

מאמר מערכת

1

עונש המאסר – תכליות, מגמות והלכות
ד"ר יניב ואקי, ד"ר רותי קמיני ופרופ' יורם רבין

מאמרים

41

משקלה הראייתי של כבישת עדות הנאשם
ד"ר דורון מנשה

61

"אחר כך תודה לנו": טיפול כפוי בפרט כשיר, המסרב מדעת
ד"ר מאיה פלד-רז

107

פלורליזם וקהילות מיעוטים תרבותיים: ההתנגשות בין עקרון חובת ההפרדה של הדת מהמדינה ובין עקרון טובת הילד בפרשת קרית יואל נ' גרומט
פרופ' ארנון גוטפלד

141

כשאת אומרת שאמרת: לא! עדות מתלוננות בתיקי "אינוס היכרות" – אמרה שאינה ניתנת להפרכה
עו"ד אריאל סלטו

199

"השב תשיב לו אשם": על תשלומי השבה בדיני חוזים
עו"ד לאון אנדג'ר

ביקורת ספרים

247

מודל ביזורי של קביעת עובדות – הצעה לגישה חדשה בעקבות עיון בספר "הלוגיקה של קבילות ראיות" מאת דורון מנשה
ד"ר שי אוצרי





Editorial

1

The Imprisonment in Israeli Criminal Code

Dr. Yaniv Vaki, Dr. Ruthie Kamini & Prof. Yoram Rabin

Articles

41

The Probative Value of a Belated Defense Testimony

Dr. Doron Menashe

61

“You’ll Thank Us Later”:

Compulsory Treatment Notwithstanding the Patient’s Informed Refusal

Dr. Maya Peled-Raz

107

Pluralism and Communities of Cultural Minorities: the Clash Between the Separation of Church and State Principle and the Wail Fire of a Child Principle in Kiryat Joel v. Grumet Case

Prof. Arnon Gutfeld

141

When You Say That You Said: No! Complainant’s Testimony in Date Rape Cases: An Irrefutable Statement

Adv. Ariel Salto

199

The Fault Principle and Gain Based Damages in Contract Law

Adv. Leon Yehuda Anidjar

Book Review

247

Decentralized Model of Fact Finding: a New Suggestion Following Reading “The Logic of Admissibility of Evidence” By Doron Menashe

Dr. Shai Otzari



"השב תשיב לו אשם": על תשלומי השבה בדיני חוזים*

לאון אנידג'ר**

1. מבוא
2. תורת המיזון וניתוח מושגי של תשלומי השבה
א. המיפיו התיאורטי של תשלומי השבה במשפט הפרטי
ב. התרופות הצומחות מעילת התביעה של התעשרות עוולתית
3. המשפט המשווה
א. המשפט האנגלי
ב. הדין האמריקני
4. הדין הנוהג בישראל
א. כללי
ב. המבחנים המשפטיים לפסיקתם של תשלומי השבה
1. המבחנים לפסיקתם של תשלומי השבה בענף המשפטי של התעשרות עוולתית
2. המבחנים לפסיקתם של תשלומי השבה בגין הפרת חוזה
ג. מבחני הסיבתיות
5. אחרית דבר

1. מבוא

מקובל לומר שדיני התרופות מבקשים להגן על שלושה אינטרסים עיקריים: אינטרס הציפייה, אינטרס ההסתמכות ואינטרס ההשבה.¹ מאמר זה עוסק באינטרס רביעי

* כותרת המאמר מבוססת על שמואל א, ו 3 העוסק בהקשר אחר.

** תלמיד לתואר דוקטור, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים. מאמר זה הוא עיבוד של חלקים מעבודת המוסמך שכתבתה הושלמה במרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים בפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן באוניברסיטת תל אביב בהנחייתו המסורה של פרופ' דניאל מור. אני מודה לדניאל מור, איל זמיר ויהודה אדר על הערותיהם מאירות העיניים. תודתי גם למערכת "הפרקליט" על עבודת עריכה יוצאת דופן. האחראיות לאמור במאמר זה היא שלי בלבד.

¹ Lon. L. Fuller & William R. Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*

אשר טרם זכה לעיגון חקיקתי כלשהו, אולם זכה לעיגון פסיקתי בדין הישראלי – אינטרס השבת ההתעשרות העוולתית.² בהגנה על אינטרס זה דיני התרופות מבקשים להשיב לנפגע מהפרת חוזה את הרווחים שהפיק מפר החוזה על ידי התקשרותו עם צדדים שלישיים, במקום לקיים את החוזה המקורי עם הנפגע. שנים רבות הייתה התנגדות נחרצת בשיטת המשפט האנגלו-אמריקני לכלילתם של הדינים העוסקים בהשבת רווחי ההפרה בגרר דיני התרופות. כך, למשל, מנסחיו של ה-*Restatement* השני לדיני חוזים נתנו דעתם על האפשרות לעגן את הדינים האמורים בתוך ה-*Restatement* המתהווה, ושללו אפשרות זו לחלוטין. דומה שההתנגדות העקרונית לאימוצה של תרופה זו נשענה על שתי טענות מרכזיות. על פי הטענה הראשונה, קשה מאוד לקבוע אם הרווחים שהפיק מפר החוזה קשורים בקשר סיבתי ישיר למעשה ההפרה. כך, למשל, לעתים הרווח שהפיק מפר החוזה אינו נובע אך ורק מהפרת החוזה, אלא מכישוריו של מפר החוזה. כך פעמים שהמבטיח עשה מאמצים רבים, ובעזרת מומחיותו הצליח לאתר גורם שלישי עמו יתקשר בחוזה רווחי יותר.³ על פי הטענה השנייה, מבית מדרשה של הגישה הכלכלית, הפרה תוך תשלום פיצויים לנפגע, המותירה רווח בידי המפר, היא הפרה יעילה, ויותר מכך – רצויה, שכן הנפגע מפוצה על הנזק שנגרם לו והמפר מתקשר בעסקה טובה יותר המשיאה את הרווחה המצרפית.

הדעה המקובלת כיום היא ששתי הטענות הללו אינן עומדות במבחן הביקורת. ככל שמדובר בטיעון הסיבתי, אין בו כדי לשלול את עצם השבת הרווחים בעקבות הפרת חוזה. לעתים קרובות לא תעלה השאלה של הקצאת רווחים בין הצדדים, כיוון שהרווח שנוצר נבע אך ורק מהפרת החוזה. כך המצב, למשל, באותם מקרים שבהם הצד השלישי הוא שאיתר את מפר החוזה כדי להתקשר עמו בחוזה. באותם מקרים שבהם חלק מהרווח מיוחס למומחיותו של המפר, יש מקום לעצב את מבחני הסיבתיים החוזיים באופן שייתן משקל לתרומתו של המפר להשגת הרווחים.⁴ ככל שמדובר בדוקטרינת ההפרה היעילה, תורה זו מתעלמת מזכותו של צד לחוזה לקבל את ביצוע החוזה, להבדיל מתחליף בדמות פיצוי כספי. זאת ועוד, במרבית המקרים הנזק מההפרה גדול מפיצויי הציפייה, משום שנלוות להפרה עלויות נוספות כגון עלויות התדיינות אשר לא היו באות לעולם אלמלא ההפרה. יש לזכור, כי תורת ההפרה היעילה גוררת אחריה לפחות שלוש עלויות: עלות איתור חדש וכריתת

(parts. 1–2), 46 YALE L.J. 52, 373 (1936–1937).

² ד"נ 20/82 אורס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו את ג'ונס, פ"ד מב(1) 221 (1988) (להלן: "פרשת אדרס").

³ Edward A. Farnsworth, *Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract*, 94 YALE L.J. 1339 (1985).

⁴ להפרכת טיעוני הסיבתיים, ראו: Melvin Eisenberg, *The Disgorgement interest in contract law*, 105 MICH. L. REV 559, 569–570 (2006).

חווה עמו; עלות ההתדיינות ותשלום פיצויים בין הצדדים לחווה המקורי; עלות ההתדיינות הנזיקית בין הנפגע למציע החדש. לפיכך תיאורית ההפרה היעילה אינה מקדמת את היעילות המצרפית, כיוון שתיאוריה זו מעלה על נס הפרות חווה ואי כיבוד של חוזים, דבר הגורע מהיציבות ומהוודאות שדיני החוזים מבקשים להנחיל לצדדים בעת כריתת החווה.⁵

לצד זאת הועלו בפסיקה ובספרות כמה נימוקים התומכים בהשבת הרווחים בעקבות הפרת חווה. כך, למשל, נטען שהשבת הרווחים תרתיע מפני הפרת חווה ותעודד קיום הבטחות. במיוחד אמור הדבר במקרים שבהם מערכת התרופות הרגילה אינה מספקת הרתעה מספקת מפני הפרת חווה משום שלא ניתן להפעילה מקום בו לא נגרם נזק לנפגע. פרופ' חנוך דגן טען שצד לחווה המתקשר עם צד שלישי לשם הפקת רווחים, תוך הפרת החווה הראשון, מתנהג בחוסר תום לב חמור. כלל המחייב השבת רווחים יעודד את המבטיח ליצור קשר עם הנבטח כדי לברר אם יתרונות המכירה לצד שלישי עולים על הנזקים הצפויים לנבטח. ואם אכן אלה הם פני הדברים, יאפשר הנבטח למבטיח להשתחרר מהחווה המקורי ולהתקשר עם צד שלישי, זאת בתמורה לחלוקת הרווח העתידי בין הצדדים לחווה המקורי.⁶ כמו כן, יש הרואים בזכות החוזית העומדת לנבטח סוג של קניין שבבעלותו. לשיטתם, הפקת רווחים תוך הפרת חווה היא ניצול קניינו של הנבטח ופגיעה ישירה בבעלותו. לפיכך

⁵ Daniel Friedmann, *The Efficient Breach Fallacy*, 18 J. LEGAL STUD. 1 (1989). פרופ' אריאל פורת ביקש להתמודד במאמר שכתב עם טענותיו של פרופ' פרידמן כנגד תורת ההפרה היעילה. לטענת פרופ' פורת, התחקות אחר כוונתם המשוערת של צדדים לחווה מעלה כי הפרתו של החווה מותרת כל עוד המפר משלם לנפגע את שווי נזקיו. פיצוי כספי יביא לידי כך שהחווה יופר רק אם עלויות ביצועו גבוהות משוויי של החווה. לפיכך על הפיצוי הכספי לכסות את מלוא נזקי הנפגע, שאם לא כן המפר בכוח עלול להימנע מלבצע את החווה אף כאשר עלויות ביצוע החווה נמוכות משוויי. ראו: אריאל פורת "מתי ירצו צדדים לחווה הפרות יעילות?" **ספר פרידמן** 171 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008); לאחרונה טענו Markovits & Schwartz טענה דומה לזו של פרופ' פורת. לטענת מלומדים אלה, בשוק משוכלל, צדדים מתוחכמים מעדיפים שייפסקו לזכותם בסופו של דבר פיצויי ציפייה ולא תינתן תרופת האכיפה, שכן עקב הסכמתו של הנפגע בכוח כי תרופתו תוגבל לפיצויי ציפייה בלבד, הלה זוכה לתנאים עדיפים יותר בעת כריתת החווה. ההסכמה לפיצויי ציפייה בלבד מאפשרת לנפגע לזכות במחיר נמוך יותר תמורת הממכר. לפיכך למעשה, מנקודת ראות ראשונית, הנפגע עשוי להפיק תועלת רבה יותר מהתועלת שהיה זוכה לה בדיעבד אילו הזכאות החוזית הייתה מוגנת בתרופת האכיפה. מטענת היעילות האמורה צומחת טענה תיאורית שלפיה חוזים בין צדדים מתוחכמים יתפרשו באור הטוב ביותר אם נראה בהם התחייבות לבצע או התרת אי-הביצוע ופיצוי כנגדו (The Dual Performance Hypothesis). להרחבה, ראו: Daniel Markovits & Alan Schwartz, *The Myth of Efficient Breach: New Defenses of the Expectation Interest*, 97 VA. L. REV. 1939 (2011).
⁶ חנוך דגן "הזכות לפירות ההפרה: אנטומיה של חקיקה שיפוטית" **עיוני משפט** כ(3) 601, 667-669 (1997).

הרווחים שהופקו שייכים למעשה לנפגע מהפרת חוזה כיוון שהם נובעים במישרין מבעלותו על הזכות החוזית.⁷ הואיל ומדובר ברכוש שהופק מקניין של הנפגע שלא כדין, מן הדין שהנפגע יפיק את הרווח מרכושו (הזכות החוזית) ולא המפר.⁸ עם מתן פסק הדין בפרשת *Attorney General v. Blake*, אשר יידון ברשימה זו, החלו להישמע בפסיקה ובספרות המשפטית האנגלו-אמריקנית קריאות נחרצות יותר לפסוק לנפגע מהפרת חוזה את רווחי ההפרה, בייחוד במקרים שבהם תרופות האכיפה והפיצויים אינן נתונות לו.⁹

מאמר זה מבקש להציג לקוראיו את דיני ההתעשרות העוולתית, ענף משפטי השייך לדיני הנזיקין, שלמרבח הצער לא זכה לדיון נרחב בספרות. הפקת רווחים מהפרת חוזה היא מופע חשוב בדיני ההתעשרות העוולתית. לשיטתי, לא ניתן לבחון את הדין המסדיר מופע זה, מבלי שאתן את דעתי למופעים האחרים של ענף ההתעשרות העוולתית, כלומר המופע הנזיקי, מופע הקניין הרוחני ומופע הנאמנות. במדינות המשפט המקובל נהוג לכנות את התרופות הנובעות מהמופעים השונים של דיני ההתעשרות העוולתית, לרבות המופע החוזי בשם "תשלומי השבה".¹⁰ דיני ההתעשרות העוולתית חלים על אדם שהתנהגות עוולתית שלו מאפשרת לו להפיק רווחים על חשבונו של הנפגע. הנפגע מבקש לשים ידו על אותם רווחים ולשלול מהמעוול את פירות עוולתו.

לאחר הצגת כללית של דיני ההתעשרות העוולתית, המאמר מבקש להבחין בין הסוגים של תשלומי השבה שנפגע זכאי להם. סוגים אלה נשענים על שיקולי מדיניות שונים ונבדלים. לפיכך, יש שונות במבחנים שעל בית המשפט להחיל קודם שהוא מורה על פסיקתם של תשלומי השבה. הדין הקיים כפי שבא לידי ביטוי בהלכת אדרס, מאפשר לנפגע לעתור לרווחים שהפיק מפר החוזה מהתקשרותו עם צד שלישי. מאמר זה מכיר בנחיצות השבת הרווחים לנפגע מהפרת חוזה, אולם מבקש לסייג את הדין ולהגבילו לנסיבות שבהן פעל המפר מתוך יסוד נפשי אופורטוניסטי. לשיטתי, פסיקת הרווחים רק כאשר המפר פועל מתוך יסוד נפשי של כוונה עולה בקנה אחד עם התנאים הנחוצים לפסיקתם של רווחים במסגרת המופעים

⁷ Daniel Friedman, *Restitution of Benefits Obtained through the Appropriation of Property or the Commission of Wrongs*, 80 COLUM. L. REV 504 (1980).

⁸ נימוק נוסף שהועלה בספרות, ונזנה בשנים האחרונות, הוא נימוק אבדן האפשרות להתמקח. על פי נימוק זה, השבת הרווחים היא פיצוי לנבטח על אבדן ההזדמנות שלו להתמקח עם המבטיח בעניין שחרורו של האחרון מהחוזה שנכרת בין הצדדים. ראו: Robert Sharpe & Stephen Waddams, *Damages for Lost Opportunity to bargain*, 2 OXFORD J. LEGAL STUD. 290 (1982).

⁹ Attorney General v. Blake (2000) 4 All. E.R 385 (H.L.) (להלן: "פרשת Blake").

¹⁰ אף המלומדים גבריאלה שלו ויהודה אדר משתמשים במונח תשלומי השבה. ראו: גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים-תרופות: לקראת הקודיפיקציה של המשפט האזרחי 28–31 (2009).

האחרים של דיני ההתעשרות העוולתית.

במאמר זה אעמוד בהרחבה על מהותם של תשלומי ההשבה מבחינה מושגית, עיונית ותיאורטית. פרק ראשון ייוחד לניתוח תשלומי ההשבה מבחינה טרמינולוגית ובכלל זה יבחן את הסוגיה מנקודת הראות של תורת המיון (taxonomy). בפרק שני תיסקר עמדת הדין המשווה בסוגיה שעל הפרק ובכללו הדין הקיים במשפט האנגלו-אמריקני. בפרק שלישי תיערך הקבלה בין תשלומי השבה במופע החוזי לבין תשלומי השבה במופעים האחרים של דיני ההתעשרות העוולתית. הקבלה זו תאפשר לפתח מבחנים בהירים יותר להיקף תחולתם המדויק של תשלומי ההשבה בדין הישראלי. פרק רביעי יהיה פרק סיכום.

2. תורת המיון וניתוח מושגי של תשלומי השבה

א. המיפוי התיאורטי של תשלומי השבה במשפט הפרטי

כדי לעמוד על תוכנם של הדינים המסדירים את תשלומי ההשבה, עלינו לדון תחילה בתורת המיון של המשפט הפרטי. לכאורה מקובל לומר שתורת המיון היא פרי יצירתם של אלו המחזיקים בתפיסת עולם פוזיטיביסטית של המשפט,¹¹ אולם לפיתוחה תרמו גם אלו המחזיקים בתפיסת עולם ריאליסטית של המשפט.¹² שלוש גישות המשפטן יכול לנקוט בבואו להציע תורת מיון:¹³

¹¹ Ewan McKendrick, *Taxonomy: Does it Matter*, in UNJUSTIFIED ENRICHMENT: KEY ISSUES IN COMPARATIVE PERSPECTIVE 627 (D. Johnston & R. Zimmermann eds., CUP 2002); Peter Birks, *Misnomer*, in RESTITUTION, PAST, PRESENT AND FUTURE: ESSAYS IN HONOR OF GARETH JONES 1 (W. R. Cornish et al. eds., Oxford: Hart Publishing, 1998). לדין ישראלי בתורתו של Birks, ראו: חנון דגן "מניעת התעשרות שלא כדין" ספר **דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן** 653, 678–679 (2008). המבקר החריף ביותר של מפעל המיון של Birks הוא Stephen Waddams. לשיטתו, מפעל המיון נדון לכישלון מכמה סיבות. לטענתו, לאור עושר הנסיבות הבאות לפתחו של בית המשפט, לעתים שופטים מכריעים מחוץ לתבניות המשפטיות המוכרות. בתי המשפט נוטים להכריע על פי עקרונות ושיקולי מדיניות רבים, ולפיכך מפה של המשפט הפרטי לא תסייע בנדון. כמו כן, מפה של הכללים המשפטיים מניחה קיבעון של המשפט הפרטי, דבר שאינו מתיישב עם ההתפתחות והשינויים ההיסטוריים שעוברים על המשפט. ראו: STEPHEN WADDAMS, DIMENSIONS OF PRIVATE LAW: CATEGORIES AND CONCEPTS, IN ANGLO-AMERICAN LEGAL REASONING (CUP, 2003).

¹² Hanoch Dagan, *Legal Realism and the Taxonomy of Private Law*, in STRUCTURE AND JUSTIFICATION IN PRIVATE LAW: ESSAYS FOR PETER BIRKS 147 (C. Rickett & R. Grantham eds., 2008).

¹³ שלוש הגישות המתוארות בטקסט נסמכות על מאמרה של המלומדת Emily L. Sherwin.

(א) **מיון פורמלי.** מיון פורמלי מדגיש את הקשרים הלוגיים שבין הקטגוריות המשפטיות. ההיגיון הפנימי הקושר בין הקטגוריות המשפטיות, להבדיל משיקולים היצוניים כגון תפקוד חברתי או שיקולים מוסריים, הוא אמת המידה המנחה את תורת המיון הזאת. על פי גישה זו, אין מקום לכך שכללים משפטיים ימוינו בד בבד ליותר מקטגוריה אחת. אמנם לכללים המשפטיים יש כמובן משמעות נורמטיבית, אולם לקטגוריות המשפטיות שאליהן יסווג הכללים אין על פי שיטת המיון הפורמלית כל משמעות נורמטיבית.

(ב) **מיון פונקציונלי.** על פי שיטת מיון זו, כללים משפטיים ממוינים לפי התפקידים שהם ממלאים במערכת המשפטית או בחברה באופן כללי. מדובר בשיטת מיון תכליתית המסווגת את הכללים המשפטיים על פי הסכסוכים שאותם נועדו להסדיר, ועל פי התכליות שהם מעוניינים להשיג. דוגמה לתורת מיון פונקציונלית היא תורת המיון של המלומד רוברט סאמר (Summer). סאמר ממיין את הכללים המשפטיים לפי תכליתם וקבע לשם כך חמש קטגוריות: המשפט כמכשיר ענישה; המשפט כמכשיר תרופתי; המשפט כמכשיר לרגולציה מנהלית; המשפט כמכשיר לארגון והענקה של טובין ציבוריים; המשפט כמכשיר לסיוע בכריתת הסכמים פרטיים.¹⁴

(ג) **מיון סיבתי.** שיטת מיון זו מבקשת לסווג כללים משפטיים לפי הסיבות, הטעמים והעקרונות המצדיקים אותם. עם הטעמים והעקרונות ניתן למנות את החובה המוסרית לקיים הבטחות; את העיקרון שאין חוטא יוצא נשכר; את הרציונל הכלכלי שיש להטיל אחריות לנזקים על מונע הנזק הזול, או העיקרון שאל לו לאדם להתעשר על חשבון רעהו. לעומת המיונים הקודמים, בשיטת מיון זו, לקטגוריות המשפטיות עצמן יש משמעות נורמטיבית. הרציונליים המעצבים את הקטגוריות המשפטיות עשויים להנחות את בית המשפט בהחלטותיו.

עופר גרוסקופף, המלומד הישראלי אשר דן במיפוי הענף המשפטי של התעשרות עוולתית, הציע לסווג את עילות התביעה בגין "התעשרות עוולתית" לארבע קטגוריות משפטיות:¹⁵

הקטגוריה האחת היא "התעשרות עקב נטילת רכוש הזולת". קטגוריה זו מסדירה קשת של מצבים שבהם הנתבע התעשר באמצעות נטילת רכוש של התובע. זכותו של בעל קניין – יהא זה בעל מקרקעין או בעל מיטלטלין – לתבוע את טובת ההנאה שהוקפה משימוש בנכסיו או ממכירה שלהם. פסק הדין בפרשת *Edwards v. Lee's*

ראו: Emily L. Sherwin, *Legal Taxonomy*, 15 LEGAL THEORY 25 (2009).

¹⁴ ROBERT S. SUMMERS, *LAW: ITS NATURE, FUNCTIONS AND LIMITS* (1986).

¹⁵ עופר גרוסקופף "התעשרות מנטילת רכוש הזולת" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 769 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008).

Adm'r הוא דוגמה לקשת מצבים זו.¹⁶ באותה פרשה הציג הנתבע לתיירים מערה שהייתה בחלקה מתחת לשטחו של התובע, בלא שקיבל את הסכמתו של התובע. באותו מקרה ביצע הנתבע עוולה של הסגת גבול, אולם לו היה התובע מבקש לבסס את תביעתו על דיני הנזיקין המסורתיים, לא היה עולה בידו להוכיח נזק כלשהו. לפיכך באותה פרשה התבססה התביעה על עשיית עושר ולא במשפט, והנתבע חויב בהשבת חלק מן הרווחים שהפיק מן העסק לפי היחס שבין שטח המערה שבבעלותו לשטח שמתחת לאדמת התובע.

הקטגוריה השנייה היא "התעשרות מהפרת חובת אמון". קטגוריה זו עוסקת בקשת של מצבים שבהם אדם חב חובת אמון כלפי אדם אחר, ובמסגרתה עליו לדאוג לאינטרס הזולת. חרף זאת הוא מפר את חובת האמון המוטלת עליו לשם קידום האינטרס העצמי שלו. השיקול העיקרי לשלילת רווחים בקשת מצבים זו הוא שיקול ההרתעה. יש להרתיע את הנאמן מפני הפרת חובת האמון שלו.

הקטגוריה השלישית היא "רווח שהופק מהפרת כללי תחרות". קטגוריה זו מסדירה מצבים שבהם הפר אחד מכמה מתחרים את כללי התחרות המשפטיים המסדירים את התחרות על משאב כלשהו, כדי לשפר את סיכויי הצלחתו בתחרות. דוגמה לכך היא פגיעה בקניין רוחני. החוק בישראל קבע בעבר שהבעלים של קניין רוחני שנפגע, זכאי להשבת הרווחים שהפיק המפר. סעיף 6(1) לחוק זכויות יוצרים 1911 קבע כי:

"אם הופרה זכות יוצרים באיזו יצירה, הרי אם לא נקבעה הוראה אחרת בחוק זה יהא בעל הזכות היוצרים זכאי לכל התרופות האזרחיות, בדרך צו מניעה, צו איסור, תביעת דמי נזק, חשבונות, ובכל דרך אחרת, הכל לפי שמקנה או שיקנה החוק בשל הפרת זכות".

לעומת זאת, נראה שבחוק החדש, חוק זכויות יוצרים, התשס"ח-2007, אין עיגון כלשהו לזכותו של נפגע לקבל רווחים שהפיק מפר הזכות. נראה, שכשם שנטילת קניין מוחשי מאפשרת תביעה בגין הרווח שהופק משימוש במקרקעין, וכשם שנטילת זכות חוזית מאפשרת תביעה בגין הפקת רווח מהפרת חוזה, כך אין מניעה כי בעליו של קניין רוחני יתבע את הרווחים שהופקו כתוצאה מנטילת זכות היוצרים. חרף היעדר עיגון חקיקתי, נראה שהדעה המקובלת היא שנוסח חוק זכויות יוצרים החדש אינו מונע מבתי המשפט להשתמש בשיקול הדעת הנתון להם כדי לפסוק לבעליו של קניין רוחני את הרווחים שהפיק המפר מהפגיעה בקניין הרוחני של הנפגע.¹⁷

¹⁶ Edwards v. Lee's Adm'r 96 S.W.2d 1028 (1936) (להלן: "פרשת Edwards").

¹⁷ עופר גרוסקופף "הנשר והנסיכות – על היחס שבין דיני עשיית עושר ולא במשפט לבין דיני זכויות יוצרים" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכויות יוצרים 201, 213 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009).

הקטגוריה הרביעית היא "מצבים אחרים של התעשרות עוולתית".¹⁸ מדובר בקשת של מצבים שבהם הנתבע מתעשר מהפרת חובה כלשהי אשר חב כלפי התובע. לענייננו, חשובה ההתעשרות העוולתית הקמה בנסיבות בהן הנתבע מפר את חובתו לקיים את החוזה, כאשר הנתבע התעשר מהפרת חובה זו. בנסיבות אלה מעוניין הנפגע להגיש תביעה להשבת הרווחים שהפיק המפר מהפרת חובתו. במילים אחרות מדובר בתביעה לתשלומי השבה.

ב. התרופות הצומחות מעילת התביעה של התעשרות עוולתית

נהוג להבחין בין שתי תרופות הצומחות מעילה של התעשרות עוולתית. בספרות יש לא אחת בלבול מושגי בין שתיהן. האחת היא תשלומי השבה במונח הרחב (disgorgement damages), והשנייה – תשלומי השבה במונח הצר (restitutionary ramage). תשלומי השבה במונח הרחב ניתנים כאשר יש להשיב לתובע רווחים שהפיק מפר החוזה בעקבות התקשרותו עם צדדים שלישיים. לעומת זאת, תשלומי השבה במונח הצר ניתנים כאשר יש להשיב לתובע תועלת או ערך (value) שנלקחו ממנו בעקבות הפרת החוזה. תרופה זו מכריחה את הנתבע להשיב לתובע רווחים שנתקבלו הישר מהתובע.

ההבחנה בין שני סוגי תשלומי ההשבה חשובה במיוחד כאשר שני הסוגים זמינים לתובע.¹⁹ טלו, למשל, חוזה שכירות שנכרת בין צדדים לפרק זמן של שנה אחת. על פי החוזה, לאחר שנה על הנתבע לפנות את הנכס, אולם הנתבע בניגוד למוסכם ממשיך להתגורר בנכס, מבלי לשלם דמי שכירות, תקופת זמן של שישה חודשים נוספים. במהלך פרק זמן זה הוא אף פותח בנכס בית הארחה ומפיק רווחים נאים. מהם סוגי התרופות שהתובע זכאי להם בשל הפרת חוזה זו? תשלומי השבה במונח הצר יזכו את בעל הנכס בערך שהועבר לנתבע בעקבות הפרת החוזה, דהיינו דמי שימוש ראויים שהיה על הנתבע לשלם בעד החזקתו בנכס פרק זמן העולה על המוסכם בחוזה. תשלומי השבה במונח הרחב יזכו את התובע ברווחים שהפיק הנתבע

¹⁸ גרוסקופף מדגים קשת מצבים זו בדוגמה של תביעת קרבות עברה בגין רווחים שהפיק העבריין מפרסום ספר המתאר את מעשי העברה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 782.

¹⁹ מי שעמד ראשון על ההבחנה בין שני סוגים של תשלומי השבה הוא Edelman. ראו: JAMES EDELMAN, GAIN-BASED DAMAGES: CONTRACT, TORT, EQUITY AND INTELLECTUAL PROPERTY 65 (2002). התזה של Edelman בדבר שני סוגים של תשלומי השבה ספגה ביקורת בספרות. נטען כי מנימוקים היסטוריים רצוי שהמונח Restitution יכלול בתוכו את שני סוגי ההשבה, הן השבת ערך או תועלת (giving back) והן השבת רווחים (giving up). בפרט נטען כי הורתו של מונח ההשבה במשפט הרומי ("Restitutio") כללה את שני סוגי ההשבה. ראו: FRANCESCO GIGLIO, THE FOUNDATIONS OF RESTITUTION FOR WRONGS, 12–13 (2007).

בעקבות פתיחת בית הארחה בנכסו של התובע.

סוג נוסף של תשלומי השבה הוא השבה של עלויות שחסך הנתבע בכיצוע החוזה (skimped performance). לעתים הנתבע אינו מספק את כל השירות שהבטיח לתובע, או מספק שירות ברמה נמוכה יותר מהמובטח. לעתים הדבר נובע מרצונו של הנתבע לצמצם את עלויות ביצוע החוזה, במצב דברים בו היסכון כאמור לא יגרום נזק לתובע. במקרה כזה, התובע זכאי לאותן עלויות סבירות שנחסכו כפי שהיו צפויות במועד הכריתה. אמחיש את הדברים באמצעות דוגמה: ראובן, בעל חברת אבטחה, התקשר עם שמעון, בעל חברת אוניות משא, בחוזה לשירותי אבטחה. על פי החוזה, התחייב ראובן להציב את אנשיו בכמה וכמה נקודות על פני הגלובוס כדי שיישעו לאוניות המשא של שמעון, תמורת סכום שנתי קבוע. ראובן אמנם הציב אנשי אבטחה מטעמו, אולם לא הציב את כל אנשי האבטחה אשר התחייב להם. לאוניות המשא של שמעון לא אונה כל רע מהיעדרם של אנשי אבטחה. בהיעדר תשלומי השבה במקרה זה, יתעשר ראובן על חשבונו של שמעון, כיוון שראובן זכה בכל התמורה החוזית, ואילו שמעון קיבל ביצוע חסר.²⁰ לפיכך אם הקדים שמעון ושילם תמורת הביצוע החוזי, יהיה שמעון זכאי לעלויות שחסך ראובן בכיצוע החוזה. אם שמעון טרם שילם תמורת הביצוע החוזי, העלויות שחסך ראובן בכיצוע החוזה ינוכו ממחיר החוזה שעל שמעון לשלם.

3. המשפט המשווה

בפרק זה אסקור את עמדת המשפט המשווה בסוגיית ההכרה בתשלומי השבה. אין תמימות דעים באשר להכרה בתשלומי השבה כתרופה להפרת חוזה. כך, למשל, המשפט המקובל הכיר בתרופה זו בפסק הדין הידוע בפרשת *Blake*, ואילו המשפט האמריקני הסתייג עד לאחרונה מפני אימוצה של תרופה זו.

א. המשפט האנגלי

שנים רבות סירב המשפט האנגלי להכיר בתשלומי השבה כתרופה לגיטימית להפרת חוזה.²¹ הדעה המקובלת הייתה שתרופה להפרת חוזה צריכה להתבסס על עקרון הפיצוי בלבד, הנסמך על קיומו של נזק בר פיצוי, ולכן לא היה מקום לתרופת השבה

²⁰ *City of New Orleans v. Firemen's Charitable Association*, 9 So. 486 (1891): באותו עניין קבע בית המשפט העליון של לואיזיאנה כי אין מקום לפסוק תשלומי השבה כיוון שלא נגרם כל נזק למזמין השירות. לניתוח פסק הדין, ראו: Eisenberg, לעיל ה"ש 4, בעמ' 592-593.

²¹ דוגמה לכך היא פסק הדין: *Tito v. Waddell* (No 2) [1977] Ch. 106.

במקרים שבהם לא נגרם לתובע כל נזק מהפרת החוזה.²² במשפט האנגלי עלתה סוגיית תשלומי ההשבה לראשונה על הפרק בדיוניה של ועדה מיוחדת אשר התמנתה ליתן המלצותיה בעניין זה.²³ הוועדה פירטה כמה נימוקים נגד עיגון תשלומי ההשבה בחקיקה. ראשית, הדעה בספרות שיש לאפשר תשלומי השבה במובן הרחב רק כאשר מדובר בהפרת חוזה גסה ואופורטוניסטית, להבדיל מהפרת חוזה בתום לב, אינה נקייה מקשיים. לא בנקל ניתן למתוח קו הבחנה ברור בין שני סוגי ההפרות. נטען שהבחנה זו גורמת לידי אי-ודאות באשר לפסיקת פיצויים בסכסוכים מסחריים. שנית, תשלומי השבה בדיני התרופות עשויים לגרוע מחובת הקטנת הנזק המוטלת על מי שהופר כלפיו חוזה. שלישית, תשלומי השבה מעוררים את הקושי בייחוס סיבתי של הרווחים. פעמים רבות לא ברור אם רווחי מפר החוזה נובעים מהפרת החוזה או שהם פרי כישוריו ומומחיותו של המפר. בשל נימוקים אלה נמנעה הוועדה מלהמליץ לאמץ את תשלומי ההשבה בדיני התרופות החקוקים, אולם המליצה לאפשר לבתי המשפט לפתח את הדין בסוגיה זו צעד אחר צעד.

פסק הדין שבו הוכרו לראשונה תשלומי השבה במפורש ניתן בפרשת *Blake*.²⁴ Blake היה סוכן בשירותי המודיעין של אנגליה בשנים 1944–1961. בשנת 1951 נשכר על ידי שירותי הביון הסובייטי והפך לסוכן כפול. בשלב מסוים נחשפה בוגדנותו על ידי שירותי המודיעין הבריטיים, והוא הואשם בחמישה סעיפי אישום לפי ה-Official Secrets Act 1911.

בשנת 1966 במבצע נועז ברח Blake מהכלא הבריטי וטס לברלין ומשם למוסקבה. לאחר שנים החליט לכתוב אוטוביוגרפיה ולייחד בה כמה פרקים לשנות שירותו בשירות המודיעין הבריטי. בשנת 1989 התקשר בחוזה עם מוציא לאור בריטי. על פי החוזה, היה Blake זכאי לקבל 50,000 ליש"ט בעת החתימה על החוזה ושני תשלומים נוספים של סכום זה, האחד בעת מסירת כתב היד, והאחר בעת הפרסום. התשלום הראשון בוצע. ליועץ המשפטי של הכתר נודע על האוטוביוגרפיה סמוך לפני פרסומה, והוא ביקש למנוע מ-Blake את קבלת התשלומים הנוספים שהיה זכאי להם.

בערכאה הראשונה טענה המדינה שפרסום הספר הוא הפרת חובת האמון שחב Blake כלפי אנגליה. טענה זו נדחתה, שכן בשל חלוף הזמן הספר לא כלל מידע מסווג, ולא הייתה טמונה בו פגיעה באינטרס הציבורי. בית המשפט לערעורים הוסיף שלשיטתו ניתן לבסס את התביעה על זכותו של נפגע מהפרת חוזה לתבוע את רווחי ההפרה. בנסיבות המקרה היה מדובר בהפרת חוזה העבודה שעליו היה חתום Blake

²² *Livingstone v. Rawyards Coal Co* (1880) 5 App. Cas. 25 (Lord Blackburn).

²³ הוועדה אף התבקשה לתת המלצותיה לעניין אימוצן של תרופות עונשיות בדיני החוזים. ראו: The Law Commission Report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages (1997) (Law Com No. 247).

²⁴ פרשת *Blake*, לעיל ה"ש 9.

ולפיו התחייב שלא לחשוף שום מידע רשמי שהגיע לידיו במהלך העסקתו, בין בדרך של פרסום בעיתונות ובין בדרך של פרסום ספר. אולם בית המשפט לערעורים לא הכריע בעניין.

בבית הלורדים קבע השופט Nicholls, ואילו הצטרפו רוב השופטים, שאין מניעה לראות בהפרת חוזה מצב של התעשרות עוולתית, כלומר מצב שבו הנתבע מתעשר מהפרת חובה כלשהי, ובמקרה דנן: החובה לקיים את החוזה. לפיכך כשם שהמשפט המקובל הכיר מקדמת דנא במצבים של נטילת רכוש הזולת, של הפרת חובת האמון או של הפרת חובת הסודיות מצבים שבהם יש להשיב את ההתעשרות שהופקה מביצוע העוולה, כך יש להכיר אף בהפרת חוזה מצב שבו יש להשיב את ההתעשרות שהופקה מהפרת החובה לקיים את החוזה. דעת הרוב פסקה אפוא שיש מקום לפסוק תשלומי השבה בשל הנסיבות המיוחדות אשר אפיינו מקרה זה.

השופט Nicholls סירב לקבוע כללים נוקשים בשאלה באילו נסיבות יפסוק בית המשפט תשלומי השבה לנפגע מהפרת חוזה. לשיטתו, על בית המשפט לבחון את תכלית חיובי החוזה אשר הופרו על ידי המפר, את הנסיבות שבהן התרחשה ההפרה, את ההשפעות שיש להפרת חוזה על הצדדים, ואת הנסיבות שבהן מתבקש בית המשפט לפסוק תשלומי השבה.²⁵ חרף הערפול שבגישה זו, הניח השופט Nicholls שני כללים מנחים לפסיקת תשלומי השבה:

א. אינטרס לגיטימי בקיום החוזה: תשלומי השבה ייפסקו במקרה שבו התובע מראה שיש לו אינטרס לגיטימי בביצוע החיובים החוזיים שהופרו.²⁶ כמו כן על התובע להראות שיש לו אינטרס לגיטימי במניעת הפעילות נושאת הרווח של הנתבע. השאלה הקשה היא באילו נסיבות יש לתובע אינטרס לגיטימי בביצוע החוזה. כמובן, אין הכוונה במבחן זה כי די לו לתובע להראות אינטרס בביצוע החוזה ככזה, אלא צריך להראות "דבר מה נוסף". יש לתובע אינטרס לגיטימי

²⁵ בית המשפט לערעורים קבע כי יש מקום לפסוק תשלומי השבה בשני מקרים בלבד. האחד, חיסכון בעלויות ביצוע (skimped performance), כלומר כאשר הנתבע לא סיפק במדויק את השירות שהתחייב לספקו ושבגינו חייב את התובע. השני, כאשר הנתבע הפיק את הרווח מביצוע הדבר שאותו התחייב בחוזה במפורש שלא לעשות. השופט Nicholls, במסגרת הערעור בבית הלורדים, דחה קביעה זו של בית המשפט לערעורים.

²⁶ יש לציין שאמנם בית הלורדים קבע כי יש לאתר אינטרס לגיטימי בקיום החוזה, אך לאמיתו של דבר יישום המבחן בנסיבות המקרה מעלה שבת הלורדים איתר אינטרס לגיטימי בנישול הנתבע מרווחים שהפיק מהפרת חוזה. בית הלורדים קבע שלכתר יש אינטרס לגיטימי שלא לאפשר ל-Blake להרוויח מחשיפה של מידע רשמי, בין שהוא מסווג ובין לאו, בזמן היותו מועסק על ידי שירותי המודיעין ואף לאחר תום שירותו. הצורך להבטיח סודיות ונאמנות של חברי שירותי המודיעין הוכר כאינטרס לגיטימי המצדיק את נישול הנתבע מרווחיו. יש לציין שיישום המבחן הנ"ל בנסיבות אותו מקרה מעורר קושי, שכן אמנם יש לכתר אינטרס לגיטימי להבטיח סודיות ונאמנות של חברי שירותי המודיעין, אולם אין לכתר אינטרס לגיטימי כזה כאשר המידע שהנתבע מבקש לפרסם אינו נחשב למסווג עוד.

בקיום החוזה כאשר הוא יכול להראות שהדין מעניק לחיובים החוזיים הגנה בדמות צווי מניעה או צווי אכיפה. כך, כאשר אין מתקיים אחד מהסייגים לזכות האכיפה, יש מקום לפסוק תשלומי השבה. ראוי לציין שבמשפט האנגלי תרופת האכיפה אינה התרופה העיקרית הניתנת בשל הפרת חוזה. תרופה זו ניתנת בנסיבות חריגות בלבד.

ב. אי-התאמתן של תרופות אחרות: זהו תנאי הכרחי אך לא מספיק, ולפיו הנפגע מהפרת חוזה, המעוניין בתשלומי השבה, חייב להוכיח שתרופות אחרות בשל הפרת חוזה אינן מגנות על אינטרס התובע בקיום החוזה. לפיכך גם כאשר יש לתובע אינטרס לגיטימי בקיום החוזה, הכרחי שהתרופות הרגילות בשל הפרת חוזה אינן מספקות תגובה הולמת להפרת החוזה. בפרשת *Blake* התרופות הרגילות להפרת חוזה לא היו ישימות: אכיפת החוזה לא הייתה אפשרית. החוזה הופר בין הצדדים בלא תקנה, שכן *Blake* התקשר בחוזה אחר עם המוציא לאור. פיצויי ציפייה אף הם לא היו תרופה מתאימה בנסיבות המקרה משום שלמידע שנחשף לא היה ערך שוק, ולמדינה לא הוסב נזק כלכלי בעקבות הפרסום. פיצויי הסתמכות אף הם היו בלתי ישימים משום שהמדינה לא נשאה בעלויות הסתמכות כלשהן על בסיס התחייבותו בחוזה העבודה. ולבסוף, תרופת ההשבה לא הייתה מסייעת למדינה, כיוון שלא היה אפשר להצביע על טובת הנאה כלשהי שהועברה מהמדינה ל-*Blake*, אשר כעת היא דורשת את השבתה בעקבות הפרת החוזה.

בית הלורדים הוסיף וקבע נסיבות שאין בהן כשלעצמן כדי להביא לידי פסיקת תשלומי השבה בשל הפרת החוזה. ראשית, הפרת חוזה צינית ואפורטוניסטית אינה מצדיקה כשלעצמה פסיקת תשלומי השבה בגין הפרת חוזה. אין במשקל המוסרי של התנהגות הנתבע כשלעצמו כדי להוות בסיס לתשלומי השבה. עם זאת, בית הלורדים סייג את עמדתו וקבע שהמשקל המוסרי של התנהגות הנתבע יכול להיות אחד השיקולים מתוך כלל נסיבות ההפרה אשר ייבחנו על ידי בית המשפט. שנית, עצם העובדה שהפרת החוזה אפשרה למפר להתקשר בחוזה רווחי יותר עם צד שלישי, אין בה כדי להצדיק פסיקתם של תשלומי השבה.²⁷

²⁷ פסק הדין היחיד לאחר פרשת *Blake* אשר הורה לנתבע להשיב את הרווחים שגרף בעקבות הפרת החוזה היא פרשת *Esso Petroleum Co. v. Niad Ltd* [2001] All E.R. (D) 324 (Nov). באותה פרשה התקשרו הצדדים בחוזה לרכישת דלק. מחיר החוזה נקבע לפי המחיר שבו ימכור הנתבע את הדלק ללקוחותיו. הנתבע הפר את מנגנון התמחור שנקבע בחוזה וגבה מלקוחותיו מחיר העולה על המוסכם. בית המשפט הורה לנתבע להשיב את הרווחים שגרף בעקבות הפרת מנגנון התמחור. קביעתו של בית המשפט נשענה על הנימוקים האלה: ראשית, תרופת הפיצויים לא הגנה על אינטרס התובע בקיום החוזה. שנית, ההתחייבות לקיים את מנגנון התמחור הייתה מעיקריו של החוזה בין הצדדים. שלישית, התובע פנה אל הנתבע כארבע פעמים והתלונן על הפרת החוזה מצד הנתבע. רביעית, לתובע יש אינטרס לגיטימי במניעת הנתבע מלהפיק רווחים

פסק דין מפורסם שציטט בית הלורדים בפרשת *Blake* כתקדים לפסיקת תשלומי השבה (אף שבאותה פרשה הסעד לא הוגדר כתשלומי השבה) היה *Wortham Park Estate Co. v. Parkside Homes Ltd.*²⁸ באותה פרשה יזם רכש חלקת מקרקעין כדי לבנות עליה בנייני מגורים, אולם חלקת המקרקעין הייתה כפופה לזיקת הנאה אשר אסרה בנייה כזו. אף שהדבר הובא לידיעתו של היזם, הלה טען שזיקת הנאה אינה אכיפה מבחינה משפטית, ולכן אין מניעה שיבנה את הבניינים. לאחר שהחל היזם בעבודות הבנייה, הוגשה תביעה לבית המשפט למתן צווי הריסה לבניינים אשר נבנו למרות זיקת הנאה. בית המשפט סירב לתת צווי הריסה בטענה שזה יהיה "בזבוז בלתי נסלח של בתים הנדרשים לציבור הרחב". עם זאת הורה בית המשפט על פיצוי בעלי זיקת הנאה בסכום של 5% מרווחי הפרויקט, סכום אשר לדעת בית המשפט היה על התובע לשלם אילו ניהל משא ומתן עם בעלי זיקת הנאה להשגת הסכמתם לשחרר את הקרקע שרכש מזיקת הנאה שהייתה כפופה לה.²⁹

נשאלת השאלה מה היחס בין הלכת *Blake* להלכת *Wortham Park Estate*. אמנם פסק הדין בפרשת *Blake* אישר את הלכת *Wortham Park Estate*, אולם האם בשני המקרים מדובר בפסיקה זהה של תשלומי השבה, או אולי יש הבדל בין שתי ההלכות? שאלה זו זכתה לדיון נרחב בפסיקה ובספרות. בית המשפט לערעורים עסק בשאלה זו בפסק הדין בפרשת *Experience Hendrix LLC*³⁰. ב-1967 הגישה חברה התקליטים PPX תביעה נגד הזמר ג'ימי הנדריקס בגין הפרת חוזה הקלטה אשר דרש מהזמר להקליט אך ורק בחברת תקליטים זו. שנים מספר לאחר מותו גיבשו עיזבונו של הזמר וחברת התקליטים הסכם פשרה שקיבל את אישורו של בית המשפט, לאחר חתימת הסכם הפשרה נודע לעיזבונו של הזמר כי חברת התקליטים משתמשת בהקלטות מקוריות של הזמר תוך הפרת הסכם הפשרה. לפיכך הגיש העיזבון תביעה נגד חברת התקליטים להשבת הרווחים שהפיקה חברת התקליטים משימוש בהקלטות המקוריות של הזמר. באותה פרשה הבחין בית המשפט בין שני סוגים של תשלומי השבה: האחד, השבה בנוסח פרשת *Blake* המחייבת את מפר החוזה להשיב

בעקבות הפרת החוזה.

²⁸ *Wortham Park Estate Co. v. Parkside Homes Ltd.* [1974] 1 WLR 798 (להלן: "פרשת

Wortham Park Estate)

²⁹ לנימוק של אבדן האפשרות להתמקח, ראו לעיל ה"ש 8. יש להדגיש שהקשיים בנימוק של אבדן האפשרות להתמקח, כלומר שהתובע לעולם לא היה מסכים לשחרר את הנתבע מחיוביו על פי החוזה, ושלא הייתה לעולם הזדמנות לעסקה בין הצדדים לשחרור הנתבע מהתחייבויותיו, מתבטאים במובהק בנסיבות פסק הדין בפרשת *Wortham Park Estate*. בפרשה זו קבע בית המשפט עצמו שלפי הנסיבות, עסקה כזו לא הייתה יוצאת אל הפועל, ראו: פרשת *Wortham Park Estate*, לעיל ה"ש 28, בעמ' 815, וכן: *Ralph Cunningham, Rock, Restitution, Disgorgement*, 3 J. OBLIGATIONS & REMEDIES 46, 50 (2004).

³⁰ *Experience Hendrix LLC v. PPX Enterprises Inc. and another* [2003] 1 All E.R. (Comm) 830.

את כל הרווחים שהפיק עקב הפרת החוזה (השאלה האם הועברה תועלת או ערך (value) מהתובע לנתבע או שמא נגרם לתובע נזק כלשהו אינה רלוונטית). הסוג השני הוא השבה בנוסח פרשת *Wrotham Park*, כלומר הערכה שיפוטית של גובה התועלת או הערך שהפיק הנתבע מנכסיו של התובע בעקבות ההפרה. מדובר בהערכה אובייקטיבית של שווי התועלת אשר הועברה מהתובע לנתבע.

בפרשת *Experience Hendrix LLC* הוסיף בית המשפט שני קריטריונים לפסיקת תשלומי השבה במובן הרחב. ראשית, ההפרה צריכה לרדת לשורש ההתחייבות החוזית עד קעקוע החוזה הלכה למעשה. שנית, על הנתבע להרוויח במישרין מעצם הפרת החוזה, כלומר הרווחים שהתובע מבקש לעצמו צריכים לנבוע באופן סיבתי מהפרת החוזה.

תשלומי השבה במקרה של "חיסכון בעלויות ביצוע" היו הסוג האחרון של תשלומי השבה אשר זכה להכרה בדין האנגלי. בפסיקה האנגלית נדונה השאלה אם במקרה שבו צד לחוזה ביצע את החוזה באופן לקוי אשר לא הסב בה בעת נזק, יהא זכאי הנפגע לעלות תיקון הביצוע (cost of cure) או שמא רק לירידת הערך שנגרמה בעקבות הביצוע הפגום. הדין האנגלי קבע שהנפגע יהא זכאי לעלות תיקון הביצוע, אולם תרופה זו תוכפף למבחן של סבירות. פסק הדין שעסק בכך הוא *Ruxley Electronics and Construction Ltd*.³¹ באותה פרשה התקשרו הנתבעים עם התובע בחוזה לבניית בריכה בשטחו של התובע. החוזה ציין במפורש שעומק הברכה יהיה 2.28 מטרים. חרף זאת, הבריכה נבנתה בעומק 2.03 מטרים בלבד. התובע פנה לבית המשפט וביקש שישולמו לו פיצויים בגובה העלות הנדרשת לבנות מחדש בריכה בעומק שהובטח (21,500 ליש"ט). בית המשפט דחה את התביעה וקבע שהנתבעים ישלמו סכום של 2,500 ליש"ט על אבדן הנוחות. בית המשפט לערעורים קיבל את ערעור התובע ופסק לתובע את מלוא תביעתו. בערעור הנוסף שהוגש פסק בית הלורדים שבנסיונות אלה אין מקום לפיצויים על בסיס מחיר התיקון, ובהיעדר ירידת ערך לא זכה התובע בפיצויים בפריט זה. במקום זאת אושר הסכום של 2,500 ליש"ט שנפסק בערכאה הראשונה, כפיצוי על הפגיעה באינטרס קיום החוזה של הנפגע. מדובר בפיצוי על הנזק הלא ממוני, כלומר פיצוי על מפח הנפש של הנפגע שלא קיבל את אשר הובטח לו. באותה פרשה קבע בית הלורדים שהיעדר כוונה מצדו של הנפגע להשתמש בפיצויים שייפסקו לו לשם תיקון הביצוע הפגום הוא רק שיקול אחד מכלל השיקולים שיש לבחון לפי מבחן הסבירות.

פסק הדין בפרשת *Ruxley Electronics and Construction Ltd* שינה את הדין

³¹ לפסקי דין אנגליים אשר הכירו בתשלומי השבה במקרה של חיסכון בעלויות ביצוע, ראו: *Ruxley Electronics and Construction Ltd v. Forsyth* [1996] AC 344 (HL); *Alferd v. McApline Ltd v. Panatown* [2001] 1 AC 518 (HL). לדיון בפסקי הדין, ראו: *Edelman*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 182-185; גרוסקופף, לעיל ה"ש 15, בעמ' 190-192.

הנוהג באנגליה, שכן עד אז נפגע מהפרת חוזה היה זכאי לעלויות התיקון רק אם היה יכול להצביע על נזק שהוסב לו בעקבות הפרת החוזה. כלומר אם הביצוע הלקוי לא הסב כל נזק, לא היה זכאי הנפגע, בטרם נפסק פסק דין בפרשת *Ruxley*, לפיצויים בגובה עלויות התיקון. בית הלורדים הכיר לראשונה באפשרות לפסוק לטובת המזמין את עלויות התיקון, אולם הכפיף אפשרות זו למבחן של סבירות. לסיכום, הדין האנגלי הכיר בשנים האחרונות בזכאות לתשלומי השבה, כתרופה להפרת חוזה, כאשר לא נגרם לתובע נזק ואין בנמצא תרופות אחרות היכולות להגן על האינטרס של התובע בקיום החוזה. אולם קשה לומר שנקבעו כללים ברורים וקלים ליישום דין זה. במרבית המקרים בית המשפט ראה לנכון לפסוק תשלומי השבה במובן הרחב אך ורק בנסיבות קיצוניות שבהן היה מדובר בהפרה גסה ואופורטוניסטית של החוזה, וכאשר לא היו בנמצא תרופות היכולות להגן על אינטרס התובע בקיום החוזה.

ב. הדין האמריקני

עמדתו המסורתית של הדין האמריקני הייתה שאין לאמץ את תשלומי השבה בדיני התרופות. אימוצם של תשלומי השבה נדחה על ידי מנסחי ה-*Restatement* השני לחוזים. לאחרונה התחולל מפנה בסוגיה עם אימוצו של ה-*Restatement* השלישי לעשיית עושר ולא במשפט, המאפשר את פסיקתם של תשלומי השבה בשל הפרת חוזה ואופורטוניסטית. הפסיקה האמריקנית המסורתית שללה פסיקת תשלומי השבה בהקשר של תרופות בשל הפרת חוזה,³² אולם ישנן דוגמאות לפסיקת תשלומי השבה בהקשרים אחרים. דוגמה מפורסמת לכך היא פרשת *Snepp*.³³ נסיבותיו של פסק דין זה דומות לנסיבות פסק הדין בפרשת *Blake*.

הפעם דובר בסוכן לשעבר של סוכנות המודיעין האמריקנית אשר בהסכם ההעסקה התחייב שלא לפרסם כל מידע על אודות שירותו בלי שקיבל אישור מוקדם לכך מאת הסוכנות. חרף זאת, פרסם הסוכן ספר על אודות מעלליה של סוכנות המודיעין בווייטנאם בלי שקיבל אישור מראש לכך מהסוכנות. בית המשפט קבע שהסוכן הפר את חובת האמון המוטלת עליו. עבודתו של הסוכן הייתה כרוכה בחובת אמון מוגברת כלפי סוכנות המודיעין, ואף שהמידע לא היה סודי, נקבע שבפרסום הספר יש משום הפרת חובת האמון המוטלת על הסוכן. על בסיס הטענה של נאמנות קונסטרוקטיבית, הורה בית המשפט לסוכן להשיב את הרווחים שהפיק מהפרה זו. יש הנוטים לפרש את פסק הדין כהכרה מפורשת בפסיקת תשלומי השבה בשל הפרת חוזה. לדידם, חובתו של הסוכן להשיב את הרווחים נפסקה בשל הפרת חוזה

³² *U.S. Naval Institute v. Charter Communications, Inc.* 936 F.2d 692 (2d Cir. 1991).

³³ *Snepp v. United States*, 444 U.S. 507 (1980).

ההעסקה שלו.³⁴ קשה ליישב עמדה זו עם לשונו המפורשת של בית המשפט אשר השתמש דווקא בהקשר של הפרת חובת האמון המוטלת על סוכן ביון, וייתכן שנמנע במפורש מלהכיר בתשלומי השבה על בסיס עילה של הפרת חוזה. אכן, הפסיקה האמריקנית שללה את פסיקתם של תשלומי השבה במוכן הרחב כתרופה להפרת חוזה, אולם יש הטוענים שחרף גישה מוצהרת זו יש בפסיקה האמריקנית מקרים חריגים ומעטים שבהם פסק בית המשפט תשלומי השבה במוכן הרחב.³⁵

תשלומי השבה במוכן הצר הוכרו בקוד המסחרי האחד (U.C.C) האמריקני. על פי סעיפים (1) 708-2, ו-(1) 713-2 נפגע מהפרת חוזה זכאי להפרש שבין מחיר השוק למחיר החוזי בעת הפרת החוזה (contract – market remedy).³⁶ הפרש זה הוא התועלת או הערך אשר הועברו למוכר, מפר החוזה, עם הפרת חוזה, העולים על הנזק הממשי שנגרם לקונה מהפרת החוזה. הדוגמה הנפוצה ביותר לפסיקתם של תשלומי השבה במוכן הצר על פי סעיפים אלה, העולים על אינטרס הקיום, היא המקרה הזה: סיטונאי התחייב לספק סחורה לקמעונאי אשר בתורו התחייב למכור אותה לקונה בתוספת מחיר כלשהי. כלומר הרווח שיגרוף הקמעונאי שווה להפרש שבין מחיר המכירה לקונה למחיר הקנייה מהסיטונאי. הסיטונאי מפר את החוזה ואינו מספק את הסחורה. עם הפרת החוזה חלה עליה גבוהה במחירי השוק. בתי המשפט התחבטו בשאלה אם יש לפסוק לקמעונאי תשלומי השבה במוכן הצר, דהיינו את ההפרש שבין מחיר השוק למחיר שבו התחייב הקמעונאי למכור לקונה, או אולי יש להגביל את הפיצוי לאינטרס הציפייה בלבד של הקמעונאי, כלומר הרווח שציפה לקבל ממכירת הסחורה לקונה. בתי משפט רבים פסקו, בנסיבות אלה, שיש לפסוק לקמעונאי תשלומי השבה במוכן הצר, כלומר את ההפרש שבין מחיר השוק למחיר שבו התחייב הקמעונאי למכור לקונה.³⁷

³⁴ Eisenberg, לעיל ה"ש 4, בעמ' 589: בית המשפט משתמש ברטוריקה של הפרת חובת האמון, אולם לאמיתו של דבר הכיר בהפרת חוזה כעילה לפסיקתם של תשלומי השבה.

³⁵ זוהי עמדתו של Eisenberg, לעיל ה"ש 4, בעמ' 582. Eisenberg מביא לביסוס עמדתו את פסק הדין: Coppola Enterprises, Inc. v. Helen Alfone and Arvida Realty Sales, Inc. 531 So.2d 334 (Fla. 1988) ואת פסיקת בית המשפט העליון של קולורדו: EarthInfo, Inc. v. Hydrosphere Resource Consultants, Inc., 900 P.2d 113 (Colo. 1995).

³⁶ U.C.C. § 2-708(1): "[T]he measure of damages for non-acceptance or repudiation by the buyer is the difference between the market price at the time and place for tender and the unpaid contract price"; U.C.C. § 2-713(1): "[T]he measure of damages for non-delivery or repudiation by the seller is the difference between the market price at the time when the buyer learned of the breach and the contract price"

³⁷ TexPar Energy, Inc. v. Murphy Oil USA, Inc., 45 F.3d 1111 (7th Cir. 1995); KGM Harvesting Co. v. Fresh Network, 36 Cal. App. 4th 376 (1995); Sun-Maid Raisin Growers v. Victor Packing Co., 146 Cal. App. 3d 787 (1984). לפסיקה אנגלית דומה, Rodocanachi, Sons & Co. v. Milburn Brothers 18 Q.B.D 67 (1887); Williams ראו:

הפסיקה האמריקנית אף נתנה את דעתה על שאלת נחיצותם של תשלומי השבה במקרה של חיסכון בעלויות ביצוע. הסוגיה נדונה במקרים שבהם החוזים שהונחו לפתחו של בית המשפט היו חוזי בנייה, כרייה ופיתוח. באותם מקרים סיפק הנתבע ביצוע חוזי לקוי ופגום, ובגינו נדרש התובע להוציא הוצאות גבוהות לתיקון הביצוע הפגום. בתי המשפט התלבטו בשאלה אם יש לפסוק לתובע את עלויות התיקון, כלומר עלויות התקשרותו של התובע עם אחר לתיקון הפגם בביצוע החוזה, או שמא די לפסוק לתובע את הירידה בערך הנכס שבבעלותו בעקבות הביצוע החוזי הפגום.³⁸ בהכללה ניתן לומר שעל פי הפסיקה האמריקנית, הבחירה בין שני סוגי התרופות תיעשה על פי איוון בין השיקולים האלה: ראשית, יש לבחון אם הפרת החוזה נעשתה במתכוון (willfulness). במקרה כזה ייטה בית המשפט לפסוק את התרופה הגבוהה יותר – עלויות תיקון הפגם.³⁹ שנית, יש לבחון אם השתת עלויות התיקון על הנתבע הן מידתיות ביחס לתועלת שתנבע מתיקון כאמור. שלישית, יש לברר אם תיקון הפגם כרוך בבזבז כלכלי. כך, למשל, כאשר תיקון הפגם כרוך בהרסת הנכס ובנייתו מחדש, לא בנקל יורה בית המשפט לעשות כן (The Economic Waste Rule). רביעית, גם כאשר התיקון לא יביא לעלייה ניכרת בשווי השוק של הנכס, יש להתחשב בעלייה שיביא תיקון כאמור לערך הסובייקטיבי שמייחס בעל הנכס לנכסו.⁴⁰

נעבור עתה לדון ב־Restatement השלישי לעשיית עושר ולא במשפט, המייחד פסקה שלמה לתשלומי השבה בגין הפרת חוזה אופורטוניסטית.⁴¹ כוונת מנסחי פסקה 39 הייתה שבתי המשפט יפסקו תשלומי השבה לנפגע מהפרת חוזה אך ורק

VICTOR GOLDBERG, FRAMING: Brothers v. Ed T Agius Ltd. [1914] A.C. 510 (הכותב מבקר את בתי המשפט המסרבים לפסוק תשלומי השבה במובן הצר בגובה הפרש שבין מחיר השוק למחיר החוזי); Steve Thel & Peter Siegelman, *Willfulness Versus Expectation: A Promisor-Based Defense of Willful Breach Doctrine*, 107 MICH. L. REV. 1517, 1524–1525 (2009) רבים, כמו אלה המפורטים בקוד המסחרי, הדין מעניק לנפגע תשלומי השבה מעידה על כך שהתרופה העיקרית הנתונה לנפגע מהפרת חוזה אינה פיצויי ציפיה אלא תשלומי השבה).³⁸ Jacob & Young, Inc. v. Kent 129 N.E. 889 (N.Y. 1921); Peevyhouse v. Garland Coal & Mining Co 382 P.2d 109 (Okla. 1962). פסק הדין בפרשת *Peevyhouse* צוין על ידי בית המשפט העליון בישראל בהקשר הנזיקי. ראו: ע"א 9474/03 יורם גדיש תשתית ובנייה (1992) בע"מ נ' בהג'את מוסא, פ"ד סא(3) 603 (2006). לדיון בפסק הדין, ראו: נילי כהן "חריג הצדק באכיפת חוזה – מוסר ויעילות כשיקולים של צדק חלוקתי" *עיוני משפט* לג(1) 241, 264–265 (2010).

Robert A. Hillman, *Contract Lore*, 27 J. Corp. L. 505, 509 (2002).³⁹ לדיון בשיקולים הללו כפי שהם באים לידי ביטוי בפסיקה האמריקנית, ראו: Patricia H. Marschall, *Willfulness: A Crucial Factor in Choosing Remedies for Breach of Contract*, 24 ARIZ. L. REV. 733, 741–758 (1982).⁴⁰

RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 39 (2011).⁴¹

בנסיבות נדירות. פסקה 39 ל-*Restatement* השלישי מתרחקת מההנחה ההולמסיאנית המאפיינת את דיני התרופות האמריקנים, שלפיה אין חובה טבועה לקיים את החוזה, אלא יש לשלם פיצויים אם המבטיח בוחר להפר אותו. הפסקה שוללת את תיאוריית ההפרה היעילה. היא גם מתרחקת מהעמדה המסורתית של דיני התרופות, שלפיה אשמו של מפר החוזה אינו רלוונטי לשאלת התרופות בשל הפרת החוזה.

פסקה 39 קובעת שמקום בו הפרת החוזה מהותית ואופורטוניסטית תשלומי השבה הם תרופה מתאימה להפרת חוזה, במקום התרופה המסורתית הבוחנת את הנזקים שנגרמו לצד לחוזה בעקבות ההפרה. סעיף קטן (2) מגדיר באילו נסיבות יתייחס הפרת חוזה לאופורטוניסטית: כאשר היא מכוונת ומחושבת, להבדיל מהפרת חוזה תמת לב ומקרית; כאשר היא רווחית במובן זה שהרווחים שהפיק מפר החוזה בניכוי האחריות הפוטנציאלית שלו לפיצויים, גבוהים מהרווחים שהיה מפיק מהחוזה המקורי; כאשר התרופות המסורתיות להפרת חוזה אינן מספקות הגנה מתאימה לזכאות החוזית. בבוא בית המשפט לקבוע קביעה אחרונה זאת, עליו לבחון אם התרופות המסורתיות משמשות תחליף שווה ערך לביצוע החוזה בעסקה חליפית. במילים אחרות, כאשר התובע יכול להוכיח את זכאותו לאכיפת החוזה (אף שכמובן מבחינה מעשית אכיפת החוזה אינה אפשרית בעת פנייתו של התובע לבית המשפט), משתכלל אחד התנאים לפסיקתם של תשלומי השבה בשל הפרת חוזה.⁴² בנקודה זו הלכו מנסחי הצעה בנתיב שסלל בית הלורדים בפרשת *Blake*. יוזכר, בית הלורדים קבע שיש לפסוק תשלומי השבה כאשר התובע מראה שהדין מעניק לחיובים החוזיים הגנה בדמות צווי מניעה או צווי אכיפה.

ה-*Restatement* השלישי קובע שאשם המתבטא באופורטוניזם מצד מפר החוזה מצדיק את פסיקתם של תשלומי השבה מלאים. ה-*Restatement* נמנע מלקבוע יחס ישר בין מידת האשמה של מפר החוזה לבין גובה תשלומי ההשבה, באופן שגובה תשלומי ההשבה ישתנה לפי מידת אשמו של מפר החוזה. דומה שטוב עשו מנסחי הצעה כאשר לא הגבילו את גובה תשלומי ההשבה לפי מבחני אשם. ראוי יותר, לעניות דעתי, להשתמש במבחני סיבתיות לצורך קביעת גובה תשלומי ההשבה שייפסקו לחובת מפר החוזה. ה-*Restatement* ממשיך וקובע בסעיף קטן 4 שתשלומי השבה יישללו מנפגע מהפרת חוזה אם החוזה שבין הצדדים קובע במפורש שרק שתי תרופות יעמדו לנפגע: אכיפת החוזה או פיצויים כספיים. יתר על כן, כאשר פסיקת תשלומי השבה תעניק מתת שמים (windfall) לא ראוייה לנבטח, יש להימנע ממנה. סעיף קטן 4 מסיים בקביעה שיש להימנע מלפסוק תשלומי השבה בכל מקום

⁴² המשפט האמריקני מזכה את התובע בתרופת אכיפת החוזה כאשר התובע מראה שפיצויים אינם תחליף לדבר המיוחד שאיבד בעקבות הפרת החוזה. ראו: Anthony T. Kronman, *Specific Performance*, 45 U. CHI. L. REV. 351, 357-358 (1978).

בו בנסיבות אותו עניין, יהא זה בלתי הוגן.⁴³

4. הדין הנוהג בישראל

תשלומי השבה נדונו במשפט הישראלי בפסק הדין הנודע בפרשת **אדרס**.⁴⁴ פרשת **אדרס** מעלה כמה סוגיות עקרוניות שאבקש לתת את הדעת עליהן: סוגי תשלומי השבה במשפט הישראלי; שיקולי אשם הנלווים להפרת חוזה; שאלת הסיבתיות וייחוס חלק מרווחי ההפרה למאמציו של מפר החוזה. בעיצוב המבחנים הראויים לפסיקתם של תשלומי השבה בדיני חוזים, ישמשו לי השראה המבחנים לפסיקתם של תשלומי השבה בענף המשפטי של התעשרות עוולתית.

א. כללי

בפרשת **אדרס** העובדות היו כדלקמן: בין הצדדים נקשר חוזה לאספקת 7,000 טון ברזל במחיר 570 מרק לטון. רוב הטובין אכן סופקו לעותרת, אולם מקצתם לא סופקה. כשל האספקה נבע מסיבה אחת ויחידה: חלה עליה פתאומית במחיר הברזל ונזדמנו למשיבה קונים אחרים שהציעו בעד הברזל מחיר גבוה יותר. המשיבה התקשרה עם צד שלישי ומכרה לו את יתרת הברזל במחיר העולה על המחיר הנקוב בחוזה. העותרת הגישה תביעה לפיצויים. בעת הגשת התביעה חזרו מחירי הברזל לקדמותם, והעותרת לא הצליחה להוכיח שנגרם לה נזק עקב הפרת החוזה. לפיכך התעוררה השאלה אם העותרת זכאית לקבל את הרווח שהפיקה המשיבה מההפרה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.

דעת המיעוט ניתנה על ידי השופטים בן-פורת וד' לוי. השופטת בן-פורת הניחה שהחוזה בין הצדדים בוטל לנוכח מכתב ששיגרה העותרת לנספח המסחרי שליד שגרירות גרמניה לצורך קבלת פיצויים מן המשיבה. לדעתה, משבוטל החוזה, אין תחולה לדיני עשיית עושר ולא במשפט, והנפגע זכאי לתרופות על פי חוקי החוזים בלבד. כאשר הנפגע תובע את אכיפת החוזה, ולא את ביטולו, תיתכנה נסיבות מיוחדות שבהן יהיה זכאי להשבת הרווח שהפיק המפר מן ההפרה. כאשר לנפגע אינטרס מוגן בנכס ספציפי שהחוזה נסב עליו, הוא יהיה זכאי לעקוב אחר הנכס ולדרוש את דמי פדיונו מן המפר. כאשר הופר חוזה המכר, יוכל הנפגע מהפרת חוזה "לעקוב" אחר רכושו באחת משתי הדרכים: "או לתבוע את הנכס עצמו 'מהקונה"

⁴³ לניתוח פס' 39 ל-RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT,

ראו: Caprice L. Roberts, *A Commonwealth of Perspective on Restitutory Disgorgement for Breach of Contract*, 65 WASH. & LEE L. REV. 961 (2008).

⁴⁴ פרשת **אדרס**, לעיל ה"ש 2; שירלי רנר "דיני חוזים – מגמות והערכה" **משפטים** כא(1) 33 (1991) (ההלכה בפרשת **אדרס** מסמנת מגמת הקשחה ביציאה מתחום החבות החוזית).

החדש (אלא אם כן רכש זה האחרון את הנכס בתום לב ובתמורה), או לתבוע את 'תחליף' הנכס בגלגולו החדש, היינו את דמי הפדיון שבידי המוכר.⁴⁵ השופטת בן-פורת שללה את זכות העקיבה במקרה הנוכחי בגלל מסקנתה שבשעת ההפרה הממכר לא היה בבחינת נכס ספציפי אשר מתגבש כלפיו "אינטרס בר הגנה". ייחוד הנכס וזיהויו הם תנאי מוקדם לזכות העקיבה אחר הפדיון.⁴⁶ יתר על כן, גרסה, פסיקתם של תשלומי השבה יכולה להתלוות אך ורק לתביעת אכיפה, שאז התובע מבקש לקבל הן את הנכס הן את הפירות שהופקו ממנו. גם השופט ד' לוי הניח שהחווה המדובר בוטל, ואולם לדעתו, בין שבוטל החווה ובין לאו, הנפגע מהפרת חווה זכאי אך לתרופות הקבועות בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חווה), התשל"א-1970 (להלן: "חוק התרופות").

דעת הרוב קבעה שדיני עשיית עושר ולא במשפט יכולים לחול גם בתחום דיני החוזים. השופט ש' לוי קבע שעקרונית יש לנפגע מהפרת החווה עילת תביעה לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט להשבת הרווח שהפיק המפר מן ההפרה, בין שבוטל החווה ובין לאו. השופט ברק, אשר הצטרף לדעת הרוב, הניח שהחווה בין הצדדים לא בוטל, ולכן השאיר ב"צריך עיון" את שאלת פסיקתם של תשלומי השבה כאשר בוטל החווה בין הצדדים. השופט ברק הבחין בין שתי שאלות: שאלת תחולתם העקרונית של דיני עשיית עושר ולא במשפט על מערכות יחסים חוזיות ושאלת תוכנם של דינים אלה במצב שבו הנפגע תובע השבת רווח שהפיק המפר מההפרה. על השאלה הראשונה השיב השופט ברק בחיוב. לשיטתו, עקרונית דיני עשיית עושר חלים גם על צדדים לחווה, בלא תלות בשאלה אם בוטל החווה אם לאו. על פי גישתו, "חלים דיני עשיית עושר ולא במשפט כמעין נשר גדול הפורש כנפיו – על כל הדינים השונים, בין שיש בהם הוראות בענייני עשיית עושר ולא במשפט, ובין שאין בהם הוראות כאלה, בין שהוראות בעניין עשיית עושר ולא במשפט עוסקות בחווה קיים, ובין שהן עוסקות בחווה שהופר".⁴⁷ את תשובתו על השאלה השנייה הגביל השופט ברק למקרה שבו לא בוטל החווה. לשיטתו, הנפגע מהפרת חווה זכאי להשבת הרווח שהפיק המפר מההפרה, כל עוד לא ביטל הנפגע את החווה. הוא הותיר ב"צריך עיון" את השאלה, מה הדין בנסיבות שבהן בוטל החווה. השופט בן הצטרף לעמדתו של השופט ש' לוי שלפיה בין שבוטל החווה ובין שמדובר בחווה קיים, ניתן להחיל את

⁴⁵ פרשת אודיס, לעיל ה"ש 2, בעמ' 252.

⁴⁶ יוער שעמדתה של השופטת בן-פורת דומה לעמדה שאומצה במשפט הגרמני בס' 281 ל-BGB. ההוראה חלה על מקרים שבהם ביצוע החווה אינו אפשרי עקב מכירת הממכר לצד שלישי. לכן הנפגע זכאי לקבל את המחיר שגבה המפר מן הצד השלישי. ניתן להגיע לאותה תוצאה על ידי שימוש בס' 52 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, העוסק בתחליף קיום. עוד יצוין שהסייג שקבעה השופטת בן-פורת – ייחוד הנכס והיותו נכס ספציפי קיים – מופיע אף הוא בקוד האזרחי הגרמני. ס' 281 ל-BGB אינו חל במקרה של חיוב הנוגע לסוג כללי של נכסים.

⁴⁷ פרשת אודיס, לעיל ה"ש 2, בעמ' 266.

דיני עשיית עושר ולא במשפט ולהורות על תשלומי השבה. ההלכה העולה מפרשת **אדרס** היא אפוא שאין מניעה לתחולתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט בין שהחוזה בין הצדדים תקף ובין שבוטל. עם זאת, פסיקתם של תשלומי השבה מוגבלת למקרה שבו הופר החוזה, והנפגע מהפרת החוזה לא ביטל את החוזה בעקבות ההפרה.

בגלגולו הראשון של התיק בפני הערכאה הראשונה ביקשה העותרת שייפסק לטובתה ההפרש שבין המחיר החוזי, דהיינו 570 מרק גרמני לטון, לבין מחיר השוק של הברזל במועד ההפרה, כלומר 900 מרק גרמני לטון (שכן, לנוכח ההפרה נאלצה העותרת לרכוש ברזל חלופי בשוק הפתוח במחיר זה). במועד ההפרה החזיקה העותרת בזכות חוזית שהברזל יישלח אליה. שווי הזכות החוזית שלה באותה עת היה 330 מרק גרמני לטון, לו הייתה מקבלת את הברזל במחיר החוזה ומוכרת אותו במחיר השוק. על ידי מכירת הברזל לצד שלישי, העבירה המשיבה את השווי של אותה זכות חוזית מהעותרת לרשותה. לכן ביקשה העותרת שאותה תועלת שנלקחה ממנה תושב אליה.⁴⁸ לחלופין ביקשה העותרת שיושב לה ההפרש שבין המחיר החוזי (570 מרק) למחיר שבו נמכר הברזל לצד שלישי (804.7 מרק), כלומר 234.7 מרק גרמני לטון. תביעה להשבת הפרש זה היא תביעה לתשלומי השבה כמובן הרחב שבפרשת **אדרס** הכיר בה בית המשפט בפעם הראשונה.⁴⁹ לראשונה הכיר בית המשפט הישראלי בתשלומי השבה כמובן הצר, כשביקש תובע להשיב לו תועלת או ערך שנלקחו ממנו עם הפרת החוזה, בפסק הדין בפרשת **כהן נ' שמש**.⁵⁰ באותו עניין קבע בית המשפט

⁴⁸ השופטים בפרשת **אדרס** אמנם היו ערים לאפשרות של פסיקת תשלומי השבה כמובן הצר, אולם סברו כי ס' 84(א) לחוק המכר (מכר טובין בינלאומי), התשל"א-1971, מתנה את פסיקתם של תשלומי השבה כמובן הצר בביטול החוזה. ראו גם: ס' 11(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: "חוק התרופות").

⁴⁹ פסקי הדין אשר יישמו את הלכת **אדרס** ופסקו לזכות התובע תשלומי השבה כמובן הרחב, אינם רבים. ראו: ע"א 8728/07 **אגריפרס אינטרנשיונל בע"מ נ' מאירסון** (פורסם בנבו, 15.7.2010); ע"א 1262/00 **אינשטיין נ' אוסי תכנון והקמת מבנים ופיתוח בע"מ** (פורסם בנבו, 21.2.2001) (המערערת התחייבה בזיכרון דברים למכור נכס למשיבים והפרה את התחייבותה ומכרה את הנכס לצד שלישי. נפסק שהמשיבים זכאים להפרש בין המחיר שבו מכרה המערערת את הנכס לצד שלישי, לבין המחיר בחוזה המקורי בכפוף לנטל הקטנת הנזק); ת"א 5584/07 **די. אר. אנ סי בע"מ נ' מנחם אורמן ושות' בע"מ** (פורסם בנבו, 26.4.2009) (נדחתה תביעת התובעת להשבת הרווח אשר נטען כי הנתבעת הפיקה מהפרת הסכם השכירות עקב השכרת הנכס לצד שלישי אשר השקיע מיליון ש"ח בשיפוץ. נקבע ש"התעשרותה" של הנתבעת עקב שיפוץ המושכר הייתה תיאורטית ולא גובשה לכלל התעשרות ממשית); ת"א 32784/08 **הדר נ' מרגליות – בוקובזה** (פורסם בנבו, 24.1.2010) (מפר חוזה למכירת דירה שמכר אותה לצד שלישי ברווח, יפצה את הנפגע בשיעור הרווח שהפיק); להסבר התנהגות למיעוטם של פסקי הדין העוסקים בתשלומי השבה כמובן הרחב, ראו: Eyal Zamir, *Loss Aversion and Law's Formation*, 65 VanD. L. REV. 829 (2012).

⁵⁰ ע"א 588/87 **כהן נ' שמש**, פ"ד מה(5) 297 (1991).

כי לאור הלכת **אדרס** אין מניעה להכיר בעילת התביעה של עשיית עושר ולא במשפט בהקשר החוזי. בית המשפט פסק שרוכש דירה, שלא קיבל את החזקה בה עקב הפרה מצד המוכר, זכאי – לאחר שהשיג פסק דין לאכיפת החוזה – לחזור ולתבוע מהמוכר דמי שימוש מן המועד שבו היה על המוכר למסור את הדירה לרוכש ועד למועד שבו נמסרה הדירה בפועל. ההלכה העולה מפסק דין זה היא שכאשר יש חוזה בין הצדדים שלא בוטל עקב הפרתו, רוכש הדירה זכאי לקבל תשלומי השבה מהמוכר בשווי דמי השימוש בה בפרק הזמן שבו הוחזקה הדירה על ידי המוכר ולא הועברה לחזקתו של הקונה.⁵¹

ואשר לתשלומי השבת חיסכון בעלויות ביצוע, המלומדים פרידמן וכהן מסבירים בספרם שנפגע יוכל לזכות בהשבתם בכמה דרכים. דרך אחת מושתתת על סעיף 9 לחוק התרופות, המאפשרת לנפגע לבטל באופן חלקי את החוזה ולדרוש השבת החלק היחסי ששילם. דרך זו אינה מבוססת על השבת השווי של מה שהנתבע התחייב לספק (התמורה הנגרדת), אלא על השבת חלק ממה שהנתבע התחייב לשלם (התמורה העצמית). דרך אחרת להשבה יחסית של התמורה ששילם הנפגע מוסדרת בדין הניכוי (סעיף 28 לחוק המכר, התשכ"ח-1968; סעיפים 4(א) ו-4(ג) לחוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974).⁵² על פי דין הניכוי, אם שילם המזמין את מלוא המחיר בלי שידע על הפגם בנכס או בשירות, יוכל המזמין לנכות חלק יחסי מן המחיר.⁵³

⁵¹ לדוגמאות לפסיקה של תשלומי השבה במוכן הצר במשפט הישראלי, ראו: ת"א 2184/88 בן **בסט נ' בן דוד**, פ"ד תשנ"ג(4) 153 (1993) (גם בהנחה שהחזרה בין הצדדים הוא בלתי חוקי, ניתן לפסוק שכר ראוי מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, לאחר שהחזרה נפסל); ע"א (נצ') 259/09 **חרמש נ' עיזבון המנוח סאל** (פורסם בנבו, 26.5.2010) (על דייר מוגן לפצות את בעל הבית בגין רווח בלתי הוגן שהפיק מן הנכס על דרך השכרת הנכס לשוכרי משנה); ת"א (י-ם) 24771/99 **חוי נ' גאורדן**, פ"מ תשס"א(3) 913 (2000) (אי-פינוי דירה בניגוד להסכם המכר. התובע זכאי לדמי שימוש בגין שהייתם של הנתבעים בדירה אשר מנעה ממנו להשכיר את הדירה ולהפיק ממנה רווח).

⁵² לדיון מקיף בתרופת הניכוי בחוק המכר, התשכ"ח-1969, ראו: איל זמיר **חוק המכר, התשכ"ח-1968** 586-559 (1987); לדיון נרחב בתרופת הניכוי בקודיפיקציה האזרחית, ראו: דוד אלקינס ומשה גלברד "אי-ההתאמה של תרופת הניכוי: על הכדאיות המוגבלת של ניכוי מהמחיר בדין הישראלי" **משפטים** מ(1) 183 (2012).

⁵³ דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ד 513-514 (2011). יצוין שבית המשפט העליון דן בחיסכון בעלויות ביצוע אולם לא הכריע בעניין. ראו: ע"א 101/85 **מנסור נ' עיריית נצרת**, פ"ד מא(3) 51, 47 (1987).

ב. המבחנים המשפטיים לפסיקתם של תשלומי השבה

1.2 המבחנים לפסיקתם של תשלומי השבה בענף המשפטי של התעשרות עוולתית

אפרט להלן את המבחנים שנקבעו מקדמת דנא במשפט האנגלו-אמריקני לפסיקתם של תשלומי השבה במופעים השונים של דיני ההתעשרות העוולתית. תשתית זו תאפשר לי בהמשך הדברים לערוך הקבלה בין המופע החוזי לבין המופעים הנזיקיים של קטגוריה זו, לשם עיצוב המבחנים הראויים לפסיקתם של תשלומי השבה בשל הפרת חוזה.

ההלכה שתובע זכאי לתשלומי השבה בשל עוולה שבוצעה כלפי קניינו נפסקה שוב ושוב בפסקי דין של המשפט המקובל.⁵⁴ עניין זה נדון לראשונה במשפט המקובל בפסק הדין בפרשת *Phillips v. Homfray*.⁵⁵ באותה פרשה הנתבעים היו שותפים בשותפות, *Tredegar Iron Company*, שניהלה משא ומתן עם התובעים, בעליה של חלקת אדמה, לקבלת היתר לכריית מחצבים מתחת לאדמתם של התובעים. המשא ומתן נכשל. חרף זאת, כרו הנתבעים בהיחבא מחצבים מאדמת התובעים בלי ידיעתם של האחרונים. שנים מספר לאחר מכן מכרו התובעים את חלקת האדמה לנתבעים. משנודע לתובעים כי הנתבעים כרו מאדמתם מחצבים רבים בלא רשותם, הם הגישו תביעת השבה. בערכאה הראשונה הורה בית המשפט על בחינת השאלות האלה:

(א) מהו שווי השוק של המחצבים שכרו הנתבעים מאדמתם של התובעים בלא ידיעתם?

(ב) מהו הסכום שיש לשלם לתובעים עבור השימוש שעשו הנתבעים באדמתם?

(ג) האם פעילותם של הנתבעים הסבה נזק לאדמתם של התובעים?

מקביעות הערכאה הראשונה עולה שהפסיקה האנגלית הכירה בתשלומי השבה במובן הרחב ובתשלומי השבה במובן הצר כתרופה לגיטימית לעוולה נזיקית. השאלה הראשונה לעיל מבקשת לבחון את גובהם של תשלומי השבה במובן הרחב, ואילו השאלה השנייה מבקשת לבחון את שיעורם של תשלומי השבה במובן הצר. בערעור הכיר בית המשפט לערעורים בכך שהתובעים זכאים לתשלום בעד המחצבים שניטלו מאדמתם, אולם נדחתה התביעה לתשלום בעד השימוש בדרכים שבאדמת התובע מהטעם שאין מדובר בהתעשרות של הנתבע אלא בחיסכון בהוצאות בלבד. עם זאת, בתי המשפט באנגליה עקפו את הלכת *Phillips* ובעקבות פסיקתה של הערכאה

⁵⁴ *Strand Electric and Engineering Co Ltd v. Brisford Entertainment Ltd* [1952] 2 Q.B. 246 (תשלומי השבה במובן הצר בגין עוולת עיכוב נכסים); *Penarth Dock Engineering Co Ltd v. Pounds* [1963] 1 Lloyd's Rep. 359 (תשלומי השבה במובן הצר בגין עוולת הסגת גבול).

⁵⁵ *Phillips v. Homfray* LR 6 Ch. App. 770 (1871); *Phillips v. Homfray* (1883) 24 Ch. D. 439 (C.A).

הראשונה באותו עניין הכירו באפשרות לפסוק לטובת בעלי קרקע תשלומי השבה במובן הרחב כאשר לכיצוע העוולה הנזיקית נלווה יסוד נפשי של כוונה.⁵⁶ בארצות הברית הוכרו תשלומי השבה במובן הרחב בעקבות עוולת הסגת הגבול בפסק הדין הנודע בפרשת *Edwards v. Lee's Administrators*⁵⁷. שם הורה כאמור בית המשפט לנתבע להעביר לתובע שלישי מהרווחים שגרף באופן אופורטוניסטי מעסקי התיירות שהקים במערה השוכנת בחלקה מתחת לאדמתו של התובע. ההבחנה בין פגיעה עוולתית תמה לבין פגיעה עוולתית מכוונת אומצה לאחר מכן בפסיקה האמריקנית. למשל, בפרשת *Beck and Others v. Northern Natural Gas Company*⁵⁸ הורה בית המשפט לנתבעת להשיב לתובעת את שווי השוק של דמי השימוש באדמתה בעקבות אחסון גז באדמת התובעת בכמות שעלתה על המוסכם. בית המשפט הוסיף וקבע כי הואיל ובאותו עניין הסגת הגבול הייתה תמה, אין מקום להורות לנתבעת לשלם לתובעת תשלומי השבה במובן הרחב.⁵⁹ דומה שההבחנה בין פגיעה עוולתית תמה לפגיעה עוולתית מכוונת מוצאת את ביטוייה אף בדברי ההסבר לסעיף 40 ל-*Restatement* השלישי לעשיית עושר ולא במשפט.⁶⁰

ככל שמדובר בקניין רוחני, באנגליה סעיף 97(1) ל-*Copyrights, Design and Patent Act 1988* קובע שלא יהיה התובע זכאי לכל תרופה בשל פגיעה בזכויותיו אם הפגיעה נעשתה מחמת אי-ידיעה באשר לזכות הבעלים. דומה שכוונת המחוקק הייתה להכיר בהגנה מפני אחריות חמורה באופן שבעליו של קניין רוחני לא יוכל לקבל תרופה כלשהי בגין הפרת זכותו, לרבות תשלומי השבה במובן הצר.⁶¹ לעומת זאת, נראה שפסיקתם של תשלומי השבה במובן הרחב בגין פגיעה בקניין הרוחני

⁵⁶ Powell v. Aikon, 4 K & J 343, 351, 70 E.R. 144, 147 (1858); Jagon v. Vivian, L.R. 6 Ch. App. 742, 762 (1871).

⁵⁷ פרשת *Edwards*, לעיל ה"ש 16.

⁵⁸ *Beck and Others v. Northern Natural Gas Company* 170 F.3d 1018 (10th Cir 1999).

⁵⁹ שם, בעמ' 1024.

⁶⁰ RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT §40 (2011): "A person who obtains a benefit by an act of trespass or conversion, by comparable interference with other protected interests in tangible property, or in consequence of such an act by another, is liable in restitution to the victim of the wrong" דברי ההסבר לסעיף זה קובעים: "Consistent with general principle, a conscious wrongdoer will be stripped of gains from unauthorized interference with another's property (§§ 3, 51(4)); while the restitutionary liability of a defendant without fault will not exceed the value obtained in the transaction for which liability is imposed. In consequence, a conscious wrongdoer may be liable to disgorge more than the value of what was taken or obtained in the first instance. By contrast, innocent trespassers and converters are liable in restitution for the value of what they have acquired—usually measured by the cost of a license—but not for consequential gains"

⁶¹ Edelman, לעיל ה"ש 19, בעמ' 231–232.

מותנית במשפט האנגלי בהוכחת יסוד נפשי של כוונה. סעיף 14(2) ל- TradeMark Act 1994 קובע שהמבכנים לפסיקתם של תשלומי השבה במובן הרחב עקב פגיעה בסימן מסחרי זהים למבכנים לפסיקתם של תשלומי השבה במובן הרחב עקב עוולה קניינית מן המניין.⁶²

ככל שמדובר בחקיקה האמריקנית בתחום הקניין הרוחני, העמדה המקובלת היא שפסיקתם של תשלומי השבה במובן הצר ובמובן הרחב אינה מותנית בהוכחת יסוד נפשי כלשהו. כלומר גם פגיעה תמה בקניין הרוחני של יוצר פלוני עשויה להביא לפסיקתם של תשלומי השבה במובן הרחב.⁶³ על פי הדין האמריקני, הוכחת יסוד נפשי של כוונה נדרשת אך ורק כאשר תובע מבקש שבית המשפט יפסוק לזכותו פיצויים מוגברים העולים על הפיצויים הקבועים בחקיקה.⁶⁴

ככל שמדובר במופע הנאמנות של קטגוריית ההתעשרות העוולתית, מצב הדברים הינו שונה. במשפט המקובל אחריותו של נאמן כלפי המוטב היא חמורה. כאשר נאמן הפר את חובת הנאמנות והפיק רווחים עקב הפרה זו, המשפט המקובל ראה ברווחים אלה רווחים המוחזקים בנאמנות קונסטרוקטיבית לטובת הנהנה. הלכה זו נקבעה בפסק הדין הנודע בפרשת *Boardman v. Phipps*.⁶⁵ באותה פרשה הנאמנות הייתה הבעלים של מניות בחברה פרטית. אחד הנאמנים סבר שייטב לנאמנות אם תרכוש את יתרת המניות בחברה. אולם התברר שהנאמנות לא הוסמכה לבצע רכישות כאלה. הנאמן וכן עורך הדין של הנאמנות רכשו את יתרת המניות בחברה שאותן לא יכלה הנאמנות לרכוש, וגרפו עם מכירתן רווחים ניכרים. בית הלורדים הורה לנאמן ולעורך הדין להשיב לנאמנות את הרווחים שהפיקו מניצול המידע על אודות הזדמנות ההשקעה שבאה לידי מתוקף תפקידם בלבד. מעקרון האחריות החמורה אשר אומץ במשפט המקובל נובע שפעולה בתום לב מצד הנאמן, ומתוך אמונה שהוא פועל

⁶² זוהי גם הדעה המקובלת באוסטרליה. ראו: *Colbeam Palmer Ltd v. Stock* – 35 (HCA).
⁶³ *Affiliates Pty Ltd*. 122 CLR 25, 34 (1986).

⁶³ Caprice L. Roberts, *The Case for Restitution and Unjust Enrichment Remedies in Patent Law*, 14(2) LEWIS & CLARK L. REV 101 (2010)

⁶⁴ לדיון במבכני האשם הנדרשים לצורך פסיקתם של פיצויים מוגברים בגין פגיעה בקניין הרוחני, ראו: Jeffrey. M. Thomas, *Comment: Willful Copyright Infringement: In Search of a Standard*, 65 WASH. L. REV. 903 (1990)
 (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT §42 (2011) שמהם עולה, לכאורה, כי תשלומי השבה במובן הרחב בגין פגיעה בקניין רוחני מותנים בהוכחת יסוד נפשי של כוונה: "Because a liability limited to the use value of the claimant's property would provide inadequate incentive to bargain over the rights at issue, restitution authorizes the disgorgement of profits in all cases of conscious wrongdoing [...] Restitution will be attractive to the claimant whenever net profits attributable to the infringement exceed the provable damages from the same violation"

⁶⁵ *Boardman v. Phipps* [1966] 3 All E.R. 721 (H.L.)

למען הנהנה, אין בה כדי להעלות או להוריד. הוא הדין אם העסקה לא גרמה כל נזק לנהנה, תנאי העסקה היו הוגנים או שלא היה אפשר להפיק את הרווח למען הנאמנות או למען הנהנה.⁶⁶ גם הפסיקה בארצות הברית הטילה אחריות חמורה על הנאמן כלפי הנהנה כדי להרתיע נאמנים מפני ניצול למטרה אישית של הזדמנויות עסקיות שנוצרו מתוקף תפקידיהם.⁶⁷

בספרות האנגלו-אמריקנית נמתחה ביקורת רבה על כלל האחריות החמורה.⁶⁸ בין היתר טענו מלומדים שהחיים העסקיים והפרטיים מעוררים מגוון רחב של ניגודי עניינים ועימותים בין אנשים קרובים זה לזה. בדרך כלל הניגודים הללו מוסדרים באופן הוגן לשני הצדדים, בדיני הנאמנות, לעומת זאת, נאסר על הנאמן להפיק כל רווח שהוא מניגוד העניינים. דיני הנאמנות גורמים להרתעת יתר, שכן החשש מהטלת אחריות חמורה מרתיע נאמן מלהתקשר בעסקאות יעילות העשויות להיטיב הן עם הנאמן הן עם המוטבים. לפיכך יש הסוברים כי ראוי לשנות את הדין הנוהג בדיני הנאמנות באופן שיהיה אפשר להורות לנאמן להשיב את הרווחים בעקבות הפרת חובת הנאמנות רק אם הוכיח הנהנה שהנאמן הפר את חובתו מתוך יסוד נפשי של כוונה. נאמן שיוכיח כי פעל בתום לב ובסבירות, לא יחויב לשלם לנאמנות תשלומי השבה במובן הרחב.

לעניות דעתי, ביקורת זו אינה מוצדקת. ראשית, החשש שהנאמן יירתע מעסקאות יעילות אינו מבוסס דיו. כאשר הרווחים שהנאמן עשוי להפיק עולים על העלות הכרוכה בקבלת הסכמתו של הנהנה לעסקה, אין ספק שהנאמן יפעל לקבלת

⁶⁶ פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 560.

⁶⁷ In re Kilmer's Will, 61 N.Y.S.2d 51 (N.Y. Sur. Ct. 1946) (ביטול עסקה שבה הנאמן רכש את נכסי הנאמנות במחיר השוק, אף שפעל בתום לב ולטובת הנאמנות); In re Will of Gleeson, 124 N.E.2d 624 (Ill. App. Ct. 3d Dist. 1955) (נאמן ששכר נכס של הנאמנות, חויב להשיב לנאמנות את פירות הנכס אף שהשכירות נעשתה כדי למנוע נזק לנאמנות); RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS: LIABILITY OF TRUSTEE FOR BREACH OF TRUST § 100: "[A] trustee who commits a breach of trust is chargeable with (a) the amount required to restore the values of the trust estate and trust distributions to what they would have been if the portion of the trust affected by the breach had been properly administered; or (b) the amount of any benefit to the trustee personally as a result of the breach. בדברי ההסבר לסעיף זה נקבע: "A trustee who commits a breach of trust normally is not allowed to benefit individually from the breach, and the trustee is subject to liability to eliminate any such benefit. (The term 'benefit' used here and in Clause (b) is comprehensive; thus, if a trustee misappropriates trust funds and invests them, the trustee's 'benefit' includes the amount misappropriated as well as any profit from the investment)"

⁶⁸ Gareth. Jones, *Unjust Enrichment and the Fiduciary's Duty of Loyalty*, 84 LAW Q. REV 472 (1968); John H. Langbein, *Questioning the Trust Law Duty of Loyalty: Sole Interest or Best Interest?*, 114 YALE. L. J 929 (2006)

הסכמתו של הנהנה בטרם יבצע את העסקה.⁶⁹ שנית, ניגודי העניינים המאפיינים את יחסי הנאמן והנהנה שונים במובהק מניגודי עניינים במצבים אחרים של חיינו. במצבים אחרים של חיינו, היכולת של פלוני לפקח על אדם המופקד על ענייניו גבוהה, ואילו ביחסי נאמנות יכולתו של הנהנה לפקח על פעולותיו של הנאמן היא מוגבלת במיוחד. כך, למשל, בתחום דיני חברות, בעלי המניות יכולים לצמצם את בעיית הנציג באמצעות מנגנוני שכר מתאימים. לעומת זאת, בתחום דיני הנאמנות המסורתיים מצב הדברים אחר. ככלל, אין בידי הנהנה המומחיות או המידע הדרושים כדי לקבוע אם ההזדמנות העסקית שנקרתה לנאמן מיטיבה עם הנאמנות. לכן, שלא כמו במצבים אחרים בחיינו, אין בידי הנהנה היכולת לפקח על פעולותיו של הנהנה. זאת ועוד, יכולתו של הנהנה לסיים את יחסי הנאמנות מוגבלת במיוחד. לא פעם הנהנים תלויים בנכסי הנאמנות ובניהולם התקין, והם עשויים להיתקל בקושי רב אם יבקשו להחליף את הנאמן. התניית תשלומי השבה ביסוד של אשם עשויה להגדיל באופן ניכר את עלויות הפיקוח של המוטבים על פעולותיהם של הנאמנים. הדבר גם עשוי להביא להרתעת חסר משום שהנאמן ינצל לעתים קרובות יותר הזדמנויות עסקיות שבאו לפתחו מתוקף כשירותו זו, בלי שפעולותיו ייחשפו על ידי המוטבים.⁷⁰ לאחר שנסקרו בקצרה המבחנים שנקבעו לפסיקתם של תשלומי השבה בכל סוגי ההתעשרות העוולתית, אפנה עתה לדין הראוי. לדעתי, ככל שמדובר בתחום הנזיקין ובתחום הקניין הרוחני, יש להתנות את פסיקתם של תשלומי השבה במוכן הרחב בהוכחת יסוד נפשי של כוונה. לעומת זאת, יש לפסוק תשלומי השבה במוכן הצר, כאשר הפגיעה הנזיקית או הפרת הקניין הרוחני הייתה תמת לב ולא הייתה כרוכה ביסוד נפשי של כוונה. לעומת זאת, אין להתנות ביסוד נפשי של כוונה את פסיקתם של תשלומי השבה במוכן הרחב או הצר בגין הפרת חובת הנאמנות. די בכך שהפרת הנאמנות הייתה תמת לב, כדי להורות לנאמן להשיב לנכסי הנאמנות את התועלת או הרווחים שהפיק בעקבות ההפרה. הטעם לכך נעוץ באופי המיוחד של יחסי הנאמנות בין הנאמן לנהנה. ביחסי הנאמנות הנאמן נתון במצב של ניגוד עניינים מובנה: מחד גיסא, הנאמן ככל אדם פועל לקידום טובתו האישית, ולכן אך טבעי שאת שליטתו על נכסי הנאמנות ינצל לטובתו שלו. מאידך גיסא, חובתו לפעול לטובת מטרת

⁶⁹ פרופ' Langbein טוען שהנאמן אמנם יכול לקבל את הסכמתו של הנהנה, אולם הסכמה זו כרוכה בעלויות רבות ובזמן יקר העלול להביא לאבדן הזדמנויות. Langbein, שם, בעמ' 965–967. טענה זו אינה עומדת במבחן הביקורת. ככלל, קבלת הסכמתו של הנהנה לביצוע עסקה אינה כרוכה בקיום הליכים משפטיים כלשהם אלא אם כן מדובר בקטינים או בחסויים. אם אכן מתקיים הליך משפטי, הרי יש חשש גדול יותר שההזדמנות העסקית שאותה הנאמן מעוניין למצות אינה עשויה בסופו של דבר להיטיב עם הנאמנות.

⁷⁰ Robert Flannigan, *The Strict Character of Fiduciary Liability*, 2006 NZ L. REV. 209; Melanie. B. Leslie, *In Defense of the No Further Inquiry Rule: A Response to Professor John Langbein*, 47(2) WM & Mary L. REV. 541 (2005)

הנאמנות, שאינה זהה לטובתו האישית.⁷¹ לנוכח ניגוד העניינים האמור, יש ליתן למוסד הנאמנות, ובאמצעותו לנהנה, הגנה רבה יותר המתבטאת בפסיקתם של תשלומי השבה במובן הרחב אף כאשר הפרת חובת האמון לא הייתה כרוכה ביסוד נפשי של כוונה.

2.2 המבחנים לפסיקתם של תשלומי השבה בגין הפרת חוזה

שיטת המשפט הישראלית קבעה, כאמור, קביעה גורפת שצד לחוזה זכאי לתבוע תשלומי השבה כל אימת שהופר חוזה, ומפר החוזה גרף רווחים, מבלי שנגרם נזק מקביל לצד האחר לחוזה. לעומת זאת נוכחנו ששיטות משפט אחרות אמנם הכירו בתשלומי השבה כתרופה להפרת חוזה, אולם קבעו מבחנים אשר הגבילו את תחולתם לנסיבות מיוחדות ויצאות דופן. להלן אנתח את המבחנים אשר הוצעו בשיטות המשפט האחרות באשר לפסיקתם של תשלומי השבה בשל הפרת חוזה. תודגש הביקורת אשר נמתחה על המבחנים לפסיקתם של תשלומי השבה בשל הפרת חוזה בשיטת המשפט האנגלו-אמריקנית. לנוכח הביקורת, שתפורט להלן, אמליץ על הכפפתם של תשלומי ההשבה בישראל למבחני אשם אשר יתחמו את פסיקתם של תשלומי השבה בגין הפרת חוזה לנסיבות מוגדרות וקבועות מראש.

כזכור, בהלכת *Blake* התווה בית הלורדים שני כללים מנחים לפסיקתם של תשלומי השבה בעקבות הפרת חוזה. לפי הכלל הראשון, תשלומי השבה ייפסקו כאשר התובע מוכיח אינטרס לגיטימי בקיום החוזה ובמניעת פעילותו נושאת הרווחים של הנתבע. הוכחת אינטרס לגיטימי בקיום החוזה נדרשת, בדרך כלל, כדי לזכות בתרופת האכיפה. לפי הכלל השני, על התובע להראות שתרופות אחרות אינן מגנות כראוי על האינטרס שלו בקיום החוזה.⁷² שיטת המשפט הישראלית ושיטת המשפט המקובל נבדלות זו מזו בעניין מעמדה של תרופת האכיפה. במשפט האנגלי התרופה הראשונית להפרת חוזה אינה תרופת האכיפה אלא תרופת הפיצויים.⁷³ לנפגע מהפרת חוזה זכות קנויה לתבוע פיצויי קיום בעקבות הפרת חוזה, אולם אין לו זכות לתבוע כסעד ראשוני את תרופת האכיפה. הדעה המקובלת שם היא שתרופת האכיפה תינתן אך ורק בנסיבות חריגות ויצאות דופן כאשר התובע מוכיח אינטרס לגיטימי בביצוע החוזה. תרופת האכיפה נתפסת כסעד שיווי בלבד הכפוף לשיקול דעת רחב של בית המשפט והיא תינתן רק אם הצליח התובע להוכיח שיש לו אינטרס

⁷¹ שלמה כרם *חוק הנאמנות, תשל"ט-1979* 3-4 (מהדורה שלישית, 1995).

⁷² מבחן זה קשור לעיקרון הרחב במשפט האנגלו-אמריקני שלפיו בטרם תישקל האפשרות לתת תרופות אחרות, יש להראות שתרופת הפיצויים אינה תרופה מתאימה. להרחבה, ראו: Douglas Laycock, *The Death of the Irreparable Injury Rule*, 103 HARV. L. REV. 688 (1990).

⁷³ *Co-operative Insurance Soc v. Argyll Stores (Holdings) Ltd*, [1998] A.C. 1

לגיטימי בביצוע החוזה וכן שפיצויים לא יביאו לידי מיצוי הצדק עמו. לעומת זאת, בשיטת המשפט הישראלית תרופת האכיפה היא התרופה הראשונית הנפסקת במקרים של הפרת חוזה. בפסקי דין רבים נפסק שהנפגע מהפרת חוזה זכאי לא רק לפיצויים על נזקי ההפרה אלא גם לתבוע את אכיפת החוזה.⁷⁴

התפיסות הנבדלות בדבר מעמדה של תרופת האכיפה משפיעות על עמדותיהן של שיטות המשפט באשר לתשלומי השבה. שיטת המשפט האנגלית מכירה בתשלומי השבה בנסיבות חריגות בלבד, ואילו שיטת המשפט הישראלית אינה מצמצמת את הזכות לתשלומי השבה לנסיבות יוצאות דופן, ומאפשרת את פסיקתם כל אימת שלתובע לא נגרם כל נזק ואי־אפשר לאכוף את החוזה עמו.

שני המבחנים שהוצעו בפרשת *Blake* הביאו בארץ מכורתם לידי קשיים ניכרים. אם נחיל את המבחן הראשון, מבחן האינטרס הלגיטימי בביצוע החוזה ובמניעת הפקת רווחים מצד הנתבע, על פרשת *Blake* עצמה, נמצא שיש למדינה אינטרס לגיטימי בקיום החוזה כל עוד *Blake* הוא סוכן פעיל, אולם לא ברור מדוע יש למדינה אינטרס לגיטימי בקיום החוזה ובמניעת הפקת הרווחים כאשר *Blake* כבר אינו סוכן פעיל והמידע שהיה בכוונתו לפרסם כבר אינו חסוי. גם המבחן השני, שעניינו היעדר תרופות אחרות המגנות על אינטרס התובע בביצוע החוזה, הוא מעורפל ביותר. הפסיקה האנגלית באשר לתרופת האכיפה הציעה כמה כלי עזר להבהרת מבחן זה. נקבע בה שקושי בהערכת הנזק או בהוכחתו אין בהם כשלעצמם כדי ללמד שתרופות אחרות אינן מגנות על אינטרס התובע, אלא אם כן הקשיים הראייתיים הללו אינם בעטיו של התובע.⁷⁵ קושי להוכיח קשר סיבתי בין הפרת החוזה לנזק שלא יביא לידי מסקנה כאמור.⁷⁶ עוד נקבע שאם לא נגרם לתובע נזק, ייתכן שיהיה מקום לקבוע שהתרופות האחרות אינן מגנות על אינטרס התובע, אולם אם נגרם לתובע נזק, אך הוא גלגל אותו לצד שלישי (למשל, ללקוחותיו), לא יוכל התובע להישמע בטענה שלא נגרם לו כל נזק.⁷⁷ העמדה המקובלת היא שהמבחנים קשים ליישום, מעורפלים

⁷⁴ לדוגמאות, ראו: ע"א 822/88 לנר נ' דרזנר, פ"ד מד(2) 167, 174 (1990) ("כבר פסקנו לא אחת, כי סעד האכיפה, הקבוע בס' 3 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, הוא 'סעד ראשוני ועיקרי' שהנפגע זכאי לו, ואין הוא תלוי בשיקול-דעת של בית המשפט"); ע"א 108/84 סתם נ' מרקוביץ – חברה לבנין והשקעות בע"מ, פ"ד מב(1) 757, 765 (1988) ("שלא כמו בעבר, עת היה סעד האכיפה משום סעד שביושר הנתון לשיקולו המוחלט של בית המשפט והיווה סעד משני לתרופה המקובלת, סעד הפיצויים, הרי מהווה האכיפה כיום 'הסעד הראשוני והעיקרי'"); שלו ואדר, לעיל ה"ש 10, בעמ' 191–193.

⁷⁵ *Fothergill v. Rowland* [1873] L.R. 17 Eq. 132.

⁷⁶ *The Stena Nautica* (No. 2) [1982] 2 Lloyd's Rep. 336, 342.

⁷⁷ Ralph Cunnington, *The Inadequacy of Damages as a Remedy for Breach of Contract*, in *Justifying Private Law Remedies* 115 (C. Rickett ed. Oxford, Hart Publishing, 2008).

וחסרי לכידות.⁷⁸ לפיכך יש לנקוט משנה זהירות בטרם נאמץ את המבחנים שנקבעו במשפט האנגלי ונחיל אותם בפסיקתם של תשלומי השבה במובן הרחב במשפט הישראלי.

לדעת, עדיף ללכת בעקבות ה-Restatement השלישי לעשיית עושר ולא במשפט, ולאמץ את מבחן אשמו של מפר החוזה.⁷⁹ העמדה המקובלת בשיטת המשפט הישראלית ובשיטות משפט אחרות היא שהאחריות החוזית היא אחריות חמורה שאינה תלויה בדרך כלל באשם.⁸⁰ מספיק שהחוזה הופר על ידי צד לחוזה כדי שתגובש אחריותו של המפר לנזקיו של הנפגע בלי קשר לשאלה אם ההפרה הייתה מכוונת, רשלנית או תמת לב. לפי הגישה המסורתית, משטר האחריות החמורה מגשים מטרה מרכזית של דיני החוזים והיא כיבוד רצון הצדדים ועידודן של עסקאות רצוניות בלא התערבות המדינה, או לכל היותר בהתערבותה המזערית. דיני חוזים מבקשים לקדם את עקרון חופש החוזים, דהיינו לאפשר לפרטים להתקשר בחוזים ולקבוע את תוכן החוזה כאוות נפשם. מחויבות הדין לחופש החוזים, מוציאה, לכאורה, את אפשרות אימוץ משטר של אשם משום שמשטר של אשם טומן בחובו שיפוט חברתי חיצוני של כוונותיהם של הצדדים, אשר אינו זהה בהכרח לכוונות הצדדים עצמם. זהו למעשה ההבדל שבין דיני התאונות לדיני החוזים. דיני הנזיקין מבססים את רמת האחריות על אשם כיוון שהתאונה – אשר את השלכותיה מבקש הדין להסדיר – התרחשה בין שני זרים שלא נועדו ולא גיבשו כוונות משותפות לפני קרות התאונה. לפיכך, האחריות נקבעת אפוא על בסיס שיפוט חברתי. לעומת זאת, בדיני החוזים הצדדים עצמם מעצבים את רמת האחריות החוזית, ולכן אין צורך בשיפוט חברתי מתערב.

⁷⁸ Ralph Cunnington, *The Measure and Availability of Gain – based Damages for Breach of Contract*, in CONTRACT DAMAGES: DOMESTIC AND INTERNATIONAL PERSPECTIVES 207, 233–235 (R. Cunnington & D. Saidov eds., Oxford: Hart 2008).
ראו גם: OkeogheneOdudu & Graham Virgo, *Inadequacy of Compensatory Damages*. [2009] R.L.R 112.

⁷⁹ אף בספרות האנגלית הובעה הדעה שתנאי המבחנים שנקבעו בפרשת *Blake* מתקיימים אך ורק כאשר להפרת החוזה של הנתבע נלווה אשם או זדון. ראו: Edelman, לעיל ה"ש 19.

⁸⁰ ע"א 3912/90 *Eximin S.A* תאגיד בלגי נ' טקסטיל הנעלה איטל סטייל פרארי בע"מ, פ"ד מז(4) 64, 81 (1993). ("נקודת המוצא המקובלת היא, שאחריות חוזית היא אחריות מוחלטת, במובן זה שהיא קמה בדרך כלל במלוא היקפה בלא תלות באופי ההפרה, בהלך מחשבתו של המפר או בנסיבות אחרות"); ע"א 7379/06 *ג.מ.ח.ל חברה לבניה 1992 בע"מ נ' ישי טהוליאן פס' 43* לפסק דינה של השופטת מ' נאור (פורסם בנבו, 10.9.2009) ("בבואו לקבוע אם הייתה הפרה, אין הדין שואל מה היה מצבו הנפשי של המפר. גבריאלה שלו מסבירה כי גישתו העקרונית של החוק היא כי, בכפיפות לעקרון תום הלב, הפרה אינה טעונה יסוד נפשי כלשהו. האחריות החוזית היא אחריות מוחלטת בלא קשר לכוונתו הרעה או הטובה של המפר"); שלו ואדר, לעיל ה"ש 10, בעמ' 113–127; דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג 385 (2003).

הטיעון המצדד במשטר של אחריות חמורה, ולא במשטר של אשם, מבוסס על שתי הנחות: שכוונות הצדדים לחוזה ידועות ולחלופין ניתנות בקלות לקביעה, ושכוונותיהם המשותפות של הצדדים אינן כוללות אימוץ משטר של אשם. עם זאת, הנחות אלה מוקשות. כוונות הצדדים, בין שתובענה בכתב, בעל-פה או בהתנהגות, הן לעתים קרובות מעורפלות, מנוגדות וחלקיות. בשל אי-הבהירות בכל הנוגע לכוונות הצדדים, סכסוכים חוזיים ניטשים ובתי המשפט נדרשים להשתמש בכלי הפרשנות החוזיים כדי לקבוע מה הייתה כוונת הצדדים. אם כוונת הצדדים שנויה במחלוקת, והשימוש בכלי הפרשנות כדי לחשוף את כוונת הצדדים הוא תדיר, אזי הטיעון שהאחריות המוחלטת היא תולדה של כוונת הצדדים – נחלש. הקביעה שרמת האחריות חוזית צריכה להיות חמורה אינה נובעת אפוא מכיבוד כוונותיהם של הצדדים. לפיכך לא מן הנמנע שלעתים כוונת הצדדים היא שבית המשפט יביא בחשבון שיקולי אשם בבואו להכריע בשאלות של אחריות להפרת חוזה והיקפה.⁸¹

חסידי הגישה הכלכלית למשפט גורסים שמרבית הצדדים לחוזה היו מעדיפים משטר של אחריות חמורה על פני משטר של אשם. כמה טעמים לגישה זו. ראשית, המבטיח נמצא בעמדה טובה יותר לשאת בסיכונים כגון היותו של החוזה יקר לביצוע. לכן ביכולתו לשאת בעלות של אמצעים זהירות, כגון ביטוח, אשר יבטיחו ביצוע יעיל של החוזה. במצב דברים שבו המבטיח מוחזק כ"נושא הסיכון העדיף", רוב הצדדים היו מסכימים למשטר של אחריות חמורה. שנית, מבחינה מערכתית הצדדים לחוזה נמצאים בעמדה טובה יותר מעמדתו של בית המשפט לקבוע אם הם מעוניינים שמשטר אחריות על בסיס אשם יחול על החוזה. שלישית, משטר אחריות של אשם כרוך בעלויות התדיינות רבות יותר מאלה של משטר אחריות חמורה, שכן הוכחת אשם על ידי מי מהצדדים כרוכה בעלויות התדיינות רבות. לכן, גורסת הגישה הכלכלית למשפט, חסרונות משטר אחריות על בסיס אשם גוברים על היתרונות שבמשטר זה.

הגישה הכלכלית, התומכת במשטר של אחריות חמורה, כקודמתה הגישה המסורתית, גם היא אינה נקייה מקשיים: הטענה שהמבטיח הוא "נושא הסיכון העדיף" לא בכל המקרים נכונה. כשכריתת החוזה מלכתחילה לא הייתה יעילה, ומוטב היה שלא לכרתו, הטענה אינה נכונה. היא אינה נכונה גם באותם מקרים שבהם לאחר כריתת החוזה קורה דבר מה ההופך את ביצוע החוזה לבלתי יעיל לשני הצדדים. במקרים כאלה הטענה שרצוי שרק המבטיח ינקוט אמצעי זהירות להבטחת ביצוע יעיל של החוזה, ויישא בעלותם, אינה מדויקת משום שלעתים קרובות נזקק המבטיח לשיתוף פעולה מצד הנבטח כדי לנקוט את אמצעי הזהירות. השקעות שישקיע הנבטח בביצוע החוזה ישפיעו במישרין על היקף אמצעי הזהירות שינקוט המבטיח

George M. Cohen, *How Fault Shapes Contract Law*, in *FAULT IN AMERICAN CONTRACT LAW*, 53 (CUP, 2010) 81

כדי להבטיח ביצוע יעיל של החוזה. לפעמים הנבטח נמצא בעמדה טובה יותר לנקוט אמצעים לצמצום נזקים, בייחוד במקרים שבהם עלות ביצוע החוזה למבטיח יקרה מהצפוי, או התועלת שיפיק הנבטח מביצוע החוזה נמוכה מהצפוי. כך, למשל, הנבטח יכול להבהיר למבטיח את זכויותיו וחובותיו על פי החוזה; הנבטח יכול להעביר למבטיח מידע על אודות נזקים שייגרמו לו אם לא יבצע את החוזה; הנבטח יכול להעביר מידע למבטיח החיוני לו לביצוע יעיל של החוזה. אמצעי זהירות נוסף שהנבטח יכול לנקוט כדי להתמודד עם סיכונים העלולים להתממש לאחר כריתת החוזה, הוא צמצום הסתמכותו על החוזה. כאשר הנבטח מודע לכך שישנו סיכון ממשי שהמבטיח לא יקיים את חיוביו על פי החוזה, וצופה כי כך אכן יקרה, עליו להימנע מלהוציא הוצאות בהסתמך על החוזה אשר ביצעו מוטל בספק.⁸² ככל שמדובר בטיעון בדבר עלויות ההתדיינות הכרוכות במשטר אחריות של אשם, אף טיעון זה אינו מדויק. בית המשפט יכול להגביל את האופי וההיקף של הראיות שיוכלו הצדדים להגיש כדי להוכיח אשם של הצד האחר. משטר של אשם אין פירושו שהצדדים יוכלו להציף את בית המשפט בתלי תלים של ראיות. בהגבלת היקף הראיות יצומצמו עלויות ההתדיינות. הטיעון המערכתי שלפיו רצוי שהצדדים הם שיקבעו משטר של אשם ולא יקבע זאת שיפוט חיצוני מתערב של בית המשפט, נתקל באותו קושי שצוין לעיל בדיון בגישה המסורתית: ההנחה שכוונות הצדדים ידועות, או ניתנות לקביעה בקלות יחסית, מוטלת בספק רב.

שיקולי אשם מובאים תדיר בחשבון על ידי בית המשפט הן בקביעת עצם האחריות של המפר לנזקי הפרתו הן בשאלת היקף אחריותו של המפר לנזקי הפרתו. חריגים אלה מצביעים על כך ששיקולי אשם אינם זרים לדיני החוזים. ככל שמדובר בשאלת עצם אחריותו של המפר לנזקי הפרתו, לפעמים צדדים לחוזה מגדירים את זכויותיהם וחובותיהם תוך שימוש במושגים של סבירות. דוגמה לכך הם חיובי ההשתדלות, שעורכי דין או רופאים מקבלים עליהם, לפעול בסבירות ובמיומנות מקצועית. במקרים אלה יש לבחון את אשמו של המפר כדי להשיב על השאלה אם חיובי החוזה קוימו בסבירות, ובמילים אחרות: אם המפר התרשל בביצוע חיוביו. דיני הסיכול שוללים את זכאותו של הנפגע מהפרת חוזה לאכוף את החוזה ולקבל פיצויי קיום, ובכך דיני הסיכול מבטלים את האחריות החוזית של המפר:

"דוקטרינת הסיכול, המוחלת על הפרות שלא ניתן היה לצפות או למנוע, היא דוגמא מובהקת לכך שדין החוזים מתחשב בשיקולי אשמה לצורך הכרעה בשאלת קיומה של האחריות החוזית".⁸³

Ariel Porat, *A Comparative Fault Defense in Contract Law*, 107 MICH. L. REV. 1397, 82
1398–1403 (2009).

83 שלו ואדר, לעיל ה"ש 10, בעמ' 118.

זאת ועוד, החלתו של עקרון תום הלב על חובותיהם וזכויותיהם של הצדדים לחוזה מלמדת אף היא שלעתים יש לתת את הדעת על מצבו הנפשי של המפר בעת הפרת החוזה.

ככל שמדובר בשאלת היקף אחריותו של המפר לנזקי הפרתו, דיני החוזים נדרשים לשיקולי אשם במגוון סוגיות ובהן: שאלת אשמו התורם של נפגע מהפרת חוזה הנבחנת לצורך צמצום היקף אחריותו של המפר לנזקי הפרתו; שאלת אשמו של הנבטח, הנבחן על פי דוקטרינת הקטנת הנזק; לשאלת אשמו של המפר הנבחנת לצורך בירור תחולת סייג הצדק לאכיפה הקבוע בסעיף 3(4) לחוק התרופות. גם בהפעלת סמכותו של בית המשפט להפחית פיצויים מוסכמים ייתכן שיש מקום לשיקולי אשם בעת הפרת החוזה.⁸⁴

הקביעה שהאחריות החוזית היא לעולם מוחלטת אינה עולה בקנה אחד עם הרטוריקה של בתי המשפט. על פי רטוריקה זו, בתי המשפט נדרשים לעתים קרובות למצבו הנפשי של המפר בתארום את הפרת חוזה.⁸⁵

אימוצו של משטר אשם בהקשר פסיקתם של תשלומי השבה במובן הרחב משמעה קביעה שבית המשפט יורה על פסיקתם של תשלומים אלה אם הוכח שהמבטיח פעל מתוך יסוד נפשי של כוונה לנשל את הנבטח מרווחים אשר בנסיבות אחרות היו עשויים להגיע לידיו. יסוד נפשי של כוונה מתקיים במצב דברים שבו צד לחוזה פועל שלא לפי ציפיותיו הסבירות של הצד האחר לחוזה ומתכחש לחלוטין לחיוביו הראשוניים על פי החוזה ולאחריותו לפצות את הנפגע על נזקיו. במקרה כזה, המפר פועל למען מטרה אחת ברורה והיא נישול הצד האחר מרווחים הטמונים

⁸⁴ אריאל פורת הגנת אשם תורם בידי חוזים 65–71 (1997).

⁸⁵ ת"א (חי') 1556/72 מזרח נ' בורשטיין בע"מ, פ"מ תשל"ד(3) 404 (1974): "אולם התנהגות של המפר היא בוודאי אחד הדברים שיש להביא בחשבון בהכרעת השאלה אם להטיל עליו פיצוי לפי סעיף 13 'בנסיבות העניין'. אם הפר התחייבות בשגגה או בנסיבות מקילות אחרות יתכן שבית המשפט לא יטיל עליו פיצוי מעבר לנזק בממון שההפרה גרמה לתובע, או שיקבע את הפיצוי בסכום קטן יחסית, אך אם הופר החוזה בזדון הנטייה תהיה להטיל על המפר את הפיצוי במלוא כבודו. במקרה שלפנינו אין סיבה להתייחס בסלחנות אל הנתבעת. היה כאן ניסיון נועז להשתמש מכבוד התחייבות ללא כל סיבה מקילה, אלא פשוט כדי להרוויח מעליית המחירים בשוק הדיירות". לדיון בפסקי דין דומים ראו: יהודה אדר **התשלום העונשי כסנקציה בידי חוזים** 83–107 (עבודה לתואר דוקטור, האוניברסיטה העברית בירושלים, 2003). לדוגמה נוספת מהעת האחרונה שבה קבע בית המשפט העליון כי אחריותו של צד שלישי (באותה פרשה מדובר במנהל התאגיד) לניהול משא ומתן שלא בתום לב מותנית בהוכחת יסוד נפשי של כוונה, ראו: ע"א 10362/03 א. ברזני **שירותים ועסקאות בע"מ נ' אחים בן רחמים (צפון) בע"מ**, פס' 17 לפסק דינו של השופט א' גרוניס (פורסם בנבו, 20.10.2009): "להטלת חבות אישית על המנהל אין די להיווכח כי נורמת תום הלב – המכתיבה רמת התנהגות אובייקטיבית – הופרה, אלא יש להראות שעל המנהל רובץ אשם אישי (סובייקטיבי) למעשים או למחדלים שיש בהם משום ביצוע עוולה או הפרת חובה חקוקה".

בחוזה.⁸⁶ דוגמה מובהקת היא מקרה שבו המבטיח מתקשר עם צד שלישי ומעביר את הממכר לחזקתו חלף ביצוע העסקה עם הנבטח המקורי. במצב דברים שבו המבטיח פועל בכוונה, מוצדק לפסוק תשלומי השבה במובן הרחב כדי להרתיע מפני התנהגות אופורטוניסטית. הרתעה זו מושגת אם ניתן על פי דין לנשל את המבטיח מהרווחים שהפיק.

הצורך להתנות את פסיקת תשלומי השבה במובן הרחב ביסוד נפשי של כוונה נובע משני שיקולים מתנגשים בפסיקתם של תשלומים אלה. מחד גיסא, תשלומי השבה נחוצים כדי להרתיע מפני הפרות חוזה ולבצר את הזכאות החוזית. מאידך גיסא, יש חשש שפסיקתם של תשלומים אלה תעניק לנבטח מתת שמים (windfall), אשר לא היה זוכה לה לעולם אלמלא פסיקה זו. כך הוא המצב כאשר רווחי ההפרה נוצרו בדרך אגב והקשר הסיבתי שבין ההפרה לרווחים שנוצרו בגינה הוא קשר רופף. ניתן להניח שבהיעדר יסוד נפשי של כוונה להפר את החוזה, הייחוס הסיבתי של רווחים להפרת החוזה ייתקל בקשיים לא מעטים. דומה אפוא שיסוד נפשי של כוונה מאזן כראוי בין שיקולי הרתעה – אשר בנסיבות של אופורטוניזם משקלם גדל – לבין הצורך להבטיח שהנבטח לא יזכה בתשורה שלא היה זוכה לה בנסיבות אחרות.

ניתן לטעון כמה טענות נגד התנייתם של תשלומי השבה במובן הרחב ביסוד נפשי של כוונה: הטענה הראשונה היא שתשלומי השבה נפסקים כאשר מבטיח ניצל הזדמנות חוץ חוזית לצורך גריפת רווחים, ולכן יסוד נפשי של כוונה יתקיים במרבית המקרים. סבורני שמסקנה זו אינה הכרחית. לשיטתי, אין הכרח לקשור בין העובדה שגריפת הרווחים נעשתה תוך ניצול הזדמנות חוץ חוזית לבין מצבו הנפשי של המפר בעת הפרת החוזה. אכן, אין חולק שאדם המנצל הזדמנות חוץ חוזית, עושה זאת מתוך יסוד נפשי של כוונה. אולם מכאן אין נובעת המסקנה שהפרת החוזה אשר הייתה כרוכה בניצול ההזדמנות החוץ חוזית, נעשתה גם היא מתוך יסוד נפשי של כוונה. לפעמים הפרת החוזה נעשית מפני שהמפר אינו מודע להיקף הזכות החוזית של הנבטח, ואינו ער לגבולותיה המשפטיים. במצבים אלה ראוי לבחון את היסוד הנפשי הנלווה לפגיעה בזכות החוזית של הנבטח, לפני פסיקת תשלומי השבה במובן הרחב. לשיטתי, יש לבחון את היסוד הנפשי של כוונה לא בקשר לניצול ההזדמנות החוזית עצמה, אלא בקשר לפגיעה בזכות החוזית של הצד האחר לחוזה. רק כאשר צד לחוזה מתכחש לחלוטין הן לחיוביו הראשוניים על פי החוזה הן לחובתו לפצות את הנפגע על נזקיו, יש לפסוק לזכותו של הנפגע תשלומי השבה במובן הרחב. לעומת זאת, אם המפר אינו מודע להיקף הזכאות החוזית של הנפגע, ופועל לניצול

⁸⁶ Barry Perlstein, *Crossing the Contract-Tort Boundary: An Economic Argument for the Imposition of Extracompensatory Damages for Opportunistic Breach of Contract*, 58 BROOK. L. REV. 877, 880 (1992) (“[T]he opportunistic actor creates more value for himself, but only by taking an equivalent amount or more from others”)

הזדמנות חוזית מתוך אמונה שפעולה זו מתיישבת עם זכויותיו של הנפגע, לא יידרש לשלם תשלומי השבה במובן הרחב. תרופתו של הנפגע במקרה כזה תוגבל לתשלומי השבה במובן הצר.⁸⁷ אדגים דבריי:

(1) א' התקשר עם ב' בזיכרון דברים למכירת נכס, ולאחר התקשרותו זו התקשר עם ג' בחוזה למכירת הנכס. אנשים רבים אינם מודעים לכך שהתקשרותם בזיכרון דברים כמוה כהתקשרות בחוזה לכל דבר ועניין. במצב דברים זה א' אינו מודע להיקף הזכות החוזית של ב' ואינו ער לגבולותיה המשפטיים. מוקשה לטעון שהתקשרותו של א' עם ג' בחוזה רווחי יותר חלף ביצוע ההתקשרות עם ב' נעשתה מתוך כוונה וזדון. לפיכך במצב דברים זה ההתקשרות בחוזה רווחי אחר אינה נובעת מהתנהגות מכוונת אלא היא תוצאה של חוסר ידיעה בלבד. שונים פני הדברים אם ב' הסב פעמים רבות את תשומת לבו של א' לכך שמכוח זיכרון הדברים עומדת לו זכות חוזית לקבל את הנכס. במצב כזה, התקשרותו של א' עם ג' חרף קבלת התרעה מ-ב' על פגיעה בזכויותיו, עולה כדי הפרת חוזה שנלווה לה יסוד נפשי של כוונה.⁸⁸

(2) א' התקשר עם ב' בחוזה לשכירת דירה של כמה חדרים. א' מעוניין להשכיר את אחד החדרים בשכירות משנה לג'. נניח שחוזה השכירות בין הצדדים שותק בעניין ואינו מסדיר את הסוגיה. סעיף 22 לחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971, קובע שיש לאפשר לשוכר להעביר את זכותו או להשכיר את המושכר בשכירות משנה, אך מנגד יש לאפשר למשכיר להתנגד לכך כשטעמי התנגדותו סבירים. אם א' אכן השכיר את אחד החדרים לג' בשכירות משנה, ובית המשפט קבע בסופו של דבר שטעמי התנגדותו של בעל הנכס היו סבירים, מה תהיה תרופתו של בעל הנכס? במישור החוזי יש להגביל את תרופתו של בעל הנכס לתשלומי השבה במובן הצר. הואיל והחוזה בין הצדדים שותק בסוגיה זו, השכרת הנכס בשכירות משנה אינה עולה כדי פגיעה מכוונת היוודת לשורש החוזה. לפיכך תרופתו של בעל הנכס תוגבל לתשלומי השבה במובן הצר בלבד. עם זאת, אם החוזה בין הצדדים קבע במפורש ששכירות משנה אסורה, וחרף זאת השכיר השוכר העיקרי את הנכס לשוכר משנה, ובית המשפט לא מצא לנכון להתיר את העסקה בתנאים שייראו לו, תרופתו של בעל הנכס צריכה

⁸⁷ יצוין שטענה דומה נטענה בספרות בהקשר פסיקתם של תשלומים עונשיים דיני חוזים. ראו: Gregory Klass, *To Perform or Pay Damages*, 98 Va. L. REV. 143, 151 (2012): "[I]f there is any answer to here, I think it is the sense that contract disputes often result from genuine disagreement among the parties as to just what their contractual rights and obligation are. There is no point in imposing punitive damages on a party who 'takes' an entitlement because she [...] is mistaken about what it requires of her [...] Only after the parties' duties have been clarified should their breach be penalized"

⁸⁸ רע"א 2371/01 אינשטיין נ' אוסי תכנון והקמת מבנים ופיתוח בע"מ, פ"ד נז"ד (5) 787 (2003).

להיות תשלומי השבה במובן הרחב.

(3) דוגמה נוספת לחוזים אשר הפרתם לצורך ניצול הזדמנות חוץ חוזית לא בהכרח נעשית במצב נפשי של כוונה היא חוזי יחס (relational contracts) כגון חוזה שותפות בין משרדי עורכי דין. אכן, ניתן לטעון כי משום שמדובר בחוזה ארוך טווח, הפרתם של החיובים הראשוניים לצורך ניצול הזדמנות חוץ חוזית כרוכה מעצם טבעה ביסוד נפשי של כוונה. אולם גם מסקנה זו אינה הכרחית. מאפיין חשוב של חוזי יחס הוא שההסכמה החוזית של הצדדים מתפתחת בתקופת הביצוע של החוזה. לרוב, ההסכמות הנרקמות בתקופת ביצוע החוזה אינן משפטיות אלא "חברתיות", דהיינו חלק ממרקם היחסים החברתיים בין הצדדים בתקופת החוזה. לפעמים תוכנן של ההסכמות החברתיות שנוי במחלוקת. ייתכנו שינויי נסיבות אשר יביאו את אחד מן הצדדים לסבור שהסכמה חברתית ששררה ביניהם בעבר אינה בתוקף עוד. במצב כזה אין לומר שהפרת החוזה היא תולדה של מעשה מכוון. המפר סבור שאין הוא מבצע מעשה שנאסר עליו על פי החוזה, והוא מאמין בלב שלם שניצול ההזדמנות החוץ חוזית אינו סותר את התחייבויותיו הראשוניות בחוזה היחס.⁸⁹

הדוגמאות שפורטו לעיל מצביעות על כך שאין לקשור בין העובדה כי ניצול ההזדמנות החוץ חוזית נעשה מתוך יסוד נפשי של הפרה לבין אופי הפגיעה בזכות החוזית של הנבטח. כשם שמעוול קנייני עשוי לפלוש מבלי משים לקניינו של אחר ולהפיק רווחים, כך גם מפר עשוי מבלי משים לפגוע בזכות החוזית של נבטח ולהפיק רווחים. כשם שבהתעשרות עוולתית בתחום הנזיקין יש להבחין בין סוגים נבדלים של פגיעה בזכות הקניינית של אדם, כך גם בתחום החוזים מן הדין להבחין בין סוגים נבדלים של פגיעה בזכות החוזית של הנבטח. לפיכך במקרים שבהם ניצול ההזדמנות החוץ חוזית לא היה כרוך ביסוד נפשי של כוונה, אלא ביסוד נפשי של אדישות, רשלנות או פזיזות, תוגבל תרופתו של הנפגע לתשלומי השבה במובן הצר בלבד.

הטענה השנייה נגד התנייתם של תשלומי השבה במובן הרחב ביסוד נפשי של כוונה היא שקשה לזהותו. אמנם קשה מבחינה עובדתית לזהות יסוד נפשי של כוונה, ולהוכיחו בבית המשפט, אולם קושי זה אינו קושי אמיתי, שכן בתי המשפט נדרשים לזהות יסוד נפשי של כוונה חדשות לבקרים בהקשרים נזיקיים ופיליליים. לכן אין להניח שבתי המשפט יתקשו לזהות יסוד נפשי של כוונה גם בהקשר החוזי.⁹⁰

⁸⁹ להרחבה בעניין תיאוריית חוזי היחס, ראו: מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים בישראל" **עיוני משפט** כט(1) 17, 45-48 (2005); IAN. R. MACNEIL, *THE NEW SOCIAL CONTRACT: An INQUIRY INTO MODERN CONTRACTUAL RELATION* (1980).

⁹⁰ בספרות נטען שישנן דרכים נוספות להתגבר על הקושי לזהות יסוד נפשי של כוונה, כגון משחק בנטלי ההוכחה, שימוש בראיות מדעיות וכיוצא באלה. ראו: Gregory Klass, *Contracting for*

הטענה השלישית היא שלפעמים התנהגות המזוהה כהפרת חוזה אינה מעשה חד-פעמי, אלא סדרה של מעשים, מהם מכוונים ומהם בלתי מכוונים. במקרה כזה יאלצו בתי המשפט לבחור אם להתמקד במעשים המכוונים, או במעשים שאינם מכוונים. לפיכך, בהיעדר הנחייה ברורה, יתקשו בתי המשפט לתייג התנהגות שהביאה להפרת חוזה כהתנהגות מכוונת.⁹¹ הקושי האמור העסיק את טובי הפילוסופים אשר טענו כי המקור לכל מאורע אף פעם אינו גורם אחד בלבד, אלא תמיד מכלול של גורמים, ומבחינה עקרונית שווה חלקו של כל אחד מן הגורמים האלה.⁹² עם זאת, בהקשר המשפטי, קבע המשפט האנגלו-אמריקני מקדמת דנא כי המושג הפילוסופי של סיבתיות אינו יעיל. כדי להתגבר עליו יש להיזקק למבחנים של שכל ישר שיאתרו את **הסיבה הישירה, המידית והקרובה** לנזק.⁹³ בענייננו, הפתרון לקושי האמור טמון בהצבת מבחנים לבחינת קשר סיבתי בין התנהגות המהווה הפרת חוזה לבין הרווחים. מתוך שלל ההתנהגויות שהביאו להפרת חוזה, בין שהן מכוונות ובין שאינן כאלה, יש לבחור בהתנהגות שיש קשר סיבתי ישיר בינה לבין הרווח הבלתי חוקי שהפיק מפר החוזה. לרוב, להתנהגות המתאפיינת ביסוד נפשי של כוונה יהיה קשר סיבתי ישיר עם הרווחים שהתקבלו מצד שלישי. מאידך גיסא, להתנהגות בלתי מכוונת יהיה קשר סיבתי רופף לפירות ההפרה. דרישת הקשר הסיבתי יכולה לסייע להבחין בין התנהגות מכוונת להתנהגות בלתי מכוונת. יתר על כן, מדד נוסף להבחנה בין התנהגות מכוונת להתנהגות בלתי מכוונת הוא הצבת השאלה אם ההפרה יורדת לשורשו של החוזה. לרוב, רק הפרה היורדת לשורשו של החוזה תהווה התנהגות שנלווה לה יסוד נפשי של כוונה.

בישראל, בפסק הדין בפרשת **אדרס** לא הותנתה פסיקת תשלומי השבה במובן הרחב בקיומה של הפרה מכוונת, אולם בנסיבות העניין הפרת החוזה הייתה כרוכה ביסוד נפשי של כוונה, וייתכן שהן שימשו זרז חשוב לאימוצם של תשלומי השבה במובן הרחב במשפט הישראלי. הדברים הבאים של השופט לוין מבטאים זאת יפה:

"מי שדורש מצד לחוזה להתנהג בתום לב לא יתייחס בסבלנות לצד אשר יפר חוזה ממניעים של רצון **קוניונקטורלי** להתעשר על חשבון הצד האחר. הגישה החוזית האמורה [...] **יש בה כדי להרתיע צד לחוזה מלהפר את התחייבויותיו על פיו; יש בה כדי להשתלב בתחושת הצדק**

.*Cooperation in Recovery*, 117 Yale L.J. 2 54–60 (2007)

Richard Craswell, *When is a Willful Breach "Willful"? The Link Between Definitions and Damages*, 107 MICH L. REV 1501 (2009) ⁹¹

יצחק אנגלרד, אהרן ברק, מישאל חשין **דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית** 183–182 (גד) טדסקי עורך, מהדורה שנייה מתוקנת ומעורכנת, (1976). ⁹²

H.L.A HART & T. HONORÉ, *CAUSATION in THE LAW* (2nd ed., Oxford: Clarendon, 1985). ⁹³

הרווחת בחברה הישראלית, שעל פיה לא יצא חוטא נשכר".⁹⁴
(ההדגשות שלי ל.א.)

דומה שיש לבחון את תשלומי ההשבה בעקבות הפרת חוזה לאור ההקשר הנזיקי הרחב. לפיכך כשם שבהקשרים נזיקיים וקניינים שבהם מתקיימת התעשרות עוולתית יש להתנות תשלומי השבה במובן הרחב ביסוד נפשי של כוונה, כך יש לעשות גם בהקשר החוזי. לפיכך העמדה המוצעת כאן תביא להרמוניזציה בענף המשפטי של התעשרות עוולתית. לעניות דעתי, יש לסייג את מבחן האשם ולהחילו אך ורק כאשר הנפגע מהפרת חוזה מבקש שייפסקו לזכותו תשלומי השבה במובן הרחב. לעומת זאת, כאשר מתבקשת פסיקתם של תשלומי השבה במובן הצר או פסיקת החיסכון שחסך הנתבע בעלויות ביצוע החוזה, אין להתנות את פסיקתם באשם כלשהו מצדו של הנתבע. כמה טעמים לעמדה זו. ראשית, במרבית המקרים תשלומי השבה במובן הרחב יהיו גבוהים יותר מתשלומי השבה במובן הצר או מהחיסכון שחסך הנתבע בעלויות ביצוע החוזה. לפיכך על מנת לפסוק לזכותו של התובע את התרופה ששיעורה הוא הגבוה ביותר מבין ארסנל התרופות העומד לרשותו, יש להתנות זאת בעמידה בדרישות מחמירות יותר, קרי: יסוד של אשם הנלווה להפרת החוזה. שנית, הרציונל שבבסיס כל אחד מתשלומי ההשבה הוא אחר. ככל שמדובר בתשלומי השבה במובן הרחב, התכלית היא הרתעה, ולכן מוצדק במיוחד לפסוק אותם בנסיבות שבהן יסוד נפשי של אשם נלווה להפרת החוזה. לעומת זאת, ככל שמדובר בתשלומי השבה במובן הצר וחיסכון בעלויות ביצוע, הטעם הוא השבת ההתעשרות בלתי מוצדקת, המבוססת על עקרונות הצדק המתקן, כלומר השבת המצב לקדמותו. כאשר התובע מבקש שתושב לו התעשרות שהתעשר הנתבע בעקבות הפרת חוזה, אין טעם רב ואין הצדקה להתנות את ההשבה באשם כלשהו מצדו של הנתבע. קשה יותר להצדיק תשלומי השבה במובן הרחב, מפני ששיעורו של הסכום הנתבע אינו נקבע לפי התועלת או הערך שהועברו בפועל מהתובע לנתבע, אלא לפי שיעורו של רווח שהשיג הנתבע מצד שלישי. יתר על כן, בעוד תשלומי השבה במובן הצר מבקשים להשיב הן את התובע והן את הנתבע למצבם הטרם חוזי, תשלומי השבה במובן הרחב מתמקדים אך ורק בנתבע ובהשבתו שלו למצב שבו היה אילו החוזה היה מקיים. לפיכך ראוי שפסיקת תשלומי השבה במובן הרחב תותנה בתנאי מחמיר יותר, דהיינו בדרישת יסוד נפשי של כוונה להפר את החוזה. לעומת זאת ככל שמדובר בתשלומי השבה במובן הצר ובחיסכון בעלויות ביצוע, אין להתנות את פסיקתם בהוכחת יסוד נפשי כלשהו.

בבוא בית המשפט לפסוק תשלומי השבה לנפגע מהפרת חוזה, עליו לשקול שיקולי מדיניות המתאימים לנסיבות אותו מקרה. בנסיבות פרשת *Blake*, למשל,

⁹⁴ פרשת **אדרס**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 237.

שבו לראשונה פסק בית הלורדים תשלומי השבה במובן הרחב, נשקלו שיקולים ציבוריים הנוגעים לנסיבות אותו מקרה. שיקולים אלה התבטאו בצורך לשמור על סודיות המידע המובא לידיעת עובדי שירותי המודיעין. בית הלורדים קבע שלכתר יש אינטרס לגיטימי שלא לאפשר ל-Blake להפיק רווחים מחשיפה של מידע רשמי, בין שהוא מסווג בין לאו, בזמן היותו מועסק על ידי שירותי המודיעין ואף לאחר תום שירותו. הצורך להבטיח סודיות ונאמנות של חברי שירותי המודיעין הוכר כאינטרס לגיטימי לנישול הנתבע מרווחיו. יצוין, עם זאת, ששיקולי מדיניות יכולים גם להביא שלילתם של תשלומי השבה חרף עמידה במבחני האשם וגם אם אין בנמצא תרופות אחרות.

כדי להבהיר זאת, ניעזר בדוגמה שמביא המלומד Treitel: מעביד ועובד כורתים חוזה עבודה ולפיו יעבוד העובד פרק זמן של שלוש שנים, ויזכה לשכר שנתי של 50,000 ש"ח. לאחר השנה הראשונה העובד עוזב את מקום עבודתו למרות המוסכם בחוזה ומתקשר בחוזה עם מעביד מתחרה, ועל פיו יזכה לשכר כפול, כלומר 100,000 ש"ח לשנה. נניח עוד שבאותו מקרה לא נגרם למעביד הראשון כל נזק מעזיבתו של העובד, משום שמצא עובד אחר, מוכשר יותר, אשר מוכן לתת את שירותיו בעד סכום נמוך יותר מזה שקיבל העובד הראשון.⁹⁵ השאלה המעסיקה אותנו היא זו: האם בנסיבות אלה יהא רשאי המעביד הראשון לתבוע תשלומי השבה מהעובד, כלומר את הרווחים שגרף מהתקשרותו עם המעביד השני? לעניות דעתי, יש להשיב על שאלה זו בשלילה. אכן, בנסיבות מקרה זה מתקיימים מבחני אשם (יסוד נפשי של כוונה). אולם שיקולי מדיניות הנוגעים לשוק העבודה מטים את הכף לעבר הקביעה שאין להכיר בנסיבות מקרה זה בתשלומי השבה. ראשית, חופש העיסוק של האדם וזכותו לניידות עסקית עלולים להיפגע אם ייפסקו תשלומי השבה. שנית, יש חשש מפני קיבעון והנצחה של מעמד העובד, בייחוד אם אפשרויות הקידום שלו אצל המעביד הנוכחי מוגבלות. פסיקת תשלומי השבה במצב כזה תחסום בפני העובד את היכולת להתקדם במעמדו בעבודה על ידי מעבר למעביד אחר המציע מסלולי קידום טובים יותר. שלישית, פסיקת תשלומי השבה במקרה כזה תגרע מיכולתם של מעסיקים לשכור את שירותיהם של עובדים מוכשרים, ובכך תיפגע התחרות במשק.⁹⁶ עם זאת, העמדה שאין לפסוק תשלומי השבה כאשר עובד מעוניין לעבור למעביד אחר תמורת שכר גבוה יותר, אינה מוצדקת אם העובד רכש הכשרה מיוחדת אצל המעביד הראשון או לחלופין נודעו לו סודות מסחריים במקום עבודתו. במצבים מסוג זה, העובד חותם בדרך כלל על תניית אי-תחרות המגבילה את זכותו לעזוב את מעסיקו לטובת מתחרה. סביר גם להניח שבמקרים מעין אלה קיבל העובד תמורה מיוחדת בעד

⁹⁵ GUENTER H. TREITEL, THE LAW OF CONTRACT 868 (10th ed. 1999).

⁹⁶ לבחינתן של תניות אי-תחרות מנקודת הראות של פגיעה בתחרות, ראו: דייד גילה "לקראת מדיניות משפטית חדשה כלפי תניות אי תחרות" **עיוני משפט** כג(1) 63 (2000).

התחייבותו שלא להתחרות בעתיד במעסיקו הנוכחי. לכן, וכדי להרתיע את העובד שלא ישתמש בסודות המסחריים שנודעו לו או בהכשרה המיוחדת שקיבל לצורך גריפת רווחים, יש לפסוק תשלומי השבה במובן הרחב.⁹⁷

ג. מבחני הסיבתיות

כידוע מבחני הסיבתיות כוללים שניים אלה: סיבתיות עובדתית וסיבתיות משפטית. הסיבתיות העובדתית מעוגנת בסעיף 10 לחוק התרופות בצירוף המילים "עקב ההפרה ותוצאותיה" שבסעיף. המבחן המסורתי לבחינת קשר סיבתי עובדתי הוא מבחן הסיבה שבלעדיה אין (causa sine quanon). על פי מבחן זה, יש לבחון אם אלמלא הופר החוזה היה מתרחש הנזק שהנפגע תובע בגינו פיצוי כספי. לאחר שאיתרנו את הגורם העובדתי לקרות הנזק, יש להיזקק לסיבתיות המשפטית, המעוגנת אף היא בסעיף 10 לחוק התרופות, ולפיה התנאי לזכאות הנפגע לפיצוי הוא שהנזק שגרמה ההפרה יהיה נזק "שהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה". על פי מבחן הצפיות, יש לבחון אם בעת כריתת החוזה צפה המפר את התרחשותו של נזק – מסוגו של הנזק שבגינו מבקש הנפגע פיצוי – כתוצאה מסתברת של ההפרה אשר גרמה עובדתית לאותו נזק. יש להדגיש, אין הכרח שהמפר יהיה מודע בפועל לאפשרות של גרימת נזק. די בכך שאדם סביר בנעליו היה יכול להיות מודע לאפשרות התרחשות הנזק.⁹⁸ ככל שמדובר בסיבתיות עובדתית, יש לתת את הדעת על מקרים שבהם כמה גורמים הביאו להפקת רווחים, וחלק מהגורמים הסיבתיים הללו אינם עוולתיים כלל. כך הוא המצב כאשר הפקת הרווחים התאפשרה לא רק בשל הפרת החוזה מצד המבטיח אלא בשל מאמציו וכישוריו של המבטיח.⁹⁹ לדוגמה, מבטיח הפר חוזה לאספקת ממכר ייחודי שאינו מצוי בשוק הפתוח, ובמקום למלא את חיובו כלפי הנבטח התקשר עם צד שלישי בחוזה מכר כנגד תמורה גבוהה יותר. במצב דברים כזה, הפרת החוזה עם הנבטח המקורי היא אחד מהגורמים הסיבתיים להפקת הרווחים,

⁹⁷ למקרה מעין זה, ראו: ע"ב (י-ם) 1906/98 גמאטרוניק תעשיות נ' קלמן (פורסם בנבו, 19.9.2006) (פסיקתם של תשלומי השבה במקרה שבו הפר העובד תניות אי-תחרות ושמירה על סודיות).

⁹⁸ לדיון במבחני הסיבתיות העובדתית והמשפטית, ראו: שלו ואדר, לעיל ה"ש 10, בעמ' 327-345.
⁹⁹ בכל הקשור להפקת רווחים במצבים של התעשרות עוולתית, בתי המשפט באנגליה הכירו בכך כי מקום בו הפקת הרווחים התאפשרה אודות למספר גורמים סיבתיים שאינם עוולתיים יש לחלק את הרווחים בין בעלי הדין, ראו למשל: Potton Ltd v. Yorkclose Ltd, [1990] F.S.R. 11 (מקרה של תכנון בתים ומכירתם תוך הפרת הקניין הרוחני של התובעים. בית המשפט קבע כי יש להבחין בין רווחים שנוצרו בעקבות הפרה של דיני הקניין הרוחני, לבין רווחים שנוצרו מגורמים סיבתיים אחרים שאינם עוולתיים, כגון: עלייה במחירי הנדל"ן, פרסום ושיווק).

אולם זהו אינו הגורם הסיבתי היחיד. יש לתת את הדעת על כך שהרווחים התאפשרו אף הודות לכישוריו ומאמציו של המבטיח לאתר צד שלישי שיהיה מוכן לרכוש ממנו את הממכר הייחודי. כאמור לעיל, מדובר בממכר שאינו מצוי בשוק הפתוח (לדוגמה: תמונה של מברנדט), ולכן סביר להניח שהמבטיח השקיע מאמצים לא מבוטלים לאתר את הצד השלישי, ובזכות כישוריו ומאמציו היה אפשר לבצע את העסקה. בשל הבעייתיות הסיבתיות משותפת מעוררת, והשפעותיה על קביעת התרומה הסיבתית של גורם כלשהו להפקת הרווחים, שומה עלינו להיזקק למבחני סיבתיות עובדתית נוספים מלבד מבחן הסיבה שבלעדיה אין. פסיקתם של תשלומי השבה בעקבות הפרת חוזה נוגעת לקטגוריה המשפטית של התעשרות עוללתית. לפיכך ניתן לפנות לדיני הנזיקין ולאמץ מבחני סיבתיות עובדתית שפותחו בהקשר הנזיקי ונועדו להתמודד עם אותה בעייתיות המעסיקה אותנו בהקשר החוזי. המבחנים שהוכרו בפסיקה בתחום דיני נזיקין הם: מבחן ה'דיות' (sufficiency) או מבחן "התרומה הממשית" ליצירת הרווחים.¹⁰⁰ תובע המעוניין בפסיקתם של תשלומי השבה יידרש להוכיח כי הפרת החוזה הייתה הסיבה הממשית והדומיננטית לרווחי הנתבע, על אף שאין מדובר בגורם היחיד בהכרח לקיומם של הרווחים.¹⁰¹ לעניות דעתי, במצבים של סיבתיות משותפת יש לחלק את רווחי ההפרה בהתאם לתרומה הסיבתית של הגורם הסיבתי להפקתם של הרווחים. לכן בדוגמא דלעיל, על בית המשפט להעריך את התרומה הסיבתית של הפרת החוזה מחד, ואת תרומת כישוריו ומאמציו של המפר מאידך, להיווצרותם של הרווחים.

בית המשפט העליון בפרשת **אדרס** ובית הלורדים בפרשת *Blake* לא נתנו את דעתם על תרומת מאמציו של המפר ליצירת הרווחים. ככל שמדובר בפרשת **אדרס**, לא נדונה השאלה אם מכירת הברזל לצד שלישי, ולא לעותרת, התאפשרה גם בעקבות מאמציה של המשיבה לאתר צד שלישי שיהיה מעוניין לרכוש את הברזל. אף בפרשת *Blake* לא ניתן משקל לכך שהרווחים הופקו בחלקם בזכות ממאמציו וכישוריו של הנתבע אשר באו לידי ביטוי בכתיבת הספר עצמו. כרי שאילולא היה כותב את הספר, לא היה החוזה עם המוציא לאור בא לעולם. לעתים חלוקת הרווחים לפי התרומה הסיבתית של כל גורם לא תהיה פשוטה. לפעמים התרומה הסיבתית של הפרת החוזה מחד גיסא, ושל כישוריו ומאמציו של המפר מאידך גיסא, שלובים זה בזה ומקיימים קשר בל יינתק. במצב כזה, בתי המשפט לא יהיו מסוגלים להפריד בין הגורמים הסיבתיים ולהעריך את תרומתם הנפרדת להיווצרות הרווחים. לפיכך מוצע שבמקרה כזה יחויב הנתבע להשיב את מלוא הרווח שהפיק בניכוי שכר ראוי

¹⁰⁰ לדיון במבחני הסיבתיות בהקשר הנזיקי, ראו: ישראל גלעד "הסיבתיות במשפט הנזיקין הישראלי – בחינה מחודשת", **משפטים** יד 15 (1985); אנגלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 92, בעמ' 193–195.

¹⁰¹ Ralph Cunnington, *The Assessment of Gain – Based Damages for Breach of Contract*, 71(4) MODERN L. REV. 559, 579 (2008).

לפעולתו להשגת אותו רווח.¹⁰²

מבחן עזר נוסף לתחימת הייחוס הסיבתי של רווח למעשה ההפרה הוא מבחן הזמן. מבחן זה ישים כאשר הפעילות נושאת הרווח בעקבות הפרת החוזה היא ממושכת. מדובר במצבים שבהם הפקת הרווח בעקבות הפרת החוזה היא תהליך ארוך. במצבים אלה מוצע שבתו המשפט יתחמו את פרק הזמן להפקת רווחים המיוחסים למעשה ההפרה. על הנתבע יהיה להשיב רק את הרווחים שנוצרו במהלך פרק הזמן שתחם בית המשפט.¹⁰³

דיון במבחני הסיבתיות המשפטית הראויים בהקשר של תשלומי השבה מצריך הידרשות לבעיית ריחוק הנזק. אדגים את הדברים: ראובן התקשר עם שמעון בחוזה לממכר תמונה מיוחדת תמורת 10,000 ש"ח. ביום ביצוע העסקה התחרט ראובן והתקשר בחוזה טוב יותר עם לוי לממכר התמונה ב-20,000 ש"ח. ראובן החליט להשקיע את תמורת הממכר בשוק המניות וגרף רווחים עצומים. בעזרת רווחים אלה הוא רכש דירה ואף אותה מכר בסופו של דבר ברווח של 1,000,000 ש"ח. האם במצב הדברים שתואר לעיל יהא זכאי שמעון לתשלומי השבה בגובה 10,000 ש"ח בלבד או אולי יהא רשאי לשים ידו על מלוא הרווחים שגרף ראובן: 1,000,000 ש"ח?

ככל שמדובר בעוולות המצריכות יסוד נפשי של כוונה (למשל, עוולת התקיפה), במשפט המקובל רווח מבחן סיבתיות משפטית שונה ממבחן הצפויות. מבחן זה, מבחן הישירות, בוחן אם הנזק שנגרם מהעוולה המכוונת נובע באופן ישיר ומידי מביצוע העוולה.¹⁰⁴ כאמור, אין מניעה לקבל השראה מדיני הנזיקין בכל הקשור לעיצובם של מבחני הסיבתיות הראויים בהקשר של תשלומי השבה. לפיכך, לעניות דעתי, המבחן שיש לאמץ בשאלת הסיבתיות המשפטית בהקשר של תשלומי השבה הוא מבחן הישירות (directness of consequences).¹⁰⁵ תשלומי השבה יוגבלו אך ורק לרווחים ישירים ומידיים הנובעים מהפרת החוזה. רווחים שהופקו בעקיפין מהפרת החוזה ייחשבו "רחוקים" מדי וחסרי קשר סיבתי משפטי למעשה ההפרה. בדוגמה שהובאה לעיל, הרווחים שהפיק הנתבע בעקבות ההשקעה במניות ומכירת הדירה אינם נובעים במישרין מהפרת החוזה אלא הם עקיפים בלבד. לכן לא תוטל על הנתבע החובה להשיבם לתובע.

¹⁰² שם, בעמ' 580.

¹⁰³ זו הייתה עמדתו של בית המשפט העליון האוסטרלי אשר במקרה של התעשרות עוולתית שנבעה מהפרת חובת אמון תחם את תקופת הזמן, שבגינה ישיב הנתבע את הרווחים, לשנתיים בלבד. ראו: Warman International Ltd v. Dwyer (1995) 182 C.L.R. 544 (מנהל חברת ייצור חלפי רכב ניצל הזדמנות עסקית של החברה).

¹⁰⁴ Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd [1969] 2 Q.B. 158; Smith New Court Securities v. Scrimgeour Vickers [1997] A.C. 254.

¹⁰⁵ זהו המבחן אשר אומץ על ידי בית הערעורים בפרשת Blake. ראו: Attorney – General v. Blake [1998] Ch. 439, 459.

שאלת מבחני הסיביות נידונה בבית המשפט העליון בפרשת **אגריפם אינטרנשיונל בע"מ**¹⁰⁶ אלה היו העובדות באותו עניין: הנפגעת (חברת אגריפם) רכשה מניות בחברת "פרי העמק". במרץ 1997 נכרת הסכם בין אגריפם למשיבים, המכונה "הסכם מרץ". במסגרת הסכם זה מכרו המשיבים לאגריפם 10% מהמניות בחברת פרי העמק תמורת 822 ש"ח. בהסכם מרץ נקבעו מספר הוראות באשר למניות שנרכשו, בין היתר ההוראות הבאות: במהלך תקופת ההסכם לא יוכלו המשיבים להעביר, למכור או לשעבד את המניות שרכשו אלא בכפוף להסכמת אגריפם (להלן: "זכות וטו"); אם אגריפם תתקשר בהסכם למכירת מניותיה בפרי העמק, היא תוכל להורות למשיבים למכור את מניותיהם באותם תנאים בהם היא מוכרת את מניותיה. עוד נקבע בהסכם מרץ כי כל עוד מחזיקה אגריפם 10% מהונה המונפק של פרי העמק, כל העברה של המניות שנרכשו על ידי המשיבים תהיה כפופה לזכות סירוב ראשונה של אגריפם, לפיה על המשיבים להציע מניות שהם מבקשים למכור לאגריפם תחילה (להלן: "זכות סירוב ראשונה"). בפברואר 2000 נמסר לבורסה שאגריפם סיכמה עם חברת "מבטח שמיר" למכור לה 85% ממניות פרי העמק במחיר של 10,000 ש"ח וכן ציוד ונכסים במחיר של 10 מיליון דולר. מיד לאחר פרסום ההודעה מכרו המשיבים את מניותיהם בחברת פרי העמק בבורסה. בעקבות זאת לא היה ניתן לבצע את עסקת מבטח שמיר. אגריפם טענה שמכירה זו של מניות על ידי המשיבים הייתה מנוגדת לתניות החוזה שאסרו על הנתבעים למכור את מניותיהם ללא הסכמת אגריפם בנוסף היה על המשיבים להציע לאגריפם לרכוש את מניותיהם. המשיבים הרוויחו בעקבות המכירה רווח העולה על שלושה מיליון ש"ח. המשיבים טענו להגנתם כי עסקת מבטח שמיר הייתה מקפחת אותם, שכן המחיר שנקבע למניות בחברת פרי העמק בהסכמים אלה היה נמוך מאוד. בית המשפט המחוזי קבע שזכות הסירוב הראשונה שהייתה נתונה לאגריפם על פי הסכם מרץ, עמדה בתוקפה בעת מכירת המניות על ידי המשיבים, והמשיבים הפרו את התחייבותם ליתן לה זכות סירוב ראשונה. עם זאת, נקבע שאגריפם אינה זכאית להשבת הרווחים שגרפו המשיבים, שכן בנסיבות העניין ההשבה בלתי צודקת כאמור בסעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979. בית המשפט המחוזי קיבל את טענת המשיבים שעסקת מבטח שמיר הייתה מקפחת אותם, והיה על אגריפם להודיע למשיבים על כוונתה לפצות אותם באופן שלא היו נפגעים מעסקת מבטח שמיר. בית המשפט העליון קיבל את ערעור אגריפם. השופט דנציגר קבע כי במקרה הנוכחי אין לפטור באופן מוחלט את המשיבים מחובת השבה משום שגם אם חששם מפני קיפוחם היה מוצדק היה עליהם לנקוט בשורה של אמצעים חוקיים לרבות פנייה לערכאות, חלף

¹⁰⁶ ע"א 8728/07 אגריפם אינטרנשיונל בע"מ נ' מאירסון (פורסם בנבו, 15.7.2010) (להלן: "פרשת אגריפם"). לסקירת פסק הדין, ראו: נילי כהן "פייר, גם אם הפר" עורך דין 9, 82 (2010); יהודה אדר "מגמות ותנודות בדין החוזים הכללי – ישראל 2010" דין ודברים 1 ו 41 (2010).

הפרת החוזה. יחד עם זאת, בשל מחדלה של אגריפס שלא הודיעה למשיבים על כוונתה לפצותם בשל עסקת מבטח שמיר, יש לפטור באופן חלקי את המשיבים מהשבה על פי סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט. עם זאת, במקום ליתן פטור חלקי על סמך סעיף 2 ניתן להגיע לתוצאה דומה על ידי קביעת גובה ההתעשרות באמצעות שימוש בקנה מידה שאינו מחמיר עם המשיבים.

בסוגיית הסיביות טענו המשיבים כי הרווחים שהפיקו בעקבות מכירת מניותיהם בבורסה אינם קשורים בקשר סיבתי להפרת התחייבותם משום שהם נובעים מנכס (המניות) הנמצא בבעלותם. לכן הם לא נעשו על "חשבון" אגריפס, הנהנית מהגבלת העבירות של המניות. תשובה לטענה זו מצריכה בחינה של מהות הזכות החוזית אשר החזיקה אגריפס. מפסק הדין עולה כי לאגריפס היו שני סוגי זכויות: זכות סירוב ראשונה וזכות וטו. בחינת מהותן של הזכויות אשר החזיקה אגריפס יש בה כדי ללמד על הייחוס הסיבתי של הרווחים שהפיקו המשיבים ממכר מניותיהם בבורסה, להפרת החוזה שבוצעה על ידיהם.

ככל שמדובר בזכות סירוב ראשונה, אין למעשה הבדל רב בין התחייבות המשיבים למכור את הנכס לאגריפס, להתחייבות המשיבים להעניק לאגריפס בְּרָה לרכוש את הנכס. בשני המקרים, בעקבות ההתחייבות קמה לקונה זכות בנכס עצמו. לפיכך משהפרו המשיבים את התחייבותם, נטלו למעשה זכות השייכת לאגריפס והפיקו רווח מרכוש שלא היה שייך להם.¹⁰⁷ אילו היו המשיבים מכבדים את התחייבותם לתת לאגריפס בְּרָה לרכוש את המניות, הייתה אגריפס זוכה ברווחים הנובעים ממכירת המניות בבורסה, ולא הם. לכן במקרה כזה יש להשיב את כל הרווחים שגרפו המשיבים ממכר מניותיהם בבורסה לידי אגריפס.

שונים הם פני הדברים כשמדובר בזכות הווטו שהחזיקה אגריפס כלפי המשיבים. זכות הווטו היא במהותה זכות שלילית גרידא, שאינה מעניקה לאגריפס זכות לרכוש את המניות עצמן. לכן אם המשיבים מכרו את המניות בניגוד לזכות הווטו, אין להורות על השבת כל הרווחים שהפיקו עקב מכר המניות, שכן רווחים אלו הופקו כתוצאה מבעלותם של המשיבים על המניות. באותו עניין, הוחזר הדיון לבית המשפט המחוזי על מנת שיכריע בשאלה שנותרה פתוחה והיא האם לאגריפס זכות סירוב ראשונה, שאז הגנתה תהיה רחבה יותר, או זכות וטו בלבד, שתעניק הגנה מצומצמת בלבד.¹⁰⁸

למעלה מן הצורך, וכאמרת אגב נדרש השופט דנציגר לקונסטרוקציה אחרת על מנת ללכוד את הרווחים שהפיקו המשיבים ולייחסם להפרת התחייבותם. טען השופט דנציגר כי גם אם נקבל את טענת המשיבים שהרווחים שגרפו נבעו ממאמציהם

¹⁰⁷ פרשת **אגריפס**, שם, פס' 34 לפסק דינו של השופט דנציגר: "משהסכימו הצדדים כי למערערת זכות סירוב ראשונה בנוגע למכירת המניות עצמן, הרי שקמה לה זכות במניות עצמן".

¹⁰⁸ כהן, לעיל ה"ש 106, בעמ' 85-86.

ומכישוריהם, בכל זאת ניתן לשלול רווחים אלה מידיהם על בסיס העיקרון של השבה הרתעתית. על פי עיקרון זה, יש להעניק לנפגע מהפרת חוזה את רווחי ההפרה אף אם הקשר הסיבתי בין הפגיעה באינטרס הנפגע לבין הרווח שהפיק מפר החוזה הוא רופף ולא יציב. לשיטתו, עיקרון זה מקורו בכלל "אין חוטא יוצא נשכר" ותכליתו להבטיח כי צד לחוזה יכבד את התחייבויותיו ויבצע את החוזה בתום לב.¹⁰⁹ דומה שהחלה רחבה של השבה הרתעתית בכלל המצבים של התעשרות עוולתית, אף בלעדי קשר סיבתי מובהק, אינה ראויה.

ראשית, וכפי שציין השופט דנציגר, עקרון ההשבה הרתעתית מחדיר יסודות עונשיים מובהקים לתוככי דיני ההשבה. יש בעיקרון זה כדי לטשטש את הגבולות הראויים בין תשלומי השבה לבין תשלומים עונשיים בדיני חוזים. תשלומי השבה אינם שנענים על שיקולי ענישה ואין תכליתם להעניש את המפר בגין הפרת החוזה. תכליתם להרתיעו מפני הפקת רווחים על חשבוננו של הנפגע.

שנית, עיצוב מבחני הסיבתיים באופן שהתובע ייטול מהנתבע את כל הרווחים שהופקו מהפרת החוזה בין שהם ישירים ובין שהם עקיפים, בין שהם צפויים בעת כריתת החוזה ובין שאינם צפויים בעת כריתת החוזה, חותרת תחת עצם התפקיד הבסיסי של מבחני הסיבתיים והוא הגבלת אחריותו של מפר החוזה "לנזקי" הפרתו. קביעה שתובע יידרש להשיב לנתבע כל רווח שהפיק אף כאשר אין קשר סיבתי מובהק בין הרווח לבין הפרת החוזה מנוגדת ליסודות הדרושים לשלול אחריותו של הנתבע. עם יסודות אלה נמנה היסוד הסיבתי שלפיו מפר חוזה ייאלץ להשיב את

¹⁰⁹ בכך פסע השופט דנציגר ברוח ההלכה שנקבעה בפרשת *Edwards*, לעיל ה"ש 16. כזכור, במקרה זה גילה הנתבע מערה שהשתרעה מתחת לאדמתו שלו ולאדמת התובע. הנתבע פיתח עסק של תיירות והוביל את התיירים גם כאותו חלק של המערה הנמצא מתחת לאדמת התובע. בית המשפט במדינת קנטקי ייחס משקל מכריע לעובדה שהנתבע היה מעוול שפעל בידועין. לכן הורה בית המשפט על השבת הרווח בהתעלם מתרומת הנתבע לפיתוח ותוך ייחוס מלוא הרווח למקרקעין (של התובע ושל הנתבע). בעקבות פסק דין זה ניתנה פסיקה לא מעטה אשר קבעה כי במקרה של התעשרות עוולתית המבוצעת מתוך יסוד נפשי של כוונה, יש מקום להורות על השבת כל הרווחים חרף היעדר קשר סיבתי מובהק. לפסיקה התומכת בהשבת כל הרווחים, ראו: *Matarese v. Moore-McCormack Lines Inc.* 158 F.2d 631 (1946); *Truck Equipment Service Co. v. Fruehauf Corporation*, 536 F.2d 1210, 1222-1223 (1976) בספרות המשפטית הובעה ביקורת על קביעת בית המשפט בפרשת *Edwards* שיש להתעלם מרווחים שהם פרי כישוריו ומאמציו של המעוול, אם פעל מתוך יסוד נפשי של כוונה. ראו, למשל: John P. Dawson, *Restitution Without Enrichment*, 61 B.U.L L. REV. 563, 613, Note 158 (1981) ("[T]he formula may have taken insufficient account of the defendant's contribution as entrepreneur and the fact that only he could supply an entrance") לביקורת על הקביעה שיש להורות על שלילת כל הרווחים מן המעוול, אם הנטילה נעשתה מתוך יסוד נפשי של כוונה, אף אם הקשר הסיבתי הוא רופף, ראו: James S. Rogers, *Restitution for Wrongs and The Restatement (Third) of The Law of Restitution and Unjust Enrichment*, 42 WAKE FOREST L. REV. 55, 70 (2007)

רווחי ההפרה רק אם רווחים אלה מיוחסים סיבתית למעשה ההפרה. אכן, אינני חולק על כך שיש לתת ביטוי לשיקולי ההרתעה, אולם הללו צריכים לבוא לידי ביטוי בעיצוב מבחני הסיבתיות עצמם להבדיל מהתעלמות ממבחני הסיבתיות בשם שיקולי הרתעה. ככל שמדובר במבחן הישירות אשר הוצע לעיל, מבחן זה נותן ביטוי לשיקולי ההרתעה. יש להניח כי תחת מבחן הישירות יילכדו רווחים רבים יותר אשר ייוחסו למעשה ההפרה מאשר תחת מבחן הצפיות. הפסיקה האנגלית הבהירה כי הטעם להחלפתו של מבחן הצפיות במבחן הישירות נעוץ בצורך בהרתעה נוספת מפני עוולות המבוצעות בכוונה.¹¹⁰ לפיכך, אף אני סבור כי יש לתת ביטוי לשיקולי הרתעה, אך זאת במסגרת עיצובם של מבחני הסיבתיות להבדיל מחתירה תחת עצם קיומם.

שלישית, בנסיבות המקרה דנו, לא ניתן לומר כי המשיבים השקיעו כישורים ומאמץ על מנת להפיק את הרווחים, לכן לא היה צורך בקונסטרוקציה של השבה הרתעתית. הוכח כי מניות החברה שהוחזקו על ידי המשיבים נמכרו על ידיהם בבורסה בימי גאות בשוק ההון. מוקשה לטעון שמכירתן הייתה כרוכה בהשקעת כישורים ומאמץ מצדם של המשיבים.

רביעית, נראה שההבדל בין גישת השופט דנציגר לגישה המוצעת על ידיי מתיישב עם ההבדל בין גישת המשפט הישראלי לגישתי באשר למבחנים הראויים לפסיקתם של תשלומי השבה. כאמור לעיל, על פי המצב החוקי כיום, אין פסיקתם של תשלומי השבה מותנית בעמידה במבחן כלשהו מלבד עצם קיומה של הפרת חוזה והפקת רווחים הנובעים מההפרה. לעומת זאת, על פי גישתי יש להתנות את תשלומי ההשבה בעמידה במבחן של אשם. לפיכך נאלץ השופט דנציגר לקבוע שהפרת החוזה אופורטוניסטית וכרוכה באשם מחייבת השבת רווחים חרף היעדר קיומו של קשר סיבתי יציב. על פי גישתי, לעומת זאת, מלכתחילה אין להורות על פסיקתם של תשלומי השבה בהיעדר אשם. ככל שמדובר בשיקולי הרתעה מפני הפרות מכוונות, יש ליתן להם ביטוי במסגרת עיצוב מבחני סיבתיות מתאימים. לפיכך אני סבור שמבחני הסיבתיות המוצעים כאן מאפשרים מחד גיסא את פסיקתם של תשלומי השבה אך ורק כאשר מתקיים ייחוס סיבתי יציב בין מעשה ההפרה לרווחים, ומאידך גיסא הם נותנים ביטוי לצורך להרתיע מפני הפרות חוזה אופורטוניסטיות.

לשיטתי, יש לפסוק השבה הרתעתית רק במקרים של הפרת חובת אמון כשיחסי הכוחות בין הנאמן לנהנה חשופים לניצול מצדו של הנאמן. כפי שהוסבר לעיל, אין להתנות תשלומי השבה של רווחים שהופקו בעקבות הפרת חובת אמון, ביסוד של אשם. בשל ניגוד העניינים המובנה ביחסי הנאמנות, יש להורות על השבה הרתעתית חרף היעדרו של קשר סיבתי מובהק אם הפר הנאמן את חובת הנאמנות שלו כדי לגרוף רווחים על חשבוננו של הנהנה. עם זאת, בשל היעדר קשר סיבתי מובהק, יהיה ניתן להורות על השבה הרתעתית רק אם הוכח שהנאמן פעל מתוך יסוד נפשי של

¹¹⁰ פרשת *Blake*, לעיל ה"ש 105.

כוונה וזדון.¹¹¹ בשולי הדברים יצוין שאינני חולק על תוצאתו של פסק הדין בפרשת **אגריפם** אשר לעניות דעתי הייתה מוצדקת בנסיבות העניין. ביקורת מוגבלת אך ורק לאמרת האגב של השופט דנציגר בדבר השבה הרתעתית.¹¹²

5. אחרית דבר

בפרשת **אדרס** קבע השופט ברק שאין להבריל בין פגיעה בזכות קניין לפגיעה בזכות חוזית במקרי התעשרות שלא כדין. לדבריו:

"אכן, התעשרות שלא כדין יכול שתבוא מפגיעה בזכות קניין או מפגיעה בזכות חוזית, ואין כל צידוק להגבלתה אך לפגיעה בזכות הקניין".¹¹³

מאמר זה הולך בתלם שהתווה השופט ברק, אולם גוזר ממנו מסקנה אחרת. במאמר זה ביקשתי להבהיר כי אי-אפשר לבחון את הדין הראוי בסוגיית תשלומי השבה בעקבות הפרת חוזה בלי לעמוד על ההקשר הנזיקי הרחב, כלומר דיני ההתעשרות העוולתית. נפגע עשוי לעתור לקבלת תשלומי השבה בשל התעשרות עוולתית בעקבות פגיעה משלל ענפי המשפט, ובהם תחום הנזיקין, תחום הקניין הרוחני ותחום הנאמנות.

אני סבור שיש להבחין בין תשלומי השבה במובן הרחב לתשלומי השבה במובן הצר. לשיטתי, יש להתנות פסיקת תשלומי השבה במובן הרחב בעקבות הפרת חוזה בקיומו של יסוד נפשי אופורטוניסטי מצדו של מפר החוזה. מבחן האשם הוא המבחן הראוי לבדיקת הזכות לקבלת תשלומי השבה במובן הרחב בכל ענפי המשפט שדיני ההתעשרות העוולתית חלים עליהם. לעומת זאת, כאשר הנפגע עותר לתשלומי

¹¹¹ עמדה מעין זו הובעה על ידי השופט דנציגר בפרשת **אגריפם**, לעיל ה"ש 107, בעמ' 27: "אף למערכת היחסים בין התובע לנתבע קיימת חשיבות רבה, כך כאשר מדובר בשותפים, בבני-משפחה, במצבים בהם הנתבע הפר חובת אמון או נאמנות או במצב בו המעשה הפסול נעשה אגב שליחות, תגדל הנכונות להורות על 'השבה הרתעתית'".

¹¹² יצוין שביקורתי על דוקטרינת ההשבה הרתעתית, כפי שהוסברה על ידי השופט דנציגר בפסק הדין, עשויה אף להאיר מדוע אני סבור שיש לדחות את הטענה שניצול הזדמנות חוץ חוזית כרוך מעצם טבעו ביסוד נפשי של כוונה (לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 88-99). קריאת טענה זו ברוח פסיקתו של השופט דנציגר תביא לידי כך שכל אימת שיפר אדם את החוזה וישיג רווחים מצד שלישי, הוא יידרש להשיב את כל הרווחים שהשיג, אף אם הרווחים שהושגו אינם קשורים בקשר סיבתי ומשפטי למעשה ההפרה. פירוש הדבר, לפי טענה זו קיימת תרופה (תשלומי השבה) בידי התרופות אשר באופן עקרוני אינה כפופה כלל ועיקר למבחני סיבתיות כלשהם. לעניות דעתי, תוצאה מוזרה זו יש לדחות בשתי ידיים.

¹¹³ פרשת **אדרס**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 276.

השבה במובן הצר, אין להתנות את פסיקתם ביסוד נפשי כלשהו של מפר חוזה או של המעוול. בפרשת אדרס הכיר בית המשפט בזכות הנפגע לתשלומי השבה במובן הרחב בלא סייגים, ואני מבקש לסייג את הדין ולהתנותו בעמידה במבחני אשם. נראה אפוא שההבדל בין גישתי לגישת הדין המצוי הוא בהיקפה של זכות הנפגע לתשלומי השבה במובן הרחב.

המאמר מציג תפיסה מצמצמת בסוגיית תשלומי ההשבה בדיני החוזים, ומבקש לתחום את פסיקתם לפי מבחנים קבועים מראש. מבחנים אלה יעניקו למשפטן כלים ברורים ויציבים יותר באשר לאופן פסיקתם של תשלומים אלה בדיני חוזים, ינהירו את דיני ההתעשרות העולתית ויביאו לידי אחידות המבחנים הנדרשים בענף זה.