

דיני ההשבה מקום בו חוזה צפוי נכשל בתו"ל:

1. הצגת הסוגיה.
 - 1.1 פרשת רגליאן.
 - 1.1.1 פסה"ד.
 - 1.1.2 גורם ההתעשרות.
 2. הגישה הכלכלית להשקעות הסתמכות טרום חוזיות.
 - 2.1 משטר היעדר אחריות.
 - 2.2 משטר אחריות מוחלטת.
 - 2.3 משטר אחריות ביניים.
 - 2.3.1 חלוקת השקעות ההסתמכות.
 - 2.3.2 משטר אחריות מוחלטת בתוספת דרגת הסתמכות אופטימאלית.
 - 2.4 השוואת הכללים.
 - 2.5 ההחלטה להיכנס למו"מ.
 - 2.6 סיכום הגישה הכלכלית.
 3. משפט משווה.
 4. דיון ומסקנות.
 - 4.1 הטבה רעיונית.
 - 4.2 יישום הכללים ושליטת הגישה החוזית.
 - 4.3 התוצאה – דיני עשיית עושר מיישמים את הכללים המוצעים.
 5. סיכום.

הצגת הסוגיה

בעקבות תהליך רגיש צדדים נכנסים למו"מ לקראת כריתתו של חוזה כששני הצדדים צופים שהמו"מ יתממש וישתכלל לכדי חוזה מחייב.



אחד הצדדים נוקט צעדי הכנה או מהלכי הכנה או חושף עצמו להוצאות לפי בקשת הצד האחר, בין אם המדובר בבקשה בפועל או בבקשה בכוח ולעיתים אף מתחיל אחד הצדדים בביצוע חלקי של החוזה הצפוי.

בסופו של תהליך, ללא אשמה הרובצת לפתחו של מי מהצדדים, נכשל המו"מ וחווה מחייב לא נוצר.

ההוצאות או הגמול עבור העבודה שהושקעה ע"י אותו צד למו"מ אינה יכולה להיות נושא לפיצוי או השבה בעזרת חוק החוזים.

הדין הישראלי אכן מכיר בהשבה מקום בו נקבע כי מתקיים חוסר תום לב של אחד הצדדים; אין זהו נושא העבודה ואתמקד בתוצאתם של יחסים טרום חוזיים שנכשלו בהיעדר חוסר תום לב אצל מי מהצדדים.

יש לציין כי הדין האנגלי אינו מכיר בדוקטרינת חוסר תום הלב בשלבי מו"מ לקראת כריתתו של חוזה ואף אם צד למו"מ אינו תם לב והצד השני הוציא הוצאות במסגרת המו"מ בתום לב כדי לקדם את המו"מ ו/או את החוזה העתיד להיכרת, אינו יכול להנות מסעד חוזי ואינו זכאי להשבת השקעתו.

בתי המשפט של המשפט המקובל סיפקו לצדדים חופש ניכר בעניין זה. בקשת ההשקעה בין אם בעבודה ובין אם כספית יכולה להקים השתק בשל תורת ההגינות בהבטחה מחייבת, אך הדין האנגלי סולד מהפעלת דוקטרינה זו בהקשרים הטרם חוזיים ולא יעשה בה שימוש בין כמגן ובין כחרב.¹

הצדדים אינם אשמים בהתנהגות נזיקית. האם על הצד שנשא בעלויות או ההוצאות לספוג ולשאת בהם גם כשהציפייה לחוזה המחייב מתפוגגת עקב כשלון המו"מ או שמא דיני ההשבה יכולים להוות פתרון ראוי ונכון?

פרשת Regalian

אדגים את הסוגיה בעזרת פרשת ²Regalian שהוכרעה ע"י בית המשפט האנגלי - להלן העובדות בקצרה:

בשנת 1986 Regalian החלו במו"מ עם London Docklands Development Corporation (להלן – "LDDC") לפיתוח קרקע שהיתה בבעלות LDDC, רגליאן הציעה לשלם סך של 18.5

¹ Combe V. Combe [1951] 2 KB 215. Chitty on Contracts (27th edn, 1994) at 3-067, 3-075. Cf Walton stores (Interstate) Ltd v. Maher (1998) 76 ALR 513.
² Regalian Properties plc & others V. London Docklands Development Corporation, [1995] 1 WLR 212



מיליון ליש"ט בתמורה לרישיון בניה על המקרקעין וזאת כאשר LDDC תשיג חזקה מלאה על מקרקעיה. הצעתה של רגליאן התקבלה במובן זה שהחל מו"מ לקראת קידום וכריתת החוזה.

עיתובים רבים נגרמו בעיקר בשל התעקשותה של LDDC על רמה תכנונית מסוימת ובשל הקשיים בהם נתקלה LDDC בהשגת חזקה בקרקע ובפינויה.

בו בזמן רגליאן נשאה בהוצאות רבות, בין היתר, בשל הצורך בהגשת הצעות לפיתוח המקרקעין וכל זאת למרות העובדה החד משמעית ששני הצדדים היו ערים לכך שאין ביניהם מחויבות שלא למשוך ידם מהמו"מ (עובדה זו התבררה במהלך המשפט ואינה שנויה במחלוקת).

בסופו של יום מחירי המקרקעין ירדו בצורה חדה ביותר, דבר שהביא את רגליאן למשוך ידה מהחוזה הצפוי ומהמו"מ.

חוזה לא השתכלל מעולם בין הצדדים והמקרקעין לא פותחו אך רגליאן חיפשה שיפוי מלא בסך 3 מיליון ליש"ט עבור הוצאות שהוציאה והשקיעה במסגרת המו"מ, לרבות, עבור שכ"ט לאנשי מקצוע שהכינו הצעות לפיתוח המקרקעין.

פסה"ד

הבסיס לתביעתה של רגליאן היה דיני ההשבה האנגליים שמהותם התעשרותה הבלתי מוצדקת (UNJUST ENRICHMENT) של LDDC על חשבונה של רגליאן. לגישתה של רגליאן דיני ההשבה נועדו ליצור עקרון לפיו בין צדדים לחוזה צפוי ישנה מעין "הבנה" שחוזה ביניהם ישתכלל וכתוצאה מהבנה זו רגליאן השקיעה משאבים וכספים שנשאו תועלת מסוימת ל LDDC ועל כן מקום בו החוזה הצפוי נכשל עוד בשלב המו"מ ולא מתממש לכדי חוזה מחייב וזאת בלא אשמת הצד שנשא בהוצאות, אותו צד רשאי וצריך לקבל בחזרה מלוא הוצאותיו שירדו לטמיון, מהצד השני.

בית המשפט גרס כי ישנם שני יסודות שבוודאי צריכים להתקיים כדי להעניק את סעד ההשבה ושני יסודות אלו היו בעייתיים בתביעת רגליאן:

1. ההשבה נשענת על התעשרותו של הזוכה – הנתבע, ולא על הפסדיו וחסרונו של המזכה – התובע; על כן על התובע להראות שהנתבע התעשר וזאת עקב חסרונו של התובע (או - "על חשבונו שלי").
2. החוק האנגלי לא מכיר בדיני השבה שבסיסם דוקטרינת הצדק וההגינות ("נכון וצודק לעשות כן").



על התובע להצביע על גורמים מסוימים שהמהווים עילה להשבה כגון טעות שבעובדה או כשל תמורה מלא המהווה בסיס משפטי מספק להפיכת התעשרותו של הנתבע לבלתי צודקת ולהעניק עילה בתביעת השבה.

על כן רגליאן היו צריכים להוכיח את התעשרותה של LDDC כתוצאה מההשקעה שנעשתה. מכשול זה אינו קל לחציה שכן כאשר ערך הקרקע ירד לא היה כמעט כל שימוש וערך להשקעה של רגליאן בתוכניות הפיתוח שאינן ברות יישום, אך בוודאי שישנה התעשרות מסוימת מקבלת התוכניות גם אם אינה שווה להוצאה שהוצאה שניתן לכמתה ע"י בדיקת חסכון ההוצאות העתידיות של LDDC³.

מלומדים הרחיבו דעה זו של כימות ההשבה להתעשרותו של הזוכה בפועל. גישה רחבה זו באה לידי ביטוי בפס"ד PLANCHE⁴ ולפיה הדעה הרווחת כיום היא שניתן לקרוא לתוך גורם ההתעשרות שירותים וטובות הנאה שנעשו ע"י המזכה לפי בקשת הזוכה, בין בקשה מפורשת ובין בקשה משתמעת, ולפחות ככל שאלה נדרשות ע"י החוזה הצפוי.

בית המשפט פסק לבסוף כי LDDC לא התעשרה כלל עקב השקעתה של רגליאן במו"מ ונראה כי בנקודה זו ניתן היה לדחות את תביעתה שכן אין בנמצא יסוד ההתעשרות. בית המשפט בחר להמשיך ולבחון את תביעתה של רגליאן. בית המשפט קבע שהייתה הבנה מוסכמת כי כל צד רשאי לפרוש מהמו"מ בכל עת שיחפוץ ועל כן גם הסכימו וידעו כי ייתכן שחווה לא ייצא לפועל ועל כן כל הוצאה תהא בגדר סיכון שנוטל הצד שמוציא אותה הוצאה ועל פי תורת הסיכונים החוזית, כל צד שנשא בהוצאה במסגרת המו"מ נטל על עצמו סיכון (אי השתכללות המו"מ לכדי חוזה) בגובה אותה השקעה ומשהתממש אותו סיכון יש לספוג אותו במלואו. הוצאותיה של רגליאן הוצאו במלואן לשם השגתו והוצאתו לפועל של החוזה הצפוי והיו בגדר הסיכונים החוזיים אותם נטלה על עצמה⁵.

בית המשפט נדרש לאבחן את פסק הדין הזה מפסק דין שונה עליו סמכה רגליאן את תביעתה והוא פס"ד British Steel Corporation⁶ (להלן – BSC), בית המשפט קבע שבעניין BSC

³ Beatson, "Benefit, Reliance and the structure of Unjust Enrichment" (1987) 40 CLP 71.

⁴ Planche V. Colburn, (1831) 8 Bing 14' 131 ER 305.

⁵ J.W. Carter, "Restitution and Contract Risk", Restitution Developments in Unjust Enrichment, M. McInnes ed., Sydney (1996)

⁶ British Steel Corporation V. Cleveland Bridge an Engineering Co. Ltd. [1984] 1 All ER 504.



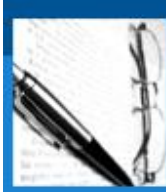
דובר על "האצת ביצוע החוזה הצפוי" בעוד שבעניין רגליאן ההוצאות הוצאו לשם "העמדת רגליאן במצב של השגת החוזה וביצועו".
נראה כי הבחנות אלו אינן קשורות לעילת התביעה בעשיית עושר.
הוצאות המזכה, בין אם מדובר בהוצאות "הכנה" של החוזה הצפוי, או בין אם מדובר בהוצאות שנועדו לקיום חלקי של החוזה הצפוי, ושאלת הגעת ההטבה לידיו של הזוכה יכולות להיות רלוונטיות לתביעה בעילה חוזית אך לא בעילת עשיית העושר.
בעילת עשיית העושר השאלה הרלוונטית היא האם הנתבע התעשר, והשבה על שאלה זו בשלילה ממוססת את אדנייה של התביעה בעשיית העושר.

גורם ההתעשרות

נניח כי LDDC אכן התעשרה, האם רגליאן הייתה זכאית להשבת ההוצאות אותן הוציאה במסגרת המו"מ לקראת כריתת החוזה?
יש לאתר גורם שזיכה את הזוכה בהתעשרות שאינה צודקת, כלומר גורם "אי הצדק".
נראה כי ניתן לאבחן שני גורמים והם "כשל תמורה מלא" ו"קבלה רצונית".

מקום בו ניתנה תמורה ולא ניתן בעדה דבר הרי שיש להשיב לנותן התמורה את תמורתו במלואה ונראה כי על כך אין חולקים.
התמורה ניתנה בציפייה לתפקוד כלשהו ע"י מקבל התמורה בניגוד לתמורה חוזית המחייבת קבלת מוצר בתמורה לתשלום.
התמורה או ההטבה המועברת במסגרת מו"מ לקראת כריתתו של חוזה ניתנת בציפייה לפעולות שעל הצד השני לבצע כגון פינוי המקרקעין בענייננו וכד'.
כשל מלא בפעולות הזוכה עשויה ליצור קרקע לדיני ההשבה; מדובר על אי עשייה מוחלטת המחויבת מהמו"מ או מציפיית הצדדים.

לעניין גורם הקבלה הרצונית הרי שצד שקיבל הטבה מרצון (לא ביקש שלא להעביר לו את ההטבה) חזקה שיודע ומבין, כאדם סביר, שהצד שמעביר את ההטבה מצפה לקבל תמורה בעד ההטבה ועליו לפעול לשם העברת התמורה באחריות ובשקידה, ולא עליו לדחות את ההטבה או להשיבה למזכה במלואה.



המלומדים Goff⁷, Jones⁷ ו-Birks⁸ רואים בקבלה מרצון בסיס מוצק לתביעה בעילה של עשיית עושר במו"מ לקראת כריתת חוזה וזאת מקום בו ההטבה מועברת ומתקבלת ברצון במסגרת מו"מ לכריתת חוזה שאינו מתגשם.

יש לציין שישנם החולקים על דוקטרינת הקבלה מרצון כבסיס לגיטימי לגורם הצידוק בעילת ההתעשרות וטוענים כי הקבלה מרצון נבלעת בגורם כשל התמורה, כך שהבסיס הרחב יותר לתביעות השבה של הטבות שהתקבלו במסגרת מו"מ לקראת כריתתו של חוזה הם כשל תמורה מלא⁹.

המשפט המקובל וכך גם המשפט הישראלי מעולם לא ראו בכשל תמורה בסיס לדיני ההשבה והשימוש בדוקטרינה זו יוחדה להקשרים חוזיים ולדיני החוזים.

בתי המשפט כמו גם המחוקק אינו ממחר לראות בציפייה לקבלת תמורה (תביעות Quantum Meruit) כזכות לקבלת תמורה שהובטחה ועל כן בתי המשפט אינם מחילים את דוקטרינת כשל התמורה על מו"מ לקראת חוזה.

כך מקום בו ביהמ"ש היה קובע כי LDDC התעשרו נראה כי תרופת ההשבה הייתה נשללת מרגליאן שכן לא נכרת חוזה בסופו של יום, כאמור. הוצאותיהם של רגליאן הוצאו בשל סיכוי לשכלולו של חוזה ולא בשל קיומו של חוזה מחייב ועל כן הייתה נשללת מהם ההשבה גם מקום בו ביהמ"ש היה קובע כי אכן הייתה התעשרות.

אם היינו מוצאים לנכון לקבל את דוקטרינת הקבלה מרצון כגורם רלוונטי לעקרון הצידוק בתביעות אלו הרי ש LDDC הייתה נאלצת להשיב את ההתעשרות שהתקבלה על ידה בפועל ושהייתה לה ההזדמנות לדחותה ובחירה שלא לעשות כן.

פרשת רגליאן ממחישה בבירור את יישומה הנדרש של עילת עשיית עושר עצמאית ושל דיני ההשבה וזאת כעילה החולשת ומשתרעת על כל ענפי המשפט לרבות על דיני החוזים המסורתיים.

בכל הנוגע לסוגיות הטרומ חוזיות, דיני החוזים נותנים פתרון משכנע וטוב מקום בו אחד הצדדים נהג שלא בתום לב ופרש מהמו"מ תוך הפרת חובת תום הלב.

⁷ Goff and Jones, "The Law of Restitution" 4th edition, London (Sweet & Maxwell, 1993)

⁸ Peter B. H. Birks "An Introduction to the Law of Restitution" (Oxford: Clarendon Press, 1989) 271-275.

⁹ Burrows, "Free Acceptance and the Law of Restitution" (1988) 104 LQR 576; Birks, "In Defence of Free Acceptance" in A. Burrows (ed.), Essays on the Law of Restitution (1991).



דיני ההשבה ועשיית העושר יתנו פתרונות מקום בו תורת תום הלב אינה עונה על הסוגיה או שמא לא מתעוררת שאלת תום הלב כלל. עילת עשיית העושר תקנה זכות להשבה לתובע שזיכה את הנתבע ושביכולתו להצביע על נסיבות המעוררות התעשרות בלתי צודקת. יש ביכולתן של נסיבות אלו להוות את האיזון הראוי בין עקרון חופש החוזים והחופש מחוזים הראוי להערצה לבין הצורך החברתי לצדק בין הצדדים.

בפרק זה ראינו את נחיצותם של דיני ההשבה ואת עילת עשיית העושר כמערכת דינים עצמאית המקנה פתרונים לסוגית המו"מ לקראת כריתתו של חוזה.

בהמשך חיבורי זה אבקש להצביע על היתרונות הכלכליים – חברתיים הטמונים בכללים המשפטיים החלים על נקודת הזמן הטרומ חוזית ודרכם אציע כללים משפטיים ראויים ליישום, ואבחן את יישומם של דיני ההשבה הישראליים – עשיית עושר ולא במשפט, בנקודת הזמן של מו"מ לקראת כריתתו של חוזה.

הגישה הכלכלית להשקעות הסתמכות טרום חוזיות

בפרק זה אבחן את המשטרים השונים המחילים כללי אחריות, כאלו ואחרים, שמטרתם ליצור מסגרת שתהווה ברירת מחדל ותקנה לצדדים למו"מ כלים ותמריצים להשקעות הסתמכות טרום חוזיות יעילות.

בשלב המו"מ לכריתת הסכם ישנה התמקחות על תנאי החוזה הצפוי. הצדדים עלולים להשקיע השקעות הסתמכות שיעלו את ערך החוזה העתיד להיכרת אך השקעות אלו תהיינה בעלות ערך שולי, אם כלל, מקום בו לא ישתכלל המו"מ לכדי חוזה מחייב.

דוגמאות בולטות הינן חוזה עבודה וחוזה הלואה; באשר לחוזה עבודה, עובד המנהל מו"מ עלול לפרוש מעבודתו הקודמת, ירכוש ידע שימשם אותו בעבודתו העתידה ואולי אף ידחה הצעות



עבודה מתחרות¹⁰. המעביד מצידו עלול להכין משימות חדשות לעובד ולרכוש שירותים חדשים וכד'.

באשר לחוזה הלוואה, הלווה עלול להשקיע בהרחבת עסקו והמלווה ישקיע בפיקוח על עסקו של הלווה.

בשני המקרים ההשקעות מעלות את ערכה הכולל של העסקה אך אינן בעלות ערך ממשי מקום בו לא ייכרת, בסופו של יום, חוזה מחייב בין הצדדים.

כשהחוזה הצפוי ייכרת הערך המוסף של העסקה, הודות להשקעות הטרם חוזיות – השקעות ההסתמכות, יחולק בין הצדדים ע"פ הוראות החוזה. משלא נכרת חוזה הצדדים פונים לכללים – חוקים המסדירים את הנשיאה בעלויות ההשקעה הטרם חוזיות, בין במפורש ובין במשתמע.

הדין האמריקאי כיום אינו מכיר באחריות בשלבי המו"מ כך שהצדדים חופשיים לסגת מהמו"מ ולפרוש ממנו כל עת שיחפצו בכך וכל צד ישא בעלות השקעות ההסתמכות שלו¹¹. הכללים הנהוגים בארה"ב עוברים שינוי בתקופה האחרונה וניכרת ההכרה באחריות טרום חוזיות, אם כי מוגבלת לשלושה מצבים עיקריים:

- א. מצגי שווא אשר הביאו את הצד השני לשאת בהוצאות טרום חוזיות – (Misrepresentation).
- ב. כשצד למו"מ הפיק רווחים מהשקעות ההסתמכות של הצד השני – מעין עשיית עושר.
- ג. כשצד נתן הבטחה ספציפית במהלך מו"מ.

רוב רובן של שיטות המשפט האירופאיות שותפות למשטר אי האחריות הטרם חוזיות כשהגבלה העיקרית היא החובה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת במהלך המו"מ, כפי המצב החוקי בישראל. ישנן מספר מדינות אירופאיות בהן תקום אחריות כאשר המו"מ בשלבו המתקדמים¹².

יש לציין כי הכלל שיוצע הינו כלל ברירת מחדל המכוון את התנהגות הצדדים למו"מ ואינו נועד להגן ו/או להחיל עצמו מקום בו הצדדים ביקשו להתנות עליו.

Grouse V. Group Health Plan, Inc., 306 N.W. 2d 114 (Minn. 1981), Hunter V. Hayes, 533 P. 2d 952¹⁰ (Colo. App. 1975)

E. Allan Farnsworth, PreContractual Liability and Preliminary Agreement: Fair dealing and Failed¹¹ Negotiations, 87 Colum. Law Review 217, 221 (1987).

E. Hondius, "Pre Contractual Liability: Reports to the XIII th Congress of the International Academy of¹² Comparative Law (Ewoud H. Hondius ed. 1991).



מטרת הכלל המוצע לעודד החלטות הסתמכות יעילות מבחינה כלכלית. שיקולים חברתיים פרטיים, דוגמת פערי מידע ומצגי שווא, אינם נלקחים בחשבון.

באופן כללי נראה כי השקעת הסתמכות (Reliance Expenditures) תהיה, מבחינה חברתית, מתחת לאופטימום בהיעדר חובת השבה כלשהיא בגין השקעות במו"מ ומאידך תחרוג כלפי מעלה בצורה לא רציונאלית ולא יעילה במשטר אחריות מוחלטת.

שני צדדים נטולי סיכונים – הקונה והמוכר, נפגשים ומתחילים לנהל מו"מ ובשלב מאוחר יותר ייתכן וישקיעו השקעות הסתמכות. השקעות אלו כוללות כל הוצאה שמוציא צד למו"מ לרבות עלויות שתכליתן הוזלת מחיר השוק של הממכר, הוזלת מחיר אספקת הסחורה או כל שירות שהוא נושא לעסקה שיש בו כדי להעלות את ערכה של הסחורה או את טיב השירות.

בשלב הבא ישנן שתי אפשרויות האחת שהמו"מ מבשיל כדי חוזה והאחרת שהמו"מ נכשל. ההנחה היא כי התועלת תהיה תמיד חיובית, שכן אם התועלת תהא שלילית לא תתבצע עסקה בתנאי שוק משוכלל; הנחה נוספת היא ששני הצדדים משפיעים על ערכה המוסף של העסקה העתידה. אם ישתכלל המו"מ לכדי חוזה תנאי החוזה יחלקו את אותו ערך מוסף בין הצדדים ע"פ ההסכמות החוזיות. בד"כ את חלוקת הערך המוסף יקבע כוח ההתמקחות של הצדדים שלעיתים אינו שווה אך לצורך ניתוח זה ההנחה תהא כי אין פערי מידע או פערי מיקוח שכן עסקיננו בשוק משוכלל.

משטר היעדר אחריות

תחת משטר זה צד למו"מ אינו יכול לזכות בהשבתה של השקעה כלשהיא שהשקיעה במסגרת המו"מ הטרומ חוזי מקום בו לא נכרת הסכם מחייב. צדדים, תחת משטר זה, לא ישקיעו די בהשקעת הסתמכות.



ניתוח כלכלי של מצב זה מעלה את בעיית ה"סחטנות" (HoldUp) שתגרור אחריה אחת משתי האפשרויות¹³:

- א. תחת משטר זה כל צד יחטא בתת - השקעות הסתמכות.
- ב. השנייה – השקעותיו של כל צד למו"מ תהיינה נמוכות מידי או גבוהות מידי מההשקעות בהן ישא אם אין הסתמכות של הצד השני; קרי, צד שרואה את חברו למו"מ משקיע יעדיף לא להשקיע בכלל ואילו אם מצא כי חברו אינו נושא בעלויות השקעה יבחר להשקיע ברמה גבוהה מידי שאינה ממקסמת את התועלת החוזית.

נמצא כי תוצאות השקעה מעוותות אלו נגרמות בשל השוני בין נקודות המבט – מחד הרווח האישי הפרסונאלי ומאידך נקי מבט של תועלת או רווח חברתי.

מנק' מבט חברתית על הקונה להעלות את השקעות ההסתמכות שלו ככל שהרווח במונחים של תועלת חברתית עולה על הרווח השולי.

מנק' המבט הפרסונאלי של הקונה, השקעות ההסתמכות יגדלו רק ככל שהרווח הפרטי של הקונה עולה על הרווח השולי.

הקונה הינו מעין "נסחט" שכן אינו רואה את התמונה בכללותה ואת התועלת המצרפית של השקעות ההסתמכות שלו אלא רק חלק צר שלהן; הקונה שהשקיע במו"מ ובחוזו הצפוי מוצא עצמו בסיטואציה, לא רצויה מבחינה אישית ומבחינה חברתית, בה הקונה השקיע השקעות הסתמכות וכשלוך המו"מ יגרום לו נזק רב תחת משטר זה שכן הקונה יספוג עלות השקעותיו שירדו לטמיון ועל כן, כדי למנוע ירידתן לטמיון, יאלץ הקונה להמשיך ולהשקיע גם מעבר לרמה הנדרשת ע"פ תנאי החוזה.

כדי להימנע מסיטואציה זו הקונה ישקיע לרוב ברמת השקעה נמוכה מרמת ההשקעה הדרושה לשם מקסום התועלת ובדומה לכך גם המוכר.

כששני הצדדים מסתמכים הרי שאינטואיטיבית נאמר כי בעיית תת - ההשקעות תיעלם. רעיון זה מבוסס הגיונית כך: כשצד אחד מראה הסתמכות ומשקיע הרי שהצד השני יכול לסגת מהמו"מ מבלי לספוג שום עלות. הסיכוי לקרות האירוע הזה גורם לצד המשקיע להסס ובכך נוצרת תת - השקעה.

כששני הצדדים מפתחים הסתמכות ומשקיעים הרי שהחשש בטל ולכן שני הצדדים ישקיעו במו"מ ובמערכת היחסים הטרום חוזית.

¹³ לניתוח כלכלי מקיף, ראה: Lucian Arye Bebchuk & Omri Ben – Shahr, "Precontractual Reliance", Journal of Legal Studies, vol. XXX (June 2001), University of Chicago.



כשהסיכון לנסיגה מהמו"מ (Pull Out) יורד הרי שהצדדים אינם חוששים עוד כי הערך המוסף ירד לטמיון ולכן יהיו מוכנים להשקיע ובעיית תת – ההשקעה תבוא אל פתרונה.

ישנם מלומדים הטוענים כי תת – השקעה אינה קשורה כלל לתחושת הסיכון אצל הצדדים לכישלון המו"מ¹⁴.

אלו טוענים כי בין אם צד המו"מ מסתמך ובין אם לאו אין זה משפיע על המהימנות של האיום מפי אותו צד לפרוש מהעסקה. לפי הטענה כל זמן שקיים ערך מוסף חיובי בעסקה ללא קשר להסתמכות הרי ששום צד אינו מחזיק איום ממשי לפרוש.

משטר אחריות מוחלטת

בצידו השני של הספקטרום קיים משטר האחריות המוחלטת להשקעות טרום חוזיות. תחת משטר זה כל צד שנושא בעלויות בשל השקעות במו"מ זכאי להשבה מלאה מהצד השני אם המו"מ אינו משתכלל לכדי חוזה מחייב.

זהו כלל קיצוני שכן צד מחויב לשאת בעלויות ההסתמכות של הצד השני גם מקום בו הצד השני "אחראי" לכישלון המו"מ או כשהצד השני הסתמך באופן לא הגיוני.

לאור ההנחה כי בתי המשפט יכולים לבחון אך ורק את השקעות ההסתמכות של הצדדים ולא יכולים לבחון פרמטרים נוספים הנוגעים לנסיבות האופפות את ההתמקחות בשלב המו"מ, הכלל היחידי שניתן ליישם הוא כלל האחריות המוחלטת.

כשהצדדים נכשלים בשכלול המו"מ לכדי חוזה מחייב, הידע של בתי המשפט בדבר השקעות הסתמכותו של כל צד אינו יכול להועיל לבחינת אחריות הצדדים לכישלון או האם ההשקעות לכשעצמן מוגזמות ולקבוע אחריות על בסיס זה.

לפי משטר זה אם חוזה לא נכרת על כל צד להשיב ולפצות באופן מלא את הצד השני על השקעות הסתמכותו.

האפקט של כלל זה הוא בהעברת גבולות ההתמקחות – דהיינו תחת כלל זה כל צד יבחר ברמת הסתמכות מוגזמת בהינתן השקעתו של הצד השני שכן ההשקעה מובטחת.

¹⁴ Richard Craswell, "Offer, Acceptance, and Efficient Reliance, 48 Stan. Law Review 481 (1996), 492.



ניתן להסביר תוצאה זו באופן הבא: השקעות יתר נובעות מהעובדה כי כל צד תופס חלק מהרווחים כחלק מהשקעותיו מבלי לספוג את העלויות שלו. יכולתו של כל צד לזכות בהשבה מלאה של השקעות ההסתמכות שלו כשלא נכרת חוזה מתורגמת למחיר חוזי בצורה כזו שמעבירה את מלוא עלות ההשקעה הטרם חוזית שלו לצד השני. התוצאה היא שאין זה רלוונטי כמה שולי הערך המוסף שאותו צד יכול להפיק מהעסקה, הוא ישקיע בהסתמכות ככל שהערך המוסף יגדל באופן כללי¹⁵, שכן כאמור, השקעתו מובטחת ונתפסת כ- "Free Expenditure".

משטר אחריות ביניים

במשטרים האחרונים הדגש היה על השבה אפילו במקרים בהם ברור כי האשם בכישלון המו"מ רובץ לפתחו של אחד הצדדים.

כדי לתמרץ צדדים להשקיע באופן אופטימאלי אסטרטגיית המיקוח של כל צד צריכה להיות מוגבלת באופן כזה שתחייב כל צד לקחת בחשבון את הירידה לטמיון של השקעות הסתמכותו של הצד השני.

על הכלל המשפטי למנוע בצורה אפקטיבית את יכולתו של הקונה לנסות ולדחוף את המחיר כלפי מטה ואת יכולתו של המוכר לדחוף את המחיר כלפי מעלה מעבר לגבולות היעילים. אם הצדדים יפנימו שפעולה לא יעילה שתדחוף את המחיר לכיוון לא רצוי ולבסוף תגרום לכישלון ולהשקעה שתדרד לטמיון תגרור השבה של אותו צד את השקעותיו של הצד השני הרי שהעיוות ייפתר.

הצדדים יחוסנו מבעיית ה"Holdup" ובעיית התת – השקעה תיפתר, באותו זמן כל צד ישתחרר מהצורך לתת את מלוא השקעתו בידי הצד השני וכך תיפתר בעיית ההשקעה העודפת.

כשלבתי המשפט ישנו הידע בדבר עלות ההשקעה של הצדדים בלבד כפי שהנחנו בשלבים הקודמים הרי שאינם יכולים לזהות בוודאות איזה צד נקט באסטרטגיית מיקוח לא רציונאלית ולהטיל עליו את האחריות לכישלון המו"מ.

נניח כעת כי בתי המשפט יודעים את עלות ההשקעה של הצדדים ובנוסף את הערך הכולל של העסקה הצפויה ואת עלותה הכוללת, בזמן שהצדדים ניהלו מו"מ וכפי שהצדדים צפו אותן. בתנאים אלו נוכל לדון בכלל שיצמצם את טווח המיקוח לתחום הרצוי והיעיל.

¹⁵ Steven Shavell, "Damage measures for Breach of Contract", 11 Bell J. Econ. 466 (1980).



שיטה אפשרית אחת להשגת המטרה היא אכיפת אחריות מוחלטת ומלאה על הסתמכות טרום חוזית כלפי צד שמתמקח באופן אופורטוניסטי (- "כלל אופורטוניסטי"). כך צד ייחשב "אשם" וישא בהשקעות ההסתמכות של הצד השני ובנוסף יפסיד את הסיכוי שלו להשבה ושיפוי וכך יישאר עם הפסד כולל בעסקה.

שיטה אפשרית נוספת או משלימה היא ליצור כלל שלא מאפשר מבחינה משפטית לצדדים לנקוב מחירים מחוץ לטווח המיקוח הרצוי. לדוגמא כשהצדדים מסכימים על מחיר גבוה מהטווח – הקונה יוכל לתבוע השבת ההפרש בין המחיר ששולם לבין המחיר הנקוב בקצה הטווח היעיל. הפרש זה מהווה בדיוק את הסכום שיגרום לקונה לצאת מהעסקה מבלי "nonnegative payoff". כשכלל זה מיושם אף צד לא ירוויח מהצעות החורגות מהטווח היעיל וכך נחסל את המקור לעיוות בהשקעות ההסתמכות.

לשם ההמחשה: אחריות מלאה כלפי צד זה שעושה שימוש באסטרטגיה אופורטוניסטית – נקבע את הטווח היעיל – הקונה מציע לשלם פחות ולכן המוכר דוחה את הצעתו ויזכה בהשבה מלאה של השקעות ההסתמכות שלו.

בהנחה שכוח המיקוח של שני הצדדים שווה הרי שישנו מחיר שמהווה נקודת שיווי משקל בה יבוצעו עסקאות ביעילות מקסימאלית כאשר כל צד מכוון למחיר שימקסם את התועלת שלו.

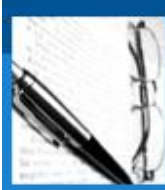
לסיכום: תחת כלל הקורא למשטר אחריות כלפי צד שמתמקח מחוץ לטווח היעיל הרי ששני הצדדים ישקיעו השקעות ההסתמכות אופטימאליות.

אף צד לא מעביר באופן אוטומטי את העלות הכוללת של השקעת ההסתמכות שלו כלפי הצד השני (נעלמת בעיית ה"Holdup") וגם לא נושא בעלות לבדו.

ע"י נטרול האפשרות להפסד הצדדים מהעסקה טווח המיקוח מצטמצם. שום צד אינו יכול להינות באופן מלא מהשקעותיו של הצד השני בלבד שכן על אותו צד לקבל מחיר כדי להיות זכאי להשקעת ההסתמכות של הצד השני.

ועוד, שום צד אינו צריך לספוג לבדו את עלות השקעתו שכן השקעה זו משפרת את ההצעה שעל הצד השני לתת, כלומר, שלא כמו במשטר של אחריות מוחלטת, תחת הכלל הנוכחי, הצדדים לא יסתמכו באופן מוחלט שכן הם עלולים לשאת בחלק מהעלויות של השקעות ההסתמכות שלהם. בשורה התחתונה כל צד ישא רק בחלק מהעלות של השקעת ההסתמכותו השווה לחלק היחסי של הערך המוסף אותו הוא מפיק.

תחת שיטה זו למוכר אין תמריץ להציע מחיר גבוה ולקונה לא יהיה תמריץ להציע מחיר נמוך, כך טווח המיקוח קטן. היעדר התמריץ נוקף לזכותה של האפשרות למצוא "אשם" ולהטיל עליו את חובת ההשבה שהיא הפער בין המחיר החוזי למחיר היעיל וכך הערך המוסף עובר לצד שאין בו "אשם" שמפיק את מירב התועלת החוזית מבלי שהצד "האשם" יפסיד.



חלוקת השקעות ההסתמכות

תחת משטר בו אין אחריות כשהמו"מ נכשל, צד שהשקיע לא יקבל חזרה את השקעת הסתמכותו, תחת אחריות מוחלטת הצד שהשקיע יקבל מלוא השקעתו מהצד השני. המשטר הראשון מוביל לתת – השקעה בעוד המשטר השני גורם לעודף השקעה. לכן יש לחקור את האפשרות של חלוקת העלויות: תחת כלל חלוקה במקרה בו המו"מ נכשל הצד המסתמך שהשקיע בהשקעות הסתמכות יהא זכאי להשבה חלקית.

בפועל הצדדים יחלקו בעלויות השקעת ההסתמכות. השאלה העולה היא איזו נוסחת חלוקה יש לאמץ שתניב החלטות אופטימאליות של הצדדים באשר להשקעת ההסתמכות שלהם במו"מ. לשני הצדדים כוח מיקוח שווה. במקרה זה כלל שיציע שכשלו המו"מ יגרור נשיאה של כל צד במחצית השקעת ההסתמכות של חברו יגרום להשקעות הסתמכות יעילות שכן: המחיר הגבוה ביותר שהקונה יסכים לשלם הוא מחיר הסחורה בתוספת מחצית מההפרש בין השקעותיו להשקעות המוכר שכן סכום זה הוא יכול לקבל ע"י השבה מהמוכר מקום בו המו"מ ייכשל.

המחיר הנמוך לו יסכים המוכר יהא שווה למחיר הסחורה בתוספת מחצית ההפרש בין עלות השקעותיו לבין עלות השקעות הקונה. כך חלוקת הסיכונים קטנה ואין תמריץ לתת – השקעה או עודף השקעה שכן שני הצדדים ערים להשקעות חבריהם ונוטלים סיכון מודע לחלוקה בהשקעות ההסתמכות המשותפות.

לסיכום: שיטה זו יעילה שכן היא משווה את החלק היחסי של העלות שצד נושא בה לחלק היחסי של הערך המוסף שאותו צד יכול להפיק מהמיקוח. הקונה מקבל חלק מהערך המוסף שיצר בהשקעת ההסתמכות שלו ומשיב חלק יחסי מהערך המוסף שיצרה השקעת הסתמכותו של המוכר – כך אין התעשרות בידו של אף אחד על חשבון רעהו וכל אחד זוכה בערך המוסף ע"פ מידת השקעתו – שום צד אינו משקיע יותר מידי ומקבל פחות מידי.

הבעיה בכלל החלוקה היא תלות בתי המשפט במידע שעל הצדדים להציג בפניהם. ביהמ"ש נדרש לדעת מהו החלק היחסי בערך המוסף שיש לשייך להשקעתו של מי מהצדדים.

כדי ליתן מענה לשאלה זו יש להעמיד בפני ביהמ"ש מספר רב של פרמטרים ועובדות ונראה שיקשה על בתי המשפט לאמוד זאת במדויק. כשבעיית המידע עולה בפני בתי המשפט וכשנראה כי לצדדים כוח מיקוח שווה הרי שניתן לחלק את השקעות ההסתמכות באופן שווה כך שכל צד ישיב לצד השני מחצית מהשקותיו של הצד השני. כשכוח המיקוח שווה ההנחה היא שיש יחס שווה בין רמת ההשקעה לערך המוסף של החוזה.

משטר אחריות מוחלטת בתוספת דרגת הסתמכות אופטימאלית¹⁶

ביהמ"ש קובע את דרגת ההסתמכות – נכפה אחריות ללא קשר להתנהגות שהובילה לכישלון במו"מ אך נגביל את האחריות לפי נסיבות המקרה. כל צד יוכל לזכות בהשבה בשווי מלוא עלות הסתמכותו אלא אם הסתמכותו עולה על ההשקעה האופטימאלית. הצד המסתמך יוכל לזכות בהשבת החלק ההיפותטי של השקעתו האופטימאלית ולא עבור מלוא השקעתו בפועל. תחת משטר זה הצדדים ישקיעו ברמה האופטימאלית – לא מעבר ולא פחות. כל צד ישא במלוא העלות של השקעתו שהינה מעבר לאופטימום. עד לנקודה זו כל צד רואה בהשקעתו "חינם" שכן הוא זכאי להשבה מלאה מקום בו נכשל המו"מ. מעבר להשקעה האופטימאלית הצד נושא במלוא העלות ומכיוון שלעולם לא יוכל לקבל מעבר למלוא שווי הערך המוסף שההשקעה הנוספת מניבה הרי שלא ישקיע אותה. יש לציין כי בשיטה זו על בתי המשפט לדעת את רמת ההשקעה האופטימאלית להשקעות ההסתמכות.

השוואת הכללים

בחנתי שלושה כללים שכל אחד מהם טומן בחובו בעיה יישומית. כל הכללים דורשים מבית המשפט לדעת את רמת ההשקעה שבהן נשא כל צד אך כלל דורש מידע נוסף הנוגע למאפיינים נוספים.

¹⁶. ראה לעיל, הערה 14.



לשם יישום כלל האחריות האופורטוניסטי, על בתי המשפט לדעת את העלות ואת הרווח שהם הערכים ההיפותטיים שהצדדים צופים לחוזה מקוים, וזאת כדי להחליט האם צד כלשהוא נהג במו"מ באופן אגרסיבי מידי.

לשם יישום כלל החלוקה על בתי המשפט להסיק את הפערים בכוח המיקוח בין הצדדים או לכל הפחות את החלק היחסי של הערך המוסף שתתקבל על צד בשל השקעת ההסתמכות שלו.

לשם יישום כלל האחריות המוחלטת בתוספת דרגת הסתמכות אופטימאלית על בתי המשפט לקבוע מהו תחום ההשקעה האופטימאלי עבור הצדדים, ולכן עליהם לדעת את המניעים הראשוניים לרווח הכולל של החוזה הצפוי ואת העלות הכוללת של החוזה הצפוי ומכך להסיק את תחום ההשקעה האופטימאלי.

שלושת הכללים יוצרים מחירים חוזיים שונים בשל אופיים והתמריצים שהם יוצרים. זהו פועל יוצא חשוב מאוד שכן הם יוצרים חלוקה שונה של הערך המוסף החוזי שמשילך על החלטות הצדדים להיכנס למו"מ טרום חוזי.

שלושת הכללים יכולים ליצור מערכת של שיקולים להשקעות הסתמכות אופטימאליות אך הם אינם יכולים ליצור את אותם תמריצים להיכנס למו"מ טרום חוזי. תחת כלל האחריות האופורטוניסטי ותחת כלל החלוקה הצדדים יחלקו בערך המוסף לפי היחס בין כוחות המיקוח שלהם.

תחת כלל האחריות האופורטוניסטי ותחת כלל החלוקה, הצדדים תמיד יפיקו חלק מהערך המוסף, וכך, אם הוא חיובי הרי ששום צד לעולם לא יצא נפסד (נטו).

תחת כלל האחריות המוחלטת בתוספת דרגת הסתמכות אופטימאלית הצדדים יפיקו חלק מהערך המוסף בניכוי עלות השקעת ההסתמכות של הצד השני. לעיתים ייתכן שאף אם הערך המוסף הינו חיובי הרי שצד אחד ייצא נפסד נטו.

ההבדלים בין המחיר החוזי והחלוקה הצפויה של הערך המוסף משמעותיים בבואנו לעצב את התמריצים להיכנס למו"מ טרום חוזי.

ההחלטה להיכנס למו"מ

מלומדים חששו שאכיפת כללי אחריות טרום חוזית תרתיע צדדים מכניסה למו"מ טרום חוזי¹⁷. נראה כי גישה זו אינה תקיפה. משטרי האחריות יכולים לשמש כתמריצים לכניסה למו"מ.

¹⁷ Texaco, Inc. v. Pennzoil Co., 729 S.W.2d 768 (Tex. Ct. App. 1987).

נשווה תחילה בין משטר אחריות מלאה לבין משטר בו אין כלל אחריות טרום חוזית.

כפי שאדגים משטר אי – האחריות לא מוביל בהכרח ליותר משאים ומתנים :

א. תחת משטר זה צדיים ייכנסו למו"מ רק אם, בהינתן רמת האי – יעילות של ההשקעות, העסקה תניב ערך מוסף חיובי.

דהיננו, גם אם ההשקעות הצפויות לא תהיינה יעילות הערך המוסף יהיה חיובי בכל מקרה.

ב. צדדים לא יכנסו למו"מ תחת משטר זה כשיהיה פוטנציאל חיובי לערך המוסף כשרמת השקעות ההסתמכות תהיה אופטימאלית.

דהיננו, אם הערך המוסף יהיה חיובי ברמת השקעת ההסתמכות אופטימאלית צדדים לעיתים לא יכנסו למו"מ שכן חסרים תמריצים להביא את הצדדים להשקיע באופן אופטימאלי.

תחת משטר אחריות מוחלטת צדדים עלולים שלא להיכנס למו"מ טרום חוזי גם כשחווה צפוי עתיד להניב ערך מוסף חיובי. כלל זה עלול להיכשל בהבנת הפוטנציאל החיובי, שטומנת בחובה עסקה, לערך המוסף משום שחלוקת אותו ערך מוסף אינה מבטיחה לכל צד רווח נטו חיובי. כשנכנסים למו"מ, כל צד אחראי להשבת מלוא השקעות ההסתמכותו של הצד השני שאינן נשלטות ע"י הצד הראשון.

אם צד צופה שהשקעת השני תהא גבוהה וצופה שחלקו בערך המוסף יהא קטן הרי שהוא צופה כניסה למו"מ שעלול להניב לו רווח שלילי אם החוזה לא ייחתם ולכן לא ייכנס למו"מ כלל.

תחת משטר אחריות בינונית, הכלל האופורטוניסטי וכלל החלוקה, הצדדים ייכנסו למו"מ רק אם יש צפי לערך מוסף חיובי מהעסקה.

תחת כללים אלו צדדים משקיעים בצורה אופטימאלית בהסתמכות, ובנוסף, תחת כללים אלו המחיר החוזי זהה. כללים אלו מבטיחים שהצדדים ישקיעו בצורה שתמקסם את הערך המוסף נטו של החוזה הצפוי.

כל צד נושא בחלקו היחסי של השקעת ההסתמכות ששווה לערך המוסף שהוא מפיך כך שלכל צד מובטח רווח נטו.

בהינתן ערך מוסף כולל חיובי, הרי לכל צד מובטח רווח נטו ולכן צדדים יחליטו להיכנס למו"מ תחת משטר זה.

תחת כלל אחריות מוחלטת בתוספת דרגת ההסתמכות אופטימאלית צדדים עלולים שלא להיכנס למו"מ טרום חוזי גם כשהחוזה צפוי להניב ערך מוסף חיובי. הצדדים משקיעים בהסתמכות באופן אופטימאלי.



לעיתים הערך המוסף יכול להתחלק בצורה כזו שצד אחד ירוויח ואילו השני יפסיד ולכן הצד שצופה הפסד לא ייכנס למו"מ כלל.

כלל זה מבטיח השקעת הסתמכות שתהפוך את הערך המוסף למקסימאלי, אך ע"פ כלל זה צד עלול לשאת בחלק היחסי של השקעת ההסתמכות ששונה מהחלק היחסי של אותו הצד בערך המוסף הצפוי לו.

כך שגם אם לבתי המשפט המידע המלא הרי ששני הכללים – כלל האופורטוניזם וכלל החלוקה, טובים יותר מכלל האחריות המוחלטת בתוספת דרגת הסתמכות אופטימאלית. שני הכללים הראשונים מבטיחים, בנוסף לרמת השקעות אופטימאלית, גם תוצאה יעילה מבחינת הצדדים למו"מ – רווח צפוי שיתחלק ביניהם. כללים אלו ע"י תמריצים להשקעות יעילות גורמים למו"מ להיות נחשק וכדאי יותר.

סיכום הגישה הכלכלית

בחנתי מספר משטרים וכללים לקבלת החלטות בדבר השקעות הסתמכות יעילות במו"מ טרום חוזי.

ראינו כי המשטרים הקיצוניים של אחריות (או היעדר אחריות) טרום חוזיים מובילים לאי – יעילות בהשקעות טרום חוזיות.

משטר היעדר אחריות מוביל לתת – השקעות ומשטר אחריות נוקשה מוביל להשקעות יתר. שני המשטרים הללו מעוותים החלטות בדבר הכניסה למו"מ הטרם חוזי ובדבר השקעות הסתמכות בזמן מו"מ.

בחנתי מספר כללי אחריות ביניים; ישנם כמה כללים תחת משטר אחריות זה שביכולתם לשפר את ההחלטות הטרם חוזיות בדבר הסתמכות בהינתן מידע ספציפי שעל ביהמ"ש לבחון כדי ליישם את הכללים.

המסקנה היא כי שיטות אלה יעילות במיוחד בוויסות השקעות הסתמכות טרום חוזיות, תימרוץ צדדים לקבל החלטות יעילות ומובילים בסופו של יום להשקעות הסתמכות יעילות כלכלית לכל הצדדים לחוזה הצפוי.

כמו כן בכוחם של הכללים המוצעים להוות תמריץ יעיל לכניסה למו"מ ולשכלולו לכדי עסקאות.

משפט משווה



בבסיסה של ההשבה מכוח דיני עשיית עושר עומד יסוד ההתעשרות שמורה על השבת הטבות שהתקבלו אצל צד למו"מ מקום בו נכשל החוזה הצפוי ואותו צד שזכה בהטבה התעשר על חשבון מעביר ההטבה.

בשיטה הרומית הייתה עילה מיוחדת לתביעות מעין חוזיות אלו¹⁸ ועילה זו הכתה שורשים במשפט הקונטיננטאלי.

א. המשפט הקונטיננטאלי:

במשפט הקונטיננטאלי מוכרת חובת ההשבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט בשלב הטרום חוזי בו מעביר צד הטבה לצד השני מבלי שיש חובה לעשות כן וזאת ממניעים כלכליים של קידום החוזה הצפוי, השבתו וכד'.

ישנם מספר קודקסים מודרניים בהם עילת ההשבה מכוח דיני עשיית עושר מופיעה בהם במפורש¹⁹. עילה זו חולשת על הטבות ממשיות שהעביר צד אחד למשנהו ואין המדובר בשיפו על הוצאות ונזקים.

בהיעדר אשם בהתקשרות אין חובת השבה להוציא מקרים בהם הועברה הטבה ממשית; דהינו מקום בו לא הועברה הטבה ממשית ואין אשם שדבק בצד למו"מ, דוגמת הפרת החובות המוטלות על אותו צד במהלך המו"מ, הרי שלא קמה חובת ההשבה בגין נזקים או השקעות שביצע הצד השני.

ב. המשפט האנגלו – אמריקאי:

דיני עשיית עושר מהווים מקור להשבה גם בשיטת משפט זו עבור הוצאות שהוצאו במסגרת מו"מ טרום חוזי²⁰. בתי המשפט בוחנים את התקיימות תנאי עילת עשיית העושר אצל התובע הכוללים את התעשרות הנתבע, חסרון כיס של התובע הנובע מהתעשרות הנתבע ("על חשבון התובע") ואי הצדק בהתעשרות.

בתי המשפט אימצו שני מבחנים מרכזיים לבחינת גורם הצדק (או אי – הצדק): מבחן הסיכון ומבחן הקבלה הרצונית.

¹⁸ M. A. Rabello, "The Theory Concerning Culpa in Contrahendo Precontractual Liability: From Roman Law to the German Legal System – A Hundred Years after the Death of Jhering". European Legal Traditions and Israel (A. M. Rabello edition, Jerusalem, 1994). ד"ר מיכל אגמון – גונן, "ההשבה בהקשרים חוזיים, דיני ההשבה או דיני עשיית עושר ולא במשפט", המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשס"א – 2001.

¹⁹ ד"ר מיכל אגמון – גונן, "ההשבה בהקשרים חוזיים, דיני ההשבה או דיני עשיית עושר ולא במשפט", המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשס"א – 2001, ע"מ 126. ²⁰ GHL. Fridman, "Restitution", 2nd Edition, Canada, 1992.



הכלל הוא, ע"פ מבחן הסיכון, כי השקעה טרום חוזית הנופלת בגדר סיכון רגיל במהלך העסקים נופלת בחלקו של הצד שפעל להשקיע. מקום בו פעלו הצדדים בתום לב שניהם נושאים בסיכון לכישלון המו"מ²¹.

נראה כי הדגש הוא על החופש מחוזים לפיו אין לחייב צד בחיובי השבה מקום בו אינו חפץ בכריתת חוזה שכן חוזה מחייב טרם נכרת. לדידה של ד"ר מיכל אגמון – גונן גישה זו היא הגישה הראויה²², על מסקנה זו אבקש לחלוק בהמשך.

לעניין המבחן השני שאומץ, מבחן הקבלה הרצונית, על בתי המשפט לבדוק האם מקבל ההטבה ביקש את ההטבה בפועל או בכוח שכן מקום בו ידע או יכול היה לדעת שאין כוונה להעביר ההטבה ללא תמורה והיה בידו לסרב לקבל ההטבה הרי שעליו לחוב בהשבת אותה הטבה.

נראה כי מבחן זה מיישם את מלוא עקרונותיהם של דיני עשיית העושר ומטיל חובת השבה על הצדדים למו"מ מקום בו הועברה הטבה גם כשמקבל ההטבה – הזוכה, זכה בזכייתו בכוח; משמע – הזוכה לא דחה את ההטבה באופן פוזיטיבי.

דיון ומסקנות

בפרק זה אדון ביישומם המוצע של דיני ההשבה – עילת עשיית העושר, בהקשרים טרום חוזיים, דהיינו בשלבי המו"מ שנכשל ולא השתכלל לכדי חוזה מחייב בסופו של יום.

בפרק הקודם נוכחנו כי ישנם שני כללים מרכזיים המתאימים לסיטואציות המו"מ הטרם חוזית והם כלל החלוקה וכלל האופורטוניזם.

בפרק זה אתמקד בשני כללים אלו וביישומם בשלבי המו"מ, ואראה כי מקומם של דיני ההשבה בסיטואציה הטרם חוזית של המו"מ שנכשל.

כאמור, תחת כלל החלוקה או כלל האופורטוניזם כל צד נושא בחלקו היחסי של השקעת ההסתמכות ששווה לערך המוסף שהוא מפיק. מטרת כללים אלו למנוע ניצול לרעה של הצדדים את חופש החוזים ואת החופש מחוזים, כך שאם לא נחיל אחריות בשלב המו"מ הרי שצדדים

²¹ פרשת רגליאן, ראה לעיל, הערה 2.
²² ראה לעיל, הערה 19, ע"מ 127.



עלולים לקבל טובות הנאה כתוצאה מהשקעת הסתמכות של מי מהצדדים ללא כל חובה לשלם עבורן.²³

הטבה רעיונית

אציין בפתח דברי כי לא נעלם מעיני חיבורה של ד"ר מיכל אגמון – גונן "ההשבה בהקשרים חוזיים: דיני חוזים או דיני עשיית עושר ולא במשפט"²⁴, לפיו הבסיס לחיוב הצדדים למו"מ בהשבה, הינו חיוב על בסיס חוזי ולא על בסיס עשיית עושר או דיני ההשבה.

דעתי חלוקה ובפרק זה אבקש להסביר מדוע.

ד"ר מיכל אגמון – גונן גורסת בספרה כי אין לאפשר השבת הוצאות שהוצאו במקרה בו לא היתה הטבה בפועל ובהיעדר חוסר תו"ל.

לדידה של הגישה הכלכלית למשפט התעשרותו של צד על חשבון משנהו אינה אך ורק מקום בו הועברה הטבה פיסית וממשית בין הצדדים.

גישה זו מכירה בהטבה שהינה רעיונית; דהינו מקום בו צדדים נכנסו למו"מ וצד למו"מ השקיע השקעות הסתמכות בעוד שהצד השני לא השקיע /או לא השקיע די ואי – השקעתו נבעה מתוך צפי לרווח בסופו של יום, הרי שניתן לומר כי הצד שלא השקיע במו"מ אך צפה חוזה רווחי התעשר על חשבוננו של הצד שנשא בעלויות השקעת ההסתמכות. כך בשורת פסקי דין פסקו בתי המשפט השבה מקום בו לא הייתה הטבה ממשית אלא הטבה רעיונית; קרי, צד השקיע השקעות הסתמכות במו"מ מבלי שאלו יצרו "עושר" ממשי ומידי של הצד השני.

"עושר" זה הינו הטבה רעיונית שכן לולא השקעת הסתמכותו של הצד המשקיע הצדדים לא היו צופים חוזה רווחי. כך ניתן לומר כי השקעות אלו אכן היו מיטיבות עם הצד השני מקום בו היה נכרת חוזה ומקום בו לא נכרת חוזה יש להורות על השבה בהתאם לכללים המוצעים.

השקעת הסתמכות של צד למו"מ גוררת אחריה חלוקה שונה של הסיכונים שכן הצד המשקיע בהסתמכות לוקח על עצמו סיכון ממוני רב יותר. חלוקת סיכונים זו בשלבי המו"מ גורמת למעין התעשרות סיכונים של הצד שאינו משקיע אך מסתמך על השקעות הסתמכותו של הצד האחר באופן זה שהצד שאינו משקיע צופה להרוויח מהחוזה הצפוי.

השקעות הסתמכותו של צד למו"מ שעתידה להפיק רווח חוזי לצד השני מקנה תועלת כלכלית לצד שבחר לא להשקיע בחוזה הצפוי; מקום בו נכשל המו"מ יש להורות על השבתה של אותה תועלת כלכלית שהפיק צד למו"מ.

²³ Nilli Cohen, "Status, Freedom and Contract" 10 Tel – Aviv University Studies in Law (1990) 213, 216.
²⁴ ראה לעיל, הערה 19.



יישום הכללים ושליטת הגישה החוזית

אחריות חוזית מבוססת על יסוד ההסכמה של הצדדים; מקום בו נעדר הבסיס ההסכמי בין הצדדים לא יכולים לשכון דיני החוזים.

צדדים הנכנסים למו"מ מבקשים להתמקח על תנאיו של חוזה הסכמי עתידי ביניהם כאשר שלב המו"מ לגופו נעדר את יסוד ההסכמה הרחב המהווה את הבסיס לתחולתם של דיני החוזים. גישה מקובלת בספרות המקצועית גורסת כי יש להרחיב את דיני החוזים גם לשלב הטרומ חוזי שכן מדובר ביחסים לקראת חוזה וככל שהמו"מ מתמשך הרי שהיחסים הטרומ חוזיים דומים יותר ליחסים חוזיים בין הצדדים²⁵.

לדידי, גישה זו נראית מאולצת ואינה עונה על הצורך של הצדדים להתחייב האחד כלפי משנהו כאוות נפשם.

מקום בו מו"מ מתנהל בתום לב וללא כל אשם שדבק בצד זה או אחר הרי שמטרת המו"מ היא התמקחות לגיטימית על תנאי החוזה במסגרת שהותוותה לעיל, דהיינו במסגרת היעילות החוזית ומבלי לנהוג מנהג אופורטוניסטי פסול. הצדדים רשאים לשכלל את המו"מ לכדי חוזה מחייב משגרסו כי הסתיימו הדיונים על תנאי החוזה וכך ביכולתם לשלוט על מערכת הכללים שתחול עליהם בכל שלב ושלב.

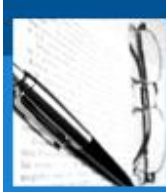
אין להקל ראש בדרישת השוק לוודאות משפטית, מקום בו שוק עסקי יעדר אותה ודאות לא יתקיימו עסקאות יעילות; החלת דיני חוזים על יחסים טרום חוזיים יכפה חוזה על צדדים שאינם חפצים בו ויגרור פגיעה מוגזמת בחופש מחוזים²⁶.

השבה על פי הכללים המוצעים אינה פוגמת בוודאות המשפטית, מייעלת את כניסת הצדדים למו"מ וגוררת תוצאות יעילות מבחינת כל הצדדים למו"מ הן מקום בו משתכלל אותו מו"מ לכדי חוזה מחייב והן מקום בו נכשל המו"מ, כאמור ללא אשמה של מי מהצדדים. יש לציין כי מקום בו רובצת אשמה דוגמת חוסר תום לב הרי שיש להפעיל כללים שונים, אך חיבורי זה לא עוסק באותם המקרים.

אני סבור כי אחריות חוזית תוטל על צדדים מקום בו הצדדים חפצים בעולם החוזי בעוד שמשטרי אחריות כפויים יוטלו על צדדים ללא כל קשר לרצון הצדדים ולהסכמתם החפצית. אחריות טרום חוזית מוטלת על צד למו"מ שלא מרצונו שכן טרם באו בשעריו של העולם החוזי. יש לאכוף בשלבי המו"מ את עקרון החופש מחוזים ולאפשר לצדדים לסגת מהמו"מ אם אינם חפצים בו.

²⁵ ג. פרוקצ'יה, "הפרת החובה לנהוג בתום לב", הפרקליט לט (תש"ן), ע"מ 317.

²⁶ ד"ר שירלי רנר, "דיני חוזים – מגמות והערכה", משפטים כא (תשנ"א) 33.



כאמור נסיגה שכזו כפופה לתמריצים שמקנים הכללים שהותוו שמטרתם ייעול המו"מ וכפי שראינו צדדים ימנעו מפרישה שתסב נזק שכן יהא עליהם לחלוק בו ובסופו של יום שוק המיקוח הופך יעיל יותר וחוזים עתידיים ייטיבו עם השוק כולו. כך חובת ההשבה אינה בהקשר החוזי שאינו יעיל שכן, לרוב, אין כלל אחריות חוזית ואין חיוב בהשבה מקום בו הצדדים נהגו בתו"ל. גישה זו אינה רצויה כלל, ראה השוואה למשטר אי – אחריות הגורם עיוותים כלכליים.

על צד הנכנס למו"מ, במטרה להפיק רווח, לשאת בנזקיו של האחר הנגרמים עקב פרישתו של אותו צד מהמו"מ²⁷. לגישתו של המשפט הישראלי אין כלל חובת השבה במסגרת יחסים טרום חוזיים מקום בו הצדדים נהגו בתו"ל. נקודת המוצא צריכה להיות כזו שצדדים הנכנסים למו"מ צופים חוזה עתידי רווחי וכי יש לאכוף עליהם התנהגות יעילה. חלוקת הסיכונים בידי הצדדים מצטמצמת אפוא להתנהגות הצפויה. בהיעדר אפשרות לצפות התנהגות זו או אחרת של מי מהצדדים לא ניתן לדבר על חלוקת סיכונים טרום חוזית. חלוקת הסיכונים נעשית ע"י הצדדים לפי האפשרויות הצפויות ונקודת המוצא היא כי התנהלות כל הצדדים תהא יעילה. התנהגות החורגת מן המתחם היעיל אינה צפויה ע"י הצדדים, גם אם נעשתה בתו"ל, ועל כן אינה בגדר סיכון שצד אחד נשא בו. את מתחם ההתנהגות היעילה קובעים אותם כללים שהוצעו היוצרים תמריצים ומכוונים את התנהגות הצדדים; במצב דברים זה אין לתיאורית חלוקת הסיכונים על מה שתסמוך שכן הסיכונים מצטמצמים למתחם ההתנהגות היעילה שבו צופים כי החוזה העתידי יהא רווחי.

ברובם המכריע של פסיקות בתי המשפט בישראל שעסקו בשאלות נשוא חיבורי זה ניתן סעד על בסיס של שכר ראוי. נראה כי סעד זה הינו חלק אינטגרלי ופועל יוצא של דיני עשיית עושר ואינו ראוי לדיני החוזים. הסעד החוזי מטרתו בראש ובראשונה העמת הצדדים במקום בו היו ערב החוזה. פסיקת שכר ראוי מחלקת את השקעות ההסתמכות בין הצדדים במובן זה שהצד שהשקיע בחוזה וצפה רווח ובסופו של יום נכשל המו"מ ייצא כשבידו חלקו היחסי בערך המוסף הצפוי בדמות שכרו הראוי בעוד שהצד שלא השקיע ישא בחלקו היחסי של הוצאות ההסתמכות שהושקעו כך שישא בשכר הראוי ובידו השקעתו של הצד שהשקיע השקעות הסתמכות.

²⁷ E.A. Franworth, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing & Failed Negotiations", 87 Columbia Law Review (1987) 217.

זוהי תוצאה ראויה לאור כלל החלוקה ולאור כלל האופורטוניזם. גישה זו קיבלה ביטוי בפסק דינו של כבוד הנשיא א. ברק בעניין גרובר נ' תל יוסף²⁸. גישתו של הנשיא ברק מתווה כללי התנהגות יעילים ומתמרצת את הצדדים שלא לנצל משאבים יקרים לשווא. גישה זו מגבירה את אמון הצדדים במו"מ ומייעלת את השקעות ההסתמכות שהושקעו בחוזה הצפוי ובדרך זו מייעלת את החוזה הצפוי ומשכללת אותו מן הבחינה הכלכלית. חזקה כי הנתבע ידע אודות השקעות ההסתמכות של התובע ובמצב דברים זה על הנתבע לפעול במתחם היעילות לקידום החוזה הצפוי. כבוד הנשיא ברק מתווה את המתחם היעיל להתנהגות הצדדים ומחלק את הערך המוסף החוזי הצפוי בין הצדדים ביחס להשקעות ההסתמכותם במהלך המו"מ וזו התוצאה הראויה. התווית כללי התנהגות אלו ישכללו את שוק המו"מ; הנתבע יפעל במשנה זהירות, יהא ער להשקעות ההסתמכותו של הצד השני, שכן אלה עלולים ליפול בחלקו ולא יבזבזו משאבים יקרים. אין ביכולתם של כללים אלו לשלול את החופש מחוזים שכן מקום בו יהא הנתבע ער להשקעות ההסתמכותו של הצד השני יעלה בידו לעוצרם מקום בו אינו צופה הנתבע רווח חוזי ובכך יוכל הנתבע לשלוט באופן אפקטיבי בהשקעות ההסתמכותו של התובע. אם יחליט התובע להשקיע למרות הפצרות הנתבע הרי שיחרוג ממתם היעילות החוזית ולפי הכללים המוצעים חלקו של התובע בהשקעות ההסתמכות יגדל שכן נראה כי הרווח החוזי הצפוי קטן יותר. לפי כלל האופורטוניזם התוצאה זהה והנתבע ישא בחלק קטן יותר לפי הצפי לרווח החוזי, אם בכלל, שכן התובע נוהג באופן אופורטוניסטי ללא התחשבות בנתבע ועל כן ישא בנתח גדול יותר מהוצאות ההסתמכות.

נתבע	תובע	
50%	50%	רווח – מצב א'
30%	70%	רווח – מצב ב'
10	100	השקעות

במצב א': הרווח הצפוי זהה, התובע השקיע את מירב השקעות ההסתמכות; כשלו המו"מ יגרור חלוקת השקעות ההסתמכות בין התובע לנתבע באופן שהתובע ישא ב- 55 והנתבע ישא ב- 55.

²⁸ ע"א 474/80 גרובר נ' תל יוסף קבוצת פועלים להתיישבות שיתופית בע"מ, פ"ד לה (4) 45; ע"א 136/92 ביניש – עדיאל – עורכי דין נ' דניה סיבוס חברה לבניין בע"מ, פ"ד מז, 114.

במצב ב': הרווח הצפוי לתובע גדול יותר, התובע השקיע את מירב השקעות ההסתמכות; כשלוך המו"מ יגרור חלוקת השקעות ההסתמכות בין התובע לנתבע באופן שהתובע ישא ב- 77 והנתבע ישא ב- 33.

בכוחו של הנתבע להימנע מנשיאה בהשקעות ההסתמכות במידה ויהא ער להשקעותיו של התובע. יש לציין כי לפי גישה זו אין הכרח בהטבה פיסית ודי בהטבה רעיונית שאין בה כדי להעשיר את הנתבע באופן ממש.

התעשרותו הפיסית של הנתבע אינה חלק מהמשוואה והצדדים יחלקו בהוצאות ההסתמכות ע"פ העקרונות הכלכליים שהותוו לעיל.

בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה בעניין יורם סגל²⁹ חלקו השופטים שישבו בדין בשאלה איך לפזר או לחלק את השקעות הסתמכותו של התובע שכן היה מבעלי הקרקע והשקעתו הייתה צפויה להניב לו רווח בשני מישורים, הן במישור השירותים שנתן לנתבעות והן בשל היותו מבעלי הקרקע.

דעת הרוב קבעה כי יש להשיב לתובע 60% מהשקעותיו בעוד שכבוד השופט רון סוקול, בדעת מיעוט, סבר כי יש להשיב לתובע מלוא השקעת הסתמכותו.

נראה כי דעת הרוב קלעה לדעתה של הגישה הכלכלית המובעת בחיבורי זה שכן השקעותיו של התובע נועדו להפיק לו רווח גדול יותר היות וצפה לרווח מהתקשרותו הפרטית ומרווח מהתקשרותו בהסכם הקומבינציה ואילו רווחיהם הצפויים של הנתבעות היו קטנים יותר בהשוואה לתובע. כך אין מקום לחייב הנתבעות בהשבה של 100% מההשקעות ובחלוקה בין הנתבעות לתובע על התובע לשאת בחלק מהשקעותיו³⁰.

התוצאה – דיני עשיית עושר מיישמים את הכללים המוצעים

עקרונות עשיית העושר גוררים השבת התעשרותו של מקבל ההטבה. שיעור ההשבה יהא שיעור ההתעשרות.

במהלך המו"מ צדדים משקיעים השקעות הסתמכות העתידות להניב רווח לכשישתכלל המו"מ לכדי חוזה מחייב.

אותן השקעות צפויות להניב רווח, משנות את חלוקת הסיכונים ומשנות את פיזור המשאבים של הצדדים; אין ספק כי יתרונות אלו מתורגמים ליתרונות כלכליים של הצדדים.

²⁹ ע"א 2340/04 יורם סגל נ' דניה סיבוס חברה לבניין בע"מ ואח', מחוזי חיפה, ניתן ביום 15.12.04.
³⁰ איני בודק את החישוב המדויק של החלוקה אלא בכונתי להראות כי יישמו בפועל הכללים המוצעים בעצם חלוקת הוצאות ההסתמכות על הצדדים וזאת ביחס לרווח הצפוי.

משהושקעו השקעות הסתמכות שאינן חורגות ממתחם היעילות – משמע, נעשו בתו"ל, הרי שהיטיבו עם אותו צד שלא השקיע כלל, הן על דרך פינוי משאבים והן על דרך ציפיית צד להפיק ערך מוסף חוזי מבלי להשקיע במו"מ כלל.

הטבות אלו נלקחות בחשבון בכימות התעשרותו של צד על חשבון הצד השני ונסללת הדרך להשבת ההטבות מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.

מערכת דינים זו יוצרת חיוב כפוי בלתי רצוני שדרכו נוצרים תמריצים המעודדים כניסה למו"מ וניהולו בצורה יעילה ובסופו של יום אף מעודדים שכלול חוזים רווחיים למשק.

נראה איפוא כי עילת עשיית העושר מכוונת לתוצאות המתקבלות ע"י יישום כלל החלוקה וכלל האופורטוניזם, שהם הכללים הראויים להחלה על סיטואציות אלו.

מטרת דיני החוזים להעמיד את הנפגע במקום בו היה ערב כניסתו למו"מ.

פיצוי זה, הבא לידי ביטוי לרוב, כשכר ראוי כולל את מלוא השקעתו של הנפגע כמדד אובייקטיבי. לדעתי שכר ראוי אינו הפיצוי ההולם את מטרת דיני החוזים.

שכר ראוי הינו שיעור ההטבה האובייקטיבי שהועבר לזוכה (= התעשרותו של הזוכה).

על דיני החוזים להתחקות אחר הוצאותיו של הנפגע; שכן שכר ראוי מגלם בתוכו רווח עבודה של הנפגע ולא את הוצאותיו.

פסיקת שכר ראוי מכוח דיני החוזים תעביר רווח לידי הנפגע ואין זו מטרת דיני החוזים.

דיני עשיית עושר שמו להם למטרה להעביר את גורם ההתעשרות מכוח עקרונות של צדק ויושר. כך שפסיקת שכר ראוי אינה אלא מדד אובייקטיבי המתחקה אחר התעשרותו של הזוכה (בהיעדר ראיות לסתור) ומעביר את ההתעשרות לידי המזכה.

כלל החלוקה וכלל האופורטוניזם גוררים אחריהם תוצאה זהה; השקעות ההסתמכות מתחלקות בין הצדדים ומקום בו ארכיטקט השקיע בחוזה והעביר תוכניות כאשר מלוא הרווח מן ההשקעה צפוי למקבל התוכניות – החברה הקבלנית, הרי שעל החברה להשיב מלוא הערך המוסף אותו צפו כתוצאה מהחוזה, דהיינו שכר ראוי.

סיכום

מהו הכלל, אם כן, לחיוב צדדים במו"מ לקראת כריתתו של חוזה בהשבה, מקום בו נכשל המו"מ ולא השתכלל לכדי חוזה מחייב וזאת ללא "אשם" של מי מהצדדים?
האם יש לאכוף השבה?; אלו השאלות העומדות בבסיס חיבורי זה.

לדידה של הגישה הכלכלית למשפט יש לאכוף משטר אחריות, כפי שהראיתי לעיל, במישור היחסים הטרומים חוזיים בין צדדים הבאים במו"מ לקראת כריתתו של חוזה צפוי.



כללים אלו מחזקים את האמון בין הצדדים מייעלים את המו"מ ויש בהם אף לייעל חוזה עתידי. בנוסף אכיפת משטר אחריות ביחסים טרום חוזיים תתמרץ צדדים להיכנס למשאים ומתנים, תהווה קווים מנחים ותגדיר התנהגות יעילה של הצדדים ותתווה את הסיכונים בהם ישאו הצדדים באשר לחלוקת הנטל בהשקעות ההסתמכות. אכיפת משטר אחריות זה תגרור פיקוח הדדי של צד על משנהו; פיקוח רצוי אשר תורם רבות לערך המוסף בסופו של יום.

הדין הישראלי אינו מכיר באחריות טרום חוזית מכוח דיני החוזים מקום בו נהגו הצדדים בתו"ל. נראה כי פתרון זה אינו מספק ויש למצוא פתרון במישור דיני החיובים שאינם רצוניים. דיני עשיית עושר מרימים את הכפפה והתוצאה אותה דינים אלו מציעים לשוק הינה היעילה ביותר והרצויה ביותר.

בכוחם של דינים אלו לחלק את הערך המוסף החוזי בהתאם להשקעת ההסתמכות של הצדדים וזאת, ביתר שאת, מקום בו נאמץ את ההטבה הרעיונית.

החשש שמא חלוקת השקעות ההסתמכות תגרור חלוקת סיכונים שונה בין הצדדים למו"מ אינו מבוסס שכן מקום בו נהגו הצדדים בתום לב תחת אותם כללים מוצעים הרי שתצמח חובת פיקוח הדדית, הצדדים יגלו ערנות ואכפתיות באשר להשקעותיו של הצד השני ובכך יותוו כללים מנחים ומסגרת התנהגות יעילה אשר יש שתימנע מצבים בהם צד השקיע השקעות הסתמכות באופן שאינו יעיל.

אדישות אינה רצויה בשלבי המו"מ שכן על השוק להציע תמריצים לפיתוח המו"מ והחוזה הצפוי ולהגדלת הערך המוסף.

לדידי, נראה כי תפיסה זו כפי שהוצגה בחיבורי זה מכה שורש, הן בשל נכונות בתי המשפט להכיר בתחולתם של דינים אלו בשלב הטרם חוזי והן בשל ההתפתחות החקיקתית המסתמנת בחוק דיני ממונות.

כך מוצע לזנוח את ההטבה הפיסית – ממשית ולפסוע צעד נוסף לקראת ההטבה הרעיונית. מוצע כי התיבה "מי שקיבל" תוחלף בתיבה "מי שזכה" וזאת "על מנת להדגיש כי השאלה הרלוונטית בהקשר זה הינה שאלת הזכייה בנכס, בשירות או בטובת ההנאה ולא שאלת קבלתם בפועל".³¹

כמו כן הוחלפה התיבה "שלא על פי זכות שבדין" בתיבה "מבלי שהיה זכאי לכך" ובכך יושמו הכללים שנקבעו בפסיקה באשר לתחולת עקרונות הצדק והיושר שבבסיס עילת עשיית העושר. מן העבר השני סעיף 99 לתזכיר החוק³² שב וחוזר על הוראות חוק החוזים הקיים, סעיף 12, וקובע כי אחריות טרום חוזית תחול מקום בו צד נהג בחוסר תו"ל.

³¹ הצעת חוק דיני ממונות סעיף 487 (א), אתר משרד המשפטים <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/Codex>

³² תזכיר חוק דיני ממונות, פורסם באתר נבו <http://www.nevo.co.il>



תזכיר חוק דיני ממונות כפי שהוגש מגדיר בסעיף 411 (א) מהי "זכייה" בהיא לישנא: "נכס מוחשי או בלתי מוחשי, זכות, או כל טובת הנאה אחרת; אין בכוחי לקבוע מסמרות בעניין זה, אך לדידי נראה כי נפרצה הדרך לקרוא "הטבה רעיונית" אל מסגרת היחסים הטרומ חוזיים. יתר על כן, עיון בסעיף (2)413 שעניינו עילות ההשבה מגלה כי המחוקק מצא לנכון לעגן פסיקת בתי המשפט באשר לחיוב בהשבה מקום בו פעל צד לבקשת משנהו והשקיע השקעות הסתמכות; נראה כי פרשת גרובר נ' תל יוסף ודומיה זכו לעיגון חקיקתי.

ביבליוגרפיה:

ספרות:

1. Beatson, "Benefit, Reliance and the structure of Unjust Enrichment" (1987) 40 CLP 71.
2. J.W. Carter, "Restitution and Contract Risk", Restitution Developments in Unjust Enrichment, M. McInnes ed., Sydney (1996)
3. Goff and Jones, "The Law of Restitution"^{4th} edition, London (Sweet & Maxwell, 1993)
4. Peter B. H. Birks "An Introduction to the Law of Restitution" (Oxford: Clarendon Press, 1989)
5. Burrows, "Free Acceptance and the Law of Restitution" (1988) 104 LQR 576.
- Birks, "In Defence of Free Acceptance" in A. Burrows (ed.), Essays on the Law of Restitution (1991).
6. E. Allan Farnsworth , PreContractual Liability and Preliminary Agreement: Fair dealing and Failed Negotiations, 87 Colum. Law Review 217.
7. E. Hondius, "Pre Contractual Liability: Reports to the XIII th Congress of the International Academy of Comparative Law (Ewoud H. Hondius ed. 1991).
8. Lucian Arye Bebchuk & Omri Ben – Shahaar, "Precontractual Reliance", Journal of Legal Studies, vol. XXX (june 2001), University of Chicago
9. Richard Craswell, "Offer, Acceptance, and Efficient Reliance, 48 Stan. Law Review 481 (1996).



10. Steven Shavell, "Damage measures for Breach of Contract", 11 Bell J. Econ. 466 (1980).
11. M. A. Rabello, "The Theory Concerning Culpa in Contrahendo Precontractual Liability: From Roman Law to the German Legal System – A Hundred Years after the Death of Jhering". European Legal Traditions and Israel (A. M. Rabello edition, Jerusalem, 1994)
12. D.H.L. Fridman, "Restitution", 2nd Edition, Canada, 1992.
13. Nilli Cohen, "Status, Freedom and Contract" 10 Tel – Aviv University Studies in Law (1990) 213.
14. ד"ר מיכל אגמון – גונן, "ההשבה בהקשרים חוזיים, דיני ההשבה או דיני עשיית עושר ולא במשפט", המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשס"א – 2001.
15. ג. פרוקציה, "הפרת החובה לנהוג בתום לב", הפרקליט לט (תש"ן).
16. ד"ר שירלי רנר, "דיני חוזים – מגמות והערכה", משפטים כא (תשנ"א) 33.

פסקי דין:

1. Combe V. Combe [1951] 2 KB 215.
2. Cf Walton stores (Interstate) Ltd v. Maher (1998) 76 ALR 513.
3. Regalian Properties plc & others V. London Docklands Development Corporation, [1995] 1 WLR 212
4. Planche V. Colburn, (1831) 8 Bing 14` 131 ER 305.
5. British Steel Corporation V. Cleveland Bridge an Engineering Co. Ltd. [1984] 1 All ER 504.
6. Grouse V. Group Health Plan, Inc., 306 N.W. 2d 114 (Minn. 1981).
7. Hunter V. Hayes, 533 P. 2d 952 (Colo. App. 1975)
8. Texaco, Inc. v. Pennzoil Co., 729 S.W.2d 768 (Tex. Ct. App. 1987)
9. ע"א 474/80 גרובר נ' תל יוסף קבוצת פועלים להתיישבות שיתופית בע"מ, פ"ד לה(4) 45.
10. ע"א 136/92 ביניש – עדיאל – עורכי דין נ' דניה סיבוס חברה לבניין בע"מ, פ"ד מז, 114.
11. ע"א 2340/04 יורם סגל נ' דניה סיבוס חברה לבניין בע"מ ואח', מחוזי חיפה, ניתן ביום 15.12.04.

שונות:

1. אתר משרד המשפטים <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/Codex>



2. "נבו – המאגר המשפטי הישראלי" <http://www.nevo.co.il>

3. מנוע חיפוש אקדמי <http://www.scholar.google.com>

4. הצעת חוק דיני ממונות ותזכיר החוק.