



ערעור אזרחי מס' 3912/90

eximin s. A, תאגיד בלגי

נגד

טקסטיל והנעלה איטל סטייל פרארי בע"מ

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים
[22.8.93]

לפני הנשיא מ' שמגר, והשופטים א' גולדברג, י' מלץ

[חוק המכר \(מכר טובין בין-לאומי\), תשל"א-1971](#), ס"ח 42, התוספת סעיפים 1, 52, 52א), 82, 88- אמנה בדבר חוק אחיד למכר בין-לאומי, כ"א 22, עמ' 561-
[חוק המכר, תשכ"ח-1968](#), ס"ח 98, סעיפים 6, 18- [חוק החוזים](#) (חלק כללי),
תשל"ג-1973, ס"ח 118, [סעיפים 12, 39](#), [161ב](#) – [חוק החוזים \(תרופות בשל הפרת חוזה\)](#), תשל"א – 1970, ס"ח 16, [סעיפים 10, 14א](#)).

מיני-רציו:

- * חוזים – אחריות – חלוקתה
- * חוזים – מכר – מכר טובין בינלאומי
- * חוזים – משא ומתן לכריתת חוזה – בדרך מקובלת ובתום-לב
- * חוזים – קיום חוזה – בדרך מקובלת ובתום-לב

המערערת שהיא חברה בלגית רכשה מהמשיבה, חברה ישראלית, כמות מסוימת של מגפי ג'נס עבור לקוחה של המערערת בארצות-הברית. המגפיים היו מדגם מיוחד שהיה אותה עת מבוקש בשוק. המשיבה ייצרה מגפיים כאלה, עוד לפני שהמערערת פנתה אליה, בעבור השוק המקומי וליצוא. המערערת שלחה ללקוח שישה דגמים, והוא אישר מתוכם דגם אחד, תוך הכנסת שני שינויים. המשיבה ייצרה את כל הכמות על-פי ההזמנה, שלחה את הסחורה לארצות-הברית וקיבלה את מלוא המחיר שהיה מובטח באשראי דוקומנטרי. משהגיעה הסחורה לארצות-הברית התברר כי יש בדגם משום הפרת סימן מסחר רשום בארצות-הברית, ולכן עוכב המשלוח במכס. המערערת תבעה השבת מחיר הסחורה בטענה של כישלון העיסקה באשמת המשיבה. על-פי הצעת בית המשפט, הוקטן הנזק על-ידי שינויים במגפיים ורכישתם במחיר מוקטן, והתביעה הצטמצמה להפרש המחיר שהוא שיעור ההפסד של המערערת. בית המשפט המחוזי דחה את התביעה מהטעם שהאחריות להתעלמות מהפרת סימן מסחר רשום בארצות-הברית הייתה מוטלת על המערערת. מכאן הערעור.

בית המשפט העליון פסק:

א. (1) חובתו של המוכר להעביר בעלות נקייה כוללת גם חובה להעביר בעלות נקייה מזכויות דוגמת זכות לסימן מסחר המוקנית לאדם שלישי. חובה זאת

עא exim in s. A3912/90 , תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ

פ"ד מז(4) 64

עולה מהוראות [חוק המכר \(מכר טובין בין-לאומי\)](#), תשל"א-1971, המשקף את המשפט הבינלאומי ההסכמי ביחס לעיסקות מכר בין מדינות (70 ז, 73 ה).

(2) סעיף 42 של united nations convention on contracts for the sale Of goods (להלן – אמנת וינה) הוא מעין קודיפיקציה בזעיר אנפין של סייגים לעניין חובת המוכר העביר בעלות נקייה מזכויות צד שלישי, וניתן להיעזר בהוראותיו, על דרך האנלוגיה, והדבר גם עולה בקנה אחד עם הרצון להאחדת הדין (73 ה-ז).

(3) המוכר יהיה אחראי רק בגין זכות שידע או לא יכול היה שלא לדעת עליה (כשהכוונה היא לסטנדרט קרוב לידיעה). זאת בהנחה שמדובר בזכות כזו במדינה שבה יימכר המוצר (בתנאי שמדינה זו נקבעה בחוזה בין הצדדים) או בכל מקרה אחר, במדינתו של הקונה (74 א).

(4) המוכר יהיה פטור מאחריות אם הקונה ידע או לא יכול היה שלא לדעת על הזכות, או אם הפרת הזכות נובעת מקיום הוראות מפורשות של הקונה. המדובר בתנאים שהקונה דרש כי המוכר יעמוד בהם, ולא בתנאים שהועמדו לבחירת המוכר. במקרים שבהם מדובר באחריות בגין הפרת זכותו של צד שלישי, נדרש הקונה ליידע את המוכר תוך זמן סביר מעת שנודע לו על ההפרה, כשעל ההודעה לציין את אופי הזכות. מאידך גיסא, לא יוכל המוכר ליהנות מהטענה שדבר ההפרה לא הובא לידיעתו, אם ידע על כך (74 ב-ג).

(5) הצדדים רשאים להתנות על הוראות אלה בחוזה שביניהם, בין מפורשות ובין מכללא (74 ד).

(6) במקרה דנן, גם המערערת וגם המשיבה ידעו שהסחורה מיועדת להישלח לארצות הברית. שתיהן לא יכלו שלא לדעת כי קיים חשש שמדובר בסימן מסחר רשום, שכן מדובר בסימן מסחר רשום של חברה גדולה המשווקת ברחבי העולם כולו מוצרים דומים לאלה שבהם עוסקים המערערת והמשיבה (74 ה-ו).

(7) במקרה דנן, אין המערערת יכולה להישמע בטענה שלקוחה לא צריך היה ליידע אותה בדבר סימן מסחר רשום. טענה זו גם לא הושמעה, ומכל מקום, עניינה בקשר שבין המערערת לבין הלקוח, שאיננו צד בהליך. המערערת פעלה עבור הלקוח, וידיעה המיוחסת לו ניתן לייחס גם לה, בעיקר לאור מעורבותו הפעילה של הלקוח בעיסקה עצמה. לכאורה, קיים אפוא סייג לאחריות המוכר, שכן הקונה ידע על הבעייתיות שבסחורה (74 ז-75 א).

(8) במקרה דנן, הלקוח צריך היה לדעת על קיום סימן המסחר הרשום, או לפחות היה עליו לחשוש לקיומו, חשש שהיה בו כדי לחייבו לבדוק את העניין בטרם יאשר את אחד הדגמים שהוצעו לו. ניתן אפוא לייחס לקונה קבלה ולו חלקית של הסיכון שהסחורה איננה עומדת בדרישות מסוימות לפי החוק האמריקני. בקשת הלקוח להכניס שינויים בדגם שבחר מלמדת, לאור תוכנה, על היכרותו עם חוקי המדינה שבה הוא יושב. מרגע שעשה כן מותר היה למשיבה להניח כי לכאורה אין בעיה כלשהי לגבי הסחורה, אך אין ספק שגם בלב המשיבה צריך היה להתעורר חשש לגבי קיום סימן מסחר רשום. היה עליה, לפחות, לברר חשש זה (75 ג-ו).

(9) במקרה דנן, אין כל משמעות לשאלה אם העיסקה הייתה עיסקת f.o.b או עיסקת c.i.f. המחלוקת בין הצדדים מתייחסת לשלב מוקדם של הביצוע, ושאלת נטל האחריות לעניין הפרה של סימן מסחר רשום איננה מותנית בסוג עיסקת ההובלה (75 ז).

ב. (1) דיני המכר הבינלאומי, כפי שהם משתקפים בסעיף 52 לתוספת לחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי) ובסעיף 42 לאמנת וינה, מטילים חובה ראשונה ועיקרית על היצואן (המוכר) להעביר את הזכות ליבואן (הקונה) נקייה מכל זכות של צד שלישי. החובה האחרת היא חובת היבואן, אם הוא יודע על זכות כזו, לפעול בעצמו על-מנת שהעיסקה לא תסוכל, או לפחות ליידע את היצואן לגבי פסקי-דין, כך מז, חלק רביעי, תשנ"ג/תשנ"ד 1993

עא exim in s. A3912/90 , תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ

פ"ד מז(4) 64

הבעייתיות שעלולה להתעורר, על-מנת שהאחרון יפעל בהתאם. באופן דומה, גם על היצואן, אם הוא סבור שעלולה להתעורר בעיה, ליידע את היבואן, בעיקר אם הוא יכול להניח שמתקיים כאן סייג לאחריותו. חובות אלו, למרות שאינן מפורשות בסעיפים האמורים, הרי הן נובעות מהם ומתחייבות מעצם קיומו של קשר, שתכליתו שיתוף פעולה בין קונה למוכר לשם הצלחת הקשר העסקי ביניהם (78 א-ב).

(2) (בעקבות [ע"א 144/87](#) [4]) החובה לנהוג בתום-לב יכולה ללבוש גם צורה של חובת גילוי עובדות חשובות על-ידי צד לחוזה בתקופה החוזית. שאלת קיומה של חובה כזו וכן גבולותיה שונים, מטבע

הדברים, ממקרה למקרה. חובת הגילוי בתקופה החוזית ממשיכה להתקיים כל אימת שחובת הגילוי לא קוימה על-ידי צד בשלב הטרם חוזי, וחיוניות הגילוי ממשיכה להתקיים גם בשלב החוזי, ומידת החיוניות היא כזו שמי שאינו מקיימה כמוהו כמי שנהג שלא בהגינות ושלא בדרך מקובלת ובתום-לב (78 ה-ו).

(3) לעקרון תום הלב שני היבטים: מחד גיסא, המדובר בדרישה מצטברת, המציבה חיוב נוסף לחיובים המפורשים על-פי החוזה, הוא החיוב לנהוג בתום-לב. מאידך גיסא, זו גם הוראה ממתנת, המתירה במקרה המתאים סטייה מהדרישה לביצוע מושלם של החוזה (76 ו-ז).

(4) במקרה דנן, התנהגות כל אחד מהצדדים עולה כדי חוסר תום-לב בביצוע החוזה (סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973). הם לא טרחו לשתף פעולה בינם לבין עצמם. כל אחד מהם, למעשה, צפה את המק אך לא טרח להבהיר לאחר את סכנת קיומו ולא טרח לגלות לאחר ולמנוע את המק, למחת יכולת הברירה לעשות כן (76 א-ג).

(5) במקרה דנן, סעיפי [חוק החוזים](#) (חלק כללי) חלים על העיסקה, אם לא ישירות הרי מכוח סעיף 61(ב) לחוק. ההיבט הראשון דלעיל של עקרון תום הלב מתבטא בחובת היצואן-המוכר ליידע את היבואן הקונה, הגם שידע, למשל, כי על האחרון תוטל אחריות (לאור הסייגים האמורים). ההיבט השני של עקרון תום הלב מלמד על חובת היבואן-הקונה שלא לשבת בחיבוק ידיים, הגם שהניח, למשל, כי על היצואן-המוכר תוטל אחריות (76 ה-ז).

(6) במקרה דנן, כיוון שכל אחד מהצדדים נעדר תום-לב, הרי מדובר בהפרות הדדיות של החוזה. ההפרה של כל אחד תרמה בסופו של דבר להפרה שביצע הצד שכנגד ושהביאה לנזק. ניתן גם לראותה כהפרה שתרמה ישירות לנזק (78ג).

ג. (1) מאחר שהמפר אחראי לנזק שנגרם כתוצאה מפעולתו, הרי מקום ששניים גרמו סיבתית לנזק, אין להעדיף אחד על רעהו, אלא יש לחלק את האחריות ביניהם באופן שכל צד יישא בחלקו בנזק. חלוקה כזאת מתיישבת גם עם הדרישה להקטנת הנזק, אלא שכאן מדובר ב"הקטנת הנזק" בשלבים קודמים להפרה או בשלב ההפרה עצמו, וזאת באמצעות שימוש בסעיף 10 לחוק [החוזים \(תרופות בשל הפרת חוזה\)](#), תשל"א – 1970 (או סעיף 82 לתוספת לחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי) (79 ד-ה, 80ב)).

(2) אמנם, בית המשפט נוטה לייחס נפקויות חד-משמעיות ומוחלטות להיעדר תום-לב. כך יש בהיעדר תום-לב של צד לחוזה כדי לשלול ממנו תרופה או כדי להעניק תרופה לצד שכנגד. לעתים תוצאת אי-קיום החובה היא בתשלום פיצויים או במתן אכיפה. לעתים התוצאה היא בשלילת פיצויים או אכיפה מצד המפר. לעתים תוצאת ההפרה היא במתן כוח לבעל החוזה האחר לפעול פעולות מסוימות בתחום החוזה, שאחרת היו נחשבות להפרה, או שלילת כוח הנתון לבעל החוזה המפר על-פי הוראות החוזה. לעתים התוצאה אינה אלא זו שהפעולה, שבוצעה תוך הפרת החובה, אינה משתכללת ואינה תופסת (80 ג-ה).

(3) נקודת המוצא המקובלת היא, שאחריות חוזית היא אחריות מוחלטת, במובן זה שהיא קמה בדרך כלל במלוא היקפה בלא תלות באופי ההפרה, בהלך מחשבתו של

פסקי-דין, כרך מז, חלק רביעי, תשנ"ג/תשנ"ד 1993

עא eximin s. A3912/90 , תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ

פ"ד מז(4) 64

המפר או בנסיבות אחרות. עם זאת, אין פירושו של דבר כי לא ניתן להתחשב בחוסר תום-לבם של שני הצדדים לחוזה (81 ב-ג).

(4) לבחינת מהות האחריות המוחלטת יש לפנות אל הוראת החוק (הבדיקה הפנימית), כדי להסיק אם ממנה עולה מטרותה של האחריות המוחלטת. כך ניתן לעמוד על התאמתן של הגנות דוגמת חוסר תום-לב (של שני הצדדים) להוראה זו. יש לבחון גם את עקרונות המשפט הכלליים (הבדיקה החיצונית). בהתאם, מה שיקבע אם ניתן לייחס חוסר תום-לב לצד לחוזה, שלכאורה זכאי ליהנות מפיצוי בגין נזק שנובע מחוסר תום-לבו של הצד האחר, הוא מטרת הדין (81 ה-ו).

ד. (1) מטרתו של חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי) היא לקבוע למעשה חוזה סטנדרטי, שייחשב כמאומץ על-ידי הצדדים, אלא אם כן יתנו אחרת. מטרת חוזה זה היא לאפשר לצדדים להגשים רצונותיהם על הצד הטוב ביותר, תוך שהוא מחלק ביניהם את הסיכונים השונים הקיימים בעסקה זו. הנחת המוצא של החוק היא שאת האחריות לדאוג לפעולה זו או אחרת בעסקה יש להטיל על הצד שיוכל לבצע פעולה זו בצורה הטובה ביותר (81 ו-ז).

(2) ביצוע על הצד הטוב ביותר פירושו, בין השאר, ביצוע שעלותו תהיה הנמוכה ביותר. לפיכך, לא יטיל חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי) אחריות לביצוע פעולה מסוימת על צד שיוכל אולי לבצעה באופן טוב, אולם הדבר יהיה כרוך בהוצאות ניכרות, שעלויות אפילו לאיין את התועלת הצומחת לצדדים מן העסקה עצמה (82 א).

(3) הקצאת הסיכונים מאפשרת לכל אחד מן הצדדים לפעול בדיעה שהצד השני יפעל באופן העולה בקנה אחד עם מטרות העסקה. החוק מעניק לצדדים אפשרות הסתמכות, שהיא אחת מהמטרות המרכזיות של דיני החוזים בכללותם. השגת מטרות החוק האמור אינה תלויה בקיום אחריות מוחלטת. שיתוף הפעולה בין הצדדים מתבטא, בין היתר, גם בכך שצדק יכול להיגרם לאחד הצדדים כתוצאה מחוסר תום-לבם של שני הצדדים. "שיתוף הפעולה", במקרה כזה, יתבטא בחלוקת האחריות לנזק בין השניים – חלוקה בדיעבד, שיהיה בה למעשה לעודד שיתוף פעולה מבראשית (82 א-ד).

(4) אפשר שדווקא חלוקת האחריות תחזק את הסתמכותם של שני הצדדים לעסקה, שכן בידעם כי על כל אחד מהם מוטלת גם חובה לסייע לאחר לפעול, במידה סבירה, יתחזק אמונם בקיום העסקה ותגדל יכולת ההסתמכות שלהם. כמו כן, חלוקת האחריות עולה בקנה אחד עם רעיונות של מוסר, צדק ואי-עשיית עושר שלא כדין והיא תעודד תום-לב וזהירות. הכרה בחוסר תום-לב של צד לחוזה אין בה כדי לפגוע בכוחה המחייב, מוסרית, של הבטחתו של הצד שכנגד (82 ו, 84 א).

(5) צד לעסקה, היודע על בעייתיות מסוימת הכרוכה בה ואיננו מעלה אותה עם הצד שכנגד בידעו שפעולה כזו עשויה לגרום למעשה לסיכול העסקה, אינו יכול לטעון כי הסתמך על כך שהאחר יבדוק. בטענה כזאת עצמה יש מידה רבה של חוסר תום-לב (82 ד-ה).

(6) בתשובה לשאלה אם הבטחה ספציפית נחשבת כמכילה אף את היסוד של היות ההסכמה הגלומה בה בלתי חוזרת ועל-כן מחייבת מוסרית, ניתן להתחשב גם בחוסר תום-לב של הצד שכלפיו הופנתה השאלה. אין בהכרח כזו כדי לפגוע באוטונומיה של רצון הפרט וברעיון האמון, העומדים ביסוד הצורך לקיים הבטחות. הכרה בחוסר תום-לב של שני הצדדים אין פירושה שחרור המבטיח מהבטחתו או הכשרת הפרה של הבטחה. הרעיון מאחוריה הוא אך קביעת סנקציות מופחתות בשל חוסר תום-לב של הצד שכלפיו הופנתה ההבטחה. הכרה כזאת אפשרית גם בחוזים שנכתבו על-ידי הצדדים עצמם וגם בחוזים שתוכנם קבוע בחוק (84 א-ד, ז).

(7) בתי המשפט הכירו, גם אם בשתיקה, באפשרות לחלק נזק חוזי על-פי מידת אשמתם של שני הצדדים. כך במקרים שבהם דן בית המשפט בשיערוך

פסקי-דין, כרך מז, חלק רביעי, תשנ"ג/תשנ"ד 1993

עא exim in s. A3912/90 , תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ

פ"ד מז(4) 64

המחיר החוזי, שבהם נומקו השיערוך או היעדרו, בין השאר, בנימוקים הנוגעים לאשמם היחסי של שני הצדדים (85 ו-ז).

(8) במקרה דנן, שבו מדובר, למעשה, בשני צדדים שגרמו לנזק בהתנהגותם, חלוקת האחריות היא התוצאה המתבקשת. מאחר שמדובר בסיטואציה של חוסר תום-לב הדדי, יש להשוות הן את התרומה הסיבתית של כל אחד מהצדדים לנזק והן את מידת חוסר תום הלב של כל אחד מהם (85 א, ד87).

ה. (דעת מיעוט – השופט א' גולדברג) (1) דרישת הקונה מהמוכר לפי סעיף 52 לתוספת לחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), כי 'מסור לו טובין אחרים נקיים מכל זכויות ותביעות של אדם שלישי, יסודה בכך שהקונה לא

עא eximin s. A3912/90 , תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ

פ"ד מז(4) 64

הסכים ליטול את הטובין בכפוף לאותה זכות או תביעה. הסכמה שכזאת אינה חייבת להיות מפורשת דווקא, ויש שהיא תשתמע מן הנסיבות (88 א).

(2) במקרה דנן, ידעה המשיבה שהמערערת בדקה את הדגם בארצות-הברית וקיבלה את הסכמת הלקוח. הבדיקה גרמה לכך שהוזמנו שני שינויים מיוחדים, שלפחות אחד מהם נוגע לבעיות המכס. במצב זה נוצר מצג כלפי המשיבה שהמערערת יודעת את חוקי ארצות-הברית ואת החובות המוטלות עליה על פיהם וכי עמדה בחובות אלה כיבואן. מותר היה למשיבה לסמוך על המערערת כי הכשירה את הקרקע מבחינתה לקליטת הסחורה בארצות-הברית (88 א-ב).

(3) מאחר שגם המערערת וגם המשיבה לא יכלו שלא לדעת כי קיים חשש שמדובר בסימן מסחר רשום, לא יכולה התנהגות המשיבה להיחשב כנגועה בחוסר תום לב, שהרי ידעה המערערת את שידעה המשיבה. אי שיתוף הפעולה בין הצדדים אף הוא לא יכול להיחשב כחוסר תום-לב, כשכל אחד מהם גם ידע את סכנת קיומו של הנזק הצפוי ולא נזקק לצד האחר כדי שיעמידו על סכנה זו (87 ז-ז).

(4) מאחר שהמערערת ידעה כי קיים חשש שמדובר בסימן מסחר רשום וגם ידעה את חוקי ארצות-הברית, יש לראותה כמי שהסכימה ליטול על עצמה את הסיכון הכרוך בכך. אם עצמה את עיניה, אין בכך כדי להצדיק חלוקת הנזק בינה לבין המשיבה (88 ג).

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

[1] [ע"א 815/80 הרלו אנד ג'ונס ג.ט.ב.ה. נ' אדרס חמרי בנין בע"מ, פ"ד לז \(4\) 225.](#)

[2] [ד"נ 36/84 ר' טייכנר ואח' נ' אייר-פרנס נתיבי אוויר צרפתיים, פ"ד מא \(1\) 589.](#)

[3] [ע"א 338/73 חברת חלקה 677 בגוש 6133 בע"מ ואח' נ' כהן ואח', פ"ד כט \(1\) 365.](#)

[4] [ע"א 144/87 מדינת ישראל נ' אינג' פבר, חברה לבנין ואח' וערעור שכנגד, פ"ד מד \(3\) 769.](#)

[5] [בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים ואח', פ"ד לה \(1\) 828.](#)

[6] [ע"א 825/79 אחים שרבט חברה לבנין בע"מ נ' שוורצבורד ואח', פ"ד לו \(4\) 197.](#)

[7] [ע"א 804/80 isidaar tanker corporation נ' חברת קו צינור אילת אשקלון בע"מ ואח', פ"ד לט \(1\) 393.](#)

[8] [ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ \(בפירוק\), פ"ד לג \(2\) 281.](#)

[9] [ע"א 789/82 מ' עזרא ואח' נ' ג' מוגרבי ואח', פ"ד לז \(4\) 565.](#)

[10] [ע"א 714/87 שר נ' כהן, פ"ד מג \(3\) 159.](#)

פסקי-דין, כרך מז, חלק רביעי, תשנ"ג/תשנ"ד 1993

עא eximin s. A3912/90 , תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ
פ"ד מז(4) 64

הערות:

1. לעקרון תום הלב ראה ג' [פרוקציה, "תחולת עקרון תום-הלב בשיטה המשפטית"](#)

הישראלית" הפרקליט לט (תש"ן-תשנ"א) 291; ג' [פרוקציה, "הפרת החובה לנהוג בתום-לב"](#) הפרקליט לט (תש"ן-תשנ"א) 65.

עא A3912/90 eximin s. , תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ

פ"ד מז(4) 64

2. לתום-לב במשא ומתן לכריתת חוזה ראה: [ע"א 3666/90](#), 4012 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה; עירית נתניה נ' מלון צוקים בע"מ, פ"ד מז(4) 45; ג' [שלו](#).

["ההליך הטרור חוזי"](#) עיוני משפט יד (תשמ"ט) 293.

3. לתום-לב בקיום חוזה ראה: [ע"א 18/89 חשל חברה למסחר ונאמנות בע"מ נ' פרידמן וערעור שכנגד](#), פ"ד מז(5) 257; [ע"א 2826/90 א' בצר נ' צילביץ ואח', פ"ד מז\(5\) 184](#); [ע"א 528/89 שמואליאן נ' אהרוניאן ואח', פ"ד מז\(5\) 54](#).

ערעור על פסק-דין של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (השופטת ה' בן-עתו) מיום 1.8.90 בת"א 2093/86. הערעור נתקבל בחלקו ברוב דעות נגד דעתו החולקת של השופט א' גולדברג.

א' ברימר – בשם המערערות;

ד' בלום – בשם המשיבה.

###

פסק-דין

הנשיא מ' שמגר: 1. (א) ערעור על פסק-דין של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-

יפו, אשר דחה את תביעת המערערות להשבת כספים ולתשלום פיצויים.

(ב) העובדות הנחוצות לענייננו, כפי שנקבעו על-ידי בית המשפט קמא,

כדלקמן: המערערות, חברה בלגית, רכשה מהמשיבה, חברה ישראלית, 3,000 זוגות מגפי ג'ינס בעבור לקוחה של המערערות בארצות-הברית. המגפיים היו מדגם מיוחד שהיה אותה עת מבוקש בשוק: המגף נראה כחלק מן המכנסיים עם כיס ועליו מותווית צורת האות "V" עשויה תפרים. המשיבה ייצרה מגפיים כאלה, עוד לפני שהמערערות פנתה אליה, בעבור השוק המקומי, וכן ייצרה מגפיים כאלה גם ליצוא, בין היתר לגרמניה.

המערערות שלחה שישה דגמים שונים ללקוח והוא אישר מתוכם דגם אחד, תוך הכנסת שני שינויים – הסרת תווית "forza" שהייתה תפורה על הדגם והחלפת סוליית הניאוליט בסוליית עור. המשיבה ייצרה את כל כמות המגפיים על-פי ההזמנה, שלחה את הסחורה לארצות-הברית וקיבלה את מלוא המחיר שהיה מובטח באשראי דוקומנטרי.

פסקי-דין, כרך מז, חלק רביעי, תשנ"ג/תשנ"ד 1993

74

עא A3912/90 exim in s. , תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ

פ"ד מז(4) 64

כשהגיעה הסחורה לארצות-הברית התברר, לפי הטענה, כי יש בדגם משום הפרת סימן מסחר רשום בארצות-הברית, ולכן עוכב המשלוח במכס.

(ג) המערערת תבעה השבת מחיר הסחורה בטענה של כישלון העיסקה באשמת היצרן. במהלך בירור מקדמי קיבלו הצדדים את הצעת בית המשפט להקטין את הנזק. המערערת דאגה לפרימת האות "V" מהמגפיים, והלקוח בארצות-הברית רכשן במחיר מוקטן. לפיכך, הצטמצמה

עא A3912/90 exim s. , תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ

פ"ד מז(4) 64

התביעה להפרש המחיר שהוא שיעור ההפסד של המערערת. בית המשפט קמא קבע כי האחריות להתעלמות מהפרת סימן מסחר רשום בארצות-הברית הייתה מוטלת, במקרה הקונקרטי, על המערערת, ודחה את תביעתה.

על כך הערעור שלפנינו.

2. בעלי הדין העלו בערעור זה טענות שונות ומגוונות, חלקן במישור העקרוני, לעניין טיב העיסקה ומשמעות הדבר לגבי קביעת האחריות, וחלקן במישור הקונקרטי, לעניין מערכת היחסים הספציפית שהתהוותה בין הצדדים. נדון בטענות אלה לפי סדרן.

3. אופייה של העיסקה ומשמעותה לעניין קביעת האחריות בין הצדדים

(א) סעיף 1 לתוספת לחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), תשל"א-1971 (להלן-

חוק המכר טובין בינלאומי), קובע:

"(א) חוק זה יחול על חוזים למכר טובין שהתקשרו בהם צדדים שמקומות עסקיהם נמצאים בשטחיהן של מדינות שונות, ובאחת הנסיבות האלה: (1) חוזה המכר מוסב על טובין שבעת עשיית החוזה הם מובלים, או עומדים להיות מובלים, משטחה של מדינה אחת לשטחה של מדינה אחרת; (2) ההצעה והקיבול היו בשטחיהן של מדינות שונות; (3) מסירת הטובין צריכה להיות בשטחה של מדינה שלא בשטחה היו ההצעה והקיבול.

(ב) אם אחד הצדדים לחוזה אין לו מקום עסק יבוא לענין זה מקום מגוריו הרגיל.

(ג) תחולתו של חוק זה לא תהא תלויה באזרחותם של הצדדים.

(ד) בחוזים שנעשו בתכתובת, יראו את ההצעה והקיבול כאילו היו בשטחה של מדינה אחת רק אם המכתבים, המברקים או שאר מסמכי התקשורת, המכילים את ההצעה והקיבול, נשלחו ונתקבלו בשטחה של אותה מדינה.

(ה) לא יראו מדינות כ'מדינות שונות' לענין מקום העסק או מקום המגורים הרגיל של הצדדים, אם קיימת לגביהן הצהרה תקפה לענין זה, שניתנה לפי סימן 2 של האמנה מיום 1 ביולי 1964 בדבר חוק אחיד למכר טובין בין-לאומי."

לטענת המערערת, חוק זה חל בענייננו. כיוון שהמשיבה אינה מתנגדת להחלטתו, אצא מן ההנחה שאכן החוק האמור חל. למעלה מן הנדרש אוסיף, שחוק המכר טובין בינלאומי משקף את המשפט הבינלאומי ההסכמי ביחס לעיסקות מכר בין-מדינתיות, הגם שחלו שינויים במשפט הבינלאומי ההסכמי מאז חקיקתו: בשנת 1980 אושרה פסקי-דין, כך מז, חלק רביעי, תשנ"ג/תשנ"ד 1993

עא exim in s. A3912/90 , תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ

פ"ד מז(4) 64

united nations convention on contracts for the sale of ה בוינה
goods(להלן – אמנת וינה), שהיא למעשה חליפתה של האמנה

עא eximin s. A3912/90 , תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ

פ"ד מז(4) 64

בדבר חוק אחיד למכר טובין בין-לאומי, שנחתמה בהאג בשנת 1964, ושאליה מתייחס החוק. לשינויים שחלו מאז חקיקתו אתייחס במידת הנדרש.

(ב) סעיף 52 לתוספת האמורה קובע:

"(א) מקום שהטובין כפופים לזכות או לתביעה של אדם שלישי, על הקונה, אם לא הסכים ליטול את הטובין בכפוף לאותה זכות או תביעה, להודיע למוכר על אותה זכות או תביעה, זולת אם המוכר כבר יודע עליה, ולדרוש שהטובין ינוקו מהן תוך זמן סביר, או שהמוכר ימסור לו טובין אחרים נקיים מכל זכויות ותביעות של אדם שלישי.

(ב) מילא המוכר אחר הדרישה לפי סעיף קטן (א), ואף על-פי כן סבל הקונה הפסד, רשאי הקונה לתבוע פיצויים בהתאם לסעיף 82.

(ג) לא מילא המוכר אחר הדרישה לפי סעיף קטן (א), ונגרמה בכך הפרה יסודית של החוזה, רשאי הקונה להודיע על ביטול ולתבוע פיצויים בהתאם לסעיפים 84 עד 87. לא הודיע הקונה על ביטול החוזה או לא היתה הפרה יסודית של החוזה, תהא לקונה הזכות לתבוע פיצויים בהתאם לסעיף 82.

(ד) הקונה יאבד את זכותו להודיע על ביטול החוזה אם לא פעל בהתאם לסעיף קטן (א) תוך זמן סביר משעה שנכח לדעת, או היה עליו להיווכח לדעת, בדבר הזכות או התביעה של אדם שלישי לגבי הטובין."

סעיף זה דומה לסעיף 18 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, הקובע:

"(א) המוכר חייב למסור את הממכר כשהוא נקי מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת של צד שלישי.

(ב) על המוכר להודיע לקונה מיד על כל תביעת זכות לגבי הממכר שידע או שהיה עליו לדעת עליה לפני מסירת הממכר."

המערערת טוענת, כי סעיף 52 חל גם על זכות לסימן מסחר המוקנית לצד ג'. בחיבורו "חוק המכר, התשכ"ח-1968", פירוש לחוקי החוזים (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, ג' טדסקי עורך, תשל"ב) 98, מציין פרופ' ז' צלטנר (לעניין סעיף 18 האמור) כי-

"בביטוי 'זכות אחרת' של צד שלישי נכללות, כפי הנראה, זכויות לפטנטים ולסימנים מסחריים המוקנות לאדם שלישי."

גם א' זמיר, בחיבורו "חוק המכר, התשכ"ח-1968" פירוש לחוקי החוזים (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, ג' טדסקי עורך, תשמ"ז) 374, מציין (בהקשר לסעיף 18) כי:

עא 3912/90 A, exim s. , תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ

פ"ד מז(4) 64

"זכותו של האדם השלישי איננה חייבת להיות בממכר עצמו. אם, למשל, יש בממכר או בהעברתו לקונה משום הפרה של זכות קניין רוחני, כגון פטנט, זכות יוצרים או סימן מסחר, זוהי אף הפרת סעיף 18(א) ביחסי המוכר והקונה".

ראה גם ה"ש 73.

לגזירה שווה בין הוראות דיני החוזים לבין הוראות חוק המכר טובין בינלאומי ראה [ע"א 815/80](#) הרלו אנד ג'ונס ג.ט.ב.ה. נ' אדרס חמרי בנין בע"מ [1], בעמ' 230.

(ג) הוראה מפורשת יותר קבועה גם בסעיף 42 לאמנת וינה:
"The seller must deliver goods which are free from any or claim of a third party based on industrial property or (1)right other The contract the seller knew or could not have been unaware, provided intellectual property, of which at the time of the conclusion of That the right or claim is based on industrial property or other: intellectual property Under the law of the state where the (A)goods will be resold or Otherwise used, if it was contemplated by the parties at the time Or of the conclusion of the contract that the goods would be resold; or otherwise used in that state In any other case, under the .buyer has his place of business (B)law of the state where the The obligation of the seller under the preceding paragraph does :extend to cases where At the time of the conclusion of the (2)not ;buyer knew or could not have been unaware of the (A)contract the right or claim Or The right or claim results from the seller's . Technical drawings, designs, formulae or (B)compliance with other such specifications" furnished by the buyer

וראה אף בסעיף (3) 2-312 ל. - U.c.c האמריקני Buyer's : obligation; warranty of title and against infringement .against infringement 312-2"

עא exim s. A3912/90 , תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ

פ"ד מז(4) 64

a warranty (1)subject to subsection (2)There is in a contract for sale by the seller that ; the title conveyed shall be good, and its transfer And The goods shall be delivered free from any (A)rightful Or other lien or encumbrance of which the (B)security interest buyer at the time of .contracting has no knowledge Will be by (2)a warranty under subsection (1)excluded or modified only specific language or by circumstances which give the buyer reasons To know that the person selling does not claim title in himself Third person may have. Or that he is purporting to sell only such right or title as he or a Unless otherwise agreed a seller who is a livered free of the rightful claim of any third (3)merchant regularly person by way of dealing in goods of the kind warrants that the goods shall be de To the seller must hold the seller harmless against any such claim infringement or the like but a buyer who furnishes specifications . "which arises out of compliance with the specifications

בהקשר למשפט הגרמני, ראה: the:n.m. galston, international sales United nations convention on contracts for the international of goods (1984,new york)sale . 633

(ד) הפרשנות המקובלת להוראות אלה היא, שחובתו של המוכר להעביר בעלות נקייה כוללת גם חובה להעביר בעלות נקייה מזכויות דוגמת זכות לסימן מסחר המוקנית לאדם שלישי. לכאורה, תומכת פרשנות זו בעמדתה של המערערת.

(ה) יש לשים לב לסייגים המופיעים בסעיף 42 לאמנת וינה עצמו. אלו באו לידי ביטוי גם בפסיקה המתייחסת לסעיפים האחרים שצוינו לעיל. הווי אומר, סעיף 42 הוא מעין קודיפיקציה בזעיר אנפין של סייגים שהתפתחו לאורך השנים לעניין חובתו של המוכר להעביר בעלות נקייה מזכויות צד שלישי. לפיכך, ניתן להיעזר בהוראותיו, על דרך האנלוגיה, גם בענייננו. הדבר גם עולה בקנה אחד עם הרצון להאחדת הדין, כפי שנפסק בד"נ 36/84' טייכנר ואח' נ' אייר-פרנס נתיבי אוויר צרפתיים [2], בעמ' 611:

"הייחוד הלאומי, שהוא נכס רב ערך במסגרתה של שיטת משפט נתונה, עשוי לגרום לתוצאות קשות, כאשר אירוע – כמו טיסה בינלאומית – חוצה גבולות וקושר עצמו עם מספר שיטות משפט. מכאן המגמה של האחדת הדין (unification) בתחומי משפט נרחבים, בעיקר באלה הקשורים לתובלה ולמסחר בינלאומיים..." (ההדגשות שלי – מ'ש').

פסקי-דין, כרך מז, חלק רביעי, תשנ"ג/תשנ"ד 1993

80

יש לציין כי הנורמה הבין-לאומית עולה ומשתלבת בענייננו עם הנורמה הלאומית.

כך, בדומה להוראת סעיף 42(1) לאמנת וינה, המוכר יהיה אחראי רק בגין זכות שידע או לא יכול היה שלא לדעת עליה (כשהכוונה היא לסטנדרט קרוב לידיעה -

ראה: j. Honnold , uniform law for international (nd 2,deventer sales 350 (1991,...ed) ; זאת בהנחה שמדובר בזכות כזו במדינה שבה יימכר המוצר (בתנאי, כמובן, שמדינה זו נקבעה בחוזה בין הצדדים) או בכל מקרה אחר, במדינתו של הקונה.

בדומה להוראת סעיף 42(2) לאמנת וינה, יהיה המוכר פטור מאחריות אם הקונה ידע או לא יכול היה שלא לדעת על הזכות, או אם הפרת הזכות נובעת מקיום הוראות מפורשות של הקונה. יש לציין, עם זאת, כי המדובר בתנאים שהקונה דרש כי המוכר יעמוד בהם, ולא בתנאים שהועמדו לבחירת המוכר. לגבי תנאים שהושארו לשיקול-דעתו של המוכר, חלוקות הדעות על מי יש להטיל האחריות להפרת הזכות (ראה galston, בספרו הנ"ל, עמ' 34-36 וראה גם לעניין סעיף 312(3) 2-ל- . U.c.c ספרם של . R.s. summers, hand book of the law under the . j.&white 364 uniform commercial (code (1980,nd ed 2,st. Paul) . במקרים שבהם מדובר באחריות בגין הפרת זכותו של צד שלישי, נדרש הקונה ליידע את המוכר תוך זמן סביר מעת שנודע לו על ההפרה, כשעל ההודעה לציין את אופי הזכות. מאידך גיסא, המוכר לא יכול ליהנות מהטענה שדבר ההפרה לא הובא לידיעתו, אם ידע על כך.

לא למותר לציין, שהצדדים רשאים להתנות על הוראות אלה בחוזה שביניהם, בין מפורשות ובין מכללא.

השאלה המתעוררת בענייננו היא, אם כן, אם התקיים סייג לאחריותו של המוכר, או לחלופין – אם מהתנהגות הצדדים עובר לכריתת החוזה ניתן ללמוד על כך שביקשו להתנות על אחריותו של המוכר.

(ו) אין למעשה מחלוקת, שגם המערערת וגם המשיבה ידעו שהסחורה מיועדת להישלח לארצות-הברית. יתרה מזאת, שתיהן לא יכלו שלא לדעת כי קיים חשש שמדובר בסימן מסחר רשום. המדובר בסימן מסחר רשום של חברת "ליוויס" האמריקנית. אין זו חברה קטנה ובלתי מוכרת. סחורה של חברה זו משווקת ברחבי העולם כולו, וכל מי שעניינים בראשו צריך להניח שחברה מסוג זה תרשום סימן מסחר על מוצריה, לפחות בארץ המוצא שלה – היא ארצות-הברית. על אחת כמה וכמה נכונה הנחה זו לגבי המערערת והמשיבה, שתיהן חברות העוסקות בתחום זה ומכירות את המאפיינים המיוחדים לו. לא ניתן לקבל טענה מצד אחת מהן, כי לא ידעה או לא יכולה הייתה לדעת על קיומו של סימן מסחר רשום זה. לגבי המשיבה ידיעה זו עולה גם מעדותו של מר בן ורד, המאשר שידוע היה למשיבה כי יצרניות ג'ינס נוהגות לרשום סימנים מסחריים על מוצריהן, והמשיבה הקפידה במידת האפשר לשמור שלא לפגוע בהם. הדבר נכון, על אחת כמה וכמה, לגבי לקוחה של המערערת, היושב בארצות-הברית ועוסק שם במכירת מוצרים מסוג זה. אמנם לא

עא exim in s. A3912/90 , תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ
פ"ד מז(4) 64
הוא סחר עם המשיבה במישרין אלא המערערת, אולם המערערת

איננה יכולה להישמע בטענה שלקוחה לא צריך היה ליידע אותה בדבר סימן מסחר רשום. טענה זו גם לא הושמעה, ומכל מקום, עניינה בקשר שבין המערערת לבין הלקוח, שאיננו צד בהליך שלפנינו. ככל שהדבר נוגע לערעור זה, המערערת פעלה בעבור הלקוח, וידיעה המיוחסת לו ניתן לייחס גם לה, בעיקר לאור מעורבותו הפעילה של הלקוח בעיסקה עצמה.

עולה אפוא שלכאורה קיים סייג לאחריותו של המוכר, שכן גם הקונה ידע על הבעייתיות בסחורה. בנפקותו של סייג זה לעניין קביעת האחריות נדון להלן, אולם ראשית נבחן גם את כוונת הצדדים, על-פי החוזה שנכרת ביניהם ועל-פי התנהגותם עובר לכריתתו.

(ז) המערערת פנתה אל המשיבה בבקשה שתייצר עבורה מגפיים מן הסוג שתואר.

מוכן אני להניח לטובתה של המערערת, שבחרה את הדגם מתוך דגמים שהיו אצל המשיבה, בלי שהביאה דגם משלה, שכן מן העובדות עולה כי שלחה שישה דגמים מאותו סוג ללקוח בארצות-הברית. המשלוח הנ"ל הוא שמבהיר גם שאין משמעות לשאלה אם המערערת הביאה דגם זה אל המשיבה, אם לאו. הלקוח, ללא ספק, צריך היה לדעת על קיומו של סימן מסחר רשום. לפחות היה עליו לחשוש לקיומו, חשש שהיה בו כדי לחייבו לבדוק את העניין בטרם יאשר את אחד הדגמים. יתרה מזאת, הלקוח לא רק אישר את אחד הדגמים, אלא אף ביקש להכניס בו שינויים. בקשה זו מלמדת, לאור תוכנה, על היכרותו עם חוקי המדינה שבה הוא יושב. מרגע שעשה כן מותר היה למשיבה להניח כי לכאורה אין בעיה כלשהי לגבי הסחורה. לכאורה אמרנו, שכן אין ספק שגם בלבה של המשיבה – כשמדובר בחברה דוגמת ליוויס – צריך היה להתעורר חשש לגבי קיומו של סימן מסחר רשום. מה גם שצודקת המערערת בטענתה, כי המשיבה לא צריכה הייתה להניח מעבר לכך, שהקונה בחן את התאמתו של המוצר רק לצרכיו בלי לבחון את התאמתו המשפטית לחוקי ארצות-הברית.

עולה, שגם מהתנהגות הצדדים לפני כריתת החוזה ניתן לייחס לקונה קבלה, ולו חלקית, של הסיכון, שהסחורה איננה עומדת בדרישות מסוימות לפי החוק האמריקני. לעניין זה ניתן להוסיף כי בית המשפט קמא אף קבע, בקביעה עובדתית, כי על-פי החוק בארצות-הברית יכול היה היבואן, הקונה, להשיג רשות מחברת "ליוויס" לייבא מגפיים אלו. יחד עם זאת, אינני מוכן לקבל את מסקנתו החד משמעית של בית המשפט קמא, כי מותר היה ליצואן, המוכר, לסמוך לחלוטין על כך שהיבואן יכשיר את הקרקע מבחינתו לקליטת הסחורה בארצות-הברית. כמי שמכיר את המאפיינים המיוחדים וכמי שעקרונית אמור לשאת באחריות להפרת סימן מסחר רשום במקרה כזה, היה עליו לברר אם פעל היבואן כנדרש או, לפחות, היה עליו להעלות את השאלה.

(ח) למען הסר כל ספק אציין, כי אין כל משמעות לשאלה אם העיסקה הייתה עיסקת F.o.b. או עיסקת c.i.f. . המחלוקת בין הצדדים מתייחסת לשלב מוקדם של הביצוע, ושאלת נטל האחריות לעניין הפרה של סימן

עא eximins. A3912/90 , תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ

פ"ד מז(4) 64

מסחר רשום איננה מותנית בסוג עיסקת ההובלה. הא ראייה, שהסעיפים השונים, בין בחוק המכר טובין בינלאומי ובין באמנות הבינלאומיות, אינם מתייחסים לכך כלל ועיקר.

פסקי-דין, כרך מז, חלק רביעי , תשנ"ג/תשנ"ד 1993

84

4. קביעת אחריותם של היצואן-המוכר ושל היבואן-הקונה (א) אם כן, התוצאה היא שלכאורה מתקיים סייג לאחריותו של המוכר-היצואן; לפחות, מהתנהגות הצדדים עולה, שלא בהכרח המוכר הוא שצריך לשאת באחריות. מאידך גיסא, נראה כי אין להטיל את מלוא האחריות על הקונה-היבואן.

מהתנהגות הצדדים עולה, שהם לא טרחו לשתף פעולה בינם לבין עצמם. הצדדים היו חלוקים ביניהם לגבי נטל האחריות לביצוע פעולות שונות, ובמקום להסדיר וליישב ההדורים, פעל כל אחד מהם, לכאורה, על דעת עצמו, בעוצמו עיניו לגבי הנזק שעלול להיגרם ובהניחו שהאחר יישא בו. כל אחד מהם, למעשה, צפה את הנזק אך לא טרח להבהיר לאחר את סכנת קיומו ולא טרח לגלותו לאחר ולמנוע את הנזק, למרות יכולתו הברורה לעשות כן. אי-שיתוף פעולה (או אי-גילוי) מהסוג הקיים כאן אמנם איננו משחרר מחובתו את הצד שעליו לבצע הפעולה, אולם השאלה היא אם אין בו כדי להעניק לו הגנה חלקית.

(ב) ההתנהגות המתוארת של כל אחד מהצדדים עולה כדי חוסר תום-לב בביצוע החוזה (סעיף 39 [לחוק החוזים](#) (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן – חוק החוזים) וכן סעיף 6 [לחוק המכר](#)), ואולי אף כדי חוסר תום-לב בשלב המשא ומתן (סעיף 12 [לחוק החוזים](#)). יפים לעניין זה דבריה של פרופ' ג' [שלו, בספרה דיני חוזים](#) (דין, תש"ן): 43:

"שביל-הזהב ביישומו של עקרון תום-הלב ימצא באיזון שבין מקורו האתי של העיקרון ובין צורכי המסחר. הליכה בשביל זה מנציחה התנהגות ראויה בניהול עסקים. עיקרון תום-הלב מסמן נטישה מסוימת של האינדיבידואליזם והאגואיזם, אולם אין הוא מחייב אלטרואיזם מוחלט... את הדרישה הכללית לנהוג בתום-לב יש אפוא לראות כדרישה מאוזנת של התחשבות בזולת ושיתוף-פעולה עמו, להגשמת מטרת החוזה".

למען הסר ספק נציין כי אם לא ישירות, הרי מכוח [סעיף 61\(ב\) לחוק החוזים](#), חלים סעיפי חוק החוזים גם על העיסקה שלפנינו.

שני הצדדים פעלו בחוסר תום-לב. הדבר מתיישב, למעשה, עם שני היבטיו של עקרון תום הלב. מחד גיסא, המדובר בדרישה מצטברת, המציבה חיוב נוסף לחיובים המפורשים על-פי החוזה, הוא החיוב לנהוג בתום-לב. דרישה זו יפה לגבי חובתו של היצואן-המוכר, ליידע את היבואן הקונה, הגם שידע, למשל, כי על האחרון תוטל אחריות (לאור הסייגים האמורים). מאידך גיסא, זו גם הוראה ממתנת, המתירה במקרה המתאים סטייה מהדרישה לביצוע מושלם של החוזה. תיאור זה יפה לעניין חובתו של היבואן הקונה, שלא לשבת בחיבוק ידיים, הגם שהניח, למשל, כי על היצואן-המוכר תוטל אחריות. אומרת לעניין זה פרופ' שלו, בספרה הנ"ל, בעמ' 44-43:

עא 3912/90 eximin s. , תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ

פ"ד מז(4) 64

"האפקט המצטרף של עקרון תום-הלב בא לידי ביטוי בכל אותם מקרים שבהם נקבע, כי על החייב לבצע את חיוביו הקיימים בתום-לב, או שנוסף לו חיוב. האפקט הממתן של עיקרון תום-הלב בא לידי ביטוי באותם מקרים שבהם מתיר עיקרון זה סטייה מן הביצוע המושלם של החיוב, בתנאי שהביצוע והסטייה ממנו נעשו בתום-לב. למעשה, אפקט ממתן זה בא לידי ביטוי על-ידי העתקת החיוב לנהוג בתום-לב מן החייב, אל הנושה (בעל-החוב) על-פי החוזה, והוא שקול כנגד הדרישה לעשיית שימוש בתום-לב בזכויות הנובעות מן החוזה".

ראה בעניין זה גם את האמור [בע"א 338/73](#) חברת חלקה 677 בגוש 6133 בע"מ ואח' נ' כהן ואח' [3], בעמ' 369, לגבי סעיף 6 [לחוק המכר](#):

"נעמוד כאן על שני הצדדים אשר בסעיף 6. צד אחד זהו ביצוע חוזה על-ידי הצד החייב, אשר חייב לבצעו בתום-לב ובדרך מקובלת. המחוקק לא יכול להתכוון בדרך מקובלת אצל רמאים אלא על החייב לפעול בדרך מקובלת במשא ומתן הוגן. הצד השני באותו סעיף הוא היקף זכותו של צד הטוען לפי החוזה

החוזה, שגם ביחס אליו חל אותו דין, כלומר שאין הזכאי יכול להיתפס במילה בחוזה ולנצל אותה אלא הוא חייב להשתמש באותה זכות שניתנה לו כפי שמקובל בין אנשים המנהלים את עסקיהם בתום-לב ובאמונה. יש להדגיש כי המחוקק השתמש במילים 'חיוב הנובע' ו'בזכות הנובעת מחוזה' וגם לכך יש לייחס משמעות. חיובים אלה האמורים בסעיף 6 הם חיובים זכויות המתווספים על האמור בחוזה ויש לראותם כאילו היו כתובים במפורש בחוזה" (ההדגשות שלי – מ' ש').

אומר פרופ' מ' [מאוטנר, בספרו 'ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי' \(מעגלי דעת, תשנ"ג\) 58-59:](#)

"ביסוד פעולתו של סעיף 39 עומדת ההנחה, כי היחס המשפטי שבין שני בניאדם נשלט על-ידי נורמה מסוימת – חוזית או אחרת – היוצרת חיוב זכות בין הצדדים. סעיף 39 חל על נורמה זו, בהגדילו את היקף החיוב המוטל על החייב או בצמצמו את היקף הזכות העומדת לנושה. החובה המוטלת בסעיף היא איפוא חובה אלטרואיסטית. המונח אלטרואיזם משמש בדרך-כלל לתיאור מצב שבו אדם פועל לא מתוך רצון לקדם אינטרס שלו עצמו, אלא ביסוד פעולתו עומדת הכוונה לקדם אינטרס של זולתו. אלטרואיזם הוא היפוכו של האגואיזם, שתמציתו פעולה תוך ראיית האינטרסים של כל פרט בחברה

כנבדלים באופן נוקשה מאלו של הזולת. צד המוכפף לחובת תום-הלב חייב איפוא לנקוט התנהגות אלטרואיסטית, היינו, לפעול להגנת אינטרס של הצד האחר מעבר למה שקבוע בנורמה המסדירה את יחסו עם אותו צד".

אגב, פרופ' מאוטנר אף ביקש לאפיין חובתו של בעל דין לפעול בתום-לב כחובה

פסקי-דין, כרך מז, חלק רביעי, תשנ"ג/תשנ"ד 1993

86

אלטרואיסטית, היינו חובה לפעול להגנת האינטרס של הצד האחר מעבר למה שקבוע בנורמה המסדירה את יחסו עם אותו צד.

החובות האמורות באות לידי ביטוי גם בדיני המכר הבינלאומי, כפי שהם משתקפים בסעיף 52 לתוספת לחוק המכר טובין בינלאומי ובסעיף 42 לאמנת וינה. מכוחם של סעיפים אלה החובה הראשונה והעיקרית היא חובתו של היצואן (המוכר) להעביר את הזכות ליבואן (הקונה) נקייה מכל זכות של צד שלישי. החובה האחרת היא חובתו של היבואן, אם הוא יודע על זכות כזו, לפעול בעצמו על-מנת שהעסקה לא תסוכל, או לפחות ליידע את היצואן לגבי הבעייתיות שעלולה להתעורר, על-מנת שהאחרון יפעל בהתאם. באופן דומה, גם על היצואן, אם סבור הוא כי עלולה להתעורר בעיה, ליידע את היבואן, בעיקר אם הוא יכול להניח שמתקיים כאן סייג לאחריותו. חובות אלו אמנם אינן מפורשות בסעיפים האמורים, אך אין ספק שהן נובעות מהם ומתחייבות מעצם קיומו של קשר, שתכליתו שיתוף פעולה בין קונה למוכר לשם הצלחתו של הקשר העסקי ביניהם.

אי-עמידה בדרישת תום הלב עולה למעשה כדי הפרת חוזה, וכיוון שבענייננו כל אחד מהצדדים נעדר תום-לב, הרי מדובר בהפרות הדדיות של החוזה (ראה שלו, בספרה הנ"ל, בעמ' 65). ההפרה של כל אחד מהצדדים תרמה בסופו של דבר להפרה שביצע הצד שכנגד ושהביאה לנזק. ניתן גם לראותה כהפרה שתרמה ישירות לנזק.

כאמור לעיל, אפשר שחובת הגילוי קמה כבר בשלב המשא ומתן, אך כל עוד לא קוימה, הרי החובה בעינה עומדת, ולפיכך אם לא קוימה גם בשלב החוזי, עולה היעדר תום הלב כדי הפרה. כך נפסק גם בע"א [144/87](#) מדינת ישראל נ' אינג' פבר, חברה לבנין ואח' וערעור שכנגד [4], בעמ' 778.

"החובה לנהוג בתום-לב יכולה ללבוש גם צורה של חובת גילוי עובדות חשובות על-ידי צד לחוזה בתקופה החוזית... שאלת קיומה של חובה כזו וכן גבולותיה שונים, מטבע הדברים, ממקרה למקרה... חובת הגילוי בתקופה החוזית קיימת – או ליתר דיוק ממשיכה להתקיים – כל אימת שחובת הגילוי לא קוימה על-ידי צד בשלב הטרם-חוזי, וחיוניות הגילוי ממשיכה להתקיים גם בשלב החוזי, ומידת החיוניות היא כזו, שמי שאינו מקיימה, כמוהו כמי שנהג שלא בהגינות ושלא בדרך מקובלת ובתום-לב".

בכל מקרה, השאלה היא מה נפקותו של היעדר תום הלב, העולה כדי הפרה, של שני הצדדים.

(ג) [סעיף 82](#) לתוספת לחוק המכר טובין בינלאומי קובע:

"מקום שלא בוטל החוזה, יהיו הפיצויים בשל הפרתו על-ידי צד אחד סכום השווה להפסד, לרבות הפסד ריווח שסבל הצד האחר. פיצויים אלה לא יעלו על ההפסד

עא exim s. A3912/90 , תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ

פ"ד מז(4) 64

שהיה על המפר לראותו מראש בעת גמירת החוזה כתוצאה אפשרית מהפרת החוזה, על-פי העובדות והגורמים שהיו ידועים לו אז או שהיה עליו לדעתם" (ההדגשות שלי – מ' ש').

באופן דומה קובע סעיף 74 לאמנת וינה:

Damages for breach of contract by one party consist of a sum the loss, including loss of profit, suffered by the other equal to" party as a Consequence of the breach. Such damages may not exceed the loss Time of the conclusion of the contract, in the light of the facts which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the And matters of which he then knew or ought to have known, as a possible . "consequence of the breach of contract

אצלנו קובע סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (להלן – [חוק התרופות](#)):

"הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה" (ההדגשות שלי – מ' ש').

הרעיון העומד בבסיס עקרון הסיבתיות הוא כי המפר אחראי לנזק שנגרם כתוצאה מפעולתו. לפיכך, אם שניים גרמו סיבתית לנזק, אין להעדיף אחד על רעהו, אלא יש לחלק את האחריות ביניהם באופן שכל צד יישא בחלקו בנזק.

(ד) הקביעה, כי כל צד יישא בנזק שהוא אחראי לו, מתיישבת גם עם הדרישה להקטנת הנזק.

סעיף 88 לתוספת לחוק המכר טובין בינלאומי קובע:

"על הצד המסתמך על הפרת החוזה לנקוט בכל האמצעים הסבירים כדי להקטין את ההפסד הנגרם מן ההפרה. לא נקט אמצעים כאמור, זכאי המפר לתבוע הפחתת פיצויים".

באופן דומה קובע גם סעיף 77 לאמנת וינה:

A party who relies on a breach of contract must take such measures as " loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, Measures, the including

פסקי-דין, כרך מז, חלק רביעי, תשנ"ג/תשנ"ד 1993

88

עא eximin s. A3912/90 , תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ

פ"ד מז(4) 64

Party in breach may claim a reduction in the damages in the amount "by which the loss should have been mitigated

וכן סעיף 14(א) לחוק התרופות:

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

סעיפים אלו מגבילים למעשה את זכאותו של הנפגע לפיצויים ומהווים תמריץ לנפגע לפעול למניעת נזקיו ולהקטנתם. דא עקא, שהדוקטרינה בדבר הקטנת הנזק נכנסת לפעולה רק לאחר ההפרה, ואילו ענייננו ב"הקטנת הנזק" בשלבים קודמים להפרה או בשלב ההפרה עצמו. השימוש בסעיף 10 לחוק התרופות (או סעיף 82 לתוספת לחוק המכר טובין בינלאומי) לשם השגת אותה מטרה ישמור על קוהרנטיות ויתרום לשלמות המערכת. שכן מדוע נחייב את הנפגע למנוע נזקיו רק בדיעבד אם הוא יכול, בקלות, לעשות כן כבר מלכתחילה. נקטנו לשון "בקלות", שכן אין המדובר במניעה ממש, אלא באי-פעולה להיווצרותם או לגידולם. על אחת כמה וכמה בענייננו, שבו הנפגע הוא גם מפר.

(ה) אמנם, בית המשפט נוטה לייחס נפקויות חד-משמעיות ומוחלטות להיעדר תום-לב. כך יש בהיעדר תום-לב של צד לחוזה כדי לשלול ממנו תרופה או כדי להעניק תרופה לצד שכנגד. אומר לעניין זה השופט ברק בבג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים ואח' [5], בעמ' 838-839:

"לעתים תוצאת אי-קיום החובה היא בתשלום פיצויים או במתן אכיפה. לעתים התוצאה היא בשלילת פיצויים או אכיפה מהצד המפר. לעתים תוצאת ההפרה היא במתן כוח לבעל החוזה האחר לפעול פעולות מסוימות בתחום החוזה, שאחרת היו נחשבות להפרה, או שלילת כוח, הנתון לבעל החוזה המפר על-פי הוראות החוזה. לעתים התוצאה אינה אלא זו, שהפעולה, שבוצעה תוך הפרת החובה, אינה משתכללת ואינה תופסת..."

באופן דומה נפסק גם ביחס להתנהגות לקויה, שלא בהכרח עלתה כדי חוסר תום-לב.

בע"א 825/79 אחים שרבט חברה לבנין בע"מ נ' שוורצבורד ואח' [6] דובר בזיכרון-דברים למכירת מקרקעין. הוסכם בין הצדדים כי ייערך ביניהם הסכם מפורט, לאחר שיוסכם על תנאי התשלום. ואולם הקונה התחמקה ולא הגיעה פעמיים לפגישה שנועדה בין הצדדים על-מנת לערוך חוזה פורמאלי, דבר שתרם לכך שהמוכר סבר שהקונה רוצה להסתלק מהעסקה. אמנם, מבחינה משפטית לא עלתה התנהגות הקונה כדי נסיגה מן העסקה, וזיכרון הדברים המשיך לעמוד בתוקפו, ואולם השופט ד' לוין קבע שיש לדחות את תביעת הקונה לפיצויים במלואה, וזאת נוכח התנהגותה:

עא exim in s. A3912/90 , תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ
פ"ד מז(4) 64
"אפילו פורמאלית המערערת לא ביטלה זיכרון הדברים, ואין לתלות
בה את

אי-מימוש, עדיין לא ניתן להתעלם מכך, שבהתנהגותה, כפי שתוארה לעיל, תרמה לתסבוכת, שהביאה בסופו של דבר לכלל התדיינות זו. העיסקה היתה בשלביה הראשונים, ועל-פי העובדות כפי שהוכחו, טרם שינתה המערערת מצבה בעקבות ההתקשרות. בנסיבות אלה אינני רואה, מה נזק יכולה היא לתבוע, ואיזהו הצידוק להיענות לה ולהעניק לה פיצוי ממשי כלשהו" (שם, בעמ' 210).

יש לשים לב, כי במקרים האחרים המתוארים רק אחד מהצדדים היה חסר תום-לב או רשלן, בעוד בענייננו המדובר בשני צדדים שנעדרו תום-לב.

יתרה מזאת, אם אפשרית במקרים דוגמת הנ"ל שלילה מוחלטת של תרופה, הרי שלילה חלקית אפשרית מקל וחומר, וכפי שאראה להלן היא אף רצויה.

(ו) כאמור, נקודת המוצא המקובלת היא, שאחריות חוזית היא אחריות מוחלטת, במובן זה שהיא קמה בדרך כלל במלוא היקפה בלא תלות באופי ההפרה, בהלך מחשבתו של המפר או בנסיבות אחרות. אולם גם אם נצא מהנחה זו אין פירושו של דבר כי לא ניתן להתחשב בחוסר תום-לבם של שני הצדדים לחוזה. שני הצדדים במקרה שלפנינו נגועים בתכונה זו.

(ז) בע"א 804/80 isidaar tanker corporation נ' חברת קו צינור אילת אשקלון בע"מ ואח' [7], בעמ' 426, צוין:

"... אין תפיסה יוריספרודנטית א-פרוירית למונח זה של 'אחריות מוחלטת' או 'אחריות אבסולוטית'. משמעותו משתנה על-פי ההקשר בו הוא מופיע והמטרה אותה הוא בא לשרת."

אשר לדרך בחינתה של מהות האחריות המוחלטת, יש לפנות אל הוראת החוק (הבדיקה הפנימית), כדי להסיק אם ממנה עולה מטרתה של האחריות המוחלטת. כך גם נוכל לעמוד על התאמתן של הגנות דוגמת חוסר תום-לב (של שני הצדדים, כפי שהוא בענייננו) להוראה זו. יש לבחון גם את עקרונות המשפט הכלליים (הבדיקה החיצונית). בהתאם, מה שיקבע אם ניתן לייחס חוסר תום-לב לצד לחוזה, שלכאורה זכאי ליהנות מפיצוי בגין נזק שנובע מחוסר תום-לבו של הצד האחר, הוא מטרת הדין: בענייננו הכוונה למכר טובין בינלאומי ולעקרונות כלליים של המשפט.

(ח) מטרתו של חוק המכר טובין בינלאומי היא לקבוע למעשה חוזה סטנדרטי, שייחשב כמאומץ על-ידי הצדדים, אלא אם כן יתנו אחרת. מטרתו של חוזה זה לאפשר לצדדים להגשים רצונותיהם על הצד הטוב ביותר, תוך שהוא מחלק ביניהם את הסיכונים השונים הקיימים בעיסקה זו. הנחת המוצא של החוק היא שאת האחריות לדאוג לפעולה זו או אחרת בעיסקה יש להטיל על הצד שיוכל לבצע פעולה זו בצורה הטובה ביותר.

ביצוע על הצד הטוב ביותר פירוש, בין השאר, ביצוע שעלותו תהיה הנמוכה ביותר, שכן ההנחה בעיסקה מסחרית מסוג זה היא שהצדדים מבקשים להפיק את התועלת הרבה ביותר מן העיסקה. לפיכך, לא יטיל חוק המכר טובין בינלאומי אחריות לביצוע פעולה מסוימת על צד שיכול אולי לבצעה באופן טוב, אולם הדבר יהיה כרוך בהוצאות ניכרות, שעלויות אפילו לאיין את התועלת הצומחת לצדדים מן העיסקה עצמה.

הקצאת הסיכונים מאפשרת לכל אחד מן הצדדים לפעול בידיעה שהצד השני יפעל באופן העולה בקנה אחד עם מטרותיה של העיסקה. במילים אחרות, החוק מעניק לצדדים אפשרות הסתמכות, שהיא אחת מהמטרות המרכזיות של דיני החוזים בכללותם.

(ט) האם השגת מטרות החוק תלויה בקיומה של אחריות מוחלטת? ההפך הוא הנכון. ככל חוזה או התקשרות, גם בבסיס עיסקת המכר עומד רצון לשיתוף פעולה של הצדדים, מתוך הנחה, כמובן, ששיתוף הפעולה יועיל לכל אחד מהם, ולשניהם במשולב. אין יסוד להניח, ששיתוף פעולה זה מסתיים עם כריתת החוזה, ובענייננו עם ההגעה להסכם, שמהותו תחולת חוק המכר טובין בינלאומי על יחסי הצדדים. כאמור לעיל, גם חובת גילוי שלא קיומה בשלב הטרם חוזי ממשיכה לעמוד בשלב החוזי. אך סביר הוא, שלאורך דרכם המשותפת יתקלו הצדדים בבעיות שונות שידרשו גמישות מסוימת ואף סטייה ממה שקבוע היה מלכתחילה. אין ספק, שיידרש שיתוף פעולה גם בעתיד. פן אחד של שיתוף פעולה זה הוא ההכרה בכך שנזק יכול להיגרם לאחד הצדדים כתוצאה מחוסר תום-לבם של שני הצדדים. "שיתוף הפעולה" במקרה כזה יתבטא בחלוקת האחריות לנזק בין השניים – חלוקה בדיעבד, שיהיה בה למעשה לעודד שיתוף פעולה מבראשית.

(י) קביעה זו איננה עומדת בסתירה להסתמכותם של הצדדים, שכן צד לעיסקה, היודע על בעייתיות מסוימת הכרוכה בה (ובענייננו הוכח שכל אחד מהם יכול היה לדעת) ואיננו מעלה אותה עם הצד שכנגד בידועו שפעולה כזו עשויה לגרום למעשה לסיכולה של העיסקה, איננו יכול לטעון כי הסתמך על כך שהאחר יבדוק. בטענה כזאת עצמה יש מידה רבה של חוסר תום-לב (ראה גם ד"ר א' פורת, חלוקת אחריות בדיני חוזים (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור למשפטים, 1989) 88).

יתרה מזאת, אפשר שדווקא חלוקת האחריות תחזק את הסתמכותם של שני הצדדים לעיסקה, שכן בידועם כי על כל אחד מהם מוטלת גם חובה לסייע לאחר לפעול, במידה סבירה כמובן, יתחזק אמונם בקיום העיסקה ותגדל יכולת ההסתמכות שלהם. ניתן לפנות לעניין זה אל דבריו של ד"ר פורת, בחיבורו הנ"ל, בעמ' 90:

..."כאשר החוזה מטיל על שני הצדדים לבצע זה כלפי זה חיובים מורכבים במידה מסוימת, ולא, למשל, תשלום כסף גרידא. בנסיבות כאלה לעיתים קרובות יודע כל צד, שהוא עלול להתקל בקשיי ביצוע אשר הצד השני יכול לעזור לו להחליץ מהם בנקל. אם, לפי הבנתו את המצב

פסקי-דין, כרך מז, חלק רביעי, תשנ"ג/תשנ"ד 1993

עא 3912/90 s. eximin , תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ
פ"ד מז(4) 64
המשפטי, הצד שכנגד אינו חייב לסייע לו

אפילו כשהדבר אינו דורש השקעת משאבים, תיקטן מידת בטחון ביכולתו שלו לבצע את החוזה. ממילא, תקטן מידת בטחון בכך שיקבל, או שיהא זכאי לקבל, את הביצוע הנגדי מהצד שכנגד. אם לעומת זאת, לפי הבנתו את המצב המשפטי, הצד שכנגד חייב לסייע לו במידה סבירה, תיגדל מידת בטחון בביצועו שלו, ובמקביל – תגדל מידת בטחון, שיקבל ביצוע נגדי, ועקב כך תגדל יכולת ההסתמכות שלו".

פרופ' מאוטנר כותב, בספרו הנ"ל, בעמ' 57:

"בהיותה מכוונת להבטיח את התקיימותן של הציפיות הסבירות של צדדים מן היחסים המשפטיים שלהם, מהווה חובת תום-הלב, שבסעיף 39, ביטוי משפטי למושג ה'אמון' (trust) הסוציולוגי. שורה של סוציולוגים ראו במושג ה'אמון' מושג מפתח להבנת אופן תפקודה של החברה המודרנית. בפשטות, ניתן לומר, כי אמון מתקיים מקום שפרט מניח, כי פרט אחר או מוסד, שהתנהגותם עשויה להשפיע עליו, ינהגו באופן שניתן לצפות בסבירות שינהגו בו אנשים או מוסדות מסוגם... האמון נדרש מקום שפעילות מחייבת הסתמכות על הזולת, תוך היעדר ידיעה של ממש על-אודות הפרטים והאופן של הפעולה שלו... סוציולוגים שעסקו במושג זה סוברים, כי מידת הצורך שלנו להסתמך על אמון גברה מאוד בעידן המודרני, שבו מחייבות פעולות רבות שלנו הסתמכות על התנהגותם של אנשים רבים, שהבנת דרכי הפעולה שלהם מחייבת מומחיות, החסרה לנו, ולא המודרנית. בפשטות, ניתן לומר, כי אמון מתקיים מקום שפרט מניח, כי פרט אחר או מוסד, שהתנהגותם עשויה להשפיע עליו, ינהגו באופן שניתן לצפות בסבירות שינהגו כשהם נמצאים מחוץ לשליטתנו – הם אף בלתי-מוכרים לנו. אכן, סוציולוגים אלה מניחים, שבהיעדר אמון ביחסים הבין אישיים ובהיעדר אמון בפעולתם התקינה של מוסדות, יקרוס הסדר של החברה המודרנית, ואת מקומו יתפסו תוהו ובוהו וחזרה לעידן פרמיטיבי של הסתמכות עצמית. ...דומה, שקיים קשר הדוק בין מושג האמון לבין מושג תום-הלב המשפטי."

הרעיון העומד ביסוד שני המושגים זהה: ביסודו של מושג האמון הסוציולוגי עומדת האפשרות של כל פרט להסתמך על כך שתתקיים ציפייתו הסבירה מן הזולת או ממוסד, כי ינהגו בהתאם למה שמתחייב ממצבם או מתפקידם.

ביסודו של מושג תום הלב המשפטי עומדת האפשרות של כל פרט להסתמך על כך שתתקיים ציפייתו הסבירה מן היחס המשפטי שבו הוא נתון עם הזולת, גם אם ציפייה זו אינה מוגנת באופן מושלם על-ידי הנורמה המשפטית הספציפית המגדירה את היחס".

(יא) באותה מידה אין בקביעה הנ"ל כדי לפגוע בהקצאת הסיכונים הבסיסית בין הצדדים. חוק המכר טובין בינלאומי אינו צופה סיטואציה שבה יוכלו שני הצדדים, ביעילות ובעלות נמוכה, למנוע את הבעייתיות שהתעוררה מאוחר יותר. סיכון מסוג זה איננו מוגדר בחוק, ולכן אין לגביו הקצאה בסיסית. הקצאה מאוחרת יותר, בהתאם לחוסר תום-לב של כל

פסקי-דין, כרך מז, חלק רביעי, תשנ"ג/תשנ"ד 1993

עא 3912/90 exim s. , תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ

פ"ד מז(4) 64

אחד משני הצדדים, איננה מתנגשת לפיכך עם ההקצאה הראשונית
(ראה גם פורת, בחיבורו הנ"ל, בעמ' 93).

(יב) אין ספק כמובן, שחלוקת האחריות בענייננו עולה בקנה אחד עם רעיונות של מוסר, צדק ואי-עשיית עושר שלא כדין, שהמשפט הישראלי בכלל ודיני החוזים (ובכלל זה חוזי מכר) בפרט שואבים מהם. כאשר שניים גרמו לנזק, אין זה הוגן ואין זה מוסרי שהאחד יישא במלוא נזקו של האחר. מדוע יזכה צד לחוזה בפיצוי מלא על נזק שנגרם גם עקב התנהגותו הטיפשית וחסרת תום הלב? יתר-על-כן, בחלוקת האחריות ביניהם יהיה כדי לעודד תום-לב או זהירות מצדם של שני הצדדים לעיסקה. הכרה בחוסר תום-לב של צד לחוזה אין בה כדי לפגוע בכוחה המחייב, מוסרית, של הבטחתו של הצד שכנגד (לעניין זה ראה, oxford) המבטיח, מוסרית, של הבטחתו של הצד שכנגד (לעניין זה ראה, oxford) הבטחה ספציפית נחשבת כמכילה אף את היסוד של היות ההסכמה הגלומה בה בלתי חוזרת ועל-כן מחייבת מוסרית, ניתן להתחשב גם בחוסר תום לבו של הצד שכלפיו הופנתה השאלה (ראה גם פורת, בחיבורו הנ"ל, בעמ' 122).

באופן דומה אין בהכרח כזו כדי לפגוע באוטונומיה של רצון הפרט וברעיון האמון, העומדים ביסוד הצורך לקיים הבטחות (לעניין זה ראה, c. : as promise(1981, cambridge)Fried, contract את רצונו על-ידי נתינת עצמו בידי אחרים לשם הפקת רווח הדדי איננו מעוניין ליתן עצמו לשירות לבו של האחר, כדי שזה יוכל מצד אחד לתרום להפרה ומצד שני לעמוד על קיום מלא של ההבטחה. בכך אין כל ערך מוסרי. גם הרצון ליצור קשרי אמון בין בני אדם אינו מצדיק תרומה של צד להפרת הבטחה ועמידה, למרות זאת, על קיומה המלא. ויש להדגיש, הכרה בחוסר תום-לב של שני הצדדים אין פירושה שחרור המבטיח מהבטחתו או הכשרת הפרה של הבטחה. הרעיון שמאחוריה הוא אך קביעת סנקציות מופחתות בשל חוסר תום-לבו של הצד שכלפיו הופנתה ההבטחה. יש לציין בהקשר זה גם את נטייתו של המשפט הישראלי לקרוא לתוך החוזה תנאים ותניות מכללא, שעיקרם, בין השאר, יסודות של תום-לב.

בהקשר דומה נאמר אצל ד"ר פורת, בחיבורו הנ"ל, בעמ' 107:

"ההתערבות החיצונית בתוכן החוזה, הן באופן ישיר והן באופן עקיף, הן מכוח הוראת חוק ספציפית והן מכוח הוראת חוק המקנה שיקול דעת רחב לבית המשפט, מדגישה את העובדה שלא נכון לראות בחוזה דהיום כלי קר להקצאת סיכונים ולתכנון לעתיד. ההתערבות החיצונית לעיתים אינה צפויה באופן קונקרטי; כך כאשר זו נעשית מכוח הוראות חוק כלליות שיש למלאן תוכן לפי הנסיבות או לפי שיקולים של מדיניות משפטית. בכך משולם מחיר של פגיעה בבטחון ובוודאות, נפגעת יכולת ההסתמכות והכללים המשפטיים אינם תמיד בהירים וברורים. הכרה בהגנת אשם תורם בנסיבות אלה, אינה אלא הוספת קריטריון חיצוני נוסף, שאינו תואם תמיד את ציפיות שני הצדדים, והנמקות קיומו בראש ובראשונה במוסר, בצדק ובהגינות".

פסקי-דין, כרך מז, חלק רביעי, תשנ"ג/תשנ"ד 1993

עא exim in s. A3912/90 , תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ
פ"ד מז(4) 64

לא ניתן אלא להוסיף, שאם אפשרית התערבות כאשר המדובר בחוזה
שנכתב על-ידי הצדדים עצמם, על אחת כמה וכמה הוא כשהמדובר
בחוזה שתוכנו קבוע בחוק ואשר לגביו יש להניח שעקרונות של הגינות
הם יסודות מרכזיים בשיטה המשפטית שהביאה לחקיקתו.

(יג) בסיטואציה כמו זו שלפנינו, שבה מדובר, למעשה, בשני צדדים שתורמו לנזק בהתנהגותם, חלוקת האחריות היא התוצאה המתבקשת. התובע, שוב, אינו יכול לטעון, כי זכאי הוא להסתמך על הביצוע של הצד שכנגד, שכן לנתבע זכות לומר זאת באותה מידה. כך גם אין התובע יכול להיבנות מטענות שעניינן הפן המוסרי של קיום הבטחות. אין גם קושי מבחינת יישום הדוקטרינה, שהרי כשם שתיקבע אחריות הנתבע לנזקי התובע, תיקבע גם אחריות התובע לנזקי הנתבע. כל קביעה אחרת תביא ליצירת מעגל שוטה, שהרי מאחר שכל אחד מהצדדים הוא מפר, יש להטיל על כל אחד מהם, לכאורה, אחריות מוחלטת בגין הנזק שנגרם עקב ההפרה לצד שכנגד.

המוצא הנאות בנסיבות כגון אלה הוא חלוקת האחריות בין הצדדים. אומר לעניין זה ד"ר פורת, בחיבורו הנ"ל, בעמ' 212:

"מדובר כאן בשתי התנהגויות הנמצאות באותה רמה, המסווגות באופן זהה, והנעדרות יתרון כלשהו אחת על רעותה. השוויון המתואר לעיל כמעט 'זועק', מטעמי צדק והגינות, ליחס שווה לתובע ולנתבע, קרי לחלוקת האחריות. אין אפשרות לקבוע מי עדיף. זוהי אף סיטואציה בה יוצר מעגל קסמים של תביעות שאין לו פתרון.

כל תוצאה, להוציא חלוקת אחריות, תהא מקרית ובשל כך בלתי צודקת."

(יד) יתרון נוסף קיים לקביעה זו בכך שיש בה כדי לאחד את עקרונות הפיצוי בין דיני הנזיקין לדיני החוזים. הערעור שלפנינו הוא דוגמה למקרה הנע על קו תפר דק בין שני התחומים. קו תפר שלא מן הנמנע הוא לטשטשו במקרה המתאים.

הרי יכול היה כל אחד מהצדדים לטעון כלפי האחר לקיומה של רשלנות או ליתר דיוק למצג שווא רשלני מצדו. הפיצוי הנתבע הוא בגין נזק שנגרם שלא כדין. אין כל טעם, למעשה, בהחלת עקרונות פיצויים שונים בשני המקרים.

אין גם ספק כי מקרה כזה מתאים במיוחד לחלוקת אחריות. מה טעם בקביעת אחריות שונה בהתאם לניסוח כתב התביעה? להפך, יש בכך כדי להסיט את הדיון משאלות מהותיות לשאלות טכניות גרידא של סוג העילה לפי כתב התביעה, תוך שימת דגש על טפל במקום על עיקר (ראה פורת, בחיבורו הנ"ל, בעמ' 115).

(טו) מעניין לציין כי בסיטואציות דומות הכיר בית המשפט, גם אם בשתיקה, באפשרות לחלק נזק חוזי על-פי מידת אשמתם של שני הצדדים. כך במקרים שבהם דן בית המשפט בשיערוך המחיר החוזי. בית המשפט נטה לנמק את השיערוך או את היעדרו, בין השאר, בנימוקים הנוגעים לאשמת היחסי של שני הצדדים. בלשונו של השופט ברק בע"א 158/77 [המאגר המשפטי הישראלי](#) nevo.co.il נבו הוצאה לאור בע"מ רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק) [8], בעמ' 291-292:

עא eximin s. A3912/90 , תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ

פ"ד מז(4) 64

"באופן עקרוני עומדות לפני בית-משפט, המתבקש להעניק צו אכיפה, שלוש אפשרויות: בית-המשפט יכול להימנע מלתת צו אכיפה; הוא יכול להעניק צו אכיפה כאמור בחוזה; הוא יכול להעניק צו אכיפה תוך הוראה לשיערוך המחיר... ב-ע"א 7279/57-27, סירב בית-המשפט... להעניק צו ביצוע בעין בחוזה למכירת מקרקעין... ואשר הקונה השתהה בביצועו, ותוך כדי כך ירד ערכו של המחיר בלמעלה מחמשה עשר מונים. באותה דרך נקט... כאשר סירב להעניק צו ביצוע בעין בחוזה למכירת מקרקעין... (בהדגישו – מ' ש') כי הוא עושה כן לאור הנסיבות המיוחדות של המקרה, בהן גילה הקונה נוקשות עובדה המפחיתה ממידת הזדון שבסירובו של המוכר להעביר את הנכס. במספר פסקי-דין העניק בית-משפט זה צו אכיפה וסירב לשערך את המחיר... תוך שהוא מדגיש את זדונו של המוכר, שלא רק היפר את החוזה, אלא אף דחה את הקונה בלך ושוב, והתכחש במכוון לכיבוד ההסכם שעשה... לבסוף, במספר פסקי-דין העניק בית-המשפט הזה צו אכיפה, תוך שהוא משערך חלק מהמחיר... לאחרונה... ציוינו על ביצוע בעין של חוזה למכירת דירה שהופר בזדון על-ידי המוכרת תוך מתן הוראות כי חלק מהמחיר ישולם כשהוא צמוד לשיעור העלייה של מדד המחירים לצרכן" (ההדגשות שלי – מ' ש').

כך גם ב-ע"א 789/82 מ' עזרא ואח' נ' ג' מוגרבי ואח' [9], בעמ' 574, קובע השופט בייסקי:

"...באכיפת חוזה משערכים את התמורה או את יתרת התמורה המשולמת למועד אכיפה... וכך גם לעניין השבה, במקרה של הפרת חוזה... בכפוף לשיקול בדבר שיעור השיערוך, בהתחשב בנסיבות על מהות ההפרה, אישיות המפר והנסיבות שיש לקחתן בחשבון לעניין זה" (ההדגשה שלי – מ' ש').

ראה גם מ' הורק, "שערך המחיר בחוזה" עיוני משפט ח (תשמ"א-מ"ב) 88, 112.

(טז) לפני סיום אציון, כי אילו דובר בהפרת חובת תום הלב בשלב המשא והמתן, קל היה יותר להכיר בדוקטרינה של חלוקת אחריות, שכן מקורו של סעיף 12 לחוק החוזים איננו חוזי בלבד, כפי שמצינים לעניין זה פרופ' ד' פרידמן ופרופ' נ' כהן בספרם חוזים (אבירם, כרך א, תשנ"א) 636:

"הקושי הקיים בתביעה החוזית אינו מתעורר ביחס להתנהגות פסולה בשלב המשא ומתן, נוכח העובדה שהתביעה אינה חוזית ונוכח אופיו הנזיקי של סעיף 12. עמדה זו עולה בקנה אחד עם גישתנו הכללית לפיה ניתן להשלים את הסעיף באמצעות העקרונות המגולמים בפקודת הנזיקין".

ראה גם: ע"א 714/87 שר נ' כהן [10], בעמ' 164.

ואולם כיוון שנראה לי כי יש לסווג את הסיטואציה שלפנינו לשלב הביצוע, שכן המדובר

בחייב הנובע מהחזקה (חייב להעביר בעלות נקייה מכל זכות של צד שלישי), ראיתי לנכון לבחון את שילובה של חלוקת האחריות גם במאטריה זו. אין ספק, כי הנכונות להכיר בחלוקת אחריות בשלב המשא ומתן תומכת אף היא בצורך לשלב דוקטרינה זו גם בשלב הביצוע החוזי, לכל שלביו. ונדגיש שוב, כיוון שאי-שיתוף הפעולה או אי הגילוי בענייננו מקורם בשלב הטרום חוזי, ניתן ביתר קלות ליישם לגביהם עקרונות מקובלים בשלב זה.

(יז) קבעתי כי יש להכיר במקרה שלפנינו בחלוקת אחריות בין הצדדים. לא נותר אלא לקבוע כיצד תבוצע חלוקה זו.

שלוש דרכים אפשריות הן:

(א) חלוקה לפי השוואת מידת חוסר תום הלב, שדבק בכל אחד מהצדדים; (ב) חלוקה לפי השוואת התרומה הסיבתית של כל אחד מהצדדים לנזק; (ג) חלוקה תוך שילוב של מידת חוסר תום הלב והתרומה הסיבתית האמורה לנזק (פורת, בחיבורו הנ"ל, בעמ' 314).

במקרה שלפנינו, שבו המדובר כאמור בסיטואציה של חוסר תום-לב הדדי, יש להשוות הן את התרומה הסיבתית של כל אחד מהצדדים לנזק והן את מידת חוסר תום הלב של כל אחד מהם.

סוף דבר, בנסיבות העניין נראה לי כי החלוקה הנכונה בין הצדדים תהא החלוקה השווה.

5. התוצאה היא שדין הערעור להתקבל, אם כי באופן חלקי. היצואן-המוכר יישא ב-50% מהנזק והיבואן הקונה יישא ב-50% הנותרים.

בנסיבות העניין כמתואר לעיל יישא כל אחד משני הצדדים בהוצאות לטובת אוצר המדינה בסכום של 6,000 ש"ח.

השופט י' מלץ: אני מסכים.

השופט א' גולדברג: מקובלים עלי דבריו של חברי, הנשיא שמגר, כי גם המערערת וגם המשיבה "לא יכלו שלא לדעת כי קיים חשש שמדובר בסימן מסחר רשום", וזאת מהטעמים שפירט בחוות-דעתו. אם כך, לא יכולה התנהגותה של המשיבה להיחשב כנגועה בחוסר תום-לב, שהרי ידעה המערערת את שידעה המשיבה. אי-שיתוף הפעולה בין הצדדים אף הוא לא יכול להיחשב כחוסר תום-לב, כשכל אחד מהם גם ידע את סכנת קיומו של הנזק הצפוי ולא נזקק לצד האחר כדי שיעמידו על סכנה זו.

עא eximin s. A3912/90 , תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ

פ"ד מז(4) 64

דרישת הקונה מהמוכר לפי [סעיף 52\(א\)](#) לתוספת לחוק המכר (מכר טובין בין לאומי), כי "ימסור לו טובין אחרים נקיים מכל זכויות ותביעות של אדם שלישי", יסודה בכך שהקונה "לא הסכים ליטול את הטובין בכפוף לאותה זכות או תביעה" (ההדגשה שלי – א' ג'). הסכמה שכזאת אינה חייבת להיות מפורשת דווקא, ויש שהיא תשתמע מן הנסיבות.

בענייננו קבעה השופטת המלומדת כי:

"היצרן ידע שהתובעת בדקה את הדגם בארה"ב וקיבלה הסכמת הלקוח. הבדיקה גרמה לכך שהוזמנו שני שינויים מיוחדים שלפחות אחד מהם – החלפת הסוליות – נוגע לבעיות המכס. במצב זה נוצר מצג כלפי היצרן שהמזמין יודע את חוקי ארץ היעד ואת החובות המוטלות עליו על פיהן וכי עמד בחובות אלה כיבואן... מותר היה ליצרן לסמוך על היבואן כי הכשיר את הקרקע מבחינתו לקליטת הסחורה בארה"ב".

היוצא מדבריו של בית המשפט קמא, כי המערערת, אשר ידעה, כאמור, כי קיים חשש שמדובר בסימן מסחר רשום, גם ידעה את חוקי ארץ היעד, ולפיכך יש לראותה כמי שהסכימה ליטול על עצמה את הסיכון הכרוך בכך. אם עצמה את עיניה, אין בכך להצדיק חלוקת הנזק בינה ובין המשיבה.

על-כן הייתי דוחה את הערעור.

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק-דינו של הנשיא.

ניתן היום, ה' באלול תשנ"ג (22.8.93).

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)