

שער י'

# קבלן ומזמין עבודות בניה



1. רשות מכללא הנמסרת לקבלן להיכנס לחלקה, בבעלות המזמין, כדי לבנות עליה בניין, אשר אין עמה מסירת חזקה בחלקה, אין בה כדי להעמיד ו/או להעניק לקבלן זכות עכבון של הבניין לגבי סכומים המגיעים לו לפי טענתו.

ת"א 1257/78 יפת את גולן בניין והשקעות בע"מ נ' שמעון עדן ואח', פ"מ תשל"ט (א) 366.

בניין על-ידי קבלן על מקרקעין בבעלות המזמין, הופך הבניין חלק מהמקרקעין לפי הגדרת המונח 'מקרקעין' בחוק המקרקעין, התשכ"ט-1968, (7), וזכות החזקה בהם כוללת את זכות החזקה בבניין שנבנה עליהם. אין כניעה למסור את החזקה במקרקעין לקבל לצורך הבניה, אולם במקרה שלנו, נקבע בהסכם מפורשות, שהחזקה בחלקה היא של המזמין בלבד ולקבלן אין ולא תהיינה לו שום זכויות ו/או חזקה בחלקה.

סבורתני שהרשות מכללא, להכנס לחלקה כדי לבנות את הבניין, אין בה כדי להעמיד לקבלן זכות עכבון של הבניין, בגין הסכומים המגיעים לו לטענתו. עוד סבורה אני, שגם אילו קמה לקבלן זכות כזו, הרי ביטול ההסכם על-ידי המזמין - כדין או שלא כדין - מפסיק את רשותו של הקבלן להכנס לחלקה ולבניין שעליה, המהווה חלק אינטגרלי ממנה, ומרגע ביטול ההסכם אין עוד לקבלן מה לעכב תחת ידו כי אין הוא מחויב עוד בנשוא העכבון.

זאת ועוד, אם רוצה מאן דהוא לממש באמצעות בית המשפט זכות עכבון לה הוא טוען, ולקבל סעד זמני במסגרת זכות כזו, עליו לעתור לבית-משפט בתביעה או בהמרצת פתיחה ולבקש להכיר בקיומה של הזכות עצמה עד לתשלום המגיע לו. במקרה דנן, אין בפני-המשפט עתירה להכיר בזכות העכבון הנטענת ולהצהיר על קיומה ואיזכור הזכות בסעיף 24 לתביעה אינו מספיק.

אם נתייחס לאספקט אחר של התביעה, נראה לי כי הסכומים הנתבעים בה אינם מאלה שהיו מעמידים לתובע זכות עכבון גם אילו היתה היא קיימת בנסיבות האמורות...

כאן מדובר בפיצויים עקב הפרת חוזה שבגינם לא נשלח חשבון כלל לפי החומר שבפני, ובסכום המגיע לפי ההסכם אשר לאחר עיון בו מסתבר, כי זהו סכום המורכב משני סכומים שאחד צריך להשתלם במעמד השלמת הבית ומסירתו למזמין והשני תוך תקופה מסויימת לאחר-מכן. עולה מתוך הבקשה והתביעה כי הבית לא הושלם ולא נמסר למזמין והמחלוקת בין הצדדים היא באשמת מי ארע הדבר.

אינני רואה על-יכן באופיים של הסכומים הנתבעים, נושא לזכות עכבון. מכל האמור לעיל, לא הייתי מוצאת שיש לקבלן זכות עכבון ומכל מקום אינני מוצאת שהוא זכאי לצו מניעה כדי להבטיח זכות כזו.

בעניין זה נדונה בקשת המבקשת (להלן "הקבלן") למתן צו מניעה זמני נגד המשיבים, מזמיני העבודה, (להלן "המזמין") אשר ימנע מהמזמין להכנס לתחום חלקה מסויימת ולעשות בה מעשה כלשהו העשוי לפגוע בזכויות הקבלן אשר בנה בניין עבור המזמין. המדובר בקבלן שבהתאם להסכם מיום 24.8.75, בינו ובין המזמין, (להלן: "ההסכם") בנה על חלקה של המזמין ועבורו, בניין אשר בנייתו טרם הושלמה. ב-14.7.78 שלח המזמין לקבלן הודעה על ביטול ההסכם (להלן "ההודעה"). ההודעה נשלחה בעקבות טענות המזמין בדבר הפרות יסודיות של ההסכם מצד הקבלן, בין היתר עקב הפסקת העבודה על ידו, אי-חידושה, ובמיוחד אי-מסירת הבניין הגמור למזמין, במועד.

בין הצדדים נכרתו שני הסכמים נוספים במהלך העבודה - האחד ביום 7.12.78 והשני תוספת (להסכם הראשון) ביום 5.1.78.

הבקשה לצו מניעה זמני הוגשה במסגרת תביעה כספית שהוגשה בעת ובעונה אחת עם הבקשה לצו זמני. העתירה בתביעה היא לחייב את המזמין לשלם לקבלן סכומים שונים עבור חוב לפי ההסכם, הוצאות שונות שהוציא הקבלן, תשלום עבור חומרים שנתפזרו בשטח ועבור שינויים ותוספות שבוצעו והפסד ריווח צפוי מעבודות שלא בוצעו.

הקבלן טוען, בין היתר, כי יש לו זכות עכבון על הבניין שנבנה. הזכות מוקנית לו, לדבריו, על-ידי חוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974 ו/או הדין עד אשר ישולמו לו הכספים ו/או הפיצויים המגיעים לו כתוצאה מהפרת ההסכמים על-ידי הנתבעים. את מימוש זכותו לעכבון, מבקש הקבלן להשיג, על-ידי צו מניעה שימנע מאחרים לגשת לבניין ולהשלימו או לעשות בו פעולות בניה כלשהן.

בא-כוח הקבלן הסתמך במיוחד על סעיף 5 של חוק חוזה קבלנות.

בית-המשפט הביע ספק באם דווקא סעיף זה מתאים לעניין הנדון.

"כשלעצמי, סבורתני שאחד מתנאי היסודיים של זכות העכבון הוא, שהחזקה בנשוא העכבון, הנה בידי מבקש העכבון. כך עולה מתוך הסעיפים הרלוונטיים המדברים בזכות זו בכל החוקים שהזכרתי לעיל. כשמדובר בבניית

הבניין על-ידי קבלנים חדשים והמשך עבודות הבניה בו העשויים לשנותו, יכביד על ליבון עובדות השנויות במחלוקת, סבורתני כי יש לאפשר לקבלן לבדוק ו"לצלם" את מצב הבניין כפי שהוא ויהיה בכך כדי לסייע בידי בית-המשפט בעשיית הצדק בכוא העת לדון בתביעה עצמה.  
לפיכך, דוחה אני את עתירתו של הקבלן כפי שהוגשה, אולם נענית אני לה באופן חלקי ולזמן מוגבל בלבד..."

כא-כוח הקבלן העלה בפני בעל-פה טענה נוספת והיא כי יש לתת את צו המניעה כדי למנוע שינוי המצב שימנע בעד הקבלן מלאמוד את נזקיו.  
למרות שהתביעה עולה כי הקבלן יודע מה הם נזקיו ותובע אותם, ולמרות שהיה בידי הקבלן זמן לבדוק ולקבוע את מצב הבניין מאז הופסקה עבודתו בו, נראה לי כי מאחר וסלע המחלוקת בתיק עצמו עשוי להיות מה הן העבודות שבוצעו על-ידי הקבלן עד הפסקת העבודה, ומאחר ושינוי

## 2. חוזה קבלנות ומהותו - שיערוך מחיר שנקבע בחוזה.

ת"א (י"ם) 161/83 חברת בונה הארץ בע"מ נ' קרן קיימת לישראל, פ"מ תשמ"ד(ב) 511.

השנויים במחלוקת.  
"בחווה דנן קיים סעיף הצמדה והשאלה היא, אם ניתן ללמוד ממנו על סעיף אחר שלא מזכיר הצמדה. במצב כזה, יש התייחסות בחווה לעניין ההצמדה והשאלה היא - מה היתה כוונתם של הצדדים? - על כוונתם זו יש לעמוד לאור האמור בסעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973...  
אם קיים כלל ספק לגבי פירושו של החוזה שלפנינו, כי אז הספק הוא, לכל היותר ספק קל. והשאלה היא - האם ספק קל זה מספיק כדי ללמדנו שכוונת הצדדים היתה שאין להצמיד את ה-15% האמורים?  
והתשובה המתבקשת - ברורה. אף אם קיים, כמו במקרה דנן, ספק לגבי פירושו של החוזה, הרי שיש לפרשו, לפי הכלל הידוע, לרעת מנסחת החוזה - היא הנתבעת דנן. הדברים הם בחינת קל וחומר כאשר כפות המאזניים אינן מעויינות כמו במקרה דנן בו הכף נוטה לפירוש המצמיד גם את ה-15% האמורים.  
סעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (6) קובע שיש לפרש את החוזה 'לפי אומד-דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה'. נראה שכוונת הצדדים דנן, בכורתם את החוזה, היתה, שהמחירים, כולם, יוצמדו למדד הבניה. כל דרך אחרת לפרש את החוזה אינה עולה בקנה אחד עם הציפיה שהנתבעת דנן - הקק"ל - נטעה בלב התובעים לעניין זה.  
10. טוענת הנתבעת כי הפקדונות בגובה 15% האמורים הינם בגדר 'חוב' רגיל ולא בגדר 'מחיר'.  
שתי פנים לה, לטענה זו:  
האחת - סעיף 14 דן אך ב-'מחירים' ולא בחובות רגילים ולכן הסדר ההצמדה הנדון בו לא יוחל על חובות אלה.  
והשניה - העיקרון הנומינליסטי שיש להחילו ביתר שאת כאשר מדובר בתשלום חוב רגיל בסכום קצוב (ראה ע"א 414/74, מכוניות הדבר נ' סימן-טוב, פ"ד (כט) 1) 561, 568 (3)).  
לדעתי, טענה זו לאו טענה היא ויש, על-כן, לדחותה.

בעלות הדין התקשרו בחוזה, שהוכן על-ידי הנתבעת, ושעל פיו קיבלה על עצמה התובעת לבצע עבודות פיתוח בנצרת.  
בהתאם למוסכם בחוזה, שילמה הנתבעת לתובעת תשלומי ביניים במהלך העבודה על-פי חשבונות שהוגשו לה על-ידי הנתבעת, תוך עיכוב 15% מכל חשבון כזה בתורת דמי פיקדון עד לגמר החשבון הסופי בתום העבודה.  
משנסתיימה העבודה והוגש החשבון הסופי, שילמה הנתבעת לתובעת את דמי העיכוב שעוכבו, כאמור לעיל, במהלך העבודה, על-פי ערכם הנומינלי ובלא תוספת הפרשי הצמדה וריבית.  
התובעת עותרת, על-כן, לחייב את הנתבעת לשלם לה הפרשי הצמדה וריבית על הסכומים הנ"ל ואילו הנתבעת מתגוננת בטענה שבסעיף הנוגע לדמי הפיקדון בחוזה אין הוראת הצמדה, אף שתשלומי הביניים מוצמדים.  
השאלה שעמדה להכרעה נוגעת לשערוך של מחיר שנקבע בחוזה.  
אין מדובר כאן באכיפה של חוזה, לא בביטולו ואף לא בפסיקת פיצויים, אלא בקיומו של חוזה.  
על-פי הפסיקה, כאשר מדובר בקיומו של חוזה, בית-המשפט ישערך את הסכומים הנקובים בו בשני מצבים:  
האחד - כאשר ניתן ללמוד על השערוך ישירות מתוך החוזה. והשני - מכוח הוראת סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), אך זאת תוך שימת-לב לשיקולים שונים, אשר ינחו את בית-המשפט בכל מקרה לגופו.  
בעניין דנן דחה בית-המשפט את אפשרות השימוש בסעיף 39, באומרו כי טרם הגיע הזמן בו יראה עצמו בית-המשפט חייב לשערך, כדבר שבשגרה, חיובים רגילים וחיובים הנובעים מחוזה. "עיקרון הבטיחות המסחרית ועיקרון וקדושת החוזה וכן עקרונות כלליים אחרים מונעים, כך נראה לי, את אימוצו של סעיף 39 האמור כעיקרון על בסוגיה זו". בית-המשפט המשיך לבדוק באם ניתן ללמוד מתוך החוזה גופו על שערוך הסכומים הנקובים בו

את השירות משמעון. כעת ראובן חייב לשמעון את המחיר של הנכס או של השירות אך בכך לא 'נעלם' המחיר ואיננו...  
אשר-על-כן, אני מחייב את הנתבעת לשלם לתובעת מס' 1 סך של 51,309.10 שקלים, כאשר לסכום האמור יתווספו ריבית והפרשי הצמדה כחוק לפי המדד שהיה בתוקף ביום 17.6.81 ועד לתשלום המלא בפועל..."

ההנחה הבסיסית של הנתבעת בנדון זה היא כי 'עם הווצרות החוב, נעלם המחיר' (ראה סעיף 8 לסיכומי הנתבעת). אינני מסכים עם הנחה זו. המחיר, כפי שנקבע בין הצדדים, לעולם נשאר מחיר כל עוד לא נשתנה שוויו - הוא מחירו - של הנכס או השרות נשוא המחיר. יתכן ובמצבים מסויימים גובהו של חוב מסויים יהיה כגובהו של מחיר. זהו המצב אצלנו כמו גם בכל עסקה בה הוסכם על המחיר ונוצרה התחייבות של ראובן לקנות את הנכס או

### 3. איחור בביצוע וגמר עבודות בניה ותוצאותיו.

ע"א 355/80 נתן אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה(2) 800.

שעבודות השלב הראשון יסתיימו תוך חודשיים מיום חתימת החוזה. משנתאחר ביצוע העבודות, ועלות העבודה עלתה פלאים, דרשה המערערת לשערך לה את התשלומים, המגיעים לה על-פי החוזה; ולא זו בלבד שהמשיבה סירבה לה, אלא היא עוד דרשה מן המערערת להוסיף בניית עוד שבעה חדרים, נוסף על אלה שבשתי הקומות המתוכננות והמוסמכות, מבלי להוסיף על המחירים המוסכמים.

המערערת הפסיקה את העבודה מבלי ליתן תחילה למשיבה הודעה או אזהרה.

כשלושה חודשים לאחר הפסקת העבודה שלחה המערערת למשיבה מכתב, הנושא כותרת "סיכום דברים", ובו הצעות מהצעות שונות להמשכת העבודה בתנאי תשלום חדשים. על פני "סיכום" זה נראה כאילו סוכמו הצעות אלו עם הממונים על פיקוח הבניה מטעם המשיבה; וכשהללו הכחישו הסכמתם, הודתה המערערת, שאין בסיכום אלא הצעות בלבד, הטענות קיבול. מנהל המשיבה ראה בכך, ככל הנראה, ניסיון מצד המערערת לרמותו, ולדבריו ראה בהצעות הללו, מצד המערערת, הודעה ברורה, שאין היא מוכנה לקיים את החוזה בתנאים שנקבעו בו.

בנסיבות אלה קבע השופט קמא שהמערערת הפרה את החוזה הפרה יסודית, והמשיבה זכאית לפיצויים על נזקיה עקב הפרה זו.

טענת המערערת היא, כי בית-המשפט קמא ערך למשיבים חשבון נזקים מבלי שאלה הוכחו כדבעי.

כב' השופט ח' כהן סבור היה כי צודקת המערערת בטענתה, שלא לכל ראשי הנזק שבכתב תביעתה הצליחה המשיבה להוכיח, שנזקה נגרם לה עקב הפרת החוזה מצד המערערת.

כב' השופט כהן קבע כי לא הוכח שעבודות הבניה הביאו לכך שבוטלה דרגת המלון וכל הראיות מובילות לכך, שיש ליחס את ביטול הדרגה והנזקים הכרוכים בכך, לגורמים שאין להם ולא כלום עם הפרת החוזה מצד המערערת. בראש הנזק השני תבעה המשיבה השבת הכספים, ששילמה

ביום 25.8.77 נעשה חוזה בין המערערת, שהיא חברה קבלנית לבין המשיבה, שהיא בעלת בית-מלון, אשר לפיו תבנה המערערת על גג בניין המשיבה שתי קומות נוספות, ותעביר את חדר המכונות אל הגג החדש שעל הקומה העליונה שתיבנה. בניה זו צריכה היתה להתבצע בשלושה שלבים, והחוזה הכיל הוראות ברורות לגבי השלב הראשון בלבד. ואילו לגבי השלבים השני והשלישי נקבע בחוזה, שהקבלן "יגיש תוך חודשיים שטר כמויות" להכנת הצעת מחיר, וכדי "לזרוז את הבניה יוכלו הצדדים לחתום על נספחים להסכם זה, לצורך הזמנות מוקדמות של פריטים שונים" עבור השלבים ההם. במבוא לחוזה הצהיר המזמין על רצונו "לעשות הכל כדי לסיים את עבודות הבניה עד ראש חודש אדר התשל"ח", ובחוזה עצמו התחייב הקבלן לעשות כל מאמץ "כדי לסיים את העבודה עד ראש חודש אדר תשל"ח".

בראש חודש אדר התשל"ח - הוא יום 10.3.78 - לא נסתיימה הבניה, ולא זו בלבד אלא אפילו השלב הראשון של הבניה לא הסתיים. טענת המשיבה, שבאיחור זה הפרה המערערת את החוזה הפרה יסודית (או אחרת), ותביעתה לפיצויים בשל הפרה זו, נדחו על-ידי השופט קמא באשר לא עשתה המשיבה את שלה, על-פי החוזה, כדי לקדם ולזרוז את הבניה. על קביעה זו אין ערעור.

לעומת זאת, ראה השופט קמא משום הפרה יסודית של החוזה בעובדה - שגם עליה אין עוררין - שהמערערת נטשה את אתר הבניה והפסיקה את העבודה על דעת עצמה, מבלי ליטול רשות לכך מאת המשיבה או מאת המהנדסים, אשר "לדרישותיהם" היא כפופה על-פי החוזה. בשל הפרה יסודית זו פסק השופט פיצויים למשיבה. הערעור נסב הן על קביעת הפרה זו והן על שיעורי הפיצויים הללו.

לטענת המערערת, שזורה וכרוכה הפסקת העבודה באיחורים שבביצוע, וזאת מאחר ומחירי העבודה, שנקבעה בחוזה עבור שלב א', אינם מתחשבים בהתייקרויות - והם נקבעו, לטענת המערערת, מתוך ההנחה והכוונה,

לפיצויים על-פי סעיף 10 לחוק התרופות, נוהגים להבחין בין שני שלבים. השלב הראשון עניינו קביעת היקפו ומידתו של הנזק, שבגין התרחשותו אחראי המפר. זוהי שאלה של תיחום הנזק, אשר במסגרתה מאתרים את הנזקים, שנגרמו על-ידי ההפרה (בחינת הסיבתיות), תוך ייחוד אותם נזקים שהם צפויים, ושכגינם מוטלת אחריות (מבחן הצפיות). משאותר הנזק, אשר בגין התרחשותו אחראי המפר, בא מקומו של השלב השני, אשר עניינו קביעת שיעור הפיצויים לו זכאי הנתבע בגין הנזק שנגרם לו. זוהי שאלה של שומה וכימות (quantification), אשר במסגרתה יש לתרגם את הנזק לסכומי כסף, שיש בהם כדי לפצות את הנפגע...

במסגרת סעיף 10 לחוק התרופות חייב הנפגע-התובע, בראש ובראשונה, להוכיח את מידתו והיקפו של הנזק, אשר לגרמתו אחראי המפר... נכשל הנפגע-התובע בהוכחת נזקו, אין הוא זכאי לפיצויים...

משהוכיח הנפגע-התובע את נזקו, קמה ועולה השאלה השנייה, היא שאלת שיעור הפיצויים, לו זכאי הנפגע, אשר לגביה קבע חברי הנכבד, כי הוא עניין לאומדנו של השופט בלבד.

3. בעוד שחוק התרופות קבוע, בסעיף 10 שבו, מבחן לאיתורו של הנזק, אין הוא קובע כל מבחן לקביעת שיעורו של הפיצוי, פרט לקביעה, כי הנפגע זכאי לפיצוי בעד הנזק. חרף שתיקתו זו של החוק, מקובל הוא, כי בדרך-כלל, המבחן לקביעת שיעור הפיצויים הוא באותו סכום, אשר, במונחים כספיים, יש בו כדי להעמיד את הנפגע, מבחינת הנזק שנגרם לו, באותו מצב, בו היה נתון לו קויים החווה, ולולא התרחשה ההפרה...

לעניין הפעלתם של מבחנים אלה חייב הנפגע להוכיח את הנתונים העובדתיים שישמשו בסיס לחישוב גובה הפיצויים (א' דין, בספרו הנ"ל בעמ' 104). כך, למשל, במקום שהפיצוי נקבע על-פי מבחן ההוצאות לתיקונו של הנזק, יש להוכיח הוצאות אלה. לא די לו לנפגע, כי יוכיח שבשל הפרת החווה נגרם לו נזק (כגון, שקיבל מוצר מקולקל), אלא עליו גם להוכיח, מהו סכום ההוצאה, שעליו להוציא - אם זהו המבחן, שיופעל במקרה קונקרטי כדי להסיר את הקלקול. הוכחת הנזק היא תנאי הכרחי אך לא מספיק לקביעת הפיצוי. כשם שעל הנפגע להוכיח את הנזק שנגרם לו, כן מוטלת עליו החובה להוכיח את הנתונים העובדתיים, מהם ניתן להסיק את הפיצוי, דהיינו, את הערך הכספי של החזרת המצב לקדמותו. נפגע אינו יוצא ידי חובתו בהוכחת הנזק, אלא עליו להניח אף תשתית עובדתית לקביעת שיעור הפיצוי. אין להשאיר עניין אחרון זה לאומדנו של השופט.

4. על-פי גישתנו, מוטל על הנפגע, המבקש לקבל פיצויים במסגרת סעיף 10 לחוק התרופות, הנטל ליצור תשתית עובדתית, שתאפשר לבית-המשפט להעריך את מידת הנזק מזה ואת שיעור הפיצויים מזה. כשם שמידת הנזק אינה עניין, שנקבע על-פי אומדנא דדיינא, כן עניין הפיצוי אינו נקבע על-פי אומדנא דדיינא. שאלה אחרת היא, מהי מידת הוודאות והדיון, המתבקשת מהנפגע

למערערת, והעולים על ערך העבודות, שהספיקה לבצע עד שהספיקה לעבוד. השופט קמא קבע לעניין זה מה שקבע על-פי ראיות, שהיו מהימנות עליו, והשופט כהן לא ראה כל עילה להתערב בשיקול-דעתו של השופט קמא. ראש הנזק השלישי הוא הפסדי ההתייקרות וירידת ערך הכסף. זהו עניין, אשר לפי סעיף 11(א) לחוק החוזים והתרופות אינו טעון הוכחה.

"אמנם מתרעם השופט המלומד, בצדק, שלא הובאו לפניו הנתונים, הדרושים למדידת ההפרשים שבין המחירים, שהוסכם עליהם בחווה עם המערערת, לבין המחירים, שהמשיבה צריכה היתה לשלם לקבלן, שבא במקום המערערת, כשם שלא הובאו לפניו נתונים על עלות הבניה הנדונה כולה. ואולם עצם התייקרות הבניה בתקופה שבין 1978 ובין 1979 ידועה לבית-המשפט ידיעה שיפוטית, ועל-כן צדק השופט המלומד בפסקו למשיבה, על-פי מיטב אומדנו, פיצוי על כך בסך 200,000 ל"י."

ראש הנזק הרביעי הוא הוצאות על תיקוני פגמות, שנגרמו עקב ביצוע מרושל ובלתי-תיקין של עבודות בניה מצד המערערת. פסיקת השופט המלומד של פיצוי בסך 70,000 ל"י מושתתת היתה על עדות של עד, שהיה מהימן עליו; ושוב אין לראות כל עילה להתערבותנו בשיקול-דעתו.

התוצאה היא, שהעורר יתקבל בחלקו..."

כב' השופט ברק הסכים עם מ"מ הנשיא, השופט ח' כהן, כי בדין פסקה הערכאה הראשונה, כי המערערת הפרה את החווה שבינה לבין המשיבה בנטשה את אתר הבניה, וכי בשל הפרה זו זכאית המשיבה לפיצויים על הנזקים שנגרמו לה. כן הסכים לתוצאה, אליה הגיע מ"מ הנשיא, באשר לפרטי הנזק השונים.

"לעומת זאת, נאלץ אני לחלוק על גישת חברי, לפיה, אם הוכיח הנפגע, שנגרם לו נזק בשל הפרת חווה, רשאי בית-המשפט לפסוק פיצויים על-פי אומדנא דדיינא, ובלבד ששיעור הפיצויים יאמד לפי מידת הנזק במשוערת. אומר חברי הנכבד:

ידרישת ההוכחה לעניין סעיף 10, מוסבת על עובדת הנזק, שנגרם עקב ההפרה, ועל עובדת ראייתו של הנזק מראש, כאמור שם: ואילו שיעור הפיצויים, שייפסקו בעד הנזק שהוכח כאמור, עניין הוא לאומדנו של השופט."

לדעתי אין זה מדוייק כלל ועיקר לומר, כי די לו לנפגע-התובע להוכיח את נזקו, ואילו שיעור הפיצויים הוא עניין לאומדנו של בית-המשפט. נראה לי, כי הגישה הנכונה היא, כי נפגע, התובע הפיצויים לפי סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חווה) (להלן: חוק התרופות), חייב להוכיח, במידת ודאות סבירה, הן את נזקו והן את שיעור הפיצויים, שיהיה בו כדי לפצות על נזקו.

2. משוהפר חווה, זכאי הנפגע לפיצויים (סעיף 2 לחוק התרופות). פיצויים אלה יינתנו לו 'בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החווה, כתוצאה מסתברת של ההפרה' (סעיף 10 לחוק התרופות), בהגשמת הזכות

מעמידה את המבחן על מידת הוודאות הסבירה, נראית לי המוצדקת גם מהשיקולים הבאים: ראשית, מקום שנפגע הוכיח את נזקו ואת שיעור הפיצוי המגיע לו במידת ודאות סבירה, זכותו היא לקבל פיצוי כדי הוכחתו, ואין זה מוצדק כלל, כי בית-המשפט יתעלם מההוכחות שלפניו, ויפסוק על-פי אומדנתו שלו. כפי שאמר חברי הנכבד, השופט י' כהן: 'מי שתובע פיצויים לפי סעיף 10 חייב להוכיח את הנזק שנגרם לו בפועל עקב הפרה והוא זכאי לנזק זה במלואו' (ע"א 601/75 אריאל נ' קירשבאום, פ"ד לא(3) 102, 106); שנית, מבחן הוודאות הסבירה נותן ביטוי לשוני הקיים בין תביעת פיצויים, על-פי סעיף 10 לחוק התרופות, לבין תביעת פיצויים, לפי סעיף 13 לחוק התרופות. בעוד שבעניין אחרון זה, אם הפרת החוזה גרמה נזק שאינו ממון רשאי בית-המשפט לפסוק פיצויים בעד נזק זה בשיעור שייראה לו בנסיבות העניין, הרי לעניין סעיף 10 לחוק התרופות אין להסתפק בהוכחת הנזק, ואין בית-המשפט רשאי לפסוק בכל מקרה פיצויים 'ובשיעור שייראה לו בנסיבות העניין' (ראה: ע"א 140/73 שרם נ' גרינברג, פ"ד כט(1) 194 הנזכר, בעמ' 195). עם זאת, אין להגזים יתר-על-המידה בשיעור השוני בין אמות-המידה להערכת הנזק. על-פי שני הסעיפים הנזכרים, שכן מטרת ההערכה בשני המקרים היא שווה, כלומר, החזרת המצב לקדמותו; שלישית, יש בו במבחן הוודאות הסבירה כדי ליצור איזון ראוי בין האינטרס של הנפגע לקבל פיצוי על נזק שנגרם לו, גם אם הוא נתקל בקושי להביא הוכחות ודאיות, לבין האינטרס של המפר, שלא להיות חשוף לתביעת פיצויים, שאינה מעוגנת למערכת העדויות שבמשפט (ע"א 531/71 לכוביצר נ' רודה, פ"ד כו(2) 113, 114)..."

בהוכחת הנזק והפיצוי. האם עליו להוכיח את הנתונים העובדתיים, מה ניתן לקבוע את מידת הנזק ואת שיעור הפיצוי במידת ודאות ודיוק מוחלטים, או שמא ניתן להקל עליו בעניין זה? ידועים מקרים, שבהם אין כל אפשרות להעריך את הפיצוי והנזק במידת ודאות מרובה. האם יש בכך כדי להכשיל את תביעתו של הנפגע? הגישה המקובלת היא, כי מקום שהוכח קיומו של נזק, אין באי-האפשרות לחשב אותו בדיוקנות כדי לדחות את תביעת הפיצויים... תורת הנזק ותורת הפיצוי אינן תורות מדוייקות ואינו נדרש דיוק מתמטי, ואינה נדרשת ודאות מוחלטת, כל שנדרש הוא, כי הנפגע-התובע יוכיח את נזקו ואת הפיצוי המגיע לו במידת ודאות סבירה (reasonable certainty), כלומר, באותה מידת ודאות, המתבקשת מנסיבות העניין...

על-כן, באותם המקרים, בהם - לאור טבעו ואופיו של הנזק - ניתן להביא נתונים מדוייקים, על הנפגע-התובע לעשות כן, ומשנכשל בנטל זה, לא ייפסק לו פיצוי. לעומת זאת, באותם מקרים אשר בהם - לאור טבעו ואופיו של הנזק - קשה להוכיח בדיוקנות ובוודאות את מידת הנזק ושיעור הפיצויים, אין בכך כדי להכשיל את תביעתו של הנפגע, ודי לו שביא אותם נתונים, אשר ניתן באופן סביר להביאם, תוך מתן שיקול-דעת מתאים לבית-המשפט לעריכת אומדן להשלמת החסר (ראה ע"א 711/72 מאיר נ' הנהלת הסוכנות, פ"ד כח(1) 393, 400; ע"א 304/68 גינוסר בע"מ נ' דחאברה בע"מ, פ"ד כג(1) 366, 371). על-כן נפסק, כי 'מכיון שלא ניתן היה במקרה דנא להוכיח במדוייק את שיעור הנזק, רשאי היה בית-המשפט המחוזי לעשות אומדן של הנזק' (ע"א 525/74 (6), בעמ' 288).

5. גישה זו, שאינה דורשת ודאות גמורה, אך אינה משאירה קביעת הפיצוי לאומדנא דדיינא בלבד, ואשר

4. א. איחור במסירת מבנה - האם היתה הצדקה לכך? תביעה לתשלום פיצוי יומי מוסכם.

ב. משהוגש חשבון ולא סולק, רק אז קמה למשיבה עילת התביעה לפרעונו.  
ג. בין על-פי חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) ובין על-פי חוק פסיקת ריבית והצמדה רשאי בית-המשפט לחייב בריבית החל מיום היווצר העילה.

ע"א 698/85 יד בן-גוריון עמותה רשומה נ' שביט את גדליה קבלני בניה ופיתוח בע"מ וערעור שכנגד, פ"ד מב(1) 724.

הפיצוי היומי המוסכם בחוזה בגין איחור במסירת המבנה, נכון עשתה הערכאה הראשונה, שהציגה לעצמה שתי שאלות יסודיות, שבתשובה להן מצוי המפתח לעיקר הטענות של שני הצדדים:  
האחת - בידי מי היתה הסמכות לאשר את החשבונות שהוגשו על-ידי המשיבה; והשניה - האם היתה למשיבה הצדקה לאיחור במסירת המבנה.  
2. (א) חשיבותה של השאלה הראשונה מסתברת מתוך

נפסק מפי כב' השופטת ש' נתניהו בעמ' 726:

"המחלוקת בין הצדדים נובעת מחוזה להקמתו של מבנה, שנעשה בין המערער (המשיבה שכנגד) כמוזמנת העבודה לבין המשיבה (המערער שכנגד) כמבצעת העבודה. המשיבה הגישה תביעתה לבית-המשפט המחוזי לתשלום אותם פריטים מחשבונה הסופי, אשר המערער לא הכירה בהם. המערער, לעומתה, תבעה בתביעה שכנגד את

מיוחדות ומטעמים שיירשמו, להורות על שיעור ריבית גבוה יותר. על-פי חוק התרופות יהיה שיעור הריבית כשיעורה לפי חוק פסיקת ריבית והצמדה, אלא אם קבע בית-המשפט שיעור אחר. מאז התיקון הנ"ל בחוק פסיקת ריבית והצמדה אין הבדל אם הריבית תפסק לפי החוק האחד או האחר. מכל מקום, לא מצאתי סיבה שתצדיק קביעת שיעור שונה מ-4%, שעליהם מורה חוק פסיקת ריבית והצמדה.

לאור זאת אנו מקבלים את הערעור בכל הנוגע לחיוב בריבית על הפריטים שבסעיפים 16(ג) ו-1(2) של כתב התביעה.

במקום הוראת פסק-הדין בנושא זה יבוא חיוב בריבית בלתי-צמודה בשיעור של 4% לשנה מיום הגשת החשבון ועד לפירעון. הריבית תחושב על הסכום במאריקים ובדולרים לפי שוויים בשקלים ביום הגשת החשבון...

(ג) אשר לסכום שנתבע בקשר מס הקניה על יחידות מיוזג-האוויר, אין מחלוקת, כי על המשיבה היה לשלם ל-"אלקטרה" את מחיר היחידות, כולל מס קניה. על-פי טענת המשיבה, מגיע לה גם על מס הקניה רווח קבלני, המורכב מעמלת הקבלן ומהוצאות מימון. מאחר שמס הקניה עמד לעלות, הודרוה המערערת ושילמה במישרין ל-"אלקטרה" את מס הקניה שעל המשיבה הוטל לשלמו. אותה עת כבר היו בידי "אלקטרה" שיקים דחויים של המשיבה לתשלום המס, אך - כנראה מחוסר תשומת-לב - קיבלה "אלקטרה" את התשלום מהמערערת. כשהתבררה הכפילות כעבור זמן, החזירה "אלקטרה" למערערת את הסכום שקיבלה ממנה, וזו העבירה אותו, בערכו הנומינאלי, למשיבה. תביעתה של המשיבה היא להצמדה ולריבית על סכום זה מיום פרעונו על ידיה ל-"אלקטרה" וכן לתוספת רווח הקבלן עליו בשיעור של 31.05%.

התביעה בפריט זה נדחתה כ-"בלתי-צודקת" מהטעם שלמערערת, שהקדימה לשלם את המס במישרין, היתה כוונה טובה, וכי "אלקטרה" היא שלא נהגה נכון בקבלה את התשלום מהמערערת, כשהיו כבר בידיה שיקים דחויים של המשיבה. לדעת הערכאה הראשונה, תביעתה של המשיבה להפרשי הצמדה מקומה נגד "אלקטרה" ולא נגד המערערת.

דעה זו אינה מקובלת עלי. המשיבה היא שהיתה חייבת לשלם ל-"אלקטרה". היא נהגה כמוטל עליה, ואף נתנה בידי "אלקטרה" שיקים דחויים, שאותם פרעה בהגיע מועדי התשלום. כוונתה הטובה של המערערת לחסוך במס היתה לטובתה היא, כי בסופו של דבר, בהתחשבות בינה לבין המשיבה, נופל המס עליה. בכל מקרה, כוונה טובה כזאת אינה יכולה להיעשות על-חשבון הפסד למשיבה. אם רצתה המערערת, מתוך כוונה טובה לחסוך במס, לשנות מההסדר החוזי ולהקדים ולשלם את המס במישרין, היה עליה לתאם זאת עם המשיבה, כדי שזו לא תשלם גם היא בינתיים. ואם אמנם זכאית היתה המשיבה לרווח קבלן על מס הקניה (שאלה השנויה במחלוקת אשר הערכאה הראשונה לא פסקה בה ולפנינו לא הועלו טענות שתהססנה עמדה זו או אחרת), לא היתה המערערת רשאית לשלול רווח זה ממנה

טענת המערערת, כי אישורים שאישר המפקח במקום, מר דה בר, על מסמכים שונים, כולל ניתוח מחירים, אינם מחייבים את המערערת, שכן לא מר דה בר היה מוסמך לאשרם אלא מר בקל, שהיה נציגה של המערערת.

לאחר ניתוח הוראות ההסכם וחומר הראיות הגיעה הערכאה הראשונה למסקנה, כי מר דה בר הוא שהיה המוסמך לתת את האישורים שמדובר בהם...

(ב) בעקבות המסקנה, כי מר דה בר היה מוסמך לאשר את ניתוחי המחירים ואת החשבונות של המשיבה, פסקה הערכאה הראשונה למשיבה את הסכומים, אשר מר בקל פסל מתוך חשבונותיה, כפי שפורטו בסעיף 16 של כתב התביעה, להוציא פריט אחד הקשור במס הקניה, שהמשיבה שילמה לחברת "אלקטרה" עבור מזגני אוויר.

המערערת קובלת על ההכרה בפריטים הכלולים בתביעה ובין היתר על הריבית שנפסקה בגין שניים מהם, שיפורטו להלן. המשיבה קובלת על אי-ההכרה בסיכום שנתבע בקשר למס הקניה עבור המזגנים.

מטענות המערערת מצאנו ראיות לדיון רק את אלה הנוגעות לחיוב בריבית בגין הפריטים שבסעיף 16(ג) ו-1(2) של כתב התביעה, שחושבו שם עד ליום הגשת החשבון (28.2.82) במטבע זר (בתוספת ריבית של 27% על הסכום במאריקים הגרמניים ו-30% על הסכום בדולרים) ומיום הגשת החשבון ועד להגשת התביעה במטבע מקומי, צמוד למדד. על אלה הוסיפה הערכאה הראשונה ריבית בשיעור של 4% לשנה והצמדה למדד מיום הגשת התביעה ועד התשלום...

לא מצאתי בסיס לחיוב בריבית בשיעור שהתבקש (27% על המאריקים ו-30% על הדולרים) או בכלל לתקופה שעד הגשת החשבון. חובת תשלום ריבית בתקופה זו צריכה להתבסס על הדין המהותי (השווה: ע"א 672/81 עימיתי מלון ואח' נ' טייק ואח', פ"ד מ(3) 169; חוות-דעת הרוב ב-ע"א 501/84, 525 "מגדל" חברה לביטוח נ' מירון, פ"ד מב(2) 89). לא הופנינו לכל הוראה בחוזה שעליה ניתן לבסס חיוב כזה, אף לא להוראה שבדין. משהוגש החשבון ולא סולק, רק אז קמה למשיבה עילת התביעה לפרעונו. מאותו מועד ואילך ניתן לחייב את המערערת בריבית בין על-פי סעיף 11(ב) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות), ובין על-פי פסיקת ריבית והצמדה. ביום הגשת החשבון הומר הסכום, שבוטא עד אז במטבע חוץ, לשקלים, ומאז ועד התשלום הוא צמוד למדד (עד הגשת התביעה - על-ידי המשיבה בכתב התביעה, ומאז ועד התשלום - בפסק-הדין).

בין על-פי חוק התרופות ובין על-פי פסיקת ריבית והצמדה רשאי בית-המשפט לחייב בריבית החל מיום היווצר העילה. במקרה זה נוצרה העילה ביום בו הופרה החובה לפרוע את החשבון, כלומר ביום הגשתו. שיעור הריבית שבית-המשפט רשאי לחייב בו על-פי חוק פסיקת ריבית והצמדה על חוב שהוצמד הוא 4% לשנה (כשהריבית אינה צמודה). על-פי חוק פסיקת ריבית והצמדה (תיקון מס' 4), התשמ"ד-1984, רשאי בית-המשפט, בנסיבות

הזמני, לא היתה מניעה להשלים את המבנה, להבדיל ממערכות המותקנות בו המופעלות בכוח החשמל כגון מערכות החימום ומיזוג-האוויר, עוד בטרם בוצע חיבור החשמל (אין מחלוקת שלא ניתן היה להפעיל מערכות אלה בזרם הזמני). המערכות האלה כלולות בעבודות שביצוען הוטל בחוזה על המשיבה, והן חלק מהמבנה. ההסכם אינו מדבר על אפשרות מסירה של המבנה או של עבודות הכרוכות בהקמתו בחלקים או בשיעורין...

(ב) טענתה של המשיבה, כי האיחור היה מוצדק גם לאחר 22.9.81, היא כפולה:

האחת - משחובר זרם החשמל רק ב-22.9.81, עדיין היתה היא זקוקה לזמן נוסף כדי להריץ, לבדוק ולעשות תיקונים במידת הצורך באותן מערכות שבמבנה המופעלות בחשמל ואשר הזרם הזמני לא הספיק להפעלתן אף לצורך זה. הטענה עצמה הגיונית לכאורה. דא עקא, שהמשיבה לא יכלה להפנות לכל ראייה (המערערת טוענת שאין כזו), שממנה ניתן ללמוד על אורך הזמן הנוסף הדרוש לכך באופן סביר מעבר ל-22.9.81.

השניה - ובה מצאנו טעם לכאורה - כי גם לאחר ה-22.9.81 נתנה המערערת למשיבה הוראות לבצע עבודות נוספות. באיכות המשיבה הפנה אותנו, ללא הסברים, לרישומים ביומני העבודה. על עבודות כאלה, אם אכן הוזמנו אחרי אותו מועד, לא יכולה לחול הגבלת המועד של ה-15.7.81, אף לא ההוראה שבתוספת להסכם, כי המשיבה תוכל לסרב לבצען אם תהיה סבורה, כי הן תגוררנה עיכוב המסירה מעבר למועד זה.

הערכאה הראשונה לא נתנה דעתה לשאלה זאת, ואנו מחליטים לכן להחזיר לה את הדיון, כדי שתדון ותקבע על-פי חומר הראיות הקיים, אם אכן ניתן למשיבה הוראות בדבר ביצוע תוספות לאחר ה-22.9.81 ובאיזו מידה ביצוען של עבודות כאלה, אם אכן בוצעו, הצריך הארכת המועד למסירת המבנה לאחר ה-22.9.81. בהתאם לקביעה שתעשה תחליט, אם יש לשנות מהוראות פסק-הדין בדבר תקופת האיחור, שבגינה יש לחייב את המשיבה בפיצוי המוסכם..."

על-ידי תשלום ישיר ל-"אלקטרה".

אנו מחליטים לכן לקבל את הערעור שכנגד בנושא זה ומחייבים את המערערת להוסיף הפרשי הצמדה וריבית על הסכום שהמערערת שילמה ל-"אלקטרה" החל מיום ששילמה אותו ועד שיוחזר למשיבה על-ידי המערערת, בניכוי הסכומים שכבר קיבלה המשיבה מהמערערת כשהם משוערכים על-פי מועד קבלתם.

כמו-כן אנו מחזירים את הדיון לערכאה הראשונה, על-מנת שתחליט אם המשיבה זכאית לרווח קבלן על סכום מס הקניה ובאיזה שיעור, ותפסוק בשאלה זו על-פי חומר הראיות הקיים.

3. ועתה לשאלה השניה שהוצגה בפסק-הדין: הפיצוי המוסכם בגין האיחור במסירת המבנה.

אין מחלוקת, כי המועד המוסכם למסירה (כפי שהוארך בתוספת לחוזה) היה 15.7.81, וכי המשיבה מסרה את המבנה רק ביום 1.12.81. הערכאה הראשונה חייבה את המשיבה בפיצוי היומי המוסכם רק בגין תקופת האיחור שמיים 22.9.81 ועד המסירה. הטעם שנתנה לכך היה, שחיבור החשמל, שעל המערערת היה לבצע, נעשה רק ביום 22.9.81, וכך מנעה מהמשיבה את האפשרות לעמוד במועד המוסכם. ביחד עם כך נקבעו שתי עובדות נוספות: (א) היה חיבור חשמל זמני שהספיק לביצוע עבודות שהצריכו שימוש בכוח חשמל, כמו עבודות במקדחה, ועבודות אלה לא עוכבו עקב אי-חיבור זרם החשמל למבנה. ו-(ב) עבודות נוספות, שהמערערת הורתה למשיבה לבצע, לא הצריכו הארכת זמן מעבר למועד שנקבע, ובכל מקרה רשאית היתה המשיבה, על-פי האמור באותה תוספת לחוזה, לסרב לבצע עבודות נוספות, אם היתה סבורה, שביצוען עלול לגרום לעיכוב במסירת המבנה במועד.

המערערת תוקפת את ההחלטה שלא לחייב את המשיבה בפיצוי עבור האיחור עד יום 22.9.81. המשיבה תוקפת את ההחלטה שלא להכיר באיחור כמוצדק גם מעבר למועד זה. (א) אין אנו רואים ממש בטענת באיכות המערערת, כי נוכח הקביעה הראשונה, בדבר קיומו של זרם החשמל

5. בעל מלאכה המתקשר עם קבלן לגבי ביצוע עבודה שצריכה להימשך זמן רב, והוא צופה - או צריך לצפות - עליויות מחירי חומרים ועבודה, עליו להבטיח את עצמו בהסכם מפני עליויות מחירים כאלה.

ע"א 603/79 אברגיל נ' פלג את שטרית, חברה לבניין ולפיתוח בע"מ, פ"ד לח(1) 633.

שהמשיבה עסקה בהקמתם בתקופה מ-14.5.72 ועד אשר הפסיק המערער את העבודות בבניין השלישי והרביעי בלי להשלימן, כנראה בחודש מרץ 1974, וזאת מחמת מחלוקת שנתגלעה בין בעלי הדין.

וזה המחלוקת: לגרסת המשיבה, התייחס ההסכם לכתחילה לכל ארבעת הבניינים, ועל-כן המחירים המוסכמים לגבי

על-פי הסכם שנחתם בין בעלי הדין קיבל על עצמו המערער לבצע עבור המשיבה עבודות נגרות בניין, כשמחיר היחידות השונות שיש לבצע מפורט בנספח להסכם. אכן מדבר ההסכם, מוצג ת/2, ב-"בניין" בלשון יחיד, אך אין חולקים על כך, כי הלכה למעשה ביצע המערער עבודות של אותם פרטי נגרות ב-4 בניינים,

בביצוע העבודה "של הבניין" - וההדגשה היא על לשון היחיד של המילה "בניין" - אשר אינה סובלת הרחבתה של "בניינים" בלשון רבים; משמע, העדויות החיצוניות כוונתן לסתור לשון כתובה שבהסכם, וזאת אין להרשות. בית-המשפט קבע כי אכן אין בהסכם עצמו כל פירוט ודיון לגבי איזה בניין הוא מתייחס.

ואולם ידוע, כי בהמשכיות, ובלי שנחתמו כל הסכמים נוספים, ביצע המערער גם את העבודות בעוד 3 בניינים, ואין המערער חולק על כך, כי גם עבור העבודות האלה שרירים וקיימים היו המחירים אשר בהסכם, אלא שלטענתו מגיעה לו תוספת התייקרות על מחירים אלה. עוד העיד המערער וטען: "בדרך-כלל אני עושה הסכם לכל בניין". בנסיבות אלה, כאשר המשיך המערער בעבודות בשלושה בניינים נוספים ללא חוזים נפרדים, על-אף נוהגו לעשות כן, והוא עצמו ראה את המחירים המוסכמים בהסכם כמחירים מחייבים בסיסיים, שרק תוספת התייקרות תתווסף להם, נשאר היקף תחולת ההסכם סתום, על-אף השימוש במילה "בניין" בלשון יחיד.

עוד נאמר כי הדיבור "עבודת נגרות הבניין" יכול שיתפרש למהות העבודות, הינו "נגרות בניין" ולא דווקא של בניין אחד; מה עוד שאותו זמן נמצאו, על-פי מימצאי בית-המשפט, 4 בניינים בבניה, שאחד מהם אמנם היה בשלב בניה מתקדם. לאור אי-הבהירות שבהסכם הכתוב והתנהגות המערער עצמו, שעבד בכל הבניינים ללא חוזים נוספים, לא רק כי מותר היה, אלא נדרש לברר את כוונת הצדדים בעת כריתת ההסכם בדבר היקף תחולתו. ואין לומר, כי הראיות בהקשר זה מטרותן לסתור הוראה כתובה בהסכם אלא בירור נסיבות כריתתו והיקף תחולתו. לגבי פרשנות מסמך נאמר כי יש לנסות ולרדת לכוונתו האמיתית, על יסוד הדברים הכתובים במסמך, בהתחשב ברקע הידוע של העניין, ולא תמיד קובע המובן המילולי של המילים שהשתמשו בהן, שעה שהנסיבות מצביעות על כוונה אחרת מוזהר העולה מן הפירוש הרגיל של הכתוב, והמגמה היא "להתיר את מוסרותיהן של המילים הכתובות ולהגיע לחקר הכוונה האמיתית, שהיתה לנגד עיניהם של המתקשרים".

*"במקרה דנן אין אף לומר, כי הערכאה הראשונה הגיעה לפירושו, שאינו מתיישב עם המובן הרגיל של המילים, אלא טרחה להגיע לחקר הכוונה האמיתית של המתקשרים; ואין לגרוס, כי בראיות שהושמעו היה כדי לסתור את הכתוב בהסכם, אלא - כפי שכתב הנשיא התורן המכובד - הראיות באו להבהיר את הסתום ולגלות את ההיקף של ההסכם. ובכך אין לנו יסוד להתערב."*

עוד גרס המערער, שגם אם נדחתה טענתו, שתחולת ההסכם רק לגבי הבניין הראשון, בכל זאת זכאי הוא לתוספות התייקרות על המחירים המוסכמים בנספח, משום שבשלב מאוחר יותר, תוך כדי ביצוע העבודות בבניינים הנוספים, התחייבה המשיבה לבוא עמו לידי הסדר לעניין ההתייקרויות. מוסיף הוא וטוען, כי נוהג מקובל קיים בענף הנגרות, כי על הקבלן המזמין חלות תוספות התייקרות, להוציא מקרים שהקבלן משלם מראש 50% ממלוא התמורה

כל יחידה כמפורט בנספח להסכם מחייבים לגבי כלל העבודות בארבעת הבניינים; ואילו המערער גרס, כי ההסכם חל רק לגבי הבניין הראשון, ומכיוון שבתקופה בה בוצעו העבודות בשלושת הבניינים הנותרים חלו התייקרויות במחירי החומרים ושכר עבודה, חייבת המשיבה לשלם לו הפרשי התייקרות. בעקבות הפסקת העבודות על-ידי המערער מסרה המשיבה לנגר אחר ביצוע של הטעון השלמה בבניין הרביעי, והמשך המחלוקת בא לפני בית-המשפט המחוזי בתביעה ובתביעה שכנגד.

בתביעתה העיקרית טענה המשיבה, כי במהלך העבודות היא שילמה למערער סכומים שונים על-חשבון העבודות, שאמור היה לבצע, ואלה מסתכמים בסך 103,864 ל"י, ואילו בפועל ביצע המערער בכל ארבעת הבניינים עבודות, שעל-פי המחירון המוסכם הוא זכאי רק לסך 59,893 ל"י; תבעה איפוא המשיבה מהמערער החזרת ההפרש בין שני סכומים אלה, היינו הסך 43,971 ל"י. נוסף על כך תבעה המשיבה סך 25,000 ל"י כדמי נזק על הפרת ההסכם על-ידי המערער, באשר העריכה, כי זה הסכום שיהא עליה לשלם לנגר אחר, עמו התקשרה להשלמת העבודות שהמערער לא ביצע.

בתביעתו הנגדית טען המערער, כי תמורת העבודות שהוא ביצע בפועל, ובהתחשב בהתייקרויות להן הסכימה המשיבה, הוא זכאי לסך 141,819.30 ל"י, ולגרסתו קיבל מקדמות בסך 93,177 ל"י בלבד.

הערכאה הראשונה קיבלה את גרסת המשיבה, כי ההסכם לכתחילה התייחס לכל ארבעת הבניינים וכי המחירים שנקבעו בנספח, מחייבים לגבי כל העבודות בצורה יצירה, משום שלא נקבעה כל תניה בדבר תוספות התייקרות. ואשר להתחשבות נמצא, כי שולם למערער סכום מצטבר של 101,664 ל"י, ואילו תמורת העבודות, שהוא ביצע בפועל, הינו זכאי לסך 62,393 ל"י, ואת העודף בסך 39,471 ל"י חוייב להחזיר (צריך להיות 39,271). לעניין השלמת העבודות בבניין הרביעי קבע הנשיא התורן המכובד, כי המשיבה זכאית רק להפרש בין הסכום, שנאלצה להוציא להשלמת העבודות על-ידי הנגר האחר נוסף על מה ששילמה למערער, לבין מה שאמורה היתה לשלם עבור אותן העבודות על-פי ההסכם, וסכום זה הועמד על 22,500 ל"י, שגם בתשלומו חוייב המערער. משיקולים, שפורטו בפסקה האחרונה של פסק-הדין, לא נעתרה הערכאה הראשונה לפסוק הפרשי הצמדה על סכומי החיוב, ותחת זאת נקבע, כי אלה יישאו ריבית מאקסימאלית מתאריכים שהחויבים נתגבשו. על כך הערער.

בית-המשפט קבע כי בנסיבות המקרה אין כל הצדקה להתערב בממצאים העובדתיים שנקבעו על-ידי הערכאה הראשונה אשר פסקה כאמור כי ההסכם התייחס לכל ארבעת הבניינים ולא לראשון בלבד.

טענה אחרת, אשר השמיע המערער, היא, כי העדויות אשר באו להוכיח תחולת ההסכם על כל 4 הבניינים, לא מן הדין היה לסמוך עליהן, משום שהיה בהן כדי לסתור את לשון ההסכם שבכתב; וזאת משום שבגוף ההסכם מדובר

"מלבד העובדה, כי ההסכם דנן קדם לחוק זה, הרי גם על-פי עקרונותיו, טרם נקבע שיערוך בתוך תקופת קיום החוזה (ע"א 260/80, 265 נוביץ' נ' ליכוביץ, פ"ד לו(1) 537, 549-550), ובמקרה שלנו המדובר הוא על שינוי תנאים בתוך התקופה החוזית, מה עוד שכאשר המדובר הוא בשנים של אינפלציה מתונה, אשר לכל הדעות היתה בתחום הצפיה הרגילה בין המתקשרים."

המשוערת. נפסק כי הנוהג עליו דיבר המערער לא הוכח כלל, וממילא אין לדבר על "תנאי מכללא", שיש לקרוא אותו לתוך התנאים המוסכמים בהסכם. ועוד עתר המערער לשיערוך המחירים המוסכמים בהסכם, לאור המדיניות הנקוטה בשנים האחרונות, תוך הסתמכות על סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

6. א. סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות) קובע כי "הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה".  
ב. יישום הוראות הסעיף לגבי חוזה שהופר על-ידי שני הצדדים מחייב קביעה נפרדת של הנזק לגבי כל אחת מההפרות.

ת"א (י"ם) 353/79 פנינה ברקי נ' מוחמד עליאן, פ"מ תשמ"ד(ג) 505.

והרצפה עוד כ-15%. אעיר כבר בשלב זה, כי אף ש-6/ נחתם על-ידי התובע בלבד, הרי חתימתו היא בשמו ובשם אשתו.

ג. במעמד חתימת ההסכם אכן שולם לו לנתבע סך של 40,000 ל"י, המהווה 20% מהמחיר הכולל עבור העסקה. היתר הבניה נושא את התאריך 3.7.78. סכום נוסף של 10,000 ל"י שולם לנתבע בהמחאה שו"פ 29.9.78. בערך באותו זמן הפסיק הנתבע את עבודת הבניה - בניסיון שהן מנשואי המחלוקת במשפט. בסופו של דבר שלח פרקליטם של התובעים לנתבע מכתב רשום הנושא את התאריך 2.11.78 - בו הודיעו לו למעשה, אם כי לא במפורש, על ביטול ההסכם. המלאכה הושלמה בחלקה על-ידי קבלן אחר עמו התקשרו התובעים. המלאכה הושלמה בחלקה, משום שהתובעים הסתפקו בביצוע הבניה והשיפוצים בקומת הקרקע וויתרו על בניית התוספת בקומה שמעליה.

ד. התובעים טוענים כי הנתבע הפר את ההסכם עמם הפרה יסודית בכך שלא עמד בקצב הביצוע הנדרש ובסופו של דבר חדל מעבודתו. אשר-על-כן תבעו ממנו את השבת הסכום ששולם לו בזמנו 50,000 ל"י וכן פיצויים בסך 139,000 ל"י כמפורט בסעיף 17 לכתב התביעה, אולם הם העמידו את תביעתם ע"ס 150,000 ל"י בלבד. הנתבע מצדו טוען, כי הנתבעים הם אשר הפרו את ההסכם, בכך שלא שילמו לו כספים שהגיעו לו, ועל-כן נאלץ להפסיק את העבודה. לדעתו, הגיעו לו תשלומים בגין 2 עילות - הראשונה סיום שלב היסודות והרצפה, שזיכה אותו בסכום נוסף של 30,000 ל"י, והשנייה ביצוע עבודות נוספות שהוזמנו על-ידי התובעים במהלך העבודה. לדבריו, לא היה יכול להמשיך בעבודתו ללא קבלת סכומים אלה.

השאלה העובדתית הראשונה היתה, מה היה מצב הבניה כאשר נותקו היחסים בין הצדדים, ובעיקר האם הושלם

א. בראשית קיץ תשל"ח רצו התובעים לשפץ את ביתם. תוכנית השיפוצים שלהם כללה שיפוץ המבנה הקיים בקומת הקרקע והוספת בניה הן בקומת הקרקע והן בקומה שמעליה. לשם ביצוע הבניה התקשרו התובעים בהסכם עם הנתבע, שהוא בעיסוקו קבלן לעבודות בניין. ההסכם שנחתם ביום 4.6.78 ונושא את הכותרת זכרון-דברים, מציין בקיצורו אם כי לא בתמציתיותו. עיון קל בו מורה, שהוא נערך על-ידי הדיוט ללא כל סיוע של משפטן וכתוצאה מכך הוא לוקה בחסר. כך למשל לא צורפו אליו התוכניות שאליהן הוא מתייחס ולכן לא ברור מהי בדיוק הבניה שעל הנתבע הקבלן לבצע. התובע העיד, כי מסר לנתבע את המפרט הטכני. המפרט הטכני הזה כולל כתב כמויות שבו תיאור עבודות השרברבות שנועדו להתבצע וטורים שנועדו לקביעת מחיר עבור כל פריט. אך הצדדים לא עשו שימוש בכתב הכמויות הזה ולא קבעו בו מחיר לכל יחידה. הם אף הכלילו במפורט את המפרט הטכני בתוך "תוכניות המהנדס" שנזכרו בזכרון-הדברים. לא הוכן מפרט טכני דומה של סוגי עבודות אחרות שהיו כרוכים במלאכת הבניה בה דובר.

ב. ההסכם האמור קבע כי הנתבע יבצע בשלמות את בניית הקומה הראשונה - שכללה שיפוץ מבנה קיים ובניית תוספת - ואילו בקומה שמעליה יבנה המבנה כך שייראה מושלם מבחוץ, אך מבפנים לא יבנו מחיצות וריצוף. נקבע, שהעבודה כולה תבוצע תוך 3 חודשים מיום קבלת הרישיון, היינו היתר הבניה, שעדיין לא ניתן במועד חתימת ההסכם. כן נקבע, שהקבלן יקבל תשלום של 200,000 ל"י לא צמוד ("כל העלאות המחירים יחולו על הקבלן בלבד" נאמר שם). סכום זה היה אמור להשתלם בתשלומים הצמודים לקצר התקדמות הבניה. שני התשלומים הראשונים שנקבעו, והשייכים לענייננו, היו כ-20% עם חתימת זכרון-דברים זה, עם גמר היסודות

מלוא התשלום של 30,000 ל"י. אין פלא איפוא, שהוא מבחינתו הפסיק את העבודה הפסקה שהביאה את המזמין, בסופו של דבר, להתקשר עם קבלן אחר.

ב. כאמור, לא היה בחוזה בין הצדדים תנאי מפורש למקרה של תוספת עבודה או שינויים. פתרון משפטי למצבם ימצא איפוא רק בסעיפים 25 או 26 לחוק (חלק כללי). ברי לי, שבמקרה הזה עלי להביא בחשבון את מהות העסקה וכוונתם של הצדדים (ע"א 453/60 בן נתן נ' נגבי, בעמ' 146 (1); ע"א 464/75 פרומוטפין נ' קלדרו, פ"ד (2) 181, 195) ואת שיקולי הסבירות העסקית של הצדדים (ע"א 367/79 גודר נ' שקל, פ"ד לה(1) 658, 660). המסקנה המתבקשת היא כי בנסיבות העניין היה על המזמין לשלם לקבלן עבור העבודה הנוספת שעשה ולא לדחות את עצם הדיון בשאלת הזכאות עד לאחר סיום העבודה. אעיר כי למסקנה זו הייתי מגיע גם על-פי מבחני התנאי מכללא שלפני חוק החוזים (חלק כללי)...

ג. ברצוני להדגיש עוד כי באותו שלב, כאשר החל להיווצר הסכסוך בין הצדדים, הצטיינו יחסיהם ותביעותיהם ההדדיות באותו ערפול ואי-בהירות שציינו את תחילת היחסים ביניהם. דעתי היא כי חובתו של צד לחוזה על-פי סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) במצב כזה מחייבת אותו להגדיר בצורה ברורה ובהירה ככל האפשר את דרישותיו כלפי הצד השני ואת עמדתו שלו, כדי שזה האחרון יוכל להגיב מצדו באותו אופן ברור ובהיר. דוגמאות לחובתו של צד לבטא השגותיו כלפי הצד השני באופן שיאפשר לשניהם את הקטנת כלל הנוק שייגרם כתוצאה מהסכסוך ניתן למצוא, בין היתר, בסעיף 7(ב) לחוק החוזים (תרופות). סעיף 3 לחוק חוזה קבלנות, וסעיף 14 לחוק המכר. חובה זו חשובה וחיונית לגבי כל חוזה. אך הדבר חשוב במיוחד לגבי חוזים דוגמת חוזה בניה שתקופת ביצועם ארוכה ושיתוף פעולה בין הצדדים להם היוני למימוש של החוזה (ראה ה"פ (ת"א) 1035/73 פוזיילוף נ' שומוט בע"מ, בעמ' 150 וביחוד עמ' 155 שם). הצדדים שבפני לא נהגו בדרך זו. הנתבע לא הודיע לתובע באופן ברור וחד משמעי מה הם הסכומים שהוא דורשם והתובע מצדו התעלם מדרישותיו של הנתבע, לא היה נכון אף לנהל משאומתן על מחיר השינויים והתוספות ולא הודיע לו שלדעתו לא הושלם שלב הרצפה והיסודות. התוצאה היתה שיחסי הצדדים בביצוע החוזה הדרדרו עד שלמעשה זה גווע ובטלה תקוותו עוד לפני ששלח פרקליט התובעים את מכתבו לנתבע ביום 2.11.78.

8. בהגיעי לשלב זה בניתוחי שומה עלי, על-פי המקובל, לנסות ולאתר מי מהשניים אחראי לאי-ביצוע החוזה ולהטיל עליו לשאת בנטל הנוקים שנגרמו עקב כך. זה לעומת זה עומדים כאן מחדלו של התובע מלשלם לנתבע את מחיר עבודתו הנוספת, או לפחות לנהל משאומתן רציני על ערכה, למול מחדלו של הנתבע מלהמשיך במלאכת הבניה, שכן הפסקת הבניה בפועל היא אשר הביאה את התובעים להוואש מהחוזה ולא טענותיהם בדבר טיב הבניה או קצב הבצוע. הא ראייה שגם בשלב זה הפציר התובע בנתבע - לדבריו שלו - לבוא ולסיים את העבודה

שלב הרצפה והיסודות עד אותו הזמן.

על-סמך העדויות והמסמכים דחה בית-המשפט את הטענה, שהנתבע לא השלים את יציאת עמודי היסודות. מאידך, בית-המשפט קיבל את הטענה, שיציאת הרצפה בוצעה באופן לקוי, והיא היתה טעונה השלמה אשר בוצעה על-ידי קבלן אחר. הנתבע הגיע איפוא עד סוף הזכאות לתשלום השני, אך לא עבר אותו. הנתבע טען כי ביצע עבודות נוספות שבגינן הגיעו לו כספים.

נקבע כי אכן הנתבע ביצע עבודות נוספות, שערכן, כפי שקבע בית-המשפט, היה 18,000 ל"י. מאידך ברור היה, שהצדדים עצמם לא סיכמו דבר ביחס לתוספת מחיר בזמן שנגלתה תוספת העבודה. האם דרש הנתבע סכומים אלה או סכומים כלשהם בגין העבודות האלה?

נקבע כי הנתבע דרש כסף מהתובע עבור עבודתו, תוך שהוא מזכיר את העבודות הנוספות שביצע, אך מבלי לנקוב בסכום המדוייק שאותו הוא דרש עבורן. ואילו התובע, מצדו, דחה כל התחשבות לסוף העבודה ודחק בנתבע להחיש את קצב עבודתו, ובינתיים נכון לשלם רק לפי הסכומים הנקובים בזכרון-הדברים.

שאלה נוספת, בה היו הצדדים חלוקים, היא שאלת קצב ביצוע העבודות. בעניין זה קיבל בית-המשפט את גרסת התובע, כי מבחינת תחושתו שלו היה קצב העבודה איטי ביותר, וכי הוא לא פסק מלהתריע על כך באזני הנתבע.

מסקנת בית-המשפט היתה כי במקרה דנן שני הצדדים גם יחד הפרו את ההסכם.

"ברור שהנתבע ביצע את העבודות בקצב אטי ביותר וכי הרצפה שיצק לא ענתה על דרישות הטיב. בהקשר זה אעיר, כי התרשמתי שהוא קיבל על עצמו לבצע את העבודה כולה במחיר הנמוך ממחיר השוק, ובקצב מהיר מהמתקבל על הדעת... הנתבע הוא שהיה המומחה לעסקי בניה ואם נטל על עצמו התחייבות לעסקה לא כדאית, עניינו וחובתו היו לעמוד בה במלואה. מאידך, גם התובע אינו נקי מהפרות וכוונתי בעיקר לשאלת התשלום עבור העבודות הנוספות. גם בעדותו בנקודה זו הכחיש תחילה שנדרש ממנו סכום כלשהו עבורן, ורק בחקירתו הנגדית הודה שהנתבע דרש ממנו כספים עבורן והוא מצידו דחה את הדיון בדרישה לשלב שאחר סיום העבודה (סעיף 4 לעיל). המבנה הכלכלי של ההסכם בין הצדדים באותו שלב שהיה שהתובע, המזמין, הוא אשר מממן את הוצאות העבודה של הקבלן על-ידי תשלומים. התוספות שבהן מדובר היו סכום נכבד יחסית - 9% מסכום החוזה. אין זה איפוא סכום מוערי שניתן היה לצפות מהנתבע לממנו, כאשר התובע מצדו אף אינו נכון להכנס למשאומתן בדבר מחירן של עבודות אלה. אמנם התובע שילם לנתבע סכום של 10,000 ל"י, אך הוא זקף סכום זה לא על-חשבון תוספות אלה אלא כמקדמה על-חשבון התשלום של 30,000 ל"י שיגיע לקבלן עם סיום הרצפה והיסודות. כלומר, מבחינת הנתבע לא הראה התובע נכונות לשלם לו את מחיר העבודות הנוספות ולא לנהל משאומתן על גבהו של מחיר זה. הנתבע גם סבר כי באותו שלב מגיע לו כבר

כזה אכן מביא לתוצאה צודקת ורצויה; כי למרות החידוש שבו הוא משתלב במשפט הישראלי; וכי הוא עולה בקנה אחד עם הדרך שבה על בית-המשפט לנהוג במלאכת הפרשנות.

11. סעיף 10 לחוק התרופות קובע כי 'הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה...' כלומר הסעיף מתייחס להפרת חוזה אחת ולא למצב דברים בו ארעו מספר הפרות - אם על-ידי צד אחד ואם על-ידי שני צדדים... יישום הוראת הסעיף לגבי חוזה שהופר על-ידי שני הצדדים מחייב, כמובן, קביעה נפרדת של הנזק לגבי כל אחת מההפרות (ראה גם סעיף 1(ב) לחוק).

קבעתי כבר, כי במקרה שבפני לא קיימו שני הצדדים את החובה היסודית של הבהרת יחסיהם ההדדיים במסגרת החוזה וביצעו ואת דרישותיהם זה מזה. טשטוש זה ששניהם שותפים ליצירתו הוא שהביאם בסופו של דבר למקום אליו הגיעו. במצב זה אי-אפשר לייחס חלק מסויים של הנזק הכללי להפרה של אחד הצדדים. כאמור שני הצדדים הפרו את החוזה, הפרות שהן לכאורה שוות במשקלן ומהותן, ואילו הנזק הוא אחד. המסקנה המתבקשת היא שכל אחד מהם גרם למחצית מאותו נזק, ובלשונו של סעיף 10 לחוק הרי עקב הפרשתו של נתבע נגרמה מחצית הנזק (כך נעשה ב-ע"א 488/78 קופת-חולים של ההסתדרות הכללית נ' אלקוסר ואח', פ"ד לד(4) 246, 251 בו נדונה תביעת נזיקין).

12. אמרתי כבר, כי בנסיבות העניין שבפני יהיה זה מלאכותי ומנותק מן המציאות לחרוץ את גורל הסכסוך על יסוד השאלה אם חוב התשלום עבור העבודות הנוספות וחוב הקבלן להמשיך בעבודתו היו חיובים משולבים או חיובים עצמאיים. מעצם טיבו ומהותו של חוזה בניה, נמשך ביצוע תקופה ארוכה. כאשר נוהגים הצדדים כראוי ומגדירים את יחסיהם ההדדיים על-ידי הסכם ערוך כהלכה שבו נקבעים מראש הסדרים לאירועים צפויים או אפשריים - ניתן לומר בביטחון כי אפשרות תוספת או שינוי בעבודות צפויה מראש בחוזים כאלה - הרי יש בידיהם מפה שתוכל להנחותם אורח בדרך הביצוע המשותפת עד תומה, למנוע מראש חלק ניכר מחילוקי-הדעות ולצמצם את אלה שלא נמנעו. כאשר אין בנמצא מפה כזו, כפי שחסרה לצדדים בפני בשל מחדליהם, הרי הם עלולים להיקלע לדרך תחתית של טעויות ובלבולים. החיובים ששאלת עצמאותם או שילובם אמורה להכריע, מקורה אינו בתנאי מפורש שהתנו הצדדים שהם היו מודעים לו מראש, אלא במחשבה מאוחרת, לאחר מעשה, של בית-המשפט. האבחנה בין שני פירושי האפשריים של תנאי זה היא אבחנה משפטית דקה. הכרעה על יסוד בחירה באחד הפירושים משמעה כי על הצדדים היה להיות מודעים למצבם המשפטי בעת ביצוע החוזה. בנסיבות שבפני, הדרישה הזו אינה מציאותית...

על-פי הפירוש המוצע לסעיף 10 לחוק התרופות, הרי כאשר שני הצדדים לחוזה הפרו אותו וכתוצאה מכך נגרם נזק אך אין אפשרות לייחס נזקים מסויימים להפרותיו של כל אחד מהם ניתן לחלק את האחריות לנזק הכולל בין

(ראה עדותו עמ' 10, שורות 28, 30). לכאורה יש בפני שאלה יפה וברורה של פירוש החוזה - אם אומר כי חובת התשלום עבור העבודה הנוספת וחובת המשך העבודה היו חיובים שלובים זה בזה אזי על התובעים לשאת במלוא הנזקים שנגרמו להם, למעט אולי חודש של פיגור. ואם אומר כי אין החיובים שלובים, צודקים התובעים ועל הנתבע לשאת בכל הנטל (ראה ידן, "חוק החוזים (תרופות)" (מהדורה שניה) 11, עמ' 36, 37 ופסקי-הדין המוזכרים שם).

אודה ולא אבוש, בנסיבות סכסוך זה אין דעתי נוחה מברירה זו. ציר המחלוקת הוא מחיר העבודות הנוספות שזכרן לא בא במפורש בהסכם עצמו והצדדים לא גבשו במודע כל הסכם לגביו. יתירה מזו, לאחר שנתגלע הסכסוך נהגו הצדדים באופן שטשטש את נקודות המחלוקת במקום להבהירן. לו היו נוקיהם של הצדדים שווים לפי הערך אפשר שהיתה מושגת תוצאה סבירה וצודקת על-ידי דחיית תביעותיהם ההדדיות - בהעדר ודאות בשאלת האחריות להפרה - וקביעה שכל צד ישא בנזקיו שלו. אולם עיקרו של הנזק נגרם לתובעים ופתרון כזה היה מטיל עליהם את עקרו של נטל התוצאה, האם נותן המשפט הישראלי אפשרות פתרון אחרת?

9. יש מערכות משפט אירופיות לא אנגליות ('קונטיננטליות' כניונין בפי האנגלים) שהכירו באפשרות לחלק בין הצדדים את הנזק שנגרם כתוצאה מהפרת חיוב - בין חיוב שמקורו בחוזה ובין חיוב שמקורו בדיני הנזיקין - לפי מידת 'אשמתם' בגרימת ההפרה ותוצאותיה... במשפט המקובל האנגלי היתה מקובלת הדעה כי האפשרות היחידה היא להטיל את מלוא האחריות על אחד הצדדים - המפר או הנפגע - והוא אשר ישא בכל התוצאות. אמנם הובעה הדעה כי גם על-פי המשפט המקובל ניתן היה לחלק את האחריות לנזק בין הצדדים - Williams G.L., Joint - Torts & Contributory Negligence (1951) 59 היתה בעליל דעת מיעוט. ב-1951 שינה המחוקק האנגלי את המצב המשפטי על-ידי ה- (Contributory Law reform) Act, 1945 Negligence חוק זה נועד לתקן את המצב בתחום דיני הנזיקין. G. Williams, בספרו הנזכר לעיל, הביע את הדיעה כי על-פי נוסחו עשוי החוק הזה לחול גם במקרה של הפרת חיוב חוזי (שם, 80). נראה שאכן תוחל הוראה כזו במקרים בהם מהווה מעשהו של הנתבע עילה נזיקית וחוזית גם יחד. אין שם הכרעה בשאלה מה הדין כאשר מדובר בעילה חוזית בלבד...

10. סעיף 24 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 קבע את עצמאותו של חוק זה מהדין האנגלי עוד טרם ביטולו של סימן 46 לדבה"מ בחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 (ראה פירושו של ידן מהדורה שניה 91, 92). אף-על-פי כן מקובל לחשוב, שבנושא דיוננו הלך חוק התרופות בעקבות המשפט האנגלי המקובל ולא התיר את חלוקת האחריות לנזקי הפרת חוזה...

נראה לי, כי ניתן במקרה שבפני, להגיע לפתרון זה על-ידי פירושו של סעיף 10 לחוק התרופות; כי פירוש

השכל הישר והשיקולים המעשיים, משתלב בדין הישראלי הקיים, ועולה בקנה אחד עם המדיניות הפרשנית הראויה."

הצדדים לפי הערכת בית-המשפט את משקלן היחסי של ההפרות. על יסוד הדברים שנאמרו לעיל מסקנתי היא, כי פירוש זה הוא אפשרי מבחינת נוסח החוק, רצוי מבחינת

## 7. הסכום הנקוב בחוזה הוא הסכום המשוער, ועל-פי הוראותיו הברורות של החוזה, תשלום לפי כמויות מדודות אינו חריג אלא הכלל.

ע"א 716/82 עיריית הרצליה נ' דוד אמר וערעור שכנגד, פ"ד לט (4) 217.

הגנה לתביעה שכנגד, הכחיש מכול וכול טענות אלו של העיריה.

בית-משפט קמא קבע כי החשבון המקורי, שעמד בבסיס תביעת המשיב, נגוע במירמה. יתרה מזו, נקבע, שגם החשבון המתוקן נגוע במעשה המירמה.

בית-משפט קמא קבע, כי מאחר שהעבודה בוצעה בשלמותה וכל אשר אמור היה להיבצע נבצע, הרי מן הראוי לפסוק למשיב את הסכום, אשר נקוב בסעיף 5 (א) לחוזה, בתוספת הפרשי הצמדה מיום 1.10.80 ועד ליום התשלום בפועל. מעבר לכך לא ראה לפסוק למשיב דבר.

אשר לתביעה הנגדית, שנדרשה בה השבה של סכומים, ששילמה העיריה ביתר עבור העבודות שבוצעו בשנים 1976-1979, קובעת הדרגה הראשונה, כי כשם שלא ניתן להתבסס על חישובי העיריה לגבי עבודות שבוצעו ב-1980, כך, מקל וחומר, אין להתבסס על החשבונות הקודמים לשנה זו, באשר חלפו ימים רבים מכדי שניתן יהיה לרדת לחקור האמת והדיוק שבהם. לפיכך נדחתה תביעתה הנגדית של העיריה.

אשר להוצאות המשפט קבע השופט המלומד, כי בשל התנהגותו של המשיב שנמצא מרמה, אין הוא זכאי להוצאות. נהפוך הוא; ראוי לחייבו לשלם למערערת הוצאות כוללות בסך 50,000 שקלים בתוספת הצמדה וריבית. כך אכן נפסק.

טוענת המערערת, כי מרגע שהמשיב בחר לתבוע את המגיע לו על-פי חשבון מסויים, ומשעה שנקבע על-ידי בית-המשפט, כי חשבון זה איננו משקף את המציאות, הרי שעילת התביעה לא הוכחה, והיה על הדרגה הראשונה לדחות את תביעת המשיב כליל.

השופט ד' לוי סבור היה כי יש לדחות טענה זו של המערערת. לדבריו, במקרה דנן, אין החשבון המקורי כשלעצמו מהווה את עילת התביעה. עילה זו מבוססת על עבודות צביעה, שביצע המשיב במוסדות החינוך של המערערת על-פי החוזה שנכרת, ועניינה אי-תשלום מלוא שכרו בעבור עבודות אלו. החשבון המקורי, כמו גם החשבון המתוקן, הם רק אמצעים להוכחת שווי העבודה ובסיס להגשת התביעה בסדר דין מקוצר. זאת ותו לא. אין הם מהווים את עילת התביעה ממש - הם

המשיב הוא קבלן לעבודות צבע, אשר ביצע עבודות סיוע וצביעה במוסדות חינוך, בגני-ילדים ובבתי-ספר של עיריית הרצליה בשנים 1976-1980, בעקבות זכייתו במכרזים המתאימים.

בשנת 1980 זכה המשיב במכרז לביצוע עבודות מן הסוג הנ"ל, ונכרת חוזה בינו לבין המערערת, אשר מכוחו ביצע המשיב את העבודות, שעליהן סבה התביעה דנן. במהלך העבודה ובסיומה הגיש המשיב חשבונות, שבהם פירט את שמגיע לו לפי חישוביו, הערוכים על-פי דרישות החוזה, בעד העבודות שביצע, הן על-פי המוסכם בחוזה והן מכוח הזמנות לעבודות נוספות, אשר ניתוספו, לטענתו, במהלך העבודה.

הוא הגיש שני חשבונות חלקיים, שהעיריה - לאחר שתיקנה אותם פה ושם - פרעה כדי 90 אחוזים מהם, הכול בהתאם להוראות החוזה.

בגמר העבודה הגיש המשיב חשבון סופי על-סך של 286,298.30 שקלים (להלן: החשבון המקורי) וכן חשבון בגין העבודות הנוספות. המערערת סירבה לשלם את שתבע בחשבון זה, משום שהגיעה, לאחר בירור ולאחר בדיקת החשבונות, לכלל מסקנה, כי אלה נגועים במירמה. העיריה דרשה מן המשיב, כי יגיש חשבונות מתוקנים על-סמך מדידות חדשות, אשר ייערכו על-ידי מודד מוסמך ואשר ישמשו בסיס לחישובים בחשבון החדש. כעבור זמן הגיש המשיב, כנדרש, חשבון מתוקן על-סך 222,099.60 שקלים. גם על-חשבון זה השיגה העיריה.

המשיב פנה אל בית-המשפט המחוזי בתביעה כנגד העיריה לתשלום החשבון המקורי. עוד תבע בתביעתו את המגיע לו בגין העבודות הנוספות, שהסתכמו, לטענתו, בסך של 3,420 שקלים.

המערערת ביקשה רשות להתגונן. משנענתה בחיוב, הגישה כתב הגנה מפורט ותביעה שכנגד, אשר עיקרה - דרישה להשבת סכומים ששולמו למשיב בגין עבודות שביצע בשנים 1976-1979. לטענתה, לאחר שגילתה את דבר המירמה בחשבונות לשנת 1980, חזרה ובדקה את החשבונות של השנים הקודמות והסתבר לה, שגם חשבונות אלו התבססו על מידות, שהן מעל ומעבר לשטחים אשר המשיב אמור היה לצבוע. המשיב, בכתב

התביעה הנגדית נדחית'. משמע, שהנשיא המלומד היה מודע לחלק זה שבתביעה אך לא ראה בסיס בטוח להיענות לה.

אשר להצמדה למדד - נפלה שגגה מאת הדרגה הראשונה, המחייבת תיקון. משקבע בית-המשפט, כי בחוזה שנכרת בין הצדדים יש סעיף הצמדה למדד תשומות הבניה (סעיף 21 לחוזה), מן הראוי היה לפסוק, שהצמדת התמורה על-פי ההסכם תהיה למדד הנקוב שם.

כב' השופטת נתניהו הסכימה לתוצאה שאליה הגיע השופט ד' לויין, אך בדרך שונה.

לדבריה, ההסכם בין הצדדים דגן נערך לפי המתכונת המקובלת לקביעת מחיר עבודה בחוזה קבלני, שבעת ההסכם הוא נקוב בסכום משוער לפי הערכה של הכמויות ועל-פי מחיר קבוע ליחידה, ושל אופן סילוקו. אין לדבריה לראות בסכום הנקוב בסעיף 5 את הסכום הסופי המותנה והמוסכם לביצועה של העבודה, שאם כך הדבר, מיותרות כל ההוראות בדבר מדידת הכמויות ובדבר בדיקתו של החשבון הסופי.

"חולקת אני על דעתו של חברי, השופט ד' לויין, כי מצדו של המשיב לא יכולה היתה לבוא דרישה לשכר גבוה יותר עבור ביצוע העבודות הנקובות בהסכם ובנספחיו, משום ששכר חוזה נקבע באופן גלובאלי, אלא-אם-כן מדובר בעבודות נוספות, או שחל האמור בסעיף 5 (ב) (שצוטט לעיל) ושלפיו על המערערת לשלם את הסכום שיתקבל לפי החשבון הסופי שיוכן על-סמך הכמויות שתמדדנה. הסכום הנקוב בהסכם המשוער, ועל-פי הוראתו הברורה של סעיף 5 (ב), תשלום על-פי כמויות מדודות אינו החריג אלא הכלל.

המשיב יצא ידי חובת הגשת החשבונות לאישור. כפי שקבעה הערכאה הראשונה, בצדק, על העיריה היה לדאוג לכך, שהמהנדס שלה יבדוק את החשבונות. הדבר לא נעשה. החשבונות החלקיים נבדקו על-ידי מנהל אגף המשק, אשר אישר אותם לאחר שהכניס בהם תיקונים מסויימים. המערערת אינה יכולה לנגח את המשיב בכך שלא הגיש את חשבונותיו בדרך הנדרשת בהסכם, אך היא גם אינה מנועה מלחלוק על נכונותם לאור האמור בסעיף 5 (ג) הנ"ל. החשבונות הסופיים גם הם לא נמסרו על-ידי המערערת לבדיקת המהנדס אלא למבקר הפנימי שלה, ככל הנראה בשל טענתה, כי הם נגועים בתרמית. זאת, כמובן, היתה רשאית לעשות, אך בדיקתו של המבקר הפנימי אינה יכולה לבוא במקום בדיקת המהנדס, וטענת התרמית, כפי שנאמר בצדק, אינו פוטרת אותה מתשלום הסכומים המגיעים למשיב עבור העבודות שביצע, על-פי רשימת כמויות נכונה לאחר מדידה בדרך הקבועה בהסכם. אין לנו כאן עניין בפן הפלילי, של התרמית, אלא בפן האזרחי, של הוכחת הכמויות הנכונות לצורך התביעה לתשלום עבור העבודה שבוצעה.

מטרת המדידה על-פי הוראות ההסכם היא לוודא את הכמויות הנכונות, שתוצאת מכפלתן במחיר היחידה, הנקוב ברשימת הכמויות, היא הסכום המגיע לקבלן.

מבהירים ותוחמים אותה בדרכו של המשיב ועל-פי חישוביו.

משהוכח כי העבודה בוצעה במלואה, כפי שנתחייב בחוזה, קמה לו, למשיב, העילה לקבל את התמורה המגיעת לו. קביעת הדרגה הראשונה, כי החשבון המקורי וגם החשבון המתוקן נגועים במירמה, רק מובילה למסקנה, כי הסכום, שתבע המשיב כתמורה המגיעה לו, אינו נכון. אלמלא נמצא בסיס אחר לתביעת התמורה המגיעת למשיב, היה הנשיא המלומד דוחה אל נכון את התביעה. אולם משהתברר, כי החוזה עצמו משקף נאמנה את התמורה בגין העבודה, אלא-אם-כן החשבונות הנכונים והמדוייקים יבטאו סכום אחר, כי אז רשאית היתה הדרגה הראשונה להתייחס לחוזה ולפסוק לפיו. בסעיף 5 (א) נקבע כאמור במפורש, כי שכר ההסכם יהיה 1,821,600 לירות. משנקבע שכר זה - אין כל סיבה לדחות את המשיב בלא כלום, שהרי, כמוכח, כל העבודות בוצעו כנדרש. גם מצידו של המשיב לא יכלה לבוא דרישה לשכר גבוה יותר עבור ביצוע עבודות הנקובות בהסכם ובנספחיו, משום ששכר החוזה נקבע באופן גלובאלי, אלא-אם-כן מדובר בעבודות נוספות, או שחל האמור בסעיף 5 (ב) לאמור:

"העיריה תשלם לקבלן את הסכום אשר יתקבל לפי החשבון הסופי שיוכן על-סמך הכמויות שתמדדנה בהתאם לאופן מדידת הכמויות המפורט בסעיף 18 של נספח א ומחיריהן של היחידות כפי שמופיעים בכתב הכמויות (נספח ד') מצורף להסכם זה."

חשבון אמין כזה לא היה בנמצא, ועל-כן נקבע כי חל אך ורק האמור בסעיף 5 (א).

אשר לסכומים שנתבעו כהשבה בגין העבודות שבוצעו בעבר, לא מצא השופט לויין עילה להתערב במסקנת בית-המשפט קמא.

"אשר לערעור הנגדי של המשיב, הלכה פסוקה היא, כי בית-משפט של ערעור יתערב רק במקרים נדירים וקיצוניים בשיקולי הדרגה הראשונה בכל הנוגע לפסיקת הוצאות, וזאת כשנפלה טעות משפטית או כשנתגלו פגם או פסול בשיקול-הדעת של בית-המשפט (ע"א 406/80 אלקיים נ' הוברמן ואח', פ"ד לו(4) 416). בענייננו, צדק השופט המלומד, כאשר הביע את מורת רוחו ממעשה המירמה של המשיב, בין השאר, בהטלת הוצאות המשפט עליו, שהרי אלמלא המירמה כל התביעה הזו היתה נחסכת. מותר לו לשופט להביא בחשבון את התנהגותו הבלתי-הולמת של אחד הצדדים במהלך אשר הוליד את ההליכים המשפטיים בעת פסיקת הוצאות (ע"א 270/60 ויינשטיין נ' פקיד שומה, פ"ד טו(1) 558, 560); זאת, גם אם זכה אותו צד (אשר התנהגותו מבוקרת) במשפט כולו או בחלקו.

אשר לאי-חיוב העיריה בתשלום הסכום, שנתבע בגין עבודות נוספות שהזמינה מן המשיב ואשר לטענתו הוא ביצע אותן; לטענת המשיב, כי קרתה כאן השמטה, אין כל יסוד. בפסק-דינו של השופט המלומד (בעמ' 5) הוא קובע בלשון מפורשת וברורה: "יתרת התביעה הראשית וכל

שהסכום הנזכר בהסכם הוא סכום גלובאלי, אלא אם בוצעו מדידות בהתאם להסכם, אף לא כטעמה של הערכאה הראשונה, שהמחיר שבהסכם, 'חד וחלק', הוא סכום קצוב כולל. טעמי הוא, שבהעדר ראייה לסתור (ולפני בית-המשפט קמא לא נמצאה ראייה מהימנה שניתן לסמוך עליה), הנחה היא, שהכמויות המשוערות, שנרשמו בכתב הכמויות, תואמות את המציאות, וכי החשבון הנכון אינו חורג מהסכום המשוער, הנקוב בהסכם והמבוסס על כמויות אלה."

תפקידה של המדידה לבקר את הנתונים שבחשבונות הקבלן, ואם אינם מדויקים - ואף אם הם כוזבים ונגועים בתרמית - לתקנם ולהעמיד את מדידת הכמויות על דיוקה. דבר זה לא נעשה, המערערת עשתה רק בדיקה מידגמית, שלטענתה הראתה, כי המשיב רמאי, ובכך דחתה אותו כליל. הערכאה הראשונה קבעה, שאי-אפשר לסמוך לא על חשבונותיו של המשיב ואף לא על חשבונותיה של המערערת.

3. במצב דברים זה מסכימה אני, שיש להשאיר את פסק-הדין על כנו. טעמי לכך אינו כטעמו של חברי,

## 8. באי-משלוח הודעה לביטול ההסכם לא נהגה המשיבה בתום-לב.

ע"א 651/81 א. מייזליץ ואח' נ' רשות השידור, פ"ד לט(4) 645.

כל עילה לסתור את מימצאיו. טענתה השניה של המשיבה היא, שההסכם לא בוטל על ידי בגדר סעיף 22 להסכם, ולפיכך לא היתה המערערת זכאית לקבל 30% משכר הטרחה בעד השירותים הנותרים שלא בוצעו. נקבע כי גם בטענה זו אין כל ממש. סעיף 22 להסכם הסמיך את המשיבה "להביא הסכם זה... לידי גמר על-ידי הודעה בכתב על כך למתכננים מאת המנהל; ניתנה הודעה כאמור יסתיים ההסכם בתאריך שיהיה נקוב בהודעה ושיהיה חודש ימים מיום מתן ההודעה". תוצאת מתן ההודעה היא זכאותה של המערערת ל-30% משכר הטרחה, כאמור. יתר-על-כן, לפי סעיף 23(א), אם הובא ההסכם לידי גמר על-ידי מתן הודעה לפי סעיף 22, ובדעת המשיבה להמשיך בביצוע המכרז, "חייבת הרשות למסור למערערת הודעה על כך בכתב ובמקרה זה רשאית) המערערת לדרוש מהרשות תוך 30 יום מתאריך קבלת ההודעה האמורה, לחדש את תוקפו של ההסכם לגבי המשך ביצוע העבודה ומשדרשו כך - יחודש תוקפו של ההסכם האמור".

המשיבה לא שלחה הודעה בכתב לפי סעיף 22 אלא "הקפאה" את הבניה מחוץ לגדר סעיף 23. וכך היא ביקשה ליהנות משני העולמות: גם להשאיר את ההסכם "פתוח" וגם לא לשלם למערערת. אמנם לא נשלחה למערערת הודעה בכתב לפי סעיף 22; אך ברור הדבר, לדברי בית-המשפט, שבאי-משלוח ההודעה לא נהגה המשיבה בתום-לב; בנסיבות העניין, נקבע כי התנהגותה של המשיבה היתה חד-משמעית, ואין להבינה אלא כהתנערות מן ההסכם. לפיכך נדחה ערעורה שכנגד.

המערערת מצידה עוררה ארבע טענות: ראשית, שבסיס החישוב של השכר המגיע בעד שלב א' אינו 45 מיליון לירות, אלא כ-110 מיליון לירות, או סכום אחר הגבוה מ-45 מיליון לירות; שנית ולחלופין, שהיה מקום להצמיד

ביום 15.3.74 נחתם הסכם בין רשות השידור, היא המשיבה, לבין החברה המערערת, שלפיו קיבלה על עצמה המערערת לבצע את התכנון האדריכלי וההנדסי של מרכז שידור לרדיו ולטלוויזיה בירושלים, וכן את הפיקוח העליון על ביצועו. המערערת קיבלה על עצמה לבצע את המוטל עליה בשלושה שלבים. המערערת היתה אמורה להתחיל בביצוע שלב א' כבר עם חתימת ההסכם, אולם התחלת ביצוע השלבים הנותרים הותנתה בקבלת הודעה בכתב מן המשיבה.

כבר בשנים 1974-1975 עיכבה המשיבה את המשך ביצוע העבודה, שהמערערת התחילה בה, והודע למערערת, שיש להקפא את הטיפול בתכנון. בעקבות האמור תבעה המערערת מן המשיבה את שכרה בעד גמר ביצוע שלב א' כשגילתה הנתבעת את דעתה בכתב ההגנה, שההסכם אינו תקף, ראתה המערערת עמדה זו כהודעה על ביטול ההסכם (לפי סעיף 22) והגישה את תובענתה השניה, שעילתה - תוספת שכר בשיעור 30% על השירותים שלא בוצעו וכן תשלום בעד עבודות נוספות שביצעה עבור המשיבה. בית-המשפט המחוזי פסק לטובת המערערת סכום השווה למחצית השכר המגיע לה בעד ביצוע שלב א' בקבלו שלב זה לא הושלם, 30% מהשכר ההסכמי בעד השירותים הנוספים וכן סכום נוסף בעד השתתפות בישיבות בנושא הפרוייקט. לסכום שנפסק למערערת נוספו ריבית והפרשי הצמדה מ-1.1.75. המערערת ערערה על מיעוט הסכומים שנפסקו לה, והמשיבה הגישה ערעור שכנגד, שבו חזרה על טענותיה, שאין המערערת זכאית לקבל סכום כלשהו.

טענתה הראשונה של המשיבה היא, שתוקף החוזה פקע עקב אי-התמלאם של תנאים מתלים או מפסיקים, שגרמו לחוסר אפשרות למילוי תנאי ההסכם. השופט קמא דחה טענות המשיבים בעניין זה, ובית-המשפט בערעור לא ראה

לא בתובענתה השניה. בטענותיה לפני בית-המשפט הביעה המערערת ספק, אם חלה עליה חבות לשלם מס ערך מוסף, וכל עתירתה היתה לסעד הצהרתי, שאם תחוייב במס ערך מוסף, שומה על המשיבה לשפותה על החיוב. בית-המשפט לא ראה להכריע בשאלת המס, כששלטונות המס אינם בעלי דין בתובענה הנוכחית, ובנסיבות המקרה, החליט ליתן למערערת רשות, גם לאחר מתן פסק-הדין, לפנות לבית-המשפט המחוזי בבקשה על דרך המרצה במשך שנתיים מיום מתן פסק-הדין בעניין מס הערך המוסף, אם תבוא במשך תקופה זו דרישה לתשלום המס, המופנית אל המערערת, ובית-המשפט המחוזי יכריע בבקשה לגופה, אם תוגש.

בפסק-דינו של בית-המשפט המחוזי נפסקו למערערת הוצאות המשפט ושכר-טרחת עורך-דין בסכום כולל של 25,000 שקל בצירוף הפרשי הצמדה וריבית. בית-המשפט בערעור הניח, שהשופט התכוון לפסוק למערערת שכר-טרחת עורך-דין בשיעור 25,000 שקלים, נוסף על יציאות המשפט, וכך קבע.

את הסכום של 45 מיליון לירות ליום עריכת ההסכם (15.3.74) ולא ליום 1.1.75 או לשערך את הסכום הנ"ל ליום 1.1.75; שלישית, ששומה היה על בית-המשפט קמא לפסוק למערערת גם מס ערך מוסף על הסכומים שנפסקו לזכותה, ורביעית, ששכר הטרחה שנפסק לה נמוך מדי.

בית-המשפט לא מצא ממש בטענה הראשונה, וקבע כי לעניין זה הוראות סעיף 11(ד)(1) להסכם הן ברורות.

גם את הטענה השניה של המערערת דחה בית-המשפט. "אין כל תימוכין בנוסח ההסכם לפרופוזיציה, שכל עוד לא בוטל ההסכם או לא הופר, יש להוסיף לחיוב הפרשי הצמדה וריבית מיום חתימת ההסכם, ובית-משפט זה טרם אימץ כהלכה גישה ולוריסטית צרופה; אכן, תהליך 'ההקפאה' של הבניה החל עוד לפני 1.1.75, אך אין הוכחה ברורה, שהוא התגבש לכלל ביטול מלא של ההסכם כבר לפני תאריך זה: אם נקבע תאריך זה כבסיס לחישוב הפרשי ההצמדה - לא המערערת יכולה לקבול על כך."

המערערת תבעה מס ערך מוסף בתובענתה הראשונה, אך

## 9. ביחסים שבין מזמין לקבלן נהוג, בדרך-כלל, להטיל על הקבלן אחריות לביצוע תיקונים של פגמים וליקויים המתגלים במשך תקופת בדיק קצובה לאחר תום הבניה.

ת"א (ת"א) 454/80 "איליט" בע"מ נ' "אלקו" בע"מ, פ"מ תשמ"ד (ג) 485.

בנאיות בסך כולל של 940,000 ל"י "להבטחת ביצוע תיקונים וטיב ביצוע על-ידי איליט במבנה התעשייתי בהתאם להוראות החוזה".

הערבויות ניתנו לתקופה של שנה ובסופו של דבר חולטו כל הערבויות לאחר שנכשלו מאמציה של "איליט" למנוע את החילוט בהליכים משפטיים שהגיעו פעמיים לבית-המשפט העליון.

בתביעה זאת תובעת "איליט" החזרת הכסף שחולט בטענה שלא כדין חולט.

בית-המשפט קבע, כי מספר עובדות בסיסיות אינן שנויות במחלוקת ואלו הן:

"(א) לא ניתנה לאיליט הודמנות לבצע או לדאוג לביצוע התיקונים שבגינם חולטו הערבויות.

(ב) באוגוסט 1978, שלושה חודשים לאחר דרישת הערבויות נתנה הודמנות לאיליט לבצע תיקונים מסויימים והיא ביצעה אותם לשביעות רצונה של אלקו.

(ג) במהלך השלמת הפרוייקט לא נמסרה שום הודעה לאיליט על הצורך בביצוע תיקונים ועל כך שמבצעים בפועל תיקונים על-חשבונה. לא ניתנה לאיליט שום הודמנות לבדוק את הצורך בביצוע תיקונים, את היקפם

התובעת (להלן: "איליט") היא חברה קבלנית פרטית שעסקה בביצוע עבודות הנדסה אזרחית.

הנתבעת (להלן: "אלקו") היא חברה ציבורית המייצרת מוצרי חרושת אלקטרו-מכנית.

בסוף 1974 פרסמה "אלקו" מכרז להקמת מבנה תעשייתי. הקמת הקונסטרוקציה נמסרה, על-פי המכרז, ל-"איליט" בשנת 1975. במהלך העבודה התעוררו בעיות הנדסיות רבות ו-"איליט" נאלצה להתמודד איתן באופן שוטף.

"איליט" השלימה חלק נכבד מהרכבת הקונסטרוקציה לאחר עבודה של שנתיים, כאשר נתגלעו סכסוכים רציניים בינה לבין "אלקו".

הצדדים הגיעו למסקנה שעליהם להיפרד וביום 14.5.77 חתמו על זכרון-דברים לפיו יוצאת "איליט" מן הפרוייקט עוד באותו חודש ו-"אלקו" לוקחת על עצמה את המשך ביצוע העבודה מאותו שלב. לא קיימת שום טענה לפיה ניתוק היחסים נבע מביצוע גרוע של העבודה עד לאותו שלב, ואין זכר בזכרון-הדברים לשום טענה שהעבודה שבוצעה עד אז לא בוצעה בצורה ראויה. יחד עם זאת, סוכם בזכרון-הדברים, כי "איליט" תתן ל-"אלקו" ערבויות

ואת אופן ביצועם.

(ד) התיקונים שאלקו טוענת להם חורגים בהרבה ממסגרת של תיקונים שגרתיים ומתייחסים בעיקר לתיקונים הנובעים מביצוע שלטענת אלקו היה לקוי.

(ה) לא נוהל בשטח האתר יומן תיקונים שוטף אף-על-פי שאין מחלוקת כי הסדר הטוב חייב בניהול יומן כזה.

4. השאלות העיקריות השנויות במחלוקת הן אלה:

(א) האם חייבת היתה אלקו לתת לאיליט הודמנות לדאוג בעצמה לביצוע התיקונים בטרם החליטה לבצע אותם על-חשבון איליט?

(ב) האם היתה אלקו חייבת להודיע לאיליט על הצורך בביצוע תיקונים בלתי-שגרתיים תוך מתן הודמנות לאיליט להביע דעתה או לפקח על ביצוע עבודות בהיקף גדול שנעשות על-חשבונה?

(ג) אלו עבודות מאלה שבוצעו בפועל על-ידי אלקו ניתן לסווג כ'תיקונים' ואיזה מהן יש לכלול במסגרת 'השלמת הפרוייקט' על מי נטל ההוכחה?

5. מתן הודמנות לאיליט לבצע התיקונים בעצמה

ביחסים שבין מזמין לקבלן נהוג בדרך-כלל להטיל על הקבלן אחריות לביצוע תיקונים של פגמים וליקויים המתגלים במשך תקופת בדיקת קצובה לאחר תום הבניה. השגרה המקובלת היא שהמזמין חייב להודיע לקבלן על הצורך בבצוע התיקונים תוך מתן הודמנות נאותה לקבלן לביצועם...

המזמין יאבד את זכותו לסכום כלשהו עבור תיקונים מאת הקבלן רק כשיש אמירה מפורשת וברורה בחוזה המחייבת את המזמין לתת הודמנות לקבלן לבצע את התיקונים בעצמו.

בענייננו, כפי שנראה להלן, קיים תנאי מפורש בהסכם בדבר חובת מתן הודמנות לאיליט לבצע את התיקונים, על-פי נוסח הדברים מדובר בתנאי מתלה שבלעדיו לא קמה זכות לאלקו לבצע תיקונים בעצמה על-חשבון איליט...

כשהחליטו שתי החברות שאיליט תפסיק את ביצוע העבודה נוצר מצב שלא נצפה מראש בעת עריכת החוזה והצדדים ערכו ביניהם הסכם חדש כדי לקבוע את זכויותיהם וחובותיהם במצב שנוצר...

במקרה שלנו בחרו הצדדים שלא לבטל את החוזה הקיים תוך עריכת חוזה חדש לגמרי אלא אימצו את החוזה המפורט (ת/1) תוך עריכת זכרון-דברים (ת/2) בו פורטו השינויים ביחסים ביניהם, המתחייבים מהמצב החדש שנוצר.

איליט טוענת שהסעיפים 53-55 לחוזה ת/1 לא בוטלו ועל פיהם עומדת בעינה זכותה לבצע בעצמה כל תיקון נחוץ בתנאים שנקבעו שם, בטרם קמה לאלקו הזכות לבצע תיקונים על-חשבונה.

אלקו, לעומת זאת, טוענת שהסעיפים הנזכרים בטלו מן העולם.

בדקתי וחזרתי ובדקתי את זכרון-הדברים ת/2 ולא מצאתי בו שום רמז לכך שיש בסיס לטענת אלקו. הצדדים

בחרו להסדיר את היחסים החדשים ביניהם במסמך בכתב. בסעיף 14 לזכרון-הדברים קבעו במפורש כי 'כל תנאי החוזה ישארו בתוקפם בכפופות לאמור בזכרון-דברים זה'. במידה שרצו לשנות תנאים מסויימים בחוזה הם עשו כן במפורט ובמילים ברורות: כך, בסעיף 7 קבעו שאלקו תהיה זכאית מעתה להמשיך בבניית המבנה בין בעצמה ובין על-ידי אחרים לפי שיקול-דעתה המוחלט וללא כל התערבות או הפרעה; בסעיף 15 קבעו כי התקופות הנקובות בחוזה לצורך אחריות לתיקונים וטיב ביצוע תמנינה מיום החתימה על זכרון-הדברים. אילו רצו הצדדים לבטל את הוראות הסעיפים 53-55 לחוזה המקורי, מעבר לשינויים שנקבעו במפורט, לא היתה כל סיבה שלא יאמרו זאת במפורש. לא נראה לי ששינוי רציני כזה, השולל מאיליט את הזכות לבצע בעצמה את התיקונים בטרם מבצעים אותם על-חשבונה ניתן לקרוא בין השורות או מכללל כפי שמבקשת אלקו לעשות.

סעיף 1 לזכרון-הדברים שעליו מסתמכת אלקו אין בו אלא מה שכתוב בו, דהיינו: החלפת הערבויות הבנקאיות שניתנו על-פי החוזה בערבות בנקאית חדשה המתאימה לשינוי שחל ביחסים בין הצדדים. המילים 'להבטחת ביצוע תיקונים וטיב ביצוע על-ידי איליט' אין לראות בהם אלא איזכור הנושא שבקשר אליו ניתנת הערבות הבנקאית שהרי מיד אחריהן באות המילים 'בהתאם להוראות החוזה'. אין לי ספק שמילים אלה באות לאשר כי כל האמור בחוזה בקשר לאופן ביצוע התיקונים חי וקיים. הניסיון לקרא אל תוך זכרון-הדברים מה שאין בו נידון לכשלון הן משום שצריך היה לאמר את הדברים במפורט והן משום שהפירוש המתבקש על-ידי אלקו הוא בעיני בלתי-סביר ובלתי-צודק...

6. תוס'לב כביצוע החוזה

גם אם אצא מתוך הנחה שזכרון-הדברים ביטל מכללא את חובת מתן ההודמנות שבסעיפים 53-55 להסכם ת/1, נותרת עדין השאלה כיצד היתה חייבת אלקו לפעול לעניין ביצוע התיקונים שהרי לא נקבעו בזכרון-הדברים שום הוראות מפורשות בנושא זה. במקרה כזה חלות ההוראות הכלליות של חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 לרבות הוראת סעיף 39 לחוק בדבר חובת קיום חיובים ושימוש בזכויות הנובעות מחוזה בדרך מקובלת ובתום-לב.

הדרישות המינימאליות שהיתי מציבה לאלקו על-מנת שתיראה כמי שפעלה בתום-לב ובדרך מקובלת הן אלה: (א) מסירת הודעה לאיליט כי נתגלה צורך בתיקון פגמים בהיקף גדול מעבר לתיקונים שגרתיים שוטפים.

(ב) מתן הודמנות לאיליט להביע דעתה בדבר הצורך בביצוע תיקונים גדולים ובדבר אופן ביצועם.

(ג) ניהול יומן תיקונים תוך רישום מדוייק של כל הוצאות התיקונים באופן המאפשר ביקורת על-ידי איליט על הוצאות שמוציאים על-חשבונה.

הדרך בה הלכה אלקו, היינו של ביצוע כל מה שנראה לה כתיקון ללא ידיעת איליט ובלא רישום מדוייק ושוטף אינה

מבחרו עליו הראיה' אך אין הדבר נקבע תמיד על-פי מעמדם הדיוני של הצדדים: דיני הראיות הולכים אחר המשפט המהותי וכל אימת שבעל דין סומך על הלכה מהלכות המשפט המהותי - עליו הראיה שנתקיימו העובדות המקימות את ההלכה...

אלקו היתה חייבת, איפוא, להביא ראיות ולשכנע את בית-המשפט כי אכן היו קיימים פגמים וליקויים בעבודתה של איליט וכן שתיקונם עלה כדי הסכום שחולט.

יש לזכור גם שמדובר, מבחינת איליט בהוכחת עובדות שליליות וכן מדובר בעובדות שכולן מצויות בתחום ידיעתה הבלעדית של אלקו. אפילו לא נטיל את כל נטל ההוכחה על אלקו הרי שיש להקל בעומס הנטל המוטל על איליט בנושא הזה ולהעביר את עיקר נטל הבאת הראיות אל אלקו...

בסיכום: הגעתי למסקנה ברורה שלא בוצעו תיקונים בסכום המתקרב אפילו לסכום הערבויות שחולטו. אף-על-פי שאינני יכולה להוציא מכלל אפשרות שאכן בוצעו תיקונים מסויימים, אין בפני ראיה שניתן לסמוך עליה בדבר פירוט התיקונים הללו ומחירם. היות ונטל ההוכחה בנושא הוא על שכמה של אלקו - פועל הדבר לרעתה."

מתיישבת עם תום-לב ולא יתכן לכנות דרך זו כדרך מקובלת:

ההלכה היא כי כאשר הקבלן לא נמצא באתר הבניה חייב המזמין למסור לו הודעה על הליקויים בעבודתו ועל כוונתו לבצע תיקונים...

7. סוגיית נטל ההוכחה

על-פי החוזה שבין הצדדים זכאית אלקו בתנאים מסויימים לתבוע מאיליט דמי תיקונים בגין פגמים או ליקויים בטיב העבודה של איליט. אילו נאלצה אלקו לתבוע את דמי התיקונים מאיליט על-ידי פניה לערכאות לא יכול היה להיות ספק בכך שנטל ההוכחה כולו מוטל היה על שכמה של אלקו הן במובן של נטל השכנוע והן במובן של נטל הבאת הראיה. עתה משגבתה אלקו את הכסף שמגיע לה לטענתה לא על-ידי פניה לערכאות אלא על-ידי חילוט ערכות בנקאית אוטונומית, נאלצה איליט להעלות בפני בית-המשפט את המחלוקת המהותית כאשר היא מופיעה כתובעת ואלקו כנתבעת. איליט טוענת כי ניצול מנגנון אוטומטי לגביית סכומי כסף תוך הפעלת ערכות בנקאית אין בו כדי להעביר על שכמה את נטל ההוכחה בדבר אי-קיום זכותה המהותית של אלקו להחזיק בכספה של איליט.

נראה לי שהצדק עם איליט, כאן הכלל הוא כי 'המוציא

## 10. האם צד שהפר חוזה יכול לזכות בתביעה לצו ביצוע בעין של החוזה?

ע"א 821/77 אילן אופק ואח' נ' מורטוזה טוריקאן, פ"ד לג(1) 93.

בתנאים שקבע. על צו האכיפה האמור נסב הערעור. שאלה עקרונית שהתעוררה היתה אם צד שהפר חוזה יכול לזכות בתביעה לצו ביצוע בעין של החוזה בנסיבות כלשהן.

נפסק כי, מי שהפר את החוזה הפרה לא יסודית והחוזה נשאר בתוקף ולא בוטל, יכול להחשב כנפגע, לפי סעיף 1 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 ולקבל צו אכיפה בתנאים שנקבעו בחוק זה.

לכן, מבחינה עקרונית, ההפרה על-ידי אי-מסירת כל כמות הברזל במועד אינה כשלעצמה, בנסיבות מקרה זה, מחסום למתן צו ביצוע בעין בעניין זה אם מתקיימים יתר התנאים למתן צו אכיפה.

לגבי טענת המערערים כי ההסכם דנו, הינו הסכם לספק עבודה אישית או שירותים אישיים ולכן אינו ניתן לאכיפה נקבע כי המדובר בבניית בניין תעשיתי רגיל ופשוט שאין בו תכונות מיוחדות או יוצאות-דופן הדורשות מומחיות מיוחדת מעבר לזו של קבלן בעל כושר סביר, כמו-כן לא הובאה כל ראיה שהעבודה נמסרה למערערים כקבלנים בגין תכונות מיוחדות שלהם שאין לקבלן ממוצע סביר. מבחינה עקרונית נקבע, כאמור, כי המשיב זכאי לקבל צו

המשיב, בעלים של שתי חלקות קרקע, עשה הסכם עם המערערים לפיו התחייבו המערערים לבנות בעבורו מבנה תעשייה כמפורט בהסכם, על אחת מהחלקות. בתמורה התחייב המשיב לשלם למערערים סכום מסויים וכן להעביר להם את הבעלות בחלקה השניה.

המשיב התחייב להשיג היתרי בניה בעבור שתי החלקות והמערערים התחייבו להשלים את הקמת הבניין כעבור שנה מתאריך ההסכם. בנוסף התחייב המשיב לספק למערערים ברזל.

בשלב מסויים הפסיקו המערערים את הבניה. המשיב הגיש תביעה ובה ביקש לחייב את המערערים להשלים את הבניין ולשלם לו פיצוי בסכום מסויים ולחלופין, לחייבם להחזיר את מה שקיבלו לרבות החלקה שהועברה להם, וכן פיצויים.

השאלה שבמחלוקת נגעה לסיבה להפסקת העבודה ולטענת המערערים הסיבה היתה אי-אספקת הברזל.

בית-המשפט קמא קבע כי המשיב הפר את החוזה באשר למועדי אספקת הברזל אולם החוזה נשאר בתוקף על-ידי התנהגות המערערים, והמועדים בחוזה נדחו.

בתביעה נוספת הורה השופט קמא על אכיפת החוזה

היחסי של התמורה שקבלו מעל למה שמגיע להם בעבור אותו חלק מהעבודה שבצעו ואת הפיצוי שיתכן שיגיע למשיב לפי סעיף 12 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), כגון הצמדת הכסף שיש להחזיר לעלית מדד מחירי הבניה מאז ששולם הכסף ועד לתאריך החזרתו. בעיות כבדות משקל אלה יש, אולי, לשקול כנגד הבעיות שעוללות להתעורר בביצוע צו אכיפה ואין להירתע יתר-על-המידה מפני קשיים שצד זה או אחר עלול לעורר בביצוע צו האכיפה ואין להפריז בחשש מפני הקושי של פיקוח מטעם בית-המשפט על ביצוע צו האכיפה, כמו שכבר נאמר ב"ע"א 846/75 עוניסון בע"מ ואח' נ' דויטש ואח', פ"ד (2) 348 הנ"ל ובאסמכתאות האנגליות שאזכרו שם. לכן השאלה העיקרית בעניין זה היא האם לא יהיה זה צודק לאכוף את ההסכם כעת, ואם יש לתת צו אכיפה, באיזה תנאים ינתן?"

בית-המשפט בחן את כל הנתונים ומסקנתו היתה כי בנסיבות המקרה לא יהיה זה צודק לצוות על אכיפת החוזה בכלל, ועל כל פנים לא בתנאים שקבע בית-המשפט קמא. לכן, יש לקבל הערעור ולהחזיר העניין לבית-המשפט המחוזי כי עם ביטול צו האכיפה יש לדון בתביעה החלופית של המשיב ובתביעה הנגדית של המערערים ולחסל את ההתחשבות ביניהם.

בית-המשפט השאיר בצריך עיון את השאלה לפי איזה קריטריונים ובאיזו מידה יפחית בית-המשפט את סכום הפיצוי המוסכם כאמור בסעיף 15 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970.

אכיפה על-פי חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970. השאלה שיש לבחון היא אם אכיפת החוזה היא בלתי-צודקת שכן במקרה כזה לא ינתן צו אכיפה (סעיף 3(4) לחוק).

"בתנאי האינפלציה הדהרת הקימת במדינה בשנים האחרונות מתעוררת שאלה רצינית אם יהיה מן הצדק לחייב נתבע לבצע הסכם לפי התמורה שנקבעה זמן רב לפני-כן כאשר האיחור לא נגרם על ידו כי אם על-ידי הצד שכנגד או בגין נסיבות שלא היתה לצדדים שליטה עליהן; ולא תמיד ימצא הפתרון בהצמדת התמורה למדד עליית המחירים, כגון הצמדה למדד המחירים לצרכן או למדד מחירי הבניה; אבל יש לשקול כל מקרה לפי נסיבותיו והנתונים המיוחדים שלו. בעניין זה המשיב שילם את מרבית התמורה מזה כמה שנים וקימת מחלוקת רצינית בשאלה איזה אחוז מעבודת הבניה בצעו המערערים. כן צדק השופט המלומד באומרו שאם לא ינתן צו אכיפה לא יהיה זה סוף פסוק. הצדדים יצטרכו להתדין ביניהם כדי שבית-המשפט יקבע לאיזה חלק מהתמורה זכאים המערערים. במקרה זה ייווצר מצב של אי-ביצוע החוזה בפועל וכל צד חייב יהיה להחזיר את מה שקיבל או את תמורתו; כאן אי-אפשר להחזיר את כל מה שקיבל כל צד; כי לא ניתן להחזיר מצד אחד מה שהמערערים בנו על אדמת המשיב, ומצד שני לא ניתן להחזיר את המגרש והברזל שקבלו המערערים, וצריך יהיה לעשות התחשבות וקיוזונים, והדבר יהיה כרוך בקשיים לא מעטים; תתעורר גם שאלה הנובעת מסירוב המערערים להשלים את העבודה וחובתם לפצות את המשיב או לפחות להחזיר לו את החלק

11. תחולתה של הקפאת מחירי מצרכים ושירותים, על-פי תוכנית חירום לייצוב המשק, על הסכם פשרה. פרשנות המושג "מדד" המופיע על דרך הסתם בהסכם בין צדדים.

ע"א 619/87 רמזו בע"מ נ' עיריית חיפה, פ"ד מד(1) 193.

שעבורו מגיע לה סכום מסויים. בתחילת אותו חודש נכנסה לתוקפה ההקפאה לפי חוק יציבות מחירים במצרכים ובשירותים (הוראת שעה), התשמ"ו-1985 ונתעוררה השאלה לגבי תחולתו במקרה זה וכן שאלת פירוש סעיף ההצמדה בהסכם הפשרה.

בית-המשפט קמא, קיבל בחלקה את תביעת המערערת וקבע כי המדד בו מדובר בהסכם הפשרה הוא המדד הכללי למחירי התשומות לבניה למגורים אך החיל את הוראות החוק האמור על הסכם הפשרה שבין הצדדים.

בערעור נקבע כי חלות במקרה זה תקנות שעת חירום ולא חוק יציבות המחירים שניכנס לתוקפו לאחר סיום העבודות שבוצעו על-ידי המערערת עבור המשיבה.

בית-המשפט בחן תחילה אם הסכם הפשרה, שקיבל תוקף

בין המערערת למשיבה נכרת, בעקבות מכרו, חוזה לביצוע "המשך בניית שובר הגלים בבת-גלים - שלב ג'." בחוזה נקבעו מחירים קבועים. בעקבות חילוקי-דעות בין הצדדים, הוגשה תביעה לבית-המשפט אך לבסוף הגיעו הצדדים להסכם פשרה שקיבל תוקף של פסק-דין. על-פי הסכם זה קיבלה על עצמה המשיבה לשלם למערערת סכום פלוני על יסוד חשבון שהוגש לה, כשהוא צמוד מחודש מסויים, שהינו בסיס מחירי החוזה ועד התשלום בפועל.

בנוסף הוסכם כי המערערת תבצע עבודות תיקונים שונות בשוברי הגלים על-חשבונה וכי לגבי אחד מהם תשלם המשיבה למערערת עבור כמויות האבן שישמשו אותה בעבודותיה, מחיר בהתאם לחוזה בהצמדה כמפורט בהסדר. לאחר פסק-הדין סופקה על-ידי המערערת כמות של חומר

אין כל הבדל בין עבודות בניה, המבוצעות על-פי הסכם בין מבצע ומזמין שקיבל תוקף של פסק-דין, לבין עבודות בניה, המבוצעות על-פי הסכם שלא זכה לאישור כאמור. לגבי הצמדת המחירים בהסכם ומשמעות המושג "מדד" המופיע בו נקבע כי בהעדר כוונה אחרת המשתמעת מלשון החוזה ומהדבק הדברים, יש לפרש את המושג "מדד", המופיע על דרך הסתם בהסכם בין צדדים, כמכוון למדד הכללי, המשמש בדרך-כלל כמכשיר להתאמת מחירים לשינויים אינפלציוניים.

"אין כל אינדיקציה לכך, כי הצדדים התכוונו להצמיד את המחירים המוסכמים למדד הבניה דווקא. מדד הבניה שימש אך ככלי לקביעת המחירים היסודיים בחוזה המקורי ולא ככלי לחישוב ההתייקרויות."

המערערת ערכה את חישוביה בכתב התביעה על-סמך מדד המחירים לצרכן, והוה המדד שלפיו יש לערוך את החישוב.

של פסק-דין, מהווה "חוזה למתן שירות", כאמור בתקנות שעת חירום (יציבות מחירים במצרכים ובשירותים (מס' 3), התשמ"ה-1985.

התשובה לכך טמונה לדברי בית-המשפט בהוראותיו של הסכם הפשרה עצמו. אם על-פי תוכנו ומהותו המדובר ב"חוזה למתן שירות", כי אז אין בעובדה שקיבל גם תוקף של פסק-דין כדי לגרוע מהיותו הסכם כאמור.

בעניין דנן, מאחר והפשרה כללה גם הסכמה לביצוע עבודות בניה על-ידי המערערת, הרי שמדובר ב"חוזה למתן שירות".

בית-המשפט סבור היה כי יש להחיל את תקנה 2(א) לתקנות, החלה על עצם מכירת המצרך ומתן השירות בתקופת תוקפן של התקנות.

"תקנות היציבות מוסכות על הפעילות הכלכלית במשק, לגביה הן מבקשות לקבוע משטר של יציבות. מבחינה זו,

## 12. אחריות מזמין עבודה לתאונת עבודה, שגרמה למוות ולנזק לרכוש.

ע"א 600/86, 611, 612, 613, 857 עמיר ואח' נ' קונפינו ואח', פ"ד מו(3) 233.

בביצוע פעולות הבניה, יראו את הקבלן הראשי כמבצע פעולות הבניה, והחובות המוטלות בתקנות הבטיחות בעבודה (עבודות בניה), התשט"ו-1955, על מבצע הבניה מוטלות על הקבלן הראשי. אולם, מקום שפעולות הבניה מבוצעות שלא באמצעות קבלן ראשי אחד, לא משתחרר האדם היוזם והמארגן את פעולות הבניה מחובותיו כמבצע הבניה.

במקרה דנן, נאמר כי אין מזמינת העבודה יכולה להתנער מחובתה לדאוג למינוי מנהל עבודה, הואיל והיא היתה "מבצע הבניה", במובן תקנה 2(א) לתקנות הבטיחות בעבודה (עבודות בניה). היא יזמה את פרויקט הבניה על קרקע שבבעלותה, והיא שהזמינה את העבודה מקבלנים שונים, כשכל אחד היה אחראי לביצוע העבודה שקיבל על עצמו, מבלי שהיה קבלן ראשי לביצוע הפרוייקט. לו מונה מנהל עבודה, אמנם לא יכול היה למנוע, קרוב לוודאי, את פגמי התכנון, אך דומה כי ניתן היה למנוע בעזרתו ולו את חלקם של הפגמים בביצוע. הפרה זו, נקבע, מטילה על מזמינת העבודה אחריות ישירה לקרות התאונה.

(ראה גם ת"א (חי') 973/86 עזבון המנוח מוסבאח ג'באלי ואח' נ' כחלון ואח', פ"מ תשנ"ג(ג) 353).

בעת בניית בית קירור כחצר מפעל אירעה תאונת עבודה, שגרמה למוות חמישה בני-אדם ולנזק רב לרכוש. התאונה אירעה במהלך העבודה הרגיל, שעה שפועלים עסקו בפירוק תמיכות שתמכו בתקרת בית הקירור, ולפתע התמוטטה התקרה ונפלה כמקשה אחת פנימה לתוך המבנה. בית-המשפט המחוזי קבע, כי התאונה אירעה עקב התרשלות בתכנון המבנה על-ידי המהנדס, לו יוחסה אחריות בשיעור של 45%, ועקב התרשלות בטיב הבניה אותה ביצעו קבלני השלד להם יוחסה אחריות בשיעור של 30%. כמו-כן הוטלה אחריות על מזמינת העבודה, בשיעור של 15% ועל קבלנית קונסטרוקציות הפלדה על גג המבנה בשיעור של 10%. בית-המשפט ציין גם את עומס הבלוקים שהועלו על התקרה, פירוק התמיכות בשיטה בלתי-נכונה וכן העדר פיקוח מקצועי צמוד והעדר תיאום בין כל הגורמים המעורבים בפרוייקט - כגורמים שתרמו אף הם לקרות התאונה. מכאן הערעורים והערעור שכנגד.

בהתייחסו לאחריות מזמין עבודה, ציין בית-המשפט, בעקבות ע"א 655/80 מפעלי קרור בצפון בע"מ נ' מרציאנו ואח', פ"ד לו(2) 592, כי ככלל, ייחשב היוזם והמטפל בארגון ובהוצאה לפועל של עבודות בניה בתור מבצע הבניה. אם אותו אדם מעסיק קבלן ראשי, וזה עוסק

### 13. הזמנת עבודה על-ידי בעל מקרקעין אצל מספר קבלני משנה - על מי מוטלת האחריות על נזק שנגרם?

ת"א (ת"א) 1387/87 ברוך ברנע נ' סולל בונה בע"מ ואח' (ניתן על-ידי השופט גבריאלי קלינג - לא פורסם).

השני, וכך שמרוב אחראים תיפחת האחריות והנפגע יצא ניזוק. להוראות התקנות גם הגיון כלכלי. תכליתה של העסקה ישירה של קבלני משנה, היא לחסוך בהוצאות. יש להניח, כי כאשר קבלני המשנה מועסקים באמצעות הקבלן הראשי, הוא נוטל שכר עבור שירותיו. חלק משכר זה בא לתת לו תמורה עבור שירותי התיאום להגברת הבטיחות באתר הבניה. מזמין המבקש לחסוך בהוצאות אלה, נוטל על עצמו סיכון ואחריות למעשיהם של קבלני המשנה.

(ראה גם ע"א 655/80 מפעל קירור נ' מרציאנו, פ"ד לו(2) 592).

השאלה שנבחנה במקרה זה היתה, מה הדין כאשר אדם נפגע כתוצאה ממעשה או מחדל של קבלן, שביצע עבודות בנכס מקרקעין. האם במקרה כזה יחוייב בעל המקרקעין בחובת זהירות כלפי הנפגע?

תשובת בית-המשפט היתה שבמקרה בו בעל מקרקעין הזמין ביצוע עבודת בניה אצל קבלן ראשי אחד, יהיה חייב הקבלן הראשי, וכאשר בעל המקרקעין הזמין עבודה אצל מספר קבלני משנה, מוטלת האחריות לנזק שנגרם על בעל המקרקעין.

בהתייחסו לתקנות הבטיחות בעבודה (עבודות בניה), התשמ"ח-1988, ציין בית-המשפט כי מטרת מתקין התקנות היתה למנוע מצב שבו יטיל האחד אחריות על

### 14. א. אחריות מעביד לנזק שנגרם לעובד. ב. מיהו מבצע הבניה לצורך תקנות הבטיחות בעבודה (עבודות בניה)?

ע"א 655/80 מפעלי קירור בצפון בע"מ נ' אסתר מרציאנו ואח', פ"ד לו(2) 592.

סטטוטורית, המוטלת עליו, ואשר ביצועה הועבר על-ידי לקבלן העצמאי.

עוד נפסק, בהתייחס לתקנות הבטיחות בעבודה (עבודות בניה), התשט"ו-1955, כי ככלל, ייחשב היוזם והמטפל בארגון ובהוצאה לפועל של עבודות בניה בתור מבצע הבניה. אולם, אם אותו אדם מעסיק קבלן ראשי, וזה עוסק בביצוע פעולות הבניה, יראו את הקבלן הראשי כמבצע הבניה, והחובות המוטלות בתקנות על "מבצע הבניה" מוטלות על הקבלן הראשי. אך מקום שפעולות הבניה מבוצעות שלא באמצעות קבלן ראשי אחד, לא משתחרר האדם היוזם ומארגן את פעולות הבניה מחובותיו כמבצע הבניה.

המערערת התקשרה עם מספר קבלנים לביצוע עבודות בניה במבנה שבחוקתה; בין היתר, התקשרה לצורך פעולות הריסה עם שותפות שבה הועסק המנוח. המנוח נהרג תוך כדי ביצוע עבודות ההריסה.

בית-המשפט המחוזי קיבל את תביעת המשיבים, תלויי המנוח, נגד המערערת ואחד השותפים וקבע, בין היתר, כי המערערת אחראית לתאונה. כן קבע, שהמנוח תרם ברשלנותו להתהוות התאונה.

נקבע כי לעיקרון הבסיסי, לפיו מעסיק, המתקשר בחוזה עם קבלן עצמאי, כדי שהלה יבצע עבודה עבורו, אינו אחראי למעשה נזיקין של הקבלן העצמאי בעת ביצוע העבודה, יש חריגים מספר. אחד מן החריגים קובע, כי המעסיק יישא באחריות, אם נמצא אחראי לאי-קיום חובה

15. סכסוכים בין קבלן ראשי לקבלן משנה - פיצוי בגין הוצאות מימון - פיצויים לפי סעיפים 10 ו-11 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).

ע"א 2333/90 גורדי בע"מ נ' חרות בע"מ וערעור שכנגד, פ"ד מז(2) 20.

לה הוצאות ושכר-טרחה בשיעור של 2,000 ש"ח בלבד. השגות המערערת בערעור מתמקדות בדחיית תביעתה הנגדית בנושאים שונים והשגות המשיבה מתייחסות לשיעור ההוצאות ושכר-טרחה שנפסקו לטובתה. ככל שמדובר בהשגות המשיבה לעניין שכר-טרחה נאמר כי בדרך-כלל אין דרכו של בית-המשפט שלערעור להתערב בפסיקת הוצאות על-ידי הדרגה הראשונה. התערבות כזו תהיה רק במקרים יוצאי-דופן מאוד, והמקרה דנן אינו כזה. נהפוך הוא, שכר הטרחה הנמוך הוא פועל יוצא מתביעותיה המוגזמות של המשיבה ומצידקת המערערת בחלק מטענותיה בתביעתה היא. גם ערעור המערערת נדחה שכן כשבתן בית-המשפט את הטענות לגופן, מסקנתו היתה כי ההשגות מופנות כנגד קביעות עובדתיות של הדרגה הראשונה, המעוגנות בחומר הראיות. בית-המשפט לא ראה עילה וטעם להתערב בכך. לעניין הוצאות המימון טענה המערערת, בין היתר, כי ניתן היה לקבוע את הסכום של הוצאות המימון כפיצוי לפי סעיף 11 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970. לגבי סעיף זה נאמר כי סעיף-קטן (א) שלו אינו חל הואיל והמערערת לא ביטלה את ההסכם עם המשיבה. לגבי סעיף-קטן (ב), הדין במצב בו הופר חיוב לשלם סכום כסף, הרי שגם בכך אין עוסק העניין דנן. לגבי טענת המערערת בדבר פסיקת פיצויים לפי סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) נאמר כי, בנסיבות המקרה, היה עליה להוכיח את עניין הוצאות המימון, שהוא לפי טבעו ואופיו נזק מוגדר וקצוב. על המערערת היה להוכיח, מהו סכום התשלום שעוכב על-ידי הסוכנות באשמתה הבלעדית של המשיבה, איזו ריבית נגבתה באותה תקופה מהמערערת ואילו הוצאות מימון במדוייק נבעו מכך. משלא עשתה כן - אין לה להלין אלא על עצמה.

המערערת, שהיא חברה לעבודות בניה, חתמה על חוזה עם הסוכנות היהודית, לפיו קיבלה על עצמה, כקבלן ראשי, לבנות אודיטוריום וספריה בתל-חי. המשיבה, שהיא חברה לעבודות בניין, צנתר חשמל ומיזוג-אוויר חתמה על הסכם עם המערערת לביצוע עבודות אינסטלציה, מיזוג-אוויר וחשמל באתר הבניה, כקבלן משנה. המערערת לא עמדה בלוח הזמנים שהתחייבה לו בהסכם עם הסוכנות. ביחסים שבין המערערת לבין הסוכנות הוארך המועד (ללא כל סנקציות) עד לשבוע לפני המועד שבו נמסרו העבודות בפועל. גם המשיבה לא עמדה בלוח הזמנים שהתחייבה לו בהסכם עם המערערת. בהסכם נקבע פיצוי מוסכם המחושב עבור כל יום פיגור. המשיבה הגישה תביעה נגד המערערת לאחר שזו נמנעה מלשלם לה את כל שהגיע לה על-פי חשבון שהגישה, וזאת משום שהמערערת סברה כי המשיבה הסבה לה נזקים בשל אותו פיגור מתמשך בהשלמת העבודה ובשל טעמים נוספים וכי אם תביעותיה אכן תתקבלנה הרי שהסכומים המגיעים למשיבה יתקווזו. המשיבה תבעה את הסכום שלא שולם לה וכן הפרשי הצמדה וריבית ופיצוי בשל הארכת תקופת ביצוע העבודות מסיבות שנגרמו על-ידי המערערת. המערערת הגישה תביעה נגדית, ובה תבעה פיצוי המגיע לה בשל הפיגור בהשלמת העבודה ופיצויים בשל נזקים שנגרמו לה על-ידי המשיבה במבנה עצמו, לרבות הוצאות מימון שונות. בית-המשפט המחוזי קבע כי המשיבה אכן פיגרה בהשלמת העבודות ללא סיבה מוצדקת וקיזז את הפיצוי בגין פיגור זה, המחושב על-פי מה שהוסכם בחוזה, וניכה סכום זה מהסכום שהגיע למשיבה על-פי יתרת החשבון. בנוסף פיצה בית-המשפט את המערערת על נזקים מסויימים שנגרמו בעטייה של המשיבה ודחה את יתר תביעות המערערת ואת תביעות המשיבה. מאחר שהמשיבה זכתה רק באופן חלקי בתביעתה נפסקו

## 16. העסקת קבלן משנה - הפרת חוזה וביטולו.

ע"א 1407/92 י.ח. ייזום והשקעות בע"מ נ' סולל בונה בע"מ, פ"ד מז(3) 45.

לגבי הטענה בדבר צמצום היקף העבודה, בה התייחסה המערערת לביטול בנייתו של אחד המגדלים בפרוייקט, נאמר כי גם אם נכונה טענתה, שההפרה מתגבשת כבר בעצם ההוראה לעכב את בנייתו של המגדל, ספק אם לא איבדה המערערת את ברירת הביטול.

צויין כי חוזה אינו מתבטל מאליו מחמת הפרתו, אלא נדרשת פעולה של הנפגע לשם ביטול החוזה וכל עוד אין הנפגע מביע כוונה ורצון לבטלו - החוזה עומד בתוקפו. הנפגע אינו חייב לבטל את החוזה בעקבות הפרתו: הוא זכאי לבטלו אך זכאי גם שלא לבטלו.

מכאן נובע שזכות הביטול ניתנת לווייתור. הווייתור יכול להתבטא במפורש או מכללא. משלא פעל הנפגע לביטול, הרי שניתן בשלב כלשהו (לפי הנסיבות) ללמוד ממחדלו על בחירה באפשרות של קיום החוזה.

במקרה זה הרושם היה שהמערערת מחלה על ההפרה. אולם, גם אם התנהגות המערערת בעניין ההפרה הנדונה אינה עולה כדי איבוד זכות הביטול, נאמר כי הפעלת הזכות במקרה זה עולה כדי חוסר תום-לב, ונוגדת את סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

אמנם עמידה על זכות מפורשת המוסכמת בין הצדדים אינה, כלשעצמה, בגדר פעולה נעדרת תום-לב, אולם במקרה דנן המערערת המשיכה בעבודתה גם לאחר אותה הפרה, וניסיון להיתלות בה כעילת ביטול בהתדיינות המשפטית מהווה חוסר תום-לב.

לגבי שיעור ההפחתה בהיקף העבודה נאמר כי נטל הוכחתו על המערערת. בתביעתה היה עליה לבסס את הטענה כי בדין הפסיקה את העבודה באתר, וכן כי להפסקת העבודה קדמה הפרה מצד המשיבה.

בעניין הטענה בדבר נישול המערערת ממקום עבודתה נאמר כי הודעה על ביטול חוזה אינה צריכה להיות מפורשת ואף התנהגותו של הנפגע תהיה הודעת ביטול נאותה אם משתמעת ממנה כוונת ביטול. במקרה זה נתמכת מסקנת בית-המשפט קמא, בדבר ביטול חד-צדדי של החוזה מצד המערערת, לא רק בעובדת הפסקת העבודה באתר אלא גם בתנאים שהציבה המערערת לשובה לעבודה.

משנקבע כי אף לא אחת מעילות הביטול שהעלתה המערערת התקיימה, הרי שבמכתבה המודיע על ביטול החוזה מחמת הפרתו, יש משום ביטול שלא כדין. מתן הודעת ביטול, כשהביטול אינו כדין, מהווה כלשעצמו הפרה של החוזה.

המשיבה התקשרה בהסכם עם מזמין להקמת מבנה מסחרי. הסכם זה התיר לה, בין היתר, להעסיק קבלני משנה כאשר המשיבה אחראית כלפי המזמין למילוי כל התחייבויותיה על-פי ההסכם עמו, ובכלל זה גם העבודות המבוצעות על-ידי קבלן המשנה. המשיבה העסיקה את המערערת כקבלן משנה בפרוייקט הנ"ל. בין בעלות הדין נחתם חוזה, שכלל גם תנאים כלליים סטנדרטיים וגם "סיכומים מיוחדים".

המערערת הספיקה לבצע חלק מעבודת הבניה, עמדה בלוח הזמנים ואף הקדימה אותה, אולם בשלב מסוים היא הפסיקה את עבודתה. מספר ימים לאחר-מכן העלתה המשיבה פועלים משלה להמשך העבודה. המערערת הודיעה למשיבה במכתב על ביטול החוזה עימה מחמת הפרתו והגישת תביעה נגד המשיבה ובה טענה כי המשיבה הפרה החוזה במספר מישורים ולפיכך ביטלה המערערת את החוזה כדין, והיא זכאית להשבה ולפיצויים. העילות לביטול החוזה היא אי-אספקת ציוד וחומרים, שחובת אספקתם על המשיבה; צמצום היקף העבודה המתוכננת בשיעור העולה על המותר על-פי החוזה; נישול המערערת מאתר הבניה והכנסת עובדי המשיבה במקומם; וכן, פיגור בתשלומים שהגיעו למערערת על-פי החוזה. בית-המשפט דחה את תביעת המערערת לפיצויים בגין הפרת החוזה וזיכה אותה בסעד של השבה בלבד. כמו-כן התקבלה טענת קיזוז של המשיבה.

הערעור מופנה, בין השאר, אל הקביעה שהמשיבה לא הפרה את החוזה, כך שביטול החוזה על-ידי המערערת, היה שלא כדין, ואין היא זכאית לפיצוי.

בעניין אספקת חומרים וציוד נאמר כי לנושא זה מתייחסים במסגרת החוזה הן התנאים הכלליים (הסטנדרטיים) והן הסיכומים המיוחדים. במקרה זה נקבע כי הסיכומים המיוחדים "גוברים" על התנאים הכלליים, שהם סטנדרטיים בחוזים שעורכת המשיבה.

"ואולם בהתייחס לחומרים בלבד אין הם מונעים את תחולת סעיף 3 לתנאים הכלליים ככל שהוא מתייחס לפרטים מסוג אחר, ובכלל זה גם ציוד. סעיף זה מטיל כאמור את חובת אספקת הציוד על המערערת. כמו-כן, התנאים הכלליים הסטנדרטיים נוסחו אמנם על-ידי המשיבה, ובהקשר זה כלל הפרשנות 'נגד הנסח' פועל לטובת המערערת, אך כלל זה אינו רלוואנטי בפרשנות הסיכומים המיוחדים, שהם פרי משא-ומתן בין הצדדים לחוזה, ופרי הכרעה משותפת."

## 17. המבחן לבחינת משמעותה האמיתית של ההתקשרות בין בעל קרקע לבין מי שמבצע בפועל את הבניה - החבות בתשלום מס רכישה.

ע"א 1444/90 זרעד בע"מ נ' מנהל מס שבת, פ"ד מו(4) 169.

"ודוק, המדובר בכוח המסור על-פי החוזה, היינו הבחינה הנדרשת היא של מצב הדברים מבחינה משפטית בעת כריתת החוזה ועל-פיו. התנהגות מאוחרת של הצדדים שלא על-פי החוזה או אי-עמידה של מי מהצדדים על מלוא זכויותיו החוזיות אינן מעלות ואינן מורידות."

במקרה זה נקבע כי הוראות ההסכם מצביעות על הענקתה של זכות במקרקעין למערערת.

"לו היה מדובר ביחסים של הזמנת ביצוע עבודות בניה בלבד, לא היה זה מעניינו של הקבלן מה ייעשה בדירות שתבנינה, שכן שכרו היה משתלם לו ממילא. נטילת הסיכון בענייננו, בכך שהמערערת הסכימה לקבל לידיה את הבעלות בדירות שלא תימכרנה, מצביעה על כך שמלכתחילה מעמדה בעסקה לא היה אך כמבצעת עבודות בניה עבור הבעלים, ותו לא."

ובהמשך נאמר:

"אכן, המקרה שלפנינו איננו חד-משמעי, ובשום מקום לא מצוינו, כי הבעלים מעבירים לידי המערערת את זכותם להירשם כחוכרים של המקרקעין, או חלק ממנה. אולם עיון בהוראות הסכם הקומביניציה והתוספת לו ובחינת משקלם המצטבר של הנתונים העולים מהן מובילים לכלל מסקנה, כי מעמדה של המערערת בעסקה חרג מעבר לזה המוקנה לקבלן מבצע. הכוח והסמכויות שנמסרו לה, מחד גיסא, והסיכונים והאחריות שנטלה על עצמה, מאידך גיסא, מובילים לכלל מסקנה, כי מעמדה ביחס למקרקעין ולעסקה כולה היה כשל הבעלים."

המערערת, שהיא חברה קבלנית לבניה, התקשרה בהסכם עם בעלים בזכות להרשם כחוכרים של מקרקעין. על-פי ההסכם קיבלה על עצמה המערערת את "התכנון, הבניה והביצוע" של הקמת מבנה ובו שמונה-עשרה יחידות דור. תמורת מילוי כל התחייבויותיה על-פי ההסכם התחייבו הבעלים לשלם למערערת בין 50% ל-60% מן התמורה, שתתקבל ממכירת הדירות שתיבנינה לצדדים שלישיים, כמפורט בהסכם. כמו-כן, הוסכם בין הצדדים כי ביצוע מכירת הדירות ייעשה על-ידי הצדדים במשותף וכי הוצאות המכירה יתחלקו בין הצדדים באופן שווה.

המשיב סבר כי המערערת רכשה על-פי ההסכם הנ"ל זכות במקרקעין והתייחס לאירוע כאל מכירת זכות במקרקעין על-פי החוק, המוליכה חבות במס רכישה.

עמדת המערערת היא שהמדובר רק בעסקה של הזמנת עבודות בניה מקבלן מבצע, מבלי שהועברו לקבלן המבצע זכויות כלשהן במקרקעין. ועדת הערר דחתה את ערעור המערערת ומכאן הערעור לבית-המשפט העליון, אשר נדחה.

בעניין משמעות ההתקשרות הנדונה נאמר כי המבחן לבחינת משמעותה האמיתית של התקשרות בין בעל הקרקע מזה לבין מי שמבצע בפועל את הבניה מזה, כפי שנקבע בע"א 614/82 מנהל מס שבת נ' חברת ש.א.פ. בע"מ, פ"ד מ"א(3) 735, הוא מבחן גמיש, שתכליתו בחינת היקפו ושיעורו של הכוח המסור לקבלן על-פי החוזה בכל הנוגע לבניה עצמה ולמכירת הדירות.

## 18. עיקול זמני - בקשת מחזיק לחזור בו מהודאתו.

ע"א (י-ם) 12/93 הלוויס בע"מ עבודות עפר ופיתוח נ' חברה לבניין מריו לזניק בע"מ ואח', פ"מ תשנ"ד(ג) 128.

על המשיבה 1 להעביר את הכספים המעוקלים לידי בא-כוח המערערת, היא סירבה לעשות כן, בטענה כי הודאתה ניתנה מתוך טעות. לטענתה, התברר לה בדיעבד כי המשיבים 2-5 חייבים לה סכום כסף העולה על הסכום שועל.

המשיבה הראשונה הגישה בקשה לביטול העיקול או להרשות לה לחזור בה מהודאתה. בית-המשפט קמא התיר לה לחזור מן ההודאה, שכן מצא כי קיימים "טעמים מיוחדים" כנדרש בתקנה 368 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשנ"ד-1984. מכאן הערעור.

המערערת טענה כי המשיבה הראשונה נתפסה על הודאתה

המערערת ביצעה עבור המשיבים 2-5 עבודות עפר. המשיבה 2 לא שילמה עבור ביצוע העבודות ולכן הגישה המערערת נגדה תביעה לתשלום הכספים המגיעים.

במסגרת תביעה זו, הוצא לבקשת המערערת צו עיקול זמני על כספים וזכויות, עד לסכום שנקבע, המגיעים או שיגיעו למי מיחידי משיבה 2 ומופקדים לזכותם אצל מחזיקים שונים. בין היתר הוצא צו עיקול זמני על כספים המופקדים אצל המשיבה הראשונה.

המשיבה הראשונה שלחה הודעה לפיה היא מחזיקה בידיה כספים בגובה סכום העיקול וכי תפעל לגביהם כפי שבית-המשפט יורה לה. אולם, כאשר ציווה בית-המשפט

שלא מגיעים לה כספים מאת המשיבה 1, אלא להיפך, משיבה 2 עוד חייבת כסף למשיבה 1. כך, מכל מקום. סברה המשיבה 1 בתום-לב ועל-כן הגישה תביעה נגד משיבה 2 בפני בורר. "נראה לנו, כי נסיבות אלו הן בגדר "טעמים מיוחדים" היכולות להצדיק מתן רשות למחזיק לחזור בו מהודאתו. כפי שציין בית-המשפט קמא בצדק, לא יעלה על הדעת שמחזיק הטוען כי החייב חייב לו כסף, ישלם מכספי החייב הנמצאים בידו לצד שלישי הנושה אף הוא בחייב, והוא עצמו, המחזיק, ייצא בידים ריקות."

שהיא מחזיקה בכספים השייכים למשיבים 2-5. נפסק כי - בעת שהתקבל צו העיקול אצל המשיבה 1 אכן היה לה יסוד סביר להניח כי היא מחזיקה בכספים המגיעים למשיבה 2. שכן משיבה 2 ביצעה עבורה עבודות בניין באתרים שונים. למעשה, לא היו בידי המחזיק כספים השייכים לחייב אלא לחייב היתה זכות לקבל כספים מאת המחזיק בקשר לעבודות שביצע החייב עבור המחזיק. לימים התברר למשיבה 1 כי לאור העובדה שהמשיבה 1 הקדימה תשלומים למשיבה 2 ולאור העובדה שמשיבה 2 לא עמדה בלוח הזמנים וביצעה עבודה גרועה. לא זו בלבד

## 19. פרשנות סעיף בחוזה בין מזמין לקבלן - הפרשי הצמדה וריבית.

ע"א 4651/95 בני סעיף חמודה ואח' נ' המועצה המקומית עראבה, תקציר פסק-דין מט 35.

שווה למרות ששתיהן יכולות להתיישב עם לשון הסעיף כדברי בית-המשפט קמא. לשונו ותכליתו של המסמך מחייבים להעדיף את הפירוש שאימץ בית-המשפט המחוזי. כמו-כן, במצב דברים זה אין תחולה לכלל שיש להעדיף את המשמעות הנוחה למערערת הואיל והמשיבה היא שניסחה את החוזה. מנסחי החוזה הפרידו בין שתי תקופות: הראשונה, תוך 30 יום ממועדו של כל תשלום והשניה - לאחר 30 יום ממועדו של כל תשלום. הסכום שמשולם בתקופה הראשונה יישא הפרשי הצמדה והסכום שבתקופה השניה "תתווסף לו ריבית בנקאית רגילה". לשונו של הסעיף יש לה משמעות לשונית אחת, אם כי ניתן להסיק בדוחק גם משמעות נוספת, וגם תכליתו של החוזה מחייבת בחירה במשמעות משפטית אחת, הוזה למשמעות הלשונית. הערעור הנדחה.

המערערת התקשרה עם המשיבה לביצוע מערכת קווי ביוב. המחלוקת בין הצדדים הינה בעניין פרשנותו של סעיף בחוזה שבו נאמר "כל סכום אשר ישולם לקבלן... תוך 30 יום ממועדו יישא הפרשי הצמדה. סכום אשר ישולם לאחר 30 יום ממועדו תתווסף לו ריבית בנקאית רגילה בתום אותם 30 יום ועד לתשלום בפועל". השאלה שנבחנה היתה אם משמעות הסעיף היא שסכום שלא שולם לאחר 30 יום ממועדו צובר הפרשי הצמדה וגם ריבית בנקאית או שבתום 30 הימים נפסקת ההצמדה והסכום צובר ריבית בנקאית בלבד. בית-המשפט המחוזי קבע כי שתי הפרשנויות יכולות להתיישב עם לשון הסעיף ומביניהם נראית לו זו אשר לפיה קביעת הריבית הינה ללא תוספת הפרשי הצמדה. בערעור נקבע כי צדק בית-המשפט קמא בפרשנות הסעיף. לדבריו, שתי המשמעויות של הסעיף אינן סבירות במידה

## 20. מחלוקת על עצם קיום החוב שבגיננו נטען לקיום זכות עיכבון או על גובהו, אינה גורעת מהזכות לעיכבון. אין מניעה להתנות על זכות העיכבון.

רע"א 5059/93 פ.א. ארבן בע"מ נ' גבי א.ג.ר. שותפות לבניין ופיתוח, פ"ד מט(1) 730.

המשיבה וטענה כי המשיבה היא החייבת לה כספים ולכן לא עומדת למשיבה זכות עיכבון. המשיבה הגישה תובענה לסעד הצהרתי בדבר זכותה לעיכבון בבניינים האמורים. ניתן לה סעד זמני האוסר על המבקשת לאכלס את הבניינים. על החלטה זו הוגשה בקשת ערעור לבית-המשפט המחוזי, שקבע כי דיון בזכות עיכבון במקרקעין אינו בסמכות בית-משפט השלום. הדיון תובענה על כל בקשותיה הועבר לבית-המשפט המחוזי

המבקשת היא חברה קבלנית והמשיבה היא שותפות רשומה העוסקת בבניה. בין הצדדים נחתם חוזה לפיו התחייבה המשיבה לבנות עבור המבקשת שלושה-עשר בניינים באתר בניה מסויים. עשרה מתוך שלושה-עשר הבניינים נמסרו למבקשת לאחר גמר בנייתם, ואילו לגבי שלושת הבניינים הנותרים טוענת המשיבה לזכות עיכבון על-פי דין, עד לתשלום חוב בגין עבודות הבניה, אשר לטענת המשיבה חבה לה המבקשת. המבקשת כפרה בתביעת

המשיבה על מכירת הדירות אינה מעלה ואינה מורידה מזכותה לעיכבון. לבסוף טוענת המשיבה כי השופט המלומד בדרגה הראשונה הפעיל את שיקול-הדעת המסור לו בקביעת הערובה הראויה בנסיבות העניין וחייב את המשיבה בערובה של השותפים בשותפות לכל נזק.

בערעור צויין כי לצורך מתן סעד זמני מספיקה ראיה לכאורה, לצורך הוכחת עובדה השנויה במחלוקת, ולא נדרש שכנוע במידה הדרושה להכרעה הסופית. בנוסף, על בית-משפט של יושר לשאול עצמו אם קיימים שיקולים שלא להעתר לתובע, אם בא התובע לבית-המשפט ביושר ובנקיון-כפיים, או שמא מעלים הוא עובדות חשובות מידיעת בית-המשפט ובלבד לזכות בצו.

שיקול אחר עניינו בבדיקת מידת הנזק העשוי להיגרם לכל אחד מבעלי הדין אם יינתן או לא יינתן הצו, והשוואתם של הנזקים זה לזה. על בית-המשפט להתחשב באיזון שבין אינטרס התובע לקבל סעד זמני מידי, לבין הפגיעה האפשרית בנתבע.

באשר לדיני העיכבון בארץ נאמר כי חלות עליהם שתי מערכות דינים. זו הקובעת את זכות העיכבון וזו הקובעת את מהותה והיקפה של הזכות.

"הראשונה מצויה במספר רב של חקיקים אורחיים. מבין ההוראות, חשובה לענייננו הוראת סעיף 5 לחוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974, הקובעת את זכותו של קבלן לעכב נכס שעשה בו מלאכה, כדי תשלום החוב המגיע לו, עקב עסקת הקבלנות. השניה מצויה בסעיף 11 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971, הקובע את ההסדר הכללי להפעלה של הזכות. הן מהוראת סעיף 11 לחוק המיטלטלין והן מלשונו של סעיף 5 לחוק חוזה קבלנות עולה כי תנאי הכרחי ליצירת זכות עיכבון הינו קיומו של חוב שהגיע מועד פרעונו, והחוב טרם קויים.

נשאלת השאלה, מה דינו של עיכבון בגין חוב השנוי במחלוקת בין הצדדים.

אכן, אין בכך שהמשיבה טוענת להפרה ולנזקים באופן סתמי וערטילאי, אך מחלוקת על גובה הסכומים המגיעים לקבלן, או אף על עצם הזכאות של הקבלן לסכום כלשהו, אינה גורעת מזכותה לעיכבון...

עם זאת, השימוש בזכות העיכבון חייב להיעשות בדרך הגונה ובתום-לב. לפיכך, אם החוב אינו קצוב, או שקיימת מחלוקת לגבי גובהו, על הקבלן להודיע מהי תביעתו ולהמציא למזמין פרטים מספיקים הנדרשים לקציבת הסכום.

גישת בית-המשפט העליון היא שהתגבשות זכות העיכבון מותנית בנקיבת הסכום הנדרש.

העדר הסכמה בין הצדדים באשר לגובה החוב אינה מאיינת את זכותו של הקבלן לעיכבון בגובה החוב שהוא טוען לו. במקרה כגון זה בית-המשפט הוא שיידרש להכריע במחלוקת זו.

שאלה אחרת שעלתה היתה אם יש בקיומו של סעיף "סילוק-יד הקבלן" מהאחר ויתור מראש על זכות העיכבון. ככלל, נאמר כי אין מניעה במשפטנו להתנות על זכות העיכבון לפי החוקים השונים. עם זאת, התנאה

שם תלויה ועומדת תביעה כספית שהגישה המבקשת נגד המשיבה.

בבית-המשפט המחוזי עתרה המשיבה לסעד ההצהרתי האמור וכן לסעדים זמניים שונים לרבות צו מניעה זמני. תחילה ניתן הצו במעמד צד אחד ולאחר-מכן נדון במעמד שני הצדדים, ובית-המשפט סירב לבטלו אם כי צומצמה תחולתו.

מכאן הבקשה לרשות ערעור.

בית-המשפט המחוזי קבע כי מחומר הראיות עולה לכאורה, שהמבקשת חייבת למשיבה סכום כסף בגין עבודות שזו האחרונה ביצעה, ואם כי סביר כי מן "החשבון הסופי" יקוּוו סכומי כסף שונים, הרי עמדה המשיבה בנטל הנדרש ממנה ל"זכות לכאורה" אשר די בה למתן סעד זמני כמבוקש. כן שוכנע בית-המשפט כי המשיבה נמצאת בקשיים כלכליים ניכרים, ושיללת זכותה לעיכבון תחמיר את מצבה עוד יותר. לפיכך, "מאזני הנזק", המכריע בשאלה אם ליתן סעד זמני, נוטה לטובתה. בית-המשפט דחה את טענת המבקשת כי המדובר ב"קבלנות באשראי", היינו שהתשלום בגין עבודת הקבלנות אמור להתבצע רק לאחר מסירת הנכס.

במקרה כזה יש לראות בקבלן כמי שוויתר על זכות העיכבון בנכס.

בערעור טענה המבקשת כי העיכבון אינו מכשיר לפתרון בעיות כספיות ואין ליתן סעד זמני בלי שהוכח ולו לכאורה קיומו של חוב. כמו-כן, צריך החוב שביסוד העיכבון להיות בגין שכר מוסכם שאינו שנוי במחלוקת.

"סעיף 15 לחוזה הקבלנות מקנה למבקשת זכות לסלק את ידי המשיבה מאתר הבניה ולהשלים את ביצוע העבודות בעצמה במקרים המפורטים בסעיף. לטענת המבקשת, סעיף זה מעיד כי המשיבה ויתרה מראש על זכותה לעיכבון. כן, אין בהסכם פשרה מאוחר, שבמסגרתו הסכימה המבקשת למחוק תביעה קודמת לסילוק-יד המשיבה מהאתר, משום ויתור של המבקשת על זכות שהוקנתה לה בחוזה.

עוד טוענת המבקשת כי הסכמתה של המשיבה למכירת יחידות דיור לצדדים שלישיים תמי-לב (רוכשי דירות) מהווה אף היא אינדיקציה לויתור מראש על זכות העיכבון. המבקשת מוסיפה וטוענת כי הדרגה הראשונה לא ייחסה משקל כלשהו להעדר נקיון-כפיים מצד המשיבה, אף-על-פי שצו מניעה זמני נחשב לסעד מן היושר הנותן משקל מכריע לנקיון-כפיו של העותר. לבסוף טוענת המבקשת כי השופט המלומד טעה בכך שלא התנה את הצו המבוקש בערובה להבטחת נזקיה, וזאת "ערבות עצמית" של שותפי השותפות המשיבה.

11. מנגד טוענת המשיבה כי די בטענת חוב כדי לבסס את זכות העיכבון, שאלמלא כן, יוכל הנתבע לאיין את זכותו של התובע על דרך הכחשה סתמית של החוב. עוד טוענת המשיבה כי אין בקיומו של סעיף "סילוק-יד הקבלן" כדי לשלול אפריורי את זכות העיכבון. סעיף 15 לחוזה אכן מאפשר סילוק-יד הקבלן בהתקיים אחד מהתנאים המנויים בו, אולם אין המבקשת רשאית לסלק ידי המשיבה מן האתר באשר לא נתקיימו תנאי הסעיף. כמו-כן ידעית של

## "סוף דבר"

16. סעיף 11(ג) לחוק המטלטלין מאפשר לחייב לשחרר את הנכס המעוכב במתן ערובה מספקת אחרת לסילוק החיוב. והיה והמבקשת אינה מציעה ערובה אחרת במקום העיכוב, כפי שמאפשרת לה, כאמור, הוראה זו, יישאר צו המניעה בתוקפו, אולם, כפי שכבר ציינתי בתחילת דברי, חושבני שהמבקשת צודקת בטענתה שמן הדין יהיה לחייב את המשיבה במתן ערובה נוספת להבטחת נזקי המבקשת, פרט לערבות השותפים, אם תידחה תביעת המשיבה.

17. אשר-על-כן הייתי מציע לדחות את הערעור ככל הנוגע למתן צו המניעה הזמני ולהחליט כי צו המניעה הזמני יישאר בתוקפו בתנאי שתוך 30 ימים מיום מתן פסק-דין זה יהא על המשיבה לתת התחייבות צד ג' בטוחה, בנוסף להתחייבות השותפים, להנחת-דעתו של כב' רשם בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, ולפיה תפצה את המבקשת על כל נזק שייגרם לה עקב מתן צו המניעה."

מעין זו ראוי שתיבחן לאור הכללים המקשים על סטיה מדין פוזיטיבי, ובהתאם לכלל בדבר הפירוש נגד המנסח.

סעיף 15 לחוק חוזה קבלנות מפרט את המקרים המאפשרים סילוק-יד הקבלן מן האתר ומכלל הן אתה שומע לאו, היינו: סילוקו של הקבלן אפשרי רק בהתקיים אחד מן המאורעות המפורטים בסעיף.

במקרה זה נפסק כי לא נתקיימו תנאי הסעיף. אשר לטענה כי בהסכמת המשיבה להקנות זכויות לצדדים שלישיים יש משום ויתור מראש על זכות העיכוב נאמר:

"לשיטתנו, זכות העיכוב אינה חלה על דירות שנמסרו לרוכשיהן בידיעתה ובהסכמתה של המשיבה, שכן בהתאם להוראות סעיף 11(ד) לחוק המטלטלין, ויתור על החזקה הפיזית בנכס מהווה ויתור על זכות העיכוב."

הצו שיצא מלפני בית-המשפט המחוזי מתייחס אך ורק ליחידות שטרם נמכרו לצדדים שלישיים.

## 21. תביעה להשבת תשלום יתר - אחריותם של מפקחים על הבניה ושל הקבלן.

ע"א 4738/90 + 4737 אליאס, סאבא ואבו סמרה נ' קוסטודיה זה טרה סנטה, תקציר פסק-דין מה 186.

לא ידעו שנקבע כי הוא חוזה קצוב. בית-המשפט המחוזי הביע ספק בכך שהמפקחים לא ידעו מה נקבע בחוזה הבניה, אך לדעתו, עצם העובדה שהמפקחים קיימו פיקוח על עבודת הקבלן ואישרו את חשבונותיו בלי לברר מה נקבע בחוזה הבניה, היא כשלעצמה מוכיחה אם רשלנותם. בחוזה הפיקוח הם התחייבו לבדוק ולאשר את החשבונות בקשר לתשלומים "חלקיים וסופיים המגיעים לקבלנים". ביצוע סביר של התחייבות זאת חייב אותם לברר, במידת הסבירות, מה מגיע לקבלן לפי החוזה. העובדה שלא טרחו כלל לברר מה נקבע בחוזה, היא, כשלעצמה, מעידה על רשלנות.

בערעור נקבע שהמפקחים צודקים בטענתם כי המשיבה נהגה ברשלנות כלפיהם בכך שלא הציגה בפניהם, ביוזמתה, את חוזה הבניה. ראשית, בחוזה הפיקוח לא דובר על חוזה קצוב, אלא על "אומדן עלות הבניה אשר תבצע לפי עלות למטר מרובע". המפקחים יכלו להניח כי עלות הבניה נקבעה בחוזה עם הקבלן לפי מדידה. שנית, בחוזה הפיקוח נקבע כי חוזה העבודה יוכן על-ידי המשיבה "לאחר התייעצות עם המהנדס ובידיעתו". ומכאן, כי המשיבה היתה חייבת להביא את חוזה הבניה לידיעת המפקחים והיא לא עשתה זאת. שלישית, כשם שמתוך חוזה הפיקוח ניתן ללמוד על חובת המפקחים לנקוט יוזמה ולבקש מהמשיבה להציג בפניהם את חוזה הבניה, כך ניתן ללמוד ממנו על חובת המשיבה להציג את חוזה הבניה בפני המפקחים. כך היה נוהג מזמין סביר. רביעית, המשיבה שילמה 20 חשבונות שהוגשו על-ידי

אליאס, הקבלן, בנה בית מגורים עבור הכנסיה המשיבה, לפי חוזה בניה. הכנסיה העסיקה את שני המעוררים האחרים כדי לפקח על עבודת הקבלן ולבדוק את החשבונות שיגיש וזאת לפי חוזה פיקוח עמם. לאחר שהקבלן השלים את עבודתו וקיבל את שכרו התברר למשיבה כי שילמה, לפי חשבונות שאושרו על-ידי המפקחים, תשלום יתר בסך של 118,000 ש"ח.

המשיבה הגישה תובענה נגד הקבלן להחזר הסכום ששולם ביתר וכן סכומים נוספים ובסה"כ כ-173,000 ש"ח. בית-המשפט חייב את הקבלן לשלם למשיבה את הסכום הנ"ל וכן חייב את המפקחים, ביחד ולחוד עם הקבלן, לשלם למשיבה חלק מסכום זה היינו, 118,000 ש"ח שהוא הסכום של תשלום היתר.

הטענה העיקרית של המשיבה היתה כי חוזה הבניה היה חוזה קצוב, היינו קבע סכום כולל וסופי שישולם לקבלן עבור עבודות הבניה. מנגד טען הקבלן שהיה זכאי לקבל לפי החוזה תשלום עבור העבודה שביצע בפועל, לפי מדידה של חומרים ועבודה.

בית-המשפט דחה את טענות הקבלן.

בערעור נקבע כי אכן החוזה היה קצוב ונאמר בו במפורש כי "המחיר של העבודות הנדרשות... הינו קצוב (פאושלי), ולא ייעשו בגין העבודות הנ"ל כל מדידה בכמויות או ספירת יחידות...".

אשר למפקחים המשיבה תבעה אותם בגין רשלנות, שהרי הם אישרו את חשבונות הקבלן. המפקחים טענו כי המשיבה לא סיפרה להם על חוזה הבניה, הם לא ראו חוזה זה וגם

שווה בשווה.  
הערעור של הקבלן נדחה.  
ערעור המפקחים נתקבל חלקית.

הקבלן ואושרו על-ידי המפקחים, כולם על בסיס מדידה בלי להפנות את תשומת-לב המפקחים להוראת החוזה הקובעת תשלום כולל וסופי. מכאן, שהמשיבה אחראית בחלקה לטעות המפקחים ויש לחלק את האחריות ביניהם

## 22. בעלות בארונות מטבח - קבלת חזקה - שהיא מרכיב חיוני בהעברת בעלות - מצריכה התגבשות שני יסודות: יסוד של שליטה פיזית בנכס ויסוד של כוונת שליטה.

ע"א 1367/93 דסקו מוצרי עץ (1987) בע"מ נ' אברהם ירון, עורך-דין, כמפרק זמני של חברת DP KONING VARAZDIN S.P.O ואח', פ"ד מט(4) 215.

רשמי ומסירה פורמאלית "טקסית" של הארונות. לעומת זאת, מסדירות הוראות אחרות תשלום של עד 90% מהתמורה בעבור ארונות שהחשבונות החלקיים בגינם אושרו.

7. מקריאת סעיפיו השונים של החוזה ניתן ללמוד כי כוונתם המשתמעת של הצדדים היתה ליצור הקבלה בין קצב התקדמות ייצור הארונות והרכבתם לבין קצב ביצוע התשלום על-ידי החברה. עוד עולה מהוראות החוזה כי לא היה בכוונת החברה לשאת באחריות כלשהי כלפי הארונות בטרם נבדקו תקינותם והתאמתם למיפרט, על-ידי נציג מטעמה או על-ידי נציג מטעם המזמינה. בדיקה ואישור כנ"ל באו על-פי החוזה לידי ביטוי, לכל המוקדם, באישור החשבונות החלקיים לתשלום על-ידי נציג המזמינה. נקודת זמן זו היא הנקודה שבה ביזור הסיכון בין הצדדים הוא אופטימלי. פירוש זה גם עולה בקנה אחד עם הגיון העסקה, עם תכלית החוזה, ועם המגמה להסמיך ככל הניתן בין מועד העברת הבעלות ומועד תשלום התמורה. הסכמתם המשתמעת של הצדדים עולה בקנה אחד גם עם הקביעה כי, כרגיל, קבלת חזקה - שהיא מרכיב חיוני בהעברת בעלות - מצריכה התגבשות שני יסודות: יסוד של שליטה פיזית בנכס ויסוד של כוונת שליטה. מסעיפי החוזה עולה כי לחברה לא היתה כוונת שליטה על הארונות (בין אלה שהורכבו ובין אלה שלא הורכבו), כל עוד תקינותם והתאמתם לטובין שהוזמנו לא אושרו על-ידי נציגו או על-ידי נציג המזמינה. עד אז השליטה היא בידי הקבלן, ואילו לחברה רק זכות עיכובן על הצידוד, הממשיך להיות בחזקת הקבלן האחראי לאחסנתו, לשמירתו, לתקינותו וכיוצא בזה, לרבות לאחר הרכבתו, עד למסירת העבודה לחברה, וכאשר כל חשבון חלקי איננו מאושר עד לאחר בדיקת מהנדס האתר או מהנדס האתר הראשי של החברה ורק אישור כזה מהווה אסמכתא לתשלום שמבוצע כעבור 100 ימים מן האישור.

8. ניתן אפוא לקבוע, כי עד לאישור החשבונות החלקיים לתשלום, היתה שליטה פיזית של החברה בארונות, אך חסרה כוונת שליטה, ולפיכך לא נתקיימו שני מרכיביה של החזקה שהם מרכיב הכרחי בהעברת

המשיב הראשון הינו מפרק חברה קבלנית (להלן: החברה) שהעסיקה בפרויקט בניה מסויים את החברה המערערת כקבלן משנה להתקנת ארונות מטבח.

המחלוקת בין הצדדים סבה סביב ארונות מטבח שסופקו על-ידי המערערת לחברה לפני שהוגשה בקשת הפירוק ואשר חלקם הורכבו באתר וחלקם טרם הורכבו עד לפירוק.

השאלה שנבחנה היתה אם הבעלות בארונות שהובאו לאתר - בין אלה שהורכבו ובין אלה שלא הורכבו עברה לחברה לפני שהוגשה הבקשה לפירוק, שאם כך הדבר, הם מהווים חלק מהנכסים של החברה בפירוק. בית-המשפט קמא קבע כי ארונות המטבח שסיפקה המערערת לחברה שהורכבו באתר עברו לבעלות החברה. לגישתו, מדובר בחוזה סטנדרטי שלא היה בו סעיף שימור בעלות, ואף לא היתה בו הוראת מועד העברת הבעלות. בנסיבות אלו חל חוק המכר, התשכ"ח-1968, וסעיף 33 שבו, הקובע כי הבעלות עוברת עם המסירה. השלמת המסירה על-ידי העברת החזקה בארונות אירעה - לגישתו - עם הרכבת הארונות בדירות שבהן החזיקה החברה. לפיכך קבע, כי הארונות שהורכבו לפני מועד הפירוק עברו לבעלות החברה. על כך הערעור.

נקבע כי במקרה זה חל על היחסים חוק המכר הואיל והמערערת סיפקה הן את החומרים והן את העבודה. חוק זה מכיר בחופש ההתנאה של הצדדים לחוזה המכר ביחס למועד העברת הבעלות בממכר וקובע כלל דיספוזיטיבי באופן שהעברת הבעלות אינה חייבת להיות דווקא עם מסירת הממכר לקונה.

בית-המשפט בחן את ההוראות הרלוונטיות בהסכם שבין הצדדים וצייין כי אין בהסכם הוראה מפורשת בדבר מועד העברת הבעלות, לפיכך יש לבדוק קיומה של הוראה משתמעת מן ההסכם ומהוראותיו.

6. הוראות החוזה שלפנינו אינן חד-משמעיות, ויש בהם פנים לכאן ולכאן. יש ביניהן כאלה מהן ניתן להסיק כי החברה רצתה לדחות ככל שניתן את המועד שבו יעברו אליה הסיכונים הכרוכים בשמירה על הארונות, בפיקוח עליהם ובשליטה על גורלם, וכי אף היה צורך באישור

היה להרים על-ידי הבאת ראיות לבית-המשפט בדבר מועד אישור החשבונות החלקיים על-ידי החברה. מתוך החומר שהוגש לבית-המשפט קמא לא עולה ראייה כזו. לפיכך לא הרים המשיב את הנטל המוטל עליו, ואין לקבוע שבהינתן צו הפירוק היו הארונות כבר בבעלות הקבלן. הערעור התקבל ונקבע כי כל הארונות שהובאו לאתר על-ידי המערער, אם הורכבו ואם לאו, הם בבעלות המערער.

בעלות, אם לא הוסכם אחרת. ראוי אם כן לראות את מועד אישור החשבונות החלקיים לתשלום כרגע המסירה של הטובין וכמועד העברת הבעלות בהם לחברה. אינני רואה, לעניין זה, הבדל בין הארונות שהורכבו לבין אלה שלא הורכבו, וממילא מתייחד הדיון להבאת ראיה נוספת. 9. אין חולק כי הקבלן שסיפק את החומרים ואת העבודה היה מלכתחילה הבעלים של החומרים ושל הארונות. משטוען המשיב כי הארונות עברו לבעלות החברה לפני הפירוק, עליו נטל ההוכחה שאכן כך הוא. נטל זה יכול

## 23. פרשנות הסכם - התערבות בפיצוי מוסכם בדווקנות ובצמצום ואף זאת במקרים חריגים.

ע"א (י-ם) 451/95 יואל אדלר נ' אחמד נימר אבו גוש, תק-מח (2)96 (2087).

ובבניה לא היו ליקויים. כן טען, כי השלד לא הושלם מכיוון שהמערער מנע ממנו מלעבוד ואף הפר את החוזה. לפיכך, כך טען המשיב, הפסקת העבודות וביטול החוזה נעשו כדין. בתביעה שכנגד תבע המשיב מהמערער סך של \$13,557 בגין עבודות שביצע עבור המערער קודם לביטול ההסכם.

בית-המשפט קמא קבע כי המשיב הפר את ההסכם, בכך שהפסיק את העבודה באתר הבניה ללא הצדקה, ודחה את תביעתו שכנגד, כמו גם את דרישתו לקזו מחובותיו למערער בגין עבודות שהפסיק לבצע.

בית-המשפט שלערער מצא כי יש מקום בטענותיו של המערער לעניין זכותו להשבה אך יתר טענותיו נדחו. "לא מצאנו סיבה לחלוק על פרשנותו של בית-משפט קמא להסכם ועל המסקנות הנובעות ממנה. אנו מאמצים את קביעתו כי החלופה הרלוונטית לנסיבות של הפסקה חד-צדדית של העבודה היא זו שבסעיף 40 להסכם, הקובע פיצוי מוסכם של \$30,000. תביעת המערער לפיצויים נוספים בסך \$100 לכל יום של איחור, מיום ביטול החוזה (1.2.89) ועד ליום מתן פסק-הדין (5.9.95), דהיינו 2,739 ימים, מסתכמת בסכום של \$273,900, ועולה ביותר מ-300% על סכום העסקה עצמה. סכום כזה, לכשעצמו, אינו עומד בכל יחס סביר שהוא לנוק שניתן היה לצפותו בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה. לא ניתן לייחס לצדדים אומד-דעת שהיה מביא לתוצאה כזו בעת כריתת ההסכם. אמנם נקבע בפסיקה כי ניתן להסכים על מנגנוני פיצוי מוסכם נפרדים ומצטברים. אך בית-המשפט העליון קבע כי שלב ראשון הוא בחינת הפרשנות של הוראות החוזה עצמו כדי להיווכח שהן אכן משקפות את אומד-דעת הצדדים..."

קביעת אומד-דעת הצדדים כפי שנעשתה על-ידי בית-משפט קמא אינה עומדת בסתירה ללשון החוזה. סעיף 39 להסכם קבע רק כי:

ביום 15.5.87 נחתם הסכם בין המערער למשיב, שהוא קבלן בניין, לבניית שלד לבניין ועבודות נוספות במגרש 211 בישוב הר-אדר סך כל התמורה על-פי ההסכם היתה צריכה להיות \$65,000, כאשר המערער שילם למשיב מקדמה שוות ערך לסך \$20,000 על-חשבון.

ביום 6.4.89 פתח המערער בהליכים כנגד המשיב, לאחר שהגיע לכלל מסקנה שהמשיב לא קיים את התחייבויותיו על-פי ההסכם ולא השלים את בניית השלד, ולאחר שראה בהתנהגותו הפסקת עבודה חד-צדדית.

על-פי סעיף 41 להסכם, הסכסוך בין הצדדים היה אמור להתברר במסגרת של בוררות. ואכן, ביום 13.1.91 החליט השופט קמא להעביר את ההליכים לבוררות. ואולם, משהוברר כי הבורר, האדריכל גולדמן, הוא בן-דודו של המערער, לא ניתן היה להעביר את התיק לבוררות בפניו. טענות המערער היו, בין השאר, כי המשיב ביצע רק חלק מוערי מסך כל העבודות שאמור היה לבצע על-פי ההסכם, כאשר בנה רק חלקים מהמרתף המהווה חלק קטן בלבד מהשלד, וגם זאת בצורה רשלנית. עוד טען, שהמשיב הפסיק באופן חד-צדדי ועל דעת עצמו את העבודות בשטח, כשהוא מצוי באמצע העבודה, ללא כל הצדקה ותוך הפרת ההסכם.

המערער תבע מן המשיב את נזקיו לפי ראשי הנזק דלהלן: פיצוי מוסכם בסך \$30,000 בגין הפסקה חד-צדדית של העבודה (על-פי סעיף 40 להסכם); פיצוי בסך \$100 ליום בגין כל יום של איחור ואי-סיום הבניה בזמן (על-פי סעיף 39 להסכם), החל מיום הפסקת הבניה ב-1.2.89 ועד ליום מתן פסק-הדין; השבת סך של \$10,995 ששולמו למשיב מעל ערך הבניה, שהספיק לבצע טרם הפסקת העבודה על-ידו.

טענות המשיב היו, בין השאר, כי המערער הטעה אותו כשהחתים אותו על תניות פיצוי חד-צדדיות החלות עליו בלבד. עוד טען כי לא ביצע עבודתו בצורה רשלנית

ששיעור הנזק הצפוי מושפע במידה רבה גם ממנה... בית-משפט קמא הגיע למסקנה כי הפיצוי גדול מדי ואיננו מוצאים מקום לחלוק על-כך. נוסף עוד, כי פיצוי כזה עשוי להוביל למסקנה כי מתקיימים תנאי ההפחתה הקבועים בסעיף 15 סיפא לחוק... לעצם שיעור ההפחתה, נציין עוד כי בידי בית-המשפט שיקול-הדעת לפסוק בכל מקרה את שיעור ההפחתה לגופו...

כמו-כן, בעבר הפחית בית-המשפט פיצוי מוסכם שכל מטרתו היתה יצירת תמריץ לקבלנים וקבע כי הפיצוי היווה מעין 'סנקציה לכפיית ביצוע מזוורו ועדכני של העבודה ולא דווקא הערכה סבירה, הוגנת והגיונית של הצפוי'...

אנו מאמצים דברים אלה בנסיבות ההסכם נשוא הדיון, המחיל את הפיצוי המוסכם רק על הפסקת עבודה חד-צדדית של הקבלן.

טוען המערער, כי בית-משפט קמא לא נתן משקל לנזקים בהם נקב, כגון:

הצורך להתקשר עם קבלן אחר, עליית מחירי הבניה, התייקרות שכר העבודה, עיכוב בהשלמת הבניין, חשש לביטול הסכם פיתוח עם המינהל ועלויות המימון. המערער שטח טענות אלה כבר בפני בית-משפט קמא, ואין בהן כדי להצדיק התערבות בפסק-הדין, הקובע כי בנסיבות העניין פיצוי מוסכם בסך 25% מהתמורה הוא פיצוי שניתן לומר לגביו שהצדדים יכלו לראות בו יחס סביר לנזק שניתן היה לצפותו כתוצאה מההפרה.

השבה של סכום לא קצוב 9. כאמור, הגענו למסקנה כי יש ממש בטענות המערער כי על בית-המשפט קמא היה לפסוק לו השבה של \$10,995. אין מחלוקת כי המערער שילם למשיב מקדמה בסך \$20,000, מסך כל התמורה של \$65,000. כן לא יכולה להיות מחלוקת על עצם קביעת בית-המשפט כי המשיב ביצע 'במקרה הטוב מרתף אם כי גם פה הדבר לא היה מושלם', שכן לא בנה תיקרה למרתף ולא נבנו מוסך ומגהרה לפי ההסכם. בעניין זה נרחיב מעט.

ראשית, בפסק-דינו קבע בית-המשפט, ובצדק רב, כי: 'על נתבע 1 (המשיב) וקבלנים כמות להבין שאם הם מקבלים על עצמם לבצע עבודת בניה עבור לקוח, ולעיתים אותו לקוח משקיע את כל רכושו הכספי לצורך אותה בניה, עליהם לבצע ולא להתחמק ולהפסיק לבצע כפי שארע במקרה דנן' (עמ' 110, שורות 7-10).

שנית, משבוטל ההסכם בין הצדדים היה התובע זכאי להשבת הסכומים ששילם כעודף, לעומת שווי הבניה שבוצעה בפועל, הן מכוח תניית השבה מפורשת בסעיף 40 להסכם והן על-פי דין (סעיף 9 לחוק החוזים: תרופות).

דא עקא, שבית-המשפט קמא פסל את הערכת האדריכל גולדמן רק בשל קרבתו למערער, התעלם מהנתונים שעלו מחקירתו הנגדית של האדריכל גולדמן ושל המומחה מטעם המשיב, ולא פסק למערער כל השבה, על-אף שהיא נקבעה במקרה זה בחוזה עצמו.

שלישית, בית-המשפט קמא פסל את הערכת האדריכל

'אי-סיום הבניה בזמן יגרור הפחתה משכר הקבלן בשיעור של \$100 ליום איחור. סעיף 40 קבע כי:

'הפסקה חד-צדדית של העבודה על-ידי הקבלן מחייבת כהפדת הסכם והקבלן מתחייב לפצות את הבונה ללא עוררין בסכום של \$30,000 וכן להחזיר כל סכום מעל ערך הבניה שנעשתה כפי שיעריך האדריכל גולדמן, ואשר שולם לו על-ידי הבונה.'

ניתן אף לומר שלצורך הפיצוי בגין איחור יומי, שכרו של הקבלן בלבד, בניכוי הסכומים שהוציא לקניית חומרי בניה, הוא הגבול העליון של הפיצוי היומי המצטבר, ובשום מקרה לא יוכל לעבור את מחירה של העסקה. לשון החוזה אינה קובעת מפורשות כי אי-סיום הבניה בזמן יהווה הפרה המזכה בפיצויים המוסכמים. בכל מקרה, אין לשון החוזה חזות הכל, וההשתמעות מתוך החוזה אינה מוגבלת למילותיו אלא נובעת מתוך תכליתו, מתוך הנחות היסוד שלו, מבנהו והגיונו הפנימי ונסיבות כריתתו...

לאור האמור לעיל, בדין דחה בית-המשפט קמא את תביעת המערער לפיצוי יומי מצטבר על-פי סעיף 39 להסכם, ואיננו מוצאים לנכון להתערב בהחלטתו.

הפחתת הפיצוי המוסכם

8. טענת המשיב, כי על בית-המשפט לנהוג בריסון עצמי ולהתערב בפיצוי המוסכם בדווקנות ובצמצום, ואף זאת רק במקרים חריגים, מקובלת גם עלינו. אך משקבע בית-המשפט כי עקרונית זכאי המערער, לכאורה, לשיעור הפיצוי המוסכם שנקבע בחוזה, מסמיך אותו המחוקק, על-פי סעיף 15(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1979, להפחית את שיעור הפיצוי, שכן 'זכותו של נפגע לקבל את מלוא שיעור הפיצויים שנקבע בחוזה אינה זכות מוחלטת'...

טוען המערער, כי בית-המשפט רשאי להשתמש בסמכות ההפחתה רק כל עוד לא קיים יחס סביר כלשהו, ולו אף דחוק, בין הפיצוי לנזק שניתן היה לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה, וכי המשיב לא הוכיח בראיות חיצוניות העדר יחס כזה.

שיעור הפיצוי חשוף לביקורת בית-המשפט, ללא צורך בראיה מיוחדת, אם חוסר הסבירות עולה מנוסח תניית הפיצוי החוזית כשלעצמה... סעיף 40 לחוזה קובע פיצוי מוסכם בשיעור כמתצית מעלות העסקה כולה, בשל כל הפסקת עבודה חד-צדדית, בלא קשר למשך ההפסקה, למצב הבניה ולסיבות שגרמו לה. הסעיף קובע כי הפיצוי יינתן במקביל ובמצטבר להוראת השבה מפורשת של כל סכום מעבר לשווי העבודה שבוצעה בפועל.

לדעתנו, יש ממש בטענות של המשיב כי די בנוסח התניה כדי להצדיק את התערבות בית-המשפט על-מנת לבחון אם נקבע סכום הפיצוי מלכתחילה ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש ואם יש להפחית מגובה הפיצוי המוסכם.

בפסק-דינו הפעיל בית-המשפט קמא את המבחן המקובל שנקבע בפסיקה לעניין התערבות בגובה הפיצוי המוסכם. בית-המשפט גם בחן את גובה התמורה החוזית המוסכמת,

גליא דרך חישוב אלטרנטיבית ולא מסר הערכה כספית נוגדת. לבית-המשפט לא הובאה שום הוות-דעת מקצועית נוספת. בחקירתו הנגדית הודה האדריכל גליא למעשה כי אי-הדיוק, כביכול, פועל לטובת המשיב (עמ' 75 לפרוטוקול) ולמעשה תואמת את טענתו של אדריכל גולדמן לפיה 'מטריד אותי שגליא לא מציע שיטה אלטרנטיבית לשיטה שאני הצעתי, ולפי דעתי היא לטובת הנתבע' (עמ' 63 לפרוטוקול).

חמישית, המשיב העריך את שווי העבודות שביצע בסכום של מעל 531,000\$. אך לא תמך את גרסתו בחוות-דעת מומחה. העיקרון הוא, כי על כל בעל דין להוכיח כי מתקיימות העובדות שביסוד הטענה המשפטית שעליה הוא מסתמך, ועליו לשכנע את בית-המשפט כי מתקיימות העובדות המקימות על-פי הדין המהותי את עילת התביעה (ע"א 1842/90 ברלב נ' רפפורט ואח', פ"ד מח(5) 221, 228).

אנו קובעים כי המשיב לא הרים את הנטל כאמור לא לעניין שווי העבודה שבוצעה, כביכול, ולא לעניין סתירת חוות-דעת המערער.

גולדמן 'נוכח הקירבה שלו לתובע, דבר שיצר בעיה באשר למינויו כבורר' (עמ' 110 לפסק-הדין). אנו מקבלים את טענת המערער, כי היה על בית-המשפט להבחין בין מעמדו של האדריכל גולדמן כבורר לבין מעמדו כעד. לכן, לא היה מקום להפעיל עליו כעד מומחה את המבחנים המחמירים החלים על בורר, שמכוחם נפסל בשל השש למשוא-פנים ולניגוד עניינים פוטנציאלי. אכן, אין בעצם קרבתו המשפחתית של מר גולדמן למערער כדי לאיין את חוות-דעתו. נוהל שבשיגרה הוא שבבית-המשפט מעידים עדים בעלי קרבה לאחד הצדדים.

יש לזכור כי בית-המשפט לא קבע כי אדריכל גולדמן או חוות-הדעת שמסר אינם מהימנים עליו.

בית-המשפט גם לא קבע שהחישובים ששמשו לה בסיס מופרכים מעיקרם, או כי נסתרו על-ידי מומחה מטעם המשיב.

עוד עלינו להעיר, כי מהימנותו לא נבדקה לגופו של עניין ומהימנותו המקצועית לא נסתרה כלל.

רביעית, המומחה מטעם המשיב, אדריכל דב גליא, קבע ששיטת החישוב של מר גולדמן אינה נכונה והסכומים שנקב בהם חסרי בסיס. אולם בחוות-דעתו לא הציע מר

## 24. רחיית תביעת קבלן נגד קבלן משנה בגין ביצוע עבודות טיח ואחרות.

ת"א (ב"ש) 2244/96 בלילה את פחימה, שותפות בלתי-רשומה ואח' נ' לי-אל חברה לבניין ונכסים בע"מ, תק-מח 2005(4) 5529.

נפסק מפי כב' סגן הנשיא, השופט ברוך אזולאי:

"ההלךך

1. התובעים, שהינם שותפות בלתי-רשומה ושני השותפים בה, ביקשו לחייב את הנתבעת בסכום של 1,000,100 ש"ח.

2. בכתב התביעה שהוגש ביום 28.8.96 טענו התובעים:

א. בחודש 8/94 נערך הסכם בין התובעת 1 ובין הנתבעת, על פיו הומינה הנתבעת את התובעת 1 לבצע עבודות טיח ב-178 יחידות דיור בקוטג'ים בני שתי יחידות דיור כל אחד, בשכונת רמות ב' בבאר שבע, במחיר של 25 ש"ח למ"ר לגבי טיח חוץ ופנים, כאשר התשלום יבוצע בהתאם להתקדמות העבודה בניכוי של 10% להבטחת טיב העבודה למשך שישה חודשים, כאשר העבודה כוללת הבאת פיגומים וכלי עבודה, אך לא כללה חומרים (נספח א' לכתב ההגנה, נספח א' להסכם).

ב. בתאריך 16.2.95 נערך בין הצדדים סיכום נוסף (נספח ב' לכתב התביעה), בו נקבע שהתשלום השוטף לטיח פנים יהיה בשיעור של 80%, לטיח חוץ בשיעור של 90%, והיתרה - בגמר תיקונים כפולים.

על-גבי אותו מסמך נעשתה תרשומת מיום 13.3.95

כלהלן...

ג. במהלך ביצוע העבודה פנתה התובעת 1 במכתב מיום 25.3.96 בדרישה לתשלום הפרשי מדד תשומות הבניה על הסכומים האמורים, כפי שמקובל ונהוג בענף, לטענתה, אך הנתבעת דחתה את הדרישה, והודיעה לנתבעת במכתב מאותו יום, כי עקב אי-עמידת התובעת 1 בקצב הביצוע של העבודות, הם נאלצים להכניס קבוצה נוספת של טייחים בתיאום עם התובעת, וכן שעל התובעת להגביר את קצב העבודה בשלב א' של הפרוייקט, שהתייחס ל-42 יחידות דיור, ולהודיע לנתבעת אם הם מעוניינים לבצע את המשך העבודה בשלב ב' של הפרוייקט.

ביחס לדרישת התובעת להפרשי הצמדה, נאמר באותו מכתב, כי תוכן מכתבם בעניין זה 'אינו בהתאם להסכם' שנחתם ביניהם.

בסמוך ליום 27.5.96, שילמה הנתבעת לתובעת תשלום על-חשבון הפרשי הצמדה למדד תשומת הבניה, ובמכתב מאותו יום, הודיעה הנתבעת לתובעת שעליה להגביר את קצב ביצוע העבודות, שאם לא כן ייגרמו לה נזקים, וכן שמוה חודשיים הם (התובעים) עובדים עם שני עובדים בלבד, בין השעות 9:00 עד 14:00, וביחס לעבודות שמעבר ל-42 יחידות דיור, היא (הנתבעת) שוקלת את

אחרת כדי להשפיע על מערכת היחסים בין התובעת והנתבעת, או כדי לעמוד בניגוד להסכם עם התובעת.

4. עם הגשת כתב ההגנה, הוגשה על-ידי הנתבעת גם תביעה שכנגד נגד התובעת, שתוקנה ביום 19.3.92, בה טענה הנתבעת כלהלן:

א. התובעת הפרה את ההסכם עם הנתבעת, בכך שלא עמדה בקצב ביצוע העבודה כפי שהיה ברור לה שעליה לעמוד על-פי ההסכם, ובכך שהתגלו ליקויים בעבודה שבוצעה על ידיה, ולא נענתה לפניות הנתבעת להגביר את קצב ביצוע העבודה ולתקן את הליקויים.

ב. הנתבעת מעריכה את הליקויים בעבודות שבוצעה התובעת ב־42 יחידות דיור בסכום של 52,000 ש"ח, את הנוקים בגין האיחור בביצוע העבודה בסכום של 224,000 ש"ח, עבור הצורך בהשלמת עבודות - 32,000 ש"ח, בגין האיחור הצפוי במסירת 32 הידירות בשלב ב' - 224,000 ש"ח, ובגין החלפת צבע חוץ בגלל הצורך בצבע מיוחד - 126,000 ש"ח, כך שהנוק הכולל שנגרם לה הגיע ל־728,000 ש"ח.

לאור זאת, יש לחייב את התובעת לשלם לנתבעת את הסכום האמור, בתוספת ריבית והפרשי הצמדה כחוק.

5. בכתב ההגנה לתביעה שכנגד, הכחישה התובעת את טענת הנתבעת, וחזרה על עיקרי טענותיה בכתב התביעה. הראיות

6. מטעם התובעת הובא תחילה תצהיר של שמעון פחימה, שהינו אחד משני השותפים של התובעת 1 והתובע 2, בו חזר על עיקרי טענות התובעים בכתב התביעה.

בתצהירו טען כי לא נערך על-ידי התובעת יומן עבודה, לא היה בשטח מפקח על עבודות ולא נקבע לוח זמנים, ועבודתם התבצעה בהתאם להודעות הנתבעת שנמסרו להם מעת לעת.

לדבריו, בחודש 4/95 נדרשה התובעת לחתום על חוזה חדש שהקטין את מספר יחידות הדיור, לאור טענת הנתבעת ביחס לעיכוב שחל בהתקדמות הפרוייקט, כך שהפרוייקט יבוצע בשלבים וללא הצמדה, ומשלא הסכימה לכך, נדרשה לעזוב את האתר, והם הלכו לעבוד בפרוייקט אחר.

בחודש 6/95, כשנערך החשבון הסופי, נדרשו לחתום על מסמך של היעדר טענות כלפי הנתבעת, כנגד קבלת הפרשי הצמדה, ומשסירבו לחתום על כך התבקשו לחזור לעבודה.

בחודש 9/96 הם נדרשו להפסיק את ביצוע העבודות בשלב ב', ולעזוב את האתר, פרט להשלמת תיקונים ב־42 יחידות דיור שבוצעו על ידיהם בשלב א', אך הם לא היו מוכנים להמשיך רק בביצוע התיקונים, על-פי יעוץ משפטי שקיבלו, על-מנת שהדבר לא ישמש לנתבעת כעדות לכך שהנתבעת לא הפסיקה את עבודתם.

לדבריו, לא היו כל ליקויים בביצוע העבודות, וכל טענות הנתבעת לליקויים נועדו ללחוץ עליהם לשנות את תנאי ההסכם, ולהצדיק את הפסקת עבודתם על-ידי הנתבעת.

על-פי הישוביו, הם ביצעו עבודות בהיקף של 9,675 מ"ר בטיח פנים חוץ, ו־1,049 מ"ר בקירות חוץ בדיירות עם

האפשרות למסור אותן לקבוצת טיחים אחרת, הואיל והתובעת אינה מסוגלת לעמוד בקצב ביצוע העבודה (מכתבים מיום 27.5.96 צורפו לכתב התביעה).

במכתב נוסף מיום 25.6.96 הודיעה הנתבעת לתובעת כי עליה להגביר את קצב ביצוע העבודה, וכי הנתבעת רואה את עצמה חופשית להתקשר עם טיחים חדשים.

לטענת התובעים, יש במכתב זה משום ביטול ההסכם בין התובעת והנתבעת (נספח לכתב התביעה).

בתאריך 17.7.96 נשלח לתובעת מכתב בו הודיעה לה הנתבעת על ליקויים שהתגלו בעבודות שבוצעו על ידיהם, בנוסף לליקויים שהתגלו קודם-לכן, אותם התחייבה התובעת לתקן במכתב מיום 3.9.95, וכן שהם מתבקשים לפנות לאלתר את הפיגומים שלהם כדי לא להפריע להמשך העבודה בשלב ב'.

במהלך התקופה האמורה הציעה הנתבעת לתובעת להסכים לקבלת מחצית מהפרשי ההצמדה, אך התובעת לא הסכימה לכך.

טענות הנתבעת האמורות היו חסרות יסוד, והם נועדו להלחין את התובעת להסכים לשינוי תנאי ההסכם לרעתה.

ד. במצב האמור, לקחה הנתבעת לעצמה את העובדים שהועסקו על-ידי התובעת בעבודות הטיח, בניהול של "קבלן" מהשטחים, ונישלה את התובעת מביצוע העבודות, בעוד שטענות הנתבעת לליקויים בעבודות שבוצעו על-ידי התובעת לא היו אמת.

ה. בנוסף לביצוע עבודות הטיח, ביצעה התובעת עבור הנתבעת, לפי בקשתה, עבודות הכנה לסיוד פנים וחוץ, בתמורה לסכום של 30,000 ש"ח בתוספת מע"מ ששולם לה.

ו. התובעת ביצעה עבודות טיח ב־42 יחידות דיור בשלב א' של הפרוייקט, כך שנמנע ממנה הביצוע ב־136 יחידות הדיור בגודל של כ־707 מ"ר כל אחת, כאשר המחיר למ"ר על-פי הפרשי ההצמדה הגיע ל־29 ש"ח למ"ר, ועל-פי הערכה של 40% הוצאות תפעול, היתה מגיעה לרווחים של 1,991,720 ש"ח, אך מטעמי אגרה העמידה התובעת את תביעתה על סכום של 1,000,100 ש"ח.

3. בכתב ההגנה שהוגש ביום 1.10.96, טענה הנתבעת כי היתה מוכנה והיא עדיין מוכנה לקיים את ההסכם עם התובעת בתנאי שהתובעת תעמוד בלוח הזמנים לביצוע העבודה.

ביחס לטענת התובעת כי היא זכאית להפרשי הצמדה אין לכך יסוד בהסכם, והתובעת אינה זכאית לכך.

המכתבים שנשלחו לתובעת נועדו לדבריה להגביר את קצב ביצוע העבודה, ולא היה בהם משום הודעת ביטול של ההסכם.

התובעת היא שהפסיקה את ביצוע העבודה מיוזמתה, ללא כל הודעה מוקדמת ובלי להגיש לנתבעת חשבון סופי.

הזמנת הטיחים האחרים לביצוע עבודות נועדה לאפשר לנתבעת לעמוד בקצב ביצוע העבודות, בניסיון להקטין את הנוק שנגרם להם כתוצאה מאי-עמידת התובעת בקצב ביצוע העבודות, ואין בהסכם שנחתם עם קבוצת טיחים

והמרפסות.

במכתב מיום 27.8.96 ביקש מהם גם להשלים את התיקונים במיוחד בקירות חוץ, על-מנת שתהא אפשרות לבצע את עבודות הצביעה, והצביע על כך שטרם קיבל מהם את החשבון ביחס לעבודות שהם ביצעו.

במכתב מיום 6.11.96 הודיע להם כי הוא נאלץ להביא עובדים אחרים לביצוע התיקונים מעל הפנלים, בקירות מסויימים ובמדרגות.

החל מחודש 2/96 לא הגיעו העובדים של התובעת לעבודה והתובעים 2 ו-3 שמעון פחימה ובלילה היו מגיעים לעבודה בשעה 9:00-9:30 ועוזבים בשעות 13:30-14:00. היו להם עיכובים בביצוע העבודות ולבסוף נעלמו מהשטח בלי להודיע לאף אחד ובלי להשלים את המלאכה.

ג. רוזה קריידמן, שעבדה באתר הבניה כ-"איש קשר" בין העובדים והקבלנים לבין הנהלת הנתבעת, מסרה בעדותה כי על-פי הנוהל היה מנהל העבודה מאשר את החשבון לאחר השלמת העבודה בארבע יחידות דיור, והיא היתה עורכת את החשבון.

לעיתים נאלצו להקדים תשלומים לטייחים, הואיל והם (הטייחים) היו מאיימים שאם לא ישלמו להם הם יעזבו את העבודה.

בהתאם להתחשבות עם התובעת בחשבון הכרססת שלה, שולמו להם כל הכספים שהגיעו להם.

על-פי חישוב שנערך על ידיה מגיע היקף העבודה עבור 42 יחידות דיור ל-33,433 מ"ר, בהכפלה ל-25 הגיע להם סכום כולל של 835,825 ש"ח ללא מע"מ והם קיבלו סכום של 822,776 ש"ח ללא מע"מ.

ד. עלי עואודה, שהינו אחד ממנהלי חברת "סופיאן את מוסא בע"מ", שביצעה את העבודה בשלב ב' באתר, אמר בעדותו כי בחודש 10/95 הגיע לאתר ונפגש עם מנהל העבודה רחמים, ולאחר-מכן נפגש עם מנהל הנתבעת יחזקאל בלס, שהציע לו לקבל את העבודה בשלב ב'.

בין שתי הפגישות האמורות הוא נפגש עם כלילה (התובע 3) שהציע לו לעבוד אצלו, אך תחילה הוא לא הסכים לכך הואיל ולא רצה לפגוע בעבודתם של התובעים, כעמיתים למקצוע, ולאחר פגישה משולשת בין כל הצדדים בה הוברר כי התובעים אינם מסוגלים לבצע את כל העבודה, הסכימו התובעים לכך שהוא (עואודה) יבצע את העבודה בשלב ב', ורק בעקבות הפגישה האמורה, נחתם ההסכם ביניהם לבין הנתבעת לביצוע העבודה בשלב ב', כאשר הוסכם שהתובעים ישלימו את ביצוע שלב א', והם (חברת "סופיאן את מוסא בע"מ") יבצעו את שלב ב'.

לדבריו, תנאי ההתקשרות שלהם היו זהים לאלו של התובעים, היינו 25 ש"ח למ"ר, פרט לשתי הדירות הראשונות שעבורן הם קיבלו רק 20 ש"ח למ"ר, כאשר המחיר כלל את העבודות הנלוות הקשורות לטיח, והם התחייבו להשלים 32 יחידות דיור תוך שישה חודשים. כמו-כן, הם היו אמורים לבצע תחילה רק 16 יחידות דיור בשלב ב' על-מנת שהתובעים יוכלו לבצע את ה-16 הנוספות, אם יוכלו לעמוד בכך.

לאחר שהתברר שהתובעים לא הספיקו לסיים את שלב א',

מרתף ומדרגות היצוניות, כך שהם היו זכאים לסכום נומינלי של 888,800 ש"ח בתוספת מע"מ, בעוד שהם קיבלו 742,766 בתוספת מע"מ, והם זכאים ליתרה נומינלית של 146,034 ש"ח; הם קיבלו על-חשבון הפרשי הצמדה 50,000 ש"ח בתוספת מע"מ, בעוד שהם היו זכאים לתוספת הפרשי הצמדה של 100,000 ש"ח.

כמו-כן, היו זכאים לסכום של 83,200 ש"ח עבור עבודות הכנה לסיוד, שמתוכם קיבלו 30,000 ש"ח, והם זכאים ליתרה של 249,234 ש"ח.

כמו-כן, נגרם להם הפסד בגין הפסד הרווח מיתרת העבודה שלא היתה להם אפשרות להשלים, ומכך שאי-קבלת התשלומים עבור העבודות שביצעו, גרמה להם לחובות, למשיכת יתר בנק, ולכך שנאלצו לעבוד במחירים נמוכים יותר.

7. מטעם הנתבעת - התובעת שכנגד, הובאו תחילה הראיות שלהלן:

א. חוות-דעת של המהנדס מיכאל גוטמן מיום 6.12.96, שבדק טיח פנים ב-26 יחידות דיור שטרם אוכלסו, מתוך 42 יחידות דיור בהן ביצעה התובעת את עבודות הטיח וטיח חוץ בכל 42 היחידות. להערכתו הגיעו הנוקים שנגרמו לנתבעת, בטיח פנים ל-52,164 ש"ח, ולטיח חוץ מגיעים הנוקים בגין עלות החלפת צבע חוץ ל-126,000 ש"ח, כך שסכום הנוקים הכולל הגיע ל-178,164 ש"ח.

ב. יחזקאל בלאס, ששימש כמנהל הנתבעת, הגיש תצהיר, מיום 15.7.95, בו חזר על עיקרי טענות הנתבעת. לדבריו, התובעים עבדו בסטנדרט ירוד, לא עמדו בקצב העבודה והסתלקו מהאתר ללא הודעה מוקדמת. למיטב ידיעתו, התנהל יומן באתר, מנהל העבודה היה נוכח באתר, והוא עצמו הגיע כל שבוע לאתר.

הואיל והתובעים לא עמדו בקצב ביצוע העבודה, הם (התובעים) הסכימו להכנסת קבוצה נוספת של טייחים לאתר.

כמו-כן, הוא הציע להם מאותה סיבה, שהוא יזמין טיח אחר לביצוע העבודה בשלב ב'; בשלב הראשון הם לא הסכימו לכך, אך בשלב מאוחר יותר, הם הסכימו לכך, לאחר פגישה שהתקיימה איתם יחד עם הטייח עלי עואודה מחברת "סופיאן את מוסא בע"מ".

כמו-כן, לא נשללה על ידיו האפשרות שלאחר שהתובעים ישלימו את שלב א', ימשיכו לעבוד בשלב ב'.

הוא עצמו לא הודיע לתובעת על ביטול ההסכם. המחיר המוסכם של 25 מ"ר כלל הפרשי הצמדה. לצרכי פשרה ועקב הלחץ לאכלוס הדירות, הסכים לשלם לתובעים מחצית הפרשי הצמדה בתנאי שיסיימו את התיקונים בשלב א'.

במצב האמור, הוא איפשר לתובעים להחזיק את הפיגומים שלהם באחד הקוטג'ים בשלב ב', אך כאשר היו צריכים להשלים את העבודות באותו קוטג', הוא ביקש מהם להוציא את הציוד במכתבים מיום 17.7.96, 27.8.96 ו-6.11.96.

במכתב מיום 17.7.96 ביקש מהם גם להשלים את התיקונים, בעיקר בקרניזים של הגגות ובאדניות החלונות

ולאחר-מכן החזיר אותם לפי בקשתם. כמו-כן, הוא הכחיש שלא איפשר לתובעים להיכנס לעבודה בשלב ב' והורה לאנשיו לא לספק חומר לביצוע העבודה בשלב ב'.

8. מטעם התובעת הובאו עדים נוספים על-מנת לסתור את עדויות הנתבעת, כלהלן:

א. העד אבנר חג'ג', שעבד במקום כטרקטוריסט, העיד שבשנת 1996 ביקשו ממנו התובעים להעביר את הפיגום ששימש אותם בעבודות הטיח משלב א' של הפרוייקט לשלב ב', וכך עשה.

כמו-כן, אמר שהוא הביא לתובעים לפי בקשתם מספר כפות טרקטור מלאות בטיט על-מנת להתחיל בהתות טיח בשלב ב', ולאחר-מכן, הורה לו מנהל העבודה רחמים רובין להפסיק לספק להם חומר, וכך עשה.

לדבריו, זמן מה לאחר-מכן הם נאלצו לעזוב את האתר ולא חזרו לעבודה.

ב. העד רומן שיימוביץ אמר בעדותו שהוא מהנדס במקצועו, והוא עבד כקבלן לעבודות שלב אצל הנתבעת, לדבריו, במסגרת ביצוע העבודה, דרש ממנו רחמים רובין ששימש כמנהל עבודה תשלום אישי עבורו, על-מנת שלא יעשה לו בעיות בעבודה, הוא נאלץ לשלם לו סכומים של 4500 ש"ח - 6000 ש"ח לחודש.

כמו-כן, אמר שלאחר שהפסיק לשלם את הכספים לרחמים, הכניסה הנתבעת קבלן שלד נוסף לאתר במקביל לעבודתו הוא (רומן שיימוביץ), בלי להודיע לו על כך, וזאת היתה אחת הסיבות שבגללן הוא "נשבר" ונאלץ לעזוב את האתר.

לדבריו, לא שולמו לו על-ידי הנתבעת שלושה חשבונות שהגיעו לסכומים כוללים כ-400,000 ש"ח משום שרחמים רובין לא אישר אותם, והוא (שיימוביץ) נקלע למצוקה כספית ולמצוקה אישית, ועל רקע זה נאלץ להסכים לקבל מהנתבעת סכום בשיעור של כ-10% מהסכום שהגיע לו, הואיל ולא היה מסוגל לנהל הליך משפטי.

9. בתגובה לעדויות התובעים האמורות, הובאו ראיות נוספות מצד הנתבעת כלהלן:

א. תצהיר של שלומי שחק מיום 10.3.03 (סומן עם המוצגים כ-נ/2 ו-נ/3).

שלומי שחק שימש כמנהל את הבניה של הנתבעת, החל ביום 16.6.96. לדבריו, ביום בו סיים את עבודתו אצל הנתבעת, עדיין לא סיימו התובעים את ביצוע העבודות בשלב א' של הפרוייקט. היו צריכים להשלים גימורים, קרמיקות בחדרי האמבטיה, שירותי אורחים, מטבח, קרניזים מעל הפנלים הרגילה ומעל הפנלים של גרמי המדרגות, הם נהגו להגיע בימי שישי עם אחד מילדיהם, ולא היו מסוגלים להפסיק את ביצוע העבודות.

לדבריו, הוא התקשר יום יום לתובעים על-מנת שיבואו להשלים את העבודות, אך לא הסכימו לכך, והם (התובעים) שישלמו להם כתנאי להמשך ביצוע העבודה.

היעדרותם מהעבודה גרמה לעיכוב בביצוע העבודות, בכך שלא היו יכולים להכניס סייד ובעלי מקצוע נוספים.

ביחס לשלב ב' בוצעו העבודות על-ידי אועדה בקצב טוב.

ולא קיבלו אישור לעבוד בשלב ב', ועזבו את האתר, הם (חברת סופיאן) קיבלו את האישור לבצע את העבודה בשלב ב' ולהשלים את היחידות בשלב א', ביחס לתיקונים מעל הפנלים והחרסינות, השלמת הטיח בצידי המדרגות ותיקונים קלים בקירות שהתובעים לא הספיקו לתקן.

יצויין שההסכם בין הנתבעת ובין חברת "סופיאן את מוסא בע"מ", נחתם ביום 15.11.95, והוא מתייחס ל-32 יחידות דיור, כאשר המחיר על-פי הנספח א' להסכם היה 25 ש"ח למ"ר טיח חוץ ופנים, פרט לשתי הדירות הראשונות שעבורן נקבע מחיר של 20 ש"ח למ"ר ללא מע"מ, כאשר המחירים כוללים זווית לפינות, עיבוד הקרניזים בחלונות, במרפסות ובגגות וכל העבודות הנלוות למיניהן, כולל סתימת חורים אחרי ההשמלאי והאינסטלטור.

הקבלן התחייב לסיים את העבודה תוך שישה חודשים מהתימת ההסכם.

בנספח נקבע שהמזמין רשאי להפסיק את עבודת הקבלן על-פי שיקול-דעתו הבלעדי, וכן שהתשלומים יבוצעו תחילה בשיעור של 80%, 10% נוספים לאחר גמר תיקון הפנלים ו-10% בגמר העבודות.

ה. רחמים כהן, ששימש כאחד ממנהלי הנתבעת, חזר בעדותו על עיקרי טענות הנתבעת.

לדבריו, אין לכלול בחישובי השטחים פתחים וגדרות עם חיפויי אבן.

לשאלה איך הוא מסביר את העובדה שרוזה קריידמן, שעסקה באישור הכמויות והחשבוניות התייחסה גם לגדרות עם חיפויי אבן כפי שעולה מנספח ח/1 לתצהירה, וכפי שעולה מחוות-דעת המומחה מטעם בית-המשפט, אמר, שאין בכך כדי להעיד על הסכמת הנתבעת לחישוב שטחים שלא טוייחו, אף שאינו יכול להסביר את האופן בו חישוב רוזה קריידמן את השטחים.

לדבריו, התובעים לא ביצעו את העבודה בקצב משיביע רצון, ולא נענו לפנייתיהם בכתב ובעל-פה, והתברר לו שהם עסוקים בעבודות עם קבלנים אחרים, ולכן לא נותרה להם ברירה אלא לחפש מבצעים אחרים, על-מנת לעמוד בלוח הזמנים ובהתחייבות שלהם לרוכשי הדירות.

ביחס לטענה שהם שילמו 50,000 ש"ח על-חשבון הפרשי הצמדה והדבר צויין בחשבוניות, אמר שהתובעים יכולים לכתוב מה שהם רוצים על-גבי החשבוניות, אך התשלום היה על-חשבון העבודה שבוצעה ולא עבור הפרשי הצמדה; לדבריו, כאשר התובעים מבקשים לשלם להם 50,000 ש"ח על-חשבון ביצוע העבודה, הוא מאשר את התשלום, ואינו בודק את פרטי הרישום בחשבוניות.

ו. רחמים רובין ששימש כמנהל אתר מטעם הנתבעת, חזר בעדותו על עיקרי גרסת הנתבעת.

בחקירה נגדית הוצגה לו הטענה שהוא פיטר את התובעים הואיל והוא דרש מהם תשלום אישי של 5,000 ש"ח בעוד שהם הציעו שיבואו לו מצרכים בשווי של 1,000 ש"ח והוא התעקש על קבלת מזומנים. בתשובה לכך, אמר שהדברים אינם נכונים.

בעדותו הוא אמר שהוא הפסיק את העבודה לתובעים בין השנים 1994-1999 עקב הפיגורים בביצוע העבודה,

נפרדים לסוגי השטחים השונים כלהלן:

1) ב-26 יחידות דירות ללא מרתף, שטח הפנים ללא פתחים וללא שטחים שלא טויחו - 481.87 מ"ר ליחידה.

16 יחידות דיור עם מרתף, שטח הפנים ללא פתחים וללא שטחים שלא טויחו - 579.09 מ"ר ליחידה.

סה"כ שטח פנים ללא פתחים וללא שטחים שלא טויחו - 21,795 מ"ר.

2) שטחים שלא טויחו, שהתייחסו לפתחים, חיפוי קרמי בשירותים ובמטבח ושטחי ארונות מטבח - 2320 מ"ר, 574.10 מ"ר + 676.46 מ"ר.

3) סה"כ שטח פנים 25,750 מ"ר.

4) טיח חוץ - ללא פתחים וללא שטחים שלא טויחו - 9,286 מ"ר.

שטחי פתחים 1117 מ"ר.

שטחי חיפוי אבן 138 מ"ר.

סה"כ שטח חוץ 10,541 מ"ר.

5) סה"כ שטח פנים וחוץ כולל פתחים, חיפוי קרמי, ארונות מטבח וחיפוי אבן - 36,291 מ"ר.

למומחה לא הועברו יומני עבודה למרות בקשותיו. לדעתו קבוצה של 10-15 עובדים היתה אמורה לסיים עבודת טיח בקוטג' עם שתי יחידות דיור ללא מרתפים במשך 10-12 ימי עבודה, ועם מרתפים ב-12-14 ימי עבודה.

לדעת המומחה, על-פי המקובל בענף, הטיח מבצע השלמת טיח לאחר ריצוף ופנלים ותיקונים אלה כלולים בעבודה השוטפת.

לדבריו, עבודה הנעשית לפני צביעה לא נעשית בדרך-כלל על-ידי הטיח, אלא על-ידי עובד אחר העוסק בכך. כאשר יש צורך בעבודת טיח לאחר הריסת קיר או החלפת מלבני דלתות, יש לשלם לטיח תשלום נפרד בקשר לכך.

לדעת המומחה, צביעת יחידות מבחוץ אינה נעשית על-ידי הטיח.

ביחס לחישוב שטחי עבודות הטיח, מקובל לחשב את השטחים המטויחים בפועל בלבד, להוציא פתחים, שיפולים, בניה נקיה, בטון חשוף, חיפוי קירות וכו'.

על-פי חישוביו - טיח פנים נטו היה - 21,795 מ"ר. טיח חוץ נטו - 9,286 מ"ר.

סה"כ - 31,080 מ"ר.

מתצלום האיזור שצולם בחודש 1/96, עולה שבאותה עת הסתיימה עבודת השלד של שלב א' וחלק משלב ב'; לאור העובדה שהטייחים החלו בעבודה בחודש 11/94, היו צריכים לעבוד כ-10-15 טייחים על-מנת לסיים את העבודה בשלבים א' וב' במועד.

13. באתר-כוח התובעים טענה בסיכומיה:

א. לא נוהלו יומני עבודה ולא נעשה רישום ביחס ללוח הזמנים.

אין לקבל את טענת עדי הנתבעת, יחזקאל בלס ושלומי שחק, שנוהלו יומני עבודה והם אבדו. התביעה הוגשה ביום 28.8.96, בסמוך להפסקת העבודה של התובעים, ולאור זאת יכולה היתה הנתבעת לשמור את כל הרישומים

במצב זה לא היתה אפשרות לסמוך על התובעים כי יבצעו את העבודה בשלב ב', כאשר התובעים לא עמדו בהתחייבויותיהם ביחס לשלב א'.

הנתבעת נאלצה להביא פועלים אחרים שיבצעו תיקוני טיח והכנה לסיווד ביחס לשלב א' וביחס לשלב ב'.

לדבריו, התובעים דרשו מחזי (יחזקאל בלאס - מנהל הנתבעת) כספים נוספים, וחזי שילם להם כספים נוספים שלא הגיעו להם, אך הם בסופו של דבר נעלמו מהאתר ולא הופיעו לעבודה.

בהמשך אמר שמעולם לא נאמר לתובעים על-ידי חזי בלס או על ידיו להסתלק מן האתר, הואיל והם היו זקוקים לתובעים נואשות.

ב. ביחס לליקויים בדירות נשוא הפרוייקט הוגשו חוות-דעת נוספות (נ/3) ופרוטוקולים של תיקונים שונים שנעשו לדיירים (נ/4).

ג. רובין רחמים, הכהיש בעדות נוספת את טענותיו של רומן שיימוביץ.

10. מטעם התובעים העיד פעם נוספת התובע שמעון פחימה, שהתייחס לחשבונית שהוגשו על-ידי התובעים לנתבעת.

לדבריו, מנהל העבודה רובין רחמים היה עורך את החשבון ולאחר-מכן עם רוזה קריידמן, והם היו מאשרים את החשבון ומעבירים אותו לתשלום ליחזקאל בלס, שהיה מכין את הצ'ק לתשלום והם (התובעים) היו מוציאים חשבונית כנגד הצ'ק.

לאור זאת, הציג העד חשבון חלקי שהוגש ביום 3.6.97, שכלל את השטחים שנמדדו, ולפי חישוביו, הסכום של 50,000 ש"ח לא היה עבור הביצוע השוטף אלא על-חשבון הפרשי מדד, כמקדמה, עד שיעשה חישוב מדוייק בקשר לכך, ולאחר-מכן ביקש ממנו בלס לבצע עבודות הכנה לצבע וביקש שהתובעים יוציאו לו חשבונית על-סך 30,000 ש"ח עבור הכנה של 26 יחידות דיור לסיווד, שלא היו צריכים התובעים לבצע באופן שוטף.

לדבריו, הם לא הוציאו חשבונית לגמר העבודות הואיל ומר בלס סירב לשלם להם "זורק" אותם מהשטח.

לדבריו, הסכום שנזכר בחשבונית 313, היה עבור הפרשי מדד, והסכום בחשבון 19 לפי חשבונית 314, היה עבור ההכנה לסיווד של 26 יחידות דיור.

11. בנוסף העיד מטעם הנתבעת העד אהרון כהן, שחזר בעדותו על עיקרי טענות הנתבעת.

12. בהסכמת הצדדים, הוחלט על מינויו של המהנדס-השמאי דניאל יאסו, ובהוות-דעת שהוגשה על ידיו ביום 25.11.02 נאמר:

א. נערך על ידיו ביקור באתר בימים 18.3.02, 11.4.02, 12.4.02, 18.4.02, 19.4.02, ו-23.4.02, בהם נבדקו 33 יחידות דיור, בעוד שיתר הדירות לא נבדקו עקב סירוב בעלי הדירות, ובאחת הדירות - משום שלא נעשה תיאום של הביקור בכל הדירות שנבדקו נמצאו ליקויי טיח שניתן לייחס לתובעים בעלות של 6292 ש"ח.

ב. לאור המחלוקות בין הצדדים ביחס לאופן חישוב השטח שאותו יש לתמחר על-פי ההסכם, נערכו חישובים

לתצהיר של בלס שצורף לתצהיר של רוזה קריידמן תומך בגרסת התובעים, לאור החישוב שנעשה בפועל על-ידי רוזה קריידמן. קריידמן אישרה חשבון של 26 יחידות דיור לפי 557 מ"ר, בעוד שהחישוב ללא שטחים שלא טוייחו היה לפי עדות המומחה מטעם בית-המשפט 481.87 מ"ר, והחישוב שכלל שטחים שלא טוייחו היה - 535.14 מ"ר. אהרון כהן נחקר על כך ולא היה לו הסבר לכך.

ה. התובעים זכאים להפרשי הצמדה למדד תשומות הבניה. את חשבונית מס' 313 מיום 30.5.96 הוציאו באישורו של בלס לפי עדות פחימה (סעיף 7 לתצהירו, עמ' 18 לפרוטוקול מיום 14.6.99).

החשבונית צורפה לתצהיר של פחימה מיום 27.4.03 על-גבי החשבונית נרשם שהסכום היה על-חשבון המדד. בלס אישר שמתוך לחץ הסכים לשלם חצי מדד (עמ' 31 מיום 23.11.00).

הנתבעת לא הציגה כתב כמזיוות או חשבון שיש בו כדי להפריך את טענת התובעים שהסכום שולם עבור הפרשי הצמדה למדד. יש לפרש את החוזה ככולל הצמדה מכוח חובת תום-הלב והנהוג בחוזים מסוג זה (ע"א 118/83 עמר נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד (1) 693; ע"א 719/89 מחצבות חיפה בע"מ נ' חן-רון בע"מ, פ"ד מו(3) 305; ע"א 73/88 עזבון המנוחה לרטי גרינברג-רוזן ז"ל נ' שיכון ופיתוח לישראל בע"מ, פ"ד מו(5) 114; ע"א 479/89 המוטראן הקופטי נ' חלמיש - חברה ממשלתית עירונית לשיקום הדיור בתל-אביב-יפו בע"מ, פ"ד מו(3) 837).

במקרה זה עלה המדד בשנתיים ב-20%, כך שהסכום הגיע בחודש 8/96 ל-30 ש"ח למ"ר.

ו. יש לקבל את גרסת התובעים כי היו זכאים לתשלום נפרד עבור תיקוני הכנה לצבע כפי שעולה מחוות-דעת המומחה מטעם בית-המשפט, ולאור העובדה ששולם להם בפועל סכום של 30,000 ש"ח כפי שעולה מחשבונית 314 (צורפה לתצהיר של פחימה מ-27.4.03).

גם בכרטסת הנהלת החשבונות צויין שהתשלום של 30,000 ש"ח היה עבור תיקוני טיח.

אין לקבל את הטענה שהתובעים לא ביצעו תיקוני פנלים, לאור העובדה ששולם להם עבור תיקוני הכנה לצביעה. לא הוצג כל מסמך ביחס לעבודות שבוצעו על-ידי טיחים אחרים בשלב א'.

יש לשלם להם עלות התיקונים ל-26 דירות לפי 1000 \$ ליחידה, כאמור בסעיף 10 לתצהירו של פחימה.

ז. התובעים זכאים לפיצוי בגין אבדן רווח, לפי החישוב של שטח פנים וחוף כולל שטחים שלא טוייחו עבור 42 יחידות דיור, היה 36,291 מ"ר היינו ממוצע ליחידה 864 מ"ר, היינו 21,600 ליחידת דיור, בניכוי 40% הוצאות תפעול - 12,960 ש"ח ליחידה, כך שהפסד הרווח עבור 136 יחידות דיור שהיו זכאים התובעים לבצע מגיע ל-1,762,560 ש"ח ובתוספת הצמדה למדד תשומות הבניה מ-8/96 ל-2,907,988 ש"ח.

לחלופין, יש לפסוק פיצויי "הסתמכות" על דרך האמון (ע"א 355/80 נתן אניסמוב נ' מלון טירת בת שבע

הנוגעים לעניין, מנהל העבודה של הנתבעת רחמים רובין אמר בעדותו שלא נוהלו יומני עבודה (עמ' 26 פרוטוקול מיום 9.2.03).

ב. יש לקבל את גרסתו של התובע שמעון פחימה, שהתובעים סולקו מאתר העבודה פעם אחת בחודש 4/95 והוחזרו בחודש 7/95, לאחר שלא הסכימו לשינוי ההסכם ולהפכו מהסכם כולל ל-178 יחידות דיור, להסכם לפרקים, ולא הסכימו לוותר על הפרשי הצמדה למדד. משלא הסכימו לחתום על ויתור על תביעות הוחזרו לעבודה בחודש 7/95.

לאחר-מכן סולקו פעם נוספת בחודש 8/96, לאחר שלא הסכימו לחתום על חוזה חדש בתנאים נחותים יותר, והנתבעת מסרה את העבודה בשלב ב' של הפרוייקט לטייחים אחרים. הנתבעת נהגה בדרך דומה עם קבלנים אחרים.

עדותו של פחימה נתמכת בעדותו של אבנר חג'ג', שאמר שהתובעים רצו להמשיך לעבוד בשלב ב', ורחמים כהן הורה לו להפסיק לספק תובעים חומר ולא להעביר את הפיגומים שלהם לאתר העבודה בשלב ב'.

עד הנתבעת רחמים רובין אישר שהוא פיטר את התובעים בטענה שהיו פיגורים, ואחר-כך החזיר אותם לאחר שהפיצו בו להחזיר אותם לעבודה, והוא החזיר אותם בתיאום עם אהרון כהן (סעיף 13 לתצהירו עמ' 27 מיום 9.7.03), בעוד שמנהל הנתבעת אהרון כהן טען שבאותה עת הם עזבו את העבודה ביוזמתם (עמ' 23 מיום 15.5.03). רחמים רובין אישר שבאותה עת לא היו עובדים באתר בגלל אי-הגעת עובדי שטחים (עמ' 27 לפרוטוקול מיום 9.7.03).

בניגוד לעדותו של רחמים רובין, שהתובעים פוטרו ב-95/4 עקב אי-עמידה בקצב העבודה, אישר יחזקאל בלס שרק בחודש 8/95, הוא התרשם שהם התחילו להאט את קצב העבודה.

הנתבעת חתמה על הסכם עבודה עם קבוצת טיחים אחרת ב-15.11.95 ביחס לשלב ב' (הסכם העבודה צורף לתצהיר של עואודה).

לא נערכו כל פרוטוקולים ביחס לליקויים כפי שהיתה הנתבעת צריכה לעשות. לא נמצאו ליקויים לפי סעיף 6.2 להסכם.

הנתבעת טוענת ששילמה את מלוא התמורה עבור עבודות שבוצעו, כך יש הודאת בעל דין על כך שלא היו כל טענות ביחס לליקויים.

טענתו של יחזקאל בלס בדבר ליקויים נסתרת בעדותו של מנהל האתר שחק, שאמר שטענתו כלפי התובעים היתה ביחס לקצב ביצוע העבודה, ולא ביחס לאיכות העבודה.

מכתבי הנתבעת, בהם נדרשו התובעים לפנות את הפיגומים מהאתר, תומכים בגרסת התובעים כי הם סולקו מהאתר ולא ניתנה להם אפשרות לעבוד בשלב ב' (מכתבים מיום 25.3.96, 27.5.96, 25.6.96, 17.7.96 ו-27.8.96).

ד. יש לקבל את טענת התובעים כי חישוב השטחים של עבודות הטיח כלל פתחים ושטחים שלא טוייחו. נספח ח/1

בית-המשפט היו צריכים להעסיק 10-15 עובדים, בעוד שהם העסיקו רק 2-3 עובדים.

לפי עדותו של רומן שיימוביץ הסתיימה עבודת השלד של שלב א' ביום 1.11.95. ביום 13.1.96 סיים הקבלן באתר לטייה 12 יחידות בשלב ב', בעוד שהתובעים פיגרו בביצוע שלב א'.

לפי עדותו של בלאס, החל ב-8/95 החלו התובעים להאט את ביצוע העבודה ולא היו יכולים להשלימה במועד.

שמעון פחימה הודה כי העובדים מטעמם היו, הוא עצמו והשותף פחימה, והבן של השותף. לטענתו הם לא הודקקו לעובדים נוספים.

שלומי שחק העיד שבעת שהתחיל לעבוד כמנהל עבודה ביום 16.6.96, התובעים לא סיימו עדיין את שלב א', היו חסרות עבודות גימור.

לדבריו, התובעים לא הגיעו לעבודה באופן סדיר, היו מגיעים רק שני התובעים ועובד נוסף בימי שישי, ולא היו מסוגלים לעמוד בקצב העבודה.

לדבריו, הוא היה מתקשר אליהם והם דרשו שישלמו להם כתנאי להמשך ביצוע העבודה.

רוזה קריידמן העידה שהחל בחודש 2/96 לא הגיעו התובעים לעבודה הם היו מגיעים החל בשעה 9:00-9:30; היו עוזבים בשעה 14:00-13:30, ולאחר-מכן נעלמו בלי להשלים את העבודה, וכך העיד גם רחמים רובין.

מכתבי הנתבעת בהם מבקשים התובעים להגביר את קצב העבודה, החל ביום 25.3.96 לא נענו, ויש בכך כדי לתמוך בגרסת הנתבעת.

ה. אין לייחס משמעות לרישום של התובעים על החשבונות ביחס לטיב התשלום, לגבי החשבונות שהתייחסה להפרשי מדד. כמו-כן, אין לייחס חשיבות לעובדה שלא נמצאו יומני עבודה. הכנסת צוות הטייחים הנוסף בשלב ב' נעשתה בהסכמת התובעים. יש לקבל את גרסת הנתבעת כי התובעים עזבו את העבודה מיוזמתם, כפי שעולה מעדויותיהם של שלומי שחק, חזי בלס ורוזה קריידמן. הנתבעת קראה לתובעים לחזור לעבודה במכתב מיום 16.9.96 והם לא נענו לכך. אין לקבל את עדותו של אבנר חג'ג'.

ו. התובעים לא הוכיחו כי נגרם להם נזק.

ז. התובעים לא תבעו הפרשי תמורה עבור העבודה שבוצעה. תביעה זאת עלתה לראשונה בסיכומיהם, יש בכך הרחבת חזית ואין להיזקק לכך.

ח. המומחה שמונה מטעם בית-המשפט תמך בגרסת הנתבעת שאין לחשב שטחים שלא טוייחו, ואין לראות בחישובים שנעשו על-ידי רוזה קריידמן משום הסכמה לשלם עבור שטחים שלא טוייחו כפי שעולה מעדותו של אהרן כהן. הנתבעת שילמה לתובעים עבור 33,433 מ"ר בעוד שהם ביצעו עבודה ב-31,081 מ"ר והם קיבלו מעבר למה שהגיע להם. הדרישה להפרשי הצמדה עבור העבודה שבוצעה אינה כלולה בכתב התביעה. יש בכך הרחבת חזית לה התנגדה הנתבעת, ואין להיזקק לכך. לא היתה הסכמה לתשלום הפרשי הצמדה, והם הסכימו על סכום לא צמוד. בסעיף 3.2 להסכם נקבע כי הסכום הנקוב בנספח

בע"מ, פ"ד לה(2) 800; ע"א 163/75 בוחבוט נ' ברדי, תקציר יח(4); ד' קציר, תרופות בשל הפרת חוזה, חלק ב', (996).

ת. ביחס לסכומים המגיעים לתובעים - חישוב השטחים כולל שטחים שלא טוייחו היה 36,291 מ"ר בכפל של 25 ש"ח למ"ר, 907,275, בתוספת מע"מ 1,061,512 ש"ח, בתוספת הפרשי הצמדה מ-8/96 עד 12.5.96, מועד תשלום החשבונות מס' 312. מסכום זה יש לנכות את הסכומים ששולמו לפי נספח ח/2, תוך ניכוי התשלומים ו-58,500 ש"ח ששולם על-חשבון ההתייקרויות. לאור זאת זכאים התובעים לסכום של 284,088 ש"ח נכון ליום 12.5.96 ולמועד הסיכומים - לסכום של 554,181 ש"ח.

לגבי הכנה לסיוד, זכאים התובעים להפרשים, לפי \$1000 בתוספת מע"מ ליחידה, עבור 26 יחידות, בניכוי סכום של 30,000 ש"ח ששולם, לסכום של 60,966 ש"ח נכון ליום 15.8.96, וליום הסיכומים לסכום של 113,056 ש"ח, בניכוי הסכום שקיבלו בתוספת הצמדה בסך 112,077 ש"ח, כך שהיתרה היא 555,188 ש"ח. לאור האמור זכאים התובעים לסכום של 4,631,763 ש"ח ולצרכי אגרה לסכום התביעה בסך 1,000,100 ש"ח בתוספת הפרשי הצמדה כחוק מיום הגשת התביעה.

לגבי התביעה שכנגד - לא הוכחו הליקויים, פרט לסכום של 6,292 ש"ח על-פי חוות-דעת המומחה מטעם בית-המשפט. לאור זאת יש לדחות את התביעה.

14. בא-כוח הנתבעת טען בסיכומיו:

א. ביחס לדירות נשוא הפרוייקט, היו בתכנון מספר שלבים. שלושת השלבים האחרונים לא נבנו (תצהירו של אהרון כהן מיום 21.2.00 ותצהירו של בלאס מינה 15.7.97, סעיף 5).

הפסקת העבודה בין המועדים 9/95 ל-30.6.95 נעשתה לפי הוראת מנהל העבודה רחמים רובין.

ב-11/95 החלה לעבוד קבוצת טייחים אחרת.

ב-8/96 עזבו התובעים את אתר הבניה ללא הודעה מוקדמת.

ב. היתה הרחבת חזית בראיות שהובאו על-ידי התובעים ובדרישות שהוצגו על ידיהם בסיכומים, לעומת התביעה, כאשר הנתבעת התנגדה לכך במהלך הדיון. אין להיזקק לכל הרחבת חזית.

ג. אין לקבל את גרסת התובעים שהם סולקו מאתר העבודה, משום שביקשו הפרשי הצמדה. גרסתם אינה הגיונית.

התובעים לא עמדו בקצב ביצוע העבודה, ולכן הוכנסה קבוצה שניה לשלב ב' בהסכמת התובעים.

לבסוף עזבו התובעים את אתר הבניה מיוזמתם, בלי להודיע על כך מראש, כאשר הם מותרים תיקונים רבים לביצוע בשלב א'.

ד. העבודה היתה צריכה להתבצע על-פי התקדמות הביצוע בעבודות הבניה האחרות.

בתמונה נ/1, מיום 13.1.96 נראה שטרם הושלם שלב א', והמשיכו בכך עד 8/96. באותה עת סיימה הקבוצה האחרת 12 יחידות, לפי חוות-דעת המומחה מטעם

(4) האם זכאים התובעים לפיצויים בגין הפרת ההסכם בכך שהופסקה להם העבודה בניגוד להוראות ההסכם, כפי שהם טוענים, ואם כן מה סכום הפיצויים.  
 (5) האם זכאית הנתבעת לפיצויים בגין הליקויים בגין אי-עמידה בלוח הזמנים לביצוע העבודה ובגין הפרת ההסכם בכך שהתובעים עזבו את העבודה ובכך שהיו ליקויים בעבודות שבוצעו על ידיהם.

#### הצמדה למדר

16. ביחס לשאלה אם יש לשערך את הסכום של 25 מ"ר נראה לי כי לא ניתן לקבוע על-פי עדויות התובעים או עדויות הנתבעת כי היתה התייחסות מפורשת בעל-פה בשאלה זאת בעת שנחתם ההסכם. לו היתה הסכמה מפורשת כזאת, סביר להניח שהדבר היה נכתב, ומשלא נכתב הדבר, לא ניתן לקבוע כי היתה התייחסות מפורשת בקשר לכך. מבחינת פרשנות ההסכם, יש ליתן את הדעת לעובדה שהדבר לא נזכר במפורש בהסכם, מדובר בהפרכה מדד שהגיעו לכ-20% - במשך שנתיים, היינו כ-10% לשנה. כפי שעולה מטענות באת-כוח התובעים, אך מאידך גיסא יכולים מחירי עלות העבודה בשוק החופשי להיות מושפעים מגורמים נוספים, כגון אי-זמינות עובדים בבניה עקב אי-הגעת עובדי שטחים לעבודה, היקף הביקוש לעובדים, לעומת ההיצע בביצוע עבודות, תקופות מיתון ועוד.

מבחינת ההסכם, ראוי לציין את סעיף 3.2 להסכם בו נאמר כי התמורה הנזכרת בנספח א' להסכם הינה סופית ומוחלטת, ולא יהא מקום לתוספת תשלום, עקב עניינים שונים שנזכרו בהסכם. בעניין זה לא נאמר שלא יהא מקום לתוספת תשלום עקב הפרשי הצמדה למדר, אף שהיתה התייחסות לכך לגבי עניינים אחרים.

מן ההיבט המשפטי יש להבחין בין חיוב בהפרשי הצמדה שלא נכללו בהסכם במסגרת ההסכם המקויים, שאותם ניתן לפסוק רק במקרים קיצוניים במצב של אינפלציה גבוהה ובלתי-צפויה, ובין שערך התמורה בהקשר לתביעה לפיצויים או לאכיפת הסכם, בהן ניתן להחיל את עיקרון השערוך באופן גמיש יותר.

(ג' שלו, דיני חוזים, מהדורה שנייה, 35-36, 67-70, 580-581, 599-596, 537-541; ד' קציר, פסיקת ריבית, הצמדה ושיערוך (1996), 519-717; ע"א 554/83 "אתא" חברה לטקסטיל בע"מ נ' עזבון המנוח זולוטולוב יצחק ז"ל ואח', פ"ד מא(1) 282; ע"א 69/98 מחג'אנה פארס נ' מחאג'נה ג'בר, תק-על 2001(1) 1073).

במקרה זה נראה לי שאין להיזקק לתביעות התובעים לחיוב בהפרשי הצמדה במסגרת החוזה המקויים עבור העבודה שבוצעה על ידיהם מעבר לסכום ששולם להם, הן לגוף העניין, הואיל ולא הוכח כי התקיימו נסיבות מיוחדות בהן ניתן וראוי לחייב בשערוך במסגרת החוזה המקויים, והן מן ההיבט הדיוני לאור העובדה שלא נתבקש סעד כזה בכתב התביעה, ולאור התנגדות הנתבעים לשינוי חזית בקשר לכך. מאידך גיסא, נראה לי ביחס לסכום של 50,000 ש"ח ששולם עבור הפרשי הצמדה, נעשה הדבר תוך הסכמה בין הצדדים, אף שלא נתנו בכך

א' הינו סופי ומוחלט. הנתבעת הסכימה עקב לחץ וכפייה לשלם באחד השלבים מחצית ההצמדה, אך לא היה בכך כדי לחייבה בהפרשי הצמדה ביחס להמשך העבודה. כמו-כן, בוטלה הסכמה זאת לאחר שהתובעים היפרו את התחייבותם בכך שעזבו את אתר העבודה.

המקרים בהם נקבע שערך התמורה בהסכם, ללא הוראה חוזית, הינם מקרים קיצוניים, במצב של אינפלציה גבוהה שלא נלקחה בחשבון, דבר שלא היה במקרה זה (ע"א 00/6136 שועית בע"מ נ' דב אשר, פ"ד נו(4) 241; ע"א 89/719 מחצבות חיפה בע"מ נ' חנדרון בע"מ, פ"ד מו(3) 305; ע"א 73/88 עזבון המנוחה לוטי גרינברג-רוזן ז"ל נ' שיכון ופיתוח ישראל בע"מ, פ"ד מו(5) 114; דנ"א 1792/00 מדינת ישראל נ' שדמון, פ"ד נו(5) 643).

ט. הדרישה לחייב את הנתבעת עבור הכנה לסיוד לא נכללה בכתב התביעה ואין להיזקק לה. על-פי ההסכם כל העבודות כלולות במחיר. גם לפי חוות-דעת המומחה המחיר שנקבע כולל תיקונים לאחר ריצוף ופנלים ותיקונים נוספים. אין בחשבוניות כדי להעיד על כך ששולמו לתובעים תשלומים נפרדים עבור תיקונים.

י. התביעה שכנגד מושתתת על חוות-דעת של מומחה מטעם הנתבעת שבדק את הדירות ביום 2.10.96, היינו "בזמן אמת". חוות-דעת זאת לא נסתרה. מאז בוצעו תיקונים על-ידי הנתבעת ועל-כן אין רלוונטיות לחוות-הדעת של המומחה מטעם בית-המשפט שנערכה רק בחודש 3/02. במכתב מיום 3.9.95 התחייבו התובעים בכתב-ידו של התובע לבצע תיקוני פנלים, ותיקוני טיח מחוץ לבניין ובעיקר לישר הקרנסים בגגות פנים וחוץ. יש בכך כדי להצביע על קיום ליקויים. מעדויותיהם של חזי בלאס ושלומי שחק עולה שהנתבעת נאלצה לשכור שירותי "כלבוניקים" לביצוע התיקונים ועקב הליקויים נאלצו לבצע את הקירות החיצוניים בצבע גמיש מיוחד שעלה להם 126,000 ש"ח, כפי שעולה מעדותו של בלס, ולבצע תיקונים נוספים שהוערכו על-ידי אועודה בסכום של 32,000 ש"ח ותיקונים נוספים שהוערכו על-ידי המומחים מטעם הנתבעת בסך 52,000 ש"ח.

נוקי הנתבעת מגיעים נכון ליום עריכת הסיכומים לסכום של 362,165 ש"ח בתוספת הפגיעה במוניטין. דיון

#### 15. השאלות העיקריות העומדות לדיון הן:

(1) האם היה הסכום של 25 ש"ח למטר מרובע, שנקבע בהסכם, צמוד למדר תשומות הבניה, הצמדה מלאה או חלקית, הן מכוח הסכם מפורש בעל-פה או על-פי הדין, או שלא היה צורך להצמיד את הסכום, הן משום שהיתה הסכמה מפורשת בעל-פה שלא להצמיד, או שלא היתה חובה כזאת על-פי הנהוג או על-פי הדין.

(2) האם הישוב שטחי הביצוע של העבודות התייחס רק לשטחים שטויחו בפועל, או שהוא כולל גם שטחים שלא טויחו, כגון, פתחי חלונות, שטחי חיפוי בקרמיקה, שטחי ארונות מטבח ואבן ושטחים בחוץ עם חיפוי אבן.

(3) האם היו זכאים התובעים לתשלום נפרד עבור תיקוני הכנה לצביעה ותיקונים אחרים.

הפסקת העבודה - על-ידי התובעים או על-ידי הנתבעת 19. לשאלה אם היתה הפסקה ביוזמת התובעים או ביוזמת הנתבעת, נראה לי כי תחילה התעוררו חילוקי-דעות בין הצדדים בעקבות דרישת התובעים לתשלום הפרשי הצמדה, כפי שעולה ממכתבה של הנתבעת 1 במכתב מיום 25.3.96, שנזכר במכתבה של הנתבעת מאותו יום. עמדת הנתבעת באותו מכתב היתה שהנתבעת אינה זכאית להפרשי הצמדה על-פי ההסכם.

עוד קודם-לכן, התעוררה מחלוקת בעניין זה בחודשים 6/95-4/95, שבעקבותיה הופסקה עבודת התובעים לתקופה של חודשיים, ומסרבו לחתום על היעדר תביעות בקשר לכך הוחזרו לעבודה. בקשר לכך, נראה לי שיש להעדיף את גרסת הנתבעת שנתמכת גם בעדויות של נציגי הנתבעת, ובעובדה שבפועל הופסקה עבודתם לתקופה של חודשיים והם הוחזרו לעבודה.

הוויכוחים בין הצדדים כפי שעולה מהתכתובת בין הצדדים, היתה דרישת התובעים להצמדה למדד, מצד אחד, וטענות הנתבעת לליקויים בביצוע העבודה ואי-עמידת התובעים בקצב ביצוע העבודה, מהצד האחר, אך כפי שנראה לי מתוך התכתובת, לא היו טענות הצדדים באותו שלב אקוטיות. ההאטה בקצב ביצוע העבודות היתה בעקבות האטה כללית בביצוע כל עבודות הבניה, עקב היעדרותם של עובדי השטחים בעקבות פיגועים וסגרים שהיו באותה עת, וגם ביחס לליקויים, לא היו טענות אקוטיות, וכפי הנראה באותה עת נעשו עבודות הטיח שלפני הריצוף, והיתה ציפיה שככל שיהא צורך בתיקונים תהא אפשרות לבצעם בשלב יותר מאוחר, ובקשר לכך החזיקה בידה הנתבעת עכבון שנע בין 20% בעבודות טיח פנים ובין 10% לטיח חוץ, כך שלא היתה מניעה להמשיך ביצוע העבודה במסגרת שלב א', כאשר התובעים והנתבעת הגיעו מפעם לפעם להסדרים קונקרטיים ביחס לחילוקי-הדעת שהתעוררו ביניהם.

במקביל להשלמת ביצוע העבודה על-ידי התובעים בשלב א', שהתייחס ל-42 יחידות דיר, התקשרה הנתבעת עם חברת "סופאן את מוסא בע"מ" שביצעה את העבודה במחיר הנומינלי שנקבע עם התובעים, היינו 25 ש"ח למ"ר.

טענת הנתבעת כי הדבר נעשה בתיאום או בהסכמה עם התובעות לא הוכחה כראוי. לו היתה הסכמה כזאת, סביר להניח שהיתה נעשית בכתב, אך גם בעניין זה, לא היה בכך כדי להניע את התובעים להפסיק את העבודה מיוזמתם.

מעיון בחומר הראיות, נראה לי כי הקש ששבר את גב הגמל והביא להפסקת העבודה על-ידי התובעים, היה העובדה שלא ניתנה להם אפשרות להמשיך בביצוע העבודה בשלב ב', מעבר ל-42 יחידות של שלב א', בעת שהם עמדו בשלב של השלמת הביצוע של שלב א'.

בשלב שקדם לכך בו הוחל בביצוע העבודה בשלב ב', על-ידי חברת "סופאן את מוסא בע"מ", וכל עוד היתה להם עבודה בהיקף מלא בשלב א', נמשכה העבודה על-ידי התובעים בשלב א', תוך השלמה עם העובדה שחברת

הסכמה כוללת ביחס לביצוע העבודות בכל הפרוייקט.

17. הישוב שטחים שלא טוייחו

ביחס לשאלה אם היו צריכים לחשב את השטחים שלא טוייחו בפועל, נראה לי שככלל יש להעדיף את עמדתו של המומחה שמונה מטעם בית-המשפט, המהנדס דניאל יאסו שאמר שלא מקובל לחשב שטחים שלא טוייחו. הגיוני יותר שאין לשלם עבור שטחים בהם לא בוצעה עבודת הטיח בפועל. מאידך גיסא, נראה לי, שביחס לחישובים שנעשו בפועל בין הצדדים שאושרו על-ידי נציגי הנתבעת, רווה קריידמן ואחרים, ככוללים גם שטחים שלא טוייחו יש לראות בכך הסכמה קונקרטית בין הצדדים ביחס לאותן כמויות.

סביר להניח שהיתה הבנה קונקרטית בקשר לכך, לאור העובדה שהתובעים הביאו את הפיגומים, ולאור העובדה שהחשבונות שולמו ללא הצמדה. לאור זאת נראה לי גם בקשר לכך, שיש להותיר את הישובי הכמויות שאושרו על כנם, אך אין בכך כדי להקנות לתובעים זכות מוחלטת לחישוב כל הכמויות, ככוללים שטחים שלא טוייחו.

18. זכאות לתשלום עבור תיקונים והכנה לצבע

ביחס לטענת התובעים כי היו זכאים לתשלום נפרד עבור ביצוע תיקונים והכנה לצביעה, נראה לי גם בעניין זה שיש לאמץ את עמדתו של המהנדס דניאל יאסו שנתן חוות-דעת מטעם בית-המשפט, היינו, שיש להבחין בין תיקוני טיח שוטפים הנעשים לאחר הריצוף והתקנת הפנלים שנעשים באופן שוטף על-ידי הטייח, לאחר גמר הריצוף, שהינם כוללים במחיר השוטף של עבודות הטיח, ובין תיקונים נוספים שנעשים לאחר גמר עבודות החשמל ויתר העבודות לפני הצביעה, שנעשים בדרך-כלל, לא על-ידי הטייח אלא על-ידי בעל תפקיד אחר, מעין "כלבוויניק" שמבצע מכלול של עבודות השלמה לפני הצביעה, כאשר עבודות אלו יכולות לכלול גם עבודות טיח נוספות, עקב שינויים שנעשה על-ידי הדיירים או עקב נזקים שנגרמו תוך ביצוע עבודות אחרות. ביחס לעבודות אלו, כאשר הן נעשות על-ידי הטייח, זכאי הטייח לתשלום נפרד בקשר לכך.

טענת התובעים שהיו זכאים לתשלום נפרד עבור כל התיקונים וטענות נציגי הנתבעת שלא היו זכאים לשום תשלום עבור תיקונים, אינן נראות לי, הן מנוסח ההסכם והן לאור חוות-דעתו של המהנדס יאסו.

גם התנהגות הצדדים בפועל תומכת במסקנה האמורה, לאור העובדה ששולם להם בפועל סכום של 30,000 ש"ח עבור תיקונים לפני צביעה, ולא שולמו להם תשלומים שוטפים עבור תיקונים שוטפים שבוצעו לאחר עבודות הריצוף.

מאידך גיסא, נראה לי שלא הוכחה טענת התובעים שהיו זכאים לסכום של \$1,000 עבור כל דירה בה בוצעו תיקונים. הערכתם התבססה גם על תיקונים שוטפים להם לא היו זכאים, ולא הובאה על ידיהם כל הוכחה על פיה היו זכאים לסכום כלשהו עבור תיקונים, מעבר לסכום ששולם להם בפועל, היינו, סכום של 30,000 ש"ח בתוספת מע"מ עבור ביצוע תיקונים לפני צבע, ב-26 דירות.

ההצמדה שנדרשו על-ידי התובעים ולא לפיגורים בביצוע העבודה.

המכתבים של הנתבעת שנשלחו לתובעים, בהם הוזכר עניין הפיגורים בביצוע העבודה, באו כתגובה לדרישת התובעים לקבלת הפרשי הצמדה ולהחלטת הנתבעת שלא לאפשר לנתבעת להמשיך בשלב ב', בעת שהם מצאו קבלן שהיה מוכן לבצע את העבודה במחיר הנומינלי שנקבע עם התובעים, כך שלא ניתן לקבוע שהתובעים לא היו עומדים בביצוע העבודה, במועדים שנקבעו לכך. לו היו מגיעים הצדדים להסדר לשביעות רצון שני הצדדים בשאלת ההצמדה למדד.

כמו-כן, נראה לי שאף לו היו פיגורים בביצוע העבודה, הם נבעו מאי-נכונותה הנתבעת לשלם לתובעים הפרשי הצמדה למדד כפי שדרשו התובעים.

האם זכאים התובעים לפיצויים בגין הפרת ההסכם עקב אי-מתן אפשרות להמשיך בביצוע שלב ב' של העבודה? 21. ביחס לשאלה אם זכאים התובעים לפיצויים בגין סילוקם משלב ב' של העבודה, נראה לי כי התשובה לכך הינה שלילית.

הנימוק לכך הוא כאמור לעיל, שלא הוכח שהיתה לתובעים עילה לדרוש הצמדה למדד במסגרת קיום ההסכם, כאמור לעיל.

אכן, לו היה מדובר בתביעה של הנתבעת לאכיפת ההסכם על התובעים, היו יכולים התובעים להימלט מתביעה זו עקב אי-הסכמת הנתבעת לשערך את המחיר הנומינלי שנקבע בהסכם, לאור עליית מדד תשומות הבניה בהיקף של כ-20%, הואיל ובנסיבות העניין לא היתה הצדקה לאכיפת ההסכם, כאמור בפסיקה לעיל.

אך כאשר התובעים הם התובעים את הפיצויים על כך שלא ניתנה לה האפשרות לקיים את ההסכם, בתנאים בהם לא הוכחה עילה לשערך המחיר במסגרת קיום ההסכם, לא ניתן לקבוע כי היתה הפרת הסכם מצד הנתבעים, המזכה את התובעים בפיצויים, על כך שהנתבעת לא היתה מוכנה להמשיך בביצוע ההסכם במחיר משוערך, בעת שהתובעים עמדו על שערך המחיר כתנאי להמשך ביצוע העבודה בקצב הראוי. במצב זה לא ניתן לקבוע כי התובעים זכאים לפיצויים בגין העובדה שלא ניתנה אפשרות להמשיך לעבוד בשלב ב'.

האם זכאית הנתבעת לפיצויים בגין הליקויים שנמצאו בעבודה?

22. לשאלה אם הנתבעת זכאית לפיצויים בגין ליקויים כפי שטענה בתביעה שכנגד, נראה לי שהתשובה לכך הינה שלילית.

בקשר לכך נראה לי שלא ניתן לקבוע על-פי עדויות הנתבעת כי היו ליקויים בביצוע העבודה על ידי מעבר לליקויים המועריים, עליהם הצביע המומחה מטעם בית-המשפט. הליקויים עליהם הצביע המומחה מטעם בית-המשפט, נבלעים ובטלים בהתחשב בעכבון של 10% בטיח חוץ ו-20% בטיח פנים, שהותירה הנתבעת בידיה.

כמו-כן, לא ניתן הסבר מגיה את הדעת לטענת הנתבעת כי היתה צריכה להחליף צבע ולהשתמש בצבע מיוחד עקב

"סופאן את מוסא בע"מ" החלה בביצוע העבודות בשלב ב', אך בעת שעבודת התובעים בשלב א' היתה על-סף סיום, ולא הותירה להם אפשרות מספקת להמשך ביצוע העבודה בהיקף מלא, והנתבעת לא איפשרה להם להמשיך בביצוע העבודה בשלב ב', לא היו התובעים מוכנים להמשיך בביצוע התיקונים בשלב א', בלי שתינתן להם האפשרות להמשיך גם בשלב ב'. מסקנה זאת נראית לי מעוגנת גם בתצהירו של התובע שמעון פחימה, שבעניין זה נראית לי גרסתו סבירה ומהימנה ונתמכת בראיות נוספות.

בקשר לכך אמר פחימה שבחודש 6/96 הם נתבקשו לעזוב את האתר, פרט להשלמת תיקונים ב-42 יחידות דיור שבוצעו בשלב א', אך במצב זה, הם לא היו מוכנים להמשיך רק בביצוע התיקונים בשלב א', על-פי ייעוץ משפטי.

משלא הסכימו התובעים להימנע מלהמשיך בעבודה בשלב ב', ובעקבות אי-השלמת התיקונים שנותרו בשלב א', החלו להתחזק טענות הנתבעת בדבר הליקויים ואי-עמידה בקצב העבודה, ואז נדרשו התובעים במכתב של הנתבעת מיום 17.7.96 לפנות לאלתר את הפיגורים שלהם כדי לא להפריע לביצוע העבודה בשלב ב', בעוד שהתובעים עמדו על דרישתם לתשלום הפרשי הצמדה למדד, ולהמשיך בביצוע העבודה בשלב ב'.

במצב זה נראה לי כי הפסקת העבודה של התובעים בפרוייקט נעשתה בדרך משולבת, כאשר התובעת הכניסה קבוצת עבודה נוספת לשלב ב' ללא תאום והסכמה של התובעים, אך תוך השלמה של התובעים עם עובדה זאת, כל עוד היתה להם עבודה בהיקף שסיפק את הצרכים שלהם. משעמדה להסתיים העבודה בשלב א' ונותרה בשלב זה השלמת ביצוע של תיקונים בלבד, הודיעה הנתבעת לתובעים כי לא יוכלו להמשיך בביצוע העבודה בשלב ב'. במצב זה לא היו מוכנים התובעים להמשיך בהשלמת התיקונים בשלב א', כך שהנתבעת סילקה את התובעים מהביצוע של שלב ב', והתובעים הפסיקו מיוזמתם את השלמת התיקונים בשלב א'.

האם היה פיגור בביצוע העבודות מצד התובעים?

20. לשאלה האם היה פיגור בביצוע העבודות מצד התובעים, נראה לי כי הדבר לא הוכח די הצורך. לא הוצגו יומני עבודה, לא היתה התייחסות ספיציפית בתכתובת שהוצגה להיקף הפיגורים, ונראה כי העלאת טענה זאת מצד הנתבעת היתה שלובה בעובדה שהנתבעת לא היתה מוכנה לשלם הפרשי הצמדה כפי שדרשו התובעים, והעובדה שהם מצאו קבוצת טייחים אחרת שהיתה מוכנה לבצע את העבודה במחצית שנת 1996 באותו מחיר נומינלי שנקבע עם התובעים ב-9/94, לאחר עליה במדד תשומות הבניה בהיקף של כ-20%. במצב זה נראה לי כי לא ניתן לקבוע כי היה פיגור ממשי בביצוע העבודה, כמובן זה שהתובעים לא היו מסוגלים לבצע את העבודה.

בסופו של דבר הוברר שמתוך הפרוייקט נבנו רק השלבים א' ו-ב'. התובעים השלימו את שלב א' פרט לתיקוני השלמות שלא הושלמו בעקבות הסכסוך שנוצר ביחס לשלב ב', כאשר עיקר הסכסוך נגע לשאלת הפרשי

ההסכם ביחס לאימתן אפשרות להמשיך בביצוע העבודה בשלב ב' תוך הצמדת הסכומים, ובקשר לכך, לא הוכחו נסיבות מיוחדות המאפשרות את שערך המחיר שנקבע במסגרת קיום ההסכם.

אין מקום להיזקק לתביעות נוספות שלא נזכרו בכתב התביעה, וגם לגוף העניין לא הוכח כי התובעים זכאים לסכומים הנוספים שנתבקשו על ידיהם בעדויות ובסיכומים.

ביחס לתביעה שכנגד לא הוכחו די הצורך הליקויים הנטענים ולא הוכח כי הנתבעים לא עמדו בקצב ביצוע העבודה. כמו־כן, לא היתה הצדקה לחייב את הנתבעים בהמשך ביצוע העבודה בלי לשלם להם הפרשי הצמדה, ובלי לאפשר להם את השלמת העבודה בשלב ב'.

כמו־כן, לא הוכח ששווי התיקונים שהיו צריכים התובעים להשלים בשלב א' עולה על הסכומים שעוכבו בידי הנתבעת בשיעור של 20 אחוז עבור טיח פנים ו-10 אחוז עבור טיח חוץ.

לאור תוצאות הדיון, ישא כל צד בהוצאותיו.

ליקויי העבודה מצד התובעים.

בעניין זה, לא הוצג כל רישום בלוח העבודה, ולא ניתן הסבר מניח את הדעת לשאלה מדוע לא ביצעה הנתבעת את תיקוני הטיח לפני הצביעה הראשונה, ובכך היתה מצמצמת את הנזקים שנגרמו לה לטענתה.

כמו־כן, נראה לי שלא הוכח שהתובעים לא עמדו בקצב ביצוע העבודה או שנגרמו לנתבעת נזקים כתוצאה מכך, וגם אם היה הדבר מוכח, לא היה בכך כדי לחייב את התובעים בפיצויים בקשר לכך, לאור העובדה שהנתבעת לא היתה מוכנה לשערך את המחיר הנומינלי שנקבע בהסכם.

בעניין זה, נראה לי כאמור שאף שאין הצדקה לחייב את הנתבעת בשערך הסכום במסגרת ההסכם המקויים, אין לחייב את התובעים בפיצויים בגין אי־הסכמתם להמשיך בביצוע העבודה לא שערך המחיר.

סוף דבר

23. בסופו של יום נראה לי כי דין שתי התביעות, גם התביעה העיקרית וגם התביעה הנגדית, להידחות.

התביעה העיקרית התייחסה רק לפיצויים בגין הפרת

## 25. הסכם פאושלי הוא הסכם בו הצדדים מסכמים על מחיר כולל וסופי עבור עבודות שיבוצעו ויושלמו, וזאת ללא מדידת כמויות.

ת"א 2625/00 גביר קבלנים לעבודות בניה ופיתוח בע"מ נ' עובד לוי תיעוש האבן והבניה בע"מ, פדאור (11)06.318.

נפסק מפי כב' השופט בעז אוקון:

בין הצדדים כי התובעת לא תבנה את הקוטג'ים באחד מבין ארבעת המגרשים. לפיכך, היה על התובעת לבנות בסך הכל 30 קוטג'ים. ביום 2.5.94 נחתם נספח להסכם הראשון, לפיו הנתבעת תשלם לתובעת סכום נוסף של 100,000 ש"ח עבור ביצוע הבניה בכל מגרש, ובסך הכל 300,000 ש"ח ("הנספח"). הצדדים חלוקים ביניהם באשר לטעם המונח ביסוד החתימה על הנספח: התובעת טענה כי התשלום עליו הוסכם הוא פיצוי בגין טעויות שנפלו בחישובי הכמויות שצורפו להסכם הראשון ובגין גריעת מגרש אחד מההסכם. הנתבעת טענה כי התשלום האמור נועד לתמרץ את התובעת לעמוד בלוח הזמנים המעודכן שנקצב להשלמת בניית הקוטג'ים (וההסכם הראשון לרבות ההסכמה על הפחתת ההתחייבות לבנות במגרש אחד ולרבות הנספח יכונן להלן: "הסכם הקוטג'ים").

שני הסכמים נוספים נחתמו בין הצדדים ביום 31.1.94 וביום 18.9.94. בהסכמים אלה התחייבה התובעת לבנות בנייני מגורים במגרשים שהנתבעת היא בעלת הזכויות בהם בישוב שהם ("הסכמי הבניה הרוויה").

3. היחסים בין בעלי הדין עלו על שרטון, והצדדים בקשו להביאם לכלל סיום. בהתאם לכך הסכימו הצדדים ביום 21.5.95, כי התובעת תפרוש מביצועם של כל ההסכמים,

1. התובעת, גביר קבלנים לעבודות בניה ופיתוח בע"מ ("התובעת"), התקשרה עם הנתבעת, עובד לוי תיעוש האבן והבניה בע"מ ("הנתבעת") בהסכמים לבנייתם של שלושה פרויקטים בישוב שהם. הנתבעת היתה מזמינת הבניה והתובעת היתה הקבלן המבצע. לטענתה, הנתבעת לא שילמה לה את מלוא התמורה עבור ביצוע עבודות הבניה הכלולות בהסכמים בין הצדדים וכן עבור עבודות נוספות שביצעה התובעת מעבר לקבוע בהסכמים ובנספחיהם. הנתבעת מצידה, חלקה על חובתה לשלם כל סכום נוסף מעבר לסכום התמורה אשר ננקב בהסכמים, ואף הגישה תביעה שכנגד בגין נזקים שנגרמו לה עקב פיגורים בהשלמת הבניה על־ידי התובעת וליקויים נטענים בעבודתה.

2. המערכת החוזית בין הצדדים מורכבת משלושה הסכמים: הראשון - הסכם מיום 2.5.93, לפיו התחייבה התובעת לבנות עשרה קוטג'ים בכל אחד מארבעה מגרשים שהיו בבעלות הנתבעת, בישוב שהם ("ההסכם הראשון"). להסכם הראשון צורף כתב כמויות, אשר הוכן על־ידי הנתבעת. זמן קצר לאחר חתימת ההסכם הראשון, הוסכם

הסדר מדורג של תשלומי ביניים בהתאם לשלבי ביצוע הבניה (לשם הדוגמה, עם השלמת עבודת יציקת הרצפה הראשונה ישולם לתובעת סך של 7.5% מהתמורה הכוללת, עם השלמת עבודות הטיח ישולם לתובעת סך של 12% מהתמורה הכוללת וכדומה). דרך חישוב כזו מאפיינת הסכם פאושלי.

7. אך לא רק תוכן ההסכם והגדרת החיובים היא פאושלית. הצדדים קבעו במפורש כי 'שכר החוזה' נקבע 'באופן פאושלי'. וכך קובע סעיף 4 של הסכם הקוטג'ים: 'תמורת ביצוע כל התחייבויותיו של הקבלן (התובעת), כמפורט בחוזה במלואן ובמועדן ולשביעות רצונו המוחלט של המזמין (הנתבעת) מתחייב המזמין לשלם לקבלן את שכר החוזה, לפי כל בניין ובניין, בסך כולל של:

...מוסכם ומוצהר בזאת כי שכר החוזה ודרך חישובו הינם סופים ומוחלטים ובכל מקרה לא יהא הקבלן זכאי לכל תשלום שהוא מעבר לשכר החוזה.

כן מוסכם כי שכר החוזה אשר ישולם בגין ביצוע העבודות, כמפורט במסמכי ההצעה ולרבות בחוזה על מסמכיו, צרופותיו ונספחיו נקבע באופן פאושלי עבור ביצוען של מלוא העבודות מתחילתן ועד השלמתן בלא להתבסס על כתב כמויות וללא מדידת כמויות וכי הפרטים המסומנים ו/או נדרשים בכתב הכמויות ומחירים ו/או בתוכניות ו/או במפרטים ובשאר הנספחים לחוזה ומסמכיו ייחשבו ככלולים בשכר החוזה הקבוע בגוף החוזה...'

ההדגשה כי מדובר בהסכם פאושלי מופיעה גם בהגדרת המינוח "כתב כמויות" בהסכם הקוטג'ים. וזו לשון ההגדרה:

'...מובהר בזאת במפורש כי בחוזה פאושלי, כתבי הכמויות נועדו לצרכי הערכה כללית בלבד ובכל מקרה חייב הקבלן לבדוק את כתבי הכמויות בעצמו טרם ביצוע העבודה. הקבלן מתחייב לבצע את כל העבודות גם אם קיימת סטיה ניכרת מכתבי הכמויות כאמור בסעיף 7(ה).'

הנה כי כן, ההסכם עצמו הוא פאושלי. התמורה עבור העבודות המסויימות אליהן מתייחס הסכם זה, והפורטות בתוכניות הבניה ובכתב הכמויות הנספחים להסכם, נקובה בסכום קבוע. יחד עם זאת, ברור כי התמורה מתייחסת רק לאותן עבודות המפורטות בהסכם. כל עבודה שאינה מפורטת או נזכרת במפרט הטכני, בכתב הכמויות ובתוכניות הבניה אינה כלולה במסגרת המחיר הפאושלי של ההסכם, ויש לשלם עבורה בנפרד.

8. הסכם הקוטג'ים נוסח על-ידי הנתבעת. התובעת טענה כי מכיוון שחל כלל הפרשנות נגד המנסח, יש לקבל את פרשנותה שלה ביחס להוראות הסכם הקוטג'ים. לא ניתן לקבל טענה זו. העובדה שההסכם נוסח על-ידי הנתבעת אינה מביאה למסקנה כי יש לפרש את ההסכם בניגוד למילותיו ולתניות המפורשות הכלולות בו. סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 קובע, כי:

'חוזה יפורש לפי אומד-דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו -

וכי בין הצדדים תיערך התחשבות, וזאת בהתייחס להשלמת הבניה על-ידי התובעת עד לאותו מועד ("מועד הפסקת הביצוע"). עד מועד הפסקת הביצוע השלימה התובעת את בניית הקוטג'ים (ראו: כתב תביעה שכנגד, סעיף 9; פרוטוקול מיום 17.1.06, עמ' 10, שורות 7-9). בניית הדירות נשוא הסכמי הבניה הרוויה הושלמה לאחר מועד הפסקת הביצוע, וזאת באמצעות קבלנים אחרים עמם התקשרה הנתבעת. ההסכמה בין הצדדים אכן הובילה להפסקת ההתקשרות, אך בעלי הדין לא השכילו לסיים בכוחות עצמם את ההתחשבות ביניהם. התובעת סברה כי נותרה יתרת חוב של כשלושה מיליון ש"ח ומכאן התביעה.

הסדר דינוי ומינוי פוסק

4. מרכז הכובד של המחלוקת בין הצדדים נגע לשאלות חשובונאיות שונות. במטרה לקצר את הדרך, הגיעו הצדדים לכלל הסדר דינוי, לפיו מונה מומחה בתחום ראיית החשבון, על-מנת שיכריע בכל השאלות העובדתיות השנויות במחלוקת. למומחה זה הוקנה מעמד של פוסק. ברשות בית-המשפט נעזר הפוסק במהנדס, אשר חיווה דעתו כאשר להיבטים המקצועיים שבטענות הצדדים ("המהנדס"). הצדדים ויתרו על הבאת ראיות נוספות בפני בית-המשפט. כן הוסכם, כי הצדדים יחקרו את הפוסק, אולם חקירה זו תתייחס רק "לטענות ברורה על פני חוות-הדעת".

5. ביום 31.1.05 הגיש הפוסק את חוות-דעתו לבית-המשפט. הפוסק הציע שתי חלופות לבחינת שיעור החוב, וזאת בהתאם לאופיו של ההסכם הקוטג'ים. חלופה אחת הניחה, כי ההסכם הוא "פאושלי", ובמקרה כזה חייבת התובעת לנתבעת סך של 160,057 ש"ח. חלופה אחרת הניחה, כי הסכם הקוטג'ים אינו פאושלי, ואז מתהפכת השורה התחתונה והנתבעת היא זו שחייבת לתובעת סכום של 1,553,422 ש"ח. התשלומים שמובילים לפער זה נוגעים לעלות ביצוען של עבודות מסויימות (ריצוף, מדרגות שיש, מדרגות חוץ, שיש וקרמיקה במטבחים), אשר לפי קביעת הפוסק, בוצעו על-ידי התובעת בפרויקט נשוא הסכם הקוטג'ים.

לאחר הגשת חוות-הדעת, ובהתאם להסדר הדינוי, חקרו בעלי הדין את הפוסק בישיבה שנערכה ביום 17.1.06. למעשה, החקירה התרחבה אף אל מעבר לגבולות שנקבעו בהסדר הדינוי.

קביעות הפוסק מחייבות הידרשות לטיבו של הסכם הקוטג'ים וחקירת הפוסק מחייבת בחינת הטענות הנוגעות לדרכי עבודתו.

האם הסכם הקוטג'ים הוא הסכם פאושלי?

6. הסכם פאושלי הוא הסכם בו הצדדים מסכמים על מחיר כולל וסופי עבור עבודות שיבוצעו ויושלמו, וזאת ללא מדידת כמויות (ראו: ע"א 4737/90 אליאס נ' קוסטודיה דה טרה סנטה, תק-על 95(2) 160). בחינת הסכם הקוטג'ים מלמדת כי הצדדים נמנעו מלפרט בנפרד את עלות חיובי התובעת, והעבודות השונות לא תומחרו בנפרד. ההסכם נוקב במחיר כולל וסופי עבור ביצוע העבודות. לוח התשלומים שצורף להסכם הקוטג'ים קובע

מתוך הנסיבות.

כפי שפורט לעיל בהרחבה, אומד-דעת הצדדים משתמעת במקרה זה באופן ברור מתוך הסכם הקוטג'ים. לפיכך, אין גם להזדקק לנסיבות חיצוניות, כדוגמת ההשוואה להסכם שנחתם בין הנתבעת לבין חברת ד.צ. עמית בניה ופיתוח בע"מ - אריאל, אשר השלימה חלק מעבודות הבניה לאחר מועד הפסקת הביצוע.

9. לא ניתן גם לקבל את טענת התובעת כי בכתב הכמויות שצורף להסכם הקוטג'ים נפלו טעויות וכי הכמויות אשר הופיעו בו לא תאמו את הביצוע שהיה דרוש בשטח. התובעת היא חברה בעלת ניסיון בתחום הבניה. התקשרותה בחוזה פאושלי הייבה ביצוע בדיקה מדוקדקת, בטרם ההתקשרות, באשר למשימות הכלולות במסגרתו של הסכם הקוטג'ים. התובעת לא טענה כי לא סופקו לה תוכניות בניה או מידע דרוש נוסף. לפיכך, היה באפשרותה לבצע בדיקה באשר להתאמת הכמויות שהופיעו בכתב הכמויות שהוכן על-ידי הנתבעת לתוכניות העבודה שסופקו לה. נוכח לשונו של ההסכם והגדרת המינוח "כתב הכמויות" בו, התובעת אף היתה מחוייבת לעשות כן. לפיכך, אין היא יכולה להיוושע מהעובדה שהסכם נוסח על-ידי הנתבעת.

10. גם העובדה כי סעיף 7 מתייחס לאפשרות ביצוע של עבודות נוספות אינה גורעת מאופיו ה"פאושלי" של הסכם הקוטג'ים (ראו: בש"א (י"ם) 1102/00 י. מושקוביץ חברה לבניין נ' תשורה ייזום ובניין בע"מ, תק"מח 2000 (1) 80, 82). במהלך קיומו של חוזה עשוי להתעורר צורך לבצע עבודות שלא נכללו בחוזה המקורי. ביצוע המלאכה בידי הקבלן המבצע יהיה ברגיל זול יותר מאשר ביצועה בנפרד בעתיד. קביעת מנגנון מוסכם מראש לביצוע של עבודות נוספות נועד למנוע את הצורך בעריכת חוזה נפרד בעתיד באשר לביצוע של העבודות שאינן כלולות בחוזה המקורי (ראו: א' זמיר, חוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974 (1994), בעמ' 328-330). לפיכך, קביעת מנגנון לתמחור עבודות החורגות מן החוזה המקורי אינה גורעת מכך שהעבודות הכלולות בחוזה המקורי תומחרו באופן פאושלי, וכי בעבור ביצוע של העבודות הכלולות, לא יהא זכאי הקבלן המבצע לקבל תמורה נוספת.

על רקע הבחנה זו יש לקרוא את מכתבה של הנתבעת לתובעת מיום 5.1.94 (כתב הגנה, נספח 7), בגדרו מבקשת הנתבעת מהתובעת לספק לה מחירון עבור ביצוע שינויים בבניה. מכיוון שהשינויים אינם כלולים בהתקשרות המקורית, הם נופלים להגדרת "עבודה נוספת", כאמור בסעיף 7 להסכם הקוטג'ים. לא ניתן להסיק, אפוא, מאופן ניסוח הדברים במכתב זה, כי הסכם הקוטג'ים אינו פאושלי.

11. סיכומה של נקודה זו: בין הצדדים השתכלל הסכם פאושלי. התובעת אינה זכאית לתמורה נוספת על זו הנקובה בהסכם הקוטג'ים, אלא-אם-כן אותה עבודה היא בבחינת עבודה נוספת שאינה נכללת בהסכם הקוטג'ים ונספחיו.

תשלום עבור ביצוע עבודות נוספות

12. הצדדים נחלקו בשאלת היקף התכולה של הסכם הקוטג'ים. התובעת טענה, כי מעבר לעבודות הנוספות, היא זכאית לקבל תמורה נוספת בגין הפריטים הבאים (חוות-דעת, עמ' 9): ריצוף, חיפוי מדרגות שיש פנימיות, מדרגות חוץ, שיש במטבחים וקרמיקה. התובעת תמכה את הטענה כי עבודות אלה אינן חלק מתנאי ההתקשרות המקורית בנוסחו של סעיף 3 בהסכם הקוטג'ים, בו לא נזכרות עבודות אלה. לא ניתן לקבל את טענת התובעת במלואה. בהגדרת המינוח "עבודות" בסעיף המבוא בהסכם הקוטג'ים כלולות עבודות ריצוף וחיפוי. בסעיף 3(א) בהסכם זה נקבע כי:

'הקבלן (התובעת) מתחייב בזה לבצע את העבודות בהתאם להוראות החוזה במיומנות...'

באופן דומה, בלוח התשלומים שצורף להסכם הקוטג'ים, כלולות עבודות ריצוף וחיפוי, אשר עם השלמתן צפויה היתה התובעת לקבל 16% מהשכר הכולל שנקבע בהסכם. העובדה שעבודות הריצוף והחיפוי אינן מפורטות בסעיף 3 בהסכם אינה גורעת מחובתה של התובעת להשלים את ביצוען של כל העבודות הכלולות בלוח התשלומים. עבודות הריצוף, חיפוי המדרגות הפנימיות, התקנת השיש והתקנת הקרמיקה נכללות תחת הפריט "ריצוף וחיפוי", ועל-כן עלות החומרים הדרושים לביצוען וכן עלות העבודה הכרוכה בכך כלולים בהתקשרות המקורית. לפיכך, מכיוון שהסכם הקוטג'ים הוא הסכם פאושלי, התובעת אינה זכאית לקבל תשלום נוסף בעבור ביצוען של עבודות אלה.

שונים הדברים ביחס להקמת מדרגות החוץ. הסכם הקוטג'ים מתייחס רק לביצוע עבודות המצויות בתוך מעטפת הבניין. לכך מתווספת העובדה, כי הנתבעת אישרה בעבר תשלום חריג על-חשבון עבודות הקמת מדרגות החוץ (נספח א' לסיכומי התובעת בשאלת טיב הסכם הקוטג'ים). התקנת מדרגות החוץ איננה, אם כן, חלק מהסכם הקוטג'ים, ולפיכך זכאית התובעת לקבל תשלום בעבור ביצוען. בהתאם לקביעת הפוסק, עלות התקנת מדרגות החוץ הינה סכום נומינלי של 12,000 ש"ח משוערך למדד תשומות הבניה ליום 21.5.95 ובתוספת ריבית כחוק.

13. פרט לעבודות אלה בצעה התובעת עבודות אשר נקבע כי אינן כלולות בהסכם המקורי (חוות-הדעת, סעיף 4(ג)). הפוסק קבע כי יש לזכות את התובעת בעלותן בכל מקום בו נמצאה אסמכתה המעידה על כך שהנתבעת אישרה את ביצוען. קביעה זו איננה נגזרת מניתוח אופיו של ההסכם כפאושלי, אלא היא מתבססת על ניתוחו של המהנדס באשר לשאלה אם עבודות אלה כלולות בהתקשרות המקורית, אם לאו, והאם ניתנה הוראה מטעם הנתבעת לתובעת לבצען. על עבודות אלה חל סעיף 7 בהסכם הקוטג'ים, לפיו המזמין רשאי לדרוש מהקבלן ביצוע עבודות נוספות, ובמקרה זה יחולו על העבודות הנוספות הוראות החוזה, בשינויים המחוייבים. משמעותה של הוראה זו הינה כי המזמין ישלם בעבור ביצוען של העבודות

אחרות. על-כן, לא מצאתי הצדקה להתערב במסקנתו של הפוסק, לפיה כי יש לזקוף לזכותה של התובעת את התשלום בסך 300,000 ש"ח עליו הוסכם בנספח.

אחריות התובעת לתיקונים בשנת הבדק, לליקויי בניה ולאחריות במסירה

15. בחוות-דעתו (עמ' 12) קבע הפוסק כי מהחומר שהוגש עולה, כי התנהלותה של התובעת היתה בין הגורמים לליקויי הבניה המרובים שנתגלו בפרוייקט. לפי הערכת המהנדס נקבע אחוז התחייבות התובעת לתיקונים בתקופת הבדק על 2.25% מסך עלות הפרוייקט, וזאת בהתאמה לאחוז הביצוע של התובעת בכל אחד מהפרוייקטים. הערכת המהנדס נסמכה הן על נסיונו המקצועי והן על מרכיב האחריות שיוחס לתובעת בתביעות דיירים שהתנהלו בערכאות המשפטיות. בנוסף קבע הפוסק, כי על התובעת לשאת בסכומי השיפוי שנפסקו לחובתה בתביעות שהגישו דיירים נגד התובעת, בגין ליקויי בניה ואחריות במסירה. התובעת צורפה כצד שלישי בחלק מאותן תביעות, ובהתאם לכך נפסקו סכומים בהם עליה לשפות את התובעת.

התובעת העלתה טענה לפיה, מכיוון שנכנס קבלן אחר בנעליה במועד סיום הביצוע, לא היתה הצדקה לחייבה בגין תקופת הבדק, ואולם, אחוז האחריות שיוחס לתובעת נגזר מאחוז ביצוע הבניה על-ידי התובעת בכל אחד מהפרוייקטים. התובעת לא חוייבה באחריות לבדק בהתייחס לחלק הבניה שבוצע על-ידי החברה שנכנסה בנעליה. על-כן, לא ניתן לקבל טענה זו.

עם זאת, החיוב המושגי באחריות בגין תקופת בדק מעורר קושי אחר. מתעוררת השאלה האם לא נוצר כפל חיוב של התובעת כאשר מושת עליה הן חיוב מופשט בגין אחריות לבדק והן חיוב קונקרטי בגין נזקי ליקויי הבניה שנפסקו בערכאות שיפוטיות. בחקירתו הבהיר הפוסק, כי הסכום המושגי שנפסק בגין הבדק נבע מטענות התובעת כי היא נאלצה לשלם לקבלני המשנה שביצעו את התיקונים בתקופת הבדק סכומים גבוהים מהצפוי כתוצאה מאי-התאמות שמקורן בעבודת התובעת. ואולם, הפוסק הוסיף גם כי לא הובאו בפניו או בפני המהנדס ראיות המוכיחות את הטענה בדבר תשלום תמורה גבוהה יותר לקבלני המשנה או הרחבת החוזים עם קבלני המשנה בתקופת הבדק. למרות זאת אני סבור כי יש להשאיר את החיוב המושגי בגין תקופת הבדק על כנו, מכיוון שהוא מתייחס לחיובים שונים מהחיובים בגין ליקויי הבניה שנפסקו בערכאות. על-פי הוראות ההסכמים, היה על התובעת להמציא לנתבעת בסיום ביצוע העבודה ערבות בנקאית בשיעור של 5% מההתקשרות להבטחת מילוי התחייבויותיה בתקופת הבדק. המצאת ערבות זו, לא היתה פוטרת את התובעת מכל חיוב שהיה נפסק בגין ליקויי בניה בערכאות (הסכם הקוטג'ים והסכמי הבניה הרווייה, סעיף 8(ב)(6)). לפיכך, במצב דברים בו התובעת לא היתה מסתלקת מביצוע הפרוייקטים, היה עליה לשאת הן בעלויות הכרוכות בתקופת הבדק והן בסכומים שנפסקו לחובתה בערכאות. לכן אין מקום להתערב בקביעת הפוסק

הנוספות בהתאם למפתח שנקבע בהסכם המקורי. יוער, כי הוראת סעיף 7(ה) בהסכם הקוטג'ים, לפיה סטייה של עד 30% מהיקף הכמויות המצויין בכתב הכמויות לא תזכה את הקבלן בתוספת על התמורה החוזית, איננה רלוונטית כאן, שכן העבודות הנוספות אינן כלולות בהתקשרות המקורית, אלא הן נוספות עליה. קביעותיו של הפוסק מבוססות כהלכה על המנגנון הקבוע בסעיף 7 בהסכם הקוטג'ים, על הכרעתו המקצועית של המהנדס בדבר אופיין של העבודות כ"עבודות נוספות", על דרישת הנתבעת כי יבוצעו על-ידי התובעת ועל מחירי התמורה שהוסכמו בין הצדדים או שחושבו בהתאם למקובל בתחום. אין מקום, איפוא, להתערב בסכום שקבע הפוסק כי התובעת זכאית לקבל בשל ביצוע העבודות הנוספות, כאמור בסעיף 14(ג) בחוות-דעתו של הפוסק.

תוספת התשלום לתובעת בסך 300,000 ש"ח

14. ביום 2.5.94 נחתם כאמור הנספח להסכם הקוטג'ים, לפיו הנתבעת תשלם לתובעת סכום נוסף של 100,000 ש"ח עבור כל מגרש בהסכם הראשון, ובסך הכל תוסיף סך של 300,000 ש"ח על התמורה המוסכמת. מלשון הנספח עולה, כי לצדדים היו טענות הדדיות: התובעת טענה כי טענה בחישוב הכמויות טרם תחילת ביצוע העבודות (סעיף 3)

והנתבעת טענה כי התובעת מפגרת בביצוע העבודות על-פי ההסכם, ועל-כן התנתה את הסכמתה להוסיף על התמורה החוזית המוסכמת בכך שהתובעת תעמוד בלוח הזמנים החדש (סעיף 4).

הפוסק המליץ לאשר את התוספת בסך 300,000 ש"ח כחלק מהסכומים אותם זכאית התובעת לקבל. הפוסק ביסס קביעתו על שני נימוקים: תוספת זו נועדה לפצות את התובעת על אי-תמחור נכון של החוזה המקורי וכן לפצותה על הפחתת היקף ההתקשרות (גריעת מגרש אחד מבין הארבעה עליהם הוסכם בתחילה). הפוסק סבר, כי מכיוון שאחריותה של התובעת לנזקים שנגרמו עקב איחור במסירה מקבלת ביטוי בסעיפים מפורשים אחרים, אין מקום להפחית את הסכום האמור מהתמורה אותה זכאית התובעת לקבל מידי הנתבעת.

לא מצאתי כי יש מקום להתערב בקביעת הפוסק. אמנם נכונה טענת הנתבעת, כי על-פי הוראות סעיף 7(ו) להסכם הקוטג'ים היא היתה רשאית להחליט על הקטנת היקף ההתקשרות עם התובעת, ועל-כן הפחתת המגרש מההתקשרות בין הצדדים לא זיכתה את התובעת, מבחינה חוזית, בפיצוי כלשהו. אין גם ספק כי הסכמתה של הנתבעת להוסיף על התמורה החוזית המוסכמת נועדה, בין היתר, לתמריץ את התובעת לסיים את הבניה בזמן, ואולם, אילו היתה הנתבעת בטוחה לגמרי בצדקתה, יכולה היתה לסרב להוסיף כל סכום נוסף על התמורה החוזית המוסכמת. הסכמתה של הנתבעת להוסיף את הסכום האמור, משקפת הכרה חלקית של הנתבעת בטענות התובעת באשר לתמחור שגוי של הסכם הקוטג'ים. כפי שיפורט להלן בסעיף 16, הנזקים שנגרמו בשל האיחורים בהשלמת הבניה מגולגלים לפתחה של התובעת בדרכים

של 250,000 ש"ח בגין ביצוע עבודות נוספות. הפוסק הבהיר כי הוא לא הסתמך מלכתחילה על כרטסת זו, מכיוון שסבר שהיא איננה נהירה דיה, ולא ניתן לזהות בה סכומים ברורים שאושרו לתשלום. דהיינו; העובדה כי הנתבעת אישרה לתשלום סכום כלשהו "על-חשבון" ביצוע עבודה, אינה מלמדת בהכרח כי עבודה זו בוצעה בפועל. בנוסף הבהיר הפוסק, כי באותה כרטסת מופיעים גם חיובים בהם חייבה הנתבעת את התובעת, בגין נזקים שלדעת הנתבעת היו באחריות התובעת. הפוסק הבהיר, כי אימוץ הכרטסת היה מוביל להפחת סכום נומינלי של 848,387 ש"ח מהסכום אותו זכאית התובעת לקבל בגין העבודות שביצעה (תשובת הפוסק לשאלות ההבהרה מיום 22.2.06, חלק א', סעיף 1).

נוכח עמדתו המקצועית של הפוסק, לפיה כרטסת התשומות איננה אסמכתה חשבונאית מספקת לצורך ניתוח ההתחשבות בין הצדדים, אין מקום לשנות מחוות-דעתו של הפוסק בהסתמך על הנתונים שבכרטסת זו. לאור תשובתו לשאלות ההבהרה, ודאי גם שלא ניתן לקבל את טענת התובעת כי יש לזכותה בסכום נוסף של 250,000 ש"ח בהסתמך על אותה כרטסת.

18. התובעת טענה כי הפוסק התעלם מתיבתתה לחייב את הנתבעת בסך של 34,000 ש"ח, אשר שולם על-ידי התובעת לנתבעת במסגרת תיק הוצאה לפועל. הפוסק הבהיר, כי במידה והאסמכתה המעידה על תשלום זה היתה מוצגת לו טרם מתן חוות-הדעת, היה צריך להפחית מהסכום אותו זכאית הנתבעת לקבל עקב נזקים שנפסקו לחובתה בערכאות סך של 34,230 ש"ח במונחי יום מתן חוות-הדעת (תשובות הפוסק לשאלות ההבהרה מיום 22.2.06, חלק א', סעיף 5).

#### התוצאה

19. מכיוון שהמסקנה אליה הגעתי היא שהסכם הקוטגים נושא אופי פאושלי, יתרת החוב הנזקפת לחובת התובעת בהתאם לחוות-הדעת ולתשובות הפוסק לשאלות ההבהרה, הינה בסכום של 160,057 ש"ח. מסכום זה יש לנכות סך של 34,230 ש"ח, אותו שילמה התובעת לנתבעת כאמור בסעיף 18 לעיל. סכומים אלה הם במונחי מועד עריכת חוות-דעתו של הפוסק, יום 16.1.05, ולפיכך יש להוסיף להם הפרשי ריבית והצמדה כחוק מאותו מועד ועד ליום תשלומם בפועל.

בנוסף, יש לנכות מסכום החיוב של התובעת את עלות התקנתן של מדרגות החוף, בהתאם לאמור בסעיף 12 לעיל. לפי קביעת הפוסק, עלות הקמת המדרגות היא סכום נומינלי של 12,000 ש"ח משוערך למדד תשומות הבניה ליום 21.5.95 ובתוספת ריבית כחוק. מעלות הקמת המדרגות יש לנכות 2.25% בעבור ביצוע תיקונים בשנת הבדק.

בנסיבות אלה, ונוכח העובדה כי הצדדים השכילו להביא לקידומו של ההליך באמצעות הסכמתם להסדר הדיוני, אין צו להוצאות.

באשר לחיוב התובעת בגין תקופת הבדק.

16. בנוסף לחיוב התובעת בגין תקופת הבדק ובגין הסכומים שנפסקו לחובתה בערכאות המשפטיות, קבע הפוסק כי יש לייחס לה גם אחריות בגין האיחורים במסירת הדירות לדיירים. הנתבעת הפחיתה סכומים מסויימים מחובם של הדיירים בעת מסירת הדירות ("ההפחתות"). חלק מהדיירים חתמו על מסמך, לפיו הפחתת המחיר מהווה פיצוי בגין איחור במסירה ובגין דרישות נוספות, למעט בקשר לטיב הבניה. הפוסק קבע, כי מהחומר שהוגש עולה, כי לתובעת אחריות בגין איחורי המסירה. ואולם, מכיוון שלא הוכח בפניו כי מלוא ההפחתות אכן נבעו מאיחור במסירה וכי יתכן שמקורן של חלק מההפחתות נעוץ במחדלי הנתבעת עצמה (בשל חיובי יתר של הדיירים, ביטולי עמלות ערבות, ביטולי ריבית וכד'), המליץ הפוסק לחייב את התובעת בסך של 50% מסכום ההפחתות. כמורכב, מכיוון שהתובעת לא השלימה את הבניה, לא יוחסה לה אחריות בגין מלוא האיחור. על-כן העריך המהנדס מה היה אחוז ביצוע הבניה על-ידי התובעת בכל אחד מהבניינים, והפחתות המחיר יוחסו לתובעת לפי אחוז זה ובניכוי 50% נוספים.

ניתן היה לטעון, כי מכיוון שהנתבעת לא הציגה אסמכתה המבססת את הטעם להפחתת מחיר בהתייחס לכל אחד מהדיירים, לא היה מקום לחייב את התובעת כלל בעלות הפחתות אלה. הפוסק סבר כי חרף זאת יש לחייב את התובעת בהמישים אחוזים מעלות ההפחתות, בהתאם לאחוז הבניה אותו ביצעה בכל אחד מהפרוייקטים, מכיוון שמסירת הדירות התעכבה ביחס לכל הדירות, וניתן לייחס חלק ניכר מאותו עיכוב למחדלי התובעת (פרוטוקול מיום 17.1.06, עמ' 6).

בחנית סעיף זה לאור הסכסוך הכולל בין הצדדים מובילה למסקנה כי הדין הוא עם הפוסק. אין חולק כי התובעת אחראית לחלק מהנזקים שנגרמו עקב האיחור במסירת הדירות לדיירים. ישנן שתי אפשרויות להביא אחריות זו לידי ביטוי מספרי. האחת, באמצעות ניכוי הסך של 300,000 ש"ח, עליו הוסכם בנספח להסכם הקוטגים, ואשר תשלומו היה כפוף לעמידת התובעת בלוח הזמנים המעודכן, וכן באמצעות ניכוי סך של 143,139 ש"ח, עליו הוסכם בקשר לתוספת לחוזה הבניה הרוויה (סעיף 20 ברשימת העבודות הנוספות, חוות-דעת, עמ' 8), גם כן בכפוף לעמידה בלוח הזמנים. האפשרות השניה היא להביא לידי ביטוי את אחריות התובעת לאיחור במסירה באמצעות חיובה בחלק מסויים מתוך ההפחתות לדיירים. הפוסק בחר בדרך השניה. לא מצאתי כי יש מקום להתערב בבחירה זו, ועל-כן הסכום בו חוייבה התובעת בגין ההפחתות נותר על כנו.

#### טענות נוספות של התובעת

17. התובעת העלתה טענה נוספת כנגד אי-הסתמכותו של הפוסק על כרטסת הנהלת חשבונות של הנתבעת, המכונה "כרטסת תשומות לקבלן", אשר התובעת טוענת שעולה ממנה, כי הנתבעת אישרה לתשלום לתובעת סכום נוסף