

פיצויי ציפייה, קשר סיבתי ו"אובדן היקף עסקים" עקב הפרת הסכם בלעדיות ותנאי מכירה

(בעקבות ע"א 5620/16 אופטיקה הלפרין בע"מ נ'
(21.1.2020) Luxottica Group Spa

מאת

ניר בר-און*

בפרשת אופטיקה הלפרין נחלקו דעות שלושת השופטים במוטב באשר לפסיקת פיצויי ציפייה בגין הנזק שסבלה נפגעת מהפרה של הסכם בלעדיות ותנאי מכירה של מסגרות משקפיים. ברשימה זו אבקש להתוות אמות מידה לניתוח אינטרס הציפייה של נפגעת מהפרה של הסכם הספקה שכזה. בניגוד למשתמע מעמדות השופטים בפרשה דנן, אין מדובר ברווחים מהיחידות שהייתה הנפגעת מוכרת בתקופה שבה לא קיים ההסכם, אלא ברווחים מהיחידות שהייתה רוכשת בתוך תקופת ההסכם אלמלא ההפרה ומצליחה למוכרן. בתוך כך, 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 ולמוכרן גם כן. אשר לנזק האפשרי מאובדן זכות הבלעדיות, אטען כי הדרישה שלפיה על הנפגעת להראות שמחיר המכירה של היחידות אכן ירד בשל הפרת ההסכם היא כוללנית, ואינה מבחינה כראוי בין היחידות שהייתה רוכשת בעתיד אלמלא ההפרה ליחידות שכבר סופקו לה אך טרם נמכרו.

כמו כן, אעמוד על מהותה של דוקטרינת "אובדן היקף העסקים", אשר דומה שנדונה לראשונה בבית המשפט העליון בישראל, ואטען כי יישומה במקרה הנוכחי – ללא דיון ממצה בשאלה אם מדובר בדין מצוי או רצוי – מעורר קשיים. קושי אחד הוא 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 הוא 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 – ובכך 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

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

בפרשה דנן – המקרה שבו 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 במוטב תלתא אזרחי בבית המשפט העליון, וההכרעה נקבעת אפוא על פי דעת אב בית הדין.¹ אולם כך היה בפסק הדין מושא רשימה זו.

בפסק דין **אופטיקה הלפרין**² פסק בית המשפט העליון, פה אחד, שהסכם בלעדיות להספקת מסגרות של משקפי ראייה ממותג "ריי באן" – בין הלפרין, הקונה, ללוקסאוטיקה, הספקית – הופר מצד הספקית בשנת 2010. על כן נקבע כי הלפרין זכאית לפיצויים בגין ההפרה, המשקפים את אובדן הרווחים העתידיים ממכירת המסגרות אילו קיים החוזה ולוקסאוטיקה 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, אם הלפרין זכאית למלוא אובדן הרווח בגין מסגרות ה"ריי באן", או שמא יש להתחשב במכירה של מסגרות חלופיות אשר הקטינה את נזקיה; השנייה, אם יש להפחית מכמות המסגרות שעבורן זכאית הלפרין לפיצוי את מסגרות ה"ריי באן" אשר נותרו לה במלאי בסוף שנת 2010.

ברשימה זו אבקש לעמוד על אינטרס הציפייה של נפגעת מהפרה של הסכם בלעדיות ותנאי מכירה. בתוך כך אטען כי עמדות השופטים קרא ומלצר, שלפיהן 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 – ולמוכרן 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, אלא 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, כלומר שההפרה אכן גרמה לנזק. כפי שאראה, ניתן להציג כמה טיעוני נגד גם לעמדה המבקשת להצדיק קו טיעון כזה, אשר לא נדון בפסק הדין, ולפיו בנוגע לאותן מסגרות מדובר ב"חוזה הפסד".

כמו כן, וכחלק מניתוח אינטרס הציפייה, אבחן את חוות דעתו של השופט אלרון, שבה ביקש להבחין בין שני ראשי הנזק אשר נגרמו להלפרין מהפרת ההסכם – נזק בגין ירידת מחיר המכירה בשל אובדן הבלעדיות, ונזק בגין הפרת תנאי המכירה המוזלים אשר הקנה לה

1 לפי הוראת סעיף 80(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

2 ע"א 5620/16 **אופטיקה הלפרין בע"מ נ' Luxoptica Group Spa** (נבו) 21.1.2020 (להלן: פרשת אופטיקה הלפרין עליון).

ההסכם. אטען כי השופט אלרון אומנם תיאר נכוחה את ההבחנה שיש לעשות בין ראשי הנזק השונים, אולם בפועל הנמקתו כי הלפרין לא הוכיחה שמחיר המכירה ירד בעקבות הפרת הסכם הבלעדיות, ולכן גם לא כי סבלה נזק המקנה לה זכות לפיצוי – אינה מבחינה כראוי בין המסגרות שהלפרין הייתה רוכשת בעתיד אלמלא ההפרה למסגרות שכבר סופקו לה אך טרם נמכרו. כפי שנראה, עבור המסגרות שהייתה הלפרין רוכשת מלוקסאוטיקה בעתיד, בשנת 2011, ואף הייתה מוכרת במהלך אותה שנה, דומה כי אין זה חשוב אם בפועל ירד מחיר המכירה בשל הפרת תנאי הבלעדיות, שכן הלפרין ציפתה למכור אותן במחיר המשקף בלעדיות. זהו אינטרס הציפייה שלה. לכן הדרישה ממנה להוכיח נזק כזה 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. אשר לאותן מסגרות שנותרו לה במלאי, לא נגרם להלפרין נזק בגין הפרת תנאי המכירה, שהרי רכשה אותן בשנת 2010 לפי תנאי ההסכם, אלא רק נזק בגין אובדן הבלעדיות, אם הייתה מוכיחה כי אכן נפגע מחיר המכירה של המסגרות. אשר למסגרות 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 מהעובדה שהסכם הבלעדיות הסתיים, ולא מן ההפרה, וממילא לא ציפתה הלפרין למכור אותן במחיר המשקף בלעדיות. עם זאת, נראה כי במבחן התוצאה ביקש השופט אלרון להעניק להלפרין פיצויים המתעלמים מן הדרישה שהציב. כך או כך, אמות המידה שאתווה 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 רשימה זו.

נוסף על זה, אעמוד על מהותה של דוקטרינת "אובדן היקף העסקים", שאותה ביקש ליישם השופט מלצר – לראשונה כמדומה תוך שימוש מוצהר בשמה בפסיקתו של בית המשפט העליון בישראל – ואראה מדוע הפעלתה במקרה הנוכחי מעוררת קשיים: קושי אחד הוא 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 בשל 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, והלפרין מכרה אפוא מסגרות חלופיות, ובכך למעשה הצטמצם שיעור הנזק שממנו סבלה. אגב כך אתיחס לקשיים העולים מההנחות שלפיהן דוקטרינת "אובדן היקף העסקים" היא דין מצוי או רצוי, סוגיות שלמעשה לא נדונו כלל בחוות דעתו של השופט מלצר.

אפתח בתיאור העובדות והדעות השונות שהובאו בפסק הדין (חלק א). לאחר מכן אשתמש בעובדות הפרשה כתשתית לצורך ניתוח אינטרס הציפייה של נפגע מהפרה של הסכם בלעדיות ותנאי מכירה, ועל פי זה אתווה אמות מידה לתרופה אשר תשים אותו במצב שבו היה אלמלא ההפרה (חלק ב). אז אעבור ללבן את הסוגיה של פיצויים בגין "אובדן היקף העסקים", בייחוד בראי המקרה שלפנינו והאפשרות לקיומן של מכירות חלופיות,

ואסיים בכמה נקודות למחשבה בנוגע לשאלה אם הדוקטרינה היא 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, בשיווק ובהפצה של מסגרות משקפיים. בין הצדדים התקיימו יחסי מסחר שבמסגרתם הייתה הלפרין רוכשת מלוקסאוטיקה מסגרות משקפיים לצורך שיווקן 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". ביום 7.7.2009 התקיימה פגישה בין הצדדים באיטליה שבה הסכימה הלפרין להצעת לוקסאוטיקה, לקבל בלעדיות בשיווק חמישה דגמי מסגרות ממותג "ריי באן" אשר יימכרו לה במחיר נמוך במיוחד.³ כמו כן, הזמינה הלפרין כבר באותה פגישה 8,150 יחידות מאותם דגמים, בהזמנה שהצדדים כינו אותה "הזמנה G". לאחר משא ומתן נוסף חתמו הצדדים, ביום 16.7.2009, על הסכם שאותו כינו הסכם בלעדיות למסגרות "ריי באן", שבכותרתו נכתב בסוף: החל מ-1.1.2010. הסכם קצר זה, המחזיק סעיפים מעטים, הקנה להלפרין כמה זכויות. סעיף 1 להסכם קבע כי עבור אותן יחידות שהוזמנו בהזמנה G יהיו המחירים כפי שהוסכם בין הצדדים. סעיף 2 להסכם קבע כי עבור הזמנות נוספות מאותם דגמים יהיו המחירים זהים, בקביעות. סעיף 3 להסכם קבע כי עבור כל הזמנה עתידית של מסגרת מהקטלוג (למעט הזמנה G) יהיה המחיר שווה למחיר ההספקה הרגיל 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 תהיה הלפרין 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 הציגה לוקסאוטיקה להלפרין אפשרות לשמר את זכות הבלעדיות גם במהלך שנת 2011, כפוף לכך שתרכוש כ-8,000 מסגרות נוספות עד לסוף שנת 2010, אך הלפרין סירבה להצעה זו והגישה תביעה לבית המשפט בדרישה לפיצויים בניין הפרת החוזה. עיקר המחלוקת בין הצדדים נגעה לשאלה אם הלפרין עמדה ביעד הרכישה האמור. לשאלה זו שני צדדים: הצד האחד הוא אם היחידות שהוזמנו כבר בפגישה באיטליה ב-2009, במסגרת הזמנה G, נכללות באותו יעד של 20,000 יחידות; הצד השני הוא ממי יש לחשב את כמות היעד – האם מיום הפגישה באיטליה, כטענת הלפרין, או שמא מיום 1.1.2010, תחילת תקופת הבלעדיות לפי כותרת ההסכם, כטענת לוקסאוטיקה?⁴ על פי דוח

3 לשם הפשטות אכנה את כל המסגרות "ריי באן".

4 פרשת אופטיקה הלפרין עליון, לעיל ה"ש 2, פס' 1-7 לפסק דינו של השופט קרא.

ההזמנות שהוגש לבית המשפט, הספיקה הלפריין להזמין 26,821 יחידות ב-12 החודשים שחלפו ממועד הפגישה באיטליה.⁵ 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, איננה נכללת בכמות היעד. במקרה כזה הלפריין לא עמדה ברף הנדרש, שכן בהתעלם מהזמנה G ביצעה רכישה רק של 18,671 יחידות (8,150–26,821), כאמור לעיל.⁶

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 הלפריין. המשמעות היא שהלפריין עמדה בכמות היעד שנקבעה ל-12 החודשים, והודעת הביטול ששלחה לוקסאוטיקה הייתה חסרת תוקף משפטי. לפיכך לוקסאוטיקה היא שהפרה את החוזה והלפריין זכאית לפיצויים.⁷ אז ניגש בית המשפט המחוזי לחישוב נזקיה של הלפריין בגין אובדן הרווחים שנגרמו לה בשנת 2011. לשם כך הוצגו לפניו חוות דעת מומחים מטעם שני הצדדים.⁸ לענייננו חשובים במיוחד נתונים מסוימים מחוות הדעת מטעם הלפריין, שהייתה נקודת מוצא לצורך כימות הנזק, עבור שתי הערכאות. ראשית נאמדה עלות המכר של יחידה ממסגרות "ריי באן" על סמך נתוני המכירות בשנת 2010, תוך שהובאו בחשבון המבצעים שנקטה הלפריין והעלויות העקיפות, ולפי זה חושב הרווח השולי הנקי למסגרת – סך של כ-355.4 ש"ח. סך הרווח השולי הנקי למסגרת הוכפל ב-20,000 יחידות – לפי כמות היעד על פי ההסכם – והרווח הנקי שהיה צפוי ממכירת מסגרות משקפיים בשנת 2011 הוערך אפוא ב-7,108,574 ש"ח. בדומה לזה נאמד הרווח השולי הנקי לזוג עדשות אופטיות בכ-224.6 ש"ח, ולכן אובדן רווחיה של הלפריין בעבור מכירת עדשות בשנת 2011 הוערך ב-4,491,259 ש"ח.⁹ בית המשפט המחוזי אימץ את חוות דעת המומחה מטעם הלפריין, שלפיה מי שמעוניין במסגרת של המותג היוקרתי "ריי באן" לא יסתפק במסגרת פשוטה אחרת הנמכרת בחנויותיה של הלפריין, וציין כי גם אם נרכשה מסגרת זולה במקום מסגרת "ריי באן" היוקרתית, עדיין נוצר הפסד רווח. לפיכך לא ראה בית המשפט המחוזי מקום להפחית משיעור הרווח הכולל שהוערך.¹⁰ לבסוף דחה בית המשפט המחוזי את טענות לוקסאוטיקה כי הלפריין לא פעלה להקטנת נזק. על בסיס זאת קבע בית המשפט המחוזי את הפיצוי בגין נזקי הפרה להלפריין

5 שם, פס' 28.

6 במאמר מוסגר, לא ברור כיצד לוקסאוטיקה ביקשה להכריז כי הלפריין לא עמדה ביעד המסגרת שנקבע לשנת 2010, כטענתה, כבר ביום 24.10.2010. הרי לפי קו טיעון זה, להלפריין נותרו כחודשיים נוספים לעמידה ביעד. דומה כי בית המשפט לא ייחס לכך חשיבות.

7 ת"א (מחוזי ת"א) 53388-06-11 אופטיקה הלפריין בע"מ נ' Luxottica Group S.P.A 16–23 (נבו) 30.5.2016 (להלן: פרשת אופטיקה הלפריין מחוזי).

8 שם, בעמ' 23–24.

9 פרשת אופטיקה הלפריין עליון, לעיל ה"ש 2, פס' 34 לפסק דינו של השופט קרא, פס' 6 לפסק דינו של השופט אלרון.

10 פרשת אופטיקה הלפריין מחוזי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 24–25.

לסך של 7,108,574 ש"ח – מלוא הרווח הנקי בעבור 20,000 מסגרות, בהתעלם מאובדן הרווחים ממכירת עדשות.¹¹

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, ומכאן – כי היא הפרה את החוזה. עוד טענה לוקסאוטיקה כי ההנחות שבבסיס חוות הדעת מטעם הלפרין, אשר הוזכרו לעיל, שגויות, ועל כן נפסק להלפרין פיצוי יתר אף שלא נגרם לה נזק, וכי אם נגרם נזק, הלפרין לא עמדה בנטל להקטינו. מנגד טענה הלפרין 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.¹²

בבית המשפט העליון קבע השופט קרא, בהסכמת השופטים אלרון ומלצר, כי לשון החוזה והנסיבות מעידות שהלפרין עמדה ביעד ההזמנות על פי ההסכם, ולכן לוקסאוטיקה היא שהפרה את ההסכם בכך שהודיעה על ביטולו.¹³ אולם בכל הנוגע לפיצויים שלהם זכאית הלפרין בגין ההפרה, נחלקו כל דעות השופטים.

השופט קרא סבר כי לטענת לוקסאוטיקה – שלפיה 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 – אין".¹⁴ השופט קרא הוסיף ועמד על הקשיים השונים בהוכחת הנזק מצד הלפרין, ובהם היעדר כל מידע בחוות הדעת מטעם הלפרין על המכירות והרווחים שלה בשנת 2011, אף שנערכה כשלוש שנים לאחר מכן; היעדר כל מידע על מותגי המשקפיים אשר נמכרו ברשת הלפרין בשנת 2011 לצורך הכרעה בשאלה אם שיווקה הלפרין מוצרים תחליפיים כלשהם למסגרות "ריי באן"; היעדר נתונים בדבר הפסד הרווח במקרה של מכירת מסגרות חלופיות, זולות יותר, במקום מסגרות "ריי באן". השופט קרא הסביר כי הנטל לספק תשובות לשאלות הללו רובץ על כתפיה של הלפרין במסגרת נטל הוכחת הנזק; וכי "[...] החוסר בנתונים אשר היו יכולים להיות מסופקים על ידי הלפרין בנקל, צריך להיות לה לרועץ בעת קביעת שיעור הנזק".¹⁵ לכן הוא סבר כי יש להניח שהלפרין מכרה מסגרת חלופית תחת כל מסגרת "ריי באן" שלא סופקה לה במהלך שנת 2011 בשל הפרת ההסכם מצד לוקסאוטיקה. לצורך כימות הנזק הייתה מסקנתו 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

11 שם, בעמ' 26.

12 פרשת **אופטיקה הלפרין עליון**, לעיל ה"ש 2, פס' 17–18 לפסק דינו של השופט קרא.

13 שם, פס' 20–29, פס' 1 לפסק דינו של השופט אלרון, פס' 1 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

14 שם, פס' 35 לפסק דינו של השופט קרא.

15 שם, פס' 36–38.

הלפרין, אשר קבעה כי שיעור עלות המכר הישירה של מסגרת רגילה שמכרה הלפרין היה כ-20% מעלות המכר הישירה של מסגרות "ריי באן". על כן לצורך חישוב הנזק קבע שהרווח השולי למסגרת "ריי באן" הוא 284.3 ש"ח.¹⁶

אשר לכמות המסגרות, הסביר השופט קרא כי 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, וחלקן – 8,439 יחידות – נותרו במחסני הלפרין; וכי לאחר סיום הסכם הבלעדיות מכרה הלפרין בשנת 2011 יותר מ-5,800 מאותן יחידות. לפיכך קבע השופט קרא כי "[...] משמסגרות אלו נמצאו בידיה של הלפרין והיה באפשרותה למוכרן בשנת 2011, הרי שיש להפחיתן ממספר המסגרות על פיהן חושב אומדן הפיצוי לשנת 2011". על כן חישב את נזקה של הלפרין על פי מספר המסגרות שלא עמדו לרשותה בשנת 2011 מתוך כמות היעד, כלומר 11,561 מסגרות (20,000–8,439).¹⁷

אשר לאובדן הרווחים העקיפים בגין מכירת עדשות, קבע השופט קרא כי לפי ההנחה שנמכרו מסגרות חלופיות למסגרות ה"ריי באן" ביחד עם עדשות, הרי שלא נגרם להלפרין אובדן רווח בגין ראש נזק זה. לבסוף דחה השופט קרא את טענת לוקסאוטיקה כי הלפרין לא עמדה בנטל הקטנת הנזק, על בסיס העמדה שלפיה הנפגע מהפרת חוזה איננו מחויב לקבל הצעה חלופית שהציע לו המפר, כל עוד אין מדובר בסירוב לא ענייני.¹⁸ לאור כל זאת קבע השופט קרא את סכום הפיצויים להלפרין בסך 3,283,670.83 ש"ח, המשקף את מכפלת אומדן הרווח השולי הנקי המופחת למסגרת "ריי באן" ב-11,561 מסגרות.¹⁹

השופט אלרון פתח את פסק דינו בהבחנה אנליטית בין שני ראשי נזק שונים שבגינם נתבעו למעשה הפיצויים: האחד, נזק בגין הפרת תנאי הבלעדיות; השני, נזק בגין הפרת תנאי המכירה המוזלים שהובטחו להלפרין. ראשון בחן השופט אלרון את ראש הנזק בגין הפרת תנאי הבלעדיות. הוא ציין כי הוא נכון להכיר עקרונית באפשרות שנזק כזה הוא בר פיצוי, שכן הפסקת זכות שיווק בלעדית למוצר צפויה להביא להגברת התחרות ולהורדת המחירים, ובכך 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, ומכאן כי לא 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, ולכן אם הייתה הלפרין מביאה נתונים כלשהם על מכירות אלה, היא הייתה יכולה לבסס את הטענה שנגרם לה נזק כלשהו מהפסקת הבלעדיות. אולם, לשיטתו, משלא עשתה זאת הלפרין, 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, ולפיה התועלת הכלכלית שציפה להפיק

16 שם, פס' 39 (80% X 355.4 = 284.3).

17 שם, פס' 40–41.

18 שם, פס' 42–46.

19 שם, פס' 41, 48 (סך של 3,283,670.83 מהווה מכפלה של 11,561 [כמות המסגרות] ב-284.03, במקום ב-284.3 [אומדן הרווח השולי הנקי המופחת למסגרת]. לכן, דומה כי נוצר שיבוש כלשהו בחישוב).

מהבלעדיות לא הייתה רבה, אלא דווקא תנאי המכירה המוזלים של המסגרות הם שהובילו לרווחיות העסקה.²⁰

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, ומאחר שיתר החברות בקבוצת הלפרין אינן צד להליך המשפטי, לוקסאוקטיקה טענה כי יש לאמוד את הפיצוי על בסיס 15,000 מסגרות בלבד. השופט אלרון קיבל טענה זו.²¹ אשר לאופן חישוב הפיצוי עמד השופט אלרון שוב על הקושי לקבוע את שיעור הלקוחות שהיו עשויים 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 האחרת לא – 7,500 בכל קבוצה.²²

כבסיס לחישוב אובדן הרווח בגין הפרת תנאי המכירה היה השופט אלרון נכון להסתמך גם הוא על נתון הרווח השולי הנקי מחוות הדעת מטעם 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 השולי הנקי של זוג עדשות בשנת 2010 היה 224.6 ש"ח. לפיכך אומדן הרווח השולי הנקי לכל זוג משקפי "ריי באן" – מסגרת ועדשות – הוא 580 ש"ח. סך זה יש לכפול ב-7,500 מסגרות, וכך סכום הפיצוי יהיה 4,350,000 ש"ח.²³

אשר ל-7,500 המסגרות בקבוצה השנייה – אותם לקוחות אשר היו מסתפקים בקניית מסגרת חלופית – הכיר השופט אלרון בכך שגם בנוגע למסגרות אלה קיים הפסד רווח, הנובע מן ההפרש שבין 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 כמה קשיים. כפי שהוצג לעיל, השופט קרא אמד את ההפחתה של הרווח השולי הנקי לפי חוות הדעת מטעם הלפרין, שבה צוין כי עלות המכר הישירה של מסגרות רגילות היא 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

20 שם, פס' 1–3 לפסק דינו של השופט אלרון.

21 שם, פס' 5.

22 שם, פס' 6.

23 שם.

בעייתי, משום שהרווח השולי מורכב הן מעלות המכר הן מהתמורה ממכירתו. כלומר, פערי המחירים שבהם מוכרת הלפרין את המסגרות ישפיעו גם הם על פערי הרווח השולי. שנית, העובדה שעלות המכר של מסגרות רגילות נמוכה בכ- 80% מעלות המכר של מסגרות "ריי באן" (ולכן שיעורה הוא 20% מעלות המכר של מסגרות "ריי באן") אינה 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**, ולפיה: "[...] באותם המקרים, בהם – לאור טבעו ואופיו של הנזק – ניתן להביא נתונים מדויקים, על הנפגע-התובע לעשות כן, ומשנכשל בנטל זה, לא ייפסק לו פיצוי".²⁴ מסקנתה הייתה כי מאחר שהלפרין לא סיפקה נתונים בדבר מכירות חלופיות, אף שהיה באפשרותה 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 שהלפרין זכאית לו הוא בעבור אובדן המכירות של 7,500 מסגרות "ריי באן" בלבד, שהוערך כאמור ב-4,350,000 ש"ח.²⁵

השופט מלצר הציג דעה שלישית: ראשית, הוא ציין, בדומה לשופט אלרון, כי כמות המסגרות שעבורן זכאית הלפרין לפיצוי היא 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 לפי עקרון הקטנת הנזק, נזקה של הלפרין צריך להיות מחושב על בסיס של 6,561 מסגרות בלבד (8,439–15,000).²⁶ אשר לפיצוי בגין אותן מסגרות, לשיטת השופט מלצר הלפרין זכאית למלוא הרווח השולי הנקי עבורן, בהתעלם מהסוגיה שבה התחבטו השופטים קרא ואלרון – כיצד משפיעה האפשרות של מכירת מסגרת חלופית על מרכיב הפיצוי. זאת, לפי השופט מלצר, לפי דוקטרינת 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 העסקה עם המפר) למצות את התפוקה בנכס הייחודי".²⁷ ביישום הדוקטרינה במקרה דנן קבע השופט מלצר כי יש להביא בחשבון את 15,000 המסגרות שהיו אמורות להגיע להלפרין בשנת 2011 ולהפחית מכמות זו את המסגרות שנשארו לה במלאי – 8,439 – היות שמכירתן מאפשרת להיטיב את נזקה, ועל כן באה בגדר הקטנת הנזק הלגיטימית. עם זאת, ולפי דוקטרינת "אובדן היקף העסקים", אין לנכות מכמות זו – 6,561 – את המסגרות שהיו נמכרות, אם בכלל, במכירות חלופיות של מסגרות נחותות (כפי שהציע השופט אלרון, 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. לפיכך תחשיב הרווח השולי הנקי לכל זוג משקפי "ריי באן" היה לזה של השופט אלרון.²⁸ השופט מלצר הדגיש כי הנטל להוכחת הטענה כי הנפגע לא עמד בנטל הקטנת הנזק מונח על כתפי המפר. אומנם

24 ע"א 355/80 **אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ**, פ"ד לה(2) 800, פס' 4 לפסק דינו של השופט ברק (1981).

25 פרשת **אופטיקה הלפרין עליון**, לעיל ה"ש 2, פס' 7–8 לפסק דינו של השופט אלרון.

26 שם, פס' 3 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

27 שם.

28 שם.

לוקסאוטיקה עמדה לשיטתו בנטל זה בכל הנוגע ליחידות שנתרו במלאי שבאמצעותן יכלה הלפרין להיטיב את נזקיה, אולם לא כך עשתה באשר להוכחתן של מכירות חלופיות שבוצעו במסגרות הזולות, אף שהמידע על כך מצוי בידיה של הלפרין, שכן לדעתו של השופט מלצר, לרשות לוקסאוטיקה עמדו אמצעים דיוניים להגיע למידע זה.²⁹ 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 [...]", ולכן קבע את סכום הפיצויים ל-3,805,380 ש"ח.³⁰ השופט אלרון התייחס בחוות דעתו לעמדה שהביע השופט המלצר והעיר כמה הערות חשובות. אתייחס להערות הללו אגב 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 לכל מסגרת	(7,500)	אין להפחית	הפחתת כמות המסגרות בגין מכירה חלופית
(8,439)	אין להפחית	(8,439)	הפחתת כמות המסגרות שנתרו במלאי בסוף 2010
11,561	7,500	6,561	סה"כ 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
$= 284.3 \times 11,561 = 3,283,670.83$ ³¹	$= (355.4 + 224.6) \times 7,500 = 4,350,000$	$= (355.4 + 224.6) \times 6,561 = 3,805,380$	סך כל הפיצויים

29 שם, פס' 4.

30 שם, פס' 3, 5 (3,805,380 = 6,561 x 580).

31 לעניין החישוב, ראו לעיל ה"ש 19.

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

1. כללי

קל להתרשם עד כמה שונות זו מזו עמדות השופטים בבית המשפט העליון בפרשה דגן 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, אם יש להפחית מכמות המסגרות בנות הפיצוי את המסגרות שנותרו במלאי של הלפרין בסוף שנת 2010; השנייה, אם 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 אעסוק בחלק ג. כללית, אבקש לצדד בעמדת השופט אלרון מבחינת התוצאה ובחלק מנימוקיו, שעליהם אבקש להוסיף ביסוס משלי, בשונה מדרך הניתוח וההנמקה בסוגיית הבלעדיות, כפי שיוצג להלן. כעת אבחן את הסוגיה הראשונה והיא שאלת ההשפעה של המסגרות שנותרו במלאי על היקף הפיצויים להלפרין וכן אוסיף ואתייחס לפיצוי בגין הפרת זכות הבלעדיות. לשם כך ראוי להקדים כמה מילים על ההבחנה הנכונה שביצע השופט אלרון בין ראשי הנזק השונים שייתכן שמהם סבלה 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, אכנה 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, בתנאי שתעמוד ברכישת כמות היעד של המסגרות שנקבעה בהסכם, לשמר את זכות הבלעדיות גם בשנת 2011. אם כך, הרי שמדובר בהסכם בלעדיות ותנאי מכירה שהפרתו מצד לוקסאוטיקה מקנה להלפרין זכות לפיצויים בגין שני ראשי הנזק הללו. אדון 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 שהיה בו אילו קיים 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.³² יסודות הפיצוי הם אלה: 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.³³ מהו אפוא אינטרס הציפייה של הלפרין? לפי הקביעה העובדתית כי הלפרין עמדה בכמות היעד שקבע ההסכם, אזי אלמלא ההפרה היא הייתה זכאית לזכות

32 להרחבה, ראו גבריאלה שלו ויהודה אדר **דיני חוזים – התרופות** 37–68, 281–285 (2009).

33 שם, בעמ' 294–295.

הבלעדיות ולתנאי המכירה שהקנה לה ההסכם, גם בשנת 2011. הווה אומר, הלפריץ ציפתה לרווחים ממכירת מסגרות "ריי באן" בתנאים דומים גם בשנה זו. כפי שצוין, שיעור הפיצוי עבור כל מסגרת "ריי באן" שהייתה הלפריץ מוכרת בשנת 2011 – הרווח השולי הנקי ליחידה – התבסס על הרווח השולי הנקי בשנת 2010.³⁴ המשמעות היא שרווח שולי זה משקלל בתוכו הן את ההנחה שקיבלה הלפריץ מרכישת המסגרות ב-40% ממחיר ההספקה הרגיל (תנאי המכירה) הן את העובדה שיכלה למכור אותן בשוק במחיר ללא תחרות (תנאי הבלעדיות). האם הלפריץ זכאית למלוא הרווח השולי? ועבור כמה יחידות? כאן נכנס הניתוח של אינטרס הציפייה של הלפריץ. בניגוד למשתמע מעמדות השופטים, אין מדובר רק בנוזק בגין אובדן מכירות בשנת 2011. אינטרס הציפייה של הלפריץ איננו הרווח ממכירת מסגרות "ריי באן" בשנת 2011, אלא הרווחים ממכירת המסגרות שהייתה רוכשת בתוך תקופת ההסכם, בייחוד הרווח שהייתה הלפריץ עושה ממכירת מסגרות שהייתה רוכשת במהלך שנת 2011 מכוח ההסכם ומוכרת בהמשך.³⁵ 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. אבאר זאת כעת.

2. כמות היחידות לפיצוי

תחילה יש לשאול מהי כמות מסגרות ה"ריי באן" שהייתה רוכשת הלפריץ בשנת 2011. אם המדד לכך הוא כמות המסגרות שרכשה במהלך 12 החודשים הראשונים של ההסכם, הרי שמדובר ב-26,821 יחידות, לפי דוח ההזמנות.³⁶ אולם בבסיס כל חוות הדעת של השופטים הייתה ההנחה שלפיה כמות המסגרות בנות הפיצוי בשנת 2011 נגזרת מכמות היעד שהכתיב ההסכם. כזכור, כמות היעד לשנת 2010 הייתה 20,000 מסגרות, וכל השופטים ראו בכך נקודת מוצא – גם אם חלקם הפחיתו כמות זו רק למסגרות שהגיעו להלפריץ עצמה מתוך כלל קבוצת החברות שבה (15,000). יש להעיר כי הנחה זו לא בוססה בפסק הדין. לא ברור כלל כי 20,000 המסגרות אשר היוו את כמות היעד לשנת 2010 מהווים את הכמות שהייתה רוכשת הלפריץ בשנת 2011. בשנה הראשונה היה להלפריץ תמריץ לעבור את כמות היעד כדי לממש את הזכות להארכת ההסכם לשנה נוספת. ברם, הסכם זה לא העניק להלפריץ אופציה להארכה נוספת לשנת 2012. זהו לפחות הממצא העובדתי שקבע בית המשפט.³⁷ במצב כזה לא ברור כלל שהלפריץ הייתה רוכשת כמות זהה של מסגרות. מנגד, ייתכן שהלפריץ בכלל הייתה מגדילה את כמות הרכש בשל צפי בגידול מחזור המכירות. במילים אחרות, אין זהות הכרחית בין כמות היעד לכמות הנרכשת. לפיכך ההיקף הישיר שעשו

34 ראו לעיל ה"ש 19, והטקסט הסמוך לה.

35 אומנם ההסכם הופר באוקטובר 2010, ולכאורה הייתה הלפריץ יכולה לרכוש עוד מסגרות, אך לפי המתואר בפסק הדין היא סירבה לרכוש מסגרות נוספות באותה שנה (פרשת אופטיקה הלפריץ עליון, לעיל ה"ש 2, פס' 6 לפסק דינו של השופט קרא).

36 ראו לעיל ה"ש 5, והטקסט הסמוך לה.

37 פרשת אופטיקה הלפריץ עליון, לעיל ה"ש 2, פס' 30 לפסק דינו של השופט קרא.

השופטים מכמות היעד בשנת 2010 לכמות שהייתה רוכשת הלפרין בשנת 2011 אינו כה חד.³⁸

מכל מקום, גם אם כמות היעד לשנת 2010 משמשת אומדן לכמות שהייתה נרכשת בשנת 2011, העמדה שלפיה יש להפחית מכמות המסגרות שעבורן זכאית הלפרין לפיצוי את המסגרות שנותרו לה במלאי בסוף שנת 2010 היא בעייתית. בניגוד לעמדת השופט קרא, שלפיה [...] משמסגרות אלו נמצאו בידיה של הלפרין והיה באפשרותה למוכרן בשנת 2011, הרי שיש להפחיתן ממספר המסגרות על פיהן חושב אומדן הפיצוי לשנת 2011,³⁹ ובניגוד לעמדת השופט מלצר כי יש להפחית [...] את המסגרות שנשארו במלאי של אופטיקה הלפרין (שהרי מכירתן האפשרית באה בגדר הקטנת הנזק הלגיטימית)⁴⁰ – אין בהכרח במסגרות שנותרו במלאי כדי למנוע מהלפרין לרכוש, נוסף עליהן, כמות זהה של מסגרות בשנת 2011 ולמכור גם אותן. בכל הנוגע לנזק בגין הפרת תנאי המכירה, הלפרין ציפתה לרכוש בשנת 2011 מסגרות "ריי באן" בהנחה של 40% ממחיר ההספקה הרגיל. רכישת סחורה במחיר מוזל מגדילה את שולי הרווח. הפרת ההסכם מצד לוקסאוטיקה מנעה זאת. על כן יש קשר סיבתי בין ההפרה לנזק זה כשמדובר בכל אותן יחידות שהייתה הלפרין רוכשת בשנת 2011 ומצליחה למכור. הפחתת כמות המסגרות שנותרו במלאי בשנת 2010 מנעה מהלפרין פיצוי עבור כמות זהה של מסגרות שייטכן שהייתה רוכשת בשנת 2011 בתנאי רכישה 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 עמדת השופט אלרון בנקודה זו, שלפיה אין במסגרות שנותרו במלאי כדי להקטין את הנזק שנגרם להלפרין מכך שבשנת 2011 לא סופקו לה כמות דומה של מסגרות, נראית הולמת יותר.

ניתן בכל זאת להצדיק את העמדה שמבקשת להפחית את כמות המסגרות שנותרו במלאי. אולם הסיבה לכך איננה נעוצה בעובדה שמכירת כמות דומה של מסגרות הייתה ממילא אפשרית בשנת 2011, או שהדבר בא בגדר נטל הקטנת הנזק. הסיבה היא שכמות המסגרות שנותרו במלאי בסוף שנת 2010 עשויה להיות 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 שייטכן שלא 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 המסגרות שנותרו במלאי השפעה על עניין הפיצוי.⁴¹ ואכן,

38 אך ייתכן שהדבר נובע מן העובדה שלוקסאוטיקה לא חלקה על נקודת מוצא זו והתבססה בעצמה על כך בטיעוניה.

39 פרשת אופטיקה הלפרין עליון, לעיל ה"ש 2, פס' 40 לפסק דינו של השופט קרא.

40 שם, פס' 3 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

41 שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט אלרון. שאלה נפרדת, שאין מקום להרחיב עליה כאן, היא על מי מוטל נטל ההוכחה במקרה כזה והאם יש מקום להקל בו, שכן למעשה מדובר בהוכחה של תרחיש היפותטי. מצד אחד, הנפגע נושא באופן מסורתי בנטל הוכחת הנזק במידת וודאות סבירה, גם כשמדובר

הלפרין אינה זכאית לפיצוי עבור סחורה שהייתה רוכשת ולא מצליחה למכור, שכן אז הנזק אינו נובע מההפרה אלא מהכריתה. זהו המצב של "חווה הפסד".⁴² ניתן כמובן להשיב לטענה זו בדרכים שונות. אפשר לומר כי העובדה שלא הצליחה למכור כמות מסוימת בשנת 2010 אינה אומרת שהדבר ימנע ממנה לרכוש כמות זהה של מסגרות בשנה העוקבת ולהצליח למכור; ייתכן שיש לצפות גידול במחזור המכירות. ניתן גם להשיב לטענה על דרך הדוגמה. נניח למשל כי אלמלא הפרת ההסכם הייתה הלפרין 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, שאם לא כן, יש לומר שלא 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" שאותן רכשה במהלך שנת 2010.⁴³ לא ידוע אם 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 לאחר מכן. כוונתי אינה לטעון כי להלפרין הגיע בהכרח מלוא הרווח השולי עבור כל המסגרות שהייתה רוכשת בשנת 2011 – לכך עוד אתייחס בחלק ג – אלא רק לבקר את עצם ההכרעה הבינארית שלפיה לא מגיע להלפרין שום פיצוי עבור כמות דומה לזו של המסגרות 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 ההפרה אכן הביאה לשינוי במחיר השוק ובעקבות זאת לפגיעה ברווח השולי שלה ולגרימה של נזק. 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.⁴⁴ אולם משלא פעלה כך, קבע השופט אלרון כי אין מקום להעניק להלפרין פיצוי כלשהו בגין הפרת תנאי הבלעדיות.⁴⁵ אם

בתביעה לאובדן רווחים עתידיים. מצד שני, וכפי שצוין בפסק הדין עצמו: "בכל הנוגע לראש הנזק של אובדן רווח, עמדה הפסיקה על כך שקביעת שיעור הנזק מחייבת תכופות השערות וניחושים ובהתאם נקבע כי ייתכנו מצבים בהם ראוי יהיה להקל עם הנפגע המבקש לזכות בפיצויים בגין ראש נזק זה" (שם, פס' 33 לפסק דינו של השופט קרא).

42 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 ציפיה, פיצויי הסתמכות, השבת התעשרות ושחזור השקילות החוזית (בעקבות ע"א 1632/98 ארבוס נ' אברהם רובינשטיין ושות' – חברה קבלנית, פ"ד נה(3) 913) **משפטים** לד 91, 128–133 (2004); יהודה אדר "קרן אור על אינטרס ההסתמכות" **ספר אור** 343, 345–352 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים 2013).

43 ראו לעיל ה"ש 17, והטקסט הסמוך לה.

44 פרשת **אופטיקה הלפרין עליון**, לעיל ה"ש 2, פס' 3 לפסק דינו של השופט אלרון.

45 שם.

כן, דומה כי נקודת המבט של השופט אלרון היא שכדי לבסס ראש נזק זה יש להראות כי נוצר הפרש בין הרווח שהיה מושג בעת קיומה של זכות הבלעדיות לרווח שהושג בפועל שלא בבלעדיות, אך הלפרין כשלה בהוכחה 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.⁴⁶ לכן עבור כל אותן יחידות שהייתה רוכשת בשנת 2011 ומוכרת באותה שנה, קרי בתוך תקופת הבלעדיות, לא חשוב מה קרה בפועל למחירים באותה שנה. מסגרות אלה לא סופקו להלפרין, ולכן אין משמעות לשאלה אם ירד מחיר המכירה שלהן, שהרי ממילא לא מכרה יחידות אלה. דומה כי מקור השגיאה הוא בחוסר ההבחנה בין המלאי שכבר סופק להלפרין אך טרם נמכר, למלאי שטרם רכשה. בכל הנוגע לסחורה שלא סופקה, מאחר שנקבע כי הלפרין הייתה רשאית לסרב לדרישת לוקסאוטיקה לביצוע רכש נוסף לצורך שימור זכות הבלעדיות, ומאחר שלא 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 לשתיהן קבוצות: האחת, לאותן יחידות שרכשה כבר בשנת 2010, אבל לא הספיקה למכור באותה שנה – אשר ליחידות אלה שנותרו להלפרין במלאי, לא נגרם לה נזק בשל אובדן תנאי המכירה אלא רק נזק מסוג אובדן המכירה בבלעדיות, אם אכן ירד מחיר המכירה בשוק בשל 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 הסכם הבלעדיות אמור להיות בתוקף.⁴⁷ כלומר, בכל הנוגע לקבוצה השנייה מדובר רק בראש הנזק של הפרת תנאי המכירה.

אמחיש את ההבחנות הללו בדוגמה מספרית: נניח כי מחיר עלות מסגרת שבו 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, ולא חשוב אם בפועל היה מחיר המכירה בשנת 2011, עת הופרה הבלעדיות, 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 $150 - 120 = 30$. 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 $120 - 100 = 20$, ולא $150 - 120 = 30$ (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

46 ייתכן שאפשר לייחס לשופט מלצר הסכמה לכל הפחות למסקנה זו, עת קבע בתמצית, כי אשר לפיצוי על המסגרות יש "[...] לתחשב אותן כאילו הן היו ראויות עדיין לשיווק בשנת 2011 תחת הבלעדיות [...]". (שם, פס' 3 לפסק דינו).

47 עוד על דרישת הקשר הסיבתי העובדתי, ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 32, בעמ' 327–332.

חלק מאינטרס הציפייה של הלפריין. להשלמת התמונה יצוין כי מתוך אינטרס הציפייה הכולל רווח של 50 עבור כל מסגרת שהייתה רוכשת הלפריין בשנת 2011 ומוכרת בתוך תקופת הבלעדיות, סך של $10=100-110$ (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, הייתה הלפריין יכולה להשיג את המסגרות מספק חלופי במחיר השוק ולמכור אותן במחיר מכירה זהה (המשקף את מחיר המכירה בתקופת הבלעדיות), אזי לפי כלל הקטנת הנזק,⁴⁸ 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 הלפריין לא הייתה צריכה להראות קטגורית שחל שינוי ברווח השולי בגלל הפסקת הבלעדיות, שכן הפרש שכזה, אם נוצר, רלוונטי רק ליחידות שרכשה בשנת 2010 וטרם מכרה בשנת 2011 (אותן יחידות שנותרו במחסניה). לפיכך העובדה שהשופט אלרון דרש מהלפריין 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 שהלפריין הייתה רוכשת בשנת 2011 לשניים: מה שהיה נמכר בתוך תקופת הבלעדיות, ומה שהיה נמכר לאחר מכן, וייתכן שברווח נמוך יותר. אשר לסחורה שהייתה נמכרת לאחר סיום תקופת הבלעדיות, הלפריין 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, שיעורו של רווח זה הוא $20=100-120$ לכל מסגרת. פיצוי זה משקף את אובדן הרווח מיחידות שהייתה מוכרת לאחר שנת 2011, בשקלול תנאי הרכישה המוזלים שמהם נהנתה הלפריין עת רכשה את הסחורה בתוך תקופת ההסכם.

אחר כל זאת יש לומר כי במבחן התוצאה המעשית השופט אלרון התעלם לכאורה מהדרישה שהציב בפני הלפריין – להוכיח כי אכן נגרם לה נזק מאובדן הבלעדיות. כאמור בחלק א, הוא ביקש להעניק לה פיצוי בעבור המכירות העתידיות שהפסידה לפי רווח שולי הזזה לזה של שנת 2010.⁴⁹ רווח כזה 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 הלפריין ממכירת מסגרות [ריי באן], ולוקסאוטיקה אף טענה שהפרת תנאי הבלעדיות לא גרמה להקטנת רווחיה של אופטיקה הלפריין".⁵⁰ על כך יש להעיר שתי הערות: ראשית, תמוהה העמדה השיפוטית כי אף שהלפריין לא הניחה תשתית עובדתית המראה על שינוי

48 ס' 14 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970.

49 ראו לעיל ה"ש 20, והטקסט הסמוך לה.

50 פרשת אופטיקה הלפריין עליון, לעיל ה"ש 2, פס' 6 לפסק דינו של השופט אלרון.

ברווח השולי, היא בכל זאת זכאית לפיצוי בעבור ראש נזק זה. כפי שעוד נראה בהמשך, השופט אלרון עצמו הוא שביקר את עמדת השופט מלצר שלפיה 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 אחזור על הדברים שנכתבו בנוגע לאינטרס הציפייה. שנית, דבריו של השופט אלרון, כי טענת לוקסאוטיקה – שלפיה הפרת תנאי הבלעדיות לא גרמה להקטנת רווחיה של הלפרין – עומדת לה לרועץ, מתעלמת לכאורה מדרישת הוכחת הנזק המוטלת על הלפרין בעבור ראש הנזק של אובדן זכות הבלעדיות ממכירת המסגרות שנוותרו לה במלאי בסוף שנת 2010. ההסבר לכך הוא שאף אחד מהשופטים לא דן באפשרות פיצוי כזאת. כל השופטים דנו בשאלה אם 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 שנוותרו לה במלאי ושטרם מכרה. לכאורה, יכול שנגרם להלפרין נזק גם בעבור יחידות אלה.

לפי ההבחנה שביצעתי לעיל, מלבד המכירות שהפסידה הלפרין ממסגרות שהייתה רוכשת בשנת 2011, היא הייתה יכולה לטעון שאת המסגרות שנוותרו לה במלאי בסוף שנת 2010 מכרה בשנת 2011 במחיר נמוך יותר עת הופר ההסכם, שכן אובדן זכות הבלעדיות גרם להגברת התחרות ולירידת מחירי המכירה בשוק. אומנם במבחן המעשה נראה שאכן לא היה ראוי לפצות את הלפרין על כך, שכן היא לא הביאה נתונים שהיו ברשותה על 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 באשר לאפשרות פיצוי זו, בעבור היחידות שנוותרו להלפרין במלאי בסוף שנת 2010, שכאמור לא נדונה כלל בפסק הדין; הם אינם רלוונטיים ואינם מדויקים בכל הנוגע למסגרות שהייתה רוכשת הלפרין ומוכרת בתוך תקופת הבלעדיות במהלך שנת 2011.⁵¹

4. סיכום ביניים: אמות המידה לפיצוי

לסיכום הדיון בחלק זה ניתן להצביע על שתי מסקנות עיקריות לכימות הפיצוי במקרה של כישלון עסקת הספקה של סחורה שנמכרה או הייתה עתידה להימכר בבלעדיות. ראשית, אומדן כמות היחידות שעבורן זכאית הנפגעת לפיצוי נגזר ממתן מענה לשאלה מהי כמות

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

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 בשל תנאי הרכישה האטרקטיביים שהסכם בלעדיות עשוי להקנות, 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 לפי תנאי ההסכם, ללא קשר לשאלה אם ירד מחיר המכירה בגלל הפרת ההסכם, שכן אינטרס הציפייה של הנפגעת בגין אותן יחידות כלל מכירה בתנאי בלעדיות. עבור 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 בעניינן של 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 אעבור לבחון את הסוגיה השנייה שעמדה במוקד המחלוקת – אם 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 היא על שיעור הנזק ועל אופן חישוב הפיצוי. אגב כך אעמוד על טיבה של דוקטרינת "אובדן היקף העסקים" ועל אופן יישומה בפסק הדין בידי השופט מלצר.

ג. פיצויים בגין "אובדן היקף העסקים"

דעות השופטים נחלקו גם בשאלה אם 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 אבקר את עמדת השופט מלצר ואראה מדוע יישום הדוקטרינה במקרה דנן מעורר קשיים. תחילה אבאר 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 האמריקני – Lost

Volume⁵². במצב הרגיל, נפגע מהפרת חוזה זכאי לאובדן הרווח מן ההפרה כפוף לנטל הקטנת הנזק. הוזה אומר, אם לאחר ההפרה יכול הנפגע להשיג את המשאב האבוד, כולו או חלקו, ממקור חלופי, אזי לפי נטל הקטנת הנזק הוא זכאי רק לאובדן הרווח שלא נמנע מן העסקה החלופית. לדוגמה, אם חברה המייצרת מטוסים התקשרה בהסכם לייצור 50 מטוסים עם לקוח, וזה הפר את ההסכם, אזי בהנחה שהצליחה להתקשר בהסכם עם לקוח אחר לייצור 30 מטוסים, היא תהיה זכאית לפיצוי בשל אובדן רווח רק בגין 20 מטוסים. ואם הצליחה להתקשר בהסכם אחר לייצור 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, בהנחה שלא פעל במלוא תפוקתו. מי שסובל מ"אובדן היקף עסקים" הוא מי שהיכולת שלו לספק שירותים, לייצר, או למכור את הנכס מושא ההפרה מספיקה דיה כדי לענות על הביקוש מצד כל הלקוחות המבקשים לרכוש ממנו את הנכס או את השירות שהוא מספק במועד ההפרה, וכך ההפרה אינה מונעת הפקת רווח מכמה עסקאות בד בבד.⁵³ במילים אחרות, מדובר בעסקה נוספת שהנפגע היה יכול לעשות ולא בעסקה חלופית.⁵⁴ מבחינה אנליטית ניתן לומר כי במקרה הרגיל הפרת ההסכם הראשון הובילה את הנפגע להתקשרות בעסקה החלופית כדי להקטין את נזקו, ואילו לפי

52 דינאל פרידמן ונילי כהן חוזים ד 591–594 (2011).

53 ARTHUR L. CORBIN, CORBIN ON 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, 581 (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 של שוק תחרותי משוכלל המשמעות היא שהשוק אינו נמצא בנקודת שיווי משקל ולכן כוחות השוק יגרמו לכך שמחיר המוצר ירד עד לנקודת שיווי המשקל. ראו עדי אייל "ניתוח כלכלי ומשפטי של דיני ההגבלים העסקיים" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך ראשון 111, 116 (מיכל שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים (2008).

54 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 52, בעמ' 591. השו"ג פרשת אופטיקה הלפרין עליון, לעיל ה"ש 2, פס' 11 לפסק דינו של השופט אלרון.

דוקטרינת אוברדן היקף העסקים אין קשר סיבתי בין ההפרה של ההסכם הראשון לכריתת ההסכם הנוסף – ממילא הנפגע היה מסוגל לבצע את שתי העסקאות והיה מתקשר בשתייהן.⁵⁵ 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 על הרווח שהפסיד מהעסקה הראשונה, אף שבינתיים התקשר בעסקה נוספת. בנתוני הדוגמה הקודמת, אם ברגע נתון החברה אינה יכולה לייצר יותר מ-50 מטוסים, אזי התקשרות בהסכם עם לקוח אחר לייצור 50 מטוסים משמעה כי לא נגרם לה נזק, ואילו לפי ההנחה שקיבולת הייצור של החברה היא יותר מ-100 מטוסים, לא פעלה החברה במלוא תפוקתה והיא זכאית לפיצוי עבור מלוא אוברדן הרווח מהעסקה שהופרה – בגין 50 מטוסים – אף אם בינתיים התקשרה בעסקה לייצור של 50 מטוסים נוספים.

יש לציין כי מגבלת התפוקה או הקיבולת שביסוד הדוקטרינה איננה נחלתו של היצרן בלבד. בדומה לזה, על פי תורת ה-*Lost Volume*, מי שמספק שירותים ונפגע מהפרת חוזה זכאי לדרוש את מלוא אוברדן הרווח מחוזה השירות שהופר מבלי ש"יוטל עליו הנטל" להתקשר בחוזה שירות אחר, בהנחה שהוא מסוגל לספק שירותים נוספים בו זמנית.⁵⁶ הדבר מנוגד למה שעלול להשתמע, למשל, מפסק דין דלג'ו, שבו הוגבל שיעור הפיצויים של ספק שירותי תחזוקה למערכות מיזוג לאוברדן רווחים של שנתיים מתוך חוזה שירות של שבע שנים שהופר, כאשר נקבע כי לאחר תקופה זו היה הספק יכול להשיג חוזה שירות חלופי ובכך להקטין את נזקו.⁵⁷ כמו כן, בגדרי הדוקטרינה נכלל גם מוכר אשר לקוח מתכחש לעסקה עימו ובעקבות זאת 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 לעמוד בביקוש ולהשיג מלאי נוסף של אותו מוצר ממחסניו או מהספק,

55 דוגמה פשוטה למי שאינו יכול לטעון כי ביצע עסקה נוספת ולא עסקה חלופית 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 והיא בבחינת עסקה חלופית, שכן שטח הפרסום הייחודי מוגבל לעסקה אחת.

56 השוו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 52, בעמ' 592. ראו גם להלן ה"ש 94, והטקסט הסמוך לה.

57 ע"א 8588/06 דלג'ו נ' אכ"א לפיתוח בע"מ, פס' 28 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו 11.11.2010) ("הערכת הנזק לחברה למשך שנתיים בלבד מתוך שבע השנים שנותרו 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"). לפי ההנחה שהנפגע יכול לספק בו זמנית יותר מחוזה שירות אחד, אזי על פי דוקטרינת "אוברדן היקף העסקים" הוא זכאי למלוא אוברדן 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 (ראו להלן ה"ש 92 והטקסט הסמוך לה).

ומכאן שההתקשרות בעסקה השנייה אינה מאיינת את הרווח שהיה יכול להשיג מהעסקה הראשונה שהופרה.⁵⁸

לבסוף 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 אינה אומרת שמדובר בעסקה נוספת, שכן לא ניתן לייצר את שני המוצרים באותה עת, וההתקשרות בעסקה הנוספת באה בגדר 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 אם הנפגע הוא הקונה או המוכר בחוזה שהופר; הבחנה שנייה נוגעת למיהותו של הנפגע בשרשרת הייצור וההספקה – האם הוא יצרן, ספק או מוכר? הצטלבות בין שתי הבחנות אלו מסרטטת אמות מידה שונות באשר למקרים האלה: 1. יצרן שלקוח הפר חוזה איתו; 2. מוכר שלקוח הפר חוזה איתו; 3. יצרן שספק הפר חוזה איתו; 4. מוכר שספק הפר חוזה איתו.⁵⁹ 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 שהוזכרה לעיל. במקרה השני, שעליו עמדתי לעיל בדוגמת המוכר, יש להניח כי למוכר יש בהכרח אפשרות להשיג מלאי נוסף של המוצר אשר ביקש למכור לקונה.⁶⁰ בשני המקרים הראשונים הנפגע מצוי בצד ה"מוכר" בעסקה שהופרה, והם למעשה המקרים העיקריים 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 שעליה עמדו, למשל, גבריאלה שלו ויהודה אדר, והיא ההבחנה שבין אובדן ערך לבין אובדן רווח.

אובדן ערך הוא הפסד הערך הכלכלי הישיר הנובע מאי־זכייה במשאב החוזי המיוחל שהמפר התחייב בחוזה להעניק לנפגע (נכס, כסף, שירות או זכות אחרת). אובדן רווח הוא

58 להוציא את עלויות קיום העסקה שנחסכו מהמוכר, ראו CORBIN, לעיל ה"ש 53. טיעון כוללני זה חשוף לביקורות ודורש הבחנות (ראו להלן, בחלק ג.7 למאמר זה). כך למשל, אם רכישה של סחורה נוספת מהספק או מהיצרן תעלה למוכר יותר, מכוח עקרון העלות השולית הגדלה, למשל בשל גידול בעלויות האחסנה, אזי לפי זה יצטמצם שיעור הרווח – "היקף העסקים" שאבד. זהו אחד ה"אילוצים" שכוחות השוק מציבים בפני המוכר (ראו להלן ה"ש 99).

59 ב"מוכר" הכוונה היא למי שנמצא בעסקה ספציפית בצד שמוכר את הסחורה אף שהוא יכול להיות ספק בעצמו, כמו סיטונאי. הוא הדין ב"לקוח", אשר יכול להיות גם מוכר בעצמו, אך בעסקה הספציפית הוא נמצא בצד שקונה את הסחורה, כמו קמעונאי.

60 ראו לעיל ה"ש 53, והטקסט הסמוך לה.

הפסד תוצאתי-עקיף המתבטא באובדן היכולת להפיק פירות כלכליים מן המשאב החוזי המובטח.⁶¹ במקרה של אובדן 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 – ואילו על אובדן רווחים כלל הפיצוי הוא אחר – הרווח הנקי שהיה מתקבל מניצול המשאב החוזי.⁶² בפרשה דנן, הן בית המשפט המחוזי הן בית המשפט העליון לא תיארו את אובדן הרווח ממכירת המסגרות כנזק תוצאתי עקיף.⁶³ כאשר קמעונאי הוא הקונה בחוזה שהפר הספק, כמו בענייננו, אובדן הרווח הוא נזק עקיף, שכן המשאב החוזי שהובטח לו הוא הסחורה (בניגוד למוכר של מוצר שאובדן הרווח שלו מעסקה שהפר עימו הלקוח הוא נזק ישיר). לכך יש כמה משמעויות, בדמות קשיי הוכחה לא מבוטלים אשר הערכת פיצויים בגין אובדן רווח עקיף טומנת בחובה. קושי אחד הוא בעצם הוכחת התהוות הנזק – על כך עמדתי לעיל בחלק ב, כשתיארת 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.⁶⁴ קושי שני הוא בכימות הנזק של אובדן רווח. בשונה מפיצויים בגין אובדן ערך, הניתנים לחישוב באופן פשוט יחסית 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 אין מדובר בנזק תוצאתי "מרוחק" שהמפר לא היה יכול לצפותו.⁶⁵ 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.⁶⁶ למשל, אם מדובר בחוזה להספקת קמח,

61 שלו ואדר, לעיל ה"ש 32, בעמ' 406–409.

62 שם. לאופן חישוב הרווח הנקי ראו שם, בעמ' 443–444.

63 להפך, צוין כי הנזק העקיף הוא אובדן הרווחים ממכירת עדשות. ראו פרשת אופטיקה הלפרין עליון, לעיל ה"ש 2, פס' 40 לפסק דינו של השופט קרא, פס' 3 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

64 ס' 11 (א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) ("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").

65 להרחבה על הבעיות המתעוררות בפיצוי על אובדן רווח, ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 32, בעמ' 442–451.

66 ס' 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) (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, Hadley v. Baxendale, (1845) 156 Eng. Rep. 145; 9 Ex. C.R. 341. השו"ג Robert J. Harris, *A Radical 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 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,

סביר כי הנפגע – בין שהוא יצרן המשתמש בקמח כחומר גלם ובין שהוא קמעונאי המוכר את הקמח ללקוחותיו – היה יכול להשיגו, בשלב מסוים, מספק אחר. הדבר היה בא גם בגדרי נטל הקטנת הנזק. במקרה כזה הנפגע היה זכאי כמדומה לפיצוי על הנזק הישיר של אובדן ערך בלבד, שהוא ההפרש שבין עלות הקמח בשוק למחיר החוזי שהובטח לו, אם קיים הפרש כזה. ויודגש שכך הדבר גם בהסכם שכולל תנאי רכישה מוזלים – ההבדל היחיד הוא שההפרש בין מחיר השוק למחיר החוזי יהיה גדול יותר בשל התנאים המיטיבים בחוזה. אולם היות שבפרשה דנן לא היה אפשר להשיג את מסגרות ה"ריי באן" מספק אחר בשוק אלא מלוקסאטיקה, ובכך להעניק פיצויים רק על אובדן ערך – הרי שהנזק שנותן לבחון הוא הנזק העקיף של אובדן הרווחים.⁶⁷ משהנחתי את היסודות שבבסיס הדוקטרינה, אעבור לבחינתה בראי הפרשה שלפנינו.

3. יישום הדוקטרינה בפרשה דנן – המקרה שבו הנפגע מהפרה הוא בצד ה"קונה" והמפר הוא ספק

לאחר שעמדתי 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, מכיוון שכמות חומר הגלם בשוק מוגבלת, ולא היה אפוא באפשרותו לרכוש את אותה כמות מספק אחר. נוסף על זה, קיבולת הייצור שלו מאפשרת לו להמשיך ולייצר ברווח (זהו היקף העסקים שאבד).⁶⁸ האם אותו היגיון חל גם על המקרה הרביעי, של מוכר שספק הפר חוזה איתו? למוכר אין קיבולת ייצור. כפי שהוסבר בעניין המקרה השני, של לקוח שהפר חוזה עם מוכר, המדד הרלוונטי הוא קיבולת ההספקה של המוכר – אם 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

result in ruinous liability for defendant. The rule of *Hadley v. Baxendale* exists to prevent just
.(this result")

67 השור, Robert Childres, *Buyer's Remedies: The Danger of Section 2-713*, 72 NW. U. L. REV. 837, 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. Consequential he should recover, within (tolerable standards, but not 'together with' anything")

68 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 52, בעמ' 592-593 ("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").

הספקה של הסחורה בזמן הדרוש לצורך מסירה ללקוח. אם בידי מוכר כבר יש צבר הזמנות מצד לקוחות והספק הפר עימו חוזה הספקה, הוא אומנם יכול לטעון כי ההתקשרות עם ספק נוסף גרמה בכל זאת לאובדן רווחים, שכן היא לא כללה את מלוא הסחורה הדרושה לעמידה בצבר הזמנות הקיים, אך מצב כזה אינו חלק מהדוקטרינה. שהרי, בשונה מהמקרה הטיפוסי, למוכר כבר נוצרה הסתמכות, ואולי אף שינה מצבו לרעה – אם התחייב לספק את הסחורה, הרי שהוא חשוף להפרת החוזה שלו עם הלקוח. במקרה כזה האפשרות כי המוכר סבל מאובדן רווח היא ממשית ועולה ישירות מהעובדה כי הוא כבר התקשר בעסקת מכירה עם לקוח. מכל מקום, בענייננו אין מדובר בצבר הזמנות קיים אלא בטענה לאובדן רווחים עתידיים ממכירות עתידיות ללקוחות שלא התבצעו בשל הפרת הסכם הספקה. אולם אם הפרת החוזה היא מצד הספק, העסקה הנוספת הנטענת, לפחות על פי ההגדרה המושגית של הדוקטרינה, צריכה 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.⁶⁹

דא עקא, אלה לא העובדות במקרה דנן. בפרשת **אופטיקה הלפרין** העסקה הראשונה שהופרה היא עסקת ההספקה עם לוקסאוטיקה, אולם לא בוצעה "עסקה נוספת" עם ספק אחר.⁷⁰ לפיכך מסגור העניין כחלק מהדוקטרינה חוטא למהות שלה. האפשרות לשכלול עסקה נוספת היא תנאי הכרחי לכך שלנפגע יש "שוק זמין" שבאמצעותו היה יכול להרחיב את "היקף העסקים" שלו.⁷¹ 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 בוצעה 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".⁷² אבהיר כעת את אמות המידה לבחינת טענה כזאת ואראה מדוע היא אינה משכנעת במקרה הנוכחי, בשל האפשרות כי הלפרין ביצעה מכירות אחרות חלף הסחורה שלא סופקה לה עקב ההפרה.

69 מדובר בטיעון פשטני שחשוף לביקורות ודורש הבחנות (ראו להלן, בחלק ג.7 למאמר זה).

70 השוו לדבריו של השופט אלרון בפרשת **אופטיקה הלפרין עליון**, לעיל ה"ש 2, פס' 11–12 לפסק דינו (שם הוא מציין כי העלאת טענה לאובדן היקף עסקים מצד הקונה בגין הפרת הסכם עם ספק היא טענה נדירה, אשר כוללת מאפיינים מיוחדים ואינה "המקרה הטיפוסי"). אולם הטענה שלי כאן היא כי בעובדות הפרשה דנן אין מדובר כלל במקרה הנכנס בגדר דוקטרינת "אובדן היקף העסקים" אלא במקרה רגיל של טענה לנזק תוצאתי-עקיף של אובדן רווח עתידי.

71 אך ספק אם זהו תנאי מספיק (ראו להלן, בחלק ג.7 למאמר זה).

72 פרשת **אופטיקה הלפרין עליון**, לעיל ה"ש 2, פס' 6 לפסק דינו של השופט אלרון (המזכיר מונח זה כבדרך אגב, אך אינו עומד על ההבחנה בינו לדוקטרינת אובדן היקף העסקים).

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 ככלל), נתונה לביקורת מעשית נפרדת. מתן פיצוי מלא על אובדן הרווחים העתידיים משמעו שהלפרין איבדה נתח שוק שלם של לקוחות. טענה כזאת 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.⁷³ במקרה שלנו להלפרין עמדה זכות לבלעדיות גם בשנת 2011, ועל פי עובדות פסק הדין, מרגע ההפרה והפסקת ההספקה מצד לוקסאוטיקה לא יכלו הלקוחות לרכוש את מסגרות ה"ריי באן" כלל, שכן הן לא היו זמינות עוד בשוק המקומי במרבית אותה שנה, מלבד אלו שנותרו במחסני הלפרין. 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 שיש 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 אין חפיפה בין שתי קבוצות אלה.⁷⁴ זוהי כאמור לא טענה של "אובדן היקף עסקים" אלא טענה לאובדן נתח שוק. לטעמי, במקרה דנן טענה זו אינה מבוססת, בלשון המעטה. הטענה שמדובר ב"מותג" – אם לכך התכוון השופט מלצר בציניו כי מדובר בנכס ייחודי – אינה משמיעה א-פריורית כי אנשים אינם מוכנים להסתפק במוצר אחר, דומה לו או נחות יותר.⁷⁵ כשמדובר בחנות אופנה ובייחוד בחנות למכירת משקפיים, אשר כוללת כמה מותגים, לקוחות יכולים להחליט לרכוש מוצר שונה מזה שלשמו נכנסו לחנות מכמה סיבות, כגון שינוי דעה או טעם אישי לאחר מדידת המוצר;

73 להרחבה על הגדרת מוצרים תחליפיים, ראו מנחם פרלמן "הגדרת שווקים" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים כרך ראשון 167, 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).

74 להוציא, אולי, את קבוצת הלקוחות שמעוניינים לקנות יותר מזוג משקפיים אחד, ובפועל יבואו לחנות אך יקנו, למשל, מסגרת רגילה אחת במקום לרכוש עוד מסגרת ממותג "ריי באן", אשר אינה זמינה למכירה.

75 השוו אייל, לעיל ה"ש 53, 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 [...] מצב 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 למותג אחר").

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 בשל הפרת החוזה מצד הספק שלה אין במלאי החנות מסגרות "ריי באן", ולכן לקוחות פוטנציאליים לא חזרו לדרכם כלעומת שבאו, אלא סביר שנכנסו לחנות ובחנו אפשרות לרכישת מסגרות אחרות. ספק גם אם הנחת השופט מלצר הולמת את האפשרות שיש לקוחות שפשוט באים לחנות מבלי לדעת מראש איזה מותג משקפיים הם רוצים. נראה לא סביר לטעון כי אין באמת כאלה. בהקשר שלנו מדובר 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, אין זו התפשרות כלל.

ובכן, בין שנאמר כי קיים קשר סיבתי בין הפרת הסכם ההספקה לעצם רכישת כמות מסוימת של מסגרות אחרות בידי לקוחות מסוימים ובין שנאמר כי יש לנכות מן הפיצויים בגין הפרת הסכם ההספקה את טובת ההנאה שצמחה לנפגע מן ההפרה – הרווח מהמכירה החלופית – התוצאה היא כי הנפגע אינו זכאי למלוא אובדן הרווח כפי שביקש להעניק השופט מלצר.⁷⁶ כך במיוחד בעובדות של המקרה הנוכחי, שלפיהן מעת ההפרה נפסקה במרבית שנת 2011 הספקת מסגרות ה"ריי באן" ששווקו בישראל בבלעדיות להלפרין. אם הלפרין שלטה בלעדית 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 "ואקום". כאשר למוצר יש תחליפים, כוחות השוק פועלים וממלאים את החלל הריק שנוצר, ועודף הביקוש בשוק יגרום לעלייה בביקוש למוצרים התחליפיים.⁷⁷ למשל, אם יצרן א של גבינה לבנה כושל בהספקתה לקמעונאי, הדעת נותנת כי המכירות של הקמעונאי מגבינה לבנה של יצרן ב תצמחנה. בדומה לזה, 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 למותג של משקפי ראייה.⁷⁸ אומנם ניתן לטעון כי אם יש 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.⁷⁹

76 על ניכוי טובת הנאה שצמחה מן ההפרה, ראו להלן ה"ש 80.

77 השוו ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213, פס' 20 (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").

78 השוו גם לסלוגן של אופטיקה הלפרין – "משקפיים הם מוצר צריכה בסיסי".

79 ראו למשל הגדרת "טובין תחליפיים" בס' 1 לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), התשס"א–2001 ("הקבוצה המצומצמת של טובין שהם תחליפים ישירים ומשמעותיים בעיני הצרכן,

5. נטל הקטנת הנזק, הוכחת שיעור הנזק ואופן חישובו

בניגוד לעמדת השופט מלצר, וכפי שהעיר השופט אלרון, האפשרות שהלפרין מכרה מסגרות חלופיות איננה נוגעת לשאלה של הקטנת נזק אלא לעצם קיומו של נזק – אם שולי הרווח שלה בכלל נפגעו, ואם כן, באיזה שיעור. שכן, המכירות החלופיות הן תוצאה של גורם חיצוני (כוחות השוק) שאינו פרי מעשהו של הנפגע.⁸⁰ נטל הקטנת הנזק נוגע במקרה הנוכחי לשאלה אם 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, משום שצורת חישוב הנזק לכל קבוצה היא שונה. בכל הנוגע ללקוחות שלא היו מסתפקים במסגרת חלופית, אם קיימים כאלה, מובן כי הלפרין זכאית למלוא אובדן הרווח השולי בגינן. זהו אינטרס הציפייה שלה, ואפנה לדברים שצוינו 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. אשר לנקודה זו, של אופן חישוב הפיצוי, יש ממש בביקורת של השופט אלרון, שלפיה הפחתת הרווח השולי של מסגרת "ריי באן" על דרך האומדן ב-20% משום ששיעור עלות המכר של המסגרת החלופית היה 20% מזה של מסגרת "ריי באן" – כשיטת השופט קרא – היא בעייתית. שכן עלות המכר אינה פרמטר בלעדי בקביעת שולי הרווח אלא גם התמחור הוא פרמטר בקביעה זו. מותגים ידועים כבעלי תג מחיר גבוה גם אם עלות הייצור שלהם אינה כה גבוהה. אשר ליחס החלוקה שבין 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. אם אכן היה אפשר לרכוש מסגרות "ריי באן" בארץ רק בחנויות הלפרין, יש בסיס לסברה שאומדן של 50% לקוחות שלא היו מסתפקים במסגרת חלופית הוא גבוה – לפי הנימוקים שהוזכרו לעיל. כך בייחוד 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

לרבות בהיבט הגאוגרפי כגורם משפיע על שוק המוצר, ראו פרלמן, לעיל ה"ש 73, בעמ' 185–187.

80 על יחס שבין נטל הקטנת נזק לניכוי טובת הנאה שצמחה למפר עמדו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 52, 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 סכסוך סוכנות לנכסים בע"מ נ' בלום, פס' 32 לפסק דינו של השופט עמית (נבו) (29.1.2015).

מרצון להתחדש. נראה כי הנחה מחמירה 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 בשל שולי הרווח הגבוהים ממכירת מסגרות ה"ריי באן" שסופקו לה כזכור ב-40% הנחה ממחיר ההספקה הרגיל. השופט אלרון בחר להציב בפני הלפרין רף גבוה ולא לפצותה כלל. נקודה זו מעניינת גם מהפן הפרוצדורלי. השופטים קרא ואלרון קבעו, על פי הלכת **אניסימוב**, כי במקרים שבהם ניתן להביא נתונים מדויקים על אודות שיעור הנזק, על הנפגע הנטל לספקם כדי להוכיח תביעתו, והשופט מלצר, לעומתם, מציין כי ללוקסאוטיקה "[...] עמדו אמצעים דינויים להגיע למידע זה, והיא לא פעלה כנדרש על מנת להשיגו [...]".⁸¹ דומה כי הדין עם השופטים קרא ואלרון. אף אם מדובר בראש נזק של אובדן רווחים עתידיים, שהוא בעל אופי ספקולטיבי, על הנפגע מוטל הנטל לספק נתונים עובדתיים אם ניתן לאמוד בעזרתם את היקף הנזק.⁸² ספק רב אם הלפרין עמדה בנטל זה בשל 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, נוסף על גידול כללי אפשרי במחזור המכירות השנתי, היה יכול להיות אינדיקציה כי אכן שיעור הנזק שנגרם להלפרין היה נמוך. כפי שעולה מעובדות פסק הדין, הרווח התפעולי של הלפרין בשנת 2011 אף גדל.⁸³ הדבר עשוי ללמד שבפועל אכן חל גידול במכירות של יתר המסגרות לעומת שנת 2010, בשל 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, אין מדובר בסוגיה משפטית סבוכה. למעשה, מדובר בנגזרת מן הקביעה מהו שיעור הלקוחות שהיו מוכנים להסתפק במסגרת חלופית. אשר לקבוצת 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.⁸⁴ לפי ההנחה שמדובר בנזק צפוי, דומה כי הלפרין זכאית לפיצוי גם בגינו, 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 בגין קבוצה זו נזק של אובדן רווח ממכירת עדשות.

81 פרשת **אופטיקה הלפרין עליון**, לעיל ה"ש 2, פס' 4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

82 שלו ואדר, לעיל ה"ש 32, בעמ' 345–351.

83 פרשת **אופטיקה הלפרין עליון**, לעיל ה"ש 2, פס' 36 לפסק דינו של השופט קרא.

84 בהנחה שאין אפשרות כי יש לקוחות אשר רוכשים רק מסגרות משקפיים ואילו את העדשות רוכשים בחנות נפרדת, או אולי אף מעבירים עדשות מזוג משקפיים קודם.

6. דין מצוי?

יש להדגיש כי מלבד אופן היישום הקונקרטי של דוקטרינת "אובדן היקף העסקים", פסק דינו של השופט מלצר מפתיע גם בהיבט אחר. השופט מלצר מסתפק בהסבר קצר יחסית ובהפניה לספרם של דניאל פרידמן ונילי כהן, כאילו דוקטרינה זו ידועה בהיותה חלק מהדין הנוהג ומיושמת בבתי המשפט בישראל מימים ימימה. דא עקא, שעד לפסק הדין בעניין **אופטיקה הלפרין**, למיטב בדיקתי, לא בחן בית המשפט העליון את האפשרות להחיל דוקטרינה זו ואף לא יישם אותה בעבר כאשר הוא "קורא לילד בשמו" (ואזכיר שוב את עניין **דלג'ו**, שם אף ניתן לפרש את הפסיקה כהתנגדות למהות הדוקטרינה, אך ספק אם הוקדשה לכך מחשבה רבה). השופט מלצר אומנם מפנה להשוואה לפסק דין **קורפו**, אולם עיון בו אינו מעלה כל שימוש בדוקטרינה או אזכור שלה.⁸⁵ פסק הדין מעניק למערערים שם סעד הצהרתי שלפיו 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 כזה היה דורש מבית המשפט להשיב על השאלה אם יכלו המערערים שם, בו זמנית, לספק הן שירותים משפטיים לעסקה מושא פסק הדין הן שירותים משפטיים נוספים ובאיזה שיעור רווח. אומנם פסק הדין מוזכר בספרם של פרידמן וכהן, אך רק לצורך דוגמה היפותטית, כפי שכתבו המחברים, משניתן רק סעד הצהרתי ולא נדונה שאלת הפיצויים, ממילא ירדה שאלת הקטנת הנזק מן הפרק.⁸⁶

למעשה, כל ההתייחסויות המובאות בספרם של פרידמן וכהן הן מן הספרות והפסיקה האמריקנית.⁸⁷ מבדיקה שנערכה על פסיקה ישראלית במאגר נבו אותרה רק התייחסות אחת לדוקטרינה בהחלטתו של השופט גרוסקופף בבית המשפט המחוזי בעניין **רוזנבוך נכסים** משנת 2019.⁸⁸ באותו מקרה נדונה נוסחת חישוב של הבנקים לעמלת פירעון מוקדם. עמלה זו נגבת 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 ההלוואה ממשיכה להיפרע כסדרה, במועדים הנקובים בחוזה ההלוואה. כמה הוראות מסדירות את הדין בנוגע להקדמת מועד חיוב ובייחוד לפירעון

85 ע"א 8854/06 **קורפו נ' סורוצקין** (נבו 20.3.2008).

86 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 52, בעמ' 592, ה"ש 210.

87 RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 347 (AM. LAW INST. 1981) ל"פרידמן וכהן מפנים ל- (המפנה, בין היתר, לקוד המסחרי האחד, ראו U.C.C. § 2-708 (AM. LAW INST. & UNIF. LAW COMM'N 1977) (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". לאחד מפסקי הדין המפורסמים שבהם יושמה הדוקטרינה, ואשר מוזכר באופן תדיר בספרות המשפטית האמריקנית, ראו *Neri v. Retail Marine Corp.*, 30 N.Y.2d 393, 315 (1972).
88 ת"צ (מחוזי מרכז) 4552-12-13 **רוזנבוך נכסים בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ** (נבו 3.11.2019) (החלטה בבקשה לאישור תובענה כייצוגית).

מוקדם של הלוואה,⁸⁹ לצד כמה הוראות רגולטוריות במקרה של בנקים.⁹⁰ מבלי להיכנס יותר מדי בעובי הקורה, אחת מהטענות שהשמיעו שם הבנקים היא כי בהלוואות שלא לדיור ושאינן מפוקחות, כהגדרתן בחוזר המפקח על הבנקים שחל באותה תקופה,⁹¹ 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 אפוא 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 שהיה יכול לעשות, ומכאן שיש לפצות גם על אובדן הרווח מתשלומי הריבית הצפויים, לפי מנגנון היוון. השופט גרוסקופף קיבל טענה זו.⁹² אלמלא כך, ולפי ההנחה של "לווה מחליף לווה", היה הבנק זכאי, כמדומה, רק להפרישי ההיוון שבין תשלומי הריבית על יתרת הלוואה שנפרעה מוקדם על פי הריבית שבחוזה הלוואה, לריבית האלטרנטיבית שהשיג מהלווה החלופי או מ"הלווה הממוצע החלופי", אם זו נמוכה יותר (שם לא כן, לא סבל מראש נזק זה).⁹³

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.⁹⁴ 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

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

90 ראו ס' 1א9 לפקודת הבנקאות, 1941; הוראת ניהול בנקאי תקין 454 "פירעון מוקדם של הלוואה שלא לדיור" (11.7.2016) <https://www.boi.org.il> (להלן: הוראה 454 העדכנית).

91 הוראת ניהול בנקאי תקין 454 "פירעון מוקדם של הלוואה שלא לדיור" (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" (שם, בס' 4(ב)).

92 עניין רוננבך נכסים, לעיל ה"ש 88, פס' 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 הדיון בדבר שאלת הפיצוי על מרכיב הסיכון בשיעור הריבית, שנקבע כי יש לנכותו.

93 כאמור, בניכוי מרכיב הסיכון. ייתכן שהבנק סבל מראשי נזק אחרים (ראו בפירוט, שם). מעניין לציין, שבהוראת חוזר המפקח על הבנקים העדכנית (הוראה 454 העדכנית, לעיל ה"ש 90) הפרשי ההיוון מחושבים בין הריבית על הלוואה לריבית הממוצעת על הלוואה שלא לדיור שמפרסם בנק ישראל (ראו ה"ש 103 להלן).

94 ע"א מדינת ישראל נ' אינג' פבר, חברה לבנין, פ"ד מד (3) 769 (1990).

ביטול חלק מסוים של העבודה בשל מכירתו של המבנה לצד שלישי שעומו ניהלה משא ומתן בד בבד עם עריכת המכרז ואף לאחר שכרתה את החוזה עם הקבלן. הפרת 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 צעדים מתאימים לקבלת עבודה אחרת כדי למצות את הפוטנציאל התעסוקתי שלו ולצמצם את אובדן הרווח. בית המשפט קבע כי לכאורה היה הקבלן יכול לבצע עבודה נוספת בה בעת עם אותו חלק עבודה שבוטל, ועל כן אין להפחית את שיעור הפיצויים.⁹⁵ לפי ההבחנה שעליה עמדתי 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), ולכן החלת הדוקטרינה הייתה אינטואיטיבית יותר.

אכן, על פני הדברים, במקרים המתאימים יישום הדוקטרינה עולה בקנה אחד עם יסודות הפיצויי 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 – לפי הניתוח כי אלמלא ההפרה היה הנפגע מרוויח משתי העסקאות; והמפר יכול היה לצפות, בעת הכריתה, כי הפרת החוזה תוביל לאובדן הרווח.⁹⁶ אם מקבלים טיעון זה, אזי דוקטרינת "אובדן היקף העסקים" משקפת את הדין המצוי.⁹⁷ 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 שהובאה לעיל, ולפיה החלת הדוקטרינה אינה מתאימה בפרשה דנן.

7. דין רצוי? כמה נקודות למחשבה

מלבד ההנחה של השופט מלצר כי דוקטרינת "אובדן היקף העסקים" היא דין מצוי, הוא מוסיף ומניח, ללא דיון, כי היא גם דין רצוי. גם המלומדים פרידמן וכהן אינם מתייחסים בספרם לשאלה אם דוקטרינת ה-Lost Volume משקפת את הדין הרצוי, במשפט הישראלי או בכלל. במשפט האמריקני ספרות משפטית רבה הוקדשה לשאלה זו, וקיימת מחלוקת של ממש בשאלה אם הדוקטרינה היא דין רצוי ובאילו מצבים, בעיקר בקרב חוקרי הניתוח הכלכלי של המשפט. מבקרי הדוקטרינה טוענים כי הטיעון שלפיו קיבולת התפוקה של הנפגע מהפרה עולה על היקף הביקוש מצד לקוחותיו, הוא פשטני מדי. הטענה היא כי ההנחה שבבסיס הדוקטרינה – שלפיה אלמלא הפרת העסקה הראשונה היה הנפגע יכול ליהנות מרווח של שתי עסקאות ולזכות ב"היקף עסקים" נוסף – היא הנחה טעונה הוכחה, שכן המצב הנטען מתרחש רק כאשר מופרת בפועל העסקה הראשונה. אלמלא כן, לא היה

95 שם, פס' 12.

96 אך למקרים שבהם הנפגע הוא "קונה" ראו טיעון נגד אפשרי, לעיל ה"ש 65, והטקסט הסמוך לה.

97 אך כפי שמתואר להלן, בחלק ג. למאמר זה ובאסמכתאות המופיעות שם, ניתן להרהר במקרים מסוימים על תקפות הטיעון ובייחוד על ההנחה בדבר קיומו של נזק והקשר הסיבתי העובדתי – האם באמת היה הנפגע יכול לקיים עסקה נוספת ולהרוויח משתי עסקאות.

הנפגע יכול בהכרח לבצע עסקה נוספת או בתנאים זהים; כוחות השוק מציבים "אילווצים" בפני הנפגע ומונעים ממנו את היכולת לבצע מספר בלתי מוגבל של עסקאות ברווח.⁹⁸ המורכבות נובעת מהטענה שמספר רב של משתנים בשוק משפיעים על תקפות הטיעון כי הנפגע מהפרה באמת היה יכול לעשות "עסקה נוספת" ושאינן מדובר ב"עסקה חלופית", ובהם: אם מדובר בשוק של תחרות משוכללת, שבו כוחות השוק קובעים את מחיר המוצר או השירות לנפגע (Price Taker), או שמא לנפגע יש כוח שוק (Market Power) להשפיע על הכמות ועל המחיר (Price Maker); כיצד מתנהגת עקומת העלות השולית של הנפגע, ועוד. בתוך כך, יש כמה מודלים כלכליים לאופן התנהגות השחקנים בשוק ולהשפעה על הזכאות לפיצוי במקרה של הפרה שבעקבותיה נטען כי היא אינה מונעת קיום "עסקה נוספת". הדבר דורש ניתוח מעמיק, אשר חורג מגדרי רשימה זו, ואסתפק בהפניית הקורא לספרות הרלוונטית ולהצגה באופן סכמטי של הטיעונים בהערת שוליים.⁹⁹ כך או כך, יש הטוענים

98 למעשה, אין זו אלא הדרישה להוכיח קשר סיבתי עובדתי בין ההפרה לנזק שעליה עמדתי 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 היה הנפגע יכול לעשות "עסקה נוספת" ועל פי זה, כי נגרם לו נזק (טענה במישור הדין המצוי).

99 על פי תזה אחת, "מודל התחליף" (The Replacement Model), הפרת העסקה הראשונה משפיעה על היקף הרווחים מעסקאות נוספות, שכן לנפגע אין באמת היכולת לספק ברווח זהה את כל הכמות שהופרה נוסף על העסקאות הקיימות: מוכר בשוק משוכלל תמיד ימכור את אותה כמות של סחורה, לפי נקודת שיווי המשקל, ללא קשר להפרה, ולכן הוא אינו סובל מאובדן היקף עסקים כלל. מנגד, 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 שעלות ההספקה או הייצור של היחידות האחרונות (העלות השולית) צומצמה בעקבות ההפרה ועד האפשרות למכור את היחידות במחיר גבוה יותר ולהימצא במצב טוב מזה שהיה בו אילו קיימה העסקה הראשונה. זאת כפונקציה של כוח השוק שלו והתנהגות השחקנים בשוק. הטיעון מובא כאן בצורה פשטנית יחסית. 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), יגיב המוכר 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 אם 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 שבהם המוכרים פועלים לאיתור קונים באמצעות "דיג" של מספר קונים קבוע מראש תוך שמירה על מחיר מכירה אחד והתאמה מראש של הוצאות המכירה, כדי "לתפוס ברשת" אומדן צפוי מראש של קונים – במסגרת אינטרס הציפייה של הנפגע, מובא בחשבון גם אובדן הרווח הצפוי מאי-ביצוע עסקאות נוספות. להרחבה על "מודל הדיג" (The Fishing Model), ראו שם, בעמ' 1459–1455. ראו גם Victor P. Goldberg, *An Economic Analysis of the Lost-Volume Retail Seller*, 57 S. CAL. L. REV. 283

כי בשל מורכבות זו – המצריכה נתונים אמפיריים על מצב השוק והשחקנים בו – בירור עובדתי של כל תנאי השוק הללו בבית המשפט, נוסף על אי-היותו באמת מעשי, הופך כלל פיצוי של "אובדן היקף עסקים" ללא יעיל, בין מחשב לטעות ובין בשל עלויות ההתדיינות.¹⁰⁰

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 אינה צריכה להיות על העיקרון החוזי ה"מסורתי" 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 אינו 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.¹⁰¹ לפיכך יש הטוענים כי התרופה היעילה להתמודדות עם סיטואציה של כישלון עסקה היא בדמות דמי ביטול או דמי מקדמה שאינם מוחזרים במקרה של הפרה והם בבחינת עלות של "אופציה" להפר את החוזה ולבטלו, כאשר הצדדים רשאים להתנות בחוזה על מחיר האופציה.¹⁰² תחת זאת ההנחה היא כי אילו היו הצדדים מנהלים משא ומתן

Robert E. Scott, *The Case for Market Damages: Revisiting the Lost Profits Puzzle*, 57 (1984); U. CHI. L. REV. 1155, 1182 (1990). בדומה לזה, קיימים שווקים שבהם מוכרים פועלים לפי "מודל הפרה סטטיסטי" (Statistical Breach Model). שווקים אלה מאופיינים בעסקאות שבהן 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 מתפוקת 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 ביטולים רבים מאלה שהוא צפה, ובכך נותרה לו קיבולת ללא תפוקה, ברי כי נגרם לו נזק. להרחבה, ראו Cooter & Eisenberg, שם, בעמ' 1451.

100 Goetz & Scott, לעיל ה"ש 99, בעמ' 348–354. להתייחסות בנוגע לחלוקה לקטגוריות של שווקים שונים – שוק הסחורות, השוק הסיטונאי והשוק הקמעונאי – והנכונות ליישם (או לא ליישם) את הדוקטרינה בהן בהיעדר מידע מדויק על התנהגות השוק, ראו שם. כן ראו Scott, לעיל ה"ש 99, בעמ' 1186–1187.

101 שם, בעמ' 1173–1177; Cooter & Eisenberg, לעיל ה"ש 99, בעמ' 1468.

102 ראו Scott, לעיל ה"ש 99, בעמ' 1201–1202; Goldberg, לעיל ה"ש 99, בעמ' 296; Robert E. Scott & George G. Triantis, *Embedded Options in the Case against Compensation in Contract Law*, 104 COLUM. L. REV. 1428, 1482–1491 (2004). ראו גם Victor P. Golberg, *Remedies in the UCC: Some Critical Thoughts* 7–10 (Colum. L. & Econ. Working Paper No. 578, 2017); Victor P. Goldberg, *The Lost Volume Seller R.I.P.*, 2 CRITERION J. ON INNOVATION 205 (2017). לדיון ביעילות של כלל כזה 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 החוזה ככולל "אופציה" להפרה עם מחיר בצידה, נוגע למעשה לפיצוי על אובדן רווחים (Lost Profits) ככלל. אך כפי

מקדים, במרבית המקרים היה מחיר האופציה המוסכם לבטל את החוזה נמוך ממלוא אובדן הרווח, שאם לא כן מלוא הסיכון מוטל על הקונה.¹⁰³ דוגמה לניסיון לפתור כשל שוק שבו מלוא הסיכון או חלק ניכר ממנו מוטל על הקונה מצויה בחקיקה הצרכנית הקונגטיבית, המורה כי במקרה שצרכן מימש את זכות הביטול שלו בעסקה צרכנית החוסה בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1971 – בתוך התקופה האמורה בחוק – יגבה העוסק "דמי ביטול בשיעור שלא יעלה על 5% ממחיר הנכס נושא החוזה או העסקה, או 100 שקלים חדשים, לפי הנמוך מביניהם".¹⁰⁴ מכל מקום, גם לפי קו מחשבה זה, יש הטוענים כי דווקא כלל הפיצוי הרגיל על אובדן ערך, של הפרש השווי מערך השוק (Market Damages) – המוביל להיעדר פיצוי במקרה שניתן למכור את הסחורה או את השירות מושא ההפרה במחיר זהה ללקוח אחר – הוא הכלל הדיספוזיטיבי היעיל ביותר. שכן, הוא מייצר ודאות בשוק בדבר מנגנון הפיצוי; מונע מצבים שבהם הנפגע יתעשר מפיצוי יתר אם נעניק לו פיצוי בגין "אובדן היקף עסקים"

שהוסבר לעיל (בחלק ג.1 למאמר זה) כאשר הנכס או השירות מושא העסקה לא סופקו למפר או הוחזרו לנפגע, במצב הרגיל כפוף הנפגע לנטל הקטנת הנזק. הווה אומר, המפר יטען כי הנפגע לא סבל מנזק משום שהיה יכול למכור את הנכס או לספק את השירות לצד שלישי, ואילו הנפגע יטען ל"אובדן היקף עסקים" אם ברצותו לזכות במלוא הרווח האבוד מהעסקה.

103 Cooter & Eisenberg, לעיל ה"ש 99, בעמ' 1477. כשבוחנים את הסוגיה בראייה זו, ניתן לנתח למשל את הפסיקה בעניין **רוזנבוך נכסים**, לעיל ה"ש 88, 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, לפי "מודל התחליף" (ראו לעיל ה"ש 99, להוציא את פרמיית הסיכון). 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 (השוו עניין **רוזנבוך נכסים**, שם, פס' 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 הרגולטור [...]"). כן ראו את ההסבר לתיקון בהוראה 454 העדכנית, לעיל ה"ש 90 ("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 [...]"). ראו גם הצוות לבחינת הגברת התחרותיות במערכת הבנקאית **דו"ח מסכם** (19.3.2013) <https://www.boi.org.il>. כמו כן, ספק אם מדובר במחיר אופציה שהצדדים לחוזה היו מסכימים לו במודע, שכן בהינתן האפשרות למשא ומתן ללא עלויות עסקה, מחיר האופציה אמור להיות, כאמור, נמוך מאובדן הרווח המלא, שאם לא כן, 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 במודע את מחיר האופציה, חשופה למגבלות השונות של חוזים אחידים ולהטיות קוגניטיביות שונות. בהקשר אחרון זה, ובכלל על תוכנות הגישה הכלכלית והגישה ההתנהגותית למשפט, ראו Eyal Zamir & Doron Teichman, Behavioral Law and Economics 281–325 (OUP, 2018).

104 ס' 14(ב) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981. אין הכוונה לטעון כי מדובר בפתרון יעיל בהכרח.

שלא באמת ציפה לו;¹⁰⁵ וכן מתמרץ את הצדדים המעוניינים לסטות מהכלל (ובעיקר את הצד החזק שיש לו עדיפות בניסוח החוזה), להעריך במדויק את מחיר ה"אופציה" לביטול העסקה ולהתנות על כך בחוזה.¹⁰⁶

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

ד. סיכום

בפרשת אופטיקה הלפריץ התחבטו שלושה שופטי בית המשפט העליון בדרך הנכונה לפסיקת פיצויי ציפייה לנפגעת מהפרה של הסכם בלעדיות ותנאי מכירה בגין אובדן רווחים עתידיים ממכירת מסגרות משקפיים. ברשימה זו הסברתי כי אומדן כמות היחידות שעבורן זכאית הייתה הלפריץ לפיצוי הוא נגזרת של ההנחה – כמה יחידות הייתה הלפריץ רוכשת ומצליחה למכור ברווח אלמלא הופר ההסכם – מכוח הדרישה לקשר סיבתי עובדתי בין ההפרה לנזק. לפיכך הבהרתי כי לא נכון לכלול בגדר "נזק שהוטב" את היחידות שרכשה הלפריץ עובר להפרת ההסכם ושנותרו לה במלאי בסוף השנה – ועל פי זה להפחיתן ממרכיב הפיצוי – כל עוד מניחים שכמות זו לא הייתה עתידה להשפיע על היקף הרכש שהיה מבוצע ועל כמות המכירות ברווח. כך במיוחד בשל תנאי הרכישה האטרקטיביים שהקנה הסכם הבלעדיות להלפריץ, עת התאפשר לה לרכוש את היחידות בהנחה של 40% ממחיר השוק. בהמשך הראיתי כי לצורך חישוב הפיצויים על אובדן הרווחים יש לחלק את אומדן כמות המסגרות לשתי קבוצות. עבור היחידות שנמכרו בתוך תקופת הבלעדיות הייתה הלפריץ זכאית למלוא הרווח השולי המשקף מחיר מכירה בבלעדיות, בין שירד מחיר המכירה בשל הפרת ההסכם ובין שלא, שכן אינטרס הציפייה שלה בגין אותן יחידות כלל מכירה בתנאי בלעדיות. אשר ליחידות שהיו נמכרות לאחר סיום תקופת הבלעדיות הייתה הלפריץ 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 מסימומו הצפוי כדין. כך או כך, בגין כל היחידות הייתה הלפריץ זכאית לרווח או להפרש בשולי הרווח בשקלול תנאי הרכישה המוזלים שהקנה לה ההסכם.

עוד הראיתי, כי הניסיון ליישם במקרה דנן את דוקטרינת ה-Lost Volume ("אובדן היקף העסקים") – לראשונה כמדומה במוצהר בפסיקתו של בית המשפט העליון בישראל – אינו במקומו, משום שההנחה שביסוד הדוקטרינה, שלפיה עשה הנפגע 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

105 ראו Goetz & Scott, לעיל ה"ש 99; Scott, לעיל ה"ש 99, בעמ' 1192–1197. כן ראו 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).

106 Scott & Triantis, לעיל ה"ש 102.

בשל 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, לפי דרישת ההוכחה הרגילה של יסודות הפיצוי וכפוף לנטל הקטנת הנזק – אם לנפגע אין אפשרות להשיג את הסחורה ממקור חלופי, ואם הביקוש מצד הלקוחות למוצר שלא סופק בשל ההפרה אינו תלוי בביקוש למוצרים אחרים שהנפגע מוכר. כאשר הנפגע מוכר מוצרים תחליפיים, מספר הלקוחות אשר ירכשו את המוצר התחליפי צפוי לגדול משום שהיצע המוצרים הצטמצם – ובנסיבות מסוימות, אפילו כשמדובר במותג. כך במיוחד כשהמוצר מושא ההפרה נמכר בבלעדיות לנפגע ואינו עוד חלק מן ההיצע הזמין בשוק המקומי, כלומר לקוחות פוטנציאליים אינם יכולים לרכוש אותו אצל מוכר אחר. בנסיבות אלו הדבר משפיע על היקף הנזק של הנפגע, ולכן יש לנכות מן הפיצוי את טובת ההנאה שצמחה לו מן ההפרה – הרווח מהמכירה החלופית. מלבד זאת, יישום הדוקטרינה נעשה ללא דיון ממצה בשאלה אם מדובר בדין מצוי או רצוי, ובאילו מצבים – סוגיה אשר חשובה לביקורות 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, בשל 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 שבו ציפתה להיות אלמלא ההפרה.