

Game On – על האפקטיביות של צו מרתיע

מאת

אסנת יעקובי*

מאמר זה עוסק בצו מרתיע. הצו המרתיע הוא תרופה חדשה בהצעת חוק דיני ממונות: קנס יומי שאותו יכול בית המשפט להטיל על המפר שאינו מקיים את צו האכיפה. המאמר בוחן את האפקטיביות של הצו המרתיע ביצירת הרתעה מפני הפרת צווי אכיפה. מסקנות הניתוח הן שהרווח שהמפר מפיק מהפרת צו האכיפה ניתן לחישוב אריתמטי, אך ספק אם בית המשפט יוכל לחשב את הרווח הזה כדי לקבוע את גובה הקנס. כשביצוע החוזה אינו יעיל, המפר מרוויח מסיכול צו האכיפה את דחיית תשלום הפיצוי שהיה הנפגע מסכים לקבל כדי לתת את הסכמתו להפסקת החוזה. בחוזים שבהם יעיל לדחות את ביצועם לתקופה מאוחרת המפר מרוויח משיהוי צו האכיפה לכל התקופה שלה הוא זקוק כדי להנמיך את עלויות הביצוע שלו או לשפר את מצבו הפיננסי. בשני המקרים הרווח הגלובלי שמפיקים מפריס מהפרת הצו מורכב ממידע פרטי המצוי ברשותם על ההוצאות שאותן הם דוחים ועל ערך הזמן שהם מפיקים מדחיית התשלום או הביצוע, ומידע זה אינו ניתן להוכחה בבית המשפט. בנוסף, כדי לחשב את הקנס היומי שימחק את הרווח היומי מהפרת הצו בית המשפט צריך לדעת את אורך התקופה שבה המפר מתכוון לסכל את הצו. בחוזים לא יעילים אורך תקופת הדחייה שלה זקוק המפר היא עד שהנפגע יתייאש מצו האכיפה ויחליף את דרישתו בתביעת פיצויים, ומידע זה אינו קיים בשעה שבית המשפט צריך לקבל את ההחלטה על שיעור הקנס היומי. אם בית המשפט טועה והקנס שייקבע לא יהיה גבוה מספיק, המפר עדיין יוכל להרוויח מהפרת הצו. בניגוד למחשבה המקובלת שלפיה פקודת ביון בית המשפט נכשלה ליצור הרתעה מספקת מפני הפרות צווים כיוון שהנפגע לא היה זכאי לכספי הקנס, סביר שהסיבה לכישלון היא שבתי המשפט לא ידעו לחשב את הרווח שהמפר מפיק מהפרת הצו, והדבר גרם לנפגעים מהפרת צווים לא לבקש להפעילה.

בחלקו האחרון של המאמר אציע מנגנון חלופי לצו המרתיע שאינו סובל מהחסרונות של המנגנונים הקודמים. על פי הצעה זו, בית המשפט יצווה על המפר להפקיד ערובה לקיום הצו. סכום זה יישא הפרשי הצמדה וריבית עד להפקדתו בפועל בקופת בית המשפט. בית המשפט יצווה על השבת הסכום בערכו הנומינלי למפר (ללא הפרשי הצמדה וריבית) לאחר שהמפר ימציא הוכחות שביצע את הצו, או כשהצדדים יודיעו לבית המשפט שהגיעו להסדר ביניהם, ולאחר שיחזיק בסכום הערובה תקופה נוספת העולה כדי מספר הימים מיום מתן פסק הדין ועד להפקדת הערובה. אם הנפגע יודיע לבית המשפט כי המפר אינו מקיים את הצו וחלפו 60 יום ממתן הצו, יחלט בית המשפט את הערובה. פירות ההפקדה או חילוט

* מרצה, המרכז האקדמי פרס רחובות. תודה גדולה לאורן בר גיל, משה גלברד, חנן מנדל, קובי נוסים ואריאל פורת על הערותיהם המצוינות לטייטה קודמת. תודה מיוחדת לאבי וייס שקרא שתי גרסאות וזיכה אותי בתובנות מצוינות. כמו כן אבקש להודות למשתתפי הסדנה במשפט, לכלכלה ועסקים באוניברסיטת בר אילן ובמכללה האקדמית נתניה. תודה מיוחדת למחלקה לכלכלה באוניברסיטת בר אילן ששימשה עבורי כבית אקדמי. לבסוף תודה גדולה לקורא החיצוני, ולעורכי משפטים, חנן סידור וילנה צ'צ'קו, על הערותיהם המצוינות.

הערובה הם לטובת אוצר המדינה. אראה כי מנגנון זה מוחק לחלוטין את הרווח שהמפר מצפה להרוויח מסיכול/עיכוב צו האכיפה מבלי שבית המשפט יצטרך לוודא נתונים שאין ביכולתו לוודא.

מבוא. א. מסע בזמן. ב. תמריץ להפר צווים במשטר צו מרתיע. 1. כיצד פועל צו מרתיע; 2. המקרה הפרדיגמטי; 3. החוזה יעיל; 4. החוזה אינו יעיל; 5. סיכום ביניים; ג. מדוע נכשלה פקודת בזיון בית המשפט ביצירת הרתעה מספקת מפני הפרת צווי אכיפה? ד. פתרון משופר: הפקדת ערובה לקיום. 1. שיעור הערובה הנדרש בצווי "עשה"; 2. הרחבת המנגנון: שלילת הרווח המימוני מהפרת חוזה הפסד; 3. האם להותיר את סמכות חילוט הערובה לשיקול דעתו של בית המשפט?; ה. סיכום ומסקנות.

מבוא

אחד מחידושיו הבולטים של פרק התרופות בהצעת חוק דיני ממונות הוא ההוראה הקובעת סמכות לבית המשפט לפסוק "צו מרתיע" במקרה שבו נתן צו אכיפה. סעיף 498(א) להצעת החוק קובע: "נתן בית המשפט צו אכיפה, רשאי הוא, אם מצא לנכון, לחייב בצו את המפר לשלם סכום שיקבע בעד כל יום שבו לא יקיים המפר את צו האכיפה (בסעיף זה – צו מרתיע) ורשאי הוא לקבוע כי מועד תחילתו של הצו המרתיע יהיה מאוחר ממועד מתן צו האכיפה".¹

תרופה זו היא למעשה קנס יומי שיכול בית המשפט האזרחי להטיל על המפר שחויב בצו אכיפה כדי להרתיעו מהפרת הצו.² הניסיון שנצבר בשיטות המשפט השונות במתן צווים בכלל (וצווי אכיפה בפרט) הראה כי השימוש במכשירים שיסייעו לבתי המשפט לכפות קיום צווים הוא הכרחי. כיוון שצו אכיפה בדרך כלל מצריך את המפר להתנהגות מסוימת או להימנעות מהתנהגות מסוימת, הרי שהכוח שלא לקיים את הצו נתון בלעדית למפר, ולכן כשהמפר מסרב לבצע את הצו, ללא מכשיר שיפוטי תומך אי אפשר להבטיח שהצו יקיים.

השאלה הקשה היא אם קנס יומי בסכום מסוים ירתיע את המפר מלהפר את צו האכיפה. בספרות שעסקה ביעילות תרופת האכיפה בשנות השמונים והתשעים בארצות הברית נעשתה הבחנה בין הפרות צווים משני סוגים: הפרת צו שנעשית ממניעים לא כלכליים, כגון רצון להביע מורת רוח כלפי הנפגע, שמתעקש על קיום החוזה לאחר שכישלון הידברות בין הצדדים הוביל אותם להליך משפטי, והפרת צו שנעשית ממניע כלכלי – רצון להרוויח.

1 הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011, ה"ח 712.

2 חנוך דגן "סיכונים בקודיפיקציה: על האחדת יתר ועל ריבוי סעדים" משפטים לו 249, 279 (2006); יהודה אדר "מדוע נכון לאחד את התרופות בחוזים ובנויקין? תשובה לפרופ' דגן" משפטים לו 357, 394 (2006); מיגל דויטש פרשנות הקודכס האזרחי כרך א 366–368 (2005); יהודה אדר "על הדבש ועל העוקץ – הרהורים על פרק התרופות" משפט ועסקים ה 347, 406–408 (2006) (להלן: אדר "על הדבש ועל העוקץ"); נילי כהן "תרופות בשל הפרת חוזה – מהזכות לתרופה; מחוק התרופות לקוד האזרחי" ספר דניאל 57, 102–103 (נילי כהן ועופר גרוסקוף עורכים, 2008).

באשר להפרות צווים מהסוג הראשון, חוקרים שונים דנו באפשרות שמפרי חוזה יסכלו את קיום הצו כדי להביע מורת רוח כלפי הנפגעים מההפרה. החשש נובע מכך שצו האכיפה ניתן הרבה פעמים לאחר התדיינות משפטית ממושכת, שעלולה להפוך את הצדדים ליריבים ועוינים. מפר שמתנגד לקיום הצו עלול לבצע את הצו ביצוע לקוי שיחזיר את הצדדים לבית המשפט להתדיינות נוספות בשאלה אם הצו בוצע על פי המוסכם. המשוכנעים שהתרחשות זו אפשרית ברמת הסתברות גבוהה העדיפו להמליץ שלא להגדיל את זמינות תרופת האכיפה לנפגע יותר ממה שכבר מקובל בארצות הברית.³ בניגוד לכך טענו חוקרים אחרים כי נפגעים מהפרת חוזה יודעים טוב יותר מבית המשפט מתי דרישת אכיפה תיטיב אתם יותר מתביעת פיצויים, ולכן הם יתבעו אכיפה רק במקרים שבהם המפר אינו יכול לחבל בביצוע.⁴

אם הפרות צווים ממניעים רגשיים אכן מתרחשות בתדירות גבוהה, שימוש בקנסות על תקופת האיחור בביצוע הצו אינה הדרך הטובה להתמודד עם בעיה כזו. כיוון שמניעי המפר הן תחושות כעס, זעם ואיבוד אמון בנפגע, קשה למדוד מהו שיעור הקנס הכספי היומי הנדרש כדי לגרום למפר לקיים את הצו על אף תחושותיו הרעות. בנוסף, בארסנל הכלים של בית המשפט מצויים היום כלים טובים יותר להתמודדות עם בעיה כזו: בית המשפט יכול למשל לטרב לבקשת האכיפה אם הוא סבור שהמפר עלול לחבל בביצוע, ואי אפשר למדוד את רמת הביצוע של המפר ברמת הוודאות הנדרשת. לחלופין, ייתכן שבית המשפט יכול למנות כונס נכסים שיבצע את הצו במקום המפר, ובכך לעקוף את בעיית העוינות שנוצרה במהלך ההליך המשפטי. הפרת צווים על רקע רגשי אינה הנושא המרכזי במאמר זה, המבקש לבחון את יעילות הצו המרתיע במצבים שבהם סכום כספי, שניתן לחישוב אריתמטי, ימנע את הפרת הצו. עם זאת חשוב לדון בהפרות צווים ממניעים לא כלכליים בפרק ד.2 להלן.

לעומת הפרת צווים על רקע רגשי, כשהפרת הצו נעשית מתוך מניע כלכלי – רצון של המפר להרוויח מהפרת הצו – מנגנון של קנס יומי במקום קנס גלובלי הוא משכנע; מפר הצו מצפה להרוויח מכל יום שבו הוא מעכב את קיום הצו, ומנגנון הקנס נבנה באופן שהוא ישלול את הרווח היומי מהפרת הצו. ספציפית, אם הקנס היומי שווה לכל הפחות לרווח היומי (בממוצע) מהפרת הצו, המפר לא יפר את הצו. מטרת מאמר זה היא לבחון את האפקטיביות של הצו המרתיע בהתמודדות עם הפרות צווים כשמטרת המפר היא להרוויח מהפרת הצו.

כדי להדגים הפרת צו מתוך מניע כלכלי ואת ההשפעה של הקנס המרתיע על החלטת המפר, ניקח מקרה שבו המפר יכול להרוויח מכך שהנפגע יתייאש מצו האכיפה ויחליף את דרישתו לאכיפה בתביעת פיצויים. נניח כי בית המשפט יתמוך את צו האכיפה בצו מרתיע

3 EDWARD YORIO & STEVE THEL, CONTRACT ENFORCEMENT: SPECIFIC PERFORMANCE AND INJUNCTIONS §3.3.2 (2nd ed. 2011); Edward Yorio, *In Defense of Money Damages for Breach of Contract*, 82 COLUM. L. REV. 1365, 1373 (1982) (להלן: *Yorio, In Defense of Money Damages*).

4 Alan Schwartz, *The Case for Specific Performance*, 89 YALE L.J. 271, 277 (1979)

ועובדה זו ידועה למפר ולנפגע. לצורך הדוגמה חשבו על המקרה של פומרניץ נ' ק.ד.ש.5⁵ באותו מקרה בנה קבלן קיר בניגוד להסכמי הרכישה שנעשו עם הקונים, כדי להגדיל את הדירה השכנה. בניית הקיר תוך הפרת החוזה עם הקונים מלמדת כי הרווח לקבלן מההפרה גבוה מהפיצויים שהוא צופה שיצטרך לשלם לקונים על הנזק שנגרם להם ממנה. כדי שהקבלן-המפר יוכל לשמור על הרווחים מההפרה לעצמו הוא צריך לסכל את צו האכיפה שיינתן נגדו להריסת הקיר. כיוון שבררת התרופה נתונה לנפגע, הוא שמחליט: אכיפה או פיצויים, אך המפר יכול לנסות לייאש את הנפגע מצו האכיפה באמצעות סיכול הצו. כשביצוע החוזה הופך לא יעיל (שאז הרווח למפר מההפרה גבוה מהפיצויים שאותם יצטרך לשלם לנפגע שיתייאש מהצו) המפר ירוויח אם הנפגע יתייאש מצו האכיפה ויחליף את דרישתו לאכיפה בתביעת פיצויים.

כעת נוסיף לתמונה את המכשיר של צו מרתיע ונשאל אם ניתן באמצעותו לשלול מהמפר את הרווח שהוא מתכוון להפיק מהפרת הצו שיינתן נגדו. שאלה זו מורכבת משתי שאלות משנה: ראשית מהו הרווח שהמפר מפיך מסיכול הצו, ושנית אם בית המשפט מסוגל למדוד את הרווח הזה כדי לקבוע את סכום הקנס היומי שבו יחייב את המפר. אם בית המשפט יכול לחשב את הרווח של המפר מהפרת הצו ואת אורך התקופה עד לסיום הסכסוך, הוא יוכל לקבוע את שיעור הקנס היומי בהתאם, והתמריץ של המפר לסכל את הצו יישלל. הדרך היחידה שתישאיר פתוחה בפניו של המפר היא להציע לנפגע (במקרה פומרניץ – לקונים) סכום כסף הנע בין הנזק שנגרם לנפגע לרווח הגדול יותר שהמפר מפיך מהבנייה כדי שיינתן את הסכמתו לבניית הקיר בדירה השכנה.

כפי שאראה בהמשך, הרווח של המפר מסיכול הצו ניתן לחישוב אריתמטי, אולם בית המשפט אינו מסוגל למדוד את כל הרכיבים הדרושים כדי לערוך חישוב כזה. כשביצוע החוזה אינו יעיל, קיים סכום כסף שיכול המפר לשלם לנפגע מיד כדי שיינתן את הסכמתו להפסקת החוזה, אולם סכום זה ישתנה על פי התשובה לשאלה אם ניתן לאכוף על המפר להרוס את הקיר שבנה בניגוד למוסכם. איום אמין בהשגת צו אכיפה משאיר את הרוב המוחלט של כוח המיקוח בידי הנפגע, ולכן המחיר שהמפר יצטרך לשלם כמעט וימחק את הרווח שלו מהפסקת החוזה.⁶ כדי לשמור את הרווחים מההפרה לעצמו, המפר יכול לסכל את צו האכיפה ובכך לגרום לנפגע להסכים לתשלום הקרוב לסכום הפיצויים שבית המשפט יפסוק לו תמורת הסכמתו להפסקת החוזה. בנוסף, סיכול צו האכיפה מאפשר למפר להרוויח את דחיית תשלום הפיצוי שאותו היה הנפגע מסכים לקבל לכל התקופה עד לסיום הסכסוך וכן דחייה של השבת המחיר ששולם עד כה על חשבון התמורה.⁷

5 ע"א 48/81 פומרניץ נ' ק.ד.ש בניין והשקעות בע"מ, פ"ד לח(2) 813 (1984).

6 איום אמין (או איום תקף) פירושו שהצד המאיים יוכל להרוויח ממימוש האיום אם דרישתו שלווה באיום תסורב. לפיתוח הקונספט "איום תקף" בסביבה של אילוץ ודרישה להתאמת מחיר החוזה ראו Oren Bar-Gill & Omri Ben-Shahar, *Credible Coercion*, 83 TEX. L. REV. 717, 718, 722 (2005).

7 כמוסבר בטקסט, צו האכיפה מעביר את רוב כוח המיקוח לנפגע. כנגדו, האפשרות לסיכול הצו מעבירה חלק מכוח המיקוח חזרה למפר. הצו המרתיע פועל כנגד הכדאיות לסכל את צו האכיפה ובכך מחזיר כוח מיקוח לנפגע.

חישבו כעת מה צריך בית המשפט לדעת כדי לקבוע את שיעור הקנס המרתיע היומי שימחק את הכדאיות לסכל את צו האכיפה. על בית המשפט לדעת זאת: א) את הסכום שהנפגע היה מוכן לקבל כדי להסכים להפסקת החוזה מיד; ב) כל מחיר ששולם על חשבון התמורה החוזית; ג) את הערך המימוני שהמפר מפיק מדחיית התשלום; ד) את משך התקופה עד שהנפגע יתייאש מצו האכיפה. אם בידי בית המשפט כל הנתונים הללו, הוא יוכל לחשב את הרווח הכולל של המפר מההפרה. לאחר מכן הוא יוכל לחלק את הרווח הזה במספר ימי ההפרה ולהגיע, בקירוב, לקנס היומי הנדרש.⁸ כפי שיוסבר להלן, בית המשפט יכול לקבוע את הסכום שאותו היה מסכים הנפגע לקבל תמורת הסכמתו להפסקת החוזה לפי סכום הפיצויים שבית המשפט היה פוסק לנפגע על נזקיו מההפרה (נתון א')⁹ ולקבל ראיות על המחיר ששולם עד כה על חשבון התמורה (נתון ב'), אך אין זה סביר שהוא יוכל לוודא את נתון ד', מכיוון שמדובר במידע שאיננו קיים בשעה שבית המשפט צריך לקבל את ההחלטה על שיעור הקנס היומי, או את נתון ג', מכיוון שמדובר במידע פרטי שאינו ניתן לוודאו בבית המשפט.

כדי להבין מדוע סביר שבית המשפט לא ידע לחשב את הערך המימוני מדחיית התשלום (נתון ג'), מועיל להתחיל בהבנה מניין הרווח הזה נובע. פער הזמנים שבין מתן פסק הדין לתשלום בפועל (וככל שהמפר יכול להגדיל את הפער באופן יזום באמצעות סיכול הצו) מניב למפר רווח מדחיית התשלום לנפגע. הערך שמפיקים בני אדם ותאגידים מדחיית תשלומים לתקופה מאוחרת תלוי בערך הזמן הפרטי שלהם, והוא מושפע גם משיקולים סובייקטיביים כגון היכולת ללוות בבנקים, המצב הפיננסי וצפייה לשינוי במצב הפיננסי עקב, למשל, הגדלת הכנסה או קבלת כספים ממקורות שונים. ערך הזמן של אנשים ותאגידים שונים משתנה מאדם לאדם ומחברה לחברה, ולכן אינו בר-מדידה בבית המשפט. חשוב לציין כי הרווח שניתן להפיק מדחיית התשלום לתקופה מאוחרת מספק תמריץ לא רק להפרת צווים (הבעיה שאיתה מבקש הצו המרתיע להתמודד) אלא גם להפרת החוזה, שכן פער הזמנים בין יום ההפרה ליום התשלום בפועל לאחר התדיינות משפטית ממושכת מאפשר למפרים לדחות את התשלום לכל תקופת ההתדיינות. ככל שמצבו הפיננסי של המפר רעוע יותר, הפרת הצו על ידיו היא המשך טבעי של הדחייה בתשלום שהוא מצליח להשיג לכל תקופת ההתדיינות באמצעות הפרת החוזה. רעיונית ניתן לחשב את הרווח של המפר מדחיית התשלום מרגע ההפרה ועד התשלום בפועל ולקבוע את הקנס המרתיע היומי בסכום שישלול את הרווח שמנסה המפר להפיק מהפרת החוזה. במציאות מנגנון הצו המרתיע מבוסס על יכולתו של בית המשפט למדוד את הרווח הזה ולקבוע את שיעור הקנס בהתאם, ולכן המידע הפרטי שברשות המפר על ערך הזמן שלו בדחייה ואורך תקופת הדחייה הם קריטיים לקביעת שיעור הקנס היומי. בין שהמטרה היא לקבוע את הקנס באופן

8 הפעולה המדויקת אינה רק פעולת חילוק. כיוון שהקנס ישולם בתקופה מאוחרת, יש להביא בחשבון את הערך המימוני שהמפר מפיק מדחיית תשלום הקנס. לחישוב המדויק ראו להלן פרק ב.

9 נתון א' (המחיר שהנפגע היה מסכים לקבל תמורת הסכמתו להפסקת החוזה) הוא רק סכום הבסיס לחישוב הקנס. חיוני שסכום זה לא יפחת מסכום הפיצויים שהנפגע יכול להבטיח לעצמו דרך הגשת תביעה לפיצויים (לכן הוא מהווה את הסכום הנמוך ביותר שסיכים הנפגע לקבל במשא ומתן מיד). ראו להלן פרק ב.4.

שישלול את התמריץ להפר את הצו ובין שמטרתו היא לשלול את התמריץ להפר את החוזה, אם בית המשפט טועה וקובע את שיעור הקנס המרתיע בסכום נמוך מדי, המפר עדיין יוכל להרוויח מהפרת הצו שמטרתה, בחוזה לא יעיל, לייאש את הנפגע מצו האכיפה ולגרורם לו להחליף את תביעתו בתביעת פיצויים.

עד לכאן דנו רק בתמריץ לסכל צווים בחוזים לא יעילים, אך תמריץ להפר צווי אכיפה קיים גם בחוזים יעילים, אם כי בחוזה יעיל המפר אינו מעוניין לייאש את הנפגע מהצו כיוון שאינו מעוניין לשלם לנפגע פיצויים (הגבוהים מעלות הקיום) אלא רק לדחות את קיום הצו. כוונתו של המפר היא לקיים את החוזה בנקודת הזמן שתניב לו את הרווח הגדול ביותר. מעבר הזמן שפיע על רווחיו של המפר בשני אופנים שונים זה מזה: האחד הוא החיסכון המימוני שהוא יכול להשיג באמצעות דחיית ההוצאות לתקופה מאוחרת יותר. כדי להדגים חשבו למשל על המקרים של הסתבכויות קבלנים (קבלני בניין בעיקר) שמגלים אחרי כריתת החוזה כי סיבות שונות גורמות שההפסד שייגרם להם מביצוע מידי של החוזה גדול מההפסד שייגרם לרוכשי הדירות, אך דחיית ביצוע החוזה לתקופה מאוחרת יותר תאפשר להם לשפר את מצבם הפיננסי. למשל, קבלן זקוק לדחיית ביצוע החוזה שתאפשר לו למכור דירות נוספות בפרויקט. ההכנסות ממכירת הדירות הנוספות יקטינו את הריבית שהקבלן משלם על הלווי הפיננסי.¹⁰ רווח מסוג שני שיכול המפר להשיג באמצעות הפרת הצו הוא חיסכון בעלויות ביצוע החוזה. מקרה זה שכיח פחות כיוון שהוא תוצאה של קיטון ממשי בעלויות ביצוע החוזה, שיכול להתרחש רק לאחר מתן צו האכיפה אם בשל שינוי צפוי בעלויות הביצוע, אם בשל הוזלה צפויה במחירי חומרי הגלם ואם בשל שיפור טכנולוגי צפוי בתהליך הייצור.

גם במקרה זה הרווח שמפיקים מפרים מהשיהוי בביצוע צו האכיפה מורכב ממידע פרטי המצוי ברשותם על ההוצאות שאותן הם דוחים ועל ערך הזמן שהם מפיקים מדחיית התשלום או הביצוע לתקופה מאוחרת, ומידע זה אינו ניתן להוכחה בבית המשפט. בחלקו האחרון של המאמר אציע להחליף את מנגנון הצו המרתיע במנגנון שנקרא "הפקדת ערובה לקיום". המנגנון מתוכנן באופן שישלול את כל הרווח שהמפר מצפה להרוויח מהפרת הצו, אם מדובר ברווח מימוני בלבד ואם מדובר גם ברווח הנובע מירידה צפויה בעלויות ביצוע החוזה. זאת מבלי שבית המשפט יצטרך לוודא את הערך שהמפר מפיק מסיכול/שיהוי בקיום הצו או כל נתון אחר שאין ביכולתו לוודא.

המנגנון המוצע מחולק לשני חלקים. החלק הראשון בא לשלול את הרווח המימוני של המפר מהפרת הצו והוא בנוי כדלהלן: בית המשפט יצווה על המפר להפקיד ערובה לקיום הצו. סכום זה יישא הפרשי הצמדה וריבית עד להפקדתו בפועל בקופת בית המשפט. בית המשפט יצווה על השבת הסכום בערכו הנומינלי למפר ללא הפרשי הצמדה וריבית לאחר שהמפר ימציא הוכחות שביצע את הצו, או כשהצדדים יודיעו לבית המשפט שהגיעו ביניהם להסדר, ולאחר שיחזיק בסכום הערובה תקופה נוספת העולה כדי מספר הימים מיום מתן פסק הדין ועד להפקדת הערובה. החלק השני בא לטפל במצבים שבהם המפר צופה גם חיסכון גדול בעלויות. אם הנפגע יודיע לבית המשפט כי המפר אינו מקיים את הצו וחלפו

10 ראו למשל ע"א 2686/99 איזמן נ' קדמת עדן בע"מ, פ"ד (5) 365 (2001). לדיון מורחב בעניין זה ראו להלן פרק ב.3.

60 יום ממתן הצו, בית המשפט מוסמך לחלט את הערובה. פירות ההפקדה או חילוט הערובה הם לטובת אוצר המדינה.

הסיבה שהמנגנון שולל את הרווח מהפרת צווים במלואו היא זו: הרווח שהמפר מפיק מהפרת צו האכיפה מורכב מהימנעות מהוצאות כספיות (התשלום לנפגע בחוזה לא יעיל ועלות הביצוע בחוזה יעיל) למשך תקופת הדחייה, ובמקרים מסוימים גם מירידה צפויה בעלויות ביצוע החוזה. כשהרווח מהפרת הצו הוא מימוני בלבד, אם הסכום שיצווה בית המשפט להפקיד יהיה שווה (או גבוה) מהסכום שאותו מבקש המפר לדחות, רכיב ההשבה הנומינלית במנגנון יפשיט את המפר מהרווח שאותו ציפה להרוויח מהפרת הצו מבלי שבית המשפט יצטרך לחשב את ערך הזמן הפרטי של המפר. אם קיים רכיב של חיסכון בעלויות, ייתכן שערובה שתוחזר למפר בערך נומינלי לא תספיק כדי למחוק את הרווח מהפרת הצו. במצבים אלה יש צורך לחלט את הערובה כדי לשלול מהמפר את הרווח מהפרת הצו במלואו.

סכום הכסף שמומלץ לדרוש בהפקדה הוא הערך שמייחס הנפגע לביצוע החוזה. ערך זה מורכב מהפיצוי על הנזק הישיר שבו היה מכיר בית המשפט לו בחר הנפגע מהפרת החוזה להגיש תביעה לפיצויים במקום תביעה לאכיפה (הנזק הישיר נמדד בהפרש שבין שווי השוק העכשווי של המוצר/שירות לבין המחיר החוזי בהקשרים של רכישה לשימוש אישי ובאמצעות אבדן הרווחים מהחוזה בהקשרים מסחריים) בתוספת מחיר החוזה.¹¹ יש לכך שני טעמים: ראשית טעם פרקטי – בית המשפט מיומן במדידת הנזק הישיר שנגרם לנפגע מההפרה ומסוגל לוודא בקלות את מחיר החוזה, ושנית טעם חשבונאי – סכום זה יספיק כדי לשלול את הרווח שהמפר מצפה להרוויח בשני המקרים.

כשהרווח מהפרת הצו הוא מימוני בלבד, הפקדת ערובה בשווי הערך שמייחס הנפגע לביצוע שתוחזר בערך נומינלי שוללת בדיקת את הרווח שהמפר מצפה להרוויח מסיכול צו האכיפה בחוזה לא יעיל. כאשר החוזה יעיל, די היה אילו היה בית המשפט מורה למפר להפקיד את עלויות ביצוע החוזה (במקרה בנייה – את עלויות הבנייה) בעת מתן הצו נגדו כדי למחוק את הרווח המימוני מהפרת הצו. בפועל סביר שעלויות הביצוע של המפר אינן ניתנות לווידוא בבית המשפט, אך במקומן בית המשפט יכול להורות למפר להפקיד את הערך שמייחס הנפגע לביצוע החוזה. מכיוון שביצוע החוזה יעיל, הערך שמייחס הנפגע לביצוע גבוה מעלויות ביצוע החוזה. לכן גם כאן ערובה בשווי הערך שמייחס הנפגע לביצוע תמחק את הרווח המימוני שהמפר מצפה להרוויח משיהוי בביצוע צו האכיפה.

אם קיים גם רווח הנובע מחיסכון בעלויות הביצוע, ערובה באותו הסכום (בשווי הערך שמייחס הנפגע לביצוע החוזה), שתחולט, תספיק כדי למחוק את הרווח הזה. הסיבה לכך היא שרווח כזה הוא תוצאה של קיטון ממשי בעלויות הביצוע בין שתי נקודות זמן, והוא קיים רק בחוזים יעילים (בחוזה לא יעיל החייב אינו מעוניין לקיים את החוזה אלא

11 ההסבר הוא כדלקמן: הפיצוי שידרוש הנפגע על הנזק הישיר מההפרה משקף את התוספת לערך שהוא ציפה להרוויח מהחוזה נוסף על מחיר החוזה המוסכם. לכן הפקדה של הנזק הישיר שהיה נגרם לנפגע לו בחר להגיש תביעה לפיצויים במקום תביעה לאכיפה ועוד מחיר החוזה משקפים את הערך שהנפגע מייחס לביצוע החוזה, וסכום זה מספיק כדי למחוק את הרווח מהפרת הצו בין שהרווח נובע מדחיית הוצאות לתקופה מאוחרת ובין שנובע מחיסכון בעלויות.

להפסיקו). כיוון שהחווה יעיל, לא משנה כמה גדול יהיה ההפרש בין העלויות – הוא עדיין יהיה קטן מהערך שמייחס הנפגע לביצוע החווה.¹² מכאן שהאיום לחלט את הערובה בשווי הערך שמייחס הנפגע לביצוע החווה יבטיח שגם במקרים כאלה לא יופרו צווים. המשך המאמר ערוך כדלקמן: פרקים א ו-ב עוסקים בדרך לחשב את הרווח המימוני שהמפר מפיק מהפרת צווים. פרק א עוסק בערך הזמן של המפר – בדרך שבה בני אדם מתרגמים תשלומים עתידיים בכדי למצוא את הערך הנוכחי עבורם. נראה מדוע כמעט בלתי אפשרי לדעת את הערך שבו אדם או תאגיד מהווה תשלומים עתידיים לערך נוכחי. פרק ב עוסק ברווח של המפר מעיכוב צווי אכיפה (בחווה יעיל) ומסיכול צווי אכיפה (כשביצוע החווה אינו יעיל). פרק ג עוסק בשאלה אם רצוי לחזור להרתעה מפני הפרת צווי אכיפה באמצעות פקודת בזיון בית המשפט.¹³ אטען כי בניגוד לחשיבה המקובלת, אם פקודת בזיון בית המשפט נכשלה ביצירת הרתעה מספקת מפני סיכול צווי אכיפה, הכישלון נעוץ באידיעתם של בתי המשפט לחשב את הרווח שמפיקים מהפרת הצו. פרקים ד ו-ה יעסקו בהצגת מנגנון חלופי לצו המרתיע ולפקודת בזיון בית המשפט שאינו סובל מחסרונות המנגנונים הקיימים. לבסוף – סיכום ומסקנות.

א. מסע בזמן

אם בית המשפט היה יכול לגרום למפר לבצע את צו האכיפה ביום שבו ניתן הצו, לא היה צורך לפתח מכשירים שישללו את הרווח מהפרת הצו. במציאות אכיפת מרבית צווי האכיפה מצריכה לכפות על המפר לשאת פעולה בדרגה כזו או אחרת, ולכן מצריכה הפעלת מערכת הוצאה לפועל שאורכת זמן.¹⁴ שיתוף הפעולה הנדרש ממפרי חווה מאפשר למפרי שזקוקים לדחייה בתשלום להפר את צו האכיפה, ובכך לדחות את ביצועו או את תשלום הפיצוי שהיה הנפגע מסכים לקבל תמורת הסכמתו להפסקת החווה.¹⁵ כאמור לעיל, הפרת צו האכיפה עשויה להניב למפר רווח משני סוגים – רווח מימוני הקשור למעבר הזמן בלבד ורווח מחיסכון בעלויות, למשל בשל שינויים טכנולוגיים לאורך התקופה. בחלק זה נדון ברווח המימוני בלבד.

אצל מרבית בני האדם ואצל חברות קיימת הנטייה להעדיף דחיית תשלומים על פני תשלום מיד. נטייה זו נעוצה בכך שאיננו מייחסים אותו ערך לתשלום דחוי כמו לתשלומים מיידיים. בני אדם, כמו גם חברות, משתמשים בגורם היוון פרטי כדי להוון תשלומים

12 כדי לראות זאת הניחו שעלות הביצוע לאחר הפרת הצו היא אפס. גם במצב קיצון כזה החיסכון של המפר בעלויות הוא כגודל העלות של ביצוע הצו ביום מתן פסק הדין לאכיפה, והוא עדיין נמוך מהערך שהנפגע מייחס לביצוע החווה (בחווה יעיל הערך שהנפגע מייחס לביצוע גבוה מעלויות הביצוע).

13 פקודת בזיון בית המשפט, 1929.

14 RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* §4.14 (7th ed. 2007); Yorio, *In Defense of Money Damages*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1373.

15 הפיתוי להפר צווי אכיפה קיים גם כמובן בצווים לאכיפת חיוב כספי. אולם בניגוד לצווי עשה, באכיפת חיוב כספי אין צורך בשיתוף פעולה של המפר, וסכומים אלה נגבים כמו סכומי זכיה כספיים אחרים באמצעות מערכת הוצאה לפועל המפעילה מערכת גבייה ממוחשבת. לכן אפשרות המפר להפר צווים מסוג זה מוגבלת.

עתידיים לערך נוכחי כדי למצוא את הערך הנוכחי של תשלומים אלה עבורם. חשבו למשל על קנס שאדם מקבל הקובע כי עליו לשלם סכום של 60 ש"ח מיד. אם הקנס לא ישולם מיד, הוא יצבור הפרשי הצמדה וריבית. אדם שמוכן לדחות את תשלום הקנס כל עוד בתקופה הבאה (נניח בעוד שנה) יעמוד הקנס על סכום של לא יותר מ-100 ש"ח, הוא מי שגורם ההיוון שלו הוא אותו מספר שמכפיל את סכום הקנס הדחוי – 100 – כדי לקבל את הערך הנוכחי של 60. שער הריבית הסובייקטיבי של אדם זה הוא 67% לשנה, וגורם ההיוון שלו לכל תקופת הדחייה הוא: $0.6 = 100/160$. מכאן שגורם ההיוון של אדם או חברה קשור קשר מובהק לשער הריבית הסובייקטיבי שרלוונטי לאותו אדם; ככל ששער הריבית המרבי שאדם מוכן לשלם תמורת דחיית התשלום גבוה יותר, כך גורם ההיוון שלו נמוך יותר. מנקודת מבטו של אותו אדם, ביום שבו הוא צריך לבצע את הבחירה תשלום של 100 בעתיד שווה לתשלום של 60 מיד. לכן אותו אדם יעדיף לדחות את תשלום הקנס כל זמן שהקנס הדחוי בתוספת ריבית הפיגורים לא יעלה על 100. לעומתו, אדם שגורם ההיוון הפרטי שלו הוא 0.9 יעדיף לשלם את הקנס מיד אם ידוע לו כי הקנס הדחוי יעמוד על תשלום של 17.100.

קל לראות מהדוגמה שלא רק סכום הקנס הדחוי יוצר את ההרתעה מפני אי-תשלום מידי (ההתנהגות שמפניה המשפט מעוניין להרתיע) אלא גם הערך שמפיקים אנשים או תאגידיים מדחיית התשלום לתקופה מאוחרת. הערך שמייחסים בני אדם ותאגידיים לזמן יכול לנבוע משיקולים שונים, כגון צפייה כי מצבם הפיננסי ישתפר בתקופה הבאה. למשל, בני אדם צופים שיפור בהכנסתם שיגדיל את יכולת הפירעון שלהם, ותאגידיים מצפים לחדור לשווקים חדשים או לגידול במכירות התלוי בהשתנות נסיבות מסוימות במערך העסקי או בשינוי רגולטיבי שישפיע במישרין על עלויות הייצור או על היקף המכירות בשוק הרלוונטי. לעתים הצפייה לשינוי ביכולת התשלום נעוצה בצפייה לקיטון ממשי בהוצאות, שעשוי להקל על בני אדם או תאגידיים להוציא את ההוצאה. למשל, הלוואות עומדות להסתיים ויפנו בטוחות שבאמצעותן ניתן ללוות בריבית נמוכה יותר, או שיפור טכנולוגי צפוי להוזיל את עלויות הייצור. אולם לעתים הערך שמפיקים בני אדם או תאגידיים מדחיית ההוצאה לתקופה מאוחרת אינו מעוגן בתכנית פעולה ממשית, אלא מקורו פשוט בחשש כי תשלום מידי יוביל אותם להתמוטטות כלכלית. ככלל, ככל שמצבו הפיננסי של אדם או תאגיד רעוע יותר, כך שער הריבית שיסכים לשלם תמורת דחיית התשלום לתקופה מאוחרת יהיה גבוה יותר, וגורם ההיוון שלו יהיה נמוך יותר. כדי לחלץ את שער הריבית הסובייקטיבי הרלוונטי לאדם או לתאגיד ואת גורם ההיוון שלו, ייזקקו כלכלנים למידע על הסכום הגבוה ביותר

16 גורם ההיוון מתקשר לשער הריבית הסובייקטיבי של אדם כך: אם β הוא גורם ההיוון, r הוא שער הניכיון הסובייקטיבי ו- n הוא מספר השנים שבהן התשלום נדחה, אזי: $\beta = 1/(1+r)^n$. בדוגמה שבטקסט: $0.6 = 1/(1+0.67)$.

17 אדם כזה יהיה מוכן לדחות את התשלום רק אם התשלום הדחוי לא יעלה על 66.66 כדי לחשב זאת מחלקים את סכום הקנס הנוכחי בגורם ההיוון הפרטי של אותו אדם. בדוגמה זו: $60/0.9 = 66.66$.

שיסכים אותו אדם/תאגיד לשלם בעתיד כדי לדחות את התשלום, וחילוק שני המספרים האלה זה בזה ייחלץ, כמוסבר, את גורם ההיוון הרלוונטי לאותו אדם.¹⁸ לכן אם נחזור לדוגמה המספרית, קנס בתוספת ריבית פיגורים של 100 יכול להרתיע את מי שגורם ההיוון שלו גבוה (מצבו הפיננסי איתן), אך יכול שלא להרתיע את מי שגורם ההיוון שלו נמוך (מצבו הפיננסי רעוע).

אף שכמעט כל מודל כלכלי שכולל תשלום בתקופות שונות כולל היוון של תשלומים עתידיים לערך נוכחי כדי לחזות את ההעדפה של הגורם המחליט (במקרה זה – מקבל הקנס), הדיון המשפטי בתשלומים שניתן לדחות עד לסיום ההליך המשפטי, לרבות קנסות, נכשל בהבאת רכיב הזמן בחשבון.¹⁹ רכיב הזמן משנה את שאנו חושבים על קנסות, כיוון שקנס שנחזה להיות גבוה יכול שלא להיות גבוה מספיק כדי לשלול את התמריץ מההתנהגות שאותה מבקש המשפט לשלול.

השאלה היא אם בית המשפט יכול למדוד את ערך הזמן שהמפר מפיק מהפרת הצו כדי לקבוע את שיעור הקנס המרתיע בהתאם. תשובה לשאלה זו מצריכה התייחסות נפרדת לשתי חלופות: האחת, אם קיים מדד אובייקטיבי ברור שעליו יוכל בית המשפט להסתמך כדי לקבוע את שער הריבית הרלוונטי למפר פלוני, או אם ניתן (אלטרנטיבית) להוכיח את שער הריבית הרלוונטי באמצעות חוות דעת מומחה. כפי שיובהר בפסקאות הבאות, התשובה לשתי החלופות היא בשלילה.

ככלל, שער הריבית הסובייקטיבי של אנשים פרטיים או של חברות אמור להיות שווה לריבית השוק המשולמת על פיקדונות או הלוואות. במציאות שערי ריבית אובייקטיביים הרבה פעמים אינם משקפים את עלות הכסף של יחידים ושל חברות. אשר ליחידים, אפשרותם ללוות ממוסדות פיננסיים תלויה ביכולתם להציע בטוחה תמורת ההלוואה. אם היחיד אינו יכול להציע בטוחה, או שאפשרותו ללוות מוגבלת מכל סיבה אחרת, אין לצפות כי שערי ריבית אובייקטיביים ישקפו את שער הריבית הסובייקטיבי של אותו אדם. מחקרים אמפיריים שנעשו על שערי ריבית של יחידים הראו כי שערי ריבית סובייקטיביים של פרטיים יכולים לנוע בין 0%–60% לשנה.²⁰ מחקר אחר שבדק שערי ריבית סובייקטיביים של קצינים בצבא ארצות הברית דיווח ששערי הריבית שלהם נעו בין 10%–19% לשנה בממוצע, ולעומתם שערי ריבית סובייקטיביים של חיילים נעו בין 35%–54% לשנה.²¹ אף אחד מהם אינו משקף שערי ריבית אובייקטיביים שעליהם יוכל בית המשפט להסתמך.

18 לחישוב גורם ההיוון של אדם או תאגיד ואת שער הריבית הסובייקטיבי שלו ראו לעיל ה"ש 16–17 ובטקסט הסמוך להן.

19 לדיון בהשפעת הזמן על סעדי בררת מחדל בגין הפרה בכלל, לרבות השאלה כיצד לקבוע את ריבית בית המשפט בתביעות על הפרה ראו Osnat Jacobi & Avi Weiss, *The Effect of Time on Default Remedies for Breach of Contract*, 35 INT'L REV. L. & ECON. 13, 13–25 (2013).

20 Glenn W. Harrison, Morten I. Lau & Melonie B. Williams, *Estimating Individual Discount Rates in Denmark: A Field Experiment*, 92 AM. ECON. REV. 1606 (2002).

21 John T. Warner & Saul Pleeter, *The Personal Discount Rate: Evidence from Military Downsizing Programs*, 91 AM. ECON. REV. 33 (2001).

גם המחקר הרב שנעשה על עסקים צעירים (הכוונה לעסקים שפועלים פחות מעשר שנים) בארצות הברית מראה כי לעסקים כאלה כמעט אין גישה למוסדות פיננסיים.²² עסקים צעירים מעסיקים חצי מכוח העבודה בשוק הפרטי בארצות הברית ומייצרים חצי מהתל"ג של המדינה, ולכן גישתם לאשראי בנקאי, החיונית להם כדי לשרוד, מנוטרת באמצעות מחקרים תקופתיים שמוגשים מכוח חקיקה מיוחדת לקונגרס. המחקרים (שזמינים לכל דורש ברשת) מעידים שעסקים צעירים מתקשים בהשגת אשראי בנקאי בעיקר בשל היעדר "היסטוריית אשראי", והדבר גורם למוסדות פיננסיים לאי-יכולת להעריך את הסיכון הכרוך בהלוואה לעסקים צעירים.²³ המחקר מראה כי אי-יכולתם של מוסדות פיננסיים להלוות לעסקים צעירים גורם להם להתנהל באמצעות הלוואות בעלים והון עצמי. ממצאי המחקר האמריקאי על מצוקת אשראי שחווים עסקים צעירים אומתו גם בנתונים שנאספו בישראל על נגישותו של אשראי בנקאי לעסקים צעירים ובינוניים.²⁴ בשל כל האמור לעיל ברור כי גם שערי הריבית של עסקים צעירים אינם משקפים שערי ריבית אובייקטיביים שעליהם ניתן להסתמך.

לבסוף, גם לחברות נסחרות המשימה של איתור שער הריבית הרלוונטי לעסקה הנדונה אינה פשוטה. בדרך כלל קיימים כמה שערי ריבית הרלוונטיים לתאגיד, המשתנים על פי סוג הפעילות הכלכלית שבה מדובר (עסקות שבהם התאגיד הוא המלווה להבדיל מעסקות שבהן התאגיד הוא הלווה, חובות מובטחים לעומת חובות שאינם מובטחים וכיוצא בזאת). זה עלול להיות קשה, או אולי בלתי אפשרי, לבית המשפט לאתר בספרי החברה את שער הריבית הרלוונטי לעסקה שבמחלוקת.²⁵

אך הבעיה החמורה יותר היא שגם אם בית המשפט ירצה להקצות את המקורות הדרושים בכל מקרה ומקרה כדי לקבוע את שער הריבית הסובייקטיבי של המפר, הדבר לא יספיק כדי להשיג הערכה, ולו גסה, של שער הריבית הרלוונטי לרבים מהמפרים. ודוק: גם

22 ראו למשל U.S. SMALL BUSINESS ADMINISTRATION, THE SMALL BUSINESS ECONOMY: A REPORT TO THE PRESIDENT (2009) available at http://www.sba.gov/sites/default/files/files/sb_econ2009.pdf; BOARD OF GOVERNORS OF THE FEDERAL RESERVE SYSTEM, REPORT TO THE CONGRESS ON THE AVAILABILITY OF CREDIT TO SMALL BUSINESSES (2007) available at <http://www.federalreserve.gov/boarddocs/rptcongress/smallbusinesscredit/sbreport2007.pdf>.

23 ראו Mitchell A. Petersen & Raghuram G. Rajan, *The Benefits of Lending Relationships: Evidence from Small Business Data*, 49 J. FIN. 3, 3–36 (1994); Douglas W. Diamond, *Monitoring and Reputation: The Choice Between Bank Loans and Directly Placed Debt*, 99 J. POL. ECON. 688 (1991).

24 ראו למשל עמי צדיק מחנק האשראי במשק – ניתוח והשלכות (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2009) זמין ב-www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02220.pdf. ראו גם את דבריו של רן קיוויטי, מנהל הסוכנות לעסקים קטנים ובינוניים במשרד התמ"ת, במהלך דיון בנושא מצוקת האשראי של עסקים קטנים שנערך בכנסת ביום 21.12.2011: "למרות שהעסקים האלה [עסקים קטנים – א"י] אחראים על 45% מהתוצר הם מקבלים רק 20% מהאשראי הבנקאי ו-13% מסך האשראי. אחוז הביטחונות הנדרש מעסקים קטנים עומד על 96% והמשמעות היא שאתה צריך שיהיה לך כסף כדי לקבל כסף" ("איך אפשר להילחם בריכוזיות במשק כאשר האשראי לעסקים קטנים הוא כמעט ממחצית ממה שנהוג בעולם?" זמין ב-www.actuali.co.il/אשראי-במשק-כאשר-הא).

25 Michael S. Knoll, *A Primer on Prejudgment Interest*, 75 TEX. L. REV. 293, 301–302 (1996)

היום בחי המשפט נדרשים בנסיבות מסוימות להעריך את מצבם הפיננסי של נתבעים, למשל במקרים של הוצאה לפועל או כינוס נכסים. אך במקרים אלה ההערכה מתרכזת בתמונה סטטית של הנתבע, המודדת את מצבו הפיננסי בעת המשפט. אין כך הדבר במקרה שלנו. הנתון הקריטי שבו נאחז המפר כאשר הוא מחליט להפר את צו האכיפה (וכן את החוזה) הוא העתיד; כפי שהוסבר לעיל, השינוי בערך הכסף, מעל ומעבר לריבית ה"רגילה" שהוא חוסך, הוא השינוי הצפוי בעתיד, למשל בשל שיפור בצורת הייצור, גידול צפוי במכירות או חדירה לשווקים חדשים. ערך מרכזי זה הוא אינפורמציה פרטית לחלוטין, ולבית המשפט או לכל ככלכלן מטעמו אין כל דרך לגלות אינפורמציה זו מכיוון שעל פי רוב היא אינה מעוגנת במסמכים אלא בהערכות בנוגע לעתיד.²⁶ הבעיה חריפה במיוחד, מכיוון שהמקור הבלעדי למידע על שינויים צפויים במצב הפיננסי של המפר הוא המפר עצמו, ולו אין כל אינטרס לגלות מידע זה לבית המשפט. ודוק: ככל שבית המשפט ישתכנע כי מצבו של המפר יישאר רעוע גם בעתיד, כך גורם ההיוון שממנו יגזור בית המשפט את שער הריבית הרלוונטי שואף ל-1 (כלומר גורם היוון שאינו צופה שיפור במצבו הפיננסי של המפר). קביעה כזו תטיב מאוד עם המפר מכיוון שככל שהפרש בין קביעת בית המשפט לגורם ההיוון האמתי שלו גדול יותר, כך הרווח שלו מהפרת הצו יגדל. מכל הסיבות הללו סביר שבית המשפט לא יוכל למדוד את ערך הזמן שהמפר מפיק מהפרת הצו כדי לקבוע את שיעור הקנס המרתיע בהתאם.

אותה בעיה באשר לדרך לוודא את ערך הזמן של תובעים ונתבעים עומדת בפני בית המשפט כשהוא מתבקש להורות לטובת הזוכה ריבית על הסכומים שנפסקו לטובתו בבית המשפט. תאורטית, אם בית המשפט היה יכול (ורוצה) להורות לטובת הזוכה (הנפגע מההפרה) ריבית לפי ערך הזמן של הצד המפסיד (המפר), הרווח שהמפר מצפה להרוויח מסיכול הצו היה נשלל מבלי שהיה נדרש קנס שירתיע מפני הפרת צוים. במציאות, גם אם היה ניתן למדוד את הערך של דחיית התשלום למפר, לא ברור אם מערכת המשפט הייתה מוכנה לקבוע את ריבית בית המשפט לפי ערך זה. אם מטרת תשלום ריבית על סכום הזכייה היא לפצות את התובע, כי אז יש לקבוע את הריבית המשפטית לפי ערך הזמן של הנפגע מההפרה ולא של המפר. בפועל שיטת חישוב הריבית שנוקט חוק פסיקת ריבית והצמדה מבוססת על שער ריבית אובייקטיבי השווה לשער ריבית ממוצע התשואה ברוטו לגבי אגרות חוב סחירות (The average gross bond rate) בתוספת 1%, שאינה מושפעת משער הריבית הסובייקטיבי של המפר או של הנפגע.²⁷ לכן מכאן ולהבא אניח כי גורם ההיוון של כל אחד מהצדדים הוא מעל ומעבר לריבית שאותה פוסק בית המשפט לטובת הנפגע.²⁸ ככלל, ככל שגורם ההיוון של המפר יהיה נמוך יותר (שער ריבית סובייקטיבי גבוה יותר)

26 ייתכן שהדבר שונה בחברות נסחרות אשר חייבות לגלות אינפורמציה בדוחות הכספיים שלהן.

27 הודעת החשב הכללי ה-3.1.2.1 "פסיקת ריבית והצמדה" (1.10.2013) זמין ב-www.ag.mof.gov.il AccountantGeneral/AccountantGeneral/AccountantGeneralTopNav/AGSubjects/Interests/Hok.PsikarRibit.htm

28 ודוק, אם ריבית בית המשפט משקפת את שער הריבית הסובייקטיבי של המפר, גורם ההיוון של המפר לאחר הטלת הריבית הוא 1 (אין שינוי בערך הכסף). לכן מכאן ולהבא, גורם היוון נמוך מ-1 ישקף את הרווח שהמפר מפיק מעל ומעבר לריבית שתיפסק לחובתו בבית המשפט.

ומצבו הפיננסי רעוע יותר, כך נצפה שנטייתו להפר את צו האכיפה במקרה שהחווה התברר כהפסדי תגבר.²⁹ מכאן שתכליתו של הצו המרתיע היא לשלול מהחייב את הרווח שהוא מצפה להרוויח מהפרת צו האכיפה. מטרתו הבאה תהיה להראות כי הרווח שהמפר מפיק מהפרת הצו ניתן לחישוב אריתמטי, אולם חלק מהרכיבים הנדרשים לשם חישוב זה אינם ניתנים לוודוא בבית המשפט. אתחיל את הדיון בתיאור פעולת הצו המרתיע כפי שעולה מהצעת החוק ומהניסיון שנצבר בהפעלתו בארץ מכורתו – צרפת.

ב. תמריץ להפר צווים במשטר צו מרתיע

1. כיצד פועל צו מרתיע

על פי הצעת החוק ודברי ההסבר, מנגנון הפעולה של הקנס הוא כדלקמן: הצו המרתיע הוא קנס יומי שבסמכות בית המשפט להטיל על מפר שאינו מקיים את צו האכיפה.³⁰ מועד הטלת הצו המרתיע הוא במועד מתן צו האכיפה. אין בנוסח הסעיף ובדברי ההסבר הבהרה אם הזכאות בכספי הקנס היא לנפגע או לאוצר המדינה.³¹ כמו כן אין הבהרה אם בסמכותו של בית המשפט להגדיל את שיעור הקנס בדיעבד אם המפר אינו מקיים את הצו.³² בצרפת, מכורתו של הצו המרתיע, נקרא הצו המרתיע *Astreinte* והוא מוגדר כאמצעי לחץ על החייב שמטרתו להתגבר על סרבנותו לבצע את צו האכיפה.³³ על שיעור הקנס להיות אפקטיבי דיו כדי לגרום לחייב לקיים את הצו.³⁴ כדי לקבוע את גובה הקנס למקרה ספציפי, בוחנים בתי המשפט את יכולתו הכלכלית של החייב, את מידת אשמו באי-קיום

29 ההסבר הוא כדלקמן: החייב משווה בין שתי אפשרויות – לבצע את החווה או להפר. כשהחווה הפסדי, המחיר החוזי המוסכם נמוך מעלויות הייצור, ולכן קיום החווה משאיר את החייב בהפסד. מכאן הנטייה של החייב להפר את החווה ולא לבצע. כפי שנראה מיד, ניתן לתאר בצורה פורמאלית את המקרה שבו החייב ירוויח אם יפר לא רק את החווה אלא גם את צו האכיפה שיינתן נגדו. ראו להלן בהרחבה בפרק ב.3 (החווה יעיל) ופרק ב.4 (החווה אינו יעיל).

30 ס' 498(א) להצעת חוק דיני ממונות.

31 לשאלה זו ראו למשל כהן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 102–103 (כהן סבורה כי שיקול הדעת הוא לבית המשפט שרשאי לפסוק את כספי הקנס לנפגע); גבריאלה שלו ויהודה אדר "תרופות בשל הפרת חיוב – מבט על פרק התרופות בהצעת הקודקס האזרחי החדש" קרית המשפט 1, 185, 208 (2006) (שלו ואדר סבורים כי מתן זכאות לנפגע בכספי הקנס תמריץ נפגעים "לעמוד על משמר זכויותיהם ולפעול להבאתם לדין של מי שהפרו צווי אכיפה שיפוטיים"); דויטש, לעיל ה"ש 2, בעמ' 367–368 (דויטש מטעים כי כוונתו כאדריכל הקודקס היא לקלוט את תרופת ה-*Astreinte* הנהוגה בצרפת, שם משולם הקנס לנפגע ולא לאוצר המדינה).

32 לשאלה זו ראו אדר "על הדבש ועל העוקץ", לעיל ה"ש 2, בעמ' 407.

33 לסקירה כללית על הפעלת תרופת ה-*Astreinte* בצרפת ראו GUENTER H. TREITEL, REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT: A COMPARATIVE ACCOUNT 59–61 (1988); BARRY NICHOLAS, THE FRENCH LAW OF CONTRACT 221–223 (2nd ed. 1992); PETER D.V. MARSH, COMPARATIVE CONTRACT LAW 331–332 (1994); Marcus P. Michell, *Imperium by the Back Door: The Astreinte and the Enforcement of Contractual Obligations in France*, 51 U. TORONTO FAC. L. REV. 250 (1993); רנה סנילביץ תרופות בשל הפרת חוזה במשפט הקונטיננטלי 22–26 (1997).

34 שם, בעמ' 22; MARSH, לעיל ה"ש 33, בעמ' 331.

הצו השיפוטי ואת מידת עקשנותו של החייב.³⁵ הזכאות בכספי הקנס היא לנפגע, והסמכות להגדיל את הקנס נתונה לבית המשפט הדין בתיק העיקרי.³⁶ ראשית, בית המשפט קובע את שיעור הקנס היומי וקוצב את הצו המרתיע לתקופה מסוימת. במהלך תקופה זו שיעור הקנס שקבע בית המשפט הוא זמני (על פי רוב) ואינו נגבה עד תום התקופה שנקבעה לביצוע על ידי בית המשפט.³⁷ בתום התקופה שקצב בית המשפט יתקיים בבית המשפט הליך עריכת החשבון הסופי (Liquidation). במסגרת הליך זה רשאים שני הצדדים להעלות את טענותיהם. למשל, חייב שקיים את החיוב רשאי לבקש את הקטנת שיעור הקנס,³⁸ אך גם חייב שלא קיים את חיובו רשאי להעלות בפני בית המשפט טענה שלפיה קיום הצו אינו אפשרי כדי לבקש להסיר את הקנס היומי.³⁹ אם החייב עומד בסרבנותו, ולבקשת הנושה שהתיימש מביצוע צו האכיפה, רשאי בית המשפט בהליך זה לחשב את הקנס הסופי ובכך לסיים את התיק. לחלופין בית המשפט יכול להגדיל את שיעור הקנס לתקופה קצובה נוספת (הליך זה ייחשב הוצאת Astreinte חדש). בסמכותו של בית המשפט לחזור ולתקן את שיעור הקנס לבקשת הנושה כמה פעמים נוספות, וכל בקשה מחודשת תיחשב הליך Astreinte חדש.⁴⁰ בכל מקרה, הליכים אלה לא יתקיימו לנצח, וכשמגיע המועד הסופי שאותו קבע בית המשפט לקיום צו האכיפה בפסק הדין (או כשחלף הזמן הסביר לביצוע צו האכיפה), ייחשב אי-הקיום לסופי.⁴¹

תרופת ה־Astreinte אומצה גם במדינות אחרות ששיטת המשפט שלהן מבוססת על המשפט הצרפתי כגון בלגיה,⁴² הולנד⁴³ וכן במסמך העקרונות של UNIDROIT,⁴⁴ והתרופה

35 Michell, לעיל ה"ש 33, בעמ' 259, ("In reality, the amount due is based on other considerations,) (the most important of which are the wealth of the debtor and her degree of contumacy"; TREITEL, לעיל ה"ש 33, בעמ' 60.

36 שם, בעמ' 60. עם זאת, בית המשפט הדין בתיק העיקרי יכול לוותר על סמכותו לדרון בבקשות לשינוי סכום הצו באופן מפורש. במצב זה בקשות מסוג זה יוגשו לשופט מיוחד ("juge de l'exécution"). ראו Michell, לעיל ה"ש 33, בעמ' 275.

37 NICHOLAS, לעיל ה"ש 33, בעמ' 221. סוג נוסף של Astreinte הוא קבוע ולא זמני. ההבדל בין שתי התרופות הוא ביכולתו של בית המשפט לשנות את שיעור הקנס לאחר שהכריז עליו. כשבית המשפט מוציא Astreinte Definitive הוא קובע קנס יומי שאינו ניתן לשינוי וקביעתו היא סופית. תרופה זו נחשבת חריפה יותר, ולכן השימוש שבתי המשפט עושים בה הוא נדיר. בדרך כלל בית המשפט יקבע Astreinte Provisoire שיאפשר לו את שיקול הדעת לשנות את סכום הקנס כאמור בטקסט. ראו Michell, לעיל ה"ש 33, בעמ' 260.

38 סנילביץ, לעיל ה"ש 33, בעמ' 24.

39 לטענות שיכול להעלות החייב ראו MARSH, לעיל ה"ש 33, בעמ' 332.

40 שם, בעמ' 331; NICHOLAS, לעיל ה"ש 33, בעמ' 221.

41 סנילביץ, לעיל ה"ש 33, בעמ' 24. זה גם הדין בבלגיה שאימצה את תרופת ה־Astreinte בתחילת שנות השמונים. ראו George E. Glos, *Astreinte in Belgian Law*, 13 INT'L. J. LEGAL INFO. 17, 26 (1985) ("If the court imposes the Astreinte and if the judgment debtor does not perform, the judgment creditor collects the amount of the Astreinte and is entitled to damages for nonperformance but the judgment debtor cannot be compelled to carry out his obligation").

42 להפעלת התרופה בבלגיה ראו שם.

43 סעיפים 611a ו-611b ל־WETBOEK VAN BURGERLIJKE RECHTSVORDERING (הקוד האזרחי ההולנדי) קובעים כי בית המשפט רשאי לצרף לכל צו קנס כספי (Dwangsom) שאותו ישלם החייב אם

מופעלת גם כאמצעי לחץ על חייבים בסכסוכים אזרחיים שאינם חוזיים כגון בדיני משפחה (לדוגמה, נגד הורה המסרב להחזיר את ילדיו להורה המשמורן) או נגד עורך דין (המסרב להשיב ללקוחו מסמך כדי להניעו מלשכור עורך דין חלופי).⁴⁵

כשסרבנותו של החייב אינה נובעת מרצון להרוויח מדחיית ההוצאה לתקופה מאוחרת באמצעות הפרת הצו (מה שכלכלנים מכנים העדפת זמן), די בחקירת מצבו הכלכלי הנוכחי של החייב, כפי שמבוצעת כאמור בבתי המשפט בצרפת בניהול הליכי *Astreinte*, כדי לקבוע קנס כספי יומי גבוה מספיק שיגרום לחייב לקיים את הצו. למשל, אם בית המשפט מעוניין להפעיל את הצו המרתיע כאמצעי לחץ על הורה להשיב את ילדיו להורה המשמורן, או אם המטרה היא להפעיל לחץ על דייר לפנות את המושכר בתום תקופת השכירות.⁴⁶ עם זאת בהפרות חוזים שבהם אנו עוסקים (וכן בכל צו עשה אחר) כשסרבנות החייב נובעת מרצון להרוויח מדחיית ההוצאה לתקופה מאוחרת – קביעת שיעור הקנס נוכח מצבו הכלכלי הנוכחי של החייב עלולה שלא למנוע את הפרת הצו. במצבים אלה, כפי שעולה מהניסיון הצרפתי שהודגם לעיל, הרווח של החייב מהפרת הצו מורכב גם מההוצאה הנוכחית שאותה הוא דוחה, אולם גם מערך הזמן הפרטי שלו (המתבטא בשינוי שהוא צופה ביכולת התשלום שלו בעתיד).⁴⁷ לפיכך קיים החשש שבית המשפט יטעה ויקבע קנס שאינו גבוה מספיק. לחישוב הרווח שהמפר מפיק מהפרת הצו – נעבור עתה.

לא יקיים את הצו. הזכאות בכספי הקנס היא לנושה. לסקירת אופן פעולת ה-*Dwangsom* בהולנד ראו למשל, 111–114 (René David ed., 11 INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW, 1972).

44 סעיף 7.2.4 לעקרונות UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law) (Principles of European Contract Law) מאפשר לבית המשפט לצרף לצו לאכיפת החוזה קנס במקרה שהחייב אינו מצייט לצו האכיפה. הזכאות בכספי הקנס היא לנפגע. זמין ב-<http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/417-chapter-7-non-performance-section-2-right-to-performance/1046-article-7-2-4-judicial-penalty>.

45 NICHOLAS, לעיל ה"ש 33, בעמ' 221.

46 לצורך פינוי דייר המסרב לפנות את המושכר בתום תקופת השכירות ניתן לקבוע את שיעורו של ה-*Astreinte* בסכום כולל הגבוה מיכולתו הכלכלית של החייב או בסכום כולל הגבוה מעלות השכירות הנוכחית של דירה זהה בשוק. ראו Michell, לעיל ה"ש 33, בעמ' 267–268 (סכום הקנס הנדרש לפינוי דיירים סרבנים בתום תקופת השכירות).

47 אחד המקרים המפורסמים ביותר בצרפת, שתרם תרומה מכרעת לגיבוש התפיסה שעל שיעור הקנס להרתיע את המפר (ולא לפצות את הנפגע), ממחיש את הבעייתיות בהטלת קנס, כשבית המשפט אינו יודע בבירור מהי ההוצאה שאותה הנתבע דוחה. באותו מקרה, שכנים הגרים בסמוך לחברת החשמל ביקשו בבית המשפט צו המחייב את חברת החשמל לבצע תיקונים שונים במקרקעין כדי למנוע הפרעה לשכנים. בית המשפט נתן את הצו כמבוקש וצירף *Astreinte* להבטחת הביצוע. החברה התעלמה מהצו ולא ביצעה את חובות הבנייה הקבועות בצו. לבקשת התובעים, בית המשפט ניהל הליך *Liquidation* ובו חילט את סכום הקנס לטובת התובעים. במעמד זה ולבקשת התובעים, הוא הוציא *Astreinte* חדש לתקופה נוספת של שלושה חודשים. גם הקנס הזה לא הרתיע את חברת החשמל, והיא נמנעה מלקיים את צו בית המשפט, ולבקשת התובעים גם סכום קנס זה חולט לטובתם בהליך *Liquidation* שני. באותו מעמד ביקשו התובעים, וקיבלו, *Astreinte* שלישי לתקופה נוספת. החברה לא ביצעה את הצו גם הפעם, וסכום הקנס חולט בהליך *Liquidation* שלישי לטובת התובעים. באותו מעמד הוציא בית המשפט *Astreinte* רביעי על סכום גבוה יותר בסך 10,000 פרנקים ליום. גם הקנס הזה לא הרתיע את חברת החשמל, שהמשיכה לעמוד בסירובה לקיים את צו בית המשפט. בית המשפט חילט את הסכום שהצטבר

2. המקרה הפרדיגמטי

כמוסבר, הפרת צו אכיפה יכולה להניב שני סוגים של שינויים מבחינתו של המפר – שינוי בעלויות הביצוע, למשל בשל שינוי טכנולוגי צפוי, ורווח פיננסי הנובע מדחיית ההוצאות לתקופה מאוחרת. כדי לבחון את יכולתו של בית המשפט לקבוע את הצו המרתיע היומי בסכום שיסכל את התמריץ להפר את הצו נתמקד ברווח הפיננסי שהמפר מרוויח מדחיית ההוצאה לתקופה מאוחרת. לבחירה זו שלוש סיבות: ראשית, זהו המקרה הנפוץ יותר (הרווח הפיננסי קיים כל זמן שגורם ההיוון של המפר קטן מ-1). שנית, הרווח הפיננסי מהפרת הצו משותף הן לחוזים יעילים והן לחוזים לא יעילים (שבהם אין עניין של הוזלת עלויות מכיוון שאין כוונה לבצע את החוזה אלא לייאש את הנפגע מדרישתו לאכיפה). לבסוף, זהו המקרה עם החידוש הגדול יותר; אילו היינו בוחרים מקרה שבו העלויות יורדות לאורך זמן, היה ברור לנו שהחייב מעוניין בדחיית הביצוע לתקופה מאוחרת יותר, ואפילו אם הדבר כרוך בהפרת הצו. דווקא כאשר העלויות עולות לאורך זמן אנו יכולים לראות את ההשפעה הברורה של הזמן על החלטת המפר, מכיוון שללא השפעה זו הוא בוודאי היה מבצע את החוזה במועד. לכן נבחר מקרה שבו עלויות הביצוע אינן יורדות לאורך הזמן. עם זאת בהמשך נתייחס גם למקרה שבו מלבד רווח מימוני המפר צופה גם ירידה בעלויות וליכולתו של בית המשפט לוודא את השינוי הצפוי בעלויות הביצוע.

הניחו אפוא שבין החייב לנושה נכרת חוזה, ולפיו החייב צריך לייצר או לספק דבר-מה לנושה. אחרי הכריתה החייב מבין שעלויות קיום החוזה מצדו גבוהות מהמחיר החוזי שקיבל. כמו כן הניחו שהמחיר שולם מראש. זהו חוזה הפסדי שביצעו יכול להיות יעיל או לא יעיל. הניחו עוד שאם החוזה יופר ידרוש הנפגע אכיפה של החוזה, ושני הצדדים יודעים זאת. המקרה הזה הוא סביר, במיוחד אם הנפגע יתקשה להשיג תחליף בשוק לחוזה המופר, שאז גם אם הפיצויים שיפסוק בית המשפט לנפגע מפצים, הוא מעוניין בקיום החוזה ולא בתחליף פיצויים.⁴⁸

כדי לבחון אם ובאילו תנאים המכשיר של צו מרתיע אכן ירתיע את המפר מלנסות להפר את צו האכיפה נניח שלוש הנחות נוספות שנראות סבירות בנסיבות העניין: (1) הצו המרתיע יופעל רק אם המפר ינסה להפר את צו האכיפה; (2) הנפגע אינו מוכן לוותר על צו האכיפה, אך אם יסוכל הצו, סופו של הנפגע להתייאש מצו האכיפה ולהחליף את דרישתו בתביעת פיצויים על הנזק שההפרה גרמה לו. הנחה זו סבירה כשעסקינן במצבים שבהם הכוח שלא לקיים את הצו נתון בלעדית למפר. יש לזכור כי כל זמן שהמפר אינו מקיים את הצו, הנפגע

בקנס הרביעי בסך 900,000 פרנקים לטובת התובעים בהליך Liquidation רביעי והוציא Astreinte Cour de Cassation [Cass.] [Supreme Court for Judicial Matters] 1e. ראו .civ., Octobre 20, 1959, Bull. Civ. I, No. 419 (Fr.) ככלל, אם הקנס המוטל על הנתבע אינו גורם לו לקיים את הצו השיפוטי והקנס הוא בסכום לא מבוטל ביחס ליכולתו הכלכלית של הנתבע – יהיה ניתן להסיק כי הנתבע מצפה להרוויח מדחיית ההוצאה העומדת בבסיס הצו השיפוטי לתקופה מאוחרת (כלומר הוא פועל מתוך העדפת זמן). כפי שיוסבר להלן, במצבים אלה בית המשפט אינו יכול לוודא את כל הנתונים הדרושים לו לשם חישוב הרווח שמפיק הנתבע מהפרת הצו, ועל כן לא נותר לו אלא לפעול מתוך "ניסוי וטעייה" תוך התבוננות בהתנהגות המפר נוכח הגדלת הקנס כלפיו.

48 דניאל פרידמן "אינטרס הקיום בפיצויים חוזיים" ספר זיכרון לגואלטיארו פרוקצ'יה 377, 379 (אהרון ברק, נפתלי ליפשיץ, אוריאל פרוקצ'יה, מרדכי א' ראביליו עורכים, 1996).

אינו מקבל את הערך שציפה להפיק מהחווה. לכן אנו מניחים שאם המפר אינו מקיים את הצו במשך תקופה ממושכת, יחליף הנפגע את דרישתו בתביעת פיצויים, שתאפשר לו לקבל את הערך מהחווה במקום להישאר בידיים ריקות. בנוסף, יש לשער כי בישראל, כמו בצרפת, יגבילו בתי המשפט את תוקפו של צו האכיפה לתקופה מוגדרת. לאחר תקופה זו, ואם המפר אינו מקיים את הצו, אי-הקיום ייחשב לסופי, והנפגע יהיה זכאי אך ורק לתרופת הפיצויים;⁴⁹ 3) המפר יבחר להפר את הצו רק אם התשלום שישלם בבית המשפט (כולל הצו ועלויות נספחות אחרות) נמוך מהאלטרנטיבות האחרות, שהן לקיים את החווה מבלי להפר אותה או לקיים את החווה מיד כשיינתן צו אכיפה נגדו. כלומר, מפר שמחליט להפר צו אכיפה מרוויח מדחיית ההוצאה לתקופה מאוחרת בהתחשב בכל העלויות הנספחות הנובעות מניהול ההליך בבית המשפט ועלויות אחרות (אם יש). ההנחה השלישית חשובה כיוון שהיא אומרת שאנו מתעניינים במצבים שבהם הפרת הצו נעשית ממניעים כלכליים בלבד. נניח, לשם פשטות הניתוח, שהצדדים יודעים מראש מהו שיעור הקנס שבית המשפט יפסוק. התרת הנחה זו לא תשנה את הניתוח להלן שינוי מהותי.⁵⁰

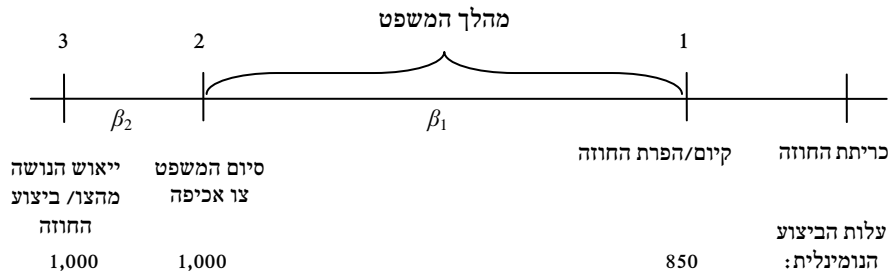
ראו למשל את המקרה הבא שילווה אותנו במאמר כולו: א' התחייב בחווה לייצר דבר-מה עבור ב'. אחרי הכריתה התברר כי עלויות הייצור הן 850, ואילו המחיר החוזי שעליו הוסכם הוא רק 800. לכן קיום החווה ישאיר את החייב בהפסד של 50. הניחו עוד שאם יפר החייב את החווה, עלויות הייצור לאחר שבית המשפט ייתן צו לאכיפה נגדו יהיו 1,000.⁵¹ לכאורה לחייב אין סיבה להפר את החווה כיוון שעלויות הביצוע לאחר ההפרה גבוהות מעלויות הביצוע מיד. כמוסבר, ניתוח זה לוקה בחסר כיוון שהוא אינו מתייחס למועדים השונים שבהם יכול המפר לקיים את צו האכיפה. למעבר הזמן ערך לא מבוטל לחייב, ובמיוחד לחייב שנקלע לקשיים כספיים. כדי להדגים את השפעת הזמן על החלטת החייב נציג ציר זמן בתרשים 1.

49 השוו לעיל, ה"ש 41 והטקסט הסמוך לה. יוער כי ניתן להחליף הנחה זו בהנחה שהנפגע אינו מתייאש, והתוצאה האיכותית לא תשתנה (אך חלוקת העוגה מהפסקת החווה הלא יעיל עשויה להשתנות). אם הנפגע אינו מתייאש, יתרחש אחד משני מצבים: או שהמפר לעולם לא יבצע את החווה, ואז הנפגע לעולם לא יקבל את הערך מהביצוע, או שהמפר יגיע למצב שבו המשך סירובו לבצע את הצו כבר אינו יכול להניב לו רווח כספי (זה יהיה המצב אם המפר ייווכח כי הוא קיבל את כל התועלת הפיננסית שציפה מהפרת הצו). בנקודה זו בומן הוא יעדיף לקיים את הצו במקום להמשיך ולשלם קנסות. נפגע שיהיה מוכן להמר שהמפר יחזור בשלב כלשהו לבצע את החווה (אפילו אם פירושו של דבר יהיה להמתין שנים להתייאשות המפר) והימורו יעלה יפה, יצא נשכר אם ימשיך לעמוד על ביצוע החווה, והדבר יאפשר לו לדרוש, במשא ומתן שיתרחש על רקע החלטת המפר לקיים את הצו, סכום הקרוב לעלויות הביצוע הגבוהות של המפר כדי לתת את הסכמתו להפסקת החווה.

50 כשהצדדים אינם יודעים בוודאות את שיעור הקנס שבית המשפט יפסוק, כל אחד מהם יקבל את החלטותיו על פי הערכותיו באשר לקנס זה והסתברויות לכל קנס אפשרי. ספציפית, המפר ישווה את העלות המידית של ביצוע החווה לתוחלת העלות (העלות הצפויה בממוצע) בבית המשפט ויבסס את החלטתו בשאלה אם הפרת צו האכיפה מניבה לו רווח על ההשוואה ביניהם. שימו לב כי הנחת ודאות אינה בהכרח מופרכת; אם הצדדים יראו למשל כי בית המשפט ביסס פרקטיקה של גזירת מרכיב הריבית בחישוב הקנס המרתיע משער ריבית אובייקטיבי כלשהו, הם ידעו לחשב את סכום הקנס מראש.

51 ההנחה הזו סבירה במיוחד אם חושבים שעלויות החייאת פרויקט לאחר נטישה שלו עלולות להיות גבוהות יותר.

תרשים 1



תרשים 1 מציג שלוש נקודות זמן רלוונטיות: בנקודת זמן 1 החייב אמור לבצע את החוזה (בעלות 850). אם החייב מפר את החוזה, בית המשפט פוסק צו אכיפה לטובת הנפגע בנקודת זמן 2. המפר יכול לבצע את החוזה באותה נקודת זמן בעלות של 1,000, או יכול להפר את הצו ולדחות את הביצוע. אם הצו יסוכל, סופו של הנפגע שיתייאש מצו האכיפה ויסכים לקבל במקומו פיצוי על הנזק שההפרה גרמה לו. אם המפר אינו מעוניין שהנפגע יתייאש מצו האכיפה (בחוזה יעיל), הוא יבצע פעולות שמטרתן לסמן לנפגע שמטרתו אינה לסכל את הצו אלא רק להשהות את ביצועו לתקופה מאוחרת (כמו למשל לא לנטוש את הפרויקט או להודיע על עיכוב). בתרשים הנחננו שעלויות ביצוע החוזה בתקופה 3 (לאחר הפרת הצו) גם הן 1,000.

הבחירה שהחייב מבצע – אם ומתי לבצע את החוזה (בנקודה 1, 2 או 3) – תלויה בשני גורמים: (1) עלות הביצוע הנומינלית של החוזה, שבדוגמה שלנו עולה בין נקודה 1 ל-2 ואז נשארת קבועה; (2) נקודת הזמן שבה המפר מוציא את ההוצאה הזו, שמשפיעה על ערך הכסף מבחינתו. את החלק השני אנו מסמנים באות β , המסמנת את גורם ההיוון של החייב בין שתי נקודות זמן מעל ומעבר לכל ריבית שיפסוק בית המשפט לטובת הנפגע. הניחו ש- β_1 מסמן את גורם ההיוון של המפר בין נקודות זמן 1 ו-2, כלומר את הערך של שקל שיוציא המפר בנקודת זמן 2 מנקודת מבטו כשהוא שוקל אם להפר את החוזה בנקודת זמן 1. בדומה לכך β_2 מסמן את גורם ההיוון של המפר בין נקודות זמן 2 ו-3.

ערך הזמן של המפר משפיע על החלטתו להפר צו אכיפה כך: β מייצג את השינוי בערך הכסף שמתרחש אצל החייב לאורך כל התקופה, בין נקודת זמן 1 ועד לסיום התקופה בנקודת זמן 3. הגודל של β תלוי בעיקר בשינוי שאותו צופה החייב במצבו הפיננסי. ככלל, השינוי במצב הפיננסי מתרחש לאורך זמן, אולם הוא אינו חייב להיות עקיב ואחיד. ייתכן שכל השינוי (או רובו) יתרחש בין נקודת זמן 1 לנקודת זמן 2, אולם ייתכן שכל השינוי (או רובו) יתרחש דווקא בין נקודת זמן 2 לנקודת זמן 3.

כאשר השינוי מתרחש בין נקודת זמן 1 לנקודת זמן 2, הערך של β_1 יהיה נמוך ($\beta_1 < 1$). פירושו של דבר שיש הבדל גדול מבחינתו של החייב בין הערך של שקל בסוף התקופה לערך של שקל בתחילת התקופה; לחייב קשה להוציא את הכסף בתחילת תקופה 1 אך קל לו להוציא את הכסף בסוף התקופה (בנקודת זמן 2). אפשרות אחרת היא שהחייב צופה כי

עיקר השיפור במצבו או כולו יתרחש דווקא בין נקודת זמן 2 לנקודת זמן 3. במצב זה, מנקודת מבטו של החייב, $\beta_1=1$ או שואף ל-1. כלומר, יכולת התשלום של החייב בין נקודות זמן 1 ו-2 לא השתנתה, ועדיין קשה לו להוציא את הכסף, ולכן דחיית התשלום לנקודת זמן 2 אינה משמעותית מבחינתו, שכן אין שינוי במצבו, והחיסכון שלו בזמן לא באמת חסך לו דבר. במצב זה, אם החייב יכול לדחות את ביצוע החוזה לנקודת זמן 3, החיסכון בזמן הוא משמעותי מבחינתו כי שם מתרחש השיפור במצבו הפיננסי, ואז הערך של β_2 יהיה נמוך ($\beta_2 < 1$). כיוון שאנו מניחים שהפרת צו אכיפה תיעשה רק ממניעים כלכליים של רצון להרוויח, אנו צופים שהחייב ירצה להפר צו אכיפה במקרים שבהם הוא צופה שיפור ניכר במצבו הפיננסי בין נקודת זמן 2 לנקודת זמן 3 ($\beta_2 < 1$). השאלה הבאה היא מהי ההוצאה שאותה דוחה החייב באמצעות הפרת הצו.

3. החוזה יעיל

כשביצוע החוזה יעיל, המפר מעוניין לקיים את החוזה בנקודת הזמן שתניב לו את הרווח המרבי (נקודת זמן 1, 2 או 3). לא תמיד יעדיף חייב שנקלע לחוזה הפסד להפר את צו האכיפה. כשמגבילים את הדיון למצבים שבהם הפרת הצו מניבה למפר רווח מימוני, החייב ירצה להפר את הצו רק אם הוא צופה שמצבו הפיננסי ישתפר שיפור דרסטי בנקודת זמן 3. תנאי הכרחי לכך הוא ש- $\beta_2 < 1$, כלומר החייב צופה שיכולת התשלום שלו בנקודת זמן 3 תשתפר מאוד ביחס ליכולת התשלום שלו בנקודת זמן 2. לעומת זאת אם החייב צופה שיפור ניכר ביכולת התשלום שלו כבר בנקודת זמן 2 ואינו צופה שיפור נוסף (או צופה שיפור נוסף קטן במצבו בנקודת זמן 3), הוא יעדיף להפר את החוזה אך לחזור לקיים אותו מיד כשיינתן נגדו צו אכיפה מבלי שיהיה צורך לקבוע צו מרתיע. כדי להבדיל בין שני המצבים נבחן שתי התרחשויות: בראשונה, השיפור העיקרי במצבו הפיננסי של החייב מתרחש בין נקודת זמן 1 לנקודת זמן 2 (להלן: "בתקופה הראשונה"). אולם החייב אינו צופה שיפור נוסף במצבו בין נקודת זמן 2 ל-3 (להלן: "בתקופה השנייה"). במצב השני שנבחן, עיקר השיפור במצבו הפיננסי של החייב מתרחש בתקופה השנייה. לכן החייב יפר את החוזה רק אם הוא יודע שיוכל להפר גם את צו האכיפה. בכל אחד מהמצבים שנתאר נבדוק גם את האפשרות שמשא ומתן שיערכו הצדדים ביניהם בנקודת זמן 1 (לאחר שהחייב מחליט על הפרת החוזה) יסיים את הסכסוך מבלי שהצו יופר.

(א) עיקר השיפור בתזרים המזומנים של המפר מתרחש בתקופה הראשונה כדי להדגים מצב שבו החייב צופה שיפור ניכר במצבו הפיננסי בתקופה הראשונה אולם אינו צופה שיפור נוסף בתקופה השנייה, ראו למשל את המקרה שאירע בעניין פיוויהאוס.⁵² החייב התחייב ליישר את קרקע הבית של משפחת פיוויהאוס בתום כריית פחם. במהלך הכרייה התברר לו שרווחי הכרייה קטנים משחשב. ברור כי החייב יכול לבצע את התחייבותו מיד (בהפסד), אך הוא מעדיף לדחות את הביצוע כדי להתקשר בחוזים אחרים

⁵² Peevyhouse v. Garland Coal & Mining Co., 382 P.2d 109 (Okla. Sup. Ct. 1962).

שיכולים לשפר את מצבו הפיננסי ואת היכולת שלו לעמוד בהתחייבות שקיבל עליו כלפי משפחת פיוויאהאוס.

במקרה זה שני הצדדים יודעים כי החייב יכול לקיים את החוזה מיד (בהפסד). אם החייב צופה כי בתקופה שבין הפרת החוזה ועד מתן צו האכיפה נגדו הוא יוכל לבצע עבודות כרייה אחרות שההכנסה מהן תשפר את יכולתו לעמוד בהתחייבות שקיבל עליו כלפי משפחת פיוויאהאוס, הוא יעדיף לקיים את צו האכיפה כשזה יינתן נגדו ובכך להימנע מהחלת הקנס המרתיע.

כדי להדגים, הניחו שהחייב צופה שמצבו הפיננסי ישתפר בתקופה הראשונה. ספציפית, $\beta_1=0.75$. במצב זה, מנקודת מבטו של החייב, בשעה שהוא צריך לבצע את ההחלטה אם לקיים את החוזה בהפסד או להפר, קיום החוזה לאחר מתן צו אכיפה נגדו מלווה בעלות של 750 בלבד (0.75×1000), ולכן הפרת החוזה משאירה אותו עם רווח של 50 (750-800) במקום הפסד של 50 (800-850). לכן החייב יעדיף להפר את החוזה. בדוגמה המספרית שלנו, כל עוד $\beta_1 < 0.85$ החייב יעדיף להפר את החוזה, כי קיום החוזה לאחר מתן פסק דין לאכיפה משאיר לו רווח גדול יותר מאשר קיום החוזה מיד.⁵³ אם החייב אינו צופה כל שינוי נוסף במצבו הפיננסי בתקופה השנייה (כלומר, $\beta_2=1$) החייב אינו יכול להרוויח מהפרת צו האכיפה. לכן הוא יעדיף להפר את החוזה אך לא להפר את צו האכיפה.

כיוון שהחייב אינו יכול להרוויח מהפרת הצו, הנושה אינו זכאי לכספי הקנס בבית המשפט. במשא ומתן מחוץ לכותלי בית המשפט יוכלו הצדדים להגיע להסכם שיעצור את ההפרה: אם ההפסד שייגרם לנושה מההפרה גבוה מההפסד שייגרם לחייב מהקיום – יוכל הנושה להציע לחייב תוספת למחיר החוזה כדי שיחזור לקיים את התחייבותו מיד. אם הנושה אינו יכול מסיבות שונות לשלם כדי להניע את החייב מההפרה, החייב יפר את החוזה, אולם אין צורך בצו מרתיע כדי לגרום לו לקיים את צו האכיפה שיינתן נגדו.⁵⁴

(ב) יעיל לדחות את ביצוע החוזה לתקופה השנייה

בהתרחשות הבאה עיקר השינוי הפיננסי שצופה המפר מתרחש בין נקודת זמן 2 לנקודת זמן 3. לכן המפר ירוויח אם יפר את צו האכיפה. לפיכך ייתכנו מצבים שבהם ללא אפשרות להפר את צו האכיפה לא יהיה לחייב אינטרס להפר את החוזה, כיוון שביום מתן צו האכיפה נגדו עדיין קשה לו להוציא את ההוצאה הנדרשת לשם ביצוע החוזה. כדי להדגים תנו דעתכם על הסכסוך שאליו נקלע מר אייזמן, שרכש דירת נופש מקבלן שהסתבך.⁵⁵ באותו

53 במצב שבו $\beta_1=0.85$ אחת היא לחייב אם יקיים החוזה מיד או לאחר מתן פסק דין לאכיפה נגדו, כיוון שבשני המצבים מנקודת מבטו בנקודת זמן 1, עלות קיום החוזה לאחר מתן פסק דין לאכיפה היא 850. במצב זה הוא עשוי לרצות להפר את צו האכיפה אם הוא צופה שמצבו הפיננסי ישתפר בין נקודת זמן 2 ל-3 באופן שיקל עליו להוציא את ההוצאה הנדרשת לקיום החוזה בתקופה 3.

54 אם הנפגע יכול לחבוע פיצויים מפצים על הנזק מההפרה, ייתכן שהפיצויים ימחקו את הרווח המימוני מהפרת החוזה. בכך תימנע ההפרה.

55 ראו עניין אייזמן, לעיל ה"ש 10. לדוגמה נוספת להסתבכויות קבלנים ראו ב"ש"א (מחוזי י-ם) 3464/03 טוויל נ' סולל בונה בע"מ (פורסם בנבו, 27.1.2004) (קבלן מגלה כי בניית הפרויקט על פי התכניות המקוריות תוביל אותו לקריסה כלכלית, ולכן הוא מחליט לעצור את הבנייה עד לתכנון מחודש של הפרויקט על ידי בעלי מקצוע חדשים שישכור).

מקרה נכנס קבלן חדש בנעליו של הקבלן שהסתבך. מהעובדות עולה כי הקבלן החדש היה זקוק לדחייה בביצוע כדי למכור דירות נוספות בפרויקט, ובכך לשפר את עמידותו הפיננסית. איזומן הוא מן הרוכשים המעטים שמסרבים לבטל את הסכם הרכישה ועומדים על זכותם לקבל את הדירה שרכשו תוך כמה חודשים, כמוסכם בחוזה הרכישה. במשך שלוש שנים ניסה איזומן לפתוח במשא ומתן עם הקבלן החדש. לאחר שנואש הגיש את התביעה לאכיפה.

במצבים מסוג זה החייב מפר את החוזה כדי להגיע לנקודת זמן 3, כאשר יוכל לסיים לתכנן את הפרויקט מחדש ולמכור דירות מראש, ובכך לממן את בניית הדירות. הרווח שיש לקבלן מדחיית הביצוע לנקודת זמן 2 הוא מזערי ועיקר השיפור מתרחש רק בתקופה השנייה.⁵⁶ יוער כי גם במצבים אלה יש לצפות כי החייב יעדיף שלא להפר את הצו אם פתוחה בפניו האפשרות להשיג את הסכמתו של הנושה לדחייה בביצוע. ברם במצבים שבהם ייאלץ החייב לנהל משא ומתן עם רוכשים רבים, כמו במקרה של הסתבכויות קבלנים, הפרת צו האכיפה עשויה להיות זולה מניהול משא ומתן מרובה-משתתפים, במיוחד אם המשא ומתן יעורר תופעה של סחטנות מצד אחד הרוכשים או קומץ מהם כדי להשיג לעצמם פיצוי גבוה יותר משאר הרוכשים בהסדר.⁵⁷

כדי להדגים הניחו שהחייב צופה שמצבו הפיננסי ישתפר רק בתקופה השנייה. ספציפית, נניח, הפוך מהמקרה הקודם, $\beta_1=1$ ו- $\beta_2=0.75$. במצב זה, מנקודת מבטו של החייב, בשעה שהוא צריך לבצע את ההחלטה אם לקיים את החוזה בהפסד או להפר אותו, הוא יבחר להפר את החוזה רק אם הוא יוכל להפר גם את צו האכיפה.

כדי לחשב את שיעור הקנס היומי הדרוש כדי למחוק את הרווח מהפרת הצו, בית המשפט צריך לדעת את הנתונים האלה: א) עלות הביצוע הנומינלית בתקופה 2 ובתקופה 3; ב) כל שינוי בהכנסות שינבעו מהדחייה; ג) גורם ההיוון של המפר בין נקודת זמן 2 ל-3 (גודלו של β_2); ד) מספר הימים בין תקופה 2 ל-3. בפועל, כדי לחשב את נתון א' ייתכן שבית המשפט יוכל להיעזר בחוות דעת מומחה בנוגע לעלויות ביצוע עסקות מסוג זה מתוך הנחה שהנתבע עלול לספק נתונים שאינם נתוני אמת, שיגרמו להקטנת הקנס הגלובלי שייפסק נגדו. עם זאת בית המשפט יתקשה לוודא את יתר הנתונים הדרושים לחישוב הקנס כיוון שמדובר במידע פרטי שאינו ניתן להוכחה בבית המשפט. נתון ד' – מספר ימי הדחייה שלהם זקוק המפר – הוא לעתים מידע שעדיין אינו ידוע בשעה שבית המשפט צריך לערוך את החישוב. אם נחזור למשל לעניין איזומן,⁵⁸ אם ביום מתן פסק הדין לאכיפה (נקודת זמן

56 פורמלית מדובר במצב שבו קיים רווח מדחיית ההוצאה לנקודת זמן 2 ($1 > \beta_1$) אך לא מספיק גדול כדי להצדיק את הפרת החוזה. עם זאת β_2 הוא נמוך, ולכן גורם ההיוון של המפר לכל התקופה ($\beta_1 \times \beta_2 = \beta$) מצדיק, מבחינתו של המפר, את הפרת החוזה וצו האכיפה.

57 לתופעת הסחטן במשא ומתן מרובה-משתתפים ראו את הדוגמה המאלפת בעניין ע"א 5493/95 דיור לעולה בע"מ נ' קרן פ"ד נ(4) 509 (1996). ויובהר, כשהקבלן בוחר בדרך של הפרת צו האכיפה, יהיה על שיעור הקנס המרתיע לשלול את הרווח מדחיית הפרויקט הקבלני כולו, ולא די בקביעת קנס שישלול את הרווח מדחיית בניית דירתו של התובע (אפילו אם לא כל רוכשי הדירות שותפים לתביעה). קנס שישלול את הרווח רק מדחיית בניית דירתו של התובע יהיה נמוך מדי וישאיר לקבלן די רווח גם לאחר שיפר את הצו וישלם את הקנס המרתיע שייפסק נגדו.

58 עניין איזומן, לעיל ה"ש 10.

2) הצליח הקבלן להשלים את תכנון הפרויקט מחדש וכעת הוא משווק דירות בפרויקט החדש, ייתכן שגם הוא אינו יודע בשלב זה מה אורכה של תקופת הדחייה שלה הוא זקוק כדי להשלים את הבנייה, אך מידע זה הוא בבחינת מידע פרטי, שספק אם ניתן להוכיחו בבית המשפט. אשר לנתון ג' – גורם ההיוון של המפר בין נקודת זמן 2 ל-3 – גם הוא מידע פרטי שאינו ניתן להוכחה בבית המשפט.

כדי להדגים את אופן חישוב הקנס היומי הנדרש נחזור לדוגמה שלנו ונניח שהעלויות הן בעשרות אלפים. נניח עוד שבית המשפט יודע שהקבלן זקוק לדחייה של 90 יום. הקנס היומי יהיה 370,370 ש"ח ליום.⁵⁹ החישוב נעשה כך: כאשר החייב בוחר להפר את הצו הוא מחליט לא לשלם 10 מיליון ש"ח מיד כשניתן צו האכיפה נגדו (בנקודת זמן 2) אלא לשלם 10 מיליון ש"ח עלויות בנייה בתקופה 3, כאשר הערך שלהן מנקודת מבטו בתקופה 2 הוא 7.5 מיליון ש"ח (0.75x10,000,000). לכן הוא מרוויח מהפרת הצו 2.5 מיליון ש"ח במונחי תקופה 2. מכיוון שבפועל הוא ישלם את הקנס בתקופה 3, מנקודת מבטו בנקודת זמן 2, הוא יצטרך לשלם קנס של 3 מיליון ושליש ש"ח (2,500,000/0.75) כדי למחוק את הרווח הגלובלי שלו מהפרת הצו. כדי למצוא את גודלו של הקנס היומי יש לחלק סכום זה במספר הימים של ההפרה. אם בית המשפט יודע למדוד את הקנס הזה – הטלת הקנס תמנע לא רק את הפרת הצו אלא גם את הפרת החוזה, כיוון שבדוגמה זו החייב אינו צופה שינוי פיננסי במצבו בתקופה הראשונה שיצדיק את ההפרה, אלא אם כן הוא יוכל גם להפר את הצו.⁶⁰

אם בית המשפט טועה והקנס שייקבע יהיה גבוה, אך לא גבוה מספיק כדי לשלול את הרווח מהפרת הצו, עדיין יוכל המפר להרוויח מהפרת הצו לכל תקופת הדחייה שלה הוא זקוק. האם במצב זה יוכלו הצדדים לנהל משא ומתן ולמנוע את הפרת הצו? בשאלה זו ראוי להבחין בין מצב שבו יוחלט כי הזכאות בכספי הקנס היא לאוצר המדינה לבין מצב שבו יוחלט כי הזכאות בכספי הקנס היא לנפגע; אם הזכאות בכספי הקנס היא לאוצר המדינה, ואין מניעה עקרונית להגיע להסכם (למשל, הנפגעים מתאחדים לצורך ניהול המשא ומתן), הצדדים יכולים להגיע ביניהם להסדר שלפיו המפר ישלם לנפגעים סכום כסף הנמוך מהתשלום שבו יחויב בשל הפרת צו האכיפה (תשלום הקנס לאוצר המדינה ועוד תשלום נזקי האיחור לנפגעים) אך גבוה מנזקי האיחור שלהם זכאים הנפגעים, והנפגעים יסכימו לתת את הסכמתם לדחייה בביצוע החוזה לנקודת זמן 3.⁶¹ כדי להדגים זאת נחזור לדוגמה לעיל ונניח כי בית המשפט קובע קנס של $Z=1,000,000$ (נזכור כי שיעור הקנס הנדרש

59 פורמלית, אם Z מסמן את שיעור הקנס הגלובלי הנדרש לאורך כל התקופה, ו- C_2 ו- C_3 מסמנים, בהתאמה, את העלויות בתקופות 2 ו-3, אז התמריץ לסכל את הצו יישלל אם $Z > C_2 - \beta_2 C_3$.

60 אם היינו מניחים ש- $\beta_1 < 0.85$ וגם $\beta_2 < 1$, ובית המשפט יקבע צו מרתיע בסכום גלובלי שמוחק את הרווח מהפרת הצו, עדיין יהיה לחייב תמריץ להפר את החוזה, אך לא את הצו.

61 ההסבר הוא כדלקמן: קנס נמוך מדי מאפשר למפר להרוויח מהפרת הצו, ולכן האיום שלו בהפרת הצו תקף. אם הצו יופר, הנפגע יקבל את המוצר באיחור, ולכן נזקי האיחור שבהם יכיר בית המשפט (אם הנפגע יגיש תביעה לגביית נזקים אלה) הם התשלום הנמוך ביותר שיסכים הנפגע לקבל במשא ומתן. טווח המחירים בין התשלום שבו יחויב המפר בבית המשפט (קנס ועוד נזקי הנפגעים) לבין נזקי הנפגעים הוא טווח המיקוח במשא ומתן בין הצדדים, וכל מחיר בין שני הקצוות ייתן לכל אחד מהצדדים תשלום טוב יותר מאשר אם הצו יופר.

כדי למנוע את הפרת הצו הוא 3 מיליון ושליש ש"ח) ולכן המפר מרוויח מהפרת הצו. נניח כי הנזק שייגרם לנפגעים מדחיית הביצוע לנקודת זמן 3 הוא 500,000 ש"ח. במצב זה, הצדדים יכולים להסכים כי המפר ישלם לנפגעים את הנזק שייגרם להם מהדחייה מיד תמורת הסכמתם לביצוע החוזה בנקודת זמן 3. שני הצדדים ירוויחו מהסכם כזה: המפר ישלם סכום נמוך מהתשלום שבו יחויב אם יפר את הצו (קנס ועוד תשלום לנפגעים על נזקי האיחור) תמורת הזכות לדחות את ביצוע החוזה לנקודת זמן 3 והנפגעים יקבלו פיצוי מדי על הדחייה מבלי שיצטרכו לשאת בעלויות נוספות (משפטיות ואחרות) לשם מימוש זכותם לפיצוי על הנזק שנגרם להם.

אולם אם כוונת המחוקק היא לזכות את הנפגע בכספי הקנס המרתיע, המצב משתנה. הרכיב המזכה את הנפגע בכספי הצו עלול בנסיבות מסוימות לגרום לכישלון במשא ומתן ולהפרת הצו שתבוא בעקבותיו. הסיבה לכך היא שכעת הנפגעים זכאים לכספי הקנס, ולכן בפניו של המפר עומדות רק שתי אפשרויות: אפשרות אחת היא לשלם את הקנס בנקודת זמן 3 לאחר שיפר את צו האכיפה, והאפשרות השנייה היא לשלם לנפגע (או לנפגעים במקרה הסתבכויות קבלנים) את הקנס מיד כדי לקבל את הסכמתו לדחייה בביצוע החוזה שלה הוא זקוק.

אם המפר יבחר באפשרות הראשונה, יקבל הנפגע את כספי הקנס רק בנקודת זמן 3, ולכן המפר יהיה מוכן להציע לו במשא ומתן מדידי רק את הערך הנוכחי שהנפגע מייחס לתשלום הקנס הדחוי. כדי שהנפגע יסכים לדחייה בביצוע החוזה לנקודת זמן 3, הוא ידרוש לקבל בנקודת זמן 1 לפחות את הערך הנוכחי שלו מהסכום שיקבל בנקודת זמן 3. לכן המפר יבחר במה שזול יותר מנקודת מבטו כשהוא עומד בנקודת זמן 1: אם גורם ההיוון שלו נמוך מזה של הנפגע, המפר יעדיף להפר את צו האכיפה ולשלם את הקנס רק בנקודת זמן 3. אך אם גורם ההיוון של הנפגע נמוך מזה של המפר, המפר יעדיף לשלם לנפגע מיד (בנקודת זמן 1) את הערך הנוכחי של הקנס הדחוי מבחינת הנפגע ולקבל את הסכמתו לדחייה מבלי להפר את צו האכיפה. כדי להמחיש זאת נחזור לדוגמה לעיל ונניח כי $\beta_2=0.75$, $Z=1,000,000$. מנקודת מבטו של המפר, אם יפר את צו האכיפה, הוא ישלם לנפגעים בנקודת זמן 3 קנס השווה בערכים נוכחיים ל-750,000 ש"ח⁶² ולכן הוא לא יהיה מוכן לשלם במשא ומתן מדידי סכום גבוה מזה. אם גורם ההיוון של הנפגע (או הנפגעים) גבוה מ-0.75, הם לא יסכימו להצעה וכתוצאה מכך צו האכיפה יופר. שימו לב שגורמי ההיוון של הצדדים אינם בשליטת בית המשפט והם משתנים ממקרה למקרה. מכאן שזכאות הנפגע לקנס גורמת שבמצבים שבהם גורם ההיוון של המפר נמוך מזה של הנפגע, הרכיב המזכה את הנפגע בכספי הקנס הוא שעלול לגרום להפרת הצו.

4. החוזה אינו יעיל

כשביצוע החוזה אינו יעיל, התובנה המקובלת היא שהחוזה לא יבוצע, אלא שהחייב יציע לנושה סכום כלשהו כדי לקבל את הסכמתו להפסקת החוזה, ושניהם יצאו נשכרים לעומת

62 $0.75(1,000,000)=750,000$.

מצב שבו החוזה הלא יעיל יקרים.⁶³ אם אכן כך הדבר, היינו חושבים שאין צורך לרדן בנושא צו מרתיע בחוזים לא יעילים כיוון שהנושה במקרה זה לא יתבע כלל את אכיפת החוזה. אך אין כך הדבר. בחוזה לא יעיל צו אכיפה מקנה לנושה כוח מיקוח רב יותר במשא ומתן שעתיד להתרחש על רקע ההפרה. למעשה במשא ומתן להפסקת החוזה הלא יעיל קיים טווח מחירים הנע בין עלות הביצוע הגבוהה לחייב לבין הערך הנמוך יותר שמייחס הנושה לביצוע זה. כל מחיר שעליו יוסכם בטווח שבין שני הערכים ייתן לכל אחד מהצדדים תוצאה טובה יותר מאשר אם יקיימו את החוזה הלא יעיל. ברם מחיר שקרוב יותר לערך שמייחס הנושה לביצוע החוזה יותיר את מרבית הרווח מהפסקת החוזה בידי החייב, ואילו מחיר הקרוב לעלויות הביצוע של החוזה יותיר את מרבית הרווח מהפסקת החוזה בידי של הנושה דווקא.

כדי לראות כיצד סיכול צו אכיפה מבטיח לחייב חלק גדול יותר בעוגת המשא ומתן, מועיל להתחיל בניתוח הליך המיקוח במציאות ללא צו מרתיע. לאחר מכן נראה איך הצו המרתיע משפיע על החלטת המפר אם להפר את צו האכיפה שיינתן נגדו.

ללא צו מרתיע, בסט שבו אנו דנים העוסק בצו עשה (להבדיל מחיוב כספי), הכוח שלא לבצע את הצו נמצא בלעדית בידי המפר. על כן ללא מכשיר שיפוטי שיגרום למפר לבצע את הצו ברור לשני הצדדים שהצו לא יבוצע. כל עוד זה מצב הדברים, לא יוכל הנושה לקבל את הערך מהביצוע דרך צו אכיפה. עם זאת שני הצדדים יודעים כי הנושה יכול לקבל את הערך מהביצוע באמצעות הגשת תביעה לפיצויים, וניתן לגבות סכום זה מהמפר ללא צורך בשיתוף פעולה מצדו. כיוון ששני הצדדים מסכימים כי לנושה איום תקף בגביית הערך שהוא מייחס לביצוע באמצעות תביעת פיצויים, שיווי המשקל של המיקוח הוא שהחייב יסכים לשלם לנושה את הערך שהוא מייחס לביצוע החוזה בנקודת זמן 1 כדי שהנושה לא יגיש תביעה לפיצויים.

כעת נוסיף את הצו המרתיע לתמונה. צו מרתיע מעלה את העלות של המפר מהפרת צו האכיפה בכך שהוא מחייב אותו לשלם קנס בפועל על איחור בביצוע הצו. לפיכך צו מרתיע גבוה מספיק יגרום למפר להעדיף את ביצוע החוזה בנקודת זמן 1 על פני הפרת צו אכיפה ותשלום הצו המרתיע. במקרה זה יוכל הנושה לדרוש מהמפר תשלום גבוה יותר, עד עלות הביצוע של החוזה, כדי לתת את הסכמתו לביטול החוזה הלא יעיל. בשיווי משקל המפר לא יבצע את החוזה כמובן, אך הוא יצטרך לשלם מחיר גבוה יותר כדי לצאת מהחוזה.

נדגים: נניח שהעובדות הן כמו בתרשים 1, עלות ביצוע החוזה לחייב היא $\beta_1=1,850$, ו- $\beta_2=0.75$. נניח גם שהערך שהנפגע מייחס לביצוע החוזה הוא 820, ולכן החוזה אינו יעיל (עלות קיום החוזה גבוהה מהערך שמייחס הנושה לביצוע). כאמור, הנפגע יכול לתבוע פיצויים מידיים, ויקבל 820. לחלופין הוא יכול לדרוש אכיפה עם צו מרתיע יחד. אם המפר יעמוד בסרבנותו, סופו של הנפגע להתייאש מהביצוע ולהחליף את דרישתו לפיצויים על הנזק שההפרה גרמה (כולל תשלום הקנס המרתיע). במקרה זה המפר, מנקודת מבטו, ישלם בנקודת זמן 3 $0.75(820+Z)$, כאשר Z הוא שיעור הקנס המרתיע הגלובלי שבית המשפט

Thomas S. Ulen, *The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified System of* 63
Contract Remedies, 83 MICH. L. REV. 341, 369 (1984)

יפסוק.⁶⁴ אם תשלום זה גדול מ-820 (התשלום המידי שהנפגע תמיד יכול להשיג באמצעות תביעת פיצויים), הצו המרתיע ייתן כוח לנפגע לדרוש במשא ומתן תשלום גבוה מ-820 אך לעולם לא גבוה מ-850, עלות הביצוע בתקופה 1. למשל, אם בית המשפט קובע את הקנס המרתיע בסכום של 400 ($Z=400$) מנקודת מבטו של המפר, הוא יצטרך לשלם לנפגע בנקודת זמן 3 סכום השווה בערכים של תקופה 1 ל-915.⁶⁵ לכן הוא יהיה מוכן לשלם לנפגע במשא ומתן מידי עד 850 (עלות הקיום המידי של החוזה) כדי לקבל את הסכמתו להפסקת החוזה, והפרת החוזה תימנע. לעומת זאת אם בית המשפט יקבע את הקנס המרתיע בסכום של 200 ($Z=200$), מנקודת מבטו של המפר הוא יצטרך לשלם בנקודת זמן 3 סכום השווה בערכים נוכחיים ל-765, ולכן הוא לא יהיה מוכן לשלם לנפגע במשא ומתן מידי סכום גבוה מזה.⁶⁶ הנפגע יכול כמובן במצב זה לוותר על תביעת אכיפה ולתבוע מיד פיצויים בסך 820. אולם אם הנפגע יעמוד על תביעת האכיפה, הוא יוכל לקבל בבית המשפט סכום גבוה מזה הכולל גם את הקנסות שהמפר ישלם. כשגורם ההיוון של הנפגע גבוה, והקנס שבית המשפט יקבע לא יהיה גבוה מספיק, התוצאה עלולה להיות שהצו יופר והצדדים ייקחו את ההתמחרות ביניהם על מחיר הפסקת החוזה הלא יעיל לנקודת זמן 3. בזמן זה ועד שהסכסוך יסתיים בהשגת הסכם, תיק התביעה נשאר פתוח בבית המשפט.⁶⁷ כשהצו אינו מקוים, המוניטין של בית המשפט נמצא בסכנה.

כדי למחוק את הרווח הגלובלי שהמפר מצפה להרוויח מסיכול הצו, בית המשפט יצטרך לדעת את הנתונים האלה: (א) את הסכום שהנפגע היה מוכן לקבל כדי להסכים להפסקת החוזה מיד (להלן: "ההוצאה שאותה דוחה המפר"); (ב) כל מחיר ששולם על חשבון התמורה החוזית; (ג) את ערך הזמן שהמפר מפיק מדחיית התשלום. כפי שניתן לראות מהניתוח לעיל, לצורך קביעת נתון א' בית המשפט יכול לבחור כל סכום הנע בין הנזק הנמוך שנגרם לנפגע מההפרה לעלות הגבוהה של המפר בביצוע החוזה.⁶⁸ הסיבה לכך היא שהמרכיב החשוב בחישוב אינו הסכום הנומינלי שהנפגע היה מסכים לקבל תמורת הסכמתו להפסקת החוזה אלא שהערך הנוכחי של הקנס במונחים של תקופה 1 יהיה גבוה מהנזק שנגרם לנפגע מההפרה. מכאן שהבעיה העיקרית בחישוב הקנס היא בקביעת גורם ההיוון של המפר (נתון ג'). גורם ההיוון של המפר הוא קריטי כדי לקבוע קנס גבוה מספיק.

64 הקנס ישולם בתקופה 3 ולכן הוא מוכפל ב-0.75.

65 $0.75(820+400)=915$.

66 $0.75(820+200)=765$.

67 כאמור, אם ההסדר שיאומץ בישראל יאפשר לנפגעים לפנות לבית המשפט בבקשה להגדיל את הקנס נוכח סרבנות המפר לקיים את הצו (כפי שנהוג בצרפת), בחוזה לא יעילים יאפשר הליך זה לנפגעים להפעיל לחץ על מפרים לשלם להם סכום גבוה יותר תמורת הסכמתם להפסקת החוזה הלא יעיל. הגדלת הקנסות במקרה זה אינה מספקת הגנה לעקרונות הקיום של הנפגע אלא משמשת כדי לסחוט מהמפר מחיר גבוה יותר תמורת הפסקת החוזה במחיר זמן שיפוטי יקר. עם זאת חשוב לזכור כי בית המשפט אינו יודע להבחין מתי החוזה יעיל (שאו בקשת הנפגע היא לגטימית ומטרתה להגן על אינטרס הקיום שלו) ומתי החוזה אינו יעיל (שאו מטרת הבקשה היא לסחוט חייבים להציע מחיר גבוה יותר תמורת הפסקת החוזה).

68 בנוק שנגרם לנפגע מההפרה הכוונה היא לנזק שבו יכיר בית המשפט במקרה שבו הנפגע יחליף את דרישתו לאכיפה בתביעת פיצויים. נזק זה יכול להיות שווה לערך שמייחס הנפגע לביצוע החוזה, גבוה ממנו או נמוך ממנו, אך הנזק הזה הוא נקודת האיום של הנפגע בכל משא ומתן שיתנהל בין הצדדים.

כיוון שהערך המימוני שהמפר מפיק מסיכול הצו הוא מידע פרטי שאינו ניתן להוכחה בבית המשפט, הסכנה היא שבית המשפט יעריך את גורם ההיוון של המפר גבוה מדי. במצב זה עדיין יוכל המפר להרוויח מהפרת הצו. סיבוך נוסף בחישוב הקנס נובע מכך שהקנס הוא יומי. כדי לקבוע את הקנס היומי שימחק את הרווח היומי מהפרת הצו בית המשפט חייב לדעת נתון נוסף והוא – ד' אורך התקופה שבה המפר מתכוון להפר את צו האכיפה. הבעיה בהשגת מידע זה בחוזה לא יעיל היא שהמידע אינו קיים בשעה שבית המשפט צריך לחשב את הקנס היומי, כיוון שהוא תלוי באורך התקופה שתידרש כדי לגרום לנפגע להתייאש מצו האכיפה. בשל האמור לעיל ספק אם בית המשפט ידע לחשב את הקנס היומי הנדרש כדי למחוק את הרווח היומי מהפרת הצו.

אם בית המשפט טועה וקובע קנס יומי נמוך מדי, עדיין יוכל המפר להרוויח מסיכול הצו. האם במצב זה יוכלו הצדדים לנהל משא ומתן בנקודת זמן 1 ולמנוע את סיכול הצו? הניתוח כאן דומה לניתוח המשא ומתן שנערך בחוזים יעילים. כאמור, אם הזכאות בכספי הקנס היא לנפגע, יהיה על כל משא ומתן שיתנהל בין הצדדים לכלול בין היתר מעבר של כספי הקנס לנפגע. לכן התנאי שהצו לא יופר הוא שהערך הנוכחי של הקנס מנקודת מבטו של המפר יהיה גבוה מ-850 (עלות הביצוע המיידית של החוזה) כדי שהצדדים יוכלו לנהל ביניהם משא ומתן בנקודת זמן 1, שיעצור את ההפרה. כדי להדגים זאת, הניחו שבית המשפט קובע קנס של 300 ($Z=300$). מנקודת מבטו של המפר הוא יצטרך לשלם לנפגע בנקודת זמן 3 סכום השווה בערכים נוכחיים ל-840.69 לכן הוא יהיה מוכן לשלם לנפגע במשא ומתן מידי עד 840 כדי לקבל את הסכמתו להפסקת החוזה והפרת החוזה תימנע. אולם אם גורם ההיוון של הנפגע גבוה מזה של המפר, יסרב הנפגע לקבל 840 מיד ויעדיף לגרוף את כספי הקנס לאחר שהצו יופר. נניח שגורם ההיוון של הנפגע הוא δ , ושווה ל-0.8, מנקודת מבטו של הנפגע, הערך הנוכחי של התשלום שיקבל בבית המשפט הוא 896.70 במצב זה שני הצדדים ירוויחו אם הצו יופר וההתחשבות ביניהם על מחיר הפסקת החוזה תידחה לנקודת זמן 3. שימו לב כי גורמי ההיוון של הצדדים אינם בשליטתו של בית המשפט. על כן במצב המתואר הצו המרתיע הקובע את זכאות הנפגע בכספי הקנס הוא שעלול לגרום לכישלון במשא ומתן, ובעקבותיו – לסיכול צו האכיפה.

5. סיכום ביניים

כדי לסכם את הדיון בצו מרתיע אחזור בתמצית על הנתונים שאותם צריך בית המשפט לדעת כדי לחשב את שיעור הקנס הגלובלי שישלול את התמריץ להפר את הצו: (א) בית המשפט צריך לדעת את העלויות הנומינליות של המפר בקיום הצו ביום מתן צו האכיפה ולאחר הפרת הצו, או את סכום הפיצויים שבית המשפט יפסוק לנפגע על נזקיו מההפרה בחוזה שביצעו הפך לא יעיל; (ב) בית המשפט צריך לדעת את ההכנסות הנומינליות של המפר מהחוזה בשתי נקודות הזמן הללו (המחיר שכבר שולם על חשבון התמורה); (ג) בית המשפט צריך לדעת את הרווח/ההפסד המימוני הנובע למפר מדחיית ההוצאות או קבלת

$$0.75(820+300)=840 \quad 69$$

$$0.8(820+300)=896 \quad 70$$

ההכנסות מהחזרה עקב מעבר הזמן מיום מתן צו האכיפה ועד לסיום תקופת הפרת הצו. כדי לקבוע את נתון א' (ההוצאות הנומינליות שאותן דוחה המפר) כשהחזרה יעיל, ייתכן שבית המשפט יוכל להיעזר בחוות דעת מומחה בנוגע לעלויות ביצוע עסקות דומות שתספיק כדי לוודא נתון זה. כשהחזרה אינו יעיל, יוכל בית המשפט למדוד את הנזקים שנגרמו לנפגע מההפרה כבסיס לחישוב נתון זה. אך הנקודה היא שבית המשפט לא תמיד ידע מהי ההוצאה שאותה דוחה המפר (האם המפר דוחה את עלויות ביצוע החזרה או את הפיצויים שהוא מתכוון להציע לנפגע?). כדי לפתור בעיה זו ניתן להמליץ לבית המשפט להשתמש תמיד בערך שמייחס הנפגע לביצוע החזרה. הסיבה לכך היא שבחזרה יעיל ערך זה גבוה מעלות הייצור, ולכן הוא מספיק לצורך חישוב ההוצאה שאותה דוחה המפר בשני המקרים. עם זאת מרכיב הרווח/הפסד המימוני הנובע מהפרת הצו (נתון ג'), התלוי בערך הזמן של המפר, הוא מידע פרטי שאינו ניתן להוכחה בבית המשפט כמוסבר לעיל. לכן שלא כמו בנתון א' – הוצאות נומינליות הניתנות לחישוב באמצעות איסוף נתוני שוק אובייקטיביים – אין לצפות שערך הזמן הפרטי של המפר יהיה שווה לריבית השוק המשולמת על פיקדונות או הלוואות. רכיב זה הוא קריטי לחישוב הקנס הגלובלי, כיוון שבית המשפט זקוק לנתון זה הן לחישוב הקנס הגלובלי והן כדי להוון את הקנס הגלובלי לערכים של יום מתן פסק הדין לאכיפה (אם מניחים שבפרקטיקה המפר יידרש לשלם את הקנס רק בתקופה מאוחרת מיום מתן פסק הדין לאכיפה). קשיי חישוב הקנס הגלובלי עלולים להוביל לכך שבית המשפט יפסוק סכום שאינו גבוה מספיק כדי לשלול את הרווח הגלובלי מהפרת הצו.

שני רכיבים נוספים במנגנון הצו המרתיע ראויים לאזכור גם הם: ראשית, הקנס הוא יומי ולכן בית המשפט צריך לדעת נתון נוסף והוא ד' – אורך תקופת הדחייה שלה זקוק המפר בשעה שהוא בוחר להפר את צו האכיפה. כמוסבר, נתון זה מערים קושי נוסף בחישוב הקנס למשל בחוזים לא יעילים, שבהם נתון זה תלוי בזמן שיידרש עד שהנפגע יתייבש מצו האכיפה ויחליף את דרישתו בתביעת פיצויים, תקופה שאינה ידועה בשעה שבית המשפט צריך לערוך את החישוב של הקנס היומי. כל אלה מובילים למסקנה כי למשימת חישוב הקנס המרתיע היומי יש סיבות טובות שלא להסתיים בהצלחה. אם כך הדבר, מנגנון הצו המרתיע יחטיא את מטרתו לשלול את הרווח מהפרת צוים. שנית, אם בית המשפט יקבע צו גבוה אך לא גבוה מספיק, עלול הרכיב המזכה את הנפגע בכספי הקנס, ככל שזה יאומץ על ידי המחוקק, להוביל לכישלון במשא ומתן שיכול להתנהל לאחר שבית המשפט יפסוק צו אכיפה וימנע את הפרת הצו.

המסקנה היא ששני הרכיבים האחרונים לעיל – קנס יומי ומתן זכאות לנפגע בכספי הקנס – יוצרים סיבוך נוסף במנגנון, והשאלה היא מדוע רכיבים אלה נחוצים. באשר לרכיב הקנס היומי, רכיב זה הוא אטרקטיבי רק אם מנגנון הצו המרתיע ייקלט לחקיקה עם הוראות מיוחדות שיאפשרו גבייה של קנס יומי. אם אנו נוטים לחשוב כי אי אפשר להבטיח מערכתית גבייה יומית, וגם מטעמים של חיסכון בעלויות ובזמן יפנה הנפגע לגביית כספי הקנס בפעם אחת, מה מוסיף רכיב הקנס היומי על מנגנון קנס גלובלי שישלול את הרווח מהפרת הצו? ודוק: כדי למנוע את הפרת הצו נדרש קנס גלובלי שימחוק את הרווח מהפרת הצו. אם מטעמים פרקטיים אי אפשר לערוך גבייה יומית של הרווח היומי מההפרה, רכיב

הקנס היומי אינו מוסיף למנגנון אלא רק מחליש אותו באמצעות הערמת קושי נוסף על חישוב הקנס.

הוא הדין גם לרכיב המזכה את הנפגע בכספי הקנס. כדי להעלות הצדקה אפשרית לקיומו של רכיב זה יש לזכור כי הנטייה הקיימת בין המלומדים לזכות את הנפגע בכספי הקנס במנגנון צו מרתיע אינה מקרית. מנגנון הצו המרתיע, המבוסס על מתן זכאות לנפגע בכספי הקנס, הוצע כדי להחליף את פקודת בזיון בית המשפט לאחר שנטען כי האחרונה אינה יוצרת הרתעה מספקת מפני הפרת צווים.⁷¹ בין היתר הועלתה השערה שלפיה נפגעים נמנעים מלהפעיל את פקודת בזיון בית המשפט כיוון שאינם זכאים לכספי הקנס. קליטת מנגנון צו מרתיע באה לתקן את מה שנחשב לאחת מהסיבות לכישלון הפקודה ביצירת הרתעה מספקת.⁷² על אף האטרקטיביות של הטיעון, אם פקודת בזיון בית המשפט נכשלה ביצירת הרתעה מספקת מפני הפרת צווים, הכישלון לא נבע מאי-זכאות הנפגע לכספי הקנס. לטיעון זה נעבור עתה.

ג. מדוע נכשלה פקודת בזיון בית המשפט ביצירת הרתעה מספקת מפני הפרת צווי אכיפה?

כאמור, הצו המרתיע אומץ לחקיקה כדי להחליף את פקודת בזיון בית המשפט. אחת הסברות היא שפקודת בזיון בית המשפט לא הייתה אפקטיבית מספיק במניעת הפרות צווים. כדי לבחון אם הצו המרתיע מציע חלופה אפקטיבית מהפקודה נעמוד ראשית על מנגנון הפעולה של פקודת בזיון בית המשפט ונשווה בין שני המוסדות. בכוונתי להראות כי ההבדל הניכר בין שני המוסדות נעוץ אך ורק במתן זכאות לנפגע בכספי הקנס, ורכיב זה לא רק שאינו נחוץ כדי ליצור הרתעה מפני הפרת צווים אלא בנסיבות מסוימות (שתוארו באריכות בחלק הקודם) הוא שיחולל את הפרת הצו.⁷³

פקודת בזיון בית המשפט היא פקודה ישנה מימי המנדט, שחלקה נותר בתוקף במתכונת מצומצמת. סעיף 6 לפקודה, העוסק ב"מסרב לציית לצווי-בית המשפט", מסמיך את בתי המשפט המפורטים בסעיף (בתי משפט מיוחדים, בית המשפט השלום, המחוזי והעליון) "לכוף אדם בקנס או במאסר לציית לכל צו שניתן על ידם והמצוה לעשות איזה מעשה או האוסר לעשות כל מעשה".⁷⁴

הסמכות לדון בבקשת ביזוי בית המשפט היא לבית המשפט שהוציא את הצו.⁷⁵ הנפגע מהפרת הצו רשאי לבקש במסגרת הליך הביזוי להטיל על מפר הצו קנס כספי אך גם מאסר

71 דויטש, לעיל ה"ש 2, בעמ' 367; כהן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 102.

72 שם.

73 ראו לעיל פרק ב.3 (החוזה יעיל) ופרק ב.4 (החוזה אינו יעיל).

74 ס' 16(1) לפקודת בזיון בית המשפט, 1929. לסקירה כללית על פעולת פקודת בזיון בית המשפט ראו אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 855-866 (מהדורה עשירית, 2009); אליהו הרנון בזיון בית המשפט על ידי אי ציות (1965); אליעזר בן שלמה על בזיון בית משפט (מהדורה שנייה, 2005); משה קשת ביזיון בית-משפט (2002).

75 אין חובה כי ידון בבקשה השופט שנתן את צו האכיפה. בדרך כלל הבקשה תשובץ לשופט באותו בית המשפט לפי מדיניות נשיא בית המשפט האמור בשיבוץ שופטים.

בפועל.⁷⁶ אף על פי שהטלת מאסר על חייב היא הסנקציה החריפה ביותר שניתן להעלות על הדעת, והיא אמורה לגרום לחייב לפעול, תוצאת הפעלתה היא הרסנית מבחינת יחסי הצדדים, והיא עלולה לגרום לקריסה מוחלטת של היחסים ולערער את מעט האמון שעוד קיים ביניהם. מכאן שיהיה סביר להניח כי השימוש בבקשות מאסר נעשות על פי רוב על ידי נושים שמערכת היחסים בינם לבין החייב קרסה זה מכבר, והחייב יתקשה לחבל בביצוע גם אם ירצה להתנקם בנושה ששלח אותו למאסר. אולם כשתכלית הסנקציה היא לגרום למפר (בסט זה) לבצע משהו או להימנע מביצוע דבר מה בשביל הנפגע, והשלמת הביצוע תלויה כל כולה במקצועיות של המפר ובמידה רבה בתום הלב שבו הוא מבצע את החיוב, יימנעו נפגעים מלדרוש מאסר בפועל ויעדיפו לדרוש הטלת קנסות כאמצעי לחץ.

אם האמור נכון, ונפגעים מהפרת צווים מעדיפים לכוף על מפרי צווים ביצוע באמצעות קנסות על איחור בביצוע, ארבעה הבדלים קיימים בין מנגנון הפקודה למנגנון צו מרתיע, לפחות בתאוריה: ראשית, פקודת בזיון בית המשפט מחייבת את הנפגע לפתוח בהליך חדש (הליך הבזיון), והדבר מחייב את הנפגע לשאת מחדש בעלויות ניהול ההליך.⁷⁷ לעומתו, שיעור הקנס המרתיע נפסק בבית המשפט במעמד מתן פסק הדין לאכיפה, ולכן עלויותיו אמורות להיות זולות יותר לנפגע; שנית, הקנס בפקודת הבזיון נפסק רק לאחר שהמפר הפר את צו האכיפה, ועל כן הסברה היא שהוא מכוון רק כלפי הפרה עתידית נוספת.⁷⁸ כך נוצר מקטע זמן שבו אין מוטלת על המפר סנקציה כספית על האיחור בביצוע הצו. בניגוד לזה, בצו המרתיע יפעל הקנס מהיום הראשון שבו המפר אינו מקיים את הצו; שלישית, בפקודת בזיון בית המשפט ניתן לפסוק קנס גלובלי, ואין צורך לפסוק קנס יומי דווקא; רביעית, בפקודת בזיון בית המשפט הזכאות בכספי הקנס היא לאוצר המדינה,⁷⁹ ואילו בצו המרתיע הזכאות בכספים היא לנפגע.

במציאות הפערים בין מנגנון הפקודה למנגנון צו מרתיע בשני ההבדלים הראשונים הם מינוריים. כפי שניתן היה להתרשם מתיאור הניסיון שנצבר בהפעלת תרופת *Astreinte* בצרפת, הפעלת התרופה מצריכה לפחות שני הליכים: הליך ראשון (קביעת גובה הקנס הזמני) נעשה בהליך הראשי במעמד מתן פסק הדין לאכיפה. אך חישוב הקנס שצבר המפר וחילוט הקנס לטובת הנפגע נעשה בהליך נוסף ונפרד של עריכת החשבון הסופי (הליך *Liquidation*), והוא מטיל על הנפגע עלויות חדשות. בנוסף, אם הקנס שייקבע יהיה נמוך מדי, רשאי הנפגע לבקש להגדיל את שיעור הקנס היומי (בקשה זו תחשב הוצאת *Astreinte* חדש). וגם את הקנס הזה יצטרך הנפגע לבקש לחלט בהליך *Liquidation* נוסף.⁸⁰ למעשה, כפי שהוסבר קודם לכן, כשהמפר פועל מתוך העדפת זמן קיים סיכוי לא מבוטל כי

76 אף על פי שבקשה לאסור מפר צו נעשית על ידי הנפגע מהפרת הצו, שיקול הדעת הבלעדי לאשר את הבקשה הוא לבית המשפט הדן בהליך הבזיון. ראו ע"פ 423/88 גלבנדיאן נ' גלבנדיאן, פ"ד מר (3) 126 (1970).

77 דויטש, לעיל ה"ש 2, בעמ' 367.

78 ראו למשל גורן, לעיל ה"ש 74, בעמ' 857 ("מדובר במנגנון אשר האפקט המעשי של הפעלתו אינו שונה מהשתת עונש פלילי. עם זאת, מדובר בשלב ראשון של עונש מותנה בלבד, אשר ניתן להפעילו רק במקרה של הפרה עתידית"). להשוואה ראו להלן ה"ש 81 והטקסט הסמוך לה.

79 ראו למשל גורן, לעיל ה"ש 74, בעמ' 861.

80 השווה לה"ש 47 ולטקסט הסמוך לה.

הנפגע יצטרך להגיש כמה בקשות לתיקון גובה הקנס, כיוון שבית המשפט אינו יכול לחשב את הרווח של המפר מהפרת הצו, ולכן כוחו מוגבל להטלת קנסות בשיטת "ניסוי והתבוננות בהתנהגות המפר". אין לצפות כי ריבוי הליכים אלה (על הטענות המשפטיות והעובדתיות הנטענות בהן כמוסבר) יתומחר על ידי עורכי דין בתעריף זול מניהול הליך בית המשפט רק כיוון שהליכי Liquidation והוצאת Astreinte חדש ייעשו בהוצאה לפועל (אם זו כוונת המחוקק). סביר יותר כי ההליכים יתומחרו לפי כמות העבודה שתידרש מעורכי הדין בייצוג לקוחותיהם בהליכים אלה. באשר להבדל השני שבין המוסדות (מנגנון הפקודה צופה פני עתיד), פסק דין שניתן בעשור האחרון בבית המשפט העליון קבע בדעת רוב כי הקנס מכוח דיני הבזיון אינו חייב לשאת אופי עתידי בלבד, וכי ניתן לחייב את המפר בקנס גם על הפרת הצו שכבר בוצעה.⁸¹

מכאן שההבדלים המהותיים בין שני המוסדות הם בגמישות הקיימת בפקודה לקבוע קנס גלובלי ולא בהכרח יומי, ובכך שהזכאות בכספי הקנס במנגנון צו מרתיע היא לנפגע דווקא ולא לאוצר המדינה. כפי שראינו, מתן זכאות לנפגע בכספי הקנס עלולה לגרום לכישלון הצדדים להגיע ביניהם להסכם ולהפרת הצו שתבוא בעקבותיו, ולכן אינה רצויה. עם זאת בישראל הועלתה הסברה כי מתן זכאות לנפגע בכספי הקנס תמריץ נפגעים להשתמש במנגנון צו מרתיע בניגוד לתת-שימוש הנעשה (לפי הנטען) בפקודת בזיון בית המשפט במתכונתה העכשווית.⁸² השאלה היא אם אספקת תמריצים אופטימליים לנפגע מצריכים גם את זיכוי של הנפגע בכספי הצו. כדי לנתח את האמור אסתייע במסקנות מעבודתו של פרופסור אלן שוורץ על דרך הפעולה שבה בוחרים נפגעים מהפרה, שניתנת להם הברירה בין תביעת אכיפה לתביעת פיצויים.⁸³ שיקולי הבחירה שאותם מתאר שוורץ מובילים למסקנה כי הזכאות בכספי הקנס אינה שיקול אצל נפגע הזקוק לאכיפה של החוזה. כדי להתחיל, חשוב להזכיר כי תשלום הקנס נעשה על ידי המפר ולא על ידי הנפגע, וההחלטה אם ומתי להפר צו תלויה בתשלומים שהמפר יישא בהם ולא בשאלה מי מקבל את התשלום.

כפי שהסביר פרופסור שוורץ, דרישה לאכיפה אינה הכלל אלא היוצא מן הכלל. לנפגעים מהפרה תמריץ חזק לתבוע פיצויים כאשר הם מפצים, גם משום שהביצוע של המפר ייעשה במחאה, ולכן תביעת אכיפה צפויה להיות סבוכה ועלולה לדרוש הליכים משפטיים ארוכים. אכיפה תידרש לרוב כאשר פיצויים לא יפצו את הנפגע – לא יצליחו

81 ראו ע"פ 5177/03 מור נ' דנצינגר – משק פרחים "דן", פ"ד נח(4) 184, 188, 191 (2004), פס' 1 לפסק דינו של הנשיא ברק, שאליו הצטרפה השופטת חיות בנוגע לנושא זה: "לשיטתי, בית המשפט יכול, בנסיבות מתאימות, להטיל קנס ב'פועל', על אתר, בלא להמתין להפרה שתבוא לאחר הטלתו, ובלבד שמטרת הקנס אינה הענשה על ההתנהגות בעבר, אלא הרתעה כנגד הפרות נוספות בעתיד". יוער כי זו היתה עמדתו של הנשיא ברק גם בפרשות קודמות שהובאו לפניו בשאלה זו. ראו למשל ע"א 24/78 ויטקו כימיכלים בע"מ נ' סלמאן, פ"ד לג(3) 101, 106 (1979). פס' 1 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק: "כידוע, רשאי בית המשפט להטיל מאסר או קנס 'בפועל' או 'על תנאי'. במקרה הראשון הכפייה פועלת מיד והיא תופסק לגבי העתיד אם יוכח שהצו קויים. במקרה השני הכפייה מוטלת באופן נורמטיבי בלבד, ובית המשפט יפעיל אותה הלכה למעשה, בהליך עתידי, אם יוכח שהצו טרם קויים".

82 ראו לעיל ה"ש 71 והטקסט הסמוך לה.

83 Schwartz, לעיל ה"ש 4, בעמ' 274–278.

להעמיד אותו במצב שבו היה לו החוזה עמו קיים. למשל, כאשר המוצר או השירות הם ייחודיים ואי אפשר למצוא להם תחליף טוב בשוק. במצבים הפוכים, כשהנפגע יכול להשיג בשוק תחליף טוב למושא החוזה, הוא יוכל לקבל את הערך הצפוי מהחוזה דרך רכישת תחליף בשוק, ולכן תביעת פיצויים על הברדל בין המחיר המוסכם למחיר השוק תעמיד אותו במצב שלם.⁸⁴ מכאן שדרישה לאכיפה באה להבטיח לנפגע שהוא יקבל את הערך שמובטח לו מהחוזה, אם דרך ביצוע (בחוזה יעיל) ואם בפיצוי הולם שיתקבל לאחר משא ומתן בין הצדדים (בחוזה לא יעיל). השאלה מי זכאי לכספי הקנס כלל אינה נכנסת למשוואה זו. אלא שקביעת קנס גבוה מספיק (בין שמדובר בהליך בזיון בית המשפט ובין שמדובר בדרך מנגנון צו מרתיע) תוביל לכך שלמפר יהיה כדאי לקיים את הצו או להגיע להסכם עם הנפגע להפסיק את החוזה. הנפגע, בתורו, ישתמש בכל מנגנון שישלול מהמפר את הרווחים מהפרת הצו כשהוא זקוק לצו אכיפה כדי להגן על הערך שאותו ציפה לקבל מהחוזה. הזכאות בכספי הקנס אינה שיקול לדידו בהחלטה אם לבקש להפעיל את מנגנון הקנס נגד המפר.

כיוון שזכאות הנפגע בכספי הקנס וקביעת קנס יומי במקום גלובלי אינם נחוצים לשם הרתעה, נראה כי פקודת בזיון בית המשפט עדיפה על מנגנון הצו המרתיע בשניים: ראשית, הזכאות בכספי הקנס היא למערכת המשפט ולא לנפגע, ולכן אין חשש כי משא ומתן בין הצדדים לסיום הסכסוך לאחר מתן צו אכיפה ייכשל; שנית, הקנס שבית המשפט מוסמך לפסוק הוא גלובלי ולא יומי, ולכן אין צורך לחשב את אורך תקופת הפרת הצו, והדבר מקל את החישוב. מכאן שאם פקודת בזיון בית המשפט נכשלה ביצירת הרתעה מספקת מפני הפרות צווים, יש לחפש את הבעיה בקושי של בית המשפט בקביעת גודל הקנס ולא בנמען של הקנס. סביר כי הקושי בהפעלת פקודת בזיון בית המשפט מצביע על קושי בחישוב הרווח המימוני שהמפר מפיק מהפרת הצו. מטרתי בחלק הבא היא להציע מנגנון תחליפי לצו המרתיע ולפקודת בזיון בית המשפט, המתוכנן באופן שישלול את הרווח מהפרת הצו מבלי שבית המשפט יצטרך לוודא לא את ההוצאות/הכנסות הנומינליות של המפר ולא את ערך הזמן שלו.

ד. פתרון משופר: הפקדת ערובה לקיום

מההשוואה בין מנגנון צו מרתיע לפקודת בזיון בית המשפט ראינו כי עדיף לאמץ מנגנון שיפסוק נגד המפר קנס גלובלי ולא קנס יומי כדי להימנע מהצורך לחשב את אורך התקופה שבה המפר מתכוון שלא לקיים את הצו. בנוסף, רצוי לקבוע את הזכאות בכספי הקנס למערכת המשפט ולא לנפגע כדי לא להכשיל משא ומתן בין הצדדים שיכול למנוע את הפרת הצו. שני רכיבים אלה נמצאים במנגנון פקודת בזיון בית המשפט, וניתן לאמצם לכל מנגנון שנבנה בקלות. בנוסף, אנו מחפשים מנגנון חלופי שיקיים גם את שני התנאים האלה, שאינם קיימים במנגנונים הקיימים: א) רכיב במנגנון שמאפשר לשלול מהמפר את הרווח המימוני מבלי שבית המשפט יצטרך לנחש את ערך הזמן שהמפר מפיק מהפרת הצו; ב)

רכיב במנגנון שקובע את הסכום שאותו צריך להפקיד המפר ויסיפק כדי לשלול את הרווח הנומינלי מהפרת הצו בחוזים יעילים ולא יעילים כאחד.

המנגנון המוצע הוא כדלקמן:

חוק

בית המשפט יצווה על המפר להפקיד ערובה לקיום הצו. סכום זה יישא הפרשי הצמדה וריבית עד להפקדתו בפועל בקופת בית המשפט. בית המשפט יצווה על השבת הסכום בערכו הנומינלי למפר (ללא הפרשי הצמדה וריבית) לאחר שהמפר ימציא הוכחות שביצע את הצו, או כשהצדדים יודיעו לבית המשפט שהגיעו ביניהם להסדר, ולאחר שיחזיק בסכום הערובה תקופה נוספת העולה כדי מספר הימים מיום מתן פסק הדין לאכיפה ועד להפקדת הערובה בקופת בית המשפט. אם הנפגע יודיע לבית המשפט כי המפר אינו מקיים את צו האכיפה וחלפו 60 יום ממתן הצו, בית המשפט מוסמך לחלט את הערובה. פירות ההפקדה או חילוט הערובה הם לטובת אוצר המדינה.

שימו לב שלחוק שני חלקים: החלק הראשון מדבר על הפקדה בלבד כאשר הכסף המופקד מוחזר (ללא הפרשי הצמדה וריבית) למפר לאחר תום הביצוע. החלק השני בא לטפל במצב שבו למרות פסק הדין לאכיפה שניתן נגדו, החייב אינו מתחיל לבצע את הצו. כל אחד מהחלקים הללו בא לפתור בעיה אחרת. ההפקדה והשבת הכסף למפר בערך נומינלי נועדה למחוק את הרווח המימוני מהפרת הצו, ואילו חילוט סכום ההפקדה בתנאים מסוימים נועד למחוק את הרווח הנובע מהזולה בעלויות הביצוע.

אסביר קודם כיצד הפקדת הערובה והשבתה למפר בערך נומינלי עובדת. נניח שביום ה-1.1 נתן בית המשפט פסק דין לאכיפה נגד המפר. במועד זה הוא מחייב את המפר להפקיד ערובה לקיום הצו. נניח עוד שביום ה-1.9 (שמונה חודשים לאחר מכן) יודיעו הצדדים לבית המשפט שהצו בוצע. הניחו בנוסף שבבית המשפט התברר שהמפר הפקיד את הערובה ביום ה-1.2. במקרה כזה ישחרר בית המשפט למפר את סכום הערובה בערכו הנומינלי ביום ה-1.10 (כעבור 9 חודשים מיום מתן פסק הדין לאכיפה). בסך הכול יחזיק בית המשפט בסכום הערובה תקופה השווה לתקופה שחלפה מיום מתן פסק הדין לאכיפה ועד לסיום הסכסוך בפועל.

היתרון המרכזי של המנגנון המוצע הוא הרכיב הקובע שהנפגע יקבל השבה של הערובה שיפקיד בערך נומינלי. רכיב ההשבה הנומינלית הוא שמוחק את הרווח המימוני שהמפר מצפה להרוויח מהפרת צו האכיפה, מבלי שבית המשפט יצטרך לוודא את גורם ההיוון הסובייקטיבי של המפר, שאין ביכולתו לוודא.

כדאי להתעכב על הנקודה הזו ולהסבירה. הניחו למשל כי הרווח של החייב מהפרת הצו הוא X שקלים למשך תקופה של T חודשים (או שנים). גודל הרווח תלוי בגורם ההיוון הפרטי של המפר שאינו ניתן למדידה על ידי בית המשפט. אם אותו אדם יצטרך להפקיד את אותם X שקלים למשך T חודשים (או שנים) ויקבל השבה של X שקלים בערך נומינלי, ההפסד מההפקדה ימחק את הרווח המימוני מהפרת הצו במלואו.

כעת נתייחס לחלקו השני של החוק, העוסק בחילוט הערובה בתנאים מסוימים, ולרווח מירידה בעלויות הביצוע. חשוב לציין כי מקרים של הפרת צווי אכיפה עקב ירידת עלויות צפויה מראש עשויים להיות נדירים. ראשית, יש לזכור כי מדובר רק בחוזים יעילים, מכיוון שבחוזים לא יעילים החוזה לא יבוצע, ולכן לא קיים מצב של ירידה בעלויות. שנית, מדובר במקרים שבהם המפר צופה את השינויים מראש ואינו יכול לממשם אלא אם ידחה את הביצוע לתקופה מאוחרת. למרות נדירותם, אם וכאשר מקרה כזה מתרחש, אבדן הריבית וההצמדה מהפקדת הערובה עלול שלא להספיק כדי למחוק את הרווח מההפרה. במצב זה שלילת הרווח מהפרת הצו במלואו דורש את חילוט כל פירות ההפרה. כדי להשיג מטרה זו החוק קובע כי אם המפר לא יתחיל לבצע את צו האכיפה תוך זמן סביר מיום שניתן הצו – בית המשפט מוסמך לחלט את הערובה. יש לשים לב שהתקופה של 60 יום הקבועה בחוק אינה מחויבת המציאות אלא באה לייצג תקופה שמצד אחד קצרה מספיק כדי לא להיחשב ביוזי של בית המשפט, ומצד אחר ארוכה מספיק כדי לאפשר למפר להתארגן ולהתחיל בביצוע הצו. השאלה הבאה היא איך לקבוע את סכום הערובה.

1. שיעור הערובה הנדרש בצווי "עשה"

גובה הערובה שמומלץ לדרוש בהפקדה הוא הערך שמייחס הנפגע לביצוע החוזה. ערך זה מורכב מהפיצוי על הנזק הישיר שבו היה בית המשפט מכיר לו בחר הנפגע להגיש תביעה לפיצויים במקום תביעה לאכיפה (אין צורך למדוד את הנזק התוצאתי מההפרה) בתוספת החלק ממחיר החוזה שכבר שולם. עלינו להוכיח כי הפקדה בשיעור זה מספיקה כדי לשלול את הרווח מהפרת הצו בין שהחוזה יעיל ובין שלא, ובין שהרווח הוא מימוני בלבד ובין שהוא כולל בתוכו גם רכיב של חיסכון בעלויות.

בסיטואציה שניתחנו, כשהחוזה יעיל, עלויות ביצוע החוזה בנקודת זמן 2 ובנקודת זמן 3 היו זהות (ראו תרשים 1). במקרה זה הרווח של המפר מהפרת הצו נובע אך ורק מדחיית ההוצאה לנקודת זמן 3 (רווח מימוני). די היה אפוא לצוות על המפר להפקיד את אותו הסכום שאותו הוא דוחה כבר ביום מתן פסק הדין, כדי למחוק לחלוטין את הרווח מהפרת הצו. הסיבה לכך היא זו: הרווח נובע מדחיית ההוצאה, אך אם בית המשפט יצווה על המפר להפקיד את הסכום שאותו הוא מבקש לדחות, הוא ישלול ממנו את הרווח מהפרת הצו במלואו. בדוגמה שבתרשים 1 המפר רוצה לדחות הוצאה של 1,000 לנקודת זמן 3. כמו כן המחיר החוזי שולם מראש. לכן אם בית המשפט יצווה על המפר להפקיד את אותם 1,000 כערובה בנקודת זמן 2, הוא ימחק את הרווח המימוני שהמפר מצפה להרוויח מדחיית ההוצאה לנקודת זמן 3. כמוכן, אם נדרוש מהמפר להפקיד סכום גבוה מזה – למשל את הערך שהנפגע מייחס לביצוע החוזה – לא יהיה כדאי למפר להפר את הצו, וסכום כזה יספיק כדי למחוק את הרווח המימוני מהפרת הצו גם אם עלות הביצוע אינה זהה בנקודות זמן 2 ו-3.

כשהחוזה אינו יעיל, אותה ערובה, בשיעור הערך שמייחס הנפגע לביצוע החוזה, תספיק כדי לשלול את התמריץ להפר את הצו. כדי להבין את הסיבה לכך, נתחיל את ההסבר מהסוף: כאמור, מטרתו של המפר היא לייאש את הנפגע מתביעת האכיפה. המפר (וגם הנפגע) יודע שאם יפר את הצו, סופו של הנפגע להתייאש מהביצוע ולהסכים (בנקודת זמן

3) לקבל במקומו את הפיצויים שבית המשפט יפסוק לטובתו אם הוא יחליף את דרישתו לאכיפה בתביעת פיצויים בתוספת השבה של כל סכום ששולם על חשבון התמורה. באמצעות הפרת הצו המפר מצליח להרוויח את ערך הזמן מדחיית תשלום הפיצויים ומדחיית ההשבה לתקופה מאוחרת יותר.

לכן אם נטיל על המפר להפקיד ערובה השווה לסכום שאותו הוא דוחה, אשר כזכור בחוזה לא יעיל שווה לנוק שבו יכיר בית המשפט לנפגע מההפרה בתוספת השבת המחיר ששולם עד כה, יישלל התמריץ להפר את צו האכיפה.

כדי לראות זאת שימו לב כי לאחר הפקדה זו הערך הנוכחי של התשלום שישלם המפר בבית המשפט יהיה שווה בדיוק לערך שהנפגע מייחס לביצוע החוזה; כל הרווח המימוני נמחק. לכן המפר יהיה מוכן לשלם לנפגע במשא ומתן את אותו הערך כדי לקבל את הסכמתו להפסקת החוזה ולהימנע מהפרת צו האכיפה.⁸⁵

מבחינתו של הנפגע, גם הוא אינו יכול להרוויח דבר מכך שצו האכיפה יופר מכיוון שהזכאות בכספי הערובה היא לאוצר המדינה ולא לו. אולם כעת יש לנפגע איום תקף בהגשת תביעה לאכיפה אם המפר לא ישלם לו מיד תמורת הסכמתו להפסקת החוזה. האיום התקף נובע מכך שבבית המשפט ייאלץ המפר לשלם סכום הגבוה מהערך שמייחס הנפגע לביצוע החוזה.⁸⁶ לכן הנפגע יכול לדרוש במשא ומתן עד התשלום שבו יחויב המפר בבית המשפט אך לא מעבר לעלות ביצוע החוזה למפר (שאז המפר יעדיף לחזור לבצע את החוזה הלא יעיל). מכאן שהאיום בהפקדת ערובה בשיעור הערך שמייחס הנפגע לביצוע או בנסיבות מסוימות, האיום בחילוטה של הערובה, הוא שגורם לכך ששני הצדדים מעדיפים לסיים את הסכסוך על הפסקת החוזה הלא יעיל במשא ומתן ולא להגיע כדי הפרת צו האכיפה, באופן שיגרום לדחיית ההתמחרות ביניהם לנקודת זמן 3.

כדי לסכם נקודה זו ראינו כי ערובה בשיעור הערך שהנפגע מייחס לביצוע החוזה תספיק כדי לשלול את הרווח המימוני מהפרת הצו הן בחוזים יעילים והן בחוזים לא יעילים. כאמור, בחוזה יעיל קיימת ערובה נמוכה יותר שתשלול את התמריץ מהפרת הצו, אך יש לזכור כי בית המשפט לא תמיד יודע אם החוזה יעיל או לא יעיל, ולכן לא תמיד יודע מה יעשה המפר בתקופה המאוחרת. על כן יהיה נכון לקבוע סכום אחיד ששיגי את המטרה בכל המקרים. בנוסף, שימו לב שאם המחיר לא שולם, די היה לדרוש מהמפר להפקיד את הפיצוי שאותו הוא יצטרך לשלם לנפגע, אך כשהמחיר שולם במלואו, יש צורך לדרוש מהמפר להפקיד את הערך שהנפגע מייחס לביצוע החוזה (הכולל את הפיצוי בתוספת מחיר החוזה במלואו). דרישה להפקיד בכל מקרה סכום השווה לערך שמייחס הנפגע לביצוע החוזה תספיק כדי למחוק את הרווח מהפרת הצו אם המחיר שולם (במלואו או בחלקו) ואם טרם שולם.

85 שימו לב כי הערובה מוחקת את הרווח מהפרת הצו אך לא בהכרח את הרווח מהפרת החוזה. אם $\beta_1 < 1$ עדיין נשאר למפר תמריץ להפר את החוזה ולהגיע להסכם עם הנפגע על הפסקת החוזה רק בנקודת זמן 2. נחזור לנקודה זו בפרק הבא.

86 לאחר הפעלת מנגנון הפקדת הערובה ישלם המפר 820 בבית המשפט (בהנחה ש- $\beta_1 = 1$) ועוד הוצאות משפט. תשלום זה גבוה מתשלום של 820 במשא ומתן מדי.

לו היה הרווח היחיד שהמפר יכול להרוויח מהפרת הצו רווח פיננסי, די היה בחלקו הראשון של המנגנון המצווה על המפר להפקיד ערובה שתושב לו בערך נומינלי כדי לשלול את התמריץ להפר צווי אכיפה. במצב זה יכולנו לנסח את החוק ללא המשפט האחרון, העוסק בחילוט הערובה בתנאים מסוימים. אך כמוסבר לעיל יש מקרים נדירים שבהם חייב מפר את הצו בצפייה לחיסכון ניכר בעלויות ביצוע החוזה אם יצליח לדחות את ביצוע החוזה לתקופה מאוחרת ממתן הצו נגדו. סיטואציה כזו יכולה להתרחש רק אם עסקינן בחוזה יעיל אשר בכוונת המפר לבצעו. במצבים כאלה הפקדת ערובה והאבדן של ריבית והצמדה מהשבת ההפקדה בערך נומינלי לא תמיד יצליחו למחוק את הרווח מהפרת הצו במלואו, וצווי בית המשפט יופרו. כדי למחוק רווח זה יש לשלול מהמפר את כל פירות הפרת הצו.

קנס בשיעור עלויות ביצוע החוזה ביום מתן פסק הדין לאכיפה יספיק כדי למחוק את הרווח מהפרת הצו במלואו. הסיבה לכך היא זו: רווח מחיסכון בעלויות נובע מההפרש שבין עלויות ביצוע החוזה ביום מתן פסק הדין לאכיפה לעלויות הביצוע לאחר הפרת הצו. לכן די שבית המשפט יחלט את עלויות ביצוע החוזה ביום מתן פסק הדין (שאותן מנסה המפר לדחות באמצעות הפרת הצו) כדי שהרווח הזה יימחק. כיוון שלא תמיד ידע בית המשפט מהן העלויות שאותן דוחה המפר, אפשר לחלופין (כפי שמוצע במנגנון הפקדת הערובה לעיל) לחלט את הערובה בשיעור הערך שמייחס הנפגע לביצוע (זכרו שהחוזה יעיל. לכן לא חשוב כמה גדול יהיה ההפרש בין העלויות – הוא עדיין יהיה קטן מהערך שהנפגע מייחס לביצוע החוזה).⁸⁷ קביעת הסכום במנגנון בערך שהנפגע מייחס לביצוע החוזה (אם הצו יבוצע והסכום יושב בערך נומינלי ואם לא יבוצע והסכום יחולט) מספיקה כדי לשלול את הרווח מהפרת צווים בכל מצבי העולם האפשריים.

2. הרחבת המנגנון: שלילת הרווח המימוני מהפרת חוזה הפסד

כפי שראינו, הפקדת הערובה מוחקת את התמריץ להפר את צו האכיפה, אך עדיין נשאר למפר תמריץ להפר את החוזה ולחזור לקיימו (בחוזה יעיל) לאחר שיינתן פסק דין לאכיפה נגדו. הפרת החוזה כדאית למפר מאותן סיבות שהפרת הצו כדאית. דרך הפרת החוזה המפר מרוויח רווח מימוני, וייתכן גם שירוויח מירידה צפויה בעלויות ביצוע החוזה. את מנגנון הפקדת ערובה לקיום ניתן להרחיב באופן שישלול לחלוטין את התמריץ להפר חוזים לא יעילים, ובמידה רבה הוא ישלול גם את התמריץ להפר חוזים יעילים. החוק המוצע הוא כדלקמן (השינוי מהחוק שהוצע לעיל מודגש למען הנוחות):

חוק

בית המשפט יצווה על המפר להפקיד ערובה לקיום הצו. סכום זה יישא הפרשי הצמדה וריבית עד להפקדתו בפועל בקופת בית המשפט. בית המשפט יצווה על השבת הסכום בערכו הנומינלי למפר (ללא הפרשי הצמדה וריבית) לאחר שהמפר ימציא הוכחות שביצע את הצו, או כשהצדדים יודיעו

87 להסבר קודם בהקשר זה ראו לעיל ה"ש 12.

לבית המשפט שהגיעו ביניהם להסדר, ולאחר שיחזיק בסכום הערובה תקופה נוספת העולה כדי מספר הימים מיום הפרת החוזה ועד להפקדת הערובה בקופת בית המשפט. אם הנפגע יודיע לבית המשפט כי המפר אינו מקיים את צו האכיפה וחלפו 60 יום ממתן הצו, בית המשפט מוסמך לחלט את הערובה. פירות ההפקדה או חילוט הערובה הם לטובת אוצר המדינה.

ספציפית, ההרחבה מאפשרת לשלול את הרווח המימוני מהפרת החוזה. לכן כשהחוזה אינו יעיל, ומטרת ההפרה היא לדחות את תשלום הפיצוי שהנפגע היה מסכים לקבל, התמריץ להפר את החוזה יימחק. בנוסף, בחוזה יעיל, כשהחייב מפר את החוזה רק כדי לדחות את הביצוע לתקופה מאוחרת (ללא ירידה ניכרת צפויה בעלויות הביצוע), גם התמריץ להפר את החוזה יימחק.⁸⁸ מלבד שלילת התמריץ להפרה במקרים אלו, להרחבה המוצעת גם יתרון עקיף חשוב. בפרק המבוא הסברנו כי הפרת צווים מתרחשת הן מסיבות כלכליות והן מהסלמת היחסים בין הצדדים במהלך ההליך המשפטי. בשל הרחבת המנגנון המוצע יישלל התמריץ להפרת החוזה במקרים רבים, ולכן יקטן הסיכוי שצווים יופרו על רקע הסלמה ביחסים בין הצדדים במהלך ההליך המשפטי.

שימו לב כי סכום ההפקדה שנדרש במנגנון הוא עדיין הערך שהנפגע מייחס לביצוע החוזה, אך תקופת ההפקדה הוארכה כדי לשלול את הרווח המימוני שהמפר מפיק מרגע ההפרה (בנקודת זמן 1) ועד לביצוע החוזה לאחר הפרת הצו (בנקודת זמן 3). אסביר כיצד חלופה זו עובדת. נניח שביום ה-1.8 נתן בית המשפט פסק דין לאכיפה נגד המפר. במועד זה הוא מחייב את המפר להפקיד ערובה לקיום הצו. הערובה הופקדה ביום ה-1.9. נניח עוד שביום ה-1.10 (חודש מאוחר להפקדה) יודיעו הצדדים לבית המשפט שהגיעו ביניהם להסדר. הנניח בנוסף שבבית המשפט התברר שההפרה התרחשה ביום ה-1.1. במקרה כזה בית המשפט ישחרר למפר את סכום הערובה בערכו הנומינלי כעבור שמונה חודשים מיום שבו הודיעו הצדדים לבית המשפט שהגיעו ביניהם להסדר. בסך הכול יחזיק בית המשפט בסכום הערובה תקופה השווה לתקופה שחלפה מיום ההפרה ועד לסיום הסכסוך בפועל.

הרחבת המנגנון על אף שהיא רצויה, מעוררת קושי מסוים. הקושי נעוץ במועד הפקדת הערובה. ככלל, ככל שתאריך ההפקדה יהיה קרוב לתאריך ההפרה, כך ההפסד מהפקדת הערובה יהיה קרוב לרווח המימוני מההפרה. בפועל, המועד הטבעי להפקדה הוא יום מתן פסק הדין בערכאה הראשונה לאחר שייקבע שהחוזה הופר והנפגע זכאי לאכיפת החוזה. ברם, ככל שהמצב הפיננסי של המפר רעוע יותר (גורם ההיוון שלו בין נקודת זמן 1 ל-2 נמוך יותר) כך הדחייה מהפקדת הערובה תגרום לפער משמעותי יותר בין הרווח מההפרה להפסד מההפקדה.⁸⁹

כדי להקטין את התמריץ להפרת חוזה הפסד נשאלת השאלה אם ניתן להקדים את מועד ההפקדה כדי להגדיל את הדיוק שבו המנגנון ימחק את הרווח מהפרת החוזה. לשאלה זו ניתן להציע כמה תשובות. ייתכן שיהיה ניתן לפתוח את הליך בירור תביעת האכיפה בהליך

88 יש לזכור כי סכום ההפקדה גדול מעלות הביצוע. לכן ההפקדה המוצעת תצליח למחוק גם את הרווח הצפוי מירידה מתונה בעלויות הביצוע.

89 בנוסף, ככל שמצבו הפיננסי של המפר רעוע יותר, הוא גם בעל אינטרס למשוך את הליכי המשפט וליצור עיכוב מכוון בהליך בירור התביעה.

שבו יברר בית המשפט את חבותו של המפר, ובתום שלב זה יצווה בית המשפט על ההפקדה אם ימצא שהנתבע אכן הפר את החוזה. הצעה נוספת היא להסמיך את בית המשפט לפתוח את הליך הבירור של תביעת האכיפה בהליך הדומה לבקשת סעד זמני, שבו יוכל התובע לדרוש כי הנתבע (המפר) יפקיד את הערובה לקיום. היתרון בהצעה זו הוא כפול: ראשית, בית המשפט ידון בבקשה להפקדת הערובה מיד בפתיחת ההליך ויוכל להורות על ההפקדה אם ימצא שהבקשה מוצדקת. שנית, בקשה לקבלת סעד זמני היא הליך שבו בית המשפט מונחה לבדוק את "סיכויי התובענה", ובכך לא תיפגע זכותו הדיונית של המפר שגרסתו תשמע.⁹⁰

3. האם להותיר את סמכות חילוט הערובה לשיקול דעתו של בית המשפט?

השאלה האחרונה לדיון היא אם לקבוע כי המנגנון יחול אוטומטית על כל מפר כשהסכסוך בין הצדדים לא מצא את פתרונו עד לשלב הכרעת הדין בערכאה הראשונה או להותיר את שיקול הדעת להפעלת המנגנון בידי של השופט היושב בדין בערכאה הראשונה. בנוסח המוצע לעיל הצעתי להבחין בין הפקדת הערובה לחילוט הערובה. במקרה הראשון מוצע להחיל את המנגנון אוטומטית על כל מפר, ובמקרה השני (בחלקו השני של החוק) – להותיר את שיקול הדעת להאריך את התקופה מעבר ל-60 יום עד לחילוט הערובה בידי של בית המשפט מטעמים מיוחדים שיירשמו.

כדי להתחיל את הדיון בשאלת שיקול הדעת שיש להקנות לבית המשפט בהפעלת המנגנון, חשוב להזכיר כי אם מנגנון הפקדת הערובה ייקלט לחקיקה בכללותו, הצפייה היא שהמפר לא ירצה להסתכן לא בהפקדת הערובה וודאי שלא בחילוט. לכן אם המנגנון ייקלט בכללותו לא יהיה צורך להורות למפר להפקיד ערובה וודאי שלא לחלטה. ודוק: מטרתו של המפר היא להקטין את ההפסד מקיום החוזה למינימום האפשרי, ולכן כשהאפשרות להרוויח מהפרת הצו נחסמת בפני המפר, הוא יעדיף לחפש חלופות זולות ורצויות להקטנת ההפסד, למשל לשלם לנפגע תמורה ראויה כדי שיתן את הסכמתו להפסקת החוזה הלא יעיל או לדחייה בביצוע החוזה היעיל. כפי שאראה מיד, תוצאה רצויה זו מותנית בכך שהפקדת הערובה היא אוטומטית.

כשהחוזה הפך לא יעיל והפקדת הערובה היא אוטומטית, התמריץ להפרת החוזה נמחק, ולכן שני הצדדים יעדיפו לסיים את הסכסוך ביניהם מחוץ לכותלי בית המשפט, כמוסבר

90 לבחינת סיכויי התובענה כתנאי למתן סעד זמני ראו, באופן כללי, גורן, לעיל ה"ש 74, בעמ' 521–527. אני מודה לעורך דין חנן מנדל שהציע אפשרות זו. למותר לציין כי ייתכן שקיימים שיקולים נוספים שיהיה להביא בחשבון בבחינת ההצעה להקדים את מועד ההפקדה למועד מוקדם ממתן פסק הדין בערכאה הראשונה. שיקול נגד יכול להיות כי הקדמת מועד ההפקדה לתאריך מוקדם ממתן פסק הדין עלול לפגוע בזכויותיו הקנייניות של המפר. יש לזכור כי בחוזה יעיל סכום ההפקדה גבוה מההוצאה שהמפר דוחה. טענה מסוג זה נטענת בעניין הפעלת סעדים זמניים באופן כללי, והיא הועלתה גם בכתובה על ה-Astreinte בצרפת ובמדינות אחרות שקלטו את המנגנון הצרפתי לחקיקה. לטענה זו ראו Glos, לעיל ה"ש 41, בעמ' 20. עם זאת ניתן לטעון כי דווקא מנגנון הפקדת ערובה ימתן את הפגיעה בקניין של המפר (ככל שיש כזו) כיוון שהמנגנון מציב דרך חישוב עם הוראה באשר לסכום הנמוך ביותר שבית המשפט יכול לגבות (הכוונה לסכום הנמוך ביותר שניתן לווידוא כמוסבר) וייצור את ההרתעה המדויקת מפני הפרת צוים.

לעיל. החיסכון בהצעה זו הוא גם בעלויות שבהן ייאלצו הצדדים לשאת כדי לנתב את הסכסוך לבית המשפט וגם למערכת המשפט בניהול הליך סרק לאכיפה שבסופו צפויים הצדדים להגיע להסכם להפסקת החוזה הלא יעיל. לעומת זאת כשמותירים את שיקול הדעת באשר להפקדת הערובה בידיו של בית המשפט, ייאלצו הצדדים להגיע לבית המשפט כדי לשמוע את החלטתו בשאלה אם יחויב המפר בהפקדת ערובה, ואפשר למנוע מצב לא רצוי זה באמצעות החלה אוטומטית של ההפקדה על כל מפר. גם כשביצוע החוזה יעיל, כדאי להחיל על המפר הפקדה אוטומטית של הערובה מהטעם של חיסכון בעלויות שיפוט, אולם גם כדי לספק הגנה לנפגע. אסביר את טענתי: כשביצוע החוזה יעיל, והרווח שהמפר צופה מהפרת צו האכיפה הוא מימוני בלבד (ואינו מבוסס על ירידה ניכרת בעלויות בתקופה הנדחית), הרווח נעוץ כולו בצפייה של המפר כי בעתיד יהיה לו קל יותר להוציא את ההוצאה הנדרשת לשם קיום החוזה, למשל כשהוא צופה שבעתיד תגדל הכנסתו או שהוא יצליח לפרוץ לשווקים חדשים. צפייה כזו יכולה גם להתבדות.

אם הפקדת הערובה היא אוטומטית, המנגנון מתמרץ את המפר לנקוט צעדים שיקטינו את נזקו מבלי להגיע למצב של הפקדת הערובה בבית המשפט. הוא יסכים לשלם לנפגע תמורת הסכמתו של האחרון לדחייה בביצוע או יקיים את החוזה בהפסד או אולי אף, במקרים קיצוניים, יעדיף למכור את הפרויקט למי שיכול לבצעו בעלויות נמוכות משלו.⁹¹ לעומת זאת כששיקול הדעת אם להטיל את הערובה נמצא בידיו של בית המשפט, תמריצי המפר להקטין את נזקו משתבשים במיוחד אם הוא סבור כי בית המשפט ייתן לו דחייה בביצוע צו האכיפה מבלי להפקיד ערובה לקיום. במצב זה ייתכן שבהמשך הדרך יתברר כי מצבו הפיננסי של המפר אינו משתפר או אולי אף מורע, והדבר יעמיד בסכנה את מסוגלותו של הנפגע לגבות מהמפר פיצויים (אם יתברר שהמפר אינו מסוגל לקיים את הצו) בתקופה הנדחית. כנגד האמור לעיל, ניתן כמובן לטעון כי ייתכן שדווקא מתן שיקול דעת לבית המשפט לפטור את המפר מההפקדה יאפשר לו זמן להתאושש פיננסית. אפשרות כזו ודאי קיימת, אך מערכתית מתן שיקול דעת כזה לבית המשפט אינו רצוי. ראשית, לא ברור, כמוסבר, אם אכן יצליח המפר לשפר את מצבו הפיננסי; שנית, יש לזכור כי בית המשפט לא תמיד ידע אם החוזה יעיל או אינו יעיל (שאז מתן שיקול דעת לבית המשפט לפטור את המפר מההפקדה יגרום להפרת החוזה הלא יעיל ולניתוב הסכסוך לערכאות). בנוסף, כיוון שהצפייה לשיפור במצבו של המפר נעוצה כל כולה בהערכותיו באשר לעתיד, ייתכן כי המפר לא יוכל לגבות את טענתו בראיות שיאפשרו לו להוכיח (ולבית המשפט להשתכנע) את צדקת טענתו. מכל הסיבות הללו אני סבורה כי החלת הערובה אוטומטית על כל מפר רצויה גם להגנת אינטרס הקיום של הנפגע, גם למערכת המשפט, ובסופו של דבר גם למפר.⁹² לעומת זאת ההחלטה על חילוט הערובה שונה במהותה. המקרה היחיד שבו יהיה המפר מוכן להסתכן בחילוט הערובה הוא כאשר הוא עומד להרוויח רווח של ממש עקב קיטון ממשי בעלויות, שיכול להתרחש רק בתקופה הנדחית, אולם אין לו דרך לממשו מיד. כפועל יוצא מכך יוכל המפר להוכיח בבית המשפט שהוא יוכל לעמוד בהתחייבויותיו החוזיות בתקופה הנדחית. לכן נראה לי שמוצדק לתת לבית המשפט את שיקול הדעת להאריך את התקופה עד לחילוט מעבר ל-60 יום הקבועים בחוק מטעמים מיוחדים

91 ראו למשל עניין איזמן, לעיל ה"ש 10.

92 אולם ראו הדיון בשאלת הפגיעה המידתית בקניינו של המפר לעיל בה"ש 90.

שיירשמו. המטרה בחשיפת הטעמים שיובילו את בית המשפט לתת ארכה עד לחילוט היא לספק לנמעני משפט עתידיים ודאות באשר לנסיבות שבהן בית המשפט יסכים לדחייה כזאת.⁹³

1. סיכום ומסקנות

במאמר זה עסקתי בצו מרתיע ובנתונים שעל בית המשפט לדעת כדי לקבוע את הקנס היומי שישלול את הרווח היומי מהפרת צו האכיפה. הראיתי כי הרווח שהמפר מפיק מהפרת הצו ניתן לחישוב אריתמטי, אך ספק אם בית המשפט יוכל לחשב את הרווח הזה כדי לקבוע את שיעור הקנס. כשביצוע החוזה אינו יעיל, המפר מרוויח מסיכול צו האכיפה את דחיית תשלום הפיצוי שהיה הנפגע מסכים לקבל כדי לתת את הסכמתו להפסקת החוזה. בחוזה שיעיל לדחות את ביצועם לתקופה מאוחרת המפר מרוויח משיהוי צו האכיפה לכל התקופה שלה הוא זקוק כדי לשפר את מצבו הפיננסי או להקטין את עלויות ביצוע החוזה. בשני המקרים הרווח הגלובלי שמפרים מפיקים מהפרת הצו מורכב מהמידע הפרטי המצוי ברשותם באשר לערך הזמן שהם מפיקים מדחיית התשלום או הביצוע לתקופה מאוחרת, ומידע זה אינו ניתן להוכחה בבית המשפט.

בנוסף, כדי לחשב את הקנס היומי שימחק את הרווח היומי מהפרת הצו בית המשפט צריך לדעת את אורך התקופה שבה המפר מתכוון לסכל את הצו. בחוזה לא יעילים אורך תקופת הדחייה שלה זקוק המפר היא עד שהנפגע יתייאש מצו האכיפה ויחליף את דרישתו בתביעת פיצויים, ומידע זה אינו קיים בשעה שבית המשפט צריך לקבל את ההחלטה על

93 כאמור, מצבים שבהם המפר צופה קיטון ממשי בעלויות בתקופה הנדחית יכולים להיות למשל כשקבלן מבין שתכנון הפרויקט מחדש יוויל את עלויות הבנייה הכולה ניכרת, או כשהמפר מבין כי בתקופה הנדחית מחיר התשומות לביצוע החוזה ירד ירידה דרסטית. בשני המקרים יוכלו מפרי לבקש דחייה במועד חילוט הערובה, ובלבד שיוכיחו את אורך תקופת הדחייה הנחוצה ויוכלו לעגן את טענתם בראיות. למשל, קבלן בניין שמבקש לתכנן את הפרויקט הקבלני מחדש יוכל להביא בפני בית המשפט ראיות בדבר התקופה הנחוצה להשלמת הליכי התכנון המחודש. דוגמה מאלפת לירידה צפויה בעלויות הייצור מגיעה מההתרחשויות בשוק האנרגיה הישראלי בשנים האחרונות. לישראל הסכם עם מצרים לאספקת גז, שנחתם בשנת 2005. לאחר נפילת שלטון מובאראק במצרים בשנת 2011 אירעה סדרה של פיצוצים חבלניים בצינור הגז בסיני, אשר שיבשו לחלוטין את אספקת הגז הסדירה. כפועל יוצא, עלתה עלות האנרגיה ליצרנים המסתמכים על גז טבעי עלייה ניכרת, אך כבר בתחילת ההתרחשויות החבלניות היה ברור בישראל כי העלייה במחירי הגז היא זמנית. ספציפית, ידוע כבר זמן רב שלישראל עתודות גז גדולות המספיקות לצורך אספקת כל צורכי הגז של ישראל לפחות ל-30 שנה (ראו דברי השר עוזי לנדאו בכנס מטעם המכון למחקרי ביטחון לאומי בנושא "תגליות הגז הטבעי – השלכות אסטרטגיות", 23.11.2010, זמין ב-<http://heb.inss.org.il/index.aspx?id=4351&eventid=2757>), ושהגז משדה הקידוח "תמר" יחל לזרום בשנת 2013 (כפי שאכן קרה). בנסיבות מעין אלו בית המשפט יכול להסכים לדחייה בחילוט הערובה עד לפתרון בעיית האספקה, או דרך שדה הקידוח "תמר" או בצורה אחרת (למשל, הסכמי רגיעה פוליטיים עם מצרים או אספקת גז ממקור אלטרנטיבי). לעניין שיבוש באספקת הגז ועלייה זמנית במחירי התשומות ראו שמואל אבן "מצרים מבטלת את הסכם הגז עם ישראל – משמעויות אסטרטגיות" מבט על 332 (2012), זמין ב-<http://heb.inss.org.il/index.aspx?id=4354&articleid=1213>

שיעור הקנס היומי. כל הסיבות הללו מובילות למסקנה כי למשימת חישוב הקנס המרתיע היומי יש סיבות טובות שלא להסתיים בהצלחה. אם כך הדבר, מנגנון הצו המרתיע יחטיא את מטרתו לשלול את הרווח מהפרת צווים. זאת ועוד, עיון נוסף בפקודת בזיון בית המשפט, שאותה מתוכנן הצו המרתיע להחליף, מלמד כי גם אם הפקודה נכשלה ביצירת הרתעה מספקת מפני הפרות צווים, הכישלון אינו נעוץ באי-זכאותו של הנפגע לכספי הקנס, אלא שבתי המשפט לא ידעו לחשב את הרווח שהמפר מפיק מהפרת הצו, והדבר גרם לנפגעים מהפרת צווים לא לבקש להפעילה.

בחלקו האחרון של המאמר הצעתי מנגנון חלופי לצו המרתיע, שאינו סובל מחסרונותיהם של המנגנונים הקודמים. על פי הצעה זו, בית המשפט יצווה על המפר להפקיד ערובה לקיום הצו. סכום זה יישא הפרשי הצמדה וריבית עד להפקדתו בפועל בקופת בית המשפט. בית המשפט יצווה על השבת הסכום בערכו הנומינלי למפר (ללא הפרשי הצמדה וריבית) לאחר שהמפר ימציא הוכחות שביצע את הצו, או כשהצדדים יודיעו לבית המשפט שהגיעו ביניהם להסדר, ולאחר שיחזיק בסכום הערובה תקופה נוספת העולה כדי מספר הימים מיום מתן פסק הדין ועד להפקדת הערובה. אם הנפגע יודיע לבית המשפט כי המפר אינו מקיים את הצו וחלפו 60 יום ממתן הצו, בית המשפט מוסמך לחלט את הערובה. פירות ההפקדה או חילוט הערובה הם לטובת אוצר המדינה. הראיתי כי מנגנון זה מוחק לחלוטין את הרווח שהמפר מצפה להרוויח מהפרת צו האכיפה מבלי שבית המשפט יצטרך לוודא נתונים שאין ביכולתו לוודא.

נספח

בנספח זה נוכיח כי בכל הנסיבות הרלוונטיות קביעת ערובה בשיעור הערך שמייחס הנפגע לביצוע החוזה (שנגדיר באות V) פחות המחיר החוזי (P), אם טרם שולם, תמחק את הרווח המימוני של המפר מהפרת הצו, ואילו חילוט ערובה בשיעור V (ללא התחשבות בשאלה אם התשלום כבר בוצע אם לאו) תמחק גם את הרווח הנובע מירידה בעלויות ביצוע החוזה. לשם כך נבחין בין חוזה יעיל ($V > C$) לחוזה לא יעיל ($V < C$), בין מצבים שבהם המחיר החוזי שולם מראש (כפי שהונח בגוף המאמר) למצבים שבהם המחיר לא שולם מראש אלא ישולם רק בזמן הביצוע, ובין מקרים שבהם הרווח של המפר נובע מרווח מימוני בלבד לבין מקרים שבהם עלויות הביצוע יורדות. בנספח זה נתייחס להשוואה בין נקודת הזמן שבה ניתן צו האכיפה (נקודת זמן 2) לבין זמן הביצוע או ייאוש הנפגע מצו האכיפה (נקודת זמן 3). נבצע את הניתוח בהנחה שהמפר יצווה להפקיד ערובה בלבד ללא חילוט, ואם בית המשפט יורה על חילוט הכספים – הפסד של המפר מהפרת הצו יהיה גדול אף יותר, ולכן לא יהיה כדאי לו להפר את הצו.

I. רווח מימוני בלבד – ערובה ללא חילוט

א. החוזה יעיל

בחוזה יעיל מקרים שבהם קיים רווח מימוני בלבד הם מקרים שבהם $C_2 \leq C_3$. הרווח מהדחייה בביצוע נובע מכך ש- $C_2 > \beta_2 C_3$.

1. המחיר שולם מראש

ללא ערובה הרווח של המפר מהפרת הצו הוא זה: $C_2 - \beta_2 C_3$. בשל הטלת ערובה בשיעור V שהמפר מקבל חזרה לאחר הביצוע, הרווח מהפרת הצו יהיה זה:

$$C_2 - \beta_2 C_3 - V + \beta_2 V = (C_2 - V) - \beta_2 (C_3 - V) \leq (C_2 - V) - \beta_2 (C_2 - V) = (1 - \beta_2)(C_2 - V) < 0$$
הסימן השלילי מתקבל מכיוון שמדובר בחוזה יעיל.

2. החוזה יעיל והמחיר ישולם בזמן הביצוע

ללא ערובה הרווח של המפר מההפרה הוא זה: $(C_2 - \beta_2 C_3) - (1 - \beta_2)P$. החלק השני של המשוואה מתקבל מפני שדחיית הביצוע כוללת גם את דחיית קבלת התשלום עבור הביצוע, דבר המרע את מצבו של המפר. בשל הטלת ערובה בשיעור $V - P$ (הפיצוי שאותו היה הנפגע תובע לו בחר להגיש תביעה לפיצויים במקום תביעה לאכיפה) שהמפר מקבל חזרה לאחר הביצוע, הרווח מההפרה יהיה זה:

$$(C_2 - \beta_2 C_3) - (1 - \beta_2)P - (V - P) + \beta_2 (V - P)$$
לאחר פתיחת הסוגריים ביטוי זה זהה לביטוי שבסעיף הקודם, ולכן הוא שלילי.

ב. החוזה אינו יעיל

במקרה זה המפר אינו מקיים את החוזה אלא מפצה את הנפגע. ללא ערובה הרווח של המפר מהפרת הצו הוא זה: $V - \beta_2 V$.

1. המחיר שולם מראש

בשל הטלת ערובה בשיעור V שהמפר מקבל חזרה לאחר שהצדדים יודיעו שהגיעו ביניהם להסכם, הרווח מהפרת הצו יהיה זה: $V - \beta_2 V - V + \beta_2 V = 0$. (שימו לב שהנפגע תובע אכיפה, ולכן אינו יכול לדרוש השבה של מחיר החוזה).

2. המחיר טרם שולם (על פי החוזה, הנושה אמור לשלם רק בעת הביצוע)

ללא ערובה הרווח של המפר מההפרה הוא זה: $(V - P) - \beta_2 (V - P)$. בשל הטלת ערובה בגובה $V - P$ שהמפר מקבל חזרה לאחר הביצוע, הרווח מההפרה יהיה זה:

$$(V - P) - \beta_2 (V - P) - (V - P) + \beta_2 (V - P) = 0$$

II. הרווח הוא גם תוצאה של חיסכון בעלויות ביצוע החוזה – ערובה בשיעור V שתחולט אם החוזה לא יבוצע.

כאן מדובר בחוזה יעיל בלבד, כלומר במקרה שבו $C_2 > C_3$. הרווח של המפר מדחיית הביצוע הוא זה: $C_2 - \beta_2 C_3$. לאחר הטלת ערובה בגובה V שתחולט אם הצו לא יבוצע, יהיה הרווח של המפר $C_2 - \beta_2 C_3 - V < 0$.
בכל המקרים לא נותר למפר רווח חיובי לאחר הטלת הערובה או חילוטה, ולכן הוא אינו צפוי להפר את הצו.
מש"ל.