

לגלות או לא לגלות, זאת השאלה / יאיר אלוני, עו"ד*

חברת תוכנה פיתחה מוצר עבור לקוח על פי הנחיותיו, אך הלקוח דורש פיצוי בטענה שחברת התוכנה לא חשפה בפניו, טרם תחילת הפיתוח, את העובדה שקיימים מתחרים בשוק. נשמע תמוה! אלה בדיוק העובדות של תיק בו מייצג משרדנו בימים אלה את אותה חברת תוכנה. אפילו איש עסקים חסר ניסיון יודע, שידע הוא כוח. האם באמת צריך לגלות הכל לצד השני? יתרה מכך, האם צד למשא ומתן מחויב להגן על הצד השני מפני עצמו?

החוק הישראלי דורש שבמשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה אדם ינהג "בדרך מקובלת ובתום לב", ומגדיר כ"הטעייה" מקרה בו הוסתרו עובדות שלפי הדין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה צריך לחשוף. הטעייה יכולה להתבצע במעשה, על ידי מתן הצהרה פוזיטיבית כוזבת, אבל לעתים גם במחדל, על ידי הימנעות מגילוי מסוים. כך, הסתמכות על מצגים שניתנו על ידי צד למשא ומתן אשר בדיעבד מתבררים כלא נכונים עלולה להקים עילות תביעה שונות כנגד אותו צד (כדוגמת תרמית ורשלנות) ובהיבט החוזי הדבר יכול להיחשב כהטעייה המצדיקה לעתים את ביטול החוזה ואף להיחשב כהפרת חובת תום הלב במשא ומתן המזכה בפיצויים.

כך למשל, בתיק מאוגוסט 2019 קבע בית המשפט בנתניה¹ שמוכר דירה שלא גילה לקונה במהלך המשא ומתן כי בדירה קיימים ליקויי בנייה נסתרים, על אף שהיו ידועים לו, מפר את חובת הגילוי כלפי הקונה גם אם בהסכם נכתב במפורש שהקונה רוכש את הדירה במצבה AS IS ומוותר על כל טענה בנוגע לאי התאמה או ליקוי בדירה. בית המשפט הבהיר שכאשר פגם בדירה היה ידוע למוכר או שהוא היה אמור לדעת עליו, אין חשיבות לעובדה שהמוכר סבר שמדובר בליקוי 'זניח' או שהקונה יכול היה לגלות את הפגם בכוחות עצמו. להבדיל, בתיק אחר² נדחתה טענת רוכשי דירה שהמוכר הפר את חובת הגילוי כשלא סיפר שחדר השנאים בבניין ממוקם מתחת לדירה. בית המשפט קבע שהרוכשים יכלו בקלות להבחין במיקום חדר השנאים וכל שנדרש מהם הוא שלא להתרשל ולבדוק.

ומה לגבי חברת התוכנה שפיתחה עבור הלקוח מוצר שכבר קיים, לטענת הלקוח, אצל מתחרים? אם הלקוח היה מודע לכך שהרעיון שהגה אינו מקורי וכי קיימים מתחרים נוספים בענף, מדוע נדרשת חברת התוכנה להגן על הלקוח מפני עצמו? על פניו, בהעדר יחסים מיוחדים (למשל, במקרה של בנק, סוכן ביטוח או עורך דין ולקוח) נראה שאין כל חובת גילוי כזו. כשמדובר ביחסים מיוחדים בין ספק שירות לבין לקוח לעתים תחול על ספק השירות חובה להתריע בפני הלקוח על סיכונים שהוא לוקח או עסקאות שמהוות "התאבדות כלכלית". עם זאת, גם במקרים כאלה אין חובת ההזהרה מלאה. כך, למשל, בפסק דין מספטמבר 2018 בבית המשפט המחוזי בבאר שבע³ דובר באמא שתבעה את הבנק על כך שאיפשר לבנה, שהיה אף הוא בעלים בחשבון, לבצע פעולות בחשבון ולהפסיד מיליוני שקלים. למרות חובות האמון המוגברות החלות על בנק נקבע שבנק אינו אפטרופוס של לקוחותיו והוא אינו יכול, וגם אין זה תפקידו, לשמש יועץ כלכלי של לקוחותיו או להעריך האם הוראה מפורטת שקיבל מלקוח צפויה להצמיח ללקוח רווח או הפסד.

היקף המידע שעל צד לגלות בהליך משא ומתן משתנה בהתאם לסוג העסקה והנסיבות ובדרך כלל כדאי לפעול על פי הכלל לפיו במקום שיש ספק, אין ספקי – אם קיים סיכוי שיש לגלות מידע ואין מניעה לגלותו, כדאי לתת מצגים מלאים ונכונים ככל שניתן. עם זאת, יש לזכור כי אין דרישה לאימוץ סטנדרט מוסרי גבוה באופן לא סביר ומומלץ להיות מלווים בעורך דין בעל ניסיון בתחום החוזים ובתחום המסחרי כדי להבין מה חובת הגילוי ולנסח הסתייגויות מתאימות באשר למצגים שאינם ידועים או שאותו צד אינו אמור לדעת מהם.

* עו"ד יאיר אלוני הינו שותף במשרד אפיק ושות' (www.afiklaw.com) ועיקר התמקדותו בתחום האזרחי, ליטיגציה, מקרקעין, מכרזים ומשפט המינהלי. עו"ד אלוני מוסמך על ידי האפוטרופוס הרשמי להחתמה על יפוי כוח מתמשכים. אין בסקירה כללית זו משום ייעוץ משפטי כלשהו ומומלץ להיוועץ בעורך דין המתמחה בתחום זה בטרם קבלת כל החלטה בנושאים המתוארים בסקירה זו. לפרטים נוספים: 03-6093609, או באמצעות הדואר האלקטרוני: afiklaw@afiklaw.com.

¹ תא (נת') 27304-07-17 אהוד רודוי נ' ליאור כוכבי (28.08.2019)

² תא (תי"א) 828-04-13 בנימין מדר נ' עו"ד אילן רובינשטיין (12.11.2017)

³ ת"יא (מחוזי ב"ש) 52757-02-15 אמיליה גלם נ' בנק הפועלים בע"מ (20.09.2018)

To disclose or not to disclose, that is the question / Yair Aloni, Adv.*

A software company developed a product for a client according to its instructions, but the client demands compensation on the grounds that the software company did not reveal to it, before commencement of development, that there are competitors in the market. Sounds puzzling? These are exactly the facts of a case in which our firm represents such software company these days. Even inexperienced business man know that knowledge is power. Do we really have to disclose everything to the other side? Moreover, is a party to negotiation obligated to protect the other party from itself?

Israeli law requires that in negotiations towards signing a contract, one must act "in a proper way and in good faith," and defines a "misrepresentation" as a case in which facts were concealed, while such had to have been disclosed under law, practice or in under the circumstances. Misrepresentation may be by act - by providing a false statement - but sometimes also by default, by not making a certain disclosure. Thus, relying on representations and warranties given by a party to negotiations, which in retrospect turn out to be incorrect may be grounds for claims (such as fraud and negligence) and in the contractual aspect may be considered as fraud in the inducement that may justify cancellation of the contract and even be considered as a breach of one's duty to conduct negotiations in good faith and grounds for compensation.

For example, in an August 2019 case, the Netanya Court held that an apartment seller who did not disclose to the purchaser during negotiations that there are hidden defects in the apartment, although the seller was well aware of such, breach the duty to disclose, even if the agreement expressly stated that the purchaser purchased the apartment on AS IS terms and waives any claim of incompatibility or defect in the apartment. The Court made it clear that when a defect was known, or should have been known, to the seller, it is irrelevant that the seller believed the defect to be immaterial or that the purchaser could have discovered the defect on its own. However, in another case, the Court rejected the purchasers' contention of breach of the duty to disclose by seller not disclosing that a transformers room in the building is located under the apartment. The Court held that the purchasers could easily have identified the location of the transformers room and all they needed to do to not be negligent and check.

But what about the software company that developed a product for the customer that the competitors already had, as contended by the customer? If the customer was aware of the fact that the idea is not original and that there are competitors in the industry with the same concept, why is it necessary for the software company to protect the customer from itself? *Prima facie*, in the absence of special relationship (e.g. Bank, insurance agent or attorney-client), there seems to be no such duty of disclosure. When it comes to special relationship between a service provider and a customer, sometimes the service provider is expected to warn the client about the risks it takes or transactions that constitute a "financial suicide." However, even in such special cases there is no absolute obligation to give a heads-up. Thus, for example, in a given by the District Court of Be'er Sheva in September 2018, a mother filed a claim against a bank for allowing her son, who was also an owner of the account, to perform actions in the account and lose millions. Despite its increased obligations, it was held that the bank is not a guardian of its customers and it can not, nor is it its role, be expected to act as an economic advisor to its customers or to assess whether a detailed directive received from a client is expected to result for the customer in a profit or a loss.

The extent of the information to be disclosed by each side to the negotiation varies depending on the type of transaction and the circumstances. Usually, it is worthwhile to act according to a guiding rule that states that where there is a doubt, there is no doubt – so if there is a chance that information should be disclosed and there is no prevention to its disclosure, it is advisable to give as complete and correct disclosure as possible. However, it should be remembered that there is no demand to adopt an unreasonably high moral standard and it is advisable to be accompanied by a lawyer with experience in the field of contracts and the commercial field to understand the recommended scope of the duty to disclose and to draft appropriate reservations as far as representations and warranties that one party does not, or should not, know about.

*Yair Aloni is a partner at Afik & Co., Attorneys and Notaries (www.afiklaw.com), emphasizing on commercial and civil law, including real estate, legal advice to purchasers and sellers and negotiations of purchase and sale transactions. He is certified in Israel for the execution of lasting powers of attorney. For additional details: +972-3-6093609 or at the e-mail: afiklaw@afiklaw.com