם הוא שייך לג' זה מצביע על מכר, אם הוא שייך לב' זה מצביע על הלוואה ושעבוד של הזכות. גם הפוך – מה קורה כשא' שילם רק חצי? אם זה מכר, מה קורה אם אני קונה מאדם מכונית ואחרי שקיבלתי אותה מישהו חתך ממנה חצי? יש לי חצי מכונית, זה בעיה של הקונה. אם ג' קונה את הזכות במכר, הוא קונה אותה עם כל הסיכונים שהחייב אם הוא יציב או לא יציב, הוא כבר תמחר במחיר שבה הוא קנה את הזכות, הוא שקלל גם את הריבית אבל גם את הסיכון. אז אם א' משלם רק חלק, ג' אכל אותה, זה מעיד על מכר.

זה לא ככה בהלוואה. אם לקחתי ממישהו הלוואה, משכנתי לו דירה, ערך הדירות ירד ועכשיו הנכס, גם אחרי שמימשו אותו, לא פרע את כל הלוואה, ממה שנשאר נותר חוב. במילים אחרות, במקרה כזה, אם מדובר במשכון והלוואה והסכום שא' שילם לא כיסה את ההלוואה, ב' עדיין חייב לג'.

יש מאפיינים מובהקים שהם המאפיינים הרגילים בהבדל בין מכר לבין הלוואה מובטחת במשכון שבעזרתם בית המשפט יבדוק מה סוג ההמחאה שהייתה.

המבחנים שניתנו ע"י בית המשפט, עוזרים לנו לסווג את סוג העסקה.

בחוזים מסחריים, צדדים יכולים לקבוע את תנאי החוזה כרצונם ולכן למשל, יכול להיות שהצדדים ב' וגי' עשו חוזה הלוואה והשתמשו בזכות כשיעבוד, שיעבדו את הזכות להבטיח את ההלוואה אבל זאת הלוואת נון – ריקורס (הלוואה ללא זכות חזרה). בעולם המסחרי יש הלוואות שבהן אני מביא לך כסף, אתה משעבד לי נכס וההסכם אומר שאם אני לא מצליח לגבות ממך את החוב, אני יכול להיפרע רק מהנכס והיתרה שנשארת, אם לא נפרעתי מהנכס, אבוד. רק הנכס מבטיח את החוב, אין חבות אישית של החייב על היתרה.

**המרצה:** זה מה שקרה לפני שנים לא כל כך רבות בשבר בהספריים בארה"ב שם אחת התוצאות הייתה שאנשים לקחו הלוואות מבנקים כדי לקנות בתים, הפסיקו לשלם את החזר ההלוואה. הייתה גם נפילה מאוד דרמטית כתוצאה מזה בשווי של הדירות בארה"ב. המצב היה ששווי הבית היה הרבה יותר נמוך גובה ההלוואה ובאזורים שלמים האנשים השאירו את המפתח בבית ואמרו לבנק שהמפתח בדלת והם יכולים לקחת והלכו. נשארו ערי רפאים בגלל שההלוואות לרכישת בתים בארה"ב הן הלוואות שבהן אם החייב מפסיק לשלם, הנושה יכול לממש את הבטוחה וזהו, אם הבטוחה לא מספיקה כדי לפרוע את החוב הוא לא יכול לפנות לחייב. בארה"ב ההלוואות ממשיכות להיות נון ריקורס אבל יש זהירות מאוד גבוהה ביחס שבין ההלוואה לבין שווי הנכס.

בענייננו :

אם בהסכם שבין ב' לג', ב' לקח הלוואה מג' ושיעבד לו את הזכות אבל הם קבעו שזה שיעבוד נון ריקורס, כלומר שאם ג' כשהוא יפרע מא' זה לא יכסה את כל ההלוואה, הוא לא יכול לחזור על ב', מצד אחד זה הלוואה ושעבוד אבל זה מאוד דומה למכר כי אמרנו שזה מה שקורה במכר וגם הפוך :

יכול להיות שכשב' מכר את הזכות לג' (עסקת מכירה), ב' אמר לג' שיש לו זכות לקבל מיליון ₪ בעוד שישה חודשים, כמה אתה נותן לי עליה? ג' אמר 850,000 ₪ מכיוון שהוא מעריך שא' הוא חייב מסוכן. ב' אומר תן לי

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

900,000 ₪ ואני ערב לזה שאי' ישלם. כלומר, הוא מכר לו את הזכות, זו עסקת מכר של זכות אבל הוא נשאר ערב שאם א' לא ישלם את הכל לג', הוא ערב לשלם את ההפרש. אז זו עסקה מכר אבל עכשיו היא דומה במאפיינים שלה להלוואה. **בגלל שהצדדים יכולים לקבוע כרצונם את תנאי החוזה ובעולם המסחרי יש אין סוף גיוונים (אני יכול למכור לך ולהישאר ערב/ לשעבד לך אבל שעבוד נון ריקורס) גורם לשאלה ולבעיה האם מדובר בהמחאת מכר או בהלוואה עם שיעבוד או ביטחון.**

- אמרנו שסוג אחד של שימוש כלכלי בהמחאה הוא לגייס כסף מזומן באמצעות העברת הזכות או במכר או בשעבוד.

**איזה עוד שימושים אפשר לעשות בפרקטיקה בהמחאה?**

ע"א 573/73 שמן תעשיות בע"מ נ' אי.אס.אל. – ב' הוא יצרן של מצתים והוא מוכר את המצתים לשמן. שמן מתחייבת לשלם עבורם, זו עסקה מסחרית ולכן, היא מתחייבת לשלם שוטף + 120. היצרן ממחה את הזכות שלו לקבל כסף משמן לגוף שעוסק במתן שירותים פיננסיים ונקרא אי.אס.אל. לפי ההסכם בין היצרן של המצתים (ב') לבין הנמחה (אי.אס.אל), אי אס אל התחייבו לשלם ליצרן באותו תאריך שבו שמן התחייבו לשלם להם, כלומר, שוטף + 120. זה לא מסתדר עם הרעיון של הממחאה פיננסית שהממחה מצפה לקבל את הכסף מיד. פה הוא יקבל קצת פחות כסף אבל באותו מועד שא' התחייב לשלם פה. בית המשפט: מה עניין היה לו ליצרן להמחות את החשבונות למשיבה? המכר היה בהקפה (עם מועד של תשלום דחוי) ומועדי הפירעון הם כאמור זהים בשני ההסכמים (גם בהסכם של היצרן עם שמן וגם בהסכם של היצרן עם הנמחה). יותר מזה, אי.אס.אל גם לא התחייבה לשלם ליצרן את מלוא הסכום, שאילו עשתה כן, לא היה נשאר לה רווח מהעסקה (אי.אס.אל היא גוף עסקי שעושה ביזנס כדי להרוויח כסף אז ברור שאם שמן התחייבה לשלם ליצרן 100, אי.אס.אל התחייבה לשלם ליצרן פחות באותו תאריך). הרווח שהיא השאירה לה זה 1.75%. מה היה עניין היצרן שבעבורו היה מוכן להפסיד 1.75% מסכום כל החשבונית? על כך, משיבה אי.אס.אל בכתב התביעה ואומרת שהיצרן היה זקוק להתחייבותה שכמוהה "לערבות בנקאית", הואיל ומשך ההקפה הוא 120 יום, תשלום באותו מועד היה חיוני בשבילו ואי פירעון היה יכול להיות קטלני.

בהמחאה פיננסית ההפרש בין גובה הזכות נובע מריבית וסיכון, כאן זה רק סיכון ואין ריבית כי התחייבו על אותם תאריכים.

במילים אחרות, היצרן אמר שהוא לא סומך על שמן שתשלם לו, הוא לא צריך את הכסף עכשיו אבל כן בעוד 120 יום בוודאות. אם בעוד 120 יום היצרן לא מקבל את הכסף, זה קטסטרופה, אז הוא רוצה ביטוח, הוא קונה ביטוח אשראי מחברת אי.אס.אל, שעליה הוא כן סומך וזה שווה לו לקבל בעוד 120 יום פחות 1.75% אבל במאה אחוז הוא יקבל את הכסף – כמו ערבות בנקאית. זהו עוד שימוש להמחאה והשימוש הזה הינו ביטוח אשראי. שימוש נוסף מעניין בהמחאה אשר אופייני למדינת ישראל (ההמחאה לא נועדה לזה בכלל).

**המחאה של זכויות במקרקעין**

כל המקרקעין בישראל רשומים כמקרקעין מוסדרים.

יש כמות גדולה מאוד של דירות שהן לא רשומות והן לא רשומות בגלל שהמקרקעין שהן נמצאות עליהן לא קיימים אלא שהם לא עשו איחוד וחלוקה בתוך המקרקעין, לא נרשמה עדיין פרצלציה (חלוקה). כל עוד זה לא נעשה, אין רישום של הדירה. כאמור, מדובר בכמות מטורפת של דירות שאין רישום לא בגלל שהחלקה לא

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

רשומה אלא הבניין לא רשום כי לא עשו הליכי חלוקה ועוד לא עשו הליכי רישום של בית משותף וזה עשרות שנים במצב הזה.

**דוגמא:** נניח שחברה קבלנית לא עשתה עסקת קומבינציה אלא קנתה את הקרקע (500 דונם) והיא בונה שכונה. הבעלים שלה היא א' שהיא חברה קבלנית והבעלים של הקרקע (מבחינה קניינית היא תהיה הבעלים של כל הדירות שייבנו שם ותמשיך להיות גם הבעלים עשרות שנים אחרי שהדיירים יגורו בהם מפני שהבעלות עוברת רק כשיש רישום). א' נתנה שכונה ומכרה בשכונה הזאת לזוג ב'. מכרה = התחייבה להקנות בעלות בדירה לזוג ב' לאחר שיהיה רישום ואז הבעלות תרשם על שמם של בני הזוג ב'. בינתיים עברו כמה שנים, ב' כבר לא זוג צעיר, הם התחתנו והיו 2 ועכשיו יש להם 8 חדרים והם רוצים לשפר דיור. בשפה העממית הם עושים חוזה שבו הם מוכרים את הדירה לג'. ב' עושה חוזה עם ג'.

ב' הם לא הבעלים של הדירה אלא יש להם זכות להירשם כבעלים כשיהיה רישום.

יש לזוג ב' שתי אפשרויות להעביר את הבעלות:

**אפשרות אחת:** ב' יכולים להתחייב להקנות לג' בעלות בדירה, הם לא יודעים מתי. אחרי שהם יהיו בעלים, הם יעבירו את הבעלות הלאה.

**אפשרות שנייה (משפטית):** ב' מוכרים לג' את הזכות שיש להם כלפי א' – לקבל בעלות בדירה כשהבניין ירשם. כלומר, לב' יש זכות מהחוזה לקבל מא' רישום של בעלות כשהבית המשותף יירשם ואת הזכות הזאת ב' מוכרים לג' ← זאת המחאה.

באיזה משתי הדרכים נעשה החוזה בין ב' וג'? האמת היא שהרבה פעמים הצדדים לא ערים להבדלים וגם עורכי הדין שלהם לא ערים להבדלים וקשה להבין מנוסח החוזה מה בדיוק עושה החוזה – או שב' מתחייבים להקנות לג' בעלות בדירה למרות שהם עדיין לא הבעלים ואז זו התחייבות לעשות עסקה במקרקעין רגילה לפי חוק המקרקעין. אפשרות שנייה היא שב' מוכרים לג' את הזכות שיש לב' כלפי א' לקבל בעלות וזו מכירה של זכות ועל זה חל חוק המחאת חיובים.

**לא תמיד החוזה ברור, מה בדיוק הצדדים התכוונו בין שתי האפשרויות האלה** ומיד נראה שיש הבדלים דרמטיים בין שתי האפשרויות.

הפסיקה קבעה שברוב המקרים, אם זה לא יהיה ברור, הפרשנות של בית המשפט תהיה שזה חוזה המחאה – ב' מכרו לג' את הזכות החוזית שיש להם כלפי א'. אומר בית המשפט שאם החוזה לא מספיק ברור, יש להסתכל מה קורה באופן מציאותי. באופן מציאותי, ברוב המקרים האלה, ג' משלמים לב' את כל התמורה (כל המחיר) כשב' מוסרים לג' את מפתחות הדירה ועוד כל מיני מסמכים שבבו היום יוכלו לאפשר אישור. בית המשפט אומר שאם ההתחייבות החוזית של ב' הייתה להעביר לג' בעלות, ג' לא היה מעביר את כל הכסף ללא הבעלות. עצם העובדה שג' משלם את כל הכסף לב', מעיד שבעיני הצדדים העסקה נגמרה. העסקה נגמרה רק אם יש פה מכירה של זכות כי במכירה של זכות, אם ב' מכר לג' את הזכות לקבל מא' הבעלות נגמרה. זכות הבעלות בנכס מקרקעין עוברת בבעלות, זכות הבעלות בנכס מטלטלין עוברת במסירה. הבעלות בזכות עוברת מתי שהצדדים מסכימים שהבעלות עוברת ואם הם לא מסכימים במפורש, אנו מניחים שזה במועד התשלום.

אם הצדדים ראו בעסקה כגמורה ברגע שג' קיבל את מפתחות הדירה ועוד כמה מסמכים, זה אומר שג' לא חושב שב' חייב לו משהו. רוב החוזים שנעשים במדינת ישראל ביחס לדירות שעדיין לא רשומות, הן למעשה חוזי המחאה כך עולה מתוך הפסיקה.

## מיטל הרוש

השימוש במחברת באחריות המשתמש

**מה זה משנה איזה חוזה זה (המחאה או מכירת הדירה)?****דוגמאות:**

1. דרישת הכתב במקרקעין לעומת זכות – אם זה נעשה בע"פ או פיסת נייר, במקרקעין סעיף 8 דורש כתב מהותי ואילו בהמחאות זכות זה יכול להיות בע"פ. **על המחאה אין דרישת כתב מהותית.**

2. נניח שבעסקה בין ב' לג' אחד הצדדים הוא קטין (או המוכר של הדירה או הקונה של הדירה הוא קטין). לפי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, פעולה שתוקפה תלוי ברישום בפנקס המתנהל על פי חוק (סעיף 20(2) + סעיף 47 + סעיף 40(2) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות) מחייבת אישור של בית המשפט וגם אם ההורים שלו עושים את זה, חייב אישור של בית משפט. אם מדובר במקרקעין, חייבים רישום על פי חוק בפנקס המקרקעין. אבל בהמחאה אין דרישת רישום ולכן, אם נעשתה המחאה, לא צריך אישור של בית משפט אלא מספיק אישור של ההורים. **אם הצדדים ניסחו את זה כהתחייבות לעשות עסקה במקרקעין צריך אישור בבית משפט ואם הצדדים ניסחו את זה כהמחאת זכות, לא צריך אישור של בית משפט.** המרצה: רוב עורכי הדין לא יודעים את זה ולכן, רצים לבית משפט לענייני משפחה ומבקשים אישור למרות שזו עסקת מחאה.

**במבחן:** אם תתעורר שאלה על חוזה שלא פנו לקבל אישור או לא אבל זה חוזה המחאה – לא צריך אישור של בית משפט בחוזה המחאה במצב כזה אלא רק אישור של הורים.

3. כשאני מוכר נכס ריאלי ולא זכות, הרבה פעמים הנכס הריאלי הזה עובר מיד ליד (זה יכול להיות מקרקעין/נכס נד). הקונה האחרון בשרשרת לא צריך לבדוק את כל שרשרת העסקאות קודם ולבדוק שהיא בסדר אם הוא בודק את זה בתנאי תקנת השוק. במקרקעין – אם הקונה האחרון קונה בתום לב, בתמורה ובהסתמך על רישום, הוא מוגן, הוא קונה זכות גם אם יתברר שבאיזשהו שרשרת העסקאות קודם הייתה בעיה (היה גנב, מרמה, מישהו זייף). כנ"ל למטלטלין, אם אני קונה סחורה שעברה שרשרת של עסקאות, בתום לב, בתמורה ובהסתמך על רישום, לפי סעיף 34 לחוק המקרקעין, הזכות עוברת אליי. אלא שבזכויות אין תקנת שוק.

אם יש שרשרת של המחאות בדירה מסוימת, ה' קנה בתום לב והוא ראה שד' גר בדירה ולא רק זאת, בספרים של החברה המשכנת, בדק וראה שהכל בסדר גם. ה' לוקח הלוואה מהבנק, משלם לד' עבור הדירה ומקבל את מפתחות הדירה וגר שם בתום לב ומשלם כל חודש את המשכנתא עד שיום אחד מסתבר שהבעיה הייתה בין ההמחאה של ב' לג'. ג' לא שילם לב' – השיקים לא נפרעו. ב' מבטל את החוזה כדין. אם הוא מבטל את החוזה, הזכות חוזרת אליו וג' כבר לא היה רשאי למכור לד' וכו'. יבוא ב' ויגיד לה' צא מהדירה ובית המשפט יגבה את ב' וה' יצטרך לצאת וישאר בלי הדירה אבל הוא חייב לבנק כי הוא חייב כסף ואת הכסף שלו מד' יכול להיות שיקבל ויכול להיות שלא, אין תקנת שוק.

**♥ כשמדובר בזכויות – אין תקנות שוק!**

ע"א 842/79 נס נ' גולדה: בפסק דין זה **הדוגמא** שתיארנו לעיל קרתה.

**המרצה:** בארץ שימוש נוסף בהמחאה ומאוד נפוץ, למרבה הצער, הוא בעסקאות מקרקעין ואם נסתכל על הצעת חוק דיני ממונות – אחד הדברים שהצעת החוק עושה, היא שמשדד המשפטים הכיר במציאות הזאת ובהרבה מאוד מקרים שחלים רק על מקרקעין כמו דרישת כתב וכו', אמרו שזה יחול גם על המחאה – המחאה של זכות לקבל זכות במקרקעין.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

30 בנובמבר 2018

**המשך המחאת חיובים**

מטרה נוספת של המחאה: המחאה משמשת גם כאמצעי תשלום, **דוגמא:** אם אני חייב לך כסף מעסקה קודמת בינינו, אני יכול לשלם לך במזומן/בהעברה בנקאית וגם בהמחאה. אם הוא חייב לי כסף, אני מעביר לך את הזכות כתשלום.

כשמדובר על המחאה לצורך תשלום של חוב קודם:

סעיף 48 לחוק החוזים – עוסק בפירעון חוב באמצעות העברת זכות שיש לחייב כלפי אדם שלישי. סעיף זה אומר לנו שכשאני פורע חוב קודם באמצעות המחאה, זה תמיד פירעון על תנאי. כלומר, אם החייב חייב כסף לממחה אשר חייב כסף לנמחה מעסקה קודמת, כדי לפרוע את החוב של הממחה לנמחה באמצעות המחאה של הזכות שיש לו כלפי החייב. סעיף 48 אומר שבמקרה כזה, אם החייב בסוף לא משלם לנמחה, אז החוב המקורי חוזר אז כאילו זה לא נפרע. כשאנחנו פורעים חוב בכסף מזומן זה פירעון, כשאנחנו פורעים חוב באמצעות המחאה, זה פירעון על תנאי – אם החייב שילם, החוב נמחה, אם החייב לא שילם אז עדיין הממחה חייב לנמחה, כמו בשטר. כשאני משלם למישהו באמצעות שיק, זה תמיד פירעון על תנאי, אם השיק לא מכובד/השטר לא נמחה, החוק המקורי בעסקת היסוד, חוזר למקומו.

**קיום על תנאי**

48. חיוב אשר לקיומו התחייב החייב כלפי הנושה בחיוב אחר, או שהעביר לו לשם כך זכות כלפי אדם שלישי, חזקה שלא התכוונו להפקיעו אלא אם קויימו החיוב האחר או הזכות.

**יש דמיון בין המחאה לבין שטר לפי סעיף 48 לחוק החוזים – פירעון חוב קודם באמצעות המחאה הוא פירעון על תנאי.**

הממחה קיבל מהנמחה שירותי אדריכלות, כרגע הוא חייב לו 100,000 ₪ עבור שירותי אדריכלות, הוא יכול לשלם לו בהעברה בנקאית את הכסף וזה פירעון מוחלט. במקום זה, הממחה אומר לו שהחייב חייב לו בגלל איזה עסקה ביניהם 100,000 ₪ והוא מעביר לנמחה את החוב ובוזה הוא סיים את החוב. אם החייב לא משלם, הממחה עדיין חייב לו על שירותי האדריכלות.

- תמיד בדיני החוזים המסחריים הוראות החוק הן דיספוזיטיביות, הם יכולים להסכים ביניהם שהוא ממחה לו את הזכות בגין פירעון החוב ושה פירעון מוחלט והוא יכול להסכים. ברוב המקרים, הצדדים לא מגדירים אם זה פירעון מוחלט או על תנאי. אם לא קבוע במפורש, סעיף 48 קובע שזה פירעון על תנאי.

המחאה פיננסית: החייב חייב לממחה מיליון ₪, תאריך פירעון בעוד חצי שנה, הממחה צריך כסף עכשיו, הוא פונה לגוף פיננסי (בנק או כל גוף פיננסי) וממחה לגוף הפיננסי את הזכות, הגוף הפיננסי יעריך גם את הסכום וגם את הריבית ויתן לו 900 אלף שקלים עכשיו. או שהוא מוכר לו את הזכות ומקבל תמורת הזכות 900 אלף ₪ או שהוא לוקח ממנו הלוואה של 900 אלף ₪ ומשעבד לו את הזכות כבטחון להלוואה. בשני המקרים, הוא משתמש בזכות כדי לקבל את הכסף המזומן, בשני המקרים מה שהנמחה רוצה זה לקבל עדיפות על הנושים של הממחה אם הממחה פושט רגל. או שהוא מקבל עדיפות מכוח זה שהוא הבעלים של הזכות או שהוא מקבל מכוח זה שהוא בעל השיעבוד.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

למה חשוב להבחין ביניהם? זה חשוב בעיקר כי אם הממחה שלנו הופך להיות חדל פירעון, ממנים במקום הממחה מפרק/נאמן/כונס נכסים והויכוח הוא תמיד בין הממחה לבין הנמחה. המפרק הרבה פעמים ינסה לטעון שזאת המחאת שיעבוד והנמחה ירצה לטעון שזאת המחאת מכר, למה? כי אם זאת המחאת מכר, אז ברוב המקרים, היא לא טעונה רישום כי סעיף 97 לפקודת פשיטת הרגל, אומנם קובע שכדי שיהיה תוקף כלפי המפרק/הנאמן בפשיטת רגל צריך רישום, אבל כמעט תמיד זה באמת לא צריך רישום. אבל אם זאת המחאת שיעבוד, זה צריך רישום מכוח חוק המשכון. מכיוון שבפרקטיקה הנמחה הוא לא בנק והרבה פעמים לא רושמים את ההמחאה, המפרק ינסה לטעון שזו המחאת שיעבוד ולכן, אין לה תוקף והזכות היא שלו והנמחה ינסה לטעון שזו המחאת מכר ולכן, גם בלי רישום יש לה תוקף – אמרנו שרק אם זו המחאה כללית שלא מפרטת את החייבים/החוזים ולא נעשית אגב מכירת עסק, רק אז היא חייבת רישום לפי סעיף 97 ובכל שאר המקרים היא לא חייבת רישום.

איך יודעים אם זו המחאת מכר או שיעבוד? יש מאפיינים: אם למשל הסכום שהחייב שילם הוא חצי ממה שהיה חייב, אם הנמחה עדיין יכול לחזור אל הממחה סימן שזו הלוואה/שיעבוד. אם בסוף החייב משלם יותר ממה שהוא חייב, אם היותר הזה שייך לנמחה זה מכר כי הקונה קונה גם סיכוי וגם סיכון, אם זו הלוואה אז ברגע שמומשה הזכות זה עד גובה ההמחאה והיתרה חייבת לנמחה.

ע"א 1321/06 **ישראל סגל נ' סגל פרזול בע"מ:** הייתה חברה שקראו לה סגל פרזול בע"מ (פרזול = ידיות/מנעולים וכו'). הייתה פריצה למחסנים של החברה וגנבו ממנה חלק גדול מהמלאי. החברה פנתה לחברת הביטוח וביקשה שחברת הביטוח תשלם לה וכרגיל, לחברת הביטוח היו מליון טענות למה היא לא רוצה לשלם. סגל פרזול בע"מ הגישה תביעה נגד חברת הביטוח, היא מניחה שבסוף ההליך חברת הביטוח תשלם לה כסף אבל כרגע עוד אין לה. היא לקחה כסף מבעל המניות בחברה, מר ישראל סגל (כי בינתיים היא צריכה לפעול ולקנות עוד מלאי) החברה המחיתה לו את הזכות לקבל כספים מחברת הביטוח (כשייגמר התיק). סגל בע"מ מאמינה שיש לה זכות לקבל כספים מחברת הביטוח כשהמשפט יסתיים והיא ממחה את הזכות לסגל תמורת כסף מזומן. הממחה יכול לגייס כסף או על ידי זה שהוא לוקח הלוואה ומשעבד את הזכות או על ידי זה שהוא מוכר את הזכות.

ההמחאה במקרה דנן לא נרשמה ובאיזשהו שלב חברת סגל נכנסת לחדלות פירעון וממונה לה מפרק שמייצג את כל הנושים. המפרק טוען: אין תוקף להמחאה כי זאת המחאת שיעבוד והיא לא נרשמה. אדון סגל: המחאת מכר. בית המשפט: בית המשפט עושה פרשנות של הסכם ההמחאה, כמו שמפרשים כל הסכם, על פי לשון ההסכם ועל פי הנסיבות (סעיף 25 לחוק החוזים) והוא אומר שלפי דעתו מדובר בהלוואה ושיעבוד ולכן, מכיוון שזה לא נרשם, אין תוקף להמחאה כלפי המפרק והוא אומר שפרשנות זו מעוגנת הן בלשון החוזה וגם במהות. סעיף מהחוזה: "במידה והכספים שיתקבלו מחברת ביטוח מנורה יעלו על הכספים שמגיעים לסגל, ההפרש יוחזר לסגל בע"מ" ← זה לשון החוזה. יתרה מכך, מסתבר שכשהחברה הזאת התחילה להיכנס לקשיים, סגל רץ לרשם החברות וניסה לרשום משכון בגין ההלוואה הזאת (זה היה מאוחר יותר כי צריך לרשום משכון תוך 21 יום והוא איחר את המועד לכן הרישום לא תקף). עצם העובדה שהוא פנה לרשום משכון ואמר שיש לו הסכם



## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

הלוואה והוא רוצה לרשום משכון, זה מעיד שעד שהוא התחיל לריב עם המפרק, גם הוא התייחס לזה כהסכם הלוואה. אז גם הנסיבות וגם התוכן והמהות מתפרשים כהלוואה/שעבוד.

ע"א 3966/01 יהושע TBWA נ' בון מארט מילניום בע"מ: חברת בון מארט קיבלה שירותי פירסום מחברת יהושע (חברת פרסום מאוד ידועה). במקום לשלם ליהושע במזומן, בון מארט המחתה (העבירה) לו זכות שיש לה לקבל כספים כלפי אחד מלקוחותיה שנקרא המשביע. בון מארט הפכה להיות חדלת פירעון והמפרק מתווכח עם יהושע למי שייכת לזכות. טענת המפרק: המחאה על דרך שיעבוד. טענת יהושע: זאת המחאה מוחלטת/המחאת מכר. **המרצה**: כאן זאת המחאה לצורך פירעון חוב (יהושע לא נתנה לבון מארט מזומנים, היא נתנה שירותי פרסום בעבר ועכשיו כדי לשלם, המחו את הזכות). **בית המשפט**: "הוא אז מפרק החברה עתר למתן פסק דין הצהרתי המצהיר כי המחאה בטלה. זאת משום שהמחאה שנעשתה, לטענת המפרק, על דרך שיעבוד, לא נרשמה ברשם החברות ולפיכך, אין השיעבוד תופס). בית המשפט אומר "השאלה התלויה בראש ובראשונה באומד דעת הצדדים שיש לפרש לאורו של כתב המחאה". כלומר, צריך להסתכל על כתב המחאה ולפרש אותו. הפירוש: "בענייננו המחאה על פי כוונת הצדדים לא נעשתה על דרך שיעבוד. המאפיין המחאת שיעבוד הוא הכוח שנותן בידי הממחה לחזור בו מן המחאה". הממחה בהמחאת שיעבוד יחזור בו מהלוואה למשל אם הוא מגלה שהזכות שווה יותר מהחוב, הוא יפרע את החוב ויגיד שאין שיעבוד יותר כי החוב נפרע. בעצם בהמחאת שיעבוד, הוא תמיד יכול לקבל חזרה את הנכס המשועבד על ידי כך שהוא משלם את החוב. "ובמקביל, הזכות הנותנת בידי הנמחה לחזור אל הממחה, אם החוב לא יפרע על ידי החייב" – זה המאפיינים של המחאת שיעבוד. כשקוראים את ההסכם, יהושע לא השאירה בידיה את הברירה לחזור אל בון מארט אם המשביע לא תפרע ובון מארט לא הותירה בידיה לבטל את המחאה מכאן, שאין מדובר בהמחאת שיעבוד. בית המשפט בודק את לשון החוזה ואם לשון החוזה לא מספיק ברורה, אז את המאפיינים של ההסכם – האם דומים יותר למכר או שעבוד.

הוראות החוק

אמרנו שהמחאה נעשית בהסכם בין הממחה לנמחה. אמרנו שהמחאה בחוק הישראלי לא מחייבת כתב/רישום (כפוף למה שאמרנו על המחאת שיעבוד במקרים של חדלות פירעון).

**קיימות 3 הגבלות על המחאה:**

1. זולת אם נשללה או הוגבלה עבירותה לפי דין: יש שורה של דינים שמגבילה המחאת זכות. בדרך כלל המחאות כאלה כתוב גם שאי אפשר להמחות אותם, זה נועד להגן על צרכי קיום בסיסיים של האדם. יש המון חוקים כאלה, גם בחוק הביטוח הלאומי וכו'. **דוגמא**: זכויות קצבה לפי סעיף 62 לחוק שירות בצבא הקבע גמלאות. יש שורה של הוראות חוק בעלות אופי סוציאלי שאוסרות המחאה. אם מגיע לי גמלת נכות מסוימת, לא יכול להמחות אותה. הוראה מעניינת מנזיקין - "אין המחאה בנזיקין": אם מישהו עשה כנגדי עוולה בנזיקין, יש לי נגדו עילת תביעה ואת עילת התביעה אני לא יכול להמחות. אבל, אם יש לי כבר פסק דין נגדו, שמחייב אותנו לשלם לי 50,000 ₪ על הנזק שהוא גרם לי את הזכות מכוח פסק הדין אני כן יכול להמחות. החוק אוסר עליי להעביר את זכות התביעה (בעבר לא רצו לעשות מסחר בזכויות תביעה וזו הוראה שהיום אין לה מקום).

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

**2. לפי מהות הזכות:** כאשר הזכות היא בעלת אופי אישי, כלומר, החייב התכוון להתחייב רק באופן אישי כלפי הממחה, הוא לא רוצה להיות חייב למישהו אחר. אבל זאת לא שאלה סובייקטיבית אלא **זו שאלה אובייקטיבית. דוגמא:** התחייבתי לחבר טוב שאני אעשה מופע סטנד אפ ביום ההולדת שלו ונניח שזו התחייבות חוזית. אני ביישן ואני לא עושה סטנד אפ, אבל בשבילו אני מוכן לעשות את זה, הוא לא יכול להמחות את הזכות הזאת למישהו אחר כי השירות שהתחייבתי לספק הוא בעל אופי אישי. זה שונה מאשר אם התחייבתי לדבר שאין בו אופי אישי ואז יכול להיות שכן אפשר להמחות אותו. **הדבר שהוא הכי הרבה לא בעל אופי אישי, זה ההתחייבות לשלם כסף.** לכן, ההנחה היא: אנחנו עוסקים בחוזים מסחריים בד"כ בהמחאה של זכות לקבל כסף, הזכות הזאת לא מקיימת את התנאי של איסור המחאה לפי מהות הזכות.

ח"א (חוזים אחידים) 8002/02 **המפקח על הבנקים נ' הבנק הבינלאומי הראשון:** המפקח על הבנקים הגיש תביעה לבית משפט לחוזים אחידים בטענה שבחווה ההלוואה של הבנק הבינלאומי הראשון יש שורה של תנאים מקפחים והוא ביקש מבית הדין לבטל את התנאים המקפחים (אחר כך היה ערעור לעליון). בעקבות הדיון הזה בוטלו 25 סעיפים בחווה ההלוואה של הבינלאומי. אחת הטענות הייתה כנגד סעיף בחווה שאמר שאם הבנק מלווה כסף למישהו, אז המישהו עכשיו חייב לבנק את הכסף. בחווה ההלוואה היה כתוב שהבנק יכול להמחות את הזכות שלו כלפי הלווה למי שהוא רוצה. הטענה של המפקח על הבנקים הייתה – נכון שבדרך כלל חובה לשלם כסף היא לא בעלת אופי אישי ולכן, הנושה יכול להמחות את הזכות לקבל כסף, אבל, כשאדם לוקח הלוואה מבנק, יש סיבה למה הוא לקח את ההלוואה מהבנק ולא ממלווה בשוק האפור, הוא רוצה שהנושה שלו יהיה גוף מוסדי, גוף מפקח, שיש רגולטור (המפקח על הבנקים) והוא לא רוצה למצוא מולו איזה נושה פרוע שיכול לפגוע בו כדי לגבות את החוב. לכן, בחווה כזה, סעיף שאומר שהבנק יכול להמחות למי שהוא רוצה, הוא סעיף מקפח. הבנק אמר שמותר לו לפי חוק המחאת חיובים להמחות, גם אם הוא לא היה כותב בחווה, הוא יכול היה להמחות. המפקח על הבנקים אמר שלפי החוק יש הגבלה על המחאה אם ההגבלה נובעת ממהות הזכות וכאן היא נובעת ממהות הזכות כי בנק זה משהו מיוחד. החייב רצה שמולו יהיה בנק ולא גוף אחר. לכן, זו מהות הזכות. הלווה במקרה הזה הוא החייב. **בית הדין:** הזכות לקבלת כסף אינה בעלת אופי אישי. כשם שהנושה אינו מייחס חשיבות למקורו של הכסף המשולם לו (כמו שהבנק לא יכול להגיד שהוא רוצה שרק הלווה הזה ישלם לו – סעיף 40 לחוק החוזים הכללי), כך אין זכות מוקנית ללווה לשלם דווקא לבנק. לכן, אפילו במקרה הזה נקבע שמבחינת החייב אין חשיבות לזהות המקבל ובלבד שייפטר מחבותו בעקבות התשלום. לכן, אין פה אופי אישי. **הגבלה לפי מהות הזכות זה רק כאשר הזכות היא לא זכות לכסף אלא זכות למשהו אחר.**

בחיים של החוזים המסחריים חשוב הסייג הבא:

**3. לפי הסכם בין החייב לבין הנושה:** המקרה הקלאסי – בהסכם שמכוחו החייב חייב כסף לממחה, יש סעיף של איסור המחאה. אם יש סעיף של אישור המחאה, הצד שהיה בעמדה חזקה יותר במו"מ זה החייב. אם בחווה בין החייב לממחה, יש סעיף שאוסר על הממחה להמחות/על הנושה להמחות, זה אומר שהחייב היה בעמדת כוח במשא ומתן, כי האינטרס של הנושה הוא להשאיר את הזכות בלי הגבלות, הוא תמיד ירצה לשמור לעצמו את האופציה להמחות את הזכות. נראה כשנדבר בסעיף 2 שבחוזים שבהם הנושה הוא החייב, יופיע תנאי הפוך – לא רק שאפשר להמחות, אפשר להמחות את הזכות כשהיא נקייה מטענות.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

אנו נשארים כרגע שהחייב הוא הצד החזק והוא מכניס לחוזה סעיף שאוסר המחאה ← כמו שבדין או מהות אי אפשר להמחות, גם בהגבלה הסכמית אי אפשר להמחות אבל זה מסובך. כשדיברנו על מה המשמעות של המחאה אמרנו שלהמחאה יש גם משמעות קניינית וגם משמעות חוזית. במשמעות החוזית, זה חילופי נושים. לחייב היה נושה שהוא הממחה ובמקום הנושה הזה בא הנמחה (זה במישור החוזי). במישור הקנייני – הבעלות בנכס הזה שנקרא זכות עברה מהחייב לנמחה וזה לא אותו דבר אלא שני היבטים שונים של המחאה – היבט אחד חוזי אובליגטורי והיבט שני שהוא קנייני ומשפיע גם על צדדים שלישיים.

תובנה כללית בעולם המשפט: כשהחוק באיזשהו עניין אומר שאסור לעשות משהו. **דוגמא:** חוק החוזים אומר שבהצעה בלתי חוזרת, מהרגע שההצעה נמסרה לניצע, המציע לא יכול להתחרט עד תום תקופת ההצעה(סעיף 3(ב) לחוק החוזי הכללי). כשהחוק אומר שהמציע לא יכול לחזור בו, יש שתי אפשרויות: (1) אם המציע בכל זאת מתחרט, למרות שאסור לו, הוא עושה משהו שאסור ותהיה נגדו סנקציה אבל החזרה שלו תופסת. אסור לו אבל אם הוא עשה את זה למרות האיסור, יש לו את הכוח לעשות את הפעולה הזאת. (2) אסור לו וגם אין לו את הכוח לעשות. כלומר, אם המציע בדוגמא, חוזר בו, אסור לו, לא רק שאסור לו, גם אין לו את היכולת. אותו דבר בקניין על העברת בעלות של נכסים.

**יש פה הגבלה על עבירות של נכסים רק הנכס שמגבילים הוא זכות.** אם בחוזה בין החייב לממחה, החייב אוסר על הנושה להמחות את הזכות, זו הגבלת עבירות של נכסים. השאלה היא – מה תוצאת ההגבלה? האם זו רק הפרה חוזית? אם קוראים את הסעיף כפשוטו אין פה הבחנה כזאת, הוא פשוט אומר שאפשר לשלול או להגביל בהסכם את העברת הזכות. יש בעולם גישות שונות וגישות קיצוניות לשאלה לעיל:

- גישה ראשונה – משפט אמריקאי: UCC, הקוד בכלל לא מכיר באפשרות לקבוע בחוזה הגבלה על העברה של זכות. אם בחוזה יש הגבלה על העברת הזכות, אין תוקף להגבלה. הממחה יכול להעביר את הזכות ולא רק שהיא עוברת אלא זו גם לא הפרה, כדי לשחרר את שוק האשראי המשני, כדי להקל על עולם העסקים. אז משיקולים מסחריים עסקיים יש הוראה קוגנטית שאפשר להעביר זכות בניגוד לחוק שלנו. הגישה הקיצונית – אין תוקף להגבלת עבירות.
- גישה שנייה – הקוד הגרמני: אם יש סעיף, ההגבלה פועלת בשני המישורים. כלומר, אם בניגוד לסעיף שאוסר המחאה, הנושה מעביר את הזכות שלו – הוא הפר את הזכות כלפי החייב ובנוסף, הזכות גם לא עוברת, מבחינה קניינית היא נשארת של הנושה. זו גישה שנותנת תוקף מלא לחופש החוזים.

**בישראל:**

ע"א 6529/96 טקסטיל ריינס בע"מ נ' רייך: לא מדובר בהמחאה לקבל כסף. העובדות: יש חוזה בין מנהל מקרקעי ישראל לבין הראל. זה היה חוזה פיתוח/חכירה שבו להראל הייתה זכות לקבל ממנהל מקרקעי ישראל זכויות חכירה בנכס מקרקעין. הראל ממחה את הזכות הזאת לרייך. הראל, הופך להיות פושט רגל ונושה של הראל (טקסטיל ריינס) מנסה לטעון שאין תוקף להמחאה. טקסטיל ריינס אומר שבחוזה בין ממ"י להראל, יש סעיף שאוסר המחאה. יש סעיף שאוסר על החוכר להעביר את זכויותיו אלא אם הוא קיבל מראש ובכתב הסכמה של ממ"י. הראל לא ביקש בכתב הסכמה של המנהל. בא טקסטיל ריינס ואומר שאין תוקף להמחאה. זו בעצם הטענה של טקסטיל ריינס שצריך לפרש את סעיף 1 לחוק המחאת חיובים אצלנו כמו במשפט הגרמני וזו לא

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

רק הפרה אלא הזכות לא עוברת, ההמחאה נשארה של הראל ולכן, טקסטיל רייניס יכול לגבות ממנה. **בית המשפט**: השופט טירקל קובע הלכה חשובה ומעניינת והוא מסתמך על דברים שכתב פרופ' שלום לרנר בספר שלו על המחאת חיובים. **ההצעה של פרופ' שלום לרנר שהשופט טירקל מאמץ והופך להלכה**: למה החייב מכניס לחוזה סעיף של איסור המחאה? כי הוא לא רוצה להכיר נושה אחר, הוא רוצה לדעת שיש לו עסק עם הראל ולא אף אחד אחר. אנו נראה בהמשך שהמחאה עלולה לגרום לחייב בעיה מבחינת כפל הליכים. לפעמים, אם יש סכסוך הוא יצטרך להתנהל גם כלפי הנושה המקורי שלו וגם כלפי הנושה החדש שלו. אומר בית המשפט שמבחינת החייב, בעיניים של החייב, אין תוקף להמחאה. במקרה הזה, המנהל בכלל לא צד, הוא אמר שהוא אדיש ולא אכפת לו מי בעל הזכות. מי שמנסה להסתמך על הסעיף זה הנושים של הממחה (טקסטיל רייך) שרוצים לשים יד על הזכות ואומרים שהיה בהסכם סעיף שאוסר המחאה ולכן, הזכות לא עברה. אבל זו לא צריכה להיות טענה שלהם, היא אינה תקפה כי זו טענה של החייב. בית המשפט אומר שאם כך, אפשר להגיע לתוצאה משפטית שתהיה טובה לכולם – מצד אחד, ככל שזה נוגע לחייב, יהיה תוקף מלא לאיסור על המחאה בשני המובנים: (א) אם הנושה ימחה בניגוד לחוזה, הוא מפר את החוזה והחייב יכול לדרוש ממנו פיצויים. (ב) הוא יוכל להתעלם מההמחאה, הוא יוכל לקיים את ההמחאה רק כלפי הנושה המקורי ואי אפשר לבוא אליו בטענות, אבל מבחינת כל שאר העולם ההמחאה תופסת כדי להקל על חיי מסחר וכו'. **כלומר, מבחינת הנושים של הממחה, הזכות עברה, ברגע שהייתה מכירה של הזכות, היא נמכרה. היחיד בעולם שיכול להתעלם מההמחאה זה החייב**. זאת התוצאה האופטימלית כי היא מקיימת את כל התכליות – גם לשמור על עיקרון חופש החוזים מבחינת החייב, אבל זה גם מגשים את התכלית של לשמור על עבירות של זכויות. החייב ישלם למי שהוא רוצה. כלומר, אם החייב מתעקש לקיים כלפי הראל (הממחה המקורי), הוא יקיים כלפיו, אבל אז יבוא הנמחה ויגיד לחייב/לממחה זה שלי וזה ילך אל הנמחה. בסוף, ברור שהזכות תגיע לנמחה כי כלפי כל העולם היא בתוקף, רק באקט של ביצוע החיוב, אם הוא רוצה הוא יכול להגיד שהוא רוצה לתת רק לממחה. מבחינת טקסטיל ההמחאה תופסת והזכות נמצאת אצל הנמחה (רייך). **לכל דבר ועניין, הזכות עוברת לנמחה למרות שהיא נעשתה בניגוד לסעיף שבחוזה והיחיד שיכול להתעלם מזה, זה החייב**.

בדוגמא של נכס מוחשי: מכרתי לך את השעון שלי וכתבתי בחוזה שאני אמסור לך את השעון עוד חודשיים ואני אוסר עליך למכור את השעון. התעלמת מזה ומכרת את השעון. אני יכול להתעלם מזה, מבחינתי השעון הוא שלך אבל מבחינת כל העולם השעון הוא של מי שמכרת לו. אני אתבע אותך על הפרה אבל אתה חייב למסור את השעון.

פרופ' לרנר בספר שלו ממליץ שאם החייב מכניס לחוזה סעיף שאוסר המחאה, מומלץ שיכניס גם סעיף של פיצויים מוסכמים מהסיבה הפשוטה שזו הפרת חוזה שבדרך כלל יהיה קשה להוכיח מה הנזק כי אם ממילא החייב יכול להתעלם מההפרה והוא יכול לשלם לנושה המקורי, אז מה הנזק שנגרם לו? כדי לדלג על הקושי הזה וליצור מנגנון שיקל, כדאי לגבות מבחינת החייב סעיף שאוסר המחאת זכות בזה שאם המפר יפר את הזכות הזאת הוא יהיה חייב פיצויים בסך כך וכך. זה נותן יותר עוצמה מבחינת החייב.

**במבחן לפני שנה**: היה מבחן אמריקאי – אם אין סעיף של פיצויים מוסכמים אין תוקף לסעיף שאוסר המחאה ואנשים סמנו כנכון – **זה לא נכון**. כדאי לגבות בסעיף של פיצויים מוסכמים אבל אתה לא חייב.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

בפועל בפרקטיקה אנחנו רואים משהו אחר – הממחה, שולח מכתב לנמחה והחייב ואומר לו: במקום לשלם לי, תשלם לנמחה. אנחנו מצפים לפי הוראות החוק שהסכם המחאה יהיה בין הממחה לנמחה אבל הרבה פעמים הנייר שהמפרק רואה זה מכתב מהממחה לחייב שאומר "אל תשלם לי, תשלם לו".

מה המשמעות של המכתב הזה? יכולות להיות למכתב שתי אפשרויות שונות: (1) אני מכרתי את הזכות שלי לנמחה ולכן, אני כבר לא בעל הזכות, אז אל תשלם לי אלא תשלם לנמחה. (2) אני בעל הזכות, אבל מכל מיני סיבות שלי, אני אומר לך "אל תשלם לי, תשלם למישהו אחר". ביחסים בין הממחה לנמחה, הוא לא מכר לו את הזכות אלא רק אמר שהוא חייב לו כסף והוא ידאג שמישהו ישלם לו.

## סעיף 40 לחוק החוזים –

**קיום בידי מי**

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

בעקרון אם אני חייב לך כסף, אני יכול להגיד אין בעיה, חבר שלי ישלם לך. לא המחתי לך את הזכות, הזכות נשארה שלי, אני רק אומר שמישהו אחר ישלם לך. בלי להעביר את הזכות.

מה ההבדל? מבחינה קניינית, הזכות נשארת של הממחה. אם הממחה הופך להיות חדל פירעון אז הזכות שייכת לממחה, בנוסף, אם הממחה אחר כך רוצה להתחרט, הוא אומר לך אני בעצם התחרטתי, אני בעל הזכות תשלם לי לו לנמחה או למישהו אחר בכלל. הוא יכול לומר גם לחייב שהוא מוותר לו על חצי מהחוב. אם הוא בעל הזכות, הוא יכול לעשות מה שהוא רוצה. אם הוא העביר את הזכות לנמחה, הוא לא הבעלים של הזכות הוא לא יכול לעשות מה שהוא רוצה איתה, הנושה החדש שהוא הנמחה יכול לעשות מה שהוא רוצה עם הזכות. **השאלה הזאת התעוררה במספר פסקי דין.**

ע"א 471/73 **מקבלי נכסים ... אלקטרוניקס בע"מ נ' אלסינט**: אלסינט חייב כסף לאלקטרוניקס. אלקטרוניקס נכנס לחדלות פירעון ועורך הדין מטעם הבנק נכנס במקום אלקטרוניקס ככונס הנכסים. כונס הנכסים מבקש לראות הסכם המחאה, אבל אין מה להראות. הראו לו את המכתב של אלקטרוניקס לאלסינט שאומר לאלסינט לשלם ל ISL (הנמחה). הכונס מטעם הבנק אומר שמבחינתו זו לא המחאה. המחאה זה הסכם בין הממחה לנמחה והוא רוצה לראות הסכם כזה. בית המשפט: "אמת הדבר שהמכתב הנ"ל שנשלח על ידי החברה (אלקטרו) לאלסינט איננו המחאה אלא רק הודעה לחייב על המחאה. המחאת הזכות נוצרת על פי הסכם המחאה בין הנושה הממחה (אלקטרוניקס) לבין הנמחה. לפי חוק העברת חיובים, העברת הזכות אינה חייבת להיות בכתב. המכתב הנ"ל, אף כי הוא כשלעצמו אינו המחאה הרי הוא ראיה על קיום הסכם המחאה בעל פה, בין החברה לבין המשיבה". בית המשפט מדגיש את העובדה הבאה: זה תלוי בנוסח של המכתב – אם המכתב ורוב המכתבים הם לכבוד אלסינט "אני מורה לכם לשלם באופן בלתי חוזר (הוראה בלתי חוזרת) לשלם את הכספים שמגיעים לי ISL". ברגע שאומרים מוחלט או בלתי חוזר או שאי אפשר להתחרט, זה מעיד על המחאה. זה מעיד כאילו הוא אומר שמהיום הוא לא בעל הבית של הזכות הזאת והוא לא יכול יותר להתחרט. אם לעומת זאת, זו רק הוראה שאומרת "תשלם לו אלא אם כן אני אומר לך אחרת" אז אין המחאה. **זה בעיקר בהוראת התשלום.**

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

ע"א 717/89 **בנק איגוד נ' ערן טורס בע"מ (בפירוק)**: בית המשפט: גם ללא הסכם בין הממחה לנמחה, ניתן לראות במסמך (בהוראת התשלום) כמספק לצורך הקביעה כי מדובר כאן בהמחאה. כלומר, פסק הדין הקודם באלקטרוניקס, בית המשפט אומר שהוראת התשלום הבלתי חוזרת מעידה שהיה קודם הסכם המחאה, אומנם בעל פה, בין הממחה לנמחה. בית המשפט פה הולך צעד אחד קדימה ואומר שאפילו אם לא היה הסכם בין הממחה לנמחה. אומנם עיון בחוק המחאת חיובים, מראה כי המחוקק ראה לנגד עיניו עסקה בשני שלבים: שלב ראשון – הסכם בין הממחה לנמחה ולאחר מכן, הודעה לחייב על ההמחאה. אולם, עיון בפסיקה מראה כי בפרקטיקה, המחאות רבות נעשות בצורה של הוראת תשלום הנושה מורה לחייבו בהורה בלתי חוזרת לשלם כסף לפלוני, תוך ציון שההוראה אינה ניתנת לשינוי ללא הסכמתו של פלוני (הנמחה) ובית המשפט מפרש הוראה כזאת כהמחאה. כלומר, למרות שלפי החוק אמור להיות הסכם המחאה בין הממחה לנמחה, אפשרית גם המחאה שנוצרת בהוראת תשלום, בתנאי שהוראת התשלום הזאת היא חד משמעית, בלתי חוזרת מהממחה אל החייב.

**המרצה**: לא בדיוק מתיישב עם לשון החוק אבל זה יכול להיות חוזה לטובת אדם שלישי או הצעה שאין בה כדי לזכות וכו'. בפרקטיקה בית המשפט אומר **כתב הוראת תשלום בלתי חוזרת = המחאה**. **האם צריך לפי סעיף 1 לחוק המחאת חיובים את הסכמת החייב להמחאה? לא**, אלא אם כן יש סעיף שאוסר המחאה. בעקרון אם אין סעיף מיוחד לא צריך את הסכמת החייב. כעת, החייב ימצא את עצמו עם נושה חדש שהוא לא בחר בו ולא מכיר אותו ואנחנו חייבים, אם החוק מאפשר המחאה ללא הסכמת החייב והוא עושה את זה כדי להקל על חיי המסחר, אנחנו צריכים להגן על החייב שלא יפגע כתוצאה מזה שנעשתה המחאה בלי לשאול אותו ובלי לקבל את הסכמתו. את זה עושה סעיף 2 לחוק.

סעיף 2 לחוק המחאת חיובים –**הגנת החייב**

2. (א) המחאת זכות אין בה כדי לשנות את הזכות או תנאיה, ולחייב יעמדו כלפי הנמחה כל הטענות שעמדו לו כלפי הממחה בעת שנודע לו על ההמחאה.
- (ב) פרע החייב את הזכות לממחה לפני שהודיע לו על ההמחאה או שהוצגה לפניו המחאה בכתב מאת הממחה, מופטר החייב, זולת אם פעל שלא בתום-לב.
- (ג) פרע החייב את הזכות לנמחה לאחר שהממחה הודיע לו על ההמחאה או שהוצגה לפניו המחאה בכתב מאת הממחה, מופטר החייב אף אם לא עברה הזכות לנמחה, זולת אם פעל שלא בתום-לב.

סעיף 2(א) לחוק - אותה זכות בדיוק עם כל המגבלות שלה וכל המאפיינים שלה, שהייתה לנושה, בדיוק היא עוברת גם לנמחה.

זה נובע קודם כל מהעקרון הבסיסי דיני קניין שאדם לא יכול להעביר יותר ממה שיש לו. רק בתקנות שוק אדם יכול להעביר יותר ממה שיש לו. אם יש לממחה זכות שיש לו כלפיה כל מיני טענות, הוא מוכר את הזכות כשהיא כפופה לטענות.

נניח שהחוזה היה נשאר רק בין החייב לממחה איזה טענות צד יכול להעלות כנגד צד שכנגד? פגם בכריתה וכו'. הטענות הכי נפוצות בחוזים מסחריים, זו הפרה.

האם אפשר לקזז סכום מעסקה אחרת? כן, בתנאי שהוא קצוב לפי סעיף 53 לחוק החוזים. אם אני מקזז קיזוז ממשוהו אחר ולא מאותה עסקה, במקרה הזה הוא קצוב.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

מה לגבי אפשרות שחייב לממחה מאה אלף שקלים עבור הסחורה ואז הוא אומר לו ששלשום בלילה הוא פגע לו במכונית וגרם לחייב נזק של חמישים אלף שקלים ורואים במצלמת אבטחה שזה אתה, האם אפשר לקזז לו מהמאה אלף שקלים את גובה הנזק? כן.

**בכל סעד עצמי (קיצוץ זה סעד עצמי) מי שמפעיל את הסעד לוקח סיכון שאם הוא במקרה עשה צעד לא נכון, הוא חייב לו, אבל מותר לו.**

**ביחסים בין החייב לממחה, הוא יכול להעלות בתוכן טענות הגנה שונות בחוזה ביניהן ויכול להעלות טענות הגנה שלא קשורות אליהם אלא למקרים אחרים כמו תביעת נזיקין או מקרה ירושה או כל מיני חובות – כל עוד זה סכום קצוב, הוא יכול לקזז.**

טוויסט בעלילה

הממחה העביר את הזכות לנושה חדש.

לכאורה, החוק אומר שלא חייבים לקבל את הסכמת החייב להמחאה, אפילו לא חייבים להודיע לו, ההמחאה תופסת גם בלי שהחייב יודע, אבל, כדאי לנמחה להודיע לחייב. כי ברגע שהוא מודיע לחייב, מהרגע שהחייב מקבל את הידיעה על ההמחאה, נעצרות טענות ההגנה. טענות הגנה שיווצרו אחרי מועד ההודעה, החייב לא יוכל לטעון כנגד הנמחה. **דוגמא**: הממחה דפק לחייב את האוטו אחרי שהודיע לחייב על ההמחאה, הוא לא יוכל לקזז. הוא יצטרך לשלם 100 לנמחה ולגבות מהממחה את הנזק על התאונה. אם התאונה הייתה לפני ההודעה, הוא כן יוכל לטעון את זה כנגד הנמחה.

**יש פה הגבלה, כל טענה שיש לחייב כלפי הממחה, הוא יכול לטעון גם כלפי הנמחה למעט טענות שנוצרו לאחר שנודע לחייב על ההמחאה.**

יש פה תמריץ ברור לנמחה להודיע לחייב כמה שיותר מהר, בהמשך החוק אנחנו נראה שיש עוד תמריצים להודיע כמה שיותר מהר. אבל קודם כל, יש לו פה תמריץ ברור להודיע לחייב כדי לעצור טענות הגנה נוספות (טענות חדשות שנוצרות).

ע"א 330/75 **גרבוז נ' רשות הנמלים**: "טענות ההגנה של החייב נגד הנמחה מתגבשות במועד שבו נועד לחייב על ההמחאה. אולם, יש להבדיל היטב בין טענות ההגנה למיניהם שבהם מדבר סעיף 2(א) מפני שברור לכל אדם ולא ייתכן כלל אחרת שהחייב יכול להתגונן בטענה שהמפר הפר את התחייבויותיו, אפילו מאוחר ההפרה ממועד ההודעה על ההמחאה. כללו של דבר באשר לקשר החוזי גופו, ניצב הנמחה בנעלי הממחה כך שטענות המבוססות על קשר זה אינן מתגבשות בעת שנודע לחייב על המחאת הזכות".

השופטות בן פורת עושה הבחנה בין שני סוגים של טענות הגנה למרות שסעיף 2(א) לא אומר את זה, היא אומרת שזה מובן מתוך הסעיף ולכל אדם ולא יכול להיות מובן אחרת. כל טענה שנוגעת להסכם הזה ונובעת מההסכם הזה, כמו "מסרת לי את הסחורה באיחור" או "לא מסרת לי את כל הסחורה", החייב יכול לטעון כנגד הנמחה, לא חשוב מתי היא נוצרה, בין אם היא נוצרה לפני שנודע לו על ההמחאה ובין אם נוצרה לאחר שנודע לו על ההמחאה. כל חבות אחרת, אם היא הייתה קיימת לפני שנודע לחייב על ההמחאה, הוא יוכל לטעון אותה כנגד הנמחה, אם היא נוצרה אחרי שנודע לחייב על ההמחאה, הוא לא יוכל לטעון.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

אם הטענה של החייב היא מסרת לי סחורה פגומה ולכן אשלם לך חמישים במקום מאה, לא משנה מתי הסחורה הפגומה נמסרה. בניגוד למצב של כל טענה שלא נובעת מהחווה עצמו.

← **ההגבלה שחלה בסעיף חלה רק על טענות שלא נובעות מהחווה בין החייב לממחה. טענות שנובעות מהחווה**

**בין החייב לממחה, לא משנה מתי הן נוצרו, אפשר להעלות אותן כנגד המחה.**

**איזה טענות יוכל הנמחה להעלות כנגד החייב?** שום טענה מפני שהנמחה לא חייב לחייב כלום. בעקבות ההמחאה הנמחה נושה בחייב אבל הוא לא חייב לחייב כלום, הממחה חייב לחייב – הממחה התחייב לספק לסחורה לחייב. הנמחה לא חייב לחייב כלום, הוא רק קנה זכות.

**בעקבות הלכת גרוב, ההגבלה של סעיף 2(א) שטענות ההגנה שיכול החייב לטעון כנגד הנמחה עוצרות ברגע שנודע לחייב על ההמחאה, מתייחס רק לטענות שלא נובעות מהחווה עצמו. כל טענה שנובעת מהחווה עצמו, הוא יכול להעלות כנגד הנמחה.**

בעקבות ההמחאה – הנמחה נושה בחייב, החייב לא נושה בנמשה.

בפסיקה התעוררה שאלות – **איזה טענות מוגדרות כטענות בקשר לחווה בין החייב והממחה?** אם הממחה לא סיפק לו את הסחורה, לא סיפק לו אותה בזמן, סיפק לו אותה פגומה – ברור שאלה טענות בקשר לחווה. **פס"ד מנהל מקרקעי ישראל נ' בנק למשכנתאות:** יש חברה קבלנית לבניין (יצחק ועמוס בוקרה בע"מ). החברה הזאת התקשרה עם מנהל מקרקעי ישראל בהסכם פיתוח. המשמעות היא שהמנהל הקצה לה קרקע שהיא בבעלות המנהל לצורך בנייה של שכונת מגורים. במקביל, החברה התקשרה על אותה קרקע בחווה עם משרד השיכון ("חווה פרוגרמה" – עליו היה הסכסוך בפס"ד אפרופים) כי השכונה הזאת, החברה בנתה במסגרת תוכנית של משרד השיכון. יש שני חוזים: אחד חווה של הקרקע עם ממ"י והשני חווה עם משרד השיכון – חווה הפרוגרמה. החברה המחתה לבנק (כדי לקבל אשראי מהבנק, בין היתר היא גם המחתה לו זכויות) זכות לקבל כספים שהיו אמורים להגיע אליה ממנהל מקרקעי ישראל במסגרת חווה הפיתוח. כשהגיע מועד התשלום שממ"י צריך להעביר כסף לבנק, המנהל מודיע לבנק שהוא מקזז כספים שהחברה חייבת למשרד השיכון במסגרת חווה הפרוגרמה, בגין כל מיני הפרות שהחברה הפרה את חווה הבנייה. הטענות של משרד השיכון שנוגעות לחווה הפרוגרמה, נוצרו אחרי שהמנהל ידע על ההמחאה. כאשר החברה המחתה לבנק את הזכויות שיש לה כלפי המנהל לקבל כספים, המנהל ידע באותו רגע על ההמחאה. עכשיו כשהמנהל רוצה להעביר כסף לבנק, יש לו טענת הגנה והטענה שלו היא שהם הפרו את החווה עם משרד השיכון. מקובל על שני הצדדים וגם על בית המשפט שלצורך העניין, משרד השיכון ומנהל מקרקעי ישראל הם המדינה (אותו גוף). לצורך הדיון כאן, הצדדים הסכימו ובית המשפט מקבל את זה כהסכמה שהם נחשבים לאותו גוף.

יש גוף אחד שהוא המדינה והמדינה רוצה לקזז נזק שנגרם לה בחווה הפרוגרמה מכספים שהיא צריכה לשלם על פי חווה הפיתוח והנזק בחווה הפרוגרמה נגרם אחרי שנודע לה על ההמחאה. לכן, השאלה שמתעוררת בפסק הדין האם חווה הפיתוח וחווה הפרוגרמה נחשבים לאותה עסקה? **בית המשפט:** למרות שמדובר חוזים שונים עם גופים שונים, הם חוזים שנעשו באותו עניין. בתוך החוזים עצמם יש סעיפים שמתקשרים ביניהם שאומרים שאם חווה אחד מתבטל, גם השני מתבטל. יש חוזים שיוצרים זיקה בין אחד לשני ובית המשפט אומר שהבדיקה לפי סעיף 2(א) היא מהותית ולא טכנית. השאלה היא אם העסקה כולה היא עסקה אחת ובית המשפט אומר שכן ולכן, המדינה יכולה לקזז למרות שטענת ההגנה נוצרה לאחר שנודע לה על ההמחאה אבל זו טענת הגנה



## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

שנוצרת מאותו חוזה. מכיוון שזו אותה עסקה, החייב יכול להעלות כנגד הנמחה גם טענות שנוצרו אחרי שנודע לו על ההמחאה. לצורך סעיף 2(א) לא בודקים טכנית איפה זה נמצא אלא האם זו עסקה אחת. אם הם היו שני גופים שונים ברור שזה לא היה אותו חוזה אבל במקרה דנן, הצדדים הסכימו ולכן, בית המשפט הסכים ששני הצדדים הם אותה מדינה. ברגע שבית המשפט אומר שזו אותה עסקה, טענת ההגנה אם היא נוצרה אחרי או לפני שנודע לו על ההמחאה, זה לא משנה. אם זה היה שני חוזים שונים, המנהל לא היה יכול לקזז אלא לשלם לבנק ואחר כך לתבוע מהחברה הקבלנית. פסק הדין מיישם את הלכת גרובוב ביחס למערכת מורכבת שבה צריך להחליט אם שני החוזים הם חוזים שונים, אם טענה שעולה מהסכם הפרוגרמה ונועדה לקזז סכום שחייבים להסכם הפיתוח – האם זה נחשב לאותו ההסכם.

סעיף 2(א) לחוק, הוא כמובן כמו כל הוראות החוזים המסחריים, דיספוזיטיבי. החייב יכול להסכים לוותר על טענות הגנה כנגד הנמחה. איפה הויתור הזה יכול לבוא לידי ביטוי?

1. בחוזה המקורי בין החייב לבין הממחה אפשר לכתוב שבמקרה שהנושה ימחה את זכויותיו, הוא מסכים שהוא יהיה מנוע מלטעון טענות הגנה כנגד הנמחה. סעיף כזה יופי בחוזה שבו הממחה הוא בעמדת כוח כי מי מעוניין שתהיה לו אפשרות להעביר את הזכות בלי טענות? הממחה כי אז יותר קל להמחות אותה ובנוסף, הוא יקבל עליה יותר כסף כי הסיכון יותר נמוך. אם הנמחה יודע שהוא קונה זכות נקייה, שהחייב לא יכול לטעון כנגדה, הוא יהיה מוכן לשלם עבורה יותר ויהיה יותר קל למצוא נמחה כזה בשוק.

← החוק יוצר מצב מאוזן, הוא אומר שהנושה יכול להמחות אבל לחייב יהיו טענות הגנה כנגד הנמחה. אם החייב הוא צד חזק והוא רוצה לשפר עוד יותר את מצבו, הוא יגיד שבכלל אסור להמחות. אם הנושה הוא צד חזק והוא רוצה לשפר את מצבו, הוא יכול להגיד שלא רק שאפשר להמחות אלא אין טענות הגנה כנגד הנמחה.

2. במסגרת הסכם ההמחאה, אם מביאים אותו לאישור החייב – אם הנמחה מתעקש שהוא רוצה שהחייב גם יחתום על הסכם ההמחאה, גם שם לפעמים בסרקטיקה, כותבים לחייב שהוא מוותר על טענות ההגנה כנגד הנמחה. כלומר, לא מוותר לגמרי, אלא מסכים להתדיין עם הממחה. אם יש טענות שחסרה סתורה וכו', הוא יצטרך לשלם הכל לנמחה ואחר כך יתבע את הממחה. בפסק דין שמן – הנמחה, חברת ISL, אמרה שהיא רוצה שבהסכם ההמחאה, יחתום החייב שהוא מסכים. היה כתוב "אני מסכים באופן מוחלט ובלתי חוזר..." בית המשפט החליט שהוא הסכים לא רק לוותר על זכות ההמחאה אלא גם לוותר על הטענות כנגד הנמחה.

♥ יש לשים לב: עצם ההסכמה להמחאה לא מעלה ולא מורידה כי אפשר להמחות גם בלי הסכמת החייב. אבל צריך לשים לב שלא ישחילו להסכם ויתור על סעיף 2(א) כי אז החייב יצטרך לנהל כפל הליכים במקרה שיש לו טענות נגד טיב הסחורה וכו'.

חוזה לטובת אדם שלישי

סעיפים 34 – 38 לחוק החוזים – עוסקים בחוזה לטובת אדם שלישי.

נעשה חוזה בין א' לבי' וב' אומר לא' שאת החיוב שא' חייב לו מכוח החוזה, ישלם לצד שלישי שהוא בכלל לא צד לחוזה – "מוטב" (לפי סעיף 34 לחוק החוזים). החוזה הוא בין א' לבי' אבל ב' בחוזה אומר לא' שאת החיוב שהוא חייב כלפיו, שא' יקיים כלפי המוטב ועכשיו למוטב יש זכות לדרוש את קיום החיוב.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

סיטואציה מסחרית מעשית:

ב' מכר לא' סחורה בחוזה והוא אומר לא' שאת הכסף שא' חייב לו על פי החוזה, הוא מורה לו לשלם למוטב (אדם אחר). במקום שבי' יהיה הנושה של א', המוטב הוא הנושה של א'. זה אותו דבר כמו המחאה. למה ב' אמר לא' במקום לשלם לי תשלם למוטב? יש כמה אפשרויות: ב' רצה לתת מתנה לג'. אבל בעולם המסחרי זה לא המצב. או שבי' חייב כסף לג' – קיבל ממנו מזומן או שחייב לו כסף על שירות כלשהו שנתן לו. לפי החוק, מאותו רגע, מי שיכול לדרוש את הכסף מא' זה המוטב, כלומר, ג'. זה בדיוק כמו המחאה עם הבדל אחד.

**ההבדל:** אם זאת הייתה המחאה, אז א' התחייב לשלם לב' ואחרי החוזה, ב' מכר את הזכות לג' (מכל סיבה שהיא).

מתי הנושה החדשה בהמחאת חיובים הוא נקרא נמחה ובחובה לטובת אדם שלישי הוא נקרא מוטב, הוא מופיע

בתמונה? אם הוא מופיע מתחילת החוזה אז הוא מוטב, אם הוא מופיע אחרי חתימת החוזה, אז הוא נמחה. סעיף 37 לחוק החוזים – כל טענה שיש לחייב כלפי הנושה בקשר לחיוב (לאותו חוזה) תעמוד לו גם כלפי המוטב. במבט ראשון זה מאוד דומה לסעיף 2(א), במבט שני יש הבדל ובמבט שלישי נראה שאין הבדל.

למה יש הבדל? סעיף 37 לחוק החוזים מדבר רק על טענות הגנה שנובעות מההסכם עצמו ולא מאפשר להעלות טענות הגנה שנובעות מהסכמים אחרים. לעומת זאת, סעיף 2(א) כן מאפשר להעלות טענות הגנה עם סייג. במבט שלישי למה בכל זאת זה דומה? נודע לחייב על המוטב מהתחלה, לכן, טענות מעסקאות אחרות נעזרו מיד, הן לא יכולות להיווצר בלבד. א' יכול להעלות טענות רק על אותה עסקה ושנוצרו אחר כך כי יש הוא יודע על המוטב מאותו הסכם.

**אם ב' כבר בזמן שהוא עושה את החוזה עם א' יודע שהוא צריך להמחות את הזכות, במקום לעשות את החוזה ואחר כך להמחות, הוא יכול להגיד לא' מלכתחילה, שתהיה המחאת זכות.**

חזרנו להמחאה

נניח שאין נמחה. ב' חייב סחורה לא' וא' חייב כסף לב' בעוד 120 יום. האם ב', מכל מיני סיבות שקשורות בו או במערכת היחסים עם א', יכול להגיד לא' כשמוגיע מועד התשלום "תשמע, אני מוותר לך על חלק מהסכום, אל תשלם לי 100 אלא רק 80? כן. אבל ב' המחה את הזכות לג', עכשיו מגיע מועד התשלום וקצת לפני מועד התשלום, ב' מודיע לא' שהוא מוותר לו ובמקום 100 הוא יכול לשלם רק 80. עכשיו א' צריך לשלם לג' – ג' אומר תביא 100 וא' אומר שהוא משלם רק 80 כי ב' וויתר לו. אם ב' היה בא עכשיו ומבקש מא' 100, א' היה אומר שהוא וויתר לו. כל טענה שיש לו כלפי ב' עובדת גם כלפי ג', האם גם טענת הוויתור עובדת כלפי ג'? מהרגע של ההמחאה הבעלים של הזכות הוא ג' וב' לא יכול לוותר לכאורה. לכן, טענה של א' שבי' ויתר לו או שהם עשו ביניהם שינוי בהסכם (וויתור = שינוי בתנאי ההסכם) אחרי ההמחאה שמשנה את הזכות שהומחאה, ההגיון הבסיסי אומר שאי אפשר מפני שהזכות שהומחאה כבר שייכת לג'. אם א' ו-ב' רוצים לשנות אותה, הם צריכים לקבל את הסכמתו של ג'.

החיים המסחריים יותר מסובכים מזה. הרבה פעמים נוצרות נסיבות ביחסים בין צדדים לחוזה שמחייבות את שינוי החוזה – שינויים בשוק, שינויים במצב של אחד השני. הרבה פעמים צד אחד נקלע לבעיה של נזילות והצד

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

השני מסכים לדחות את התשלום מסיבות שהוא עובד איתו שנים וכו'. אבל אם עכשיו הזכות עברה לג', ב' לא יכול לדחות את התשלום. לג' אין יחסים חוזיים עם א'. נוצרת התנגשות בין שני שיקולים ← שיקול אחד שהוא השיקול הטהור החוזי והקנייני שאומר שברגע שהזכות היא של ג', א' ו-ב' לא יכולים לשנות אותה בהסכמה ביניהם. השיקול המסחרי אומר – צריך לשמור על אפשרות של גמישות בחוזה כדי שאם הנסיבות בחיים משתנות, נאפשר לצדדים לעשות את ההתאמות הנדרשות כדי שהחוזה יוכל להתבצע.

איך מיישבים את שני הצרכים לעיל שעלולים להיות במצב סותר? גם בזה עוסק פסק הדין של גרבו.

בפסק דין גרבו – לרשות הנמלים יש חוזה עם חברת רמטרום. רמטרום התחייבה להקים מבנים עבור רשות הנמלים והרשות התחייבה לשלם לה כסף תמורת הבנייה. רמטרום הייתה צריכה כסף מזומן ולכן, את הזכות לקבל כסף מכוח החוזה הזה, היא ממחה לגרבו. עכשיו רמטרום בונה ומפרה את החוזה בכך שהיא לא עומדת בלוח הזמנים כמו כל הקבלנים. בסוף, בלית ברירה, רשות הנמלים מודיעה על ביטול החוזה בשל הפרה – חוק החוזים תרופות, הפרה יסודית, ביטול החוזה ומותר לה. לפי הנתונים בפסק הדין, במועד הביטול, לא רק שרשות הנמלים לא הייתה חייבת כספים לרמטרום, אלא להפך. הנזקים שנגרמו בגלל ההפרה של רמטרום, לפי זה עוד רמטרום הייתה חייבת כספים לרשות הנמלים כי היה שם פיצויים על אי עמידה בלוח זמנים וכו'.

מה היה קורה אם בזה נגמר הסיפור וביום שהיה מגיע מועד התשלום היה גרבו בא לרשות הנמלים ואומר להם תשלמו? לפי סעיף 2(א) לחוק המחאת חיובים, יש להם טענות הגנה שנובעות מהחוזה בין הרשות לבין רמטרום. התוצאה הסופית היא שאם לא הייתה המחאה, הרשות לא הייתה חייבת לרמטרום אלא רמטרום לרשות. ואז היו אומרים לגרבו שלפי סעיף 2(א) לא חייבים לו שקל. נציגי רטרום באו לרשות הנמלים וביקשו צ'אנס. בסוף, רשות הנמלים התרצתה ואמרה שלמרות שהם ביטלו את החוזה הם מסכימים לחדש אותו בתנאים שונים: (א) מהזכות שמגיע לכם אנחנו מקזזים סכום מסוים על הנזק שכבר גרמתם – הם עושים שינוי בהסכמה בחוזה וזה שינוי בסכום. (ב) מכיוון שרשות הנמלים כבר לא סומכת יותר על רמטרום, הגדילו את סכום הפיצוי המוסכם על כל יום של איחור. עכשיו רמטרום ממשיכה לעבוד והמצב הקשה של רמטרום ממשיך להיות קשה ולכן, רמטרום מפרה את החוזה בהמשך שוב ולא בונה בלוח הזמנים שהיא התחייבה ולמרות התרעות חוזרות ונשנות לא ובסוף, רשות הנמלים מבטלת את החוזה, מסלקת את רמטרום מהשטח ומביאה קבלן אחר שיסיים את העבודה (זהו ביטול שני).

בשלב הזה, המצב הוא כזה: אם מחשבים לפי תנאי החוזה המקורי, יש יתרה מסוימת שהרשות חייבת לרמטרום. אם לעומת זאת, מחשבים לפי התנאים המעודכנים, 500 לכל יום של איחור וגם הפחתה של הפיצויים על הנזק הישן, אז הרשות לא חייבת לרמטרום כלום, להפך, רמטרום חייבת לרשות. בא גרבו ואומר שהוא רוצה שישלמו לו לפי תנאי החוזה המקורי מפני שאחרי שהייתה המחאה, הזכות לקבל כסף היא שלו והם לא יכולים בהסכמה ביניהם לעשות שינויים על חשבוננו.

מצד שני, זה לא שהצדדים אחרי המחאה ישבו ביניהם ואמרו בואו נחשוב איך לשנות את תנאי החוזה כדי ל"דפוק" את גרבו, היו פה נסיבות שאילצו את הצדדים, כדי לנסות אולי להציל את העסקה, לשנות את תנאי החוזה, בסוף זה לא עבד ולפעמים זה כן עובד. היה צורך בגמישות ואז השאלה שניצבת בפני בית המשפט:

האם אחרי המחאה החייב והממחה יכולים לעשות בהסכמה שינויים בהסכם ביניהם, שמשפיעים על הזכות שהומחתה? האם החייב והממחה יכולים לעשות שינויים בחוזה ביניהם לאחר המחאה? במשפט האמריקאי יש תשובה לזה.

## מיטל הרוש

השימוש במחברת באחריות המשתמש

כשבית המשפט פותח את החוק, הוא מגלה שאין תשובה לזה בחוק בישראל. השופטת בן פורת מפנה אותנו ל-UCC ואומרת שהיא מאמצת את העיקרון של המשפט האנגלי גם למשפט שלנו, בלי שהחוק קובע את זה אבל יש פה לקונה בחוק והיא מאמצת.

**הכלל האמריקאי** אומר שאסור לעשות שינויים אחרי ההמחאה, אלא אם כן, (1) השינויים נעשו בתום לב, (2) משיקולים מסחריים סבירים (3) ולא מתוך קנוניה שנועדה לפגוע בנמחה. אם כן, אז הזכות של הנמחה תשתנה על פי התנאים החדשים של החוזה.

יכול להיות שההלכה בארץ יותר מצומצמת באופן מעשי מההלכה האמריקאית כי השופטת בן פורת מדגישה שבמקרה שלנו, השינוי של ההסכם, למעשה לא הרע את מצבו של גרובב אלא שיפר את מצבו של גרובב. החוזה החדש היה גם בסכום יותר נמוך וגם בפיצויים יותר נמוכים. יחסית למצב שגרובב היה אם הרשות הייתה מבטלת את ההסכם המקורי, מצבו היה רק משתפר, אבל בפועל לא השתפר. במשפט האמריקאי אין דרישה שהתנאים של ההסכם החדש יהיו טובים יותר מנקודת מבטו של הנמחה מאשר ההסכם הישן. התנאי היחיד הוא – תום לב, שיקולים מסחריים סבירים ולא מתוך מטרה לפגוע בנמחה. **השופטת בן פורת – הוסיפה עוד סייג והוא שבפועל, ההסכם ששונה שיפר את מצבו של הנמחה לעומת מצב שבו לא היו עושים שינויים בהסכם.**

דיברנו על חוזה לטובת אדם שלישי - בחוזה לטובת אדם שלישי (חוזה לטובת אדם שלישי והמחאה זה אותו דבר חוץ מהעובדה של מתי הצטרף ג') יש בחוק התייחסות לשאלה האם הצדדים יכולים לעשות שינויים בחוזה בלי לקבל את רשות המוטב. סעיף 36(א) לחוק החוזים אומר שברגע שלמוטב נודע, אי אפשר לשנות את זה. **המרצה:** אנחנו מבינים שזה מאוד בעייתי כי החייב והנושה לפעמים החיים והנסיבות יחייבו אותם לעשות שינויים, הדבר היחיד שהמרצה יכול להציע זה שאת סעיף 36(א) צריך לפרש בכפוף להלכת גרובב. החייב והנושה לא יכולים לעשות שינויים אחרי שנודע למוטב על הזכות אלא אם כן נעשה בתום לב...

סעיף 2(ב) לחוק המחאת חיובים – נועד להגן על החייב מפני שאף אחד לא ביקש את רשותו להמחאה כזכור. אם החייב לא יודע על ההמחאה, לא הודיעו לו, ולכן, הוא פורע את הכסף שהוא חייב לממחה, אי אפשר לבוא אליו בטענות. למרות שמבחינה קניינית הזכות כבר שייכת לנמחה, מכיוון שהחייב לא ידע, לא הודיעו לו, הוא הלך ושילם את זה לממחה, מבחינתו אי אפשר לבוא אליו בטענות אלא אם כן הוא פעל בתום לב. מה יקרה באופן מעשי? הנמחה יבוא לממחה ויגבה ממנו. החייב שילם למי שהוא לא בעל הזכות אבל החייב מוגן כי לפי סעיף 1 לא מבקשים את הסכמתו או רשותו ואפילו אין חובה להודיע לו על ההמחאה. לכן, הוא פטור.

סעיף 2(ג) לחוק המחאת חיובים – הודיעו לחייב שהייתה המחאה, הממחה הודיע לחייב שהוא המחאה הזכות למישהו אחר והחייב פעל לפי זה ושילם לנמחה אבל אחר כך הסתבר שהממחה והביטול ביטלו את ההמחאה או שהיה פגם בחוזה ההמחאה והוא בוטל, החייב מוגן.

## מיטל הרוש

השימוש במחברת באחריות המשתמש

כל הרעיון של סעיף 2 הוא להגן על החייב בגלל שלא מבקשים את הסכמתו ולא חייבים אפילו להודיע לו, כל עוד הוא פעל בתום לב, הוא מוגן. לכן, החוק יכול לאפשר לעצמו בסעיף 1 לאפשר המחאה ללא הסכמת החייב. מצבו של החייב ברוב המקרים לא משתנה לרעה כתוצאה מההמחאה. הדבר היחיד שעלול לקרות לו זה שהוא ימצא מולו נושה פחות סימפטי, אבל אם הוא מקיים את החיוב, לא אמור להיות אכפת לו.

## 7 בדצמבר 2018

ס' 3 לחוק המחאת חיובים - נועד גם הוא למנוע פגיעה בחייב:

## המחאה חלקית

3. הומחאה מקצתה של זכות, רשאי החייב לנכות את ההוצאות שנגרמו לו כתוצאה מפיצול הזכות.

סעיף 1 לחוק המחאת חיובים - החוק ליברלי מאוד בקשר להמחאות, אפשר להמחות זכות עתידית, מותנית את חלקה. נניח שהחייב חייב לממחה 100 מכוח החוזה. והממחה ממחה רק 50, הוא יכול להמחות חלק מזכות. הפיצול הזה במקרים מסוימים עלול להטיל עומס על החייב: הוא צריך לבצע תשלומים ל-2 גופים שונים. עצם הפיצול של הזכות והיצירה של 2 נושים – זה כרוך בעלויות. סעיף 3 לחוק קובע כך: אם הומחה חלק, החייב רשאי לנכות את ההוצאות שנגרמו לו כתוצאה מפיצול הזכות.

## ס' 4 לחוק המחאת חיובים -

## המחאות סותרות ת"ט תשל"ב-1972

4. המחאה הנושה זכות לאחד וחוזר והמחה אותה לאחר, הזכות היא של הראשון; אולם אם הודיעו לחייב על ההמחאה השניה לפני שהודיעו לו על הראשונה, הזכות היא של השני.

מצב של ממחה נוכל שמכר את הזכות לנמחה אחד, קיבל עליה כסף ולאחר מכן, מכר אותה לנמחה נוסף וקיבל כסף. (מזכיר את ס' 9 לחוק המקרקעין, ס' 12 לחוק המיטלטלין- עסקאות נוגדות אך זה שונה).

## ההבדל בין מכר ובין התחייבות למכור:

**מכר:** זה כאשר הקניין עובר (מסירה או רישום) מהמוכר לקונה.

**התחייבות חוזית:** ועוד לא התבצעה העברת הקניין זו התחייבות למכור.

כל הסעיפים בעסקאות סותרות זה לא עסקאות סותרות אלא התחייבויות סותרות.

הסעיפים 9+12 של העסקאות הנוגדות: אומרים איזו התחייבות גוברת במובן של מי יקבל את הנכס- הראשון בזמן גובר אלא אם השני (1) פעל בתום לב (לא ידע על זכותו של הראשון בזמן שקיבל קניין) (2) תמורה וקניין - כלומר הקניין עבר אליו רישום במקרקעין או העברת החזקה במיטלטלין.

ס' 4 לחוק המחאת חיובים עוסק בעסקאות סותרות (המחה=הסתיימה העברת בעלות). בזכות זה עובר במועד שהצדדים הסכימו ואם לא קבעו אז בתשלום בעצם. הרעיון שאם כבר מכרתי לך זה לא שלי ולכן אני לא יכול למכור למישהו אחר. אז אם זה עדיין אצלי והתחייבתי ל-2 אנשים החוק יכול לומר למי זה ילך. אבל אם כבר מכרתי לו מה המשמעות שמכרתי לאחר?

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

ובכל זאת ס' 4 מדבר על המחאות סותרות.

יכול להיות מצב של התחייבויות סותרות להמחות, צריך לחשוב על זכות כנס (מבחינה רעיונית אין הבדל). אני יכול להתחייב להעביר את הזכות בעוד חודש. ל-2 אנשים ואז יש לי התחייבויות סותרות להמחות - סעיף 4 לא דן בזה - סעיף 4 מדבר בהמחות סותרות בשלב הקנייני.

הסעיף שדן בהתחייבויות סותרות: סעיף 12 לחוק המיטלטלין. סעיף 13 לחוק המטלטלין אומר שהוראות החוק יחולו גם על זכויות.

✓ בהתחייבויות סותרות למכירת זכות הראשון בזמן גובר אלא אם השני קיבל קניין (בזכויות או ששילם

את הכל או שהצדדים קבעו את מועד העברת הבעלות) בתמורה ובתום לב.

אדם לא יכול להקנות יותר ממה שיש לו אך יש לכך חריג: תקנת השוק.

**דוגמא:** למרות שמכרתי לך את השעון (הזכות) אני עדיין יכול למכור את זה למישהו אחר. המצב היחיד שבו אדם יכול להקנות למישהו זכות שמהו שאין לו זה תקנת שוק.

**במיטלטלין:** גנב שגנב נכס, יכול להקנות למישהו בעלות למרות שהוא לא בעלים ס' 34 לחוק המיטלטלין.

**במקרקעין:** תנאי סעיף 10 לחוק המקרקעין.

**בזכויות:** אין תקנת שוק כללית. תקנת שוק מוגבלת מאוד שאומרת אם הממחה נוכל והוא מכר את הזכות לנמחה (לא התחייב אלא כבר העביר את הבעלות) ואחר כך העביר את הבעלות בזכות לנמחה שני: מי שגובר הוא הראשון שהודיע לחייב.

כאן יש עוד תמריץ לנמחה להודיע לחייב על ההמחאה. כמו בס' 2 ככל שהוא מודיע מוקדם יותר לחייב זה עוצר טענות הגנה אם נוצרו אחרי שהודיע הנמחה לחייב. (פס"ד גרבו).  
ס' 4 לחוק המחאת חיובים הוא סוג של תקנת שוק, מאוד מצומצמת - היא עובדת רק כנגד קונה ראשון בזמן.

ככל שהנמחה יודיע לחייב מהר יותר, כך יש סיכוי יותר גבוהה שהוא יהיה בעל הזכות וזאת גם בגלל סעיף 2(א) וסעיף 4.

יש תקנת שוק מוגבלת מאוד שאומרת שאם הממחה שלנו הוא נוכל והוא מכר את הזכות לנמחה (העביר את הבעלות בזכות) ואחר כך העביר את הבעלות בזכות לנמחה שני, הראשון שמודיע לחייב הוא הגובר. למה הודעה לחייב קובעת מי מהם זוכה בבעלות? החוק כתוב כך כי אנו רואים עוד תמריץ לכל נמחה למהר ולהודיע לחייב על ההמחאה. ראינו כבר תמריץ בסעיף 2(א) – ככל שהוא מודיע יותר מוקדם לחייב, זה יוצר טענות הגנה לחייב מעסקאות אחרות, לכן כדאי להודיע לחייב כמה שיותר מהר. כעת אנו רואים בסעיף 4 עוד סיבה, ככל שהנמחה יודיע יותר מהר לחייב, יש סיכוי שהוא יהיה בעל הזכות.

**בזכויות החוק אומר, אם יש הקניית סותרות, הראשון שמודיע לחייב גובר.**

← בכל המקרים האחרים של תקנות שוק או אפילו של התחייבויות חוזרות, אם אנחנו נותנים את זה לשני בזמן, המינימום זה שזה יהיה בתום לב ובתמורה. **בסעיף 4 לחוק המחאות חיובים, כדי שהשני יצליח, הוא צריך להודיע ראשון גם אם הוא לא היה תם לב וגם אם הוא לא נתן תמורה.** אם השני קיבל את הזכות במתנה, בלי תמורה, והם קבעו שהבעלות עוברת, השני הוא הגובר ולדעת המרצה, זה הזוי.

← אין פסיקה על סעיף 4 אז כנראה שהבעיה של המחאות סותרות לא כל כך קיימת.

← לפי הספרות, ברור שאם תתעורר בעיה כזאת, יתעורר מצב של המחאות סותרות, בית המשפט כדי לתת עדיפות לשני, לא יסתפק שהוא יודיע ראשון אלא יבקש תום לב ותמורה. הבסיס לזה: כדי ששני בזמן יתגבר

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

על זכות חוזית אובליגטורית, הוא צריך תום לב ותמורה. לא יכול להיות שכדי להתגבר על זכות קניינית של הראשון, יצטרכו פחות. לכן, ברור לגמרי שלמרות שזה לא כתוב בסעיף 4 לחוק המחאות חיובים – זה לא מספיק רק שיודיע ראשון אלא צריך תום לב ותמורה (תוקן בהצעת חוק דיני ממונות).

סעיף 4 לחוק המחאות חיובים הועתק מאנגליה וכשמעתיקים משהו, צריך שהבסיס יהיה אותו דבר. באנגליה, בניגוד לחוק המחאות חיובים שלנו, באנגליה אי אפשר להמחות בלי הסכמת החייב. באנגליה, ההודעה לחייב היא תנאי לתוקף ההמחאה. כל עוד לא הודיעו לחייב, זו רק התחייבות להמחות ורק אחרי שמודיעים לחייב, זה הופך להיות קנייני. כמו שבמקרקעין אצלנו צריך רישום ובמטלטלין צריך מסירה כי זה קנייני, בזכויות באנגליה – הידיעה של החייב, רק היא מייצרת קניין. אצלנו לא, אצלנו אפשר להעביר בעלות בזכות בלי ידיעה של החייב ולכן, הלבישו משהו שלא מתאים.

בהצעת חוק דיני ממונות הורידו את סעיף 4 מהפרק של ההמחאה, הכניסו באחד הפרקים זכויות ודורשים שם גם תום לב ותמורה, כמו בתקנת שוק מלאה. אבל זו רק הצעה ולכן, כרגע הדין הוא לפי סעיף 4 לחוק המחאות חיובים – **אם יש התחייבויות סותרות להמחות, הראשון גובר אלא אם השני קיבל בעלות בזכות בתום לב ובתמורה (סעיף 12 לחוק המטלטלין) ואם יש המחאות סותרות, הראשון שהודיע גובר (גם אם השני בזמן הודיע ראשון). בהמחאות סותרות הקובע = מועד ההודעה לחייב.**

## סעיף 5 לחוק המחאות חיובים –

## זכויות נלוות

5. בכפוף להסכם ההמחאה כוללת המחאות זכות גם כל ערבות ושעבוד שניתנו להבטחתה וכל זכות אחרת הנלווית לזכות שנמחתה, במידה שהן עבירות; ועל הנושה לעשות, לפי דרישת הנמחה, את הפעולות הדרושות כדי שכוחה של המחאות הזכויות האמורות יהיה יפה לכל דבר.

אדם חייב כסף לנושה כי הנושה שלנו מכר סחורה לחייב באשראי ועכשיו החייב כסף, שוטף +120, הוא חייב 100,000 ₪ לנושה. הרבה פעמים בעולם המסחרי, החוב הזה מובטח באמצעות בטוחה. הבטוחה הזאת יכולה להיות ערב, הנושה אמר "אין בעיה, אני נותן לך אשראי, הלוואה", הבעלים יכול להיות ערב. יכול להיות שיהיה נכס שממושכן לטובת הנושה כדי להבטיח את החוב. עכשיו הנושה שלנו שיש לו זכות לקבל 100,000 ₪ בעוד 120 יום צריך כסף ועושה המחאה. בעקבות ההמחאה, הזכות היא של הנמחה, החייב יצטרך לשלם בבוא היום לנמחה ואם החייב לא משלם, אומר לנו סעיף 5 לחוק שהבטוחה/ערבות/שעבוד, בזמן ההמחאה, גם הם עוברים לטובת הנמחה. אותן בטחונות שהבטיחו את הזכות לטובת הנושה, מבטיחים את הזכות לטובת הנמחה אלא אם הצדדים הסכימו אחרת, בכפוף להסכם ההמחאה ואם זה ערב אז זה בכפוף להסכם עם הערב. הערב גם הוא חייב, בדרגה אחרת אבל הוא גם חייב. כמו שלא שואלים את החייב בחילופי נושים, גם את הערב לא שואלים בחילופי נושים וההנחה היא שכשאתה חייב כסף, לא משנה לך למי אתה משלם. אם אתה לא משלם, אז אופיו של הנושה יכול להיות רלוונטי. אבל אם אתה מקיים את החיוב, אז אופיו של הנושה לא רלוונטי. לכן, כמו שהזכות העיקרית לא עברה את הסכמת החייב, כך גם בערבות שהיא חיוב אישי של הערב, תעבור לטובת הנמחה. הממחה הוא הנושה הפוטנציאלי של הערב או בעל זכות המשכון כך שכשהוא מעביר את הזכות העיקרית שלו, כך עוברת גם הערבות לטובת הנמחה.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

**חוק הערבות**

כמו בהמחאה, יש לנו מערכת יחסים משולשת וכמו בהמחאה, מערכת יחסים משולשת מייצרת שאלות, אך בחוק הערבות מדובר במערכת יותר מסובכת. חוק הערבות מטפל במשולש הזה: חייב ← נושה ← ערב.

ההבדל הבסיסי בין המחאה לבין ערבות

גם בהמחאה וגם בחוזה לטובת אדם שלישי (אמרנו שזה מאוד דומה וההבדל העיקרי הוא שבהמחאה הנמחה נכנס לתמונה מאוחר יותר ובחוזה לטובת אדם שלישי, המוטב נכנס לתמונה מיד) מצטרף נושה נוסף במקום הנושה המקורי. או שהוא מצטרף מיד בחוזה אז קוראים לו מוטב או שהוא מצטרף אחר כך וקוראים לו נמחה. במקרה דנן, מצטרף חייב נוסף. המחאה וחוזה לטובת אדם שלישי הם שני מקרים פרטיים של "ריבוי נושים" **וערבות היא מקרה פרטי של "ריבוי חייבים"**.

זה נכון שערבות זה מקרה פרטי, ספציפי של ריבוי חייבים, אבל עם טוויסט קטן בעלילה. כשחוק החוזים בפרק ו' מסדיר את הנושא של ריבוי חייבים, הוא מניח שהחייבים הם שווי דרגה, הם באותה רמה של התחייבות ולכן, הוא אומר למשל שחזקה שהם חייבים יחד ולחוד ושלאפשר לגבות מכל אחד מהם ואחר כך שישתדרו ביניהם. ברגע שהם חייבים ביחד והם שווי דרגה, אם מתבטל חיוב של חייב אחד, אוטומטית מתבטל החיוב של החייב השני וזה לא מתאים לערבות. בערבות אנחנו מדברים על עוד חייב אבל הוא לא שווה דרגה. בערבות יש חייב עיקרי והערב הוא חייב משני ולכן, לא מתאים לנו פרק ו' לחוק החוזים כללי. כן מתאים שאם החיוב של החייב העיקרי מתאים, אוטומטית מתבטל החיוב של החייב המשני אבל אם החיוב של החייב המשני מתבטל, זה לא משפיע על החיוב של החייב הראשי.  
פרק ו' לחוק החוזים הכללי -

**ריבוי חייבים**

54. שנים שחייבים חיוב אחד, חזקה שהם חייבים יחד ולחוד.

**חיוב יחד ולחוד**

55. (א) שנים שחייבים יחד ולחוד, רשאי הנושה לדרוש את קיום החיוב, כולו או מקצתו, משניהם כאחד, או מכל אחד מהם בנפרד, ובלבד שלא ייפרע יותר מן המגיע לו.

(ב) בטל או בוטל חיובו של אחד החייבים, בטל גם חיובו של השני, זולת אם הביטול נובע מפגם בכשרותו או בייצוגו של החייב האחד.

(ג) הפטיר הנושה אחד החייבים מן החיוב, כולו או מקצתו - בויתור, במחילה, בפשרה או בדרך אחרת - הופטר גם השני באותה מידה, זולת אם משתמעת מן ההפטר כוונה אחרת.

חוק הערבות עוסק בחייבים שהם לא שווי דרגה ולכן, היה צריך חוק שישדיר את הנושא. אותן סוגיות שמסודרות בפרק ו' לחוק החוזים הכללי, מוסדרות גם בחוק החוזים הכללי, כמעט אחד לאחד אבל באופן שונה שמתאים לערב. **ערבות עוסקת בריבוי חייבים, אלה לא חייבים שווי דרגה ולכן, אנו לא מסתפקים בפרק ו' לחוק החוזים הכללי.**



## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

## סעיף 1 לחוק הערבות –

**מהות הערבות ת"ט תשל"ב-1971**

1. (א) ערבות היא התחייבותו של אדם (חייב) לקיים חיובו של אדם אחר (נושה) כלפי אדם שלישי (ערב).
- (ב) הערבות יכול שתהיה לחיוב כולו או מקצתו, קיים או עתיד לבוא, מתחדש או מותנה, קצוב או בלתי קצוב.

החוק לכאורה, לא אומר איזה חיוב, אז לפי לשונו של החוק, החיוב הנערב גם היה יכול להיות חיוב שהוא לא כספי. **דוגמא**: התחייבתי לשיר בחתונה של מישהו כי אני זמר ומישהו בא ואומר "אני ערב ואם הוא לא שר, אני שר במקומו" זה לא עובד.

**הפסיקה והספרות קבעה שלמרות שהלשון בסעיף 1 היא כללית "התחייבות של אדם לקיים חיובו של אדם אחר", בפועל, ערבות היא תמיד התחייבות כספית. החיוב הנערב הוא חיוב כספי. בהתאם לכך, החבות של הערב היא כספית.**

בהתחייבות לשיפוי (ערבות בנקאית) החיוב הנערב יכול להיות חיוב לא כספי. למשל, התחייבתי לבנות עבורך דירה. אבל ה"ערב" עדיין החיוב שלו יהיה כספי. כשאני קונה דירה מקבלן, ההתחייבות שלו היא לבנות ולמסור לי דירה. כשאני מקבל להבטחת החיוב הזה ערבות בנקאית, זה אומר שאם החיוב העיקרי יופר, אני אקבל כסף. תמיד החיוב של הערב הוא חיוב כספי.

בערבות, גם החיוב של החייב (החיוב הנערב) הוא חיוב כספי, בהתחייבות לשיפוי הוא יכול גם לא להיות כספי. הערבות יוצרת שני מצבים: חייב עיקרי וערב שהוא חייב משני.

**במה בא לידי ביטוי שהערב הוא חייב בדרגה שניה? אם אנו נסקור את כל הוראות החוק, באופן כללי, הוראות החוק מיישמות 3 עקרונות עיקריים:**

1. **העובדה שהחיוב של הערב הולך אחרי (מושפע) החיוב של החייב:** הוא תפל לחיוב של החייב העיקרי וזה בא לידי ביטוי בכך שמה שיקרה לחייב, אוטומטית ישליך על הערב ולא הפוך. אנו נראה את זה לאורך שורה של סעיפי חוק. **דוגמא**: בסעיף 2 אין ערבות אלא לחיוב בר תוקף, כלומר, אם החיוב של החייב העיקרי בטל, גם הערבות בטלה אבל זה לא הפוך. החיוב העיקרי לא יושפע מהחיוב של הערב!
2. **האינטרס המרכזי בחוב הוא של החייב העיקרי:** אם הערב יאלץ לממש את התחייבותו, תהיה לו זכות לקבל שיפוי מהחייב.
3. **החובה של החייב והנושה ליידע את הערב:** החוזה העיקרי הוא בין החייב והנושה, מטבע הדברים, ביחסים חוזים מסחריים, מידע זה נושא מאוד חשוב והמידע זורם בין החייב לנושה והערב הוא מחוץ לתמונה. מידע זורם שם תוך כדי ביצוע החוזה, בסוף החוזה, במשא ומתן לפני החוזה. **דוגמא**: אם למשל הנושה נותן הלוואה לחייב, למרות שהוא כבר יודע שהחייב בצרות צרורות, הוא צריך ליידע את הערב שיש בעיות. החייב והנושה מחויבים למסור כל מידע מהותי שנמצא אצלם (בעיקר אצל הנושה) לערב.

**ההבדל בין ערבות לפקדון** – בפקדון הבטוחה היא נכסית, כלומר, הנושה יוכל להפרע או מהפקדון או מהנכס. בערבות, הנושה נפרע מהערב, זאת חבות אישית חוזית של הערב.

## מיטל הרוש

השימוש במחברת באחריות המשתמש

**איך נוצרת הערבות? יש חוזה שבגיניו החייב חייב כסף לנושה.**

סעיף 3 לחוק הערבות –

**יצירת הערבות**

3. הערבות נוצרת בהסכם בין הערב לבין הנושה או בהתחייבותו של הערב שהודעה עליה ניתנה לנושה; ואם היתה הערבות על פי צו של רשות - משנמסר כתב הערבות לרשות.

הערבות היא חוזה בין הערב לבין הנושה. עורכי דין יודעים שלפעמים בפרקטיקה, הפרק שעוסק בערבות של הערב מופיע בתוך החוזה שבין החייב לנושה, אבל מבחינה מהותית זה חוזה בין הערב לנושה, גם אם זה מופיע כסעיף או כנספח או כתוספת או כפרק בחוזה שבין החייב לנושה. **דוגמא**: אם לוקחים הלוואה מבנק, בחוזה ההלוואה ביני לבין הבנק, יש פרק שלם שעוסק בערב ובסוף החוזה חותם החייב וחותר הערב, זה כאילו חוזה אחד אבל מבחינה מהותית זה חוזה בין הערב לבין הנושה. יש חוזה ערבות בין החייב לנושה ויש חוזה ערבות בין הערב לבין הנושה.

אפשרות אחרת שאומר לנו החוק זה התחייבות של הערב שהודעה עליה ניתנה לנושה. **המרצה**: זה מוזר ובטח לא משקף את הסיטואציה הרגילה כי בסיטואציה רגילה מי שיוזם את הערבות זה הנושה. אבל החוק אומר שזה יכול להיווצר לכאורה בהתחייבות של הערב שהודעה עליה נמסרה.

**מאיפה נובע הנוסח הזה בחוק?** הרבה פעמים נושים ובמיוחד בנקים, יוצרים מסמכי ערבות שהם כאילו חד צדדים. כלומר, הבנק מנסח שהערב פונה אליו "לכבוד בנק לאומי... אני מתכבד להודיע לך שאני הערב לחיובו של פלוני" זה כאילו פניה מהערב לנושה. בגלל שזה מצוי הרבה בפרקטיקה, אז הוסיפו לחוק שזה יכול להיווצר גם כך.

נניח שהערב הוא ששולח מכתב לנושה ואומר לנושה שהוא ערב, במובן של דיני חוזים, הערב הציע לנושה הצעה להיות ערב. עכשיו זו תמיד הצעה שאין לה כדי לזכות את הניצע - בשפה של דיני חוזים (סעיף 7 לחוק החוזים הכללי). הרי הערב לא מטיל שום חובה כלפי הנושה, רק הערב חייב לנושה. הצעה שאין לה כדי לזכות את הניצע לפי סעיף 7 לחוק החוזים הכללי, החוק אומר חזקה שהניצע הסכים לה. רק אם הוא דוחה את ההצעה אז לא יכרת חוזה אבל אם הוא לא מגיב זה מספיק. במילים אחרות, גם התחייבות חד צדדית של הערב כלפי הנושה, אם היא מתקיימת, היא יוצרת חוזה משום שזו הצעה שאין בה כדי לזכות את הנושה.

**היחסים בין הערב לנושה הם יחסים חוזיים שמקורם בחוזה הערבות.**

**המאפיינים של חוזה הערבות**

העקרון הכללי בדיני חוזים הוא סעיף 23 לחוק החוזים שחוזה יכול להיעשות בעל פה, בכתב ובכל צורה. יש מקרים שיש דרישות כתב כמו במקרקעין, כמו בסעיף 5(א) לחוק המתנה, כמו בסעיף 2 להסדרת הלוואות חוץ בנקאיות. כל הסיבות שיש לקביעת דרישת כתב היו מצדיקות שגם בחוזה ערבות יש דרישת כתב. אותן הצדקות שיש לחוזה מתנה חלות גם כאן.

למה בחוזה מתנה יש דרישת כתב? כי חוזה מתנה (התחייבות לתת מתנה בעתיד) הוא חוזה שאנחנו חוששים תמיד, האם מי שמתחייב גמר בדעתו, מבין את המשמעויות של זה, מבין שהוא נותן בלי לקבל תמורה. אנו רוצים להבטיח יתר גמירת דעת, רמת רצינות גבוהה יותר ולכן, בחוזה מתנה יש דרישת כתב.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

כל הטעמים הללו נמצאים גם בחוזה הערבות. בנוסף, הרבה פעמים, ההתחייבות האמיתית של הערב דומה מאוד להתחייבות לתת מתנה. הרבה פעמים הערב מתחייב להיות ערב כי הוא קרוב משפחה של החייב, הוא חבר של החייב ורוצה לעזור לו, אין לו אינטרס בחוזה עצמו של הערבות אבל הוא רוצה לעזור לחייב ולכן, הוא מתחייב כערב. עקרונית, אם יבוא לקחת מהערב את הכסף, יש לו אפשרות לקחת שיפוי מהחייב. אבל עקרונית, סביר להניח שגם הערב לא יוכל לגבות מהחייב. באופן מעשי, זה יהיה בעל כורחו של הערב ויהפוך להיות מתנה. למרות כל האמור לעיל, אין דרישת כתב לחוק הערבות. המשמעות היא שעקרונית, חל העקרון הכללי של סעיף 23 לחוק החוזים הכללי ולכן, ערבות יכולה להיווצר גם בעל פה. נכון שבפרקטיקה, כמעט תמיד יש חוזה ערבות בכתב.

מה יקרה אם יבוא נושה ויגיד שהערב התחייב בעל פה? עקרונית אין דרישת כתב ביחס לחוזה ערבות ולכן, הוא יכול להיעשות גם בעל פה, אך יש לכך הרבה סייגים:

1. **חוזה עם ערב יחיד חייב להיות בכתב**: בסעיף 24 לחוק יש דרישת כתב – "נושה שעומד לחתום על ערבות עם ערב יחיד, ימסור לו העתק מהחוזה" – מכך נובע שזה חייב להיות בכתב.
  2. כאשר הנושה הוא בנק וחלק גדול מהחוזים הם חוזים שהנושה בהם הוא בנק, יש לנו תקנות מכוח חוק הבנקאות (שירות ללקוח גילוי נאות ומסירת מסמכים) שמהם נובע שכשהנושה הוא בנק ויש ערב, חוזה הערבות צריך להיות בכתב. יש גם הוראות ניהול בנקאות תקין מטעם המפקח על הבנקים שבעצם מחייבות שחוזה ערבות שהנושה בו הוא כתב, יהיה בכתב.
  3. חוזה ערבות לא עם ערב יחיד והנושה הוא לא בנק – עקרונית אין דרישת כתב, החוזה יכול להיות בעל פה. אלא שבפרקטיקה, כמעט תמיד, חוזה הערבות הם בכתב ולכן, הפסיקה אומרת שיש נוהג בשוק שחוזה ערבות נעשים בכתב. אם יש נוהג אז יש דרישת כתב ראייתית ביחס לחוזה ערבות – סעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העות'מנית – כל סוג של חוזה שיש לגביו נוהג לעשות אותו בכתב, יש לגביו דרישת כתב ראייתית. ההבדל בין דרישת כתב מהותית לראייתית הוא: כשיש דרישת כתב מהותית, אם זה לא נעשה בכתב, אין תוקף לחוזה. כשיש דרישת כתב ראייתית, גם אם זה נעשה בעל פה, יש תוקף לחוזה אבל כשיש סכסוך בבית משפט וטוענים שיש חוזה, צריך איזשהו מסמך שמוכיח את זה – יכול להיות מכתב בין הצדדים, איזשהו פתק, משהו שמוכיח שבין הצדדים נעשה חוזה ערבות גם אם הוא נעשה בעל פה. הפסיקה אומרת "די בראשית ראייה בכתב" לפי דיני הראיות לצורך הוכחת קיום החוזה.
- סיכום**: באופן כללי אין דרישת כתב מהותית על חוזה ערבות. יש דרישת כתב מהותית בחוזה ערבות כשהנושה הוא בנק וכשמדובר בערב יחיד. ביתר המקרים, דרישת הכתב היא ראייתית ← כל זה נוגע לצורת החוזה.

פרשנות של חוזה ערבות

כללי פרשנות רגילים של דיני חוזים, יחד עם זאת, בהקשרים מסחריים, ברוב המקרים, חוזה ערבות הוא חוזה יחיד. כשהנושה הוא נושה מקצועי כמו בנק או חברת ביטוח שנתנה הלוואה, חלים 3 עקרונות פרשניים שכדאי לזכור אותם:

1. פרשנות כנגד המנסח – אם יש מחלוקת פרשנית ופירוש אחד עובד לטובת המנסח ואחד לרעתו, מעדיפים את הפירוש לרעת המנסח ובדרך כלל המנסח הוא הנושה בחוזה ערבות יחיד – הבנק/הגוף הפיננסי שנתן הלוואה.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

2. פרשנות לפי תכליות אובייקטיביות - מכיוון שזה חוזה אחיד וההנחה היא שהצדדים/לפחות הערב, לא קורא את החוזה הזה אלא רק חותם, וגם אם הוא קורא, הוא לא יבין אותו – בניגוד לפרשנות של חוזים רגילים, לא מחפשים את הכוונה הסובייקטיבית של הצדדים אלא מפרשים את החוזה לפי תכליות אובייקטיביות, כלומר, פרשנות סבירה עדיפה על פרשנות לא סבירה, פרשנות שמגיעה לתוצאה הוגנת על פרשנות שמגיעה לתוצאה לא הוגנת.

3. לפעמים בית המשפט לא רק מנסח כנגד המנסח/הבנק – אלא מפרש את החוזה בהתאם לציפיות הסבירות של הצד החלש (של הערב). הערב מניח פחות או יותר מה קורה עם חוזה ערבות – אם החוזה סוטה באופן משמעותי, אפשר לפרש אותו באופן שתואם את הציפיות הסבירות של הערב הסביר, זו בעצם התערבות בתוכן של החוזה הזה.

האם בחוזה ערבות אפשר להתנות על הוראות חוק הערבות?

אם אנו מסתכלים על הערבות כחוזה מאוד משמעותי בתחום של החוזים המסחריים, אז העקרון בחוזים מסחריים הוא דיספוזיטיביות, כלומר, שאפשר להתנות. בניגוד לחוזים צרכניים ששם צריך להגן על הצד החלש והחקיקה היא קוגנטית, כופה.

**הבעיה:** בניגוד לחוזים מסחריים אחרים, בחוזה ערבות, בהרבה מקרים הערב הוא צד חלש והוא צד מתנדב. אם החייב זה חברה בע"מ והערב הוא בעל המניות העיקרי שבה אז זה לא התנדבות, יש לו אינטרס ישיר בחוזה העיקרי אבל אם זה קרוב משפחה או חבר שמסיבות אלטרואיסטיות עוזר לחייב, אז נוצר קושי כי מה שקרה בפרקטיקה, מכיוון שחוק הערבות הוא דיספוזיטיבי, נושים חזקים כמו בנקים, התנו על כל הוראות החוק. החוק נותן כל מיני הגנות לערב (למשל אם החייב מצטמצם, אוטומטית מצטמצם החייב של הערב) אבל הבנקים אמרו שזה לא יחול. כל הנושים החזקים בחוזה הערבות שלהם צמצמו מאוד את ההגנות על הערב. אם הערב הוא גוף מסחרי שיש לו אינטרס בעסקה, אז בסדר.

**הפתרון:** כשמדובר בערב שהוא צד חלש, המסקנה היא שצריך להגן עליו בחוק קוגנטי ולכן, נוצר פרק ב' בתיקון החוק – פרק שעוסק בערב יחיד וערב מוגן והפרק הזה הוא כופה, הוא קוגנטי, אי אפשר להתנות עליו – הוא נועד להגן על ערבים חלשים ומתנדבים כנגד נושים חזקים. הפרק הזה מאפיין גם את הנושה כנושה חזק – נושה שעיסוקו במתן הלוואות ואת הערב הוא מאפיין כערב חלש מהסוג שדיברנו עליו.

ההוראות של פרק א' לחוק הן דיספוזיטיביות, אפשר להתנות עליהם. אמרנו שבבנק תמיד הערבות היא בחוזה אחיד, אז האם כשהבנק שולל הגנות שיש לערב זה לא תנאי מקפח בחוזה אחיד? לפי חוק החוזים האחידים, יש סעיף 4 לחוק החוזים האחידים שקובע שורה של 13 חזקות של קיפוח ורובן עוסקות במצב שהחוזה מתנה על החוק לרעת הלקוח (שלילה של זכות שמגיעה ללקוח/תרופה שמגיעה ללקוח).

בעבר, הגישה של בית המשפט הייתה שאלה חוזים מסחריים ולא צריך יותר מדי לתת הגנות, צדדים מסחריים יש להם עורכי דין, שידאגו לעצמם וזה לא משנה אם זה חוזה אחיד או לא, זה מה שהם הסכימו בחוזה.

ע"א 118/93 **גמבש נ' בנק מרכנתיל:** התחלה של שינוי גישה. בפסק הדין הזה מדובר בבנק שהגיש תביעה בסד"מ נגד החייב ונגד הערב. פסק הדין של בית המשפט העליון עוסק עדיין לא בתביעה לגופה אלא בבקשת הרשות להתגונן. בבר"ל מספיק שיש הגנה לכאורה, אפילו אם הסיכויים שלה נמוכים, זה מספיק כדי לתת להתגונן. בית

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

המשפט לא מכריע בשאלה האם כשהחווזה של הבנק מתנה על חוק הערבות לרעת הערב, האם זה מקפח. הוא רק בודק האם זו טענה אפשרית כדי לתת רשות להתגונן.

**סעיף 6 לחוק הערבות –** נניח יש חייב, יש ערב לחוב ובנוסף, יש נכס שממושכן להבטחת החוב, החייב גם משכן את הנכס וגם יש ערב (2 בטוחות לחוב) והנושה ברשלנותו למשל לא רשם את המשכון, החייב חדל פרעון והנושה עכשיו לא יכול לממש את המשכון כי הוא שכח לרשום אותו, בזה נגרם גם נזק לערב. סעיף 6(ב) אומר שאם הנושה גרם לפגיעת הערובה ועל ידי כך נגרם נזק לערב, לערב יש פטור עד גובה הנזק.

בפסק הדין גמבש, החייב זאת חברה שלקחה הלוואה מבנק (הנושה). הערבים הם שלושת בעלי המניות של החברה ובנוסף, הם נתנו עוד בטוחה, ערבות בנקאית של בנק אחר (יש גם ערבות בנקאית וגם 3 ערבים לחוב של החברה). יום אחד, אחד משלושת הערבים בא לבנק (לנושה) ואמר לפקיד לתת את הערבות הבנקאית כי הוא רוצה להחליף אותה בערבות אחרת, הפקיד נתן לו, הוא לקח את הערבות וברח מהארץ. נשארה החברה החייבת, ונשארו שני ערבים, בלי ערבות בנקאית – הערבות הבנקאית הייתה מכסה את כל החוב. הבנק הנושה הגיש תביעה נגד החברה החייבת ונגד שני הערבים. הערבים אומרים שהנושה גרם לפגיעת הערובה, הנושה נתן לערב השלישי את הערבות הבנקאית והוא ברח, הנושה היה רשול. הערבים רוצים פטור בגובה הערבות הבנקאית שזה בעצם כל החוב. הבנק אומר שלא, כי בחווזה הערבות, כתוב שלא יחול סעיף 6(ב) לחוק הערבות ולכן, הערבים לא יכולים להסתמך עליו(אמרנו שבחוזים אחידים, הרבה פעמים הנושים החזקים כמו הבנקים מתנים על החוק). בבר"ל הטענה של הערבים הוא שצריך לבטל את התנאי כי הוא מקפח ואם מבטלים אותו, חוזר סעיף 6(ב) ואז הם יהיו פטורים מהערבות שלהם. **בית המשפט (השופט זמיר):** "העמדה שנקט בית משפט זה (העליון) בעבר בשאלת תוקפו של תנאי בהסכם הפוטר תנאי בהסכם בשל טעות או רשלנות התבססה על חוק החוזים הישן משנת 1964, בינתיים בוטל חוק זה והוחלף בחוק החוזים משנת 1982, יש דמיון בין החוקים ולכן, עהעמדה מהחוק הקודם עדיין תעמוד בעינה לפי החוק החדש...". במילים אחרות, למה הבנק צריך לקבל יתרון? החוק קובע את האיזון הראוי בין הצדדים, הוא נותן הגנה לערב, הבנק מנסה בחווזה להשתחרר מזה, למה לא לומר שזה תנאי מקפח? פסק הדין הזה אומר בזהירות שאולי צריך לשנות את המגמה וצריך לחשוב שגם בחוזים מסחריים, בנסיבות מסוימות (תמיד בודקים את הקיפוח על סמך מכלול הנסיבות) התנאי ששולל הגנות מהערב, גם אם הוא חוזה מסחרי, בנסיבות מסוימות צריך להחשיב אותו כתנאי מקפח.

המגמה הזו קיבלה חיזוק הרבה יותר משמעותי בע"א 232/10 **הבנק הבינלאומי הראשון נ' המפקח על הבנקים** ועוד יותר בפסק הדין שעליו הוגש הערעור ח"א 8002/02 **המפקח על הבנקים נ' הבנק הבינלאומי הראשון**: המפקח על הבנקים הגיש תביעה לבית הדין לחוזים אחידים בטענה שבחווזה ההלוואה המסחרי של הבנק הבינלאומי הראשון יש שורה של תנאים מקפחים. חלק מהתנאים המקפחים שהוא טען עליהם, היו בפרק שעוסק בערבות. בדיוק בתנאים שהבנק שולל את ההגנות מכוח סעיף 6 ומכוח סעיף 7 על הערב, כמו בפס"ד גמבש. בית הדין לחוזים אחידים ביטל את התנאים האלה – חלק ביטל וחלק שינה. רוב הביטולים והשינויים אושרו בבית המשפט העליון בערעור שהגיש הבנק. **גם בחוזים מסחריים כשהערב הוא לא ערב יחיד ולא ערב מוגן, בהתאם לנסיבות, אפשר יהיה לפסול תנאי לחווזה שמתנה על החוק, ששולל את הגנת החוק כתנאי מקפח – בתנאי שזה חוזה אחיד ובתנאי שהנסיבות באמת מעידות על קיפוח.**

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

הזכרנו את פסק הדין כשדובר על המחאה – המפקח על הבנקים ניסה לטעון שמהות החוזה מונעת המחאה כי הלקוח רצה שהנושה שלו יהיה בנק ולא גוף אחר ולכן, הוא טען שזה תנאי מקפח.

כשמדובר על הסכמים מסחריים, ברוב המקרים חוק הערבות הוא דיספוזיטיבי אלא אם כן הוא ערב יחיד או מוגן שאז הוא קוגנטי. אבל גם אם הוא דיספוזיטיבי, אפשר להתנות עליו בנסיבות מיוחדות שפוגעות בערב כשמדובר בחוזה אחיד.

**הערה על גמבש:** בפסק הדין של גמבש נובעת עוד מסקנה מעניינת - אם החייב הגיש בר"ל והגיש תצהיר וקיבל רשות להתגונן, אוטומטית תינתן רשות להתגונן לערבים. למה? סעיף 7 לחוק – כל טענה שיש לחייב כנגד הנושה, עומדת גם לערב, אז אם נתנו לחייב רשות להתגונן, סימן שיש לו טענות הגנה ואוטומטית הטענות האלה עומדות גם לערב (גם אם לא הגיש כתב הגנה או תצהיר), תמיד הערב הולך אחר החייב. **המרצה:** לא ממליץ לערב להסתמך על החייב ועל התצהיר שלו.

ערבויות מיוחדות**1. סעיף 16 לחוק – התחייבות לשיפוי.****התחייבות לשיפוי**

16. התחייבות של אדם לשפות נושה בשל אי-קיום חיובו של חייב כלפי הנושה, כשהתחייבות אינה בבחינת ערבות, יחולו עליה סעיפים 3, 9, 11 ו-12, בשינויים המחוייבים לפי הענין.

החוק אומר יש דבר שנקרא התחייבות לשיפוי, זה לא ערבות ולכן, רוב הוראות חוק הערבות לא חלות אבל כן יחולו ארבעה סעיפים מתוך חוק הערבות. סעיף 3 לחוק הערבות – נוצר בחוזה. שלושת הסעיפים האחרים עוסקים בזכות של הערב לקבל שיפוי מהחייב. מכל העקרונות, חל רק העקרון של שיפוי ולמה דחפו את זה בחוק הערבות? ככה. הדוגמה הקלאסית להתחייבות לשיפוי היא ערבות בנקאית: ערבות בנקאית היא לא ערבות ולא חלים עליה סעיפי חוק הערבות למעט סעיפים 3, 9, 11 ו-12.

**מה ההבדל בין התחייבות לשיפוי לבין ערבות?**

בערבות הערב מתחייב שאם החייב לא מקיים את החיוב שלו, הערב נכנס לנעליים של החייב ומקיים את החיוב של החייב. **לעומת זאת**, בהתחייבות לשיפוי במקום ערב, יש מתחייב לשפות.

המתחייב לשפות, למשל בנק, אומר שהוא מתחייב לשלם 1,000 ₪ אבל זו התחייבות על תנאי והתנאי הוא שהחייב לא יקיים את חיובו.

יש לשים לב: יש הבדל בין ערבות לבין התחייבות לשיפוי כי בערבות, הערב אומר שאם החייב לא מקיים את חיובו, הערב יקיים את החיוב שלו. בהתחייבות לשיפוי, המתחייב אומר שהוא מתחייב לשלם סכום כסף, זה לא החיוב של החייב (יכול להיות שהחייב התחייב לבנות בית), המתחייב מתחייב באופן עצמאי והוא בלתי תלוי בחיוב של החייב. **המתחייב מתחייב לשלם כסף לנושה, סכום מוגדר אבל זה חוזה על תנאי – "אני אשלם אם יקרה משהו", יקרה משהו = החייב לא יקיים את חיובו או חלק מחיוביו.** למשל, במכר דירות, זה לא בכל מקרה. אם החברה הקבלנית מוסרת דירה עם פגמים זה לא מפעיל את הערבות, אבל אם היא לא מוסרת את הדירה, הערבות מופעלת.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

התחייבות לשיפוי – חוזה נפרד שהחייבים לא קשורים להתחייבות של החייב. הזיקה היחידה היא שאי קיום החיוב של החייב, מפעיל את את ההתחייבות לשיפוי.

בפרקטיקה, לפעמים יש קושי להבחין האם זה ערבות או התחייבות לשיפוי – ב2 המקרים המתחייב או הערב צריך לשלם כסף אם החייב לא משלם. ואם החייב צריך לשלם כסף אז זה דומה. איך מבחינים? לפי הפסיקה מבחינים כך שמסתכלים על החוזה בין המתחייב לבין הנושה. ככל שבחוזה הזה יש סימנים של עצמאות, שהוא לא משקף את החוזה בין החייב לנושה אלא הוא עצמאי, זו ההתחייבות לשיפוי.

לכאורה, אין למתחייב (בנק אם זה ערבות בנקאית) שום טענת הגנה שנובעת מהחוזה בין החייב לנושה. הפסיקה יצרה חריג אחד והוא נקרא "חריג המרמה החמורה" והוא נוצר בטעות אבל הוא חלק מהפסיקה. למה הוא נוצר בטעות? יש משהו שדומה לערבות בנקאית (התחייבות לשיפוי), יש מנגנון משפטי מסחרי שדומה לערבות בנקאית אבל הוא לא ערבות בנקאית והוא נקרא LC – "מכתב אשראי דוקומנטרי". המושג אשראי דוקומנטרי, משתמשים בו רק בחוזי שכר בין לאומי. **דוגמא**: נניח שיש עסקת מכר בין לאומית – יש קונה ויש מוכר של סחורה אבל זה בין לאומי, יש ים בין המוכר לקונה. המוכר דואג מה יקרה אם הוא יספק את הסחורה והקונה לא ישלם (אמרנו שבד"כ עסקאות מסחריות נעשות ברוב המקרים באשראי). לכאורה כל מוכר, גם בלי שהוא בחו"ל צריך לדאוג אבל בארץ, אם אני מספק סחורה והקונה לא משלם, אגיש נגדו תביעה. זה פי אלף יותר מסובך כשזה מדינה אחרת כי עלויות ניהול התביעה הופכות להיות כאלה שלפעמים אעדיף לוותר על התביעה ולא לעשות את ההליך. לכן, יש מנגנון תשלום שנקרא "LC" – בד"כ מעורבים שם שני בנקים אבל בשביל הפשטות נתאר את זה כאילו מדובר בבנק אחד. נניח שעל אי באמצע הים יושב בנק, המוכר שלנו חושש מהקונה אבל הוא סומך על הבנק, הבנק מוכר, רציני, מבוסס. ההסכם הוא כזה: המוכר מספק את הסחורה לקונה (העסקה באשראי), ברגע שהמוכר מעמיס את הסחורה על המטוס או על האוניה אצלו, הוא מקבל מסמכים – שטר מטען, שמאשר שהסחורה הזו הועמסה על המטוס או על האוניה וההסכם הוא שברגע שהמוכר מראה את המסמכים לבנק, באופן אוטומטי הבנק מעביר אליו את התשלום. בעצם הקונה חייב למוכר את הכסף אבל הבנק מתחייב כלפי המוכר בהתחייבות נפרדת ועצמאית: לשלם לו סכום כסף בהתקיים תנאי: התנאי הוא להראות לבנק את המסמכים.

זה דומה להתחייבות לשיפוי מכיוון שבהתחייבות לשיפוי הוא מתחייב לשלם לנושה בהתקיים תנאי והוא שהחייב לא ישלם.

בLC יש התחייבות לבנק לקיים בהתקיים תנאי שהמוכר יציג לבנק את המסמכים של הפסיקה. המבנה הבסיסי דומה בשניהם אבל תכף נסביר שהוא שונה.

בית המשפט העליון שלנו כבר לפני הרבה שנים אמר ש-LC וערבות בנקאית זה אותו דבר. באשראי דוקומנטרי שהוא כולו מערכת הסכמית שלא מוסדר אצלו באף חוק, באשראי דוקומנטרי זה מעוגן בחוזה שהבנק צריך לשלם למוכר באופן אוטומטי ובלתי מותנה ויש רק חריג אחד והוא החריג שנקרא "מרמה חמורה". נניח שהסחורה שהמוכר התחייב לספק זה טרקטורים ואח"כ הסתבר שבחלק מהטרקטורים חסר גלגל רוזבי, זה לא יכול לעצור את הבנק מלשלם את הכסף. אחר כך הוא יתבע את המוכר. מרמה חמורה – במקום טרקטורים הוא סיפק לו זבל, אפשר לעצור ולא לשלם למוכר.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

במערכת הבין לאומית של עסקאות באמצעות LC התקבע החריג שהבנק משלם בכל מקרה למעט "מרמה חמורה".

בישראל הגיעו מקרים של חוזה פנים ישראלי שהייתה בו ערבות בנקאית ואז הנושה דרש מהבנק את התשלום והבנק או החייב או שניהם ביחד ניסו בכל מיני דרכים למנוע את התשלום. אומר בית המשפט שזו התחייבות לשיפוי ואת הטענות של החייב יש לברר מול הנושה וברגע שהחייב לא קיים, אוטומטית המתחייב חייב לשלם. מלבד, אם הטענה של החייב היא מרמה חמורה שנלקחה מה-LC. אבל זה לא נכון שהתחייבות לשיפוי/ערבות בנקאית זה כמו LC, זה נראה דומה אבל יש הבדל מאוד בסיסי. ב-LC מסלול התשלום הרגיל הוא שהבנק משלם למוכר. הקונה לא אמור לשלם בכלל למוכר, יש לו הסדרים עם הבנק, הוא מעמיד לו בטחונות וכו'. בישראל, בהתחייבות לשיפוי – המתחייב ישלם רק במקרה שיש כשל בין החייב לנושה. מסלול התשלומים התקין הוא שהחייב צריך לקיים את החיוב ולשלם ורק במקרה שהחייב כושל, המתחייב נכנס לתמונה ובגלל ההבדל הזה יש שיקולים אחרים שעומדים מאחורי זה שבעצם לא מצדיקים החלה של חריג מרמה חמורה בערבות בנקאית.

בפרקטיקה, בית המשפט העליון אימץ את החריג של מרמה חמורה לערבות בנקאית/התחייבות לשיפוי, למרות שסעיף 16 לא מחיל את סעיף 7 שאומר שטענות שיש לחייב כנגד הנושה יעמדו גם לערב, במפורש סעיף 16 לא מחיל את סעיף 7 ולכן, אף טענה של החייב לא אמורה לעמוד לטובת המתחייב. הפסיקה יצרה חריג לזה והוא מרמה חמורה. דוגמא: החייב חייב מאה אלף שקלים לנושה, וכדי להבטיח אותם הוא נתן ערבות בנקאית. הוא חייב מאה אלף לנושה כי הנושה מכר לו טרקטורים ובמקום טרקטורים היו בו סלעים וזו מרמה חמורה.

5717/91 מליבו ישראל בע"מ נ' אזדז טרום בפירוק – קיים הסבר מאוד מפורט של השופט טירקל והוא מסתמך על פסיקה קודמת ומסביר את ההבדל בין התחייבות לשיפוי לבין ערבות – ההבדל הוא האם החיוב בין המתחייב לנושה הוא עצמאי (נלמד מתוכן החוזה) ואם זה עצמאי מדובר בהתחייבות לשיפוי ועל התחייבות לשיפוי חל החריג של מרמה חמורה.

הסעיפים היחידים מחוק הערבות שחלים על התחייבות לשיפוי הם 3, 9, 11 ו-13 וכל היתר לא חל.

**ערבויות מיוחדת נוספות:**

2. סעיף 57 לפקודת השטרות – יש הסדר מיוחד לערבות בשטר (ערבות שטרית). סעיף זה עוסק בערבות שנקראת "בון פור אבל" (בצרפתית). בעבר לערבות השטרית היו מאפיינים מיוחדים, בעיקר, ההגנות של הערב היו מצומצמות יותר על פי חוק הערבות. במשך השנים, הפסיקה צמצמה מאוד את ההבחנות האלה ולמעשה היום, כל מה שנלמד על ערבות רגילה רלוונטי גם על ערבות מכוח סעיף 57 לפקודת השטרות. אז ערב שטרי שהערבות שלו היא לפי סעיף 57 לפקודת השטרות, כל מה שרלוונטי בחוק הערבות, ערב גם לגביו. יתרה מכך, בפרק ב' כתוב במפורש שהוא חל גם על ערבות מכוח סעיף 57 לפקודת השטרות. יש הוראת מיוחדת, הכללים הם אותם כללים כמו בערבות חוזית.

3. סעיף 12 לחוק המשכון – משכון נכס על ידי צד שלישי.

**מישכון להבטחת חיובו של אחר**

12. מושכון נכס של אדם כערובה לחיובו של אדם אחר, יהא דינו של בעל הנכס כדין מי שערב אותו חיוב, אך אין להיפרע מבעל הנכס אלא במימוש המשכון כאמור בחוק זה.



## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

יש לנו נושה ויש חייב ויש צד שלישי שהוא ממשכן נכס. נושה ← חייב ← ממשכן נכס. כלומר, הממשכן לוקח נכס שלו וממשכן אותו לטובת הנושה כדי לממן חוב של החייב. בד"כ כשלמדנו דיני משכון, אדם ממשכן נכס בבעלותו שלו כדי לממן חובות שלו. סעיף 12 לחוק המשכון מדבר על סיטואציה שאדם **אחר** ממשכן נכס שלו כדי להבטיח חוב של החייב. לפי סעיף 12, הכללים שחלים על מי שממשכן את הנכס, הם כמו ערב בהבדל אחד והוא שהנושה לא יכול לנקוט הליכים אישיים כנגד הממשכן אלא באמצעות הנכס הממושכן. **אין להיפרע מבעל הנכס אלא במימוש המשכון (הוא מוגן).**

**המרצה:** עדיף להיות ממשכן נכס מכיוון שהוא מוגן, גבול החבות שלו זה שימכרו את הנכס הממושכן.

← לבנקים יש חוזים מיוחדים שנועדו לסיטואציה כזו שבה צד ג' ממשכן נכס שלו כדי להבטיח חוב של חייב אחר והבנקים מאוד טריקים בעניין הזה, הם מוסיפים בסוף או בתוך המסמך הזה התחייבות שהופכת את הממשכן לערב (אם הבנק לא יוכל לגבות מהנכס או מה שהוא לא יצליח לגבות מהנכס, הוא יוכל לגבות מהממשכן וזה הופך את הממשכן לערב).

מה קורה אם הממשכן אכן היה ערב והיה נחשב לערב מוגן, אלא שהוא לא חתם ערבות אלא משכן נכס שלו? האם על ממשכן נכס שעומד בהגדרה של ערב מוגן יחולו ההגנות המיוחדות שחלות על ערב מוגן? בע"א 1691/11 בלאל נ' צוברי: על ממשכן נכס שאילו היה ערב, היה עומד בהגדרה של ערב מוגן, יחולו כל ההגנות של פרק ב' למעט סעיפים 21 ו-25 לחוק הערבות.

ערבות רגילה

סעיף 2 לחוק הערבות – משקף את העקרון שהחייב של הערב הוא חיוב משני.

**סייג לערבות**

2. אין ערבות אלא לחיוב בר-תוקף.

אם לחוזה של החייב והנושה אין תוקף, אוטומטית אין תוקף לערבות:

1. יכול להיות שהחוזה לא נכרת שם מכל מיני נסיבות. דוגמא: החוזה בין החייב לנושה הוא חוזה מקרקעין והוא לא נעשה בכתב, אז אין לו תוקף וכך מתבטלת אוטומטית ההתחייבות של הערב.
2. אין לו תוקף כי הוא בטל בשל טעות/כפייה/הפרת חוזה/עושה וכו' – אם הוא בטל מתבטל אוטומטית החוזה של הערב.
3. החוזה בין החייב לנושה הוא לא חוקי ודינו להיות בטל – סעיף 30 לחוק החוזים.
4. אם החוזה בין החייב לנושה הוא חוזה למראית עין – הוא בטל ואוטומטית בטל גם החיוב של הערב.

לאלה יש חריג אחד והוא סעיף 17 לחוק הערבות – אם החוזה בין החייב לבין הנושה פגום בגלל כשרותו של החייב (החייב הוא קטין או פסול דין) ולא ניתן האישור הדרוש ולכן, החוזה הזה בטל או ניתן לביטול, לא בטל החיוב של הערב.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

**ערבות או התחייבות לשיפוי בשל חיוב פגום**

17. ערבות לחיוב שתקפו פגום רק מבחינת כשרותו או ייצוגו של החייב יראוה כהתחייבות לשיפוי; על התחייבות לשיפוי בשל אי-קיום חיוב כאמור לא יחולו סעיפים 9, 11 ו-12.

אמרנו שלפי סעיף 2 אם החיוב בין החייב לנושה בטל או מתבטל, גם של הערב. לפי סעיף 17 יש חריג והוא שאם לחיוב בין החייב לנושה אין תוקף בגלל ההתחייבות המשפטית של החייב (החייב הוא קטין או פסול דין ואין לו אישורים מתאימים) ולכן, החוזה הזה בטל, במקרה כזה, לא רק שהערב לא משתחרר, הוא הופך להיות חייב ראשי. הוא הופך להיות כמו מתחייב לשפות והתחייבות לשיפוי זה חיוב עיקרי.

אפשרות למצב שבו החוזה הנ"ל יבוטל - חוק הכשרות דן בשורה של סעיפים (4,5,6,7) בחוזים שנעשים על ידי קטינים ופסולי דין ויש המון פסיקה על זה, כלומר, כן נעשים חוזים עם קטינים ופסולי דין. אם התקבלו האישורים הנדרשים, אין בעיה עם זה, זה כמו חוזה רגיל. אבל אם החוזה נעשה ולא התקבל האישור, החוזה בטל. בחלק מהמקרים זה ניתן לביטול.

אם החוזה בין החייב לנושה בוטל ע"י האפוסטרופוס, החבות של הערב לא מתבטלת אלא להפך, מעמדו משתדרג מבחינת הנושה, הוא הופך להיות מתחייב לשיפוי ולא יוכל להעלות טענות הגנה אלא יצטרך לקיים את החיוב כאילו זה חיוב עצמאי שלו והוא לא יוכל לקבל אפילו שיפוי מהחייב כי יש בעיה עם הכשרות של החייב.

**בשאר המקרים (חוץ מסעיף 17 לחוק) אם החוזה שבין החייב לנושה מתבטל, כך מתבטל גם החיוב של הערב.**  
**הערה:** אם הערב הוא קטין או פסול דין, בלי אישור של בית משפט אין תוקף של הערבות שלו – סעיף 20(4) לחוק הכשרות המשפטית.

חזרה לסעיף 2 לחוק הערבות:

**פס"ד שלוש נ' בלאל:** חייב קיבל הלוואה מבנק לאומי (הנושה). שלוש היה הערב במקרה דנן. החייב ברח מהארץ ולא מחזיר את החוב, הבנק פונה אל הערב. הערב טוען שהחוזה העיקרי בין החייב לבין בנק לאומי בטל כי הוא בלתי חוקי. אם החוזה בלתי חוקי אז אוטומטית מכוח סעיף 2 בטלה גם הערבות. מדוע הוא בלתי חוקי? מסתבר שהחייב הוא תושב חוץ והוא קיבל מבלאל הלוואה במט"ח ולפי הכללים שהיו אז, כדי לתת הלוואה במט"ח לתושב חוץ, הבנק היה צריך לקבל היתר מהמפקח על מט"ח בבנק ישראל והפקיד היה רשולן ולא פנה לקבל את ההיתר. הטענה: החוזה בין החייב לבנק לאומי בטל ולכן, גם החוזה של הערב בטל. בית המשפט: החוזה בין החייב לבין הנושה באמת בטל ועקרונית, גם החוזה של שלוש בטל. אבל, חוק החוזים בנושא של חוזה בלתי חוקי, יש הסדר מאוד מיוחד שאומר שלפי סעיף 30 חוזה בלתי חוקי בטל ולפי סעיף 31 לחוק החוזים יש חובת השבה אבל יש סמכות לבית המשפט משיקולים של צדק, אם צד אחד לחוזה הבלתי חוקי כבר קיים את חיובו, לצוות על הקיום שכנגד, למרות שהחוזה בלתי חוקי ולמרות שהחוזה בטל וכל זאת, בתנאי שאפשר לקיים את החוזה באופן חוקי, תוך תיקון אי החוקיות ובתנאי שאי החוקיות היא לא בלב החוזה. **דוגמא:** אם זה חוזה למכירת סמים וצד אחד קיים את חיובו, אין סיכוי שבית המשפט יחייב את הצד השני.

בית המשפט אומר שבמקרה הזה צד אחד כבר קיים את חיובו – הבנק כבר נתן את הלוואה. בית המשפט אומר שאי החוקיות פה היא שולית יחסית לעניין העיקרי, אפשר לתקן את אי החוקיות הזאת, לקבל היתר ולכן, בית המשפט הורה מכוח סעיף 31 לחייב (שלא היה צד בתיק כבר) לקיים את החיוב. סעיף 31 לחוק החוזים – במקרים מסוימים, חוזה שהוא בטל מכוח סעיף 30, בית המשפט יכול להחזיר את החוזה לחיים מכוח סעיף 31.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

לפי סעיף 2 לחוק הערבות, בגלל שהחובה בין החייב לבנק בטל גם החובה של הערב בטל. אבל אם בית המשפט מחזיר לחיים את החובה מכוח סעיף 31 לחוק החוזים, האם גם החובה של הערב חוזר? בית המשפט: במקרה הזה, אם החובה בין החייב לבנק בטל אז גם החובה בין שלוש לבנק בטל. אבל אם אחזיר את החובה בין החייב לנושה מכוח סעיף 31, גם הערבות תחזור לחיים ובעיקר משום שהערב פעל בחוסר תום לב. הערב היא שותף של החייב ובנוסף, הוא היה גם אחיו ולכן, כנראה הוא ידע שיברח.

בית המשפט לא אומר שזה בגלל זה אלא רק מעיר את זה כהערה כללית של מידע. אם הערב הזה היה תם לב לחלוטין, ולא היה מודע לאי החוקיות וכו', האם גם אז בית המשפט היה פוסק כך?

האם הבטלות לפי סעיף 2 היא חד כיוונית והאם כשהחייב העיקרי חוזר לחיים גם חובה הערב חוזר לחיים? כן, לפי פס"ד שלוש, אם החובה העיקרי בין החייב לנושה חוזר לחיים, אוטומטית החובה בין הערב לבין הנושה חוזר לחיים.

דוגמא למקרה אחר: נניח שיש חובה בין חייב לבין נושה והחובה היא חובה למראית עין ודינו של חובה למראית עין בטל (חובה למראית עין = אדם יודע שיש לו נושים שהולכים לתפוס את הנכס שלו אז עושים חובה כאילו הוא נותן את הנכס לאחיו).

בחובה למראית עין שלנו היה גם ערב שצורף כדי להראות יתר אמינות לחובה הזה. נניח שהנושה מכר לחייב את רכושו, החייב התחייב לשלם לנושה 4 מיליון ₪ ויש ערב והוא חושב שהוא באמת ערב. הנושה ממחה את הזכות שלו כלפי החייב לנמחה (אדם נוסף), לוקח את הכסף ובורח מהארץ.

ראינו שלפי סעיף 5 לחוק המחאת חיובים, הערבות עוברת לטובת הנמחה. החובה בין החייב לבין הנושה בטל כי הוא חובה למראית עין אבל סעיף 13 לחוק החוזים אומר בנוסף למראית עין, שזכות שרכש צד שלישי בתום לב, בהסתמך על החובה, נשארת בתוקף. אז למרות שהחובה בין החייב לנושה בטל, אם הנמחה היה תם לב (שילם) הזכות שלו טובה. זה סוג של תקנת שוק – למרות שלנושה לא הייתה שום זכות, הוא מוכר זכות טובה לפי סעיף 13 לחוק החוזים. הערבות עברה לטובת הנמחה, האם גם היא שבה לחיים? לפי ההגיון של שלוש נגד בלאל אולי התשובה היא כן אבל מצד שני זו לא אותה סיטואציה.

יכול להיות שהתשובה תלויה בתום ליבו של הערב אבל השאלה היא שאלה פתוחה – האם הנמחה במקרה הזה, כשהנמחה יבוא לחייב (שאינו צדיק) שינפנף אותו, האם הוא יבוא לערב והערב יצטרך לשלם?

## 14 בדצמבר 2018

## חזרה על השיעור הקודם:

סעיף 4 לחוק - הערב לא חייב יותר מהחייב ← מדגים את העיקרון שהחייב של הערב הוא חיוב משני:

אם החייב העיקרי חייב לנושה כסף בשל הפרת חובה בגלל סעיף של פיצוי מוסכם ובימ"ש מכוח סמכותו ס' 15 א' לחוק התרופות מפחית את הפיצוי- אוטומטית ההפחתה הזו פוחתת אצל הערב.

הפוך- אין בעיה שהחייב יהיה חייב יותר מהערב.

גם אם הערבות לא מוגבלת הערב אף פעם לא חייב יותר מהחייב.

אם הערבות מוגבלת אז למעשה הערב חייב בגובה החוב העיקרי או בגובה הערבות המוגבלת לפי הנמוך מבניהם.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

אם הערבות היא ללא הגבלה בסכום התקרה היא גובה החוב של החייב אם היא מוגבלת אז זה התקרה של הערבות או החוב העיקרי לפי הנמוך.  
סעיף 4(ב) וסעיף 9 לחוק שונים בהוצאות.

**ס' 4(ב) לחוק הערבות - עלויות גבייה:**

אמנם החוב של הערב אף פעם לא יותר מהחוב של החייב העיקרי אבל אנחנו לא מתייחסים רק לחוב המרכזי של החייב העיקרי לפעמים הוא יגדל בגלל עלויות גבייה וריביות ואז הערב חב גם בזה.

**סעיף 9 לחוק הערבות -****זכות הערב לחזור על החייב**

9. זולת אם ניתנה הערבות שלא בהסכמת החייב, זכאי הערב לחזור על החייב ולהיפרע ממנו מה שנתן למילוי ערבותו, בתוספת הוצאות סבירות שהוציא לרגל הערבות וריבית בשיעור המלא לפי חוק פסיקת ריבית, תשכ"א-1961, מיום מילוי הערבות או מיום ההוצאות.

הוצאות סבירות של הערב כדי לגבות את הכסף שלו מהחייב. הערב יש לו זכות לקבל שיפוי מהחייב, החזר מהחייב על כל מה שהוא שילם, זה כולל גם את ס' 4(ב) אם הערב שילם את החוב העיקרי וגם את ההוצאות הנוספות, הריבית והוצאות הגבייה- גם על זה הוא יהיה זכאי לקבל שיפוי.  
(הוצאות סבירות- זה לא ההוצאות של הגבייה אלא גם לערב היו הוצאות הוא יכול לקבל החזר מהחייב גם על ההוצאות שהוא הוציא כדי לגבות את השיפוי מהחייב).

**סעיף 5 לחוק הערבות:****שינוי בחיוב**

5. (א) הוקטן החיוב הנערב, על פי הסכם בין החייב לבין הנושה או על פי ויתור של הנושה, מופטר הערב במידה שהופטר החייב.  
(ב) הוגדל החיוב הנערב, על פי הסכם בין החייב לבין הנושה, אין הדבר משנה בחיובו של הערב.  
(ג) חל בחיוב הנערב שינוי אחר, על פי הסכם בין החייב לבין הנושה, משתנה חיובו של הערב לפי השינוי, אולם הברירה בידי הערב –  
(1) למלא ערבותו ללא שינוי, אם ניתן לעשות כן ;  
(2) לבטל ערבותו אם השינוי היה יסודי הפוגע בזכויות הערב.

יש עסקה מסחרית בסיסית בין הנושה והחייב, זה יכול להיות חוזה הלואה/מכר/שכירות. מצטרף משהו נוסף, אז זה היה נמחה ועכשיו זה ערב, חייב נוסף. איך ההצטרפות שלו עשויה להשפיע על הדינמיות של הקשר בין הנושה לחייב? האם הוא מגביל אותו באיזשהו אופן?

ההנחה שהחוזה המסחרי בין החייב לנושה יכול להשתנות.

**סעיף 5 עוסק בהשפעות של השינויים המחייבים בין הנושה לחייב על הערב.**

אם הנושה ויתר לערב זה לא מקטין את החוב של החייב אבל אם הנושה ויתר על החוב של החייב, זה מקטין את החוב של הערב.

## מיטל הרוש

השימוש במחברת באחריות המשתמש

מה קורה בהגדלת החיוב בהסכם בין החייב לנושה? זה לא חל על הערבות. גם אם הערבות היא ערבות בלתי מוגבלת, אלא אם כן הוא הסכים מראש שהוא יהיה ערב למצב גם של הגדלה. הוא יכול להסכים מראש כי זה דיספוזיטיבי. אבל אם אין הסכמה מראש, במצב של הגדלה, החיוב לא גדל.

**סעיפים 5(א) ו-5(ב) עוסקים בהגדלה או הקטנה של החיובים.**

סעיף 5(ג) עוסק בשינוי אחר – יש פה הרבה שיטות משפט כמו המשפט האנגלי שהשיטה מאוד קשוחה. כל שינוי בחיוב העיקרי, גורם לפקיעת הערבות. אצלנו לא.

אצלנו הגישה היא יותר גמישה. אם חל חיוב אחר, משתנה חיובו של הערב לפי השינוי. אבל הברירה שיש לערב זה אם אפשר למלא את ערבותו לפי הנוסח המקורי ואם אפשר לבטל את ערבותו אם השינוי היה שינוי יסודי הפוגע בזכויות הערב.

שינוי אחר = לפי הפסיקה, ברוב המקרים מדובר במתן ארכה ע"י הנושה לחייב.

**דוגמא:** הגיע מועד הפרעון, לחייב יש קשיים לפרוע והנושה מאריך לחייב את תקופת הפרעון בעוד שלושה חודשים – זה שינוי אחר. זה לא הגדלה של החיוב הנערב או הקטנה אלא שינוי אחר.

האם השינוי מיטיב או מרע עם הערב?

מצד אחד, יהיו מצבים שזה לכאורה, מיטיב עם הערב. אם במועד הפירעון המקורי, החייב לא יכול לפרוע, המשמעות הייתה שמיד היו פונים לערב והוא היה חייב לשלם. מתן ארכה לחייב, אם הנסיבות הן שהארכה יוצרת לפחות סיכוי שהחייב יפרע, בוודאי שזה לטובת הערב.

מצד שני, אבל אם מתן הערב הוא בנסיבות כאלה שרוב הסיכויים שהחייב לא יפרע, יכול להיות שזה מקשה. יכול להיות שהמצב של החייב יתדרדר עוד וזה מפריע לערב מכיוון שהערב לא רק פורע עבור החייב, יש לו אפשרות לקבל שיפוי וכלל שמצבו של החייב יותר גרוע, האפשרות שלו לקבל שיפוי קטנה. יכול להיות מצב גם שהנושה נתן ארכה לחייב והחייב ניצל את הארכה כדי לברוח ואז, בוודאי שמצבו של הערב רע יותר.

**השינוי הנוסף הוא בדרך כלל דחיית מועד הפירעון אבל אין תשובה משמעותית האם מדובר בשינוי לטובה או לרעה, זה תלוי בנסיבות המקרה.**

**שינוי אחר נוסף:**

הנושה המחיה את הזכות שלו למישהו אחר, האם זה אמור להשפיע על הערב ואיך? סעיף 5 לחוק הערבות לא רלוונטי במקרה הזה כי סעיף 5 עוסק בשינויים בהסכם שבין החייב לנושה וזו לא הסיטואציה כי במקרה הזה יש הסכם בין הנושה לבין נושה חדש (הנמחה) כי הוא מוכר לו את הזכות, אז כבר מבחינה לשונית סעיף 5 לא עוסק בשינוי כזה בחיוב הנערב.

יתרה מכך, למדנו בסעיף 5 לחוק המחאת חיובים שאם יש המחאה והזכות שמומחת הייתה מובטחת בערבות או בבטוחה אחרת, הערבות או הבטוחה עוברות לטובת הנמחה, לטובת הנושה החייב ודיברנו על זה בחוק המחאת חיובים.

נובע מכך, שהחבות של הערב לא מושפעת – היא לא קטנה, היא לא מצטמצמת או מתבטלת, הוא פשוט ערב כלפי הנושה החדש. לחייב כל עוד החיוב הוא חיוב לשלם כסף ולא חיוב בעל אופי אישי, לא אמור לשנות לו כלפי

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

מי הוא חייב. כמו שאנחנו לא מבקשים את אישור החייב כדי לעשות המחאה, אנחנו גם לא צריכים לבקש את אישור החייב הזה כדי לעשות המחאה, הוא בסך הכל עוד חייב ויש על כך פסיקה מפורשת כמו למשל, 159282/05 **עמר נ' אלרועי** – פסק דין שעוסק בכך (לא בסילבוס). יש גם הוראת חוק מפורשת שהמחאה לא משנה את היקף האחריות של הערב.

סעיף 8 לחוק המחאת חיובים -**ערבויות, שעבודים וכו'**

8. היתה החבות מובטחת בערבות או בשעבוד שניתן לא מידי החייב, מפקיעה המחאת החבות את הערבות והשעבוד, זולת אם הערב או בעל הנכס המשועבד הסכים להמחאה.

אם הנושה המחאה את הזכות שלו כלפי החייב, הערב ממשך להיות ערב כלפי הנמחה. לפי חוק המחאת חיובים, החייב מעביר למישהו אחר את חבותו וכדי להעביר את החבות, הוא צריך את הסכמת הנושה, הנושה הסכים שהוא יעביר את החבות לחייב אחר, דין הערבות – פוקעת. לערב לא אמור לשנות מי הנושה שלו אבל מאוד חשוב לו לדעת מי החייב כי אם החייב החדש כושל, הערב יצטרך לשלם. לערב יש אינטרס מאוד משמעותי באפיון של החייב. הוא מוכן להיות ערב לחייב חזק ולא לחייב עם מאפיינים אחרים. לכן, המחאה של החבות כן משפיעה על הערבות, ובמצב כזה, באופן אוטומטי הערבות פוקעת, זולת אם הערב הסכים.

**זה כל הזמן הולך על פי אותו עקרון, הערב הוא חייב משני ולכן, הוא עוקב אחרי החוב העיקרי.**

סעיף 6 לחוק הערבות -**הפטר הערב**

6. (א) גרם הנושה לאי-מילוי החיוב הנערב, מופטר הערב.  
(ב) גרם הנושה לפקיעת ערובה שניתנה להבטחת החיוב הנערב ונגרם על ידי כך לערב נזק, מופטר הערב כדי סכום הנזק.

**סעיף 6(א) לחוק – מדבר על מצב שהנושה גרם לאי מילוי החיוב הנערב. כלומר, הוא גרם לכך שהחייב לא יוכל לקיים את חיובו. צריך להתקיים איזשהו מצב כדי שהחייב יוכל לפרוע והנושה מונע את המצב הזה. החייב צריך להעביר את התשלום לחשבון הבנק של הנושה והנושה לא פותח את החשבון בנק. מופטר הערב = החבות של הערב היא חבות על תנאי והתנאי הוא שהחייב לא משלם. בחוזה על תנאי התנאים כורתים חוזה מותנה בתנאי וההנחה הבסיסית בעת כריתת החוזה היא שהצדדים רוצים שהתנאי המתלה יתקיים או התנאי המפסיק יתקיים, כלומר, הם רוצים שהחוזה יתממש. למשל, אני כורת עם מישהו חוזה והוא מותנה בתנאי שנקבל אישור ממשד ממשלתי או היתר בניה מוועדה לתכנון ובנייה. החוזה הוא חוזה על תנאי, רק אם יינתן ההיתר, החוזה יתממש אבל ברור שבעת כריתת החוזה, שני הצדדים מעוניינים שזה יקרה. לכן, סעיף 28 לחוק החוזים קובע שאם אחד הצדדים גורם לאי התקיימותו של התנאי המתלה או להתקיימותו של תנאי מפסיק, הצד שגרם לזה מושתק מלטעון שאין תוקף לחוזה או במילים אחרות, הצד התמים, יכול לראות את התנאי כאילו הוא התקיים. כלומר, בזה שצד אחד פעל בניגוד להנחות היסוד/ציפיות**

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

הצדדים, ופעל כדי לסקל את זה וגרם לזה שהחובה לא יתקיים, הצד התמים יכול לראות בחובה כאילו הוא לא בתוקף.

פה זה הפוך כי המטרה הבסיסית של הצדדים הייתה שהם שואפים לכך שהערב לא יצטרך לקיים את החיוב שלו אלא החייב יצטרך לקיים את החיוב שלו. בניגוד לציפייה הבסיסית הזאת, הנושה בעצמו יוצר מצב וגורם להתקיימות התנאי שמפעילה את הערב, הוא גורם להתקיימות מצב שהצדדים מלכתחילה רצו שהוא לא יקרה, לכן, במצב כזה, הערב פטור.

גם סעיף 28 לחוק החוזים הכללי וגם סעיף 6(א) לחוק הערבות הם ביטוי קונקרטי לעקרון תום הלב. כשאחד הצדדים פועל בניגוד לציפייה הבסיסית של הצדדים, אנתנו אומרים לו שהוא מושתק ונותנים לצד השני לראות כאילו הפעולה ההיא לא בוצעה (החובה לא תקף).

**לפי סעיף 6(א) לחוק הערבות ההנחה היא שהנושה צריך לגבות מהחייב ואם הנושה גורם לחייב לא לקיים, הערב פטור מלשלם.**

**סעיף 6(ב) לחוק הערבות – פס"ד גמבש.** "הנושה גרם לפקיעת ערובה שניתנה להבטחת החיוב הנערב". בפסק הדין של גמבש חוץ מהערב הייתה ערבות בנקאית והנושה החזיר אותה לחייב, החייב לקח את הערבות וברח (אחד החייבים). באותה מידה, אם הנושה היה לוקח את הערבות הבנקאית ושורף אותה, במקרה הזה, הבטוחה הנוספת הייתה ערבות בנקאית והוא מחק אותה. לערב נגרם נזק כפול – פעם אחת – אם הייתה ערבות בנקאית והנושה לא היה גובה מהחייב, הוא היה גובה מהנושה. פעם שניה, גם אם הנושה היה גובה מהערב ולנושה יש בטחונות נוספים, הוא נותן אותם לערב כדי שהערב יוכל להשתמש בהם לצורך השיפוי מהחייב. בעצם, בשני מישורים נגרם לערב נזק.

במקרה כזה, זה פוטר אותו מסכום הנזק.

איזה עוד ערבות יכול הנושה לגרום? למשל, אם יש שיעבוד על נכס והנושה לא רשם אותו או לא רשם אותו במועד/ אם הנושה מחזיק בזכות עכבון על נכס של החייב והוא משחרר אותו. עכבון חל רק עוד אתה מחזיק ביד, ברגע שאתה משחרר את הנכס מרצונך, פקע העכבון.

**מה לגבי ערב נוסף?** היה עוד ערב והנושה שחרר אותו, זה יעבוד אותו דבר, אם כי יש הוראה מפורשת לגבי ערבים.

**סעיף 13 לחוק הערבות –****ריבוי ערבים**

13. שנים או יותר שערבו חיוב אחד, אם במאוחד ואם בנפרד, יהיו אחראים יחד ולחוד; ואם היה היקף הערבויות שונה, יהיו אחראים כאמור בתחום הערבות המשותפת; והכל כשאינן כוונה אחרת משתמעת מן הערבויות.

אם הם חייבים יחד ולחוד, רואים את הערבים כחייבים שווי דרגה. מכוח החוזים הכללי, אם משחררים חייב אחד, משחררים גם את השני.

במקרה הזה, אם הנושה שחרר ערב אחר וגרם שהערבות שלו תפקע, גם הערבות של הערב השני תפקע (אלא אם כן התנו על סעיף 6(ב) בחובה). הבנקים תמיד מתנים על סעיף 6(ב) – בגמבש – בגלל שהיה מדובר בחובה

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

אחיד, בית המשפט נתן לערב להתגונן כי יכול להיות שמדובר בתנאי מקפח. בפסק הדין של הבנק הבינלאומי הראשון, בית הדין בחוזים אחידים קבע שהתניה על סעיף 6(ב) היא מקפחת, כל עוד הערב הוא בגדר ערב. כי בעצם אם אנחנו מוותרים על כל מה שאמרנו קודם, למשל החוזה מתנה על סעיף 4 והוא אומר שגם אם מצמצמים את החיוב של החייב לא מצטמצם החיוב של הערב ומתנה על סעיף 5 ומתנה על סעיף 6(ב), בסוף זה הופך את הערב לחייב עיקרי ומבטל את כל הרעיון שהחיוב של הערב כפוף תמיד לחיוב העיקרי ומעמיד אותו במעמד של חייב עיקרי או ליתר דיוק, הוא מעמיד אותו במצב כמו סעיף 16 – של התחייבות לשיפוי. שלא משנה מה קורה בין הנושה לחייב, אם החייב לא משנה, הערב צריך לשלם סכום קבוע.

בבנק הבינלאומי בית המשפט אמר שהבנק יכול להתנות על כל הסעיפים האלה אבל המינימום הוא להסביר לערב שזה שהוא קורא לו ערב בהסכם, זה לא נכון כי הוא חייב עיקרי – אם הוא חייב עיקרי ניתן להתנות על מה שרוצים אבל הבעייתיות היא שמצד אחד אומרים לו שהוא ערב וההנחה היא שבחוזא אחיד בנקאי, הערבים לא קוראים את כל החוזה, הוא ערב ולכן הוא חייב משני ובפועל, החוזה מתנה על כל הסעיפים הללו ולכן, הוא הופך להיות חייב עיקרי והוא לא יודע על כך. בית הדין אמר שיש פה הטעיה כי נוצר מצב שהוא נקרא ערב אבל הוא לא ערב, הוא עוד חייב לחוזה שהוא שווה דרגה לגמרי לחייב העיקרי.

סעיף 7 לחוק הערבות – סעיף מרכזי בנושא שהערב הוא חייב משני.**טענות הגנה**

7. (א) כל טענה שיש לחייב כלפי הנושה בקשר לחיובו עומדת גם לערב.  
(ב) התיישנה התביעה נגד החייב, מתיישנת גם התביעה נגד הערב, אם לא התיישנה לפני כן.

סעיף 7(א) לחוק הערבות - ראינו משהו דומה בסעיף 2(א) לחוק המחאת חיובים אבל ההבדל הוא שבסעיף 2(א) לחוק המחאת חיובים – לאותו חייב, כל הטענות שהיו לו כלפי הנושה הראשון (הממחה) עומדות לו גם כלפי הנושה השני.

בערבות, הנושה נשאר אותו נושה אבל מתווסף חייב נוסף.

בקשר לחיובו = טענות שיכולות להיות: אם הנושה מכר לחייב סחורה פגומה, הוא יכול לטעון לקיזוז מהמחיר וכו'. אם הייתה הטעיה ויש לחייב טענה בקשר להטעיה בחוזה, גם הערב יכול לטעון את הטענה של ביטול בשל הטעיה.

**כל הטענות שנובעות מהחוזה העיקרי (בין החייב לנושה) עומדות גם לערב.**

ד"ר 4/82 קוט נ' קוט: מתעוררת שאלה מעניינת בנוגע לסעיף 7(א) לחוק הערבות. בני הזוג מתגרשים ועושים במסגרת הסכם הגירושים, הסכם מזונות, הילד עם האמא והאב צריך לשלם את מזונותיו של הילד. הם הגיעו להסכם על גובה המזונות. החשש הוא תמיד שלמרות שהאבא והאמא מגיעים להסכם על גובה המזונות, הילד תמיד יכול בשל שינוי נסיבות לפנות לבית משפט ולבקש הגדלת מזונות. הפטנט כדי שהאב לא ישנה את הסכום שהוא התחייב לו הוא להתנות על כך אבל יש סעיף שיפוי. אם בית המשפט בכל זאת מגדיל את סכום המזונות, האישה מתחייב בגודל ההגדלה לשפות את הבעל.

להתחייבות של האישה לשפות את הבעל במקרה של הגדלת מזונות לילד, יש ערב. במקרה של פסק דין קוט מדובר בערבה.



## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

בהתחייבות השיפוי החייבת היא האמא, היא חייבת להחזיר לאב את המזונות הנוספים שפסקו, את הגדלת המזונות. האם = חייב, האב = נושה ויש ערבה. האם פנתה בשם הילד לבית המשפט להגדלת מזונות ובית המשפט הגדיל את המזונות והאב דורש ממנה שיפוי והיא אומרת שאין לה כסף. לפי ההלכה היהודית, יש לאם טענה שנקראת "עד שתעשיר". זה לא שהיא לא חייבת לשפות את האב, היא חייבת, כשיהיה לה כסף אבל באותו רגע לא היה לה כסף והחשש היה שאם היא תשלם זה יפגע בילד, אז החובה שלה נדחית או עד שהילד יעזוב או שיהיה לה כסף ואז היא תצטרך לשפות את האב. האב פונה לערבה והערבה טוענת שיש לה טענת הגנה כיוון שכל טענה שעומדת לאם, עומדת גם לערבה. השאלה הנגזרת – נניח שאנחנו קובעים שהערב כן צריך לשלם ושהערבה לא יכולה להתגונן בטענה הזאת, היא משלמת ואז היא זכאית לשיפוי מהאם החייבת. בית המשפט: הטענה של האם כלפי האב ("עד שתעשיר") היא לא טענה בקשר לחיוב אלא טענה שנובעת מהסטטוס של האם. בית המשפט אומר שזה דומה לטענה של מישהו שאומר "אני לא משלם לך כי אני פושט רגל". כל הרעיון של הערבות הוא בעיקר למצב שהחייב העיקרי, בגלל נסיבות שלו לא מסוגל לשלם. אז טענת "עד שתעשיר" זה מצב שבו לאם אין כסף, זה לא טענה שנובעת מהחובה ביניהם או כי יש הפרה מצד האב או הטעיה, מדובר בסטטוס של האם כמו חדלות פירעון שפוטר אותה מתשלום וזה מצב קלאסי שבו הערב דווקא צריך לשלם. הערבה צריכה לשלם לאב והיא תהא זכאית לשיפוי מהאם אבל כשהיא תבוא לאם ותדרוש שיפוי, האם יכולה לטעון "עד שתעשיר". כך קבע פסק הדין.

כשדיברנו על חוק המכר, דיברנו על נושא של דחיית קיום (סעיף 43 לחוק החוזים ופסקי הדין). כלומר, אם אני קונה ממך סחורה ואתה לא מוסר לי את הסחורה, אני יכול לדחות את מועד התשלום עד שאתה תספק. **דוגמא**: אם אתה ביום ראשון צריך לספק לי סחורה וביום שני אני צריך לשלם לך, ביום ראשון לא סיפקת את הסחורה ביום שני אני לא אשלם לך אלא אני אבקש דחיית קיום. אלה שתי טענות דומות – מה האם אומרת בפסק דין קוט? שהיא לא משלמת לא כי היא לא חייבת, היא דוחה את התשלום עד שיהיה לה כסף. הדחייה שמבקשת לאם לא נובעת מהקשר החוזי אלא מהסטטוס שלה ובנסיבות שאין כסף, החוק נותן לך פטור זמני עד שיהיה לך כסף. בנסיבות של האם זה "עד שתעשיר". לעומת דחייה דיברנו עליה בהקשר של חוק המכר שנובעת כתגובה להפרת חוזה, הזכות של חייב לדחות את החיוב שלו כתגובה להפרת חוזה מצד הנושה, היא טענה שנובעת מהחוזה. לכן, את הטענה הזו הערב כן יוכל לטעון. **אם הנושה לא סיפק את הסחורה ולכן, החייב דוחה את התשלום והנושה ילך לערב, גם הערב יכול לדחות את התשלום כי זו טענת הגנה שנובעת מהחיוב.** בשני המקרים הערב מנסה להשתמש בטענת דחייה של החייב אבל זה טענות שונות.

גם הטענה בפסק דין גמבש של הערב מזכיר את הדבר הבא: אם לחייב יש טענת קיזוז, גם לערב. מפסק דין גמבש אנו למדים שכשמדובר תביעה בסדר דין מקוצר, הרבה פעמים הבנק מגיש נגד החייב תביעה בסדר דין מקוצר, החייב מגיש תביעה להתגונן (בר"ל). נניח שבשלב ראשון יתנו על סמך זה לחייב להתגונן (טענת קיזוז לצורך העניין), גם אם הערב לא הגיש בר"ל, אם ניתנת רשות להתגונן לחייב על בסיס טענות הגנה שלו שנובעות מהחוזה, אוטומטית זה מוקנה גם לערב.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

**סעיף 7(ב) לחוק הערבות – סעיף זה מחדש ביחס להתיישנות את הדברים הבאים :**

לערב יש את טענת ההתיישנות שלו וגם את טענת ההתיישנות של החייב ← מה שבא קודם. החייב היה צריך לשלם ב-1/1 והוא לא שילם, מתחיל מירוך ההתיישנות. מירוך ההתיישנות מתחיל נגד הערב כשפונים לערב ודורשים ממנו את התשלום והוא לא משלם. לפי סעיף 8 לחוק הערבות צריך לפנות קודם לחייב, אז יש להניח שהעילה כנגד הערב תיווצר במועד מאוחר מהעילה כנגד החייב. גם אם עוד לא התיישנה העילה כנגד הערב, הנושה מגיש נגדו תביעה והעילה כנגד הערב לא התיישנה אבל העילה שלו נגד החייב התשיינה, הערב יוכל לטעון גם להתיישנות.

בערב מוגן, תקופת ההתיישנות נגד הערב יכולה להיות ארוכה מאוד (סעיף 27 לחוק הערבות). אם הערב מוגדר כערב מוגן החוק אומר שהנושה חייב קודם לקבל פסק דין נגד החייב ואז הוא צריך למצות את הליכי הוצל"פ נגד החייב.

**דוגמא:** אם הנושה הגיש נגד החייב העיקרי תביעה סמוך לתום תקופת ההתיישנות, כלומר, החייב לא שילם, עברו 6 שנים ו-11 חודשים אחר כך, מגיש נגדו הנושה תביעה, הוא יכול. התביעה מתבררת בבית המשפט 3 שנים, מוגש ערעור על פסק הדין ויש עוד שנה. מדובר בסך הכל ב-11 שנים. כעת יש פסק דין לטובת הנושה, הוא חייב למצות הליכי הוצל"פ כנגד החייב, עברו עוד 3 שנים ומדובר כבר ב-14 שנה. רק אחרי שהוא כשל בהליכי הוצל"פ, נוצרת התביעה כנגד הערב המוגן. הוא פנה לערב והערב לא שילם – הוא חיכה עוד 6 שנים ו-11 חודשים כי אז מתחילה תקופת ההתיישנות שלו. עוברות כמעט למעלה מ-20 שנה ועדיין אפשר להגיש תביעה כנגד הערב המוגן.

אמרנו שלערב יש כנגד הנושה את טענות ההגנה שיש לחייב לגבי התשלום.

**יש טענות הגנה שלערב יש כלפי הנושה מכוח עצמו:**

1. טענה אישית – אם במקרה לערב יש טענת קיזוז אישית כנגד הנושה. למשל, הנושה דפק לערב את הרכב בחניה והערב כעת צריך לשלם לנושה, הוא יכול לקזז. מכיוון שזה לא מאותה העסקה זה יכול להיות סכום קצוב. **יכולות להיות לערב טענות אישיות שלו כלפי הנושה – הן לא קשורות למשולש הערבות, נובעות מעצמו או מהדין הכללי ומהעובדה שאפשר לקזז טענות גם מעסקאות אחרות בתנאי שהן בסכום קצוב.**

2. טענת הטעייה - טענה קלאסית שאנו רואים בפסיקה שהיא טענה ישירה של הערב. אם אנו מדברים על הטעייה זה מידע שלא סיפקו לערב לפני שהוא התחייב ביחס לערבותו. מידע שיש לנושה בקשר למצבו של החייב והוא הסתיר או מסר מידע כוזב ולפעמים אפילו מידע שיש לנושה בקשר למצב של ערבים אחרים והוא הסתיר – זו הטעייה שיכולה לאפשר לערב לבטל את החוזה ולהשתחרר מהחבות שלו.

בהקשר הזה, ככל שמדובר בבנק, בשעתו תוקן חוק הבנקאות (שירות ללקוח) והוסף לו סעיף 17א'. בכמה פסקי דין שעסקו בבנקים, ערב ניסה לטעון כנגד הבנק שהבנק לא מסר לו מידע שהוא חייב למסור לפי חוק הבנקאות (שירות ללקוח) והבנק אמר שחוק הבנקאות (שירות ללקוח) לא חל כי הוא לא לקוח של הבנק אלא ערב. בעקבות זה הוסף סעיף 17א'.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

כל חובות הגילוי של בנק כלפי לקוחות חל גם כלפי הערב למרות שהוא לא לקוח מכוח סעיף 17א' לחוק הבנקאות (שירות ללקוח).

גם לפני שתוקן החוק, בית המשפט החיל חובה כללית מכוח סעיף 12 לחוק החוזים – חובת תום לב במו"מ. אם הוסתר מידע מהותי מהערב לפני כריתת חוזה הערבות, בד"כ מידע מהותי בקשר למצבו של החייב או בקשר למצבם של ערבים אחרים, זו טענת הטעיה שיכולה לשחרר את הערב.

מה קורה אם הוסתר מהערב מידע חשוב/מהותי לא בשלב שלפני הכניסה לערבות אלא תוך כדי?

ע"א 1570/92 **בנק המזרחי נ' ציגלר**: פסק דין שהפעילו בו את סעיף 12 כדי לקבוע חובת גילוי כלפי ערב – הוא ניתן אחרי שסעיף 17א' נחקק אבל החוזה נכרת לפני התיקון של החוב אז אי אפשר היה להחיל את חוק הבנקאות (שירות ללקוח) אז בית המשפט החיל את סעיף 12 לחוק החוזים.

כנ"ל לרע"א 2443/98 **ליברמן נ' דיסקונט**: הפרת חובת הגילוי הייתה בשלב שהחוזה כבר היה קיים. החייב בא לנושה כשהגיע מועד הפרעון וביקש ארכה (הנושה = בנק דיסקונט). הבנק נתן ארכה לפרעון. הוא לא העביר את המידע שהחייב לא יכול לפרוע ושהוא בקשיים לערב. בסופו של דבר, החייב ברח מהארץ. הערב גם צריך לשלם וגם אין לו ממי לגבות. היה מדובר בערבות על שטר וערבות על שטר לפי סעיף 57 לפקודת השטרות דינה לפי חוק הערבות ומחילים את אותם כללים. השופט ברק: "לדעתי מוטלת על הנושה החובה להודיע לערבים בתוך זמן סביר על הארכה שניתנה לחייב העיקרי (אי אפשר להטיל את חובת הגילוי על בסיס סעיף 12 כיוון שהוא אינו רלוונטי, מדובר בתוך כדי ביצוע החוזה ולא בשלב הטרם חוזי). חובה זו מקורה בעיקרון תום הלב הקבוע בסעיף 39 לחוק החוזים. תום הלב דורש שאם הנפרע נתן ארכה לחייב העיקרי תינתן הודעה לערבים תוך זמן סביר כדי להבטיח את האינטרסים שלהם..". אם ידעו הערבים הם יכלו לדרוש ולפנות לקבלת צו עיכוב יציאה מהארץ נגד החייב העיקרי וכו'. נפסק שחרור מלא של הערבים מחבותם.

יש חובת גילוי טרום חוזית והיא נקראת הטעיה ויש חובת גילוי במהלך החוזה מכוח סעיף 39 והתוצאה היא שחרור מלא, תלוי בנסיבות, כך נקבע במקרה דנן.

ת.א. (י-ם) 5272/03 **אילו נ' דיסקונט**: מדובר על משכון נכס לפי סעיף 12 לחוק המשכון חלים על זה אותם כללים. מקרה המשכנתא במקרה הספציפי הזה הפך את הממשכן גם לערב.

במקרה דנן דובר על בני זוג (הגב' ואדון אילו). במסגרת חוזה ערבות הדדית היה סעיף שהבנקים נוהגים להכניס לתוך הסעיפים שלהם 'ערבות מתגלגלת' = הם ערבים אחד לחשבון של השני גם אם הצד השני יפתח חשבונות בנק נוספים, הערב יהיה ערב גם להם (גם באותו בנק או בסניפים אחרים) ואם הבעל יהיה ערב לאיזשהו חשבון אז גם האישה תהיה ערבה לחשבון. תוך כדי התקופה של הערבות, הבעל חתם כערב לחשבון של חברה, החברה לא פרעה את החוב, הבעל נדרש לפרוע את החוב ואין לו את היכולת ולכן, הגיעו לאישה.

השופט בועז אוקון: תניית הערבות המתגלגלת אינה חלה על עסקאות בסיס שטרם נוצרו, להבדיל מיתרות חוב מאוחרות בעסקאות קיימות. כל תוספת חוליה לשרשרת היא מסה קריטית המחייבת דיווח מידי. כלומר, הוא אומר שיש תניה כזאת אבל התוספות של חוב נוסף חדש כמו שהבעל חתם, זו מסה קריטית שמחייבת דיווח מידי. אם הבנק לא מדווח וסומך על זה שיש מראש סעיף כזה בחוזה, זה לא יתפוס. לא מספיק הסעיף אלא צריך הזרמה נוספת של מידע. הבנק היה צריך ליידע אותה מיידית על זה. השופט קובע כי התנייה תהיה נטולת תוקף אלא אם כן מודיע הבנק במפורש לערב על כך שנוצרה שרשרת חדשה מכוחה הוא נוסף לגורם נוסף, במקרה

## מיטל הרוש

השימוש במחברת באחריות המשתמש

כזה זו מסה קריטית שמחייבת דיווח מידי. במקרה זה, נוכח ההתנהגות של הבנק, הוא מושתק מלטעון שהתגבשה שרשרת חיובים כזאת והשופט שחרר אותה מערבותה.

← סעיף 7(א) לא ממצה את הטענות של הערב אלא רק תוספת לטענות של הערב עצמו שנגזרת מחובת הגילוי בין הנושה לערב גם בטרום חתימת ההסכם וגם במהלך ביצוע ההסכם.

סעיף 8 לחוק הערבות –**אחריות הערב**

8. הערב והחייב אחראים כלפי הנושה יחד ולחוד, אולם אין הנושה רשאי לדרוש מן הערב מילוי ערבותו בלי שדרש תחילה מן החייב קיום חיובו, אלא באחת הנסיבות האלה:

- (1) הערב ויתר על הדרישה מן החייב;
- (2) ניתן נגד החייב צו קבלת נכסים או צו פירוק;
- (3) החייב מת או נמצא מחוץ לישראל או שמתן הדרישה כרוך בקשיים מיוחדים.

העובדה שערב הוא חייב משני, למרות ששניהם חייבים, הנושה חייב קודם לפנות אל החייב העיקרי. לפנות = שום דבר (לפי הפסיקה), רק לפנות.

רק בערב מוגן לפי סעיף 27 יש צורך בפסק דין וכו'. לפי סעיף 8 לחוק הערבות, מספיקה רק פנייה. הנטל הוא מינימלי – **רק פניה מוקדמת לחייב, אין צורך להראות מיצוי הליכים וכו'.** למעט במקרים שהערב ויתר או ניתן נגד החייב צו פירוק או קבלת נכסים או שהחייב מת – בכל המקרים הללו, מתייתרת החובה לפנות קודם בדרישה אל החייב העיקרי.

עקרון השיפוי

אמרנו שעקרון נוסף בערבות זה עקרון השיפוי – אחרי שהערב שילם לנושה, יש לו זכות לפנות לחייב.

סעיף 9 לחוק – סעיף מרכזי.**זכות הערב לחזור על החייב**

9. זולת אם ניתנה הערבות שלא בהסכמת החייב, זכאי הערב לחזור על החייב ולהיפרע ממנו מה שנתן למילוי ערבותו, בתוספת הוצאות סבירות שהוציא לרגל הערבות וריבית בשיעור המלא לפי חוק פסיקת ריבית, תשכ"א-1961, מיום מילוי הערבות או מיום ההוצאות.

**סייג:** זכות השיפוי לא מתקיימת אם הערבות ניתנה שלא בהסכמת החייב.

ערבות יכולה להיווצר בלי הסכמת החייב. **דוגמא:** נניח שהחייב רוצה מסגרת אשראי בבנק והבנק לא יתן לו כסף אז אבא שלו ערב אבל הוא לא רוצה לפגוע לחייב בתחושת העצמאות אז הוא הולך לבנק בשקט ואומר שהוא יהיה ערב ומבקש מהבנק לא לספר לבן שלו.

**יכולים להיווצר מצבים שהערבות ניתנה שלא בהסכמת החייב ובמקרה כזה, לא יהיה שיפוי.**

**באופן בסיסי, למה לערב יש זכות לקבל חזרה מהחייב? עשיית עושר שלא במשפט ←** זה לא החוב של הערב, הוא פרע חוב של מישהו אחר. החייב למעשה התעשר על חשבונו של הערב.

## מיטל הרוש

השימוש במחברת באחריות המשתמש

פרעון חוב של מישהו אחר זה סוגיה שמוסדרת בחוק עשיית עושר ולא במשפט.

**דין הפורע חוב הזולת**

4. מי שפרע חובו של אדם אחר בלי שהיה חייב לכך כלפיו, אינו זכאי להשבה אלא אם לא היתה לזוכה סיבה סבירה להתנגד לפרעון החוב, כולו או מקצתו, ואינו זכאי להשבה זו אלא כדי מה שנתן לפרעון החוב.

אצלנו הפורע זה הערב והזולת זה החייב.

אם אמרנו שסעיף 9 אומר שאין זכות שיפוי כשהערב התחייב ללא הסכמת החייב, זו הסיטואציה בסעיף 4 לחוק עשיית עושר ולא במשפט.

אינו זכאי להשבה אלא אם כן לא הייתה לזוכה (החייב) סיבה סבירה להתנגד לפרעון החוב. אם אני התנדבתי לפרוע חוב של מישהו אחר, אני לא זכאי להשבה אלא אם כן לחייב לא הייתה סיבה סבירה להתנגד.

המבחן הוא אובייקטיבי: אם אין סיבה סבירה להתנגד לפרעון החוב, כלומר, בכל מקרה הוא צריך לשלם, אז לפי סעיף 4 לחוק עשיית עושר, הערב כן זכאי לקבל השבה.

למה בסעיף 9 אין את אותו הסדר? גם לפי סעיף 9 ההגיון אומר שנניח שהערב התחייב ללא הסכמת החייב ובסוף הוא נאלץ לשלם, באמת לערב תהיה זכות שיפוי מהחייב אלא אם כן לחייב תהיה סיבה סבירה להתנגד.

אין פסיקה בעניין הזה אבל בספרות עולה הסברה והמרצה נוטה להסכים עם זה. **המרצה:** אם תתעורר שאלה בקשר לסעיף 9 לחוק הערבות: צריך לפרש את סעיף 9 לחוק הערבות בכפיות לסעיף 4 לחוק עשיית עושר – אין זכות שיפוי אלא אם כן אין לחייב שום סיבה סבירה להתנגד לפרעון על ידי אדם אחר.

אמרנו שלפי סעיף 7 לחוק הערבות, כל טענה שעומדת לחייב כנגד הנושה, עומדת לערב. עד עכשיו הסתכלנו על זה כפריביליגיה לערב. מסתבר שזה לא רק פריביליגיה אלא גם נטל כי אם הוא לא עושה את זה, הוא יכול להיות בבעיה. כלומר, אם הנושה בא אל הערב ואומר לו לשלם והערב יודע שלחייב יש טענות הגנה, לא רק כדאי לו להשתמש בהן אלא הוא למעשה חייב להשתמש בהן.

**סעיף 10 לחוק הערבות –****סייג לזכות הערב לחזור על החייב**

10. (א) הערב לא יהיה זכאי לחזור על החייב במידה שהוא היה עשוי להיות מופטר על ידי טענה שעמדה לחייב כלפי הנושה בקשר לחיובו והטענה היתה ידועה לערב ולא התגונן בה; ובלבד שזכות הערב לחזור על החייב אינה נפגעת אם עשה כאמור בסעיף 5(ג)(1).

(ב) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו אם הערב מילא את ערבותו לאחר ששלח לחייב הודעה על כוונתו לעשות כן ונתן לו זמן סביר לפנות לבית המשפט.

הערב לא יהיה זכאי לקבל שיפוי מהחייב במידה והוא עשוי להיות מופטר על ידי טענה שעמדה לחייב והטענה הייתה ידועה לערב ולא להתגונן בה.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

זה בין היתר נועד למנוע קנוניות בין נושה לבין ערב כדי להתגבר על טענות הגנה של החייב. כדי למנוע את זה אנחנו אומרים שאם הערב יודע שלחייב יש טענות הגנה, לא לרוץ לשלם אלא להעלות את טענת ההגנה אחרת הוא לא יוכל לקבל שיפוי.

אבל יש פטנט והוא סעיף 10(ב) לחוק – לא תמיד לערב יש כוח/זמן/חשק להתחיל להתעסק בתביעות על כך. אם לערב יש כסף, יכול להיות שיהיה לו יותר קל לשלם ואחר כך לגבות מהחייב. כדי למנוע מצב שהוא לא יוכל לגבות מהחייב, הערב יכול לתת הודעה לחייב "דע לך שאני עומד לשלם לנושה ואם יש לך התנגדות או טענות, לך לבית המשפט, אם לא תלך אני משלם" זה פוטר אותו מסעיף 10(א) ואז הוא יהיה זכאי לשיפוי.

✓ אם הערב יודע שיש טענות הגנה לחייב והוא משלם מבלי להעלות את טענות ההגנה, הוא לא יהיה זכאי להחזר מהחייב וזה מאוד משמעותי. לכן, לפני שהערב משלם עליו להודיע לחייב.

סעיף 11 לחוק הערבות –**דין הערב לפני שמילא ערבותו**

11. לערב יהיו, לפני שמילא ערבותו, אותם הסעדים להבטחת זכותו לחזור על החייב הנתונים לנושה להבטחת חוב שטרם הגיע זמן פרעונו.

לערב יש זכות לקבל שיפוי מהחייב אבל זו זכות על תנאי והתנאי הוא שהערב שילם לנושה. כל עוד הערב לא שילם לנושה, זכות השיפוי היא זכות עתידית מותנית. מה קורה אם הערב רואה שהחייב מתחיל להיפרד מנכסיו? להעביר אותם או להבריח אותם. הוא יודע שאם הוא מעלים את הנכסים שלו, כנראה הוא גם לא ישלם לנושה ואחר כך אי אפשר יהיה לגבות ממנו בחזרה. לכן, הערב רוצה לנקוט צעדים מקדמיים כדי למנוע את זה.

"אותם הסעדים להבטחת זכותו להבטחת חוב שטרם הגיע זמן פרעונו" – אין היום סעיף מפורש באיזשהו חוק שמקנה סעדים להבטחת זכותו של הערב אלא שבאופן מהותי יש סעדים כאלה כמו סעדי מניעה – צו מניעה זמני, עיקול זמני, עיכוב יציאה מהארץ. למשל, אם אני רואה שהחייב הולך לברוח אני אוציא צו עיכוב יציאה מהארץ כסעד זמני.

זה שלנושה יש את הזכות הזאת זה מובן מאליו, החידוש זה שיש לערב את הזכות הזאת כי הוא נושה פוטנציאלי על תנאי.

רעיון דומה לסעיף 11: בחוזה על תנאי לפי סעיף 27(ג) לחוק החוזים הכללי – מדובר בזכות עתידית שהיא מותנית ולא יודעים אם היא תתממש. זה לא תרופות לפי חוק התרופות, הוא לא זכאי לפיצויים וכו' כי הוא לא יודע אם החיוב יתקיים אבל הוא כן זכאי לסעדים לפי סעדים זמניים, כך בדיוק לפי סעיף 11 לחוק הערבות.

סעיף 12 לחוק הערבות –**שעבוד נכס של החייב**

12. היה החיוב הנערב מובטח גם בשעבוד נכס של החייב, יעבור השעבוד לזכות הערב, לאחר שמילא ערבותו, להבטחת זכותו לחזור על החייב, ועל נותן השעבוד והנושה לעשות, לפי דרישת הערב, את הפעולות הדרושות כדי שכוחה של ההעברה יהיה יפה לכל דבר; והכל במידה שאין הדבר פוגע בזכויות הנושה.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

חוץ מהערבות יש לנושה גם שיעבוד לטובתו שיעבור בסוף לערב אם הוא שילם, כדי להבטיח את זכות השיפוי. עכשיו השעבוד של הנכס יבטיח את זכות השיפוי. אנחנו נראה שבערב מוגן החוק הולך צעד אחד קדימה ואומר לא רק שזה יעבור אליו אלא אם הנושה התחיל בהליכי מימוש בהוצל"פ ובסוף הוא הלך לערב, הערב נכנס להליכי הוצל"פ מהרגע שהוא נפתח לטובת זכות השיפוי.

**קיזוז בפשיטת רגל:**

רקע לפסק הדין הספקה נ' בית יצחק: כשכל הצדדים בעלי יכולת פירעון אנחנו יודעים שמכוח הדין הכללי וחוקים ספציפיים יש זכות קיזוז. בפשיטת רגל, לקיזוז יש פוטנציאל הרבה יותר גדול מבחינת הצד שמקזז. למשל, נניח שיש קופה של פושט רגל והיא ריקה. יש נושה אחד שמגיע לו 10 ויש נושה שני שמגיע לו 10, כל אחד מהם לא יקבל כלום כי הקופה ריקה. הנושה הראשון הוא לא רק נושה 10, הוא גם חייב לפושט הרגל 10. אם לא היה קיזוז בפשיטת רגל, הוא היה משלם 10 לקופה ואז כל אחד משני הנושים היה מקבל 5 (מחלקים לנושים שווה).

אם יש לנושה הראשון זכות קיזוז, הוא לא ישלם את ה-10 לקופה, הוא לא ישלם ולא יקבל, באופן אמיתי הוא עכשיו במצב עדיף על הנושה השני.

במילים אחרות, זכות קיזוז בפשיטת רגל עובדת עבור הצד שיכול לקזז כאילו הוא נושה מובטח כי על הסכם שהוא מקזז, הוא את כולו מקבל לטובת עצמו. לכן יש דין ספציפי – סעיף 74 לפקודת פשי"ר שעוסק בקיזוז וחל על פירוק חברות. בחוק החדש – חוק חדלות הפרעון זה יהיה סעיף 255 – 256. באופן בסיסי, הדין יהיה אותו דבר בהקשר למה שאנו לומדים.

בניגוד לסעיפי הקיזוז הרגילים, צדדים לא יכולים להתנות על הכללים של סעיף הקיזוז בפשיטת רגל והסיבה היא שכל התנייה היא לא רק ביחסים שבין החייב לנושה אלא משפיעה מיד על הצדדים האחרים/הנושים האחרים ולכן, יש דברים שקבועים ואי אפשר לשנות אותם בהסכמה חוזית. התנאי המרכזי הוא שהחוב המקוזז צריך להיות חוב קיים בפועל, לא חוב מותנה אלא חוב ממשי קיים במועד מתן צו פשיטת הרגל או צו הפירוק.

ע"א 5005/90 **הספקה נ' בית יצחק**: הספקה הייתה חברה שהקימו כמה מושבים ביחד כדי לרכוש ביחד ציוד חקלאי - זרעים, דשן וכו' (כשקונים במרוכז זה יותר זול). הספקה מכרה את הזרעים הדשן וכו' למושבים כשאחד מהם הוא בית יצחק. הבעלים של הספקה הם גם המושבים (הם בעלי המניות בהספקה). הספקה כדי לעשות את הפעילות שלה צריכה אשראי מבנק ומי שערב לאשראי זה בעלי המניות בחברה, כולל את בית יצחק. גם בית יצחק ערב להספקה.

כעת, הספקה חייבת כסף לנושה, הבנק, אין לה כסף, ניתן נגדה צו פירוק (הבנק ביקש מבית המשפט). הבנק פונה לבית יצחק. בית יצחק משלם את החוב לבנק ועכשיו רוצה שיפוי מהמפרק. במקביל, המפרק בא לבית יצחק ואומר אתם חייבים כסף עבור ציוד שקיבלתם מהספקה (זרעים דשן וכו').

בית יצחק מודיעה למפרק על קיזוז. מסתבר שהזכות של בית יצחק לקבל שיפוי מותנית בזה שהיא שילמה לבנק, אחרת זה רק זכות מותנית, עוד לא חוב ממשי. החוב שלה בגין השיפוי נוצר רק אחרי שבית יצחק שילמה לבנק. בית יצחק שילמה לבנק אחרי שניתן צו פירוק ומכיוון שכך, אי אפשר להפעיל את סעיף הקיזוז. עכשיו בית יצחק

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

צריכה לשלם את כל מה שהיא חייבת לקופה ולגבי מה שמגיע לה כשיפוי, היא צריכה להגיש הוכחת חוב ולעמוד בתור עם כל הנושים הלא מובטחים ובמציאות הישראלית רוב הסיכויים שהיא לא תקבל כלום.

הרבה פעמים צו פירוק או פשיטת רגל לא ניתן מהיום למחר, התהליך שבו גוף מגיע לחדלות פרעון לוקח זמן. הרבה פעמים כשהנושה יפנה אל החייב, עוד לפני שניתן צו פירוק, הוא יגיד לו שהוא לא יכול לשלם. הנושה יפנה לערב. אף ערב לא רץ מהר לשלם. אם הערב יודע שעומד להינתן צו פירוק, כדאי לו לרוץ ולשלם לפני אם הוא נמצא במצב של חובות הדדיים, אחרת הוא ישלם את כל החוב שלו לקופה ויעמוד בתור לקבל את החלק שלו בשיפוי כנושה לא מובטח אלא אם כן עבר לטובתו לפי סעיף 12 שיעבוד.

פסק הדין של הספקה יכול לגרום לטעות אופטית – נניח שאין חובות הדדים, ניתן כנגד החייב צו פירוק, הנושה פונה לערב והערב עדיין לא משלם ויש כבר צו פירוק. עכשיו המפרק מוציא הודעה שצריך להגיש הוכחות חוב ויש לכך מגבלת זמן. מה עושה במצב כזה הערב? לא רץ לשלם. יש פה פסיקה מפורשת שהערב יכול להגיש הוכחת חוב גם על חוב מותנה. כלומר, להגיש הוכחת חוב למפרק ולהגיד עוד לא שילמתי אבל אני ערב והנושה עתיד לפנות אליי ולגבות ממני. **אפשר להגיש הוכחת חוב על חוב מותנה שעוד לא התגבש. לעומת זאת, בקיזוז צריך שהחוב יהיה קיים בפועל.**

אני מגיש את הוכחת החוב ואני מציין שזה חוב מותנה כי אני ערב ולא שילמתי, אם באיזושהי דרך אני לא צריך לשלם, אז כלום אבל כדי שאני לא אפספס את מועד הוכחת החוב, אפשר להגיש הוכחת חוב על ידי ערב שעוד לא שילם (הוכחת חוב על תנאי).

**בשביל קיזוז צריך שיהיה תשלום בפועל לפני מועד צו פשיטת הרגל.**

המרצה: הפסיקה מתייחסת רק לחברות ושם ההלכה ברורה – מועד מתן צו הפירוק.

**פרק ב': ערבות של ערב יחיד**

פחות מסחרי, יותר בעל אופי צרכני.

שני תיקוני חוק יצרו את פרק ב' שנולדו מזעקה של ערבים (קרובי משפחה וכיו" שחתמו על ערבות למישהו שקנה דירה כמו בן דוד או אח ואז גילו שהבנקים בחוזים שלהם התנו בעצם על כל ההגנות של סעיפים 2, 4, 5, 6, 7 ומצאו את עצמם חייבים עיקריים.

**הוראות פרק ב' חלות על ערבות שנתן ערב יחיד לנושה.**

ערב מוגן = ערב יחיד שיש לו עוד כמה אפיונים. לא יכול להיות ערב מוגן שהוא לא קודם כל ערב יחיד. חלק מהערבים היחידים נכנסים גם להגדרת ערב מוגן.

**הגדרות (תיקון מס' 2) תשנ"ח-1997**

19. בפרק זה –

"נושה" – מי שמתן הלוואות הוא במהלך עסקיו הרגיל, אף אם אינו עיסוקו העיקרי;  
 "ערב יחיד" – מי שאינו תאגיד, ולמעט בן זוג של החייב או שותפו של החייב, בין בשותפות רשומה ובין בשותפות שאינה רשומה; היה החייב תאגיד, לא ייחשב כערב יחיד גם מי שהוא בעל ענין בתאגיד; לענין זה, "בעל ענין בתאגיד" – כהגדרת "בעל ענין" בתאגיד, בחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968;

**נושה** = מי שמתן הלוואות הוא במהלך עסקיו הרגיל. כלומר, אם הנושה הוא לא מי שעוסק במתן הלוואות, פרק ב' לא חל עליו. אם זה נושה שנתן הלוואה אקראית או שהחוב בין הנושה לחייב לא נוצר מהלוואה, הפרק לא חל. זה יכול להיות גם גוף חוץ בנקאי.



## מיטל הרוש

השימוש במחברת באחריות המשתמש

**ערב יחיד** = מי שאינו תאגיד, תאגיד לא זוכה להגנה של פרק ב' אלא רק אדם בשר ודם. ערב יחיד זוכה להגנה אם הוא בשר ודם ואם הוא לא בעל אינטרס ישיר בחוב (תנאי מצטבר). כלומר, אם הוא ערב אבל הוא באמת גם בעל אינטרס בחוב העיקרי, אנחנו לא נותנים לו את ההגנות של החייב העיקרי. - בעל עניין בתאגיד: בן זוג של החייב/ שותף של החייב וכו' (נמצא בסעיף).

בתוך קבוצת הערבים היחידים יש טענות נוספות לתת קבוצה שנקראת ערב מוגן. ערב מוגן = ערב יחיד שבחווה הערבות נקוב סכום שלא עולה בערך על 90,000 ₪ וזה מתעדכן בפעם בשנה. או ערב יחיד שהגבלת הסכום היא 750,000 אם החיוב הנערב נועד לרכישת דירה שנועדת למגורי החייב, ילדיו הבגירים או הוריו.

**בשני המקרים האלה, ערבות לרכישת דירה מוגבלת בסכום של 750,000 ₪ או ערבות לא לרכישת דירה שמוגבלת בסכום 90,000 ₪ והערב הוא ערב יחיד, הוא גם יהיה ערב מוגן.**

הגנות מיוחדות שיש לערביםסעיף 21 לחוק הערבות –**ערבות בסכום קצוב (תיקון מס' 2) תשנ"ח-1997**

21. (א) ערב יחיד ערב רק לסכום הנקוב בחווה הערבות ולתוספות כמפורט בסעיף 25.  
(ב) לא נקוב בחווה הערבות סכום קצוב - פטור ערב יחיד מערבותו.

לא יכולה להיות ערבות בלתי מוגבלת בסכום כשמדובר על ערב יחיד. לכל קבוצת הערבים היחידים, הערבות צריכה להיות מוגבלת בסכום ואין היא לא מוגבלת בסכום, אין לה תוקף.

סעיף 22 לחוק הערבות – עוסק בחובות גילוי.

אמרנו שיש חובות גילוי כלפי ערב שהוא לא ערב יחיד מכוח סעיף 12 לחוק החוזים, מכוח חוק הבנקאות (שירות ללקוח) וכו'.

אבל פה יש פירוט מדויק מה צריך לגלות ומה הסנקציה על אם לא מגלים. הסכום הנקוב בחווה שבין הנושה לחייב, שיעור הריבית השנתי, תקופת החיוב וכו'... הכל נמצא בסעיף. אם הוא ערב יחיד צריך להעמיד אותו על הזכויות שלו.

סעיף 23 לחוק הערבות – תוצאות של אי גילוי והתוצאות הן משמעויות.

לפעמים זה פטור מלא ולפעמים זה פטור חלקי, יש סנקציות מפורטות מה נגזר מהפרה של כל אחת מחובות הגילוי.

סעיף 24 לחוק הערבות – קשור לחובת גילוי – מסירת עותק מהחווה והזדמנות לעיין בו לפני החתימה.סעיף 25 לחוק הערבות – מפרט את התוספות שניתן להצמיד לסכום הערבות.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

סעיף 26 לחוק הערבות – עוסק בחובות גילוי תוך כדי קיום החוזה (כמו שראינו שברק ביסס את זה על סעיף 39 באופן כללי) כשמדובר על פרק ב', יש חובת גילוי ספציפי. אם החייב העיקרי לא קיים את חיובו, יודיע על כך הנושה לערב יחיד וכו'.

סעיף 27 לחוק הערבות – שכלול של סעיף 8. בסעיף 8 אמרנו שיש דרישה לפנות לחייב. במקרה דנן, לא תוגש תובענה נגד ערב מוגן אלא אם כן ניתן פסק דין נגד החייב ובנוסף מוצו הליכי ההוצל"פ. ברוב המקרים ערב מוגן זה ערב שערב לרכישת דירה. אם כן, במחירים של הדירות היום, המרצה מניח שבחלק גדול מהמקרים הסכומים יותר גדולים מהסכום הנקוב בחוק. **חריג בסעיף 27(ב):** אם החייב מת, הוכרז פסול דין וכו', בכל המקרים האלה אפשר ישר לפנות אל הערב.

סעיף 28 לחוק הערבות – שכלול של סעיף 12 לחוק הערבות. בסעיף 12 לחוק הערבות אמרנו שאם יש משכון שנועד להבטיח את החוב והערב שילם, אז המשכון עובר לטובת הערב כדי לעזור לו לקבל שיפוי. מילא ערב נוגן את ערבותו יהא דינו כדין הנושה לעניין הליכי גביית החוב מאת החייב... הערב נכנס לתיק ההוצל"פ מאותו שלב שהוא נפתח וממשיך לנהל את ההליכים, הוא נכנס לנעליו של הנושה והחוב הזה יגבה לטובת השיפוי.

סעיף 29 לחוק הערבות – ערבים מוגנים חייבים בחלקים שווים. ואם היו ערבים מוגנים וגם לא מוגנים, עדיין הערבים המוגנים יהיו לפי החלוקה לכלל הערבים.

סעיף 31 לחוק הערבות – מכיל את ההוראות האלה על ערבות שטרית.

סעיף 32 לחוק הערבות – **הכי חשוב! הופך את ההוראות האלה להוראות קוגנטיות.** כשמדובר בערב יחיד, הקוגנטיות חלה לא רק על פרק ב' אלא גם על הסעיפים בפרק א' (5,6,7,11 ו-12). כשמדובר בערב יחיד הן הופכות להיות קוגנטיות. לצורך זה עשו בעיקר את הפרק הזה.

**אי התנאה (תיקון מס' 2) תשנ"ח-1997**

32. על אף האמור בכל דין, בערבות לפי פרק זה, התניה על הוראות הפרק ועל סעיפים 5, 6, 7, 11 ו-12 שאינה לטובת ערב יחיד בטלה.

**21 בדצמבר 2018****חוזים אחידים****המאפיין הכי חשוב בחוזים אחידים זה שלקוחות לא קוראים חוזים אחידים.**

יש אין סוף מחקרים על העניין הזה. למשל, היום חלק גדול מהחוזים הם חוזים אינטרנטיים. יש מחקר למשל על משתמשי פייסבוק – צריך להסכים לתנאים החוזיים. גילו שרק אחד מתוך 1,000 אנשים, נכנס לתקנון. כל אלה שפתחו את התנאים, זמן שההייה שלהם בעמוד של התנאים היה כזה שלא אפשר להם בשום אופן לקרוא את התקנון. אנשים לא קוראים. זה נובע מהרבה סיבות: גם אם ינסו לקרוא את התנאים בדרך כלל היא כתובה בשפה משפטית מסובכת, החוזים מסובכים לקריאה, אי אפשר לשנות אותם, משעמם לקרוא אותם וכו'. מה

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

שעובד פה מאוד ויש על זה הרבה מחקרים זה הטעיות קוגניטיביות – אנשים שנכנסים לחוזה אומרים אם כולם חתמו גם אני יכול לחתום אז אני מניח שהכל בסדר, אני לא רוצה להצטייר כטררן ונוודניק וכו'. יש גם הטעיה של אנשים לאופטימיות יתר.

אנשים מניחים שהסעיפים הבעייתיים ממילא לא יתמשו, ההנחה היא שהחוזה יהיה בסדר. ברור שבחלק מהמקרים בסוף זה לא בסדר ואז יש ניסיון להשען על התנאים האלה. מכל הסיבות הללו יש ממצאים אמפיריים שאנשים לא קוראים.

**דוגמא נוספת:** מחקר שנעשה בארה"ב גם בחוזה אינטרנטי של אחת החברות הגדולות – השחילו פנימה תנאי שאומר שהעשרה הראשונים שיקראו את התנאי הזה ויצרו קשר עם החברה יקבלו \$1,000 ואף אחד לא נכנס לזה.

מה התוצאה של העובדה שאנשים לא קוראים חוזים אחידים?

אין מודעות לתנאים הללו ולכן, אין תחרות על המוצר שנקרא תנאי החוזה. אם יש משהו שאין עליו תחרות זה התנאים המשפטיים בחוזים האחידים והסיבה היא שאנחנו לא קוראים. כשאין תחרות יש כשל שוק כי כל חברה יכולה להכניס איזה תנאים שהיא רוצה לחוזה כי זה לא ימנע מאנשים לקנות את המוצר או השירות שלה.

היו ציפיות שעם הרשת החברתית יציפו תנאים גרועים בחוזים אחידים. מספיק שאחד עולה על תנאים גרועים יפיצו את זה אבל המציאות מוכיחה שלא. מציפים ברשת רק על חברות שמתנהלות באופן לא טוב ללקוחות שלה. אין שיימינג לגבי תנאים משפטיים וזהו כשל שוק. ולכן, כשיש כשל שוק, צריך אסדרה (רגולציה). הרגולציה נעשית בכמה מישורים:

(1) רגולציה חקיקתית (חקיקה ראשית וחקיקה משנית) – חוק חוזה ביטוח יוצר רגולציה בתחום של חוזי ביטוח, חוק המכר דירות וכו'.

(2) רגולציה מנהלית בחלק מהמקרים – של המפקח על הבנקים בתחום הבנקאות (יותר שומר על הבנקים מאשר על הלקוחות וכו').

(3) רגולציה שנעשית על ידי בתי המשפט – תוך כדי כתיבת פסקי דין, הרגולציה החקיקתית והמנהלית היא בדרך כלל רגולציה שנעשית עוד לפני שיש תקלה על מנת להסדיר את התחום. הרגולציה של בתי המשפט היא בדרך כלל אחרי שקורה מקרה, בית המשפט נותן את דעתו ואגב כך יוצר פיקוח או רגולציה.

גם פה יש כל מיני כלים שבית המשפט יוצר רגולציה, **דוגמא:** שימוש בסעיף 30 לחוק החוזים (תקנת הציבור) – בית המשפט לפעמים מתערב בתנאים מאוד לא הוגנים בחוזים אחידים ואומר שזה סותר את תקנת הציבור וקובע בטלות של תנאי כזה. לפעמים שימוש מוגבר בעקרון תום הלב (כלומר, כשמדובר בחוזים אחידים, בית משפט מתערב יותר בעזרת הכלי של תום לב) למשל, **פס"ד יטח נ' מפעל הפיס** – היה תנאי שאמר שאם הלקוח לא מחזיק פיזית את הכרטיס ביד, הוא לא יקבל את הזכייה. ליטח עבד הכרטיס המקורי למרות שהיה לו עותק של הכרטיס וכל הסימנים הראו שהוא הזוכה (עברה כבר תקופת ההתיישנות של מפעל הפיס ואף אחד לא בא לקחת את הזכייה, לפי המחשבים של מפעל הפיס, הכרטיס נקנה איפה שיטח תמיד קונה, המספרים שזכו היו המספרים שהוא תמיד ממלא). הדבר היחיד שלא היה לו זה את הכרטיס המקורי אלא עותק ולא רצו לשלם לו. בית המשפט הכריח את מפעל הפיס לשלם דרך תום לב – הוא אמר שניצול של התנאי שבחוזה המאפשר למפעל הפיס לא לשלם בנסיבות כאלה, זה שימוש שלא בתום לב בזכות שנובעת מהחוזה ולכן, מפעל הפיס מנוע

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

מלהסתמך על הסעיף הזה והוא צריך לשלם. בית המשפט הזכיר כמה פעמים בפסק הדין את העובדה שמדובר בחוזה אחיד. לא השתמשו בחוק החוזים האחידים כי הוא מאפשר לבטל או לשנות תנאי, ברוב המקרים התנאי בהסכם של מפעל הפיס הוא תנאי הכרחי ובלי זה אי אפשר לפעול. לבטל את התנאי הזה כתנאי שהוא לא בסדר זה לא הפתרון אלא הפתרון הוא לא לאפשר להשתמש בתנאי במקרה ספציפי – **יש שימוש מוגבר בעקרון תום הלב ובתקנת הציבור בחוזים אחידים.**

מקרה נוסף שבית המשפט נוטה להתערב הוא: כללים מיוחדים של פרשנות שהתפתחו ביחס לחוזים אחידים כמו למשל הכלל של פרשנות לרעת המנסח. חוזה אחיד הוא דוגמה קלאסית לחוזה שצד אחד מנסח ויש את הכלל של פרשנות לרעת המנסח.

3352/07 **בנק הפועלים נ' כריסטין הורש:** בית המשפט מזכיר את שלושת כללי הפרשנות שמנוסחים לחוזים אחידים – (1) פרשנות כנגד המנסח. (2) מפרשים חוזים אחידים לפי תכליות אובייקטיביות ולא סובייקטיביות – לא שואלים את עצמנו למה הצדדים התכוונו בסעיף מסוים של החוזה הבנקאי אלא על פי תכליות אובייקטיביות – אנחנו מעדיפים פירוש שהוא הוגן על פני פירוש שהוא לא הוגן, פירוש הגיוני וכו' וזה מאפשר להגיע לתוצאה יותר מאוזנת גם ופחות מקפחת. אנחנו נעדיף פירוש שלא יוצר קיפוח על פני פירוש שיוצר קיפוח. אם הסעיף ברור אין מקום לפרשנות ואז נעבור לחוק החוזים האחידים. (3) כלל שמשתמשים בו פחות – התחיל בחוזים אחידים של פוליסות ביטוח בפסק דין בית כנסת רמת חן ואחר כך המשיך לחוזים אחידים בפסק דין בנק הפועלים נ' הורש והוא פרשנות של חוזה לפי ציפיותיו הסבירות של המבוטח בחוזי ביטוח או של הלקוח הבנקאי בחוזה בנקאי. זה הרבה יותר מפרשנות זה בעצם הוספה לחוזה של דברים שהם לא קיימים ותואמים את הציפיות הסבירות של הלקוח. **אלה כללי פרשנות שהתפתחו כדי להתמודד עם הכשל בחוזים אחידים.**

לא בכל מדינה יש חוק חוזים אחידים.

אבל יש יותר ויותר מדינות שיש להם חקיקה בתחום של חוזים אחידים וישראל הייתה הראשונה בעולם שחוקקה חוק חוזים אחידים והחוק חוקק בשנת 1964. החוק היה קצת מוקדם מדי, בתי המשפט עוד לא קלטו את הרעיון. כמו כל אבטיפוס היו בחוק הרבה באגים שמנעו הפעלה יעילה שלו וכל השנים שלו הוא כמעט ולא הופעל בבתי המשפט וכשהופעל, זה לא עבד כמו שצריך. בשנת 1982 אספו מסקנות מכמה שנים של אי הצלחה של החוק ונוצר החוק החדש. בדצמבר 2014 החוק עבר רפורמה מאוד מקיפה ועשו תיקון מקיף.

סעיף 24 לחוק החוזים האחידים –

**שמירת דינים**

24. הוראות חוק זה לא יגרעו מהוראות כל דין שעל פיו עשוי חוזה או תנאי שבחוזה להיות בטל או ניתן לביטול, ולא ימנעו טענה נגד חוזה או תנאי שבחוזה.

סעיף של שמירת דינים. זה שאני עוסק בחוזה אחיד לא אומר שכלי התקיפה או הטיפול בתנאים בעייתיים מוגבלים לחוק החוזים האחידים – **כל דיני החוזים האחרים רלוונטיים. חוק החוזים האחידים רק בא להוסיף לחוק החוזים ולא לגרוע ממנו.**

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

חוק החוזים האחידים עוסק אך ורק באפשרות של בית המשפט ובית הדין לבטל או לשנות תנאי מקפח בחוזה אחיד. כל יתר הדברים, טעות או הטעייה, עושק או כפייה, הפרות זה דיני חוזים כלליים. **הוא עוסק רק באפשרות לבטל או לשנות תנאים בחוזה האחיד כי הם מקפחים.**

סעיף 1 לחוק החוזים האחידים -**מטרת החוק**

1. חוק זה מטרתו להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים.

זה החוק הראשון שנחקק עם סעיף מטרה ואחר כך נוספו עוד חוקים רבים עם סעיף מטרה. סעיף שלא מטיל חובות או מקנה זכויות.

מכיוון שהפרשנות של חוקים היא פרשנות תכליתית, הכנסת אומרת לא לעשות מחקר בדברי הכנסת ובפרוטוקולים של הוועדות אלא הכנסת אומרת מה התכלית ולפי זה יש לפרש.

יש סדרה של פסקי דין שעוסקים בפרשנות החוק בעיקר בהיקף התחולה שלו. היקף התחולה נובע מסעיף ההגדרות בסעיף 2 – מה זה חוזה אחיד, מה זה תנאי בחוזה אחיד וכו'. החוק חל רק על תנאים מקפחים בחוזים אחידים, אז ברגע שיש לנו הגדרה של מה זה חוזה אחיד ומה זה תנאי, הוא מגדיר את היקף התחולה של החוק. את סעיף 2 בתי המשפט פרשו באופן מאוד רחב ואפילו יותר ממה שהמחוקק התכוון אליו כדי להגדיל את היקף ההגנה על הלקוחות. מצד שני, התחולה מצומצמת על ידי סעיף 23 לחוק שמוציא מגדר החוק כל מיני מקרים. בגלל סעיף 1 לחוק, בתי המשפט פרשו את סעיף 23 בצמצום. **סעיף ההגדרות של התחולה פירוש מורחב והפירוש של סעיף 23 לחוק בצמצום כדי להגן על הלקוחות.**

סעיף 2 לחוק החוזים האחידים –**הגדרות**

2. בחוק זה –

"חוזה אחיד" - נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסויימים במספרם או בזהותם ;

"תנאי" - תניה בחוזה אחיד, לרבות תניה המאוזכרת בו וכן כל תניה אחרת שהיא חלק מההתקשרות, ולמעט תניה שספק ולקוח הסכימו עליה במיוחד לצורך חוזה מסויים ;

"ספק" - מי שמציע שהתקשרות עמו תהיה לפי חוזה אחיד, ואחת היא אם הוא הנותן או המקבל של דבר ;

"לקוח" - מי שספק מציע לו שהתקשרות ביניהם תהיה לפי חוזה אחיד, ואחת היא אם הוא המקבל או הנותן של דבר ;

"בית הדין" - בית הדין לחוזים אחידים המוקם לפי חוק זה.

היקף תחולת החוק:

1. צד אחד ניסח את התנאים.

2. הוכן עבור הרבה לקוחות.

אלו הם שני תנאים מצטברים וכל אחד מהתנאים הללו בית המשפט פירש מאוד בהרחבה ובנוסף, הוא הכניס גם מקרים שלא מקיימים בדיוק את הדרישה הזאת.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

הרבה פעמים יש חוזה שרק חלק מהתנאים שלו הם אחידים. בניגוד לדירקטיבה האירופית אין שום דרישה שהחוזה יהיה חוזה אחיד צרכני, הוא יכול להיות גם חוזה מסחרי. למשל, יש חברה שהיא יצרן של מוצר ויש לה חוזים עם ספקים שלה (לא לקוחות), חוזה מסחרי לכל דבר ועניין אבל החוזה עם הספקים הוא חוזה אחיד, החוק חל. לכן, זה יכול להיות חוזה עבודה אחיד וכו'.

ההגדרה המורחבת לצרכן – משתמש הקצה ובתנאי שהוא משתמש מהסוג הביתי. אם יש לי חנות מזגנים ואני קונה מלאי של מזגנים מיצרן, זה לא חוזה צרכנות אלא חוזה מסחרי. המשתמש הביתי, משתמש הקצה שקונה מזגן לחדר השינה שלו – זה צרכן.

**זה לא חייב להיות חוזה צרכני!!**

בחוזים מסחריים אנחנו נתקל הרבה פעמים בחוזים של רכישת מלאי כלשהו, הרבה פעמים החוזה מופיע בתור תעודת משלוח או על החשבונת יש חוזה ויש שם חמישה או שישה תנאים בסיסיים ואז יש מקום פתוח וממלאים תנאים של עסקה ספציפית, אולי אפילו חלק גדול מהתנאים הם אינדיבידואליים לעסקה ספציפית אבל עצם העובדה שיש תנאים אחידים, הופכת את החוזה לחוזה אחיד כי חוזה אחיד זה "נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד".

לגבי המשפט "כי שישמשו תנאים לחוזים רבים" בסעיף - הפסיקה לא לקחה יותר מדי ברצינות את "הרבים", העיקר שהם בלתי מזוהים מראש במספרם או בזהותם. למשל, נניח שחברה בנקאית מקימה פרויקט בניין שיש בו חמש דירות – לא חוזים רבים אלא כולה חמישה חוזים. אבל אם בזמן ניסוח הכנת החוזה על ידי עורך הדין, אנחנו עוד לא יודעים מי יהיו הרוכשים, החוזה ינוסח כחוזה אחיד. **המילה "רבים" לא חייבת להיות כמו בבנק שיש לו עשרות אלפי לקוחות.**

לעומת זאת, אם אני מכין חוזה עבור חמישה אנשים ספציפיים שאני מראש יודע מיהם, זה נופל בזהות שלהם לפי הסעיף ולכן, זה לא נכנס בהגדרה של חוזה אחיד. אם חוזה נתפר במיוחד עבור אנשים שביקשו, לא מדובר בחוזה אחיד.

מספיק שחלק מהלקוחות הם לא יודעים ולא מזוהים – זה חוזה אחיד.

דוגמאות להרחבה שעשו בתי המשפט לגבי ההגדרה של חוזים אחידים:

1. בית הדין לחוזים אחידים דן בשאלה האם הסכם מקדמי – סוג של זכרון דברים, נחשב לחוזה אחיד. יש הרבה חברות קבלניות, כשלקוח בא להתעניין בדירה, מבקשים ממנו פיקדון כדי לשמור לו את הדירה לשבועיים, חותמים על זכרון דברים או הצעה וכו' והלקוח יכול במהלך השבועיים האלה להחליט שהוא נכנס לעסקה וחותר על חוזה מלא ומפורט או שהוא לא נכנס ולוקח חזרה את הכסף הרבה פעמים בלי שום קנס או פיצוי או עלות. **פס"ד היועמ"ש לממשלה נ' שיכון ופיתוח ופס"ד היועמ"ש לממשלה נ' בית יאיר:** הניסיון היה לטעון בבית הדין שזה לא חוזה אחיד בגלל שהוא לא מטיל על הלקוח שום חובות, הוא יכול להגיד שהוא לא רוצה ולקחת את הכסף בחזרה ואם הוא אומר שהוא כן רוצה, החוזה עליו הוא יחתום הוא החוזה האחיד. בית הדין אמר שזה לא נכון כי זה נוסח שנעשה מראש ודבר שני, ברור שיש לו משמעויות משפטיות כי עצם העובדה שהחברה מחזיקה בכספים של הלקוח, מסתבר שכשהלקוח רוצה את הכסף חזרה הוא חותר על מסמך שאין לו טענות או תביעות כנגד החברה, אבל אולי כן יש לו? בית המשפט אומר: יותר מזה, דווקא בהסכם הקצר והמקדמי הזה

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

שלכאורה, הלקוח יכול להשתחרר ממנו, הוא לא מיוצג על ידי עורך דין ולכן, יש פה צורך בעוד יותר הגנה. זו דוגמה שמתיישבת עם לשון החוק אבל בית המשפט נוטה תמיד לכיוון של "כן" – אם יש ספק, הוא נוטה להכללת המקרה בתוך החוק.

**2. התעוררה שאלה בבתי הדין לעבודה במשך שנים רבות:**

**האם חוזה עבודה אחיד חל על חוק החוזים האחידים?** ההתלבטות העיקרית נבעה מזה שיש הליך בתוך החוק של בית הדין לחוזים אחידים במקביל להליך אפשרי בבית משפט. המחשבה של בית הדין לעבודה הייתה שמשו לא עובד טוב כי חוזה לעבודה צריך להיות בית הדין לעבודה, מה פתאום בית דין לחוזים אחידים? יש איזשהו באג בעניין הזה בחוק. לאחרונה, מפסיקה של העליון ומפסיקה של בית הדין לעבודה – בוטל תנאי בחוזה עבודה שקבע מקום שיפוט ואמר שאי אפשר להתנות מקום שיפוט בחוזה עבודה ובנוסף, זה חוזה מקפח. אז היום, ברור שזה חוזה אחיד.

**3. ע"א 1795/93 קרן הגמלאות של חברי אגד נ' יוסף יעקב:** התעוררה השאלה: האם תקנון של אגודה/תאגיד

יכול להיחשב לחוזה אחיד? במבט ראשון זה בעייתי מכל מיני סיבות כמו לצלוח את המכשול של האם תקנון הוא חוזה? לפי דיני חברות, התקנון הוא חוזה מיוחד בין החברים לבין עצמם ובינם לבין התאגיד ולכן, יש לו מעמד של חוזה. לגבי "נוסח בידי צד אחד" – לא. התקנון הזה הוא פרי הסכמה של כל החברים שייסדו את התאגיד אז אין פה את האלמנט הזה, אבל מה קורה אם חברים חדשים שמצטרפים: דעת הרוב בבית המשפט העליון: לא צריך יותר מדי לדקדק בדיוק בהגדרה של חוזה אחיד אלא יותר צריך להתייחס למהות. ובמקרה של אגד התקנון מילא שני דברים: (1) התפקיד המסורתי של תאגיד. (2) הסדיר את יחסי העבודה בין בעלי המניות לבין התאגיד. פעם בעלי המניות היו בעלי התאגיד וגם העובדים באגד. מכיוון שזה הסדיר גם את יחסי העבודה ובד"כ הם מוסדרים בחוזה עבודה אחיד, התקנון מילא מהותית, תפקיד של כמו חוזה עבודה אחיד ולכן, בית המשפט אמר שאפשר להחיל את החוק. בית המשפט נותן דוגמה אחרת: נניח עמותה הקימה בית דיור מוגן עבור החברים בעמותה. הם בכובע כפול – גם חברים בעמותה וגם הדיירים. בית המשפט העליון אומר שאם התקנון מסדיר גם את היחסים בין בית הדיור המוגן לדיירים, הוא ממלא את התפקיד של חוזה אחיד.

**בגלל שיש מצטרפים מאוחרים לעמותה או לאגודה ועבורם זה נוסף מראש, זה מספיק.**

בית המשפט לא מדקדק כל כך בהגדרה ולאחר מכן, בספרות המשפטית נתנו ביקורת וקטלו את פסק הדין הזה ושזה לא חוזה אחיד מסיבות טכניות ומהותיות אבל זה פסק הדין וזו ההלכה עד היום.

**מהו תנאי? החוק מאפשר לבטל או לשנות תנאי בחוזה אחיד.**

תנאי = אם תעשה כך, יקרה כך.

תנייה = הקונה מתחייב לשלם בתאריך זה וזה.

הביטוי הנכון בעברית הוא תנייה. בחוק רשום: תנאי הוא תניה בחוזה אחיד.

הרבה פעמים בחוזה אחיד יש הפניה. יכול להיות שהחוזה הוא קצר כמו למשל החוזה האחיד של כרטיס הלוטו שיש עליו חמישה או שישה תנאים ואז בסוף רשום שיתר התנאים רשומים בתקנון שרשום באתר האינטרנט של

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

מפעל הפיס וכו'... "לרבות תנייה המאוזכרת בו" - אם יש תניה שמפנים אליה במסמך אחר אבל מפנים אליה על ידי תנייה, גם היא חלק מהחוק.

"למעט תניה שספק ולקוח הסכימו עליה במיוחד לצורך חוזה מסוים" - בחוזה אחיד, גם אם חלק מהתנאים הם לא אחידים, החוזה כולו הוא אחיד אבל על התנאים שהוסכמו באופן ספציפי – החוק לא חל עליהם.

ע"א 3977/07 **מדינת ישראל נ' גרנות, אגודה שיתופית חקלאית מרכזית בע"מ**: בית הדין לחוזים אחיד אמר מה זה תנייה שספק ולקוח הסכימו עליה במיוחד שם. גרנות היא תאגיד שמייצג קיבוצים ומושבים. התאגיד הזה הוקם כדי לעשות רכישות של ציוד חקלאי וכו' ואז התפתח. גרנות פנה בזמנו לשר המשפטים וביקש שיכיר בו כארגון שמייצג את החברים והקיבוצים שחלק ממנו. שר המשפטים הכיר בו כארגון שמייצג את החקלאים ולאחר מכן, גרנות פנה בתביעה לבית הדין לבטל חוזים מקפחים בחוזה אחיד – חוזה החכירה של מנהל מקרקעי ישראל – יש חוזה חכירה מיוחדים לקרקע חקלאית. הם אמרו שיש תנאי מקפח וצריך לבטל אותו. הטענה המרכזית של המדינה הייתה שלפני שהחוזים האלה נחתמו, נציגות של הקיבוצים הייתה בדין ודברים עם מועצת מקרקעי ישראל אז זו תנייה שהייתה לגביה הסכמה, משא ומתן. המרצה היה במושב בבית הדין. זה נכון שחברי הקיבוצים והמושבים הגיעו למנהל כדי לנהל משא ומתן על החוזה ובמנהל כיבדו אותם והיו סימפטיים ונחמדים אבל לא שינו כלום ואמרו להם שידיהם גבולות וזה החוזה שמשקף את מדיניות הממשלה, זה החוזה שאושר על ידי מועצת מקרקעי ישראל והם לא משנים כלום. **בית הדין אמר שכדי שתנאי יצא החוזה מגדר החוק, צריך להתקיים משא ומתן אמיתי במובן שהתוצאה של המשא ומתן היא שחל שינוי בחוזה/בסעיף/בתנייה, שיוצר איזון הוגן יותר בין הספק לבין הלקוח/בין הצדדים.**

הרעיון בחוק החוזים האחידים זה שבחוזים הללו שבהם ללקוח אין מה להגיד, תהיה רגולציה של בית המשפט ותהיה לו סמכות לבטל תנאים מקפחים. החוק אומר שכשהיה משא ומתן על התנאי, אז בית המשפט לא יכול לבטל אותו כי הוא מקפח וזה משקף את רצון הצדדים. אבל בית הדין בפסק דין גרנות אומר בתנאי שהמשא ומתן הוא אמיתי ויהיה שינוי.

יש הבדל בין שתדלנות לבין משא ומתן, זה שבאתי וביקשתי והשתדלתי זה לא משא ומתן. התוצאה צריכה להיות שהצדדים בשיתוף פעולה עיצבו את התנאי מחדש. אם התנאי לא עוצב מחדש והוא באותו נוסח שהספק הציב אותו מאוד, לא מתקיימת החלופה של "למעט תניה שספק ולקוח הסכימו עליה...". – **הפרשנות היא מצמצמת.**

ההגדרה של ספק ולקוח בחוזה לפי סעיף 2 לחוק, היא לא במובן הרגיל. אם זה היה ספק ולקוח במובן הלשוני הרגיל, חוזה העבודה לא היה נכנס פה כי מעביד הוא לא ספק ועובד הוא לא לקוח. המילים "ספק" ו"לקוח" הם סתם מילים בחוק הזה, זו לא המשמעות הרגילה.

ספק = מי שכתב את החוזה ולא משנה אם הוא מספק מוצר/מוכר מוצר או קונה מוצר, מספק שירות וכו', השאלה היחידה היא – אם יש צד אחד שניסח את החוזה הוא ספק. **ספק זה מי שניסח את החוזה.** הלקוח = הצד השני. **לקוח הוא מי שקיבל את החוזה.**

יכול להיות שבכלל היה עדיף לא לקרוא להם ספק ולקוח כי זה מבלבל את מי שקורא את החוק.



## מיטל הרוש

השימוש במחברת באחריות המשתמש

בהקשר לתקנון של תאגיד:

פס"ד מחוזי מ-2017 החיל את חוק החוזים האחידים על התקנון של אקו"ם.

המשך היקף תחולת החוק:סעיף 22 לחוק החוזים האחידים –**דין המדינה**

22. לענין חוק זה דין המדינה כדין כל אדם אחר.

החוק חל גם על המדינה כלקוח, המדינה יכולה לטעון תנאי מקפח בחוזה אחיד אבל המרצה לא ראה פסק דין כזה אי פעם. המדינה יכולה לעמוד גם בכובע של הספק – יכולים לטעון כנגד החוזים של המדינה אם הם חוזים מקפחים שיש בהם חוזים אחידים ופסק דין גרנות הוא דוגמא.

- הליכים בבית הדין בניגוד לבית המשפט – מי שיוזם אותם זה היועמ"ש לממשלה בדרך כלל. למרות שהוא מקבל את שכרו מהמדינה, הוא בעל מעמד עצמאי וכו' אבל בכל זאת יש איזשהו קושי. זה שהיועמ"ש לממשלה ינקוט בהליכים נגד כל מיני חברות במשק בחוזים אחידים, יכול להיות שיש בעיה עם המדינה. עובדה שעד היום היועמ"ש לממשלה מעולם לא הגיש הליך כנגד המדינה בנושא של חוזה אחיד וזה לא בגלל שאין בחוזים של המדינה חוזים מקפחים. המקרה היחיד הוא פסק דין גרנות.

- בפסק דין גרנות אמרנו שגרנות טענה שיש תנאים מקפחים בחוזה החכירה הקרקעי, שהמדינה מחכירה קרקעות למושבים וקיבוצים לצורך עיבוד חקלאי. הטענה השנייה הייתה שזה לא חוזה חכירה כמו בסקטור הפרטי, בחוזה הזה הם מיישמים באמצעותו מדיניות קרקעית של הממשלה (איך לנהל את קרקעות המדינה), המאגר הגדול של קרקע בישראל זה קרקעות חקלאיות של המדינה והן מוחכרות בינתיים לקיבוצים חקלאיים וכו' אבל כשיצטרכו להשתמש בהם ישתמשו. על ידי כך או אחרת אמרה המדינה – מה לבית הדין לחוזים אחידים ולעניין הזה? אם יש בעיה בהפעלת מדיניות זה בג"צ. בג"צ לא בקלות מתערב בשיקולי מדיניות של המדינה.

הייתה בקשה למחיקה על הסף של התביעה בבית הדין. זה הגיע גם לעליון והוא דחה את הטענה הזאת. בית הדין אמר שלפי סעיף 22, חוזה החכירה הוא חוזה אחיד, דין המדינה הוא דין כל אדם ולכן, אפשר לדון בחוזה הזה אלא שהשיקולים בקביעה מתי תנייה היא מקפחת ומתי לא, יהיו שונים בין הסקטור הפרטי למדינה. יכול להיות תנייה שאומרת שאם ישתנה הייעוד הקרקע תחזור לבעלים וכו', בסקטור הפרטי זה ייחשב למקפח וכשזה מופעל על ידי המדינה, לא, כי זה אמצעי מוניטרי להביא סבסוד. באמצעות סבסוד של חכירה, המדינה יכולה להגביר פעילות של הסקטור החקלאי. גם חוזים שבאמצעותם המדינה מיישמת מדיניות אלא מה, הבחינה של הקיפוח תהיה שונה. בית המשפט העליון: הערעור שהמדינה הגישה היה ערעור על החלטת ביניים של בית הדין – לא למחוק על הסף אלא לדון לגופו של עניין ובית המשפט העליון קבע תקדים: קודם כל, בבית הדין לחוזים אחידים, לפי החוק ערכאת הערעור היא לעליון ובמקרה דנן, הוא החליט שאין ערעור על החלטות ביניים בחוזים אחידים. אבל הוא רמז שהוא מקבל את עמדת בית הדין – **החוק חל גם על המדינה למטרת יישום המדיניות של הממשלה.**

## מיטל הרוש

השימוש במחברת באחריות המשתמש

סעיף 23 לחוק החוזים האחידים -**סייגים לתחולה (תיקון מס' 5) תשע"ה-2014**

23. הוראות חוק זה לא יחולו על –

**(תיקון מס' 5) תשע"ה-2014**

(1) תנאי הקובע את התמורה הכספית שישלם הלקוח או הספק בעד נושא העסקה, ובלבד שהוא מנוסח בלשון פשוטה וברורה;

**(תיקון מס' 5) תשע"ה-2014**

(2) תנאי התואם תנאים שנקבעו בחיקוק, בהתאם לתכלית החיקוק;

(3) תנאי התואם תנאים שנקבעו בהסכם בין-לאומי שישראל צד לו;

(4) הסכם קיבוצי לפי חוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957, בין שהוגש לרישום לפי החוק האמור ובין אם לאו, לרבות הסדר קיבוצי אחר ובלבד שנעשה בכתב ונקבעו בו שיעורים לשכר עבודה.

חוק החוזים האחידים לא יחול לפי סעיף 23 לחוק על ארבעה מקרים (הפרשנות בד"כ מעניינת):

**סעיף 23(4) לחוק** – החוק לא חל על הסכם עבודה קיבוצי. הסכם קיבוצי לא בטוח שהוא חוזה אחד מכיוון שהסכם קיבוצי הוא משא ומתן עם נציגים של עובדים ומעבידים. יותר מזה, בהסכם קיבוצי יש מנגנונים אחרים שנועדו לכך שהסכם קיבוצי יהיה הסכם ראוי/הוגן. תהליך היצירה של הסכם קיבוצי יותר דומה לחקיקה של חוק מאשר חוזה ולכן, לא צריך רגולציה של חוזים אחידים. אבל מזה שהחוק מוציא החוצה הסכם קיבוצי, ניתן ללמוד שהסכם עבודה לא קיבוצי, שהוא חוזה אחד, החוק חל עליו, כי אם החוק לא היה חל בכלל על חוזה עבודה, לא היה צריך את החריג הזה. **ההנחה של החוק היא שחוק החוזים האחידים חל על חוזה אחד בעבודה אבל לא על הסכם קיבוצי.**

**סעיף 23(3) לחוק** – **דוגמא**: נוסע של אלעל או הרקיע שטס בטיסה בין לאומית, החברה איבדה לו את המזוודה, הוא דורש פיצוי. כמובן שהיו לו בתוך המזוודה יהלומים, זהב, חליפות וכו'. החברה אומרת שבחוזה ביניהם יש הגבלה שבמקרה של אובדן לא משלמים בכל מקרה יותר מ-X דולרים. ההסכם בין חברת התעופה הישראלית לבין הנוסע זה חוזה אחד (חוזים של רכישת כרטיסי טיסה בין אם זה באינטרנט או עם סוכן הם חוזים אחידים). זהו תנאי מקפח כי אם לא הייתה הגבלה כזאת הם היו צריכים לפצות על מלוא הנזק שנגרם. התנייה הזאת מועתקת מאמנת וורשה שהיא בין לאומית וגם ישראל צד לה והיא עוסקת בהסדרה של תעבורה אווירית מסחרית. ברגע שהתנאי בחוזה שבין הנוסע לבין חברת התעופה תואם תנאי שנקבע בהסכם בין לאומי (אמנת וורשה) שישראל צד לו, הוא מחוץ לחוק ובית המשפט לא יכול לבטל אותו. **אם התנאי תואם תנאי באמנה בין לאומית שישראל צד לה הוא חסין מתביעות בארץ.**

מה המעמד של סעיפים/הוראות/זכויות וחובות מאמנה בין לאומית שישראל חתומה עליה, במשפט הישראלי הפנימי? אין מעמד. הדרך היחידה ליצור מעמד זה אם הכנסת תיקח את האמנה, תתרגם אותה לעברית, תגיש אותה כהצעת חוק ותהפוך לחוק בסופו של דבר.

חוק המכר טובין בין לאומי – תרגום מילה במילה של אמנת ווינה מ-1980 למכר בין לאומי וזה חוק. כי אחרי שהכנסת תרגמו אותו וזה עבר 3 קריאות, זה הפך להיות חוק – אם לא היה עובר, לא היה לזה מעמד.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

יש מדינות שבהן הגישה היא אחרת, למשל, כל אמנה שהולנד חתומה עליה, הופכת אוטומטית לחוק הפנימי של הולנד. כלומר, אזרח הולנדי יכול לתבוע זכויות בהסתמך על אמנה שהולנד צד לה כי היא כמו חוק, זה אפקט ישיר של אמנות/הסכמים בין לאומיים.

באופן רגיל, אמנה בין לאומית יוצרת חובות וזכויות למדינות ולא לאזרחים של המדינות. המעמד לתבוע הוא רק למדינה אלא אם כן כמו בהולנד, זה חלק מהחוק והופך להיות אפקט ישיר.

סעיף 23(2) לחוק – "תנאי התואם תנאים שנקבעו בחיקוק".

חיקוק = חוק או תקנה. **דוגמא**: חוזה מכר אחיד. בחוזה יש תנאי שאומר שהקונה צריך לבדוק את הממכר מיד עם קבלתו ולהודיע על כל אי התאמה מיד אחרי שהוא גילה אותה ואם לא, הוא לא יוכל לתבוע בגין אי התאמה. זה נראה סופר מקפח אבל זה בדיוק תואם את הוראות חוק המכר. ברגע שהתנאי שבחוזה תואם תנאים שנקבעו בחיקוק, החוק לא חל עליו, במילים אחרות, בית המשפט לא יכול להגיד שזה מקפח.

הרעיון שעומד מאחורי זה הוא ההנחה היא שהחוק שאושר הוא מאוזן והוא מאזן באופן ראוי את החובות והזכויות של הקונה והמוכר וכו' וזה לא התפקיד של בית המשפט לבחון את החוק הזה מחדש האם הוא ראוי או לא. ברגע שהוא תואם את ההסדר שבחוק, הוא חסין מפני טעות.

בתיקון של 2014 הוסיפו את המילים "בהתאם לתכלית החיקוק" – אם בחוזה מכר מופיע תנאי שתואם את הוראות חוק המכר, הכל בסדר. מה יקרה אם בחוזה מכר מופיע תנאי שמועתק מחוק שעוסק בהלוואות? לא בטוח שתנאי שהוא סביר ומאוזן והגיוני בהקשר של מכר, שומר על ההגיון והאיזון כשהוא עובר לתחום אחר לגמרי.

זה נועד לומר שלא צריך לעבוד באופן טכני – צריך שהחוק והחוזה יעסקו באותו עניין והקשר בהתאם לתכלית החיקוק.

סעיף 23(1) לחוק – מוציא מגדר תחולת החוק את המחיר. למרות שהמחיר זה אולי הדבר שהכי מעניין את הלקוח והדבר שאנחנו הכי חוששים בו מקיפוח. חוק החוזים גם הוא נמנע מלהתערב מחיר כי טעות או הטעיה בכדאיות העסקה, אי אפשר לבטל את החוזה. הרעיון הוא: מחיר זה ליבת החוזה, גם אם הלקוח לא קורא כלום, יש דבר אחד שהוא בטוח התעניין בו והוא המחיר ועל מחיר יש תחרות, אז אין שום הצדקה לרגולציה. במקרים שאין תחרות על המחיר ויש הצדקה לרגולציה זה לא התפקיד של חוזים אחידים – יש חקיקה שעוסקת במצבים שבהם אין מספיק תחרות והמחוקק רוצה להסדיר את המחיר בשוק.

**במחיר החוק לא מתערב – כל ההצדקות של חוק החוזים אחידים, לא מתקיימים ביחס למחיר ולכן, המחיר מחוץ לתחום.**

עד 2014 היה כתוב "תנאי הקובע את התמורה הכספית שישלם הלקוח" אבל המחוקק שכח שהלקוח הוא לא לקוח, יש מקרים בהם הספק משלם את המחיר. לדוגמא, חוזה עבודה – הספק הוא המעביד והוא גם משלם. גם פה בשנת 2014 הוסיפו מילים בלתי ברורות:

"בעד נושא העסקה" – הוסיפו מילים אלו כדי להבהיר שהכוונה היא רק למחיר הנקוב ולא לכל מיני תניות אחרות שקשורות במחיר. למשל, לפעמים ליד המחיר יש תנאי שקובע באיזה אופן המחיר צמוד למדד או לדולר

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

וכו'. זה לא נכנס תחת סעיף 23(1), כלומר, **על המחיר הנקוב בלבד החוק כן חל**. לא מנגנוני עיכוב למיניהם ולא הסדרים אחרים שקשורים בתמורה אבל הם לא התמורה עצמה.

"בלבד שהוא מנוסח בלשון פשוטה וברורה" - גם המחיר ממש של העסקה, רק אם הוא מנוסח בלשון פשוטה וברורה. אם הוא לא מנוסח בלשון פשוטה וברורה, החוק כן חל עליו. **דוגמא**: החוזים של חברות הסלולר לפני כחלון. במקרים שהמחיר מנוסח בצורה שאי אפשר להבין, החוק חל עליו כי ההנחה היא שהלקוח לא הבין וכו'. כשהמחיר ברור והוא המחיר הנקוב אז החוק לא חל.

- ניח שמדובר בחוזה ארוך טווח חייב להיות מנגנון שמעדכן את המחיר כי החשמל עולה וכו' וצריך לשנות מחירים. כל מנגנון הצמדה כזה, כפוף לחוק ויש כללים מתי הוא ייחשב מקפח ומתי לא, נראה בהמשך.

- שירות חודשי של דייר בבית אבות. הסעיף אומר שהמחיר הוא 5,000 ₪ לחודש ובכל 1/1 המחיר עולה ב-5%. האם זה אומר שזה חלק מהעניין הנקוב שבית משפט לא יכול לבדוק אותו או שהוא חלק ממנגנון הצמדה שבית משפט כן יכול לבדוק אותו? מצד אחד זה חלק ממנגנון הצמדה אבל מצד שני, כן ניתן לחשב את זה וזה כמו עניין נקוב. זה נשאר בצריך עיון - יש מקרים בהם בית הדין אומר שהחוק חל ויש מקרים שבית הדין אומר שהחוק לא חל.

- מה יקרה במקרה הבא? שירות חודשי של דייר בבית אבות והמחיר הוא 5,000 ₪ וכתוב שהספק יכול לשנות את המחיר מתי שהוא רוצה ובתנאי שהמחיר בכל מקרה לא יהיה יותר מ-10,000 ₪. האם זה מחיר נקוב או מנגנון הצמדה? הספק יכול היה להגיד שהמחיר בכל חודש הוא 10,000 ₪ ואחר כך לעשות הנחה. הלקוח יודע שהמחיר המקסימלי הוא 10,000 ₪ אז הוא יודע מחיר נקוב ואם הוא ישלם לפעמים פחות זה יותר טוב לו. אבל זה לא נכון כי הלקוח מניח שהמחיר הוא 5,000 ₪. גם אם יש תקרה, לספק יש באמת שיקול דעת לשנות את המחיר איך שהוא רוצה. התקרה מלאכותית ונועדה להגיד שזה מחיר נקוב, כלומר, נועדה ליצור אשליה שהמחיר המקסימום הוא 10,000 ₪ אבל זה לא נכון, המחיר הוא 5,000 ₪. זו תקרה משפטית ובית המשפט לא קיבל את זה כי זה מנגנון הצמדה והחוק חל על זה.

**אופן השימוש בחוק**

היישום של חוק החוזים האחידים נעשה בשני מסלולים שונים: (1) מסלול של בית דין לחוזים אחידים. (2) מסלול של בית המשפט.

1. **מסלול של בית המשפט**: בבית המשפט משתמשים במסלול של חוק החוזים האחידים כמו בכל סכסוך אחר. צריכה להיות תביעה קונקרטית, סכסוך. במהלך הסכסוך או בכתב תביעה או בכתב הגנה, הספק מסתמך על איזושהי זכות שמוקנית לו או על איזושהי חובה שמוטלת על הלקוח ומקורה בחוזה. למשל, קרה איזשהו מקרה ביטוח בו חברת הביטוח לא מוכנה לשלם כסף ומפנה לסעיף שאומר שאם התאונה קרתה ביום מעונן, הם לא מפצים. הטענה של הלקוח היא שהתנאי מקפח ולכן, בית המשפט מתבקש לבטל אותו או לשנות אותו באופן שיסיר את הקיפוח והחברה לא תוכל להסתמך על הסעיף הזה ותצטרך לשלם לי. זה תלוי מי התובע. אם הלקוח הוא התובע והספק בכתב ההגנה שלו מסתמך על תנאי בחוזה אחיד, הרבה פעמים הטענה של הקיפוח תעלה בכתב התשובה לכתב ההגנה.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

זו טענה שעולה בהליך משפטי רגיל כאחת מהטענות של הלקוח כנגד הספק – הוא יכול לטעון שהספק סותר את תקנת הציבור, הוא יכול לטעון עושיק וכו' ובאחת מהטענות הוא מסתמך על תנאי שהוא מקפח בחוזה אחיד וכפועל יוצא מזה הוא לא זכאי לגבות ממנו וכו'.

בבית משפט = טענה משפטית רגילה כמו כל טענה חוזית אחרת ואם בית משפט מחליט שהוא מבטל או מקפח תנאי בחוזה על בסיס קיפוח מכוח חוק החוזים האחידים, **ההחלטה היא רק ביחס לחוזה הספציפי של הלקוח שמולו התנהל התיק**. זה לא משפיע על החוזים של הלקוחות האחידים האחרים. אפילו אם הערעור הגיע לבית המשפט העליון, פסק הדין של בית המשפט העליון יבטל את התנאי רק בחוזה של הלקוח הספציפי הזה. נכון שזה מהווה תקדים עכשיו ויש להניח שאם יש סכסוך עם לקוח אחר וזה יגיע לבית הדין לחוזים אחידים, השופט ייקבע לפי התקדים. אבל פורמאלית, התנאי עדיין בתוקף כי ההחלטה במסלול בבית משפט היא רק לגבי מי שהשתתף בהליך.

2. **מסלול של בית דין לחוזים אחידים**: החוק הקים בפרק ב' של החוק בית דין לחוזים אחידים – ערכאה שיפוטית, בית הדין יושב בתוך בית המשפט המחוזי בירושלים. אב בית הדין והמשנה לאב בית הדין הם שופטים מבית המשפט המחוזי בירושלים, בנוסף לעבודה שלהם כשופטים והם מקבלים את המינוי לתקופה מסוימת. הדיונים בדרך כלל מתקיימים בהרכבים של שלושה כששני החברים הנוספים הם חברים שמתמנים ע"י אב בית הדין כמו אנשי אקדמיה וכו'.

ההליכים שמתקיימים בפני בית הדין: עד 2014 היו שני סוגים של הליכים. פרק ג' לחוק עסק באפשרות של ספק, רק אם הוא רצה בזה, באופן התנדבותי להביא את החוזה שלו לאישור בבית הדין. הוא יכול היה לבוא לבית הדין, להגיש הליך, המשיב היה היועמ"ש לממשלה שמייצג את האינטרס הציבורי של הלקוחות והוא יכול היה לבקש שבית הדין יאשר את החוזה שאין בו תנאים מקפחים. היועמ"ש לממשלה היה כותב בכתב התשובה שלו שאין תנאים מקפחים ובית הדין היה מאשר את זה. או שהיועמ"ש היה אומר שיש תנאים מקפחים ואז היה מתנהל הליך ובסוף ההליך היו מאשרים את החוזה. אישור החוזה היה נותן שני דברים: דבר ראשון: הספק היה יכול לכתוב על החוזה שלו שזה אושר על ידי בית הדין לחוזים אחידים וזה לא חשוב על ידי הספק מכיוון שהמותג שנקרא בית הדין לחוזים אחידים הוא לא מותג מוכר בציבור (זה לא היה יוצר אפקט של מוניטין).

דבר שני: היה מקנה לספק זה חסינות של החוזה למשך חמש שנים מתקיפה שלו בבית הדין לחוזים אחידים. נכון שאם בית משפט קבע שהוא לא מקפח, בדרך כלל לא תתקבל טענה אחרת אבל אפשר לטעון אחרת. רוב הספקים לא טרחו לבוא לבית הדין לאשר את החוזים שלהם.

דוגמא למקרה שהיה: חברות שהפעולות שלהן היו על גבול הפלילי כגון מועדוני הימורים שההימור היה בלוטו אבל הם ארגנו קבוצות מנויים וטענו שיש להם כל מיני פטנטים חישוביים שמגדילים את ההסתברות של הזכייה ואם מישהו בקבוצה זכה, נניח קיבל 50 אחוז מהפרס, 40 אחוז התחלק בין שאר הקבוצה ו-10 אחוז היה הולך למועדון. היה וויכוח גדול, היועמ"ש לממשלה כמה פעמים התלבט אם להעמיד לדין את החברות האלה. מצד אחד אמרו שזה לא הימור כי התבסס על הלוטו ומצד שני, מועדון הימורים בניגוד לחוק העונשין. אבל החוזה היה תקין ולא מקפח אז הוא היה צריך לקבל חותמת.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

זה היה הליך בלתי יעיל שבזבז משאבים ציבוריים ולכן, בשנת 2014 כל ההליך הזה בוטל ואי אפשר היום ללכת לבית הדין כדי לאשר חוזה אחיד כלא מקפח. פרק ג' בוטל.

פרק ד' לחוק החוזים האחידיםביטול תנאי מקפחסעיף 16 לחוק המכר -**בקשה לבית הדין לבטל תנאי מקפח (תיקון מס' 2) תשס"ו-2006 (תיקון מס' 5) תשע"ה-2014**

16. (א) היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו, הממונה על הגנת הצרכן והסחר ההוגן לפי חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, כל ארגון לקוחות ורשות ציבורית שנקבעו בתקנות וכן ארגון לקוחות שיאשר שר המשפטים לענין מסוים, רשאים לבקש מבית הדין לבטל או לשנות תנאי מקפח בחוזה אחיד.  
(ב) שר המשפטים רשאי לקבוע לארגון לקוחות או לרשות ציבורית שנקבעו לפי סעיף קטן (א) תנאים להגשת בקשות לבית הדין.

גוף ציבורי בדרי"כ היועמ"ש - או הממונה על הגנת הצרכן והסחר ההוגן (אין לו תקציב או זמן), ארגוני לקוחות ורשות ציבורית למשל המפקח על הבנקים וארגון לקוחות שנקבעו בתקנות או שאישר אותם שר המשפטים למשל גרנות (לקוח לא יכול לפנות לבית הדין).

בניגוד לבית המשפט, אין פה סכסוך כשמגיעים לבית הדין, אין סכסוך ברקע, לוקחים את החוזה באופן תיאורטי ובודקים אם יש בו קיפוח או פוטנציאל פיקוח ובד"כ היועמ"ש יבדוק את כל החוזה, יבוא עם רשימה של תנאים ויגיד שצריך לשנות וכך הוא עשה בשורה של מקרים.

אם בית הדין משנה את התנאי או מבטל אותו, התחולה היא על כל החוזים של אותו ספק. התחולה היא רוחבית, למשל, אם מדובר בבנק, מדובר על עשרות אלפים של לקוחות. מבחינה זו, הפסיקה של בית הדין מקבילה לצו או לתקנה.

זה חל על כל החוזים של אותו לקוח ומאז התיקון של 2014, ברירת המחדל היא שזה חל גם על החוזים שנחתמו לפני פסק הדין בתנאי שהם עדיין חוזים פעילים. חוזה שנגמר לגמרי אז לא. אבל חוזה פעיל כמו חוזה עו"ש שנפתח חמש שנים לפני פסק הדין, זה חל עליו. יש תחולה רטרואקטיבית ויש סמכות לבית הדין להחליט שלא. אם בית הדין חושב שהתחולה הרטרואקטיבית תגרום לקריסה כלכלית של הספק, בנסיבות האלה בית הדין יכול להחליט שהתחולה היא רק על חוזים שיקרטו מעכשיו והלאה אבל אם הוא לא קובע כך, ברירת המחדל היא שהתחולה היא רטרואקטיבית.

**מה קורה כשבית משפט או בית הדין מחליט שהתנאי מקפח? בית המשפט היא החלטה ספציפית על החוזה של הלקוח בסכסוך והחלטה של בית הדין היא רוחבית.**

סעיף 17 לחוק החוזים האחידים -**ביטול ושינוי תנאי בבית הדין (תיקון מס' 5) תשע"ה-2014**

17. (א) מצא בית הדין שתנאי הוא מקפח, יבטל את התנאי או ישנה אותו במידה הנדרשת כדי לבטל את הקיפוח.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

**ביחס לבית דין:**

"ישנה אותו במידה הנדרשת כדי לבטל את הקיפוח" - אם אנחנו חושבים בדיני חוזים על עקרון חופש החוזים ← התנאי שהכי קרוב לתנאי המקורי שבחוזה. אנו נבטל רק את המינימום הנדרש כדי לבטל תנאי שעומד בכללים. החסרון בזה הוא שכלל משפטי כזה שאומר שאם יש קיפוח מבטלים רק את המינימום הנדרש, היה תמריץ לספקים להכניס לחוזים שלהם כמה שיותר תנאים מקפחים כי אם לא יתפסו אותם הם יהנו. אם יתפסו אותנו, יביאו אותנו למצב שבו ממילא, אם הוא היה ספק הגון, שם הוא היה עומד. אין לו מה להפסיד אלא רק להרוויח. זוהי שיטת מצליח וזה מעודד ספקים להכניס תנאים מקפחים.

היתרון הוא ההרתעה: אם יתפסו את הספק, התוצאה תהיה שהוא יפסיד את הכל, החוזה יכלול תנאי שזה הכי לרעתו והכי לטובת הלקוח.

החסרון הוא שמצד שני זה בניגוד לרעיון של חופש החוזים.

התנאי באמצע הוא התנאי הכי טוב שמאזן את הצדדים והוא ההסדר הדיספוזיטיבי שיציע החוק, למשל אם זה תנאי בחוזה מכר, רוב ההוראות בחוק המכר הן מאזנות באופן ראוי בין שני הצדדים. לכל אחת מהאפשרויות האלה יש הצדקה, יש מינוסים ויש פלוסים.

**ביחס לבית משפט:**סעיף 19 לחוק החוזים –

אומר בדיוק אותו דבר כמו סעיף 17 אבל ביחס לבית משפט.

**ביטול ושינוי תנאי בבית משפט**

19. (א) מצא בית משפט, בהליך שבין ספק ולקוח, שתנאי הוא מקפת, יבטל את התנאי בחוזה שביניהם או ישנה אותו במידה הנדרשת כדי לבטל את הקיפוח.  
(ב) בהשתמשו בסמכותו לפי סעיף קטן (א) יתחשב בית המשפט במכלול תנאי החוזה ובנסיבות האחרות, וכן בנסיבות המיוחדות של הענין הנדון לפניו.

ביהמ"ש יבטל או ישנה במידה הנדרשת כדי לבטל את הקיפוח. החוק שלנו בוחר את האפשרות הראשונה. הוא לא חוק מוצלח כי אין שום סנקציה נוספת שתתמרץ ספקים לא להכניס תנאים מקפחים. המצב היום הוא שקנה המידה של החוק הוא שאם יש תנאי מקפח צריך לבטל או לשנות וקנה המידה הוא מינימום ההתערבות בחוזה רק כדי להסיר את הקיפוח ולא מעבר לזה. טוב או רע, זה מה יש ואין בחוק שום סנקציה נוספת.

בשמונה השנים האחרונות מתחיל להתעורר טרנד של הגשת תובענות ייצוגיות כשאחת הטענות היא קיפוח בחוזה אחיד. זה התחיל בבית המשפט המחוזי בלוד כאשר השופט גרוסקופ דן בתובענות ייצוגיות ואפשר לדון בטענת קיפוח לחלק מתובענה ייצוגית.

**החוק לא מאוד אפקטיבי בגלל דברים הללו, אם לא יכניסו פנימה איזושהי סנקציה עונשית או שהוא לא יתפתח עוד יותר מבחינת תובענות ייצוגיות, החוק לא יעשה את העבודה.**

## מיטל הרוש

השימוש במחברת באחריות המשתמש

התיישנות בעילת הקיפוחבפסיקה התעוררה השאלה מתי מתיישנת העילה של קיפוח?

6734/09 **סלון ירושלים מוצרי חשמל בע"מ נ' קלליר** : חברת קלליר הייתה חברת הניהול של בית כלל בירושלים. התובעים : בעלי יחידות משרדים בבניין והטענה שלהם היא שבחווה הניהול שהוא חוזה אחיד יש שורה של תנאים מקפחים. היה סכסוך בין הצדדים אבל הם פנו בבקשה לפס"ד הצהרתי שסעיפים מסוים בחוזה הם מקפחים. ביהמ"ש היה צריך לומר שאם יש לכם טענות כספיות תגישו תביעה כספית ולא תביעה לפס"ד הצהרתי, אבל בימ"ש הסכים לדון.

ב-2 פסקי הדין בשלום ובמחוזי נקבע שבאו בבקשה לפס"ד הצהרתי שיש תנאים מקפחים - בתי המשפט אמרו שהעילה התיישנה. החוזה נחתם לפני יותר מ-7 שנים.

בבית המשפט העליון - השופט הנדל : קבע שבעילת קיפוח מרוץ ההתיישנות מתחיל במועד כריתת החוזה (חתימתו) כי כבר במועד כריתת החוזה הקיפוח נמצא בו. כאשר מוגשת תביעה בתנאי מקפח מתחילים לספור את הזמן ממועד חתימת החוזה - ברב המקרים עילת התביעה היא לא הקיפוח אלא היא חלק מטענת ההגנה). כשהטענה עולה כטענת הגנה או כטענת תשובה - היא לא חלק מעילת התביעה ואז ההתיישנות לא רלוונטית. רק לגבי עילת התביעה סופרים התיישנות - טענה שעולה בכתב הגנה או תשובה לא משנה מתי היא נוצרה ניתן לטעון אותה!

6639/12 בקשה לדיון נוסף שנדחתה ב-2 נימוקים בעייתיים : (1) הנושא של מתי מתחילה ההתיישנות לא מספיק חשוב. (2) עצם העובדה שבערעור האזרחי פסק הדין ניתן פה אחד - זו גם עילה לא לתת דיון נוסף.

היישום של ההלכה מוטעה לחלוטין, ברב המקרים טענת הקיפוח היא הגנה לתביעה או תשובה להגנה.

בעקבות זה יש סדרה של פסיקה בשלום ובמחוזי :

הלקוח טוען שתנאי בחוזה הוא מקפח ובימ"ש אומר שעברו יותר מ-7 שנים לכן אתה לא יכול לטעון. (זה לא מה שהעליון אמר). אבל לא כך, כי טענת הקיפוח עולה בכתב הגנה או כתב תשובה ששם לא צריך לספור התיישנות בכלל. ההתיישנות רלוונטית רק אם עילת התביעה עיקרית היא התנאי המקפח.

ההלכה חלה - כשעילת התביעה העיקרית היא קיפוח.

דוגמא : חברת הניהול גבתה את דמי הניהול לפי תחשיב החוזה והלקוח מגיש תביעה להחזר בטענה ששיטת החישוב מקפחת - במקרה כזה טענת הקיפוח היא חלק מהתביעה.

או בתובענה ייצוגית - שם הטענה הראשונית מבוססת על טענת קיפוח.

כל פסקי הדין של הערכאות הנמוכות שאמרו שהטענה התיישנה ואנחנו לא דנים בטענת הקיפוח, בכולם שזה המקרה הסטנדרטי אמרו שזו טענת ההגנה. הלקוח מוצא את עצמו עם הבנק שלו, הבנק מסתמך על איזשהו סעיף בחוזה, הלקוח אומר שזה מקפח אבל בית המשפט אומר שפתחת את החשבון לפני 9 שנים אתה לא יכול להשתמש בזה. היישום של ההלכה הזאת הוא מוטעה לחלוטין. ההלכה חלה כשהעילה היא קיפוח וזה לא קורה ברוב המקרים. זה יכול לקרות כמו לדוגמא נניח שיש לחברת הניהול הרשאה דרך כרטיס אשראי הוראת קבע, גבתה את דמי הניהול לפי התחשיב של החוזה והלקוח מגיש תביעה להחזר חלק מהכסף שגבו ממנו בטענה



## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

ששיטת החישוב שעל פיה זה חושב היא מקפחת, אז טענת הקיפוח היא חלק מעילת התביעה. בתובענה ייצוגית הרבה פעמים הטענה הראשונית מבוססת על זה שנגרם קיפוח שגרם נזק. רוב המקרים שבהם עולה טענת קיפוח זו טענת הגנה לתביעה או תשובה לטענת הגנה. זו בעייה ראשונה – היישום של זה בערכאות נמוכות בעייתי ונובע מחוסר הבנה של פסק הדין וזה מונע מאנשים לטעון לקיפוח.

בית המשפט העליון אמר גם בבר"ע וגם בבקשה בדנ"פ ש-7 שנים מתחילים לספור מיום כריתת החוזה.

הדבר הבעייתי עוד יותר הוא שיש בעיה בקביעת ההלכה מכמה טעמים:

(1) בהנחה שעילת התביעה היא קיפוח, האם מועד ההתיישנות מתחיל להספר ממועד כריתת החוזה? זה מנוגד לטענה הבסיסית בחוזים אחידים שהלקוח לא קורא את החוזה.

(2) נניח שהם היו קוראים את החוזה, אין סכסוך בין הלקוח לבין הבנק, אז הלקוח עכשיו ייזום סכסוך? זה הזוי וזה מנוגד להבנה בסיסית שיש בספרות המשפטית שרוב הלקוחות מניחים שברוב המקרים הספק יתנהג בהגינות בפועל לא משנה מה כתוב בחוזה וכו'..

(3) קיפוח נבחן תמיד לפי החוק בשים לב לא רק לתנאי עצמו אלא גם לשאר תנאי החוזה ולנסיבות. מה זה נסיבות? תנאי מסוים יכול להיות מקפח בנסיבות כלכליות מסוימות ולהפוך להיות לא מקפח כשהנסיבות משתנות. **דוגמא**: תנאי בחוזה מסוים שאומר שהספק יכול לשנות את המחיר לפי שיקול דעתו. זה לכאורה, תנאי מקפח אבל אם בודקים את שאר תנאי החוזה, רואים שיש תנאי שאם הספק משנה את המחיר, הלקוח יכול להשתחרר מהחוזה. זה יכול להיות מאזן אבל תלוי בנסיבות. אם הספק הוא מונופוליסט, העובדה שיש ללקוח אפשרות להשתחרר, לא עוזרת לו. אם הוא לא מונופוליסט והעלויות מעבר לספק אחר הן גבוהות, זה עדיין בעייתי.

השאלה החשובה היא מה הנסיבות המתאימות בעת המימוש/בעת שהבעיה מתעוררת? **ההלכה היום היא קלליר** – **עילת הקיפוח כשתמשמים בה כעילת תביעה, מתיישנת 7 שנים מיום כריתת החוזה.** **המרצה**: חושב שההלכה שגויה.

**28 בדצמבר 2018**

דיברנו על איך החוק פועל במסגרת בית המשפט ובמסגרת בית הדין.

ההליכים בבית הדין היום הם כמעט לא קיימים בפועל. מאז התיקון של 2014, היועמ"ש לממשלה בעצם לא מגיש הליכים בבית הדין – זה לא תקין מבחינה חוקתית.

המרצה ראה בהרבה פסקי דין, גם בבית הדין וגם בבית המשפט, שבדקים איזשהו תנאי בחוזה אחיד ובית המשפט כותב שהתנאי הזה גם סותר הוראת חוק קוגנטית (כמו בחוק המכר דירות או בחוק הבנקאות (שירות ללקוח) וגם מקפח. **דוגמא**: בחוק הבנקאות (שירות ללקוח) יש הוראה שאוסרת על התניית שירות בשירות וזה חוקק בעקבות זה שבעבר הרחוק הייתה פרקטיקה כזאת – אם היית רוצה לפתוח פיצרייה, היית מבקש מהבנק קו אשראי, הוא היה מאשר אבל הבנק היה דורש גם שיפתחו תיק ניירות ערך וזה התפוצץ לכולם בפנים. בחוק החוזים האחידים יש משהו דומה – סעיף 4(5) לחוק החוזים האחידים.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

השאלה היא: האם זה נכון להגיד שבמקרה הזה, התנאי הזה גם סותר הוראה בחוק הבנקאות וגם מקפח לפי חוק החוזים האחידים? התשובה האנליטית הנכונה היא **לא**. ברגע שתנאי סותר הוראת חוק קוגנטית, אז הוא לא חלק מהחוזה, הוא בטל, זה הרעיון בהוראת חוק קוגנטית, ברגע שהוא סותר אותה, אין לו תוקף ואז אין צורך לבדוק את זה במישור של חוזים אחידים. כאשר בית המשפט קובע שתנאי בחוזה סותר הוראת חוק קוגנטית, הוא בעצם רק מיישם רגולציה חקיקתית, החוק קבע שזה בטל. בעוד שבחוק החוזים האחידים, בית המשפט לא מיישם רגולציה חקיקתית אלא הוא הרגולטור, הוא קיבל את הסמכות לבדוק את הקיפוח. זה בא לידי ביטוי בכך שבחוק החוזים האחידים, גם אם תנאי נמצא בתוך הקיפוח, בית המשפט יכול להחליט שהוא לא מקפח.

כשמתקיימות שתי העילות – העילה של חוק החוזים האחידים בכלל לא רלוונטית. **המרצה**: האמירה הזאת בעייתית מבחינת התיאוריה המשפטית, אם הוא סותר הוראת חוק קוגנטית זה חלק מהעניין, הוא לא חלק מהחוזה.

ההבדל הוא שכשיש לנו חוק כמו חוק הבנקאות (שירות ללקוח) ויש שם איסור על התניית שירות בשירות, זה רגולציה של החוק. חוק החוזים האחידים נותן לבית המשפט את הסמכות לבדוק את הקיפוח. בית המשפט יבטל תנאי מקפח אבל השאלה מתי התנאי הוא מקפח, זה נתון לשיקול בית המשפט. החוק הזה נותן לבית המשפט את הסמכות להחליט מתי התנאי מקפח. החזקות נבחנות לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים – החוק הופך את הנטל.

סעיף 3 לחוק החוזים האחידים –**תנאי מקפח וביטולו**

3. בית משפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו - בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות - משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות (להלן - תנאי מקפח).

**מה זה קיפוח בחוק החוזים האחידים?**

יש שלושה סעיפים חשובים שהינם סעיפים 3, 4 ו-5 ויש את הפסיקה.

**הסעיף שמגדיר תנאי מקפח הוא סעיף 3 לעיל.**

תנאי מקפח הוא תנאי בחוזה אחיד (כל תנאי כולל תנאים שמאוזכרים בחוזה למעט תנאים שהצדדים הסכימו עליהם באופן ספציפי לצורך החוזה).

זו הגדרה שלא מגדירה כלום, גם בפסק דין פייסבוק וגם בפסק דין קסטנבאום – בית המשפט אומר שהמונח "תנאי מקפח" שייך למשפחה של הנורמות העמומות שייך למשפחה של תום לב, תקנת הציבור, שייך למשפחה של מושגים גמישים שאין להן גבולות ברורים, הם נתונים לפרשנות של בית המשפט.

**בפס"ד מרכז משען**: נקבע על ידי בית המשפט שהתנאי הוא עמום.

ע"א 295/91 **חברה קדישא נ' קסטנבאום**: תנאי הוא מקפח אם יש בו הגנה על אינטרס כלכלי של ספק מעבר לנתפס כראוי בסוג כזה של התקשרות. חוסר ההגינות של תנאי מקפח הוא בהגנת היתר שהוא נותן לספק לעומת הלקוח. בבסיסו של הקיפוח בחוק, עומד הרצון למנוע בליעת יתר של הספק, כלומר, הגנה על האינטרסים שלו מעבר לנתפס כראוי וזאת בחוזה שהוא קובע את תוכן התניות.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

זה מבחן עמום – יש כל מיני מבחני משנה אבל המבחן העיקרי שמסתמן זה **מבחן בליעת היתר**. **מבחן בליעת היתר אומר:** בית המשפט אומר שזה בסדר עקרונית, הוא מוכן להכיר בעובדה שהספק רוצה לקבוע בחוזה תנאים שהם לטובת האינטרס העצמי שלו, וברגע שזה לטובתו, מן הסתם זה על חשבון האינטרס של הלקוח. זה בסדר אבל בתנאי שאין "בליעת יתר". מה זה בליעת יתר? (1) לא מוצדק לפגוע בזכויות של הלקוח כדי להגן על אינטרס לא לגיטימי של הספק. פגיעה בלקוח כדי להגן על אינטרס לא לגיטימי של הספק זה בליעת יתר. (2) הגנה על אינטרס כן לגיטימי של הספק אבל זו הגנת יתר, כלומר, אפשר היה להגן על אותו אינטרס של הספק עם פגיעה פחותה. אנו חוזרים למבחן המידתיות – אם הפגיעה בלקוח היא מעבר למה שנחוץ כדי להגן על האינטרס של הספק, זו פגיעת יתר וקיפוח וזה המבחן המרכזי.

**פס"ד פייסבוק:** הנשיאה חיות חוזרת על המבחנים האלה: "חזקות הקיפוח שנקבעו בסעיף 4 לחוק, אין בהן כדי ליתר את מבחן הקיפוח הכללי שנקבע בסעיף 3. על כן, השאלה אם עלה בידי ספק לסתור את החזקות... חוק החוזים האחדים אינו כולל הגדרה של המושג קיפוח...". מקפח = בלתי סביר/בלתי הוגן. היא מציעה כל מיני אמות מידה – ניתן להבחין בין לקוחות צרכניים שצריכים הגנה מוגברת לבין לקוחות מסחריים שהפער בינם לבין הספק קטן יותר אז הנטייה תהיה יותר להגן על לקוחות צרכניים. היא קובעת מספר מבחנים אבל בסוף חוזרים למבחן העיקרי.

**המבחן:** תנאי המגן על אינטרסים של הספק מעבר למה שנתפס לראוי בחברה הישראלית, נחשב למקפח. בסוף חוזרים למבחן בליעת היתר.

הדגמה להפעלת המבחן: נושא פיצויים מוסכמים בפס"ד שיכון ופיתוח. בזמן שניתן פסק הדין, לא הייתה בחוק חזקת קיפוח על פיצויים מוסכמים. התיקון ניתן לאחר פסק הדין.

**פס"ד שיכון ופיתוח:** יש לנו חוזה של חברה קבלנית, חברת שיכון ופיתוח – חוזה למכירת דירות. יש סעיף מאוד סטנדרטי והוא במקרה שהלקוח יפר את החוזה ואם החברה בעקבות ההפרה הזאת תבטל את החוזה, מעבר לחובת ההשבה יש פיצויים מוסכמים, במקרה הזה בגובה של 15%. היועמ"ש לממשלה טוען בבית הדין שהתנאי הזה הוא מקפח. חברת שיכון ופיתוח, הטענה העיקרית שלה אומרת שלא כי חוזים כאלה היו בבית המשפט העליון בכמה וכמה הזדמנויות וכאשר טענו שיש בעיה עם תניית הפיצויים המוסכמים, יש שורה של פסקי דין שאפשר לסכם אותם בכך שבחוזים למכירת דירות, פיצויים מוסכמים עד 20% - בית המשפט העליון רואה אותם ככאלה שלא מצריכים/מצדיקים הפחתה של פיצויים מוסכמים. מעבר ל-20% אז יש אמירות של בית המשפט העליון שיש פיצויים מוסכמים שגבוהים מדי ולכן צריך להפחית אותם קצת. החברה אומרת שהם צדיקים פה כי עשו רק 15%. בית הדין: צריך להבחין בין שני מבחנים שונים: סעיף 15 לחוק התרופות שמסדיר את הנושא של פיצויים מוסכמים, מקנה לבית המשפט להפחית פיצויים מוסכמים בכל חוזה ולא רק חוזים אחדים. בחוזה שהוא לא אחיד, העקרון הוא חופש החוזים ולכן ההתערבות בחופש החוזים היא זעירה מאוד. המבחן הוא מבחן צפיות הנזק בעת כריתת החוזה ולא מספיקה חריגה קטנה מצפיות הנזק אלא צריך חריגה משמעותית. אם נניח הנזק הצפוי יכול להיות 100,000 ₪ וקבענו פיצויים של 110,000 ₪, בית המשפט לא יתערב. אבל אם לצורך העניין הנזק הצפוי יכול להיות מאה אלף ₪ וקבענו פיצויים מוסכמים של 200,000 ₪, בית המשפט יתערב. הפיצויים המוסכמים אמורים להיות פיצויים על נזק ולא עונש. ברגע שהם חורגים מאוד מהנזק שהיה צריך לצפות אותו, אנחנו מניחים שהמטרה היא להעניש, אז מפחיתים עד לרמה שהם מהווים פיצויים

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

ולא עונש. בית הדין אומר שזה משהו אחד, בית הדין לא מתעסק בזה כי אין לו סמכות לדון בזה אלא רק סמכות לבדוק אם תנאי הוא מקפח. בית הדין אומר שמבחן הקיפוח הוא לא מבחן צפיות הנזק והבחנה בין עונש לפיצוי – זה סעיף 15 לחוק התרופות. **השאלה היא האם התנאי הזה הוא מקפח והמבחן הוא האם הפיצויים המוסכמים האלה מגנים באופן בלתי מידתי על האינטרס של הספק או על אינטרס לא לגיטימי של הספק? על איזה אינטרס של הספק הפיצויים המוסכמים מגנים? אפשר לחשוב על שני אינטרסים:**

1. להעניש את הלקוח – אינטרס לא לגיטימי. הרציונאל של הענשה זה הרתעה מצד אחד וגמול – אני גם רוצה שהוא ישלם מחיר על מה שהוא עשה וגם להרתיע מפני מעשים כאלה בעתיד וזה לא לגיטימי בדיני חוזים. שיקולי ענישה שמים בצד.

2. סעיף של פיצויים מוסכמים נועד לחסוך את עלויות הוכחת הנזק - האינטרס הלגיטימי של הספק ועל זה יש פסיקה וספרות.

איתרנו את האינטרס של הספק, כעת נבדוק מה הפגיעה הפוטנציאלית בלקוח?

בין כה וכה אם הלקוח מפר חוזה, הוא צריך לשלם פיצויים. לפי דיני התרופות, הפיצויים שהוא יהיה מחויב בהם זה על הנזק שנגרם על ידי ההפרה. בית הדין אומר שצריך לחשוב איזה נזקים עלולים להיגרם מההפרה: **א. הנזק העיקרי: חשש לירידת ערך.** כתוצאה מהביטול הרי החברה הקבלנית מקבלת חזרה את הדירה, היא תצטרך למכור אותה בשוק למישהו אחר ויש מצבים בשוק של ירידת ערך. אם הייתה ירידה בשוק, והחברה תצטרך למכור בפחות כסף את הדירה, היא תפסיד כסף.

**ב.** מחיר הכסף, העסקה השנייה, בהכרח הכסף יהיה במועד מאוחר יותר, אז יש עלויות של מחיר הכסף.

**ג.** יש עלויות תקורה. כדי למכור את הדירה שוב, המשרד יעבוד עוד זמן ויש עוד עלויות מסביב. בית הדין: זה קשה לתמחר את זה כלפי לקוח ספציפי אבל ברור שבאופן מצטבר יש פה עוד התעסקות, עוד עלויות שקשה להעריך אותן.

אבל אמרנו שהנזק העיקרי הוא החשש מירידת ערך. העניין הוא שמצד אחד זה נזק קל מאוד להוכחה, עד כדי כך שחוק התרופות מתייחס לנזק הזה בסעיף 11 לחוק התרופות כפיצויים ללא הוכחת נזק. ההוכחה היא כל כך קלה שהכותרת היא "פיצויים ללא הוכחת נזק". כן מוכיחים נזק אבל יש נוסחה פשוטה – לוקחים את המחיר בחוזה לעומת המחיר הנמוך יותר וההפרש הוא הפיצויים. יודעים את ההפרש כאשר מוכרים את הדירה במחיר נמוך יותר ואז בודקים את ההפרש או שאפילו מביאים שמאי. לא צריך להוכיח קשר סיבתי אפילו בנושא זה. עלויות הוכחת הנזק שזה האינטרס של החברה, במקרה הזה, הן מאוד נמוכות. אז האם כדי להגן על אינטרס נמוך – עלויות הוכחת נזק נמוכות, מוצדקת פגיעה בלקוח? בפיצויים מוסכמים אנחנו לא באמת בודקים את הנזק, סכום הפיצויים המוסכמים הוא גם אם לא קרה נזק, אפילו אם ההפרה גרמה לנפגע רווח. בישראל ברוב המקרים, החברה הקבלנית תמכור במכירה השנייה בסכום יותר גבוה. המצב הוא כזה שהסעיף של הפיצויים המוסכמים יגרום לזה שבהרבה מאוד מקרים, לקוח יצטרך לשלם פיצויים על נזק שבכלל לא קרה, בעוד שאם כן קרה נזק, עלויות ההוכחה שלו מאוד נמוכות ופשוטות אז החברה הקבלנית יכולה הייתה להסתדר מצוין בלי סעיף של פיצויים מוסכמים אלא לפי פיצויים לפי חוק התרופות.

בית הדין אומר שהם מגנים רק על אינטרס לגיטימי ולא על הרתעה. אז האם מוצדק סעיף של פיצויים מוסכמים בסך של 15% כשפוטנציאל הפגיעה כל כך גבוה? בית הדין: קובע שהסעיף של 15% שעומד במבחן של סעיף 15 לחוק התרופות, אבל בחוזה אחיד הוא מבוטל כתנאי מקפח.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

בית הדין עשה את זה עם סעיף של 10% בפסק דין בית יאיר. **המרצה**: לצערו, אף אחת מהחברות לא ערערה על כך לבית המשפט העליון כי ראוי היה שהיו מערערים על זה לבית המשפט העליון. בית הדין אומר שלגבי הנזק של ירידת ערך אפילו אחוז אחד לא מוצדק מפני שההוכחה של זה היא כל כך קלה ופשוטה, אם יש פיצויים מוסכמים הם מוצדקים לגבי ראשי הנזק האחרים של עלויות נוספות אבל החברה לא טענה את זה ולא הוכיחה את זה.

**אחד הכללים הוא שבית הדין לא עושה חוזה במקום הצדדים אלא רק מבטל קיפוח ולכן, בית הדין לא מתעסק בלהוריד את האחוזים של הפיצויים המוסכמים אלא מוריד את התנאי המקפח.**

אמרנו שתנאי מקפח תמיד בודקים אותו בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות – זה המבחן הכללי. אי אפשר לקחת תנאי מקפח בפני עצמו ולומר שהוא מקפח.

בנוסף למבחן הכללי יש את סעיף החזקות:

**סעיף 4 לחוק החוזים האחידים – סעיף חזקות****מה נותנת לנו רשימת החזקות שבסעיף 4?**

זה מאפיין לנו תנאים מקפחים – כל תנאי שנכנס לאחד מ-13 החזקות הוא חשוב – זה מפנה את תשומת הלב לתניות המקפחות.

לגבי היפוך הנטל - היפוך הנטל המרצה פחות מתרשם ממנו – קודם כל זה הופך את הנטל אבל זה הופך את הנטל רק אחרי שהלקוח צריך להוכיח שמתקיימים היסודות של החזקה ואז נהפך הנטל.

סעיף 4(9) לחוק – מדבר על תניית שיפוט. הלקוח צריך להוכיח שהתנאי שבחוזה האחיד מתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט. כלומר, הוא צריך להראות מה הדין והוא צריך להראות שהתנאי הזה סוטה מהדין. נניח שהדין הוא מקום מגוריו של הנתבע או מקום בו נמצא המקרקעין, הדין הזה הוא דיספוזיטיבי – מקום שיפוט להבדיל מסמכות שיפוט עניינית שעליה אי אפשר להתנות. אבל בחוזה אחיד, אם יש התנייה על מקום שיפוט, באותו רגע הוכחתי את תניית הקיפוח, עכשיו הנטל עובר לספק להוכיח שבשים לב ליתר תנאי החוזה ולשאר הנסיבות זה עומד במבחן של המידתיות. כלומר, זה מגן על אינטרס לגיטימי של הספק באופן מידתי. דוגמא לטענה: שכל המסמכים שנוגעים לסכסוך הזה נמצאים בהרצליה, כל העדים נמצאים בהרצליה וכו', כל מיני סיבות שמחזקות את האינטרס הלגיטימי למה זה צריך להיות בהרצליה ולא חיפה.

**דוגמא**: בנק – סמכות השיפוט של בנק היא בכל מקום שיש בו סניף. נניח שלבנק הזה יש סניפים בכל מקום והלקוח בוחר לתבוע באילת אבל בחוזה כתוב שזה יהיה במקום פתיחת החשבון, זה סוטה מהדין בדבר מקום השיפוט אבל זה מגן על האינטרס הלגיטימי של הבנק כי כל העדים נמצאים באותו מקום שיפוט.

← הנטל הראשוני הוא תמיד על הלקוח – הלקוח צריך להוכיח שבחוזה יש תנאי שהוא שונה מהוראת הדין שקובעת את מקום השיפוט לצורך העניין וזה כך בכל החזקות. ברגע שהוא עמד בנטל הראשוני, עכשיו הנטל עובר לספק והוא צריך להשתמש במכלול החוזה ובשאר הנסיבות כדי לנסות להפוך את החזקה.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

**הבעיה:** חלק מחזקות הקיפוח, בתוך התנאים הראשוניים של החזקה עצמה, יש דרישה להוכחת אי סבירות. **דוגמא:** סעיף 9)4 לחוק, הנוסח שלו לפני שהוא תוקן, היה "תנאי בחוזה אחיד שקובע מקום שיפוט שאינו סביר", הלקוח היה צריך להוכיח שמקום השיפוט אינו סביר אבל אי סבירות זה קיפוח. המשמעות היא שלא באמת הפכנו את הנטל, כי ברגע שהלקוח הוכיח אי סבירות הוא הוכיח את מלוא הנטל של הקיפוח. היום זה כבר לא קיים אבל גם היום בחלק גדול מהחזקות יש דרישה כזו. **דוגמא:** סעיף 2)4 לחוק – לא מספיק שהלקוח יוכיח שיש בחוזה תנאי המקנה לספק זכות בלתי סבירה לבטל – אם הוא הוכיח שזה בלתי סביר אין צורך בנטל ההיפוך. כמו כן, גם סעיף 6)4 לחוק ועוד סעיפים נוספים אשר נמצאים בחוק דורשים שהלקוח יוכיח אי סבירות.

חלק מחזקות הקיפוח כמו חזקת סעיף 9)4 בנוסח הנוכחי שלה, באמת מעבירות את הנטל. כאשר מבקשים אי סבירות, זה רק למראית עין העברת נטל, אין באמת העברת נטל כי אי סבירות זה בעצם הוכחת הקיפוח.

חלק גדול מהחזקות, למעשה רובן, הסרגל שעל פיו נמדד הקיפוח, הוא הדין. סטייה מהוראות הדין יוצרת חזקת קיפוח.

**דוגמא:** סעיף 1)4 לחוק – צריך לבדוק מה האחריות שמטיל הדין על הספק והאם בחוזה הוא מנסה להפחית את היקף האחריות – הסרגל הוא הדין.

סעיף 7)4 לחוק – "תנאי המטיל את נטל ההוכחה על הלקוח ואלמלא אותו תנאי נטל זה לא היה מוטל עליו". הדין הוא שקובע את נטל ההוכחה ועל כן, צריך ללכת ולבדוק בדין.

**מבחן מרכזי שעובר לאורך סעיף 4 לחוק זה כשאני רוצה לבדוק אם תנאי מסוים הוא מקפח, אני צריך קודם לדעת מה המצב המשפטי בלי התנאי הזה, איך החיובים על הצדדים היו עובדים אם הספק לא היה מתנה.** הדין מלא הוראות דיספוזיטביות שמטילות חובות ומקנות זכויות לצדדים (לא מתייחסים להוראות קוגנטיות כי זה תנאי בטל). כעת אנו במצב שהחובה שותר הוראה דיספוזיטבי והוראות דיספוזיטביות נועדו למלא חללים/חסר בחוזה, הן בעצם יוצרות סביבת עבודה נוחה לצדדים, בעיקר בחוזים מסחריים, שיכולים לעשות חוזה תוך שהם מתרכזים רק בתנאים המרכזיים. את כל היתר אנחנו יכולים להסדיר אבל אנחנו לא חייבים כי יש הוראות שמסדירות את זה. חוזה שלא מסדיר, כל הנושאים שלא מוסדרים בו על ידי הצדדים, מתמלאים מכוח הוראות החוק הדיספוזיטבי. הרבה מאוד פעמים, עורך הדין מנסח חוזה בשביל עסק של ספק, מנסה לשנות את האיזון שהדין דיספוזיטבי קובע, הוא מנסה להוריד מהספק. למשל, אם הספק הוא חניון, חוק השומרים קובע את היקף האחריות שלו. הוראות דיספוזיטביות אפשר לשנות אבל אם משנים את ההוראות הדיספוזיטביות בחוזה אחיד, הרבה פעמים זה יקיים את אחת חזקות הקיפוח. מנסים או לצמצם את היקף החבות והאחריות שהדין דיספוזיטבי מטיל על הספק או להרחיב את האחריות והחבות שהדין דיספוזיטבי מטיל על הספק.

← המבחן שהרבה פעמים בית המשפט יבחן אם מתקיימת או לא החזקה – זה מה הדין הדיספוזיטבי היה קובע בהעדר הוראה חוזית.

← צריך להתחיל לחשוב מחדש על ההבחנה בין דין דיספוזיטבי לקוגנטי – 95% מהחוזים במשק הם חוזים אחידים ובחוזה אחיד, סטייה מדין דיספוזיטבי למרות שעקרונית היא מותרת, ברוב המקרים תחשב

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

למקפחת. הדין הדיספוזיטיבי הוא כמעט קוגנטי במצב כזה כי בכל סטייה מדין זה, יש אפשרות לטעון קיפוח רוב החוזים במשק הם חוזים אחידים. לדין הדיספוזיטיבי יש עוד תפקיד – הוא קובע את רף ההתנהגות בשוק כי רוב החוזים הם אחידים וסטייה ממנו תבוטל על ידי בית משפט.

## הערות כלליות:

✓ יש שני סוגים של חזקות קיפוח:

יש חזקות קיפוח קונקרטיות כמו תניית מקום שיפוט ויש חזקות בעלות אופן מאוד כללי כמו סעיף (1)4 או סעיף (6)4 שמתייחסות להרבה מאוד מצבים והן מאוד רחבות.

✓ בחלק מהחזקות אנו נראה שיש זוגות – יש חזקה ויש חזקה שהיא מקבילה לה ובעצם כל זכות מולה יש חובה, אז חזקה אחת מטפלת בזכות והשנייה בחובה או חזקה אחת מטפלת בצד של הספק והשנייה בצד של הלקוח באותו עניין ואז בפסיקה הן ילכו ביחד. זוגות קלאסיים: סעיף (1)4 + (6)4 והזוג השני הינו סעיף (2)4 + (4)4 לחוק.

## הערה מפסק דין פייסבוק:

✓ סעיף 4 הוא לא רשימה סגורה, הוא פתוח משני הכיוונים – זו לא חזקה חלוטה. תניה שנכנסת לאחת מהחזקות שבסעיף 4 זה לא סוף הדרך. אבל גם הפוך, תניה שלא נמצאת בחזקות של סעיף 4 עדיין יכולה להיות מקפחת לפי סעיף 3 – השאלה היא מי נושא בנטל.

## סעיף (1)4 לחוק –

## חזקות

4. חזקה על התנאים הבאים שהם מקפחים:

(1) תנאי הפוטר את הספק, באופן מלא או חלקי, מאחריות שהיתה מוטלת עליו על פי דין אילולא אותו תנאי, או המסייג באופן בלתי סביר את האחריות שהיתה מוטלת עליו מכוח החוזה אילולא אותו תנאי;

**דוגמא:** ספק מציין בחוזה האחיד שלו שהוא מוכר as is והוא לא אחראי לאי התאמה הוא מנסה לפטור את עצמו מחוק המכר. זה יכול להיות גם אחריות נזיקית ולא חוזית. הספק יכול להיות חברה שמפעילה צניחה חופשית ופוטר את עצמה מאחריות שדיני הנזיקים מטילים עליה. אם נגרם נזק לצנחן שלא קשור ברשלנות של החברה אז ממילא אין אחריות לפי דיני הנזיקין אבל צריך שתהיה רשלנות כדי ליצור אחריות. אבל אם היא פוטר את עצמה גם במקרה של רשלנות, היא מנסה לפטור את עצמה מאחריות שדיני הנזיקין מטילים עליה. אז "מוטלת על פי דין" זו דוגמא רחבה.

תמונת הראי של סעיף (1)4 לחוק זה סעיף (6)4 לחוק –

(6)תנאי השולל או המגביל זכות או תרופה העומדות ללקוח על פי דין, או המסייג באופן בלתי סביר זכות או תרופה העומדות לו מכוח החוזה, או המתנה אותן במתן הודעה בצורה או תוך זמן בלתי סבירים, או בדרישה בלתי סבירה אחרת;

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

**דוגמא:** ספק שאומר שהוא לא אחראי בגין אי התאמה, זה סעיף 1/4 כי הוא פוטר את עצמו מאחריות שהחוק מטיל עליו אבל זה גם סעיף 6/4 כי זה שולל או מגביל זכות של הלקוח - לכן זו תמונת ראי. לכן, כל פסק דין שקובע קיפוח מכוח סעיף 1/4 אוטומטית קובע קיפוח מכוח סעיף 6/4.

סעיף 2/4 לחוק –

(2) תנאי המקנה לספק זכות בלתי סבירה לבטל, להשעות או לדחות את ביצוע החוזה, או לשנות את חיוביו המהותיים לפי החוזה;

ההתחלה של סעיף 2/4 (2) זה דוגמא אבל העקרון הוא הסיפא: "...או לשנות את חיוביו המהותיים לפי החוזה" – מה קורה אם יש בחוזה האחיד סעיף שמקנה לספק זכות לשנות את חיוביו המהותיים של הספק לפי החוזה? למשל, הספק התחייב לספק כמות מסוימת אבל הוא משאיר לעצמו את האפשרות לשנות את הכמות או החייב התחייב לספק במועד מסוים אבל הוא משאיר לעצמו את האפשרות לשנות את המועד. העקרון הוא שבחוזה נקבעה חלוקת האחריות בין הצדדים ואם הספק משאיר לעצמו בחוזה אפשרות לשנות את החלוקה הזאת אחרי שהחוזה נכרת, זה מקפח. זה חריגה מהדין הרגיל של דיני החוזים. העקרון הרגיל הוא שברגע שהחוזה נכרת, התקבעו החיובים של הצדדים ומה הספק עושה? הוא אומר שלמרות שהחוזה נכרת הוא יכול לשנות את החיובים המוטלים עליו ועל ידי כך לשנות את האיזון וזה מקפח. תמונת הראי של זה תהיה האם הספק שומר לעצמו את הזכות לשנות את החוזה אחרי החיובים של הלקוח? ההנחה היא שבאופן כללי, הוא ירצה לשנות את החיובים שלו באופן שיפחיתו את האחריות או החבות שלו ולשנות את החיובים של הלקוח באופן שיגדיל את האחריות או החבות של הלקוח וזה משנה את האיזון כיוון שהחוזה כבר נכרת.

סעיף 4/4 לחוק הוא תמונת הראי לסעיף 2/4 לחוק – מאפשר לספק לשנות חיובים מהותיים שמוטלים על הלקוח. החיוב האופייני בחוזים אחידים שמוטל על הלקוח זה חיוב תשלום ולכן, הדוגמא העיקרית שמובאת בסעיף זה מחיר.

(4) תנאי המקנה לספק זכות לקבוע או לשנות, על דעתו בלבד, ולאחר כריתת החוזה, מחיר או חיובים מהותיים אחרים המוטלים על הלקוח, זולת אם השינוי נובע מגורמים שאינם בשליטת הספק;

הסעיף אומר לנו שאם הספק משאיר בחוזה אפשרות לשנות מחיר או חיוב מהותי שחל, זה מקפח וחלה חזקת הקיפוח.

אנו יודעים שבחוזים ארוכי טווח, הרבה פעמים זה אינטרס לגיטימי של הספק לאפשר מנגנון עדכון מחיר. בחוזים שנמשכים שנים, יש שינויים בשוק שמשפיעים על הצומות של הספק – עולה לו יותר, אז הוא חייב לעדכן את המחיר. **דוגמא:** דיור מוגן.

האיזון אומר שזה מקפח אם השינוי הוא על דעתו בלבד של הספק. כלומר, הספק אומר שהוא משנה איך שבא לו. אם לעומת זאת, השינוי נובע מגורמים שאינם בשליטת הספק, זה לא מקיים את חזקת הקיפוח. **דוגמא:** לכל בתי הדיור המוגן בארץ היה תנאי שהם יכולים לשנות את תנאי האחזקה לפי דעתם. בסוף הפשרה הייתה והיא אומצה על ידי בית הדין, זה שבמקום זה, קבעו מנגנון אובייקטיבי בחוזה – קבעו סל צומות (חשמל, מים וכו')



## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

וקבעו איזושהו משרד רואה חשבון שיפקח על הפעלת סל הצומות ואמרו שאם סל הצומות עלה יותר מX אחוזים, אז מחיר האחזקה יעלה בסכום ככה וככה.

**אם זה משאיר את עדכון המחיר לשיקול דעתו של הספק = מקפח. אם זה קובע קריטריון אובייקטיבי = לא מתקיימת חזקת הקיפוח.**

**שאלה:** המחיר ישתנה פעם בשלושה חודשים בהתאם לעליית מדד המחירים לצרכן? לגיטמי. אבל מה יקרה אם המדד עולה זה עולה אבל אם המדד עולה זה לא יורד או לא יורד מתחת למדד הבסיס? זה לא מקפח לפי סעיף 4. בעבר, הדרך היחידה הייתה לפי סעיף 3, עד לפני שבשנת 2011 תוקן החוק והוספה החזקה של סעיף (11)4 לחוק.

סעיף (11)4 לחוק -**(תיקון מס' 4) תשע"ב-2012**

(11) תנאי הקובע הצמדה של מחיר או תשלום אחר, לפי החוזה, למדד כלשהו, כך שירידה של המדד או עלייה שלו לא תזכה את הלקוח;

הלקוח לפעמים משלם ולפעמים הוא מקבל כסף, הגדרה של לקוח היא לא הגדרה כלכלית. מכיוון שהלקוח לפעמים משלם ולפעמים גם מקבל, זה מנוסח באופן כללי.

מנגנון עדכון מחיר, גם אם הוא על סמך קריטריונים אובייקטיביים ולכן, עומד בכללים של סעיף (4)4, אבל אם הוא חד כיווני, הוא יפר את סעיף (11)4 לחוק. זה לא רק כמו שאנו מכירים שהמדד עולה אבל לא יורד. יש כל מיני טריקים לעשות את זה, למשל, בסוכנות נסיעות הרבה פעמים כתוב שהמחיר של הטיול הוא \$1,600 ובכל מקרה, שער הדולר לא יפחת מ... זה כבר מקיים את החזקה הזאת. המשמעות של זה שאם שער הדולר יפחת, הלקוח לא יזכה. נניח שהספק, חברת הנסיעות הזאת ככה עם הספקים שלה, יכול להיות שזה מגן על אינטרס לגיטימי אבל נקודת המוצא תהיה שזה מקפח.

דוגמא למצב קיצוני: נניח ואני קונה מוצר או שירות מספק ישראלי שמייצר אותו בארץ, אבל רשום בחוזה שהמחיר צמוד למדד בזינבואה ששם המדד צונח – זה לא מקפח לפי סעיף (4)4 ולא מקפח לפי סעיף (11)4, זה עדיין מקפח לפי סעיף 3 לחוק אם זה לא מגן על אינטרס לגיטימי של הספק.

**בסעיף 3 לחוק הנטל הוא על הלקוח ואם הלקוח לא עומד בנטל, אז זה לא מקפח.**

סעיף (3)4 לחוק -

תנאי המקנה לספק זכות להעביר את אחריותו לצד שלישי. **לדוגמא:** אני קונה בחנות לפטופ, לפי חוק המכר, הוא אחראי בגין אי התאמה אבל הוא אומר שאם זה אי התאמה, צריך ללכת ללנובו או לדל. אם הוא אומר ללכת ללנובו או לדל אבל זה לא פוטר אותו מאחריות, אם הוא נותן אחריות נוספת על האחריות שלו זה נהדר. אבל אם הוא אומר שאם לנובו או דל לא יטפלו בו אז הספק לא בתמונה, זה סותר את הדין – הוא מעביר את האחריות לצד שלישי. הרבה פעמים העברת האחריות לצד שלישי תהיה מקפחת לפי סעיף (1)4 וגם לפי סעיף (6)4 לחוק.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

**דוגמא:** קניתי דירה והקבלן אומר שאם יש בעיה בדוד הוא לא אחראי ושולח ליצרן. אם במסגרת החוזה איתו הוא משחרר את עצמו מהאחריות שלו ואומר שאחריות היצרן היא במקום האחריות שלו, זה מקפח לפי סעיף 4(3) לחוק. בדירות, לא צריך ללכת לחוק החוזים האחידים כי זו הוראה סותרת של חוק המכר דירות אז הוא בטל. אם זו לא אי התאמה, לפי חוק המכר אין אחריות לספק על תקופות אחריות אלא רק על אי התאמה בזמן המכירה (בחוזה מסחרי). בהנחה שזה חוזה מסחרי, אין אחריות לפי דין על תקופת אחריות, אז אם נותנים לי תקופת אחריות של היצרן, עשו לי טובה. אבל אם מדובר למשל באי התאמה, אז העברת האחריות ליצרן לא עוברת מפני שהחוק מטיל אותה על המוכר.

בשנת 2014, הוסף תיקון שהינו: סעיף 4(א6) לחוק החוזים האחידים –

”תנאי הקובע פיצויים מוסכמים שאינם סבירים..” זה לא היה קיים בפסק הדין שיכון ופיתוח, זה הוסף כמה שנים אחר כך.

החוק לא מסביר אבל **המרצה**: מניח שמבחן של פיצויים מוסכמים שאינם סבירים, זה לא מבחן הסבירות של חוק התרופות אלא מבחן המידתיות של הקיפות. כמו שבית הדין עבד בפסק דין שיכון ופיתוח – מה האינטרס הלגיטימי של הספק והאם התנאי שפוגע בלקוח עושה את זה במידה ראויה או מעבר למה שנדרש? לכן, זה מבחן אחר. בחוק התרופות זה מבחן צפיות הנזק והרעיון הוא שלא יהיה עונש, ובחוק החוזים האחידים זה מבחן המדתיות. הלקוח צריך להוכיח שהפיצויים המוסכמים לא סבירים, כלומר, הוא צריך להוכיח שהם מקפחים ולכן, אין פה היפוך נטל והנטל על הלקוח.

סעיף 4(7) לחוק – תנאי שהופך את נטל הראיה. נטל הראיה הוא דיספוזיטיבי, אפשר בהסכמה להפוך נטל אבל בחוזה אחיד זה מצביע על קיפוח. אני יכול לעשות הסכם שביחסים החוזיים ביני לבין הצד השני, נטל הראיה הוא תמיד עלי, אבל זה לא יכול להיות בחוזים האחידים.

סעיף 4(8) לחוק – נעשה תיקון דרמטי מאוד.

”תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסוימות בערכאות משפטיות...”. למשל, תנאי שאומר שהלקוח לא יוכל לטעון כלפי הספק טענת התיישנות.

בפסק הדין של פייסבוק, בית המשפט אומר שיש שני תנאים שהוא בודק אותם: (1) מקום השיפוט (2) הדין – מהו הדין החל? בפסק דין זה קבעו שחל הדין של קליפורניה. אז לגבי תחולת הדין אין חזקת קיפוח אבל בית המשפט המחוזי אמר שאם בדין בקליפורניה חסרות עילות מסוימות שקיימות בדין הישראלי, בית המשפט העליון אמר שלא הוכיחו שהדין בקליפורניה בנושא של תובענות ייצוגיות הוא יותר גרוע מהדין בישראל אבל אם זה היה ככה, זה היה מקיים את סעיף 4(8) לחוק.

בעבר, עד 2014 בהמשך של מה שצוטט לעיל, היה כתוב “למעט הסכם בוררות מקובל”. סעיף 4(8) אומר שאם יש כל מיני הגבלות על הזכויות הדיוניות של הלקוח זה מקפח אבל ההמשך אמר שאם יש בחוזה האחיד תניית בוררות זה בסדר, הרי תניית בוררות מגבילה את הזכויות הדיוניות שלי כי אם אני אגיש תביעה נגד הספק ובחוזה יש תניית בוררות, חוק הבוררות אומר לפי סעיף 5 שאם יש תניית בוררות השופט מעכב הליכים ואז יש פגיעה בזכויות הדיוניות של הלקוח. אבל בית המשפט מאוד אוהב בוררות כי זה מוריד עומס מהמערכת ויש גם

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

שיקולים ענייניים, בעיקר בסכסוכים מסחריים, הרבה פעמים בורר עדיף כי גם אם הוא לא משפטן, הוא מומחה בתחום ומבין את הסכסוך, זה הליך יעיל ומהיר, בחוזים מסחריים נשמרת הסודיות בבוררות. להליכי בוררות יש המון יתרונות ומתוך האהדה הזאת להליכי בוררות באופן כללי, הושפע גם חוק החוזים האחידים. עד 2014 הוא אמר שאם יש תנאי שפוגע בזכויות דיוניות הוא מקפח אבל בוררות לא, זה בסדר בתנאי שזה הסכם בוררות מקובל. מקובל = הסכם בוררות שלא מפר את הצדק. למשל, פעם היו חברות קבלניות שכתבו שאם יש סכסוך בין הקונה של הדירה לבין החברה, הסכסוך ידון בבוררות והבורר יהיה המהנדס של החברה וזה לא מקובל. אם הסכם הבוררות בנוי כך שהוא נוטה לטובתו מבחינת זיהוי הבורר, מקום קיום הבוררות וכו' אז זה לא הסכם בוררות מקובל. אבל אם זה הסכם בוררות מאוזן, צודק והוגן, זה בסדר.

היום הסיפא של הסעיף השתנה. הסיפא של סעיף 8(4) לחוק השתנה ב-2014 – "או הקובע כי כל סכסוך בין הספק והלקוח יידון בבוררות", כלומר, גם אם הסכם הבוררות מקובל והוגן ומאוזן נחשב למקפחת. הבעיות בבוררות:

**(א)** הטיות קוגנטיביות שנמצאות אצל בוררים – הבורר בניגוד לבית המשפט מקבל את שכרו מהצדדים, שופט מקבל מהמדינה. נגיד שיש סכסוך בין בנק לבין לקוח ובחווה כתוב שהולכים לבוררות. הולכים לבורר, הבורר אדם ישר והגון אבל בתת מודע הוא יודע שהלקוח הוא שחקן חד פעמי והבנק הוא שחקן חוזר, יש לו מאות אלפי לקוחות, אם הוא יפסוק פעם אחת נגד הבנק, הבנק יגיד אוקיי, זה קורה, פעם שנייה הבנק לא ישמח ובסוף הבנק לא יבוא אליו. יש לו אינטרס שאפילו אם הוא לא מודע לו, יש הטיה לבורר לטובת הספקים הגדולים ולרעת הלקוחות.

**(ב)** אנחנו כחברה, דווקא בחוזים אחידים מהסוג של בנקים וכו', רוצים שפסקי הדין יהיו פומביים, אנחנו רוצים שכל הלקוחות של הבנק או חברת הביטוח ידעו שיש תנאי מקפח אבל אם זה בבוררות, אף אחד לא ידע.

**(ג)** בעיקר בחוזים צרכניים, הרבה פעמים הקיפוח של לקוח בודד, מייצר נזק בסכום לא גבוה – כשאני עומד מול חברת הביטוח או הבנק או תאגיד המים, הרבה פעמים הנזק שלי הוא מאות שקלים או אלפי שקלים, לא מצדיק התדיינות משפטית. יש שני כלים שנועדו להתגבר על הקושי הזה: (1) בית משפט לתביעות קטנות נניח בסכום של 5,000 ₪ (2) תובענה ייצוגית – בסכום של 500 ₪ נניח לאדם. הבעיה שאם יש תניית בוררות ואני אתבע בבית משפט לתביעות קטנות, הוא יעביר את זה לבורר ואצל הבורר מראש אני אוותר על התביעה כי רק המחיר של הבורר לשעה יותר גבוה ולא שווה את הסכום שאני צריך לקבל.

בארה"ב נוצר טרנד שלם שספקים בכל מיני תחומים הכניסו תניית בוררות על מנת למנוע תובענה ייצוגית. הנושא מאוד שנוי במחלוקת, האם תניית בוררות שחוסמת תובענה ייצוגית זה מצדיק את הביטול שלה. אצלנו לא התלבטו הרבה והכנסת אמרה – **תניית בוררות בחוזה אחיד, מקפחת.**

**אפשר להפוך את החזקה. למשל, אני מניח שאם זה חוזה אחיד מסחרי ולא צרכני, היתרונות של הבוררות כמו המהירות, היעילות וכו' זה עשוי לגבור על הכל. בחוזה אחיד צרכני, יש להניח שזה מקפח.**

מה יקרה אם מדובר בחוזה מסחרי והצלחנו להוכיח שיש הצדקה לגיטימית לתניית הבוררות? עדיין היינו רוצים שתניית הבוררות תהיה מקובלת/מאוזנת. ואת זה קובע סעיף 10(4) לחוק אשר גם הוא תוקן במהלך התיקון – סעיף מסובך להבנה.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

סעיף 4(10) לחוק –**(תיקון מס' 5) תשע"ה-2014**

(10) תנאי הקובע מסירת סכסוך לבוררות כאשר לספק השפעה גדולה יותר מאשר ללקוח על תנאי הבוררות, לרבות קביעת הבורר, מקום הבוררות, תנאים שעל פיהם תתנהל הבוררות, אופן ניהול הבוררות וסדרי הדין בבוררות, והכול אף אם הספק הוכיח כי מסירת הסכסוך לבוררות כשלעצמה כאמור בפסקה (8) אינה מקפחת;

תניית בוררות עוברת מבחן כפול:

1. בודקים את עצם העובדה שיש תניית בוררות – ההנחה היא שהיא מקפחת לפי סעיף 8. אם התגברנו על זה והוכחנו שבנסיבות האלה היא מוצדקת ומגנה על אינטרס לגיטימי של הספק אז עושים בדיקה שנייה.
2. בודקת את תניית הבוררות לגופה כשהיא מאוזנת – אם היא מוטה לטובת הספק, היא תפסל בגלל זה. תניית הבוררות צריכה להיות מוצדקת עניינית כשלעצמה, הליך הבוררות צריך להגן על אינטרס לגיטימי של הספק ובאופן ענייני ובנוסף, היא צריכה להיות מאוזנת.

סעיף 9(4) לחוק – מקום שיפוט**(תיקון מס' 1) תשס"ד-2004**

(9) תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט או הבוררות שבהם יתברר סכסוך;

בעקבות הלכת מפעל הפיס החוק תוקן בשנת 2004 ואמרו שכל פעם שסוטים מתקנות סדר הדין האזרחי בקביעת מקום שיפוט, קמה חזקת קיפוח ועכשיו על הספק לסתור.

הספק בפסק דין לאומי אמר שהוא יסתור את זה בעזרת מבחן ההרתעה מפני מימוש של הלכת מפעל הפיס – אם הוא יוכיח שהעובדה שמקום השיפוט הוא בבאר שבע לא מרתיעה את הלקוח ממימוש זכויות, הוא עומד בנטל של ההוכחה.

אם התנייה הזאת לא מרתיעה ממימוש זכויות היא לא מקפחת, אז החוק שונה ובעצם עדיין אי אפשר להשתמש בזה. בא בית המשפט בפסקי דין מאוחרים יותר **כפסק דין פייסבוק הוא אחד מהם**. בית המשפט אומר שאם מקום השיפוט שונה ממה שקבוע בדין, מתקיימת חזקת הקיפוח. כדי לסתור את חזקת הקיפוח, הטענה שזה מונע מימוש זכויות, היא רק אחת מהשיקולים, יש הרבה שיקולים. במסגרת זה, בית המשפט יכול גם לשקול האם יש הרתעה ואם באמת אנחנו מדברים על הרצליה או תל אביב, יכול להיות שזה לא מרתיע ממימוש זכויות. שיקולים נוספים: האם יש הצדקות ענייניות (למשל כל המסמכים או העדים נמצאים שם). הספק צריך להראות מכלול מלא של סיבות להראות למה צריך להזיז את מקום השיפוט ממה שכתוב בדין כי ההנחה היא שמה שכתוב בדין הוא מאוזן ושומר על האינטרסים של הלקוח ואם הספק הזיז את זה משם, הוא צריך להוכיח למה. זה הפך להיות נושא חם בגלל כל הספקים שמספקים לנו באינטרנט והבסיסים שלהם בכלל לא בישראל. הם קובעים מקומות שיפוט במקומות רחוקים ואפילו מדינות אחרות ואז זה גורם להרתעת הלקוחות מלתבוע. בית המשפט בפסק דין פייסבוק אמר שמבחן ההרתעה ממימוש זכויות הוא לא המבחן הקובע וצריך לקחת בחשבון את הגודל של פייסבוק מול הלקוח החלש וכו'.

## מיטל הרוש

השימוש במחברת באחריות המשתמש

היום סעיף 4(9) לחוק זה הכלל וברגע שיש סטייה מהכלל שקבוע בתקנות, יש חזקת קיפוח וכדי להפעיל אותה, לא מספיק המבחן מהלכת מפעל הפיס, הספק צריך להוכיח למה צריך להזיז את זה למקום אחר ולמה לא צריך להגן על האינטרס של הלקוח.

סעיף 4(12) לחוק – הרישא:

**(תיקון מס' 5) תשע"ה-2014**

(12) **תנאי שלפיו נדרש הלקוח לאשר או להצהיר כי קרא את החוזה**, או תנאי שבו הלקוח מצהיר על מעשה שעשה, על מודעותו לעניין מסוים, או על עובדה שמתקיימת בעניינו, או מאשר אותו, והכול למעט מידע שהלקוח מסר לספק בחוזה.

רואים הרבה בחוזים אחידים – בסוף החוזה כתוב שהלקוח מצהיר שהוא קרא את החוזה, הבין אותו ומסכים לתנאיו, כשכולם יודעים שהוא לא קרא ולא מודע או מבין כלום. בית המשפט העליון קבע בפסק דין בנק לאומי שתנאי כזה הוא לא מקפת. בית המשפט העליון אמר שהוא לא מקפת מכיוון שזה לא פוגע בשום זכות מהותית שלו, הוא עדיין יכול לטעון שהתנאים האחרים בחוזה הם מקפחים וזה שהוא הצהיר את זה, לא מונע ממנו כלום. אבל זה לא נכון, זה שהוא הצהיר אצלו, יוצר אצלו הבנה מוטעית שאם הוא חתם זה אומר שהוא הסכים ואז הוא לא יתייעץ אפילו עם עורך דין. **המחוקק לא אהב את התוצאה של בית המשפט העליון בפסק דין לאומי ולכן, בתיקון של 2014 המחוקק שינה את החוק והיום – לקוח שמצהיר כי קרא את החוזה וכו', זה תנאי מקפת בחוזה אחיד.**

סעיף 5 לחוק החוזים האחידים – תנאים שהם כל כך מקפחים שהם בטלים ובית המשפט צריך להצהיר שזה תנאי כזה מקפת.

**תנאים בטלים בחוזה אחיד (תיקון מס' 5) תשע"ה-2014**

5. (א) תנאי בחוזה אחיד השולל או המגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות – בטל.

**(תיקון מס' 5) תשע"ה-2014**

(ב) תנאי בחוזה אחיד הפוטר את הספק, באופן מלא או חלקי, מאחריות לנזק גוף או למעשה זדון המוטלת עליו על פי דין – בטל.

- סעיף 5(א) לחוק – בפייסבוק היה ויכוח – האם תנאי של מקום שיפוט בקליפורניה נכנס לסעיף 5(א) לחוק. **המרה:** לא מכיר אף חוזה אחיד שאומר שהלקוח לא יכול לתבוע אבל כן נתקל בתנאי שמגביל את הזכות של הלקוח לפנות לערכאות משפטיות.

**השאלה:** מה קו הגבול בין תנאי בטל לפי סעיף 5 לחוק לבין סעיף 4(8) לחוק שאומר תנאי מקפת? יש חפיפה בין השניים אבל בסעיף 4(8) לחוק יש סמכות לבית המשפט להחליט שזה תנאי מקפת ובסעיף 5 לחוק התנאי הוא שחור ובטל. ככל שההגבלה היא חמורה יותר וקשה יותר ככה תהיה נטייה לבטל. **לדוגמא:** סעיף שאומר שאם הלקוח רוצה לתבוע את הספק, הוא צריך לשים קודם כל פיקדון של מיליון ₪ כדי להבטיח את ההוצאות המשפטיות של הספק – זה תנאי שקרוב מאוד לשלילתו.

**שלילת זכות הלקוח לפנות לערכאות היא זכות חוקתית ולכן היא בטלה.**

- בתיקון של 2014 הוסיפו את סעיף 5(ב) לחוק שבעצם קובע עוד שני סוגים של תנאים שהם בטלים:

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

1. תנאי בחוזה אחיד הפוטר את הספק מאחריות לנזק גוף: דוגמאת הצניחה חופשית שהייתה בסעיף 4(1). כשמדובר על נזק גוף, תנאי בחוזה אחיד שבו הספק פוטר את עצמו מאחריות לנזק גוף שהוא גורם ללקוח, זהו תנאי שחור בטל וממילא לפי הפסיקה, הוא נחשב בטל כי הוא סותר את סעיף 30 לתקנת הציבור. חוק החוזים האחידים פשוט מיישר קו עם הדין הכללי. אין הגיון שאם בדין הכללי הוא בטל, אז בחוק החוזים האחידים הוא יהיה רק מקפח ולכן הוא הפך להיות בטל.
2. תנאי בחוזה אחיד הפוטר את הספק מאחריות אם מדובר במעשה זדון – דוגמא: אני ספק בעל חניון, אם אני בכוונה הורס לך את האוטו, אני פטור – זו הכוונה לזדון אבל המרצה אמר שאין דבר כזה.

**חוק השכירות והשאלה**

ההגדרה של עסקת שכירות היא בחוק.

**מהות השכירות**

1. שכירות היא זכות שהוקנתה בתמורה (להלן – דמי שכירות), להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות.

החוק חל גם על שאילה- שכירות ללא תמורה. הוא חל גם על זכות להשתמש בנכס בתמורה שלא לצמיתות בלי להחזיק בו. מה שאנחנו מכנים בדיני מקרקעין "להשתמש בלי להחזיק" – זיקת הנאה. החוק חל גם שם. החוק הזה נוסח בעקבות חוק המכר ולכן בהסדרים שונים הוא מובסס גם על מה שלמדנו בחוק המכר, הוא חל גם על כלל סוגי הנכסים (מטלטלין, זכויות, ומקרקעין). ויש שם גם דינים ספציפים. (חוק המקרקעין, חוק הגנת הדייר ועוד) כאשר מדובר על שכירות מקרקעין וזה חל על כלל סודי הנכסים. שמדובר על השכרה של זכויות זה יותר בעייתי. אי אפשר להשכיר זכויות אובליגטוריות- אי אפשר להשכיר אפשר לקנות. אפשר להשכיר זכויות אחרות כמו בפטנט (לתקופה מסוימת) ובאובליגטוריות ברגע שהיא ממומשת היא פוקעת כל נכס שהשימוש הראשון בו גורם לפגיעתו אי אפשר להשתמש בו עוד. כנכס שהשימוש הראשון מכלה אותו הוא בטל (גפרורים, סנדוויץ) נכס שמתכלה בשימוש הראשון אינו רלוונטי לשימוש נוסף. וזה בעיקר במטלטלין ומקרקעין. באנגליה- כל דיני השכירות שם במאה ה-18-19 סבבו סביב המקרקעין שם העיקר הוא היבט הקנייני של הזכות. במדינת ישראל- עוסק ברובו בחוזים המחסריים שמתעסקים בעסק. בבתי חולים- שימוש במכונות הרבה פעמים שוכרים את המכונות- מטלטלין.

**יתרונות השכירות המטלטלין:**

1. רק לתקופה מוגבלת ולכן אין צורך להשקיע את המחיר של המוצר.
2. אורך החיים של הנכס קצר- יש מוצרים שהם מיישנים מבחינה טכנולוגית מאוד מהר ולכן עדין לשכור אותו ואז עוברים לדור הבא שהוא חדש וטוב יותר.
3. אנשים צריכים את קו האקראי שלהם לצרכים שותפים ולא רוצים לבזבז על רכישה של המוצר משיקולים של תזרים כלכלי, ויש יתרונות מס.
4. חוזה ליסינג ממוני- כל ההתרונות שנאמרו גם קיימים בליסינג (מס וכדי) יש גם את עניין גיוס אשראי דרך חוזה השכירות ואז אני משלמת רק על הנכס בדמי שכירות ולכן בליסינג אני רוצה רק להשתמש

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

בנכס ולא על תחזוקה ותיקון. המשכיר לוקח על עצמו את כל הנטל הזה ואני בטוח המשכירה משתמשת בו.

**יתרונות במקרקעין** - מעבר למה שיש במטלטלין יש אחד נוסף שימוש במקרקעין מדבר על אחדות. אני לא יכולה למכור חלק מסוים אלא רק חלק בלתי מסוים. תנאי חוזה השכירות מגדירים בעצם זכויות ששוות לזכויות של הבעלים. זכויות השימוש והניצול של השוכר מעמידות אותו במצב בפועל כמו של בעלים כי הזכויות רחבות.

**החוק הוא דיספוזיטיבי למעט סעיפים 8 ו-22 שהם קוגנטיים.**  
 סעיף 8 מקביל לסעיף 16 לחוק המכר – חובת תום לב במשא ומתן.  
 סעיף 22 עוסק בהיבטים קנייניים של זכות השכירות – זה קוגנטי.  
 כל הפרק של דירות מגורים הוא כמובן קוגנטי כי הוא פרק בעל אופי מעין צרכני – הוא נועד להגן זכויות של צרכנים וגם שם יש הוראות קוגנטיות.  
 אבל רוב החוק הוא דיספוזיטיבי כמו בחוק המכר חוץ מהפרק על דירות מגורים וחוץ מסעיפים 8 ו-22.

**תמורה**

בסעיף 1 לחוק כתוב "שכירות היא זכות שהוקנתה **בתמורה**". - לא כתוב בתמורה למחיר, במילים אחרות, התמורה יכולה להיות גם לא בכסף. **דוגמא**: אני יכול למכור למישהו שדה ליבול והתמורה תהיה שהוא יביא לי יבול. אבל כמובן שבהקשרים מסחריים התמורה תהיה כספית.  
 גם תמורה כספית תהיה לפי יחידות זמן – אם זו השכרה של מכונת לפי ימים ואם זו השכרה של דירה לפי חודשים או שנים. בקניונים גדולים לפעמים התמורה נקבעת כאחוז מסוים מהמחזור העסקי או מהרווח – גם דמי שכירות כאלה אפשריים.  
 אבל רוב השכירות שאנחנו מכירים זה איזשהו סכום קבוע מראש שנמדד על פי זמן ביחס לתמורה.

**תקופת השכירות**

מה שמאפיין את השכירות זה שהמשכיר (הבעלים) מקנה לשוכר החזקה ושימוש בנכס שלא לצמיתות ולכן, שימוש שמכלה את הנכס לא יכול להיות שכירות – אם אתה נותן לי גפרור כדי להדליק את התנור כי קר, אתה לא יכול להשכיר לי את הגפרור כי השימוש בו מכלה את הנכס.

תנאי בהגדרת השכירות היא שהשכירות היא לא לצמיתות. לא לצמיתות בהקשרים מסחריים, אנחנו מתייחסים גם לאורך החיים האפקטיבי של הנכס. כלומר, אם אני משכיר לך נכס לתמיד, לא השכרתי לך, מכרתי לך אותו. אבל מה אם אני משכיר לך נכס ל-10 שנים אבל החיים הכלכליים האפקטיביים של הנכס הם 10 שנים, זה כמו מתכלה. דוגמא: נניח שזה מחשב שאחרי 8 שנים הוא פסולת, אז אם עשיתי ליסינג ל-10 שנים, באופן מעשי זה לא שכירות אלא מכירה.

השאלות של האם זה שכירות אמיתית או הסוואה לבעלות בדרך כלל מתעוררות בשני דרכים:

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

1. בהקשר של מיסוי – שם אנחנו בודקים גם את אורך החיים האפקטיבי של הנכס ובנוסף, אנו בודקים אם דמי השכירות הכוללים מגיעים למעשה למלוא השווי/מחיר הנכס (בד"כ פלוס ריבית) אז גם אז זה מוביל אותנו לכיוון שזו לא עסקת שכירות אמיתית אלא עסקת מכר בהסוואת שכירות.

2. בהקשר של חדלות פרעון – השאלה שמתעוררת: של מי בעצם הבעלות בנכס? נניח שהשוכר הוא חדל פרעון והוא מפסיק לשלם את דמי השכירות, עכשיו הבעלים של הנכס רוצה לקחת אותו אליו מכוח בעלותו. למשל, משכירים ציוד רפואי כמו MRI וחברות הליסינג כותבות שהבעלות שלהן כדי לפתור את הבעיה של חדלות פרעון המשכיר יגיד שהציוד שלו כי הוא הבעלים שלו ולכן, המפרק לא יכול לשים יד על הרכוש הזה. מנגד, המפרק יכול לטעון שההשכרה היא בסך הכל הסוואה לעסקת מכר והתמורה שטרם שולמה היא לצורך העניין חוב לא מובטח.

בין היתר, בודקים: (1) את אורך תקופת השכירות ביחס לאורך חיי הנכס – ההנחה בשכירות אמיתית היא שתקופת חיי הנכס ארוכה יותר, בד"כ מהותית, מתקופת השכירות. (2) התמורה. ההנחה היא שדמי השכירות ישקפו רק חלק ממחיר הנכס כי אחרת הייתי קונה אותו.

ברגע שהצדדים רוצים להגדיר את זה כשכירות זה שכירות אלא אם כן, שיקולי הצדדים לא מעניינים אותנו כמו שיקולי מס או מפרק שיכולים להגיד שלא מעניין ההגדרות בין הצדדים כי מבחינה מהותית זאת עסקת מכר.

כשאין זכויות של צדדים שלישיים וכשאין שיקולים של מס, הצדדים יכולים להגדיר את העסקה כשכירות גם אם באופן אמיתי היא לא.

**הערה:** רוב החוק בהמשך עוסק בחיובים אובליגטוריים שעוסקים במשך תקופת השכירות. אצלנו יש חיובים חוזיים לכל אורך תקופת השכירות, למשל חובת המשכיר להימנע מהפרעה בשימוש, החובה של המשכיר לתקן את הנכס המושכר, כל אלה חיובים שנמשכים לכל אורך תקופת השכירות.

## 4 בינואר 2019

חיובי המשכיר

סעיף 5 לחוק - החיוב הראשון הוא בדיוק כמו של מוכר, החיוב למסור את המושכר. המסירה תהיה במקום שבו נמצא המושכר בזמן כריתת החוזה - זו ברירת המחדל בעיקר עבור מיטלטלין. בתיקון השנה- הוסיפו את נושא ההובלה, הוסכם כי המשכר יהיה אחראי להובלת המושכר (בהשכרה של מיטלטלין).

**חיוב ההתאמה - אי התאמה בשכירות:** ס' 6 לחוק השכירות - בדומה לאי התאמה בחוק המכר. ס' 11 ו-12 לחוק המכר - שם רשום ישר על דרך השלילה. בחוק השכירות תקנו את זה ואמרו קודם את החובה - המשכיר ימסור את המושכר שהוא מתאים למוסכם בינו ובין המשכיר. החידוש הגדול הוא על אי התאמה המושכר יחולו הוראות ס' 11 לחוק המכר בשינויים המחויבים בין שאי התאמה במושכר מקורה במושכר עצמו ובין שמקורה בסביבתו. כלומר מעבר לאי ההתאמות שמפורטות בס' 11 לחוק המכר, יש עוד אי התאמה אחת וזה סביבת המושכר. זה נובע מפס"ד שלמה כרמל נ' פרפורי בע"מ - כחודשיים אחרי קבלת החזקה פינתה התובעת את המושכר שבו עמדה לפתוח מפעל לצביעה של בדים בטענה שגילתה כי במרחק של 30 מטר משם מופעלת מחצבת חצץ אשר מקימה אבק שלא מאפשרת לצבוע בדים, כלומר יש אי התאמה בסביבה.



## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

השוכר אינו זכאי להסתמך על אי-ההתאמה במצב שידע על אי ההתאמה בעת כריתת חוזה השכירות- ידיעה בפועל, עצימת עיניים מכוונת זו ידיעה בפועל (מקביל לסי' 12 לחוק המכר), השוכר לא הודיע על אי ההתאמה למשכיר בזמן סביר לאחר שגילה אותה או שהיה עליו לגלותה (מקביל לסי' 13 לחוק המכר), יש לפרט פירוט סביר את אי-ההתאמה (מקביל לסי' 17 לחוק המכר). גם אם השוכר לא הודיע הוא עדיין יוכל להסתמך אם המשכיר ידע או היה עליו לדעת על אי ההתאמה (מקביל לסי' 16 לחוק המכר). דבר שלא קיים בחוק המכר וקיים בחוק השכירות הוא: השוכר לא נותן למשכיר הזדמנות סבירה לבדוק את המושכר ולא נתן לו, ככל שהדבר סביר בנסיבות העניין, הזדמנות סבירה לתקן את אי ההתאמה. כלומר קיימת חובה לשוכר לתת למשכיר את ההזדמנות לתקן. בהבדל מחוק המכר, בחוק המכר יש חובה לבדוק את הנכס אך לא לתקן. יש לשים דגש בין המילים: 'לבדוק' ו'לתקן'.

אמרנו בהקשר של חוק המכר, אם הקונה לא בדק מיד את הממכר ולא הודיע על אי-ההתאמה הוא לא יכול לתבוע. בשכירות עשו משהו אחר, אם השוכר לא בדק ולא הודיע הוא זכאי להסתמך על אי ההתאמה באותה מידה שבה אי קיום הנטל כאמור לא פגע במשכיר.

למשל; אם השוכר בדק ולא הודיע או גילה אי התאמה והנזק היה 100, כדי לתקן את אי ההתאמה, המשכיר צריך להשקיע בתיקון 100. בגלל שלא הודיעו לו תוך זמן סביר השוכר יוכל לתבוע 100 ולא 150. כי הזמן ששהה הוסיף את ה-50, כלומר רק על הנזק המקורי.

בתיקון, הוסף סעיף 6 לחוק השכירות והוא מקביל לסי' 18 לחוק המכר. סי' 17-11 לחוק המכר עוסק באי התאמה בתכונות הפיזיות של הממכר (קטן/ גדול/ איכות), סי' 18 לחוק המכר עוסק באי התאמה משפטית (משכון/ עיקול), ועכשיו הוסיפו גם בשכירות אי התאמה משפטית, כלומר המשכיר ימסור שוכר את הזכויות להחזיק ולהשתמש במושכר כשהן חופשיות מכל זכות שנוגדת את הזכויות השוכר, ובכלל זה זכות של צד שלישי. למשל; השכרתי לא' מגרש לבניית מחסנים, ובמקביל השכרתי למשאיות לעבור שם, כלומר א' לא יוכל להשתמש בכל המגרש למטרת מחסן כי המשאיות עוברות שם- זו אי התאמה, אבל לא אי התאמה במושכר, הבעיה שלעוד מישהו יש זכויות להשתמש. גם בחוזה שכירות יש אי התאמה לא רק פיזית לפי סי' 6 אלא גם אי התאמה משפטית שזה סי' 6א. מכיוון שמדובר ביחסים נמשכים המשכיר צריך לבדוק שכל תקופת השכירות לא יהיו זכויות נוגדות, ועליו למנוע מצב זה מלכתחילה. סעיף 6 לחוק השכירות עוסק באי התאמה של המושכר, הוא בעצם כמעט זהה לדיני אי התאמה בחור המכר. סעיף 6 לחוק עוסק באי התאמה משפטית, כמו סעיף 18 לחוק המכר.

על הנושא של אי התאמה במושכר או פגמים במושכר- בחוזה שכירות מסחריים מדברים על מצבים של ליסינג. ביה"ח צריך מכונת MRI והוא שוכר אותו בעסקת ליסינג ממוני או תפעולי. העסקה נעשית כך שיש יבואן או יצרן של המכשיר והמכונה MRI, היבואן מוכר אותו לחברת הליסינג והיא משכירה אותו לשוכר. לביה"ח. זה נעשה בצורה כזו כי יש שיקולי מימון ואף שיקולי מס. בפועל, חברת הליסינג אין לה מכונות MRI אלא יש לה משרד קטן במגדל משרדים בתל אביב והיא תשכיר מה שנרצה. למעשה השוכר ייסע למשרד היבואן ויבדוק אם המכונה מתאימה לו ואחרי שהכל יהיה בסדר הוא יגיע למשכיר ויבקש ממנו שיקנה לו זאת. למשכיר אין ידע במכונות. המשכיר חברת הליסינג הוא גוף פיננסי והוא לא מכיר במכונות הרפואיות בחוזה שבינו לבין השוכר יש סי' שאומר שהמשכיר לא אחראי לפגמים ולאי התאמה במושכר. למשכיר יש זכות במסגרת דיני המכר בגין אי התאמה ובגין פגם, בין המשכר והיבואן בהנחה שהמשכיר מתקלקל יש בניהם חבות שנובעת או מפרק

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

ההתאמה אם זה פגם שהיה נובע כבר בעת המסירה או אם זה פגם שנוצר לאחר חצי שנה יש תקופת אחריות בחוזה. בין המשכר לשוכר אין חבות אבל למשכיר שהוא חברת הליסינג אין עניין לתבוע כי הוא לא משתמש במכשיר. איך מתגברים על הבעיה?

- שהמשכיר ימחה לשוכר את הזכויות שיש לו כלפי היבואן בגין אי התאמה ובגין תקופת האחריות. הקשיים הוא שאם יש יחסים עסקיים בין המשכיר ליבואן או סכסוך בניהם היבואן יכול לטעון כנגד השוכר כל טענה שש לו כנגד המשכיר. בעיה שניה היא נניח שהיבואן לא רוצה לתקן והשוכר יתבע אותו מכוח הזכויות שהמחאו לו אבל השוכר עומד בנעליו של המשכיר איזה נזק ייגרם למזכיר בזה שיש פגם בצידוד? שום נזק כי המשכיר לא אחראי כלפי השוכר. לשוכר אין זכות כלפי המשכיר בגלל שיש הוראה חוזית שמשחררת אותו ולכן למשכיר אין נזק שיש פגם במכשיר. בגלל שהמשכיר פטר את עצמו כלפי השוכר הוא מקבל את מלוא הכסף עבור המכשיר.

- בחוזה שבין המשכיר ליבואן נראה את השוכר כמוטב- שוכר לטובת אדם שלישי. לגבי הזכויות שנוגעות לפגם, אי התאמה ותקופת אחריות נראה את השוכר כמוטב. היבואן יכול להגיד שהוא מעולם לא התכוון להקנות זכויות לצד ג'.

- אפשר היה להגיד שהתנאי ששולל את החבות של המשכיר הוא תנאי מקפח בחוזה מסחרי אבל זה לא כי התנאי מגן על אינטרס לגיטימי של המשכיר כי המשכיר הליסינג לא עוסק במכונות רפואיים אלא מדובר בחוזה מסחרי.

**בארה"ב** במקרה כזה יש הוראה שהיבואן אחראי כלפי הסוחר אבל בישראל אין דין שאחראי על שכירות מסחריות אז נתקלים בחוקי אבל בפרקטיקה היבוא מתקן לשוכר.

חוק השכירות בניגוד לחוק המכר מבחין בין 2 דברים שונים: בין אי-התאמה לבין פגם ס' 7.

**ס' 7 לחוק השכירות** - חובת תיקון המושכר, כלומר חובת תיקון של פגם. החוק המכר לא היה פגם אלא רק אי התאמה. ההבדל בין אי התאמה לפגם- אי התאמה זאת הפרה של החוזה שמתחרשת במועד המסירה, שבפעם הראשונה נמסר המושכר. ביחס לחוזה מכר אם אי התאמה קורת אחרי שהייתה כבר מסירה בהנחה שלא הייתה קיימת בעת המסירה - היא לא מכוסה, אין דיני אחריות בחוק המכר, האחריות היא רק אם יש הוראה בחוזה הקובעת תקופת אחריות. בחוק המכר הכללי יש רק חשיבות אם מסרתי נכס שבזמן המסירה לא מאתים אם אח"כ לא מתאים אין אחריות מכוח החוק. בחוק השכירות זה שונה כי חובות המשכיר לא מסתיימות ברגע המסירה כמו במכר אלא נמשכות לכל אורך תקופת השכירות. מה קורה אם תוך כדי התקופה המושכרת נוצר פגם? יקום חובת תיקון או החלפה על המשכיר, עצם היווצרות של הפגם זה לא הפרה אלא אי התיקון זה אי הפרה. פגם הוא כל דבר הגורם הפרעה של ממש לשימוש הרגיל במושכר. סעיף זה הוא דיספוזיטיבי, ניתן להסכים בחוזה שמי שמתקן פגמים זה השוכר, בהרבה חוזי שכירות קובעים את זה.

**ס' 7(ב) לחוק השכירות** - החלפה במקום לתיקון - זה נקרא 'נכס חלוף' - הכוונה היא שניתן להחליף במקום לתקן. בעת המסירה המושכר צריך להיות מתאים למוסכם ובנוסף, אם נוצר פגם עליו לתקן כל דבר גם אם לא היה בעת המסירה, אי תיקונו ייצור הפרה. בתיקון יכול להיות במקרים מסוימים ע"י החלפה לפי ס' 7(ב). נניח אם השכרתי אופניים ויש פנצ'ר אני יכול לתת אופניים אחרים במקומם אם לשוכר לא נודעת משמעות לזהות הספציפית של הנכס המושכר.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

סעיף זה חל כאשר לא מדובר בנכס שהחוכר בחכירה לדורות כלומר כל שכירות שהיא מעל 25 שנים (ס'7(ה) לחוק). זה נובע מזה שלאחר יותר מ-25 שנים בשכירות זה כבר יותר דומה לעסקת מכר. בנוסף הסי' לא חל כלל על מקרקעין כי כל נכס הוא נכס שונה.

**סעיף 8 לחוק השכירות והשאלה - תניית פטור מאחריות לאי התאמה או פגם**  
 ס' 8 לחוק גם תוקן בתיקון האחרון.

**תניית פטור מאחריות לאי-התאמה או פגם (תיקון מס' 1) תשע"ז-2017**

8. תניה בחוזה שכירות הפוטרת את המשכיר מאחריות לאי-התאמה או פגם, או המגבילה את אחריותו כאמור, בטלה, אם המשכיר ידע או היה עליו לדעת על אי-ההתאמה או הפגם בעת כריתת החוזה או במועד מסירת המושכר ולא הודיע עליה לשוכר.

מקביל לסעיף 16 לחוק המכר. זה מקביל לחלק שבו כתוב "על אף האמור בכל הסכם".  
 לגבי חוק המכר – אמרנו שכל הדינים של אי התאמה הם דיספוזיטיביים, אין שום בעיה לעשות חוזה "as is" אלא אם כן המוכר ידע או היה עליו לדעת על אי ההתאמה לפי סעיף 16 לחוק המכר ואז הוא אחראי על אף האמור בכל הסכם – קוגנטי.  
 הקוגנטי בסעיף 8 לחוק השכירות והשאלה – אם המשכיר מתנה על חובת ההתאמה או הפגם, אין לזה תוקף אם הוא ידע או היה עליו לדעת.  
 ההבדל בין סעיף זה לבין חוק המכר – סעיף 16 חל רק אם הידיעה הייתה רק בעת כריתת החוזה ואמרנו שזה בעיה: נניח שהמוכר התחייב ליצר את הממכר, בעת כריתת החוזה הוא לא ידע שהוא ייצר אותו לא כמו שצריך. הוא התחייב לייצר מערכת ריהוט לסלון, בזמן כריתת החוזה הוא עוד לא ייצר אותה ולא ידע שזה לא מתאים. הוא מיצר ויודע אחרי הייצור שזה לא מה שהוא התחייב, לא לפי התוכנית, סעיף 16 לא חל אם בזמן המסירה הוא לא מספר לקונה על אי ההתאמה. סעיף 16 לחוק המכר חל רק על ידיעה במועד כריתת החוזה.  
 בסעיף 8 לחוק השכירות והשאלה תיקנו את זה כמו שצריך – "אם הוא ידע בעת כריתת החוזה או במכירה", גם חוק המכר יתוקן בהתאם להצעת חוק דיני ממונות וזה יהיה אותו דבר – בעת הכריתה או בעת המסירה.

**מה קורה אם השוכר דרש תיקון והמשכיר לא מתקן?**

**סעיף 9 לחוק השכירות והשאלה –**

**אפשרות ראשונה:** סעיף 9(1) לחוק השכירות - השוכר יכול לתקן את הפגם או את אי ההתאמה ולדרוש מהמשכיר החזרת הוצאותיו הסבירות – אבל זה רק אם הוא פנה ודרש והמשכיר לא תיקן.  
**אפשרות שנייה:** סעיף 9(2) לחוק השכירות - מקבילה לסעיף 28 לחוק המכר שם יש תרופה מיוחדת שנקראת ניכוי מהמחיר. במקום לתקן, הוא יכול להפחית את דמי השכירות כסעד עצמי, כל עוד לא תוקן הפגם או אי ההתאמה, לפי היחס שבו פחת שווי השכירות עקב הפגם או את אי ההתאמה לעומת שוויה לפי החוזה. **דוגמא:**  
 נניח שזו דירה והשוכר שכר דירת ארבעה חדרים ונניח ששווי השימוש בכל חדר הוא אותו דבר, ההשכרה של הדירה זה 100 וכל חדר זה 25 ועכשיו יש פגם באחד החדרים, יש רטיבות, נזולים מיס ואי אפשר להשתמש, הוא דורש תיקון ולא מתקנים – או שהוא מתקן בעצמו ודורש הוצאות או שהוא מפחית. בדוגמא הזאת הוא מפחית רבע מדמי השכירות.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

כמו כל סעד עצמי, מי שמפעיל אותו נהנה מהיתרון של סעד עצמי – הוא לא צריך ללכת לבית המשפט אלא עושה את זה לבד אבל יש מחיר לכל דבר, המחיר הוא הסיכון. אם בדיעבד מסתבר שהסכום שניכיתי לא היה נכון אז בעצם אני הפרתי את החוזה.

- אם יש אי התאמה או פגם (שמפריע הפרעה ממשית לשימוש) עד עכשיו אמרנו שהאפשרויות הן לפנות למשכיר שיתקן, אם הוא לא מתקן תוך זמן סביר, הם יכולים לתקן לבד או לבקש החזר הוצאות או להפחית את דמי השכירות וניתן להפחית אפילו עד 0.

סעיף 9(ב) לחוק השכירות והשאלה - אם השוכר בוחר באופציה שהוא מתקן – הוא צריך להודיע על זה מראש. סעיף 9(ג) לחוק השכירות והשאלה - כשמדובר על פגם או אי התאמה דחופים כמו פיצוץ בצנרת, זכאי השוכר לתקן בלי אישור או הודעה.

כל החוק הוא דיספוזיטיבי חוץ מסעיף 8 (הפרה של חובת תום הלב), חוץ מסעיפים 21 ו-22 שעוסקים בעניינים קנייניים (העברת המושכר והעברת השכירות), אז אי אפשר להתנות גם על עניינים קנייניים והפרק החדש שעוסק בדירות מגורים הוא קוגנטי כי הוא בעצם נותן הגנה מעין צרכנית לשוכרים חלשים של דירות.

סעיף 10 לחוק השכירות והשאלה –**פגם שאין לדרוש תיקונו**

10. היה הפגם תוצאה מנסיבות שבעת כריתת החוזה לא ידע עליהן המשכיר ולא היה עליו לדעת עליהן, או לא ראה אותן ולא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען, ותיקון הפגם באותן נסיבות הוא בלתי אפשרי או שהיה מטיל על המשכיר חיוב השונה באופן יסודי ממה שהוסכם בין הצדדים – לא יהא הפגם עילה לדרישת תיקון, לפיצויים או להחזרת הוצאות כאמור בסעיף 9 (א) (1).

**פס"ד חמודה זועבי:** עוסק ביחס בין סעיף 10 לחוק השכירות, 15 לחוק השכירות ו-18 לחוק התרופות הכללי. סעיפים אלו עוסקים בסיכול חוזה.

יש פה פגם שהוא בנסיבות מסכלות, אין אשמה על המשכיר – המשכיר לא ידע על הפגם, לא היה עליו לדעת, הוא לא נוכל ולא רשון, הוא לא צפה את האפשרות הזו אפילו ולא יכול היה למנוע – פגם שנגרם כתוצאה מנסיבות מסכלות.

**דוגמא:** נפל גרם שמימי ועשה נזק למושכר באופן שאי אפשר לתקן אותו – זה סיכול, לא יהיה הפגם עילה לדרישת תיקון, לא פיצויים והוא לא יוכל לתקן ולבקש חזרה את ההוצאות מהמשכיר אבל האפשרות שלו היא לבטל.

סעיף 11 לחוק השכירות –**שימוש ללא הפרעה**

11. המשכיר חייב לאפשר לשוכר להשתמש במושכר במשך תקופת השכירות לפי המוסכם בין הצדדים ללא הפרעה מצדו או מטעמו.

יש חובה גם על המשכיר לדאוג שלא תהיה הפרעה מטעמו או מצידו. החובה היא לא רק למסור את המושכר אלא זו חובה נמשכת לכל אורך תקופת השכירות שחלה על המשכיר לאפשר שימוש ללא הפרעה.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

אמרנו שפס"ד חמודה זועבי עוסק ביחס שבין סעיף 10 ו-15 לחוק השכירות וסעיף 18 לחוק התרופות.

**סעיף 15 לחוק השכירות – פטור מחובת התשלום****פטור מחובת התשלום**

15. (א) היה הנכס המושכר מקרקעין ונמנע מן השוכר להשתמש בו למטרת השכירות מחמת נסיבות הקשורות במושכר או בדרכי הגישה אליו והשוכר לא ביטל את החוזה בשל כך, פטור הוא מתשלום דמי השכירות בעד הזמן שהשימוש נמנע כאמור; המשכיר רשאי, כעבור זמן סביר בנסיבות הענין, לבטל את החוזה, זולת אם הודיע לו השוכר לפני כן שהוא מוותר על הפטור מתשלום דמי השכירות.

(ב) הפטור האמור יחול רק אם בעת כריתת החוזה לא ידע השוכר על הנסיבות האמורות בסעיף קטן (א) ולא היה עליו לדעת עליהן, או לא ראה אותן ולא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען.

נניח שכרתי משרד עורך דין ופתאום במהלך תקופת השכירות, העירייה מבצעת עבודות מסביב למושכר ואי אפשר להיכנס. אין פה הפרה מצד המשכיר מפני שזה לא סעיף 11 – זה לא מניעה שנגמרה בגללו או מטעמו. אנחנו למדים קודם כל שבסיטואציה כזו השוכר יכול לבטל את החוזה ואם הוא לא ביטל הוא פטור מתשלום דמי השכירות כל עוד נניח אי אפשר להיכנס למשרד. אבל לא לנצח, כעבור זמן סביר קמה אפשרות למשכיר לבטל. אם המשכיר מודיע שהוא רוצה לבטל כי עבר הזמן הסביר שבמהלכו השוכר לא משלם בגלל סעיף 15, עכשיו השוכר יכול למנוע את הביטול אם הוא יגיד "אוקיי, למרות שעדיין לא נגמרו העבודות מסביב למושכר ועדיין אין אפשרות גישה, אני מוכן לשמור את חוזה השכירות ולשלם". לשוכר יש תקופה שהוא יכול לא לשלם והיא תקופת זמן סבירה ובתום תקופת הזמן הסבירה, אם הוא לא משלם והמשכיר לא עושה כלום אין בעיה אבל אם המשכיר אומר שהוא הולך לבטל את החוזה, הוא יכול למנוע את הביטול אם יגיד שישלם.

**יש פה ניסיון לעשות הסדר מאוזן בסיטואציה שאף אחד לא אשם בה.**

**בפס"ד חמודה זועבי:** המדינה שכרה משרדים כדי לעשות שם שירותי רווחה וגורמים פליליים התחילו לירות על הבניין בגלל סכסוך עם המשפחה של המשכיר.

**סעיף 16א' לחוק השכירות –**

סעיף 16א' (א) לחוק - שוכר לא יכול לעשות שינויים במושכר אלא אם הוא קיבל את הסכמת המשכיר. סעיף 16א' (ב) לחוק - יוצא מתוך הנחה שבחכירה לדורות במקרקעין, הסטטוס של החוכר קרוב יותר לסטטוס של בעלים ולכן, הוא לא צריך לרוץ על כל שינוי ולבקש את הסכמת הבעלים אז בחוזה חכירה, הוא זכאי לבצע שינויים במושכר ובתנאי שזה לא שינויים שיכולים להפחית את ערך הנכס ובתום תקופת החכירה הוא יחזיר את המצב לקדמותו ויחול סעיף 20א'.

זה עוד דוגמא לזה שהמחוקק הבין שבחכירת מקרקעין לתקופה מאוד ארוכה, בהקשרים רבים, המעמד של החוכר דומה יותר למעמד של בעלים מאשר למעמד של שוכר.

**מה קורה בשכירות שאיננה מוגבלת בזמן?****סעיף 19 לחוק השכירות –****סיום השכירות (תיקון מס' 1) תשע"ז-2017**

19. (א) לא הוסכם על תקופת השכירות, או שהצדדים המשיכו לקיימה לאחר תום התקופה שהוסכם עליה בלי לקבוע תקופה חדשה, רשאי כל צד לסיים את השכירות על ידי מתן הודעה לצד השני זמן סביר מראש.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

אפשרות אחת היא להגיד שזו שכירות לתמיד וזו בעצם לא שכירות אלא בעלות. אבל שכירות שאיננה מוגבלת בזמן זה כמו הכלל הרגיל בדיני חוזים – ההנחה היא שהחווה הוא לזמן סביר ובתום הזמן הסביר הוא ממשיך עד שאחד הצדדים יודיע שהוא מעוניין לסיים אותו תוך זמן סביר מראש.

**מה קורה אם נעשו שינויים במושכר בהסכמת המשכיר במהלך תקופת השכירות?**

סעיף 20א' לחוק השכירות –

דוגמא: שכרתי דירה ל-5 שנים ובדירה היו מאווררי תקרה ואמרתי למשכיר שאני רוצה לשים מזגנים והמשכיר נתן את הסכמתו בכתב. מה קורה בתום תקופת השכירות? לפי הסעיף, אם השוכר ביצע שינויים במושכר בהסכמת המשכיר, בתום תקופת השכירות יש שתי אפשרויות: (1) הוא יצטרך להחזיר את המצב לקדמותו כשהוא יעזוב את המושכר. (2) להשאיר את השינויים אבל לא יקבל על זה החזר.

**הרעיון:** זה יוצר את נקודות הקצה או הבסיס למשא ומתן בין הצדדים. השוכר יודע כמה מזגנים שווים לו ומה העלות מצד שני של השבת המצב לקדמותו וכמה זה שווה למשכיר, ובטווח הזה יתקיים המשא ומתן בין הצדדים. **הרעיון הוא שזה פלטפורמה למשא ומתן בין הצדדים.**

לעומת זאת, אם השוכר עשה שינויים ללא הסכמה אז האופציה היא של המשכיר. **דוגמא:** אם השוכר התקין מזגנים בלי לבקש רשות, האופציה של המשכיר לבקש להחזיר את המצב לקדמותו. אם הוא לא דורש ממנו להשיב את המצב לקדמותו והוא אומר לו להשאיר את זה כמו שזה, הוא צריך לתת לו את שווי הערך כדי שלא תהיה עשיית עושר ולא במשפט.

**היבטים קנייניים של השכירות**

**היבט קנייני ראשון:**

סעיף 21 לחוק השכירות –

הזכות היא קניינית ולכן היא פועלת לא רק לטובת המשכיר אלא לטובת כל אדם. אם המשכיר ימכור את הבעלות בנכס, הבעלים החדש כפוף לזכות ההחזקה והשימוש של השוכר.

זכות השכירות הופכת להיות קניינית בשכירות שטעונה רישום רק ממועד הרישום ובשכירות שלא טעונה רישום מרגע חזקת הקבלה. האופי הקנייני של הזכות מוקנה לה רק מהרגע שהתחייבות החוזית האובליגטורית הופכת להיות קניינית. במכר הזכות הופכת להיות קניינית כשהבעלות עוברת מהמוכר לקונה.

**איזה שכירות לא טעונה רישום?** שכירות שהיא לא במקרקעין לא טעונה רישום (שכירות של נכס נד). בשכירות של מקרקעין, סעיף 79(א) לחוק המקרקעין קובע ששכירות שהיא עד 5 שנים לא טעונה רישום ומעל 5 שנים כן טעונה רישום, אבל חוק הגנת הדייר שינה את זה, למרות שהוא עוסק בשכירויות מוגנות בנושא הזה הוא שינה את זה בנוגע לכל השכירויות והתקופה היא 10 שנים לפי סעיף 152 לחוק הגנת הדייר.

סעיף 21(ב) לחוק – נוסח מתוקן מלפני שנה וחצי שפתר כל מיני שאלות שהיו לא פתורות. נניח שהמשכיר הוא הבעלים, אם הבעלים מוכר את זכותו, זה שהבעלים הבא כפוף לזכות השכירות זה מובן מסעיף 21(א) אבל פה אומרים לנו משהו אחר – הבעלים החדש, הרוכש, נכנס בנעלי הבעלים הקודם בחווה השכירות, גם לעניין

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

הזכויות וגם לעניין החיובים של המשכיר על פי חוזה השכירות. האם זה תואם או לא תואם את חוק המחאת חיובים? יש פה זכויות וחובות על פי חוזה והן מועברות מכוח הוראת חוק ספציפית למישהו אחר: הבעלים הראשון, המשכיר המקורי, מכר את הבעלות בנכס ומכוח זה עברו הזכויות והחובות של נושא השכירות אל הבעלים החדש. **יש פה שינוי אחד ברור לעומת חוק המחאת חיובים וזה שלא עוברות רק הזכויות אלא גם החובות.**

בחוזה שכירות סטנדרטי החובה של השוכר היא לשלם דמי שכירות, לא לקלל את המושכר ולהחזיר את המושכר בתום תקופת השכירות. החובה של המשכיר היא למסור את המושכר, לא להפריע, לתקן פגמים וכו' וזה ברור – הזכויות והחובות הללו עוברים לבעלים החדש, הרוכש.

**פרופ' שלום לרנר בספרו על שכירות שואל את השאלה:** מה אם יש בחוזה השכירות חובה לא אופיינית/חובה מיוחדת? דוגמא: נניח שהמשכיר הוא זמר אופרה והוא התחייב במסגרת חוזה השכירות שפעם בשנה ביום הולדת של השוכר הוא בא לשיר לו, האם זה עובר לבעלים החדש? הכוונה היא לזכויות ולחיובים שהם אופייניים לשכירות ואם יש התחייבויות שהן עדיין חלק מחוזה השכירות אבל הן נובעות מכישורים או עיסוקים ייחודיים או אופייניים שונים, זה נשאר ביחסים שבין הצדדים המקוריים וזה לא יעבור מכוח סעיף 21.

שאלה נוספת שלא הייתה פתורה והייתה עליה מחלוקת בין מישל דויטש (בספרו על קניין) לבין פרופ' שלום לרנר והשאלה היא: נניח שלשוכר יש טענה כלפי המשכיר המקורי, למשל, היה פגם, הוא פנה למשכיר המקורי, המשכיר לא תיקן תוך זמן סביר, השוכר תיקן את הפגם ועכשיו מגיע לו כסף. הוא מתכוון לקזז את זה מול דמי השכירות שהוא משלם למשכיר המקורי אבל בדיוק המשכיר מעביר את הבעלות בנכס למשכיר חדש – האם הוא יכול לקזז מול המשכיר החדש? השאלה הזו הייתה שנויה במחלוקת קשה עד תיקון החוק ועכשיו יש הכרעה בעניין: סעיף 21(ג) לחוק – טענה שיש לשוכר כלפי המשכיר בשל אי קיומם של חיובים שהיו מוטלים על המשכיר לפני השלמת ההקניה, תעמוד לו גם כלפי הרוכש.

בעבר הייתה גישה שבהעברת שכירות, השוכר לא יכול להעלות טענות הגנה שהיו לו כנגד המשכיר המקורי מול המשכיר החדש. הייתה טענה שיש פה דין ספציפי של העברה לעומת חוק המחאת חיובים ומכיוון שבחוק המחאת חיובים יש את סעיף 2(א) ופה אין, ההנחה הייתה שפה הוא לא יכול היה להעלות טענה כזו. הגישה של מישל דויטש הייתה שבכל מה שנוגע להמחאת הזכויות, אפשר להשתמש בחוק המחאת חיובים ועכשיו לא צריך כי יש הוראה בחוק השכירות שמסדרת את הנושא.

**היבט קנייני שני:**סעיף 22 לחוק השכירות –

השוכר יכול להעביר את כל הזכויות והחובות שלו ולצאת מהתמונה או לעשות השכרת משנה. בהעברת שכירות השוכר מעביר לשוכר השני את כל הזכויות והחובות שיש לו ויוצא מהתמונה. בשכירות משנה השוכר משכיר לו ברוב המקרים חלק מהמושכר או שהוא משכיר לו את כל המושכר אבל לחלק מהתקופה, אין חפיפה מלאה. יכול להיות מצב ביניים שבו השוכר נשאר בתמונה והשוכר משכיר לכל התקופה לשוכר שני אבל הוא נשאר בתמונה. כלומר, השוכר הוא זה שנשאר חייב כלפי הבעלים וחייב כלפי השוכר השני.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

מסעיף 22 לחוק השכירות אנו מבינים שיש שינוי מחוק המחאת חיובים ששם אפשר להעביר את הזכויות ללא הסכמת החייב, בחוק השכירות יש שינוי – אפילו לעניין הזכויות צריך את הסכמת הבעלים.

אם לא הסכים המשכיר מטעמים בלתי סבירים או התנה את הסכמתו בתנאים בלתי סבירים (כמו לדוגמא לא רוצה להשכיר לגיינג'ים).

סעיף 22(א)(1) לחוק - אם מדובר בשכירות של מקרקעין, השוכר יכול להעביר את הזכויות והחובות למרות שהוא מתנגד. גם אם המשכיר לא מסכים, אם אי ההסכמה לא סבירה, השוכר יכול להתעלם מזה שהמשכיר לא מסכים.

סעיף 22(א)(2) לחוק - בשכירות שהיא לא מקרקעין, אותו דבר רק אם יש אישור של בית משפט – דוגמא: אם יש מכונת MRI שמושכרת, צריך אישור בית משפט.

**מה יקרה בשכירות של מקרקעין אם בחוזה מראש יש תנאי שאוסר העברה?** גם אז אפשר להעביר אבל באישור של בית משפט. אם בחוזה השכירות אין הגבלה/איסור העברה אבל עכשיו הבעלים מתנגד, אז במקרקעין אם הוא מתנגד, השוכר יכול להעביר את הזכויות והחובות למרות שהוא מתנגד ובמטלטלין הוא יכול להעביר רק באישור בית משפט.

אם בחוזה יש איסור על ההעברה, במקרקעין עדיין יהיה אפשר להעביר באישור בית משפט ובמטלטלין לא.

עסקאות של שכירות מסחרית – שכר מכרמה שתי הסיבות העיקריות שבגינן עושים שכירות מסחרית?

1. **סיבה פיננסית:** "השוכר" צריך מימון, אם היה לו כסף הוא היה קונה את הנכס אבל אין לו מימון אז הוא יכול ללכת לבנק, לקחת הלוואה ולקנות את הנכס. במקום זה, הוא בא לחברת הליסינג ואומר לה "אני צריך את המכונה הזאת למפעל שלי והיא עולה מיליון ₪". לחברת הליסינג אין מכונה כזאת, החברה קונה את המכונה ומשכירה אותה ל"שוכר". למה היא משכירה אותה לשוכר? דמי השכירות משקפים בעקרון את מלוא שווי הנכס פלוס עלויות המימון. הפרוצדורה של השכרה נועדה כדי להבטיח את התשלום, אם הוא לא ישלם, חברת הליסינג תיקח את הציוד מכוח הבעלות שלה. לכן, ברוב המקרים יהיה שלט על המכונה שאומר שזה בבעלות חברת ליסינג כזאת וכזאת כדי שאם הוא יהיה חדל פרעון, המפרק או כונס הנכסים יראה שזה בבעלות של מישהו אחר. סיבה אחרת יכולה להיות יתרונות מס – מי שמשתמש בנכס הזה, במכונה, רוצה לשכור אותה ולא לקנות אותה ואז כמובן מבחינת דיני המס, במשך השנים התעוררו בפסיקה כל מיני מבחנים מתי יגידו שזו עסקה מלאכותית ויגידו שזה מכר ולא שכירות.

אבל פה, נוצרות הרבה בעיות כי חוק השכירות שלנו לא מתייחס לעסקאות שכירות. דוגמא של חלק מהבעיות: - יש יצרן של המכונה הזאת, חברת הליסינג שהיא הבעלים וקונה את המכונה, ויש את השוכר. הבעלים אומר שהוא לא מבין שום דבר במכונות כאלה (המכונה מעולם לא הגיעה לבעלים ישר עברה מהיצרן לשוכר) ולכן, בחוזה ביניהם יהיה כתוב שהבעלים לא אחראי על אי התאמה ועל פגם. אם יש אי התאמה או פגם, השוכר צריך לפנות ליצרן אבל מכוח מה? יש כמה אפשרויות:

(1) הבעלים ימחה לשוכר את הזכויות שיש לו מכוח חוזה המכר וברוב המקרים בחוזה עצמו יהיה גם תקופות אחריות. אבל זה לא נקי מקשיים כי הבעלים משכיר לשוכר את המכונה, בחוזה כתוב שהבעלים לא אחראי על



## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

אי התאמה ולא על פגם ולכן, בחוזה כתוב שאפילו אם יש אי התאמה או פגם, השוכר צריך להמשיך לשלם את מלוא דמי השכירות בניגוד למה שראינו שהחוק מאפשר כי זו עסקה פיננסית. אז אם הבעלים ממחה לו את הזכויות שלו כלפי היצרן, תיאורטית, עורך הדין של היצרן יכול להגיד שהשוכר בא מכוח הבעלים ולכן, עליו להראות את הנזק שנגרם לבעלים. בפועל היצרן לא יטען את זה.

(2) במסגרת דיני הנזיקין – יכול להיות שאם יש פגם במוצר, יש בו אחריות של היצרן ברשלנות (אם הוא יצר את המוצר בצורה רשלנית) או אפילו מכוח חוק האחריות למוצרים פגומים ואז מכוח דיני נזיקין אבל זה גם לא דבר טריוויאלי/פשוט.

(3) לפרש את החוזה בין היצרן לבעלים כיוצר חוזה לטובת אדם שלישי שהוא השוכר. אם היצרן יודע מראש שחברת הליסינג קונה את זה כדי להשכיר, יכול להיות שהאחריות שלו לאי התאמה ולתקופות אחריות הן ישירות כלפי החוזה של אדם שלישי. הנושא הזה כן מוזכר בקוד האמריקאי לעומת החוק שלנו.

הבעיות העיקריות עלולות להתעורר במקרים ש"השוכר" הופך להיות חדל פרעון, הבעלים רוצה לקחת את "המושכר" והכונס או המפרק אומר שהבעלות הזאת היא לא אמיתית והשוכר הוא הקונה של הנכס הזה וכו'.

פרק דירות מגורים – סימן ו' לחוק

סעיף 25 לחוק השכירות – עוסק בהשכרת דירות מגורים.

זה היה פופולרי בקרב חברי הכנסת לנסות לטפל בנושא של השכרת דירות שהפרק הזה הוא סיכום של 8 הצעות חוק, כאשר 7 מהן פרטיות ואחת ממשלתית.

הציפייה הסבירה היא שלפני שהכנסת מחוקקת פרק שלם בנושא של דירות מגורים, היא תעשה בדיקת שוק אם יש באמת כשל שוק שמצדיק התערבות. הפרק הזה הוא התערבות בשוק, זהו פרק קוגנטי.

החידוש העיקרי בחוק הינו סעיף 25ד' לחוק השכירות – רוב הוראות החוק בחוזה שכירות למגורים, הופכות להיות הוראות קוגנטיות/כופות.

סעיף 25טו' לחוק – מגדיר על מה החוק לא חל.

סעיף 25ב' לחוק – "חוזה שכירות למגורים ייערך בכתב וייחתם בידי המשכיר והשוכר, ואולם אין באי קיום הוראה זו כדי לגרוע מתקופו של החוזה...".

חוק המקרקעין קובע שיש דרישת כתב מהותית אבל הדרישה הזאת לא חלה בשכירות עד 5 שנים (סעיף 79א) לחוק המקרקעין). אם השכירות היא עד 5 שנים יש דרישת כתב ראייתית לפי הפסיקה ומעל 5 שנים דרישת כתב מהותית.

סעיף 25ב' לחוק היא הוראה ספציפית שמחליפה את ההוראות הכלליות וזה בעייתי כיוון שהסעיף אומר שהחוזה צריך להיות בכתב אבל הוא יכול להיות גם לא בכתב ואין אפילו סנקציה אם החוזה לא יהיה בכתב.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

**סעיף 25' לחוק** – חוזה שכירות למגורים יכלול בין השאר את הפרטים המנויים בתוספת השנייה; שר המשפטים הודיע שישנה את התוספת השנייה – הוא לא שינה עד היום. **התוספת השנייה**: קובעת מה חוזה השכירות למגורים יכלול. **בעיה**: סעיף 25' לחוק אומר לנו שהחוזה צריך לכלול את הפרטים האלה. אבל אם הוא לא יכלול? **נניח והחוזה לא יכלול את אחד הפרטים, מה יקרה? לא יקרה כלום.**

כהשלמה לסעיף 25' יש את **סעיף 25'ד' לחוק** – "שר המשפטים רשאי לקבוע בתקנות חוזה שכירות למגורים מצוי..." – מזכיר את התקנון המצוי.

**המרצה**: אם השר יעשה חוזה מצוי, יכול להיות שהשוק יישר את עצמו לפי החוזה המצוי. נוח לאנשים לקחת משהו קיים ולדעת שהוא עבר אישור והוא מאוזן והגון וסביר אבל יש רק בעיה אחת ששרת המשפטים הודיעה שאין לה שום כוונה לנסח נוסח של חוזה שכירות מצוי. יותר מזה, הוראות חוק השכירות כפי שהן הן דיספוזיטיויות. אם חוזה השכירות יכלול רק את הבסיס, כל היתר שהצדדים לא התנו עליו, ממילא נכנס לחוזה וזה יוצר את חוזה השכירות המצוי ולא עוד אחד ולכן, משרד המשפטים הודיע שאין לו שום כוונה להוציא חוזה שכירות מצוי.

**דוגמא**: אם הצדדים למשל השמיטו את תעודות הזהות, חוזה שכירות מגורים מצוי לא יכול לעזור בנושא זה.

הרעיון היה שהפרק הזה יצור איזשהו סטנדרט של דירת מגורים שראויה למגורים – קראו לזה חוק שכירות הוגנת.

**סעיף 25'ה' לחוק** – מדבר על דירה מתאימה למגורים.

**דירה מתאימה למגורים (תיקון מס' 1) תשע"ז-2017**

25. המשכיר ימסור את הדירה המושכרת כשהיא מתאימה למגורים; על מסירת דירה שאינה מתאימה למגורים בניגוד להוראות סעיף זה יחולו ההוראות החלות על אי-ההתאמה.

החידוש הוא שהדירה לא צריכה להיות רק מתאימה למגורים אלא גם ראויה למגורים וזה נמצא בסעיף הבא: **סעיף 25'ו' לחוק** –

**דירה ראויה למגורים (תיקון מס' 1) תשע"ז-2017**

25. (א) המשכיר ימסור את הדירה המושכרת כשהיא ראויה למגורים; יראו דירה שמתקיים בה אחד התנאים המנויים בתוספת הראשונה כדירה שאינה ראויה למגורים; שר המשפטים, בהתייעצות עם שר הבינוי והשיכון ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, רשאי, בצו, לשנות את התוספת הראשונה. (ב) מסר המשכיר את הדירה כשהיא אינה ראויה למגורים, יראו במסירה כאמור הפרת חוזה.

התוספת הראשונה קובעת מה צריך להיות בדירה כדי שתהיה ראויה למגורים. כלומר, התוספת הראשונה מסבירה מהי דירה שאינה ראויה למגורים ומכך נגזר מהי דירה ראויה למגורים. התוספת הראשונה זה הסטנדרט שקבע החוק לשכירות הוגנת.

**סעיף 25'ז' (ג) לחוק** – "המשכיר ייתן לשוכר, לא יאוחר ממועד מסירת הדירה המושכרת, הוראות תחזוקה ושימוש בקשר לדירה, למתקניה ולנכסים שבה, ככל שאלה נדרשים". סעיף זה מקביל לחוק המכר דירות.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

**סעיף 25 לחוק – קובע באיזה תשלומים יישא השוכר.**

בהתחלה רצו להגיד שחוץ מזה השוכר לא ישלם שום דבר אחר אבל היה לובי של בעלי הדירות, אז הנוסח שנקבע הוא שהשוכר לא יישא במישרין בתשלומים שאינם מפורטים בסעיף 25ט' (א) לרבות תשלומים כמו השבחה של הבניין וכו', ביטוח, מבנה ודמי תיווך. אבל הדגש הוא על המילה במישרין, איך אפשר בעקיפין? אתה יכול להחליט שדמי השכירות הוא 6,000 ₪ אבל בחודש הראשון לשלם 15,000 ₪ שכוללים את דמי התיווך והביטוח ועם זה אין בעיה בחוק.

ברגע שהיו כל כך הרבה קבוצות אינטרסים, ברגע שקבעו הוראה כדי להגן על השוכרים, קבוצת אינטרס אחרת מיד מתערבת ואין בעיה שהשוכר ישלם שמי תיווך ויצרפו את זה לתשלום הראשון. לא השתנה כלום בשוק בעקבות החוק, למרות שהחוק קוגנטי, הוא קוגנטי על הוראות שלא עושות כלום.

**השינויים החשובים שעשה החוק**

**סעיף 25 לחוק – בנושא של בטוחות החוק באמת עושה שינוי.**

אם מדובר בערובה שכרוכה בהוצאה כספית לשוכר והדוגמא שמובאת היא ערבות בנקאית או פקדון של כסף מזומן. אז כשמדובר בערבות בנקאית או פקדון של כסף מזומן, הפרק הזה מציב מגבלה על הגובה – זה או שליש מדמי השכירות הכוללים לשנה או שלושה חודשי שכירות לפי הנמוך מביניהם – בד"כ שלושה חודשי שכירות יהיה הנמוך מביניהם.

בעבר היו משכירים שדרשו ערבות בנקאית בגובה של חצי שנה דמי שכירות וכו' ועכשיו אי אפשר - **זהו שינוי מהותי בחוק!**

שינוי נוסף מהותי בחוק – עילות המימוש: אפשר לממש בטוחות רק עבור דמי שכירות שלא שולמו בתוספת הפרשי הצמדה וריבית – סעיף קלאסי שאי אפשר לממש בגינו בטוחה זה פיצויים מוסכמים על אי תשלום דמי שכירות – אי אפשר להשתמש בבטוחה בדירות מגורים כדי לגבות אותם וזה שינוי לעומת המצב הקיים. בנוסף, תיקון ליקויים שהשוכר אחראי להם, ארנונה, וועד בית ותשלומים שחלים עליו ופיצוי מוסכם על פינוי ולא על איחור בתשלום. יש דרישה להודיע מראש על המימוש ולהחזיר.

**סעיף 25ג' לחוק – יש היום הרבה פעמים גם בדירות שמיועדות לתמ"א וגם במקרים אחרים שהמשכיר קובע איזשהם מקרים בחוזה שאם הם קורים, המשכיר יכול לסיים את השכירות, למשל אם יש פרויקט תמ"א, בהודעה של X זמן מראש, אני יכול לסיים את המימוש או לצורך העניין משכיר שכותב שאם הבן שלו מתחתן הוא יכול לבטל את החוזה תוך זמן מסוים מראש.**

**סעיף 25ג' (א) לחוק – "תניה בחוזה שכירות למגורים המאפשרת למשכיר לבטל את החוזה שלא בשל הפרתו בטלה, אלא אם כן קיימת גם לשוכר זכות ביטול כאמור".**

זהו סעיף בעייתי כי איזה תניה הדדית שאני אתן לו מספיקה כדי לתקף את התניה של הבעלים? הסעיף לא מובן. הסעיף אומר שאם המוכר רוצה לבטל את החוזה בגלל מקרה ספציפי שמנה בחוזה שלא גורם להפרת החוזה, חייב להיות הדדי כלפי הקונה.

## מיטל הרוש

## השימוש במחברת באחריות המשתמש

סעיף 25יג(ב) לחוק – נניח שהמשכיר הכניס תנייה של תמ"א או תנייה שהבן שלו מתחתן. כתוב שהמשכיר צריך להודיע תוך 90 יום לפחות לשוכר על כך שהוא מפסיק את החוזה ולשוכר יש 60 יום. מה יקרה בסיטואציה הבאה: אני בעל הדירה, הודעתי לשוכר שהתממש האירוע הזה ובעוד 90 יום תסתיים השכירות, השוכר שלי רץ מהר ותוך יומיים הוא מצא דירה אחרת, עכשיו הוא צריך לשלם למשכיר 3 חודשים וגם על הדירה החדשה. ההסדר הוא לא הגיוני.