

## הערת מערכת: הטלת אחריות על יבואן בגין נזקי רכוש שנגרמו מפגם במוצר מיובא

מאת

הדס פירר-אש\*

התפתחות השוק הגלובלי מציבה אתגרים שונים לפתחו של המחוקק. בין היתר תופעת הייבוא ההולכת ומתרחבת מעלה שאלות שונות הנוגעות להיקף האחריות של יבואנים למוצרים מיובאים, במיוחד בכל הנוגע ליבואנים שאינם רשמיים. לעומת הטלת האחריות על יבואנים בגין נזקי גוף הנגרמים מפגם במוצר המיובא המוסדרת בחוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם-1980, הטלת האחריות על יבואנים בגין נזקי רכוש אינה מוסדרת ספציפית, 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 בפסיקה בתי המשפט, אשר מגלה חוסר קוהרנטיות בכל הנוגע להטלת אחריות מכוח עוולת הרשלנות, ואציע שני מודלים אפשריים להחמרת אחריות זו. שימוש בכל אחד מהמודלים המוצעים ברשימה זו עשוי לסייע בגיבוש משטר האחריות הרצוי בנוגע ליבואנים, להסדרת הכללים המשפטיים הדרושים לצורך הגשמתו, ובסופו של דבר, ואף חשוב לא פחות מזה, להתפתחות כללי זהירות וסטנדרט התנהגות ראוי מצידם של היבואנים עצמם.

**מבוא. א. רקע – פרקטיקה של ייבוא מוצרים. ב. הקושי העומד בפני תובע בתביעה נגד היצרן. ג. הקושי העומד בפני תובע בתביעה נגד היבואן.** 1. הקושי בבחינת הסוגיה בראי דיני הנזיקין. 2. הקושי בבחינת הסוגיה בראי דיני החוזים. 3. המצב הנוהג בפסיקה – סיכום. ד. דיון ביקורתי בדיון הנוהג – לקונה או דין רצוי? 1. שיקולים הנוגעים למקסום הרווחה החברתית. 2. שיקולי צדק. ה. מודלים אפשריים. 1. המודל הראשון – העברת נטל ההוכחה לכתפי היבואן. 2. המודל השני – הטלת אחריות חמורה על היבואן. 3. המודלים האפשריים – שיקולי מדיניות. ו. סיכום.

### מבוא

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

\* סטודנטית בשנה הרביעית לתואר בוגר במשפטים ובמתמטיקה, האוניברסיטה העברית בירושלים. המאמר זכה בפרס על שם חיה ואברהם גרטש למאמר סטודנטיאלי מצטיין לשנת התשפ"א. ההערה נכתבה במסגרת סמינריון בהנחיית פרופ' אהוד גוטל. תודתי הרבה נתונה לו ולחברי מערכת נא של כתב העת משפטים על הערותיהם המצוינות.

רבים גורסים כי על מנת להגביר את התחרות יש למעט ברגולציה ולאפשר ייבוא מוצרים במהירות ובקלות אגב עידוד חיי המסחר המתנהלים מטבעם בכלכלת השוק החופשי.<sup>2</sup> 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 ועל יצרנים.<sup>3</sup> לעומת זאת בישראל נתקבלה העמדה שלפיה אחריות חמורה תוטל על יבואנים ועל יצרנים רק במקרים שבהם מדובר בנזקי גוף, מכוח הוראות חוק האחריות למוצרים פגומים,<sup>4</sup> בשל חשש מהשפעתה של הטלת אחריות חמורה על הפעילות העסקית במשק.<sup>5</sup> ואולם, חוק האחריות למוצרים פגומים נחקק לפני יותר מ-40 שנה. במהלך השנים הללו השתנתה מטבע הדברים פעילותו העסקית של המשק מן הקצה אל הקצה, וכיום מיובאים הרבה יותר מוצרים בידי מגוון רב של יבואנים, קטנים כגדולים.<sup>6</sup> ברשימה זו אבקש להעלות לבחינה מחודשת את הפרקטיקה הנוהגת בכל הנוגע לנזקי רכוש שנוצרו מפגם במוצר מיובא ולטעון כי קיימת הצדקה להחמרת האחריות המוטלת על יבואנים גם בעניין נזקי רכוש.<sup>7</sup> בהמשך לכך אדון בשני מודלים אפשריים להחמרה זו. תרומתה של רשימה זו עשויה להיות כפולה: ראשית, אבקש להאיר את חוסר הבהירות וחוסר העקיבות הקיימים כיום בפסיקה הישראלית בכל הנוגע להטלת אחריות על יבואנים בגין נזקי רכוש שנגרמו מפגם במוצר מיובא. אראה כי הפסיקה לוקה בחוסר קוהרנטיות

- 1 ראו רפעת עזאם המיסוי הבינ-לאומי של המסחר האלקטרוני 261–262 (2013), וההפניות המוזכרות שם.
- 2 ראו הוועדה להגברת התחרות והסרת חסמים בתחום הייבוא דו"ח הוועדה (משרד הכלכלה 2014) <https://bit.ly/3mLkSx6> (להלן: דו"ח הוועדה להגברת התחרות). 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 ואת העומס הביורוקרטי שמציבה הממשלה על ייבוא מוצרים.
- 3 ראו Lauren Sterrett, *Product Liability: Advancements in European Union Product Liability Law and a Comparison between the EU and U.S. Regime*, 23 MICH. ST. INT'L L. REV. 885, 887 (2015); Guido Alpa, *Manufacturer, Importer and Supplier Liability in Italy Before and After the Implementation of the E.E.C. Directive on Damages for Defective Products*, 6 TUL. RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: PROD. LIAB. § 1 (Am. L. CIV. L.F. 233, 236 (1992) Council Directive (EC) 85/374 of July 25, 1985, ; (להלן: הריסטיטמנט השלישי); 1998) Approximation of the Laws, Regulations and Administrative Provisions of the Member States Concerning Liability for Defective Products, 1985 O.J. (L 210), 29–33 איננו אחיד, ויש מדינות שלא יישמו את הדירקטיבה ולא החילו אחריות חמורה בתביעות בגין מוצרים פגומים).
- 4 ס' 2 לחוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם–1980.
- 5 ראו את המבוא להצעת חוק אחריות למוצרים פגומים, התשל"ט–1978, ה"ח 1376.
- 6 ראו "ייבוא הסחורות לפי ייעודים – כמויות" בנק ישראל (4.6.2020).
- 7 סוגיית הטלת האחריות על יצרן לנזקי רכוש לא תידון במפורט, ומטרת הדיון היא להאיר את השיקולים הייחודיים הרלוונטיים בנוגע ליבואנים והנובעת ממאפייניהם המובחנים. עם זאת, מובן שהסדרה משפטית כוללת של הסוגיה דורשת התייחסות מעמיקה גם לשאלת הטלת האחריות על יצרנים. ראו דיון על כך להלן פרק ה.

בשני תחומים – בהחלת כלל "הדבר מעיד על עצמו" על נסיבות הייבוא ובקביעת סטנדרט הזהירות המצופה מיבואן במסגרת עוולת הרשלנות; שנית, אטען כי יש לפתוח לדיון מחודש את שאלת הטלת האחריות בעניין מוצרים פגומים בגין נזקי רכוש. במסגרת עניין זה אבקש להיבנות מהספרות הענפה העוסקת בהצדקות להטלת אחריות חמורה בעניין מוצרים פגומים ולהפנות כעת את הזרקור אל עבר שחקן אשר נוטה להידחק לשולי הבמה – היבואן. אבקש לבחון בעין ביקורתית כיצד הטיעונים הכלכליים הקלאסיים רלוונטיים לשאלת החמרת האחריות המוטלת על יבואנים.

הצגת הדברים תהיה כדלהלן: **פרק א** אציג את הפרקטיקה הנוהגת בעניין ייבוא מוצרים. **פרק ב** אדון באפשרות להטלת האחריות בגין נזקים אלה על הכתובת הטבעית לכך – היצרן. בתוך כך אציג את הקושי במימוש זכות זו כשמקום מושבו של היצרן בחו"ל וניהול הליך נגדו עלול להיות מורכב, יקר וארוך. **פרק ג** אפנה לרון באפשרות להגשת תביעה לפיצויים נגד היבואן. במסגרת זו 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 אלה על היבואן מכוח דיני הנזיקין מעלה קשיים ואיננה אחידה, וכי גם שימוש בדיני החוזים אינו בבחינת מענה מספק לסוגיה במקרים רבים, מסיבות שונות שיידונו להלן. אטען כי חוסר הקוהרנטיות השורר בפסיקה, בשילוב עם השינוי שחל במאפייני תופעת הייבוא, מחייב בחינה מחודשת והסדרה כוללת של סוגיית הטלת האחריות על יבואנים. **פרק ד** אטען כי ראוי שהסדרה זו תכלול החמרה של משטר האחריות הנזיקי הנוהג אגב דיון בכמה שיקולים התומכים בהחמרה זו. **פרק ה** אציע שני מודלים אפשריים להחמרת משטר האחריות ואדון בהם. **פרק ו** יסכם את הרשימה.

## א. רקע – פרקטיקה של ייבוא מוצרים

עם התפתחות השוק הגלובלי הולכת ומתרחבת תופעת ייבוא המוצרים ממדינות זרות. נוסף על פעולתם של יבואנים המשמשים נציגות ישראלית של היצרן הזר, הרי שכיום גופים רבים מייבאים מוצרים באופן עצמאי, בלא שהם משמשים נציגות רשמית של היצרן בארץ.<sup>8</sup> המוצרים המיובאים עוברים בדיקה בהגיעם לארץ, ונבחנת התאמתם לתו התקן הרלוונטי שקבע מכון התקנים הישראלי. סעיף 2א לחוק התקנים קובע כי "מטרת המכון היא תקינה והבטחת רמה נאותה של טיב המצרכים, אם בקביעת תקנים ואם בדרך אחרת".<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup>

ואולם, קבלת תו תקן איננה מותנית בבדיקה של כל פרט מיובא. נוהלי מכון התקנים מאפשרים למשל ליבואנים לקבל אישור אוטומטי לייבוא מוצר שניתן בעניינו אישור ליבואן

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

9 ס' 2א לחוק התקנים, התשי"ג–1953.

10 או להוראה אחרת שנקבעה באכרזה שבה הוכרו התקן כתקן הרשמי. ראו שם, ס' 8, 9(א)(1) לחוק.

אחר, בכפוף לתשלום ליבואן הראשון.<sup>11</sup> גם כאשר נבדקים המוצרים של יבואן מסוים, הבדיקה היא מדגמית בלבד.<sup>12</sup> אם כן, החובה המוטלת על יבואן לקבל תו תקן איננה מונעת בהכרח את ייבואם של מוצרים פגומים אל השוק הישראלי. מטרתה כאמור היא לבחון אם 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;<sup>13</sup> במעגל השני יש כמה וכמה נזקים עקיפים העלולים להיגרם מהפגם במוצר. למשל: שרפה שמקורה בהתלקחות מכשיר חשמלי פגום גורמת לאובדן המכשיר עצמו אך גם לנזק למבנה ולרכוש ואף לנזקים המתבטאים בדמי שכירות חלופיים בתקופת השיפוצים. בדומה לזה, שימוש במוצרי בנייה מיובאים בעלי פגם נסתר, כגון אריחי קרמיקה פגומים, יחייב במקרים רבים עבודות הריסה נרחבות בהשקעת משאבים רבים החורגים במידה ניכרת מעלות המוצר הפגום עצמו. ברשימה זו אתמקד בנזקי רכוש מהמעגל השני. דהיינו, נזקים החורגים משווי המוצר עצמו. השאלה שבמרכז הדיון היא האם ובאיזה אופן ראוי להטיל על היבואן אחריות בגין נזקים אלה.

נוסף על החלוקה 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.<sup>14</sup> הדיון שלהלן יתמקד בסוג הראשון של הפגמים – פגמים שמקורם בייצור המוצר.<sup>15</sup>

## ב. הקושי העומד בפני תובע בתביעה נגד היצרן

האחראי הטבעי לנזקים במקרה של פגם במוצר הוא יצרן המוצר. הוכחת רשלנותו של היצרן פשוטה יחסית, בין היתר משום שפעמים רבות ניתן להשתמש בכלל "הדבר מעיד על

11 ראו את העדויות בת"א (מחוזי ת"א) 2156/07 אי.סי.אמ. יצרני מיזוג אויר בע"מ נ' ניצן (נבו) 6.10.2015.

12 ראו למשל ת"א (שלום ת"א) 25119/08 אי.אי.ג'י ישראל חברה לביטוח בע"מ נ' י.שלום בע"מ (נבו) 7.1.2013.

13 ראו הרחבה להלן בפרק ג.

14 לצורך דיוננו שלהלן, אתייחס לסוג הפגמים הללו כפגמים בייצור כאשר אב הטיפוס של המוצר כלל אזהרות מתאימות, או כפגמים בתכנון כאשר אב הטיפוס עצמו לא כלל הוראות מתאימות – בדומה לשיטתו של גלעד, אשר איננו 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 "אחריות חמורה למוצרים").

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

עצמו" הקבוע בסעיף 41 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: הפקודה), כך שנטל השכנוע להיעדר התרשלות יוטל על היצרן. הכלל דורש התקיימותם של שלושה תנאים מצטברים: התובע אינו יכול לדעת מהן הנסיבות שגרמו לנזק; הנזק נגרם מנכס שהיה בשליטה מלאה של הנתבע; בית המשפט השתכנע כי סביר שהנתבע לא נקט זהירות סבירה יותר משסביר שנקט זהירות סבירה.<sup>16</sup>

אשר לתנאי הראשון – אכן, פעמים רבות אין לתובע שרכש את המוצר 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 מאחר שהמוצר יצא מחזקתו ועבר לרשות הקונה, ולרוב אף עבר לידיהם של גורמים נוספים בדרך.<sup>17</sup> ואולם הפסיקה הרחיבה וקבעה, בהלכת **ישראלפט**, תנאי שליטה גמיש יותר המאפשר במקרים רבים לראות ביצרן בעל שליטה מלאה בנכס אף לאחר מכירתו ומסירתו לידי הקונה.<sup>18</sup> הלכה זו קבעה כי אין צורך בשליטה רצופה ובלעדית בנכס, ויש להשתמש ב"מבחן ענייני-מעשי, הבוחן אם זיקתו המיוחדת של הנתבע לנכס המזיק מעידה לכאורה על היותו בעל היכולת הטובה ביותר למנוע את התרחשות התאונה".<sup>19</sup> הלכה זו מאפשרת להכיר ביצרן כבעל השליטה במוצר, משום שפנימיותו של המוצר נמצאת בשליטתו הבלעדית, ואין לקונה בדרך כלל גישה אליה, אף לאחר הרכישה.<sup>20</sup> אשר לתנאי השלישי – על התובע להציג ראיות התומכות באפשרות שהנתבע התרשל. כשאין חולק כי המוצר הפגום הוא שגרם לנזק, נראה שלא יקשה על התובע להצביע על הסבירות שהנתבע היצרן התרשל בייצורו.<sup>21</sup>

16 ראו ס' 41 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (כך לשון הסעיף: "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) 472, 457 (1991).

18 ראו ע"א 241/89 **ישראלפט (שרוחים) תשל"ג בע"מ נ' הינדלי**, פ"ד מט(1) 45, פס' 6–10 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מצא (1995).

19 שם, פס' 9. במסגרת זו, 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** ה' 582, 591–595 (1977) (להלן: מור "אחריות יצרנים המשך").

20 ישראל גלעד **דיני נזיקין – גבולות האחריות** 1262 (2012) (להלן: גלעד **גבולות האחריות**). ליישום הלכת **ישראלפט** לשם הטלת אחריות על יצרן בגין נזקי רכוש מפגם במוצר באמצעות כלל הדבר מעיד על עצמו, ראו לדוגמה בר"ע (מחוזי ת"א) 2011/01 **גולן ווסט ליין בע"מ נ' לויץ**, פ"מ התש"ס(2) 901 (2001); ת"א (שלום הר') 1088/00 **דולב חברה לביטוח בע"מ נ' סלקום חברה סוללרית בע"מ** (נבו) 22.3.2005; ת"א (שלום רמ') 39327-02-13 **הכשרה חברה לביטוח בע"מ נ' אלקטרה מוצרי צריכה (1970) בע"מ** (נבו 15.12.2016).

21 קיימות כמה דרכים לפרש את התנאי, אולם דיון זה איננו רלוונטי אך לשאלת הטלת האחריות על יבואנים, שעוסקת בעיקר בתנאי השליטה. להרחבה על השיטות השונות ולבחינה ביקורתית שלהן, ראו

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

ואולם במקרים שבהם מקום מושבו של היצרן הוא בחו"ל, הקושי שבהגשת תביעה נגדו טמון דווקא במישור הפרקטי. במקרים שבהם הצרכן אינו מבוטח, יידרש הוא לנהל את תביעתו בעצמו נגד נתבע המצוי במדינה זרה. בשל הצורך ההולך וגובר בשנים האחרונות לאפשר תביעות מסוג זה, מאפשרות תקנות סדר הדין האזרחי שנכנסו לאחריונה לתוקף,<sup>23</sup> היתר המצאה לחו"ל כש"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".<sup>24</sup> תקנה זו אכן צועדת צעד גדול קדימה בנושא הסדרת משולש היחסים הבין-לאומיים בין היצרן ליבואן ולצרכן, אולם הסדרה זו טרם הושלמה, כפי שיבואר להלן. גם בהתחשב בתקנה החדשה, קיימים קשיים העומדים בפני הצרכן-התובע בבואו לתבוע פיצויים מהיצרן בשל הנזקים שנגרמו מפגם במוצר. תביעה כזו עשויה להיות בעייתית לצד שעלול להידרש להתדיין בפורום זר,<sup>25</sup> או לעמוד בפני קושי להוכיח שהיצרן התרשל, משום שתהליך הייצור נעשה במדינה זרה, דבר המקשה על איסוף הוכחות ועדים. בעיה מרכזית נוספת היא הקושי לאכוף את פסק הדין.<sup>26</sup> קושי זה נובע ממורכבותו של קיום

גיא שני "כלל הדבר מעיד על עצמו" בדיני הנוזיקין – בחינה מחודשת" **משפטים** לה 81 (2005) (להלן: שני 2005).

22 ראו ע"א (מחוזי י-ם) 55/62 **חברת "תיל-און" תל-אביב נ' פולק**, פ"מ לד 385, 389 (1962); ת"א (מחוזי חי') 940/64 **ינקו נ' תרמאויל 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 חי') 587/64 **ישעיהו נ' עגור** "בע"מ, פ"מ סב 228, פס' 9 לפסק הדין (1968). לביקורת על גישה זו, ראו מור "אחריות יצרנים המשך", לעיל ה"ש 19, בעמ' 596; יצחק אנגלרד "הוכחה נסיבתית של רשלנות" **הפרקליט** כב 301, 303–304 (1962).

23 תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט–2018 (התקנות נכנסו לתוקפן ביום ה-1.1.2021).

24 שם, תק' 166(5).

25 גם לאחר תיקון התקנות, עשוי הנתבע לטעון כי הפורום הנאות לדין 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), בייחוד בהתחשב בכך שפעמים רבות כלל ההוכחות והעדים נמצאים בפורום הזר, ובקושי לאכוף את פסק הדין אם יינתן בישראל. ליישום השיקולים הללו בקביעה אם הפורום הנאות הוא הישראלי ראו ע"א 2705/91 **אבו-ג'חלה נ' חברת החשמל מזרח ירושלים בע"מ**, פ"ד מח(1) 554, פס' 7 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1993). לגישה שבעידן הטכנולוגיה אין לתת משקל רב לשיקולים אלה 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).

משפטים נא תשפ"ב הערת מערכת: הטלת אחריות על יבואן בגין נזקי רכוש שנגרמו מפגם במוצר מיובא

הליכים בין-מדינתיים ומהצורך לקיים הליך נוסף של אכיפת פסק הדין במדינה הזרה.<sup>27</sup> בהתחשב במורכבות ההליך, תביעה כזאת עשויה לגרום עלויות כבדות, זמניות או קבועות,<sup>28</sup> ולארוך זמן רב.<sup>29</sup>

משמעות הדברים היא כי בחלק ניכר מהמקרים יוותר הצרכן מראש על ההרפתקה היקרה והלא ודאית, 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 בפני תובע בתביעה נגד היבואן

שעה שעלותה של תביעה נגד היצרן גבוהה ומורכבת, וקבלת הפיצויים עשויה לארוך זמן רב, לעיתים יעדיף ניזוק לתבוע את היבואן הישראלי. כאשר מדובר בנזקי גוף, מטיל כאמור חוק האחריות למוצרים פגומים אחריות חמורה על היבואן (לצד היצרן) בנוגע לנזק שנגרם מפגם במוצר.<sup>30</sup> עם זאת החוק מגביל עצמו לנזקים אלה ואינו עוסק בנזקים שאינם גופניים. כיום אפשרותו של הנפגע לקבל פיצויים מהיבואן בגין נזקי רכוש מכוח דיני הנוזיקין מבוססת ככלל על יסוד עוולת הרשלנות.<sup>31</sup> אולם בניגוד למתואר לעיל, נראה שהוכחת רשלנותו של יבואן קשה מהוכחת רשלנותו של יצרן. הוכחת התרשלנות עלולה להיתקל בקושי, שכן הרף הנדרש מיבואן סביר בבדיקת מוצריו המיובאים עשוי להיות נמוך מזה הנדרש מיצרן המייצר את המוצר בעצמו.<sup>32</sup> כך, עצם הימצאותו של פגם במוצר אינו מעיד

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 7884/15 רייטמן נ' Jiangsu Overseas Group Co. Ltd." **הארת דין** יב 22, 22–24 (2018).

28 פעמים רבות ההוצאות שנפסקות לתובע אינן מכסות בפועל את הוצאות המשפט. בחלק מסוגי ההליכים הנטייה להפחתת סכום ההוצאות נצפתה במיוחד בהליכים ארוכים ומרובי שלבים. ראו קרן וינשל ויפעת טרבולוס "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** (נבו) (25.4.2006), המתאר את השתלשלות האירועים בבקשה לקבלת היתר המצאה לחו"ל נגד יצרן בשל פגם במוצר מיובא. שאלת ההמצאה לחו"ל נגד היצרן נידונה במשך כשנה וחצי. ייתכן כמובן שההליך יתקצר עם כניסתן 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, 2 לחוק האחריות למוצרים פגומים.

31 לא אתייחס ברשימה זו למקרים שבהם הפר היבואן את חובותיו החוקיות, כגון אם ייבא מוצר שאינו תואם את התקן או שהפר הוראה מדיני הגנת הצרכן וכיוצ"ב, שאז עשויים לעמוד לצרכן סעדים מכוח עוולות נוספות כגון עוולת הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנוזיקין.

32 המונח "סבירות" ברשימה זו מתייחס לסבירות כפי שהיא נקבעת בנוסחת Hand. דהיינו, יבואן איננו פועל כיבואן סביר כאשר תוחלת הנזק גבוהה מעלות אמצעי הבטיחות שהיה ביכולתו לנקוט. הנוסחה פותחה בידי השופט Learned Hand בפסק דינו של בית המשפט הפדרלי לערעורים בארצות הברית, ראו *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947). לניצנים לאימוץ נוסחת Hand במשפט הישראלי ראו ע"א 343/74 **גורבנר נ' עיריית חיפה**, פ"ד (1) 141 (1975).



בהכרח על התרשלות היבואן.<sup>33</sup> הקונה, אשר אין לו ידע בדבר הפעולות שנקט היבואן לשם וידוא בטיחותם של המוצרים, עלול להתקשות להוכיח כי היבואן לא נהג כיבואן סביר, במיוחד בהתחשב בכך שהעדים הרלוונטיים להוכחת ההתרשלות לרוב מועסקים אצל היבואן. לבסוף, לעיתים לא ניתן לייחס רשלנות ליבואן אף שייבא מוצר פגום, משום שאכן פעל כיבואן סביר. במקרים אלה לא יהיה הקונה זכאי לתרופה מהיבואן לפי הדין הקיים. בהמשך הדברים אטען כי גם השימוש בכלל "הדבר מעיד על עצמו" בסעיף 41 לפקודת הנזיקין איננו מקל הרבה על הנזוק, בשל הקושי להוכיח את רכיבי החזקה השונים.

אפשרות נוספת שעומדת בפני הנזוק היא לתבוע את מוכר המוצר מכוח דיני החוזים. המוכר יכול להיות היבואן עצמו או ספק שהוא גורם מתווך בין היבואן לקונה. במצבים כאלה, כאשר מדובר במוצר פגום עד כדי אי-התאמה למוצר המוסכם,<sup>34</sup> זכאי הקונה לתרופה מכוח חוק המכר הכוללת ניכוי סכום הפחת של שווי הממכר בשל אי-ההתאמה מהסכום שהוסכם בין הצדדים (שחזור השקילות החוזית).<sup>35</sup> אולם חוק המכר כשלעצמו איננו מעניק לקונה פיצויים החורגים משווי הממכר. מסלול נוסף שבו יכול הקונה לצעוד הוא תביעה בגין הפרת חוזה נגד היבואן-המוכר,<sup>36</sup> בטענה כי הוא הפר את החוזה כלפיו במוכרו לו מוצר פגום, ולכן עליו לפצות אותו בגין כלל הנזקים שנגרמו לו מן ההפרה ותוצאותיה, לרבות נזקי רכוש עקיפים.<sup>37</sup> 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 אגב דיון בפסיקת הערכאות הדיניות. אראה כי הקושי העומד בפני צרכנים-ניזוקים אכן משתקף בפסיקת בתי המשפט, וכי במקרים שבהם הוטלה על יבואן אחריות לנזקי רכוש שנגרמו מפגם במוצר המיובא, מתעוררים קשיים משפטיים חמורים. הניסיונות שנוקטים בתי המשפט כדי למצוא מקור

33 ראו ת"מ (שלום ח"י) 3545-02-14 הראל חברה לביטוח בע"מ נ' יוסף חיים (יבוא ושיוק) בע"מ (נבו) (18.2.2016).

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

35 שם, ס' 28. לדיון בסעד זה כתרופה המיועדת לשחזור השקילות החוזית ראו איל זמיר "תרופות בשל הפרת חוזה: פיצויי ציפיה, 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).

36 יצוין כי במקרים רבים קיימות עוד חוליות בשרשרת המכר שמהן יכול הנזוק 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, משום שגם מודל מורכב יותר הכולל מספר רב יותר של חוליות, כולל בתוכו שרשרת של יצרן, יבואן וקונה, כאשר הקונה הוא המשווק המגלגל הלאה את המוצר. במקרה זה ניתן להתייחס לנזקים שנגרמו למשווק מהצורך לפצות קונים כנזקי רכוש שנוצרו מפגם במוצר המיובא. להתייחסות בנוגע למשמעויות של קיומה של שרשרת מכר ארוכה יותר ראו להלן את הטקסט הסמוך לה"ש 63. לדעה אחרת, שלפיה לא מוצדק להטיל אחריות בגין נזקים שנגרמו לקונה מפגם במוצר על משווק המוצר שאיננו יבואן, ראו ת"א (שלום ח"י) 7047/04 אריה חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' רשתות שיווק – מוצרי צריכה בע"מ, פס' 5.3 לפסק הדין (נבו) 12.12.2007.

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



להטלת אחריות על היבואן ולא להותיר את הצרכן-הניזוק מחוסר הגנה, עשויים ללמד על קושי אמיתי הטעון הסדרה. בכך חלק זה מהווה בסיס לדיון שאערוך בהמשך, ובו אנסה לבסס את הטענה שמצב משפטי זה, אשר איננו מאפשר לצרכן, במקרים רבים, לתבוע את היבואן, איננו רצוי.

בעשרות השנים האחרונות שבה ועלתה בפסיקה בתי המשפט שאלת הטלת אחריות על יבואן לנזקי רכוש. ייחודיותה של סוגיה זו היא 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 כשאין בידי הניזוק מידע על הליכי היבוא, אחת הדרכים המרכזיות להוכחת רשלנותו של היבואן היא 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 אלה: אין לתובע יכולת לדעת מהן הנסיבות שהובילו לנזק; הנזק נגרם על-ידי נכס שלנתבע הייתה שליטה מלאה עליו; נראה לבית המשפט שאירוע המקרה שגרם לנזק מתיישב עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה יותר 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: אם מדובר בפגם בייצור, בנזק שקרה במהלך הייבוא 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, אומנם הפסיקה הרחיבה את הגדרת השליטה בהלכת **ישראלפט** וקבעה כי מבחן השליטה הוא מהותי ולא טכני, ובוחרן מי הוא בעל היכולת הטובה ביותר למנוע את התאונה,<sup>38</sup> אולם דומה כי גם על פי הלכה זו, לא ייחשב היבואן בעל השליטה, משום שהיצרן הוא 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.<sup>39</sup> 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

38 ראו לעיל ה"ש 18 והטקסט הסמוך לה.

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

הזהירות המצופה מיבואן סביר, הן במסגרת סעיף 41 לפקודה והן במסגרת הוכחת התרשלות ישירה. טענתי העיקרית בחלק זה היא שחיוב היבואן בפיצוי הצרכן בעקבות נזקי רכוש מתאפשרת, פעמים רבות, רק כאשר בתי המשפטים מגמישים את הדין במידה ניכרת. מלבד חוסר הקוהרנטיות שבפסיקת הערכאות, הבעייתית בפני עצמה, מציאות זו מעלה כי קבלת הטלת אחריות על היבואן אכן איננה פשוטה לפי הדין הנוהג.

#### (א) תנאי השליטה

אקדים ואומר כי רובם המוחלט של פסקי הדין שנמצאו העוסקים בתביעות נגד יבואנים בגין נזקים שנגרמו מפגם במוצר ניתנו בכתי 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 בנוגע ליבואן איננה אחידה.

קבוצה ראשונה של פסקי דין העוסקים בהחלת הכלל האמור כוללת מקרים שבהם 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;<sup>40</sup> כי האפשרות שהתאונה נגרמה 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 ישראל<sup>פוט</sup> הוא איננו בעל שליטה בנכס;<sup>41</sup> כי שימושם של התובעים במוצר והאפשרות שהם שגרמו לתאונה שוללת את שליטת היבואן במוצר, משום שלא הייתה לו חזקה מלאה ומתמשכת בו.<sup>42</sup> במקרים אלה משלא הוחל כלל העברת הנטל ואף לא הוכחה התרשלות ישירה, נדחו התביעות נגד היבואנים.

בקבוצה שנייה של פסקי דין קבעו בתי המשפט, בהתבסס על הלכת ישראל<sup>פוט</sup>, כי היבואן הוא בעל הזיקה הקרובה לנכס. לפיכך הוא בעל היכולת הטובה ביותר למנוע את התרחשות התאונה, ולכן יש לראות בו בעל השליטה במוצר. במקרים אלה קבע בית המשפט כי מתקיימים תנאי סעיף 41 לפקודה, ולפיכך הוטל הנזק על הנתבע-היבואן. אולם

40 ראו ת"א (שלום ת"א) 192994/02 אריה חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' ג.מ.א. גומא מערכות איכות בע"מ, פס' 13-21 לפסק הדין (נבו 15.5.2014) (שבו 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' יפנאוטו – חברה ישראלית לרכב בע"מ, פס' 8-9 לפסק הדין (נבו 25.6.2018) (שבו נקבע ששליטתו של היבואן ברכב מושא הדין פקעה ברגע שבו הוא מכר אותו); ת"א (שלום ת"א) 61589/01 איילון חברה לביטוח בע"מ נ' סוכנות מכוניות לים התיכון בע"מ, פס' 16 (נבו 18.4.2007) (שבו נקבע כי אין ליבואן שליטה במוצר כשזה יצא מחזקתו). ראו גם עניין יוסף חיים, לעיל ה"ש 33 (שבו נקבע שמכיוון שהיבואנית איננה יצרנית המיקרוגל – לאחר שהוא יצא מידיה, הרי שיצא משליטתה).

41 ראו ת"א (מחוזי ת"א) 2470/01 סהר-ציון חברה לבטוח בע"מ נ' רשות הכבאות, פס' 20 (נבו 26.5.2008).

42 ראו ת"א (שלום ק"ש) 3268/01 שותפות בן דור נ' כ.צ.ט. בע"מ, פס' 28 (נבו 4.2.2013); ת"א (שלום אשד) 219/92 קליין נ' מכתשים מפעלים כימיים בע"מ, פס' ב לפסק הדין (נבו 4.7.2001) (פסק הדין ניתן לפני הלכת ישראל<sup>פוט</sup>, לעיל ה"ש 18).

קביעת השליטה במקרים אלה איננה חפה מקשיים. כך למשל נקבע כי שעה שהיבואן הוא היחיד שבידיו ידע טכנולוגי מתאים כדי לבצע תיקונים במוצר המיובא, הוא נחשב לבעל השליטה במוצר, ללא התייחסות לשאלה אם הוא ביצע תיקונים במוצר בפועל.<sup>43</sup> במקרה אחר נקבע כי היבואן הוא בעל שליטה במוצר המיובא משום שהוא בעל זיקה מיוחדת לנכס ובעל היכולת הטובה ביותר למנוע את התרחשות התאונה, ללא התייחסות כלל לאפשרותו של היצרן למנוע את התאונה בייצור מוצר תקין, אף שלכאורה הוא מונע נזק זול יותר מהיבואן.<sup>44</sup>

### (ב) התרשלות

נוסף על הדעות השונות בכל הנוגע להחלת תנאי השליטה, סקירה של הפסיקה מעלה עוד אי־בהירות. אי־בהירות זו נוגעת לבחינת ההתרשלות עצמה. בעוד שבכמה פסקי דין אכן בחן בית המשפט ספציפית את סוגיית הייבוא ונתן דעתו לשאלה אם מלאכת הייבוא לקחה ברשלנות, בין ישירות<sup>45</sup> ובין במסגרת בחינת התנאי השלישי בסעיף 41 לפקודה,<sup>46</sup> הרי שבמספר פסקי דין אחרים לא נעשה דיון מעמיק בהתרשלותו של היבואן בפועל במלאכת הייבוא. למשל, חלק מבתי המשפט הסתפקו בעצם קיום הפגם כדי להטיל על היבואן אחריות לנזקים, ללא בחינת השאלה אם הוא התרשל בפועל בפעולותיו.<sup>47</sup> במקרים אחרים

43 ראו ת"א (שלום רמ') 3245/04 קורן נ' ספרינט מחשבים (ישראל) בע"מ (נבו 20.9.2007); ת"א (שלום רמ') 20644-05-10 מלכה נ' מיני ליין בע"מ, פס' 24–26 לפסק הדין (נבו 27.8.2015) (להלן: עניין דאבוש).

44 עניין שלום, לעיל ה"ש 12.

45 ראו ת"א (שלום רמ') 99638/01 סהר חברה לביטוח בע"מ נ' טרקלין חשמל בע"מ, פס' ג לפסק הדין (נבו 6.6.2005). (שבו נקבע כי ליבואנית לא הייתה דרך לזהות את הכשל במקפיא, בהיות רכיב סגור ואטום, ועל כן היא לא התרשלה בהתקנת המוצר ובייבואו). ראו גם עניין יוסף חיים, לעיל ה"ש 33 (שם נקבע כי אין להטיל אחריות על היבואן משום שהמוצר נבדק במכון 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 מחדל בתהליך הייבוא או האחסון של המוצר).

46 ראו עניין דאבוש, לעיל ה"ש 43 (שבו נקבע כי המנוע של המקרר שהתלקח לא נכלל בדוח הבדיקה של מכון התקנים ועל כן עובר הנטל אל הנתבעת להראות שלא התרשלה); עניין קורן, לעיל ה"ש 43 (שבו נקבע כי התובעים הרימו את הנטל להראות כי סביר שהיבואנית התרשלה, משום שהראו כי לא היו לה היתרי ייבוא, היא לא צירפה הוראות בטיחות בעברית ולא הזהירה את הנתבעים באשר לפעולות שעוללות לגרום להתלקחות המוצר, ולא ערכה למסכים בדיקת תקינות או בטיחות).

47 ת"א (שלום ח') 20142-12-14 דוכאל בע"מ נ' צ.ל.ע. ציוד לעבודות עפר בע"מ, פס' 56–63, 67–81 (נבו 8.4.2019). (שבו נתבעה יבואנית של מחפר בטענה כי אחד החלקים של המחפר שסופק לקונה היה פגום. נקבע כי היבואן אחראי לנזקים מכוח עוולת הרשלנות. אף שהיבואנית טענה כי "כיבואנית הרכב אין לה מידע, שליטה או אחריות כלשהי בנוגע לייצור המחפר ולחלקיו השונים", בית המשפט קבע כי משהוכח 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 והסתפק באמירה כללית שלפיה הוא חל. על כל פנים, התוצאה התבססה לבסוף על קביעת המומחה שהפגם נוצר בייצור, ועל כן לא מצאתי לנכון לייחס חשיבות לשימוש בכלל במקרה זה). כן ראו עניין איילון, לעיל ה"ש 40, פס' 27 (שם לא נידון כלל יסוד ההתרשלות, ונקבע כי משהוכח שהנתבעת מכרה לצרכן מוצר פגום, יש לקבוע כי הנתבעת הפרה את חובת הזהירות כלפיו).

היה סטנדרט ההתרשלות כה נמוך, עד שנקבע כי אם המוצר המיוכא גרם לנזק, עובר הנטל אל היבואן להוכיח כי לא התרשל ללא התייחסות לתנאי סעיף 41 לפקודה.<sup>48</sup> קביעות אלה של בתי המשפט מעלות קשיים, שכן במקום לבחון את סבירות פעולותיו של היבואן ככזה נקבע למעשה כי משנגרם נזק ממוצר פגום, הורם הנטל להראות כי היבואן התרשל. קשה לבסס קביעה זו על ניסיון החיים, משום שיהא רחוק לטעון כי פגם במוצר מצביע בהכרח על התרשלות בייבואו. דומה כי בקביעות אלה של בתי המשפט מתקרבת עד מאוד האחריות המוטלת על יבואן לכדי אחריות מוחלטת.<sup>49</sup> אם כן, עינינו רואות 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 הייבוא. נראה כי רבים מפסקי הדין המטילים אחריות על היבואן עושים זאת באמצעות פרשנות גמישה מאוד של תנאי השליטה, אשר ספק אם היא מתיישבת עם הפרשנות הנוהגת לתנאי זה. גם כאשר לקביעת ההתרשלות עצמה, הן במסגרת התנאי השלישי לסעיף 41 לפקודה והן באופן עצמאי במסגרת עולת הרשלנות, נראה כי לעיתים מתקשים בתי המשפט לבחון אם היבואן פעל כיבואן סביר ומשתמשים בסטנדרט רשלנות נמוך לשם הטלת אחריות עליו.

נראה שחוסר האחידות בין בתי המשפט בהחלת סטנדרט הסבירות והרשלנות על יבואן מקורו לא רק בהבדלים העובדתיים שבין מקרה למקרה, אלא גם בקושי מובנה לבחון את פעולותיו של היבואן ובהיעדר סטנדרט זהירות בכל הקשור לפעולות הייבוא. ניתן לקבל כי הוכחת התרשלות עשויה להשתנות ממקרה למקרה, אולם קשה לקבל מבחינה משפטית טענה שלפיה התרחשות הנזק מצביעה על התרשלותו של היבואן ללא בחינת פעולותיו בפועל. גם כאשר לתנאי השליטה, חוסר האחידות בפסיקה בולט, שהרי מעמדו של היבואן כבעל שליטה הוא קביעה נורמטיבית אשר היה מצופה כי תהיה אחידה ותתבסס על סטנדרטים זהים. ייתכן שהכרעות אלה של בתי המשפט נובעות מהקושי הרב של

48 ראו עניין **שלום**, לעיל ה"ש 12. בעניין זה נקבע במסגרת בחינת התקיימות התנאי השלישי של סעיף 41 לפקודה כי כשאין ראיה ממשית לרשלנות של התובע בטיפול בטלוויזיה, סביר להניח שההתלקחות נגרמה מרשלנותו של היבואן האחראי להיתתה של הטלוויזיה חפה מפגמים. כאשר לבחינת הרשלנות עצמה לאחר העברת הנטל, קבע בית המשפט כי היבואן צריך להיות מודע להיתכנותם של פגמים בטלוויזיה ולדאוג שהמוצרים שהוא מייבא לא יכללו פגמים מסוג זה. לחלופין היה על היבואן להזהיר את הצרכנים בדבר השימוש הנכון בטלוויזיה כדי למנוע מצב של התלקחות. יצוין כי ההתרשלות נקבעה בין היתר בהתחשב בקיומן של ראיות סותרות בדבר קבלת תו תקן לייבוא הטלוויזיה, אשר מנעה מהנתבעת להוכיח כי לא התרשלה לאחר שהועבר אליה נטל ההוכחה. ראו גם ת"א (שלום עכו) 32621-07-10 **דלי נ' מוצרי תינוקות מי בייבי בע"מ**, פס' 22 (נבו 25.6.2015) (שבו 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 בייבואו. בהיעדר כל ראיה מצד היבואן שפעל כיבואן סביר, נקבע כי הוא התרשל). ההכרעה בפסק הדין אושרה גם בערעור ראו ע"א (מחוזי חי') 19605-10-15 **פולטון בע"מ נ' דאלי**, פס' 19 (נבו 21.1.2016).

49 טענה זו בנוגע להסקת התרשלותו של היצרן מעצם התרחשות הנזק ראו אנגלרד, לעיל ה"ש 22. ביקורת זו רלוונטית ביתר שאת לגבי יבואן אשר הסקת התרשלותו מפגם במוצר אף סבירה פחות מהסקת התרשלותו של היצרן.

משפטים נא תשפ"ב הערת מערכת: הטלת אחריות על יבואן בגין נזקי רכוש שנגרמו מפגם במוצר מיובא

צרכן-ניזוק לדעת מהן הפעולות שנקט היבואן, מהן הבדיקות שערך, וכיצד הוא בוחר אילו מוצרים לייבא, ועל סמך אלה 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 נזקיהם, וכי במקרים שבהם שיפוי כזה מתאפשר כרוך הדבר בקשיים משפטיים מהותיים, נבחן כעת דרך נוספת שבה הוטלה אחריות כזו והיא – דיני החוזים. אראה כי גם ענף זה איננו מאפשר לניזוקים לקבל שיפוי לנזקיהם במקרים רבים, ואבקש לטעון כי גם מהותית 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 תחויב לפצות את התובעת בגין נזקיה משום שראוי להטיל את האחריות לנזק על הצד הנהנה מהפעילות העסקית.<sup>50</sup>

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

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.<sup>54</sup> חוק המכר עצמו איננו מתייחס לפיצוי הקונה בגין נזקים עקיפים המסתברים מאי-ההתאמה והחורגים משווי הממכר עצמו.<sup>55</sup> על כן לא קיים בסיס נורמטיבי לפסיקת פיצויים בשל הנזקים העקיפים שנגרמו מאי-התאמה בחוק המכר גופו.

- 50 ת"א (מחוזי חי') 137/01 **אייזנברג יעקב וטובי חברה לבניין ועבודות ציבוריות בע"מ נ' ישראל מנדלסון הספקה טכנית והנדסית בע"מ**, פס' 9–12 לפסק הדין (נבו 20.8.2006).
- 51 ע"א 7833/06 **Pamesa Ceramica נ' ישראל מנדלסון הספקה טכנית והנדסית בע"מ**, פס' פ"ט–צ לפסק הדין (נבו 17.3.2009).
- 52 שם, פס' פ"ט–צ"ג לפסק הדין. בפועל, חייב בית המשפט בפסיקתו את היבואן בעלות עבודות הפירוק והריצוף מחדש אשר עלתה במידה רבה על שווי הממכר (שם, פס' צ"ד–ק"ג לפסק הדין).
- 53 ראו ס' 11 לחוק המכר.
- 54 שם, ס' 28.
- 55 איל זמיר **פירוש לחוקי החוזים – חוק המכר, תשכ"ח–1968**, 243 (גד טדסקי עורך 1987).

ניתן להסביר פסק דין זה באמצעות התייחסות לאי-התאמה של ממכר כאל הפרת חוזה, המאפשרת קבלת פיצויים מכוח חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).<sup>56</sup> יישום מפורש של התייחסות כזו 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 כמשמעה 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.<sup>57</sup> בית המשפט התייחס במפורש לאשמתו של היבואן והעיר: "אינני מייחס כל 'אשם' לנתבעת במובנו הנזיקי, שכן איננו עוסקים בתייעת 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".<sup>58</sup>

אם כן, עומדת בפנינו דרך חלופית המאפשרת פסיקת פיצויים בגין נזקים שנגרמו ממוצר פגום גם בהיעדר אפשרות להוכיח אשם או רשלנות, והיא הגשת תביעה על ידי כל חוליה בשרשרת המכר נגד החוליה שקדמה לה ואשר יש ביניהן 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 כמה קשיים, שבסופו של דבר הביאו למפנה בדין האמריקאי ולפנייה לאפיק דיני הנזיקין.<sup>59</sup> להלן יוצגו כמה קשיים הנובעים משימוש בדיני החוזים לשם הטלת אחריות על יבואנים המצדיקים לדעתי בחינה מחודשת של הטלת אחריות דווקא מכוח דיני הנזיקין.

#### (א) קושי עיוני בשימוש בדיני החוזים

ההנחה שלפיה באין התניה מפורשת מתחייב היבואן לתקינות המוצרים וממילא לפיצוי בגין כל נזק שנגרם בעקבות אי-התקינות איננה ברורה מאליה. ניתן לטעון כי יבואן מספק אך ורק את שירותי הייבוא. כלומר, הוא מייבא מוצרים מחו"ל ונושא בכל סיכוני הייבוא ובעלויות ההובלה והמשא ומתן, אולם הוא איננו מתחייב לתקינות המוצרים שהוא מייבא. גם הסכמה להחלפת המוצר הפגום איננה מעידה בהכרח שהיבואן מתחייב לספק ללקוח מוצר תקין

56 ס' 10–16 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה). להרחבה על היחס בין חוק המכר לתרופות המנויות בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), ראו זמיר, שם, בעמ' 549–552.

57 ת"א (שלום ראשל"צ) 27545-06-15 **בטיטו נ' משיח קרמיקה בע"מ**, פס' 39–45 לפסק הדין (נבו) (24.7.2018).

58 שם.

59 לסקירה של התפתחות הדין האמריקאי אגב העלאת שיקולים נגד שימוש בדיני החוזים להטלת אחריות על יצרנים ראו למשל Dan B. Dobbs, Paul T. Hayden & Ellen M. Bublick, *Development, Rationales and Partial Decline of Strict Products Liability*, in *THE LAW OF TORTS* §450 (2d ed. 2011). ראו גם דניאל מור "אחריות יצרנים בנוזיקין למוצרים פגומים" **עיוני משפט** ה' 303, 309–305 (1976) (להלן: מור "אחריות יצרנים"). כיום הגבול בין שני הענפים איננו תמיד ברור. ראו Dan B. Dobbs, Paul T. Hayden & Ellen M. Bublick, *THE LAW OF TORTS* §448 (2nd ed. 2011).

מראש. סביר לטעון כי היבואן, אשר לא ייצר את המוצר ואיננו מודע בהכרח למרכיביו השונים, מתחייב אך ורק להעביר מוצרים בין היצרן לקונה, ובמסגרת התחייבות זו גם להיות אחראי להחלפת המוצר או לתיקונו אם יימצא פגום.<sup>60</sup> במילים אחרות, היבואן איננו מתחייב בהכרח להיותו של המוצר תקין מראש, אם כי הוא מתחייב להחליפו או לתקנו במקרה שאינו תקין. אם פרשנות 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. מצאנו אפוא כי במקרים רבים לא תניב תביעה של הניזוק נגד היבואן פיצויים מכוח מערכת היחסים החוזית שקיימת בין השניים. זאת ועוד, גם במקרה שבו היבואן מתחייב לתקינות המוצר, יש ביכולתו להתנות במפורש על קבלת פיצויים לנזקים עקיפים באמצעות הוספת תנאי פטור חוזי. פעמים רבות היבואן הוא מעצב חוזה המכר וביכולתו להוסיף תניות פטור כרצונו. בהקשר זה ראוי לציין שהססת תביעות בגין פגמים במוצרים אל עבר דיני החוזים, בשל הקשיים שהועלו הנוגעים לדיני הנזיקין, עלולה אף לגרום לשינוי התנהגותם של היבואנים שיחלו להוסיף תניות פטור מסוג זה כדי להימנע מחיוב בגין נזקים.<sup>61</sup>

### **(ב) פגיעה בצדדים שלישיים**

אחת ההגבלות העיקריות שיש לשימוש בדיני חוזים לשם הטלת אחריות היא העובדה שלא תמיד קיימת מערכת יחסים חוזית שמכוחה הניזוק יכול לדרוש פיצויים. אדגים: נניח שראובן רכש מקרר מיבואן מכשירי חשמל. לאחר כמה ימים התלקח המקרר בגלל פגם בייצור. בשל ההתלקחות נפגעה קשה גם הדירה הצמודה לדירתו של ראובן, השייכת לשמעון. במקרה זה אין לשמעון יחסים חוזיים עם צד כלשהו שממנו 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 נגד היבואן והיצרן.<sup>62</sup> נראה אפוא שהמסלול החוזי איננו יכול לעמוד לבדו, ולצידו נדרשת הסדרה משפטית של הדין הנוהג במסגרת דיני הנזיקין.

### **(ג) הוצאות התדיינות**

כאשר שרשרת המכר כוללת חוליות נוספות מלבד יצרן, יבואן וקונה, הבחירה בהטלת אחריות באמצעות דיני החוזים גוררת מצב שבו כל צד בשרשרת המכר נאלץ לתבוע את הצד

60 ראו את דבריו של בית משפט השלום בעניין דלי, לעיל ה"ש 48, פס' 18–19 (לפיהם החלפת המוצר הפגום יכולה לנבוע ממתן שירות אמין ומקצועי ולא מלקיחת אחריות של המוכר לפגמים שנתגלו במוצר).

61 מובן שתנאי כזה עלול להיות מוגבל כשמדובר בחוזה אחיד מכוח סעיף 3–5 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג–1982. עם זאת מאחר שמדובר בנזקי רכוש עקיפים, בשונה מנזקי גוף ומנזקים ישירים אשר היקפם עשוי להיות רחב ביותר, ייתכן שיוכר אינטרס לגיטימי של יבואן לפטור עצמו מאחריות זו. להרחבה ראו אריאל פורת "חוזים אחידים" חוזים כרך ג 729, 761–763 (2003).

62 אומנם סעיף 39 לפקודת הנזיקין קובע כלל העברת נטל במקרים מסוג זה, אולם נראה שבמקרה זה קל לבעל המקרר להוכיח כי לא התרשל.



שמכר לו את המוצר במקום תביעה ישירה של הקונה נגד היבואן או היצרן. מטבע הדברים עלותה האדמיניסטרטיבית של שרשרת תביעות כזו גבוהה מזו של תביעה ישירה של הניזוק נגד היבואן, הן מנקודת מבטם של המתדיינים והן מבחינת העומס שיוטל על בתי המשפט בשל תביעות מרובות-צדדים.<sup>63</sup> אומנם טיעון זה תקף גם לתביעה נגד היבואן, שהרי לכאורה היה מוטב כי ניזוק יתבע את היצרן ישירות. אולם כפי שיובהר בהרחבה בהמשך, הקושי והעלויות הכבדות הנלווים לתביעה נגד יצרן המתגורר מחוץ לארץ מצדיקים כי תוטל אחריות גם על היבואן.<sup>64</sup>

#### (ד) 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 התרשלותו, שכן על פי דוקטרינה זו מדובר בתוצאה צפויה של ההפרה. לבד מהקושי העיוני שבכך, כאמור לעיל, במסגרת הנורמטיבית הנוכחית הדבר הוא הלכה למעשה הטלת אחריות חמורה אשר איננה מוגבלת בתקרת פיצוי. נראה כי אי-הגבלת תקרת פיצוי אגב שימוש בדיני החוזים לשם הטלת אחריות על יבואן לכלל הנזקים העקיפים שנוצרו מפגם במוצר בנוגע לכל המוצרים שהוא מוכר, תביא להטלת נטל גבוה אשר מחד גיסא יקשה לצפותו מראש ולהתחשב בו בגיבוש תוכנית עסקית,<sup>65</sup> ומאידך גיסא מגביל את קהל המפוצים לצדדים חזויים קרובים בלבד.<sup>66</sup>

לעומת זאת שימוש בדיני נזיקין יאפשר עיצוב משטר פיצוי אשר יספק מענה לקהל ניזוקים רחב יותר, ומנגד יהיה אפשר 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 ותרחיב את היקף האחריות, וכך מחד גיסא ניזוקים רבים יותר יהיו זכאים לפיצויים, ומאידך גיסא סכום הפיצויים שכל ניזוק יהיה זכאי לו יהיה מוגבל.

63 שיקול דומה הוביל את בתי המשפט בארצות הברית להטיל אחריות חמורה על ספקים שאין קשר ישיר בינם לבין הקונים בטרם הרפורמה. ראו William L. Prosser, *The Assault Upon the Citadel (Strict Liability to the Consumer)*, 69 YALE L.J. 1099, 1123–1124 (1960). מאוחר יותר הוביל שיקול זה מחוקקים שונים בארצות הברית לקבוע כי במצב שבו ניתן לתבוע את היצרן לא יהיה ניתן לתבוע אחרים בשרשרת המכר, ראו ס' 1 לריסטייטמנט השלישי, לעיל ה"ש 3. ניתן לראות ביטוי לשיקול זה גם בחוק האחריות למוצרים פגומים, המאפשר לניזוק לתבוע ספק רק אם לא ניתן לאתר את היצרן או את היבואן של המוצר הפגום. ראו ס' 1, 2 (ג) לחוק האחריות למוצרים פגומים.

64 ראו את הדיון להלן בתת-פרק ד.1. (א).

65 לשימוש בשיקול זה כהצדקה להגבלת סכום הפיצוי ראו למשל בועז שנור **תביעות נזיקין סביבתיות** 481–482 (2011).

66 דברי ההסבר לסעיף 5 להצעת חוק האחריות למוצרים פגומים (המפרטים 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").

### 3. המצב הנוהג בפסיקה – סיכום

בפרק זה נוכחנו כי בתי המשפט מתקשים בנימוק פסיקת פיצויים נגד היבואן לניזוק הסובל מנזקי רכוש כבדים בגלל פגם במוצר מיובא. פסיקת פיצויים במסגרת דיני הנזיקין בעייתית לנוכח הקושי של הנתבע להוכיח התרשלות במעשה הייבוא בלא גישה למרבית הראיות הרלוונטיות וללא אפשרות מעשית ליהנות מכלל העברת הנטל בשל אי-התקיימות יסוד השליטה. דומה שזאת הסיבה שלעיתים נוטים בתי המשפט להעלות את סטנדרט ההתנהגות המצופה מיבואן סביר, ובד בבד 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 פתרון מיטבי, שכן היא נותנת מענה למעגל מצומצם של ניזוקים, רק לאלה אשר מצויים במערכת יחסים חוזית עם מוכר המוצר או עם היבואן, ומנגד 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 ושמצויה עימה 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 שאין 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.<sup>67</sup> כוונתי היא להצביע על כך ששימוש בדיני חוזים איננו פתרון מספק להסדרת סוגיית הנזקים שנגרמו מפגם במוצר מיובא. קבלת הטיעון שדיני החוזים אינם הכלי המתאים לעיצוב משטר האחריות מצדיקה 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 במצב המשפטי הנוהג עומד בפני צרכן-ניזוק קושי רב בבואו לתבוע יבואן בגין הנזקים שספג בשל פגם במוצר המיובא. קושי זה כשלעצמו איננו מצדיק רפורמה בדין הקיים, שהרי ייתכן כי אכן לא מוצדק שיבואן יישא בנזקים בלא שהצליח הניזוק להוכיח את אשמתו. אם נסבור כך, הרי שהבעיה הקיימת בדין היא אך

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

פסיקותיהן של הערכאות הדיוניות, אשר נוטות 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 אלה. החמרה זו יכולה להתבטא בכמה מודלים. שני המודלים הרלוונטיים שבהם אדון בפרק הבא הם משטר העברת הנטל ומשטר האחריות החמורה. ככלל, החמרת משטר האחריות, בכל אחד מהמודלים, נועדה להטלת הנזקים על היבואנים במקרים רבים מאלה שבהם מוטל הנזק במשטר הרשלנות. בפרק זה אנסה לבסס את הטענה שהחמרה זו אכן רצויה, בהתבסס על כמה הצדקות. הצדקות אלה נידונו בעיקרן בספרות בהקשר של יצרנים, ובמידה רבה הן שהובילו את המחוקק לחקיקת חוק האחריות למוצרים פגומים. כאמור, בחוק זה נתקבלה העמדה שלפיה אחריות חמורה תוטל על יבואנים ועל יצרנים רק במקרים שבהם מדובר בנוזקי גוף בשל חשש מהשפעתה של הטלת אחריות חמורה על הפעילות העסקית במשק.<sup>68</sup> עם זאת בחלוף 40 שנים לחקיקת החוק ובשל חוסר הקוהרנטיות העולה מן הפסיקה, כמו גם בשל ההתפתחות הגלובלית המואצת, המלווה בקריאות לצמצום הרגולציה,<sup>69</sup> נראה כי נדרשת בחינה מחודשת של הדין הנוהג בעניינים של נזקי רכוש. בשל ייחודיותה של התופעה בכל הנוגע ליבואנים, המשמשים חוליה מקשרת בין-לאומית בין יצרנים לבין צרכנים, אבקש להראות כיצד רלוונטיות ההצדקות האמורות והידועות בנוגע אליהם. ברי כי כל שינוי משטר האחריות על יבואנים מחייב הסדרה הכוללת גם טיפול באחריות היצרנים, אולם סוגיה זו חורגת ממסגרת רשימה זו.<sup>70</sup>

ההצדקות שבהן אדון בפרק זה נחלקות לכמה קטגוריות. חלק מהן מתבססות על שיקולי יעילות, שמטרתם מקסום הרווחה החברתית, וחלקן על שיקולי צדק שמטרתם להביא לחלוקה צודקת יותר של רווחה זו.<sup>71</sup>

## 1. שיקולים הנוגעים למקסום הרווחה החברתית

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

נזק הנגרם מפגם במוצר מיובא מתרחש בכמה מישורים, נוסף על אובדן המוצר עצמו. המישור הראשון הוא הנזק המיידני והבלתי ניתן למניעה אשר נגרם בעקבות הפגם. למשל, נזקים שנגרמו לדירת מגורים ותכולתה אשר נשרפו בגלל פגם במכשיר חשמלי, כמו גם עלות המגורים בשכירות בזמן ביצוע עבודות השיפוץ. עם זאת קיים מישור נוסף של

68 מבוא להצעת חוק האחריות למוצרים פגומים.

69 ראו לעיל פרק א.

70 ראו לעיל ה"ש 7. כן ראו את הדיון להלן בפרק ה.

71 להרחבה על מקומם של שיקולי צדק מתקן ראו אריאל פורת **נזקין** כרך א 55–68 (2013) (להלן: פורת 2013). להרחבה על מקומם של שיקולי הצדק החלוקתי, ראו שם, בעמ' 69–84. יצוין כי קיימת מחלוקת נרחבת בנוגע לשאלה אם רצוי שכללים משפטיים יקדמו גם צדק חלוקתי. לטיעונים התומכים בחלוקה באמצעות כללים משפטיים ראו Daphna Lewinson-Zamir, *In Defense of Redistribution Through Private Law*, 91 MINN L. REV. 326, 328 (2006) STEVEN SHAVELL, לעמדה מנוגדת ראו FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 2–3 (2004); ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW & ECONOMICS* 7–8 (6th ed. 2012) (הטוענים שמקומם של שיקולים חלוקתיים הוא בדיני המס בלבד).

נזקים, אלה הניתנים למניעה, ולמצער להקטנה, אם יוטלו על הגורם המתאים. כך למשל עלויות ההיערכות לקראת נקיטת ההליך המשפטי, עלויות ההתדיינות ועלויות הנובעות מפרק הזמן בין קרות הנזק לקבלת פיצויים. עלויות אלה, כפי שראינו, עלולות להיות גבוהות ביותר כשמקום מושבו של הנתבע בחו"ל. לדוגמה, במקרה שבו נשרפה דירת מגורים כאמור לעיל, צפוי הניזוק להפסיד זמן יקר אם יאלץ להתגורר בשכירות בלא להיות מפוצה, בעת שהשיפוצים מתעכבים בשל קושי בהשגת מימון. תקופה זו עשויה להיות ארוכה במידה ניכרת מתקופת השיפוץ 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.<sup>72</sup> הטלת אחריות על היבואן תסייע בהקטנת עלויות אלה, משום שהיא תאפשר פיצוי מהיר לניזוק מאת היבואן, לעומת ההתדיינות המורכבת כנגד היצרן שתיעשה בידי היבואן בדרישה לשפוטו.<sup>73</sup> היבואן, שהוא שחקן חוזר אשר מצוי במערכת יחסים חוזית עם היצרן, ואשר רמת מומחיותו גבוהה מזו של הניזוק בכל הנוגע למוצרים שאותם הוא מייבא, הוא בעל אמצעים אפקטיביים יותר לדרוש ולקבל פיצויים מהיצרן במהירות.<sup>74</sup> יש להדגיש שהנחת המוצא של דיון זה היא שכשמדובר בפגם בייצור, הרי שבסופו של דבר על היצרן לשאת בנזקים. עם זאת הדיון בענייננו מתמקד בשאלה מי יידרש להתדיין כנגד היצרן. הנימוק האמור בדבר צמצום הנזקים הניתנים למניעה תומך באפשרות שיש לאפשר לניזוק קבלת פיצויים במהירות, והיבואן הוא 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 שנשיאתו בעלות ההתדיינות והאכיפה של פסק הדין במקום מושבו של היצרן תהיה יעילה.

טענה מקובלת בניתוח הכלכלי של המשפט היא כי ככלל, מוטב לפזר נזק בין אנשים רבים ככל האפשר כך שכל אחד מהם ישלם מעט, ולא להטיל את הנזק על אדם אחד שישא בו, משום שסך הפגיעה ברווחה החברתית קטן יותר כאשר כל אחד סופג חלק קטן מהנזק.<sup>75</sup>

72 ראו גלעד "אחריות חמורה למוצרים", לעיל ה"ש 14, בעמ' 187-188.

73 מובן 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 לעיל ה"ש 36.

74 להרחבה בדבר אפשרותו של היבואן לקבל פיצויים מהיצרן ביתר קלות, ראו להלן בתת-פרק ד.1(3). מובן שיש מקרים שבהם היבואן הוא גוף קטן, אשר אין לו כוח מיקוח או משאבים כלכליים רבים יותר משיש לקונה. ואולם, נראה כי ברוב המקרים ליבואן תהיה עדיפות על הקונה לפחות במידת היכרותו עם המוצר.

75 להרחבה ראו ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני-הנזיקין" משפטים כב 421, 432 (1993) וההפניות המוזכרות שם; דניאל מור "אחריות למוצרים פגומים – שיקולי מדיניות" עיוני משפט ו 53, 80-81 (1978) (להלן: מור 1978). הדבר נכון גם לנזקים הנובעים מעוגמת נפש. ראו GUIDO CALABRESI, THE COST OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS 39 (1970). פיזור הנזק הוא אחד השיקולים הבולטים שהביאו לחקיקת חוק האחריות למוצרים פגומים, ראו את דברי ההסבר לסעיף 2 להצעת חוק האחריות למוצרים פגומים. החלת אחריות חמורה בארצות הברית

הטלת האחריות לנזקים שנגרמו מפגם במוצר על היבואן מפזרת את הנזק בין גורמים רבים באחת משתי דרכים: הדרך האחת היא "ביטוח עצמי" של היבואן, באמצעות העלאת מחירים, והדרך השנייה היא שימוש במבטח חיצוני, עלות שתגולם אף היא במחיר המוצר. בכל אחת מהדרכים תביא החמרת משטר האחריות באופן המטיל חבות על יבואנים לעלייה קטנה במחיר לכל צרכן, וכך יתפזר הנזק בין כלל הצרכנים.<sup>76</sup>

מעמדו של שיקול זה מתחזק אם נכיר בכך שבשל מתן אפשרות לקבלת פיצויים מהיצרן בלבד, חלק מהנפגעים לא יתבעו כלל בגלל עלויות התביעה הגבוהות. במצב זה אי-הטלת אחריות על היבואן עלולה להביא לכך שהניזוק יישא בעלויות התאונה עצמה לבדו ולא רק בעלויות ההתדיינות, ואילו הטלת 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 מפני תאונות.<sup>77</sup> אולם דומה כי טענה זו לוקה בחסר. הנזקים שאליהם חשוף הצרכן הם רבים ומגוונים. פסקי הדין שנבחנו לעיל כוללים אירועי שרפה, הצפה, צורך בשיקום מבנים בגלל חומרי בנייה לקויים וכן נזקים חקלאיים. נזקים אלה שונים זה מזה, והטלת הנזק על הצרכן משמעה שיהיה עליו לבטח את עצמו מפני 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. לעומת זאת יבואן מייבא מספר רב של מוצרים זהים ויכול בדרך כלל לצפות את הנזק העלול להיגרם מהמוצרים שהוא מייבא אם ימצאו פגומים ולבטח אותו בקלות.

על כך יש להוסיף את העובדה שרכישת מוצרי צריכה איננה פעילות מאורגנת, ולכן שיווק פוליסות ביטוח לכל רוכשי המוצרים יקר במידה רבה משיווק פוליסות ביטוח ליבואנים, ובמקרים רבים אף אינו מעשי. על כן נראה שהעלויות האדמיניסטרטיביות, ומכאן גם העלויות החברתיות, של ביטוח כלל היבואנים יהיו נמוכות מאלה של ביטוח כלל הצרכנים בחברה.<sup>78</sup>

נוסף על זה, על פי חוק המספרים הגדולים,<sup>79</sup> יבואן יכול לצפות כי שעה שהמוצרים המיובאים הם בעלי סיכוי מסוים לגרימת נזק, קרוב לוודאי שלפחות בחלק מהמקרים

התבססה במידה רבה גם היא על הצדקה זו. ראו Page Keeton, *Products Liability – Some Observations about Allocation of Risks*, 64 MICH. L. REV. 1329, 1333 (1966).

76 גלעד גבולות האחריות, לעיל ה"ש 20, בעמ' 1174.

77 Keeton, לעיל ה"ש 75, בעמ' 1133–1134; 2 J. Posner, *Strict Liability: A Comment*, LEGAL STUD. 205, 210 (1973) (להלן: Posner 1973).

78 לטיעון דומה בנוגע לנהגים ולהולכי רגל ראו Guido Calabresi, *Does the Fault System Optimally Control Primary Accident Costs*, 33 LAW & CONTEMP. PROB. 429, 443 (1968) (להלן: Calabresi 1968).

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

משפטים נא תשפ"ב הערת מערכת: הטלת אחריות על יבואן בגין נזקי רכוש שנגרמו מפגם במוצר מיובא

הסיכון אכן יתממש,<sup>80</sup> ועל כן יש לו תמריץ גבוה יותר לבטח את עצמו. זאת ועוד, היבואן הוא גוף עסקי וכלכלי, הפועל לרוב כשחקן רציונלי, ולכן סביר עוד יותר שהוא יבטח את עצמו. לעומת זאת צרכן עלול שלא לצפות כי דווקא המוצר היחיד 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.<sup>81</sup> היות שראינו שמצב שבו הנזק מבוטח הוא רצוי יותר לפי עקרון פיזור הנזק, הרי שמוטב להטיל את החבות על היבואנים, שהם גוף אשר סביר יותר שיבטח את עצמו.<sup>82</sup>

### (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,<sup>83</sup> כלומר על השחקן שביכולתו להבין מהי דרך הפעולה הזולה והיעילה ביותר וליישם אותה.<sup>84</sup> ההיגיון שבבסיס הדברים הוא ששחקן זה יבצע ניתוח עלות-תועלת ויבחן אם תוחלת הנזק גבוהה מעלות מניעתו. היות שהן העלות של נקיטת אמצעי הזהירות והן הנזק מאי-שימוש באמצעי הזהירות מוטלים על אותו אחד, יבחר הוא לנקוט אמצעי זהירות אם, ורק אם, התועלת שבהם עולה על עלותם.<sup>85</sup> כלומר, הטלת האחריות על שחקן זה תגרום לו לפעול למניעת הנזק כאשר זהו המעשה המביא לתוצאה אופטימלית.

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

81 מחקרים שונים עמדו על כך שיש לאנשים נטייה פסיכולוגית להעריך את הסיכוי שיקרה להם דבר רע כקטן ביחס להערכתם את הסיכוי שיקרה לאנשים אחרים דבר רע. להרחבה ראו אריה נדלר ונירה ליברמן **פסיכולוגיה חברתית** כרך 1 145 (2000).

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, ולכן גם מוצרים חלופיים יהיו יקרים יותר. עוד נטען בהקשרים אחרים שייחכן שהטלת הנזקים על יוצר הסיכון אשר יגלגל אותם אל הנפגע תכלול עלויות גבוהות ביותר, המצדיקות כי תוטל מלכתחילה אחריות על הנפגעים שיבטחו את עצמם. ראו 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' 438-436; 95-96 ARIEL PORAT & ALEX STEIN, *TORT LIABILITY UNDER UNCERTAINTY* (2001).

84 במקרים שבהם האדם שמסוגל לקבוע מהו הפתרון הזול ביותר איננו האדם שמסוגל ליישם את הפתרון המצב מסתבך מעט, אולם במקרה שלנו נראה סביר להניח שהיבואן במצב טוב יותר להבין מהו הפתרון היעיל וגם ליישם אותו טוב יותר מהצרכן, ואילו היצרן הוא בעל יתרון במובנים אלה יחסית ליבואן ולצרכן. להרחבה ולביקורת על טיעונו של Calabresi במקרים שבהם המצב שונה, ראו Posner 1973, לעיל ה"ש 77, בעמ' 213-215.

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

יבואן המוצר הוא מונע הנזק הזול יותר במערכת היחסים שבין הצרכן ליבואן. הוא שיש בידו לבדוק את איכות המוצרים שהוא מייבא ולבחור בייבוא מוצרים בטוחים יותר. נוסף על זה, היבואן מסוגל לפתח מעת לעת אמצעים מתקדמים יותר לגילוי מוצרים פגומים מאלה הקיימים.<sup>86</sup> נדייק, 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 אם נפגעים אכן נמנעים מלתבוע יצרנים במדינות זרות. במקרה זה הטלת אחריות על יצרנים בלבד תוביל לתת-אכיפה, והנזקים לא יוטלו בפועל במלואם על היצרן ולא יגרמו לשינוי ההתנהגות הרצוי. נוסף על זה, הטלת האחריות ישירות על יצרן ללא הטלת אחריות על היבואן עלולה לכלול עלויות כה גבוהות של נזקים הניתנים למניעה, כדוגמת עלויות ניהול התביעה נגד היצרן על ידי הצרכן שאיננו מנוסה בכך, עד שהיא איננה יעילה. כאשר עלות הטלת האחריות על מונע הנזק הזול ביותר גבוהה מאוד, לעיתים מוטב להטיל את הנזק גם על מונע הנזק הזול פחות, ובעניינו היבואן.<sup>87</sup>

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

ראשית, בהליך המשפטי יהיה קשה למעשה להוכיח רשלנות במקרה שבו היבואן היה יכול להשתמש באמצעים טכנולוגיים יעילים יותר לגילוי פגמים. משטר של אחריות חמורה יתמרץ את היבואנים לפתח אמצעים כאלה לשם צמצום הנזק המוטל עליהם, לעומת משטר הרשלנות, אשר יפטור אותם מאחריות במקרים כאלה.<sup>90</sup> שנית, קשה עד מאוד לצרכן להוכיח כי היבואן התרשל בפעולת הייבוא, אם אין בידו מידע בנוגע לתהליך הייבוא, לבדיקות שהמוצרים עברו ולתהליך קבלת ההחלטות אצל היבואן. מאפיין זה עלול אף

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

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

88 ראו לעיל ה"ש 32.

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

90 Posner 1973, לעיל ה"ש 77, בעמ' 209. לדעתו, גם במשטר רשלנות השוק החופשי מחייב כי יוקמו גופים שיפתחו אמצעי בטיחות חדשים, כדי שמזיקים ייאלצו להתאים את עצמם לסטנדרט הקיים או שיימצאו רשלנים. אולם נראה כי טיעון זה רלוונטי פחות לתחום המוצרים הפגומים, שבו קיימים אין-ספור מוצרים ונזקים אפשריים, וכאשר קבוצת הניזוקים מורכבת ממספר גדול מאוד של אנשים שאינם מאורגנים ואשר לא סביר כי ישלמו לגופים כאלה.



לתמרץ את היבואן להשמיד את הראיות הרלוונטיות כדי למנוע מצב שבו תוכח התרשלותו. קשיים בהוכחת ההתרשלות עשויים לגרום לכך שבפועל במקרים רבים לא יימצא היבואן רשלן אף שלאמיתו של דבר היה בידו לפעול ביעילות רבה יותר בדרך שתמנע את הנזק. תוחלת הסיכון שאותה מעריך היבואן במשטר של רשלנות כוללת בתוכה את האפשרות כי הניזוק לא יתבע או לא יצליח להוכיח את ההתרשלות, ולכן בפועל תהיה נמוכה מתוחלת הנזק הריאלית, וכך תיגרם 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 התרשלות.<sup>91</sup> דומה כי כל הטעמים הללו מורים ששימוש במשטר הרשלנות בנוגע ליבואנים לוקה בחסר.

טעם נוסף שניתן להעלות נגד שיקול מונע הנזק הזול יותר הוא שליכולתם של היבואנים לבטח את עצמם עלולות להיות השפעות שמנטרלות את התמרץ שיוצרת הטלת אחריות על היבואן. חברות הביטוח עשויות לתמחר את תוחלת הנזק תמחור אחיד, וכך לא יהיה ליבואנים בפועל תמרץ להתנהג באופן בטוח יותר או לפתח אמצעי בטיחות מתקדמים יותר, משום שעלות הביטוח תישאר זהה ללא תלות בהתנהגותם.<sup>92</sup> תוצאה נוספת תהיה תמחור של המוצרים שלא יהיה בו לשקף את הסיכון שהם יוצרים, כך שייקבע שיעור פרמיית סיכון אחיד לכל המוצרים, ובפועל מוצרים יימכרו בעלות גבוהה או נמוכה משוויים האמיתי, וייווצר עיוות.<sup>93</sup> אולם כנגד טעם זה נראה כי סביר לצפות שתנאי השוק החופשי יביאו לידי התפתחות מדיניות של ביטוח דיפרנציאלי, שבמסגרתו יונפקו פוליסות ביטוח המתמרצות פיתוח אמצעי זהירות מצד היבואן בדמות חובת נקיטת אמצעים להקלת הסיכון כתנאי לכיסוי הביטוחי, או קביעת מחירי פרמיות שונים המגלמים את תוחלת הסיכון הממשית בהתחשב בעברו הביטוחי של המבקש.<sup>94</sup>

אחת הטענות שהועלו בעבר נגד הטלת אחריות חמורה על יצרנים, בשונה מיבואנים, היא כי כוחות השוק, המונעים בין היתר ממוניטין ומפרסום, יגרמו מטבע הדברים 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.<sup>95</sup> אולם בנקודה זו דומה כי קיים הבדל של ממש בין יצרנים ליבואנים: יצרנים

91 ראו למשל ע"א 5604/94 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 שנוסחאות אלה אינן מביאות בפועל ליעילות כלכלית, ראו רונן פרי "יסוד ההתרשלות בעולות הרשלנות: תאוריה פוזיטיבית וביקורת נורמטיבית" משפטים לח 351 (2018).

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

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

94 בדומה לשוק ביטוח הרכב המתמרץ נהגים זהירים במתן 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, וכך למעשה קיימת מערכת ביטוח דיפרנציאלית, חלקית לפחות. ראו למשל "ביטוח מפעלים סיבות לרכישת אחריות למוצר" גור קבוצת ביטוח <https://bit.ly/38u1H2h> ("ביטוח אחריות המוצר מחייב במקרים רבים בדיקה של תהליך הייצור על מנת לוודא שהיצרן אכן עומד בדרישות המתחייבות").

95 מור 1978, לעיל ה"ש 75, בעמ' 85.

מזוהים עם המוצרים שהם מייצרים, וניתן לקשר ביניהם בקלות, ואילו 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 על רמת הבטיחות שנוקט 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, בשונה מהיצרן.

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

במערכת היחסים שבין הניזוק ליבואן, היבואן הוא מונע הנזק הזול יותר מבין השניים, אולם במבט רחב יותר, היצרן הוא שבידו למנוע שיווק מוצר פגום בנקיטת אמצעי זהירות ובקרה במסגרת הליכי הייצור, ולכן הוא מונע הנזק הזול ביותר בכל שרשרת הייצור והשיווק. לפיכך סיבה נוספת להטלת אחריות על היבואן היא שביכולתו לגלגל ביתר קלות את עלות נזקי התאונה אל היצרן.<sup>96</sup> כל הטעמים האמורים לעיל בדבר מונע הנזק הזול יותר נכונים ביתר שאת ליצרן עצמו, ועל כן יש לשאוף כי בסופו של דבר תוטל האחריות על כתפיו. עדיפותו של היבואן בגלגול הנזק אל היצרן נובעת מכמה מאפיינים. הראשון, הוא קיומה של מערכת יחסים חוזית מתמשכת בינו לבין היצרן. זו מאפשרת קבלת פיצויים ביתר קלות,<sup>97</sup> ואף ניתן לצפות כי תימצא התניה מפורשת לעניין זה בחוזה שבין הצדדים;<sup>98</sup> המאפיין השני הוא אפשרותו של היבואן להשפיע על היצרן כלכלית באיום להפסקת ייבוא המוצרים שהיצרן מייצר אם יסרב היצרן לקבל עליו אחריות לנזקים שמקורם בפגמים שנמצאו במוצריו. יתרה מזו, מידע הנפוץ בין יבואנים שונים בדבר סירובו של יצרן לפצות בגין נזקים כגון אלה עשוי להיות אמצעי לחץ יעיל על היצרן; לבסוף, כל עוד ברשותו של היבואן משאבים רבים יותר לנהל תביעה ארוכה והליך אכיפה בחוץ לארץ, הסיכויים שהליך מסוג זה אכן יתקיים ויישא פירות גבוהים יותר. מאפיינים ואמצעים אלה של היבואן, אשר אינם מצויים בידי הצרכן, יגרמו לכך שהטלת הנזק על היבואן תביא בסבירות גבוהה לכך שהנזק יגולגל בסופו של דבר 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 ולכן גם לא את תוחלת הנזק מפגם בו. לכן במצב שבו אין מוטלת על היבואן אחריות לנזקים, הוא יכול למכור את המוצר הבטוח ואת זה הבטוח פחות באותו מחיר. במקרה שבו מוצר בטוח עולה יותר ממוצר שאיננו בטוח, היבואן, השואף למקסם את

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 לתוס' לחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התש"ס-1999.

98 משום שכאמור, כשמתחת ידיו של היבואן עוברים מוצרים רבים, הוא יצפה כי הנזק יתממש לפחות בחלק מהם. ראו לעיל ה"ש 79 והטקסט הסמוך לה.

רווחיו, ייבא מוצרים שאינם בטוחים וישווק אותם במחיר המרבי שבו הם יימכרו – מחיר הזהה למחיר השוק של מוצר בטוח. כלומר, תוחלת הנזק של המוצר לא תגולם במחירו.<sup>99</sup> לכאורה, במצב תאורטי של מידע מושלם הצרכן יהיה מודע לסיכון שמגולם במוצר וישקלל אותו בבחירה אם לקנות את המוצר או לא. כך, מחירו של מוצר בטוח פחות ייתפס בעיני הצרכן כגבוה יותר, שכן הוא מורכב מהמחיר בפועל בתוספת תוחלת הנזק הגלומה במוצר. אולם בפועל, בעולם שקיימים בו פערי מידע, אפשרותו של הצרכן לבחון את בטיחות המוצרים שהוא רוכש מוגבלת, ולעיתים אף בלתי אפשרית.<sup>100</sup> משמעות הדברים היא כי לעיתים אף שצרכן לא היה בוחר לקנות מוצר לו היה מודע לתוחלת הנזק שהוא מגלם, הוא יבחר לקנותו בשל מחירו הזול. נדגים זאת באמצעות דוגמה: נניח שיבואן מוכר מוצר בשבועים 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 אף שעלותו האמיתית עבורם היא תשעים שקלים, וכך היקף המוצרים שיימכרו יהיה גדול מהרצוי.<sup>101</sup> לפי טיעון זה, הטלת הנזק על היבואן תנטרל את ההחצנה ותגרום לו להפנים את העלויות ולשקלל אותן במערכת השיקולים שלו בעת תמחור המוצר, ובדוגמה דלעיל יהיה מחיר המוצר תשעים שקלים, ולפיכך 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 ולא להשתמש באמצעי זהירות, אולם הדרך להבטיח שמחירו של המוצר ישקף את עלותו האמיתית היא הטלת הנזק על היבואן. שקלול הסיכון שגורם המוצר במחירו הוא תוצאה רצויה, משום שהוא מאפשר לצרכן לרכוש מוצרים שטמון בהם סיכון רק כאשר התועלת שנובעת לו מהם גבוהה מעלותם הכוללת.<sup>102</sup>

## 2. שיקולי צדק

### (א) שיקולי הגינות

הטלת האחריות על היבואן נתמכת בשיקולי הגינות, ולפיהם יש להטיל את הסיכון על הנהנה ממנו.<sup>103</sup> לפי טיעון זה, לא הוגן שיבואן ייהנה מהרווח שבפעילותו המסחרית –

99 לטיעון זה בהקשר של אחריות יצרנים, ראו מור 1978, לעיל ה"ש 75, בעמ' 86.

100 אריאל פורת "דיני נזיקין" הגישה הכלכלית למשפט 271, 281–282 (אוריאל פרוקצ'יה עורך 2012).

101 Shavell 1980, לעיל ה"ש 89, בעמ' 8–9.

102 יש טענו כי בפועל משקלו של שיקול זה כמצדיק אחריות חמורה מוגבל, משום שיש בבית המשפט כלים לבחינת היקף הפעילות עצמו ולקביעה אם הוא אופטימלי, והיקף פעילות גדול מהרצוי ייחשב אפוא רשלני. ראו למשל Stephen G. Gilles, *Rule-Based Negligence and the Regulation of Activity Levels*, 21 J. LEGAL STUD. 319 (1992). אולם נראה כי טיעון זה רלוונטי פחות במצב שבו מטרתנו איננה לצמצם את היקף הפעילות של היצרן שרירותית, אלא לצמצם מכירה של מוצרים דווקא עבור חוג לקוחות ספציפי – אלה המעריכים את המוצר בסכום הקטן מעלותו האמיתית.

103 Gregory C. Keating, *Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents*, 74 S. CAL. L. REV. 193, 195–196 (2000).

לרבות הבחירה איזה מוצר לייבא – שעה שהוא איננו עומד בכל הסיכונים הנובעים מאותה הפעילות ומאותה הבחירה.<sup>104</sup>

כנגד טיעון זה נטען בספרות בנוגע ליצרנים כי הצרכן נהנה גם הוא מפעולת הצריכה, לרבות מחירו הזול של המוצר, ולמעשה הפעולה שיוצרת את הסיכון לנזק הדידית, 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.<sup>105</sup>

אולם דומה כי טענות אלה מתעלמות מכמה היבטים: ראשית, אכן יש ביכולתם של צרכנים להפסיק את הפעולה אם לא 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, לעומת יכולתו העדיפה של יבואן לוודא כי סוג מסוים של מוצרים שהוא מייבא בטוח, ועל פי זה לבחור בייבוא מוצרים אלה. על כן נראה שאף שצרכנים נהנים מפעולת הצריכה, חוסר הסימטריה במערכת היחסים שבין הצדדים עדיין קיים, ואכן יהיה הוגן לאזנה באמצעות הטלת האחריות; שנית, נראה כי הטענות דלעיל מתעלמות ממעורבותם האפשרית של צדדים שלישיים העלולים להיפגע מפגם במוצר. למשל, דיירי הבית השכן לבית שעלה באש בשל התלקחות מוצר פגום אינם מסוגלים להפסיק את פעילות הצריכה שיצרה את הסיכון ואף אינם נהנים מפעילות זו.<sup>106</sup>

### (ב) סיכול ציפיות הצרכן

שיקול הגינות נוסף שנידון בספרות בהקשר של הטלת אחריות על יצרנים הוא סיכול הציפיות של הצרכן.<sup>107</sup> לפי טיעון זה, יצרן המוצר מציג מצג שלפיו המוצר תקין, ושעליו הצרכן מסתמך כאשר הוא בוחר לרכוש את המוצר. ציפיות אלה של הצרכן מצדיקות לראות

104 לשיקול זה בנוגע ליצרנים ראו Henderson 1981, לעיל ה"ש 80, בעמ' 938–939. ליישום השיקול בנוגע ליבואנים ראו עניין **מנדלסון**, לעיל ה"ש 50, בעמ' 4. שיקול זה דומה במהותו לטיעון ההדדיות של Fletcher, שלפיו התובע זכאי לפיצויים מהנתבע כשהאחרון 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).

105 גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 20, בעמ' 1171–1173.  
106 עוד יש שטענו כי על כל פנים הסדרי הביטוח יוצרים חלוקה של הנזק, ולכן הטלת האחריות על יוצר הסיכון תפגע בסופו של דבר במגוון רחב של קבוצות, כגון צרכנים, בעלי מניות, נושים, ספקים ועוד, ולא תטיל עליו אישית נטל. על כן טיעון המתבסס על חוסר הדדיות איננו יכול להצדיק מעבר לאחריות חמורה. ראו למשל גלעד "אחריות חמורה למוצרים", לעיל ה"ש 14, בעמ' 194–195. אולם דומה שעצם הטלת האחריות על יוצר הסיכון יש בה כשלעצמה הכרה באחריותו, גם אם בסופו של דבר יגולגל הנזק על גופים אחרים. לדיון נוסף בערכים שבבסיס 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 שבו נידון שיקול זה, ואף הוכרה מכוחו דוקטרינת הפרת אבטחה מכללא, הוא פסק הדין של בית המשפט בארה"ב בעניין *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 161 A.2d 69, (N.J. 1960) 81–84 (הוחלט כי אין לדרוש קרבה חוזית בין היצרן לצרכן לשם חיוב היצרן בפיצויים בגין נזקי גוף, משום שקיימת אבטחה מכללה המלווה את המוצר, ולפיה המוצר מתאים לשימוש שלו הוא מיועד). לסקירת הדוקטרינה ראו מור "אחריות יצרנים", לעיל ה"ש 59, בעמ' 312–314.

משפטים נא תשפ"ב הערת מערכת: הטלת אחריות על יבואן בגין נזקי רכוש שנגרמו מפגם במוצר מיובא

ביצרן ערב מכללא לתקינותו של המוצר, וממילא מצדיקות הטלת אחריות כאשר מתברר שציפייה זו נכזבה.<sup>108</sup>

טיעון זה איננו מבוסס על מערכת היחסים החוזית שבין הצדדים אלא על עצם העובדה שהיצרן ייצר את המוצר ונהנה ממצג התקינות שהוא יצר.<sup>109</sup> 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 בנוגע לאחריות יצרנים רלוונטי גם 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 שלפיו המוצר תקין וכדאי לרכשו.<sup>110</sup>

### (ג) הגנת הצרכן

החיים בעולם המודרני מחייבים כי אדם יהיה תלוי בצריכת מוצרים טכנולוגיים רבים אשר הוא איננו יודע כיצד הם פועלים וכיצד הם מיוצרים. מטבע הדברים, יבואן המוצר הוא בעל יתרון לעומת הצרכן בכל הנוגע למידע בדבר איכותם ובטיחותם של המוצרים שהוא מוכר ולחלופות הקיימות בשוק. הוא גם הבוחר 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, ואין לו קשר כדבר שבשגרה עם אנשי מקצוע ומומחים רלוונטיים. לפיכך עלול הצרכן להיוותר חסר אונים אל מול נזק שאין לו יכולת לדעת כיצד התרחש.<sup>111</sup> זאת ועוד, אין בידי צרכן סביר שאינו מבוסס הידע, האמצעים והמומחים העומדים לרשות גוף עסקי, כאלה שיאפשרו לו להוכיח כי היבואן לא פעל כיבואן סביר.<sup>112</sup> מנגד, היבואן, הגם שאיננו איש מקצוע המייצר מוצרים מסוג המוצר הפגום בעצמו, מצוי בשוק הרלוונטי ומכיר את המותגים ואת היצרנים השונים ואת היתרונות והחסרונות של מוצרי היבוא החלופיים. על כן יכול הוא להתנהל ביתר קלות בהליך משפטי מול הצרכן. יתר על כן, היבואן, אשר תביעות הנוגעות למוצרים פגומים הן חלק אינטגרלי מעבודתו, הוא בעל ניסיון רב יותר, והוא שחקן חוזר בהתנהלות משפטית מסוג זה, ועל כן הוא בעל כוח רב יותר בכל הנוגע להתנהלות המשפטית כנגד הצרכן הפרטי.<sup>113</sup>

108 ראו Prosser, לעיל ה"ש 63, בעמ' 1123.

109 ראו גלעד "אחריות חמורה למוצרים", לעיל ה"ש 14, בעמ' 195–196. ראו גם Henderson 1981, לעיל ה"ש 80, בעמ' 935–936.

110 יש הטוענים כי ביסוס אחריות חמורה על בסיס זה יכול להיעשות רק במקרה שבו אכן נעשתה התחייבות כזו של המזיק כלפי הניזוק. ראו גלעד **גבולות האחריות**, 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 לטיעון זה בנוגע ליצרן ראו במבוא להצעת חוק האחריות למוצרים פגומים.

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

נראה אפוא כי פערי הכוחות שבין הצדדים, אשר הביאו לחקיקת כמה וכמה חוקים, שהבולט שבהם הוא חוק הגנת הצרכן,<sup>114</sup> הם שיקול נוסף המצדיק הטלת אחריות על יבואן במקרה שבו ניזוק הצרכן בגלל מוצר פגום. משקלו של שיקול זה כשלעצמו איננו גדול, שכן לא תמיד היבואן הוא גוף חזק והצרכן חלש – לעיתים גופים עסקיים גדולים ורוכשים מוצרים מספקים קטנים,<sup>115</sup> אולם שיקול זה נלווה ליתר השיקולים שהובאו בפרק זה. לסיכום, בפרק זה בחנתי כמה שיקולים המצדיקים הטלת אחריות מוגברת על יבואנים בגין נזקים שנגרמו מפגם במוצר המיובא גם במצב שבו לא התרשלו. שיקולים אלה חופפים בחלקם שיקולים ששימשו בעבר להצדקת הטלת אחריות חמורה על יצרנים בנוגע לנזקי גוף בארץ ובנוגע לנזקי גוף ורכוש בארצות הברית. עם זאת נראה כי הדיון בהטלת אחריות על יבואנים שונה מהותית מהדיון העוסק ביצרנים משום שהנזק שבו עסק דיון זה איננו הנזק המלא שנגרם לצרכן, אלא נטל הגשת התביעה נגד יצרן. השיקולים שנידונו תמכו בהטלת נטל זה על היבואן, באמצעות חיובו בנזק שנגרם לצרכן הניזוק.

## ה. מודלים אפשריים

עד כה טענתי כי קיימים שיקולים תאורטיים המצדיקים החמרה של משטר האחריות הנוהג בעניינים של יבואנים בכל הקשור לנזקי רכוש שנגרמו ממוצר פגום. בפרק זה אבקש להציע שני מודלים שעניינם הטלת אחריות רבה יותר על יבואנים, לעומת הדין הנוהג. המודל הראשון, מודל העברת הנטל, הוא מודל מתון באופן יחסי, המטיל על היבואנים את הנטל להראות כי הם לא התרשלו בפעולותיהם. המודל השני, מודל האחריות החמורה, הוא 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, ואינה 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 אלה, כדי למנוע מצב משפטי שאינו קוהרנטי. למשל, ברור כי הטלת אחריות חמורה על יבואנים צריכה להיות מלווה בהטלת אחריות חמורה גם על יצרנים, כדי למנוע מצב שבו על הגורם הטבעי לפיצוי תוטל אחריות קלה מזו המוטלת על הגורם המקשר. רבים מהשיקולים הכלכליים שעליהם התבססתי רלוונטיים גם ליצרנים, ואף ביתר שאת, ואולם, מטרתה של רשימה זו היא בחינת ההיבטים הייחודיים האופייניים ליבואן, בשים לב שמדובר בגוף מקומי לעומת היצרן הזר. דיון בשאלת אחריות היצרן חורג ממסגרת רשימה זו ודורש התייחסות נפרדת. על כן מחקר נוסף נדרש בטרם הגעה להסדרה משפטית כוללת ומלאה. עם זאת אבקש כאמור לסקור כעת שני מודלים אפשריים להסדרה משפטית ראויה של סוגיית הטלת האחריות על היבואן בגין נזקים שנגרמו מפגם במוצר המיובא. הכרעה בין שני המודלים מחייבת אף היא מחקר נוסף, אמפירי בעיקרו, הנוגע להשפעות הרחבות של כל

114 להתייחסות לסיבות לחקיקת החוק ראו מבוא לדברי ההסבר להצעת חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, ה"ח 1469.

115 זמיר, לעיל ה"ש 55, בעמ' 11.

משפטים נא תשפ"ב הערת מערכת: הטלת אחריות על יבואן בגין נזקי רכוש שנגרמו מפגם במוצר מיובא

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. כמה הוראות בפקודת הנזיקין קובעות חזקות התרשלות שלפיהן בהתקיים תנאים מסוימים מועבר נטל זה אל הנתבע.<sup>116</sup> מקובל לומר כי הנימוקים להעברת הנטל באותם המקרים הם בעיקרם שניים: הטעם הראשון הוא עמימות עובדתית שמקורה בכך שהגישה למקורות המידע מצויה בידי הנתבע ולא בידי התובע.<sup>117</sup> מלבד ההיגיון הטמון בהטלת הנטל על הצד שלו הגישה למידע המבוקש, נועד הדבר לחסוך בעלויות ההתדיינות, כשבמקרים אלה השגת המידע זולה הרבה יותר עבור הנתבע.<sup>118</sup>

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

מבט מעמיק יותר מעלה כי אימוץ משטר העברת הנטל במקרים שבהם בחר המחוקק הוא הלכה למעשה דרך ביניים שבין הטלת אחריות חמורה לבין המשטר המסורתי המבוסס על אשם.<sup>121</sup> וכדבריו של השופט אגרנט בנוגע לכלל "הדבר מעיד על עצמו": "הנכון 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".<sup>122</sup> ובהמשך, "דחיפה לקראת אחריות מוחלטת יש כאן, אלא שלענין זה צריך להעיר שכל הנטייה המודרנית, לגבי

116 פורת 2013, לעיל ה"ש 71, בעמ' 275.

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

118 ש.ם.

119 ש.ם, בעמ' 820.

120 גיא שני חזקות רשלנות – העברת נטל ההוכחה בדיני נזיקין 270–272 (2011) (הדן ברצינול זה בנוגע לחזקת הדברים המסוכנים).

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

122 ד"ר 4/69 יצחק נוימן רבניו חברה לביטוח בע"מ נ' כהן, פ"ד כד(2) 229, 302 (1970).



המקרים שבהם ניזוקו בני אדם בתאונות שאחרים היו מעורבים בהן, הינה להתרחק, במידה גדולה, ממושג ה'אשמה'<sup>123</sup>.

העברת הנטל לכתפיו של הנתבע תביא לכך שתביעות שבמשטר הרשלנות הרגיל היו נדחות בהיעדר עמידת התובע בנטל ההוכחה, יתקבלו כעת, שכן במשטר העברת הנטל הנתבע הוא שיתקשה להוכיח את היעדר התרשלנותו. למעשה, כלל העברת הנטל משמש בפועל בידי המחוקק כלי להכוונת התנהגותם של פרטים שונים המצויים במצב שבו מניעת נזק שכיח היא בידיהם.

נראה כי גם בענייננו אפשרי אימוץ משטר העברת נטל כפתרון ביניים המאפשר החמרה מסוימת של האחריות ללא התנתקות מוחלטת ממשטר האשמה. נזקי רכוש, מעצם מהותם, נתפסים כנזקים חמורים פחות מנזקי גוף.<sup>124</sup> 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 זה, כפי שראינו, במקרה של פגם במוצר מיובא, פעמים רבות אין לתובעים אפשרות בפועל לדעת כיצד נהג היבואן בפעולת הייבוא. סיבה זו מצדיקה אף היא כי נטל ההוכחה להראות כי פעולתו של היבואן הייתה סבירה יוטל עליו, לפי הטעם הראשון שעליו עמדתו.

בהקשר זה ניתן לשער שהעברת הנטל אל הצד אשר בידיו מצוי המידע הרלוונטי תתמרץ את היבואנים לשמור את המידע הנוגע לתהליכי הייבוא ולהציג אותו במשפט. כך, אפשר שבשל כלל העברת הנטל יערכו בתי המשפט דיון המתבסס על עובדות מלאות של המקרים שיגיעו לפתחם, וכך במשך הזמן יתפתחו אמות מידה מתאימות לקביעה אם יבואן פעל כיבואן סביר. בפרק הקודם עמדתי על חוסר הבהירות הקיים כיום בכל הנוגע לסטנדרט הסבירות בענייניו של יבואן, אשר מוביל בין היתר לפסיקה שאיננה קוהרנטית. בהיבט זה תרומתו של מודל העברת הנטל איננה מתבטאת רק בכך שהוא יאפשר לניזוקים רבים יותר לקבל פיצויים בגין נזקיהם, אלא גם בכך שיתפתח סטנדרט אובייקטיבי לקביעת אחריותו של יבואן, אשר יביא לעקיבות רבה יותר בפסיקה, ולכך שהטלת אחריות על יבואן תיעשה במקרים שבהם 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 אל מעבר לגדר שנקבע להלכה.<sup>125</sup> בזהירות 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

123 שם, בעמ' 303. כן ראו את דבריו של הנשיא אגרנט בע"פ 74/62 פישמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 1477, 1495-1496 (1963) (שלפיהם חובת הזהירות בנוגע לדברים מסוכנים עשויה להתקרב לאחריות מוחלטת).

124 לתפיסה המצדיקה אחריות חמורה על בסיס אינטרס שלמות הגוף ראו Prosser, לעיל ה"ש 63, בעמ' 1122-1123.

125 אם כי יש שטענו שיש להשתמש בכלל העברת הנטל לשם הטלת אחריות על כתפי גורמים שונים בשרשרת המכר. לעניין זה ראו בן דוד, לעיל ה"ש 121, בעמ' 327. אולם שם הצעה זו התבססה על נקודת הנחה שלפיה יש חשש שכל אחד מהמעורבים גרם לפגם במוצר. כלומר, לא נידונה שאלת התרשלנות היבואן בייבוא מוצר פגום, אלא השאלה אם הוא התרשל בטיפול במוצר באופן שיצר בו פגם.

משפטים נא תשפ"ב הערת מערכת: הטלת אחריות על יבואן בגין נזקי רכוש שנגרמו מפגם במוצר מיובא

כ"בעל היכולת הטובה ביותר למנוע את התרחשות התאונה".<sup>126</sup> בפרק ההצדקות מצאנו כי היבואן הוא מונע נזק זול יותר מהצרכן ובעל האפשרות הטובה ביותר לגלגל את הנזק אל היצרן בצורה שתכווין את התנהגותו של היצרן.<sup>127</sup> על בסיס הצדקות אלה נראה כי יש טעם בהרחבה פרשנית מסוג זה אשר תביא בסופו של דבר ביעילות הרבה ביותר לכך שהנזק יוטל על המונע הזול ביותר. עם זאת יש לבחון אפשרות זו לעומק ולעמוד על השלכותיה בהקשרים אחרים שבהם שימש כלל "הדבר מעיד על עצמו". לחלופין, כלל רלוונטי של העברת נטל התואם את נסיבות הליכי היבוא יכול שיאומץ בחקיקה מתאימה.<sup>128</sup>

## 2. המודל השני – הטלת אחריות חמורה על היבואן

משטר האחריות החמורה הוא משטר שבעיקרו איננו מבוסס־אשם, כמובן זה שחיוב הנתבע בפיצויים במשטר זה איננו מותנה בהתרשלותו. משטר זה נשען על התפיסה שלפיה גם במצב שבו התנהגותו של המזיק הייתה ראויה, ואין בה אשמה, התוצאה שהתנהגות יצרה איננה רצויה. הטלת האחריות על פי משטר זה נועדה אפוא לשנות את תוצאות ההתנהגות ולא את ההתנהגות עצמה.<sup>129</sup> לפיכך הטלת הנזק על המזיק במשטר זה לא נועדה דווקא למניעת ההתנהגות המזיקה,<sup>130</sup> ואכן, במקרים שבהם מניעת ההתנהגות יקרה מתוחלת הנזק, הטלת הנזק על כתפי המזיק ממילא לא תרתיע אותו, משום שהתועלת שהוא מפיק מהמעשה גבוהה מהנזקים שבהם הוא יחויב, ולכן תתקבל התוצאה הרצויה – ההתנהגות לא תימנע. אחריות חמורה יכול שתהא "טהורה", כמובן זה שאין משמעות כלל לשאלת האשם, ויכול שתהא מרוככת יותר – "מעורבת" – במקרה שהטלת האחריות מתבססת הן על שיקולים התומכים בהטלת האחריות על הנחב, כגון שיקולי פיזור נזק והגינות, והן על קיומה של הסתברות ממשית שהנתבע התרשל, אולם קיימים קשיים בהוכחת התרשלות זו.<sup>131</sup>

בפרק ד 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 שהובילו מהלך חקיקתי נרחב בארצות הברית, ולפיו כל העוסקים בשיווק או במכירה של מוצר יהיו חייבים באחריות חמורה בגין נזקים לגוף או לרכוש שנגרמו מפגם בו. מודל האחריות החמורה בנוגע לפגמים בייצור של מוצר נוצר

126 ראו את הדיון לעיל בסמוך לה"ש 19.

127 ראו לעיל תת-פרק ד.1(ג)-(ד).

128 במחקרו טוען מור, לעיל ה"ש 19, בעמ' 589–591, כי לשם העברת הנטל אל יצרנים ניתן להשתמש בחזקת הדברים המסוכנים המצויה בסעיף 38 לפקודה. קבלת טענתו זו, לכאורה, תאפשר להשתמש בכלל גם כשמדובר ביבואנים. אולם גישה זו נדחתה במצבים שבהם המוצר אינו מסוכן מטבעו, והנתבעת לא ידעה ולא היה עליה לדעת על הפגם. ראו עניין **ישראלפט**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 59.

129 גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 20, בעמ' 1157.

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

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

והתפתח בדין האמריקאי בתחילת שנות השישים,<sup>132</sup> ומשם התפשט לאירופה.<sup>133</sup> 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."<sup>134</sup> לעומת זאת בישראל הוטלה אחריות חמורה על יבואנים ועל יצרנים רק בגין נזקי גוף שנגרמו מפגם במוצר מיובא.<sup>135</sup> חוק האחריות למוצרים פגומים מחיל משטר של אחריות חמורה "מעורבת".<sup>136</sup> 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 ושלים, יהיו פטורים מאחריות אף כאשר נגרם נזק גוף.<sup>137</sup> תיקון חוק האחריות למוצרים פגומים שלפיו תוטל אחריות דומה בגין נזקי רכוש יהיה 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 כזה יהיה הצטרפות למהלך שנעשה בחלק ממדינות אירופה ובארצות הברית, אשר עיגן את נזקי הרכוש עם נזקי גוף יחד בהסדר האחריות למוצרים פגומים. מודל האחריות החמורה, בוודאי בגרסת האחריות ה"מעורבת", קרוב במהותו למודל העברת הנטל, ומצוי לצידו על פני רצף משטרי האחריות. הנפקות בין המודלים תבוא לידי ביטוי במצב שבו ערך היבואן את כל הבדיקות הנדרשות ויש בידו להוכיח זאת, ועם זאת היה באחד המוצרים פגם אשר לא נתגלה. במשטר העברת הנטל יוכל היבואן להראות כי ערך בדיקות סבירות ובחר בזהירות הנדרשת את מקורות היבוא, ועל כן יעמוד בנטל להוכחת היעדר התרשלותו. מנגד, במשטר של אחריות חמורה יחויב היבואן בנזק כשהמוצר יצא מרשותו כשהוא פגום.

לסיום חלק זה יש להעיר שתי הערות הנוגעות לאפשרות להתאים את חוק האחריות למוצרים פגומים בכך שיכלול גם נזקי רכוש. ראשית, החוק כיום עוסק בהטלת אחריות על יצרנים ועל יבואנים.<sup>138</sup> כאמור, שינוי חקיקתי מחייב דיון נרחב על הטלת אחריות על יצרנים לצד יבואנים בנוגע לנזקי רכוש בשל פגם במוצרים, כדי 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 בעניין נזקי גוף.<sup>139</sup>

132 ראו Dobbs, Hayden & Bublick, לעיל ה"ש 59. פסק הדין שחולל את המפנה היה Greenman v. Yuba Power Prods., Inc., 59 Cal. 2d 57 (1963), שמסקנותיו אומצו מאוחר יותר ב- RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 402A (AM. L. INST. 1965).

133 גלעד "אחריות חמורה למוצרים", לעיל ה"ש 14, בעמ' 180.

134 ס' 1 לריסטייטמנט השלישי, לעיל ה"ש 3.

135 ס' 2 לחוק האחריות למוצרים פגומים.

136 גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 20, בעמ' 1195.

137 ס' 4(א) לחוק האחריות למוצרים פגומים.

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

139 שם, ס' 5.

### 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 אזורי אחריות אלה באה לידי ביטוי בכך שאותן עובדות תומכות יכולות לבסס הן אחריות מוגברת מבוססת אשמה והן אחריות חמורה מעורבת".<sup>140</sup>

על הבחירה במודל הרצוי להתבסס לבסוף על שילוב של ההנחה שיקשה על הניזוק להוכיח התרשלות של היבואן עם השיקולים הדורשים את הטלת האחריות גם בהיעדר התרשלותו. אופיו של משטר האחריות ייקבע אפוא בשים לב לאיזון בין השניים,<sup>141</sup> והוא דורש מחקר נוסף הנוגע להשפעות השונות של שימוש במשטרים אלה על התנהגות הצדדים המעורבים. בעמודים הבאים אבקש להעלות שיקולים הרלוונטיים לבחירה בין שני המודלים המוצעים. מובן כי הדברים רלוונטיים גם להגדרת התנאים אשר בהתקיימם לא תוטל אחריות על היבואן, המהווים חלק חשוב מעיצוב משטר האחריות שיחול לבסוף.

#### (א) שיקולי צדק

דיני הנזיקין עוסקים, דרך מסורת, בהטלת אחריות מכוח התנהגות המגלמת אשמה.<sup>142</sup> כביקורת על החלת אחריות מוחלטת נטען כי היא מטילה נטל שאיננו הוגן על המזיק, שעה שהתנהגותו למעשה רצויה מבחינה חברתית ולא דבק בה רבב.<sup>143</sup> בדומה לזה נטען בעבר כי משטר זה הוא למעשה מסווה להחלת חובת ביטוח, דבר שמעוות את מטענה המוסרי של האחריות המשפטית.<sup>144</sup> מנגד, יש הסוברים כי בעידן שקיימת בו 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 האשם בפועל. על כן יש לראות במעבר למשטר מעין זה הכרח בל יגונה התואם את דרישות המציאות המשתנה שאיננה מאפשרת עוד הטלת נזקים על האשם להם בלבד.<sup>145</sup>

140 גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 20, בעמ' 1252.

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

142 שם, בעמ' 1157.

143 שם, בעמ' 1169.

144 ראו יצחק אנגלרד "חצי יובל לפקודת הנזיקין האזרחיים – בעיות ומגמות" **משפטים** ה' 564, 593–592 (1973); יצחק אנגלרד "הערות לחקיקה: הצעת חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ג–1973" **משפטים** ה' 431, 433–434 (1973).

145 לטיעון זה בנוגע להטלת אחריות על יצרנים ראו גלעד "אחריות חמורה למוצרים", לעיל ה"ש 14, בעמ' 194; מור 1978, לעיל ה"ש 75, בעמ' 94–97. לצד זאת יש לציין גישות שלפיהן 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) (המחברים עצמם סוברים כי כללים משפטיים אינם צריכים כלל להתבסס על שיקולי צדק אלא למקסם את הרווחה המצרפית).

נראה כי בכל הנוגע לאחריות חמורה, וכל שכן לאחריות חמורה "מעורבת", שיקול זה מתעמעם עוד יותר, במובן זה שהגבול שבין אחריות חמורה לבין משטר של העברת נטל מטושטש ביותר. אחריות חמורה, כפי שהיא מוחלת למשל בחוק האחריות למוצרים פגומים, כוללת כאמור סממנים של אשמה, כדוגמת ההגנה שהוצגה לעיל הפוטרת מאחריות נתבע אשר מוכיח כי המוצר יצא מחזקתו כשאינו פגום. זאת ועוד, לזכותו של הנתבע תעמוד חזקה שלפיה המוצר יצא מחזקתו כשאינו פגום אם יוכיח שזה עבר בדיקות בטיחות סבירות.<sup>146</sup> בכך מתעמעמת קמעה תחושת חוסר הצדק. ואכן, כאמור, משטרי האחריות מצויים על ספקטרום רחב, וההבחנה ביניהם איננה דיכוטומית.<sup>147</sup> 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.

### (ב) השלכות כלכליות של משטר אחריות חמורה

אחד השיקולים החשובים ביותר בבחירת המודל הרצוי הוא ההשפעה הכלכלית של המודלים המוצעים. כזכור, הסיבה לכך שמלכתחילה אומץ הסדר של אחריות חמורה בנוגע לנזקי גוף בלבד הוא החשש מהשלכותיו של ההסדר על הפעילות העסקית במשק.<sup>148</sup> אחד החששות העיקריים שעולים בהקשר זה הוא שהטלת אחריות חמורה על יבואנים תביא להעלאת מחירים ניכרת במחיריהם של מוצרים מיובאים, שיאלצו לשקלל את עלות הסיכון לכך שיחויבו בנזקים במחיר המוצר, הן אם יפעלו כמבטחים עצמיים והן אם יבחרו בביטוח חיצוני,<sup>149</sup> ולמעשה לביטוח חובה של רכישת מוצרים מיובאים. עליית מחירים כזו עשויה לגרום לעיוות בתמריציהם של רוכשים, ואלה יפנו לרכישת מוצרים שאינם מיובאים או לייבוא מוצרים באופן עצמאי. תופעה זו עשויה לחטוא למטרה שבה התחלנו את הדיון – צמצום הרגולציה כדי להסיר חסמי יבוא.<sup>150</sup> תופעה זו איננה תאורטית בלבד. אחת הטענות המרכזיות שהועלו במהלך השנים נגד משטר אחריות חמורה בנוגע למוצרים פגומים הייתה כי הוא שגרם לפרוץ משבר הביטוח בארצות הברית בשנות השמונים, שכלל עליות חדות בפרמיות הביטוח עבור מגוון רחב של מוצרים, ואף סירוב של חברות ביטוח לבטח מוצרים מסוימים.<sup>151</sup> המשבר הוביל לצמצום

146 ס' 4(א)(1) לחוק האחריות למוצרים פגומים.

147 ראו גלעד גבולות האחריות, לעיל ה"ש 20, בעמ' 1166–1168.

148 מבוא להצעת חוק האחריות למוצרים פגומים.

149 ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 76.

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

151 לדוח שהוציא משרד המשפטים האמריקאי שמצא כי המשבר נגרם בשל עלייה בחבות הנזיקית כלפי ניזוקים בשל מעבר למשטר שאיננו מבוסס אשמה ראו U.S. Dep. 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).

משפטים נא תשפ"ב הערת מערכת: הטלת אחריות על יבואן בגין נזקי רכוש שנגרמו מפגם במוצר מיובא

הכיסוי הביטוחי לניזוקים, דבר שפגע לבסוף בקבוצות האוכלוסייה החלשות, ובכך יצא שכר השיטה בהפסדה.<sup>152</sup>

אין להקל ראש בטיעון זה, המעלה חששות של ממש מפני ההשפעות הכלכליות של שינוי משטר האחריות הנוהג. עם זאת הספרות המחקרית הציעה כמה תאוריות חלופיות להסבר משבר הביטוח האמריקאי, ובהן תעריף הריבית הנמוך בשנים אלה, התנהלותן של חברות הביטוח עצמן וכיו"ב.<sup>153</sup> כמו כן יש להתחשב בכך שלכלכלה הישראלית מאפיינים שונים מאלה של האמריקאית, המקשים על גזירת גזרה שווה מהנעשה בארצות הברית לישראל.<sup>154</sup> לבסוף, בשל 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 אלה לאורך זמן, כפי שאכן נעשה בארצות הברית.

על כל פנים, נראה שהחמרת משטר האחריות על יבואנים כמו גם על יצרנים עשויה להביא בסופו של דבר לכך שהמוצרים שיוצרו לציבור יהיו איכותיים ובטוחים יותר, אך בה במידה גם יקרים יותר. שאלה היא מה מידת הפטרנליזם שראוי שינקוט השלטון כלפי ציבור הצרכנים כדי 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 צמצום עלויות ההתדיינות. כאמור, עלויות אלה 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 האינדיווידואלית של כל התדיינות והתדיינות, והמובן השני הוא כמות ההתדיינות הכוללת. כך, עלות ההתדיינות של כל משטר אחריות נגזרת מעלות התדיינות אחת ממוצעת כפול מספר ההתדיינות.

אשר למובן הראשון, יתרונו של משטר האחריות החמורה הוא ביצירת ודאות משפטית בנוגע לשאלת החבות. כלל כזה יוצר רמת ודאות גבוהה כי אחריות תוטל על היבואן ועל כן חוסך את עלותה של התדיינות יחידה אשר הייתה מוגשת ממילא, משום שהוא מצמצם את הדיון לבחינת התקיימות התנאים לתחולת האחריות המוחלטת ולקביעת שיעור הנזק בלבד.<sup>155</sup> אולם במובן השני קיים חשש שמשטר של אחריות חמורה המרחיב את היקף החבות של מזיקים יגרום לכך שניזוקים אשר לא היו תובעים במשטר של העברת נטל, יתבעו במשטר של אחריות חמורה, ולכן בפועל תגדל כמות ההתדיינות.<sup>156</sup> מנגד, ניתן לעלות את ההשערה שלפיה משטר האחריות החמורה יעודד את הצדדים להגיע לפשרות

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

153 שם, 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 **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 20, בעמ' 1183.

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

ללא צורך בדיון משפטי, בשל העובדה שהכרעה בשאלת ההתרשלות ממילא תתייתר, ובכך יצטמצם מספר ההתדיינויות.<sup>157</sup> אין בידי לספק תשובה מבוססת לשאלה כיצד ישפיע משטר האחירות על עלויות ההתדיינות בישראל, ודומה כי הדבר דורש אף הוא מחקר אמפירי. ואולם נראה כי מדובר בשיקול בעל השלכות רבות על כלל השחקנים המעורבים.

## 1. סיכום

ברשימה זו עסקתי בנושא הטלת האחירות על יבואנים בגין נזקי רכוש אשר נגרמו מפגם במוצר המיובא. ראשית הוצג הקושי הקיים כיום בקבלת פיצויים בגין נזקים אלה מאת היצרן הזר. לאחר מכן טענתי כי גם תביעה נגד 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 אחירות על יבואנים, וכי שימוש בכלל זה ובהטלת אחירות ישירה במקרים אלה מעורר קשיים משפטיים. הסקתי כי סטנדרט הזהירות שבו משתמשים בתי המשפט לבחינת התרשלותו של יבואן בפעולת היבוא איננו אחיד, והעליתי את האפשרות שהדבר נובע מתחושת חוסר הצדק הכרוכה במניעת פיצוי מנפגע כשאין בידו להוכיח את התרשלותו של היבואן. הראיתי כי גם שימוש בדיני החוזים אינו מספק מענה מתאים לסוגיה, בין היתר משום שדינים אלה אינם בבחינת מסגרת נורמטיבית רלוונטית לדיון בסוגיה בחלק ניכר מהמקרים. לאחר מכן טענתי כי מצב שבו ניזוקים-צרכנים מתקשים להשתפות על נזקיהם מהיבואנים איננו רצוי, בשל קיומם של שיקולים שונים התומכים בהטלת נזקים שנגרמו מפגם במוצר המיובא על יבואן המוצר.

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

157 זהו אחד השיקולים הקיימים גם הם בבסיס חוק האחירות למוצרים פגומים. ראו את דברי ההסבר לס' 2 להצעת החוק.