

על הסדרי הפיצויים המוסכמים בהצעת החקיקה האזרחית החדשה*

רונן אברהם**

במאמר זה אציע מודל תיאורטי המסביר את התנאים שבהם צדדים לחוזה יסכימו על סעיף פיצויים מוסכמים מחייב (אקסקלוסיבי) או בִּרְרָתִי (אופציונלי). חוזה עם סעיף פיצויים מחייב הוא חוזה שבו הסעד היחיד של הנפגע הוא סכום הפיצויים המוסכמים המפורשים בחוזה. לעומתו, חוזה עם סעיף פיצויים מוסכמים בִּרְרָתִי הוא חוזה שבו הנפגע רשאי לבחור, לאחר ההפרה ולאחר שהתגבש הנזק, אם רצונו בפיצויי קיום או שמא באכיפת החוזה במקום קבלת הפיצויים המוסכמים המפורשים בחוזה. המודל שאציע יכול לשמש בתי-משפט בבואם להתחקות אחר אומד-הדעת של הצדדים במסגרת נסיונם לפרש חוזה שותק או דו-משמעי. בשני המקרים הללו בית-המשפט נזקק לכלים פרשניים שונים כדי לפרש את אומד-הדעת של הצדדים. המודל המוצע מפרט את התנאים העסקיים שבהם צדדים רציונליים היו מסכימים על סעיף פיצויים מוסכמים מחייב ואת התנאים העסקיים שבהם הם היו מסכימים על סעיף פיצויים בִּרְרָתִי. מקום שביית-המשפט יכול לאתר את התנאים העסקיים שאפפו את כריתת החוזה, הוא יוכל להעריך את אומד-דעתם (האובייקטיבי) של צדדים רציונליים, ובסופו של דבר לפרש את אומד-דעתם של הצדדים לחוזה שלפניו. במאמר זה אטען כי הקוד האזרחי החדש המשמר את הדין הישראלי הנוהג – שהינו מתירני יותר מן הדין הנוהג במשפט האנגלו-אמריקאי ביחס ליכולתו של הנפגע לקבל, מקום שהחוזה שותק, סעדים אחרים במקום הפיצויים המוסכמים המפורשים בחוזה – הינו יעיל יותר בכך שהוא מניב רווחה כוללת גבוהה יותר לצדדים לחוזה.

* תודה רבה לעירית דולגין על עזרתה במחקר, וכן לפרופסור אריאל פורת ולמשתתפי הכנס "משפט וכלכלה במשפט הישראלי" (אוניברסיטת בר-אילן, דצמבר 2005) על הערותיהם. תודה גם למערכת משפט ועסקים על עבודת עריכה למופת.

** Assistant Professor of Law באוניברסיטת Northwestern, תחום המחקר העיקרי שהמחבר עוסק בו הוא ניתוח כלכלי של דיני קניין, דיני נזיקין ודיני חוזים.

מבוא

פרק א: הדין הנוהג בארצות-הברית ובישראל

1. כללי

2. האם בית-המשפט חייב לאכוף תמיד את סעיף הפיצויים המוסכמים?

(א) פיצויים מוסכמים מחייבים או בִּכְרְתִיִּים?

(ב) פיצויים מוסכמים אל מול אכיפה

(ג) פיצויים מוסכמים אל מול פיצויי קיום

3. סיכום-ביניים

פרק ב: המודל התיאורטי

1. הרקע למודל

2. הנחות המודל

3. ניתוח

(א) משטר מחייב (משטר R)

(ב) משטר של אפשרות אכיפה — משטר בִּכְרְתִי (משטר O)

(ג) דוגמות מספריות

פרק ג: סיכום

נספח: החוזה בין לינדאור ורינגל

מבוא

האם הסדר הפיצויים המוסכמים המוצע בחקיקה החדשה בישראל ראוי? במאמר זה אבחן שאלה זו תוך השוואה בין הדין הישראלי המוצע לבין הדין האמריקאי. אבן-הבוחן במאמר זה לבחינת טיבה של הצעת החקיקה תהיה הניתוח הכלכלי של המשפט.

ראשית ראה לכך שהדין הנוהג בישראל אינו מעורר בעיות מיוחדות ניתן למצוא בכך שפיצויים מוסכמים אינם נמצאים, למיטב התרשמותי, בעין הסערה של פסיקת בתי-המשפט בישראל בדיני חוזים (ככל שקיימת בכלל סערה כזאת בדיני החוזים). זאת, אף-על-פי שסעיף פיצויים מוסכמים מצוי כמעט בכל חוזה מסחרי וצרכני. סעיף הפיצויים המוסכמים הינו בדרך-כלל המקור הראשון שהצדדים לחוזה נסמכים עליו בבואם להעריך את האפשרויות העומדות לפנייהם אגב הפרה אפשרית של החוזה על-ידי מי מן הצדדים. אילו היה זה הסדר לא-טוב, היה אפשר לצפות לפסיקה וספרות ענפות בסוגיה זו, כפי שניתן למצוא בסוגיות אחרות בדין, ולא היא. מספר מצומצם בלבד של פסקי-דין ומאמרים בישראל עוסקים בפיצויים מוסכמים. בארצות-הברית, לעומת זאת, נכתבו על סוגיה זו פסקי-דין ומאמרים רבים.¹

1 כדי להמחיש זאת ערכתי חיפוש ב-WestLaw ומצאתי כי בין התאריכים 12.1.2003 ו-12.1.2006, כ-7.3% מפסקי-הדין המדינתיים והפדרליים שעסקו בפיצויים בדיני חוזים עסקו בפיצויים מוסכמים בדיני חוזים, ואילו בישראל נמצאו עשרה פסקי-דין בלבד (בכל הערכאות) שעסקו

אולם מובן שאין בראשית ראייה זו כדי להוליך למסקנה כי דיני הפיצויים המוסכמים ראויים הם. נדרשת "תמיכה ראייתית" נוספת. במאמר זה אנתח את הצעת ועדת הקודקס לשמר במלואו את הדין הנוהג בסוגיית הפיצויים המוסכמים בדיני החוזים. עיקר הניתוח עוסק בהסדר המשפטי הנוגע ביכולתו של נפגע מהפרת חוזה לקבל סעדים אחרים במקום סעד הפיצויים המוסכמים שעליו הסכימו הצדדים במפורש בחוזה. בעוד הדין בארצות-הברית מגביל – מקום שהחווה שותק – את יכולתו של הנפגע לקבל סעדים אחרים במקום הפיצויים המוסכמים שנכתבו בחוזה, הדין בישראל מתיר זאת.

במאמר זה אציע מודל תיאורטי המסביר את התנאים שבהם צדדים לחוזה יסכימו על סעיף פיצויים מוסכמים מחייב (אקסקלוסיבי) או בִּרְרָתִי (אופציונלי). חוזה עם סעיף פיצויים מחייב הוא חוזה שבו הסעד היחיד של הנפגע הוא סכום הפיצויים המוסכמים המפורשים בחוזה. לעומתו, חוזה עם סעיף פיצויים מוסכמים בִּרְרָתִי הוא חוזה שבו הנפגע רשאי לבחור, לאחר ההפרה ולאחר שהתגבש הנזק, אם רצונו בפיצויי קיום או שמא באכיפת החוזה במקום קבלת הפיצויים המוסכמים המפורשים בחוזה.²

המודל שאציע יכול לשמש בתי-משפט בבואם להתחקות אחר אומדן-הדעת של הצדדים במסגרת נסיונם לפרש חוזה שותק או דו-משמעי. חוזה שותק הוא חוזה שבו הצדדים אינם מציינים אם הפיצויים המוסכמים המפורשים בחוזה הינם מחייבים או בִּרְרָתִים. לעומתו, חוזה דו-משמעי הוא חוזה שבו במקום אחד בחוזה משתמע כי הפיצויים המוסכמים הינם מחייבים, ובמקום אחר משתמע כי הם בִּרְרָתִים. בשני המקרים הללו (חוזה שותק וחוזה דו-משמעי) בית-המשפט נזקק לכלים פרשניים שונים כדי לפרש את אומדן-הדעת של הצדדים. המודל המוצע מפרט את התנאים העסקיים שבהם צדדים רציונליים היו מסכימים על סעיף פיצויים מוסכמים מחייב ואת התנאים העסקיים שבהם הם היו מסכימים על סעיף פיצויים בִּרְרָתִי. מקום שבית-המשפט יכול לאתר את התנאים העסקיים שאפפו את כריתת החוזה, הוא יוכל להעריך את אומדן-דעתם (האובייקטיבי) של צדדים רציונליים, ובסופו של דבר לפרש את אומדן-דעתם של הצדדים לחוזה שלפניו.

במאמר זה אטען כי הדין הישראלי – שהינו כאמור מתירני יותר מן הדין הנוהג במשפט האנגלו-אמריקאי ביחס ליכולתו של הנפגע לקבל, מקום שהחווה שותק, סעדים אחרים במקום הפיצויים המוסכמים המפורשים בחוזה – הינו יעיל יותר בכך שהוא מגיב רווחה כוללת גבוהה יותר לצדדים לחוזה.

בפיצויים מוסכמים (לפי חיפוש באתר "נבו"). באותה תקופה כמעט בשליש מן המאמרים שבכותרתם היו המילים contract ו damages הייתה גם המילה liquidated סמוך למילה damages. בארץ נראה כי האחוז נמוך בהרבה.

2 יש להבחין בין הנושא הנידון במאמר זה – זכותו של הנפגע לבחור בפיצויי קיום או באכיפה במקום הפיצויים המוסכמים המפורשים בחוזה – לבין זכותו של הנפגע לפיצויים נוסף על סעד האכיפה שהוא מבקש. לגבי הסוגיה האחרונה הדין פשוט. עמד על כך השופט אהרן ברק: "האכיפה עשויה, לעתים, לשלול נזקים עתידיים, אך אין בה כדי לשלול את הנזק, שנגרם לנפגע בשל האיחור ואשר נתגבש עוד בטרם ניתנה האכיפה. על נזק זה זכאי הנפגע לפיצויים." ראו ע"א 260/80 ניבה נוביץ' נ' סופיה ליבוביץ', פ"ד לו(1) 537, 544 (להלן: עניין נוביץ').

בפרק א של המאמר יוצגו הדינים הנוהגים בישראל ובארצות-הברית בסוגיית הפיצויים המוסכמים. יוסבר כי קיימים הבדלים מסוימים בין הדינים מבחינת זכותו של הנפגע לקבל סעד אחר במקום פיצויים מוסכמים, בעיקר מקום שהחווה שותק לגבי השאלה אם הפיצויים המוסכמים הינם מחייבים או בִּרְרתיים. בעוד בישראל זכות הנפגע לקבל אכיפה הינה נרחבת, בארצות-הברית הזכות מצומצמת יותר. השאלה עד כמה סעיף פיצויים מוסכמים בחוזה דו־משמעי הינו מחייב עלתה לאחרונה במלוא חריפותה בעניין אליהו לינדאור נ' יעקב רינגל, אשר ידון בפירוט להלן.³

בפרק ב יוצע מודל כלכלי שהנחותיו קרובות דיין, לעניות דעתי, למציאות הנוהגת. יוסבר כי סעיף פיצויים מוסכמים מחייב אינו משיא בהכרח את רווחתם המשותפת של הצדדים, כפי שנטען לאחרונה.⁴ המודל מניח כי בעת חתימת החוזה קיימת אי־ודאות אצל שני הצדדים לגבי רווחיותו של החוזה בעבורם. למשל, ייתכן שהמוכר מספק חלק מסוים לקונה, אשר זקוק לחלק לצורך הרכבת מוצר מסוים. הנחת המודל היא כי המוכר אינו בטוח מה יהיו בסופו של דבר העלויות של ייצור החלק, ואילו הקונה אינו בטוח בכמה יוכל למכור את המוצר המוגמר בשוק. עם זאת, הצדדים צופים כי לקראת מועד ההספקה של המוצר תתבהר התמונה. המודל מפרט את התנאים העסקיים שבהם צדדים רציונליים יסכימו על סעיף פיצויים מחייב ואת התנאים שבהם הם יסכימו על סעיף פיצויים בִּרְרתי. אם הצדדים צופים כי בעת הספקת הטובין בעתיד תהיה תוחלת העלות של הספקת החלק בעבור המוכר (במקרה שעלויותיו בפועל יהיו גבוהות מהממוצע של שווי החלק בעבור הקונה כפי שנצפה על־ידי הצדדים עובר לחתימת החוזה) גדולה מהתוחלת של שווי החלק בעבור הקונה (במקרה שגם השווי בפועל יהיה גבוה מהממוצע של שווי החלק בעבור הקונה כפי שנצפה על־ידי הצדדים עובר לחתימת החוזה), אזי הם יסכימו על סעיף פיצויים מוסכמים מחייב. אם התנאי לעיל אינו מתמלא, יסכימו הצדדים על סעיף פיצויים מוסכמים בִּרְרתי. האינטואיציה פשוטה: מקום שמתברר למוכר עובר למועד ההספקה כי עלויותיו גבוהות ביותר, יש מקום לכאורה לאפשר הפרה יעילה של החוזה. הבעיה היא שיתכן כי יתברר אז שגם השווי בעבור הקונה גבוה ביותר, ועל־כן ראוי לכאורה לאפשר לקונה לאכוף את החוזה. התנאי שפורט לעיל קובע כי אם העלויות למוכר במקרה כזה גבוהות בממוצע מהשווי לקונה – שאז ראוי לאפשר הפרה יעילה של החוזה – יסכימו הצדדים על סעיף פיצויים מוסכמים מחייב. לעומת זאת, היה אם השווי לקונה במקרה כזה גבוה בממוצע מהעלות למוכר – שאז ראוי לאפשר

3 ע"א 2454/98 אליהו לינדאור נ' יעקב רינגל, פ"ד נו(1) 225 (להלן: עניין לינדאור). ראו להלן סקירה של פסק־הדין בסיכום־הביניים בפרק א.

4 לניתוח כלכלי שלפיו אין לאפשר לנפגע לבחור בסעד האכיפה מקום שהוסכם על פיצויים מוסכמים, ראו: Jonathan Levy "Against Supercompensation: A Proposed Limitation on the Land Buyer's Right To Elect Between Damages and Specific Performance as a Remedy for Breach of Contract" 35 *Loy. U. Chi.* (2004) 555. המאמר מגיע למסקנה אחרת מזו המוצעת במאמר זה, בין היתר משום שהמודל הכלכלי בו הינו פשטני בכך שהוא מניח מידע סימטרי בין הצדדים. המודל במאמר הנוכחי מסובך הרבה יותר, ועל־כן גם קרוב הרבה יותר בהנחותיו למציאות האופפת צדדים לחוזה.

לקונה לדרוש אכיפה – יסכימו הצדדים על סעיף פיצויים מוסכמים בפרתי. מכאן, שהמודל מאפשר לבתי-המשפט להתחקות אחר אומדנותם האובייקטיבי של הצדדים. ראוי לציין, לבסוף, כי מכיוון שצדדים רציונליים יכולים לבחור בכל אחד מסוגי הפיצויים הנזכרים למעלה, הדין הישראלי, אשר מאפשר לבתי-המשפט לפרש בחוזה שותק את סעיף הפיצויים המוסכמים כפרתי, עדיף על הדין האמריקאי, אשר מגביל זאת. בפרק ג אסכם ואציע כיווני מחקר אפשריים לפיתוח הרעיונות המובאים במאמר זה.

פרק א: הדין הנוהג בארצות-הברית ובישראל

1. כללי

סעיפים 568 ו-569 להצעת חוק דיני ממונות⁵ שימרו במלואם, למעט שינויי עריכה קלים, את הדין הקיים בסעיף 15 לחוק החוזים (תרופות)⁶ בנוגע לפיצויים מוסכמים. לעומתם,

5 לבוסח ההצעה, ראו הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות (נוסח לעיון הציבור, משרד המשפטים, תשס"ד) נגיש ב- <http://www.idclawreview.org> (28.9.2006) (להלן: הצעת חוק דיני ממונות).

6 ראו סעיף 15 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ס"ח 16 (להלן: חוק החוזים (תרופות)):

"15. (א) הסכימו הצדדים מראש על שיעור פיצויים (להלן – פיצויים מוסכמים), יהיו הפיצויים כמוסכם, ללא הוכחת-נזק; אולם רשאי בית המשפט להפחיתם אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה.

(ב) הסכם על פיצויים מוסכמים אין בו כשלעצמו כדי לגרוע מזכותו של הנפגע לתבוע במקומם פיצויים לפי סעיפים 10 עד 14 או לגרוע מכל תרופה אחרת בשל הפרת החוזה.

(ג) לענין סימן זה, סכומים שהמפר שילם לנפגע לפני הפרת החוזה והצדדים הסכימו מראש על חילוטם לטובת הנפגע, דינם כדין פיצויים מוסכמים."

והשוו זאת לסעיפים הנזכרים בהצעת חוק דיני ממונות:

"568. (א) נקבע בחוזה שיעור פיצויים בשל הפרה, זכאי הנפגע, ללא הוכחת נזק, לפיצויים שנקבעו (בסימן זה – פיצויים מוסכמים).

(ב) סכומים שהמפר שילם לנפגע לפני הפרת החוזה ייחשבו כפיצויים מוסכמים, ובלבד שהצדדים הסכימו מראש שאם החוזה יופר סכומים אלו יחולטו לטובת הנפגע.

569. (א) בית המשפט רשאי להפחית פיצויים מוסכמים אם נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לצפות בעת עריכת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה.

(ב) נקבעו בחוזה פיצויים מוסכמים, אין בקביעה זו כשלעצמה כדי לגרוע מזכות הנפגע לתבוע במקומם פיצויים על פי הוראות אחרות בפרק זה, או לכל תרופה אחרת בשל ההפרה."

טיוטת ה-UCC האמריקאי החדש, שטרם אומץ על-ידי מדינה כלשהי בארצות-הברית, כוללת כמה שינויים משמעותיים לעומת דיני הפיצויים המוסכמים המקובלים ב-UCC הנוהג.⁷ אם תאומץ הטיוטה החדשה, אזי הדין הישראלי והדין האמריקאי בסוגיית הפיצויים המוסכמים יהיו קרובים יותר זה לזה מכפי שהם כיום. עם זאת, פרשנים מעריכים כי מסיבות פוליטיות שונות לא תאומץ בסופו של דבר הטיוטה החדשה, ועל-כן הניתוח דלהלן ישווה בין סעיפים 568 ו-569 לבין ה-UCC הקיים.

2. האם בית-המשפט חייב לאכוף תמיד את סעיף הפיצויים המוסכמים?

על-אף פשטותם היחסית, דיני הפיצויים המוסכמים מעוררים שאלות אחדות. השאלה הנפוצה ביותר בספרות ובפסיקה היא אם על בית-המשפט לאכוף את סעיף הפיצויים המוסכמים תמיד או שמא עליו להתעלם ממנו או לשנותו כאשר סכום הפיצויים גבוה מדי? (ואולי אף כאשר הוא נמוך מדי).

כידוע, המשפט האמריקאי אימץ מן המשפט האנגלי את ההבחנה בין "פיצויים קבועים מראש" (liquidated damages) לבין "קנס" (penalty clause).⁸ מקום שנראה כי הפיצוי המוסכם גבוה מדי ביחס לנזק שהיה צפוי, וכי מטרתו הייתה הפחדת הצד שכנגד ותמרוצו לקיים את החוזה, לא ייתנו לו בתי-המשפט בארצות-הברית תוקף כלל וכלל. זה המצב בחוזים מסחריים הנכללים בגדר ה-UCC הנוהג, כמו-גם בחוזים רגילים הנופלים בגדר סעיף 356 ל-Restatement. נוסף על כך יש לבתי-המשפט הסמכות להתערב בסעיף הפיצויים המוסכמים מקום שהם בלתי-סבירים.⁹

במשפט הישראלי מקובל לחשוב כי ההבחנה הקיימת במשפט המקובל בין קנס לפיצוי הייתה קיימת לפני חקיקת חוק החוזים (תרופות), וכי היא לא אומצה בסעיף 15

נראה כי השינוי הלשוני המשמעותי ביותר נעשה בסעיף 569(ב) להצעת חוק דיני ממונות, הקובע כי הנפגע זכאי לתבוע פיצויים "על פי הוראות אחרות בפרק זה", בעוד סעיף 15(ב) לחוק החוזים (תרופות) מפנה במפורש לסעיפים 10 עד 14 לחוק.

7 הטיוטה אושרה באוגוסט 2002 על-ידי ה-NCCUSK (The National Conference of Commissioners on Uniform States Laws) ובחודש מאי 2003 על-ידי ה-ALI (American Law Institute), אלה שני הגופים האחראים יחדיו לניסוחו, לעדכון ולקידומו של ה-UCC בארצות-הברית.

8 זאב צלטנר דיני חוזים – חלק כללי (תש"ל) 3, 219; רנה סגילביץ "פיצויים מוסכמים: השוואה בין המשפט הישראלי לבין המשפט הקונטיננטלי" ספר אורי ירין (תש"ן, כרך ב) 133, 134.

9 ראו: REST 2d CONTR's 356. הטיוטה החדשה של ה-UCC מבחינה בעניין זה, בסעיפים 712-718, בין חוזה צרכני לבין חוזה מסחרי. אומנם בוטלו האמירות המתייחסות לכך כי בית-המשפט יבטל את סעיף הפיצויים המוסכמים מקום שמדובר בקנס, אך עם זאת, בשני סוגי החוזים נותרת בידי בתי-המשפט הסמכות להתערב בסעיף הפיצויים המוסכמים מקום שהם בלתי-סבירים. סמכות זו נרחבת יותר בחוזים צרכניים. ראו את ההערות הרשמיות שם, בסעיף 3 (Preliminary Official Comments).

לחוק החוזים (תרופות), שנוסחו הושפע מהמשפט הקונטיננטלי.¹⁰ עם זאת, בסיפא של סעיף 15(א) העניק המחוקק הישראלי לבתי-המשפט בישראל – בדומה למצב במשפט האמריקאי – סמכות להתערב ולהפחית את שיעור הפיצויים המוסכמים "אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה".¹¹ כך, למשל, בעניין מאיר קן-תור¹² הפחית השופט דב לוין את גובה הפיצויים המוסכמים שנקבעו בחוזה, בין היתר מכיוון שהיה בהם מרכיב של סנקציה או תמריץ לסיים את עבודות הבנייה במועד. זאת ועוד, נראה כי בדומה למשפט האנגלו-אמריקאי, גם במשפט הישראלי אין ביכולתם של הצדדים להתנות על סעיף זה (המאפשר התערבות).¹³ אומנם ההלכה היא כי "הפחתת הפיצוי המוסכם נעשית רק במקרים חריגים, בהם לא נמצא יחס סביר, ולו בדוחק, בין שיעור הפיצוי המוסכם ובין הנזק שניתן לחזותו בעת כריתת החוזה",¹⁴ אולם נראה כי בפועל האופן שבו הדין הישראלי תופס את סעיף הפיצויים המוסכמים קרוב לתפיסה של המשפט האמריקאי (ובוודאי לזו של הדין המשתקף בטייטה החדשה של ה-UCC) יותר מכפי שנראה ממבט ראשון. גם אם בתי-המשפט בישראל אינם שוללים את תקפותו של סעיף הקובע פיצויים מוסכמים גבוהים ביחס למה שהיה צפוי, הם עשויים בהחלט להקטינם ואולי אף לאיינם.¹⁵

האם התערבות זו ראויה? בספרות המשפטית ובפסיקה הובאו כמה שיקולים לאי-התערבות של בית-המשפט בתניית פיצויים מוסכמים: ראשית, כדי ליתן תוקף להסכמת הצדדים, שהרי התנייה "מהווה ביטוי לרצון הצדדים, כי במקרה של הפרת החוזה, יהיו הפיצויים כמוסכם ביניהם, ללא הוכחת נזק";¹⁶ שנית, לשם הגנה על עקרון ההסתמכות על

10 סנילביץ, לעיל הערה 8, בעמ' 135.

11 לדיון ראו גבריאלה שלו דיני חוזים (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 591; אורי ידין חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (תשל"ג) 107.

12 ע"א 524/83 מאיר קן-תור נ' שלמה אלון, פ"ד מ(2) 533, 559.

13 ראו דניאל פרידמן וגילי כהן חוזים (תשנ"ג) 130. המחברים מפנים לדבריו של השופט אהרן ברק בע"א 554/83 אתא בע"מ נ' ולוטלוב, פ"ד מא(1) 282, 297, אשר סבור כי בהתערבותו של בית-המשפט בסעדים שנקבעו בחוזה במקרי הפרה אין משום פגיעה ב"קדושת החוזה".

14 דבריו של הנשיא מאיר שמגר בע"א 18/89 חשל חברה למסחר ונאמנות בע"מ נ' פרידמן, פ"ד מו(5) 257, 264 (להלן: עניין חשל). ראו גם ע"א 300/77 רוזנר נ' בנייני ט.ל.מ. בע"מ, פ"ד לב(3) 686 (להלן: עניין רוזנר).

15 בספרות קיימת מחלוקת בשאלה אם בית-המשפט יכול להפחית את הפיצויים המוסכמים עד לאפס. ראו סנילביץ, לעיל הערה 8, בעמ' 155. ראו גם את דבריו של פרופ' אורי ידין, הסבור כי "ההפחתה אף תוכל להיות טוטלית – זאת אומרת שלא יפסקו לנפגע פיצויים כלל". ראו ידין, לעיל הערה 11, בעמ' 132. ואילו לדעת פרופ' זאב צלטנר, אין לבית-המשפט סמכות לאיין את קביעת הצדדים על-ידי הפחתת הסכום המוסכם עד לאפס. זאת, משום שהדבר נוגד "את מדיניות החוק הרואה את הקביעה תמיד כקביעה חוקית". ראו סנילביץ, לעיל הערה 8, בעמ' 155–156, המפנה לספרו של צלטנר דיני החוזים של מדינת ישראל (1974) 456–472.

16 שלו, לעיל הערה 11, בעמ' 590. ראו גם את דבריו של השופט מאיר שמגר בעניין חשל, לעיל הערה 14, בעמ' 264.

תוכן החוזה ומניעת חוסר ודאות;¹⁷ שלישית, לשם הגנה על אינטרס הציפייה של הצד שקיים את החוזה;¹⁸ רביעית, בשל האינטרס במניעת התעשרות לא כדין;¹⁹ חמישית, בשל שיקולי הצדק שבסעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי).²⁰

מן ההיבט של הניתוח הכלכלי זכתה השאלה בדבר מידת ההתערבות הראויה בסעיף הפיצויים המוסכמים בניתוח מעמיק. מן ההיבט הסובייקטיבי של הצדדים נטען כי "יסוד ההסכמה המבוטא בקביעת הפיצוי המוסכם משקף מערכת של ציפיות – חלוקת סיכונים והקצאתם בין צדדים. הקצאה זו נעשית מראש ובה מבטאים הצדדים את הערך הכלכלי של העסקה".²¹ מכאן, שמן ההיבט הסובייקטיבי של הצדדים אין מקום להתערבות בתוכן החוזה. בעצם העובדה שלצדדים לחוזה כדאי להסכים על סעיף כלשהו אין כמובן כדי להופכו ליעיל, ויש לבחון גם את השפעתו על צדדים שלישיים. אולם ככלל – כל עוד מטרת הפיצויים המוסכמים אינה למנוע כניסת מתחרים, וכל עוד הם אינם תולדה של תרמית, עושק או כפייה – על בית המשפט לאכוף את הפיצויים המוסכמים.²² כפי שאראה להלן, המודל המוצע במאמר זה תומך במסקנה זו.

(א) פיצויים מוסכמים מחייבים או ברתניים?

שאלה אחרת, שלא נידונה כמעט בספרות, היא אם סעיף הפיצויים המוסכמים צריך להתפרש

17 ראו את דבריה של השופטת מרים בן-פורת בע"א 1/84 נתן נ' סטרוד, פ"ד מב(1) 661, 670 (להלן: עניין סטרוד).

18 רע"א 7452/96 מדינת ישראל, משרד הבטחון נ' חברה קבלנית האחים אהרון בע"מ, פ"ד נא(5) 874, 879.

19 שם, בעמ' 879-878.

20 חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118 (להלן: חוק החוזים (חלק כללי)). ראו גם את דבריו של השופט מנחם אלון בע"א 311/78 הווארד נ' מיארה, פ"ד לה(2) 505, 522-523.

21 משה בורונובסקי "נזק שנגרם כיסוד בפיצוי מוסכם" עיוני משפט יד (התשמ"ט) 193, 199. בורונובסקי מסתמך על המאמר: Robert Scott & Charles Goetz "Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach" 77 Colum. L. Rev. (1977) 554, וטוען כי ניתן לראות בפיצויים המוסכמים עסקת ביטוח בין הצדדים. הצד שבאופן סובייקטיבי מייחס חשיבות רבה יותר לקיום החיוב כלפיו יהיה מוכן לשלם מחיר גבוה יותר לצד האחר בעבור חיוביו על-פי החוזה. על-כן התשלום העודף הינו פרמיה תמורת ההתחייבות לפיצוי בגין ההפסד הסובייקטיבי שייתכן שיקרה בעתיד. "הצד המפצה הינו המבטח הטוב ביותר לנזק הסובייקטיבי או מונע הסיכון היעיל ביותר... [ועל-כן] הסדר משפטי כזה עשוי להיות יעיל יותר... מהסדר ביטוחי רגיל." שם, בעמ' 197.

22 לסקירה נהדרת של הספרות ראו: Aaron Edlin & Alan Schwartz "Optimal Penalties in Contracts" 78 Chi-Kent L. Rev. (2003) 33; Tom Ulen "The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies" 83 Mich. L. Rev. (1984-1985) 341. Scott & Goetz, *ibid*.

כבררתי ביחס לסעדים האחרים או כמחייב,²³ דהיינו, אם מקום שהחוזה שותק או דו-משמעי, הנפגע רשאי לבחור בסעד אחר, כגון אכיפה או פיצויי קיום, במקום סעד הפיצויים המוסכמים המפורש בחוזה, או שמא הנפגע זכאי אך ורק לפיצויים המוסכמים ואינו רשאי לבחור שום סעד חלופי אחר. שאלה זו רלוונטית כמעט לכל חוזה שיש בו סעיף פיצויים מוסכמים, והיא במוקד הניתוח דלהלן.

מקובל לחשוב כי במשפט הישראלי והקונטיננטלי הסעד המרכזי ב"סל התרופות" הוא אכיפה, ואילו במשפט האמריקאי הסעד המרכזי הוא פיצויי ציפייה.²⁴ עם זאת, בשני המשטרים קיימים מקרים לא-מעטים שבהם מוענק דווקא הסעד האחר, כך שלא ברור עוד עד כמה המשטרים רחוקים זה מזה בפועל, למרות בררת-המחדל השונה לגבי "סל התרופות".²⁵ למשל, במשפט האמריקאי, מקום שהטובין ייחודיים ופיצויים אינם מהווים תרופה הולמת, הנפגע זכאי לסעד האכיפה, אם אכיפת החוזה אינה מטילה נטל בלתי-סביר על בית-המשפט;²⁶ ואילו במשפט הישראלי, לפי סעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות), יקבל הנפגע פיצויים מקום שהאכיפה אינה צודקת בנסיבות העניין.

כידוע, הצדדים לחוזה רשאים, הן בישראל והן בארצות-הברית, להרחיב או לצמצם את "סל התרופות" הבסיסי העומד לרשותם על-ידי התניה מפורשת בחוזה. עם זאת, קיימים הבדלים בהקשר זה בין המשטר הישראלי למשטר האמריקאי.²⁷ תחילה אראה זאת בנוגע לזכותו של הנפגע לתבוע אכיפה במקום פיצויים מוסכמים, ואחר כך בנוגע לזכותו לתבוע פיצויי קיום במקום פיצויים מוסכמים.

(ב) פיצויים מוסכמים אל מול אכיפה

חוזה מפורש

בארצות-הברית הצדדים רשאים להסכים על פיצויים מוסכמים, וזאת בתנאים

²³ ראו: Levy, *supra* note 4.

²⁴ תפיסה זו עומדת ביסוד סעיף 3 לחוק החוזים (תרופות), כדבריו של ממלא-מקום הנשיא מאיר שמגר בע"א 84/80 קאסם נ' קאסם, פ"ד לז(3) 60, 93: "מקובל וידוע הוא, כי סעיף 3 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) מבטא מגמת יסוד, ששינתה את נקודת המוצא שהיתה מקובלת עד אותה עת לפי המשפט המקובל האנגלו-אמריקאי, אותו אימצו עד אז בסוגיית הביצוע בעין. לפי מגמה זו זכאי הנפגע בדרך-כלל לאכיפת החוזה, אלא אם קיימת נסיבה מן הנסיבות המיוחדות ויוצאות הדופן, שנמנו בפסקאות (1)–(4) לסעיף 3... "על-פי הגישה במשפט האנגלו-אמריקאי, "נתפסה התחייבות חוזית כנטילת סיכון לשלם פיצויים, ובדרך כלל המפר יכול לפדות את התחייבותו בכסף". ראו שלו, לעיל הערה 11, בעמ' 524.

²⁵ על המיתוס בדבר סעד האכיפה במשפט הקונטיננטלי ראו: Henrik Lando & Caspar Rose "The Enforcement of Specific Performance in Civil Law Countries" 24(4) *Int'l Rev. L. Econ.* (2004) 473–487.

²⁶ ראו: Article 2-716 to the UCC and REST 2d CONTR s 359 and 366.
²⁷ ידין, לעיל הערה 11, בעמ' 109; צלטנר, לעיל הערה 8, בעמ' 461.

מסוימים – למשל, כפי שהוזכר לעיל, שהפיצויים המוסכמים אינם נחשבים קנס או עושה.²⁸ זאת ועוד, הצדדים יכולים להסכים במפורש כי הפיצויים המוסכמים יהיו מחייבים.²⁹ לחלופין, הם רשאים להסכים כי הפיצויים המוסכמים יהיו בִּרְרִיתִים, דהיינו, כי הנפגע יהיה רשאי לדרוש אכיפה במקום תרופת הפיצויים המוסכמים.³⁰ הטיוטה המוצעת של ה-UCC אף מעגנת זאת במפורש לגבי חוזים מסחריים בסעיפים 712–716. המצב בישראל דומה. סעיף 24 לחוק החוזים (חלק כללי) קובע כי "תכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים", ועל-כן צדדים יכולים להסכים כי פיצויים מוסכמים יהיו בִּרְרִיתִים. בית-המשפט יעניק אכיפה במקרים אלה, אם כי כפוף להגבלות המנויות בסעיף 3 לחוק החוזים (תרופות).

חוזה שותק

מקום שהחוזה שותק קיים הבדל מסוים בין המצב בישראל לבין המצב בארצות-הברית. בישראל זכותו של הנפגע לתבוע אכיפה במקום פיצויים מוסכמים מקום שהחוזה שותק נסמכת על סעיף 15(ב) לחוק החוזים (תרופות) סיפא, המאפשר לתבוע לתבוע "כל תרופה אחרת", ובכלל זה אכיפה, גם אם הצדדים לא הסכימו על כך במפורש.³¹ כך מורה גם סעיף 569(ב) לקוד החדש.³² עם זאת, בדומה למשפט האמריקאי וכפי שזכר לעיל, כאשר בית-המשפט סבור כי חל אחד החריגים שבסעיף 3 לחוק החוזים (תרופות), הוא יפסוק פיצויים מוסכמים (ולא אכיפה).³³ מדובר במקרים שבהם האכיפה בלתי-צודקת בנסיבות

28 ראו: REST 2d CONTR s 356 and Article 2-718 to the UCC.

29 כך, למשל, סירב לאחרונה בית-המשפט לערעורים במדינת אילינוי ליתן סעד אכיפה בחוזה למכירת מקרקעין, אף שזה הסעד הרגיל בחוזים מסוג זה, משום שהחוזה ציין במפורש כי הפיצויים המוסכמים הינם הסעד היחיד. *O'shield v. Lakeside Bank*, 781 N.E.2d 1114 (Ill. App. 2002).

30 ראו: *Underwood v. Sterner*, 387 P.2d 366 (S.C. Wash. 1963). למקרה מן השנים האחרונות ראו: *Sweatt v. International Development Corp.*, 531 S.E.2d 192 (Ga. COA 2000).

31 שלו, לעיל הערה 11, בעמ' 599; מחזי – פש"ר (ת"א) 1361/02 אלבר ציי רכב בע"מ נ' נאמן, (לא פורסם, ניתן ביום 10.12.2003), בסעיף 9 לפסק-דינה של השופטת ורדה אלשין. לפסק-דין שקבעו ואישרו את ההלכה ראו עניין רוזנר, לעיל הערה 14; עניין נוביץ, לעיל הערה 2.

32 ראו הצעת חוק דיני ממונות לעיל הערה 5. יתר על כן, ומעבר לנדרש לצורך הסוגיה הנבחנת במאמר זה, נציין כי לא זו בלבד שתביעת הפיצויים המוסכמים יכולה לבוא במקום תביעת אכיפה, היא יכולה להצטרף לתביעת האכיפה. ראו את דבריו של השופט אהרן ברק בעניין נוביץ, לעיל הערה 2, בעמ' 543–546. כך, בע"א 476/82 תדהר נ' מרקוביץ', פ"ד (לט) 813 (להלן: עניין תדהר), הורה בית-המשפט העליון על תשלום פיצויים מוסכמים ואכיפה גם-יחד שכן נקבע, מצד אחד, כי אין בתשלום פיצויים מוסכמים "כדי לגרוע מכל תרופה אחרת של הפרת חוזה", ומצד אחר, כי "אין במתן צו אכיפה כדי לתקן את הנוקים, שהתרחשו בעבר ואשר יתרחשו עד להגשתו של צו האכיפה".

33 דוד קציר תרופות בשל הפרת חוזה (תשנ"א) 1053.

העניין³⁴ או בלתי-אפשרית עקב קשיי פיקוח.³⁵ בארצות-הברית, לעומת זאת, אף שסעיף 361 ל-Restatement מאפשר לקבל אכיפה מקום שהחוזה שותק ביחס לסעיף הפיצויים המוסכמים, בפועל בתי-המשפט מפרשים חוזים שותקים לעיתים כחוזים מחייבים (שאו הם אינם מאפשרים לנפגע לקבל אכיפה) ולעיתים כחוזים ברתניים (שאו הם מאפשרים אכיפה).³⁶ למרבה הצער, לא פשוט לאתר הבדלים בין חוזים שותקים שפורשו כמחייבים לבין חוזים שותקים שפורשו כברתניים.³⁷

(ג) פיצויים מוסכמים אל מול פיצויי קיום

חוזה מפורש

מידת יכולתם של הצדדים לקבוע בחוזה כי במקום תרופת הפיצויים המוסכמים יהיה הנפגע רשאי לתבוע פיצויי קיום הינה ברורה פחות. בעבר נטו בתי-המשפט בישראל ובארצות-הברית לא לכבד חוזים שבהם ניתנה לנפגע האפשרות לבחור בין כמה תרופות אפשריות. למשל, סעיפים המאפשרים לנפגע לבחור בין פיצויים מוסכמים לבין פיצויי קיום פורשו בארצות-הברית כ"קנס" שאי-אפשר לאוכפו. בית-המשפט לא ראה בעין יפה הסדר שבו הנפגע יכול לבחור את תרופת הפיצויים הנוחה לו.³⁸ מצב דומה שרר גם בישראל בטרם

34 ע"א 411/74 מכוניות הדר נ' סימן טוב, פ"ד כט(1) 561.

35 ע"א 541/74 פרמינסקי נ' סנדרוב, פ"ד כט(2) 253.

36 ראו: 181 Allan E. Farnsworth *Farnsworth On Contract* (3rd ed., 2004, Vol. 3) סעיף 361.

ל-Restatement קובע: "Specific performance or an injunction may be granted to enforce a duty even though there is a provision for liquidated damages for breach of that duty"

37 ראו: Debora Thredy "Liquidated and Limited Damages and the Revision of Article 2: An Opportunity to Rethink the UCC's Treatment of Agreed Remedies" 27 *Idaho L. Rev.* (1990–1991) 427, 441: "To distinguish between liquidated damages and alternate

performances requires angels to dance upon the heads of pins" Arthur L. Corbin, *Corbin on Contracts: A Comprehensive Treatise on the Rules of Contract Law* (St. Paul, 2nd ed. 1964) section 1213; *Washington Cranberry Growers Association v. Moore*, 201 Wash. (1921) 773, 777: "The fact that the contract provides that, in case of breach, the damage shall be as there admitted, does not of itself conclusively establish that the parties contemplated that, upon the breach thereof, damages would be an adequate remedy. It is a question of intention in each case, to be deduced from the whole instrument and the circumstances, and, if it appears that the performance of the covenant was intended, and not merely the payment of damages in case of breach,

the contract will be enforced"

38 ראו, לדוגמה: 191 (N.Y. Dist.Ct. 1960) *Dalston Const. Corp. v. Wallace*, 214 N.Y.S.2d 191 (N.Y. Dist.Ct. 1960): "The fact that the contract provides that, in case of breach, the damage shall be as there admitted, does not of itself conclusively establish that the parties contemplated that, upon the breach thereof, damages would be an adequate remedy. It is a question of intention in each case, to be deduced from the whole instrument and the circumstances, and, if it appears that the performance of the covenant was intended, and not merely the payment of damages in case of breach,

the contract will be enforced"

38 ראו, לדוגמה: 191 (N.Y. Dist.Ct. 1960) *Dalston Const. Corp. v. Wallace*, 214 N.Y.S.2d 191 (N.Y. Dist.Ct. 1960): "The fact that the contract provides that, in case of breach, the damage shall be as there admitted, does not of itself conclusively establish that the parties contemplated that, upon the breach thereof, damages would be an adequate remedy. It is a question of intention in each case, to be deduced from the whole instrument and the circumstances, and, if it appears that the performance of the covenant was intended, and not merely the payment of damages in case of breach,

the contract will be enforced"

38 ראו, לדוגמה: 191 (N.Y. Dist.Ct. 1960) *Dalston Const. Corp. v. Wallace*, 214 N.Y.S.2d 191 (N.Y. Dist.Ct. 1960): "The fact that the contract provides that, in case of breach, the damage shall be as there admitted, does not of itself conclusively establish that the parties contemplated that, upon the breach thereof, damages would be an adequate remedy. It is a question of intention in each case, to be deduced from the whole instrument and the circumstances, and, if it appears that the performance of the covenant was intended, and not merely the payment of damages in case of breach,

the contract will be enforced"

38 ראו, לדוגמה: 191 (N.Y. Dist.Ct. 1960) *Dalston Const. Corp. v. Wallace*, 214 N.Y.S.2d 191 (N.Y. Dist.Ct. 1960): "The fact that the contract provides that, in case of breach, the damage shall be as there admitted, does not of itself conclusively establish that the parties contemplated that, upon the breach thereof, damages would be an adequate remedy. It is a question of intention in each case, to be deduced from the whole instrument and the circumstances, and, if it appears that the performance of the covenant was intended, and not merely the payment of damages in case of breach,

the contract will be enforced"

נחקק חוק החוזים (תרופות).³⁹ למעט במקרים של תרמית,⁴⁰ סכום התביעה המרבי הוגבל לגובה הפיצוי המוסכם.⁴¹

אך כיום המצב שונה. לאחרונה ניתן לאתר בארצות-הברית שינוי מגמה, ונראה כי יותר ויותר בתי-משפט מאפשרים תניות מסוג זה.⁴² בישראל נעשה השינוי במפורש עם חקיקת חוק החוזים (תרופות). על-פי סעיף 15(ב) לחוק החוזים (תרופות), הניזוק רשאי לבחור בין תביעת פיצויים מוסכמים לבין תביעה בגין הנזק הממשי שנגרם לו על-פי סעיפים 10 עד 14 לחוק.⁴³ לכן, אם הוגשה תביעה לפיצויים מוסכמים ולחלופין לפיצויים ממשיים, יפסוק בית-המשפט את הפיצוי לפי החלופה הנוחה ביותר לנפגע.⁴⁴ כך, למשל, בעניין סטרוד⁴⁵

the door wide open to [the plaintiff] to prove actual damage in addition to the so-called liquidated damage. This is no settlement at all and it permits the [plaintiff] to have his cake and eat it too". במקרה מאוחר יותר שבו יושמה גישה דומה ראו: *Jefferson Randolph Corp. v. Progressive Data Systems, Inc.*, 553 S.E.2d 304 (Ga. App. 2001) ראו גם: Farnsworth, *supra* note 36, at p. 320 and cases cited in footnote 6.

39 ע"א 84/56 שליצר נ' פרידמן, פ"ד יב(1) 81 (להלן: עניין שליצר); ע"א 1/62 כרמי נ' שעשוע, פ"ד טז(2) 1190, 1202.

40 קציר, לעיל הערה 33, בעמ' 1055; ע"א 168/60 "במאי" אגודה שיתופית נ' "מבנה" חברה לדיוור, פ"ד טו(4) 2401, 2404.

41 צלטנר, לעיל הערה 8, בעמ' 229-228; ידין, לעיל הערה 11, בעמ' 108-109; קציר, לעיל הערה 33, בעמ' 1055; ע"א 99/49 דוויק נ' לאלו, פ"ד ה' 625; ע"א 139/54 גריידל נ' הורוביץ, פ"ד יא(1) 57; עניין שליצר, לעיל הערה 39; ע"א 552/65 מזרחי נ' חייק ואח', פ"ד כ(2) 387; ע"א 61/77 אנג'ל נ' מייש, פ"ד לא(3) 673, 677.

42 ראו, לדוגמה: *Leahy Realty Corp. v. American Snack Foods Corp.*, 625 N.E.2d 956 (Ill. App. 1993). במקרה זה אפשר בית-המשפט לצד שלא הפר את החוזה לקבל פיצויי קיום למרות קיומו של סעיף פיצויים מוסכמים, לאחר שמצא כי החוזה התיר זאת במפורש. ראו גם: *Noble v. Ogborn*, 717 P.2d 285 (Wash. App. 1986); *Northwest Airlines, Inc. v. Flight Trails*, 3 F.3d 292, 294-295 (8th Cir. 1993). Farnsworth, *supra* note 36.

43 שלו, לעיל הערה 11, בעמ' 598. הדברים צוטטו בהסכמה על-ידי הנשיא מאיר שמגר בע"א 628/87 חורי נ' חברת החשמל בע"מ, פ"ד מו(1) 115, 122. כמו-כן ראו ע"א 593/79 מימוני נ' פרלמן ואח', פ"ד לו(2) 319, 331 (להלן: עניין מימוני); ע"א 532/83 סיני השקעות בע"מ נ' פישל, פ"ד מ(4) 319, 329; ע"א 758/87 קאופמן נ' גזית השקעות ופיתוח בע"מ, פ"ד מד(2) 60, 65 (להלן: עניין קאופמן).

44 קציר, לעיל הערה 33, בעמ' 1055-1056; ע"א 707/78 ידיד נ' קניאל, פ"ד לה(4) 796; עניין מימוני, שם, שם; ע"א 411/87 חזן נ' דגן, פ"ד מג(2) 273, 280; ע"א 748/80 גוב-ארי נ' גולדשטיין, פ"ד לח(1) 309; ע"א 291/82 פישברג נ' דים, פ"ד לט(2) 625, 631; ע"א 795/86 לודאית נ' השקעות שירליב, פ"ד מא(3) 645. כמו-כן ראו עניין קאופמן, שם.

45 עניין סטרוד, לעיל הערה 17.

ביקש התובע להוכיח נזק ממשי ולחלופין לקבל את הפיצוי המוסכם. אף שלא צלח בהוכחת הנזק הממשי, זכה התובע בפיצויים המוסכמים (ללא הפחתה).⁴⁶

חוזה שותק

המקרים שתוארו לעיל, שבהם הצדדים לחוזה הסכימו לצמצם או להרחיב את "סל התרופות" הבסיסי, הינם מיעוט המקרים שמגיעים לבתי-המשפט. רוב המקרים שמגיעים לבתי-המשפט עוסקים בחוזים שאינם מפרטים אם הפיצויים המוסכמים מחייבים או בִּרְרִיתיים (חוזה שותק), או שקיימת בהם סתירה, לכאורה לפחות, בין סעיפי החוזה השונים, כך שאי-אפשר לדעת באופן ברור אם הצדדים התכוונו שסעיף הפיצויים המוסכמים יהיה מחייב או בִּרְרִית (חוזה דו-משמעי).

הכלל הנוהג בארצות-הברית לגבי חוזים שותקים הינו מוזר, ומקורו בפילוג שהיה בעבר בין בתי-המשפט של המשפט המקובל לבין בתי-המשפט של יושר. כאמור לעיל, לפי הכלל הנוהג, הנפגע זכאי לעיתים, בתנאים מסוימים, לקבל אכיפה.⁴⁷ כנגד זה, הכלל הנוהג לגבי פיצויים הוא שהנפגע אינו זכאי לקבל פיצויי קיום (אשר גבוהים מן הסתם מן הפיצויים המוסכמים, שאם לא כן לא היה הנפגע מתעקש עליהם).⁴⁸ למשל, בפסק-דין שניתן לאחרונה פסק בית-המשפט בנברסקה כי בחוזה שותק שיש בו סעיף פיצויים מוסכמים, הקונה (חברת חשמל, שרכשה שירותים של הובלת פחם) מנועה מלקבל פיצויים ממשיים אך אינה מנועה מלקבל אכיפה.⁴⁹ בישראל, מכוח סעיף 15(ב) לחוק החוזים (תרופות), הנפגע בחוזה שותק זכאי לבחור אם לתבוע אכיפה או פיצויי קיום במקום הפיצויים המוסכמים שנקבעו בחוזה. הֶסֶדֶר זה נשמר בסעיף 569(ב) לקודקס החדש.

46 עם זאת, במקרה אחר ביקש התובע לקבל פיצויים על נזק ממשי לפי סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות), ולא תבע לקבל לחלופין את הפיצויים המוסכמים. במקרה זה נפסק כי "משנטל על עצמו צד לחוזה להוכיח את הנזק שנגרם לו ולא הרים את הנטל הוא לא יכול לזכות בפיצויים המוסכמים שנקבעו בחוזה". ע"א 179/75 כהן נ' תוכלי, פ"ד לא(1) 248. אך נראה כי ההלכה בארץ היא כי "הוראה בחוזה הקובעת סכום פלוני כפיצוי קבוע ומוערך מראש בשל הפרתו נותנת את הברירה בידי הזכאי לפי החוזה... רוצה, תובע הסכום הנקוב והמוסכם, רוצה תובע הנזק הממשי". עניין מימוני, לעיל הערה 43.

47 ראו: REST 2d CONTR's 357 and Article 2-716 of the UCC. ראו גם: *Carolina Cotton Growers Association v. Arnette*, 371 F. Supp. 65 (D.C.S.C. 1974); וכן *Washington Cranberry Growers' Ass'n v. Moore*, 117 Wash. 430 (Wash. 1921). שבו העניק למעשה בית-המשפט סעד של אכיפה נגד מגדל חמוציות על-אף קיומו של סעיף פיצויים מוסכמים בחוזה. ראו גם: *Farnsworth, supra note 37*, at section 1213; *Corbin, supra note 37*, at p. 173.

48 ראו: *Ray Farmers Union Elevator Co. v. Weyrauch*, 238 N.W.2d 47 (N.D. 1975); *Orkin Exterminating Company, Inc. v. Del Guidice*, 790 So.2d 1158 (Fla. COA 2001). ראו גם: *Corbin, supra note 37*, at sections 1061, 1070, 1213.

49 ראו: *Entergy Services, Inc. v. Union Pacific Railroad Co.*, 35 F. Supp. 2d 746 (Neb. 1999).

3. סיכום-ביניים

לסיכום: ראשית, מן האמור לעיל עולה כי במציאות צדדים לחוזים מסכימים על אחד משני סוגי פיצויים מוסכמים: מחייב או בִּרְתִּי. אכן, ניתוח של חוזים סטנדרטיים שונים במשפט האמריקאי מגלה כי צדדים לחוזה נוהגים לבחור בין סעיף פיצויים מוסכמים מחייב לבין סעיף בִּרְתִּי בהתאם לנסיבות האופפות את החוזה, אם כי לא ברור מהם התנאים שבהם יסכימו על סוג אחד, ולא על האחר.⁵⁰ שנית, בתי-המשפט בארצות-הברית (אך לא בישראל) אינם מאפשרים תמיד לנפגע לקבל פיצויי קיום, אף אם הצדדים הסכימו על כך במפורש. שלישית, כאשר החוזה שותק, בתי-המשפט בארצות-הברית מאפשרים בדרך-כלל לנפגע לקבל אכיפה, אך לא תמיד, ואין דרך להבחין בין המקרים שבהם האכיפה ניתנת לבין אלה שבהם היא אינה ניתנת. בישראל ניתנת תמיד האפשרות לתבוע אכיפה לפי סעיף 15(ב) לחוק החוזים (תרופות), כפוף להגבלות המנויות בסעיף 3. רביעית, בתי-המשפט בארצות-הברית אינם מאפשרים לצד הנפגע לקבל פיצויי קיום בחוזים שותקים. בישראל, מכוח סעיף 15(ב), הנפגע זכאי לפיצויי קיום אף אם החוזה שותק.

העובדה כי בתי-המשפט הן בישראל והן בארצות-הברית מאפשרים לנפגע לקבל אכיפה מקום שהחוזה שותק ממחישה את הצורך במודל תיאורטי שיסביר את התנאים שבהם יסכימו צדדים על פיצויים מוסכמים מחייבים או בִּרְתִּיים. כיצד על בית-המשפט להחליט, מקום שהחוזה שותק (או דו־משמעי), אם הצדדים התכוונו שסעיף הפיצויים יהיה מחייב או בִּרְתִּי. המודל המוצע מסביר באילו מקרים יסכימו צדדים לחוזה כי הפיצויים המוסכמים יהיו מחייבים, ובאילו מקרים הם יסכימו על פיצויים בִּרְתִּיים. זאת ועוד, אם יהיה אפשר להראות כי צדדים רציונליים לחוזה עשויים בתנאים מסוימים לבחור בפיצויים בִּרְתִּיים, כִּי־אז ההסדר בדין האמריקאי – המטיל הגבלות על יכולתו של הנפגע לבחור בסעדים אחרים מקום שהחוזה שותק – אינו ראוי.⁵¹

בפרק הבא אציע מודל תיאורטי המסביר את התנאים שבהם יסכימו צדדים לחוזה על

50 לחוזים שבהם הפיצויים המוסכמים הינם מחייבים ראו: Mississippi Real Estate Contracts and Closings, Contracts for the Purchase of Real Estate § 6:18. 10 Ariz. Legal Forms, West Pennsylvania Forms, Buyer's Right to Bus. Org. LLC & Part. §27.4 (2d ed.); on Improper Delivery § 2601; 4A Vernon's Okla. Forms 2d, Com. & Consumer Forms 27 § 2–601–Form 2, 5 Ariz. Legal Forms, Comm. Transactions § 2.392 (2d ed.); West's Legal Forms, Specialized Forms § 3.9 (3d ed.); 6 N.J. Forms Legal & Bus § 11A:14; 6A Texas Forms Legal & Bus. § 11C:68.

51 לחוזים שבהם הפיצויים המוסכמים אינם מחייבים ראו: 30 West's Legal Forms, Specialized Forms § 31.46 (3d ed.), 15A Am. Jur. Legal Forms 2d Public Works and Contracts § 8 Nichols Cyc. Legal Forms s 5.6682; 5E Nichols Cyc. Legal Forms s 5.6682; 216:25 Forms Legal & Bus. s 42:26 כמו־גם 8.1331.

ראיה ראשונית לכך שהדין האמריקאי בסוגיה זו אכן אינו ראוי ניתן למצוא בעובדה שקיימים חוזים רבים שבהם צדדים לחוזה נוהגים להשתמש הן בסעיף פיצויים מוסכמים מחייב והן בסעיף בִּרְתִּי, בהתאם לנסיבות האופפות את החוזה. ראו את המקורות המובאים לעיל בהערה 38.

סעיף פיצויים מוסכמים מחייב או בִּרְרתי. כפי שהוזכר לעיל, שאלת החוזה הדו־משמעי עלתה במלוא חריפותה בעניין לינדאור. מדובר בחוזה למכירת מניות בחברה הבורסאית "מישנאל", שהינה חברת נדל"ן והשקעות. סעיף 3 לחוזה פירט את הסכומים והמועדים של שלושת התשלומים שאותם ישלם הקונה (רינגל) למוכר (לינדאור).⁵² בבתי־המשפט המחוזי והעליון לא הייתה מחלוקת כי הקונה הפר את החוזה משום ששילם את התשלום הראשון בלבד מבין שלושת התשלומים שעליהם הוסכם בחוזה. המחלוקת הייתה באשר לסעד הראוי. המוכר דרש אכיפה, דהיינו, קבלת התשלומים השני והשלישי כנגד המניות שהועברו לקונה. לעומתו טען הקונה כי עליו לשלם פיצויים מוסכמים בלבד, כמפורט בחוזה. השאלה הייתה, אם כן, אם סעיף הפיצויים המוסכמים שבחוזה הינו מחייב, שאז טענת הקונה תתקבל, או בִּרְרתי, שאז טענת המוכר תתקבל.

סעיף 4 להסכם קבע כי אם הקונה לא ישלם את התשלומים (השני והשלישי), יהיה עליו להעביר את המניות בחזרה לבעלותו של המוכר, והתשלום הראשון לא יוחזר, אלא יישאר אצל המוכר.⁵³ סעיף 4 לחוזה הינו סעיף פיצויים מוסכמים סטנדרטי – במקרה של הפרה של הקונה, התשלום הראשון מחולט ומשמש פיצוי מוסכם. סעיף 4 נראה פשוט לפירוש, ואינו מעורר לכאורה בעיות מיוחדות. אלא שאז מגיע סעיף 5 לחוזה. סעיף 5 לחוזה קבע כי אי־עמידת הקונה בתנאי התשלומים לא תמנע מהמוכר "הגשת תביעות לקבלת כל סעד ופיצוי על נזקים שנגרמו לו".⁵⁴ סעיף 5 לחוזה, אף הוא סעיף סטנדרטי, קובע אם כן כי לנפגע עומדת הזכות לתבוע סעדים מסעדים שונים. דא עקא, שקריאתם של סעיף 4 וסעיף 5 יחדיו יוצרת, כך נראה, קושי פרשני. מחד גיסא, סעיף 4 מורה על פיצויים מוסכמים בשל הפרה. מאידך גיסא, סעיף 5 מאפשר לנפגע לתבוע סעדים נוספים. כיצד ניתן ליישב

52 עניין לינדאור, לעיל הערה 3. הציטוט המדויק הוא:

"3. בתמורה להעברת המניות לבעלותו של יעקב רינגל ללינדאור אליהן את הסכומים המפורטים להלן:

א. 480000 ש"ח עם חתימת הסכם זה וכנגד העברת כל המניות על שמו.

ב. 960000 ש"ח לא יאוחר מיום 15.9.96

ג. 960000 ש"ח לא יאוחר מיום 31.12.96

לכל הסכומים על־פי סעיפים ב, ג, תיווסף ריבית תעריפית בשיעור 1.2% לחודש".

53 שם. הציטוט המדויק הוא: "במקרה ויעקב רינגל לא ישלם את התשלום על־פי סעיף [ב-3] יעביר את המניות בחזרה לבעלותו של לינדאור אליהן והסכום ששולם על־פי סעיף [א-3] להסכם דהיינו סך של 480,000 ש"ח לא יוחזר וישאר אצל לינדאור אליהן".

54 שם. אציין כי ניסוחו של סעיף 5 אכן מעורר קושי פרשני. בסעיף נקבע כי אי־עמידת המפר בסעיפי ההסכם לא תמנע מהנפגע הגשת תביעות לקבלת כל סעד ופיצוי על נזקים שנגרמו לו. וכי ממתן הפרת חוזה יכולה למנוע את הנפגע מלתבוע את סעדיו? הרי ברי כי אי־עמידת המפר בסעיפי ההסכם היא־היא המקימה לנפגע עילה להגשת תביעה. על־כן נראה לי כי מדובר בטעות ניסוחית, וכי הצדדים התכוונו לכתוב כי אי־עמידת המפר בסעיפי ההסכם והגשת תביעה על־ידי הנפגע לקבלת פיצויים מוסכמים לא תמנע ממנו הגשת תביעות לקבלת כל סעד ופיצוי אחר על נזקים שנגרמו לו. אם פרשנות זו נכונה, אזי היא מחזקת את חוות־דעתו של השופט אור (ראו להלן).

את הסתירה העולה מסעיפים 4 ו-5 לגבי הסעדים שהנפגע זכאי להם? האם סעיף הפיצויים המוסכמים הינו סעיף מחייב או בִּרְרָתִי? האם הנפגע זכאי לסעד אכיפה? כבוד השופט ריבלין סבר כי סעיף 4 לחוזה קובע חובת השבה, וכי "אין תרופת ההשבה (כסעד הנגזר מביטול החוזה) ותרופת האכיפה יכולות לעמוד באותו מקום".⁵⁵ לכן, לגישתו, סעיף 5 מעניק "כל סעד ופיצוי" על נזקים שהפיצויים המוסכמים שבסעיף 4 אינם מכסים, אך לא סעד אכיפה על נזק המכוסה על-ידי סעיף הפיצויים המוסכמים. במילים אחרות, כבוד השופט ריבלין סבר כי סעיף הפיצויים המוסכמים הינו מחייב. לעומתו, סבר השופט אור כי שלילת סעד האכיפה צריכה להיות מפורשת. מכיוון שסעיף 4 אינו מבטא ויתור מפורש, וסעיף 5 מציין סעדים נוספים על אלה הנזכרים בסעיף 4, יש לפרשם יחדיו כמאפשרים אכיפה. מכאן, שהשופט אור סבר כי סעיף הפיצויים המוסכמים הינו סעיף בִּרְרָתִי, כלומר, שעומדת לנפגע הזכות לבחור בסעד האכיפה. השופט שטרסברג-כהן, בפסק-דין בן פסקה אחת, הצטרפה לדעתו של אחד השופטים ובכך חרצה את הדין.⁵⁶ מדובר אם כן בחוזה דו-משמעי. שני שופטים בבית-המשפט העליון הגיעו לתוצאה הפוכה באשר לפרשנות הראויה של סעיפים 4 ו-5 לחוזה. על פניו נראה כי כל אחת משתי הפרשנויות אינה בלתי-סבירה בעליל. האם יש דרך אחרת להתחקות אחר אומד-דעתם האובייקטיבי של הצדדים? בפרק הבא אציע מודל תיאורטי שיפרט את התנאים שבהם יסכימו צדדים על סעיף פיצויים מחייב ואת התנאים שבהם הם יסכימו על סעיף פיצויים בִּרְרָתִי.

פרק ב: המודל התיאורטי

1. הרקע למודל

ביקורת רבה נכתבה בארץ ובעולם על ההצדקות הפילוסופיות העומדות בבסיסו של הניתוח הכלכלי של המשפט, כמו-גם על מידת קליטתו במשפט הישראלי.⁵⁷ אחת הביקורות הנוקבות ביותר נוגעת במידת ההפשטה ובמידת הפשטות המאפיינות את הניתוח הכלכלי של המשפט. הטענה היא כי המודלים הכלכליים המיושמים לניתוח סוגיות משפטיות הינם פשטניים, שכן אי-אפשר "למדל" עולם אמיתי ומורכב. יתר על כן, גם אילו היה ניתן ליצור מודל הולם-מציאות, מורכבותו הייתה הופכת אותו לבלתי-פתיר. משום כך, המודלים הקיימים – אותם מודלים פשטניים שניתן לפותרם מתמטית – רחוקים מלהקיף את מלוא

55 שם.

56 בשלב זה לא אגלה כיצד הוכרע המקרה. הקוראים מוזמנים לנחש.

57 עלי זלצברגר "על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט" משפטים כב (תשנ"ג-1993) 261; גלעד ישראל "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני הנוזקין" משפטים כב (תשנ"ג-1993) 421; ד"ר 20/82 אדרס נ' הרלו אנד ג'ונס, פ"ד מב(1) 221, 278; ע"א 3668/98 בסט ביי רשתות שיווק בע"מ נ' פידיאס אחזקות בע"מ, פ"ד נג(3) 180.

הדקויות והמורכבויות של המצב המשפטי האמיתי על צדדיו השונים. משפטים כגון "לא באמת קיים עולם ללא הוצאות על משא-ומתן" (כפי שהניח Coase), "לא באמת קיים עולם שבו צדדים אינם יכולים כלל לנהל משא-ומתן", "לא באמת קיים עולם שבו לצדדים יש מידע מושלם על עצמם, על האחרים ועל העולם", "צדדים לעולם אינם רציונליים באופן שבו אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט מניחים" – הנם מקצת הביקורות המוטחות בניתוח הכלכלי של המשפט. התשובות לטענות אלה מגוונות. תשובה שכיחה היא שאף אם המודלים הכלכליים אינם מתארים את המציאות במלואה, נתח המציאות שהם מתארים גדול דיו להפוך את הניתוח לרלוונטי לקובעי המדיניות. זאת ועוד, בשנים האחרונות הניתוח נעשה מורכב יותר, וכולל גם מידע לא-סימטרי,⁵⁸ עלויות של משא-ומתן⁵⁹ ואף התנהגות לא-רציונלית.⁶⁰ בכל מקרה, הניתוח הכלכלי של המשפט עדיף על כל חלופה אחרת שהוצעה עד היום, שכן זו המסגרת התיאורטית היחידה שמספקת אחידות אנליטית ואשר מאפשרת לשער באופן עקבי השערות שניתן לאששן או להפריךן על-ידי ממצאים אמפיריים.

דומני כי התשובות הללו טובות, אולם הן אינן מוחצות, לפחות לא לגבי חשיבות וניחתן של ההנחות הפשטניות. הספרות של הניתוח הכלכלי של המשפט מלאה דוגמות שבהן שכלול המודל הכלכלי וסיבוכו (כדי לקרבו למציאות הנוהגת) מנביעים המלצות הפוכות מאלה שנבעו ממודל פשוט יותר.⁶¹ לכן, כדי שהניתוח הכלכלי של המשפט יהיה משמעותי בקביעת מדיניות, עליו לשאוף למודלים קרובים ככל האפשר למציאות הנוהגת.⁶²

למרבה המזל, ההתקדמות הטכנולוגית של השנים האחרונות מאפשרת להציע את הניתוח הכלכלי של המשפט צעד אחד – ואולי יותר – קדימה אל מודלים מורכבים יותר. הקדמה הטכנולוגית מאפשרת לזנוח הנחות פשטניות לטובת תיאוריות טובות יותר של המציאות המשפטית. כוונתי להתקדמות בתחום התוכנה והחומרה, המאפשרת לחוקר לפתור מודלים מסובכים בצורה נומרית על-ידי מחשב אישי רגיל המצוי בכל משרד. פתרון נומרי מאפשר לחוקר להימנע מלהניח הנחות פשטניות לגבי פרמטרים מסוימים הנדרשים לפתרון המודל. במקום זאת החוקר מטיל על המחשב לפתור את המודל לכל קשת האפשרויות הסבירות באשר לגודלם של אותם פרמטרים. המחשב עורך רבבות חישובים מתמטיים לשם מציאת כל הפתרונות הנובעים מגדלים שונים של אותם פרמטרים, ובכך מאפשר לחוקר לנתח משטר משפטי מורכב יותר אשר קרוב יותר למציאות הנוהגת. כך, למשל, אין עוד צורך כבעבר

58 ראו: Michael Trebilcock "The Lessons and Limits of Law and Economics" (January, 2005) available at http://www.crdp.umontreal.ca/fr/activites/evenements/050125MT_texte.pdf (20.1.2006).

59 ראו: Douglass Allen "Transaction Costs, in Encyclopedia of Law and Economics" (1999) available at <http://encyclo.findlaw.com/0740book.pdf> (20.1.2006).

60 ראו, למשל: Cass R. Sunstein *Behavioral Law and Economics* (New York, 2000).

61 לדוגמה, מאמר זה מנתח את סוגיית הפיצויים המוסכמים במודל מורכב יותר ומציאותי יותר מאשר המאמר של Jonathan Levy, ואכן מוביל להמלצות אחרות. ראו: 4 *Levy, supra*.

62 או לפחות להראות, על-ידי ניתוחי רגישויות שונים, כי התוצאות המהותיות מן המודלים הפשטניים אינן משתנות אם מסירים הנחות שונות שהונחו לצורכי פשטות.

להניח כי צדדים יכולים לנהל משא-ומתן ללא עלויות כלל או לחלופין שעלויות המשא-ומתן הינן אינסופיות. שתי הנחות-קיצון אלה הונחו בשל הפשטות המתמטית הנובעת מהן, אשר מאפשרת לפתור את המודל בצורה אנליטית. כיום ניתן כאמור לפתור את המודל בצורה נומרית תחת מגוון רחב של הנחות באשר לעלויות של משא-ומתן בין צדדים לחווה.

2. הנחות המודל

בחלק זה אפרט את הנחות המודל. באופן כללי המודל מניח כי עובר לחתימת החווה בין הצדדים קיימת אי-ודאות באשר לכדאיות הכלכלית של החווה. חרף זאת, צדדים רציונליים ואדישי-סיכון (וגם אלה הנחות במודל) עשויים במקרים רבים להתקשר בחווה תוך שהם מתאימים את המחיר ואת גובה הפיצויים המוסכמים לתנאים העסקיים עובר לחתימת החווה. המודל מניח כי כל כוח המיקוח מצוי בידי הקונה, אשר דואג על-כן לבחור מחיר ופיצויים שיתירו את המוכר עם תוחלת תמורה השווה לאגורה אחת. המודל מניח כי המוכר מסכים להתקשר בחווה משום שאגורה אחת עדיפה על לא-כלום.⁶³ המודל גוזר מהנחות אלה את המחיר החוזי ואת גובה הפיצויים המוסכמים שעליהם יסכימו הצדדים. לאחר-מכן המודל גוזר את תוחלת התמורה המשותפת לצדדים בכל אחד מן המשטרים המשפטיים, ומאפיין את התנאים העסקיים שבהם יסכימו צדדים על סעיף פיצויים מוסכמים בִּרְתִי ואת התנאים שבהם הם יסכימו על סעיף מחייב. להלן נציג את המודל ביתר פירוט.

בזמן 1 מוכר-ספק וקונה-יצרנית (שניהם אדישים לסיכון) מתקשרים בחווה למכירת מוצר אחד, שהקונה-היצרנית צריכה לשם ייצור תוצרת גמורה ומכירתה לאחר. המוכר-הספק מקבל את התמורה בעת הביצוע, קרי, בנקודת-זמן כלשהי בעתיד שתכונה להלן "זמן 2". בין יתר פרטי החווה הצדדים נוקבים את המחיר החוזי ואת הפיצויים המוסכמים אשר ישולמו אם המוכר לא יספק את המוצר בזמן 2.

קיימת אי-ודאות באשר לעלות הייצור של המוצר לגבי המוכר, וזאת בשל אי-יציבות במחיר העתידי של חומרי-הגלם הנדרשים לשם ייצור המוצר שאותו התחייב המוכר לספק. על-כן ההנחה היא שהעלות למוכר הינה אקראית ומיוצגת על-ידי משתנה אקראי c , בעל פונקציית צפיפות (density function) $f(c)$ ופונקציית צפיפות מצרפית $F(c)$, והכל בטווח $[c, \bar{c}]$. כמו-כן קיימת אי-ודאות לגבי תוחלת השווי של הסחורה בעבור הקונה, בשל אי-יציבות במחירי השוק העתידיים של המוצרים שהקונה תייצר בסופו של דבר ותמכור. על-כן ההנחה היא שתוחלת השווי בעבור הקונה, v , הינה אקראית ובעלת פונקציית צפיפות $g(v)$

⁶³ למען הדיוק, נציין כי המודל מניח כי תוחלת התמורה של המוכר היא אפס, וכי המוכר מסכים בכל-זאת לחווה. חשוב לציין כי הנחה מציאותית יותר, שלפיה הקונה מציע למוכר את התמורה החלופית שהמוכר היה יכול לקבל בשוק, אינה משנה את התוצאות המרכזיות של המודל. כך גם אם נשנה את ההנחה כי כל כוח המיקוח מצוי בידי הקונה. לפירוט נוסף של המודל כמו גם להוכחות מתמטיות של הטענות המובאות כאן, ראו: Ronen Avraham and Zhiyong Liu "Incomplete Contracts with Asymmetric Information: Exclusive Versus Optional Remedies" *Am. Law Econ. Rev.* (Forthcoming, Fall 2006).

ופונקציית צפיפות מצרפית $G(v)$, והכל בטווח $[y, \bar{v}]$. לשם פשטות נניח כי ההתפלגויות $F(\cdot)$ ו- $G(\cdot)$ הינן בלתי-תלויות.⁶⁴

חוסר הוודאות הדו-צדדי בזמן 1 הוא שמקשה על הצדדים לקבוע את המחיר החוזי ואת גובה הפיצויים המוסכמים. עם זאת, ברור שעד המועד שבו יידון הסכסוך בין הצדדים בבית-משפט – מועד שנכנה להלן זמן 3 – כבר ידע כל אחד מהצדדים מה שווי החוזה בעבורו (אך לא בעבור הצד האחר).

תרשים 1 מציג את השתלשלות האירועים.

תרשים 1: השתלשלות האירועים לפי המודל

1	2	3
הצדדים מתקשרים בחוזה	המוכר מספק או מפר	בית-משפט מכריע והצדדים נענים
הצדדים מתוודעים למידע חדש		

בזמן 1 חוסר הוודאות הינו נרחב עד כדי כך שלמוכר ולקונה אין מידע באשר לשווי החוזה לא רק בעבור הצד האחר, אלא אף בעבור עצמם. ההנחה היא, לדוגמה, שהמוכר אינו יודע כמה יעלה לו בסופו של דבר לייצר את החלק הנדרש לקונה, ושהקונה אינה יודעת בכמה תצליח למכור את המוצר המוגמר. חרף אי-הוודאות הצדדים אינם נרתעים מלהתקשר בחוזה. הם מתקשרים בחוזה תוך שהם מתאימים את תנאיו לתנאי חוסר הוודאות האופפים את מועד ההתקשרות. מכאן, שהצדדים מתקשרים בחוזה עם מחיר p ועם סעיף פיצויים מוסכמים d .

לשם הפשטות נניח שבידי הקונה מצוי מלוא כוח המיקוח, כך שמהלך המשא-ומתן הינו פשוט ביותר: הקונה מציעה למוכר הצעת קח-או-עזוב (take-it-or-leave-it) הן באשר למחיר p והן באשר לסכום הפיצויים המוסכמים d .⁶⁵ המוכר מקבל את ההצעה אם תוחלת הרווח הצפויה לו מן החוזה גדולה מאפס, ודוחה אותה בכל מקרה אחר.

מובן שהמחיר החוזי והפיצויים המוסכמים בחוזה יותאמו למשטר המשפטי הנוהג שבו הצדדים צפויים להיתקל בזמן 3 (אם המוכר לא יקיים את המסירה בזמן 2). למשל, ברור כי המחיר החוזי והפיצויים המוסכמים שעליהם יסכימו הצדדים בזמן 1 יהיו שונים מקום שהדין מתיר לנפגע (הקונה במקרה שלנו) לבחור בין פיצויים מוסכמים לבין אכיפה לעומת משטר משפטי אשר אינו מתיר לנפגע לתבוע אכיפה כלל. אם כן, הצדדים רשאים לקבוע בזמן 1 את המנגנון שלפיו ישולמו הפיצויים המוסכמים במקרה של הפרה. אם הצדדים יסכימו כי לקונה תעמוד הזכות לתבוע אך ורק פיצויים מוסכמים, ייקרא משטר זה "משטר משפטי

64 התוצאות המרכזיות במודל נותרות ללא שינוי גם במקרה של התפלגויות תלויות.

65 התוצאה תהיה זהה לכל הקצאה של כוח המיקוח θ בין הצדדים.

מחייב". אם הצדדים יסכימו כי לקונה תעמוד בזמן 3 הזכות לבחור בין פיצויים מוסכמים לבין אכיפה, ייקרא משטר זה "משטר משפטי בִּרְתִּי". עוד בעניין זה בהמשך. בתקופת הביניים, בין זמן 1 לזמן 2, כל צד מתוודע לשווי המדויק של החוזה בעבורו, אולם אינו יכול להכניס כל שינוי לחוזה שבין הצדדים (אִי־אפשר "לפתוח את החוזה" לאחר זמן 1). סיבה אפשרית להתוודעות של הצדדים לשווי המדויק רק לאחר זמן 1 היא שמידע חדש, אשר לא היה ידוע לפני כן (אך היה צפוי להיוודע במועד מאוחר יותר), התגלה רק עכשיו. לדוגמה, המוכר גילה את עלות הביצוע המדויקת לגביו לאחר שהוסר איום של הטלת מכסים על חומרי־גלם שלהם נזקק, או שהקונה גילתה כי המוצר שהיא מתכננת לייצר אושר להפצה בארצות־הברית על־ידי סוכנות פדרלית כלשהי.

בזמן 2 המוכר מחליט, לאחר שהתוודע לעלות הביצוע המדויקת לגביו, אם למסור את המוצר או להפר את החוזה. בתהליך קבלת ההחלטה המוכר מביא בחשבון את התמורה החווית ואת הפיצויים המוסכמים שנקבו הצדדים בזמן 1, וכן את המשטר המשפטי שלפניו יעמדו הצדדים בזמן 3 אם המוכר יפר את החוזה.⁶⁶

בזמן 3 מתנהל המשפט. בית־המשפט אינו מקבל ראיות בדבר הנזק שנגרם לקונה בשל אי־ביצוע המסירה, אלא נותן תמיד תוקף להסכמת הצדדים, תוך יישום המשטר המשפטי שעליו הסכימו הצדדים. מכאן שבזמן 3 בית־המשפט יכול להחיל אחד משני משטרים משפטיים אפשריים. המשטר הראשון הוא משטר מחייב, שלפיו אם המוכר מחליט להפר, עליו לשלם פיצויים בסך השווה לפיצויים המוסכמים, שנסמנם ב־ d_R . המשטר השני הוא משטר בִּרְתִּי, שלפיו הקונה יכולה לדרוש ביצוע בעין במקום קבלת הפיצויים המוסכמים. את הביצוע בעין נסמן ב־ d_0 .⁶⁷ אם הקונה בוחרת בפיצויים המוסכמים, אזי עומדת למוכר הבררה לשלם פיצויים או לספק את המוצר. ברם, ופה טמון ההבדל ממשטר מחייב, אם הקונה בוחרת באפשרות הביצוע בעין, אזי המוכר חייב לקיים את המסירה.⁶⁸

66 בזמן 2 השווי בעבור הקונה אינו ידוע למוכר (ואינו ניתן לגילוי על־ידי צדדים שלישיים). בשל כך המוכר ממשיך להתייחס לשווי בעבור הקונה כאל משתנה אקראי.

67 לשם הפשטות, המודל המוצג כאן מתייחס רק לאפשרות של הקונה לתבוע אכיפה (במקום פיצויים מוסכמים), ולא לאפשרותה לתבוע פיצויים על נזק ממשי. במאמר נפרד אתייחס גם לאפשרות זו.

68 בזמן 3, כאשר הקונה מקבלת את החלטתה, העלות הממשית של הביצוע לגבי המוכר אינה ידועה לקונה (ואינה ניתנת לגילוי על־ידי בית־המשפט). בשל כך הקונה ממשיכה להתייחס לעלות של המוכר כאל משתנה אקראי. זהו הבדל ממשי בין המודל המוצג כאן לבין המודלים המוצעים בספרות לגבי חוזים לא־מושלמים (incomplete contracts). בדומה למודלים אחרים בספרות, אנו מניחים כי כל אחד מהצדדים רואה בזמן 1 רק את ההתפלגות של האחר. נוסף על כך אנו מניחים שכל אחד מהצדדים אינו יודע מה תוחלת השווי בעבורו־הוא, אלא יש לו הערכה בלבד ביחס לתוחלת זו. במובן זה הצדדים חסרי מידע באופן סימטרי: שניהם אינם רואים דבר מלבד ההתפלגויות שלהם ושל הצד האחר. בזמן 1, על־כן, אין מידע פרטי. בזמן 2 נכנסת לראשונה אסימטריה במידע, כאשר הצדדים מתוודעים לשווי הפרטי בעבורם, אולם תוחלת השווי בעבור הצד שכנגד אינה גלויה להם עדיין (ואינה ניתנת לגילוי), כך שידועה להם עדיין רק ההתפלגות ההתחלתית שלה.

כעת נשווה את התמריצים להפר ואת תוחלת התמורה של הצדדים תחת משטר מחייב ותחת משטר בררתי.

3. ניתוח

(א) משטר מחייב (משטר R)

כאשר המשטר המשפטי הינו מחייב (כלומר, כאשר המוכר יכול לבחור בזמן 3 אם לקיים את המסירה או להפר את החוזה ולשלם את הפיצויים המוסכמים), הקונה מציעה למוכר בזמן 1 חוזה קח-או-עזוב (p_R, d_R) , כאשר p_R הוא המחיר החוזי תחת משטר מחייב ו- d_R הם הפיצויים המוסכמים תחת משטר מחייב. המחיר החוזי משולם למוכר כנגד ביצוע. התמורה הצפויה למוכר היא $p_R - c$ אם הוא מקיים, ו- $(-d_R)$ אם הוא מפר. מכאן, שהמוכר יפר אם $c > p_R + d_R$. נסמן את סף ההפרה (breach threshold) $k_R = p_R + d_R$. סף ההפרה הוא עלויות הייצור המרביות שהמוכר מוכן לשלם ועדיין לקיים את החוזה. עלויות גבוהות יותר יובילו את המוכר להפרת החוזה. במילים אחרות, המוכר יפר את החוזה אם $c > k_R$, ובכל מצב אחר הוא יקיים את החוזה. אם החוזה המוצע על-ידי הקונה, (p_R, d_R) , מוסכם על המוכר, אזי תוחלת התמורה של הקונה היא:

$$\pi_R^B = \underbrace{F(k_R)[E(v) - p_R]}_I + \underbrace{[1 - F(k_R)]d_R}_{II}$$

תוחלת התמורה של הקונה הינה ממוצע משוקלל של תוחלת התמורה שלו בשני מצבי-עולם. במצב אחד, המיוצג על-ידי הביטוי הראשון בצד ימין (ביטוי I), מדובר בתוחלת התמורה של הקונה אם המוכר מחליט לקיים. ביטוי זה הינו מכפלה של הסיכוי שעלויות המוכר יהיו נמוכות מסף ההפרה (שאו המוכר מקיים) בתוחלת השווי של המוצר בעבור הקונה (בניכוי המחיר החוזי).⁶⁹ במצב האחר, המיוצג על-ידי הביטוי השני מצד ימין (ביטוי II), מדובר בתוחלת התמורה של הקונה אם המוכר מחליט להפר. ביטוי זה הינו מכפלה של הסיכוי שעלויות המוכר יהיו גבוהות מסף ההפרה (שאו המוכר מפר) בפיצויים המוסכמים.⁷⁰ תוחלת התמורה של המוכר (אם הוא מסכים לחוזה) היא:

$$\pi_R^S = \underbrace{F(k_R)[p_R - E(c | c \leq k_R)]}_I + \underbrace{[1 - F(k_R)](-d_R)}_{II}$$

⁶⁹ כמוסבר לעיל, האות F מייצגת את פונקציית הצפיפות המצרפית של המוכר. הביטוי $F(k_R)$ מייצג את הסיכוי שהמוכר יקיים את החוזה. האות E הינה ביטוי מוסכם לתוחלת. הביטוי $E(v)$ מייצג את תוחלת השווי של הנכס בעבור הקונה. הביטוי $E(v) - p_R$ מייצג את התמורה לקונה (שווי הנכס בעבורו בניכוי המחיר החוזי).

⁷⁰ הביטוי $1 - F(k_R)$ מייצג את הסיכוי שהמוכר יפר, שאז הוא ישלם את הפיצויים d_R .

תוחלת התמורה הכוללת של המוכר הינה ממוצע משוקלל של תוחלת התמורה שלו בשני מצבי-עולם. במצב אחד, המיוצג על-ידי הביטוי הראשון בצד ימין (ביטוי I), מדובר בתוחלת התמורה של המוכר אם הוא מקיים את החוזה. ביטוי זה הינו מכפלה של הסיכוי שעלויות המוכר יהיו נמוכות מסף ההפרה (שאו המוכר מקיים) במחיר החוזי (בניכוי התוחלת של עלויות הייצור).⁷¹ במצב האחר, המיוצג על-ידי הביטוי השני מצד ימין (ביטוי II), מדובר בתוחלת התמורה של המוכר אם הוא מפר את החוזה. ביטוי זה הינו מכפלה של הסיכוי שעלויות המוכר יהיו גבוהות מסף ההפרה (שאו המוכר מפר) במינוס הפיצויים המוסכמים – d_R .⁷²

מכיוון שהנחנו כי בידי הקונה מצוי כל כוח המיקוח, המשמעות היא שהקונה תקבל את כל "עודף החוזה אקס-אנטה" (ex-ante surplus).⁷³

האסטרטגיה העדיפה של הקונה בזמן 1 היא ראשית לחשב סף הפרה מיטבי (אופטימלי), k_R , בהתאם לאופן שבו היא מבינה את המציאות העסקית האופפת את החוזה. לאחר שקבעה את סף ההפרה המיטבי מבחינתה, היא קובעת את הפיצויים ואת המחיר החוזי. בדרך זו הקונה מנסה ראשית להשיא את גודל העוגה (שכן בחירה נכונה של סף ההפרה מגדילה את הסיכוי שההפרות יהיו יעילות),⁷⁴ ורק אחר כך מבטיחה לעצמה נתח מרבי באותה עוגה על-ידי קביעת המחיר החוזי והפיצויים המוסכמים. כזכור, $k_R = p_R + d_R$, ולכן, לאחר שנקבע סף ההפרה המיטבי, ביכולתה של הקונה לבחור את הצירוף (p_R, d_R) ששיא את הנתח שלה על-חשבון הנתח של המוכר מבלי לשנות את k_R , קרי, מבלי לשנות את גודל העוגה כולה. מכאן, שהבעיה של הקונה היא ראשית לבחור סף הפרה ששיא את תוחלת התמורה של שני הצדדים:

$$\text{Max}_{k_R} (\pi_R^B + \pi_R^S) = F(k_R)E(v) - \int_{\underline{c}}^{k_R} c dF(c)$$

פתרון מתמטי של בעיית הקונה מוביל לתוצאות המפורטות בלמה 1.

71 הביטוי $E(c/c \leq k_R)$ מייצג את תוחלת עלות הייצור לגבי המוכר, בהנחה שהוא מקיים את החוזה (שאו עלויותיו נמוכות מסף ההפרה).

72 הסימן שלילי שכן המוכר משלם את הפיצויים המוסכמים.

73 במילים אחרות, אילוץ ההשתתפות הינו מגביל (participation constraint is binding). עם זאת, יש לשים לב כי בפרספקטיבה אקס-פוסט המוכר עשוי להרוויח תמורה חיובית כלשהי מאחר שבחזקתו יש מידע פרטי באשר לעלות הייצור שלו (אשר באותה שעה כבר ידועה לו).

74 הפרה יעילה הינה הפרה המתרחשת אם ורק אם עלויות הייצור של המוכר גבוהות משווי המוצר בעבור הקונה.

למה 1

תחת משטר מחייב עם פיצויים מוסכמים, שיווי-המשקל הוא:

$$\begin{aligned} I) \quad k_R^* &= E(v) \\ II) \quad d_R^* &= E(v) - p_R^* = \int_{\underline{c}}^{E(v)} F(c) dc \\ III) \quad \pi_R^{S^*} &= 0 \\ IV) \quad \pi_R^{B^*} &= d_R^* \end{aligned}$$

הערות:

- א. ביטוי I קובע כי סף ההפרה המיטבי במשטר מחייב שווה לתוחלת שווי הנכס בעבור הקונה.
- ב. ביטוי II מפרט את סכום הפיצויים המוסכמים שייקבע בחוזה תחת משטר מחייב. תוצאה ידועה בניתוח הכלכלי של חוזים בסביבה של מידע מושלם היא שהפיצויים המוסכמים המיטביים שווים לאינטרס הציפייה של הנפגע. במקרה דלעיל, משמעות הביטוי המיטבי היא $d_R^* = E(v) - p_R^*$ שווה לתוחלת פיצויי הציפייה. הסיבה לשוני היא שעסקינן בסביבה של מידע לא-סימטרי.
- ג. יש לשים לב כי אף שבהיבט האקס-אנטה הפיצויים המוסכמים מובילים לרמה מיטבית של הפרה, אין בכך כדי להבטיח רמה מיטבית של הפרה גם בהיבט האקס-פוסט. במילים אחרות, גם החוזה הטוב ביותר שהצדדים יכולים לכתוב (זה המשיא את תוחלת תמורתם המשותפת) אינו מבטיח כי הנכס יהיה בידי המעריך הגבוה ביותר (אקס-פוסט). הסיבה היא כי אף שהמוכר מפר את החוזה כאשר $c \geq E(v)$ (כזכור, ביטוי I מייצג את סף ההפרה), הפרה זו לא תהיה יעילה אקס-פוסט באותם מקרים שבהם השווי בעבור הקונה (אקס-פוסט) עולה על עלויות המוכר (אקס-פוסט), קרי, באותם מקרים שבהם $v > c > E(v)$ כאשר v ו- c מייצגים, בהתאמה, את השווי בעבור הקונה ואת עלויות המוכר (אקס-פוסט). מן הכיוון האחר, המוכר יקיים את החוזה כאשר $c < E(v)$, אך קיום החוזה אינו יעיל (אקס-פוסט) באותם מקרים שבהם השווי בעבור הקונה (אקס-פוסט) נמוך מעלויות המוכר (אקס-פוסט), קרי, באותם מקרים שבהם $v < c < E(v)$. בקצרה, משטר מחייב אינו מבטיח יעילות מרבית (first-best) בהיבט האקס-פוסט.
- ד. ביטוי III מייצג את העובדה שתוחלת התמורה של המוכר היא אפס. תוצאה זו נובעת מהנחת המודל כי כל כוח המיקוח נתון בידי הקונה. עם זאת, אין בשינויה של הנחה זאת כדי להשפיע על התוצאות המרכזיות של המודל ביחס לתוחלת התמורה המשותפת שכל אחד מן המשטרים מניב.
- ה. ביטוי IV, המייצג את תוחלת התמורה של הקונה, הינו הביטוי החשוב ביותר. מכיוון שתוחלת התמורה של המוכר היא אפס (ראו ביטוי III), ביטוי IV מבטא למעשה את תוחלת התמורה המשותפת של הצדדים בחוזה תחת משטר מחייב. פתרון מתמטי של

המודל מראה כי תוחלת התמורה של חוזה במשטר מחייב שווה בדיוק לסכום הפיצויים המוסכמים שהצדדים יסכימו עליהם. בהמשך נשווה ביטוי זה לתוחלת התמורה המשותפת של הצדדים תחת משטר בִּרְתִּי.

(ב) משטר של אפשרות אכיפה – משטר בִּרְתִּי (משטר O)

כאשר המשטר המשפטי הינו בִּרְתִּי (כלומר, כאשר במקרה שהמוכר מפר את החוזה הקונה יכולה לדרוש ביצוע בעין), הקונה מציעה למוכר בזמן 1 חוזה של קח-או-עזוב (p_o, d_o) , כאשר p_o הוא המחיר החוזי תחת משטר בִּרְתִּי ו- d_o הם הפיצויים המוסכמים תחת משטר בִּרְתִּי. המחיר החוזי משולם למוכר כנגד ביצוע.⁷⁵

נסמן את סף ההפרה הרלוונטי ב- $k_o = p_o + d_o$. אם עלויות הייצור של המוכר גבוהות מסף ההפרה, קרי אם $c \geq k_o$, אזי המוכר יעדיף להפר; בכל מצב אחר הוא יקיים את החוזה. אם המוכר מפר, הקונה תדרוש אכיפה אם שווי החוזה בעבורה גדול מהפיצויים המוסכמים, קרי, אם $v \geq k_o$. בכל מצב אחר תסכים הקונה להפרה ותסתפק בפיצויים המוסכמים. אם המוכר יקיים את החוזה, אזי התמורה שיקבל תהיה המחיר החוזי בניכוי עלויות הייצור, קרי, $p_o - c$. אם המוכר מפר, אזי תוחלת התמורה שלו היא:

$$\pi_o^R = \underbrace{G(k_o)(-d_o)}_I + \underbrace{[1 - G(k_o)](p_o - c)}_{II}$$

תוחלת התמורה של המוכר במקרה של הפרה הינה ממוצע משוקלל של תוחלת התמורה שלו בשני מצבי-עולם. במצב אחד, המיוצג על-ידי הביטוי הראשון בצד ימין (ביטוי I), מדובר בתוחלת התמורה של המוכר אם הקונה תסתפק בפיצויים (שאו על המוכר לשלם את הפיצויים מוסכמים). ביטוי זה הינו מכפלה של הסיכוי שהשווי לקונה יהיה נמוך מסף ההפרה (שאו הקונה מעדיפה פיצויים) בסכום הפיצויים המוסכמים שנקבעו בחוזה.⁷⁶ במצב האחר, המיוצג על-ידי הביטוי השני מצד ימין (ביטוי II), מדובר בתוחלת התמורה של המוכר אם הקונה מתעקשת על אכיפה. ביטוי זה הינו מכפלה של הסיכוי שהשווי בעבור הקונה יהיה גבוה מסף ההפרה (שאו המוכר צפוי לקבל את המחיר החוזי בניכוי עלויות הייצור).⁷⁷

75 המחיר החוזי והפיצויים המוסכמים משקפים את המשטר המשפטי. משום כך החוזה במשטר בִּרְתִּי מסומן בצורה שונה מהחוזה במשטר מחייב (p_o, d_o) אל מול p_R, d_R , שהיה הסימון במשטר מחייב.

76 כמוסבר לעיל. האות G מייצגת את פונקציית הצפיפות המצרפית של הקונה. הביטוי $G(k_o)$ מייצג את הסיכוי שהקונה תסתפק בפיצויים המוסכמים d_o ולא תדרוש אכיפה.

77 הביטוי $1 - G(k_o)$ מייצג את הסיכוי שהקונה לא תסתפק בפיצויים מוסכמים ותדרוש אכיפה, שאז המוכר מקבל את המחיר החוזי p_o אך משלם את עלות הייצור c.

אם החוזה שהקונה מציעה מקובל על המוכר, אזי תוחלת התמורה של הקונה תהיה:

$$\pi_O^B = \underbrace{F(k_O)[E(v) - p_O]}_I + \underbrace{[1 - F(k_O)] \left\{ \underbrace{G(k_O)d_O}_{III} + \underbrace{[1 - G(k_O)][E(v | v \geq k_O) - p_O]}_{IV} \right\}}_{II}$$

הביטוי הראשון (ביטוי I) מייצג את תוחלת התמורה של הקונה אם המוכר מקיים את התחייבויותיו (שאו היא מקבלת את הנכס בניכוי המחיר החוזי). הביטוי השני (ביטוי II) מייצג את תוחלת התמורה של הקונה אם המוכר מפר את החוזה. ביטוי זה מביא בחשבון את שתי האפשרויות העומדות לבחירת הקונה במצב של הפרה: הביטוי הראשון בסוגריים המסולסלים (ביטוי III) הוא תוחלת התמורה של הקונה כאשר היא מסכימה להפרה (שאו היא מקבלת את הפיצויים המוסכמים); ואילו הביטוי השני בסוגריים המסולסלים (ביטוי IV) הוא תוחלת התמורה שלה כאשר היא מתעקשת על ביצוע בעין (שאו היא מקבלת את הנכס בניכוי המחיר החוזי).

מן העבר האחר, תוחלת התמורה של המוכר (אם הוא מקבל על עצמו את החוזה) היא:

$$\pi_O^S = \underbrace{F(k_O)[p_O - E(c | c \leq k_O)]}_I + \underbrace{[1 - F(k_O)] \left\{ \underbrace{G(k_O)(-d_O)}_{III} + \underbrace{[1 - G(k_O)][p_O - E(c | c \geq k_O)]}_{IV} \right\}}_{II}$$

הביטוי הראשון (ביטוי I) מייצג את תוחלת התמורה של המוכר כאשר הוא בוחר לקיים את החוזה (שאו הוא מקבל את המחיר החוזי בניכוי תוחלת עלויות הייצור). הביטוי השני (ביטוי II) מייצג את תוחלת התמורה שלו כאשר הוא מפר את החוזה. ביטוי זה מביא בחשבון את שתי האפשרויות העומדות לבחירת הקונה במצב של הפרה: הביטוי הראשון בסוגריים המסולסלים (ביטוי III) הוא תוחלת התמורה של המוכר כאשר הקונה מסכימה להפרה (שאו המוכר נאלץ לשלם את הפיצויים המוסכמים); ואילו הביטוי השני בסוגריים המסולסלים (ביטוי IV) הוא תוחלת התמורה שלו כאשר הקונה מתעקשת על ביצוע בעין (שאו הוא מקבל את המחיר החוזי בניכוי תוחלת עלויות הייצור).

כמקודם, האסטרטגיה של הקונה תהיה ראשית לבחור את סף ההפרה k_O שישא את התמורה המשותפת, ורק אחר כך לבחור את המחיר החוזי שיבטיח תוחלת תמורה מרבית לה (לקונה) ותוחלת תמורה אפסית למוכר. במילים אחרות, הבעיה של הקונה היא:

$$\text{Max}_{k_O} (\pi_O^B + \pi_O^S) = F(k_O)E(v) + [1 - F(k_O)] \int_{k_O}^{\bar{v}} v dG(v) + G(k_O) \int_{k_O}^{\bar{c}} c dF(c) - E(c)$$

$$78. \lambda(x) \equiv \frac{h(x)}{h(x) + \kappa(x)} \quad \text{ו} \quad h(x) \equiv \frac{f(x)}{1 - F(x)}, \kappa(x) \equiv \frac{g(x)}{G(x)}$$

לשם הנוחות נסמן: פתרון מתמטי של בעיית הקונה מוביל לתוצאות המפורטות בלמה 2.

למה 2

תחת משטר בררתי, שיווי-המשקל הוא:

$$\pi_o^{B*} = F(k_o^*)[E(v) - E(c | c \leq k_o^*)] + [1 - F(k_o^*)][1 - G(k_o^*)][E(v | v \geq k_o^*) - E(c | c \geq k_o^*)]$$

כאשר k_o^* הוא הפתרון בעבור

$$k_o^* = \lambda(k_o^*)E(v | v \leq k_o^*) + [1 - \lambda(k_o^*)]E(c | c \geq k_o^*) \quad (1)$$

הוכחה: תנאי סדר ראשון של בעיית המקסימיזציה של הקונה המוזכרת לעיל הינו:

$$\left[\int_{\underline{v}}^{k_o} v dG(v) - k_o G(k_o) \right] f(k_o) + \left\{ \int_{k_o}^{\bar{c}} c dF(c) - k_o [1 - F(k_o)] \right\} g(k_o) = 0 \quad (2)$$

(1) נובע מ-(2).

מ.ש.ל.

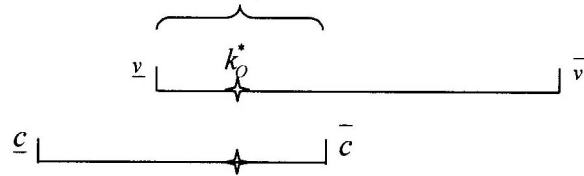
הערות:

- א. למה 2 מפרטת את תוחלת התמורה של הקונה במשטר משפטי בררתי. מכיוון שתוחלת התמורה של המוכר היא אפס (בשל ההנחה כי כל כוח המיקוח מצוי בידי הקונה), התמורה של הקונה הינה למעשה התמורה המשותפת בחווה. את התמורה הזו נשווה בהמשך לתמורה המשותפת שהושגה תחת משטר משפטי מחייב.
- ב. דוגמה תחת הנחת התפלגות אחידה (יוניפורמית): אם c מתפלג בצורה אחידה על הטווח $[\underline{c}, \bar{c}]$, ו- v מתפלג בצורה אחידה על הטווח $[\underline{v}, \bar{v}]$, אזי ניתן לגזור מ-(1) כי: $k_o^* = (\bar{c} + \underline{v})/2$. משמעות הדבר היא שסף ההפרה המיטבי הינו נקודת הביניים בין הסף התחתון של התפלגות הקונה לבין הסף העליון של התפלגות המוכר. זו נקודת הביניים של אזור החפיפה בין התפלגויות הצדדים. באזור זה מתקיים חוסר ודאות (אקס-אנטה) באשר למעריך הגבוה יותר, דהיינו, אם השווי בעבור הקונה גבוה מעלויות המוכר או להפך (בכל תחום אחר בהתפלגויות, הבחירה אקס-אנטה פשוטה). תרשים 2 מציג זאת.

78 $h(x)$ הוא ה-hazard rate של c , כלומר, ההסתברות ש- $c=x$ בהינתן ש- $c \geq x$; $k(x)$ הוא ההסתברות ש- $v=x$ בהינתן ש- $v \leq x$; $\lambda(x)$ מודד את הגדלים היחסיים של שתי ההסתברויות הללו.

תרשים 2: סף הפרה מיטבי בהתפלגויות אחידות

אזור שבו לא ברור אקס-אנטה
מי המעריך הגבוה יותר



ג. נציין כי תחת משטר בִּרְרתי סף ההפרה המיטבי k_O^* יכול שיהא גדול יותר או קטן יותר מסף ההפרה המיטבי תחת משטר מחייב (שהיה כזכור $E(v)$).⁷⁹
 ד. עוד נציין כי משום כך לא ברור איזה מן המשטרים – משטר מחייב או משטר בִּרְרתי – יוביל לכמות גדולה יותר של הפרות. ניתן להראות מתמטית כי אם $k_O^* \geq E(v)$, אזי תוחלת ההפרות של חוזה תחת משטר בִּרְרתי קטנה מזו של חוזה תחת משטר מחייב.

השאלה המרכזית שנותרת היא איזה מהמשטרים יניב תוחלת תמורה משותפת גבוהה יותר? לשם כך יש לבחון באילו מקרים התוחלת המשותפת מִלְמה 2 גדולה מהתוחלת המשותפת מִלְמה 1. במילים אחרות, יש לבחון מתי מתקיים:

$$\pi_O^{B*} > \pi_R^{B*}$$

קרי, מתי:

$$F(k_O^*)[E(v) - E(c | c \leq k_O^*)] + [1 - F(k_O^*)][1 - G(k_O^*)][E(v | v \geq k_O^*) - E(c | c \geq k_O^*)] > d_R^*$$

משפט 1 עונה על שאלה זו.

משפט 1⁸⁰

בסביבה של אי-ודאות דו-צדדית ומידע פרטי, משטר בִּרְרתי מניב תשואה משותפת גבוהה יותר ממשטר מחייב, אם $E(v | v \geq E(v)) > E(c | c \geq E(v))$.

הערות:

א. משפט 1 קובע כי על-מנת שמשטר בִּרְרתי יניב תשואה משותפת גבוהה יותר ממשטר

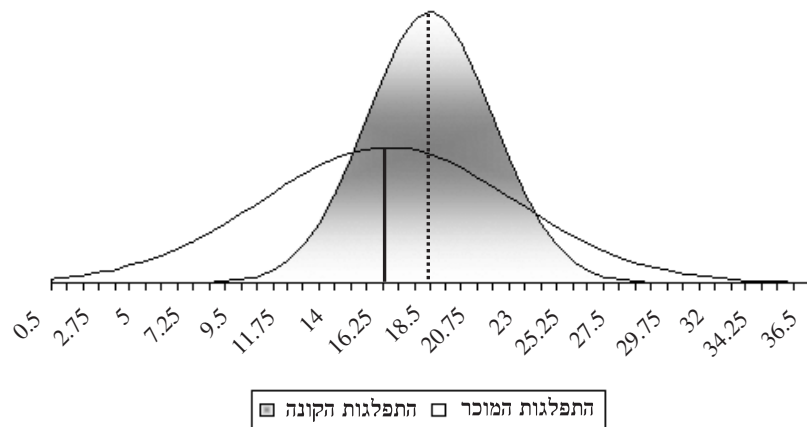
79 התנאי המתמטי לכך שסף ההפרה תחת משטר מחייב יהיה גדול יותר מסף ההפרה תחת משטר בִּרְרתי הוא:

$$g(E(v))[1 - F(E(v))][E(c | c \geq E(v))] < f(E(v)) G(E(v)) [E(v) - E(v | v \leq E(v))]$$

80 הוכחה מתמטית של המשפט ניתן לקבל מידי המחבר.

מחייב, על תוחלת השווי הצפוי בעבור הקונה להיות גבוהה מתוחלת עלויות הייצור הצפויות של המוכר, ובלבד ששתי התוחלות מחושבות רק לגבי הערכים שגבוהים מ- $E(v)$. כזכור מלמה 1, $E(v)$ הוא סף ההפרה המיטבי תחת משטר מחייב. אכן, תחת משטר מחייב, כל זמן שהעלות למוכר גבוהה מסף זה, הוא יפר את החוזה. השאלה המעניינת היא אם אכן יעיל במצב כזה להפר את החוזה? משפט 1 קובע שמשטר בִּרְרתי עדיף על משטר מחייב כל זמן שתוחלת השווי בעבור הקונה (ובתנאי שהיא גדולה מסף ההפרה במשטר מחייב) גבוהה מתוחלת העלות למוכר מעבר לסף זה. אכן, במצב זה, מנקודת מבט אקס-אנטה, קיום החוזה יהיה ברוב המקרים יעיל יותר מהפרתו, שכן הקונה צפויה להעריך את שווי הסחורה כגבוה מן העלות למוכר. בתנאים אלה מעבר ממשטר מחייב למשטר בִּרְרתי, אשר יקנה לקונה אפשרות לדרוש אכיפה, מגביר את היעילות. תרשים 3 ממחיש זאת.

תרשים 3: התפלגות עלויות הייצור של המוכר והתפלגות שווי החוזה בעבור הקונה



השטח האפור מייצג את ציפיותיהם של שני הצדדים עובר לחתימת החוזה באשר להתפלגות של שווי החוזה בעבור הקונה. השטח "השקוף" מייצג את ציפיותיהם של שני הצדדים עובר לחתימת החוזה באשר להתפלגות העלויות של ייצור המוצר לגבי המוכר. ניתן לראות כי במקרה דלעיל, ממוצע שווי החוזה בעבור הקונה (המיוצג על-ידי הקו האנכי המרוסק) גדול מממוצע עלויות הייצור של המוכר (המיוצג על-ידי הקו האנכי המלא). התנאי להעדפת פיצויים מוסכמים בִּרְרתיים על פיצויים מחייבים הוא שהשטח האפור מימין לקו האנכי המרוסק בהתפלגות הקונה יהיה גדול מהשטח ה"שקוף" מימין לאותו קו אנכי מרוסק בהתפלגות המוכר. אם תנאי זה אינו מתקיים, עדיפים פיצויים מחייבים.

ב. במקרה המיוחד של התפלגות אחידה שבו c מתפלג $U[s - s, s + s]$ ו- v מתפלג $U[b - b, b + b]$ (כאשר s ו- b הינם תוחלת הקונה ותוחלת המוכר, בהתאמה, ו- $2s$

ו-2b הינם טווחי ההתפלגויותיהם) ניתן לפשט את התנאי המתואר במשפט 1 ולכתוב: $b - s > s - b$. מכאן עולה שמשטר בִּרְתִי עדיף על משטר מחייב כאשר הפער בין ממוצע ההתפלגויות של הצדדים גדול ממחצית הפער בין הטווחים שלהן. התפלגויות הצדדים מייצגות את הציפייה שלהם עובר לחתימת החוזה לגבי שווי החוזה בעבור הקונה ולגבי העלות למוכר. טווח ההתפלגות של המשתנים האקראיים הינו מדד לחוסר הוודאות של הצדדים לגבי השווי בעבור הקונה ולגבי העלות למוכר. ככל שהטווח גדול יותר כן הצדדים בטוחים פחות, עובר לחתימת החוזה, לגבי הערכים הללו. משפט 1 קובע כי בהתפלגויות אחידות, על-מנת שמשטר בִּרְתִי יהיה עדיף על משטר מחייב, ההפרש בין חוסר הוודאות של המוכר לבין חוסר הוודאות של הקונה (המיוצג על-ידי $s - b$) צריך להיות קטן מההפרש ההתחלתי בין התוחלות של הצדדים (המיוצג על-ידי $b - s$).

האינטואיציה מאחורי תוצאה זו פשוטה. משטר בִּרְתִי מוביל למצבים רבים יותר שבהם יקוים החוזה מאשר משטר מחייב. בהתחשב בתוחלת הגבוהה יותר (אקס-אנטה) של הקונה, זהו צעד בכיוון הנכון. ככל שהפער אקס-אנטה גדול יותר, הסיכוי שהקונה תהיה מעריכה גבוהה יותר גם אקס-פוסט הינו גדול יותר, ולכן משטר בִּרְתִי (המעניק לקונה זכות לדרוש אכיפה) נעשה יעיל יותר. את האפקט שיש לפער בין התוחלות של שני הצדדים נכנה "אפקט התוחלות". אולם לעיתים חוסר הוודאות לגבי העלויות העתידיות של המוכר (דהיינו, טווח העלויות שלו) הינו נרחב עד כדי כך שהוא עלול למצוא את עצמו במצב-עולם עם עלויות גבוהות מאוד. במצב שבו חוסר הוודאות של המוכר לגבי עלויותיו הינו נרחב מאוד, ייתכן שאף-על-פי שהתוחלת אקס-אנטה של המוכר נמוכה מזו של הקונה, ייווצרו בכל-זאת מצבים שבהם אקס-פוסט לא יהיה יעיל לקיים את החוזה שכן עלויות המוכר יהיו גבוהות משווי החוזה בעבור הקונה. במצב זה חוזה מחייב, המקנה אפשרות למוכר להפר ולשלם פיצויים, הינו יעיל יותר. ככל שהפער אקס-אנטה בין הטווחים של ההתפלגויות גדול יותר כן גדל הסיכוי שאקס-פוסט המוכר יהיה המעריך הגבוה יותר, ולכן משטר מחייב יהיה יעיל יותר. את האפקט שיש לפער בין טווחי ההתפלגויות של שני הצדדים נכנה "אפקט הטווח". התנאי $b - s > s - b$ מגדיר את האיזון בין שני אפקטים אלה – אפקט התוחלת ואפקט הטווח.

ג. מאחר שאף לא אחד משני המשטרים המשפטיים – משטר מחייב ומשטר בִּרְתִי – עדיף בהכרח על האחר, על בתי-המשפט לאפשר לצדדים לבחור את המשטר המשפטי העדיף בעיניהם. דהיינו, יש לאפשר לקונה להציע למוכר חוזה מסוג משטר מחייב (p_R, d_R) או חוזה מסוג משטר בִּרְתִי (p_O, d_O) . המוכר אדיש לעניין זה מאחר שתוחלת התמורה שלו היא תמיד אפס, אולם בעבור הקונה בחירת המשטר המשפטי חשובה. מאחר שהקונה יכולה לראות בזמן 1 את שתי ההתפלגויות (שלה ושל המוכר) אך לא את השווי הממשי, היא תעדיף את חוזה ה- (p_O, d_O) במצבים שבהם התנאי הקבוע במשפט 1 מתקיים, ואילו במצבים אחרים היא תעדיף את חוזה ה- (p_R, d_R) . בחירת החוזה על-ידי הקונה גורמת לכך שמשטר זה יהיה תמיד עדיף פרטו על משטר מחייב או בִּרְתִי. משפט 2 מסכם זאת.

משפט 2

במשטר של אי־ודאות דו־צדדית המכבד פסקות של אכיפת ביצוע בעין ופסקות של פיצויים מוסכמים, מתן אפשרות לצדדים לבחור משטר משפטי (מחייב או בִּרְתִּי) הינו יעיל יותר ממשטר מחייב וממשטר בִּרְתִּי.

(ג) דוגמות מספריות

התפלגות אחידה

נניח כי בשל אי־ודאות בשוק התשומות הנדרשות לייצור המוצר, עלויות הייצור של המוכר מתפלגות בהתפלגות אחידה בטווח שבין 10 ל־70. כמו־כן נניח כי בשל אי־ודאות בשוק המוצרים המוגמרים שבו תשווק הקונה בסופו של דבר את המוצר, שווי המוצר בעבור הקונה מתפלג בהתפלגות אחידה בטווח שבין 30 ל־90.⁸¹ התפלגויות אלה הן הערכותיהם של הצדדים בזמן 1 לגבי שווי החוזה בעבור הצד האחר ובעבור עצמם. תוחלת עלויות הייצור של המוכר היא 40. תוחלת שווי החוזה בעבור הקונה הוא 60. על־כן נראה כי צדדים אדישי־סיכון יחתמו על חוזה ביניהם. אם חוזה זה ייאכף תמיד, אזי יוקנה לצדדים עודף ממוצע 20, שאותו יוכלו לחלוק ביניהם על־פי כוח המיקוח שלהם. אך החוזה לא ייאכף תמיד שכן הצדדים מסכימים כי במקרים מסוימים תסתפק הקונה בפיצויים מוסכמים. טבלה 1 משווה את שני המשטרים המשפטיים – משטר מחייב ומשטר בִּרְתִּי – בתנאים המספריים שהוגדרו לעיל.

טבלה 1: השוואה בין משטר מחייב לבין משטר בִּרְתִּי בדוגמה מספרית בתנאים של התפלגות אחידה

משטר	d	p	π^B	π^S
מחייב	20.83	39.17	20.83	0
בִּרְתִּי	11.11	39.89	22.22	0

כפי שניתן לראות בטבלה 1, תוחלת הרווח הצפויה לקונה במשטר בִּרְתִּי גבוהה מתוחלת הרווח הצפויה לה במשטר מחייב.⁸² המוכר, לעומת זאת, אדיש למשטר המשפטי שכן בשני המקרים תוחלת הרווח שלו היא אפס כתוצאה מכוח המיקוח העדיף של הקונה. מכאן, שהמעבר ממשטר מחייב למשטר בִּרְתִּי הינו יעיל.

הטבלה מראה כי המוכר במשטר מחייב מסכים למחיר חוזי אשר נמוך מתוחלת עלויות הייצור שלו (40 < 39.17). עובדה זו נראית תמונה במבט ראשון. וכי המוכר מסכים לחוזה שבו הוא מפסיד בממוצע? התשובה טמונה בעובדה שהמוכר יודע כי במקרה שהעלויות יהיו

81 בהתפלגות אחידה קיים סיכוי שווה ששווי החוזה בעבור הצדדים יהיה בכל מקום שהוא בטווח. למשל, בעבור המוכר קיים סיכוי שווה שבסופו של דבר יהיו עלויות הייצור בכל מקום שהוא

על־פני הטווח 10 עד 70.

82 22.22 לעומת 20.83.

גבוהות והוא ירצה להפר – קרי, כאשר עלויות הייצור שלו יהיו גבוהות מסף ההפרה המיטבי (60 במקרה שלנו) – הוא לא יאלץ לקיים את החוזה, ויוכל לשלם פיצויים מוסכמים של 20.83.

עוד ניתן לראות בטבלה 1 כי בתמורה למחיר חוזי נמוך יותר (38.89 במקום 39.17) המוכר במשטר בִּרְתִי מקבל הנחה משמעותית בפיצויים המוסכמים שאותם יהיה עליו לשלם במצב של הפרה לעומת אלה שהיה משלם תחת משטר מחייב (11.11 במקום 20.83).⁸³ האם הגידול ברווח הכולל מ־20.83 ל־22.22 הינו משמעותי? ראשית, מדובר בגידול של 6.67% הנובע אך ורק מכתובת חוזה טוב יותר. שנית, רבות הולל בספרות המעבר ממשטר של אכיפה למשטר של פיצויים.⁸⁴ והנה, בדוגמה המספרית דלעיל, מעבר מאכיפה לפיצויים יגדיל את הרווח מ־20 ל־20.83 – גידול של 4.1% בלבד. לבסוף, יודגש כי אין להבין מהדוגמה המספרית כי משטר בִּרְתִי עדיף תמיד על משטר מחייב. כזכור, משפט 1 דלעיל מסכם את התנאים הנדרשים כדי שמשטר בִּרְתִי יהיה עדיף על משטר מחייב. בדוגמה המספרית דלעיל התנאים שפורטו במשפט 1 דלעיל מתקיימים, ולכן משטר בִּרְתִי מניב תוחלת רווח גדולה יותר מאשר משטר מחייב.⁸⁵ הדוגמה הבאה מבהירה נקודה זו ביתר פירוט.

התפלגות נורמלית

הדוגמה הקודמת דנה במקרה אחד שבו משטר בִּרְתִי עדיף. בדוגמה הנוכחית נבחן מאות מקרים ב"אבחת מחשב" אחת. כאשר השווי בעבור הקונה והעלויות למוכר מתפלגים התפלגות נורמלית, פתרון אנליטי של המודל בעבור החוזים $p_{\sigma} d_o$ ו־ $p_R d_R$ כפי שהוצג בדוגמה הקודמת, נעשה מסובך הרבה יותר. לכן מובא כאן פתרון נומרי.

ראשית, נניח שהשווי בעבור הקונה מתפלג בהתפלגות נורמלית עם ממוצע 18.5 וסטיית־תקן 2.5. סטיית־התקן מייצגת את רמת אי־הוודאות. ככל שסטיית־התקן גדולה יותר כן הוודאות עובר לתחיתת החוזה באשר לשווי החוזה אקס־פוסט בעבור הקונה קטנה יותר. שנית, נניח שעלויות המוכר מתפלגות בהתפלגות נורמלית עם ממוצע וסטיית־תקן נמוכים באופן יחסי. נניח שהממוצע של המוכר הוא 14.5 וסטיית־התקן היא 1.2. שלישית, נחשב את המחיר והפיצויים המוסכמים תחת כל אחד מן המשטרים המשפטיים – קרי, $p_{\sigma} d_o$ ו־ $p_R d_R$ – על־מנת למצוא את התמורה המשותפת בהינתן חוזה תחת משטר בִּרְתִי ובהינתן חוזה תחת משטר מחייב. רביעית, נשרטט את היחס בין התמורות המשותפות במשטר בִּרְתִי לעומת משטר מחייב, ונבחן אם היחס בין התמורות גדול מ־1. אם הוא גדול מ־1, המסקנה

83 הפיצויים המוסכמים תחת משטר בִּרְתִי יכולים להיות גבוהים או נמוכים מאלה הנקבעים תחת משטר מחייב.

84 ראו: Paul G. Mahoney "Contract Remedies: General" in *The Encyclopedia of Law & Economics* (Gent, 2000) available at <http://users.ugent.be/~gdegeest/4600book.pdf> (20.1.2006).

85 בדוגמה המספרית דלעיל הפער בין התוחלות הוא 20, ומחצית הפער בין הטוחים היא 0, ולכן פיצויים בִּרְתִי עדיפים.

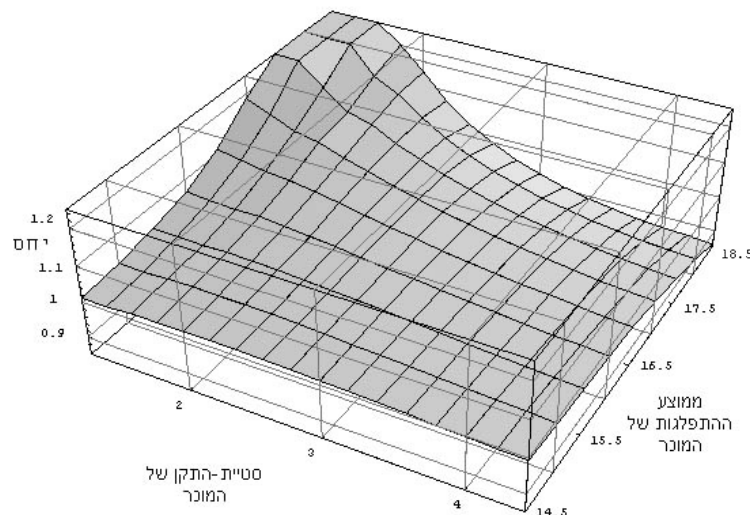
היא שמשטר בִּרְרתי מניב תמורה משותפת גדולה יותר ועל־כן הוא עדיף. חמישית, נתחיל את כל התהליך מחדש לאחר שנגדיל את חוסר הוודאות באשר לעלויות המוכר על־ידי הגדלת סטיית־התקן ב־0.2.

נחזור שוב ושוב על כל חמשת השלבים הנזכרים למעלה תוך הגדלת סטיית־התקן של התפלגות המוכר כל פעם ב־0.2, עד שתגיע ל־4.4. שימו לב כי עד כה פתרנו את המודל הנומרי בעבור מוכר שתוחלת השווי בעבורו נמוכה באופן יחסי (14.5, לעומת 18.5 של הקונה), תוך שאנו מגדילים בהדרגה את רמת אי־הוודאות לגבי השווי בעבורו (המיוצגת על־ידי סטיית־התקן) מסטיית־תקן 1.2 (שהינה נמוכה בהרבה מסטיית־התקן של הקונה, השווה ל־2.5) ועד לסטיית־תקן גבוהה בהרבה – 4.4.

בשלב השישי והאחרון נגדיל כל פעם את ממוצע השווי בעבור המוכר ב־0.5, מממוצע התחלתי של 14.5 עד ממוצע של 18.5. בכל הגדלה כזו נחזור על כל חמשת השלבים שפורטו לעיל.

בדרך זו נחשב למעשה את היחס בין התמורות המשותפות תחת משטר בִּרְרתי ומשטר מחייב בעבור 153 צירופים אפשריים בין הקונה לבין מוכרים שונים שתוחלת השווי בעבורם מתפלגת בהתפלגות נורמלית עם תוחלת בין 14.5 ל־18.5 וסטיית־תקן בין 1.2 ל־4.4.⁸⁶ תרשים 4 מציג את התוצאות.

תרשים 4: היחס בין תוחלת התמורה המשותפת במשטר בִּרְרתי לבין תוחלת התמורה המשותפת במשטר מחייב



⁸⁶ שימו לב שאפשרנו לתוחלת העלויות של המוכר להגיע עד 18.5, שהינה תוחלת השווי בעבור הקונה. עזירה זו בתוחלת השווי בעבור הקונה אינה מחויבת־המציאות. ניתן בהחלט לאפשר לתוחלת העלויות להיות גבוהה מתוחלת השווי בעבור הקונה, שכן צדדים יכולים להתקשר בחוזה במקרים כאלה הודות לאפשרות העומדת למוכר להפר את החוזה ולשלם פיצויים נמוכים.

ציר Z בתרשים 4 מייצג את היחס בין תוחלת התמורה המשותפת תחת משטר בִּרְתִי לבין אותה תוחלת תחת משטר מחייב. הנקודה 1 בציר Z היא הנקודה שבה היחס בין שתי התוחלות הוא 1:1, כלומר, היכן ששני המשטרים מניבים בממוצע תמורות משותפות זהות. ציר X מייצג את סטיות־התקן האפשריות של המוכר (בטווח שבין 1.2 ל־4.4), ואילו ציר Y מייצג את הממוצעים האפשריים של המוכר (בטווח שבין 14.5 ל־18.5).

תרשים 4 מראה שכאשר תוחלת העלויות של המוכר נמוכה באופן יחסי, שני המשטרים מניבים פחות או יותר אותה תוחלת של תמורות משותפות, בלא תלות בהבדל בין סטיות־התקן של הצדדים. באזור זה הגרף הינו מישורי למדי, סביב $Z=1$. האינטואיציה מאחורי תוצאה זו היא שכאשר עלויות המוכר נמוכות באופן יחסי, הוא יקיים תמיד את החוזה. במצב זה אין צורך במשטר מחייב שיאפשר למוכר להפר ולשלם פיצויים, או במשטר בִּרְתִי שיאפשר לקונה לדרוש ביצוע בעין. החוזה יקיים בהסתברות גבוהה בכל מקרה.

תרשים 4 מראה גם מעין גבעה בצד שמאל למעלה ומעין עמק בצד ימין למעלה. נתמקד ראשית בעמק. משמעותו של העמק היא שככל שהתוחלת וסטיות־התקן של המוכר גדולות יותר כן המשטר המחייב נהיה יעיל יותר ביחס למשטר הבִּרְתִי. האינטואיציה היא שכאשר התוחלות של הצדדים קרובות יותר זו לזו, וכאשר נוסף על כך חוסר הוודאות לגבי עלות הייצור של המוכר רב מאוד יחסית לחוסר הוודאות של הקונה, כִּי־אז עובר לחתימת החוזה קיימת סבירות גבוהה יותר שעלות הייצור לגבי המוכר (אקס־פוסט) תעלה על שווי החוזה (אקס־פוסט) בעבור הקונה. במקרים אלה משטר משפטי אשר מקנה למוכר את האפשרות להפר ולשלם פיצויים (ומונע מהקונה קבלת אכיפה) יהיה יעיל יותר. אכן, זה בדיוק מה שמשטר פיצויים מוסכמים מחייב מקנה.

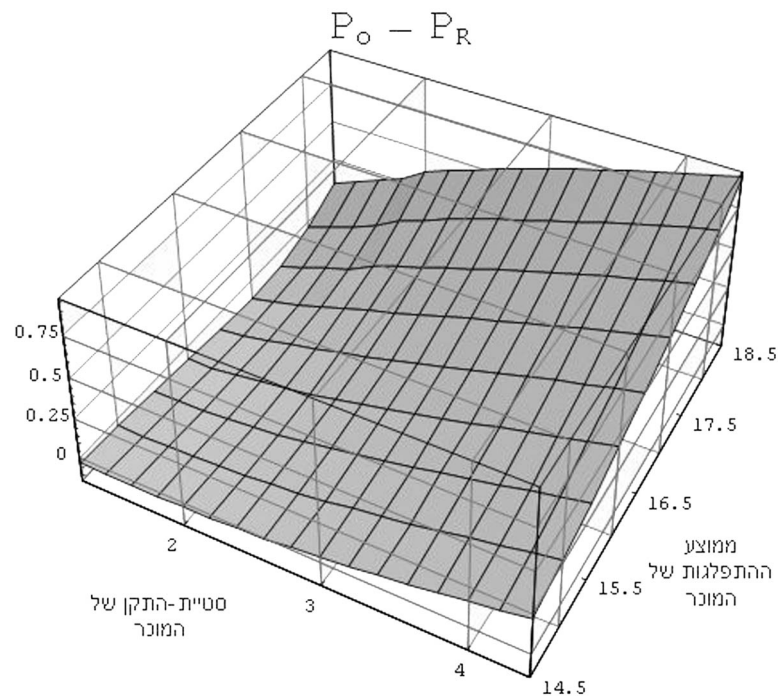
עתה נתמקד בגבעה בצד שמאל למעלה. תרשים 4 מראה שכאשר התוחלת של המוכר גבוהה ואילו סטיות־התקן שלו נמוכה, משטר בִּרְתִי עדיף על משטר מחייב. האינטואיציה היא שכאשר התוחלות של הצדדים קרובות זו לזו, וכאשר אין חוסר ודאות רב לגבי עלויות הייצור העתידיות של המוכר, כִּי־אז עובר לחתימת החוזה קיימת סבירות גבוהה יותר ששווי החוזה (אקס־פוסט) בעבור הקונה יעלה על עלות הייצור (אקס־פוסט) לגבי המוכר. במקרים אלה משטר משפטי אשר מקנה לקונה אפשרות לדרוש אכיפה יהיה יעיל יותר. אכן, זה בדיוק מה שמשטר בִּרְתִי מקנה.

לסיכום, הפתרון הנומרי מציג בצורה גרפית את אשר הראינו קודם לכן בצורה אנליטית, והוא שלעיתים יסכימו צדדים על משטר פיצויים מוסכמים מחייב ולעיתים הם יסכימו על משטר בִּרְתִי, והכל בהתאם לתנאי אי־הוודאות האופפים אותם עובר לכריתת החוזה כאשר לשווי העתידי של החוזה בעבור הצדדים.

המודל הנומרי שמובא כאן מאפשר לנו לבחון מקרוב יותר את סוגיית המחיר והפיצויים המוסכמים שעליהם יסכימו הצדדים. נבחן ראשית את המחירים השונים בחוזה תחת משטר בִּרְתִי ומשטר מחייב. מתן האפשרות לקונה לדרוש אכיפה תחת משטר בִּרְתִי מציבה את המוכר במצב טוב פחות (באותם תנאים של מחיר ופיצויים) מאחר שהוא מאבד את האפשרות להפר באופן חד־צדדי את החוזה. על־כן ניתן לצפות שהקונה "תפצה" את המוכר בגין המעבר מחוזה מחייב לחוזה בִּרְתִי, אם על־ידי הצעת מחיר חוזי גבוה יותר, אם על־ידי מתן אפשרות למוכר לשלם פיצויים נמוכים יותר במקרה של הפרה, ואם על־ידי שילוב

כלשהו של שתי האפשרויות הללו. תרשים 5א מציג את ההפרש בין המחירים החוזיים בשני המשטרים כפונקציה של הממוצע וסטיית-התקן של המוכר.

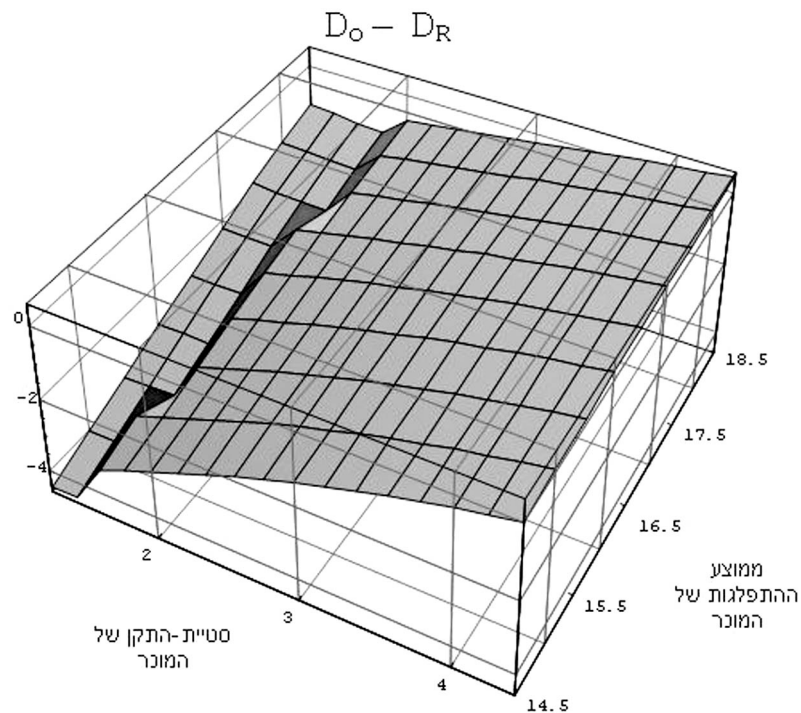
תרשים 5א: ההפרש בין המחיר החוזי במשטר בֶּרְרִי לבין המחיר החוזי במשטר מחייב



תרשים 5א מראה כי באופן כללי המחיר החוזי תחת משטר בֶּרְרִי גבוה מהמחיר החוזי תחת משטר מחייב (שכן ההפרש בין שני המחירים חיובי ברוב שטח הגרף), למעט בשטח מצומצם באזור השמאלי של הגרף, שבו סטיית-התקן של המוכר קטנה ביותר ואילו התוחלת שלו גבוהה יחסית. באזור זה (שבו ההפרש קטן במעט מאפס) המחיר החוזי במשטר מחייב יהיה גבוה יותר.

תרשים 5ב מציג את ההפרש בין הפיצויים המוסכמים בשני החוזים כפונקציה של הממוצע וסטיית-התקן של המוכר.

תרשים 5ב: ההפרש בין הפיצויים המוסכמים במשטר בִּרְתִּי לבין הפיצויים המוסכמים במשטר מחייב



תרשים 5ב מראה כי באופן כללי הפיצויים המוסכמים תחת משטר בִּרְתִּי קטנים מהפיצויים המוסכמים תחת משטר מחייב (שכן ההפרש ביניהם שלילי ברוב שטח הגרף), למעט בשטח מצומצם באזור הימני העליון של הגרף, שבו התוחלת וסטיית-התקן של המוכר גדולים מאוד. באזור זה (שבו ההפרש גדול במעט מאפס) הפיצויים המוסכמים במשטר בִּרְתִּי יהיו גבוהים יותר.

לסיכום, מניתוח של שני הגרפים עולה כי אכן, כפי שהיה אפשר לצפות, בכל צירוף אפשרי של התפלגויות הצדדים, משטר בִּרְתִּי מעניק למוכר (בתמורה לכך שנתן לקונה את הזכות החוזית לבחור בעתיד באכיפה) מחיר חוזי גבוה יותר או פיצויים מוסכמים נמוכים יותר, או שניהם.⁸⁷

87 תוצאה מעניינת העולה מן המחקר היא שלעיתים, כאשר סטיית-התקן של המוכר נמוכה באופן יחסי, הצדדים עשויים להסכים על פיצויים שליליים בחוזה תחת משטר בִּרְתִּי. כלומר, במקרה של הפרת החוזה על-ידי המוכר, הקונה היא שתשלם את הפיצויים המוסכמים למוכר. אכן,

פרק ג: סיכום

במאמר זה הראיתי את התנאים שבהם משטר בִּרְרתי של פיצויים מוסכמים עדיף על משטר מחייב של פיצויים מוסכמים. הראיתי כי אם הצדדים צופים, עובר לחתימת החוזה, כי התוחלת של שווי החוזה בעבור הקונה גבוהה מהתוחלת של עלויות הייצור של המוכר, ובלבד ששתי התוחלות מחושבות רק לגבי הערכים שגבוהים מסף ההפרה של הקונה – $E(v)$, אזי עדיף משטר פיצויים מוסכמים בִּרְרתי.⁸⁸

נציין כי אף שהלמות והמשפטים מסובכים להוכחה, בסופו של דבר הם אינם מסובכים לשימוש. רמת המתמטיקה הנדרשת כדי להשתמש בנוסחות אינה גבוהה מרמת המתמטיקה הנדרשת כדי להוון ערך עתידי של פיצויים בדיני הנוזקין – משימה אשר בתי-משפט ועורכי-דין ממלאים מדי יום.⁸⁹ יתר על כן, פעמים רבות ניתן להעריך בקירוב אם התנאים של משפט 1 מתמלאים, ואין צורך ממשי לחשב זאת.

כיצד ניתן ליישם את התנאים של משפט 1 על העובדות בעניין לינדאור? ראשית, יש להבחין כי בעניין לינדאור ההפרה הייתה של הקונה. מכאן שאת מסקנות המודל, העוסק בהפרת המוכר, יש ליישם בהיפוך. שנית, אילו דובר במקרה שבו רינגל רכש את המניות כמרכיב בתיק מפורז היטב שהחזיק, ואילו לינדאור מכרן כבעל שליטה, אזי היה אפשר לקבוע כי צדדים רציונליים היו צופים עובר לחתימת החוזה כי היה אם ערך המניה יהיה גבוה אזי לינדאור יהיה חשוף יותר לתנודתיות המניה מאשר רינגל. במצב-דברים זה נראה הגיוני להניח כי רינגל היה מוכן לתת ללינדאור את הזכות לבחור אקס-פוסט אם לתבוע אכיפה או להסתפק בפיצויים מוסכמים במקרה של הפרה על-ידי הקונה, וזאת בתמורה למחיר רכישה נמוך יותר ו/או חובה לשלם פיצויים מוסכמים נמוכים יותר. במילים אחרות, צדדים רציונליים היו מסכימים ליתן ללינדאור ביטוח (הזכות לאכוף את התשלום הכספי) כנגד ירידת ערך המניות מכיוון שחשיפותו היחסית לתנודות במחיר המניה גבוהה בהרבה מזו של רינגל. כנגד ביטוח זה, צדדים רציונליים היו מסכימים ליתן לרינגל הנחה במחיר ו/או הנחה בסכום הפיצויים שיהיה עליו לשלם במקרה של הפרה. אילו היה מצב-הדברים בפועל כמתואר לעיל, אזי היה מקום שבית-המשפט העליון יקבע כי ללינדאור יש זכות לאכוף את החוזה.

אולם למרבה הצער לא ברור שניתן ליישם את הניתוח דלעיל על עובדות המקרה. פסק-הדין של בית-המשפט העליון, כמו-גם פסק-הדין של בית-המשפט המחוזי, אינם מספקים פרטים עובדתיים המאפשרים לנתח את ההיגיון הכלכלי של ההתקשרות. החוזה עצמו, אף שמדובר בעסקה בשווי 2.4 מיליון ש"ח (בערכים של שנת 1996), כולל רק חמישה

במצבים מסוימים המחיר החוזי עלול להתברר כגבוה מדי ביחס לשווי הנכס (ex-post) בעבור הקונה, כך שאם המוכר שוקל להפר את החוזה, הקונה עשויה בהחלט להסכים לשלם לו את הפיצויים המוסכמים השליליים שנקבעו מראש על-מנת לשדלו לא לקיים את החוזה.

88 לניתוח כלכלי שלפיו אין לאפשר לנפגע לבחור בסעד האכיפה מקום שהוסכם על פיצויים

מוסכמים, ראו: Levy, *supra* note 4, at p. 555.

89 אני מסופק אם עורכי-הדין והשופטים המשתמשים בנוסחת ההיוון יודעים להוכיח את נכונותה.

סעיפים המשתרעים על עמוד אחד בלבד (ראו נספח). שלושה מבין הסעיפים כבר תוארו לעיל,⁹⁰ ואילו השניים האחרים חסרי משמעות לענייננו. אי-אפשר להבין מחוזה מצומצם כל-כך בהיקפו מהו ההיגיון הכלכלי העומד מאחוריו – כיצד עסקה "שמנה" כל-כך יוצאת אל הפועל בחוזה "רוזה" כל-כך.

נכון לתחילת שנת 2006 טרם הסתיים הסכסוך בין הצדדים (שהחל בבית-המשפט המחוזי בשנת 1996, הגיע לעליון בשנת 1998 ונפסק בעליון בסוף 2001). הצדדים מתדיינים עדיין בכמה בתי-משפט בו-זמנית.⁹¹ מעיון בהליכים השונים שהתנהלו בבתי-המשפט השונים לאחר מתן פסק-הדין על-ידי בית-המשפט העליון עולה כי החוזה, כפי שהוצג לבית-המשפט המחוזי ואחר כך גם לבית-המשפט העליון בעניין לינדאור, לא ייצג כלל מציאות כלכלית כלשהי בין הצדדים. במה דברים אמורים? לאחרונה שינה רינגל (הקונה) את גרסתו המקורית בדבר תקפות החוזה לרכישת המניות מלינדאור. רינגל טען לאחרונה לפני בית-המשפט המחוזי כי אף שטען בעבר בהליכים משפטיים שונים (ובכלל זה בבית-המשפט העליון בעניין לינדאור) כי החוזה לרכישת המניות תקף (כזכור, רינגל אף טען כי סעיף הפיצויים המוסכמים הינו מחייב), ואף שדיווח לבורסה על רכישת המניות, בפועל החוזה בינו לבין לינדאור היה חוזה למראית-עין בלבד, והמניות הוחזקו בידיו לא מפני שרכש אותן מלינדאור, כפי שטען בעבר, אלא משום ששימש נאמן של אליהו לינדאור במאבקו המשפטי עם אביו, נפתלי לינדאור.⁹² במצב-דברים זה, שבו צדדים כורתים חוזה למראית-עין הכולל

90 ראו לעיל הערות 52 ו-53.

91 ההתפתחות האחרונה בתיק, למיטב ידיעתי, היא שקדם המשפט, יתקיים בימים הקרובים בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב דיון לשם בחינת התצהירים שהוגשו וקביעת הסדר, ההיקף והמועדים של שמיעת הראיות. לאחר שדיון זה נדחה מספר פעמים. ראו החלטה שניתנה על-ידי השופט ברוך ביום 4.7.2005.

92 לדיון קצר של הנשיא אהרן ברק בהשתלשלות העניינים בפרשת אליהו לינדאור נ' יעקב רינגל בבתי-המשפט השונים ראו בש"א 6183/04 לינדאור נ' פארק ליין אינטרנשיונל בינוי ופיתוח בע"מ. (ניתן ביום 13.7.2004). כן ראו בש"א 023993/01 בתיק עיקרי: א 001156/96 רינגל נ' לינדאור, (לא פורסם ניתן ביום 1.2.2004), שבו התרשם השופט עדי עוז כי רינגל "נושף קר וחס בו זמנית" (קרי, משנה גרסות השכם והערב) אך בסופו של דבר לא פסל את גרסתו של רינגל שלפיה ההסכם בינו לבין לינדאור "אינו אמיתי". תימוכין לטענה בדבר סכסוך לכאורה שנפל בין האב נפתלי לינדאור לבין הבן אליהו לינדאור ניתן למצוא בעדותו של האב לפני בית-המשפט השלום כי נפל קורבן לתככים ומזימות שבהן היה בנו מעורב ואשר בעטיין הפסיד את כל רכושו, הודח מתפקידו בחברת "מישנאל" ונאלץ לשלם את חובותיה האדירים של החברה, שהוא צָרַב להם אישית. ת"פ 11777/00 מד"י נ' לינדאור (טרם פורסם, ניתן ביום 22.2.2005). נפתלי לינדאור (האב) הורשע שם בעברות שונות על חוק ניירות-ערך, במרמה ובהפרת אמונים בתאגיד ובריחושם כוזב במסמכי תאגיד, והכל במסגרת מאבק שליטה על חברת "מישנאל" שניהל בשנים 1994–1996 אל מול קבוצת "שנהב". בהכרעת הדין של בית-המשפט השלום אין כל אזכור לרינגל או לעובדה כי 2,400,000 המניות בחברת "מישנאל" שקנה מאליו לינדאור, בנו של הנאשם, נקנו שבועות ספורים בלבד לאחר שהלה (הבן) קנה מניות בחברת "מישנאל" מנאשם אחר באותה פרשה, ככל הנראה בכספו של אביו ולמטרות של

חמישה סעיפים בלבד, אי־אפשר מן הסתם לפרש את סעיפי החוזה בין הצדדים לאור המודל המוצע לעיל, שכן המודל דורש ניתוח של המציאות הכלכלית ששררה עובר לכריתת החוזה. בחוזה למראית־עין המציאות הכלכלית האמיתית אינה משתקפת בסעיפי החוזה.⁹³ כיצד הוכרע פסק־דין לינדאור נ' רינגל בבית־המשפט העליון? השופט שטרסברג־כהן הצטרפה לדעתו של השופט אור, ופירשה את סעיף הפיצויים המוסכמים כבררתי. בכך התקבל ערעורו של לינדאור (המוכר) כי עומד לרשותו סעד האכיפה. אך כאמור לעיל, הצדדים מתדיינים עדיין בבתי־המשפט השונים ועוד רחוק היום שבו תסתיים הפרשה. תהא תוצאת הסכסוך בין רינגל ללינדאור אשר תהא, מהניתוח שהובא במאמר זה עולות כמה מסקנות. ראשית, ההסדר המשפטי בקוד האזרחי החדש, המשמר את הדין הקיים שלפיו ניתנת לצדדים חירות מלאה לקבוע את "סל התרופות", הינו הסדר יעיל. שנית, ההסדר המשפטי בקוד האזרחי החדש שלפיו בית־המשפט רשאי לפרש סעיף פיצויים מוסכמים בחוזה שותק (או דו־משמעי) כסעיף בררתי או כסעיף מחייב (ולא מגביל את הפרשנות לסעיף מחייב בלבד כבמשפט האמריקאי) הינו הסדר יעיל. שלישית, הניתוח שהובא במאמר זה רלוונטי לבתי־המשפט בבואם לפרש חוזה שותק או מעורפל, שכן הוא מאפשר להם להבין אם צדדים רציונליים התכוונו שסעיף הפיצויים המוסכמים יהיה בררתי או מחייב (בהנחה שאין מדובר בחוזה למראית־עין). על בית־המשפט להעריך אם עובר לחתימת החוזה התמלאו התנאים המפורטים במשפט 1. רביעית, הניתוח במאמר זה רלוונטי גם לעורכי־דין בעולם העסקי בכך שהוא מאפשר להם לדעת מהן אמות־המידה הכלכליות הרלוונטיות לניסוח סעיף התרופות בחוזה. חמישית, הניתוח במאמר זה מספק נימוק נוסף לזניחת דוקטרינת הקנס ולכך שעל בתי־המשפט לאכוף את סעיף הפיצויים המוסכמים כלשונו. צדדים רציונליים מתמחרים אל תוך מחיר החוזה את גודל הפיצויים המוסכמים. פיצויים מוסכמים גבוהים עשויים להעיד כי הצדדים הסכימו על סעיף פיצויים מוסכמים מחייב, ככל הנראה עקב החשש שעלויות הייצור יהיו בסופו של דבר גבוהות ביותר. קביעת פיצויים מוסכמים גבוהים לא רק שאין בה פסול כשלעצמה, אלא אף סביר שהיא משיאה את רווחתם של שני הצדדים לחוזה.

לבסוף, הניתוח במאמר מתמקד ביחס בין תרופות הפיצויים המוסכמים לבין תרופת האכיפה. המאמר אינו עוסק ביחס בין תרופות אלה לבין פיצויי ציפייה. באילו תנאים יחליטו צדדים לכלול בחוזה שלהם כל אחת מן התרופות הללו או כל צירוף שלהן? מתי הם יחליטו להעניק לנפגע את האפשרות לבחור אקס־פוסט אחת מבין התרופות האלה, ומתי הם ישללו ממנו את אפשרות הבחירה הזאת? האם ייתכן חוזה שבו תינתן למפר הזכות לבחור

שמירת השליטה בחברה. לא ברור אם מכירת המניות המאוחרת מהבן לרינגל נעשתה על דעת האב (כפי שטוען אמיר אייזנברג "10 מזכרות מימי 1993 העליונים (חלק 2)" (מאי 2002) נגיש ב־<http://www.nrg.co.il/online/archive/ART/283/982.html> (20.1.2006)) או בניגוד לדעתו, כטענת רינגל כעת (וכפי שטען האב, כאמור, לפני בית־משפט השלום).

93 חברת "מישנאל" נמצאת זה כמה שנים בתהליכי כינוס נכסים, ואינה נסחרת בבורסה. רינגל הינו בעל־עניין בחברה ומחזיק כ־15% מהונה. קבוצת "שנהב" מחזיקה ב־20% מההון של "מישנאל". נגיש ב־<http://www.aonline.co.il/site/comp/precisData.jhtml?scom=110> (20.1.2006).

על הסדרי הפיצויים המוסכמים

משפט ועסקים ד, התשס"ו

אקס-פוסט איזו תרופה הוא מעדיף? ניתוח של שאלות אלה מסובך הרבה יותר ומצריך ניתוח נפרד.

נספח: החוזה בין לינדאור ורינגל

הסכם

שנערך בראשון - לציון ביום 19.05.1996

בין

יעקב רינגל

מצד אחד

לבין

מר לינדאור אליהו

בשמו ובשם אחרים מטעמו

מצד שני

הואיל: ולינדאור הינם הבעלים במישרין או בעקיפין של 2400000 מניות ע"ש *** של משנאל חברה להשקעות ובנין בע"מ חברה שמניותיה נסחרות בבורסה לני"ע בת"א (להלן: מישנאל) ולינדאור הביע את רצונו למכור מניות אלו במחיר של 1 ש"ח למניה. והואיל: ויעקב רינגל הביע את רצונו לרכוש את מניות לינדאור בהיקף 2400000 מניות ע.ג. בתמורה ל - 1 ש"ח למניה.

הוחלט והוסכם בין הצדדים כלהלן:

1. המבוא להסכם זה מהווה חלק בלתי נפרד ממנו.
2. יעקב רינגל רוכש עובר לחתימת הסכם זה את מניות לינדאור במישנאל חברה להשקעות ובנין בע"מ בתמורה של 1 ש"ח למניה דהיינו 2400000 ש"ח תמורת 2400000 ע.ג. מניות [להלן "מישנאל"].
3. בתמורה להעברת המניות לבעלותו ישלם יעקב רינגל ללינדאור אליהו את הסכומים המפורטים להלן:
 - א. 480000 ש"ח עם חתימת הסכם זה וכנגד העברת כל המניות על שמו.
 - ב. 960000 ש"ח לא יאוחר מיום 15.09.1996
 - ג. 960000 ש"ח לא יאוחר מיום 31.12.1996לכל הסכומים על-פי סעיפים ב,ג, תיווסף ריבית תעריפית בשיעור 1.2% לחודש.
4. במקרה ויעקב רינגל לא ישלם את התשלום על פי סעיף 3 [ב-ג] יעביר את המניות בחזרה לבעלותו של לינדאור אליהו והסכום ששולם על-פי סעיף 3 [א-ג] להסכם דהיינו סך של 480000 ש"ח לא יוחזר וישאר אצל לינדאור אליהו.

משפט ועסקים ד, התשס"ו

על הסדרי הפיצויים המוסכמים

5. אי עמידת יעקוב רינגל בתנאי סעיף [3-ב,ג] להסכם לא תמנע מלינדאור אליהו הגשת תביעות לקבלת כל סעד ופיצוי על נזקים שנגרמו לו.

על כן באנו על החתום

לינדאור אליהו

יעקב רינגל

