

**פיצויי ציפייה, קשר סיבתי ו"אובדן היקף עסקים" עקב הפרת הסכם בלעדיות ותנאי****מכירה (בעקבות ע"א 5620/16 אופטיקה הלפרין בע"מ נ' Luxottica Group Spa****((21.1.2020))****מאת****ניר בר-און\***

בפרשת **אופטיקה הלפרין**, נחלקו דעות שלוש השופטים במושב באשר לפסיקת פיצויי ציפייה בגין הנזק שסבלה נפגעת מהפרה של הסכם בלעדיות ותנאי מכירה של מסגרות משקפיים. ברשימה זו, מבקש המחבר להתוות אמות מידה לניתוח אינטרס הציפייה של נפגעת מהפרה של הסכם הספקה שכזה. בניגוד למשתמע מעמדות השופטים בפרשה דנן, לא מדובר ברווחים מהיחידות שהייתה הנפגעת מוכרת בתקופה בה לא קיים ההסכם, אלא ברווחים מהיחידות שהייתה רוכשת בתוך תקופת ההסכם שהופר ומצליחה למכור. בתוך כך, טוען המחבר, כי העמדה המבקשת להפחית מן הפיצוי את היחידות שנותרו במלאי הנפגעת בסוף השנה – אינה מביאה בחשבון את האפשרות כי אלמלא ההפרה, הייתה הנפגעת יכולה לרכוש כמות דומה של יחידות בתנאי הרכישה המוזלים שהקנה לה ההסכם ולמכרן גם כן. ביחס לנזק האפשרי כתוצאה מאובדן הבלעדיות, המחבר גורס כי הדרישה לפיה על הנפגעת להראות שמחיר המכירה של היחידות אכן ירד כתוצאה מהפרת ההסכם, היא כוללת ואינה מבדילה כראוי בין היחידות שהייתה רוכשת בעתיד אלמלא ההפרה ליחידות שכבר סופקו לה, אך טרם נמכרו.

כמו כן, עומד המחבר על מהותה של דוקטרינת "אובדן היקף העסקים", אשר דומה שנדונה לראשונה בבית המשפט העליון בישראל וטוען כי יישומה במקרה הנוכחי – ללא דיון ממצה בשאלה האם מדובר בדין מצוי או רצוי – מעורר קשיים. קושי אחד, בהיבט המושגי, שכן העובדה כי הנפגעת לא עשתה עסקה נוספת עם ספק אחר, עסקה שהייתה עושה גם אלמלא ההפרה, סותרת את ההנחה שבבסיס הדוקטרינה. קושי שני, בהיבט המעשי, שכן סביר כי צמצום ההיצע של מסגרות מותג המשקפיים, שלא סופקו בעקבות ההפרה, הגדיל את הביקוש למוצרים תחליפיים שמכרה הנפגעת – מסגרות משקפיים אחרות – ובהתאם, הקטין את שיעור הנזק שלה.

**מבוא. א. העובדות והפסיקה.** 1. עובדות הפרשה. 2. פסק-הדין של בית המשפט המחוזי. 3. פסק-הדין של בית המשפט העליון. **ב. אינטרס הציפייה וקשר סיבתי בהפרה של הסכם בלעדיות ותנאי מכירה.** 1. כללי. 2. כמות היחידות לפיצוי. 3. זכות הבלעדיות. 4. סיכום ביניים: אמות המידה לפיצוי. **ג. פיצויים בגין "אובדן היקף עסקים"** 1. רקע עיוני. 2. נפגע מהפרה שהוא בצד ה'קונה' ונפגע מהפרה שהוא בצד ה'מוכר'. 3. יישום הדוקטרינה בפרשה דנן – המקרה בו הנפגע מהפרה הוא בצד ה'קונה' והמפר הוא ספק. 4. אובדן נתח שוק – השפעת הביקוש החלופי על שיעור הנזק. 5. נטל הקטנת הנזק, הוכחת שיעור הנזק ואופן חישובו. 6. דין מצוי? 7. דין רצוי? כמה נקודות למחשבה. **ד. סיכום.**

**מבוא**

מעטים המקרים שבהם נחלקות עמדות כל השופטים במושב תלתא אזרחי בבית המשפט העליון, כך שההכרעה נקבעת על-פי דעת אב-בית-הדין.<sup>1</sup> אולם, כך היה בפסק-הדין מושא רשימה זו.

בפסק-דין **אופטיקה הלפרין**,<sup>2</sup> פסק בית המשפט העליון, פה אחד, שהסכם בלעדיות להספקה של מסגרות משקפי ראייה ממותג "ריי באן" – בין הלפרין, הקונה, ללוקסאוטיקה, הספקית, הופר על-ידי האחרונה

\* בוגר התוכנית המשותפת במשפטים וחשבונאות של האוניברסיטה העברית בירושלים. המחבר מבקש להודות לענבל אלבו, לאיל זמיר ולמערכת **משפטים על אתר** על הערות מועילות לטיטוטות קודמות.

<sup>1</sup> בהתאם להוראת סעיף 80(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

<sup>2</sup> ע"א 5620/16 אופטיקה הלפרין בע"מ נ' Luxottica Group Spa (פורסם בנבו, 21.1.2020).

בשנת 2010. על כן, נקבע כי הלפרין זכאית לפיצויים בגין ההפרה, המשקפים את אובדן הרווחים העתידיים ממכירת המסגרות אילו קוים החוזה ולוקסאטיקה הייתה ממשיכה לספק להלפרין מסגרות בתנאים דומים גם בשנה העוקבת – 2011. אולם, בכל הנוגע לשיעור הפיצויים, נחלקו דעות כל השופטים. במוקד המחלוקת ניצבו שתי סוגיות עיקריות: האחת, האם הלפרין זכאית למלוא אובדן הרווח בגין מסגרות ה"ריי באן", או שמא יש להתחשב במכירה של מסגרות חלופיות אשר הקטינה את נזקה? השנייה, האם יש להפחית מכמות המסגרות עבורן זכאית הלפרין לפיצוי, את מסגרות ה"ריי באן" אשר נותרו לה במלאי בסוף שנת 2010? ברשימה זו, נבקש לעמוד על אינטרס הציפייה של נפגעת מהפרה של הסכם בלעדיות ותנאי מכירה. בתוך כך, נטען כי עמדות השופטים קרא ומלצר, לפיהן יש להפחית מן הפיצוי את המסגרות שנותרו במלאי הלפרין בסוף שנת 2010, על הנמקותיהם השונות, אינן משכנעות ונראות שגויות. שכן, הן אינן מביאות בחשבון את האפשרות כי אלמלא הפרת ההסכם, הייתה הלפרין יכולה לרכוש בשנת 2011 מספר דומה של יחידות בתנאי המכירה המוזלים שהקנה לה ההסכם – 40% הנחה ממחיר ההספקה הרגיל – ולמכור גם כן. הצדקה להפחתת כמות המסגרות שנותרו במלאי מכמות המסגרות לפיצוי, אם קיימת, אינה נובעת מכך שמכירתן ממילא הייתה אפשרית בשנת 2011, או שהיא באה בגדר נטל הקטנת הנזק; היא נעוצה בדרישה לקשר סיבתי בין ההפרה לנזק – יש להראות כי אלמלא ההפרה, לא רק שהלפרין הייתה רוכשת כמות דומה של מסגרות בשנה העוקבת, אלא שהיא גם הייתה מצליחה למכור את אותן מסגרות ברווח, כך שההפרה אכן גרמה לנזק. כפי שנראה, ניתן להציג מספר טיעוני נגד גם לעמדה המבקשת להצדיק קו טיעון שכזה, אשר לא נדון בפסק-הדין, לפיו עבור אותן מסגרות מדובר ב"חוזה הפסד".

כמו כן, וכחלק מניתוח אינטרס הציפייה, נבחן את חוות דעתו של השופט אלרון, במסגרתה ביקש להבחין בין שני ראשי הנזק אשר נגרמו להלפרין כתוצאה מהפרת ההסכם – נזק בגין ירידת מחיר המכירה לאור אובדן הבלעדיות, ונזק בגין הפרת תנאי המכירה המוזלים אשר הקנה לה ההסכם. נטען, כי השופט אלרון אמנם תיאר נכוחה את האבחנה שיש לעשות בין ראשי הנזק השונים; אולם בפועל, הנמקתו כי הלפרין לא הוכיחה שמחיר המכירה ירד בעקבות הפרת ההסכם הבלעדיות, ובהתאם, כי סבלה נזק המקנה לה זכות לפיצוי – אינה מבדילה כראוי בין המסגרות שהלפרין הייתה רוכשת בעתיד אלמלא ההפרה, למסגרות שכבר סופקו לה, אך טרם נמכרו. כפי שנראה, עבור המסגרות שהייתה הלפרין רוכשת מלוקסאטיקה בעתיד, בשנת 2011, ואף הייתה מוכרת במהלך אותה שנה, דומה כי אין זה משנה האם בפועל ירד מחיר המכירה עקב הפרת תנאי הבלעדיות, שכן הלפרין ציפתה למכור אותן במחיר המשקף בלעדיות. זהו אינטרס הציפייה שלה. לכן, עצם הדרישה ממנה להוכיח נזק שכזה – אינה רלוונטית לאותן יחידות. זאת, בניגוד למסגרות שכבר רכשה בעבר, עוד בשנת 2010, ונותרו לה במלאי בסוף השנה, וכן בניגוד למסגרות שהייתה מוכרת לאחר שנת 2011. עבור אותן מסגרות שנותרו לה במלאי, לא נגרם להלפרין נזק בגין הפרת תנאי המכירה – שהרי רכשה אותן בשנת 2010 בהתאם לתנאי ההסכם – אלא רק נזק בגין אובדן הבלעדיות, ככל שהייתה מוכיחה כי אכן נפגע מחיר המכירה של המסגרות. עבור המסגרות שהייתה רוכשת בשנת 2011 אך מוכרת שלא באותה שנה, קרי שלא בתוך תקופת הבלעדיות, סבלה הלפרין רק מראש הנזק של אובדן תנאי המכירה; שכן בכל הנוגע לראש הנזק של תנאי הבלעדיות, אין קשר סיבתי בין ההפרה לנזק – מחיר המכירה הנמוך נובע מכך שהסכם הבלעדיות הסתיים, ולא מן ההפרה, וממילא הלפרין לא ציפתה למכור אותן במחיר המשקף בלעדיות. עם זאת, נראה כי במבחן התוצאה, השופט אלרון ביקש להעניק להלפרין פיצויים המתעלמים מן הדרישה שהציב. כך או כך, אמות המידה שנתווה לניתוח מדויק של אינטרס הציפייה בהסכמי בלעדיות והספקה – כוחן יפה גם מעבר לעובדות הפרשה דנן, למקרים דומים אשר יגיעו בעתיד לפני בית המשפט – ובכך גם תרומתה של רשימתנו.

נוסף על כך, נעמוד על מהותה של דוקטרינת "אובדן היקף העסקים", אותה ביקש ליישם השופט מלצר – לראשונה כמדומה באופן מוצהר בפסיקתו של בית המשפט העליון בישראל – ונראה מדוע הפעלתה במקרה הנוכחי מעוררת קשיים. קושי אחד, בהיבט המושגי, שכן העובדה כי הלפרין לא עשתה עסקה נוספת עם ספק אחר, עסקה שהייתה עושה גם אלמלא ההפרה, סותרת את ההנחה שבבסיס הדוקטרינה. למעשה, נראה כי טענתה של הלפרין היא לא ל"אובדן היקף עסקים", אלא לאובדן רווחים עקב אובדן נתח שוק של מסגרות ה"ריי באן". קושי שני, בהיבט המעשי של טענה זו, נובע מהאפשרות כי צמצום ההיצע של מסגרות ה"ריי באן" בשוק הגדיל את הביקוש למוצרים תחליפיים, כך שהלפרין מכרה מסגרות חלופיות ובכך למעשה הצטמצם שיעור הנזק ממנו סבלה. אגב כך, נתייחס לקשיים העולים מההנחות לפיהן דוקטרינת "אובדן היקף העסקים" מהווה דין מצוי או רצוי, סוגיות שלמעשה כלל לא נדונו בחוות דעתו של השופט מלצר. נפתח בתיאור העובדות והדעות השונות שהובאו בפסק-הדין (חלק א'). לאחר מכן, נשתמש בעובדות הפרשה כתשתית לצורך ניתוח אינטרס הציפייה של נפגע בהסכם בלעדיות ותנאי מכירה, ובהתאם, נתווה אמות מידה לתרופה אשר תשים אותו במצב שבו היה אלמלא ההפרה (חלק ב'). אז נעבור ללבן את הסוגיה של פיצויים בגין "אובדן היקף העסקים", בפרט בראי המקרה שלפנינו והאפשרות לקיומן של מכירות חלופיות, ונסיים במספר נקודות למחשבה בנוגע לשאלה האם הדוקטרינה מהווה דין מצוי או רצוי (חלק ג').

## א. העובדות והפסיקה

### 1. עובדות הפרשה

אופטיקה הלפרין מפעילה בישראל רשת חנויות לממכר מוצרי אופטיקה, לרבות מסגרות משקפיים ועדשות. לוקסאוטיקה היא חברה איטלקית העוסקת בייצור, שיווק והפצה של מסגרות משקפיים. בין הצדדים התקיימו יחסי מסחר במסגרתם הייתה רוכשת הלפרין מלוקסאוטיקה מסגרות משקפיים לצורך שיווקם בישראל. בניסיון להגביר את המכירות של המותג "ריי באן", אשר בבעלות לוקסאוטיקה, ניהלו הצדדים משא ומתן לרכישת זכות בלעדיות בישראל על-ידי הלפרין למסגרות המשקפיים של המותג "ריי באן".<sup>3</sup> ביום 7.7.2009, התקיימה פגישה בין הצדדים באיטליה שבה הלפרין הסכימה להצעת לוקסאוטיקה, לקבל בלעדיות בשיווק חמישה דגמי מסגרות ממותג "ריי באן", אשר יימכרו לה במחיר נמוך במיוחד. כמו כן, הזמינה הלפרין כבר במסגרת אותה פגישה, 8,150 יחידות מאותם דגמים, בהזמנה שכונתה על-ידי הצדדים "הזמנה G". לאחר משא ומתן נוסף, חתמו הצדדים, ביום 16.7.2009, על הסכם שכונה על-ידם הסכם בלעדיות למסגרות "ריי באן", שבכותרתו נכתב בסוף: החל מ-1.1.2010. הסכם קצר זה, המחזיק כמה סעיפים בודדים, הקנה להלפרין כמה זכויות. סעיף 1 להסכם קבע כי עבור אותן יחידות שהוזמנו בהזמנה G – המחירים יהיו כפי שהוסכם בין הצדדים. סעיף 2 להסכם קבע כי עבור הזמנות נוספות מאותם דגמים – המחירים יהיו זהים, באופן קבוע. סעיף 3 להסכם קבע כי עבור כל הזמנה עתידית של מסגרת מהקטלוג (למעט הזמנה G) – המחיר יהיה מחיר ההספקה של לוקסאוטיקה בישראל בניכוי 40% הנחה. סעיף 4 להסכם קבע יעד (Target) להזמנה של 20,000 יחידות מתוך הקטלוג בתוך 12 חודשים. לבסוף, סעיף 9 להסכם קבע כי בהתקיים התנאים האמורים, הלפרין תהיה זכאית לשמר את זכות הבלעדיות גם במהלך שנת 2011. ביום 24.10.2010, הודיעה לוקסאוטיקה להלפרין על ביטול הסכם הבלעדיות, משום שלטענתה הלפרין לא עמדה בסעיף היעד להסכם – רכישה של 20,000 יחידות במהלך השנה. לאחר כחודש, לוקסאוטיקה הציגה להלפרין אפשרות לשמר את זכות הבלעדיות גם במהלך שנת 2011, בכפוף לכך שתרכוש כ-8000 מסגרות נוספות עד לסוף שנת 2010, אך הלפרין סירבה להצעה זו והגישה תביעה לבית המשפט בדרישה לפיצויים

<sup>3</sup> לשם הפשטות נכנה את כל המסגרות "ריי באן" על אף שבפועל מדובר בכמה דגמים מסדרה מסוימת השייכת למותג "ריי באן".

בגין הפרת החוזה. עיקר המחלוקת בין הצדדים נגעה לשאלה האם הלפרין עמדה ביעד הרכישה האמור. לשאלה זו שני צדדים של אותו מטבע: האם היחידות שהוזמנו כבר בפגישה באיטליה ב-2009, במסגרת הזמנה G, נכללות באותו יעד של 20,000 יחידות; וממתי יש לחשב את כמות היעד – האם מיום הפגישה באיטליה, כטענת הלפרין, או שמא מיום 1.1.2010, תחילת תקופת הבלעדיות לפי כותרת ההסכם, כפי שטענה לוקסאוטיקה.<sup>4</sup> על-פי דוח ההזמנות שהוגש לבית המשפט, הספיקה הלפרין להזמין 26,821 יחידות ב-12 החודשים שחלפו ממועד הפגישה באיטליה.<sup>5</sup> מובן, כי אם יש לחשב את כמות היעד רק מיום 1.1.2010, כטענת לוקסאוטיקה, אזי הזמנה G, שבוצעה בשנת 2009 עם השגת ההבנות בין הצדדים, לא נכללת בכמות היעד. במקרה כזה, הלפרין לא עמדה ברף הנדרש, שכן בהתעלם מהזמנה G ביצעה רכישה רק של 18,671 יחידות (26,821-8,150), כאמור לעיל.<sup>6</sup>

## 2. פסק-הדין של בית המשפט המחוזי

בית המשפט המחוזי קבע כי הזמנה G היא חלק בלתי נפרד מהסכם הבלעדיות. על כן, היא נכללת בכמות היעד לצורך שמירה על זכות הבלעדיות של הלפרין. מכאן, שהלפרין עמדה בכמות היעד שנקבעה ל-12 החודשים, והודעת הביטול שנשלחה על-ידי לוקסאוטיקה הייתה חסרת תוקף משפטי. לפיכך, לוקסאוטיקה היא שהפרה את החוזה והלפרין זכאית לפיצויים. אז ניגש בית המשפט המחוזי לחישוב נזקיה של הלפרין בגין אובדן הרווחים שנגרמו לה בשנת 2011. לשם כך, הוצגו בפניו חוות דעת מומחים מטעם שני הצדדים.<sup>7</sup> לענייננו, חשובים במיוחד נתונים מסוימים מחוות הדעת מטעם הלפרין, שהיוותה נקודת מוצא לצורך כימות הנזק, עבור שתי הערכאות. ראשית, נאמדה עלות המכר של יחידה ממסגרות "ריי באן", בהתבסס על נתוני המכירות בשנת 2010, תוך התחשבות במבצעים שנקטה הלפרין ובעלויות העקיפות, ובהתאם חושב הרווח השולי הנקי למסגרת, על סך של כ-355.4 ש"ח. סך הרווח השולי הנקי למסגרת הוכפל ב-20,000 יחידות – בהתאם לכמות היעד על-פי ההסכם – כך שהרווח הנקי הצפוי ממכירת מסגרות משקפיים בשנה הועמד על סך 7,108,574 ש"ח. באופן דומה, נאמד הרווח השולי הנקי לזוג עדשות אופטיות בכ-224.6 ש"ח, כך שאובדן רווחיה של הלפרין בעבור מכירת עדשות בשנה הועמד על סך של 4,491,259 ש"ח.<sup>8</sup> בית המשפט המחוזי אימץ את חוות דעת המומחה מטעם הלפרין, לפיה מי שמעוניין במסגרת של המותג היוקרתי "ריי באן" לא יסתפק במסגרת פשוטה אחרת הנמכרת בחנויותיה של הלפרין, וציין כי גם אם נרכשה מסגרת זולה במקום מסגרת "ריי באן" היוקרתי, עדיין נוצר הפסד רווח. לפיכך, בית המשפט המחוזי לא ראה מקום להפחית משיעור הרווח השולי הנקי. מנגד, הוא התעלם מן התביעה על אובדן הרווחים ממכירת העדשות, שכן לטענתו בסיכומיה מיקדה הלפרין את נזקיה רק לנזקים הישירים שנגרמו לה. לבסוף, בית המשפט המחוזי דחה את טענות לוקסאוטיקה כי הלפרין לא פעלה להקטנת נזק. על בסיס זאת, העמיד בית המשפט המחוזי את הפיצוי בגין נזקי ההפרה להלפרין על סך של 7,108,574 ש"ח – מלוא הרווח השולי הנקי בעבור 20,000 מסגרות.<sup>9</sup>

## 3. פסק-הדין של בית המשפט העליון

שני הצדדים ערערו לבית המשפט העליון. לוקסאוטיקה טענה כי בית המשפט המחוזי שגה בקביעתו כי הלפרין עמדה בכמות היעד, ובהתאם – כי היא הפרה את החוזה. עוד טענה לוקסאוטיקה כי ההנחות בבסיס

<sup>4</sup> פרשת אופטיקה הלפרין, לעיל ה"ש 2, פס' 1-7 לפסק-דינו של השופט קרא.  
<sup>5</sup> שם, פס' 28 לפסק-דינו של השופט קרא.

<sup>6</sup> במאמר מוסגר, לא ברור כיצד לוקסאוטיקה ביקשה להכריז כי הלפרין לא עמדה ביעד המסגרת שנקבע לשנת 2010, כטענתה, כבר ביום 24.10.2010. הרי, לפי קו טיעון זה, להלפרין נותרו כחודשיים נוספים לעמידה ביעד. דומה כי בית המשפט לא העניק לכך חשיבות.

<sup>7</sup> פרשת אופטיקה הלפרין, לעיל ה"ש 2, פס' 11-16 לפסק-דינו של השופט קרא.

<sup>8</sup> שם, פס' 34 לפסק-דינו של השופט קרא; פס' 6 לפסק-דינו של השופט אלרון.

<sup>9</sup> שם, פס' 14-16 לפסק-דינו של השופט קרא.

חוות הדעת מטעם הלפרין, אשר הוזכרו לעיל, הינן שגויות, ועל כן נפסק להלפרין פיצוי יתר, על אף שלא נגרם לה נזק; וכי ככל שנגרם נזק, הלפרין לא עמדה בנטל להקטינו. מנגד, הלפרין טענה כי נפסקו לה פיצויים בחסר. בין היתר, טענה הלפרין כי בית המשפט המחוזי נמנע מלחייב את לוקסאוטיקה בפיצוי בגין אובדן הרווחים בעבור העדשות. משכך, לשיטתה, יש לפצותה על מלוא נזקה בשנת 2011 – הן עבור אובדן הרווחים ממכירת המסגרות, הן עבור אובדן הרווחים ממכירת העדשות – על סך כולל של 12,293,968 ש"ח.<sup>10</sup>

בבית המשפט העליון נקבע על-ידי השופט קרא, ובהסכמת השופטים אלרון ומלצר, כי לשון החוזה והנסיבות מצביעות על כך שהלפרין עמדה ביעד ההזמנות על-פי ההסכם, ולכן לוקסאוטיקה היא שהפרה את ההסכם בכך שהודיעה על ביטולו.<sup>11</sup> אולם, בכל הנוגע לפיצויים להם זכאית הלפרין בגין ההפרה, נחלקו כל דעות השופטים.

**השופט קרא** סבר כי לטענת לוקסאוטיקה, לפיה אובדן המכירות של מסגרות "ריי באן" פוצה במכירתן של מסגרות אחרות – לא ניתן מענה מספק בחוות הדעת מטעם הלפרין. לשיטתו, "האפשרות שקונה פוטנציאלי ירכוש מוצר חלופי, והאפשרות שלא יעשה כן – שתיהן עשויות להתקיים, אך נתונים להוכחתן – אינן".<sup>12</sup> השופט קרא הוסיף ועמד על הקשיים השונים בהוכחת הנזק מצד הלפרין, וביניהם: היעדר כל מידע בחוות הדעת מטעם הלפרין לגבי המכירות והרווחים שלה בשנת 2011, על אף שנערכה כשלוש שנים לאחר מכן; היעדר כל מידע לגבי מותגי המשקפיים אשר נמכרו ברשת הלפרין בשנת 2011, לצורך הכרעה בשאלה האם שיווקה הלפרין מוצרים תחליפיים כלשהם למסגרות "ריי באן"; וכן היעדר נתונים בדבר הפסד הרווח במקרה של מכירת מסגרת חלופית זולה יותר, במקום מסגרות "ריי באן". השופט קרא הסביר כי הנטל לספק תשובות לשאלות הללו, במסגרת נטל הוכחת הנזק, רובץ על כתפיה של הלפרין; וכי "החוסר בנתונים אשר היו יכולים להיות מסופקים על-ידי הלפרין בנקל, צריך להיות לה לרועץ בעת קביעת שיעור הנזק".<sup>13</sup> לכן, הוא סבר כי יש להניח שהלפרין מכרה מסגרת חלופית תחת כל מסגרת "ריי באן" שלא סופקה לה במהלך 2011, עקב הפרת ההסכם מצד לוקסאוטיקה. לצורך כימות הנזק, מסקנתו הייתה כי יש להפחית 20% משיעור הרווח השולי של מסגרת ה"ריי באן", כדי לשקף את הפסד הרווח מהמכירה החלופית, על דרך האומדן. זאת, על בסיס חוות הדעת מטעם הלפרין אשר קבעה כי עלות המכר הישירה של מסגרת רגילה שמכרה הלפרין, עמדה על כ-20% מעלות המכר הישירה של מסגרות "ריי באן". על כן, לצורך חישוב הנזק העמיד את הרווח השולי למסגרת "ריי באן" על 284.3 ש"ח.<sup>14</sup>

אשר לכמות המסגרות, הסביר השופט קרא, כי על אף שחוות הדעת מטעם הלפרין התבססה לצורך הערכת הנזק על כמות היעד לפי ההסכם – 20,000 יחידות – עולה מן הראיות כי בפועל מכרה הלפרין בשנת 2010 רק 14,470 מסגרות "ריי באן"; כי לוקסאוטיקה סיפקה להלפרין 22,909 מסגרות החל ממועד הפגישה באיטליה ועד לסוף שנת 2010, כך שחלקן – 8,439 יחידות – נותרו במחסני הלפרין; וכי לאחר סיום הסכם הבלעדיות, מכרה הלפרין בשנת 2011 למעלה מ-5,800 מאותן יחידות. לפיכך, קבע השופט קרא, כי "משמסגרות אלו נמצאו בידיה של הלפרין והיה באפשרותה למוכרן בשנת 2011, הרי שיש להפחית ממספר המסגרות על-פיהן חושב אומדן הפיצוי לשנת 2011". על כן, חישב את נזקה של הלפרין על-פי מספר המסגרות שלא עמדו לרשותה ב-2011 מתוך כמות היעד, כלומר 11,561 מסגרות (20,000-8,439).<sup>15</sup>

אשר לאובדן הרווחים העקיפים בגין מכירת עדשות, קבע השופט קרא כי תחת ההנחה שנמכרו מסגרות חלופיות למסגרות ה"ריי באן", הרי שלא נגרם להלפרין אובדן רווח זה. לבסוף, השופט קרא דחה את טענת

<sup>10</sup> שם, פסי' 17-18 לפסק-דינו של השופט קרא.

<sup>11</sup> שם, פסי' 20-25 לפסק-דינו של השופט קרא; פסי' 1 לפסק-דינו של השופט אלרון; פסי' 1 לפסק-דינו של השופט מלצר.

<sup>12</sup> שם, פסי' 35 לפסק-דינו של השופט קרא.

<sup>13</sup> שם, פסי' 36-38 לפסק-דינו של השופט קרא.

<sup>14</sup> שם, פסי' 39 לפסק-דינו של השופט קרא.  $284.3 = 355.4 \times 80\%$ .

<sup>15</sup> שם, פסי' 40-41 לפסק-דינו של השופט קרא.

לוקסאוטיקה כי הלפרין לא עמדה בנטל הקטנת הנזק, על בסיס העמדה לפיה אין הנפגע מהפרה מחויב לקבל הצעה חלופית שהוצעה על-ידי מי שהפר את ההסכם, כאשר אין מדובר בסירוב בלתי ענייני.<sup>16</sup> לאור כל זאת, העמיד השופט קרא את סכום הפיצויים להלפרין על סך של 3,283,670.83 ש"ח, המשקף את אומדן הרווח השולי הנקי המופחת למסגרת "ריי באן", כפול 11,561 מסגרות.<sup>17</sup>

**השופט אלרון** פתח את פסק-דינו בהבחנה אנליטית בין שני ראשי נזק שונים בגינם נתבעו למעשה הפיצויים: האחד, נזק בגין הפרת תנאי הבלעדיות; והשני, נזק בגין הפרת תנאי המכירה המוזלים שהובטחו להלפרין. ראשון בחן השופט אלרון את ראש הנזק בגין הפרת תנאי הבלעדיות. הוא ציין כי באופן עקרוני הוא נכון להכיר באפשרות שנזק כזה הוא בר-פיצוי, שכן הפסקת זכות שיווק בלעדית למוצר צפויה להביא להגברת התחרות ולהורדת המחירים, ובהתאם, להורדת הרווח השולי של מוכר המוצר שנהנה עד כה מבלעדיות. עם זאת, הוא סבר כי במקרה דנן לא הוכח כי הפרת תנאי הבלעדיות אכן שינתה את מחיר השוק, ובהתאם – כי נפגע הרווח השולי של הלפרין בהיבט זה. הוא הדגיש כי לוקסאוטיקה טענה כי תנאי הבלעדיות לא הופרו בפועל עד לחודש ספטמבר 2011; וכי הלפרין מכרה כמה אלפי מסגרות "ריי באן" במהלך שנת 2011 – כך שאם הייתה מביאה נתונים כלשהם לגבי מכירות אלה, יכולה הייתה הלפרין לבסס את הטענה שנגרם לה נזק כלשהו כתוצאה מהפסקת הבלעדיות. אולם, לשיטתו, משלא עשתה זאת הלפרין, על אף שהיה ביכולתה להציג נתונים ברורים, אין מקום להניח לטובתה כי נגרם נזק בגין הפרת תנאי הבלעדיות. לחיזוק עמדתו, הציג השופט אלרון את עדותו של מנכ"ל הלפרין, לפיה התועלת הכלכלית שציפה להפיק כתוצאה מהבלעדיות לא הייתה משמעותית, אלא דווקא תנאי המכירה המוזלים של המסגרות הם שהובילו לרווחיות העסקה.<sup>18</sup>

אז עבר השופט אלרון לבחון את ראש הנזק השני, הפרת תנאי המכירה – המשקף את אובדן הרווחים שהלפרין הייתה מפיקה ממכירת המסגרות שהוסכם כי תוכל לרכוש במחיר מוזל. בנקודה זו הוסיף השופט אלרון פרט מידע טכני: מתוך 20,000 המסגרות שהיו עתידות להימכר לחברות שבקבוצת הלפרין, 15,000 מסגרות בלבד היו אמורות להימכר להלפרין עצמה; ומשיתר החברות בקבוצת הלפרין אינן צד להליך המשפטי, לוקסאוטיקה טענה כי יש לאמוד את הפיצוי על בסיס 15,000 מסגרות בלבד. השופט אלרון קיבל טענה זו.<sup>19</sup> אשר לאופן חישוב הפיצוי, השופט אלרון עמד שוב על הקושי לקבוע את שיעור הלקוחות שעשויים היו להסתפק במסגרת חלופית ומהו שיעור הלקוחות המעוניינים דווקא במסגרת "ריי באן". בניגוד לבית המשפט המחוזי, אשר דבק באפשרות שהלפרין איבדה את כלל הלקוחות שהיו רוכשים מסגרות "ריי באן", ובניגוד לשופט קרא שהניח כי כלל הלקוחות היו מוכנים להסתפק במסגרת חלופית – סבר השופט אלרון כי *"יש ממש בכל אחת משתי הגישות וכי האמת מצויה בין זו לזו"*. לשיטתו יש להקל בנטל הוכחת הנזק ולהעריך, על דרך האומדן, כי מחצית מהלקוחות שמעוניינים במסגרות "ריי באן" היו נכונים להסתפק במסגרת אחרת ואילו המחצית השנייה לא – 7,500 בכל קבוצה.<sup>20</sup>

כבסיס לחישוב אובדן הרווח בגין הפרת תנאי המכירה, השופט אלרון נכון היה להסתמך גם על נתון הרווח השולי הנקי מחוות דעת הלפרין לשנת 2010. לפיכך, קבע כי בכל הנוגע ל-7,500 מסגרות ה"ריי באן" שהיו נמכרות אלמלא ההפרה, הלפרין זכאית למלוא הרווח השולי הנקי – 355.4 ש"ח לכל מסגרת – שהרי לקוחות אלה לא היו מוכנים להסתפק במסגרת חלופית. כמו כן, לשיטת השופט אלרון, ובניגוד לשופט קרא, יש לפצות את הלפרין גם על כל זוג עדשות שהיו נמכרות בקבוצה זו. על-פי חוות הדעת מטעם הלפרין, הרווח

<sup>16</sup> שם, פסי' 42-46 לפסק-דינו של השופט קרא.

<sup>17</sup> שם, פסי' 41, 48 לפסק-דינו של השופט קרא. כדי להגיע לסך של 3,283,670.83 ש"ח, יש להכפיל את כמות המסגרות, 11,561, ב-284.03 ולא 284.3. לכן, דומה כי נוצר שיבוש כלשהו בחישוב.

<sup>18</sup> שם, פסי' 1-3 לפסק-דינו של השופט אלרון.

<sup>19</sup> שם, פסי' 4 לפסק-דינו של השופט אלרון.

<sup>20</sup> שם, פסי' 5 לפסק-דינו של השופט אלרון.

השולי הנקי של זוג עדשות בשנת 2010 עמד על 224.6 ש"ח. לפיכך, אומדן הרווח השולי הנקי לכל זוג משקפי "ריי באן" – מסגרת ועדשות – עומד על 580 ש"ח. סך זה יש לכפול ב-7,500 מסגרות, כך שסכום הפיצוי יועמד על 4,350,000 ש"ח.<sup>21</sup>

אשר ל-7,500 המסגרות בקבוצה השנייה – אותם לקוחות אשר היו מסתפקים בקניית מסגרת חלופית – הכיר השופט אלרון בכך שגם עבור מסגרות אלה קיים הפסד רווח, הנובע מן ההפרש בין הרווח ממכירת מסגרת "ריי באן" לרווח ממכירת מסגרת חלופית. בניגוד לשופט קרא, אשר העריך את הפסד הרווח מן המכירה החלופית באמצעות הפחתה של 20% מהרווח השולי הנקי של מסגרת "ריי באן", סבר השופט אלרון כי גישה זו מעוררת מספר קשיים. כפי שהוצג לעיל, השופט קרא אמד את ההפחתה של הרווח השולי הנקי בהתאם לחוות הדעת מטעם הלפרין, לפיה עלות המכר הישירה של מסגרות רגילות עומדת על כ-20% מעלות המכר הישירה של מסגרות "ריי באן". ראשית, הסביר השופט אלרון כי ניסיון להקיש ישירות מעלות המכר של המסגרות האחרות לרווח השולי ממכירתן הוא בעייתי, משום שהאחרון מורכב הן מעלות המכר והן מהתמורה ממכירתו. כלומר, פערי המחירים בהן מוכרת הלפרין את המסגרות, ישפיעו גם כן על פערי הרווח השולי. שנית, העובדה שעלות המכר של מסגרות רגילות נמוכה בכ-80% מעלות המכר של מסגרות "ריי באן" (ולכן עומדת על 20% מעלות המכר של מסגרות "ריי באן") לא מנביעה כי הרווח השולי ממכירתן נמוך בכ-20% מהרווח השולי ממכירת מסגרות "ריי באן". שלישית, ודומה כי זה העיקר, השופט אלרון ציטט מההלכה שבפסק-דין **אניסימוב**, לפיה: **"באותם המקרים, בהם – לאור טבעו ואופיו של הנזק – ניתן להביא נתונים מדויקים, על הנפגע-התובע לעשות כן, ומשנכשל בנטל זה, לא ייפסק לו פיצוי."**<sup>22</sup> מסקנתו הייתה כי משהלפרין לא סיפקה נתונים בדבר מכירות חלופיות, על אף שהיה באפשרות לעשות זאת בנקל, היא לא עמדה בנטל המוטל עליה להוכיח את שיעור נזקה, ועל כן אין לפצותה בגין אובדן הרווח ממכירה חלופית. על כן, סך הפיצוי לו הלפרין זכאית הוא בעבור אובדן המכירות של 7,500 מסגרות "ריי באן" בלבד, שהוערך כאמור ב-4,350,000 ש"ח.<sup>23</sup>

**השופט מלצר** הציג דעה שלישית. ראשית, הוא ציין, בדומה לשופט אלרון, כי כמות המסגרות עבורן זכאית הלפרין לפיצוי עומדת על 15,000 ולא 20,000, כמוסבר לעיל. שנית, והפעם בדומה לשופט קרא, הוא סבר כי היות שבמלאי בתחילת שנת 2011 נותרו להלפרין 8,439 מסגרות "ריי באן" משנת 2010, אזי בהתאם לעיקרון הקטנת הנזק, נזקה של הלפרין צריך להיות מחושב על בסיס של 6,561 מסגרות בלבד (-15,000).<sup>24</sup> אשר לפיצוי בגין אותן מסגרות, לשיטת השופט מלצר הלפרין זכאית למלוא הרווח השולי הנקי עבורן, בהתעלם מהסוגייה בה התחבטו השופטים קרא ואלרון – כיצד משפיעה האפשרות של מכירת מסגרת חלופית על מרכיב הפיצוי. זאת, כך לפי השופט המלצר, בהתאם לדוקטרינת ה-"Lost Volume" או בכינויה העברי "אובדן היקף העסקים". על-פי דוקטרינה זו, כך מסביר השופט מלצר, הנפגע זכאי לאובדן הרווח, אף אם זכה בינתיים בהכנסה נוספת, **"רק אם לא פעל במלוא תפוקתו, ואם לא היתה לו דרך אחרת (לאחר אובדן העיסקה עם המפר) למצות את התפוקה בנכס הייחודי"**.<sup>25</sup> ביישום על המקרה דנן, קבע השופט מלצר כי יש לקחת בחשבון את 15,000 המסגרות שהיו אמורות להגיע להלפרין בשנת 2011, ולהפחית מכמות זו את המסגרות שנשארו לה במלאי – 8,439 – היות שמכירתן מאפשרת להפיק הכנסה דומה, ועל כן באה בגדר הקטנת הנזק הלגיטימית. עם זאת, בהתאם לדוקטרינת "אובן היקף העסקים", אין לנכות מכמות זו – 6,561 – את המסגרות שהיו נמכרות, אם בכלל, במכירות חלופיות של מסגרות נחותות (כפי שהציע השופט אלרון,

<sup>21</sup> שם, פס' 6 לפסק-דינו של השופט אלרון.

<sup>22</sup> ע"א 355/80 נתן אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה(2) 800, 809 (1981).

<sup>23</sup> פרשת **אופטיקה הלפרין**, לעיל הי"ש 2, פס' 7-8 לפסק-דינו של השופט אלרון.

<sup>24</sup> שם, פס' 3 לפסק-דינו של השופט מלצר.

<sup>25</sup> שם.

ולהפחית על דרך האומדנה 50% מן הכמות). לבסוף, בדומה לשופט אלרון, ובניגוד לשופט קרא, השופט מלצר סבר כי יש להתחשב גם באובדן הרווח על העדשות. בהתאם, תחשיב הרווח השולי הנקי לכל זוג משקפי "ריי באן" היה זהה לזה של השופט אלרון.<sup>26</sup> השופט מלצר הדגיש כי הנטל להוכחת הטענה כי הנפגע לא עמד בנטל הקטנת הנזק – מונח על כתפי המפר. אמנם לוקסאוטיקה עמדה לשיטתו בנטל זה בכל הנוגע ליחידות שנתרו במלאי באמצעותן יכלה הלפרין להיטיב את נזקה, אולם לא כך עשתה לגבי הוכחתן של מכירות חלופיות שבוצעו במסגרות הזולות. זאת, אף שהמידע על כך מצוי בידיה של הלפרין, שכן לדעתו של השופט מלצר, ללוקסאוטיקה עמדו אמצעים דיוניים להגיע למידע זה.<sup>27</sup>

סיכומו של דבר, לעמדת השופט מלצר, "יש לכלול בנזק של אובדן הרווח, על בסיס ההנחות הנ"ל, רק את המסגרות 'החסרות' (6,561 מסגרות) – ולתחשב אותן כאילו הן היו ראויות עדיין לשיווק בשנת 2011 תחת הבלעדיות, ומכאן שהן היו נמכרות בשולי רווח של 580 ש"ח לכל זוג", כך שסכום הפיצויים הועמד על סך של 3,805,380 ש"ח.<sup>28</sup>

השופט אלרון התייחס בחוות דעתו לעמדה שהביע השופט המלצר והעיר מספר הערות חשובות. נתייחס להערות הללו תוך כדי הניתוח האנליטי של אינטרס הציפייה של הלפרין. לסיום חלק זה, ניתן לסכם בטבלה שלהלן את אמות המידה לפיצוי, לפי עמדתו של כל שופט.

השופט קרא	השופט אלרון	השופט מלצר	
20,000	15,000	15,000	כמות מסגרות ראשונית
לא בוצעה הפחתה של כמות המסגרות, אלא של הרווח השולי פר מסגרת	(7,500)	אין להפחית	הפחתת כמות מסגרות בגין מכירה חלופית
(8,439)	אין להפחית	(8,439)	הפחתת כמות המסגרות שנתרו במלאי בסוף שנת 2010
11,561	7,500	6,561	סך הכל מסגרות לפיצוי
$80\% \times 355.4 = 284.3$	355.4	355.4	רווח שולי נקי לפיצוי עבור כל מסגרת
אין לפצות	224.6	224.6	רווח שולי נקי לפיצוי עבור כל זוג עדשות
$= 284.3 \times 11,561 = 3,283,670.83$ ש"ח. <sup>29</sup>	$(355.4+224.6) \times 7,500 = 4,350,000$ ש"ח.	$(355.4+224.6) \times 6,561 = 3,805,380$ ש"ח.	סך כל הפיצויים

<sup>26</sup> שם.

<sup>27</sup> שם, פסי' 4 לפסק-דינו של השופט מלצר.

<sup>28</sup> שם, פסי' 5 לפסק-דינו של השופט מלצר.  $580 \times 6,561 = 3,805,380$ .

<sup>29</sup> לעניין החישוב ראו לעיל, הי"ש 17.



## ב. אינטרס הציפייה וקשר סיבתי בהפרה של הסכם בלעדיות ותנאי מכירה

### 1. כללי

קל להתרשם עד כמה שונות הן עמדות השופטים בבית המשפט העליון בפרשה דנן, הן בנימוקים, הן במבחן התוצאה. אולם, אם מניחים בצד את העניין הטכני של כמות המסגרות שהלפרין עצמה הייתה אמורה לקבל מתוך כלל קבוצת החברות, דומה כי המחלוקת מתמקדת בשתי סוגיות: האחת, האם יש להפחית מכמות המסגרות בנות-הפיצוי את המסגרות שנותרו במלאי של הלפרין בסוף שנת 2010; והשנייה, האם וכיצד יש להתחשב בעובדה שייתכן שהלפרין מכרה מסגרות חלופיות במקום מסגרות ה"ריי באן" במהלך שנת 2011. אשר לשאלת הפיצוי על העדשות, כפי שנראה בהמשך, זוהי למעשה נגזרת של השאלה השנייה. בכך נעסוק בחלק ג'. כללית, נבקש לצדד בעמדת השופט אלרון מבחינת התוצאה ובחלק מנימוקיו, עליהם נבקש להוסיף ביסוס משלנו, וזאת להבדיל מדרך הניתוח וההנמקה בסוגיית הבלעדיות, כפי שיוצג להלן. כעת נבחן את הסוגיה הראשונה והיא שאלת ההשפעה של המסגרות שנותרו במלאי על היקף הפיצויים להלפרין וכן נוסף ונתייחס לפיצוי בגין הפרת זכות הבלעדיות. לשם כך, ראוי להקדים מספר מילים על האבחנה הנכונה שביצע השופט אלרון בין ראשי הנזק השונים מהם ייתכן וסבלה הלפרין.

כפי שתואר לעיל, ההסכם העניק להלפרין כמה זכויות. זכות אחת הייתה האפשרות לרכוש בשנת 2010 מסגרות "ריי באן" ב-40% הנחה ממחיר ההספקה הרגיל. כדרכו של השופט אלרון, נכנה תנאי זה בהסכם כ"תנאי המכירה" (אם כי, מנקודת מבטה של הלפרין, מדובר למעשה בתנאי רכישה). זכות שנייה הייתה זכות הבלעדיות – האפשרות למכור ללקוחות בישראל את מסגרות ה"ריי באן" בשנת 2010 ללא תחרות. עוד הקנה ההסכם להלפרין, בהינתן שתעמוד ברכישת כמות היעד של המסגרות שנקבעה בהסכם, לשמר את זכות הבלעדיות גם בשנת 2011. אם כך, הרי שמדובר בהסכם בלעדיות ותנאי מכירה, שהפרתו בידי לוקסאוטיקה, מקנה להלפרין זכות לפיצויים בגין שני ראשי הנזק הללו. נדון בכך כעת.

מקובל לומר כי פיצויים בגין הפרת חוזה נועדו להגן על אינטרס הציפייה של הנפגע – לשים אותו במצב כספי דומה לזה שציפה להיות בו אלמלא הופר החוזה, כלומר במצב בו היה אילו קוים החוזה (ומכאן גם שמו האחר – אינטרס הקיום). זאת, בשונה מהגנה על אינטרס ההסתמכות, אשר תכליתה לשים את הנפגע במצב שבו היה אלמלא נכרת החוזה; ובשונה מהגנה על אינטרס ההשבה, אשר מטרתה להשיב לנפגע את טובות ההנאה שקיבל המפר מכוח החוזה.<sup>30</sup> יסודות הפיצוי הם: הפרת חוזה; קיומו של נזק; צפיות המפר, בפועל או בכוח, בעת כריתת החוזה, את קרות הנזק כתוצאה מסתברת של ההפרה; וקשר סיבתי בין ההפרה לנזק.<sup>31</sup> מהו אפוא אינטרס הציפייה של הלפרין? בהתאם לקביעה העובדתית כי הלפרין עמדה בכמות היעד שהכתיב ההסכם, אזי אלמלא ההפרה, היא הייתה זכאית לזכות הבלעדיות ולתנאי המכירה שהקנה לה ההסכם, גם בשנת 2011. הווה אומר, הלפרין ציפתה לרווחים ממכירת מסגרות "ריי באן" בתנאים דומים. כפי שצוין, בסיס ההערכה לפיצוי עבור כל מסגרת "ריי באן" שהייתה הלפרין מוכרת בשנת 2011 – הרווח השולי הנקי ליחידה – התבסס על הרווח השולי הנקי ב-2010.<sup>32</sup> המשמעות היא שרווח שולי זה משקלל בתוכו הן את ההנחה שקיבלה הלפרין מרכישת המסגרות ב-40% ממחיר ההספקה הרגיל, הן את העובדה שיכלה למכור אותן בשוק במחיר ללא תחרות. האם הלפרין זכאית למלוא הרווח השולי? ועבור כמה יחידות? כאן נכנס הניתוח של אינטרס הציפייה של הלפרין. בניגוד למשתמע מעמדות השופטים, אין מדובר רק בנזק בגין אובדן מכירות בשנת 2011. אינטרס הציפייה של הלפרין איננו הרווח ממכירת מסגרות "ריי באן" בשנת 2011, אלא הרווחים ממכירת המסגרות שהייתה רוכשת בתוך תקופת ההסכם. בפרט, הרווח שהייתה

<sup>30</sup> להרחבה ראו: גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות 68-37, 281-285 (2009).

<sup>31</sup> שם, בעמ' 294-295.

<sup>32</sup> לעיל, ה"ש 8 והטקסט הסמוך לה.

הלפרין עושה ממכירת מסגרות שהייתה רוכשת במהלך שנת 2011 ומוכרת בהמשך.<sup>33</sup> במילים אחרות, רווח זה יכול שהיה מתקבל בשנת 2011, בשנת 2012, ואולי גם הלאה, כתלות במועד המכירה והאפשרות להמשיך ולמכור "דגמים ישנים" או זהים. חישובו נגזר, בין היתר, מכמות המסגרות שהיו נרכשות בשנת 2011 ומההבחנה שבין שני ראשי הנזק האמורים. נבאר זו כעת.

## 2. כמות היחידות לפיצוי

תחילה יש לשאול, מהי כמות מסגרות ה"ריי באן" שהייתה רוכשת הלפרין בשנת 2011? אם המדד לכך הוא כמות המסגרות שרכשה במהלך 12 החודשים הראשונים של ההסכם, הרי שמדובר ב-26,821 יחידות, בהתאם לדוח ההזמנות.<sup>34</sup> אולם, בבסיס כל חוות הדעת של השופטים עמדה ההנחה לפיה כמות המסגרות בנות-הפיצוי בשנת 2011 נגזרת מכמות היעד. כזכור, כמות היעד לשנת 2010 הייתה 20,000 מסגרות, וכל השופטים ראו בכך נקודת מוצא – גם אם חלקם הפחיתו כמות זו רק למסגרות שהגיעו להלפרין עצמה מתוך כלל קבוצת החברות שבה (15,000). יש להעיר כי הנחה זו לא בוססה בפסק-הדין. כלל לא ברור כי 20,000 המסגרות אשר היוו את כמות היעד לשנת 2010, מהווים את הכמות שהייתה רוכשת הלפרין בשנת 2011. בשנה הראשונה היה להלפרין תמריץ לעבור את כמות היעד כדי לממש את הזכות להארכת ההסכם לשנה נוספת. ברם, הסכם זה לא העניק להלפרין אופציה להארכה נוספת לשנת 2012. זהו לפחות הממצא העובדתי שנקבע על-ידי בית המשפט.<sup>35</sup> במצב כזה, כלל לא ברור שהלפרין הייתה רוכשת כמות זהה. מנגד, ייתכן שהלפרין בכלל הייתה מגדילה את כמות הרכש, לאור צפי בגידול מחזור המכירות. במילים אחרות, אין זהות הכרחית בין 'כמות היעד' ל'כמות הנרכשת'. לפיכך, ההיקף הישיר שעשו השופטים מכמות היעד בשנת 2010 לכמות שהייתה רוכשת הלפרין בשנת 2011, אינו כה חד.<sup>36</sup>

בכל אופן, גם אם כמות היעד לשנת 2010 משמשת כאומדן לכמות שהייתה נרכשת בשנת 2011, העמדה לפיה יש להפחית מכמות המסגרות עבורן זכאית הלפרין לפיצוי את המסגרות שנותרו לה במלאי בסוף שנת 2010 היא בעייתית. בניגוד לעמדת השופט קרא לפיה "משמסגרות אלו נמצאו בידיה של הלפרין והיא באפשרותה למוכרן בשנת 2011, הרי שיש להפחיתן ממספר המסגרות על-פיהן חושב אומדן הפיצוי לשנת 2011";<sup>37</sup> ובניגוד לעמדת השופט מלצר כי יש להפחית "את המסגרות שנשארו במלאי של אופטיקה הלפרין (שהרי מכירתן האפשרית באה בגדר הקטנת הנזק הלגיטימית)"<sup>38</sup> – אין בהכרח במסגרות שנותרו במלאי כדי למנוע מהלפרין לרכוש, בנוסף להן, כמות זהה של מסגרות בשנת 2011 ולמכור גם אותן. ככל שמדובר בנזק בגין הפרת תנאי המכירה, הלפרין ציפתה לרכוש בשנת 2011 מסגרות "ריי באן" בהנחה של 40%. רכישת סחורה במחיר מוזל מגדילה את שולי הרווח. הפרת ההסכם בידי לוקסאוטיקה מנעה זאת. על כן, יש קשר סיבתי בין ההפרה לנזק זה עבור כל אותן יחידות שהייתה רוכשת הלפרין ב-2011 ומצליחה למכור. הפחתת כמות המסגרות שנותרו במלאי בשנת 2010 מנעה מהלפרין פיצוי עבור כמות זהה של מסגרות שייתכן והייתה רוכשת בשנת 2011 בתנאי מכירה מוזלים ומוכרת בשולי רווח גבוהים; שכן אלמלא ההסכם, הייתה צריכה הלפרין לשלם ללוקסאוטיקה מחיר גבוה יותר עבור כל יחידה, ועל כן הרווח שלה היה נמוך יותר. לכן, נראית לנו יותר עמדת השופט אלרון בנקודה זו, לפיה אין במסגרות שנותרו במלאי כדי להקטין את הנזק שנגרם להלפרין כתוצאה מכך שבשנת 2011 לא סופקו לה כמות דומה של מסגרות.

<sup>33</sup> אמנם ההסכם הופר באוקטובר 2010, כך שלכאורה יכולה הייתה הלפרין לרכוש עוד מסגרות, אך לפי המתואר בפסק-הדין, היא סירבה לרכוש מסגרות נוספות באותה שנה.

<sup>34</sup> לעיל, ה"ש 5 והטקסט הסמוך לה.

<sup>35</sup> פרשת **אופטיקה הלפרין**, לעיל ה"ש 2, פס' 30 לפסק-דינו של השופט קרא.

<sup>36</sup> אך ייתכן שהדבר נובע מן העובדה שלוקסאוטיקה לא חלקה על נקודת מוצא זו והתבססה בעצמה על כך בטיעוניה.

<sup>37</sup> פרשת **אופטיקה הלפרין**, לעיל ה"ש 2, פס' 40 לפסק-דינו של השופט קרא.

<sup>38</sup> שם, פס' 3 לפסק-דינו של השופט מלצר.

ניתן בכל זאת להצדיק את העמדה שמבקשת להפחית את כמות המסגרות שנתרו במלאי. אולם הסיבה לכך איננה נעוצה בעובדה שמכירתה של כמות דומה של מסגרות הייתה ממילא אפשרית בשנת 2011, או שהדבר בא בגדרי נטל הקטנת הנזק. הסיבה היא שכמות המסגרות שנתרו במלאי בסוף שנת 2010 עשויה להוות אינדיקציה לכמות המסגרות שהייתה רוכשת הלפרין בשנת 2011. כלומר, על-פי קו טיעון זה, הלפרין הייתה רוכשת בשנת 2011 כמות קטנה יותר של מסגרות "ריי באן", בהתבסס – פחות או יותר – על כמות המסגרות שמכרה ב-2010; שכן אין היא מעוניינת "להיתקע" עם מסגרות במלאי שייתכן ולא תמכור. למעשה, טענה זו מתקשרת לדרישה הנוספת בהוכחת הקשר הסיבתי לנזק והיא שהלפרין אכן הייתה מוכרת את מלוא הסחורה שהייתה רוכשת. כפי שציין השופט אלרון בהקשר זה, אם לוקסאוטיקה הייתה מוכיחה שהיכולת של הלפרין למכור מסגרות היא מוגבלת, אזי הייתה לכמות המוסגרות שנתרו במלאי השפעה על עניין הפיצוי.<sup>39</sup> ואכן, הלפרין אינה זכאית לפיצוי עבור סחורה שהייתה רוכשת ולא מצליחה למכור, שכן אז הנזק לא נובע מההפרה אלא מהכריתה. זהו המצב של "חוזה הפסד".<sup>40</sup> ניתן כמובן להשיב לטענה זו בדרכים שונות. אפשר לומר כי העובדה שלא הצליחה למכור כמות מסוימת בשנת 2010, לא אומרת שהדבר ימנע ממנה לרכוש כמות זהה של מסגרות בשנה העוקבת ולהצליח למכרן; ייתכן שיש לצפות גידול במחזור המכירות. ניתן גם להשיב לטענה על דרך הדוגמה. נניח, למשל, כי אלמלא הפרת ההסכם, הלפרין הייתה מבצעת רכש של 5,000 מסגרות ביום 1.12.2011 אשר היו מסופקות לה ביום 31.12.2011. עבור מסגרות אלה היא כמובן הייתה זכאית להנחה של 40% ממחיר הרכישה. מובן גם, כי מסגרות אלה היו נותרות במלאי שלה בסוף שנת 2011. האם לא ניתן להניח שמסגרות אלה היו נמכרות במהלך 2012? דומה כי התשובה היא בחיוב, שכן אחרת יש לומר שאין זה הגיוני לבצע רכש לקראת סוף השנה הקלנדרית. יתר על כן, לפי הנתונים בפסק-הדין עצמו, הלפרין הצליחה למכור בשנת 2011 כ-5,800 מסגרות "ריי באן" שרכשה במהלך שנת 2010.<sup>41</sup> אין זה ידוע האם מחיר המכירה וכנגזרת ממנו – הרווח השולי – נותרו זהים לאלה של שנת 2010, אך לכל הפחות יש בכך כדי להראות כי אין מניעה, במקרים מסוימים, למכור מסגרות מקולקציה "ישנה" או זהה גם בשנה העוקבת, ואולי אף מעבר לכך. כוונתנו אינה לטעון כי להלפרין מגיע בהכרח מלוא הרווח השולי עבור כל המסגרות שהייתה רוכשת בשנת 2011 – לכך עוד נתייחס בחלק ג' – אלא רק לבקר את עצם ההכרעה הבינארית לפיה להלפרין לא מגיע שום פיצוי עבור כמות דומה למסגרות שנתרו לה במלאי בסוף שנת 2010, כפי שפסקו השופטים קרא ומלצר.

### 3. זכות הבלעדיות

אשר לראש הנזק בגין הפרת תנאי הבלעדיות, ציין השופט אלרון כי במקרה דנן לא השכילה הלפרין להוכיח כי הפרת תנאי זה אכן הביאה לשינוי במחיר השוק וכתוצאה מכך – פגעה ברווח השולי שלה וגרמה לה לנזק. הוא הוסיף, כי הלפרין מכרה כמה אלפי מסגרות במהלך שנת 2011, "ונתונים על מכירות אלה, לו הובאו בפני בית המשפט, היו עשויים לבסס את הטענה שנגרם לה נזק כלשהו כתוצאה מהפסקת הבלעדיות".<sup>42</sup> אולם, משלא פעלה כך, קבע השופט אלרון כי אין מקום להעניק להלפרין פיצוי כלשהו בגין הפרת תנאי הבלעדיות.<sup>43</sup> אם כן, דומה כי נקודת המבט של השופט אלרון היא שיש להראות כי נוצר הפרש בין הרווח שהיה מושג תחת קיומה של בלעדיות, לרווח שהושג בפועל שלא בבלעדיות – כדי לבסס ראש נזק זה; אך הלפרין כשלה בהוכחה

<sup>39</sup> שם, פס' 15 לפסק-דינו של השופט אלרון.

<sup>40</sup> להרחבה ראו: ע"א 3666/90 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מו(4) 45 (1992); איל זמיר "תרופות בשל הפרת חוזה: פיצויי ציפייה, פיצויי הסתמכות, השבת התעשרות ושחזור השקילות החוזית (בעקבות ע"א 1632/98 ארבוס נ' אברהם רובינשטיין ושות' – חברה קבלנית)" משפטים לד 91, 133-128 (2005); יהודה אדר "קרן אור על אינטרס ההסתמכות" ספר אור 343, 352-345 (2013).

<sup>41</sup> לעיל, הי"ש 15 והטקסט הסמוך לה.

<sup>42</sup> פרשת אופטיקה הלפרין, לעיל הי"ש 2, פס' 3 לפסק-דינו של השופט אלרון.

<sup>43</sup> שם.

כי אכן נוצר הפרש שכזה. אולם, ממה נפשך? כדי לשים את הלפרין במצב שבו הייתה אלמלא ההפרה – ולהגן על אינטרס הציפייה שלה – יש להניח שהסכם הבלעדיות היה בתוקף.<sup>44</sup> לכן, עבור כל אותן יחידות שהייתה רוכשת בשנת 2011 ומוכרת באותה שנה, קרי בתוך תקופת הבלעדיות, אין זה משנה מה קרה בפועל למחירים באותה שנה. מסגרות אלה לא סופקו להלפרין, כך שאין משמעות לשאלה האם ירד מחיר המכירה שלהן – שהרי ממילא לא מכרה יחידות אלה. דומה כי מקור השגיאה הוא בחוסר ההבחנה בין המלאי שסופק כבר להלפרין אך טרם נמכר, למלאי שטרם רכשה. בכל הנוגע לסחורה שלא סופקה, משנקבע כי הלפרין הייתה רשאית לסרב לדרישת לוקסאוטיקה לביצוע רכש נוסף לצורך שימור זכות הבלעדיות, ומשלא היה באפשרות הלפרין להשיג את המסגרות ממקור אחר, ממילא היא איבדה לכאורה את מלוא הרווח השולי עבורן. סוגיית ההפרש בין הרווח בבלעדיות לרווח שלא בבלעדיות נוגעת רק לשתי קבוצות: האחת, לאותן יחידות שרכשה כבר בשנת 2010, אבל לא הספיקה למכור באותה שנה – עבור יחידות אלה שנותרו להלפרין במלאי, לא נגרם לה נזק בעבור אובדן תנאי המכירה, אלא רק נזק מסוג אובדן המכירה בבלעדיות, ככל שאכן ירד מחיר המכירה בשוק עקב הפרת ההסכם; השנייה, לאותן יחידות שהייתה הלפרין רוכשת בשנת 2011, אך מוכרת לאחר שהייתה מסתיימת תקופת הבלעדיות, למשל בשנת 2012 – במקרה כזה, אין קשר סיבתי בין ההפרה לראש נזק זה, שכן ממילא לא היה אמור להיות בתוקף הסכם הבלעדיות.<sup>45</sup> עבור הקבוצה השנייה, מדובר רק בראש הנזק של הפרת תנאי המכירה.

נמחיש את ההבחנות הללו בדוגמה מספרית. נניח כי מחיר עלות מסגרת בו נשאה הלפרין מכוח ההסכם ללוקסאוטיקה הוא 100 והמחיר הרגיל לעלות המסגרת שלא מכוח ההסכם, קרי ללא תנאי ההנחה, הוא 110. עוד נניח כי מחיר המכירה בבלעדיות הוא 150 ומחיר המכירה שלא בבלעדיות הוא 120. במצב כזה, עבור מה שציפתה הלפרין לרכוש בשנת 2011 מכוח ההסכם ב-100 ולמכור באותה שנה ב-150 (מחיר המשקף בלעדיות) היא זכאית לפיצוי על סך 50; ואין זה משנה אם בפועל, מחיר המכירה בשנת 2011, עת הופרה הבלעדיות, היה יורד ל-120, משום שזה לא אינטרס הציפייה שלה. מנגד, עבור מסגרות שכבר סופקו להלפרין בשנת 2010 במחיר של 100, אך הלפרין מכרה בשנת 2011, עת הופר ההסכם, במחיר של 120, היא זכאית רק להפרש ברווח מן הירידה במחיר המכירה, על סך של  $120 - 100 = 20$ . כמו כן, עבור המסגרות שהייתה רוכשת הלפרין בשנת 2011 ומוכרת בהמשך, שלא בתוך תקופת הבלעדיות המוסכמת, ב-120, היא זכאית לפיצוי בעבור רווח שולי נמוך יותר, על סך של  $120 - 100 = 20$ , ולא  $120 - 150 = 30$  (ההפרש בין מחיר המכירה בבלעדיות, למחיר המכירה שלא בבלעדיות), משום שבמקרה כזה אין קשר סיבתי בין ההפרה לנזק – ממילא הסתיימה תקופת הבלעדיות המוסכמת, ומכירה במחיר זהה אינה חלק מאינטרס הציפייה של הלפרין. להשלמת התמונה, יצוין כי מתוך אינטרס הציפייה של 50 עבור כל מסגרת שהייתה רוכשת הלפרין בשנת 2011 ומוכרת בתוך תקופת הבלעדיות, סך של  $100 - 110 = 10$  (ההפרש בין מחיר עלות רכישת מסגרת בשוק למחיר המוזל שהקנה לה ההסכם) משקף את ראש הנזק בגין הפרת תנאי המכירה. אם למשל, בניגוד לעובדות המקרה דנן, יכולה הייתה הלפרין להשיג את המסגרות מספק חלופי במחיר השוק ולמכור אותן במחיר מכירה זהה (המשקף את מחיר המכירה בתקופת הבלעדיות), אזי בהתאם לכלל הקטנת הנזק,<sup>46</sup> הפיצוי היחיד שהיא הייתה זכאית לו היה על סך זה של 10; שכן במקרה כזה הנזק היחיד שנגרם לה הוא אובדן הרווח השולי מתנאי המכירה המוזלים שהקנה לה ההסכם.

מן המקובץ עולה, כי הלפרין לא הייתה צריכה להראות באופן קטגורי שחל שינוי ברווח השולי בגלל הפסקת הבלעדיות, שכן הפרש שכזה, ככל שנוצר, רלוונטי רק ליחידות שרכשה ב-2010 וטרם מכרה ב-2011

<sup>44</sup> ייתכן ואפשר לייחס לשופט מלצר הסכמה לכל הפחות למסקנה זו, עת קבע באופן תמציתי, כי ביחס לפיצוי על המסגרות יש "[...] לתחשב אותן כאילו הן היו ראויות עדיין לשיווק בשנת 2011 תחת הבלעדיות". שם, בפסקה 3 לפסק-דין.

<sup>45</sup> עוד על דרישת הקשר הסיבתי העובדתי, ראו: שלו ואדר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 327-332.

<sup>46</sup> ס' 14 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970.

(אותן יחידות שנותרו במחסן). לפיכך, העובדה שהשופט אלרון דרש מהלפרין להוכיח כי נגרם לה נזק מהפרת תנאי הבלעדיות גם בעבור היחידות שהייתה רוכשת בשנת 2011 ומוכרת באותה שנה – שהן עיקר המסגרות שציפתה למכור – נראית שגויה. אולם, כפי שכבר נרמז, לא ניתן להניח כי מלוא הרווח השולי היה נשמר בהכרח עבור יחידות שהיו נמכרות לאחר שנת 2011, משום שממועד זה פגה זכות הבלעדיות. אם כך, ניתן לחלק את אומדן כמות היחידות שהיו נרכשות על-ידי הלפרין בשנת 2011 לשניים: מה שהיה נמכר בתוך תקופת הבלעדיות, ומה שהיה נמכר לאחר מכן וייתכן ברווח נמוך יותר. לגבי סחורה שהייתה נמכרת לאחר סיום תקופת הבלעדיות, הלפרין זכאית לפיצוי רק על הרווח שהיה מושג ממכירה שלא בבלעדיות – ההפרש בין מחיר הקנייה שהושג מכוח ההסכם בתוספת עלות המכר, למחיר שהייתה מוכרת בתנאי תחרות. בנתוני הדוגמה המספרית שהובאו לעיל, רווח זה עומד על  $20=120-100$  לכל מסגרת. פיצוי זה משקף את אובדן הרווח מיחידות שהייתה מוכרת לאחר שנת 2011, בשקלול תנאי הרכישה המוזלים שמהם נהנתה הלפרין, עת רכשה את הסחורה בתוך תקופת ההסכם.

אחר כל זאת, יש לומר כי במבחן התוצאה המעשית, השופט אלרון התעלם לכאורה מהדרישה שהציב כלפי הלפרין – להוכיח כי אכן נגרם לה נזק מאובדן הבלעדיות. כאמור בחלק א', הוא ביקש להעניק לה פיצוי בעבור המכירות העתידיות שהפסידה לפי רווח שולי הזהה לשנת 2010.<sup>47</sup> רווח שכזה משקלל בתוכו את המכירות לפי מחיר המשקף בלעדיות ועל כן מפצה לכאורה על ראש הנזק בגין זכות הבלעדיות. השופט אלרון ציין בהקשר זה, כי הוא נכון לעשות זאת, שכן "שני הצדדים לא הניחו תשתית עובדתית כלשהי שממנה ניתן להניח שהפסקת הבלעדיות הביאה לשינוי ברווח השולי של אופטיקה הלפרין ממכירת מסגרות נריי באן], ולוקסאוטיקה אף טענה שהפרת תנאי הבלעדיות לא גרמה להקטנת רווחיה של אופטיקה הלפרין".<sup>48</sup>

על כך יש להעיר שתי הערות. ראשית, תמוהה העמדה השיפוטית כי למרות שהלפרין לא הניחה תשתית עובדתית המראה על שינוי ברווח השולי, היא בכל זאת זכאית לפיצוי בעבור ראש נזק זה. כפי שעוד נראה בהמשך, היה זה השופט אלרון עצמו אשר ביקר את עמדת השופט מלצר לפיה הנטל להוכיח נזק מוטל על הנפגע ולא על המפר, שהרי אין מדובר בטענה להקטנת הנזק. אם כך, מדוע "הקל" עם הלפרין שעה שלשיטתו לא הוכיחה או סיפקה נתונים לכך? תשובה אפשרית היא כי אין מה להוכיח אם מדובר בעובדה שאינה במחלוקת בין הצדדים, אך ספק אם לכך התכוונה לוקסאוטיקה. מכל מקום, מובן כי מדובר בביקורת רטורית ולמעשה אין צורך ב"הנחה" שביקש לתת השופט אלרון להלפרין, שכן ממילא זכאית היא לכאורה למלוא הרווח השולי עבור היחידות שהייתה רוכשת ומוכרת בשנת 2011 – ולא נחזור על הדברים שנכתבו ביחס לאינטרס הציפיה. שנית, בניגוד למשתמע מדבריו של השופט אלרון, כי טענת לוקסאוטיקה – לפיה הפרת תנאי הבלעדיות לא גרמה להקטנת רווחיה של הלפרין – עומדת לה לרועץ, דומה כי עמדה זו מתעלמת לכאורה מדרישת הוכחת הנזק המוטלת על הלפרין בעבור ראש הנזק של אובדן זכות הבלעדיות ממכירת המסגרות שנותרו לה במלאי בסוף שנת 2010. ההסבר לכך הוא שאף אחד מהשופטים לא דן באפשרות פיצוי שכזו. כל השופטים דנו בשאלה האם עצם קיומן של מסגרות במלאי היטיבה או לא את נזקיה של הלפרין בשנת 2011; אך בשונה מההשפעה של הדבר על כמות המסגרות לפיצוי, לא התייחסו השופטים לאפשרות של פיצוי הלפרין בעבור היחידות שנותרו לה במלאי וטרם מכרה. לכאורה, גם בעבור יחידות אלה יכול שנגרם להלפרין נזק. בהתאם להבחנה שביצענו לעיל, מלבד המכירות שהפסידה הלפרין ממסגרות שהייתה רוכשת בשנת 2011, יכולה היא הייתה לטעון שעבור המסגרות שנותרו לה במלאי, מכרה אותן במחיר נמוך יותר, עת הופר ההסכם ואובדן זכות הבלעדיות גרם להגברת התחרות ולירידת מחירי המכירה בשוק. אמנם במבחן המעשה, נראה שאכן לא היה ראוי לפצות את הלפרין על כך, שכן לא הביאה נתונים שהיו ברשותה בעבור

<sup>47</sup> לעיל ה"ש 18 והטקסט הסמוך לה.

<sup>48</sup> פרשת אופטיקה הלפרין, לעיל ה"ש 2, פס' 6 לפסק-דינו של השופט אלרון.

המכירות של היחידות שביצעה בשנת 2011, אך למען הסדר הטוב, הבחנה זו חשובה לצורך ניתוח מדויק של אינטרס הציפייה. לפיכך, דבריו של השופט אלרון נכונים ומדויקים, אך רק לגבי אפשרות פיצוי זו, בעבור היחידות שנותרו להלפרין במלאי, שכאמור כלל לא נדונה בפסק-הדין; הם אינם רלוונטיים ואינם מדויקים בעבור המסגרות שהייתה רוכשת להלפרין ומוכרת בתוך תקופת הבלעדיות.<sup>49</sup>

#### 4. סיכום ביניים: אמות המידה לפיצוי

לסיכום הדיון בחלק זה ניתן להצביע על שתי מסקנות עיקריות לכימות הפיצוי במקרה של כשלון עסקת הספקה של סחורה שנמכרה או הייתה עתידה להימכר בבלעדיות. ראשית, אומדן כמות היחידות עבורן זכאית הנפגעת לפיצוי נגזר ממתן מענה לשאלה – מהי כמות היחידות שהיו נרכשות ונמכרות אלמלא הופר ההסכם, וזאת מכוח הדרישה לקשר סיבתי עובדתי בין ההפרה לנזק. לכן, אין להפחית את היחידות שכבר נרכשו עובר להפרת ההסכם ושנותרו במלאי הנפגעת, כל עוד מניחים כי כמות זו לא הייתה עתידה להשפיע על הכמות שהייתה נרכשת בתוך תקופת ההסכם ונמכרת ברווח. כך במיוחד, לאור תנאי הרכישה האטרקטיביים שעשו להקנות הסכם בלעדיות, כפי שהיה במקרה דנן, כאשר ההסכם הקנה להלפרין את הזכות לרכוש מלוקסאופטיקה את היחידות בהנחה של 40% ממחיר השוק. שנית, יש לחלק את אומדן כמות היחידות שהיו נרכשות ונמכרות לשתי קבוצות. עבור קבוצת היחידות שהיו נמכרות בתוך תקופת הבלעדיות, זכאית הנפגעת למלוא הרווח השולי ליחידה המשקף מחיר מכירה בבלעדיות ומחיר רכישה בהתאם לתנאי ההסכם. זאת, ללא קשר לשאלה האם ירד מחיר המכירה עקב הפרת ההסכם, שכן אינטרס הציפייה של הנפגעת בגין אותן יחידות כלל מכירה בתנאי בלעדיות. לגבי קבוצת היחידות שהיו נמכרות לאחר סיום תקופת הבלעדיות, זכאית הנפגעת לפיצוי רק על הרווח השולי המשקף מכירה שלא בתנאי בלעדיות – ההפרש בין מחיר הרכישה שהושג מכוח ההסכם, בתוספת עלות המכר, למחיר המכירה בתנאי תחרות. שכן, עבור אותן יחידות לא קיים קשר סיבתי בין הפרת ההסכם לנזק הנטען – ממילא ציפיית הנפגעת הייתה למכור יחידות אלו במחיר תחרותי ולא במחיר המשקף בלעדיות.

כעת נעבור לבחון את הסוגייה השנייה שעמדה במוקד המחלוקת – האם יש להתחשב באפשרות שהלפרין מכרה מסגרות חלופיות במקום מסגרות ה"ריי באן" במהלך שנת 2011 בעת חישוב שיעור הפיצויים. כפי שנראה, סוגיה זו משפיעה גם כן על שיעור הנזק ועל אופן חישוב הפיצוי. אגב כך, נעמוד על טיבה של דוקטרינת "אובדן היקף העסקים" ואופן יישומה בפסק-הדין על-ידי השופט מלצר.

---

<sup>49</sup> קשה לענות על השאלה מה היה קורה אילו הלפרין כן הייתה מספקת תשתית עובדתית לפיה חל שינוי ברווח השולי בשנת 2011 עקב אובדן הבלעדיות. כפי שהוסבר לעיל, זה לא היה משנה לאותן יחידות שהייתה מוכרת להלפרין בשנת 2011 אך טרם רכשה – כך או כך היא זכאית למלוא הרווח השולי בעבורן. אולם ספק אם במקרה כזה לא הייתה מתגלה השגיאה האנליטית. בכל מקרה, מטרתה של רשימה זו היא העמדת הדברים על דיוקם ושרטוט אמות מידה כלליות לניתוח אינטרס הציפייה בהסכמי בלעדיות ותנאי מכירה.

## ג. פיצויים בגין "אובדן היקף העסקים"

דעות השופטים נחלקו גם ביחס לשאלה האם נזקיה של הלפרין מאובדן רווחי מסגרות ה"ריי באן" הצטמצמו בשל מכירת מסגרות חלופיות. כאמור בחלק א', השופט קרא סבר שכן; השופט אלרון השיב כי יש להניח שמחצית מהלקוחות הסתפקו ברכישת מסגרת חלופית; ואילו השופט מלצר קבע כי על-פי דוקטרינת "אובדן היקף העסקים", אין לגרוע מסכום הפיצויים את המכירות החלופיות שבוצעו (אם בכלל), משום שהפרת ההסכם גרמה להלפרין לאבד את היכולת למצות את התפוקה בנכס הייחודי – מסגרות ה"ריי באן" – ולכן היא זכאית למלוא הרווח בגינן. בחלק זה נבקר את עמדת השופט מלצר ונראה מדוע יישום הדוקטרינה במקרה דנן מעורר קשיים. תחילה נבאר את משמעות הדוקטרינה.

### 1. רקע עיוני

דוקטרינת "אובדן היקף העסקים" או "אובדן מחזור העסקים", היא הכינוי העברי שטבעו דניאל פרידמן ונילי כהן למונח המשפטי אשר קנה לו אחיזה במשפט האמריקאי ומכונה "Lost Volume".<sup>50</sup> במצב הרגיל, נפגע מהפרת חוזה זכאי לאובדן הרווח מן ההפרה בכפוף לנטל הקטנת הנזק. הוזה אומר, אם לאחר ההפרה יכול הנפגע להשיג את המשאב האבוד, כולו או חלקו, ממקור חלופי, אזי בהתאם לנטל הקטנת הנזק, הוא זכאי רק לאובדן הרווח שלא נמנע מן העסקה החלופית. כך לדוגמה, אם חברה המייצרת מטוסים התקשרה בהסכם לייצור של 50 מטוסים עם לקוח, אשר הפר את ההסכם, אזי בהנחה שהצליחה להתקשר בהסכם עם לקוח אחר לייצור של 30 מטוסים, היא תהיה זכאית לפיצוי עבור אובדן רווח רק בגין 20 מטוסים. ואם הצליחה להתקשר בהסכם אחר לייצור של 50 מטוסים, ברי כי לא נגרם לה נזק והיא אינה זכאית לפיצוי כלשהו. מנגד, על-פי תורת ה-Lost Volume, הנפגע מהפרת חוזה זכאי לאובדן הרווח מההפרה, אף אם התקשר בהסכם אחר, תחת ההנחה שלא פעל במלוא תפוקתו. מי שסובל מ"אובדן היקף עסקים" הוא מי שהיכולת שלו לספק שירותים, לייצר, למכור או לרכוש את הנכס מושא ההפרה היא מספיקה כדי לענות על הביקוש מצד כל הלקוחות המבקשים לרכוש ממנו את הנכס או השירות שהוא מספק, במועד ההפרה, כך שההפרה אינה מונעת להפיק רווח מכמה עסקאות במקביל.<sup>51</sup> במילים אחרות, מדובר בעסקה **נוספת** שיכול היה הנפגע לעשות ולא בעסקה **חלופית**.<sup>52</sup> מבחינה אנליטית, ניתן לומר כי בעוד שבמקרה הרגיל, ההפרה של ההסכם הראשון הובילה את הנפגע להתקשרות בעסקה חלופית, כדי להקטין את נזקו, תחת ההנחה של

<sup>50</sup> דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ד 594-591 (2011).

<sup>51</sup> השו" : ARTHUR CORBIN, CONTRACTS 541-542 (1964) ("If the seller is a manufacturer or producer of the subject of the sale, with capacity to produce enough such articles to supply all probable customers, the buyer's rejection does not make possible a second sale that the seller could not otherwise have made. Every new customer would have been supplied even if the buyer had kept the goods and performed his contract. The same is true if the seller, though not himself a producer of the goods, is an intermediate dealer whose relations with a producer enable him to supply all obtainable customers. In these cases, the buyer's breach does not make possible a new sale in which the profit lost by the buyer's breach would be replaced. Every new sale by the seller would have brought in a new profit. The only 'saving' that the buyer's breach makes possible in these cases is the 'cost' of producing or procuring the subject of the sale; the seller is enabled to make one new sale without incurring the cost of a second article of the kind. In order to put the seller in as good a position as that in which performance would have put him, he must now be (awarded the contract price diminished only by his cost of procurement)".

ראו גם : Robert J. Harris, *A General Theory for Measuring Seller's Damages for Total Breach of Contract*, 60 MICH. L. REV. 577, 599-605 (1962) ("The passage reflects the views of several other commentators as well, and its idea has been followed in a substantial group of cases involving 'expansible' sellers of goods as plaintiff. Indeed, similar notions appear in many cases where the 'expansible' seller plaintiff sells services, not goods. In all these cases what (plaintiff saved is valued by reference to its cost to plaintiff, rather than the price at which he could resell it)".

למען הסר ספק, אין הכוונה למצב שבו ההיצע עולה על הביקוש. מובן, כי במצב כזה, בשוק תחרותי, השוק אינו נמצא בנקודת שיווי משקל ומחיר המוצר יירד. ראו : עדי אייל "ניתוח כלכלי ומשפטי של דיני ההגבלים העסקיים" **ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים** כרך א 116 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008).

<sup>52</sup> פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 50, בעמ' 591. השו" גם לדבריו של השופט אלרון, פרשת **אופטיקה הלפרין**, לעיל ה"ש 2, בפס' 11 לפסק-דינו.

דוקטרינת אובדן היקף העסקים אין קשר סיבתי בין ההפרה לכריתת ההסכם הנוסף. ממילא, מסוגל הנפגע לבצע את שתי העסקאות.<sup>53</sup> בניסוח אחר, ניתן לומר כי המפר גרם בהפרתו לכך שהנפגע הפיק רווח רק מעסקה אחת במקום משתי עסקאות. אי לכך, כדי להעמיד את הנפגע במצב שבו היה אלמלא הופר החוזה (אינטרס הציפייה), כך נטען, יש להעניק לו פיצוי גם על הרווח שהפסיד מהעסקה הראשונה. בנתוני הדוגמה הקודמת, אם ברגע נתון לא יכולה החברה לייצר יותר מ-50 מטוסים, אזי התקשרות בהסכם עם לקוח אחר לייצור של 50 מטוסים, משמעו כי לא נגרם לה נזק; ואילו תחת ההנחה שקיבולת הייצור של החברה היא יותר מ-100 מטוסים, משמעה שלא פעלה במלוא תפוקתה והיא זכאית לפיצוי עבור מלוא אובדן הרווח מהעסקה שהופרה – בגין 50 מטוסים – אף אם בינתיים התקשרה בעסקה לייצור של 50 מטוסים נוספים. יש לציין כי מגבלת התפוקה או הקיבולת העומדת ביסוד הדוקטרינה איננה נחלתו של היצרן בלבד. באורח דומה, על-פי תורת ה-Lost Volume, מי שמספק שירותים ונפגע מהפרת חוזה, זכאי לדרוש את מלוא אובדן הרווח מחוזה השירות שהופר, מבלי ש"יוטל עליו הנטל" להתקשר בחוזה שירות אחר, בהנחה כי הוא מסוגל לספק שירותים נוספים במקביל.<sup>54</sup> זאת, בניגוד למה שעלול להשתמע, למשל, מפסק-דין דלג'ו, בו הוגבל שיעור הפיצויים של ספק שירותי אחזקה למערכות מיזוג, לאובדן רווחים של שנתיים מתוך חוזה שירות של שבע שנים שהופר, כאשר נקבע כי לאחר תקופה זו יכול היה הספק להשיג חוזה שירות חלופי ובכך להקטין את נזקו.<sup>55</sup> בדומה ליצרן, בגדרי הדוקטרינה נכלל גם מוכר אשר לקוח מתכחש לעסקה עמו וכתוצאה מכך מבצע המוכר מכירה חוזרת של המוצר ללקוח אחר. הלקוח יטען כי למוכר לא נגרם נזק, שכן הצליח למכור את המוצר ללקוח חלופי. מנגד, יטען המוכר, בהתבסס על הדוקטרינה, כי הוא יכול למכור את המוצר לכל לקוח פוטנציאלי, שכן יש לו אפשרות להשיג מלאי לא מוגבל של אותו מוצר מהספק ומכאן שההתקשרות בעסקה השנייה לא מאיינת את הרווח שיכול היה להשיג מהעסקה הראשונה שהופרה.<sup>56</sup>

בסוף, יש להעיר כי בניגוד לרוח הדברים העולה מפסק-דינו של השופט מלצר, סוגיית הייחודיות של המוצר (במקרה דנן – מסגרות ממותג "ריי באן") איננה בהכרח חלק ממהות הדוקטרינה. נניח למשל כי לחברה יש קו ייצור שמייצר שני מוצרים ייחודיים – מוצר א' ומוצר ב', המניבים רווח זהה. עוד נניח, כי לא ניתן ברגע נתון לייצר את שני המוצרים. החברה התקשרה בחוזה להספקת מוצר א' והקונה הפר חוזה זה. בהנחה שבאותו הרגע עומדת בפני בעלת קו הייצור אפשרות להתקשר בחוזה לייצור כמות זהה ממוצר ב', ברי כי לא נגרם לה נזק. העובדה שמוצר א' הוא ייחודי לא אומרת שמדובר בעסקה נוספת, שכן לא ניתן לייצר את שני המוצרים במקביל והתקשרות בעסקה הנוספת באה בגדרי נטל הקטנת הנזק.

## 2. נפגע מהפרה שהוא בצד ה'קונה' ונפגע מהפרה שהוא בצד ה'מוכר'

בהמשך למקרים השונים שהוצגו, ניתן וחשוב לעשות כמה הבחנות ביניהם. הבחנה אחת נוגעת לשאלה האם הנפגע הוא הקונה או המוכר בחוזה שהופר; והבחנה שנייה נוגעת למיהותו של הנפגע בשרשרת הייצור וההספקה – האם הוא יצרן, ספק או מוכר. הצטלבות בין שתי הבחנות אלו משרטטת אמות מידה שונות

<sup>53</sup> דוגמה פשוטה למי שאינו יכול לטעון כי ביצע עסקה נוספת היא המקרה של בעלים של שלט חוצות לפרסום. בהנחה שלקוח הפר את החוזה, מציאת לקוח אחר שמוכן לרכוש את זכות הפרסום באותו שלט החוצות, הממוקם במיקום ספציפי, באה בגדרי נטל הקטנת הנזק ומהווה עסקה חלופית, שכן שטח הפרסום הייחודי מוגבל לעסקה אחת.

<sup>54</sup> השוו: פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 50, בעמ' 592. ראו גם להלן, הטקסט מול ה"ש 92.

<sup>55</sup> ע"א 8588/06 דלג'ו נ' אב"א לפיתוח בע"מ, פסי' 28 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 11.11.2010) ("הערכת הנזק לחברה למשך שנתיים בלבד מתוך שבע השנים שנתרו לקיום חוזה השירות, ממועד ביטולו שלא כדין, מתבססת על ההנחה כי במסגרת חובת הקטנת הנזק על-פי סעיף 14 לחוק התרופות, היתה החברה יכולה, במהלך הדברים הרגיל, להקטין את נזקה על-ידי קבלת עבודות אחרות, וכי בתום שנתיים מביטול החוזה, היה בכוחה לחזור לחיי עסקים רגילים"). תחת ההנחה שהנפגע יכול לספק בו-זמנית יותר מחוזה שירות אחד, אזי על-פי דוקטרינת "אובדן היקף העסקים" הוא זכאי למלוא אובדן הרווח מהחוזה הראשון שהופר. במאמר מוסגר אך חשוב מבחינה מעשית, הקדמה של תקבולים עתידיים לפיצוי בהווה מצריכה שימוש במנגנון של היוון, כדי לשקף את ערך הזמן של הכסף, כפי שמוסבר גם בדוגמה מן הפסיקה בהמשך, בה"ש 90 והטקסט הסמוך לה.

<sup>56</sup> לעיל, ה"ש 51. טיעון כוללני זה חשוף לביקורות ודורש הבחנות. ראו להלן בחלק ג.7.



ביחס למקרים הבאים: 1. יצרן שלקוח הפר חוזה איתו; 2. מוכר שלקוח הפר חוזה איתו; 3. יצרן שספק הפר חוזה איתו; 4. מוכר שספק הפר חוזה איתו.<sup>57</sup> במקרה הראשון, יישום הדוקטרינה מניח שחומר הגלם הנדרש לייצור עבור עסקה נוספת זמין ליצרן ושהוא אינו פועל במלוא תפוקתו בעת ההתקשרות בעסקה הנוספת. זוהי הדוגמה של יצרן המטוסים שהזכרנו מקודם. במקרה השני, עליו עמדנו לעיל בדוגמת המוכר, יש להניח כי למוכר יש אפשרות להשיג מהספק מלאי בלתי מוגבל של המוצר אשר ביקש למכור לקונה.<sup>58</sup> בשני המקרים הראשונים, הנפגע מצוי בצד ה'מוכר' בעסקה שהופרה והם מהווים למעשה את המקרה העיקרי לדיון בדוקטרינה. מכאן גם השימוש בכינוי הנפוץ: "Lost Volume Seller". ביתר המקרים, שבהם הנפגע הוא בצד ה'קונה' בעסקה שהופרה, יישום הדוקטרינה הוא מורכב וטריוויאלי הרבה פחות. כדי להמחיש זאת, ראוי להקדים כמה מילים על הבחנה עליה עמדו, למשל, גבריאלה שלו ויהודה אדר, והיא ההבחנה שבין אבדן ערך לאבדן רווח.

אבדן ערך הוא הפסד הערך הכלכלי הישיר הנובע מאי-זכייה במשאב החוזי המיוחל שהמפר התחייב בחוזה להעניק לנפגע (נכס, כסף, שירות או זכות אחרת). אבדן רווח הוא הפסד תוצאתי-עקיף המתבטא מאבדן היכולת להפיק פירות כלכליים מן המשאב החוזי המובטח.<sup>59</sup> בעוד שעל אבדן ערך כלל פיצוי מרכזי הוא לפי מחיר השוק (Market Damages), למשל באמצעות שיטת הפרשי השווי – ההפרש בין שווי השוק של המשאב למחירו החוזי של אותו משאב, כלל פיצוי של אובדן רווחים הוא אחר – הרווח הנקי שהיה מתקבל מניצול המשאב החוזי.<sup>60</sup> בפרשה דנן, הן בית המשפט המחוזי, הן בית המשפט העליון, לא תיארו את אובדן הרווח ממכירת המסגרות כנזק תוצאתי עקיף.<sup>61</sup> כאשר קמעונאי הוא הקונה בחוזה שהופר על-ידי הספק, כמו בענייננו, אובדן הרווח הוא נזק עקיף, שכן המשאב החוזי שהובטח לו הוא הסחורה. לכך יש כמה משמעויות, בדמות קשיי הוכחה לא מבוטלים אשר הערכת פיצויים בגין אובדן רווח טומנת בחובה. קושי אחד הוא בעצם הוכחת התהוות הנזק – על כך עמדנו לעיל בחלק ב', כשתיארנו את הצורך בהוכחת קיומו של קשר סיבתי עובדתי בין ההפרה לעצם אובדן הרווח (האם הלפרין הייתה מצליחה למכור ברווח את כל המסגרות שהייתה רוכשת). זאת בניגוד להפסד המתבטא בהפרש בין מחיר השוק של הנכס שהובטח בחוזה למחיר החוזי שלו, אשר אינו דורש הוכחת נזק.<sup>62</sup> קושי שני הוא בכימות הנזק של אבדן רווח. בשונה מפיצויים בגין אבדן ערך, הניתנים לחישוב באופן יחסית פשוט כאשר קיים מחיר שוק – באמצעות שיטת הפרשי השווי – פיצויים על אובדן רווחים מצריכים הערכות ואומדנים, כפי שניכר בפרשה דנן. קושי שלישי הוא בהוכחת קשר סיבתי משפטי, המתבטא באפשרות כי לא מדובר בנזק תוצאתי "מרוחק" שהמפר לא יכול היה לצפות.<sup>63</sup> יש להדגיש את סוגיית הקשר הסיבתי המשפטי כדי להבהיר מדוע יישום הדוקטרינה במקרה שבו הנפגע הוא הקונה – איננו טריוויאלי. שכן, המפר יכול לטעון שהנזק הצפוי הוא אובדן הערך בלבד.<sup>64</sup> כך

<sup>57</sup> ב'מוכר' הכוונה היא למי שנמצא בעסקה ספציפית בצד שמוכר את הסחורה, על אף שהוא יכול להיות ספק בעצמו, כמו סיטונאי. הוא הדין ל'לקוח', אשר יכול להיות גם מוכר בעצמו, אך בעסקה הספציפית הוא נמצא בצד שקונה את הסחורה, כמו קמעונאי.

<sup>58</sup> Corbin, לעיל ה"ש 51. אם רכישת של סחורה נוספת מהספק או היצרן תעלה למוכר יותר, אזי בהתאם יצטמצם שיעור הרווח – "היקף העסקים" שאבד.

<sup>59</sup> שלו ואדר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 406-409.

<sup>60</sup> שם. לאופן חישוב הרווח הנקי ראו שם, בעמ' 443-444.

<sup>61</sup> להיפך, צוין כי הנזק העקיף הוא אובדן הרווחים ממכירת עדשות. ראו פרשת **אופטיקה הלפרין**, לעיל ה"ש 2, פס' 40 לפסק-דינו של השופט קרא ופס' 3 לפסק-דינו של השופט מלצר.

<sup>62</sup> ס' 11 (א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 ('הופר חיוב לספק או לקבל נכס או שירות ובוטל החוזה בשל ההפרה, זכאי הנפגע, ללא הוכחת נזק, לפיצויים בסכום ההפרש שבין התמורה בעד הנכס או השירות לפי החוזה ובין שוויים ביום ביטול החוזה").

<sup>63</sup> להרחבה על הבעיות המתעוררות בפיצוי על אובדן רווח ראו: שלו ואדר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 442-451.

<sup>64</sup> ראו ס' 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, הדורש כתנאי לפיצוי כי הנזק הוא כזה ש"המפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה". הוכחת הצפיות של הנזק נדונה בפסק-הדין האנגלי המפורסם Robert J. Harris, *A Radical*. Hadley v. Baxendale, 9 Exch. 341, 156 Eng. Rep. 145 (1845). השו"ג ל: Restatement of the Law of Seller's Damages: Sales Act and Commercial Code Results Compared, 18 STAN L. REV. 66, 89 (1965) ("When plaintiff is a buyer who has contracted to buy goods for use in some larger transaction

למשל, אם מדובר היה בחוזה להספקת קמח, סביר כי הנפגע – בין אם הוא יצרן המשתמש בקמח כחומר גלם ובין אם הוא קמעונאי המוכר את הקמח ללקוחותיו – יכול היה להשיגו, בשלב מסוים, מספק אחר. הדבר היה בא גם בגדרי נטל הקטנת הנזק. במקרה כזה, הנפגע היה זכאי כמדומה לפיצוי על הנזק הישיר של אבדן ערך בלבד, שהוא ההפרש שבין עלות הקמח בשוק למחיר החוזי שהובטח לו, ככל שקיים הפרש כזה. ויודגש, כך הדבר גם בהסכם בלעדיות שכולל תנאי רכישה מוזלים – ההבדל היחיד הוא שההפרש בין מחיר השוק למחיר החוזי יהיה גדול יותר לאור התנאים המיטיבים בחוזה. אולם, היות שבפרשה דנן לא ניתן היה להשיג את מסגרות ה"ריי באן" מספק אחר בשוק מלבד לוקסאוטיקה, ובכך להעניק פיצויים רק על אובדן ערך – הרי שהנזק שנותר לבחון אותו הוא הנזק העקיף של אובדן הרווחים.<sup>65</sup> משהנחנו את היסודות העומדים בבסיס הדוקטרינה, נעבור לבחינתה בראי הפרשה שלפנינו.

### 3. יישום הדוקטרינה בפרשה דנן – המקרה בו הנפגע מהפרה הוא בצד ה'קונה' והמפר הוא ספק

לאחר שעמדנו על הקשיים השונים, ניתן בכל זאת לטעון כי קיימים מקרים חריגים הבאים בגדרי הדוקטרינה, שבהם הנפגע הוא בצד ה'קונה'. כך, במקרה השלישי שהוצג לעיל, של יצרן שספק הפר חוזה איתו, היצרן יכול לטעון כי הפרת החוזה מצד ספק חומר הגלם שלו מנעה ממנו רווח נוסף, חרף התקשרות עם ספק אחר, משום שאת חומר הגלם הנוסף היה רוכש בכל מקרה. זאת, משום שכמות חומר הגלם בשוק מוגבלת, כך שלא היה באפשרותו לרכוש את אותה כמות מספק אחר ובנוסף קיבולת הייצור שלו מאפשרת לו להמשיך ולייצר ברווח (זהו היקף העסקים שאבד).<sup>66</sup> האם אותו היגיון חל גם על המקרה הרביעי, של מוכר שספק הפר חוזה איתו? למוכר אין קיבולת ייצור; כפי שהוסבר לגבי המקרה השני, של לקוח שהפר חוזה עם מוכר, המדד הרלוונטי הוא קיבולת ההספקה של המוכר – האם יש לו מגבלת הקצבה של הסחורה מצד הספק. במהלך העסקים הרגיל, מוכר מאפשר ללקוחות לבצע הזמנות כאשר יש לו סחורה זמינה במלאי, או כאשר הוא יודע שהספק יכול לבצע הספקה של הסחורה בזמן הדרוש לצורך מסירה ללקוח. אם למוכר יש כבר הזמנות קיים מצד לקוחות והספק הפר עמו חוזה הספקה, הוא יכול אמנם לטעון כי ההתקשרות עם ספק נוסף גרמה בכל זאת לאובדן רווחים, שכן היא לא כללה את מלוא הסחורה הדרושה לעמידה בצבר ההזמנות הקיים; אך מצב שכזה אינו מהווה חלק מהדוקטרינה, שהרי בשונה מהמקרה הטיפוסי, למוכר נוצרה כבר הסתמכות ואולי אף שינה מצבו לרעה – אם התחייב לספק את הסחורה, הרי שהוא חשוף להפרת חוזה מצד הלקוח. במקרה כזה, האפשרות כי המוכר סבל מאובדן רווח היא ממשית ועולה ישירות מהעובדה כי הוא התקשר כבר בעסקת מכירה. מכל מקום, בענייננו לא מדובר בצבר הזמנות קיים, אלא בטענה לאובדן רווחים עתידיים ממכירות עתידיות ללקוחות שלא התבצעו עקב הפרת הסכם הספקה. אולם, אם הפרת החוזה היא מצד הספק, העסקה הנוספת הנטענת, לפחות על-פי ההגדרה המושגית של הדוקטרינה, צריכה

---

conducted for profit (re-sale, manufacturing, etc.) and plaintiff is unable to obtain the goods elsewhere when defendant-seller breaches, plaintiff may seek damages measured by his lost profits on this larger transaction. The plaintiff-buyer lost profit case involves policy and doctrinal problems wholly absent from both kinds of plaintiff-seller lost profit cases. The plaintiff-buyer case, dealing with lost profits on some larger transaction, can, if uncontrolled, result in ruinous liability for defendant. The rule of *Hadley v. Baxendale* exists to prevent just this result". להרחבה על הבעיות המתעוררות בפיצוי על אובדן רווח ראו: שלו ואדר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 451-442.

<sup>65</sup> השו" : 1977- 839, 842-844 U. L. REV. 72, 713, 713, 72 NW. U. L. REV. 839, 842-844 (1977- 839, 842-844) (1978) ("If the market is available, one must assume that the buyer will cover in the market. On the other hand, if the goods are not available on the market, it makes little sense to assume an entry into the market [...] When B[uyer] cannot get the contract or comparable goods, may he then get... market price-contract price differential remedy or measure of damages? [...] One should pause and ask what damages such a buyer has suffered. To begin on the negative side, he has not suffered market price-contract price differential damages, not having used the market. The only damages he could have suffered are the consequential – what he would have made had he received the goods. Consequentials he should recover, within tolerable standards, but not 'together with' anything")

<sup>66</sup> פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 50, בעמ' 593-592 : "טענת היצרן אפשרית, רק אם לא ניתן להשיג בשוק חומר גלם מסוג זה שהובטח לו בחוזה שהופר בכמות שתאפשר ליצרן לעבוד במלוא התפוקה שהיא רווחית עבורו".

להיות עסקה עם ספק אחר, כפי שהודגם בדוגמה של היצרן. כלומר, הקמעונאי יכול לטעון שכרת חוזה הספקה עם ספק אחר, אך הביקוש בשוק מצד הלקוחות שלו לסחורה שלא סופקה גדול מספיק כדי לבצע מכירות של הסחורה שהייתה מסופקת בשתי העסקאות.<sup>67</sup>

דא עקא, אלה לא העובדות במקרה דנן. בפרשת **אופטיקה הלפרין**, בעוד העסקה הראשונה שהופרה היא עסקת ההספקה עם לוקסאוטיקה, לא בוצעה "עסקה נוספת" עם ספק אחר.<sup>68</sup> לפיכך, מסגור העניין כחלק מהדוקטרינה חוטא למהות שלה. האפשרות לשכלול עסקה נוספת היא תנאי הכרחי לכך שלנפגע קיים "שוק זמין" שבאמצעותו יכול היה להרחיב את "היקף העסקים" שלו.<sup>69</sup> אם הטענה היא כי ההפרה מצד הספק גרמה לאובדן רווחים עתידיים, וממילא אין עסקה נוספת שבוצעה או שהייתה מבוצעת עם ספק אחר, מדובר למעשה בטענה רגילה לאובדן רווח שיש להוכיחו. הבלבול שנוצר הוא בין עסקאות המכירה האבודות של מסגרות ה"ריי באן" שלא סופקו להלפרין לאפשרות שהיא "פיצתה" על כך באמצעות "עסקה אחרת" של מכירת מסגרת חלופית. אולם היות שלא אלה העסקאות שהופרו, ולא קיימת עסקה נוספת, אזי דוקטרינת "אובדן היקף העסקים" איננה חלה במקרה זה. במקום זאת, הטענה שניתן להשמיע היא לאובדן נתח שוק במוצר – הלפרין איבדה את כל קבוצת הלקוחות אשר התכוונו לקנות ממנה מסגרות "ריי באן".<sup>70</sup> נבחר כעת את אמות המידה לבחינת טענה שכזו ונראה מדוע היא אינה משכנעת במקרה הנוכחי, לאור האפשרות כי הלפרין ביצעה מכירות אחרות חלף הסחורה שלא סופקה לה עקב ההפרה.

#### 4. אובדן נתח שוק – השפעת הביקוש החלופי על שיעור הנזק

אם כן, הביקורת איננה רק על עצם המסגור המושגי של הפיצויים כחלק מדוקטרינת "אובדן היקף העסקים". הענקת פיצוי מלא בגין אי-הספקת מסגרות ה"ריי באן", כשיטת השופט מלצר (או של סחורה באופן כללי), נתונה לביקורת מעשית נפרדת. מתן פיצוי מלא על אובדן הרווחים העתידיים, משמעו שהלפרין איבדה נתח שוק שלם של לקוחות. טענה שכזו מניחה כי ללקוחות יש אפשרות לרכוש את המוצר מגורם חלופי; וכי הביקוש מצד הלקוחות של הקמעונאי למוצר שלא סופק אינו מושפע מהביקוש למוצרים אחרים שמוכר הקמעונאי, קרי, שאין מוצרים תחליפיים – מוצרים היכולים לספק את אותו צורך – היוצרים ביקוש חלופי.<sup>71</sup> במקרה שלנו, להלפרין עמדה זכות בלעדיות, ועל-פי עובדות פסק-הדין, מרגע ההפרה לא יכלו הלקוחות לרכוש את מסגרות ה"ריי באן" כלל, שכן הן לא היו זמינות יותר בשוק המקומי. לפיכך, הקביעה של השופט מלצר כי אין להתחשב במכירות של מסגרות חלופיות היא נכונה, רק אם מניחים שכל הלקוחות שהיו רוכשים מסגרות "ריי באן" – לו היו זמינות למכירה – היו נמנעים מלהגיע לחנויות הלפרין ולרכוש מסגרות אחרות. הניתוח של השופט מלצר מניח כי להלפרין יש X לקוחות שמעוניינים במסגרות "ריי באן" ו-Y לקוחות שמעוניינים במסגרות אחרות; וכי בהנחה ויש במלאי את שני הסוגים, יבואו X+Y לקוחות לחנות וירכשו אותם, ואילו אם מסגרות ה"ריי באן" לא זמינות, יבואו רק Y לקוחות. במילים אחרות, כי לא קיימת חפיפה בין שתי קבוצות אלה.<sup>72</sup> זוהי כאמור, לא טענה של "אובדן היקף עסקים", אלא טענה

<sup>67</sup> המדובר בטיעון פשטני שחשוף לביקורת ודורש הבחנות. ראו להלן, בחלק ג.7.  
<sup>68</sup> השוו לדבריו של השופט אלרון, פרשת **אופטיקה הלפרין**, לעיל ה"ש 2, בפסקאות 11-12 לחוות דעתו, לפיהן העלאת טענה לאובדן היקף עסקים מצד הקונה בגין הפרת הסכם עם ספק היא טענה נדירה, אשר כוללת מאפיינים מיוחדים ואינה "המקרה הטיפוסי". אולם הטענה שלנו כאן היא כי בעובדות הפרשה דנן, לא מדובר כלל במקרה הנכנס לגדרי דוקטרינת "אובדן היקף העסקים", אלא במקרה רגיל של טענה לנזק תוצאתי-עקיף של אובדן רווח עתידי.

<sup>69</sup> אך ספק אם זהו תנאי מספיק. ראו להלן, בחלק ג.7.  
<sup>70</sup> השופט אלרון, בפרשת **אופטיקה הלפרין**, לעיל ה"ש 2, בפס' 6 לפסק-דינו, מזכיר מונח זה כדרך אגב, אך אינו עומד על ההבחנה בינו לדוקטרינת אובדן היקף העסקים.

<sup>71</sup> להרחבה על הגדרת מוצרים תחליפיים, ראו: מנחם פרלמן "הגדרת שווקים" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך א 177 (מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008); גיא שגיא ושוקי ארנברג "הגדרת שווקים בדיני ההגבלים העסקיים – השימוש הראוי במבחן גמישות הביקוש הצולבת" **משפטים** מא 385 (2011).

<sup>72</sup> להוציא, אולי, את קבוצת הלקוחות שמעוניינים לקנות יותר מזוג משקפיים אחד, כך שבפועל יבואו לחנות אך יקנו, למשל, מסגרת רגילה אחת במקום לרכוש בנוסף לה גם מסגרת ממותג "ריי באן", אשר אינה זמינה למכירה.

לאובדן נתח שוק. לטעמנו, במקרה דנן, טענה זו אינה מבוססת, בלשון המעטה. עצם הטענה שמדובר ב"מותג" – אם לכך התכוון השופט מלצר בצינון כי מדובר בנכס ייחודי – אינה משמיעה באופן א-פריורי כי אנשים לא מוכנים להסתפק במוצר אחר, דומה לו או נחות יותר.<sup>73</sup> כשמדובר בחנות אופנה או חנות למכירת משקפיים בפרט, אשר כוללת כמה מותגים, לקוחות בהחלט יכולים להחליט לרכוש מוצר שונה, מכמה סיבות, כגון: שינוי דעה או טעם אישי לאחר מדידת המוצר; השפעת איש המכירות בחנות; קיומם של מבצעים המעלים את האטרקטיביות של מוצרים חלופיים; ועוד. באופן מוקצן, יש לומר כי הלפרין ככל הנראה לא הניחה שלטים בדלתות הכניסה לחנויותיה המבהירים כי לאור הפרת החוזה מצד הספק שלה, אין במלאי החנות מסגרות "ריי באן", כך שלקוחות פוטנציאליים לא חזרו לדרכם כלעומת שבאו, אלא סביר שנכנסו לחנות ובחנו אפשרות לרכישת מסגרות אחרות. ספק גם אם הנחת השופט מלצר הולמת את האפשרות שישנם לקוחות שפשוט באים לחנות מבלי לדעת מראש איזה מותג משקפיים הם רוצים. נראה לא סביר לטעון כי אין באמת כאלה. בהקשר שלנו, המדובר באותם לקוחות אשר היו עשויים לרכוש את המסגרות ממותג "ריי באן" אך ללא כוונה לעשות זאת מראש. במקרה כזה, חסרונן במלאי של מסגרות "ריי באן" משמעו כי סביר מאוד שאותם לקוחות רכשו מסגרת "חלופית". מבחינתם, זוהי בכלל לא התפשרות. ובכן, בין אם נאמר כי קיים קשר סיבתי בין הפרת הסכם ההספקה לעצם רכישת כמות מסוימת של מסגרות אחרות על-ידי לקוחות מסוימים ובין אם נאמר כי יש לנכות מן הפיצויים בגין הפרת הסכם ההספקה את טובת ההנאה שצמחה לנפגע מן ההפרה – הרווח מהמכירה החלופית – התוצאה היא כי הנפגע לא זכאי למלוא אובדן הרווח כפי שביקש להעניק השופט מלצר.<sup>74</sup> כך במיוחד בעובדות של המקרה הנוכחי, לפיהן מעת ההפרה מסגרות ה"ריי באן" שסופקו בבלעדיות להלפרין, לא היו למעשה זמינות למכירה באותה שנה בישראל, לפחות על-פי המתואר. אם הלפרין שלטה באופן בלעדי בנתח השוק המקומי של אותו מותג, האם אותם לקוחות שהיו זקוקים לזוג משקפיים באותה שנה ומעדיפים את המותג "ריי באן" פשוט היו נמנעים מלרכוש מסגרת משקפיים? כאשר נוצר מחסור בהיצע של מוצר מסוים, השוק אינו נכנס בהכרח למצב של "וואקום". כאשר למוצר יש תחליפים, כוחות השוק פועלים וממלאים את החלל הריק שנוצר, כך שעודף הביקוש בשוק יגרום לעלייה בביקוש למוצרים התחליפיים.<sup>75</sup> כך למשל, אם יצרן א' של גבינה לבנה כושל בהספקה שלה לקמעונאי, הדעת נותנת כי המכירות של הקמעונאי מגבינה לבנה של יצרן ב' תצמחנה. בדומה, ייתכן שמחסור כולל בחמאה, יגדיל את מכירות המרגרינה. אכן, כשמדובר במותגים יש לבחון טענה זו ביתר זהירות, אך כפי שנטען לעיל, ספק אם קיימת העדפה כה חזקה למוצג של משקפי ראייה.<sup>76</sup> אמנם, ניתן לטעון כי אם ישנו מוכר בקרבת מקום אשר מספק את המותג הייחודי, אזי יפנו הצרכנים לרכוש אותו ממנו. אולם, היעלמות כוללת של המוצר מן ההיצע בשוק המקומי, כמו בפרשה דנן, רק מחזקת את האפשרות לקיומן של עסקאות במוצרים תחליפיים.<sup>77</sup>

<sup>73</sup> השו: אייל, לעיל ה"ש 51, בעמ' 121-122 ("אחידות המוצר היא זו שמאפשרת תחרות בין היצרנים, שכן הנחנו שבשוק תחרותי היצרן המוכר במחיר זול ממתחריו ימשוך אליו את הלקוחות. להנחה זו יש מקום רק כאשר מדובר בדיוק באותו מוצר, אחרת אין לדבר על השוואת מחירים. כמובן שיש מקרים מורכבים שבהם התחרות אינה רק במחיר אלא גם במאפייני המוצר. אז נאמר כי קיים בידול במוצרים הגורם ללקוחות מסוימים להיות מוכנים לשלם עבור מוצר אחד יותר מאשר ישלמו עבור אחר... [מלבד של בידול משמעותי נקרא תחרות מונופוליסטית, מונח המשלב ניגודים כדי לתאר מונופול של כל יצרן על המותג שלו, אך תחרות בין היצרנים על כיסם של לקוחות שהמותג חשוב להם, ועדיין הפרש מחירים מסוים יצדיק מעבר למוצג אחר").

<sup>74</sup> על ניכוי טובת הנאה שצמחה מן ההפרה ראו להלן, ה"ש 78.

<sup>75</sup> השו: ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213, 232 (1998) ("עקרון התחליפיות מבטא את הרעיון, שעל-פיו פירמה צוברת כוח, עוצמה ושליטה בשוק מסוים, מקום שבו יכולה היא להעלות את המחיר או להקטין את היצע המוצר בלי שהביקוש למוצר ירד. מצב כזה ייתכן, לרוב, כל עוד העלאת המחיר או הקטנת ההיצע אינם גוררים מתחרים פוטנציאליים להיכנס לענף הרלוונטי, או אינם מביאים למעבר הצרכנים למוצר תחלופי, תוך הורדת הביקוש למוצר המסוים שמחירו הועלה, או הוקטן ההיצע, והחזרת מחירו של המוצר לשיווי משקל תחרותי").

<sup>76</sup> השו גם לסלוגן של אופטיקה הלפרין: "משקפיים זה מוצר צריכה בסיסי".

<sup>77</sup> ראו למשל הגדרת "טובין תחליפיים" בסעיף 1 לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), התשס"א-2001 ("הקבוצה המצומצמת של טובין תחליפיים ישירים ומשמעותיים בעיני הצרכן, לרבות בהיבט הגאוגרפי"). על השוק הגאוגרפי כגורם משפיע על שוק המוצר, ראו פרלמן, לעיל ה"ש 71, בעמ' 185-187.

## 5. נטל הקטנת הנזק, הוכחת שיעור הנזק ואופן חישוב

בניגוד לעמדת השופט מלצר, וכפי שהעיר השופט אלרון, האפשרות שהלפרין מכרה מסגרות חלופיות איננה נוגעת לשאלה של הקטנת נזק, אלא לעצם קיומו של נזק – האם שולי הרווח שלה נפגעו בכלל, ואם כן, באיזה שיעור. שכן, המכירות החלופיות הן תוצאה של גורם חיצוני (כוחות השוק) שאינו פרי מעשהו של הנפגע.<sup>78</sup> נטל הקטנת הנזק נוגע במקרה הנוכחי לשאלה האם היה על הלפרין להיענות ל"הצעת הפשרה" של לוקסאוטיקה – טענה שבית המשפט דחה – או לאפשרות רכישת הסחורה מספק חלופי, אשר ממילא לא הייתה קיימת, שכן לוקסאוטיקה היא הספקית הבלעדית של מסגרות ה"ריי באן". אשר לשיעור הנזק, גישתו של השופט אלרון – חלוקה לשתי קבוצות שונות של לקוחות – נראית, לפחות מבחינה מעשית, עדיפה. זאת, משום שצורת חישוב הנזק לכל קבוצה היא שונה. בכל הנוגע ללקוחות שלא היו מסתפקים במסגרת חלופית, אם קיימים כאלה, מובן כי הלפרין זכאית לאובדן הרווח השולי בגינן. זהו אינטרס הציפייה שלה, ונפנה לדברים שנאמרו לעיל בחלק ב' בעניין ההבחנה שיש לעשות באשר למועד המכירה – בתוך תקופת הבלעדיות, או לאחריה. בכל הנוגע ללקוחות שרכשו מסגרת אחרת, הלפרין זכאית רק להפרש הרווח השולי בין שתי העסקאות. ביחס לנקודה זו, של אופן חישוב הפיצוי, יש ממש בביקורת של השופט אלרון לפיה הפחתת הרווח השולי של מסגרת "ריי באן" על דרך האומדן ב-20%, משום שעלות המכר של המסגרת החלופית עמדה על 20% מזו של מסגרת "ריי באן" – כשיטת השופט קרא – הינה בעייתית. שכן, עלות המכר אינה פרמטר בלעדי בקביעת שולי הרווח, אלא גם התמחור. מותגים ידועים כבעלי תג מחיר גבוה, גם אם עלות הייצור שלהם אינה כה גבוהה. אשר ליחס החלוקה בין שתי קבוצות הלקוחות האמורות, ניתן לתהות, שמא ההנחה של השופט אלרון כי רק 50% מהלקוחות היו רוכשים מסגרת חלופית, היטיבה מאוד עם הלפרין. אותה ביקורת שהשמיע השופט אלרון לעניין נטל הוכחת הנזק המוטל על הלפרין – תקפה גם כאן. ככל שאכן ניתן היה לרכוש מסגרות "ריי באן" בארץ רק בחנויות הלפרין, יש בסיס לסברה שאומדן של 50% לקוחות שלא היו מסתפקים במסגרת חלופית, הוא גבוה – בהתאם לנימוקים שהזכרנו לעיל. כך בפרט, כשמדובר במוצר שהרכישה שלו מושפעת מכניסה של לקוחות חדשים לשוק (מי שנזקק לראשונה למשקפי ראייה); וכן שהתחלופה שלו מושפעת גם מבלאי או משבירת המוצר הישן, ולא רק מרצון להתחדש. נראה כי הנחה מתמירה יותר, לכיוון זו של השופט קרא, אשר הניח כי כלל הלקוחות הפוטנציאליים רכשו מסגרת אחרת – מתאימה יותר למצב העובדתי הנתון.

אולם, דומה כי הבעייתיות שבאומדן זה "מתקזזת" בצורה מסוימת עם קביעתו השנייה של השופט אלרון כי הלפרין אינה זכאית כלל לפיצוי על הפרש הרווח ממכירת מסגרות חלופיות. אין ספק כי להלפרין נגרם נזק כלשהו בגין אובדן קבוצת לקוחות זו, במיוחד לאור שולי הרווח הגבוהים ממסגרות ה"ריי באן" שסופקו לה כזכור ב-40% הנחה ממחיר ההספקה הרגיל. השופט אלרון בחר להציב בפני הלפרין רף נוקשה ולא לפצותה כלל. נקודה זו מעניינת גם מהפן הפרוצדוראלי. בעוד שהשופטים קרא ואלרון קובעים, על-פי הלכת **אניסימוב**, כי במקרים בהם ניתן להביא נתונים מדויקים על אודות שיעור הנזק, על הנפגע הנטל לספקם כדי להוכיח תביעתו; השופט מלצר, לעומתם, מציין כי ללוקסאוטיקה "עמדו אמצעים דינוניים להגיע למידע זה, והיא לא פעלה כנדרש על מנת להשיגו".<sup>79</sup> דומה כי הדין עם השופטים קרא ואלרון. אף אם מדובר בראש נזק של אובדן רווחים עתידיים, שהינו בעל אופי ספקולטיבי, על הנפגע מוטל הנטל לספק נתונים

<sup>78</sup> על היחס בין נטל הקטנת נזק לניכוי טובת הנאה שצמחה למפר, עמדו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 47, בעמ' 714-724 ("בשני המקרים מדובר בגורמים המפחיתים את הנזק. אולם נטל הקטנת הנזק משמעותו שעל הנפגע לפעול בסבירות כדי להפחית את הנזק, ואילו הנושא של טובת הנאה המפחיתה את הנזק עוסק במצבים החורגים מנטל הפחתת הנזק, שבהם הצטמצם הנזק, בין בשל פעולה שביצע הנפגע, שלא נדרשה ממנו כדי לעמוד בנטל, בין בשל גורמים חיצוניים, שאינם בהכרח פרי מעשהו של הנפגע"). ראו גם ע"א 4232/13 אנגלו סכסון סוכנות לנכסים בע"מ נ' בלום, פסקה 32 לפסק-דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 29.1.2015).  
<sup>79</sup> שם, פסי' 4 לפסק-דינו של השופט מלצר.

עובדתיים אם ניתן לאמוד בעזרתם את היקף הנזק.<sup>80</sup> ספק רב אם הלפרין עמדה בנטל זה לאור העובדה שלא הציגה נתונים מדוחותיה הכספיים בפועל לאותם שנים, אלא רק הערכות על בסיס מכירות משנים קודמות. כך למשל, מידע על גידול ניכר במכירות של יתר המסגרות, מעבר לגידול כללי אפשרי במחזור המכירות השנתי, יכול היה להוות אינדיקציה כי אכן שיעור הנזק שנגרם להלפרין היה מצומצם. כפי שעולה מעובדות פסק-הדין, הרווח התפעולי של הלפרין בשנת 2011 אף גדל.<sup>81</sup> הדבר עשוי ללמד על כך שבפועל אכן חל גידול במכירות של יתר המסגרות, לעומת שנת 2010, לאור מחיקת ההיצע של מסגרות ה"ריי באן". אילו רצתה הלפרין, יכלה לספק נתונים בדבר שולי הרווח שלה ממכירת מסגרת חלופית. יש בסיס לסברה כי הלפרין נמנעה מלהציג נתונים או את דוחותיה, משום שבפועל היה מתגלה כי מרבית הלקוחות אכן הסתפקו במסגרת חלופית. נקודה זו צריכה להיות לה לרועץ ולכן מבחינת שיקולי תמריצים לבעלי דין, ניתן להצדיק את פסיקתו הקשיחה של השופט אלרון בהיבט זה.

אשר לפיצוי על אובדן הרווח ממכירת עדשות. כאמור, לא מדובר בסוגיה משפטית סבוכה. למעשה, מדובר בנגזרת מן הקביעה מהו שיעור הלקוחות שהיו מוכנים להסתפק במסגרת חלופית. עבור קבוצת הלקוחות שהלפרין איבדה משום שלא רכשו מסגרת שאינה "ריי באן", נגרם להלפרין נזק עקיף גם מאובדן הרווח על זוג עדשות שהיו רוכשים הלקוחות, כפי שקבע השופט אלרון.<sup>82</sup> תחת ההנחה שמדובר בנזק צפוי, דומה כי הלפרין זכאית לפיצוי גם בגינה, עבור כל אותם לקוחות אשר הייתה מוכיחה שלא הסתפקו במסגרת חלופית. בכל הנוגע לקבוצת הלקוחות שרכשה מסגרת חלופית, אזי בהיעדר טענה על עלות מכר או שולי רווח שונים בהתאמת עדשות ראייה למסגרות "ריי באן" – להלפרין לא נגרם עבור קבוצה זו נזק של אובדן רווח ממכירת עדשות.

## 6. דין מצוי?

יש להדגיש כי מעבר לאופן היישום הקונקרטי של דוקטרינת "אובדן היקף העסקים", פסק-דינו של השופט מלצר מפתיע גם בהיבט אחר. השופט מלצר מסתפק בהסבר יחסית קצר ובהפניה לספרם של דניאל פרידמן ונילי כהן, כאילו דוקטרינה זו ידועה כמהווה חלק מהדין הנוהג ומיושמת בבתי המשפט בישראל מימים ימימה. דא עקא, שעד לפסק-הדין בעניין **אופטיקה הלפרין**, למיטב בדיקתנו, לא בחן בית המשפט העליון את האפשרות להחיל דוקטרינה זו ואף לא יישם אותה בעבר כאשר הוא "קורא לילד בשמו" (ונזכיר שוב את עניין **דלג'ו**, שם אף ניתן לפרש את הפסיקה כהתנגדות למהות הדוקטרינה, אך ספק אם הוקדשה לכך מחשבה רבה). השופט מלצר אמנם מפנה להשוואה לפסק-דין **קורפו נ' סורוצקין**, אולם עיון בו לא מעלה כל שימוש או אזכור לדוקטרינה.<sup>83</sup> פסק-הדין מעניק למערערים שם סעד הצהרתי לפיו הם זכאים לפיצויי ציפייה בגין שירותים משפטיים שהיו עתידים לספק למשיבים; אולם, כאמור, אין שם כל אזכור של הדוקטרינה או דיון בשאלת הקטנת הנזק. ניתוח שכזה היה דורש מבית המשפט להשיב על השאלה – האם יכלו המערערים שם, בו-זמנית, לספק הן שירותים משפטיים לעסקה מושא פסק-הדין והן שירותים משפטיים נוספים ובאיזה שיעור רווח. פסק-הדין אמנם מוזכר בספרם של פרידמן וכהן, אך רק לצורך דוגמה היפותטית; כפי שנכתב על-ידם – משניתן רק סעד הצהרתי ולא נדונה שאלת הפיצויים, ממילא ירדה שאלת הקטנת הנזק מן הפרק.<sup>84</sup>

<sup>80</sup> שלו ואדר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 345-351.

<sup>81</sup> פרשת **אופטיקה הלפרין**, לעיל ה"ש 2, פס' 36 לפסק-דינו של השופט קרא.

<sup>82</sup> בהנחה שאין אפשרות כי ישנם לקוחות אשר רוכשים רק מסגרות משקפיים ואילו את העדשות רוכשים בחנות נפרדת, או אולי אף מעבירים עדשות מזוג משקפיים קודם.

<sup>83</sup> ע"א 8854/06 **קורפו נ' סורוצקין** (פורסם בנבו, 20.3.2008).

<sup>84</sup> פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 47, בעמ' 592, ה"ש 210 והטקסט הסמוך לה.

למעשה, כל ההתייחסויות המובאות בספרם של פרידמן וכהן הן מן הספרות והפסיקה האמריקאית.<sup>85</sup> מבדיקה שערכנו על פסיקה ישראלית במאגר נבו, אותרה רק התייחסות אחת לדוקטרינה בהחלטתו של השופט גרוסקופף בבית המשפט המחוזי בעניין **רוזנבוך נכסים** משנת 2019.<sup>86</sup> באותו מקרה, נדונה נוסחת חישוב של הבנקים לעמלת פירעון מוקדם. עמלה זו נגבית מלווה אשר מעוניין לפרוע הלוואה שנטל בטרם הגיע מועד פירעונה. במצב כזה, הטענה היא כי המלווה סובל מכמה ראשי נזק, כאשר אחד מהם הוא אובדן תשלומי הריבית אשר ציפה לקבל אילו הייתה הלוואה ממשיכה להיפרע כסדרה, במועדים הנקובים בחוזה הלוואה. מספר הוראות מסדירות את הדין ביחס להקדמת מועד חיוב ולפירעון מוקדם של הלוואה בפרט,<sup>87</sup> לצד כמה הוראות רגולטוריות במקרה של בנקים.<sup>88</sup> מבלי להיכנס יותר מדי לעובי הקורה, אחת מהטענות שנשמעו שם על-ידי הבנקים, היא כי בהלוואות שלא לדור ושאינן מפוקחות, כהגדרתן בחוזר המפקח על הבנקים שחל באותה תקופה,<sup>89</sup> אין להניח מצב של "לווה מחליף לווה". הווה אומר, הכסף שהבנק מקבל מפירעון מוקדם של הלוואה אינו משמש אותו לצורך מתן הלוואה חלופית, שכן לבנק יש עודף מקורות (כסף) על שימושים (מתן הלוואות). במילים אחרות, הכסף הוא חומר הגלם של הבנקים ויש להם די מקורות גיוס (קיבולת) כדי לעמוד בכל ביקוש להלוואה מצד לקוח ("המפר" של החוזה, במרכאות כפולות, בעצם דרישתו לפירעון מוקדם). הכסף מן הפירעון המוקדם שמבצע הלקוח משמש לצורך פירעון מסגרות אשראי בריבית נמוכה כגון אג"ח שמנפיק הבנק, להשקעה באפיק חסר סיכון וכיוצא בזה. לפיכך, על-פי תורת ה-Lost Volume, אין לומר כי הבנק הלווה את הכסף שקיבל ללקוח אחר ולכן לא סבל אובדן רווח; אלא, שמבחינת הבנק, מדובר בעסקה נוספת שיכל לעשות, כך שיש לפצותו גם על אובדן הרווח מתשלומי הריבית הצפויים, לפי מנגנון היוון. השופט גרוסקופף קיבל טענה זו.<sup>90</sup> אלמלא כך, ותחת ההנחה של "לווה מחליף לווה", היה הבנק זכאי, כמדומה, רק להפרשי ההיוון שבין תשלומי הריבית על יתרת הלוואה שנפרעה מוקדם על-פי הריבית שבחוזה הלוואה, לריבית האלטרנטיבית שהשיג מהלווה החלופי, או מ"הלווה הממוצע החלופי", ככל שזו נמוכה יותר (שכן אחרת, לא סבל מראש נזק זה).<sup>91</sup>

בחזרה לענייננו. ייתכן מאוד שבית המשפט העליון נעתר בעבר בכמה מקרים לפסיקת פיצויים על-פי עקרונות הדוקטרינה מבלי להשתמש בכינויה. דוגמה ישנה אחת מצויה בפרשת **אינג' פבר**.<sup>92</sup> באותה פרשה מפורסמת, נקבע כי המדינה הפרה את חובת תום הלב בקיום חוזה כאשר הודיעה לקבלן שאת שירותיו שכרה במסגרת מכרז לשם פינוי מבנים, על ביטול חלק מסוים של העבודה בשל מכירתו של המבנה לצד שלישי, עמו

<sup>85</sup> פרידמן וכהן מפנים ל- Restatement (Second), of Contract, §347, המפנה בין היתר לקוד המסחרי האחד: Uniform Commercial Code § 2-708 ("(2) If the measure of damages provided in subsection (1) is inadequate to put the seller in as good a position as performance would have done then the measure of damages is the profit (including reasonable overhead) which the seller would have made from full performance by the buyer, together with any incidental damages provided in this Article (Section 2-710), due allowance for costs reasonably incurred and due credit for payments or proceeds of resale"). אחד מפסקי הדין המפורסמים שבהם יושמה הדוקטרינה ואשר מוזכר באופן תדיר בספרות המשפטית האמריקאית הוא: Neri v. Retail Marine Corp., 30 NY2d 393, 285 NE2d 311, 315 (1972).  
<sup>86</sup> ת"צ (מרכז) 4552-12-13 **רוזנבוך נכסים בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 3.11.2019). זוהי החלטה בבקשה לאישור תובענה כייצוגית.

<sup>87</sup> סעיף 42 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973; סעיף 13(ב) לחוק המשכון, התשכ"ז-1967. מדובר בהוראות חוק דיספוזיטיביות. מנגד, ראו סעיף 50 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (שירותים פיננסיים מוסדרים), התשע"ו-2016.

<sup>88</sup> סעיף 1א9 לפקודת הבנקאות; הוראת ניהול בנקאי תקין 454 "פירעון מוקדם של הלוואה שלא לדור" (11.7.2016).

<sup>89</sup> הוראת ניהול בנקאי תקין 454 "פירעון מוקדם של הלוואה שלא לדור" (30.1.2003). בהלוואות שאינן מפוקחות, חישוב עמלת הפירעון המוקדם לפי נוסח הוראה זו יעשה "על-פי כללים סבירים שיבטאו את הנזק שנגרם לתאגיד הבנקאי כתוצאה מהפירעון המוקדם ושייקבעו מראש למקרים כאלה" (סעיף 4(ב) להוראה).

<sup>90</sup> עניין **רוזנבוך**, לעיל ה"ש 86, פסי' 53-56 להחלטתו של השופט גרוסקופף. אובדן רווח זה מחושב על-פי תשלום בגובה ההפרש שבין התשלומים העתידיים שהלקוח ביקש לפרוע בפירעון מוקדם, כשהם מהווים לערך הנוכחי ביום הפירעון המוקדם על-פי ריבית הלוואה, לאותם תשלומים כשהם מהווים לערך הנוכחי ביום הפירעון המוקדם על-פי שיעור עלות גיוס הכסף לבנק, אשר מחושבת לפי העלות השולית של גיוס המקורות. אך ראו שם את הדין בדבר שאלת הפיצוי על מרכיב הסיכון בשיעור הריבית, שנקבע כי יש לנכותו.

<sup>91</sup> כאמור, בניכוי מרכיב הסיכון. ייתכן והבנק סבל מראשי נזק אחרים, ראו בפירוט שם בעניין **רוזנבוך**. מעניין לציין שבהוראת חוזר המפקח על הבנקים העדכנית, לעיל ה"ש 89, הפרשי ההיוון מחושבים בין הריבית על הלוואה לריבית הממוצעת על הלוואה שלא לדור שמפרסם בנק ישראל. ראו להלן, ה"ש 101.

<sup>92</sup> ע"א 144/87 **מדינת ישראל נ' אינג' פבר, חברה לבנין**, פ"ד מד(3) 769 (1980).

ניהלה משא ומתן במקביל לעריכת המכרז ואף לאחר שכרתה את החוזה עם הקבלן. הפרה חובה זו, כך נקבע, כמוה כהפרת חוזה המזכה את הקבלן בפיצויי ציפייה בגין אובדן הרווח מהעסקה. אשר לשיעור הנזק, דחה בית המשפט העליון את הטענה כי עם קבלת ההודעה בדבר הפסקת העבודה, היה מחויב הקבלן להקטין את נזקו ולנקוט בצעדים מתאימים לקבלת עבודה אחרת, כדי למצות את הפוטנציאל התעסוקתי שלו ולצמצם את אובדן הרווח. בית המשפט קבע, כי לכאורה יכול היה הקבלן לבצע עבודה נוספת במקביל לאותו חלק עבודה שבוטל ועל כן אין להפחית את שיעור הפיצויים.<sup>93</sup> בהתאם להבחנה עליה עמדנו לעיל, ניתן להתרשם כי בניגוד לפסק-דין **אופטיקה הלפרין**, בשתי הפרשות האחרות – **אינג' פבר ורוזנבוך נכסים** – היו הנפגעים בצד של ה'מוכר' (או של נותן השירות), כך שהחלת הדוקטרינה הייתה אינטואיטיבית יותר.

אכן, על פניו, במקרים המתאימים יישום הדוקטרינה עולה בקנה אחד עם יסודות הפיצוי שבדין הנוהג: מתקיימת הפרת חוזה; נוצר לכאורה נזק (השוו להגדרת "נזק" בסעיף 1 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1971: "נזק – לרבות מניעת ריווח"); יש קשר סיבתי בין ההפרה לנזק – בהתאם לניתוח כי אלמלא ההפרה הנפגע היה מרוויח משתי העסקאות; והמפר יכול היה לצפות, בעת הכריתה, כי הפרת החוזה תוביל לאובדן הרווח.<sup>94</sup> אם מקבלים טיעון זה, אזי דוקטרינת "אובדן היקף העסקים" משקפת את הדין המצוי.<sup>95</sup> מכל מקום, היעדר ההנמקה של השופט מלצר לביסוס הדוקטרינה על עובדות הפרשה ניכר במיוחד בהתחשב ביישום המועט שלה בפסיקה הקיימת. ייתכן כי ההעמקה הנדרשת בסוגיה הייתה מובילה למסקנה אליה הגענו לעיל, לפיה החלת הדוקטרינה אינה מתאימה בפרשה דנן.

## 7. דין רצוי? כמה נקודות למחשבה

מעבר להנחה של השופט מלצר כי דוקטרינת "אובדן היקף העסקים" מהווה דין מצוי, הוא מוסיף ומניח, ללא דיון, כי היא מהווה גם דין רצוי. גם המלומדים פרידמן וכהן בספרם לא מקדישים התייחסות לשאלה האם דוקטרינת ה-Lost Volume משקפת את הדין הרצוי במשפט הישראלי, או בכלל. במשפט האמריקאי ספרות משפטית רבה הוקדשה לשאלה זו וקיימת מחלוקת של ממש האם הדוקטרינה מהווה דין רצוי ובאילו מצבים, בעיקר בקרב חוקרי הניתוח הכלכלי של המשפט. מבקרי הדוקטרינה טוענים כי הטיעון לפיו קיבולת התפוקה של הנפגע מהפרה עולה על היקף הביקוש מצד לקוחותיו, הוא פשטני מדי. הטענה היא כי ההנחה שבבסיס הדוקטרינה – לפיה אלמלא הפרת העסקה הראשונה הנפגע יכול היה ליהנות מרווח של שתי עסקאות ולזכות ב"היקף עסקים" נוסף – היא הנחה טעונית הוכחה, שכן המצב הנטען מתרחש רק כאשר מופרת בפועל העסקה הראשונה. אלמלא כן, לא יכול היה הנפגע בהכרח לבצע עסקה נוספת בתנאים זהים; כוחות השוק מציבים "אילווצים" בפני הנפגע ומונעים ממנו את היכולת לבצע מספר בלתי מוגבל של עסקאות ברווח.<sup>96</sup> המורכבות נובעת מהטענה לפיה מספר רב של משתנים בשוק משפיעים על תקפות הטיעון כי הנפגע מהפרה באמת יכול היה לעשות "עסקה נוספת" ולא מדובר ב"עסקה חלופית", ובהם: האם מדובר בשוק של תחרות משוכללת, שבו כוחות השוק מכתביבים את מחיר המוצר או השירות לנפגע (Price Taker), או שמא לנפגע יש כוח שוק (Market Power) להשפיע על הכמות והמחיר (Price Maker); כיצד מתנהגת עקומת העלות השולית של הנפגע; ועוד. בתוך כך, ישנם מספר מודלים כלכליים לאופן התנהגות השחקנים בשוק

<sup>93</sup> שם, בעמ' 782-784.

<sup>94</sup> אך ביחס למקרים בהם הנפגע הוא 'קונה', ראו טיעון נגד אפשרי, לעיל ה"ש 63 והטקסט הסמוך לה.

<sup>95</sup> אך כפי שמתואר בחלק ג.7 להלן ובאסמכתאות שם, ניתן להרהר במקרים מסוימים על תקפות הטיעון ובפרט על ההנחה בדבר קיומו של נזק והקשר הסיבתי העובדתי – האם באמת יכול היה הנפגע לקיים עסקה נוספת כך שהיה מרוויח משתי עסקאות.

<sup>96</sup> למעשה, אין זו אלא הדרישה להוכיח קשר סיבתי עובדתי בין ההפרה לנזק עליה עמדנו לעיל. לכן, נוצר במקרה זה מעין טשטוש בהבחנה שבין "דין מצוי" ל"דין רצוי". שכן, כל עוד לא הוכח קשר סיבתי עובדתי, ממילא ניתן לומר שיישום הדוקטרינה אינו משקף את הדין הנוהג. לשם המחשה, אם נאמר כי שיקול של הוגנות תומך במתן פיצוי מצד המפר לנפגע שסבל מ"אובדן היקף עסקים" (טענה במישור הדין הרצוי), תשובה לכך תהיה כי מדובר בהנחת המבוקש, שכן ממילא לשם כך יש קודם להוכיח שאכן יכול היה הנפגע לעשות "עסקה נוספת" ובהתאם, כי נגרם לו נזק (טענה במישור הדין המצוי).



וההשפעה על הזכאות לפיצוי במקרה של הפרה שבעקבותיה נטען כי היא אינה מונעת קיום "עסקה נוספת". הדבר דורש ניתוח מעמיק, אשר חורג מגדרי רשימה זו, ונסתפק בהפניית הקורא לספרות הרלוונטית ולהצגה באופן סכמטי של הטיעונים בהערת שוליים.<sup>97</sup> כך או כך, יש הטוענים כי בשל מורכבות זו – המצריכה נתונים אמפיריים על מצב השוק והשחקנים בו – בירור עובדתי של כל תנאי השוק הללו על-ידי בית המשפט, מעבר לכך שאינו באמת מעשי, הופך כלל פיצוי של "אובדן היקף עסקים" ללא יעיל, בין אם מחשש לטעות ובין אם בשל עלויות ההתדיינויות.<sup>98</sup>

על-פי טיעון אחר, חוזה הוא מכשיר להקצאת סיכונים. ככזה, המחיר שנקבע בו אמור לבטא, באופן מובנה, הקצאה של הסיכון להפרתו. יכול שהצדדים מתנים במפורש בחוזה את העלות לכל צד להסתלק מהחוזה ויכול שלא. לכן, השאלה, על-פי הגישה הכלכלית למשפט, היא מהו הכלל הדיספוזיטיבי היעיל ביותר לפיצוי במקרה של הפרה, כזה שרוב הצדדים היו מאמצים בעולם ללא עלויות עסקה, יכווין אותם להתנהגות אופטימלית או יתמרץ אותם להתנות עליו. אחת הטענות היא כי ההסתכלות הנכונה לא צריכה להיות על העקרון החוזי "המסורתי" של אינטרס הציפייה – אשר נועד לשים את הנפגע במצב שבו היה אילו קיים החוזה – אלא על האופציה שהחוזה מקנה במבט צופה פני עתיד. במילים אחרות, הפיצוי לא צריך להיות על הציפייה אקס-פוסט, המבטאת את הרווח הצפוי כשהעסקה תושלם, אלא על הציפייה אקס-אנטה, המשקללת את הסיכון, בעת הכריתה, לאי-קיום החוזה.<sup>99</sup> לפיכך, יש הטוענים כי התרופה היעילה להתמודדות עם סיטואציה של כשלון עסקה, היא בדמות דמי ביטול או דמי מקדמה שלא מוחזרים במקרה של הפרה ומהווים למעשה עלות של 'אופציה' להפר את החוזה ולבטלו, כאשר הצדדים רשאים להתנות

---

<sup>97</sup> על-פי תזה אחת, "מודל התחליף" (The Replacement Model), הפרת העסקה הראשונה משפיעה על היקף הרווחים מעסקאות נוספות, שכן לנפגע אין באמת את היכולת לספק ברווח זהה את כל הכמות שהופרה בנוסף לעסקאות הקיימות: מוכר בשוק משוכלל תמיד ימכור את אותה כמות של סחורה, בהתאם לנקודת שיווי המשקל, וזאת ללא קשר להפרה, כך שהוא אינו סובל מאובדן היקף עסקים כלל; ואילו בשוק שאינו משוכלל, מוכר בעל כוח שוק הפועל בתנאי עלות שולית גדלה – מכוח כלל התפוקה השולית הפוחתת – משיג "תחליף" חלקי או מלא, באמצעות הגדלת הרווחים מהעסקאות הבאות, החל מכך שלות ההספקה או הייצור של היחידות האחרונות (העלות השולית) צומצמה בעקבות ההפרה ועד האפשרות למכור את היחידות במחיר גבוה יותר ולהימצא במצב טוב יותר מזה שהיה בו אילו קוימה העסקה הראשונה. זאת כפונקציה של כוח השוק שלו והתנהגות השחקנים בשוק. הטיעון מובא כאן בצורה יחסית פשטנית. הטיעון המלא כולל גם התייחסות לתמריצים של הקונה להפר את החוזה, בהתחשב בסיכויים ובסיכונים שלו למכור בעצמו את הסחורה בשוק חלף ההפרה. להרחבה על מודל התחליף, ראו: Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *Measuring Sellers' Damages: The Lost-Profits Puzzle*, 31 STAN. L. REV. 323 (1979).

טענה קרובה מתייחסת למצב שבו המוכר אינו יכול לבצע הפליית מחירים והסחורה נמכרת במחיר קבוע. אם הפחתת מחיר המכירה תשבש את השוק (תוביל לאובדן הכנסות ברמה הכוללת), המוכר יגיב להפרה באמצעות שמירה על מחיר מכירה קבוע ושמירה של הסחורה במחסניו. במצב כזה, הוא יכול לטעון לאובדן של היקף עסקים, בניכוי שווי ערך הגרט של המלאי שנותר אצלו. אולם אם המוכר מחליט להוריד את המחיר ומצליח למכור את הסחורה בשוק, אזי הוא זכאי לפיצוי רק על ההפרש בשולי הרווח. כלומר, הפיצוי תלוי בשאלה האם המוכר מגיב להפרה בהתאמה של הכמות המוצעת או המחיר. ראו: Robert Cooter & Melvin Aron Eisenberg, *Damages for Breach of Contract*, 73 CALIF. L. REV. 1432, 1452-1454 (1985).

לפי טענה אחרת, הדוקטרינה אינה מתאימה להחלה בשווקים הפועלים בתצורה שונה מהמודל העסקי הסטנדרטי. כך, בשווקים בהם המוכרים פועלים לאיתור קונים באמצעות "דייג" של מספר קונים קבוע מראש תוך שמירה על מחיר מכירה אחיד והתאמה מראש של הוצאות המכירה, כדי "לתפוס ברשת" אומדן צפוי מראש של קונים – במסגרת אינטרס הציפייה של הנפגע, נלקח בחשבון גם אובדן הרווח הצפוי מאי-ביצוע עסקאות נוספות. להרחבה על "מודל הדייג" (The Fishing Model) ראו: Cooter & Eisenberg, *An Economic Analysis of the Lost-Volume Retail Seller*, שם, בעמ' 1455-1459. ראו גם: Victor P. Goldberg, *The Case for Market Damages: Revisiting the Lost Profits Puzzle*, 57 S. CAL. L. REV. 283 (1984); Robert E. Scott, *The Case for Market Damages: Revisiting the Lost Profits Puzzle*, 57 U. CHI. L. REV. 1155, 1182 (1990).

כך בדומה, קיימים שווקים שבהם מוכרים פועלים לפי "מודל הפרה סטטיסטי" (Statistical Breach Model). שווקים אלה מאופיינים בעסקאות עם שיעור גבוה של הפרות (או ביטולים) וכאשר למוכר או למשווק אין יכולת להגדיל את קיבולת התפוקה שלו בטווח הקצר. דוגמאות לכך הן שוק התעופה ושוק המלונאות. בשווקים אלו, מוכרים עשויים להתקשר מראש בכמות עסקאות גבוהה יותר מאשר תפוקת המוצר או השירות שהם יכולים לספק, מתוך ציפייה או ניסיון עסקי כי שיעור מסוים מהלקוחות יבטלו אותם. כאשר כמות הביטולים בפועל תואמת את המודל הסטטיסטי של המוכר, אזי אינטרס הציפייה שלו לא נפגע. אולם כאשר מתרחשים יותר ביטולים מאשר הוא צפה, ובהתאם נותרה לו קיבולת ללא תפוקה, ברי כי נגרם לו נזק. להרחבה ראו: Cooter & Eisenberg, לעיל ה"ש 97, בעמ' 1451.

<sup>98</sup> Goetz & Scott, לעיל ה"ש 97, בעמ' 348-354. עוד ראו שם התייחסות לחלוקה לקטגוריות של שווקים שונים – שוק הסחורות, השוק הסיטונאי והשוק הקמעונאי – והנכונות ליישם (או לא ליישם) את הדוקטרינה לגביהן בהיעדר מידע מדויק על התנהגות השוק. ראו גם: Scott, לעיל ה"ש 97, בעמ' 1187-1186.

<sup>99</sup> Scott, לעיל ה"ש 97, בעמ' 1173-1177; Cooter & Eisenberg, לעיל ה"ש 97, בעמ' 1468.

בחווה על מחיר האופציה.<sup>100</sup> תחת זאת, ההנחה היא כי אילו היו הצדדים מנהלים משא ומתן מקדים, במרבית המקרים היה מחיר האופציה המוסכם לבטל את החווה נמוך יותר ממלוא אובדן הרווח, שכן אחרת מלוא הסיכון מוטל על הקונה.<sup>101</sup> דוגמה לניסיון לפתור כשל שוק שבו מלוא הסיכון או חלק ניכר ממנו מוטל על הקונה מצויה בחקיקה הצרכנית הקונגנטית, המורה כי במקרה שצרכן מימש את זכות הביטול שלו בעסקה צרכנית החושה תחת חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1971 – בתוך התקופה האמורה בחוק – ייגבה העוסק "דמי ביטול בשיעור שלא יעלה על 5% ממחיר הנכס נושא החווה או העסקה, או 100 שקלים חדשים, לפי הנמוך מביניהם".<sup>102</sup> מכל מקום, גם לפי קו מחשבה זה, יש הטוענים כי דווקא כלל הפיצוי הרגיל על אבדן ערך, של הפרש השווי מערך השוק (Market Damages) – המוביל להיעדר פיצוי במקרה שניתן למכור את הסחורה או השירות מושא ההפרה במחיר זהה ללקוח אחר – הוא הכלל הדיספוזיטיבי היעיל ביותר. שכן, הוא מייצר וודאות בשוק בדבר מנגנון הפיצוי; מונע מצבים שבהם הנפגע יתעשר מפיצוי-יתר, ככל שנעניק לו פיצוי בגין "אובדן היקף עסקים" שלא באמת ציפה לו;<sup>103</sup> וכן מתמרץ את הצדדים המעוניינים לסטות מהכלל (ובעיקר את הצד החזק שיש לו עדיפות בניסוח החווה), להעריך בצורה מדויקת את מחיר ה'אופציה' לביטול העסקה ולהתנות על כך בחווה.<sup>104</sup>

הנה כי כן, השאלה האם דוקטרינת "אובדן ההיקף העסקים" מהווה כלל רצוי דורשת פריסה של יריעה רחבה, היא חורגת מגדרי רשימה זו ודיון מעמיק בה נותר לעת מצוא, שכן ממילא הראינו כי יישום הדוקטרינה אינו מתאים בעובדות הפרשה הנוכחית.

<sup>100</sup> Scott, לעיל ה"ש 97, בעמ' 1202-1201; Goldberg, לעיל ה"ש 97, בעמ' 296; Robert E. Scott & George G. Triantis, *Embedded Options and the Case against Compensation in Contract Law*, 104 COLUM. L. REV. 1428, 1482-1491 (2004); Victor P. Goldberg, Remedies in the UCC: Some Critical Thoughts, COLUM. L. & ECON. Working Paper No. 562 7-10 (2017); Victor P. Goldberg, *The Lost Volume Seller, R.L.P.*, 2 CRITERION J. ON INNOVATION 205 (2017). לדיון ביעילות של כלל שכזה על פני כללים אחרים של פיצוי על אובדן הרווח או היעדר פיצוי, על-פי מודל כלכלי, ראו: Alan Schwartz, *Price Discrimination with Contract Terms: The Lost-Volume Problem*, 12 AM. L. & ECON. REV. 394 (2010). יצוין כי הטיעון בדבר ראיית החווה ככולל 'אופציה' להפרה עם מחיר בצידה, נוגע למעשה לכלל פיצוי של אובדן רווחים (Lost Profits) באופן כללי. אך כפי שהוסבר לעיל בחלק ג.1, כאשר הנכס או השירות מושא העסקה לא סופקו למפר או הוחזרו לנפגע, במצב הרגיל כפוף הנפגע לנטל הקטנת הנזק. הוזה אומר, המפר יטען כי הנפגע לא סבל מנזק משום שיכל למכור את הנכס או לספק את השירות לצד שלישי, ואילו הנפגע יטען ל"אובדן היקף עסקים" אם ברצותו לזכות במלוא הרווח האבוד מהעסקה.

<sup>101</sup> Cooter & Eisenberg, לעיל ה"ש 97, בעמ' 1477. כשבוחנים את הסוגיה בראיה זו, ניתן לנתח למשל את הפסיקה בעניין **רוזנבנד נכסים**, לעיל ה"ש 86, בנוגע לעמלת הפירעון המוקדם של הבנקים, שהיא במהותה אופציה לבטל את חוזה ההלוואה. מצד אחד, ניתן לגרוס כי עמלת פירעון מוקדם המחושבת לפי הפרשי היוון שבין שיעור הריבית על הלוואה לשיעור הריבית השולי שעולה לבנק לגייס את האשראי, אכן משקפת את הנזק בפועל, בהתאם ל"מודל התחליף", לעיל ה"ש 97 (להוציא את פרמיית הסיכון, ראו שם). מנגד, בהנחה כי שוק ההלוואות איננו שוק תחרותי משוכלל, ובהתחשב באפשרות של הבנקים להשתמש בכוח השוק שלהם ולייצר רווחי אוליגופול, כמוסבר על-פי "מודל התחליף", ספק אם אכן מדובר בהתאמה לנזק בפועל. השו: שם, בפס' 35 להחלטתו של השופט גרוסקופף ("אכן, אין לכחד כי שיטת החישוב בהוראת המפקח אינה משקפת בהכרח את התועלת שצומחת לבנק עקב השימוש החלופי בכספי ההלוואה הנפרעת, תחת ההנחה לפיה 'לווה מחליף לווה'. אף ייתכן שעקב כך החליט המפקח על הבנקים לתקן בשנת 2015 את ההוראה ואת דרך החישוב בה (במסגרת התיקון הוצגה ריבית עוגן חדשה אשר תחושב לפי ריבית ממוצעת מפורסמת). ואולם, אינני נדרש להכריע בכך. משזו דרך החישוב שנקבעה בהוראת המפקח בתקופה הרלוונטית לבקשות האישור, והבנקים פועלים על-פיה, הרי שלמבקשות לא קמה עילת תביעה נגדם בגין הפרת הוראות הרגולטוריות). ראו גם בהסבר לתיקון ההוראה בחוזר המפקח על הבנקים, לעיל ה"ש 88 ("במטרה להקל על מעבר לקוחות בין התאגידים הבנקאיים, להגביר את התחרות בין התאגידים הבנקאיים ולמנוע גביית עמלת פירעון מוקדם מופרזת, נקבעה הוראה זו הבאה להסדיר פירעון מוקדם של חלק מההלוואות האחרות הניתנות על-ידי תאגיד בנקאי..."). עוד ראו: בנק ישראל **דוח הצוות לבחינת הגברת התחרותיות במערכת הבנקאית** (19.3.2013). כמו כן, ספק אם מדובר במחיר אופציה שהצדדים לחווה היו מסכימים לו באופן מיועד, שכן בהיתן האפשרות למשא ומתן ללא עלויות עסקה, מחיר האופציה אמור להיות, כאמור, נמוך מאובדן הרווח המלא, שכן אחרת מלוא הסיכון מוטל על הקונה. מה גם, שהטענה כי הצדדים התנו על הכלל הדיספוזיטיבי (אם כי בהקשר הספציפי לעיל מדובר על הוראה רגולטורית ולא בדין דיספוזיטיבי) וקבעו באופן מיועד את מחיר האופציה, חשובה למגבלות השונות של חוזים אחידים ולהטיות קוגניטיביות שונות. ראו בהקשר אחרון זה ובאופן כללי על תובנות הגישה הכלכלית והגישה ההתנהגותית למשפט: Eyal Zamir & Doron Teichman, *Behavioral Law and Economics* 281-325 (Oxford University Press, 2018).

<sup>102</sup> ס' 14(ב)(1) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981. אין הכוונה לטעון כי מדובר בפתרון יעיל בהכרח.

<sup>103</sup> Goetz & Scott, לעיל ה"ש 97; Scott, לעיל ה"ש 97, בעמ' 1197-1192; David Simon & Gerald A. Novack, *Limiting the Buyer's Market Damages to Lost Profits: A Challenge to the Enforceability of Market Contracts*, 92 HARV. L. REV. 1395 (1979).

<sup>104</sup> Scott & Triantis, לעיל ה"ש 100.

#### ד. סיכום

בפרשת **אופטיקה הלפרין** התחבטו שלושה שופטי בית המשפט העליון בדרך הנכונה לפסיקת פיצויי ציפיה לנפגעת מהפרה של הסכם בלעדיות ותנאי מכירה בגין אובדן רווחים עתידיים ממכירת מסגרות משקפיים. ברשימה זו, הסברנו כי אומדן כמות היחידות עבורן זכאית הייתה הלפרין לפיצוי הוא נגזרת של ההנחה – כמה יחידות הייתה הלפרין רוכשת ומצליחה למכור ברווח, אלמלא הופר ההסכם – מכוח הדרישה לקשר סיבתי עובדתי בין ההפרה לנזק. לפיכך, הבהרנו כי אין זה נכון לכלול בגדר "נזק שהוטב" את היחידות שרכשה הלפרין עובר להפרת ההסכם ושנותרו לה במלאי בסוף השנה – ובהתאם, להפחיתן ממרכיב הפיצוי – כל עוד מניחים שכמות זו לא הייתה עתידה להשפיע על היקף הרכש שהיה מבוצע ועל כמות המכירות ברווח. כך במיוחד, לאור תנאי הרכישה האטרקטיביים שהקנה הסכם הבלעדיות להלפרין, עת התאפשר לה לרכוש את היחידות בהנחה של 40% ממחיר השוק. בהמשך, הראינו כי לצורך חישוב הפיצויים על אובדן הרווחים יש לחלק את אומדן כמות המסגרות לשתי קבוצות. עבור היחידות שנמכרו בתוך תקופת הבלעדיות, זכאית הייתה הלפרין למלוא הרווח השולי המשקף מחיר מכירה בבלעדיות. זאת, בין אם ירד מחיר המכירה עקב הפרת ההסכם ובין אם לאו, שכן אינטרס הציפיה שלה בגין אותן יחידות כלל מכירה בתנאי בלעדיות. לגבי היחידות שהיו נמכרות לאחר סיום תקופת הבלעדיות, הלפרין הייתה זכאית לפיצוי רק על הרווח שהיה מושג ממכירה שלא בבלעדיות – ההפרש בין מחיר הקנייה שהושג מכוח ההסכם, בתוספת עלות המכר, למחיר שהייתה מוכרת בתנאי תחרות – שכן, אין קשר סיבתי עבור אותן יחידות – ירידת מחיר המכירה, אם התרחשה, לא נבעה מהפרת ההסכם, אלא מסיומו הצפוי כדן. כך או כך, בגין כל היחידות, הלפרין הייתה זכאית לרווח או להפרש בשולי הרווח בשקלול תנאי הרכישה המוזלים שהקנה לה ההסכם.

עוד הראינו, כי הניסיון ליישם במקרה דנן את דוקטרינת ה-Lost Volume ("אובדן היקף העסקים") – לראשונה כמדומה באופן מוצהר בפסיקתו של בית המשפט העליון בישראל – אינו במקומו. זאת, משום שההנחה העומדת ביסוד הדוקטרינה, לפיה הנפגע עשה עסקה נוספת ולא עסקה חלופית – אינה מתקיימת במקרה של הפרת חוזה הספקה מבלי שהנפגע מתקשר בעסקה נוספת עם ספק אחר. זהו מקרה רגיל של טענה לנזק עקיף של אובדן רווחים מצד קמעונאי עקב אי-הספקה של סחורה. אם מדובר בכשל הספקה של מוצר ייחודי, כמו בפרשה דנן, הטענה הרלוונטית היא לאובדן נתח שוק במוצר. במקרה שכזה, הזכאות לפיצוי מלא מתקיימת, בהתאם לדרישת ההוכחה הרגילה של יסודות הפיצוי ובכפוף לנטל הקטנת הנזק – אם לנפגע אין אפשרות להשיג את הסחורה ממקור חלופי; ואם הביקוש מצד הלקוחות למוצר שלא סופק עקב ההפרה אינו תלוי בביקוש למוצרים אחרים שמוכר הנפגע. כאשר הנפגע מוכר מוצרים תחליפיים, כמות הלקוחות אשר ירכשו את המוצר התחליפי צפויה לגדול לאור העובדה שהיצע המוצרים הצטמצם – ובנסיבות מסוימות, אפילו כשמדובר במותג. כך במיוחד כשהמוצר מושא ההפרה נמכר בבלעדיות לנפגע ואינו מהווה עוד חלק מן היצע הזמין בשוק המקומי, כלומר שלקוחות פוטנציאליים אינם יכולים לרכוש אותו אצל מוכר אחר. בנסיבות אלו, הדבר משפיע על היקף הנזק של הנפגע, כך שיש לנכות מן הפיצוי את טובת ההנאה שצמחה לו מן ההפרה – הרווח מהמכירה החלופית. מעבר לכך, יישום הדוקטרינה נעשה ללא דיון ממצה בשאלה האם מדובר בדין מצוי או רצוי, ובאילו מצבים – סוגיה אשר חשופה לביקורת שונות.

בפרשה דנן, הלפרין הייתה זכאית רק לאובדן הרווח מקבוצת הלקוחות (המצומצמת כמדומה) שלא הייתה "מתפשרת" על מסגרת חלופית ונמנעת כליל מלרכוש בחנויותיה זוג משקפיים כלשהו; וכן להפרש בשולי הרווח שהפסידה, לאור תנאי הרכישה המוזלים, בין מסגרות ה"ריי באן" שלא מכרה, למסגרות האחרות שמכרה במקומן. בפרשה זו, הלפרין כשלה בהספקת נתונים כלשהם על היקף מכירותיה, ומכאן כנראה גם הקושי שנוצר לבית המשפט העליון לעמוד כראוי על שיעור הפיצויים אשר היה שם אותה במצב בו ציפתה להיות אלמלא ההפרה.