

## פרק ה': אי-התאמה, הודעה על אי-התאמה וזכות תיקון אי-התאמה

### 1. הדין

סעיף 4 לחוק המכר (דירות), התשל"ג-1973 קובע כדלקמן:

"4. אי-התאמה (תיקונים: התש"ן, התשע"א)

(א) המוכר לא קיים את חיוביו כלפי הקונה או קונה-המשנה אם התקיים אחד מאלה:

(1) הדירה או כל דבר שבה (להלן: "הדירה") שונים מן האמור במפרט, בתקן רשמי או בתקנות הבניה;

(2) תוך תקופת הבדק התגלתה אי-התאמה בדירה, זולת אם הוכיח המוכר שאי-ההתאמה נגרמה בשל מעשה או מחדל של הקונה או קונה-המשנה;

(3) תוך תקופת האחריות התגלתה בדירה אי-התאמה והקונה או קונה-המשנה הוכיח שמקורה בתכנון, בעבודה או בחומרים;

(4) בתוך תקופה של 20 שנים שתחילתה בעת העמדת הדירה לרשות הקונה בידי המוכר (להלן: "תקופת הבדק לאי-התאמה יסודית"), התגלתה אי-התאמה יסודית, זולת אם הוכיח המוכר שאי-ההתאמה היסודית נגרמה בשל מעשה או מחדל של הקונה או קונה-המשנה;

(5) התגלתה אי-התאמה יסודית, אף לאחר תקופת הבדק לאי-התאמה יסודית, והקונה הוכיח שמקורה בתכנון, בעבודה או בחומרים;

(6) המוכר לא מסר לקונה הוראות תחזוקה ושימוש.

(ב) אי-קיום חיוב כאמור בסעיף-קטן (א) יראו כאי-התאמה כמשמעותה בחוק המכר, התשכ"ח-1968.

(ג) לעניין סעיף זה:

"אי-התאמה יסודית" - אי-התאמה בחלקי הבניין הנושאים ומעבירים עומסים מכל סוג לקרקע הנושאת את הבניין והנוגעת להבטחת יציבותו ולבטיחותו;

"תקופת בדק" - תקופה הקבועה בתוספת, שתחילתה בעת העמדת הדירה לרשות הקונה;

"תקופת אחריות" - תקופה של שלוש שנים שתחילתה בתום תקופת הבדק."

סעיף 4א לחוק המכר (דירות), התשל"ג-1973 קובע כדלקמן:

"4א. הודעה על אי-התאמה או אי-התאמה יסודית (תיקונים: התש"ן, התשע"א)

(א) הקונה או קונה-המשנה יהיה זכאי להסתמך על אי-התאמה:

- (1) שניתן היה לגלותה בעת העמדת הדירה לרשות הקונה, אם הודיע עליה הקונה או קונה-המשנה למוכר בתוך שנה ממועד העמדת הדירה לרשות הקונה ;
- (2) שלא ניתן היה לגלותה בבדיקה סבירה בעת העמדת הדירה לרשותו אם הודיע עליה למוכר תוך זמן סביר לאחר שגילה אותה.
- (ב) הקונה או קונה-המשנה יהיה זכאי להסתמך על אי-התאמה יסודית שלא ניתן היה לגלותה בבדיקה סבירה בעת העמדת הדירה לרשותו, אם הודיע עליה למוכר תוך זמן סביר לאחר שגילה אותה."

סעיף 4ב לחוק המכר (דירות), התשל"ג-1973 קובע כדלקמן :

**"4ב. זכות תיקון אי-התאמה (תיקונים : התש"ן, התשע"א)**

- (א) התגלתה אי-התאמה או אי-התאמה יסודית הניתנות לתיקון, על הקונה או קונה-המשנה לתת למוכר הזדמנות נאותה לתקנה, ועל המוכר לתקנה תוך זמן סביר.
- (ב) חזרה והתגלתה אי-ההתאמה או אי-ההתאמה היסודית לאחר שהמוכר תיקן אותה פעם אחת או יותר במשך שנתיים שתחילתן במועד הודעת הקונה או קונה-המשנה בדבר אי-ההתאמה או אי-ההתאמה היסודית, או שתיקונה של אי-ההתאמה או אי-ההתאמה היסודית, דחוף והמוכר לא תיקן אותה בתוך זמן סביר ממועד הודעת הקונה או קונה-המשנה כאמור, רשאי הקונה או קונה-המשנה לתקנה והמוכר יישא בהוצאות התיקון."

**2. אי-התאמה - סעיף 4 לחוק**

בתיקון מיום 6.4.11 שונה סעיף זה כדלקמן :

סעיף 4(א)4(4) לחוק המכר (דירות) תוקן כך שתקופת הבדק לאי-התאמה יסודית הוגבלה לתקופה של 20 שנים שתחילתה העמדת הדירה לרשות הקונה. במקרה זה על המוכר לתקן הליקוי, אלא-אם-כן, הוכיח כי אי-ההתאמה היסודית נגרמה בשל מעשה או מחדל של הקונה או קונה-המשנה. לדעת המחוקק, יש להגביל את התקופה שבה אחראי המוכר ביחס לאי-התאמה יסודית בדירה ל- 20 שנים ממועד העמדת הדירה לרשות הקונה, וזאת לאור הערכת גורמים מקצועיים כי מדובר בפרק זמן סביר לגילוי ליקויי קונסטרוקציה קיימים בדירה.

אנו גורסים כי אם בבניין ישנה בעיה בקונסטרוקציה של הבניין, לא צריך לחכות בהמתנה שנים רבות שכן, אם היסוד לא מתאים, הבניין ישקע גם אחרי תקופה קצרה מאוד או אחרי חורף ראשון ניתן יהיה לראות תנודות בקרקע או תפיחה או הצטמקות תביא לתופעות של אי-התאמה יסודית.

סעיף 4(א)5(5) לחוק המכר (דירות) אף הוא שונה כך שבמידה והתגלתה אי-התאמה יסודית, אף לאחר תקופת הבדק לאי-התאמה יסודית, והקונה הוכיח שמקורה בתכנון, בעבודה או בחומרים, אזי, עסקינן באי-התאמה שעל המוכר לתקן.

סעיף 4(א)6 לחוק המכר (דירות) הוסף בתיקון הנ"ל לפיו אי-מסירת הוראות תחזוקה ושימוש לקונה, תיחשב כאי-התאמה כמשמעותה בחוק המכר (דירות).

ראינו לנכון, להביא את הדין הקיים בטרם התיקון לחוק מיום 6.4.11.

סעיף 4 לחוק המכר (דירות) אינו מקנה לתובע עילת תביעה חדשה, אלא, נועד להסיר מכשול חוזי העלול להגביל תביעה מצד הקונה.

כלומר, סעיף 4 לחוק המכר (דירות), לא נועד לספק לרוכש הדירה עילת תובענה חדשה. זו נתונה לו במערכת היחסים החוזית שבינו לבין מוכר הדירה. סעיף הנ"ל, שכאמור נועד להיטיב עם הקונה, מבקש להסיר מכשול חוזי שבכוחו להגביל את היקף תביעתו של הקונה. הוא מבקש לסלול בפני הקונה את הדרך להגשת תובענה על פגמים, שבגינם לא היה הקונה זכאי לתבוע, אלמלא נחקק סעיף זה. לפיכך, משלוח ההודעה אין תכליתו הכשרת הליך אלא מניעת הכשלתו, תוך שימוש בתניה החוזית המגבילה.

סעיף 4 לחוק המכר (דירות) קובע כי המוכר לא קיים את חיוביו כלפי הרוכש באם במהלך תקופת הבדק התגלתה אי-התאמה בדירה, וזאת זולת אם הוכיח המוכר כי אי-ההתאמה נגרמה בשל מעשה או מחדל של הרוכש {היינו הנטל מוטל על המוכר}, וכן באם במהלך תקופת האחריות נתגלתה בדירה אי-התאמה והקונה הוכיח שמקורה בחומרים, בתכנון או בעבודה {משמע, במקרה זה עובר נטל ההוכחה לרוכש}.

נעיר כי תקופת הבדק בסעיף 4 לחוק המכר (דירות) מוגדרת כתקופה המנויה בתוספת {לפי סוג הליקוי} שתחילתה בעת העמדת הדירה לרשות הקונה, ואילו תקופת האחריות מוגדרת כתקופה של שלוש שנים {כך גם לאחר תיקון 6.4.11} נוספות שתחילתה בתום תקופת הבדק.

נעיר כי התוספת לחוק המכר (דירות) מונה את תקופות הבדק לליקויים שונים. כלומר, במידה ומתגלה ליקויי כאמור בתוספת לחוק במסגרת אותה תקופה {כפי שמנויה בתוספת} שלאחר מסירת החזקה לרוכש, מוטלת האחריות בגין אי-ההתאמה על המוכר, אלא אם יוכיח כי הרוכש אשם בדבר, ובמידה והדבר נעשה בשלב מאוחר יותר, יעבור הנטל לרוכש להוכיח כי מקור אי-ההתאמה הינו בעבודה, בחומרים או תכנון ליקויים של הקבלן או מי מטעמו.

נקודת המוצא היא, כי הקבלן נושא באחריות לאי-התאמות שנתגלו בתקופת הבדק. נטל השכנוע עובר אליו ולא די לו שיכחיש באופן סתמי את אחריותו. על הקבלן להביא ראיות מטעמו וליתן גירסה מטעמו לעניין הליקויים.

משלא עשה כן, יהא בנקל לקבוע כי הקבלן לא עמד בנטל המוטל עליו ויש לראותו כאחראי לליקויים. ובמילים אחרות, באם לא הצליח המוכר להוכיח כי מקור הליקויים הוא במעשה/מחדל של הקונה או גורם שלישי, יישא הוא באחריות לאי-ההתאמה.

נדגיש כי לא די בכך שרטיבות, לדוגמה, נובעת מצנרת לקויה בדירה אחרת שכן, זו טענה סתמית ויש לבאר מי אחראי לצנרת לקויה הגורמת לרטיבות בדירה הספציפית. נבהיר בנקודה זו כי די לרוכש שיצביע על רטיבות קשה בדירתו כדי להעביר את נטל ההוכחה אל הקבלן שהליקויים אינם במעשה או מחדל שלו, שכן ניתן להניח חזקה עובדתית לפיה בבניין שזה מקרוב נבנה והרכישה של הדירה היא מידי קבלן, אחראי הוא לליקויי רטיבות כתוצאה מבניה לקויה {ע"א (מחוזי ת"א) 2949/00 זינקין סוזן נ' קינג גורג 21 קורפ, תק-מח 32003(3), 4788 (2003); תא"מ (שלום ת"א) 60608-07 קרייז אלכסנדר נ' שיכון עובדים בע"מ, תק-של 32009(3), 26380, 26382 (2009)}.

כאשר התגלתה אי-התאמה בתקופת הבדק, על המוכר מוטל הנטל לשכנע שהיא נגרמה בשל מעשה הקונה או מחדלו {א' זמיר בספרו **חוק המכר (דירות), התשל"ג-1973**}.

לפי הגיונו של סעיף 4(א)(2) לחוק המכר (דירות), אין די בכך שהמוכר יוכיח, לפי מאזן הסתברויות המקובל בהליכים אזרחיים, כי הדירה היתה מתאימה בעת מסירתה לקונה. עליו להוכיח באופן פוזיטיבי כי מעשה או מחדל של הקונה {או של אדם שלישי שאינו קשור למוכר} הוא שגרם לאי-ההתאמה. לא עלה בידי להרים נטל זה, יישא המוכר באחריות לאי-ההתאמה.

סעיף 4(א)(2) סיפא לחוק המכר (דירות), מעביר אל שכס המוכר את נטל השכנוע - ולא רק את נטל הבאת הראיות - לכך שהתנהגות הקונה היא שגרמה לאי-ההתאמה. נקודת המוצא היא שהמוכר נושא באחריות לאי-התאמות שנתגלו בתקופת הבדק. כלומר, נטל ההוכחה לסיבות הליקויים מוטל על המוכר.

ב- ת"א (מחוזי מר') 2270-08-07 {אלגריה דיבה נ' פלסים חברה לפיתוח ובניין בע"מ, תק-מח 2010(2), 10830, 10834 (2010)} קבע כב' השופט ד"ר אחיקם סטולר כי כל סטיה מתקנות התכנון והבניה הינה בבחינת אי-התאמה כמתבקש מסעיף 4(א)(1) לחוק המכר (דירות).

מכאן, שטענת הנתבעת לפיה התובעים היו מודעים לגודלו של החדר - לאו טענה היא. הליקוי בגודל החדרים הינו ליקוי תמור ומהותי. אך החשוב לענייננו הוא שהמדובר בליקוי המהווה אי-התאמה נסתרת. הכוונה לאי-התאמה כזו שלא ניתן היה לגלותה בבדיקה סבירה בעת העמדת הדירה לרשות התובעים.

ב- ת"א (שלום ת"א) 36785/04 {יונה רמי ואח' נ' גלעד אורנים עבודות הנדסה ובניין בע"מ, תק-של 2006(4), 24677, 24680 (2006)} קבע כב' השופט מרדכי בן-חיים כי הגיע לידי מסקנה כי אין מדובר באי-התאמה כמשמעותה בחוק, שכן לא הוכח בפני בית-המשפט כי תקן 1205.3 הינו תקן רשמי כמשמעותו בסעיף 8(א) לחוק התקנים וכנדרש מכוח סעיף 4(א)(1) לחוק המכר (דירות).

ב- ת"א (שלום ת"א) 12019/06 {הקר עדי נ' דקל אחר בינוי והשקעות, תק-של 2009(2), 440, 443 (2009)} קבע כב' השופט מרדכי בן-חיים כי חובת יישום הבידוד נקבעה בהוראה סטטוטורית ומכאן שהמחדל לאטום ולבודד עולה כדי אי-התאמה במובן סעיף 4(א)(1) לחוק המכר (דירות).

ב- ע"א (מחוזי ת"א) 1017/08 { **האחים שרבט חברה לבניין בע"מ נ' דניאלס אליג'ה**, תק-מח 2008(4)}, 15623 (2008) { קבעה **כב' השופטת רות לבהר שרון** כי בצדק קבע בית-המשפט, כי התקן החדש לא היה רשמי במועד קבלת ההיתר לבניית הבניין, ולכן לא ניתן לקבוע כי סטיה מהתקן הנ"ל הינה אי-התאמה במובנו של סעיף 4(א)1 לחוק המכר (דירות).

זאת ועוד. עולה כי התקן החדש, עליו הסתמכו המשיבים לא היה רשמי, לא בעת קבלת היתר הבניה, לא בעת בניית פיר המעלית, לא בעת קבלת טופס 4, ואפילו לא במועד רכישת הדירה על-ידי המשיבים. הבניין נבנה בהתאם לתקנות המחייבות באותה עת, ואלה היו התקנות המחייבות גם בעת המכירה למשיבים.

ב- ת"א (שלום ת"א) 59975-06 { **דוד גבאי נ' פרידמן חכשורי חברה להנדסה ובניין בע"מ**, תק-של 2009(4), 7743, 7746 (2009) } קבע **כב' השופט מרדכי בן-חיים** כי לא נטען ולא הוכח בפני בית-המשפט כי התובעים ביצעו בדירה שינויים ו/או עבודות כלשהן שיש בהן כדי להסביר התפתחות מוקדי רטיבות וסדיקה.

משכך, יש לקבוע כי הליקויים בדירה נגרמו כתוצאה מעבודה לקויה ו/או שימוש בחומרים כאמור בסעיף 4(א)3 לחוק המכר (דירות).

**כב' השופט מרדכי בן-חיים** הדגיש בפסק-הדין כי פקיעת המועדים הקבועים בסעיף 4 לחוק המכר (דירות) למתן הודעה בדבר אי-התאמה - אין בה כדי להפקיע את זכות התביעה של התובעים על-פי דיני החוזים והנזיקין.

ב- ת"א (שלום ת"א) 22494/05 { **שלמה סברייגו נ' שלמה וייספלר**, תק-של 2008(4), 6673 (2008) } קבע **כב' השופט חגי ברנר** כי חשוב לציין כי בניגוד לטענת התובעים בסיכומיהם, מדובר בליקוי שהתגלה לאחר חלוף תקופת הבדק, שכן הדירה נמסרה לתובעים ביום 5.2.03 והקצר התרחש ביום 20.7.04, בחלוף למעלה משנה.

על-כן, לפי סעיף 4(א)3 לחוק המכר (דירות), הקונה הוא שצריך להוכיח כי מקור הליקוי הוא בתכנון, בעבודה או בחומרים בהם השתמש הקבלן, כדי שהאחריות לליקוי תוטל על הקבלן.

במקרה דנן, סביר יותר להניח כי פועלים מטעם התובעים, שהתקינו מערכות שונות בדירה המצריכות חיבור ללוח החשמל, הם שנגעו בחיבור וגרמו להתרופפותו, מאשר להניח כי עובדי הקבלן הם שעשו כן.

נזכיר כי מדובר באירוע שהתרחש למעלה משנה לאחר שהחזקה בדירה נמסרה לתובעים, כאשר כל אותה תקופה הם התקינו בדירה מערכות שונות הצורכות חשמל, כגון מזגנים, אזעקה ותאורת גינה.

מנגד, הקבלן היה פטור לפי החוזה מן הצורך לחבר את הדירה למערכות אלה, והוא יצא ידי חובתו בביצוע הכנה בלבד. על-כן, פחות סביר להניח שעובדי הקבלן נדרשו להתעסק בלוח החשמל עובר להתרחשות הקצר.

אומנם, התובע והעדים מטעמו הכחישו כי נגעו בלוח החשמל, אך באותה מידה ממש הכחישו עדי ההגנה את התעסקותם בלוח החשמל. זאת ועוד. מתצהירו של התובע עולה כי עובד הקבלן נגע בלוח החשמל רק ביום 20.7.04, לאחר קרות הקצר, ואין כל ראיה לכך שעובדי הקבלן נגעו בלוח החשמל מאז נמסרה החזקה בדירה ועד שהתרחש הקצר.

לפיכך, אין מנוס איפוא מהכרעה לפי מאזן הסתברויות ונטל הוכחה, ושני אלה נוטים לחובתם של התובעים. אשר-על-כן, אין להטיל על הנתבעים את האחריות לקצר החשמלי שהתרחש ביום 20.7.04 ולנזקים שנגרמו עקב כך ללוח החשמל ולמכשירי החשמל.

ב- ת"א (שלום ת"א) 55147/07 {רוזנשטיין שרית נ' אילנות הקריה (ישראל) בע"מ, תק-של 2009(3)}, 6767, 6770 (2009) {קבע כב' השופט מרדכי בן-חיים} בשם-לב כי פסק-הדין הנ"ל הינו לפני תיקון 2011 {כי היה על אילנות להוכיח כי נתנה לתובעת אזהרות ו/או הוראות תחזוקה ושימוש באריחי הריצוף כמתחייב מסעיף 4(א)(5) לחוק המכר (דירות). משלא הוכח כי עשתה כן, עסקינן ב"אי-התאמה" הנזקפת לחובת אילנות.

ב- ע"א (מחוזי ת"א) 1017/08 {האחים שרבט חברה לבניין בע"מ נ' דניאלס אליג'ה, תק-מח 2008(4)}, 15623 (2008) {קבעה כב' השופטת רות לבהר שרון} בשם-לב כי פסק-הדין הנ"ל הינו לפני תיקון 2011 {כי בית-משפט קמא קבע, כי על-אף שהתקן החדש לא היה רשמי, על המערערת היה לפעול לפי הוראות סעיף 4(א)(5) לחוק המכר (דירות), ולתת לקונים "אזהרות בדבר תכונות מיוחדות של הנכס", הווה אומר: לשיטתו, ליידע את המשיבים על הרעש העולה מן המעליות, ועל היותו גבוה בכ- 5 דציבלים מן הקבוע בתקן שקבע מכון התקנים.

ואולם, סעיף 4(א)(5) לחוק המכר (דירות) שהוכנס לחוק בתיקון תש"ן {ותוקן בשנת 2011}, עוסק בהוראות ואזהרות אשר יש ליתן בנוגע לתחזוקה ושימוש במתקנים מיוחדים בדירה, כשהוראות תחזוקה ושימוש אלה צופות פני עתיד בנכס.

מדובר למשל בהוראות ניקיון ריצוף ייחודיות הדורשות הימנעות משימוש בחומרים כאלה ואחרים, תחזוקה ספציפית של מתקן חשמלי ייחודי בדירה וכיוצא באלה. הסעיף אינו דן באזהרות אותן חייב המוכר להזהיר בדבר אי-עמידה בתקנים כלשהם או פגם כלשהו בנכס.

### 3. הודעה על אי-התאמה - סעיף 4א לחוק

בתיקון מיום 6.4.11 שונה סעיף זה כדלקמן:

סעיף 4א(ב) נוסף לחוק המכר (דירות). לפיו הקונה או קונה-המשנה יהיה זכאי להסתמך על אי-התאמה יסודית שלא היה ניתן לגלותה בבדיקה סבירה בעת העמדת הדירה לרשותו, אם הודיע עליה למוכר בתוך זמן סביר לאחר שגילה אותה.

ראינו לנכון, להביא את הדין הקיים בטרם התיקון לחוק מיום 6.4.11.

סעיף 4א(א)(2) לחוק המכר (דירות) קובע כי קונה יהא רשאי להסתמך על אי-התאמה בדירה שלא היה ניתן לגלותה בעת העמדתה לרשותו אם הודיע עליה למוכר זמן סביר לאחר שגילה אותה. הרציונל הוא בעיקרון הקטנת הנוזק, שכן מתן הודעה מוקדמת מאפשרת לקבלן לפעול באופן מיידי לתיקון הליקויים ולמנוע את התפשטות הנוזק.

תניה מקובלת בחוזה בין קבלן לרוכש דירה הינה שהקבלן לא יהא אחראי לליקוי או אי-התאמה בממכר אלא אם קיבל על כך הודעה מוקדמת. הרציונל לתניה זו נובע בעיקרו מעקרון הקטנת הנוזק שכן, מתן הודעה מוקדמת מאפשרת לקבלן לפעול מיידי לתיקון הליקויים ובכך למנוע את המשך התפשטות הנוזק.

בנוסף, מסירת הודעה מוקדמת מאפשרת לקבלן, ברוב המקרים, לבצע את התיקונים הנצרכים כשהוא עדיין באתר הבניה ועמו הציוד, הכלים והפועלים הנדרשים לכך, ובעלות נמוכה יותר.

ככל שנמסרת ההודעה מוקדם יותר, כך רב הסיכוי כי אחריות קבלני-המשנה לעבודתם כלפי הקבלן עומדת בתוקפה וכן ניתן לברר את הקשר הסיבתי שבין פעולת הקבלן לליקויים שהתגלו {ע"א 2299/99 שפייר נ' דיור לעולה בע"מ, פ"ד נה(4), 213 (2001)}.

קבלן המביע דעתו על דבר הסכמתו לבצע התיקונים יראו אותו כמי שויתר על חובת ההודעה {ע"א 559/87 נירה חשאי ואח' נ' בטי רונן, פ"ד מו(1), 229 (1991); ת"א (שלום חי) 11410-04 אילן שקד נ' חברת גב ים לקרקעות בע"מ, תק-של 2009(3), 4274, 4280 (2009)}.

סעיף 4א(א) לחוק המכר (דירות) קובע בין היתר טווח מועדים בתוכם על הרוכש לפעול על-מנת להודיע למוכר אודות ליקויים בדירתו, תוך התייחסות לשני סוגים של ליקויים: ליקויים הניתנים לגילוי במעמד העברת הדירה לרשות הקונה וליקויים שלא ניתן היה לגלותם בבדיקה סבירה.

לגבי ליקויים מן הסוג הראשון, נקבע כי על הרוכש לידע את המוכר אודותם תוך שנה מיום שהועמדה הדירה לרשותו, ואילו לגבי ליקויים מן הסוג השני נדרשת הודעה תוך זמן סביר לאחר שאלו התגלו.

ב- רע"א 830/06 {אורלי גלמן נ' כהן פיתוח-דרעד, תק-על 2008(2), 24, 26 (2008)} נדחה אותו חלק של תביעת המבקשים שהתייחס כהגדרת בית-משפט קמא לליקויים גלויים, דהיינו ליקויים שניתן היה לעמוד עליהם בעת מסירת החזקה בדירה.

בית-המשפט של ערעור קבע כי אין חולק כי המבקשים עמדו בנטל ההודעה כפי שקובע סעיף 4 לחוק המכר (דירות) והודיעו למשיבה מס' 1 במועד הנדרש על הליקויים הגלויים כאמור. דא עקא, את התביעה בגין ליקויים אלה הגישו המבקשים לאחר חלוף תקופת ההתיישנות שכן העילה לתביעתם נולדה במועד מסירת הדירה לידיהם ומאותו מועד ואילך החל - בלא קשר לתקופת הבדק או לנטל ההודעה - מירוץ ההתיישנות של אותה התביעה.

ב- ת"א (שלום חי') 9013-06 {ג'קי מיוחס נ' פסגת חדרה בע"מ, תק-של 2009(3), 28692, 28698 (2009)} קבע כב' השופט יואב פרידמן כי במקרה דנן נוכל לראות באי-מתן ההודעה {או היעדר התיעוד} משום גרימת נזק ראייתי לנתבעים, שכן משחלף הזמן וגברו הליקויים, יקשה היום על החברה להוכיח כי הנזקים בדירה לא נגרמו מפעולותיה שלה.

במקביל, כאמור, ביצעו התובעים לטענתם תיקונים בעצמם בדירה, צבעו וטייחו, ולכן לא ניתן להוכיח כי הליקויים הנטענים בכתב התביעה כפי שמצא אותם המומחה שטרנברג הם אכן הליקויים אותם גרמה החברה.

ב- ת"א (שלום ת"א) 26860/03 {קורשיה מרים נ' אחים שרבט חברה לבניין בע"מ, תק-של 2007(2), 26404 (2007)} קבע כב' השופט מרדכי בן חיים כי עיון בכתב התביעה מגלה כי התובעת פנתה למהנדס מטעמה, על-מנת שיחווה-דעתו המקצועית באשר למצב הדירה וליקויה, רק בחודש ספטמבר 2001, דהיינו בחלוף שנתיים ממועד מסירת החזקה בדירה לידיה, ואף כשקיבלה את חוות-הדעת, מנעה מלשלוח עותק ממנה לנתבעת.

עוד עולה מנספחי כתב התביעה כי כבר במהלך אוגוסט 2000, פנתה התובעת אל הנתבעת, אך פנייתה זו מתייחסת לסוגיית ההתחממות בלבד, ואין בנמצא התייחסות לשאר הליקויים בדירה אלא לראשונה במסמך שנכתב בחלוף כשלוש שנים ממועד מסירת החזקה בדירה לידי התובעת, בחודש אוגוסט 2002.

על פניו, נראה כי התובעת השתהתה שיהוי ניכר במסירת הודעה לנתבעת בגין שאר הליקויים בדירה, ולכאורה לפי חוק המכר (דירות) נשללת זכותה לטעון להם כעת, אלא, שבמקרה הנדון מתקיימות נסיבות מיוחדות בהן, על-אף השיהוי האמור, לא תאבד התובעת את זכותה כלפי הנתבעת.

מקום בו חזקה על הקבלן שידע אודות אותם ליקויים, מתייתר הצורך בחובת ההודעה, ואין לעמוד על קיומה באופן דווקני.



אין חולק, במקרה דנן, כי התובעת הודיעה לנתבעת אודות הליקויים בדירה עובר להגשת תביעה זו, הגם שבאיחור רב. עת נודע לנתבעת הדבר, עמדה היא על זכותה לתיקון הליקויים על-אף האיחור במסירת ההודעה בגינם, ולו לצורך סיום כל המחלוקות בין הצדדים, אלא שנכוונתה של הנתבעת לתקן את הליקויים נדחתה על-ידי התובעת מטעמיה, ובכך מנעה מן הנתבעת את האפשרות לצמצם נזקיה לכדי מינימום.

אי-מסירת הודעה או למצער איחור בה, אין בהם כשלעצמם כדי לשחרר את הקבלן מאחריותו המהותית לפי דין לליקויים, ואומנם, במקרה דנן לא התכחשה הנתבעת לחובתה זו כאמור.

ואולם, משמנעה התובעת מן הנתבעת את האפשרות לצמצם נזקיה, הן בשל האיחור במסירת ההודעה והן בשל סירובה לאפשר לנתבעת לבצע את תיקון הליקויים - האיזון המתחייב בין חובתה של הנתבעת לתקן ליקויים המיוחסים לבניה בלתי-נאותה מזה, וחוסר שיתוף הפעולה מצד התובעת, מזה, יושג בכך שסכום הפיצוי בו תחוייב הנתבעת יצומצם לכדי אותו סכום מינימאלי שהיה עליה להוציא על-מנת לבצע את תיקון הליקויים שבאחריותה, באם היתה ניתנת לה הודעה במועד, כלומר, פיצוי לפי עלויות נתבעת.

ב- ת"א (שלום ת"א) 208456/02 {מדינה יוסף נ' אשטרום חברה להנדסה בע"מ, תק-של 2006(2)}, 26736, 26739 (2006) {קבע כב' השופט מרדכי בן-חיים כי במקרה דנן הנתבעת ביקשה לפטור עצמה מעול האחריות לביצוע התיקונים {או פיצוי בגין עלות תיקונים} בטענה כי התובעים לא הודיעו לה, במועדים שקבועים בהסכם ו/או בחוק המכר (דירות) על קיום הליקויים.

נקבע כי לאור מיעוטם היחסי של הליקויים שאותרו והסכום הזניח של עלות תיקונם, לא ראה בית-המשפט צורך להידרש באופן פרטני לגבי חובת ההודעה לגבי כל ליקוי בנפרד. בית-המשפט הגיע למסקנה כי למעט הליקויים בריצוף הטרצו, רוב הליקויים שנסקרו בחוות-דעת המומחה הינם בבחינת ליקויים הגלויים לעין כל וחזקה כי הנתבעת היתה מודעת להם.

בנסיבות אלה גורסת ההלכה הפסוקה כי אין הנתבעת יכולה להיות נשכרת מאי-מתן הודעה במועד, מקום שהמיפר {הנתבעת} ידע למעשה על אי-ההתאמה באובייקט שסיפק.

לאור הנ"ל, קבע בית-המשפט כי על הנתבעת לפצות את התובעים עבור סעיפי הליקוי ובסכומים שנקבעו על-ידי המומחה.

#### 4. זכות תיקון אי-התאמה - סעיף 4ב לחוק

בתיקון מיום 6.4.11 שונה סעיף זה כדלקמן:

סעיף 4ב(ב) נוסף לחוק המכר (דירות). סעיף זה מאפשר לקונה ולקונה-המשנה לתקן בעצמם אי-התאמה אשר חזרה ונשנתה לאחר שניתנה למוכר הזדמנות לתקנה פעם אחת או יותר במשך שנה או שתיוקנה דחוף והמוכר לא תיקן אותה בתוך זמן סביר וזאת על-חשבון המוכר.

במקרה והקונה או קונה-המשנה תיקנו הליקוי, רשאים הם לחזור למוכר ולדרוש ממנו את הוצאותיהם שכן סעיף 4ב(ב) סיפא לחוק המכר (דירות) קובע מפורשות כי אם "המוכר לא תיקן אותה בתוך זמן סביר ממועד הודעת הקונה או קונה-המשנה כאמור, רשאי הקונה או קונה-המשנה לתקנה והמוכר יישא בהוצאות התיקון".

בסעיף זה בא המחוקק ומסייג את חובת הקונה לתת למוכר הזדמנות לתקנה בנסיבות מסויימות. כלומר, הקונה עדיין חייב לתת למוכר הזדמנות לתקן הליקוי.

ואולם, ישנם מצבים שבהם תיקון הליקוי נמשך זמן רב {בין השאר כי אין מסגרת זמן לביצוע התיקון}. במקרים מאין אלה, אם הקונה הודיע למוכר, ובמשך שנתיים ניסו לתקן את הליקוי, ולא משנה כמה פעמים ניסו, והתיקון לא צלח, אזי, לקונה ישנה האפשרות {ובשים-לב כי לא מדובר בחובה} לתקן בעצמו הליקוי תוך שעל המוכר יהא להשיב לקונה את עלות התיקון שהקונה הוציא.

ראינו לנכון, להביא את הדין והפסיקה, טרם התיקון לחוק מיום 6.4.11.

זכות התיקון, היא השאלה המקדמית שבית-המשפט נדרש לה כמעט בכל התביעות בגין ליקויי בניה.

חובת הקונה לתת למוכר הזדמנות נאותה לביצוע תיקון הליקויים, מעוגנת בסעיף 4ב לחוק המכר (דירות). יחד-עם-זאת, בית-המשפט ב- ע"א 8939/01 {אביצור נ' חפציבה חברה לבניין עבודות ופיתוח בע"מ, פ"ד נו(6), 83 (2003)} קבע כי כאשר ניתנה לקבלן הזדמנות לתקן את הטעון תיקון והוא ביצע זאת באופן חלקי, תוך סחבת בלתי-סבירה או באיכות שאינה נאותה, אין מקום לכפות על רוכש הדירה ליתן לקבלן הזדמנויות חוזרות ונשנות לבצע תיקונים שכבר ניתנה לו הזדמנות לבצעם.

כאמור, מדי יום נדונה בבית-המשפט תביעה לליקויי בניה וכמעט דבר שבשגרה, מעלה המוכר את הטענה לזכותו לתקן את הליקויים בעצמו {ע"א 656/99 ד"ר בר שירה ואח' נ' מעונות ובניין בע"מ, פ"ד נו(5), 1 (2003)}.

כאשר הקבלן חולק על עצם אחריותו לתיקון, הוא מאבד את זכותו לתקן הליקויים בעצמו. הוא הדין גם מקום בו הקבלן קיבל כבר הזדמנות לתקן את הליקויים, אך ביצע את התיקונים באופן כושל {ע"א 472/95 זכריה זלוצין נ' יחליף ריצוף, פ"ד נ(2), 858 (1996)}.

משבחר הקבלן באחת האופציות העומדות בפניו במפרט הטכני ובנה פריט בבניין על פיה, אין הוא זכאי להחליף לאופציה אחרת בבואו לתקן ליקויי בניה שהתגלה באותו פריט במסגרת זכותו לבצע תיקונים לפי סעיף 4ב לחוק המכר (דירות). זכותו של הקבלן לתקן אי-התאמה בדירה אינה כוללת בתוכה את הזכות להחליף את הטעון תיקון או לבנותו מחדש באמצעות חומרים השונים מהחומרים בהם נבנתה הדירה {ת"א (שלום יר') 12150-05 נציגות דיירים רחוב משה קול 30 נ' ד.ר.א.ל חברה ירושלמית לפיתוח בניה, תק-של 2010(3), 51258, 51261 (2010)}.

השאלה, אם הפיצוי הכספי לו זכאי קונה דירה מקבלן בגין ליקויים שקיימים בדירתו, ייקבע לפי עלות התיקונים לקבלן או שמא לפי עלות התיקונים לקונה {לפי עלות קבלן מזדמן} - היא פועל יוצא של השאלה האם הקונה נתן לקבלן הודעות בדבר קיומם של ליקויים בדירה {במסגרת המועדים הקבועים בחוק המכר (דירות)} וכן הזדמנות נאותה לתקן את הליקויים בעצמו.

על-פי ההלכה שהשתרשה בפסיקה, קונה אשר לא עמד בחובה כפולה זו, המוטלת עליו מכוח סעיפים 4א ו-4ב לחוק המכר (דירות) - יהיה זכאי לפיצוי רק בשווי עלות התיקונים לחברה הקבלנית, עלות אשר עשויה להגיע עד כדי 50% פחות מעלות התיקונים לקונה באמצעות קבלן מזדמן {ראה לעניין זה גם ע"א 7799/01 יורם סלים ואורלי ברזילי נ' שרביב בע"מ, פ"ד נ(5), 725 (2002); ע"א 472/95 זכריה זלוצין ואח' נ' דיור לעולה בע"מ, פ"ד נ(2), 858 (1996); ת"א (מחוזי יר') 1760/96 אוטמזגין דוד ואח' נ' כדורי פיתוח עירוני בע"מ, פורסם באתר האינטרנט נבו (31.07.00); ת"א 281/95 (מחוזי חי') הראל ואח' נ' אחים רויכמן (שומרון) בע"מ, תק-מח 2000(2), 919 (2000)}.

הקבלן מאבד זכות לתיקון הליקויים בדירה רק באם הוכח כי הוא אינו מודה בליקויים, התרשל בביצוע התיקונים או התעלם מפניות הדיירים לעניין זה {ראה גם ע"א 472/95 זלוצין נ' דיור לעולה, פ"ד נ(2), 858 (1996)}.

ב- ע"א 472/95 {זלוצין נגד דיור לעולה בע"מ, פ"ד נ(2), 858 (1996)} נדונה השאלה האם יש לאפשר בכל מקרה לחברה קבלנית לתקן את הליקויים או שניתן לפסוק פיצויים. כב' השופט צ' טל קבע כי השאלה אם יש לאפשר למוכר לתקן או לחייבו בפיצוי תיקון תלויה בעובדות של כל מקרה.

אומנם קבע בית-המשפט כי המדיניות המשפטית הראויה היא לתת למוכר אפשרות לתקן את הניתן לתיקון אך הוסיף בית-המשפט וקבע "אך במה דברים אמורים, כאשר המוכר מודה בליקויים וכאשר נכוונתו לתקן היא רצינית".

מכאן שהקונה אינו נדרש לתת לקבלן הזדמנות נאותה לתיקון אי-ההתאמה כאשר תגובת המוכר להודעה היא סירוב להכיר בקיומה, סירוב להכיר באחריותו לה או סירוב לתקנה.

זה הדין גם מקום בו הקבלן קיבל כבר הזדמנות לתקן את הליקויים, אך ביצע את התיקונים באופן כושל.

שאלה נוספת שמתעוררת בהקשר זה היא האם על קבלן להסכים לתקן את כל הליקויים המפורטים בדרישתו של הדייר, שאם-לא-כן, יאבד את זכותו לתיקון?

לדעת א' זמיר בספרו {שם, 592} גם הפרזה בתיאור הליקויים, היקפם וחומרתם, אין משמעה שלא עמד בנטל לאפשר את התיקון ואין בה כדי לתרץ את הימנעותו של המוכר מלקיים את חובת התיקון המוטלת עליו. על המוכר לתקן את הליקויים המוטלים עליו ולהתעלם מהפרזותיו של הקונה.

נעיר כי מעשה של יום-ביומו, עובר להגשת תביעה שעניינה ליקויי בניה, רוכש הדירה פונה לקבלן בדרישה לתקן את הליקויים המפורטים בחוות-דעת של מומחה מטעמו, חוות-דעת שעל פניה, היא "מנופחת" ונועדה להרשים את הצד השני או את בית-המשפט, בסכום הנקוב בה לגבי כל אחת מהדירות.

במצב דברים זה, קשה להלום שאם הקבלן מסרב לקבל את האמור בחוות-הדעת ככתבה וכלשונה, הוא יאבד את זכותו לתיקון. אין הקבלן חייב להיעתר לדרישה לתיקון ליקויים השנויים במחלוקת בתום-לב. כך לדוגמה, הקבלן לא חייב להיעתר לדרישה להחלפת כל הריצוף, אם הוא סבור, כי אין מקום לדרישה מרחיקת לכת מעין זו.

מנגד, על הקבלן חובה לתקן תוך זמן סביר את הליקויים שאינם שנויים במחלוקת, ולהציע, בתום-לב, מנגנון לבירור הליקויים השנויים במחלוקת, באשר הקבלן מוחזק כמי שיודע על הליקויים, לעיתים, אף מבלי שקיבל הודעה פורמאלית על קיומם. אם כך יעשה הקבלן, יראה אותו בית-המשפט כמי שזכאי לבצע התיקונים בעצמו, גם אם לא נעתר למלוא הדרישה של רוכש הדירה {ראה גם בש"א (שלום יר') 4208/07 **אביבה תומר ענברי נ' החברה לפיתוח מטה בנימין בע"מ**, תק-של 2007(4), 8411, 8412 (2007)}.

כאשר ניתנה לקבלן הזדמנות לתקן את הטעון תיקון, והוא ביצע זאת באופן חלקי, תוך סחבת בלתי-סבירה או באיכות שאינה נאותה, אין מקום לכפות על רוכש הדירה ליתן לקבלן הזדמנויות חוזרות ונשנות לבצע תיקונים שכבר ניתנה לו הזדמנות לבצעם {ראה גם ע"א 8939/01 **חיים אביצור ואח' נ' הפציבה חברה לבניין עבודות ופיתוח בע"מ**, תק-על 2003(3), 975 (2003); ת"א (שלום חי') 21520/04 **נסימי מרים נ' אלונית בניה ופיתוח בע"מ**, תק-של 2006(3), 15265 (2006)}.

ב- רע"א 830/06 {**אורלי גלמן נ' כהן פיתוח-דרעד**, תק-על 2008(2), 24, 26 (2008)} טענו המבקשים כי משהוטלה עליהם על-פי סעיף 4ב לחוק המכר (דירות) החובה ליתן למוכר הזדמנות לתיקון הליקויים ומשניתן למוכר פרק זמן סביר לביצוע אותם תיקונים, יש למנות את תקופת ההתיישנות רק בחלוף אותו פרק זמן.

בית-המשפט דחה טענה זו וקבע כי החובה המוטלת על הקונה ליתן למוכר הזדמנות נאותה לתקן ליקויים שנתגלו אין לה השפעה על מועד הולדת עילת התביעה בגין ליקויים אלה. ממילא אין ההסדר הקבוע בסעיף 4ב לחוק המכר (דירות) משפיע על מניין תקופת ההתיישנות.

יחד-עם-זאת, יש להבהיר כי מקום שבו נענה המוכר לפניית הקונה כאמור בסעיף 4ב לחוק המכר (דירות) וביצע עבודות תיקון אשר כתוצאה מהן נגרמו נזקים חדשים לדירה {והמבקשים טוענים גם לנזקים מסוג זה בסעיף 9 לתביעתם}, ברי כי נזקים חדשים אלה אינם באים בגדר הליקויים הגלויים שעילת התביעה בגינם נולדה במועד מסירת הדירה. זאת משום שנזקים אלה וממילא עילת התביעה בגינם נובעים מעבודות התיקון ועילה זו לא יכולה היתה להיוולד אלא מעת שבוצעו אותן עבודות ונגרם אותו הנזק.

ב- ת"א (שלום קרי') 3809-05 { **דורון דוידוביץ' נ' דב אבדור**, תק-של 2009(3), 21638 (2009) } קבע **כב' השופט דאוד מאזן** כי במקרה דנן, נוכח חלוף הזמן, ובהתחשב בכך שהנתבעים ביצעו כבר תיקונים בדירת התובעים במספר הזדמנויות, הינו סבור כי בכך מיצו הנתבעים את זכותם לתקן, ובהיעדר יחסי אמון בין הצדדים אין מקום לאפשר לנתבעות לבצע את התיקון.

ב- ת"א (שלום אשד') 101/06 { **נגר מאיר נ' פרץ בוני הנגב - אחים פרץ בע"מ**, תק-של 2009(3), 36287 (2009) } קבע **כב' השופט חדש חיים** כי במקרה הנדון, אין חולק על כך, שבשנת 2005 ניתנה לנתבעת הזדמנות לתקן את הליקויים, כעולה מפרוטוקול תיקון ליקויים מס' 0459 שצורף כנספח י"ד לכתב הגנתה.

נכון שפרוטוקול התיקון מתעד תיקון סדקים, קילופים וצביעה, אולם מדו"ח פגישה עם מנהל מחלקת שירות דיירים של הנתבעת מיום 12.3.03, לאחר מועד מסירת הדירה, עולות טענות התובעים לגבי ליקויים שנתרו בדירה והן תואמות בחלקן את יתרת ממצאי המומחה בחוות-דעתו - כך שטענות התובעים בנושאים אלו היו בפני הנתבעת, עובר לביצוע התיקונים.

בנסיבות אלה, אין מקום לכפות על התובעים לאפשר לנתבעת לנסות ולתקן שוב את הליקויים שנתרו - מה גם שהנתבעת הכחישה את קיומם של הליקויים.

זאת ועוד. חוזה המכר בין הצדדים נחתם לפני למעלה מ- 8 שנים והדירה נמסרה לחזקתם לפני כ- 6.5 שנים, התיקון האחרון בדירה בוצע על-ידי הנתבעת לפני למעלה מ- 4 שנים ולאור חוסר האמון המוחלט שרוחשים התובעים לנתבעת, בית-המשפט לא סבר כי ראוי להכניס את הצדדים למערכת יחסים מחודשת של ביצוע תיקונים בדירה, שמן הסתם תעלה שוב את מפלס המתיחות בין הצדדים ולא תועיל במאום - כשמדובר בעלות תיקון נמוכה יחסית, כפי שנקבעה על-ידי המומחה בחוות-דעתו.

בנסיבות אלה, נדחית עתירת הנתבעת לאפשר לה לתקן את הליקויים שנתרו בדירה כמפורט בחוות-דעתו של המומחה.

ב- ת"א (שלום ב"ש) 2543/04 { **יבנקובסקי מריה נ' י. אליה ובניו יזמות וקבלני בניין בע"מ**, תק-של 2009(3), 11343, 11347 (2009) } קבע **כב' השופט גד גזעון** כי הנתבעת חבה בפיצוי התובעת על נזקה, בגין הליקויים האמורים, משום שהם מהווים "אי-התאמה", לענין סעיף 4 לחוק המכר (דירות).

הנתבעת טענה, כי היא לא הציבה את המזגנים ואת מתקני החימום סמוך למרפסות הדירות, אלא חברה אחרת, עמה התקשרו הדיירים ישירות, ואולם, אין מחלוקת, כי הנתבעת היא שקבעה את מיקום המתקנים {לכל הפחות ביחסים החוזיים עם התובעת}, והיא שהקימה את התשתית עבורם. טענת הנתבעת, לפיה רובצת האחריות לליקויים על צד ג', תתברר במסגרת הדיון בהודעה לצד שלישי.

ב- תא"מ (שלום ת"א) 150736-09 { **עופר שמחי נ' פרידמן חכשורי חב' להנדסה ולבניה בע"מ**, תק-ש של 2010(2), 28482 } קבע **כב' השופט מנחם קליין** כי התובעים נתנו הזדמנות נאותה לנתבעת לתקן הליקויים אך התובעת לא הצליחה בכך.

משכך, ברור מדוע התובעים לא נותנים עוד אמון בביצוע התיקונים על-ידי הנתבעת ועותרים לקבלת פיצוי כספי מן הנתבעת. נעיר כי הפיצוי יחושב על-פי עלות התיקון של קבלן { לעניין זה ראה גם ע"א 7799/01 **יורם סלים ואורלי בוזילי נ' שרביב**, פ"ד נו(5), 725 (2002); ע"א 656/99 **ז"ר בר שירה נ' מעונות ובניין**, פ"ד נו(5), 1 (2003) }.

ב- ת"א (שלום ת"א) 47925-07 { **איציק דאי נ' פרידמן חכשורי חברה להנדסה ובניין בע"מ**, תק-ש של 2009(3), 18461, 18465 } קבע **כב' השופט מרדכי בן-חיים** כי בנסיבות המקרה דנן, שבסיסן אי-הכרה של הנתבעות באחריותן לליקויים והיעדר אמון בין הצדדים, אין להעדיף את זכותן של הנתבעות לביצוע תיקונים בעין ברוח סעיף 4ב לחוק המכר (דירות) וכי יש לחייב את הנתבעות בתשלום פיצויים בגובה עלויות התיקונים המאופקות שקבע המומחה.

ב- ת"א (שלום יר') 4831/01 { **שחר עובד נ' י.ד. ברזאני בע"מ**, תק-ש של 2009(1), 25277, 25281 } קבע **כב' השופט יצחק מילנוב** כי במקרה דנן, ולאחר עיון בתכתובת הענפה שהתנהלה בין בעלי הדין, עובר להגשת התביעה דנן, כי התובעים עמדו בחובתם ליתן לנתבעת הודעות תוך זמן סביר על קיומם של הליקויים בדירה.

ואולם, בכל הנוגע למתן הזדמנות לנתבעת לבצע תיקונים בדירה - האחריות לאי-ביצוע התיקונים על-ידי הנתבעת { למעט תיקון מינורי בתקרת הזכוכית של הסולריום } רובצת לפתחם של שני הצדדים גם יחד. ובמה דברים אמורים.

מחומר הראיות נראה, כי התובעים לא עשו ניסיון אמיתי לתאם מועד לביצוע התיקונים על-ידי הנתבעת, כפי שניתן ללמוד, למשל, ממכתבה של הנתבעת בעניין זה, אשר נשלח על ידה לתובעים בדואר רשום אך לא נדרש על ידם.

התובעים אף מיהרו לקבל חוות-דעת הנדסית של מומחה מטעמם, עוד בטרם חלפה שנת הבדק וטרם בוצעו תיקוני שנת הבדק על-ידי הנתבעת.

יתרה מכך, חוות-דעת זו, על פיה דרשו התובעים מהנתבעת שתתקן הליקויים, הינה חוות-דעת מנופחת ומוגזמת בעליל, אשר העמידה עלות תיקון הליקויים עד פי כ- 6 מעלות התיקון שנקבעה, בסופו של דבר, על-ידי המומחה מטעם בית-המשפט.

בנסיבות אלה, אין ספק כי הנתבעת רשאית היתה לסרב לבצע התיקונים בהתאם לחוות-הדעת הנ"ל. יחד-עם-זאת, נראה שגם הנתבעת מצידה לא מיהרה לתקן, ולו את הליקויים המעטים בהם היא הודתה ונקטה בעניין זה סחבת מיותרת.

הנתבעת אומנם הביעה את רצונה ונכונותה לבצע את התיקונים, אך נראה כי הסתפקה בנוסחאות כלליות וסתמיות {כגון: "הנושא בבדיקה", "ליקויי הבניה יטופלו בהתאם לחוזה ובדומה לשאר הדירות"}, ובית-המשפט לא שוכנע כי נכונותה לתקן את הליקויים היתה נכונות רצינית ואמיתית.

לאור האמור, המסקנה היא, שלעלות אשר קבע המומחה בריסקמן בחוות-דעתו {7,880 ₪} יש להוסיף 25% בלבד {ולא 50%} בגין עלות התיקון על-ידי התובעים, באמצעות קבלן מזדמן.

ב- ת"א (שלום חי') 12006-06 {אברהם ששון נ' רמת חביב בע"מ/שולחת ההודעה לצדדי ג', תק-של 2009(2), 18085 (2009)} קבע כב' השופט רמזי חדיד כי גם בהתאם לסעיף 10 להסכם התחייבו התובעים ליתן לחב' רמת חביב אפשרות לתקן את הליקויים בדירה.

התובעים טוענים כי הנתבעים איבדו זכותם לתקן את הליקויים בדירה אף כי אין בניהם כל טענה כאילו הם פנו אליהם בדרישה שלא נענתה לבצע אותם תיקונים והם לא צירפו לכתבי טענותיהם ולו פניה אחת לנתבעים או מי מהם בנדון.

אדרבא, מנספחים א'-ג' לסיכומי נתבעת מס' 2 עולה כי חב' אנגל או מי מטעמה ביצעה בדירתם תיקונים במועד מסירת הדירה, במסגרת תיקוני שנת בדיק וכן ביום 31.5.03.

על-אף האמור לעיל, מאחר ועלות התיקונים הניתנים לביצוע בדירה הם בסכום קטן יחסית, 5,250 ש"ח, ומתן אפשרות לנתבעים לבצע את התיקונים בעצמם יחייב פיקוח של המומחה והמשך התדיינות בין הצדדים לעניין היקף ואיכות התיקונים שיבוצעו, לא מצא בית-המשפט להורות על ביצוע התיקונים, אלא, תשלום פיצוי כספי, אף כי בעלות קבלן ראשי וללא תוספת לקבלן מזדמן.

ב- ת"א (שלום חי') 5536-03 {אברהם אלבוז נ' קו רקיע חברה לבניין בע"מ, תק-של 2009(2), 36455, 36456 (2009)} קיבל כב' השופט טובי אמיר את טענת התובעים וקבע כי בנסיבות העניין איבדה הנתבעת את זכותה לבצע בעצמה את התיקונים הדרושים בדירה בהתאם לחוות-דעתו של המומחה.

ההלכה הפסוקה מורה כי הזכות לתקן העומדת למוכר תישלל הימנו מקום שהוא לא שעה לפניות שנעשו אליו ונהג ברוכשים סחבת והתחמקות, או שביצע ניסיונות תיקון כושלים עד שאבד אמונם בכושרו ומיומנותו.

במקרה דנן, ניתנו לנתבעת הזדמנויות חוזרות ונשנות לבצע התיקונים חלקם עוד בטרם הוגשה חוות-דעתו של המומחה. כך למשל בדיון מיום 13.11.03 קבעה כב' השופטת ח' הורוביץ, כי יש לאפשר לנתבעת לבצע את תיקוני שנת הבדיק.

לאחר הגשת חוות-הדעת קבעה כב' השופטת ח' הורוביץ ביום 2.6.04 כי על הנתבעת לפעול תוך 60 יום לתיקון הליקויים תחת פיקוחו של המומחה. ביום 22.2.05 שב בית-המשפט ונתן לנתבעת הזדמנות נוספת לבצע התיקונים תוך 14 יום.

דא עקא, שעל-אף הזדמנויות אלו שניתנו לה וחרף הזמן הרב שחלף מאז הוגשה התביעה, לא בוצעו התיקונים על ידה.

דומה כי הימנעות הנתבעת מתיקון הליקויים בדירה מאפיינת את התנהלותה ואת הסחבת בה נהגה לכל אורך תיק זה המתנהל מאז שנת 2003. לנתבעת ניתנה יותר מהזדמנות אחת לתקן את הטעון תיקון, אך למרות זאת היא ביצעה תיקונים חלקיים בלבד אגב סחבת בלתי-סבירה.

במצב דברים זה, ברי כי אין כל יסוד לכפות על התובעים ליתן לה הזדמנות נוספת לבצע התיקונים בעצמה.

לפיכך, קבע בית-המשפט כי התובעים זכאים לפיצוי כספי וכי הנתבעת מיצתה או למצער החמיצה, את זכות התיקון הנתונה לה על-פי סעיף 4ב לחוק המכר (דירות).

ב- ת"א (שלום ת"א) 30871/06 { **בן משה שי נ' פרידמן חכשורי חברה להנדסה ולבניה בע"מ**, תק-של (1)2009, 16668, 16673 (2009) } קבע **כב' השופט מרדכי בן-חיים** כי בסעיף 4ב לחוק המכר (דירות) בא לידי ביטוי העיקרון בדבר העדפת זכותו של המוכר לתקן את הליקויים בעין אולם סקירת הפסיקה שבחנה את הסעיף האמור מלמדת כי עסקינן בשטר ושוברו בצידו: זכותו של המוכר מותנית בכך שהכיר באחריותו לקיום הליקוי ותיקן אותו תוך זמן סביר.

במקרה דנן, הוכח כי התובע סירב לאפשר לעובדי הנתבעת להיכנס לדירתו בחודש דצמבר 2004. יחד-עם-זאת, אין בסירוב זה כדי לעמוד לתובע לרועץ וזאת בשל התנהלותה הבלתי-נאותה של הנתבעת ואי-הכרתה באחריותה לליקויים.

לפיכך, הנתבעת איבדה את זכותה לתקן בעין את הליקויים ועליה לפצות את התובעים בסכום עלות תיקונם כפי שתומחר בחוות-דעת של זרניצקי ומרטון.

ב- ת"א (שלום חי') 24445-06 { **גדי הרמן נ' שיכון ופיתוח בע"מ**, תק-של (1)2009, 8527 (2009) } קבעה **כב' השופטת בטינה טאובר** כי מהשתלשלות האירועים במקרה דנן עולה כי התובעים מילאו אחר חיוביהם מכוח הוראת סעיף 4ב לחוק המכר (דירות), ואפשרו לנתבעת פעם אחר פעם לתקן את הליקויים ו"אי-ההתאמה" שהתגלתה בדירתם ואילו הנתבעת בחרה שלא לבצע את התיקונים כלל ולא ביקשה לממש את זכותה לביצוע התיקונים מכוח הסכם הרכישה והוראות חוק המכר (דירות), בין אם לפני הגשת התביעה ובין אם לאחריה.

מאחר שבחינת השתלשלות האירועים מצביעה על כך שהתובעים העמידו הזדמנויות רבות בפני הנתבעת לבצע את התיקונים, רובם או חלקם, והנתבעת סירבה לעשות כן, בית-המשפט סבור היה כי הנתבעת החמיצה את זכותה לבצע את התיקונים ועל-כן ראוי לפסוק פיצוי כספי בגין עלות התיקונים הדרושה.



ב- ת"א (שלום ת"א) 59953/06 { **הנדלר יונית ודב נ' יעקב (ג'ק) קאופמן בע"מ**, תק-של 2008(4), 12622, 12623 } קבעה **כב' השופטת יעל אחימן** כי עצם ההודאה בביצוע התיקונים מצידה של קאופמן די בה כדי לשמוט את הבסיס מתחת לטיעון בעניין אי-מתן ההזדמנות הנאותה.

הכלל הוא כי אין רוכש דירה חייב להעניק לקבלן אין סוף הזדמנויות לתיקון ובהיבט זה של הדברים ומשעה שגירסתם של הנדלר לעניין ביקורים חוזרים שנתקיימו לא הופרכה ואף כאמור אושרה, כי אז אין בהימנעותם מלהמשיך ולאפשר ניסיונות חוזרים וכושלים כדי לשלול את תום-ליבם.

את היתלותה של קאופמן בסתירה שנתגלתה כביכול בעדותו של הנדלר לעניין החתימה על פרוטוקול הבדק, ראה בית-המשפט כשולית ולא מכריעה. הנדלר בפועל הסתייג בחתימתו מהשלמת התיקונים ועל רקע זה גם מובנת גירסתו העומדת כביכול בסתירה למסמך.

לפיכך נקבע כי הוראות החוק לעניין מסירת הודעת אי-ההתאמה ולמתן ההזדמנות הנאותה מולאו כנדרש.

ב- ת"א (שלום אי"י) 1090/06 { **שאולי רן נ' יוסי אברהמי עבודות הנדסה אזרחית בע"מ**, תק-של 2008(4), 44027 } קבע **כב' השופט א' יקואל** כי הנתבעת ידעה על הליקויים עוד בשנת 2004 ואף תיקנה חלק מהם. מאז חלף זמן ניכר, שאינו יכול להיכנס לגדר סבירות כלשהי.

התיקונים לא בוצעו ונוצר הרושם כי הנתבעת לא הראתה נכונות של ממש לבצעם, הן עובר להגשת כתב התביעה והן לאחריו. זאת על-אף שניתנה לה הזדמנות ניאותה לביצוע התיקונים החל בכניסתו של קוזינקוב לדירה שלא נמנעה וכלה בפגישת נציגי הצדדים לשם כך.

נקודת המוצא היא כי חובת הנתבעת כקבלן לספק לתובע את הדירה במצב תקין ובמועד הקבוע כפי הוראות ההסכם. הנתבעת הפרה את התחייבויותיה על-פי ההסכם, מאחר ובדירה התגלו ליקויי בניה.

לפיכך, היה עליה לתקן ליקויים אלו בהקדם האפשרי. לצורך הערכת פרק הזמן הסביר, יש לשקול את סוג הליקויים ואת האמצעים העומדים לרשות הקבלן הסביר, את חומרת הליקויים ואת הכבדת קיומם על שגרת חייו של התובע.

ככל שהנתבעת מבקשת לבצע את תיקון הליקויים בעצמה, להבדיל מתשלום פיצויים בגינם, עליה לתת עדיפות ראשונה לביצוע תיקון זה. כך משום שמלכתחילה חובתה מתמצית באספקת דירה תקינה ונטולת ליקויים.

הנתבעת לא ניצלה את ההזדמנויות שעמדו בפניה לתיקון הליקויים, כך שהיא אינה זכאית עוד לדרוש את תיקונם בעצמה. כמו-כן, בית-המשפט התרשם מקיומם של יחסי אמון מעורערים בין התובע לבין הנתבעת וביצוע התיקונים כפי שנעשה עד כה לא הוביל לפתרון הסכסוך.

לפיכך, בית-המשפט סבר כי מתן אורכה נוספת לנתבעת לבצע את התיקונים לא תועיל לפתרון סופי של המחלוקת.

בשים-לב לחלוף הזמן מאז מועד מסירת הדירה לתובע, גילוי הליקויים ועדכון הנתבעת בגינם זה מכבר, בית-המשפט סבר כי קיימת העדפה של ממש לסיים את המחלוקת הנמשכות בין הצדדים על דרך של פסיקת פיצוי כספי לתובע.

ב- ת"א (שלום חי) 6137/04 {פרדו גיא נ' אליר חברה לבניין בע"מ, תק-של 2008(2), 10051 (2008)} קבע כב' השופט ר' חדיד כי יש לתת למוכר הזדמנות לתקן את הליקויים בדירה, כאשר הוא מודה בקיומם וכאשר קיימת אצלו נכונות לתקן את הליקויים.

במקרה דנן, התובע מתנגד לאפשר לנתבעת ו/או לצד ג' הזדמנות לתקן את הליקויים בדירה בטענה כי הנתבעת הכחישה את הליקויים, התעלמה מפניותיו, ביצוע התיקונים יחייב פיקוח בהיקף בלתי-סביר של בית-המשפט ולא יביא לסיום התיק, מה גם ובין הצדדים שוררים יחסי חשדנות וחוסר אמון מוחלט.

התובע קיבל את החזקה בדירה ביום 25.7.99, ובמהלך שנת הבדק הוא התלונן פעמיים על ליקויים בדירה. מחומר הראיות עולה כי פניות התובע טופלו ועד למועד עריכת חוות-דעת המומחה מטעמו, 30.10.03, לא היתה כל פניה ו/או תלונה מצידו לעניין ליקויים בדירתו.

התובע לא הוכיח כי הוא פנה לנתבעת ונתקל בסירוב, בחוסר נכונות לתקן את הליקויים, הכחשה של הליקויים, או התעלמות מפניותיו. אדרבא, הנתבעת התייחסה לכל פניות התובע ולא התנערה מחובתה ואף ביקשה לאורך כל התביעה לשמור על זכותה לתקן את הליקויים. יתירה מכך, התובע לא הוכיח כי בין הצדדים שורר חוסר אמון וחשדנות.

על-אף האמור לעיל, בית-המשפט מצא להיעתר לבקשתה החלופית של הנתבעת ולחייבה בתשלום עלות הליקויים אשר בדירה על-פי התעריף שלה ולא על-פי תעריף קבלן חיצוני. בכך ניתן להבטיח כי הנתבעת לא תינזק משלילת זכותה לבצע את התיקונים בעצמה והדבר יבטיח כי ההתדיינות והמחלוקת בין הצדדים לא תימשך גם לאחר מתן פסק-הדין בתביעה.

ב- ת"א (שלום ת"א) 22700/06 {קובי יעקב ונטורה נ' פלסים חברה לפיתוח ובניו בע"מ, תק-של 2008(1), 28464 (2008)} טענה הנתבעת כי אחריותה לתיקונם של הליקויים ואי-ההתאמות מותנית בהודעת התובע על קיומם, תוך 30 יום מהמועד בו אלה נתגלו.

נוכח העובדה - כך לנתבעת - כי התביעה הוגשה בחלוף כחמש וחצי שנים ממועד מסירת הדירה, פטורה היא מתיקון הליקויים הנטענים ולתובע לא קמה זכות לפיצויים בגינם.

**כב' השופט חיים טובי** דחה טענות אלה בקובעו כי הטענה להגבלת אחריות הנתבעת בגין אי-מסירת הודעה כאמור, נזנחה על-ידי האחרונה בסיכומי טענותיה - ובדין נזנחה - ובשל כך פטורים אנו מלדון בה, שכן דין טענה אשר נטענה בכתבי הטענות ולא הועלתה בסיכומים {בין בשגגה ובין במתכוון} כדין טענה שנזנחה.

זאת ועוד. הלכה נודעת היא כי אין באי-משלוח ההודעה, כמתחייב מחוזה המכר, כדי לפטור את המוכרת מחובתה לתיקון הליקויים שכן "ההודעה בכתב נדרשת כדי לוודא, שהמערערת יודעת על הליקויים ותוכל לתקנם כנדרש. אך במקרה הנדון אין ספק שהמערערת ידעה על הליקויים, שהרי בפועל עסקה בתיקון הליקויים, לכן, אפילו נאמר כי לא נשלחה למערערת הודעה בכתב, יש מקום להוסיף ולומר, כי המערערת ויתרה על הכתב" {ראה לעניין זה ע"א 4445/90 "עמיגור" (ניהול נכסים) בע"מ נ' מאייסט ואח', דינים עליון, כרך ל"ד, 611 (17.04.94)}.

מעיון בתצהירי התובע ואביו, אשר טיפל בשמו ועבורו בכל העניינים הקשורים בטיפול בליקויים, ומהודאתה של הנתבעת עצמה, עולה כי בתאריך 21.5.00, טרם מסירת הדירה לתובע, נערך פרוטוקול המסירה הראשוני ובו נרשמו הליקויים כפי שנמצאו ודווחו על-ידי התובע לנציגי הנתבעת, ואלה התחייבו לתקנם.

עוד עולה מהתצהירים הנ"ל כי בסמוך לקבלת החזקה בדירה פנה אבי התובע אל הנתבעת בדרישה לתיקון הליקויים ולביצוע המתחייב הימנה על-פי המפרט הטכני, ואף העלה את הדברים עלי כתב.

הנה-כי-כן, מחומר הראיות עולה בעליל כי התובע העלה בפני הנתבעת את הליקויים שנתגלו בדירתו עוד טרם זו נמסרה לחזקתו. זאת ועוד. אף במהלך תקופת הבדק, כהגדרתה בחוק המכר (דירות), חזר וביקש התובע את ביצוע התיקונים.

בנסיבות אלה, ברי כי התובע לא החמיץ כלל את מתן ההודעה על "אי-התאמה", אלא אף הקדים והעלה אותה בהזדמנות הראשונה שזו נגלתה לו כך שאין לראותו כמי שלא מילא חובותיו על-פי חוק המכר (דירות).

כך או כך, ברי לכל כי הנתבעת היתה מודעת לקיומם של הליקויים ואף עסקה בתיקונם באופן חלקי.

מכאן, שהנתבעת אחראית לתיקון הליקויים ואי-ההתאמות ככל שנוגדים הם את המפרט הטכני. משהגיעו הצדדים להסכמה הדיונית לפיה מוותרת הנתבעת על טיעוניה באשר לזכותה לתקן הליקויים בדירה, נותרה כפלוגתא, כאמור, שאלת היקף הפיצוי הכספי בו היא חבה כלפי התובע.

ב- ת"א (שלום ת"א) 52420/06 {אלבו דוד נ' י. חנקס בע"מ, תק-של 2007(4), 22013 (2007)} קבעה **כב' השופטת ניב ריבה** כי על-פי המדיניות המשפטית הרצויה, יש לאפשר לקבלן לתקן את הניתן לתיקון בין משום שהוא ביצע את מלאכת הבניה שאותה מתקנים, והן משום שעלות התיקון בידיו נמוכה וזולה יותר מביצוע התיקונים על-ידי קבלן אחר.

ואולם במקרים מסויימים נשללת זכות זו של הקבלן, ועליו לשלם לדייר את עלות התיקון היקרה יותר. כך למשל, אם סירב הקבלן המוכר לתקן ליקויים שהדייר התריע עליהם, או אם ביצע מספר ניסיונות ונכשל בהם, הזכות לתקן נתונה למוכר המודה בליקויים ומוכן לתקן. ספק רב אם זכות זו עומדת למוכר המכחיש את עצם הליקויים, או המזלזל בהם מראש.

במקרה דנן, כאשר שלחו התובעים לנתבעים את חוות-הדעת מטעמם, החזירה האחרונה חוות-דעת לפיה היקף הליקויים בדירה הינו 1,520 ש"ח, ואף ניתנה לה ההזדמנות לתקן ליקויים בהם הכירה.

בית-המשפט קיבל עמדת התובעים כי לנוכח הכחשת הנתבעת את הליקויים האחרים, מיצתה היא את זכות התיקון, ועליה לפצות את התובעים בפיצוי כספי, על-פי העלות לקבלן מטעמם.

בית-המשפט נוטה לפסוק פער של 25% - 35% במחירי התיקון למוכר או לקבלן מזדמן {ראה גם ע"א 8265/96 רמ"ט נ' מנחם בריברום, פ"ד נז(1), 486 (2002)}.

בהיעדר ראייה לסתור, בית-המשפט אימץ את המחירים בהם נקב המומחה ובתוספת בת 25%, כפי שקבע כפיצוי ההולם בגין הליקויים הניתנים לתיקון.

ב- ת"א (שלום ב"ש) 4372/05 {קוגן אדוארד נ' אחים אוזן חברה לבניה בע"מ, תק-של 2007(1), 15741 (2007)} עסק כב' השופט עידו רוזין בשאלה האם התובעים נתנו לנתבעת הזדמנות נאותה לתקן את הליקויים.

**כב' השופט עידו רוזין** בהסתמכו על העדויות שנשמעו בפניו קבע כי יש לקבוע כי התובעים נתנו לנתבעת הזדמנות נאותה לתקן את הליקויים, הנתבעת לא לקחה הזדמנות שניתנה לה ולכן יש לראותה כמי שמיצתה את הזכות לתקן את הליקויים. בין השאר, **כב' השופט עידו רוזין** הסתמך על הנימוקים הבאים:

**האחד**, הנתבעת כופרת בקיומם של הליקויים ובמסגרת כתב הגנתה ציינה, בין היתר, כי כל הליקויים בדירה תוקנו והדירה נמסרה לתובעים "כשהיא מושלמת על-פי ההסכם". די בכך כדי להביא לשלילת זכותה של הנתבעת לתקן את הליקויים, שהרי על-פי הכלל המקובל בפסיקה, קבלן אינו רשאי לתקן ליקויים שהוא כופר בקיומם.

**השני**, מתוך הראיות שנשמעו יש לקבוע כי הנתבעת מיצתה את זכות התיקון, אף לפני ה- 11.11.03 {מועד המתוכנן על-ידי הנתבעת לתקן חלק מהליקויים}. עד למועד זה פנו התובעים לנציגי הנתבעת פעם אחר פעם, הנתבעת התעלמה מפניותיהם, לא השיבה למכתבי התובעים וזלזלה בדרישותיהם.

הנתבעת מצאה לנכון להתייחס לדרישות התובעים רק לאחר שהתובעים המציאו לה חוות-דעת של מומחה מטעמם, כאשר מהנדס מטעם הנתבעת מבקר בדירת התובעים, בחלוף שמונה וחצי חודשים לאחר קבלת חוות-הדעת.

**השלישי**, הנתבעת איננה זכאית לתקן את הליקויים גם מן הטעם שלא טרחה לבצעם בזריזות המירבית, היינו תוך זמן סביר. מועד תיקון הליקויים שנקבע ליום 11.11.03 הינו לאחר שחלפו כשנתיים וחודשיים לאחר שהתובעים קיבלו את החזקה בדירה וכן כ- 10 חודשים מעת שהומצאה לנתבעת חוות-הדעת מטעם התובעים.

לעניין הזמן הסביר שעל הנתבעת לתקן את הליקויים יש להתחשב גם בתקופת הבדק שנקבעה בחוק מכר (דירות).

**הרביעי**, הנתבעת איננה זכאית לתקן את הליקויים גם מן הטעם שלא ערכה את ההכנות הדרושות לצורך סיום עבודת תיקון הליקויים בתוך זמן סביר, ברציפות, ותוך מינימום הפרעה לתובעים ולילדיהם הקטינים המתגוררים עימם.

ברור שאין לקבל מצב שהקבלן ידרוש לעצמו את הזכות לתקן, אך לא יגביל עצמו בדרך ביצוע התיקונים בזמן סביר, ברציפות ותוך מינימום של הפרעה לדיירים המתגוררים בדירה. זכותה של הנתבעת לבצע את תיקון הליקויים בעצמה ועל-ידי כך להקטין את נזקיה אינה בלתי-מוגבלת והיא פועל יוצא של זמן סביר וקיום חיוב בתום-לב.

לאחר שהנתבעת לא פעלה בהתאם להוראות אלה, יש לראותה כמי שויתרה על הזכות לתקן את הליקויים.

**החמישי**, הנתבעת איננה זכאית לתקן את הליקויים גם מן הטעם שלא היתה לה כל כוונה לתקן את מרבית הליקויים הקיימים בדירה וללא היסוס ניתן לקבוע שנכוונתה של הנתבעת לתקן את הליקויים נמצאה בלתי-רצינית.

כשמדובר בליקויים בשיעור כספי נמוך { 7,500 ₪ על-פי חוות-הדעת של מומחה מטעם בית-המשפט } רשאים היו התובעים לסרב לאפשר לנתבעת לבצע רק חלק קטן מהליקויים, בנסיבות בהן הנתבעת לא מקיימת את חובת התיקון ברציפות ובמינימום הפרעה למתגוררים בדירה.

**השישי**, הנתבעת לא טרחה להגיש בקשה מקדמית, לאפשר לה לתקן את הליקויים וייחודה את טענתה בסוף ההליך לאחר שמיעת הראיות. אומנם, אין חובה להגיש בקשה כזו מבעוד מועד, אך קיים טעם לפגם כאשר קבלן מבקש לדחות את התביעה, בשלב זה { להבדיל מהעלאת טענה שעליו לשלם את עלות התיקונים לפי מחירי קבלן }.

**השביעי**, אין לאפשר לנתבעת לבצע תיקונים נוספים גם לאור קיומו של משבר אמון בין הצדדים, אשר לא ניתן, בשלב זה, לאחותו.

## 5. התיישנות

התכליות המונחות ביסוד דיני ההתיישנות תומכות אף הן במסקנה כי אין זה רצוי להתלות את תחילת מירוץ ההתיישנות בתקופת הבדק והאחריות ובמסירת הודעה מטעם הקונה בדבר אי-התאמה.

דיני ההתיישנות נועדו ליצור איזון בין האינטרס של התובע הפוטנציאלי למימוש זכויותיו ובין האינטרס של הנתבע הפוטנציאלי שלא להישאר חשוף לסיכון כי ייתבע ללא הגבלת זמן, תוך שמירה על אינטרס הציבור כולו במסגרת איזון זה {ראה ע"א 165/83 בוכריס נ' דיור לעולה בע"מ, פ"ד לח(4), 554, 558 (1984); ע"א 7401/00 יחזקאלי נ' גלוסקה, עורך-דין בתפקידו ככונס נכסים לביצוע פסק-דין, פ"ד נז(1), 289, 300-302 (2002); ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים, פ"ד נז(5), 433, 444 (2003)}.

הפקדת המפתח לתחילת מניינה של תקופת ההתיישנות בידי התובע והתניית תחילת מירוץ ההתיישנות בפעולה הנתונה לשליטתו {מתן הודעה בדבר אי-התאמה}, יש בהן משום הפרה של האיזון האמור ופגיעה בצפייתו הסבירה של הנתבע הפוטנציאלי, בין השאר, בשל הנטל החדש שיוטל עליו לשמירת ראיותיו {השווה ע"א 220/84 אגיוף נ' קיבוץ גבת - אגודה שיתופית, פ"ד מ(1), 528, 531 (1986); ע"א 279/53 לוי נ' קלינגר, פ"ד י 802, 812 (1956)}.

**בפרשת משה"ב** {ע"א 167/88 משה"ב חברה לשכון בניין ופיתוח בע"מ נ' שטרן, פ"ד מד(2), 741 (1990)} נדונה השאלה מאימתי מונים את מירוץ ההתיישנות לגבי זכות התביעה בנסיבות בהן חלה גם הוראת סעיף 4 לחוק המכר (דירות)?

**בפרשת משה"ב קבע כב' השופט ש' אלוני** כי בתביעות לתיקון ליקויי בניה בנסיבות בהן חלה הוראת סעיף 4 לחוק המכר (דירות) תחל תקופת ההתיישנות ביום קבלת החזקה בדירה וכי אין לכרוך את מועד תחילתו של מירוץ ההתיישנות במשלוח הודעה בדבר אי-התאמה לפי סעיף 4 לחוק המכר (דירות) {ראה גם רע"א 830/06 אורלי גלמן נ' כהן פיתוח-דרעד, תק-על 2008(2), 24, 26 (2008)}.

נבהיר כי קונה שהזדרז והגיש את תביעתו לפני חלוף שבע שנים מיום היוולד העילה עלול להיכשל בה בשל אי-מתן הודעה במועד על הליקויים נשוא התביעה.

העובדה כי לא קיימת נקודת השקה בין מירוץ ההתיישנות ובין זכותו של הקונה להסתמך על אי-ההתאמה נובעת מכך שתקופת הבדק והאחריות וכן מתן או אי-מתן הודעה על-פי חוק המכר (דירות) בדבר אי-התאמה אינם נוגעים ל"היוולד העילה" ואינם חלק מיסודותיה {אם כי במקרה של ליקויים נסתרים תיתכן קירבה מסויימת בין המועד שבו מחוייב הקונה למסור הודעה על-פי סעיף 4א(א)(2) לחוק המכר (דירות) ובין מועד תחילת מירוץ ההתיישנות לפי סעיף 8 לחוק ההתיישנות}.

ההלכה בדבר ההבחנה בין סוגיות אלה נפסקה **בפרשת משה"ב** בהתייחס לסעיף 4(ב) לחוק המכר (דירות), כנוסחו **טרם** התיקון מתש"ן, אשר קבע כי הקונה יהיה זכאי להסתמך על אי-התאמה כאמור בסעיף-קטן (א) אם נתן למוכר הודעה עליה תוך שנה מיום העמדת הדירה לרשות הקונה, ואם גילה אותה לאחר-מכן - לאחר שגילה אותה, הכל תוך זמן סביר.

הלכה זו עומדת בעינה גם **לאחר** התיקון מתש"ן אשר קבע בהקשר זה בסעיפים 4, 4א ו-4ב לחוק המכר (דירות) הסדר מפורט {ובהיבטים מסויימים מחמיר יותר עם הקונה וכפי שנראה להלן}.

על ההבחנה בין סוגיית ההתיישנות ובין נטל ההודעה המוטל על הקונה ותחימת אחריותו של המוכר בתקופת הבדק ותקופת האחריות לפי החוק בנוסחו המתוקן עמד המלומד **איל זמיר** בספרו { **שם**, עמ' 527 } באומרו כי תקופת הבדק והאחריות הן חלק מהדינים הקובעים את היקף האחריות של המוכר לאי-התאמת הדירה, הדינים העוסקים בחיובי המוכר.

כך, למשל, האחריות לפי סעיף 4(א)(2) לחוק המכר (דירות) מותנית בכך שאי-ההתאמה התגלתה בתוך תקופת הבדק הרלוונטית לאותו סוג של אי-התאמה.

לעומת זאת, סעיף 4א לחוק המכר (דירות), כמוהו כדיני ההתיישנות, עוסק בנטלים המוטלים על הקונה המבקש לממש את זכויותיו בשל הפרת המוכר. הנטל להודיע על אי-התאמה במועד והנטל להגיש תביעה בטרם תחלוף תקופת ההתיישנות הם נטלים נבדלים, שעל הקונה לעמוד בשניהם.

בעוד שאי-עמידה בנטל ההודעה עלולה לשלול את הסתמכות הקונה על אי-ההתאמה במישור המהותי, אי-הגשת תביעה בתוך תקופת ההתיישנות מקימה מחסום פרוצידוראלי למימוש זכויותיו.

קביעת תקופות הבדק והאחריות בחוק המכר (דירות) לא נועדה לסכל עילת תביעה בעלת תקופת התיישנות ארוכה יותר לפי כל דין, באם היא עומדת לקונה לרבות מכוח דיני הנזיקין או החוזים, אלא רק להסיר מדרכו מכשולים כגון תניות פטור חוזיות לטובת הקבלן.

על הקונה חלה החובה ליתן לקבלן הודעה במועד על הליקויים ולהגיש תביעתו לבית-המשפט בתוך תקופת ההתיישנות מרגע הגילוי הסביר {ת"א (שלום חי') 2553-07 **אודל קריניץ נ' נתבעת - מודיעה לצד שלישי**, תק-של 2010(3), 33877 (2010)}.

מסירת הודעה ומתן אפשרות לתקן עולה בקנה אחד עם חובת הקטנת הנזק גם כאשר מדובר על עילת תביעה בדין הנזיקי הכללי {ת"א (שלום חי') 20187-05 **עדנה נפתלי נ' רמת חביב בע"מ**, תק-של 2009(3), 11178, 11186 (2009)}.

השאלה מהו מועד הגילוי שממנו יחל מירוץ ההתיישנות תלויה בשאלה האם מדובר על פגם נסתר או גלוי, שניתן לגלותו בסבירות בעין קונה, ואין היא תלויה בנושא הודעה על הליקוי.

קונה שהגיש תביעתו בתוך שבע שנים מיום היוולד העילה, לא ייכשל בעניין ההתיישנות, אך אם לא נתן הודעה לקבלן על הליקויים עשויה שתישלל ממנו הזכות להסתמך על אי-התאמה שלפי חוק המכר (דירות). כאן אין מתעוררת סוגיית ההתיישנות, אלא, מתן ההודעה.

ככלל, על רוכש הדירה ליידע הקבלן בדבר ליקויים, ואף לאפשר לו זכות התיקון תוך זמן סביר. אלא שהשאלה אם קיימת זכות לתיקון ליקויים נבדקת בשים לב לנסיבות, כאשר קבלן עשוי שיאבד זכותו לתיקון אם התכחש לליקויים, אם התעלם מהם למרות שקיבל הודעה או אם ניסה לתקנם ונכשל.

בנוסף, עשוי בית-המשפט שלא לילך במתווה התיקונים כאשר הדבר מצריך מידה בלתי-סבירה של פיקוח - אף משעה שקנויה הזכות העקרונית לתיקון והכל בשים-לב לכך שבסופו של יום, מדובר בליקויים באחריות הקבלן שלא היו צריכים ליפול, וכי יש לפיכך להציב גבול סביר, לאחריו נקבע שהזכות לתיקון אבדה או מוצתה.

אף משעה שהקונה לא איפשר התיקון כפי זכותו של הקבלן, עשוי בית-המשפט להעדיף לעיתים את דרך הפיצוי הכספי, אם התרשם שהצדדים מתקשים להידבר ביניהם כדי ליישם מנגנון התיקון, אלא, שבמקרה אחרון זה יש להעמיד הפיצוי כפי עלות התיקון לקבלן {ע"א 7799/01 ברזילי נ' שרביב, פ"ד נו(5), 725, 728 (2002)}.

הדבר מתיישב כאמור, עם עיקרון הקטנת הנזק, התקף הן בחוזים, הן בנזיקין. לעיתים עצם חלוף הזמן יהא שיקול התומך אף הוא במתן פיצוי כספי, חלף מסלול תיקונים שיפתח המחלוקת מחדש לפרק זמן לא נודע.

ב- ה"פ (שלום ת"א) 21579-07-10 {סיגלית בן זקן נ' פרץ בוני הנגב - אחים פרץ בע"מ, תק-של 2010(3), 40650, 40655 (2010)} נדונה השאלה האם התובענה כלפי המשיבה התיישנה, באופן המפקיע את תיקון הקיר ממנה והלאה?

מר בן זקן אישר בחקירתו כי הנכס נמסר עוד בשנת 2001 ונתון זה אף הופיע גם בתצהירו. כלומר, במקרה דנן, חלפו **תשע שנים** מאז המסירה ועד הגשת התביעה.

**כב' השופטת נועה גרוסמן** קבעה כי בנסיבות מסויימות ניתן להאריך את תקופת הבדק, למשל אם מדובר במום מוסתר והקונה הודיע על כך למוכר תוך זמן סביר משגילה את המום. במקרה דנן, הקיר הינו מום נסתר שכזה.

זאת ועוד. מר בן זקן העיד כי עוד בשנה השניה והשלישית הודיע למשיבה על פגמים אסטטיים בקיר. עוד ציין, כי פגמים מהותיים וסכנת התמוטטות התגלעו רק בחצי השנה האחרונה והוא הודיע להם מיידית בעת שגילה אותם.

קיר המפריד בין מקום מגורים לשטח ציבורי, אינו אמור להימצא בסכנת התמוטטות תשע שנים לאחר שנבנה. הוא אמור לעמוד על תילו פרק זמן ארוך יותר הנמדד בעשרות שנים ולא בשנים ספורות.

לפיכך, בית-המשפט מצא כי יש מקום לפנות אל המשיבה בעניינו של קיר זה, אם הפגם התגלה רק לאחרונה.

טענת התיישנות ככלל היא טענה שיש לנהוג בה זהירות ולהפעילנה במשורה רק כאשר ההתיישנות ברורה על פניה. לא זה המקרה דנן, שכן ההתיישנות כאן אינה ברורה כלל ועיקר. נהפוך הוא. משפטית מצויה הסיטואציה בתחומי החריג הקבוע בחוק המכר.



עוד נקבע כי אף שיהוי אין כאן. המבקשים ציינו כי גילו את הליקוי בחומה בחורף 2010. העובדה שהתובענה הוגשה רק עתה בעיצומה של פגרת בית-המשפט, אינה עולה כדי שיהוי. מר בן זקן פירט בעדותו את הניסיונות שעשה לפנות אל גבי בלה, מנהלת שירות הלקוחות של המשיבה. מקובל על בית-המשפט כי אין להיחפז בהגשת תביעות וכי הזמן שהקדישו המבקשים להסביר את הסוגיה בדרכי שלום עם המשיבה, אינו זמן שיש לזקוף לחובתם ואינו עולה כדי שיהוי.

נעיר כי ישנם מקרים בהם נתגלה הליקוי שנים ארוכות מאז נמסרו דירות, ובכל זאת שלל בית-המשפט את טענת התיישנות, והתיר את התיקון {ראה למשל ע"א 656/99 ד"ר עדה בר שירה נ' מעונות ובניין בע"מ, פ"ד נז(5), 1 (2003)}.

ב- ת"א (שלום חי') 11410-04 {אילן שקד נ' חברת גב ים לקרקעות בע"מ, תק-של 2009(3), 4274 (2009)} קבעה כב' השופטת בטינה טאובר כי ניתן לומר כי מעיון ברשימת ליקויי הבניה המנויה בחוות-דעתו של מומחה בית-המשפט עולה כי לגבי כל ליקויי הבניה המנויים עברה תקופת הבדק הקבועה בסעיף 4 לחוק המכר (דירות) בטרם הוגשה התביעה ולגבי חלק מליקויי הבניה בהם תקופת האחריות הינה בת שלוש שנים אף חלפה תקופת האחריות.

בפועל הוגשה התביעה בטרם התיישנה ועל-פי דיני ההתיישנות הכלליים, שכן מסירת החזקה בדירה לידי התובעים היתה בתאריך 18.6.97 ו/או בסמוך לכך ואילו כתב התביעה הוגש ביום 13.6.04 ובטרם חלפו שבע שנים מיום מסירת החזקה בדירה לתובעים.

חוק המכר (דירות) אינו קובע תקופת התיישנות אלא את תקופת האחריות החלה מכוחו. גם אם חלפה תקופת הבדק ואף תקופת האחריות לגבי נזקים שונים הנטענים, הרי שחוק המכר (דירות) הוא רק אחד ממקורות החיוב שמכוחם ניתן לחייב את הנתבעות ו/או מי מהן והוא אינו חוק קונקלוסיבי.

להיפך, חוק המכר (דירות) אינו קובע הוראה בדבר ייחוד העילה ובסעיף 7 לחוק המכר (דירות) אף נקבעה הוראה מפורשת לפיה "חוק זה אינו גורע מזכויות הקונה הניתנות לו לפי כל דין".

על-כן יחסי התובעים והנתבעות כפופים לזכויות ולחובות מכוח הדין הכללי כגון חוק החוזים (חלק כללי) ופקודת הנזיקין.

בפועל וכעולה מכתב התביעה שהוגש על-ידי התובעים לא צמצמו התובעים את תביעתם באופן שיחולו עליה הוראות חוק המכר (דירות) בלבד, אלא נטענו על ידם גם טענות במישור החוזי והנזיקי.

חלופי תקופת האחריות הנקובה בחוק המכר (דירות) כשלעצמה אינה מקנה לקבלן ו/או ליזם חסינות מטעמי התיישנות בתום תקופת האחריות ואין בכוחה של הוראה זו להתנות על דיני ההתיישנות הכלליים.

בל נשכח שמטרתו של חוק המכר (דירות) הינה להגן על הרוכש ועל-כן הוא עוסק רובו ככולו בדבר חיובי הקבלן ואולם החוק לא נועד לגרוע מזכויות הרוכש על-פי דין אחר, לרבות ביחס לתקופת ההתיישנות.

מתזהירו של התובע אשר לא נסתר כלל בהיעדר חקירה נגדית עולה כי לאחר שהתובעים מסרו את דו"ח הליקויים ביום 16.11.98 לידי הגב' יפעת במשרדי הנתבעות וכן פנו לנתבעות באמצעות בא-כוחם במכתב דרישה מיום 8.6.99, אשר לא נענה כלל, הגיע לדירת התובעים נציג הנתבעות אשר חזר והגיע לדירת התובעים פעמים נוספות והבטיח לבצע את התיקונים הדרושים.

בפועל וכעולה מהראיות פנו התובעים פניות חוזרות ונשנות לנציגי הנתבעות בכתב ובעל-פה ואולם נציגי הנתבעות לא ביצעו תיקונים כלשהם בדירת התובעים ואולם בהחלט נקטו במדיניות של סחבת והבטחת הבטחות שווא לתובעים בדבר תיקון הליקויים.

יסודותיה של טענת השיהוי נדונו באריכות ב- ע"א 6805/99 {תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים, פ"ד נו(5), 433 (2003)}.

בית-המשפט בפרשת תלמוד תורה שלעיל קבע כי שיהוי תוך תקופת ההתיישנות ייווצר אך במקרים בהם יוכיח הנתבע ברמת הוכחה גבוהה כי התובע זנח את זכות התביעה, כי במשך הזמן שינה הנתבע את מצבו לרעה עקב השיהוי או כי השיהוי נגרם עקב חוסר תום-ליבו של התובע.

הנטל להוכיח את התנאים הנדרשים לקיום שיהוי מוטל על הטוען לכך. איחור בהגשת תביעה הוא כשלעצמו אינו מעיד על ויתור או מחילתו של התובע על זכות התביעה. השתהות בתחום תקופת ההתיישנות הינה זכותו של המתדיין, והיא עשויה לעיתים לשמש אמצעי חשוב בדרך לפתרון המחלוקת מחוץ לערכאות, לפיכך קיימת דרישה לקיום מצג ברור מצד התובע על אודות ויתור או מחילה מצידו על זכות התביעה הנתונה לו.

טענה בדבר ויתור או מחילה על זכות תביעה מחייבת רמת הוכחה נכבדה על-ידי הטוען לה.

עוד נפסק ב- ע"א 4234/01, 3264/01 {ג'רר בסנינו נ' ציון אליה ואח', פ"ד נו(6), 566 (2002)} וב- רע"א 4928/92 {עזיז עזרא האג' ואח' נ' המועצה המקומית תל-מונד, פ"ד מז(5), 94 (1993)} כי על הטוען לשיהוי להוכיח כי שינה את מצבו לרעה עקב התנהגותו של התובע ולא כתוצאה של שינוי נסיבות אובייקטיביות.

עיון בסיכומי הנתבעות מעלה כי טענת השיהוי נטענת במסגרתם בשפה רפה. הנתבעות לא הצביעו ובוודאי שלא הוכיחו מצג שיש בו משום ויתור או מחילה מצד התובעים על זכות התביעה. כן לא הוכיחו הנתבעות כי נגרם להן נזק כתוצאה מהשיהוי הנטען כלפי התובעים ובית-המשפט לא ראה לקבל את טענתן של הנתבעות ו/או מי מהן כי האיחור בהגשת התביעה מנע מהן לאתר עדים רלבנטיים

שעה שלא הובאו בפניו ראיות כלשהן בדבר ניסיונות לאיתור העדים שלדברי הנתבעות היו העדים הרלבנטיים במועדים הרלבנטיים לתביעה.

לאור כל האמור ומשהוכח כי התובעים נתנו הודעה בתום שנת הבדק על הליקויים ואי-ההתאמות שנמצאו בדירתם, פנו פניות חוזרות ונשנות לנתבעות ולא נענו תוך מתן הבטחות מצד הנתבעות לבצע תיקונים שלא בוצעו בפועל ומשלא התקיימו יסודותיה של טענת השיהוי - מן הראוי הוא לדחות את טענת הנתבעות בדבר השיהוי.

ב- ע"א (מחוזי חי') 4836-07 { **חוף הכרמל נופש ותיירות 89 בע"מ נ' אפרים אהרון**, תק-מח 2008(4), 11957, 11959 (2008) } המערערת טענה להתיישנות התביעה לאור תקופות הבדק והאחריות הקבועות בסעיף 4(א) לחוק המכר (דירות), ולאור נטל ההודעה הקבוע בסעיף 4א שכותרתו "הודעה על אי-התאמה".

**כב' השופט יצחק עמית** בדחותו טענת ההתיישנות, קבע כי המשיבים הודיעו למערערת אודות אי-ההתאמה במכתב בא-כוחם מיום 25.6.02, כאשר נתגלה להם שטח הדירה "נטו", והגישו את התביעה בתוך שבע שנים מיום קבלת החזקה בדירה.

כעיקרון, תקופת הבדק איננה תוחמת את פרק הזמן שבו על הקונה להגיש תובענה נגד המוכר ואפילו לא את פרק הזמן שבו על הקונה להודיע למוכר על גילוי אי-ההתאמה. הנושא הראשון מוסדר בחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, ובנושא השני עוסק סעיף 4 לחוק המכר (דירות).

רוכש יכול להעלות טענת "אי-התאמה אחרת" לפי חוק המכר הכללי, בתוך תקופת ההתיישנות הרגילה, גם אם חלפו תקופות הבדק והאחריות לפי חוק המכר (דירות), או טענות של אי-התאמה שנתגלתה בתקופת האחריות שמקורה אינו בתכנון, בעבודה או בחומרים.

כאשר בשטח דירה עסקינו, רואים את המערערת כמי שיודעת על אי-ההתאמה, ואין מקום להטיל נטלים אלה כאשר המוכר יודע למעשה על אי-ההתאמה בממכר, וכמדומה שאין להם הצדקה אף במקרה שבו היה עליו לדעת עליה.

טענה של המוכר כי הקונה לא עמד בנטל ההודעה לגבי אי-התאמה שידע אודותיה, מהווה טענה בחוסר תום-לב. מכל מקום, אי-ההתאמה בשטח דירה אינו ניתן לתיקון. לכן, לא ניתן לטעון כי עקב חלוף הזמן לא ניתן לדעת אם אי-ההתאמה מקורה במוכר או בקונה, ומתקחה התכלית שבבסיס החובה למסור למוכר הודעה על אי-ההתאמה, בכלל, או בתוך זמן סביר ממועד גילויה.

ב- ת"א (שלום אשד') 177/04 { **איזנטל אהוד נ' קי.בי.ע קבוצת בוני ערים בע"מ**, תק-של 2007(1), 28181 (2007) } קבעה **כב' השופטת מיכל וולפסון** כי ככל שעניין לנו עם התיישנות מאז מסירת החזקה, הצדק עם בא-כוח הנתבעת שכן 7 השנים של ההתיישנות חלפו ביום 5.6.03, כלומר חצי שנה לפני הגשת התביעה. המועד נמנה מהיווצרות העילה.

בכתב התביעה אין התייחסות למועדים וגם הנתבעות אינן מתייחסות למועדים בכתב ההגנה שלהן, למעט מועד חתימת החוזה ומסירת המפתח. העיון בצרופות לכתבי הטענות מלמד כי לא ניתן ללמוד מהצרופות מתי התבררו ליקויי הסדיקה ולחילופין מתי התברר כי כל ניסיונות התיקונים לא צלחו.

ככל שמדובר בליקויים שאינם ליקויי סדיקה קיבל בית-המשפט את עמדת הנתבעות כי ניתן היה לגלות ליקויים אלה התוך פרק הזמן של 7 השנים ואין מקום לאפשר לעמימות של מועדי גילוי עילת התביעה בגין הסדקים לגבי ליקויים אלה.

על-כן ככל שמדובר ביתר הליקויים ששוים 3,000 ₪ אשר פורטו לעיל התביעה נדחית מחמת התיישנות.