

הצעות לחקיקה בנושא חוזי קבלנות וחוזי שירותים

מאת

איל זמיר*

חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974, חל על חוזי מלאכה ושירותים רבים ומגוונים, כמו תיקון מיטלטלין, בנייה, הובלה, תיווך, הוראה, ייצוג משפטי וטיפול רפואי. אולם הוראותיו המעטות והקצרות של החוק אינן מספקות הסדר משמעותי לכל החוזים הללו. הצעות-החוק שלהלן מכוונות להחליף את החוק הקיים בשני הסדרים נפרדים: הסדר אחד לחוזי מלאכה – חוזים שבמרכזם עומדים חיובי תוצאה של הקבלן, והסדר אחר לחוזי שירותים – חוזים שבמרכזם עומדים חיובי השתדלות של נותן השירותים. ההצעות הוכנו עבור ועדת הקודיפיקציה ומשרד המשפטים.

א. פתח דבר. ב. הצורך בריפורמה חקיקתית. ג. קווים מנחים לריפורמה המוצעת. 1. כללי; 2. הבחנה בין חוזי תוצאה וחוזי השתדלות; 3. הקבלן – מי שעיסוקו בביצוע המלאכה או במתן השירות; 4. האופי המורכב והנמשך של מלאכות ושירותים רבים; 5. הוראות מלאות יותר מבחוק הקיים; ד. הצעת חוק חוזה קבלנות. 1. נוסח החוק המוצע; 2. דברי הסבר; ה. הצעת חוק חוזה שירותים. 1. נוסח החוק המוצע; 2. דברי הסבר; ו. סיכום.

* מרצה בכיר בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. הצעות-החקיקה שעובדו לפרסום ברשימה זו נערכו לפי בקשת משרד המשפטים, במימון הקרן לקידום המשפט. אני מבקש להודות למשרד המשפטים, ובמיוחד למשנה ליועץ המשפטי לממשלה, הגב' טנה שפניץ, על ההסכמה לפרסום ההצעות; ולקרן לקידום המשפט – על מימון המחקר.

א. פתח דבר

חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974, הוא אחת החוליות בשרשרת החקיקה האזרחית החדשה. החוק חל על מגוון עצום של חוזים, אך הוראותיו האופרטיביות מעטות וקצרות מאוד. כשלוננו של החוק לספק תשובות של ממש לשאלות הרבות המתעוררות בחוזים השונים שעליהם הוא חל גרם למיעוט ההיזקקות לו. ועדת הקודיפיקציה בראשות השופט אהרן ברק, השוקדת מזה שנים אחדות על עיבוד התוקים הנפרדים לקראת שילובם בקודקס אזרחי שלם, החליטה אפוא להחליף את החוק הקיים בהסדר שלם יותר. במקום להחיל הוראות אחדות על כל החוזים לביצוע מלאכות ולמתן שירותים, הכוונה היא לקבוע הוראות נפרדות – משופרות ומפורטות יותר – לחוזי מלאכה או קבלנות במובן הצר (חוזים שבמרכזם עומדים חיובי תוצאה של הקבלן), לחוזי שירותים (חוזים שבמרכזם חיובי השתדלות של הקבלן) ולחוזי תיווך. הוועדה נתנה את דעתה גם לאפשרות של חקיקת הסדרים נפרדים לחוזי בנייה ולחוזי הובלה, אך החליטה שלא ליטול על עצמה משימות אלה.

לפי בקשת משרד המשפטים, הכנתי דין-וחשבון כללי על החוק הקיים והצורך בהחלפתו וכן שלוש הצעות-חקיקה מלוות דברי הסבר: על חוזי קבלנות במובן הצר, על חוזי שירותים ועל חוזי תיווך. בעת כתיבת שורות אלה נדונות ההצעות בוועדת הקודיפיקציה. מאחר שבחקיקה הקיימת יש פער ממשי בנושאים הנדונים בהצעות ומאחר שהשלמת עבודתה של ועדת הקודיפיקציה עלולה להצריך עוד זמן ניכר, ניתן לקדם את החקיקה של ההצעות כחוקים עצמאיים (בנוסח שתאשר ועדת הקודיפיקציה), בלי להמתין להכללתן בקודקס העתידי.

המטרה של פרסום הצעות-החוק על דפי משפטים היא כפולה. ראשית, מכיוון שבחקיקה הקיימת ישנם פערים של ממש, ניתוח הדין הרצוי – בצורת הצעה לחקיקה המלווה בדברי-הסבר – עשוי לתרום גם להבנתו, לפירושו ולהשלמתו של הדין הנוהג. שנית, תגובות שתתקבלנה תתרומנה לשיפור ההצעות, בין לקראת חקיקתן כחוקים נפרדים בין לקראת הכללתן כפרקים בקודקס האזרחי.

מאחר שלחוזי תיווך יש מאפיינים ספציפיים, המבדילים אותם מחוזים אחרים לביצוע מלאכה או למתן שירות, ומאחר שאת מחשבותינו לגבי החקיקה העתידית בנושא התיווך הצגנו במקום אחר¹, ההצעה המובאת בזה כוללת רק את הפרקים

1 "לקראת חקיקה של חוזי תיווך", עתיד להתפרסם בספר לזכרו של פרופסור גר טדסקי (בעריכת י' אנגלרד, א' ברק, א"מ ראבילוב וגי' שלו, תשנ"ה).

הכלליים יותר על חוזי קבלנות ועל חוזי שירותים. כשם שניתן לעסוק בחוזי קבלנות ושירותים באורח כללי גם ללא התייחסות נפרדת לחוזי הובלה או לחוזי שמירה, למשל, אנו סבורים שאף היעדר הדיון בחוזי תיווך לא יפגע בשלמות התמונה שתוצג להלן. מתוך ציפייה שחקיקת ההצעות תקודם בלי להמתין להשלמת תהליך הקודיפיקציה, הן ערוכות כשני חוקים עצמאיים. נביא תחילה את ההצעה לחוק חוזה קבלנות, עם דברי ההסבר לה, ואחר-כך – את ההצעה לחוק חוזה שירותים והסבריה. דברי ההסבר אינם כוללים ניתוח מפורט של חוק חוזה קבלנות הקיים, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו או פרשנותו². עם זאת, לפני שננתח את ההצעות החדשות, נעמוד בקיצור על הליקויים בחוק הקיים, שבגללם נדרשת הרפורמה החקיקתית. כמרכז, נציג באופן כללי את הקווים המנחים שעל-פיהם נוסחו ההצעות מבחינה תוכנית וצורנית. לפי הצורך אשווה בין ההוראות המוצעות לחוק הקיים ואפנה לדברים שנכתבו עליו.

יוטעם, כי ההצעות משקפות את דעותי. אין הן מבטאות בהכרח את עמדת משרד המשפטים או את דיוניה והחלטותיה של ועדת הקודיפיקציה.

ב. הצורך בריפורמה חקיקתית

בחוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974, אחד-עשר סעיפים. שישה מתוכם עוסקים בהגדרת החוזה, ביחס שבין החוק לדינים אחרים ולכוונת הצדדים, בשלילת תחולתם של המגילה ושל סעיף 46 לדבר המלך במועצתו ובמועד תחילתו של החוק. נותרים אפוא כחמישה סעיפים אופרטיביים. סעיפים אלה מנוסחים בלשון תמציתית ולקונית, בבחינת מעט המנסה להחזיק את המרובה. כדי לסבר את האוזן, נושא התאמת האובייקט, אשר מוסדר בחוק המכר בעשרה סעיפים (11-18, 28 ו-29), מוסדר בחוק חוזה קבלנות בשניים בלבד (3 ו-4).

לעומת קוצר הוראותיו, הרשימה של טיפוס החוזים שהחוק חל עליהם (חוזים "לעשיית מלאכה או למתן שירות בשכר כשהקבלן אינו עובדו של המזמין" – כאמור בסעיף 1) ארוכה מאוד. בין החוזים שעליהם חל החוק ניתן למנות ייצור נכסים; ביצוע מלאכות במיטלטלין קיימים, כמו תיקון, פירוק והרכבה; הובלת נכסים ואנשים ביבשה, באוויר ובים; עבודות תשתית, הנדסה ובנייה; הספקת שירותי אחזקה, שמירה וניקיון של מבנים; חוזים לטיפול רפואי, פסיכולוגי וכדומה; הוראה והדרכה; מתן שירותי תיירות, לרבות ארגון טיולים ואירוח בכת"מלון; חוזי תיווך

2 באלה עסקתי בספר חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 (סדרת הפירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טרסקי, תשנ"ה).

ושידוך; חוזי ייעוץ לסוגיהם; חוזי אבטחה ובילוש; חוזים לצפייה בסרט, האזנה לקונצרט וביקור במופעי תיאטרון ומחול; חוזים למתן שירותים מקצועיים של עורכי-דין, רואי-חשבון, מהנדסים ואחרים.

ברור, כי הגיסיון להסדיר מגוון עצום זה של חוזים באמצעות הוראות לקוניות ספורות אינו יכול להצליח. בין השאר, מתבטא כשלוננו של החוק הקיים במיעוט ההיזקקות אליו בפסיקה. הגם שסכסוכים רבים שהגיעו לערכאות נתגלעו אגב חוזים שהחוק חל עליהם, רק במקרים מעטים ביססו בתי-המשפט את הכרעותיהם על ההוראות של חוק חוזה קבלנות.

ניתן לקבץ את הפערים הרבים שבחוק הקיים לשלוש קבוצות עיקריות³:

(1) אי-טיפול בחוזים שבמרכזם עומדים חיובי השתדלות. לפי לשונו ולפי כוונת מנסחיו, חוק חוזה קבלנות חל אף על חוזים שבהם חיובי המרכזיים של הקבלן הם חיובי השתדלות, כמו חוזים למתן שירותי ייעוץ וייצוג משפטיים, חוזי הוראה והכשרה מקצועית, חוזים לטיפול רפואי וכדומה. בדרך-כלל אין הקבלנים בחוזים אלה מקבלים על עצמם להשיג תוצאה מוגדרת כלשהי, אלא לנקוט את כל האמצעים ולעשות את כל המאמצים הסבירים לשם השגתה⁴. אין בחוק טיפול של ממש בחוזים אלה.

(2) התעלמות מהאופי המתמשך והמורכב של חוזי קבלנות. כמו חוזי שכירות ולהבדיל מחוזי מכר, למשל, מרבית חוזי הקבלנות מתאפיינים בביצוע מתמשך. במקרים רבים נוצרים בין המזמין לקבלן יחסים מתמשכים ומורכבים, הכרוכים בהסתמכות הדדית, המחייבים שיתוף-פעולה הדוק והדורשים גמישות ודינמיות. אין בחוק טיפול כלשהו בהיבטים אלה של חוזי קבלנות. החוק אף אינו עוסק בשאלות שמעוררת התופעה השכיחה של קבלנות-משנה.

(3) הסדרה לקויה של חוזי-תוצאה קצרי-טווח. לבד מהתעלמותו של החוק מחיובי השתדלות ומהאופי הנמשך והמורכב של חוזי קבלנות רבים, אף טיפולו בחוזים קצרי-טווח שבמרכזם חיובי תוצאה לקוי ביותר. הוראותיו האופרטיביות של החוק הולמות במיוחד חוזים לביצוע מלאכות במיטלטלין (תיקון, צביעה וכדומה וכן ייצור או הרכבה של מוצר חדש מחומרי-גלם של המזמין). אולם אפילו לגבי חוזים אלה ההסדר שבחוק הוא לקוני וחלקי ביותר, כפי שניתן ללמוד מהשוואת הוראותיו להוראות המסדירות עניינים מקבילים בחוקי המכר והשכירות.

בשלב זה על המחקק להחליט אם לדבוק בתפיסה הקיימת של החוק או להשלים את מלאכת החקיקה. דבקות בתפיסה הקיימת תוביל לכך, שבמסגרת הקודקס האזרחי העתידי תיוותרנה רק הוראות ספורות שתחולנה על כל החוזים

3 ראו ביתר פירוט זמיר, לעיל הערה 2, בעמ' 42-46, §§ 11-15.

4 על ההבחנה בין חיובי השתדלות לחיובי תוצאה ראו להלן, תת-פרק ג.2.

לעשיית מלאכה ולמתן שירות⁵. יתרון ברור של דרך זו הוא התיסכון בעלויות החקיקה. נוסף על כך, אפשר לאמר כי די בכללים ובסטנדרטים הקבועים בדיני החוזים הכלליים (ובאלה המצויים בחוק חוזה קבלנות במתכונתו הנוכחית) כדי להסדיר באורח משביע רצון את העניינים העשויים להתעורר בחוזי קבלנות למיניהם. רעה זו עשויה לנבוע מהשקפה המפקקת בעצם חשיבותם של חוקי החוזים המיוחדים וקוראת להסתפק בהפעלה שיפוטית של הכללים והעקרונות המצויים בחוקי החוזים הכלליים, בהסתמך על נהגים כלליים ומיוחדים ועל פירוש כל חוזה לפי נסיבותיו המיוחדות⁶. שימוש בעקרונות של דיני החוזים, בנוהג, ב"נסיבות העניין" וב"כוונת הצדדים" מאפשר לבית המשפט להכריע בכל שאלה המתעוררת לגבי כל אחד מהחוזים הנכללים בגדר "קבלנות". עוד ניתן לאמר, שמגוון החוזים הנכללים במשפטנו תחת המושג "חוזה קבלנות" הוא כה עצום, עד שכל ניסיון להסדיר כל אחד מהם בהוראות נבדלות הוא משימה בלתי אפשרית. המרת המתכונת הנוכחית של חוק חוזה קבלנות בהוראות נבדלות לסוגי חוזים שונים וטיפול מלא ומדויק יותר בעניינים שהחוק מסדיר כיום באופן חלקי ולקוני יצריכו חקיקה הרבה יותר מפורטת מזו של החוק הקיים. חקיקה מפורטת עלולה לעורר קשיי סיווג ולפגוע בגמישות הדין וביכולת להתאימו לתבניות המשתנות של עסקאות בשוק.

למרות שיקולים כבדי-משקל אלה, אנו סבורים שמוטב ללכת בדרך האחרת – דרך הרפורמה. דרך זו כרוכה בעלויות קצת יותר גבוהות בשלב החקיקה, אולם היא משתלמת משום שהיא תחסוך עלויות כבדות יותר שמקורן במצב הקיים:

- * עלויות עריכת העסקה (היעדר הוראות השלמה ברורות עשוי להניע את הצדדים לשאת ולתת בעצמם על ניסוח הכללים שיחולו בחוזה שביניהם)⁷.
- * העלות שמקורה באי-הוודאות שבהסדר חוקי חלקי ולקוי.
- * עלויות ההליך השיפוטי (אנו מניחים שאי-הוודאות והיעדר כללי-רקע חקוקים

5 שכן בקודקס השלם תתייתרנה כל ההוראות הלא-אופרטיביות המצויות בחוק הקיים וכן יתבטלו סעיפים שהעניינים הנדונים בהם יועברו לחלק הכללי על דיני החוזים או על דיני החיובים (כמו זכות העיכוב). ואכן, בהצעת הקודיפיקציה שהכין פרופ' א' ידן מוקדשים לחוזה הקבלנות ארבעה סעיפים בלבד (237-240).

6 הלכה למעשה, בתי המשפט התגברו במקרים רבים על הליקויים שבחוק חוזה קבלנות באמצעות החלה ישירה או היקשית של חוק המכר, החלת חוקי החוזים הכלליים וגזירת תשובות מהעקרונות הגלומים בהם, ואמצעים דומים. על המקורות המשלימים הללו ראו זמיר, לעיל הערה 2, בעמ' 46-51, § 16-21.

7 על הדין הדיספוזיטיבי כאמצעי לחיסכון בעלויות ההתקשרות של הצדדים, ראו א' פרוקצ'יה "זה חוזה? זה חפץ? זה חוק! תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לעירפול מושגי היסוד במשפט" משפטים יח (תשמ"ט) 395, 401-406.

להתקשרות עלולים להגדיל את מספר ההתדיינות, ובמיוחד להקשות על ההכרעה בידי בית-המשפט⁸.

איננו כופרים בכוחם של בתי-המשפט לגזור מהדינים הקיימים פתרונות לשאלות שתתעוררנה אגב חוזי קבלנות, אולם בהיעדר תשתית חקיקתית ממשית בנושאים אלה, פתרונות הפסיקה ילקו בחסרונות המאפיינים יצירת-דין שיפוטית לעומת יצירה חקיקתית. בין השאר, גיבוש הכללים בדרך אינדוקטיבית עלול להיות פחות שיטתי, להכיל יותר סתירות פנימיות וכתוצאה מכך להיות פחות צודק. לבתי-המשפט מקום מרכזי ביצירת הדין, אך דומה שבנושא הקבלנות לא הושגה חלוקת תפקידים אופטימלית בין המחוקק לבתי-המשפט, בשל קיצורה המופלג של החקיקה⁹. ניסיון להסדיר בנפרד כל אחד מהסוגים של חוזים "לעשיית מלאכה או למתן שירות בשכר" הוא בוודאי ניסיון-סרק¹⁰. בכל שיטות-המשפט מצויים חוזים אינומינטיים (בני-בלי-שם), שעליהם חלים ישירות רק דיני החוזים הכלליים (ודיני החוזים המיוחדים, במידה שניתן להקיש מהם); אולם מכך לא נובע שניתן להסתפק ברמת ההפשטה הנוכחית של חוק חוזה קבלנות, שלפי הידוע לנו אין לה מקבילה בשום שיטת-משפט. לבסוף, אין לחשוש מקשיי-סיווג או מנוקשות יתירה של הכללים שיחליפו את הוראותיו הנוכחיות של החוק. קשיי הסיווג הם בלתי-נמנעים גם כאשר בתי-המשפט – ולא המחוקק – נדרש להשיב לשאלה כלשהי לפי כוונת הצדדים, אומד דעתם, נסיבות ההתקשרות, נוהג, או הכללים והעקרונות שבחקיקת החוזים הכללית. אשר לנוקשות החקיקה, אם הכללים החדשים ינוסחו לפי המסורת שנתגבשה בחקיקה האזרחית החדשה, תוך שימוש נרחב בסטנדרטים ובמושגי-שסתום – אין מקום לחשש זה.

8 על כך שחוסר-בהירות וכלליות-יתר של נורמות משפטיות עשויים להגביר את ההתדיינות המשפטית ואת עלויות ההכרעה בה ראו I. Ehrlich & R.A. Posner "An Economic Analysis of Legal Rulemaking" 3 J. Legal Stud. (1974) 257. אם כי ניתן לערער על החלק הראשון של הנחתנו, קרי: ריבוי ההתדיינות בשל עמימות הדין. ייתכן שאי-הוודאות של תוצאות ההתדיינות דווקא תרתיע תובעים פוטנציאליים שהם שונאי-סיכון מלתבוע, בשל החשש מפסיקה נגדם.

9 על חלוקת העבודה בין המחוקק לבתי-המשפט בתחומים שהחקיקה האזרחית החדשה מסדירה, ראו מ' מאזנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה הישראלית החדשה – לשאלת תורת-המשפט של החקיקה" משפטים יז (תשמ"ח) 321.

10 השוו H.-L. Weyers "Werkvertrag: Welche Ergänzungen und Fortentwicklungen sind im Werkvertragsrecht im Hinblick auf die technischen, wirtschaftlichen und juristischen Weiterentwicklungen der Rechtswirklichkeit geboten?" Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Bd. 1 (Köln, 1981) 1115, 1122–1126 (דין וחשבון שהכין פרופ' ווירס לקראת ריפורמה של דיני הקבלנות ב-B.G.B. הגרמני).

ג. קווים מנחים לריפורמה המוצעת

1. כללי

סקירת הליקויים שבחוק הקיים מצביעה על הריפורמה החקיקתית הדרושה. ראשית, במקום לנסות לקבוע הוראות אחידות לכל החוזים לביצוע מלאכה ולמתן שירות, יש לייחד הוראות נפרדות – מפורטות וסובסטנטיביות יותר – לסוגים מוגדרים יותר של חוזים. שלושה סוגים של חוזים לביצוע מלאכה או שירות שהם חשובים דיים ונפוצים, מצד אחד, ודי מוגדרים והומוגניים, מצד אחר, עד שניתן לשקול את הסדרתם הנפרדת, הם חוזי בנייה, חוזי הובלה וחוזי תיווך. אשר לסוגים הנותרים של חוזי מלאכה ושירות (ואף לגבי הסוגים הנזכרים, אם לא ייוחד להם הסדר נפרד), ראוי לקבוע להם הוראות השלמה כלליות יותר. בהסדר שיורי זה יש להפריד בין הטיפול בחוזים שבמרכז עומדים חיובי תוצאה ובין אלה שבמרכזם חיובי השתדלות של הקבלן (על כך נפרט להלן). תוכנו ופרטיו של ההסדר השיורי תלויים כמובן בהחלטה אלו מבין החוזים הספציפיים שמנינו יוסדרו בנפרד. שנית, בניסוח ההוראות יש להתחשב באופי המורכב והממושך של חוזי מלאכה ושירותים (לעומת חוזי מכר, למשל). שלישית, יש להעדיף ניסוחים שלמים ומפורטים יותר מאלה שבחוק הקיים.

נוסף על תיקונים אלה, בניסוח החקיקה החדשה יש לתת את הדעת על השאלה מהו אופי החוזים שעליהם היא תחול באופן טיפוסי: חוזים בין אנשים פרטיים, חוזים מסחריים בין פירמות או חוזים צרכניים. לבחינה זו ראוי שתהיה השפעה על תוכן ההסדרים שייקבעו, על מידת הקוגנטיות שלהם וכדומה.

בשורות הבאות נציג את הקווים המנחים של שתי הצעות החוק שתוצגנה בהמשך: חוק חוזה קבלנות (קרי: חוזים שבמרכזם עומדים חיובי תוצאה של הקבלן) וחוק חוזה שירותים (קרי: חוזים שבמרכזם חיובי השתדלות של נותן השירותים). הצעות אלה מבוססות על ההנחה שיהיה הסדר נפרד לחוזי תיווך, אך לא יהיו הסדרים נפרדים לחוזי בנייה והובלה, בהתאם להחלטות של ועדת הקודיפיקציה¹¹.

11 הנימוק המרכזי לאי-הסדרת חוזה הבנייה בחקיקה הוא המורכבות העצומה של חוזי הנדסה ובניין, במיוחד כאשר מדובר בפרוייקטים גדולים. להוציא הסוגיה של אחריות הבונה לאיכות הבנייה, אף שיטות-משפט אחרות נמנעות מהסדרה חקיקה של חוזים אלה. תחת זאת, מקובל מאוד בעולם כולו (ואף בחוזים בינלאומיים) להשתמש בחוזים סטנדרטיים, המנוסחים ומעודכנים בידי ארגונים של העוסקים בתחום הבנייה (אדריכלים ומהנדסים, קבלנים ומזינים). במידה רבה ממלאים חוזים סטנדרטיים אלה את התפקיד של דין דיספוזיטיבי בתחום זה (ראו זמיר, לעיל הערה 2, 258, בעמ' 56-57 והמקורות הנזכרים שם). רמת הפירוט הגבוהה מאוד

2. הבחנה בין חוזי תוצאה וחוזי השתדלות

קודקסים זרים המכילים הסדר מספק פחות או יותר לחוזי מלאכה ושירות, כמו ה-B.G.B. הגרמני, הקודקס האזרחי האיטלקי, הקודקס המכסיקני והקודקס החדש של קוויבק, מסדירים חוזים אלה בהתבסס (למעשה אם לא להלכה) על ההבחנה בין חיובי תוצאה לחיובי השתדלות¹².

ההבחנה בין חיובים מוחלטים, חיובים להשגת תוצאה כלשהי (obligation de resultat), לבין חיובים יחסיים, חיובים להשתדל ולנקוט את האמצעים המתאימים למען השגת המטרה (obligation de moyens), היא הבחנה מודרנית, שמקורה במשפט הצרפתי. בחיובי תוצאה החייב נושא באחריות בשל הפרתו, זולת אם היו נסיבות מעין כוח עליון או סיכול. מנגד, בחיובי השתדלות החייב אינו נדרש להשיג תוצאה כלשהי, אלא רק לפעול בזהירות ובשקידה ראויות להשגת התוצאה. הסוג הראשון כולל, למשל, את חיובי המוכר והקונה למסור את הממכר ולשלם בעדו. דוגמאות מובהקות לחיובי השתדלות הם חיובו של הרופא המנתח לגבי תוצאות

של חוזים אלה והצורך לעדכןם מרי שנים אחדות גורמים להעדפתם על-פני עיגון חקיקתי של הכללים הדרושים. אשר לחוזי הובלה, קודקסים רבים – ובמיוחד קודקסים מודרניים – מקדישים להם פרק או פרקים מיוחדים (ראו, למשל, סעיפים 425-460 לקודקס המסחר הגרמני, ה-H.G.B.; סעיפים 1678-1702 לקודקס האזרחי האיטלקי, הכוללים הסדר מיוחד להובלת טובין והסדר מיוחד להובלת אנשים). מאחר שהובלה ימית ואווירית בישראל היא בדרך-כלל הובלה בינלאומית המוסדרת באמנות בינלאומיות ומאחר שהובלה יבשתית איננה תחום כה חשוב בכלכלה הישראלית (בגלל ממדיה הקטנים של ישראל), החליטו שלא לייחד בקודקס פרק נפרד לחוזים אלה.

12 ה-B.G.B. הגרמני מבחין בין חוזים לביצוע מלאכה, Werkvertrag (סעיפים 631-651), ובין חוזים למתן שירותים, הנדונים בפרק על Dienstvertrag (סעיפים 611-630). ההבחנה בין השניים מבוססת על ההבחנה בין חיובי תוצאה לחיובי השתדלות, הגם שאין משתמשים במינוח זה, שמקורו במשפט הצרפתי. ראו: K. Larenz *Lehrbuch des Schuldrechts* (B. II: Besonderer Teil, 12 Aufl., München, 1981) 249-256. הקודקס האיטלקי כולל הסדר נפרד לחוזי קבלנות במובן הצר (סעיפים 1655-1677). נוסף על כך, הפרק השלישי בספר החמישי של הקוד (שעניינו עבודה) מוקדש ל"עובדים עצמאיים". תת-הפרק השני בפרק זה (סעיפים 2229-2238) קובע הוראות לגבי חוזיהם של בעלי מקצועות חופשיים, המבוססים על תפיסת חיוביו של בעל-המקצוע כחיובי השתדלות. סעיפים 2616-2645 לקודקס האזרחי המכסיקני עוסקים בחוזי מלאכה, ואילו חוזים למתן שירותים מקצועיים נדונים בסעיפים 2606-2615. בקודקס החדש של קוויבק ישנן הוראות החלות על חוזי מלאכה ושירותים כאחד (סעיפים 2098-2109, 2125-2129) ובצדן הוראות המוקדשות לחוזי מלאכה (2110-2116) ולחוזי בנייה (סעיפים 2117-2124).

הניתוח או חיוב עורך-הדין לגבי תוצאות המשפט. ההבחנה הנדונה חלה על חיובים חוזיים, נזיקיים (אחריות מוחלטת לעומת אחריות המבוססת על רשלנות) ואחרים.¹³ במישור החוזי להבחנה הנדונה נפקויות שונות, לרבות מבחינת קיומה או היעדרה של ציפייה לקיום אישי של החיוב, תחולתם או אי-תחולתם של דיני ההתאמה ונטל השכנוע לקיומה של הפרה. לכן, הוראות השלמה ההולמות חוזים שבמרכזם חיובי השתדלות אינן הולמות חוזים שבמרכזם חיובי תוצאה, ולהיפך. לכן, מבחינות רבות ישנה קרבה רבה יותר בין חוזים לביצוע מלאכות בנכסים (שבהם חיוביו המרכזיים של הקבלן הם בדרך-כלל חיובי תוצאה) ובין חוזי מכר (שאף הם חוזי תוצאה), מאשר בין הראשונים לבין חוזים למתן שירותים (שבהם חיובי נותן השירותים הם בדרך-כלל חיובי השתדלות). הניסיון להסדיר באותן הוראות חוזי מלאכה (תוצאה) וחוזי שירותים (השתדלות) צפוי אפוא לכישלון. בהשוואה לקודקסים ישנים יותר, המגמה בקודקסים המודרניים (ובריפורמות בקודקסים קיימים) היא לסלק הבדלים בלתי-נחוצים בין חוזי קבלנות כמובן הצר לבין חוזי מכר (למשל, בנושא התאמת האובייקט) ובד בבד להפריד בין חוזי קבלנות כמובן הצר (תוצאה) לבין חוזי שירותים (השתדלות).¹⁴ מגמה זו משתקפת אף בהצעות שלהלן.

3. הקבלן – מי שעיסוקו בביצוע המלאכה או במתן השירות

עיון בחוק חוזה קבלנות והשוואתו לחוקים אחרים בחקיקה האזרחית החדשה אינם מצביעים על נטייה כלשהי להגן במיוחד על האינטרסים של אחד הצדדים לעסקה. המחוקק לא גילה שום התחשבות בהיבטים צרכניים או בקשיים הקשורים לעיוותי-שוק בעסקאות קבלנות, אלא הותיר את הטיפול בהיבטים אלה לחקיקה הצרכנית הנפרדת.¹⁵

13 על הבחנה זו ונפקויותיה, ראו באופן כללי R. Demogue *Traité des obligations en général* (Paris, 1925) T. 5, No. 1237, p. 536 et seq.; T. 6, No. 599, p. 644; H. Mazeaud "Essai de classification de obligations" 35 *R. tri. dr. civ.* (1936) 1; H. et L. Mazeaud & A. Tunc *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, 6e ed., T. 1 (Paris, 1965) No. 103–2 et seq., p. 113 et seq.; J. Frossard *La distinction des obligation de moyens et des obligations de resultat* (Paris, 1965); *Encyclopedie Dalloz, Droit Civil*, 2e ed. T. V, Obligation, Nos. 47–54. ראו גם א' זמיר עקרון ההתאמה בקיום חוזים (תש"ן) 103–108; והשוו P.S. Atiyah *An Introduction to the Law of Contract* (Oxford, 4th ed., 1989) 228–234.

14 ראו, למשל, וייזרס, לעיל הערה 10, בעמ' 1141–1144 (על המגמה הראשונה, בריפורמה של ה-B.G.B. הגרמני); *Civil Code Revision Office, Committee on the Contract for Services*; *Report on the Contract for Services* (Montreal, 1971) 2 (על המגמה השנייה, בריפורמה של הקודקס האזרחי בקוויבק).

15 לביקורת על שיטת-חקיקה זו ראו ד' פרידמן "על היחס בין בירית הביטול לסעד של אכיפת

כדי לגבש את העמדה הראויה בסוגיה זו יש לאפיין את חוזי הקבלנות והשירותים. הגם שאין בידינו נתונים אמפיריים, ניתן להעריך את המציאות לפי נסיון החיים. הערכה כזו מגלה, כי בעוד שהמזמין בחוזי מלאכה ושירותים עשוי להיות הן אדם פרטי הן פירמה המתקשרת בחוזה במהלך עסקיה, הרי חוזים שבהם הקבלן פועל כאדם פרטי נדירים למדי. על-פי רוב, הקבלן הוא מי שעיסוקו במתן השירות או בביצוע המלאכה מושא החוזה, כלומר: חוזי קבלנות הם בדרך-כלל חוזים מסחריים או חוזים צרכניים שבהם המזמין הוא הצרכן, ולא חוזים פרטיים או חוזים שבהם רק המזמין הוא פירמה מסחרית. בין הגורמים לתופעה זו ניתן להזכיר את העובדה שביצוע מלאכות ושירותים רבים דורש מיומנות, ניסיון וידע. לעתים רכישת המיומנות דורשת לימודים פורמליים או לפחות הכשרה מעשית ניכרת. במקרים רבים ביצוע המלאכה או השירות מותנה בקבלת רשיון (למשל, רשיון להוראת נהיגה) ולעתים קרובות קבלת הרשיון דורשת תקופת הכשרה ארוכה (למשל, לימודי רפואה או משפטים) או מותנית בתנאים מגבילים אחרים. מגבלות מעשיות ומשפטיות אלה מביאות לכך שבמקרים רבים אדם פרטי אינו יכול או אינו רשאי לספק את המלאכה או השירות. אותן מגבלות אף גורמות לכך, שמי שכבר נשא בעלויות הכרוכות בהשגת היכולת והרשות לעסוק במלאכה או בשירות, בדרך-כלל אכן ימצא את פרנסתו בהם. שיקולים דומים חלים לגבי כלים ומכשירים הנדרשים לביצוע מלאכות רבות. מאחר שרק לאדם העוסק באותן מלאכות באופן סדיר משתלם לרכוש את הכלים הללו, הרי אין לצפות שאנשים פרטיים יבצעו את המלאכה או השירות שלא דרך עיסוק. זאת ועוד: בניגוד לחוזים אחרים (כמו מכר), חוזי קבלנות רבים דורשים ביצוע מתמשך של המלאכה או השירות. טיפול רפואי, ייצוג משפטי, בניית מבנה ואחזקתו או שמירה על גס – כולם עשויים לדרוש פעולות מתמשכות או חוזרות מצד הקבלן. אף תכונה זו תורמת לכך שבמרבית חוזי הקבלנות הקבלן מספק את המלאכה או השירות במסגרת עיסוקו. לבסוף, גם במלאכות פשוטות יחסית, שאינן מצריכות כלים או מיומנות מיוחדים (כמו סבלות), אינן דורשות רשיון (כמו תיווך) ואינן מתמשכות על-פני תקופה ארוכה – בדרך-כלל הקבלן הוא אדם המבצע את המלאכה דרך עיסוק. כאשר השירות או המלאכה ניתנים שלא בידי אדם שעיסוקו בכך, הרי פעמים רבות הדבר נעשה ללא יצירת קשר משפטי או ללא תמורה¹⁶.

חוזה" קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ה: החקיקה האזרחית החדשה (בעריכת ש' שטרית, תשל"ו) 87, 91-89; ד' פרידמן ונ' ולצמן "תקנת השוק והשפעתה על יחסי מוכר-קונה" עיוני משפט ה (תשל"ו) 122, 123-125; ד' פרידמן "סוגיות בתחום החוזים האחידים" עיוני משפט ו (תשל"ט) 490, 499-505; ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (כרך א, תשנ"א) 137-139, § 6.23.

16 דוגמה מאלפת לכך מספקות ההתדיינות שבהן חבצו אנשים פרטיים שכר בעד שירותי תיווך.

על-כן, בהוראות האופרטיביות על חוזי מלאכה ושירותים שתוצענה להלן נצא מן ההנחה כי הקבלן הוא אדם שעיסוקו במתן השירות או המלאכה מושא החוזה, בעוד שהמזמין עשוי להיות פירמה, אדם פרטי או צרכן כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן. מכיוון שחלק ניכר מחוזי המלאכה והשירות הם חוזים מסחריים, אין ההצעות מאמצות גישה צרכנית מובהקת, ומרביתן דיספוזיטיביות. הוראות קוגנטיות או הוראות המעניקות לבית-המשפט שיקול-דעת לשלול את תוקפן של תניות מסוגים מיוחדים נכללו בעניינים שבהם גם בחוזים מסחריים ישנה הצדקה להגביל את חופש ההתנאה של הצדדים¹⁷.

4. האופי המורכב והנמשך של מלאכות ושירותים רבים

תולדות החקיקה של חוק חוזה קבלנות הקיים ותוכן הוראותיו מלמדים שהוא נוסח על-פי ההוראות שבחוק המכר, תשכ"ח-1968¹⁸. לכן הוא הולם בעיקר עסקאות פשוטות, שבהן ישנם שני צדדים בלבד ושבהן חיוביהם הראשיים של הצדדים הם רגועים. לעומת זאת, ההצעות שיפורטו בהמשך מתחשבות בכך שכאורח טיפוסי ביצוע מלאכות ומתן שירותים הם תהליכים נמשכים. כן מתחשבת הצעת חוק חוזה הקבלנות החדש בתופעה השכיחה של הסתייעות הקבלן בקבלני משנה ומטפלת באחדות מהשאלות שתופעה זו מעוררת¹⁹.

עיסוק אקראי בתיווך אינו דורש כלים, מימנות מיוחדת או רשיון, ואף הזמן המושקע בו אינו בהכרח רב. לפי הנוהג המקובל בחוזי-תיווך, אם נכרת חוזה כתוצאה ממאמצי התיווך, משולם השכר כאחוז מסוים משווי העסקה. לכן אין זה מפתיע למצוא תביעות של אנשים פרטיים לתשלום דמי-תיווך. השאלה המתעוררת תדירות בהתדיינות אלה היא, האם נכרת חוזה למתן שירותי תיווך (במפורש או מכללא) והאם הוסכם על מתן תמורה בעד השירות. ראו, למשל, ע"א 407/83 אנגלברג נ' חברת מלונות כהן, פ"ד לט(4) 481; ע"א 459/83, 458 בייטרה נ' ספיר, פ"ד מ(2) 421; ע"א (ת"א) 329/59 סוחוטינסקי נ' ויספופ, פ"מ כד 264. כלומר, אפילו בשירות מעין זה הכלל הוא שהוא ניתן דרך עיסוק.

17 כך, למשל, סעיף 20 להצעת חוק חוזה קבלנות שולל את תוקפן של תניות המתלות את זכותו של קבלן המשנה לשכרו בכך שהמזמין ישלם את שכרו של הקבלן הראשי, במקרים שבהם הסיבה לאי-תשלום שכרו של הקבלן הראשי איננה קשורה כלל למעשיו או למחדליו של קבלן המשנה. סעיף 7 להצעת חוק חוזה שירותים מסמך את בית-המשפט להפחית שכר שהזכאות לו או שיעורו הוחלו בהשגת תוצאה בלתי-דאית (contingent fee), אם מצא שהשכר נקבע ללא כל יחס סביר לשכר הראוי אף בהתחשב באי-הוודאות של השגת התוצאה. ראו להלן דיון מפורט יותר בשתי ההוראות.

18 ראו זמיר, לעיל הערה 2, בעמ' 30-32, § 4-3.

19 מאחר שבחיובי השתדלות ההנחה (הדיספוזיטיבית) היא, שעל נותן השירותים לבצע את חיוביו בעצמו, ובפועל ההיוקקות לקבלני-משנה אינה כה רבה, הרי שבפרק זה לא כללנו הוראות

5. הוראות מלאות יותר מבחוק הקיים

הבדל בולט בין החוק הקיים לבין ההצעות שלהלן הוא, שההוראות בהצעות מלאות ומפורטות יותר הן מבחינת ניסוחן הן מבחינת היקף הסוגיות הנדונות בהן. האפשרות לקבוע הוראות השלמה בעניינים שאינם נדונים בחוק הקיים נוצרה עם צמצום התחולה של כל אחת מההצעות מבחינת סוגי התווים הנדונים בהן. אשר לניסוח, אין הוא מפורט יותר מהמקובל בחלקים אחרים של החקיקה האזרחית החדשה בישראל, אך אין הוא כה קצר, קטוע ולקוני כבחוק הקיים. כמקובל בחקיקה הישראלית, השימוש השכיח בסטנדרטים ("זמן סביר", "נאמנות ומסירות") מאפשר לקבוע הוראות נאותות אף בדרגת פירוט נמוכה יחסית (בהשוואה למקובל בקודקסים אחרים, ובוודאי בהשוואה לחקיקה אנגלו-אמריקאית). לפיכך, ההצעות שלהלן מותירות תפקיד נכבד של קונקרטיזציה, פירוש והשלמה לבתי-המשפט, אך בניגוד לחוק חוזה קבלנות הקיים הן מבקשות לספק תשתית חקיקתית ממשית יותר לפיתוח השיפוטי של הדין.

ד. הצעת חוק חוזה קבלנות

בפרק זה נציג תחילה את נוסח הצעת החוק על חוזה קבלנות ואחר-כך נסביר את השיקולים שביסוד הוראותיה.

1. נוסח החוק המוצע

- | | |
|---|------------------------------------|
| <p>1. חוזה קבלנות הוא חוזה לביצוע מלאכה בשכר, מבלי שיתקיימו בין הצדדים יחסי עובד-מעביד לגבי אותה מלאכה.</p> <p>2. (א) חוק זה יחול על חוזים לביצוע מלאכה במיטלטלין, ובשינויים המחויבים – על חוזים לביצוע מלאכה במקרקעין ועל חוזה בנייה.</p> <p>(ב) היה ביצוע המלאכה כרוך בהספקת חומרים, חלפים או אביזרים שלפי החוזה או הנסיבות על הקבלן לספקם, יחולו על הספקתם, בכפוף להוראות חוק זה ובשינויים המחויבים, הוראות חוק המכר, תשכ"ח-1968. לעניין זה יראו את הקבלן כמוכר, ואת המזמין – כקונה.</p> | <p>מהות
החוזה</p> <p>תחולה</p> |
|---|------------------------------------|

ברבר חוזה-משנה. במידת הצורך ניתן יהיה להקיש מההוראות שבפרק הקבלנות להוראות שבפרק השירותים.

	(ג) הוראות חוק זה יחולו כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לעניין הנדון, ובאין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם בין הצדדים.
ביצוע המלאכה	3. (א) הקבלן חייב לבצע את המלאכה, ואם נעשתה המלאכה בנכס – למסור את הנכס למזמין. (ב) המלאכה תיעשה במקום עסקו של הקבלן, זולת אם לפי מהותה יש לבצעה במקום אחר. נעשתה המלאכה בנכס, יימסר הנכס למזמין במקום שבו נעשתה המלאכה. (ג) מסירת הנכס תהיה בהעמדתו לרשות המזמין; על הקבלן להודיע למזמין זמן סביר מראש על מועד המסירה.
מועד הביצוע	4. (א) לא הוסכם על מועד הביצוע של המלאכה, על הקבלן לבצעה תוך זמן סביר לאחר כריתת החוזה. הוסכם על מועד ההתחלה של המלאכה, על הקבלן לבצעה ברציפות ולהשלימה תוך זמן סביר מאותו מועד. (ב) לא הוסכם על מועד הביצוע של המלאכה, או הוסכם על ביצועה תוך תקופה פלונית, תוך זמן סביר או במועד משוער – על הקבלן להודיע למזמין זמן סביר מראש על מועד הביצוע.
תקנים חקוקים	5. במקום שהקבלן מבצע את המלאכה דרך עיסוק, עליו לנהוג בהתאם לכללים החקוקים החלים על ביצוע המלאכה, ויראו הפרה של כללים אלה כהפרת החוזה זולת אם לא היתה לה השפעה של ממש על ענייניו של המזמין.
רשיון והכשרה	6. היה העיסוק בביצוע המלאכה טעון רשיון או הכשרה לפי חוק, על הקבלן להיות בעל רשיון או הכשרה כאמור, והיעדרם ייחשב כהפרת החוזה.
קבלת המלאכה	7. על המזמין לקבל את המלאכה או את הנכס שבו היא נעשתה במועד שהוסכם עליו, ובאין הסכם – תוך זמן סביר לאחר שהקבלן הודיע לו על השלמת המלאכה והעמדתה או העמדת הנכס שבו היא נעשתה לרשותו.
תשלום השכר	8. (א) המזמין חייב לשלם לקבלן את השכר. (ב) נעשתה המלאכה בנכס שעל הקבלן למסור למזמין, ישולם השכר במועד מסירת הנכס, ובמקרים אחרים – עם השלמת המלאכה; אולם במלאכה נמשכת זכאי הקבלן לתשלומי ביניים בהתאם להתקדמות המלאכה ולהוצאות הכרוכות בה, כמקובל בחוזים מאותו סוג.

(ג) שכר שיש לשלם במועד המסירה של הנכס או ההשלמה של המלאכה, ישולם במקום שבו נמסר הנכס או נעשתה המלאכה. במקרים אחרים ישולם השכר במקום עסקו של הקבלן, ובאין לו מקום-עסק – במקום-מגוריו הקבוע.

9. על הקבלן לבצע את המלאכה בהתאם למוסכם, והוא הפר חיוב זה בין השאר אם ביצע –

א-התאמה

- (1) רק חלק מן המלאכה;
- (2) מלאכה שונה, או מלאכה מסוג או מתיאור שונה מן המוסכם;
- (3) מלאכה שאין בה האיכות או התכונות הדרושות לשימוש הרגיל, לרבות מבחינת הבטיחות, הנוחיות והיעילות של השימוש בתוצר המלאכה;
- (4) מלאכה שאין בה האיכות או התכונות הדרושות למטרה מיוחדת המשתמעת מן ההסכם; בהיעדר כוונה אחרת, יראו מטרה מיוחדת כמשתמעת מן ההסכם אם בעת כריתת החוזה ידע הקבלן, שעיסוקו בביצוע אותה מלאכה, על המטרה שלשמה הוזמנה המלאכה.

(5) מלאכה שאינה מתאימה לדגם שהציג הקבלן למזמין.

10. הקבלן אינו נושא באחריות לא-התאמה שמקורה בנכסים, בתוכניות או בהוראות שנתן המזמין, זולת אם ידע או היה עליו לדעת על אי-ההתאמה של הנכסים, התוכניות או ההוראות, ולא הודיע על כך למזמין בעוד מועד.

סייג
לאחריות
בשל
אי-התאמה

11. (א) המזמין אינו זכאי להסתמך על אי-התאמה במלאכה –

נטלי
המזמין

- (1) אם לא הודיע עליה לקבלן תוך זמן סביר לאחר שגילה אותה או שהיה עליו לגלותה, תוך פירוט סביר של אי-ההתאמה. הוראה זו לא תחול על אי-התאמה שהקבלן ידע או היה עליו לדעת עליה;
- (2) אם לא נתן לקבלן הזדמנות נאותה לבדוק את המלאכה;
- (3) אם לא נתן לקבלן הזדמנות נאותה לתקן את אי-ההתאמה, לרבות על-ידי ביצועה מחדש. הוראה זו לא תחול אם כנסיבות העניין תיקון אי-ההתאמה בידי הקבלן איננו אפשרי או איננו סביר בשל ההכבדה הכרוכה בו למזמין, בשל התערערות היחסים בין הצדדים, או מסיבה אחרת.

- (ב) על-אף האמור בסעיף קטן (א), זכאי המזמין להסתמך על אי-התאמה במידה שאי-קיום הנטלים המנויים בו לא פגע בקבלן.
12. פגם שתיקונו דחוף עד שאין לדרוש מן המזמין שימתין לתיקונו בידי הקבלן, רשאי המזמין לתקנו ולדרוש מהקבלן שיפוי על הוצאותיו הסבירות, גם אם לא עשה כאמור בסעיף 11(א)(3).
13. (א) לא תיקן הקבלן את אי-ההתאמה תוך זמן סביר לאחר שהמזמין נתן לו הזדמנות נאותה לעשות כן, כאמור בסעיף 11(א)(3), זכאי המזמין לניכוי מהשכר לפי היחס שבו פחת שווייה של המלאכה עקב אי-ההתאמה, לעומת שווייה אילו התאימה למוסכם; לעניין זה ייקבע שווייה של המלאכה על-פי מועד כריתת החוזה.
- (ב) המזמין זכאי לניכוי בין אם כבר שילם את השכר, בין אם לאו.
- (ג) זכותו של הגפגע לניכוי מהשכר בשל פחיתת השווי של המלאכה אינה גורעת מזכותו לפיצויים בעד נזק אחר שגרמה לו ההפרה.
14. המזמין זכאי להורות לקבלן לבצע מלאכה נוספת על זו שנקבעה בחוזה, ובלבד שביצוע המלאכה הנוספת דרוש לשם הגשמת מטרתו של החוזה, ומבחינת טיבה והיקפה אין היא חורגת במידה ניכרת מהמלאכה שעליה הוסכם. השכר בעד המלאכה הנוספת והמועד לביצועה ייקבעו בהתחשב בשכר ובמועד שנקבעו לגבי המלאכה המוסכמת. הוראה זו תחול גם על שינויים הנדרשים במלאכה לשם הגשמת מטרתו של החוזה, ובלבד שאין הם כרוכים בהכבדה בלתי-סבירה על הקבלן; הקבלן יהיה זכאי לתוספת שכר ולדחיית מועדי הקיום של חיוביו, כמתחייב מהשינויים שעליהם הורה המזמין.
15. (א) היה ביצוע המלאכה כרוך בהחזקת נכסי המזמין בידי הקבלן, חייב הקבלן לשמור עליהם, ויראו אותו לעניין זה כשומר שכר ששמירת הנכס אינה טפלה למטרה העיקרית של החזקתו.
- (ב) אבדו או ניזוקו נכסי המזמין עקב מום שהיה בהם בעת מסירתם לקבלן, או עקב ליקויים בתוכניות או בהוראות שנתן המזמין, לא יישא הקבלן באחריות לאובדן או לנזק,

זולת אם ידע או היה עליו לדעת על המום או על הליקויים, ולא הודיע על כך למזמין בעוד מועד.

16. (א) אבדו או ניזוקו המלאכה או הנכס שבו היא נעשתה לאחר השלמת המלאכה והעמדתה, או העמדת הנכס שבו היא נעשתה, לרשות המזמין ולפני שהמזמין קיבל אותם – משוחרר המזמין מחיוביו.

(ב) על-אף האמור בסעיף קטן (א), אין המזמין משוחרר מחיוביו

אם –

(1) המלאכה או הנכס אבדו או ניזוקו שלא ברשלנות הקבלן, אחרי שהמזמין הפר את חיובו לקבלם;
(2) המלאכה או הנכס אבדו או ניזוקו מסיבה שמקורה בנכסים, בתוכניות או בהוראות שנתן המזמין, זולת אם הקבלן ידע או היה עליו לדעת על אי-ההתאמה של הנכסים, התוכניות או ההוראות, והוא לא הודיע על כך למזמין בעוד מועד.

(ג) אין בשחרור המזמין מחיוביו או בכיצוע המלאכה והעמדתה לרשות המזמין, כאמור בסעיף זה, כדי לגרוע מחיוב הקבלן לשמור על הנכסים שסיפק המזמין; ובלבד שלאחר הפרת חיוב הקבלה מצד המזמין יראו את הקבלן כשומר-חינם. אבד או ניזוק הנכס שסיפק המזמין אחרי השלמת המלאכה והעמדתה לרשותו, זכאי המזמין לפיצויים רק בשיעור שוויו של הנכס שאבד או בשיעור פחיתת שוויו של הנכס שניזוק.

17. לקבלן תהא זכות עיכבון על נכס שמסר לו המזמין לצורך קיום החוזה, כדי תשלום הסכומים המגיעים לו מן המזמין עקב עסקת הקבלנות.

18. המזמין רשאי להפסיק את קיום החוזה מסיבה סבירה בכל עת. הודעה על הפסקת החוזה תינתן זמן סביר מראש. הופסק קיומו של החוזה, זכאי הקבלן לשכר המוסכם, פחות ההוצאות שחשך עקב הפסקת הקיום ופחות הרווחים שיכול היה, באמצעים סבירים, להפיק עקב התפנותו מקיום החוזה.

גרסה ב לסיפא: הופסק קיומו של החוזה, זכאי הקבלן לשכר בעד המלאכה שביצע עד ההפסקה, לשיפוי על ההוצאות

נשיאה
בסיכון

עיכבון

הפסקת
החוזה

	שהוציא לשם המשך הביצוע של המלאכה ולסכום השווה לרווח הנוסף שהיה מפיק מהחוזה אילו קיים במלואו.
קבלנות משנה	19. (א) הקבלן רשאי לקיים את חיובו באמצעות אדם אחר (להלן - קבלן המשנה), ובלכך שיפקח בעצמו על ביצוע המלאכה בידי קבלן המשנה. הוראה זו לא תחול אם לפי החוזה, הנסיבות או מהות המלאכה על הקבלן לבצעה אישית, או שהוא רשאי לבצעה בידי אחר אף ללא פיקוחו. (ב) אין בהעסקת קבלן משנה כדי לפטור את הקבלן מאחריותו כלפי המזמין, ואין בה כדי לפטור את המזמין מתיובויו כלפי הקבלן. (ג) הוראות חוק זה יחולו, בשינויים המחויבים, גם על קבלנות משנה.
התליית השכר	20. אין תוקף לתניה המתלה את זכותו של קבלן המשנה לשכרו בכך שהמזמין ישלם את שכרו של הקבלן הראשי, אלא אם כן אי-תשלום שכרו של הקבלן הראשי נגרם מסיבה שקבלן המשנה אחראי לה.
הכטחת השכר של קבלן המשנה	21. (א) סכומים ששילם המזמין לקבלן הראשי בעד מלאכה שביצע קבלן המשנה ייראו כמורחקים בידי הקבלן הראשי בנאמנות לטובת קבלן המשנה. (ב) לקבלן המשנה תהיה זכות עיכבון על נכסי המזמין שנמסרו לו לצורך קיום החוזה, כדי תשלום הסכומים המגיעים לו עקב ביצוע המלאכה. הפר הקבלן הראשי את חיובו לשלם את שכרו של קבלן המשנה, ובדעת קבלן המשנה לעכב את נכסי המזמין כאמור, עליו להודיע על כך מיד למזמין, ולא — יאבד את זכות העיכבון בנכסי המזמין. הוא הדין אם גילה הקבלן הראשי את דעתו או שנסתבר מהנסיבות כי יפר את חיובו האמור. (ג) הפר הקבלן הראשי את חיובו לשלם את השכר של קבלן המשנה, רשאי המזמין לשלם לקבלן המשנה את השכר או חלק ממנו, ועל הקבלן הראשי לשפותו על הוצאה זו, זולת אם היתה לקבלן הראשי סיבה סבירה להתנגד לתשלום האמור. היה בדעת המזמין לפעול כאמור, עליו להודיע על כך זמן סביר מראש לקבלן הראשי, ולא — יאבד את זכות השיפוי.

- שמירת תרופות 22. אין בהוראות חוק זה כדי לגרוע מתרופה אחרת בשל הפרת חוזה.
- תחילה והוראת מעבר 23. תחילתו של חוק זה מיום _____; על חוזה קבלנות שנכרת לפני תחילתו יוסיף לחול הדין הקודם.

2. דברי הסבר

עיקרי ההצעה

כמוסבר למעלה, הצעת חוק חוזה קבלנות מיועדת לקבוע הסדרים מפורטים ומלאים יותר לחוזים מסוג מוגדר יותר – חוזי קבלנות שבמרכזם עומדים חיובי תוצאה של הקבלן – וזאת בהתחשב בהסדר הנפרד לחוזי שירותים. ההצעה מניחה שבדרך-כלל הקבלן הוא מי שעיסוקו בביצוע המלאכה מושא החוזה ומתחשבת בכך שחוזי קבלנות הם במקרים רבים חוזים נמשכים ומורכבים. הצעת-החוק מבוססת על כללים מקבילים המצויים בקודקסים זרים, על מחקר השוואתי מקיף שערך Lorenz במסגרת האנציקלופדיה הבינלאומית למשפט השוואתי²⁰, ועל הניסיון המשפטי הישראלי.

ההצעה הוכנה כהצעה לחוק בעל קיום עצמאי, בתקווה שחקיקתה תקודם מבלי להמתין להשלמת ההכנה של הקודקס האזרחי. השינויים שיידרשו במקרה של שילובה כפרק בקודקס הם השמטת סעיפים 2(ג), 13 (בהנחה שיימצא הסדר כללי לתרופת הניכוי בפרק התרופות)²¹, 17 (בהנחה שבקודקס תימצא הוראה כללית בדבר עיכבון ביחסים חוזיים), 22 ו-23. בקודקס העתידי מקומו של הפרק על חוזי הקבלנות בחלק של הקודקס שיוקדש לחוזים מיוחדים, בתחילת הפרק על חוזים שבמרכזם חיובי עשייה (אחרי הפרק על חוזים שבמרכזם חיובי נתינה, כמכר וכשכירות) ולפני הפרק על חוזי שירותים.

החוזים הטיפוסיים שההצעה חלה עליהם הם חוזים לביצוע מלאכות במיטלטלין (תיקון, הרכבה, צביעה) ובמקרקעין (בנייה, סיד, שיפוץ). התחולה על חוזי בנייה נדרשת משום שוועדת הקודיפיקציה החליטה שלא להקדיש להם חוק נפרד. כהיעדר

W. Lorenz *Contracts for Work on Goods and Building Contracts* VIII Int. Encyc. 20 *Comp. L.* (1980) Ch. 8.

21 על הצורך בהסדר כזה ועל תוכנו הראוי ראו E. Zamir "The Failure of the Remedy of Reduction in Israeli Law — Causes and Lessons" 23 *Isr. L.R.* (1989) 469.

פרק נפרד על חוזי הובלה, יחול החוק המוצע גם עליהם, אף כי התשובות המצויות בו לשאלות המתעוררות בחוזי הובלה הן חלקיות למדי²².

בעוד שההימנעות של המחוקק מלעסוק בפירוט בחוזי הנדסה ובניין מאפיינת שיטות-משפט רבות, ישנו תחום אחד שבו החקיקה הישראלית הנוהגת סוטה מהמקובל במדינות אחרות. הכוונה היא להסדרה חקוקה של אחריות הקבלן כלפי המזמין לאיכות הבנייה, לבטיחותה ולהתאמתה לתוכניות ולמפרטים. קודקסים רבים בעולם עוסקים בהתאמת הבניין מבחינת שימושיותו, יציבותו, בטיחותו והתאמתו לתוכניות ולתקנים. כך, למשל, הוראות בדבר אחריות הקבלן ליציבות המבנה וחלוקת הסיכון בדבר השפעת מצב הקרקע (שסיפק המזמין) על היציבות מצויות בעשרות הקודקסים שהושפעו ישירות או בעקיפין מהקוד סבייל הצרפתי, לרבות הקודקס האיטלקי, הקודקס השווייצרי ועוד²³. לקודקס הצרפתי עצמו הוטפו בעניין זה הוראות מפורטות בריפורמות חקיקתיות שנעשו בשנות השישים והשבעים²⁴. ההסדר המקביל לסוגיה זו במשפטנו מצוי בחוק המכר (דירות), תשל"ג-1973, שהוראותיו המרכזיות (בדבר הרחבת קנה-המידה להתאמה ובעניין תקופות הבדק) הולמות גם חוזי בנייה. דא עקא, שבניגוד לחקיקות מקבילות (הן בשיטות קונטיננטליות, הן במשפט האנגלי), אין החוק הישראלי חל על חוזי בנייה, אלא רק על חוזים למכר בניינים, דירות ובתי-עסק. אנו סבורים, שראוי להחיל את עיקרי הוראותיו של חוק המכר (דירות) גם על חוזי קבלנות. מרבית השיקולים, שבגינם מוצדק להטיל על בוני בניינים אחריות קוגנטית לאיכות ולבטיחות של המבנים, חלים לא רק כאשר הם מתקשרים עם הלקוחות בחוזי מכר, אלא גם כאשר מדובר בחוזי קבלנות (למשל, במסגרת פרויקטים של "בנה ביתך")²⁵.

אם תתקבל דעתנו, תישאל השאלה כיצד להחיל את הוראותיו של חוק המכר (דירות) על חוזי בנייה. כל עוד חוק המכר (דירות) הוא חוק עצמאי, ראוי להרחיב את תחולת ההוראות הרלבנטיות בו גם לחוזי בנייה ולהוסיף בו כללים מיוחדים

22 ראו לעיל הערה 11. על המאפיינים המיוחדים של חוזי הובלה ועל השאלות המרכזיות שהם מעוררים ראו זמיר, לעיל הערה 2, בעמ' 64-70, §§ 28-29.

23 ראו, למשל, סעיף 1669 לקודקס האזרחי האיטלקי; סעיפים 365, 368, 371 ו-373 לקודקס החיובים השווייצרי; סעיף 1792 לקודקס האזרחי הבלגי.

24 Loi no. 67-547 du 4 juill. 1967; Loi no. 78-12 du 4 janv. 1978. בריפורמות אלה תוקנו או הוספו הוראות בפרק המכר ובפרק הקבלנות כאחד, כדי ליצור אחידות בין היקפי האחריות של בעלי-המקצוע המעורבים בבנייה בשני המקרים. ראו במיוחד סעיפים 1601-1 עד 1604-1, 1642-1, 1646-1, 1648, סיפא, 1792 עד 1792-6 ו-2270. על עיקרי הריפורמה הצרפתית ראו זמיר, לעיל הערה 13, בעמ' 53, 63-64.

25 ראו ביתר פירוט א' זמיר "תיקון תש"ן לחוק המכר (דירות) – צעדים עקלקלים בנתיב נכון" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 201, 229-232.

לחוזים אלה לפי הצורך²⁶. במסגרת הקודיפיקציה ראוי לכלול את חוק המכר (דירות) כתת-פרק בפרק על חוזי מכר (כפי שנעשה, למשל, בקוד סיביל הצרפתי). הכללה זו ראויה גם אם חלקים אחרים של החקיקה הצרכנית ייוותרו מחוץ לקודקס, משום שלחוק זה אין אופי צרכני מובהק והוא חל בשווה גם על עסקאות מסחריות מובהקות. אם כך ייעשה, ראוי יהיה לקבוע הוראות מקבילות כתת-פרק בפרק על חוזי קבלנות (בשינויים הנדרשים). במקרה כזה יהיה מקום לחלק את פרק הקבלנות לשלושה תת-פרקים: הוראות כלליות, אי-התאמה בחוזי בנייה וקבלנות-משנה. לעומת זאת, אם חוק המכר (דירות) לא יכלול בקודקס האזרחי, הרי מבחינת מבנה החקיקה אין היגיון לכלול הוראות מקבילות לו בפרק הקבלנות שבתוך הקודקס, אלא יש להוסיף את ההוראות הדרושות לחוק הקיים, כאמור לעיל. מאחר שהכנו הצעה לחוק בעל קיום עצמאי ומאחר שניסוח ההוראות המקבילות לאלה שבחוק המכר (דירות) מצריך דיון מפורט בליקויים שנפלו בו עצמו, אין ההצעה שלהלן מטפלת בסוגיה זו²⁷. עד להשלמת הקודיפיקציה ראוי לתקן בנושא זה (ובעניינים חשופים אחרים) את חוק המכר (דירות). במסגרת הקודיפיקציה, לאחר שיתוקנו כנדרש ההוראות על מכר דירות, לא יהיה קושי לקבוע הוראות מקבילות בפרק הקבלנות.

דברי ההסבר שלהלן ערוכים לפי סעיפי ההצעה ומתייחסים גם לאי-אלו עניינים שנמנעו מלכלול בהצעה.

כותרת החוק

ההצעה הנדונה נבדלת מהחוק הקיים בכך שאין היא חלה על חוזי שירותים (שבמרכזם עומדים חיובי השתדלות), אלא רק על חוזים שבמרכזם עומדים חיובי תוצאה של הקבלן כמו נגרות, שיפוץ, תיקון, צביעה, הרכבה ובנייה. שני כינויים אפשריים לחוזים אלה הם "חוזי מלאכה" ו"חוזי קבלנות". ההצדקה העיקרית לשם הראשון נובעת מהחוק הקיים. החוק הקיים הרחיב את מושג הקבלנות כך שיכלול גם חוזי שירותים, תוך שהוא מתייחס ל"ביצוע מלאכה" ול"מתן שירות". אם רוצים להדגיש שהחוק המוצע יחליף את החלופה הראשונה ולא יחול על חוזי שירותים, ניתן לבחור בכינוי הראשון ("מלאכה"). אנו מעדיפים את הכותרת "קבלנות", משום

26 בין ההוראות שאין צורך להחילן על חוזי בנייה ניתן להזכיר את סעיף 6, שעניינו תקנון הבית המשותף שרושם הקבלן. עניין זה אינו רלבנטי כאשר הבונה הוא קבלן של המזמין, ואינו מוכר של הדירות הנבנות. בין ההוראות המיוחדות שתדרשנה יש להדגיש את הצורך להתייחס לאפשרויות שמקור אי-ההתאמה במבנה בתוכניות, בחומרים או בהוראות שנתן המזמין לקבלן (ראו גם להלן דברי ההסבר לסעיף 10 בהצעה הנוכחית).

27 לניתוח ביקורתי של הוראות החוק הקיים, כפי שתוקן בשנת תש"ן, ראו זמיר, לעיל הערה 25.

שהיא הולמת ביתר דיוק את נושא החוק (גם עובדים שכירים מבצעים "מלאכה") וחואמת את הכינויים המקבילים בחקיקות אחרות. בעוד שהחוק הקיים "מתח" את המלה "קבלנות" והעניק לה משמעות הרבה יותר רחבה ממשמעותה היומיומית, בחוק החדש המלה קבלנות תתאים, פחות או יותר, למשמעותה בלשון בני-אדם. המלה "מלאכה" תימצא בהגדרת החוזה ובהוראותיו האופרטיביות.

סעיף 1: מהות חוזה הקבלנות

בחקיקת החוזים החדשה מקובל להגדיר בראש כל חוק את החוזה שעליו תחולנה הוראותיו²⁸. ההגדרה הנוכחית בסעיף 1 לחוק חוזה קבלנות חלה הן על חוזים לביצוע מלאכה הן על חוזים למתן שירותים. כעת יופרד הטיפול בשני סוגי חוזים אלה, וההצעה הנדונה עוסקת רק בחוזים לביצוע מלאכה. ההגדרה המוצעת תואמת הגדרות מקבילות המצויות בראש פרק הקבלנות בקודקסים זרים²⁹. תחומיה המדויקים של ההגדרה יילמדו גם מתוך ההוראות האופרטיביות שבחוק ומתוך קיומו המקביל של חוק חוזה השירותים.

כמו חוק חוזה קבלנות הנוכחי (וכמו הצעת חוק חוזה שירותים), ההצעה מבהירה שהחוק אינו חל במקום שבין הצדדים ישנם יחסי עובד-מעביד, אך אינה מנסה לקבוע אמות-מידה לקביעת הגבול בין השניים. לדעתנו, הניסיון לקבוע אמות-מידה כאלו, במיוחד בחקיקה, נדון לכישלון³⁰. מבחינת הניסוח, אין הסעיף המוצע לוקה בקושי שבו לוקה סעיף 1 לחוק חוזה קבלנות הקיים, שממנו משתמע כי יחסי-עבודה הם תת-קבוצה של חוזי קבלנות³¹.

אשר לחוזי הובלה, בשיטות-משפט אחרות מקובל לראות בהם סוג מיוחד ונבדל של חוזים ולכן לא מתעוררת שאלת התחולה של דיני הקבלנות עליהם. בהיעדר הסדר נפרד לחוזי הובלה במשפטנו, יש לסווגם כחוזי קבלנות (במובן ההצעה

28 יש המבקרים נהג זה (ראו, למשל, ד' צלטנר חוק המכר, תשכ"ח-1968 (סדרת הפירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי, תשל"ב, עם חוברת עדכון משנת תשל"ז) 16, §א.2; ד' פרידמן "תורת התמורה בחקיקה האזרחית החדשה" עיוני משפט ג (תשל"ג) 153, 174; ד' פרידמן "הסיכון החוזי וטעות והטעיה בכדאיות" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 459). אך מאחר שהחוק המוצע אמור להשתלב בחקיקה הישראלית הקיימת (ומאחר שאיננו שותפים לביקורת האמורה), אין הוא סוטה מהמקובל בחוקים האחרים.

29 ראו, למשל, סעיף 631 ל-B.G.B. הגרמני וסעיף 363 לקודקס החיובים השווייצרי. השונו גם סעיף 1655 לקודקס האזרחי האיטלקי.

30 א' זמיר "עובד או קבלן" משפטים כב (תשנ"ג) 113.

31 ההגדרה הנוכחית היא: "חוזה קבלנות הוא חוזה לעשיית מלאכה או למתן שירות בשכר כשהקבלן אינו עובדו של המזמין". משמע, שישנם מקרים שבהם הקבלן הוא כן עובדו של המזמין... ראו גם ב' ליפשיץ עובד וקבלן — בין קניין לבין התחייבות (תשנ"ד) 9-10.

הנדונה) או כחוזי שירותים (במובן ההצעה שנציג בהמשך). מבחינה מילולית מקובל יותר לדבר על שירותי הובלה והסעה מאשר על מלאכת ההובלה (אף כי ספק אם חוזה ההובלה ייחשב כחוזה "למתן שירותים מקצועיים" כהגדרה שבסעיף 1 להצעת חוק חוזה שירותים). אולם כמוסבר למעלה, המפתח הענייני לסיווג חוזים כחוזי קבלנות או כחוזי שירותים הוא טיב חיוביו המרכזיים של הקבלן/נותן השירותים: אם הם חיובי תוצאה הרי שיחול חוק חוזה קבלנות; ואם הם חיובי השתדלות, יחול חוק חוזה השירותים. לפי אמת-מידה זו, נראה שעל חוזה הובלה יחולו עקרונות דיני הקבלנות, שכן במשפטנו חיובי המוביל הם בדרך-כלל חיובי תוצאה. כך או אחרת: באף אחת משתי הצעות-החוק אין טיפול ממש בחוזי הובלה. אם חפצים בהסדר חקיקתי להם, הרי דרוש לשם כך חוק או פרק נפרד.

סעיף 2: תחולה

סעיף קטן 2(א) מורה שהחוק יחול ישירות על חוזים לכיצוע מלאכה במיטלטלין ובשינויים המחויבים על ביצוע מלאכה במקרקעין (כמו חוזי סידור, צביעה, יישור שטח) ועל חוזי בנייה. אף אלמלא הוראה זו, היו הוראות החוק חלות גם על חוזים במקרקעין וחוזי הנדסה ובניין (כפי שמקובל לפרש את ההוראות המקבילות בקודקסים אחרים³²). תכליתה של הוראה זו היא דווקא להטעים, שהוראות החוק כפשוטן עלולות שלא להלוו חוזי בנייה, ויישומן עליהם טעון התחשבות במאפיינים המיוחדים של חוזים אלה. הוראה דומה מצויה, למשל, בסעיף 4(א) לחוק המכר, תשכ"ח-1968. אף אם תושמט הוראה זו (כפי שמסתמן בדיוני ועדת הקודיפיקציה), לא תהיה להשמטה משמעות רבה, משום שממילא הוראותיו הדיספוזיטיביות של החוק המוצע נסוגות בפני הסכמות מיוחדות המשתמעות מנסיבות ההתקשרות ובפני הנהגים המקובלים במגזר זה או אחר של חוזי קבלנות.

סעיף קטן 2(ב) עניינו הספקת חומרים, חלפים ואביזרים בידי הקבלן. ביצוע של רוב המלאכות מצריך שימוש בחומרים, חלפים או אביזרים. הניסיון הבינלאומי מלמד, שאין טעם לקבוע בחוק מיהו הצד שעליו לספק את חומרי-הגלם הדרושים לביצוע המלאכה, שכן הדבר משתנה מחוזה לחוזה³³. ישנם חוזים שבהם המזמין

32 לורנץ, לעיל הערה 20, בעמ' 11, § 68.

33 ישנן הוראות, כמו סעיף 1658 לקודקס האזרחי האיטלקי, הקובעות שהקבלן מספק את החומרים, זולת אם כוונה אחרת משתמעת מהחוזה או מהנוהג. שיטות אחרות קובעות, שהקבלן עשוי להתחייב לבצע את המלאכה בחומרים שמספק המזמין או לקבל על עצמו גם את הספקת החומרים: סעיף 1787 לקוד סיביל הצרפתי; סעיף 647 לקודקס האזרחי המצרי; סעיף 1713 לקודקס הפיליפיני.

הוא המספק את חומרי הגלם (למשל, הבד בחוזה לתפירת בגד) וישנם חוזים רבים שבהם הקבלן מספקם (חוזה סיור והחלפת חלק מקולקל במכונית). שאלת ההספקה של החומרים אף עשויה להתקשר לשאלת הסיווג של העסקה כמכר או כקבלנות, כאשר הספקת החומרים בידי ה"קבלן" מקרבת את העסקה לתחום המכר³⁴. שאלות רבות עשויות להתעורר לגבי הספקת חומרים ונכסים בחוזי קבלנות, לרבות האחריות בשל פגם בזכות (חלפים גנובים), התאמת החומרים לדוגמה או התאמת חלקי החילוף לדגם שהוצג למזמין, המועד שבו עוברת הבעלות בחומרים ובחלפים (אשר עשוי להשפיע על זכויותיהם של אנשים שלישיים) ועוד. בפרק שעיקרו ביצוע מלאכה לא נראה שיש מקום לחזור בפירוט על ההוראות של חוק המכר, אך בר־בבד לא נראה שרצוי להתעלם מההיבטים הנכסיים הנלווים ברגיל לחוזי קבלנות. הפתרון המוצע – החלת דיני המכר על הנכסים שהקבלן צריך לספקם, בכפוף להוראות פרק הקבלנות ובשינויים המחויבים – מבוסס מבחינה תיאורטית על "תורת הצירוף". תורת הצירוף עוסקת בחוזים מורכבים המכילים יסודות של חוזים שונים (מכר וחליפין, מכירת נכס שאליה נלווית פעולות התקנה והדרכה, חוזה של הקניית נכס תמורת ביצוע מלאכה וכדומה). היא גורסת שמוטב להחיל על כל יסוד את הדינים ההולמים אותו ולא לנסות להחיל על יסוד פלוני דינים ההולמים יסוד אלמוני – והכל בלי לגרוע מאחדותו של החוזה (למשל, לעניין הקבלה ותלות בין חיובים, קיומו חובות לא־קצובים וביטול בשל הפרה)³⁵. הוראה זו אף תייתר במקרים רבים את ההכרעה בדבר סיווג חוזים כמכר או כקבלנות. כיום נדון נושא זה בסעיף 2 לחוק המכר ובסעיף 8 לחוק חוזה קבלנות. פרופ' א' ידן, שערך את טיוטת הקודקס האזרחי שאליו מתייחסים דיוניה של ועדת הקודיפיקציה, העדיף להשמיט הוראות אלה, שטיפולן בסוגיית ההבחנה בין מכר לקבלנות ממילא היה חלקי למדי (ואף לא היתה ביניהן התיישבות מלאה). בדונה בחוזה המכר, החליטה ועדת הקודיפיקציה לקבל את עמדתו של ידן בנושא זה ולכן אין בהצעת החוק הנוכחית, המכוונת להשתלב בסופו של דבר בקודקס האזרחי העתידי, התייחסות לסוגיה זו. אם יוחלט להתמודד עם השאלה הנדונה בחקיקה, יהיה צורך בהוראה מפורטת ומדויקת יותר מזו המצויה כיום בהוראות

34 ראו סעיף 2 לחוק המכר, תשכ"ח-1968; סעיף 8(ב) לחוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974; זמיר, לעיל הערה 2, בעמ' 700-712, §§ 454-469; א' זמיר חוק המכר, תשכ"ח-1968 (סדרת הפירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טרסקי, תשמ"ז) 96-111, §§ 95-111; י"ק רייניץ "על ההבחנה בין חוזה מכר לבין חוזה קבלנות" מחקרי משפט ז (תשמ"ט) 193.

35 על תורת הצירוף לעומת תורת ההטמעה ראו ג' טרסקי "חליפין בתשלום משלים" משפטים ט (תשל"ט) 311.

הנזכרות — הוראה שתכלול תת-סעיפים אחדים לגבי ההקשרים השונים שבהם מתעוררת השאלה הנדונה³⁶.

סעיף קטן 2(ג) תואם את הנוהג החקיקתי הקיים. להוראה זו לא יהיה מקום במסגרת הקודקס העתידי. הסעיף מבטא את התפיסה הבסיסית של החוק כדין דיספוזיטיבי, בכפוף לאי-אלו חריגים (דוגמת סעיף 20).

סעיף 3: ביצוע המלאכה

סעיף קטן 3(א) מציין את חיובו של הקבלן לבצע את המלאכה ובכך הוא פותח את סדרת ההוראות שעניינן אופן הביצוע, מקומו ומועדיו. הסיפא דן בחיוב למסור את הנכס שבו נעשתה המלאכה עם סיומה. החוק הקיים קובע בסעיף 6(א) את חובת המזמין לקבל את הנכס שבו נעשו המלאכה או השירות, אך אינו קובע את חיוב הקבלן למסור את הנכס, שהוא הרבה יותר חשוב ומרכזי. סעיף קטן 3(א), סיפא, בא למלא פער זה בחוק. הביטוי "נעשתה המלאכה בנכס" רחב דיו כדי לחול הן על נכס של המזמין שבו נעשתה המלאכה (מכונית שתוקנה במוסך, מחשב ששופר על-ידי הרחבת הזיכרון שלו) הן על נכס שמספק הקבלן כחלק מביצוע המלאכה (חליפה שנתפרה לפי הזמנה מבד שסיפק החייט)³⁷.

סעיף קטן 3(ב) קובע הוראות השלמה לגבי מקום הביצוע של המלאכה ומסירת הנכס שבו היא נעשתה. בעוד שהכלל השיורי לפי סעיף 44(א) לחוק החוזים הכללי הוא שהחייב יקום במקום עסקו או במקום מגוריו של הנושה, הרי המלאכה — כמו מסירת הממכר בחוזי מכר — נעשית בדרך-כלל במקום עסקו או מגוריו של החייב³⁸. זהו הכלל המקובל והיעיל בחוזי קבלנות רבים (למשל, חוזה לתיקון מכונית), אולם יש מלאכות שלפי מהותן יש לבצען במקום אחר (גרירת המכונית מהמקום שבו היא "נתקעה"), ובפרט במקומו של המזמין (בנייה, שיפוץ, תיקון מכונית ומכשירים שהובלתם יקרה ומסובכת), ואף לכך מתייחס הסעיף. דחייתו של סעיף 44(א) לחוק החוזים הכללי בפני ההוראה הנדונה איננה גוררת בהכרח דחייה של הכלל הקבוע בסעיף 44(ב), שעניינו שינוי במקום הקיום עקב שינוי במקום העסק או המגורים של הנושה (בעניינו: החייב). משמע, שאם אחרי כריתת החוזה שינה הקבלן את מקום עסקו, יקוימו חיוביו במקום החדש, אך אם הדבר מטיל על המזמין הוצאות נוספות, ישא בהן הקבלן. כשם שלפי הדין הכללי אין זה סביר

36 ראו המקורות הנזכרים לעיל, בהערה 34.

37 לפירושו של הביטוי הדומה המצוי בסעיף 6(א) לחוק חוזה קבלנות הקיים ראו זמיר, לעיל

הערה 2, בעמ' 595-596, § 373.

38 ראו בפירוט זמיר, לעיל הערה 2, בעמ' 286-288, § 167.

שאדם יפרע את חובו הכספי, למשל, במקום שבו הנושה כבר אינו מקיים את עסקו או אינו מתגורר, כך אין זה סביר שהקבלן ידרש לבצע את המלאכה במקום שבו הוא כבר אינו מנהל את עסקו.

סעיף קטן 3(ג) עניינו אופן המסירה של הנכס שבו נעשתה המלאכה. ההוראה מבוססת על ההוראות המקבילות בחוק המכר (במיוחד סעיפים 8(א) ו-9(ג)) ובחוק השכירות (סעיף 5). כמו במכר ובשכירות, אף בקבלנות די בכך שהקבלן מעמיד את הנכס לרשות המזמין (למשל, העמדת המכונית המתוקנת לרשות בעליה). כמו במכר ובשכירות, העמדת הנכס לרשות המזמין טעונה הודעה מוקדמת, משום שאחרת אין משמעות להעמדת הנכס לרשותו³⁹. סעיף קטן זה תואם את ההוראה הכללית בדבר מועדי הביצוע שבסעיף הבא.

סעיף 4: מועד הביצוע

סעיף קטן 4(א) עוסק במועדי הקיום של חיובי הקבלן. הרישא תואם את סעיף 41 לחוק החוזים הכללי, אולם כמו סעיף 9 לחוק המכר, מאחר שסעיף קטן (ב) סוטה מהכלל השיורי לפי חוק החוזים הכללי, יש צורך בסעיף קטן (א) למען שלמות הניסוח. הסיפא של סעיף 4(א) קובע, שאם הוסכם רק על מועד ההתחלה של ביצוע המלאכה, על הקבלן לבצע ללא הפסקות ולהשלימה תוך זמן סביר. הכלל הדיספוזיטיבי, שלפיו בהיעדר הסכמה על מועד ההשלמה של המלאכה על הקבלן לבצע ברציפות, הוא בעל חשיבות רבה בחוזים מורכבים וממושכים, כחוזי שיפוץ ובנייה. לעתים קשה לשפוט אם פרק-זמן מסוים הוא סביר או בלתי-סביר להשלמתה של מלאכה כלשהי, אך קל יחסית לקבוע אם הקבלן עבד ברציפות. אם סוברים שדרישת הקיום ברציפות מחמירה מדי, ניתן להסתפק בדרישה לקיום "בהתמדה" או "בקצב סביר". הוראות מעין אלה מקובלות בחוזים הסטנדרטיים בתחום ההנדסה והבניין⁴⁰.

39 על הכללים שעניינם אופן המסירה של הממכר ראו זמיר, לעיל הערה 34, בעמ' 185-192, 219-218, §§ 174-183, 208-209.

40 לדוגמה: סעיף 41 לחוזה הבינלאומי הסטנדרטי לעבודות הנדסה אזרחית (FIDIC), מהדורה רביעית, (1987) קובע, שעל הקבלן להתחיל בביצוע סמוך לקבלת ההודעה המתאימה, ומוסיף: "Thereafter, the contractor shall proceed with the works with due expedition and without delay." סעיף 43 לחוזה האחיד המשמש את משרדי הממשלה להתקשרויות קבלניות בישראל (שסימונו מדף 3210, מהדורת 1987), מורה שהקבלן יתחיל בביצוע המלאכה במועד "וימשיך בביצוע בקצב הדרוש להשלמת המבנה תוך התקופה שנקבעה בחוזה ובהתאם ללוח הזמנים הנזכר בסעיף 11". לתימוכין נוספים לכלל זה, בפסיקה ובספרות, ראו זמיר, לעיל הערה 2, בעמ' 270, § 157.

ניתן לשקול הוספת כלל, שאם הוסכם על מועד ההשלמה של המלאכה, על הקבלן להתחיל בביצועה זמן מספיק לפני-כן, כנדרש להשלמתה בהתחשב בעיכובים ובתקלות העלולים להתרחש במהלך הביצוע. לפי הדין הנוהג, במקרים שבהם הקבלן אינו מתחיל לבצע את המלאכה במועד, יוכל המזמין לנסות להסתמך על דין ההפרה הצפויה.

סעיף קטן 4(ב) קובע שבהיעדר הסכמה אחרת, המועד המדויק של ביצוע המלאכה נקבע בידי הקבלן, וזאת בדומה לכלל החל על מסירת הממכר בידי המוכר ומסירת המושכר בידי השוכר, ובניגוד לכלל השיורי לגבי מועדי הקיום של חיובים לפי סעיף 41 לחוק החוזים הכלליים⁴¹. בשלושת המקרים ההנחה היא, שמועד המסירה של הנכס או המועד להשלמת המלאכה תלויים בפעולות שונות שעל החייב (המוכר, המשכיר, הקבלן) לבצע. מאחר שהחייב הוא זה היודע מתי בדיוק יוכל להשלים פעולות אלה, אין היגיון לאפשר לנושה לקבוע את מועד הקיום המדויק. כמובן, הכוח לקבוע את המועד המדויק של הקיום אינו גורע מהחייב לבצע את המלאכה ללא חריגה מהזמן הסביר, מהמועד המשוער או מפרק-הזמן הקצוב, כפי שנקבעו בחוזה או נובעים מהדין. סעיף 4(ב) חל אפוא לא רק כאשר לא הוסכם על מועד הקיום (או חל הכלל של קיום תוך זמן סביר), אלא גם כאשר הוסכם על ביצוע בתוך תקופה פלונית או במועד משוער (ובמקרה שבו הצדדים הסכימו על קיום "תוך זמן סביר").

אם תקודם החקיקה של החוק המוצע לפני השלמת הקודיפיקציה, ניתן לשקול הכללה של הוראה בדבר חוזי קבלנות לתקופה, הארכתם והפסקתם. בין השאר, הוראות כאלה מצויות בחוק השכירות, בחוק חוזה הביטוח ובחוק כרטיסי חיוב⁴². בקודקס העתידי תיכלל כנראה הוראה כללית על חוזים לתקופה בלתי-קצובה, שתייחר חלק מן ההוראות המיוחדות⁴³. בהיעדר הוראה מיוחדת בפרק או בחוק על חוזי קבלנות, ניתן יהיה להקיש מההוראות שבפרקים או בחוקים האחרים⁴⁴.

41 השוו סעיף 9(ג) לחוק המכר, תשכ"ח-1968; זמיר, לעיל הערה 34, בעמ' 218-219, §§ 209-208; סעיף 5(ב) לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971; ש' לרנר שכירות נכסים (תש"ן) 87-88. 42 ראו סעיפים 18 ו-19 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971; סעיפים 9 ו-10 לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981; סעיפים 2-4 לחוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986. השוו גם לסעיף 1677 לקודקס האזרחי האיטלקי, המפנה לפרק על חוזה-הספקה, שקיומם נמשך או תוזר וגשנה. סעיף 12 להצעת חוק חוזה שירותים שלהלן עוסק באחד הדיכטים של חוזים לתקופה: הפסקתם באורח חד-צדדי.

43 ראו ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 322-324.

44 לניתוח הדין הנוהג ראו זמיר, לעיל הערה 2, בעמ' 278-286, §§ 166-162.

סעיף 5: תקנים חקוקים

סעיף 5 קובע, כי במקום שהקבלן מבצע את השירות כחלק מעיסוקו המקצועי⁴⁵ (כפי שהדבר בדרך-כלל), עליו לפעול בהתאם לתקנים, לתקנות ולשאר הכללים החקוקים החלים על פעילותו. כללים חקוקים כאלה מצויים, למשל, בתקנות התכנון והבניה (בקשה להיתר, תנאים ואגרות), תש"ל-1970⁴⁶ (לעניין חוזי בנייה) ובחקיקת-המשנה המסועפת שיצאה מכוחו של חוק התקנים, תשי"ג-1953⁴⁷. הוראה דומה, הנותנת תוקף חוזי לחובות חקוקים – קרי: מוסיפה לסנקציות הפליליות או המנהליות בשל אי-קיומן גם תרופות בשל הפרת חוזה – מצויה בחוק המכר (דירות), תשל"ג-1973⁴⁸. אף ללא הוראה כזו, מצאו בתי-המשפט דרכים לקלוט חובות כאלה, שלכתחילה לא נועדו להיות הוראות-השלמה חוזיות, אל תוך החוזה. סוגיה זו נדונה בהרחבה בפסק-דין לסרסון⁴⁹. הקונסטרוקציות שהוצעו שם לקליטת החובות הסטטוטוריות אל תוך החוזה היו: הכלל שלפיו יש להעדיף פירוש מקיים של חוזה על-פני פירוש שלפיו הוא בטל, עקרון תוס-הלב בתחולתו על קיום החוזה, והתחקות אחר אומד דעתם של הצדדים בהתחשב בכלל נסיבות העניין⁵⁰. קליטה חקוקה של סטנדרטים אלה אל תוך החוזה מסירה ספיקות וחוסכת למזמין את קשיי ההוכחה לגבי אומד-דעתם של הצדדים. ציפיית הנושה, שהחייב יקיים את חלקו בחוזה גם בהתאם לתקנים החקוקים החלים על ביצוע אותן משימות או פעולות, היא חזקה ולגיטימית במיוחד כאשר החייב הוא איש-מקצוע, המתקשר בחוזה במהלך עיסוקו המקצועי. לכן, הוראה זו הולמת במיוחד חוזי קבלנות (וחוזים למתן שירותים מקצועיים, שבהם נעסוק בהמשך). עם זאת, יש מקום לשקול את החלתה גם בעסקאות מכר ושכירות שבהן המוכר או המשכיר מתקשרים בחוזה במסגרת עיסוקם.

הסעיף כולל סייג לכלל הדיספוזיטיבי שלפיו הפרת הכללים הנדונים במישור המנהלי או הפלילי היא גם הפרה של החוזה בין הצדדים: ישנם תקנים חקוקים

45 הביטוי "דרך עיסוק" לקוח מהגדרת "עוסק" בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

46 ק"ת תש"ל, בעמ' 1841.

47 ס"ח תשי"ג, בעמ' 30.

48 סעיף 4(א)(1). סעיף זה הוסף לחוק בחיקוק תש"ן. הוראה דומה באותו עניין היתה מצויה בסעיף 4(א) לחוק המקורי. ראו גם זמיר, לעיל הערה 25, בעמ' 207.

49 ע"א 391/80 לסרסון נ' שיכון עובדים, פ"ד לח(2) 237. ראו גם זמיר, לעיל הערה 13, בעמ' 249-246.

50 ייתכן שבמקרים מסוימים יוכל הנושה לנסות להסתמך על העולה של הפרת חובה חקוקה, אולם אנו מעוניינים לתת נפקות חוזית לחיובים אלה, עם כל התוצאות החוזיות העלולות לנבוע מהפרת התקנים.

שקיומם או אי-קיומם אינו משפיע השפעה של ממש על האינטרסים של המזמין (כמו, במקרים רבים, איסור על עבודה בשעות או בימים כלשהם או איסור על העסקת אנשים מסוימים). במקרים אלה אין הצדקה להעניק למזמין סעד בשל אי-קיום חובות שאינן משפיעות עליו (אך ממשיכים לחול העיצומים במישור הפלילי והמנהלי). סייג נוסף, שאיננו מפורש בסעיף אך נגזר מעקרונות כלליים, הוא שאין לראות הפרה של מה בכך של הכללים החקוקים כהפרת החוזה⁵¹.

סעיף 6: רשיון והכשרה

סעיף 6 עוסק בזיקה נוספת שבין הפן המנהלי והפלילי של העיסוק בביצוע המלאכה – הצורך ברשיון או בהכשרה – לבין הפן החוזי שלו. כאשר העיסוק בביצוע המלאכה מושא החוזה טעון רשיון, עשויה להיות לצדדים אחת משלוש כוונות טיפוסיות לגבי הרשיון: לבצע את המלאכה אף ללא רשיון, לראות בהשגת הרשיון משום תנאי מתלה לחוזה או לראות את השגת הרשיון כחיוב המוטל על הקבלן. כמובן, אם לקבלן יש רשיון או הכשרה כנדרש, לא תהיה חשיבות לעניין זה. חשיבותו היא במקרה של היעדר רשיון או הכשרה. במקרה כזה, האפשרות הראשונה עלולה לגרור את בטלות החוזה לפי דיני החוזה הפסול (סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים הכללי). כדי להימנע מתוצאה זו – הן לטובת הצדדים, הן לטובת האינטרס הציבורי – מקובל להניח שהצדדים לא נתכוונו לאפשרות זו, אלא לאחת משתי האפשרויות האחרות: השגת הרשיון כתנאי או כחיוב. סעיף 27(ב) לחוק החוזים הכללי קובע, כי "חוזה שהיה טעון הסכמת אדם שלישי או רשיון על פי חוק, חוקה שקבלת ההסכמה או הרשיון הוא תנאי מתלה". דא עקא, שהחלת חזקה זו בענייננו איננה הולמת את הציפיות הרגילות והסבירות של הצדדים במרבית חוזי הקבלנות (ובחוזים דומים). ההנחה הרגילה היא, שבעצם כריתת החוזה מגלה הקבלן את דעתו שיש לו, או שיהיו לו במועדים הרלבנטיים, כל הכשירויות, ההיתרים והרשיונות הדרושים לעיסוק בביצוע המלאכה מושא החוזה. כלומר: ההנחה היא שאי-השגת הרשיון לא תוביל להתבטלות החוזה (כאמור בסעיף 29 לחוק החוזים הכללי), אלא לתוצאות של הפרת חוזה מצד הקבלן. כדי

51 על עקרון ה-*de minimis* בדיני החוזים ראו באופן כללי E. Zamir "The Extent of Similarity Required Between the Content of the Contract and its Performance" 25 *Isr. L.R.* 187, 190–209 (1991). לשם השוואה, במשפט האמריקאי קבעה ההלכה הפסוקה החל משנות השבעים, שאי-קיום החיובים החקוקים החלים על בעלי-בתים בעניין תנאי התברואה והבטיחות של הדירות המושכרות ייחשב גם כהפרה של החוזה. חוקים אלה כוללים פרטי-פרטים של חובות מדוקדקות, ובתי-המשפט נתקלו בקושי במקום שהשוכרים ביקשו להסתמך במישור החוזי על הפרות של מה בכך של חוקי הדירור הללו. לסקירה תמציתית של ההלכות האמריקאיות ולמראי-מקום, ראו זמיר, לעיל הערה 13, בעמ' 85–88.

להימנע מהתוצאה הבלתי־רצויה הנובעת מהחלת סעיף 27(ב) במצבים מעין אלה, הוצע לפרשו כמתייחס רק למקרים שבהם עצם כריתת החוזה, להבדיל מקיומו, טעונה רשיון או הסכמה⁵², או שקבעו כי אומד דעתם של הצדדים היה לראות בהשגת הרשיון משום חיוב המוטל על אחד הצדדים, ולא תנאי⁵³. הסעיף המוצע מייתר קשיים אלה, בקובעו כלל דיספוזיטיבי יעיל (מבחינת התמריצים שהוא יוצר) והוגן, התואם להערכתנו (ולפי הפסיקה) את הציפיות הסבירות של הצדדים. התרופה העיקרית שתבוא בחשבון בשל הפרת החיוב הנדון היא ביטול החוזה, עם ארכה או בלעדיה, לפי חומרת ההפרה ושאר הנסיבות; שכן בדרך־כלל הנזק שייגרם עקב עצם היעדר הרשיון או ההכשרה לא יהיה ניכר (להבדיל מהנזק שמקורו, למשל, בביצוע פגום או רשלני של המלאכה, שבו אין הסעיף הנוכחי עוסק).

הכלל המוצע איננו מכון לשלול את תחולת דיני החוזה הפסול במקרים המתאימים, אולם הוא נמנע מקביעת תוצאה אוטומטית להיעדר הרשיון (כמו, למשל, שלילת זכותו של קבלן שפעל ללא רשיון לשכר או שלילת אכיפותה של זכות זו), כפי שעושים קודקסים זרים אשר תפיסתם בסוגיית החוזה הפסול שונה מזו של הדין הישראלי⁵⁴.

סעיף 7: קבלת המלאכה

סעיף 7 מבוסס, בתיקוני נוסח קלים, על סעיף 6(א) לחוק הקיים⁵⁵. הוא מבוסס על מושגי המסירה (קרי: העמדה לרשות) והקבלה (קרי: לקיחה או נטילה) המופיעים בחוק המכר, בחוק השכירות והשאלה, ובחוק חוזה קבלנות הקיים⁵⁶. בניגוד לחלק משיטות־המשפט הקונטיננטליות, למושג הקבלה אין במשפטנו משמעות של ויתור על זכויות המזמין בשל אי־התאמה.

- 52 לדעה זו ראו ג' טדסקי "חוזה שלביצועו דרושה הסכמת אדם שלישי ודמי תיווך" הפרקליט לב (תשל"ט) 296; ע"א 192/80 גרנסקי נ' "מוגשם" חברה למפעלי בנין, פ"ד לו(3) 533, 539; ע"א 464/81 מפעלי ברוך שמיר נ' הוך, פ"ד לז(3) 393, 409.
- 53 ראו, למשל, ע"א 62/77 סוכנות מכונות לים התיכון נ' קראוס, פ"ד לא(3) 695, 700; ע"א 278/78 אמפא נ' כרמל תעשיות, פ"ד לג(1) 29, 31-32; ע"א 781/79 מנהל מס שבח מקרקעין נ' גן חברה להשקעות, פ"ד לו(1) 20, 26 (הדברים נאמרו שם באופן כללי, ולא בהתייחס להסכמה הקונקרטית מושא הדין); ע"א 189/86 לוי נ' פייגנבלט, פ"ד מב(4) 206, 210-211; ע"א 220/83 חברת אהרן רוטנברג נ' חברת פלמה, פ"ד לט(2) 372, 375-377.
- 54 ראו, למשל, סעיף 2231 לקודקס האזרחי האיטלקי; סעיף 2608 לקודקס האזרחי המבסיקני.
- 55 על הסעיף הקיים, ראו זמיר, לעיל הערה 2, בעמ' 595-608, §§ 372-388.
- 56 ראו סעיפים 8-10, 19 ו-22 לחוק המכר, תשכ"ח-1968; סעיפים 5 ו-12 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971.

מיקומם של סעיפים 7 ו-8, שעניינם חיובי המזמין, לפני סעיפים 9 עד 13 העוסקים בהתאמת המלאכה (שהיא חלק מחיובי הקבלן), נבע מכך שלא רצינו לפצל בין הכללים שעניינם אחריות להתאמה ובין הכללים בדבר התרופות בשל אי-התאמה. בד בבד, אין היגיון רב להתייחס לניכוי מהשכר (שהיא אחת התרופות בשל אי-התאמה) לפני שמתייחסים לחיוב התשלום של השכר, ולכן לא רצינו למקם את ההתייחסות לנושא השכר אחרי ההתייחסות לניכוי.

סעיף 8: תשלום השכר

סעיף קטן 8(א) שב ומציין בלשון אופרטיבית את חובת המזמין לשלם את שכרו של הקבלן. סעיף קטן זה הוא הקדמה לסעיפים הקטנים הבאים, שעניינם מוערי התשלום ומקומו (השוו לסעיף 2 לחוק חוזה קבלנות הקיים ולסעיף 19 לחוק המכר).

סעיף קטן 8(ב) עניינו מועד התשלום. בניגוד לחוזים שבהם חיובי שני הצדדים הם רגעיים (כמו מכר או חליפין), בחוזה קבלנות מדובר בחיוב נמשך – ביצוע המלאכה, שכנגדו עומדים חיוב או סידרת חיובים רגעיים, התשלום. הדבר מעורר קושי ביצירת ההקבלה בין חיובי הצדדים⁵⁷. נקודת-המוצא היא שהתשלום ייעשה עם השלמת המלאכה ומסירת התוצר, אך בחוזים שקיומם נמשך חודשים או שנים פתרון זה איננו סביר. לכן קובע הסיפא של סעיף קטן 8(ב), שבמלאכות נמשכות זכאי הקבלן לתשלומי-ביניים במהלך ביצוע המלאכה, בהתאם להתקדמות המלאכה, להוצאות הכרוכות בה, ולנוהג. לכלל זה יש תימוכין בהלכה הפסוקה בישראל, בספרות המשפטית ובחקיקת זרות⁵⁸.

סעיף קטן 8(ג) עניינו מקום התשלום. הרישא קובע, שאם התשלום מבוצע במעמד ההשלמה של המלאכה או מסירת הנכס, עליו להיעשות במקום שבו הושלמה המלאכה או נמסר הנכס. כלל זה נועד לאפשר ולסייע להקבלה הפונקציונלית (ולא רק הכרונולוגית) בין חיובי הצדדים. כלומר: הוא נועד לאפשר לכל אחד מהצדדים להימנע מקיום חיובו כל עוד רעהו אינו מוכן לקיים את החיוב המקביל המוטל עליו. במקרים אחרים מקום התשלום הוא מקום עסקו או מגוריו של הקבלן. כלל

57 ראו ג' טדסקי "חיובים מקבילים" הפרקליט לו (תשמ"ז) 293, 312-313.

58 ראו, למשל, ע"א 8/71 קירשנר נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד כה(2) 145, 148; טדסקי, שם; סעיף 2234 לקודקס האזרחי האיטלקי.

זה תואם את הכלל הקבוע לגבי חיובי התשלום של הקונה (סעיף 21, סיפא, לחוק המכר) והשוכר (סעיף 14(ב) לחוק השכירות והשאלה)⁵⁹.

סעיף 9: אי-התאמה

סעיף 9 פותח את סדרת ההוראות שעניינן אי-התאמה של המלאכה (סעיפים 9-13). הסעיפים המוצעים מחליפים את הנוסח הלקוני והלקוי של סעיפים 3 ו-4 לחוק הקיים בהוראות מפורטות ושלמות יותר. הוראות אלה דומות, בקווים כלליים, להוראות שבחוק המכר. בכך נשמרת התפיסה היסודית של החוק הקיים, הנגזרת מההכרה בעקרון התאמה כללי בקיום חוזים – תפיסה הנראית לנו רצויה⁶⁰. הסעיפים מתחשבים במאפיינים המיוחדים של חוזי קבלנות: ההערכה שהקבלן הוא בדרך-כלל מי שעיסוקו בביצוע המלאכה מושא החוזה (בניגוד למוכר של נכס, העשוי בהחלט להיות אדם פרטי)⁶¹; ההערכה שמעורבות המזמין בביצוע המלאכה (עלידי הספקת חומרים, תוכניות או הוראות) הרבה יותר משמעותית מהמעורבות הטיפוסית של קונה בייצור הממכר; וההערכה שלקבלן יש אינטרס לגיטימי שיאפשרו לו לתקן את אי-התאמה בטרם ייזקק המזמין לתרופות אחרות. סעיף 9 מבוסס על סעיף 11 לחוק המכר. כמו הצעת חוק חוזה קבלנות משנת 1973, משתמשת הצעתנו במונח "אי-התאמה", ולא במושג "פגם", שהוא צר יותר (צביעה בצבע שונה מהמוסכם היא "אי-התאמה", אך לא תמיד יהלום אותה הכינוי צביעה "פגומה"). סעיף 3 לחוק חוזה קבלנות הקיים לא טרח לקבוע הוראות השלמה כלשהן לגבי התאמת המלאכה (כמו שימושיותה) – פער חמור שעליו מתחנו ביקורת במקום אחר⁶².

הרישא לסעיף 9 קובע באורח פוזיטיבי את חיוב ההתאמה למוסכם. זאת בניגוד לסעיף 11 לחוק המכר, שניסוחו נגטיבי, והוא מציין את הכלל הרחב של הסכמה למוסכם רק בפסקה החמישית והאחרונה. תיקון נוסח דומה נעשה באמנת וינה בדבר חוזים למכר טובין בינלאומי, משנת 1980, בהשוואה לאמנת האג משנת 1964, וגם בסעיף המקביל לסעיף 11 לחוק המכר בקודקס האזרחי העתיד⁶³.

59 על הכלל במכר ראו זמיר, לעיל הערה 34, בעמ' 451-452, §444.

60 ראו בהרחבה זמיר, לעיל הערה 13, בעמ' 99-122.

61 ראו לעיל, פרק ג.

62 זמיר, לעיל הערה 13, בעמ' 211-212.

63 ראו סעיף 33 לחוק האחיד למכר טובין בינלאומי (ULIS) הנלווה לאמנת האג; סעיף 35(1) לאמנת האו"ם בדבר חוזים למכר טובין בינלאומי משנת 1980; סעיף 184 לטיטוס הקודקס שערך א' ידין.

פסקה (1) מקבילה לסעיף 11(1) לחוק המכר ("רק חלק מהמכר או כמות גדולה או קטנה מן המוסכם"). ההנחה היא שהסיפא של פסקה 11(1) פחות הולם חוזי קבלנות, אולם ניתן להשאירו כדי להסיר ספק, ולכתוב: "רק חלק מן המלאכה, או כמות גדולה או קטנה מן המוסכם". בהנחה שהחוק חל גם על חוזי הובלה, הסיפא יחול, למשל, על הובלת עשר משאיות חצץ במקום שמונה כמוסכם⁶⁴.

פסקה (2), שעניינה התאמה לתיאור, מקבילה לפסקה (2) בסעיף 11 לחוק המכר⁶⁵.

פסקה (3) עוסקת בהתאמת המלאכה לשימושה הרגיל, שהוא ההיבט המרכזי בהוראות הקובעות את קנה-המידה להתאמה של אובייקט החוזה, בקבלנות כמו בחוזים אחרים⁶⁶. הפסקה מבוססת על פסקה (3) רישא לסעיף 11 לחוק המכר, בשינויים מסוימים. השינוי החשוב הוא ההבהרה שהשימושיות של תוצר המלאכה כוללת את היבטי הבטיחות, הנוחיות והיעילות של השימוש בו⁶⁷. בהשוואה לחוק המכר הקיים, הושמטה ההתייחסות לשימוש "המסחרי". אם התוצר מיועד מטבעו לשימושים מסחריים (להבדיל משימושים אישיים או ביתיים), הרי שדרישת התאמתו לשימושים אלה כלולה בדרישת ההתאמה לשימושי הרגילים. מנגד, אם מדובר בתוצר ששימוש מסחרי בו איננו השימוש הרגיל (כמו, למשל, התקנת מערכת חשמל בבית מגורים, שבדרך-כלל אינה אמורה להתאים לשימושים מסחריים במבנה), כי אז מן הדין להתייחס לשימוש המסחרי כאל מטרה מיוחדת, שעליה תחול הפסקה הבאה⁶⁸. ההתייחסות לשימוש המסחרי בתוצר המלאכה איננה נחוצה בחלק מהמקרים ואיננה מוצדקת בחלק האחר. התייחסות זו אף עלולה להתפרש

64 על סעיף 11(1) לחוק המכר ראו זמיר, לעיל הערה 34, בעמ' 245-250, 232-238. בהקשר של חוזי קבלנות ראו גם זמיר, לעיל הערה 2, בעמ' 447-449, 275-276.

65 על סעיף 11(2) לחוק המכר ראו זמיר, לעיל הערה 34, בעמ' 251-256, 239-243. בהקשר של חוזי קבלנות ראו גם זמיר, לעיל הערה 2, בעמ' 449-451, 277.

66 ראו באורח כללי זמיר, לעיל הערה 13, בעמ' 28-31, 33-35, 49-51, 75-76 (באספקלריה היסטורית והשוואתית), 210-234 (במשפט הישראלי).

67 על ההצדקות להכללת דרישות אלה בנושא השימוש הרגיל ראו זמיר, לעיל הערה 13, בעמ' 226-227. הבהרות דומות ראוי לכלול גם בהוראות המקבילות על התאמת המכר והמושכר.

68 אובייקט התחזה אינו צריך להתאים לכל שימוש אפשרי בו. דרישה כזו אינה תואמת את הרצון הטיפוסי של הנושה והיתה מטילה על החוזה עלות מיותרת. על-מנת להמריץ את הנושה לגלות לחייב את צרכיו ומטרותיו המיוחדים, כך שבמקרים המתאימים יסופק אובייקט המתאים להם, הכלל הוא שדרישת התאמה למטרה מיוחדת חלה רק אם אותה מטרה מהווה חלק מהחוזה או לפחות הובאה לידיעת החייב. הטלת חיוב של התאמה למטרה מיוחדת, אף כאשר זו לא הובאה לידיעת החייב, איננה הוגנת כלפיו. ראו E. Zamir "Toward a General Concept of Conformity in the Performance of Contracts" 52 Louisiana L.R. (1991) 1, 72-74, 87.

כרומזת למושג ה"שוויקוּת" האנגלי (merchantability)⁶⁹. פירוש כזה היה גורר קליטה של שובל ההלכות הנלוות למושג מורכב זה במכירתו – הלכות שנתגבשו על רקע דיני התאמה שונים לחלוטין מהדין הישראלי. על-כן אנו סבורים, שמוטב לוותר על מלה זו⁷⁰.

פסקה (4) מקבילה לסיפא של סעיף 11(3) לחוק המכר, שעניינו התאמה למטרה מיוחדת⁷¹. בעקבות המשפט האנגלי המודרני והאמנה בדבר חוזים למכר טובין בינלאומי משנת 1980, מוסיפה פסקה זו וקובעת הנחה בדבר קיומה של התחייבות מצד הקבלן שהמלאכה תתאם למטרה מיוחדת, אם הקבלן הוא איש-מקצוע היודע על המטרה שלשמה הוזמנה המלאכה⁷². כלומר: בנקודה זו אין ההצעה מסתפקת בכללי הפירוש וההשלמה הרגילים לגבי הסכמת הצדדים, אלא יוצרת חזקה שהסכמה כזו נובעת מנסיבות עובדתיות מסוימות, ובכך מטילה על הקבלן את הנטל להתנות על דין זה אם רצונו בכך. גם במקרים שבהם כלל זה לא יגרום לתוצאות חלוקתיות כלשהן משום שהקבלן יתנה עליו, הוא עשוי לפתור בעיות מידע של המזמין. ההתנאה תמנע מהמזמין להניח בטעות שהקבלן קיבל על עצמו אחריות רחבה מזו שקיבל למעשה (המידע הדרוש יסופק למזמין על-ידי התנאות של הקבלן).

פסקה (5) מקבילה לסעיף 11(4) לחוק המכר, בהבדלים אחדים⁷³. בעוד שחוק המכר מתייחס לדגם ולדוגמה, מתייחסת הפסקה הנדונה רק לדגם. דוגמה היא חלק מהמכר עצמו, ומאחר שבקבלנות מדובר בדרך-כלל במלאכה שהתוצר שלה עדיין אינו קיים בעת כריתת החוזה, הרי שבקבלנות קשה לדבר על דוגמה⁷⁴. שימוש בדגם יכול להיות, למשל, כאשר חייט מציג ללקוח חליפה קיימת כדי להראותו את

69 השור ד' פלפל "יזהר המוכר ויזהר הקונה" עיוני משפט ה (תשל"ז) 94, 332 (שני חלקים) 335; ד' צלטנר דיני חוזים של מדינת ישראל (שער שני, תשל"ו) 38.

70 ניתן לשקול גם החלפה של המלים "מלאכה שאין בה האיכות או התכונות הדרושות לשימושה הרגיל", במלים "מלאכה שאינה מתאימה לשימושה הרגיל" – החלפה שתפשט את הניסוח מבלי שתשנה, כמדומה, את תוכן ההוראה (הוא הדין בפסקה הבאה).

71 על סעיף 11(3), סיפא, לחוק המכר, ראו זמיר, לעיל הערה 34, בעמ' 263-265, §§ 251-254.

72 ראו סעיף 14(3) לחוק מכר טובין האנגלי משנת 1979; סעיף 35(2)(b) לאמנת וינה משנת 1980; זמיר, לעיל הערה 13, בעמ' 200-202.

73 על סעיף 11(4) לחוק המכר ראו זמיר, לעיל הערה 34, בעמ' 265-274, §§ 255-265.

74 הקבלן עשוי להציג למזמין דוגמה של החומרים, החלפים או האביזרים שבהם הוא מתעתד להשתמש בביצוע המלאכה. במקרה כזה יחול סעיף 11(4) לחוק המכר על התאמתם של נכסים אלה בהתאם לסעיף 2(ב) להצעתנו.

הגזרה של החליפה שהוא יתפור ללקוח או כאשר בנאי מציג למזמין מבנה קודם שבנה, כדי להמחיש תכונה או מאפיין כלשהם שיהיו במבנה שאותו הוא יבנה למזמין.

בהשוואה לסעיף 11(4) לחוק המכר, הושמטו מהפסקה המוצעת המלים "זולת אם הוצגו ללא קבלת אחריות להתאמה". לדעתנו, פירושו הראוי של סעיף 11(4) לחוק המכר הוא, שעצם הצגתם של דגם או דוגמה לקונה עתידי משמיעה התחייבות של המוכר שהמכר יתאים להם (מהבחינות הרלבנטיות). אם המוכר מבקש שלא לשאת באחריות להתאמה כזו, עליו להתנות על ההתחייבות המשתמעת מעצם הצגת הדגם או הדוגמה. המלים שציטטנו עלולות להשמיע, שנוסף על הצגת הדגם דרוש מצד הקבלן ביטוי לקבלה של אחריות להתאמת המלאכה לדגם או לדוגמה, ובהיעדר ביטוי כלשהו להתחייבות כזו – הוא לא ישא באחריות להתאמת המלאכה לדגם. מחיקת הסיפא מונעת סברה כזו.⁷⁵ הגזירה של התחייבות הקבלן שהמלאכה תתאים לדגם מעצם הצגתו למזמין בידי הקבלן מוצדקת לא רק משיקולים חלוקתיים-צרכניים, אלא גם משיקולי הגינות כלליים (ומשיקולי חוצלת הקשורים בהתגברות על בעיית-מידע אופיינית של המזמין, בדומה להצדקה שהצגנו למעלה לפסקה 4). קבלן המציג למזמין דגם כלשהו, מבלי להסתייג במפורש או מכללא מההתחייבות המשתמעת מהמלאכה תתאים לאותו דגם, יוצר הסתמכות סבירה של המזמין על מצג זה ולכן עליו לבצע את המלאכה בהתאם לדגם.

סעיף 10: סייג לאחריות בשל אי-התאמה

המלאכה עלולה להיות בלתי-מתאימה משום פגם נסתר שהיה קיים בנכס שסיפק המזמין (בין אם מדובר בנכס המזמין שביחס אליו נעשתה המלאכה, כמו בתיקון מכונתית, ובין אם מדובר בחומר-גלם ששימשו ליצירת המלאכה), משום שהתוכניות שהוא סיפק היו לקויות או משום שבמהלך הקיום הוא נתן לקבלן הוראות-ביצוע שגויות. חלוקת הסיכון לגבי אי-התאמות כאלה בסעיף 10 תואמת את העיקרון שנתקבל כמעט בכל שיטות-המשפט. מאחר שמקור התקלה במזמין, נקודת-המוצא היא שהוא האחראי לאי-ההתאמה, אולם יש לזכור שלרוב הקבלן הוא בעל מומחיות, כישורים, ידע וניסיון רבים יותר בנושא המלאכה מאשר המזמין, העשוי להיות הדיוט. לכן מטילים על הקבלן את הסיכון לגבי אי-התאמה שמקורה במזמין, אם היה עליו להבחין בסיבתה, ולהתריע באוזני המזמין על סכנתה. זהו כלל הוגן

75 ראו גם זמיר, לעיל הערה 34, בעמ' 269-270, § 260.

ויעיל, המתחשב באשם היחסי של הצדדים ויוצר תמריצים נאותים לכל אחד מהם⁷⁶. עיקרון זה מכתיב את חלוקת הסיכונים לגבי תקלות שמקורן בנכסים, בתוכניות או בחומרים שסיפק המזמין גם בהקשר של אחריות הקבלן כשומר (סעיף 15(ב) להלן) ובהקשר של העברת הסיכון (סעיף 16(ב)(2) להלן). במקרים שבהם האשמה מתחלקת בין שני הצדדים, לפי הלכת *Eximin S.A.*, תאגיד בלגי, יוכל כנראה בית-המשפט להפחית את הפיצויים המגיעים למזמין בשל אי-התאמה⁷⁷, אולם אין סיבה להסדיר סוגיה כללית זו דווקא בהקשר הנדון.

סעיף 11: נטלי המזמין

בניגוד להפרות אחרות, כאי-קיום מוחלט של חיוב, קיומו באיחור או קיומו במקום שונה מהמוסכם, אובייקט החוזה עלול ללקות באי-התאמה מבלי שהחייב יידע על כך. בצד שיקולים נוספים, זהו השיקול המרכזי להטלת נטלי הודעה על אי-התאמה כחוזים שבהם נבחנת התאמת הקיום להסכם⁷⁸. בחוזי קבלנות ישנה הצדקה לקבוע נטל נוסף – הנטל לאפשר לקבלן לסלק את אי-התאמה בטרם ייזקק המזמין לתרופות אחרות בשל הפרת חוזה. בניגוד לחוזים אחרים, כמו מכר, מאחר שהקבלן הוא זה שביצע את המלאכה, הרי שתיקונה או ביצועה מחדש בידי יוהו בדרך-כלל הפתרון הזול והמוצלח ביותר מבחינת שני הצדדים (אם אחרי התיקון נותרה עדיין אי-התאמה, יהא המזמין זכאי לתרופות כספיות או אף לביטול לפי הדין הכללי). הסעיף המוצע מתחשב בביקורת שנמתחה על הנטלים החמורים המצויים בחוק המכר ואשר חלים גם על חוזי מכר צרכניים⁷⁹.

סעיף קטן 11(א) מונה את נטלי המזמין המבקש להסתמך על אי-התאמה. בעוד שהנוסח הקיים של החוק ("על המזמין להודיע לקבלן [...]") עלול לפתוח פתח

76 לסקירה השוואתית של סוגיה זו ראו לורנץ, לעיל הערה 20, בעמ' 41, 43, 48, 51-52, §37, 38, 43 ו-45.

77 ע"א 3912/90 *Eximin S.A.*, תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי, פ"ד מז(4) 64. על פסק-דין זה ועל הסוגיה של חלוקת האחריות בפיצויים חוזיים בכלל ראו א' פורת חלוקת אחריות בדיני חוזים (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, תשמ"ט); א' פורת "הגנת אשם תורם למפר חוזה – אימת?" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 103. לביקורת על פסק-הדין ראו גם זמיר, לעיל הערה 25, בעמ' 209.

78 ראו ביתר פירוט, זמיר, לעיל הערה 13, בעמ' 293-295.

79 פרידמן וזלצמן, לעיל הערה 15, בעמ' 124; פרידמן בורות הביטול, לעיל הערה 15, בעמ' 90; פרידמן חוזים אחידים, לעיל הערה 15, בעמ' 499-500; ס' דויטש "חוק המכר – קווים לפירוש והרהורים על יחסי מוכר-צרכן" משפטים יט (תש"ן) 493, 502; ס' דויטש "דיני חוזים והחקיקה להגנת הצרכן" מחקרי משפט ט (תשמ"ב) 133, 145-152.

לטעות שמדובר בחיובים המוטלים על המזמין, הניסוח המוצע מבהיר שמדובר רק בנטלים שקיומם מהווה תנאי להסתמכות על אי-ההתאמה⁸⁰.

פסקה (א)(1) קובעת את נטל ההודעה תוך זמן סביר. העדפת הנטל להודיע תוך זמן סביר על-פני הנטל להודיע מיד תואמת את התיקון שהוכנס בקודיפיקציה גם לחוק המכר. בקביעת סבירותו של הזמן ניתן יהיה להתחשב במיהותו של המזמין, ובפרט בשאלה אם מדובר במזמין שהוא צרכן או במזמין מסחרי. כמו בסעיף 3(א) לחוק הקיים, המועד הקובע לתחילת מירוצו של הזמן הסביר הוא המועד שבו המזמין גילה את אי-ההתאמה או שהיה עליו לגלותה. ניסוח עמום זה אינו מכריע בשאלה אם על המזמין לנקוט פעולות אקטיביות ומכוונות לבדיקת המלאכה לאחר קבלתה. ישנם מקרים שבהם בדיקה כזו איננה נחוצה, כמו, למשל, במקרה של תיקון מכונית במוסך, כאשר בעל המכונית הוא הדיוט במכונאות. במקרה כזה די בכך שבעל המכונית יודיע על אי-התאמת המלאכה שביצע המוסך כאשר יבחין בליקוי תוך כדי השימוש במכונית. לעומת זאת, כאשר קבלן-בניין מעסיק קבלן משנה בביצוע עבודות ריצוף או טיוח, ניתן לצפות שהמזמין (קבלן-הבניין) יבדוק את עבודתו של הקבלן (הרצף או הטייח) לפחות לאחר סיומה. במקרה כזה, אם מדובר באי-ההתאמה גלויה של המלאכה, שהיתה ניתנת לגילוי אילו טרח הקבלן לבחון אותה, הרי אם חלף הזמן הסביר – ובכפוף לסייג שבסעיף קטן (ב) – לא יוכל המזמין להסתמך עליה.

פסקה (1) מוסיפה וקובעת שעל ההודעה לכלול פירוט סביר של אי-ההתאמה. הוראה זו לקוחה מסעיף 17 לחוק המכר, ויישומה בכל מקרה יהיה לפי הנסיבות: סוג המלאכה, סוג הפגם, מומחיותו של המזמין וכדומה⁸¹.

פסקה (1), סיפא, פוטרת את המזמין כליל מנטל ההודעה לגבי אי-ההתאמה שהקבלן ידע או היה עליו לדעת עליה. לפטור זה יש משמעות מעשית רבה, משום שבהיות הקבלן איש-מקצוע (ברוב המקרים), יש מקום לסברה שעליו להיות מודע לפגמים ולליקויים בעבודתו⁸². במקרים כאלה נעלמת ההצדקה המרכזית להטלת נטל ההודעה, והמזמין יהיה פטור ממנה. פטור דומה נקבע באמנות בדבר מכר טובין בינלאומי (סעיף 40 לחוק האחד משנת 1964 וסעיף 40 לאמנת האו"ם משנת

80 על המכשלה הניסוחית הקיימת בחוק המכר, תשכ"ח-1968, ובחוק חוזה קבלנות הקיים, ראו זמיר, לעיל הערה 13, בעמ' 300-301.

81 השוו (לגבי סעיף 17 לחוק המכר) זמיר, לעיל הערה 34, בעמ' 343-345, § 335.

82 ראו, למשל, ע"א 659/77 שורקה נ' קרים, פ"ד לב(1) 393, 399; ע"א (חי') 86/86 אחד העם שפירא נ' לשם, פ"מ תשמ"ח (1) 3, 6.

1980), בסעיף 6(2) סיפא לחוק השכירות והשאלה ובסעיף 3(ב)(1) לחוק חוזה קבלנות הקיים⁸³.

פסקה (א)(2) מוסיפה שעל המזמין לתת לקבלן הזדמנות נאותה לבדוק את המלאכה, כפי שקובע גם סעיף 17 לחוק המכר⁸⁴. כך, למשל, אם המזמין שעבורו נבנה הבית מתלונן שהתקרות נמוכות מהמוסכם או מהתקן המחייב, שומה עליו לאפשר לקבלן לבדוק טענה זו על-ידי מדידת גובהן של התקרות. יושם אל לב, שהצדקתו של נטל זה אינה תלויה בשאלה אם אי-ההתאמה ניתנת לתיקון. גם אם אין היא ניתנת לתיקון (כבדוגמת התקרות), על המזמין לאפשר לקבלן לבדוק את נכונות טענותיו.

פסקה (א)(3) עוסקת בנטל לאפשר לקבלן לתקן את אי-ההתאמה. נטל זה מצוי בחוק חוזה קבלנות הנוכחי (סעיף 3(א), סיפא), ולאחרונה הוא נכלל גם בחוק המכר (דירות)⁸⁵. למעשה נטל זה הוא חלק מדיני התרופות. הוא בוודאי מתיישב עם תרופת האכיפה. הוא משמיע שאם הקבלן מסוגל לסלק את הפגם, הרי יש לראות את ההפרה כהפרה שאינה יסודית, ועל המזמין לאפשר את תיקונה. הוא מהווה קונקרטיזציה של הדרישה להקטין את הנזק בדיני הפיצויים, משום שבדרך-כלל סילוק אי-ההתאמה בידי הקבלן הוא הפתרון היעיל והזול ביותר. הוראה מעין זו מצויה, למשל, בסעיף 634 ל-B.G.B. הגרמני. מחקרו של לורנץ מגלה, שגם בשיטות-משפט שאינן קובעות נטל זה במפורש, כמו המשפט האוסטרי והשווייצרי, הלכה למעשה אין בתי-המשפט מאפשרים למזמין להיזקק לתרופות אחרות במקרים שבהם תיקון הליקוי במלאכה בידי הקבלן הוא פתרון סביר⁸⁶.

פסקה זו אינה מכריעה בשאלה מהי הדרך שבה תסולק אי-ההתאמה – בתיקון התוצר או בביצוע המלאכה מחדש – כשם שדיני האכיפה מותירים עניין זה לנסיבות של כל מקרה⁸⁷.

פסקה (3) קובעת שורה של סייגים לנטל הנדון. הסייג הראשון – המצוי

83 בסעיף 16 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, נפקותה של ידעת המוכר על אי-ההתאמה מוגבלת יותר: היא דוחה את המועד שבו על הקונה להודיע על אי-ההתאמה איך אינה מבטלת כליל את נטל ההודעה. יש לצפות שבקודקס האזרחי העתידי יותאם הכלל במכר לכללים הנאותים שבדיני השכירות והקבלנות (ויתקנו ליקויים נוספים בנוסח הקיים של סעיף 16). ראו גם זמיר, לעיל הערה 13, בעמ' 295-304.

84 על הדין במכר ראו זמיר, לעיל הערה 34, בעמ' 345-348, §§ 336-341.

85 סעיף 4ב לחוק המכר (דירות), תשל"ג-1973, כפי שהוסף בתיקון תש"ן של החוק. על הוראה זו ראו זמיר, לעיל הערה 25, בעמ' 225-226.

86 לורנץ, לעיל הערה 20, בעמ' 76-77, § 76.

87 ראו זמיר, לעיל הערה 13, בעמ' 318-321.

גם בחוק חזקה קבלנות הנוכחי – עניינו אי-התאמה שאינה ניתנת לתיקון (כמו בדוגמת התקרה דלעיל). שאר הסייגים כפופים למבחן של סבירות. המזמין אינו נדרש לאפשר לקבלן לסלק את אי-ההתאמה אם הדבר כרוך בהכבדה בלתי-סבירה עליו (למשל, בדרך-כלל לא ניתן לצפות ממזמין שנכנס להתגורר בבית שבנה עבורו הקבלן, לחפש דיור חלופי לתקופה של חודשים אחדים כדי לאפשר לקבלן לתקן פגמים, אם המזמין מעדיף להסכין עם קיומם ולהסתפק בניכוי מהשכר). כן פטור המזמין מהנטל לאפשר את התיקון אם היחסים בין הצדדים התערערו במידה חמורה (למשל, אם המזמין חושד בקבלן שהוא גנב ממנו או שיש בסיס לסברה שהקבלן כלל אינו מסוגל לבצע את המלאכה כראוי). לבסוף ישנה חלופה שיורית של אי-סבירות הנטל מסיבה אחרת. הוראה דומה מצויה, למשל, בסעיף 634(2) ל-B.G.B. הגרמני. היא נועדה לאזן את קביעתו של הנטל הנדון⁸⁸.

סעיף קטן 11(ב) מסייג את התוצאה של אי-קיום הנטלים דלעיל. מוצע לקבוע, שאי-העמידה בנטל תחסום את ההסתמכות על אי-התאמה רק במידה שבה אי-העמידה פגעה בקבלן. זהו סיוג נוסף ומשמעותי מאוד של הנטלים הנדונים. הביטוי "במידה ש" נועד להצביע על כך שההסתמכות על אי-ההתאמה יכולה להישלל גם במידה חלקית (אם תתקבל הצעה זו, ראוי להוסיפה גם בפרק המכר שבקודקס האזרחי).

סעיף 12: תיקון עצמי

סעיף זה מבוסס על סעיף 4(ב) לחוק הקיים⁸⁹. הוא פוטר את המזמין מהנטל לאפשר את תיקון אי-ההתאמה כאמור בסעיף 11(א)(3) במקרה של תיקון דחוף, שלא ניתן להמתין לתיקונו בידי הקבלן. כלל זה נקבע בנפרד, ולא ביחד עם שאר הסייגים לנטל של מתן הזדמנות נאותה לתיקון אי-ההתאמה המנויים בסעיף 11(א)(3). סיפא, משום שבמקרה זה לא ניתן פטור מלא מהנטל – פטור הפותח בפני המזמין את כל התרופות בשל אי-ההתאמה – אלא רק אפשרות לביצוע עצמי של התיקון. אם התיקון הוא כה דחוף עד שלא ניתן להמתין לביצועו בידי הקבלן, אין הצדקה לאפשר ויתור מוחלט על התיקון ותביעה של תרופות אחרות. העדפנו את המונח "שיפוי" על ההוצאות, ולא "החזרה" שלהן (כנוסחו של סעיף 4 הנוכחי), משום שמדובר בשיפוי ומשום שזהו גם הביטוי שבו משתמש בהקשר קרוב סעיף 14(ב) לחוק התרופות.

88 לניתוח מפורט יותר של הסייגים לנטל הנדון ראו זמיר, לעיל הערה 2, בעמ' 506-512, 319-313§§.

89 על ההוראה הקיימת ראו זמיר, לעיל הערה 2, בעמ' 531-533, 328§§.

בניגוד לסעיף 4 לחוק הקיים, אין הצעת החוק הנדונה כוללת הוראה כללית בדבר תרופת התיקון העצמי, שלפיה רשאי המזמין לתקן את אי-ההתאמה ולתבוע שיפוי על הוצאותיו הסבירות. לדעתנו, אין צורך בהוראה כזו, משום ששיפוי כאמור יגיע למזמין לפי דיני הפיצויים הרגילים: סעיף 10 וסעיף 14(ב) לחוק התרופות. הוצאות סבירות שהמזמין נשא בהן לתיקון אי-ההתאמה (לאחר שקיים את הנטלים הקבועים בחוק) הן נזק צפוי שנגרם עקב ההפרה (לעניין סעיף 10 לחוק התרופות), והוא זכאי לשיפוי עליהן גם כהוצאות שהוצאו למניעת הנזק או הקטנתו (לעניין סעיף 14(ב)).⁹⁰

סעיף 13: ניכוי מהשכר

תרופת הניכוי, כתרופה נוספת על תרופות האכיפה, הביטול והפיצויים, נקבעה בחוקי המכר, השכירות והקבלנות. משום זרותה למשפטים שנתחנכו על רקע המשפט האנגלי, ישנן אי-הבנות לגבי משמעותה, והשימוש בה איננו רווח במשפטנו. לפי הצעתנו, החליטה ועדת הקודיפיקציה להוסיף לפרק שעניינו תרופות בשל הפרת חוזה גם סימן שעניינו תרופה זו, אשר במשפט הקונטיננטלי היא תרופה מרכזית וידועה בשל אי-התאמה בחוזי מכר, שכירות וקבלנות. במסגרת הקודקס העתידי לא יהיה אפוא צורך בהוראה נפרדת בנושא זה בפרק על חוזה הקבלנות, משום שתחולנה ההוראות הכלליות שבפרק התרופות. סעיף 13 נכלל בהצעה הנדונה למקרה שחקיקתה תקודם בלי להמתין להשלמת עבודתה של ועדת הקודיפיקציה. ההוראה נוסחה במטרה למנוע אי-הבנות לגבי משמעותה ותוכנה של תרופת הניכוי. במקומות אחרים ניתחנו בהרחבה את תרופת הניכוי, ייחודה וחשיבותה, ואף עמדנו על הסיבות למיעוט ההיזקקות לה במשפטנו ועל הדרכים להתמודד עם תופעה זו.⁹¹ לכן נסתפק כעת בהצבעה על המרכיבים המרכזיים של ההוראה המוצעת:

(א) נוסחת החישוב של סכום הניכוי היא יחסית, כלומר: המזמין זכאי לניכוי מהשכר המוסכם באותו יחס שבו פחת שווי המלאכה הפגומה עקב אי-ההתאמה לעומת שווייה אלמלא אי-ההתאמה. לכן, אחד היתרונות של תרופת הניכוי על-פני תרופת הפיצויים הוא, שכאשר השכר המוסכם גבוה יותר משווי המלאכה

90 בכך שונים קבלנות ומכר משכירות. מאחר שבשכירות מדובר בנכס של המשכיר, דרושה הוראה מיוחדת שתתיר לשוכר לבצע בו פעולות תיקון, וזו אכן נקבעה בסעיף 9(א)(1) לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971. סעיף 4(א)(1) לחוק חוזה קבלנות הקיים הוצתק מחוק השכירות מבלי שניתנה הרעת להבדל זה שבין העסקאות (מטעם זה אין הוראה דומה בחוק המכר). ראו גם זמיר, לעיל הערה 13, בעמ' 340-343.

91 ראו זמיר, לעיל הערה 34, בעמ' 559-589, §§ 540-562; זמיר, לעיל הערה 21.

- המתאימה בעת השלמתה, סכום הניכוי יעלה על סכום הפיצויים בעד עצם פחיתת השווי של המלאכה⁹².
- (ב) מאחר שתדירות הניכוי מיוערת להגן על אינטרס ההשכבה של המזמין⁹³, המועד הקובע לעניין שווי המלאכה (המתאימה והפגומה) הוא רגע כריתת החוזה, ולא מועד הקיום.
- (ג) תדירות הניכוי היא תרופה מהותית (בדומה לפיצויים), ולא רק אמצעי למימוש זכויות ותדירות (כקיוז). לכן המזמין זכאי לה גם אם הוא כבר שילם לקבלן את שכרו. ניתן לתבוע את סכום הניכוי כשם שניתן לתבוע פיצויים בשל הפרת חוזה או השכבה כספית בעקבות ביטולו.
- (ד) מאחר שתדירות הניכוי מתייחסת רק לעצם ירידת הערך של המלאכה עקב אי-ההתאמה, אין היא גורעת מזכותו של המזמין לתבוע פיצויים בעד נזקים אחרים, תוצאתיים, שגרמה לו אי-ההתאמה (בדומה ליחס שבין אכיפה על-ידי תיקון אי-ההתאמה לבין פיצויים בעד נזקים נלווים שנגרמו למזמין).

סעיף 14: מלאכה נוספת ושינויים במלאכה

ההנחה הפשטנית, שלפיה אין צד לחוזה חייב לבצע משימות שלא נכללו בו, איננה הולמת חוזי קבלנות, ובמיוחד חוזי קבלנות ארוכי-טווח ומורכבים יחסית כמו בניית מבנה או שיפוץ דירה, שבהם קשה לצפות ולהגדיר מראש את היקף העבודות שתדרשנה כדי להגשים את תכליות החוזה. בכל חוזי ההנדסה והבניין הסטנדרטיים נכללת אפוא הוראה המאפשרת למזמין, בגבולות קבועים מראש, לדרוש ביצוע מלאכה נוספת, וזאת כחלק מההוראה בדבר עריכת שינויים במלאכה⁹⁴. הוראות

92 נניח שהוסכם על שכר של 120 תמורת מלאכה ששווי השוק שלה (בכל המועדים הרלבנטיים) היה 100 וכי נפל במלאכה פגם הגורע מחצית משוויה. בדוגמה זו, סכום הפיצויים המגיע למזמין בעד הגריעה משווי המלאכה הוא 50 (סכום זה יעמידו באותו מצב כספי שבו הוא היה אלמלא ההפרה), ואילו סכום הניכוי הוא 60 (שכן יש להפחית מחצית מהשכר המוסכם, כשיעור הפחיתה בערך המלאכה).

93 ניכוי מהתמורה הכספית דומה בתוצאותיו להשכבה בעקבות ביטול חלקי של החוזה, אלא שאין הוא מוגבל למקרים שבהם החוזה ניתן להפרדה. לאחר הניכוי אין המזמין נמצא במצב הכספי שבו הוא היה אילו קיים החוזה כמוסכם, אלא במצב כספי דומה לזה שבו הוא היה אילו מלכתחילה התייחס החוזה למלאכה כפי שבוצעה. ראו ביתר פירוט זמיר, לעיל הערה 34, כעמ' 560-561, 541§, והמקורות הנזכרים שם.

94 ראו, למשל, סעיף 56 לחוזה האחיד המשמש את משרד-הממשלה בישראל (לעיל, הערה 40); וסעיף 51 לחוזה ההנדסה והבניין הבינלאומי הסטנדרטי של ה-FIDIC, על ההוראות הרלבנטיות בחוזים המקובלים באנגליה ראו P.R. Hibberd *Variations in Construction Contracts* (London, 1986) 67-77.

מעין אלה מצויות בקודקסים מודרניים, דוגמת סעיף 1661 לקודקס האזרחי האיטלקי (סעיף 1659 עוסק בשינויים מוסכמים לגבי התוכניות וסעיף 1660 בשינויים שהם חיוניים לביצוע הפרוייקט).

זכותו (הדיספוזיטיבית) של המזמין לדרוש ביצוע של מלאכה נוספת אינה בלתי-מוגבלת. היא עומדת לו רק בהתקיים התנאים הבאים:

(א) המלאכה הנוספת דרושה לשם הגשמת מטרתו של החוזה;

(ב) המלאכה הנוספת אינה חורגת במידה ניכרת מטיב המלאכה שעליה הוסכם;

(ג) המלאכה הנוספת אינה חורגת במידה ניכרת מההיקף המקורי המוסכם של המלאכה.

לדוגמה: קבלן שהתחייב לסלול כביש לפי תוכנית מוסכמת עשוי להידרש לסלול קטע נוסף כאשר מסתבר שמסיבות תחבורתיות יש לשנות קמצא את ההתחברות של הכביש החדש לכביש קיים, אולם אין לדרוש מטייח שנשכר לבצע עבודת טיח בדירה פלונית לטייח דירה אחרת ואין לדרוש ממנו לבצע עבודת ריצוף. ניתן לשקול סייג נוסף, שלפיו תהיה לקבלן זכות להתנגד מסיבה סבירה לדרישת המזמין לבצע מלאכה נוספת.

הסעיף מוסיף וקובע שהקבלן זכאי לתוספת שכר ולתוספת זמן בגין העבודות הנוספות, אשר תחושבנה בהתחשב בחוזה המקורי. אם, למשל, החוזה המקורי קובע נוסחת שכר מסוג unit price ("כתב כמויות") והתוספת היא מסוג היחידות מושא החוזה המקורי, לא יהיה כל קושי לחשב את השכר בעד היחידות הנוספות. במקרים אחרים החישוב יהיה פחות מיכניסטי.

הסעיף קובע הוראה דומה לעניין שינויים במלאכה⁹⁵.

סעיף 15: שמירה

סעיף קטן 15(א) קובע, שאחריות הקבלן לשלומם של נכסי המזמין המוחזקים בידיהם היא אחריות חוזית מלאה, ממנה הוא ייפטר רק בנסיבות הדומות לסיכול, ולא אחריות המותנית בהתרשלותו, כפי שהיה נובע מכללי התחולה הרגילים של חוק השומרים⁹⁶. בכך חוזרת ההצעה על הכלל הקבוע כיום בסעיף 6(ב)(1) לחוק חוזה

95 לניתוח מפורט של הסוגיה בכללותה, ראו זמיר, לעיל הערה 2, בעמ' 408-416, §§ 257-261.

96 לפי אמות-המידה הרגילות של חוק השומרים, תשכ"ז-1967, הקבלן ייחשב ברגיל במי שצומחת לו טובת הנאה הכרוכה בהחזקת הנכס, ולכן כשומר שכר (סעיף 1(ג)). לפי סעיף 2(ב), סיפא, מאחר שבדרך-כלל המטרה לשמור על הנכס טפלה למטרה העיקרית של החזקתו בידי הקבלן, קרי: ביצוע המלאכה לפי חוזה הקבלנות, הרי שהוא יהיה פטור מאחריות אם אובדן הנכס או נזקו נגרמו שלא ברשלנותו. כלומר: נטל השכנוע על הקבלן להוכיח שהאובדן או הנזק לא נגרמו ברשלנותו. לעומת זאת, הקביעה שרואים את הקבלן כשומר שכר ששמירה הנכס אינה טפלה למטרה העיקרית של החזקתו מובילה לתחולת הרישא של סעיף 2(ב) לחוק

קבלנות. הסטייה מרמת האחריות הרגילה של שומרי שכר "טפלים", בכיוון של החמרתה, מוצדקת משיקולים של הגינות, יעילות, פיזור סיכונים, אדמיניסטרציה שיפוטית, ואף משיקולים צרכניים-חלוקתיים, שעליהם עמדנו בהרחבה במקום אחר.⁹⁷ בכך מושווה היקף אחריותו של הקבלן כשומר להיקף אחריותו כמבצע מלאכה (בשני המקרים האחריות היא אחריות חוזית מלאה, שאיננה מותנית בקיום רשלנות מצדו).

סעיף קטן (א) מבהיר כי על הקבלן חל חיוב שמירה, שהפרתו תזכה את המזמין בכל התרופות בשל הפרת חוזה, ולא רק אחריות כשל שומר.⁹⁸ בנסיבות המתאימות יוכל המזמין לאכוף על הקבלן נקיטת האמצעים הדרושים למניעת אובדן או נזק לנכסים, ולא ייאלץ להסתפק בפיצויים בספיים.

סעיף קטן (א) אינו מבחין בין חומרי-גלם שסיפק המזמין (כגון בד לתפירת חליפה או דלק להפעלת המכונות של הקבלן, אם הספקתם הוטלה עליו) ובין נכס של המזמין, שבו צריכה המלאכה להיעשות (למשל, מכונת המזמין שעל הקבלן לתקנה). המחקר ההשוואתי מלמד שבשני המקרים מקובל להחיל אותם כללים.⁹⁹ אומנם, הסעיף מתייחס ל"נכסי המזמין", אולם ברור שהוא יחול גם על נכסים שהמזמין סיפק לצורך ביצוע החוזה ואשר אינם שייכים לו. תימוכין למסקנה זו מצויים גם בסעיף 13 לחוק השומרים. אם הדבר אינו מובן מאליו, ניתן להבהירו בגוף החוק.

סעיף קטן 15(ב) מחיל על אחריות הקבלן כשומר סייג דומה לזה החל על אחריותו להתאמת המלאכה לפי סעיף 10 להצעה. כלומר: הקבלן אינו גושא באחריות לאובדן או נזק לנכסי המזמין שנגרמו עקב מום שהיה בהם מלכתחילה או עקב תוכניות או הוראות שנתן המזמין, זולת אם היה עליו לדעת על המום או על הליקויים בתוכניות או בהוראות, והוא לא התריע עליהם בעוד מועד. כלל דומה, לגבי המקרה של מום בנכסים, מצוי בסעיף 4 לחוק השומרים. הכלל הנדון הוא

השומרים. משמע, שהוא ישא באחריות לאובדן הנכס או לנזק "זולת אם נגרמו עקב נסיבות שלא היה עליו לחזותן מראש ולא יכול היה למנוע תוצאותיהן". ניסוח זה דומה לתנאי הסיכול לפי סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970.

97 א' זמיר "אחריות הקבלן כשומר – שיקולי מדיניות" עיוני משפט יז (תשנ"ב) 95.

98 על כך שהזק השומרים עצמו אינו מטיל על השומרים למיניהם חובת שמירה, אלא אחריות גרידא, ראו ג' טרסקי "השומר על-פי דין" משפטים ח (תשל"ח) 430, 438-439. לדעה שאף לפי החוק הנוהג מוטלת על הקבלן חובת שמירה, ולא רק אחריות בשל אובדן הנכס או נזק, ראו זמיר, לעיל הערה 2, בעמ' 636-637, §412.

99 לורנץ, לעיל הערה 20, בעמ' 132, §140.

יעיל והוגן ואף תואם את המקובל בשיטות-משפט אחרות, כפי שעולה ממחקרו ההשוואתי של לורנץ¹⁰⁰.

השלמה להוראות סעיף 15 בעניין אחריות הקבלן כשומר מצויה בסעיף 16(ג), המבהיר שהקבלן ממשיך להיחשב כשומר גם לאחר העמדת המלאכה או הנכס לרשות המזמין לאחר השלמתם וקובע את היקפה של אחריות זו.

סעיף 16: נשיאה בסיכון

סעיף 15 דן בשאלה, מתי על הקבלן לפצות את המזמין על פגיעה בנכס שמסר האחרון לשם ביצוע המלאכה (אם אבד או ניזוק בידי הקבלן נכס שהוא עצמו סיפק, ההנחה היא שהוא ישא בהפסד הכרוך בכך), אולם לאובדן הנכס עשויות להיות השלכות רחבות יותר מאשר עצם הפסד השווי שלו. כאשר מכונית שנמסרה למוסך לשם ביצוע תיקונים נגנבת או אובדת בשריפה, הרי לא נותר מה לתקן; ואם התיקונים כבר נעשו, האם על המזמין לשלם בעדם בנסיבות אלה? אם תוצר המלאכה אבד אחרי העמדתו לרשות המזמין, האם על הקבלן לבצע את המלאכה מחדש? דיני השמירה אינם עוסקים בשאלות אלה, שמקומן בדיני העברת הסיכון. סוגיית הנשיאה בסיכון בקבלנות סבוכה הרבה יותר מאשר במכר, משום שאין מדובר רק באובדנו של נכס שהוא אובייקט החוזה (הממכר), אלא גם באפשרות של אובדן נכסי המזמין שאינם אובייקט החוזה (אלא על המלאכה להיעשות בהם). עם זאת, העובדה שדיני העברת הסיכון במכר מבוססים במשפטנו על ההחזקה בממכר (ולא על כריתת החוזה או העברת הבעלות בממכר, למשל) מאפשרת להתבסס עליהם גם בתחום הקבלנות. כך ביקש המחוקק לעשות בחוק הקיים וכך אנו מציעים לעשות בהצעה הנדונה. ההבדל העיקרי בין החוק הקיים להסדר המוצע הוא שההסדר הקיים לקוי ולקוני, ואילו ההסדר המוצע מבקש להיות ברור ומפורט¹⁰¹.

סעיף קטן 16(א) קובע כלל דומה לזה שקובע סעיף 22(א) רישא לחוק המכר, בשינויים לשוניים התואמים את השינויים שהוכנסו בסעיף המקביל לו בטיטת הקודקס העתידי. בתמצית, עד השלמת המלאכה והעמדתה (או העמדת הנכס שבה היא נעשתה) לרשות המזמין, חלים דיני הקיום וההפרה. אובדן המלאכה בשלב זה ייחשב כהפרה מצד הקבלן. הקבלן יוכל להיפטר מאחריותו רק אם יוכיח כי

100 לביטוי של כלל זה בהקשרים שונים של אחריות הקבלן ראו לורנץ, לעיל הערה 20, בעמ' 42-41, 132-131, 135, 137-136, §§ 37, 139, 145-146 ו-148.

101 לניתוח דין העברת הסיכון לפי החוק הקיים ראו זמיר, לעיל הערה 2, בעמ' 608-617, 645-667, §§ 389-394, 417-432.

נתקיימו נסיבות של סיכול או אם בחוזה יש "תניית כוח עליון" המרחיבה את דין הסיכול החקוק (כמקובל בחוזה בנייה, למשל). מרגע שהמלאכה הושלמה והועמדה לרשות המזמין, אין עוד תחולה לדיני הקיום וההפרה הרגילים, משום שהקבלן יצא ידי חיוביו. בשלב הביניים שבין העמדת המלאכה לרשות המזמין ובין נטילתה על-ידו, ממשיך הקבלן להיחשב כשומר של הנכס (כפי שמובהר בסעיף 16(ג)), והוא הנושא בסיכון של אובדנו או נזקו. המשמעות של נשיאה בסיכון איננה שהוא ייחשב כמפר אם המלאכה או הנכס שבו היא נעשתה יאבדו או יינזקו, אלא שהוא לא יזכה בשכר בעד המלאכה שביצע (קבלן שונא סיכונים ירכוש ביטוח גם נגד סיכון זה). הקבלן לא יאולץ לבצע את המלאכה מחדש או לשלם פיצויים למזמין (זולת על עצם האובדן של הנכס או החומרים שסיפק המזמין, מכוח דיני השמירה – כמובהר בסעיף קטן (ג)). אחרי קבלת המלאכה בידי המזמין, המזמין הוא הנושא בסיכון ויהיה עליו לשלם בעד המלאכה גם אם היא אבדה או ניזוקה (כמובן, אם ניתן ליחס אובדן או נזק אלה לאי-התאמה שהיתה במלאכה כבר בעת העמדתה לרשותו, ישא הקבלן באחריות בשל אי-התאמה).

סעיף קטן 16(ב) קובע שני חריגים לכלל האמור בסעיף קטן (א). הראשון עניינו הפרת חיוב הקבלה בידי המזמין, והוא זהה בתוכנו לסעיף 22(א) סיפא לחוק המכר. כאשר המזמין מפר את חיובו ליטול את המלאכה ובכך כופה על הקבלן להמשיך ולהחזיק בנכס בניגוד לרצונו, אין זה הוגן ואין זה יעיל שהקבלן ימשיך לשאת בסיכון כמו בתקופה שלפני ההפרה. במקרה כזה מועבר הסיכון של אובדן הנכס או נזקו אל המזמין, אלא-אם-כן יוכיח המזמין שהתרשלות הקבלן היא שגרמה לאובדן או לנזק. החריג השני עניינו אובדן או נזק שמקורם בנכסים, בתוכניות או בהוראות שנתן המזמין, ברומה לכללים שקובעים סעיפים 10 ו-15(ב) לעיל. בעוד החריג הראשון עניינו התקופה שאחרי הפרת חיוב הקבלה מצד המזמין, החריג השני עוסק בתקופה שבין העמדת המלאכה לרשות המזמין לנטילתה.

סעיף קטן 16(ג) נועד להבהיר את היחס בין דיני השמירה לדיני העברת הסיכון. אחרי שהעמיד את המלאכה או את הנכס שבו היא נעשתה לרשות המזמין (ובוודאי אחרי שהאחרון הפר את חובתו ליטול את הנכס), הקבלן כבר השלים את חיוביו החוזיים. עד הפרת המזמין הוא נושא בסיכון בלבד (כלומר: אובדן הנכס או נזקו פוטרים את המזמין מתשלום השכר, אך אינם מזכים אותו בתרופות בשל הפרת חוזה), ואחרי הפרת המזמין אין הוא נושא אפילו בסיכון (אלא-אם-כן האובדן או הנזק נגרמו ברשלנותו – כמבואר בסעיף 16(ב)(1)). אם המלאכה כוצעה מחומרים שאת כולם סיפק הקבלן, מבלי שהמזמין סיפק חומרים כלשהם לביצועה, הרי שלא תהיה תחולה אף לדיני השמירה; אולם אם הקבלן מחזיק בנכסים או בחומרים

שסיפק המזמין, הרי שעליו לשמור עליהם גם לאחר העמדתם לרשות המזמין, ואפילו אם הלה הפר את חיובו ליטול את המלאכה.

סעיף קטן (ג) מבהיר שהקבלן אכן ממשיך להיחשב כשומר של נכסי המזמין, אולם אילו הסתפקנו באמירה זו, ניתן היה לסבור שעל אחריות הקבלן חל סעיף 15 כפשוטו, ולא היא. שני סייגים דרושים לתחולת דיני השמירה אחרי העמדת נכסי המזמין לרשות המזמין:

ראשית, בעקבות סעיף 11 לחוק השומרים, מבהיר הסעיף שאחרי הפרת חיוב הקבלה מופחתת אחריות הקבלן והיא כאחריות של שומר חנם. בכך נמנעת הסברה שסעיף 15 הוא דין מיוחד לעומת סעיף 11 לחוק השומרים¹⁰².

שנית, כדי שלא לשבש ולהפוך את דין הסיכון, חיוני להבהיר שעל אובדן נכסיו בשלב הנדון זכאי המזמין אך ורק לפיצויים בשווי הנכס שאבד או בשיעור הגריעה משווי של אותו נכס, ולא לפיצויים תוצאתיים כלשהם. אילו היה המזמין זכאי גם לפיצויים תוצאתיים, הרי שמשמעות הדבר היתה חזרה לדיני הקיום וההפרה, הגם שהקבלן כבר השלים את כל חיוביו בהעמידו את הנכס לרשות המזמין.

סעיף 17: עיכבון

סעיף 17 קובע את זכות העיכבון של הקבלן על נכסים שנמסרו לו לקיום החוזה, כמו ההוראות המצויות בחוקי חודים רבים נוספים (סעיף 12 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965, סעיף 9 לחוק השומרים, תשכ"ז-1967; סעיף 31 לחוק המכר, תשכ"ח-1968; סעיף 19 לחוק החודים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 ועוד). הוראה זו לא תידרש בקודקס העתידי אם תיקבע בו הוראה כללית בדבר זכות העיכבון של צדדים לחוזה¹⁰³.

הוראה מיוחדת בדבר זכות העיכבון של קבלן משנה בנכסי המזמין מצויה בסעיף 21(ב).

סעיף 18: הפסקת החוזה

סעיף 18 מאמץ כלל המצוי במרבית הקודקסים בעולם ואשר על היעדרו מחוק חוזה קבלנות הנוכחי התריע פרופ' טדסקי כבר בשנת 1974¹⁰⁴. הוא מעניק למזמין זכות לפרוש מהחוזה באורח חד-צדדי, תוך הגנה כספית הולמת לאינטרס הציפייה

102 ניתן לשקול קביעה שלפיה בשלב זה הקבלן אינו חייב לשמור, אלא רק נושא באחריות של שומר. הנוסח המוצע אינו כולל אותה.

103 לפירוש ההוראה המקבילה בחוק הקיים, סעיף 5 לחוק חוזה קבלנות, ראו זמיר, לעיל הערה 2, בעמ' 549-588, §§ 344-370.

104 ג' טדסקי "על זכות המזמין לפרוש מחוזה קבלנות או לשנותו" משפטים ה (תשל"ד) 738.

של הקבלן. זכות זו תופעל בעיקר במקרים שבהם התועלת אשר המזמין ציפה להפיק מהחוזה נעלמה עקב נסיבות שהתהוו אחרי הכריתה. זכות זו מוצדקת מטעמי הגינות ויעילות ומסתבר שהיא מבטאת את הכלל, שמרבית הצדדים לחוזה קבלנות היו בוחרים לקבוע בחוזה שביניהם אילו נתנו את דעתם לנושא¹⁰⁵. כלל זה אף מועיל לחברה בכלל, משום שהוא מונע בזבז משאבים על ביצוע מלאכות שתועלתן שוב אינה מכסה את עלותן. בחודים שבהם הקבלן מסוגל להמשיך לבצע את המלאכה ללא שיתוף-פעולה של המזמין, כלל זה מונע את התוצאה האבסורדית שהקבלן יוכל להמשיך בקיום שלמזמין אין חפץ בו ולתבוע את מלוא שכרו. כלל זה מתיישב עם המגמה המסתמנת אולי בפסיקה הישראלית, לסטות מההלכה האנגלית הנוקשה בנושא ההפרה הצפויה, ולאמץ הלכה קרובה יותר למשפט האמריקאי בעניין הקטנת הנזק בידי הנפגע מהפרה צפויה¹⁰⁶.

בסעיף המוצע הוכנס סייג שאינו מצוי בהוראות מקבילות רבות, והוא שהפרישה החד-צדדית של המזמין אפשרית רק מסיבה סבירה. דוגמה לסיבה בלתי-סבירה היא רצונו של המזמין לבצע את המלאכה מושא החוזה באמצעות אדם אחר, המציע לבצעה בשכר נמוך יותר מזה שעליו הוסכם עם הקבלן¹⁰⁷. ניתן גם להשמיט סייג זה ולהסתפק בתחולתו של עקרון תום-הלב על שימוש המזמין בכוח ההפסקה, אם כי נראה שהתוצאה המעשית לא תהיה בהכרח זהה.

הסעיף דורש לתת לקבלן הודעה מראש על הפסקת החוזה, כדי שיוכל להתארגן לכך.

אשר לחשלוש לקבלן, ההצעה כוללת שתי גרסאות, אשר בדרך-כלל תובלנה (לפחות לכאורה) לאותה תוצאה. שתי הנוסחאות באות להגן על אינטרס הציפייה של הקבלן, אך הן עושות כן בדרכי-חשוב שונות¹⁰⁸. לפי הגרסה הראשונה,

105 ראו גם זמיר, לעיל הערה 2, בעמ' 394-402, § 249-254.

106 כידוע, לפי ההלכה האנגלית זכאי צד לחוזה לדבוק בו ולהמשיך לקיימו למרות שרעהו הוריע באופן חד-משמעי שאין לו עוד חפץ בקיום ואין הוא מתכוון לקיים את חלקו. לעומת זאת, הכלל האמריקאי מחיר לנפגע להתעלם מהתנערותו של הצד השני רק זמן מוגבל, וחורף "זמן מסחרי סביר" עליו לנקוט צעדים להקטנת נזקיו, פן לא יפוצה עליהם. לתיאור ההלכות הללו, ראו ע"א 195/85 בנק איגוד לישראל נ' סוראקי, פ"ד מב(4) 811, 834-826. אומנם, באותו פסק-דין לא סטה הנשיא שמגר מן ההלכה האנגלית, אולם הוא הטעים שמסקנתו האופרטיבית מתיישבת אף עמו. ראו גם ג' טדסקי "הנטל ובעיית האונס והסיכול" משפטים טז (תשמ"ז) 386-385, 335; שלו, לעיל הערה 43, בעמ' 482-484; ד' קציר תרופות בשל הפרת חוזה (חלק א, תשנ"א) 164-168; זמיר, לעיל הערה 2, בעמ' 267-270, § 156.

107 ההנחה היא שהשכר הגבוה בחוזה הראשון מקורו ביעילות הנמוכה של הקבלן הראשון, שהוצאותיו גבוהות מאוד, ולא ברווחיו הגבוהים; שכן אם מרובר במתח רווחים גבוה מאוד, למזמין לא ישתלם להפסיק את החוזה, משום שיהיה עליו לשלם לקבלן הראשון את רווחיו.

108 את הגרסה הראשונה ניתן למצוא, למשל, בסעיף 649 ל-B.G.B. הגרמני ובסעיף 700 לקודקס

נקודת-המוצא לחישוב היא השכר המוסכם, שממנו יש להפחית את ההוצאות שהקבלן חסך עקב הפסקת החוזה ואת הרווחים שהוא יוכל להפיק באורח סביר באמצעות הזמן, כוח-האדם והאמצעים שנתפנו מקיום החוזה שהופסק (בהתאמה לסעיף 14 לחוק התרופות). לפי הגרסה השנייה, על המזמין לשלם לקבלן בעד העבודה שבוצעה עד הפסקת החוזה, בתוספת שיפוי על הוצאות שהוציא לקראת המשך הביצוע (פיצויי הסתמכות) ובתוספת הרווחים שנמנע ממנו להפיק עקב הפסקת החוזה. המלה "הנוסף" נועדה למנוע כפילות בין התשלום בעד המלאכה שבוצעה ובין השיפוי על ההוצאות לבין הרווחים. ניתן להניח, שהגרסה הראשונה מיטיבה יותר עם הקבלן, בעוד שהשנייה מיטיבה עם המזמין. בגרסה הראשונה, השכר החוזי הוא נתון ודאי יחסית, בעוד שקשה לאמוד את ההוצאות שנחסכו עקב הפסקת הקיום וקשה להוכיח את הרווחים החלופיים שהקבלן יכול להפיק כתוצאה מהפסקת החוזה (במקרים רבים קבלן יכול לשכור עובדים נוספים ולרכוש מכונות נוספות, כך שקיומו של חוזה פלוני אינו גורע במידה רבה מיכולתו להפיק רווחים נוספים מחוזים נוספים). לכן יקבל הקבלן סכום גבוה למדי. לעומת זאת, בגרסה השנייה על הקבלן להראות מהן ההוצאות שהוציא לשם המשך הביצוע של המלאכה ומהם הרווחים שהיה מפיק ממנה (אם בכלל) ולכן הוא עשוי לקבל סכום נמוך למדי. אם התרשמיות אלה נכונות, הרי שהגרסה הראשונה קרובה יותר לתפיסה שחוזים יש לקיים; ואילו השנייה קרובה יותר – כך ניתן לאמר – לגישות מעין "הפרה יעילה". שיקול נגדי הוא, שדווקא לפי הגרסה השנייה יש מקום לטענה שהקבלן יהיה זכאי לתשלום גם בעד הרווחים הלא-כספיים שהיה מפיק מביצוע החוזה בשלמותו (למשל, רכישת מוניטין וניסיון מקצועי), בעוד שהגרסה הראשונה אינה מתחשבת באינטרס זה של הקבלן.

סעיף 19: קבלנות משנה

סעיף 19 פותח את סדרת ההוראות (סעיפים 19-21), שעניינן קבלנות משנה. קבלנות משנה היא תופעה רווחת ביותר. מחקרים אמפיריים מצביעים על כך שבתחום ההנדסה והבניין, למשל, רוב המלאכות נעשות בידי קבלני משנה, ולא בידי הקבלן הראשי עצמו. קבלנות משנה מבוססת על קיום שני חוזי קבלנות: בין המזמין

האזרחי היווני. הגרסה השנייה מצויה, למשל, בסעיף 1794 לקוד סיביל הצרפתי; בסעיף 1671 לקודקס האזרחי האיטלקי; בסעיף 377 לקודקס החיובים השווייצרי; ובסעיף 2635 לקודקס האזרחי המכסיקני. גרסה שלישית מצויה בסעיף 641 לקודקס האזרחי היפני, שאינו מתאר את נוסחת התשלום לקבלן בעת הפסקת החוזה בידי המזמין, אלא מציין בפשטות שהמזמין זכאי להפסיק בכל עת את ביצוע החוזה תוך תשלום פיצויים.

לקבלן הראשי ובין הקבלן הראשי (כמזמין) לקבלן המשנה; כאשר בדרך-כלל אין קשר חוזי בין המזמין לקבלני המשנה. אי-יצירת הקשר החוזי בין קבלני המשנה למזמין היא מכוונת. המזמין מעוניין שיהיה לו בעל-דברים אחד, שישא באחריות שלמה וכוללת לביצוע המלאכה על כל מרכיביה, שיתאם וינהל את עבודת קבלני-המשנה, שישא בסיכון של הפרות מצדם וכדומה; אולם היעדר הקשר החוזי הישיר בין המזמין לקבלן המשנה מעורר קשיים בעיקר במקרים שבהם הקבלן הראשי אינו עומד במטלות שלו או אף נקלע לחדלות-פירעון. אז קבלן המשנה מעוניין לגבות את שכרו מהמזמין, ואילו המזמין מעוניין שקבלני המשנה יעמדו בהתחייבותיהם וישאו באחריות להפרות מצדם כלפיו. נושא קבלנות-המשנה מעורר בעיות סבוכות במסגרת דיני אכיפת החיובים, החוזים, הנזיקין, הבטחות, עשיית עושר ועוד¹⁰⁹. בשיטות-משפט אחרות – הן אנגלו-אמריקאיות, כמו ארצות-הברית, קנדה ואוסטרליה, הן אירופאיות, כמו צרפת ושווייץ – ישנם הסדרים חקוקים מפורטים בתחום זה, העוסקים בעיקר בהגנה על קבלני משנה במקרה של חדלות-פירעון של המזמין או של הקבלן הראשי. הסדרה כוללת כזו חורגת מההצעה הנוכחית, המסתפקת באי-אלו הוראות שיש בהן כדי לשפר את המצב החוקי הקיים.

סעיף קטן 19(א) עוסק בשאלת הזכות להעסיק קבלני משנה. הוראה זו נועדה להוסיף על ההוראה הלקונית שבסעיף 40 לחוק החוזים הכללי ("חיוב יכול שיקויים בידי אדם שאיננו החייב, וזולת אם לפי מהות החיוב, או לפי המוסכם בין הצדדים, על החייב לקיימו אישית"). הכלל המוצע הוא, שבהיעדר הסכמה נוגדת לכאן או לכאן רשאי הקבלן לקיים את החוזה באמצעות קבלני משנה, ובלבד שיפקח בעצמו על ביצוע המלאכה בידיהם. זהו פתרון-ביניים בין איסור מוחלט על העסקת קבלני-משנה (העומד בסתירה לנהגים המקובלים בחוזי קבלנות רבים), לבין היתר מוחלט להעברת הביצוע לידי אדם אחר (שאינו מתחשב מספיק באינטרסים של המזמין)¹¹⁰. כלל זה שונה מהכלל המוצע לגבי חוזי שירותים, שם נקודת-המוצא היא שעל נותן השירותים לבצעם בעצמו.

סעיף קטן 19(ב) מבהיר שאין בהעסקת קבלן המשנה כדי לפטור את הקבלן מאחריותו כלפי המזמין או לפטור את המזמין מאחריותו כלפי הקבלן. גם במקרים שבהם המזמין ממנה את קבלני המשנה או מאשר את העסקתם או את הבחירה בהם,

109 לניתוח הדין הנוהג, שבהיעדר הסדר חקיקתי מיוחד מתאפיין באי-ודאות רבה, ראו א' זמיר "קבלנות-משנה – יחסי מזמין, קבלן, קבלן משנה" מחקרי משפט יא (תשנ"ד) 45.

110 לסקירה השוואתית של סוגיה זו בשיטות-משפט שונות ולניתוח של שיקולי המדיניות הצריכים לעניין ראו זמיר, לעיל הערה 2, בעמ' 216-232, §§ 126-133.

אין בכך כדי לפטור את הקבלן הראשי מאחריותו כלפי המזמין. במקום שהמזמין הוא הממנה את קבלני המשנה (פרקטיקה של מיטב ידיעתנו איננה רווחת בישראל), יש מקום לקבוע כלל דומה לכלל שהצענו בסעיף 10. כלומר: אם המזמין כופה על הקבלן העסקה של קבלן משנה למרות שהקבלן מתריע על היעדר כישוריו, חוסר-נסיונו או היחסים המעורערים בינו לבין הקבלן הראשי, לא ישא הקבלן הראשי באחריות להפרות של קבלן המשנה שמקורן באחד הגורמים הללו. אולם מאחר שהפרקטיקה של מינוי קבלני המשנה בידי המזמין אינה רווחת בישראל, דומה שאין צורך לקבוע כלל כזה בחוק.

הקביעה שאין בהעסקת קבלני המשנה כדי לפטור את המזמין מחיוביו כלפי הקבלן הראשי מבהירה שעקרונית, אין המזמין נפטר מחיוביו כלפי הקבלן הראשי, ובפרט החיוב לשלם את השכר, בכך שהוא מקיימם כלפי קבלני המשנה. כפי שנראה בהמשך, ישנן נסיבות שבהן ראוי לקבוע חריג לכלל זה.

סעיף קטן 19(ג) קובע, שהחוק חל בשינויים המחויבים גם ביחסים שבין הקבלן הראשי לקבלן המשנה (לרבות במקרה של תת-קבלני-משנה, שאף הוא איננו נדיר בפרויקטים גדולים). הוראה דומה מצויה, למשל, בסעיף 2(ב) לחוק השכירות והשאלה, לעניין שכירות משנה.

סעיף 20: התליית השכר

הוראה זו נועדה לשלול את תוקפן של תניות "pay when paid" הרווחות בחוזי קבלנות משנה במדינות אחרות (אין בידינו מידע אמפירי על חוזי קבלנות-המשנה בישראל). תניות כאלה גורמות לכך, שהן הסיכון של חדלות-פירעון של הקבלן הראשי (או סתם הפרה מצדו) הן הסיכון של חדלות-פירעון של המזמין (או סתם הפרה מצדו), יוטלו על שכמו של קבלן המשנה. קשה למצוא הצדקה עניינית להעברה כזו של הסיכון, הגראית בלתי-הוגנת ובלתי-יעילה. אם אי-תשלום שכרו של הקבלן הראשי מקורו בהפרות של הקבלן הראשי שאינן קשורות לביצוע המלאכה בידי קבלן המשנה, אין זה מוצדק שקבלן המשנה ייפגע מהן (דבר שגם יפחית את התמריץ של הקבלן הראשי לקיים את חיוביו כלפי המזמין כמוסכם). אם אי-התשלום מקורו בהפרה או בחדלות-פירעון של המזמין — מאחר שקבלן המשנה כלל אינו קשור בחוזה עמו, מוצדק ויעיל שהקבלן הראשי הוא שישא בסיכון זה, משום שבידיו יש מידע ואפשרויות רבות יותר להחליט האם להתקשר עם המזמין ובאילו תנאים.

מקרה שבו התנאת זכותו של קבלן המשנה לשכר בתשלום שכרו של הקבלן הראשי יכולה להיות מוצדקת הוא המקרה שבו המזמין לא שילם את שכרו של

הקבלן הראשי משום שקבלן המשנה לא ביצע את מלאכתו או לא ביצע אותה כראוי. אכן, קבלן המשנה אינו נושא באחריות חוזית כלפי המזמין אלא רק כלפי הקבלן הראשי, ובהיעדר קליטה אפקטיבית של תוכן חיובי הקבלן הראשי (כלפי המזמין) אל תוך חוזה המשנה, אין לקבלן המשנה עניין במזמין ובפגיעה שתיגרם לו עקב הפרת החוזה הראשי. ייתכן גם שתהיה אי-התאמה בין שני החוזים, כך שקבלן המשנה מקיים את חיוביו כפי שהתחייב, אך הדבר אינו תואם את התחייבויותיו של הקבלן הראשי כלפי המזמין. לכן, איננו מציעים לקבוע כי ככלל ישא קבלן המשנה בתוצאות של אי-התאמת מלאכתו לחיובים שנקבעו בחוזה הראשי (שקבלן המשנה אינו צד לו); אולם אנו סבורים שאין סיבה משכנעת לשלול את התוקף של תניה, שלפיה קבלן המשנה מתחייב לבצע את מלאכתו באופן שלא יקים למזמין עילה שלא לשלם את שכרו של הקבלן הראשי ולשאת בתוצאות של אי-עמידה בחיוב זה.

במדינות שבהן אין בחוק כלל השולל את תוקפן של תניות *pay when paid*, נזקקו בתי-המשפט לטכניקות מגוונות כדי לפרשן בצמצום ולמנוע את ההסתמכות עליהן¹¹¹. הכלל המוצע מטפל בכך ישירות.

סעיף 21: הבטחת השכר של קבלן המשנה

במדינות רבות מאור, הן כאלה המשתייכות למשפט המקובל (כמו ארצות-הברית וקנדה) הן כאלה המשתייכות למשפט הקונטיננטלי (כמו צרפת ושווייץ), מכילה החקיקה הסדרים שונים שתכליתם להבטיח את תשלום שכרו של קבלן המשנה¹¹². איננו מציעים לאמץ במשפטנו הסדרים הברוכים במנגנון חקיקתי או מנהלי מסועף (דוגמת כללי ה-*mechanic's lien* בארצות-הברית ובקנדה), אלא להסתפק באמצעים משפטיים מתונים יותר, המצויים בחקיקה הקיימת.

סעיף קטן 21(א) מבוסס על הכרת משפטנו במוסד הנאמנות. הוא יוצר נאמנות מכוח הדין לטובת קבלן המשנה, בסכומים ששילם המזמין לקבלן הראשי בעד

111 ראו S.R. Laporte "Pay When Paid": Reasonable Time Term or Conditional Obligation? *Southern States Masonary Inc. v. J.A. Construction Co.* 34 *Loyola L.R.* (1988) 431; H.J. Murphy "Pay When Paid" Clauses in Construction Subcontracts: Condition Precedent or Terms of Payment" 6 *Int'l Const. L.R.* (1989) 196; J. Sweet *Legal Aspects of Architecture, Engineering, and the Construction Process* (St. Paul, 4th ed., 1989) 643-645; I.N.D. Wallace *Construction Contracts: Principles and Policies in Tort and Contract* (London, 1986) 321-323; R. Jewkes "Sub-Contractors under Threat: A Personal View" 5 *Int'l Const. L.R.* (1988) 118.

112 ראו זמיר, לעיל הערה 109, בעיקר בעמ' 81-85.

המלאכה שביצע קבלן המשנה. דיני העקיבה והאיתור של הקרן יחולו ככל שהם חלק מדיני הנאמנות. פתרון זה קיים גם במדינות אחרות¹¹³. הוראה זו תעניק לקבלן המשנה עדיפות על-פני נושים אחרים של הקבלן הראשי במקרה שהאחרון הפך חדל-פירעון. נראה לנו שהיא מוצדקת משיקולים של יעילות והגינות כאחד. צורת ההתקשרות המקובלת עם קבלני משנה כרוכה בהענקת אשראי מצדם לקבלן הראשי (בדרך-כלל הם מקבלים את שכרם רק מתוך השכר שמשלם המזמין לקבלן הראשי, ומשמעות הדבר שעליהם להמתין לא רק להשלמת מלאכתם או חלק ממנה, אלא גם לאישורה בידי המזמין או המפקח מטעמו). המורכבות של חוזה בנייה טיפוסי, למשל, היא כה רבה, עד שיצירת בטוחות הסכמיות להגנת כל אחד מקבלני המשנה איננה מעשית, ולכן רצוי שהמחוקק יספק פתרון משלו. מבחינה סוציאלית קבלני משנה רבים (אף כי בוודאי לא כולם), כמו טייחים, רצפים וסיידים, קרובים במעמדם לעובדים שכירים, אשר לפי דיני פשיטת-הרגל ופירוק-חברות נהנים מהעדפה ויש להם הגנה מסוימת גם לפי חוק הביטוח הלאומי¹¹⁴.

סעיף קטן 21(ב) מעניק לקבלן המשנה זכות עיכוב בנכסי המזמין שנמסרו לו לביצוע מלאכתו (לרבות מקרקעין)¹¹⁵. אף שהדבר אינו נקי מספקות, אנו סבורים שעצם ההכרה בזכות עיכוב זו קיימת כבר בדין הנהג¹¹⁶. קבלן רשאי לעכב נכס שנמסר לו לביצוע המלאכה כדי תשלום הסכומים המגיעים לו, והמזמין או אדם שלישי אינם יכולים לטעון באוזנו שהנכס איננו של המזמין או, למשל, שיש משכון קודם עליו. אכן, בניגוד לקבלן הרגיל, בדרך-כלל קבלן המשנה יהיה מודע לכך שהנכס איננו של הקבלן הראשי אלא של המזמין. מצד אחר, בניגוד לבעלי-זכויות שלישיים אחרים, המזמין יודע שנכסו יימסר לידי קבלן המשנה (לעתים הוא מוסר

113 על החקיקה בקנדה ובאחרות מהמדינות בארצות-הברית, ראו K.P. McGuinness *Construction Lien Remedies in Ontario* (Toronto, 1983) 259 et seq.; I. Goldsmith *Canadian Building Contracts* (Toronto, 3rd ed., 1983) 171-173; T.G. Frohlinger "A Practical Guide to the Builders' Liens Act (Manitoba)" 12 *Manitoba L.J.* 357, esp. at 358, 371 (1983); D.N. Macklem "Mechanics' Lien Legislation in Canada" 1 *Int'l Const. L.R.* (1983) 199, 200-201; סוויט, לעיל הערה 111, בעמ' 650-651. על ההצעה להנהיג הסדר כזה בפרובינציית אלברטה בקנדה ראו L.P. Ettinger "Trusts in the Construction Industry" 27 *Alberta L.R.* (1989) 390.

114 לדין מפורט יותר בשאלה זו ראו זמיר, לעיל הערה 109, בעמ' 81-83.

115 לקבלן המשנה יש זכות עיכוב בנכסי הקבלן הראשי שנמסרו לו לצורך קיום החוזה מכוח סעיפים 17 ו-19(ג) להצעה.

116 זמיר, לעיל הערה 109, עמ' 91-94.

לו אותו בעצמו) ובכך ניתן לראות הסכמה או השלמה עם העיכבון שיצמח לקבלן המשנה במקרה ששכרו לא ישולם.

אם נכונה דעתנו לגבי הדין הנוהג, הרי שהרבותא העיקרית של הסעיף היא דווקא בהגנה שהוא נותן למזמין, בכך שהוא מתנה את זכות העיכבון של קבלן המשנה בכך שהאחרון יודיע לו מיד על כוונתו לממש זכות זו. הודעה זו – אשר אולי ניתן לגזור אותה גם מעקרון תוס' הלב – תאפשר למזמין לנקוט פעולות שתמנענה את עיכוב נכסו, כמו תשלום שכרו של קבלן המשנה או האצה בקבלן הראשי לעמוד בהתחייבויותיו כלפי קבלני המשנה. מאחר שהמזמין הוא המממן את החוזה, בידיהם להפעיל לחץ אפקטיבי על הקבלן הראשי כדי שישלם את שכרו של קבלני המשנה.

הסעיף אינו מכריע (קרי: מותר להכרעת הפסיקה) בשאלה מהן הזכויות המהותיות של קבלן המשנה כלפי המזמין, ובמיוחד אינו משיב לשאלה אם זכויות כאלה תוגבלנה לסכומים שהמזמין עודנו חייב לקבלן הראשי או שמא המזמין עלול למצוא את עצמו גם במצב שבו יידרש לתשלום כפול. בשאלה זו יש פנים לכאן ולכאן. בעינינו, האפשרות של תשלום כפול איננה מקוממת יותר מהאפשרות של אי-תשלום שכרו של קבלן המשנה (בשני המקרים ניתנת יחידה אחת של מלאכה או של שכר ללא קבלת תמורה), אך מאחר שהסוגיה קשה ופתרונה עשוי להשתנות לפי נסיבותיו של כל מקרה, דומה שמוטב להותירה להכרעה שיפוטית¹¹⁷.

סעיף קטן 21(ג) תואם הוראה חוזית הרווחת בחוזי קבלנות ראשית, שלפיה זכאי המזמין (אך לא חייב) לשלם את שכרו של קבלן המשנה מתוך הכספים שהוא חייב לקבלן הראשי¹¹⁸. ניתן לראות בהוראה זו משום קונקרטיזציה של סעיף 4 לחוק עשיית עושר ולא במשפט (דין הפורע חוב הזולת). אלמלא ההוראה המוצעת, ניתן היה לסבור שתבנית ההתקשרויות בין המזמין, הקבלן וקבלן המשנה שוללת את כוח המזמין לשלם את שכרם של האחרונים ולקזוז משכר הקבלן הראשי. יובהר, כי לכוח המזמין ישנם סייגים של ממש:

ראשית, הוא קיים רק אם היתה הפרה מצד הקבלן כלפי קבלן המשנה. אם הקבלן הראשי טוען שיש לו עילה משפטית שלא לשלם את שכרו של קבלן המשנה (כמו קיזוז חוב קודם בין שניהם, הפרה של חיוב מוקדם מצד קבלן המשנה שבה מותנה תשלום השכר וכדומה), המזמין נוטל על עצמו סיכון רב אם הוא מחליט לשלם. המזמין עשוי לעשות כן כדי למנוע השבתה או שיבושים חמורים בהתקדמות

117 לדיון מפורט בסוגיה זו ראו זמיר, לעיל הערה 109, בעמ' 81-84.

118 ראו, למשל, סעיף 59 לחוזה ההנדסה והבניין הבינלאומי הסטנדרטי של ה-FIDIC.

הפרוייקט, אולם אם יסתבר שלא היתה הפרה מצד הקבלן הראשי, הוא לא יוכל לקזז סכומים אלה משכרו של הקבלן הראשי.

שנית, זכות השיפוי של המזמין תישלל אם לקבלן הראשי היתה סיבה סבירה שלא לפרוע את חובו לקבלן המשנה (כמו הסייג המצוי בסעיף 4 לחוק עשיית עושר ולא במשפט). שאלת הסבירות של הסיבה תיבחן בהתחשב באינטרס הלגיטימי של המזמין למנוע שיבושים ועיכובים בביצוע המלאכה.

שלישית, בטרם ישלם את שכרם של קבלני המשנה, על המזמין להודיע על כך זמן סביר מראש לקבלן הראשי. הודעה זו תאפשר לקבלן הראשי להגיע להסדר מוסכם עם קבלני המשנה, לפרוע את שכרם או לשכנע את המזמין שיש לו סיבה סבירה להתנגד לתשלום.

ההוראה הנדונה איננה גורעת מדיני פשיטת-הרגל ופירוק-החברות. אם, למשל, יש בתשלום הישיר לקבלני המשנה משום הערפת-מרמה שלהם על-פני נושים אחרים של הקבלן הראשי, יחולו על כך דיני פשיטת-הרגל. כל שההוראה הנדונה מכוונת לעשות הוא לקבוע הוראת השלמה דיספוזיטיבית ביחסים שבין המזמין לקבלן הראשי, המזכה את המזמין — בהתקיים נסיבות מסוימות — לשלם ישירות לקבלני המשנה. אם אי-הגריעה מדיני פשיטת-הרגל איננה מובנת מאליה, ניתן להוסיף הבהרה על כך בגוף הסעיף.

סעיף 22: שמירת תרופות

הוראה סטנדרטית זו איננה דרושה בקודקס העתידי, אלא רק בהנחה שההצעה תהפוך לחוק בלי להמתין להשלמת תהליך הקודיפיקציה.

סעיף 23: תחילה והוראת מעבר

הוראה סטנדרטית זו איננה דרושה במסגרת הקודיפיקציה, אלא רק בחוק העצמאי.

ה. הצעת חוק חוזה שירותים

בפרק זה נציג את נוסח הצעת-החוק על חוזה קבלנות, ואחר-כך נסביר את השיקולים שביסוד הוראותיה.

1. נוסח החוק המוצע

- | | |
|---|-------------------|
| 1. חוזה שירותים הוא חוזה למתן שירותים מקצועיים תמורת שכר, מבלי שיתקיימו בין הצדדים יחסי עובד-מעביד לגבי אותם שירותים. | מהות
החוזה |
| 2. (א) על נותן השירותים לקיים את חיוביו במיזמנות, בזהירות ובשקידה, לפי המקובל באותו תחום מקצועי.
(ב) היו השירותים מכוונים להשגת תוצאה, ותוצאה זו לא הושגה בנסיבות שבהן אי-ההשגחה מתיישבת יותר עם המסקנה שהדבר נגרם בשל היעדר מיזמנות, זהירות או שקידה מצד נותן השירותים מאשר עם המסקנה ההפוכה, והמזמין אינו יכול לדעת מה היו למעשה הסיבות לאי-ההשגחה התוצאה – חזקה שנותן השירותים הפר את חיוביו. | מיזמנות
ושקידה |
| 3. במקום שנותן השירותים נותן אותם דרך עיסוק, עליו לנהוג בהתאם לכללים החקוקים החלים על ביצוע השירותים, ויראו הפרה של כללים אלה כהפרת החוזה, זולת אם לא היתה לה השפעה של ממש על ענייניו של המזמין. | תקנים
החוקים |
| 4. היה העיסוק במתן השירותים טעון רשיון או הכשרה לפי חוק, על נותן השירותים להיות בעל רשיון או הכשרה כאמור, והיעדרם ייחשב כהפרת החוזה. | רשיון
והכשרה |
| 5. על נותן השירותים לקיים את חיוביו באופן אישי, זולת אם לפי מהות השירותים או לפי המוסכם בין הצדדים הוא רשאי לקיימם, כולם או מקצתם, בידי אנשים אחרים; ובלבד שהאחריות והפיקוח על אותם אנשים יהיו בידי נותן השירותים. | קיום אישי |
| 6. (א) המזמין חייב לשלם לנותן השירותים את השכר.
(ב) השכר ישולם עם השלמת השירותים; אולם בשירותים נמשכים זכאי נותן השירותים לתשלומי-ביניים בהתאם להתקדמות השירותים ולהוצאות הכרוכות בהם, כמקובל בחוזים מאותו סוג.
(ג) שכר שיש לשלם כמועד ההשלמה של השירותים או חלק | תשלום
השכר |

- מהם, ישולם במקום שבו ניתנו השירותים. במקרים אחרים ישולם השכר במקום עסקו של נותן השירותים, ובאין לו מקום-עסק – במקום מגוריו הקבוע.
7. היה החוזה מכון להשגת תוצאה שסיכויי השגתה אינם ברורים והותנה בין הצדדים שנותן השירותים יקבל את שכרו רק אם תושג אותה תוצאה, או שגובה השכר יחושב בהתאם לתוצאה שתושג, רשאי בית-המשפט, לבקשת המזמין, להפחית את השכר המוסכם אם מצא שהוא נקבע ללא כל יחס סביר לשכר הראוי אף בהתחשב באי-הוודאות של השגת התוצאה.
8. (א) נותן השירותים חייב לנהוג כלפי המזמין באמון ובמסירות. (ב) על נותן השירותים לשמור בסוד מידע אישי או מקצועי הקשור למזמין, שהגיע לידי עקב מתן השירותים. (ג) לא ישתמש נותן השירותים לרעת המזמין בידיעות או במסמכים שקיבל מהמזמין.
9. היה מתן השירותים כרוך בהחזקת נכסי המזמין בידי נותן השירותים, חייב נותן השירותים לשמור עליהם ויראו אותו לעניין זה כשומר שכר ששמירת הנכס אינה טפלה למטרה העיקרית של החזקתו.
10. לנותן השירותים תהא זכות עיכבון על נכס שמסר לו המזמין לצורך קיום החוזה, כדי תשלום הסכומים המגיעים לו מן המזמין עקב עסקת השירותים.
11. (א) החוזה מסתיים במותו של נותן השירותים, בהגבלת כשרותו, ואם היה תאגיד – בפירוקו. (ב) אין החוזה מסתיים במותו של המזמין או בהגבלת כשרותו, זולת אם יש בהם כדי למנוע או להכביד במידה בלתי-סבירה על מתן השירותים לפי החוזה.
12. (א) כל אחד מהצדדים רשאי להפסיק את החוזה מסיבה סבירה בכל עת. הודעה על הפסקת החוזה תינתן זמן סביר מראש. (ב) נותן השירותים זכאי לשכר בעד השירותים שנתן עד הפסקת החוזה, ועליו להשיב סכומים שקיבל עבור שירותים שאמורים היו להינתן אחרי מועד ההפסקה. (ג) הוציא נותן השירותים הוצאות או התחייב בהתחייבויות סבירות לצורך קיום החוזה, אין המזמין רשאי

להפסיק את החוזה לפני תום התקופה המזערית שבעת כריתת החוזה ניתן היה לצפות כי תידרש להבטחת רווח סביר על הוצאות והתחייבויות אלה; ובלבד שבעת הכריתה ראה המזמין, או היה עליו לראות, שמתן השירותים כרוך בהוצאות או בהתחייבויות כאמור.

תחילה 13. הוראות חוק זה יחולו כשאין ברין אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון, ובאין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם בין הצדדים.

תחילה והוראת מעבר 14. תחילתו של חוק זה מיום _____; על חוזה שירותים שנכרת לפני תחילתו יוסיף לחול הדין הקודם.

2. דברי הסבר

עיקרי ההצעה

חוק חוזה שירותים המוצע נועד לקבוע הוראות-השלמה לחוזי שירותים מקצועיים, כמו ריפוי וסיעוד, ייצוג משפטי, הכרעה בסכסוכים, ראיית-חשבון, ייעוץ מקצועי, הדרכת תיירים, הוראה, חוזים בתחום המחשבים והתקשורת, ניהול (למשל, ניהול בתי משותפים), אדריכלות, שמאות ומחקר. חוזים אלה מתאפיינים בכך שחובי העיקריים של נותן השירותים הם חיובי השתדלות¹¹⁹. יש קושי לקבוע הוראות-השלמה מפורטות שתחולנה על כל החוזים הללו. קושי זה נובע מהגיוון הרב של החוזים, מכך שיש להם היבטים מקצועיים וטכניים ספציפיים, מהיותם בדרך-כלל חוזים נמשכים, ומכך שחובי נותן השירותים הם בעיקרם חיובי השתדלות ולא חיובים להשגת תוצאות מוגדרות. אף-על-פי-כן, ניתן ורצוי לקבוע אי-אלו הוראות כלליות שתשמשנה הוראות-מסגרת לכל חוזי השירותים.

מאחר שהעלייה בחשיבותם הכלכלית והחברתית של השירותים המקצועיים היא תופעה חדשה יחסית, ההתייחסות לחוזים אלה בקודקסים זרים משמעותית יותר ככל שהקודקס חדיש יותר. בקוד סיביל הצרפתי מתחילת המאה התשע-עשרה אין פרק על חוזים אלה. ב-B.G.B. הגרמני, המאוחר בכמאה שנים, בצד הפרק על חוזי קבלנות במובן הצר (Werkvertrag) ישנו פרק על חוזי שירותים (Dienstvertrag). פרק זה חל הן על חוזים למתן שירותים מקצועיים בידי עובדים שכירים, הן על נתינת השירותים ללא יחסי-עבודה (בתחום הראשון פחתה מאוד החשיבות של פרק זה בשל ההתפתחות של דיני העבודה מחוץ לקודקס). בקודקס האזרחי האיטלקי משנת 1942 נדונים החוזים הללו בתת-פרק נפרד, המוקדש למקצועות חופשיים,

119 ראו לעיל, תת-פרק 2.ג.

לעיסוקים אינטלקטואליים (סעיפים 2229-2238). תת-פרק זה נכלל בפרק שעניינו "עובדים עצמאיים", המכיל גם הוראות כלליות בעניין זה (סעיפים 2222-2228). הפרק על עובדים עצמאיים הוא חלק מהספר החמישי של הקוד, שכותרתו עבודה, ובו נדונים גם יחסי-עבודה, תאגידים, עסקים, היבטים של קניין רוחני ועוד. בין הקודקסים שבהם החלק על חוזים מיוחדים כולל פרק על חוזי שירותים מקצועיים ניתן להזכיר גם את הקודקס האזרחי המכסיקני (סעיפים 2606-2615). בהצעת הקודקס האזרחי החדש של קוויבק (שנכנס לתוקף בשנת 1994) הוצע לקבוע הוראות נבדלות לחוזי מלאכה ולחוזי שירותים¹²⁰. בקודקס עצמו חוקקו הוראות החלות על שני סוגי החוזים, ובצדן הוראות החלות על חוזי מלאכה בלבד¹²¹.

כמו הצעת-חוק חוזה קבלנות, אף ההצעה לחוק חוזה שירותים ערוכה כחוק נפרד, כדי לסייע לחקיקתה מבלי להמתין לסיום עבודתה של ועדת הקודיפיקציה. השינויים הנדרשים במקרה של שילוב ההצעה בפרק בקודקס הם השמטת סעיפים 10 (בהנחה שתימצא הוראה כללית בדבר עיכבון ביחסים חוזיים), 13 ו-14. במסגרת הקודקס העתידי, מקומו של הפרק על חוזי השירותים בחלק שיוקדש לחוזים מיוחדים, אחרי הפרק על חוזי קבלנות במובן הצר ולפני הפרקים על שליחות ותיווך. אומנם, יחס השליחות איננו בהכרח חוזי (ניתן ליצור שליחות בפעולה משפטית חד-צדדית), אולם בדרך-כלל הוא חלק מחוזה בין השולח לשלוח. חוזה השליחות הוא מקרה מיוחד של חוזה למתן שירותים מקצועיים ולכן מקומו אחרי הפרק הכללי (אפשרות אחרת היא למקם את פרק השליחות בחלק הכללי של דיני החיובים). אף חוזה התיווך הוא חוזה למתן שירותים מקצועיים, אף כי ספק אם יש בהוראות הכלליות על חוזי שירותים כדי לתרום להסדרתם של חוזי התיווך¹²². כפי שנראה להלן, כמחצית מההוראות האופרטיביות בהצעת-החוק שלהלן תואמות הוראות דומות שכללנו בהצעת-חוק חוזה קבלנות. נשאלת השאלה, אם לא עדיף להקדים לפרקים המיוחדים על חוזי קבלנות ועל חוזי שירותים פרק מבוא, שיכיל את ההוראות החלות על שני סוגי החוזים, במקום לחזור עליהן פעמיים. ההכרעה בשאלה מבנית זו איננה כה חשובה, כל עוד שומרים על הפרדה בין ההסדרים בעניינים שבהם נדרשים דינים שונים. כשלעצמנו, נראה לנו שמוטב

Civil Code Revision Office, Report on The Quebec Civil Code (Quebec, 1977) secs. 120

.684-697, 698-706. Vol. I, p. 443 et seq.; Vol. II, p. 742 et seq.

121 סעיפים 2109-2098 ו-2125-2129 חלים על שני סוגי החוזים. סעיפים 2110-2116 מוקדשים לחוזי קבלנות במובן הצר וסעיפים 2117-2124 דנים בחוזי בנייה. מבחינה זו עדיפה בעינינו הצעת הקודקס, שנערכה בידי משפטנים מומחים, על-פני הנוסח הסופי. ראו גם דברי המבוא לדין-חשבון של הוועדה שהכינה את הטיוטה לפרק על חוזי שירותים, לעיל הערה 14.

122 ראו זמיר, לעיל הערה 1. ההוראה היחידה כמעט בפרק השירותים, אשר עשויה להוסיף על פרק התיווך, היא זו שעניינה הסמכות להפחית שכר התלוי בהשגת תוצאה (סעיף 7).

להפריד בין הפרקים, אף במחיר של חזרה על סעיפים אחדים. כפילויות קיימות גם בין הוראות חוק המכר להוראות חוק השכירות, בין חוק המכר לחוק חוזה קבלנות, בין חוק השליחות לחוק הנאמנות ועוד. החיסכון שיושג על-ידי ויתור על סעיפים אחדים בחקיקה אינו שקול לסכנה שבמעצום ההבחנה בין חוזי הקבלנות לחוזי השירותים. דווקא משום שהבחנה זו היא חידוש לעומת הדין הנוהג, רצוי להרגישה. דרך אפשרית נוספת, השומרת על ההפרדה בין הפרקים אך נמנעת מחזרה על הוראות, היא להחליף חלק מהוראות פרק השירותים בהוראות-הפניה כללית להוראות הרלבנטיות בפרק הקבלנות, שתחולנה גם על שירותים. דבר-ההסבר שלהלן ערוכים לפי סעיפי ההצעה. במקרים שבהם מוצעות הוראות דומות לאלה שכללנו בהצעת-חוק חוזה קבלנות, נסתמך על דברי ההסבר שהובאו שם. נדון בקצרה גם בעניינים שנמנענו מלכלול בהצעה.

סעיף 1: מהות חוזה השירותים

ההגדרה המצויה בסעיף 1 לחוק חוזה קבלנות הקיים מקיפה הן חוזים לביצוע מלאכה, הן חוזים למתן שירותים. הצורך בהסדר נפרד לחוזי שירותים לעומת חוזי מלאכה נובע מכך שבמרכזם של הראשונים עומדים חיובי השתדלות, בעוד שהאחרונים הם בעיקרם חוזי תוצאה. הוראותיו של החוק המוצע מבוססות על כך שחיוביו הראשיים של נותן השירותים הם חיובי השתדלות, אולם בעקבות החקיקות הזרות נמנענו מלהשתמש במונח משפטי-טכני זה בהגדרת החוזה. דרך אחרת לאפיין חוזים אלה, שאיננה נזקקת למינוח הנזכר, היא כחוזים למתן שירותים מקצועיים או חוזי שירותים. כך נוהגים ה-B.G.B. הגרמני (סעיף 611), הקודקס האזרחי המכסיקני (סעיף 2606) והקודקס האזרחי של קוויבק (סעיף 2098). בהתייחסות ל"שירותים" ולא ל"שירות" הלכנו בעקבות ההבחנה האנגלית הישנה בין חוזה שירות (contract of service, קרי: חוזה עבודה) לבין חוזה לשירותים (contract for services, קרי: היעדר יחסי עבודה). בעברית המדוברת הביטוי "חוזה שירות" מרמז לחוזים מעין חוזי תחזוקה ותיקונים, והולם פחות חוזים לטיפול רפואי, לביצוע עבודה אדריכלית וכדומה. עם זאת, אין מניעה להעדיף את המינוח "שירות", המשמש בחוק חוזה קבלנות הנוכחי ואשר אולי יפשט מעט את הניסוח. סעיף 1 לחוק המוצע מתייחס רק למתן שירותים מקצועיים. ההתייחסות לכך שמדובר בשירותים "מקצועיים" ולא בשירותים סתם הולכת בעקבות ניסוחו של סעיף 2606 לקודקס המכסיקני¹²³. המלה "מקצועיים" איננה מגבילה במידה ממשית את תחולת החוק, בין השאר משום שלגבי שירותים בלתי-מקצועיים יש נטייה

123 בסעיף 2098 לקודקס החדש של קוויבק אין תואר כזה. בקודקס האיטלקי מדובר בביצוע עבודה אינטלקטואלית (סעיף 2230).

ברורה לסווגם כחוזי-עבודה¹²⁴, ומשום שכמעט כל שירות הניתן במסגרת חוזית מצריך מידה כלשהי של מקצועיות. מלה זו מרמזת לכך, שהחוק המוצע מטפל בחוזים שבמרכזם עומדים חיובי השתדלות של נותן השירותים, ולא חיובי תוצאה. בהיעדר פרק מיוחד המוקדש לחוזי הובלה, עשויה לעלות הסברה שהפרק הנדון יחול גם על "שירותי הובלה". בשיטות-משפט אחרות ובקודקסים אחרים, הנשענים על מסורת מגובשת של סיווג חוזים, אין מקום לסברה כזו, משום שחובה ההובלה נחשב כחובה מיוחד ומוגדר. איננו סבורים שיש צורך להבהיר את איתחולת החוק על חוזי הובלה (אשר לפחות במקרים הפשוטים עומדים במרכזם חיובי תוצאה ולא חיובי השתדלות), אולם ניתן לשקול הוספה של הוראה בעניין זה.

כמו חוק חובה קבלנות הנוכחי, מבהירה ההצעה שהחוק אינו חל מקום שבין הצדדים ישנם יחסי עובד-מעביד, אך אינה קובעת אמות-מידה לקביעת הגבול בין השניים. מבחינת הניסוח, אין הסעיף המוצע לוקה בקושי שבו לוקה סעיף 1 לחוק חובה קבלנות, שממנו משתמע שיחסי-עבודה הם תת-קבוצה של חוזי קבלנות¹²⁵.

סעיף 2: מיומנות ושקידה

סעיף קטן 2(א) קובע את המאפיין המרכזי של חיובי נותן השירותים, בהשוואה לחיוביהם של קבלנים במובן הצר, למשל. חיובי נותן השירותים הם חיובי השתדלות. לכן לא ניתן לבחון את התאמת הביצוע שלהם לאמות-מידה קבועות מראש, כמו במכר ובקבלנות במובן הצר, אלא רק את מידת המיומנות והשקידה שהשקיע נותן השירותים. זו אף הסיבה שהפרק אינו כולל התייחסות להיבטים השונים של התאמת הקיום, ההולמים חיובי תוצאה¹²⁶. הביטויים "מיומנות", "זהירות" ו"שקידה" הם כולם מונחי-שסתום שתוכנם המדויק ייקבע בידי בתי-המשפט. אף כי יש חפיפה חלקית בין שלוש הדרישות, נדמה שלכל אחת מהן יש גם קיום עצמאי: מיומנות מרמזת על כישורים מקצועיים של נותן השירותים, זהירות מרמזת על מידת ההשגחה והדיוק בביצוע השירותים, ושקידה – על מידת המאמץ המושקע בניסיון להשיג את התוצאות המקוות מהחובה. ההנחיה היחידה שמספק הסעיף לגבי יישום דרישות אלה היא, שיש לבחון את מיומנותו, זהירותו ושקידתו של נותן השירותים לפי הסטנדרטים המקובלים באותו תחום מקצועי. שקלנו אם להוסיף לביטויים הנזכרים את התואר "סבירות", אך דומה שהוא לא יוסיף עליהם תוספת ממשית. ממילא יש לבחון את המיומנות, הזהירות והשקידה הנדרשות בכל

124 ראו זמיר, לעיל הערה 30, בעמ' 140-142.

125 ראו לעיל, הערות 30-31 והטקסט הנלווה להן.

126 על איתחולתם של עקרון ההתאמה והחיובים הנגזרים ממנו על חיובי השתדלות ראו זמיר, לעיל הערה 13, בעמ' 103-108.

חוזה לפי מכלול נסיבותיו, לרבות סוג השירותים, מיהות נותן השירותים, גובה השכר וכדומה.

בהקשר זה יש להזכיר כלל חשוב שלא נכלל בנוסח ההצעה. הכלל הוא שאי-השגת התוצאה המקוהה איננה נחשבת כהפרה בחוזים למתן שירותים (שעניינם השתדלות להשיג תוצאה, ולא השגתה) ואין היא גורעת מזכאות נותן השירותים לשכרו¹²⁷. הסברה היא שכלל זה משתמע מתיאור החיובים של נותן השירותים, אך לשם הבהרת הדין ניתן לקבוע בעניין זה כלל מפורש.

סעיף קטן 2(ב) עוסק באחד המאפיינים החשובים של חיובי השתדלות ושל חוזים שבמרכוזם עומדים חיובים כאלה: נטל השכנוע לקיום התשלול או היעדר מיומנות מצד החייב מוטל על הנושה¹²⁸. בדרך-כלל חייב הטוען טענת "פרעת" או "קיימתי" צריך לשכנע שאכן קיים את חיוביו¹²⁹, אך הדין הפוך לגבי הפרה של חיובי השתדלות. במשפטנו הקיים נובעת תוצאה זו מכך שבהשפעת המשפט האנגלי נוהגים לבסס תביעות בגין רשלנות מקצועית על עוולת הרשלנות ולא על הפרת חוזה. בדיני הנזיקין ברור, כי להוציא חריגים ידועים, הנטל להוכיח את רשלנות המזיק מוטל על הנזוק¹³⁰.

הנימוק העיקרי שלא לדון בעניין נטל השכנוע בחוק המוצע הוא נטיית החקיקה האזרחית החדשה שלא להסדיר במפורש עניין זה. ביסוד נוהג זה עומדת אולי הסברה שקיים גבול חד בין המשפט המהותי שבו עוסקת החקיקה האזרחית החדשה ובין המשפט הפרוצסואלי שעניינו ההוכחה והשכנוע לגבי קיומן של עובדות. למרות זאת, במקרים לא-מעטים שבהם ביקשו לסטות מכללי השכנוע הרגילים, כוללת החקיקה האזרחית החדשה הוראות בעניין זה. בין אלו ניתן להזכיר את סעיף 4 לחוק החוזים האחרים, התשמ"ג-1983; סעיף 16 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965; סעיף 20 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981; וסעיף 4(א)(1) לחוק האחריות למצררים פגומים, התש"ס-1980. ברובד חקיקתי אחר מצויות הוראות בדבר העברת

127 סעיף 2613 לקודקס המכסיקני קובע כלל זה במפורש. בסעיף 2236 לקודקס האיטלקי הכלל משתמע מתיאור החיובים של נותן השירות.

128 על מאפיין זה עמדו בהרחבה במשפט הצרפתי, שבו פותחה ההבחנה בין חיובי תוצאה לחיובי השתדלות. ראו פרוסאר, לעיל הערה 13, בעמ' 90-109, § 169-199; מזו וטונק, לעיל הערה 13, בעמ' 119, § 103-105.

129 ע"א 642/61 טפר נ' מרלה, פ"ד טז(2) 1000; א' הרנון דיני ראיות (חלק א, תשל"ל) 201-202. 130 ע"א 552/66 לויטל נ' מרכז קופת-חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד כב(2) 480; ת"א (נצ') 369/76 פאר נ' קופר, פ"מ תשל"ח (2) 496; ג' טדסקי (עורך), י' אנגלרד, א' ברק, מ' חשין דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית (מהדורה שנייה, תשל"ז) 158-155, § 107.

נטל השכנוע בסעיפים 38-41 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. המאפיין הוראות אלו הוא, שהן מורות על סטייה מהדין הרגיל בעניין נטל השכנוע. במקרה של חוזי שירותים, מאחר שמדובר בחיובי השתדלות, הטוען להתרשלות רעהו צריך להוכיח טענה זו. מבט השוואתי אל הפרקים המסדיים חוזים למתן שירותים מקצועיים בקודקסים זרים אינו מגלה הוראות מפורשות בדבר נטל השכנוע, אם כי לעיתים ישנן הוראות המרמזות עליו¹³¹. הדרך שבה מוצע ללכת בסעיף 2(ב) דומה לדרך שבה הלכו במקומות האחרים בחקיקה האזרחית הישראלית, כלומר: הנחת הדין הרגיל בדבר נטל השכנוע והתמקדות בחריג או בחריגים לו. הסעיף מתאר את המקרה המיוחד שבו, הגם שמדובר בחיובי השתדלות, מועבר נטל השכנוע אל נותן השירותים, הנדרש להוכיח כי לא היתה מצדו התרשלות בכיצוע החוזה. בהשראת סעיף 41 לפקודת הנזיקין, התנאים שבהתקיימם מועבר נטל השכנוע הם:

- (א) אי-השגת התוצאה שהתכוונו להשיגה באמצעות החוזה;
 (ב) נסיבות שבהן אי-השגת התוצאה האמורה מתיישבת יותר עם המסקנה שנותן השירותים לא נהג במיומנות, בזהירות או בשקידה הנדרשות, מאשר עם המסקנה שהוא פעל במיומנות, בזהירות ובשקידה כנדרש;
 (ג) המזמין איננו יכול לדעת מה היו למעשה הנסיבות שגרמו לאי-השגת התוצאה שהתכוונו להשיג באמצעות החוזה.
- המזמין יכול להסתמך על כלל זה, למשל, במקרה שבו חוזה למתן טיפול רפואי פשוט וסטנדרטי לא הוביל לריפוי החולה, אלא גרם לו סיבוכים שכמעט אף פעם אינם נגרמים כתוצאה מטיפול זה; וכן אם מבנה שאדריכל תכנן ופיקח על בנייתו קרס בתנאי שימוש רגילים. כמו בדיני הנזיקין (ובדיני השמירה, למשל), העברת נטל השכנוע הופכת את רמת האחריות מחיוב השתדלות גרידא לרמה המתקרבת לאחריות מלאה (כאחריות החוזית הרגילה)¹³². דרגת-ביניים זו מוצדקת בה-במידה שכלל "הדבר מדבר בעדו" מוצדק בדיני הנזיקין. כאמור, מעבר לחשיבותו של החריג, יש לסעיף 2(ב) חשיבות גם מבחינה זו שהוא מצביע על הכלל החל מחוץ לחריג.

סעיף 3: תקנים חקוקים

כמו סעיף 5 להצעת חוק חוזה קבלנות, סעיף 3 קובע, כי במקום שנותן השירות מבצע את השירות כחלק מעיסוקו המקצועי, עליו לפעול בהתאם לתקנים, לכללי

131 ניסוח, שלפיו אין נותן השירותים נושא באחריות "אלא במקרה" של רשלנות מצדו (מעין סעיף 2236 לקודקס האיטלקי), מרמז לתוצאה הרצויה.

132 השור זמיר, לעיל הערה 97, בעמ' 98-101.

האתיקה ולשאר הכללים החקוקים החלים על פעילותו. ההצדקות שמנינו לעיל לגבי סעיף 5 בהצעה לחוק חוזה קבלנות חלות גם בענייננו. בהקשר הנוכחי ניתן להצביע על הצדקה נוספת: הזדהותם של נותני שירותים רבים עם הקוד המקצועי והאתי של עיסוקם קרובה והדוקה, ואף הצד השני לחוזה (כמו הציבור בכללותו) מצפה מהם לנהוג לפי אותם קודים. עורכי-דין, רופאים ורואי-חשבון הם דוגמאות להזדהות ולציפיות האמורות.

סעיף 4: רשיון והכשרה

סעיף זה מקביל לסעיף 6 בהצעה לחוק חוזה קבלנות ולכן דברי ההסכר לאותו סעיף יפים גם להוראה הנוכחית.

סעיף 5: קיום אישי

סעיף 5 קובע הנחה הפוכה להנחה שקובע סעיף 40 לחוק החוזים הכללי. הנחת-המוצא לפי החוק הכללי היא, שחיוב ניתן לקיום בידי מי שאינו החייב; ואילו בענייננו, מאחר שמדובר בחיובי השתדלות, ההנחה הדיספוזיטיבית היא, שהקבלן איננו רשאי לבצע את חיוביו בידי אדם אחר. כלל דומה מצוי בחקיקות זרות¹³³.

ההבחנה בין קיום אישי לקיום בידי אחר איננה תדממדית. ישנם חוזים שבהם השירות ניתן בחלקו בידי הצד לחוזה, ובחלקו – בידי אחרים. ישנם חוזים שבהם אין כלל להעלות על הדעת שכל מרכיבי השירות יינתנו בידי הצד לחוזה (רופאה מנתחת, למשל, נזקקת לסיוע של רנטגנולוגים, מרדימים וכדומה) וייתכנו דרגות שונות של פיקוח ומעורבות של נותן השירותים בכל אחד ממרכיבי הביצוע. ישנם גם מקרים שבהם מחייב ההסכם את נותן השירותים לבצע חלקים מחיוביו בידי אנשים אחרים, בעלי כישורים או מכשירים מיוחדים¹³⁴. הנוסח המוצע אינו עוסק בכל האפשרויות הללו, אך הוא מתייחס למורכבות זו בשניים: ראשית, הוא מזכיר את האפשרות שרק חלקים מהביצוע יכולים להימסר לאחרים. שנית, הוא קובע שאף במקרים שבהם מאפשר החוזה לקיים את החוזה או חלק ממנו בידי אחרים, על נותן השירות לפקח ולהיות אחראי בעצמו על אותם אחרים. גם כלל זה הוא דיספוזיטיבי, אולם כאן משתמעת הנחה חזקה יותר נגד העברת הפיקוח והאחריות הכוללים לאדם אחר¹³⁵.

133 ראו, למשל, סעיף 2232 לקודקס האזרחי האיטלקי; סעיף 613 ל-B.G.B. הגרמני.

134 ביתר פירוט ראו זמיר, לעיל הערה 2, בעמ' 217-218, §127.

135 הכלל שבסיפא מצוי גם בהוראות המקבילות בסעיף 2232 לקודקס האזרחי האיטלקי ובסעיף 2101 לקודקס האזרחי החדש של קוריבקה.

סעיף 6: תשלום השכר

סעיף קטן 6(א) שב ומציין בלשון אופרטיבית את חובת המזמין לשלם את שכרו של נותן השירותים. סעיף קטן זה הוא הקדמה לסעיפים הקטנים הבאים, שעניינם מועדי התשלום ומקומו.

סעיף קטן 6(ב) עניינו מועד התשלום. בניגוד לחוזים שבהם חיובי שני הצדדים הם רגועים (כמו מכר או חליפין), בחוזי שירותים מדובר בחיוב נמשך, מתן השירותים, שכנגדו עומדים חיוב או סדרת חיובים רגועים – התשלום. הפתרון המוצע לקושי זה הוא אותו פתרון שהצענו לגבי חוזי קבלנות: התשלום ייעשה עם השלמת השירותים, אך בחוזים נמשכים זכאי נותן השירותים לתשלומי-ביניים לפי המקובל בחוזים מאותו סוג¹³⁶. הוראות דומות מצויות בקודקסים זרים¹³⁷. בניגוד לקודקסים זרים, אין הצעת החוק משתמשת בביטויים "הוצאות" או "מקדמות" לתיאור תשלומי-הביניים. תשלומי-הביניים אינם נקבעים בהכרח לפי ההוצאות שהיו לנותן השירותים ואין הם בהכרח מקדמות על-חשבון תשלום מאוחר. לפי הנוהג, במקרים רבים תשלומי-הביניים הם חיובים עצמאיים, המרכיבים את חיוב התשלום הכולל.

סעיף קטן 6(ג) עניינו מקום התשלום. הוא תואם את סעיף 8(ג) להצעת חוק חוזה קבלנות ולכן דברי ההסבר לאותו סעיף הולמים גם את ההוראה הנוכחית.

סעיף 7: שכר התלוי בתוצאה

סעיף 7 עוסק בחוזים שבהם נקבע שכרו של נותן השירותים בצורת *contingency fee*, כלומר: שכר שעצם החובה לשלמו או שיעור התשלום תלויים בהשגתה של תוצאה שסיכוייה מסופקים. דוגמאות לכך מצויות בחוזי ייצוג משפטי ושתדלנות למיניה ואף בחוזי תיווך. בחוזים אלה הקשר בין שכרו של נותן השירותים להשקעה הנדרשת ממנו, לא זו בלבד שאיננו הכרחי, אלא גלוי וידוע שהוא מקרי למדי. במקרים אלה נוסחת השכר איננה מבוססת על עלויות מתן השירות, אלא בראש-בראשונה על היקף התועלת שהמזמין עשוי להפיק מהשירות. עורכת-דין עלולה להשקיע מאמצים רבים וממושכים בייצוג לקוחתה ולא לזכות בשכר אם

¹³⁶ ראו לעיל, דברי-ההסבר לסעיף 8 בהצעת חוק חוזה קבלנות.

¹³⁷ ראו, למשל, סעיף 2234 לקודקס האזרחי האיטלקי. השוו גם סעיף 2610 לקודקס המכסיקני, שעניינו תשלום בתום כל אחד מהשירותים; וסעיף 702 להצעת הקודקס הקוויבק, לעיל הערה 120, המחייב את המזמין לשלם לפי דרישת נותן השירותים את המקדמות הדרושות לביצוע השירותים.

תידחה התביעה מסיבה כלשהי¹³⁸. בד"בבד, אותה עורכת-דין עשויה לזכות בנתח נכבד מפירות התביעה גם אם פסק-הדין לטובת מרשתה נתקבל בהיעדר הגנה מצד הנתבעת.

מבחינת המזמין, היתרון הבולט של שיטת-חישוב זו הוא שאין עליו לשלם שכר כלשהו אם מאמצי נותן השירותים אינם נושאים פרי (לכל היותר עליו לשפות אותו על הוצאותיו, אם כך הוסכם). אלאמלא נוסחת-חישוב זו, יש לשער שאנשים היו ממעטים להיזקק לשירותי-תיווך, למשל, והיו מהססים להגיש תביעות שסיכויי הצלחתן מסופקים. במיוחד מגבירה שיטת-חישוב זו את הנגישות של מערכת בתי-המשפט לאנשים שאין בידם לממן הגשת תביעות בצורות תשלום אחרות. נוסחה זו מועילה לשני הצדדים גם משום שהתנאים המזכים את המתווך או עורך-הדין בשכר מתקיימים כאשר ללקוח צומח רווח ניכר (מעשיית העסקה או מזבייה בתביעה) ולכן נטל התשלום פחות מעיק עליו (לפי עקרון התועלת השולית הפוחתת). בשיטת-חישוב זו פועל נותן השירותים גם כמבטח, כמובן זה שהוא מרכז ומפזר בין לקוחותיו את הסיכון שמאמציו לא ישאו פרי.

סעיף 84(ב) לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961¹³⁹, מסמיך את הלשכה, לפי בקשה של לקוח, להפחית שכר-טרחת שהותלה בתוצאות משפט, אם הוא נראה לה מופרז. בדין הנוהג אין הסמכה כזו לגבי טיפולם של עורכי-דין בעניינים אחרים (כמו ייצוג בפני רשויות-התכנון) או לגבי התליית השכר בתוצאה בידי נותני שירותים אחרים. אנו סבורים שיש מקום להרחבת סמכות זו ולהפקדתה בידי בית-המשפט¹⁴⁰. לדידנו, עיקר ההצדקה להסמכה זו איננו נעוץ באתיקה המיוחדת לעורכי-דין, ואף לא בפערי המידע והמומחיות בין הצדדים (קרי: יכולתו העדיפה של נותן השירותים להעריך את סיכויי ההצלחה של הטיפול, את משמעותה הכספית של הצלחה כזו ואת הטרחה הכרוכה בטיפול). לפי שיקולים אלה, די בקיום הסמכות בהקשר של עריכת-דין ובדינים שעניינם פגמים בכריתה (כפרט עושק והטעיה). ההצדקה להרחבת הסמכות הנדונה נעוצה בהטיה פסיכולוגית אופיינית מצד המזמין, אשר בנסיבות אלה עלולה לגרום לו לפעול באורח שאיננו לגמרי רציונלי. אי-הוודאות המאפיינת את עצם השגת התוצאה הרצויה ונכונותו המוגבלת להשקיע מכספו בהשגת התוצאה, עלולים לגרום לו להביט על עצם

138 אם כי, בהתאם למוסכם עם הלקוח, היא עשויה לקבל שיפוי על הוצאות ישירות שנשאה בהן במהלך הטיפול בתביעה. יש להבהיר, כי אין אנו דנים כעת בחוזים שבהם שכר-הטרחת מחושב לפי סכום התביעה, אלא בחישוב השכר לפי תוצאות ההליך.

139 ס"ח תשכ"א, עמ' 178.

140 הסמכה כזו מצויה בקודקסים זרים בהקשר של חוזי תיווך או חלק מהם. ראו, למשל, סעיף 655 ל-B.G.B. הגרמני; סעיף 417 לקודקס החיובים השווייצרי; סעיף 707 לקודקס האזרחי היווני.

השגת התוצאה כעל מעין מתת-שמים. לכן הוא עלול להיחפז בהסכמתו לוותר על חלק ניכר מאותה מתת. ישנו דמיון-מה בין מקרה זה למקרים אחרים שבהם נכון הדין להתערב בחוכן של תניות העוסקות במצבים שוודאותם אינה ברורה, כמו תניות פיצויים מוסכמים ותניות האצה¹⁴¹.

הסעיף המוצע קובע שהפחתת השכר תיעשה לבקשת המזמין. ניתן היה לשקול סייג נוסף, שלפיו תפקע הסמכות משכיצע המזמין את התשלום ללא מחאה, אולם אנו מסופקים אם יש לו הצדקה. הסיפא, המתחיל במלים "אף בהתחשב", נועד להבהיר כי את השכר שנקבע אין להשוות לשכר שהיה משתלם בחוזה רגיל, שבו אין נותן השירותים תשופף לסכנה שלא יקבל שכר כלשהו בשל אי-השגת תוצאה מקווה.

סעיף 8: חובות אמון

סעיף 8 עוסק בחובות האמון החלות על נותן השירותים. הסעיף פותח בקביעת החובה הכללית על-פי סטנדרטים כלליים של אמון ומסירות. הניסוח באמצעות סטנדרטים כלליים נדרש משום שהמגוון הרב של חוזים למתן שירותים דורש רמות שונות של אמון בין הצדדים. לא הרי האמון הנדרש בין עורך-דין ללקוחו (אף במקרים שבהם עורך-הדין איננו שלוח של הלקוח) כהרי האמון הנדרש בין מדריך-תיירים ללקוחותיו. אכן, גם האחרון חב חובות אמון, למשל: הדעת נותנת שאסור לו להובילם למסעדה או לחנות שהמחירים בה גבוהים במיוחד והאיכות נמוכה במיוחד, רק משום שבעלי-העסק משלמים לו עבור כך; אולם חובות האמון של עורך-דין בוודאי הדוקות וחמורות יותר.

סעיף קטן 8(ב) עניינו חובות הסודיות של נותן השירות. חובה זו חשובה במגזרים רבים, כמו עריכת-דין, טיפול רפואי וייעוץ עסקי. ניתן לשקול אם יש מקום להטיל חובה הדדית גם על המזמין; אולם ניסוחה של חובה כזו נראה מסובך יותר, משום שחלק ניכר מהמידע שמקבל המזמין ניתן לו לשימוש חופשי, ורק מרכיבים מסוימים של המידע בחוזים מסוימים אכן טעונים סודיות.

סעיף קטן 8(ג) מבוסס על סעיף 8(5) לחוק השליחות, והוא אחת הנגזרות הטיפוסיות של חובות האמון של נותני שירותים.

141 ראו סעיף 15(ב) לחוק התוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970; סעיף 12 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; תקנה 4 לתקנות הגנת הצרכן (מכירות, מכירות באשראי ומכירות מיוחדות), התשמ"ג-1983 (ק"ת תשמ"ג, עמ' 670).

היבטים אחרים של חובות אמוץ, המעוגנים בחוק השליחות או בחוק הנאמנות (כמו האיסור על עשיית פעולת שליחות אחת עבור שולחים שונים שלא על דעתם, האיסור על עשיית הפעולה עם עצמו ואיסור טובת הנאה) אינם נראים כבעלי תחולה כללית בחוזים למתן שירותים מקצועיים ולכן מוטב להשאירם כדין מיוחד בחוזים שבהם הם נדרשים. החוקים המיוחדים, כמו חוק השליחות, יכולים לשמש גם בסיס להיקש לחוזים אחרים, ככל שנדרשות בהם חובות דומות.

סעיף 9: שמירה

סעיף 9 המוצע חוזר על הכלל שהצענו בסעיף 15(א) להצעת חוק חוזה קבלנות, הדומה לכלל הקבוע כיום בסעיף 6(ב)(1) לחוק חוזה קבלנות. אומנם, מסירת נכס של המזמין לנותן השירותים פחות שכיחה מאשר בחוזי קבלנות, אולם היא קיימת, למשל, במקרה של עורך-דין או רואה-חשבון המחזיקים במסמכי הלקוח ובמקרה של אי-שמירת החזיק בדיסקטים של הלקוח. הסטייה מרמת האחריות הרגילה של שומרי שכר "טפלים", בכיוון של החמרתה, מוצדקת במקרה זה מאותן סיבות המצדיקות אותה בחוק חוזה קבלנות. על סיבות אלה עמדנו בהרחבה במקום אחר¹⁴². בהקשר הנוכחי, התוצאה היא שבעוד שחובי העשייה המוטלים על נותן השירותים הם חובי השתדלות בלבד, חובי השמירה החלים עליו לגבי נכסי המזמין שבידיו הם חובי תוצאה. לגבי ביצוע השירות, ההנחה היא שסיכויי ההשגה של התוצאה המקוהה אינם ודאיים, ואף לא תמיד הם ניתנים להגדרה ולכימות. לעומת זאת, השבת הנכס למזמין באותו מצב שבו הוא נמסר לנותן השירותים (בכפוף לסייגים שקובע חוק השומרים, תשכ"ז-1967, כמו אובדן או נזק שמקורם בבלאי טבעי או במום שהיה בנכס בתחילת השמירה) היא חיוב מוגדר, שטיבו דומה בחוזי שירותים ובחוזי קבלנות. כך, למשל, רופא או עורך-דין אינם מתחייבים בדרך-כלל שהגיתוח יצליח או שהתביעה תתקבל, אך אין סיבה להסתפק בסטנדרד של השתדלות כאשר מדובר בשמירתם על מסמכי המטופל או הלקוח.

סעיף 15(ב) להצעת חוק חוזה קבלנות מסייג את אחריות הקבלן כשומר במקום שהאובדן או הנזק נגרמו עקב מום שהיה בנכס או עקב ליקויים בתוכניות או בהוראות שנתן המזמין. סעיף 9 המוצע אינו כולל הוראה דומה, משום שגם כאשר נותן השירותים מחזיק בנכסי המזמין, בדרך-כלל אין השירותים נעשים בנכסים עצמם, כמו בחוזה קבלנות לתיקון מכונית או לבנייה לפי תוכניות שסיפק המזמין. בעוד שהמכונית והמבנה בדוגמאות הנזכרות עלולים להינזק עקב תוכניות-עבודה לקויות שסיפק המזמין או עקב הוראות-ביצוע שגויות שניתנו מטעמו, אובדן של המסמכים שמסר המזמין לעורך-דינו או ליועצו המקצועי מסיבות כאלה אינו

142 זמיר, לעיל הערה 97.

מסתבר. יש לזכור, שסעיף 9 אינו עוסק באובדן או בנזק לנכס כתוצאה מביצוע רשלני של השירותים, אלא רק כתוצאה משמירה לקויה עליהם. ככל שמדובר באובדן או בנזק בשל פגם שהיה בנכס מלכתחילה, לנותן השירותים יעמוד הסייג לאחריות שקובע סעיף 4 לחוק השומרים. במקרים הנדירים שבהם דרוש כלל דומה לסעיף 15(ב) להצעת-חוק חוזה קבלנות בחוזי שירותים, ניתן יהיה להקיש מאותו סעיף¹⁴³.

סעיף 10: עיכבון

סעיף 10 קובע את זכות העיכבון של נותן השירותים על נכסים שנמסרו לו לקיום החוזה, בדומה להוראות המצויות בחוקי חוזים רבים נוספים. אם במסגרת הקודפיקציה תיקבע הוראה כללית בדבר זכות העיכבון של צדדים לחוזה, תתייתר הוראה זו.

סעיף 11: סיום החוזה

סעיף קטן 11(א) המוצע הוא פרפרזה חלקית על סעיף 14(א) לחוק השליחות, תשכ"ה-1965. סעיף 14 לחוק השליחות קובע את סיום השליחות במקרים של מוות, גריעת כשרות, פשיטת-רגל או פירוק של כל אחד מהצדדים לקשר השליחות¹⁴⁴. לעומת זאת, סעיף קטן (א) מתייחס רק לאירועים הקורים לנותן השירותים (לא למזמין) ואינו כולל את החלופה של פשיטת-רגל. הטעם להוראה זו דומה לטעמים שביסוד ההוראה המקבילה בחוק השליחות: הקשר האישי ויחסי האמון בין הצדדים חיוניים בחוזה למתן שירותים מקצועיים והללו אינם מתקיימים כאשר מי שהתחייב לתת את השירותים מת מוות פיזי או מוות משפטי (במקרה של תאגיד)¹⁴⁵. הוא-הדין במקרה של גריעת כשרותו של נותן השירותים. לעומת זאת, לא נראה שיש מקום לקבוע כי פשיטת-רגלו של נותן השירותים תביא בהכרח לסיום החוזה. על הוראה זו נמתחה ביקורת גם בהקשר של שליחות¹⁴⁶. מאחר שלפי סעיף 12 רשאי המזמין

143 בעמל מסוים ניתן להעלות על הדעת את הדוגמה הבאה: וטרינר מחזיק בכלב לצורך טיפול. הווטרינר מאכיל את הכלב במזון שסיפק הבעלים, ומזון זה מזיק לכלב. מאחר שניתן לייחס נזק זה למזמין, אין הצדקה להטיל את האחריות על הווטרינר, וזאת אם הוא ידע או היה עליו לרעת על האפשרות שאותו מזון יזיק לכלב והוא לא התריע על כך בפני הבעלים.

144 לניתוח הסעיף, ראו א' ברק חוק השליחות, תשכ"ה-1965 (סדרת הפירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טרסקי, תשל"ה) 479-453, §§ 445-470.

145 בהקשר זה הכוונה ב"פירוק" היא להדילת קיומו של התאגיד. ראו ברק, שם, בעמ' 477-479, § 469. אם דרוש מינוח ברור יותר שיצביע על משמעות זו, ניתן לאמץ.

146 ראו ברק, שם, בעמ' 476-477, § 468.

לבטל את החוזה באופן חד-צדדי ומאחר שפשיטת-רגל של נותן השירותים תהיה "סיבה סבירה" לביטול כזה, אין בהשמטה הנדונה משום פגיעה באינטרסים של המזמין. בד-כבד ייתכן, שלמרות פשיטת-הרגל של נותן השירותים או מינוי מפרק לו, ישתלם לשני הצדדים להמשיך בקיום החוזה ביניהם.

סעיף קטן 11(ב) מבהיר, כי אין במוחו של המזמין או בהגבלת כשרותו כדי לסיים באורח אוטומטי את חוזה השירותים. רק אם אירועים אלה מונעים או מכבידים במידה בלתי-סבירה על מתן השירותים, מסתיים החוזה¹⁴⁷. הגבלת כשרותו של מזמין איננה גוררת בהכרח, ואיננה צריכה לגרור, סיום של חוזים לטיפול רפואי או פסיכולוגי או לייצוג משפטי. כאשר אדם בונה בית ושוכר את שירותיו של מהנדס שיפקח על עבודת הקבלנים, אין מוחו של המזמין מחייב את פקיעת החוזה, ועזבונו של המזמין יכול לבוא במקומו.

מנגד, במקרים רבים חוזים למתן שירותים מקצועיים קשורים לאישיותו של המזמין, ואז מוחו או הגבלת כשרותו אכן מסכלים את המשך הקיום של החוזה. חשיבותו של סעיף 9(ב) ברישא שלו, והסיפא לא נועד אלא לסייג ולהבהיר שלא תמיד יתול הרישא. יצוין, כי המסקנה שהחוזה לא הסתיים לפי סעיף 11 אינה שוללת בהכרח את כוחם של הצדדים להפסיק את קיומו מסיבה סבירה לפי סעיף 12, בסייגים ובתוצאות שקובע אותו סעיף.

סעיף 12: הפסקת החוזה

סעיף 12 עוסק בהפסקה חד-צדדית של החוזה בידי מי מהצדדים והוא מכיל שלושה כללים הנוגעים בסוגיה זו.

סעיף קטן 12(א) קובע את הכלל הבסיסי, שלפיו כל אחד מהצדדים רשאי להפסיק את החוזה באורח חד-צדדי. הסייג המהותי שכולל הסעיף לכוח זה הוא, שההפסקה תיעשה מסיבה סבירה. הסייג הפרוצדורלי הוא שהודעת ההפסקה תינתן זמן סביר מראש. אשר לסייג המהותי, כמוהו מצוי גם בהוראות מקבילות בחקיקות זרות¹⁴⁸.

147 לשם השוואה, סעיף 2127 לקודקס החדש של קוויבק קובע שהחוזה אינו מסתיים בשל מוח הלוקח, אלא אם הדבר הופך את קיומו לבלתי-אפשרי או לחסרת-ועלת.

148 סעיף 2237 סיפא לקודקס האזרחי האיטלקי קובע, שבמקרה של פרישת נותן השירותים מהחוזה, על הפרישה להיעשות באופן שתמנע פגיעה במזמין. סעיף 703 להצעת הקודקס החדש של קוויבק (לעיל הערה 115) קבע, שכל אחד מהצדדים לחוזה השירותים זכאי להפסיק את קיום החוזה בשל "just cause", ובלבד שההפסקה תיעשה כך שהנזק שהיא תגרום לצד השני יהיה קטן ככל האפשר. בקודקס עצמו ההוראות בדבר הפסקת החוזה חלות הן על חוץ קבלנות הן על חוץ שירותים, ולכן הן מסייגות יותר. סעיף 2125 קובע הוראה דומה

הוא עולה בקנה אחד עם החובה הכללית להשתמש בכוחות ובזכויות חוזיים בדרך מקובלת ובתום-לב¹⁴⁹. מאחר שחוזים ארוכי-טווח, ובמיוחד חוזים למתן שירותים מקצועיים, יוצרים הסתמכות הדדית ניכרת של שני הצדדים, אנו סבורים שיש הצדקה לסייג הנדון.

אשר לסייג הפרוצדורלי של מתן הודעת ההפסקה זמן סביר מראש, נטל זה נועד להגן על הצד השני ולאפשר לו להתארגן למציאת אדם אחר שיתן לו את השירותים או למציאת לקוחות אחרים שלהם הוא יוכל לתת את שירותיו. אף סייג זה נגזר מעקרון תום-הלב.

סעיף קטן 12(ב) מבהיר את אחת התוצאות השכיחות של הפסקת החוזה: חיוב המזמין לשלם בעד השירותים שניתנו עד הפסקת החוזה וחיוב נותן השירותים להשיב שכר ששולם לו בעד התקופה שאחרי ההפסקה¹⁵⁰. ניתן לשקול החלה של הכלל הקבוע בסעיף 12(ב) גם על סיום החוזה לפי סעיף 11.

סעיף קטן 12(ג) עוסק במצב שבו מתוך ציפייה להתמשכות הקשר, נושא נותן השירותים בהוצאות ראשוניות גדולות. למשל: חברה לשירותי מחשב עשויה לרכוש ציוד מיוחד או להתקשר עם מומחים בתחום מסוים כדי לקיים את חיוכיה עם לקוח חדש. במקרה כזה הפסקת החוזה בידי המזמין כעבור זמן קצר תפגע קשות בנותן השירות. ודוק: ההפסקה הנדונה כאן איננה ביטול החוזה בשל פגם בכריתתו או בשל הפרתו בידי נותן השירות, אלא שימוש בכוח המזמין להפסיק את החוזה. בהשתמשו בכוח זה, על המזמין לשאת בעלות שמטילה הפסקה זו על נותן השירותים, שהוציא את ההוצאות שנדרשו לקיום החוזה. אי-חיוב המזמין המפסיק את החוזה לשאת בהוצאות אלה ירתיע נותני שירותים מלהוציא את ההוצאות הללו, ומכך ייפגעו המזמינים עצמם. לכן הכלל הנדון הוא לא רק הוגן אלא גם יעיל.

לזו שנקבעה בסעיף 703 להצעה, אך זאת רק לגבי הפסקה בידי המזמין. אשר לקבלן ולנותן השירותים, סעיף 2126 קובע שאין הם זכאים להפסיק את החוזה באורח חד-צדדי אלא בשל "serious reason", וגם בהתקיים סיבה כזו – לא במועד שאינו נוח למזמין. על הקבלן או נותן השירותים לנקוט מיד את כל האמצעים הדרושים למניעת נזק כלשהו למזמין בשל ההפסקה. בהצעות שלנו הקבלן כלל אינו זכאי להפסיק את קיום החוזה באורח חד-צדדי, ולעומת זאת לנותן השירותים יש זכות הפסקה רחבה יותר. זוהי דוגמה לכך שהחלת אותן הוראות על שני סוגי החוזים עלולה להקשות על עיצובן.

149 ראו גם לעיל, דבריהם הסבר לסעיף 18 להצעת חוק חוזה קבלנות.

150 הוראות דומות מצויות בסעיף 2237 לקודקס האזרחי האיטלקי ובסעיף 2129 לקודקס האזרחי החדש של קוויבק.

אותה סוגיה נדונה לאחרונה בפסקי-דין אחדים של בית-המשפט העליון שענינם הפסקת יחסי סוכנות והפצה¹⁵¹.

ישנן שתי דרכים לצמצום כוחו של המזמין להפסיק את החוזה לפני שנותן השירותים זכה בהחזר סביר על השקעותיו. דרך אחת היא לזכות את נותן השירותים בשכר בעד התקופה המזערית שניתן היה לצפות שבה יופקו הפירות מההשקעה הראשונית. נוסח אפשרי הוא:

הוציא נותן השירותים הוצאות או התחייב בהתחייבויות לצורך קיום החוזה, אין ההפסקה המוקדמת של החוזה בידי המזמין גורעת מזכותו לשכר בעד התקופה שניתן היה לצפות כי תידרש באופן סביר להבטחת רווח סביר על הוצאות והתחייבויות אלה; אולם אין נותן השירותים זכאי לשכר כאמור, אם בעת כריתת החוזה לא ידע המזמין ולא היה עליו לדעת שמתן השירותים כרוך בהוצאות או בהתחייבויות כאלה, ואין הוא זכאי לשכר כאמור בגין הוצאות או התחייבויות בלתי-סבירות.

כלל מסורבל זה עדיין איננו שלם, משום שהדעת נותנת כי יש להפחית משכרו של נותן השירותים את מה שחסך עקב אי-הצורך להמשיך ולספק את השירותים. לכן העדיפנו לקבוע הגבלה על עצם הכוח להפסיק את קיום החוזה לפני תום התקופה המזערית שבה עשוי נותן השירותים לקבל החזר על ההשקעה. למעשה, אין כמעט הבדל בין שתי הדרכים מבחינת תוצאותיהן, משום שהסיכוי לאכוף את המשך קיומו של חוזה למתן שירותים מקצועיים כמעט שאינו קיים. בין משום שמדובר בשירות אישי, בין משום שהפיקוח הנדרש על חוזה השתדלות כזה הוא עצום ובין משום שאין זה צורך לאכוף יחסים כאלה לאחר התמוטטותם¹⁵² – תרופתו של נותן השירותים תהיה פיצויים. לפי דיני הפיצויים הכלליים, יחויב המזמין בתשלום שכרו של נותן השירותים בתקופה המזערית הנזכרת לעיל, בניכוי ההוצאות שנחסכו עקב אי-מתן השירותים בתקופה זו.

151 ראו ע"א 442/85 זוהר נ' מעבדות טרבנול, פ"ד מד(3) 661; ע"א 355/89 עיזבון חינואוי נ' מבשלת שיכר לאומית, פ"ד מו(2) 70. בית-המשפט ניסה, והצליח, להגן על הציפייה של הסוכן לקיום החוזה במשך פרק-זמן מינימלי באמצעות "מתיחה" של החובה להודיע על הפסקת החוזה זמן סביר מראש (הכלל המצוי בסעיף 12(א) להצעה שלנו); אולם כפי שהצביע בצדק דריטש, לאמיתו של דבר מדובר בשתי הגבלות נבדלות על כוח ההפסקה של המזמין, שתכליתיהן שונות ואמות-המידה להפעלתן שונות, ולכן אין לערבב ביניהן. ראו מ' דריטש "על 'גנים' משפטיים והתחרות דינים: לסוגיית היחס בין דיני חוזים לדיני עשיית עושר" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 573-570.

152 ראו הסייגים לאכיפה בסעיף 3 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970.

בקביעת התקופה המזערית שבה אסור להפסיק את החוזה יש להתחשב רק בהוצאות או בהתחייבויות סבירות של נותן השירותים. כמרכז, יש להתחשב רק בהוצאות או בהתחייבויות שהמזמין ידע או היה עליו לדעת עליהן בעת כריתת החוזה. עקרונית, זהו המועד שבו עורך המזמין את חישוביו וצריך לשקול את המשמעות של ההגבלה על פרישתו המוקדמת מהחוזה. הניסוח "ראה או היה עליו לראות", ולא "ידע או היה עליו לדעת", נובע מהמחשבה שבדרך-כלל יהיה מדובר בהוצאות שהוצאו אחרי כריתת החוזה, ובחקיקה האזרחית צפיית העתיד מכונה "ראייה".

הניסוח "התקופה המזערית שבעת כריתת החוזה ניתן היה לצפות כי תידרש להבטחת רווח סביר" מיועד להשיב על הטענה הבאה. נותן השירותים מתקשר בחוזה כדי להרוויח ממנו, אולם איש אינו ערב לו שאכן יהיה זה חוזה רווחי. ייתכן שהחוזה יצמיח לו דווקא הפסדים. לנותן השירותים אין ציפייה מוגנת להרוויח מהחוזה, אולם יש לו ציפייה מוגנת שלא להפסיד עקב הפסקה מוקדמת מדי של החוזה בידי המזמין. לכן מתייחס הסעיף למה שניתן היה לצפות בעניין הרווחים במועד הכריתה, ולא לרווחים שניתן או לא ניתן היה להפיק בפועל אלמלא הופסק החוזה מוקדם מדי.

סעיף 13: תחולה

הוראה סטנדרטית זו איננה דרושה במסגרת הקודיפיקציה.

סעיף 14: תחילה והוראת מעבר

הוראה סטנדרטית זו איננה דרושה במסגרת הקודיפיקציה.

ו. סיכום

הניסיון לקבוע בהוראות הספורות של חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974, הוראות-השלמה למגוון העצום של חוזי מלאכה ושירות לא עלה יפה. במישור החקיקתי ניתן כמעט לדבר על פער בהתייחסות לחוזים אלה, שחשיבותם הכלכלית והחברתית הולכת וגוברת. החלפת ההסדר הקיים בהסדר המבוסס על ההבחנה בין חוזי מלאכה, שבמרכזם עומדים חיובי תוצאה של הקבלן, ובין חוזי שירותים, שבמרכזם עומדים חיובי השתדלות של נותן השירותים, תמלא פער זה, ככל שהדבר ניתן בחקיקה שרמת ההכללה וההפשטה שלה עדיין גבוהות למדי. מאחר שבתחום זה החקיקה

משפטים כ"ו תשנ"ה

איל זמיר

הקיימת חסרה מאוד, יש לקוות שהליכי החקיקה של ההצעות דלעיל יקודמו מבלי להמתין להשלמת תהליך ההאחדה של החוקים הקיימים לקודקס אזרחי שלם.