

הטלת אחריות על יבואן בגין נזקי רכוש שנגרמו כתוצאה מפגם במוצר מיובא

הערת מערכת – כתב העת "משפטים"

מאת

הדס פירר-אש**

התפתחות השוק הגלובלי מציבה אתגרים שונים לפתחו של המחוקק. בין היתר, תופעת היבוא ההולכת ומתרחבת, מעלה שאלות שונות הנוגעות להיקף האחריות של יבואנים לגבי מוצרים מיובאים, וזאת במיוחד בכל הנוגע ליבואנים שאינם רשמיים. בעוד הטלת האחריות על יבואנים בגין נזקי גוף הנגרמים כתוצאה מפגם במוצר המיובא מוסדרת בחוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ס-1980, הטלת האחריות על יבואנים בגין נזקי רכוש אינה מוסדרת באופן ספציפי, והיא מתאפשרת כיום מכוח עוולת הרשלנות או מכוח דיני החוזים. ברשימה זו, אבקש לבחון כיצד מתמודדים בתי המשפט עם מקרים מסוג זה, ולטעון כי נדרשת החמרה של משטר האחריות הנוהג בנושא. אראה כי צורך זה משתקף בפסיקת בתי המשפט, אשר מגלה חוסר קוהרנטיות בכל הנוגע להטלת אחריות מכוח עוולת הרשלנות, ואציע שני מודלים אפשריים להחמרת אחריות זו. שימוש באחד מהמודלים המוצעים במסגרת רשימה זו, עשוי לסייע בגיבוש משטר האחריות הרצוי ביחס ליבואנים, להסדרת הכללים המשפטיים הדרושים לצורך הגשמתו, ובסופו של יום, ואף לא פחות חשוב מכך, להתפתחות כללי זהירות וסטנדרט התנהגות ראוי מצדם של היבואנים עצמם.

מבוא. א. רקע – פרקטיקה של יבוא מוצרים. ב. הקושי העומד לתובע בתביעה כנגד היצרן. ג. הקושי העומד לתובע בתביעה כנגד היבואן. 1. הקושי בבחינת הסוגיה בראי דיני הניקין. 2. הקושי בבחינת הסוגיה בראי דיני החוזים. 3. המצב הנוהג בפסיקה – סיכום. ד. דיון ביקורתי בדיון הנוהג – לקונה או דין רצוי? 1. שיקולים הנוגעים למיקסום הרווחה החברתית. (א) מניעת נזקים שניוניים או "הנזקים הניתנים למניעה". (ב) פיזור הנזק. (ג) היבואן כמונע נזק זול יותר מהצרכן. (ד) היבואן כבעל יכולת לגלגל את הנזק אל המונע הזול ביותר. (ה) היקף הפעילות (Level of Activity). 2. שיקולי צדק. (א) שיקולי הגינות. (ב) סיכול ציפיות הצרכן. (ג) הגנת הצרכן. ה. **מודלים אפשריים.** 1. המודל הראשון – העברת נטל ההוכחה לכתפי היבואן. 2. המודל השני – הטלת אחריות חמורה על היבואן. 3. המודלים האפשריים – שיקולי מדיניות. (א) שיקולי צדק. (ב) השלכות כלכליות של משטר אחריות חמורה. (ג) עלויות התדיינות. ו. סיכום.

מבוא

בעשורים האחרונים, אנו עדים להיקפו ההולך ומתרחב של המסחר הגלובלי.¹ תופעה זו על שלל יתרונותיה, הכוללים בין היתר את התפתחותו של שוק חופשי, ירידת מחירים עקב הגברת התחרות והתפתחות כלכלית מואצת עבור מדינות רבות, טומנת בחובה גם סיכונים.

* המאמר זכה בפרס על שם חיה ואברהם גרטש למאמר סטודנטיאלי מצטיין לשנת תשפ"א.
** סטודנטית בשנה הרביעית לתואר בוגר למשפטים ולמתמטיקה באוניברסיטה העברית.
ההערה נכתבה במסגרת סמינריון בהנחיית פרופ' אהוד גוטל. תודתי הרבה נתונה לו ולחברי מערכת נא של כתב העת משפטים על הערותיהם המצוינות.
¹ רפעת עזאם המיסוי הבין-לאומי של המסחר האלקטרוני 261-262 (2013).

רבים גורסים כי על מנת להגביר את התחרות יש למעט ברגולציה, ולאפשר יבוא מוצרים במהירות ובקלות, תוך עידוד חיי המסחר המתנהלים באופן טבעי על-ידי כלכלת השוק החופשי.² ואולם קבלת גישה זו מחייבת פיתוח אמצעים להגנה על הצרכן מפני מוצרים שאינם בטוחים דיים לשימוש. ברשימה זו אבקש לבחון את אחד ההיבטים של הגנה זו, והוא מתן פיצויים לנפגע ממוצר מיובא.

בארצות הברית ובחלק ממדינות האיחוד האירופי, נזקי רכוש, לצד נזקי גוף, מקימים אחריות חמורה על יבואנים ויצרנים.³ בישראל, לעומת זאת, נתקבלה העמדה לפיה אחריות חמורה תוטל על יבואנים ויצרנים רק במקרים בהם מדובר בנזקי גוף, וזאת מכוח הוראות חוק האחריות למוצרים פגומים.⁴ זאת, עקב חשש מהשפעתה של הטלת אחריות חמורה על הפעילות העסקית במשק.⁵ ואולם, חוק האחריות למוצרים פגומים נחקק לפני למעלה מ-40 שנה. באופן טבעי, פעילותו העסקית של המשק השתנתה מן הקצה אל הקצה במהלך השנים הללו, וכיום, מיובאים הרבה יותר מוצרים על ידי מגוון רב של יבואנים, קטנים כגדולים.⁶ במסגרת רשימה זו, אבקש להעלות לבחינה מחודשת את הפרקטיקה הנוהגת בכל הנוגע לנזקי רכוש שנוצרו כתוצאה מפגם במוצר מיובא, ולטעון כי קיימת הצדקה להחמרת האחריות המוטלת על יבואנים גם לגבי נזקי רכוש.⁷ בהמשך לכך, אדון בשני מודלים אפשריים להחמרה זו.

תרומתה של רשימה זו עשויה להיות כפולה. ראשית, אבקש להאיר את חוסר הבהירות והעקביות הקיימים כיום בפסיקה הישראלית בכל הנוגע להטלת אחריות על יבואנים בגין נזקי רכוש שנגרמו מפגם במוצר מיובא. אראה כי הפסיקה לוקה בחוסר קוהרנטיות בשני תחומים: במסגרת החלת כלל "הדבר מעיד על עצמו" לגבי נסיבות הייבוא, ובקביעת סטנדרט הזהירות המצופה מיבואן במסגרת עוולת הרשלנות. שנית, אטען כי יש לפתוח לדיון מחודש את שאלת הטלת האחריות לגבי מוצרים פגומים בגין נזקי רכוש. במסגרת כך, אבקש להיבנות מהספרות הענפה העוסקת בהצדקות להטלת אחריות חמורה לגבי מוצרים פגומים, ולהפנות כעת את הזרקור אל עבר שחקן אשר נוטה להדחק לשולי הבמה – היבואן. אבקש לבחון בצורה ביקורתית כיצד הטיעונים הכלכליים הקלאסיים רלוונטיים לשאלת החמרת האחריות המוטלת על יבואנים.

אופן הצגת הדברים יהיה כדלהלן: **בפרק א** אציג את הפרקטיקה הנוהגת לגבי יבוא מוצרים. **בפרק ב** ואדון באפשרות להטלת האחריות בגין נזקים אלו על הכתובת הטבעית לכך – היצרן. בתוך כך, אציג את הקושי במימוש זכות זו, שעה שמקום מושבו של היצרן בחו"ל וניהול הליך נגדו עלול להיות מורכב, יקר וארוך. **בפרק ג** אפנה לדון באפשרות להגשת תביעה לפיצויים כנגד היבואן. במסגרת

² ראו: הוועדה להגברת התחרות והסרת חסמים בתחום הייבוא **דו"ח הוועדה** (2014). הוועדה מונתה על ידי הקבינט ליוקר המחיה לשם בחינת הגורמים לפערי יוקר המחיה בין מדינת ישראל למדינות ה-OECD. המסקנה המרכזית של הוועדה הייתה כי יש להפחית את הנטל הרגולטורי והעומס הבירוקרטי שמציבה הממשלה על יבוא מוצרים.

³ Lauren Sterrett, *Product Liability: Advancements in European Union Product Liability Law and a* Guido Alpa, ; *Comparison between the EU and U.S. Regime*, 23 MICH. ST. INT'L L. REV. 885, 887 (2015) *Manufacturer, Importer and Supplier Liability in Italy before and after the Implementation of the E.E.C. RESTATEMENT, THIRD*, ; *Directive on Damages for Defective Products*, 6 TUL. CIV. L. F. 233, 236 (1992) COUNCIL DIRECTIVE ON THE APPROXIMATION OF ; ("להלן: "הריסטייטמנט השלישי"); THE LAWS, REGULATIONS AND ADMINISTRATIVE PROVISIONS OF THE MEMBER STATES CONCERNING LIABILITY FOR DEFECTIVE PRODUCTS, 85/374/EEC (1985). באיחוד האירופי המצב איננו אחיד, וישנן מדינות שלא יישמו את הדירקטיבה ולא החילו אחריות חמורה בתביעות בגין מוצרים פגומים.

⁴ ראו ס' 2 לחוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ס-1980.

⁵ מבוא להצעת חוק אחריות למוצרים פגומים, התשל"ט-1978.

⁶ "יבוא הסחורות לפי ייעודים – כמויות – עדכון אחרון: 4/6/2020" אתר בנק ישראל <https://www.boi.org.il/he/DataAndStatistics/Pages/MainPage.aspx?Level=2&Sid=25&SubjectType=2>.

⁷ סוגיית הטלת האחריות על יצרן לגבי נזקי רכוש לא תידון באופן מפורט, ומטרת הדיון היא להאיר את השיקולים הייחודיים הרלוונטיים בנוגע ליבואנים והנובעת ממאפייניהם המובחנים. עם זאת, כמובן שהסדרה משפטית כוללת של הסוגייה דורשת התייחסות מעמיקה גם לשאלת הטלת האחריות על ליצרנים. ראו דיון על כך בפרק המודלים האפשריים, להלן בעמ' 24.

כך, אטען כי גם דרך זו איננה חפה מקשיים, ואדגים את דבריי בעזרת דיון ביקורתי בפסיקת הערכאות הדיוניות. אראה כי פסיקתן של הערכאות הדיוניות בשאלת הטלת נזקים אלו על היבואן מכוח דיני הנזיקין מעלה קשיים ואיננה אחידה, וכי גם שימוש בדיני החוזים אינו מהווה מענה מספק לסוגיה במקרים רבים, מסיבות שונות שידונו להלן. אטען כי חוסר הקוהרנטיות השורר בפסיקה, בשילוב עם השינוי שחל במאפייני תופעת היבוא, מחייב בחינה מחודשת והסדרה כוללת של סוגיית הטלת האחריות על יבואנים. **בפרק ד** אטען כי ראוי שהסדרה זו תכלול החמרה של משטר האחריות הנזיקי הנוהג, תוך דיון במספר שיקולים התומכים בהחמרה זו. **בפרק ה** אציע שני מודלים אפשריים להחמרת משטר האחריות ואדון בהם. **פרק ו** יסכם את הרשימה.

א. רקע – פרקטיקה של יבוא מוצרים

עם התפתחות השוק הגלובלי, הולכת ומתרחבת תופעת ייבוא המוצרים ממדינות זרות. נוסף על פעולתם של יבואנים המשמשים כנציגות ישראלית של היצרן הזר, הרי שכיום גורמים רבים מייבאים מוצרים באופן עצמאי, בלא שהם מהווים נציגות רשמית של היצרן בארץ.⁸

המוצרים המיובאים עוברים בדיקה בהגיעם לארץ, ונבחנת התאמתם לתו התקן הרלוונטי שקבע מכון התקנים. סעיף 2א לחוק התקנים קובע כי "**מטרת המכון היא תקינה והבטחת רמה נאותה של טיב המצרכים, אם בקביעת תקנים ואם בדרך אחרת**".⁹ סעיף 8 לחוק קובע את סמכותו של שר הכלכלה והתעשייה להכריז על תקן ישראלי רשמי של סוג מצרכים מסוים, וסעיף 9(א)(1) לחוק קובע איסור על ייבוא ומכירה של מצרך שאיננו מתאים לדרישות התקן.¹⁰

ואולם, קבלת תו תקן איננה מותנית בבדיקה של כל פרט מיובא. נהלי מכון התקנים מאפשרים, למשל, ליבואנים לקבל אישור אוטומטי ליבוא מוצר שניתן בעניינו אישור ליבואן אחר בכפוף לתשלום ליבואן הראשון.¹¹ גם כאשר נבדקים המוצרים של יבואן מסוים, הבדיקה הינה מדגמית בלבד.¹² אם כן, החובה המוטלת על יבואן לקבל תו תקן, איננה מונעת בהכרח את ייבואם של מוצרים פגומים אל השוק הישראלי. מטרתה, כאמור, היא לבחון האם אב הטיפוס של המוצר עומד בתקנים הרלוונטיים, אולם היא איננה מתיימרת לגלות פגמים בכל אחד מהמוצרים המיובאים. על כן, גם במקרה שיבואן עמד בחובות המוטלות עליו מכוח דיני התקנים, לא מן הנמנע שפריט פגום או סדרת מוצרים פגומים ייובאו לשוק הישראלי, ובהמשך – יגרמו לנזקי רכוש לא מבוטלים.

ניתן לומר כי נזקי רכוש הנגרמים מפגם במוצר נחלקים ככלל לשני מעגלים. במעגל הראשון, מצויים נזקים שמקורם באובדן המוצר עצמו, או באובדן תכונות מסוימות בו. ברוב המקרים, פתרון מספק לכך מצוי בדיני המכר.¹³ במעגל השני, מצויה שורה של נזקים עקיפים העלולים להיגרם כתוצאה מהפגם במוצר. כך למשל, שרפה שמקורה בהתלקחות מכשיר חשמלי פגום, גורמת לאבדן המכשיר עצמו אך גם לנזק למבנה ולרכוש, ואף לנזקים המתבטאים בדמי שכירות חלופיים בתקופת השיפוצים. בדומה, שימוש במוצרי בניה מיובאים בעלי פגם נסתר, כגון אריחי קרמיקה פגומים, יחייב במקרים רבים עבודות הריסה נרחבות, תוך השקעת משאבים רבים החורגים משמעותית מעלות המוצר הפגום עצמו. ברשימה זו אתמקד בנזקי רכוש מהמעגל השני. דהיינו, נזקים החורגים

⁸ להרחבה ראו: דו"ח הוועדה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 28–32.

⁹ סעיף 2א לחוק התקנים, התשי"ג-1953.

¹⁰ או להוראה אחרת שנקבעה באכרזה שבה הוכרז התקן כתקן הרשמי.

¹¹ ראו את העדויות בת"א (מחוזי ת"א) 2156-07 א.י.א.מ. יצרני מיזוג אויר בע"מ נ' ניצן (פורסם בנבו, 06.10.2015).

¹² ראו למשל ת"א (שלום ת"א) 25119/08 א.י.א.מ. ישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' י.שלום בע"מ 11 (פורסם בנבו, 07.01.2013).

¹³ ראו הרחבה להלן בסעיף 2 בפרק ה.

משווי המוצר עצמו. השאלה שבמרכז הדיון היא, האם ובאיזה אופן ראוי להטיל על היבואן אחריות בגין נזקים אלו.

בנוסף לחלוקה המוצעת לעיל, ניתן לסווג פגמים במוצרים לשני סוגים: פגמים בייצור ופגמים בתכנון. לעיתים מקובל להכיר בסוג שלישי של פגמים, והוא פגמים שמקורם בהיעדר אזהרות או הוראות טיפול או שימוש מתאימות.¹⁴ הדיון שלהלן יתמקד בסוג הראשון של הפגמים, והוא פגמים שמקורם בייצור המוצר.¹⁵

ב. הקושי העומד לתובע בתביעה כנגד היצרן

האחראי הטבעי לנזקים במקרה של פגם במוצר, הוא יצרן המוצר. הוכחת רשלנות כנגד היצרן פשוטה יחסית, בין היתר משום שפעמים רבות ניתן להשתמש בכלל "הדבר מעיד על עצמו" הקבוע בסעיף 41 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: "הפקודה"), כך שנטל השכנוע להיעדר התרשלות יוטל על היצרן. הכלל דורש את התקיימותם של שלושה תנאים מצטברים: התובע אינו יכול לדעת מהן הנסיבות שגרמו לנזק; הנזק נגרם על ידי נכס שהיה בשליטה מלאה של הנתבע; בית המשפט השתכנע כי סביר יותר שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר שנקט זהירות סבירה.¹⁶

אשר לתנאי הראשון, פעמים רבות לתובע שרכש את המוצר, אכן אין יכולת להבין מהן הנסיבות שגרמו לנזק, בין היתר משום שהמוצר עצמו ניזוק והושמד במהלך התרחשות הנזק. אשר לתנאי השני – תנאי השליטה – לכאורה קיים קושי להכיר בשליטה בלעדית של היצרן במוצר, שעה שזה האחרון יצא מחזקתו ועבר לרשות הקונה, ולרוב אף עבר לידי של היבואן בדרך.¹⁷ ואולם, הפסיקה הרחיבה וקבעה בהלכת **ישראלפוט** תנאי שליטה גמיש יותר המאפשר במקרים רבים לראות את היצרן כבעל שליטה מלאה בנכס אף לאחר מכירתו ומסירתו לידי הקונה.¹⁸ הלכה זו קבעה כי אין צורך בשליטה רצופה ובלעדית בנכס, אלא יש לעשות שימוש ב"מבחן ענייני-מעשי, הבוחן אם זיקתו המיוחדת של הנתבע לנכס המזיק מעידה לכאורה על היותו בעל היכולת הטובה ביותר למנוע את התרחשות התאונה".¹⁹ הלכה זו מאפשרת להכיר ביצרן כבעל השליטה במוצר, משום שפנימיותו של המוצר נמצאת בשליטתו הבלעדית, ואין לקונה בדרך כלל גישה אליה, אף לאחר הרכישה.²⁰ אשר

¹⁴ לצורך דיונו של שלחן, אתייחס לסוג הפגמים הללו כפגמים בייצור כאשר אב הטיפול של המוצר כלל אזהרות מתאימות, או כפגמים בתכנון כאשר אב הטיפול עצמו לא כלל הוראות מתאימות. זאת בדומה לשיטתו של גלעד, אשר אינו סובר כי יש צורך בהתייחסות נפרדת לפגמים שמקורם בהיעדר הוראות מתאימות. ראו: ישראל גלעד "אחריות חמורה למוצרים: חוק האחריות למוצרים פגומים תש"ס – 1980" **מחקרי משפט** ח 179, 200–201 (1990) (להלן: "גלעד 1990").

¹⁵ הדיון בפגמים בתכנון שונה במהותו ועל כן לא אדון בו במסגרת זו. להרחבה בדבר הקושי הטמון בהטלת אחריות חמורה לגבי פגמים בתכנון ראו לדוגמה: James A. Henderson, Jr., *Judicial Review of Manufacturers' Conscious Design Choices: The Limits of Adjudication*, 73 COLUM. L. REV. 1531 (1973).

¹⁶ ראו סעיף 41 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]: "בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה כי לתובע לא היתה ידיעה או לא היתה לו יכולת לדעת מה היו למעשה הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק, וכי הנזק נגרם על ידי נכס שלנתבע היתה שליטה מלאה עליו, ונראה לבית המשפט שאירוע המקרה שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה – על הנתבע הראיה שלא היתה לגבי המקרה שהביא לידי הנזק התרשלות שיחוב עליה".

¹⁷ ראו למשל: ע"א 166/88 **פניציה בע"מ נ. עמר** פ"ד מה(2) 457, 472 (1991).
¹⁸ ראו ע"א 241/89 **ישראלפוט (שרותים) תשל"ג בע"מ נ. רחל הינדלי**, פ"ד מט(1) 45, פסקאות 6–10 לפסק דינו של השופט מצא (1995).

¹⁹ שם, בפסקה 9 לפסק דינו של השופט מצא. במסגרת כך, בין היתר, תיבחן השאלה האם הייתה אפשרות להתערבות של גורם חיצוני שבעטייה נגרמה התאונה על פי מאזן הסתברויות. אפשרות כזו, תשלול ראייה של היצרן כבעל השליטה. לגישה הפוכה המתבססת על דין מוקדם יותר ראו דניאל מור "אחריות יצרנים בנזיקין למוצרים פגומים (המשך)" **עיוני משפט** ח 582, 591–595 (1977) (להלן: "מור ב").

²⁰ ראו ישראל גלעד, **דיני נזיקין – גבולות האחריות** 1262 (2012) (להלן: "גלעד 2012"). ליישום הלכה זו לשם הטלת אחריות על יצרן בגין נזקי רכוש כתוצאה מפגם במוצר באמצעות כלל הדבר מעיד על עצמו ראו לדוגמה: בר"ע (מחוזי ת"א) 2011/01 **גולן ווסט ליין בע"מ נ. לוי**, פ"ד תשס"ב (2) 901 (2001); ת"א (שלום הר"י) 1088/00 **דולב חב' לביטוח בע"מ נ. סלקום חב' סולרית בע"מ** (פורסם בנבו, 22.03.2005); ת"א (שלום רמ') 39327-02-13 **הכשרה חברה לביטוח בע"מ נ. אלקטרה מוצרי צריכה** (1970) **בע"מ** (פורסם בנבו, 15.12.2016).

לתנאי השלישי, על התובע להציג ראיות התומכות באפשרות שהנתבע התרשל. במקרה בו אין חולק כי המוצר הפגום הוא שגרם לנזק, נראה שלא ייקשה על התובע להצביע על הסבירות בכך שהנתבע-היצרן התרשל בייצורו.²¹

גם אם התנאים לקיומו של כלל העברת הנטל לא מתקיימים, או שלא נעשה ניסיון להיבנות מכלל זה, לעיתים קובעות הערכאות הדיוניות כי עצם העובדה שהיה פגם במוצר די בה כדי להוכיח ישירות את התרשלות היצרן ללא צורך מפורש בכלל העברת הנטל (להלן: "התרשלות ישירה").²²

ואולם, במקרים בהם מקום מושבו של היצרן הוא בחו"ל, הקושי שבהגשת תביעה כנגדו טמון דווקא במישור הפרקטי. במקרים בהם הצרכן אינו מבוסס, יידרש הוא לנהל את תביעתו בעצמו כנגד נתבע המצוי במדינה זרה. לנוכח הצורך ההולך וגובר בשנים האחרונות לאפשר תביעות מסוג זה, מאפשרות תקנות סדר הדין האזרחי החדשות שנכנסו לאחריה לתוקף,²³ היתר המצאה לחו"ל במקרה בו "התובענה מבוססת על נזק שנגרם לתובע בישראל ממוצר, משירות או מהתנהגות של הנתבע, ובלבד שהנתבע יכול היה לצפות שהנזק ייגרם בישראל וכן ושהנתבע, או אדם קשור לו, עוסק בסחר בין-לאומי או במתן שירותים בין-לאומיים בהיקף משמעותי".²⁴ תקנה זו, ככל שתיכנס לתוקף, אכן צועדת צעד משמעותי בנושא הסדרת משולש היחסים הבינלאומיים בין היצרן, היבואן והצרכן, אולם הסדרה זו טרם הושלמה, כפי שיבואר להלן.

גם בהתחשב בתקנה החדשה, קיימים קשיים העומדים בפני הצרכן-הנתבע בבואו לתבוע פיצויים מהיצרן בשל הנזקים שנגרמו כתוצאה מפגם במוצר. תביעה כזו עשויה להיות בעייתית עבור צד שעלול להידרש להתדיין בפורום זר,²⁵ או לעמוד בפני קושי להוכיח שהיצרן התרשל, משום שתהליך הייצור נעשה במדינה זרה, דבר המקשה על איסוף הוכחות ועדים. בעיה משמעותית נוספת היא הקושי לאכוף את פסק הדין.²⁶ קושי זה נובע מהמורכבות של קיום הליכים בין מדינות, ומהצורך לקיים הליך נוסף של אכיפת פסק הדין במדינה הזרה.²⁷ בהתחשב במורכבות ההליך, תביעה שכזו עשויה לגרור עלויות כבדות, זמניות או קבועות,²⁸ ולארוך זמן רב.²⁹

²¹ קיימות מספר דרכים לפרש את התנאי, אולם דיון זה איננו רלוונטי באופן ייחודי לשאלת הטלת האחריות על יבואנים, שעוסקת בעיקר בתנאי השליטה. להרחבה אודות השיטות השונות ולבחינה ביקורתית שלהן ראו גיא שני, "כלל הדבר מעיד על עצמו" בדיני הנזיקין - בחינה מחודשת "משפטים" לה 81 (2005) (להלן: "שני 2005").
²² ע"א (מחוזי י-ם) 55/62 חב' "תיל-און תלאביב ואח' נ' פולק, פ"מ לד 385, 289 (1962); ת"א (מחוזי חיפה) 940/64 איזיק ינקו ואח' נ' תרמאוויל בע"מ, פ"מ נ 90, 93-94 (1966). לעיתים בית-המשפט מסיק אפילו את קיומו של הפגם מהנסיבות. לדוגמה כזו ראו ת"א (מחוזי חיפה) 587/64 ינקו ישעיהו נ' "עגור" בע"מ, פ"מ סב 228, פס' 9 (1968). לביקורת על גישה זו ראו מור ב', לעיל ה"ש 19, בעמ' 596; יצחק אנגלרד "הוכחה נסיבתית של רשלנות" הפרקליט כב 301, 303-304 (1962).

²³ התקנות נכנסו לתוקפן ביום ה-1.1.2021.

²⁴ ת' 166 (5) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018. התקנות צפויות להיכנס לתוקף בחודש בספטמבר 2020.
²⁵ גם לאחר תיקון התקנות, עשוי הנתבע לטעון כי הפורום הנאות לדיון בשאלה זו הוא הפורום הזר על פי דוקטרינת הפורום הבלתי נאות. ראו: מיכאל קרייני "שיקולי הפורום הנאות: מסעם אל תום האלף השני ומעבר לו: הרהורים ומחשבות בעקבות פסק-דין הגבס א' סיני (1989) בע"מ נ' The Lockformer Co." מחקרי משפט יט 67, 68 (2002). זאת במיוחד בהתחשב בכך שפעמים רבות כלל ההוכחות והעדים נמצאים בפורום הזר, ובקושי לאכוף את פסק הדין אם יינתן בישראל. ליישום של השיקולים הללו בקביעה האם הפורום הנאות הוא הישראלי ראו: ע"א 2705/91 רג'אח סאלם אבו-ג'חלה נ' חברת החשמל מזרח ירושלים בע"מ, פ"ד מח(1) 554, פס' 7 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1993). לגישה לפיה בעידן הטכנולוגיה אין לתת משקל רב לשיקולים אלו ראו רע"א 2705/97 הגבס א' סיני (1989) בע"מ נ' The Lockformer Co., פ"ד נב(1) 109, פס' 5 לפסק דינו של השופט אור (1998).

²⁶ ראו למשל: איריס קנאור "המשפט הישראלי בצל הגלובליזציה: בית-המשפט העליון של ישראל כשותף ביצירת קהילת בתי-משפט טראנס-לאומית" מחקרי משפט כג 223, 251-252 (2006).

²⁷ להרחבה בדבר ההסכמים והאמנות השונות המאפשרות לבצע הליך כזה ראו: הדס פלד "מעמדה של דרישת ההדדיות על פי חוק אכיפת פסקי חוץ הארת דין בעקבות ע"א רייטמן נ' Jiangsu Overseas Group Co. Ltd. 15/7884" הארת דין יב 22, 24-22 (2018).

²⁸ פעמים רבות ההוצאות שנפסקות לתובע אינן מכסות בפועל את הוצאות המשפט. בחלק מסוגי ההליכים, הנטיה להפחתת סכום ההוצאות נצפתה במיוחד בהליכים ארוכים ומרובי שלבים. ראו קרן וינשל ויפעת טרבלוס "פסיקת הוצאות משפט בהליכים אזרחיים" משפטים מו 763, 804-810 (2018).

²⁹ ראו למשל רע"א 11119/05 Invensys Powerware Limited נ' אריה חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 25.04.2006), המתארת את השתלשלות האירועים בבקשה לקבלת היתר המצאה לחו"ל כנגד יצרן בשל פגם במוצר

משמעות הדברים היא, כי בחלק ניכר מהמקרים, יותר הצרכן מראש על ההרפתקה היקרה והבלתי וודאית ויאלץ לספוג את נזקיו. גם אם יבחר לתבוע את היצרן, קבלת הפיצויים תלויה בעלויות אדמיניסטרטיביות גבוהות בשל הצורך כאמור בהתדיינות עם הנתבע שמקום מושבו מחוץ לארץ ובאכיפת פסק הדין נגדו, ולצד זאת, בעלויות עקיפות הנובעות מפרק הזמן שבין קרות הנזק לבין מועד קבלת הפיצויים.

ג. הקושי העומד לתובע בתביעה כנגד היבואן

שעה שעלותה של תביעה כנגד היצרן גבוהה ומורכבת, וקבלת הפיצויים עשויה לארוך זמן רב, לעיתים יעדיף תובע לתבוע את היבואן הישראלי. כאשר מדובר בנזקי גוף, מטיל כאמור חוק האחריות למוצרים פגומים אחריות חמורה על היבואן (לצד היצרן) בנוגע לנזק שנגרם כתוצאה מפגם במוצר.³⁰ עם זאת, החוק מגביל עצמו לנזקים אלו, ואיננו עוסק בנזקים שאינם גופניים.

כיום, אפשרותו של הנפגע לקבל פיצויים מהיבואן בגין נזקי רכוש מכוח דיני הנזיקין מבוססת ככלל על יסוד עוולת הרשלנות.³¹ ואולם, בניגוד למתואר לעיל, נראה שהוכחת רשלנותו של יבואן קשה יותר מהוכחת רשלנותו של יצרן. הוכחת התרשלנות עלולה להיתקל בקושי, שכן הרף הנדרש מיבואן סביר בבדיקת מוצריו המיובאים עשוי להימצא נמוך מזה הנדרש מיצרן המייצר את המוצר בעצמו.³² כך, עצם הימצאותו של פגם במוצר, אינה מעידה בהכרח על התרשלנות היבואן.³³ הקונה, אשר אין לו ידע לגבי הפעולות שנקט היבואן לשם וידוא בטיחותם של המוצרים, עלול להתקשות להוכיח כי היבואן לא נהג כיבואן סביר, במיוחד בהתחשב בכך שהעדים הרלוונטיים להוכחת ההתרשלנות לרוב מועסקים אצל היבואן. לבסוף, לעיתים לא ניתן לייחס רשלנות ליבואן על אף שייבא מוצר פגום, משום שאכן פעל כיבואן סביר. במקרים אלה, לא יהיה הקונה זכאי לתרופה מהיבואן תחת הדין הקיים. בהמשך הדברים אטען כי גם השימוש בכלל "הדבר מעיד על עצמו" בסעיף 41 לפקודת הנזיקין איננו מקל בצורה משמעותית על הניזוק, וזאת בשל הקושי להוכיח את רכיבי החזקה השונים.

אפשרות נוספת שעומדת בפני הניזוק היא לתבוע את מוכר המוצר מכוח דיני החוזים. מוכר זה יכול להיות היבואן עצמו, או ספק שמהווה גורם מתווך בין היבואן לקונה. במצבים כאלה, כאשר מדובר במוצר פגום עד כדי אי-התאמה למוצר המוסכם,³⁴ זכאי הקונה לתרופה מכוח חוק המכר הכוללת ניכוי סכום הפחת של שווי הממכר עקב אי-התאמה מהסכום שהוסכם בין הצדדים (שחזור השקילות החוזית).³⁵ אולם, חוק המכר כשלעצמו איננו מעניק לקונה פיצויים החורגים משווי

מיובא. שאלת ההמצאה לחו"ל כנגד היצרן נידונה במשך כשנה וחצי. יתכן כמובן שההליך יתקצר עם כניסתו לתוקף של תקנות סדר הדין האזרחי החדשות, אולם גם במסגרת התקנות החדשות נדרשים הליכים שונים לשם היתר המצאה המאריכים את זמן ההמתנה לקבלת הפיצויים ואת עלויות ההתדיינות.

³⁰ ראו ס' 1 ו-2 לחוק האחריות למוצרים פגומים, לעיל ה"ש 4.

³¹ לא אתייחס ברשימה זו למקרים בהם היבואן הפר את חובותיו החוקיות כגון במקרים בהם יבא מוצר בניגוד לתקן, או שהפר הוראה מדיני הגנת הצרכן וכיוצ"ב, אז עשויים לעמוד לצרכן סעדים מכוח עוולת נוספות כגון עוולת הפרת חובה חקוקה.

³² המונח "סבירות" ברשימה זו, מתייחס לסבירות כפי שהיא נקבעת על ידי נוסחת הנד. דהיינו, יבואן איננו פועל כיבואן סביר כאשר תוחלת הנזק גבוהה מעלות אמצעי הבטיחות שהיה ביכולתו לנקוט. הנוסחה פותחה על ידי השופט Learned Hand ב-169 (1947) 159 F.2d 169. United States v. Carroll Towing Co., 159 F.2d 169 (1947). לניצנים לאימוץ נוסחת הנד במשפט הישראלי ראו: ע"א 343/74 גרובנר נ' עיריית חיפה, פ"ד (1) 141 (1975).

³³ ראו למשל תא"מ (שלום חי) 3545-02-14 הראל חברה לביטוח בע"מ נ' יוסף חיים (יבוא ושיווק) בע"מ 6 (פורסם בנבו, 18.02.2016).

³⁴ סעיף 11 לחוק המכר, התשכ"ח-1968 קובע אי-התאמה, בין היתר, כאשר מדובר בנכס שאין בו האיכות או התכונות הדרושות לשימושו הרגיל או כאשר מדובר בנכס שאינו מתאים לדגם או לדוגמה שהוצגו לקונה.

³⁵ שם, בסעיף 28. לדיון בסעד זה כתרופה המיועדת לשחזור השקילות החוזית ראו איל זמיר "תרופות בשל הפרת חוזה: פיצויי ציפייה, פיצויי הסתמכות, השבת התעשרות ושחזור השקילות החוזית (בעקבות ע"א 1632/98 ארבוס נ' אברהם רובינשטיין ושות' - חברה קבלנית, פ"ד נה(3) 913) "משפטים לד 91, 143-145 (2004).

הממכר. מסלול נוסף בו יכול הקונה לצעוד הוא תביעה בגין הפרת חוזה כנגד היבואן-המוכר,³⁶ בטענה כי זה האחרון הפר את החוזה כלפיו בכך שמכר לו מוצר פגום, ולכן עליו לפצות אותו בגין כלל הנזקים שנגרמו לו עקב ההפרה ותוצאותיה, לרבות נזקי רכוש עקיפים.³⁷ בהמשך הדברים אראה כי השימוש בדיני החוזים איננו חף מבעיות, ואטען כי לא ניתן להסתפק בו לשם הסדרת אחריותם המשפטית של יבואנים.

אבקש כעת, להדגים קושי זה העומד בפני הצרכן, תוך דיון בפסיקת הערכאות הדיוניות. אראה כי הקושי העומד בפני צרכנים-ניזוקים אכן משתקף בפסיקת בתי המשפט, וכי במקרים בהם הוטלה על יבואן אחריות לנזקי רכוש שנגרמו כתוצאה מפגם במוצר המיובא, מתעוררים קשיים משפטיים חמורים. הניסיונות אותם נוקטים בתי המשפט במטרה למצוא מקור להטלת אחריות על היבואן ולא להותיר את הצרכן-הניזוק מחוסר הגנה, עשויה ללמד על קושי אמיתי הטעון הסדרה. בכך, חלק זה מהווה בסיס לדיון שאערוך בהמשך, ובו אנסה לבסס את הטענה לפיה מצב משפטי זה, אשר איננו מאפשר לצרכן, במקרים רבים, לתבוע את היבואן, איננו רצוי.

בעשרות השנים האחרונות, שבה ועלתה בפסיקת בתי המשפט שאלת הטלת אחריות על יבואן לנזקי רכוש. ייחודיותה של סוגיה זו בכך שהיא מערבת דיני חוזים ודיני נזיקין גם יחד, ועל כן בתי המשפט התמודדו איתה במגוון דרכים. מטרתו העיקרית של חלק זה היא להציג כיצד מתבטא הקושי העומד בפני צרכנים-ניזוקים, בבואם לקבל שיפוי לנזקיהם. הדיון שלהלן יתחלק לשני חלקים. בחלק הראשון אראה כיצד הקושי העומד בפני ניזוקים בא לידי ביטוי בדיני הנזיקין, כפי שעולה מהפסיקה. בחלק השני, אראה כי גם השימוש בדיני החוזים שנעשה בפסיקה איננו מספק פתרון שלם לקושי זה.

1. הקושי בבחינת הסוגיה בראי דיני הנזיקין

לנוכח הקושי בהוכחת התרשלות ישירה של היבואן, שעה אין בידי הניזוק מידע אודות הליכי היבוא, אחת הדרכים המרכזיות להוכחת רשלנותו של היבואן היא באמצעות שימוש בסעיף 41 לפקודה. סעיף זה קובע כזכור, כי בהתקיים שלושה תנאים, עובר נטל ההוכחה לכתפיו של הנתבע, להוכיח כי לא התרשל. כאמור, התנאים המנויים בסעיף 41 לפקודה הם אלו: אין לתובע יכולת לדעת מהן הנסיבות שהובילו לנזק; הנזק נגרם על-ידי נכס שלנתבע היתה שליטה מלאה עליו; ונראה לבית-המשפט שאירוע המקרה שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה.

בכל הנוגע לרשלנות יבואן, התנאי הראשון ככל הנראה יתקיים ללא קושי, משום שבדרך כלל אין ביכולתו של התובע לדעת מהן הנסיבות שהובילו לנזק: האם מדובר בפגם ביצור, בנזק שקרה במהלך היבוא, או לאחר מכן. אשר לתנאי השני – תנאי השליטה – נראה כי פה טמון קושי, שכן בעת קרות הנזק, הנכס היה בשליטת התובע, ולא בשליטת היבואן. כאמור לעיל, הפסיקה הרחיבה אמנם את הגדרת השליטה בהלכת **ישראלפוט**, וקבעה כי מבחן השליטה הוא מהותי ולא טכני,

³⁶ יצוין כי במקרים רבים קיימים עוד גורמים בשרשרת המכר מהם יכול הניזוק לתבוע פיצויים בגין רשלנות, הפרת חוזה או הפרת חובה חקוקה אולם על מנת לפשט את המודל בחרתי לבחון ברשימה זו שרשרת מכר הכוללת יצרן, יבואן וקונה. זאת משום שגם מודל מורכב יותר הכולל מספר רב יותר של גורמים, כולל בתוכו שרשרת של יצרן, יבואן וקונה, כאשר הקונה הוא המשווק המגלגל הלאה את המוצר. במקרה זה ניתן להתייחס לנזקים שנגרמו למשווק כתוצאה מהצורך לפצות קונים כנזקי רכוש שנוצרו כתוצאה מפגם במוצר המיובא. להתייחסות לגבי המשמעויות של קיומה של שרשרת מכר ארוכה יותר ראו את הטקסט בסמוך לה"ש 63. לדעה אחרת לפיה אין זה מוצדק להטיל אחריות בגין נזקים שנגרמו לקונה כתוצאה מפגם במוצר על משווק המוצר שאיננו יבואן ראו: ת"א (שלום חי) 7047/04 **אריה חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' רשתות שיווק- מוצרי צריכה בע"מ** 6–7 (פורסם בנבו, 12.12.2007).

³⁷ זאת מכוח ס' 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970.

ובוחן מי הגורם בעל היכולת הטובה ביותר למנוע את התאונה,³⁸ אולם דומה כי גם על-פי הלכה זו, היבואן לא יחשב בעל השליטה, משום שהיצרן הוא זה שנמצא בעמדה הטובה ביותר למנוע את הנזק ובעל זיקה חזקה יותר אליו.

גם התנאי השלישי אינו קל להוכחה, שכן גם אם מתגלה פגם במוצר, אין הדבר מוביל בהכרח לכך שאירוע המקרה מתיישב יותר עם המסקנה שהיבואן התרשל, ויהיה צורך אפוא בהבאת ראיות לשם כך. גישתו של התובע לראיות כאלה, כאמור, מוגבלת.³⁹ פרק זה סוקר פסקי דין שניתנו בערכאות הדיוניות, ומעלה שני קשיים עיקריים העולים מהם: הראשון נוגע ליישום תנאי השליטה במסגרת כלל "הדבר מעיד על עצמו", והשני נוגע לקביעת סטנדרט הזהירות המצופה מיבואן סביר, זאת הן במסגרת סעיף 41 לפקודה, והן במסגרת הוכחת התרשלות ישירה. טענתי העיקרית בחלק זה, היא שחוב היבואן בפיצוי הצרכן בעקבות נזקי רכוש מתאפשרת, פעמים רבות, רק כאשר בתי המשפטים מגמישים את הדין בצורה משמעותית. לבד מחוסר הקוהרנטיות שבפסיקת הערכאות, הבעייתית בפני עצמה, מציאות זו מעלה כי קבלת הטלת אחריות על היבואן אכן איננה פשוטה תחת הדין הנוהג.

(1) תנאי השליטה:

אקדים ואומר כי רובם המוחלט של פסקי הדין שנמצאו העוסקים בתביעות כנגד יבואנים בגין נזקים שנגרמו כתוצאה מפגם במוצר ניתנו בבתי-משפט השלום והתקבלו ללא ערעור. בחינה של פסקי הדין מעלה כי רבים מהם עסקו באפשרות להחיל את כלל "הדבר מעיד על עצמו" לשם העברת נטל השכנוע אל כתפי היבואנים. אולם, הפסיקה בעניין שאלת התקיימותו של תנאי השליטה לגבי היבואן איננה אחידה.

קבוצה ראשונה של פסקי דין העוסקים בהחלת הכלל האמור, כוללת מקרים בהם לא הוטלה כלל אחריות על היבואן משום שנקבע כי לא מתקיים תנאי השליטה ועל כן לא ניתן להחיל את סעיף 41 לפקודה. כך, נקבע למשל כי עצם העובדה שהמוצר היה בידו של הניזוק בעת קרות התאונה שולל את שליטתו של היבואן בו;⁴⁰ כי האפשרות שהתאונה נגרמה כתוצאה מהתרשלות היצרנית שקולה לאפשרות שהיא נגרמה בשל התרשלות היבואן ולכן לא הוכח שהיבואן הוא בעל היכולת הטובה ביותר למנוע את התרחשות הנזק – לפיכך לפי הלכת **ישראלפוט** הוא איננו בעל שליטה בנכס;⁴¹ וכי שימושם של התובעים במוצר והאפשרות שהם אלה שגרמו לתאונה שוללת את שליטת היבואן במוצר, משום שלא הייתה לו חזקה מלאה ומתמשכת בו.⁴² במקרים אלו, משלא הוחל כלל העברת הנטל ואף לא הוכחה התרשלות ישירה, נדחו התביעות כנגד היבואנים.

³⁸ ראו לעיל ה"ש 18 והדיון בסמוך לה.

³⁹ זאת הן אם נדון בסבירות כי הנתבע הספציפי התרשל, והן אם נדון באפשרות שנסיונות המקרה משייכות אותו לקבוצת המקרים בהם לרוב הנזק נגרם בשל התרשלותם של גופים מסוגו של הנתבע. לדיון מפורט בפרשנות שניתנה פסיקה לתנאי זה ראו גלעד 2012, לעיל ה"ש 20, בעמ' 1263–1266.

⁴⁰ ראו ת"א (שלום ת"א) 192994-02 **אריה חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' ג.מ.א. גומא מערכות איכות בע"מ** 4–5 (פורסם בנבו, 15.05.2014) בו נקבע שמשום שהמוצר נמצא 70 ימים בטרם התאונה ברשות הניזוקה, הוא יצא משליטה של הנתבעת-היבואנית; תא"מ (שלום ת"א) 36924-10-13 **ש. שלמה חברה לביטוח בע"מ נ' יפנאטו- חב ישראלית לרכב בע"מ** 5 (פורסם בנבו, 25.06.2018) בו נקבע ששליטתו של היבואן ברכב נשוא הדיון פקע ברגע בו הוא מכר אותו; ת"א (שלום ת"א) 61589/01 **איילון חברה לביטוח בע"מ נ' סוכנות מכוניות לים התיכון בע"מ** פס' 16 (פורסם בנבו, 18.04.2007) בו נקבע כי לא קיימת ליבואן שליטה במוצר שעה שזה יצא מחזקתו; **יוסף חיים**, לעיל ה"ש 33, בעמ' 5–6 בו נקבע שמכיוון שהיבואנית איננה יצרנית המיקרוגל, שעה שהוא יצא מידיה הרי שיצא משליטתה.

⁴¹ ת"א (מחוזי ת"א) 2470/01 **סהר-ציון חברה לביטוח בע"מ נ' רשות הכבאות** פסקה 20 (פורסם בנבו, 26.05.2008).

⁴² ת"א (שלום ק"ש) 3268-01 **שותפות בן דור נ' כ.צ.ט. בע"מ** פסקה 28 (פורסם בנבו, 04.02.2013); ת"א (שלום אשד) 219/92 **מרדכי קליין נ' מכתשים מפעלים כימיים בע"מ** 4–5 (פורסם בנבו, 04.07.2001). יש לציין כי פסק-דין זה ניתן לפני הלכת **ישראלפוט**.

בקבוצה שניה של פסקי-דין, קבעו בתי-המשפט, בהתבסס על הלכת **ישראלפט**, כי היבואן הוא בעל הזיקה הקרובה לנכס. לפיכך, הוא בעל היכולת הטובה ביותר למנוע את התרחשות התאונה, ולכן יש לראות בו כבעל השליטה במוצר. במקרים אלו, קבע בית-המשפט כי מתקיימים תנאי סעיף 41 לפקודה ולפיכך הוטל הנזק על הנתבע-היבואן. אולם, קביעת השליטה במקרים אלו איננה חפה מקשיים. כך, למשל, נקבע כי שעה שהיבואן הוא היחיד שבידו ידע טכנולוגי מתאים כדי לבצע תיקונים במוצר המיובא נחשב הוא כבעל השליטה במוצר, זאת ללא התייחסות לשאלה האם הוא ביצע תיקונים במוצר בפועל.⁴³ במקרה אחר, נקבע כי היבואן הוא בעל שליטה במוצר המיובא משום שהוא בעל זיקה מיוחדת לנכס ובעל היכולת הטובה ביותר למנוע את התרחשות התאונה, זאת ללא התייחסות כלל לאפשרותו של היצרן למנוע את התאונה על-ידי יצור מוצר תקין, על אף שלכאורה הוא מונע נזק זול יותר מאשר היבואן.⁴⁴

(2) התרשלות :

נוסף על הדעות השונות בכל הנוגע להחלת תנאי השליטה, סקירה של הפסיקה מעלה אי-בהירות נוספת. אי-בהירות זו נוגעת לבחינת ההתרשלות עצמה. בעוד שבמספר פסקי-דין אכן בחן בית המשפט באופן ספציפי את סוגיית היבוא ונתן דעתו לשאלה האם מלאכת היבוא לקתה ברשלנות, בין באופן ישיר⁴⁵ ובין במסגרת בחינת התנאי השלישי בסעיף 41,⁴⁶ הרי שבמספר פסקי דין אחרים לא נעשה דיון מעמיק בהתרשלותו של היבואן בפועל במלאכת היבוא. כך, למשל, חלק מבתי המשפט הסתפקו בעצם קיום הפגם בכדי להטיל על היבואן אחריות לנזקים, ללא בחינת השאלה האם הוא התרשל בפועל בפעולותיו.⁴⁷ במקרים אחרים סטנדרט ההתרשלות היה כה נמוך, עד שנקבע כי שעה שהמוצר המיובא גרם לנזק, עובר הנטל אל היבואן להוכיח כי לא התרשל ללא התייחסות לתנאי סעיף 41 לפקודה.⁴⁸

⁴³ ת"א (שלום רמי) 3245/04 **חיה קורן נ' ספרינט מחשבים (ישראל) בע"מ** 9-14 (פורסם בנבו, 20.09.2007) ו-ת"א (שלום רמי) 20644-05-10 **לירז דאבוש מלכה נ' מיני ליין בע"מ** 11-14 (פורסם בנבו, 27.08.2015).

⁴⁴ עניין **שלום**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 8-9.

⁴⁵ ראו: ת"א (שלום רמי) 99638/01 **סהר חברה לביטוח בע"מ נ' טרקלין חשמל בע"מ** 4-3 (פורסם בנבו, 06.06.2005). בו נקבע כי ליבואנית לא הייתה דרך לזהות את כשל במקפיה, בהיות הרכיב סגור ואטום, ועל כן היא לא התרשלה בהתקנת המוצר וביבואו; עניין **יוסף חיים**, לעיל ה"ש 40 בעמ' 6-7, שם נקבע כי אין להטיל אחריות על היבואן משום שהמוצר נבדק על ידי מכון התקנים ויובא על פי הפרוצדורה המקובלת, ולא ידוע על נזקים דומים ממוצרים זהים. לא הוכח שהמוצר נקנה ממקור בעייתי או מקור שאינו אמין, וכי היה ניתן להבין שהמוצר פגום או מסוכן. כמו כן לא הוכח שהיה מחלל בתהליך היבוא או האחסון של המוצר.

⁴⁶ ראו עניין **דאבוש**, לעיל ה"ש 43, בו נקבע כי המנוע של המקרר שהתלקח לא נכלל בדו"ח הבדיקה של מכון התקנים ועל כן עובר הנטל אל הנתבעת להראות שלא התרשלה; עניין **קורן**, לעיל ה"ש 43, בעמ' 14-15, בו נקבע כי התובעים הרימו את הנטל להראות כי סביר שהיבואנית התרשלה, משום שהראו כי לא היו לה היתרי יבוא, היא לא צירפה הוראות בטיחות בעברית או הזהירה את הנתבעים באשר לפעולות שעלולות לגרום להתלקחות המוצר, ולא ערכה למסכים בדיקת תקינות או בטיחות.

⁴⁷ ת"א (שלום חיי) 20142-12-14 **דוכאל בע"מ נ' צ.ל.ע. ציוד לעבודות עפר בע"מ** 56-63, 67-81 (פורסם בנבו, 08.04.2019) בו נתבעה יבואנית של מחפר בטענה כי אחד החלקים של המחפר שסופק לקונה היה פגום. נקבע כי היבואן אחראי לנזקים מכוח עוולת הרשלנות. על אף שהיבואנית טענה כי "כיבואנית הרכב אין לה מידע, שליטה או אחריות כלשהי בנוגע לייצור המחפר ולחלקיו השונים", בית-המשפט קבע כי שעה שהוכח שהמוצר תקול, הרי שיש לחייב את היבואן בעלות תיקון המחפר ובעלות נזק ממוני שנגרם לתובעת מאבדן עבודה. יש לציין שבית המשפט השתמש בכלל "הדבר מעיד על עצמו" אולם לא ניתח את סעיפיו, אלא הסתפק באמירה כללית לפיה הוא חל. על כל פנים, התוצאה התבססה לבסוף על קביעת המומחה לפיה הפגם נוצר בייצור, ועל כן לא מצאתי לנכון לייחס חשיבות לשימוש בכלל במקרה זה; עניין **איילון**, לעיל ה"ש 40, בפס' 27, שם כלל לא נידון יסוד ההתרשלות ונקבע כי שעה שהוכח שהנתבעת מכרה לצרכן מוצר פגום יש לקבוע כי הנתבעת הפרה את חובת הזהירות כלפיו.

⁴⁸ ראו עניין **שלום**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 8-9, בו נקבע במסגרת בחינת התקיימות התנאי השלישי של סעיף 41 לפקודה כי שעה שאין ראיה ממשית לרשלנות של התובע בטיפול בטלוויזיה, סביר להניח שההתלקחות נגרמה עקב רשלנותו של היבואן האחראי לכך שהטלוויזיה תהיה חפה מפגמים. באשר לבחינת הרשלנות עצמה לאחר העברת הנטל, קבע בית-המשפט כי היבואן צריך להיות מודע להתכונות של פגמים בטלוויזיה, ולדאוג לכך שהמוצרים שהוא מייבא לא יכללו פגמים מסוג זה. לחילופין, היה על היבואן להזהיר את הצרכנים בדבר השימוש הנכון בטלוויזיה כדי למנוע מצב של התלקחות (שם, בעמ' 10). יצוין כי ההתרשלות נקבעה בין היתר בהתחשב בקיומן של ראיות סותרות בדבר קבלת תו תקן ליבוא הטלוויזיה, אשר מנעה מהנתבעת להוכיח כי לא התרשלה לאחר שהועבר אליה נטל ההוכחה; ת"א (שלום רמי) 32621-07-10 **ד"ר נסיב דלי נ' מוצרי תינוקות מי בייבי בע"מ** פס' 22 (פורסם בנבו, 25.06.2015) בו הסתפק בית-המשפט בעובדה שלתובע אין אפשרות לדעת מהן הנסיבות שהובילו לכך שהמוצר גרם לתאונה, כדי להעביר את נטל הבאת הראיות לכתפי הנתבע להוכיח כי לא התרשל ביבוא. בהיעדר כל ראיה מצד היבואן לכך שפעל כיבואן סביר,

קביעות אלה של בתי המשפט מעלות קשיים, שכן במקום לבחון את סבירות פעולותיו של היבואן ככזה, נקבע למעשה כי שעה שנגרם נזק ממוצר פגום, הורם הנטל להראות כי היבואן התרשל. קשה לבסס קביעה זו על ניסיון החיים, משום שיהא זה רחוק לטעון כי פגם במוצר מצביע בהכרח על התרשלות ביבואו. דומה כי בקביעות אלו של בתי המשפט, מתקרבת עד מאוד האחריות המוטלת על יבואן לכדי אחריות מוחלטת.⁴⁹

עיננו רואות אם כן, שבבואם להטיל אחריות על היבואן, נתקלו בתי המשפט במשוכות. משוכות אלה מתבטאות הן בקושי להכיר ביבואן כבעל שליטה מלאה בנכס שגרם לנזק, והן בקושי לקבוע כי הוא התרשל בפעולת היבוא. נראה כי רבים מפסקי הדין המטילים אחריות על היבואן, עושים זאת על ידי פרשנות גמישה מאוד של תנאי השליטה, אשר ספק אם היא מתיישבת עם הפרשנות הנוהגת לתנאי זה. גם באשר לקביעת ההתרשלות עצמה, הן במסגרת התנאי השלישי לסעיף 41 לפקודה, והן באופן עצמאי במסגרת עוולת הרשלנות, נראה כי לעיתים מתקשים בתי-המשפט לבחון האם היבואן פעל כיבואן סביר, ומשתמשים בסטנדרט רשלנות נמוך לשם הטלת אחריות עליו.

נראה שחוסר האחידות בין בתי-המשפט בהחלת סטנדרט הסבירות והרשלנות על יבואן מקורה לא רק בהבדלים העובדתיים שבין מקרה למקרה, אלא נובעת מקושי מובנה לבחון את פעולותיו של היבואן והיעדר סטנדרט זהירות בכל הקשור לפעולות היבוא. בעוד שניתן לקבל כי הוכחת התרשלות עשויה להשתנות ממקרה למקרה, הרי שקשה לקבל מבחינה משפטית טענה לפיה התרחשות הנזק מצביעה על התרשלותו של היבואן ללא בחינת פעולותיו בפועל. גם לגבי תנאי השליטה, חוסר האחידות בפסיקה בולטת, שהרי מעמדו של היבואן כבעל שליטה הינה קביעה נורמטיבית אשר מצופה היה כי תהיה אחידה ותתבסס על סטנדרטים זהים. ייתכן שהכרעות אלו של בתי המשפט נובעות מהקושי הרב של צרכן-ניזוק לדעת מהן הפעולות שנקט היבואן, מהן הבדיקות שערך וכיצד הוא בוחר אילו מוצרים לייבא, ובהתאם לכך להוכיח כי הנתבע לא פעל כיבואן סביר.

2. הקושי בבחינת הסוגיה בראי דיני החוזים

לאחר שראינו כי שימוש בדיני נזיקין כפי שהם מעוצבים כיום פעמים רבות איננו מאפשר לניזוקים להשתפות על נזיקיהם, וכי במקרים בהם שיפוי כזה מתאפשר, כרוך הדבר בקשיים משפטיים מהותיים, נבחן כעת דרך נוספת בה הוטלה אחריות כזו, והיא באמצעות דיני החוזים. אראה כי גם ענף זה איננו מאפשר לניזוקים לקבל שיפוי לנזיקיהם במקרים רבים, ואבקש לטעון כי גם באופן מהותי, ענף זה מתאים פחות מהענף הנזיקי להסדרת מערכת היחסים שבין יבואנים לצרכנים. בהתבסס על טענה זו, אטען בהמשך כי יש להסדיר את הטלת האחריות על יבואנים במסגרת דיני הנזיקין.

בעניין **מנדלסון** נתבעה, בין השאר, יבואנית של אריחי קרמיקה על-ידי חברה שרכשה ממנה מרצפות עבור בניין שהקימה, בטענה כי פגם נסתר שהיה באריחים גרם לנזקים הכוללים את עלות האריחים החדשים, את עלות ההחלפה הכוללת של כלל האריחים ופגיעה במוניטין של התובעים. בית המשפט המחוזי, ללא התייחסות לקונסטרוקציה משפטית ספציפית, קבע כי היבואנית תחוייב לפצות את התובעת בגין נזיקיה משום שראוי להטיל את האחריות לנזק על הצד הנהנה מהפעילות העסקית.⁵⁰

נקבע כי הוא התרשל. מסקנה זו אושרה גם בערעור: ע"א (מחוזי חי') 15-10-19605 פולטון בע"מ נ' נסיב דאלי פס' 19 (פורסם בנבו, 21.01.2016).

⁴⁹ ראו טענה זו בנוגע להסקת התרשלותו של היצרן מעצם התרחשות הנזק: אנגלרד, לעיל ה"ש 22, שם. ביקורת זו רלוונטית ביתר שאת לגבי יבואן, אשר הסקת התרשלותו מפגם במוצר אף פחות סבירה מהסקת התרשלותו של היבואן. ⁵⁰ עניין **מנדלסון**, לעיל ה"ש 104, בעמ' 4-5.

גישה זו נשללה בבית-המשפט העליון, אשר העיר כי "יתירה זו, שהיא שובת לב" מורכבת, בין היתר משום שהיא מתבססת על ההיגיון הטמון בהצעת חוק האחריות למוצרים פגומים, אשר חל רק בנוגע לנזקי גוף, "יוכל תביעה לפיצוי על נזק מסוג אחר יש לתבוע לפי דינים אחרים [...] קרי, כי אחריות יבואנים לנזקי רכוש יש להוכיח כדרך שמוכחות העוולות הנזיקיות הרגילות".⁵¹ פסק הדין, שניתן מפי השופט רובינשטיין, דחה את הערעור ובכך קיבל בפועל את התוצאה אליה הגיע בית-המשפט המחוזי, אולם הטיל את הפיצויים על היבואן מכוח חוק המכר,⁵² תוך שקבע שהמרצפות שסופקו לקו באי-התאמה כמשמעה בחוק זה.⁵³

אולם, פסיקה זו של בית המשפט אינה חפה מקשיים. הסעד שמעניק חוק המכר הוא זכות הקונה לניכוי סכום הפחת של שווי הממכר עקב אי-ההתאמה מהסכום שהוסכם בין הצדדים.⁵⁴ חוק המכר עצמו איננו מתייחס לפיצוי הקונה בגין נזקים עקיפים המסתברים כתוצאה מאי-ההתאמה והחורגים משווי הממכר עצמו.⁵⁵ על כן, לא קיים בסיס נורמטיבי לפסיקת פיצויים בשל הנזקים העקיפים שנגרמו כתוצאה מאי-ההתאמה בחוק המכר גופו.

ניתן להסביר פסק דין זה באמצעות התייחסות לאי-ההתאמה של ממכר כאל הפרת חוזה, המאפשרת קבלת פיצויים מכוח חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).⁵⁶ יישום מפורש לכך ניתן למצוא בעניין **בטיטו**, שנידון בבית המשפט השלום, ועסק אף הוא באריחים פגומים שגררו עלויות של הסרת האריחים הפגומים, וכן רכישה והרכבה של אריחים חדשים. בית המשפט קבע כי האריחים הפגומים לוקים באי-התאמה כמשמעו בחוק המכר, וכי אי-ההתאמה מהווה הפרה של חוזה המכר. על-כן, נקבע שהקונה זכאי לתרופות מכוח חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) שכוללות פיצויים בגין נזק שנגרם מתוצאות ההפרה.⁵⁷ בית המשפט התייחס במפורש לאשמתו של היבואן והעיר כי "אינני מייחס כל 'אשם' לנתבעת במובנו הנזיקי, שכן איננו עוסקים בתביעת נזיקין בה תנאי לחבות הינם אשם, הפרת חובת זהירות או חריגה מנורמת התנהגות סבירה ומקובלת. עסקינן בדיני חוזים ומכר, בהם ככל שהופר חוזה המכר, אף בלא אשמה ובלא רשלנות – על המפר לפצות את הניפר".⁵⁸

אם כן, עומדת בפנינו דרך חלופית המאפשרת פסיקת פיצויים בגין נזקים שנגרמו ממוצר פגום גם בהיעדר אפשרות להוכיח אשם או רשלנות, וזאת בדרך של הגשת תביעה על-ידי כל חוליה בשרשרת המכר כנגד החוליה שקדמה לה ואשר ביניהן מתקיימים יחסים חוזיים. שימוש בדיני החוזים לשם הטלת אחריות על יבואנים, מזכיר במידת מה את השימוש שנעשה בעבר בארצות הברית בדיני החוזים לשם הטלת אחריות על יצרנים, בטרם נקבעה אחריות חמורה למוצרים פגומים. השימוש בדיני החוזים לשם הטלת האחריות על מוכרים העלה מספר קשיים, אשר בסופו של דבר הביאו למפנה בדין האמריקאי ולפנייה לאפיק דיני הנזיקין.⁵⁹ להלן יוצגו מספר קשיים הנובעים משימוש

⁵¹ ע"א 7833/06 Pamesa Ceramica נ' ישראל מנדלסון הספקה טכנית הנדסית בע"מ 45 (פורסם בנבו, 17.03.2009).

⁵² ראו שם, בעמ' 45-46. בפועל, בפסיקתו, בית המשפט חייב את היבואן בעלות עבודות הפירוק והריצוף מחדש אשר עלו משמעותית על שווי הממכר. ראו שם, בעמ' 47-48, 50.

⁵³ סעיף 11 לחוק המכר, לעיל ה"ש 34, קובע אי התאמה, בין השאר, כאשר מדובר בנכס שאין בו האיכות או התכונות הדרושות לשימושו הרגיל או כאשר מדובר בנכס שמבחינת סוגו, תיאורו, איכותו או תכונותיו אינו מתאים לדגם או לדוגמה שהוצגו לקונה.

⁵⁴ שם, בסעיף 28.

⁵⁵ איל זמיר, לעיל ה"ש 115, בעמ' 243.

⁵⁶ סעיפים 10-16 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970. להרחבה אודות היחס בין חוק המכר לתרופות המנויות בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) ראו: איל זמיר, לעיל ה"ש 115, בעמ' 549-552.

⁵⁷ ת"א (שלום ראשלי"צ) 27545-06-15 רחל בטיטו נ' משיח קרמיקה בע"מ 13-14 (פורסם בנבו, 24.07.2018).

⁵⁸ שם, בעמ' 13.

⁵⁹ ראו סקירה של התפתחות הדין האמריקאי, תוך העלאת שיקולים כנגד שימוש בדיני חוזים להטלת אחריות על יצרנים: Dan B. Dobbs, Paul T. Hayden and Ellen M. Bublick, *Development, rationales and partial decline of strict products liability, in THE LAW OF TORTS* § 450 (2d ed., 2011). דניאל מור "אחריות יצרנים בנזיקין למוצרים פגומים" **עיוני משפט** ה' 303, 305-309 (1976) (להלן: "מור א"). כיום, הגבול בין שני הענפים איננו תמיד

בדיני החוזים לשם הטלת אחריות על יבואנים, המצדיקים לדעתי בחינה מחודשת של הטלת אחריות דווקא מכוח דיני הנזיקין.

(1) קושי עיוני בשימוש בדיני החוזים :

ההנחה לפיה באין התניה מפורשת, מתחייב היבואן לתקינות המוצרים וממילא לפיצוי בגין כל נזק שיגרם בעקבות אי-התקינות, איננה ברורה מאליה. ניתן לטעון כי יבואן מספק אך ורק את שירותי היבוא. כלומר, הוא מייבא מוצרים מחו"ל ונושא בכל סיכוני היבוא ובעלויות ההובלה והמשא ומתן, אולם הוא איננו מתחייב לתקינות המוצרים שהוא מייבא. גם הסכמה להחלפת המוצר הפגום, איננה מעידה בהכרח על כך שהיבואן מתחייב לספק ללקוח מוצר תקין מראש. סביר לטעון כי היבואן, אשר לא ייצר את המוצר ואיננו מודע בהכרח למרכיביו השונים, מתחייב אך ורק להעביר מוצרים בין היצרן לקונה, ובמסגרת כך גם להיות אחראי על החלפת המוצר או תיקונו ככל שיימצא פגום.⁶⁰ במילים אחרות, היבואן איננו מתחייב בהכרח לכך שהמוצר תקין מראש, אם כי הוא מתחייב להחליפו או לתקנו במקרה שאינו תקין. ככל שפרשנות החוזה, או אף תנאי מפורש בהסכם בין הצדדים יעלו כי היבואן לא התחייב לתקינות המוצרים, לכאורה אין אפשרות להטיל עליו אחריות לנזקים העקיפים מכוח דיני החוזים. זאת ועוד, גם במקרה בו היבואן מתחייב לתקינות המוצר, יש ביכולתו להתנות במפורש על קבלת פיצויים לנזקים עקיפים באמצעות הוספת תנאי פטור חוזי.

מצאנו אפוא כי במקרים רבים, תביעה של הניזוק כנגד היבואן מכוח מערכת היחסים החוזית שקיימת בין השניים לא תניב פיצויים, שעה שפעמים רבות היבואן הוא מעצב חוזה המכר וביכולתו להוסיף תניות פטור כרצונו. נראה שהסטת תביעות בגין פגמים במוצרים אל עבר דיני החוזים, בשל הקשיים שהעלינו הנוגעים לדיני הנזיקין, עלולה אף לגרום לשינוי התנהגותם של היבואנים שיחלו להוסיף תניות פטור מסוג זה, במטרה להימנע מחיוב בגין נזקים.⁶¹

(2) פגיעה בצדדים שלישיים :

אחת ההגבלות המשמעותיות שיש לשימוש בדיני חוזים לשם הטלת אחריות, הוא העובדה שלא תמיד קיימת מערכת יחסים חוזית מכוחה הניזוק יכול לדרוש פיצויים. אדגים: נניח שראובן רכש מקרר מיבואן מכשירי חשמל. לאחר מספר ימים, התלקח המקרר עקב פגם בייצור. במהלך ההתלקחות, נפגעה באורח קשה גם הדירה הצמודה לדירתו של ראובן, השייכת לשמעון. במקרה זה, לשמעון אין יחסים חוזיים עם אף צד ממנו הוא יכול לתבוע פיצויים, ועל כן אפשרותו היחידה לקבל פיצויים היא מכוח דיני הנזיקין. ראובן, אשר מדירתו פרצה האש, לא התרשל, משום שהוא השתמש במקרר ככל קונה סביר, ולכן האפשרות שנותרה בפני שמעון היא תביעת נזיקין כנגד היבואן והיצרן.⁶² נראה אם כן שהמסלול החוזי איננו יכול לעמוד לבדו, ולצדו נדרשת הסדרה משפטית של הדין הנוהג במסגרת דיני הנזיקין.

ברור. ראו: DAN B. DOBBS, PAUL T. HAYDEN & ELLEN M. BUBLICK, THR LAW OF TORTS §448 (2th ed., 2011).

⁶⁰ וראו את דבריו של בית-המשפט השלום בפרשת **נסיב דלי**, לעיל ה"ש 48, בפסקאות 18-19, לפיהם החלפת המוצר הפגום יכולה לנבוע ממתן משירות אמין ומקצועי, ולא מלקיחת אחריות של המוכר על פגמים שנתגלו במוצר.

⁶¹ כמובן שתנאי כזה עלול להיות מוגבל שעה שמדובר בחוזה אחד מכוח סעיף 14, 15 לחוק החוזים האחדים, תשכ"ד-1964. עם זאת, מאחר שמדובר בנזקי רכוש עקיפים, להבדיל מנזקי גוף ומנזקים ישירים, אשר היקפם עשוי להיות רחב ביותר, יתכן שיוכר אינטרס לגיטימי של יבואן לפטור עצמו מאחריות זו. להרחבה ראו: אריאל פורת "חוזים אחדים" דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** 729, 761-763 (כרך ג, 2003).

⁶² אמנם ס' 39 לפקודת הנזיקין, לעיל ה"ש 16, קובע כלל העברת נטל במקרים מסוג זה, אולם נראה שבמקרה זה קל לבעל המקרר להוכיח כי לא התרשל.

(3) הוצאות התדיינות :

כאשר שרשרת המכר כוללת גורמים נוספים מלבד יצרן, יבואן וקונה, הבחירה בהטלת אחריות באמצעות דיני החוזים גוררת מצב בו כל צד בשרשרת המכר נאלץ לתבוע את הצד שמכר לו את המוצר, במקום תביעה ישירה של הקונה אל מול היבואן או היצרן. מטבע הדברים, עלותה האדמיניסטרטיבית של שרשרת תביעות כזו גבוהה יותר מזו של תביעה ישירה של הניזוק כנגד היבואן, זאת הן מנקודת מבט של המתדיינים, והן מבחינת העומס שיוטל על בתי המשפט עקב תביעות מרובות צדדים.⁶³ אמנם טיעון זה תקף גם בנוגע לתביעה כנגד היבואן, שהרי לכאורה עדיף היה כי ניזוק יתבע את היצרן ישירות. אולם, כפי שיובהר בהרחבה בהמשך, הקושי והעלויות הכבדות הנלוות לתביעה כנגד יצרן המתגורר מחוץ לארץ, מצדיקות כי תוטל אחריות גם על היבואן.⁶⁴

(4) משמעות כלכלית – הטלת אחריות חמורה ללא תקרת פיצוי :

כפי שראינו, הטלת אחריות באמצעות דיני החוזים למעשה מאפשרת הטלת אחריות לכלל הנזקים שנגרמו לצרכן על גבו של המוכר ללא תלות במידת התרשלנותו, שכן על-פי דוקטרינה זו מדובר בתוצאה צפויה של ההפרה. לבד מהקושי העיוני שבכך, כאמור לעיל, במסגרת הנורמטיבית הנוכחית, מהווה הדבר הלכה למעשה הטלת אחריות חמורה אשר איננה מוגבלת בתקרת פיצוי. נראה כי אי-הגבלת תקרת פיצוי תוך שימוש בדיני החוזים לשם הטלת אחריות על יבואן לכלל הנזקים העקיפים שנוצרו כתוצאה מפגם במוצר לגבי כל המוצרים שהוא מוכר, תביא להטלת נטל גבוה אשר מחד גיסא ייקשה לצפותו מראש ולהתחשב בו במסגרת גיבוש תכנית עסקית,⁶⁵ ומאידך גיסא מגביל את קהל המפוצים לצדדים חוזיים קרובים בלבד.⁶⁶

שימוש בדיני נזיקין, לעומת זאת, יאפשר עיצוב משטר פיצוי אשר יספק מענה לקהל ניזוקים רחב יותר, ומנגד ניתן יהיה להגביל בו את תקרת הפיצוי. כך נעשה היום בחוק האחריות למוצרים פגומים ובחוק פיצוי נפגעי תאונות דרכים בנוגע לנזקי גוף. הגבלה זו תאפשר יצירת איזון ראוי בכל הנוגע להוצאות המוטלות על יבואנים, תרחיב את היקף האחריות, כך שמחד גיסא יותר ניזוקים יהיו זכאים לפיצויים, ומאידך גיסא סכום הפיצויים לו יהיה זכאי כל ניזוק יהיה מוגבל.

3. המצב הנוהג בפסיקה – סיכום

בפרק זה נוכחנו כי בתי המשפט מתקשים בנימוק פסיקת פיצויים כנגד היבואן לניזוק הסובל מנזקי רכוש כבדים כתוצאה מפגם במוצר מיובא. פסיקת פיצויים במסגרת דיני הנזיקין בעייתית לנוכח הקושי של הנתבע להוכיח התרשלנות במעשה הייבוא בלא גישה למרבית הראיות הרלוונטיות, וללא אפשרות מעשית להנות מכלל העברת הנטל, בשל אי-התקיימות יסוד השליטה. דומה שזאת הסיבה לכך שלעיתים רבות נוטים בתי-המשפט להעלות את סטנדרט ההתנהגות המצופה מיבואן סביר,

⁶³ שיקול דומה הוביל בתי המשפט בארצות הברית להטיל אחריות חמורה על ספקים שאין קשר ישיר בינם לבין הקונים בטרם הרפורמה. ראו Prosser, לעיל ה"ש 108, בעמ' 1124–1123. מאוחר יותר, שיקול זה הוביל מחוקקים שונים בארה"ב לקבוע כי במצב בו ניתן לתבוע את היצרן לא יהיה ניתן לתבוע גורמים אחרים בשרשרת המכר. ראו סי' 1 לריסטייטמנט השלישי, לעיל ה"ש 3. ניתן לראות ביטוי לשיקול זה גם בחוק האחריות למוצרים פגומים, המאפשר לניזוק לתבוע ספק רק במקרה בו לא ניתן לאתר את היצרן או היבואן של המוצר הפגום. ראו סי' 1 ו-2(ג) לחוק האחריות למוצרים פגומים, לעיל ה"ש 4.

⁶⁴ ראו את הדיון בתת פרק 3.1, להלן בעמ' 16.

⁶⁵ לשימוש בשיקול זה כהצדקה להגבלת סכום הפיצוי ראו למשל: בועז שנוור **תביעות נזיקין סביבתיות** 481–482 (2011).
⁶⁶ דברי ההסבר לסעיף 5 להצעת חוק האחריות למוצרים פגומים, לעיל ה"ש 5, מפרטת כי "במטרה להקל על היצרנים בהערכת הוצאותיהם העסקיות, הוגבל סכום הפיצויים שהנפגע זכאי להם. מתכונת ההגבלה והסכומים שנקבעו הם לפי הדגם שבסעיף 4 בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, כפי שתוקן בתשל"ח-1978".

ובמקביל להרחיב את פרשנות תנאי השליטה הרבה מעבר להלכה המקובלת. הדבר יוצר חוסר אחידות בפסיקה ומשקף את הפער שבין תחושת הצדק לבין מגבלות הדין המצוי.

גם השימוש בדיני חוזים איננו נותן מענה מספק. ראשית, טמון בדבר קושי עיוני-מעשי שכן לא בהכרח ניתן לראות את הפגם במוצר כ'הפרה' המצדיקה פסיקת פיצויים בגין נזקים עקיפים. שנית, פסיקת פיצויים באמצעות מערכת היחסים החוזית איננה מהווה פתרון מיטבי, שכן היא נותנת מענה למעגל מצומצם של לניזוקים, רק אלו אשר מצויים במערכת יחסים חוזית עם מוכר המוצר או היבואן, בעוד מצד שני היא עלולה להטיל נטל רב מדי על המוכרים באשר לסכום הפיצויים. עוד ראינו כי העלויות האדמיניסטרטיביות של תביעה כזו מכוח דיני החוזים גבוהות, שכן כל חוליה בשרשרת המכר נאלצת לתבוע את החוליה שקדמה לה ומצויה עמה במערכת יחסים חוזית.

נראה אפוא כי קיים צורך בהסדרה משפטית ראויה שמקומה בדיני הנזיקין, ואשר תאפשר לבתי-המשפט לקבוע באילו מקרים יש להטיל על היבואנים חבות בגין הנזקים שנגרמו, ובאיזה היקף. יודגש – אין בכוונתי לטעון כי השימוש בדיני החוזים לשם קבלת פיצויים מאת מוכר המוצר איננו ראוי. קיימת חשיבות רבה לשימוש באמצעי זה לשם מימוש התכליות השונות של דיני החוזים.⁶⁷ כוונתי היא להצביע על כך ששימוש בדיני חוזים איננו מהווה פתרון מספק להסדרת סוגיית הנזקים שנגרמו כתוצאה מפגם במוצר מיובא. קבלת הטיעון לפיו דיני החוזים אינם הכלי המתאים לעיצוב משטר האחריות מצדיק אפוא עיצוב מחודש של ההסדר במסגרת דיני הנזיקין, שעה שהדין הנוהג מעלה כאמור קשיים.

ד. דיון ביקורתי בדין הנוהג – לקונה או דין רצוי?

בחלקיו הקודמים של פרק זה, ראינו כי תחת המצב המשפטי הנוהג, קיים קושי משמעותי העומד בפני צרכן-ניזוק, בבואו לתבוע יבואן בגין הנזקים שספג בעקבות פגם במוצר המיובא. קושי זה כשלעצמו, איננו מצדיק רפורמה בדין הקיים, שהרי ייתכן כי אכן אין זה מוצדק שיבואן יישא בנזקים, בלא שהצליח הניזוק להוכיח את אשמתו. אם נסבור כך, הרי שהבעיה הקיימת בדין, היא אך פסיקותיהן של הערכאות הדיוניות, אשר פוסקות במקרים רבים לטובת התובעים, אף כאשר יסודות ההתרשלות לא הוכחו בצורה משכנעת.

בפרק זה אנסה להצדיק גישה שונה, המצדדת בהחמרת משטר האחריות החל על יבואנים במקרים כגון אלו. החמרה זו יכולה להתבטא במספר מודלים. שני המודלים הרלוונטיים בהם אדון בפרק הבא הינם משטר העברת הנטל, ומשטר האחריות החמורה. ככלל, החמרת משטר האחריות, בכל אחד מהמודלים, נועדה להטיל הנזקים על היבואנים במספר רב יותר של מקרים מאלו המתקבלים תחת משטר הרשלנות. בפרק זה אנסה לבסס את הטענה לפיה החמרה זו אכן רצויה, בהתבסס על מספר הצדקות. הצדקות אלו, נידונו בעיקרן בספרות בהקשר ליצרנים, והן במידה רבה אלו שהובילו את המחוקק לחקיקת חוק האחריות למוצרים פגומים. כאמור, בחוק זה, נתקבלה העמדה לפיה אחריות חמורה תוטל על יבואנים ויצרנים רק במקרים בהם מדובר בנזקי גוף, עקב חשש מהשפעתה של הטלת אחריות חמורה על הפעילות העסקית במשק.⁶⁸ עם זאת, בחלוף 40 שנים לחקיקת החוק ולנוכח חוסר הקוהרנטיות העולה מן הפסיקה, כמו גם ההתפתחות הגלובלית

⁶⁷ אם כי לא ניתן לשלול אפשרות בה הסדרת המצב המשפטי על ידי משטר אחריות מחמיר יותר תשפיע על סכום הפיצויים שניתן יהיה לקבל מכוח דיני החוזים, או על האפשרות לתבוע מכוחם. לדיון בסוגיה זו בקשר לתאונות דרכים ראו: אליעזר ריבלין **תאונות הדרכים** 404–406 (מהדורה רביעית, 2011). על כל פנים, דיון בסוגיה זו צריך להיעשות לאחר קביעת משטר האחריות הראוי.

⁶⁸ מבוא להצעת חוק האחריות למוצרים פגומים, לעיל ה"ש 5.

המואצת, המלווה בקריאות לצמצום הרגולציה,⁶⁹ נראה כי נדרשת בחינה מחודשת של הדין הנוהג לגבי נזקי רכוש. לאור ייחודיותה של התופעה בכל הנוגע ליבואנים, המשמשים כחוליה מקשרת בין-לאומית בין יצרנים לבין צרכנים, אבקש להראות כיצד רלוונטיות ההצדקות האמורות והידועות לגבי יבואנים. ברי כי כל שינוי משטר האחריות על יבואנים מחייב הסדרה הכוללת גם טיפול באחריות היצרנים, אולם סוגיה זו חורגת ממסגרת רשימה זו.⁷⁰

ההצדקות בהן אדון בפרק זה נחלקות למספר קטגוריות. חלק מהן מתבססות על שיקולי יעילות, שמטרתם מקסום הרווחה החברתית, וחלקן על שיקולי צדק שמטרתם להביא לחלוקה צודקת יותר של רווחה זו.⁷¹

1. שיקולים הנוגעים למקסום הרווחה החברתית

(א) מניעת נזקים שניוניים או "הנזקים הניתנים למניעה"

נוק הנגרם כתוצאה מפגם במוצר מיובא מתרחש במספר מישורים, זאת מעבר לאבדן המוצר עצמו. המישור הראשון הוא הנזק המידי והבלתי ניתן למניעה, אשר נגרם בעקבות הפגם. כך למשל, נזקים שנגרמו לדירת מגורים ותכולתה אשר נשרפו בעקבות פגם במכשיר חשמלי, כמו גם עלות המגורים בשכירות בזמן ביצוע עבודות השיפוצים. עם זאת, קיים מישור נוסף של נזקים, אלו הניתנים למניעה, ולמצער להקטנה, ככל שיוטלו על הגורם המתאים. כך למשל, עלויות הנובעות מפרק הזמן בין קרות הנזק לקבלת פיצויים, עלויות ההיערכות לקראת נקיטת ההליך המשפטי ועלויות ההתדיינות. עלויות אלו, כפי שראינו, עלולות להיות גבוהות ביותר שעה שמקום מושבו של הנתבע בחו"ל. לדוגמה, במקרה בו נשרפה דירת מגורים כאמור לעיל, צפוי הניזוק להפסיד זמן יקר בו ייאלץ להתגורר בשכירות בזמן בו הוא איננו מפוצה באופן והשיפוצים מתעכבים עקב קושי בהשגת מימון, זמן שעשוי לעלות משמעותית על תקופת השיפוצ כשלעצמה. נזק זה נובע לרוב מכך שיכולתו הכלכלית של הנפגע מוגבלת, ומכך שניסיונו בניהול תביעות מסוג זה איננו רב.

אחד השיקולים בעת בחינת המדיניות הרצויה, הוא צמצום הנזקים הניתנים למניעה ככל האפשר.⁷² הטלת אחריות על היבואן תסייע בהקטנת עלויות אלה, משום שהיא תאפשר פיצוי מהיר לניזוק על ידי היבואן, זאת בעוד שההתדיינות המורכבת כנגד היצרן תיעשה על-ידי היבואן בדרישה לשפותו.⁷³ היבואן, שהוא שחקן חוזר אשר מצוי במערכת יחסים חוזית עם היצרן, ואשר רמת מומחיותו גבוהה יותר מזו של הניזוק בכל הנוגע למוצרים אותם הוא מייבא, הוא בעל אמצעים טובים יותר לדרוש ולקבל פיצויים מהיצרן במהירות.⁷⁴

⁶⁹ ראו לעיל, בעמ' 3.

⁷⁰ ראו לעיל, ה"ש 7, וכן את הדיון שלהלן בפרק המודלים האפשריים, בעמ' 24.

⁷¹ להרחבה על מקומם של שיקולי צדק מתקן ראו: אריאל פורת **נזיקין** 55 (כרך א, 2013) והלאה (להלן: "פורת 2013"). להרחבה על מקומם של שיקולי הצדק החלוקתי ראו שם, בעמ' 69 והלאה. יצוין כי קיימת מחלוקת נרחבת בנוגע לשאלה האם רצוי שכללים משפטיים יקדמו גם צדק חלוקתי. לטעוניהם התומכים בחלוקה באמצעות כללים משפטיים ראו: Daphna Lewinson-Zamir, *In Defense of Redistribution Through Private Law*, 91 MINN L. REV. 326, (2006) 328. לעמדה מנוגדת ראו: STEVEN SHAVELL, *FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 2-3 (2004) 7-8 (6th ed., 2012); ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW & ECONOMICS* 7-8 (6th ed., 2012) הטוענים שמקומם של שיקולים חלוקתיים הוא בדיני המס בלבד.

⁷² ראו גלעד 1990, לעיל ה"ש 14, בעמ' 187-188.

⁷³ כמובן שאפשרות נוספת של היבואן תהיה לבקש לצרף את היצרן כצד ג' לתביעה. כזכור, ברשימה זו נידונה שרשרת מכר הכוללת יצרן, יבואן וצרכן בלבד. ראו לעניין זה ה"ש 36 לעיל.

⁷⁴ להרחבה בדבר אפשרותו של היבואן לקבל פיצויים מהיצרן ביתר קלות ראו להלן בסעיף 1.3 לפרק זה. כמובן שישנם מקרים בהם היבואן הוא גוף קטן, אשר אין לו כוח מיקוח או משאבים כלכליים רבים יותר מאשר הקונה. ואולם, נראה כי ברוב המקרים ליבואן תהיה עדיפות על הקונה לפחות במידת היכרותו עם המוצר.

יש להדגיש – הנחת המוצא של דיון זה היא שכל שמדובר בפגם בייצור, הרי שבסופו של דבר היצרן הוא זה שעליו לשאת בנזקים. עם זאת, הדיון בעניינינו מתמקד בשאלה מי הגורם שיידרש להתדיין כנגד היצרן. הנימוק האמור בדבר צמצום הנזקים הניתנים למניעה תומך באפשרות לפיה יש לאפשר לניזוק קבלת פיצויים במהירות, בעוד שהיבואן הוא זה שיידרש לנהל הליך משפטי מול היצרן הזר.

(ב) פיזור הנזק

גם אם נתעלם מהנזקים הניתנים למניעה או לצמצום, ואף אם נניח שהנזקים הישירים מהתאונה יוטלו לבסוף על יצרן המוצר, נשאלת השאלה מיהו הגוף אשר יעיל כי ישא בעלות ההתדיינות והאכיפה של פסק הדין במקום מושבו של היצרן.

טענה מקובלת בניתוח הכלכלי של המשפט, היא כי ככלל, עדיף לפזר נזק בין אנשים רבים ככל האפשר, אשר כל אחד מהם ישלם מעט, מאשר להטיל את הנזק על אדם אחד שיישא בו, משום שסך הפגיעה ברווחה החברתית נמוך יותר כאשר כל אחד סופג חלק קטן מהנזק.⁷⁵

הטלת האחריות לנזקים שנגרמו כתוצאה מפגם במוצר על היבואן, מפזרת את הנזק בין גורמים רבים באחת משתי דרכים. הדרך האחת היא "ביטוח עצמי" של היבואן, על-ידי העלאת מחירים, והדרך השנייה היא על-ידי שימוש במבטח חיצוני, עלות שתגולם אף היא במחיר המוצר. בכל אחת מהדרכים, החמרת משטר האחריות באופן המטיל חבות על יבואנים, תביא לעליה קטנה במחיר עבור כל צרכן, וכך יתפזר הנזק בין כלל הצרכנים.⁷⁶

מעמדו של שיקול זה מתחזק, אם נכיר בכך שמתן אפשרות לקבלת פיצויים מהיצרן בלבד, עלולה לגרום לחלק מהנפגעים לא לתבוע כלל בשל עלויות התביעה הגבוהות. במצב זה, אי-הטלת אחריות על היבואן, עלולה להביא לכך שהניזוק יישא בעלויות התאונה עצמה לבדו, ולא רק בעלויות ההתדיינות, בעוד שהטלת האחריות על היבואן תביא כאמור לעיל לפיזור כלל הנזקים.

יש הטוענים שאין להכיר בשיקול פיזור הנזק כמצדיק בחירה בכלל אחריות מוגברת בכל הנוגע למוצרים פגומים, משום שהצרכן יכול אף הוא לבטח עצמו כנגד תאונות.⁷⁷ אולם, דומה כי טענה זו לוקה בחסר. הנזקים אליהם חשוף הצרכן הינם רבים ומגוונים. פסקי הדין שנבחנו לעיל כוללים אירועי שריפה, הצפה, צורך בשיקום מבנים עקב חומרי בניה לקויים וכן נזקים חקלאיים. נזקים אלו שונים זה מזה, והטלת הנזק על הצרכן משמעה שהוא יצטרך לבטח את עצמו מפני סוגי נזקים רבים, הנגרמים ממגוון רחב של מוצרים ומסוגים שונים של תאונות. סביר להניח שלשם כך יהיה על הצרכן לבטח את עצמו בביטוחי רכוש שונים ומגוונים. יבואן, לעומת זאת, מייבא מספר רב של מוצרים זהים, ויכול בדרך כלל לצפות את הנזק העלול להגרם מהמוצרים שהוא מייבא ככל שיימצאו פגומים ולבטח אותו בקלות בביטוח חבות כלפי צד ג'.

לכך יש להוסיף את העובדה שרכישת מוצרי צריכה איננה פעילות מאורגנת, כך ששיווק פוליסות ביטוח לכל רוכשי המוצרים יקר במידה רבה משיווק פוליסות ביטוח ליבואנים, ובמקרים רבים אף

⁷⁵ להרחבה ראו: ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני-הנזיקין" **משפטים** כב 421, 432-431 (1993) וההפניות שם; דניאל מור "אחריות למוצרים פגומים - שיקולי מדיניות" **עיוני משפט** ו 53, 80-81 (1978) (להלן: "מור 1978"); הדבר נכון גם לגבי נזקים הנובעים מעוגמת נפש. ראו: GUIDO CALABRESI, THE COST OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS 39 (1970). שיקול פיזור הנזק הינו אחד השיקולים הבולטים שהביאו לחקיקת חוק האחריות למוצרים פגומים: ראו את דברי ההסבר לסעיף 2 להצעת חוק האחריות למוצרים פגומים, לעיל ה"ש 5. החלת Page Keeton, *Products Liability* — *Some Observations About Allocation of Risks*, 64 MICH. L. REV. 1329, 1333 (1966).

⁷⁶ גלעד 2012, לעיל ה"ש 20, בעמ' 1174.
⁷⁷ Keeton, לעיל ה"ש 75, בעמ' 1133-1134; Richard A. Posner, *Strict Liability: A Comment*, 2 J. LEGAL STUD. 205, 210 (1973) ("Posner 1973").

אינו מעשי. על כן, נראה שהעלויות האדמיניסטרטיביות, ובהתאם גם העלויות החברתיות, של ביטוח כלל היבואנים, יהיו נמוכות יותר מאלה של ביטוח כלל הצרכנים בחברה.⁷⁸

בנוסף, על-פי חוק המספרים הגדולים,⁷⁹ יבואן יכול לצפות כי שעה שהמוצרים המיובאים הם בעלי סיכוי מסוים לגרימת נזק, קרוב לוודאי שלפחות בחלק מהמקרים הסיכון אכן יתממש,⁸⁰ ועל כן יש לו תמריץ גבוה יותר לבטח את עצמו. זאת ועוד, היבואן הוא גוף עסקי וכלכלי, הפועל לרוב כשחקן רציונלי, כך שסביר עוד יותר שהוא יבטח את עצמו. צרכן, לעומת זאת, עלול שלא לצפות כי דווקא המוצר הבודד שרכש יימצא פגום ויגרום לנזקים חמורים, בין היתר בשל נטייתו הטבעית להאמין ש"לי זה לא יקרה", ולכן קיים לו תמריץ פסיכולוגי שלילי לבטח את עצמו.⁸¹ היות שראינו שמצב בו הנזק מבוטח הוא רצוי יותר לאור עיקרון פיזור הנזק, הרי שעדיף להטיל את החבות על היבואנים, המהווים גוף אשר סביר יותר שיבטח את עצמו.⁸²

(ג) היבואן כמונע נזק זול יותר מהצרכן

ככלל, לשם צמצום עלויות של פעולה כלשהי, נכון להטיל את האחריות לנזקים שהיא עלולה לגרום על מונע הנזק הזול ביותר,⁸³ כלומר, על השחקן שביכולתו להבין מהי דרך הפעולה הזולה והיעילה ביותר וליישם אותה.⁸⁴ ההיגיון העומד בבסיס הדברים הוא ששחקן זה יבצע ניתוח עלות-תועלת, ויבחן האם תוחלת הנזק גבוהה מעלות מניעתו. היות שהן העלות של נקיטת אמצעי הזהירות והן הנזק מאי-שימוש באמצעי הזהירות מוטלים על אותו גורם, יבחר הוא לנקוט באמצעי זהירות אם, ורק אם, התועלת שבהם עולה על עלותם.⁸⁵ כלומר, הטלת האחריות על שחקן זה, תגרום לכך שהוא יפעל למניעת הנזק כאשר זהו המעשה המביא לתוצאה אופטימלית.

יבואן המוצר הוא מונע הנזק הזול יותר במערכת היחסים שבין הצרכן והיבואן. הוא זה שיש בידו לבדוק את איכות המוצרים שהוא מייבא ולבחור בייבוא מוצרים בטוחים יותר. בנוסף, היבואן מסוגל לפתח מעת לעת אמצעים מתקדמים יותר לגילוי מוצרים פגומים מאלה הקיימים.⁸⁶ נדייק,

⁷⁸ ראו טיעון דומה בנוגע לנהגים והולכי רגל: Guido Calabresi, *Does the Fault System Optimally Control*, 33 LAW & CONTEMP. PROB. 429, 443 (1968) ("Calabresi 1968").

⁷⁹ חוק בתורת ההסתברות שאחת מגרסאותיו קובעת כי עבור קבוצת איברים בעלי תוחלת E , כאשר גודל המדגם שואף ל- ∞ , ההסתברות שההפרש בין ממוצע האיברים במדגם ל- E קטן מ- ε , שואפת ל-1 לכל $\varepsilon > 0$. ובפישוט מסוים – כאשר המדגם "גדול מאוד", ההפרש בין הנזק שיתממש בפועל לבין תוחלת הנזק ישאף ל-0 כמעט בודאות. קיימת ספרות רבה העוסקת בחוק זה. לדוגמה ראו: PÁL RÉVÉSZ, *THE LAW OF LARGE NUMBERS* (1968).

⁸⁰ James A. Henderson Jr., *Coping with the Time Dimension in Products Liability*, 69 CAL. L. REV. 919, 936–937 (1981) ("Henderson 1981").

⁸¹ מחקרים שונים עמדו על כך שקיימת לאנשים נטיה פסיכולוגית להעריך את הסיכוי לכך שיקרה להם דבר רע כקטן יותר ביחס להערכתם את הסיכוי שיקרה לאנשים אחרים דבר רע. להרחבה ראו: אריה נדלר ונירה ליברמן **פסיכולוגיה חברתית** 145 (הוצאת האוניברסיטה הפתוחה, כרך 1, 2001).

⁸² יש שהתנגדו לאחריות חמורה בטענה שלא תמיד יוכלו היבואנים לגלגל את העלויות אל הצרכן, בייחוד כאשר הביקוש בשוק גמיש, וצרכנים לא ירצו לרכוש סחורה יקרה יותר, אלא יעדיפו לבחור במוצרים חלופיים (מור 1978, לעיל ה"ש 75, בעמ' 82–83). אולם נראה שהטלת אחריות על יבואנים תחייב העלאת מחירים כללית של כל השחקנים בשוק, כך שגם מוצרים חלופיים יהיו יקרים יותר. עוד נטען בהקשרים אחרים שיתכן שהטלת הנזקים על יוצר הסיכון אשר יגלגל אותם אל הנפגע תכלול עלויות גבוהות ביותר, המצדיקות כי תוטל מלכתחילה אחריות על הנפגעים שיבטחו את עצמם (Frank I. Michelman, *Pollution as a Tort: A Non-Accidental Perspective on Calabresi's Costs*, 80 YALE L. J. 647, 681–682 (1971)). אולם נראה כי כאשר קיימת מערכת יחסים חוזית בין הצדדים, כמו במקרה של יבואנים וצרכנים, עלויות גלגול הנזק יהיו מינימליות.

⁸³ להגדרת המונח "cheapest cost avoider" ולמאפייניו ראו: Calabresi 1968, לעיל ה"ש 78, בעמ' 436–438; ARIEL PORAT & ALEX STEIN, *TORT LIABILITY UNDER UNCERTAINTY* 95–96 (2001).

⁸⁴ במקרים בהם האדם שמסוגל לקבוע מהו הפתרון הזול ביותר אינו האדם שמסוגל ליישם את הפתרון, המצב מסתבך מעט, אולם במקרה שלנו נראה סביר להניח שהיבואן במצב יותר טוב להבין מהו הפתרון היעיל וגם ליישם אותו בצורה יותר טובה מהצרכן, בעוד היצרן בעל יתרון במובנים אלה על היבואן ועל הצרכן. להרחבה וביקורת על טיעונו של Calabresi במקרים בהם המצב שונה ראו: Posner 1973, לעיל ה"ש 77, בעמ' 213–215.

⁸⁵ Guido Calabresi & Jon T. Hirschoff, *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, 81 YALE L.J. 1055, 1060 (1972).

⁸⁶ ראו טיעון דומה בקשר ליצרנים שם, בעמ' 1062.

הטלת אחריות על היבואן אין בה כדי לגרוע מאחריות היצרן, שהוא מונע נזק זול יותר אף מהיבואן, אלא שהטלת אחריות על היצרן עשויה להיות לא אפקטיבית, במקרה שנפגעים אכן נמנעים מלתבוע יצרנים במדינות זרות. במקרה זה, הטלת אחריות על יצרנים בלבד, תוביל לתת-אכיפה, כך שהנזקים לא יוטלו בפועל באופן מלא על היצרן, ולא יגרמו לשינוי ההתנהגות הרצוי. נוסף על כך, הטלת האחריות באופן ישיר על יצרן ללא הטלת אחריות על היבואן, עלולה לכלול עלויות כה גבוהות של נזקים הניתנים למניעה, כדוגמת עלויות ניהול התביעה כנגד היצרן על ידי הצרכן שאיננו מנוסה בכך, עד שהיא איננה יעילה. כאשר עלות הטלת האחריות על מונע הנזק הזול ביותר גבוהה מאוד, לעיתים עדיף להטיל את הנזק גם על מונע הנזק הזול פחות, ובעניינו היבואן.⁸⁷

כנגד האמור לעיל, ניתן להעלות את הטענה לפיה אין צורך בהחמרת משטר האחריות הנוהג על יבואנים, משום ששימוש במשטר הרשלנות הקיים יתמרץ אף הוא את היבואן לנהוג באמצעי הזהירות הדרושים. בהתאם לנוסחת Hand לבחינת יסוד ההתרשלות, יבואן ייחשב רשלן מקום בו יש בידו למנוע את הנזק במחיר הנמוך מתוחלת הנזק.⁸⁸ ככל שיפעל היבואן בניגוד לכך ולא ינקוט באמצעי הזהירות, ייחשב רשלן ויחויב בנזקים שיגרמו בשל כך. אולם במצב בו נקיטת אמצעי הזהירות יקרה מהנזק, היבואן לא ייחשב רשלן והנזק יוטל על הנפגע. לכאורה במצב זה קיים תמריץ עבור היבואן לנקוט באמצעי זהירות כאשר זוהי הפעולה היעילה.⁸⁹ על אף האמור, ניתן למנות מספר טעמים לכך ששימוש במשטר הרשלנות איננו מרתיע את היבואן בצורה המביאה לתוצאה האופטימלית ולפיכך אין להסתפק ברמת האחריות שמטיל משטר זה.

ראשית, בהליך המשפטי יהיה קשה באופן מעשי להוכיח רשלנות במקרה בו היבואן יכול היה לעשות שימוש אמצעים טכנולוגיים יעילים יותר לגילוי פגמים. משטר של אחריות חמורה, יתמרץ את היבואנים לפתח אמצעים כאלה לשם צמצום הנזק המוטל עליהם, זאת לעומת משטר הרשלנות, אשר יפטור אותם מאחריות במקרים כאלו.⁹⁰ שנית, קשה עד מאוד לצרכן להוכיח כי היבואן התרשל בפעולת היבוא, שעה שאין בידו מידע בנוגע לתהליך הייבוא, לבדיקות שהמוצרים עברו ולתהליך קבלת ההחלטות אצל היבואן. מאפיין זה עלול אף לתמרץ את היבואן להשמיד את הראיות הרלוונטיות כדי למנוע מצב בו תוכח התרשלנותו. קשיים בהוכחת ההתרשלות עשויים לגרום לכך שבפועל במקרים רבים היבואן לא יימצא רשלן, על אף שלאמיתו של דבר היה בידו לפעול בצורה יעילה יותר בצורה שתכלול את מניעת הנזק. תוחלת הסיכון אותה מעריך היבואן תחת משטר של רשלנות כוללת בתוכה את האפשרות כי הניזוק לא יתבע או לא יצליח להוכיח את ההתרשלות, ולכן בפועל תהיה נמוכה יותר מתוחלת הנזק הריאלית, כך שתיגרם הרתעת חסר והיבואן לא יפנים את מלוא תוחלת הנזק של בחירותיו. שלישית, במקרים רבים קשה להעריך את תוחלת הנזק לאחר שהנזק מתרחש, ולכן נוסחת hand קשה ליישום בפועל, ולא תמיד נעשה בה שימוש לשם קביעת

⁸⁷ Calabresi 1968, לעיל ה"ש 78, בעמ' 439.

⁸⁸ ראו ה"ש 32 לעיל.

⁸⁹ ראו לעניין זה את טיעונו של Posner, לפיו משטר הרשלנות גורם להרתעה אופטימלית במצבים בהם מונע הנזק הזול הוא המזיק, משום שמשטר זה קובע שהתרשלות תהיה פעולה שתוחלת הנזק שלה גבוהה מעלות המניעה שלה. Posner 1973, לעיל ה"ש 77, בעמ' 206–207; וראו גם: Steven Shavell, *Strict Liability Versus Negligence*, 9 J. LEGAL STUD. 1 (1980) (להלן: "Shavell 1980").

⁹⁰ ראו Posner 1973, לעיל ה"ש 77, בעמ' 209. לדעתו, גם תחת משטר רשלנות השוק החופשי מחייב כי יוקמו גופים שיפתחו אמצעי בטיחות חדשים, כך שמזיקים יאלצו להתאים את עצמם לסטנדרט הקיים או שימצאו רשלנים. אולם נראה כי שטיעון זה פחות רלוונטי לתחום המוצרים הפגומים, בו קיימים אינספור מוצרים ונזקים אפשריים, וכאשר קבוצת הניזוקים מורכבת ממספר גבוה מאוד של אנשים שאינם מאורגנים ואשר לא סביר כי ישלמו לגופים כאלה.

התרשלות.⁹¹ דומה כי כל הטעמים הללו מורים על כך ששימוש במשטר הרשלנות ביחס ליבואנים לוקה בחסר.

טעם נוסף שניתן להעלות כנגד שיקול מונע הנזק הזול יותר, הוא שליכולתם של היבואנים לבטח את עצמם עלולות להיות השפעות שמנטרלות את התמריץ שיוצרת הטלת אחריות על היבואן. חברות הביטוח עשויות לתמחר את תוחלת הנזק בצורה אחידה, כך שליבואנים בפועל לא יהיה תמריץ להתנהג בצורה בטוחה יותר או לפתח אמצעי בטיחות מתקדמים יותר, משום שעלות הביטוח תישאר זהה ללא תלות בהתנהגותם.⁹² תוצאה נוספת תהיה תמחור של המוצרים בצורה שאיננה משקפת את הסיכון שהם יוצרים, אלא גובה פרמיית סיכון אחידה לכל המוצרים, כך שבפועל מוצרים ימכרו בעלות גבוהה או נמוכה משווים האמיתי, וייווצר עיוות.⁹³ אולם כנגד טעם זה, נראה כי סביר לצפות שתנאי השוק החופשי יביאו לכך שתפתח מדיניות של ביטוח דיפרנציאלי, במסגרתו יונפקו פוליסות ביטוח המתמרכות פיתוח אמצעי זהירות מצד היבואן בדמות חובת נקיטת אמצעים להקלת הסיכון כתנאי לכיסוי הביטוחי או קביעת מחירי פרמיות שונים המגלמים את התוחלת סיכון הממשית בהתחשב בעברו הביטוחי של המבקש.⁹⁴

אחת הטענות שהועלו בעבר כנגד הטלת אחריות חמורה על יצרנים, להבדיל מיבואנים, היא כי כוחות השוק המונעים בין היתר על-ידי מוניטין ופרסום יגרמו באופן טבעי ליצרנים לייצר מוצרים בטוחים יותר ולפצות ניזוקים, על מנת שצרכנים אחרים ימשיכו לרכוש את תוצרתם. ממילא, נטען, אין צורך בהטלת אחריות על יצרנים באופן מלאכותי לשם הכוונת התנהגותם.⁹⁵ אולם בנקודה זו דומה כי קיים הבדל של ממש בין יצרנים ליבואנים. בעוד יצרנים מזוהים עם המוצרים שהם מייצרים, וניתן לקשר ביניהם בקלות, יבואנים, ובייחוד יבואנים שאינם יבואנים רשמיים או בלעדיים, מייבאים מגוון רחב של מוצרים, ופעמים רבות לא ניתן לקשר בינם לבין המוצר שגרם לנזק. בנוסף, קונים לרוב אינם מתחשבים בשאלה מיהו הגורם המייבא, אלא מתמקדים בבדיקת זהות היצרן. קיים אפוא כשל שוק הנובע מכך שאין לצרכן מידע אודות רמת הבטיחות בה נוקט היבואן. נראה שמאפיין זה של הליך הייבוא מצדיק אף הוא הטלת משטר אחריות חמור יותר על היבואן, שכן זה חשוף פחות לנזקים הנובעים מירידת מוניטין, להבדיל מהיצרן.

(ד) היבואן כבעל יכולת לגלגל את הנזק אל המונע הזול ביותר

בעוד שבמסגרת מערכת היחסים שבין הניזוק ליבואן, היבואן הוא מונע הנזק הזול יותר מבין השניים, הרי שבאופן רחב יותר, היצרן הוא זה שבידו למנוע שיווק מוצר פגום תוך נקיטת אמצעי זהירות ובקרה במסגרת הליכי היצור, ולכן הוא מונע הנזק הזול ביותר בכל שרשרת הייצור והשיווק. לפיכך, סיבה נוספת להטלת אחריות על היבואן היא שביכולתו של האחרון לגלגל ביתר

⁹¹ ראו למשל ע"א 5604/94 אוסמה חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498, פס' 16 לפסק דינו של הנשיא ברק (2004). לסקירה ביקורתית של השימוש בנוסחאות כלכליות לשם בחינת יסוד ההתרשלות ולטענה לפיה נוסחאות אלה אינן מביאות בפועל לעילות כלכלית ראו רונן פרי "יסוד ההתרשלות בעוולת הרשלנות: תאוריה פוזיטיבית וביקורת נורמטיבית" משפטים 351 (2018).

⁹² Calabresi & Hirschhoff, לעיל ה"ש 85, בעמ' 1070.

⁹³ ראו טיעון זה בנוגע ליצרנים: מור 1978, לעיל ה"ש 75, בעמ' 83-84.

⁹⁴ זאת בדומה לשוק ביטוח הרכב המתמריץ נהגים זהירים על ידי מתן הנחות ביטוח לנהגים שלא ביצעו תאונות, או לנהגים שמתקינים התקני בטיחות שונים. גם כיום ביטוח שניתן ליצרנים בנוגע לפגמים במוצרים מחייב פעמים רבות הליך ייצור העומד בסטנדרטים מסוימים, כך שלמעשה קיימת מערכת ביטוח דיפרנציאלית, חלקית לפחות. ראו למשל "סיבות לרכישת ביטוח אחריות המוצר" גור קבוצת ביטוח (נדלה בתאריך 16.3.2020) <https://tinyurl.com/ym2kq5ak>: "ביטוח אחריות המוצר מחייב במקרים רבים בדיקה של תהליך הייצור על מנת לוודא שהיצרן אכן עומד בדרישות המתחייבות".

⁹⁵ ראו מור 1978, לעיל ה"ש 75, בעמ' 85.

קלות את עלות נזקי התאונה אל היצרן.⁹⁶ כל הטעמים האמורים לעיל לגבי מונע הנזק הזול יותר, נכונים ביתר שאת לגבי היצרן עצמו, ועל כן נשאף כי בסופו של דבר תוטל האחריות על כתפיו.

עדיפותו של היבואן בגלגול הנזק אל היצרן נובעת ממספר מאפיינים. הראשון הוא קיומה של מערכת יחסים חוזית מתמשכת בינו לבין היצרן. זו מאפשרת קבלת פיצויים ביתר קלות,⁹⁷ ואף ניתן לצפות כי תימצא התניה מפורשת לעניין זה בחוזה שבין הצדדים.⁹⁸ המאפיין השני הוא אפשרותו של היבואן להשפיע על היצרן בצורה כלכלית על-ידי איום בהפסקת יבוא המוצרים שהיצרן מייצר ככל שהאחרון יסרב ליטול אחריות על נזקים שמקורם בפגמים שנמצאו במוצריו. יתרה מזו, מידע הנפוץ בין יבואנים שונים בדבר סירובו של יצרן לפצות בגין נזקים כגון אלו, עשוי להוות אמצעי לחץ משמעותי על היצרן. לבסוף, כל עוד ברשותו של היבואן משאבים רבים יותר לנהל תביעה ארוכה והליך אכיפה בחוץ לארץ, קיימים סיכויים גבוהים יותר שהליך מסוג זה אכן יתקיים ויישא פירות. מאפיינים ואמצעים אלו של היבואן, אשר אינם מצויים בידי הצרכן, יגרמו לכך שהטלת הנזק על זה הראשון תביא בסבירות גבוהה לכך שהנזק יוגלגל בסופו של יום אל היצרן.

(ה) היקף הפעילות (Level of Activity)

כאשר צרכן בוחר איזה מוצר לרכוש, פעמים רבות הוא איננו מביא בחשבון את מידת הבטיחות של המוצר ובהתאם גם את תוחלת הנזק כתוצאה מפגם בו. לכן, במצב בו לא מוטלת על היבואן אחריות לנזקים, הוא יכול למכור את המוצר הבטוח והמוצר הפחות בטוח באותו מחיר. במקרה בו מוצר בטוח עולה יותר ממוצר שאיננו בטוח, היבואן, השואף למקסם את רווחיו, ייבא מוצרים שאינם בטוחים וישווק אותם במחיר המקסימלי בו הם ימכרו – מחיר הזהה למחיר השוק של מוצר בטוח. כלומר, תוחלת הנזק של המוצר לא תגולם במחירו.⁹⁹

לכאורה, במצב תיאורטי של מידע מושלם, הצרכן יהיה מודע לסיכון שמגולם במוצר וישקלל אותו במסגרת הבחירה האם לקנות את המוצר או לא. כך, מחירו של מוצר בטוח פחות, ייתפס על-ידי הצרכן כגבוה יותר שכן הוא מורכב מהמחיר בפועל בתוספת תוחלת הנזק הגלומה במוצר. אולם בפועל, בעולם בו קיימים פערי מידע, אפשרותו של הצרכן לבחון את בטיחות המוצרים שהוא רוכש מוגבלת, ולעיתים אף בלתי אפשרית.¹⁰⁰ משמעות הדברים היא, כי לעיתים, על אף שצרכן לא היה בוחר לקנות מוצר אם היה מודע לתוחלת הנזק שהוא מגלם, הוא יבחר לרכשו לנוכח מחירו הזול. נדגים זאת באמצעות דוגמה: נניח שיבואן מוכר מוצר בשבעים שקלים. כאשר היבואן איננו מתרשל, המוצר המיובא מגלם תוחלת נזק של עשרים שקלים. משמעות הדברים היא שמחירו ה"אמיתי" של המוצר הוא תשעים שקלים. אולם הצרכן איננו מודע לתוחלת הנזק של המוצר, ולכן יקנה אותו גם אם הוא מעריך אותו בשמונים שקלים. במצב כזה נקבל תוצאה שאיננה רצויה כלכלית משום שצרכנים שמעריכים את המוצר בשמונים שקלים, ירכשו אותו, למרות שעלותו האמיתית עבורם היא תשעים שקלים, כך שהיקף המוצרים שימכרו יהיה גבוה מהרצוי.¹⁰¹

⁹⁶ Calabresi 1968, לעיל ה"ש 78, בעמ' 440–441.

⁹⁷ למשל, חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), שחל בין שני צדדים שאינם מאותה המדינה, מאפשר במפורש קבלת פיצויים החורגים משווי הממכר בשל אי-קיום חיוב מצד המוכר. ראו ס' 45(א)(2), 74 לחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התש"ס-1999.

⁹⁸ משום שכאמור, שעה שתחת ידיו של היבואן עוברים מספר רב של מוצרים, הוא יצפה כי הנזק יתממש לפחות בחלק מהם. ראו לעיל ה"ש 79 ובסמוך לה.

⁹⁹ ראו טיעון זה בהקשר לאחריות יצרנים: מור 1978, לעיל ה"ש 75, בעמ' 86.

¹⁰⁰ אריאל פורת "דיני נזיקין" הגישה הכלכלית למשפט 271, 281–282 (אריאל פרוקציה עורך, 2012).
¹⁰¹ 1980 Shavell, לעיל ה"ש 89, בעמ' 8–9.

לפי טיעון זה, הטלת הנזק על היבואן תנטרל את ההחצנה ותגרום לו להפנים את העלויות ולשקלל אותן במערכת השיקולים שלו בעת תמחור המוצר, כך שבדוגמה דלעיל, מחיר המוצר יהיה תשעים שקלים, ובהתאם לכך, רק צרכנים המעריכים אותו ביותר מתשעים שקלים ירכשו אותו. יש להדגיש כי משמעות הדבר איננה דווקא מניעה של הנזק, משום שלפעמים יהיה יעיל יותר לאפשר קיום נזק במקרים מסוימים מאשר להשתמש באמצעי זהירות, אולם הדרך להבטיח שמחירו של המוצר ישקף את עלותו האמיתית היא באמצעות הטלת הנזק על היבואן. שקלול הסיכון שגורם המוצר במחירו היא תוצאה רצויה, משום שהיא מאפשרת לצרכן לרכוש מוצרים שטמון בהם סיכון, רק כאשר התועלת שנובעת לו מהם גבוהה מעלותם הכוללת.¹⁰²

2. שיקולי צדק

(א) שיקולי הגינות

הטלת האחריות על היבואן נתמכת בשיקולי הגינות, לפיהם יש להטיל את הסיכון על הנהנה ממנו.¹⁰³ לפי טיעון זה, אין זה הוגן שיבואן ייהנה מהרווח שבפעילותו המסחרית – לרבות הבחירה איזה מוצר לייבא – שעה שהוא איננו עומד בכל הסיכונים הנובעים מאותה הפעילות ומאותה הבחירה.¹⁰⁴

כנגד טיעון זה נטען בספרות בנוגע ליצרנים, כי הצרכן נהנה גם הוא מפעולת הצריכה לרבות מחירו הזול של המוצר, כך שלמעשה הפעולה שיוצרת את הסיכון לנזק הדדית, וכל אחד מהצדדים נהנה ממנה וגם מסוגל להפסיק אותה. עוד נטען כי הטלת אחריות חמורה תהפוך למעשה את היוצרות ותטיל את מלוא הסיכונים שיצרה האינטראקציה הצרכנית על היצרן ובכך תיצור עיוות הפוך.¹⁰⁵

אולם דומה כי טענות אלו מתעלמות ממספר היבטים. ראשית, אכן יש ביכולתם של צרכנים להפסיק את הפעולה בכך שלא ירכשו את המוצר, אולם בפועל יכולתו של אדם להתקיים ללא סוגים מסוימים של מוצרי צריכה מוגבלת, ויכולתו לוודא כי כל אחד מהמוצרים שהוא צורך בטוח דיו מוגבלת אף היא, זאת בהשוואה ליכולתו העדיפה של יבואן לוודא כי סוג מסוים של מוצרים המיובא על-ידו בטוח, ובהתאם לכך לבחור ביבוא מוצרים אלו. על כן, נראה שעל אף שצרכנים נהנים אף הם מפעולת הצריכה, חוסר הסימטריה במערכת היחסים שבין הצדדים עדיין קיימת, ואכן יהיה זה הוגן לאזנה על ידי הטלת האחריות. שנית, נראה כי הטענות דלעיל מתעלמות ממעורבותם האפשרית של צדדים שלישיים העלולים להיפגע מפגם במוצר. כך למשל, דיירי הבית השכן לבית שעלה באש כתוצאה מהתלקחות מוצר פגום, אינם מסוגלים להפסיק את פעילות הצריכה שיצרה את הסיכון, ואף אינם נהנים מפעילות זו.¹⁰⁶

¹⁰² יש שטענו כי בפועל משקלו של שיקול זה כמצדיק אחריות חמורה מוגבל, משום שיש בידי בית המשפט כלים לבחינת היקף הפעילות עצמו ולקביעה האם הוא אופטימלי, כך שהיקף פעילות גבוה מהרצוי יחשב רשלני: Stephen G. Gilles, *Rule-Based Negligence and the regulation of Activity Levels*, 21 J. LEGAL STUD. 319 (1992). אולם, נראה כי טיעון זה פחות רלוונטי במצב בו מטרתנו איננה לצמצם את היקף הפעילות של היצרן באופן שרירותי, אלא לצמצם מכירה של מוצרים דווקא עבור חוג לקוחות ספציפי – אלה המעריכים את המוצר בסכום הנמוך מעלותו האמיתית. Gregory C. Keating, *Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents*, 74 S. CAL. L. REV. 193, 195–196 (2000).

¹⁰³ לשיקול זה בנוגע ליצרנים ראו Henderson 1981, לעיל ה"ש 80, בעמ' 938–939. ליישום של השיקול בנוגע ליבואנים ראו ת"א (מחוזי חי') 137/01 **אייזנברג יעקב וטובי חברה לבניין ועבודות ציבוריות בע"מ נ' ישראל מנדלסון הספקה טכנית והנדסית בע"מ** 4 (פורסם בנבו, 20.08.2006). שיקול זה דומה במהותו לטיעון ההדדיות של Fletcher, לפיו התובע זכאי לפיצויים מהנתבע שעה שהאחרון חשף אותו לסיכון גדול מזה שאליו חשף התובע את הנתבע, ללא קשר לתועלת שבמעשה שגרם לנזק. ראו: George P. Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Theory*, 85 HARV. L. REV. 537, 542 (1972).

¹⁰⁴ גלעד 2012, לעיל ה"ש 20, בעמ' 1171–1173.

¹⁰⁵ עוד יש שטענו כי על כל פנים הסדרי הביטוח יוצרים חלוקה של הנזק, כך שהטלת האחריות על יוצר הסיכון, תפגע בסופו של דבר במגוון רחב של קבוצות, כגון צרכנים, בעלי מניות, נושים, ספקים ועוד, ולא תטיל עליו נטל באופן אישי.

(ב) סיכול ציפיות הצרכן

שיקול הגינות נוסף שנידון בספרות בהקשר להטלת אחריות על יצרנים, הוא סיכול הציפיות של הצרכן.¹⁰⁷ לפי טיעון זה, יצרן המוצר מציג מצג לפיו המוצר תקין, עליו הצרכן מסתמך כאשר הוא בוחר לרכוש את המוצר. ציפיות אלה של הצרכן מצדיקות את ראייתו של היצרן כערב מכללא לתקינותו של המוצר, וממילא מצדיקות הטלת אחריות כאשר מתברר שציפייה זו נכזבה.¹⁰⁸

טיעון זה איננו מבוסס על מערכת היחסים החוזית שבין הצדדים, אלא על עצם העובדה שהיצרן ייצר את המוצר ונהנה ממצג התקינות שהוא יצר.¹⁰⁹ בכך, מבקש טיעון זה לחרוג ממסגרת דיני החוזים ולקבוע כי גם בעולם הנזיקין, יש להטיל אחריות על יצרן אשר אין בינו לבין הניזוק מערכת יחסים חוזית. יתרה מזאת, טיעון זה מבקש להטיל אחריות על היצרן יוצר המצג גם כאשר לא ניתן להצביע על התרשלותו. נראה כי הטיעון האמור ביחס לאחריות יצרנים רלוונטי גם בכל הקשור לאחריות יבואנים לנזקים אשר מקורם בפגם במוצר המיובא, שכן בדומה ליצרן, גם יבואן הבוחר לייבא מוצר אחד על פני מוצרים אחרים ולהציגו למכירה, יוצר מצג בפני הצרכן לפיו המוצר תקין וכדאי לרכשו.¹¹⁰

(ג) הגנת הצרכן

החיים בעולם המודרני מחייבים כי אדם יהיה תלוי בצריכת מוצרים טכנולוגיים רבים, אשר הוא איננו יודע כיצד הם פועלים ובאיזו אופן הם מיוצרים. מטבע הדברים, יבואן המוצר בעל יתרון על הצרכן בכל הנוגע למידע בדבר איכותם ובטיחותם של המוצרים שהוא מוכר ולחלופות הקיימות בשוק. הוא גם זה שבוחר אילו מוצרים לייבא, וממליץ ללקוח על איכותו וטיבו של כל מוצר.

גם בכל הנוגע להתנהלות משפטית, נמצא הצרכן הפרטי בעמדת נחיתות אל מול היבואן, שכן הוא חסר ידע מקצועי והוא איננו עומד בקשר כדבר שבשגרה עם אנשי מקצוע ומומחים רלוונטיים. לפיכך, עלול הצרכן להיות חסר אונים אל מול נזק שאין לו יכולת לדעת כיצד התרחש.¹¹¹ זאת ועוד, בידי צרכן סביר שאינו מבוסס לא עומדים הידע, האמצעים והמומחים העומדים לרשות גוף עסקי, כאלו שיאפשרו לו להוכיח כי היבואן לא פעל כיבואן סביר.¹¹² היבואן מנגד, הגם שאינו איש מקצוע המייצר מוצרים מסוג המוצר הפגום בעצמו, מצוי בשוק הרלוונטי, ומכיר את המותגים והיצרנים השונים, ואת היתרונות והחסרונות של מוצרי היבוא החלופיים. על כן, יכול הוא להתנהל ביתר קלות במסגרת הליך משפטי מול הצרכן. יתר על כן, היבואן, אשר תביעות הנוגעות למוצרים

על כן, טיעון המתבסס על חוסר הדדיות איננו יכול להצדיק מעבר לאחריות חמורה (גלעד 1990, לעיל ה"ש 14, בעמ' 194-195). אולם, דומה שעצם הטלת האחריות על יוצר הסיכון יש בה כשלעצמה הכרה באחריותו, גם אם בסופו של יום יגולגל הנזק על גופים אחרים. לדיון נוסף בערכים העומדים בבסיס אחריות חמורה למוצרים פגומים ראו: David G. Owen, *The Moral Foundations of Products Liability Law: Toward First Principles*, 68 NOTRE DAME L. REV. 427 (1993).

¹⁰⁷ פסק הדין העיקרי בו נידון שיקול זה ואף הוכרה מכוחו דוקטרינה הפרת אבטחה מכללא הוא *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.* - 161 A.2d 69, 81-84 (N.J. 1960). בפסק הדין הוחלט כי אין לדרוש קרבה חוזית בין היצרן לצרכן לשם חיוב היצרן בפיצויים בגין נזקי גוף משום שקיימת אבטחה מכללה המלווה את המוצר לפיה המוצר מתאים לשימוש אליו הוא מיועד. לסקירת הדוקטרינה ראו מור א, לעיל ה"ש 59, בעמ' 312-314.

¹⁰⁸ William L. Prosser, *The Assault Upon the Citadel (Strict Liability to the Consumer)* 69 YALE L. J. 1099, 1123 (1960).

¹⁰⁹ גלעד 1990, לעיל ה"ש 14, בעמ' 195-196. וראו Henderson, לעיל ה"ש 80, בעמ' 935-936.

¹¹⁰ יש הטוענים כי ביסוס אחריות חמורה על בסיס זה יכול להיעשות רק במקרה בו אכן נעשתה התחייבות כזו של המזיק כלפי הניזוק. גלעד 2012, לעיל ה"ש 20, בעמ' 1177.

¹¹¹ זוהי אחת הסיבות שהובילו את בית-המשפט באנגליה לייסד את כלל "הדבר מעיד על עצמו". ראו שני 2005, לעיל ה"ש 21, בעמ' 85-86.

¹¹² ראו טיעון זה בנוגע ליצרן במבוא להצעת חוק האחריות למוצרים פגומים, לעיל ה"ש 5.

פגומים הינן חלק אינטגרלי מעבודתו, הוא בעל ניסיון רב יותר והוא מהווה שחקן חוזר בהתנהלות משפטית מסוג זה, ועל כן בעל כוח רב יותר בכל הנוגע להתנהלות המשפטית כנגד הצרכן הפרטי.¹¹³

נראה אם כן כי פערי הכוחות שבין הצדדים, אשר הביאו לחקיקת שורה של חוקים שהבולט ביניהם הוא חוק הגנת הצרכן,¹¹⁴ מהווים שיקול נוסף המצדיק הטלת אחריות על יבואן במקרה בו ניזוק הצרכן עקב מוצר פגום. משקלו של שיקול זה כשלעצמו איננו גבוה, שכן לא תמיד היבואן הוא גוף חזק והצרכן חלש – לעיתים גופים עסקיים גדולים רוכשים מוצרים מספקים קטנים,¹¹⁵ אולם שיקול זה נלווה ליתר השיקולים שהובאו בפרק זה.

לסיכום, בפרק זה הראיתי כי קיים קושי ממשי העומד בפני ניזוקים-צרכנים בבואם לתבוע יבואנים. הדגמתי טענה זו, תוך דיון בפסיקת הערכאות הדיוניות. הסקירה שערכתי מעלה כי פעמים רבות, הטלת נזקים על היבואן מביאה לקשיים משפטיים מהותיים. לאחר מכן, בחנתי מספר שיקולים המצדיקים הטלת אחריות מוגברת על יבואנים בגין נזקים שנגרמו כתוצאה מפגם במוצר המיובא גם במצב בו לא התרשלו. שיקולים אלו חופפים בחלקם לשיקולים בהם נעשה בעבר שימוש להצדקת הטלת אחריות חמורה על יצרנים לגבי נזקי גוף בארץ ולגבי נזקי גוף ורכוש בארצות הברית. עם זאת, נראה כי הדיון בהטלת אחריות על יבואנים שונה באופן מהותי מהדיון העוסק ביצרנים. זאת משום שהנזק בו עסק דיון זה, איננו הנזק המלא שנגרם לצרכן, אלא נטל הגשת התביעה כנגד יצרן. השיקולים שנידונו, תמכו בהטלת נטל זה על היבואן, וזאת על ידי חיובו בנזק שנגרם לצרכן-הניזוק.

ה. מודלים אפשריים

עד כה טענתי כי קיימים שיקולים תיאורטיים המצדיקים החמרה של משטר האחריות הנוהג לגבי יבואנים בכל הקשור לנזקי רכוש שנגרמו כתוצאה ממוצר פגום. בפרק זה, אבקש להציע שני מודלים שעניינם הטלת אחריות רבה יותר על יבואנים, לעומת הדין הנוהג. המודל הראשון, מודל העברת הנטל, מהווה מודל מתון באופן יחסי, המטיל על היבואנים את הנטל להראות כי הם לא התרשלו בפעולותיהם. המודל השני, מודל האחריות החמורה, מהווה מודל קיצוני יותר, המטיל על היבואנים לפצות את הצרכנים אף כאשר לא נפל בהתנהלותם פגם.

אקדים ואציין כי כאמור, רשימה זו עוסקת באחריות יבואנים בלבד, ולא בוחנת את שאלת הטלת האחריות על יצרנים בגין נזקי רכוש. ברור כי על אסדרה חוקית-משפטית ראויה ליתן מענה מלא והולם ולכלול גם התייחסות להיקף אחריותם של יצרנים בגין נזקים אלו, זאת בכדי למנוע מצב משפטי שאינו קוהרנטי. כך, למשל, ברור כי הטלת אחריות חמורה על יבואנים, צריכה להיות מלווה בהטלת אחריות חמורה גם לגבי יצרנים, כדי למנוע מצב בו על הגורם הטבעי לפיצוי תוטל אחריות קלה יותר מזו המוטלת על הגורם המקשר. רבים מהשיקולים הכלכליים עליהם התבססו רלוונטיים גם לגבי יצרנים, ואף ביתר שאת, ואולם, מטרתה של רשימה זו היא בחינת ההיבטים הייחודיים האופייניים ליבואן, בשים לב לכך שמדובר בגורם מקומי לעומת היצרן הזר. דיון בשאלת אחריות היצרן חורג ממסגרת רשימה זאת ודורש התייחסות נפרדת. על כן, מחקר נוסף נדרש בטרם הגעה להסדרה משפטית כוללת ומלאה. עם זאת, אבקש לסקור כעת שני מודלים אפשריים להסדרה משפטית ראויה של סוגיית הטלת האחריות על היבואן בגין נזקים שנגרמו כתוצאה מפגם במוצר

¹¹³ לפירוט כיצד בא לידי ביטוי יתרון של שחקנים חוזרים בהליך המשפטי ראו: Marc Galanter, *Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 L. & SOC. REV. 95 (1974).

¹¹⁴ ראו את המבוא לדברי ההסבר להצעת חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

¹¹⁵ איל זמיר *חוק המכר, תשכ"ח-1968 - פירוש לחוקי החוזים* 11 (גד טדסקי עורך, 1987).

המיובא. הכרעה בין שני המודלים מחייבת אף היא מחקר נוסף, אמפירי בעיקרו, הנוגע להשפעות הרחבות של כל אחד מהם, ועל כן בחלק האחרון בפרק זה אבקש להציע שיקולים מנחים לבחירה בין המודלים, ללא דיון ממצה בהם.

1. המודל הראשון – העברת נטל ההוכחה לכתפי היבואן

ככלל, נטל ההוכחה במשפט האזרחי מוטל על התובע. מספר הוראות בפקודת הנזיקין קובעות חזקות התרשלות, לפיהן בהתקיים תנאים מסוימים קיימת הצדקה להעברת נטל זה אל הנתבע.¹¹⁶ מקובל לומר כי הנימוקים להעברת הנטל באותם המקרים הם בעיקרם שניים. הטעם הראשון הוא עמימות עובדתית שמקורה בכך שהנגישות למקורות המידע מצויה בידי הנתבע, ולא בידי התובע.¹¹⁷ לבד מן ההיגיון הטמון בהטלת הנטל על הצד שבידו גישה למידע המבוקש, נועד הדבר לחיסכון בעלויות ההתדיינות, שעה שבמקרים אלו השגת המידע זולה הרבה יותר עבור הנתבע.¹¹⁸

הטעם השני להעברת הנטל הוא צמצום הטעויות המשפטיות האפשריות. לפי טעם זה, יש לבחור בכלל אשר יצמצם את מספר הטעויות השיפוטיות בטווח הארוך.¹¹⁹ מקום בו סביר יותר שהנתבע התרשל על סמך היותו בעל מאפיינים מסוימים, כדוגמת היותו האחראי על טיפול בחיה שגרמה לנזק, או היותו מחזיק בקרקע שפרצה ממנה אש, הרי שיש היגיון בבחירה בכלל הקובע חזקה לפיה הנתבע התרשל.¹²⁰ חזקה זו עשויה לצמצם את המקרים בהם הנתבע לא יהיה זכאי לפיצוי עקב קושי בהוכחת יסודות הרשלנות על אף התקיימותם.

מבט מעמיק יותר מעלה כי אימוץ משטר העברת הנטל באותם מקרים בהם בחר המחוקק, מהווה הלכה למעשה דרך ביניים שבין הטלת אחריות חמורה, לבין המשטר המסורתי המבוסס על אשם.¹²¹ וכדבריו של השופט אגרנט בנוגע לכלל "הדבר מעיד על עצמו": "יהנכון הוא, כי המחוקק המקומי הלך כאן [...] בשביל הזהב: מצד אחד, שמר להלכה על הרעיון הבסיסי האמור של דיני הרשלנות אך מן הצד האחר, הטיל על הנתבע, מקום ש"הדבר מעיד על עצמו", את נטל השכנוע, שהתאונה לא נגרמה עקב רשלנות מצדו."¹²² ובהמשך, "ידחיפה לקראת אחריות מוחלטת יש כאן, אלא שלענין זה צריך להעיר שכל הנטיה המודרנית, לגבי המקרים שבהם ניזוקו בני אדם בתאונות שאחרים היו מעורבים בהן, הינה להתרחק, במידה גדולה, ממושג ה'אשמה'".¹²³

העברת הנטל לכתפיו של הנתבע תביא לכך שתביעות אשר תחת משטר הרשלנות הרגיל היו נדחות בהיעדר עמידת התובע בנטל ההוכחה, יתקבלו כעת, שכן תחת משטר העברת הנטל, הנתבע הוא זה שיתקשה להוכיח את היעדר התרשלותו. למעשה, כלל העברת הנטל משמש בפועל בידי המחוקק ככלי להכוונת התנהגותם של גורמים שונים המצויים במצב בו הם אלה שבידיהם למנוע נזק שכיח.

¹¹⁶ פורת 2013, לעיל ה"ש 71, בעמ' 275.

¹¹⁷ לשיקול זה בהקשר של כלל הדבר מעיד על עצמו ראו: ע"א 206/89 חמוטל רז נ' בית חולים אלישע בע"מ, מז(3) 805, 819 (1993).

¹¹⁸ שם.

¹¹⁹ שם, בעמ' 820.

¹²⁰ ראו: גיא שני חזקות רשלנות: העברת נטל ההוכחה בדיני נזיקין 270-272 (2011) הדן ברציונל זה בנוגע לחזקת הדברים המסוכנים.

¹²¹ ראו: יוסף בן דוד "התנאים להחלת הכלל 'הדבר מעיד על עצמו' משפטים 321, 322 (1971), וראו לעניין זה את סקירתו המפורטת של פרופ' גלעד בדבר רצף חומרת האחריות, הרואה במשטר העברת נטל השכנוע כמצוי בתחום האפור שבין משטר מבוסס אשמה למשטר של אחריות חמורה מעורבת: גלעד 2012, לעיל ה"ש 20, בעמ' 1157-1168.

¹²² ד"ר 4/69 יצחק נוימן נ' פולה פסיה כהן, כד(2) 229, 302 (1970).

¹²³ שם, בעמ' 303. וראו גם את דבריו של הנשיא אגרנט ב-ע"פ 74/62 פישמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, יז 1477, 1495-1496 (1936) לפיהם חובת הזהירות בנוגע לדברים מסוכנים עשויה להתקרב לאחריות מוחלטת.

נראה כי גם בעניינינו, אפשרי אימוץ משטר העברת נטל כפתרון ביניים המאפשר החמרה מסוימת של האחריות, ללא התנתקות מוחלטת ממשטר האשמה. נזקי רכוש, בעצם מהותם, נתפסים כנזקים פחות חמורים מנזקי גוף.¹²⁴ ניתן אפוא לטעון כי שוני זה מצדיק כי בכל הנוגע לנזקי רכוש, ועל בסיס ההצדקות להחמרת האחריות שהוצגו לעיל, יאומץ משטר של העברת נטל, ולא משטר של אחריות חמורה.

נוסף על כך, כפי שראינו, במקרה של פגם במוצר מיובא, פעמים רבות אין לתובעים אפשרות בפועל לדעת כיצד נהג היבואן בפעולת היבוא. סיבה זו מצדיקה אף היא כי נטל ההוכחה להראות כי פעולתו של היבואן הייתה סבירה תוטל עליו, בהתאם לטעם הראשון עליו עמדנו.

בהקשר זה ניתן לשער, שהעברת הנטל אל הצד אשר בידיו מצוי המידע הרלוונטי, תתמרץ את היבואנים לשמור את המידע הנוגע לתהליכי היבוא, ולהציג אותו במשפט. כך, כלל העברת הנטל עשוי לגרום לכך שבתי המשפט יערכו דיון המתבסס על עובדות מלאות של המקרים שיגיעו לפתחם, וכך במשך הזמן יתפתחו אמות מידה מתאימות לקביעה האם יבואן פעל כיבואן סביר. בפרק הקודם עמדנו על חוסר הבהירות הקיים כיום בכל הנוגע לסטנדרט הסבירות עבור יבואן, אשר מוביל, בין היתר, לפסיקה שאיננה קוהרנטית. בהיבט זה, תרומתו של מודל העברת הנטל איננה מתבטאת רק בכך שהיא תאפשר לניזוקים רבים יותר לקבל פיצויים בגין נזקיהם, אלא גם בכך שיתפתח סטנדרט אובייקטיבי לקביעת אחריותו של יבואן, אשר יביא לעקביות רבה יותר בפסיקה, ולכך שהטלת אחריות על יבואן תיעשה במקרים בהם אכן דבקה בהתנהגותו אשמה.

כפי שראינו, כלל "הדבר מעיד על עצמו" במתכונתו הנוכחית מקשה על העברת נטל ההוכחה אל כתפי יבואנים, ללא הרחבת מושג השליטה מעבר לגדר שנקבע להלכה.¹²⁵ בזירות ניתן להציע כי הרחבה פרשנית שכזו של הלכת **ישראלפט**, אפשרית על בסיס ההצדקות שנסקרו לעיל. כזכור, המבחן שנקבע בהלכה מבוסס במידה רבה על זיהוי הנתבע כ"בעל היכולת הטובה ביותר למנוע את התרחשות התאונה".¹²⁶ בפרק ההצדקות, מצאנו כי היבואן הינו מונע נזק זול יותר מהצרכן, ובעל האפשרות הטובה ביותר לגלגל את הנזק אל היצרן, בצורה שתכווין את התנהגותו של זה האחרון.¹²⁷ על בסיס הצדקות אלו, נראה כי יש טעם בהרחבה פרשנית מסוג זה, אשר תביא בסופו של יום בצורה היעילה ביותר לכך שהנזק יוטל על המונע הזול ביותר. עם זאת, יש לבחון אפשרות זו לעומק, ולעמוד על השלכותיה בהקשרים אחרים בהם נעשה שימוש בכלל "הדבר מעיד על עצמו". לחילופין, כלל רלוונטי של העברת נטל התואם את נסיבות הליכי היבוא, יכול שיאומץ על ידי חקיקה מתאימה.¹²⁸

2. המודל השני – הטלת אחריות חמורה על היבואן

משטר האחריות החמורה הוא משטר שבעיקרו איננו מבוסס אשם, במובן זה שחיוב הנתבע בפיצויים תחת משטר זה איננו מותנה בהתרשלותו. משטר זה נשען על התפיסה לפיה גם במצב בו התנהגותו של המזיק הייתה ראויה, ואין בה אשמה, התוצאה שהתנהגות יצרה איננה רצויה.

¹²⁴ לתפיסה המצדיקה אחריות חמורה על בסיס אינטרס שלמות הגוף ראו: Prosser, לעיל ה"ש 108, בעמ' 1122-1123. אם כי יש שטענו שיש לעשות שימוש בכלל העברת הנטל לשם הטלת אחריות על כתפי גורמים שונים בשרשרת המכר.
¹²⁵ ראו: בן דוד, לעיל ה"ש 121, בעמ' 327, אולם זאת מתוך נקודת הנחה לפיה יש חשש שכל אחד מהגורמים גרם לפגם במוצר. כלומר, לא נידונה שאלת התרשלות היבואן בכך שייבא מוצר פגום, אלא השאלה האם הוא התרשל בטיפול במוצר באופן שיצר בו פגם.

¹²⁶ ראו את הדיון לעיל, בסמוך לה"ש 19.

¹²⁷ ראו פסקאות 0, 0 בפרק ד לעיל.

¹²⁸ במחקרו טוען דניאל מור כי ניתן לעשות שימוש לשם העברת הנטל אל יצרנים בחזקת הדברים המסוכנים המצויה בסעיף 38 לפקודה (מור ב, לעיל ה"ש 19, בעמ' 589-591). קבלה של טענתו זו לכאורה תאפשר לעשות שימוש בכלל גם לגבי יבואנים. אולם, גישה זו נדחתה במצבים בהם המוצר אינו מסוכן מטבעו והנתבעת לא ידעה ולא היה עליה לדעת על הפגם. ראו עניין **ישראלפט**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 59.

הטלת האחריות על-פי משטר זה נועדה אפוא לשנות את תוצאות ההתנהגות, ולא את ההתנהגות עצמה.¹²⁹ בהתאם לכך, הטלת הנזק על המזיק תחת משטר זה, לא נועדה דווקא למניעת ההתנהגות המזיקה,¹³⁰ ואכן, במקרים בהם מניעת ההתנהגות יקרה יותר מתוחלת הנזק, הטלת הנזק על כתפי המזיק ממילא לא תרתיע אותו, משום שהתועלת שהוא מפיק מהמעשה גבוהה מהנזקים בהם הוא יחויב ולכן תתקבל התוצאה הרצויה – ההתנהגות לא תימנע. אחריות חמורה יכול שתהא "טהורה", במובן זה שאין משמעות כלל לשאלת האשם, ויכול שתהא מרוככת יותר – "מעורבת", במקרה שהטלת האחריות מתבססת הן על שיקולים התומכים בהטלת האחריות על הנתבע, כגון שיקולי פיזור נזק והגינות, והן על כך שקיימת הסתברות ממשית שהנתבע התרשל, אולם קיימים קשיים בהוכחת התרשלות זו.¹³¹

בפרק השלישי לעיל, התוודענו לשיקולים שונים המצדיקים הטלת אחריות על יבואנים בנוגע לנזקים שנוצרו מפגמים במוצרים מיובאים, אף אם מדובר בפגמים שנוצרו בתהליך הייצור. הצדקות דומות, בין היתר, הן אלה שהובילו מהלך חקיקתי נרחב בארצות הברית, לפיו כל העוסקים בשיווק או במכירה של מוצר יהיו חייבים באחריות חמורה בגין נזקים לגוף או לרכוש שנגרמו כתוצאה מפגם בו. מודל האחריות החמורה בנוגע לפגמים בייצור של מוצר נוצר והתפתח בדן האמריקאי בתחילת שנות השישים,¹³² ומשם התפשט גם לאירופה.¹³³ כיום הריסטייטמנט השלישי קובע: "One engaged in the business of selling or otherwise distributing products who sells or distributes a defective product is subject to liability for harm to persons or property caused by the defect."¹³⁴ בישראל, לעומת זאת, הוטלה אחריות חמורה על יבואנים ויצרנים רק בגין נזקי גוף שנגרמו כתוצאה מפגם במוצר מיובא.¹³⁵

חוק האחריות למוצרים פגומים מחיל משטר של אחריות חמורה "מעורבת".¹³⁶ הוא כולל הגנות המגבילות את היקף האחריות שעה שברור כי בהתנהגותו של המזיק לא דבקה אשמה כלל. כך, יצרן, יבואן או ספק אשר יוכיחו כי המוצר יצא מתחת ידם כשהוא תקין ושלם, ייפטרו מאחריות אף כאשר נגרם נזק גוף.¹³⁷ תיקון חוק האחריות למוצרים פגומים באופן שתוטל אחריות דומה בגין נזקי רכוש תהווה דרך להסדרת המצב המשפטי הנוהג בכל הנוגע להטלת אחריות על יבואנים כמו גם על יצרנים. הדבר מתיישב הן עם השיקולים בדבר קשיי הוכחת אשמה, והן עם השיקולים המצדיקים את הטלת הנזקים על היבואן. כמו כן, צעד שכזה יהווה הצטרפות למהלך שנעשה בחלק ממדינות אירופה ובארצות הברית, אשר עיגן את נזקי הרכוש יחד עם נזקי גוף במסגרת הסדר האחריות למוצרים פגומים.

מודל האחריות החמורה, בוודאי בגרסת האחריות ה"מעורבת", קרוב במהותו למודל העברת הנטל, ומצוי לצדו על פני רצף משטרי האחריות. הנפקות בין המודלים תבוא לידי ביטוי במצב בו היבואן ערך את כל הבדיקות הנדרשות ויש בידו להוכיח זאת, ועם זאת אחד המוצרים כלל פגם אשר לא

¹²⁹ גלעד 2012, לעיל ה"ש 20, בעמ' 1157.

¹³⁰ ישראל גלעד, "הערות להסדרי הניקין בקודקס - אחריות ותרופות" משפטים לו 761, 799–800 (2006). ראו גם ע"א 4493/05 ירושלמי נ' פולריס יבוא כלים בע"מ, סב(2) 1, 15 (2007).

¹³¹ לדיון מרחיב בכללי אחריות חמורה "טהורה" ו"מעורבת" ראו גלעד 2012, לעיל ה"ש 20, בעמ' 1164–1166.

¹³² ראו: Dobbs, Hayden & Bublick, לעיל ה"ש 59, שם. פסק-הדין שחולל את המפנה היה Greenman v. Yuba Power Prods., Inc., 59 Cal.2d 57 (1963), שמשקנותיו אומצו מאוחר יותר ב-RESTATEMENT, SECOND, TORTS §402A.

¹³³ גלעד 1990, לעיל ה"ש 14, בעמ' 180.

¹³⁴ הריסטייטמנט השלישי, לעיל ה"ש 3, שם.

¹³⁵ ס' 2 לחוק האחריות למוצרים פגומים, לעיל ה"ש 4.

¹³⁶ גלעד 2012, לעיל ה"ש 20, בעמ' 1195.

¹³⁷ ס' 4(א) לחוק האחריות למוצרים פגומים, לעיל ה"ש 4.

נתגלה. תחת משטר העברת הנטל, יוכל היבואן להראות כי ערך בדיקות סבירות ובהתאם באופן זהיר את מקורות היבוא, ועל כן יעמוד בנטל להוכחת היעדר התרשלותו. מנגד, תחת משטר של אחריות חמורה, יחוייב היבואן בנזק שעה שהמוצר יצא מרשותו כשהוא פגום.

לסיום חלק זה, יש להעיר שתי הערות הנוגעות לאפשרות להתאים את חוק האחריות למוצרים פגומים כך שיכלול גם נזקי רכוש. ראשית, החוק כיום עוסק בהטלת אחריות על יצרנים ויבואנים.¹³⁸ כאמור, שינוי חקיקתי מחייב דיון נרחב בנוגע להטלת אחריות על יצרנים לצד יבואנים לגבי נזקי רכוש עקב פגם במוצרים, במטרה ליצור הסדר נרחב וכולל. שנית, אימוץ מודל האחריות החמורה בנוגע לנזקי רכוש, יחייב בחינה של היקף הפיצויים שניתן להטיל מכוח חוק זה בכל הנוגע לנזקי רכוש, בדומה להגבלת היקף הפיצויים הקבועה בחוק כיום ביחס לנזקי גוף.¹³⁹

3. המודלים האפשריים – שיקולי מדיניות

עיצוב המודל הראוי לעניין הטלת אחריות על יבואנים הוא מלאכה עדינה ומורכבת, המערבת בתוכה שיקולים רבים, ועל כן קשה להצביע על הנקודה המדויקת על גבי ספקטרום האחריות אשר בה ראוי לבחור. יפים לעניין זה דבריו של פרופ' גלעד: *"האחריות המוגברת מבוססת האשמה והאחריות החמורה המעורבת יוצרות כזכור יחדיו את 'האזור האפור' (grey area) של משטרי האחריות. הקרבה בין שני אזורים אחריות אלה באה לידי ביטוי בכך שאותן עובדות תומכות יכולות לבסס הן אחריות מוגברת מבוססת אשמה והן אחריות חמורה מעורבת"*.¹⁴⁰

על הבחירה במודל הרצוי להתבסס לבסוף, על שילוב בין ההנחה לפיה ייקשה על הניזוק להוכיח התרשלות של היבואן, לבין השיקולים הדורשים את הטלת האחריות גם בהיעדר התרשלותו. אופיו של משטר האחריות ייקבע אפוא בשים לב לאיזון בין השניים,¹⁴¹ והוא דורש מחקר נוסף הנוגע להשפעות השונות של שימוש במשטרים אלה על התנהגות הצדדים המעורבים. בעמודים הבאים אבקש להעלות מספר שיקולים נוספים הרלוונטיים לבחירה בין שני המודלים המוצעים. מובן כי יש לשקול במסגרת זו ולהביא בחשבון גם את אותם התנאים אשר בהתקיימם לא תוטל אחריות על היבואן.

(א) שיקולי צדק

דיני הנזיקין, באופן מסורתי, עוסקים בהטלת אחריות מכוח התנהגות המגלמת אשמה.¹⁴² כביקורת על החלת אחריות מוחלטת, נטען כי היא מטילה נטל שאיננו הוגן על המזיק, שעה שהתנהגותו למעשה רצויה מבחינה חברתית ולא דבק בה רבב.¹⁴³ בדומה, בעבר נטען כי משטר זה מהווה למעשה מסווה להחלת חובת ביטוח, דבר שמעוות את מטענה המוסרי של האחריות המשפטית.¹⁴⁴ מנגד, יש הסוברים כי בעידן בו קיימת הסתמכות רבה על מוסד הביטוח, אין משמעות רבה להטלת אחריות על האשם בפועל, משום שתוצאותיה הן ממילא גלגול העלויות אל כלל הציבור המבוטח, ולא אל

¹³⁸ וכאשר לא ניתן לאתרם גם בספקים, ראו ס' 1(3) שם.

¹³⁹ ס' 5 שם.

¹⁴⁰ גלעד 2012, לעיל ה"ש 20, בעמ' 1252.

¹⁴¹ להרחבה אודות ההצדקות להטלת אחריות חמורה "מעורבת" לעומת אחריות מבוססת אשמה ראו שם, בעמ' 1187.

¹⁴² שם, בעמ' 1157.

¹⁴³ שם, בעמ' 1169.

¹⁴⁴ יצחק אנגלרד "חצי יובל לפקודת הנזיקין האזרחיים — בעיות ומגמות" משפטים ה' 564, 593 (1973); יצחק אנגלרד "הערות לחקיקה: הצעת חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ג—1973" משפטים ה' 431, 433—434 (1973).

האשם בפועל. על כן, יש לראות במעבר למשטר מעין זה הכרח בל יגונה התואם לדרישות המציאות המשתנה שאיננה מאפשרת עוד הטלת הנזקים על האשם בלבד.¹⁴⁵

נראה כי בכל הנוגע לאחריות חמורה, וכל שכן לאחריות חמורה "מעורבת", שיקול זה מתעמעם עוד יותר, במובן זה שהגבול שבין לאחריות חמורה לבין משטר של העברת נטל מטושטש ביותר. לאחריות חמורה, כפי שהיא מוחלת למשל בחוק האחריות למוצרים פגומים, כוללת כאמור סממנים של אשמה, כדוגמת ההגנה שהוצגה לעיל הפותרת מאחריות נתבע אשר מוכיח כי המוצר יצא מחזקתו כשאינו פגום. זאת ועוד, ליזכותו של הנתבע תעמוד חזקה לפיה המוצר יצא מחזקתו כשאינו פגום, אם יוכיח שזה עבר בדיקות בטיחות סבירות.¹⁴⁶ בכך מתעמעמת קמעה תחושת חוסר הצדק. ואכן, כאמור, משטרי האחריות מצויים על ספקטרום רחב, והאבחנה ביניהם איננה דיכוטומית.¹⁴⁷ מקומו של הדיון בהבחנות המדויקות בין שני המשטרים יחרוג ממסגרת זו. די בכך שאציין כי החלוקה בין שני המודלים דלעיל היא חלוקה מושגית, אשר איננה ממצה את המורכבות של כלל המשטרים האפשריים השונים. מטרת הדברים היא הצפת הדיון בשאלת המודל הרצוי, שאלה אשר עשויה להתברר ביתר עומק בעקבות ביצוע מחקרים אמפיריים אשר יבחנו את מלוא ההשפעות של החלת המשטרים השונים.

(ב) השלכות כלכליות של משטר אחריות חמורה

אחד השיקולים המשמעותיים ביותר בבחירת המודל הרצוי, הינו ההשפעה הכלכלית של המודלים המוצעים. כזכור, הסיבה לכך שמלכתחילה אומץ הסדר של אחריות חמורה בנוגע לנזקי גוף בלבד, הינו החשש מהשלכותיו של ההסדר על הפעילות העסקית במשק.¹⁴⁸

אחד החששות העיקריים שעולים בהקשר זה, הוא שהטלת אחריות חמורה על יבואנים, תביא להעלאת מחירים משמעותית במחיריהם של מוצרים מיובאים, שיאלצו לשקלל את עלות הסיכון לכך שיחוייבו בנזקים במחיר המוצר. זאת הן אם יפעלו כמבטחים עצמיים, והן אם יבחרו בביטוח חיצוני.¹⁴⁹ ובעצם לביטוח חובה של רכישת מוצרים מיובאים. עליית מחירים כזו, עשויה לגרום לעיוות בתמריציהם של רוכשים, שיפנו לרכישת מוצרים שאינם מיובאים, או לייבא מוצרים באופן עצמאי. תופעה זו עשויה לחטוא למטרה ממנה התחלנו את הדיון: והיא צמצום הרגולציה במטרה להסיר חסמי יבוא.¹⁵⁰

תופעה זו איננה תיאורטית בלבד. אחת הטענות המרכזיות שהועלו במהלך השנים כנגד משטר אחריות חמורה לגבי מוצרים פגומים, הייתה, כי הוא זה שגרם לפרוץ משבר הביטוח בארצות הברית בשנות ה-80, שכלל עליות חדות בפרמיות הביטוח עבור מגוון רחב של מוצרים, ואף סירוב

¹⁴⁵ לטיעון זה בהקשר להטלת אחריות על יצרנים ראו גלעד 1990, לעיל ה"ש 14, בעמ' בעמ' 194; מור 1978, לעיל ה"ש 75, בעמ' 94-97. לצד זאת יש לציין גישות לפיהן מושג הצדק כולל בתוכו גם את הרווחה החברתית. להרחבה ראו: Louis Kaplow & Steven Shavell, *Fairness Versus Welfare*, 114 HARV. L. REV. 961, 1003-1004 (2001). Kaplow & Shavell עצמם סוברים כי כללים משפטיים כלל אינם צריכים להתבסס על שיקולי צדק, אלא למקסם את הרווחה המצרפית.

¹⁴⁶ ס' 4(א)(1) לחוק האחריות למוצרים פגומים, לעיל ה"ש 4.

¹⁴⁷ ראו למשל גלעד 2012, לעיל ה"ש 20, בעמ' 1166-1168.

¹⁴⁸ מבוא להצעת חוק האחריות למוצרים פגומים, לעיל ה"ש 5.

¹⁴⁹ ראו את הטקסט לעיל בסמוך לה"ש 76.

¹⁵⁰ ראו את הטקסט לעיל בה"ש 2 ובסמוך לה. כאמור, הוועדה להסרת חסמי יבוא שמה לה למטרה להציע דרכים לצמצום פערי המחירים של מוצרי צריכה ביחס למדינות ה-OECD. ראו שם, בעמ' 2.

של חברות ביטוח לבטח מוצרים מסוימים.¹⁵¹ המשבר הוביל לצמצום הכיסוי הביטוחי לניזוקים, דבר שפגע לבסוף באוכלוסיות החלשות, ובכך יצא שכר השיטה בהפסדה.¹⁵²

אין להקל ראש בטיעון זה, המעלה חששות משמעותיים מפני ההשפעות הכלכליות של שינוי משטר האחריות הנוהג. עם זאת, הספרות המחקרית הציעה מספר תיאוריות חלופיות להסבר משבר הביטוח האמריקאי, וביניהן תעריף הריבית הנמוך בשנים אלו, התנהלותן של חברות הביטוח עצמן וכיו"ב.¹⁵³ כמו כן יש להתחשב בכך שלכלכלה הישראלית מאפיינים שונים מזו האמריקאית, המקשים על גזירת גזירה שווה מהנעשה בארצות הברית לגבי ישראל.¹⁵⁴ לבסוף, לנוכח המצב השורר כיום בכלכלת ארצות הברית, אשר התגברה לא מכבר על המשבר הביטוחי, נראה כי גם אם יש ממש בחשש מההשפעות הכלכליות של משטר אחריות חמורה, עיצוב זהיר שלו ומעקב אחר השפעותיו, יאפשרו התגברות על קשיים אלו לאורך זמן, כפי שאכן נעשה בארצות הברית.

נראה שהחמרת משטר האחריות על יבואנים כמו גם אל יצרנים, עשוי להביא בסופו של יום לכך שהמוצרים שיוצרו לציבור יהיו איכותיים ובטוחים יותר, אך בה במידה גם יקרים יותר. שאלה היא, מה מידת הפטרנליזם אותו ראוי שינקוט השלטון כלפי ציבור הצרכנים במטרה להגן על שלומם. הדברים אמורים בעיקר באשר לצרכנים המעוניינים לרכוש מוצרים זולים, אף במחיר הגברת הסיכון.

(ג) עלויות התדיינות

אחד האינטרסים שראוי לשקול במסגרת עיצוב המודל הראוי, הוא האינטרס לצמצם את עלויות ההתדיינות. כאמור, עלויות אלו כוללות הן את העלות שמוטלת על הצדדים, והן את המשאבים הנדרשים ממערכת המשפט. בבחינת ההסדר הראוי יש לשים לב לשני מובנים של עלות ההתדיינות. המובן הראשון הוא עלותה האינדיבידואלית של כל התדיינות בודדת, והמובן השני כמות ההתדיינות הכוללת. כך, עלות ההתדיינות של כל משטר אחריות, נגזרת מעלות ההתדיינות הבודדת הממוצעת כפול מספר ההתדיינות.

אשר למובן הראשון, יתרונו של משטר האחריות החמורה הוא ביצירת ודאות משפטית בנוגע לשאלת החבות. כלל כזה יוצר ודאות גבוהה כי אחריות תוטל על היבואן ועל כן חוסך את עלותה של התדיינות בודדת, משום שהוא מצמצם את הדיון לבחינת התקיימות התנאים לתחולת האחריות המוחלטת ולקביעת גובה הנזק בלבד.¹⁵⁵ אולם במובן השני קיים חשש שמשטר של אחריות חמורה המרחיב את היקף החבות של מזיקים, יגרום לכך שניזוקים אשר לא היו תובעים תחת משטר של העברת נטל, יתבעו תחת משטר של אחריות חמורה, כך שבפועל תגדל כמות ההתדיינות.¹⁵⁶ מנגד, ניתן לעלות את ההשערה לפיה משטר האחריות החמורה יעודד את הצדדים להגיע לפשרות ללא צורך בדיון משפטי, לאור העובדה שהכרעה בשאלת ההתרשלות ממילא תתייתר, ובכך יצטמצם מספר ההתדיינות.¹⁵⁷ אין בידינו לספק תשובה מבוססת לשאלה כיצד

¹⁵¹ ראו את הדו"ח שהוציא משרד המשפטים האמריקאי שמצא כי המשבר נגרם בשל עליה בחבות הניזוקית כלפי ניזוקים כתוצאה ממעבר למשטר שאיננו מבוסס אשמה: US DEP'S OF JUSTICE, REPORT OF THE TORT POLICY: WORKING GROUP ON THE CAUSES, EXTENT AND POLICY IMPLICATIONS OF THE CURRENT CRISIS IN INSURANCE AVAILABILITY AND AFFORDABILITY 30-59 (1986).

¹⁵² George L. Priest, *The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law*, 96 Yale L. J. 1521, 1525 (1987).

¹⁵³ Priest, לעיל ה"ש 152, בעמ' 1522-1523.

¹⁵⁴ כך למשל מקומו של מוסד הביטוח הלאומי בישראל. התייחסות לכך מצויה אצל דניאל מור, "הצעת חוק האחריות למוצרים פגומים תשל"ט – 1978" עיוני משפט ז' 114, 163-164 (1979).

¹⁵⁵ ראו גלעד 2012, לעיל ה"ש 20, בעמ' 1183.

¹⁵⁶ Posner 1973, לעיל ה"ש 89, בעמ' 209.

¹⁵⁷ זהו אחד השיקולים העומדים גם הם בבסיס חוק האחריות למוצרים פגומים. ראו את דברי ההסבר לסעיף 2 להצעת החוק, לעיל ה"ש 5.

ישפיע משטר האחריות על עלויות ההתדיינות בישראל, ודומה כי הדבר דורש אף הוא מחקר אמפירי. ואולם נראה כי מדובר בשיקול בעל השלכות רבות על כלל השחקנים המעורבים.

ו. סיכום

ברשימה זו עסקתי בנושא הטלת האחריות על יבואנים בגין נזקי רכוש אשר נגרמו כתוצאה מפגם במוצר המיובא. ראשית, הוצג הקושי הקיים כיום בקבלת פיצויים בגין נזקים אלה מאת היצרן הזר. לאחר מכן, טענתי כי גם תביעה כנגד היבואן עשויה להיתקל בקשיים, בשל הקושי להוכיח כי היבואן לא נהג כיבואן סביר. סקרתי את התמודדות הפסיקה עם הסוגיה, והראיתי כי קיים חוסר בהירות בפסיקת בתי-המשפט בכל הנוגע לשימוש בכלל "הדבר מעיד על עצמו" לשם הטלת אחריות על יבואנים, וכי שימוש בכלל במקרים אלו מעורר קשיים משפטיים. הסקתי כי סטנדרט הזהירות בו משתמשים בתי-המשפט לבחינת התרשלותו של יבואן בפעולת היבוא אינו אחיד, והצעתי כי יתכן שהדבר נובע מתחושת חוסר הצדק הכרוכה במניעת פיצוי מנפגע, שעה שאין בידו להוכיח את התרשלותו של היבואן. הראיתי כי גם שימוש בדיני החוזים אינו מספק מענה מתאים לסוגיה, בין היתר משום שדינים אלו אינם מהווים מסגרת נורמטיבית רלוונטית לדיון בסוגיה בחלק ניכר מהמקרים. לאחר מכן, טענתי כי מצב בו ניזוקים-צרכנים מתקשים להשתפות על נזקיהם מהיבואנים אינו רצוי, לאור קיומם של שיקולים שונים התומכים בהטלת נזקים שנגרמו כתוצאה מפגם במוצר המיובא על יבואן המוצר.

בהמשך, טענתי כי התרחבות תופעת היבוא, בשילוב עם העולה מן הפסיקה, מצדיקים בחינה מחודשת של משטר האחריות החל על יבואנים במקרים אלו במסגרת דיני הנזיקין. הצעתי כי החמרת האחריות רצויה הן לנוכח קשיי ההוכחה העומדים בפני התובעים, והן לאור השיקולים השונים התומכים בהחמרת האחריות המוטלת על יבואנים, לרבות שיקולי יעילות והוגנות. הראיתי כי שיקולים אלו תומכים בכך שהיבואן ולא הצרכן, הוא זה שיידרש בסופו של יום לתבוע את הנזק מהיצרן. לבסוף, הצגתי שני מודלים שעשויים לספק מענה לסוגיה, מודל העברת הנטל ומודל האחריות החמורה, תוך דיון בשיקולי מדיניות שונים הרלוונטיים לבחירה ביניהם. הצעתי כי קשיי ההוכחה כמו גם ההצדקות השונות שהועלו, תומכים בהחמרה האחריות על ידי כל אחד מהמודלים הללו, המצויים זה לצד זה על גבי 'ספקטרום האחריות', וכי יש צורך במחקר נוסף בנוגע להשפעותיהם של המודלים לשם בחירה ביניהם.