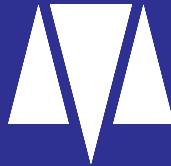


**המוסד הישראלי  
לבוררות עסקית**



מייסודו של איגוד לשכות המסחר  
ע"ש פרופ' סמדר אוטולנגי ז"ל

---

**בטאון המוסד הישראלי  
לבוררות עסקית**

---

גיליון מס' 6, מאי 2020

---





## תוכן עניינים

### ביטאון מספר 6

- |  |           |
|--|-----------|
| <b>דבר הנשיא</b><br>עו"ד מנשה כהן  | <b>3</b>  |
| <b>גישור ובוררות בעידן הקורונה</b><br>ד"ר דפנה אבניאלי, שופטת (בדימ') בית המשפט המחוזי ת"א   | <b>5</b>  |
| <b>עסקים בתקופת הקורונה</b><br>ד"ר דרורה פלפל, סגנית נשיא (בדימ') בית המשפט המחוזי ת"א   | <b>14</b> |
| <b>חוזים במשבר</b><br>ד"ר איריס סורוקר, שופטת (בדימ') בית משפט השלום ראשל"צ  | <b>19</b> |
| <b>פתרון סכסוכים בענף הבנייה והתשתיות על רקע משבר הקורונה - כורח המציאות שהוא גם הזדמנות לשינוי</b><br>גדעון שפיגל, עורך דין / מהנדס | <b>26</b> |

בעריכת עו"ד דוד גולן

## דבר נשיא המוסד

### עו"ד מנשה כהן

**ה**מוסד לבוררות הוקם לפני למעלה מ-30 שנה על ידי איגוד לשכות המסחר, וביוזמתה הברוכה של פרופ' סמדר אוטולנגי ז"ל. משחר הקמתו, נועד המוסד להגשים מטרה ציבורית של יישוב סכסוכים מחוץ לכתלי בית המשפט.

המוסד הישראלי לבוררות פועל להעלאת מודעות הציבור ליתרונות הגלומים בהליכי בוררות, הן לבעלי הדין והן למערכת השיפוטית. יתרונות הליכי הבוררות משתקפים בעיקר ביכולת הצדדים לעצב את אופיו של הליך הבוררות כרצונם, באפשרות למנות בורר בעל המומחיות הדרושה לסכסוך הספציפי, בקביעת לוחות זמנים הדוקים ליישוב הסכסוך ובכללי הבוררות הייחודיים של המוסד. יתרונות אלה אינם נתונים לבעל דין בהליך שיפוטי רגיל.

נושא הביטאון הוא **יישוב סכסוכים עסקיים בתקופת הקורונה** והמאמרים המצוינים המופיעים בו מנתחים את הסיטואציה המשפטית ומציעים פתרונות.

מגפת הקורונה הביאה למשבר חסר תקדים, בו העולם כולו עצר מלכת. ממדי האבטלה העולמית הגיעו לרבע מכמות המועסקים במשק, הופעלו תקנות שעת חירום, הוצאו צווים, ועסקים רבים נקלעו לקשיים, חלקם נסגרו.

המשבר הביא לסכסוכים עסקיים רבים, בשל העובדה שהצדדים לחוזה לא צפו משבר בעל היקף והשלכות דרמטיות שכאלה.

והשאלה הנשאלת - על מי צריך לחול הסיכון על התוצאות העסקיות הנובעות ממגפת הקורונה, ומה התוצאות המשפטיות והעסקיות על מי שלא צפה את המגפה ולא נתן בחוזה ביטוי למשבר זה.

טענות משפטיות כגון סיכול, כוח עליון, תום לב ועוד עולות לחלל האוויר, ולא תמיד התשובה ברורה או הוגנת.

בסופו של יום, בעוד כמה שנים, יתן בית המשפט העליון את עמדתו בסוגיה זו.

אך מה עד אז? האם על עסקים לנהל התדייגויות משפטיות ארוכות בבתי המשפט השלום, המחוזי בואכה בית המשפט העליון, עד להכרעה המשפטית הסופית? האם ראוי לעשות כן מן הבחינה המשפטית, הכלכלית והעסקית?

האם לא יהא זה נכון וראוי יותר לפנות ליישוב הסכסוך בדרך של הליך קצר ויעיל על מנת להגיע לתוצאה הוגנת וראויה?

לשם כך קיימים מנגנונים אפקטיביים ומתאימים ליישוב סכסוכים, כגון גישור, בוררות ושילוב בין השניים ("גישבור").

על עניינים אקטואליים אלה דן הביטאון. כולי תקווה כי תמצאו עניין במאמרים אלה, אשר משתלבים היטב בהגשמת ייעודו של המוסד הישראלי לבוררות.

אנו שמחים לקבל את תגובותיכם החיוביות לביטאונים המקצועיים שלנו. נשמח להמשיך ולקבל את הערותיכם ותגובותיכם, וכמובן מאמרים בסוגיות של בוררות וגישור, שיש בהם עניין לציבור המתדיינים ובאי כוחם.

שלכם,

מנשה כהן, עו"ד  
נשיא

## גישור ובוררות בעידן הקורונה

### ד"ר דפנה אבניאלי

#### שופטת (בדימ') בית המשפט המחוזי ת"א

**ב**תקופה שבה העולם מתמודד עם מגפת הקורונה ובתי המשפט פועלים במתכונת חירום, אנו נאלצים להסתגל במהירות לאופציה של יישוב סכסוכים במדיה וירטואלית. שימוש בתוכנת זום ודומותיה מאפשר לקיים דיונים בהליכי גישור ובוררות, אך יוצר ריחוק וחוסר גמישות בניהול ההליך. בעלי דין, מגשרים ובוררים, הרגילים לנהל מפגשים פרונטאליים, מוצאים עצמם "נפגשים" בעולם וירטואלי, בו המגע והשמע עוברים "מיסוך". הצדדים רואים אחד את השני, אבל אינם יכולים ליצור קשר עין, לטפוח על השכם או ללחוץ יד, לשדר מסרים פיזיים לצד השני, לשלוח פתק לעורך הדין או להביע עמדה בהרמת גבה או משיכת כתף. הדבר מחייב את הצדדים "לתזמר" את הדיון באופן שונה מהמקובל, ולהסתגל לשינוי האווירה והדינמיקה המקובלים במפגש במרחב פיסי משותף.

תפקידו של המגשר או הבורר שונה אף הוא מהמקובל, כאשר הוא נדרש לנהל את הדיון ללא מגע אישי עם הצדדים ובאי כוחם ולוודא, כי ציפיות הצדדים לשמירה על הפרטיות, לחיסיון וליצירת יחסי אמון ואווירת שיתוף ישמרו, כשם שהם נשמרים במרחב הפיסי המקובל.

השימוש במדיה וירטואלית אינו מתאים לכל אחד. במיוחד קשה להצליח בו כאשר הליך הגישור או הבוררות נמצא בראשיתו, וטרם נוצרה תחושת אמון ונוחות בין הצדדים לבין המגשר או הבורר. סכסוכים טעונים רגשית, סכסוכים המחייבים חקירות ממושכות של עדים ומומחים, עורכי דין המתקשים לנהל את הדיון הוירטואלי, מגשרים ובוררים שאינם מתמצאים בכלים דיגיטליים - כל אלה הופכים את הגישור הוירטואלי לקשה במיוחד.

בתקופת כהונתי כשופטת בית המשפט המחוזי בת"א, התקיימה לפני חקירה נגדית של עד מרכזי בהליך מרחוק. העד התגורר בחו"ל ולא יכול היה להגיע ארצה. עדותו היתה חשובה לשני הצדדים. במהלך החקירה הנגדית, שנמשכה שעות ארוכות, הוצגו לעיונו מסמכים סרוקים, תחשיבים וטבלאות ששימשו כראיות בתיק. זה היה באולם בית המשפט, עורכי הדין נכחו בדיון וההליך נקרא וידאו-קונפרנס ולא זום. שני הצדדים הסכימו לקיים את החקירה בדרך זו ולא היה ספק, כי היא קידמה מאוד את ניהול התיק. המציאות מלמדת, שניתן לקדם גם הליכי גישור ובוררות בדרך זו.

לאלה שיבחרו להתנסות בהליך וירטואלי, אני ממליצה לשים לב למספר נושאים ו"טיפים" אליהם אתייחס במאמר זה.

## 1. חיסיון

אחד מיתרונות הליך גישור הוא היכולת להבטיח חיסיון של דברים ומסמכים שהועברו בין הצדדים. סעיף 79ג(ד) לחוק בתי המשפט קובע: "דברים שנמסרו במסגרת הליך גישור, לא ישמשו ראיה בהליך משפטי אזרחי". הוראה זו עוסקת בקבילות ולא בחיסיון - אבל הפסיקה סברה, כדבר מובן מאליו, כי יש להכיר בחיסיון של הליכי גישור, על מנת להבטיח מו"מ חופשי ולעודד את הצדדים להגיע להסדר מוסכם. החיסיון על מסמכי הגישור הוא דיספוזיטיבי ועל כן ניתן לוותר מפורש או משתמע, בהסכמת הצדדים להליך הגישור (רע"א 4416/09 גבאי אדריכלות ובנין בע"מ נ' א. רובין אדריכלים בע"מ (3.9.09)).

בגישור וירטואלי, קשה להבטיח חיסיון אלא אם כן הצדדים מגיעים להסכם מפורש, כי לא יאפשרו למי שאינו חלק מהגישור לצפות בתהליך ולהתרשם מהמסמכים שיוצגו במהלכו.

מסמכים ופרוטוקולים שנוצרו במהלך בוררות אינם חסויים באופן אוטומטי, בדומה לחיסיון החל בגישור. מדובר בחיסיון יציר הפסיקה, שאינו מעוגן בהוראת חוק. הגישה כלפי חסיונות הינה, במידה רבה, חשדנית. הנחת המוצא בפסיקה היא, שיש לתת עדיפות לזכות העיון. מכאן, שרק במקרים מיוחדים וחרגיגים יוכר החיסיון, והדבר מותנה בקיומו של ערך בעל משקל, המצדיק גריעה מחובת הגילוי והעיון. על בית המשפט לאזן אד-הוק בנסיבות כל מקרה המובא בפניו ולקבוע אם יש להורות על גילוי המסמך המבוקש (רע"א 4781/12 י.מ. קונדיטוריה עיני בע"מ נ' בנק לאומי לישראל (6.3.13)).

כך הם פני הדברים בבוררות המתנהלת בחדר סגור, ועל אחת כמה וכמה בבוררות המתנהלת במדיה וירטואלית. צדדים המבקשים להבטיח את השמירה על החיסיון ולוודא, כי הסכמה לבוררות וירטואלית לא תתפרש כויתור על החיסיון, מומלץ כי יקבעו בהסכם הבוררות במפורש, כי חל חיסיון על המסמכים מ"תיק הבוררות".

## 2. פרטיות

אחד היתרונות בגישור או בוררות המתנהלים מחוץ לכותלי בית המשפט, הוא השמירה על פרטיות הצדדים. יש להבחין בין פרטיות לבין חיסיון חרף הקרבה הרעיונית בין התחומים. גם אם נקבל כי הליכי בוררות הינם פרטיים (כלומר, בלתי פומביים), אין פירוש הדבר כי פרטיותם של הצדדים נשמרת באופן אוטומטי. בתי המשפט אמנם קבעו, כי הרצון להגן על מוסד הבוררות כהליך חילופי לפתרון סכסוכים - לצד האינטרס האישי של המבקשים לשמור על הפרטיות - הם שיקולים שיש לקחת בחשבון. אינטרס נוסף שיש לקחת בחשבון ואשר עשוי, עקרונית, להצדיק את השמירה על הפרטיות הוא הרצון לכבד את רצון הצדדים. מדובר בהגנה על האינטרס הציבורי, לעודד צדדים לפנות לבוררות והתחשבות בעמדת הצדדים, אך יש לשים לב לאפשרות, כי הסכמה לבוררות וירטואלית יכולה להתפרש כויתור משתמע על הפרטיות.

לצד הקושי להבטיח את הפרטיות, במיוחד כאשר לא ידוע אם צופים בהליך אנשים שאינם נראים על המסך או אם הדיון הוקלט, קיימים כשלים באצירת המידע הנאגר עקב השימוש על ידי הציבור בזום ובאפליקציות אחרות. בקליפורניה הוגשה לאחרונה תובענה ייצוגית של בעל מניות בזום, שטען כי

החברה מתימרת להבטיח את פרטיות המשתמשים ואינה מגלה, כי אינה אטומה לפריצה ולשאיבת מידע. בעקבות התביעה ירד שווי המניה של החברה ב- 7.5% ומנכ"ל החברה הודיע כי החברה נוקטת בצעדים להבטחת הפרטיות של המשתמשים. זוהי סנונית ראשונה וייתכן שיוגשו בעקבותיה תביעות דומות, בין אם כלפי מפעילי התוכנה ובין אם כלפי מי שיזם את השימוש בה.

מגשרים ובוררים העושים שימוש בתוכנת זום ודומותיה, חייבים להחתים את הצדדים על התחייבות מפורשת לשמור על סודיות וחיסיון, ולא לאפשר למי שאינו חלק מההליך לצפות או להאזין לדברים הנאמרים בתהליך הזום. בנוסף, עליהם להזהיר את הצדדים מפני חשיפת סודות מסחריים, מידע אישי או אחר שעלול לזלוג החוצה, ולהחתים אותם על כך שהבינו את מגבלות התהליך.

### 3. ניסוח הסכם כניסה להליך גישור או בוררות וירטואלי

הסכם כניסה לגישור סטנדרטי אינו מתייחס לאפשרות של ניהול הליך מרחוק. כך גם הסכם בוררות. מומלץ כי המגשר או הבורר יחתים את הצדדים על הסכמה לשימוש בתוכנת זום. בהסכם ייאמר כי חלים על ההליך כל הכללים והתנאים המקובלים בהליך פנים אל פנים, בנוסף לכללים המיוחדים שיפורטו לגבי הליך וירטואלי, ביניהם אלה:

- א. הצדדים מתחייבים לשמור על סודיות וחיסיון ולא לאפשר למי שאינו חלק מההליך, לצפות או להאזין לדברים הנאמרים בגישור או בוררות זום.
- ב. הצדדים יתחייבו לא להקליט או להתיר לגורם כלשהו להקליט את הליך הגישור או הבוררות בזום.
- ג. הצדדים משחררים את המגשר או הבורר מכל אחריות לזליגה או העברת מידע שנעשתה על ידי מי מהם או על ידי גורם שלישי, ללא הסכמה מפורשת מראש.

#### 4. ניהול גישור או בוררות מרחוק

ניהול הליך באמצעות מדיה וירטואלית יכול לאתגר כל משתמש, על אחת כמה וכמה כאשר על המגשר או הבורר לדאוג גם לסידורים הטכניים של זימון הפגישה, יצירת אפשרות גישה למשתתפים, ויסות היכולת לדבר או להשתיק את הדוברים כדי לאפשר הקשבה לאחרים ועוד.

הנה מספר טיפים טכניים שיסייעו לטפל בהיבטים הטכניים של התהליך:

- א. הזמנה לשיבת גישור או בוררות - בעולם הפיסי ההזמנה נעשית באמצעות המייל או הטלפון. כך גם קביעת המועדים להגשת כתבי טענות, חוות דעת ועוד. בעולם הוירטואלי על המגשר או הבורר ליצור הזמנה למפגש, עם אפשרות גישה למי שאמור להוות חלק מהתהליך.
- ב. מומלץ כי המגשר או הבורר יצור הזמנה נפרדת לכל מפגש גישור או בוררות, ויציין בהזמנה את קוד המפגש ואת שעת תחילת המפגש.
- ג. המגשר ידרוש מכל צד להיכנס למפגש באמצעות סיסמא אישית וסודית משלו, ולמנוע את השימוש בה ממי שאינו אמור להיות חלק מהתהליך.
- ד. המגשר או הבורר יכריז על תחילת התהליך בנוכחות הצדדים שנכנסו עם הסיסמא שלהם, ויציין את שמות הנוכחים ואלה שאינם נוכחים.
- ה. עם תחילת הישיבה, על המגשר או הבורר לנעול את ההליך מפני הצטרפות של צדדים שלא הוזמנו על ידיו.
- ו. אם מדובר במפגש ראשון של הצדדים עם המגשר או הבורר, עליו לוודא כי חתמו על הסכם כניסה לתהליך, להסביר להם את משמעות ההסכמה לדיון וירטואלי ולוודא כי הבינו היטב את הדברים.
- ז. אם מתברר למגשר או הבורר, כי אחד הצדדים חש אי נוחות או חזר בו מהסכמתו להליך הוירטואלי, כדאי לו לשקול את הפסקתו, כל עוד לא הושגה הסכמה מחודשת של כל הצדדים ועורכי הדין.
- ח. מגשר המעוניין לקיים פגישות נפרדות (caucus) עם אחד הצדדים, יזמן את אותו צד לפגישה הספציפית ויוודא כי הצד השני אינו יכול לצפות או להאזין לנאמר בה, בהתאם לכללים המפורטים לעיל.



## 5. גישבור – מעבר מגישור לבוררות או להיפך

לעיתים הצדדים פונים להליך של בוררות. לאחר מכן מחליטים לקיים הליך של גישור ולנסות להגיע להסדר עם הבורר בתפקיד מגשר. לעיתים המצב הוא הפוך, הצדדים פונים למגשר ולאחר מכן מבקשים ממנו להכריע בסכסוך ביניהם כבורר. תקנה 5(ח) לתקנות בתי המשפט (גישור) מציינת, כי ישנה אפשרות, לאחר הפסקת הגישור, למינוי המגשר כבורר בסכסוך – בהסכמת הצדדים. התקנה לא מדברת על בורר שהפך למגשר ואז חזר להיות בורר. בפסיקה נקבע, כי עצם העובדה שהצדדים החלו בהליך גישור והמגשר אף נפגש אתם לפגישות נפרדות, אינו מביא בהכרח לפסילתו כבורר. יש להוכיח חשש ממשי לנעילת דעתו של הבורר.

ככל שמדובר בגישור או בוררות המתנהלים במדיה וירטואלית, ניתן לומר, כי עצם ההסכמה להשתתף בהליך זה מלמדת על נכונות הצדדים לשקיפות רבה וליכולת לשנות מסוג אחד של הליך למשנהו. מצד שני, נדרשת הסכמה של שני הצדדים לשינוי מהליך ההליך, ובהיעדר הסכמה ראוי כי המגשר או הבורר יימנע מלקבל על עצמו תהליך, הגורם לחשיפת יתר ולפגיעה מוגברת בפרטיות ובחיסיון של התהליך.

### סיכום

שיקול הדעת אם לקיים גישור או בוררות בהליך וירטואלי הוא בראש ובראשונה של המגשר או הבורר. ככל שהוא סבור כי הנושא, הסכסוך או הצדדים אינם מתאימים לכך, מוטב שימתין עד למועד שבו ניתן יהיה לחזור לניהול הליכים בדרך קונבציונלית, בנוכחות הצדדים. אם יתברר לו כי הצדדים או מי מהם אינם מגלים נכונות לשתף פעולה, גם אז מוטב כי ימשיך ידיו מהתהליך. המפתח להצלחה אינו טמון רק באישיותו של המגשר או הבורר, אלא גם בנכונותם של הצדדים לשתף פעולה עם התהליך ולהגיע להסדר או הכרעה בדרך יצירתית. השמרנות היא תכונה משותפת לרבים אבל על כולנו לזכור כי "אי אפשר לחצות את האוקיינוס אם אין לכם אומץ לאבד את מראה היבשה" (כריסטופר קולומבוס). בימים אלה, של משבר גלובלי והסתגרות, כדאי לשקול את האפשרות לחצות את האוקיינוס בדרכים יצירתיות.

## עסקים בתקופת הקורונה

### ד"ר דרורה פלפל

סגנית נשיא (בדימ') בית המשפט המחוזי ת"א

נתמקד ברשימה זו בחוזים קיימים ובחוזים עתידיים.

#### אשר לחוזים קיימים:

נבחן מה הדין לגבי חוזים עסקיים בהם שני הצדדים הם ישראלים.

נציג הצעה לפתרון - תיקון החוק ו/או פנייה להליך בוררות

נבחן מה הדין אם אחד מהמתקשרים ממדינה זרה.

ונדון בהשלכות לגבי חוזי שכירות בישראל.

#### אשר לחוזים עתידיים:

נציע פתרון שעשוי להיות טוב לכל הצדדים המתקשרים.

#### חוזים קיימים בין צדדים ישראלים:

כתוצאה ממגפת הקורונה חלק נכבד מהמשק הישראלי אינו עומד בחיוביו החוזיים. בין אם מדובר בהסכמים שלא מבוצעים בכלל, או שמבוצעים חלקית; ובין אם מדובר באי-עמידה בלוחות זמנים של פריטים שהוזמנו בכל התחומים. עסקים רבים סגורים, אספקה מחו"ל אינה מתקבלת או מתעכבת. אנשים חולים או מבודדים. מקום העבודה אינו פעיל, או פעיל חלקית.

הציבור מייחל לכך שיהיה פתרון למצב, ושהמתקשר בחוזה יוכל כתוצאה מהמצב, לדחות את מועד ביצוע החיובים או לבטל את החוזה, כשהטענה עפ"י הדין הקיים היא כי המדובר בכוח עליון, שלא מאפשר לבצע חיובים כדין, למרות הרצון לבצעם.

כל זאת כשברקע קיים חשש מגל שני או אפילו שלישי של מגפת הקורונה.

#### וכאן נקדים את מסקנתנו:

עפ"י הדין הקיים, מגפת הקורונה, לרבות כל מחלה נגיפית שהיא, לא תיחשב ככוח עליון עפ"י הדין. כדי לאבחנה כך, ולתת הגנה כזו או אחרת למתקשרים - הדבר מצריך תיקון חקיקה של הגדרת כוח עליון וסעדים מתאימים בגין הכרה בתופעה מעין זו.

המחוקק קבע בסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) שלושה תנאים מצטברים, שבהתקייםם יוכר קיומו של כוח עליון שמונע מצד לקיים את חיוביו (סיכול החוזה):

א. מפר החוזה לא ידע אודות הנסיבות שקרו אחרי כריתת החוזה.

ב. מפר החוזה לא יכול היה לצפות מראש נסיבות אלה וגם לא למונען.

ג. קיום החוזה הוא בלתי אפשרי או שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים.

במקרה כזה, ההפרה לא תהיה עילה לאכיפת החוזה או לפיצויים (הוראה דומה קיימת גם בסעיף 79 לחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התש"ס-1999).

ידיה של הפסיקה נכבלו בעקבות הוראות אלה, מאחר שמטבע הדברים, תופעות שמתקשר סביר לא יכול היה לצפות מראש, הן מצומצמות. מכאן, שהפרשנות הרחבה שניתנה לאפשרויות הצפייה מראש, רוקנה כמעט מתוכן טענה זו, שהינה טענת הגנה, כנגד הפרת חוזה.

כך למשל השופט לנדוי באימרת אגב הביע עמדתו כי: "כל עוד השלום אינו שרוי בין ישראל ובין כל שכנותיה, יש סכנה של פרוץ מלחמה" (ע"א 715/78 כץ נ' נצחוני); כלומר - המתקשר אמור לצפות שתפרוץ מלחמה בתקופת החוזה.

תופעה של קרה בחקלאות שגרמה לאובדן כל היבול, לא הוכרה ככוח עליון שמביא לסיכול החוזה (ע"א 421/74 שגן נ' מדר).

גירוש ישראלים מאוגנדה בשנת 1972, לא הוכר ככוח עליון, מאחר שלפי ביהמ"ש היה צורך לצפות מהפכות ותהפוכות באוגנדה (ע"א 101/74 חירם לנדאו נ' פיתוח מקורות מים).

עיכוב בקבלת אישור מיסים לצורך העברת זכויות במקרקעין בעקבות מעבר מס שבח למיחשוב לא הוכר כסיכול חוזה (ע"א 748/80 גולדשטיין נ' גוב-ארי); גם שינוי בשער המטבע (ע"א 206/79 ריטברג נ' נסים) לא הוכר ככוח עליון.

נסיון לשינוי גישה פרשנית רחבה זו נעשה ע"י השופט אנגלרד בדעת מיעוט (ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון). הוא הציע כמבחן לא את אלמנט הצפייה של האירוע החריג, אלא את יכולת צפיית השפעתו של האירוע החריג על היחסים החוזיים. השופט עמית (בע"א 4893/14 וליד חמודה נ' מדינת ישראל משרד האוצר) - נוטה לכך שיש לרכך את הפרשנות הנוקשה של רכיב הצפייה שבסעיף 18 לחוק התרופות לעיל, אבל לא נדרש לנושא זה לגופו של ענין, או במילים אחרות, עמדתו זו אינה חלק אינטגרלי מפסק הדין המחייב.

בפס"ד אחר, לעומת זאת, יש חזרה על העקרונות המסורתיים הנוקשים לפירוש משמעות הסיכול/ הכוח העליון (ע"א 9366/17 קונספט שיווק מוצרי אופנה 1995 נ' בנק דיסקונט לישראל).

המסקנה היא כי בית המשפט העליון לא שינה את תפיסתו באשר לפרשנות המונח כוח עליון. אמירות אחרות מועטות בפסיקה - הינן רעיון בלבד.

לאור פסיקה זו לא היו מוכרים כסיכול גם המקרים החריגים הבאים:

צונאמי - לאור העובדה שרשויות מקומיות שונות הציבו בתחומיהם שלטי אזהרה מה לעשות במקרים של צונאמי (בדכ"ל בשפת הים).

שריפת יערות, כפי שהיה בהר הכרמל.

הצפת נתיבי איילון.

ומגפת הקורונה.

הקורונה הינה מגפה כלל עולמית.

מגפות כבר היו בעולמנו ולצערנו הינם חלק מהסדר העולמי. המגפה הראשונה שידועה היא בעת מלחמת הפלופונזים (430 לפני הספירה) שגרמה למות רבע מצבא אתונה ורבע מאוכלוסיית העיר. בהמשך היתה מגפת הדבר שהובאה מסין ויש הסוברים שגרמה להתמוטטות שושלת האן; התפרצו גם מגפות האבעבועות השחורות, הדבר, המוות השחור, השחפת, הכולרה, האיידס, שפעת העופות הסירס והטיפוס. השפעת הספרדית (שהחלה בינואר 1918) הייתה ב-3 גלים, נמשכה למעלה משנה ומתו ממנה כ-30 מיליון נפש באירופה ובארה"ב. במסגרת הנסיון להתגבר עליה הוטלו הגבלות על התכנסויות, טיולים, נסגרו תיאטראות, אולמות כנסיות ומקומות הומים למשך יותר משנה. נאסרה לחיצת ידיים והייתה חובה לעטות מסכות מבד.

לאור עובדות אלה עלינו להציב את השאלה - האם מגפה בארץ או מגפה כלל עולמית הינה מסוג הדברים שלא ניתן לצפות אותם ואת משכם?

התשובה היא, שניתן לצפות מגפות. אולי לא ניתן לצפות את המועד בו הן תקרינה, אבל הן חלק מתולדות האנושות. אולי לא ניתן לצפות במדויק את משך הזמן שהן תשלוטנה בחיינו, אבל כבר בעבר, היו מגפות שגרמו לשיתוק המשק במשך חודשים מרובים.

יתר על כן, בשנת 2007 פורסם דו"ח של משרד הבריאות, המבוסס על מחקר, ובו פירוט תוכנית פעולה בריאותית, במידה ותקרה בארץ התפרצות נגיף.

המסקנה היא כי לענייננו, כבר לפני שנים צפינו אפשרות של מגפה נגיפית, ולכן מגפת הקורונה אינה יכולה להיחשב ככוח עליון וכסיכול חוזה, עפ"י הדין עד כה.

## מה הפתרון?

הפתרון עשוי להיות במספר מישורים:

**לעיתים:** צדדים לחוזה יכולים להתנות על הוראות סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) ולהגדיר בפרוטרוט מה הם רואים כסיכול חוזה ומה הסעדים האפשריים כתוצאה מכך.

לדוגמא: בחוזים של חברות בנייה נהוג להגדיר מחסור בפועלים או שביתה כסיכול חוזה. החוזה לא יתבטל, אלא תינתן אורכה לביצועו, בכפוף לפיצוי הצד הנפגע. כמו כן צדדים יכולים לשלב בחוזה שביניהם סעיף בוררות, על כך, להלן.

## בהווה:

את הפתרונות יכולים לספק שלושה:

- הלכה מחייבת של בית המשפט העליון, שהיא בבחינת דין מחייב.
- תיקון חוק החוזים ע"י המחוקק.
- פנייה לבוררות/ גישור.

## לענין הלכה של בית המשפט העליון:

סביר להניח, כי לאחר שוך הקורונה, בתי המשפט יוצפו בתביעות מרובות בגלל אי קיום חוזה או איחור בקיומו.

מטבע הדברים, ההליכים עשויים להתחיל בבית משפט השלום או בבית המשפט המחוזי, ויסתיימו, אחרי ערעורים, בהלכה מחייבת מפי בית המשפט העליון. מדובר בתהליך שעלול להימשך אפילו שנים. בערכאות השונות עשויים להינתן בינתיים פסקי דין שונים וסותרים. חלק מהערכאות עשוי לפסוק לפי ההלכה הפסוקה. חלק עשוי לנסות ולהגמיש את ההלכה (כפי שנעשה בעבר).

יש שופטים שעשויים לפסוק כי מגפה מסוג כזה נכללת בהגדרת סיכול (כוח עליון) ויש שעשויים לפסוק כי המבחן צריך להיות מבחן התוצאה - מה גרמה המגפה ולא אפשרות הציפייה לעצם קרות המגפה.

סביר כי הדבר ייעשה לפי קריטריונים שכל ערכאה עשויה לקבוע לעצמה.

כאמור, בהיעדר תקדים מחייב מבית המשפט העליון, אף פסיקה לא תחייב בהתדיינות זו או אחרת.

המשק יהיה מבולבל, הצדדים יהיו נבוכים והדין לא ברור.

**המסקנה** היא כי עד שתינתן הלכה מחייבת, יחלוף זמן רב, למשק לא יהיה פתרון עדכני, והדבר לא יתרום ליחסי המסחר התקינים שבין הצדדים.

## לענין תיקון החוק:

בסיומו של אירוע, זהו הפתרון הנכון, היציב והאפקטיבי.

יש לתקן את סעיף 18 לחוק החוזים תרופות ולפרט דוגמאות של סיכול אפשרי, כשלצידן תרופות מתאימות. מוצע שהתיקון יהיה רטרואקטיבי ויחול גם לגבי חוזים קיימים (זו אפשרות נדירה אבל קיימת).

לדוגמא: במישור הבינלאומי (ה-ICC מגדיר סיכול ככולל, בין היתר: מלחמה, סכסוך מזוין, פעולות טרור, פלישה, מלחמת אזרחים, שטפון, רעידת אדמה, אש, התפוצצות, חרם, מעשה אלוהים ואפידמיה (רשימה לא ממצה)).

מסקנה - ראוי לו למחוקק, שיתקן בהקדם את החוק, כך שיכלול תופעות חריגות פתאומיות כמפורט לעיל, שניתן אומנם לצפות אותם, אבל לגבי חלקן קשה להעריך מה הוא הנזק שיגרמו, במיוחד אם כתוצאה מקיומן הן ישתקו מהלך תקין של מדינה שלמה למשך זמן רב.

במסגרת התיקון יש לקחת בחשבון הוראות נוספות בגין סיכול שקיימות בחוק השכירות והשאלה, וכן הכרה ברוכה, שקיימת אפשרות של סיכול רגשי ביחסים בין בני זוג (נחמני נ' נחמני). ייתכן שסעיף הסיכול הגמיש יותר, שמבדיל בין סיכול מוחלט לסיכול חלקי, בהצעת חוק דיני ממונות מ-15.6.2011 יכול לשמש השראה לתיקון הנחוץ.

א ב ל , למרות שהוקמה כבר ועדה במשרד המשפטים במגמה לבדוק תיקון חוק אפשרי, הרי שגם התנהלות זו עשויה לקחת זמן רב מדי, ובתקופת הביניים אין פתרון משביע רצון למשק.

## הפתרון המייד, הזמין והנבון הוא - בוררות:

הבוררות הינה מוסד מעין משפטי, גמיש, שנוצר בין היתר כדי להפחית את הלחץ מבתי המשפט. מטרת הבוררות היא להגיע להחלטות מהירות ביחסים העסקיים שבין הצדדים.

הצדדים יכולים לעצב את מהלך הבוררות כרצונם, במסגרת חוק הבוררות לרבות בחירת בורר מוסכם. גם בהיעדר סעיף בוררות בהסכם המקורי שבין צדדים, הם יכולים, בכל שלב, בהסכם נוסף ונפרד ביניהם, להוסיף סעיף בוררות. הוספת סעיף מעין זה, כשסמכויות הבורר ומיהותו מקובלים על הצדדים - יכולה לפתור את הסכסוך במהירות וביעילות.

סעיף הבוררות המוסכם יכול להיות לגבי חוזה קיים ומתבצע וגם לגבי חוזה קיים שיתבצע בעתיד. הבוררות יכולה להיות בין באמצעות מוסד לבוררות, שמפקח גם על הניהול והתגמול הכספי של הבוררים, ובין בדרך אחרת.

הצדדים יכולים גם להתחיל בהליך של בוררות, ובהסכמה (רצוי בכתב) ביניהם - להפוך את ההליך להליך של גישור.

יתרון נוסף בהליכה לבוררות הוא שבורר, עפ"י חוק הבוררות, לא חייב לפסוק לפי הדין המהותי. לכן הוא "פטור" מדיון בנושא האם הקורונה היא כוח עליון אם לאו, ופטור מלהפעיל את ההגדרה הנוקשה והפרשנות הצרה שהמחוקק ובתי המשפט הגיעו אליהם.

הבורר יכול להיצמד לעובדות המקרה ולהגיע לתוצאה מסחרית-כלכלית אפשרית וצודקת לשני הצדדים כאחד, בהתחשב בסה"כ נסיבות החוזה; האם בחוזה מעורב גורם זר, האם היו איסורים על פתיחת מפעל מסוים, משך הזמן של האיסור, האם היה כוח עבודה וכיו"ב סיבות המשפיעות על עמידה בתנאי חוזה בזמן ובכלל, ותוך לקיחה בחשבון שהמדובר בתקופה כלכלית קשה.

יתרון נוסף לבוררות בתקופה זו הוא אפשרות השימוש בתוכנת זום, לניהול הבוררות. התוצאה היא, שהבוררות יכולה להתנהל בכל תקופה שהיא, מבתי הצדדים או עסקיהם, ללא הפרעה. כל מה שצריך להקפיד עליו הוא נושא הדיסקרטיות של הדיונים, ואי מתן אפשרות גישה לישיבת הזום למי שאינם צדדים. הצדדים יכולים להסכים ביניהם, על דרך הפעילות בתוכנת הזום, שתפוקח במהלך הישיבה ע"י הבורר.

הגישה של פנייה לבוררות, נסמכת על ההנחה שצדדים שערכו הסכם מסחרי-כלכלי, היו מעוניינים בו. ועדיין מעוניינים בו באם יותאם למצב הקיים.

במידה שלא קיימת אפשרות התאמת ההסכם למצב שהשתנה, כי אז ישקלל הבורר את התחייבויות הצדדים, חיוביהם ומה שכבר נעשה, במגמה לפצות את הצד שמגיע לו פיצוי, ובמגמה שלא להטיל את מלוא הנזק על צד אחד בלבד.

אם קיים החשש שמגפת הקורונה באה בגלים, ושעתה אנו לקראת סיומו של הגל הראשון בלבד, כי אז התדיינות במסגרת בוררות/ גישור באמצעות הזום, תהיה רציפה ולא תסבול מהאטה או סגירה חלקית של בתי המשפט.

### **מה דין טענת כוח עליון כשאחד הצדדים לחוזה אינו ישראלי?**

בשלב הראשון יש לבחון את סעיף השיפוט בהסכם, ולראות איזה דין חל על החוזה. לאחר מכן יש לבדוק האם דין זה מכיר בסעיף כוח עליון ומה משמעותו.

הממשלה הסינית, הוציאה לחברות סיניות מסמך המכונה "תעודת כוח עליון". בעגה עיתונאית הודבק לו השם: "הג'וקר הסיני". מדובר בהכרה של הממשלה הסינית במסמך רשמי, שבשל כוח עליון לא הצליחה החברה הסינית לעמוד בהתחייבויותיה. ספק רב אם מחוץ לסין יש לתעודה זו משמעות משפטית, אם בכלל.

ניקח לדוגמה התקשרות בין חברה ישראלית לבין חברה סינית, כשהדין החל על החוזה הוא הדין הישראלי: החברה הסינית לא עמדה בחיוביה עפ"י החוזה, ובתביעה היא שולפת, כטענת הגנה, את תעודת הכוח העליון שקיבלה מהממשלה הסינית וגורסת שלא קיימת אפשרות לחייבה לקיים את החוזה או לשלם פיצויים.

מה הדין?

במקרה כזה סעיף הדין עפ"י ההסכם (ההיפותטי) שיחול הוא סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות). המצב המשפטי הוא, שהדין הישראלי כפשוטו אינו מכיר במגפה כעילה לאי מילוי החוזה.

התוצאה היא, שהתעודה שהונפקה אינה יכולה לשנות את דין החוזה הקיים. היא יכולה להוות סוג של קיצור דרך בהבאת ראיות, כדי לדעת מה "עמד" מאחורי אי מילוי החוזה.

אלה הדברים באשר לפן המשפטי.

א ב ל -

לא כל החיים משפט, ובמיוחד לא החיים העסקיים.

לעיתים הפן המשפטי נסוג מפני הרצון להמשיך יחסי מסחר תקינים עם חברה זרה.

ברוב ההתקשרויות עם חברה מחו"ל, אם לא בכולן, קיים סעיף בוררות.

נראה כי גם בעניין זה, עדיף ללכת לבוררות, שאינה כפופה לדין המהותי. כמובן שרצוי לבדוק מה אומר הדין המהותי במדינת דין הבוררות.

במידה ולא קיים, מסיבה כלשהיא סעיף בוררות, אזי צדדים מסחריים שנמצאים בתקופה קשה ומעוניינים בקשר, יוכלו לנסח בנוסף סעיף כזה ולהוסיפו להסכם שביניהם.

### **מי פטור מתשלום דמי שכירות בתקופת קורונה**

- האם שוכר דירה, שפוטר מעבודתו או שאינו גר בדירה בתקופה זו - חייב לשלם דמי שכירות?

- האם בעל עסק שהמחוקק חסם את אפשרות הגישה לעסקו או הורה על השבתתו המוחלטת או החלקית - חייב לשלם דמי שכירות?

לענין זה אין להידרש לסעיף 18 לחוק החוזים לעיל, אלא יש להידרש לסעיף 15 לחוק השכירות והשאלה שדן ספציפית בנושא של פטור מחובת תשלום, בדיני השכירות. המילה סיכול אינה נזכרת בו כלל ועיקר.



החוק שואל שתי שאלות כדי לאפשר פטור מתשלום דמי שכירות:

- מהן אותן נסיבות שלא מאפשרות לשוכר להשתמש בנכס למטרת השכירות, או מה הן הנסיבות שמונעות ממנו את הגישה אליו?

- האם הנסיבות לא היו בידיעת השוכר לפני חתימת החוזה וגם לא יכול היה לדעתן (ע"א 4893/14 וליד חמודה זועבי נ' מ"י)

בהתקיים שני תנאים אלה יחדיו - יינתן פטור מתשלום דמי שכירות במשך כל תקופת מניעת השימוש בנכס.

כלומר, חוק השכירות והשאלה בודק את מטרת השכירות, שזו אפשרות השימוש בפועל בנכס. בהיעדר אפשרות שימוש - יינתן פטור מתשלום.

המחוקק לא שואל, במקרה של שכירות, מה הסיבה לחוסר אפשרות השימוש, אלא רק אם נוצרה סיבה כזו שלא הייתה ידועה או ניתנת לידיעה מראש. המחוקק לא שואל האם קורונה היא כוח עליון.

לכן שוכר שפוטר מעבודתו, הגר בדירה ואין לו יכולת כלכלית לשלם דמי שכירות, אינו פטור מתשלום דמי השכירות, כי הפיטורין לא סיכלו את מטרת החוזה, שהיא מגורים בדירה. גם אם הוא נמצא/היה בבידוד מחוץ לדירה, עדיין חייב לשלם דמי שכירות.

שונה המצב אם יש רטיבות בנכס, שמונעת משוכר נכס לעשות בו שימוש למטרות מגורים או מסחר (לפי החוזה). כאן סוכלה אפשרות השימוש/המגורים שהיא מטרת השכירות; לכן השוכר לא חייב לשלם דמי שכירות (שחר נ' שיר; קבוצת מ.א.ל.מ נכסים בע"מ נ' מסטיקס בע"מ).

הטעם לכך הוא שעיקרה של השכירות הוא זכות השימוש ולא עצם ההחזקה במושכר. זו זכות מוחלטת של השוכר, שבהיעדרה המשכיר לא יהיה זכאי לכספו, אפילו אם הנסיבות שנוצרו הינן נסיבות טבעיות (חדירת מי גשמים), או נסיבות שצד ג' גרם להם (חסימת דרך הגישה למקום, עוצר, מצב חירום וכיו"ב).

במקרה כזה, המשכיר "אשם" בהפרת ההסכם, ולכן השוכר לא חייב לשלם לו בעד התקופה בה קיימת מניעה לשימוש במושכר.

מכאן עולה כי כל אותם עסקים שרשויות החוק סגרו אותם, או מנעו את הגישה אליהם - אינם חייבים בתשלום דמי שכירות לתקופה זו, מכיוון שהמטרה לשמה שכרו את המושכר נמנעה מהם (לדוגמא: חדרי כושר, חלק מהמסעדות, עסקים בקניונים, עסקים קטנים, פיזיותרפיסטים, קוסמטיקאיות, אולמות אירועים קאונטרי קלאב וכו').

כאמור, הפטור מתשלום יינתן במידה שמטרת השכירות נשללה, בין אם ע"י אירוע יזום (תקנות שעת חירום) ובין אם ע"י אירוע טבעי (הצפה, רעידת אדמה, קורונה). אין רלבנטיות לשאלה - מה גרם לכך שזכות השימוש בנכס לא מתאפשרת.

אשר לעסקים שפעילותם צומצמה (הפחתת מספר העובדים, למשל) בשל צווי רשות, הדבר לא מונע לחלוטין את מטרת השימוש במושכר. א ב ל - יהיה זה היעדר תום לב ודרך מקובלת אם המשכיר יבקש לגבות את מלוא סכום השכירות במצב כזה. בהחלט סביר כי לשוכר תעמוד ההגנה של היעדר תום לב ודרך מקובלת בביצוע החוזה, והוא יעתור להתאמה בין תקופת השכירות בפועל לבין מחיר החוזה. הסעד שעומד למשכיר שאינו מקבל דמי שכירות בגין אחת הסיבות היא לבטל את החוזה כעבור זמן סביר, אא"כ הודיע לו השוכר לפני כן שהוא מוותר על הפטור מתשלום דמי שכירות. מסקנה - החוק מספק סעדים מאוזנים לשני הצדדים: השוכר והמשכיר במקרי קיצון. יחד עם זאת, מאחר שבתי המשפט, שעבדו במתכונת חירום בתקופת החודשים האחרונים, יהיו עמוסים לעייפה בתביעות שונות, נראה כי גם כאן השימוש במוסד הבוררות עם אפשרות להפיכתו לגישור, בהסכמת שני הצדדים, יכולה להביא לפתרון זריז יותר, ברוח החוק, ותוך עשיית שימוש בעקרון של ביצוע חוזה בתום לב ובדרך מקובלת.

## חוזים במשבר

### ד"ר איריס סורוקר

#### שופטת (בדימ') בית משפט השלום ראשל"צ

ירוס הקורונה נפל אל תוך עולמנו בבת אחת, פנדמי וגלובלי. ממשלת ישראל התמודדה עמו, בין השאר, באמצעות הטלת סגר חלקי, הגבלות תנועה ופעילות ואיסורי התקהלות.<sup>1</sup> אלה יצרו מציאות של שיתוק עסקי, אשר המשק הישראלי לא חווה דוגמתו בעבר. לא ניתן לטעון ברצינות שמגפה כזו הייתה צפויה, בממד הבינלאומי הרחב שלה, בקצב התפשטותה הדרמטי, ובקורבנות שגבתה מדי יום. כיצד על המגזר העסקי להתמודד עם אסון גדול מעין זה, המקשה על קיום חיובים חוזיים? למשל, מה יעשה בעל מספרה שנאלץ לסגור את העסק, אך מנגד הוא נדרש לפרוע חובות לספקיו? כיצד צריך לנהוג זכייין שחויב 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?

השאלות אינן עשויות מקשה אחת. הן מתעוררות במערכות חוזיות שונות. לכן, אין זה נכון להציע להן פתרון מדף אחיד. ואולם בין השאלות 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. הן משנות את התועלות החוזיות שהצדדים שאפו להשיג בנקודת הכניסה לחוזה. חוזה בעל ערך - הפך לחוזה הפסד.

### סיכול

נסיבות חיצוניות הנופלות על הצדדים "מן השמיים", ללא אשמה או שליטה, מוכרות במשפט כ"כוח עליון". השאלה המתעוררת היא, מי צריך לשאת בסיכון הכלכלי כתוצאה מהתרחשותו של כוח עליון? האם הנזק צריך להישאר במקום שבו נפל?<sup>2</sup> האם על המשפט להתערב בחלוקת הסיכונים החוזית ולקבוע מי יישא בנזק, ובאיזה שיעור? התשובה לשאלה היא מורכבת. למשל, שוכר רציונאלי ישאף לבטל חוזה שכירות שמטרתו סוכלה; ואולם מה הדין שעה שהמשכיר מחויב מצדו בהחזרי משכנתא

הכותבת היא שופטת בדימוס, בוררת ומגשרת, ומנהלת מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה במסלול האקדמי-המכללה למינהל. הרשימה מבוססת על נייר עמדה שהוכן על ידי הצוות האקדמי במרכז חת והוגש לוועדה במשרד המשפטים בראשותו של עו"ד ארז קמיניץ.

1 מרבית התקנות לטיפול במשבר הקורונה הוצאו על ידי הממשלה מכוח סמכותה להתקין תקנות לשעת חירום לפי סעיף 39 לחוק יסוד: הממשלה.

2 במשפט האנגלי מוכר הכלל לפיו: the loss lies where it falls. ראו: Oliver Wendell Holmes, *The Common Law* 94 (1881). באופן כללי ניתן לאמר כי לפי הכלל הזה, המשפט אינו צריך להתערב במיקום הנזק שנגרם, אלא בנסיבות מיוחדות.

לבנק, אותם ביקש לממן באמצעות תשלומי השכירות השוטפים? 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.

כרגיל בדיני חוזים, נחפש תחילה פתרונות בחוזה עצמו. החוזה הוא בבחינת "התנ"ך" של הצדדים. 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 שהחוזה לא התייחס לכוח עליון, או שהוא מגדיר כוח עליון באופן שאינו שייך למשבר הקולוסאלי דנא.

בהיעדר הסדר חוזי, נפנה אל החוק ונשאל - מה הוא מציע? אילו סעדים יש בו עבור הצדדים? עקרון יסוד בדיני החוזים בישראל הוא, כי "חוזים יש לקיים"<sup>3</sup>. אולם לעיתים, ייתכן שינוי נסיבות המאפשר לצד לחוזה להשתחרר מהחובה המוחלטת.<sup>4</sup> בכך עוסקת דוקטרינת הסיכול, שעניינה נסיבות חדשות ובלתי צפויות שלא היו ידועות או צפויות בעת כריתת החוזה.<sup>5</sup> סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 מהווה את המסגרת הסטטוטורית לדוקטרינה זו. על פי הוראת החוק, מקום שאירוע מסוים נמצא מחוץ לצפיות הצדדים, והם לא יכלו לדעת עליו או לחזותו מראש, לא כל שכן למנוע אותו, אזי הפרת החוזה לא תהווה עילה לאכיפת החוזה או לפיצויים.<sup>6</sup> 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 הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר לשם קיום החוזה, והכל אם נראה לבית המשפט צודק לעשות כן בנסיבות הענין ובמידה שנראה לו."

3 הפסיקה המיישמת כלל זה היא ענפה. למשל: בג"ץ 1930/94 נתן נ' שר הביטחון, פ"ד מח (4) 643, 655 (1994); ע"א 3912/90 Examin S.A תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פרארי בע"מ, פ"ד מז (4) 81, 64 (1993); ע"א 6916/04 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 92 - 93, 95 (18.2.2010).

4 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) 519, 515 (תשע"ד).

5 ברק מדינה, "סיכול חוזה" דיני חוזים - צורת החוזה כרך ג, 412 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2004); מנחם מאוטנר "שינוי נסיבות החוזה בתקופה שלאחר כריתת חוזה: הערות מקדמיות בפרספקטיבה של המשפט האנגלו-אמריקאי" עיוני משפט ט, 363, 364-363 (1993).

6 מיגל דויטש, ביטול חוזה בעקבות הפרתו 128 (1993); דניאל פרידמן "תרופות בשל הפרת חוזה" עיוני משפט ג 136-134 (תשל"ג).

מהן נסיבות מסכלות, היא שאלה משפטית שעלתה בפסיקה פעמים רבות. סיבוכים עסקיים,<sup>7</sup> שינויים או הקפאה של שערי מטבע,<sup>8</sup> האינתיפאדה או סגר בשטחים,<sup>9</sup> ואף מלחמה - לא הוכרו כאירועים בלתי צפויים.<sup>10</sup> בתי המשפט בישראל אימצו גישה מצמצמת, וכמעט כל אירוע נחשב בגדר הצפוי. כך, בית המשפט לא הכיר בגירוש הישראלים מאוגנדה בשנת 1972, כאירוע בלתי צפוי המוליד סיכול.<sup>11</sup> גם הפרת חוזה על ידי צד שלישי לא נחשבה כאירוע בלתי צפוי.<sup>12</sup> אפילו מלחמה - שהיא ברגיל מחוץ לטווח הצפיות של האדם הסביר, אינה בבחינת סיכול. בע"א 715/78 כץ נ' נצחוני מזרחי בע"מ ואח', נדון מקרה של קבלן שגויס לשירות צבאי במלחמת יום הכיפורים. בשובו, התברר לו כי המחיר בו הסכים לבצע את עבודתו הוא "בבחינת פשיטת רגל" ולכן דרש להעלותו.<sup>13</sup> הצדדים נשאו ונתנו אך לא הגיעו להסכמה. 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:

"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".<sup>14</sup>

השופט לנדוי הוסיף:

"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, כך שבעניני מלחמה ושלוה הבלתי צפוי הוא לעולם בגדר הצפוי עבור אדם מישראל; והאם אין די בסכנה צפויה כזאת כדי שתישלל טענת הסיכול עקב פרוץ מלחמה?"<sup>15</sup>

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

8 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 מ(3) 314 (1992).

9 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).

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

11 ע"א 101/74 חירם לנדאו עבודות עפר כבישים ופתוח בע"מ נ' פיתוח מקורות מים (ארצות חוץ) בע"מ, פ"ד ל(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").

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

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

14 שם, בעמ' 640.

15 שם, בעמ' 643.

גישת הפסיקה בישראל עולה בקנה אחד עם השקפה הרואה את האחריות החוזית כמוחלטת. גישה זו מושתתת על הרציונל שלפיו החיים רוויים באירועים בלתי צפויים, ולכן על בעלי חוזה להיערך גם כלפי הבלתי צפוי. ואולם בעת משבר גדול - ראוי לעדן את הגישה הנוקשה. ניתן למצוא לכך סימנים בפסיקה. למשל, בפרשת **נאות דברת**, השופט חשין הבחין בין גשמים "מן המניין" לבין גשמים "שלא בעיתם או שלא כדרכם" - ואלה האחרונים אינם צפויים.<sup>16</sup> בפרשת **רגב נ' משרד הבטחון**, השופט י' אנגלרד הציע לבחון את שאלת הצפיות לא ביחס לאירוע המשבש עצמו (כגון מלחמה), אלא ביחס להשפעת האירוע החריג על היחסים החוזיים:

"...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.<sup>17</sup>"

בפרשת **בן-אבו נ' מדינת ישראל** נקבע כי פעולות איבה הן בגדר אירועים צפויים בישראל; אולם, עוצמתה והתמשכותה של אינתיפדת "אלאקצא" וההשפעות שלה על המשק הישראלי - לא היו צפויות, ובית המשפט קיבל את טענת הסיכול.<sup>18</sup> 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**.<sup>19</sup> השופט יצחק עמית הצטרף לעמדה לפיה ראוי לרכך את יסוד הצפיות שבסעיף 18 לחוק החוזים תרופות, אך הותיר את השאלה לעת מצוא, מחמת שלא נדרשה בה הכרעה.<sup>20</sup>

נראה כי משבר הקורונה מהווה הזדמנות לאימוץ גישה מרוככת לדיני הסיכול. זהו דין המקנה מכשיר גמיש ומעשי בידי בתי המשפט. אין פירוש הדבר שנכון לאיין את החוזה בכל מקרה. המטרה היא להגשים את החוזה ככל הניתן; ואולם לעיתים - לא ניתן. אי אפשר להתעלם ממצבים בהם שיווי המשקל החוזי קרס, משום שביצוע החוזה סוכל.

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

17 ע"א 6328/97 **עזרא רגב נ' משרד הבטחון**, פ"ד נד(5) 506, 517 (מיום 23.11.2000).

18 ת"א (מחוזי י-ם) 3531/01 **בן אבו חברה לבנין נ' מדינת ישראל** (21.7.2002).

19 מיום 3.3.2016.

20 ס' 30 לפסק דינו של השופט עמית.

## שכירות

משבר הקורונה גרר לא מעט מקרים בהם עסקים במקומות מושכרים - נסגרו, ולו לשעה. שכיחות התופעה מצדיקה עיון מיוחד בדיני השכירות. אלה מעוגנים בעיקר בחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971. סעיף 15 לחוק זה, שכותרת השוליים שלו היא "פטור מחובת תשלום", קובע:

"(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."

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). סעיף 15 מקנה 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).

בפרשת **וליד חמודה זועבי הנ"ל** דובר במקרקעין שהושכרו למדינה, והיא השתמשה בהם לשירות ממשלתי. בשלב מסוים התרחשו בסביבת המושכר אירועי אלימות שחייבו את פינוי העובדים. המדינה, כשוכרת, הודיעה לבעלים על הקפאת שירותי התחזוקה שקיבלה ממנו, ובשלב מסוים גם הפסיקה לשלם את דמי השכירות. בית המשפט העליון פסק, כי אין מקום לחייב את המדינה בתשלום דמי שכירות עד לתום התקופה החוזית, וזאת משום החובה המוטלת על המשכיר 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 העניין. מעניינים הדברים שציין כב' הש' 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."<sup>21</sup>

21 ס' 17 לפסק דינו של השופט עמית.



באותו עניין, בית המשפט לא נדרש להפעלה של סעיף 15 לחוק השכירות והשאילה; 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. ספק אם פתרון זה 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, מכוח סעיף 39 לחוק החוזים.<sup>22</sup> בית המשפט העליון קבע כי משכיר המתעקש על עמידה דווקנית בתנאי החוזה, שעה שהשוכר אינו יכול להשתמש במושכר למטרת השכירות, עלול להימצא כמי שמפר את החובה לנהוג בתום לב - וכפועל יוצא מכך הוא המפר של הסכם השכירות.

יש לשים לב כי לפי פסיקת בית המשפט העליון בפרשת **וליד הנ"ל**, הסיכול שלפי סעיף 15 לחוק השכירות והשאילה חל 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."<sup>23</sup>

לפיכך, וביישום למקרי הקורונה, אם הגישה למושכר הוגבלה פיסית (כגון חנות הממוקמת בקניון שנסגר בצו-קורונה) - במקרה כזה יחול סעיף 15 לחוק השכירות והשאילה. 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 תועלת כלכלית, ולא במניעת השימוש במושכר. מקום בו אין תחולה לסעיף 15, נחזור לדון במקרה לפי הדינים הכלליים.

## המלצות

משבר הקורונה מהווה הזדמנות לפתיחת הדלת של דיני הסיכול, הן זו הכללית המעוגנת בסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות), והן זו הספציפית, הממוקמת בסעיף 15 לחוק השכירות והשאילה. אין הכוונה להחלה סיטונאית של הגנת הסיכול. יש להיזהר שלא למוטט חוזים שניתן לקיים, אך משום הדרמה הגדולה של המשבר. המשבר מחדד את הצורך בכלים גמישים שיאפשרו דיון פרטני, כל חוזה לפי הקשרו ונסיבותיו. מוצע לשקול את השיקולים הבאים:

- החוזה הוא ה"תנ"ך" של הצדדים. שעה שהחוזה מתייחס למצבים של כוח עליון וקובע הסדר המחלק את הסיכון בין הצדדים, יש ליישם את ההסדר שהם עצמם קבעו.

22 ס' 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

23 ס' 29 לפסק דינו של השופט עמית.



- אין לאפשר ביטול סיטוני של חיובים חוזיים. יש לבחון מהי השלכת המשבר על החוזה הקונקרטי. מקום בו ההשלכה היא שולית, אין לאמר שהחוזה סוכל, ויש לקיימו.
- ניתן לעשות שימוש בדוקטרינת "הקיום בקירוב", במטרה להגשים את כוונת הצדדים. דוקטרינה זו מאפשרת להתאים את החיובים שבחוזה למצב המשתנה ולמצוא מחדש את שיווי המשקל החוזי. שעה שניתן לדחות קיום חיובים למשך זמן סביר, ראוי בדרך כלל להעדיף את דחיית החיוב לפרק זמן סביר על פני ביטול החוזה.
- ניתן להבחין בין חיובים שונים באמצעות שימוש ב"עיקרון הכחול": יש להבחין בין חיובים הניתנים לביצוע לבין חיובים אחרים, ובלבד שלא תופר ההרמוניה החוזית.
- 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 היצמדות דווקנית לחוזה הפסד מבחינת השוכר.
- ראוי להבחין בין חוזה מסחרי לחוזה בעל אופי פרטי (כגון שכירות למגורים). עסקים כרוכים מטיבם בסיכונים פיננסיים העלולים להתממש. ההנחה היא שבעלי עסקים יודעים להגן על האינטרס העצמי. למשל, קבלני בנייה נוהגים לחסן עצמם מפני אחריות לאיחור במסירת הדירה לפרק זמן מסוים הקבוע בחוזה. במקרים כאלה, רמת ההתערבות השיפוטית 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 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 היצמדות 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<sup>24</sup>", במיוחד בימים קשים.

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

## פתרון סכסוכים בענף הבנייה והתשתיות על רקע משבר הקורונה - כורח המציאות שהוא גם הזדמנות לשינוי

גדעון שפיגל

עורך דין / מהנדס

**ע**נף הבנייה והתשתיות מהווה חלק מרכזי בפעילות הכלכלית בישראל, והוא אף נחשב לקטר המוביל את המשק. למרות שבאופן רשמי לא הופסקה פעילותו במסגרת הצווים והתקנות לשעת חירום שהביאו לעצירתם של חלקים נרחבים מהמשק, גם ענף הבנייה ספג פגיעה משמעותית בשבועות האחרונים. לאור זאת, היציאה מהמשבר והחזרה לפעילות כלכלית בהיקפים מלאים צפויות להיות משימות מורכבות באופן חסר תקדים גם עבור ענף הבניה והתשתיות.

### הפעילות בענף הבנייה כרוכה בפוטנציאל לקונפליקטים גם בימי שגרה

נושא פתרון הסכסוכים והמחלוקות שנוצרות בתקופת משבר הקורונה צפוי להיות אחד הנושאים המרכזיים עמו יתמודד ענף הבנייה במסגרת תהליך החזרה לשגרה. הדבר נובע מכך שהפעילות בענף הבנייה היא ברובה בעלת מאפיינים של פרויקט. הצלחתו של פרויקט בניה תלויה, גם בימים רגילים, ביכולת שיתוף הפעולה בין גורמים רבים, שביניהם קיים מארג מורכב של הסכמים וחוזים. לגורמים אלו המעורבים בכל פרויקט אינטרסים שונים וחלקם אף מנוגדים. לכן גם בימים רגילים הפעילות בענף הבנייה והתשתיות מלווה בצורך בניהול קונפליקטים ופתרונם. בחלק מהמקרים הקונפליקטים מידרדרים להליכים משפטיים, ולא בכדי לענף הבנייה והתשתיות נוכחות משמעותית בהליכים השונים העוסקים בניהול סכסוכים משפטיים, הן בבתי המשפט והן בהליכי בוררות.

### תחרות על משאבים מוגבלים

כבר עתה ניתן לומר כי משבר הקורונה הוא משבר החוצה את כל ענף הבנייה ואף את המגזר העסקי כולו. השפעתו תיגע, ברמה כזו או אחרת, בכל גורם המעורב בפעילות בענף הבנייה. לא רק זאת, אלא שהשפעת המשבר עשויה לגלוש מעבר לפרויקט הבודד, וזאת כאשר המעורבים בכל פרויקט יהיו מושפעים מהחלטות שיתקבלו בפרויקטים אחרים בהם הם מעורבים ויתכן שאף מהחלטות משקיות ברמת המדינה, הרשויות המקומיות ועוד. כך, סביר להניח שכל המעורבים ימצאו את עצמם בתחרות על משאבים שהם מוגבלים - כוח אדם, חומרי בנייה ומימון. על כן תוצאת האירועים לכל גורם אינה תלויה רק בהחלטותיו אלא גם בהחלטות שיקבלו הגורמים הנוספים עמם הוא פועל בכל פרויקט ויתכן שאף בגורמים אחרים שעמם אין לו קשר ישיר.

## בלא שיתוף פעולה השיח המשפטי עלול להניב תוצאות רעות גם לשחקן רציונאלי

מזמיני עבודה, יזמים, קבלנים ראשיים, קבלני משנה, ספקים, מתכננים, רוכשי דירות, הבנקים נותני הליווי הפיננסי והמימון וגורמים רבים נוספים עשויים לגלות כי המשבר גרם לטריפת קלפים בלתי צפויה. בנסיבות כאלו, יש צורך במקרים רבים לנסח מה שמכונה בתורת המשחקים "כללי משחק" חדשים בטרם חלוקת הקלפים מחדש. הגורמים המעורבים יגלו כי המשבר השפיע על כל אחד מהם בצורה שונה, אך למכלול התוצאות יש השפעות הדדיות. שחקן "חזק" שיבקש לנצל את מעמדו עלול לגלות שיתכן שהתוצאה תיקבע דווקא על ידי החולייה החלשה שהוא כלל אינו מזהה. לדוגמא, יזם שיבקש לעמוד בנוקשות מול הקבלן הראשי על קיום תנאי החוזה עשוי לגלות כי ידי הקבלן כבולות בניסיונו להפעיל את קבלני המשנה ולספק חומרים לאתר. הקבלן הראשי בתורו ינסה לשרשר את הלחץ הלאה לקבלני משנה, אך יתכן שללא הועיל. הפיתוי "לבגוד" איש ברעהו בטווח הקצר יהיה גדול. יהיו מצבים בהם כל גורם יקבל החלטות שהן רציונאליות בעיניו, אולם במצטבר הן יביאו בסופו של דבר לתוצאה רעה לכולם. אלו מצבים מובהקים של "דילמת אסיר". החשיבה הרגילה, ובכלל זה השיח המשפטי המקובל, עלולים להתגלות כבלתי מספיקים ולא רלבנטיים, ובמקרים רבים עלולים להוביל את המעורבים למעין "ניצחון פירוס" במסגרתו אמנם אף אחד "לא יצא פראיר", אך כולם ישקעו יחדיו. מצב זה יכול להביא לעיכוב בביצוע פרויקטים, התייקרות משמעותית של עלויות ולהשלכות משמעותיות נוספות, כולל תגובת שרשרת על כלל המשק. כבר עתה הדוגמאות הן רבות ומתחילות להצטבר, הן במגזר הציבורי והן במגזר הפרטי.

## נדרשים מנגנונים לפתרון סכסוכים המאפשרים פתרונות מהירים והגיוניים

במצב עניינים זה נדרשים לענף הבנייה והתשתיות מנגנונים לניהול קונפליקטים ופתרון סכסוכים שיהיו גמישים, יעילים, מהירים, ויותר מכל - מקצועיים. יש לזכור שבמקרים רבים מדובר בצדדים הוגנים שקרוב לוודאי לא היו נקלעים לעימות משפטי במצבים רגילים. מנגנונים מושכלים לניהול המחלוקות שנוצרות כתוצאה ממשבר הקורונה והשפעותיו, יוכלו להציג למעורבים בקונפליקטים אלו פתרונות מעשיים שיאפשרו בראש ובראשונה חידוש מהיר של הפעילות ושימורה, תוך שיתוף פעולה חרף קיומו של הקונפליקט ותוך חתירה להתרתו ולסיומו.

## מנגנונים קיימים וזמינים המבוססים על חוזים בעולם הבנייה והתשתיות

בעולם הבניה והתשתיות קיימים כלים ומודלים לניהול מצבי משבר במהלך ביצוע פרויקט. בין היתר ידועים ומוכרים המנגנונים המיושמים בחוזה הידוע כחוזה של ארגון פידיק (FIDIC). מנגנוני FIDIC מיועדים לגרום לכך שגם במקרה של מחלוקת הפרויקט לא ייעצר. במהותו, מנגנון זה מביא לכך שהמחלוקת מובאת בפני גוף או גורם מקצועי שפועל באופן מהיר ויעיל לסיום או ריכוך הסכסוך. מכאן החשיבות בכך שגורם זה יהיה בעל ניסיון וידע רלבנטיים, על מנת שהוא יוכל להתערב במהירות ובאופן יעיל בנושאי המחלוקת. במקרים רבים מאוד משכיל גורם זה להביא את הצדדים לפתרון מוסכם כבר בשלבים המוקדמים של התגלעות המחלוקת וכך לייתר דיון משפטי פורמאלי. החלטותיו יכול שתהינה

מחייבות רק לתקופת ביניים במסגרתה יקודם הפרויקט, וככל שלא תהיה הסכמה לגבי חלק מהן יתקיים במועד מאוחר יותר דיון במסגרת הליך בוררות.

מנגנונים כאלו נוטלים את היתרונות הגלומים בהליכים שונים, כדוגמת הליכי ייעוץ, משא ומתן, הערכת סיכונים, גישור ובוררות, ומשלבים ביניהם בצורה מושכלת. הם מתאימים במיוחד למחלוקות שמתעוררות בשל נסיבות חיצוניות בלתי צפויות, כדוגמת משבר הקורונה. מדובר במנגנונים שיסייעו בראש וראשונה בהתנעת פרויקטים שנפגעו ואף נעצרו, ובהמשך יסייעו לאיתור פתרונות יעילים מחוץ לכותלי בית המשפט. יש לקוות לכן שגורמים רבים בענף הבנייה ייעזרו במנגנונים אלו לצורך פתרון יעיל ומהיר של מחלוקות שנוצרות על רקע התקופה המאתגרת הנוכחית.

## **על המדינה בכובעה כרשות שלטונית וכמזמין ציבורי הגדול במשק להוביל לשינויים בתחום פתרון הסכסוכים כחלק מהשינויים העוברים על כלל המשק**

בהקשר זה גם למדינה תפקיד מרכזי, בפרט על רקע ההחלטות הדרמטיות שקברניטי המדינה מקבלים בימים אלו. חשוב לזכור שהמדינה היא לא רק מזמין עבודה ציבורי, אלא בפועל גם מזמין העבודה הגדול ביותר בענף הבנייה והתשתיות. למדינה עמדה מסורתית המסתייגת מיישום מודל FIDIC כלשונו, וזאת למרות יתרונותיו הבולטים. כמי שמכיר את טענות נציגי המדינה בעניין זה, אני סבור שניתן לעצב את המנגנונים ולהתאימם כך שגם המדינה תוכל ותסכים ליישם בחוזים שהיא צד להם. אותה גישה שהובילה את מקבלי ההחלטות להקצות סכומים חסרי תקדים לצורך שמירת הכלכלה מפני קריסה, צריכה להוביל גם ליישום מנגנונים יעילים ומהירים לפתרון סכסוכים בחוזים שהמדינה היא צד להם, מתוך הבנה שמדובר במצב משבר ייחודי שדורש כלים ייחודיים לצורך התמודדות מיטבית אתו. לכן, טוב תעשה המדינה אם תיישם גישה גמישה זו ותעודד הפעלת מנגנונים אלו ככלי חשוב לצורך יציאה מהירה מהמשבר ותתווה בכך את הדרך לכלל המעורבים בענף הבנייה והתשתיות.

## **הקטנה ומניעת עיכובים בסיום פרויקטים כמשאב לאומי הדורש שיתוף פעולה של הארגונים המעורבים בתחום**

המורכבות של ענף הבנייה מתגלה במלוא עוצמתה במיוחד במצבי הקונפליקט והסכסוך שמתעוררים בפרויקטים השונים. אם כך בדרך כלל, אז כך יהיה על אחת כמה וכמה בסכסוכים שיתעוררו בתקופה הקרובה על רקע משבר הקורונה. המחלוקות שיתעוררו יעלו מטבע הדברים שאלות מקצועיות כשהן משולבות בשאלות משפטיות, חלקן אולי תקדימיות. אך בד בבד יידרשו פתרונות מהירים ויעילים הניתנים ליישום מהיר. לצורך כך יש חשיבות קריטית בהפעלת מנגנוני פתרון סכסוכים מיטביים ויעילים שיאפשרו לגורמים מקצועיים ומנוסים בענף הבנייה וניהול הפרויקטים לסייע לברר ולסיים סכסוכים בפרויקטים באופן מהיר ויעיל והוגן, שגם ימזער את הפגיעה בפרויקטים עצמם. מטבע הדברים הפגיעה בולטת לעין כשמדובר בחשש לעיכוב במסירת דירות. אולם ההשלכות עלולות להיות משמעותיות גם בבנייה שלא למגורים. לכן, חשוב שפעילות זו תיעשה בשיתוף עם הגופים הציבוריים והארגונים הרלבנטיים, ובראש וראשונה איגוד המהנדסים והתאחדות בוני הארץ. ארגונים אלה יכולים לרתום לפעילותם את הנהלת

בתי המשפט, ולשתף פעולה עם מוסדות לפתרון סכסוכים, כדוגמת המוסד הישראלי לבוררות עסקית, בוררים ומגשרים ולנצל את כורח המציאות שיצר המשבר הנוכחי לצורך ביצוע קפיצת מדרגה בתחום פתרון הסכסוכים, בדגש על ההליכים המתנהלים מחוץ לכותלי בתי המשפט.

כדאי שכל השחקנים בענף הבניה, לרבות עורכי הדין העוסקים בתחום, יפנימו שבעת כזו ישועתם לא תגיע דווקא מבתי המשפט (שהם לרוב המסלול הארוך והיקר ביותר). אם לא כך יהיה, אז בחלק מהמקרים הגורמים השונים יקרסו חסרי נשימה עוד בדרכם אל בית המשפט, ובחלקם האחר הם עלולים לקצור "ניצחון משפטי" שיהיה בבחינת עוד ניצחון כזה ואבדנו.