

מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה המסלול האקדמי המכללה למינהל

נייר עמדה

סיכול וכח עליון בסכסוכים חוזיים בעת קורונה

אפריל 2020

צוות מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה¹:

מנהלת: השופטת בדימוס ד"ר איריס סורוקר

מנהלים אקדמיים: פרופ' אורית פישמן אפורי, ד"ר עידו באום

חוקרת: ד"ר יפעת נחמיאס

1

¹ ד"ר איריס סורוקר היא שופטת בדימוס, מרצה ומנהלת מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה; פרופ' אורית פישמן אפורי היא מרצה בכירה ולשעבר דיקן בית הספר למשפטים ע"ש שטריקס במסלול האקדמי-המכללה למינהל, ומנהלת אקדמית (משותפת) במרכז חת לחקר התחרות והרגולציה; ד"ר עידו באום הוא מרצה בכיר בבית הספר למשפטים ע"ש שטריקס במסלול האקדמי-המכללה למינהל ומנהל אקדמי (משותף) במרכז חת לחקר התחרות והרגולציה; ד"ר יפעת נחמיאס היא חוקרת במרכז חת לחקר התחרות והרגולציה.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>



2

מרכז חת הינו מוקד אקדמי רב תחומי של המסלול האקדמי המכללה למינהל. המרכז נוסד ביוזמתם והודות לתרומתם של גב' רנה ופרופ' מאיר חת.

תכליתו של מרכז חת היא פיתוח והעברת ידע בתחומי התחרות והרגולציה, על היבטיהם התיאורטיים והמעשיים.

המרכז הוקם מתוך רצון לחקור ולהעמיק את ההבנה על אודות התחלופה וההפעלה של אמצעי התחרות והרגולציה בשווקים שונים בישראל. המטרה היא לחדד בעיות הטעונות פתרון, ולגבש המלצות לשיפור המדיניות הרגולטורית הראויה.

מנהלת: השופטת בדימוס ד"ר איריס סורוקר

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון : 03-9634104 | דוא"ל המרכז : hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר : www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק : <https://www.facebook.com/hethcenter>

תקציר

מדינת ישראל נאבקת עם ההשלכות הבריאותיות, הכלכליות והמשפטיות של מגפת הקורונה. בנייר עמדה זה נבקש לבחון מהם הקווים המנחים לפתרון משברים חוזיים שהם תולדה של המשבר. כפי שנראה, השאלות אינן עשויות מקשה אחת. הן מתעוררות במערכות חוזיות שונות. לא נכון בעינינו להציע לכל השאלות פתרון מדף אחיד. ואולם בין המקרים עובר קו מקשר המאפשר לערוך חשיבה לוגית מאחדת. קו זה ענינו בחדירה של נסיבות חיצוניות, משמעותיות ובלתי צפויות, שיש להן השלכה משבשת על המערכת החוזית. השלכתן היא משבשת, משום שהיא משנה את התועלות החוזיות שהצדדים שאפו להשיג בנקודת הכניסה לחוזה. חוזה בעל ערך הפך לחוזה הפסד.

כלל הכרעה אפשרי אחד הוא לדבוק בעקרון המשפטי לפיו חוזים יש לקיים. כלל הכרעה אפשרי אחר נשען על כך שבבסיס החוזה מתקיימת הנחה מובלעת, כי החוזה נכרת מתוך שקימו יעיל לשני הצדדים, שאחרת לא היה נכרת. שינוי נסיבות קיצוני שלא ניתן לצפייה סבירה הוא בבחינת פגיעה 'בבסיס ההסכמה החוזית', ומצדיק כלל השתחררות מאכיפת החוזה והמרתו בקיום בקירוב המתאים לנסיבות, או בביטול והשבה.

3

בנייר עמדה זה נציע להיעזר בדוקטרינת ההפרה היעילה להתמודדות עם מצבים בהם אכיפת החוזה אינה הוגנת ואינה מעשית. לצידה נבחן את דיני הסיכול. השאלה מהן נסיבות המסכלות את ביצוע החוזה היא מורכבת, ובתי המשפט בישראל נוטים להתייחס אליהן בדרך קפוצה. איננו סבורים כי דיני הסיכול צריכים לשמש לביטול גורף של התחייבויות חוזיות. עם זאת, ראוי להכיר בכך שמגפת הקורונה - והמגבלות הרגולטוריות שהוטלו בעקבותיה - הם בבחינת אירוע בלתי צפוי נוכח העוצמה וההיקף היוצאים מגדר הרגיל. דיני הסיכול מאפשרים לאזן בין האינטרסים של הצדדים לחוזה שביצעו סוכל: חוזה מסוכל לא ייאכף, ואף לא ייפסקו פיצויים בגין הפרתו; בד בבד ניתן למזער את נזקי ההפרה על דרך של השבה הדדית של התמורות שהוחלפו, כמו גם פסיקת שיפוי שנועד לכסות הוצאות סבירות של הצד הנפגע.

נדון באופן פרטני בחוזי שכירות. סעיף 15 לחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971, שכותרת השוליים שלו היא "פטור מחובת תשלום", מטיל על המשכיר, ולא על השוכר, את הסיכון למקרה שבו השימוש הפיסי במושכר סוכל מחמת נסיבות חיצוניות הקשורות במושכר (כגון שהמושכר אינו שמיש) או בדרכי הגישה אליו (כגון עבודות עפר בדרך או שיפוצים בבנין). אנו מציעים להחיל הוראת חוק זו גם על מקרה שבו הגישה למושכר נמנעה מחמת איסור רגולטורי (כגון חנות בקניון שהפעלתה נאסרה). סעיף 15 מקנה

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

לשוכר שתי אפשרויות: לבטל את חוזה השכירות או להשעות את תשלום השכירות בעד הזמן שהשימוש נמנע. זכות זו נתחמת ב"זמן סביר": היה והשוכר הפעיל את זכותו לפטור מתשלום, יוכל המשכיר לבטל את השכירות כעבור זמן סביר (וזאת אלא אם השוכר יוותר על הפטור).

הסיכול שלפי סעיף 15 לחוק השכירות מחיל הסדר בינארי: הוא מאזן בין האינטרסים של הצדדים תוך שימוש בציר הזמן. הסדר סטטוטורי זה לא יחול בכל מקרה: הוא חל רק במצב של מניעה הקשורה במושכר עצמו ובדרכי הגישה אליו, ולא למשל בסיכול מטרתו של חוזה השכירות. אם ניתן להשתמש במושכר פיסית, והדרכים להגיע אליו לא נשללו - סעיף 15 לא יחול. מקום בו אין תחולה לסעיף 15, נחזור לדון במקרה לפי הדינים הכלליים.

ככלל, אנו מציעים את הקווים המנחים הבאים להכרעה:

- החוזה הוא ה"תנ"ך" של הצדדים. ישנם מקרים בהם החוזה עצמו מתייחס למצבים קיצוניים או של כוח עליון (כגון מלחמה), וקובע הסדר המחלק את הסיכון בין הצדדים. יש להגשים את כוונת הצדדים על דרך של יישום ההסדר שהם עצמם קבעו.
- אין לאפשר ביטול גורף וסיטוני של חיובים חוזיים. יש לבחון מהי השלכת המשבר על החוזה הקונקרטי. מקום בו ההשלכה היא שולית, אין לאמר שהחוזה סוכל, ויש לקיימו.
- במקרים מתאימים, ניתן להבחין בין חיובים שונים באמצעות שימוש ב"עירון הכחול": יש להבחין בין חיובים הניתנים לביצוע, ובלבד שלא תופר ההרמוניה החוזית.
- שעה שניתן לדחות קיום חיובים למשך זמן סביר, ראוי בדרך כלל להעדיף את דחית החיוב על פני ביטול החוזה.
- בעלי חוזה נדרשים שלא לישון על זכויותיהם, אלא לנקוט באמצעים להקטנת הנזק. למשל, מקום בו ניתן להמיר שימוש בחנות מושכרת למחסן (או שימוש אפשרי אחר), ראוי להמריץ משכיר לעשות כן, חלף הצמדות דווקנית לחוזה הפסד מבחינת השוכר.
- ראוי להבחין בין חוזה מסחרי לחוזה בעל אופי פרטי (כגון שכירות למגורים). עסקים כרוכים מטיבם בסיכונים פיננסיים העלולים להתממש בעת משבר. ההנחה היא שבעלי עסקים יודעים להגן על האינטרס העצמי. למשל, קבלני בניה נוהגים לחסן עצמם מפני אחריות לאיחור במסירת הדירה לפרק זמן מסוים הקבוע בחוזה. רמת ההתערבות השיפוטית במקרים כאלה צריכה להיות פחותה.
- שיקולים של צדק חלוקתי מחייבים להתחשב במצבם היחסי של הצדדים לחוזה ובתוך כך בשאלה מי הוא מפזר הנזק הטוב יותר. למשל: אם הוכח שתשלומי השכירות נדרשים למשכיר

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

באופן מידי (כגון לפירעון משכנתא) – הדבר עשוי להטות את הכף לטובתו, במגמה למזער נזקים נמשכים ועקיפים.

- בנסיבות בהן יעיל יותר בהיבט המצרפי להפר את החוזה, תוך הטלת תשלומי איזון על הצד המפר לטובת הנפגע, עשוי הדבר להוות פתרון עדיף על פני הצמדות דווקנית ללשון חוזה.
- כמובן, אין מדובר ברשימת שיקולים ממצה. החיים הדינמיים והמורכבות של המקרים אינם מאפשרים לסגור מראש את כל השיקולים. לעניין זה, חובת תום-הלב תלווה אותנו כאם רוחנית; בבחינת "אדם לאדם – אדם"², במיוחד בימים קשים.

נייר העמדה יתייחס גם לחוזים בענף התיירות. הנתונים מצביעים על משבר כלכלי משמעותי ממנו סובל ענף זה. לא נעסוק בפן הכלכלי, ונתמקד בצד החוזי. ביצוע חוזים בענף זה סוכל באופן רחב בעת משבר הקורונה, כגון טיסות שבוטלו, בתי מלון שנסגרו, או הזמנות נופש שלא ניתן היה לממש. הכלים המרכזיים העומדים לרשות הצדדים במקרים כאלה הם דוקטרינת הקיום בקירוב, ולחלופין - ביטול החוזה והשבת התמורות שהוחלפו. מקום בו ניתן לקיים את החוזה באופן העולה בקנה אחד עם כוונת הצדדים (למשל: באמצעות טיסה חלופית בזמן סביר או נופש חלופי בעונה מתאימה) – יש לשאוף לפתרון כזה, המאזן בין האינטרסים של שני הצדדים. ואולם כאשר חלופת הקיום היא רחוקה מלהגשים את החוזה המקורי, מבחינת התוכן או הזמן, יש לאפשר לצרכן לבטל את הזמנתו ולקבל חזרה את מה ששילם.

5

מן המהות נעבור לפרוצדורה. פסקי דין מוצלחים שייפסקו במהירות יחסית, יהוו איתות למשק כולו כיצד יש לפעול, וימתנו את עומס התביעות. למטרה זו, אנו ממליצים לאמץ מנגנון דיוני מיוחד לסכסוכים חוזיים שמקורם במשבר הקורונה. המנגנון הדיוני צריך לעודד פשרות על דרך של חובת שימוש בהליך הגישור; שיקול דעת רחב למתן פטור מאגרה; והחלת המסלול של סדר דין מהיר לדיון בבית המשפט. בתמצית:

- אנו ממליצים לחייב בעלי הדין לפנות לגישור בסכסוכים חוזיים שמקורם הוא משבר הקורונה, במטרה לנסות וליישב את הסכסוך מחוץ לכתלי בית המשפט. זוהי שעתו היפה של הגישור, המאפשר לצדדים לצאת מהמשבר בהסכמה מיוחדת.

² כמאמרו המפורסם של כב' נשיא בית המשפט העליון לשעבר השופט אהרון ברק. ראו, רע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון**, פ"ד נה(1999) 279, 199 (1).

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

- יש להחיל על תביעות מסלול הקורונה את פרק "דיון מהיר" בתקנות סדר הדין. מסלול זה מאפשר להבהיר את המחלוקת בתחילת ההליך וביתר קלות, להתמקד בעיקר, להמעיט בכמות הדיונים, ולקדם הכרעה הסמוכה למועד הדיון.
- בתביעות לפינוי מושכר: יש להאריך את משך הזמן העומד לנתבע להגשת כתב הגנה, ולהפנות את הצדדים לגישור גם בהליכים אלה.
- תביעות ייצוגיות צרכניות: ראוי לבטל את האגרה על הגשת תובענות ייצוגיות שנושאן הוא הפרה או אי קיום חוזה עקב משבר הקורונה. תובענות ייצוגיות מסוג זה תועברנה גם הן להליך של יישוב סכסוכים בדרך של גישור או בוררות.
- דיונים מקוונים: דיונים דיגיטליים צפויים לחסוך הוצאות התדיינות לצדדים ולמערכת המשפט, לקצר תורים ולהגמיש את שעות הדיונים, וכן לאפשר למערכת המשפט לתפקד בעת משבר. ראוי לאמץ בהדרגה את האמצעי המקוון לדיונים שיפוטיים המתאימים לכך, כגון דיונים מקדמיים או שמיעת סיכומים, שאינם מצריכים ראיות.

תוכן עניינים

1. מבוא – משבר הקורונה
2. תורת "ההפרה היעילה" בימי קורונה – אם לא עכשיו אימתי?
3. סיכול חוזה בראי מגפת הקורונה
4. שכירות
5. ענף התיירות
6. מנגנון דיוני לפתרון מהיר וצודק של סכסוכים

1. מבוא- משבר הקורונה

משבר הקורונה שיתק את המשק הישראלי, כמו גם מדינות רבות בעולם. המיתון הכלכלי שגרם השיתוק כבר הוגדר על ידי קרן המטבע הבינלאומית כמיתון הכבד ביותר מאז המיתון הגדול של שנות ה-20 במאה הקודמת בארצות-הברית.³

בשבועות האחרונים, מדינת ישראל, כמו מדינות רבות אחרות, נאבקת עם ההשלכות הבריאותיות, הכלכליות והמשפטיות של מגפת הקורונה. לפי שעה, מרבית המהלכים המשפטיים שנקטו נועדו למנוע את התפשטות המגפה, בעיקר באמצעות הטלת חובות ביזוד לחולים ולמי שבא במגע עמם; הגבלת התנועה של אנשים במרחב הציבורי ואיסורי התקהלות, וזאת לצד סגירת מוסדות חינוך וצמצום משמעותי של הפעילות במקומות עבודה ובבתי עסק.⁴ כתוצאה מכך, עסקים רבים מתמודדים עם קשיים כלכליים מוחשיים. מצב זה מוביל להפרות חוזים בהיקף חסר תקדים, הנובע מקושי של חייבים לעמוד בהתחייבויות. כך, למשל, ענף התעופה נקלע למשבר חמור, כנראה החמור בתולדותיו;⁵ בעליהם של פעוטונים וגני ילדים נאלצו לסגור את שעריהם בעקבות הוראות הממשלה על סגירת כל מוסדות החינוך;⁶ זוגות נאלצו לבטל אירועי חתונה בשל האיסור על התקהלויות.⁷ על רקע רחב היריעה, אנו מעריכים כי בשנים הקרובות יאלצו בתי המשפט להתמודד עם גל תביעות בגין הפרות חוזים בכלל הסקטורים במשק.

8

³ Martin Crutsinger, *International Monetary Fund Head Predicts Coronavirus Will Trigger 'Worst Economic Fallout Since the Great Depression'*, TIME (April 9, 2020), <https://time.com/5818819/imf-coronavirus-economic-collapse/>; Catherine Thorbecke, *Coronavirus economic updated: IMF warns of 'worst economic fallout since the Great Depression'*, ABCNEWS (April 10, 2020, 17:26), <https://abcnews.go.com/Business/coronavirus-economic-updates-imf-warns-worst-economic-fallout/story?id=70083476>.

⁴ כך למשל, הוצא צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש 2019) (בידוד בית והוראות שונות) (הוראת שעה), התש"ף-2020, ק"ת תש"ף 688; צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש 2019) (בידוד בבית חולים) (הוראת שעה), התש"ף-2020, ק"ת תש"ף 620; צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש) (הגבלת פעילות מוסדות חינוך) (הוראת שעה), התש"ף-2020, ק"ת תש"ף 738. ראו גם: צו בריאות העם (שינוי רשימת מחלות מידבקות שבתוספת השנייה לפקודה), התש"ף-2020, ק"ת תש"ף 464; צו בריאות העם (נגיף הקורונה החדש 2019) (הוראות למעסיק של עובד בבידוד בית) (הוראת שעה), תש"ף-2020, ק"ת תש"ף 526; תקנות שעת חירום (שירות עבודה בשעת-חירום), התש"ף-2020, ק"ת תש"ף 746; תקנות שעת חירום (דיוני מעצרים), התש"ף-2020, ק"ת תש"ף 746; תקנות שעת חירום (נתוני מיקום), התש"ף-2020, ק"ת תש"ף 772; תקנות שעת חירום (הגבלת מספר העובדים במקום עבודה לשם צמצום התפשטות נגיף הקורונה החדש), התש"ף-2020, ק"ת תש"ף 820.

⁵ חברת אל-על, חברות התעופה לופטהנזה, ויז אייר, KLM ואייר פראנס נאלצו לבטל טיסות. ראו, יולן כהן "אפקט הקורונה: חברת אל על מצמצמת טיסות גם לברצלונה וברלין" **החדשות N12** 6.3.2020 www.mako.co.il/news-money/2020_q1/Article-995aff81acfa071026.htm

⁶ ראו, דנה ירקצי "הפעוטונים סגורים – וההורים דורשים את כספם בחזרה": כורעים תחת הנטל" **וואלה NEWS** 15.3.2020 news.walla.co.il/item/3346563

⁷ נינה פוקס "תוכניות החתונה שונו בכלל הקורונה": "נתחיל חיים עם חובות" **YNET** 11.3.2020 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5693061,00.html

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המכללה למינהל – www.colman.ac.il/heth_center

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

ר'ח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

האם על המדינה לחוקק חוקים להסדרת מערכת יחסים חוזית בעת חירום? לדעתנו, המורכבות שבחקיקה שכזו עלולה להפוך את המשימה לבלתי אפשרית. ייתכנו מקרים בהם ניתן באמצעים רגולטוריים לעגן פתרון רוחבי, אולם מגוון המצבים החוזיים מחייב גמישות. לדעתנו, דיני החוזים הקיימים מספקים פתרונות ראויים. נראה לנו ראוי שמשרד המשפטים יפרסם ברבים "מורה נבוכים" אשר יפחית את אי הוודאות ויאפשר לצדדים לחוזה להעריך את זכויותיהם ולשקלל את צעדיהם. הדבר אף עשוי להפחית את העומס הצפוי על מערכת בתי המשפט עם החזרה לשגרה.⁸

מן המפורסמות היא, שהמציאות מאתגרת את המשפט. משבר הקורונה הוביל להטלת סגר, עוצר חלקי ואיסורי התקהלות באמצעות צווים ותקנות שעת חירום.⁹ אלה יצרו מציאות של שיתוק עסקי, אשר המשק הישראלי מעולם לא חווה, אפילו לא בעתות מלחמה. וירוס הקורונה חולל אירוע קטלני שנפל אל תוך עולמנו בבת אחת, פנדמי וגלובלי. לא ניתן לטעון ברצינות שמגפה כזו הייתה צפויה, בממד הבינלאומי הרחב שלה, בקצב התפשטותה הדרמטי, ובקורבנות שהיא גובה מדי יום. אמנם, אסונות טבע גדולים, כגון רעידות אדמה או צונאמי, מתרחשים בעולם מעת לעת; ידוע שהם צפויים לגרום למוות, אף בהיקפים גדולים. הם גם יובילו לפגיעה כלכלית, ברמה כזו או אחרת. הממשלות מצופות להתכונן מראש לאסונות גדולים ברמת הערכות סבירה, בעיקר בתחומי הבריאות והתמיכה בכלכלה. ואולם, כיצד על המגזר העסקי להתמודד עם אסונות גדולים ובלתי צפויים? מה יעשה בעל עסק שלקוחותיו נעלמו בבת אחת, אך מנגד הוא נדרש לפרוע חובות לספקים? כיצד צריך לנהוג זכייך שנאלץ לסגור מסעדה, אך הוא נדרש מכוח החוזה להמשיך ולשלם דמי זיכיון? ומה דינם של תשלומי שכירות שעל שוכר לשלם, שעה שהוא אינו יכול להפיק תועלת מן המושכר כמתוכנן? ומה דינו של שוכר אשר השקיע סכומי עתק בהתאמת המושכר העסקי לצרכיו אך אינו יכול להפיק תועלת עסקית מן המושכר?

השאלות אינן עשויות מקשה אחת. הן מתעוררות בהקשרים שונים ובמערכות חוזיות שונות. ספק, ואף לא נכון בעינינו, להציע לכל השאלות פתרון מדף אחיד. ואולם בין השאלות עובר קו מקשר המאפשר לערוך חשיבה לוגית מאחדת. קו זה ענינו בחדירה של נסיבות חיזוניות, משמעותיות ובלתי צפויות, שיש

⁸ נראה כי משבר הקורונה הוליד צורך לבחינת תגובה רגולטורית. בעיתונות פורסם כי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט אזרחי), עו"ד ארז קמיניץ, הקים צוות משפטי בין-משרדי לבחינת ההשפעה שיש למשבר על דיני החוזים הכלליים בהיבטי כוח עליון (דיני סיכול). "על הצוות הוטל לבחון את השאלה החוזית הרחבה, בין היתר גם בהקשרים של חוזי שכירות למגורים ולעסקים." ראו, ארית מירובסקי "משרד המשפטים הקים ועדה לטיפול בסוגיית "כוח עליון" בחוזים שמופרים בתקופת הקורונה" גלובס 31.3.2020: www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001324037

פרסום אחר מיום 20.4.2020 התייחס להצעת-חוק של חברי כנסת ממפלגות שונות, להעניק פטור מתשלומי שכר-דירה למגורים לתקופת החירום, לאסור על פינוי שוכרים מדיירות מגורים, ולפצות את המשכירים על ידי המדינה:

<https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001325914>

⁹ תקנות שעת חירום לטיפול במשבר הקורונה הוצאו על ידי הממשלה מכח סעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה: "במצב חירום רשאית הממשלה להתקין תקנות שעת חירום כדי להגן על המדינה, ביטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים...". ראו, ס' 39 לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המכללה למינהל –

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

ר'ח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

להן השלכה משבשת על המערכת החוזית. השלכתן היא משבשת, משום שהיא משנה את התועלות החוזיות שהצדדים שאפו להשיג בנקודת הכניסה לחוזה. חוזה בעל ערך הפך לחוזה הפסד. למשל: אם שוכר חנות אינו רשאי לפתוח את העסק ללקוחותיו, הרי שהתועלת שהוא צפוי להפיק מהשכירות תרד לאפס, ואף תגיע למאזן שלילי. אם סטודנט נמנע מלהשתמש בדירה ששכר בנסיבות בהן האוניברסיטה מלמדת מרחוק – הרי שתשלומי השכירות עבורו אינם אלא נטל. נסיבות חיזוניות שלא נצפו עלולות לשבש את שיווי המשקל החוזי שהצדדים ביקשו להשיג. לו היו בנות צפייה, יש להניח שהשוכר היה נמנע מלשכור את המושכר, שומר לעצמו פתחי מילוט נוחים המאפשרים להשתחרר מהחוזה, ולמצער מסכים לשלם דמי שכירות נמוכים בהרבה מאלה שהוסכמו בחוזה.

במשפט, נסיבות חיזוניות הנופלות על הצדדים "מן השמיים" ללא אשמה או שליטה, מוכרות כ"כוח עליון"¹⁰. השאלה המתעוררת היא, מי צריך לשאת בסיכון הכלכלי כתוצאה מהתרחשותו של כוח עליון? האם הנוק צריך להישאר במקום שבו הוא נפל?¹¹ האם על המשפט להתערב בחלוקת הסיכונים החוזית ולקבוע מי יישא בנזק ובאיזה שיעור? כך, האם שוכר החנות פטור מתשלום דמי השכירות בנסיבות הסגר? והאם הסטודנט רשאי לבטל את חוזה השכירות למגורים בהעדר צורך בדירה?

התשובה לשאלה היא מורכבת, בהינתן שישנם שני צדדים לחוזה: שוכר רציונאלי ישאף לבטל את חוזה השכירות נוכח סיכול מטרותו, ולמצער להפחית את דמי השכירות; ואולם מה הדין שעה שהמשכיר מחויב מצדו בהחזרי משכנתא לבנק, אותם ביקש לממן באמצעות תשלומי השכירות השוטפים שהוא זכאי לקבל? האם משכיר יוכל ליהנות מפטור "גב לגב" כלפי הנושה שלו - הבנק? תנועת המניפה הרחבה של הכוח העליון נוגעת בשני הצדדים לחוזה, ואינה עוצרת בהם. היא צפויה ליצור תגובת שרשרת, כמו בקוביות דומינו הנושקות זו לזו ואשר אחת מפילה את רעותה.

נפתח בתורה ותיקה אשר דומה כי ראוי לנער מעליה את האבק בימים אלה: **תורת ההפרה היעילה**. נציג את עיקריה, ונראה כי במבט כלכלי-חברתי רחב, היא עשויה לשמש כלי גמיש ויעיל למציאת פתרונות מאזנים בעתות משבר. נמשיך בדוקטרינת ה**סיכול החוזי**, אשר במהותה נועדה לטפל במצבים של כוח עליון. לאחר הנחת התיאוריה, המקרה הראשון שנדון בו הוא **חוזה השכירות**, משום שכיחותו וכן משום שנראה כי הוא הראשון בשורת קוביות הדומינו שעומדות ליפול. משם נעבור **לענף התיירות**,

¹⁰ בלעז נהוג להשתמש במונח *Force Majeure*. ראו, Smith, *Impossibility of Performance as an Excuse in French Law: The Doctrine of Force Majeure*, 45 YALE L.J. 452 (1936).

¹¹ במשפט האנגלי מוכר הכלל לפיו: *the loss must lie it falls*. ראו, OLIVER WENDELL HOLMES, *THE COMMON LAW*, 94 (1881). באופן כללי ניתן לאמר כי לפי הכלל הזה, המשפט אינו צריך להתערב במיקום הנוק, אלא בנסיבות מיוחדות.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

אחד מהענפים שסימני המשבר בו הם קשים וחמורים. ולבסוף, נציץ לעבר אולמות בתי המשפט ונציע **מנגנונים דיוניים** יעילים ומהירים להכרעות צודקות.

2. תורת "ההפרה היעילה" בימי קורונה – אם לא עכשיו אימתי?

מנקודת מבט רחבה, מגפת הקורונה, אשר יצרה מציאות קיצונית, מאתגרת את עקרונות היסוד העיוניים שבדיני החוזים. חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק החוזים תרופות), עיגן את העיקרון שלפיו דרך המלך היא אכיפתו של חוזה שהופר, ואילו רק במקרים חריגים המנויים בחוק ניתן לפנות אל הסעד החלופי, המעניק פיצוי בגין הפרתו של החוזה.¹² עקרון זה הוא הביטוי המובהק ביותר של התפיסה העיונית - יש שיאמרו המוסרית - כי "חוזים יש לקיים". הנסיבות החריגות המאפשרות "להיחלץ" מסעד האכיפה, הן בין היתר, מקרים בהם קיום החוזה בלתי אפשרי או שהאכיפה "בלתי-צודקת" בנסיבות העניין.¹³ הן בפסיקה והן בספרות קיימת תמיכה רחבה במדרג סעדים זה, המעניק עליונות לאכיפת החוזה.¹⁴ למעלה מכך, החריגים לסעד האכיפה מפורשים, בדרך כלל, בצמצום רב.¹⁵

עקרון קיום החוזים ועליונות סעד האכיפה הובילו את בתי המשפט לדחייתה של תורת "ההפרה היעילה" במשפט הישראלי. בפ"ד בד"נ בעניין אדרס, קבע השופט ברק כי:

"... הגישה הכלכלית אינה נותנת די משקל לשיקולים שלא ניתן ליתן להם משקל כלכלי. דיני החוזים לא באו אך להגביר את היעילות הכלכלית. הם באו לאפשר חיי חברה תקינים. חוזה יש לקיים - ולא רק לשלם פיצוי בגין הפרתו - כי בכך מעודדים בני אדם לקיים הבטחותיהם. קיום הבטחות עומד ביסוד חיינו, כחברה וכעם".¹⁶

11

¹² ס' 1 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א - 1970, ס"ח 16 (להלן: חוק החוזים תרופות).

¹³ ס' 3 לחוק החוזים תרופות.

¹⁴ ראו, למשל, בספרות: גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים - התרופות 191-4 (2009); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים, כרך ד, 104 (2011); נילי כהן "חריג הצדק באכיפת חוזה - מוסר ויעילות כשיקולים של צדק חלוקתי" עיוני משפט לג, 241, 258, 267 (2010). בפסיקה: ע"א 260/80 נוביץ נ' ליבוביץ, פ"ד לו (1) 537, 542 (1982); ע"א 8556/96 לובינקר נ' משרד האוצר, פ"ד מו (5) 289, 297 (1998).

¹⁵ שלו ואדר, לעיל, בעמ' 194-95, 18-217 ("... למרות שמבחן הצדק פותח - כאמור - פתח רחב כפתחו של אולם לצמצום הזכות לאכיפה, דומה כי המגמה בישראל היא להמעט בשימוש בחריג זה - לא רק להלכה אלא גם למעשה", שם בעמ' 217-28); כהן, חריג הצדק באכיפת חוזה, לעיל, בעמ' 268-275.

¹⁶ ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנייה בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.ה.ב.מ., פ"ד מב (1) 221, 278 (1988).

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי - המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

בפסיקה מאוחרת ניכרת תמיכה בעמדה זו.¹⁷ עם זאת, יש חוקרים הסבורים כי, הלכה למעשה ובמבחן המציאות בתי המשפט אינם מעניקים עדיפות לסעד האכיפה, וכי במרבית פסקי הדין בתי המשפט דווקא פונים לסעד הפיצוי.¹⁸ אחד ההסברים המוצעים לממצא אמפירי זה הוא כי העיקרון הדווקני של קיום החוזים, ויהי מה, הוא קיצוני, ובתי המשפט חותרים לפתרונות הוגנים המאזנים את האינטרסים המורכבים של כלל הצדדים לחוזה.¹⁹

לעומת הגישה הדווקנית כי חוזים יש לקיים ויהי מה, בבחינת ציווי מוסרי, ניצבת הגישה הכלכלית למשפט, על פיה יש לקיים חוזים ככל שהדבר יעיל, מנקודת מבט הבוחנת את הרווחה החברתית המצרפית. במילים אחרות, לעיתים, יעיל יותר להפר חוזה ועל כן יש להעניק תוקף משפטי למצב דברים זה ולקדם "אופטימיזציה" ביחסי הצדדים. רבות נכתב על תורת "ההפרה היעילה", ואין זה המקום להרחיב בדיון עיוני זה. מתוך מנעד ההסברים והניתוחים העוסקים בסוגיה זו, צף ועולה הקשר דברים אחד המחזיר אותנו למשבר הקורונה: תורת ההפרה היעילה עוסקת, למעשה, בקביעת כלל ההכרעה אשר לא נקבע במפורש בהסכמה הדיספוזיטיבית בין הצדדים לחוזה. מדובר בהשלמה פרשנית לחוזה. השלמה זו נדרשת מן הטעם שמרבית החוזים אינם שלמים ומפורטים, קרי אינם מבטאים הסכמות מפורשות בנוגע לכלל התרחישים האפשריים. חוזה "שלם" הוא היפותטי בלבד. במציאות, חוזים מסדירים מצבים שקיימת הסתברות גבוהה יחסית שיתרחשו.²⁰ על כן, כאשר ענייננו במצב דברים קיצוני במיוחד, אשר הסתברות התרחשותו נמוכה – מגפה פנדמית, אשר תוביל להתערבות שלטונית שלא נעשתה מעולם המטילה מגבלות תנועת חמורות, וברמה גלובלית - ואשר מטבע הדברים אין התייחסות אליו בחוזים המקובלים במשק, מתעוררת השאלה הפרשנית מהו כלל ההכרעה הראוי בנסיבות אלה.

כלל הכרעה אפשרי אחד, הוא לדבוק בעקרון המשפטי, שהצדדים היו מודעים לו, כי חוזים יש לקיים ויהי מה, ולקוות שהצדדים ינהלו משא ומתן למציאת שיווי משקל סביר בין הצדדים. נחזור לדון באפשרות משפטית זו להלן, במסגרת חובת תם הלב בקיום חוזים. כלל הכרעה אפשרי אחר, הוא כי בבסיס כל חוזה מתקיימת הסכמה מובלעת, משתמעת, כי החוזה נכרת מתוך הסכמה כי קיומו יעיל לשני הצדדים, שאחרת לא היה נכרת החוזה.²¹ שינוי נסיבות צפויות, הפוגם בכדאיות החוזה, מוסדר בהסכמה בין הצדדים. אולם, שינוי נסיבות קיצוני שלא ניתן לצפייה סבירה ואשר על כן לא הוסדר בין

¹⁷ ראו, לדוגמה: ע"א 3668/98 בסט ביי רשתות שיווק בע"מ נ' פידיאס אחזקות בע"מ, פ"ד נג (3) 180, 198 (1990); ע"א 11386/05 שרבט מלכאל ובניו בניין לעם בע"מ נ' אלמוג (פורסם בנבו, 2007).

¹⁸ לאון יהודה אנדג'ר, איל זמיר ואורי כץ "המהפכה במעמדה של תרופת האכיפה: דין, תיאוריה וממצאים אמפיריים" משפטים מט 5 (תשע"ט).

¹⁹ שם, בעמ' 14-15.

²⁰ עמרי בן שחר, יובל פרוקציה "פרק ד: חוזים" הגישה הכלכלית למשפט 153, 201-202 (אוריאל פרוקציה עורך, 2012).

²¹ אריאל פורת "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כב (3) 647, 653 (1999).

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

ר'ח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

הצדדים, הוא בבחינת פגיעה 'בבסיס ההסכמה החוזית', ומצדיק כלל הכרעה המאפשר השתחררות מקיומו של החוזה והמרתו בפיצוי כספי או קיומו בתנאים חדשים המותאמים לנסיבות. זוהי "הפרה יעילה".²²

כאמור, כלי נוסף לריכוך העקרון הדווקני כי חוזים יש לקיים ויהי מה, הוא עקרון תום הלב. אכיפה דווקנית של חוזה וחוסר נכונות להתאימו לנסיבות משמעותיות שהשתנו מעת כריתתו עלולה להיחשב כחוסר תום לב בקיום חוזה, ועל כן הפרה של סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים).²³ למעשה, מדובר באותה הגברת בשינוי אדרת, אלא שהפנייה לריכוך העיקרון הדווקני של קיום חוזים נעשית באמצעות העיקרון הכללי של חובת תום הלב, המספק משקל מוסרי נגדי לעיקרון המוסרי של חובת הקיום. באופן זה מדובר בשני עקרונות מוסריים שיש ליישב ביניהם, ולא כפנייה מפורשת לגישה הכלכלית למשפט. עם זאת, התוצאה היא אחת, מתן אפשרות להיחלץ מקיום חוזה, באופן מלא או חלקי, ו"המרה" של ההפרה לפיצוי כספי או לסעד מרוכך אחר. אף על פי כן, הובעה עמדה, הן בספרות הן בפסיקה, כי לא ניתן לפסוע במסלול "עוקף" זה לדיני החוזים תרופות. כאמור, חוק החוזים תרופות מעגן חריג לסעד האכיפה במקרים בהם היא "בלתי-צודקת בנסיבות העניין", והטענה העולה היא כי מושג "הצדק" רחב דיו לכלול גם מצבים של חוסר תם לב בעמידה על קיומו של החוזה. על כן, חוק החוזים תרופות משקף הסדר כולל וממצה בנוגע לתוצאות הנובעות מאי קיום חוזה.²⁴

13

על אף הדברים האמורים, בתפיסה הדווקנית של המשפט הישראלי כי חוזים יש לקיים ניכרים בקיעים. כאמור, יש המצביעים על כך כי מדובר ברטוריקה משפטית בלבד וכי מתוך ממצאים אמפיריים עולה שבתנאי המשפט נוטים, בפועל, להרבות בפנייה לסעד הכספי החלופי.²⁵ מצדדי התפיסה המוסרית לפיה ככלל חוזים יש לקיים, מגבילים זאת למקרים בהם לא חל שינוי משמעותי בנסיבות האופפות את החוזה.²⁶ למעלה מכך, גם שופטים המצדדים בדחייתה של תורת ההפרה היעילה, דוגמת השופט ברק, יישמו בה בעת פתרונות מרוככים שאפשרו אכיפה חוזית בתנאים שונים ובכפוף לשמירה על "ההיגיון

²² לדוגמה מספרית המסבירה באיזה מצבים מבחינה כלכלית יש להכיר "בהפרה יעילה", ראו בן שחר ופרוקציה, לעיל, בעמ' 202, 7-206.

²³ ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נד (5) 506 (2000).

²⁴ שלו ואדר, לעיל, בעמ' 42-241; ד"ר 21/80 ורטהיימר נ' הררי, פ"ד לה (3) 253, 279. כמו כן, בית המשפט עלול להירתע מקביעה לפיה העמידה על קיומו של החוזה עולה כדי חוסר תם לב שכן הדבר עלול להוביל "לשינויי" החוזה שנכרת בין הצדדים. ראו, למשל: ת"א (מחוזי י-ם) 4205/02 ב. יאיר חברה קבלנית בע"מ נ' משרד הבינוי והשיכון (נבו, 31.7.2008).

²⁵ ראו אנידג'ר, זמיר וכץ, לעיל.
²⁶ ראו כהן, חריג הצדק באכיפת חוזה, לעיל, בעמ' 262.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

הכלכלי" של ההסכמה החוזית, למשל על ידי שערורך התמורה אף שהדבר לא הוסכם בן הצדדים.²⁷ הפסיקה הענפה התומכת באכיפת חוזה בכפוף לשערורך התמורה, בין אם הדבר הוסכם בין הצדדים ובין אם לאו, משקפת הכרה בעקרון כי על בית המשפט להביא בחשבון שינויים שרירותיים שאיש מהצדדים לא צפה את התרחשותם.²⁸ להערכתנו, איפוא, משבר הקורונה הוא המקרה בו ראוי שבתי המשפט יסטו גם הלכה, ולא רק למעשה, מהכלל הקיצוני והדווקני שחוזים יש לקיים ויהי מה. יש לאפשר לצדדים לחוזה להשתחרר ממנו במקרים מתאימים, או לאפשר את קיומו בסייגים ובתנאים חדשים התואמים את הנסיבות הלא צפויות.

תורת ההפרה היעילה מבקשת לקדם ערכים של פרגמטיזם משפטי,²⁹ וכן אופטימיזציה כלכלית. דבקות בגישה זו, על כן, יכולה להוביל את בתי המשפט להתאמת הסעד בכל מקרה לגופו, לרבות גיבוש חלופות שהעיקרון הכלכלי העומד בבסיסן הוא חלוקת האחריות בין הצדדים לחוזה, כגון הקפאת חיובים חוזיים באופן חלקי חלף ביטול החוזה, או פיצוי חלקי חלף אכיפת החוזה.³⁰ ברוח דברים דומה, הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011,³¹ מציעה לעגן מצבים של "השעיית חוזה", "סיכול חלקי" ו"קיום בקירוב" המוכר כבר עתה בפסיקה,³² בבחינת פתרונות משפטיים מרוככים המתרחקים מאכיפה דווקנית של חוזה או ביטולו המחלט.³³

14 הגמישות המשפטית הוא כורח המציאות בימי הקורונה. במיוחד עתה, ראוי שבתי המשפט יקדמו הכרעות משפטיות המאזנות בין האינטרסים המורכבים של הצדדים מנקודת מבט כלכלית ופרגמטית ויינטשו את עולם המושגים הדווקני אשר עודנו שולט, לכל הפחות, ברטוריקה של בתי המשפט בישראל.

²⁷ למשל, השופט ברק, אשר כאמור לעיל בהלכת אדרס דחה את תורה ההפרה היעילה, קבע בפ"ד בע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק), פ"ד לג (2) 281 (1979), כי יש לשערך את גובה התמורה החוזית כדי שסעד האכיפה יקיים את "שיווי המשקל" החוזי שעמד בבסיס ההסכמה.
²⁸ שלו ואדר, לעיל, בעמ' 254-55.

²⁹ לערך הפרגמטיזם המשפטי ראו: RICHARD A. POSNER, LAW, PRAGMATISM AND DEMOCRACY (2003).
³⁰ לנימוקים התומכים בחלוקת הנטל הכלכלי בין צדדים לחוזה כתוצאה מסיכול ראו: אריאל פורת "חלוקת אחריות כתוצאה מסיכול חוזה" עיוני משפט טז(1) 65 (1991).
³¹ הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח 595.
³² ראו דברי ההסבר לסעיף 448 בהצעת חוק דיני ממונות, שם.
³³ ראו: גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 21-820 (מהדורה רביעית, 2019).

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

3. סיכול חוזה בראי מגפת הקורונה

האם צדדים לחוזה זכאים להתנער מהתחייבויותיהם משום משבר הקורונה?

א. דוקטרינת סיכול חוזה

אחד העקרונות היסודיים בדיני החוזים בשיטת המשפט בישראל, כאמור לעיל, הוא כי "חוזים יש לקיים".³⁴ אולם, לעיתים, ייתכן שינוי נסיבות המאפשר לצד לחוזה להשתחרר מהחובה המוחלטת לקיים חוזה.³⁵ בכך עוסקת דוקטרינת סיכול חוזה (frustration of contracts) שעניינה נסיבות חדשות ובלתי צפויות שלא היו ידועות או צפויות בעת כריתת החוזה.³⁶

בדין הישראלי, סעיף 18 לחוק החוזים תרופות מהווה את המסגרת הסטטוטורית לבחינת טענות בדבר סיכול חוזה.³⁷ הסעיף מקנה לצד "המפר" חסינות מפני תרופות מסוימות.³⁸ על פי הוראות החוק, מקום שאירוע מסוים נמצא מחוץ לצפיות הצדדים, והם לא יכלו לדעת עליו או לחזותו מראש, כל שכן למנוע אותו, אזי הפרת החוזה לא תהווה עילה לאכיפת החוזה או לפיצויים.³⁹ כך בלשון החוק:

"(א) היתה הפרת החוזה תוצאה מנסיבות שהמפר, בעת כריתת החוזה, לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן או שלא ראה ושלא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען, וקיום החוזה באותן נסיבות הוא בלתי אפשרי או שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים, לא תהיה ההפרה עילה לאכיפת החוזה שהופר או לפיצויים.

(ב) במקרים האמורים בסעיף קטן (א) רשאי בית המשפט, בין אם בוטל החוזה ובין אם לאו, לחייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה או, על פי בחירה כאמור בסעיף 9, לשלם לו את שוויו, ולחייב את המפר בשיפוי הנפגע על ההוצאות

15

³⁴ שם, בעמ' 758. ראו גם, פרשת אדרס, לעיל; בג"ץ 1930/94 נתן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(4) 643, 655 (1994); ע"א Examin S.A 3912/90 תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פרארי בע"מ, פ"ד מז(4) 64, 81 (1993); ע"א 6916/04 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 92 – 93, 95 (פורסם בנבו, 18.2.2010).

³⁵ פרידמן וכהן חוזים, לעיל, בעמ'; גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי 621 – 622 (2005); גיא מור "האם הקודקס האזרחי אימץ את המבחן הנכון לסיכול חוזה? – ניתוח תאורטי ודוקטרינרי" המשפט יז(2) 515, 519 (תשע"ד).

³⁶ ברק מדינה "סיכול חוזה" דיני חוזים – צורת החוזה כרך ג, 412 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2004). ראו גם, מנחם מאוטנר "שינוי נסיבות החוזה בתקופה שלאחר כריתת חוזה: הערות מקדמיות בפרספקטיבה של המשפט האנגלו-אמריקאי", עיוני משפט ט, 363, 363-4 (1993).

³⁷ סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970.

³⁸ שלו וצמח, לעיל, בעמ' 765.

³⁹ ראו, מיגל דויטש, ביטול חוזה בעקבות הפרתו 128 (1993). ראו גם, דניאל פרידמן "תרופות בשל הפרת חוזה", עיוני משפט ג-6 134 (תשל"ג).

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר לשם קיום החוזה, והכל אם נראה לבית המשפט צודק לעשות כן בנסיבות הענין ובמידה שנראה לו.⁴⁰

קיימים, איפוא, מספר תנאים מצטברים לביסוס טענת הסיכול: (א) החוזה הופר; (ב) המפר לא ידע/צפה ולא היה יכול/לצפות את הנסיבות המסכלות, במועד כריתת החוזה; (ג) היעדר יכולת למנוע את הנסיבות המסכלות; (ד) נסיבות מסכלות המביאות לכך שקיום החוזה הוא בלתי אפשרי או שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים.⁴¹

א) החוזה "הופר"

טענת הסיכול היא טענת הגנה המסורה למפר ולפיכך, על פי הוראות סעיף 18 לחוק החוזים תרופות, התנאי הראשון לתחולתה היא כי החוזה "הופר".⁴² בעניין זה של "הפרת החוזה" ראוי לתת את הדעת לשלוש בעיות פרשניות:

ראשית, ייתכנו מקרים בהם הנסיבות המסכלות מונעות משני הצדדים לחוזה לקיים את חלקם בחוזה. במקרים כאלה, ההבחנה בין צד מפר לצד נפגע עלולה לעורר קושי. לענייננו, סיטואציה מעין זו יכולה להתעורר כאשר הנחיות הממשלה בזמן מגפת הקורונה מונעות משני הצדדים לקיים את הוראות החוזה. מי הוא במקרה זה הצד המפר הזכאי להגנת הסיכול? לדעתנו, שאלת הסיכול במקרה כזה תתייחס באופן הדדי לשני הצדדים לחוזה, וגורם ההדדיות יובא בחשבון בעת יישום הדין על עובדות המקרה.

שנית, בסיטואציות מסוימות, הפרת החוזה עדיין לא התרחשה והיא בבחינת הפרה שצפוי כי תתרחש בעתיד. הוראות סעיף 17 לחוק החוזים תרופות המסדירות את סוגיית ההפרה הצפויה, חושפות את הצד ה"מפר" לכל התרופות שהדין מעמיד לנפגע במקרה של הפרה.⁴³ לטעמינו, ניתן להחיל את דיני הסיכול גם על ההתחייבות חוזית עתידית שזמנה קרוב, ואשר ניתן להעריך במידת וודאות קרובה, נוכח צווי הקורונה, שלא ניתן יהיה לקיימה.

⁴⁰ ס' 18 לחוק החוזים תרופות.

⁴¹ השוו: שלו וצמח, לעיל, בעמ' 766. המחברים מזהים שלושה תנאים מצטברים אשר בהתקיימם יהא צד לחוזה פטור מאחריות: (1) היעדר ידיעה או היעדר צפיה של המפר על הנסיבות המסכלות; (2) אי יכולתו של המפר למנוע את הנסיבות האלה; (3) התרחשות נסיבות המסכלות את קיום החוזה. ראו גם: מור, לעיל, בעמ' 521.

⁴² מור, לעיל, בעמ' 521-2. ראה גם, ע"א 5054/11 ספיר וברקת נדל"ן (הולילנד) בע"מ נ' עו"ד יעקב אמסטר, סו (1) 480, פס' 24-25 לפסק דינו של השופט זילברטל (2013). לדעה אחרת ראו: שלו וצמח, לעיל, בעמ' 6-765. שלו וצמח טוענים כי הגישה הרואה בסיכול הפרה היא שגויה מטעמים מושגיים, מעשיים ועיוניים. לטעמם, נכון יותר לראות מצבי סיכול כמי שמפקיעים את החוזה ולא ככאלה המעניקים לצד המפר הגנה מפני אחריות.
⁴³ שלו וצמח, לעיל, בעמ' 6-765.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

שלישית, דיני הסיכול מקשים לכאורה על פתרון של השעיה זמנית של חובות הצדדים, הואיל והתנאי הראשון לתחולת הדוקטרינה הוא שהחובה כבר הופר. בעניין זה, אנו סבורים שראוי להבחין בין סיכול זמני לסיכול מחלט וסופי. שלו וצמח טוענים בספרם כי בתי המשפט יכולים להורות על דחייה זמנית של קיום החיוב עד להסרת המניעה בקיומו, הן בהתאם לחובת תום הלב, הן בדרך של פירוש החובה על פי תכליתו האובייקטיבית, הן בדרך של אכיפה דחוייה והן מכוח סעיף 43(א) לחוק החוזים.⁴⁴ למעלה מכך, כאמור לעיל, להערכתנו, ככלל, ראוי שבתי המשפט יאמצו פתרונות מרוככים התואמים את מורכבות ההפרות החוזיות עקב משבר הקורונה, המתאפיינות בסיכול חלקי.

ב) היעדר ידיעה או צפייה של הנסיבות המסכלות

התנאי העיקרי בדיני הסיכול החוזי הוא, שהצד המפר לא ידע ולא היה עליו לדעת או שלא צפה ולא היה עליו לצפות מראש את הנסיבות המסכלות, בעת כריתת החובה. ישנן ארבע חלופות להתקיימותו של תנאי זה: (1) ידע, (2) צפה, (3) היה עליו לדעת (4) היה עליו לצפות. אם אחת מן החלופות הללו התממשה, אזי הצד המפר אינו זכאי לפטור.⁴⁵ במילים אחרות: על בית המשפט לבחון האם מבחינה סובייקטיבית ידע או צפה הצד המפר, את קרות הנסיבות המסכלות במועד כריתת החובה. כמו גם, האם מבחינה אובייקטיבית, אדם סביר, בהינתן עובדות המקרה, היה צריך לדעת או לצפות את קרות הנסיבות המסכלות.⁴⁶

17

מהן נסיבות מסכלות או אירוע בלתי צפוי, היא שאלה משפטית מורכבת שעלתה לדיון בפסיקה פעמים רבות במהלך השנים. סיבוכים עסקיים,⁴⁷ שינויים או הקפאה של שערי מטבע,⁴⁸ האינתיפאדה או סגר בשטחים,⁴⁹ פגעי טבע,⁵⁰ ואף מלחמה לא הוכרו כאירועים בלתי צפויים.⁵¹ דהיינו, צד שהפר חובה נסיבות אלו, לא הוכר כמי שלא יכול היה לדעת או לצפות אותן מראש ועל כן חויב לפצות את הנפגע.

⁴⁴ שם, בעמ' 784-5.

⁴⁵ שם, בעמ' 767.

⁴⁶ שלו וצמח טוענים כי הדרישה הכפולה – סובייקטיבית ואובייקטיבית – מכבידה מאוד על הצד המפר את החובה. ראו, שם. חשוב לציין כי יש הטוענים כי מהחן הצפויות במהותו בוחן האם הנסיבות המסכלות הן בגדר סיכון שהצד המפר היה צריך לצפות. ראו למשל דברי השופט חשין בע"א 458/93 פרטין נ' סלומון, פ"ד מז(5) 537, 548 (1993); רע"א 3126/09 נאחוסי נ' סתוי, פ" 7 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 20.1.2020). ("יאני רואה כל יסוד לטענה כי אי-הסדרת ההיתרים על ידי המבקשת הייתה בלתי צפויה בעת כריתת ההסכם, אלא לטעמי מדובר בסיכון שהמבקש נטל על עצמו בעת כריתת החובה.")

⁴⁷ דב"ע (ארצי) נב/61-3 מ.ד.ט מייקרו דיאמונד טולס – שושן, פד"ע כה 255 (1992).

⁴⁸ ע"א 206/79 ריטברג נ' נסים, פ"ד לד(3) 314, 333 (1980); ע"א 719/89 מחצבות חיפה בע"מ נ' חנ-רון בע"מ, פ"ד מו(3) 3-5, 314 (1992).

⁴⁹ ע"א 421/74 שגן נ' מדר, פ"ד כט(1) 445 (1974); ע"א 736/82 כפר חסידים, מושב עובדים דתי בע"מ נ' אברהם, פ"ד לט(2) 490 (1985).

⁵⁰ ע"א 345/89 נאות דברת נ' מעליות ישראל פט י.מ.ש. אילן נהול והשקעות בע"מ, פ"ד מו(3) 350 (1992).

⁵¹ ת"א (מחוזי ת"א) 2975/82 לרר נ' עיריית חולון, פ"מ התשמ"ד (1) 459, 462 (1983).

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

ר'ח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

בתי המשפט בישראל אימצו גישה מצמצמת עד מאוד, וכמעט כל אירוע נחשב בגדר הצפוי.⁵² כך לדוגמה, בית המשפט לא הכיר בגירוש הישראלים מאוגנדה בשנת 1972, כאירוע בלתי צפוי שהביא לסיכול החוזה.⁵³ גם הפרת חוזה על ידי צד שלישי לא נחשבה כאירוע בלתי צפוי אשר הביא לסיכול החוזה.⁵⁴ כתוצאה מכך, סעיף 18 לחוק החוזים תרופות הפך כמעט לאות מתה.

גישת הפסיקה בישראל עולה בקנה אחד עם ההשקפה הרואה את האחריות החוזית כאחריות מוחלטת, בהתאם לעקרון המנחה כי "חוזים יש לקיים", ויהי מה.⁵⁵ כאמור לעיל, גישה זו מושתת על הרצינואל שלפיו החיים רוויים אירועים בלתי צפויים, ולכן על בעלי חוזה להיערך גם כלפי הבלתי צפוי. צדדים לחוזה מצופים להסדיר ביניהם את מכלול היחסים החוזיים בנוגע לכלל האפשרויות הצפויות. עם זאת, אין לשלול כי מגפה הקורונה תוכר כאירוע מסכל נוכח עוצמתה והיקפה היוצאים מגדר הרגיל. כך, בפרשת נאות דברת, כב' השופט חשין הבחין בין גשמים "מן המניין" לבין גשמים "שלא בעיתם או שלא כדרכם".⁵⁶ ביחס לאחרונים, נקבע כי אלו אינם צפויים. ניתן גם לטעון כי גם אם התרחשות מגפה אינה בגדר הבלתי צפוי, אף על פי כן ההשלכות שלה על יכולתם של הצדדים לקיים את התחייבויותיהם החוזיות הן אירוע לא צפוי, בהתאם לגישתו המרוככת של השופט אנגלרד בפרשת רגב נ' משרד הבטחון.⁵⁷ בפרשה זו, אימץ השופט אנגלרד מבחן המחיל את מבחן הצפיות לא לעניין עצם התרחשות האירוע החריג, אלא לעניין ההשלכות המעשיות של האירוע של מערכת היחסים החוזיים בין הצדדים.⁵⁸ על פי מבחן זה, יתכנו מקרים בהם האירוע החריג יהא צפוי, כגון פרוץ מלחמה במדינת ישראל; אולם, ההשלכות שלו על מערכת החוזים בין הצדדים אינה בהכרח צפויה.⁵⁹ ולמשל: בפרשת בן-אבן נ' מדינת ישראל נקבע כי אמנם התרחשותן של פעולות איבה הן בגדר אירועים צפויים במדינת ישראל. אולם,

18

⁵² ראו, מור, לעיל; שלו וצמח, לעיל, בעמ' 768. לביקורת של הגישה המצמצמת ראו, ע"א 4893/14 וליד המודה זועבי נ' מדינת ישראל משרד האוצר (פורסם בנבו, - 03.03.2016).

⁵³ ראו, ע"א 101/74 חירם לנדאו עבודות עפר כבישים ופתוח בע"מ נ' פיתוח מקורות מים (ארצות חוץ) בע"מ, פ"ד (3) 661, 667 (1976). ("יש להניח ששני הצדדים כבעלי עסק מפוכחים היטיבו לדעת שבמדינה כאוגנדה, בעלת השלטון הדיקטטורי החשוך, עלולות להתרחש מהפכות ותהפוכות פתאומיות, ואכן הם נתנו דעתם על כך בהסכם הכתוב.")

⁵⁴ ע"א 879/92 מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' רוסמן, פ"ד (1) 774, 786 (1996).

⁵⁵ שלו וצמח, לעיל, בעמ' 769-70; מור, לעיל, בעמ' 520. החריג לכך הוא פסק הדין בעניין ע"א 39/75 דוד שמחון נ' אברהם רדינגר, כט(2) 610 (1975), שם הוכרה טענת סיכול על פי הודאתו של בעל הדין. ("בשל הודאתו זו של המשיב משוחררים אנו במקרה הזה מבדיקת השאלה, אם בהעברת החזקה במכונת באורח זמני, לאחר שהיתה קודם לכן בחזקתו של המערער, יש סיכול, כהוראת סעיף 18 (א) לחוק התרופות.")

⁵⁶ פרשת נאות דברת, לעיל.

⁵⁷ שלו וצמח מבהירים כי המבחן המרוכך לא תמיד יפעל לטובת הצד ה"מפּר". שכן, במקרים מסוימים יכול וקרות האירוע המסכל אינו צפוי, אולם ההשלכות שלו על האפשרות לבצע את החוזה ייחשבו צפויות. ראו, שלו וצמח, לעיל, בעמ' 771.

⁵⁸ פרשת רגב, לעיל, בעמ' 517. שם.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

ר'ח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

עצמתה והתמשכותה של אינטיפדת "אלאקצא" וההשפעות שלה על המשק הישראלי (ועל האכלוס בגבעת זאב) - לא היו צפויות. לפיכך, בית המשפט קיבל בפרשת זו את טענת הסיכול.⁶⁰

ג) אי יכולת למנוע את הנסיבות המסכלות

תנאי נוסף לתחולת דוקטרינת הסיכול הוא שהצד המפר לא יכול היה למנוע את הנסיבות המסכלות. מכאן נובע שאין צד לחוזה יכול לטעון לסיכול, מקום בו מעשיו הם שגרמו לכך שלא ניתן לבצע את החוזה (Self-induced frustration).⁶¹ תנאי זה, מטיל על הטוען לסיכול חובה פוזיטיבית להוכיח כי עשה את כל שביכולתו כדי למנוע את הנסיבות המסכלות.⁶²

לענייננו, צד לחוזה הטוען לסיכול בגין התפרצות מגפת הקורונה, יידרש להוכיח כי עשה כל מאמץ לפתור את "הבעיה" ולהביא לקיום החוזה. כך לדוגמה, ייתכן ויבואן שהתקשר בהסכמים והסתמך על ייבוא סחורות מסין, אולם לא הצליח לעמוד בהתחייבויותיו החוזיות בעקבות מגפת הקורונה, יאלץ להוכיח כי פעל לשם רכישת הסחורות ממקור אחר, בכדי שתעמוד לו טענת סיכול חוזה.

ד) נסיבות מסכלות

19 התנאי האחרון לתחולת דוקטרינת הסיכול עניינו בנסיבות המסכלות. נסיבות מסכלות הן נסיבות בהן קיום החוזה הוא בלתי אפשרי או שונה באופן מהותי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים במועד כריתת החוזה. לעניין זה ניתן להבחין בין מספר מצבים: (1) סיטואציות בהן לאחר כריתת החוזה, קיומו הפך לבלתי אפשרי (Impossibility); (2) סיטואציות בהן חל שינוי כה משמעותי בנסיבות, עד כי ביצוע החוזה כלשונו אינו מעשי (Impracticability); (3) סיטואציות בהן ניתן לקיים את הוראות החוזה, אולם לא ניתן להשיג את המטרה לשמה נכרת החוזה (סיכול מטרה – Frustration of purpose).⁶³

(1) Impossibility - לעיתים, לאחר כריתת החוזה, קיומו הופך לבלתי אפשרי. לעניין זה, יש המבחינים בין אי אפשרות קיום פיסית לאי אפשרות קיום חוקית:

- אי אפשרות קיום פיסית- אי אפשרות קיום החוזה יכולה להיגרם בשל פגיעה בנשוא החוזה, באמצעי לביצועו או בצד לחוזה. כך לדוגמה, אם נשוא החוזה הוא נכס מסוים, אזי

⁶⁰ ת"א (מחוזי י-ם) 3531/01 בן אבו חברה לבנין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.7.2002). לביקורת על הגישה המצמצמת ראו למשל: שלו וצמח, לעיל, בעמ' 771.

⁶¹ ראו, ע"א 767/77 בן חיים נ' כהן, פ"ד לד(1) 564 (1979). ראו גם, שלו וצמח, לעיל, בעמ' 776.

⁶² ראו, ת"א (שלום חי) 20996/02 לנדסברג נ' צאליים קבלנות בנין בע"מ (פורסם בנבו, 9.8.2006). שם נדחתה טענת סיכול מחמת כך שהצד המפר לא הגיש ערר על החלטת הוועדה המחוזית.

⁶³ מור, לעיל, 35, בעמ' 519. חשוב לציין לעניין זה כי מדינה טוען כי טענות בדבר סיכול חוזה שאינו מעשי וטענות באשר לסיכול מטרה הן טענות מקבילות. שכן, בשני המקרים ניתן לבצע את החוזה את תכליתו נפגמת. ראו, מדינה, לעיל, בעמ' 446-435.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

ר'אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

שריפתו תביא לסיכול החוזה.⁶⁴ לחלופין, כאשר מדובר בחוזה לקיום אישי, אם האדם נפטר או שהוא אינו כשיר בשל מחלה, אלו יהוו מאורע מסכל.⁶⁵ כך לדוגמה, בארצות הברית, בפרשת Parker v. Arthur Murray, Inc., הכיר בית המשפט בסיכול חוזה בגין אי-אפשרות קיום פיסית, לאחר שהתובע אשר התקשר בחוזה עם הסטודיו למחול של ארתור מורי נפגע בתאונת דרכים.⁶⁶

- **אי אפשרות קיום חוקית** - אי אפשרות קיום יכולה להיות תוצר לא רק של נסיבות פיסיות כי אם גם של הדין. דהיינו, אם לאחר מועד כריתת החוזה, ביצועו הפך בלתי חוקי.⁶⁷

לענייננו, מגפת הקורונה יכולה לגרום לאי אפשרות קיום פיסית וכן לאי אפשרות קיום חוקית. לדוגמה, במקרה של חוזה קיום אישי, אדם עשוי להימצא בלתי כשיר לקיים את התחייבויותיו כיוון שהוא אובחן כמי שחולה בקורונה ועל כן מחויב בבידוד מחלט. לחלופין, אין הוא יכול לקיים את הוראות החוזה בשל הוראות משרד הבריאות המטילות מגבלה על יציאה מהבית.⁶⁸

(2) Impracticability - במשפט האמריקאי הוכרה דוקטרינת סיכול החוזה לא רק במקרים של אי אפשרות קיום (impossibility) אלא אף במקרים בהם, בשל השינוי היסודי בנסיבות, קיומו של החוזה אפשרי אך לא מעשי (impracticability).⁶⁹ מבחן השוני היסודי בנסיבות מחייב השוואה בין ההסכמה בין הצדדים במועד כריתת החוזה וקיום החוזה בנסיבות שנוצרו. רק מקום בו קיים פער משמעותי ויסודי בין אלו, לאור הנסיבות שנוצרו, תתקבל טענת הסיכול.⁷⁰ לדוגמה, כאשר קיומו כפי שנקבע והוסכם בין הצדדים הפך כבד מנשוא בשל העלויות הכרוכות בו.⁷¹

20

⁶⁴ זוהי הדוגמה הקלאסית המבוססת על עובדות פסק הדין Taylor v. Caldwell, (1863) 122, ראו, Eng. Rep. 309 (K.B.).

⁶⁵ לדיון בסוגיה ראו ע"א 865/76 ופז נ' שושני, פ"ד לא (3) 748 (1977).

⁶⁶ Parker v. Arthur Murray, Inc., 10 Ill. App. 3d 1000, 295 N.E.2d 487 (1973).

⁶⁷ שלו וצמח, לעיל, בעמ' 779. ראו גם, ע"א 5628/99 מרקין נ' משה, פ"ד נו (1) 14 (2002).

⁶⁸ לעניין זה כמובן שיש להבחין בין סוגי חוזים שונים. שכן, יתכנו מקרים ובהם יכול האדם לאצול את התחייבויותיו לאדם אחר. לעניין חוזה שירות אישי ראו ע"א 108/84 סתם נ' אברהם מרקוביץ – חברה לבין ולהשקעות בע"מ, פ"ד מב (1) 757 (1988).

⁶⁹ כך לדוגמה בלשון סעיף 261 לריסטייטמנט השני בדיני חוזים: "Where, after a contract is made, a party's performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary Restatement (Second) of Contracts § 261 (1981). ראו גם, Mineral Park Land Co. v. Howard, 156 P. 458, 460 (Cal. 1916).

⁷⁰ ראו, ע"א 13/75 בלומנפלד נ' חברת הדר פלס בע"מ, פ"ד כט (2) 452 (1975).

⁷¹ ראו, U.C.C. Text § 2-615. Excuse by Failure of Presupposed Conditions., § 2-615. ראו גם, שלו וצמח, לעיל, בעמ' 780.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

תורת אי המעשיות לא הוכרה בדין הישראלי. אולם, שלו וצמח טוענים כי ניתן להחילה בדיני הסיכול בישראל מכוח עקרון תום הלב. זאת, הואיל ובתי המשפט הכירו בכך שלעיתים צד העומד על קיום החוזה כלשונו, בנסיבות בהן התקיימו אירועים מסכלים, פועל בחוסר תום לב.⁷² עם זאת, כאמור לעיל, קיימת אף הסתייגות מהגישה שלפיה עמידה על קיום החוזה עלולה לעלות כדי חוסר תם לב, ויש הדבקים בכך כי ניתן להימנע מאכיפתו של חוזה רק בנסיבות המצומצמות המוכרות בחוק החוזים תרופות. לחלופין, ניתן לפרש את המונח שוני יסודי, המופיע בסעיף 18(א) לחוק החוזים תרופות, ככולל גם סיטואציות של אי מעשיות.⁷³

(3) Frustration of purpose - כאשר קיום החוזה הוא אפשרי אולם אין בו תועלת לזכאי, מתעוררת השאלה בדבר סיכול המטרה (frustration of purpose). דוגמה לכך ניתן למצוא במשפט האנגלי, שם, לראשונה, הוכר סיכול מטרה. במרכז הפרשה, אשר זכתה לאחר מכן לכינוי Coronation Case, עמד מר הנרי אשר שכר דירה בכדי לצפות בתהלוכת ההכתרה של המלך אדוארד השביעי. אולם, התהלוכה בוטלה. משכך, ועל אף כי הצדדים יכלו לקיים את החוזה, הרי שלא היה בקיום זה בכדי להועיל לזוכה, ועל כן בית המשפט שחרר את מר הנרי מהחובה לשלם את דמי השכירות.⁷⁴

לענייננו, ייתכן שיהיו מקרים בהם צד לחוזה יטען כי בשל מגפת הקורונה, הגם שניתן לקיים את החוזה הרי שאין בו תועלת בעבורו. כך לדוגמה, צדדים לחוזה נקשרו בהסכם לאספקת שירותי ניקיון. בצו מגפת הקורונה, נאלץ בעל המבנה לסגור. כתוצאה מכך, הגם שניתן לקיים את החוזה, לא תצמח לו כל תועלת מכך. במקרה כזה, אם יכיר בית המשפט בתורת סיכול המטרה, תעמוד לו טענת סיכול חוזה.⁷⁵

גישת המשפט האמריקאי

כפי שצוין לעיל, סעיף 261 לריסטייטמנט השני בדיני חוזים, מבהיר כי קיים מבחן כללי לקיומו של סיכול: (1) האם לאחר כריתת החוזה הפכו התחייבויותיו החוזיות של צד לבלתי-מעשיות; (2) ללא אשמה; (3) אי התרחשותו של האירוע המסכל הייתה הנחת יסוד עליה התבסס החוזה; (4) אלא אם כן לשון החוזה או הנסיבות מצביעות על ההפך.⁷⁶ בהמשך, מוגדרים שלושת המצבים אשר בהתקיימם

⁷² ראו לדוגמה, פרשת **בן אבו**, לעיל ת"א (שלום ת"א) 11714/07 **רוט אברהם נ' אשדור חברה לבניה בע"מ** (פורסם בבנו, 1.7.2009). ראו גם, שלו וצמח, לעיל, בעמ' 764.

⁷³ שלו וצמח, לעיל, בעמ' 780. ראה גם דברי השופט אלון בע"א 1/84 **נתן נ' סטרוז**, פ"ד מב(1) 661 (1998).

⁷⁴ ראו, Krell v. Henry, [1903] 2 K.B. 470; שלו וצמח, לעיל, בעמ' 781-2.

⁷⁵ שלו וצמח מציינים כי התחשבות במקרים של שיבוש במטרת החוזה ניתן לעשות גם באמצעות סעיף 3(4) לחוק התרופות (אכיפה בלתי צודקת). שלו וצמח, לעיל, בעמ' 782.

⁷⁶ [Restatement \(Second\) of Contracts § 261 \(1981\)](#).

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

משוחררים הצדדים מן התחייבויותיהם החוזיות: (א) מוות או חידלון כלכלי של אדם הנחוץ לביצוע החוזה (Death or Incapacity of Person Necessary for Performance); ⁷⁷ (ב) הרס או אי קיום פיזי של חפץ הנדרש לשם ביצוע החוזה (Destruction, Deterioration or Failure to Come Into Existence of Thing Necessary for Performance); ⁷⁸ (ג) איסור חוקי המונע את ביצוע החוזה (Prevention by Governmental Regulation or Order). ⁷⁹ יוער כי, הוראות סעיף 265 לריסטייטמנט השני בדיני חוזים, העוסק בסוגיית סיכול מטרה, נוקטות בלשון כמעט זהה. ⁸⁰

ככלל, המשפט האמריקאי רואה בחוזה כלי לחלוקת סיכונים בין הצדדים. ⁸¹ לפיכך, כאשר צד טוען לסיכול חוזה, השאלה המרכזית שנשאלת היא על מי מהצדדים לשאת בנטל של התרחשות סיכון הנובע משינוי נסיבות, אשר לא נחזו על ידי הצדדים במועד כריתת החוזה. אפשרות ראשונה היא להטיל על הצד ה"מפר" את הסיכון על ידי דחיית טענת סיכול וחובו באכיפה או פיצויים בגין הפרת התחייבויותיו החוזיות. האפשרות השנייה היא להטיל את הנטל על הצד השני לחוזה, על ידי קבלת טענת הסיכול והכרזה על פקיעת החוזה. ⁸² או במילים אחרות, היקף הפטור אשר יוענק לצד הטוען טענת סיכול יכול וישנתה בהתאם לתשובה לשאלה על איזה צד מוטל הסיכון לאירוע. ⁸³ בפסק דין Transatlantic, אחד מפסקי הדין המנחים לעניין סיכול במשפט האמריקאי, בחן בית המשפט את המאפיינים הייחודיים של הצדדים בכדי להכריע על מי מן הצדדים הוטל הסיכון במועד כריתת החוזה. ⁸⁴

22

בשנים האחרונות, במספר פסקי דין ניכרת השפעתו של מבחן הסיכון האמריקאי על דיני הסיכול בדין הישראלי. ⁸⁵ כך, בפרשת נאחוס' נ' סתוי, דחתה השופטת ארבל את טענת הסיכול של הצד המפר, תוך שהיא מציינת כי האירועים המסכלים לכאורה לא היו בלתי צפויים בעת כריתת ההסכם, אלא "סיכון שהמבקש נטל על עצמו בעת כריתת החוזה." ⁸⁶ כך גם בפרשת ספיר וברקת נדל"ן (הולילנד), שם קבע השופט זילברטל כי הרוכש נטל על עצמו את מלוא הסיכון החוזי בנסיבות המקרה. ⁸⁷

⁷⁷ Restatement (Second) of Contracts § 262 (1981).

⁷⁸ Restatement (Second) of Contracts § 263 (1981).

⁷⁹ Restatement (Second) of Contracts § 264 (1981).

⁸⁰ Restatement (Second) of Contracts § 265 (1981).

⁸¹ מור, לעיל, בעמ' 538.

⁸² שלו וצמח, לעיל, בעמ' 772.

⁸³ שלו וצמח, לעיל, בעמ' 763.

⁸⁴ Transatlantic Financing Corporation v. United States of America, 363 F.2d 312. ראו גם, מור, לעיל, בעמ' 546.

⁸⁵ שלו וצמח, לעיל, בעמ' 772.

⁸⁶ ראו, פרשת נאחוס' נ' סתוי, לעיל.

⁸⁷ פרשת ספיר וברקת נדל"ן (הולילנד), לעיל.

שלו וצמח מבהירים כי נטילת הסיכון יכולה להיעשות במפורש או במשתמע. לפיכך, התשובה לשאלה האם צד לחוזה נטל על עצמו את הסיכון הכלכלי (ועל כן לא תשמע טענתו כי החוזה סוכל), תוכרע בדרך של פרשנות החוזה (על בסיס לשון החוזה, נסיבותיו, הגיונו והקשרו).⁸⁸ דהיינו, יתכנו מקרים בהם תתקבל טענת סיכול אפילו כאשר מדובר באירוע צפוי.⁸⁹

גישת המשפט הקונטיננטלי

המשפט הקונטיננטלי מדגיש את יסוד היעדר האשם כתנאי החשוב ביותר לעניין הענקת פטור לצד לחוזה, בנסיבות בהן אין הוא יכול לקיים את התחייבויותיו החוזיות בשל נסיבות חיצוניות.⁹⁰ אשר על כן, בתי המשפט ייטו לקבל את טענת הסיכול, במקרים בהם צד לחוזה יכול להראות כי אי הביצוע נעשה כתוצאה מכוח עליון (force majeure).⁹¹ זאת ועוד, בגרמניה למשל, אם לאחר כריתת החוזה, הנסיבות שהיוו את הבסיס לחוזה השתנו באופן משמעותי, והצדדים לא היו מתקשרים בחוזה או היו קובעים בו תנאים אחרים אילו היו צופים את שינוי הנסיבות האמורות, יכול בית המשפט להתאים את תנאי החוזה לנסיבות החדשות.⁹² מקום בו התאמת נסיבות החוזה אינה אפשרית, או שלא ניתן לצפות מצד לחוזה לקבלה, הצד הנפגע יכול לבקש לפטור אותו מן הצורך לקיים את החוזה.⁹³

בתי המשפט בישראל הכירו גם הם באפשרות להתאים את החוזה לנסיבות משתנות מכוח עיקרון תום הלב,⁹⁴ או לפטור צד מן הצורך לקיים חוזה בשל שינוי בנסיבות. כך, למשל, בפרשת **רגב נ' משרד הביטחון**.⁹⁵ בבסיס הפרשה ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, לפיו חויב משרד הביטחון לפצות את המערערים בגין השתחררות מינהלית מהסכם למכירת מסכות אב"כ פגות תוקף. השופט אנגלרד מצא כי בעקבות פרוץ המשבר במפרץ הפרסי נוצרו נסיבות מיוחדות אשר הפכו את קיום החוזה לשונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים.⁹⁶ את הנסיבות הללו לא יכלו הצדדים לצפות או למנוע.⁹⁷ אולם, הואיל ומשרד הביטחון זנח את טענת הסיכול, לא הכריע בית המשפט לעניין זה. למרות

⁸⁸ שלו וצמח, לעיל, בעמ' 773.

⁸⁹ כך גם בארצות הברית. ראו, שלו וצמח, לעיל, בעמ' 776.

⁹⁰ שלו וצמח, לעיל, בעמ' 763.

⁹¹ שם.

⁹² דוקטרינה זו ידועה בשם Störung der Geschäftsgrundlage . ראו, Bürgerliches Gesetzbuch [BGB] [Civil Code], Larry A. DiMatteo, *Contractual Excuse Under the Cisp: Impediment, Hardship, and the* ; Aug. 18. 1896, §313

Excuse Doctrines, 27 PACE INT'L L. REV. 261, 265 (2015). ראו גם, שלו וצמח, לעיל, בעמ' 763-4.

⁹³ ראו, Section 313(3) BGB, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p1146

חשוב לציין, כי אין הכרח שהנסיבות הללו יהיו בחזקת "כוח עליון". ראו, שלו וצמח, לעיל, בעמ' 763.

⁹⁴ ת"א (מחוזי י-ם) 2259/08 **יורו ישראל נ' משרד הבינוי והשיכון** (פורסם בנבו, 4.3.2012). כמוכך שהדוקטרינה לא חפה מקשיים. ראו לעניין זה, פרידמן וכהן **חוזים**, לעיל, בעמ' 463-465.

⁹⁵ פרשת **רגב**, לעיל.

⁹⁶ שם, פסי' 19-20 לפסק דינו של השופט אנגלרד.

⁹⁷ שם.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

ר'ח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

זאת, בית המשפט ציטט מהדין הגרמני המכיר בזכותו של צד לחוזה לבקש שינוי והתאמת הוראות החוזה, כאשר הנסיבות שהיוו את הבסיס לקביעת תוכן החוזה השתנו באופן מהותי מאז שנכרת, עד שאין זה ראוי לחייב את הצדדים להמשיך ולדבוק בהסכמות המקוריות.⁹⁸ נפסק כי שינוי הנסיבות יצר עילה להשתחררות מנהלית של המדינה מן החוזה.⁹⁹

סיכום ביניים (תמציתי): דוקטרינת הסיכול מקנה מכשיר גמיש ומעשי בידי בתי המשפט, להתאים בין חיובי החוזה לבין מציאות הקורונה. אין פירוש הדבר שבית המשפט צריך לאיין את החוזה או להכניס חיובים חדשים ליחסי הצדדים. המטרה היא להגשים את תכלית החוזה ככל הניתן, גם במציאות שבה "הכל זז". מכוחה של דוקטרינת הסיכול ניתן לבצע בחוזה התאמות נדרשות, פרי השכל הישר כגון דחיית חיובים, במטרה להחזיר על כנו את שיווי המשקל החוזי.

ג. תוצאות הסיכול – סעיף 18(ב) לחוק החוזים תרופות

השאלה מה דינן של הטבות שהועברו במסגרת חוזה שסוכל היא בעלת חשיבות רבה לדיון בהשלכות של משבר הקורונה על המערכת החוזית.

ככלל, תוצאות הסיכול קבועות בסעיף 18(ב) לחוק החוזים תרופות:

"במקרים האמורים בסעיף קטן (א) רשאי בית המשפט, בין אם בוטל החוזה ובין אם לאו, לחייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על-פי החוזה או, על-פי בחירה כאמור בסעיף 9, לשלם לו את שוויו, ולחייב את המפר בשיפוי הנפגע על ההוצאות הסבירות שהוציא וכל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר לשם קיום החוזה, והכל אם נראה לבית המשפט צודק לעשות כן בנסיבות הענין ובמידה שנראה לו."¹⁰⁰

סעיף 18(ב) מקנה לבית המשפט את הסמכות להעניק לצדדים לחוזה שסוכל, שני סעדים: (א) השבה; (ב) שיפוי.¹⁰¹

⁹⁸ סעיף 160(1) לחוק סדר הדין המינהלי (Verwaltungsverfahrensgesetz).
⁹⁹ פרשת רגב, לעיל.

¹⁰⁰ ס' 18 לחוק החוזים תרופות.

¹⁰¹ גבריאלה שלו, "חופש וצדק בדיני חוזים", שנתון משפט העבודה ה', 153, 159 (תשנ"ה); מיכל אגמון-גוון **ההשבה בהקשרים חוזיים** 279-304 (תשס"א). ראו גם, פורת **חלוקת אחריות במקרים של סיכול חוזה**, לעיל, בעמ' 68. מעניין לציין כי רות גורי טוענת כי שני הסעדים הללו הם בנוסף לתרופת הביטול. ("לא תהא הפרה עילה לאכיפת החוזה שהופר או לפיצויים. מתוך לאו שומע הינן כן, ס' 2 לחוק התרופות מונה 3 תרופות: אכיפה, ביטול ופיצויים או כל שילוב ביניהן. אם ההפרה, המתארת בס' 18 אינה עילה לאכיפה או לפיצויים, הרי היא עדיין עילה לביטול החוזה.") ראו, רות גורי "לטעות

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

1) השבה

במצבים של סיכול חוזה, ההנחה היא כי לא ראוי להטיל על מי מהצדדים להתקשרות אחריות בגין אי-קיום החוזה.¹⁰² על כן, ברירת המחדל הראשונה, היא השבה הדדית.¹⁰³ כלומר, יש לשאוף להעמיד את הצדדים במצב בו היו אלמלא נטלו על עצמם את חיוביהם החוזיים.¹⁰⁴ בת"א (מחוזי י-ם) 4205/02 ב. יאיר חברה קבלנית לעבודות בניה בע"מ נ' משרד הבינוי והשיכון, הכיר בית המשפט בסיכול חוזה נוכח פרוץ האינתיפאדה. אי לזאת, הורה לכל צד להתקשרות החוזית להשיב את מה שקיבל על פי החוזה.¹⁰⁵

חשוב לזכור כי חובת ההשבה אינה אוטומטית – כמו במקרה של ביטול חוזה בשל פגם שנפל בכריתתו, או במקרה של ביטול חוזה בעקבות הפרתו – אלא נתונה לשיקול דעת בית המשפט.¹⁰⁶ לבית המשפט הסמכות לשלול את ההשבה, כולה או חלקה, מטעמי צדק.¹⁰⁷

2) שיפוי

בנוסף להשבה הדדית, לבית המשפט נתונה הסמכות לחייב את הצד המפר בשיפוי הצד הנפגע בגין "ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבות שהתחייב בהן באופן סביר לשם קיום החוזה."¹⁰⁸ זכות השיפוי אינה שקולה לפיצוי, והיא אף אינה אוטומטית. היא איננה בבחינת פיצויים בגין נזק, משום שהיא עומדת אך כנגד הוצאת סבירות שנדרשו למימוש החוזה. היא איננה אוטומטית, שכן סעיף 18(ב) לחוק מקנה לבית המשפט את הסמכות לשלול את זכותו של צד להתקשרות לסעד השיפוי, או לכל הפחות לצמצמה, אם נראה הדבר לבית המשפט צודק בנסיבות העניין.¹⁰⁹

להבדיל מן הסמכות הנתונה לבית המשפט להעניק סעד של השבה לשני הצדדים לחוזה, לעניין השיפוי קיימת בחוק א-סימטריה בין הצדדים. זכות השיפוי ניתנת אך ורק לצד "הנפגע" נגד הצד ה"מפר".¹¹⁰ ואולם, וכפי שצוין קודם לכן, ההבחנה בין צד מפר לצד נפגע בדיני סיכול עלולה להיות מורכבת. ראשית,

שבהוראות הטעות "הפרקליט" כט 447, 459 (תשל"ד-תשל"ה). מנגד, ראו ניילי כהן "ביטול חוזה והשפעתו על עסקאות במקרקעין בלתי רשומים" הפרקליט, ספר היובל, 307, 309 הערת שוליים מספר 9 (תשנ"ד) ("דוגמה שבה יכולה לקום זכות השבה אף בהעדר ביטול היא סיכול).

¹⁰² איל זמיר, תמי כץ קריכלי "השפעת הפקעה מאוחרת על מכר מקרקעין: סיכול, פירוש או העברת הסיכון? (בשולי ע"א 5628/99 מרקין נ' משה)" משפטים לה 331, 355 (תשס"ה-תשס"ו). ראו גם, מדינה, לעיל, בעמ' 466.

¹⁰³ ראו, סעיף 18(ב), חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970; פרשת דוד שמחון, לעיל.

¹⁰⁴ זמיר וכץ קריכלי, לעיל, בעמ' 355.

¹⁰⁵ ראו, פרשת ב. יאיר, לעיל.

¹⁰⁶ מיכל אגמון-גונן, לעיל, בעמ' 295. ראו גם, פורת חלוקת אחריות במקרים של סיכול חוזה, לעיל, בעמ' 68.

¹⁰⁷ פורת חלוקת אחריות במקרים של סיכול חוזה, לעיל, בעמ' 68; לעיל; ע"א 186/77 סוכנויות (השכרת רכב) בע"מ נ' מימי טרבלוס, לג(1) 197 (1978).

¹⁰⁸ ראו, סעיף 18(ב), חוק החוזים תרופות.

¹⁰⁹ פורת חלוקת אחריות במקרים של סיכול חוזה, לעיל, בעמ' 69. ראו לעניין זה גם, פרשת רוט, לעיל.

¹¹⁰ דניאל פרידמן, עשיית עושר ולא במשפט 453 (תשמ"ב).

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

מפני שדיני הסיכול עוסקים במצבים בהם אירוע מסוים היה מצוי מחוץ לצפיות הצדדים, והם לא יכלו לדעת עליו או לחזותו מראש, לא כל שכן למנוע אותו. שנית, כיוון שבמקרים מסוימים הנסיבות המסכלות תמנענה משני הצדדים לחוזה לקיים את חלקם בחוזה.¹¹¹ טלו לדוגמה שני צדדים אשר התקשרו בחוזה ובו חיובים הדדיים. אולם, התקנות אשר הותקנו בעקבות פרוץ משבר הקורונה מונעת משני הצדדים לקיים את הוראות החוזה. כל אחד מהצדדים עשוי להחשב ל"מפר" לצורך הטלת חובת שיפוי על הוצאות סבירות שהוציא רעהו לצורך קיום ההסכם.¹¹²

סעיף 18(ב) לחוק החוזים תרופות מהווה הוראת חוק חשובה המסוגלת לאזן בין האינטרסים של הצדדים לחוזה שסוכל: קיום החוזה המסוכל לא ייאכף, ואף לא ייפסקו פיצויים בגין הפרתו; בד בבד ניתן למזער את נזקי ההפרה על דרך של השבה הדדית של התמורות שהוחלפו, כמו גם פסיקת שיפוי שנועדו לכסות הוצאות סבירות של הצד הנפגע. מהדוקטרינה הכללית נעבור לדיון פרטני בחוזי שכירות.

4. שכירות

כרגיל בדיני חוזים, נבקש תחילה למצוא פתרונות בחוזה השכירות עצמו. החוזה הוא בבחינת "התנ"ך" של הצדדים. לעיתים נמצא בחוזה הסדר מיוחד למקרים של "כוח עליון". היה והתפרצות מגיפה, או רגולציה ממשלתית נוקשה לשעת חירום, נופלות באחת התניות החוזיות המתייחסות לאירועי "כוח עליון" – יהא עלינו (ברגיל) לאמץ את ההסדר החוזי. צדדים לחוזה רשאים ואף ראוי שיחלקו ביניהם מראש את הסיכון למקרה של התרחשות מאורע חיצוני חריג, כדוגמת אסון טבע או מלחמה. ואולם לא נתפלא אם תדיר נמצא עצמנו בפני שוקת שבורה, משום שחוזה השכירות כלל לא התייחס לכוח עליון, או שהוא מגדיר כוח עליון באופן שאינו שייך למשבר הקולוסאלי דנא. בהעדר הסדר חוזי, נפנה אל החוק ונשאל - מה הוא מציע? מה ההסדר שמחיל הדין החוזי? אילו סעדים יש בו עבור צדדים להסכם השכירות?

נציץ שוב בדיני הסיכול החוזי. הצגנו לעיל את סעיף 18 לחוק החוזים תרופות. כאמור, הוראת סעיף 18 לחוק החוזים תרופות מכירה בלגיטימיות של הפרת חוזה בהתרחשות נסיבות שהמפר לא צפה וגם לא יכול היה לצפות מראש. כאשר מתרחשות נסיבות בלתי צפויות כאלה, הנפגע מן ההפרה אינו זכאי לאכיפת החוזה, וגם לא לפיצויים עבור נזקי ההפרה שנגרמו לו.¹¹³ לעומת זאת, בית המשפט מוסמך

¹¹¹ ראו, גורי, לעיל, בעמ' 463.

¹¹² דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך ב', 3-832 (מהדורה 3, 2017); פורת חלוקת אחריות במקרים של סיכול חוזה, לעיל, בעמ' 69-70.

¹¹³ ראו, ס' 18(א) לחוק החוזים תרופות.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

במקרים כאלה לפסוק סעד של השבה.¹¹⁴ ההשבה יכולה להתבטא בהחזר שעל כל צד להשיב לצד השני, את מה שקיבל לפי החוזה. השבה מסוג כזה מגלגלת כביכול את הזמן לאחור: נפקות החוזה מתאינת, וכל צד חוזר למצבו התחילי בטרם נכרת החוזה. השבה מסוג שני היא לחייב את המפר לשלם לנפגע את שוויה של התמורה החוזית שהספיק לקבל מהצד האחר, לרבות ההוצאות שנדרשו כדי להעמיד תמורה זו. השבה כזו מקיימת את החוזה עד לשלב שאליו הגיעו הצדדים ביישומו.

אנו סבורים כי ראוי להקנות לבית המשפט שיקול דעת ביישום דיני הסיכול. ראינו כי בתי המשפט בישראל אימצו גישה צרה, שלא לאמר קמוצה, לפיה מקרי הסיכול הם נדירים ביותר. זכרו שאפילו לגבי מלחמה - שהיא ברגיל מחוץ לטווח הצפיות של האדם הסביר, נפסק שברגיל אין היא בבחינת סיכול. בע"א 715/78 כץ נ' נצחוני מזרחי בע"מ ואח', נדון מקרה של קבלן שגויס לשירות צבאי במלחמת יום הכיפורים. בשובו מהקרב, התברר לו כי המחיר בו הסכים לבצע את עבודתו הוא "בבחינת פשיטת רגלי" ודרש להעלות את המחיר.¹¹⁵ הצדדים נשאו ונתנו אך לא הגיעו לכלל הסכמה. הקבלן סרב לקיים את חלקו בחוזה ואילו המזמין דרש לסלקו מהאתר, בראותו בו מפר. הקבלן ביקש להצדיק את סירובו לעבוד בטענת סיכול; בית המשפט דחה טענה זו, תוך פרשנות מצמצמת של דיני הסיכול:

"טוען המערער שהפרת החוזה מצדו היתה תוצאה מעליית המחירים שלאחר מלחמת יום הכיפורים, ועלייה זו היתה תלולה עד כדי נסיבה שהמערער בעת כריתת החוזה לא ידע ולא היה עליו לדעתה, ולא ראה ולא היה עליו לראותה מראש, כאמור בסעיף 18(א) לחוק החוזים (תרופות בשלה פרת חוזה), תשל"א-1970 (להלן: החוק). השופטת המלומדת בבית המשפט המחוזי מוכנה היתה להניח שעצם פרוץ המלחמה היה בו משום נסיבה שאישר לא ידעה ולא צריך היה לדעתה מראש; מה שאין כן בעליית המחירים, שכן אם חלה עלייה זו בעקבות המלחמה ובין אם באה עקב גורמים אינפלציוניים אחרים, על כל פנים ניתן היה – ועל כן חייבים היו – לראותה מראש".¹¹⁶

כב' השופט לנדוי הוסיף הערה חשובה (בצריך עיון):

"אמנם פרוץ המלחמה, כאשר זו פרצה ביום הכפורים, הפתיע את הנהגתה הצבאית והמדינית של המדינה ומה שאלה לא חזו מראש, סתם אזרח בוודאי לא חייב היה לראות מראש. אבל השאלה היא לדעתי אם, כל עוד השלום אינו שרוי בין ישראל ובין כל שכנותיה, סכנה של פרוץ מלחמה במועד כלשהו, קרוב או רחוק, אינה קיימת תמיד,

¹¹⁴ ראו, ס' 18(ב) לחוק החוזים תרופות.

¹¹⁵ ע"א 715/78 אריה כץ נ' נצחוני מזרחי בע"מ, לג (3) 639.

¹¹⁶ שם, בעמ' 640.

כך שבענייני מלחמה ושלוש הבלתי צפוי הוא לעולם בגדר הצפוי עבור אדם מישראל; והאם אין די בסכנה צפויה כזאת כדי שתישלל טענת הסיכול עקב פרוץ מלחמה?¹¹⁷

הגישה המצמצמת נובעת מתוך השקפה העקרונית לפיה חוזים יש לקיים. כאמור, הדין הישראלי מעמיד את ערך החוזה בראש מערך התרופות, ומזכה את הנפגע מהפרה בסעד האכיפה כסעד עיקרי. יתכן שעל כך נוסף החשש משימוש לרעה בדיני הסיכול בנוף הישראלי לשם התחמקות מחיובים. שיקולים אלה יצרו גישה קשוחה. יושם אל לב כי דין תום הלב לא הונהג להגמשה של דיני הסיכול, למרות מעמדו "המלכותי" בדיני החוזים. כך למשל נפסק ששינוי בשער המטבע ניתן לצפייה ואינו מהווה סיכול.¹¹⁸ בדומה, ניתן לצפות עיכוב בקבלת אישורי מסים בעקבות מעבר של משרדי מס שבח למיחשוב, וזאת בעניין העברת זכויות בלשכת רישום המקרקעין.¹¹⁹

גישה קשוחה כזו מרוקנת מתוכן את דיני הסיכול. אנו סבורים כי משבר הקורונה מהווה הזדמנות לעיון מחדש, ברוח הגישה המרוככת שהובעה בפרשת רגב.¹²⁰ כזכור, השופט י' אנגלרד הציע לבחון את שאלת הצפיות לא ביחס לאירוע המשבש עצמו (כגון מלחמה או מגפה), אלא ביחס להשפעת האירוע החרוג על היחסים החוזיים:

28

"...לגופו של עניין, גישתו הכללית של בית-משפט זה – כפי שבאה לידי ביטוי בפרשת כץ, על נסיבותיה המיוחדות – נראית בעיניי נוקשה מדי. מבחינה עקרונית, יש, לטעמי, לבחון בכל מקרה ומקרה את השפעתו של אירוע חריג, כגון פרוץ מלחמה, על מהותם של היחסים החוזיים. כלומר, את מבחן הצפיות יש להחיל לא על עצם פרוץ המלחמה, אלא על ההשלכות המעשיות של האירוע על מהות היחסים החוזיים. לכן מן הראוי היה, בנסיבות המקרה של פרשת כץ, לבחון אם עליית המחירים שבאה בעקבות מלחמת יום כיפור הביאה לכך שקיום החוזה '...שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים...' , כלשון סעיף 18(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970." ¹²¹

דיון נרחב בדיני הסיכול החוזי נערך לאחרונה בפסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 4893/14 וליד חמודה זועבי נ' מדינת ישראל – משרד האוצר.¹²² השופט יצחק עמית הצטרף לעמדה לפיה ראוי לרכך

¹¹⁷ שם, בעמ' 643.

¹¹⁸ ראו פרשת ריטברג, לעיל.

¹¹⁹ ע"א 748/80 ברוך גולדשטיין נ' גוב-ארי חברה לבנין ולהשקעות, לח (1) 309 (1984).

¹²⁰ פרשת רגב, לעיל.

¹²¹ שם.

¹²² פרשת וליד, לעיל.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

את יסוד הצפיות שבסעיף 18 לחוק החוזים תרופות, אך הותר את השאלה לעת מצוא, מחמת שלא נדרשה בה הכרעה לגופו של אותו ענין.¹²³

א. דיני הסיכול עמומים; האם חוק השכירות יסייע?

לצד דיני החוזים הכלליים, חלים דיני השכירות, כמסגרת ספציפית המטפלת בחוזה מסוג מיוחד. דיני השכירות מעוגנים בעיקר בחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971 (להלן: חוק השכירות).¹²⁴ לפי סעיף 23 לחוק זה, התרופות הניתנות לצדדים לפי החוק באות להוסיף על חוק החוזים תרופות.¹²⁵

סעיף 15 לחוק השכירות, שכותרת השוליים שלו היא "פטור מחובת תשלום", קובע כדלקמן:

"(א) היה הנכס המושכר מקרקעין ונמנע מן השוכר להשתמש בו למטרת השכירות מחמת נסיבות הקשורות במושכר או בדרכי הגישה אליו והשוכר לא ביטל את החוזה בשל כך, פטור הוא מתשלום דמי השכירות בעד הזמן שהשימוש נמנע כאמור; המשכיר רשאי, כעבור זמן סביר בנסיבות הענין, לבטל את החוזה, זולת אם הודיע לו השוכר לפני כן שהוא מוותר על הפטור מתשלום דמי השכירות.

(ב) הפטור האמור יחול רק אם בעת כריתת החוזה לא ידע השוכר על הנסיבות האמורות בסעיף קטן (א) ולא היה עליו לדעת עליהן, או לא ראה אותן ולא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען."

29

הוראת חוק זו מטילה על המשכיר, ולא על השוכר, את הסיכון למקרה שבו השימוש במושכר סוכל מחמת נסיבות חיצוניות, שמקורן אינו במשכיר: נסיבות הקשורות במושכר (כגון שהמושכר אינו שמיש) או בדרכי הגישה אליו (כגון עבודות עפר בדרך או שיפוצים בבנין). לפי לשונו, סעיף 15 מקנה לשוכר שתי אפשרויות: לבטל את חוזה השכירות או להשעות את תשלום השכירות בעד הזמן שהשימוש נמנע.¹²⁶

בע"א 4893/14 **וליד חמודה זועבי נ' מדינת ישראל – משרד האוצר**, דובר במקרקעין שהושכרו למדינה, והיא השתמשה בהם לשירות ממשלתי (שירות המבחן למבוגרים ולנוער במשרד הרווחה).¹²⁷ בשלב מסוים במהלך תקופת השכירות, התרחשו בסביבת המושכר אירועי אלימות קשים, שחייבו את פינוי העובדים להבטחתם שלוםם ושלומו הבאים למקום. המדינה, כשוכרת, הודיעה לבעלים על הקפאת

¹²³ שם, פסי' 30 לפסק דינו של השופט עמית.
¹²⁴ חוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971, ס"ח 160.
¹²⁵ ראו, חוק החוזים תרופות.
¹²⁶ סי' 15 לחוק השכירות והשאלה.
¹²⁷ פרשת **וליד**, לעיל.

שירותי התחזוקה שקיבלה ממנו, ובשלב מסוים גם הפסיקה לשלם את דמי השכירות. בית המשפט העליון פסק, כי אין מקום לחייב את המדינה בתשלום דמי השכירות עד לתום תקופת השכירות החוזית, וזאת משום החובה המוטלת על משכיר להקטין את נזקו במקרה של פינוי מוקדם, וזאת על דרך של איתור שוכר חלופי. נפסק, כי פיצוי בגובה תשלום שכ"ד למשך כשנתיים ימים לאחר הפינוי – הוא סביר בנסיבות אותו עניין. לענייננו, מעניינים הדברים שציין כב' השי"י עמית, בהתייחס לסיכול השימוש במושכר:

"האירועים הפליליים, שהפכו את המושכר ל"מטרה על הכוונת", הם בבחינת שינוי נסיבות מהותי שהביא בסופו של יום לפינוי המושכר. בנסיבות חריגות אלה, עמידתו הדווקנית של המערער על קיום הסכם השכירות עד תומו, כאילו לא אירע דבר, מהווה חוסר תום לב בקיום חוזה, הן על פי סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973... והן על פי סעיף 4 לחוק השכירות הקובע כי "חיוב הנובע מחוזה שכירות יש לקיימו בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מן החוזה" (והשוו לסעיף 6 לחוק המכר, התשכ"ח-1968...). הדבר נכון במיוחד בהתחשב בכך שהאירועים הפליליים שכוונו כנגד המבנה, קשורים למערער, הגם שאינם באשמתו של המערער. רוצה לומר כי הנזק "נופל" קרוב יותר לשטחו של המערער מאשר לשטחה של המדינה, ובהיבט של צדק, מן הראוי שהמערער הוא שיישא בו.¹²⁸

30

באותו עניין, בית המשפט לא נדרש להפעלה של סעיף 15 לחוק השכירות; זאת משום שסבר כי גם אם המדינה הפרה את חוזה השכירות, הרי שהיא יצאה ידי חובתה כלפי המשכיר בתשלום שכ"ד לתקופת-מה נוספת מעת הפינוי, וזאת על רקע עקרון הקטנת הנזק החל על המשכיר. יושם אל לב כי פתרון קשה אינו ישים בעת קורונה; זאת משום שניתן להניח שהמשכיר לא ימצא שוכר חלופי, למצער לא בקלות.

הדברים הנ"ל של בית המשפט העליון חשובים בפן העקרוני, לצורך הנכחה של עקרון תום הלב, מכח סעיף 39 לחוק החוזים.¹²⁹ בית המשפט העליון קבע כי משכיר המתעקש על עמידה דווקנית בתנאי החוזה, שעה שהשוכר אינו יכול להשתמש במושכר למטרת השכירות, עלול

¹²⁸ שם, פסי' 17 לפסק דינו של השופט עמית.
¹²⁹ ס' 39 לחוק החוזים (חלק כללי).

להימצא כמי שמפר את החובה לנהוג בתום לב -- וכפועל יוצא מכך הוא המפר של הסכם השכירות.¹³⁰

יש לשים לב כי לפי פסיקת בית המשפט העליון בפרשת **וליז הנ"ל**, הסיכול שלפי סעיף 15 לחוק השכירות חל רק במצב של מניעה הקשורה במושכר עצמו ובדרכי הגישה אליו, ולא בסיכול המטרה של חוזה השכירות; כדברי כב' הש' י' עמית:

"סעיף 15 לחוק השכירות אינו מכסה סיטואציות של סיכול מטרת הסכם השכירות, כאשר הנסיבות המסכלות אינן קשורות במושכר או בדרכי הגישה אליו. לדוגמה, סטודנט התקשר בהסכם לשכירות דירה במעונות הסטודנטים בבאר שבע לקראת שנת הלימודים הקרובה בפקולטה לרפואה, והוא מבקש לבטל את הסכם השכירות מן הטעם שהפקולטה נסגרה. מטרת הסכם השכירות סוכלה מבחינתו של הסטודנט אך איננו נכנסים בגדרו של סעיף 15 לחוק השכירות."¹³¹

לפיכך, וביישום למקרי הקורונה, נראה כי אם הגישה למושכר הוגבלה פיסית (כגון חנות הממוקמת בקניון שנסגר בצו-קורונה) – במקרה כזה יחול סעיף 15 לחוק השכירות. אם, לעומת זאת, ניתן להשתמש במושכר פיסית, והדרכים להגיע אליו לא נשללו - סעיף 15 לא יחול. שעה שסוכלה מטרת השכירות (כמו במקרה הסטודנט דלעיל) – אנו עוסקים בסיכול של התועלת הכלכלית גרידא, ולא במניעת השימוש הפיסי במושכר. במקרה כזה, עלינו לחזור אל דיני הסיכול הכלליים (קרי: סעיף 18 לחוק החוזים תרופות).¹³²

ג. המלצות

סעיף 15 לחוק השכירות, כמו גם סעיף 18 לחוק החוזים תרופות לא נועדו לתת מענה אחיד לכל מצבי הסיכול. אלה הן הוראות חוק גמישות, המחילות הסדרי שסתום. תוכנם הקונקרטי יתמלא ממקרה למקרה. אנו סבורים כי משבר הקורונה מהווה הזדמנות לפתיחת הדלת של הגנת הסיכול, הן זו הכללית המעוגנת בסעיף 18 לחוק החוזים תרופות, והן זו הספציפית, הממוקמת בסעיף 15 לחוק השכירות. אין הכוונה להחלה סיטונאית של הגנת הסיכול. יש להיזהר שלא למוטט חוזים שניתן לקיים, אך משום הדרמה הגדולה של המשבר. המשבר מחדד

¹³⁰ פרשת **וליז**, לעיל.

¹³¹ שם, ס' 29 לפסק דינו של השופט עמית.

¹³² ס' 18 לחוק החוזים תרופות.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

את הצורך בכלים גמישים שיאפשרו דיון פרטני, כל חוזה לפי הקשרו המסחרי, כל מקרה לפי נסיבותיו.

לעניין זה, אנו מציעים לשקול את השיקולים הרלבנטיים הבאים:

(א) ככלל, חוזים יש לקיים. אין לאפשר ביטול גורף וסיטוני של חיובים, אשר עלול ליצור שרשרת רוחבית של פיגועים חוזיים. יש להשתמש בדיני הסיכול בזהירות. ראוי תחילה לבחון מהי השלכת המשבר על החוזה הקונקרטי, ואם הוא נגע בעיקריו, או רק בשוליו. מקום בו ההשלכה היא שולית, אין לאמר שהחוזה סוכל, ויש לקיימו.

(ב) ניתן להבחין בין חיובים שונים באמצעות שימוש ב"עיפרון הכחול": מקום בו סוכלו חיובים חוזיים מסוימים, אין פירוש הדבר שכל החיובים החוזיים בטלים. כאשר ניתן לעשות כן, יש להבחין בין חיובים שונים של החוזה, במטרה לקיים חיובים ברי ביצוע, ובלבד שלא תופר ההרמוניה החוזית.

(ג) שעה שניתן לדחות קיום חיובים למשך זמן סביר, וכתוצאה מן המשבר, ראוי ככלל להעדיף את דחית החיוב על פני ביטול החוזה. דחית החיוב תאפשר לצדדים להתארגן להמשך קיומו, תפזר ביניהם את הנזק באופן שוויוני יחסית, ותאפשר לקיים את החוזה ולו באופן נדחה.

(ד) יש להבחין בין מקרים של מניעת גישה פיסית למושכר כתוצאה מסגר, לבין מקרים בהם הגישה היא אפשרית, אך המטרה המקורית של החוזה לא הוגשמה במלואה. במקרים בהם ניתן להשתמש במושכר, כגון במקרה של דירת הסטודנט שאוזכרה לעיל, מן הראוי לחייב את הצדדים לדבוק בחוזה.

(ה) לעיתים ניתן להשתמש במושכר בדרך חלופית, כגון לצרכי קיום חובת הבידוד, או כדי להלין בו עובדים זרים שלא הורשו לשוב לבתיהם, ואולי אפשר להפכו למחסן. המשכיר נדרש שלא לישון על זכויותיו החוזיות, אלא לנקוט באמצעים להקטנת הנזק: כלומר, לפעול על מנת לאתר שימושים חלופיים, שיקלו על עזיבת השוכר.

(ו) ראוי להבחין בין סוגים שונים של שכירות. לא הרי שכירות עסק, כשכירות למגורים. כל אחד מסוגי השכירות עשוי להצדיק יחס שונה. ככלל, ומטעמים של צדק חלוקתי, ראוי שהמשפט יגן על שוכר הזקוק לדירת מגורים לצורך קורת גג. לכן, אם ניתן לאפשר לשוכר להמשיך ולשהות במושכר תוך דחייה סבירה של תשלומי השכירות, מן הראוי לעשות כן. שוכר עסקי יזכה ברגיל להגנה פחותה, מתוך הנחה שעסקים בדרך כלל כרוכים בסיכון פיננסי רחב אשר עלול להתרחש גם כתוצאה ממשברי חיים בלתי צפויים.

(ז) ראוי להיעזר בעקרון הקטנת הנזק, שתפס לו אחיזה במשפט באופן גורף ורחב. לפי עקרון זה, אין אדם רשאי לישון על זכויותיו, בין אם מדובר בזכויות מכוח חוזה ובין אם מדובר בזכויות נזיקיות. על הצדדים לחוזה לפעול ככל הניתן להקטנת הנזק שנוצר בנסיבות המשבר, ובהתאם לאפשרויות הקונקרטיות הפתוחות בפניהם.

(ח) שיקולים של צדק חלוקתי מחייבים להתחשב במצבם היחסי של הצדדים לחוזה ובתוך כך בשאלה מי הוא מפזר הנזק הטוב יותר. למשל: מקום בו השוכר חלה חלילה בקורונה, או אם למשל הוכח שתשלומי השכירות נדרשים למשכיר באופן מידי – מצבים כאלה עשויים להטות את הכף לטובת אחד הצדדים לחוזה, במגמה למזער נזקים נמשכים ועקיפים. גם לשם כך, ניתן לעשות שימוש בעקרון תום-הלב.

(ט) דוקטרינת ההפרה היעילה, שעד כה לא הוכרה במשפט הישראלי,¹³³ יכולה לשמש כלי עזר גמיש למציאת פתרונות מאזנים. בנסיבות בהן יעיל יותר בהיבט המצרפי להפר את החוזה, תוך הטלת תשלומי איזון על הצד המפר לטובת הנפגע, עשוי הדבר להוות פתרון עדיף על פני הצמדות דווקנית ללשון חוזה שהמציאות הסיטה ממסלולו המקורי.

כמובן, אין מדובר ברשימת שיקולים ממצה. החיים הדינמיים והמורכבות של המקרים אינם מאפשרים לסגור מראש את כל השיקולים. לעניין זה, חובת תום-הלב תלויה אותנו כאם רוחנית; בבחינת "אדם לאדם – אדם"¹³⁴, במיוחד בימים קשים.

5. ענף התיירות

ענף התיירות משפיע על ענפי כלכלה רבים ומושפע מתהליכים פוליטיים וכלכליים המתרחשים בישראל ובעולם כולו.¹³⁵ שנת 2019 מסמנת נקודת שיא של כל הזמנים בהיקף התיירות במדינת ישראל. אולם, חודשים ספורים מאז החלה מגפה הקורונה להתפשט ברחבי העולם, גורמים שונים מדווחים על עצירה כמעט מוחלטת של הפעילות בענף.¹³⁶ בישראל ובמדינות רבות אחרות נרשמות ירידות חדות במספר

¹³³ כידוע, בית המשפט העליון דחה את הגישה הכלכלית המחייבת שימוש בתורת ההפרה היעילה, וזאת בפסק הדין המפורסם בפרשת **אדרס**, לעיל.

¹³⁴ כמאמרו המפורסם של כבי נשיא בית המשפט העליון לשעבר השופט אהרון ברק. ראו, **רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון**, פ"ד נה(1999) 279, 199 (1).

¹³⁵ הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, **תיירות ושירותי הארחה**, www.cbs.gov.il/he/subjects/Pages/%D7%AA%D7%99%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%AA-%D7%95%D7%A9%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%AA%D7%99-%D7%94%D7%90%D7%A8%D7%97%D7%94.aspx

¹³⁶ נעם בוטוש **סקירה כלכלית המשבר בענף התיירות בעקבות התפרצות נגיף הקורונה 4** (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2020).

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

התיירים, אתרי תיירות בולטים עומדים שוממים, טיסות מבוטלות, מוזיאונים נסגרים ואטרקציות מרכזיות סוגרות שעריהן לקהל הרחב.¹³⁷ בתוך כך, ניתן לשער כי חברות תעופה, בעלי בתי מלון, אטרקציות ושירותי תיירות אחרים, כמו גם אנשים פרטיים רבים, יתקשו לעמוד בהתחייבויותיהם החוזיות. חשוב לציין כי על אף שבדרך כלל יש להעדיף התאמה של תנאי החוזה ודחייה של ההתחייבויות החוזיות על פני ביטול החוזה, הרי שבענף התיירות, לעיתים מועד הביצוע הוא קריטי להגשמת תכליות ההתקשרות בין הצדדים אף בטווח של שעות. לפיכך, במקרים רבים, לא יהיה מקום לדחיית החיובים. על רקע זה, ניתן לצפות לגל גואה של תביעות אשר תוגשנה כנגד גורמים שונים בענף התיירות. בתגובה, רבים צפויים לטעון כי מגפת הקורונה, או ההגבלות שהטילה הממשלה בעטיה, היוו "גורם מסכל חוזה" אשר מנע מהם לקיים את התחייבויותיהם החוזיות; וכי אף אין לראות בהם כמי שהפרו חוזה ולהטיל עליהם תשלום פיצויים לצד השני.¹³⁸

א. ממדי הפגיעה הכלכלית

השנתון הסטטיסטי לשנת 2019 של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה מלמד כי סך הצריכה התיירותית במשק הישראלי בשנת 2018 עמדה על 50.4 מיליארד ש"ח.¹³⁹ מתוכה, היקף ההוצאות של תיירים מחו"ל בישראל עמד על כ- 25 מיליארד ש"ח, שהם 49.6% מכלל הצריכה התיירותית ו-13.9% מסך יצוא השירותים של ישראל.¹⁴⁰ ההוצאה הממוצעת של תייר שביקר בישראל (כולל סכומים ששולמו בחו"ל) הייתה 1,401 דולר.¹⁴¹ זאת ועוד, היקף ההוצאות של ישראלים עבור טיולים בארץ ובחו"ל עמד על כ- 25.4 מיליארד ש"ח.¹⁴² ההוצאות הללו כללו שירותי הארחה, ביקורים באטרקציות ובאתרים בזמן הטיול. בשנת 2017 ההכנסות מאטרקציות תיירותיות שהכניסה אליהן בתשלום היו 2.3 מיליארד ש"ח.¹⁴³ יתרה מזאת, בשנת 2018 הועסקו במלונות תיירות 35.5 אלף איש, ועוד 5.1 אלף איש הועסקו

34

TOURISM POLICY RESPONSES, TACKLING CORONAVIRUS (COVID-19) CONTRIBUTING TO A GLOBAL EFFORT, OECD (2020),¹³⁷ https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=124_124984-7uf8nm95se&title=Covid-19_Tourism_Policy_Responses.

¹³⁸ זאת כמוכן בהנחה כי התפרצות נגיף הקורונה אינה נופלת באחת התניות המתייחסות לאירועי "כוח עליון" אשר אומצו בחוזה. ככלל, צדדים לחוזה יכולים להתנות מראש על דיני הסיכול. דהיינו, לחלק ביניהם את הסיכון במקרה של התרחשות מאורעות חיצוניים חריגים, כדוגמת אסון טבע, מלחמה וכדומה. התנאה זו תשלול את תחולת דיני הסיכול. אולם, לאור אופייה החריג של מגפת הקורונה, ניתן להניח, כי מעטים המקרים, אם בכלל, בהם התנו צדדים לחוזה על יסודות דיני הסיכול שבסעיף 18(א) לחוק התרופות במקרה של מגפה.

¹³⁹ זוהי עלייה של 5% לעומת שנת 2017. ראו, הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתון סטטיסטי לישראל 320 (2019). www.cbs.gov.il/he/publications/doclib/2019/18.shnatontourismandaccomodationservices/diagrams18.pdf

¹⁴⁰ שם, בעמ' 310.

¹⁴¹ שם, בעמ' 314.

¹⁴² שם, בעמ' 316.

¹⁴³ שם, בעמ' 323.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

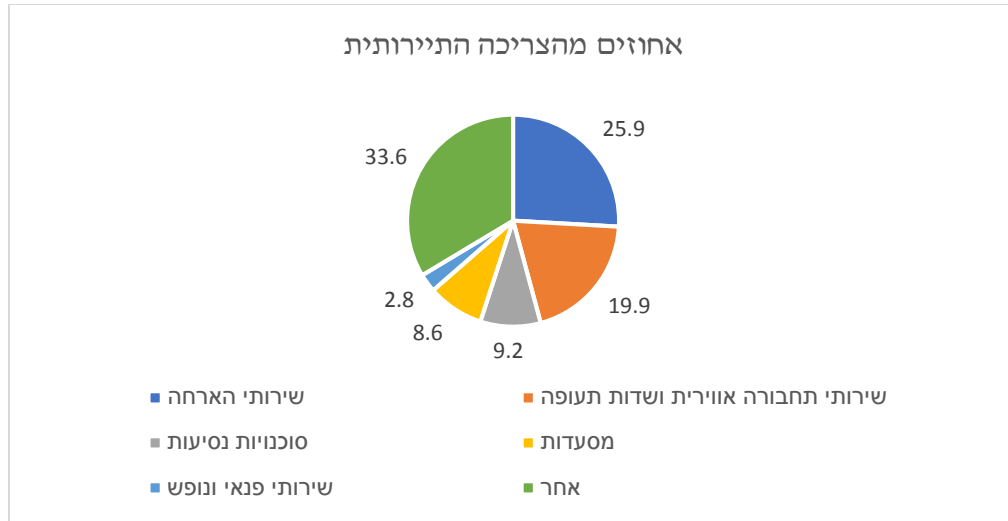
טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

באמצעות חברות כוח אדם.¹⁴⁴ מספר המשרות בכלל ענף התיירות נאמד בכ-141 אלף משרות, שהן כ-3.6% מן המשרות במשק.¹⁴⁵ מן האמור לעיל נהיר כי לענף התיירות בישראל חשיבות גדולה למשק הישראלי.

התרומה הכלכלית של התיירות מבוססת בעיקר על שירותי הארחה, שירותי תחבורה אווירית ושדות תעופה, סוכנויות נסיעות, מסעדות, שירותי פנאי ונופש ועוד.¹⁴⁶



35

סקירה כלכלית אשר פורסמה על ידי מרכז המחקר והמידע של הכנסת ב-30.3.2020, צופה כי משבר הקורונה והעצירה הכמעט מוחלטת של כל שירותי ענף התיירות בישראל, עשויים לגרור ירידה של כ-2.6% בתוצר במשק.¹⁴⁷ אומדנים דומים מהדהדים גם ברמה הבינלאומית. לשם השוואה, על פי הערכות ארגון ה-OECD, התפרצות מגפת הקורונה צפויה להביא לירידה של בין 45% ל-70% בענף התיירות העולמי בשנת 2020. היקף הפגיעה הצפויה תלוי במשך המשבר והמהירות שבה יצליחו הגורמים השונים בענף התיירות לחזור לשגרה.¹⁴⁸ בתוך תחום התיירות ניתן לזהות השפעות שליליות בחלוקה לתחומים שונים:

¹⁴⁴ שם, בעמ' 321.
¹⁴⁵ שם, בעמ' 320. כלל ענף התיירות כולל בין היתר סוכנויות נסיעות, מורי דרך, שירותי פנאי ונופש ומפעילי אטרקציות שונות.
¹⁴⁶ שם, בעמ' 310.
¹⁴⁷ בוטוש, לעיל, בעמ' 4.
¹⁴⁸ ראו, TOURISM POLICY RESPONSES, לעיל, בעמ' 4. לעניין זה מוצגים שני תרחישים שונים. על פי התרחיש הראשון ענף התיירות צפוי להתחיל להתאושש בחודש יולי 2020, לפיכך היקף הפגיעה הצופי יעמוד על כ-40%. לעומת זאת, על פי התרחיש השני, הענף צפוי להתאושש רק במהלך חודש ספטמבר 2020. על כן, הפגיעה בו תעמוד על כ-70%. ראה גם, בוטוש, לעיל, בעמ' 5.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

• **שירותי תחבורה אווירית ושדות תעופה** - נתונים שפורסמו על ידי ארגון התעופה העולמי מצביעים על כך שבשנת 2020 צפוי תחום התעופה להפסידים בשיעור של למעלה מ-250 מיליארד דולר. יתרה מזאת, חברות תעופה רבות נאלצו לצמצם דרמטית את פעילותן.¹⁴⁹ אם בשל ביטולי הזמנות, סגירת הגבולות או הצורך להישמע להנחיות במדינות השונות. להחלטה זו השלכות קשות על העובדים אשר העסקתם הופסקה במפתיע. כך לדוגמה, משבר הקורונה הביאו לירידה בהכנסות חברת אל-על בסך של כ-70 – 90 מיליון דולר, ביטולי טיסות והוצאתם לחלי"ת של אלפי עובדים.¹⁵⁰ על הרקע הזה, פורסם לאחרונה באתר החקיקה הממשלתי תזכיר הצעת-חוק, המציע לצמצם לשעה את ההטבות בהן מחויבות חברות התעופה כלפי נוסעים בגין ביטולי טיסות, וזאת במטרה "לאזן בצורה נכונה יותר בין העלויות והנזקים האדירים המצרפיים הנגרמים לחברות התעופה בעת הזאת, לבין הנזקים האישיים הנגרמים לכל נוסע ונוסע עקב איחור וביטול של טיסות.¹⁵¹

• **שירותי הארחה** - שיעורי התפוסה במלונות ברחבי העולם ירדו באופן דרסטי מאז החל נגיף הקורונה מתפשט ברחבי העולם. באזורים מסוימים מלונות אף נסגרו וחדלו מפעילותם לחלוטין. כך לדוגמה, בישראל רק רבע מהמלונות היו פעילים באמצע חודש מרץ, וכ-30,000 עובדים פוטרו או הוצאו לחלי"ת.¹⁵² מאידך גיסא, במסגרת הניסיון למצוא פתרונות לחולי קורונה במצב קל, החלו לפעול שלוש מלונות הבראה בתל אביב, ירושלים ובסמוך לטבריה. מלונות אלו מסייעות הן לבעלי המלון להמשיך ולהפעילו בתקופה קשה זו, והן למדינה במלחמתה בהתפשטות מגפת הקורונה.¹⁵³ חשוב לציין כי לא רק בתי המלון נפגעו בשל התפרצות מגפת הקורונה. גם שוק השכרת הדירות לתקופות קצרות נפגע אנושות. כך, אתר Airbnb דיווח על ירידה של כ-40% בשיעור ההזמנות באתר.¹⁵⁴ על פי רוב, כאשר אורח מבטל את הזמנתו ב-Airbnb, האחריות מוטלת עליו והמארחים מקבלים פיצוי מסוים. אולם, לאור מגפת הקורונה אימצה הפלטפורמה מדיניות על פיה, ביטולים בצל מגפת הקורונה יזכו את

36

¹⁴⁹ בין החברות הללו ניתן למנות את אייר פראנס, איזי ג'ט, וויגיין אטלנטיק, בריטיש איירווייס ועוד. ראו, TOURISM POLICY RESPONSES, לעיל, בעמ' 6-7.

¹⁵⁰ ראו, בוטוש, לעיל, בעמ' 4.

¹⁵¹ ראו: תזכיר חוק שירותי תעופה (פיצוי וסיוע בשל ביטול טיסה או שינוי בתנאיה) (תיקון - הוראת שעה):

<https://www.tazkirim.gov.il/s/law-item/a093Y00001RFNBQQAX/%D7%AA%D7%96%D7%9B%D7%99%D7%A8-%D7%97%D7%95%D7%A7-%D7%A9%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%AA%D7%99-%D7%AA%D7%A2%D7%95%D7%A4%D7%94-%D7%A4%D7%99%D7%A6%D7%95%D7%99-%D7%95%D7%A1%D7%99%D7%95%D7%A2-%D7%91%D7%A9%D7%9C-%D7%91%D7%99%D7%98%D7%95%D7%9C-%D7%98%D7%99%D7%A1%D7%94-?language=iw>

¹⁵² ראו, זיו ריינשטיין "מי יעזור להם? עד כה נסגרו למעלה מ-400 מלונות בישראל" וואלה **תיירות** 17.3.2020 travel.walla.co.il/item/3347122

¹⁵³ בוטוש, לעיל, בעמ' 8.

¹⁵⁴ ראו, TOURISM POLICY RESPONSES, לעיל, בעמ' 8.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

האורחים בהחזר כספי מלא.¹⁵⁵ שינוי מדיניות זה צפוי להטיל הפסדים נוספים על בעלי הנכסים להשכרה.

• **מסעדות**- ענף המסעדות ספג גם הוא פגיעה קשה. שכן, מתחילת פרוץ המגפה נאלצו המסעדנים לעבור למתכונת של איסוף עצמי או משלוחים.¹⁵⁶ כאשר לאחרונה, נאסר איסוף עצמי במדינת ישראל והמסעדות נאלצו להתבסס על משלוחים בלבד.¹⁵⁷ התוצאה היא שאלפי עובדים הוצאו לחל"ת וההכנסות בתקופה שחלפה ירדו באופן דרסטי. על פי הנתונים שפורסמו על ידי ארגון ה-OECD, בצרפת, מאז פרוץ המשבר ולאור הסגר שהוטל כ- 75,000 מסעדות נסגרו, 3,000 מועדונים וכ- 40,000 בתי קפה. כתוצאה מכך, כמיליון איש הוצאו לחל"ת.¹⁵⁸ בחינה של המצב בישראל מעלה נתונים מדאיגים לא פחות. כך לדוגמה, על פי דיווחים עיתונאיים, בשבוע האחרון של חודש מרץ, מסעדות רבות נאלצו להקפיא את פעילותן. גם אלו הפועלות במתכונת של משלוחים מדווחות על ירידה של כ-30% בהזמנות.¹⁵⁹

• **אטרקציות, שירותי פנאי ונופש**- מגפת הקורונה וההגבלות על התקהלויות שהוטלו בעקבותיה מחייבות את מרבית האטרקציות (מוזיאונים, גנים לאומיים, אתרי מורשת וכדומה) לסגור את שעריהן. כמו כן, אירועי תרבות, כנסים ותחרויות ספורט מתבטלים או נדחים למועד בלתי ידוע. אלו צפויים להביא להפסדים כספיים אדירים למפעילי האתרים השונים ולתיירות החוץ והפנים. לדוגמה, סגירת התיאטראות והפסקת הפעילות בברודוויי צפויה להביא לנזק של למעלה מ-100 מיליון דולר.¹⁶⁰ כך גם, ההחלטה לבטל את תחרות האירוויזיון, שהייתה אמורה להתקיים במאי הקרוב ברוטרדם,¹⁶¹ צפויה להביא לפגיעה כלכלית בענף תיירות החוץ.¹⁶²

• **מורי דרך**- מורי דרך מהווים נדבך חשוב בענף התיירות. על פי דברי יו"ר אגודת מורי הדרך מספר מורי הדרך הפעילים כיום בארץ נע בין 7,500 ל-8,000 איש.¹⁶³ אולם, מגפת הקורונה, מיעוט

37

¹⁵⁵ ראו, Extenuating circumstances policy and the coronavirus (COVID-19), <https://www.airbnb.com/help/article/2701/extenuating-circumstances-policy-and-the-coronavirus-covid19>.
¹⁵⁶ ראו, מאיה דרין "כנס חירום: המסעדנים נפרדים וזועמים" **ישראל היום** 15.3.2020 www.israelhayom.co.il/article/742155
¹⁵⁷ ראו, תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש - הגבלת פעילות), התש"ף-2020, ק"ת-תש"ף, 812.
¹⁵⁸ ראו, TOURISM POLICY RESPONSES, לעיל, בעמ' 9.
¹⁵⁹ ראו, אורנה יפת "עוד מכה למסעדות: הציבור הפסיק להזמין" **כלכליסט** 24.3.2020 www.calcalist.co.il/marketing/articles/0,7340,L-3803123,00.html
¹⁶⁰ ראו, Charkes Passy, *Broadway Going Dark Could Mean Losses Above \$100 Million*, THE WALL STREET JOURNAL, March 12, 2020 <https://www.wsj.com/articles/new-yorks-metropolitan-museum-to-shut-down-along-with-others-due-to-coronavirus-11584035854>
¹⁶¹ ראו, רן בוקר "רשמית: אירוויזיון 2020 בוטל" **YnetMusic** 18.3.2020 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5696798,00.html
¹⁶² ראו, <https://eurovision.tv/official-ebu-statement-and-faq-eurovision-song-contest-2020-cancellation>
¹⁶³ ראו, זיו ריינשטיין "בגלל הקורונה: פגיעה אנושה ב"פנים היפות של ישראל" **וואלה תיירות** 18.3.2020 travel.walla.co.il/item/3347328

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

ר'ח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

התיירים, סגירת הגנים הלאומיים ואטרקציות שונות, גרמו לפגיעה ממשית באפשרויות התעסוקה של מורי הדרך, המועסקים על פי רוב במתכונת של פרילנסרים.¹⁶⁴

• **מפעילי תיירות וסוכנויות נסיעות** - מפעילי תיירות רבים עצרו את פעילותם כמעט כליל מאז פרוץ המשבר לאור הצניחה החדה בתיירות חוץ ותיירות פנים. כמו גם, המורכבות הנדרשת על מנת להבטיח את שלום המבקרים. באירופה, הערכות מדברות על ירידה של כ-50% בהיקף העסקים של מפעילי תיירות בשנת 2020 כתוצאה מן המשבר.¹⁶⁵

בענף התיירות, נוכח ההיקף הענפי של נזקי הקורונה, והחשש לקריסה של חברות לא מעטות, אנו ממליצים לבחון כיצד ניתן לתמוך בשיקום הענף בצד הכלכלי, כגון על דרך של העמדת ערבויות מדינה להלוואות עסקיות או הקלות מס לשעה, לפי קריטריונים ברורים, ובהינתן **שקיים סיכוי סביר לשיקום**.

להלן נבחן את אמות המידה להכרעה בשאלה החוזית: באילו נסיבות יכול צד להתקשרות בעסקה לאספקת שירותי תיירות לטעון כי מגפת הקורונה היא בבחינת כוח עליון או אירוע בלתי צפוי, בגינו הוא היה מנוע מלקיים את החוזה כלשונו ויש לפטור אותו מן האחריות החוזית?

ג. המסגרת החקיקתית

ענף התיירות מאופיין ברגולציה ענפה.¹⁶⁶ ראשית, על הצדדים לחוזה חלים הדינים הכלליים, כדוגמת, חוק החוזים (חלק כללי),¹⁶⁷ חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)¹⁶⁸ ודיני הנזיקין.¹⁶⁹ שנית, היות וההתקשרויות בין הצדדים נושאות על פי רוב אופי של עסקה צרכנית, אזי חלה עליהן גם החקיקה הצרכנית;¹⁷⁰ לרבות, חוק הגנת הצרכן,¹⁷¹ תקנות הגנת הצרכן (ביטול עסקה)¹⁷² ותקנות הגנת הצרכן (האותיות בחוזה ואחיד ובתנאי הכלול במידע אחר המיועד לצרכן).¹⁷³ שלישית, בנסיבות מסוימות, יחולו

¹⁶⁴ שם. ראו גם, TOURISM POLICY RESPONSES, לעיל, בעמ' 10.

¹⁶⁵ ראו, TOURISM POLICY RESPONSES, לעיל, בעמ' 8.

¹⁶⁶ אלעד שילד, "מותו של סוכן? על אחריותן המשפטית של סוכנויות הנסיעות כלפי לקוחותיהן בדין הישראלי" המשפט כה 227, 234 (תשי"ף).

¹⁶⁷ חוק החוזים (חלק כללי), הצש"ג-1973, ס"ח 118.

¹⁶⁸ חוק החוזים תרופות.

¹⁶⁹ פקודת הנזיקין [נוסח חדש], תשכ"ח-1968, ס"ח 266.

¹⁷⁰ דנ"א 5783/14 עו"ד ליאור צמח נ' אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ, תק-על 2017(3), 11572 (2017); שילד, לעיל בעמ' 235.

¹⁷¹ חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, ס"ח 248.

¹⁷² תקנות הגנת הצרכן (ביטול עסקה), התשע"א-2010, ק"ת 16.

¹⁷³ תקנות הגנת הצרכן (האותיות בחוזה אחיד ובתנאי הכלול המידע אחר המיועד לצרכן), התשנ"ה-1995, ק"ת 1898.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

ר'ח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

על הצדדים חיקוקים ייעודיים, כדוגמת, חוק שירותי תיירות,¹⁷⁴ תקנות שירותי תיירות (חובת גילוי נאות),¹⁷⁵ תקנות שירותי תיירות (סוכנויות)¹⁷⁶ וחוק שירותי תעופה (פיצוי וסיוע בשל ביטול טיסה או שינוי בתנאיה).¹⁷⁷ לבסוף ולצד כל אלה, חלות על הצדדים גם מספר אמנות בינלאומיות אשר ישראל צד להן.¹⁷⁸

טענות צד כי נאלץ להפר את התחייבויותיו החוזיות בשל נסיבות מסכלות תתבררנה בדרך כלל בהתאם להוראות הדינים המיוחדים לענף התעופה. הדין הכללי – ולענייננו רלבנטי חוק החוזים תרופות – יחול בהעדר הסדר ספציפי, וכן כמסגרת חוקית מארגנת המשפיעה על פירושו של הדין המיוחד. לדוגמה: חוק שירותי תעופה (פיצוי וסיוע בשל ביטול טיסה או שינוי בתנאיה), קובע כי מפעיל טיסה חב כלפי נוסע פיצוי כספי במקרה של טיסה שבוטלה. הואיל וכך, יכול אדם לטעון כי חובה על חברת תעופה אשר החליטה לצמצם את פעילותה או להפסיקה כליל בשל התפרצות מגפת הקורונה, לפצותו בגין טיסה שבוטלה. אולם, סעיף 6(ה)(1) לחוק זה פוטר את מפעיל הטיסה מתשלום הפיצוי כאשר מדובר ב"נסיבות מיוחדות שלא היו בשליטתו" של מפעיל הטיסה "וגם אם היה עושה כל אשר ביכולתו – לא היה יכול למנוע את ביטולה בשל אותן נסיבות".¹⁷⁹ הוראות אלה מקימות הסדר סיכול ייחודי לענף התעופה. עם זאת, וכפי שנראה להלן, צדדים עושים שימוש תדיר בהוראת סעיף 18 לחוק החוזים תרופות גם בסיטואציות בהן חל חוק שירותי תעופה הנ"ל. הדבר עשוי לנבוע מכך שהצדדים להתדיינות לא נסמכו בטיעוניהם על החוק הספציפי.

39

ג. הפסיקה

חלק ניכר מאי-בהירות לעניין סיכול חוזה נובעת מן הקושי להכריע בשאלה אם אירוע מסוים מהווה אירוע מסכל. שאלה זו התעוררה לא מעט ביחס לעסקאות שעניינן אספקת שירותי תיירות. בחלק זה נסקור פסקי דין מרכזיים בחלוקה לתחומים. פסקי הדין שנציג מהווים חלק קטן מפסקי הדין הרבים בנושא; ואולם יש בהם כדי להמחיש את גישת בתי המשפט לטענות סיכול בענף התיירות. חשוב להדגיש כי בשל הנזק הנמוך יחסית הנגרם בדרך כלל לפרט בשל סיכול חוזה בענפי התיירות, מרבית ההליכים מתנהלים בבית המשפט לתביעות קטנות, ולא מעט נסגרים בפשרה. לכן, מרבית מפסקי הדין אינם בעלי תוקף תקדימי מחייב, אף כי יש בהם מורה דרך לפירוש הדין ויישומו.

¹⁷⁴ חוק שירותי תיירות, התשל"ו-1976, ס"ח 228.

¹⁷⁵ תקנות שירותי תיירות (חובת גילוי נאות), התשס"ג-2003, ק"ת 544.

¹⁷⁶ תקנות שירותי תיירות (סוכנויות), התשס"א-2000, ק"ת 70.

¹⁷⁷ חוק שירותי תעופה (פיצוי וסיוע בשל ביטול טיסה או שינוי בתנאיה), התשע"ב-2012, ס"ח 414.

¹⁷⁸ לרשימת האמנות ראו, שילד, לעיל, בעמ' 235 (הערת שוליים מספר 34).

¹⁷⁹ חוק שירותי תעופה (פיצוי וסיוע בשל ביטול טיסה או שינוי בתנאיה), התשע"ב-2012, ס"ח 414.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

סיכול חוזה

בת"ק 14182/01 **שגב עמית נ' חברת אל על** – נדונה תביעה של אדם שטיסתו - שנקבעה ליום 12.9.2001 - נדחתה בעקבות אסון התאומים אשר התרחש יום לפני כן והביא לביטול גורף של טיסות בארצות הברית. הנתבעת, חברת אל-על טענה כי מדובר ב"סיכול חוזה" בהתאם להוראות סעיף 18 לחוק החוזים תרופות. שכן, במועד כריתת החוזה בין הצדדים אל-על לא ידעה ולא הייתה צריכה לדעת אודות הנסיבות שגרמו לאי יכולת להפעיל את הטיסה במועד האמור. בית המשפט פסק כי אסון מגדלי התאומים גרם לסגירת המרחב האווירי ושיבוש חמור בכל מערכות התעופה בעולם. נמצא כי מדובר ב"גורם מסכל" כמשמעו בסעיף 18 לחוק החוזים תרופותועל כן ביטול הטיסה באותו מועד, איננה בבחינת הפרת חוזה ע"י אל על.¹⁸⁰

גם בת"ק (שלום באר שבע) 655/02 **מיכל טפירו נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ** הכיר בית המשפט בכך שאסון התאומים גרם לסגירת המרחב האווירי בארצות הברית, לשיבוש חמור בכל מערכת התעופה בעולם והוא בבחינת גורם מסכל כמשמעותו בסעיף 18 לחוק החוזים תרופות.¹⁸¹ בית המשפט הוסיף וקבע כי חברת אל-על "לא התחייבה להטיס את נוסעיה בטיסות המשך בתוך ארה"ב היות ולא ניתן לה אישור מסוג זה במועדים ובנסיבות הרלוונטיים. אי לכך, הנתבעת לא הפרה את החוזה ברשלנותה, אלא הסיכול שעמד בפניה הוא שגרם לביטולו החלקי של החוזה."¹⁸²

להבדיל מאסון התאומים אשר הוכר בפסיקה כאירוע מסכל, לעניין שביתה כללית במשק, בתי המשפט הגיעו להחלטות סותרות. כך, בת"א (שלום תל אביב-יפו) 10431/05 **אסתר בוסתן נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ**, דן בית המשפט בשאלות: האם יש לראות בשביתה משום גורם שהביא לסיכול חוזה בין התובעים לבין חברת אל-על? והאם במועד כריתת החוזה הייתה אל-על צריכה לצפות שקיום החוזה הוא בלתי אפשרי?¹⁸³ נפסק כי אל-על לא הייתה יכולה לצפות כי תפרוץ שביתה כללית במשק. לפיכך, השביתה מהווה נסיבות של סיכול חוזה, אשר לא ניתנות לצפייה, בהתאם להוראות סעיף 18(א) לחוק

¹⁸⁰ ראו, בת"ק 14182/01 **שגב עמית נ' חברת אל על** (פורסם בנבו, 17.3.2002)

¹⁸¹ ת"ק (שלום באר שבע) 655/02 **מיכל טפירו נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 25.02.2003)

¹⁸² שם, פסקה ח לפסק הדין.

¹⁸³ ת"א (שלום תל אביב-יפו) 10431/05 **אסתר בוסתן נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 13.07.2006).

החוזים תרופות.¹⁸⁴ גישה דומה ננקטה בשורה של פסקי דין אשר קבעו כי שביתה כללית במשק המשביתה את נמלי התעופה מהווה נסיבות של סיכול חוזה.¹⁸⁵

לעומת זאת, בת"ק (פתח תקוה) 1265/04 ד"ר פלד יואב נ' חב' התעופה אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נדונה תביעתו של אדם, רופא במקצועו, אשר היה אמור לשוב לישראל ביום 2.5.2003. אולם, יום קודם לכן נודע לו כי בשל השביתה במשק, הטיסה בוטלה. התובע ניסה ליצור קשר עם משרדי חברת התעופה באמסטרדם (אל-על), אך מלבד מענה קולי המודיע על ביטול הטיסה לא עלה בידו לשוחח עם נציג של החברה. לפיכך, רכש כרטיס טיסה חלופי בחברת ישראייר. הוא תבע את אל-על בדרישה כי תשיב לו את עלות כרטיס הטיסה החלופי שרכש. אל-על טענה כי מדובר בסיכול חוזה וכי נקטה בכל האמצעים למניעת הנזק, על כן היא פטורה מאחריות מכוח סעיף 20 לאמנת ורשה. בית המשפט נדרש לשאלה האם שביתה מביאה לסיכולו של חוזה בהיותה בגדר אירוע מסכל בהתאם להוראות סעיף 18 לחוק החוזים תרופות. נפסק כי לאור התנהלותו של המשק בישראל, שביתה איננה אירוע בלתי צפוי המביא לסיכול חוזה. על כן, לכאורה אי קיום החוזה על ידי חברת התעופה מהווה הפרה של החוזה, המזכה את התובע בתרופות העומדות לו לפי חוק התרופות בשל הפרת חוזה.¹⁸⁶ ניתן להניח כי בתי המשפט יראו במגפת הקורונה אירוע הדומה במהותו לאסון התאומים ולא לשביתה; זאת משום היקפה וחומרתה של המגפה, העדר אפשרות סבירה לחזותה מראש, וחוסר אפשרות ריאלית לקיים טיסות סדירות נוכח התפשטותה הרחבה ברחבי העולם.

41

נסיבות מיוחדות – סעיף 6(ה)1 לחוק שירותי תעופה

לצד הדינים הכלליים, מערכת היחסים שבין נוסע לבין "מפעיל טיסה", נהנית מהסדר ספציפי בחוק שירותי תעופה (פיצוי וסיוע בשל ביטול טיסה או שינוי בתנאיה), וזאת בכל הקשור לטיסות ממדינת ישראל, אליה או בשטחה.¹⁸⁷ החוק מגדיר לאילו הטבות יהיה זכאי נוסע במקרה של עיכוב בטיסה, שינוי בתנאי הטיסה, או ביטולה. בין היתר, חוק שירותי תעופה מאפשר לנוסע לתבוע פיצוי סטטוטורי בגין ביטול טיסה. אולם, מפעיל טיסה יהיה פטור מתשלום פיצוי אם יוכיח כי ביטול הטיסה נבע מנסיבות שלא היו בשליטתו. החוק מטיל על חברות התעופה נטל להוכיח כי הטיסה בוטלה בשל נסיבות מיוחדות

¹⁸⁴ שם, פסקה 6 לפסק הדין.

¹⁸⁵ ראו, ת.ק. (ראשלי"צ) 2129/03 גולדברג נ' אל-על (פורסם בנבו, 14.6.2004); ת.ק. (ת"א) 4587/04 גולדנר נ' אל-על (פורסם בנבו, 31.12.2004); ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 58584-01-14 נעמה מילר נ' חברת אל על בע"מ (פורסם בנבו, 27.08.2014); ת"ק (תביעות קטנות חי) 2745-08-09 הראל משה הכהן נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 09.11.2010).
¹⁸⁶ ת"ק (שלום פתח תקוה) 1265/04 ד"ר פלד יואב נ' חב' התעופה אל-על נתיבי אויר לישראל (פורסם בנבו, 08.07.2004).
¹⁸⁷ בחוק שירותי תעופה (פיצוי וסיוע בשל ביטול טיסה או שינוי בתנאיה), התשע"ב-2012 (להלן: "חוק שירותי תעופה")

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

שלא היו בשליטתן, וגם אם היו עושות כל אשר ביכולתן – לא היו יכולות למנוע את ביטול הטיסה בשל אותן נסיבות.¹⁸⁸

החוק הוא בעל אופי צרכני. מטרתו היא לפצות נוסעים שסבלו מביטולים או עיכובים משמעותיים בטיסות. החוק ממריץ חברות תעופה להקפיד בלוחות זמנים ולתכנן מראש חלופות למקרים של תקלות, וזאת על מנת להמעיט ככל הניתן את הפגיעה בנוסעים. עם זאת, החוק מכיר בכך שהמוביל האווירי חשוף למצבי סיכול שהוא אינו יכול לשלוט בהם. על כן, מקום בו הוא מוכיח שהתקיימו "נסיבות מיוחדות" שלא היו בשליטתו, החוק מקנה לו פטור מפיצוי. מהן אותן נסיבות מיוחדות שלא היו בשליטה? שאלה זו נדונה במספר פסקי דין, אולם אין בפסיקה הכרעה חד משמעית לעניין זה.

בת"ק (ב"ש) 61394-01-17 נגר נ' ארקיע קווי תעופה ישראליים בע"מ, נדונה השאלה, אם מצב רפואי של דיילת בגינו התעכבה הטיסה, נכנס לגדרם של נסיבות מיוחדות שאינן בשליטת מפעיל הטיסה. בית המשפט בבאר שבע הכיר בכך שמשבר בריאותי חריף של אחת הדיילות, שחייב את פינויה לבית החולים, הוא בגדר נסיבות מיוחדות שלא היו בשליטת ארקיע.¹⁸⁹ לעומת זאת, בשלוש תביעות אחרות, אשר הוגשו על ידי נוסעים באותה טיסה, נדחתה טענת חברת התעופה כי ביטול הטיסה בשל מחלת דיילת הוא ביטול שנגרם בשל נסיבות שלא היו בשליטתה ושלא הייתה יכולה למנוע אותן.¹⁹⁰ גם בת"ק (תביעות קטנות י-ם) 30834-02-16 אסף הונדרט נ' טורקיש איירליינס בו נדון מצבו הרפואי של טייס ונקבע כי מצבו הרפואי של טייס אינו בגדר נסיבה בלתי צפויה.¹⁹¹

42

מנגד, כאשר השאלה אשר עמדה במרכז התביעה הייתה האם מצבו הרפואי של נוסע נכנס לגדר נסיבות מיוחדות, העיר בית המשפט בהערת אגב כי "נוסע חולה והחלטת טייס, כך ניתן להבין, להשיב את המטוס לשדה ההמראה על מנת לטפל באותו חולה, אגב גרימת עיכובים, ספק אם ייחשבו לעניין שהוא בשליטה, אפילו של מפעיל הטיסה."¹⁹² דהיינו, להבדיל ממצבו הבריאותי והגופני של עובד חברת התעופה, מצבו הבריאותי של נוסע ייחשבו כנסיבות שהחברה לא ידעה עליהן ולא הייתה יכולה לצפות מראש.

¹⁸⁸ ראו, רת"ק 60392-02-17 אוקראינה אינטרנשיונל איירליינס בע"מ נ' זהבי ואח', פסקה 18 לפסק הדין (פורסם בנבו, 6.12.2017).

¹⁸⁹ בת"ק (ב"ש) 61394-01-17 נגר נ' ארקיע קווי תעופה ישראליים בע"מ (פורסם בנבו, 21.9.2017).

¹⁹⁰ ראו, ת"ק (קריות) 40751-04-17 בייצר נ' ארקיע קווי תעופה ישראליים בע"מ (פורסם בנבו, 18.11.2017); ת"ק (ת"א) 55374-02-17 מיכאלי נ' ארקיע קווי תעופה ישראליים בע"מ (פורסם בנבו, 4.7.2017); תק (הרצ'י) 68228-03-17 רפאל מושקטל נ' ארקיע קווי תעופה ישראליים בע"מ (פורסם בנבו, 28.12.2017).

¹⁹¹ ת"ק (תביעות קטנות י-ם) 30834-02-16 אסף הונדרט נ' טורקיש איירליינס (פורסם בנבו, 30.1.2017).

¹⁹² ראו, תא"מ (שלום ת"א) 65439-03-17 ברמי נ' קרן הדריס בע"מ פסי' 23 לפסק הדין (פורסם בנבו, 25.7.2015).

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

גישה מצמצמת לעניין גבולות הפטור באה לידי ביטוי בפסקי דין נוספים...¹⁹³ כך בת"א (שלום רח') 69167-11-16 רגב נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ, נקבע כי יש להעניק למילים "נסיבות מיוחדות" פרשנות מצמצמת. דהיינו "ירק נסיבות שהן בבחינת 'כוח עליון', כגון מזג אוויר פתאומי ובלתי צפוי, אסונות טבע כלליים, מלחמות, שביתות רוחביות בלתי צפויות, תקלה מובנית כללית בסוג כזה של מטוסים וכיו"ב, יצדיקו את הפטור".¹⁹⁴ גישה דומה אומצה גם ברת"ק (מחוזי ב"ש) 60392-02-17 אוקראינה אינטרנשיונל אירליינס בע"מ נ' זהבי. שם נקבע כי "כל עוד לא הוכיח מפעיל הטיסה כי מדובר בסוג תקלה שאותה לא ניתן היה למנוע גם אם היה עושה כל שביכולתו הרי האחריות נותרת על כתפי המוביל".¹⁹⁵ וגם ברת"ק (ת"א) 32988-10-12 גסקו נ' ארקיע קווי תעופה ישראליים בע"מ, שם הביע בית המשפט את דעתו כי תקלה טכנית "יחמורה ככל שתהיה ובלתי נמנעת ככל שתהיה אינה מהווה נסיבה מיוחדת".¹⁹⁶ החלטה דומה ניתנה גם ברת"א (מחוזי ת"א) 1286/08 אביגזר מאיר ו-367 נוספים נ' כספי הפלגות קרוז בע"מ, לעניין תקלות בכלי שיט.¹⁹⁷ ניתן לאמר שככלל, בתי המשפט לא נוטים לראות בתקלה טכנית נסיבה מיוחדת. גם במקרים בהם מוכן בית המשפט להניח כי תקלה טכנית היא בגדר נסיבה מיוחדת, עדיין על המוביל האווירי להוכיח כי אותה תקלה ספציפית לא הייתה בשליטתו וגם אם היה עושה כל שביכולתו לא היה יכול למנועה.¹⁹⁸

האם מזג אוויר קיצוני מהווה נסיבה מיוחדת? לעניין זה קבע בית המשפט ברת"ק (ראשלי"צ) 33035-05-13 מזרחי נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ, כי מזג אוויר קיצוני אינו נסיבה מיוחדת של המפעיל, אשר גם אם היה עושה כל שביכולתו לא היה יכול למנועה. נפסק כי:

"הנתבעת יכולה להציב בכל טיסה לאירופה (או כל מקום אחר שייתכן ויהיה לכך צורך), המתקיימת בחודשי החורף, צוות שמיומן להנחית את המטוס גם במזג אוויר כדוגמת זה שהיה במועד המתוכנן לנחיתה הטיסה הראשונה בפראג... ייתכן שהיערכות כזו מחייבת עלויות כספיות גבוהות מהרגיל..."¹⁹⁹

¹⁹³ ראו לדוגמה, ת"ק (ת"א) 62934-03-17 שריר נ' אליטליה - קומפגניה איראה איטליאנה אס. פי. איי בע"מ (פורסם בנבו, 19.6.2017); ת"ק (י-ם) 18166-11-14 ורניק נ' חברת אייר פראנס פס' 18 לפסק הדין (פורסם בנבו, 14.7.2015).
¹⁹⁴ ת"א (שלום רח') 69167-11-16 רגב נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 29.3.2017).
¹⁹⁵ פרשת אוקראינה אינטרנשיונל אירליינס בע"מ, לעיל.
¹⁹⁶ ת"ק (ת"א) 32988-10-12 גסקו נ' ארקיע קווי תעופה ישראליים בע"מ (פורסם בנבו, 22.3.2013).
¹⁹⁷ ת"א (מחוזי ת"א) 1286/08 אביגזר מאיר ו-367 נוספים נ' כספי הפלגות קרוז בע"מ (פורסם בנבו, 17.05.2011).
¹⁹⁸ תק (הרצ'י) 44155-12-12 אביעד רוזנבוים נ' ארקיע קווי תעופה ישראליים בע"מ (פורסם בנבו, 29.7.2013).
¹⁹⁹ ת"ק (ראשלי"צ) 33035-05-13 מזרחי נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ פס' 13 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.10.2013).

במקרה אחר חייב בית המשפט מפעיל טיסה בפיצוי נוסעים במקרה שבו נפגע מטוס ממכת ברק. בית המשפט נימק את החלטתו בכך שהיה על מפעיל הטיסה לדאוג לקיומם של מטוסים חלופיים ולאמצעי הגנה מפני סיטואציה שכזו.²⁰⁰

להבדיל, כאשר דובר בשריפה אשר פרצה בטרמינל של נמל התעופה ברומא, קבע בית המשפט בתק (י-ם) 33770-07-15 **אפרת הדסה שפירא נ' חברת אליטליה קומפניה איראה איטליה אספי אי**, כי מדובר בגורם חיצוני שאינו בשליטת חברת התעופה.²⁰¹ כך גם, במקרה בו בוטלה טיסה מהונג קונג לישראל עקב שביתה כללית בארץ, נפסק על ידי בית המשפט כי "לא ניתן להטיל על הנתבעת חבות בגין ביטול הטיסה כאשר הדבר נגרם עקב שביתה והשבתה." עוד נקבע כי "כאשר אדם מהציבור בוחר לנסוע ולטייל בעולם הוא לוקח על עצמו את כל הסיכונים הסבירים הנובעים מהמתרחש בעולמנו המודרני. בתעבורה האווירית מתרחשות תקלות, מטוסים מאחרים ואף חמור מכך. השביתות בארץ ואף ברחבי העולם, הינם אירועים המתרחשים פעם בפעם ואין לומר כי מדובר בתופעה שיש להתעלם ממנה, כאילו אין כל סיכוי סביר כי תתרחש".²⁰² לפיכך, נדחתה התביעה לפיצוי.

לענייננו, חברות תעופה רבות נאלצו לצמצם את פעילותן בעקבות הפנדמיה. טיסות רבות בוטלו או שמועד המראתן נדחה.²⁰³ מדובר במהלך שאומץ באופן גורף על ידי מובילים אוויריים רבים. הנזקים הכלכליים שנגרמו לחברות התעופה עצמם הוא עצום, ובחלק מהמקרים מדובר בסיכון של קריסה. אין ספק כי לא היה בכוחן של חברות התעופה להתארגן לטיסות חלופיות או לדחייה סבירה, וזאת משום שמדינות רבות בעולם הנחו את הנוחתים להיכנס לבידוד ואף סגרו כליל את שעריהן. בנסיבות אלה, נראה לנו כי מגפת הקורונה היא נסיבה מיוחדת השוללת מן הנוסע את זכותו לפיצוי סטטוטורי בגין ביטול הטיסה לפי הוראות חוק שירותי תעופה (פיצוי וסיוע בשל ביטול טיסה או שינוי בתנאיה).²⁰⁴ עם זאת, אין מניעה שבתי המשפט יורו על ביטול העסקה והשבת כספו של הנוסע, שלא קיבל את תמורתה.

44

²⁰⁰ ת"ק (י-ם) 32765-06-16 **ברגר נ' קרואטיה איירליינס פסי' 9 – 11** לפסק הדין (פורסם בנבו, 30.8.2016).
²⁰¹ תק (י-ם) 33770-07-15 **אפרת הדסה שפירא נ' חברת אליטליה קומפניה איראה איטליה אספי אי פסי' 11.3** לפסק הדין (פורסם בנבו, 22.8.2016).

²⁰² ראו, פרשת **גולדנר**, לעיל.
²⁰³ סעיף 1 לחוק שירותי תעופה מגדיר "טיסה שבוטלה" כטיסה שלא התקיימה, או טיסה שהמריאה באיחור של שמונה שעות לפחות מהמועד הנקוב בכרטיס הטיסה. ראו, חוק שירותי תעופה.

²⁰⁴ כאמור, בהקשר זה תלויה ועומדת הצעה לצמצם לשעה את הפיצוי הסטטוטורי המוקנה לנוסע בגין ביטול טיסה; ראו: תזכיר חוק שירותי תעופה (פיצוי וסיוע בשל ביטול טיסה או שינוי בתנאיה) (תיקון - הוראת שעה):

<https://www.tazkirim.gov.il/s/law-item/a093Y00001RFNbQQAX/%D7%AA%D7%96%D7%9B%D7%99%D7%A8-%D7%97%D7%95%D7%A7-%D7%A9%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%AA%D7%99-%D7%AA%D7%A2%D7%95%D7%A4%D7%94-%D7%A4%D7%99%D7%A6%D7%95%D7%99-%D7%95%D7%A1%D7%99%D7%95%D7%A2-%D7%91%D7%A9%D7%9C-%D7%91%D7%99%D7%98%D7%95%D7%9C-%D7%98%D7%99%D7%A1%D7%94-?language=iw>

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

ר'ח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

למען השלמת התמונה יש לציין כי תביעות הנוגעות לשיבושים בטיסות ואי קיום חוזה בתקופה שקדמה למועד כניסת חוק שירותי תעופה לתוקפו - יחולו הוראות אמנת וינה או אמנת מונטריאול.²⁰⁵ חוק התובלה האווירית התש"ם-1980 מחיל בישראל את הוראות אמנת ורשה מיום 12.10.1929 ואת הפרוטוקול המתקן שנחתם בהאג ביום 28.9.1955. לפי סעיף 19 לאמנת ורשה, מוביל ישא "באחריות לנזק שנגרם מחמת איחור בתובלה אווירית של נוסעים, כבודה או טובין".²⁰⁶ סעיף 20(1) לאמנה פוטר את המוביל מאחריות אם יוכיח שנקט בכל האמצעים הדרושים למניעת הנזק או שלא הייתה בידיו כל אפשרות לנקוט בהם.²⁰⁷ אמנת מונטריאול החליפה את אמנת ורשה.²⁰⁸ סעיף 19 לאמנת מונטריאול קובע כי מוביל אווירי "אחראי לנזק שנגרם מחמת איחור בתובלה אווירית של נוסעים, כבודה או מטען." אף על פי כן, המוביל לא יהיה אחראי לנזק שנגרם מחמת איחור אם יוכיח כי נקט בכל האמצעים שהיו עשויים להידרש באופן סביר בכדי למנוע את הנזק או שנקיטה באמצעים כאמור, הייתה בלתי אפשרית מבחינתו או מבחינתם.²⁰⁹

חשוב לשים לב כי קיימים מספר הבדלים בין ההסדר שנקבע בחוק שירותי תעופה ואלו הקיימים באמנת ורשה ואמנת מונטריאול. ראשית, על פי חוק שירותי תעופה קמה לנוסע זכות לפיצוי סטטוטורי ללא הוכחת נזק. זכות זו אינה קיימת לפי האמנות או הדין הכללי.²¹⁰ שנית, חוק שירותי תעופה (פיצוי וסיוע בשל ביטול טיסה או שינוי בתנאיה) מעמיד בפני מוביל אווירי מספר תנאים מצטברים: (1) נסיבות מיוחדות, (2) שלא היו בשליטתו, (3) גם אם היה עושה כל אשר ביכולתו לא יכול היה למנוע בשל אותן נסיבות. אמנת ורשה ואמנת מונטריאול דורשות מן המוביל האווירי להוכיח אחד מן התנאים הבאים: (א) נקט בכל האמצעים הדרושים; או (ב) לא הייתה בידיו כל אפשרות לנקוט בהם.²¹¹ לפיכך, כאשר הדיון בפסק הדין מתבסס על הוראות אמנת ורשה או אמנת מונטריאול, השאלה המרכזית העומדת לדיון היא האם המוביל האווירי נקט בכל האמצעים הדרושים למניעת הנזק, או שלא הייתה בידיו כל

²⁰⁵ ראו ת"ק (ת"א) 17-11-53149 שושנה בכר נ' קשרי תעופה בע"מ, תק-של 2018(3), 36955 (2018).
²⁰⁶ ראו, סעיף 19 לאמנה לאיחוד כללים מסויימים בדבר תובלה אווירית בינלאומית, כ"א 244, 8 (נפתחה לחתימה ביום 12.10.1929, נכנסה לתוקף בישראל ביום 06.01.50; להלן: "אמנת ורשה").
²⁰⁷ ראו, סעיף 20(1) לאמנה לאיחוד כללים מסויימים בדבר תובלה אווירית בינלאומית.
²⁰⁸ והאמנה בדבר איחוד כללים מסויימים לתובלה בינלאומית, מונטריאול 28.05.99, כ"א 1564 49 (נפתחה לחתימה ביום 28.05.99, נכנסה לתוקף בישראל בשנת 2011; להלן: "אמנת מונטריאול").
²⁰⁹ ראו סעיף 19 לאמנת מונטריאול.
²¹⁰ ראו, ת"ק (ת"א) 15-06-12731 פוקס נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 25.12.2015). ראו גם, תק (ראשלי"צ) 16-03-37261 יפית רייחבך נ' אופיר טורס (פורסם בנבו, 18.9.2016).
²¹¹ פרשת הדסה שפירא, לעיל. ראו גם, פרשת רוזנבוים, לעיל; עא (ת"א) 10-07-26921 שושנה קרבר נ' נתיבי אוויר אוסטריים Austrian Airlines (פורסם בנבו, 13.2.2011).

אפשרות לנקוט בהם. לעומת זאת, על פי הוראות חוק שירותי תעופה, על המוביל האווירי להוכיח את התנאים המצטברים שפורטו לעיל.

(2) שירותי הארחה

מאז התפרצה לחיינו מגפת הקורונה, בתי הארחה רבים סגרו שעריהם, בין היתר בתגובה להוראות משרד הבריאות האוסרות על התקהלויות. משכך, ניתן לשער כי ככל שהם התקשרו בחוזה לאספקת שירותי הארחה, גופים אלו אינם עומדים בהתחייבויותיהם החוזיות.

בת"א (שלום ירושלים) 4390/01 **מלון רייך ירושלים בע"מ נ' ג'ט קלאב נסיעות ותיירות בע"מ**, דן בית המשפט בשאלה אם ביטול הזמנת 20 חדרים בבית מלון, בנסיבות של "באג 2000", מצדיק פטור בשל סיכול חוזה בהתאם להוראות סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות).²¹² לאחר שבחן את נסיבות המקרה פסק בית המשפט, כי ייתכן וההזמנה בוטלה בשל החשש מפני "באג אלפיים" אולם אין המדובר באירוע מסכל. בית המשפט הביע דעתו כי קבוצת התיירים בשמה הזמינה סוכנות הנסיעות את החדרים בבית המלון, יכולה הייתה להודיע על ביטול גם מסיבות אחרות. משכך, אפשרות הביטול היא בגדר נסיבות שהיו צפויות במועד ההתקשרות. לכן, לא מתקיים התנאי הבסיסי הקבוע בסעיף 18 לחוק החוזים תרופות, והוא שהפרת החוזה הינה תוצאה של נסיבות שהמפר לא צפה ולא היה עליו לצפות מראש.²¹³

46

ביישום לענייננו: אין מקום לטעון כי מגפת הקורונה היא בבחינת אירוע צפוי, וזאת על רקע היקפה וחומרתה, ושלא צווי הסגר והבידוד שהוצאו בעקבותיה. לכן, נראה כי ביטול הזמנה של חדר במלון בעקבות אירועי הקורונה יוכר כלגיטימי; שהרי השהות במלון נעשית ברגיל לא לשמה, כי אם לצרכי מפגשים עסקיים, כנסים או נופש וכל אלה (ודומיהם) - בוטלו. מצד שני, אורח המבקש לממש את ההזמנה, ראוי שהמלון יאפשר לו זאת, במגבלות האפשריות (למשל: אספקת ארוחה לחדר ולא בחדר אוכל). מקום בו המזמין ביטל את הזמנתו, או שמימושה אינו מתאפשר – יש להכיר בביטול כדין של ההסכם, ולהורות על השבת התמורה ששולמה.

²¹² ת"א (שלום ירושלים) 4390/01 **מלון רייך ירושלים בע"מ נ' ג'ט קלאב נסיעות ותיירות בע"מ** (פורסם בנבו, 02.06.2003).
²¹³ שם.

(3) אטרקציות, שירותי פנאי ונופש

בת"א (שלום ב"ש) 1386/02 יורם ביטון נ' ים המלח רויאל הוטל מנג'מנט בע"מ, נדונה תביעה לתשלום פיצויים בגין הפרת חוזה לאספקת שירותי בידור בבתי מלון, טענו כי הנתבעת הפרה את החוזה עימם בעת שסילקה את צוות הבידור מן המלון, טרם סיום ההתקשרות עמה. הנתבעת טענה כי התקיימו נסיבות של "כח עליון" – פרוץ האינתיפאדה השנייה באוקטובר 2000 - העולות כדי סיכול חוזה, כמשמעותו בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה). לאחר בחינת הראיות, בית המשפט פסק כי הנתבעת הפרה את החוזה משום שההודעה שמסרה לתובעים בדבר סיום ההתקשרות עמם לא עמדה בתנאים שנקבעו בחוזה. בית המשפט דחה את טענת הנתבעת כי האינתיפאדה השנייה, שגרמה לירידת התפוסה במלון, מהווה גורם מסכל.²¹⁵ גישה זו דבקה באתוס המשפטי אשר לפיו חוזים יש לקיים. תקלות שונות אמנם מתרחשות, ובתוך כך גם אסונות; ואולם החיים מלמדים כי אירועים גדולים ומשבריים - עלולים להתרחש. בנייהול סיכונים, גם הבלתי צפוי הוא בגדר הצפוי.

(4) מפעילי תיירות וסוכנויות נסיעות

התקשרות לאספקת שירותי תיירות מתבצעת פעמים רבות באמצעות סוכנות נסיעות או גורם מתווך אחר. שאלת מעמדה של סוכנות נסיעות והחובות שהיא חבה כלפי המזמין היא בעלת חשיבות בהקשרים שונים, ובתוך כך כאשר ספק השירות (כגון חברת התעופה) נכשל מלבצע את התחייבותו והוא מבקש לטעון לביטול חיוביו בעילה של סיכול חוזה. מקובל שאין להטיל על סוכנות הנסיעות אחריות מוחלטת למחדלי הספק (חברת תעופה, בית הארחה, מורה דרך וכו') שאינם נגזרים ממחדליו של סוכן הנסיעות ושאינם בתחום צפייתו.²¹⁶ עם זאת, וכדי להמריץ סוכני תיירות לפעול באופן זהיר ואחראי למניעת תקלות, בתי המשפט קבעו כי לסוכן הנסיעות קיימת חובה עצמאית כלפי הלקוח שלא להתרשל; יש לבדוק אם התקלה הייתה צפויה ואם הסוכן נקט באמצעים הסבירים למניעתה. ההנחה היא שפעמים רבות דווקא סוכנות הנסיעות היא מונע הנזק הזול ביותר, בהיותה ממוקמת בצומת המידע שבין המזמין לספק, והיא מסוגלת לאסוף את המידע הדרוש לעסקה מוצלחת משני הצדדים. גם במקרים בהם התקלה לא הייתה בת-צפייה, יש להמשיך ולבחון אם הסוכן נהג באופן סביר על מנת להקטין את הנזק שנגרם ללקוח.²¹⁷

²¹⁴ ת"א (שלום ב"ש) 1386/02 יורם ביטון נ' ים המלח רויאל הוטל מנג'מנט בע"מ (פורסם בנבו, 02.07.2009).

²¹⁵ שם, בעמ' 16 לפסק הדין.

²¹⁶ ת"ק (פי"ת) 2993/05 ויסוצקי נ' איסתא ישראל בע"מ, (פורסם בנבו, 22.05.06). ראו גם, נתנאל מונדרר הקודקס המקיף לדיני תיירות - נופש - מלונאות - תעופה ושיט (דין, הלכה ומעשה) שער ב', פרק ב' (2018).

²¹⁷ ראו, ת"ק (יר') 1400/09 הרוש שאול ואח' נ' יש תיירות בע"מ, תק-של 2009(2), 10730 (2009). ראו גם, מונדרר, לעיל, שער ב', פרק א'.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

בתי המשפט נמנעו מלקבוע מסמרות בעניין מעמדן המשפטי של סוכנויות נסיעות.²¹⁸ יש הרואים בסוכנות הנסיעות מתווכות²¹⁹ או שלוחה,²²⁰ ואילו במקרים אחרים נקבע כי מדובר בגורם בעל מעמד עצמאי.²²¹ דומה כי השאלה נבחנת ביחס למקרה הנבחן, על נסיבותיו. בשנת 2003 נכנסו לתוקפן תקנות שירותי תיירות (חובת גילוי נאות),²²² המוסיפות על החובות החלות על סוכני נסיעות מכוח הדינים הכלליים ודיני הגנת הצרכן.

בת"ק (תביעות קטנות נת') 58295-07-19 **טל גיימס נ' מונה טורס**, נדונה תביעת בני משפחה אשר רכשו כרטיסי טיסה מסוכנות נסיעות כרטיסי טיסה לגרמניה. עקב פשיטת רגל של חברת התעופה גרמניה איירליינס, מצאו עצמם עומדים אל מול שוקת שבורה. לפיכך, דרשו מסוכנות הנסיעות את כספם בחזרה.²²³ סוכנות הנסיעות טענה כי היא רק חוליה בשרשרת, ואין מקום להטיל עליה אחריות כה רחבה, עת לא ידעה ולא יכולה הייתה לדעת כי חברת התעופה עומדת בפני הליך של פשיטת רגל. בית המשפט קבע כי במקרה זה עולה שאלה של סיכול חוזה משאין מדובר בביטול יזום מצד הצרכן, אלא מצד העוסק. אולם, הוראות חוק החוזים תחולנה ביחס לסוכן הנסיעות רק אם זה ידע כי חברת התעופה בקשיים ובכל זאת מכר כרטיסי טיסה.

בית המשפט מבחין בין מעמדה המשפטי של סוכנות נסיעות בשלבים שונים של העסקה: משא ומתן, כריתת חוזה ההזמנה וביצוע ההזמנה.²²⁴ לעניין תפקידה של סוכנות הנסיעות בשלב ביצוע ההזמנה של חבילת תיור נקבע כי חובת סוכנות הנסיעות היא למסור ללקוח מידע ככל שמידע זה מגיע לידיה.²²⁵ אולם, אם אין היא יודעת את המידע ולא הייתה יכולה לדעת, הרי אין לה מה להעביר. על כן, נתקבלה טענת סיכול חוזה מצד סוכנות הנסיעות. בית המשפט הבהיר כי ניתן לומר כי פשיטת רגל בענף התעופה היא צפויה, ולכן אין מדובר במאורע מסכל; לכן, על סוכנות הנסיעות לקיים את החוזה או להשיב לתובעים את כספם. נפסק כי המבחן לשאלה אם מדובר במאורע צפוי או לאו, **ינעוץ במענה לשאלה**

²¹⁸ ראו, אסף מידיני ונתן אוריאל **דיני תיירות להלכה ולמעשה - המשפט בראי הפוליטיקה** _ 116-117 (2007); להרחבה ראה גם ח"א (יר') 804/07 **דיזנהויז יוניתורס נסיעות ותיירות בע"מ ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'**, תק-מח 4/2009, 573 (2009); מונדרר, לעיל, שער ג', פרק א'.
²¹⁹ בר"ע (יר') 3278/01 **בר-טוביה נ' רג'ואן** (פורסם באתר נבו, 13.1.2002); ע"א (חי) 2314/04 **חברת מנו ספנות נ' סויבלמן לזר** (פורסם בנבו, 2.12.2004).
²²⁰ ע"א 6570/02 **אל על נתיבי אוויר לישראל נ' זילברשלג** (פורסם בנבו, 26.08.09); בר"ע (ת"א-יפו) 2428/03 **איסתא ליינס נ' ביבי פורסם בנבו**, 27.2.2007.
²²¹ ת"א (שלום ת"א) 52167/99 **הורנשטיין נ' אופיר טורס** (לא פורסם, 7.10.2001); ת"א (שלום ת"א) 24034/04 **מגל נ' דיזנהויז סיטונאי תיירות** (פורסם בנבו, 20.8.2006); תא (ת"א) 215607/02 **בן יצחק נתנאל נ' חברת השטיח המעופף בע"מ** (פורסם בנבו, 17.8.2003); ת"ק (שלום ראשלי"צ) 2646/05 **אלי נ' איסתא ליינס** (פורסם בנבו, 11.05.06); ת"ק (שלום ב"ש) 2588/06 **בשן נ' איילה נסיעות ותיירות** (פורסם בנבו, 01.05.07); ת"ק 11795-02-09 (שלום ת"א) **סיטון נ' ישראיר תעופה ותיירות** (פורסם בנבו, 07.09).
²²² תקנות שירותי תיירות (חובת גילוי נאות), התשס"ג-2003.
²²³ ראו, סעיף 10(א)(1) חוק כרטיסי חיוב, תשמ"ו-1986, ס"ח 187.
²²⁴ פרשת **דיזנהויז**, לעיל.
²²⁵ ראו, תקנות שירותי תיירות (חובת גילוי נאות), תשס"ג-2003.

אימתי החל הליך הפירוק על מנת לבחון את יכולת הצפיות ואימתי התנהלות חברת התעופה גילתה קשיים כלכליים....²²⁶ דהיינו החלטת בית המשפט בשאלות של סיכול חוזה היא תלויה הקשר.

בת"א (הרצליה) 2788/05 **גיל סירני ואח' נ' חברת השטיח המעופף בע"מ ואח'**, דן בית המשפט בשאלה אם ביטול חבילת נופש על ידי רוכשים, לאחר פרסום אזהרת מסע על ידי המטה ללוחמה בטרור ומשרד החוץ הישראלי, הוא ביטול כדין. לחלופין, האם חלים על המקרה דיני סיכול החוזים הקבועים בסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).²²⁷ בית המשפט פסק כי איומי טרור והתראות מפניהם הפכו לחלק שגרתי מהחיים בשנים האחרונות. לפיכך, קשה להניח שאינם נלקחים בחשבון בתחומי החיים השונים, לרבות ענף התיירות. עוד נפסק כי האזהרה שפורסמה על ידי המטה ללוחמה בטרור, אין כשלעצמה כדי לשמש עילה המוכרת על ידי הדין לביטול התקשרות חוזית תקפה. לעניין שלושת התנאים המנויים בסעיף 18(א) נקבע כי ניתן היה להפעיל את הטיסה, לשגרה ליעדה ולאפשר את נחיתת המטוס בתורכיה. לפיכך, נפסק כי לא התרחשו נסיבות המסכלות את קיום החוזה.²²⁸ גישה דומה אומצה על ידי בית המשפט ב ת"א (שלום ת"א) 38863-06 **דוידי שירה גור אריה נ' אשת טורס- ארגון שירותי תיירות בע"מ**, שם נקבע כי בעת שהתובעים התקשרו עם סוכנות הנסיעות (היא הנתבעת) בהסכם להזמנת חופשה בתורכיה, ניתן היה לצפות כי תפורסמה התרעות או אזהרות מסע ביחס למדינה, מן הסוג שאכן פורסם. למרות זאת, הצדדים בחרו שלא לכלול בגדר ההתקשרות ביניהם כל הסדר לעניין ביטול ההזמנה במקרה זה. יתרה מזאת, אזהרת המסע היא בגדר המלצה בלבד של משרד החוץ. דהיינו, התובעים יכלו לקיים את החוזה. לפיכך, פסק בית המשפט כי אין מדובר באירוע מסכל.²²⁹

49

לעומת זאת, בת"ק (פ"ת) 56313-12-16 **רפאל ליפשיץ ואח' נ' ר. ת. דיסקברי טיול עולמי בע"מ**, קיבל בית המשפט את טענת סוכנות הנסיעות כי מצב בטחוני ששרר במרוקו בעת הטיול הוא בגדר אירוע מסכל.²³⁰ במרכז זה של פרשה זו עמדה תביעה כספית שהוגשה כנגד סוכנות נסיעות בגין ליקויים אשר התרחשו בזמן שהתובעים השתתפו בטיול מאורגן במרוקו. בטרם יצאו לטיול קיבלו לידיהם התובעים את תכנית הטיול, אשר כללה הבהרה כי סדר הביקורים באתרים עלול להשתנות "בעקבות סיבות הקשורות לטיסות או מסיבות אחרות. כמו-כן החברה רשאית להחליף אתרים הנמנים במסלול הרגיל באתרים ראויים אחרים, אם לא ניתן לבקר באתרים אלו כתוצאה מאילוצים שונים."²³¹ בית המשפט קיבל את טענת הנתבעת כי המקום היה סגור בשל שיקולי בטחון. לפיכך, נקבע כי מדובר בסיכול ואין

²²⁶ בת"ק (תביעות קטנות נת') 58295-07-19 **טל ג'יימס נ' מונה טורס** (פורסם בנבו, 2.3.2020).

²²⁷ בת"א (הרצליה) 2788/05 **גיל סירני ואח' נ' חברת השטיח המעופף בע"מ ואח'** (פורסם בנבו, 28.6.06).

²²⁸ שם.

²²⁹ ת"א (שלום ת"א) 38863-06 **דוידי שירה גור אריה נ' אשת- טורס ארגון שירותי תיירות בע"מ** (פורסם בנבו, 23.02.2012).

²³⁰ ת"ק (פ"ת) 56313-12-16 **רפאל ליפשיץ ואח' נ' ר.ת. דיסקברי טיול עולמי בע"מ** תק-של 2018(1), 101702 (2018).

²³¹ שם.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

לזקוף מחדל זה לחובתה של סוכנות הנסיעות. טענה נוספת שנבחנה היא האם איחור בלוח הזמנים שנבע מנסיבות שונות הוא בגדר אירוע מסכל. לעניין זה מצא בית המשפט כי אין האיחור בגדר עיכוב הנובע מכוח עליון. שכן, היה ניתן למנוע אותו אילו הייתה הנתבעת נערכת לכך כראוי מבעוד מועד, בשים לב לגיל המשתתפים בטיול, כושרם הגופני ונתונים נוספים אשר היו ידועים לה מראש. לפיכך, נתקבלה התביעה באופן חלקי.²³²

במקרה אחר, נפסק כי מותו של אדם "בגיל השלישי", הגם שהתרחש לפני שאילו יצאו לטיול מאורגן, אינו בגדר אירוע מסכל המקנה לתובעת פטור מהתחייבויותיה החוזיות, בכלל זה סכום המקדמה ששילמו היא ובעלה המנוח לנתבעת עבור השתתפות בטיול מאורגן.²³³ שכן, "אמנם אין אדם יודע מתי יבוא יומו להיפטר אל בית עולמו ובני אדם אינם מנהלים את סגרת יומם באופן שהמוות אורב לפתחם, אולם באופן מצער ניתן לומר כי בחיי אדם מוות אינו אירוע בלתי צפוי".²³⁴ זאת ועוד, על אף שנטען כי הנפטר היה אדם בריא, מדגיש בית המשפט כי בייחוד לגבי בני ה"גיל השלישי" מוות הוא לא אירוע בלתי צפוי.

ולעניין משבר הקורונה: ניתן להניח כי במרבית המקרים, המשבר "תפס" את סוכנויות הנסיעות במצב של חוסר וודאות בכל הקשור לצפי הטיסות ולאפשרות שהלקוח יקבל בפועל את שירותי התיירות הנרכשים. אין צורך לאמר כי סוכנות שמכרה שירותים בעת שידעה או שהיה עליה לדעת על ביטול צפוי (כגון שקיבלה התראה מחברת תעופה או מבית מלון), תידרש להשיב ללקוח את התמורה ששילם לה, ואולי אף לשלם לו פיצויים. שאלה טובה היא, מהו הדין כאשר התשלום כבר העבר על ידה לספק השירות. ככלל, מקום בו סוכנות הנסיעות נושאת בחבות משפטית עצמאית כלפי המזמין (בעילה חוזית או נזיקית), עליה לממן את ההשבה הכספית כמו גם את הפיצויים המושגים עליה לטובת המזמין. ראוי לזכור, כי חובתם של הספק ושל הסוכנות כלפי המזמין היא ברגיל "ביחד ולחוד": המזמין רשאי להיפרע מכל אחד מהם, ובלבד שלא ייפרע פעמיים. הסוכנות, מצידה, תוכל לחזור על ספק השירותים במקרים מתאימים.

משאלות של הדין המהותי נבקש לעבור עתה להיבטים שונים בתחום הפרוצדורה.

²³² שם.

²³³ תא"מ 38627-12-17 גת נ' רימון טיולים בע"מ (פורסם בנבו, 10.3.2019).

²³⁴ שם, פסקה 10 לפסק הדין.

6. מנגנון דיוני לפתרון מהיר וצודק של סכסוכים

משבר הקורונה צפוי ליצור גל של תביעות משפטיות, בעיקר בעילה של הפרת חוזים. לצד הנזק הכלכלי המהותי שנגרם בעטיו של המשבר, ההתדיינות השיפוטית צפויה ליצור מעמסה כלכלית נוספת על ציבור המתדיינים וכן על בתי המשפט. ישנם מקרים בהם ניתן באמצעים רגולטוריים ליצור פתרון רוחבי, אשר יקטין את הצורך בפניה לערכאות. ואולם באותם מקרים שאינם ניתנים לפתרון בכלים רגולטוריים, אין מנוס מהכרעה שיפוטית. הכרעה שיפוטית היא בעלת ערך מוסף חשוב גם בזכות הוודאות שיוצרים התקדימים בפסקי הדין והשפעתם על מתדיינים עתידיים.²³⁵

ככלל, יש חשיבות רבה לפתרון סכסוכים משפטיים בין בעלי דין באופן צודק, תוך דגש על מהירות ההכרעה ועל ניהול יעיל, באופן שממזער את המשאבים הציבוריים המושקעים בפתרון הסכסוך. עקרונות אלה מקבלים משנה חשיבות בסכסוכים חוזיים הנובעים ממשבר הקורונה, מכמה סיבות: ראשית, התדיינות משפטית ממושכת תביא לדלדול משאבים של בעלי הדין שממילא נפגעו מהמשבר. שנית, פתרון הסכסוך במהירות יסייע להשיב את בעלי הדין, ברוב המקרים, לפסים של פעילות יצרנית, לאחר שייצור ודאות באשר לפתרון החלוקתי של ההפסד שנגרם להם עקב המשבר. שלישית, מנגנון דיוני הולם יוכל לאזן את הפערים שעלולים להתקיים בין בעלי דין "חזקים" לבעלי דין "חלשים" ויביא לפתרון צודק ויעיל שתוצאותיו ישמשו כתקדימים להכרעה של כלל הסכסוכים מסוג זה, לעתים אף ללא צורך בהתדיינות פורמלית.

51

משברים כלל-משפטיים כמו משבר הקורונה מתאפיינים בהשפעות חלוקתיות שהמדינה ממעטת להתערב בהן, כל עוד השפעות אלה מבוססות על החלטות של שחקנים במשק המתקבלות באופן חופשי ובתנאי שוק הוגנים.²³⁶ התערבות רגולטורית מיוחדת נדרשת מקום בו פערי הכוחות בין הצדדים עלולים ליצור הטיה מובנית הפוגעת ביכולת להגיע לתוצאה הוגנת בישוב הסכסוך. בהקשר הדיוני, בעיה זו מתעוררת ביחסים בין צד חזק מבחינה כלכלית לצד חלש מבחינה כלכלית, ביחסים בין צד שהוא מתדיין רב-פעמי למתדיין חד-פעמי, וכדומה.²³⁷ ניתן לומר כי מבחינה דיונית יש סכסוכים שמשבר הקורונה אינו מצדיק התערבות בהם, ויש סכסוכים שהאסדרה הדיונית הייחודית שלהם נחוצה בעת הזו.

²³⁵ אין אנו טוענים כי כל סכסוך מחייב הכרעה שיפוטית. זו עמדה קיצונית המובעת במאמר הידוע Owen M. Fiss, *Against Settlement*, 93 YALE L.J. 1073 (1984). עם זאת, לטעמנו, יש חשיבות בהכרעות שיפוטיות שיש בהן כדי ליצור ודאות בדין המהותי במיוחד במצב חדש וחסר תקדים בו צפויות התדיינות רבות וקיימת חוסר ודאות בדין.

²³⁶ כך למשל, הביקוש לציוד רפואי ולתרופות מביא לעלייה משמעותית ברווחי החברות המספקות ציוד זה ולפגיעה בחברות המספקות מוצרים ושירותים הנחשבים למותרות בתקופת משבר.

²³⁷ ראו בעניין זה: Marc Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 L. & SOC'Y REV. 95

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

כאשר שני הצדדים לסכסוך הם "חזקים" או "מתוחכמים", אין מקום להתערבות מיוחדת, וניתן לקיים את ההתדיינות השיפוטית לפי כללי המשחק הרגילים.²³⁸ להמחשה, ניתן להצביע על הליך משפטי שהתנהל לאחר פרוץ המשבר הכלכלי העולמי שיצרה מגפת הקורונה, בין בעל השליטה בקבוצת דלק, יצחק תשובה, לבנק הבינלאומי Citibank. עניינו של ההליך היה בדרישתו של תשובה למנוע מהבנק לממש שעבוד; הבנק מצדו ביקש לדאוג להחזר האשראי שהעניק לתשובה באמצעות מימוש שעבוד על יחידות השתתפות שלו ב"דלק קידוחים", באמצעותן מחזיקה קבוצת דלק בזכויות במאגרי הגז הטבעי העיקריים של מדינת ישראל. במקרה זה, לא היה מדובר בתובענה הנובעת מסיכול חוזה, אלא בבקשה לסעד זמני שנועדה למנוע מסיטיבנק לממש שעבוד על זכויותיו של תשובה עקב אי עמידה בתנאי האשראי. אמנם, הפנייה המוקדמת לבית המשפט על ידי הצד ה"חלש" לימדה על כך שאיתנותו הכלכלית נפגעה במשבר הקורונה; ואולם לשני הצדדים עדיין עומדות יכולות התדיינות משמעותיות, גם בעתות המשבר. האיזון הדיוני – נשמר.²³⁹

המצב אינו כזה כאשר צד חלש נדרש לעמוד על זכויותיו מול צד חזק, ומתקיימים פערי כוחות דיוניים משמעותיים. גם כאשר שני הצדדים להתדיינות הם חלשים, יש חשש כי ההפסד ייפול על כתפו של אחד מהם באופן שאינו הוגן, בגלל חולשה כלכלית שאינה מאפשרת את מיצוי זכות הגישה לערכאות.²⁴⁰ במקרים כאלה, מתעורר הצורך לבחון מחדש את נקודת האיזון הדיונית, ואם כללי המשחק הרגילים מותאמים גם לעת המשבר.

52

לעיתים קיים קושי לקבוע מיהו החלש ומיהו החזק. למשל, הביטול הגורף של טיסות ושירותי תיירות יצר מצב בו צרכנים רבים שילמו את הכסף לסוכנויות נסיעות ואלה העבירו את התשלום לספקים בחו"ל אשר אינם מוכנים להשיב את הכסף. ביחסים בין סוכן הנסיעות לבין הצרכן, סוכן הנסיעות הוא לכאורה הגוף החזק יותר; עם זאת, הקריסה הגלובלית של תחום התיירות עשוי להביא חברות רבות בתחום זה לחדלות פירעון ולפירוק.²⁴¹ דוגמה נוספת לכך היא זו של אולמות אירועים ואולמות מופעים, אשר בעקבות המשבר נאלצו לסגור את שעריהם ובמקרים רבים לא יהיה ביכולתם להשיב את הכסף

²³⁸ לניתוח כלכלי של האבחנה הנדרשת בין צדדים "חזקים" לצדדים "חלשים" בהקשר של סדר הדין האזרחי ראו: אסף טבקה ועידו באום "להחזיר עטרה ליושנה": מקומה הראויה של הסמכות המקומית בסדר הדין האזרחי "עלי משפט ט" 175 (תשע"א).

²³⁹ גיא בן סימון "צו מניעה זמני מונע מסיטיבנק למכור יחידות השתתפות של דלק קידוחים ששועבדו לטובתו על ידי קבוצת דלק" גלובס 15.3.2020. www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001321791

²⁴⁰ טבקה ובאום, לעיל.
²⁴¹ בקשות לפתיחת הליכי חדלות פירעון של חברות בתחום זה הגיעו לפתחו של בית המשפט זמן קצר יחסית לאחר תחילת המשבר. ראו למשל החלטה על מינוי נאמן זמני בהליך חדלות פירעון לחברת הזמנת שירותי תיירות בהליך חדל"ת (מחוזי ת"א) 48761-03-20 כנסלון בע"מ נ' מממונה על חדלות פירעון- מחוז תל אביב (פורסם בנבו, 26.3.2020). במקרה זה הציגה החברה לבית המשפט מצבת חובות העולה על 40 מיליון שקלים ומצבת נכסים של כ-20 מיליון שקלים. ראו גם, ליטל דוברביצקי "בגלל הקורונה: קריסה ראשונה של חברה ישראלית המשווקת קרוזים" כלכליסט 29.3.2020. www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3804610,00.html

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המכללה למינהל – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

ששולם מראש על ידי מזמיני האירועים, חלקו או כולו. העובדה ששני הצדדים להתדיינות ספגו הפסדים כלכליים משמעותיים בעקבות המשבר מחזקת את הצורך בהתדיינות יעילה שתאפשר להכריע בסכסוך בצדק ובמהירות.

אנו סבורים שיש מקום לקביעת מנגנון דיוני מיוחד לסכסוכים חוזיים שמקורם במשבר הקורונה. המנגנון צריך לכלול מתחם רחב של שיקול דעת לבית המשפט לצורך מתן פטור מאגרה במקרה הצורך; קביעת לוח זמנים מזורז לדיון; שימוש בחלופות ליישוב סכסוכים; הערכת יכולתם היחסית של הצדדים לצורך הענקת צווי ביניים זמניים; והגעה להכרעה צודקת בזמן מהיר.

המלצות

להלן נציע קווים מנחים למנגנון התדיינות יעיל וצודק המותאם למשבר קורונה.

א. עדיפות לפשרה בחוזים נמשכים

ניתן להעריך כי שיעור גבוה של סכסוכים חוזיים הנובעים ממשבר הקורונה יתגלגל לפתחו של בית המשפט: זאת, משום השכיחות של המשברים הצפויים; סבירות קיומם של נזקים הדדיים לשני הצדדים; והקושי במציאת פתרונות קלים. ככלל, ככל שבעלי הדין מעוניינים ליישב את הסכסוך ביניהם באמצעות מנגנוני יישוב סכסוכים מחוץ לכתלי בית המשפט, יש לעודד גישה זו. פתרון זה מתאים במיוחד ליחסים חוזיים מתמשכים אשר למרות משבר הקורונה – ואי קיום מלא או חלקי של החוזה שנגרם בעקבותיו – יש אפשרות להשיבם לפסים של קיום החוזה לאחר שהסכסוך יבוא על פתרונו.

כך למשל, יחסים נמשכים בין שוכר למשכיר המעוניינים בהמשך השכירות בעתיד, אך חלוקים ביניהם באשר לאופן חלוקת הפסדי הקורונה, מהווים דוגמה טובה למקרה בו ראוי להביא את הסכסוך ליישוב בדרך של גישור או פישור. דרך זו מאפשרת ליישב את המחלוקת בהסכמה. הצדדים יוכלו להידבר ולהציג את עמדותיהם תוך הסתכלות על עמדת הצד האחר, ולגבש מתווה של פתרון המתאים להם לא רק במבט אל העבר, אלא גם מתוך ציפייה להמשך היחסים בעתיד.

תקנות סדר הדין האזרחי הקיימות מכילות מגוון של הפניית בעלי הדין בתביעות אזרחיות מעל לסכום של 80 אלף שקלים בבית משפט השלום לבחינת האפשרות של פתרון הסכסוך בגישור (פגישת

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

מהו"ת).²⁴² מנגנון זה הורחב בתקנות החדשות לתביעות החל מסכום נמוך יותר של 40 אלף שקלים.²⁴³ לטעמנו, יש מקום לקבוע מסלול מחייב, לפיו בכל מקום בו מוגשת תביעה שעילתה הפרת חוזה שכירות בעקבות משבר הקורונה, והצדדים אינם מבקשים לבטל את החוזה אלא מעוניינים בהמשך קיומו, יופנה הסכסוך ליישוב בדרך של גישור. התקנת תקנה כזו מצויה בסמכותו של שר המשפטים וניתן להתקינה כהוראת שעה.

ב. סדרי דין בתביעת קורונה

בהעדר יכולת לפתור בחקיקה או בהסדר רגולטורי אחיד את כל הסכסוכים החוזיים על המורכבויות השונות שהם מעוררים, נדרש - במיוחד בהתדיינויות שיש בהן לפחות צד חלש אחד - מסלול מהיר ליישוב או הכרעה של סכסוכים חוזיים מבוססי-משבר הקורונה. מסלול מהיר מאפשר לא רק להעניק סעד מהיר לבעלי הדין, אלא מצמצם את החשש כי צד חלש יותר יתפשר עקב חוסר יכולת לעמוד במשך ההתדיינות ובעלויותיה.

בהקשר זה ניתן להסתייע לטעמנו בתקנות סדר הדין האזרחי החדשות שעד כה נדחתה כניסתם לתוקף.²⁴⁴ ההסדר הדיוני המוצע כאן ניתן לעיגון באמצעות תקנות שיתקין שר המשפטים, ואינו מחייב אישור הכנסת.

מוצע כי מסלול ההכרעה בסכסוכי קורונה יוקם בבית משפט השלום ויכלול כל סכסוך בשווי עד 2.5 מיליון שקלים.

סכסוכי קורונה יתאפיינו להערכתנו במאפיינים דומים במהותם, ועיקרם יעסוק בפרשנות חוזים והערכה שיפוטית של מהות החלוקה ההוגנת של ההפסד החוזי בין הצדדים המתדיינים. ניתן להעריך כי ההתדיינות עצמן תהיינה פשוטות מבחינת טיעוני הצדדים, וכי הצורך בעדים, מומחים וכיוצא באלה יהיה נמוך יחסית. דומה כי מאפייני התדיינות יהיו קרובים בטיבם למאפייני הליכים בהמרצת פתיחה.²⁴⁵ לנוכח האמור, אנו מציעים לייחד שופטים מסוימים שיפעלו במסגרת "מחלקת קורונה", וכך אף תובטח מידה גבוהה יחסית של אחידות בהכרעות.²⁴⁶ מומלץ לרכז דיונים מכמה בתי משפט ב"מחלקת קורונה", ובכך למנוע פערים גדולים מדי ותופעות של "פורום שופינג".

²⁴² תק' 99א – 99א לתקנות סדר הדין האזרחי תשמ"ד-1984 (להלן: "התקנות הקיימות").

²⁴³ תק' 37(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי התשע"ח-2018 (להלן: "התקנות החדשות").

²⁴⁴ בתק' 180(ג) לתקנות החדשות כפי שתוקנה על ידי שר המשפטים בחודש ספטמבר 2020, נדחתה כניסתן לתוקף של התקנות החדשות עד ליום 6 בספטמבר 2020.

²⁴⁵ ראו תק' 258-248 לתקנות הקיימות וכן ע"א 393/82 חיים נ' אביוב, פ"ד מא(1) 716; ע"א 1937/92 קוטלר נ' קוטלר, פ"ד מט(2) 233.

²⁴⁶ בדומה להקמת מחלקות קורונה ייחודיות בבתי החולים, המתמקצעות בטיפול בחולים אלה.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

בנוסף, אנו ממליצים להחיל על תביעות מסלול הקורונה את פרק כללי "דיון מהיר" מתוך תקנות סדר הדין החדשות, המבוסס בעיקרו של סדר הדין המקוצר, שנועד לנהל תביעות אזרחיות פשוטות בהליך מובנה, בהיר ובמיוחד – קצר.²⁴⁷ בתקנות החדשות הוגבל מסלול הדיון המהיר לתביעות שסכומן אינו עולה על 75 אלף שקלים.²⁴⁸ לטעמנו, האינטרסים הדיוניים והמשקיים הכרוכים במשבר הקורונה מצדיקים תיקון התקנות כך שסכסוכים חוזיים שעניינם משבר הקורונה בכל שווי המצוי בסמכות העניינית של בית משפט השלום. מסלול זה יחייב את המתדיינים לצרף כבר לכתבי הטענות את תצהיריהם וראיותיהם; מהלך זה מאפשר להבהיר את המחלוקת כבר בתחילת המסלול הדיוני וביתר קלות, להתמקד בעיקר, להמעיט בכמות הדיונים, ולקדם הכרעה הסמוכה למועד הדיון.

כדי למנוע שימוש לרעה במסלול זה יחויב התובע לטעון במסגרת כתב הטענות הראשון כי בקשתו נובעת מאירועי משבר הקורונה. ככל שהנתבע סבור שאין קשר בין נושא התביעה למשבר הקורונה יוטל עליו נטל הראייה לטעון אחרת במסגרת כתב ההגנה. מנגד, מוצע לקבוע כי נתבע יהיה רשאי לבקש בהזדמנות הראשונה כי תביעה שהוגשה שלא ב"מסלול קורונה" תועבר לדיון ב"מסלול קורונה". במקרה כזה יוטל נטל ההוכחה על התובע להוכיח כי התביעה אינה מתאימה למסלול זה. מוצע גם לקבוע שיקול דעת לבית המשפט לקבוע כי תביעה מתאימה או שאינה מתאימה לדיון במסלול קורונה.

55 להערכתנו, קיימת מוכנות במערכת המשפט לפתרון המוצע על ידינו של מסלולי דיון מהירים וייחודיים. ראשית, השופטים בבתי המשפט עברו השתלמות והכשרה ביישום תקנות אלה ולכן לא נדרשת היערכות משמעותית נוספת. שנית, ההצעה היא להחיל על סכסוכים מבוססי משבר הקורונה את החלק בתקנות החדשות אשר בעיקרו מגלם את מודל תקנות סדר הדין המהיר שהיו קיימות בעבר ואשר מוכרות גם לעורכי הדין באופן שאינו מצריך היכרות מחודשת עם תקנות דיוניות חדשות. שלישית, ההסדר הדיוני האמור מותיר שיקול דעת מצומצם לגבי אופן ניהול ההליך ולכן יעיל יותר ומהיר יותר ליישום ואף ממזער את האפשרות למניפולציות דיוניות מצד בעלי דין "חזקים".

ג. פינוי מושכר

בהעדר יכולת לשלם דמי שכירות עקב המשבר, צפוי שימוש מוגבר בהליכי פינוי מושכר, הן לצורך פינוי שוכרים פרטיים והן לצורך פינוי שוכרים עסקיים.

²⁴⁷ פרק י"ב לתקנות החדשות.
²⁴⁸ תק' 78(א1) לתקנות החדשות.

במסגרת פרק הדיון המהיר בתקנות החדשות קיים הליך ייחודי לפינוי מושכר.²⁴⁹ אנו מציעים כאמור להחיל על סכסוכים אזרחיים הנובעים ממשבר הקורונה את מודל הדיון המהיר מהתקנות החדשות, ובכלל זה אנו ממליצים להחיל גם את ההליך לפינוי מושכר.

בהקשר זה נדרשת סטייה מהמודל הקיים בתקנות החדשות. בתקנות החדשות נקבע כי בהליכי פינוי מושכר לא יתקיימו הליכי מקדמיים שנועדו לקדם פשרה, כגון פגישת מהו"ת או שיח מקדמי בין בעלי הדין. ככלל, הליכי פינוי מושכר מעניקים למשכירים עדיפות מסוימת בכוח הדיוני שהם מעניקים לצד המבקש פינוי מהיר של המושכר. כך למשל, משך הזמן העומד לנתבע להגיש כתב הגנה הוא קצר במיוחד ולא מתקיימים ככלל הליכי שיח מוקדם כגון פגישת מהו"ת ודיון מקדמי.

לנוכח האפשרות של פערי כוחות משמעותיים בין משכיר לשוכר והחשש כי פערי כוחות אלה יאפשרו למשכירים לפנות במהירות רבה שוכרים תוך ניצול לרעה של משבר הקורונה או למצער תוך אי התחשבות בחולשה כלכלית זמנית של המשכיר, אנו סבורים כי יש מקום להאריך בהוראת שעה את המועד הקבוע להגשת כתב הגנה בהליך של פינוי מושכר ל-60 ימים, במקום 30 ימים.²⁵⁰ כמו כן מוצע כי הצדדים יחויבו לפנות לגישור בתחילת ההליך, בדומה להליכים אחרים.

ד. תובענות ייצוגיות צרכניות

56 צרכנים שנפגעו כתוצאה מהפרת חוזים עקב משבר הקורונה מצויים בעמדה חלשה במיוחד, משתי בחינות. ראשית, בדרך כלל ההפסד שנגרם להם הוא קטן מכדי שיהיה טעם בניהול של תביעה אזרחית רגילה ולעתים אף השקעת המשאבים הנדרשת לצורך ניהול תביעה קטנה אינו משתלם. שנית, כאשר קיים ספק באשר לעצם יכולתו של העסק או הספק לשלם את החוב עקב כניסה להליכי חדלות פירעון, הסיכוי הקלוש להשבה הופך את השקעת המשאבים מצד של הצרכן לבלתי כדאי מבחינה כלכלית.²⁵¹ בנסיבות אלה, תובענה ייצוגית צרכנית היא הכלי האחרון שנותר בידי הצרכנים כדי להשיב מקצת מהכספים שהפסידו עקב ביטול העסקה. לתובענה ייצוגית יתרון בכך שהיא הליך קולקטיבי המנוהל על

²⁴⁹ תקנה 81 לתקנות החדשות.

²⁵⁰ תק' 81(ב) לתקנות החדשות. בהקשר זה, איננו תומכים בהצעת החוק עליה דווח בתקשורת, לפיה ייאסר על משכיר דירה לפנות שוכר שלא עמד בתשלומי שכירות בתקופת החירום, התשלומים לתקופת החירום יבוטלו, והמדינה תפצה את המשכירים; ראו: <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001325914>. ככלל, אין מקום לדעתנו לגלגל על קופת הציבור את הסיכון הפיננסי שקיים בחוזה שכירות. ניתן לפתור את המצוקה הקונקרטית באמצעות דחייה זמנית של תשלומים לפי נסיבות המקרה, ובמידת הצורך - בתמיכה כספית של המדינה בשוכרים מתקשים. חוק המבטל חיובים כספיים באופן גורף מהווה התערבות רגולטורית חריגה בחוזה. הוא עלול להמריץ צדדים ליטול סיכונים כספיים חריגים, מבלי להיערך עם רזרבות מתאימות לצרכי גיבוי בעתות משבר.

²⁵¹ שיעור החזר החוב בקרב נושים בלתי מובטחים במקרה בו חברה מגיעה לפירוק הוא אפסי. ראו, עידו באום, אהוד (אודי) גינדס ודלית גפני "שיקום או פירוק? המאפיינים של הליכי חדלות פירעון תאגידיים בישראל" מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה 2020. www.colman.ac.il/sites/default/files/images/2020/shikumorpiruk.pdf 1.3.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

ר'ח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

ידי עורך דין מייצג שניסיונו מאפשר לו להעריך מראש את סיכויי התביעה ואת היקף ההשבה הפוטנציאלי, גם במצב בו החברה הנתבעת חדלת פירעון.

יש להניח כי במקרים רבים תוכרע גם תובענה ייצוגית כזו בדרך של פשרה בין התובע הייצוגי ועורך דינו לבין החברה הנתבעת או בעל התפקיד שמונה על ידי בית המשפט ללוות את החברה בהליך חדלות הפירעון.

דוגמה טובה למקרים מסוג זה הן תביעות להשבה של שירותי תיירות שבוטלו כגון טיסות, לינה במלונות, חבילות נופש ועוד.²⁵² אין כל סיבה להעדיף דווקא נושים עסקיים לא מובטחים של חברות שנקלעו לחדלות פירעון בתחום זה, כגון ספקי שירותים או משכירים, על פני הצרכנים שנפגעו כתוצאה מאי קיום החוזים.

בהקשר זה נציע, כי תבוטל האגרה על הגשת תובענות ייצוגיות שנושאן הוא הפרה או אי קיום חוזה עקב משבר הקורונה. בנוסף, תובענות ייצוגיות מסוג זה תועברנה גם הן ככלל להליך של יישוב סכסוכים בדרך של גישור, פישור או בוררות.

ה. בשולי הדברים - דיונים שיפוטיים מקוונים

משבר הוא גם הזדמנות. הריחוק החברתי ומגבלות התנועה שנכפו על המשק בעטייה של מגפת הקורונה, חייבו מקומות עבודה רבים לעבור לעבודה מרחוק. משרדים שברגיל מופעלים בנוכחות פיסית (כמו משרדי עורכי-דין, רואי-חשבון, ביטוח, מכירות) עברו לעבודה מהבית, לפחות חלקית, באמצעות תקשורת אינטרנטית. בתוך פרק זמן קצר ביותר, מורות ומורים נדרשו ללמד בכיתות מקוונות ועברו להכין תלמידים לבגרויות בהוראה מרחוק. דומה שגם האקדמיה קפצה בבת אחת אל עולם המחר: האפשרות לפגוש סטודנטים בזום ולהקליט הרצאות, הוכיחה שניתן להגיע בו-זמנית לקבוצות רחבות של משתתפים, תוך חסכון בהוצאות. גם מערכת הרפואה, השמרנית מטבעה, מאפשרת כיום לתת שירותים מסוימים מרחוק, באמצעות שיחת וידיאו דיגיטלית של חולה עם רופאו.

לדעתנו, ההזדמנות לנצל טכנולוגיה מתקדמת למתן שירותים שוטפים אינה צריכה לפסוח על בתי המשפט. יישוב סכסוכים מקוון – Online Dispute Resolution - הוא תחום הולך ומתפתח בעולם. מופעיו הראשונים נולדו בעולם המסחר הדיגיטלי, באתרים המציעים לסוחרים ולצרכנים מסלולים מקוונים לפתרון סכסוכים אלטרנטיבי.²⁵³ בעשור האחרון, החלו גם בתי משפט במדינות שונות

²⁵² דר קנה "חצי מיליארד שקל באוויר: לנוסעים אין מושג אם יקבלו חזר על כרטיסי הטיסה שבוטלו" **זה מרק** 5.4.2020 www.themarker.com/news/aviation/premium-1.8739914

²⁵³ ראו למשל, Ayelet Sela, *The Effect of Online Technologies on Dispute Resolution System Design: Antecedents, Current Trends, and Future Directions*, 31 Lewis & Clark L. Rev. (2017) 633

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

ר'ח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

להשתמש בכלי המקוון, בעיקר לתיקי תביעות קטנות, תעבורה וסכסוכי שכנים, וזאת מתוך הבנה שהטכנולוגיה מאפשרת לשפר את הנגישות למערכת המשפט וכן להוזיל עלויות.²⁵⁴

בישראל, הטכנולוגיה משמשת בבתי המשפט לצורך "התכתבות": להגשת כתבי טענות ובקשות מצד המתדיינים, לצד דיוור החלטות שיפוטיות והודעות מזכירות על ידי בית המשפט. נראה לנו כי ניתן לעשות שימוש מושכל בכלי המקוון גם לצורך דיונים. ידוע שהעומס בבתי המשפט הוא רב; לפי הדו"ח השנתי של הרשות השופטת לשנת 2018, במערכת המשפט מצויים בטיפול שוטף מאות אלפי תיקים, ואלפי תיקים שוהים במלאי מעל שלוש, ארבע וחמש שנים.²⁵⁵ אורך חיי תיק אזרחי בבית משפט שלום עומד על כשנה – נתון הכולל גם תיקים קטנים ומהירים, שעה שתיק אזרחי "רגיל" ישהה בערכאה הראשונה כשלוש שנים עד סיום. השימוש המוצלח באמצעים דיגיטליים במערכות אחרות מזמין לאמץ אותו, בהתאמות הנדרשות, לייעול הדיונים המשפטיים.

לא כל דיון בבית-משפט יכול להיעשות בכלים מקוונים. אנו סבורים כי בדיוני ראיות, בהם נשמעות חקירות עדים, קיימת חשיבות להתרשמות בלתי אמצעית של השופט מהעד, הוויותו ותנועותיו. סידור האולם - הכולל הגבהה של עמדת השופט ודוכן מיוחד לעדים - נועד לא רק לשם האווירה המכובדת, אלא בעיקר כדי לאפשר את התנאים הנחוצים לבירור האמת. ואולם מרבית הדיונים אינם דיוני ראיות, ורבים אינם אלא דיונים טכניים שנועדו להליכים מקדמיים, כמו גילוי מסמכים, מינוי מומחים, ותכנון סדר הישיבות. בכל תיק אזרחי שגרתי מתקיים דיון מקדמי אחד לפחות. חלק מהדיונים מתקיים במעמד בעלי-הדין, וחלק במעמד עורכי-הדין בלבד. בדיונים כאלה, בית המשפט יכול לקיים ישיבה דיגיטלית. כמובן, השופט ינהל את הישיבה, ויוכל באמצעים דיגיטליים לשלוט במתרחש בה: בזהות המשתתפים, במשך הישיבה, בסדר הדוברים ובמשך טיעוניהם. לשם פומביות הדיון, ניתן להקליט את הישיבה או חלקים ממנה. הגישה להקלטה תתאפשר בהתאם לזכויות העיון בתיקים המעוגנות בסדרי הדין האזרחיים. הקלטות דיונים כשלעצמן הן בעלות ערך: הן ממריצות להקפיד בטיעונים הנשמעים ומאפשרות לתעד את הדברים ביתר דיוק.

58

²⁵⁴ ראו למשל, Orna Rabinovich-Einy & Ethan Katsh, *Digital Justice: Reshaping Boundaries in an Online Dispute Resolution Environment*, 1 INT'L J. OF ONLINE DISP. RESOL. 5 (2014).
²⁵⁵ ראו דו"ח שנתי 2018 הנהלת בתי המשפט, זמין ב: https://www.gov.il/BlobFolder/reports/statistics_annual_2018/he/2018.pdf

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

ר'ח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

דיונים דיגיטליים צפויים לחסוך שעות של נסיעות מקצווי ארץ לבתי-המשפט בשעות עומס, הכרוכות בתנועה פקוקה ובהוצאות חנייה. בדיונים מרובי משתתפים, כמו פירוקי שיתוף במקרקעין או פירוקי חברות, ניתן לשתף מתדיינים רבים בדרך יעילה וחשכנית במשאבים. בעיות של אבטחת שופטים ומתדיינים – תפחתנה. גם חקירות מומחים, אשר העיקר בהן הוא פן הידע והמקצועיות, יכולות להיעשות באולם מקוון. הוא הדין בהשמעת סיכומים בעל-פה על ידי עורכי הדין בתיקים המתאימים לכך. היעילות - תגבר. והעיקר - מערכת המשפט לא תשותק גם בעת משבר, ויתאפשר לקיים ולו חלק מהדיונים באמצעים דיגיטליים.

7. סיכום

משבר הקורונה הוליד צורך דחוף לבחון מצבים חוזיים מורכבים, שבהם צדדים לחוזה נקלעו למצוקת סיכול ומתקשים לעמוד בהתחייבויותיהם החוזיות. אנו סבורים כי בצד חקיקה ענפית מיוחדת לתמיכה כלכלית, דיני החוזים הכלליים הנהוגים בישראל מציידים את השחקנים במשק, ואת בתי המשפט, בכלים גמישים ומעשיים לעיצוב פתרונות צודקים ומאוזנים, המתחשבים באינטרסים היחסיים של שני הצדדים. אנו ממליצים כי משרד המשפטים יגבש נייר עמדה בבחינת "מורה נבוכים", שינחה בדבר אמות המידה המשפטיות העשויות לשמש את המתדיינים בהתאם לצורך, כגון: דחיית מועדים לקיום חיובים; ביצוע בקירוב של החוזה; מזעור נזקים על דרך של המרת דרכי השימוש בנכסי החוזה; כמו גם החזר תשלומים כספיים והשבת תמורות חוזיות שהועברו בין הצדדים. בפן הדיוני, אנו סבורים כי ראוי להבנות מנגנוני הידברות מהירים ויעילים שידרבנו את הצדדים לגישור ולפשרה. בתי המשפט מצדם צריכים להיערך לדיונים במסלול מקוצר תוך הקצאת שופטים ייעודיים. פסקי דין מוצלחים שייפסקו במהירות יחסית, יהוו איתות למשק כולו כיצד יש לפעול, וימתנו את עומס התביעות.

* * *

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>