<u>בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים</u>

ע"א 1051/03

ע"א 1542/03

בפני:	כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
	כבוד השופטת מ' נאור
	כבוד השופט א' רובינשטיין
המערערים בע"א 1051/03:	אולפן ראובן ועוד 35 אח'
	נ ג ד
המשיבים בע"א 1051/03:	1. כ.מ.ב.ק. לפיתוח ויזום בע"מ
	2. מצלאוי חברה לבניין בע"מ
	3. צ.השמשוני אדריכלים ותכנון בע"מ
	4. (פורמלי) כהן צרור אדריכלות הנדסה והשקעות בע"מ
	5. (פורמלי) בני שדמי אדריכלות נוף בע"מ
	6. שלמה שוביץ
	7. (פורמלי) ת.מ.א בע"מ

המערערת בע"א 1542/03: כ.מ.ב.ק. לפיתוח ויזום בע"מ

נ ג ד

המשיבים בע"א 1542/03: 1. אולפן ראובן ועוד 35 אח'

2. מצלאוי חברה לבניין בע"מ

3. צ.השמשוני אדריכלים ותכנון בע"מ

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בתל-אביב מיום 23.12.02 בת"א 538/97 ות"א
136/97 (תיקים מאוחדים) (השופט ישעיה)

בשם המערערים בע"א
1051/03 והמשיבים בע"א
1542/03: עו"ד גולן ש' וכהן א'

בשם המשיבה 1 בע"א
1051/03 והמערערת בע"א
1542/03: עו"ד לביא גיורא

בשם המשיבה 2 בע"א
1051/03 וע"א 1542/03: עו"ד בן-נון לימור

בשם המשיבה 3 בע"א
1051/03 וע"א 1542/03: עו"ד שנהב חיים

פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

רקע והליכים

א. לפנינו שני ערעורים באותה פרשה, שעניינה ליקויי בניה והפרות הסכם, על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב (השופט ישעיה) מיום 23.1.02, ועל שתי החלטות ביניים בגדרי התיק. המערערים בע"א 1051/03 (המערערים) הם רוכשי דירות, 35 משפחות ונציגות בית משותף; המשיבים בערעור זה הם כ.מ.ב.ק. לפיתוח וייזום בע"מ (כ.מ.ב.ק), החברה הבונה; מצלאוי חברה לבניין בע"מ (מצלאוי), הקבלן המבצע; וחברת צ. השמשוני אדריכלים ותכנון בע"מ (השמשוני), המתכננת. בע"א 1542/03 מערערת כ.מ.ב.ק על חלק מקביעות בית המשפט קמא.

ב. בתביעה – שני תיקים מאוחדים (שהוגשו ב-1997 ואוחדו לאחרונה ב- 2000) – נתבעו כ.מ.ב.ק ומצלאוי; כ.מ.ב.ק המציאה הודעות לצדדים שלישיים, שנמחקו לימים למעט השמשוני. בית המשפט המחוזי מינה מומחה, אסא זוהר, לבדיקת הליקויים. חוות דעתו של המומחה היוותה למערערים בסיס לתביעות בגין ליקויי הבניה, אך ללא הסכמה לכל קביעותיו; כך אף לגבי המשיבים.

ג. (1) חוזי הרכישה נחתמו עם כ.מ.ב.ק, והיא שמסרה את הדירות למערערים, ובית המשפט קמא קבע כי על פי חוזי הרכישה מוטלת האחריות בגין אי התאמות או ליקויים כולה על כ.מ.ב.ק ללא התייחסות לקבלנים המבצעים; בית המשפט קבע, כי אף חוק המכר (דירות) תשל"ג-1973 אינו מטיל אחריות כזאת, ולכן מחק את התביעה כלפי מצלאוי. הסכם שבין כ.מ.ב.ק למצלאוי (נ/28) – שעוד נשוב ונידרש אליו – פורש על-ידי בית המשפט כחל ביחסים שבין כ.מ.ב.ק למצלאוי אך לא למערערים, בהעדר הודעת צד ג' מכ.מ.ב.ק למצלאוי. מחיקת מצלאוי באה ביזמת בית המשפט, אף שהיא עצמה לא העלתה טענה בעניין זה. נותרה איפוא לדיון, לשיטת בית המשפט קמא, תביעת כ.מ.ב.ק והודעת צד ג' נגד השמשוני.

(2) בית המשפט דחה טענה כי רוכשי דירות שמכרו את דירותיהם אינם זכאים ליהנות מפירות התביעה, בקבעו כי עילת התביעה התגבשה בעת מסירת החזקה בדירות.

ד. בנושאים הספציפיים הקשורים לליקויים הלך בית המשפט קמא ככלל בעקבות חוות דעתו של המומחה, תוך שעמד על קיום המחויבויות החוזיות של כ.מ.ב.ק (למשל בקשר לשני מקומות חניה לדירה). הן באשר לטענות המערערים הן באשר לטענות כ.מ.ב.ק קיבלן בחלקן ואת חלקן דחה. למשל, בית המשפט דחה את טענת כ.מ.ב.ק שאין להוסיף לעלות התיקונים 25% בגין ביצועם בשוק החופשי, אך לא קיבל את טענת המערערים לתוספת של 10% בעבור פיקוח הנדסי. מעבר לתיקון ליקויים שונים קבע סכום בעבור עגמת נפש, כמקובל בתיקי ליקויי בניה. את הודעת צד ג' כלפי השמשוני דחה בית המשפט בקבעו, כי לא עלה בידי כ.מ.ב.ק להצביע על אחריות של האדריכל לליקויים או לאי ההתאמות אם על דרך הסכמה בכתב או הבנה אחרת בעל-פה, וכי תפקידו בפרויקט היה עריכת תכניות על פיהן בנו את הפרויקט, ולא היתה מוטלת עליו כל אחריות לעדכן או לשנות תכניות אלה, אם היו שינויים שהוכנסו על-ידי הקבלנים, בין ביוזמתם ובין על-פי דרישת הרוכשים. באשר לסכומים שבהם חויבה כ.מ.ב.ק, נקבע כי ישולם על-ידיה למערערים גם סכום המע"מ החל, אך זאת כנגד הצגת חשבונית מס. בית המשפט דחה טענה כי אין מקום לפיצוי על ליקויים שלא נטענו בכתב התביעה, כגון אי התקנת מזחלות וגשמות בקצות השיפועים בבית.

ה. (1) המערערים משיגים על פסק הדין קמא גופו, וכן על החלטת בית המשפט קמא מיום 23.10.00 לדחות את בקשת בא כוח המערערים לשלוח שאלות הבהרה למומחה, ועל החלטתו מיום 29.10.01 להוסיף חוות דעת משלהם לתיק בית המשפט.

(2) המערערים טוענים, ראשית, כנגד מחיקתה של מצלאוי, ודומני כי זו הטענה העיקרית; שנית, נטען כי אין באפשרות המערערים להמציא חשבוניות מע"מ; ועוד, נטען כנגד דחיית התביעה ופיצוי נוסף של 10% בעבור פיקוח הנדסי; ובנוסף, למערערים טענות ספציפיות באשר לחוות דעת המומחה ולקביעות בית המשפט בגינה.

ו. כ.מ.ב.ק מצדה ערערה על קביעת התוספת לעלות התיקונים בסך 25%, וכן על חיובה בגין תובעים שמכרו דירתם, שלשיטתה לא הוכיחו נזק, וכן – כמותה כמערערים בתמונת ראי – הוסיפה וטענה בנושאים ספציפיים שונים. עוד נטען באשר להודעת צד ג' כלפי השמשוני, ששגה בית המשפט באי קבלתה. באשר לליקויים כמו מזחלות וגשמות שלא באו בכתב תביעה, נטען כי לא היה מקום לקבוע חיוב בגינם.

ז. (1) מצלאוי טוענת, בין השאר, כי מחיקת התביעה נגדה על-ידי בית המשפט קמא בדין יסודה, שכן לא הוכחו כל עיקר טענות המערערים, אין יריבות חוזית בינם לבינה, חוק המכר (דירות) אינו חל לגביה, ולטענות נזיקיות לא הובאו ראיות. ההסכם נ/28 בינה לכ.מ.ב.ק אינו נוגע לשיטתה למערערים, ונכונותה לתיקון הנזקים באה כחלק מיחסיה עם כ.מ.ב.ק ולהקטנת חשיפתה כלפיה. באשר להחזר מע"מ, אין משאלת המערערים אלא התעשרות על חשבונה; אף לדידה לא היה מקום לתוספת 25% לדמי התיקון; ומליקויים שקבע המומחה אך לא עלו בכתב התביעה יש לשיטתה להתעלם.

(2) באשר לערעור כ.מ.ב.ק טוענת מצלאוי – בין השאר – את שטענה באשר לערעור המערערים, קרי, כי מחיקת התביעה כלפיה בדין יסודה, וכן כי בגין ליקויים שלא נתבעו אין לפצות.

ח. השמשוני טוענת, באשר לערעור כ.מ.ב.ק, כי על כ.מ.ב.ק האחריות כולה.

<u>מחיקת מצלאוי</u>

ט. (1) אדרש תחילה למחיקתה של מצלאוי. סבורני כי זו לא היתה, בכל הכבוד, במקומה, אכן מצלאוי לא חתמה על חוזים עם הדיירים, אך היא ראתה עצמה באופן ברור כחלק מן האחריות לליקויים. היא ניהלה שיג ושיח והתכתבויות עם המערערים באשר לתיקונים; היא זו שפעלה בבית המשפט קמא, כפי שהעידה על עצמה, בלא לאות למינוי מומחה בית המשפט; היא לא טענה כל עיקר שאין לה אחריות לליקויים; היא

היתה מיוצגת בראשונה בצוותא חדא עם כ.מ.ב.ק; היא כרתה עם כ.מ.ב.ק את ההסכם נ/28 מיום 16.12.97, שבו נחלקו באחריות לליקויי הבנייה, ואליו נידרש להלן. אכן היה זה לאחר תחילת ההליכים, ולכאורה כפי שכתב בית המשפט קמא, עניינו של ההסכם אך ביחסים בין כ.מ.ב.ק למצלאוי; אך בהצטרף נושא זה לאשר נאמר וייאמר, אין לדעתי כל ספק כי מצלאוי מושתקת ומנועה מן הטענה שאין היא יריבה למערערים; היא מעולם גם לא ביקשה להימחק מן התביעה.

(2) אוסיף לכך, כי בסיכומי מצלאוי בבית המשפט קמא נטען בהרחבה באשר לזכותה לתקן את הליקויים הנטענים. באשר לעצם האחריות, טענות מצלאוי התבססו על ההסכם נ/28 בינה לבין כ.מ.ב.ק, ונאמר כי לפיו "שומה על בית המשפט הנכבד לחלק את האחריות שבין הנתבעות ו ו-2 (כ.מ.ב.ק ומצלאוי – א"ר) בהתאם לאחריותה של כל אחת מהן לפי ההסכם נ/28, ולא לקבעה ביחד ולחוד". לדעתי יש גם לראות את נ/28 כהסכם לטובת רוכשי הדירות.

(3) יתר על כן, בבית משפט זה ביקשה מצלאוי בשעתו רשות ערעור (4744/01) שעניינה משאלתה לבצע את התיקונים בהתאם לחוות דעת המומחה; בקשה זו נדחתה על-ידי השופט ריבלין ביום 28.10.02. מן ההחלטה עולה, כי לא נטען באשר לאי היותה של מצלאוי צד נחוץ ורלבנטי לתביעה. לא למותר לציין, כי באותה בקשה למתן רשות ערעור נאמר "לאורך כל התקופה הרלבנטית בכלל ... חזרה המבקשת (מצלאוי – א"ר) והודיעה על רצונה וכוונתה לתקן את הליקויים, תוך שהיא שומרת על זכותה לעשות כן בין לפי הדין בין לפי ההסכמות החוזיות בין הצדדים" (הדגשה הוספה – א"ר).

(4) ההסכם נ/28 בין כ.מ.ב.ק למצלאוי מיום 16.12.97 ראוי לענייננו להביאו בשלמותו (הוא מובא כנתינתו, לרבות הכתיב המקורי):

"ה ס כ ם

שנערך ונחתם ברמת גן ביום 16.12.97

בין: כ.מ.ב.ק לפיתוח וייזום בע"מ, רח' ז'בוטינסקי 33 רמת גן
(להלן כ.מ.ב.ק)

<u>מצד אחד</u>

לבין: מצלאוי חב' לבניין בע"מ, מרח' העמל 1 אזור התעשיה אור יהודה (להלן מצלאוי)

<u>מצד שני</u>

הואיל: וכ.מ.ב.ק יזם והקים את הפרוייקט הידוע בשם "גני דן" ברמלה (להלן הפרוייקט).

והואיל: ומצלאוי היה הקבלן המבצע של הפרוייקט מטעם כ.מ.ב.ק.

והואיל: והצדדים מעוניינים להסדיר את חלוקת האחריות ביניהם באשר לתביעות ו/או

הליכים אחרים שהוגשו או שיוגשו בגין הפרוייקט, כמפורט בהסכם זה כל זאת מבלי לפגוע בהסכם התקשרות אחר.

לפיכך הוצהר והוסכם והותנה בין הצדדים כלדקמן:

1. המבוא להסכם זה מהווה חלק בלתי נפרד ממנו.

2. כ.מ.ב.ק תישא באחריות לגבי הפרוייקט, למעט באשר לעניינים שהוסכם במפורש כי יהיו באחריות מצלאוי.

3. מצלאוי תהיה אחראית בגין ביצוע עבודות הבניה, בהתאם לתוכנית לביצוע, אשר כ.מ.ב.ק או מי מטעמה מסרה למצלאוי.

4. מצלאוי תהיה אחראית בגין כל עבודות הבניה כאמור בסעיף 3 לעיל, לרבות ביצוע תוספות אשר הוזמנו ע"י הרוכשים באופן ישיר ממצלאוי. כולל אחריות ובדק לגבי אותן עבודות בנייה.

5. כ.מ.ב.ק תהיה אחראית בגין אי התאמות בניה שנובעות מליקויים בתכנון ו/או בתוכנית ואי התאמות בין התכניות והמפרטים אשר צורפו לחוזי המכר לבין תוכניות העבודה אשר נמסרו למצלאוי.

6. א) כ.מ.ב.ק תהיה אחראית בגין אי התאמות בניה, אשר מקורן בעינינים שלא היו בשליטת מצלאוי, ואשר אינם נובעים ממחדל של מצלאוי, למעט הבדק עפ"י חוק המכר.

ב) כמו כן מצלאוי תהיה אחראית בגין כל תביעות דיירים בשל תוצאות בניה כולל אחריות בדק לפי חוק מכר, לרבות תביעות של איחור במסירת הדירה, למעט אחור שנבע מהוראות עיריה להשגת טופס 4.

7. כל צד אשר קיבל פניה מכתב התראה או כתב תביעה בקשר לפרוייקט יודיע באופן מיידי לצד השני בכתב על כך, ויאפשר לו להתגונן בעצמו נגד אותו הליך.

8. הצדדים או מי מהם לא יסכימו להסדר פשרה בתובענות או הליכים שהוגשו ו/או יוגשו בעתיד, מבלי לקבל הסכמת הצד השני מראש ובכתב.

9. הצדדים ישפו אחד את השני בגין כל סכום שיפסק נגד אחד מהם ואשר האחריות בגינו חלה על משנהו, כאמור לעיל.

10. אחריות ביצוע החובה ההיקפית בין גני-דן לג'ואריש באחריות חברת מצלאוי בע"מ."

כריתת ההסכם מעידה בעיני כמאה עדים על כך, שלא היה ספק בעיני מצלאוי, בתביעה שכבר התנהלה לעת חתימת ההסכם, כי היא צד למהדרין בתביעה, אלא שרצתה להסדיר את חלוקת האחריות עם כ.מ.ב.ק. תוכנו של ההסכם מדבר בעדו. המומחה נחקר על-ידי מצלאוי בבית המשפט המחוזי בלא שהועלתה טענה של מחיקה, וגם שם

דובר על זכאותה לתקן את הליקויים.

(5) העילות למחויבותה של מצלאוי הן בראש נזיקיות, מתוך חובת הזהירות של הבונה כלפי הדיירים; ע"א 451/66 קורנפלד נ' שאולוב, פ"ד כ"א(1) 310 (השופט – כתארו אז – לנדוי); ע"א 725/78 קריטיש קנדיאן בילדרס נ' אורן,פ"ד לה(4) 253 (השופט – כתארו אז – שמגר); ע"א 867/86 שרון נ' שיכון עובדים, פ"ד מה(3) 617 (השופט א' גולדברג); ע"א 8265/96 רמט נ' בריברום, פ"ד נז(1) 486, 494, והציטוט שמביא השופט ריבלין מפי השופטת דורנר בת"א (י-ם) 450/90 טנצמן נ' רמט (לא פורסם). ראו באנלוגיה גם ורדי, דיני מכר דירות, 253 באשר לחבות אישית של קבלנים. יצוין כי בחובה הנזיקית כשלעצמה אין מצלאוי כופרת, אלא טוענת שלא הוכחו נזקים; אך חוות דעת המומחה היא היא "קטלוג הנזקים", ולפיכך הוכחו הנזקים. כמובן ביחסים בין מצלאוי לבין כ.מ.ב.ק יוכלו השתיים לפעול לפי ההסכם נ/28 ואין מקום להידרש לכך כאן; בנ/28 גם תשובה לטענת מצלאוי כי מרבית הליקויים הם ליקויים תכנוניים שאינם באחריותה כמבצעת.

(6) לדברים סמך גם בתקנות התכנון והבניה (בקשה להיתר, תנאיו ואגרותיו), תש"ל-1970; בחלק ט"ז, שעניינו ביקורת במקום הבניה, קובעת תקנה 16.08א' (מתשנ"ב) שכותרתה "שמירת אחריות הקבלן": "אין באחריות עורכי הבקשה להיתר או באחריות מתכנן שלד הבניין או באחריות האחראי לביצוע או האחראי לביקורת הבניה, לפי חלק זה, כדי לפטור קבלן ראשי מאחריותו לביצוע הבניה לפי ההיתר ולאיכותה, לרבות אחריות לקיום פיקוח מלא וביקורת על הביצוע, לפי כל דין". לפנינו חובה חקוקה, על כל המשתמע בהפרתה.

(7) אולי למעלה מן הצורך אומר, כי לדידי קיימת גם מחויבות חוזית של מצלאוי, במובן של חוזה מכללא, ולוא גם מכוח מניעות והשתק; הזכרתי לעיל את עמדתה של מצלאוי ברע"א 4744/01, וזו אך דוגמה אחת. אפשר, מבלי לקבוע מסמרות, שעסקינן אף בחוזה לטובת צד שלישי, לפי פרק ד' לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

(8) כללם של דברים, מצלאוי אחראית לליקויים יחד עם כ.מ.ב.ק; חבותן היא

ביחד ולחוד.

<u>טענות אחרות</u>

ט. (1) נפנה עתה לטענות אחרות. בראש דברינו נזכיר, כי לפני שנים לא רבות כתבה השופטת שטרסברג-כהן בע"א 2934/94 סולל בונה נ' ארז איתן ואח' (לא פורסם), בהידרשה לליקויי בניה: " למרבית הצער, מעוררים פרויקטים של בניה, מחלוקות והתדיינויות בקשר לליקויי בניה ולאי מילוי ההתחייבויות ההדדיות של כל הגורמים המעורבים. הגיעה העת שכל הצדדים המעורבים יבינו, שיש סוף פסוק לכל אלה, בחוות דעתו של המומחה המתמנה על-ידי בית המשפט בהסכמת באי כוח הצדדים. סביר להניח שאף אחד מהצדדים אינו יוצא במקרים כאלה, כשכל תאוותו בידו, אולם על כל צד להבין כי משנתקבלה חוות דעת ניטרלית של מומחה, שיש בה משום ניסיון רציני להתמודד עם הבעיות המקצועיות הרבות המובאות בפניו, יש לקבל אותה, גם אם לא כל מה שנקבע בה הוא לטעמם ולרוחם של כל הצדדים, וגם אם ניתן להצביע על טעויות או על אפשרויות של קביעות אחרות בנושאים אלה או אחרים. התערבות ערכאת הערעור תבוא, אם נפלה טעות היורדת לשורש העניין".

(2) אכן, לענייננו מונה מומחה מוסכם. הוא עשה מלאכתו והגיש דו"חות מפורטים המאפשרים בקרה ושקיפות; הוא נחקר בבית המשפט על ממצאיו ומסקנותיו; הוא עלול היה ככל בן אנוש לטעות פה ושם, לכיוון זה או לכיוון אחר, אך בית המשפט קיבל אל נכון את גישתו ביסודה. הגישה אף בבית משפט זה ולענייננו תהא, ביסודה, אישוש מסקנותיו של המומחה.

(3) תחילה לטענות הנוספות של המערערים:

(א) אומר כבר כאן, כי אין מקום להתערבות בהחלטותיו של בית המשפט קמא באשר לחוות דעת נוספת שביקשה כ.מ.ב.ק להגיש או באשר לשאלות ההבהרה.

נושאים אלה יש לראות כמצויים ביסודם, ככלל, בפררוגטיבה של בית המשפט הדן, ואין מקום להתערבות אלא במקרים חריגים, שעניינו אינו נמנה עליהם.

(ב) מע"מ: בית המשפט קמא קבע, בהמשך לפסיקה קודמת (פרשת זלוצין ב', עמ' 209) כי לסכומים שנפסקו יתווסף מע"מ, אך כפף זאת לחשבוניות. המערערים טוענים כנגד חובת החשבוניות לגביהם. סבורני בנסיבות כי אין צורך בהמצאת חשבוניות, שכן בידי המערערים להחליט אם רוצים הם בתיקון או מסתפקים בקבלת הכסף; וכבר נאמר (פרשת זלוצין ב' הנזכרת, מפי השופט חשין: "אין זה עניינה של דיור לעולה (ולענייננו כ.מ.ב.ק ומצלאוי – א"ר) אם יבצעו הדיירים תיקונים אם לאו וגם אם ימכרו את דירותיהם לצדדים שלישיים ייגרע מערכן של הדירות כדי שווי הליקויים, לרבות מע"מ, שכן כך יידרשו הקונים לשלם למי שיבצע תיקונים" (עמ' 209). הדברים מדברים בעדם, ובנקודה זו מתקבל הערעור.

(ג) פיצוי נוסף של 10%: בית המשפט קמא לא פסק למערערים פיצוי נוסף של 10% בעבור פיקוח הנדסי על התיקונים, בנוסף ל- 25% שזיכה אותם בהם בעבור ביצוע עצמי של התיקונים. המערערים משיגים על כך. דעת בית המשפט נראית לי. רוב רובם של הליקויים אינם מחייבים פיקוח הנדסי כזה.

(ד) ליקויים ברכוש המשותף: בית המשפט קמא קבע כי פיצוי שנקבע על-ידי המומחה בגין ליקויים ברכוש המשותף ישולם רק לדיירים שתבעו, על בסיס יחסי. המערערים קבלו על כך, אך איני רואה מקום להתערבותנו.

(ה) אין בדעתי להידרש להחלטות פרטניות אחרות של בית המשפט קמא שעליהן מלינים המערערים; ההחלטות נראות בעיני מבוססות ומעוגנות בחומר שלפניו.

(4) עתה לטענות כ.מ.ב.ק:

(א) <u>ליקויים שלא נכללו בכתב התביעה</u>: ההחלטה בה מונה המומחה (על-ידי השופט סלטון, ביום 7.12.99) תיחמה את משימתו "לחוות את דעתו בשאלות המקצועיות שהן במחלוקת בין הצדדים במשפט זה" (סעיף 2). נטען, בין השאר, כי בתחומים מסוימים נדרש המומחה בחוות דעתו לליקויים שלא נתבעו וכי אין מקום לאשר תשלום בגין אלה. ואמנם מוצאים אנו בפסיקה, כגון בפרשת ע"א 1722/95 זלוצין נ' דיור לעולה, פ"ד נה(4), 203 (פרשת זלוצין ב') כי יש למקד את הליקויים לאלה שנתבעו. אך נושא זה תלוי נסיבות במידה רבה; והרי ניתן גם לתקן בלא קושי רב כתב תביעה. לעניות דעתי מינוי המומחה המוסכם בענייננו יכול היה לאפשר למומחה להידרש לליקויים שמצא, גם אם אלה לא נמנו במפורש בכתב התביעה. השופט (כתארו אז) חשין מציין בעניין זלוצין (ענ' 207) מפי השופט טל שקבע בפרשת זלוצין נ' דיור לעולה (א'), פ"ד נ(2) 858, 866: "אם ניתן להבין שבעלי הדין סברו וקיבלו שקביעותיו של המומחה לעניין הליקויים יחליפו את הנטען בכתבי הטענות בנושא זה, בוודאי יתן בית המשפט נפקות להסכמה כזאת. בענייננו לא נאמר כבפרשת זלוצין כי סמכות הבורר תוחמה ל"פגמים כנטען בכתבי התביעה". ראו גם ע"א 293/88 חברת יצחק נימן נ' רבי (לא פורסם) בו נאמר מפי השופט אלוני "לא יעלה על הדעת שמומחה (מטעם בית המשפט – א"ר) כזה יגלה ליקויים, וחובת תיקונם לא תחול על המערערת"; ראו גם ורדי דין מכר דירות עמ' 350-351.

ועוד, בכתב התביעה המאוחד והמתוקן נטען באופן כללי בסעיף 7.8 באשר לנזקים ספציפיים נסתרים, ובין היתר דובר על ליקויים "שיתגלו בעתיד"; ובמכתבים אל מומחה בית המשפט מאת בא כוח המערערים מיום 13.5.99 ו- 2.2.00 נדרשו המערערים לליקויים נסתרים. במכתב מיום 13.5.99 (שנכתב למומחה שמונה תחילה אך כנטען הועבר למומחה זוהר) נאמר (סעיף 5): "כמו כן מצוי סעיף 7.8 לכתבי התביעה העוסק בנושא ליקויים נסתרים וכיו"ב, ולכן אבקשך להתיחס לכל הליקויים שתמצא בדירות ללא יוצא מן הכלל ואשר יתגלו לעיניך" (הדגשה הוספה – א"ר). במכתב מיום 2.2.00 ישנה התייחסות (בסעיף 5) למכתב מ- 13.5.99 ולתוכנו וחוזרת אותה בקשה. המכתבים מוענו לבאי כוח המשיבים, ולפיכך מנועים הם לדעתי מטענה בהקשר דנא. לדידי ניתן לראות בסעיף 7.8 התייחסות לאותן "השאלות שהן במחלוקת בין הצדדים במשפט זה", כאמור בהחלטת מינויו של המומחה.

(ב) אשר לטענת כ.מ.ב.ק (ומצלאוי) בקשר לתוספת 25% לעלות בעבור תיקון עצמי, איני רואה מקום להיענות לה בנסיבותיו של תיק זה, נוכח הזמן שחלף ונוכח מערכת היחסים בין הצדדים. קביעת בית המשפט קמא לעניין זה תעמוד

בעינה.

(ג) באשר לטענת כ.מ.ב.ק בעניין התובעים שמכרו דירתם בטרם ביקור המומחה שכ.מ.ב.ק סבורה כי אינם זכאים לסכומים הנפסקים, כבר אמר בית משפט זה את דברו בפרשת זלוצין א' הנזכרת, מפי השופט טל: "אין זה מתקבל על דעתי, שקונה ששילם במיטב כספו את מלוא מחירו של מוצר פגום, לא יהא זכאי לפיצוי, רק מפני שבינתיים המוצר כבר אינו ברשותו, כגון שמכר אותו. מה גם שניתן להניח, שהפגמים שבדירות נתנו אותותיהם במחיר שנתקבל בעדן" (עמ' 864-865). אין מקום להתערב בממצאי בית המשפט קמא בענין זה; ראו גם ע"א 4661/96 מורקנופיל נ' שו"פ (לא פורסם).

(5) הודעת צד ג' לחברת השמשוני: לא מצאתי, לאחר העיון, דופי בהחלטת בית המשפט קמא שבה לא נעתר להודעת צד ג', ואיני רואה מקום להידרש אליה כאן עוד.

ו. סוף דבר: אם דעתי תישמע יתקבל ע"א 1051/03 (של המערערים) חלקית, בהתאם למפורט לעיל, קרי, להטלת החבות גם על מצלאוי ולפטור המערערים ממתן חשבוניות בקשר למע"מ. אציע שלא להעתר לשאר חלקי הערעור, וכן לע"א 1542/03 (של כ.מ.ב.ק). המשיבות 1-2 (כ.מ.ב.ק ומצלאוי) ישאו בהוצאות המערערים וכן בשכר טרחת עורך דינם בסך 10,000 ₪ כל אחת, וכן תישא כ.מ.ב.ק בשכר טרחת עורך דינו של צד ג' (השמשוני) בסך 10,000 ₪.

ש ו פ ט

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

<u>השופטת מ' נאור:</u>

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, כ"ה בתמוז תשס"ה (1.8.05).

ש ו פ ט ת ש ו פ ט ת ש ו פ ט
