

## אי-ההתאמה של תרופת הניכוי: על הכדאיות המוגבלת של ניכוי מהמחיר בדין הישראלי

מאת

### דוד אלקינס ומשה גלברד\*

ניכוי מהמחיר הוא תרופה כספית בשל אי-ההתאמה. בדין הישראלי התרופה מוסדרת בחוקי החוזים המיוחדים: בחוק המכר, בחוק השכירות והשאלה, בחוק חוזה קבלנות ובתוספת לחוק המכר (מכר טובין בין לאומי). במשך השנים היה השימוש בתרופה זו מועט מאוד, לפחות ככל שהדבר בא לידי ביטוי בפסיקה.

במסגרת סעיף 498 לתזכיר חוק דיני ממונות מוצע לאחד את סעיפי הניכוי הנפרדים להסדר משפטי אחד וכולל. אגב כך אף נעשה ניסיון לשרג את מעמדה של תרופת הניכוי בכמה היבטים: ראשית, הניסוח הכללי של הסעיף המוצע עשוי לאפשר להחיל אותה גם במצבים שאינם נכללים כיום בסעיפי החוק; שנית, מבחינת מיקומה תועתק התרופה מחוקי החוזים המיוחדים אל החלק הכללי של דיני התרופות; שלישית, סעיף 498 מנוסח בהרחבה בהשוואה לנוסח ה"רזה" של החקיקה הנוכחית. ההנחה שעמדה ביסוד השינויים הללו הייתה שהסדר החדש יהפוך את התרופה למוכרת יותר ומובנת יותר לצרכניו העתידיים של הקודקס האזרחי החדש, וכתוצאה מכך יורחב השימוש בה במשפט הישראלי. המאמר מבקש לכפור בהנחה זו וטוען כי מיעוט השימוש בתרופת הניכוי בישראל נובע מהעובדה שבמרבית המצבים נפגע עשוי לקבל תוצאה כספית טובה יותר אם יעדיף תרופה אחרת. לאור זאת, מסקנת המאמר היא שגם אם תרופת הניכוי תיהפך למוכרת יותר (בשל מיקומה המרכזי בחלק התרופות של הקוד) ומובנת יותר (בשל הניסוח המפורט של סעיף הניכוי), יש להניח שהשימוש בה לא יגבר גם לאחר אימוצו של ההסדר החקיקתי החדש.

בחלק השני של המאמר מוצגת ההיסטוריה של תרופת הניכוי מהמחיר, מהותה ואופן חישובה. נושאים אלה מוצגים בקצרה כרקע הכרחי להבנת הדיון בחלק השלישי של המאמר.

בחלק השלישי והמרכזי של המאמר נערכת השוואה בין שלוש תרופות חלופיות שעשויות לעמוד לטובת הנפגע: ניכוי מהמחיר, פיצויים והשבה בעקבות ביטול החוזה.

\* ד"ר דוד אלקינס הוא מרצה בכיר בבית-הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה; ד"ר משה גלברד הוא מרצה בכיר בבית-הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה. אנו מבקשים להודות מקרב לב לפרופ' איל זמיר, לד"ר יהודה אדר, למשתתפי הסדנה למשפט פרטי בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית ולמערכת כתב העת משפטים על הערותיהם החשובות ומאירות העיניים. כל טעות במאמר היא על אחריותנו בלבד.

יובהר כי ההשוואה איננה עוסקת כלל במישור הערכי: לא נבחנות ההצדקות האפשריות לתרופת הניכוי ולא נדונה השאלה (החשובה) באיזו מידה תרופה זו ראויה יותר או פחות מתרופות אחרות. יתר על כן: גם לא נבדקת השאלה האמפירית באיזו מידה תרופת הניכוי מוכרת בקרב משתמשים פוטנציאליים. הטענה הנבדקת במאמר היא תאורטית במהותה: אנו מניחים כי אם תרופת הניכוי איננה כדאית מבחינה כספית בהשוואה לתרופות אפשריות אחרות, אזי בדרך כלל נפגעים רציונליים לא יבחרו בה. לפיכך, ההשוואה בין שלוש התרופות נוגעת אך ורק לעדיפות הכספית.

בשלב הראשון נבדקים הפרמטרים המתמטיים הרלוונטיים לקביעת סדר העדיפות בין כל זוג של תרופות בנפרד: ניכוי לעומת פיצויים, ניכוי לעומת השבה ופיצויים לעומת השבה. מבדיקה זו עולה כי נקודת החיתוך ביחס לעדיפות של תרופה אחת מהאחרת תלויה בכל פעם במשתנה אחר. בשלב השני נקבע סדר העדיפות בין שלוש התרופות. לצורך כך נערכה טבלה תלת־ממדית המשווה בין כלל המשתנים הרלוונטיים (בשל הקושי הטכני להציג טבלה תלת־מדית במרחב דו־ממדי הוצגו שלוש טבלאות-משנה). בהמשך החלק השלישי תוצאות הטבלה מוסברות ומנותחות בשיטתיות. המסקנה העולה מניתוח זה היא שיש רק מעט מצבים שבהם תרופת הניכוי היא בעדיפות ראשונה; יתר על כן: מצבים אלה מחייבים את התקיימותם יחד של כמה תנאים שאינם שכיחים במציאות. בשאר המצבים, שבהם תרופת הניכוי איננה בעדיפות ראשונה, היא עשויה להיות כדאית עבור הנפגע רק אם התרופה שקודמת לה במדרג איננה ניתנת להפעלה. המגבלות הקיימות במשפט הישראלי ביחס לפיצויים על נזק ישיר (בעניינו: ירידת ערך בשל אי־התאמה) הן מעטות יחסית; בעיקר יש לזכור כי אין צורך להוכיח אשם מצד המפר, בשונה מחלק משיטות המשפט האירופיות. גם המגבלות על השימוש בתרופת הביטול וההשבה הן יחסית מעטות. בהקשר זה יש לזכור את העמדה הליברלית של הדין הישראלי, שלפיה תרופת הביטול ניתנת להפעלה גם לאחר חלוף זמן רב ממועד ההפרה (באמצעות מתן ארכה למפר) וכן את עמדת הדין הישראלי, שלפיה הנפגע זכאי לבחור, לפי שיקול דעתו, בהשבת שווי במקום בהשבה בעין. לאור זאת, נדירים למדי המצבים שבהם ייאלץ נפגע לבחור בתרופת הניכוי משום שלא יוכל להשתמש בתרופה הקודמת לה במדרג. נובע מכך שבמרבית המצבים תהיה תרופת הניכוי מהמחיר נחותה, מבחינת התוצאה הכספית, מתרופה אחרת שהדין הישראלי מעמיד לרשות הנפגע. אם כן, אפשר להניח שגם בעתיד לא צפוי גידול ממשי במידת השימוש בתרופה זו.

חלק ראשון: מבוא. חלק שני: תרופת הניכוי: מקורותיה, מהותה ואופן החישוב. א. רקע כללי. ב. מהותה של תרופת הניכוי. ג. אופן החישוב. חלק שלישי: בחינת פוטנציאל השימוש בתרופת הניכוי במשפט הישראלי. א. השוואה של כדאיות השימוש בתרופת הניכוי אל מול התרופות האחרות. 1. ניכוי לעומת פיצויים; 2. ניכוי לעומת (ביטול ו) השבה; 3. פיצויים לעומת (ביטול ו) השבה; ב. סדר העדיפויות בין שלוש התרופות. 1. כללי; 2. תרופת הניכוי בעדיפות ראשונה; 3. תרופת הניכוי בעדיפות שנייה; 4. תרופת הניכוי בעדיפות שלישית; 5. מצבי שוויון; חלק רביעי: סוף דבר.

## חלק ראשון: מבוא

סעיף 498 לתזכיר חוק דיני ממונות<sup>1</sup> עוסק בתרופת הניכוי.<sup>2</sup> ההסדר המוצע מאגד את סעיפי הניכוי הנפרדים המפורטים כיום בחוק המכר, בחוק חוזה קבלנות ובחוק השכירות והשאלה<sup>3</sup> לכדי הסדר משפטי כולל. האחדה זו היא חלק מהמגמה הכללית שעמדה לנגד עיניהם של מעצבי הקודקס האזרחי החדש – ליצור הסדרי תרופות אחידים, מתואמים ומרוכזים כחלק מהשאיפה להבטיח יתר קוהרנטיות בתחום דיני הממונות.<sup>4</sup>

נראה כי בסעיף 498 יש ניסיון לעשות יותר מאשר האחדה גרידא. במידה מסוימת יש בהסדר אף ניסיון לשרג את תרופת הניכוי יחסית למעמדה הקיים בכמה היבטים: ראשית, הניסוח הכללי של הרישא לסעיף 498 ("הופר חיוב התאמה בנכס או במלאכה") עשוי לאפשר הרחבה של היקף תחולתה של תרופת הניכוי גם על מצבים נוספים, שאינם

- 1 עם סיום עבודתה רבת-השנים של ועדת הקודיפיקציה הוצגה לציבור הצעת הקודיפיקציה באתר האינטרנט של משרד המשפטים. לאחר קבלת תגובות והערות לנוסח שהוצע הוכנסו שינויים מסוימים בהצעה המקורית. הנוסח המתוקן פורסם כתזכיר חוק מטעם משרד המשפטים. שם החוק המוצע הוא "חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006". ניתן לעיין בתזכיר החוק ובדברי ההסבר באתר האינטרנט של משרד המשפטים: [www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F4C8889A-234F-4A90-9B5A-B30C5B1B2E2A/0/mamonot.pdf](http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F4C8889A-234F-4A90-9B5A-B30C5B1B2E2A/0/mamonot.pdf). מטעמי נוחות נכנה לעתים במאמר זה את תזכיר החוק בשם "הצעת הקודיפיקציה".
- 2 נוסחו המלא של הסעיף המוצע הוא זה: "498. (א) הופר חיוב ההתאמה בנכס או במלאכה, זכאי הנפגע לנכות מהתמורה את הסכום האמור בסעיף קטן (ג), ובלבד שנתן למפר הזדמנות סבירה לתיקון אי-ההתאמה, אך המפר לא תיקן אותה תוך זמן סביר. (ב) שילם הנפגע את התמורה בעד הנכס או המלאכה, זכאי הוא להשבה בשיעור הסכום שאותו היה זכאי לנכות על-פי סעיף קטן (א), אלמלא שולמה התמורה. (ג) הניכוי מהתמורה בעד הנכס או המלאכה יחושב בהתאם לשיעור שבו פחת שוויים בשל אי-ההתאמה לעומת שוויים אלמלא אי-ההתאמה; שוויים של הנכס או המלאכה ייקבע על-פי שוויים במועד כריתת החוזה".
- 3 ס' 28 לחוק המכר, התשכ"ח-1968, ס"ח 98; ס' 4(א)(2) לחוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974, ס"ח 110; ס' 9(א)(2) לחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971, ס"ח 160. לדיון מקיף בתרופת הניכוי בחוק המכר ראו איל זמיר חוק המכר, תשכ"ח-1968 586-559 (1987) (להלן: זמיר חוק המכר). לדיון בתרופת הניכוי בחוק חוזה קבלנות ראו איל זמיר חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 548-533 (1994) (להלן: זמיר קבלנות). לדיון בהפחתת דמי השכירות בחוק השכירות והשאלה ולהבדלים שבין תרופת הניכוי בעסקת מכר לבין הפחתת דמי שכירות ראו שלום לרנר שכירות נכסים 242-239 (1990).
- 4 ראו, באופן כללי, פס' 8 ו-24 לדברי המבוא של תזכיר החוק. כן ראו דברי ההסבר לס' 498. ראו גם מיגל דויטש פרשנות הקודקס האזרחי כרך א 25 (2005) (להלן: דויטש פרשנות הקודקס). על הצורך בהאחדת התרופות ראו גם דניאל פרידמן "תרופות בשל הפרת חוזה" עיוני משפט ג 134, 144-143 (1973); מאיר שמגר "מגמות במשפט" עיוני משפט כ 5, 14-23 (1996).

נכללים כיום בשלושת הסעיפים הקיימים.<sup>5</sup> שנית, מבחינת מיקומה ה"גאוגרפי" תועתק התרופה מהפריפריה אל המרכז: מתרופה הקבועה כיום בהסדרי תרופות פרטניים, השייכים לתחום חוקי החוזים המיוחדים, היא תועבר אל החלק הכללי של דיני התרופות. שלישיית, סעיף 498 מנוסח בהרחבה ובפירוט יחסיים בהשוואה לנוסח ה"רוזה" של החקיקה כיום.

5 ראו גבריאלה שלו ויהודה אדר "תרופות בשל הפרת חיוב – מבט על פרק התרופות בהצעת הקודקס האזרחי החדש" קרית המשפט 185, 227-228 (2006). כך, למשל, תרופת הניכוי על-פי חוק השכירות מוגבלת כיום להפרה של חובת המשכיר לתקן פגם לפי ס' 7 לחוק. חובת תיקון זו חלה רק ביחס לפגמים השוללים או מגבילים הגבלה של ממש את השימוש במושכר. נובע כי תרופת הניכוי בחוזה שכירות אינה חלה כיום על מקרים רבים של אי-התאמה שאינם נופלים לגדר התיאור שבס' 7. לעומת זאת, ס' 498 לתזכיר יחול ביחס לכל אי-התאמה במושכר. להיקף תחולתה המוגבל של תרופת הניכוי בחוק השכירות ראו – Eyal Zamir, *Failure of the Remedy of Reduction in Israeli Law* – *Causes and Lessons*, 23 ISR. L. REV. 469 (1989) (להלן: Zamir, *Failure of Reduction*). מעניין לציין כי הנוסח שבתזכיר גם מצמצם את היקפה של תרופת הניכוי כך שהיא לא תחול על מצבי אי-התאמה בחוזה שירות. כיום תרופת הניכוי חלה על חוזה שירות מכוח ס' 4(א)(2) לחוק חוזה קבלנות, אולם על-פי הנוסח המוצע בס' 498 לתזכיר, תרופת הניכוי תחול רק ביחס להפרת חיוב התאמה בנכס או במלאכה. מיגל דויטש, בספרו על פרשנות הקודקס האזרחי, מבקר תוצאה זו וסבור שראוי להחיל את תרופת הניכוי גם לגבי אי-התאמה בחוזה שירות: דויטש פרשנות הקודקס, לעיל ה"ש 4, בעמ' 365. גם במסגרת הפרויקט של האיחוד האירופי להכנת מסמך עקרונות לדיני חוזים כלל-אירופיים (Principles of European Contract Law, להלן: PECL) מוצע להחיל את תרופת הניכוי – לא רק ביחס לאי-התאמה בנכס או במלאכה אלא בנוגע לכל "tender of performance not conforming to the contract" (ס' 9.401 ל-PECL). גישה מרחיבה זו באה לידי ביטוי גם בפרויקט המשך לניסוח עקרונות של קודקס אזרחי רחב באיחוד האירופי (Draft Common Frame of Reference). להלן דוגמה מעניינת שמצאנו בספרות שעוסקת ב-DCFR להדגמת השימוש בתרופת הניכוי ביחס לחוזה שירות: "A passenger flies with a ticket for business class. Unfortunately, an economy class passenger dies during the flight. As economy class is fully booked, the crew decide to transfer the corpse to business class and to tie it to the seat next to the one occupied by A. A may ask for a reduction of price which he or she paid for the flight, because have to sit next to a corpse in business does not conform with the passenger's legitimate expectations, even if the air operator had no alternative option to solve the problem. In such a case it is difficult to determine a value of the reduction, since there is not a market for flights with a corpse placed next to your seat. Possibly the price should at least be reduced to the level of the price for economy class" COMMON FRAME OF REFERENCE AND EXISTING EC CONTRACT LAW 322-323 (Reiner Schulze ed., 2008) (להלן: SCHULZE, COMMON FRAME OF REFERENCE).

שדרוג מעמדה של תרופת הניכוי במסגרת תזכיר חוק דיני ממונות נובע, בין היתר, מיישום המסקנות שהוסקו ביחס לשימוש המועט ביותר שנעשה בתרופת הניכוי עד כה.<sup>6</sup> במאמר שכתב פרופסור איל זמיר נבחנו סיבות אפשריות לכישלונה של תרופה זו בפרקטיקה הנוהגת בישראל.<sup>7</sup> אף-על-פי שחלפו כתשע-עשרה שנים מאז פורסם המאמר, תמונת המצב בעניין זה לא השתנתה מהותית. מידת השימוש בתרופת הניכוי היא זעומה והאזכור המועט של תרופה זו בפסיקה נעשה בדרך-כלל באמרת אגב או באקראי, בלי שנעשה בה שימוש ממשי.<sup>8</sup> מה הסיבות לכך שאין כמעט פסיקה העוסקת בתרופת הניכוי? זמיר בחן במאמרו כמה סיבות אפשריות אולם דחה את רובן. הוא אמנם הצביע על כך שבמערך התרופות הקיים בדין הישראלי תרופות הפיצויים או הביטול עדיפות לעתים על תרופת הניכוי, אולם לדעתו אין זו הסיבה העיקרית לכישלונה של תרופה זו וסיבות אחרות השפיעו על מיעוט השימוש בה. סיבה אחת היא מיקומם ה"נידח" של הסדרי הניכוי.<sup>9</sup> העובדה ששלושת הסעיפים העוסקים בתרופת הניכוי לא נכללו בחוק התרופות הכללי גרמה, לדעתו, להיעדר מודעות מספקת לקיומה של התרופה ולאפשרויות השימוש בה. סיבה מרכזית נוספת הנזכרת במאמר היא הניסוח הלא ברור

6 ראו איל זמיר "הסדרת החוזים המיוחדים בהצעת הקודקס האזרחי" משפטים לו 531, 578-581 (2006), ובעיקר ה"ש 169 והטקסט שלידיה ("ועדת הקודיפיקציה קיבלה אפוא את ההצעות שהועלו בספרות המשפטית לאחד את הוראות הניכוי והעבירן לחלק המשנה העוסק בתרופות") (להלן: זמיר "הסדרת החוזים המיוחדים").

7 *Zamir, Failure of Reduction*, לעיל ה"ש 5. זמיר הוא המלומד שעסק בכתביו בתרופת הניכוי יותר מכל כותב אחר במשפט הישראלי. לכתביו העיקריים בעברית על תרופת הניכוי ראו המקורות המאוזכרים לעיל בה"ש 3, וכן איל זמיר חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973 512 ואילך (2002).

8 למקרים המעטים שבהם הוזכרה תרופת הניכוי בפסיקה (ברובם כבודך אגב וללא דיון מהותי) ראו *Zamir, Failure of Reduction*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 482-484. כאמור, מצב זה לא השתנה מהותית מאז פורסם המאמר בשנת 1989. מבדיקה במאגר "תקדינט" שנערכה בחודש מרץ 2008 עולה כי ס' 28 לחוק המכר מוזכר בפסיקתו של בית המשפט העליון בסך הכול בחמישה פסקי דין, בארבעה מתוכם באופן אגבי. ס' 9(א)(2) לחוק השכירות והשאלה וס' 4(א)(2) לחוק חוזה קבלנות אינם מוזכרים אף לא בפסק דין אחד של בית המשפט העליון. בפסיקה של בתי משפט השלום ובתי המשפט המחוזיים יש כמה אזכורים של הסעיפים הללו אולם בדיקה מעמיקה יותר מגלה כי במרביתם האזכור הוא אקראי וללא דיון מהותי כלשהו. מדובר, לפיכך, בכמות מזערית של פסיקה. כמו זמיר (*Zamir, Failure of Reduction*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 471), אנו מניחים כי מיעוט הפסיקה מעיד כנראה על מיעוט השימוש בתרופה זו. אפשר כמובן לבחון הנחה אמפירית זו גם באמצעות מחקר שדה, אולם אנו סבורים כי פסיקה כה מועטה במשך שנים כה רבות אכן מעידה על שימוש מועט. מכל מקום, כפי שיובהר בהמשך, הטיעון המרכזי במאמרנו הוא טיעון תאורטי שאינו נצרך לחימוכין אמפיריים. לחשיבות האפסית כמעט של תרופת הניכוי בפסיקה בישראל ראו גם מנחם מאוטנר "קיוזו" דיני חיובים – חלק כללי 464, 484 (דניאל פרידמן עורך, 1994); סיני דויטש "חוק המכר – קווים לפירושו והרהורים על יחסי מוכר-צרכן" משפטים יט 493, 506-507 (1990).

9 *Zamir, Failure of Reduction*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 494-495.

של סעיפי הניכוי, העלול לגרום קשיים בהבנה של התרופה, מהותה ואופן הפעלתה.<sup>10</sup> זמיר הוסיף והבהיר כי הנוסח הקצר והלא ברור של סעיפי הניכוי הוא בעייתי במיוחד על רקע העובדה שהמשפטים בישראל, שרובם חונכו על ברכי מסורת תרופתית שמקורה במשפט האנגלי, אינם מכירים מספיק תרופה זו שמקורה במסורת המשפטית של שיטות ה־Civil Law.<sup>11</sup>

מסקנותיו של מחקר זה הן שעמדו לנגד עיניה של ועדת הקודיפיקציה עת קבעה את מיקומו ואת נוסחו של סעיף 498.<sup>12</sup> הסעיף המוצע ממוקם לפיכך בתוך חלק התרופות, בסמוך לשאר התרופות המרכזיות בגין הפרת חיוב – ובכך אמורה לבוא על פתרונה בעיית ה"נידחות" של תרופת הניכוי. הסעיף גם מנוסח בהרחבה יחסית ומפרט באופן בהיר למדי את אופן הפעלתה של התרופה, את מהותה ואת מאפייניה, וכך אמור לבוא על תיקונו הקושי הנובע מאי-הבנת מהותה של התרופה ושל אופן השימוש בה. האם בעקבות השינויים הללו צפויה תרופת הניכוי להיחפך לתרופה שימושית יותר? במאמר זה אנו מבקשים להטיל בכך ספק. עקרונית, איננו חולקים על תקפות הנחותיו של זמיר; עם זאת אנו סבורים כי אף אם הנחותיו (האמפיריות) נכונות, יש סיבה נוספת – במישור המהותי – למיעוט השימוש בתרופה זו. הסיבה היא שכמעט בכל מצב נתון עדיפה מתרופת הניכוי תרופה אחרת העומדת לרשות הנפגע בדין הישראלי, לפחות מבחינת ערכה הכספי. הדבר נובע, בין היתר, מכך שתרופת הניכוי היא במידה רבה נטע זר בדיני התרופות שלנו. כפי שיוסבר בהמשך, תרופת הניכוי עשויה להיות כדאית עבור הנפגע בעיקר במצבים בהם הדין מגביל או שולל את זכאותו לתרופות אחרות, שעשויות להיות עדיפות עבורו. מצב כזה מתקיים בחלק משיטות המשפט האירופיות. בישראל,

10 שם, בעמ' 495. ראו גם זמיר "הסדרת החוזים המיוחדים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 578.

11 ראו Zamir, *Failure of Reduction*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 496. ראו גם זמיר קבלנות, לעיל ה"ש 3, בעמ' 535 ("יש לקוות שבמסגרת ההאחדה של החוקים הנפרדים לקודקס אזרחי שלם, תאוחדנה הוראות הניכוי, תועברנה לפרק התרופות הכללי ותנוסחנה ביתר בהירות ודיוק. אם כך ייעשה, ניתן לצפות להגברת המודעות של המשפטים לתרופה זו ולהגברת שימושיותה"). מסקנה דומה אפשר למצוא גם בספרות הזרה. על מיעוט השימוש בתרופת הניכוי מהמחיר באנגליה גם לאחר שתרופה זו הוכנסה אל תוך המשפט האנגלי – לפחות באופן חלקי, הן במסגרת האמנה למכר טובין בין-לאומי (אמנת CISG) שאנגליה צד לה והן במסגרת דירקטיבות של האיחוד האירופי, העוסקות במכר צרכני (Consumer Sales Directive Art. 3(5)) וחלות באנגליה מכוח היותה חברה באיחוד – ראו, למשל, HANNA SIVESAND, THE BUYER'S REMEDIES FOR NON-CONFORMING GOODS: SHOULD THERE BE FREE CHOICE OR ARE RESTRICTIONS NECESSARY? 65-66 (2005): "[...] In the end what matters seems to be how familiar the parties and the courts actually are with price reduction as a legal tool".

12 הנוסח המוצע בס' 498 מבוסס בעיקרו על הנוסח שהציע זמיר: Zamir, *Failure of Reduction*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 501-500. עם זאת, אין זהות מלאה בין שני הנוסחים. לביקורת על חלקים מהנוסח שבתזכיר ראו זמיר "הסדרת החוזים המיוחדים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 578-581.

המגבלות שהדין מטיל על הפעלה של תרופת הפיצויים ועל השימוש בתרופת הביטול וההשבה הן מעטות, ועל כן כמעט בכל מצב נתון תעמוד לרשות הנפגע תרופה אחרת, שתוצאותיה הכספיות עדיפות מאלה של תרופת הניכוי מהמחיר. לפיכך אנו סבורים כי אף אם הקשיים שעליהם הצביע זמיר יבואו על פתרון, לא יהיה בכך כדי להעיר את תרופת הניכוי מהתרדמת הנורמטיבית שבה היא נתונה. יתר על כן: ניתן אף לשער כי אילו שתי הסיבות שעליהן הצביע זמיר היו הסיבות המרכזיות להיעדר השימוש בתרופת הניכוי, הרי עם חלוף הזמן הן היו אמורות לאבד מעוצמתן, שהרי במשך השנים זכתה תרופת הניכוי לחשיפה מסוימת בספרות המשפטית.<sup>13</sup> אפשר להניח כי אם תרופת הניכוי אכן הייתה כדאית ויעילה, הרי גם אם הייתה בלתי-מוכרת בשנותיה הראשונות היא הייתה מן הסתם "מתגלה" במהרה, "עושה לעצמה שם" בקרב עורכי-הדין והמשפטים ובחלוף השנים תופסת את מקומה הראוי בין התרופות. אנו משערים כי אף בתחום זה, כמו בתחומים אחרים של שוק חופשי (והברירה בין תרופות שונות אף היא סוג של שוק חופשי), מתרחש מעין תהליך של "ברירה טבעית". כל דבר שהוא טוב, כדאי ומוצלח זוכה לשימושים חוזרים ונשנים והשימוש בו מועתק וממוחזר גם על-ידי אחרים, ואילו דבר שאינו מוצלח, אינו כדאי ואינו יעיל סופו שהוא נזנח ונעלם. הכתיבה על תחולתן של

13 יתר על כן, רע"א 7642/97 שטרית נ' נוסבאום, פ"ד נג(3) 516, 520 (1999) (להלן: פרשת שטרית), הוא המקרה היחיד בפסיקתו של בית המשפט העליון, למיטב ידיעתנו, שבו נתבקשה ואף הוענקה לתובע תרופת הניכוי. על-פי הניתוח שלהלן ברי כי באותו מקרה עמדה לרשות הקונים תרופה אחרת, כדאית יותר. מדוע אם כן בחרו הקונים בתרופת הניכוי דווקא? בית המשפט הסביר זאת כך: "[...] מאחר שלא היו מעוניינים לבטל את המכר כולו, בשל השקעותיהם בנכס, הם נזקקו לתרופה המיוחדת לעיסקאות מכר, הלא היא ניכוי מהמחיר [...]". כפי שיובהר בהמשך המאמר, הסבר זה מוקשה. ראשית, מפני שהיעדר אפשרות לבצע השבה של נכס בעין (למשל בשל השקעות בו) אינו מונע הפעלה של תרופת הביטול, שכן החוק מאפשר לנפגע, לפי בחירתו, להמיר השבה בעין בהשבת שווי. שנית, מפני שעל-פי תוניה שוק המקרקעין בשנים שבהן מדובר בפסק הדין (תחילת שנות התשעים), חלה עליה עקבית וניכרת במחירם של נכסי מקרקעין בישראל – ועל כן הנפגע היה אמור לכאורה להעדיף דווקא פיצויים מניכוי. בשיחה טלפונית שערכנו עם באי-כוחם של שטרית התברר לנו כי הבחירה בתרופת הניכוי הייתה מבוססת על ההנחה שתרופה זו עדיפה רק בשל אופייה כסעד עצמי, לאור העובדה שבידי הקונים היה עדיין סכום של 30 אלף דולר שטרם שולם למוכרים והם היו מעוניינים להותירו בידם. כפי שיוסבר בהמשך, אין לתרופת הניכוי כל עדיפות מבחינת היותה סעד עצמי. באותה מידה יכולים היו הקונים לדרוש פיצויים ולהודיע על קיזוז חלק התמורה שעדיין לא שולם. מכאן עולה, לכאורה, כי המקרה היחיד שנדון בבית המשפט העליון שבו נעשה שימוש ממשי בתרופת הניכוי הוא דווקא תוצאה של אי-הבנת המהות של התרופה, של אופן השימוש בה ושל אופן חישובה. במקרה זה, הבנה נכונה הייתה אמורה להביא לכך שהקונים יתבעו פיצויים ולא ניכוי מהמחיר. מסקנה אפשרית היא שהבנה טובה של תרופת הניכוי לא זו בלבד שלא תגביר את השימוש בה אלא עשויה להביא דווקא לתוצאה ההפוכה.

תאוריות אבולוציוניות בתחום המשפט היא רבה.<sup>14</sup> בעקבות הניתוח והדיון במאמר זה הגענו למסקנה שלפיה שדרוג מעמדה של תרופת הניכוי בקודקס – הן מבחינת מיקומה, הן מבחינת היקף תחולתה הפוטנציאלי והן מבחינת בהירות ניסוחה – לא יביאו ככל הנראה לשינוי ניכר במידת השימוש בה.

הצגתה של הצעת הקודיפיקציה לציבור עוררה עניין רב בקרב הקהילה המשפטית בישראל. ככל שחלפו השנים מאז נחקקו החוקים המרכזיים בחקיקה האזרחית שלנו, כבר לפני יותר משלושה עשורים, הלך ופחת בהדרגה העיסוק האקדמי בתחום דיני הממונות ותחומי עניין ומחקר אחרים נטלו את הבכורה. אולם חקר המשפט הפרטי הוא לב המחקר המשפטי בכל שיטת משפט: "הרוצה שיחכים – יעסוק בדיני ממונות".<sup>15</sup> הצעת הקודיפיקציה שבה ומיקדה את תשומת הלב המשפטית בתחום דיני הממונות והיא מספקת הזדמנות נאותה לחזור ולבחון הסדרים משפטיים בתחום זה. מטרתו של המאמר היא לפיכך לנצל הזדמנות זו ולבחון – על רקע הכוונה לשדרג את מעמדה של תרופת הניכוי בהצעת הקודיפיקציה – את התועלת האפשרית שבתרופת הניכוי על רקע המשטר התרופתי בישראל, הן על-פי הדין הנוהג והן לאור הצעת הקודיפיקציה.

אנו מבקשים להבהיר כבר בשלב זה כי השאלה הנבחנת איננה במישור הערכי. איננו בודקים את ההצדקות האפשריות לתרופת הניכוי ולפיכך אין בכוונתנו לעסוק בשאלה אם היא ראויה יותר או פחות מתרופות אחרות. שאלה חשובה זו חורגת ממסגרת מאמר זה.<sup>16</sup> יתר על כן, גם איננו עוסקים בשאלה האמפירית באיזו מידה תרופת הניכוי מוכרת

14 ראו, למשל, E. Donald Elliott, *The Evolutionary Tradition in Jurisprudence*, 85 COLUM. L. REV. 38 (1985); Herbert Hovenkamp, *Evolutionary Models in Jurisprudence*, 64 TEX. L. REV. 645 (1985); JOHN H. BECKSTROM, *EVOLUTIONARY JURISPRUDENCE: PROSPECTS AND LIMITATIONS ON THE USE OF MODERN DARWINISM THROUGHOUT THE LEGAL PROCESS* (1989); Allan C. Hutchinson, *Work-in-Progress: Evolution and Common Law*, 11 TEX. WESLEYAN L. REV. 253 (2005); Michael B.W. Sinclair, *The Use of Evolution Theory in Law*, 64 U. DET. L. REV. 451 (1987); Mark J. Roe, *Chaos and Evolution in Law and Economics*, 109 HARV. L. REV. 641 (1996).

15 בבלי, בבא בתרא קעה, ע"ב, וכן בבלי, ברכות סג, ע"ב.

16 יש בספרות המשפטית דיונים ביחס להצדקות נורמטיביות אפשריות לתרופה זו. ראו, לדוגמה, Catherine Piché, *The Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code Remedies in Light of Remedial Principles Recognized Under U.S. Law: Are the Remedies of Granting Additional Time to the Defaulting Parties and of Reduction of Price Fair and Efficient Ones?*, 28 N.C.J. INT'L L. & COM. REG. 519, 558-559 (2003). לדיון נורמטיבי מקיף המתייחס גם לתרופת הניכוי, כאחת מהתרופות המבטאות את האינטרס שבשחזור השקילות החוזית, ראו Eyal Zamir, *The Missing Interest: Restoration of Interest*, 93 VA. L. REV. 59 (2007) (להלן: Zamir, *The Missing Interest*). לדיון נורמטיבי מקיף בעברית ראו איל זמיר "תרופות בשל הפרת חוזה: פיצויי ציפיה,



בקרב משתמשים פוטנציאליים. טענתנו תאורטית במהותה: אנו מניחים כי אם אכן השימוש בתרופת הניכוי איננו כדאי בהשוואה לתרופות אפשריות אחרות, אזי נפגעים לא יבחרו בתרופה זו גם אם יכירו אותה ויבינו את מהותה. לפיכך, הסוגיה שתיבחן במאמר היא אך זו: בהינתן מערך התרופות העומד לרשות הנפגע בדין הישראלי – מה היקף המקרים שבהם נפגע רציונלי עשוי להעדיף (מרצון או בשל מגבלות שבדין) את תרופת הניכוי מכל תרופה אחרת?

יצוין כי בחינה של כדאיות השימוש בתרופת הניכוי לעומת השימוש בתרופות אחרות כבר נעשתה במאמרים קודמים בישראל ובחור"ל,<sup>17</sup> אולם אנו סבורים כי עד כה לא נעשתה בחינה שיטתית וכוללת של שאלה זו. יתר על כן: חלק מהטיעונים המוצגים במאמרים קודמים בחור"ל נראים לנו שגויים.<sup>18</sup>

בחלק השני של המאמר נציג בקצרה את מקורותיה של תרופת הניכוי ונעמוד בתמצית על מהותה. הצגה זו הכרחית לצורך הדיון בחלק השלישי, שהוא עיקר המאמר. בחלק זה (השלישי) נבחן באופן שיטתי את כלל המצבים שבהם הנפגע עשוי להיזקק לתרופת הניכוי. נציין כבר כעת כי בחרנו במודע לערוך בדיקה שיטתית זו בהתייחס לאפשרויות השימוש בתרופת הניכוי דווקא בחוזי מכר. לבחירה זו כמה סיבות: ראשית, מקורה ההיסטורי של תרופת הניכוי הוא בדיני המכר. שם התפתחה ושם עיקר פעולתה; בשלב מאוחר יותר היא אך הועתקה למצבים של אי-התאמה בחוזי קבלנות ושכירות. מכאן, שמתחם הפעולה הטבעי של תרופת הניכוי מהמחיר הוא בדיני המכר דווקא. שנית, מבדיקת הפסיקה עולה כי מתוך פסקי הדין הספורים שהתייחסו עד כה לתרופת הניכוי, הרוב המכריע אכן עסקו בהקשר של חוזי מכר (למעשה, נכון למועד כתיבתו של המאמר אין בפסיקתו של בית המשפט העליון ולו פסק דין אחד העוסק בתרופת הניכוי בהקשר של חוזי קבלנות או שכירות). מכאן, שמבחינה מעשית השאלה בדבר אפשרויות השימוש בתרופת הניכוי מתעוררת בעיקר ביחס לחוזי מכר. שלישית, הרחבת המאמר

פיצויי הסתמכות, השבת התעשרות ושחזור השקילות החוזית" משפטים לד' 91, 143 ואילך (בעיקר בעמ' 151-166) (2004) (להלן: זמיר "תרופות בשל הפרת חוזה").

17 ראו, למשל, Zamir, *Failure of Reduction*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 484-493; Peter A. Piliounis, *The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (Nachfrist) Under the CISG: Are These Worthwhile Changes or Additions to English Sales Law?*, 12 PACE Cagdas Evrim Ergun, *Comparative Study on*; 16, לעיל ה"ש 16; Piché; INT'L L. REV. 1 (2000) *the Buyer's Remedies Under the 1980 Vienna Sales Convention and Turkish Sales Law* (2002), [www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ergun.html](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ergun.html), Part II.3.

18 כמו הטיעון החוזר ונשנה בשורה של מאמרים, שלפיו תרופת הניכוי עשויה להיות רלוונטית כשהנפגע אינו יכול לקבל פיצויים מכיוון שאינו יכול להוכיח נזק, שכן רכש את הנכס הלא-מתאים כדי לתרום אותו למטרות צדקה. טיעון זה נראה לנו שגוי. לדיון מפורט בסוגיה זו ראו להלן, ה"ש 107 והטקסט שלידה. כך גם הטיעון השגוי שתרופת הניכוי עדיפה מתרופת הפיצויים בשל היותה ניתנת להפעלה כסעד עצמי; ראו להלן ה"ש 34-36 והטקסט שלידן.

לחוזי שכירות וקבלנות הייתה עלולה לסבך את הדיון יתר על המידה. במהלך הבחינה של כל אחד מהמצבים שבהם המאמר דן אנו מרבים בהבאת דוגמאות להמחשת טענותינו. הצורך להביא בכל פעם דוגמאות המבוססות הן על חוזי מכר, הן על חוזי שכירות והן על חוזי קבלנות היה עלול להאריך ולסבך מאוד את המאמר. לעומת זאת, התמקדות בחוזי מכר מאפשרת לפשט מעט את הדיון, להבהיר ולמקד אותו. עם זאת, אנו סבורים כי באופן עקרוני המסקנות הנובעות ממאמר זה, המבוססות על בחינה שיטתית של כלל המצבים שבהם נפגע עשוי להיזקק לתרופת הניכוי מהמחיר בחוזי מכר, נכונות וישימות גם לגבי חוזי קבלנות ושכירות. סוגיה אחרונה זו אנו מעדיפים לבחון ולהוכיח במאמר נפרד.

כאמור, בחלק השלישי (והמרכזי) של המאמר אנו בוחנים באופן שיטתי את המצבים שבהם קונה-נפגע עשוי להעדיף את תרופת הניכוי מהמחיר מכל תרופה אחרת. בחינה שיטתית זו תגלה כי למעשה מעטים מאוד המצבים המציאותיים שבהם יש צורך או כדאיות להשתמש בתרופה זו במשפט הישראלי. על בסיס זה נטען כי חרף המאמצים לשדרוג תרופת הניכוי בתזכיר חוק דיני ממונות, נראה שאין לצפות לשינוי של ממש במידת השימוש בה בישראל.

### חלק שני: תרופת הניכוי: מקורותיה, מהותה ואופן החישוב

ניסוחה של תרופת הניכוי בסעיף 28 לחוק המכר הוא תמציתי ביותר. הסעיף קובע: "הפר המוכר חיוב כאמור בסעיף 11 ולא תיקן את הדבר תוך זמן סביר אחרי שהקונה נתן לו הודעה על כך, ואין הקונה רוצה לתבוע את ביצוע החוזה או לחזור בו ממנו, זכאי הוא לנכות מן המחיר את הסכום שבו פחת שווי הממכר עקב אי-ההתאמה לעומת שוויו לפי החוזה". למעשה, סעיף קצר זה מגדיר ברובו את התנאים לתחולת התרופה (הפרה של חיוב התאמה, מתן הזדמנות למוכר לתקן את אי-ההתאמה, ויתור מצד הקונה על בחירה בתרופת האכיפה או בתרופת הביטול) אך אינו מגדיר באופן ברור את מהות התרופה ואת אופן השימוש בה. גם סעיף 9(א)(2) לחוק השכירות והשאלה וסעיף 4(א)(2) לחוק חוזה קבלנות, שחוקקו בהשראתו של חוק המכר, אינם מוסיפים ואינם מרחיבים בנוגע למהות התרופה ולאופן חישובה. לעומת זאת, סעיף 498 לתזכיר חוק דיני ממונות מציע נוסח רחב יותר. סעיף קטן (א) מגדיר את התנאים לתחולת התרופה, בדומה לדין הקיים; סעיף קטן (ב) מבהיר כי מדובר בתרופה כספית מהותית ולא רק בסעד עצמי; סעיף קטן (ג) מבהיר במידה מסוימת את אופן החישוב של סכום הניכוי, תוך הבהרה ששיטת החישוב היא השיטה היחסית שתובהר להלן ("בהתאם לשיעור שבו פחת שוויים...") ושהמועד הקובע לחישוב הוא מועד כריתת החוזה. חייבים להודות כי למרות המאמץ שהושקע בנוסח המחודש של סעיף הניכוי נראה כי גם הסעיף המוצע איננו מלאכת מחשבת

ניסוחית. כך, למשל, שיטת החישוב היחסית איננה מובהרת בסעיף בצורה ברורה ומפורשת אלא אך נרמזת באמצעות השימוש במילה "שיעור" בסעיף קטן (ג). יתר על כן, אותה מילה עצמה ("בשיעור") מופיעה בסעיף קטן (ב) במובן שונה לחלוטין ("זכאי הוא להשבה בשיעור הסכום [...]"), דהיינו: במשמעות של גובה הסכום. בעיות ניסוח נוספות מפורטות במאמרו של זמיר, לרבות השימוש הלא מוצלח במונח "השבה" בסעיף קטן 498(ב) וכן היעדר הוראה ברורה המבהירה את היחס בין תרופת הניכוי לבין התרופות האחרות בשל הפרת חוזה.<sup>19</sup> להלן נעמוד בקצירת האומר על מהותה של תרופת הניכוי ועל אופן חישובה. דיון מקיף במקורות התרופה ובמאפייניה חורג ממסגרתו של מאמר זה ואנו נסתפק לפיכך בהצגת עיקרי הדברים, ככל שהם נחוצים לצורך הדיון בהמשך המאמר.<sup>20</sup>

## א. רקע כללי

תרופת הניכוי נקבעה לראשונה בחקיקה הישראלית בסעיף 28 לחוק המכר,<sup>21</sup> ומשם הועתקה לחוק השכירות והשאלה ולחוק חוזה קבלנות. כמו חוק המכר כולו, התרופה הגיעה אלינו בהשראתה של אמנת האג בדבר חוק אחיד למכר טובין בינלאומי 1964 (אמנת ULIS).<sup>22</sup> תרופת הניכוי שולבה באמנת ULIS בהשפעתם של המשפטנים הקונטיננטליים שהשתתפו בהכנתה. היא הייתה כמעט בלתי-מוכרת בקרב המשפטנים ממדינות המשפט המקובל. המקור ההיסטורי של תרופת הניכוי הוא קדום וראשיתו ב-

19 ראו זמיר "הסדרת החוזים המיוחדים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 578-581. יודגש, כפי שכבר הבהרנו קודם, כי לגישתנו אף אם יתוקנו בעיות הניסוח שבתזכיר לא יהיה בכך כדי לשנות את מסקנתנו. זאת מכיוון שלדעתנו הסיבה המרכזית המונעת את השימוש בתרופת הניכוי נובעת ממהות התרופה ומיעילותה המוגבלת בהשוואה לתרופות אחרות העומדות לרשות הנפגע בדין הישראלי.

20 לדיון מקיף במהותה של תרופת הניכוי ראו זמיר חוק המכר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 559-586; Zamir, *Failure of Reduction*, לעיל ה"ש 5. ראו גם Eric E. Bergsten & Anthony J. Miller, *The Remedy of Reduction of Price*, 27 AM. J. COMP. L. 255 (1979).

21 חוק המכר היה הראשון שקבע את תרופת הניכוי בחקיקה האזרחית הישראלית החדשה, אולם למעשה הייתה תרופת הניכוי חלק מדיני המכר במשפטנו כבר קודם לכן, מכוח ס' 345-346 למג'לה; ראו מג'לה או מגילת אחכאם אל עדליה (קבץ-דיני-הצדק) 46-47 (גד פרומקין מתרגם, 1928).

22 לתולדותיו ומקורותיו של חוק המכר ראו זמיר חוק המכר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 3-6. אמנת האג (The Hague Convention Relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods, 1964) אומצה למשפט הישראלי בחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971, ס"ח 42. חוק זה הוחלף על-ידי חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התש"ס-1999, ס"ח 6, המבוסס על אמנת האו"ם בדבר חוזים למכר טובין בינלאומי, שנחתמה בוועידת האו"ם (UNCITRAL) בווינה בחודש אפריל 1980 (אמנת CISG).

של המשפט הרומי. שם נקבע לראשונה העיקרון של הפחתת מחיר כדי לרסן פרקטיקות לא הגונות של הסוחרים, מוכרי העבדים והבקר, בשווקי העיר.<sup>23</sup> לפי המשפט הרומי, אם גילה הקונה לאחר מועד המסירה פגמים נסתרים בממכר, שהמוכר לא הצהיר עליהם בעת המכירה, ובהנחה שאילו היה הקונה מודע לפגמים הללו הוא היה משלם בעת המכירה מחיר נמוך יותר עבור הממכר – רשאי היה הקונה לתבוע את הפחתת המחיר (או את ביטולו המלא של החוזה).<sup>24</sup> ברבות משיטות המשפט האירופיות אפשר למצוא כיום הסדרים משפטיים דומים שמקורם ההיסטורי הוא במשפט הרומי כגון סעיף 1664 לקוד האזרחי הצרפתי וסעיף 441 ל-BGB הגרמני.<sup>25</sup> למעשה, בשיטות המשפט הקונטיננטלי התרופות השגרתיות בגין אי-התאמה של הממכר הן ביטול או הפחתת מחיר ובמקרים מסוימים אכיפה. תרופת הפיצויים נחשבת, כעיקרון, לתרופה יוצאת-דופן במקרים של אי-התאמה והיא עשויה להיות רלוונטית רק במקרים שבהם נלווה אשם להפרת חיוב ההתאמה מצד המוכר.<sup>26</sup>

23 לסקירות היסטוריות של תרופת הניכוי ושל השפעתה על שיטות המשפט הקונטיננטלי ראו, למשל, F. DE ZULUETA, THE ROMAN LAW OF SALE 50 (1966); Clarence J. Morrow, *Warranty of Quality: A Comparative Survey*, 14 TUL. L. REV. 327, 354-360 (1940), לעיל ה"ש 16, בעמ' 549-548, Zamir, *Failure of Reduction*; לעיל ה"ש 5, בעמ' 471-474.

24 אולם יש חילוקי דעות ביחס לאופן המדויק שבו חושבה הפחתת המחיר על-פי המשפט הרומי, ראו Bergsten & Miller, לעיל ה"ש 20, בעמ' 257, ה"ש 6 והמקורות הסותרים המפורטים שם.

25 זה מספרו של הסעיף בעקבות הרפורמה ב-BGB שנכנסה לתוקף בשנת 2002. במסגרת הרפורמה חלו שינויים מסוימים בנוסחו של הסדר הניכוי החדש ב-BGB. כך, למשל, צוינה במפורש בס' 441(4) זכותו של המוכר לקבל החזר של סכומים העולים על המחיר המופחת. עם זאת, נוסחת החישוב העקרונית של תרופת הניכוי נותרה ללא שינוי. ראו ס' 441(3) לעומת ס' 472(1) לנוסח הישן של ה-BGB. ראו גם William G. Daniels, *The German Law of Sales: Some Rules and Some Comparisons*, 6 AM. J. COMP. L. 470, 489-495 (1957); Konrad Zweigert, *Aspects of the German Law of Sale*, INT. & COMP. L.Q. Supp. Pub. No. 9 § 2-4 (1964). באופן כללי ראו גם Zamir, *Failure of Reduction*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 473-472. תרופת הניכוי מופיעה גם בשיטות המשפט הסקנדינביות. כך, למשל, בשוודיה ניתן למצוא הסדרי ניכוי מהמחיר בס' 38 לחוק המכר השוודי (Köplagen), בס' 28 לחוק המכר הצרפתי (Konsumentköplagen) ובס' 4:19c לחוק המקרקעין השוודי (Jordabalken). אפשר למצוא הסדרי ניכוי מהמחיר גם בחוק המכר הפיני (ס' 38), בחוק המכר של דנמרק (ס' 42 ו-43(1)) ובחוק המכר הנורווגי (ס' 38). בהשפעת השיטות האירופיות נכללה תרופת הניכוי גם בס' 9:401 ל-PECL וכן בס' III.-3:601 ל-Draft Common Frame of Reference (להלן: DCFR). לסקירה השוואתית של תרופת הניכוי בשיטות המשפט השונות ראו SIVESAND, לעיל ה"ש 11, בעמ' 60-65.

26 Alexander Szakats, *The Influence of Common Law Principles on the Uniform Law on the International Sale of Goods*, 15 INT'L. & COMP. L.Q. 762-763 (1966), לעיל ה"ש 20, בעמ' 257, 265, Piliounis; לעיל ה"ש 17, בעמ' 30. השאלה מתי הפרה של חיוב כזה כרוכה באשם איננה פשוטה. ראו, למשל, Robert A. Riegert, *The West German Civil Code, Its*

כאמור, הנוסח של סעיף 46 לאמנת האג הוא ששימש בסיס לאימוצה ולאופן ניסוחה של תרופת הניכוי בחוק המכר שלנו, אלא שהנוסח באמנת האג היה תמציתי מאוד ולא ברור. ייתכן שנוסח תמציתי כזה היה מספק ומובן עבור מי שגדל על ברכי המסורת המשפטית הקונטיננטלית והכיר את התרופה "מהבית", אך הניסוח היה לחלוטין לא מספק עבור משפטן שחונך על ברכי המסורת המשפטית האנגלו-אמריקנית. כך גם אצלנו: הנוסח הקיים בסעיף 28 לחוק המכר הוא תמציתי מאוד ואינו מגלה את כל פניה של תרופת הניכוי.<sup>27</sup> לפיכך, יהיה זה הכרחי לעמוד בקצרה על מהותה של תרופת הניכוי ועל אופן הפעלתה בטרם נדון במידת נחיצותה במשפטנו.

## ב. מהותה של תרופת הניכוי

תרופת הניכוי היא תרופה כספית בגין הפרה של חיוב התאמה. היא מאפשרת להפחית את המחיר החוזי המוסכם עד למחיר שהיה אמור להיקבע בחוזה אילו נכרת החוזה מלכתחילה בהתאם לנכס שנמסר בפועל.

התפיסה הרווחת בקרב משפטנים שחונכו במסורת התרופתית של שיטות המשפט המקובל היא שהתרופה השגרתית בגין הפרת חוזה היא פיצויים. יתר על כן, לפי התפיסה הקלאסית של המשפט המקובל, הזכות החוזית אינה אלא הזכות לקבל פיצויים במקרה של הפרה. לנפגע אין בדרך כלל זכות לקבל בעין את שהובטח לו בחוזה. ידועה אמרתו של הולמס שלפיה: "The duty to keep a contract at common law means a prediction – and nothing else"<sup>28</sup> that you must pay damages if you do not keep it – and nothing else"

את תרופת הניכוי, לעומת זאת, יש להבין על רקע תפיסת היסוד השונה של המשפט הקונטיננטלי, שלפיה צד זכאי לקבל בעין מה שהובטח לו בחוזה. אם הוא אינו מקבל את המובטח, הנפגע זכאי לבטל את החוזה ולהשתחרר ממנו כליל. הנפגע אינו זכאי בדרך

*Origins and Its Contractual Provisions*, 45 TUL. L. REV. 48, 75-78 (1970); F.H. Lawson, *Fault and Contract – A Few Comparisons*, 49 TUL. L. REV. 295 (1975); Barry Nicholas, *Rules and Terms – Civil Law and Common Law*, 48 TUL. L. REV. 946, 952-954 (1974)

27 ייתכן כי שורשיה הקונטיננטליים של תרופת הניכוי באים לידי ביטוי גם בניסוחו של ס' 28 לחוק המכר. הסעיף קובע כי אם הקונה בוחר שלא לתבוע את ביצוע החוזה (אכיפה) או את ביטולו, הוא רשאי לתבוע ניכוי. הסעיף מתעלם מחלופת הפיצויים. עובדה זו מעניינת במיוחד על רקע העובדה שבעת חקיקתו של חוק המכר דווקא תרופת הפיצויים הייתה התרופה העיקרית בגין הפרה ולא עמדה לנפגע הזכות הראשונית לאכיפה, כפי שנקבעה מאוחר יותר בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, ס"ח 16 (להלן: חוק התרופות). עם זאת, ייתכן שתרופת הפיצויים אינה נזכרת בס' 28 לחוק המכר מפני שבניגוד לאכיפה ולביטול אפשר לצרף לתרופת הניכוי פיצויים בשל נזק עקיף.

28 .OLIVER WENDELL HOLMES, COLLECTED LEGAL PAPERS 175 (1920)

כלל להמיר את קיום החוזה בשווה-ערך כספי (פיצויים). משמע שבשיטות המשפט הקונטיננטליות אינטרס הקיום מוגן בדרך כלל באמצעות תרופת האכיפה ולא באמצעות תרופת הפיצויים. השימוש בפיצויים להגנת אינטרס הקיום תלוי בדרך כלל (לפחות היסטורית) בקיומו של אשם מצד המפר.<sup>29</sup> אם הנפגע אינו מעוניין בביטול החוזה אך גם לא באכיפתו, משתמע שהוא מסכים למעשה לקבל את הנכס הלא-מתאים כפי שהוא. דהיינו: ניתן לראותו כמי שהסכים במשתמע לשינוי תנאי החוזה, הן ביחס לממכר והן ביחס למחירו. ההסכמה המשתמעת לקבל נכס שונה מהמוסכם מחייבת בהכרח התאמה של המחיר החוזי למחירו של הנכס הלא-מתאים ובכך עוסקת תרופת הניכוי.<sup>30</sup> מטרתה של תרופת הניכוי היא לפיכך להפחית את המחיר המוסכם עד למחיר שהיה אמור להיקבע בחוזה אילו נכרת החוזה מלכתחילה ביחס לנכס שנמסר בפועל. לפי המינוח שטבע זמיר, מטרתה של תרופת הניכוי היא לשחזר מחדש את השקילות החוזית ולקבוע תמורה חוזית נאותה עבור הנכס הלא-מתאים.<sup>31</sup> לפיכך, נקודת הזמן הרלוונטית לצורך השחזור היא מועד הכריתה של החוזה.<sup>32</sup>

למעשה, ניתן להשקיף על תרופת הניכוי מהמחיר גם כמעין ביטול חלקי של החוזה. אולם, בדרך כלל ביטול חלקי מתייחס לביטולו של חוזה הניתן להפרדה ועל כן אפשר

- 29 לפיכך אפשר לתבוע פיצויים בגין אי-התאמה רק אם זו נובעת מהפרה זדונית, דהיינו: הפרה שנלווה לה רכיב של אשם, חוסר תום לב או תרמית. ראו, לדוגמה, Piché, לעיל ה"ש 16, בעמ' ALBERT H. KRITZER, GUIDE TO PRACTICAL APPLICATIONS OF THE UNITED NATIONS; 549 CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS 340, 411 (1989).
- 30 אמנם המצב השכיח הוא שהנכס הלא-מתאים שווה פחות מהנכס המתאים; עם זאת, ייתכן עקרונית גם מצב שבו הנכס הלא-מתאים עולה בערכו על הנכס המתאים – ואז אי-ההתאמה היא בכך שנמסר נכס באיכות או בכמות עורפת. במצב כזה יש להניח כי אם יבחר הקונה להותיר את הנכס בידו כפי שהוא, תחבצע התאמת המחיר בכיוון ההפוך – הגדלת המחיר החוזי. בסיס משפטי אפשרי לכך יכול להימצא בדיני עשיית עושר או בהנחה בדבר קיומה של הסכמה חוזית משתמעת. השוו ל"ס' 29 סיפא לחוק המכר.
- 31 ראו זמיר "תרופות בשל הפרת חוזה", לעיל ה"ש 16, בעמ' 91, 176-143; Zamir, *The Missing Interest*, לעיל ה"ש 16. על כך שהבסיס הרעיוני של תרופת הניכוי הוא למעשה התאמה מחדשת של המחיר החוזי לנכס הלא-מתאים, ראו גם INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG) 438 (Peter Schlechtriem ed., Geoffrey Thomas tr., 2nd ed. 1998) ("Price reduction should therefore be regarded as adaptation of the contract, not an award of damages") (להלן: COMMENTARY ON THE UN CONVENTION); Harry; (COMMENTARY ON THE UN CONVENTION); M. Flechtner, *More U.S. Decisions on the U.N. Sales Convention: Scope, Parol Evidence, "Validity" and Reduction of Price Under Article 50*, 14 J.L. & COM 153, 174 (1995).
- 32 Zamir, *Failure of Reduction*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 477, 480; ס' 498(ג) לתזכיר הצעת הקודיפיקציה ("שוויים של הנכס או המלאכה ייקבע על-פי שוויים במועד כריתת החוזה").

לראותו כביטול חלקי "כמותי", ואילו הביטול החלקי הגלום בתרופת הניכוי הוא למעשה מעין ביטול חלקי "איכותני" של חוזה, גם כשהחוזה אינו ניתן להפרדה לחלקים.<sup>33</sup> בהקשר של המאמר הנוכחי ראוי לעמוד על שתי נקודות נוספות הקשורות במהותה של תרופת הניכוי. הנקודה הראשונה נוגעת לאופן הפעלתה של תרופת הניכוי והנקודה השנייה עניינה יחסי הגומלין שבין תרופה זו לבין פיצויים. שמה של תרופת הניכוי עלול להטעות במידה מסוימת. מהמונח "ניכוי" משתמע סוג של סעד עצמי. אכן, דעה רווחת היא שהמאפיין העיקרי של תרופת הניכוי, המבחין אותה מתרופת הפיצויים, טמון בעובדה שהיא ניתנת להפעלה עצמית באמצעות הפחתת סכום הניכוי מחלק התמורה שטרם שולם, ואילו תרופת הפיצויים מחייבת הגשת תביעה.<sup>34</sup> זוהי דעה מוטעית.<sup>35</sup> ראשית, תרופת הניכוי, בהיותה תרופה כספית מהותית, ניתנת להפעלה גם לא בדרך של סעד עצמי, כך שניתן לתבוע השבת תמורה שכבר שולמה בשיעור הסכום שניתן היה לנכות לולא שולמה התמורה.<sup>36</sup> שנית, גם תרופת הפיצויים

33 להתייחסות לתרופת הניכוי כאל ביטול חלקי ראו גם Bergsten & Miller, לעיל ה"ש 20, בעמ' 275; Zamir, *Failure of Reduction*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 475.

34 היו אפילו בין מנסחיה של אמנת ULIS שראו בטעות את תרופת הניכוי כקיוו. ראו Bergsten & Miller, לעיל ה"ש 20, בעמ' 255. טעות זו של אי-הבחנה בין ניכוי לבין קיוו ממויכה לבוא לידי ביטוי גם בכתיבה אקדמית מאוחרת יותר: Erika Sondahl, *Understanding the Remedy of Price Reduction – A Means to Fostering a More Uniform Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 7 VINDOBONA J. INT'L COMM. L. & ARBITRATION 255 (2003), available at [www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sondahl.html](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sondahl.html) Part A.2, note 39.

35 לכן ייתכן שהיה נכון יותר לכנות את התרופה "הפחתה מהמחיר" ולא ניכוי. זה גם התרגום הנכון יותר לעברית של המונח הלטיני *action quanti minoris* או של שמה האנגלי של התרופה: *reduction of price*. ראו גם זמיר חוק המכר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 584-586, וכך זמיר "הסדרת החוזים המיוחדים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 579, ה"ש 173 והטקסט שלידה.

36 לדיון בשאלה אם ניכוי הוא תביעה (*claim*) או הגנה (*defense*) ראו Sondahl, לעיל ה"ש 34, חלק A.3.i. ס' 498(ב) לתזכיר מבהיר במפורש כי תרופת הניכוי רלוונטית גם ביחס לתמורה שכבר שולמה. מעניין לציין כי למרות העובדה שס' 498(ב) מציין במפורש שאפשר לתבוע השבה של סכום הניכוי ששולם (לביקורת על השימוש במונח "השבה" בהקשר של תרופת הניכוי ועל התקלות שהדבר עלול לגרום ראו זמיר "הסדרת החוזים המיוחדים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 580), עדיין נובע לכאורה מאופן ניסוחו שהנסחים ראו דווקא את ההפעלה העצמית כ"דרך המלך" של תרופת הניכוי ("[...] זכאי הוא להשבה בשיעור הסכום שאותו היה זכאי לנכות [...] אלמלא שולמה התמורה"). הדבר עשוי לעורר תהייה מסוימת, בעיקר בשל העובדה שאי-התאמה תגלה בדרך כלל לאחר מועד המסירה ובשל העובדה שהעסקה הטיפוסית שעמדה לנגד עיני מנסחי ההצעה (כמו גם בחוק המכר הקיים) היא עסקת מזומן, שבה התמורה משתלמת כבר בעת המסירה. עם זאת, ייתכן שאפשר לתרץ ניסוח כזה מבחינה רעיונית בכך שביסודה של תרופת הניכוי עומדת יצירתו של חוזה חדש, כביכול,

ניתנת להפעלה עצמית על-ידי קיזוז סכום הפיצויים מחלק התמורה שטרם שולם. מכאן ששתי התרופות הכספיות ניתנות להפעלה באותם אופנים: הן כסעד עצמי (ביחס לחלק התמורה שטרם שולם) והן כ"חריב" (באמצעות הגשת תביעה כספית). נובע מכך שאין לאחת התרופות עדיפות על האחרת מבחינת אופן ההפעלה ומהירות השימוש. מסיבה זו אין גם יתרון "טקטי" לאחת התרופות על האחרת. מאידך גיסא, גם הסיכונים הכרוכים בהפעלת תרופה מסוג של סעד עצמי זהים למעשה בשני המקרים. נובע, לפיכך, שעדיפותה של תרופה אחת על האחרת נמדדת בעיקר בערך הכספי שהיא מייצרת עבור הנפגע.

הנקודה השנייה הראויה להדגשה היא שתרופת הניכוי היא תרופה חלופית לא רק לביטול ולאיכפה אלא גם לפיצויים. הן ביחס לתרופת הביטול והן ביחס לתרופת האיכפה ברור מאליו כי המהות של כל אחת מהן נוגדת את תרופת הניכוי.<sup>37</sup> אולם, תרופת הניכוי היא תרופה חלופית גם לפיצויים בגין הנזק הישיר הנובע מאי-ההתאמה.<sup>38</sup> הסיבה לכך נובעת מהעובדה שביסודן של שתי התרופות הכספיות הללו עומד רציונל שונה: תרופת הפיצויים עומדת על רציונל הקיום ואילו תרופת הניכוי מבוססת על רציונל ההשלמה (של הקונה עם שונותו של הנכס) והשחזור (של המחיר הראוי לנכס השונה).<sup>39</sup> לכן, חרף היות שתיהן תרופות כספיות יש לראותן כסותרות. יתר על כן: היותה של תרופת הניכוי חלופית לתרופת הפיצויים נובעת גם מהעיקרון שלפיו לא ניתן לקבל כפל תרופה בגין אותו רכיב נזק.<sup>40</sup>

תחת החוזה המקורי – ולכן אפשר לטעון שסכום הניכוי לא היה אמור להיות משולם מלכתחילה. השוו Piliounis, לעיל ה"ש 17, בעמ' 31-32 (תרופת הניכוי נועדה בעיקרה לשמש סעד עצמי).

37 ראו ס' 447 לתזכיר חוק דיני ממונות, לפיו אין לצרף תרופות "הנוגדות זו את זו". ראו גם זמיר חוק המכר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 566, וכן זמיר "הסדרת החוזים המיוחדים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 579 בסמוך לה"ש 171.

38 דהיינו: היא חלופית לפיצוי כספי, שנועד לפצות על הפרש השווי, במועד ההפרה, שבין נכס מתאים לנכס שאינו מתאים: Zamir, *Failure of Reduction*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 479. זמיר הציע לוועדת הקודיפיקציה לקבוע בחוק החדש הוראה מפורשת שלפיה תרופת הניכוי היא תרופה חלופית הן לאיכפה ולביטול והן לפיצויים בשל פחיתת שוויים של הנכס או המלאכה (אך לא לפיצויים בשל נזקים אחרים). הוראה זו לא נכללה לבסוף בהצעת התזכיר. ראו זמיר "הסדרת החוזים המיוחדים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 580-581. השוו גם לס' 9:401(3) ל-PECL.

39 כאמור, ביסודה של תרופת הניכוי עומדת ההנחה שהנפגע מסכים בדיעבד לקבלתו של הנכס הלא-מתאים, בכפוף להתאמת המחיר, בעוד שביסודה של תרופת הפיצויים עומדת ההנחה ההפוכה, שלפיה הנפגע אינו מסכים לקבלת הנכס הלא-מתאים והוא עומד על קיום החוזה – אלא שחלף קיום בפועל הוא בוחר בחלופה כספית המקבילה לקיום.

40 לפיכך ניתן, כמובן, לתבוע במצורף לתרופת הניכוי גם פיצויים בגין נזקים אחרים (לא ישירים) שנגרמו עקב אי-ההתאמה, לדוגמה: כאשר בשל אי-ההתאמה במכונה שסיפק המוכר לא יכול היה הקונה לייצר ולספק מוצר שהתחייב לספקו לצד שלישי. דוגמה אחרת היא נזק גוף שנגרם למשתמש בשל אי-ההתאמה בממכר שסופק. אלו הם נזקים תוצאתיים שנגרמו בגין אי-ההתאמה, אולם הם



## ג. אופן החישוב

אופן החישוב של תרופת הניכוי הוא פועל יוצא של תכליתה.<sup>41</sup> סכום הניכוי הוא כשיעור ההפרש בין שווי של הנכס המתאים לבין שווי של הנכס הלא-מתאים, כשהשווי נמדד לפי מועד כריתתו של החוזה.<sup>42</sup> מכיוון שהמחיר החוזי שנקבע על-ידי הצדדים עבור הנכס המתאים אינו משקף בהכרח את שווי השוק של נכס כזה,<sup>43</sup> חישוב הניכוי נעשה

אינם הנזק הישיר שנובע מההפרש בין שווי של ממכר מתאים לשווי של ממכר שאינו מתאים. ראו Zamir, *Failure of Reduction*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 479; זמיר "הסדרת החוזים המיוחדים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 581-580.

41 עם זאת נציין כי אין אחידות דעים ביחס לשיטת החישוב הנכונה של תרופת הניכוי. מחלוקת זו מלווה את תרופת הניכוי כבר מהמשפט הרומי: Bergsten & Miller, לעיל ה"ש 20, בעמ' 257. גם אצלנו הועלו אפשרויות חישוב שונות, אולם נראה כי שיטת החישוב היחסית שתתואר בטקסט היא המקובלת כיום: Zamir, *Failure of Reduction*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 476; זמיר חוק המכר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 569-576.

42 ס' 498(ג) להצעת הקודיפיקציה קובע זאת במפורש. הגישה המקובלת היא שזה המועד לחישוב גם על-פי החקיקה הקיימת: זמיר קבלנות, לעיל ה"ש 3, בעמ' 543. זו גם השיטה המקובלת בשיטות האירופיות: שם, בה"ש 85. אך ראו ס' 50 לאמנת CISG (בעברית ראו ס' 50 לאמנת האומות המאוחדות בדבר חוזים למכר טובין בין-לאומי, המהווה תוספת לחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התש"ס-1999, ס"ח 6) (להלן: תוספת אמנת האו"ם לחוק המכר), הקובע כי ההערכה של הפרשי השווי תיקבע לפי מועד המסירה. לדיון בסעיף זה ראו, למשל, COMMENTARY ON THE UN CONVENTION, לעיל ה"ש 31, בעמ' 441 וראו ה"ש 68 להלן והטקסט שליטה. שימוש בתרופת הניכוי בעסקת מכר בינלאומית של טובין מעורר לא רק את שאלת הזמן אלא גם את שאלת המקום, דהיינו: לפי איזה שוק יש לחשב את הפרשי המחיר. האמנה אינה מתייחסת לשאלה זו במפורש אולם ההנחה היא שבהיעדר התניה חוזית נוגדת ייעשה החישוב לפי שווי השוק במקום המיועד למסירת הממכר. ראו, למשל, COMMENTARY ON THE UN CONVENTION, לעיל ה"ש 31, בעמ' 442; FRITZ ENDERLIEN & DIETRICH MASKOW, INTERNATIONAL SALES LAW 307 (1992). בעסקת מכר פנימית בישראל יש להניח ששאלה זו, הנוגעת ל"מיקום" השוק בעסקת מכר של נכסים נדים לצורך קביעת השווי, לא תתעורר בדרך כלל, לאור היקפו הגאוגרפי המצומצם של השוק.

43 ראוי לציין כי המונח "שווי שוק" עשוי לבטא פעמים רבות טווח של מחירים. עם זאת, ס' 498(ג) לתזכיר משתמש במונח "שווי" ולכן מניח כי ניתן להצביע על מחיר מסוים כמשקף שווי שוק. מצב שבו שווי השוק נמצא בטווח של מחירים עלול לחייב חישוב מורכב יותר לשחזור המחיר שהיה משתלם עבור הנכס הלא-מתאים. מאחר שהחוק מניח את קיומו של שווי ספציפי תשמש הנחה זו אף אותנו בהמשך המאמר. יתר על כן, באופן מעשי החישוב היחסי של אי-התאמה באיכות המוצר הוא חישוב מורכב יותר ומדויק פחות מהחישוב היחסי של אי-התאמה כמותית. כך, לדוגמה, אם הוזמן משלוח של 1,000 בקבוקי יין וסופקו בפועל רק 800 בקבוקים, החישוב יהיה פשוט ומדויק יותר מהחישוב במקרה שבו סופקה כל כמות הבקבוקים אך בחלק מהבקבוקים איכות היין ירודה יותר מזו שהוזמנה. ראו Piliounis, לעיל ה"ש 17, בעמ' 32-33.

על-פי השיטה היחסית.<sup>44</sup> במילים אחרות, התמורה החוזית המוסכמת תופחת על-פי אותו יחס שבין שווי השוק של נכס מתאים לשווי של הנכס הלא-מתאים.<sup>45</sup> כך, למשל, אם שווי השוק של נכס לא-מתאים הוא 80% משווי השוק של נכס מתאים, תהיה התמורה ה"משוחזרת" עבור הנכס הלא-מתאים 80% מהתמורה החוזית המוסכמת, וההפרש שבין התמורה החוזית המוסכמת לבין התמורה ה"משוחזרת" יהיה סכום הניכוי. אם כן, השיטה היחסית משקללת אל תוך התמורה ה"משוחזרת" הן את הפרשי השווי היחסיים שבין ממכר מתאים לממכר לא-מתאים והן את כוח המיקוח היחסי של הצדדים, כפי שהוא בא לידי ביטוי בעת כריתתו של החוזה המקורי.<sup>46</sup>

### חלק שלישי: בחינת פוטנציאל השימוש בתרופת הניכוי במשפט הישראלי

לאחר שעמדנו בקצרה על מהותה של תרופת הניכוי, אנו מבקשים לברר את מידת התועלת האפשרית עבור הנפגע בקיומה במשפט הישראלי. נבדוק, לפיכך, באלו מקרים, אם בכלל, כדאי לנפגע להשתמש בתרופת הניכוי ולא בתרופות אחרות. נדגיש שוב כי אין בכוונתנו לבחון את השאלה הנורמטיבית העקרונית הנוגעת להצדקות האפשריות לתרופת הניכוי. הדיון שלהלן יתמקד בבחינת כדאיות השימוש בתרופת הניכוי על רקע הסדרי התרופות שבדין הישראלי ואלה המוצעים בתזכיר. כפי שכבר הובהר, ניכוי היא תרופה כספית מיוחדת בגין אי-התאמה, אולם מובן כי הנפגע אינו מוגבל לתרופה זו דווקא. הפרתו של חיוב התאמה מעמידה לרשות הנפגע את כל מערך התרופות בשל הפרת חוזה. לפיכך, עקרונית יוכל הנפגע לבחור בין התרופה המיוחדת של ניכוי מהמחיר לבין התרופות הרגילות: אכיפה, ביטול ופיצויים. סביר להניח כי תרופת הניכוי תיבחר על-ידי נפגע רציונלי כשתוצאותיה הכספיות תהיינה עדיפות מבחינתו מהתוצאות של שימוש בתרופות אחרות העומדות לרשותו.<sup>47</sup> לשם כך

44 ראו לעיל ה"ש 41. שיטה זו נקבעה כעת במפורש בס' 498(ג) לתזכיר חוק דיני ממונות: "הניכוי [...] יחושב בהתאם לשיעור שבו פחת שוויים בשל אי-ההתאמה לעומת שוויים אלמלא אי-ההתאמה [...] (ההדגשה הוספה). לביקורת על השימוש במילה "שיעור" במקום במילה "יחס" ראו זמיר "הסדרת החוזים המיוחדים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 580.

45 מובן שכאשר המחיר החוזי משקף את שווי השוק של הממכר, היחס האמור יהיה 1:1.

46 Zamir, *Failure of Reduction*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 477.

47 ייתכן שבמצבים מסוימים נפגע עשוי להסתפק בתרופת הניכוי גם אם תרופה אחרת תאפשר קבלת סכום גבוה יותר, למשל משום שזו תרופה מתונה יותר או משום שזו תרופה שהרציונל שביסודה מבוסס יותר על יחסים של שיתוף-פעולה ושימור היחסים שבין הצדדים (כשם שבנסיבות מסוימות נפגע עשוי לוותר, באופן חלקי או מלא, על זכותו לתרופות מתוך אותם שיקולים עצמם). אנו איננו עוסקים בשיקולים מסוג זה במאמרנו. על כך שתרופת הניכוי עשויה לשקף יחסים של שיתוף-פעולה בין המפר לנפגע ראו Zamir, *Failure of Reduction*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 129-134.

עלינו לבדוק מתי מתקיימות נסיבות אלה. לצורך בדיקה כזו נניח תחילה כי אין מניעה משפטית או אחרת להפעלה של כל אחת מן התרופות. על רקע הנחה זו ניצור טבלת דירוג המפרטת את הכדאיות היחסית, מבחינתו של הנפגע, בשימוש בכל אחת מהתרופות העומדות לרשותו. בשלב השני יהיה עלינו לבחון מה הן הנסיבות שבהן תרופת הניכוי עשויה להיבחר על-ידי הנפגע – אם בשל היותה ראשונה בדירוג ואם בשל העובדה שהתרופה או התרופות הקודמות לה בדירוג אינן ניתנות להפעלה, בשל מגבלות משפטיות או בשל סיבות אחרות.

ההשוואה בין התרופות, לצורך דירוג כדאיות השימוש בהן, תתייחס לשלוש תרופות: ניכוי מהמחיר, פיצויים וביטול (והשבה). אנו סבורים כי הכללתה של תרופת האכיפה בהשוואת התרופות למעשה איננה נחוצה. כאמור, מטרתו של המאמר היא לבחון אם ומתי כדאי לקונה הנפגע לבחור בתרופת הניכוי ולהעדיף אותה מתרופות אחרות. המסקנה שאליה הגענו מהשוואת התרופות היא שלמעשה די בכך שתרופת הפיצויים ותרופת הביטול עומדות לרשות הקונה כדי לייתר כמעט תמיד את הצורך המעשי בתרופת הניכוי. מהדיון בהמשך המאמר ניוכח שכמעט בכל מצב אחת משתי התרופות הללו עדיפה, מבחינה כספית, מתרופת הניכוי מהמחיר. בנסיבות אלה הכללתה של תרופת האכיפה שוב איננה עשויה לתרום דבר, למעשה, לדיון או למסקנותיו, שהרי אם אכיפה תניב תוצאה כספית פחות טובה מפיצויים או מביטול, ממילא לא יבחר בה הנפגע והיא אינה רלוונטית לדיון. אולם, גם אם אכיפה תניב תוצאה כספית עדיפה מפיצויים או מביטול, הדבר עשוי אולי להשפיע על בחירת הנפגע בין אכיפה לבין פיצויים או ביטול (נושא שאינו מענייננו במאמר זה) – אך ברור שהדבר לא ישפיע על בחירה בתרופת הניכוי, בהיותה נחותה, כמעט בכל מצב, בהשוואה לפיצויים או לביטול. יתר על כן: מאחר שאנו מנסים לערוך בחינה השוואתית של התועלת הכספית שיכול הנפגע להפיק מהתרופות השונות, הרי אילו נכללה תרופת האכיפה בבדיקה ההשוואתית היה עלינו להצמיד לאכיפה ערך כספי. כאשר מדובר על אכיפה המתבצעת בדרך של תיקון אי-התאמה או החלפת הנכס הלא-מתאים בנכס מתאים, ברוב המקרים הערך הכספי שיוצמד לתרופת האכיפה יהיה שווה לערך הכספי של פיצויים, וזאת חרף ההבדל המהותי שבין שתי התרופות.<sup>48</sup> לפיכך סברנו כי התועלת השולית שאנו עשויים להפיק

48 המשותף לתרופות הפיצויים והאכיפה הוא ששתיהן נועדו להגנה על אינטרס הקיום. מבחינה זו, הערכים הכספיים שהיינו אמורים לייחס לתרופת האכיפה בהשוואת התוצאות הכספיות של התרופות היו עשויים להיות דומים (אם כי לא בכל המקרים) לאלה של תרופת הפיצויים. העיקרון שלפיו פיצויי הקיום אמורים להעמיד את הנפגע מבחינה כספית, עד כמה שאפשר, באותו מצב שבו היה אילו קיים החוזה, נוסח כבר באמצע המאה התשע-עשרה בפסק הדין *Robinson v. Harman* [1848] 1 Exch. 850. מאז אוזכר עיקרון זה וצוטט בהסכמה באינספור פסקי דין ובכתבי מלומדים. מעיקרון זה נובע שפיצויים הם בדרך כלל שווה ערך כספי לקיום עצמו. מכאן ניתן לכאורה להרחיב את המסקנה לכך שפיצויים הם למעשה גם שווה ערך כספי לאכיפה (שהרי מטרת האכיפה אף היא להעמיד את הנפגע, מבחינת קיום החיוב גופו, במצב שבו היה אילו קיים החיוב החוזי הראשוני). מסקנה זו מכונה לעתים גם בשם "עקרון האדישות" (*indifference principal*), משמע: מבחינת הערך הכספי של התרופה

מהכללתה של תרופת האכיפה במודל ההשוואתי איננה שקולה כנגד ה"נזק" שבסיבוך המודל.

## א. השוואה של כדאיות השימוש בתרופת הניכוי אל מול התרופות האחרות

כצעד ראשון לקביעת סדר העדיפות בין שלוש התרופות נבחן כל זוג של תרופות באופן נפרד: ניכוי לעומת פיצויים, ניכוי לעומת ביטול והשבה ופיצויים לעומת ביטול והשבה.

הנפגע אמור להיות אדיש לבחירה בין פיצויים לבין אכיפה. לעיקרון זה ראו Melvin A. Eisenberg, *Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law*, 93 CAL. L. REV. 975 (2005). למעשה, יש כמובן הבדלים מהותיים בין תרופת האכיפה לבין פיצויים, לרבות בתנאי הזכאות לתרופות, בסייגים החלים לגביהן ולעיתים גם בתוצאות הכספיות שלהן. מההבדלים הללו עשוי להיגזר הבדל נוסף בנוגע למשך ההתדיינות המשפטית (ההליך המשפטי בתביעת אכיפה עלול להיות ארוך ומסורבל יותר מזה שבתביעה לפיצויים בגין אותה הפרה). הבדלים נוספים נובעים מההבדל המהותי שבין תרופה כספית לבין תרופה של קיום בעין (כאשר החיוב הנאכף אינו חיוב כספי). ההבדלים בין שתי התרופות עשויים כמובן להביא לכך שבנסיבות מסוימות יעדיף הנפגע תרופה אחת מהשנייה. כך, לדוגמה, לעתים יעדיף הנפגע דווקא תרופה כספית מביצוע בעין מכיוון שאין לו עניין להמשיך בקשר חוזי עם המפר; לעתים חייב הנפגע לבחור בפיצויים מכיוון שמתקיים אחד מסייגי תרופת האכיפה (Zamir, *Failure of Reduction*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 489); לעתים, בהתקיים נסיבות מיוחדות, עשויות אף להיות תוצאות כלכליות שונות לכל אחת מהתרופות הללו (לסקירה מעניינת של הבדלים כלכליים אפשריים בין התרופות הללו ראו Daniel Friedmann, *Economic Aspects of Damages and Specific Performance Compared*, in CONTRACT DAMAGES – DOMESTIC AND INTERNATIONAL PERSPECTIVE 65 (Djakhongir Saidov & Ralph Cunnington eds., 2008). זאת ועוד: ייתכן ששימוש "טקטי" בתרופת האכיפה – וליתר דיוק: איום בשימוש בתרופה זו – עשוי במצבים מסוימים להעמיד את הנפגע במצב כספי עדיף. כך, לדוגמה, כאשר עלות הביצוע של החוזה – ובאופן ספציפי העלות של תיקון אי-ההתאמה – עולה על התועלת שהנפגע עשוי להפיק ממנו, תרופת האכיפה עשויה להוות כלי מיקוח בידי של הנפגע כדי לנסות לקבל מהמפר פיצויים העולים על הנזק. נניח, למשל, שמפר סיפק נכס לא-מתאים ששווי 80, ושווי של נכס מתאים היה 100. אם העלות של תיקון הפגם היא 30, הנפגע יכול לאיים לדרוש את אכיפת החוזה כדי להגיע להסדר שעל-פיו ישלם לו המפר פיצויים הגבוהים מ-20 (הנאתו של הנפגע מתיקון הפגם) אך נמוכים מ-30 (עלות התיקון מצדו של המפר). עם זאת, יצוין שכאשר עלות התיקון עולה באופן מהותי על ההנאה שהנפגע עשוי להפיק ממנו, ייתכן שהנפגע מנוע מלדרוש אכיפה בשל היותה לא צודקת (ס' 3(4) לחוק התרופות), או בשל דרישת תוס-הלב (ס' 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 118 (להלן: חוק החוזים הכללי). השו"ע"א 9474/03 יורם גדיש תשתיות ובנייה (1992) בע"מ נ' מוסא (פורסם בנבו, 21.11.2006) (להלן: פרשת יורם גדיש). למרות כל האמור לעיל, בחלק ניכר מהמקרים עדיין מתקיים לכאורה "עקרון האדישות" ושתי התרופות (פיצויים ואכיפה) אמורות להעמיד את הנפגע במצב כלכלי דומה.

נבחר באלו נסיבות יעדיף הנפגע את התרופה הראשונה בכל צמד תרופות ובאלו נסיבות הוא יעדיף את התרופה השנייה. לאחר שניווכח לדעת מה הם הנתונים העובדתיים המשפיעים על הבחירה שבין כל זוג של תרופות, נשלב את התוצאות יחד בכדי להגיע למסקנות בדבר קביעת סדר העדיפות שבין שלושתן. כאמור, בשלב זה אנו יוצאים מתוך הנחה (שאמיתותה תיבחן בהמשך המאמר) שלפיה אין מניעה משפטית לבחור בכל אחת מהתרופות ושהשאלה היחידה היא איזו תרופה מעמידה את הנפגע במצב כספי טוב יותר.

- לצורך הדיון שלהלן ישמשו אותנו המונחים והמשתנים הבאים:
- המחיר החוזי של נכס מתאים: (במונח זה כוונתנו למחיר שקבעו הצדדים בחוזה) = **A1**.
- שווי השוק של נכס מתאים במועד ההפרה  $A2 = 49$ .
- השווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה: (במונח זה כוונתנו לשווי השוק של הנכס הלא-מתאים, במועד כריתת החוזה, כפול היחס שבין המחיר החוזי לבין שווי השוק של נכס מתאים באותו מועד (מועד הכריתה). הכפלה זו נובעת משיטת החישוב היחסית של תרופת הניכוי שעליה עמדנו קודם) = **B1**.
- שווי השוק של הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה = **B2**.
- השווי המתואם של אי-ההתאמה במועד הכריתה: (במונח זה כוונתנו להפרש שבין המחיר החוזי לבין השווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה. זהו, למעשה, סכום הניכוי, המחושב על-פי השיטה היחסית, כפי שהוסברה קודם) = **A1-B1**.
- שווי אי-ההתאמה במועד ההפרה: (במונח זה כוונתנו להפרש שבין שווי הממכר הלא-מתאים במועד ההפרה לבין שווי של ממכר מתאים באותו מועד. זהו, למעשה, סכום הפיצויים בגין הנזק הישיר שנגרם כתוצאה מאי-ההתאמה) = **A2-B2**.

49 כפי שיובהר בהמשך, מועד זה רלוונטי בעיקר לצורך חישוב תרופת הפיצויים. עם זאת, ראוי לציין כי המועד הרלוונטי למדידת שווי השוק לצורך חישוב הפיצויים אינו מועד קבוע והוא עשוי להיות גמיש למדי. חישוב הפיצויים עשוי להיות לפי מועד המסירה, שהוא למעשה המועד שבו התרחשה ההפרה (ראו ס' 11 לחוק המכר, שלפיו אי-ההתאמה מתרחשת בעת מסירת הממכר), או במועד מאוחר יותר כגון מועד ביטול החוזה על-ידי הנפגע, או מועד הרכישה של נכס חלופי או מועד התיקון של אי-ההתאמה על-ידי הנפגע או מועד הגשת התביעה. ראו בעניין זה *Zamir, Failure of Reduction*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 486. לשאלה עד כמה גמישה יכולה להיות הקביעה של מועד ההפרה לצורך חישוב הפיצויים ראו ע"א 195/85 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' סוראקי, פ"ד מב(4) 836, 811 (1989); ע"א 646/85 יצירות ברנע בע"מ נ' דניה חברה לפיתוח בע"מ, פ"ד מב(2) 800, 793 (1988); ע"א 462/81 שמחון נ' יוסף בכר חברה לבנין ופיתוח בע"מ, פ"ד לט(1) 705, 701 (1985). ראו גם: דוד קציר תרופות בשל הפרת חוזה כרך ב 979-969 (1991); משה גלברד הפרה צפויה בחוזים 367 (2006); 10 *ISR. L. REV.* 10; G. Tedeschi, *On the Date for Assessing Damage*, 13 *ISR. L. REV.* 10 (1978). מטעמי נוחות נכנה מועד זה מכאן ולהבא בשם "מועד ההפרה".

**1. ניכוי לעומת פיצויים**

כאשר הקונה הנפגע תובע פיצויי קיום בעקבות אי-התאמה הוא זכאי (נוסף על הנכס הלא-מתאים שנותר בידו) להפרש שבין שווי הממכר הלא-מתאים במועד ההפרה לבין שווי של ממכר מתאים באותו מועד. סכום זה, שאותו כינינו "שווי אי-התאמה במועד ההפרה" (A2-B2), יעמיד את הקונה במצב שבו היה אמור להיות (מבחינה כספית) אילולא התרחשה ההפרה.

כאשר הנפגע תובע ניכוי, הוא זכאי (נוסף על שווי של הנכס הלא-מתאים שנותר בידו) להפרש שבין המחיר החוזי (A1) לבין "השווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה" (B1). משמע: הוא זכאי ל"שווי המתואם של אי-התאמה במועד הכריתה" (A1-B1).

יוצא מכאן כי הנפגע יעדיף את תרופת הפיצויים כאשר "שווי אי-התאמה במועד ההפרה" גבוה מ"השווי המתואם של אי-התאמה במועד הכריתה" (דהיינו: כאשר  $A2-B2 > A1-B1$ ); לעומת זאת הוא יעדיף את תרופת הניכוי כאשר "השווי המתואם של אי-התאמה במועד הכריתה" גבוה מ"שווי אי-התאמה במועד ההפרה" ( $A1-B1 > A2-B2$ ).

נניח, למשל, ששווי שוק של נכס מתאים במועד ההפרה הוא 100, בעוד ששווי השוק באותו מועד של הנכס שסופק בפועל הוא 80. נניח עוד כי מחיר החווה של אותו נכס הוא 70. אם שווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה עלה על 50 יעדיף הנפגע את תרופת הפיצויים, אך אם שווי נמוך מ-50 הוא יעדיף את תרופת הניכוי.<sup>50</sup> ראוי בהקשר זה לשוב ולציין כי ניתוחנו דלעיל נעשה בהתאם לסעיף 498 לתזכיר, שעל-פיו החישוב של סכום הניכוי ייערך על-פי המועד של כריתת החווה (ההפרש שבין שווי של נכס מתאים לבין שווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה). ניסוחם של סעיפי הניכוי בחקיקה הקיימת אינו חד-משמעי בעניין זה, אך הדעה המקובלת היא שסכום הניכוי – גם על-פי החקיקה הקיימת – יחושב בהתאם ל"שווי המתואם של אי-התאמה במועד הכריתה".<sup>51</sup>

50 אם שווי של הנכס הלא-מתאים במועד כריתת החווה היה בדיוק 50, שתי התרופות יובילו כמובן לאותה תוצאה כספית.

51 Zamir, *Failure of Reduction*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 475-477, 495-497; זמיר חוק המכר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 569-575; זמיר קבלנות, לעיל ה"ש 3, בעמ' 540-543. בפרשת שטרית, לעיל ה"ש 13, בעמ' 527-528, נמנע בית המשפט העליון מלהכריע בשאלת שיטת החישוב הנכונה. חישוב סכום הניכוי על-פי ס' 50 לאמנת CISG (אצלנו – ס' 50 לתוספת אמנת האו"ם לחוק המכר) יהיה שונה. בהתאם לאמנה, סכום הניכוי הוא שווי אי-התאמה במועד המסירה (A2-B2), כשהוא מוכפל ביחס שבין שווי של נכס מתאים במועד המסירה (A2) לבין המחיר החוזי (A1). לכן, במקרה שבו יחולו הוראות האמנה (עסקת מכר בינ"ל), הבררה שבין פיצויים לבין ניכוי תוכרע אפוא על-פי ההשוואה שבין שווי של נכס מתאים במועד המסירה (A2) לבין המחיר החוזי (A1). בדוגמה שלעיל, למשל, סכום הניכוי על-פי האמנה יהיה  $(100-80)(70/100)=14$ . כאמור, נוסחה זו מביאה בחשבון את שווי של

## 2. ניכוי לעומת (ביטול ו)השבה

כאשר הנפגע בוחר בתרופת הניכוי הוא זכאי לקבל את "השווי המתואם של אי-ההתאמה במועד הכריתה"  $(A1-B1)$ , ונוסף על כך נותר בידו הנכס הלא-מתאים עצמו  $(B2)$ . כאשר הנפגע בוחר בביטול החוזה הוא זכאי לקבל השבה של המחיר החוזי  $(A1)$ .<sup>52</sup> במקרה של ניכוי, השווי הכולל שיישאר בידי הנפגע הוא  $A1-B1+B2$ , ואילו במקרה של ביטול יישאר בידי הנפגע השווי  $A1$  – ועל כן מבחינה מתמטית יעדיף הנפגע את תרופת הניכוי כאשר  $B2 > B1$ , ואילו תרופת הביטול וההשבה תהיה עדיפה כאשר  $B2 < B1$ . במילים אחרות: הנפגע יעדיף את תרופת הניכוי כאשר שווי השוק של הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה גדול מהשווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה, ואילו תרופת הביטול וההשבה תהיה עדיפה במקרה ההפוך: כאשר השווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה גדול משווי השוק של הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה.<sup>53</sup> ברור שכאשר שווי השוק של הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה שווה לשווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה  $(B1=B2)$  יביאו שתי התרופות לאותה תוצאה כספית.

## 3. פיצויים לעומת (ביטול ו)השבה

כאשר נפגע בוחר בתרופת הפיצויים הוא נותר עם הנכס הלא-מתאים (ששווי  $B2$ ) ונוסף על כך הוא מקבל פיצויים בגובה "שווי אי-ההתאמה במועד ההפרה"  $(A2-B2)$ . מכאן

נכס מתאים בעת המסירה (100), את שווי של הנכס הלא-מתאים במועד המסירה (80) ואת המחיר החוזי (70). שווי של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה אינו משפיע כלל על סכום הניכוי. ראו גם להלן הטקסט ליד ה"ש 82.

52 לצורך הפשטות אנו נצמדים במאמר למספרים נומינליים ומתעלמים מהתאמות אפשריות בשל הפרשי הצמדה ו/או ריבית.

53 ניתן להסביר זאת גם כך: כפי שהובהר, כאשר הנפגע בוחר בתרופת הניכוי הוא זכאי לקבל את "השווי המתואם של אי-ההתאמה במועד הכריתה"  $(A1-B1)$ , ונוסף על כך נותר בידו הנכס הלא-מתאים עצמו (ששווי  $B2$ ). אם הנפגע בוחר בביטול החוזה הוא זכאי להשבת המחיר החוזי. מבחינה רעיונית אפשר לפרק את המחיר החוזי  $(A1)$  לשני רכיבים. למעשה, המחיר החוזי מורכב מהצירוף של "השווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה"  $(B1)$  ועוד "השווי המתואם של אי-ההתאמה במועד הכריתה"  $(A1-B1)$ . מכיוון שהרכיב "השווי המתואם של אי-ההתאמה במועד הכריתה"  $(A1-B1)$  משותף לשתי התרופות, ניתן לצמצמו בשני צדי המשוואה, להתעלם ממנו ולהתמקד במה שנותר – הנכס הלא-מתאים עצמו במקרה של ניכוי  $(B2)$  או "השווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה"  $(B1)$  במקרה של ביטול. לכן, תרופת הניכוי עדיפה כאשר  $B2 > B1$  ואילו תרופת הביטול וההשבה עדיפה כאשר  $B2 < B1$ . ובהצגה מתמטית – תרופת הניכוי עדיפה כאשר:  $A1 < (A1-B1) + B2$ . כפי שנוכחנו:  $A1 = B1 + (A1-B1)$ . לכן, בהצלבה, תרופת הניכוי עדיפה כאשר:  $B1 + (A1-B1) < (A1-B1) + B2$ . ניתן לצמצם משני צדי המשפט את  $(A1-B1)$  ולכן תרופת הניכוי עדיפה כאשר  $(B1 < B2)$ .

שמבחינה כספית תרופת הפיצויים מעמידה את הנפגע במצב שבו היה אילו קיבל נכס מתאים (ששוויו במועד ההפרה הוא  $A_2$ ). לעומת זאת, כאשר הוא בוחר בתרופת הביטול הוא מחזיר את הנכס שקיבל ומקבל תחתיו השבה של המחיר החוזי ( $A_1$ ). מכאן שכאשר שווי הנכס המתאים במועד ההפרה גבוה מהמחיר החוזי ( $A_2 > A_1$ ) יעדיף הנפגע את תרופת הפיצויים, ואילו כאשר המחיר החוזי גבוה משווי הנכס המתאים במועד ההפרה ( $A_1 > A_2$ ) הוא יעדיף ביטול והשבה. מובן שכאשר המחיר החוזי שווה לשווי הנכס המתאים במועד ההפרה ( $A_1 = A_2$ ) יניבו שתי התרופות תוצאה כספית זהה.

## ב. סדר העדיפות בין שלוש התרופות

בהשוותנו בין כל זוג של תרופות נוכחנו לדעת כי מבחינתו של הנפגע, נקודת החיתוך ביחס לעדיפות של תרופה אחת מהאחרת תלויה בכל פעם במשתנה אחר. כאשר משווים בין ניכוי לבין פיצויים, המשתנה הרלוונטי הוא "השווי המתואם של אי-ההתאמה במועד הכריתה" לעומת "שווי אי-ההתאמה במועד ההפרה" ( $A_1 - B_1$  לעומת  $A_2 - B_2$ ); קביעת העדיפות בין ניכוי לבין ביטול והשבה תוכרע בהתאם להשוואה שבין השווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד כריתת החוזה לבין שווי של הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה ( $B_1$  לעומת  $B_2$ ); בהתמודדות שבין ביטול והשבה לבין פיצויים יש להשוות בין המחיר החוזי של הנכס לבין שווי של נכס מתאים במועד ההפרה ( $A_1$  לעומת  $A_2$ ). בבואנו להכריע בין שלוש התרופות עלינו אפוא להביא בחשבון את כל שלושת המשתנים האמורים. כדי להציג באופן מסודר את השפעתם של שלושת המשתנים ערכנו טבלה תלת-ממדית (טבלה א'). בשל הקושי הטכני להציג טבלה תלת-ממדית במרחב דו-ממדי פרסנו והשטחנו את טבלה א' לשלוש טבלאות משנה (א, 2, א, 3). טבלה 1א מתייחסת לכל המקרים שבהם שווי השוק של נכס מתאים במועד ההפרה גבוה מהמחיר החוזי ( $A_2 > A_1$ ), טבלה 2א מתייחסת לכל המקרים שבהם שווי השוק של נכס מתאים במועד ההפרה נמוך מהמחיר החוזי ( $A_2 < A_1$ ) בכל אחת משלוש טבלאות-המשנה, החלופות האופקיות מתייחסות לשווי השוק של הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה ( $B_2$ ) לעומת השווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה ( $B_1$ ), והחלופות האנכיות מתייחסות לשווי אי-ההתאמה במועד ההפרה ( $A_2 - B_2$ ) לעומת השווי המתואם של אי-ההתאמה במועד הכריתה ( $A_1 - B_1$ ). בתוך כל תא בטבלה, התרופות מנויות (מימין לשמאל) בסדר עדיפות יורד. כאשר שתיים או שלוש תרופות מופיעות בתוך סוגריים, משמעות הדבר היא שהתרופות שבסוגריים מביאות לתוצאה כספית זהה ולפיכך הנפגע אמור להיות אדיש (לפחות מבחינת ההיבט הכספי, שבו אנו דנים כאן) לבחירה ביניהן.



## טבלה א' (שלושה חלקים):

## טבלה א1

$B2 < B1$	$B2 = B1$	$B2 > B1$	$A2 > A1$
תא 3 פיצוי, ביטול, ניכוי <sup>56</sup>	תא 2 פיצוי (ניכוי, ביטול) <sup>55</sup>	תא 1 פיצוי, ניכוי, ביטול <sup>54</sup>	$A2-B2 > A1-B1$
אינו אפשרי <sup>59</sup>	אינו אפשרי <sup>58</sup>	תא 4 (פיצוי, ניכוי), ביטול <sup>57</sup>	$A2-B2 = A1-B1$
אינו אפשרי <sup>62</sup>	אינו אפשרי <sup>61</sup>	תא 5 ניכוי, פיצוי, ביטול <sup>60</sup>	$A2-B2 < A1-B1$

54 בתא 1 פיצוי עדיף מניכוי הואיל ו- $A2-B2 > A1-B1$  (שווי אי-ההתאמה במועד ההפרה גדול מהשווי המתואם של אי-ההתאמה במועד הכריתה: לעיל חלק שלישי, פס' א.1); ניכוי עדיף על ביטול הואיל ו- $B2 > B1$  (שווי השוק של הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה גדול השווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה: לעיל חלק שלישי, פס' א.2).

55 בתא 2, פיצוי עדיף מניכוי הואיל ו- $A2-B2 > A1-B1$  (שווי אי-ההתאמה במועד ההפרה גדול מהשווי המתואם של אי-ההתאמה במועד הכריתה: לעיל חלק שלישי, פס' א.1); ניכוי שווה לביטול הואיל ו- $B1 = B2$  (שווי השוק של הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה שווה לשווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה: לעיל חלק שלישי, פס' א.2).

56 בתא 3, פיצוי עדיף מביטול הואיל ו- $A2 > A1$  (שווי השוק של נכס מתאים במועד ההפרה גדול מהמחיר החוזי של נכס מתאים: לעיל חלק שלישי, פס' א.3); ביטול עדיף על ניכוי הואיל ו- $B2 < B1$  (שווי השוק של הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה נמוך מהשווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה: לעיל חלק שלישי, פס' א.2).

57 בתא 4, פיצוי שווה לניכוי הואיל ו- $A2-B2 = A1-B1$  (שווי אי-ההתאמה במועד ההפרה שווה לשווי המתואם של אי-ההתאמה במועד הכריתה: לעיל חלק שלישי, פס' א.1); ניכוי עדיף על ביטול הואיל ו- $B2 > B1$  (שווי השוק של הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה גדול השווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה: לעיל חלק שלישי, פס' א.2).

58 אם  $A2 > A1$ , ו- $B2 = B1$ , אזי בהכרח  $A2-B2 > A1-B1$ .

59 אם  $A2 > A1$ , ו- $B2 < B1$ , אזי בהכרח  $A2-B2 > A1-B1$ .

60 בתא 5, ניכוי עדיף מפיצוי הואיל ו- $A2-B2 < A1-B1$  (שווי אי-ההתאמה במועד ההפרה נמוך מהשווי המתואם של אי-ההתאמה במועד הכריתה: לעיל חלק שלישי, פס' א.1); פיצוי עדיף על ביטול הואיל ו- $A2 > A1$  (שווי השוק של נכס מתאים במועד ההפרה גדול מהמחיר החוזי של נכס מתאים: לעיל חלק שלישי, פס' א.3).

61 אם  $A2 > A1$ , ו- $B2 = B1$ , אזי בהכרח  $A2-B2 > A1-B1$ .

62 אם  $A2 > A1$ , ו- $B2 < B1$ , אזי בהכרח  $A2-B2 > A1-B1$ .

## טבלה א2

$B2 < B1$	$B2 = B1$	$B2 > B1$	$A2 = A1$
תא 6 (ביטול, פיצוי), ניכוי <sup>65</sup>	אינו אפשרי <sup>64</sup>	אינו אפשרי <sup>63</sup>	$A2 - B2 > A1 - B1$
אינו אפשרי <sup>68</sup>	תא 7 (ניכוי, ביטול, פיצוי) <sup>67</sup>	אינו אפשרי <sup>66</sup>	$A2 - B2 = A1 - B1$
אינו אפשרי <sup>71</sup>	אינו אפשרי <sup>70</sup>	תא 8 (ביטול, פיצוי) <sup>69</sup>	$A2 - B2 < A1 - B1$

63 אם  $A2 = A1$ ,  $B2 < B1$ , אזי בהכרח  $A2 - B2 > A1 - B1$ .

64 אם  $A2 = A1$ ,  $B2 = B1$ , אזי בהכרח  $A2 - B2 = A1 - B1$ .

65 בתא 6, פיצוי שווה לביטול הואיל ו- $A2 = A1$  (שווי השוק של נכס מתאים במועד ההפרה שווה למחיר החוזי של נכס מתאים: לעיל חלק שלישי, פס' א.3); פיצוי עדיף על ניכוי הואיל ו- $A2 - B2 > A1 - B1$  (שווי אי-ההתאמה במועד ההפרה גדול מהשווי המתואם של אי-ההתאמה במועד הכריתה: לעיל חלק שלישי, פס' א.1).

66 אם  $A2 = A1$ ,  $B2 > B1$ , אזי בהכרח  $A2 - B2 < A1 - B1$ .

67 בתא 7, ניכוי שווה לביטול הואיל ו- $B1 = B2$  (שווי השוק של הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה שווה לשווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה: לעיל חלק שלישי, פס' א.2); ביטול שווה לפיצוי הואיל ו- $A2 = A1$  (שווי השוק של נכס מתאים במועד ההפרה שווה למחיר החוזי של נכס מתאים: לעיל חלק שלישי, פס' א.3).

68 אם  $A2 = A1$ ,  $B2 < B1$ , אזי בהכרח  $A2 - B2 > A1 - B1$ .

69 בתא 8, ניכוי עדיף מביטול הואיל ו- $B2 > B1$  (שווי השוק של הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה גדול השווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה: לעיל חלק שלישי, פס' א.2); ביטול שווה לפיצוי הואיל ו- $A2 = A1$  (שווי השוק של נכס מתאים במועד ההפרה שווה למחיר החוזי של נכס מתאים: לעיל חלק שלישי, פס' א.3).

70 אם  $A2 = A1$ ,  $B2 = B1$ , אזי בהכרח  $A2 - B2 = A1 - B1$ .

71 אם  $A2 = A1$ ,  $B2 < B1$ , אזי בהכרח  $A2 - B2 > A1 - B1$ .

## טבלה א 3

$B2 < B1$	$B2 = B1$	$B2 > B1$	$A2 < A1$
תא 9 ביטול, פיצוי, ניכוי <sup>74</sup>	אינו אפשרי <sup>73</sup>	אינו אפשרי <sup>72</sup>	$A2 - B2 > A1 - B1$
תא 10 ביטול (ניכוי, פיצוי) <sup>77</sup>	אינו אפשרי <sup>76</sup>	אינו אפשרי <sup>75</sup>	$A2 - B2 = A1 - B1$
תא 13 ביטול, ניכוי, פיצוי <sup>80</sup>	תא 12 (ניכוי, ביטול), פיצוי <sup>79</sup>	תא 11 פיצוי <sup>78</sup>	$A2 - B2 < A1 - B1$

אם כן, הטבלה מסכמת את כל 27 המצבים המתקבלים מבחינה מתמטית בעת ההשוואה של המשתנים העשויים להשפיע על דירוג התרופות. כבר מעיון ראשון בטבלה א' בכללותה עולה כי מתוך 27 התאים, 14 כלל אינם אפשריים מבחינה מתמטית. לשם

72 אם  $A2 < A1$ ,  $B2 > B1$ , אזי בהכרח  $A2 - B2 < A1 - B1$ .

73 אם  $A2 < A1$ ,  $B2 = B1$ , אזי בהכרח  $A2 - B2 < A1 - B1$ .

74 בתא 9, ביטול עדיף מפיצוי הואיל ו- $A2 < A1$  (שווי השוק של נכס מתאים במועד ההפרה נמוך מהמחיר החוזי של נכס מתאים: לעיל חלק שלישי, פס' א.3); פיצוי עדיף על ניכוי הואיל ו- $A2 - B2 > A1 - B1$  (שווי אי-ההתאמה במועד ההפרה גדול מהשווי המתואם של אי-ההתאמה במועד הכריתה: לעיל חלק שלישי, פס' א.1).

75 אם  $A2 < A1$ ,  $B2 > B1$ , אזי בהכרח  $A2 - B2 < A1 - B1$ .

76 אם  $A2 < A1$ ,  $B2 = B1$ , אזי בהכרח  $A2 - B2 < A1 - B1$ .

77 בתא 10, ביטול עדיף מניכוי הואיל ו- $B2 < B1$  (שווי השוק של הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה נמוך מהשווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה: לעיל חלק שלישי, פס' א.2); ניכוי שווה לפיצוי הואיל ו- $A2 - B2 = A1 - B1$  (שווי אי-ההתאמה במועד ההפרה שווה לשווי המתואם של אי-ההתאמה במועד הכריתה: לעיל חלק שלישי, פס' א.1).

78 בתא 11, ניכוי עדיף מביטול הואיל ו- $B2 > B1$  (שווי השוק של הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה גדול מהשווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה: לעיל חלק שלישי, פס' א.2); ביטול עדיף מפיצוי הואיל ו- $A2 < A1$  (שווי השוק של נכס מתאים במועד ההפרה נמוך מהמחיר החוזי של נכס מתאים: לעיל חלק שלישי, פס' א.3).

79 בתא 12, ניכוי שווה לביטול הואיל ו- $B1 = B2$  (שווי השוק של הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה שווה לשווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה: לעיל חלק שלישי, פס' א.2); ביטול עדיף מפיצוי הואיל ו- $A2 < A1$  (שווי השוק של נכס מתאים במועד ההפרה נמוך מהמחיר החוזי של נכס מתאים: לעיל חלק שלישי, פס' א.3).

80 בתא 13, ביטול עדיף מניכוי הואיל ו- $B2 < B1$  (שווי השוק של הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה נמוך מהשווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה: לעיל חלק שלישי, פס' א.2); ניכוי עדיף מפיצוי הואיל ו- $A2 - B2 < A1 - B1$  (שווי אי-ההתאמה במועד ההפרה נמוך מהשווי המתואם של אי-ההתאמה במועד הכריתה: לעיל חלק שלישי, פס' א.1).

נחות הדיון בהמשך מספרנו את התאים בטבלה תוך התעלמות מהתאים ה"עקרים" (משמע: לא מספרנו תאים שאינם אפשריים מבחינה מתמטית). בשישה מהתאים הממוספרים (1, 3, 5, 9, 11, 13) יש מדרג מובהק בין התרופות ואילו בשבעת התאים הנותרים (2, 4, 6, 7, 8, 10, 12) מתקיים מצב של שוויון בין לפחות זוג אחד של תרופות. הדיון בהמשך יתמקד בששת התאים שבהם יש מדרג מובהק. כפי שיובהר בהמשך, הדיון בששת התאים הללו ממצה למעשה את כלל המצבים האפשריים והוא ייתר את הדיון בשבעת התאים הנותרים.

## 1. כללי

עיון בטבלה מעלה כי יש שני מצבים שבהם תרופת הניכוי היא התרופה העדיפה מכל החלופות האחרות (תאים 5 ו-11).<sup>81</sup> עם זאת, כפי שניווכח בהמשך, הסבירות שהנפגע אכן יוכל להשתמש בתרופת הניכוי במקרים אלה במציאות היא נמוכה. בשני מצבים אחרים תרופת הניכוי היא בעדיפות שנייה מבין התרופות (תאים 1 ו-13). השימוש בתרופת הניכוי במקרים אלה יהיה רלוונטי רק כשלא ניתן לקבל את התרופה המועדפת (זו שבמקום הראשון): פיצויים בתא 1 או ביטול והשבה בתא 13. כמו כן, יש שני מצבים שבהם תרופת הניכוי היא בעדיפות שלישית (תאים 3 ו-9). במקרים אלה תרופה הניכוי עשויה להיות מופעלת רק כשאין אפשרות מעשית או משפטית לקבל פיצויים וכן אין אפשרות לבטל את החוזה ולקבל השבה. להלן נבחן את כל המקרים האמורים.

## 2. תרופת הניכוי בעדיפות ראשונה

בתאים המסומנים בטבלה במספרים 5 ו-11 תרופת הניכוי נמצאת בעדיפות ראשונה והשימוש בה עדיף, לפיכך, מפיצויים ומביטול. תחילה ראוי לציין כי שני התאים הללו כוללים אך ורק מקרים שבהם לא נשמרת יחסיות קבועה לאורך הזמן (דהיינו: ממועד כריתת החוזה ועד למועד ההפרה) בין שוויו של נכס מתאים לבין שוויו של נכס לא-מתאים. יושם אל לב כי מצבים כאלה אפשריים עקרונית במסגרת סעיף 498 לתזכיר (אם כי, כפי שיובהר להלן, אנו מניחים שהם אינם שכיחים במציאות). לעומת זאת, מצב כזה אינו אפשרי כלל במסגרת סעיף 50 לתוספת לחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התש"ס-1999 (אמנת CISG), הדין אף הוא בתרופת הניכוי. הסיבה לכך היא שלפי סעיף 50 הפחתת המחיר החוזי נעשית על-פי היחס שבין ערכו של הממכר הלא-מתאים לערך הממכר המתאים במועד המסירה (ולא במועד הכריתה, כמו בסעיף 498 לתזכיר). הנוסחה שבאמנה יוצרת למעשה חזקה שאינה ניתנת לסתירה, שעל-פיה נשמרת יחסיות קבועה לאורך הזמן בין שוויו של הנכס המתאים לבין שוויו של הנכס הלא-מתאים, ועל

81 כאמור לעיל, בשלב זה אנו מתייחסים אך ורק לתאים בטבלה שבהם יש מדרג מובהק בין התרופות ואנו מתעלמים מתאים שבהם יש שוויון לפחות בין שתי תרופות. הסבר לכך יובא בהמשך.

כן הפעלה של תרופת הניכוי במסגרת חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי) לא תקיים אף פעם את התנאים של תאים 5 ו-11 בטבלה.<sup>82</sup>

על-פי התנאים המתקיימים בתאים 5 ו-11 לטבלה, תרופת הניכוי היא העדיפה מבין שלוש התרופות במקרים שבהם שווי הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה (B2) גבוה מהשווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה (B1), ואילו "שווי אי-ההתאמה במועד ההפרה" (A2-B2) נמוך מ"השווי המתואם של אי-ההתאמה במועד הכריתה" (A1-B1). התקיימות של שני התנאים המצטברים הללו במציאות נראית, על פניה, כמצב לא שכיח, מכיוון שסביר להניח שברוב המקרים התנהגות השוק לאורך הזמן (דהיינו: ממועד הכריתה ועד למועד ההפרה) של הנכס המתאים, מחד גיסא, ושל הנכס הלא-מתאים, מאידך גיסא, תהיה דומה.<sup>83</sup> מכאן יש להניח כי לא יהיו שכיחים מצבים

82 מתוך עבודת ההכנה של אמנת CISG עולה כי השיקול העיקרי שעמד לנגד עיניהם של מנסחי הסעיף באמנה, בקובעם את מועד הערכת השווי למועד המסירה ולא למועד הכריתה, היה ככל הנראה שקשה יותר להעריך ולהוכיח הפרשי שווי היפותטיים בנקודת זמן שבעבר (מועד הכריתה), ולעומת זאת קל ונוח יותר להוכיח הפרשי שווי כאלה במועד ההפרה. מכל מקום, תוצאת הלוואי של קביעת המועד להערכה של הפרשי השווי למועד המסירה היא, כאמור, יצירת חזקה חלוטה שלפיה נשמרת יחסיות קבועה בין השווי של ממכר מתאים וממכר לא-מתאים ממועד הכריתה ועד למועד המסירה. מבחינתנו, המשמעות היא, לפיכך, שהמקרים המוסדרים באמנה נופלים אך ורק לתוך אחד מהמצבים המסומנים אצלנו בטבלה במספרים 1 ו-13 (מצבים אלה נדונים בתת-הפרק הבא). בשני תאים אלה תרופת הניכוי היא תמיד בעדיפות שנייה והיא עשויה אפוא להיות שימושית רק בהיעדר יכולת של הנפגע לממש את התרופה העדיפה ממנה.

83 על כך שצב שבו התנהגות השוק של נכס מתאים ושל נכס לא-מתאים תהיה שונה הוא מצב שאינו שכיח במציאות ראו, למשל, COMMENTARY ON THE UN CONVENTION, לעיל ה"ש 31, בעמ' 441, ה"ש 26. מצב כזה, שבו התנהגות השוק של נכס מתאים שונה מזו של נכס לא-מתאים, אפשרי, למשל, כשהנכס הלא-מתאים הוא מסוג שונה לגמרי מסוג הנכס המוסכם, שאז תיתכן התנהגות שוק שונה של שני סוגי הנכסים. על כך שייתכן שגם מסירה של נכס מסוג שונה לגמרי יחשב לאי-התאמה ראו זמיר חוק המכר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 251, המציין כי לכאורה גם מסירת קטנוע במקום מכונית היא בגדר אי-התאמה. עם זאת, יש להניח כי מקרה כזה אינו נפוץ (יתר על כן: יש להניח שבמקרה כגון זה תרופת הניכוי לא תהיה שימושית; ראו בעניין זה הדיון בהמשך בנוגע למתכות מסוגים שונים). השאלה שעולה בהקשר זה היא מתי אי-התאמה שבאה לידי ביטוי במסירת נכס, שמידת השוונות בינו לבין הנכס המובטח היא רבה ומהותית ביותר, נהפכת מהפרה מסוג של אי-התאמה להפרה מסוג של אי-מסירה. ראו, למשל, רע"א 1990/06 ארבע נ' סיבל נהריה בע"מ (פורסם בנבו, 12.4.2007) (להלן: פרשת ארבע), וראו להלן ה"ש 87. אפשרות נוספת להתנהגות שונה של נכס מתאים ונכס לא-מתאים היא, למשל, בשל השפעות של מיסוי שונה. ראו Zamir, *Failure of Reduction*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 487, המביא דוגמה של אי-התאמה בשנת הייצור של מכונית, בה המוכר מספק מכונית משנת ייצור קודמת לזו שהתחייב לספק וההתנהגות של מחירי השוק של מכוניות משומשות משנים שונות מושפעות משינויים בתעריפי המכס. ראו גם הדוגמה להלן, בטקסט שליד ה"ש 90, לגבי הבדל בהתנהגות השוק של דירות בגדלים שונים.

שבהם בעת ובעונה אחת "שווי אי-ההתאמה במועד ההפרה" (A2-B2) יהיה נמוך באופן מהותי מ"השווי המתואם של אי-ההתאמה במועד הכריתה" (A1-B1), ואילו שווי הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה (B2) יהיה גבוה באופן מהותי מהשווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה (B1). לשם דוגמה נניח שהמחיר החוזי (המשקף גם את שווי השוק במועד הכריתה) של נכס מתאים הוא 100 ושוויו של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה הוא 70. אם שווי של הנכס המתאים עולה עד מועד ההפרה למשל ל-150, סביר כי במרבית המקרים שווי של הנכס הלא-מתאים יעלה בשיעור דומה. כדי ששווייה של אי-ההתאמה – שהיה 30 בעת כריתת החוזה – ירד במונחים מוחלטים, שווי הנכס הלא-מתאים חייב להגיע במועד ההפרה ליותר מ-120 – אפשרות שנראית על פניה רחוקה למדי.

מה יכולות להיות, בכל זאת, נסיבות מציאותיות שבהן עשויים להתקיים התנאים המצטברים הללו? לעתים עשוי להתקיים מצב שבו שווי אי-ההתאמה הוא פונקציה של עלות התיקון ועלות זו פחתה, למשל, עקב המצאה של טכנולוגיית תיקון חדשה וזולה יותר.<sup>84</sup> להמחשת העניין נניח שבמועד הכריתה המחיר החוזי של ממכר מתאים (לצורך הנוחות, נניח כי המחיר החוזי משקף גם את שווי השוק של ממכר כזה באותו מועד) היה 100. שווי הממכר הלא-מתאים היה באותו מועד 70, מכיוון שעלות התיקון היא 30. עד למועד ההפרה הומצאה טכנולוגיית תיקון המאפשרת תיקון של אי-ההתאמה בעלות של 10 בלבד. על כן, אם במועד ההפרה שווי הממכר המתאים עלה ל-120, הרי ששווי הממכר שאינו מתאים יעלה ל-110. במצב כזה אמור הקונה להעדיף את תרופת הניכוי מהתרופות האחרות.

עם זאת, ראוי לזכור כי בנסיבות המתוארות יוכל המוכר למנוע את השימוש בתרופת הניכוי על-ידי ניצול ההזדמנות שהקונה חייב לתת לו טרם הפעלת תרופת הניכוי – לתקן את אי-ההתאמה.<sup>85</sup> הואיל ובמקרים שבהם עסקינן עלות התיקון נמוכה מסכום הניכוי, מוכר רציונלי אמור לנצל את ההזדמנות לתקן. אם כן, סביר להניח כי השימוש בתרופת הניכוי בנסיבות אלה לא יהיה מאוד מעשי.<sup>86</sup>

84 ברור לחלוטין שאין זהות הכרחית בין עלות התיקון של אי-ההתאמה לבין השיעור של פחיתת הערך בשל אי-ההתאמה. עם זאת, עשויים להיות מקרים שבהם השיעור של פחיתת הערך יהא פונקציה של עלות התיקון. בדוגמה המובאת בטקסט אנו מתייחסים למקרים כאלה בלבד.

85 ראו ס' 28 לחוק המכר, וכן ס' 498(א) לתזכיר חוק דיני ממונות.

86 דוגמה למקרה שבו המוכר עשוי בכל זאת להימנע מניצול ההזדמנות לתקן את הפגם היא כשהמוכר הוא חדל פירעון. הנאמן או המפרק של המוכר יבחרו לא לתקן את הפגם אם עלות התיקון עולה על סכום הניכוי כפול שיעור הדיבידנד הצפוי לנושים הלא-מובטחים: אם, למשל, עלות התיקון היא 60 וסכום הניכוי הוא 100, הנאמן או המפרק יעדיפו לתקן את הפגם רק כשדיבידנד הפירוק הצפוי לנושים לא-מובטחים עולה (בדוגמה שלנו) על 60%. במצב כזה ובהינתן הנסיבות של תאים 5 ו-11, עדיף לקונה לבחור בתביעת ניכוי ולא בתרופת פיצויים, כי אז הוכחת החוב שלו תהיה גבוהה יותר. עם זאת, בהתחשב בשיעור הדיבידנדים המחולקים בדרך כלל, אם בכלל, לנושים הלא-מובטחים,

אפשרות אחרת היא שהנכס המתאים והנכס הלא-מתאים שונים זה מזה במידה כזו שכוחות שוק שונים משפיעים על השווי של כל אחד מהם.<sup>87</sup> אם שווי השוק של הנכס הלא-מתאים עלה במשך הזמן שממועד הכריתה ועד למועד ההפרה, ואילו שווי של נכס מתאים ירד או נשאר קבוע – יתקיימו התנאים המפורטים בתאים 5 ו-11 בטבלה. נניח, למשל, שהמוכר היה צריך, על-פי החוזה, לספק מתכת מסוג מסוים ובמקום זאת סיפק מתכת מסוג אחר, זול יותר. במועד המסירה או ההפרה שווי של סוג המתכת שסופק בפועל היה גבוה משווי במועד כריתת החוזה, ואילו שווי של סוג המתכת שהמוכר אמור היה לספק על-פי החוזה לא השתנה באופן מהותי. במקרה זה הקונה יעדיף, כמובן, להשאיר אצלו את המתכת שקיבל ולתבוע את ההפרש שבין שוויין של המתכות במועד כריתת החוזה.

אף כאן דומה כי האפשרות המעשית להשתמש בתרופת הניכוי איננה כה רבה. כאמור, השימוש בתרופת הניכוי מחייב את הקונה לתת למוכר הזדמנות לתקן את הפגם. בנסיבות המתוארות מוכר רציונלי אמור לנצל את ההזדמנות לתיקון הפגם על-ידי החלפת המתכת שסופקה בפועל בסוג המתכת שנקבע בחוזה. יתרה מזו: ספק גדול אם בנסיבות המתוארות מוכר רציונלי יספק בכלל את סוג המתכת השני. מבחינתו, עדיף להימנע בכלל מלספק את הממכר<sup>88</sup> ולתת לקונה לבחור בין פיצוי לבין אכיפה, מאשר לספק את הנכס הלא-מתאים ולפתוח אפשרות לתביעת ניכוי.<sup>89</sup>

היתרון הטמון בהוכחת חוב גבוהה יותר הוא כנראה חסר חשיבות ממשית. לדין על אודות מפר בחדלות פירעון ראו להלן בחלק השלישי, פס' ב.3.ב.3(א) ו-ב.3.ב.3(ב) של המאמר.  
 87 כאן מתעוררת שוב, במלוא חריפותה, השאלה מתי אי-ההתאמה היא כה יסודית עד שמסירתו של הנכס הלא-מתאים כלל לא תיחשב למסירה. החוק הקיים וגם זה המוצע בתזכיר חוק דיני ממונות אינם מבחינים בין אי-התאמה הנובעת ממסירה של ממכר פגום (peius) לבין אי-התאמה הנובעת ממסירתו של ממכר שונה (aliud) ולכן מושג אי-ההתאמה במשפטנו הוא לכאורה רחב ביותר (זמיר חוק המכר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 236). לפיכך, אפשר לטעון שמסירה של קטנוע במקום מכונית היא מסירה של נכס שונה במובן של ס' 11(2) לחוק המכר – ולכן זו הפרה מסוג של אי-התאמה. שאלה היא אם במקרה של שונות כה מהותית אין לראות זאת כהפרה מסוג של אי-מסירה (שביחס אליה לא חלה תרופת הניכוי). לעניין זה ראו גם פרשת ארבס, לעיל ה"ש 83; איל זמיר עקרון ההתאמה בקיום חוזים 38-39, 119-120, והמקורות המאוזכרים שם (1990) (להלן: זמיר עקרון ההתאמה).  
 88 כאמור, תרופת הניכוי אפשרית רק ביחס להפרה מסוג של אי-התאמה אך לא ביחס להפרה מסוג של אי-מסירה.

89 אלא אם כן המוכר עצמו אינו מודע כלל לאי-ההתאמה בעת המסירה. מאחר שאנו עוסקים במצבים שיש בהם שוני כה מהותי בין הנכס המתאים לבין הנכס הלא-מתאים עד שכוחות שוק שונים משפיעים על שוויים, יש להניח כי מצב כזה של היעדר מודעות לאי-ההתאמה לא יהיה שכיח. אפשרות נוספת היא שבעת המסירה המוכר לא יכול היה לצפות את התפתחויות השוק המאוחרות יותר (שגרמו לכך שתרופת הניכוי היא העדיפה מכל התרופות); מסיבה זו הוא לא יכול היה לדעת במועד המסירה שעדיף לו להימנע בכלל מביצוע המסירה מאשר למסור ממכר שאינו מתאים.

המסקנה המתבקשת מדיוננו על אודות שתי הדוגמאות הללו היא שכדי שהנפגע יהיה מעוניין וגם יוכל באופן מעשי לבחור בתרופת הניכוי, צריכים להתקיים התנאים המצטברים האלה:

(א) שווי הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה גבוה מהשווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה ( $B2 > B1$ ), בעוד "שווי אי-ההתאמה במועד ההפרה" נמוך מ"השווי המתואם של אי-ההתאמה במועד הכריתה" ( $A2 - B2 < A1 - B1$ ).

(ב) לא ניתן לתקן או להחליף את הנכס הלא-מתאים או שלא כדאי למוכר לעשות כן.

(ג) במועד המסירה המוכר אינו מודע כלל לקיומה של אי-התאמה (אחרת היה נמנע מהמסירה ועל-ידי כך מונע מהנפגע את תרופת הניכוי), או שגם אם הוא מודע לאי-ההתאמה הוא אינו מסוגל להעריך בעת המסירה את עדיפותה של תרופת הניכוי, או שגם אם הוא מודע לאי-ההתאמה וגם לעדיפותה של תרופת הניכוי הוא אינו יכול (מבחינה משפטית) לא לספק את הנכס.

לדוגמה המקיימת את כל התנאים (המצטברים) האמורים טלו מקרה שבו קבלן מכר "על הנייר" דירה בת ארבעה חדרים. המחיר החוזי של הדירה היה 100 (מחיר ששיקף את שווי השוק במועד כריתת החוזה) ואילו שווייה של דירה בת שלושה חדרים באותו מועד היה 70. נניח כי בעת המסירה מתברר כי הדירה, כפי שנבנתה בפועל, קטנה יותר מזו שהובטחה בחוזה וכוללת שלושה חדרים בלבד. עם זאת, בעוד ששווייה של דירה בת ארבעה חדרים עלה במועד המסירה ל-120, שווייה של דירה בת שלושה חדרים עלה ל-110, בשל שינוי בטעמי הצרכנים או כתוצאה מנסיבות חיצוניות כגון הכבדה של נטל המס על דירות בנות ארבעה חדרים.

בנסיבות המתוארות סביר כי הקבלן לא יהיה מסוגל לתקן את אי-ההתאמה או שהעלויות הכרוכות בכך תהיינה גבוהות מדי. כמו כן, ייתכן שאין לו הברירה שלא לספק את הממכר – דבר שוודאי עדיף בעיניו, לאור העלייה במחיריהן של דירות בנות שלושה חדרים – שכן בידי הקונה נתון, ככל הנראה, הכוח לאכוף את מסירת הדירה במצבה הקיים ואת רישומה על שמו.<sup>90</sup>

90 זאת לאור העובדה שמדובר בנכס מקרקעין שמוזהה ספציפית. עניין זה אינו לגמרי ברור: האם יוכל קונה לתבוע את אכיפת מסירתו של ממכר לא-מתאים, שונה מהותית מהמוסכם, כדי לצרף לכך תביעת ניכוי? ייתכן שניתן יהיה לתבוע אכיפה כזו בהסתמך על ס' 449 לתזכיר (אכיפה בקירוב), אולם כאמור העניין אינו נטול ספק. ראו, בהקשר זה, זמיר עקרון ההתאמה, לעיל ה"ש 87, בעמ' Eyal Zamir, *The Extent of Similarity Required Between the Content of the Contract and its Performance*, 25 ISR. L. REV. 187, 209-218 (1991) (להלן: Zamir, *Extent of Similarity*).



רק בנסיבות כגון אלה יוכל הנפגע (וגם יהיה מעוניין) לבחור בתרופת הניכוי ולא בשתי התרופות האחרות. בשל הדרישה לקיומם של תנאים מצטברים כה רבים, ובהם התנהגות שוק מאוד לא אופיינית, להערכתנו מדובר כנראה במקרים נדירים למדי.<sup>91</sup>

### 3. תרופת הניכוי בעדיפות שנייה

בנסיבות המתוארות בתא 1 ובתא 13 בטבלה, תרופת הניכוי היא בעדיפות שנייה מבחינתו של הנפגע.<sup>92</sup> הוא עשוי, אם כן, לבחור בניכוי רק כשלא ניתן לקבל את התרופה הממוקמת בעדיפות גבוהה יותר או כשלא כדאי לו לעשות כן בשל נסיבותיו הספציפיות של המקרה.

בנסיבות המתוארות בתא 1 יבחר הנפגע בניכוי כשתרופת הפיצויים אינה אפשרית. בנסיבות המתוארות בתא 13 הוא יבחר בניכוי רק כשלא מתאפשר השימוש בתרופת הביטול וההשבה. נבחן כל אחד משני המצבים הללו בנפרד.

#### (א) מקרים שבהם פיצויים עדיפים מניכוי (תא 1)

עיון בטבלה מעלה כי פיצויים עדיפים מניכוי בהתקיים התנאים הבאים: "שווי הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה" גבוה מ"השווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה" ( $B2 > B1$ ), "שווי אי-ההתאמה במועד ההפרה" גבוה מ"השווי המתואם של אי-ההתאמה במועד הכריתה" ( $A2 - B2 > A1 - B1$ ) וכן שוויו של הנכס המתאים במועד ההפרה גבוה מהמחיר החוזי ( $A2 > A1$ ). בקבוצת מקרים זו, שבה תרופת הפיצויים עדיפה מבחינתו של הנפגע מתרופת הניכוי, הניכוי עשוי להיות רלוונטי רק כשהנפגע אינו יכול לתבוע פיצויים.

כעיקרון, התרופה של פיצויים בגין הנזק הישיר שנגרם לנפגע (דהיינו: הפרש השווי במועד ההפרה בין נכס מתאים לנכס שאינו מתאים) היא תרופה "חזקה" במובן זה שמעטים הסייגים בדין ביחס להפעלתה.<sup>93</sup> השאלה היא אם יש בכל זאת מקרים שבהם לא תעמוד תרופה זו לרשות הנפגע ויהיה עליו להסתפק אפוא בניכוי.

91 אפשר לשער כי שכיחותם של מקרים כאלה – שבהם היחס בין ערכו של נכס מתאים לערכו של נכס לא-מתאים משתנה במידה ניכרת ממועד הכריתה ועד למועד ההפרה – עשויה לעלות, ככל שמדובר בחוזים שבהם יש פערי זמן גדולים בין מועד הכריתה לבין מועד המסירה.

92 במקרים הנדונים בתת-פרק זה נשמרת יחסיות קבועה במשך הזמן (ממועד הכריתה ועד מועד ההפרה) בין שוויו של נכס מתאים לזה של נכס שאינו מתאים. כמובהר בטקסט שבסמוך לה"ש 82 לעיל, אלו הם המצבים העשויים להיכלל גם בגדרו של ס' 50 לתוספת אמנת האו"ם לחוק המכר.

93 ראו גבריאילה שלו דיני חוזים 575 (מהדורה שנייה, 1995) (להלן: שלו דיני חוזים): "תרופת הפיצויים היא תרופה נוקשה ואיננה יותר מן התרופות האחרות. בניגוד לתרופות האכיפה והביטול, שבהן יש לבית-המשפט מרחב מסוים להפעלת שיקול דעתו על-פי הצדק היחסי, תרופת הפיצויים

## (1) סיכול

סוגיית הסיכול מעוגנת כיום בסעיף 18 לחוק התרופות. בהתקיים התנאים המפורטים בסעיף, משמשת טענת הסיכול "מגן" בידי של המפר ונשללת מהנפגע הזכות לתבוע אכיפה או פיצויים.<sup>94</sup> עם זאת, לא נשללות תרופות אחרות של הנפגע.<sup>95</sup> בעקבות ההפרה עדיין עומדת לרשותו של הנפגע הזכות לבטל את החוזה ולדרוש השבה ולחלופין – לתבוע ניכוי.<sup>96</sup> בנסיבות אלה, כאשר אין הנפגע מעוניין לבטל את החוזה ולהשיב למפר את מה שקיבל במסגרתו,<sup>97</sup> תרופת הניכוי עשויה לכאורה להיות מעשית.<sup>98</sup>

- איננה כפופה למבחן הצדק. בעוד שבית-המשפט יכול למנוע הן אכיפה לא צודקת והן ביטול בשל הפרה לא-יסודית, כאשר הוא בלתי-צודק בנסיבות הענין – מבחני הפיצויים הם "מעטים ונוקשים".  
 ראו גם ע"א 260/80 נוביץ' נ' ליבוניץ, פ"ד לו(1) 537, 545 (1982); אורי ידן חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970-104 (מהדורה שנייה, התשל"ט). אמנם גם ביחס לתרופת הפיצויים יש "חסמים" שונים, העשויים למנוע את מתן הפיצויים ומאפשרים את הפעלתו של שיקול דעת שיפוטי ביחס למתן התרופה ולהיקפה, כגון שאלת הקשר הסיבתי שבין ההפרה לנזק, צפיות הנזק, תיחום הנזק וכימותו, עקרון הקטנת נזק, תחולתו של עקרון תום הלב הכללי וכדומה. אולם, יש לזכור כי הפיצויים שבהם אנו עוסקים כאן הם רק אלה העומדים כתרופה חלופית לתרופת הניכוי (לעיל ה"ש 38 והטקסט שלידה), דהיינו: רק פיצויים בגין הפרש השווי, במועד ההפרה, בין הנכס המתאים לבין הנכס שאינו מתאים (Zamir, *Failure of Reduction*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 479). מדובר אפוא בפיצויים על הנזק הישיר, שלגבי נתינתם שיקול הדעת השיפוטי הוא מן הסתם מצומצם למדי.  
 94 ס' 18 (א) לחוק התרופות מורה כי "לא תהיה ההפרה עילה לאכיפת החוזה שהופר או לפיצויים".  
 95 זמיר קבלנות, לעיל ה"ש 3, בעמ' 539.  
 96 Zamir, *Failure of Reduction*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 485. האפשרות לתבוע ניכוי גם במקרה של סיכול מוצדקת מבחינה נורמטיבית אם נראה בניכוי מעין ביטול חלקי של החוזה. כשם שהנפגע רשאי, בנסיבות של סיכול, לבטל את החוזה ולתבוע השבה, כך הוא רשאי לבטל רק את אותו מרכיב מהחוזה שלא בוצע ולדרוש השבה של מה ששילם – או להימנע מלשלם אם טרם שילם – עבור אותו מרכיב. יתר על כן: כאשר אי-ההתאמה היא כמותית, ביטול חלקי של החוזה וניכוי יובילו לתוצאות זהות. לעומת זאת, כאשר אי-ההתאמה היא איכותית, חלופת הביטול החלקי לא תהיה ישימה ברוב המקרים. יצוין כי בכל הנוגע לאמנה יש ספק בדבר יישום של תרופת הניכוי במקרה של אי-התאמה כמותית: Piliounis, לעיל ה"ש 17, בעמ' 37; Sondahl; לעיל ה"ש 34, בפרק *Does price reduction apply to quantities, services, or third parties?*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 550-551.  
 97 זאת מכיוון ששוויו של הנכס הלא-מתאים שקיבל עולה על שוויו במועד כריתת החוזה. בתא 1 בטבלה, שבו עסקינן, מצב דברים זה אכן מתקיים. לעומת זאת, כאשר שוויו של הנכס ירד מאז כריתת החוזה, אך הנפגע – מסיבות טובייקטיביות – מעוניין לשמור אותו אצלו, הוא עדיין יכול לבטל את החוזה (החלופה העדיפה, במקרה כזה, מבחינה כספית) ולהשיב את שוויו של הנכס שקיבל במקום את הנכס גופו. ראו ביתר פירוט את דיוננו בחלק השלישי, פס' ב.3(ב)(2) להלן.  
 98 והשוו Piché, לעיל ה"ש 16, בעמ' 560-559; Piliounis; לעיל ה"ש 17, בעמ' 34; Bergsten & Miller, לעיל ה"ש 20, בעמ' 260, 265; Sondahl; לעיל ה"ש 34, בחלק A.1.

עם זאת, המבחן לקיומו של סיכול על-פי הדין הקיים – מבחן הצפיות – פורש בפסיקה באופן מצמצם ביותר.<sup>99</sup> כתוצאה מכך מצבים של סיכול הם כה נדירים עד שדין הסיכול נהפך למעשה כמעט לאות מתה.<sup>100</sup> יוצא, אם כן, כי גם אם באופן תאורטי יש מקום לתרופת הניכוי במצבים של סיכול, באופן מעשי אין לכך כמעט<sup>101</sup> שימוש. בתזכיר חוק דיני ממונות מוצעים שינויים מהותיים ומרחיקי-לכת בדין הסיכול.<sup>102</sup> לא כאן המקום לעמוד בפירוט על מכלול השינויים הללו, אולם אפשר לצפות לכך שתוצאתם הסופית של השינויים העיקריים (ובעיקר המעבר ממבחן הצפיות למבחן הסיכון החוזי) עשויה להביא לריכוך של ממש בהפעלתו של דין הסיכול וכתוצאה מכך – להרחבה של היקף המצבים שיוכרו כמצבי סיכול.

ניתן היה לחשוב אפוא כי בעקבות ריכוכו של דין הסיכול על-פי הצעת הקודיפיקציה תיהפך תרופת הניכוי לשיימה במקרים שיוכרו כמצבי סיכול ושבהם מתקיימים התנאים המנויים בתא 1 בטבלה (דהיינו: "שווי הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה" גבוה מ"השווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה", "שווי אי-התאמה במועד ההפרה" גבוה מ"השווי המתואם של אי-התאמה במועד הכריתה", וכן שוויו של הנכס המתאים במועד ההפרה גבוה מהמחיר החוזי). ולא היא. ההצעה אמורה לשנות לא רק

99 ראו, למשל, ע"א 13/75 בלומנפלד נ' חברת הדר פלסט בע"מ, פ"ד כט(2) 452, 456 (1975); ע"א 865/76 לופז נ' שושני, פ"ד לא(3) 748 (1977); ע"א 767/77 בן חיים נ' כהן, פ"ד לד(1) 564 (1979); ע"א 715/78 כץ נ' נצחוני מזרחי בע"מ, פ"ד לג(3) 639, 643-644 (1979); ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי, פ"ד לה(4) 31 (1981); ע"א 748/80 גולדשטיין נ' גוב-ארי חברה לבנין ולהשקעות נתניה (1976) בע"מ, פ"ד לח(1) 309 (1984); ע"א 291/82 פישברג נ' דים, פ"ד לט(2) 625 (1985); ע"א 1/84 נתן נ' סטרוד, פ"ד מב(1) 661 (1988); ע"א 753/88 טל נ' מינהל מרקעי ישראל (פורסם בנבו, 31.12.1988); ע"א 719/89 מחצבות חיפה בע"מ נ' חנרון בע"מ, פ"ד מו(3) 305, 313-314 (1992); ע"א 4481/90 אהרון נ' ג. פרץ מ. בן גיאת חברה להנדסה ובנין בע"מ, פ"ד מז(3) 427, 437-438 (1993); ע"א 3402/95 ש. גמליאל – חברה לבניין ופיתוח בע"מ נ' ש. ארצי – חברה להשקעות בע"מ, פס' 23-24 לפסק דינו של השופט גולדברג (פורסם בנבו, 21.8.1997).

100 שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 93, בעמ' 503, Zamir, *Failure of Reduction*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 485.

101 אמנם בשנים האחרונות החלו להסתמן ניצנים למגמה חדשה, הנוטה לאפשר שימוש נרחב יותר בדין הסיכול, על-ידי ריכוך של מבחן הצפיות ואף על-ידי המרתו במבחן הסיכון החוזי. ראו ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נד(5) 506, 517-518 (2000). בעקבותיו ראו, לדוגמה, ת"א (מחוזי-ים) 3531/01 בן אבו חברה לבנין ולפיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון (פורסם בנבו, 21.7.2002). באותו כיוון מרכז ראו, מוקדם יותר, ע"א 6450/93 ענבר נ' דנגור, פס' 4 לפסק דינו של השופט טל (פורסם בנבו, 26.2.1997). ניצניה של מגמה זו עדיין לא הבשילו והמקרים שבהם התקבלה טענת סיכול הם עדיין מעטים מאוד.

102 ראו ס' 131-137 לתזכיר החוק. לדין הסיכול באופן כללי, תוך התייחסות מפורטת לדין הסיכול החדש המוצע בהצעת הקודיפיקציה, ראו גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 621-649 (2005) (להלן: שלו דיני חוזים לקראת קודיפיקציה). לדין הסיכול המוצע ראו גם דויטש פרשנות הקודקס האזרחי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 444-458.

את תנאי תחולתו של דין הסיכול אלא אף את מהותו היסודית. על-פי ההצעה, סיכול לא ייחשב עוד כהפרה מוגנת אלא כמאורע המפקיע את החוזה.<sup>103</sup> מאחר שניכוי הוא תרופה הבאה בעקבות הפרה (מסוג של אי-התאמה), ממילא התוצאה תהיה שבמקרים של סיכול – הגם שיש לצפות לכך שבעקבות שינוי הדין מקרים רבים יותר יוכרו ככאלה – לא תהיה כלל אפשרות להשתמש בתרופת הניכוי.<sup>104</sup>

## (2) היעדר נזק

תרופת הפיצויים מחייבת הוכחה על קיומו של נזק וכן הוכחה בדבר שיעורו של הנזק.<sup>105</sup> לכאורה, בהיעדר נזק בפועל אין תרופת הפיצויים ישימה. במקרה כגון זה ניתן לכאורה להניח כי לא נותר לנפגע אלא להסתפק בניכוי בלבד, למרות היותה של תרופת הפיצויים עדיפה מבחינתו.<sup>106</sup>

עם זאת, כזכור, אנו עוסקים במצבים שבהם שווי השוק במועד ההפרה של הנכס שסופק בפועל נמוך משווי השוק של נכס מתאים באותו מועד. לכאורה מדובר בנזק ישיר מובהק ובדרך כלל לא אמור להיות קושי מיוחד להוכיחו. לפיכך, השאלה העיקרית שעשויה להתעורר היא מה הדין במקרים שבהם – למרות ההפרש האובייקטיבי שבין שווי של הנכס הלא-מתאים לזה של הנכס המתאים – לא נודעת כל נפקות להפרש השווי האמור מבחינתו הסובייקטיבית של הקונה? האם בנסיבות אלה כלל יש נזק בר-פיצוי? אפשר להעלות על הדעת כמה מצבים כאלה. כך, לדוגמה, מצב שבו לאחר רכישת הנכס ובשל שינוי נסיבות אין לקונה עוד צורך או שימוש בו. במצב כזה הקונה עשוי להיות אדיש לכאורה לתכונותיו של הממכר; עם זאת, יש להניח כי ברוב המקרים

103 ס' 132 (א) לתזכיר החוק.

104 שאלה מעניינת היא מהו הדין על-פי חוק דיני ממונות כשמוכר מסר לקונה נכס שאינו מתאים (למשל: מבנה שאחד מקירותיו הרוס) כשאי-התאמה נגרמה בשל אירוע מסכל (למשל: רעידת אדמה), אך הקונה בכל זאת מעוניין לקבל את הנכס הלא-מתאים במצבו הקיים. יש להניח כי במקרה כזה יחול ס' 137 לתזכיר, העוסק בסיכול חלקי ומחיל את ס' 118 לתזכיר, שעניינו הפרדת החוזה (ביטול חלקי), ובלבד שתוצאת הבטלות החלקית לא תביא לשינוי מהותי בחיובים או בזכויות של הצדדים ולא תגרום עוול לאחד הצדדים. אנו סבורים כי ייתכן להגיע לתוצאה דומה גם כשהחווה אינו ניתן להפרדה לחלקים (למשל, כשיש אי-התאמה שהיא תוצאת סיכול, הפוגמת באיכותו של הממכר, אך אין אפשרות להפרדה "כמותית"). לתוצאה כזו אפשר להגיע בדרך של היקש או בדרך של שימוש בעיקרון של "קיום בקירוב" (לקיום בקירוב בעקבות אירוע מסכל ראו ס' 136 לתזכיר). במקרה כזה סביר להניח כי על אף היעדרה של תחולה ישירה לתרופת הניכוי (שהרי אין, כאמור, הפרה של החוזה), בפועל כנראה ייעשה חישוב התמורה על-פי טכניקת החישוב של תרופת הניכוי.

105 ראו, למשל, ע"א 355/80 אניסימוב נ' מלון טירת בת-שבע בע"מ, פ"ד לה (2) 807, 800 (1981); שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 93, בעמ' 577, 583.

106 השוו *Zamir, The Missing Interest*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 111-112 (המסביר כי אחד היתרונות של תרופת הניכוי הוא הפחתה של עלויות ההוכחה).

הוא יוכל לממש את הפוטנציאל הכלכלי של הנכס על-ידי מכירתו – וממילא הבדלי השווי בין נכס מתאים לבין נכס שאינו מתאים מהווים נזק (אלא אם מדובר בממכר שהוא נכס לא נזיל כגון נכס שהוכן לדרישותיו הייחודיות של הקונה, ועל כן לא ניתן לנצל את הפוטנציאל הכלכלי שלו במכירה, או אם אי-ההתאמה היא בכך שסופק נכס משומש במקום נכס חדש ושווי של נכס משומש נמוך יותר משווי של נכס חדש, אך אין הבדל בין שווי של נכס משומש מיד שנייה לבין זה של נכס משומש מיד שלישית). דוגמה אחרת תתקיים כשלא נודעת חשיבות כלשהי לשוני שבין הנכס המתאים לבין הנכס הלא-מתאים בהתחשב בשימוש הספציפי שמיועד לו הקונה. טלו למשל מקרה שבו אדם קונה מכונית לשם ביצוע מבחני ריסוק. בהנחה שאי-ההתאמה איננה קשורה לתכונות המבנה או הבטיחות של המכונית – אלא, למשל, לכתמים בצבע הרכב או לריפוד קרוע וכיוצא באלה – אזי אי-ההתאמה לכאורה אינה רלוונטית (משמע: איננה נזק) מבחינתו הסובייקטיבית של הקונה.

דוגמה נוספת היא קונה שרכש נכס למטרה אלטרואיסטית כגון כוונה לתת במתנה או לצדקה. בחלק מהמאמרים שפורסמו בחו"ל אכן מובא מקרה כזה כדוגמה להיעדר נזק,<sup>107</sup> אך ספק גדול בעינינו אם זו דוגמה נכונה. כאשר אדם רוכש נכס כדי לתת לזולת הוא מביע בכך את דעתו שההנאה שיקבל מהמתנה עולה על כל שימוש חלופי שהוא יכול לעשות בכספו. מתן נכס לא-מתאים – אם הנכס הלא-מתאים הוא בכלל בר-שימוש בידיו של המקבל המיועד – עשוי אפוא להפחית מההנאה שיפיק ממנו. אמנם קשה להוכיח את ההפחתה האמורה או את שיעורה, אולם הבעיה קיימת גם כשנרכש הנכס לשימוש האישי של הקונה. בשני המקרים דומה כי שווי השוק של הפגם עשוי לשמש תחליף נאות להוכחת המרכיב הסובייקטיבי האמור.

דומה כי התשובה לכל המקרים הללו היא שקביעת הפיצויים נעשית על-פי קנה מידה אובייקטיבי. בהתייחסו לסוגיה זו קבע בית המשפט העליון:

בקביעת שווי השוק של נכס, יש להתחשב בכל ההשלכות של אי-ההתאמה. הרעיון כי יש לפלח את מחיר השוק על-פי החיובים המוחשיים שקיבל על עצמו המוכר כלפי הקונה, רעיון זה אינו עומד בפני הביקורת. מחיר השוק מגלם מטרות שימוש רבות ואין להפחית ממנו בשל התכלית הספציפית של הממכר בעיני הקונה. שהרי גם המחיר החוזי של הממכר מבטא, בדרך כלל, את מחיר השוק, המגלם את כל השימושים האפשריים בנכס.<sup>108</sup>

107 Piché, לעיל ה"ש 16, בעמ' 561; Piliounis, לעיל ה"ש 17, בעמ' 33-34; Ergun, לעיל ה"ש 17, בטקסט שליד ה"ש 46; COMMENTARY ON THE UN CONVENTION, לעיל ה"ש 31, בעמ' 438-439.

108 פרשת שטרית, לעיל ה"ש 13, בעמ' 527-528 (ההדגשה הוספה).

שאלת הנזק נבחנת בקנה מידה אובייקטיבי<sup>109</sup> ולכן הנפגע זכאי לתבוע כפיצויים את הפרש שבין שווי הנכס שקיבל לבין שווי הנכס שצריך היה לקבל אילו קוים החוזה כראוי, גם אם שיעור הנזק מנקודת מבטו הסובייקטיבית של הקונה נמוך יותר (או שאינו קיים כלל).<sup>110</sup>

### (3) חדלות פירעון

נשוב ונזכיר: אנו דנים כאן במקרים הנכללים בתא 1. במקרים הללו פיצויים עדיפים עקרונית מניכוי. בפרק זה אנו בוחנים באילו מקרים פיצויים אינם אפשריים ואז הנפגע אמור לפנות אל התרופה השנייה בסדר העדיפות – הניכוי. מקרה נוסף שבו, במבט ראשון, תרופת הניכוי עשויה להיות מועדפת על-ידי הנפגע, על אף עדיפותה המתמטית של תרופת הפיצויים, הוא מקרה שבו נהפך המפר-המוכר לחדל פירעון והנפגע-הקונה איננו נושה מובטח. נבחר מיד: "מבט ראשון" זה בטעות יסודו. הוא נובע מהתפיסה המוטעית הרווחת בציבור (שעליה כבר עמדנו)<sup>111</sup> שלפיה תרופת הניכוי מאופיינת כסעד עצמי ואילו תרופת הפיצויים איננה כזו. נבחר עניין זה בשורות ספורות בלבד, שכן אין בו למעשה כל ממש ומטרת ההבהרה שלהלן היא אך למנוע חזרה על טעות נפוצה.

109 ראו גם Zamir, *Failure of Reduction*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 476.

110 אם כי ייתכנו מקרים קשים במיוחד, שבהם אולי יש חשיבות לתכלית השימוש הסובייקטיבית שיעד הנפגע לממכר. נחזור לדוגמת המכונת שנרכשה לצורך מבחני ריסוק ובעת מסירתה מתברר שיש פגם בצבע הרכב או קרע בריפוד. נניח כי מיד לאחר קבלת המכונת מימש הקונה את המטרה שלשמה רכש את הרכב והמכונת אכן רוסקה. האם יוכל אז הקונה לתבוע את הפרש השווי (האובייקטיבי) במועד המסירה שבין נכס מתאים לנכס שאינו מתאים? שאלה זו קשה במיוחד שכן מצד אחד, אם המבחן הוא אובייקטיבי אזי השימוש שעשה הקונה בממכר אינו אמור לשנות דבר; מצד שני, העובדה שקביעת הפיצויים נעשית על-פי שווי שוק אובייקטיבי מבוססת, בין היתר, על הרעיון שלממכר יש "פוטנציאל מימוש" בידי הקונה. הוא יכול להחליט בכל עת למכור אותו ולממש את שווי ולכן הגריעה משוויו (בשל אי-ההתאמה) היא בגדר נזק (היא מפחיתה את ערכה של אפשרות המימוש הפוטנציאלית). בדוגמה שלעיל ברור שאפשרות זו אינה קיימת עוד מרגע הריסוק של הרכב. בהקשר זה, שאלה מעניינת היא אם מבחינה פרשנית אפשר להשתמש בס' 11(א) לחוק התרופות – או בס' 490(א) לתזכיר – לגבי הפרה מסוג של אי-התאמה. לפי פשוטם של דברים, הסעיף חל רק ביחס להפרה מסוג של אי-מסירה, אולם פרשנות ליברלית של הסעיף עשויה לגרוס שאפשר להפעילו גם ביחס למסירה שלא הייתה על-פי המוסכם. לתמיכה בפרשנות כזו ראו זמיר עקרון ההתאמה, לעיל ה"ש 87, בעמ' 338-339. אם תקבל פרשנות כזו הרי שיש בסעיף נוסחת חישוב "אובייקטיבית" המבוססת על הפרש שווי בין מחיר חוזי לבין שווי שוק במועד הביטול, תוך אפשרות להתעלם מכל נתון עובדתי נוסף (כגון ריסוק הרכב). נעיר כי חלופת השימוש בס' 11 לחוק התרופות הקיים או בס' 490 לחוק המוצע, המחייבת את ביטול החוזה, ניתנת להפעלה באופן עקרוני גם כשהנפגע אינו יכול או אינו מעוניין להשיב את הנכס גופו, שהרי על-פי ס' 9(א) לחוק התרופות וס' 494(ב) לתזכיר הנפגע זכאי לבחור, לפי שיקול דעתו, בהשבת שווי של הנכס במקום השבת הנכס עצמו.

111 ראו לעיל, ה"ש 35-36, והטקסט שלידן.

כאשר המוכר-המפר הוא חדל פירעון והקונה אינו נושה מובטח, אין לקונה אפשרות מעשית לקבל פיצויים במלוא סכום הנזק. הקונה יכול להגיש הוכחת חוב ויהיה עליו להסתפק בשיעור הדיבידנד של נושים לא מובטחים, שהוא על-פי רוב מזערי. עם זאת, מצבו של הקונה אינו טוב יותר אם יגיש את הוכחת החוב בהתבסס על תרופת הניכוי. במקרה כזה עדיף להגיש את הוכחת החוב בהתבסס על תרופת הפיצוי כדי למקסם את הדיבידנד העשוי להתקבל.

אם טרם שולם המחיר יוכל הנפגע – במקום להגיש הוכחת חוב – לנכות את סכום הניכוי מהמחיר החוזי ולשלם רק את ההפרש. על-ידי סעד עצמי של ניכוי הנפגע מסוגל לעקוף את הליך הוכחת החוב ולהבטיח כי יקבל את מלוא תביעתו. עם זאת, יש לזכור כי אם המחיר טרם שולם, סעד עצמי עומד אף לרשותו של נפגע התובע פיצוי. סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980 (להלן: "פקודת פשיטת הרגל") מתיר לנושה לבצע קיזוז במקרה של "אשראי הדדי או חוב הדדי או עסקים הדדיים אחרים".<sup>112</sup> קיזוז של סכום הפיצוי כנגד המחיר החוזי שהוא עדיין חייב לשלם למעשה מאפשר לנפגע לנכות במלוא תביעתו. יוצא כי בין שכבר שולם המחיר ובין שטרם שולם, אין כל יתרון לבחור בתרופת הניכוי ועדיף לנפגע להשתמש בתרופת הפיצויים, המעניקה לו סכום כספי גבוה יותר מזה שמניבה תרופת הניכוי כשמתקיימים התנאים של תא 1.

#### (ב) מקרים שבהם תרופת הביטול וההשבה עדיפה מניכוי (תא 13)

תרופת הביטול וההשבה עדיפה מבחינה כספית מתרופת הניכוי בתנאים הבאים: שוויו של הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה נמוך מ"השווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה" ( $B2 < B1$ ) שוויו הנכס המתאים במועד ההפרה נמוך מהמחיר החוזי ( $A2 < A1$ ) וכן "שווי אי-ההתאמה במועד ההפרה" קטן מ"השווי המתואם של אי-ההתאמה במועד הכריתה" ( $A2 - B2 < A1 - B1$ ). במצב זה יעדיף הנפגע לבטל את החוזה ולהשיב את מצב הדברים לקדמותו ערב כריתת החוזה.<sup>113</sup> ניכוי יכול להיות רלוונטי

112 לדין בתנאי קיזוז בפשיטת רגל ולמהותו של ס' 74 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980 ראו שלום לרנר קיזוז חיובים 256-228 (2009); אוריאל פרוקצ'יה דיני פשיטת רגל והחקיקה האזרחית החדשה 175-165 (1984); שלמה לוין ואשר גרוניס פשיטת רגל 247-235 (מהדורה שנייה, 2000); מיכל הקר זכות קיזוז כבטוחה 126 ואילך (2006); שלום לרנר "קיזוז חיובים מותנים בפשיטת רגל" משפטים כב 219 (1993). היום הקובע לביצוע קיזוז הוא היום שבו ניתן צו הפירוק: ע"א 4316/90 הספקה חברה מרכזית לחקלאים בע"מ בפירוק נ' אגרא – אבן יהודה אגודה חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מט(2) 133 (1995).

113 השו Piliounis, לעיל ה"ש 17, בעמ' 35 (כאשר שווי השוק של הנכס ירד מיום הכריתה ועד יום המסירה, ניכוי עדיף מפיצויים אך ביטול והשבה עדיפים מניכוי). הנחתו הבסיסית של המחבר הייתה שהיחס שבין שווי הנכס המתאים לבין שווי הנכס הלא-מתאים נשאר קבוע. במונחים של המאמר הנוכחי, המקרה הנדון הוא מקרה פרטיקולרי שנכלל בתא 13.

בנסיבות אלה בהתקיים אחת מהאפשרויות הבאות: (1) הנפגע אינו רשאי לבטל את החוזה; (2) הנפגע אינו יכול או לא כדאי לו להשיב את מה שקיבל; (3) הנפגע אינו יכול או לא כדאי לו לקבל חזרה את מה שנתן במסגרת החוזה (משמע: לקבל השבה).<sup>114</sup>

#### (1) היעדר אפשרות משפטית לבטל את החוזה

הזכות המוקנית לנפגע לבטל חוזה בעקבות הפרה יסודית היא זכות "חזקה" במובן זה שסייגיה מועטים. היא אינה כפופה לנטל של ארכת קיום למפר ולא לשיקולי צדק. לכן, כשמדובר באי־התאמה המהווה הפרה יסודית של החוזה, נתונה לנפגע זכות ביטול כמעט נטולת סייגים.<sup>115</sup> במצב כזה אין סיבה (לפחות מבחינת הזכאות המשפטית לתרופה) לא להשתמש בתרופת הביטול, הנותנת – במסגרת המצבים שבהם אנו דנים בתת־פרק זה – תוצאה כספית עדיפה מתרופת הניכוי.<sup>116</sup> לעומת זאת, כאשר הפרת

114 מובן שעשויים להיות שיקולים נוספים, חלקם ארוכי־טווח, שבגינם הנפגע עשוי להעדיף את תרופת הניכוי אף־על־פי שתרופת הביטול וההשבה עדיפה מבחינה כספית. כך, למשל, ייתכן שהנפגע יעדיף להפעיל תרופה מתונה יותר (ניכוי) ולא תרופה דרסטית (ביטול) כדי לא לחבל במערכת היחסים העסקית שיש לו עם המוכר־המפר. שיקולים אלה הם מחוץ לגבולות דיונונו. אנו עוסקים רק בשיקולי כדאיות ישירים (משמע: איזו תרופה תיתן תוצאה כספית טובה יותר לנפגע במקרה הקונקרטי). הכנסת שיקולים "חברתיים" ושיקולים ארוכי־טווח עשויה להוביל כמובן לתוצאות מגוונות. כך, למשל, ייתכן שכתוצאה משיקולים אלה יותר הנפגע כליל על זכותו לתרופה או יותר על זכותו באופן חלקי (יתבע פיצויים או ניכוי בסכום לא מלא). שיקולים מסוג זה כמובן מתקיימים במציאות העסקית אך בחרנו לא לעסוק בהם. כאמור, שיקולים מסוג זה גם לא יביאו בהכרח להעדרת תרופת הניכוי דווקא וייתכן שיובילו לגרסה כלשהי של ויתור (חלקי או מלא) כדי לשמר יחסים עסקיים תקינים.

115 אכן, כמו כל זכות משפטית, גם הזכות לביטול חוזה בעקבות הפרה יסודית אינה מוחלטת; היא כפופה כמובן לחובת תום הלב. ראו, למשל, ע"א 158/80 שלום נ' מוטה, פ"ד לו(4) 793 (1982) (להלן: פרשת מוטה). עם זאת, המשמעות המעשית של כפיפות כזו איננה רבה. כאשר הזכות לביטול חוזה בעקבות הפרה יסודית לא מומשה תוך זמן סביר תסויג האפשרות "להחיות" את זכות הביטול בכך שהנפגע יוכפף לנטל של מתן ארכה למפר. יודגש כי על־פי הפסיקה הצורך במתן ארכה להפעלה של תרופת הביטול בעקבות הפרה יסודית לאחר שחלף הזמן הסביר אינו משנה את סיווג ההפרה ואינו הופך אותה להפרה לא יסודית. משום כך, ביטול כזה – אף שהוא כפוף לנטל של מתן ארכה – אינו כפוף לשיקולי צדק כמו בהפרה לא יסודית. ע"א 71/75 מרגליות נ' אברבנאל, פ"ד כט(2) 652, 657-685 (1975); ע"א 464/81 מפעלי ברוך שמיר חברה לבניין ולהשקעות בע"מ נ' הוך, פ"ד לז(3) 393, 403-405 (1983); רע"א 7956/99 שיכון ופיתוח לישראל בע"מ נ' עיריית מעלה אדומים, פ"ד נו(5) 779 (2002).

116 כאמור, גם כשהנפגע מתמהמה בביטול החוזה ומחמיץ את חלון הזמן הסביר המוקנה לו להפעלה של תרופת הביטול, הוא יוכל בדרך כלל לשוב ולהחיות את זכות הביטול על־ידי מתן ארכה לתיקון ההפרה. במרבית המקרים (ודאי כשמדובר בהפרה יסודית) עצם ההשתהות בהפעלת הביטול לא תיחשב כוויתור על זכות הביטול. ראו פרשת שיכון ופיתוח לישראל, שם.



החווה אינה יסודית, זכותו של הנפגע לבטל את החווה מותנית במתן ארכה למפר והיא אף כפופה לשיקולי צדק.<sup>117</sup> כאשר אי-ההתאמה מהווה הפרה לא-יסודית של החווה לא יוכל הנפגע לבטל את החווה אם לא נתן את הארכה המתחייבת. עם זאת, הצורך במתן ארכה כשלעצמו, אף שהוא מסייג במידת-מה את אפשרות הביטול, לא יהווה שיקול להעדפת תרופת הניכוי, שכן ממילא גם תרופת הניכוי עצמה מחייבת מתן הזדמנות למפר לתקן את אי-ההתאמה.<sup>118</sup>

לפיכך עלינו להתמקד בעיקר בסייג הצדק. מדובר במקרים של אי-ההתאמה לא יסודית, כאשר הנפגע נתן למוכר ארכה לתקן את ההפרה והמוכר נמנע מלעשות כן (שהרי אם ניצל המוכר את ההזדמנות ותיקן את אי-ההתאמה ממילא אין רלוונטיות לא לתרופת הביטול ולא לתרופת הניכוי). האם סביר שבמצב כזה תישלל מהנפגע זכות הביטול משיקולי צדק? לנו נראה סביר דווקא להניח שברוב המקרים יצדיקו שיקולי הצדק את הביטול לנוכח סרבנותו של המוכר לתקן את ההפרה חרף ההזדמנות שניתנה לו.

אולם נראה שבכל זאת ייתכנו מקרים שבהם שיקולי צדק עשויים למנוע את הביטול, אף שהמוכר-המפר לא תיקן את ההפרה. כך, למשל, כשעלות התיקון של אי-ההתאמה גבוהה מאוד ואילו התועלת שהנפגע עשוי להפיק מהתיקון היא נמוכה. תחילה נציין כי ברור שאם התועלת שהנפגע עשוי להפיק מהתיקון היא שולית ביותר, עד כדי היותה זניחה, יחול העיקרון של "זוטי דברים". במקרה כזה מדובר ממילא באי-ההתאמה שאינה מצמיחה עילת תביעה כלשהי.<sup>119</sup> מקרה כזה אינו מענייננו, שהרי אנו בוחנים את השאלה מתי הנפגע עשוי להיזקק לתרופת הניכוי (חרף עדיפותה הכספית של תרופת הביטול) ומובן כי בנסיבות של זוטי דברים גם תרופת הניכוי עצמה תישלל מהנפגע. אך מה אם מדובר במקרה שבו התועלת שיפיק הנפגע מהתיקון נמוכה מעלויות התיקון עבור המפר אך גדולה יותר מהמידה של זוטי דברים? עקרונית נראה כי בדרך כלל אין פסול בכך שהנפגע יעמוד על זכויותיו גם בנסיבות כאלה ולכן, בהיעדר נכונות מצד המפר לתקן, יהיה הנפגע זכאי לבטל את החווה.<sup>120</sup> אולם, אנו חייבים להודות כי בהחלט יש תחום

117 ראו ס' 7 (ב) לחוק התרופות וס' 453 לתזכיר חוק דיני ממונות.

118 ס' 28 לחוק המכר וס' 498 (א) לתזכיר. ראו גם זמיר קבלנות, לעיל ה"ש 3, בעמ' 537.

119 הכלל שעל-פיו אין לתבוע על זוטי דברים נחשב גם כיום כנמנה בעקרונות היסוד של השיטה. ראו ס' 4 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח 266; ס' 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226; ע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ובניה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913, 929 (2002): "כך דרכו של בית המשפט בכל תחום ותחום. אין הוא נוטה לעסוק בזוטי דברים". ואכן ביטוי לעיקרון יסוד זה מצוי בס' 4 לתזכיר חוק דיני ממונות. הסעיף יוצר חסם דיוני מפני הגשת תובענה "בשל מעשה קל ערך שאדם סביר לא היה מלין עליו".

120 יצוין כי עצם העובדה שהנפגע מפיק תועלת מההפרה בכך שהוא "מנצל" את ההפרה לשם ביטול החווה והשתחררות מחווה הפסד אין בה כשלעצמה חוסר תום-לב, ובלבד שלא הנפגע היה זה שנקט

של אי-התאמות שבהן ערך הנזק עבור הנפגע הוא מעבר לזוטי דברים, אך הפער בין התועלת שעשוי להפיק הנפגע מהתיקון לבין עלויות התיקון שיגרמו למפר הוא כזה שבית המשפט לא יאפשר ביטול חרף העובדה שהמוכר אינו נכון לתקן.<sup>121</sup> באופן כללי אפשר לומר, כי המקרים שבהם בית המשפט עשוי למנוע את אפשרות הביטול בשל אי-התאמה לא יסודית, למרות העובדה שהמפר לא ניצל את הארכה שניתנה לו לשם תיקון ההפרה, הם כשהנזק שייגרם למפר כתוצאה מביטול החוזה עולה במידה ניכרת על הנזק שייגרם לנפגע אם לא יבוטל החוזה (ולכן הוא יאלץ להסתפק בתרופה כספית: ניכוי מהמחיר או פיצויים). המשמעות של מושג ה"צדק" שבסעיף 7(ב) לחוק התרופות היא במידה רבה צדק יחסי בין הצדדים לחוזה.<sup>122</sup> לכן, במצבים כאלה בית המשפט עשוי למנוע את אפשרות הביטול והנפגע עשוי להיזקק לתרופת הניכוי מהמחיר. עם זאת, נראה לנו שמצבים כאלה אינם שכיחים, שהרי צריכים להתקיים במסגרתם כמה תנאים מצטברים: הנזק שייגרם למוכר-המפר כתוצאה מביטול הוא ניכר ואילו הנזק שייגרם לנפגע מאי-הביטול, או התועלת שהוא עשוי להפיק מביטול, הם נמוכים. לא זו בלבד אלא שמצד אחד הנזק או התועלת האמורים צריכים להיות נמוכים במידה כזו שחרף

הכשלה או תחבולה מכוונת כלפי המפר מתוך מטרה לגרום לו להפר וכדי לנצל אחר כך את ההפרה לטובתו. ראו פרשת מוטה, לעיל ה"ש 115, בעמ' 812.

121 סביר כי כאשר הפער שבין עלות התיקון לבין התועלת שתצמח ממנו גבוה דיו כדי לשלול מהנפגע את זכות הביטול, יימנע בית המשפט אף ממתן צו לאכיפת הביצוע משום שאז תהיה האכיפה לא צודקת. עם זאת, ראוי לציין כי בהתייחסותנו לתועלת כוונתנו אינה רק להפרישי השווי האובייקטיביים. יש מקום להתחשב בשיקולים נוספים כגון הערך הסובייקטיבי לנפגע בהתחשב בשימושים הצפויים של הנכס וכדומה. טלו, למשל, מכונית פרטית חדשה שנמסרה לקונה עם שריטה שעלות תיקונה היא אלפי ש"ח. אפשר לומר כי לא זו בלבד שאין כזו זוטרי דברים אלא שאם מביאים בחשבון נזק לא ממוני, ייתכן כי התועלת שיפיק הקונה מהתיקון כלל אינה שולית יחסית לעלות התיקון. לעומת זאת, שריטה במשאית שנועדה לעבודות עפר ודאי תיכנס לגדר זוטרי דברים. השוו *Groves v. John Wunder Co.*, 286 N.W. 235 (Minn. 1939); *Peevyhouse v. Garland Coal & Mining Co.*, 382 P.2d 109 (Okla. 1962); פרשת יורם גדיש, לעיל ה"ש 48. ראו בענין זה גם: *Zamir, Extent of Similarity*, לעיל ה"ש 90, הסבור שכאשר הנפגע תובע תרופה כספית הניתנת לכימות אין סיבה למנוע ממנו לנכות או לקבל פיצויים גם על פחיתת ערך שהיא זניחה באחוזים (למשל חצי אחוז מהכמות) אך בערכים כספיים היא ניכרת.

122 זו המשמעות העיקרית של המושג "צדק" בהקשרים חוזיים שונים. השוו שלו דיני חוזים לקראת קודיפיקציה, לעיל ה"ש 102, בעמ' 289 (מבחן הצדק ביחס לביטול חוזה בשל טעות לא ידועה לפי ס' 14(ב) לחוק החוזים הכללי); בעמ' 543 ואילך (מבחן הצדק בס' 31 לחוק החוזים הכללי); בעמ' 647 (שיקולי צדק במסגרת ס' 18(ב) לחוק התרופות). כך, למשל, בדנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות הברית, פ"ד נז(2) 632, 679 (2003), ציין השופט אור, כנימוק לביטול החוזה, את שיקולי הצדק היחסי שבין הצדדים, במובן זה שהפגיעה בקונה תהיה קטנה בהשוואה לפגיעה בבעלים המקורי של התמונות. למושג הצדק בהקשרים חוזיים ראו גם גבריאלה שלו "חופש וצדק בדיני החוזים" שנתון משפט העבודה ה 153 (התשנ"ה).

זכותו העקרונית של הנפגע לעמוד על זכויותיו וחרף העובדה שעל-פי דין ברירת התרופות נתונה בידי – בכל זאת יכתיבו שיקולי הצדק את הגבלת זכותו של הנפגע לבטל את החוזה (למרות סרבנותו של המוכר לתקן את אי-ההתאמה). מצד שני, הנזק שעלול להיגרם לנפגע מאי-הביטול, או התועלת שעשויה לצמוח לו מהביטול, לא יכולים להיות נמוכים מדי, שכן אז יחול העיקרון של זוטי דברים שימנע מתן תרופה כלשהי (לרבות ניכוי). כאמור, אנו סבורים כי מצבים כאלה אפשריים<sup>123</sup> אך סביר להניח כי אינם שכיחים.

123 לדוגמה המקיימת את התנאים הללו והממחישה את טיעוננו טלו את המקרה הבא: הניחו כי קונה רכש דירה מקבלן תמורת מיליון ש"ח. הניחו כי החוזה נכרת בטרם הושלמה בניית הבניין וכי במסגרת החוזה התחייב הקבלן להצמיד לדירה מקום חנייה מקורה (חלק ממקומות החנייה בבניין מקורים וחלקם אינם מקורים). לימים, בעת מסירת הדירה לקונה, התברר כי במועד הכריתה טעה הקבלן והתחייב להצמיד לדירה מקום חנייה שכבר הובטח לקונה אחר בחוזה קודם. בשלב זה לא נותרו מקומות חנייה מקורים ועל כן, בלית ברירה, הוא מצמיד לדירה מקום חנייה לא מקורה. הניחו עוד כי בין מועד כריתת החוזה לבין מועד המסירה חלה ירידה ניכרת במחירי הדירות ולכן מחיר השוק של הדירה ירד ל-700 אלף ש"ח. הניחו עוד כי ההפרש הכספי שבין מחיר דירה שצמוד לה מקום חנייה מקורה לבין מחיר של אותה דירה שצמוד לה מקום חנייה לא מקורה היה 10,000 ש"ח במועד כריתת החוזה ו-7,000 ש"ח בעת המסירה (שימו לב כי מקרה זה מקיים את כל התנאים של תא 13). נניח, לצורך העניין, כי מדובר באי-התאמה שאינה מהווה הפרה יסודית (הנחה שאינה הכרחית אך היא אפשרית). מצד שני, ברור שאין מדובר בזוטי דברים. למותר לציין כי במקרה המתואר גם לא תועיל כל ארכה שיתן הקונה למוכר לשם תיקון ההפרה, שהרי אין למוכר כל אפשרות תיקון. מבחינתו של הקונה התרופה המיטבית היא ביטול, אך ספק אם בית המשפט יאפשר זאת בשל שיקולי צדק. מבחינה כספית יש פער עצום בין נזקו של הקונה (7,000 ש"ח) לבין הנזק שייגרם למוכר בשל הביטול (הנובע מירידה בשווי השוק של הממכר – סיכון שבאופן רגיל אמור ליפול על כתפי הקונה). חוסר הצדק שבביטול בולט לעין ביתר שאת אם נניח כי מדובר בקונה מתוחכם, שיודיע על ביטול החוזה רק כדי למקסם את התועלת הכספית שהוא עשוי להפיק מההפרה, אף-על-פי שלמעשה הוא דווקא מעוניין בדירה עצמה על אף אי-ההתאמה. קונה כזה יכול לכאורה להודיע על ביטול החוזה ולבחור בהשבת שווי במקום בהשבה בעין (ראו להלן, ה"ש 127 והטקסט שלידה). המשמעות הכספית היא זו: הקבלן חייב להשיב לקונה מיליון ש"ח (המחיר החוזי) ואילו הקונה חייב להשיב לקבלן, במקום הדירה שנמסרה לו, את השווי הנוכחי של הדירה (הלא-מתאימה) שקיבל, כלומר: 693 אלף ש"ח. בד בבד עם הודעת הביטול יודיע הקונה על קיומו סכום ההשבה שהוא חב למוכר כנגד סכום ההשבה שהמוכר חב לו, ועל כן הוא יהיה זכאי רק להשבת הפרש: 307 אלף ש"ח. סוף דבר: אם הקונה היה תובע רק פיצויים ישירים בגין פחיתת הערך שנגרמה כתוצאה מאי-ההתאמה, הוא היה נותר עם הדירה שקיבל ומקבל פיצויים בסך 7,000 ש"ח. אם הקונה היה תובע ניכוי, הוא היה נותר עם הדירה הלא מתאימה ומקבל 10,000 ש"ח. מכיוון שבחר בביטול, הוא יוכל להותיר בידו את הדירה שקיבל ולקבל גם את הפרש ההשבה בסכום של 307 אלף ש"ח! לנוכח הפערים העצומים הללו סביר להניח כי בית המשפט לא יאפשר במקרה כזה את ביטול החוזה, משיקולי צדק, והקונה יהיה חייב להסתפק בתרופה השנייה בטיבה עבורו – ניכוי מהמחיר.

מקרה אחר, שבו אכן נשללת מהנפגע אפשרות הביטול, הוא כשמדובר באי-התאמה בנכס־נדר וההודעה על אי-ההתאמה נמסרה למוכר לאחר שחלפו שנתיים ממועד המסירה. על-פי הדין הקיים אפשרות כזו רלוונטית רק ביחס לאי-התאמה נסתרת, ואילו על-פי תזכיר חוק דיני ממונות אין מדובר בהכרח באי-התאמה נסתרת.<sup>124</sup> במקרה כזה (חלוף שנתיים ממועד המסירה) החוק מונע אפשרות של ביטול אולם אינו מונע תרופות אחרות בגין ההפרה. בתנאים המנויים בתא 13, ניכוי עדיף מפיצויים ולכן במקרה זה אכן יעדיף הנפגע לבחור בניכוי. עם זאת, יש להניח כי מקרים שבהם מתגלה אי-התאמה בנכס נד כעבור שנתיים אינם נפוצים. יתר על כן, הפעלה של תרופת הניכוי מותנית במתן אפשרות תיקון למפר ולפיכך יש להניח שכאשר עלות התיקון נמוכה מסכום הניכוי יעדיף מפר רציונלי לתקן.<sup>125</sup>

(2) היעדר אפשרות או היעדר כדאיות מצד הנפגע לבצע השבה ייתכן כי אין בידיו של הקונה להשיב את שקיבל מהמוכר או שההשבה בעין אינה סבירה. דוגמאות למצבים כאלה הן, למשל, כשהנכס נצרך, נשמד או ניזוק, אבד או עובד, או כשהקונה ביצע השקעות מהותיות בנכס.<sup>126</sup> מצבים כגון אלה אינם יוצרים קושי מיוחד משום שכאשר ההשבה בעין אינה אפשרית או אינה סבירה, אפשר להשיב את שווי של הדבר שנתקבל. יתרה מזו: גם אם מסיבותיו שלו הקונה אינו מעוניין להשיב את שקיבל אף-על-פי שההשבה בעין אפשרית – למשל, משום שהוא זקוק לנכס ואי-אפשר להשיג בשוק נכס חלופי או כשהוא מייחס לממכר ערך סנטימנטלי – הקונה זכאי, לפי שיקול

124 ראו ס' 15 סיפא לחוק המכר, והשוו לס' 171 לתזכיר. השינוי נובע מכך שעל-פי החוק המוצע אי-קיום של נטל הבדיקה וההודעה על-ידי הקונה (בחוק החדש על הקונה לקיים נטל זה תוך זמן סביר ואילו החוק הקיים מחייב קיום של הנטל מיד לאחר המסירה) אינו שולל לגמרי את זכותו לתרופות. לפי המוצע, אף אם לא קיים הקונה את הנטל במועדו, הוא יוכל להסתמך על אי-ההתאמה באותה מידה שבה אי-קיום הנטל לא פגע במוכר (ס' 170(ב) לתזכיר).

125 מקרה נוסף שבו לכאורה נשללת מהנפגע האפשרות לבטל את החוזה הוא המקרה של ס' 7(ג) לחוק התרופות. כאשר החוזה ניתן להפרדה ועילת הביטול (אי-ההתאמה) נוגעת רק לחלק מהחוזה, אזי למרות העובדה שכדאי היה לנפגע לבטל את החוזה בשלמותו (כזכור אנו עוסקים כאן בתא מספר 8, המתייחס למקרה שבו שווי הנכס הלא-מתאים ביום המסירה נמוך משווי ביום הכריתה), ס' 7(ג) לחוק התרופות מורה כי לא תקום לנפגע זכות לבטל את החוזה כולו אלא רק את אותו חלק שבו אי-ההתאמה. אנו סבורים כי במקרה זה יש להתמקד באותו חלק מהחוזה שבו אי-ההתאמה ולהחיל לגביו את הניתוח של המאמר כאילו אותו חלק היה החוזה כולו – ולכן מקרה כזה אינו אמור לשנות את מסקנתנו.

126 ראו, למשל, פרשת שטרית, לעיל ה"ש 13, שבה מצוין בפסק הדין כי לא כדאי היה לקונים לבטל את החוזה בשל השקעותיהם בממכר.

דעתו, לבחור בהשבה של שווי הנכס במקום בהשבת הנכס עצמו.<sup>127</sup> היעדר אפשרות או היעדר כדאיות להשיב את הנכס בעין לא יהוו אפוא מכשול מפני הפעלה של תרופת הביטול. זכותו של הנפגע להעדיף השבה של שווי גם כשההשבה בעין אפשרית וסבירה הופכת למעשה את תרופת הביטול לסוג נוסף של תרופה כספית. סיכומו של דבר: במקרים שבהם אנו עוסקים בתת-פרק זה (תא 13, שבמסגרת המצבים המקיימים את תנאיו תרופת הביטול עדיפה מבחינה כספית מתרופת הניכוי), היעדר אפשרות או היעדר רצון לבצע השבה בעין אינם מחייבים ויתור על תרופת הביטול (העדיפה) ובחירה בתרופת הניכוי. נמחיש זאת בדוגמה מספרית פשוטה (המקיימת את כל שלושת התנאים של תא 13, דהיינו:  $A_2 < A_1$  וכן  $B_2 < B_1$  וכן  $A_2 - B_2 < A_1 - B_1$ ): נניח שהמחיר החוזי של נכס מתאים הוא 200 (לצורך הנוחות נניח כי שווי זה אף מייצג את שווי השוק של הנכס במועד כריתת החוזה). שווי של נכס מתאים במועד ההפרה הוא 150. השווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה הוא 100 ואילו שווי של הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה הוא 75. על-פי הנתונים הללו, אם יבחר הקונה בתרופת הפיצויים, סכום הפיצויים שיוכל לקבל הוא 75 וכן יישאר בידיו הנכס הלא-מתאים ששווי 75; סך הכול יהיה בידיו ערך כספי של 150 (מבחינה כספית הוא יעמוד במצב שבו היה עומד אילו קיים החוזה). אם יבחר הקונה בתרופת הניכוי, סכום הניכוי שיוכל לקבל הוא 100 וכן יישאר בידיו הנכס הלא-מתאים ששווי 75; סך הכול יהיה בידיו ערך כספי של 175. אם יבחר הקונה בתרופת הביטול וההשבה, עליו להשיב את הנכס הלא-מתאים ובתמורה יקבל השבה של 200. ברור, לפיכך, שחלופת הביטול היא המיטבית מבחינתו של הקונה. אם הקונה דווקא מעוניין להותיר את הנכס בידיו הוא זכאי לבחור בהשבת שווי, משמע: להותיר בידיו את הנכס הלא-מתאים (בשווי 75) ולהשיב את שווי (או, באופן מעשי, לדרוש מהמוכר השבה של 125, משמע: השבת הסכום החוזי בקיזוז שווי של הנכס הלא-מתאים במועד הביטול). גם במקרה כזה ייוותר בידיו ערך כולל של 200 (125 ועוד הנכס הלא-מתאים, ששווי 75).

(3) היעדר אפשרות או היעדר כדאיות לקבל השבה בעקבות ביטול החוזה גם המפר חייב להשיב לנפגע את מה שקיבל על-פי החוזה. ברור כי בביטול בשל אי-התאמה, כאשר כבר שולם המחיר, המניע העיקרי של הקונה בבטול את החוזה הוא לקבל חזרה את התמורה ששילם. נבחן, אם כן, את המקרים שבהם הקונה אינו מעוניין או אינו יכול לקבל חזרה את ששילם.

127 ראו ס' 9 (א) לחוק התרופות. בנוסף ראו ס' 494 (ב) לתזכיר, הקובע: "על אף הוראות סעיף קטן (א), רשאי הנפגע, גם אם ההשבה בעין אפשרית וסבירה, להשיב למפר השבת שווי או לדרוש מהמפר השבת שווי".

## עסקת חליפין

דיני המכר, לרבות דיני אי-ההתאמה ותרופת הניכוי מהמחיר, חלים גם ביחס לעסקת חליפין.<sup>128</sup> כאשר הנפגע מבטל עסקת חליפין בשל אי-התאמה, במסגרת ההשבה ההדדית הוא אמור לקבל חזרה את שנתן למפר על-פי החוזה (להלן: "הנכס הנגדי"). חוסר עניינו של הנפגע לקבל חזרה את הנכס הנגדי גופו לא יהווה מכשול בפני ביטול החוזה, שהרי הנפגע רשאי לדרוש כי במקום הנכס הנגדי עצמו יושב לו שוויו. עם זאת, אם ירד שוויו של הנכס הנגדי לאחר מועד כריתת החוזה ייתכן שהביטול לא יהיה כדאי, כפי שיובהר להלן.

מאחר שדיוננו מתמקד בתא 13 שבטבלה, אזי תרופתו החלופית (מבחינת סדר הקדימויות) של הנפגע היא הניכוי. אם יבחר הנפגע בחלופה זו יישאר בידיו הנכס הלא-מתאים שקיבל (B2), שכזכור אף ערכו שלו ירד מאז נכרת החוזה;<sup>129</sup> בנוסף על כך יקבל את "השווי המתואם של אי-ההתאמה במועד הכריתה" (A1-B1). מכאן שכאשר שוויו של הנכס הנגדי נמוך מהחיבור של שני מספרים אלה, הנפגע עשוי להעדיף את תרופת הניכוי מביטול החוזה.

להמחשת העניין נניח כי בעת כריתת החוזה שוויו של כל אחד מהנכסים המוחלפים היה 100. עד למועד ההפרה ירד שוויו של הנכס המתאים שהקונה אמור היה לקבל ל-80. בפועל נמסר לו נכס לא-מתאים שערכו במועד ההפרה היה 70. נניח כי במועד כריתת החוזה היה שוויו של הנכס הלא-מתאים 82. לולא דובר בעסקת חליפין, כדאי היה לנפגע לבחור בביטול החוזה ולקבל את המחיר החוזי חזרה; אולם אם שוויו של הנכס הנגדי ירד לפחות מ-88 – שהוא הסכום המתקבל מצירוף השווי של הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה (70) והשווי המתואם של אי-ההתאמה במועד הכריתה (18) – כי אז הניכוי ייהפך לתרופה העדיפה.

אם כן, בפנינו מקרה שבו תרופת הניכוי אכן עשויה להיות ישימה. עם זאת, דומה כי מדובר במקרה שמן הסתם אינו שכיח. לא רק שהוא דורש שינוי מוגדר של לא פחות מארבעה משתנים שונים (שווי הנכס המתאים במועד ההפרה נמוך משווי הנכס המתאים במועד הכריתה, שווי הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה נמוך מהשווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה, שווי אי-ההתאמה במועד ההפרה נמוך מהשווי המתואם של אי-ההתאמה במועד הכריתה וכן שוויו של הנכס הנגדי במועד ההפרה נמוך יותר מהסכום המתקבל מצירוף השווי של הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה והשווי המתואם

128 ראו ס' 3 לחוק המכר. ראו גם זמיר חוק המכר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 114-133, ובעיקר בעמ' 132 לגבי תחולתה של תרופת הניכוי על חוזה חליפין.

129 כזכור, תא 13 עניינו מצבים שבהם שווי השוק של נכס מתאים במועד ההפרה נמוך מהמחיר החוזי, שווי הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה נמוך מהשווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה ושווי אי-ההתאמה במועד ההפרה נמוך מהשווי המתואם של אי-ההתאמה במועד כריתת החוזה.

של אי-ההתאמה במועד הכריתה), אלא שהכול מתרחש במסגרת של עסקת חליפין, שהיא עצמה עסקה שאינה כה נפוצה בימינו.

#### עסקת מכר תמורת מטבע חוץ

ראינו שבתנאים מסוימים, שעליהם עמדנו לעיל, עשוי להיווצר במסגרת עסקת חליפין מצב שבו כדאי לנפגע להעדיף את תרופת הניכוי. ציינו גם שעסקת חליפין איננה כה נפוצה בימינו. אולם, כפי שיוסבר להלן, ייתכן שעסקה של רכישת נכס תמורת מטבע חוץ (שהיא ודאי עסקה נפוצה יותר מעסקת חליפין) עשויה "להתנהג" באופן דומה לעסקת חליפין.

כדי לזהות באלו מקרים עסקה במטבע חוץ מתנהגת – בהקשר שבו אנו עוסקים – בדומה לעסקת חליפין, עלינו לבחון את מנגנון ההתחשבנות שבין הצדדים.<sup>130</sup> כפי שניזכר להלן, אם יתברר כי אומד דעתם של הצדדים הוא שסכומי ההשבה והניכוי יחושבו שניהם על-פי אותו מטבע – בין שהמטבע הוא מטבע ישראלי ובין שהוא מטבע חוץ – אזי העסקה אינה מתנהגת בדומה לעסקת חליפין. עניין זה טעון הבהרה.

נניח, למשל, שהקונה רכש נכס תמורת \$100 כשער הדולר היה 5₪. שווי הנכס במטבע מקומי היה אפוא 500₪. במועד ההפרה היה שער הדולר 4₪ ושווי של נכס מתאים באותו מועד היה 360₪ (\$90). בפועל סופק נכס לא-מתאים ששווי במועד ההפרה היה 300₪ (\$75). נניח כי שווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד כריתת החוזה היה 380₪ (\$76 על-פי שער החליפין באותו מועד).

אילו היינו רואים את התמורה המשולמת במטבע חוץ כ"נכס" ואת העסקה כחליפין, הרי שהעסקה המתוארת מקיימת את התנאים שמנינו לעיל, שבהתקיימם עדיפה תרופת הניכוי: שווי הנכס המתאים במועד ההפרה (360₪) נמוך משווי הנכס המתאים במועד הכריתה (500₪); שווי הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה (300₪) נמוך מהשווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד הכריתה (380₪); שווי אי-ההתאמה במועד ההפרה (60₪) נמוך מהשווי המתואם של אי-ההתאמה במועד הכריתה (120₪); וערכו של "הנכס הנגדי" (\$100) במועד ההפרה (400₪) נמוך מהסכום המתקבל מהצירוף של שווי הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה (300₪) והשווי המתואם של אי-ההתאמה במועד הכריתה (120₪). בנסיבות כאלה הקונה אמור להעדיף את תרופת הניכוי מתרופת הביטול; אולם השאלה העיקרית היא כאמור שאלת מנגנון ההתחשבנות. נניח כי משתמע מהחוזה שההתחשבנות בין הצדדים בכללה (דהיינו: בכל העניינים הנוגעים לחוזה) תיערך בדולרים. אם יבטל הקונה את החוזה הוא יקבל חזרה את הסכום ששילם (\$100).

130 ייתכן שמנגנון התחשבנות כזה יהיה חלק מתנאיו המפורשים של החוזה וייתכן שהוא יוסק במשתמע, בפרשנות או בהשלמה של החוזה.

אם יבחר בניכוי הוא יקבל את השווי המתואם של אי-ההתאמה במועד הכריתה (24\$) ויישאר בידי נכס לא-מתאים ששווי 75\$. בנסיבות אלה עדיף לו, כמובן, לבחור בחלופה של ביטול. לחלופין, נניח כי ההתחשבות כולה נערכת בשקלים. אם יבטל הקונה את החוזה הוא יקבל השבה של 500₪. אם יבחר בניכוי הוא יקבל את השווי המתואם של אי-ההתאמה במועד הכריתה (120₪) ועוד יישאר בידי נכס (לא-מתאים) ששווי 300₪. גם במקרה זה כדאי לו לבטל את החוזה.

אם כן, באילו תנאים עסקת מכר, שבמסגרתה התמורה עבור הנכס משולמת במטבע חוץ, עשויה להתנהג בדומה לעסקת חליפין? כאן יש לשים לב לעובדה הבאה: כאשר מדובר בעסקת חליפין (דהיינו: החלפה של נכס בנכס או של נכס בשירות), סכום הניכוי מחושב בשקלים ואילו ההשבה "צמודה" למעשה לערכו של הנכס הנגדי. נניח, למשל, כי בדוגמה דלעיל התמורה ששולמה לא הייתה 100\$ אלא נכס נגדי אחר, ששווי ביום כריתת החוזה היה 500₪ וביום ההפרה – 400₪. כעת, אם יבטל החוזה יקבל הנפגע חזרה את הנכס הנגדי או את שווי, קרי: 400₪ (סכום שהוא למעשה "צמוד" לשווי של הנכס הנגדי). אם יבחר בניכוי הוא יקבל את השווי המתואם של אי-ההתאמה במועד הכריתה בסך 120₪ (סכום הנקוב בשקלים) וכן יישאר אצלו נכס ששווי 300₪. העדיפות לתרופת הניכוי נובעת, אם כן, מהצמדת ההשבה לערכו היורד של הנכס הנגדי מחד גיסא ומהאפשרות לקבל את הניכוי בסכום שקלי נומינלי מאידך גיסא.<sup>131</sup>

יוצא כי חוזה שבו התמורה משולמת במטבע חוץ יתנהג לענייננו כעסקת חליפין רק אם על-פי תנאיו, המפורשים או המשתמעים, ההשבה תהיה במטבע חוץ ואילו הניכוי יחושב במטבע מקומי. להערכתנו מדובר במצב דברים שאינו שכיח. כאשר המחיר החוזי נקוב במטבע חוץ וכאשר משתמע מהחוזה כי גם השבת התמורה במקרה של ביטול תהיה במטבע חוץ, אזי אנו סבורים כי מבחינת אומד דעתם המשוער של הצדדים נכון יהיה לחשב גם את הניכוי באותו מטבע. הדבר נובע, בין היתר, מהעובדה שהניכוי, כפי שנזכרנו, עשוי להיחשב מבחינת מהותו כמעין ביטול חלקי של החוזה.<sup>132</sup> יתר על כן: כפי שהובהר, מטרתה של תרופת הניכוי היא לשחזר מחיר חוזי ראוי לנכס הלא-מתאים. כאשר כל ההתחשבות בין הצדדים נעשתה במטבע חוץ נראה כי גם שחזור המחיר הראוי צריך להיעשות על-פי אותו מטבע. נובע מכאן כי גם במקרה של עסקת מכר שבה נקבעה התמורה במטבע חוץ, תרופת הניכוי תהיה עדיפה במקרים נדירים בלבד.

131 השו"ע"א 5267/03 פרג'גשורי נ' מיטל, פ"ד נט(5) 337 (2005) (להלן: פרשת פרג'גשורי) (אם כי במקרה זה מדובר בביטול בשל הטעיה ולא בשל הפרה).

132 ראו לעיל ה"ש 33 והטקסט שלידה.



## חדלות פירעון

כאשר המוכר חדל פירעון והקונה טרם שילם את מחיר הנכס, ובהתקיים התנאים של תא 13, יעדיף הקונה לבטל את החוזה ולהחזיר את הנכס הלא-מתאים לנאמן או למפרק.<sup>133</sup> המקרה הבעייתי יותר הוא כשהמחיר כבר שולם. לכאורה עומדות בפני הקונה שתי אפשרויות: להותיר בידיו את הנכס הלא-מתאים ולתבוע ניכוי או לבטל את החוזה, להחזיר את הנכס ולתבוע השבה.

איזו משתי החלופות היא העדיפה? נניח כי שיעור הדיבידנד לנושים הלא מובטחים הוא D. אם הקונה בוחר בביטול והשבה, אזי כל סכום ההשבה (שהוא המחיר החוזי A1) כפוף, לכאורה, להוכחת החוב ולכן הקונה צפוי לקבל  $A1 * D$ . לעומת זאת, אם הנפגע בוחר בניכוי, רק סכום הניכוי (A1-B1) תלוי בהוכחת חוב ואילו הנכס הלא-מתאים שנמסר לקונה (B2) נותר כולו בידי הקונה. לכן ניכוי עדיף כאשר  $B2 + D(A1 - B1) > A1 * D$ , דהיינו: כאשר  $B2/B1 > D$ .<sup>134</sup> במילים אחרות: השאלה מה עדיף – ביטול או ניכוי – תלויה בהשוואה של שיעור הדיבידנד הצפוי (D) מחד גיסא, לעומת היחס שבין שווי של הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה (B2) לבין השווי המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד כריתת החוזה (B1) מאידך גיסא. כאשר שיעור הדיבידנד נמוך מהיחס האמור – וזהו, יש להניח, המקרה הטיפוסי – כדאי לכאורה לקונה לבחור בתרופת הניכוי.

עם זאת, יתרונה של תרופת הניכוי במצבים הללו הוא רק יתרון לכאורי. כפי שכבר הובהר, על-פי הדין הישראלי נפגע המבטל חוזה בעקבות הפרתו זכאי לבחור בין השבה בעין לבין השבת שווי לפי שיקול דעתו המוחלט, גם כשההשבה בעין אפשרית וסבירה.<sup>135</sup> היתרון שבהשבת שווי במקרה כזה טמון בעובדה שהקונה יוכל להותיר בידו את הנכס הלא-מתאים ולקזוז, מכוח סעיף 74 לפקודת פשיטת רגל, את סכום הכסף שהוא חייב להשיב למוכר (שווי הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה) כנגד סכום הכסף שהמוכר חייב להשיב לו. רק לגבי היתרה ייאלץ הקונה להסתפק בדיבידנד.<sup>136</sup> לכן, הן בתרופת הביטול והן בתרופת הניכוי יוכל הקונה להותיר בידיו את הנכס הלא-מתאים. אם כן,

133 נזכיר שוב כי דיוננו עוסק במצבים הנכללים בתא 13, שבהם ביטול והשבה עדיפים מניכוי. משמע, שהקונה אמור לבחור בביטול אלא אם כן נסיבות מסוימות הופכות את תרופת הביטול לבלתי אפשרית או לבלתי כדאית, שאז אמור הקונה לבחור בתרופת הניכוי (שהיא הבאה אחריה במדרג).

134 הדבר נובע מפיתוח מתמטי פשוט של המשפט:  $B2 + D(A1 - B1) > A1D \rightarrow B2 + DA1 - DB1 > A1D \rightarrow B2 - DB1 > 0 \rightarrow B2 > DB1 \rightarrow B2/B1 > D$ .

135 לעיל ה"ש 127.

136 לתוצאה דומה אפשר להגיע על-ידי כך שהנפגע יבחר בהשבה בעין אך יפעיל את זכות העיכובן מכוח ס' 559 לתזכיר חוק דיני ממונות. זאת, לאור העובדה שעל-פי ההצעה יוכל המעכב לממש את הנכס המעוכב על-פי האמור בס' 556 לתזכיר (בניגוד לדין הקיים, שבמסגרתו עיכובן אינו מאפשר את מימוש הנכס המעוכב). עם זאת ברור שהנפגע יעדיף את החלופה של השבת שווי כספי וקיוזו סכום ההשבה, שכן בכך נחסכת הפרוצדורה המורכבת של מימוש הנכס המעוכב, הכרוכה בעלויות נוספות. הליך המימוש מחייב קבלת צו שיפוטי וכן מימוש על-פי דרכי המימוש הקבועות ביחס למשכון.

ההבדל היחיד בין שתי התרופות הוא סכום הוכחת החוב שתוגש: במקרה של ביטול (וקיזוז סכום ההשבה), הוכחת החוב תהיה בסך ההפרש שבין המחיר החוזי (A1) לבין שוויו של הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה (B2), בעוד שבמקרה של ניכוי תעמוד הוכחת החוב על ההפרש שבין המחיר החוזי (A1) לבין שוויו המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד כריתת החוזה (B1). הואיל וענייננו כאן הוא מקרים שבהם שוויו של הנכס הלא-מתאים במועד ההפרה נמוך משוויו המתואם של הנכס הלא-מתאים במועד כריתת החוזה ( $B2 < B1$ ),<sup>137</sup> סכום הוכחת החוב במקרה של ביטול יהיה תמיד גדול יותר. בנסיבות אלה לא יהיה אפוא כדאי לנפגע לבחור בתרופת הניכוי.

#### 4. תרופת הניכוי בעדיפות שלישית

כאשר תרופת הניכוי היא בעדיפות שלישית – כלומר: גם ביטול וגם פיצויים עדיפים ממנה – היא עשויה להיות רלוונטית רק במקרים שבהם אף אחת משתי התרופות האחרות איננה ניתנת להפעלה. עלינו לברר אפוא מה הן הנסיבות שבהן אי-אפשר לקבל פיצויים ואי-אפשר (או לא כדאי) לבטל את החוזה.

כפי שראינו,<sup>138</sup> נדירים למדי המקרים שבהם לא ניתן או לא כדאי להשתמש בתרופת הביטול. בתמצית, מדובר באחד משלושה המקרים הבאים: (א) מקרה של אי-התאמה לא-יסודית (אך כזו שאיננה בגדר זוטי דברים), שבו תימנע אפשרות הביטול משיקולי צדק. כפי שכבר הוסבר, המקרה אינו שכיח מפני שמדובר במקרה שבו שיקולי הצדק אמורים למנוע מהנפגע לבטל, חרף העובדה שהמוכר-המפר מתמיד בהפרתו ואינו מתקן את אי-ההתאמה, וזאת למרות הארכה שניתנה לו על-ידי הקונה-הנפגע; (ב) עסקת חליפין המקיימת שורה של תנאים מורכבים ולא-שכיחים, שבהתקיימם תרופת הניכוי מהמחיר עשויה לתת לנפגע תוצאה כספית עדיפה; (ג) כאשר הביטול אינו אפשרי על-פי חוק מכיוון שמדובר באי-התאמה בנכס נד וחלפו שנתיים ממועד המסירה ועד למועד מתן ההודעה על אי-ההתאמה (הנסתרת) – לפי החוק הקיים, אך לא בהכרח נסתרת – על-פי המוצע בתזכיר).

אשר לפיצויים<sup>139</sup> נוכחנו לראות כי על-פי הדין הקיים יש מצב עיקרי אחד שבו תרופת הפיצויים איננה אפשרית, והוא כשאי-ההתאמה נובעת מנסיבות של סיכול. כבר עמדנו על כך שלפי הדין הקיים הוראת הסיכול היא כמעט בגדר אות-מתה והיא מיושמת בנסיבות נדירות למדי.<sup>140</sup>

137 ראו תא 13 לטבלה.

138 ראו הדיון בחלק השלישי, פס' ב.3(ב) לעיל.

139 אשר לפיצויים ראו דיונונו בחלק השלישי, פס' ב.3(א) לעיל.

140 לעיל ה"ש 100-99.

לפיכך, התוצאה היא שעל-פי הדין הקיים תרופת הניכוי עשויה להיות רלוונטית במסגרת המצבים הנכללים בתאים 3 ו-9 רק כשיש צירוף של אחד מהמקרים – הלא שכיחים – שבהם ביטול איננו אפשרי עם נסיבות נדירות של סיכול. מאחר שכל אחד ממרכיבי הצירוף הזה הוא נדיר בפני עצמו, ברור כי צירופם יחד הוא נדיר אף יותר וסיכויי התרחשותו נמוכים מאוד.

כאמור, על-פי הדין הקיים מדובר באפשרות שסיכוייה נמוכים ביותר – ואילו על-פי הדין המוצע היא לא תיתכן כלל. כפי שכבר הבהרנו, על-פי תזכיר חוק דיני ממונות סיכול לא ייחשב כהפרה אלא כאירוע מפקיע. מכאן, שלא רק תרופת הפיצויים לא תהיה אפשרית בנסיבות של סיכול אלא גם תרופת הניכוי. לפיכך נראה כי על-פי המצב המשפטי שישורר עם חקיקתו של חוק דיני ממונות תצומצם אף יותר המשמעות המעשית של תרופת הניכוי, ונראה כי היא לא תהיה רלוונטית כלל במסגרת המצבים הנכללים בתאים 3 ו-9.

## 5. מצבי שוויון

כפי שיובהר להלן, הדיון שערכנו עד כה בששת התאים שיש בהם מדרג מובהק בין התרופות מייתר למעשה את הצורך לדון בתאים הנותרים בטבלה:

- (א) כאשר הטבלה מצביעה על מצב של שוויון בין ניכוי לבין אחת התרופות האחרות ושתייהן מדורגות במקום הראשון (תאים 4 ו-12), תרופת הניכוי אינה תורמת דבר מבחינת הנפגע ואין לו סיבה לבחור דווקא בה, מכיוון שאפשר להגיע לתוצאות כספיות זהות באמצעות התרופה האחרת, שוות הערך. רק כשהתרופה האחרת אינה ניתנת להפעלה תהיה נפקות לתרופת הניכוי. לשם בחינה של נסיבות אלה די בדיון שערכנו לעיל ביחס למקרים שבהם התרופה האחרת מדורגת לפני תרופת הניכוי (ראו לעיל הדיון בתאים 1 ו-13). ביתר פירוט: הדיון בתא 4 מיותר לאור הדיון לעיל בתא 1, שכן תא 4 הוא למעשה מקרה פרטי (קיצון) של תא 1. הדיון בתא 12 מיותר לאור הדיון לעיל בתא 13, שכן תא 12 הוא למעשה מקרה פרטי (קיצון) של תא 13.
- (ב) כאשר הטבלה מצביעה על מצב של שוויון בין ניכוי לבין אחת התרופות האחרות, אך התרופה השלישית עדיפה על שתיהן (תאים 2 ו-10), ניזקק לאחת משתי התרופות שיש ביניהן שוויון רק אם אי-אפשר להשתמש בתרופה המדורגת ראשונה (פיצויים בתא 2 וביטול בתא 10). לגבי תא 2: השאלה מתי לא ניתן יהיה להיזקק לתרופת הפיצויים נדונה כבר במסגרת דיוננו בתא 1. לגבי תא 10: השאלה מתי לא ניתן להיזקק לתרופת הביטול וההשבה נדונה כבר במסגרת דיוננו בתא 13. יתר על כן, גם אם יתקיים מצב הדברים הלא-שכיח שבו לא ניתן להיזקק לפיצויים (במסגרת המצבים של תא 2) או לתרופת הביטול וההשבה (במסגרת המצבים של תא 10), אין כל הכרח להיזקק דווקא לניכוי, שהרי הנפגע יכול להגיע לתוצאה כספית זהה על-ידי בחירה בתרופה האחרת שהיא שוות-ערך לניכוי באותו מצב (ביטול והשבה

בתא 2 ופיצויים בתא 10). המסקנה היא, לפיכך, שהן במסגרת המצבים הנכללים בתא 2 והן במסגרת המצבים הנכללים בתא 10 הנפגע עשוי להיזקק לתרופת הניכוי רק אם אינו יכול להיזקק לאף אחת מבין שתי התרופות האחרות – מצב זהה לזה שנדון על-ידנו ביחס לתאים 3 ו-9. כפי שראינו לעיל, על-פי הדין הקיים מצב כזה הוא נדיר ביותר, שכן הוא מורכב מצירופן של נסיבות שכל אחת מהן בפני עצמה אף היא נדירה. יתר על כן: עם חקיקתו של חוק דיני ממונות, במצב כזה הנפגע כלל לא ייזקק לתרופת הניכוי (בשל השינוי הצפוי בדין הסיכול).<sup>141</sup>

(ג) כאשר הטבלה מצביעה על שוויון בין פיצויים לבין ביטול והשבה ושתי התרופות מדורגות לפני תרופת הניכוי (תא 6), הנפגע עשוי להיזקק לניכוי רק כשאינו יכול להשתמש באף אחת משתי התרופות האחרות. גם כאן ניתן למעשה להסתפק בדיונו בנוגע למקרים שבהם שתי התרופות האחרות מדורגות לפני הניכוי, בלי קשר לשאלת הסדר הפנימי שביניהן (תאים 3 ו-9). במילים אחרות, תא 6 אינו אלא נקודת המפגש שבין תאים 3 ו-9 והוא למעשה נקודת קיצון של כל אחד מהם.

(ד) כאשר הטבלה מצביעה על שוויון בין פיצויים לבין ביטול והשבה ושתייהן מדורגות אחרי תרופת הניכוי (תא 8), ברור כי השאלות הרלוונטיות שיתעוררו יהיו זהות לאלה שנדונו כששתי התרופות האחרות מדורגות אחת אחרי השנייה, אך שתיהן אחרי תרופת הניכוי.<sup>142</sup> אף כאן, תא 8 אינו אלא נקודת המפגש בין תאים 5 ו-11 ולכן אינו אלא מקרה פרטי השייך לקבוצת המקרים שכבר נדונה במסגרת תאים 5 ו-11.

(ה) כאשר הטבלה מצביעה על שוויון בין כל שלוש התרופות (תא 7), השימוש בתרופת הניכוי יהיה רלוונטי רק כשאינן אפשרות להשתמש באף אחת משתי התרופות האחרות. לפיכך הדיון במקרה זה זהה לדיונו לעיל ביחס לתאים 3 ו-9.

### חלק רביעי: סוף דבר

השימוש בתרופת הניכוי, המצויה במשפטנו כבר שנים רבות, היה עד כה מועט ביותר. במסגרת תזכיר חוק דיני ממונות זוכה לכאורה תרופה זו לשדרוג מסוים, הן מבחינת היקף תחולתה, הן מבחינת מיקומה והן מבחינת רמת הפירוט של ההסדר המשפטי. מטרתו של שדרוג זה הייתה להביא את תרופת הניכוי מהמחיר לתודעתם של צרכניו העתידיים של הקודקס החדש וכן להבהיר את אופן השימוש בה, כדי "לעורר" תרופה זו מתרדמתה רבת-השנים ולהופכה לתרופה שימושית יותר. לאור זאת ערכנו במסגרת המאמר בחינה שיטתית של כלל המקרים שבהם קונה-נפגע עשוי להיזקק לתרופת

141 ראו חלק שלישי, פס' ב.4 לעיל.

142 ראו לעיל דיונו בתאים 5 ו-11.

הניכוי. לצורך כך ערכנו השוואה בין תרופת הניכוי לבין התרופות המרכזיות האחרות, שאף הן עשויות לעמוד לרשות הנפגע במקרה של אי-התאמה. מבדיקה זו עולה מסקנה שלפיה תרופת הניכוי לא תזכה כנראה לעדנה כתוצאה מהשינוי המוצע בחוק. לדעתנו, המסקנה העולה ממאמר זה היא שמיעוט השימוש בתרופת הניכוי אינו גובע דווקא מכך שהתרופה אינה מוכרת דיה; אנו סבורים כי הסיבה היא כנראה מהותית יותר. במידה רבה, תרופת הניכוי – שמקורה בשיטת המשפט הקונטיננטלי, היא שתל זר בגופם של דיני התרופות שלנו, שמקורם בשיטת המשפט המקובל. במשפט הישראלי הן תרופת הפיצויים והן תרופת הביטול וההשבה הן תרופות "חזקות". חוזקה של תרופת הפיצויים בא לידי ביטוי בכך שלנפגע עומדת בדרך כלל זכות מוקנית לקבל פיצויי קיום (כוונתנו כאן לפיצויים בגין הנזק הישיר הנובע מהפיחות בערכו של הנכס הלא-מתאים) וכמעט אין בדין סייגים באשר להפעלתה של תרופת הפיצויים. החוזק של תרופת הביטול וההשבה בא לידי ביטוי הן במיעוט הסייגים ביחס לביטול במקרה של הפרה יסודית,<sup>143</sup> הן באפשרות ל"החייאת" הזכות לביטול על-ידי מתן ארכה אף אם חלף מועד הזמן הסביר לביטול החוזה,<sup>144</sup> ובעיקר בעובדה שהנפגע זכאי להמיר את ההשבה בעין בהשבת שווי לפי שיקול דעתו, גם כשהשבה בעין היא אפשרית וסבירה.<sup>145</sup> מצב דברים זה מיתר כמעט לגמרי את השימוש בתרופת הניכוי. לעומת זאת, בשיטות משפט שבהן יש סייגים רבים יותר לתרופת הפיצויים או לתרופת הביטול יש מקום לשימוש נרחב יותר בתרופת הניכוי מהמחיר.<sup>146</sup> כך, ברבות משיטות

143 אשר להפרה לא יסודית ראינו כי הן הנטל לתת ארכת קיום למפר והן סייג הצדק לא ישפיעו בדרך כלל באופן מהותי על סיכויי ההיזקקות לתרופת הניכוי. ראו לעיל דיונונו בחלק השלישי, פס' ב.3(ב)(1).

144 לעיל ה"ש 115.

145 במסגרת הדיון בסייגים של תרופת הביטול לא הזכרנו את העובדה שלבית המשפט נתונה הסמכות להפחית את סכום ההשבה משיקולי צדק. ראו ע"א 2702/92 גינזברג נ' בן יוסף, פ"ד מז(1) 540 (1993). עובדה זו עשויה אולי להפוך את תרופת הניכוי לעדיפה במקרים שבהם מבחינה מתמטית ביטול עדיף מניכוי אך יש סבירות שבית המשפט יפעיל את שיקול דעתו ויקטין את היקף ההשבה בעקבות ביטול החוזה לסכום נמוך מזה שהנפגע יכול לקבל באמצעות ניכוי. באופן מעשי, חשיבותו של שיקול זה היא מועטה. סמכות זו של בית המשפט איננה מופעלת למעשה כלל. כבר בפסק דין גינזברג קבע הנשיא שמגר כי השימוש בהגנה זו של שיקולי צדק לשם צימצום היקף ההשבה ייעשה, בהקשרים חוזיים, רק בנסיבות נדירות ויוצאות דופן. בפועל אכן נמנעים בתי המשפט משימוש בסמכות זו, ודאי כשמדובר בהפחתת ההשבה שלה זכאי הנפגע. השוו פרשת פרג'–גשורי, לעיל ה"ש 131 (אם כי שם הדברים נאמרו ביחס ל"נפגע" מהטעיה ולא מהפרה).

146 מובן כי תרופת הניכוי עשויה להיות רלוונטית גם כשהצדדים שינו באופן חוזי את דיני התרופות החלים עליהם, למשל: אם שללו או הגבילו את השימוש באחת התרופות האחרות. הניתוח שלנו תקף ביחס למקרים שבהם חלים דיני התרופות הישראליים כפי שהם. יתר על כן, כאשר מדובר באי-התאמה במכירות צרכניות, שערך הכספי אינו רב ואינו מצדיק את העלויות הכרוכות בהתדיינות

המשפט האירופי הוגבל השימוש בתרופת הפיצויים למצבים שבהם ניתן להוכיח אשם מצד המפר. מכאן ניתן להבין גם את החשיבות המעשית הרבה של השימוש בתרופת הניכוי באותן שיטות משפט: כאשר הנפגע אינו יכול להוכיח אשם עליו להסתפק בניכוי, גם אם מדובר במצב המקיים, על-פי ניתוחנו, את התנאים שבהם תרופת הפיצויים הייתה עשויה לתת תוצאה כספית עדיפה. מעניין לציין כי במסגרת פרויקט ה-Principles of European Contract Law, וכן במסגרת הפרויקט הרחב יותר – Draft Common Frame of Reference של האיחוד האירופי, אנו עדים לריכוך ניכר בנוגע לדרישת האשם ביחס לתרופת הפיצויים.<sup>147</sup> לפי הניתוח במאמרנו, יש לצפות לכך שאם יאומצו בחקיקה האירופית כללי PECL או כללי DCFR יפחת מאוד השימוש בתרופת הניכוי מהמחיר. דא עקא שמדובר עדיין בטיטות להצעות מודל לדיני חוזים אירופיים, שטרם אומצו במדינה כלשהי מהמדינות החברות באיחוד האירופי ולכן עדיין אי-אפשר לאמת הנחה זו באופן אמפירי.<sup>148</sup>

משפטית, פעמים רבות נערכים הסדרים בין הצדדים מחוץ לכתליו של בית המשפט. מחקרים אמפיריים מוכיחים כי במקרים כאלה התרופות הנפוצות ביותר הן תיקון בפועל של אי-התאמה, החלפה של המוצר הפגום במוצר מתאים או ניכוי מהמחיר (הדברים אמורים גם באנגליה, שבה אין מסורת משפטית של שימוש בתרופת הניכוי). ראו Department of Trade and Industry (United Kingdom) Consultation Paper, of 26.2.2002 p. 56, כפי שמאוזכר אצל SIVERSAND, לעיל ה"ש 11, בעמ' 62, ה"ש 185.

147 בשני הפרויקטים הללו סוגיית האשם בפיצויים עוררה מחלוקת. חלק מהמלומדים שנטלו חלק בקבוצות העבודה סברו כי יש להתנות את הזכות לפיצויים באשם, על-פי המסורת המקובלת בשיטות האירופיות, ואילו אחרים צידדו בעיקרון האחריות המוחלטת של המפר, המקנה לנפגע זכות לפיצויים בכל מקרה של הפרה, ללא תלות בשאלת האשם. בסופו של דבר התקבל נוסח של פשרה, שלפיו נתונה לנפגע הזכות לפיצויים אלא אם כן ההפרה היא "excused", דהיינו: כזו המקנה פטור מפיצויים. ראו ס' 9.501 ל-PECL וס' III-3:701 ל-DCFR. הפטור מפיצויים ניתן לגבי הפרות שהמפר לא יכול היה למנוע ולצפות, בדומה לסעיף הסיכול שלנו. ראו ס' 8.108 ל-PECL וס' III-3:104 ל-DCFR. לדיון בנושא זה ראו בהרחבה SCHULZE, COMMON FRAME OF REFERENCE, לעיל ה"ש 5, בעמ' 201-202.

148 יתר על כן: ייתכן שגם אם יאומץ המודל יעבור פרק זמן ניכר עד שהמשפטים האירופיים ישתחררו מהמסורת רבת-השנים שיצרה זיקה הדוקה בין תרופת הפיצויים לבין אשם. ייתכן שצדדים יירטעו בתחילה מלתבוע פיצויים (גם כשהדבר יהיה אפשרי וגם אם תרופת הפיצויים תתן תוצאה עדיפה), בשל הסטיגמה השלילית שפסיקת תרופה זו מטילה על המפר במסגרת המסורת האירופית, דבר העלול לפגוע בקשרים עסקיים עתידיים בין הצדדים: "It could also be that due to the old fault principle connected to damages, parties in a civil law system will sometimes prefer to ask for a price reduction rather than damages. Claiming damages might indicate that the other party has acted in fault, which does not promote the future business relationship". (SIVERSAND, לעיל ה"ש 11, בעמ' 66). תמיכה עקיפה להשערתנו (בדבר מיעוט השימוש בניכוי כשאין צורך להוכיח אשם כדי לתבוע פיצויים) אפשר למצוא בפרקטיקה הנוגעת לשימוש באמנת

תרופת הניכוי מהמחיר עשויה להיות שימושית גם בשיטות משפט המציבות מגבלות רבות יותר על השימוש בתרופת הביטול וההשבה, במצבים שבהם מתקיימים התנאים שבמסגרתם תרופת הביטול נותנת תוצאה עדיפה אך הנפגע לא יוכל לעשות בה שימוש בשל מגבלות שבדין. כך, לדוגמה, במשפט הטורקי, כאשר מוגשת תביעה לביטול החוזה בשל אי-התאמה בממכר ובית המשפט סבור שביטול מלא של החוזה אינו מוצדק, בית המשפט מוסמך לקבוע ביוזמתו כי התרופה המתאימה בנסיבות העניין היא דווקא ניכוי מהמחיר ולא ביטול, כך שהשימוש בתרופת הניכוי נהפך למעשה לכפוי מכוח החלטה של בית המשפט ולא מתוך בחירה של הנפגע.<sup>149</sup> לעומת זאת, בשיטות שבהן החסמים המשפטיים על השימוש בתרופת הביטול הם מעטים, בדרך כלל יעדיף הנפגע במצבים הללו את השימוש בתרופת הביטול וההשבה משימוש בתרופת הניכוי מהמחיר.<sup>150</sup> אכן, במהלך הבחינה ההשוואתית של תרופת הניכוי שערכנו מצאנו כי היא עשויה להיות רלוונטית בעיקר במקרים מועטים שבהם המחוקק הישראלי הגביל או סייג את אפשרות השימוש בפיצויים או בביטול. כך, השימוש בתרופת הניכוי עשוי להיות מעשי בשל הסייג המגביל את השימוש בתרופת הביטול במקרה של אי-התאמה בנכס נד, כשהודעת הביטול נמסרה לאחר שחלפו שנתיים ממועד המסירה ולכן החוזה אינו ניתן עוד לביטול. תרופת הניכוי עשויה להיות רלוונטית גם כשסויגה הזכות לפיצויים, כפי שנעשה במסגרת דין הסיכול הקיים (אך לא במסגרת דין הסיכול המוצע, שעל-פיו התרחשות של נסיבות מסכלות כלל איננה מסווגת כהפרה). מקרה נוסף שבו תרופת הניכוי עשויה להיות רלוונטית הוא התנהגות שוק חריגה, כשמתקיים צירוף של כמה

CISG. כפי שכתבנו לעיל, ס' 50 לאמנה מאפשר לקונה להשתמש בתרופת הניכוי מהמחיר. ס' 74-77 לאמנה מאפשרים לתבוע פיצויים ואין צורך לשם כך בהוכחת אשם. אכן, משפטנים מארצות המשפט המקובל מייחסים חשיבות שולית ביותר לתרופת הניכוי מהמחיר שבאמנה וכמעט אינם עושים בה שימוש. הדבר מוסבר בכך שמקור התרופה הוא בשיטות שבהן נדרש אשם לשם שימוש בפיצויים, אך דרישת האשם איננה נכללת באמנת CISG. ראו SIVESAND, לעיל ה"ש 11, בעמ' 66 והטקסט ליד ה"ש 205.

149 ראו Ergun, לעיל ה"ש 17, חלק II.3.a.

150 ראו SIVESAND, לעיל ה"ש 11, בעמ' 65, הכותבת, ביחס לדין הצרפתי: "In practice, it is much more common that the buyer asks for termination of the contract than for a price reduction. In some situations price reduction might still be important, for instance where the buyer cannot return the goods to the seller and hence is not entitled to terminate, or the court in its discretion has judged the lack of conformity as not being sufficiently serious in order to enable termination." "In France [...] price reduction is not often used in practice, at least not in court. This might be connected with the fact that the buyer's right to terminate is so far-reaching in France [...]"

תנאים מאד לא שכיחים. כפי שהובהר לעיל, עקרונית מצבים כאלה אמנם אפשריים אך סביר מאוד להניח שהם יהיו נדירים.<sup>151</sup>

סיכומו של דבר: איננו טוענים שכתבתה של תרופת הניכוי עלי חוק היא מיותרת, שכן יש מקרים, נדירים למדי, שבהם עשוי להיות לה שימוש.<sup>152</sup> יתר על כן, אנו בהחלט מצדדים בגישה שלפיה עדיף להעשיר ולגוון את ארסנל התרופות העומד לרשות הנפגע, שכן לעתים שיקולי הבחירה בין התרופות עשויים להיות מושפעים גם ממניעים שאינם כספיים. עם זאת, בהינתן מערך התרופות שבדין הישראלי, הניתוח במאמר זה מצביע על כך שחרף השדרוג הצפוי במעמדה של תרופת הניכוי מהמחיר (הן מבחינת מיקומה, הן מבחינת היקף תחולתה והן מבחינת ניסוחה המפורט) אין לצפות כנראה לשינוי מהותי במידת השימוש בה בעקבות חקיקתו של חוק דיני ממונות החדש.

151 ראו הדיון בחלק השלישי, פס' ב.3(ב)(3) לעיל.

152 השוו Piliounis, לעיל ה"ש 17, בעמ' 36 ("[T]he worth of a provision should not be (determined on the basis of its frequency of use").