

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 7833/06

ע"א 8125/06

ע"א 8495/06

בפני :

כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין

כבוד השופט א' גרוניס

כבוד השופט א' רובינשטיין

Pamesa Ceramica

ישראל מנדלסון הספקה טכנית הנדסית בע"מ

איזנברגר יעקב וטובי חברה לבנין ועבודות

ציבוריות בע"מ

המערערת בע"א 7833/06 :

המערערת בע"א 8125/06 :

המערערת בע"א 8495/06 :

נ ג ד

1. ישראל מנדלסון הספקה טכנית הנדסית בע"מ

2. איזנברגר יעקב וטובי חברה לבנין ועבודות

ציבוריות בע"מ

1. איזנברגר יעקב וטובי חברה לבנין ועבודות

ציבוריות בע"מ

2. Pamesa Ceramica

1. ישראל מנדלסון הספקה טכנית הנדסית בע"מ

2. Pamesa Ceramica

המשיבות בע"א 7833/06 :

המשיבות בע"א 8125/06 :

המשיבות בע"א 8495/06 :

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה בת.א.

137/01 שניתן ביום 20.8.06 על-ידי השופט י' כהן

תאריך הישיבה :

כ' בסיון תשס"ח

(23.6.08)

בשם המערערת בע"א 7833/05 (המשיבה בע"א

8125/06 וע"א 8495/06) :

עו"ד רוברטו חייט

בשם המערערת בע"א 8125/06 (המשיבה בע"א

7833/05 וע"א 8495/06) :

עו"ד דן אור

בשם המערערת בע"א 8495/06 (המשיבה בע"א

7833/06 וע"א 8125.06) :

עו"ד אייל צורף

פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. שלושה ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה (השופט כהן) מיום 20.8.06 בתיק א' 137/01, ועניינו סכסוך בדבר אחריות וחבות בעקבות פגמים באריחי קרמיקה. הצדדים הם החברה הקבלנית שהקימה את הבניין בו הושמו האריחים, חברה שרכשה את יבואנית ומוכרות האריחים (תוך מחלוקת שתפורט להלן) ויצרנית האריחים (חברה ספרדית).

רקע

ב. חברת איזנברגר יעקב וטובי חברה לבניין ועבודות ציבוריות בע"מ (להלן איזנברגר) הקימה בניין מגורים בקרית מוצקין. לצורך ריצוף הדירות והשטחים המשותפים, רכשה איזנברגר (בשנת 1996) אריחים מתוצרת חברה ספרדית בשם Pamesa Ceramica (להלן פמה), שיוכאו לישראל על ידי חברת גפני שדה יבוא ושיווק מוצרי בניה בע"מ (להלן גפני שדה). 23% מהאריחים נרכשו ישירות מגפני שדה, 77% מהאריחים נרכשו מחברת אבני גזית כלים סניטריים בע"מ (להלן אבני גזית). בהמשך (1995) התרחשה התקשרות מסוימת בין גפני שדה לאבני גזית (שעל טיבה חלוקים הצדדים), ומאוחר יותר נרכשה גפני שדה על ידי חברת ישראל מנדלסון הספקה טכנית הנדסית בע"מ (להלן מנדלסון).

ג. לאחר אכלוס הבניין התגלה פגם באריחים (שלא אותר בבדיקת מכון התקנים בזמן הייבוא), ונדרשה החלפתם. בתחילה השתתפה מנדלסון בהחלפה, אך בהמשך התברר כי יש להחליף את כל האריחים בבניין ומנדלסון סירבה ליטול אחריות - ומנגד התחייבה איזנברגר כלפי הדיירים לעשות כן. בשנת 2001 הגישה איזנברגר תביעה נגד מנדלסון - בה עתרה לחייב אותה בהשבת מחירי האריחים, בעלות החלפתם ובפיצוי בעבור פגיעה במוניטין (סך הכל 1,173,100 ₪). מנדלסון שלחה הודעת צד ג' לפמזה, בה עתרה לחייבה בכל סכום שתחויב לשלם לאיזנברגר.

פסק הדין קמא

ד. ביום 20.8.06 קיבל בית המשפט המחוזי את התביעה, וכן את הודעת צד ג'. תחילה נדונו היסודות המטילים אחריות על מנדלסון. ראשית נקבע, כי גפני שדה (שייבאה 100% מהאריחים) נושאת כיבואנית באחריות למלוא הנזק (פסקה 10) - וכיון שהיא נרכשה על ידי מנדלסון, נושאת זו באחריות מלאה. הוטעם כי יש להטיל על יבואן אחריות חמורה, גם ללא הוכחת אשם. שנית נקבע, כי אף אם אין להטיל אחריות על יבואן ככזה, ברי כי גפני שדה ואבני גזית, כמוכרות האריחים, נושאות כל אחת לפי

חלקה באחריות בגין אי התאמה (לפי סעיף 11 לחוק המכר, תשכ"ח - 1968) - ונקבע, כי הוכח שגפני שדה קיבלה על עצמה את התחייבויותיה של אבני גזית, ובהמשך נרכשה על ידי מנדלסון. טענת מנדלסון, לפיה לא דיוחה איזנברגר על הפגם בתוך תקופת ארבע השנים הקבועה בסעיף 15 לחוק המכר (איזנברגר רכשה את הקרמיקה בשנים 1995-1996) נדחתה - בקביעה כי אחת הדיירות התלוננה בתוך התקופה (1998), וכי הוגשו תביעות נוספות בשנת 1999. בנסיבות, כך נקבע:

"הודעה על אי ההתאמה... כוחה יפה לגבי כל הפגמים שיתגלו באריחים מתוצרת אותו יצרן באותו בניין, גם אם פגמים אחרים יתגלו בדיירות אחרות ובשלב מאוחר יותר" (פסקה 14).

שלישית, נקבע כי גם מבלי להידרש למבנה המשפטי שבגינו מוטלת אחריות - די בכך שעם התגלות הפגמים הכירה מנדלסון באחריותה והחליפה את הריצוף באחת הדיירות (פסקה 12). רביעית, בהסתמך על עדותו של משה טופולסקי, מנהל חברה שעסקה בייבוא אריחים לריצוף (להלן טופולסקי) נקבע, כי הפגמים באריחי פמזה היו ידועים ליבואנים בענף - ולפיכך חרגה התנהגות אבני גזית וגפני שדה מהמצופה ממוכר סביר, באופן שיכול להקים אחריות ברשלנות. אשר לגובה הנזק, נקבע כי הנזק למוניטין הוא 75,000 ₪ (ולא 600,000 ₪ שנתבעו), וכי עלות החלפת האריחים היא 461,120 ₪.

ה. אשר להודעת צד ג', טענתה המרכזית של פמזה היתה כי לפי סעיפים 38-39 לחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), תשל"א - 1971 (הממשיך לחול על עסקאות שנעשו לפני 5.2.2000, ועל כך בהמשך; להלן חוק מכר בין-לאומי) התיישנה התביעה. זאת, כיון שסעיף 39(א) קובע:

"(א) הקונה יאבד את הזכות להסתמך על אי-התאמה של הטובין, אם לא נתן למוכר הודעה על כך מיד לאחר שגילה את אי-ההתאמה או שהיה עליו לגלותה; אולם אם מתגלה לאחר זמן ליקוי שלא ניתן לגלותו בבדיקה האמורה בסעיף 38, רשאי הקונה בכל זאת להסתמך עליו, ובלבד שנתן למוכר הודעה על כך מיד לאחר הגילוי. מכל מקום, יאבד הקונה את הזכות להסתמך על אי-ההתאמה אם לא נתן הודעה על כך למוכר תוך שנתיים מן התאריך שבו נמסרו הטובין, זולת אם אי-ההתאמה היא הפרת ערבות שניתנה לתקופה ארוכה מזו" (ההדגשות הוספו - א"ר).

נטען כי האריחים נרכשו מפמזה לכל המאוחר בשנת 1996, וכי הודעת צד ג' נשלחה רק בשנת 2001. טענה זו נדחתה משני טעמים. ראשית, נקבע כי טופולסקי העיד גם

שפמזה היתה מודעת לפגמים במוצריה - ולפיכך חלה הוראת סעיף 40 לחוק מכר בין-לאומי, לפיה "אין המוכר זכאי להסתמך על הוראות סעיפים 38 ו-39 אם אי-ההתאמה היא בעובדות שידע, או שלא ייתכן שנעלמו ממנו, והוא לא גילה אותן". שנית, התקבלה טענת מנדלסון, לפיה תקופת ההתיישנות בסעיף 39 חלה "רק על התרופות במישור החוזי, ואילו ההודעה לצד שלישי הוגשה אף בעילות שמקורן בדיני הנזיקין ודיני עשיית העושר ולא במשפט" (פסקה 18) - ונקבע כי פמזה התרשלה בייצור האריחים.

שלושת הערעורים - הקדמה

ו. כאמור בפנינו שלושה ערעורים: איזנברגר מערערת אך לגבי גובה הנזק בגין פגיעה במוניטין; מנדלסון מערערת בחזית רחבה יותר - אך הצהירה במהלך הדיון בפנינו (בהמשך לאמור בסיכומי התגובה שהגישה ביום 8.10.07), כי אם יידחה ערעורה של פמזה תמשוך היא את ערעורה; פמזה טוענת בערעורה כלפי קבלת הודעת צד ג' - בין היתר נטען כי האפשרות לתבוע אותה התיישנה לפי סעיף 38 לחוק מכר בין-לאומי, כי סעיף זה חל גם על תביעות לבר-חוזיות, וכי אפילו לא תתקבל פרשנות זו - לא הוכחה התרשלות מצידה. כיון שאם יידחה ערעורה של פמזה יתייתר הדיון בערעורה של מנדלסון, סברתי כי ראוי להקדים את הדיון בסוגיה זו.

ערעור פמזה (ע"א 7833/06)

ז. נטען כי פמזה שלחה לגפני שדה ארבעה משלוחי אריחים (בין נובמבר 1995 לספטמבר 1996), שנבדקו ואושרו על ידי מכון התקנים - ובהמשך נמכרו לאיזנברגר והונחו בבניין. נטען כי מנדלסון (אז גפני שדה) הפרה את חובתה לפי סעיף 38 לחוק מכר בין-לאומי לבדוק את הטובין - ולפיכך איבדה "את הזכות להסתמך על אי-התאמה של הטובין" (כהוראת סעיף 39(א) סיפא). הוזכר כי בפרשת פולק (ע"א 306/85 Datalab Management Pty. Ltd. נ' פולק אינטרנשיונל בע"מ, פ"ד מג(2) 309) התקבלה טענת התיישנות בגין איחור של ארבעה חודשים בלבד בבדיקת המוצרים שסופקו. עוד נטען, ודומה כי זו הטענה העיקרית, כי אף שלמנדלסון נודע על הפגמים באריחים ביום 23.12.98 (אז נערך ביקור בדירת משפחת אבוטבול), היא לא הודיעה לפמזה על הפגמים עד ליום 20.3.01 (עם משלוח ההודעה) - ולפיכך חלה הוראת סעיף 39(א) סיפא - "מכל מקום, יאבד הקונה את הזכות להסתמך על אי-ההתאמה אם לא נתן הודעה על כך למוכר תוך שנתיים מן התאריך שבו נמסרו הטובין".

ח. אשר לקביעת בית המשפט כי חלה הוראת סעיף 40, לפיה "אין המוכר זכאי להסתמך על הוראות סעיפים 38 ו-39 אם אי ההתאמה היא בעובדות שידע, או שלא ייתכן שנעלמו ממנו, והוא לא גילה אותן", נטען כי שגה בית המשפט בהסיקו מעדות טופולסקי שפמזה היתה מודעת לפגמים באריחים. זאת, ראשית, כיון שעדותו של טופולסקי סתמית, ואינה מתייחסת לסוגי קרמיקות, למועדי ייצור או לסוגי פגמים ספציפיים. שנית, כיון שבחקירתו הנגדית חזר בו טופולסקי, והעיד כי הוא אינו יודע מידעה אישית על חברות שהפסיקו לעבוד עם פמזה או על פגמים בתוצרת שלה. שלישית, כיון שמנכ"ל גפני שדה (להלן שלמה שדה) העיד באופן פוזיטיבי כי לא נתקל בליקויים במוצרי פמזה - ויש לראות בעדות זאת משום "הודאת בעל דין".

ט. עוד נטען כי אפילו תתקבל הטענה בדבר מודעות לפגמים קודמים - אין היא מבססת ידיעה קונסטרוקטיבית לפי סעיף 40. הוזכר כי בפרשת 1978 התגלו במוצרים פגמים בעבר - ובית המשפט נקט גישה הפוכה, לפיה המודעות לפגמים מטילה חובה מוגברת על הרוכש לבדוק היטב את הסחורה לפי סעיף 38, ואינה יוצרת מודעות לפי סעיף 40:

"המערערת ידעה, כי מדובר בסחורה שאיכותה אינה מושלמת, ולאור ניסיון העבר היה עליה לגלות את הפגם מיידית, אם היה ברצונה להסתמך עליו" (עמ' 303 - השופט מליץ).

עוד נטען, כי בעבר תבעה מנדלסון את איזנברגר בגין שיק שחזר - ושבמסגרת הגנתה העלתה איזנברגר את טענותיה לגבי הפגמים באריחים, אך גם בשלב זה נמנעה מנדלסון מיידוע פמזה.

י. אשר לקביעת בית המשפט, כי ההתיישנות שבחוק מכר בין-לאומי חלה אך על תביעות חוזיות, נטען כי זו מרוקנת מתוכן את הסדרי ההתיישנות - שכן ליצרן בחו"ל (שעל הסתמכותו נועדו ההסדרים להגן) נפקא מינה אם ייתבע בתביעה חוזית או אחרת. עוד נטען כי קביעה זו סותרת את קביעת בית משפט זה בפרשת טולונץ ביחס להתיישנות לפי חוק המכר הישראלי:

"כאשר הקונה אינו מקיים את החובות המוטלות עליו לפי חוק המכר, אין הוא יכול להיעזר בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)... שאם לא תאמר כן, מה הועילו חכמים בתקנתם, כאשר הטילו חובות על הקונה בחוק המכר. הרי תמיד יוכל להתנער מהן ולתבוע לפי חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) דווקא. וכך

פירש את סעיף 27 המלומד המנוח פרופ' ז' צלטנר... המחבר כותב שם, כי תוצאה כזאת של שימוש בחוק החוזים, כאשר לא קוימו החובות לפי חוק המכר, אינה רצויה ואינה מתיישבת עם כוונת המחוקק" (ע"א 465/80 ש' סולונג' בע"מ נ' התכוף חרושת ברזל בע"מ, פ"ד לח(3) 630, 634 - השופט שינבויס).

ובהמשך, מפי המשנה לנשיא בן פורת:

"תמימת דעים אני בעניין זה עם חברי הנכבד, השופט שינבויס, כי משהחמיץ הקונה את השעה להודיע למוכר על אי ההתאמה של המימכר לפי חוק המכר (שהוא הדין המהותי), שוב אין הוא יכול להסתמך על אי ההתאמה כדי לזכות בתרופת הפיצויים, לפי חוק התרופות... פירוש אחר ירוקן את הוראות הסעיפים 13-16 מתוכנן... אותו הלך מחשבה, שהדריך אותי לעניין היחס בין חוק המכר לחוק התרופות, כוחו יפה גם לעניין היחס בין חוק המכר לבין פקודת הנזיקין [נוסח חדש]..." (עמ' 637-638; ההדגשה הוספה - א"ר).

י"א. ולבסוף, נטען כי אפילו תתקבל העמדה כי מחסום ההתיישנות שבחוק מכר בין-לאומי אינו חל על תביעת רשלנות - לא הוכחה רשלנות מצד פמזה. ראשית, נטען כי מנדלסון לא הציגה חוות דעת המוכיחה רשלנות, אלא רק חוות דעת מטעם איזנברגר המציינת קיומם של פגמים אסתטיים באריחים. נטען, כי שגה בית המשפט בקבעו שהעובדה שהאריחים היו פגומים די בה כדי להוכיח רשלנות - שהרי נזק הוא רק אחד מיסודות עוולת הרשלנות, ושאינן די בגרימה כדי לגבש אשם בנזיקין.

י"ב. שנית, הוזכר כי האריחים אושרו על ידי מכון התקנים הישראלי - שאף הוא לא זיהה את הפגמים. שלישית, הוזכר כי מנכ"ל מנדלסון העיד שמקור הפגמים בשימוש לא ראוי (ריצוף שטחים ציבוריים במקום דירות פרטיות בלבד), ושסמנכ"ל מנדלסון העיד כי מקור הפגמים (למצער בדירת אבוטבול) בעבודה לא טובה של הרצף שהניחם - וכיצד יכולה אפוא מנדלסון לטעון לרשלנות מצד פמזה. רביעית, הוזכר כי מנכ"ל איזנברגר העיד, כי בדיקות שנערכו לא גילו כל פגם באריחים - וכי הפגמים הופיעו רק לאחר מספר חודשי שימוש. חמישית, נטען כי שגה בית המשפט בכך שהתעלם מאשם תורם של מנדלסון - בכך שהפרה את חובתה לבדוק את האריחים עם הגיעם לישראל.

י"ג. ראשית הוזכר כי הפגמים באריחים הופיעו רק לאחר שימוש - וברור אפוא שמנדלסון לא יכלה להודיע על קיומם מיד עם הגעתם לישראל. הוטעם כי תביעת איזנברגר אמנם הוגשה בשנת 1999 לבית משפט השלום (א' 13410/99) - אך אותה תביעה התייחסה (בטעות) לאריחים שנרכשו בשנת 1998; רק עם הגשת כתב תביעה מתוקן לבית המשפט המחוזי (בשנת 2001) צוין שמדובר באריחים שנרכשו בשנת 1996 - ולפיכך רק בשלב זה יידעה מנדלסון את פמזה על הפגמים שהתגלו. עוד נטען כי מתקיימים תנאי סעיף 40 - וצדק בית המשפט קמא באמצו את עדות טופולסקי, שמסר כי הוא אישית פוצה על ידי פמזה. הוטעם כי עדות זו עולה בקנה אחד עם עדות שלמה שדה, וכי אם לפמזה השגות לגבי פירוט הפגמים בעדות טופולסקי היה עליה לחקרו בעניין.

י"ד. במישור המשפטי נטען, כי ההגבלות בחוק מכר בין-לאומי אינן חלות על תביעות בעשיית עושר או בנזיקין, וכי דברי המשנה לנשיא בן פורת בפרשת סולונג - שתוארו על ידי בית המשפט המחוזי בירושלים כ"אמרת אגב" (ע"א (ירושלים) 30/92 שכון עובדים בע"מ נ' טל (לא פורסם)) - אינם הלכה. נטען כי בפרשת אדרס (ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו את ג'ונס, פ"ד מב(1) 221) התקבלה תביעה בעשיית עושר ולא במשפט, אף שעל העסקה חל חוק מכר בין-לאומי באופן שאינו מאפשר תביעה בגין הפרה. נטען כי עמדה זו מתבקשת מלשון החוק, "חוק זה מסדיר אך ורק את חיובי המוכר והקונה הנובעים מחוזה המכר" (סעיף 8; ההדגשה הוספה - א"ר), הובעה בעבר בבית המשפט המחוזי (ת"א (תל-אביב) COR-SERVE 1171/92 LTD. נ' ארגל אריזה גלית בע"מ (לא פורסם)), ועולה בקנה אחד עם הפסיקה לפיה קיומה של עילה חוזית אינו שולל עילות תביעה מקבילות. הוטעם, כי גם לגבי הוראות התיישנות דומות בסעיפים 14-15 לחוק המכר, נכתב בידי מלומדים שאין הן שוללות תביעה בנזיקין או בעשיית עושר (תוך הפניה: א' זמיר, עקרון ההתאמה בקיום חוזים (תש"ן) 307-306; א' זמיר, חוק המכר, תשכ"ח - 1968 (תשמ"ז) 313-314, 327; א' זמיר, מ' ראבילו, ג' שלו, הפירוש הקצר לחוקים במשפט הפרטי (תשנ"ו) 407), והוזכר כי נמתחה ביקורת על דברי המשנה לנשיא בן פורת הנזכרים מעלה (ד' פרידמן, נ' כהן, חוזים (כרך א', תשנ"א) 564, הערה 207).

ט"ו. נטען כי אם תתקבל ההנחה - שכאמור התקבלה בבית המשפט קמא - כי חוק מכר בין-לאומי אינו מונע תביעה בעשיית עושר או בנזיקין, הנה פמזה התרשלה, הציגה מצג כוזב ועשתה עושר ולא במשפט. התרשלה - כיוון שמכרה אריחים פגומים

שאדם סביר לא היה מוכר, תוך הפרת חובת זהירות כלפי הצרכן (עוד נטען כי נטל ההוכחה מוטל על פמזה לפי סעיף 41 לפקודת הנזיקין); יצרה מצג כוזב - כיון שהציגה את האריחים כ"סוג א" שעה שהיא כבר היתה מודעת לליקויים השונים בהם; עשתה עושר ולא במשפט - כי יהיה זה בלתי צודק אם פמזה לא תפצה את מנדלסון בגין הוצאות שנגרמו לה בשל מוצרים פגומים שייצרה.

ערעור פמזה - מתווה לדיון

ט"ז. על מנת להכריע בערעור פמזה יש להתייחס לשני מסלולים מקבילים. ראשית, תביעה בעילת אי ההתאמה שבחוק מכר בין-לאומי - בעניין זה לא ניתן לחלוק על טענת פמזה כי לא ניתנה לה הודעה בתוך שנתיים מביצוע העסקה (כנדרש בסעיף 39), והשאלה היא האם חל סעיף 40 המאפשר למנדלסון לתבוע חרף אי מסירת ההודעה. מסלול מקביל הוא תביעה בעילה נזיקית או בעשיית עושר ולא במשפט - בעניין זה יש להכריע בשאלה המשפטית, קרי האם תחולת חוק מכר בין-לאומי שוללת תביעה מקבילה; ובשאלה העובדתית, האם הוכחו בנסיבות יסודותיה של תביעה כאמור. נפתח בניתוח חוק מכר בין-לאומי, שתחולת סעיפים 38-40 בו היא היסוד לדיון בשני המסלולים. אכן, האינטואיציה אמנם מנחה לכיון חבותה של פמזה - שהרי היא היצרון ויתר "השחקנים" הם מתווכים בדרגות שונות; אך האמנם תחושה זו משקפת את המצב המשפטי? כפי שנראה להלן, דומה שהתשובה אינה בחיוב.

י"ז. נקדים עוד ונזכיר, כי חוק מכר בין-לאומי משנת תשל"א (המיוסד על אמנת האג בדבר חוק אחיד למכר טובין בין-לאומי משנת 1964 שנערכה על ידי UNIDROIT; להלן אמנת האג) הוחלף ביום 5.11.99 בחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), תש"ס - 1999, המיוסד על אמנת האומות המאוחדות בדבר חוזים למכר טובין בין-לאומי (המכונה אמנת CISG), שנחתמה בווינה בשנת 1980 (להלן אמנת וינה). אמנה אחרונה זו (שנערכה בחסות ועדת האו"ם לדיני הסחר הבין-לאומי - UNCITRAL), נדפסה בתוספת לחוק משנת 1999, ומחליפה (החל מיום 5.2.00) הן את חוק מכר בין-לאומי, והן את חוק המכר (עשיית חוזים למכר טובין בין-לאומי), תשל"ח - 1978. לפי סעיף 6 לחוק משנת 1999 "על חוזים למכר טובין בין-לאומי שנכרתו לפני תחילתו של חוק זה יחול הדין הקודם", ולפיכך אין הוא חל על המקרה שלפנינו.

י"ח. ברם, להידרשות להוראות חוק מכר בין-לאומי חשיבות כללית גם לאחר החלפתו - הן כיון שהוראות דומות ביותר כלולות בחוק החדש, הן בשל השפעתה ההיסטורית של אמנת האג משנת 1964 על הדין הפנימי (חוק המכר, תשכ"ח - 1968):

"בחדש אפריל 1964 התקיימה ועידה בין-לאומית בהאג, בהשתתפותה של ישראל, שבה נתקבלה הצעת חוק אחיד בדבר מכירות בין-לאומיות של טובין. הצעת חוק זו היתה פרי עבודה מאומצת של אנשי חוק דגולים מרוב ארצות המסחר בעולם, החל משנת 1929. טבעי, איפוא, שהחוק המוצע (הוא חוק המכר, תשכ"ח - 1968 - א"ר) שואב את רוב הוראותיו מההצעה האמורה ואף בנוי לפי מתכונתה..." (הצעת חוק המכר, תשכ"ח - 1965, הצעות חוק תשכ"ח 279, 280).

ואכן, בפרשת סולונץ (שנפסק דינה בשנת 1984), נעשה שימוש בהגדרות שבחוק מכר בין-לאומי לצורך פרשנות מונחים דומים בחוק המכר (ראו גם ע"א 3912/90 EXIMIN S.A נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ, פ"ד מז(4) 64). דבר זה למד מעניינו: ישנם תחומי משפט בעלי אופי "מקומי" וייחודי שתועלת המשפט המשוה בהם מצומצמת ביותר; ישנם תחומים, שגם אם הם בעלי נופך מקומי מסוים, יש תועלת, אף תועלת רבה בהסתייעות במשפט משוה לגביהם; וישנם תחומים, כמו זה בו עסקינו, שבהם טבועה הבינלאומיות, והיא גוברת והולכת עם הגלובליזציה.

על חקיקה מסחרית בין-לאומית

י"ט. אמנת האג התקבלה בשנת 1964 (בסוף תהליך שהחל בשנת 1930) על מנת לענות על הצורך בציפיית ודאות בעסקאות בין-לאומיות - באמצעות חוק אחיד (uniform law), המאפשר לצדדים לעסקה בין-לאומית לדעת מראש אלו הסדרים חוקיים יחולו על העסקה (לסקירה ראו א' רייך, "חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א - 1971: 'וישן מפני חדש תוציאו'", מחקרי משפט יד (תשנ"ח) 127; א' רייך, "גלובליזציה ומשפט: השפעת המשפט הבין-לאומי על המשפט המסחרי בישראל ביובל הבא" מחקרי משפט יז (תשס"ב) 17, 33; כן ראו דברי ההקדמה לפירושו של André Tunc, Commentary on the Hague Conventions of the 1st of July 1964 on International Sale of Goods and on the Formation of the Contract of Sale (1966); John Honnold, The 1964 Hague Conventions and Uniform Laws on the (International Sale of Goods, 13 Am. J. Comp. L. 451 (1964)).

כ. לא יתכן חולק על חשיבות הגישה המגולמת באמנות הללו, המתעצמת והולכת בעולם הגלובלי. לכבודם של ותיקים אציין, כי העירה בכיוון זה השופטת נתניהו עוד בשנת 1987:

"כאשר קשרי תובלה וסחר הולכים ומתהדקים בין מדינות רבות ושונות בכל רחבי העולם, בין עמים מפורדים זה מזה בשפה, בתרבות, במסורת, בהגלי חיים ומחשבה, במושגי צדק ומוסר ובשיטות משפט, חשיבותם של דיני מסחר אחידים הולכת וגוברת, פן 'שבע ומאה ועשרים מדינה, מדינה ומדינה ככתבה ועם ועם כלשונו' (מגילת אסתר ח, ט) ידברו כל אחד בשפתו 'אשר לא ישמעו איש שפת רעהו' (בראשית, יא, ז) " (ד"נ 36/84 טייכנר נ' אייר פרנס, פ"ד מא(1) 589, 640).

כ"א. אשר ל"ותיקים" יותר - נעיר בקצרה, כי הצורך בחקיקת "חוק אחיד" החוצה שיטות משפט מדינתיות (בפרט בתחום המסחרי), התעורר ויושם בהקשרים שונים במשפט העברי. העובדה שבמשך מאות בשנים התפתח המשפט העברי במסגרות קהילתיות חייבה יצירת "חקיקה אחידה" - שתאפשר ודאות באינטראקציה בין קהילות, שבמשפטן הפנימי נקטו גישות משפטיות שונות והיו נתונות תחת משטרים משפטיים חיצוניים שונים. בהקשר זה נוצרו במשפט העברי ההיסטורי מנגנוני חקיקה על-קהילתיים פורמליים, דוגמת חקיקת "ועד ארבע הארצות" (במזרח אירופה בין השנים 1580-1764; ראו גם מ' אלון, המשפט העברי, תולדותיו מקורותיו עקרונותיו (כרך ב', תשל"ג) 661-662); ובלתי פורמליים - דוגמת החקיקה שהתקבלה ב"ירידים" - התכנסויות בין-לאומיות שעיקרן מסחרי, בהן נועדו חכמי הלכה מקהילות שונות. כך אנו מוצאים ביחס לחקיקה שהתקבלה ביריד:

"ואל יהיו הדברים האלה (התקנות שהתקבלו ביריד לעניין ריבית - א"ר) קלים בעיני הקורא לדחותם... כי שקלנו וטרנו בהן והסכימו על הדברים ראשי ישיבות שיחיו, שהיו פה עמנו ביריד, אלא שפנו לדרכם אחר ההסכמה, ונשארתי אני (רבי יהושע ולק כ"ץ, בעל ספר מאירת עיניים על שולחן ערוך חושן משפט, פולין, המאות ה"ז-י"ז - א"ר) פה לבדי, והעליתי דברי הנ"ל על הכתב בציווי ראשי המדינות" (דברי הסיום ל"קונטרס הסמ"ע", מובא אצל נ' רקובר, המסחר במשפט העברי (תשמ"ח) 213).

כ"ב. כמו במשפט המודרני, גם בהיסטוריה של המשפט העברי, לא תמיד הושגה הסכמה בין כל הקהילות, והיו קהילות שבחרו להסתייג מחקיקה מסוימת. כך לדוגמה לגבי תקנת ועד ארבע הארצות בדבר עקרון השויון בין נושים - עיקרון שכיום נתפס כאבן יסוד בדיני פשיטת הרגל; יכולתו של חייב לעבור מקהילה לקהילה, ובכך להעדיף נושים או להבריא נכסים כל עיקר, חייבה חקיקה על-קהילתית. וכך אנו מוצאים:

"מיד כשיצא הקול על אחד שהוא בורח, מחוייבים הבית דין של אותו הגליל (מחוז - א"ר) להכריז ולהזהיר שלא יקח שום אדם שום פרוטה ממנו, ואף אם יקח אין תפיסתו תפיסה ויחזיר, כדי שיהא כל בעל חוב [נושה] הן מאותה העיר או מעיר אחרת או ממדינה אחרת, כולם יהיו שווים כל אחד לפי הדין, ויהא מונח ביד בית דין עד היריד הסמוך" (מתוך תקנת ועד ארבע ארצות שמביא י' שציפנסקי, התקנות בישראל (כרך רביעי, תשנ"ג) תי"ח-תכ"א; ההדגשות הוספו - א"ר).

ברם, כדרכו של המשפט הבין-לאומי, מתקנה זו הסתייגה הקהילה החשובה שבליטא - ולפיכך נקבע בתקנות במפורש שאין הן חלות על בני אותה קהילה (שם עמ' תכ"א).

הוראות ההתיישנות בסעיפים 38-40 לאמנת האג

כ"ג. סעיפים 38-40 לאמנת האג (כפי שתורגמו בתוספת לחוק מכר בין-לאומי) כוללים את הסדרי ההתיישנות הרלבנטיים לענייננו:

38. (א) על הקונה לבדוק את הטובין, או לגרום לבדיקתם, מיד...

39. (א) הקונה יאבד את הזכות להסתמך על אי-התאמה של הטובין, אם לא נתן למוכר הודעה על כך מיד לאחר שגילה את אי-ההתאמה או שהיה עליו לגלותה; אולם אם מתגלה לאחר זמן ליקוי שלא ניתן לגלותו בבדיקה האמורה בסעיף 38, רשאי הקונה בכל זאת להסתמך עליו, ובלבד שנתן למוכר הודעה על כך מיד לאחר הגילוי. מכל מקום, יאבד הקונה את הזכות להסתמך על אי-ההתאמה אם לא נתן הודעה על כך למוכר תוך שנתיים מן התאריך שבו נמסרו הטובין, זולת אם אי-ההתאמה היא הפרת ערבות שניתנה לתקופה ארוכה מזו...

40. אין המוכר זכאי להסתמך על הוראות סעיפים 38 ו-39 אם אי-ההתאמה היא בעובדות שידע, או שלא ייתכן שנעלמו ממנו, והוא לא גילה אותן".

סעיפים אלה חלים על המקרה שלפנינו, אך נציין כי נוסח סעיף 40 לתוספת לחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), תש"ס - 1999 (אמנת וינה) - ויש לשבח את מנסחי האמנה שהותירו את מספרי הסעיפים הרלבנטיים בעינם - כך הוא:

"המוכר אינו זכאי להסתמך על הוראות סעיפים 38 ו-39 אם חוסר ההתאמה מתייחס לעובדות שהיו ידועות לו או שלא יכול היה שלא להיות מודע להן ושהוא לא גילה אותן לקונה".

עינינו הרואות, כי במהות לא חל שינוי בהוראות הסעיף בין אמנת האג ואמנת וינה, והמדובר בניסוח מחודש של אותם דברים עצמם (ראו גם Franco Ferrari, Recent Developments: CISG - Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing, 15 J.L. & Com. 1, 113 (1995); C.M. Bianca et al., Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention 314 (1987); Peter Schlechtriem, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods 477 (Geoffrey Thomas trans., 2d English ed. 2005)). בבסיס העיוני, ובתחום המחקר ההשוואתי, ניתן איפוא למתוח ללא קושי קו זיקה בין שני המכלולים, וכך נעשה בהמשך.

כ"ד. במקרה שלפנינו נבדקו האריחים על ידי מכון התקנים מיד עם הגעתם לישראל, ונמצאו תקינים - בכך עמדה מנדלסון (ובאותה עת גפני שדה) בחובתה לפי סעיף 38. ברם, מנדלסון לא עמדה בדרישות סעיף 39: ראשית - כיון שאף כי נודע לה על הפגמים כבר בשנת 1998 לא נתנה לפמזה "הודעה על כך מיד לאחר הגילוי"; שנית - כיון שבכל מקרה לא ניתנה הודעה "תוך שנתיים מן התאריך שבו נמסרו הטובין".

כ"ה. בית משפט זה עמד בעבר על מטרותן וחשיבותן של הוראות ההתיישנות בחוק מכר בין-לאומי, ואף קבע כי מדובר בהתיישנות מהותית ולא דיונית:

"חוק המכר הבינלאומי, עניינו בעסקאות בינלאומיות שבהן הוודאות המשפטית היא בעלת חשיבות רבה. עצם חקיקתו של החוק נועדה ליצור בטחון משפטי בדרך של יצירת אחדות ומניעת החלת דיניה הפנימיים של כל מדינה ומדינה. עסקאות בינלאומיות מבטאות, לעתים, מעברים רבים של המוצר, מארץ לארץ, עד הגיעו לידי הצרכן. קביעה מהירה של המצב המשפטי הכרחית כדי ליצור ודאות בזכויותיהם ההדדיות של כל המעורבים בעסקה. קביעת תקופת התיישנות של שנה אחת (לפי סעיף 49 לאמנה - א"ר), איננה נעוצה בטעם המרכזי המקובל של התיישנות, היינו שמירת ראיות, אלא לשם קביעה מהירה של המצב המשפטי בין הצדדים לעסקה. כדי להשיג מטרה זו, יש לראות בהוראה זו התיישנות המפקיעה את הזכות עצמה" (ע"א 132/85 אמרופא א.ג. נ' ה.ש.י. המגדר - תעשיות פלדה, פ"ד מא(4) 477, 487, הנשיא שמגר; ראו גם ע"א 508/86 ברומברג נ' ורדי,

פ"ד מג(3) 555, 560; ע"א 3552/01 Banco Exterior (Suiza) SA נ' יעקב כספי בע"מ, פ"ד נט(4) 941.

ובמקום אחר, בפרשת טולונץ הנזכרת:

"אכן, ניתן להקשות מה ראה המחוקק לגונן על המוכר... ניתן להסביר קושיה זו בצורכי עולם הסוחרים. אין זאת אלא שהמחוקק ביקש לדאוג למצב של ודאות, כי עיסקת מכר, שנקשרה ושבוצעה, תמה ונשלמה, ושוב אין להרהר אחריה. בדרך זו יכול המוכר להמשיך בפעילותו הכלכלית, כשהוא משוחרר מן החשש, ללא הגבלת זמן, שמא יבוא עליו הקונה בטענות לאחר מעשה על מום שנפל במימכר" (עמ' 636-637, המשנה לנשיא בן פורת).

כ"ו. ברם, שוברן של הוראות ההתיישנות בצידן, והוא סעיף 40: "אין המוכר זכאי להסתמך על הוראות סעיפים 38 ו-39 אם אי-ההתאמה היא בעובדות שידע, או שלא ייתכן שנעלמו ממנו, והוא לא גילה אותן". לשיטת מנדלסון - שהתקבלה בבית המשפט קמא - די בעובדה שפמזה היתה מודעת לפגמים שהתגלו בסחורות אחרות ששיווקה ליבואנים אחרים בישראל כדי להקים את יסודות הסעיף. לשיטת פמזה מדובר בפרשנות בלתי סבירה לדרישת הסעיף. נפנה איפוא לדון בתכליתו ובגדריו של סעיף 40.

סעיף 40 ועקרון תום הלב

כ"ז. עניינו של סעיף 40 לאמנת האג הוא, בתמצית, יישומו של עקרון תום הלב. כך נוסחו הדברים בפירושו של Tunc:

"Article 40 does no more than sanctions a rule of good faith."

וכך גם בפירושם של Graveson et al. לאמנה, "The seller cannot rely on the previous Articles if he acted in *bad faith*" (R.H. Graveson et al., The Uniform Laws on International Sales Act 1967, at 77 (1968); ההדגשה, וכן ההדגשות הבאות במובאות באנגלית הוספו - א"ר). ההנחה היא, כי אם הסתיר המוכר בחוסר תום לב אי התאמה בטובין, וזו התגלתה רק לאחר חלוף תקופת ההתיישנות - אין הוא ראוי להגנת סעיף 39.

כ"ח. דברים דומים נכתבו באריכות בכל הנוגע לסעיף 40 לאמנת וינה - שנוסחו, כאמור, דומה ביותר לשונית, וזוהה מהותית לסעיף 40 לאמנת האג (על זהות היסודות עמדנו לעיל בפסקה כ"ג):

"At first glance Art. 40 looks like a rule of *not protecting the seller in bad faith*, and it reflects a principle in the CISG which has been taken to be a general one... namely that of good faith and not protecting the fraudulent or ill-faithed party" (Camilla Baasch Andersen, Exceptions to the Notification Rule - Are they Uniformly Interpreted?, 9 Vindobona J. Int'l Com. L. & Arb. 17, 26 (2005)).

כך הוא גם בפירושם של Enderlein & Maskow לאמנת וינה, "The seller has thus an obligation to disclose defects, which is based on the principle of *good faith*" (Fritz Enderlein & Dietrich Maskow, International Sales Law: United Nations Convention on (Contracts for the International Sale of Goods 163 (1992)).

כ"ט. הוא הדין גם בפסקי דין מדינתיים. במשפט הבלגי נקבע, בין היתר, כי סעיף 40 אינו אלא יישום של עקרון תום הלב (S.r.l. R.C. v. BV BA R.T., Hof van Beroep) [Appellate Court] Antwerp, June 27, 2001, 1997/AR/1554 וכי הוא נועד למקרים בהם הפר מוכר את חובתו לדווח על פגמים שהיה מודע להם (Deforche NV v. Prins) Gebroeders Bouwstoffenhandel BV, Hof van Beroep [Appellate Court] Ghent, Oct. 4, 2004, 2003/AR/2763 ; ראו גם Larry A. DiMatteo et al., The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence, 24 Nw. J. Int'l L. & Bus. 299, 401 (2004). בפסק דין גרמני נקבע, כי דרישות הסעיף אינן אלא מקרה פרטי של הפרת חובת תום הלב (Oberlandesgericht [OLG] [Provincial Court of) Schleswig, Aug. 22, 2002, 11 U 40/01 (Appeal). עקרון זה אף נוסח בצורה בהירה בפסק דין של ערכאת הבוררות בסטוקהולם (SCC):

"It should be noted that the provision of Article 40 is intended to be a 'safety valve' for preserving the buyer's remedies for non-conformity in cases where the seller has himself forfeited the right of protection, granted by provisions on the buyer's timely examination and notice, against claims for such remedies... . Thus, the Article 40 is an expression of the principles of fair trading" (Beijing Light Automobile Co., Ltd v. Connell Limited Partnership (Arbitration Inst. Stockholm Chamber of Commerce June 5, 1998)).

ל. ברי איפוא כי סעיף 40 נועד למקרים של חוסר תום לב; מידתו של זה קשורה לפירוש המונח העמום "which he knew, or of which he could not have been unaware" אליו נידרש בהמשך - אך ברי, כי לא למקרים שבהם לא דיוח המוכר על פגמים להם לא היה מודע בתום לב נועד הסעיף. בטרם נפנה לבחינת היסוד הנפשי הנדרש מהמוכר נתייחס לרציונאל נוסף לסעיף 40, ולכך שמדובר בהוראה חריגה שיש לפרשה בצמצום.

רציונאל שני - סעיף 40 כנסיבה בה מתייתרת הודעה לפי סעיף 39

ל"א. מעבר לעקרון תום הלב, הוצע לסעיף 40 רציונאל נוסף - המשלב טיעון מעשי ונורמטיבי כאחד. סעיף 39 קובע שקונה יאבד את זכותו להסתמך על אי התאמה, אם לא נתן הודעה על אי ההתאמה בתוך שנתיים (לכל היותר) ממסירת הטובין. הוראה זו מאפשרת למוכר להניח בודאות, כי אם הקונה לא הודיע על אי התאמה בתוך שנתיים - הטובין נמצאו מתאימים ואין הוא חשוף לתביעות (והיא קשורה גם לשיקולים ראייתיים). לפי דרך זו ברור, כי אם המוכר מודע לאי ההתאמה (כבסעיף 40) אין הוא זקוק להודעת הקונה על אי התאמה, לה הוא מודע ממילא:

"if the seller could not have been unaware of the defects, he cannot use the excuse that he did not know of the defects" (Fritz Enderlein, Rights and Obligations of the Seller under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures 133, 175 (Petar Šarčević & Paul Volken eds., 1985).

הסבר זה מובא גם על ידי Ferrari (במאמרו הנזכר משנת 1995), וכן על ידי DiMatteo et al. (במאמרם הנזכר משנת 2004):

"if the seller knows of the non-conformity and fails to reveal it, he cannot fall back upon the buyer's failure to tell him what he already knew" (p. 401).

והוא נזכר גם בפסק דין של בית המשפט העליון באוסטריה (Oberster Gerichtshof) ([OGH] [Supreme Court], Nov. 30, 2006, 6 Ob 257/06x) ובלשון אחר, בספרם של Bianca et al.:

"In such situations, the seller has no reasonable basis for requiring the buyer to notify him of these facts" (Bianca et al., 314).

ל"ב. רציונאל זה להוראה - קרי, שאין המוכר יכול להיבנות מאי מתן הודעה על עובדות שידועות לו בין כה וכה - מופיע גם בכתיבת המלומדים הישראליים בהקשרים מסחריים פנימיים דומים, כמו ביחס לסעיף 16 לחוק המכר (וכבר הזכרנו כי חוק המכר התבסס במידה רבה על אמנת האג):

"הטעמים העיקריים לנטל ההודעה המיידית... הוסברו לעיל: לאפשר למוכר לתקן או להחליף את הנכס, להעמיד את המוכר על כך שהעיסקה כרוכה בבעיה הדורשת את טיפולו, ולעודד את הוודאות המסחרית ואת השקט הנפשי של המוכר... כאשר המוכר יודע על אי ההתאמה, או שעליו לדעת עליה (כך לפי נוסח ההוראה בחוק המכר - א"ר) נשמט הבסיס מתחת לטעמים אלו, ועל כן מוצדק לפטור את הקונה מהנטל המוגדר בסעיפים 13 עד 15 לפחות בעיקרו... אין לו (למוכר - א"ר) ציפיה סבירה ל'שקט נפשי' כאשר ידוע לו, או שעליו לדעת, שהוא הפר את חיוביו החוזיים" (א' זמיר, חוק המכר, 332-333; ההדגשה הוספה - א"ר; ראו גם ז' צלטנר, חוק המכר, תשכ"ח - 1968) (בתוך פירוש לחוקי החוזים, ג' טדסקי עורך, תשל"ב) (92).

ובמקום אחר, ביחס לחובת ההודעה בסעיף 4א לחוק המכר (דירות), תשל"ג - 1973:

"מן ההצדקה העניינית האמורה נובעים הגבולות הלגיטימיים של נטלי ההודעה והבדיקה... אין מקום להטיל נטלים אלה מקום שידע המפר למעשה על אי-ההתאמה באובייקט שסיפק... לספק אין אינטרס לגיטימי לצאת נשכר מכך שהנושה לא הודיע לו דבר שאותו הוא יודע או צריך לדעת ממילא. בשיטות משפט אחרות... באמנות בדבר מכר טובין בינלאומי... הסיקו משיקול זה את המסקנה המתחייבת ופטרו את הקונה... מן הנטל להודיע על אי-ההתאמות שהמוכר המשכיר או הקבלן ידעו עליהן" (א' זמיר, "תיקון תש"ן לחוק המכר (דירות): צעדים עקלקלים בנתיב נכון", עיוני משפט יח (תשנ"ד) 201, 219; ההדגשה הוספה - א"ר).

ל"ג. לפי דרך זו, במקרים בהם אין המוכר מודע לאי ההתאמה בטובין שמסר - אין מקום לפטור את הקונה מחובת ההודעה.

ל"ד. סעיפים 38-39 מחייבים את הקונה לבדוק את התאמת הטובין לדרישותיו, ולדווח על כל מקרה של אי התאמה. נוכח אופיין של עסקאות מכר, ובפרט מכר בין-לאומי, נועדו הוראות אלה שיש בהן קשיחות, להבטיח למוכר כי כל אי התאמה תובא לידיעתו מיד עם גילויה - ולא יאוחר משנתיים לאחר ביצוע העסקה. סעיף 40 מהווה חריג להוראות אלה, וככזה - כך נאמר בפסיקה הזרה ובספרות - יש לפרשו בצמצום. יש שסברו כי יש להגביל את הסעיף לנסיבות מיוחדות בלבד ("special circumstances") או לנסיבות יוצאות מן הכלל ("exceptional circumstances"); כך עמדות הרוב והמיעוט בפסק הבוררות הנזכר בפסקה כ"ט. וכך גם סוכמה הגישה המקובלת:

"Because the buyer's duty to examine the goods is so basic and fundamental, there is agreement in court decision and scholarly doctrine that *only in very limited, exceptional, and even 'unusual' circumstances should sellers be precluded from relying on the buyer's failure to meet its examination/notice obligation.* How 'exceptional' should those circumstances be is, of course, a matter of degree" (Alejandro M. Garro, The Buyer's 'Safety Valve' Under Article 40: What Is the Seller Supposed to Know and When?, 25 J.L. & Com. 253, 255 (2005-2006)).

ל"ה. דברים אלה מסתברים לאור החשיבות שמייחסת האמנה לאלמנט הודאות - והרצון לתמרץ קונים שגילו אי התאמה בטובין להביאה לידיעת המוכר במהירות. יוזכר כי בהקשר הפנימי נקט המחוקק הישראלי גישה מרחיקה יותר לטובת המוכר, וקבע בסעיף 16 לחוק המכר דרישה שאינה קיימת באמנה:

"היתה אי-ההתאמה נובעת מעובדות שהמוכר ידע או היה עליו לדעת עליהן בעת גמירת החוזה ולא גילה אותן לקונה, זכאי הקונה להסתמך עליה על אף האמור בסעיפים 14 ו-15 או בכל הסכם, ובלבד שנתן למוכר הודעה עליה מיד לאחר שגילה אותה" (ההדגשה הוספה - א"ר).

הוראת הסיפא של הסעיף קובעת כי אפילו התקיימו תנאי סעיף 40 לאמנה (המופיעים ברישא של הסעיף), אין הקונה יכול להסתמך עליה לאורך זמן - ועליו למסור למוכר הודעה באופן מיידי. הוראה כאמור אינה קיימת בסעיף 40 לאמנה - ולפיכך מסתברת פרשנות מצמצמת, שתגביל את המקרים בהם יוכל קונה להעלות טענת אי התאמה שנים לאחר העיסקה (על חובתו של הקונה לעשות בזכות שימוש בתום לב נרחיב בהמשך).

במקרה שלפנינו ידעה מנדלסון, כזכור, על אי ההתאמה כמעט שלוש שנים בטרם מסרה הודעה לפמזה.

היסוד הנפשי של סעיף 40 - מה אמור המוכר לדעת?

ל"ו. סעיף 40 לחוק מכר בין-לאומי נוקט בלשון:

"אין המוכר זכאי להסתמך על הוראות סעיפים 38 ו-39 אם אי-ההתאמה היא בעובדות שידע, או שלא ייתכן שנעלמו ממנו, והוא לא גילה אותן" (ההדגשה הוספה - א"ר; התרגום לסעיף 40 לאמנת וינה הובא לעיל בפסקה כ"ג).

נוסח זה הוא תרגום מילולי - תוך שימוש בעברית מקראית ("שנעלמו ממנו" - ראו ויקרא ד, י"ג; ה, ב), וכזכור נעשה תרגום שונה לסעיף באמנת וינה - של לשון האמנה ("which he knew, or of which he could not have been unaware"), קרי "שלא יכול היה שלא להיות מודע להן". ואולם אף כאן דרושה פרשנות. דומה כי השאלה המרכזית היא האם יש לפרש את המונח "שלא ייתכן שנעלמו ממנו" כדרישה למודעות בפועל (או חלופה שקולה), או שמא ניתן לפרשה כדרישה נורמטיבית - הכוללת מודעות לעובדות שמוכר סביר צריך היה להיות מודע להן.

ל"ז. על פניה, לשון הסעיף אינה תומכת במודעות "נורמטיבית" (רשלנות) ודורשת מודעות בפועל:

"With the wording of the provision being what it is, then it is certainly safe to assume that once the degree of awareness slows down to a 'should have known' or *bonus pater*-assessment, then Art. 40 has lost its relevance. Linguistically, the concept of reasonableness - and what the seller could or should have been required to know - does not encompass the same situation as that where the seller *could not have been unaware*. Courts and tribunals do not, on the face of things, seem to be able to rightfully invoke Art. 40 where *knowledge reasonably should have been present*, but only where *knowledge reasonably can be inferred* (if not proven), and it is at inference that the line should be drawn" (Andersen, 27).

דומה כי גם המחוקק הישראלי סבר שלשון אמנת האג אינה מסתפקת ברשלנות, ולפיכך נקט לשון אחרת בחוק המכר (שאמנם קדם לחוק מכר בין-לאומי, אך התבסס כאמור על נוסח האמנה): "היתה אי-ההתאמה נובעת מעובדות שהמוכר ידע או היה עליו לדעת"

(ההדגשה הוספה - א"ר). כך ניתחו שינוי זה המלומדים זמיר (חוק המכר, 333; תיקון תש"ן, 219-220) וצלטנר:

"החוק האחיד (אמנת האג - א"ר) מצמצם את תחולת התריג הזה (סעיף 40 - א"ר) לאותם המקרים בהם ידע המוכר 'או שלא יתכן שנעלמו ממנו' העובדות מהן נובעת אי ההתאמה, בעוד שהחוק שלנו מרחיבה גם על מקרים של התרשלות מצד המוכר, בנקטו לשון 'או היה עליו לדעת עליהן'" (צלטנר, 92; ההדגשה הוספה - א"ר).

ל"ח. ברם, על אף המגבלות הלשוניות נקטו מלומדים וערכאות שיפוטיות שונות, פרשנות לפיה חל סעיף 40 גם במקרים בהם לא היה המוכר מודע בפועל לאי ההתאמה בטובין. בספרם (משנת 1992) מסכמים Enderlein & Maskow את עמדות המלומדים בסדר יורד מן המחמירים למקלים:

"The wording 'could not have been unaware' is defined by Huber (482) as being a little bit less than cunning and a little bit more than gross negligence; others treat it as being equivalent to gross negligence (Schlechtriem, 60; Welser/Doralt, 113)... The wording of the CISG itself would, in our view, include simple negligence, which could also be described as a violation of customary care in trade" (p. 164).

קרי הקשת נעה בין "כמעט מרמה" ועד רשלנות המהוה הפרה של הזהירות המסחרית הרגילה ("customary care in trade"). Ferrari (במאמרו משנת 1995) סבר שהסעיף דורש רשלנות רבתי מצד המוכר (gross negligence), וכך גם Graveson et al. בפירושם לאמנת האג (עמ' 77). Enderlein & Maskow אמנם מציינים כי Schlechtriem דורש רשלנות רבתי, אך דומה כי הוא מתייחס לדרישה חמורה יותר "more than gross negligence" (מהדורת 1998 עמ' 321-322; מהדורת 2005 עמ' 478). Garro (במאמר הנזכר משנת 2005-2006) ציין כי: "Everything seems to indicate, however, that the defects leading to the lack of conformity must have been *rather obvious* for Article 40 to apply" (p. 257).

ל"ט. גישות אלה מסתמכות - ובהמשך משפיעות - על פסיקת בתי הדין המדינתיים. במקרה אחד פסק בית המשפט העליון בגרמניה (Bundesgerichtshof) כי בהעדר ידיעה בפועל, די ברשלנות רבתי (Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice], June 30, 2004, 2004 BGH 1645). בתי משפט בבלגיה התייחסו לחוסר תום לב (bad faith), או רשלנות חמורה (severe negligence) מצד המוכר (Dat-Schaub International a/s v.)

Kipco-Damaco N.V., Hof van Beroep [Appellate Court] Ghent, May 16, 2007, Deforche NV v. Prins Gebroeders) (2006/AR/47),
 Bouwstoffenhandel BV, Hof van Beroep [Appellate Court] Ghent, Oct. 4, 2004, (2003/AR/2763).

מ. בהחלטת הבוררות של ה-SCC (הנזכרת בפסקה כ"ט) נסקרה סוגיית היסוד הנפשי בארוכה. נאמר כי אין ספק שעל מנת שלא לאיין לחלוטין את הוראות 38-39 לאמנה, אין די במודעות כללית מצד המוכר כי הטובין שמכר אינם באיכות מעולה ("are not of the best quality or leave something to be desired"). לאידך גיסא נקבע, כי אין ספק שמרמה ומקרים דומים של חוסר תום לב מצד המוכר מקימים את יסודות הסעיף - ושניתן להניח את מודעותו של המוכר כאשר מדובר באי התאמה הנראית בקלות. דעות הבוררים נחלקו באין ראיה לכך שהמוכר היה מודע בפועל לאי ההתאמה. דעת הרוב סברה כי סעיף 40 דורש התעלמות מודעת מעובדות הניכרות לעין המעידות בבירור על אי התאמה. דעת המיעוט סברה כי מעבר לכך נדרשת דרגה גבוהה יותר של אשמה סובייקטיבית:

"The arbitrators agree... that Article 40 shall only be applied in special circumstances. I would be inclined to use the words 'exceptional circumstances' as I consider it a principle of fundamental importance from the point of view of predictability that a manufacturer shall normally be able to rely upon the expiry of an agreed guarantee time to represent the end point of his liability for defects (non-conformity). My reading of the requirement for the seller's awareness is therefore more restrictive. The test of awareness or 'conscious disregard' on the part of the seller requires in my opinion a higher degree of subjective blameworthiness than the one demonstrated by [seller] in this instance... ."

מ"א. כפי שיבואר בהמשך, אין המקרה שלפנינו מחייב הכרעה מדויקת בסוגיית היסוד הנפשי בהעדר מודעות בפועל; די איפוא בקביעה, כי אפילו לדעות המרחיבות ביותר סעיף 40 דורש לכל הפחות רשלנות המהווה הפרה של הזהירות המסחרית הרגילה (ויוזכר, המדובר ברשלנות המתייחסת לאי המודעות לאי ההתאמה שמוכר סביר היה מודע לה - לא לרשלנות בייצור, בהובלה וכדומה; לסיכום הסוגיות המרכזיות הנוגעות לסעיף 40 לאמנת וינה, ראו גם Camilla Baasch Andersen, Uniform (Application of the International Sales Law 197-225 (2007)).

מן הכלל אל הפרט - יישום סעיף 40 בנסיבות שלפנינו

מ"ב. נוכח האמור נראה ראוי לקבוע, כי המקרה שלפנינו אינו בא בגדרי המקרים החריגים בהם חלה הוראת סעיף 40. להצעה זו מספר נימוקים. אין חולק כי במועד אספקת האריחים (1995-1996) לא ידעה פמזה בפועל על ליקוי במשלוח הקונקרטי, ואין טוען למודעות בפועל עד למשלוח הודעת צד ג' בשנת 2001 (לא למותר לשוב ולהזכיר, כי עם הגעתם לארץ נבדקו האריחים על ידי מכון התקנים ונמצאו תקינים). קביעתו של בית המשפט קמא - לפיה חל סעיף 40 בנסיבות - מיוסדת על עדות מר טופולסקי (מנהל חברה מקבילה שעסקה ביבוא ומכירת אריחים), ממנה עולה "כי בתקופה הרלבנטית חברת פמזה ידעה על כך שאריחי הקרמיקה המיוצרים על ידי לוקים בפגמים שונים" (פסקה 17 לפסק הדין).

מ"ג. מסופקני אם יש בעדות זו כדי לבסס את יסודות סעיף 40. בתצהירו (מיום 5.5.02) מסר מר טופולסקי, כי בשנים 1995-1996 רכשה החברה שבניהולו אריחים מחברת פמזה - וכי בעקבות פגמים שהתגלו בהם לאחר שימוש בפרק זמן מסוים, הפסיקה חברתו את ההתקשרות עם פמזה (בשנת 1997) - ואף פוצתה בסכום מסוים. בעדותו בבית המשפט מסר, כי "הפגמים לא התגלו מיידית. כל תופעה התגלתה בשלב אחר. אחרי שאנשים גרו קצת בדירות" (עמ' 48), ואף חזר מהאמור בתצהירו כי הוא יודע שחברות נוספות הפסיקו לעבוד עם חברת פמזה (עמ' 49).

מ"ד. קרי, מר טופולסקי לא העיד כי העלה תלונה בפני פמזה בטרם ביצוע העסקה עם מנדלסון - ולא ניתן לייחס לה איפוא חוסר תום לב באותו מועד (לעניין המועדים המכריעים לצורך סעיף 40 ראו Garro עמ' 256; Schlechtriem (מהדורת 2005) עמ' 479-480; אך ראו גם סעיף 16 לחוק המכר הישראלי). בהתחשב בכך שמר טופולסקי התייחס לאריחים שהזמין בשנת 1996, ולפגמים שהתגלו רק אחרי האכלוס - מסתבר כי פנייתו לפמזה היתה לאחר ביצוע העסקה עם מנדלסון (ולמצער, לא הוכח אחרת).

מ"ה. ועוד, וזאת לדידי עיקר, מר טופולסקי לא התייחס לסוג מסוים של אריחים ולסוג מסוים של פגמים, וכפי שנאמר מעלה אין חולק כי מודעות כללית של מוכר שחלק ממוצריו אינם מאיכות מעולה, אינה מקימה את יסודות סעיף 40. יפים כאן דברי המומחה מטעם איזנברגר ביחס לאריחים נשוא התביעה:

"זה יכול להיות פגם נקודתי במשלוח מסוים. יכול להיות שבדיוק באותו משלוח של אריחים היה פגם בייצור, או זיהום בתערובת הזיגוג, או משהו אחר שיצר

כיסוי אויר. החברה מייצרת מליוני[ם] של מ"ר, קורה שבמשלוח מסוים יש תקלה" (עמ' 80).

גם אם נניח שמודעות לפגמים בעבר עולה כדי ידיעה בפועל, ואפילו נקבל את הגישה הנכונה לקרוא את סעיף 40 כבעל יסוד של רשלנות, על מנת להיבנות מסעיף 40 על קונה להוכיח למצער כי המוכר גילה בעבר פגמים מהסוג הנטען (ראו Garro עמ' 257), באותו סוג של מוצרים - באופן שהיה חייב לעורר אצלו חשד ממשי. ככל שמדובר ביצרן המייצר כמויות גדולות של מוצרים, יתכן שיהא על המודעות להצטמצם לסדרת ייצור או משלוח מסוים. זאת ועוד, מסירת הודעה כוללנית בדבר "בעיות" בטובין אינה עומדת בדרישת ההודעה שבסעיף 39: כך לדוגמה נקבע בפסק דין גרמני, כי הודעה של קונה בשר כי הוא "סרוח" אינה ספציפית דיה (Landgericht [LG] [District Court] München, Mar. 20, 1995, 10 HKO 23750/94); במקרה גרמני אחר נקבע, שהודעה שסוליות שסופקו אינן שימושיות בשל איכות ירודה, אינה ספציפית דיה כיון שאין היא מספקת למוכר די מידע כדי לשכלל צעדיו (Landgericht [LG] [District Court] Erfurt, July 29, 1998, 3 HKO 43/98). מכאן, בקל וחומר, כך דומה, שמודעות כללית בדבר "בעיות" שהתגלו בעבר, מבלי שניתנה כל הודעה מקונה ספציפי לגבי טובין ספציפיים, אינה עומדת בדרישות סעיף 40.

מ"ו. סיבה נוספת לאי החלת סעיף 40 היא אי התקיימותו של הרציונאל השני - שכן מנדלסון אינה יכולה לטעון כי פמזה יכולה היתה לצפות תביעה מצידה. כזכור עם הגעתם לישראל נבדקו האריחים ונמצאו תקינים, וכן לא נטען לפגמים ידועים באריחים אחרים מאותו משלוח - ועל כן ספק אם מדובר במקרה בו היצרן צריך היה, או יכול היה, לצפות תביעה. בהתחשב בנפח ייצורה, ובסוג הפגמים - אף אם פמזה היתה מודעת לבעיות שהתגלו בעבר בישראל, קשה לומר שמדובר בעובדות שלא היה צורך להביא לידיעתה. אינדיקציה נוספת (אם כי בנסיבות לא מכריעה) לאי תחולת סעיף 40, ואשר נזכרה אף היא בפסיקה ובספרות הזרה, קשורה לעובדה שמנדלסון (בפועל גפני שדה) חזרה ומכרה את האריחים. בנסיבות אלה, הנטל על מנדלסון להראות שהיא עצמה מכרה את הטובין בתום לב, אך שהם נמכרו לה בחוסר תום לב - כבד יותר מאשר הנטל המוטל על משתמש קצה (ראו Oberlandesgericht [OLG] [Provincial Court of Appeal] München, Mar. 11, 1998, 7 U 4427/97 (F.R.G.)). הרי לשיטת מנדלסון (שכאמור איני סובר שיש לקבלה במלוא היקפה) יצא לאריחי פמזה שם רע בישראל בתקופה הרלבנטית - מדוע אם כן לא נמנעה ממכירתם הלאה?

מ"ז. ולבסוף, סבורני כי המקרה שלפנינו מעורר שיקול נוסף - בגדרי מדיניות משפטית. כפי שצינו מלומדים, הוראת סעיף 40 נועדה להגמיש את הוראותיו הנוקשות של סעיף 39 - הוראות שבצידן סנקציה חריפה של התיישנות מהותית (לא בכדי התייחסו אליו כאל "שסתום ביטחון" ("safety valve") - ראו Garro עמ' 253 וכן Andersen עמ' 17). דומני כי במקרים דוגמת זה שלפנינו - בהם מודע הקונה במשך שנים לאי ההתאמה, אך חדל מהודעה למוכר עד שמוגשת נגדו תביעה - לא בנקל יטה בית המשפט לטובתו.

מ"ח. הציפיה היא, כי קונה המגלה אי התאמה נסתרת יביאה לידיעת המוכר מיידית (כפי שאכן קבע המחוקק הישראלי, כאמור, מפורשות בסעיף 16 לחוק המכר, "ובלבד שנתן למוכר הודעה עליה מיד לאחר שגילה אותה"). יתכנו מקרים בהם תחולתו של סעיף 40 מסופקת - קרי, קיים ספק האם המוכר אכן מודע בפועל לפגמים; יתכנו גם מקרים בהם ניתן ליחס למוכר רשלנות באי ידיעה, אך בפועל הוא אינו מודע - ובמקרים אלה ברור כי יש לתמרץ את הקונה לתת הודעה באופן מידי. ניתן להשקיף על שיקול זה גם במשקפי תום לב - אפילו נאמר כי סעיף 40 מיוסד על חוסר תום לב של המוכר, גם זכותו של הקונה לעשות שימוש בסעיף כפופה לתום לב. כשם שקשה להלום מצב, בו מוכר שאינו תם לב מודע לכך שהטובין שמכר חושפים את הקונה לתביעות מצד שלישי, כך קשה לקבל מצב בו יודע הקונה כי המוכר עתיד להיתבע (על ידיו או על ידי צד שלישי) - אך מניח לו לסבור כי הוא מוגן על ידי סעיף 39 (על האיזון בין חובות תום הלב בין שני צדדים שאינם לחלוטין תמי לב ראו לאחרונה ע"א 4836/06 עזבון המנוח חמוד נ' חרב (טרם פורסם)).

מ"ט. לגישה זו אחיזה ברורה בלשון אמנת האג. סעיף 39 מתייחס לחובת הקונה למסור הודעה "מיד לאחר הגילוי", ובכל מקרה לא יאוחר משנתיים מתאריך מסירת הטובין. סעיף 40 אינו קובע פטור ממתן הודעה במקרים בהם ניתן להניח שהמוכר מודע לאי ההתאמה; הוא קובע השתק - המונע מהמוכר להסתמך על אי מתן ההודעה:

"אין המוכר זכאי להסתמך על הוראות סעיפים 38 ו-39..."

קרי, בגדרי לשון ותכלית גם יחד, על הקונה למסור הודעה עם גילוי אי ההתאמה - ובמקרים מסוימים, עליהם עמדנו, לא יוכל מוכר חסר תום לב להשתמש באי מתן הודעה כדרך מילוט מאחריותו.

האם אמנם אי התאמה

נ. בשולי הדברים - ובטרם תידון האפשרות לתבוע בנוזיקין - אציין, כי ניתן היה להעלות את השאלה, האם במקרה שלפנינו הוכח כדבעי שמדובר באי התאמה כל עיקר. כאמור מעלה, מנדלסון טענה כלפי איזנברגר כי שימוש לא נכון באריחים הוא שגרם לפגמים (שימוש בשטחים ציבוריים באריחים שלא נועדו לשטחים אלה; הנחה לא מקצועית של האריחים על ידי הרצף - אומר כבר כאן כי דבר זה מעורר שאלה של השתק שיפוטי כלפי מנדלסון באשר לעמדות שנקטה, ועוד אשוב לכך). בנסיבות אלה כלל לא ברור שהמוצרים שסיפקה פמזה למנדלסון לקו באי התאמה - והדבר תלוי בין היתר בשאלה האם הבהירה מנדלסון לפמזה, כי האריחים נועדו לשימוש שעשתה בהם איזנברגר (ראו סעיף 33(א)(5) לחוק מכר בין-לאומי). לשאלה זו השלכה גם בגדרי סעיף 40 - שהרי על מנת שקונה יוכל להיבנות מסעיף זה עליו חייב להראות את מודעותו של המוכר לשימוש הספציפי אליו נועדו האריחים, וככל שקיים יותר משימוש אפשרי אחד (ולענייננו ריצוף או חיפוי קירות, שטחים פרטיים ושטחים ציבוריים) - על הקונה להוכיח שהמוכר היה מודע לכך שהטובין נועדו לשימוש הספציפי שאליו נמצא שאין הם מתאימים (Deforche NV v. Prins Gebroeders Bouwstoffenhandel BV, Hof van Beroep [Appellate Court] Ghent, Oct. 4, 2004, 2003/AR/2763 (Belg.); Landgericht [LG] Schleswig, Aug. 22, 2002, 11 U 40/01 (F.R.G.)).

אי תחולת סעיף 40 - סוף דבר

נ"א. סופו של דבר, אציע לחברי לקבוע כי במקרה שלפנינו לא נתקיימו הנסיבות החריגות בהן יכול קונה להיבנות מהוראת סעיף 40 לחוק מכר בין-לאומי - ודומה איפוא שחלה הוראת סעיף 39, ודרכה של מנדלסון לתבוע בגין אי התאמה חסומה בגדרי התיישנות. בית המשפט קמא קבע, כי אפילו לא התקבלה הטענה לפי סעיף 40, יכולה מנדלסון לתבוע את פמזה בנוזיקין - ולכך נפנה עתה.

תחולה מקבילה - הקדמה

נ"ב. משנקבע כי מנדלסון אינה יכולה להסתמך על הוראות חוק מכר בין-לאומי העוסקות באי התאמה, יש לבחון את קביעתו השניה של בית המשפט קמא, לפיה:

"חוק המכר הבינלאומי חל רק על התרופות במישור החוזי, ואילו ההודעה לצד שלישי הוגשה אף בעילות

שמקורן בדיני הנזיקין ודיני עשיית העושר ולא במשפט" (עמ' 118-119).

האם אמנם חוסמת מגבלת הזמן בסעיף 39 סיפא לחוק מכר בין-לאומי תרופות חוזיות בלבד - או שמא כטענת פמזה תסכל פרשנות זו את תכלית ההוראה, שכן מה למוכר הזר אם יתבע בעילה חוזית או נזיקית? שאלה זו נגזרת משאלה כללית יותר, והיא הגדרת היקפה (scope) של האמנה. האם מתכוונת האמנה, על החוק האחד שיצרה, להחליף אך ורק את חוקי המכר והחוזים המדינתיים? או שמא ביקשה להשתרע גם על תביעות נזיקיות, ועל כל תביעה משפטית אחרת שיסודה בחוזה מכר בין-לאומי?

נ"ג. שאלה זו היא, בראש וראשונה, שאלה של פרשנות האמנה עצמה:

"The question whether the ground of liability in question falls within the scope of the Convention must be clarified by interpretation and, since the Convention defines its own scope, it is the Convention itself which must be interpreted" (Schlechtriem (1998), 371).

על גבולות תחולת האמנה ניתן להסיק מהוראות שליליות (לדוגמה סעיף 5 הקובע, בין היתר, סוגי סחורות עליהן לא חלה האמנה), אך בעיקר מהוראות חיוביות, ובפרט מהוראת סעיף 8:

"חוק זה מסדיר אך ורק את חיובי המוכר והקונה הנובעים מחוזה המכר. במיוחד אין חוק זה עוסק לא בכריתת החוזה, לא בהשפעתו על הבעלות בטובין שנמכרו, ולא בתקפם של החוזה, או של תנאי מתנאיו, או של כל נוהג, זולת אם נקבעה בו הוראה מפורשת אחרת" (ההדגשה הוספה - א"ר).

הוראה זו קובעת תחום השתרעות מוגבל, אפילו צרי (כך Graveson et al. עמ' 53). בדומה לה קובע סעיף 4 לאמנת וינה, "אמנה זו מסדירה את דרך כריתת חוזה המכר ואת הזכויות והחיובים של המוכר ושל הקונה הנובעים מהחוזה האמור בלבד". אמנת וינה אמנם מרחיבה את תחום חלותה בעניינים מסוימים ("דרך כריתת חוזה המכר"), אך לענייננו מדובר בתחולה דומה ("הנובעים מהחוזה האמור בלבד"). על עניינים שעליהם לא חלה האמנה, ורק עליהם, יחול החוק המדינתי.

נ"ד. על פניה, אין האמנה מבקשת לחול על חיובים נזיקיים - שכן לכאורה אלה אינם "נובעים מחוזה המכר". מנגד, ברי כי תכלית האמנה - יצירת חוק בין-לאומי אחיד - תסוכל אם ניתן יהיה לעקוף את הוראותיה מיניה וביה באמצעות תביעות נזיקיות לפי הדין המדינתי. נניח לדוגמה שסעיף 40 לאמנה (הנסקר מעלה) מחייב ידיעה בפועל של המוכר. האם יוכל קונה ישראלי לתבוע מוכר על סמך הוראות חוק המכר הפנימי, שאינן דורשות ידיעה בפועל? דומה שלא יהיה חולק שתביעה כאמור אינה אפשרית. מסתבר שהוא הדין ביחס לטענת טעות חוזית, שיסודה באי התאמה לגבי כמות הטובין או איכותם (ראו Schlechtriem (מהדורת 2005) עמ' 431). ומה לגבי תביעת נזיקין בה נטען שהמוכר לא התנהג כמוכר סביר בכך שלא בחן היטב את הסחורה שמכר? האם הכתרת התביעה בכותרת "נזיקין" תשחרר את הקונה מחובת הבדיקה וההודעה, והאם יש בכך כדי לשלול את ההגנות שמספקת האמנה למוכר (בהמשך נתייחס לשאלה זהה הקיימת בתוך המשפט הפנימי)?

נ"ה. בשאלת האפשרות להגיש תביעה נזיקית, שעה שעל חוזה המכר חלה אמנת וינה, קיימות בכתיבה האקדמית הבינלאומית שתי מגמות עיקריות. לפי המגמה המצמצמת, ככל שיסודותיה של התביעה בדין הפנימי קרובים ליסודות התביעה לפי האמנה - אין תחולה לדין הפנימי:

"Domestic rules that turn on substantially the same facts as the rules of the Convention must be displaced by the Convention; any other result would destroy the Convention's basic function to establish uniform rules" (John O. Honnold, Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention 122 (2d ed. 1991)).

לפי דרך זו, כיון שפמזה סיפקה אריחים "שאינ בהם הסגולות הדרושות לשימוש הרגיל או המסחרי", עומדת ביסוד התביעה - בין אם תוגש בעילה חוזית או נזיקית - אי התאמה, וכיון שזו כפופה לחובת ההודעה, לא יהיה ניתן לעקפה באמצעות הגדרת התביעה כתביעת נזיקין שביסודה חריגה מהמצופה ממוכר סביר. אכן, מבחינה משפטית ניתן לומר כי לתביעה נזיקית יסודות שונים - ובפרט הוכחת הפרה של חובת זהירות - אך המלומד Honnold מציין כי: "proof of the seller's lack of due care does not change the essential character of the claim, and access to domestic law based on such proof would make it possible to circumvent the uniform international rules established by the Convention" (Honnold, 122-123).

נ"ו. המגמה המרחיבה סובלנית יותר כלפי תביעות נזיקיות מקבילות. במאמר משנת 1988 (Peter Schlechtriem, The Borderland of Tort and Contract - Opening a New Frontier?, 21 Cornell Int'l L.J. 467 (1988)) מציג המחבר אבחנה אנליטית בין תביעה שנועדה להגן על אינטרסים חוזיים שנוצרו על ידי הצדדים במסגרת הסכם המכר שכתרו (בעיקר החובה לספק מוצר בכמות ואיכות מסוימת תמורת סכום מסוים), לתביעה המיוסדת על עילות נזיקיות שנועדו להגן על אינטרסים שאינם תלויים בקיומו של חוזה, כגון אינטרסים של בטיחות ובריאות הציבור. לשיטתו:

"a tort action for property damages caused by defective and non-conforming goods should not be barred by an omission to give notice within reasonable time under Article 39 of CISG... even if the goods themselves were destroyed by a defect giving rise to a tort action based on strict liability, the interest protected is basically an extra-contractual one" (p. 474).

ובהמשך ביחס לתביעה בהטעיה או מרמה מצד המוכר:

"The duty not to defraud or intentionally harm other people exists independently of an agreement of the parties, and respective interests are not only created by contract."

נ"ז. בספרו (מהדורת 1995 עמ' 370-371; מהדורת 2005 עמ' 531 בקצרה) מתייחס Schlechtriem לשלושה תנאים בהם על תביעה לפי הדין המדינתי לעמוד:

"A buyer's concurrent remedy based on domestic law is admissible only under three conditions: the grounds upon which the remedy is based cannot fall within the scope proper of Uniform Sales Law; the remedy cannot be in conflict with the regulatory goals of Uniform Sales Law; and the domestic law itself must permit concurrent assertion of the remedy" (Schlechtriem (2005), 531).

במיוחד תינקט גישה מקלה כאשר מדובר בנזקי רכוש שגרמו הטובין הפגומים (כעלויות החלפת האריחים שהונחו בבניין במקרה שלפנינו), ולא רק בנזקים בגין ערכם הנמוך של הטובין בשוק - כיון שזיקת הראשונים לחוזה המכר רופפת יותר (מהדורת 2005 עמ' 75). במאמר משנת 2005 (Peter Schlechtriem, Requirements of Application (and Sphere of Applicability) of the CISG, 36 Victoria U. Wellington L. Rev. 781 (2005)) כותב המחבר בפשטות:

"I advocate the opinion that concurrent actions are not excluded by the convention" (p. 793).

(להתמודדות עם טיעוניו של Schlechtriem ראו Honnold עמ' 123; למלומדים גרמנים נוספים החולקים על Schlechtriem ראו מאמרו משנת 2005 הערה 45; לסקירה של עמדות המלומדים באירופה ראו גם Herbert Bernstein & Joseph Lookofsky, (Understanding the CISG in Europe 56-59 (1997).

נ"ח. סופו של יום, המדובר בסוגיה מורכבת - הן באשר לאינטרסים המוגנים, הן נוכח הרצון להגן על האחידות הבין-לאומית שביסוד האמנה; נוצרה קשת של נקודות איזון אפשריות. הבחירה בין הנקודות האפשריות מושפעת רבות משאלת עמדתו של המשפט המדינתי לגבי ההבחנה בין תביעות נזיקין לתביעות חוזיות - האם מדובר בשני תחומים שונים ומצטברים, או שמא בתחומים שונים שאינם מצטברים (non-cumul), ואולי בתחום אחד (contorts או "דיני חיובים"; ראו בין היתר, Joseph M. Lookofsky, Loose Ends and Contorts in International Sales: Problems in the Harmonization of Private Law Rules, 39 Am. J. Comp. L. 403 (1991)). עוד ראו מאמרם של ר' סנילביץ וד' רונן (ר' סנילביץ, ד' רונן, "תחרות בין העילה החוזית לעילה הנזיקית בתביעה לפיצויים" ספר שמגר ג' (תשס"ג) 93), המסיימים את מאמרם באמירה הבאה:

"ההכרה בזכות הבחירה בין העילות אין משמעותה שיש להתעלם מקיום החוזה ומתוכנו. מאחר שהמשפט הישראלי מכיר הן בזכות הבחירה בין העילות והן בהצטברותן, נהנה התובע מכל העולמות. לדעתנו מן הראוי שגם משפטנו יכיר בהשפעה שיש לעצם קיום החוזה על העילה הנזיקית ויעניק משקל הולם לתניות החוזה במסגרת הדיון בעילה הנזיקית. לפיכך יש להכיר בזכות נגדית של הנתבע להעלות טענות הגנה מתחום דין החוזים במסגרת התובענה הנזיקית. דבר זה מתבקש מכבוד כוחו המחייב של החוזה ומעקרון השוויון בין הצדדים בהליך השיפוטי ומאפשר לבית המשפט לשקול מה הן ההוראות ההולמות ביותר את המקרה הקונקרטי ולמנוע שימוש מניפולטיבי בדין הנזיקין כדי לחמוק מתניותיו של החוזה" (עמ' 143).

התחולה המקבילה - פסיקה זרה

נ"ט. בסוגיה זו הפסיקה האירופאית דלה יחסית. במקרה אחד קבע בית משפט לערעורים בגרמניה, כי רוכש דגים שלא מסר במועד הודעה על מחלה ממנה סבלו

הדגים (לפי סעיף 39 לאמנת וינה), אינו יכול לתבוע את המוכר בגין הובלה רשלנית שנטען כי גרמה למחלה, וזאת אף שהדגים שסופקו גרמו נזקים כבדים לאוכלוסיית הדגים של הרוכש (Oberlandesgericht [OLG] [Provincial Court of Appeal] Thüringen) ((Jena), May 26, 1998, 8 U 1667/97). מנגד, בית משפט לערעורים בבלגיה קבע (בדומה למאמר הנזכר של Schlechtriem משנת 1988), כי במקרה שלא ניתנה הודעה במועד לפי סעיף 39, יישמע הקונה בתביעת נזיקין רק אם האשמה הנטענת מתייחסת להפרת חובת זהירות כללית, ולא לחובה שעיצבו הצדדים בחוזה (ING Insurance v. BVBA HVA) (Koeling, Hof van Beroep [Appellate Court] Antwerpen, April 14, 2004, 2002/AR902). אשר לתביעות בעשיית עושר ולא במשפט, בית המשפט העליון בשוויץ פסק כי האמנה לא חלה על תביעות אלה (Bundesgericht [BGer] [Federal Court], July 7, 2004, 4C.144/2004/1ma), כן ראו Schlechtriem בספרו (מהדורת 1998) עמ' 453.

ס. ואילו הפסיקה האמריקאית נרחבת ועקבית - והיא נוקטת קו ליברלי המאפשר תביעות בעילות לבר-חוזיות. כך החל מראשית שנות האלפיים: "The CISG does not apply to tort claims" (Viva Vino Import Corp. v. Farnese Vini S.r.l., Civ. No. 99-6384, 2000 U.S. Dist. LEXIS 12347 (E.D. Pa. Aug. 29, 2000)); "The CISG, ובמקום אחר, clearly does not preempt the claims sounding in tort" (Geneva Pharms. Tech. Corp. v. Barr Labs., Inc., 201 F. Supp. 2d 236 (S.D.N.Y. 2002)); Elizabeth D. Lauzon, Annotation, Construction and Application of United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 200 A.L.R. Fed. 541 (2005). פסיקה דומה קיימת גם בשנים האחרונות (Sky Cast, Inc. v. Global Direct Distrib., LLC, Civ. No. 07-161-JBT, 2008 U.S. Dist. LEXIS 21121 (E.D. Ky. Mar. 18, 2008); Teevee Toons, Inc. v. Schubert GMBH, Civ. No. 5189, 2006 U.S. Dist. LEXIS 59455 (S.D.N.Y. Aug. 22, 2006); Miami Valley Paper, LLC v. Lebbling Eng'g & Consulting GmbH, No. 1:05-CV-00702, 2006 U.S. Dist. LEXIS 76748 (S.D. Ohio Oct. 10, 2006)).

ס"א. פסיקה דומה, של ערכאות נמוכות, קיימת גם בקנדה (Shane v. JCB Belgium) (Rajeev Sharma, The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: The Canadian Experience, 36 Victoria U. Wellington L. Rev. 847 (2005)), ובאוסטרליה (Ginza Pte Ltd v. Vista Corporation Pty Ltd [2003] WASC 11 (Sup. Ct. W. Austl.)), אם כי הנושא לא נדון במפורש).

ס"ב. עד כאן נסקרה שאלת התחולה המקבילה של הדין המדינתי ביחס לאמנת וינה; זאת, בהסתמך על הדמיון בין סעיף 8 לאמנת האג לסעיף 4 לאמנת וינה. ברם, "החוק האחיד" הנספח לאמנת האג - החל על המקרה שלפנינו - כולל אף סעיף שאין לו מקבילה באמנת וינה:

"34. הזכויות הניתנות לקונה בחוק זה למקרים הנדונים בסעיף 33 (מקרי אי התאמה - א"ר) מוציאות כל תרופה אחרת המבוססת על אי-התאמה של הטובין".

האם נתכוונה האמנה לשלול את האפשרות לתבוע תרופות נזיקיות שיסודן באי התאמה? האם לפנינו הכרעה מפורשת בשאלת התחולה המקבילה של הדין המדינתי? דומה כי פרשנות זו נשללה על ידי מפרשי האמנה.

ס"ג. כך לדוגמה בפירושו של Tunc לסעיף 34:

"In stating that, in the cases to which Article 33 relates, the rights conferred on the buyer by the Uniform Law exclude all other remedies based on lack of conformity of the goods Article 34 is not merely intended to preclude recourse to theories of warranty against defects in the goods: such recourse was prevented by the simple substitution of the Uniform Law for the municipal law. It is in particular intended to preclude the possibility of a party who has acquired goods relying on a general theory of nullity based on mistake as to the substance of the goods. Article 8, in limiting the field of the Uniform Law, would otherwise have allowed a person acquiring goods to avail himself of this doctrine, if Article 34 did not prevent it."

קרי, הסעיף נועד במיוחד כדי לשלול טענה במישור החוזי של בטלות החוזה בגין טעות בכריתה (בכיוון זה פירשו גם Graveson et al. עמ' 73-74). הקביעה בסעיף 8 לאמנה, "במיוחד אין חוק זה עוסק לא בכריתת החוזה...", מאפשרת העלאת טענת הטעיה חוזית (שביסודה אי ההתאמה) ובכך לטעון לפגמים בכריתה - וסעיף 34 נועד למנוע טענה זו. דומה כי בדרך זו, הגבלת סעיף 34 לטענות חוזיות, נקט גם צלטנר בפירושו הנזכר לחוק המכר:

"סימן 34 לחוק האחיד קובע... בנוקטו בלשון זו מכון החוק האחיד בעיקר לשלוש תוצאות של מניעת הקונה

מחריגה אל מעבר למסגרת התרופות המיוחדות לו בגופו של החוק... כלומר נחסמה בפני הקונה הגישה אל כל אותם גופי ההלכות, שפיתח דין החוזים הכללי כאמצעי עזר במצבים שיש מקום לטענות אלה" (עמ' 42; ההדגשה הוספה - א"ר).

ס"ד. ככל שנתייחס לסעיף 34 כעוגן פרשני לגבי היקף תחולת האמנה (scope) ניתן להסיק על דרך החיוב - כי הוא מבקש לשלול תרופות חוזיות בלבד; ועל דרך השלילה - כי הוא אינו מבקש להתערב בתרופות לבר-חוזיות העלולות לנבוע מעסקת המכר.

תחולה מקבילה - החוק הישראלי

ס"ה. שאלה דומה - של מערכת היחסים בין חוק מכר ספציפי לעילות תביעה לבר חוזיות - קיימת גם בדין המדינתי בישראל, בכל הנוגע לחוק המכר. ניטול לדוגמה את סעיף 14 שהוזכר מעלה:

"14. הודעה על אי-התאמה

(א) על הקונה להודיע למוכר על אי-התאמה מיד לאחר מועד הבדיקה לפי סעיף 13 (א) או (ב) או מיד לאחר שגילה אותה, הכל לפי המוקדם יותר.

(ב) לא הודיע הקונה על אי ההתאמה כאמור בסעיף קטן (א), אין הוא זכאי להסתמך עליה".

ועולה השאלה, האם שלילת האפשרות להסתמך על אי ההתאמה חלה רק על תביעות חוזיות לפי חוק המכר, או שמא נשללה גם האפשרות לתבוע בנזיקין (שאלה דומה מתעוררת גם ביחס לסעיפים 15-16 לחוק המכר, וגם ביחס לחוקים אחרים: סעיף 4 לחוק המכר (דירות), תשל"ג - 1973; סעיף 6(2) לחוק השכירות והשאלה, תשל"א - 1971; סעיף 3(ב)(1) לחוק חוזה קבלנות, תשל"ד - 1974).

ס"ו. השאלה התעוררה בעיקר במקרים של רוכשי דירות שלא נתנו הודעה על אי התאמה במועד הקבוע בחוק מכר דירות, וביקשו להגיש תביעות נזיקיות. בסוגיה זו נחלקו ערכאות שונות. אסכולה רחבה נקטה בגישה כי "אין מקום והצדקה לאפשר לתובעים כניסה להיכל המשפט דרך החלון, כאשר הדלת הראשית סגורה בפניהם" (לשון השופט מילנוב בת"א (ירושלים) 21785/97 כהן נ' פנטהאוז חברה לבנין והשקעות בע"מ (לא פורסם), יצוין כי בהמשך חזר בו השופט מגישה זו, ראו ת"א (ירושלים) 22771/97 עדיקה נ' מצפה ירושלים בע"מ (לא פורסם). פסקי דין נוספים

ששללו תביעה בנזיקין הם, בין היתר: ת"א (תל-אביב) 52678/97 יוניברסל משאות ישראל בע"מ נ' קדושים (לא פורסם); ת"א (הרצליה) 1452/00 מונו אלקטרוניקס בע"מ נ' דן אביב השקעות בע"מ (לא פורסם); כש"א (ירושלים) 9109/04 עובד לוי תיעוש האבן והבנייה בע"מ נ' בן חיון (לא פורסם)).

ס"ז. אסכולה שניה סברה כי ההוראות הנזכרות אינן מונעות תביעה בעילות לבר-נזיקיות (ראו בין היתר ת"א (באר-שבע) 3457/02 עמית נ' ג. קמחי סחר (1978) בע"מ (לא פורסם); ת"א (חיפה) 22667/04 קובלנקו נ' שיכון ופיתוח לישראל בע"מ (לא פורסם); ת"א (ירושלים) 4534/86 טל נ' שיכון עובדים בע"מ (לא פורסם), פסק דין זה אושר בבית המשפט המחוזי: ע"א (ירושלים) 30/92 שכון עובדים בע"מ נ' טל (לא פורסם)). כפי שנזכר מעלה (פסקה י"ד) בית המשפט המחוזי התייחס בעבר גם לקיומן של עילות נזיקיות במקביל להוראות חוק מכר בין-לאומי: "לגבי עילות תביעה אלה, ודאי שלא חלה תקופת ההתיישנות בת השנתיים הנקובה בחוק הנ"ל" (ת"א (תל-אביב) COR-SERVE LTD. 1171/92 נ' ארגל אריזה גלית בע"מ).

ס"ח. בכל הנוגע לפסיקת בית משפט זה, התייחסנו מעלה להלכת סולונק. באותו מקרה פסק השופט שינבויים כי "חוק המכר הינו ספציפי... לא יוכל הקונה להתעלם מהאמור בחוק המכר בבואו לתבוע את תקנתו. שאם לא תאמר כן, מה הועילו חכמים בתקנתם, כאשר הטילו חובות על הקונה בחוק המכר. הרי תמיד יוכל להתנער מהן ולתבוע לפי חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) דווקא" (עמ' 634), והמשנה לנשיא בן פורת הרחיבה וקבעה כי חוק המכר מונע גם תביעות נזיקיות:

"משהחמיץ הקונה את השעה להודיע למוכר על אי ההתאמה של המימכר לפי חוק המכר (שהוא הדין המהותי), שוב אין הוא יכול להסתמך על אי ההתאמה כדי לזכות בתרופת הפיצויים, לפי חוק התרופות... אותו הלך מחשבה, שהדריך אותי לעניין היחס בין חוק המכר לחוק התרופות, כוחו יפה גם לעניין היחס בין חוק המכר לבין פקודת הנזיקין [נוסח חדש]" (עמ' 637-638).

על דברים אלה - ובפרט על עמדת המשנה לנשיא - נמתחה ביקורת אקדמית:

"בפסק דין סולונק נפסק, אמנם, שאי-העמידה בנטל-ההודעה תחסום אף את הסתמכותו של הקונה-הניזוק על עילה נזיקית, אך דומה שפסיקה זו אינה מתיישבת עם העקרונות המקובלים במשפטנו בדבר היחס בין עילות שונות. דחייתה של אחת העילות, מטעם זה או אחר,

אינו מוביל בהכרח לדחייתה של העילה האחרת. על-כן
 אין להתנות את התרופות והסעדים לפי דין פלוני
 בסייגים ובנטלים שבדין אלמוני" (א' זמיר, עקרון
 ההתאמה, 306).

(ראו גם א' זמיר חוק המכר, 314, 555-556; פרידמן-כהן, חוזים, 564 הערה 207; מ'
 דויטש, פרשנות הקודקס האזרחי (כרך א', תשס"ה) 74-75).

ס"ט. הפער בין פסק הדין בפרשת סולונץ לעמדות המלומדים המבקרים אותו, מעיד
 על קשת הגישות האפשריות בנסיון לשמור על האפקטיביות של ההסדרים הייחודיים
 שנקבעו בדברי החקיקה השונים מזה, ועל הזכויות המהותיות של ניזוקים מזה. מבחינה
 זו אין במשפט הפנימי הכרעה ברורה יותר מזו הקיימת במשפט הבין-לאומי, ובכל
 מקרה בכל הנוגע לפרשנות האמנה דומה כי יש לתת משקל ניכר לאחידות הבין-
 לאומית ולחתימה להרמוניה עם תוצאות שהיו מתקבלות במדינות זרות. בהתחשב
 באמור, לא בהכרח מהסתמכות על פסק הדין בפרשת סולונץ - כפי שניסתה - תצמח
 ישועתה של פמזה.

תחולה מקבילה - יישום בנסיבות

ע. דומני, בהתבסס על המובא מעלה, כי בנסיבות שלפנינו יתכן שראוי היה -
 במישור העקרוני - לאפשר למנדלסון להישמע בטענה הנזיקית שפמזה התרשלה בייצור
 האריחים. מסקנתי מבוססת על מספר אדנים, התומכים לדעתי בהנחה כי האינטרסים
 עליהם נאבקת מנדלסון אינם זהים לאינטרסים שעליהם מבקש החוק האחיד של האמנה
 להגן - הבחנה שדומני שיש לתת לה משקל לצורך ההחלטה, האם לאפשר לתביעה
 המוכתרת "נזיקין" להתברר במקביל להסדרי האמנה.

ע"א. ראשית, כפי שהובא מעלה, יש מקום להבחין בין זכויות שיצרו הצדדים
 בחוזה, שאת ההגנה עליהן יש להגביל לגדרי האמנה - לבין הגנה על אינטרסים כלליים
 שדיני הנזיקין נועדו לשמרם, שעל פגיעה בהם ניתן לתבוע לפי הדין המדינתי.

"The international sales contract thus has the character
 of private legislation, made by and for the parties in
 privity; this in contrast with delictual obligation and the
 law of tort" (Lookofsky (1991), 405).

(להשוואת החובות הראשוניות בחוזים ובנזיקין ראו ג' טדסקי (עורך), י' אנגלרד, א'
 ברק, מ' חשין, דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית (תשל"ז) סימן 10 - י' אנגלרד).

אם נניח שמוכר התרשל בכך שלא בדק את כמות הטובין שארזו - מדובר אמנם בהתנהגות רשלנית (סטייה מסטנדרט ההתנהגות של מוכר סביר), אך רשלנות זו מתייחסת לאופן קיומה של חובה חוזית, חובה שהורתה בהסכמת הצדדים, ועליה חלה האמנה. אך מנגד, אם נניח שמוכר התרשל בשינוע הטובין באופן החורג מתקנות התברואה - אין האינטרס שנפגע נובע מהסכמת הצדדים, וככזה יתכן שהוא ראוי להגנה גם מחוץ לגדרי האמנה. במקרה שלפנינו הטענה היא כי פמזה התרשלה בייצור האריחים - והוציאה מתחת ידה מוצר שיצרן סביר לא היה מוציאו. אם אכן התרשלה פמזה כאמור, אין המדובר בקיום רשלני של חובה לפי החוזה, אלא בקיום רשלני של חובת זהירות כללית של יצרנים שאינה נובעת מהסכמת הצדדים. על כן, אין לכאורה לנעול את הדלת בפני הטענה באופן גורף.

ע"ב. עוד יוסף, כי במקרה שלפנינו - בו פמזה היא יצרנית האריחים והמוכרת בעת ובעונה אחת - יש להתייחס גם להבחנה בין יצרן למוכר. האמנה, שעניינה חוזה מכר, מתייחסת למוכר וקונה, לחובותיהם ולזכויותיהם. קיום רשלני של חובת המוכר לפי החוזה יטופל ככלל במסגרת האמנה; ואילו זכות התביעה בגין ייצור רשלני אינה נובעת מחוזה המכר, אלא מהפרת חובת היצרן - ולפיכך יתכן לה קיום עצמאי גם ללא קשר חוזי. על הפרת חובות זהירות של יצרן ניתן ככלל לתבוע גם ללא קשר חוזי ישיר בין הניזוק ליצרן - ולפיכך ניתן להניח שאין היא כפופה לאמנה המחילה עצמה על חוזי מכר בלבד.

"An important reason for arriving at this conclusion is that a tort action against the manufacturer is... always available when the manufacturer did not sell the product directly to the injured party. If that is so, it is arguable that the same result should prevail if the seller and the manufacturer are identical" (Bernstein & Lookofsky, 59).

כאמור, העובדה שפמזה "חובשת שני כובעים" - יצרנית ומוכרת - אינה מביאה לכך שתביעה נגדה תהיה צריכה לעמוד בדרישות הסף של שני התפקידים במצטבר.

ע"ג. סופו של יום, סבורני כי צדק בית המשפט קמא - עקרונית - בכך שעל אף אי העמידה בתנאי האמנה, הסכים לדון בטענה כי פמזה התרשלה בייצור האריחים באופן שגרם נזק כבד לקבלנים השונים שעשו שימוש במוצריה. אודה כי לא בקלות הגעתי למסקנה זו. לא בקלות, שכן ניתן לטעון שהאמנה והחוק האחיד באים להסדיר את יחסי הצדדים במלואם. ואולם, החיים מזמנים סיטואציות מורכבות שקשה לנעול ב"קופסה", ומכאן הנסיון האמור להבחין בין סוגי הרשלנות. הבחנה זו אינה קלה, ויש חשש

פעפוע ומדרון חלקלק. אף על פי כן ראוי לדבוק בה, לשם צדק מהותי במקרים רלבנטיים.

האם הוכחה התרשלות מצד פמזה

ע"ד. נניח איפוא כי באי עמידה בדרישת ההודעה שבסעיף 39 לאמנה אין כדי למנוע ממנדלסון לתבוע את פמזה בנזיקין, ברם, האם הוכחה הרשלנות הנטענת? בעניין זה היו דבריו של בית המשפט קמא קצרים ביותר:

"מקובלת עלי הטענה, כי חברת פמזה התרשלה בייצור האריחים. על התרשלות חברת פמזה ניתן ללמוד מעצם העובדה שבאריחים נמצא פגם, כאשר מטעם חברת פמזה לא הובאה כל ראיה לסתור את הטענה שחברת פמזה התרשלה בייצורם".

בשורות אלה מקבל בית המשפט את טענת הרשלנות, ולמצער קובע כי פמזה לא עמדה בנטל שהועבר אליה. בכל הכבוד - ועל אף הנכונות העקרונית לאפשר למנדלסון להישמע בטענה נזיקית - אציע לחברי לקבל את ערעור פמזה בנקודה זו, ולקבוע כי לא הוכחה רשלנות מצידה. יוזכר כי לשיטת בית המשפט קמא - שכזכור סבר שיש להחיל את סעיף 40 האמור - דברים קצרים אלה נאמרו מעבר לצורך, ומכאן הקיצור. אך בנסיבות אין מנוס מהידרשות לכך בגדרי ביקורת ערעורית.

הוכחת התרשלות - ברירת הדין

ע"ה. ראשית עולה השאלה המקדמית בדבר הדין החל על העילה הנזיקית. הרשלנות הנטענת התרחשה, לשיטת מנדלסון, בספרד. מקובלנו, אף כי ישנם חריגים, כי "הדין החל על העוולה הוא דין מקום ביצועה" (ע"א 1432/03 ינון יצור ושיווק מוצרי מזון בע"מ נ' קרעאן, פ"ד נט(1) 345, 377; ר' שוז, "כלל ברירת דין חדש בנזיקין: הטוב והרע" מאזני משפט ה (תשס"ו) 491; ראו גם רע"א 4060/03 הרשות הפלסטינית נ' אליהו דיין (לא פורסם)). יתכן איפוא - ואינני מבקש להכריע (אך ראו בש"א (ירושלים) Landwirtsckammer Schleswig-Holstein 1712/06 נ' היינץ רמדיה בע"מ (לא פורסם) פסקה 17; בש"א (נצרת) Philip Morris USA Inc 1856/05 נ' עואד ג'ריס (לא פורסם) פסקה 3; עוד השוו לעקרונות ברע"א Metallurgique de Gerzat S.A 2752/03 נ' וילנסקי, פ"ד נז(6) 145) - כי הדין החל הוא דין ספרד, ומנדלסון לא הוכיחה כי לפי דין זה פמזה חייבת לפצותה (לשאלת נטל הוכחת הדין הזר, אך גם לתוצאות אי העלאת טענה בעניין זה, ראו דנ"א 1558/94 נפ"סי נ' נפ"סי, פ"ד נ(3) 573, 585; רע"א

2561/99 גלובוס פבלישר עיתונות נ' ויינשטוק (לא פורסם); ע"א 1227/97 סלעית האדומים מחצבה ומפעל נ' עלי, פ"ד נג(3) 247).

הוכחת התרשלות - האמנם די בהוכחת גרימה

ע"ו. ברם, אפילו נניח כי בנסיבות ניתן לדון לפי הדין הישראלי (במיוחד כיון שפמזה ניהלה את הגנתה לפי דין זה), ספק בעיני אם די בקביעה, "על התרשלות חברת פמזה ניתן ללמוד מעצם העובדה שבאריחים נמצא פגם" - כדי לגבש אחריות. זאת, ככל שהדברים הללו שובי לב. גם אם נקבל את ההנחה כי באריחים שסופקו היו פגמים נסתרים, ואפילו נניח שאלה נבעו מפגם בייצור - אין די בכך כדי להטיל אחריות בנזיקין. ככלל - והדברים ידועים - גרימה כשלעצמה אינה יסוד מחייב בנזיקין (רע"א 1272/05 כרמי נ' סבג (טרם פורסם) פסקה ל"ט; ליסודות עוולת הרשלנות ראו ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז(1) 113). ובלשונה של פמזה, "סיבתיות" היא תנאי הכרחי, אך לא מספיק לאחריות בנזיקין על פי עוולת הרשלנות" (סעיף 13 לסיכומים).

ע"ז. בהתחשב בהיקף הייצור, בסוג הפגמים ובטיב הסיכון שהיו עלולים לגרום - אין זה מובן מאליו כי קיומו של פגם מעיד למפרע על רשלנות ועל הפרת חובת זהירות. לא תמיד יתכן ייצור ללא פגמים, ולא תמיד אלה יעידו על רשלנות - במקרים מסוימים אף נקבע כי הנסיבות מטילות נטל בדיקה מוגבר על הקונה (כך בפרשת פולק אליה הפנתה פמזה). עוד נזכור, כי בהגיעם לארץ נבדקו האריחים על ידי מכון התקנים, ונמצאו תקינים - ולמצער במישור זה לא ניתן להתייחס לרשלנות של פמזה באי בדיקה של מוצריה, ולא מילתא זוטרות היא, אף כי תמיד תיתכן שאלה באשר למועד התגלותם של הפגמים.

הוכחת התרשלות - הסברים חלופיים שהעלתה מנדלסון

ע"ח. ולבסוף, בנסיבות המקרה שלפנינו - המהותיות והדיוניות - קשה לקבל מפי מנדלסון את ההנחה שקיומם של פגמים נסתרים באריחים מעיד בהכרח על רשלנות ביצורם. כזכור, מנדלסון טענה כלפי איזנברגר כי שימוש לא נכון הוא שגרם לפגמים שהופיעו, ולמצער לחלק מהם. כך בתצהירו של מנכ"ל מנדלסון (מיום 17.4.05):

"16. כל ארבעת המשלוחים הנ"ל נבדקו ע"י מכון התקנים הישראלי והקרמיקה אשר בהם נמצאה מתאימה לתקן הישראלי....

19. עפ"י ההסברים שנמסרו לנו... אנשי איזנברגר לא מסרו להם שחלק מהקרמיקה מיועדת לריצוף שטחים ציבוריים, ואין לרצף שטחים ציבוריים בקרמיקה מהסוג הנדון. זאת, מכיון שדרגת הקשיחות של הקרמיקה אינה מספיק טובה לשטחים ציבוריים, בה עוברים אנשים רבים".

ע"ט. לאור דברים אלה - ודברים נוספים של סמנכ"ל מנדלסון לגבי טיב עבודות הריצוף בדירת אבוטבול (עמ' 88 לפרוטוקול) - קשה לקבל ממנדלסון את הטענה כי הופעתם של פגמים בשלב מאוחר מעידה באופן מספק על רשלנות בהליך הייצור - למצער כך ביחס לשטחים הציבוריים ולפחות לאחת מהדירות. קיומן של טענות אלה של מנדלסון יכול ללמד לדידי, כי יתכנו הסברים נוספים לפגמים; ולמצער, כי לא ניתן "לדלג" על היסודות הרגילים של עוולת הרשלנות ולהסיק ללא הוכחות וללא דיון קיומה של התרשלות. יש גם, במידה רבה, השתק שיפוטי - קשה להלום כי בעל דין יטען בגדרי אותו הליך דברים סותרים לפי נוחותו (ראו רע"א 4224/04 בית ששון בע"מ נ' שיכון עובדים והשקעות בע"מ, פ"ד נט(6) 625), ובמקרה שלפנינו מייחסת מנדלסון לפמזה 100% מן הנזק. בהקשר אחר נודמן לי לומר, בסיטואציה דומה, על המערערת דהתם:

"והריהי איפוא כאותו אדם הבא לשכור דירה ברחוב הירקון בתל-אביב ושואל את המשכיר, היש בדירה משב רוח בקיץ מהים? והמשכיר אומר בוודאי, הנה הבית והנה הים, ואז שואל השוכר, היש טחב בחורף מהים? והמשכיר משיב: חלילה, איפה הבית ואיפה הים? כך, אוחזת המערערת בחבל בשני קצותיו כאמור, וטוענת דבר והיפוכו במקומות שונים. אם נרצה, לפנינו השתק שיפוטי ככל משפטו וחוקתו" (ע"א 8301/04 פקיד השומה למפעלים גדולים נ' פי גלילות מסופי נפט וצינורות בע"מ (טרם פורסם)).

ערעורה של פמזה - שלב הסיכומים

פ. לפי הוראת חוק מכר בין-לאומי צריכה היתה מנדלסון ליתן הודעה בדבר אי התאמה מיד עם התגלות הפגמים, ולא יאוחר משנתיים מביצוע העסקה. אין חולק שמנדלסון לא עמדה בדרישה זו. על מנת לחלוף על פני משוכה זו ביקשה מנדלסון - ועמדתה התקבלה בבית המשפט קמא - להסתמך על סעיף 40 לחוק מכר בין-לאומי. לאור סקירת יסודותיו של הסעיף ותכליתו (פסקאות כ"ז-מ"א), סבורני כי לא ניתן לקבל טענה זו. דרכה השניה של מנדלסון להתמודד עם אי העמידה בתנאי חוק מכר

בין-לאומי היתה בהעלאת טענה נזיקית. סבורני (פסקאות ע-ע"ג) כי אפילו נניח שבנסיבות האמנה אינה שוללת הגשת תביעת רשלנות, ונוטה אני לכך - מנדלסון לא עמדה בנטל ההוכחה כי פמזה אכן התרשלה (פסקאות ע"ד-ע"ט).

פ"א. בסופו של יום מדובר במקרה פשוט. על מנדלסון היתה חובה לידע את פמזה על אי התאמה בטובין ששלחה - אילו עשתה כן במועד לא היתה חייבת להוכיח רשלנות, ופמזה צריכה היתה לשאת בנזקים שגרמו (ככל הנראה) מוצריה. ברם, מנדלסון לא עמדה בחובה זו. גם משנודע למנדלסון על הפגמים שהתגלו בדירת אבוטבול (לקראת סוף 1998, יתכן אף שבתוך תקופת הזמן שבסעיף 39 לחוק מכר בין-לאומי), לא מיהרה לדווח עליהם לפמזה. חוק מכר בין-לאומי מאזן בין זכויות הקונה והמוכר: הקונה זכאי לתבוע בשל אי התאמה גם ללא הוכחת רשלנות מצד המוכר; אך מנגד זכאי המוכר להניח, כי אם לא נמסרה הודעה על אי התאמה בתוך שנתיים הוא אינו צריך לחשוש מתביעה כאמור (בכפוף לעקרון תום הלב, הבא לידי ביטוי בין היתר בסעיף 40). מדובר בהסדר מאוזן, ולא מצאתי מקום בנסיבות לחרוג ממנו. אילו היתה מנדלסון מודיעה על הפגמים בזמן היתה נהנית מיתרונות האחריות החמורה שבסעיף, משהחמיצה (בין באשמתה, בין כיון שהפגמים התגלו רק לאחר התקופה) את התקופה - עליה לספוג את חסרונות הסעיף (מבחינתה). התוצאה אולי אינה משביעת רצון במובן זה, שהמוצרים הפגומים יוצרו בכל זאת על ידי פמזה; אך במשפט עסקי, ומי שלא עמד בתנאי החוק נסתחפה שדהו.

פ"ב. סופו של דבר, אציע לחברי לקבל את ערעורה של פמזה, ומשמעות הדבר דחייתה של הודעת צד ג' ששלחה מנדלסון.

ערעור מנדלסון (ע"א 8125/06)

פ"ג. אם תקבל דעתי - ויתקבל ערעורה של פמזה - אין מנוס מדיון בערעורה של מנדלסון. בערעור משיגה מנדלסון הן על הקביעה כי היא נושאת באחריות לנזקים שנגרמו לאיזנברגר, והן על שיעור הנזק שנפסק. נפתח בערעור על האחריות.

פ"ד. מנדלסון טוענת כי אחריותה נקבעה בהתבסס על שני יסודות חלופיים. ראשית, קביעה גורפת לפיה יש להטיל על יבואן אחריות חמורה על מוצרי - גם ללא אשמה מצדו; שנית, קביעה חלופית לפיה הוכח שמנדלסון התרשלה - שכן לפי עדותו של מר טופולסקי יבואן סביר היה נמנע מיבוא מוצרי פמזה. כלפי היסוד הראשון נטען כי אין מקור משפטי המטיל אחריות חמורה על יבואן ביחס לנזקי רכוש (להבדיל מנזקי גוף).

אשר ליסוד השני, נטען כי מנדלסון לא היתה מודעת לפגמים במוצרי פמזה. עוד נטען, כי מנדלסון הסתמכה על שמה הטוב של פמזה, ועל בדיקת מכון התקנים שמצא את האריחים ראויים לשיווק. הוזכר כי דיונו הקצר של בית המשפט קמא בעוולת הרשלנות נעשה לדידו "מעבר לצורך" - ונטען כי מנדלסון כלל לא התרשלה.

פ"ה. ביחס להיקף החיוב נטען, כי מנדלסון רכשה רק את חברת גפני שדה, שאמנם יבאה את כל האריחים, אך מכרה לאיזנברגר רק 23% מהם - ולא את חברת אבני גזית שמכרה את יתרת האריחים. לפיכך, אם תתקבל הטענה כי אין להטיל אחריות על מנדלסון כיבואן, ניתן לחייבה אך ב-23% מהנזק. נטען כי שגה בית המשפט בקבעו שבמסגרת הסכם משנת 1995 נטלה גפני שדה על עצמה את התחייבויותיה של אבני גזית - שכן מדובר במסמך חלקי וקטוע, אשר תנאים מוקדמים לכניסתו לתוקף לא התמלאו, ושבכל מקרה לא נחתם על ידי גפני שדה. נטען, כי בסופו של דבר נרכשו מניות אבני גזית על ידי בעל המניות העיקרי בגפני שדה (מר שלמה שדה), שהעיד שלא מכר את המניות למנדלסון. נטען כי בהעדר כל קשר - בעלות או ניהול - בין גפני שדה לאבני גזית, לא היה מקום לחייב את מנדלסון במלוא הנזק.

פ"ו. עוד נטען כי מאחר שאיזנברגר לא מסרה למנדלסון הודעה בדבר אי התאמה בתוך ארבע שנים ממסירת האריחים, הריהי מנועה מתביעה לפי סעיף 15 לחוק המכר. הוטעם, כי תלונות משפחת אבוטבול שדווחו למנדלסון (אז לגפני שדה) לא נגעו לטיב הקרמיקה אלא לאיכות העבודה שביצעה איזנברגר, וכי כתב התביעה שהוגש בשנת 1999 התייחס (בטעות) לאריחים שנרכשו בשנת 1998 - ולפיכך, עד להגשת כתב תביעה מתוקן בשנת 2001 לא נמסרה למנדלסון הודעה בדבר הטובין הספציפיים בהם התגלו הפגמים.

פ"ז. ולבסוף, נטען לגבי אופן חישוב הנזק. נטען, כי איזנברגר ידעה שהאריחים אינם מתאימים לשטחים ציבוריים, ולפיכך אין היא יכולה לתבוע בגין שטחים אלה - מה גם שמצב האריחים בשטחים אלה טוב, ולא נדרשה החלפתם. נטען, כי שגה בית המשפט בכך שקיבל את תחשיב הנזק של איזנברגר אשר כלל מע"מ הניתן לניכוי, ובכך שהתעלם מהעובדה שמנדלסון כבר החליפה על חשבונה חלק מהאריחים. עוד נטען כי איזנברגר לא הוכיחה כדבעי את נזקיה. הוטעם כי איזנברגר פוצתה בגין הריצוף בכל הדירות - אך בפועל הוגשה חוות דעת המתייחסת לבדיקת שלוש דירות בלבד, וכי גם לפי גרסת איזנברגר הוחלפו בפועל אריחים רק בחמש דירות (ושולם פיצוי לבעל דירה נוספת). נטען כי לא הוצגו ראיות ששאר הדיירים בבניין התלוננו, או שניתנה התחייבות שהאריחים בדירותיהם יוחלפו.

תגובת איזנברגר לטענות מנדלסון

פ"ח. אשר לחבות, נטען מטעם איזנברגר כי צדק בית המשפט בקבעו שיש להטיל אחריות חמורה על יבואן. עוד נטען, כי בהתבסס על עדות טופולסקי התקיימו גם יסודות עוולת הרשלנות. אשר לחלוקת האחריות בין גפני שדה ואבני גזית, נטען כי המסמך משנת 1995 קובע במפורש שהראשונה תשא בהתחייבויות השניה. נאמר, כי אכן מדובר במסמך מקוטע ולא ברור - אך כי המסמך המלא נמצא בחזקת מנדלסון ואין היא יכולה איפוא להיבנות מאיכות המסמך שהמציאה איזנברגר.

פ"ט. בסיכומי תשובה שהגישה מנדלסון נטען, כי איזנברגר לא הצביעה על מקור לשיטת בית המשפט קמא - המטילה אחריות חמורה על יבואנים, והודגש כי לא הוכח שמנדלסון ידעה במועד העסקה על שם רע שיצא לפמזה. אשר לחלוקת האחריות בין גפני שדה ואבני גזית - נטען כי המסמך משנת 1995 לא שוכלל לכדי חוזה מחייב, וכי המסמך אינו ברשות מנדלסון ואין להאשימה בכך שלא הוגש נוסח מלא.

הכרעה

צ. בית המשפט קמא ביסס את חבותה של מנדלסון - כנימוק עיקרי - על תיזה לפיה יש להטיל אחריות חמורה על יבואנים גם ללא הוכחת אשמה נזיקית:

"השאלה היא איפוא, האם במקרה שלפני יש להחיל דין זהה (לחוק האחריות למוצרים פגומים - א"ר), כלומר להחיל על הנתבעת (מנדלסון - א"ר) האחריות לפגמים שהתגלו באריחים רק משום שיובאו ארצה על ידי חברת גפני שדה שנרכשה על ידי הנתבעת. לדעתי, על שאלה זו יש להשיב בחיוב..." (פסקה 10; ההדגשה הוספה - א"ר).

תיזה זו, שהיא שובת לב, מייתרת את הצורך לברר את מערכת היחסים שבין אבני גזית וגפני שדה - שכן אין חולק שגפני שדה ייבאה את כל האריחים. ברם, סבורני כי מדובר בתיזה מורכבת; זאת, כיון שעמדת מנדלסון מתבססת (בין היתר) על דברי ההסבר להצעת חוק האחריות למוצרים פגומים, תשל"ט - 1978 בהם נאמר כי "חוק זה יחול על נזקי גוף בלבד, וכל תביעה לפיצוי על נזק מסוג אחר יש לתבוע לפי דינים אחרים" (הצעות חוק תשל"ט, 30) - קרי, כי אחריות יבואנים לנזקי רכוש יש להוכיח כדרך שמוכחות העוולות הנזיקיות הרגילות (ראו גם ע"א 140/82 תרכובות ברום בע"מ נ'

קבוץ פרוד, פ"ד מ(1) 763, 769-770; ד' מור, "הצעת חוק האחריות למוצרים פגומים תשל"ט - 1978" עיוני משפט ז (תשל"ט) 114, 151-152; י' גלעד, "אחריות חמורה למוצרים" מחקרי משפט ח (תש"ן) 179. יש איפוא לבדוק את שאלת אחריותה של מנדלסון לפי חוק המכר.

אחריות לפי חוק המכר

צ"א. ואכן, דומה כי לענייננו די להידרש להנמקות החלופיות של בית המשפט המחוזי, כדי לדחות את ערעורה של מנדלסון. בקרבן של ההנמקות החלופיות מתרוצצים שני יסודות - תביעת אי התאמה לפי חוק המכר ותביעת רשלנות לפי פקודת הנזיקין. דיינו ביסוד הראשון - שכן תביעה בגין אי התאמה (שהיא ביסודה תביעה חוזית) אינה דורשת הוכחת רשלנות (ראו פרשת EXIMIN; ת"א (תל-אביב) 65741/04 זגורי נ' עמית (לא פורסם)). דומה שאין מי שיחלוק, כי בסופו של יום התברר שהאריחים שסיפקו אבני גזית וגפני שדה לאיזנברגר לוקים באי התאמה לפי אחת מהחלופות הבאות שבחוק המכר:

11. אי-התאמה

...

(3) נכס שאין בו האיכות או התכונות הדרושות לשימוש הרגיל או המסחרי או למטרה מיוחדת המשתמעת מן ההסכם...

(5) נכס שאינו מתאים מבחינה אחרת למה שהוסכם בין הצדדים."

צ"ב. עוד מקובלת עלי קביעת בית המשפט (בפסקה 14), על הנמקתה, כי ניתנה למנדלסון הודעה על אי ההתאמה בתוך המועד הקבוע בסעיף 15 לחוק המכר. מנדלסון אמנם טוענת כי עד שנת 2001 לא נאמר לה במפורש שמדובר באריחים אשר נרכשו בשנת 1998, אך דומני כי בנסיבות לנתון זה אין משמעות. התלונות שהועברו למנדלסון היו של דיירים קונקרטיים בדירות קונקרטיות - ומנדלסון ידעה היטב באילו אריחים מדובר (למותר לציין שטענה זו של מנדלסון - שאין לקבלה לגופה - דומה עד כדי זהה לקו ההגנה של פמזה, נגדו יצאה מנדלסון בשצף קצף, וכבר נדרשנו (פסקה ע"ט) לשאלת ההשתק השיפוטי).

צ"ג. גם לטענה כי מנדלסון לא רכשה את אבני גזית ולפיכך חייבת היא אך ב-23% מהפיצוי, אין לדעתי להיעתר. איזנברגר הציגה בפני בית המשפט זכרון דברים חתום בו התחייבה גפני שדה לשאת בהתחייבויות אבני גזית. אכן, המדובר במסמך קטוע, אך מר

שלמה שדה - החתום על המסמך - העיד מטעם מנדלסון. בא כוחה של מנדלסון אמנם שאל את העד אם יש בידו "המסמך המלא של זה" והעד השיב בשלילה (עמ' 63 לפרוטוקול), אך דומני שבשאלה זו לא היה די - ולאחר שהמסמך החלקי הפועל במובהק לחובת מנדלסון צורף לתצהירו של שלמה איזנברגר היה על מנדלסון לאתרו, ובכל מקרה הנטל בעניין מוטל היה עליה. מנדלסון אמנם טוענת כי בעדותו אמר שלמה שדה שההסכם לא יצא לפועל - אך עדותו של שדה בעניין אינה ברורה (ראו שם, עמ' 66-68). בנסיבות סבורני כי אין מקום להתערב בקביעת בית המשפט קמא - המיוסדת גם על העובדה שבראשית הדרך, בטרם התברר היקף הנזק, נטלה מנדלסון אחריות מלאה על 100% מהאריחים שסופקו והנזקים שנגרמו בגללם (ראו עמ' 113 פסקה 12); אמנם נקודה אחרונה זו לא הייתי רואה כמרכזית, שכן תיתכן גם החלטה מסחרית שיווקית לתקן פגמים גם אם קולרם תלוי באחרים, ומכל מקום די בהנמקות האחרות.

גובה הנזק

צ"ד. אשר לטעויות שכנטען נפלו באופן חישוב הנזק, יש להבחין בין מספר טענות - שכולן נטענו בערכאה הדיונית, אך לא נדונו ישירות בפסק הדין. ראשית, בהתבסס על עדותו של טופולסקי, כי "בשטחים ציבוריים... דרגות השחיקה והחוזק... צריכות להיות גדולות יותר" (עמ' 47 לפרוטוקול), נטען מפי מנדלסון כי איזנברגר לא היתה אמורה לעשות באריחים שימוש בשטחים הציבוריים - ולפיכך אינה זכאית לפיצוי בגין שימוש זה. סבורני כי אין להיענות לטענה, כיון שאין די בדברים כלליים אלה להוכיח שהאריחים הספציפיים אכן אינם מהסוג המתאים לשטחים ציבוריים, ושעובדה זו נמסרה לאיזנברגר. לא למותר לציין כי במקביל טוענת מנדלסון, שעובדתית לא התגלו פגמים בשטחים הציבוריים - ויש בכך כדי להעיד שאין מדובר באריחים שהנחתם בשטחים ציבוריים אינה סבירה. שנית, הוזכר כי מנדלסון החליפה על חשבונה חלק מהאריחים, ויש להפחית כמות זו מכמות האריחים שאיזנברגר תובעת פיצוי עבור החלפתם. סבורני, כי גם בעניין זה אין מקום להתערב. די לציין כי קיים פער - שלא הוסבר - בין כמות האריחים שתבעה איזנברגר (2,605 מ"ר בכתב התביעה) לכמות שנלקחה בחשבון בחישוב הפיצוי (2,096 מ"ר).

ניכוי מע"מ

צ"ה. טענה נוספת של מנדלסון היא, כי משיעור הפיצוי שנתבע בגין החלפת האריחים (המורכב מעלות אריחים חלופיים ועלות העבודה) יש להפחית מע"מ. לטענת מנדלסון הסכומים שתבעה איזנברגר כללו מע"מ, אשר היא כעוסק יכולה לנכותם (לפי

סעיף 38 לחוק מס ערך מוסף, תשל"ו - 1975). מנדלסון מפנה לעדותו של מר איזנברגר (עמ' 34-35 לפרוטוקול), בה אישר כי לפחות חלק מהסכומים שבתחשיביו כללו מע"מ.

צ"ו. דומני כי בעניין זה הצדק עם מנדלסון - למצער משיקולים ראייתיים וגם דיוניים. תחשיב הנזק של איזנברגר פורט בתצהירו של שלמה איזנברגר (ת/2) - והתקבל במלואו על ידי בית המשפט קמא. בכל הנוגע לעלות החלפת האריחים מתבסס התחשיב על הצעת מחיר (נספח ז' לתצהיר) לפי מחיר של 150 ₪ למטר (ובתוספת מע"מ 175.5 ₪ למטר); לא הוגש תחשיב מסודר לביסוס עלות האריחים עצמם (45 ₪ למטר). בנסיבות אלה ברור כי לפחות רכיב העבודה (שהוא המרכזי) כולל מע"מ, ויתכן שכך גם לגבי עלות האריחים (אין חולק כי בטבלה המפרטת את עלויות העבודות שכבר בוצעו (נספח ה') לפחות חלק מהסעיפים העוסקים בעלות האריחים כללו מע"מ).

צ"ז. בנסיבות אלה יש ממש בטענת מנדלסון כי משיכלה איזנברגר לנכות מע"מ, החישוב הנוכחי (170 ₪ למטר בגין העבודה; 45 ₪ למטר עבור האריחים) מפצה אותה ביתר (ראו א' יורן, היבטי מס בפיצויי נזיקין (תשמ"ח) 78-79; ת"א (תל-אביב) 167265/02 הדקלאים-אגודה שיתופית חקלאית מרכזית בע"מ נ' אליהו-חברה לביטוח בע"מ (לא פורסם) - השופטת פליגלמן; לחובת הקטנת הנזק באמצעות ניכוי מע"מ ראו ת"א (תל-אביב) 127505/98 נדר נ' רוזנבלט ז"ל (לא פורסם) - השופט אטדגי). אינני נדרש לשאלות כלליות שטענה זו עלולה לעורר, בעיני די בעובדה שמנדלסון העלתה טענה שיש לה אחיזה - ואיזנברגר, שנטל ההוכחה עליה, לא טרחה להתייחס לכך בערכאה הראשונה ובערכאת הערעור. בנסיבות סבורני כי יש לקבל את עמדת מנדלסון בעניינים אלה.

צ"ח. אשר לטענות הכלליות כי הנזק לא הוכח כדבעי, כיון שעד היום לא הוחלפו כל האריחים ולא כל הדיירים התלוננו - עניינים אלה מסורים לשיקול דעתה של הערכאה הדיונית, ואין מקום להתערב בהם.

ערעור איזנברגר

צ"ט. ערעורה של איזנברגר מכוון אך כלפי דחיית חוות דעת המומחה מטעמה בסוגיית הפגיעה במוניטין. לשיטתה מדובר היה בנזק בגובה 600,000 ₪. מנגד בחוות דעת מומחה מטעם מנדלסון, נאמד הנזק במעל ששת אלפים דולר ארה"ב. בית המשפט פסק שחוות הדעת מטעם איזנברגר "מופרזת", אך גם כי המומחה מטעם מנדלסון

"המע"ט במידת מה בהערכת הנזק" (פסקה 15). בסופו של יום פסק בית המשפט בראש נזק זה פיצוי בגובה 75,000 ₪.

ק. בערעורה טוענת איזנברגר בשלושה מישורים שונים: ראשית, כי בית המשפט לא ייחס משקל מתאים לנתונים הייחודיים לה, ובין היתר לעובדה שהיא חברה קטנה הבונה באזור מצומצם וממוקד; ששיעור המכירות הנובעות מהמלצה של לקוחות קודמים (11%) גבוה מהמקובל בחברות בעלות פריסה ארצית, ושכבניין נשוא ההליך השיעור אף גבוה יותר (22%); ששמה הטוב קשור לעובדה שמעולם לא נתבעה. שנית, כלפי המומחה מטעם מנדלסון נטען, כי הוא הסתמך על דו"ח שלא הוגש לבית המשפט, ושאף הוא לא עיין בו בעצמו; נטען גם לסתירות בין העדות לחוות הדעת בכל הנוגע לתקופת הנזק למוניטין. שלישית, נטען כי שגה בית המשפט בקביעה שהנזק למוניטין ישולם נכון למועד מתן פסק הדין, בעוד שהנזק נגרם שנים קודם לכן. נטען איפוא, כי יש לפסוק ריבית והצמדה על סכום הנזק (75,000 ₪) החל מיום התלונה הראשונה (23.12.98). לחלופין הוצע חישוב אחר (300,700 ₪).

תגובת מנדלסון

ק"א. בתגובתה טוענת מנדלסון כי בית המשפט שמע באריכות את חקירות שני המומחים וחיוה את דעתו לגביהם בפסק הדין - ואין איפוא מקום להתערבות ערכאת הערעור. עוד הוזכר, שכיון שנטל הראיה על התובעת, וכיון שנקבע שחוות הדעת מטעמה "מופרזת" - היא לא עמדה כלל בנטל ההוכחה. עוד נטען בהרחבה כלפי שיטת החישוב של המומחה מטעם איזנברגר, בין היתר בשל הנחתו שהפגיעה במוניטין תגרום לכך שדירות לא יימכרו כלל, טיעון שאינו מציאותי, ושכפועל הודתה איזנברגר כי כל הדירות שבנתה מאז התגלות הפגמים נמכרו. כן נטען, כי חוות הדעת מטעם איזנברגר אינה כוללת התייחסות לרכיבים רלבנטיים (כגון השינוי במנהלי החברה), והיא מסתמכת על נתונים שגויים. סופו של דבר, נטען כי לא הוצגה כל עילה להתערב בפסק דינו של בית המשפט קמא.

הכרעה

ק"ב. לאחר העיון סבורני כי הדין לעניין זה עם מנדלסון: "הלכה פסוקה היא, כי אין בית-משפט לערעורים נוטה להתערב על נקלה באומדנת הערכאה הראשונה את נזקי הניזוק, ולא ימיר את הערכת השופט קמא בהערכתו שלו, אלא אם סכום הפיצויים שנפסק הוא בלתי סביר ורחוק מהמציאות" (ע"א 487/82 נ' שדה, פ"ד לח(4) 21,

25 - השופט בך; ע"א 778/83 עיזבון המנוחה שרה סעידי נ' פור, פ"ד מ(4) 628; ע"א 2245/91 ברנשטיין נ' עטיה, פ"ד מט(3) 709. עיון בטענות הצדדים - ובחוות הדעת עצמן - מעלה, חוששני, כי אכן תחשיבה של איזנברגר אינו מסתבר בנסיבות, והכרעת בית המשפט נדרשה לתחשיב זה יחד עם העקרונות וההשגות שהעלתה מנדלסון. אין מקום להתערב בראש נזק זה.

סוף דבר

ק"ג. אציע לחברי לקבל כאמור את ערעור פמזה במלואו (ע"א 7833/06), ואת ערעורה של מנדלסון (ע"א 8125/06) בסוגיית ניכוי המע"מ בלבד - באופן שמסכום הפיצוי בגין החלפת האריחים (461,120 ₪) יופחת 17% (שיעור המע"מ בהצעת העבודה שהוגשה). אציע שלא להיעתר לשאר רכיבי ערעורה של מנדלסון, וכן לערעורה של איזנברגר (ע"א 8495/06). בנסיבות תשלום מנדלסון לפמזה את הוצאותיה ושכר טרחה בסך 25,000 ₪. איזנברגר תשלם למנדלסון הוצאות בסך 15,000 ₪.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

אני מסכים.

המשנה לנשיאה

השופט א' גרוניס:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.
ניתן היום, כ"א באדר תשס"ט (17.3.09).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה