

רשלנות מקצועית של אנשי מחשב

Computer Malpractice and Professional Negligence

By: Zvi Feferberg, Advocate

מאת: צבי פפרברג, עורך דין

יצא לאור בישראל בשנת 1998

הדפסה שניה בשנת 2004

רח' החשמונאים 88 תל אביב 67133

ספר זה במלואו מצוי באתר האינטרנט:

http://www.feferberg.com/Computer_Malpractice.pdf

תוכן עינינינים

| | |
|----|--|
| 1 | מבוא |
| 4 | הגדרת מושגים |
| 6 | רשלנות מקצועית במחשבים: חיפוש חלופות לסטנדרט המסורתי |
| 8 | דוגמא א' |
| 9 | דוגמא ב' |
| 11 | ההגדרות המסורתיות ל"מקצוע" ו"רשלנות מקצועית" |
| 18 | האם יש הצדקה להבחין בין ספק לבין יועץ לצורך החלת הסטנדרט |
| 21 | דוקטרינת האחריות מכללא לטיב מוצר |
| 21 | האם ניתן להגדיר תוכנת מחשב כמוצר ? |
| 30 | הבעייתיות שבדוקטרינת האחריות מכללא לטיב המוצר |
| 33 | ישום גישת האחריות לפגם בממכר זה-"Implied Warranty" |
| 36 | הבעיות הטמונות במבחן ההסתמכות שהוצע בפס"ד <u>Groves</u> |
| 40 | מצג שוא של יועץ מיחשוב |
| 44 | מצג שוא רשלני במהלך מו"מ |
| 45 | ניתוח עוולת הרשלנות |
| 51 | עוולת הרשלנות המקצועית וישומה על אנשי מחשב |
| 57 | סיכום |

רשלנות מקצועית של אנשי מחשב / צבי פפרברג*

מבוא**

התיעצות וקבלת חו"ד לשם קבלת החלטות מושכלות היתה מאז ומתמיד אחד מביטויי התרבות והחברה האנושית. שיקול דעת רציונלי מחייב לא רק התיעצות בחבר, מכר, בן משפחה וכו' אלא קבלת הנחיה ו"דעה נוספת" מאדם שהשאלה שעל הפרק נמצאת בתחומי עיסוקו העקרי כך שניתן להעזר בידע שצבר ובנסיון שרכשו הוא ועמיתיו בכדי להמנע מטעויות שניתן לצפותן.

" למעשה כל העמדות (החברתיות), ואין זה חשוב כיצד נרכשו, תובעות מיומנות או יכולת ביצוע כלשהן... כשירויותיו של אדם נוצרות בסופו של דבר בשני אופנים: יכולת הטבועה בו מלידה או כתוצאה מהכשרה. ברור, שבפעילויות קונקרטיות נדרשות תמיד שתיהן גם יחד, אבל מנקודת ראות מעשית אפשר שהאחת או השניה תהא יותר נדירה מרעותה, ממש כשם שאפשר שגם זו וגם זו תהיינה נדירות¹".

בין אם דעתם נחשבה בשל תכונה מולדת ובין אם בשל השכלה שרכשו, עמדתם החברתית של היועצים נבעה משני אלמנטים מרכזיים:

א. היות "עמדתם" יחידה במינה, יחסית, בסביבה נתונה או בשל העדר עמדות אחרות היכולות למלא אותו התפקוד באופן משביע רצון.

ב. מידת תלותם של הבריות בעמדתו של היועץ.

גורמים אלו הפכו את מעמדו של היועץ לגבוה יחסית בחברה ואפשרו לפתח בתקופות מאוחרות יותר "כתות של מומחים", קרי "גילדות" מקצועיות סגורות (כלשכת עו"ד, לשכת רו"ח וכו') שההתקבלות אליהן היתה כרוכה (ע"פ חוק מדינה או תקנות פנימיות) בעמידה בתנאים מחמירים (לימודים אקדמיים, עמידה בבחינות, תקופות התמחות, דירוג מקצועי וכו') כך שנוצרה "סגירות חברתית" שאפשרה מכירת משאבים מסוג חדש: היועץ המקצועי הוא סוחר בידע הנמצא ברשותו, הוא מוכר את הידע ככל משאב כלכלי אחר ובשל הגורמים שלעיל: יש מי שמוכן לשלם סכומים נכבדים עבור אותה "סחורה" שברוב המקרים, אינה אלא עיצה גם אם איכותה אינה ניכרת על פניה ועלול (כפי שנראה להלן) להיווצר מצב בו משלם אדם ממיטב כספו עבור חו"ד של "מומחה", מסתמך עליה ונוחל כשלון חרוץ.

* עורך דין, (LL.B) בוגר הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת ת"א.
** תודת המחבר לפרופ' דניאל מור על עזרתו הרבה בהכנת רשימה זו.
תודה מיוחדת לעוה"ד נעמי אסיא ומיכאל בדנני וצוותי משרדיהם שסייעו בהשגת חומר ובהערות מועילות.

1 ק' דיויס וו' א' מור: " כמה עקרונות של הריבוד החברתי ", סוגיות בסוציולוגיה (1973, עם עובד), 99, 102.

תהליך ההתמקצעות הינו אחד ממאפייני הקידמה האנושית. במשך מאות בשנים היתה האנושות רגילה למומחים העוסקים בתחום שלם ומקיף ושולטים בכל רזי אותה דיסיפלינה כגון: רופאים, עורכי דין ואומנים שונים.

אם במאה ה-12 יתכן היה מצב בו אדם כרמב"ם יכול היה לעסוק בתחומים כה רבים הרי שההתקדמות הטכנולוגית והחברתית של הידע האנושי הביאה למצב בו מעטים אנשי האשכולות ואין עוד אפשרות לרכוש ידע מקיף בכל תחומי הידע.

המגמה כיום הפוכה: הנטייה היא למומחיות ספציפית.

המומחים של היום אינם מצטיינים עוד בידע כללי נרחב אלא בידע "עומקי" בתחום צר כך שהמומחה לביטוחי חיים לא זו בלבד שאינו "מוכן" לסייע בביטוח רכב אלא אף ספק אם הוא מבין בתחום דיו.

צד אחר לאותה נטייה היא מגמת הסגירות החברתית בה לעיל דובר לעיל.

מגמה זו מעלה ביתר שאת את סוגיית האחריות לנזקים שנוצרו ע"י חוות דעת רשלנית, שהינה סוגיה שעלתה עוד בימים קדומים ונדונה בהרחבה במערכות משפט שונות, לרבות המשפט העברי, אך בעלת משמעות מיוחדת גם בחיים הכלכליים - משפטיים המודרניים, שכן: במצב בו מתרבים המומחים גם בתחומים שנחשבו רק לפני זמן לא רב ל"ידע כללי"² מתרבות גם הפניות למומחים בחיי היומיום ויחד עם זאת מתגברת הנטייה לסמוך על מומחים אלה עד כדי ביטול שיקול הדעת של היחיד בפניהם וקבלת דעתו של המומחה. לגישה זו יש יתרונות רבים: חיסכון ניכר בזמן ומשאבים לביצוע מחקר עצמאי (שלעיתים בלתי אפשרי בכליו של האדם הפשוט), נסיונו של המומחה והידע שצבר, מוניטין וגאווה מקצועית של המומחה ולעיתים אף אחוזי רווח שנוטל לעצמו מיעוצו וכו'. כל אלה הם כאמור יתרונות חשובים בימינו אך בצידם יש סכנות גדולות לא פחות, כך למשל: משברים כמפולת מניות הבנקים ב-1983 ומשברי הבורסה של 1994 עוררו תביעות כנגד יועצי השקעות מצד משקיעים שטענו כי פעלו ע"פ עצתם המקצועית עליה סמכו וכתוצאה מכך הפסידו ממיטב כספם.

השימוש ההולך ומתרחב במחשבים בחברה המערבית הינה תופעה רבת היקף בעשורים האחרונים. שוק המחשבים, המידע הממוחשב, עיבוד הנתונים וכמובן שירותי היעוץ, האספקה והתכנון הינו כפי הנראה אחד השוקים בעלי שיעור הצמיחה הגבוה ביותר.

במקביל לגידול העצום בהיצע של השוק והירידה החדה במחירם של מערכות מחשב גדלה גם מידת החסתמכות של עסקים מתחומים שונים על המערכות שברשותם ועל תפקודם, דבר שהגביר משמעותית את שיעור ההפסדים והנזקים שעלולים עסקים שונים לסבול ממערכת בלתי מתאימה ו/או מתקלות בתפקוד המחשב³

2 כגון: מינהל עסקים, ייעוץ השקעה וכו'

3 לדוגמאות לפגיעות קשות בעסקים בשל יעוץ לקוי בתחומי מחשב ופגמי תוכנה, ראה:

Delluomo J.: "Small Business Reliance on Computer Software: There Should Be Protection", 10 Computer Law Jur. (1990) 635
(להלן: מאמר דלומיו).

השימוש שנעשה בחיבור זה, לחילופין, במונחים "אנשי מחשב" "מומחי מחשב" ו-"יועצי מיחשוב", מנסה להקיף במסגרתו עולם רחב של עיסוקים ופעילויות הדורשות רמות שונות של ידע נסיון וכישורים.

כך למשל בתהליך יצירת מערכת מחשב הכוללת חומרה, תוכנה, הדרכה וכו' מעורבים "מומחים" רבים כגון: האדם הממיר את דרישותיו הגולמיות של הלקוח למפרט טכני, האדם המתאים את המפרט הטכני למכלול אופטימלי מבחינה כלכלית וטכנית של חומרה ותוכנה, מתכנני החומרה/תוכנה הנ"ל וכמובן העוסקים בייצור חומרה ובתיכנות עצמו. למרות האמור לעיל, ההכללה נובעת משתי סיבות עיקריות:

1. כפי שנראה להלן, אין מסלול הכשרה יחודי לאיש מחשב, לא כל שכן למסלולים שונים של התמחויות ספציפיות כך שטרם התפתחה במלוא תוקפה פרקטיקה הדומה לרפואה, למשל, בה כל אדם עוסק בתחום התמחות ספציפי ולא חורג ממנו. כפי הנראה, ובמיוחד בשוק הישראלי, אנו נמצאים עדיין בשלב בו קיימת מוביליות רבה בענף ויש שאיש תוכנה ישלח ידו בתכנון מערכתי או מהנדס חומרה יעסוק בתכנות בלי שהדבר יהיה כרוך במגבלות מיוחדות⁴.

2. התחומים, כפי שניתן להבין הינם שלובים זה בזה: הן כלכלית (באשר לעיתים גוף עיסקי אחד מעסיק מתכננים, מתכנתים, מתקיני חומרה וכו'), הן טכנית (באשר מדובר במערכות שלובות בהן ביצועי התוכנה מושפעים מביצועי החומרה, ולהפך) והן משפטית (באשר קשה, לבודד גורם בודד בתוך מערכת וליחס לו ולו בלבד אחריות מלאה לארוע פלוני).

נראה כי בשלב הראשון הבעיה הינה להכניס את ענף המחשבים כולו תחת כנפיה של אחריות מקצועית כפי שתוגדר להלן ורק בשלב מאוחר יותר, לאחר שאחריות זו, מבחינה, היקפה ואופיה גובשו והוגדרו יש מקום לבנות מערך ספציפי של מטלות וסטנדרטים להתנהגות שעל מומחה מחשב בתחום ספציפי להיות כפוף להן.

אנו ננסה לטפל בעיקר בשלב הראשון, שכן, כפי שעוד נראה הדרך לקביעת מידת אחריותו של מנהל אתר ⁵Beta site עוברת דרך שאלות מרכזיות כגון: האם ענף המחשב מחייב בכלל הכרה בעוסקים בו כנושאים באחריות מסוג מיוחד ומהי טיבה של אותה אחריות.

4 לא כל שכן העוסקים בענף בצורה פרטית המהוים לרוב "כלבוניקים" בתחום.
5 וראה הגדרת המונח בהמשך.

הגדרת מושגים

בטרם נטפל בסוגיות הנובעות מפעולות ו/או מחדלים של העוסקים בתחומי מחשב שונים נראה כי מן הראוי להגדיר מספר מונחי יסוד טכניים במהותם אשר בהם נשתמש בהמשך הדרך וחשוב כי יהוו בסיס "עובדתי" לתאוריות שהמשפטיות שננסה לנתח. המונחים שנגדיר בשלב זה הינם:

מחשב:

" מכשיר הפועל באמצעות תוכנה לביצוע עיבוד אריתמטי או לוגי של נתונים, וציוודו ההיקפי, לרבות מערכת מחשבים, אך למעט מחשב עזר⁶"

" מכשיר שנועד לקלוט מידע (במובן נתונים, - Data פ.צ) ובאמצעות שימוש בתהליך או בשיטה מסויימים של עיבוד יכול לספק נתונים מעובדים, בדרך ובאופן שהשתמש מעוניין לקבל⁷."

יחידות המחשב הדיגיטלי⁸:

קלט, אחסון (זכרון), פיקוח (Control), ניתוח (לוגי - אריתמטי), פלט.

תוכנה:

" **בחוק המחשבים:** " קבוצת הוראות המובעת בשפה קריאת מחשב, המסוגלת לגרום לתיפקוד של מחשב או לביצוע פעולה על ידי מחשב, והיא מגולמת, מוטבעת או מסומנת במכשיר או בחפץ באמצעים אלקטרוניים, אלקטרומגנטיים, אלקטרוכימיים, אלקטרואופטיים או באמצעים אחרים, או שהיא טבועה או אחודה עם המחשב באופן כלשהו או שהיא נפרדת ממנו, והכל אם אינה מיועדת לשימוש במחשב עזר בלבד".

6 ע"פ ס' 1 לחוק המחשבים, התשנ"ה-1995, ס"ח התשנ"ה, 366 (להלן: חוק המחשבים).

7 ע"פ D. Bender, Computer Law (U.S.A 1989)

8 ע"פ ש' פרזנטי, דיני זכויות יוצרים (1990), לחלן: פרזנטי.

בסי' 101 לחז"י האמריקאי⁹:

" A set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result."

תוכנת/שפת מקור (Source Code)¹⁰ :

כתובה בשפת התכנות המקורית (שפה עילית) ע"י התוכניתן עצמו אך אינה מסוגלת לפעול ישירות ולכן בטרם הביצוע במחשב עליה להיות מתורגמת לשפת מכונה ע"י תוכנות ביניים כגון: אסמבלר, קומפילר או אינטרפרטר. הכורח לתרגם בטרם הפעלה מקשה מאד את השיחזור או השינוי ללא תוכנת המקור שלרוב איננה משווקת מסחרית אלא משמשת לצרכי בדיקה תחזוקה ותיקון ע"י הספק.

תוכנת/שפת יעד (Object Code) :

" 'שפת המכונה' הינה השפה אותה 'מבין' המחשב, מורכבת מרצף סימנים בינארי הנקרא ע"י המחשב ... אינה קריאה ע"י בני אדם, על המתכנת הרוצה לשנות או אף ללמוד את פעולת עותק תוכנה הנמצא ברשותו, לבצע פעולה של ההדרה או קומפילציה (תוכנות הביניים שלעיל - צ.פ.) ... משפת המכונה לשפת המקור¹¹."

תוכנת הפעלה: (Operating System) :

" תוכנית הבקרה הראשית המנהלת את המחשב ... זוהי התוכנית העקרית בתוכנת המערכות והיא פועלת כ'מנהל עבודה' וכ'שוטר תנועה'¹²."

" מערכת ההפעלה פועלת ברקע, בדרך כלל ללא ידיעת המשתמש, ומאפשרת לשאר התוכנות לנצל את משאבי החומרה"¹³.

9 Copyright Act 17 U.S.C 101 (1976), כפי שתוקן ב- Computer Software. Amendment Act, Public Law, 96-517

10 ע"פ א' פרידמן, לקסיקון המחשב, 1271 מושגים לקורא העברי, ספריית אנשים ומחשבים, 251. (להלן: הלקסיקון).

11 הלקסיקון, ע"מ 179.

12 הלקסיקון, ע"מ 200.

13 נ' אסיא, דיני מחשבים - הלכה למעשה (מהדורה שניה), 5. (להלן: נ' אסיא)

רשלנות מקצועית במחשבים: חיפוש חלופות לסטנדרט המסורתי

במקרים רבים נוצרת בעיה בה אנשי מקצוע בענף המחשבים נותנים יעוץ ללקוחות לעיניין רכישה ושימוש בחומרה ותוכנה, אשר בסופו של דבר מתגלה כיעוץ לקוי שאינו מעריך כיאות את צרכיו האובייקטיביים של הלקוח וגורר נזקים כבדים, בעיקר בסוג לקוחות אשר החלק הארי של עיסקהם סובב סביב שימוש מסיבי במחשבים, מאגרי מידע ועיבוד נתונים ממוחשב.

השאלה המתעוררת הינה האם יכול הלקוח מקבל הייעוץ לזכות בפיצויים ממומחה המחשבים בגין נזקיו והאם ניתן לגבש סטנדרט זהירות לו מחוייב הנחזה כבעל ידע רחב בתחומי מחשב הנותן ייעוץ שמתגלה, בדיעבד כבלתי מספק.

נראה כי עד סוף שנות השמונים לא נקבעה בארה"ב קביעה מוחלטת של בימ"ש לגבי אחריות ישירה של יועץ מחשבים בגין רשלנות מקצועית¹⁴. במהלך שנות השמונים היו הדעות חלוקות האם עשוי לצמוח סטנדרט מסוג "Computer Malpractice" לגבי יעוץ בתחום המחשב ותחומים סובבי מחשב. מבקרי התפיסה ראו בעייתיות רבה מדי בקביעת נורמת התנהגות מקצועית ראויה בשדה הידע של מחשבים בהיותו אחד משדות הידע המקצועי בהם חלה, כנראה ההתפתחות הדרמתית ביותר בעשורים האחרונים.

הבעייתיות בהפיכת היעוץ בענייני מחשב לגדר "מקצוע" ו/או "מומחיות" הינה רבה, שכן לדוגמא אין עד היום טכניקה אחידה ומקובלת של עיבוד נתונים וכל גוף מקצועי יוצר לו, הלכה למעשה את הטכניקות שלו. טכניקות אלה מתפתחות גם בתוך אותה קבוצה בהיותה תלויה בהתפתחויות בענף החומרה והתוכנה, כך שגם גיבוש סטנדרט פנימי בקרב קבוצה פלונית הינו זמני ובר שינוי.

המתנגדים ליצירת מנגנון רישוי מקצועי וכללי אתיקה, כדוגמת אסטרטגיות "הסגירות החברתית" בו השתמשו גופי ידע מקצועיים כגון: רופאים, רו"ח, עו"ד וכו' 15 רואים בכך הטלת תקנה שציבור אנשי המחשב לא יוכל לעמוד בה, שכן עולות מספר שאלות:

* אם יקבעו כללי אתיקה מקצועית, כמה ספציפיים על ההנחיות להיות ? שכן ההנחה היא כי אין מדובר רק בכללי התנהגות במובן של יחסים הוגנים בין היועץ ללקוחו אלא הנחיות ספציפיות באשר ל"דע מה תשיב אם תשאל א" והרי היקפן של השאלות לגביהן יש לתת תשובה רחב לפחות כמו מגוון תחומי החיים בהם עשויה להשתלב מערכת מחשבים.

14 ע"פ:

Condo, J.: "computer malpractice: two alternatives to the traditional 'professional negligence' standard", 11 Computer L. Jur. (1991) 323 (להלן: מאמר קונדו).

15 בהם קיימים, כאמור, מסלולים מורכבים של לימודים פורמליים + "מבחני לשכה" + אתיקה מקצועית המוכתבת ע"י "גילדה" וכו'.

* כמה גמישות על הכללים לגלות בכדי לא להפוך למיושנים ומגבילים לאור ההתפתחות המדהימה של הענף כולו בו שנתיים ימים נחשבות כ"דור", שהרי בתקופת המערכות השלובות בתחום המחשב כל שינוי סטנדרט במערכת הפעלה הכללית של מערכת פלונית עשוי להשפיע עמוקות על מבנה המערכת המוצע ללקוח הספציפי¹⁶ הדרישה למסלול הכשרה, לימוד וסינון מקצועי אינו הכרחי, כידוע, לפחות מבחינת החוק לשם עיסוק בתחום התכנון, התכנות והיעוץ לגבי מערכות מחשב ולמרות שרוב המגדירים עצמם אנשי המחשב ומומחים אכן בעלי ידע רב ונסיון מגוון הרי שנראה שאין בנמצא דרישה בחוק או בדין למסלול לימודים והכשרה מוגדרים¹⁷.

באופן טבעי, חלק נכבד מההתנגדות לרגולציה של תחום המחשב ולרישוי העוסקים בו נובע מתוך הענף עצמו החושש שהתערבות מדינתית תבלום את ההתפתחות האדירה ותגרום לנשירת אנשים מוכשרים ביותר רק בשל העדרו של מסלול לימודים והכשרה הנתפס בעיני רבים כפורמאלי במהותו.

למרות חופש העיסוק הכמעט מוחלט בענף המחשב, קיימים¹⁸ בעולם אירגונים רבים אשר חברים בהם אנשי מקצוע בענף המחשבים והתוכנה אשר עוסקים הן בייצוג האינטרסים של חבריהם והגנה עליהם אך גם אימצו לעצמם כללי התנהגות (המכונים לרוב "כללי אתיקה" אשר מחייבים, אמנם את חברי האירגונים בלבד ואין בהם משום סטנדרט כללי לענף כולו "אולם הם יכולים לשמש קנה מידה לשאלה מיהו 'האדם הסביר' ומהי 'התנהגות עסקית סבירה' בענף¹⁹" וזאת בדומה לקביעתו של ביהמ"ש העליון בשאלת הגדרת "רופא סביר":

" אמת המידה לבחינת הרשלנות תהיה זו של הרופא הסביר בנסיבות המקרה. החלטותיו ופעולותיו של הרופא צריכות להיות מבוססות על שיקולים סבירים וברמה המקובלת, היינו, על הרופא לבסס החלטותיו על הידע העדכני הנתמך בספרות מקצועית, בניסיון קודם, והכול - בהתאם לנורמות המקובלות אותה עת בעולם הרפואה"²⁰.

16 כדוגמא ניתן להביא את המעבר תוך זמן קצר יחסית ממערכות ההפעלה מטיפוס DOS למערכות בעלות אוריינטציה של WINDOWS, באשר שינוי "קטן יחסית" בטיפוס מערכת ההפעלה יצר תגובת שרשרת הן בענף התוכנה והן בשוק החומרה עד כדי מהפיכה של ממש, וכל זאת בזמן קצר יחסית במונחים "בלתי מחשביים".

17 וראה השוואה להליכי הכשרת עו"ד, רופאים, רו"ח, ארכיטקטים ומהנדסים מול דוגמאות לסוגי השכלה ומקורות נסיון של "מומחי מחשב", מאמר דלומיו, ע"מ 646.

18 ע"פ נ' אסיא, ע"מ 207 וכן: מאמר דלומיו, ע"מ 647.

19 נ' אסיא, ע"מ 209

20 ע"א 323/89 קוהרי נ' מ"י - משרד הבריאות, פ"ד מה (2) 172 142, .

כך למשל קובע נספח א' לתקנון העמותה: אירגון בתי התוכנה בישראל²¹:

" 3. ביחסיו עם הלקוחות מתחייב חבר העמותה:

א.

ב. להעמיד לרשות לקוחותיו הידע והמידע המקצועיים הנדרשים לענין והמצויים ברשותו ולהמנע, ככל האפשר, מאי בהירות הנובעת משימוש במונחים מקצועיים בלתי מוגדרים אשר לא הוגדרו ולא הובהרו ללקוחות.

ג. להמנע ממצג שווא וכן לא לטעון לרמת מיומנות שאין ברשותו ולפעול במיומנות לפחות ברמה הוא טוען לה. "

יש הרואים בתהליך צמיחת אירגונים וולונטריים של אנשי מקצוע בענף המחשבים וביצירת קודים אתיים, הגם מוגבלים בהיקף המחוייבים להם, משום תחילת הרגולציה של הענף ורואים את העשור הנוכחי כזמן הראוי, מבחינת התפתחות הענף, ליצירת מערכת רגולטיבית לשם הגנה על הלקוחות וצרכני הקצה של מערכות המחשב ותוצריהן²² נראה כי ניתן למצוא שתי מגמות אפשריות לפתרון הבעיות שביצירת סטנדנט של יעוץ בענף המחשבים. אנו ננסה לבחון את המגמות השונות באמצעות דוגמאות אופייניות:

דוגמא א':

בשנת 1987 פסק ביהמ"ש העליון של מדינת טקסס²⁴

כי ספקי שירותים ולא רק יצרני מוצרים הינם ברי תביעה על בסיס נזיקי של אחריות למוצר פגום (אך לאו דווקא באספקט הפגיעה הגופנית כחוק אח"פ²⁵ כי אם קרוב יותר לאי התאמה בממכר כבסי' 11 לחוק המכר²⁶ ע"פ קונסטרוקציה של אחריות ל"ממכר" המוסקת מכללא, במובן שהשירות הניתן יבוצע באופן סביר ובאיכות הדרושה לשימוש הרגיל או המסחרי בשירות הניתן כמקובל בענף. החידוש ע"פ מאמר קונדו הינו שקודם לכן יכול היה הלקוח מקבל השירות לתבוע ע"פ קונסטרוקציה ה-"Implied Warranty" רק בגין עיכוב בהספקת טובין ולא בגין פגם בהספקת שירותים.

21 מופיע בני' אסיא, ע"מ תק-50.

22 מאמר דלומיו, ע"מ 647.

23 Melody Home Mfg. Co. v. Barnes, 741 S.W.2d 349 (Tex. 1987)

24 מתוך:

"Comment, Expansion of implied warranty coverage under the Deceptive Trade Practices Act (DTPA): Service Contracts", 17 Tex. Tech. L. Rev. (1986) 917.

25 חוק אחריות למוצרים פגומים, תש"ס-1980 (להלן: חוק אח"פ).

26 חוק המכר, תשכ"ח-1968 (להלן: חוק המכר).

המגמה המסתמנת במקרה זה היא בחינת שירות כסוג של מוצר "הנמכר" ע"י היועץ ללקוח מקבל היועץ וכפוף על כן, בשינויים הראויים, לכללים המגובשים מזה שנים לעיניין אחריות המוכר לממכר וקיומם של סטנדרטים סבירים של איכויות ורמת בדיקה וזהירות.

דוגמא ב':

בשנת 1989 פסק ביהמ"ש הפדרלי לערעורים, כי יועץ מחשוב אחראי לנזקיו של מקבל היועץ על בסיס של רשלנות מקצועית²⁷ למרות הספקות שהועלו בשאלה האם שוק היועץ בענף המחשבים עומד בדרישות מבחני קיום "המקצוע" המסורתיים עליהם, כפי שנראה להלן מבוססת דוקטרינת הרשלנות המקצועית. עקיפת בעיית יישום ההגדרות המסורתיות של "מקצוע" עשוי להיות פתח לפתרון אפשרי של בעיית המקצועות המודרניים שהתפתחותם "אינה מצייתת" עוד לתפיסות המסורתיות לפיהן הוגדרו בעבר תחומים מקצועיים "ריבוניים" על חיוביהם וכללי ההתנהגות/פעולה של בעלי אותם מקצועות.

ביהמ"ש בפס"ד Groves ביסס את קביעת קיום חובת זהירות מקצועית על הבסיס של קיום "עסקה" ובעיקר על מידת ההסתמכות שניתן לייחס ללקוח, מקבל היועץ.

נראה כי שתי התפיסות, הן של אחריות למוצרים והן של אחריות של יועץ מקצועי, נותנות תשובות לבעיות שתוארה לעיל לעיניין קיום סטנדרטים של זהירות מקצועית של יועצים ונותני שירות בתחום המחשב. שתי הגישות מונעות את הצורך בקיום מנגנון רישוי מורכב ובלתי כדאי או יצירת מנגנון רגולטיבי-מדינתי אחר, באשר אין הכרח כי תעשייה תפעל ע"פ רישיון ספציפי כדי להיות "מקצוע".

כאמור, נראה כי ניתן להשתמש במידת ההסתמכות של הלקוח הסביר על היועץ הניתן לו בכדי לדרג את מידת הזהירות הנדרשת מנותן העיצה.

בעיה נוספת שראויה להתייחסות הינה העובדה כי יועצים רבים, ובעיקר בתחום המחשב, הינם גם ספקי תוכנה/חומרה ובנוסף לפעולת היועץ הראשונית הם גם אלה המוציאים לפועל את ההערכות, התוכניות וההנחיות שגיבשו כמתכננים, כך שקשה לאבחן בין מקביליהם של האדריכל, מהנדס הביניין, קבלן הבניה ולעיתים אף פועל הביניין הפשוט בענף המחשבים, באשר איש המחשבים הינו לרוב לא רק בעל ידע תאורטי בתכנון מערכות ושילוב תוכנה-חומרה אלא גם, ובעיקר, איש טכני המעוניין להוציא אל הפועל או לפחות לפקח על היישום בשטח של תוכניותיו אם בתחום התכנות ואם בתחום ההתאמה וההקמה של מערך החומרה ושילובו בעסקו של הלקוח. הבעיה נובעת מכך שבהעדר סטנדרט אחיד של הקמת מערכת מחשב, עשויה התוצאה "בשטח" להיות שונה מאד מהמודל המתוכנן.

Diversified Graphics, Ltd. V. Groves, 868 F.2d 293 (8th Cir. 1989) 27
(להלן: פס"ד Groves).

האמור לעיל מדגים את הבעיה שבשרטוט קו גבול ברור בין ספק מוצרים לבין ספק שירותים בתחום המחשב (בלי להתייחס בשלב זה לשאלה האם תוכנה מהווה בפני עצמה מוצר או שירות). נראה כי הפתרון שהסתמן בדוגמא אי' עוקף את בעית שרטוט קו הגבול הנ"ל באשר הוא מטייל אחריות למוצר המסופק הן אם המוצר הינו במשמעותו הקלאסית והן אם מדובר במוצר מסוג יעוץ.

הגדרות המסורתיות ל"מקצוע" ו"רשלנות מקצועית":

מילון Black's²⁸ מגדיר את המושג "רשלנות מקצועית" (Malpractice) בצורה הבאה:

" **Malpractice** - professional misconduct or unreasonable lack of skill ... Failure of one rendering professional services to exercise that degree of skill and learning commonly applied under all the circumstances ... with the result of injury, loss, or damages."

ואת המונח "מקצוע":

" **Profession** - (a) vocation or occupation requiring special, unusually advanced, education and skill ...²⁹".

נראה³⁰ כי ניתן להגדיר את המונח "מקצוע" באמצעות מספר מספר מאפיינים אשר משקלם המצטבר יוצר את איפיונו הספציפי של Profession:

1. קיום צורך בלימוד ובהכשרה מקצועית מתוך הכרה בקיומו של גוף ידע אוטונומי של בעלי המומחיות של אותו ענף.
2. קיום קוד אתי הקובע סטנדרט התנהגות אשר במהותו הוא בעל נורמות גבוהות ומחמירות יותר מאשר במערכת האתית הכללית.
3. מערכת של שיפוט משמעתית ברמה כזו או אחרת של מפירי הקוד האתי הנ"ל וקיום הליכים פרוצדוראליים להענשת מפירי האתיקה וכפייתה על החברים בגוף המקצועי.
4. קיום דגש רב יחסית על אחריות במישור חברתי לתקינות הפעולה המקצועית ולא רק במישור הרווח האישי של כל חבר בקהילה המקצועית. האלמנט החברתי מנביע את הצורך שצויין לעיל בקיום סטנדרטים אתיים מחייבים בתוך הקהילה המקצועית.
5. דרישות רישוי, מבחני כשירות מקצועית ושאר דרישות מקדימות לשם התקבלות אל תוך הקהילה המקצועית³¹.

Black's Law Dictionary (5th ed. 1979), 864 28
29 שם, בע"מ 1089.
30 ע"פ:

Mackinnon, "Computer Malpractice: Are Computer Manufacturers, Service Bureaus, and Programmers Really the Professionals They Claim to Be?", 23 Santa Clara L. Rev. (1983) 1065, 1078 (להלן: מאמר מקינון);

Lincoln Rochester Trust V. Freeman, (1971) 355 N.Y.S 2d. 336, 339.

31 דרישות שסוציולוגים מגדירים, כאמור, כאסטרטגיות של סגירות חברתית המגינים על הקהילה המקצועית ועל גוף הידע האוטונומי המאפיין אותה ומאפשר שליטה וויסות לקבלת חברים חדשים ושמירה על "כבוד המקצוע".

קיום "יחסים מקצועיים" עשוי לגבש אחריות נזיקית גם בין צדדים לחוזה מופר, דבר זה הופך את הגדרת המונח "יחסים מקצועיים" למרכזי לשם גיבוש אחריות בגין רשלנות מקצועית בין יועץ ללקוח המקבל שירותי יועץ לקויים. ההנחה הינה כי לרוב יהיה קל יותר, מבחינה משפטית לגבש אחריות כלפי איש מקצוע - מומחה המספק שירות לבין ספק שירות שאיננו "מומחה".

נראה³² כי המאפיין הבעייתי ביותר בין המאפיינים שלעיל הינו קיום הליך רישוי/בחינה לשם קיום כשירות מקצועית, שכן ללא מנגנון סינון יעיל ובעל אמצעי אכיפה יעילים לא יהיו שאר המאפיינים ברי יישום.

ביהמ"ש בהשתמש במונח הרשלנות המקצועית שלעיל העניקו לו עם הזמן משמעויות רחבות בהרבה מאשר המשמעות הראשונית שהיתה לו כפי שהצטיירה לעיל. בתחילת הדרך התייחס המונח רשלנות מקצועית בעיקר בעניינין של פעולות רפואיות רשלניות אך לאורך השנים נוספו גופי ידע מקצועיים שונים כגון: רוקחים, מהנדסים, עו"ד, רו"ח וכו' כבעלי מקצוע המאופיינים ע"י מומחיות ספציפית שמכניסה אותם תחת כנפיה של האחריות המורחבת של חובת הזהירות המיוחדת של "אדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד"³³.

השאלה העומדת בפנינו הינה האם, ובאיזו מידה נכנסים יחסי יועץ מיחשוב - לקוח המקבל את שירותי היעוץ הללו, אל אותה מסגרת מסורתית של יחסי בעל מקצוע/מומחה - לקוח כמתואר לעיל. האם יש לראות באיש מחשבים המחווה את דעתו המקצועית, מתכנן מערכת או יוצר תוכנה כמומחה באותה משמעות המיוחסת לחו"ד של רופא כלפי חולה המטופל על ידו או שמא יש לראות באיש המחשבים לא יותר מספק שירותים גרידא.

נראה כי קשה למצוא מיתאם בין המאפיינים המסורתיים שפורטו לעיל לבין תכונותיו המקובלות של איש המחשבים, באשר עדיין קיים בימינו שוק פרוץ כמעט לגמרי בו כל דיכפין עשוי ליטול לעצמו איצטלא של מומחה מחשב וטרם גובשה, כאמור, כל מדיניות אחידה, בין מדינתית-רגולטיבית ובין מקצועית - אתית להגדרת גוף הידע האוטונומי ולא כל שכן ליצירת מערכת של אתיקה מקצועית מחייבת.

32 ע"פ מאמר קונדו, ע"מ 325.

33 ס' 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקנ"ז).

כיצד אם כן יכולים המצדדים בהחלט סטנדרט האחריות המקצועית לישים תפיסתם ללא היזקקות למאפיינים הקלאסיים? נבחן את דרך התמודדותו של ביהמ"ש עד לפס"ד Groves:

נראה כי הקביעה הקרובה ביותר להטלת אחריות בגין רשלנות מקצועית על אנשי מחשב היתה בפס"ד F&M³⁴ שם בעינינו של בית תוכנה אשר שירותיו נשכרו לשם פיתוח מערכת מחשב חדשה אשר מעולם לא הצליחה להכנס למהלך פעילות תקין, קבע ביהמ"ש כי היתה הסתמכות משמעותית (substantial reliance) מצד הלקוח כיוון שהביטויים הטכניים וההסברים המקצועיים בהם השתמשו אנשי המחשב שעה שהסבירו על מהלך פעילותם, על תוכניותיהם ועל המאפיינים של המערכת אותה תכננו היו ברמה כזו שמנעה מהלקוח בהיותו "הדיוט" מלקיים פיקוח יעיל על תוכן העבודה המתבצעת עבורו ע"י המתכננים והמתכנתים. לגישת ביהמ"ש: שימוש בשפה מקצועית המונעת מלקוח סביר שאינו איש מקצוע להבין מהותית את המתרחש בסביבת הפיתוח וקיום מצב בו כל תקלה משמעותית אינה עשויה להתגלות אלא לאחר מסירת המערכת (בפועל: לאחר סיום מערכת היחסים הפורמלית בין איש המחשב ללקוח), הרי שנוצרת מערכת מיוחדת של אחריות מצד ה"יועץ" כלפי הלקוח.

למרות הקביעה הנ"ל לא היתה החלטת ביהמ"ש הסופית מבוססת על דוקטרינת הרשלנות המקצועית באשר הועלתה בפני ביהמ"ש טענת התיישנות דיונית אשר, בסופו של דבר הביאה את הצדדים לפשרה מחוץ לכותלי ביהמ"ש³⁵. המעניין הוא שבימ"ש קבע אגב אורחא כי מרוץ תקופת ההתיישנות מתחיל בעת סיום מערכת היחסים הפורמלית ומסירת המערכת. יש בקביעה דיונית זו סעד רב לנפגעי יעוץ בתחום המחשב באשר הוא מאפשר ללקוח זמן רב יותר לגילוי "הפגמים הנסתרים" באשר רוב שיטות התכנות המקובלות אינן, מאפשרות ניקוי שגיאות (דיבאגינג) מלא ופגמים רבים מתגלים רק בשלב המאוחר יותר של עבודה שוטפת³⁶.

נראה כי רק בשנת 1986 נפרצה הדרך שהורחבה אח"כ בפס"ד Groves וזאת בפס"ד L.H. Smith³⁷ בו התקדם ביהמ"ש אל מעבר לכלל המסורתי של רשלנות מקצועית בהטילו אחריות מסוג זה על איש מחשבים אשר ביעוץ שנתן, בדומה למקרה שלעיל גיבש אחריות מיוחדת במערכת היחסים בינו לבין הלקוח. הבעיה היתה שהחלטה מהפכנית זו נתפסה בעיני רוב המבקרים כהחלטה חריגה

F&M, Electronic Shaefer Corp. v. Electronic Data Systems, No. 76-3982 34 (S.D.N.Y. Mar. 28, 1977).

³⁵ מצב נפוץ במיוחד, כפי שנראה להלן.

³⁶ תופעה זו הביאה לפיתח שיטת ה-Beta Site המהווה היום שלב אחרון בשלבי התכנות. הכוונה היא לתפעול המערכת בתנאי עבודה אמיתיים, בין בבית התוכנה עצמו ובין אצל לקוחות המתנדבים לשמש "שפני ניסוי". ההפעלה האינטנסיבית בסביבת עבודה אמיתית עשויה לגלות תקלות סמויות ותיקונן עוד בטרם שלב ההפצה המסיבי. שלב בדיקה זה עשוי לחסוך הוצאות תיקון יקרות ופגיעה בשמו הטוב של בית התוכנה בעיקר במערכות המהוות "תוכנות מדף".

Data processing Services, Inc. v. L.H. Smith Oil Corp., 492 N.E.2d 37 314 (Ind. Ct. App. 1986)

שמשמעותה מוגבלת לתחומי מדינת אינדיאנה בה ניתנה³⁸.

אך נראה כי החלטה זו מהווה את הבסיס הרעיוני לפס"ד Groves באשר ביהמ"ש בפס"ד L.H. Smith קבע כי כאשר אדם מציג עצמו כמי שברשותו ידע וכישורים (skill and Qualifications) מיוחדים בתחום עיסוקו הרי הוא משול כמי שמכריז על עצמו כי הוא פועל בזהירות ובשקידה שמופעלים ברגיל ע"י חברי הקהילה המקצועית בעלי הידע המלא והמעודכן בתחום. ביהמ"ש קובע בפירוש כי העקרון חל במלואו על מי שנוטל על עצמו חובה (חוזית) לפיתוח ותכנון מערכת מחשב³⁹. בין השאר קבע ביהמ"ש כי יועץ המיחשוב הנתבע אכן הציג עצמו כמי שהינו בעל הכישורים הדרושים לשם פיתוח המערכת שהוזמנה ע"י הלקוח, זאת מקום שה"מומתה" ידע כי אין ברשותו את הידע, הנסיון והכישורים הללו וכשהיה ברור לו כי הלקוח (התובע) מסתמך על מצגו. בכך גיבש ביהמ"ש מספר יסודות מרכזיים של עוולת הרשלנות המקצועית⁴⁰:

1) מצג של מומחיות ויכולת המתבטאת בידע, ניסיון, כישורים וכו' שיש בהם כדי ליצור ציפיות גבוהות אצל הלקוח הסביר.

2) המצג איננו נכון/מדויק במידה כזו שיוצר סביר של מצג מסוג זה יכול ליצפות כי:

א. תוצר הסתמכות חזקה של הלקוח על המצג.

ב. אי התאמת המערכת לציפיות הלקוח עלולה לגרום לנזק לעסקו של הלקוח או לכל שימוש שיעד למערכת שאותה הזמין ושעל קיומה הסתמך.

כאמור, רק בפס"ד Groves, פיתח ביהמ"ש את מלוא היקף הדוקטרינה באשר בדיקתו את תהליך קבלת ההחלטות המקצועיות של יועץ המיחשוב העלתה כי בשלבים שונים של תכנון ופיתוח המערכת קיבל איש המחשב (חברת Ernst & Whinney) "החלטות מקצועיות שגויות ברמת המערכת" אשר יש בהן כדי לגבש אחריות מיוחדת באשר אלה החלטות מהסוג שאיש מקצוע סביר מסוגם של המשיבים לא היה מקבל בנסיבות ובהתחשב ביתרון הידע העצום שהיה להם ביחס ללקוח⁴¹.

Westermeier & Porter: "Computer Consultant's Liability", Software 38
Protection (1989), 1.

39 שם, בע"מ 330.

40 בע"מ 320 לפס"ד.

41 בע"מ 296 לפס"ד.

החלטה זו מהווה מהפך ביחס להחלטות קודמות של בימ"ש בארה"ב שכן:

הן בפס"ד Triangle⁴² והן בפס"ד Chatlos⁴³ קבעו ביהמ"ש כי יועצי מיחשוב אינם ברי תביעה על יסוד רשלנות מקצועית באשר אין מיתאם, כאמור לעיל, בין מאפייניו של איש המחשב הממוצע לבין המאפיינים שלעיל לעיניין "המקצוע" והרשלנות המקצועית.

כך למשל, בפס"ד Chatlos רכשו הקונים מערכת מחשב עיסקי אשר סבל מבעיות תוכנה חמורות ביותר שלא נפתרו למרות נסיונות דיבאגינג חוזרים ונשנים. כאן אושרה קביעת ביהמ"ש קמא כי:

" simply because an activity is technically complex does not mean that greater potential liability must attach⁴⁴".

גישה זו ממשיכה את קו המאפיינים המסורתי של הגדרת "מקצוע" אך נראה כי יש בו מידה של התעלמות מהעובדה שככל שהעיניין לגביו מקבלים יעוץ וחו"ד הינו מסובך ומורכב יותר מבחינה טכנית ביחס לרמת ידיעותיו של הלקוח הממוצע הרי שהסבירות כי לקוח פלוני יסתמך על חוות הדעת הניתנת לו ע"י מי שנחזה בעיניו כמומחה לעיניין גדלה. נראה כי מכשול זה לא נעקף סופית עד פס"ד Groves.

בפס"ד Groves, היה הרבה פחות ברור, ביחס לפס"ד L.H. Smith, כי יועץ המיחשוב אכן ידע כי הוא משולל את הכישורים הדרושים לשם ביצוע התפקיד שנטל על עצמו, קרי של ייעוץ בדבר הקמת מערכת עיבוד נתונים במפעל ייצור הבגדים של הלקוח. "יועץ המיחשוב" היתה שותפות שעסקה בעיקר בהנהלת חשבונות וביעוץ בעינייני מינהל עסקים.

המצג בפס"ד Groves התבטא בהבטחה ליצור מערכת מחשב שאיננה דורשת הכשרה מיוחדת של המפעיל⁴⁴.

בפועל קיבלה חברת Diversified (הלקוח) מערכת אשר היתה בעייתית לתפעול ולא עמדה בשום קנה מידה בצרכי הלקוח ובציפיותיו הסבירות ממערכת כזו.

Triangle Underwriters, Inc. v. Honeywell, Inc., 604 F.2d 737 (2d Cir. 42 1979).

Chatlos Systems, Inc. v. National Cash Register Corp., 670 F.2d 1304 43 (3d Cir. 1982)

Chatlos Systems, Inc. v. National Cash Register Corp., 479 F. Supp. 44 738, 740 (D.N.J. 1979)}"

⁴⁴ מערכות אלו מכוונות בעגה המקצועית "Turnkey Systems" באשר הפעלתן משולה לתפעול מכונית אשר אינה מצריכה הסבה כלשהי במעבר בין דגם לדגם והפיתוח סובב סביב עקרונות תפעול יסודיים שאינם משתנים ומאפשרים מעבר חלק בין מערכת למערכת ובין גירסה לגירסה.

ביהמ"ש הגיע, בשל עובדות אלה לקביעה כי:

" Professional persons and those engaged in any work or trade requiring special skill must possess a minimum of special knowledge and ability as well as exercise reasonable care ... E&W (היועצים-פ.צ.) failed to act reasonably in light of its superior knowledge and expertise in the area of computer systems⁴⁵".

מעניין לציין כי גם סי' 13 לחוק המכר ואספקת שירותים האנגלי משנת 1982⁴⁶ קובע כי העוסק בפיתוח ובאספקת (development & supply) מוצר יבצע פעולותיו תוך הפעלת "reasonable care and skill"⁴⁷ העקרון הבסיסי שהנחה את ביהמ"ש בפס"ד Groves בישום סטנדרט ההתנהגות החמור יותר "איש מקצוע" על יועצי המיחשוב שנתבעו בפניו היה:

" E&W possessed superior knowledge in this area; (Diversified) contracted for the benefit of E&W's expertise. Based on (Diversified's) allegations, E&W was properly held to professional standard of care⁴⁸".

יש בכך התייחסות חשובה לבעייתיות הרבה העופפת לא רק את תחום היעוץ במחשבים אלא, בהיות התחום משולב יעוץ-תכנון-תכנות-החזקה ובהיותו שוק בו השינויים הסכופים ועצומים בהיקפם, יש באומנות הטמעת מערכות המחשב גם פן "פסיכולוגי" לא פשוט. נראה כי באופן מודע למחצה, לקוחות של טכנולוגיה מתקדמת אינם רק "בלתי בקיאים" בתחום אלא אף מגלים "חרדת מחשבים" אשר מוצאת את ביטוייה בחשש אמיתי המלווה בני אדם רבים גם שנים לאחר שהחלו משתמשים במערכות וקשיים כאלה או אחרים להסתגל למערכות חדשות של תוכנה וחומרה⁴⁹ בדיקת הגורמים לחרדת הטכנולוגיה חורג, כמובן, מהיקף עבודה זו אך די אם נציין כי אחת השלכות של אותה תופעה הינה נטיה יתרה להסתמך על יועץ המיחשוב בעל המומחיות, לקבל את

45 בע"מ לפס"ד 296.

46 Supply of Goods and Services Act 1982.

47 עקרון שיש בו מעין שילוב של עקרון הרשלנות המקצועית ודוקטרינת האחריות למוצרים, שנבחן בהמשך.

48 ש.ס.

49 דוגמא קיצונית ל"חרדת מחשבים" ניתן למצוא במקרה הטרגי בו הכיר ביה"ד לעבודה בארוע של אוטס שריר הלב אצל עובד כ"תאונת עבודה" שנבאה מחרדת העובד "שהיה חסר כל הכשרה וידע בהפעלת מחשב, (ו) ראה בהכנסת המחשב סכנה מוחשית להמשך עבודתו במפעל ... לאור העדר נסיונו...". בד"ע (חי') מב/0-180 סנדק נ' המוסד לבטוח לאומי, טרם פורסם (מופיע בספר נ' אסיא בע"מ פד-21).

חוות דעתו כלשונו ואף לפתח כלפי המערכת המומלצת ציפיות בהיקף רחב יותר מאשר היו מתפתחות בתחום רכישה/חו"ד אחר (רכישת מכונית ?) 50.

קונדו מצטט במאמרו⁵¹ את אמרתו של Carl Liewellyn משנת 1937:

" This is the question of consumer. Of helpless consumer. Of consumer who takes what he gets, because he does not know enough, technically, to test even what is before his eyes".

מעניין לציין כי ביהמ"ש לא מצא כל פגם ב"מקצועיות" שייחס לשותפות בגין עיסוקם הרגיל בתחום הנהלת החשבונות, ביהמ"ש התייחס אך לעובדה שבמערכת היחסים שבפניו פעלה השותפות כיועצים לעינייני מיחשוב ללא קשר לעיסוקים אחרים אותם לא הציאו ולא נתנו כשירות לתובעים. בעשותו כן, עקף ביהמ"ש את ההגדרות הצרות - מסורתיות של "מקצוע" שפורטו לעיל תוך קביעת מבחן אחר שמבוסס ברובו על מידת ההסתמכות של הלקוח על נותן השירות.

העקרון במבחן זה הוא פשוט ונוח ליישום: בשל היות מערכות מחשב עיניין מורכב ומסובך מכדי שהלקוח הסביר יכול לשלוט בכל רזיו ואף במקצתם, על יחסי "מומחה מחשבים", הנותן יעוץ, והלקוח יש להחיל את סטנדרט ההתנהגות והיקף האחראיות שמטילים על אנשי מקצוע מומחים במובנם הקלאסי (רופאים, עו"ד, רו"ח וכו') למרות העדר העמידה במאפיינים הקלאסיים. התוצאה שמתקבלת הינה יצירת עילת תביעה בגין רשלנות מקצועית גם ביחס לסוגי עיסוק ויעוץ שאינם עומדים במאפיינים המסורתיים של "מקצוע".

50 להרחבה, ראה מאמר דלומיו, ע"מ 648.
51 בע"מ 330.

האם יש הצדקה להבחין בין ספק לבין יועץ לצורך החלת הסטנדרט ?

בפס"ד Triangle, החליט התובע לרכוש מערכת חדישה של עיבוד נתונים מהנתבע לאחר שקיבל את עצתו לגבי איזה סוג מערכת ישרת אותו בצורה האמינה ביותר. גם כאן נוצר מצג של אפשרות יצירת מערכת קלה להטמעה ופשוטה לתפעול, גם כאן המערכת הכזיבה בצורה קשה ואף גרמה לפגיעה בלתי הפיכה בעסקו של הלקוח. חשוב לציין שההבדל המהותי היחיד בין עובדות פס"ד Triangle לאלו של פס"ד Groves המאוחר יותר היתה העובדה שבפס"ד Triangle היועץ היה גם מי שמכר בפועל את המערכת עליה המליץ ללקוח ולא הסתפק ביעוץ בלבד. עובדה זו חשובה, שכן נראה כי ביהמ"ש מסתמך עליה בקובעו כי אין ליחס משמעות רבה מידי לעובדת הבדלי הידע והניסיון שבין היועץ/מוכר לבין הלקוח שכן:

" The manufacturer of a large, complicated, and expensive piece of machinery may be presumed to know more about its workings than the purchaser, at least in most cases⁵²".

ובכך סוגר ביהמ"ש את הגולל על טענת ההסתמכות של הלקוח באשר אין הוא מוכן לעשות שימוש במבחן שהתקבל מספר שנים מאוחר יותר בפס"ד Groves, שכן ביהמ"ש לא מוצא כל חפיפה בין יועץ מיחשוב "חיצוני" לבין היועץ-ספק שעמד לפניו.

נראה כי ההבחנה שמצא ביהמ"ש איננה הבחנה הכרחית שכן תתכן התייחסות אשר לפחות תפריד בין שני כובעיו של היועץ-ספק ותבחן תחילה את האספקט התכנוני - ייעוצי של השירות שנתן. שלב זה אינו שונה כלל מהשירות שניתן בפס"ד Groves ונראה כי בשלב זה יש מקום להחיל את מבחן ההסתמכות שהוחל בפס"ד זה. סביר כי בשלב זה תבחן מידת ההתאמה בין צרכיו של הלקוח ורמת הציפיות שפיתח כלפי המערכת (וההסתמכות שהיתה לו על עצתו של "היועץ") מחד, מול אופיו של המפרט הטכני שגיבש והיווה את תווית דעתו המקצועית ועיצותיו ברות היישום, מאידך. רק בשלב השני יש מקום לבחון את התנהגותו של הנתבע תחת כובעו כספק ומידת ההתאמה שבין המפרט הטכני שגיבש "היועץ" למערכת החומרה/תוכנה שסיפק בפועל "הספק".

ביהמ"ש של Triangle מצטייר כמי שמשרטט קו הפרדה חד בין יועץ מחשב "חיצוני" לבין מי שמספק בפועל את החומרה/תוכנה. מעניין לציין כי ביהמ"ש קובע קיום אחריות כבדה דווקא על כתפי ספק המחשב לדאוג להתאמה מיטבית בין הציוד שנימכר לבין צרכיו של הלקוח אך שולל את הגדרת המקצועיות כפי שמצאה את ביטויה בשנת 1989 בפס"ד Groves.

מן הראוי לציין כי ההתקדמות הטכנולוגית והטמעת המחשב כמעט בכל תחומי החיים הביאה למצב בו לא תמיד יש בתוכנות מדף כדי לספק את הדרישות היחודיות של לקוחות המעוניינים למצות את מירב הפוטנציאל של מערכת המחשב שברשותם. מצב זה יוצר צורך הולך וגובר לא רק במי שסיפק את המערכת אלא במומחים אשר יפעלו כדי להתאים מערכת פלונית לצרכיו היחודיים של לקוח אלמוני. המערכות המודרניות, בעיקר של תוכנה אך גם של חומרה הינן מערכות גמישות בעלות תכונות מודולאריות

המאפשרות למומחה המחשב להתאים את המערכת הסטנדרטית שהוא לעיתים קרובות הספק שלה לצרכיו הספציפיים של הרוכש. ברור כי תופעה זו מרבה את המצבים בהם אין אדם נושא בעול יועץ המחשבים בלבד אלא משמש, כאמור כיועץ/מתכנן/מתכנת/מתחזק וכו' וזאת בעיקר במערכות "תפורות" אך גם, כאמור בשוק "תוכנות המדף".

לאור האמור לעיל, ברורה התמיהה שמעלה פס"ד Triangle, באשר הוא איננו מונע קיום אחריות בגין רשלנות מקצועית של מי ששירותיו נשכרו כדי שיאתר תוכנת מדף שתתאים בצורה מיטבית לצרכי הלקוח אך מונע אחריות כנ"ל על מי ששירותיו נשכרו בכדי ליצור מערכת מחשב כזו ע"י תכנונה ויצורה כך שתתאים לצרכיו של הלקוח (תוכנה תפורת).

ניתן לבקר הבחנה מלאכותית זו בשתי דרכים:

- (1) ספקים בענף המחשב פועלים, כאמור, לעיתים קרובות גם כיועציהם של הלקוחות טרם המכירה ואף אחריה אך גם ספק "רגיל" המוכר מוצר חומרה/תוכנה ללקוח "הדיוט" אשר ידיעתו בתחום מוגבלת משמש בדרך זו או אחרת כיועץ, אחרת לא יהיה ללקוח שום בסיס של מידע עליו יוכל להסתמך בבחירתו את המערכת אותה ירכוש. העובדה כי ספק פלוני מוכר "מוצר" במובן של נכס מוחשי בנוסף למתן ייעוץ לגבי בחירת אותו "מוצר" ותפעולו, אין בה כדי להפחית את מידת הסתמכותו של הלקוח על הייעוץ שקיבל, במיוחד כשמדובר בלקוח שמידת ידיעותיו בתחום היא אפסית (כמו שקורה לצערנו בחלק גדול ממקרי רכישת מערכות מחשב). מבחן מידת הסתמכות הלקוח על עצתו המקצועית של המומחה הודגם יפה בפס"ד Strand⁵³

שם נקבע כי:

" where reliance was placed upon the expertise of an established concern that had the required information in its exclusive possession, the manufacturer (במובנו הרחב, גם ספק ויועץ - .פ.צ) was under obligation to ... avoid misleading impression."

- (2) ע"פ קונדו⁵⁴, ההבחנה הנ"ל אינה לוקחת בחשבון כי גם מומחים במובנם המסורתי כגון רופאים, עו"ד וכו' עוסקים, לעיתים בפועל בהספקת שירותים אך גם במכירה והספקת "מוצרים". לשם דוגמא מביא קונדו את העו"ד הכותב צוואה עבור לקוח ומעלה את האפשרות לראות פעולה זו כמורכבת משני אלמנטים משולבים: מתן ייעוץ "טהור" בדיני ירושה אך גם "מכירת" מוצר מסוג "צוואה" אותה "ייצר" במשרדו או לחילופין, מתן שירות נוסף מסוג של כתיבת הצוואה עבור הלקוח.

Strand v. Librascope, Inc., 197 F.Supp. 743 ,752 (E.D. Mich. 1961) 53
54 בע"מ 331 למאמרו.

נראה כי אין הבדל מהותי בין מידת הסתמכות הלקוח על מי שעוסק בייעוץ "טהור" בלבד לבין מי שמלבד תפקידו כיועץ גם מספק/מתכנן/מתכנת/מייצר את המערכת עליה הוא ממליץ. יתכן שניתן לטעון כי על מי שלא מסתפק רק ביעוץ תאורטי בדבר המערכת המתאימה ללקוח ספציפי אלא אף לוקח על עצמו את יצירת אותה מערכת או לפחות מכירת רכיביה הפיסיים והלוגיים, לוקח על עצמו מידה רבה הרבה יותר של אחריות באשר הוא הופך, בעיני הלקוח לספק המידע היתיד, באשר אין ללקוח גורם ביקורת נוסף בדמות מי שעליו מוטלת אחריות נפרדת להוצאה לפועל של תכנונו/עיצותיו של היועץ. נראה שאין צורך להכביר מילים על הקשיים הכרוכים בהוצאת רעיונות מופשטים וייעוץ שלעיתים "חוטא" בתאורטיות רבה מידי, אל הפועל, כך שיתכן שיש מקום לייחס ליועץ/ספק קירבה רבה יותר לסוג הפעילות המאפיין את בעלי המקצוע המומחים במובנס הקלאסי באשר על כתפיו מוטלת אחריות רבה יותר כלפי לקוחו ולו רק בשל העדר גורם ביקורת נוסף כאמור ותהליך ארוך ו"מסוכן" יותר עד סיום מתן השירות, תהליך בו עליו לדאוג מראש כי היעוץ יתאם את יכולתו להוציא את אותם רעיונות מהכוח אל הפועל.

דוקטינת האחרייות מכללא לטיב מוצר

לכאורה, ניתן לטעון בפס"ד Triangle טענה חלופית כי לספק היתה אחרייות לתקינות המוצר אותו מכר (טענה שלא ניתן היה, כמובן להעלות בפס"ד Groves) המקבילה לסטנדרט האחרייות בגין רשלנות מקצועית אך איננה נובעת מאותו מקור כטיעונים שלעיל.

העיניין מעלה שאלה מקדמית והיא האם ניתן לראות בתוכנה עצמה משום "מוצר" או שמא היא מהווה משום "שירות" של היועץ/מתכנן/מתכנת כלפי הלקוח. ההתרכזות בשאלת התוכנה כמוצר נובעת מהעובדה שהמחשב עצמו בהיותו "חומרה" קל הרבה יותר לראותו כמוצר באשר שימושו הלוגי נובע ממהותו החומרית שלא כתוכנה אשר מהותה מגולמת בלבד בחומר הפיסי ועיקר שימושה נובע ממהותה "הרוחנית". בחלק הבא ננסה להתמקד בשאלת התוכנה כמוצר תוך שימת דגש על תיכנות כפעולה העיקרית המתאימה "פלטפומה" אוניברסאלית כמעט של מחשב (בחלק מכריע של המקרים מחשב אישי, סטנדרטי במהותו) ליחידת עיבוד נתונים בעלת יישום יחודי המתאים לצרכי הלקוח. נראה כי החלק המרכזי בתהליך הייעוץ שסופו בהפעלת מערכת ספציפית בעסקו של לקוח פלוני, הינו תהליך התכנות והתאמת התוכנה לצרכי הלקוח.

בהתאם להגדרה הרחבה שהובאה למונח "תוכנה" לעיל, יקיף המונח גם את אותם חלקי חומרה בעלי תפקודים לוגיים. במילים אחרות: לא נראה כי קיימת בעיה לראות בכל החלקים הפיסיים, משום "מוצר" ואנו ננסה להתמקד בשאלת היות החלקים הלוגיים של מערכת מחשב וחוות דעת שהביאו ליצירתם, משום "מוצר".

האם ניתן להגדיר תוכנת מחשב כמוצר ?

נראה כי קיימת מחלוקת עמוקה בשאלה האם חומר מחשב ובעיקר תוכנה מהווה משום שירות או שמא ניתן לראות בו משום מוצר או טובין. בפסיקה האמריקאית ניתן למצוא התייחסויות לשאלה מזויות שונות ולעיתים אף סותרות:

בפס"ד RRX 55 קבע ביהמ"ש הקליפורני כי תוכנה לשימוש מעבדות רפואיות הינה "טובין" לעניין חוקי המסחר המקומיים.

בפס"ד L.H. Smith 56 נקבע כי חוזה לפיתוח תוכנה תפורה לצרכי הלקוח הינה חוזה לאספקת שירות וזאת משום ששום חומרה לא נמכרה בנוסף לתוכנה שביהמ"ש העדיף לראות בה משום שירות.

RRX Industries, Inc. v. Lab-Con, Inc., 772 F.2d 543 (9th Cir. 1985), 55 546.

56 ראה ה"ש 37, בע"מ 318 לפס"ד.

לעומת זאת בפס"ד Analysts⁵⁷ ראה ביהמ"ש בהתחייבות לכתיבת תוכנה ע"פ מפרט צרכיו של לקוח משום מכר טובין למרות שגם במקרה זה לא היתה כל אספקה של חומרה.

בפס"ד West Outer⁵⁸ הפנה ביהמ"ש את השאלה אל חבר המושבעים כשאלה שבעובדה. חבר המושבעים קבע כי חוזה לתכנון ופיתוח תוכנה הינו חוזה למכר טובין.

קיימות⁵⁸ מספר דרכים להעברת תוכנה (במובן של העברה מיד ליד, בין מוכר לקונה):

- א. העתקה: ממדיה אחת למדיה אחרת (ראה הגדרת המונח "תוכנה" לעיל). לדוגמא ניתן להביא העתקת תוכנה מכונן קשיח של מחשב אחד, לדיסקט (Floppy) וממנו לכונן הקשיח של מחשב אחר.
- ב. העברה באמצעות תקשורת נתונים (Download): לדוגמא ע"י העברת קובצי תוכנה באמצעות האינטרנט בין מחשבים שונים הממוקמים במרחק גדול זה מזה אך מחוברים באמצעות קו טלפון, מודם ורשת תקשורת נתונים.
- ג. העברת תעתיק התוכנה: מצב נדיר יחסית, בו מקבל הלקוח תדפיס של התוכנה בשפת מקור והוא עצמו מתכנת את מחשבו. ברור שהתכנות ע"י הלקוח אינו אלא הקלדת פקודות התוכנה אל תוך זכרון המחשב שלו בעוד שפעולת חיבור הפקודות לגדר תוכנה מתאימה וברת הפעלה נעשתה כבר ע"י המתכנת/מתכנן עצמו⁵⁹. דרך זו אינה נפוצה בהיותה מסורבלת ובעלת סיכון גבוה של טעות בהקלדה ע"י מי שאינו מומחה. כאמור, בד"כ לא יקבל הלקוח תעתיק פקודות התוכנה בשפת המקור אלא רק במקרים נדירים וגם אז רק לשם גיבוי, מעקב והחזקה. ברוב המוחלט של המקרים יקבל הלקוח את התוכנה במצב של שפת יעד.

ס' 61 לחוק המכר האנגלי⁶⁰ מגדיר:

" Goods - ... including all personal chattels other than things in action and money"

Analysts International Corp. v. Recycled Paper Products, Inc., (No. 57 85-C-8637 (N.D. III.1987) (ע"מ 638) (מתוך מאמר דלומיו, ע"מ 638).

West Outer Drive Medical Center v. Compucare, Inc., No 80-73315. 58 (מתוך מאמר דלומיו, ע"מ 638) (E.D. Mich. 1989).

Scott, A.: "Software as 'goods': nukkum simile est idem", ע"פ 58: (להלן: מאמר סקוט) 133 (1987), 3 Computer Law & Practice

59 אם כי עדיין נעשה שלב ההמרה לשפת היעד במחשב הלקוח עצמו, כמוכח. Sale of Goods Act 1979 60.

גם סי' 1 לחוק המכר הישראלי קובע כי: "מכר הוא הקניית נכס תמורת מחיר" כלומר, הדגש הוא סביב היכולת לרכוש זכויות קנייניות בדבר בכדי להפכו לטובין שניתן למכרם ולהתייחס לפעולות שבין הספק לקונה כאל מכר של מוצר.

בעבר, נראה כי היתה קיימת בעייתיות להתאמת תוכנה, בהיותה מידע האגור בצורה מקודדת על פני מדיה כלשהי, להגדרה המתייחסת לזכויות קנייניות.

היום, די אם נזכיר את סי' 2א לפקודת זכויות יוצרים הישראלית⁶¹, את התיקון משנת 1980 לחוק זכויות יוצרים האמריקאי ע"י Computer Software Amendment Act ואת סי' 178 לחוק הקניינים הרוחניים האנגלי⁶² שקובעים מפורשות קיום זכויות קניינין רוחני בתוכנת מחשב.

הבעיה היא שאין בקביעה זו כדי לענות על השאלה האם ניתן לראות ביחסים שבין איש מחשב המתכנן, יוצר ומתכנת תוכנת מחשב עבור לקוח פלוני משום מוכר במובנו הרגיל המספק מוצר/נכס תמורת תשלום, שכן קשה למצוא הבדל בין המידע המועבר באחת הדרכים שלעיל לבין מידע, למשל מסוג נוסח צוואה, שניסח עו"ד ומוסר על גבי דיסקט או אף נייר מודפס ללקוח שביקש את ניסוח המסמך. ברור כי לא יראו בפעולה משום "מכירת" הצוואה כי אם שירות המתבטא בפעולת הניסוח שלה ("מכירת" הנייר + הדין שעליו או, לחלופין הדיסקט ובו נוסח הצוואה נחשבת זניחה או תכלול בסעיף ההוצאות הנלוות לחשבון שכ"ט שיגיש העו"ד בגין שירות).

נראה כי הפס"ד הראשון בו נקבע מפורשות כי עיסקה לאספקת מערכת מחשב שהורכבה הן מחומרה והן מתוכנה מהווה עסקה למכירת מוצר/טובין היה פס"ד Toby⁶³ האוסטרלי במובנו של חוק המכר של New South Wales⁶⁴. הבעיה היתה שביהמ"ש השאיר בצריך עיון את השאלה האם תוכנה לכשעצמה מהווה מוצר/טובין לעיניין עיסקת מכר.

נראה כי עצם השאלה היכן עובר קו הגבול בין חוזה למכירת מוצר לבין מתן שירות הינה שאלה שהטרידה את ביהמ"ש האנגליים כבר לפני שנים רבות:

בפס"ד Clay⁶⁵ בדק ביהמ"ש את השאלה ע"פ מבחן הכולל השוואה בין ערכם של חומרי הגלם לבין ערכם המוסף ע"י העבודה שהושקעה בהם. ביהמ"ש מצא כי קיום ערך מוסף

61 פקודת זכות-יוצרים, 1924.

62 The Copyright, Designs And Patent Act, 1988.

63 Toby Constuctions Products Pty. Ltd. v. Computer Bar Sales Pty. Ltd., (1983) 2 NSWLR 48.

64 Sales of Goods Act 1923 (NSW).

65 Clay v. Yates, (1856) 1 H&B 73.

גבוה הופך את העבודה שהושקעה לעיקר העיסקה, לכן בדוגמא שלעיל: ההפרש העצום בין ערכו של נייר חלק + דינר לבין צוואה שנוסחה ונרשמה על הנייר ע"י העו"ד מעניק משקל מרכזי לאספקת שירות ניסוח הצוואה והופך את "עיסקת מכירת הנייר + הדיו" (חומרי הגלם) לזניחה ביותר.

בפס"ד Lee⁶⁶ אומץ מבחן שונה הבדק את תוכנו המהותי של החוזה הספציפי, באשר אם תוצאת החוזה היא העברת מטלטלין בין הצדדים, לא ניתן לתבוע בגין שירות פגום או עבודה לקויה, אך אם תוצאת החוזה אינה מפיקה כל דבר שעשוי להיות נכס בר העברה => מדובר בחוזה לאספקת עבודה או שירות.

צעד נוסף בהבחנה נעשה בפס"ד Robinson⁶⁷ שם הועלה הרעיון כי צייר שלא סיפק כנדרש ציור שהוזמן אצלו לא הפר חוזה למכירת מוצר/טובין אלא בגדר הפרת חוזה לאספקת עבודה ו/או שירות, שכן הפרשנות שהוענקה להלכת Lee שלעיל היתה:

" If the substance of the contract is that skill and labour have to be exercised for the production of the article and that it is only ancillary to that there will pass from the artist to his client or customer some materials in addition to the skill involved in the production of the portrait, that does not make any difference to the result, because the substance of the contract is the skill and expertise of the artist in producing the picture⁶⁸."

החלטה זו זכתה לביקורת רבה גם בקרב שופטי הרוב בפס"ד באשר היתה בה משום התעלמות ממהות התוצאה של ביצוע החוזה ופירוש מרחיב מדי⁶⁹.

למרות זאת, נראה כי הלכת Lee לא התכוונה למבחן גורף לפיו כל עיסקה המסתיימת בהעברת מיטלטלין הינה, בהכרח עסקת מכר טובין ואף תומכיה רואים בה אך סייג הקובע כי לא תתכן מכירת טובין מקום בו נשוא החוזה אינו עונה על הגדרת "טובין" ו/או מוצר, כך ששאלת ההבחנה מוצר - שירות לא זכתה עדיין לתשובה מלאה.

דעת הרוב בפס"ד Robinson גם טרחה להבחין בין צייר המצייר ציור שהוזמן אצלו ע"י לקוח לבין סוחר חפצי אומנות הרוכש ציור מוכן אצל פלוני ע"פ הזמנתו של לקוח אלמוני⁷⁰.

Lee V. Griffin, (1861) 1 B&S 272 66

Robinson v. Graves, [1935] 1 KB 579 67

68 דעת יחיד Greer LJ.

69 וראה מאמר סקוט, ע"מ 134.

70 יתכן שהדבר דומה להבחנה בין יועץ טהור לבין יועץ שהינו גם ספק שתוארה לעיל.

מבחן מהות החוזה התקבל כמבחן המוביל גם בפס"ד מאוחרים יותר, למשל בפס"ד Marcel⁷¹ שם חוזקה ההבחנה בין יחסים שעיקרם כישורים ועבודה מקצועית המושקעים לשם הפקת התוצאה המוזמנת לבין יחסים שעיקרם מכר מוצר ללקוח ועיניין הפקתו ויצירתו הינם שוליים, כלומר שימת דגש מיוחד על זהות המוכר ומידת יחודו ביחס לספק נטול יחוד אישי. המבחן מתבטא במדידת כמות הידע המקצועי והכישורים היחודיים שיש להשקיע במוצר הספציפי שהוזמן.

למרות האמור לעיל, הרי שגם בפס"ד Marcel יש התייחסות לתוצאות הצפויות של העסקה, באשר למרות שהתקיימה דרישה גבוהה יחסית להפעלת כישורים, ידע ונסיון לשם הפקת המוצר (מעיל פרווה, במקרה הנדון) הרי שבסופו של דבר היתה לתוצאה השפעה רצינית על ההכרעה השיפוטית באשר מטרת העסקה הסופית הוגדרה כאספקת מוצר שלם וגמור (complete article⁷²), כך שגם לאחר קבלת מבחן מהות החוזה בפרשנותו הצרה, עדיין הכרעת ביהמ"ש איננה מוכתבת ע"י מבחן זה בלבד.

לאור האמור לעיל, נראה כי עיקר הבעיה במבחן מהות החוזה מתרכזת במוצרים המוזמנים כיחידה אחודה שאיננה ברת הפרדה לחלקים הדורשים מומחיות מול כאלה שאינם דורשים כישורים, ידע או נסיון מיוחדים.

נראה כי חוק המכר ואספקת שירותים האנגלי משנת 1982 מחזק את המסקנה כי קו הגבול בין חוזה אספקת מוצרים לבין הסכמים למתן שירות אינו עוד חד ומוחלט. ס' 12(3) לחוק קובע כי יתכן מצב בו הסכם יגבש מחד התחייבות של פלוני לספק שירות מסויים לאלמוני ויחד עם זאת, גם לספק לאלמוני טובין ומוצרים שהשירות עשוי להיות כרוך בהם.

סקוט משווה במאמרו⁷³ בין אספקת תוכנה על דרך של העתקה למדיה אחרת (דרך אי' לעיל) לבין אספקה של מוסיקה המוקלטת על תקליט, קלטת או תקליטור ומעלה את הטענה כי כמו שאיש לא יפקפק בהיות אספקת מוסיקה מוקלטת משום מכירת מוצרים/טובין כך גם יש לראות בתוכנה המוקלטת משום מוצר. ההגיון בטענה זו רב אך ברור כי לא ניתן לראות בקיום התוכנה במדיה מגנטית "מוקלטת" משום מבחן משפטי שיגבש את התוצאה מרחיקת הלכת של היות תוכנה משום "מוצר". חשוב לציין כי לשם הגדרת "מוצר" עדיין יש צורך לעמוד, גם ע"פ החוק

J. Marcel (Furries) Ltd. v. Tapper, [1953] 1 All E.R. 15 71

72 שם, בדברי הש' Hilbery J.

73 בע"מ 135 למאמר.

החדש בדרישות מקדמיות: ס' 4 לחוק משנת 1982 מציב מספר דרישות להגדרת "מוצר", בין השאר:

1. המוצר הינו "סחיר" (merchantable): בר העברה ללא אפשרות התנגדות מצד המוכר.

2. המוצר בעל התאמה למטרות מוגדרות ורגילות (fitness for particular purposes).

דרישה דומה קיימת, גם ע"פ ס' 2-713 ל-U.C.C. האמריקאי⁷⁴.

דרך בי' לאספקת תוכנה (ע"י תקשורת נתונים) עשויה ליפול בגדר חוק תקשורת הנתונים האנגלי משנת 1984⁷⁵, שכן:

ס' 4(1) לחוק מגדיר "מערכת תקשורת נתונים" (telecommunications system) כמערכת שסוגלה להעברה ולתמסורת באמצעות אנרגיה חשמלית, מגנטית, אלקטרומגנטית וכו', של סימנים ואותות בין אדם לאדם, חפץ לחפץ או בין אדם לחפץ (מלבד אותות צליל ותמונה).

נראה כי אספקת תוכנה על דרך של העברת נתוני מחשב ותוכנה באמצעות קו טלפון, מודם וכו' נופלת להגדרה הנ"ל כך שעשויה להתקיים גם התאמה להגדרת "שירותי תקשורת נתונים" (telecommunications service) ע"פ ס' 4(3)(a) באשר היא "שירות המתבטא בהעברת נתונים באמצעות מערכת תקשורת נתונים" כהגדרתה לעיל.

מהאמור לעיל ברור כי אספקת תוכנה על דרך של תקשורת נתונים ע"פ חיובי חוזה נופלת להגדרות חוק המכר ואספקת שירותים הנ"ל באופן הבא: עצם פעולת העברת התוכנה מהווה שירות בעוד שהתוכנה עצמה עשויה להיות מוצר.

נראה כי עקרון הדואליות הנ"ל מומחש היטב ע"י הדוגמא של שירותי אספקת אנרגיה חשמלית⁷⁶ באשר חשמל המסופק לצרכן נחשב, מחד כמוצר/טובין לצרכי מיסים שונים (מס בולים, מע"מ וכו'), ניתן לקניה ומכירה וכו' ומנגד, אינו מהווה נכס לעיניין החוק הפלילי לגניבה⁷⁷.

74. Uniform Commercial Code

75. Telecommunications Act 1984

76. מובא במאמר: "Computer Programs as Goods under the UCC", 77 Mich. L. Rev. 1149.

77. Theft Act 1968

78. ע"פ: 513 [1975] Crim. L. Rev. Low v. Blease

גם בישראל⁷⁹ קיימת דואליות, אם כי מעורפלת ולא מתוך הגדרה מוחלטת, בהתייחסות לתוכנה כ"מוצר" או "שירות":

ע"פ חוק ייצוב המשק⁸⁰ וחקיקת המשנה מכוחו:

תוכנה = מוצר.

שירות לתוכנה = שירות.

ע"פ חוק היטל על שירותים מיובאים⁸¹:

תוכנה = ידע ושירות.

בפס"ד דיגיטל⁸² עסקה המשיבה במכירת ציוד מחשבים ויבוא מוצרי תוכנה "המיועדות להפעלת מערכות המחשבים הנרכשות באמצעותה" המשיבה נהגה, לצרכי מיסים והיטלי יבוא להבחין בין הצד הפיסי, קרי הדיסקט או הסרט המגנטי שהוגדרו כטובין (עליהם שילמה כפריטי מכס נפרד, מס מלא בשיעור 10% מערך חבילת התוכנה כולה) והצד הלוגי (מידע), קרי התוכנה המוטבעת על הדיסקט/סרט מגנטי (שערכה חושב כ-90% מערך החבילה כולה) לגביו תבעה לעצמה פטור ממס בהיותו "ספרים, חוברות, עלונים ודברי דפוס דומים הפטורים ממס".

המחלוקת היתה סביב דרישת המשיבה שלא לראות במידע הטבוע על המדיה המגנטית משום "טובין" כי אם: "את עיסוקה של המשיבה יש להגדיר לענין זה, כמתן "שירות" כהגדרת מונח זה בסעיף 1(1) לחוק מס קניה".
ביהמ"ש שלערעור אישר, בעיקר מנימוקי פרשנות חוקי מס את קביעתו הרחבה יותר של ביהמ"ש קמא כי:

" המידע המוטבע על המדיה, הוא פרי יצירה רוחנית של האדם ואין להגדירו כטובין ... (ומהוה) מושג בלתי מוחשי" ולכן "אספקת תוכנת ההפעלה למחשב יש בה ... מתן שירות, שתכליתו - הפעלת אותו מחשב שנרכש מאת המשיבה או באמצעותה (ההדגשות שלי - צ.פ)".

79 ע"פ נ"י אסיא, ע"מ 220.

80 חוק ייצוב המשק, התשמ"ה-1985.

81 חוק היטל על שירותים מיובאים ונכסי חוץ (הוראת שעה), התשמ"ה-1984.

82 ע"א (ת"א) 369/88 מ"י נ"י דיגיטל אקווימנט (דק) בע"מ, טרם פורסם (מופיע נ' אסיא ע"מ פד-93).

ביהמ"ש שלערעור מצייין, בלי לקבוע את עמדתו כי:

" בהמשך דן ביהמ"ש קמא בטענות הצדדים לענין ההבחנה שבין העברת זכות בעלות לבין העברת זכות שימוש בתוכנה, לרבות הוראות חוק המכר וחוק המטלטלין, ומסקנתו היא כי בהעברת זכות שימוש בלבד עסקינן (ההדגשות שלי - צ.פ.) "

ע"פ סקוט⁸³ קל למצוא אנלוגיה בין דרך ג' שלעיל לאספקת תוכנה (תעתיק התוכנה) לבין מסירת טיוטת תוזה (למשל, בכתב יד משום שלאותו עו"ד אין מערכת מחשב לעיבוד תמלילים) ע"י עו"ד ללקוחו כדי שהאחרון יקליד את הנוסח אל מעבד התמלילים הממוחשב שלו ויפיק את החוזה במדפסתו שלו. באמור, מצביים כאלה הם נדירים ביותר בימינו (בשני הענפים).

הבעיה הטמונה באבחנות הללו בין דרכי העברה שונות של המוצר/שירות הינה שיש בה משום התעלמות מסויימת מאופיה המיוחד של התוכנה.

לדוגמא: נסיון ליישם את המבחן של פס"ד Marcel, על עסקה לאספקת תוכנה המוקלטת על דיסקט יביא, ככל הנראה למסקנה כי מדובר במכירת מוצר/טובין, באשר אין בעצם מכירת התוכנה המוכנה ואספקתה משום פעולה המצריכה ידע מיוחד או נסיון יחודי. לעומת זאת, קשה מאד להגדיר אספקת התוכנה בדרך של תעתיק תוכנה המקור הכתוב על דפי נייר כמכירתם של טובין מסוג נייר + דיו, כפי שנאמר כבר לעיל.

נראה כי המסקנה העולה היא כי אין מניעה לראות בתוכנה, בהיותה סוג של מידע, משום מוצר/טובין שעשוי להיות נשוא עסקת מכר. מנגד, לא מדובר ב"טובין" במשמעותם המסורתית באשר אספקת תוכנה מהווה בסופו של דבר משום העברת נתונים ומידע, בין אם מדובר בתוכנת מדף ובין אם מדובר בתוכנה תפורה, כלומר יש בפעולה משום ביצוע שירות בין משדר/מוסר המידע (תוכנה) לבין קולט/מקבל אותו מידע.

נראה כי עקרון הדואליות היא הדרך הנוחה ביותר לטפל בבעיה באשר דרך העברת התוכנה (מבין הדרכים שלעיל או אחרות) עשויה לגבש את פן אספקת הטובין של העסקה (לפחות מכירת הדיסקט, למשל) בעוד שעצם פעולת העברת התוכנה מגבשת את פן השירות.

הבעיה נשארת לענין המשקל המרכזי שתופסת היום התוכנה עצמה ביחס למדיה הן מהבחינה הכלכלית (עלות דיסקט, שידור נתונים ברשת תקשורת וכו' מול עלות התוכנה עצמה: תכנון, תכנות, קניין רוחני בה וכו') והן מהבחינה הטכנולוגית (פיתוח מדיות חדשות להעברה). מכאן שישום עקרון הדואליות הנ"ל יטה יותר את הכף לראות בפעולת אספקת התוכנה משום שירות.

במערכת המשפטית המתגבשת של האיחוד האירופי (EC) ניתן למצוא⁸⁴ יסודות לגישה המטילה אחריות בגין פגם בממכר גם על תוכנה בנוסח הסופי של הדירקטיבה לעניינין אחריות למוצרים⁸⁵ שנכנסה לתוקף בשנת 1988.

Reed C.: "Product liability For Software", 4 Computer Law & Practice (1988) 149. (להלן: מאמר ריד) 84 ע"פ:

.EEC Directive on Product Liability (85/374) 85

הבעיתיות שבדוקטרינת האחריות מכללא לטיב מוצר:

בעיה ראשונה, שמעלה דלומיו במאמרה⁸⁶ הינה העובדה כי למרות שקניית יעוץ ממומחה לעינייני מחשב, עשויה להצמיח עילות תביעה וסעדים מתחום דיני החוזים והמכר כנגד "ספק", עדיין הדבר תלוי במידה רבה בכושר המיקוח שיש ללקוח מלכתחילה. ברור כי עסק גדול הנעזר בשירותיו של יועץ מחשוב ו/או רוכש מערכת מחשב תפורה עבור צרכיו הינו בעל כושר מיקוח הן בשלב יצירת חוזה המכר ו/או השירות והן בשלב שלאחר התקלות במערכת, שלב בו לעיתים קרובות יעדיף המפר לכאורה של התנאי מכללא להגיע לפשרה בכדי לא לאבד לקוח גדול ואת שמו הטוב. לעומת עסק גדול, הרי שבעסק קטן יכולת המיקוח מראש הינה קטנה יחסית שכן לעיתים קרובות מדובר על רכישת תוכנות מדף, יעוץ ממומחה שהיקף עסקיו לא יפגע מאיבוד לקוח קטן וכו' וכן משום שלעיתים קרובות מדובר על חוזה אחיד לרכישה, לדוגמא: חוזה "Shrink Wrap"⁸⁷.

עובדת ההבדלים החריפים בכושר במיקוח אינו נלקח, לעיתים קרובות בחשבון ע"י בתי משפט הדנים בסוגיות שכאלה⁸⁸ כפי שנאמר כבר, נראה כי יש בעייתיות נוספת ומובנית בטענה לקיום אחריות מכללא לטיב מוצר נמכר מתוך בחינת חו"ד בענף המתשב כמוצר⁸⁹ באשר אחריות לפגם בממכר הינה ברת הגבלה.

ע"פ ס' 2-316 ל-U.C.C. קיימת אחריות מכללא (Implied Warranty) כאשר בין היתר⁹⁰:

1. המוצר הינו "סתיר" (merchantable).
2. המוצר בעל התאמה למטרות מוגדרות ורגילות (fitness for particular purposes).

האחריות מתגבשת אם בשעת ההתקשרות החוזית ו/או הקניה:

- א. מוכר המוצר יודע את המטרה לשמה רכש הקונה את המוצר.
- ב. מוכר המוצר יודע כי הקונה מסתמך על שק"ד + מומחיות המוכר.

86 מאמר דלומיו, ע"מ 635.

87 חוזים "שמטרתם הינה החלת סעיפי ותנאי החוזה על הלקוח מרגע שפתח את האריזה... (קיבול בהתנהגות)... בדרך כלל קיים בחוזה סעיף פטור והגבלת אחריות המגביל אותה לערכו המינימלי של הדיסקט או להחלפתו תוך זמן קצוב במקרה של פגם פיזי בדיסקט" (ני' אסיא ע"מ 26).

88 Scott M., Computer Law, sec. 6.7, 6-10.

89 וראה ע"מ 746 לפס"ד **Triangle**.

90 ע"פ: Joseph J.: "Computer Contract Challenges", 5 Computer & Law Jur. :5 (להלן: מאמר ג'וזף) (1985), 379.

ע"פ מאמר ג'וזף⁹¹ יכול הלקוח לתבוע בגין מערכת מחשב בלתי מספקת ו/או לא תקינה בעילות כגון: הפרת תניה מכללא בחוזה, מרמה, מצג שוא רשלני, עוולת הרשלנות. מכאן נובעים סעיפי פטור מאחריות בחוזים למכירת מערכות מחשב (בעיקר תוכנה) מסוג:

- סי' פטור מאחריות ספציפית (הגבלת אחריות: disclaimer of warranty):
ע"פ סי' 2-316 ל-U.C.C. יכול מוכר להקטין את מידת אחריותו אם סי' הפטור מאחריות מנוסח בבירור (עדיף כבר בפירסומי הספק ובהצגה והדגמת המערכת, בעת שיווקה ואף על גבי מסכי התוכנה עצמה⁹²) ובאופן נפרד ומודגש⁹³.

- סי' הגבלת תרופות (exclusive substitute remedy):
ע"פ סי' 2-719 ל-U.C.C., בחוזה להספקת המערכת⁹⁴.

- סי' שלמות החוזה (integration clause):
סעיפים הקובעים במפורש כי החוזה הכתוב מכיל את כל שהצדדים הסכימו עליו ואין הסכמה אחרת אלא בדרך הביטוי הסופית שנוסחה באותו חוזה⁹⁵.

חשוב לציין כי לא כל ספק יכול להחשב גם כמומחה לתחום המוצרים (במובנס הרחב) אותם הוא מספק, כך למשל לא נייחס מומחיות בתחום חומרי הניקוי לאדם רק משום שבבעלותו חנות לחומרי ניקוי. נראה כי במקרים כבפס"ד Triangle, קיים הבדל מהותי ומתקיים שלב נוסף המעניק נופך מקצועי יותר לפעולותיו של הספק. נופך זה הוא אשר העניק ליועץ בפס"ד את "כובעו הנוסף" = תפקיד היועץ בניפרד מתפקידו כספק (או יצרן במקרים אחרים). בפס"ד Triangle, ביצעו אנשי Honeywell (ספקי מערכת המחשוב, הנתבעים) בנוסף ליועץ הטהור, הן את התקנת המערכת בעסק הלקוח, הן את ההדרכות לעובדי הלקוח בנושאי התפעול וההחזקה השוטפים, וההטמעה בעבודה השוטפת, פעולות שמבוצעות בדרך כלל ע"י מי שמשמש כיועץ כללי למיחשוב ולא ע"י מי שסיפק את חבילת התוכנה/חומרה שהוזמנה. ניתן ליחס תפקיד זה למישור היעוץ הטהור באשר רק מי שעסק במישור האסטרטגי-התכנוני של התאמת מערכת מחשב לעסק פלוני יכול להתמודד עם שלב ההטמעה וההרצה של המערכת המוזמנת בעסקו של הלקוח עבורו הוזמנה המערכת. נראה כי ניתן ליחס אספקט יעוצי טהור גם לעובדה כי במשך חודשים רבים, לאחר שהתחילו להתגלות התקלות במערכת כשהיא כבר בידי הלקוח, הליווי לא התבטא רק בביקורים לשם

91 שם, בע"מ 385.

92 נ' אסיא, ע"מ 60.

93 מאמר קונדו, ע"מ 332; מאמר דלומיו, ע"מ 638.

94 דוגמאות לסי' הגבלת תרופות ניתן למצוא במאמר ג'וזף, ע"מ 383.

95 Mylott: "Computer Professional Malpractice", 2 Santa Clara Computer & High Tech. L. J. (1986) 240, 247. (להלן: מאמר מאילוט).

תיקון תקלות כפי שמקובל בקרב יצרני/מתכנתים/ספקים אלא בשהיה רצופה של אנשי Honeywell באתר העבודה של הלקוח כדי לבחון לא רק את תפקוד המערכת באופן כללי (כאינטרס של יצרן) אלא, בעיקר עולה כי מטרת המעקב היתה לבחון מידת ההתאמה של המערכת לצרכי הלקוח הספציפי. פעולה כזו עשויה לנבוע, כפי שנראה כי גם ביהמ"ש הסיק⁹⁶, מאינטרס שונה במהותו מאינטרס הספק/יצרן. האינטרס אותו משרתת פעולה שכזאת הינו בעיקר אינטרס של מי "ששידך" בין סוג מערכת זו (בין מייצרה בעצמו ובין שממליץ על רכישתה מגורם שלישי) לבין הלקוח הספציפי, באשר תחת כובעו כיצרן אין על מי שמוציא לפועל את התכנון אלא להתאים את תוצרתו למפרט הטכני ודרישות המערכת שקיבל מהיועץ-מתכנן. תפקידו היחודי של האחרון הוא, כאמור לדאוג להתאמה בין המפרט הטכני והדרישות המקצועיות שהציב למתכנתים/יצרני חומרה לבין צרכיו של הלקוח הספציפי המעוניין במערכת שתתאים לו עצמו.

העולה מהאמור לעיל הוא כי ניתן לזהות קיומו של מצג מצד הנתבעים בדבר קיומה של אחריות שמשמעותה: ביצוע פעולת היעוץ באופן תקין וסביר.

הבעיה⁹⁷ נשאר בשירטוט קו הגבול האמור בעיניין קיום מקצועיות, באשר מצג שכזה קיים גם בקרב נותני שירותים שאינם נחשבים בעינינו כמומחים גם במונח הרחב, שכן כל מקבל שירות מצפה במידה זו או אחרת לקבל שירות על הצד הטוב ביותר.

כאמור, בסופו של דבר, ביהמ"ש פסק כי החוזה בפס"ד Triangle לא היה אלא חוזה למכר טובין ולא חוזה למתן שירותים באשר:

" A contract is for 'service' rather than 'sale' when 'service predominates' and the sale of items is 'incidental'⁹⁸."

קביעה זו חוזקה עקב העובדה שלא היה חיוב נפרד על שירותי היעוץ.

96 פס"ד Triangle, בע"מ 740-739.

97 ע"פ מאמר קונדו, ע"מ 332.

98 בע"מ 742 לפס"ד.

ישום גישת האחריות לפגם בממכר וה-"Implied Warranty":

כפי שצויין לעיל, בוטאה תפיסה שונה לחלוטין, בפס"ד Melody. ביהמ"ש קבע כי אספקת שירותים יש בה כדי לכלול אחריות מכללא (Implied Warranty) במובן זה שנותן השירות מחוייב, גם אם הדבר לא נאמר בפירוש לפעול באופן שיהיה:

" in a good and workmanlike manner"⁹⁹.

קונדו רואה במאמרו¹⁰⁰ את התוצאה המעשית של קביעה כזו כהחלה כוללת של יסודות הרשלנות המקצועית גם על כל סוגי מתן השירות, כולל אלו שאינם מתן שירותים מקצועיים.

למרות שהפס"ד לא עסק במתן שירותי מחשב (אלא בשירותי תיקון בתחומי אינסטלציה ביתית לקרוון), הרי שחשיבותו רבה בכל הקשור להטלת אחריות על נותני שירותים מכל סוג, באשר לפני פס"ד זה היה מקובל¹⁰¹ כי דוקטרינת האחריות מכללא מוגבלת לספקי טובין ולא לספקי שירותים. העקרון המסורתי בדבר אחריות מכללא ראה במוצר הנמכר כנושא בתוכו, גם אם הדבר לא הותנה בפירוש בין המוכר לקונה, התחייבות משתמעת כי אותו מוצר יוצר באופן תקין ומקובל. עקרון דומה מופיע בחוק המכר בישראל, כך לדוגמא:

ס' 11 לחוק המכר: " המוכר לא קיים את חיוביו, אם מסר - ...
(3) נכס שאין בו האיכות או התכונות הדרושות לשימוש הרגיל או המסחרי או למטרה מיוחדת המשתמעת מן ההסכם;"

ביהמ"ש נתן¹⁰² שתי נימוקים מעניינים להרחבת הדוקטרינה גם לנותני שירותים שיש בהם כדי ללמד גם לעיניין שירותי יעוץ בנושאי מחשב:

1) נותן שירותים נמצא בד"כ בעמדה נוחה יותר לשם מניעת פגיעות ונזקים מאשר הלקוח מקבל השירות.

2) יש ליצור מצב בו הלקוח יוכל לסמוך על יכולתו המקצועית ונסיונו של נותן השירות, מצב זה ישמור על איכות שירות ברמה נאותה בשל סיכוני האחריות החמורה בה נושא נותן השירות.

99 פס"ד Melody, בע"מ 352.

100 בע"מ 333.

101 ראה ה"ש 24, בע"מ 938 למאמר.

102 בע"מ 353 לפס"ד.

כאמור, בענף בו קיים לרוב, פער כה גדול בין רמת ידיעותיו וניסיונו של איש המחשבים לבין רמת הידיעות והנסיון של הלקוח הממוצע, כבענף המחשבים, נוצרת תלות רבה מאד של הלקוח בספק השירות, כך שההנמקות הללו מקבלות משנה תוקף גם ביחס לסוגי שירות אחרים.

מעניין לציין כי ביהמ"ש אינו מאפשר לספק שירות להתנות על היקף האחריות מכללא וכמובן שלא על עצם קיומה באשר:

" a disclaimer allows the service provider to circumvent the expectation and encourages shoddy workmanship¹⁰³".

ביהמ"ש רואה בהרחבת ההגנה לרוכשי מוצרים גם כלפי רוכשי שירותים כתהליך הגיוני לאור המגמה, אותה הוא מדגים ע"י סטטיסטיקה, של מעבר מכלכלה המבוססת ברובה המכריע על תעשייה ומוצרים "פיסיים" (ביחס לנתח שוק קטן של אספקת שירותים) לכלכלה בה נתח השוק של אספקת שירותים הופך להיות גדול אף יותר מזה של המגזר היצרני. שינוי זה במבנה הכלכלי אינו זר כמובן לאף משק מערבי ונראה כי המשק הישראלי אינו שונה מאחיו במערב.

הבעיה בפס"ד Melody היא ששאלת הרחבת דוקטרינת האחריות מכללא גם לעסקאות של אספקת שירות שעיקרו חוות דעת מקצועיות ושק"ד מקצועי (ולא שירות במשמעותו הפשוטה), הושארה בצריך עיון¹⁰⁴ תוך שדעת המיעוט מסתייגת מהחלת הדוקטרינה גם על שירותים מסוג חו"ד מומחה¹⁰⁵.

אחד מנימוקי מתנגדי ההרחבה הוא ששירותי חו"ד מומחה נושאים בחובם מעמד מיוחד הן חוקי והן חברתי ביחס לעסקאות מסחריות רגילות¹⁰⁶ אך נראה כי תפיסה זו איבדה מנוקשותה כבר בסוף שנות ה-70¹⁰⁷ יתרונות הרחבת עקרון האחריות מכללא גם לשירותי חו"ד מומחה הינם בעיקר הפשטות היחסית במצב של אי ביסוס קיומה של אחריות מקצועית על הגדרות מסורתיות ודווקניות של "מקצוע" כגישה הקלאסית והמנעות מהחלת מבחן ההסתמכות של פס"ד Groves אשר עלול ליצור אי בהירויות משל עצמו, כפי שיומחש בהמשך. נותן השירות ידע כי בכל מצב "צמודה" לכל שירות שיספק גם התחייבות מכללא לאיכות סבירה של ה"מוצר" שמספק, מצב זה יטיל עליו באופן קבוע את הנטל לוודא את איכותה הסבירה ומעלה של חוות הדעת שנותן ללקוחו.

102 בע"מ 353 לפס"ד.

103 פס"ד Melody, בע"מ 355.

104 שס, ע"מ 354.

105 שס, בע"מ 358.

Singal: "Extending Implied Warranties Beyond Goods: Equal
Protection for Consumers of Services", 12 New Eng. (1977) 859,
913 (להלן: מאמר סינגל).

Virinia State Bd. of Pharmacy v. Viginia Citizens Consumer Council, Inc., 425 U.S. 748 (1976). 107

סינגל במאמרו מבקר תפיסה זו וטוען כי גישה שכזו מטילה נטל לא צודק על כתפי נותן השירות באשר תפקידו לספק שירותים מקצועיים בתחום עיסוקו ולא "שירותי ביטוח" שכן אינו חסין מפני טעויות וברור כי מי שנותן שירות פרטיקולארי ללקוח ספציפי עלול לטעות במספר פעמים רב יותר ובהיקף רחב יותר מאשר מי שלמשל מייצר מוצרים בייצור המוני, מסתכן בפגם באחד ממוצריו¹⁰⁸.

נראה כי תשובה אפשרית לביקורת זו היא כי אין הכוונה להטלת אחריות בגין כל טעות וכל תקלה אלא יצירת מבחן של סבירות התקלה. האחריות הינה במובן של מידת ההתאמה בין מערכת המחשב המוצעת, גישת עיבוד הנתונים המתוכננת או שיטת איחזור המידע שנבחרה לצרכים הכלליים והבעיות המיוחדות של הלקוח הספציפי שהזמין את יועץ המיחשוב לעזרתו לשם "רכישת שירותיו". ברור כי הקפדה על איכות מתן שירותי חו"ד מקצועיים שיהיו: "in a good and workmanlike manner" אין פירושה דרישה להצלחה של 100% אלא עמידה בסטנדרט פעולה המתבטא במרחב סבירות הגיוני שרק חריגה חריפה ממנו תגבש הפרה של ההתחייבות מכללא לאחרייות.

הבעיות הטמונות במבחן ההסתמכות שהוצע בפס"ד Groves

קונדו מציין¹⁰⁹ כי אחד ההבדלים המרכזיים בין מקצועות בהם הוכרה בצורה מסורתית עילת הרשלנות המקצועית לבין "מקצוע" היעוץ בענף המחשבים הינו העדרו המוחלט של כל תהליך רישוי והסמכה אתידים והיות השוק, לפחות מבחינה חוקית פרוץ לחלוטין במובן זה שכל מי שחפץ בכך, ויהיו השכלתו, נסיונו וכישוריו אשר יהיו, רשאי להכריז על עצמו כ"מומחה לעינייני מערכות מחשב" ולהציע את שירותי היעוץ שלו לכל אדם.

מצב עובדתי זה מקשה על יצירת סטנדרט פעולה בין טכני ובין אתי אשר יוכל להיות בסיס להגדרת התנהגות סבירה ביחס אליה יבחנו פעולות יועצים ספציפיים.

בדומה לאמור לעיל, כך גם קשה ליצור מידרג אחיד שימדוד את מידת ההסתמכות של לקוח על חו"ד היעוץ, מצב שיכפה על ביהמ"ש לבדוק כל מקרה לגופו ועלול להצמיח סתירות שתנבענה מאופיים של לקוחות/יועצים מסויימים ולא דווקא מסולם הסתמכות סביר וכללי. התוצאה היא חוסר ודאות משפטית באשר יועץ לעינייני מחשב עשוי להיות מוגדר "מומחה" לצורך פעולת ייעוץ פלונית ולכן יתכן שגם תוטל עליו אחריות בגין רשלנות מקצועית, אך לא יחשב "מומחה" לפעולת ייעוץ אחרת וזאת רק משום שהלקוח עצמו היה בעל ידע בנושאי מחשב. קיום ידע בהיקף נרחב בידי הלקוח על הנושא לגביו קיבל ייעוץ עשוי להפוך את מידת הסתמכותו לבלתי סבירה, דבר שימנע הגדרת יועץ המחשב כ"מומחה", מה שעשוי להוביל לאי הטלת אחריות לפחות בגין רשלנות מקצועית באשר לעינייני זה: אין מדובר "באיש מקצוע".

במילים אחרות, אם נראה את הגדרתו של אדם פלוני כ"מומחה" כמעין הענקת סטטוס, הרי שקשה מאד שסטטוס זה יהיה תלוי נסיבות או, אם נרצה לדייק: מומחיות תלוית הסתמכות הלקוח. במצב זה אנו מעבירים את מבחן המומחיות ממגרשו של "הטוען למומחיותו" למגרשו של הלקוח מקבל הייעוץ. ניתן לראות כי נוצר מצב אבסורדי לפיו מקום שלא יכולנו ליצור מסלול הכשרה, לימוד, בחינה ורישוי לאיש המחשב החפץ לעסוק בייעוץ ללקוחות, אנו יוצרים מעין מבחן ידע דווקא ללקוח אשר, גם אם ברשותו ידע נרחב בתחום, החליט מסיבות השמורות עימו, להוועץ במי שהציג עצמו כמומחה מחשבים וקיבל חו"ד לקויה.

בעיה אחרת הנובעת מחוסר ההבנה היחסי של האדם הסביר את נושא המחשבים ומערכות הנתונים, היא בעיית ההערכה ע"י ביהמ"ש לגבי מידת ההסתמכות שגילה לקוח פלוני כלפי חו"ד המומחה ובעיקר הערכת מידת הסבירות של אותה דרגת הסתמכות, הבעיה מחריפה אם נביא בחשבון ידיעה שיפוטית נמוכה יחסית של השופטים עצמם הנאלצים (בדומה לעיניינים אחרים תלויי מומחיות) להעזר במומחים מטעם הצדדים ואף במומחים מטעם ביהמ"ש, כך שעדיין תלויה ועומדת שאלת "מיהו מומחה?" גם בהקשר "מי יהיה המומחה מטעם ביהמ"ש?" (וכיצד תקבע מידת מומחיותו).

קונדו מתאר במאמרו¹¹⁰ דרך התמודדות אפשרית אל מול חוסר הודאות שתואר לעיל באמצעות יצירת סטנדרט, ולו גם כללי, של התנהגות מקצועית ראויה אשר גם אם ההתחייבות לו תהיה על בסיס של רשות לאמצו (שהרי אין עדיין גוף לכפיית סטנדרט ע"י רישוי או כללי אתיקה), עדיין יש בו כדי לגבש אמת מידה שיפוטית אחידה פחות או יותר (בכפוף לנסיבות הספציפיות אך לא רק לנסיבות) לזיהוי הפרת חובת הזהירות שמוכתבת ע"י אותו סטנדרט.

ניתן לגרוס כי יועץ שיצהיר כי הינו מחוייב לסטנדרט מסויים של יעוץ מקצועי, חושף עצמו אמנם לאחריות רבה ותמורה יותר בגין "רשלנות מקצועית" אך מנגד עשוי למצוא את הפיצוי הכלכלי בכך שיחשב מלכתחילה לאמין ומקצועי יותר - הנחה שעשויה לקדם את עסקו ביחס לעסקי מי שלא יהיה מוכן להכפיף עצמו מרצון לאותו קוד מקצועי.

קונדו מציע אף הקמת ועדת מומחים מיוחדת שתורכב מאנשי אקדמיה, יועצי מיחשוב ("טהורים") ומי שעוסקים הן ביעוץ והן באספקה ("יועץ/ספק") ושתגבש רשימת סטנדרטים על בסיס כללי. ההנחה ההגיונית בניסוח ע"י ועדה של מומחים היא שהסטנדרטים יהיו יעילים, ברורים ובעיקר: ודאיים וכלליים יותר מאשר סטנדרטים שיגובשו ע"י בימ"ש אשר עם כל הכבוד הראוי הינו "הדיוט" בעינייני מחשב בדונו במקרה קונקרטי שלפניו.

הבעיה היא שגם אם סטנדרט מוסכם שכזה עדיף מאשר מבחן ההסתמכות של פס"ד Groves, עדיין תהיה מלאכת ניסוחו קשה יותר בתחום מערכות המחשב, באשר על מנסחיו להקפיד כי יהיה גמיש מספיק כדי להתמודד עם השינויים התכופים ורחבי ההיקף בטכנולוגיות, שיטות העבודה ותחומי התפרסות הענף מחד, וספציפי דיו כדי לאפשר יישום יעיל וזיהוי גבולות הסביר לגביו (ובעיקר חריגות מהם). האיזון חשוב במיוחד משום שברור למדי שסטנדרט נוקשה מדי עשוי לגרום לאנשים שלא לאמצו (אם נניח כי תחום היעוץ בענף המחשב ימשיך להיות בלתי מוסדר במהותו, מבחינה רגולטיבית - מדינתית ואימוץ הסטנדרט יהיה על בסיס רצוני), בהיותו בלתי כדאי. סטנדרט נוקשה עלול לגרום לעוסקים פוטנציאליים ביעוץ לברוח לתחומים אחרים בענף, שממילא סובל ממחסור בכוח אדם מקצועי. מנגד, ברור גם כי סטנדרט גמיש מדי עלול להכשיר פעולות רשלניות של יעוץ ולפגוע בלקוחות באשר תשלל מהם עילת התביעה בגין רשלנות מקצועית, חרב שאיומה מהווה, כאמור אמצעי יעיל לשמירה על שוק הוגן ורמה מקצועית סבירה של נותני יעוץ בענף.

ביהמ"ש מצייין בפס"ד ¹¹¹Groves כי היועצים אכן אימצו מרצונם החופשי סטנדרט פעולה המכונה AICPA¹¹² שדרישותיו כוללות בין השאר:

" due professional care is to be exercised in the performance of management advisory services engagement¹¹³."

ברור כי אימוץ סטנדרט זה נבע מעיסקי היעוץ הרגילים של הנתבעים (בתחומי הנהלת חשבונות ומנהל עסקים) אך קונדו מצטט במאמרו¹¹⁴ מספר סטנדרטים נוספים מתוך AICPA כבסיס אפשרי לסטנדרט כללי ליעוץ בענף המחשב, בשינויים המתבקשים:

- " 1) Engagement are to be performed by practitioners having competence in the analytical approach and process, and in the technical subject matter under consideration.
- 2) Sufficient relevant data is to be obtained, documented, and evaluated in developing conclusions and recommendations."

כאמור, קובע ס' 13 לחוק המכר ואספקת מוצרים האנגלי, חובת זהירות מסוג:

" reasonable care and skill"

ע"פ מאמר סקוט¹¹⁵ כאשר מדובר במצב בו קיים חוזה לפיתוח ולאספקת תוכנה הרי שלמרות שמדובר, לכאורה, על אחריות הפחותה במידת חומרתה מאחריותו של מוכר לפגם בטובין שמכר ולהתאמתם הסבירה למטרה לשמה נרכשו, עדיין יתכן במצב זה שהיצרן השקיע מאמצים סבירים ביצור ולמרות זאת אין התאמה של הממכר למטרה לשמה סופק.

ס' 16 לחוק הנ"ל קובע כי התנאי מכללא המובלע בס' 13 הינו תנאי מינימום ואינו מוציא מכלל אפשרות אחריות חמורה יותר. סקוט מצייין¹¹⁶ כי תתכן החלת אחריות חמורה בגין חוזה לאספקת שירות על ספק השירות ואין בכך משום סתירה לתפיסה המובעת בס' 13.

| | |
|-----|--|
| 111 | בע"מ 296 לפס"ד. |
| 112 | American Institute of Certified Public Accountants, Inc. |
| 113 | ש.ס. |
| 114 | מאמר קונדו, ע"מ 337. |
| 115 | מאמר סקוט, ע"מ 136. |
| 116 | ש.ס. |

אם אין תוזה בין "משתמש הקצה" לבין המתכנן/מפתח/מתכנת, הרי שע"פ סקוט¹¹⁷ גם כאן תתכן תביעה אך היא תהיה על בסיס נזיקי, שכן כאמור, אספקת תוכנה דינ כדין אספקת מידע ותתכן עילה בגין מצג שוא רשלני כפי שנקבע בפס"ד Hedley¹¹⁸ בפס"ד Hedley לא נקבע אמנם בפירוש באיזו נקודה בדיוק תתגבש חובת הזהירות כי בית הלורדים העדיף לבנות מודל עקרוני רחב:

" If in a sphere in which a person is so placed that others would reasonably rely upon his judgment or his skill or upon his ability to make careful inquiry, a person takes it upon himself to give information or advice, or allows his information or advice to be passed on to, another person who, as he knows or should know, will place reliance upon it, then a duty of care will arise¹¹⁹."

נראה כי העקרון שקבע בית-הלורדים בפסק-דינו הוא שאין מקום להבדיל בין עשיית מעשה פיסי ברשלנות לבין מתן חו"ד ברשלנות אם המידע או העיצה ניתנו כאשר נותן המידע, ידע או היה עליו לדעת, שמבקש המידע יסתמך עליו.

נראה כי הלכה זו הקובעת מודל עקרוני-רחב לחובת הזהירות, עשויה לחול גם על ספק תוכנה, בכל הדרכים האמורות, הן בהיותו ספק מידע (מתוך המשוואה הקובעת תוכנה = מידע) והן אם המידע שסיפק היה מידע במהותו הקלאסית של יועץ לעינייני מחשוב הנותן את חוות דעתו ותורם מנסיונו, השכלתו וידיעותיו כדי להתאים ו/או ליצור מערכת מחשב לצרכיו הספציפיים של לקוח פלוני בלי שיהיה מעורב באספקת רכיבי התוכנה והחומרה של המערכת עליה המליץ. במקרה האחרון התוכנה איננה המידע עליו מסתמכים (או לפחות לא החלק המרכזי בהסתמכות) אלא הסתמכות עקרית על המידע מסוג חו"ד ועל "מומחיותו" של היועץ.

נראה כי מבחנו הכללי של פס"ד Hedley האנגלי הינו מבחן ההסתמכות שאומץ ונדון בפירוט בפס"ד Groves האמריקאי לעינייני יועצי מיחשוב.

יצויין כי הלכת Hedley צומצמה מאוחר יותר בפס"ד Evatt¹¹⁹ שם קבע בית הלורדים, בדעת רוב, כי לא כל מידע מוטעה שניתן בתו"ל, אף שהטעות נובעת מרשלנות גסה, יגרור אחריות בנזיקין, חובת הזהירות קיימת רק לגבי אנשים "בעלי מקצוע או ידע מיוחדים", שעיסוקם הרגיל הוא לתת מידע או חו"ד מחסוג שנתנו, וכשנתנו לתובע להבין שהם בעלי הידע, הנסיון והכישורים הדרושים, ושבמתן המידע השתמשו בידע נסיון וכישורים אלה. בהמשך הדרך חל שוב מהפך בגישה האנגלית לכיוון הרחבת היקף האחריות¹²⁰ בהמשך נראה כי המשפט הישראלי לא קיבל את מגמת הצמצום ואימץ גישה מרחיבה מלכתחילה.

117 שם.

118 Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners, [1964] AC 465; (1963) 2 All E.R. 575.

119 שם, בע"מ 124 (נדברי Lord Morris).

119 Mutual life assurance v. Evatt [1971] 1 ALL E.R. 150 (P.C.) N119

120 וראה פס"ד: Junior Books Ltd v. Veitci Co. Ltd. [1983] 1 AC 520 ; Belsamo v. Medichi [1984] All E.R.

מצג שוא של יועץ מיתשוב

העוולה הנזיקית של מצג שוא עשויה להתלוות ע"י מספר סוגי אשם שיגבשו עוולות שונות מבחינת החומרה שתיוחס להן באותה משפחה, כגון:

תרמית - מצג שוא העולה כדי מרמה מכוונת או פזיזה: סי' 56 לפקנ"ז קובע: "תרמית היא הצג כוזב של עובדה בידיעה שהיא כוזבת או באין אמונה באמיתותה או מתוך קלות ראש, כשלא איכפת למציג אס אמת היא או כזב, ובכוונה שהמוטעה על ידי ההיצג יפעל על פיו;...".

מצג שוא רשלני - החלת סי' 35 ו-36 לפקנ"ז ע"פ הפרשנות הרחבה להלכת גורדון¹²¹ לפיה: במצבים בהם ניתן לתבוע הן בעוולה יחידה והן בעוולת מסגרת: כל עוד אין הסדר שלילי ניתן ליטש עוולת המסגרת (למשל מסוג "רשלנות") על מערכת העובדות (כך, למשל תכנן תקיפה ברשלנות). יצויין כי ע"פ פס"ד ציזיק¹²² הדבר אפשרי, לכאורה, גם כשיש חפיפה מלאה אך נראה כי המדיניות הראויה תעדיף לתבוע בעוולה הפארטיקולארית.

ברור כי המשותף לכל משפחת העוולות הללו הינו מצג, שיש בו כדי להטעות, של עובדות מסויימות שאי ידיעת אי אמיתותן יש בו כדי לגרום למוטעה נזק.

בפס"ד Accusystems¹²³ למשל, מצא ביהמ"ש די ראיות כדי לקבוע גיבוש עוולת תרמית בגין מצג שיצר ספק מערכת מחשב בדבר יכולת הפעולה של המערכת ובעיקר בעיניין מספר הבדיקות והמבחנים הטכניים שעברה טרם הומלצה ונמכרה ללקוח. ביהמ"ש מצא מתאם בין פעולותיו המטעות של איש המחשב לבין דיני הנזיקין של מדינת ניו-יורק הדורשים:

" the defendant made a representation of fact which was known by it to be untrue or recklessly made, offered to deceive plaintiffs and to induce them to act upon the representation, causing injury¹²⁴".

ביהמ"ש קבע כי הקונה אכן הסתמך על מצגו של איש המחשב שעה שגכנס לעסקה.

121 ע"א 243/83 עירית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט (1) 113.

122 ע"א 593/81 מפעלי רכב אשדוד נ' ציזיק ז"ל, פ"ד מא (3) 169.

123 Accusystems, Inc. v. Honeywell Information Systems, 580 F. Supp. 474 (S.D.N.Y.1984).

124 שם, בע"מ 482.

בפס"ד Fruit 125 טען הלקוח כי ספק מערכת המחשב, באמצעות איש המכירות/יועץ שלו יצר מצג שוא הגובל בתרמית כששיכנע את הלקוח, שהיה כמו ברוב המקרים הדיוט בתחום, כי הקצב הנמוך יחסית בו פעל השעון הפנימי של המערכת אותה הציע ומכר אין בו כדי לפגוע ביכולת העבודה שלה. גם דיני מדינת וושינגטון דורשים הוכחת ידיעת המטעה על אי האמת במצג אותו יצר בכדי לגבש כוונה או לפחות חוסר איכפתיות באשר לפגיעה, אך ביהמ"ש לא מצא בפעולות הנתבעים שום דבר מעבר להצהרה עקרונית אשר לא היה בה כדי לגבש מצג שוא מכוון/פזיז.

נקבע כי במקרה בו הלקוח ידע או שהיה עליו לדעת כי המצג היה כוזב, תדחה תביעתו בגין מצג שוא/תרמית. על התובע גם להוכיח כי הסתמכותו על המצג היתה סבירה והגיונית, שכן למרות החשיבות הרבה להבדלי הידע והניסיון בין מומחה המחשב ללקוחותיו הרי שאין בעובדה זו לבדה כדי לגשב עוולת מצג שוא של המומחה כלפי לקוחו ההדיוט.

הביקורת על הפס"ד 125A רואה בדרישת רמת הוכחה שכזו בתביעות בגין מצג שוא בתחום המחשב משום נטל כבד מדי משום שלרוב אין פעולת המטעה מכוונת להטעות (ולו רק משום שלרוב מדובר במי שזה עיסוקו העיקרי, וכאמור השיווק בתחום המחשב נשען במידה רבה על שם טוב). נראה כי ברוב המקרים, האדם העוסק בשיווק מערכות מחשב וייעוץ לשם התאמתם, מצהיר על מה שהוא עצמו סבור כי אמת היא 126, דבר הנובע לעיתים קרובות מאי הכרה מספיקה של מבנה המערכת, יתרונותיה ובעיותיה מחד, ורצון עז למכור את המערכת ולשכנע בטיבה ואיכותה, רצון שעשוי לגרום גם ליועץ מנוסה להאמין במה ש"כובעו השיווקי" רוצה שיאמין בו, מאידך.

כאן המקום להזכיר שוב את עובדת אי קיומה של מערכת אתית אחידה וברת אכיפה שמאפיינת את בעלי המקצוע המסורתיים, אשר יצרה הפרדה, מלאכותית לעיתים אך יעילה, בין אספקטים שיווקיים בהם האינטרס המוביל הוא הרצון למכור ולהשתלט על פלחי שוק גם במחיר אי סיפוקו המלא של לקוח פלוני, לבין אספקט הייעוץ "הטהור" בו איש המקצוע כפוף כמעט אך ורק לאינטרס הלקוח וסיפוקו על הצד הטוב ביותר. בדרך זו נמנעים ניגודי אינטרסים מסוכנים שעלולים להעיב על מערכת היחסים בין איש המקצוע לבין לקוחו.

הביקורת ממשיכה ומציינת כי פעולת היועץ/מתכנן/מתכנת/משווק מערכת המחשב נעדרת בדרך כלל גם את הכוונה שהמוטעה יפעל ע"פ מצג שיקרי ויוטעה בגינו. האשם שניתן ברובם המכריע של המקרים ליחס למזיק הינו אשם אובייקטיבי מסוג התרשלות.

Fruit Industries Research Foundation v. National Cash Register, 406 125 F.2d 546 (9th Cir. 1969).

125A מאמר דלומיו, ע"מ 641.
126 מאמר מאילוט, ע"מ 253.

מצג שוא רשלני עשוי להיות קבוצת מקרים בהם אדם פלוני יוצר מצג כלפי מי שאותו פלוני חייב לו חובת זהירות, כאשר הוא עצמו מאמין כי במצג אמת מדובר אך כיוצר המצג נמנע מלהפעיל מידה סבירה של זהירות, בדיקה, מיומנות מקצועית או אמצעי בטחון בכדי לודא את מידת האמת במצג שיצר, פעולות שאדם סביר במצבו היה נוקט בכדי למנוע הטעיה. מצבים אלו עשויים להתגלות בהתבטאות כלפי אדם אחר אך גם בהעדר ידע, מיומנות או נסיון מספיקים הנדרשים לביצוע פעולה פלונית או לעיסוק במקצוע מסויים.

בפס"ד לויטינג¹²⁷ נקבעה כי:

" הטוען למצג שוא רשלני חייב בכתב תביעתו לטעון לעובדות הבאות:

- א. שהיה מצג עובדתי בין בכתב, בין בעל-פה ובין על-ידי התנהגות מצד המציג;
- ב. שהמצג אינו מהימן, ושהמציג - בזהירות ובשקידה הראויות - יכול היה לדעת שהמצג אינו מבוסס;
- ג. שהמציג היה צריך לצפות כי הצד האחר יסתמך על המצג ויפעל על פיו.
- ד. שהמציג יכול היה לצפות כי יגרם נזק לצד האחר.
- ה. שהצד האחר בפועל הסתמך על המצג, וכתוצאה מכך נגרם לו נזק..."

בפס"ד Accusystems, ביהמ"ש לא קיבל טענת מצג שוא רשלני בנימוק העדרה של מערכת יחסים מיוחדת של אמון בין איש השיווק/יועץ לבין הלקוח.

הנמקה זו בוקרה בחריפות, שכן בין הלקוח לאיש השיווק/יועץ היו יחסי הסתמכות כמעט מוחלטים בשל הבדלי הידע העצומים ביניהם. הלקוח מתואר כמי שקיבל את עצת איש המחשב בבחינת "כזה ראה וקדש"¹²⁸, ואף על פי כן לא מצא ביהמ"ש לנכון לראות במערכת יחסים שכזו משום מערכת יחסים מיוחדת.

בפס"ד Black¹²⁹ ביהמ"ש ייחס אחריות בגין מצג שוא רשלני הן ליצרנית מערכת המחשב והן לספק התוכנה אשר הומלץ ע"י יועצי הראשונה, אך אחריות זו הוגבלה רק לנזקים כלכליים שגרם מידע שסופק ע"י הלקוח הנפגע עצמו ללקוחות עסקו שלו בשל פגמים במערכת עיבוד הנתונים עליה קיבל המלצות.

127 ע"א 536/89 פז חברת נפט בע"מ נ' לויטינג, פ"ד מו (3) 617, 625

128 ה"ש 123 לעיל, בע"מ 481 לפס"ד.

129 Black, Jackson and Simmons Insurance Brokerage, Inc. v. I.B.M., 440 N.E.2d (1982) 282.

ביהמ"ש בחר להגדיר את שני הנתבעים, הן את יצרנית החומרה שגם ייעצה בבחירת התוכנה והן את ספק התוכנה שהומלצה, כספקי טובין ובכך נמנע מהטלת אחריות בגין אספקת אינפורמציה מטעה, באשר אין מדובר במי שעסק באספקת אינפורמציה ללקוח מעבר למידע שנזכר לעיל. החלטה זו מגבילה כמובן, את היקף הדוקטרינה של מצג שוא רשלני כדרך יעילה להגנת לקוח בפני מומחה מחשב המוסר מידע, עליו מסתמך הלקוח ואשר מתגלה בסופו של דבר כבלתי נכון או בלתי שלם.

נראה כי גם בגיזרה זו נתקלים ביהמ"ש בקושי באבחנה בין מצבי מצג שוא רשלני לבין הפרת תנאי מכללא לאחריות לטיב מוצר נמכר¹³⁰.

בפס"ד Call Computer¹³¹ אף הועלה הרעיון כי יתכן ששימוש בעקרון מצג השוא הרשלני עשוי להוות בסיס לביטול סעיפי הגבלת אחריות חוזיים שעל הבעיתיות שבהם עמדנו כבר לעיל.

בפס"ד Clements¹³² נקבע כי חברת מחשבים שסיפקה מערכת לקויה ובלתי מתאימה יצרה כמומחית בתחום וכבעלת הידע והנסיון הדרושים מה שעלה כדי מצג שוא כלפי הלקוח אך האחריות סוייגה בנימוק שהלקוח לא עשה די כדי להקטין את נזקו וכי היה עליו לא להסתמך על המצג המטעה¹³³ קיימת בעיה פרקטית בתהליך הוכחת טענה של מצג שוא מכל רמת אשם כאשר מדובר בענף המחשב. כאמור, נדרש פרט עובדתי אשר לגביו נעשה המצג המטעה. הבעיה נעוצה בכך שרוב המצגים המטעים בענף המחשב הם לגבי ביצועים עתידיים של מערכת לגביה נתנת התמלצה ו/או חוות הדעת, כך שהמצג מהווה הבטחה לתכונות מערכת צפויות ולא לגבי תכונותיה בהווה, דבר המתחזק כמובן במערכות תפורות לצרכי הלקוח. הבעיה היא, שאין מדובר במצב פיסי בהווה שהינו עובדה אובייקטיבית לגביה ניתן להוכיח מצג המתאר תכונה שונה המיוחסת למערכת הקיימת. בד"כ מדובר בתכונה אותה היועץ/מתכנן צופה לעתיד לבוא, כך שמדובר בהבטחה עתידית ולא בתאור כוזב של מצב עובדתי בהווה.

ברור כי מדובר בנטל ראיתי לא קל המוטל על הלקוח.

-
- 130 ע"פ מאמר דלומיו, ע"מ 641.
- 131 Call Computer v. Data General Corp., No. 409415 (Cal. Super. 1980) (ע"פ מאמר דלומיו, ע"מ 642).
- 132 Clements Auto Company v. Bureau Corporation Service, 444 F.2d 169
- 133 ולהרחבה ראה: 80 Bender D., Computer Law Litigation (N.Y. 1985).

מצג שוא רשלני במהלך מו"מ:

לעניין מצג שוא רשלני במהלך מו"מ נקבע בפס"ד אלביט¹³⁴:

" שהיצג רשלני במשא ומתן לכריתת חוזה יכול, בהתקיים התנאים המתאימים, להוות עילה לתביעה על יסוד התרשלות בשל היצג רשלני של עובדות במהלך משא ומתן."

שכן:

" על-פי הוראות סעיפים אלה (סי' 35-36 לפקנ"ז-צ.פ.), מוטלת החובה על כל אדם לנקוט אמצעים סבירים כדי למנוע נזק מאדם, שצריך לצפות כי ייגרם לו נזק. במסגרת הוראות אלה מוטלת אף החובה שלא ליתן מידע רשלני אלא ליתן מידע עובדתי מדויק, וזאת כלפי אדם, הסומך על מידע זה... חובה זו קיימת אף במסגרת ניהול משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה¹³⁵."

בנוסף לנטל השכנוע שלעיל מוטל, כמובן על המוטעה הנטל לשכנע כי גם היתה לו הסתמכות על המצג שנעשה ביחס אליו, כלומר יסוד מוכח של קשר סיבתי בין הפרת חובת הזהירות של המטעה על דרך של מצג עובדתי מטעה לבין הנזק שנגרם למוטעה. הקשר מתבטא בכך שהמוטעה ע"י חוות דעת, הצגת עובדות על דרך מסויימת, התנהגות שיש בה לתת רושם לא נכון על עובדה פלונית וכו' פעל על פי המצג שנעשה כלפיו מתוך הסתמכות על תוכנה.

פס"ד Sperry Rand¹³⁶ טיפל בהבחנה החשובה בין הבעת דעה שאין בה משום מצג מטעה של עובדות לבין מצג עובדתי בקבעו כי הסתמכות לקוח על חומר פירסום רשמי של חברת המחשבים היתה סבירה באשר חומר פירסומי כזה הינו יותר מהבעת דעה גרידא ומהווה משום התחייבות מכללא כי מערכת המחשב דדן תתאים למטרה לשמה פורסמה.

-
- 134 ע"א 790/81 AMERICAN MICROSYSTEMS INC. נ' אלביט מחשבים בע"מ, פ"ד לט (2) 796, 785.
- 135 ע"א 230/80 פנידר חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לה (2) 727, 713.
- 136 Sperry Rand Corp. v. Industrial Corp., 337 F.2d 363

ניתוח עוולת הרשלנות

עוולת הרשלנות, בין שמוצאת את ביטויה הפיסי במצג שוא מטעה ובין בהתנהגות או מחדל מסוג אחר, הינה ע"פ מסורת המשפט האנגלו-אמריקאי¹³⁷ וכפי שמצאה את ביטויה בסעיף 35 ו- 36 לפקנ"ז מבוססת על ארבעה יסודות:

א. קיום חובת זהירות:

ע"פ פס"ד ועקנין¹³⁸ תלויה במבחן הצפיות הכולל:

חובת זהירות מושגית- האם מזיק סביר מסוג המזיקים אליהם משתייך יכול, טכנית ליצפות נזק לסוג הניזוקים אליו משתייך הניזוק וכן: האם ראוי ליצפות. ניתן לאמר כי בד"כ: כשניתן ליצפות טכנית קיימת חובת זהירות מושגית (אלא אם יש שיקולי מדיניות יחודיים השוללים זאת).

חובת זהירות קונקרטיית- בין המזיק לניזוק הספציפיים, לגבי הנזק הספציפי: האם אדם סביר (או העוסק הסביר במשלח יד כשמדובר ברשלנות מקצועית) היה יכול ליצפות בנסיבות הנתונות והאם ראוי שיצפה את אותו סיכון, מבחינה נורמטיבית.

ב. הפרתה של חובת הזהירות:

ע"פ פס"ד ועקנין: הפרת החובה עשויה למצוא ביטוי נפוץ ע"י אי נקיטת אמצעי זהירות סבירים, לדוגמא: בדיקה מוקדמת של העובדות אותן מוסר נותן חוות הדעת ביחס לביצועי המערכת, מהירותה, קיבולת נתונים, רמת דיוק החישובים, איכות הפלט, מידת ההתאמה לצרכי הלקוח וכו'. בתחום המחשב, ברי לעיתים קרובות כי בדיקת הנתונים הנמסרים, מידת האמת והדיוק שבהם אינה מסובכת כלל ועיקר ועשויה, בהוצאות נמוכות יחסית לחסוך פגמים ותקלות אין ספור מרוכש המערכת ע"פ חוות הדעת.

ברור כמובן, שלא כל טעות שבשיקול דעת תחשב כהפרת חובת הזהירות¹³⁹.

137 ע"פ Prosser W. & Keeton W., On the Law of Torts (5th ed. 1984) sec. 30 p. 164-165.

138 ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז (1) 113.

139 וראה לעניין טעות שבשיקול הדעת של רופא: ע"א 744/76 שרתיאל נ' קפלר, פ"ד לב (1) 113.

ג. גרימת נזק:

סי' 2 לפקנ"ז מגדיר:

"נזק" - אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם-טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה;

ד. קיום קשר סיבתי (קש"ס):

הכוונה היא לקיום קשר קרוב מספיק בין הפרת חובת הזהירות ע"י המזיק לבין הנזק שנגרם לניזוק. עיקר ההתייחסות הינה לסוג הנזק ולא להיקפו או לאופן התרחשותו. ניתן להבחין:

קש"ס עובדתי - ע"פ "מבחן האלמלא": האם נראה שללא הפעולה מפירת חובת הזהירות לא היה נגרם הנזק.

קש"ס משפטי - ע"פ מבחני צפיות, סיכון והשכל הישר לדוגמא, ע"פ פס"ד ליכטנשטיין¹⁴⁰: האם יצר סיכון על רקעו ניתן ליצפות כי גורמים זרים עלולים לממש את הסכנה.

נראה כי למי שרואה עצמו נפגע מהתנהגות רשלנית של איש מחשב יהיו קשיים לא קטנים בגיבוש טענת אחריות בכל אחד מארבעת היסודות הללו.

נראה כי היסוד הבעייתי ביותר, הינו הוכחת קיום חובת זהירות מושגית וקונקרטית של איש המחשב כלפי לקוחו מעבר לאמור בחוזה הניכרת בדרך כלל ביניהם. נראה כי אין חובה כללית ומוחלטת לזהירות באמצעים סבירים למניעת נזקים בלתי מוחשיים וכלכליים במהותם, כגון הפסדים לצדדים שלישיים, אשר אינם נובעים מנזק מוחשי ישיר לניזוק עצמו או לנכסיו.

בארה"ב¹⁴¹ נוטים רוב ביהמ"ש לסרב להכיר בנזקי רשלנות המוצאים ביטויים בנזק כלכלי בלבד (כגון אובדן רווחים, בריחת לקוחות וכו'). כך למשל בפס"ד Word 142 סירב ביהמ"ש לקבל טענת רשלנות בגין כשלון הנתבעים להשמיש מערכת מחשב וזאת בשל קיום סעיף הגבלה על תרופות בהתאם ל-U.C.C.

140 ע"פ 84/85 ליכטנשטיין נ' מ"י, פ"ד מ (3) 141.

141 ע"פ מאמר דלומיו, בע"מ 642.

142 Word Management Corp. v. AT&T Information Systems, Inc., 525 N.Y.S.2d (1988) 433.

בישראל לעומת זאת, קבע ביהמ"ש בפס"ד גורדון את העקרון כי המונח "נזק" כולל את כל סוגי הנזק, לרבות נזק פיסי ושאינו פיסי, ממוני ושאינו ממוני וכן: נזק כלכלי "טהור" שאינו כולל אספקט של היזק פיסי ישיר לניזוק. היותו של נזק כלכלי טהור בר פיצוי תבחן במסגרת מדיניות משפטית בנוגע להתקיימות יסוד חובת הזהירות ולא במסגרת יסוד העוולה של עצם קיום הנזק.

נראה כי ע"פ פס"ד וינשטיין נ' קדימה¹⁴³ הנכונות להכיר בנזק כלכלי טהור אף תגבר במקרים בהם הוכח מצג שוא רשלני ואף חוות דעת רשלנית, כפי שנראה בהמשך.

נראה כי עיקר הבעיה סביב הוכחת קיום חובת זהירות והפרתה הינה סביב העובדה שטרם גובש סטנדרט התנהגות וזהירות אחיד וברור לגבי אנשי מחשב ולעיתים קרובות הם נדרשים לעבור את הרף הנמוך יחסית של מבחן האדם הסביר "הרגיל" ולא סטנדרט מקצועי חמור יותר¹⁴⁴ ברור כי רף התנהגות נמוך שכזה אינו לוקח בחשבון את ההבדלים העצומים עליהם הורחב לעיל, בידע ובנסיון אשר בין איש המחשבים הממוצע לבין צרכן המצוי של המחשב ושירותיו.

בעיה נוספת הינה הוכחת קיום קש"ס קרוב מספיק בין פעולת איש המחשב ומחדליו לבין הנזק הנטען. אופיים של חומרי המחשב ובעיקר של תוכנה, מקשה מאד על הבאת ראיות חד משמעיות.

תהליך פיתוחה של תוכנה ושלבי הטמעת מערכות מחשב, יש בהם כדי להפוך תקלות, באגים ונפילות מערכת לעינין צפוי באופן יחסי, עד כי יש מי שיטען כי המבקש להעזר בשירותיו של מחשב אמור לקחת בחשבון אחוז ידוע של תקלות וטעויות אשר אין בהם כדי לגבש אחריות של מי שהמליץ ו/או יצר עבורו את המערכת.

נראה כי טענה זו ניתנת לתקיפה בשני מישורים:

במישור האחד, גם אם קיום תקלות הינו צפוי בשיעור ידוע הרי שהידיעה על היקף התקלות שניתן לצפות ממערכת נתונה הינה ברורה הרבה יותר למומחה ואיש המקצוע, לפחות ביחס ללקוח הדיוט. הגיוני וסביר הוא כי מערכת המשפט תעדיף להגן על מי שהשגת המידע על תקלות צפויות הינה קשה יותר עבורו; יתרה מזאת, יש לצפות מאיש מקצוע היודע להעריך כי במערכת מתוכננת/מומלצת נתונה צפויות תקלות בשיעור מסויים כי יפעיל את כישוריו ונסיונו וינקוט לכל הפחות בפעולות הגנה סבירות ולו רק לשם הזהירות ומניעת פגיעה בלקוח.

143 המ' 106/54 וינשטיין נ' קדימה, פ"ד ח 1317.

144 ע"פ 14 Kent. 9 Fosset, The Development of Negligence in Computer Law, 14 Kent. L. Rev. 289 (1987), 303 (להלן: מאמר פוסט).

במישור השני, ההתפתחות הטכנולוגית ובמיוחד פיתוח כלי תכנות מתקדמים, שלבי תכנון ויישום בדוקים, סביבות פיתוח נוחות, נהלי בדיקה ו"אבטחת איכות" המערכות, סטנדרטיזציה גבוהה¹⁴⁵ וכו', יש בהם כדי להוריד משמעותית את שיעור התקלות הבלתי ניתנות לצפיה¹⁴⁶ כך שקשה לראות היום כיצד ישפיע שיעור כה נמוך של תקלות בלתי צפויות ביחס לתקלות שניתן היה לצפותן, ואולי אף למנוע או לצמצם את הנזק בגינן.

קושי נוסף טמון בבעיה להבחין בין טעויות תפעוליות של מערכות מחשב, הן הנובעות מחוסר מיומנות והכרת המערכת והן הנובעות מטעויות אנוש גרידא, לבין תקלות הנובעות מעיצוב, תכנון וייצור המערכת או ממידת ההתאמה בינה לבין הצרכים לשמם הומלצה. ברור כי התקדמות הטכנולוגיה היוצרת שילובים בין מערכות מחשב שונות, תעבורת נתונים מאסיבית, תאימות ובסיסי נתונים משותפים רק מקשה על איתור הנקודה המדוייקת בה נפגעה הפעולה התקינה ושובשה וזיהוי האחראים הישירים ו/או העקיפים לארוע.

פיתרון אפשרי לקשיים הראייתיים הנ"ל הינו היפוך הנטל ע"י דוקטרינת ה"דבר המעיד בעד עצמו"¹⁴⁷.

היסודות של דוקטרינה הדבר המעיד בעד עצמו, ע"פ פס"ד נוימן¹⁴⁸, הינם:

1) הנסיבות הממשיות (הסיבה המדוייקת) שגרמו לנזק לא היו ידועות לתובע בזמן הנזק, ולא צריך היה לדעת עליהן¹⁴⁹ נראה כי יסוד זה מתקיים לאור חוסר הידע היחסי של לקוחות והמורכבות הרבה של המערכות החדשות והתקלות שעלולות להתרחש בהן.

-
- 145 כגון המעבר לשימוש באובייקטים (Object Oriented Programing) או סביבות עבודה אחידות (סביבת Windows, למשל).
- 146 במובן של קיום ידיעה סטטיסטית על קיומן אך חוסר יכולת מעשית לאתר אחוז נתון של תקלות, בבחינת "עקרון חוסר הוודאות" במערכות מחשב אשר הצטמצם משמעותית מאז תחילת שנות ה-80 ומהפיכת ה-PC, שהכניסה מחשב כמעט לכל בית ועסק.
- 147 ס' 41 לפקנ"ז.
- 148 ד"נ 4/69 נוימן נ' כהן, פ"ד כד (2) 229.
- 149 מבחן סובייקטיבי + אובייקטיבי.

2) הנזק נגרם ע"י "רכוש" 150 שהיה בשליטה הבלעדית של הנתבע, וע"פ פס"ד נעים 151: בעל הסיכויים הממשיים ביותר שרצונו יכריע לגבי מצבו העובדתי-הפיסי של הרכוש. נראה כי יסוד זה מעורר בעיה באשר למרות שלמתכנן/מתכנת יש שליטה כמעט מוחלטת על צורת העבודה, מבנה המערכת, צורת הזנת הנתונים, עיבודם, הפלט וכו', הרי שאין הוא נוכח לרוב כאשר מתרחשת התקלה וקשה ליחס לו בלעדיות לגבי תקלה פלונית, כנדרש. נראה כי יסוד זה יוכרע לגבי כל מקרה לגופו, שכן יש להביא בחשבון את מידת הגמישות של המערכת הנתונה, מידת יכולתו של המפעיל לשנות פרמטרים של עבודה, מידת השפעת טעויות אנוש בהפעלה, ומידת רגישות המערכת לתקלות חיצוניות 152.

3) שסביר יותר שהתאונה נגרמה עקב התרשלות הנתבע מאשר שהדבר אינו כך: המבחן המקובל הינו ע"פ מאזן הסתברויות וגם כאן ההכרעה הינה תלויית נסיבות.

יש לציין כי למרות ההסכמה כי נטל השכנוע המוטל על הלקוח שנפגע הינו כבד באופן יחסי, הרי שיש כותבים המתנגדים להיפוך הנטל הראייתי 153.

אך נראה כי קביעה זו מבוססת על טענה בדבר חוסר יכולת של חבר מושבעים ליחס התנהגות רשלנית לאיש מחשב פלוני ברצף של אירועים, בעיקר אם קיימים מספר נתבעים שלכל אחד מהם מיוחסת תרומת רשלנות מסויימת. נראה כי לטענה זו משקל נמוך ביותר בשיטת המשפט הישראלית בה שומע שופט "מקצועי" את הדיון ואף נעזר רבות בחו"ד מומחים מטעם הצדדים ואף מטעם ביהמ"ש.

הקשיים שתוארו לעיל לא מנעו, בתי משפט, גם בארה"ב מלהטיל אחריות על אנשי מחשב מתחומים שונים בגין חריגה רשלנית מנורמת הזהירות הסבירה:

בפס"ד Thompson 154 קבע ביהמ"ש כי חברה, שעסקה בדוח ממוחשב של מצבי אשראי, התרשלה כאשר לא הפעילה רמת זהירות סבירה שעה שאנשיה תכננו ויצרו את תוכנת המחשב שעליה התבססה פעילות החברה. ביהמ"ש אף הוסיף וקבע כי התנהגות סבירה של מומחי החברה חייבה אותם ליצור מנגנון פיקוח יעיל, בין ממוכן ובין אנושי, אשר היה עשוי לגלות את הבאגים בתוכנה ואף למנוע חלק נכבד מהתקלות שגרמו לנזקי התובע, שכן: התובע סבל נזק שעה שמערכת המחשב דיווחה למספר סוחרים מהם

150 הפירוש שניתן למונח בפס"ד הנזכרים הינו רחב ולא נראה כי מערכת מחשב, בין אם תוכנה ובין אם חומרה אינן נופלות בגדרו.

151 ע"א 377/85 נעים נ' משרד החינוך והתרבות, פ"ד מב (1) 153.

152 הפסקות חשמל, ברקים, אפיקי תקשורת לקויים, פגמים בחומרה/תוכנה הפועלת במקביל וכו'.

153 מאמר פוסט, ע"מ 296; מאמר דלומיו, ע"מ 643.

154 Thompson v. San Antonio Retail Merchants Association, 682 F.2d 509 (5th Cir. 1982).

ניסה לרכוש באמצעות כרטיס אשראי כי אין הוא זכאי לרכוש באשראי. המידע שהמערכת העבירה היה שגוי¹⁵⁵.

למרות שהניזוק בפס"ד Thompson אינו הניזוק האופייני במקרי רשלנות של אנשי מחשב, קרי לקוח שרכש בעצמו את מערכת המחשב או את שירותי הייעוץ של מומחה מחשב וסבל נזק, אלא מדובר בלקוח של מזיקה אשר יצרה את מערכת המחשב התקולה בעצמה, הרי שעדיין מדובר בהלכה חשובה באשר מדובר בהטלת אחריות בגין רשלנות בשל אי הפעלת סטנדרט זהירות ראוי ביצירת תוכנה נקיה משגיאות ושימוש בה.

הבעיה בפס"ד Thompson הינה שביהמ"ש לא היה צריך להחליט מהו סטנדרט ההתנהגות הראוי לאיש המחשב הנתבע באשר חובת הזהירות שהופרה נבעה בעיקרה מחוק ה-Fair Credit Reporting Act. נראה כי ברוב התביעות בגין רשלנות מקצועית של אנשי מחשב אין בידי ביהמ"ש סטנדרט סטטוטורי להתנהגות ראויה ולרמה סבירה של זהירות אשר חריגה ממנה יש בה משום רשלנות.

בפס"ד Invacare¹⁵⁶ עלתה טענה כי עילת רשלנות מקצועית אינה עילת תביעה מוכרת בנזיקין וכי אין להזקק לה כלל ועיקר. ביהמ"ש דחה טענה זו בקובעו כי אין מדובר ביצירת עילת תביעה חדשה אך התרכזו בבדיקת ההיבטים החוזיים של יחסי הצדדים.

155 התקלה התבטאה בהעדר מנגנון בדיקת ה-social security number של התובע, למרות שמספרים רשמיים מסוג זה מכילים, ע"פ רוב ספרת ביקורת שמטרתה העקרית היא בדיקת נכונות הזנת המספר ע"פ נוסחה מתמטית קבועה המופעלת על שאר הספרות.

156 Invacare Corp. v. Sperry Corp., 612 F. Supp. 448 (N.D. Ohio 1984)

עוולת הרשלנות המקצועית וישומה על אנשי מחשב

יחודה של עוולת הרשלנות המקצועית (Professional Malpractice) היא שבנוסף לארבעת היסודות של עוולת הרשלנות "הרגילה" (negligence) קיימת חובת זהירות חמורה יותר הדורשת סטנדרט התנהגות גבוה יותר, באשר הדרישה אינה רק לפעולות ש"אדם סביר ונבון" - רגיל היה עושה/נמנע מלעשות אלא חובת הזהירות המיוחדת של "אדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד (ההדגשה שלי-צ.פ.)"157.

עוולת הרשלנות המקצועית מבליעה בתוכה דרישה מאיש מקצוע ומומחה בתחום מסויים לפעול בצורה שאיש מקצוע/מומחה סביר מאותו תחום היה נוהג.

בפס"ד וינשטיין נ' קדימה158 נקבעה חובת הזהירות של בעל מקצוע תוך פעילותו המקצועית, המסתיימת בחוות דעת או עיצה, באשר אין מקום להבחנה עקרונית בין מסירת מידע מטעה לגבי עובדות לבין הודעות שעיקרן חו"ד רשלני. ביהמ"ש ראה גם בחו"ד מקצועית שניתנה ברשלנות משום פן אחר של עוולת מצג השווא הרשלני אותה ביסס. קביעה זו נעשתה תוך הדגשה כי:

" לא קיימת כל סיבה, לאור השתנות תנאי החיים ורמתם, שלא להרחיב את תחולת אותו עקרון גם על מקצועות נוספים שהם בעלי חשיבות חברתית (ההדגשה שלי-צ.פ.)"159

ותוך ציטוט מפס"ד Donoghue v. Stevenson160 כי:

" מושגי האחריות המשפטית עשויים להתפתח בהסתגלות לתנאי החיים ורמת חיים משתנים."

נראה כי בכך נפתח הפתח לא רק להטלת אחריות מקצועית בגין פעולות רשלניות של מומחים מחסוג הקלאסי אלא גם על בעלי מקצוע אחרים הפועלים בצורה רשלנית, במסגרת מקצועם ובמיוחד על הנותנים חו"ד העלולה ליצור הפסדים ונזקים למסתמך עליה או לנפגע בגינה. נראה כי התפקיד המרכזי שממלאים מחשבים בחיי החברה המודרנית, הפעילות העיסוקית, התרבותית והחברתית בה, על כל רבדיה הופכות את איש המחשב והמציג עצמו כמומחה בתחום "בעל חשיבות חברתית" זה לראוי להחלת סטנדרט זהירות חמור יותר, בדיוק כפי שהוטלה בעבר על "רופא בהמות"161.

| | |
|-----|---|
| 157 | ס' 35 לפקנ"ז. |
| 158 | ה"ש 143, לעיל. |
| 159 | שס, 1338. |
| 160 | <u>Donoghue (or M'Alister) v. Stevenson</u> , (1932) A.C 562, 619 |
| 161 | ה"ש 159, שס. |

יש לציין כי למרות שאין לשער כי כבוד השופט אגרנט צפה את התפתחות ענף המחשבים והווצרות הצורך החברתי-כלכלי-משפטי בו דנה רשימה זו בהטלת אחריות חמורה יותר על אנשי מחשב המציגים עצמם כמומחים ויצירת חובת זהירות גבוהה יותר כלפי המסתמכים על חוות דעתם המקצועית, הרי שניתן לאמר בבירור כי זיהה את מגמת ההתפתחות הטכנולוגית המואצת של המחצית השנייה של המאה ה-20 תוך שהוא מיישם את מבחן ההסתמכות על מצגו של הנחה כמומחה ותוך שהוא מקדים את בית הלורדים שקבע, כאמור כמעט עשור מאוחר יותר, מבחן זה בפס"ד Hedley האנגלי ואת ישומו של מבחן דומה בפס"ד Groves האמריקאי על עיניין יועצי מיחשוב כשלושים וחמש שנים (!) מאוחר יותר.

השי' אגרנט בפס"ד וינשטיין נ' קדימה סייג את חובת האחריות במספר סייגים¹⁶²:

1. שולל אחריות בגין נזק כספי שנגרם ע"י הודעה רשלנית בשיחת אקראי, כלומר: האחריות תוטל רק כשהחוו"ד נתנה במהלך העסקים הרגיל של איש המקצוע ובמסגרת עבודתו.

בפס"ד עמידר נ' אהרון¹⁶³, הורחבה יריעת האחריות משנקבע כי אין מקום לאבחנה שאדם המיומן במיוחד בתחום מסויים ("איש מקצוע") חייב לנהוג בזהירות, אבל אדם מיומן פחות ("הדיוט") אינו חייב לעשות כן אלא אף להיפך. השי' אלון פסק כי אחריות כבדה יותר רובצת על אדם המקבל על עצמו לתת עצה הדורשת ידיעה מקצועית, מבלי להיות בעל מקצוע, שכן אדם העוסק במלאכה הדורשת מיומנות מיוחדת, בלי להיות מיומן לאותה מלאכה, מתחייב בנזק בגין רשלנותו לא רק בשל מלאכתו הגרועה אלא קודם כל מפני שהחליט בכלל לשלוח ידו באותו עיסוק, מבלי להיות מוכשר לו.

נראה, לאור האמור לעיל כי קביעה זו חשובה במיוחד כשמדובר בשוק פרוץ כמעט לגמרי בו, כאמור אין מסלול הכשרה מוגדר גם למי שרוצה "ללכת בתלם" באשר כמעט כל אדם הופך להיות מומחה מחשב שעה שהוא מעתיק תוכנה, משנה פרמטרים או כורך אובייקטים יחדיו¹⁶⁴.

בפס"ד עמידר נ' אהרון הובהר גם כי:

" בעל-המקצוע אינו חב בשל היצגו הכוזב אלא באשר הוא מציג את עצמו, בנוסף על היצגו המיוחד, כמי ששבילי מקצועו נהירים לו וכמי שהיצגיו המקצועיים על-כן נכונים ואמינים הם; החובה המיוחדת המוטלת עליו כבעל-מקצוע

162 שם, החל מע"מ 1340.

163 ע"א 86/76 "עמידר", החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ נ' אהרון, פ"ד לב (2) 337.

164 דוגמא טובה לסכנה הטמונה בנסיון של אדם בלתי מיומן לעסוק בתחום הדורש ידע ונסיון הינו המעשה באותו סנדלר שחשקה נפשו לעסוק בקבלנות בנין, שעלה בע"א 451/66 קורנפלד נ' שמואלוב, פ"ד כא (1) 310.

נובעת אך מעצם המומחיות בלבד שהוא מייחסה לעצמו (ושבמקרים רבים מוצאת ביטוייה גם בדרישת שכר "מקצועי")¹⁶⁵.

חשוב לציין כי כל דוקטרינת הרשלנות המקצועית וסייג זה בתוכה משקפת גם את גישתו של המשפט העברי¹⁶⁶.

המלומד פלמינג מסכם את סוגיית חובת פעולת איש המקצוע ע"פ "פרקטיקה מקובלת" בקביעה כי השאלה היא האם התנהגות איש המקצוע דדן מתאימה לרמת הפרקטיקה המקובלת אשר הוכרה ע"י בעלי אותו מקצוע בנסיבות דומות¹⁶⁷.

2. קיום חובת הזהירות רק מקום שהח"ד ניתנה תוך ידיעה כי הניזוק יסתמך עליה, אך די בכך שנותן העיצה ידע כי אדם כלשהו (גם אם אדם בלתי מסויים בשלב היעוץ הלקוי) עשוי להסתמך על המידע שנמסר. הדרך לקביעה כי אכן היתה ידיעה כזו על קיום הסתמכות, בין בפועל ובין בכוח נדונה בפס"ד עמידר נ' אהרון שם נקבע כי:

"... הוכחת ידיעה כזו יכול שתיעשה בדרכים שונות: על-ידי שמקבל האינפורמציה אמר במפורש שהוא סומך עליה; יש והעובדה ששולם עבור חוות-הדעת יוצרת הנחה של ידיעה כזו ויש ואף בחינם אנו מניחים כך; יש והדבר תלוי באופן מסירת וקבלת האינפורמציה, מי יזם אותה, אם היה על מקבל האינפורמציה להניח, לפי הנסיבות, שמוסר האינפורמציה מסר מה שמסר מטעמי נימוס ומשום ש"דרך העולם כך" אך לא התכוון שיסמכו על האינפורמציה שמסר, ושיקולים ונסיבות כיוצא באלה¹⁶⁸.

בפס"ד אילנקו¹⁶⁹ בו הוחלו עקרונות דומים על מסירת מידע רשלנית, וכאמור לעיל, נראה כי יש לכלול בגדר ההגדרה "מידע" גם מידע מקצועי הניתן כחלק מעסקיו הרגילים של מומחה בתחום אך גם תוכנה¹⁷⁰. נקבע כי בין האינדיקציות להסתמכות סבירה שעל מוסר המידע לצפות ניתן למנות נסיבות כגון: מבקש המידע מציין את מטרת פנייתו ואת השימוש אותו הוא מתכוון לעשות במידע שיקבל; השאלה הנשאלת איננה כוללנית וחובקת עולם, כי אם ספציפית ומוגדרת;

165 בע"מ 242 לפס"ד.

166 וראה: פס"ד עמידר נ' אהרון, בע"מ 348 ואילך; ר' שאר-ישוב הכהן: "אחריותם של יועצים כלכליים", תורה שבעל פה כו, לג; א' שיינפלד, נזיקין, חוק לישראל, 157; י' פרוש: "על רשלנותו של יועץ או 'הטוב שברופאים לגהינוס'", דיני ישראל יב (תשד"מ-תשמ"ה), קיט.

167 Fleming, The Law of Tort, 7th Ed. 99-100

168 ע"מ 357 לפס"ד.

169 ע"א 209/85 עיריית קרית אתא נ' אילנסו בע"מ, פ"ד מב 1 190.

170 נראה כי ההבחנה בין "מידע" לבין "תוכנה" בס' 1 לחוק המחשבים מתייחסת למידע במובנו הצר של data ולא במובן המופשט יותר של information אשר מעצם טיבו הינו רחב היקף וכולל למעשה כל מבע בעל משמעות שניתן לקליטה חושית.

הפנייה נעשית לממלא תפקיד, הנחזה להיות בעל גישה למידע המבוקש, או שמספק המידע הציג עצמו ככזה; ייתכן אף שמספק המידע עשה שימוש באמצעי עזר, עד כמה שהדבר נדרש לצורך מתן התשובה וכו'.

" בלשון עממית נאמר, כי לצורך ביסוסה של הסתמכות סבירה, יש לפנות לאדם "הנכון" ולהפנות אליו את השאלה "הנכונה".¹⁷¹.

3. חובת הזהירות תתקיים רק אם למומחה לא היה, בנסיבות המקרה, יסוד סביר להניח כי חוות דעתו שניתנה תבדק שוב ע"י מקבלה או מומחה אחר בטרם יפעלו לפיה.

בפס"ד אילנקו¹⁷² נקבע כי עקרונית, אין הצדקה לקיומה של הנחה בדבר בדיקה נוספת ובלתי תלויה. הדבר אמור אמנם בעיקר אם מדובר במידע ספציפי, המצוי בידיעתו ובשליטתו הבלעדיים של גורם, אשר בין יתר תפקידיו, גם מספק אותו לקהל הפונים, כך שאין מי שיכול לבדוק את נכונות המידע שנמסר, אך נראה כי קשה מבחינת מדיניות משפטית ראויה ליצור מצב בו יטילו נטל כלכלי כבד על הלקוח לקבל חו"ד שניה ממומחה מחשב בלתי תלוי כדי לוודא כי המומחה הראשון לא טעה. נראה כי מדיניות ראויה תטיל את חובת בדיקת חוות הדעת המקצועית ויודא נכונותה ודיוקה דווקא על כתפי היועץ/מומחה באשר נגישותו לחומר עזר קלה יותר, רמת ידיעותיו (גם אם התרשל) הינה ברוב המקרים רבה יותר, וכמובן: שיקולי "כיס עמוק" והגנת הצרכן.

ברור כי אם יוכח כי היתה בדיקה של מומחה בלתי תלוי, אזי יש לשקול אם לא נותק הקש"ס המהווה יסוד מרכזי בהוכחת עילת הרשלנות כולה.

4. היקף האחריות והנזק היה ניתן לצפיה והערכה כבר בשלב מתן חוות הדעת המקצועית, כלומר: הגדרת גבול האחריות מראש.

כפי שנאמר כבר לעיל, נראה כי פס"ד ועקנין סייג קביעה זו באשר הכוונה הינה יכולת צפיית סוג הנזק ולא היקפו או זרך התרחשותו המדוייקת.

הפרתה של חובת הזהירות שתוארה תגרור אחריות ברשלנות בנזיקין כלפי חוג האנשים, אשר היה צפוי וידוע, בעת מתן המידע, היעוץ המקצועי, ביצוע התכנון או תכנון מערכת המחשב, כי יסתמכו על פעולת איש המחשב.

171 ה"ש 169, בע"מ 203 לפס"ד.
172 שם, 208.

עולה גם מהאמור לעיל כי אחריות כנ"ל תוטל גם על מי שלא היה חייב במסירת המידע או היעוץ, באשר נראה כי המדיניות המשפטית באה להגן לא רק מפני מומחים אמיתיים אשר טעו ו/או התרשלו אלא גם כנגד מי שאינם מומחים כלל ועיקר אך נטלו לעצמם איצטלא של מומחים וגרמו לאחרים להסתמך על עצתם וחוות דעתם תוך שנגרם נזק למערכת המחשב עצמה, למשתמשים בשירותיה או למעניקי שירותי משנה מבוססי מחשב.

נראה כי ההתייחסות הישירה היחידה עד כה לנושא הרשלנות המקצועית של אנשי מחשב בפסיקה בישראל הינו פס"ד רוט נ' דלתה¹⁷³, בו נדון ענינו של עסק למיכון הנהלת חשבונות בחיפה (רוט) שרכש מערכת חדשה שכללה חומרה ותוכנה מחברת דלתה, שכבר סיפקה להם מערכת ממוכנת למחצה בעבר, לאותה מטרה ואף איש מטעמה היה מי שהציע את הקונפיגורציה הממוחשבת שסופקה להם לבסוף.

השופט מרגלית יצר לראשונה בארץ הכרה בקיום אחריות הן במישור הנזיקי והן במישור החוזי של חברת המחשבים ובית התוכנה לנזקים שנגרמו עקב אספקת המערכת לקויה ובלתי מתאימה ללקוח, באשר נפסק בהסתמך על עדות מומחה מחשב מטעם ביהמ"ש כי הצעתו של איש המכירות מטעם חברת דלתה היתה בגדר מצג שוא רשלני, שכן התקיימו היסודות שנסקרו לעיל:

1. מצג היוצר ציפיות:

ציפיות אלה נוצרו אצל התובעים כלפי המערכת בשל דרך הצגתה ע"י איש המכירות שפעל בשם הנתבעים ומטעמם, אך לא היה בקיא לחלוטין ובודאי שלא היה בטוח בפרטים המדויקים אותם מסר.

2. הסתמכות על המצג:

אנשי דלתה הכירו את עסקם של התובעים, את צרכיהם המיוחדים ובמיוחד את חוסר בקיאותם בנושא המחשבים מחד ובעלי נטייה מיוחדת להסתמך על חו"ד מי שכבר סיפקו להם מערכת קודמת ששירתה אותם בצורה מניחה את הדעת.

גם דרך ניהול המו"מ היתה תמוהה באשר נעדרה אפילו את ההתאמה לעקרונות היסודיים המנחים את רוב אנשי המחשב ביצירת המלצה מושכלת על פתרון ממוחשב לצורך נתון¹⁷⁴.

173 ת.א. (חי') 2112/84 רוט נ' דלתה חברה למסחר בע"מ (לא פורסם) (ניתן לעיין בפס"ד באתר: http://www.fefenberg.com/Rot_y_Delta.pdf)

174 השלבים המקובלים ליצירת המלצה וחו"ד מסוג זה, הינם:
א. הגדרת דרישות הלקוח וצרכיו.

ב. תכנון מפרטי חומרה ותוכנה לישום אותן דרישות.

ג. הגדרת השירות: רמתו, היקפו, אנשי קשר, דרגי איתור תקלות וכו'.

ד. מבחני קבלה, Beta Site, בחינת הצעות מחיר שונות וכו'.

3. צפיית נזק אפשרי:

נקבע כי על הנתבעת היה לצפות כי במקרה שהמערכת תתגלה כבלתי מתאימה לצרכי עסקם של התובעים עלול להגרם להם נזק וכן: "(ש) העובדה שתהליך הרכישה מצד הלקוח לא נעשה בצורה מקצועית מטילה יתר אחריות על הספק175".

4. אי עמידה בציפיות שהתפתחו אצל התובעים176.

5. לתובעים נגרם נזק רב:

כגון: פגיעה חמורה במוניטין, בריחת לקוחות וכו'.

יצויין כי השופט מרגלית בוחן גם את הפן, שנזכר לעיל של דוקטרינת אחריות לאספקת מוצר פגום באשר הוא קובע כי הפעולה הלקויה של המערכת עלתה כדי אי התאמה המובנו של סעיף 11(ג) לחוק המכר אך בלי להתייחס לבעיות שנוכרה לעיל של הגדרת מערכת מחשב על כל מרכיביה: חומרה, תוכנה וח"ד מקצועי של מומחה מחשב הממליץ, מתכנן פתרון מחשבי מסויים כמוצר ע"פ הגדרותיו המקובלות.

ניתן לבקר פס"ד זה177 בכך שלמרות יחודיות הנושא וראשוניותו הרי שאין התייחסות מיוחדת בפס"ד למחלוקות שנסקרו בהרחבה לעיל ולפסיקה זרה בעניין. נראה כי ההלכה תתגבש רק לאחר סיום הליכי הערעור שהוגש על הפס"ד178 178א.

נראה כי חוק המחשבים והפרק שיוחד לנושא הנזיקין, אין בו התייחסות לסוגיית האחריות בגין רשלנות מקצועית של אנשי מחשב כך שלפחות בעתיד הנראה לעין יתגבשו הדינים מתוך פסיקת בתי המשפט והכתיבה המשפטית סביב הנושא.

175 נ' אסיא, בע"מ פד-149.

176 שס, פד-147.

177 ע"פ נ' אסיא, ע"מ 224.

178 שניתן בחודש 11/91.

178א במהלך עריכת רשימה זו ניתן פסק דין בע"א 441/92 דלתה בע"מ נ' רוט, טרם פורסם, אשר דחה את הערעור באשר בית המשפט "לא מצא עילה להתערב בממצאיו ומסקנותיו של בית המשפט המחוזי...". מצב שכזה אמנם מגבש פורמלית הלכה בפרשה דדן אך בהעדר התייחסות כאמור לראשוניות פרשה זו במשפט הישראלי, נראה כי טרם נסתם הגולל על פסיקה בעניין נשוא רשימה זו.

סיכום

נראה כי להחלת נורמת ההתנהגות החמורה יותר של רשלנות מקצועית, יש גם הצדקה נוספת והיא הקלות הרבה יותר והמשאבים הנמוכים יחסית שצריכים לבזבז אנשי המקצוע לשם מניעת הנזקים ביחס לאמצעים שיוצאו ע"י לקוחות להקטנת נזקיהם.

יש להניח¹⁷⁹ כי הטלה מחושבת ומדודה של סטנדרט התנהגות וחובת זהירות גבוהים יותר על אנשי מחשב לכל רמותיהם, תוך שינויים הראויים לסוגי עיסוקם, תביא לידידה בכמות התקלות שניתן למנוען, לעליה ברמה הכללית של מערכות מחשב ולכן גם לזירוז נוסף לצמיחת שוק עתיר ממון זה, שיצא בסופו של דבר נשכר מהשמירה הזהירה על רמתו המקצועית.

יש גם להניח שהענף המתפתח ועתיר המשאבים, של תעשיית מערכות המחשב, תקשורת הנתונים ועיבוד הנתונים לסוגיו, ידע להגן על עצמו טוב יותר באמצעות פוליסות ביטוח מפני תביעות בגין רשלנות מקצועית, כמקובל בענפים אחרים.

179 וראה מאמר דלומיו, בע"מ 649.