

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 1432/90

בפני:

כבוד הנשיא מ. שמגר

כבוד השופט ד. לוין

כבוד השופט ט. שטרסברג-כהן

המערערת:

לה ז'באנז – באגט תעשיות לחם בע"מ

נגד

המשיב:

מאיר רם און

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים מיום 19.2.90, בת.א. 1499/87, שניתן על ידי כבוד השופט ש. ברנר

בשם המערערת: עו"ד אבי גולדברג

בשם המשיב: עו"ד יוסף תוסייה-כהן

בשם היועץ המשפטי לממשלה: עו"ד נורית אלשטיין

פסק – דין

הנשיא:

1. ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים, אשר קבע כי על חברת "לה ז'באנז" באגט תעשיות לחם בע"מ (להלן: "המערערת") לפצות את מאיר רם און (להלן: "המשיב") בסכום של 62,236 ₪ בגין הפרת חוזה.

2. העובדות הדרושות לענייננו הן כדלקמן: המערערת היא בעלת מפעל "לה ז'באנז" ליצור ולשיווק באגטים בישראל. מוצריה משווקים ברחבי הארץ הן בצורתם המוגמרת כבאגטים אפויים או עוגות, והן כבצק קפוא אשר יש להפשירו ולאפותו בנקודות המכירה. המשיב, שראה את הפוטנציאל הרב הטמון במכירתם של באגטים (בעיקר כסנדוויצ'ים), התקשר בחוזה עם המערערת, על מנת שזו תשווק לו את הבצק הקפוא, והוא יאפה אותו בחנות אותה יפתח לצורך העניין בירושלים.

תנאי ההתקשרות סוכמו בעל-פה, והוסכם כי המערערת תספק למשיב את מוצריה, ותעניק לו את הזכות להשתמש בשמה המסחרי בחנות אותה ישכור. כנגד זאת התחייב הערער כי באותה חנות, שתשא את שם המערערת, ימכרו רק באגטים ועוגות מתוצרתה.

לצורך העניין שכר המשיב נכס מתאים, וערך בו שינויים על מנת להפכו לחנות בה יוכל למכור את מרכולתו, שעיקרה היה, כאמור, באגטים ועוגות מתוצרתה של המערער, וכן סלטים, שתייה חמה ושתייה קרה. השינויים כללו בנייתו של חדר קירור ובו מקפיא גדול לאכסון הבצק שסופק על ידי המערער אחת לשבוע, וכן רכישתו של תנור אפיה מיוחד לצורך אפייתם של הבאגטים.

חשוב לציין, כי בעת כריתת ההסכם המתואר טרם פעלה בירושלים חנות שנשאה את שם המערער ושיוחדה למכירת תוצרתה. עובדה זו הייתה, לטענתו, הסיבה העיקרית שהביאה את המשיב להתקשר עם המערער בחוזה, שכן הוא ראה את האפשרויות הכלכליות הגלומות בעסקה, ובעקבות זאת שכר את הנכס המתאים לתקופה של חמש שנים, בנה את חדר הקירור וקנה מהמערער את התנור שפעילותו הובטחה למשך חמש שנים לפחות. טענת המשיב הייתה, כי הוסכם על כך שסביב חנותו ייווצר רדיוס של 1,000 מטר בו לא ימכרו באגטים מתוצרתה של המערער.

המשיב החל להפעיל את החנות ברחוב יפו בירושלים תחת השם "לה ז'באנו" ביוני 1985. כעבור שנה לערך נפתחה ברחוב הנביאים בירושלים במרחק של כ-300 מטר מחנות התובע חנות מתחרה, הנושאת אף היא את השם "לה ז'באנו", ובמוצאי חג הפסח של שנת 1987 נפתחה ברחוב יפו במקום שבו הייתה בעבר החנות "ירושלמי" (לחטים ולמוצרי חבל) חנות מתחרה נוספת, הנמצאת גם היא במרחק של 300 מטר לערך מחנותו של המשיב. בשל פתיחתן של חנויות אלה והירידה בנפח המכירות שנגרמה למשיב, הוא מכר את עסקו לאחר בסוף אוקטובר 1987.

המשיב הגיש תביעה לבית המשפט המחוזי בגין הפרת החוזה שנכרת בינו לבין המערער 3.

3. המחלוקת שהובאה בפני בית משפט קמא הייתה בשאלה, האם בהסכם הבלתי כתוב, שנערך בין המערער למשיב, הבטיחה לו הראשונה, כי לא תספק סחורה לכל עסק נוסף למכירת באגטים שיתחרה בעסקו של המשיב, בטווח של פחות מ-1,000 מטר מחנותו.

לגרסת המשיב ניתנה לו הבטחה לאספקה בלעדית של סחורה ברדיוס האמור, וזו הייתה אחת מן הסיבות העיקריות להתקשרותו בחוזה. לעומתו טענה המערער, כי לא היו דברים מעולם והתחייבות שכזו לא ניתנה. יחד עם זאת, מתוך זהירות, העלתה המערער טענה חלופית. לגישה, גם אם יקבע בית המשפט כי אכן ניתנה התחייבות שכזו, הרי היא בטלה לאור סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, שכן היא פוגעת בתקנת הציבור ומגבילה את חופש העיסוק וחופש התחרות בהיותה בלתי מוגבלת בזמן ובלתי סבירה מבחינת השטח שההפצה בו נאסרה.

המחלוקת העיקרית התייחסה, אפוא, לשאלה של הפרת ההסכם, שכן גם המערער לא הכחישה, כי כעבור כשנה מפתחת חנותו של המשיב החלה המערער למכור את מוצריה לחנות ברחוב הנביאים (החנות הראשונה) שנפתחה במרחק של כ-300 מטר מחנותו של המשיב, וכעבור שנה נוספת החלה למכור את מוצריה לחנות הנוספת (החנות השנייה), שמיקומה, כאמור, היה במרחק דומה מחנותו של המשיב. על המכירה לחנות השנייה יצא עיקר קצפו של המשיב, שכן בעקבות פתיחתה פחתו מכירותיו באופן ניכר.

4. בית משפט קמא האמין לעדי המשיב והשתכנע בכנות דבריהם, מחד גיסא, ומצא את גרסתה של המערער בלתי אמינה ומתחמקת, מאידך גיסא. בית המשפט השתית את ממצאיו, בין היתר, על הסתירות שנתגלו בדברי המערער ועל העובדה שבעליה לא הכחישו, בשיחות קודמות שהתנהלו בין הצדדים (ושהוקלטו), את ההבטחה בדבר הבלעדיות. לפיכך, קבע בית המשפט שאכן המערער הבטיחה למשיב כי לא תמכור את תוצרתה לחנויות מתחרות ברדיוס של 1,000 מטר מחנותו של המשיב, וכן שהבטחה זו התייחסה לפרק זמן של חמש שנים. את משך הזמן אליו התייחסה ההבטחה קבע בית המשפט, בעיקר, בהתבסס על עדות המשיב, אשר אמר שנקבע בין הצדדים כי תקופת החוזה שביניהם תהיה חמש שנים. כמו כן, הוסיף בית

המשפט, שגם לו לא קצבו הצדדים זמן להסכם שביניהם, הרי בהתחשב בטיב העניין ובתנאים שהונחו בבסיס החוזה, הוא היה מעלה עליהם כי בפועל התכוונו והסכימו לתקופה של חמש שנים.

מכאן עבר בית משפט קמא לבחון את סבירותה של התניה שהעניקה למשיב בלעדיות בקבלת המוצרים לתקופה של חמש שנים ברדיוס של 1,000 מטר מחנותו. מסקנתו הסופית הייתה, כי תניה כזו היא סבירה לנוכח נסיבות העניין, ולכן אין לפסול אותה מכוחו של סעיף 30 לחוק החוזים. למסקנה זו הגיע בית המשפט לאור העובדה, שבעת כריתת החוזה, המערערת לא יכולה הייתה לצפות את העובדה שהפצתם ומכירתם של הבאגטים מחנותו של המשיב תהיה בהיקף מצומצם יחסית, וכן לאור העובדה שהמערערת זכתה בעקבות החוזה עם המשיב בטובת הנאה נוספת, שהתבטאה בהתקשרויות נוספות למכירת מוצריה עם עוד חנויות בירושלים, וכן עם עסקים מתחרים במרכז ירושלים התקשרויות שבאו בעקבות הצלחתו היחסית של המשיב בהפצת מוצריה של המערערת.

לנוכח המסקנה בדבר סבירות התניה, ולנוכח היעדר מחלוקת עובדתית בדבר הפרתה (כזכור, המערערת לא חלקה על עצם מכירת מוצריה בתוך רדיוס של פחות מ-1,000 מטר מחנות המשיב, אלא על קיומה של תניית הבלעדיות וסבירותה), קבע בית משפט קמא כי החוזה בין המערערת למשיב הופר הפרה יסודית על ידי המערערת. לאחר מכן עבר לבחון את היקף הנזק שנגרם למשיב.

5. המשיב תבע כפיצוי בגין הפרת החוזה את הנזקים הבאים: החזר חלקן היחסי של ההוצאות שהוצאו בגין שיפוץ החנות, התאמתה לממכר הבאגטים ופרסומה; וכן הפסד הכנסה החל ממועד פתיחת חנות הבאגטים המתחרה השנייה (שכן לטענתו היא שגרמה לעיקר הנזק) ועד תום חמש שנים מיום פתיחת חנותו.

בית משפט קיבל את גרסת המשיב לגבי ההוצאות שהוציא בגין השיפוץ וקבע כי אלה היו בסך 23,196 ₪; אולם, בית המשפט קבע, כי המשיב אינו זכאי לפיצוי בגין הוצאות אלה, שכן בסוף חודש אוקטובר 1987 מכר את עסקו תמורת סכום של 40,800 ₪. לכן, עומד הוא בעצם ביתרת זכות בסכום של 17,604 ₪, הוא ההפרש שבין הסכומים הנ"ל. סכום זה, קבע השופט, יש לנכות מהפיצויים בגין הפסד רווח שייפסקו למשיב.

גם בעניין הפיצויים בשל הפסד רווח קיבל בית המשפט את גרסת המשיב, שטען כי אובדן ההכנסה שנגרם לו בגין הירידה במכירות היה בסכום של 99,926 ₪; מסכום זה ניכתה הערכאה הראשונה 20% בשל כך שבאותה תקופה קמו למשיב מתחרים נוספים, שמכרו באגטים של חברות אחרות והורידו את היקף המכירות שלו, וכן מן הטעם שהמשיב מכר בחנותו מספר מוצרים נוספים, שגם להם ניתן ליחס חלק מן ההפסד עקב הירידה במכירות. סיכומו של דבר, בגין הפסד הכנסה נפסק למשיב סכום של 79,940 ₪ (הסכום של 99,926 ₪ בניכוי 20%). בית המשפט ניכה מסכום זה את הרווח של 17,604 ₪ שהתקבל בגין מכירת העסק, ובסיכומו של דבר הפיצוי הכולל שניתן למשיב הועמד על סכום של 62,336 ₪. על כך הערעור שבפנינו.

6. טענותיה של המערערת בערעור זה הן כדלקמן:

ראשית, המערערת מלנה על קביעתו של בית המשפט המחוזי כי ההסכם שנכרת בין הצדדים הכיל תניה שהעניקה למשיב בלעדיות בשיווק תוצרתה ברדיוס של 1,000 מטר מחנותו למשך חמש שנים. לגישתה, טעות זו נובעת, בין היתר, מאמון בלתי מסויג שניתן בדברי המשיב ויתר עדיו, לעומת החמרה והקפדה יתרה ביחס לעדי המערערת.

שנית, המערערת ממשיכה להחזיק בעמדתה, כי, לחלופין, יש לפסול את תוקף ההתחייבות בדבר הבלעדיות שניתנה למשיב, שכן זו סותרת את תקנת הציבור ועומדת בניגוד לסעיף 30 לחוק החוזים; בית המשפט המחוזי טעה בכך שלא עשה כן. המערערת טוענת, כי הגבלת חופש העיסוק במקרה דנן נעשתה ללא הגבלת זמן, ובית המשפט אינו נוטה לאשר הגבלה כזו. זאת ועוד, לטענתה, בית המשפט אינו רשאי לקצוב את משך ההגבלה, על מנת להעניק לה תוקף ולהכשירה. מכיוון שמדובר בהתחייבות שאינה מוגבלת בזמן, הרי שהיא בבחינת "פרט שלא נקבע בחוזה" ואין להשלימו על ידי בחינת אומד דעתם של הצדדים בהתאם לסעיף 25 לחוק החוזים. אומד דעת הצדדים הוא "כלי המשמש אך לפירושו של תנאי קיים ואילו השלמת הפרטים החסרים נעשית על פי סעיף 26 לחוק החוזים". לגישתם, תנאי סעיף 26 לא התמלאו במקרה זה, שכן הסעיף מאפשר השלמה רק על פי נוהג הקיים בין הצדדים, או בהעדר נוהג כזה - על פי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג. מכיוון שבענייננו לא נטען ולא הוכח כי קיים נוהג שכזה בין הצדדים בפרט או בחוזים מאותו סוג בכלל, הרי לא ניתן היה להשלים פרט זה.

המערערת מוסיפה, כי ההתחייבות בטלה אף לאורו של חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, אשר "שילוב של הסעיפים 2 ו-3(6) בו מלמד, כי התחייבותו של ספק שלא לספק נכסים לשם שווק אלא לרוכש מסוים, לא תהיה בבחינת הסדר כובל רק בתנאי ששניהם אינם עוסקים בייצור אותם נכסים".

שלישית, לטענת המערערת, לא הוכח הקשר הסיבתי בין ההפרה לבין הרווחים שנמנעו מן המשיב, שכן על המשיב היה להוכיח את ההפרש בין הרווחים שהיה מרוויח אלמלא ההפרה לבין רווחיו בפועל בכל התקופה שבגינה התגבשה התביעה עד למועד הגשתה, שכן על יסוד הפרש זה יש לחשב את הפסד הרווחים העתידי. מכיוון שהמשיב לא עמד בנטל של הוכחת רווחיו בפועל (הכוללים גם את רווחיה של אשתו - שכן רווחיו אלמלא ההפרה חושבו בהנחה שאשתו תמשיך לעבוד עמו), לא ניתן לקבוע גם את ההפרש בינם לבין הרווח הצפוי ומכאן שהתביעה לא הוכחה; לחלופין, יש לנכות מסכום הפיצויים כפל משכורת ממוצעת במשק בגין החודשים שניתן בעבורם פיצוי (עבורו ועבור אשתו), וכן את הסכומים שקיבלו המשיב ואשתו בגין העבודה והייעוץ על פי חוזה המכר בעת מכירת החנות (זאת מלבד הסכום שקיבלו בגין המכר עצמו), ככל שסכומים אלה יחדיו עולים על הסכום שהיה מתקבל מהמשך ניהול העסק בתנאי ההפרה.

טענתה הרביעית של המערערת היא, כי לא הובאו די ראיות לגבי הכספים שהוצאו בגין השיפוצים, וכי טעה בית המשפט כאשר לא ניכה מהסכום שהמשיב השקיע בציוד פחת בסך של 5,364 ₪ (נומינאלי), אשר נוכה על ידי המשיב.

7. בהקשר לטענותיה הראשונה והאחרונה של המערערת, איני מוצא כל מקום להתערבותנו. פסק דינו של בית המשפט המחוזי מבוסס על ממצאים עובדתיים ועל קביעות בדבר מהימנותם של העדים שבאו בפניו. כידוע, בית המשפט לערעורים אינו נוטה להתערב בקביעות מסוג זה אלא במקרים חריגים; והמקרה שבפנינו איננו אחד מהם. בית המשפט המחוזי הסתמך על עדויות הצדדים וקבע כי עדותו של מנהל המערערת לא הייתה אמינה, והוא אף מביא דוגמאות לסתירות שבדבריו. קביעותיו אלו של בית המשפט מבוססות ומעוגנות בנסיבות המקרה, ומשכך הדבר, רואה אני לנכון לאמצן. זאת ועוד, גם לצורך קביעת ערך הציוד הסתמך בית המשפט על עדויות הצדדים וערכו נקבע באופן יחסי, ולכן איני רואה לנכון להתערב גם בעניין זה, מה גם שלגישתי, כפי שיפורט להלן, אין צורך בסכום זה לשם חישובו של גובה הפיצויים במקרה דנן.

גם את טענתה השנייה של המערערת אין לקבל. בענייננו נדון הסכם שיווק בלעדי לתקופה קצובה (חמש שנים) - הליך המקובל בחיי המסחר, ואשר אינו עומד בסתירה לתקנת הציבור (סעיף 30 לחוק החוזים). בית משפט קמא קבע, כי הצדדים הגבילו את תוקף התניה בדבר בלעדיות השיווק לחמש שנים מיום

עריכת ההסכם. אומנם, בית המשפט גרס כי אף אם הצדדים לא היו קוצבים זמן להסכם ביניהם, הוא היה מעלה עליהם כי בפועל התכוונו והסכימו לתקופת זמן של חמש שנים, אולם דברים אלה היו בגדר אמירת אגב בלבד, ובית משפט קמא ראה לנכון לציין מפורשות, כי הוא אינו סבור שלא נקצב זמן להסכם.

8. לעניין חוק ההגבלים העסקיים - המשיב מכר את עסקו בשנת 1987, לאחר הפרת ההסכם בינו לבין המערערת. החוק שחל בתקופה הרלוונטית היה, על כן, חוק ההגבלים העסקיים, התשי"ט-1959, כפי שתוקן בחוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2), התשכ"ג-1963, אשר קבע כי:

"(א) הסדר שהצדדים לו הם שני בני אדם בלבד – שאינם איגוד מסחרי – והאחד מהם מספק מצרך או שירות מסוים והשני רוכשם לשם הספקה, ולפי ההסכם מתחייב המספק לא לספק את המצרך או השירות אלא לאותו רוכש בלבד, והרוכש מתחייב לא לרכוש אותו מיצרך או שירות, או מצרך או שירות דומים להם, אלא מאותו מספק בלבד - אינו הסדר כובל; הסדר לפי סעיף זה יכול להיות לכל שטח המדינה או לחלק ממנה".

מסעיף זה עולה, כי ההסכם שנכרת בין המערערת למשיב אינו עולה כדי הסדר כובל, ומשכך דין טענה זו של המערערת להידחות.

יפים לעניין זה דברי בית משפט זה בע"א 738/85, קיו.אס.אס. פיתוח תמונות תוך שעה ישראל בע"מ נ. קרן השרון בע"מ (לא פורסם), אשר דן בתנאי דומה לזה שבחוזה שלפנינו. פסק הדין עסק בין היתר בתניה חוזית אשר קבעה, כי:

"... החברה... בין במישרין ובין בעקיפין מתחייבת שלא למכור מכונה נוספת... המשמשת למטרה לשמה נרכשו המכונות לאדם או גוף אחר, ברמת השרון, רעננה, הרצליה, וכפר סבא במשך 20 שנים מיום התקנת המכונות אצל הקונה..."

בפסק הדין עלתה לדיון שאלת סבירותה של התניה לאור הגבלות המקום והזמן הקבועות בה. בית המשפט קבע כי תניה זו סבירה, והוסיף את הדברים הבאים:

"ניתן לאמור כי ככל שאחד משני התנאים (בדבר הזמן והמקום - מ.ש.) מטיל הגבלה מצמצמת יותר, כך תראה הרחבתו של האחר סבירה יותר. ככל שההגבלה הגיאוגרפית מצומצמת יותר כך הגבלת הזמן שתתקבל כסבירה תוכל להיות ארוכה יותר. ולהיפך - ככל שהגבלה תחול על אזור רחב יותר כך אורך הזמן הסביר להגבלה יהיה קצר יותר. כשמדובר באזור המצומצם של רמת השרון - הרצליה - רעננה - כפר סבא, תקופת זמן של 20 (שנה) אינה בלתי סבירה, לא בין הצדדים עצמם, אף לא מבחינת טובת הציבור. לעסקה שנעשתה צריכה להיות כדאיות מסחרית. לרוכשי מכונה יקרה כזו סביר שתיתן זכות בלעדית לנצל את שירותי המכונה באזור מגובל ולאורך זמן קצוב כדי שלעסקה תהיה נפקות כלכלית". (ההדגשות שלי מ.ש.)

אומנם בענייננו אין מדובר במכונה שמחירה רב, אך עדיין יש לשמור על הרציונל הכלכלי-עסקי העומד מאחורי עסקאות כגון אלו. ההגבלה בעניין שבפנינו לא הייתה לעשרים שנים כי אם לחמש בלבד. כמוכן, שטח הבלעדיות שנקבע היה רדיוס של אלף מטרים, ולא השתרע על פני ישובים שלמים. במצב דברים כגון דא ההיגיון המסחרי מחייב אישורה של תניה כזו, ולו רק לשם החזר השקעתו של המשיב, אשר השקיע כספים רבים בשכירתה של חנות מתאימה במרכז ירושלים, בפיתוחה ובשיפוצה.

עיקרו של דבר, באותו פסק דין הועלתה גם הטענה בדבר היותו של הסדר מסוג זה הסדר כובל שלא אושר על ידי המועצה לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשי"ט-1959, בית המשפט דחה טענה זו, ועל כך אמר:

"לפנינו הסדר בין ספק ורוכש שמתקיימות בו כל הדרישות של סעיף 10(א) של החוק הנ"ל הקובע שהסדר כזה אינו הסדר כובל". (ההדגשה שלי - מ.ש.).

9. בענייננו, אין גם לקבל את טענתה השלישית של המערערת, אם כי דעתי היא כי בדרך חישוב הפיצויים במקרה דנן נפלו פגמים. במה דברים אמורים.

טענת המשיב בבית המשפט המחוזי הייתה, כי הוא זכאי לפיצוי בגין השקעתו בציד, בפרסום ובשיפוץ החנות, ואולם הוא לא דרש את כל השקעותיו, אלא רק את חלקן היחסי לגבי השנים בהן נמנעו ממנו רווחים בשל הפרת החוזה. בנוסף טען המשיב, כי הוא זכאי לפיצוי בגין הפסד ההכנסה שנגרם לו, בהתייחס לתקופה שבה ירדו מכירותיו בגין הפרת החוזה, הווי אומר, החל מחודש מאי 1987 ועד לסיום תקופת ההתחייבות החוזית (חלוף חמש שנים מיום פתיחת החנות). בית המשפט העניק לו את מבוקשו, ובגין הפסד הרווחים פסק לו סכום של 79,940 ₪; בגין החזר ההוצאות פסק לו סכום נוסף של 23,196 ₪. מסכומים אלו ניכה בית המשפט את רווחי המשיב ממכירת החנות בסכום כולל של 40,800 ₪, ולכן הפיצוי הכולל שנקבע למשיב עמד על סכום של 62,336 ₪.

לטעמי, ראו היה לאמוד את סכומי ההפסד בדרך אחרת. הפסד הרווחים שנפסק למשיב מייצג את אינטרס הציפייה, היינו, בית המשפט רצה להעמיד את המשיב במצב הדומה ככל האפשר למצב הדברים בו היה נמצא לו קיום החוזה. ואולם, על מנת לזכות ברווחים אלה חייב היה המשיב להשקיע כספים בפרסום, בציד ובשיפוצים, שכן חישוב הרווח מתבסס על פעילותה השוטפת של החנות, והשקעות אלה מצידו היו נחוצות כדי לקיים פעילות זו.

זאת ועוד, בחישוב הפיצוי לא היה מקום להתחשב ברווחי המשיב כתוצאה ממכירת העסק, שכן שיעורו של רווח זה אינו קשור תמיד סיבתית לקיום החוזה או להפרתו. קיימים מקרים בהם מכירת עסק הבאה כתוצאה מהפרת חוזה, לא רק שאינה מביאה רווח למוכר העסק אלא אף גורמת לו הפסד.

במקרה שבפנינו לא הובאו ראיות בנוגע לקשר כלשהו בין הפרת הסכם הבלעדיות בין המערערת והמשיב, לבין גובה התמורה שקיבל המשיב ממכירת העסק (או שהיה מקבל בעת מכירת העסק אלמלא הפרה זו). בנסיבות אלה, יש לאמור שהנתון בדבר הרווח של המשיב כתוצאה ממכירת העסק אינו רלוונטי לצורך חישוב הפסד ההכנסה שנגרם לו עקב הפרת החוזה.

זאת ועוד, גם ברווחים שהרוויח המשיב מן הייעוץ בגין מכירת העסק אין צורך להתחשב לעניין חישוב הפיצויים; ראשית, רווחים אלו לא הוכחו, ושנית, גם אם ניתן היה להוכיחם, הרי שהם אינם קשורים לחוזה מאותן סיבות שמנתי לעיל.

10. טענה נוספת אותה מעלה המערערת היא, כי יש לנכות מסכום הפיצויים כפל משכורת ממוצעת במשק, בגין החודשים שהוענק בעבורם פיצוי למשיב, ככל שסכומים אלו עולים על הסכום שהיה מתקבל מהמשך ניהול העסק בתנאי ההפדה.

טענה דומה לזו העלתה המערערת בבית המשפט המחוזי, ואולם בית המשפט דחה אותה מן הסיבה שלא הוכחה מבחינה ראיתית. לעניין זה אמר בית המשפט:

"הנתבעת הוסיפה וטענה בסיכומיה כי: 'התביעה להפסד רווח בלבד מהיותה מוגזמת הרי היא כרוכה בעבודתו של התובע בחנות. בכך (צ"ל בכל) מקרה יש להביא בחשבון כי התובע מכר עסקו ובפועל עובד ומשתכר. כנגד 'הפסד הרווח' מתאפשר לתובע ואשתו לעבוד במשרות אחרות.

...ואכן, להשקפה זו ניתן לכאורה למצוא תימוכין בדברי המלומד דניאל פרידמן, הכותב... בספרו דיני עשיית עושר... בנושא שניתן, אולי, להקביל ממנו על ענייננו כדלקמן: 'שאלה קרובה מתעוררת מקום שהמעביד איננו מספק עבודה לעובד או שאף התיימר לפטרו, אלא שהליך הפיטורין היה פגום. במקרה כזה קשה צפות שהעובד ימנע מעיסוק אחר, אף שהוא ממשיך לטעון למקום עבודתו הקודם. האם הוא זכאי למלוא משכורתו מן המעביד (בנימוק שהיה מוכן לעבוד) למרות שהייתה לו הכנסה מעיסוקו האחר? בע"א 268/60 בן עובד נ. מדינת ישראל זכה העובד בתשלום מלוא משכורתו בנסיבות אלה, אך השאלה עדיין לא הוכרעה, מכיוון שלא נטען כי יש לנכות את הכנסתו מן העבודה האחרת. אילו היה התשלום בגדר פיצוי - ודאי היה הסכום מנוכה, שהרי יש בו הפחתת הנזק אך תשלום המשכורת איננו מהווה פיצויים אלא אכיפת החוזה המקורי.

אולם כיום ניתן לגרוס כי אכיפה, ללא ניכוי היא בלתי צודקת... ברם, על מנת ליישם את הרעיון הזה – בהנחה שהוא חל גם על ענייננו – היה על הנתבעת להראות כי הכנסות התובע ואשתו מעבודתם 'החיצוניות' - בתקופה שלאחר הפרת ההסכם עולות על אותם 70% מן הרווח שהיה נותר בידם אילו היו ממשיכים להפעיל את החנות עד לסוף תקופת ההסכם תוך השלמה עם ההפסד של 30% שנגרם להם כתוצאה מהפרתו. ואולם, הנתבעת לא טרחה להציג לתובע אפילו שאלה אחת בכיוון זה ובאופן הזה נותרה שטענה (שהועלתה לראשונה בשלב הסיכומים) ללא כל תשתית ראיתית התומכת אותה". (ההדגשות שלי - מ.ש.).

בענייננו, איננו עוסקים בתביעה לאכיפת חוזה כי אם בתביעה לפיצויים, ומסיבה זו יש מקום להתייחס לטענת המערערת במישור הנטל המוטל על הניזוק להקטין את ניזוקו לאור סעיף 14(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, אשר קובע כי:

"אין המפר חייב בפיצויים לפי סעיפים 10, 12 ו-13 בעד נזק שהנפגע יכול היה, באמצעים סבירים, למנוע או להקטין".

במקרים כגון אלו, נטל הבאת הראיות הוא על הטוען לאי הקטנת הנזק, ויפים לעניין זה הדברים שנאמרו בע"א 700/89, חברת החשמל לישראל בע"מ נ. מליבו ישראל בע"מ (טרם פורסם), כי:

"דומים הדברים לטענה על דבר חובתו של נפגע להמעיט נזק שנגרם לו. בהתאם לסעיף 14(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (כותרת השוליים: 'הקטנת הנזק'), מי שהפר הסכם, אינו חייב בפיצוי הנפגע 'בעד נזק שהנפגע יכול היה, באמצעים סבירים, למנוע או להקטין', וההלכה היא כי המפר הוא הנושא בנטל הראיה לעניין זה; ראה, למשל, ע"א 462/81 שמחון נ. בכר, פד"י ל"ט(1) 701, 706 ואילך; ג' שלו, דיני חוזים (הוצאת דין, תש"ן), בעמ' 584-583. חברת החשמל אינה טוענת, אף לא הוכיחה, דבר בהקשר זה, ולא ידעתי מדוע נשלול מדווקר את זכותה".

משלא הביאה המערערת ראיות לעניין זה, אין לה להלין אלא על עצמה, ובית המשפט לא יפחית את הנזק. יש להדגיש, כי נטל הקטנת הנזק חל על הצדדים לחוזה, מה שאין כן לגבי אשת המערער אשר איננה צד להליכים שבפנינו, ואשר לגביה לא הובאו ראיות לעניין משך עבודתה בעסק ולעניין הקשר בין עבודתה לרווחים אותם העסק הפיק.

11. המערערת הגישה לנו בקשה להגשת ראיה נוספת, שעניינה דו"ח שנערך על ידי רואת החשבון של המשיב; אולם, בידי המערערת הייתה האפשרות להגיש ראיה זו בעת הדיון בבית המשפט המחוזי. זאת ועוד, המשיב והמומחית מטעמו נחקרו בבית המשפט קמא, בין היתר בדבר חוות הדעת אותה הגישה רואת החשבון. הערכאה הראשונה, מהסיבות אותן פרטה, העדיפה את גרסתם על פני גרסת המערערת. במצב דברים זה איני רואה לנכון להתערב בשיקוליו של בית המשפט המחוזי, ובשל כך אין מקום להתיר הגשת הראיה הנוספת. לעניין זה מתאימים הדברים שנאמרו בע"א 801/89, כהן נ. שבאם (טרם פורסם):

"בדרך כלל אין בית המשפט שלערער גובה ראיות ואינו דן בראיות שלא היו לפני הערכאה הראשונה, אולם בהתאם לתקנה 457 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: התקנות) מוסמך הוא להרשות לבעל דין, על פי בקשתו, להגיש ראיות נוספות בערעור במספר מקרים... במקרה דנן מבקשים המערערים להוכיח עובדות שאירעו לפני מתן פסק הדין, על נסיבות כגון אלה נאמר כי:

'לגבי הראיות המתייחסות למה שקדם למתן פסק הדין, נהג בית המשפט להתיר, אם המבקש לא ידע על הראיה ולא יכול היה לגלותה בשקידה ראויה, וכן אם לא נהג המבקש בחוסר תום-לב (הגישה היא לא להתיר את הרצועה יתר על המידה ולא להביא להפקרות בסדרי הדין...)'. (ע"א 532/82, נצראו נ. רגיואן, פד"י ל"ז(2), 722, 730; ע"א 311/81, זידאן נ. עלי עידיר פד"י ל"ח(3), 449, 457, וכן ע"א 139/88, הלר נ. לייבלנד, פד"י מ"ג(2), 108, 113). לא נחה דעתי כי ב'שקידה ראויה' לא ניתן היה להביא ראיות אלו במועד שהתנהלו הדיונים בבית משפט קמא. (שם, וכן ראה י. זוסמן סדרי הדין האזרחי (מהדורה 6, ש. לוי עורך, 1990) (להלן: זוסמן), 799-803 וכן ע"א 164/87, בש"א 455/89, גולדפרב - מרכז סטריאו נ. מנהל המכס והבלו, פד"י מ"ה(1), 575). (ההדגשה שלי - מ.ש.).

12. סיכומי של דבר, איני מוצא לנכון להתערב בסכום שנפסק בבית המשפט המחוזי לחובתה של המערערת, והייתי אף מוסיף ואומר כי סכום זה נמוך מן הסכום אליו הגעתי בחישובי, שכן המערערת לא הוכיחה כי היה בידי המשיב להקטין את הנזק שנגרם לו כתוצאה מהפרת החוזה. משלא הוכח הדבר, לא היה מקום לנכות כל סכום שהוא מן הסכום שנפסק בגין הירידה בנפח המכירות (זולת הניכוי של 20% שנעשה על ידי בית משפט קמא, לאור העובדה שלא כל הירידה בהיקף נבעה מהפרת החוזה על ידי המשיבה), ואולם כבר נפסק לא אחת כי בית המשפט לערעורים לא יפעיל את סמכותו לפי תקנה 462 סיפא לתקנות סדר הדין האזרחי,

התשמ"ד-1984 אלא במקרים מיוחדים (לעניין זה ראה י. זוסמן, סדרי הדין האזרחי, מהדורה ששית, עמ' 796), ולא זה המקרה שעומד בפנינו.

סיכומו של דבר, דינו של הערעור להידחות.

המערערת תשא בהוצאותיו של המשיב בסכום של 6,000 ₪.

הנשיא

השופט ד. לוי : אני מסכים.

השופט ט. שטרסברג-כהן : אני מסכימה.

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא.

ניתן היום, כ"ב אייר התשנ"ד (3.5.94).