

## סעדים בגין מצגי שווא: ניתוח כלכלי

מאת

יובל פרוקצ'יה\*

חוזה נכרת בעקבות מצג שווא או בעקבות הפרתה של חובת גילוי. מהו הסעד שיש לזכות בו את הניצג? מאמר זה מפתח ניתוח כלכלי המבקש לאפיין את תכונותיו של הסעד הרצוי. באופן פורמלי הדין הקיים מכיר בשני אינטרסים בני הגנה: אינטרס הציפייה ואינטרס ההסתמכות. אולם הלכה למעשה הוא מכיר בשלושה אינטרסים בני הגנה אף שההבחנה ביניהם אינה מוגדרת היטב בלשון המשפטית הקיימת. הדיבור "אינטרס ההסתמכות" לעתים משמעו "אינטרס ההסתמכות על החוזה", המכוון לאינטרס הניצג לעמוד במקום שבו היה ניצב אלמלא נכרת החוזה; ולעתים משמעו "אינטרס ההסתמכות על המצג", שמשמעו אינטרס הניצג לעמוד במקום שבו היה ניצב לו הוצג בפניו מצג אמת. שני אינטרסים אלה מובחנים, בתורם, מאינטרס הציפייה, המציב את הניצג במקום שבו היה עומד לו הייתה המציאות כפי שהוצגה בפניו. לכל אחת משלש נוסחאות הפיצוי השלכות אחרות על תמריצי ההתנהגות של הצדדים, על טיב ההרתעה שיוצר הסעד ועל עלויותיו החברתיות של מצג השווא.

בחלקו הראשון המאמר מפתח מודל פשוט, שבגדרו נבחנת יעילותן היחסית של שלוש נוסחאות הפיצוי כאמצעי להשגת הרתעה אופטימלית מפני הצגתם של מצגי שווא. במסגרת מודל זה מתגלים כאופטימליים שני כללי פיצוי חלופיים: לפי כלל אחד, הניצג זוכה להגנה על אינטרס ההסתמכות על המצג, ולפי האחר הוא זכאי לבחור בין פיצויי ההסתמכות על המצג לבין פיצויי הציפייה. נוסחת ההסתמכות על החוזה, לעומת זאת, נמצאת בלתי יעילה.

כללים אלה, שאובחנו כאופטימליים בגדרו של המודל הפשוט, נבחנים מחדש בחלקו השני של המאמר, במסגרת מודל עשיר וקאליסטי יותר. בגדרו של מודל זה הפרעות שונות עלולות לפגום באופיים האופטימלי של הכללים ולהוביל להרתעת יתר או להרתעת חסר. הדיון בחלק זה משווה בין הכללים האמורים, ומאפיין את הנסיבות שבהן נתון לכל אחד מהם יתרון יחסי לנוכח ההפרעות האפשריות.

חלקו השלישי של המאמר עוסק בכמה סוגיות קשורות. ראשית, הוא דן בשאלה האם ראוי להגביל את זכות הפיצוי להיקפו של נזק צפוי בלבד (כמקובל בדיני החוזים) או שמא יש להגן על זכותו של הניצג לפיצוי בהיקף מלא (כמקובל בדיני הנזיקין); שנית,

\* מרצה, בית ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. המאמר הוצג בסדנה למשפט פרטי באוניברסיטה העברית וכן בסדנה למשפט וכלכלה באוניברסיטת תל אביב. תודתי הרבה למשתתפים באירועים אלה על הערותיהם. כמו כן אני מבקש להודות לחברי מערכת משפטים, ובמיוחד לעורכים אור אלקון ויעל קריב על הערות חשובות לטיוטת המאמר, ולליאור סנדז'יבסקי על עזרה מצוינת במחקר.

הוא עוסק בשאלה מי ראוי כי יישא בסיכונים ובסיכויים שהוקצו מכוח החוזה לניצג: האם הניצג ראוי להשתחרר מסיכון להפסדים מכוח החוזה, והאם נתונה לו הזכות ליהנות מרווחים? לבסוף, נדונה השאלה מתי ראוי לראות במצג השווא הפרה של חובה נזיקית או טרום חוזית שבצדה זכות לפיצוי מוגבל, ומתי יש לראות בו הפרה של חיוב חוזי מלא, שכנגדו נתונה בדרך כלל זכות לסעד נדיב יותר.

הקדמה. 1. הצגת הבעיה; 2. נוסחאות הפיצוי; 3. נוסחאות הפיצוי השונות בדיון הנוהג; א. תכליתיה של החובה להציג מצג אמת. ב. מהותו של הסעד הרצוי – מודל פשוט. 1. ביטול והשבה; 2. נוסחת ההסתמכות על החוזה; 3. נוסחת ההסתמכות על המצג; 4. נוסחת הציפייה; 5. מסקנות ביניים; ג. רגישותם היחסית של כללי הפיצוי להפרעות בחיי המעשה. 1. חשש מפני הרתעת חסר; 2. חשש מפני הרתעת יתר; 3. הבחנות על בסיס נסיבתי; 4. סיכום; ד. היבטים נוספים בהסדר המשפטי של מצגי שווא. 1. צפיות באשר לשיעור הנוזק; 2. מיהו הנושא בסיכוני החוזה?; 3. מתי מצג שווא הוא גם הפרה של חיוב חוזי?; סיכום.

## הקדמה

### 1. הצגת הבעיה

אדם מציג מצג שווא במשא ומתן, או שנמנע מגילוי, ובכך מפר חובה משפטית. בעקבות זאת נכרת חוזה. מאמר זה עוסק בשאלה מהו הסעד שיש להושיט לנפגע בנסיבות אלה, מנקודת המבט של התאוריה הכלכלית של המשפט. שאלה זו, על אף יסודיותה, לא זכתה לליבון סיסטמתי. התאוריה הכלכלית עסקה רבות בשאלה כיצד ראוי להגדיר את היקף תחולתה של החובה עצמה, אך תשומת לב מועטה הוקדשה לבירור השאלה כיצד ראוי לעצב את הסעד בגין הפרתה.

הדיון הנוהג מכיר במגוון תוצאות תרופתיות אפשריות. מצג שווא עשוי לגבש כמה עילות משפטיות, שבצדן סעדים שונים. למשל, המציג מצג שווא במהלכו של משא ומתן חוזי עשוי להיחשב כמי שהפר את חובת תום הלב; כמי שביצע הטעיה; כמי שביצע עוולה נזיקית של רשלנות או של תרמית; ולעתים הוא אף עשוי להיחשב כמי שהפר חיוב חוזי מלא; או כמי שאחראי בגין "אי התאמה", כמובנו של מושג זה למשל בחוק המכר,<sup>1</sup> בחוק המכר (דירות)<sup>2</sup> או בחוק השכירות והשאלה.<sup>3</sup> בעוד שהסיווגים המשפטיים החלופיים אינם מובילים בהכרח לאותה התוצאה התרופתית, הקריטריונים המכוונים את הסיווג לקטגוריה הרלוונטית הם לעתים קרובות עמומים. ההחלטה, למשל, אם לראות

1 ס' 11 לחוק המכר, התשכ"ח–1968.

2 ס' 4 לחוק המכר (דירות), התשל"ג–1973.

3 ס' 6 לחוק השכירות והשאלה, התשל"א–1971.

במצג השווא משום הפרה של חובה טרום חוזית בלבד או שמא הפרה של החוזה עצמו אינה נשענת על עקרונות סדורים. זאת, על אף שהשלכותיה של קביעה זו על אופיו של הסעד עשויות להיות מרחיקות לכת.

יתרה מזאת, האפשרויות התרופתיות השונות המוכרות בגדרו של הדין הנוהג אינן מוגדרות היטב מן הבחינה המושגית. על פני הדברים הדין מכיר בשני אינטרסים הזוכים בנסיבות שונות להגנה – האחד הוא אינטרס ההסתמכות והאחר הוא אינטרס הציפייה. אך עיון בדין הנוהג עצמו מלמד כי הלכה למעשה הוא מכיר באינטרס נוסף אף שאין הוא מאופיין ככזה במפורש. כפי שנראה להלן, לאינטרס זה סממנים מסוימים הדומים לכל אחד משני האינטרסים האחרים, אך בה בעת הוא שונה באופן מהותי משניהם. היעדרה של בהירות מושגית מובילה בתורה לערפולם של הכללים התרופתיים עצמם.

מטרתו של מאמר זה היא להחל בפיתוחו של ניתוח כלכלי באשר לתרופות אופטימליות בגין הפרת החובה להציג מצג אמת. הניתוח יניח כנקודת מוצא כי התנהגותו של צד לחוזה ("המצגי") מהווה הפרה של חובה. ההפרה עשויה ללבוש אופי של הצהרה אקטיבית בלתי נכונה או של אי-גילוי פסיבי בנסיבות שקמה בהן חובת גילוי. לאור נקודת מוצא זו תישאל השאלה מהו הסעד הרצוי בגין הפרה זו, כלומר באיזה סעד יש כדי להגשים באופן מיטבי את התכלית העומדת בבסיס החובה להציג מצג אמת. אפיונו של הסעד הרצוי עשוי בתורו לשמש בסיס לסיווג מצג השווא לקטגוריה המשפטית הרצויה, או לחלופין לבחירת התרופה שראוי לפסוק בגידרה של קטגוריה נתונה.

בהמשך פרק ההקדמה יוצגו שלש נוסחאות הפיזיו וייסקרו ההסדרים המשפטיים השונים העושים שימוש בכל אחת מהן. פרק א יציג את תכליותיה של החובה להציג מצג אמת מנקודת המבט הכלכלית – תכליות שישמשו בסיס לניתוח שיבוא בחלקים הבאים. פרק ב יבחן את מאפייניו של הסעד הרצוי בגין הפרת החובה בגדרו של מודל פשוט. הדיון במודל זה יניח כי החלטות שיפוטיות הן צפויות ומדויקות, כי ההפרה מתגלה תמיד לנפגע בדיעבד (באופן המאפשר לו לתבוע בגינה סעד), וכי הסעד אכן נתבע ונאכף. על יסוד הנחות אלה יאופיינו סעדים "אופטימליים", כלומר סעדים שיש בהם כדי להרתיע את המציג באופן אופטימלי מפני הצגתו של מצג השווא.

פרק ג יסיר חלק מן ההנחות המגבילות שצוינו לעיל ויאיר את השלכותיהן הפוטנציאליות של הפרעות שונות שעשויות לסכל את פעולתו היעילה של הסעד. על רקע זה ייבחנו מחדש הסעדים שזוהו כאופטימליים במסגרת המודל הפשוט, ותידון רגישותם של סעדים אלה להפרעות מסוגים שונים. ניתוח זה יאפשר לדרג את הסעדים האמורים על פי רציותם היחסית בנסיבות מוגדרות.

פרק ד, הוא החותם את הניתוח, ידון בכמה סוגיות קשורות. חלק זה יעסוק, ראשית, בשאלת עיצובו היעיל של כלל ריחוק הנזק. מצג השווא עשוי להוות, בעת ובעונה אחת, עולה נזיקית והפרה של חובה חוזית, אך כללי ריחוק הנזק בענפי משפט אלה אינם זהים. לאור זאת, מתעוררת השאלה איזו מבין השיטות ראוי כי תחול. חלק זה יבחן שאלה זו

ויזהה קריטריונים להכרעה בה. שנית, תיבחן השאלה כיצד קיומו של מצג שווא משפיע על האופן שבו ראוי להקצות את סיכוני החוזה. בפרט, תידון השאלה מיהו הצד שראוי כי יישא בסיכון לירידה בערכו של נכס שהועבר מכוח חוזה כזה, ולמי נתונה הזכות ליהנות מן הרווח הגלום בעלייה בערכו. לבסוף תידון השאלה באילו נסיבות ראוי לראות במצג שווא טרום חוזי כהפרה של חיוב חוזי מלא, המקנה לניצג זכות להגנה מלאה על אינטרס הציפייה מכוח חוק התרופות, ומתי יש לראות בה הפרה של חובה טרום חוזית גרידא, המקימה זכות לתרופה מוגבלת ומצומצמת יותר.

הפרק האחרון, מסכם.

## 2. נוסחאות הפיצוי

הדיון המקובל בתרופת הפיצוי מבחין בין שתי אמות מידה מרכזיות להטבת נזקו של הניצג. על פי אמת מידה אחת, הניצג זכאי לפיצויי הסתמכות, המיועדים לבטח אותו מפני הפסדים. על פי אמת מידה שנייה, לניצג זכאות לפיצויי ציפייה, המבטיחים לא רק את היעדרו של הפסד אלא גם את מימוש הרווח שלו ציפה באופן לגיטימי. הבחנה זו, בגדרו של המשפט האמריקאי, מקורה במאמרם הקלסי של Fuller & Perdue, המבחין בין אמות המידה השונות המקובלות בדיני התרופות החוזיות.<sup>4</sup> אף שמאמרם של Fuller & Perdue עוסק במקורו בתרופות בגין הפרת החוזה, בפועל נעשה במונחים אלה שימוש גם בנסיבות בהן הופרה החובה להציג מצג אמת, תוך שמירה לכאורה על משמעותם המקורית: בעוד שהגנה על אינטרס ההסתמכות מובילה לפיצוי בגין הפסדיו של הניצג, הגנה על אינטרס הציפייה מכירה גם בזכותו לרווחים שציפה לקבל נוכח המצג.

אולם שכפולו של הסיווג האמור אל השלב הטרם חוזי מעורר קושי אנליטי. מקורו של הקושי בכך שהסיווג אינו מגדיר היטב את המצב שאליו מבקשת נוסחת הפיצוי להשיב את הניצג. מהו ה"הפסד" שנגרם לניצג עקב מצג השווא, שעליו מפצה נוסחת ההסתמכות? האם פיצוי בגין "הפסד" משמעותו העמדתו במקום שבו היה עומד אלמלא נפתח המשא ומתן? או שמא המקום שבו היה עומד אלמלא הופרה החובה כלפיו במהלך המשא ומתן, אז היה אולי נכרת חוזה אחר, שממנו היה מפיק הניצג רווח? ומהו ה"רווח" שנמנע לצורך הגנה על אינטרס הציפייה? האם זהו הרווח שאותו ציפה הניצג להפיק בהינתן הדימוי הכוזב של המציאות – שהוא תולדה של מצג השווא? או שמא הרווח שאותו היה מפיק אילו הוצגה בפניו המציאות כהווייתה, ובעקבות זאת היה נכרת חוזה

4 Lon L. Fuller & William R. Perdue, Jr., *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 *YALE L.J.* 52 (1936). להבחנה זו היה כנראה יסוד גם קודם לכן, בגדרו של המשפט הקונטיננטלי. ראו Daniel Friedmann, *A Comment on Fuller and Perdue, The Reliance Interest in Contract Damages*, 1 *ISSUES IN LEGAL SCHOLARSHIP* 1, 5 (2001).

אחר, שבאמתחתו סיכוי לרווח אחר? בגדרם של הסיווגים הקיימים שאלות אלה נותרות ללא מענה ברור.

עמימות זו אינה נחלתו של העיון האנליטי בלבד, והיא משתקפת היטב גם בדין הנוהג. התבוננות בדין הנוהג מגלה כי על אף הרטוריקה המבחינה בין שתי נוסחאות פיצוי אפשריות, הדין למעשה מכיר בשלוש. המושג "פיצויי הסתמכות" למעשה חולש על שתי נורמות תרופתיות מובחנות זו מזו, הן בהגדרתן והן בהיקפן המעשי. להלן אפוא תיאור של שלוש הנוסחאות שמכיר בהן הדין הנוהג בפועל.

על פי אמת מידה אחת, הניצג זכאי לפיצוי אשר יציבו במקום שבו היה עומד אלמלא נכרת החוזה. פיצויים אלה נכנה להלן "פיצויי הסתמכות על החוזה". אם החוזה בוטל עקב מצג השווא, הרי שהניצג הנפגע זכאי לפיצוי בגין ההפסד שנגרם לו עקב המשא ומתן ועקב כריתת החוזה. אם החוזה לא בוטל, הרי שהנפגע זכאי לפיצוי בגין ההפסד שגרמה לו כריתת החוזה. אלה הם פיצויי ההסתמכות הקלסיים כפי שנוסחו באופן מקורי על ידי Fuller & Perdue.<sup>5</sup>

על פי אמת מידה שנייה, לניצג זכאות לפיצוי אשר יציבו במקום שבו היה עומד אילו המציאות הייתה כפי שדימה אותה, לנוכח מצג השווא. אלה הם פיצויי הציפייה, המבטיחים לא רק את מניעתו של ההפסד אלא גם את מימושו של הרווח שציפה הניצג להפיק מן העסקה, בהינתן המצג.

לצד שתי אמות המידה הללו ניצבת כאמור גם אמת מידה שלישית. על פי אמת מידה זו, הניצג זכאי לעמוד במקום שבו היה עומד אלמלא הופרה החובה כלפיו, כלומר לו הוצג בפניו מצג אמת. לפיכך נכנה את הסעד הניתן בגדרה "פיצויי הסתמכות על המצג". אמת מידה זו משלבת סממנים של פיצויי ההסתמכות על החוזה ושל פיצויי הציפייה. בשונה מנוסחת ההסתמכות על החוזה, על פי אמת מידה זו הניצג עשוי לזכות ברווח חיובי – הוא הרווח שהיה מפיק מן העסקה ההיפותטית שהייתה נכרתת לו קוימה החובה להציג מצג אמת. בשונה מאינטרס הציפייה, אין הוא זכאי לממש את הרווח שהיה זוכה בו לו הייתה המציאות אחרת (ובפרט ורודה יותר) מכפי שהיא, אלא רק את הרווח שהיה מפיק מן החוזה ההיפותטי שהיה כורת לו קוימה החובה להציג מצג אמת.<sup>6</sup>

5 Fuller & Perdue, לעיל ה"ש 4. נוסחה זו אף מצאה את ביטויה בלשונה של הוראת תום הלב במשא ומתן, אם כי הוראה זו פורשה באופן רחב יותר על ידי בית המשפט. ראו דיון להלן, בס' 3 לפרק זה.

6 קיימת קרבה רעיונית בין אינטרס "ההסתמכות על המצג" לבין אינטרס "שחזור השקילות החזוית" שטבע איל זמיר בהקשר של הפרת חוזה. על פי עקרונן שחזור השקילות החזוית, נפגע שזכותו החזוית קוימה על ידי הצד שכנגד באופן חלקי בלבד זכאי אף הוא לבצע את חיוביו הנגדיים באופן חלקי, כך שבסופו של דבר תושב על כנה השקילות המקורית בערך היחסי של חיובי הצדדים. למשל, אם מוכר הבטיח להעביר נכס תקין בעבור מחיר של 100 אך הפר את החוזה בהעבירו נכס פגום שערכו מחצית מכך, הרי שאז יהיה הקונה זכאי לשלם 50 בלבד מבלי לבטל את החוזה. קיימים כללים שונים בדין הנוהג שניתן לפרשם כמגנים על אינטרס השקילות החזוית, לרבות סעד הניכוי מן המחיר לפי ס' 28 לחוק המכר, דוקטרינת ה"אכיפה בקירוב" ועוד.

הדוגמה הבאה ממחישה את ההבחנה בין שלש אמות המידה. נניח כי ראובן מציע את ביתו למכירה לשמעון. הוא עצמו מעריך את ביתו ב־100. הוא יודע כי אם יגלה לשמעון על דבר קיומם של פגמים מסוימים בבית, יעריך שמעון את הבית ב־140, ובמקרה זה, בשל כוח המיקוח השווה בין הצדדים, המחיר שעליו יסכימו יעמוד על 120. אולם אם יימנע ראובן מלגלות את דבר הפגמים לשמעון, או יציג מצג מטעה לגביהם, יסבור שמעון כי ערך הבית עבורו עומד על 200, ואף יניח כי ראובן מעריכו ב־150. במקרה זה המחיר המוסכם יעמוד על 175. ראובן בוחר שלא לגלות את דבר הפגמים לשמעון, או לחלופין מצייג מצג שווא אקטיבי באשר להיעדרם. השאלה העומדת לדיון היא מהו סכום הפיצוי שיש לזכות בו את שמעון, בהנחה כי הופרה זכותו לקבלת מצג אמת. אם האינטרס של שמעון מוגן בסעד המבוסס על נוסחת ההסתמכות על החוזה בלבד, הרי שבהנחה כי לא נשא בנזקי הסתמכות ולא ביטל את החוזה, שיעור הפיצוי יעמוד על 35. סכום זה יותיר אותו עם בית שערכו בעיניו הוא 140, ושהמחיר ששולם בעבורו – לאחר שקלול הפיצוי – אף הוא 140. סעד זה מותיר אותו אפוא ללא רווח וללא הפסד כתוצאה מן הכריתה.<sup>7</sup> אם, לעומת זאת, הוא זכאי לפיצויי ציפיה, הרי שיש לאפשר לו לממש את מלוא הרווח שציפה לו בהינתן המצג שהציג לו ראובן. שמעון סבר כי רכש במחיר של 175 בית שערכו 200. בפועל ספג הפסד של 35. כדי לאפשר לו לממש את הרווח הצפוי יש אפוא לפצותו ב־60. לבסוף, אם שמעון זכאי לפיצויי הסתמכות על המצג, הרי שיש לפצותו בסכום של 55: לו הוצג בפניו מצג אמת, היה מפיך רווח של 20 – הפער בין ערכו האמתי של הבית בהתחשב בפגמים שבו (העומד על 140) לבין המחיר

בנסיבות מסוימות שני האינטרסים מתלכדים: אם, בפרט, מצג השווא נפתס כחיוב חוזי שהופר, וההנחה היא כי לו הוצג מצג אמת היה נכרת חוזה בתנאים אחרים, הרי שאז, מכוח שני העקרונות, מוקנית לניצג אותה ההגנה: הניצג, בפרט, זכאי לעמוד במקום שבו היה עומד לו הוצג בפניו מצג אמת. עם זאת האינטרסים אינם תמיד מתלכדים, ואין מדובר במושגים זהים. ראשית, תרופת השחזור היא תרופה בגין הפרת חוזה ולא בגין מצגי שווא. מנקודת מבט כלכלית היא מבקשת, בעיקרו של דבר, להשפיע על תמריצי החיוב בשלב ההפרה, לעומת תרופת ההסתמכות על המצג, המבקשת להשפיע על תמריצי המציג בעת הכריתה. לפיכך ההצדקה לנוסחת השחזור נוגעת לשלב הפרת חוזה, בין שההפרה היא תוצאה של מצג שווא ובין שהיא תוצאה של הפרת התחייבות אחרת; ואילו ההצדקה לתרופת ההסתמכות על המצג נוגעת לשלב הכריתה, בין שמצג השווא התגבש לכדי חיוב חוזי ובין שנותר מחוץ לגדר החוזה. שנית, נוסחת ההסתמכות על המצג מעמידה את הניצג במצבו הטרום חוזי בנסיבות שבהן לא הייתה העסקה נכרתת אלמלא מצג השווא, ובכל מקרה היא מובילה לפיצוי בגין נזקי הסתמכות. תרופת השחזור אינה מובילה לתוצאות אלה.

לדיון באינטרס שחזור השקילות החוזית ראו איל זמיר "רצון חופשי, יעילות כלכלית ושקילות התמורות (בשולי ע"א 5493/95 דיור לעולה (ע.א.ק.) נ' קרן, פ"ד (4) 509" משפטים כט 783 (1998); Eyal Zamir, *The Missing Interest: Restoration of the Contractual Equivalence*, 93 (2007) V.A. L. REV. 59 (2007).

7 אינטרס זה ניתן להגשמה גם באמצעות תרופות הביטול וההשבה.

שהיה משלם לו היו הפגמים גלויים בפניו בעת הכריתה (120). על פי אמת מידה זו יש אפוא להיטיב את הפסדיו בשיעור של 35 ולהוסיף עליהם סכום של 20, המייצגים את הרווח שהיה מופק אלמלא הופרה החובה.<sup>8</sup>

### 3. נוסחאות הפיצוי השונות בדין הנוהג

החובה להציג מצגי אמת בעת משא ומתן חוזי מעוגנת במשפט הישראלי במגוון רחב למדי של מקורות משפטיים. עם זאת, העקרונות התרופתיים העולים ממקורות אלה אינם אחידים. למרות ההבחנה המקובלת בין שתי נוסחאות פיצוי בלבד, הדין הנוהג משקף הכרה דה פקטו בכל שלוש הנוסחאות שצוינו לעיל. להלן סקירה תמציתית של המקורות המשפטיים העיקריים, על התרופות הנגזרות מהם.

נוסחת הפיצוי בגין הסתמכות על החוזה מעוגנת בלשונו של סעיף 12 לחוק החוזים,<sup>9</sup> הקובע כי "צד שלא נהג בדרך מקובלת ולא בתום לב חייב לצד השני פיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב המשא ומתן או עקב כריתת החוזה". הוראה זו, על פי לשונה, מגנה אפוא על אינטרס הניצג לפיצוי שיעמידו במצבו הטרם חוזי. אין היא מגנה על זכותו לרווח שאותו צפה על בסיס מצג השווא, או על הרווח שהיה מפיך לו כרת חוזה אחר שהיה נכרת על בסיס מצג אמת. ההגנה על אינטרס הניצג מוגבלת לאי-מניעתו של הפסד אשר נגרם עקב כריתת החוזה שכרת בפועל.<sup>10</sup>

נוסחת הפיצוי בגין הסתמכות על המצג מעוגנת כשלעצמה בכמה מקורות שונים. מצג השווא עשוי לגבש את יסודותיה של עוולת הרשלנות בנוזיקין,<sup>11</sup> או במקרים מסוימים אף את יסודותיה של עוולת התרמית.<sup>12</sup> כלל יסוד בדיני התרופות בנוזיקין הוא

8 מובן שאם נוסף על סעד הפיצוי שמעון זכאי גם לביטול והשבה, הרי שיש להוסיף על סכומים אלה גם את המחיר ששולם, בסך 175 (ובמקביל להורות על השבת הבעלות בבית).

9 חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים).

10 ברוח זו מנוסחים אף דברי ההסבר שליוו את הצעת החוק בנוסח זה, ולפיהם הנפגע "זכאי שיוחזר למצבו הקודם ערב כניסתו למשא ומתן או לחוזה". דברי הסבר להצעת חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1970, ה"ח 129, 131. כלל זה נוהג גם במשפט האמריקאי בדבר מצגים שאינם רשלניים. ראו RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS, § 552C (1977).

11 תחולתה של עוולת הרשלנות על מצגי שווא הוכרה לראשונה בהמ' 106/54 וינשטיין נ' קדימה אגודה שיתופית להספקת מים בע"מ, פ"ד ח 1317 (1954) והתבססה כעילה כללית בע"א 86/76 "עמידר", החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ נ' אהרן, פ"ד לב(2) 337 (1978) (להלן: עניין עמידר). ראו גם נינה זלצמן "הצהרה כוזבת רשלנית בשלב משא-ומתן לכריתת חוזה" עיוני משפט ח 55 (1981).

12 ראו ס' 56 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], שלפיו: "תרמית היא הצג כוזב של עובדה, בידעה שהיא כוזבת או באין אמונה באמיתותה או מתוך קלות ראש, כשלא איכפת למציג אם אמת היא או כוזב, ובכוונה שהמוטעה על ידי ההיצג יפעל על פיו; אולם אין להגיש תובענה על היצג כאמור, אלא אם היה מכוון להטעות את התובע, אף הטעה אותו, והתובע פעל על פיו וסבל על ידי כך נזק ממון".

כי הפיצוי מכוון להעמיד את הניזוק במקום שבו היה עומד אלמלא מעשה העוולה. בהקשר הנוכחי מעשה העוולה מתבטא בהפרת החובה להציג מצג אמת. אלמלא מעשה העוולה היה הניצג עשוי להתקשר עם המציג בתנאים אחרים ולהפיק מן החוזה רווח אחר. פיצויי ההסתמכות על המצג, המגנים על זכותו לרווח זה, זוכים אפוא לעיגון בהוראות אלה.<sup>13</sup> מעבר לכך, יש המפרשים את הוראתו של סעיף 12 לחוק החוזים כמקור נזיקי במהותו, שגם מכוחו ניתן לפסוק פיצוי המעמיד את הנפגע במקום שבו היה עומד אלמלא הופרה החובה.<sup>14</sup> דיני המכר, השכירות והקבלנות מגנים אף הם על אינטרס

13 כך גם עולה מן ההלכה הפסוקה. כך למשל, כאשר אדם רוכש נכס בעקבות מצג שווא רשלני בדבר תכונותיו, הוא זכאי, מכוח עולת הרשלנות, לפער שבין המחיר ששולם לבין ערכו האמתי של הנכס בעת הרכישה. בכך הדין אוכף את העסקה ההיפותטית שהייתה נכרתת לו הוצג מצג אמת. לחלופין אם אלמלא מצג השווא לא היה נכרת חוזה כלל, הרי שמוקנית לניצג גם הזכות לבטל את החוזה בעילת הטעיה, מכוח ס' 15 לחוק החוזים. ראו גם: ע"א 5610/93 זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ראשון לציון, פ"ד נא(1) 68, 86 (1997) ("אמת-המידה לפיצויים של המערערים [בגין מצג שווא רשלני] היא פיצוי בגין נזקי ההסתמכות שהוסבו להם. נזקים אלה כוללים, בראש ובראשונה, את ההפרש בין המחיר ששולם על-ידי המערערים לבין שווי של הנכס שקיבלו [...] אמת-מידה זו מניחה, כי אלמלא מצג השווא לא היה הניצג נקשר בהסכם לרכישת הנכס, או – למצער – היה מסכים לשלם בעבורו מחיר נמוך יותר, המשקף את שווי האמיתי"); ע"א 324/82 עיריית בני-ברק נ' רוטברד, פ"ד מה(4) 102, 123 (1991) ("לו החברה הייתה יודעת, ששטח הבנייה שיינתן לה יהיה מצומצם [מכפי שהוצג בפניה], היא לא הייתה מוכנה לשלם את מחיר הרכישה שנקבע בחוזה, אלא מחיר נמוך ממנו. נראה לי, שהחישוב האובייקטיבי ביותר [של נזקה] הוא לקבוע, שהחברה הייתה מוכנה לשלם, במקרה כזה, מחיר מופחת, בשיעור מקביל לחלקו היחסי של שטח הבנייה שנמנע משטח הבנייה המובטח"); ת"א (מחוזי ת"א) 2648/98 לוינ' נ' דניה סיבוס חברה לבנין בע"מ (פורסם בנבו, 18.6.2008) ("אם לא מוכח כי הנכס שהתקבל היה שווה פחות מהתמורה ששולמה עבורו, הרי שלא הוכח נזק בעילה נזיקית"). ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 622, ס' 12.113 (1991) ("במקרה שמדובר בעיסקה הכרוכה בהעברתה של טובת הנאה כלשהיא (למשל, מכירתו בתרמית של נכס), יחושב פיצוי ההסתמכות על פי ההפרש בין ערכו של מה שהקונה הנפגע קיבל לבין מה שהוא שילם").

14 כך למשל דניאל פרידמן ונילי כהן כותבים, שם, כי "מלשונו של הסעיף עולה כי הסעד בשל הפרתה של החובה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת במשא ומתן הוא סעד הפיצויים. אלה הם פיצויים המיועדים להביא את הנפגע למצב שבו היה אלמלא בוצע המעשה האסור (אלמלא הופרה חובת תום הלב)" (ההדגשה הוספה – י"פ). לדברים ברוח דומה ראו גם גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי, לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 156 (2005). גישה זו אף אומצה בפסיקה. ראו למשל את דברי השופט קדמי בע"א 4839/92 גנז נ' כץ, פ"ד מח(4) 749, 759 (1994) ("הגישה הרווחת היא, שהפיצויים שבהם מדובר בסעיף 12(ב) הנ"ל הם פיצויי ההסתמכות – לאמור פיצויים שליליים – שתכליתם העמדת הצד הנפגע במצב שבו היה נתון אלמלא הופרה חובת תום הלב"); דברי השופט מלץ בע"א 3666/90 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מו(4) 45, 58 (1992) ("אכן, מי שהפר את חובת תום הלב במשא ומתן, נושא בנזק שנגרם לצד השני כתוצאה מהפרת חובת תום הלב האמורה"). לדוגמה מן הזמן האחרון ראו למשל ע"א 7730/09 כהן נ' מבני גזית



ההסתמכות על המצג, באמצעות תרופת הניכוי מן המחיר, המקנה לקונה סמכות להפחית את התשלום בגין אי-התאמה, כך שיהלום את מאפייניו של המוצר שנרכש בפועל.<sup>15</sup> ובדומה לכך, חוק הגנת הצרכן<sup>16</sup> וחוק הבנקאות (שירות ללקוח)<sup>17</sup> מטילים חבות נזיקית בגין הפרה של הוראותיהם הספציפיות בדבר הטעיה אקטיבית או אי-גילוי. לבסוף, הזכות לפיצויי ציפיה מוכרת אף היא מכוח מספר מקורות משפטיים. ראשית, מצג המוצג עובר לכריתת החוזה עשוי לעתים להתפרש כהתחייבות חוזית בדבר נכונותו. למשל, אם ראובן מציג עצמו כמומחה, ועל יסוד כך מציע את שירותיו לשמעון, הרי שבהתברר כי הוא מתחזה, הוא ייחשב כמפר חוזה ולא רק כמעול נזיקי או כמי שהפר את חובת תום הלב במשא ומתן.<sup>18</sup> בדומה לכך, מוכר המעניק אחריות אינו אלא מקנה תוקף חוזי למצגו הטרומי חוזי בדבר תקינות המוצר.<sup>19</sup> החיוב החוזי מתפרס אפוא לעתים לא רק על הבטחות לפעולות עתידיות כי אם גם על נכונותם של מצגים בדבר עובדות קיימות. בדומה לכך המצג עשוי לקבל תוקף של תניה חוזית גם אם, לחלופין, המצג מתפרש כתנאי מכללא<sup>20</sup> או כחיוב בחוזה נספח,<sup>21</sup> או כאשר אין הוא נחשב

- 2000 בע"מ (פורסם בנבו, 6.6.2011) (להלן: עניין מבני גזית), שם נמנע מוכר מלגלות כי מגבלות תכנוניות צפויות לצמצם את אפשרויות השימוש בנכס. עמדת השופט פוגלמן הייתה כי בנסיבות אלה זכאי הניצג, מכוח חובת תום הלב במשא ומתן, לפיצוי בגין ההפרש בשווי הנכס לנוכח המגבלות האמורות – סעד שיש בו כדי להגן על אינטרס ההסתמכות על המצג. השופטים עמית וחיות הסכימו לתוצאה, אך נימקו אותה בקביעה כי במקרה הנדון הופר חיוב חוזי מלא.
- 15 ס' 28 לחוק המכר, ס' 9 לחוק השכירות והשאלה, וס' 4 לחוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974. תרופת הניכוי מן המחיר מגנה על אינטרס ההסתמכות על המצג כאשר ההנחה היא כי מצג השווא התגבש לכדי חיוב חוזי שהופר, וכי חוזה היה נכרת גם לו הוצג מצג אמת. בנסיבות אלה פעולתה של תרופת הניכוי היא שחזור תנאי העסקה שהייתה נכרתת לו הוצג מצג אמת. יש לשים לב כי בנסיבות אלה ניתן להשקיף על תרופת הניכוי מן המחיר גם כמגנה על אינטרס שחזור השקילות החוזית. לפרשנות זו ראו את מאמריו של זמיר, לעיל ה"ש 6.
- 16 ראו פרק ב לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, הקובע חובות פרטיקולריות להצגת מצג אמת, וכן את ס' 31 בו, הקובע את החבות הנזיקית בגין הפרתן של חובות אלה.
- 17 התשמ"א-1981. ראו בפרט ס' 15 לחוק זה.
- 18 גם אם הוראה זו אינה תנאי מפורש בחוזה, הרי שהיא תפורש כתנאי מכללא. ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 13, כרך ב בעמ' 878-882, ס' 15.88-15.91.
- 19 ראו ע"א 2666/05 מדינת ישראל נ' אינסופקו הספקה לתעשייה בע"מ (פורסם בנבו, 19.12.2007) (מינהל מקרעי ישראל פרסם מכרו לבניה בחלקת קרקע, תוך הצגת מצג שווא ולפיו ניתן לבנות בה כדין. כשהתברר כי לא ניתן לבנות בה, נקבע כי המינהל הפר חוזה). ראו גם פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 13, כרך ב בעמ' 878-882, ס' 15.88-15.91.
- 20 ראו למשל שם, כרך א בעמ' 561-566, ס' 12.49-12.54 והמקורות המצוטטים שם.
- 21 ראו שם, בעמ' 524-525, ס' 12.15. ראו גם את עמדתו של מ"מ הנשיא (כתוארו אז) לנדוי בעניין עמידר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 341; את עמדתו של השופט (כתוארו אז) ברק בע"א 207/79 רביב משה ושות' בע"מ נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לז(1) 533, 546-547 (1982) (פסק דין זה בוטל לאחר מכן, אך

פורמלית לחלק מן החוזה, אך המציג מושג מלהתכחש לו מכוח דיני ההשתק.<sup>22</sup> ואם בחיוב חוזי מדובר, הרי שהפרתו מקימה לנפגע זכות לסעד המגן על אינטרס הציפייה, קרי על זכותו של הנפגע לעמוד במקום שבו ציפה לעמוד לנוכח המצג שהוצג בפניו. מלבד זאת אינטרס הציפייה עשוי להיות מוגן באמצעות מגוון ערוצים דוקטרינריים נוספים. למשל, יש הסוברים כי עוולת התרמית עשויה לשמש מקור לפסיקת פיצויי ציפייה.<sup>23</sup> בנסיבות מסוימות פסק בית המשפט פיצויי ציפייה אפילו כאשר עילת התביעה

לא מטעם זה; עמדתו של השופט לוין בד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס, פ"ד מב(1) 221, 237 (1988). לפסקי דין מאוחרים מאלה המביעים עמדה דומה ראו למשל ע"א 3643/97 כהן עיצובים בע"מ נ' מדינת ישראל פ"ד נג(5) 553, 563–564 (1999); ע"א 3051/08 סאסי קבלני בנין, עפר וכבישים (1986) בע"מ נ' משרד הבינוי והשיכון, פס" 15 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 19.1.2010).

22 ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 13, כרך א בעמ' 529–536, ס' 12.19–12.23. כן ראו ע"א 846/76 עטיה נ' "אררט" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד לא(2) 780 (1977) (חברת הביטוח מנועה מלטעון לקיומו של סייג בפוליסת הביטוח כאשר הפרה את חובתה ליידע את המבוטח בדבר קיומו של הסייג); רע"א 4928/92 עזרא נ' המועצה המקומית תל-מונד, פ"ד מז(5) 94, 101 (1993) ("ההתכחשות למצגים (וכן להבטחות) שניתנו במשא ומתן לכריתת חוזה [...] מהווה פגיעה בחובת תום-הלב הקבועה בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים. לפגיעה זו משקל יתר אם (כפי שנדרש בדיני ההשתק) זה שכלפיו נעשה המצג (או מקבל ההבטחה) שינה על-פיהם את מצבו לרעה"); ע"א 289/78 אשר נ' לובר, פ"ד לג(1) 13, 17 (1978) (מוכר התחייב בחוזה בכתב להעביר דירה מסוימת, ולאחר מכן התחייב בעל פה להעביר דירה אחרת במקומה. את החיוב המקורי הוא לא קיים בשל עסקה נוגדת שזכתה לעדיפות. את החיוב המאוחר הוא ביקש שלא לקיים, בטענה כי העסקה לא הושלמה בכתב, כנדרש בס' 8 לחוק המקרקעין. עמדת השופטת בן-פורת הייתה כי בנסיבות אלה, אף שהיעדר הכתב מנע שכלול של חיוב חוזי, המוכר מחויב לו מכוח דוקטרינת ההשתק); דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996) (אישה עברה טיפול רפואי לשם הפריה חוץ גופית בעקבות מצג של בן זוגה שלפיו הוא מסכים להשלמת התהליך. אף כי מצגו של הבעל לא עלה לכדי התחייבות חוזית, נקבע כי בנסיבות מסוימות הוא עשוי להיות מושגק מלטעון נגד המצג. עם זאת ניטשה בין השופטים מחלוקת באשר לשאלה האם נתקיימו יסודות הדוקטרינה בנסיבות העניין).

23 ראו עדה בר-שירה התרמית 38–41 (מהדורה שנייה מאת יפעת הולצמן-גזית, 2005); פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 623–626, ס' 12.116–12.119. כך גם לפי הריסטייטמנט האמריקאי. ראו RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 549(2) (1977). ברוח דומה אומר השופט אור, אמנם באוביטר: "בנסיבות מסוימות, ניתן להצדיק את אימוצה של גישה מחמירה יותר... כך, למשל, קיימת גישה שעל-פיה יש לחייב את מי שפעל בתרמית בפיצוי אשר יעמיד את הניזוק במצב שהיה בו לו היה המצג נכון. ביסוד גישה זו עומדים שיקולי מדיניות, אשר במרכזם השאיפה להפוך מעשי מרמה לבלתי-משתלמים. גישה זו מעוגנת בהבחנה בין הפרת חובת אמון לבין הפרת חובת זהירות". עניין זלסקי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 84. לעומת זאת במקום אחר אומרת השופטת שטרסברג-כהן, אף היא באוביטר: "ככל שמדובר בעוולת התרמית במסגרת פקודת הנוזיקין [נוסח חדש], נפסק כי הנפגע ממעשי התרמית זכאי אך לפיצוי הנוזיקי ששייב את מצבו לקדמתו". ראו רע"א 378/96 וינבלט נ' משה בורנשטיין בע"מ, פ"ד נד(3) 247, 261 (2000).

התבססה על מצג שווא רשלני.<sup>24</sup> בהלכת קל בניין הידועה נקבע כי אפשר לפסוק פיצויי ציפייה אפילו מכוח חובת תום הלב במשא ומתן הקבועה בחוק החוזים, אם כי באותו מקרה לא מדובר היה במצג שווא כי אם בפרישה אופורטוניסטית מן המשא ומתן.<sup>25</sup> ובדומה לכך, כאשר מצג השווא יוצר "אי-התאמה", כמובנו של מושג זה בחוק המכר,<sup>26</sup> בחוק השכירות והשאלה<sup>27</sup> או בחוק המכר (דירות),<sup>28</sup> הרי שיש גם בכך כדי לזכות את הנפגע בתרופות מלאות בגין הפרת חוזה, שבכללן הזכות לפיצויי ציפייה.

מן המקובץ עולה כי הדין התרופתי החל על מצגי שווא טרום חוזיים מגן על שלושת האינטרסים האמורים כאחד. מקורות שונים מקנים זכויות לתרופות שונות, ולעתים תרופות שונות עשויות להינתן אפילו על יסוד אותם המקורות עצמם. הקושי שמעוררת מציאות משפטית זו הוא שהבחירה בתרופה אינה נסמכת על תורה סדורה ובהירה, הקושרת בין התכלית העומדת בבסיס הזכות לבין אופיו המתקן של הסעד. שורה של שאלות נותרות ללא ניתוח סיסטמתי: מתי יש לראות מצג טרום חוזי כהתחייבות חוזית? מהו הסעד שראוי להושיט מכוח עוולת התרמית? מכוח מצג שווא רשלני? מכוח הפרת חובת תום הלב במשא ומתן? באילו נסיבות ראוי לראות מציג כמושתק מלהתכחש למצגו או להבטחתו? מתי מצג טרום חוזי מהווה "חוזה נספח"? כשקיימת אחריות

24 לפסק דין מן הזמן האחרון ראו ע"א 666/09 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' מעריב – הוצאת מודיעין בע"מ (פורסם בנבו, 19.7.2011). חברה א נקלעה לקשיים כלכליים, ועקב כך לא פרעה את חובה לבנק. חברה ב, אשר החזיקה בחלק ממניותיה של חברה א, הציגה מצג בפני הבנק שלפיו בכוונתה לפרוע היא את חובה של חברה א, וזאת כדי להציל את חברה א מקריסה. בתמורה לכך הסכים הבנק להמשיך ולהעמיד קו אשראי לחברה א ואף לאשר לה הלוואה נוספת. לאחר שהחוב הוסיף ותפח, חזרה בה חברה ב מכוונתה לפרוע את החוב. בית המשפט פסק כי על חברה ב לקיים את שהציגה, כלומר לפרוע את מלוא החוב. בכך הגן על אינטרס הציפייה של הבנק, ולא אך על זכותו לעמוד במקום שבו היה ניצב אלמלא הודיעה חברה ב מלכתחילה כי תפרע את החוב. זאת אף בהינתן ההנחה המפורשת כי מצגה של חברה ב לא התגבש לכדי חיוב חוזי, וכי עילת התביעה היא ברשלנות בלבד.

25 ע"א 6370/00 קל בניין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה, פ"ד נו(3) 289 (2002). אמנם פרישה אופורטוניסטית ממשא ומתן מסוגת בדרך כלל כקטגוריה מובחנת מזו של מצג השווא הטרם חוזי, אך הבחנה זו אינה נקייה מספק. הפרישה האופורטוניסטית מן המשא ומתן איננה אלא סוג של מצג כוזב. בעוד שמצג כוזב "רגיל" עשוי להתייחס לכל נתון עובדתי בעל חשיבות, הפרישה האופורטוניסטית עניינה מצג כוזב בדבר נכונותו של צד להתקדם ביושר אל עבר נקודת היעד – היא כריתת החוזה. הפרישה היא "אופורטוניסטית" משום שיש בה הולכת שולל: הצד הפורש נגוע בחוסר יושר, משום שהוא מניח לצד שכנגד לצבור נזקי הסתמכות בידעו כי הוא עושה כן על בסיס אמונה מוטעית בדבר הסיכוי לכריתת החוזה. אף על פי כן, הלכת קל בניין הוחלה עד כה רק בנסיבות של פרישה מאוחרת, ולא בנסיבות כלליות יותר.

26 ס' 11 לחוק.

27 ס' 6 ו-23 לחוק.

28 ס' 4 לחוק.

מקבילה חוזית ונזיקית, באילו נסיבות ראוי להחיל את כללי ריחוק הנזק של דיני החוזים, ומתי את אלה של דיני הנזיקין? שאלות אלה אינן מוצאות מענה מספק בגדרה של התאוריה הקיימת או של המשפט הנוהג. מציאות זו אינה נחלתה הבלעדית של שיטת המשפט הישראלית.<sup>29</sup> הניתוח שלהלן מבקש אפוא לתרום למילוי של פער זה באמצעות אפיון מהותה של התרופה היעילה בנסיבות שונות.

### א. תכליותיה של החובה להציג מצג אמת

טיבה של תרופה אופטימלית נגזר מן התכלית שאותה מבקשת החובה להגשים. לפיכך הצעד הראשון לזיהוייה של התרופה הרצויה מתחיל בזיהוייה של התכלית המונחת בבסיס החובה להציג מצג אמת. מנקודת המבט של הניתוח הכלכלי למשפט תכליתיה של החובה להציג מצג אמת מקורה בכך שמצג השווא עלול לגרוע מרווחתם של הצדדים לחוזה. לנזק זה כמה היבטים, שיתוארו להלן בקצרה.

שיבוש החלטות ההסתמכות: ראשית, תפיסת המציאות השגויה של הנפגע, שהיא תולדה של מצג השווא, עשויה להניעו לבצע השקעות הסתמכות, אשר בהתברר מצב הדברים לאשורו יגרמו הפסדים. למשל, רוכש קרקע הסובר, בעקבות מצג, כי יוכל לבנות בה עשרים יחידות דור, אך בפועל יהיה רשאי לבנות בה עשר בלבד, עלול לשכור את שירותיו של אדריכל שאת תכניתו אי אפשר יהיה בסופו של דבר לממש. עלות העסקתו של האדריכל היא אפוא מעשה הסתמכות על מצג השווא, שנגרם בגינו הפסד. לחלופין, השקעת ההסתמכות עשויה ללבוש צורה של אבדן הזדמנות אלטרנטיבית. רוכש הקרקע, המבקש לבנות מבנה מסוג מסוים, עשוי לאבד את האפשרות לרכוש מגרש אחר המתאים למטרה זו, בסברו כי כבר רכש חלקה שבה יוכל לממש את מטרותיו.

האפשרות לקיומם של מצגי שווא עלולה לגרום לא רק להשקעה בלתי רצויה בהסתמכות אלא אף להימנעות מהסתמכות רצויה. עצם החשש ממצג שווא, שאין בצדו תרופה אפקטיבית לניצג, עלול לגרום לניצג לצמצם את הסתמכותו, או להימנע ממנה כליל, וזאת אפילו כאשר המצג מציג למעשה את המציאות כהווייתה. חשש זה עלול אף להניא צד מעצם כריתת החוזה, וזאת אפילו כאשר בפועל העובדות שהוצגו בפניו היו מדויקות ומלאות.

אף כי מצג השווא עשוי להוביל הן להסתמכות יתר והן להסתמכות חסר, חשוב להבחין כי חששות אלה אינם מקוזזים זה את זה. החשש להשקעת יתר הוא החשש כי הניצג יבצע פעולות הסתמכות מסוג בלתי מתאים, בשל הפער שבין המציאות כהווייתה

29 J.F. Rydstrom, Annotation, "Out of Pocket" or למשל "Benefit of Bargain" as Proper Rule of Damages for Fraudulent Representations Inducing Contract For the Transfer of Property, 13 A.L.R.3d 875 (1967).

לבין דימויה השגוי המצטייר בהכרתו. החשש להסתמכות חסר הוא חשש להימנעות מהשקעה רצויה. חששות אלה עשויים להתממש במקביל: בהינתן האפשרות למצגי שווא, ניצג עשוי בהחלט להימנע מהשקעות רצויות, ובה בעת לבצע השקעות בלתי רצויות. שיעורם הכולל של נזקי ההסתמכות נגזר משני סוגי ההחלטות באופן מצטבר.

אי-יעילות בהקצאת המקורות: נזק מסוג נוסף שעלול להיגרם בהיעדר סעד אפקטיבי כנגד מצג השווא הוא נזק הקצאתי, הנובע מעיוות בהחלטות ההתקשרות. חוזים הנכרתים על סמך מידע סימטרי ככלל מניעים העברה יעילה של משאבים לידיהם של אלה המייחסים להם את הערך הצפוי הגבוה ביותר. אולם כאשר חוזים נכרתים בעקבות מצג שווא, הם עשויים להוביל דוקא אל התוצאה הפוכה, קרי להעברתם של נכסים לידי מי שמייחסים להם ערך נמוך יותר. בפרט, קונה-ניצג עשוי לרכוש נכס אף שהערך האמתי שהוא מייחס לו נמוך מזה שמייחס לו המוכר-המצגי. כתוצאה מכך, העסקה עלולה לפגוע ברווחה החברתית. במקביל לכך, חששו של הניצג מפני השלכותיו של חוזה הנכרת עקב מצג שווא עלול לסכל את כריתתם של חוזים יעילים, שהיה בהם הפוטנציאל לשפר את הרווחה החברתית.

השקעה בזבזנית ביצירת המצג הכוזב ובהתגוננות מפניו: בהיעדר סעד אפקטיבי, למצגי תמריץ להשקיע באופן בלתי רצוי ביצירת המצג, ואילו אצל הניצג מתעורר התמריץ להשקיע בהתגוננות אקטיבית מפניו. למשל, מציג מתחזה עשוי להשקיע זמן ומשאבים ביצירתן של אינדיקציות כוזבות בדבר מיהותו. לאור זאת, הניצג עשוי להשקיע בחשיפתן של התחזויות פוטנציאליות, אף כאשר מתברר בסופו של דבר כי שותפו למשא ומתן – תוכו כבור. השקעות אלה, על שני סוגיהן, מהוות בזבוז מנקודת מבט חברתית: היה אפשר להימנע מהן לו הרתיע הדין מצגי שווא, כך שניצגים היו יכולים לסמוך על כך שהחובה להציג מצג אמת תקיים.<sup>30</sup>

מצג השווא מפחית אפוא את ערכו הכולל של הקשר החוזי, בהובילו להחלטות הסתמכות שגויות, בגרמו למעבר בלתי יעיל של מקורות וביצרו תמריץ להשקעה בזבזנית בהונאה ובהתגוננות מפניה.<sup>31</sup> כיצד, לאור זאת, ניתן לאפיין את תכונותיו של הסעד האופטימלי?

30 טיעון זה מקביל לטיעון הכלכלי כנגד גנבה. אלמלא הוכרה ההגנה מפני גנבה, קרבנות פוטנציאליים היו נאלצים להשקיע – באופן בזבזני מבחינה חברתית – בהגנת רכושם בעצמם. ראו למשל Gordon Tullock, *The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft*, 7 W. ECON. J. 224, 228–232 (1967). ראו גם William M. Landes & Richard A. Posner, *An Economic Theory of Intentional Torts*, 1 INT'L REV. L. & ECON. 127 (1981).

31 בדין זה לא נביא בחשבון את האפשרות להשפעות חיזוניות של מצג השווא כלפי צדדים שלישיים. השפעות כאלה תיתכנה בנסיבות מסוימות, כאשר צד שלישי רואה במחיר הנגזר ממצג השווא אינדיקציה לשווי של הנכס מושא החוזה. למשל, כאשר חבילת נופש נמכרת במחיר גבוה עקב מצג שווא, צד שלישי המבקש ללמוד על ערכה עשוי לסבור בטעות כי עצם התקיימותה של עסקת שוק במחיר זה מעידה על יתרונותיה היחסיים לעומת חלופותיה.

סעד אופטימלי הוא זה המביא את שלוש הבעיות שלעיל לידי פתרון. ראשית, עליו למנוע את התמריץ של המציג להשקיע ביצירת ההונאה ואת הצורך של הניצג להתגונן מפניה. לשם כך עליו לשלול מן המציג את האפשרות להתעשר בעקבות המצג. שנית, על הסעד לתמרץ את המציג שלא להתרשל בהצגתם של מצגים שכזבותם עלולה לגרום לניצג נזקי הסתמכות. לשם כך עליו להביא להפנמתם של נזקי ההסתמכות על ידי המציג. ושלישית, על הסעד להבטיח את יעילותה של הקצאת המקורות. לשם כך עליו לאפשר את השבתם של נכסים שהעברתם בלתי יעילה לבעליהם המקוריים, או אם ההשבה בלתי אפשרית, להביא להפנמתם של הנזקים ההקצאתיים על ידי המציג.

שתי התכליות הראשונות ניתנות למימוש באמצעות הטלת חובת פיצוי על המציג, הכוללת הן רכיב של מניעת התעשרות והן רכיב של חבות בגין נזקי הסתמכות. התכלית השלישית ניתנת לפתרון באמצעות החלה של הזכות לביטול והשבה, או לחלופין באמצעות פיצוי נוסף, המביא להפנמת הנזק ההקצאתי על ידי המציג.

סעד שלו המאפיינים האמורים ירתיע מציגים מפני הצגתם של מצגי שווא מכוונים או רשלניים. בהינתן סעד כזה יופג החשש להשקעה ביצירת ההונאה, ולהשקעה בהתגוננות מפניה. הניצג יקבל לידי את מלוא המידע שיעיל כי יימסר לו, וישקיע משאבים באימותם של הנתונים רק כאשר הוא – ולא המציג – הוא ה"מברר" היעיל שלהם.<sup>32</sup> בהינתן כי בידי מלוא המידע שיעיל כי ימסר לו, החלטות ההסתמכות שלו תתקבלנה אף הן באורח יעיל. ובהינתן אי יעילות בהקצאת המקורות, הרי שאי יעילות זו תתוקן באמצעות הזכות לביטול והשבה או באמצעות הפנמתו של הנזק בדרך של פיצוי נוסף.

יש לשים לב כי מניעתם של מצגי שווא מכוונים או רשלניים אין בה כדי להבטיח כי לא יוצגו מצגי שווא כלל: גם כאשר המציג אינו מתכוון להונות, וגם כאשר הוא משקיע באופן יעיל כדי להבטיח את אמתות מצגיו, עדיין עלולים להיות מוצגים מצגי שווא שאינם רשלניים. תוצאה זו אינה מעוררת קושי: חרף הנזק החברתי הנלווה למצג השווא אין זה רצוי למנעו בכל מחיר. יעילותו של הדין מתבטאת בכך שהוא מביא את המזיק להפנים את נזקי המצג, ולמנעם אם ורק אם התועלת מן המניעה עולה על העלות הכרוכה בה.

השאלה הנשאלת היא אפוא אם יש במערך הסעדים הקיים על פי הדין הנוהג כדי להוביל לתוצאות רצויות אלה. האם הסעדים המוכרים בדין הנוהג מאופיינים בתכונות הנדרשות לשם הרתעה אופטימלית של המציג? הדין מכיר הן בזכות לביטול והשבה והן

32 זאת בהנחה כי משטר האחוריות החל הוא משטר של רשלנות (עם או בלי הגנת אשם תורם), או לחלופין משטר של אחוריות חמורה עם הגנה של אשם תורם. הנחה זו נדרשת כדי להבטיח כי, במצבים שבהם המצג אינו רשלני אך גם אינו נכון, הניצג יפנים את הסיכון לכישלונה של השקעת ההסתמכות. לדיון בצורך בהפנמת נזקים בידי ניזוקים, באמצעות משטר רשלנות או הגנה של אשם תורם, ראו למשל STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW ch. 8 (2004).

זכות לפיצוי (לפחות בגין מצג שווא מכוון או רשלני). עם זאת מקורות שונים בדין מגדירים נוסחאות פיצוי שונות, שלכל אחת מהן מאפיינים אחרים. לאור זאת יש לבחון את השאלה האם יש בנוסחאות אלה כדי להוביל להרתעה אופטימלית. לבחינה זו, וכן לדין בתפקידה של הזכות לביטול והשבה, נפנה בפרק הבא.

## ב. מהותו של הסעד הרצוי – מודל פשוט

השפעתו של סעד על תמריצי המציג והניצג, נגזרת בין היתר מהנחותינו בדבר מאפייניו של התהליך המשפטי שבסופו ניתן הסעד. מהי ההסתברות לגילוי מצג השווא על ידי הניצג? האם תמיד מתקיים תמריץ לתבוע בגינו? האם תמיד ניתן להוכיח באופן מעשי את הדרוש הוכחה? מהי רמת הדיוק של ההכרעה השיפוטית? והאם כל הכרעה ניתנת להוצאה אל הפועל?

את הדיון נחל בגדרו של מודל פשוט, המניח כי התהליך, על כלל שלביו, פועל ללא תקלות. נניח כי מצג השווא תמיד מתגלה לניצג בדיעבד, וכי הניצג תובע על פיו. אין מתעורר קושי בהוכחתו, בקבלת סעד בגינו או בהוצאתו אל הפועל. המציגים יודעים מהו הסטנדרט הנדרש, בתי המשפט אינם טועים בהפעלתו של הסטנדרט, ועל כן החלטותיהם של בתי המשפט צפויים ומדויקות. לאור הנחות אלה נשאל אם יש בכוחן של נוסחאות הפיצוי השונות כדי להוביל להרתעה אופטימלית של מצגי שווא.

בפרק הבא נרחיב את היריעה ונדון באפשרות כי חלק מן ההנחות המפשטות שלעיל אינן מתקיימות הלכה למעשה. בגדרו של דיון זה הסעדים שיאופיינו כאופטימליים בגדרו של המודל הפשוט ייבחנו מחדש. כפי שניתן לצפות, המציאות המורכבת תפגום בנסיבות מסוימות במאפייניהם האופטימליים של סעדים אלה. בהינתן אפשרות זו נאפיין את היתרון היחסי הנתון לסעדים שונים בנסיבות שונות.

את הדיון במודל הפשוט נפתח בבחינת תפקידה של הזכות לביטול והשבה, האמונה על הבטחת יעילותה של הקצאת המקורות. לאחר מכן נעבור לבחון את הזכות לפיצוי, כפי שבאה לידי ביטוי בכל אחת משלוש הנוסחאות – הסתמכות על החוזה, הסתמכות על המצג וציפייה.

### 1. ביטול והשבה

כאשר ניצג מקבל לידי נכס מכוח חוזה שנכרת עקב מצג שווא, הוא ככלל זכאי להפעיל זכות לביטול ולהשבה הדרית. מקורה העיקרי של זכות זו בעילת ההטעיה הקבועה בחוק

החוזים הכללי, <sup>33</sup> ובנסיבות שבהן מצג השווא נתפס כהפרתו של חיוב חוזי מלא, הזכות אף מעוגנת בחוק התרופות. <sup>34</sup>

הזכות לביטול והשבה כשלעצמה אינה מספיקה כדי למנוע באורח יעיל את מכלול נזקיו של מצג השווא. <sup>35</sup> בפרט, אין בה כדי לפצות על נזקי הסתמכות, ועל כן אין היא מביאה את המציג לידי הפנמה של נזקים אלה. יתרה מזאת, הזכות לביטול והשבה עשויה שלא להיות מופעלת כלל, אם הניצג בחר שלא לממשה. זו תהא בחירתו של הניצג, כאשר הוא מעוניין להוסיף ולהחזיק בנכס למרות מצג השווא. למשל, ניצג אשר רכש בית על יסוד מצג שווא שלפיו הבית נטול פגמים, עשוי לרצות להמשיך ולהחזיק בבית על אף קיומם של הפגמים. בהינתן אפשרות זו, המציג עלול שלא להירתע מהשקעה ביצירת ההונאה, ובנסיבות אלה הניצג יאלץ להשקיע בהתגוננות מפניה.

אך כמובן, הזכות לביטול והשבה אינה עומדת לבדה. היא מוקנית לניצג במצטבר לזכות הפיצוי, שבאמצעותה ניתן למלא את הפער ההרתעתי הנדרש. תרומתה של תרופת הביטול וההשבה בתוך המתווה התרופתי הכולל היא בהגנה על יעילותה של הקצאת המקורות. בהתקיים ביטול והשבה, נכס שהועבר מכוח חוזה שבוטל מושב לבעליו המקוריים, ואילו נכס שצפוי היה לעבור בעתיד מכוח חוזה שבוטל, העברתו מבוטלת. בדרך זו מונעים הביטול וההשבה את התוצאה שלפיה מצג השווא יוביל למעבר בלתי יעיל של מקורות פיזיים. אם מצג השווא הביא לידי כך שנכס יעבור מידי מי שמייחס לו ערך גבוה לידי מי שמייחס לו ערך נמוך, הרי שבביטול אותה העברה הפגיעה בהקצאת המקורות תבוא על תיקונה.

יתרה מזאת, בנסיבות שבהן החוזה אכן מוביל לאי-יעילות הקצאתית, לניצג יתהווה התמריץ להפעיל את זכותו לביטול והשבה ולא להסתפק בפיצוי בלבד. כדי לראות זאת טלו ניצג שעקב מצג שווא רכש נכס במחיר של 120, אף שהוא מייחס לו ערך של 80 בלבד. ערכו של הנכס למוכר, או ערכו בשוק, עומד על 100, ועל כן החוזה בלתי יעיל מבחינה הקצאתית. במקרה זה הבחירה בזכות הביטול וההשבה תזכה את הניצג בסכום ששילם, בסך 120, ונזקו יוטב. לעומת זאת אם יבחר בפיצוי בלבד, הרי שבקביעת שיעור הפיצוי טובא בחשבון העובדה כי הניצג הותיר בידיו נכס שאפשר למכרו ב-100. לפיכך הפיצוי שיזכה לו יעמוד על 20 בלבד. נזקו יבוא אפוא על תיקונו רק אם יטרח וימכור את

33 ס' 15 לחוק, הקובע כי "מי שהתקשר בחוזה עקב טעות שהיא תוצאת הטעיה שהטעהו הצד השני או אחר מטעמו, רשאי לבטל את החוזה; לענין זה, 'הטעיה' – לרבות אי-גילויין של עובדות אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן". ס' 21 לחוק קובע את הזכות להשבה לאחר ביטול.

34 ס' 6-9 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות).

35 עם זאת אין כך הדבר תמיד, ובנסיבות מסוימות הזכות לביטול והשבה עשויה אף להיות חזקה יותר מן הזכות לפיצוי קיום או פיצויי הסתמכות על המצג. כך בפרט עשוי לקרות כאשר הרווח לו זכאי הניצג, בגידרו של אינטרס הקיום או בגידרו של אינטרס ההסתמכות על המצג, הוא בעל ערך שלילי.



הנכס. נוסף על כך הוא ייאלץ לשאת בסיכון הכרוך בתנודות אפשרויות בערכו השוקי של הנכס עד למועד המכירה, ובעלות הפחת שלו. הביטול וההשבה משפרים אפוא את מצבו של הניצג, ועל כן הוא צפוי לממש את זכותו כאשר החזקתו בנכס אינה יעילה. עם זאת הזכות לביטול והשבה לעתים לא תוכל להתממש מטעמים מעשיים. לעתים הנכס שהועבר באופן בלתי יעיל כבר הושמד, או נצרך, או שערכו פחת עקב בלאי או קלקול. במצבים מעין אלה אי-היעילות ההקצאתית תימנע רק אם סעד הפיזי ירתיע את כריתתן של עסקאות בלתי יעילות מלכתחילה. בנסיבות אלה זו תהא אפוא תכלית נוספת של תרופת הפיזי. בדיון שלהלן בנוסחאות הפיזי השונות נדון אפוא גם בכוחה של כל אחת מן הנוסחאות להרתיע מפני כריתתן של עסקאות המובילות לאי-יעילות הקצאתית.

## 2. נוסחת ההסתמכות על החוזה

נוסחת הפיזי בגין ההסתמכות על החוזה מבקשת להעמיד את הניצג במקום שבו היה עומד אלמלא קשר עצמו בחוזה. ייעודה הוא לבטח אותו מפני הפסד, אך אין היא מבקשת להקנות לו כל זכות לרווח. כפי שנראה להלן, נוסחה זו אינה מגיבה הרתעה יעילה של המציג, בעיקר משום שאין היא מבטיחה את שלילת התעשרותו של המציג עקב המצג.

התוצאה שלפיה המציג עלול להיות עשיר יותר בשל המצג נגזרת ישירות מהגדרתה של נוסחת ההסתמכות על החוזה: נוסחה זו מבקשת להשיב את הניצג אל המקום שבו היה עומד אלמלא נכרת החוזה, משמע במקום שבו היה עומד אלמלא הרוויח או הפסיד מן הקשר החוזי. משמעות הדבר היא שככל שהופק רווח מן היחסים החוזיים, הרי שגם לאחר הושטת הסעד רווח זה הופקע במלואו על ידי המציג. לפיכך, על אף זכאותו של הניצג לתרופה, מצג השווא עשוי להעמיד את המציג במצב טוב משהיה אילו הציג מצג אמת, אז היה נאלץ לחלוק עם הניצג את הרווח החוזי בדרך של משא ומתן.

כדי להמחיש זאת נחזור לנתוני הדוגמה שהובאה לעיל. אם שמעון זכאי לפיזי ההסתמכות על החוזה בלבד, הרי שמצבו של ראובן, המציג, יהיה טוב יותר אם יפר את החובה וישלם את הפיזי, מאשר אם יקיים אותה. נזכיר כי בנתוני הדוגמה ראובן מעריך את הבית ב-100. אלמלא הציג מצג שווא, היה מוכר את הבית ב-120, ובהינתן מצג השווא מכרו ב-175. הערך שמייחס שמעון לבית על פי מאפייניו האמתיים הוא 140. מנתונים אלה עולה כי לו הציג ראובן מצג אמת, היה נאלץ להסתפק ברווח של 20 (השווה לפער שבין המחיר של 120 לבין הערך שהוא עצמו מייחס לבית, בסך 100). משהציג מצג שווא, זכה בשלב ראשון ברווח של 75, ולאחר תשלום הפיזי בסך  $35 = 175 - 140$ , ירדו רווחיו ל-40. אולם הרווח הסופי בסך 40 עודנו גבוה מן הרווח שהיה מפיק לו הציג מצג אמת. לראובן אפוא תמריץ להציג את מצג השווא אף אם יחויב בפיזי בודאות.

מהו הנזק החברתי הנגרם מהסתפקות בתרופה חלשה זו? ראשית, למציג יהיה כדאי להשקיע משאבים ביצירת מצג השווא, ולניצג יתהווה התמריץ להשקיע בבירור המידע בכוחות עצמו.<sup>36</sup> נוסף על כך, בהתקיים האפשרות למצג שווא, הניצג עלול להשקיע יתר על המידה בהסתמכות. בהינתן מצג השווא יראה הניצג בעיני רוחו דימוי שגוי של המציאות, אשר ישלול ממנו את האפשרות לקבל החלטות הסתמכות מושכלות. למשל, אם נניח, בנתוני הדוגמה, כי המציג הסתיר מן הניצג את העובדה כי התקרה צפויה לדלוף עם בוא הגשם, הרי שהניצג עלול להציב תחתיה פריטים יקרי ערך שיינזקו. נזק זה הוא בר פיצוי מנקודת מבטו של הניצג, אולם מנקודת מבט חברתית אי אפשר לתקנו. במקביל לכך, היקף הסתמכותו של הניצג עלול להיות נמוך מדי: אם אין הוא מודע למציאות כהווייתה, הוא עלול שלא לזהות הזדמנויות להסתמכות יעילה. ואם הדין אינו מביא להתרתו של מצג השווא, הוא עלול להימנע מהסתמכות אפילו כאשר למעשה הוצג בפניו מצג אמת.

בהיבט החיובי פיצויי ההסתמכות על החוזה מסירים את החשש לעיוות בהקצאת המקורות. כאשר החוזה הוא בלתי יעיל מבחינה הקצאתית, פירוש הדבר הוא כי החליפין מניבים ערך מצרפי שלילי. אולם כאשר הערך המצרפי הוא שלילי, והניצג זכאי להיוותר ללא הפסד, הרי שהמציג נותר לשאת במלוא ההפסד לבדו. מאחר שהמציג כמובן לא יבקש לכרות עסקה שתניב עבורו הפסדים, הוא ימנע מכריתתן של עסקאות בלתי יעילות מבחינה הקצאתית.

### 3. נוסחת ההסתמכות על המצג

פיצויי הסתמכות על המצג מיועדים להציב את הניצג במקום שבו היה עומד לו הוצג בפניו מצג אמת. המשימה המוטלת אפוא על בית המשפט, על פי אמת מידה זו, היא לשחזר את מהלך הדברים ההיפותטי שהיה מתפתח אלמלא הופרה החובה. במצב דברים זה היו עשויים, בפרט, להתפתח שני תרחישים: על פי האחד, הניצג היה מגלה כי אין הוא יכול להפיק תועלת מכריתת החוזה, ועל כן הצדדים היו פונים איש לדרכו. במקרה זה היה הניצג נותר ללא הפסד וללא רווח. נוסחת ההסתמכות על המצג הייתה אז מתלכדת עם נוסחת ההסתמכות על החוזה, שכן שתיהן היו מפצות באופן אפקטיבי בגין הפסדים בלבד, ולא בגין אבדן רווחים. על פי התרחיש השני, הניצג היה מגלה כי למרות מאפייניה של המציאות כהווייתה החליפין שהוסכמו במסגרת החוזה הם בכל זאת יעילים. בנסיבות אלה לו הוצג בפני הניצג מצג אמת, הוא היה מפיק

<sup>36</sup> לכאורה היה אפשר לשער כי אם המציג צופה את רכישתו של המידע על ידי הצד שכנגד, אין עוד טעם מבחינתו לשמור את המידע נסתר. לפיכך אם יציג מצג אמת, לא יודקק עוד הניצג להשקעה, ועלותה תיחסך. עם זאת צירוף זה של אסטרטגיות איננו מהווה שיווי משקל. אם הניצג סומך על אמינותו של המצג ונמנע עקב כך מהשקעה עצמית, הרי שלצד המיודע שוב מתעורר התמריץ להציג מצג שווא. לכן לניצג לא כדאי לסמוך על אמינותו של המצג, והבעיה אפוא נותרת בעינה.

רווח מכריתת החוזה. אין מדובר באותו הרווח שציפה הניצג להפיק מן החוזה שנכרת למעשה, על יסוד מצג השווא; מדובר ברווח אחר, שהניצג היה מפיק מן החוזה ההיפותטי שהיה כורת לו הוצג בפניו מצג אמת. נוסחת ההסתמכות על המצג מבקשת לפצות בגין אבדנו של רווח היפותטי זה, שנגרם כתוצאה ממצג השווא באורח סיבתי. מובן שהפעלתה של התרופה עלולה לעורר קשיים יישומיים, ובראשם הקושי לאמוד את הרווח הגלום בחוזה ההיפותטי. קשיים אלה יידונו בהרחבה בהמשך. אולם לעת עתה נניח, לצורך הדיון האנליטי, כי ניתן להפעיל את נוסחת הפיצוי באופן המשוחרר מקשיים אלה, ונשאל כיצד תשפיע החלטה על התנהגות הצדדים במהלך המשא ומתן.

נוסחת ההסתמכות על המצג, המפצה את הניצג בגין אבדן הרווח בחוזה ההיפותטי, מביאה לידי פתרון אופטימלי של הבעיות השונות שמעורר מצג השווא. זאת, משום שהיא כוללת בחובה את כלל הרכיבים הנדרשים לפיצוי אופטימלי: היא שוללת את התעשרותו של המציג – באמצעות שחזור תנאי החוזה שהיה נכרת לו הוצג מצג אמת; והיא מביאה לידי הפנמתם של נזקי ההסתמכות – באמצעות הטלת חבות בגינם על המציג. שלילת ההתעשרות מבטיחה כי המציג לא ישקיע בהצגת המצג הכוזב במכוון, ומשכך, גם הניצג לא יידרש להשקיע בהתגוננות מפניו. החבות בגין נזקי ההסתמכות מבטיחה כי לניצג יוצג מלוא המידע שיעיל כי יימסר לו, ועל כן החלטות ההסתמכות שלו תהיינה אופטימליות. ולבסוף, באשר נוסחת ההסתמכות על המצג מבטחת את הניצג מפני הפסדים (בהעמידה אותו לפחות במקום שבו עמד טרם כריתת החוזה), היא מביאה את המציג להפנים באופן מלא את ההפסדים הנובעים מכריתתו של חוזה בלתי יעיל, ובכך מרתיעה אותו מפני התקשרות בעסקאות הפוגעות ביעילותה של הקצאת המקורות.

#### 4. נוסחת הציפייה

בשונה מנוסחאות הפיצוי שנדונו לעיל, נוסחת הציפייה מבקשת להקנות תוקף וממשות למציאות הדמיונית, מושא מצג השווא. פיצויי הציפייה מבקשים להעמיד את הניצג במקום שבו היה עומד לו המציאות המדומה, כפי שהוצגה בפניו בעת הכריתה, הייתה כפי שהוצגה. נבחן אפוא את כוחה של נוסחה תרופתית זו לפתור את הבעיות השונות שיוצר מצג השווא.

השלכותיהם של פיצויי הציפייה על תמריצי הצדדים תלויה ביחס שבין פיצויי הציפייה לבין פיצויי ההסתמכות על המצג. יחס זה איננו קבוע, ועשוי להשתנות ממקרה אחד למשנהו. טלו את הדוגמה הבאה להמחשת נקודה זו: נניח כי מוכר הסתיר את קיומו של פגם בנכס באופן המהווה הפרה של החובה להציג מצג אמת. אם הקונה זכאי לפיצויי ציפייה, הרי שיש להעמידו במקום שבו היה ניצב לו רכש נכס ללא פגמים בתמורה למחיר ששולם בפועל. כדי לאמוד את נזקי הציפייה יש אפוא לשאול מהו הפסד התועלת שנגרם לניצג עקב הימצאותו של הפגם. לעומת זאת אם הניצג זכאי לפיצויי הסתמכות על המצג, הרי שיש להעמידו במקום שבו היה עומד לו הוצגו בפניו הפגמים בעת הכריתה,

וכתוצאה מכך היה משלם עבור הנכס מחיר נמוך יותר. כדי לאמוד נזק זה, יש אפוא לשאול מהו הפרש המחירים, בין זה ששולם בפועל לבין זה שהיה משולם לו הוצג מצג אמת. נוסחת הציפייה מתמקדת אפוא בפער התועלות, בעוד שנוסחת ההסתמכות על המצג מתמקדת בפער המחירים. היחס בין פער התועלות ליחס המחירים איננו יחס קבוע. למשל, ניתן לדמיין ניצג שבשל העדפותיו המיוחדות הפגמים האמורים פוגעים בתועלתו במידה רבה, ובפרט במידה העולה על זו המגולמת בהפרש המחירים השוקי. במקרה זה יהיו פיצויי הציפייה גבוהים מפיצויי ההסתמכות על המצג. אולם מן הצד האחר ניתן לדמיין ניצג שהפגמים האמורים מפחיתים מתועלתו מעט, או שאינם מפחיתים ממנה כלל, וזאת אף שהשוק מתמחר פגמים אלה בהפרש חיובי. במקרה זה הפיצוי הנגזר מנוסחת ההסתמכות על המצג יהא גבוה יותר.

נמחיש זאת מספרית: נניח כי מחיר השוק של נכס תקין הוא 100, ואילו מחירו של נכס פגום הוא 50. נניח עוד כי הניצג מעריך את הנכס התקין ב-150 ואת הנכס הפגום ב-110. נוסחת הציפייה במקרה זה מניבה פיצוי בסך של 40 (הפער בין הערך הצפוי בסך של 150 לבין ערך המוצר שנרכש בפועל בסך של 110). בהנחה כי בהצגת מצג אמת הייתה מתבצעת עסקה, הרי שנוסחת ההסתמכות על המצג מניבה פיצוי בסך 50 (המגלם את פער המחירים שבין מוצר תקין למוצר פגום). בנתונים אלה אפוא הפיצוי הנגזר מנוסחת ההסתמכות על המצג עולה על זה הנגזר מנוסחת הציפייה. אך כעת הניחו, לחלופין, כי הניצג מעריך את המוצר הפגום ב-90 בלבד. לפיכך נוסחת הציפייה תזכה אותו בפיצוי בסך 60 (הפער שבין 150 ל-90), בעוד שהפיצוי הנגזר מנוסחת ההסתמכות על המצג נותר בעינו – בסך 50. בנתונים אלה אפוא היחס בין נוסחאות הפיצוי מתהפך. בהינתן ההיקף היחסי המשתנה של נוסחאות הפיצוי השונות אטען להלן שני טיעונים משלימים: האחד הוא שכאשר פיצויי הציפייה גבוהים מפיצויי ההסתמכות על המצג, סטנדרט הציפייה יסדיר את תמריציהם של הצדדים באופן אופטימלי, ובלבד שיופעל על יסוד משטר של רשלנות; השני הוא כי כאשר פיצויי ציפייה נמוכים מפיצויי ההסתמכות על המצג, סטנדרט הציפייה יוביל להתנהגות תת אופטימלית. נדון בשני המקרים האמורים על פי סדרם.

**פיצויי הציפייה גבוהים מפיצויי ההסתמכות על המצג:** נתחיל בניתוח המקרה שבו פיצויי הציפייה עולים על פיצויי ההסתמכות על המצג. במקרה זה עשויים פיצויי הציפייה – בתנאים המפורטים להלן – להוביל לפתרון מלא של הקשיים השונים שמעורר מצג השווא.

כאשר פיצויי הציפייה עולים בשיעורם על פיצויי ההסתמכות על המצג, הרי שחבותו של המציג עולה על זו הנדרשת לשם הרתעה אופטימלית. כאמור בחלק הקודם, די בפיצויי ההסתמכות על המצג כדי לשלול את התעשרותו של המציג, להביא להפנמתם של נזקי ההסתמכות של הניצג ולהבטיח את יעילותה של הקצאת המקורות. פיצויי הציפייה בנסיבות אלה מטילים אפוא סנקצייה העולה על הנדרש.

לאור זאת, השאלה הנשאלת היא האם פיצויי הציפייה אינם צפויים להוביל להרתעת יתר. אם פיצוי נמוך יותר מספיק כדי להרתיע את המציג באופן יעיל, האם אין מתעורר החשש כי פיצויי הציפייה יובילו להשקעת יתר של המציג במניעתו של מצג השווא? התשובה לשאלה זו תלויה במשטר האחריות שעל רקעו נפסקת התרופה. אם אחריותו של המציג היא אחריות חמורה או מוחלטת, הרי שהרתעת יתר היא אפשרית. תחת משטר כזה הסנקציה שנושא בה המציג אכן עולה בהיקפה על הנזק שגרם המצג. המציג עלול אפוא להשקיע יתר על המידה בהימנעות ממצג השווא, או אף להימנע לחלוטין מכריתתו של חוזה רצוי.<sup>37</sup>

ואולם אם אחריותו של המציג היא אחריות ברשלנות בלבד – כלומר מותנה בקיומו של אשם – הרי שבהטלת פיצוי העולה על שיעור הנזק אין כדי ליצור הרתעת יתר. הטעם לכך הוא כי תחת משטר רשלנות, עמידה בסטנדרט הזהירות הנדרש פוטרת את המציג מאחריות באופן מלא. לפיכך, כל עוד סטנדרט הרשלנות עצמו נקבע באופן אופטימלי, כלומר באופן המבטיח כי המציג יישא בחבות רק אם לא השקיע ביעילות במניעת המצג, הרי שהטלת פיצוי גבוה בגין הפרתו של הסטנדרט לא תוביל כשלעצמה להרתעת יתר.<sup>38</sup> להמחשתה של נקודה זו נניח כי המציג נדרש להשקיע 100 בבדיקת העובדות מושא המצג כדי למנוע נזקי הסתמכות לניצג, בסך 120. נניח עוד כי אם יפר את חובתו זו, יחוב בפיצוי העולה על היקף הנזק, למשל בסך 200. במצב דברים זה אין מתעורר חשש להרתעת יתר, וזאת בשל החסינות שמקנה משטר הרשלנות למציג אשר עומד בסטנדרט ההתנהגות הנדרש. בהשקיעו 100 כמתחייב, יוצא המציג ידי חובתו וזוכה בחסינות מפני כל חבות שהיא. אין הוא מתומרץ אפוא להשקיע למעלה מן ה-100 הנדרשים לשם מניעה. מובן שבעולם המעשה הסתפקות בהשקעה של 100 עשויה להיות החלטה מסוכנת מבחינתו של המציג אם שיעורה המדויק של ההשקעה הנדרשת הוא עמום, או שהוא חושש כי בית המשפט יטעה בדיעבד בהפעלת הסטנדרט. בעיה זו תידון בהרחבה בפרק הבא. אולם כל עוד אנו דבקים בהנחותיו של המודל הפשוט, שלפיהן המציג ובית המשפט אינם טועים, והחלטות שיפוטיות הן צפויות, הרי שבעצם הטלתו של פיצוי העולה על הנזק אין כדי לגרום להרתעת יתר.

חלק מן המקורות שעל פיהם מקנה הדין הנוהג זכות לפיצויי ציפייה מבוססים על משטר רשלנות, אך לא כולם. בפרט, ככל שהזכות לפיצויי ציפייה ניתנת להקניה מכוח עוולת הרשלנות או חובת תום הלב במשא ומתן, הרי שאלה מותנות בקביעה כי המציג התרשל או הפר חובת זהירות.<sup>39</sup> בדומה לכך, עוולת התרמית, על פי הדעה שלפיה אפשר לפסוק מכוחה פיצויי ציפייה, מותנית אף היא בהוכחתו של יסוד נפשי מחמיר יותר, של כוונה. לעומת זאת דיני המכר מעניקים זכות למלוא התרופות החוזיות, ובכללן פיצויי

37 ראו למשל SHAVELL, לעיל ה"ש 32, בפרק 8.

38 שם, בעמ' 251–253.

39 ראו לעיל ה"ש 24 ו-25 והטקסט הצמוד להן.

הציפייה, גם כאשר אי-ההתאמה היא תולדה של מצג שווא תמים, שאין בצדו רשלנות.<sup>40</sup> חבות מסוג זה עלולה אפוא להוביל להרתעת יתר. פיצויי הציפייה נמוכים מפיצויי ההסתמכות על המצג: נעבור כעת אל המקרה השני, שבגדרו פיצויי הציפייה נופלים בהיקפם מפיצויי ההסתמכות על המצג. ניתוחו של מקרה זה הוא אנלוגי לזה של נוסחת ההסתמכות על החוזה. מאחר שהפיצוי שלו זכאי הניצג נמוך מן הנזק שגרם מצג השווא באופן סיבתי, אין בתרופה זו כדי לשלול את האפשרות כי המציג יתעשר עקב המצג. לפיכך שב ומתעורר החשש כי המציג ישקיע ביצירת המצג, והניצג – בהתגוננות מפניו; נוסף על כך, אף עולה מחדש החשש לשיבוש בהחלטות ההסתמכות של הניצג.

## 5. מסקנות ביניים

מה הן אפוא המסקנות העולות מן הניתוח שפותח עד כה במסגרת המודל הפשוט? כאשר נוסחאות הפיצוי מוחלות באופן מלא ומדויק, שתי נוסחאות פיצוי מביאות לידי פתרון אופטימלי של הבעיות שמעורר מצג השווא. נוסחת ההסתמכות על המצג מובילה לתוצאה רצויה זו באופן כללי; ואילו פיצויי הציפייה מובילים אליה כאשר הם עולים בשיעורם על פיצויי ההסתמכות על המצג, ובלבד שמצג השווא הוצג בכוונה או ברשלנות.

ממסקנות אלה ניתן לגזור שני כללים אופטימליים חלופיים. על פי הכלל האחד, הסעד בגין מצג השווא ייגזר תמיד מנוסחת ההסתמכות על המצג. על פי הכלל האחר, לניצג תוקנה הזכות לבחור בין פיצויי ציפייה לבין פיצויי ההסתמכות על המצג, ובלבד שהאחריות תותנה בהתקיימותה של רשלנות. לשם קיצור נכנה כלל זה מעתה בשם "כלל הבררה". מאחר שתחת כלל הבררה הניצג יבקש לתבוע את הגבוהה מבין החלופות, הרי שפיצויי הציפייה ייבחרו אם, ורק אם, הם מובילים לתוצאה אופטימלית.

לעומת זאת נוסחת ההסתמכות על החוזה תהיה ככלל בלתי רצויה, אלא כאשר היא מתלכדת עם נוסחת ההסתמכות על המצג. התלכדות זו תתרחש בנסיבות שבהן החוזה לא היה נכרת כלל אלמלא מצג השווא, ועל כן הצבתו של הניצג בעמדה הטרומ חוזית שקולה להצבתו בעמדה שבה היה נתון לו הוצג מצג אמת. תוצאה זו, שלפיה נוסחת ההסתמכות על החוזה איננה רצויה, עולה בקנה אחד עם הדין הנוהג: על אף עיגונה של נוסחה זו בלשונה של חובת תום הלב במשא ומתן, ההלכה הפסוקה לא פירשה את

40 ס' 11 לחוק המכר, המגדיר אי התאמה. ראו גם רע"א 7642/97 שטרית נ' נוסכאום, פ"ד נג(3) 516, 524 (1999) (שם הובהר כי "במסגרת הקביעה של הפרת חוזה המכר בגין אי-התאמה, אין כל חשיבות לשאלה אם המוכרים נהגו בתום-לב או בהיעדר רשלנות").

הוראת תום הלב בדרך זו.<sup>41</sup> במובן זה נראה אפוא כי הדין מתיישב עם מסקנתו של הניתוח.

### ג. רגישותם היחסית של כללי הפיצוי להפרעות בחיי המעשה

עד כה נבחנו נוסחאות הפיצוי השונות בגדרו של מודל פשוט, ושני כללים זווה בו כאופטימליים. רציותם של כללים אלה נסמכה על הנחות מפשטות שונות בדבר האפקטיביות של המערכת האמונה על יצירת ההרתעה מפני מצגי שווא. הנחות אלה כמובן אינן מתקיימות תמיד בעולם המציאות. בחלק זה נניח אפוא כי המודל הפשוט מתאר את המציאות באופן מקורב בלבד, וכי בנסיבות מסוימות הפרעות שונות עלולות לשבש את פעולתם התקינה של כללי הפיצוי. הפרעות אלה עשויות לנבוע מסיבות מגוונות: הפרות מסוימות של החובה עלולות שלא להגיע לכדי התדיינות משפטית; נתונים מסוימים עשויים להיות קשים להוכחה (למשל בשל אופיים הסובייקטיבי או הספקולטיבי); ואף כאשר הנתונים מוכחים עלול להתעורר קושי בהערכה מדויקת של משקלם הראייתי הראוי ובניתוח התוצאות המשפטיות הנובעות מהם. קשיים אלה עלולים לסכל את השפעתם האופטימלית של כללי הפיצוי שזווהו כרצויים במסגרת המודל הפשוט. כפי שנראה להלן, בהתאם לסוג הקושי, כל אחד מהם עלול להניב הרתעת יתר או הרתעת חסר.

לפיכך מטרתו של חלק זה היא לבחון באיזו מידה הכללים אשר זווהו כאופטימליים בגדרו של המודל הפשוט רגישים להפרעות השונות. כפי שיעלה מן הניתוח, לכל אחד מן הכללים האמורים רגישות אחרת להפרעות מסוגים שונים. ניתן, לאור זאת, לאפיין את יתרונותיה היחסיים של כל אחד מן הכללים בנסיבות מוגדרות, ועל יסוד אפיון זה לבסס יחס של העדפה בין הכללים.<sup>42</sup>

#### 1. חשש מפני הרתעת חסר

שני הכללים כאחד עלולים, בנסיבות מסוימות, להוביל להרתעת חסר. עם זאת, רגישותם לקושי זה איננה סימטרית. כפי שיוסבר להלן, להרתעת החסר נטייה לשבש באופן חמור יותר את פעולתו התקינה של כלל ההסתמכות על המצג בהשוואה לכלל הבררה. לפיכך

41 ראו לעיל ה"ש 14. דין דומה חל גם במשפט האמריקאי. ראו WILLIAM L. PROSSER ET AL., PROSSER AND KEETON ON TORTS ch. 18 (5th ed. 1984).

42 הדיון בחלק זה אינו מבקש אפוא לאפיין "אופטימום" בנסיבות שבהן מוסרות ההנחות המגבילות. אף אין הוא מבקש לטעון כי בכל מערכת נסיבתית קונקרטית אותם הכללים שנמצאו אופטימליים במסגרת המודל הפשוט בהכרח ייוותרו כאלה גם לאחר הסרתן של ההנחות המגבילות. במקום זאת תכליתו היא להעמיק את אפיונם של הכללים אשר זווהו כאופטימליים בגדרו של המודל הפשוט.

בנסיבות שבהן החשש להרתעת חסר הוא דומיננטי, לכלל הבררה יהא נתון יתרון יחסי. נדון תחילה באופן שבו חשש זה עלול להתהוות ביחס לכל אחד מכללי הפיצוי בנפרד, ולאחר מכן נערוך ביניהם השוואה שתבסס מסקנה זו.

נפתח בכלל ההסתמכות על המצג. מקורו העיקרי של החשש להרתעת חסר תחת כלל זה הוא בקושי הראייתי הטמון בו. אמת המידה המגולמת בפיצויי הסתמכות על המצג מחייבת, מטבע הגדרתה, את שחזור תנאי העסקה שהייתה נכרתת לו הוצג מצג אמת, אף שעסקה זו לא נקשרה למעשה מעולם. הנטל להוכיח את תנאיה של עסקה היפותטית זו מוטל על כתפיו של הניצג. עליו להוכיח במאזן ההסתברויות לא את התקיימותן של עובדות כי אם את תקפותן של הערכות ספקולטיביות. הקושי המגולם בעמידה בנטל זה הוא קושי טבעי. ומאחר שיש לצפות כי לעתים לא יעלה בידי הניצג להתגבר על קושי זה במלואו, הרתעתו של המציג מלכתחילה עלולה להימצא חסרה.

מכאן אין להסיק כי לעולם לא ניתן יהיה להתגבר על קושי זה. הערכה ספקולטיבית עשויה להיות משכנעת למשל כאשר תנאיו של החוזה ההיפותטי היו נקבעים על פי אמות מידה שוקיות. טלו ניצג אשר סבר כי רכש מכונית מסוג א, אף שבפועל נמכרה לו מכונית מסוג ב. ככלל, ניתן יהיה לברר את ערכה השוקי של מכונית מסוג ב בעת הכריתה, להשוותו למחיר החוזי (המשקף את מחירה של מכונית מסוג א), ובהתאם לכך להעריך את שיעורו של הפיצוי הנדרש. הגישה למחירי שוק היסטוריים עשויה אפוא לפתור את הקושי הראייתי כאשר במצב הדברים ההיפותטי הייתה נכרתת עסקה, וכאשר ההנחה היא כי תנאיה היו נקבעים על פי המקובל בשוק.

הקושי יתעורר אפוא, בעיקרו של דבר, כאשר החוזה נכרת שלא בתנאי שוק. למשל, אם בעקבות מצג שווא אדם רכש תמונה שהאמין כי צוירה בידי אמן מפורסם, אך למעשה היא צוירה בידי צייר עלום, הרי שצפוי להתעורר קושי בהערכת המחיר שהיה משולם (אם בכלל) לו קוימה החובה להציג מצג אמת. המחיר שהיה משולם בחוזה ההיפותטי נגזר מהעדפותיו המיוחדות של הרוכש, שטיבן טמון בתוך נפשו פנימה. ככל שבית המשפט עשוי להתקשות בקריאתן של העדפות פנימיות אלה, כך ייפגע ערכו של הסעד כאמצעי להגשמת התכלית העומדת בבסיס החובה. וככל שאי-הוכחתו של הנזק הסובייקטיבי ההיפותטי מונעת את האפשרות לזכות בסעד בגינו, הרי שנוסחת ההסתמכות על המצג תוביל להרתעת חסר.

הקושי הראייתי יעמוד במלואו עצמתו גם אם נניח כי אילו הוצג מצג אמת לא היו הצדדים כורתים את החוזה כלל. בנסיבות אלה נוסחת ההסתמכות על המצג מבקשת להציב את הניצג במקום שבו עמד טרם כריתת החוזה. בפרט, עליה לפצותו למשל בגין אבדן של הזדמנות אלטרנטיבית שהוחמזה עקב התקשרותו בחוזה הפגום. אלא שגם משימה זו מציבה קשיים ראייתיים כבדים. הניצג, שהיה סבור כי החוזה שכרת מגשים את תכליותיו, לא השקיע כלל בחיפוש הזדמנויות חלופיות, שכן, בהינתן מצבו התודעתי, הוא לא סבר כי בחיפוש שכזה טמונה תועלת. לאור זאת, לעתים קרובות יהיה זה בלתי אפשרי להעריך בדיעבד את מאפייניה של הזדמנות, שלא זו בלבד שלא מומשה אלא



אף לא זוהתה ולא נשקלה.<sup>43</sup> כך למשל, קבלן שרכש חלקה כדי להקים בה מבנה בן עשר קומות, רק כדי לגלות שיוכל לבנות בה לכל היותר שתיים, לא הקדיש משאבים לאיתורה של חלקה אחרת המתאימה למטרותיו המקוריות. ייתכן שלו הוצג בפניו מצג אמת, היה משקיע בזיהויה של חלקה כזאת ואף מאתר אותה, אך את זאת יש להניח כי לעתים קרובות לא יוכל להוכיח. יתרה מזאת, גם אם נניח כי עלה בידו להוכיח כי הזדמנות כזאת נקרתה על הדרך והוחמזה, הרי שיהא עליו לעמוד בדיעבד על גובה המחיר שהיה משולם בעבור אותה חלקה ועל הוראותיו האחרות של החוזה האלטרנטיבי, שמהן נגזר נזקו.<sup>44</sup> ככל שעובדות היפותטיות אלה קשות יותר להוכחה, כך יתעצם החשש כי נוסחת ההסתמכות על המצג תוביל להרתעת חסר של המציג.

ומה באשר לכלל הבררה? קשיים ראייתיים עשויים כמובן להתעורר גם בגדרו של כלל זה. נוסחת הציפייה מבקשת לפצות בגין הפער שבין התועלת שהסב החוזה לניצג בפועל לבין זו שציפה לה לאור המצג. אך תועלתו הצפויה של הניצג נגזרת לעתים קרובות מהעדפותיו האישיות, שלא ניתן להוכיחן באופן מלא בראיות אובייקטיביות. לפיכך, בסופו של יום, אומדנו של אינטרס הציפייה אף הוא תוצר של הערכה ספקולטיבית. קושי זה יתורגם אפוא להערכת חסר של נזקי הציפייה, אשר עלולה, בתורה להוביל להרתעת חסר של המציג.<sup>45</sup>

אולם, כאמור, רגישותם היחסית של כלל ההסתמכות על המצג ושל כלל הבררה להפרעה זו אינה סימטרית. כלל ההסתמכות על המצג הוא כלל "שברירי", המועד להרתעת חסר יותר מכלל הבררה. תחת כלל ההסתמכות על המצג, כל תשלום הנופל ולו

43 קושי זה מתעורר כמובן גם בנסיבות שבהן חוזה הופר שלא בעקבות מצג שווא. במאמרם הקלסי טענו Fuller & Perdue כי קושי זה הוא המצדיק את ההגנה שמקנים דיני החוזים על אינטרס הציפייה בעקבות הפרת חוזה. Fuller & Perdue, לעיל ה"ש 4, בעמ' 60-62.

44 יש להעיר כי קיימים בדין מנגנונים שונים המיועדים למתן את החשש כי תביעות תיכשלנה עקב קשיי הוכחה טבועים. למשל, ס' 13 לחוק התרופות מקנה שיקול דעת רחב לבית המשפט לפסוק פיצוי בגין הפרת חוזה כאשר הנזק שנגרם אינו נזק ממון. בדומה לכך, בהלכה הידועה שנפסקה בע"א 355/80 נתן אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה(2) 800 (1981) נקבע כי בנסיבות שניכר בהן קושי טבוע בכימותו של הנזק שנגרם עקב הפרת חוזה, רשאי בית המשפט לפסוק פיצוי בדרך של אומדן. עיקרון דומה חל גם כאשר עילת התביעה היא נזיקית ולא חוזית (ראו למשל ע"א 525/74 אסבסטוס וכימיקלים חברה בע"מ נ' פזגו חברה לשווק בע"מ, פ"ד ל(3) 281 (1976)). אולם במנגנונים אלה אין כדי להעלים את הקושי. גם בהתקיימם נדרש התובע להביא ראיות בדבר יחוסו של הנזק, ובית המשפט עדיין נזקק לעוגן שעליו ניתן לבסס את פסיקת הפיצוי. טענה בעלמא בדבר החמצתה של הזדמנות אלטרנטיבית שבצדה רווח רב, או בדבר ציפייה סובייקטיבית בלתי רגילה שנכזבה, אינן יכולות כשלעצמן לגבש זכאות לפיצוי. לנוכח אופייה ההיפותטי המובהק של התביעה בגין מצג השווא, הקושי הראייתי צפוי אפוא לעמוד בעינו.

45 ראו למשל פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 13, כרך ד בעמ' 537-538, ס' 39.8-39.9; DAN B. DOBBS, ; LAW OF REMEDIES: DAMAGES, EQUITY AND RESTITUTION 763-764 (2nd ed. 1993).

במעט מזה המתחייב על פי הנוסחה עלול להפוך את מצג השווא לכדאי עבור המציג ולדברנו להציג את מצג השווא. תוצאה דומה מתקבלת גם אם המציג מאמין כי הסיכוי שייחבע נופל מוודאות מלאה. כך למשל, נניח כי לו הוצג מצג אמת, היה נכס נמכר במחיר של 100, אך בשל מצג השווא הוא נמכר ב-150. בנסיבות אלה המציג הרויח 50 כתוצאה ממצג השווא, ובהנחה כי הניצג לא סבל הפסדי הסתמכות נוספים, הרי שהפסדו של הניצג עומד אף הוא על 50. אם נוסחת ההסתמכות על המצג מופעלת בנסיבות אלה במדויק, הרי שעל המציג לפצות את הניצג ב-50. מנקודת מבטו של המציג אפוא, מצג השווא לא הסב לו רווח אך גם לא הסב לו הפסד. אולם בהינתן הפעלה חסרה של נוסחת ההסתמכות על המצג, בין משום שלא עלה בידי התובע להוכיח את מלוא נזקו ובין משום שהסתברות התביעה הייתה פחותה מוודאות, הרי שמצג השווא צפוי להותיר את המציג בתוחלת רווח חיובית, והתרופה צפויה לאבד את כוחה המרתיע. ההרתעה שיוצר כלל ההסתמכות על המצג היא לפיכך הרתעה חלשה. במציאות בלתי מושלמת רב הסיכון כי תרד אל מתחת לרמה הרצויה.

תכונה זו אינה מאפיינת באופן דומה את כלל הבררה. ככל שכלל זה מניב פיצוי העולה בערכו על נזקו של הניצג, הרי שגם אם הפרעות שונות יפחיתו במידת מה את תוחלת הפיצוי, הרתעתו של המציג לא תצא נפגעת. כלל הבררה יוצר מעין "מרחב ביטחון", בדמות ההפרש שבין הפיצוי (הגבוה) שלנפגע וזכאות לקבל, לבין הנזק (הנמוך יותר) שגרם מצג השווא באופן סיבתי. כל עוד ההפרעות השונות אינן מפחיתות את תוחלת הפיצוי אל מתחת לנזק שגרם המצג באופן סיבתי, הרי שהחשש להרתעת חסר לא יתעורר תחתיו.

העולה מדיון זה הוא אפוא כי אם בנסיבות מסוימות החשש הדומיננטי הוא החשש להרתעת חסר, הרי שלכלל הבררה נתונה עדיפות.

## 2. חשש מפני הרתעת יתר

החשש להרתעת חסר נובע ביסודו מן הקושי להוכיח, באמצעות ראיות מהימנות, את מלוא הנזק הסובייקטיבי שסבל הניצג ואת האופן שבו הייתה מתגלגלת המציאות ההיפותטית אלמלא מצג השווא. אולם בצדם של קשיים אלה מתעורר קושי טבוע נוסף, שהשפעתו הפוכה ובכוחו להטות את הכף בנסיבות מסוימות דווקא לכיוונה של הרתעת היתר.

קושי זה מקורו באי-הוודאות הכרוכה בהגדרת היקפה של החובה להציג מצג אמת. הן חובת תום הלב במשא ומתן והן עוולות הרשלנות והתרמית מתנות את הזכות לפיצוי בקביעה מוקדמת כי המציג הפר חובה כלפי הניצג. אך השאלה האם הופרה חובה לעתים אינה נקיה מספק. קושי מיוחד עשוי להיות כרוך בקביעה כי המציג הפר חובת גילוי,

שכן מרחב התפרסותה של חובה זו הוא עמום למדי.<sup>46</sup> קושי אחר עשוי להיות כרוך בקביעה כי מצג שווא אקטיבי היווה מעשה רשלני. הקביעה כי המציג לא עשה די על מנת להימנע ממצג השווא האקטיבי היא לעתים קרובות מורכבת, וההכרעה בה אינה חדה.

השאלה הנשאלת היא אם אי־ודאות זו באשר להיקף תחולתה של החובה עשויה להשפיע על אופי התרופה הרצויה בגין הפרתה. האם לאורו של קושי זה נתון למי מן הכללים יתרון יחסי? התשובה, כפי שיובהר להלן, היא כי קושי זה מעיד על יתרון יחסי של כלל ההסתמכות על המצג על פני כלל הבררה.

אי־הודאות באשר להיקפה של החובה משמעה כי בתי משפט שונים עשויים להחיל אמות מידה שונות בהכריעם בשאלת אחריותו של המציג. השאלה האם המציג נהג ברשלנות לא תיענה באופן זהה בבתי משפט שונים. עובדה זו, בתורה, משמעה כי מציג אשר אינו עומד בסטנדרט המחמיר ביותר מבין אלה שעשויים להחיל בתי המשפט, נותר חשוף לסיכון כי תושט עליו חבות. במציאות זו עשוי להתהוות למציג התמריץ לעמוד בסטנדרט מחמיר זה כדי לרכוש את החסינות מאחריות גם מידיו של בית המשפט המחמיר. כאשר הסטנדרט המחמיר ביותר גבוה מן הנדרש, וכך יש לצפות, הרי שעלולה להתהוות הרתעת יתר.<sup>47</sup>

46 ראו למשל פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 13, כרך ב בעמ' 845–846, ס' 15.60.

47 כפי שהובחן בספרות התיאורטית, החשש להרתעת יתר מתעורר אפילו כאשר הפיזיו אינו עולה על שיעור הנזק, ואפילו כאשר שגיאות שיפוטיות אינן סיסטמטיות, כלומר אינן נוטות באופן עקבי להקלה או להחמרה. כדי להמחיש תובנה זו, נניח, לשם דוגמה, כי סטנדרט הזהירות האופטימלי היה מחייב את המציג להשקיע 100 על מנת למנוע נזק מן הניצג בסך של 200. עוד נניח כי מחצית מן השופטים רואה השקעה של 80 כמספקת את חובת הזהירות, ומחציתם האחרת דורשת השקעה של 120 כתנאי להענקת החסינות. לכאורה ניתן היה לסבור כי השפעתן של שתי הטעויות שלעיל תקוּז ותתבטל, שהרי הסטנדרט שמחילים בתי המשפט בפועל הוא אופטימלי "בממוצע". אך למעשה, אין כך הדבר: השפעתן של שתי הטעויות האפשריות על התנהגות המציג אינה סימטרית. אם ישקיע המציג 120 ויתברר כי סף הזהירות שידרוש בית המשפט עומד על 80 בלבד, הרי שהמציג נשא בעלות של 40, שהושקעה מנקודת מבטו ביתר; לעומת זאת אם ישקיע 80 בלבד ויסתברר כי הסף הנדרש עומד על 120, הרי שאז ייצא רשולן ויחוב במלוא הנזק שנגרם לניצג, בסך 200. לפיכך, למרות ההסתברות הזוהי לשני סוגי הטעות, ההפסד הכרוך בטעות השניה הוא גבוה בהרבה מנקודת מבטו של המציג, ועל כן השפעתה על תמריציו תהא משמעותית יותר. טעויות שיפוטיות גורמות אפוא להרתעת יתר אפילו אם אינן מוטות בממוצע. ראו STEVEN SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law* 79–83 (1987); Richard Craswell & John E. Calfee, *Some Effects of Uncertainty on Compliance with Legal Standards*, 70 VA. L. REV. 965 (1984); Richard Craswell & John E. Calfee, *Deterrence and Uncertain Legal Standards*, 2 J.L. Mark F. Grady, *A New Positive Economic Theory of Negligence*, 92 YALE L.J. 799, 812–813 (1983); Marcel

בנסיבות שבהן מתעורר החשש להרתעת יתר, הרי שחשש זה נעשה כמובן כבד יותר ככל שהסנקציה שישא בה המציג אם ימצא חייב כבדה יותר. ואכן, ההבחנה בין כלל הבררה לבין כלל ההסתמכות על המצג נוגעת לשיעור הפיצוי שחב בו המציג כאשר הוא נמצא רשלן: בעוד שכלל ההסתמכות על המצג מחייב אותו רק בנזק שנגרם עקב מצגו, הרי שכלל הבררה מחייבו בפיצוי העולה על נזק זה. לפיכך תחת כלל הבררה, אם המציג אינו עומד בסטנדרט המחמיר ביותר, הוא נוטל על עצמו סיכון גדול יותר. נטייתו להשקיע מעבר למידה הנדרשת תהא חזקה יותר, והחשש להרתעת יתר יגבר. לכלל ההסתמכות על המצג יהיה אפוא יתרון יחסי בנסיבות אלה.

### 3. הבחנות על בסיס נסיבתי

מן האמור עד כה עולה כי קשיים הכרוכים בהפעלתם המעשית של כללי הפיצוי השונים עלולים לעוות את השפעתם הרצויה. כללים המובילים לתוצאות אופטימליות בגדרו של העולם המפושט שנדון בחלק הקודם עלולים – בעולם מציאותי יותר – להניב הרתעת חסר או הרתעת יתר.

עוד עולה מן הדיון כי כל אחד מן הכללים שזוהו כאופטימליים בחלק הקודם רגיש במידה אחרת לבעיות מעשיות מסוגים שונים הכרוכות בהפעלתו. בפרט, הכלל שלפיו יהיה ניצג זכאי לפיצויי הסתמכות על המצג מועד במיוחד להרתעת חסר, ואילו כלל הבררה מועד יותר להרתעת יתר.

תוצאות אלה מאפשרות לגזור כמה מסקנות אופרטיביות באשר לטיבה הרצוי של המדיניות המשפטית. החשש מפני הרתעת חסר ומפני הרתעת יתר אינו אחיד בכל מתווה נסיבתי. בנסיבות שונות החשש האחד כבד מן האחר. בנסיבות שבהן החשש מפני הרתעת יתר כבד יותר, תהיה נוסחת ההסתמכות על המצג רצויה יותר; ובהתאמה, בנסיבות הפוכות יהא כלל הבררה רצוי יותר. בשלב הבא נידרש אפוא לבחינה של קטגוריות נסיבתיות, המסווגות על פי המאפיינים האמורים. להלן הבחנות אחדות המבוססות על עקרונות אלה.

#### (א) הבחנה על בסיס היסוד הנפשי

היסוד הנפשי הנלווה למצג השווא משפיע במידה ניכרת על עצמת החשש היחסי מפני שני הליקויים האפשריים במידת ההרתעה. כאשר המציג מבקש, באופן מודע ואקטיבי, להטעות את הצד שכנגד, הרי שהחשש להרתעת יתר, במידה רבה, מופג. הרתעת יתר משמעה יצירת תמריץ להשקיע יתר על המידה במניעת המצג. עולה מכך שכאשר העובדות לאשורן כבר ידועות למציג ממילא, וכוונתו היא להטעות את שותפו למשא

Kahan, *Causation and Incentives to Take Care Under the Negligence Rule*, 18 J. LEGAL STUD. 427 (1989).

ומתן, החשש להרתעת יתר אינו מתעורר. עם זאת החשש להרתעת חסר עומד על כנו, שהרי כוונת ההטעיה של המציג אינה מפחיתה כשלעצמה מן הקשיים הראייתיים שהם מקורו של חשש זה. יתרה מזאת, התכנון המוקדם של מצג השווא עשוי אף להחריף את הרתעת החסר, באשר הוא מקנה למציג הזדמנות לטשטש את עקבותיו. כך למשל, המציג עשוי לוודא כי מצגו לא יתועד בחוזה הכתוב באופן אשר יקשה את הוכחתו. לחלופין הוא עשוי לנסח את ההסכמה החוזית באופן עמום, שעשוי להשתמע ממנה כי הציג מצג אמת. לחלופי חלופין הוא עשוי לקבור באותיות החוזה הקטנות תניית פטור, המנקה אותו מאחריות למצג שהציג קודם לכן בעל פה. בנסיבות אלה כלל הבררה נראה עדיף: יש בו כדי למתן את הרתעת החסר, ואין הוא צפוי להוביל להרתעת יתר.

העדפתו של כלל הבררה נראית רצויה גם בנסיבות שבהן ההטעיה האקטיבית לא הייתה מכוונת, אך נגרמה ברשלנות גסה. כאמור לעיל, החשש להרתעת יתר מקורו באי-הוודאות המגולמת בהפעלתו של סטנדרט הרשלנות. חשש זה כבד בנסיבות שבהן שאלת הפרתה של חובת הזהירות היא גבולית, ועשויה להיות נתונה במחלוקת, ומשום כך קשה לצפות מראש את טיב ההכרעה השיפוטית לגביה. לא כן באשר למצגי שווא שהרשלנות העומדת בבסיסם היא ברורה על פניה. בהתקרב המעשה אל תחום הליבה של עוולת הרשלנות, ובהתרחקו מן השוליים העמומים שלה, החשש להרתעת יתר הולך ונחלש. גם במקרים מעין אלה אפוא כלל תרופתי המאפשר בחירה בין נוסחאות הפיזיו נראה עדיף. היפוכן של נסיבות אלה כמובן מוביל אל המסקנה ההפוכה: ככל שהמעשה מתרחק מן הליבה של הנורמה הנזיקית ומתקרב לשולי העמימות שלה, כן הולך וגובר החשש להרתעת יתר. לפיכך הגבלת התרופה לנוסחת ההסתמכות על המצג בלבד נעשית רצויה יותר.

מסקנות אלה אינן חלות באופן דומה ביחס למצגי שווא פסיביים, המתבטאים באי-גילוי. זאת, בעיקר בשל העמימות הרבה האופפת את מרחב התפרסותה של חובת הגילוי.<sup>48</sup> לעתים קרובות רשאי צד למשא ומתן להותיר מידע ברשות עצמו ולנצל לטובתו מבלי שהדבר ייחשב הפרה של חובה כלשהי כלפי חברו למשא ומתן. גבולותיה של חירות זו אינם מוגדרים היטב, והשונות בהכרעות השיפוטיות בעניין זה רבה.<sup>49</sup> המסקנה העולה מכך היא כי עצם התקיימותה של כוונה בהותרתו של מידע נסתר אינה מעידה בהכרח על הפרת החובה. לפיכך גם כאשר הכוונה היא מובהקת, אין בכך כדי לייתר את החשש כי כלל הבררה יוביל להרתעת יתר.

סיכמו של דבר, בנסיבות שבהן הוצג מצג שווא אקטיבי מתוך כוונה להטעות או מתוך רשלנות גסה, נוטה הכף לעבר כלל הבררה, מאחר שהחשש לשגיאה שיפוטית בדבר הפרת החובה הוא חשש קל, ואילו החשש להרתעת חסר נותר משמעותי. כאשר

48 ראו למשל פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 13, כך ב בעמ' 810-814, ס' 15.29-15.31.

49 שם.

ההטעיה מתבטאת באי-גילוי גרידא, היסוד הנפשי כשלעצמו אינו מייתר את החשש להרתעת יתר, ועל כן בנסיבות אלה קשה יותר לייחס יתרון מובהק למי מן הכללים.

#### (ב) הבחנה על בסיס מהות האינטרס של המציג

מצג השווא לא תמיד מוצג על ידי צד למשא ומתן חוזי. לעתים הוא מוצג על ידי גורם שלישי שאינו הופך בסופו של דבר לשותפו החוזי של הניצג ושאינו לו אינטרס בתוכנו הקונקרטי של ההסדר החוזי שייכרת. דוגמה שכיחה היא מצג המוצג על ידי רשות תכנון שרוכש של מקרקעין מסתמך עליו. הרשות מציגה מצג שלפיו מותר יהיה לבנות בחלקת מקרקעין מבנה שאפתני ורחב ידיים, אך מתברר בדיעבד כי אפשר לממש בה רק תכנית צנועה ומצומצמת יותר.<sup>50</sup> דוגמה נוספת היא חוזה שנכרת בעקבות חוות דעת רשלנית של בעל מקצוע, שבהסתמך עליה כורת הניצג חוזה עם אדם אחר.<sup>51</sup>

ההבחנה בין מצג שמוצג על ידי השותף החוזי לזה המוצג על ידי גורם שלישי נטול אינטרס עצמי היא בעלת השלכות באשר לטיבו של ההסדר התרופתי הרצוי. כאשר המציג הוא הצד השני לחוזה, הרי שמצג השווא צפוי להגדיל את רווחיו החוזיים. למשל, מוכר המטעה את הקונה לחשוב כי הממכר נטול פגמים צפוי למכרו בסכום גבוה יותר. לעומת זאת כאשר המציג הוא צד שלישי, אין הוא מפיק ממצג השווא רווחים כלשהם. הפסדיו של הניצג במקרה זה אינם מתורגמים לרווחים עבור המציג. ברי כי במקרה הראשון החשש להרתעת חסר כבד מבמקרה השני: כדי להבטיח הרתעה יעילה במקרה הראשון על הסנקציה לגבור על הפיתוי של המציג להרוויח. כדי להבטיח זאת במקרה השני, עליה רק להניעו להשקיע בנקיטת אמצעי הזהירות הנדרשים.

היות שהחשש להרתעת חסר כבד פחות כאשר מקורו של מצג השווא הוא בגורם המשולל אינטרס עצמי, הרי שבהינתן כי שאר הדברים שוים, הכף נוטה להסתפקות בכלל הסתמכות על המצג. לעומת זאת כאשר המציג מפיק רווח מטעותו של המצג, הרי שהחשש להרתעת חסר גובר, ויתרונותיו של כלל הבררה מקבלים משנה תוקף.

#### (ג) הבחנה על בסיס ההסתברות לגילוי האמת בדיעבד

מצגי שווא שונים הנעשים עובר לכריתת החוזה נבדלים ביניהם ביחס להסתברות גילויים בדיעבד. קיימים מצגים שעל פי טבעם מתגלים בחלוף הזמן. למשל, אם המציג נמנע מלגלות כי המכונת הנמכרת אינה כוללת מנוע, יש להניח כי עובדה זו תיודע לניצג. לעומת זאת קיימים מצגים שאף בדיעבד עשויים, בהסתברות גבוהה, שלא להתגלות לניצג. למשל, אם מכונאי מטעה את לקוחו לחשוב כי לשם תיקון התקלה נדרש טיפול

<sup>50</sup> ראו למשל ע"א 1540/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה חולון נ' אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ, פ"ד נז(3) 374 (2003).

<sup>51</sup> ראו למשל ע"א 209/85 עיריית קרית אתא נ' אילנקו בע"מ, פ"ד מב(1) 190 (1988).

יקר משנדרש למעשה, הלקוח עשוי שלא לדעת כי נפל קרבן למצג שווא, אפילו בדיעבד.<sup>52</sup>

ההסתברות לגילוי המצג בדיעבד משפיעה בתורה על אופיו של הסעד הרצוי. ככל שהסתברות זו נמוכה יותר, כך גובר החשש היחסי להרתעת חסר. מציג הצופה הסתברות נמוכה כי ייתבע ויימצא חייב, מפיק תועלת רבה יותר ממצג השווא, במונחי תוחלת. העולה מדברים אלה הוא שלכלל הבררה יתרון יחסי בנסיבות שבהן המצג הוא מטבעו קשה לזיהוי בדיעבד. לעומת זאת בנסיבות שבהן כזכותו של המצג צפויה להתגלות, יתרון יחסי זה מאבד מכוחו.<sup>53</sup>

#### 4. סיכום

בנסיבות שונות משתנה משקלם היחסי של החששות להרתעת יתר ולהרתעת חסר. כאשר החשש להרתעת יתר הוא מרכזי, נתון יתרון יחסי לכלל ההסתמכות על המצג. כאשר החשש להרתעת חסר הוא דומיננטי, נתון יתרון לכלל הבררה. לאור זאת, נמצא כי לכלל הבררה עדיפות יחסית בנסיבות שבהן המצג נגוע באשם מובהק; כאשר המצג מפיק

52 הבחנה זו מקבילה לזו המקובלת בספרות הכלכלית בין "מוצרי ניסיון" (experience goods) לבין "מוצרי אמון" (credence goods): בעוד שהראשונים הם מוצרים שטבעם האמתי נגלה לרוכש בחלוף זמן, טבעם של האחרונים עשוי שלא להיגלות לו כלל. ראו, למשל: Michael Darby & Edi Karni, *Free Competition and the Optimal Amount of Fraud*, 16 J.L. & ECON. 67 (1973).

53 בעיה זו נדונה בספרות הכלכלית בהקשר רחב יותר, והפתרון המקובל שמציעה לו ספרות זו הוא של פיצוי עונשי. ראו A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 HARV. L. REV. 869 (1998). אכן, ברמה התאורטית הפיצוי העונשי עשוי להביא בעיה זו לידי פתרון אופטימלי. על פי ניתוח זה, אם המעוול מובא לדין, למשל בהסתברות של רבע, הרי שניתן להרתיעו באמצעות פיצוי עונשי אם יחויב בסכום הגבוה פי ארבעה מן הנוק. אך פתרון זה, אף כי הוא "נקי" בהיבט התאורטי, אינו מיושם כלשונו, ככל הידוע לי, באף שיטת משפט. לסקירה השוואתית ראו PUNITIVE DAMAGES: COMMON LAW AND CIVIL LAW PERSPECTIVES (Helmut Koziol & Vanessa Wilcox eds., 2009). אחת הסיבות לכך, יש להניח, היא כי הנטל לאמוד בדיעבד את הסתברות התחמקותו של המעוול, כפי שנצפתה על ידיו מראש, הוא כבד למדי, ויישומו המעשי היה מייצר שגיאות שיפוטיות בקנה מידה רחב. סיבה אחרת היא כי הערכה זו נתונה להטיות קוגניטיביות הצפויות לעוות את שיקול הדעת. ראו למשל Cass R. Sunstein, Daniel Kahneman & David A. Schkade, *Assessing Punitive Damages (with Notes on Cognition and Valuation in Law)*, 107 YALE L.J. 2071, 2111–2112 (1998); W. Kip Viscusi, *The Social Costs of Punitive Damages Against Corporations in Environmental and Safety Torts*, 87 GEO. L.J. 285, 327–332 (1998); Daniel Kahneman, David Schkade & Cass R. Sunstein, *Shared Outrage and Erratic Awards: The Psychology of Punitive Damages*, 16 J. RISK & UNCERTAINTY 49 (1998). על כל פנים, הטענה המוצגת בחלק זה כפופה להנחה כי סיכויי תביעה נמוכים עלולים לגרום להרתעת חסר, וכי מכשיר הפיצוי העונשי אינו מביא קושי זה לידי פתרון מספק.

תועלת מן המצג בהיותו הצד השני לחוזה; וכאשר ההסתברות לאי-גילוי של הכזב בדיעבד היא הסתברות ממשית. בהתאמה, לכלל ההסתמכות על המצג נתון יתרון בנסיבות הפוכות.

#### ד. היבטים נוספים בהסדר המשפטי של מצגי שווא

עד כה עסק הדיון בשאלה מהי הנוסחה שממנה ראוי לגזור את כלל הפיצוי. אולם בחירתה של נוסחת הפיצוי אינה ממצה את אפיונו של הסעד. בפרק זה, הוא הפרק האחרון של המאמר, נפנה לדיון בכמה היבטי מדיניות נוספים הנדרשים לשם השלמת ההסדר המשפטי. נדון תחילה בשאלה מהי המדיניות הרצויה בדבר ריחוק הנזק, ובפרט כיצד ובאילו נסיבות ראוי להחיל בגדרה את כלל הצפיות החוזי; לאחר מכן נדון בשאלה האם ובאילו תנאים ראוי להקנות תוקף להקצאת הסיכונים שנקבעה בחוזה; ולבסוף נדון בשאלה מתי יש לראות במצג שווא הפרת חוזה, ובאילו נסיבות יש לראות בו הפרה של חובה חוץ חוזית.

##### 1. צפיות באשר לשיעור הנזק

הזכות לפיצוי עקב מצג שווא עשויה להתגבש הן מכוח דיני הנזיקין והן מכוח דיני החוזים. בהיבט הנזיקי מצג השווא עשוי לשמש נושא לתביעה ברשלנות או בתרמית, ובהיבט החוזי הוא עשוי להוות הפרה של חובת תום הלב במשא ומתן או להוות הפרת חוזה. הדיון עד כה נסב על ההבדלים בין מקורות הפיצוי השונים באשר לסוג האינטרס המוגן על ידיהם – ציפייה, הסתמכות על המצג או הסתמכות על החוזה. אולם מקורות אלה נבדלים בממד נוסף – הוא הגבול שמתווה כל אחד מהם לשיעור הנזק שבגיניו זכאי הניצג לפיצוי.

בדיני הנזיקין חל הכלל שלפיו נזק הוא בר פיצוי אם הוא צפוי מבחינת סוגו, אפילו אם הוא נרחב ובלתי אופייני בהיקפו.<sup>54</sup> במילים אחרות, גם אם לניזוק תכונות מיוחדות אשר העצימו את שיעורו של הנזק, הרי שאין בעובדה זו, כשלעצמה, כדי לסייג את זכותו לפיצוי. המזיק, במובן זה, נדרש "לקבל את הניזוק כפי שהוא": עליו לתת את הדעת מלכתחילה על כך שאוכלוסיית הניזוקים הפוטנציאליים אינה עשויה מעור אחד, וכי היקפו של הפיצוי עשוי להשתנות לפי מאפייניו האינדיווידואליים של הניזוק. בהקשר לנזקי גוף, כלל זה מכונה לעתים "הלכת הגולגולת הדקה".<sup>55</sup>

54 ראו למשל ע"א 350/77 כיתן בע"מ נ' וייס, פ"ד לג(2) 787 (1979).

55 ראו למשל ד"נ 12/63 לאון נ' רינגר, פ"ד יח(4) 701, 708 (1964) ("הכלל הוא שבני-אדם שונים זה מזה בבריאותם וברגישותם, וכל בר-בירב יודע זאת, ועל כן חייבים לצפות מראש את אפשרות



לעומת זאת בדיני החוזים לא חל הכלל האמור. המפר חיוב חוזי או את החובה לנהוג בתום לב במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חב רק בגין הנזק שאת היקפו ניתן היה לצפות כתוצאה מסתברת של הפרת החובה.<sup>56</sup> לפיכך אם נפגע מהפרת חוזה מתאפיין בתכונות מיוחדות אשר העצימו את נזקו, וששכיחותן נמוכה, הרי שהמפר לא יחוב בפיצוי בגין מלוא הנזק כי אם רק בגין נזק שהיה נושא בו ניצג בעל תכונות ממוצעות או רגילות.

מצג השווא כאמור הוא בעת ובעונה אחת מעשה נזיקי והפרה של חובה חוזית. מתעוררת אפוא השאלה איזה מבין הכללים ראוי כי יחול: האם יחול הכלל הרחב הקבוע בדיני הנזיקין, המטיל חובת פיצוי מלאה, או שמא הכלל החוזי, המסייג את הזכות לפיצוי רק לנזק "מסתבר". התשובה לשאלה זו ראוי שתיבחן על רקע התכליות השונות העומדות בבסיס כל אחד מענפי המשפט.

דיני הנזיקין אמונים על הפנמתו המלאה של הנזק על ידי המזיק. לו היה המזיק פטור מחובת פיצוי מלאה רק משום שהנזק שנגרם לניזוק הוא גדול במיוחד, הרי שהוא לא היה נושא במלוא העלות החברתית הנגזרת מהתנהגותו. כלל כזה היה מוביל להרתעת חסר של המזיק, ובעקבות זאת לשכיחות רבה מדי של התנהגויות מזיקות. רציונל ההפנמה, שיסודו בתכליתו של הדין ליצור מערך תמריצים יעיל, מתיישב אפוא עם הכלל הנזיקי.

לעומת זאת בבסיסם של דיני החוזים עומדת תכלית מורכבת יותר. המבדיל את מערכת היחסים החוזית מזו הנזיקית הוא שבראשונה מתקיימת תקשורת בין הצדדים טרם גרימת הנזק, ואילו בשנייה היא ככלל אינה מתקיימת. הצדדים לחוזה יכולים להתנות על היקף הפיצוי בהסכמה, בעוד שאפשרות זו ככלל אינה פתוחה בפני הצדדים למעשה הנזיקי. הדין החוזי אפוא, בניגוד לדין הנזיקי, עשוי להשפיע על תמריצי ההתניה החוזיים, על תוכן המסרים המועברים במשא ומתן ועל עלויותיו.

הכלל החוזי, המבטיח פיצוי בגין נזק "מסתבר" בלבד, קובע בררת מחדל ולפיה הפיצוי יוגבל בתקרה. תקרה זו נקבעת כך שמן הצד האחד אין היא מפחיתה את שיעור הפיצוי שמרבית הניזוקים החוזיים יהיו זכאים לו (שהרי אלה בלאו הכי אינם צפויים לשאת בנזק הגבוה מן השיעור הטיפוסי), ומן הצד האחר יש בה כדי להפחית את הסיכון שנושא בו המזיק בעת הכריתה. לפיכך לניזוקים שעובי גולגולתם "רגיל", הכלל החוזי עדיף על פני הכלל הנזיקי. ומה באשר לניזוקים החוזיים דקי הגולגולת? ניזוקים אלה

הפגיעה באדם רגיש ופגיע במיוחד"). לדיון בדרישות הקשר הסיבתי המשפטי וריחוק הנזק בדיני הנזיקין ראו ישראל גלעד ואהוד גוטל "על הרחבת האחריות בנזיקין בהיבט הסיבתי – מבט ביקורתי" משפטים לד 385 (2004). ראו גם יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין דיני הנזיקין: תורת הנזיקין הכללית 218 (מהדורה שנייה, גר טדסקי עורך, 1977). כלל זה חל גם בארצות הברית. ראו למשל DAN B. DOBBS, THE LAW OF TORTS 464-465 (2000); JOHN G. FLEMING, LAW OF TORTS 237-246 (9th ed. 1998); RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 435 (1965).  
56 ס' 12(ב) לחוק החוזים, המפנה לס' 10 לחוק התרופות "בשינויים המחויבים".

צפויים להעדיף את הכלל הנזקי על זה החוזי, משום שהכלל החוזי יזכה אותם בפיצוי הנופל מנזקם, ואשר יוצר בעניינם הרתעת חסר של המזיק. עולה מכך, שלא ניתן לשקף, בעת ובעונה אחת, את העדפותיהם של כלל הניזוקים החוזיים באמצעות כלל אחד, משום שהבדלים בעובי הגולגולת משקפים הבדלים בהעדפות בדבר אופי החיוב. לפיכך יש להבין את הכלל החוזי כבחירה בבררת המחדל המשקפת את רצונו של הרוב תוך הטלת עלות ההתנאה על המיעוט – על דקי הגולגולת, המעדיפים להסיר את תקרת הפיצוי. בין שתי החלופות הבחירה בכלל החוזי היא יעילה יותר, משום שסך עלויות העסקה שהיא חוסכת גבוה יותר.<sup>57</sup>

מהו אפוא כלל ריחוק הנזק הרצוי בגין מצג שווא טרום חוזי המהווה הפרה של חובה חוזית ונזיקית כאחד? מצד אחד מצג השווא ניתן במהלכו של שיח בין הצדדים. לכאורה קיומה של תקשורת מעיד על רציותו של הכלל החוזי. זאת, על סמך ההנחה כי אם הפיצוי מוגבל לנזק צפוי בלבד, הרי שיהיה בכך כדי לקלוע להעדפתם של מרבית המתקשרים תוך העלאת ערכה של ההתקשרות, ולהטיל את עלויות ההתנאה רק על המיעוט. רציונל זה עשוי לחול בנסיבות מסוימות. טלו למשל את הדוגמה הבאה: חנווני נשאל אם מוצר העומד למכירה מכיל בוטנים. החנווני מניח באופן סביר כי הלקוח שואל זאת כדי לעמוד על טעמו של המוצר, ולאחר בירור שטחי הוא משיב בשלילה. בדיעבד מסתבר כי המצג היה בלתי נכון, וכי ללקוח נגרם נזק רב עקב רגישות אלרגית מיוחדת לבוטנים. במצב דברים זה, לפי הכלל החוזי, ללקוח יתהווה התמריץ לציין בפני החנווני מדוע הוא שואל זאת, ובכך להבטיח כי המוכר יהא מודע להשלכות תשובתו. מידת ההשקעה היעילה של המוכר בבירור העובדות נגזרת מחשיבות תשובתו לשואל, והשואל בדוגמה יכול לכוון את התנהגותו של החנווני ביעילות. בהקשר זה אפשר לראות בכלל הצפיות החוזי ביטוי לעקרון האשם התורם: כאשר הניצג נושא באחריות תורמת לנזק שנגרם בעקבות מצג השווא, על הכלל המשפטי להביא אותו לידי הפנמה של אחריות זו. בהגבלת הפיצוי לנזק צפוי בלבד יש כדי ליצור את הפנמה הנדרשת.

אולם עצם קיומה של התקשרות בין הצדדים לא יצדיק תמיד את הפעלתו של הכלל החוזי. הרציונל לכלל החוזי נסמך על האפשרות שניצגים דקי גולגולת יוכלו ליצור באופן אקטיבי צפיות אצל המציג ובכך להגן על זכותם לפיצוי מלא בגין נזקיהם העתידיים. אולם בנסיבות שבהן הנזק האמור הוא תוצר של מצג שווא, כבענייננו, לא תמיד הם יוכלו לעשות כן. זאת, משום שכדי להביא את העובדות הרלוונטיות לידעתו של המציג, על הניצג להיות ער לקיומו של הסיכון הרלוונטי מלכתחילה. אך מצג השווא עצמו לעתים קרובות יסמא את עיניו מלראות סיכון זה. נניח למשל כי הלקוח הלוקה

57 לניתוח כלכלי של כלל הצפיות ראו Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87 (1989); Lucian Arye Bebchuk & Steven Shavell, *Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: The Rule of Hadley v. Baxendale*, 7 J.L. ECON. & ORG. 284 (1991).

באלרגיה לבוטנים רוכש מוצר שאין טעם סביר לצפות כי יכיל בוטנים. על גבי האריזה מוצגים רכיביו של המוצר, ובוטנים אינם מן הרכיבים המצוינים. בנסיבות אלה אין זה יעיל כי הניצג יפנה את תשומת לבו של החנווני להשלכותיו של המצג. מנקודת מבט חברתית אין זה רצוי כי טרם רכישתו של כל מוצר שהוא יברר הניצג אם הוא מכיל בוטנים אם לאו. משכך, לו הוחל הכלל החוזי במקרה זה, הוא לא היה משרת את מטרתו. הוא היה מוביל להרתעת חסר של המציג מבלי לשפר במאומה את תמריציו של הניצג. מן הדברים עולה כי במובן זה מצג השווא הוא אכן יצור כלאיים חוזי ונזיקי, והדואליות הנורמטיבית המאפיינת את הדין הנוהג נשענת גם על טעמי מדיניות טבועים. כדי להגשים את תכליותיו, על הדין לפעול לעתים כדין חוזי ולעתים כדין נזיקי. על הבררה בין השניים להיגזר ממבנה האינפורמציה הנתון לניצג בעת הכריתה. כאשר הניצג התרשל בזיהויו של הסיכון ובהבאתו לידיעת הצד שכנגד, הרי שלכלל החוזי יהיה נתון יתרון. הכלל החוזי יבטא בנסיבות אלה את אשמו התורם של הניצג ויובילו להפנים את הנזק שהיה בידו למנוע באופן סביר. אולם כאשר לניצג לא היה יסוד סביר על בסיסו יכול היה לפעול למניעת הנזק, הרי שאין הוא נגוע באשם תורם. לכלל הנזיקי, המזכה אותו בפיצוי על מלוא נזקו, נתון אפוא בנסיבות אלה יתרון.

## 2. מיהו הנושא בסיכוני החוזה?

חוזה כידוע הוא אמצעי להקצאת סיכונים. ברגיל המשפט מכבד הקצאת סיכונים זו ומקנה לה תוקף. אך מה דינו של סיכון שהוקצה מכוח חוזה כאשר חוזה זה נכרת על רקע מצג שווא? נניח למשל כי אדם רוכש נכס במחיר של 100 בעקבות מצג שווא, וכי ערכו השוקי של הנכס בעת הכריתה עמד על 60 בלבד. לאחר זמן מגלה הקונה את המציאות כהווייתה, אך עד לאותה עת תנודות שוקיות הפחיתו את ערכו של הנכס מ-60 ל-40, או לחלופין העלו את ערכו מ-60 ל-80. מי מן הצדדים נושא בסיכון זה?

על פי כללי הסיבתיות הרגילים אין לחייב את המציג בגין נזק שלא נגרם כתוצאה ממצג השווא. לפיכך את ההכרעה מי יישא בסיכון יש לגזור מן השאלה מי היה נושא בסיכון לו הוצג מצג אמת. התשובה לשאלה זו היא תלויה בנסיבות. אפשרות אחת היא כי לו קוימה החובה להציג מצג אמת היה הניצג רוכש את הנכס במחיר נמוך יותר, ובדוגמה שלעיל – מחיר של 60. אם כך היה עושה, אזי בפרט הוא היה גם נושא בסיכונים ובסיכונים הכרוכים בתנודות השוק שאירעו לאחר מועד הרכישה. לפיכך אם כבדוגמה שלעיל ערכו של הנכס היה יורד ל-40, הרי שאז היה הניצג נושא בהפסד של 20. ואם ערכו היה עולה ל-80, היה הניצג מרוויח 20. כדי להותיר את הקצאת הסיכון לניצג יש לפצותו בגין ההפרש שבין ערך הנכס במועד הרכישה לבין המחיר ששולם עבורו – פיצוי

בסך 40. בקבלו סכום זה הוא נותר בהפסד או ברווח של 20 לפי העניין, ובכך נושא בסיכון. כלל זה מכונה "כלל חסרון הכיס"<sup>58</sup>.  
 אך אפשרות אחרת היא כי לו הוצג מצג אמת, היה הניצג נמנע לחלוטין מן הרכישה – מאותו המוכר או ממוכר אחר. אם כך הם פני הדברים, הרי שאלמלא מצג השווא, הוא לא היה נושא כלל בסיכון הכרוך בתנודות השוק. לפיכך ירידה בערך השוק מ-60 ל-40 הגדילה את נזקו של הניצג ב-20, ואילו עלייה בערך השוק מ-60 ל-80 הפחיתה את נזקו ב-20.

אפשרות שלישית היא כי הרוכש היה נמנע מרכישת הנכס מושא החוזה, אך במקומו היה רוכש נכס אחר, החשוף לסיכונים אחרים. למשל, אם הרוכש סבר כי הוא רוכש חלקת קרקע שניתן לבנות עליה מגדל, אך למעשה אפשר לבנות עליה בקתה, הרי שיש להניח כי לו הוצג בפניו מצג אמת, היה רוכש קרקע אחרת, שעליה אפשר לבנות מגדל. תנודות השוק באשר לערכה של הקרקע החלופית עשויות להיות שונות מאלה הכרוכות בקרקע שנרכשה בפועל. לפיכך יש לפטרו מן הסיכון שהתממש למעשה, אך ממנו לקזז את הסיכון שאליו היה נחשף אלמלא מצג השווא.

הפעלתם של כללי הסיבתיות הרגילים, כמתואר לעיל, מעוררת כמובן קושי ראייתי ניכר. השאלה כיצד היה נוהג הניצג אלמלא מצג השווא היא בעלת אופי ספקולטיבי טבוע. האפשרות המעשית להוכיח את התשובה לה בראיות צפויה להיות לעתים קרובות דחוקה למדי. הקושי הראייתי עלול בתורו להגדיל באופן ניכר את ההסתברות להכרעות שיפוטיות שגויות.

קושי זה הניע את בית המשפט לשקול עקרונות פיצוי שאינם ממלאים את כללי הסיבתיות כלשונם. בעניין קרטיין<sup>59</sup> מנהל תיקי השקעות נמנע מלגלות ללקוחותיו כי החלטות ההשקעה שביצע עבורם נגועות בניגוד עניינים. לאחר שהתקבלו החלטות ההשקעה, ירד ערכן של המניות שנרכשו עקב תנודות שוק כלליות. נמצא כי באי-הגילוי הפר מנהל ההשקעות את החובה להציג מצג אמת, ואף נקבע כי בכך הפר חיוב חוזי מלא. השאלה שנותרה היא כיצד יש לאמוד את הנזק, ובפרט על מי מן הצדדים לשאת בהפסד הנובע מירידה בערך המניות לאחר שהתקבלה החלטת ההשקעה.

58 לדיון בשיטת חסרון הכיס ראו למשל את חיבורו של Rydstrom, לעיל ה"ש 29. יש לשים לב כי כלל חסרון הכיס מניח כי את ה-40 שהיה הניצג מותיר בכיסו במועד הכריתה הוא היה משקיע באפיק חסר סיכון. הנחה זו כמובן איננה משקפת בהכרח את המציאות, ולכן כלל חסרון הכיס עשוי אף הוא לעוות במידת מה את הקצאת הסיכונים הנכונה. לפיכך נראה כי יש להעדיף את כללי הפיצוי הסטנדרטיים – כלל ההסתמכות על המצג וכלל הבררה – הנמנעים מכשל זה. כללים אלה מחילים את כללי הסיבתיות הרגילים, שבמסגרתם אפשר לנכות רווחים או הפסדים שלא נגרמו כתוצאה מהפרת החובה.

59 ע"א 3654/97 קרטיין נ' עתרת ניירות ערך (2000) בע"מ, פ"ד נג(3) 385 (1999).

בית המשפט, מפי השופט אנגלרד, הציג שתי חלופות עיקריות להכרעה בשאלה זו: החלופה הראשונה מגלמת את כללי הסיבתיות הרגילים. לפי חלופה זו, הניצג הוא הנושא בסיכון לתנודות השוק אלא אם יש בכוחו להוכיח כי היה נמנע מלהתקשר בחוזה לו הוצג בפניו מצג אמת.<sup>60</sup> לפיכך אם ניצג מבקש לזכות בפיצוי בגין ירידת ערך שוקית, עליו להוכיח כי ירידת הערך היא נזק שנגרם כתוצאה סיבתית של מצג השווא.<sup>61</sup> החלופה השנייה חורגת מכללי הסיבתיות הרגילים וקובעת כי לניצג זכאות לבטל את החוזה אפילו אם היה מתקשר בו גם אלמלא מצג השווא. לפיכך גם אם היה נוטל על עצמו את הסיכון לירידת הערך אלמלא מצג השווא, הוא זכאי להסב סיכון זה בדיעבד לפתחו של המציג.<sup>62</sup> בית המשפט אינו מכריע בין החלופות, ותחת זאת קובע כי הבחירה ביניהן תיגזר מנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה.<sup>63</sup>

הניתוח שהוצע לעיל עשוי לסייע בזיהוי קריטריונים רלוונטיים לבחירה בין חלופות אלה. הקושי הראייתי הטמון בחלופה הראשונה עלול להוביל להרתעת יתר או להרתעת חסר. ככל שהניצג נדרש לעמוד בסטנדרט הוכחה שהקושי לעמוד בו הוא מהותי, כך גובר החשש כי ניצג שלא היה נוטל על עצמו את הסיכון בהינתן מצג אמת, יאלץ לשאת בו. המציג יוכל לפיכך להסב סיכונים לניצג באופן לא וולונטרי וללא תלות בשאלה מיהו הנושא היעיל בסיכון. הוא עלול אפוא לצאת נשכר ממצג השווא, והרתעתו תצא חסרה. עם זאת אם בית המשפט יפעיל את נטל ההוכחה על הניצג באופן מקל, הרי שתיכנה גם טעויות הפוכות: ניצג שהיה נוטל סיכון אלמלא מצג השווא, יוכל להסב את הסיכון אל המציג. תוצאה זו עלולה לגרום להרתעת יתר.<sup>64</sup>

לעומת זאת החלופה השנייה ממתנת את החשש להרתעת חסר ומגבירה את החשש להרתעת יתר. הרתעת החסר מתמתנת, שכן ניצג שלא היה כורת חוזה אלמלא מצג השווא פטור לחלוטין מנטל ההוכחה. החשש להרתעת יתר מתגבר, שכן כל ניצג שהיה כורת את החוזה אלמלא מצג השווא זכאי אף הוא לאותו הסעד. לפיכך לפי חלופה זו מובנית אל תוך הכלל המשפטי האפשרות כי הניצג יזכה בפיצוי העולה על הנזק שנגרם כתוצאה ממצג השווא.

60 שם, בעמ' 400.

61 שם, בעמ' 400–402. כך גם במשפט האמריקאי. ראו, RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 549, 552B (1977).

62 עניין קרטיין, לעיל ה"ש 59, בעמ' 402.

63 בית המשפט אף מציין שיטה שלישית, המיועדת לדמות את התוצאה המתקבלת מזו הראשונה. על פי שיטה זו, הניצג זכאי להפרש שבין המחיר ששולם לבין ערך הנכס בעת הגילוי, בניכוי תנודות השוק. שם, בעמ' 404–405.

64 הרתעת יתר עלולה להיגרם גם בנסיבות שבהן ערך הנכס עלה עד למועד הגילוי, ולכן ניצג שהיה נמנע מכריתת החוזה יעדיף בכל זאת שלא לתבוע את ביטולו. המציג בנסיבות אלה יפנים אפוא את מלוא הסיכון לירידת ערך אך לא את מלוא הסיכון לעליית ערך.

מהי החלופה העדיפה? מן הניתוח שלעיל עולה כי לחלופה השנייה נתון יתרון בנסיבות שבהן החשש להרתעת חסר עולה במידתו על החשש להרתעת יתר. כך הם פני הדברים כאשר למצג השווא נלווה יסוד נפשי של כוונה או של התרשלות רבתי; כאשר המציג הוא הצד השני לחוזה; וכאשר ההסתברות לגילוי של מצג השווא בידי הניצג אינה ודאית. בהתאמה, החלופה הראשונה עדיפה על השנייה בנסיבות ההפוכות. קריטריונים אלה עולים בקנה אחד עם ההכרעה שנתקבלה לגופו של עניין בעניין קרטיין.<sup>65</sup> מנהל ההשקעות פעל תוך הפרה של חובת הנאמנות כלפי לקוחותיו כדי לקדם את ענייניו שלו על חשבונם. המציג במקרה זה היה נגוע באשם מובהק; המצג הוצג על ידי הצד השני לחוזה והסתרתו של ניגוד העניינים הייתה עלולה למנוע את גילוי ההטעיה, גם בדיעבד. בנסיבות אלה אין מתעורר באופן ממשי החשש להרתעת יתר. לעומת זאת אילו נדרשו הלקוחות להוכיח בראיות כי לא היו מתקשרים בעסקה חלופית, הרי שנטל זה עלול היה להוביל להרתעת חסר. לפיכך הכרעתו של בית המשפט, שלפיה במקרה זה רשאים הלקוחות להשתחרר מן הסיכון לתנודות השוק אף בלא הוכחת סיבתיות, נראית רצויה.

### 3. מתי מצג שווא הוא גם הפרה של חיוב חוזי?

שאלה אחרונה שנדון בה בחלק זה היא השאלה מתי יש לראות במצג שווא משום הפרה של חיוב חוזי מלא.

בכל התחייבות שמקבל על עצמו צד לביצוע פעולה עתידית מגולם גם מצג בדבר כוונתו לבצע פעולה זו. ברי כי המצג המגולם בכל חיוב חוזי אינו פוגע כשלעצמו במעמדו החוזי של החיוב. אי-קיומו של ההיבט הביצועי של החיוב משכלל כשלעצמו את הפרת החוזה, והעובדה כי נלווה להפרת החוזה גם מצג שווא אין בה כדי להפחית מזכויותיו התרופתיות של הנפגע. אולם קושי רב עשוי להתעורר כאשר המצג אינו מלווה בהתחייבות לביצוע פעולה עתידית אלא אך מתאר עובדות רקע שעל בסיסן מכלכל הניצג את צעדיו. מצגים מסוג זה עשויים להתפרש כמסרים טרום חוזיים גרידא, שבצדם הסדר תרופתי אחד, או כחיובים חוזיים מלאים שבצדם הסדר תרופתי אחר.

נניח למשל כי אדם מוכר בית בהציגו מצג כוזב שלפיו אין מטרדי רעש בקרבת מקום. מצג זה אינו מוצא את ביטויו במסמך החוזי הכתוב, ובדיעבד מתברר כי בקרבת מקום ניצבים 12 מפעלי תעשייה רועשים, חלקם פועלים בשלוש משמרות.<sup>66</sup> האם בכך הפר חובה חוזית או שמא חובה חוץ חוזית גרידא? חברה קבלנית מוכרת בית לרוכשים בהציגה בפניהם מצג שלפיו שטחים הסמוכים לבית ייוותרו שטחים פתוחים. לאחר מכן היא בונה בשטחים אלה בתים נוספים. האם בכך הפרה חוזה או שמא רק חובה חוץ

65 עניין קרטיין, לעיל ה"ש 59, בעמ' 406.

66 ראו ע"א 373/80 ופנה נ' אוגש, פ"ד לו(2) 215 (1981).

חוזית להציג מצג אמת?<sup>67</sup> מבוטח מסתיר מן המבטח מידע המשליך על ההסתברות לקרות האירוע הביטוחי. האם יש לראות בכך משום הפרה של החוזה עם המבטח?<sup>68</sup> כאשר הצדדים קובעים מפורשות מהו סיווגו המשפטי של המצג – כפעולה טרום חוזית או כחיוב חוזי מלא – הרי שלקביעתם מוקנה תוקף. אולם לעתים קרובות אין הם מעידים על רצונם במפורש, ועל כן יש לגזור רצון זה באמצעות תהליך של פרשנות והשלמה. השאלה אילו קריטריונים צריכים להדריך את הפרשן בשאלה זו היא שאלה סבוכה, אשר נותרה במידה רבה בלתי פתורה בגדרו של המשפט הנוהג.

במשפט האנגלי הוצעו כמה מבחנים לפרשנות מהותו של המצג בנסיבות אלה, אך כפי שנראה להלן, כוחם המדריך מוגבל. מבחנים אלה עוסקים בשאלות מן הסוג הבא: האם המצג נמסר בסמוך למועד הכריתה או זמן רב לפניו;<sup>69</sup> מהי מידת חשיבותו של המצג מנקודת מבטו של הניצג;<sup>70</sup> האם המצג הושמט מן ההסכמה שנערכה בכתב בשלב מאוחר יותר;<sup>71</sup> והאם למציג נתונה מומחיות מיוחדת בנושא המדובר, או שהיה יכול לברר את העובדות כהווייתן ביתר קלות?<sup>72</sup>

במשפט הישראלי לא התקבלו מבחנים אלה באופן מפורש, ואכן רתיעה זו – טעמים טובים בצדה.<sup>73</sup> אכן, כל ארבעת המבחנים מעוררים קושי ניכר. המבחן הראשון הוא מוקשה, משום שגם מצג שניתן בשלב מוקדם עשוי לגרום נזק דומה למצג שנמסר מאוחר, וממילא את מצג השווא יש לראות כפעולה מתמשכת: היא אינה מסתיימת עם סיומו של הדיבור הכוזב עצמו, שהרי דיבור זה ממשיך להטביע את חותמו בהכרת הניצג גם לאחר שניתן, ובפרט בהגיע עת הכריתה.<sup>74</sup> הקריטריון השני מוקשה משום שחשיבות המצג אינה אלא אינדיקציה לנזק הרב שנגרם לניצג; בהינתן כי נזק זה מפוצה תחת שתי החלופות האפשריות, הרי שקשה למצוא בכך צידוק לבחירתה של זו החוזית דווקא. הקושי הטמון בקריטריון השלישי נובע מן העובדה שהכתב, שנערך מאוחר, הוא לעולם

67 ראו ע"א 8737/00 שלפרד חברה לפיתוח ובנין בע"מ נ' ז'אק, פ"ד נו(4) 662 (2002) (להלן: עניין שלפרד).

68 ראו ס' 7 לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981. לדיון בחשיבותו של היסוד הנפשי בהקשר זה ראו שחר ולר חובות גילוי של מבוטחים בחוזה ביטוח 351-340 (2002).

69 ראו למשל 64 Ir. R. [1913] 2 Schawel v. Reade; [1954] 1 W.L.R. 615; Routledge v. McKay.

70 ראו 1 All E.R. [1947] 1 Couchman v. Hill; 10 C.B.N.S. 844; [1861] Bannerman v. White. 103.

71 ראו 167 E.G. 396 [1956] Birch v. Paramount Estates (Liverpool) Ltd.; 69 E.G. 103 [1956] Routledge v. McKay, לעיל ה"ש 69.

72 ראו 1 All E.R. [1957] 1 Oscar Chess Ltd. V. Williams; 2 K.B. 739 [1951] Harling v. Eddy; 65 All E.R. [1965] 2 Dick Bentley Prods. v. Harold Smith Motors; 325.

73 ראו עניין שלפרד, לעיל ה"ש 67; ע"א 130/68 הכטמן נ' בן ארצי, פ"ד כב(2) 608 (1968); ע"א 760/77 בן עמי נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד לג(3) 567 (1979).

74 ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 13, כרך ב בעמ' 878-882, ס' 15.88-15.91.

תיאור בלתי שלם של מערך ההסכמה בין הצדדים. עצם אי הכללתו של המצג במסגרת הכתב עשויה להעיד על קיומו של חסר ולא דווקא על הסדר המוציא את המצג מגדר החיובים החוזיים התקפים. במקביל לכך, עצם הכללתו של המצג במסגרת הכתב אינה מעידה בהכרח על רצונם של הצדדים לראות בו חיוב מלא. ולבסוף, קושי מתעורר גם כאשר לקריטריון הרביעי, שלפיו מצג ייחשב לחיוב חוזי כאשר למציג גישה נוחה יותר למידע הנכון. חובת תום הלב ועוולת הרשלנות – שתיהן חלות רק כאשר המציג הפר סטנדרט זהירות נדרש. לפיכך אם נאמר שכל אימת שהמציג התרשל הוא יחזק כמפר חוזה, הרי שנרוקן הסדרים אלה מכל תחולה.

ההלכה הפסוקה בישראל נמנעה אפוא מלאמץ את ההבחנות האמורות.<sup>75</sup> עם זאת היא לא פיתחה משנה סדורה חלופית.<sup>76</sup> הניתוח המוצע בחלקיו הקודמים של המאמר עשוי להציע מסגרת לחשיבה על שאלה זו. ההחלטה כיצד לסווג את מצג השווא היא בעיקרו של דבר ההחלטה בדבר נוסחת הפיצוי שיש לאמוד על פיה את זכותו של הניצג. כפי שעולה מן הניתוח שלעיל, חיוב המציג בפיצוי ציפיה עשוי להיות רצוי בנסיבות שבהן החשש מהרתעת חסר עולה במידתו על החשש הנגדי להרתעת יתר. תוצאה זו צפויה כאשר המצג נמסר מתוך כוונה להטעות, או ברשלנות רבתי, וביתר שאת, כאשר ההסתברות למיצוי הדין עם המציג, כפי שנשתקפה בעת הכריתה, הייתה נמוכה. בהתקיים מאפיינים אלה, לנוסחת הציפיה יתרונות על פני נוסחת ההסתמכות על המצג, משום שהיא מובילה להרתעה יעילה יותר של המציג. לפיכך אם מוכרו של בית מטעה את הרוכש לחשוב כי אין בקרבת מקום מטרדי רעש, בהיותו ער לחשיבות שמייחס לכך הרוכש, ועושה זאת בכוונת מכוון – הרי שעל פי הניתוח שלעיל יש לראות בו מפר חוזה. בדומה לכך, חברה קבלנית המוכרת בית על סמך מצג כי שטח סמוך מיועד להישאר פתוח אף שהיא מודעת לאפשרות כי מאוחר יותר תבוצע בו בנייה, הרי שהיא הפרה את החוזה. לעומת זאת אם המצג הוא בלתי מכוון, ורשלנותו של המציג אינה מובהקת, הרי שאז עשוי להתהוות טעם לראות את המצג כהפרה של חובה חוץ חוזית בלבד. לפיכך כאשר מבוטח מוסר מצג שווא בדבר גורמים שיש בהם כדי להשפיע על ההסתברות

75 כך גם במדינות אחרות השייכות למשפט המקובל. בניו זילנד למשל החליט המחוקק לנטוש כליל את ההבחנות האמורות ולקבוע במקומן כלל גורף שלפיו מצג טרום חוזי שבעטיו כרת הניצג את החוזה, דינו כדין חיוב חוזי מלא. כך קובע ס' 6 ל-Contractual Remedies Act 1979 הנ"ל: "If a party to a contract has been induced to enter into it by a misrepresentation, whether innocent or fraudulent, made to him by or on behalf of another party to that contract – (a) he shall be entitled to damages from that other party in the same manner and to the same extent as if the representation were a term of the contract that has been broken..."

76 ראו למשל עניין שלפרד, לעיל ה"ש 67, בעמ' 669; עניין הכטמן, לעיל ה"ש 73, בעמ' 611–612; עניין ופנה, לעיל ה"ש 66. לפסקי דין מן הזמן האחרון ראו ע"א 5888/08 אלרומלי נ' החברה הכלכלית לפיתוח רהט בע"מ (פורסם בנבו, 3.2.2011) ועניין מבני גזית, לעיל ה"ש 14. כמו כן ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 13, כרך ב בעמ' 869–876, ס' 15.86–15.78.



לקרות האירוע הביטוחי, יש להבחין בין מבוטח שמסר את המידע הכוזב בכוונת מרמה למבוטח שעשה זאת בשגגה.<sup>77</sup>

השיקולים שלעיל נוגעים לתכלית ההרתעה של המציג מפני גרימת נזק באמצעות מצג השווא. עם זאת ההכרעה האם לראות במצג חיוב חוזי או חוץ חוזי עשויה להיות מושפעת גם משיקול נוסף – הוא שיקול הנוגע להקצאת הסיכונים היעילה בין הצדדים. ראיית המצג כתניה חוזית מטילה סיכון כבד יותר על כתפיו של המציג, ועל כן עשויה לשרת את מטרתם המשותפת של הצדדים כאשר המציג הוא הנושא היעיל בסיכון. כך למשל מוכרים מקצועיים הם ברגיל מבטחים יעילים יותר של נזקים הנובעים מאי-תקינותו של המוצר לעומת לקוחות אינדיווידואליים. במכרם פריטים מרובים באופן חוזר ונשנה יש בידיהם מידע מדויק יותר בדבר היקפו של הסיכון; לנוכח נפח העסקאות שהם מבצעים יש להם היכולת לפזר את הסיכון ולהפחית את עלויות הנשיאה בו; ככל שהם מתקשרים עם מבטח חיצוני, בכוחם לבטח עסקאות רבות באמצעות עסקת ביטוח אחת, ואין הם נדרשים – בדומה לרוכש האינדיווידואלי – לכרות חוזה ביטוח מיוחד בעבור מוצר בודד. לפיכך הקצאת הסיכון להם עשויה להיות מונעת לא רק מן התכלית להרתיע אותם אלא גם מן התכלית להוזיל את עלויות הנשיאה בסיכון. מסקנה זו עולה בקנה אחד עם דיני המכר, המטילים חבות חוזית על מוכר בגין מצגי שווא מסוימים, ללא התניה של החבות בקביעה של אשם. גם מצג שווא תמים בידי מוכר עשוי להיחשב "אי-התאמה" על פי חוק המכר, שיש בו כדי לזכות את הלקוח בתרופות בגין הפרת חוזה.<sup>78</sup>

הסעד הרצוי משקף אפוא תמהיל של תכליות, חלקן נסמכות על השפעתו המרתיעה של הסעד, וחלקן על השפעתו בהיבט הביטוחי. תכליות אלה לעתים מתיישבות זו עם זו, אך אין הכרח כי כך יהיה בכל מקרה. לפיכך השאלה האם ומתי יש לראות במצג שווא טרום חוזי תניה חוזית, נותרת שאלה מורכבת.

## סיכום

הדין התרופתי הקיים בגין מצגי שווא אינו נסמך על תורה סדורה. מוכרות בגדרו קטגוריות משפטיות מגוונות, אך מרחב התפרסותן של קטגוריות אלה וטיב הסעדים הנגזרים מכל אחת מהן אינם מוגדרים היטב. הבחירה מבין הקטגוריות השונות אינה נשענת על תפיסה כוללת בדבר מהותו של הערך המוגן שאותו מבקשת התרופה להגשים. אף אוצר המילים הנוהג בדין הקיים אינו שלם. נוסחת ההסתמכות על המצג ונוסחת ההסתמכות על החוזה אינן מובחנות זו מזו אף שלהבחנה ביניהן השלכה חשובה על

77 הבחנה זו קיימת בדין הנוהג. ראו ס' 7 לחוק חוזה הביטוח.

78 ס' 11 לחוק המכר.

מבנה התמריצים שיוצר הדין ועל כוחו להשפיע על עלויותיו החברתיות של מצג השווא. בעוד שנוסחת ההסתמכות על החוזה ככלל מובילה להרתעת חסר, נוסחת ההסתמכות על המצג נמצאה, במגוון רחב של נסיבות, רצויה.

במסגרת המודל הפשוט שני כללים זוהו כאופטימליים: האחד הוא כלל ההסתמכות על המצג, והאחר הוא כלל הבררה, המאפשר לניצג לבחור בין נוסחת הציפייה לבין נוסחת ההסתמכות על המצג. בעולם מציאותי יותר, שבגדרו הפרעות שונות עלולות לשבש את מהלכו התקין של הסעד, כל אחד מן הכללים האמורים עלול להוביל להרתעת יתר או להרתעת חסר. אולם גם במציאות מורכבת זו ניתן לזהות יתרונות יחסיים לכל אחד מן הכללים. כלל ההסתמכות על המצג נמצא "רגיש" יותר להפרעות המובילות להרתעת חסר, ועל כן הפעלתו רצויה יותר ככל שעצמתו של חשש זה מתונה יותר. לעומת זאת כלל הבררה "רגיש" יותר להפרעות המובילות להרתעת יתר, ועל כן נתון לו יתרון יחסי בנסיבות ההפוכות. בהתאם לכך, נמצא כי לכלל הבררה יתרון יחסי בנסיבות שבהן רשלנותו של המציג היא מובהקת; כאשר המציג הוא שותפו החוזי של הניצג, להבדיל מצד שלישי; וכאשר בעת המצג הייתה נתונה הסתברות ממשית לאי-גילוי של הכזב בדיעבד.

אפיונה של התרופה אינו מתמצה בבחירתה של נוסחת הפיצוי. שאלה נוספת שיש להכריע בה נוגעת לתחולתו של כלל הצפיות, אשר על פי הדין הנוהג חל לעתים במתכונתו החוזית ולעתים בזו הנזיקית. ההכרעה בין שתי המתכונות אינה צריכה להיות בינארית. לכלל החוזי נתון יתרון כאשר יש בו כדי לתמרץ את הניצג להביא את מאפייניו המיוחדים לידיעת המציג ובכך לאפשר למציג להשקיע באופן יעיל יותר בבירור העובדות מושא המצג. לכלל הנזיקי נתון יתרון בנסיבות שבהן הגבלת הפיצוי אינה צפויה להוביל לתוצאה זו לנוכח העלות הגבוהה הכרוכה בהבאתו של המידע הרלוונטי לידיעתו של המציג.

שאלה נוספת המצריכה פתרון מעשי היא מהו דינם של סיכונים שהקצה החוזה אל הניצג. על פי עקרונות הסיבתיות הרגילים היה ראוי לקבוע כי הניצג יישא בסיכונים אלה רק אם היה נוטלם על עצמו גם אלמלא הוצג בפניו מצג השווא. אולם לנוכח הקושי הטבוע בהוכחת ההחלטה ההיפותטית שהיה מקבל בנסיבות אלה, לעתים יהיה עדיף לאפשר לניצג להשתחרר מן הסיכון אף מבלי שעמד בנטל ההוכחה. חלופה זו תהא עדיפה בנסיבות שבהן החשש להרתעת חסר, שיתעורר אם ידרש לעמוד בנטל, גובר על החשש להרתעת יתר, שיתעורר בשל הסבת הסיכונים בדיעבד לפתחו של המציג.

לבסוף נדונה השאלה באילו נסיבות יש לסווג מצג שווא כהפרה של חובה נזיקית או טרום חוזית, ומתי יש לראות בו הפרה של חיוב חוזי מלא. מנקודת המבט ההרתעתית, ההכרעה בין שתי האפשרויות היא אנלוגית להכרעה בין נוסחאות הפיצוי השונות. לפיכך השיקולים הכלליים שזוהו כרלוונטיים לבחירה בין הנוסחאות עשויים לשמש קריטריון להכרעה גם בשאלה זו.