

## זיכרון דברים:

מעמדו המשפטי של זכרון דברים- הכותרת לא קובעת כלום בדרך כלל. מהותו המשפטית- אם המסמך נעשה על רקע כוונה ליצור יחסים משפטיים, ואם יש בו מספיק פרטים (גרעניים שמגדירים את מהות החוזה) ואם יש מספיק ראיות על גמירת דעת של הצדדים זה חוזה מחייב גם אם כתוב שזה זכרון דברים. ברוב המקרים הוא לא על תנאי. לפעמים הצדדים רק רוצים שהוא יהווה מסמך שמסכם את הדברים שקרו במשא ומתן והוא חלק ממנו ולכן הוא לא מחייב. הסכמה עדכנית גוברת על הסכמה קודמת (אם פרטים הסכימו על דבר מסוים בזיכרון דברים, שינו אותו בחוזה ושניהם הסכימו ההסכמה המאוחרת (העדכנית) גוברת).

ס' 12 לחוק החוזים.

ע"מ 5-2,5,8,3

## **תום לב במשא ומתן**

12. (א) במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב. (חובה)  
(ב) צד שלא נהג בדרך מקובלת ולא בתום-לב חייב לצד השני פיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב המשא ומתן או עקב כריתת החוזה, והוראות סעיפים 10, 13 ו-14 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, יחולו בשינויים המחוייבים. (תרופה/ סנקציה של הפרת החובה).

החובה היא בעלת אופי כללי שכן היא לא מדברת על דבר ספציפי או קונקרטי בניגוד לנורמות אחרות (למשל ס' 2 לחוק). הפסיקה פרשה את הנורמה וקבעה באופן קונקרטי את האופי של הסעיף. הפסיקה קבעה שהחובה חלה בכל משא ומתן. חלק מהמשאים ומתנים מסתיימים בכריתת חוזה וחלק לא. החובה יכולה להיות מופרת בסופו או במהלכו והפסיקה קובעת כי הוא חל גם וגם. החובה חלה לכל אורכו של המשא ומתן. לפעמים הוא מתחיל בהצעה ובסופו יש קיבול ונכרת חוזה. יש פעמים שהוא הרבה יותר ארוך ויש דין ודברים וההצעות משתנות וחובת תום הלב חלה לכל אורכו החל מתחילתו ועד סופו.

לחובה יש מספר משמעויות שחלקן חלות החל מתחילתו של משא ומתן וחלקן לא.

למשל- האיסור לרמות שחל החל מתחילתו.

הפסקה של המשא ומתן, אם נעשתה מסבה לא עניינית עלולה להחשב כהפרת תום לב אבל זה רק בשלבים מתקדמים של המשא ומתן.

זו חובה קוגנטית (לא ניתן להתנות עליה), יש סעיפים בחוק שמעניינים את הצדדים עצמם (שתיקת הניצע תחשב קיבול למשל), החוק אמר שעד נקודה מסויימת המציע יכול לחזוק מהצעתו אבל אם הם מסכימים אחרת זה בסדר. אבל אם הצדדים מסכימים שהתנאים בלתי חוקיים הוא בטל והם מחליטים שהוא יהיה תקף הציבור לא מעוניין בזה, זה פוגע בסדר החברתי. החברה לא רוצה שיתנהלו משאים ומתנים מתוך מרמה ובדרך לא מוסרית, גם אם הצדדים רואים במרמה נורמה החברה לא רואה בכך משהו כשר ולכן לא ניתן להתנות על כך.

מתי החובה הופרה? איך קובעים התנהגות לא תקינה- לפי הפסיקה- כשבית המשפט יקבע ולא כשהצדדים קובעים שכן אמות המידה שלהם יכולות להיות מעוותות.

כמו כן הנורמות מאדם לאדם ומעסק לעסק משתנות ולכן בית המשפט משקלל את כל אלו בחשבון והוא זה שקובע לפי הנסיבות.

החובה חלה על שני הצדדים, לפי החוק (אדם חייב לנהוג בתום לב, עד 120 החוק מדבר על מציע וניצע). בפס"ד פנידר נ' קסטרו שמגר אומר שלא במקרה הסעיף מדבר על כל אדם שכן החוק מתייחס לכל הנוגעים בחוזה (עו"ד, מתווך, שלוח וכד') ואם הוא יפר את החובה יש סנקציות נגדו. (קסטרו קנה דירה מחברת פנידר, שעמד לבנות את הדירה על קרקע שלא שלו. פנידר לקח את כל הכסף אך הוא לא סיפר לקסטרו שהקרקע לא שלו, ושהוא פושט רגל. לאחר מכן מונה מפרק לחברה וקסטרו תבע את פניני ואת החברה. במשא ומתן בין פניני לקסטרו הופר עקרון תום הלב שכן פניני ידע את כל המידע אבל הסתיר אותו מקסטרו. בית המשפט דן בשאלה האם קסטרו יכול לתבוע את פניני שכן הוא שלוח של החברה והחובה הוא עם החברה ולא עם פניני. השלוח הוא ידו הארוכה של השולח (הוא שקוף מבחינת זכויות וחובות) החידוש של פסק הדין הוא שאם השלוח הפר את תום הלב ניתן לתבוע אותו שכן הסעיף מתייחס לכל אדם. אם השלוח פועל בניגוד להוראות השולח, החובה תחול רק על השלוח. שמגר אומר, שביחסים של השולח והשלוח חל חוק השליחות (ס' 8 של חוק השליחות, השלוח חב נאמנות לשלוח- למלא את הוראותיו של השולח, לפי ס' 9 לחוק מגיע לשולח תרופות בשל הפרה). אם כן, החובה לא חלה רק על הצדדים אלא על כל מי שמהווה צד בחוזה. היחס בין ס' 12 לבית ס' 14 (א) 15, 18, 17 ס' 12 הוא כללי, ובית המשפט קובע מה הוא תום לב, ושאר הסעיפי מתכוונים למקרים ספציפים ומוגדרים, ומאפשרים ביטול אם נכרת חוזה. אם לא נכרת חוזה פרק ב' לא רלוונטי. אלא רק תום לב. במצבים שנכרת חוזה, אם מתקיימים היסודות של כפיה עושק הטעיה, יש חפיפה בין הסעיפים הללו לתום לב. אין חפיפה בחינת הסעדים (תום- פיצויים, פרק ב'- ביטול חוזה). בפ"ד גנץ נ' כץ- יש ניסיון לטעון שהיה עושק אך הוא לא מצליח להוכיח את כלל היסודות של עילת העושק. ישנה מחלוקת בין השפוטרים האם ניתן לטעון תום לב אם לא ניתן לבסס אחד מהס' של פרק ב'. אם נאפשר זאת זה מייתר את שאר הסעיפים עם זאת תום לב לא מבטל את החוזה. במקרים אחרים בית המשפט אומר שאם לא ניתן להוכיח עוולה ספציפית ניתן ללכת לעוולה כללית. קיים קשר בין ס' 12 לס' 15, שכן הטעיה באי גילוי מידע שיש חובה לגלות אותו מכוח תום לב. אי גילוי בשל תום לב הופך להיות הטעיה.

ש.ב: בנושא תום לב- 1,2,3,4,5,6 (משא ומתן)

#### יוליס נירביב משה

העותרת היא חברה המחזיקה ומפעילה בית אבות. היא פירסמה בעיתונים מכרז להקמת בית אבות חדש. במכרז נכללו התנאים הקשורים לו. נאמר בהם, בין היתר, כי יש לצרף להצעות ערבות בנקאית בשיעור של 5% מגובה ההצעה וכי "אין הנהלת המוסד מתחייבת לקבל את ההצעה הזולה ביותר או כל הצעה שהיא". המשיבות נמנו על החברות שנענו למכרז והציעו הצעותיהן. המשיבות 1 ו-2 עמדו בכל תנאי המכרז, לרבות הדרישה לערבות בנקאית, ואילו המשיבה 3, לא עמדה בדרישה אחרונה זו והצעתה לוותה רק בערבות של חברת בת שלה שאינה בנק. ועדת המכרזים מטעם העותרת החליטה, לאחר דיון, כי היא מעדיפה למסור את העבודה לקבלן ציבורי, כגון המשיבה 3, אך זאת בתנאי שהצעתה לא תעלה ביותר מ-5% על הצעת המשיבה 1, שהייתה הזולה מבין ההצעות. לאור החלטה זו, התנהל משא ומתן מטעם העותרת עם המשיבה 3, ובמהלכו אכן הקטינה המשיבה 3 את המחיר שבהצעה המקורית, בהתאם להחלטת ועדת המכרזים.

הפסיקה הכניסה חובה קונקרטיית להתנהג בתום לב. חובת גילוי- שימושי ביותר בפסיקה, הכי הרבה פסקי דין שעוסקים בחובת הגילוי במו"מ. בעבר לא הייתה חובה לגלות מידע במהלך המשא ומתן עד חיקוק חוק החוזים (הכללי). יזהר הקונה- כל צד ידאג לאינטרס שלו ותו לא, אין כל חובה לגלות מידע, על כל צד לחוזה לדאוג לעצמו.

פס"ד ספקטור נ' צרפתי: כבר בתחילת הדרך יש חלוקי דעות בין השפוטים. לא על חובת תום הלב אלא על היקף החובה. כלל השופטים מסכימים כי יש חובת גילוי, לא על כל מידע אבל מידע חשוב. השופט אשר: סבור כי הופרה חובת הגילוי שכן המוכר לא גילה שחלק מהקרקע תהיה מופקעת וכתוצאה מזה הוא יוכל לבנות פחות יחידות דיור.

השופט לנדוי- יש חובת גילוי אבל היא לא הופרה שכן :

1. צרפתי היה אמור לדעת שכן הוא איש מקצוע-הוא קבלן והוא צריך לבדוק לפני שחתם על החוזה.

2. המידע הזה הוא מידע שניתן להגיע אליו, הוא לא חסוי.

3. זה חוזה מסחרי להבדיל מחוזה פרטי או חוזה צרכני.

בפסיקה מאוחרת המחלוקת אודות חובת הגילוי מציגה גישות שונות- יש הסוברים כי הגישה צריכה להיות מצומצמת ולפעמים היא צריכה להיות רחבה יותר.

היקף חובת הגילוי תלוי במשתנים רבים- סוג החוזה אם הוא מסחרי (ההיקף קטן יותר) לעומת חוזה צרכני (היקף גדול יותר) ובאמצע החוזים הפרטיים.

נגישות המידע- ככל שקל יותר להשיג את המידע, חובת הגילוי קטנה.

יחסי קרבה בין הצדדים- אם בין הצדדים יחסי קרבה או חברות, היקף החובת הגילוי עולה שכן ביחסי קרבה יש ביטחון בין הצדדים ולכן יש ציפיה לחובת גילוי.

נסיבות מיוחדות- כמו בקיסלינגר.

קיסלינגר נ' זאגה: גב' קסלינגר אזרחית ארה"ב קבלה בירושה קרקע חקלאית בישראל. איליה אחד מבני המושב מצא את אותה גברת ונסע אליה, שכנע אותה למכור לו את הקרקע אך לא סיפר לה שהיא תופשר וניתן יהיה לבנות עליה. בית המשפט קבע שהקונה היה חייב לגלות לאותה גברת את כלל המידע באותה עסקה.

ההלכה היא שיש חובת גילוי, וההיקף תלוי בנסיבות השונות של המקרה. חובת הגילוי היא רחבה וכמעט כל מידע שרלוונטי עבור השני ולא מופיע במאגרים יש צורך לגלות מידע זה.

פרישה ממו"מ: מספר פסקי דין קובעי שאם צד מפסיק משא ומתן בשלב מתקדם שלו, מסיבה שרירותית, זה יכול להתפרש הפרה של תום לב.

ברוב המקרים הפסקה של מו"מ היא לגיטימית שכן כל עוד אין חוזה ניתן למי מהצדדים לחזור בו.

בנסיבות מיוחדות זה יחשב הפרה שכן הוא יוצא רמה מסוימת של הסתמכות, אדם שמנהל מו"מ ומשקיע משאבים רבים אומנם לוקח בחשבון שהמו"מ עלול להסתיים ללא חוזה אבל בשלב מתקדם שלו הציפייה היא שיכרת חוזה ולא יסתיים בסיבה שרירותית.

הפרה נוספת שקשה להוכיח היא ניהול מו"מ ללא כוונה לכרות חוזה. למשל כאשר יש רצון לריגול תעשייתי או למשל כששני צדדים מנהלים מו"מ ואחד הצדדים רוצה להלחץ את השני ומנהל מו"מ עם צד ג' רק כדי להלחץ את א' וג' הוציא כסף על עו"ד והפסיד ימי עבודה וכל אלו לריק זה הפרה של תום לב כלפי ג'.

זוננשין נ' גבסו: צדדים נהלו מו"מ לרכשת נכס במקרקעין, הם הגיעו לכל הפרטים החשובים וברגע האחרון המוכר רצה להוסיף פרט וביקש שחלק מהסכום יתקבל במזומן (כדי להעלים מס). הקונה לא הסכים והמו"מ התפוצץ. השופט ברק סבר כי זו תרמית והוא הפר את חובת תום הלב.

שאלת השוויון במכרז פרטי:

טכניקה לנהל מו"מ (מכרז) הצעה להציע הצעות. היא מאפשרת לנהל מו"מ מול מספר מציעים ולמצוא את המציע ה"טוב" ביותר.

כשגוף ציבורי מקיים מו"מ הוא חייב לעשות מכרז שוויוני, והלכה זו מעוגנת בחוק.

במשפט הציבורי יש חובה לנהוג בשוויון אבל במשפט הפרטי חופש החוזים והקניין שולטים ולכן אין חובה לשוויון.

אם אדם פרטי לא חייב לעשות מכרז מתעוררת השאלה אם הוא עשה מכרז האם הוא חייב לנהוג בשוויון? מצד אחד יש את חופש החוזים והקניין ומצד שני הוא השתמש במכרז שהוא משקף את השוויון והוא יוצר למציעים את התחושה שיש שוויון ואחידות, ואם היו יודעים שאין שוויון אולי לא היו מציעים בכלל. בעל המכרז העדיף מציע שלא עמד בקריטריונים של המכרז.

שמגר וברק קובעים שאכן במכרז פרטי יש חובת שוויון שנובעת בין היתר מחובת תום הלב.

השופט אילון טוען שחופש החוזים גובר במכרז פרטי על השוויון.

בדיון הנוסף, ההלכה התהפכה ונקבע שאין חובת שוויון מכוח ס' 12 במכרז פרטי.

לאחר מכן בפס"ד ארם רעננה ההלכה התהפכה ונקבע כי במהלך מו"מ גם אם מדובר במכרז פרטי יש חובה לנהוג בתום לב.

האם יש חובת שוויון גם כאשר אין מכרז?

בעקרון עקרון חופש החוזים והקניין סובר שלבעל דירה יש זכות.

ישנם חוקים ספציפים שמחייבים לנהוג בשוויון למשל חוק שוויון בקבלה לעבודה.

יש נטיה לחייב שיוויון גם במגזר הפרטי למשל באירופה. אך לכך יש מספר סייגים שכן זהו המשפט הפרטי.

אך יש חובת שוויון בסיפוק של מוצרים בסיסים כמו חינוך, מגורים, מזון וכד' שבעיקרון אמורים להיות ציבוריים אבל הופרטו. ועל כן בעיקרון יש חובה לנהוג בשוויון.