



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 3301/23

לפני:

כבוד המשנה לנשיא נעם סולברג
כבוד השופטת יעל וילנר
כבוד השופטת רות רונן

המערערים:

1. שי קושוקרו מידילי
2. מרדכי מאור מידילי

נגד

המשיבים:

1. פרויקט עיבוי בינוי - הנביאים 63, בת ים בע"מ
2. עו"ד חגי אולמן - כונס הנכסים
3. יסודות אי נדל"ן ופתוח שותפות מוגבלת
4. איילון חברה לביטוח בע"מ
5. הממונה על חדלות פירעון ושיקום כלכלי

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו
בפר"ק 44205-01-21 שניתן ביום 22.2.2023 על ידי כב'
השופטת א' לושי-עבודי

תאריך הישיבה:

כ"ב חשוון התשפ"ו (13.11.2025)

בשם המערערים:

עו"ד גולן אמסלם

בשם המשיבים 4-2:

עו"ד חגי אולמן; עו"ד מיכל חכים פדן

בשם המשיב 5:

עו"ד רועי נירון

פסק-דין

השופטת רות רונן:

האם תאגיד שהעניק ליווי פיננסי לפרויקט בנייה, ובעקבות כשל של הקבלן החליט להשלים את בניית הפרויקט במסגרת הליך לאכיפת שעבודים שהועמדו לזכותו, חב בפיצוי רוכשי הדירות בקשר עם איחורים במסירת הדירות? זו השאלה העיקרית המתעוררת בערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופטת א' לושי-עבודי) מיום 22.2.2023 בפר"ק 44205-01-21.

1. המשיבה 1 (להלן: החברה הקבלנית) היא חברה קבלנית אשר התקשרה עם בעלי זכויות בבניין מגורים בעיר בת ים (להלן: הבניין), בהסכם לביצוע עבודות חיזוק מבנה בבניין. בתמורה לביצוע עבודותיה, הוקנו לחברה הקבלנית זכויות בנייה ושטחים בבניין, אשר אפשרו לה לבנות בו 14 יחידות דיור חדשות, בנוסף לאלה שהיו קיימות בו קודם לכן (להלן: הפרויקט ו-הדירות החדשות). הפרויקט מומן בשיטת "ליווי פיננסי", באמצעות הלוואות שנטלה החברה הקבלנית מהמשיבות 3 ו-4 (להלן ובהתאמה: ההלוואות ו-החברות המלוות). ההלוואות ניתנו לחברה הקבלנית בהתאם להסכם ליווי שנחתם ביום 15.11.2017, וזאת כנגד שעבודים שסווגו על ידי הצדדים כשעבודים קבועים וצפים על זכויות שונות בפרויקט (להלן ובהתאמה: הסכם הליווי ו-השעבודים).

לימים, משהחברה הקבלנית לא עמדה בפירעון ההלוואות, פנו החברות המלוות לבית משפט קמא בבקשה לממש את השעבודים שהוטלו לטובתן. לצורך כך, ביום 25.1.2021 מונה המשיב 1 ככונס נכסים זמני ובחלוף מספר ימים הפך מינויו לקבוע (להלן: הכונס). החברות המלוות, באמצעות הכונס, בחרו להשלים את בניית הפרויקט על יסוד ההתקשרויות החוזיות הקיימות – ובכלל זה הסכמי מכר שונים שנחתמו עם רוכשי הדירות החדשות בפרויקט (להלן: רוכשי הדירות). כן הוחלט למכור את הדירות שטרם נרכשו עד למועד מינויו של הכונס.

2. למען שלמות התמונה יוער, כי בקשת החברות המלוות למימוש השעבודים הוגדרה כ"בקשה דחופה בהסכמה למימוש שעבודים קבועים ומינוי כונס נכסים". בית משפט קמא סבר תחילה כי בקשה זו מתייחסת למימוש כלל השעבודים שהוקנו לטובת החברות המלוות – ובכללם השעבודים הצפים. לכן, בהחלטה מיום 24.1.2021 הוא הורה כי יראו את החברה הקבלנית כאילו ניתן לגביה צו לפתיחת הליכים לפי חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018 (להלן: חוק חדלות פירעון). זאת, מכוח סעיף 194(ב)(2) לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983 (להלן: פקודת החברות).

עם זאת, משהבהירו החברות המלוות כי בקשתן נוגעת למימוש השעבודים הקבועים בלבד – ובהיעדר התנגדות מצד המשיב 5, הממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי (להלן: הממונה) למימוש מסוג זה – נעתר בית המשפט לבקשה ביום 25.1.2021. יצוין כי החלטה זו ניתנה חרף ספקות שהעלה בית המשפט בדבר האפשרות המעשית לאכוף בנסיבות העניין את השעבודים הקבועים בלבד, מבלי להידרש גם

לאכיפת השעבודים הצפים, וזאת בשים לב לאופי הנכסים המשועבדים. לאחר מכן, הוסיף ההליך להתנהל כהליך כינוס נכסים "רגיל".

3. ביני וביני, עוד בטרם נקלעה החברה הקבלנית לקשיים, היא התקשרה עם המערערים בהסכם מכר מכוחו הם רכשו את אחת הדירות החדשות בבניין (להלן ובהתאמה: הסכם המכר או ההסכם; ו-הדירה). מועד מסירת הדירה נקבע בהסכם "עד ולא יאוחר מ- 24 חודשים מיום קבלת היתר בניה" (סעיף 9.1 להסכם המכר) (להלן: מועד המסירה החוזי). כן נקבע פיצוי בגין איחור במסירת הדירה באופן הבא: "איחור המוכר במסירת החזקה לקונה איחור העולה על 60 ימים מעבר למועד הקבוע בחוזה זה, ישלם המוכר לקונה פיצוי מוסכם כמפורט בסעיף 5 לחוק המכר (דירות)...". (להלן: הפיצוי המוסכם). זאת כאשר סעיף 5 לחוק המכר (דירות), התשל"ג-1973 (להלן: חוק המכר (דירות)) מעגן את הזכות הסטטוטורית של רוכש דירה לפיצוי במקרה של איחור במסירת דירה.

אין מחלוקת כי בפועל הדירה לא נמסרה למערערים במועד המסירה החוזי. למעשה, הדירה טרם נמסרה למערערים עד היום בשל ההליכים המשפטיים המתנהלים בקשר אליה בין הצדדים. אולם מעיון בתיק בית המשפט בהליך קמא עולה כי יתר רוכשי הדירות קיבלו את דירותיהם, וזאת לכל המאוחר עד ליום 2.4.2025.

4. על רקע האמור, פנו המערערים לבית משפט קמא ביום 10.2.2022 במסגרת הליך הכינוס בבקשה נושא הערעור. בבקשתם, הם עתרו לחייב את הכונס לשלם להם את הפיצוי המוסכם שנקבע בהסכם המכר בגין האיחור במסירת הדירה. כן הפנו המערערים בהקשר זה לסעיף 5 לחוק המכר (דירות). לחלופין, הם ביקשו לקזז את סכום הפיצוי לו הם זכאים לשיטתם – מיתרת חובם בגין רכישת הדירה, ככל שקיימת יתרה כאמור.

הכונס מצדו לא כפר בעובדה שהדירה נמסרת באיחור. עם זאת, לטענתו, החובה למסור את הדירה במועד המסירה שנקבע בהסכם חלה על החברה הקבלנית בלבד (שלרוכשי הדירות, ובהם המערערים, שמורה הזכות לתבוע אותה). הוא טען כי מינויו נעשה מכוח בקשתן של החברות המלוות, אשר התחייבותן היחידה כלפי רוכשי הדירות הייתה למתן ערבות לפי חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974 (להלן ובהתאמה: ערבות חוק המכר; ו-חוק הבטחת השקעות או החוק). הכונס לא התחייב כלפי רוכשי הדירות בכל התחייבות נוספת ובכלל זה בהתחייבות לפיצוי בגין איחור במסירת הדירות שנרכשו מהחברה הקבלנית. בהקשר זה הדגיש הכונס כי זכויות החברות המלוות גוברות על זכויות רוכשי הדירות. כן הוא ציין כי למערערים

יתרת חובה בצירוף הפרשי ריבית והצמדה; וכי טענתם לקיזוז מנוגדת להוראות הסכם המכר.

בתגובה לכך טענו המערערים כי משעה שהכונס והחברות המלוות (שייקראו יחד להלן: המשיבים) בחרו לקיים את הסכם המכר, הם אינם זכאים להסתמך רק על חלקים מסוימים ממנו ולהתעלם מחלקים אחרים. לטענתם, מדובר בהמחאת זכות של החברה הקבלנית לחברות המלוות, ומכאן שהמערערים רשאים להעלות כלפיהן את הטענות העומדות להם כלפי החברה הקבלנית.

בהמשך הוגשה גם תגובת הממונה – אשר סבר מצדו כי מאחר שהחברות המלוות, באמצעות הכונס, נכנסו בנעלי החברה הקבלנית, הן עשו זאת "על הדבש ועל העוקץ" הכרוכים בכך. לשיטתו, הואיל והסכם המכר שנכרת בין החברה הקבלנית לבין המערערים לא בוטל, יש לקיימו ככתבו וכלשונו. הממונה טען כי מדובר בחוזה הנמשך גם לאחר מינוי הכונס ומחייב גם אותו; וכי לא ניתן לבודד תנאי אחד בלבד מתוכו ולהתעלם מהתנאים האחרים בו.

החלטת בית המשפט המחוזי

5. ביום 22.2.2023 נדחתה בקשת המערערים בהחלטה נושא הערעור. בפתח החלטתו הדגיש בית המשפט כי החברה הקבלנית אינה נמצאת בהליכי חדלות פירעון, וכי מינוי הכונס נועד – בהתאם לבקשת החברות המלוות – למימוש שעבודים קבועים בלבד. הובהר כי הבחירה להשלים את בניית הדירות בפרויקט יצרה "טשטוש גבולות" בין טיפול הכונס במלאכת מימוש השעבוד, לבין הטיפול בעניינה הכולל של החברה הקבלנית. עם זאת, הודגש כי טשטוש זה אינו מבטל את הגבולות הברורים עליהם יש להקפיד במסגרת הליך כינוס. בהקשר זה הובהר כי הכונס אינו מייצג את מכלול ענייני החברה הקבלנית – ובהתאם לכך הוא אינו חשוף למכלול המידע לגביה ולשיקוליה.

בית המשפט הוסיף כי הוא ער לקושי העלול להיווצר מהעובדה שהכונס בחר אילו מבין הוראות ההסכם הוא יקיים ואילו לא יקוימו, אך אין בכך כדי לשנות את מהות היחסים המשפטיים בין הצדדים. את הקושי האמור ניתן לפתור מבחינה עיונית באמצעות קביעה כי הכונס התקשר למעשה עם רוכשי הדירות בפרויקט (ובכללם המערערים) בהסכם חדש – חלף הסכם המכר בו הם התקשרו עם החברה הקבלנית – שתכליתו השלמת הבנייה והגנה על עניינן של החברות המלוות. עוד הודגש כי כלל התקבולים ששילמו רוכשי הדירות על חשבון התמורה מהווים תמורה חוזית המשועבדת לטובת

החברות המלוות. זכויות משועבדות אלה אינן מצויות במישור אחד עם חובות החברה הקבלנית כלפי הרוכשים – אלא הן גוברות על זכותם של הרוכשים לפיצוי.

בשולי הדברים ציין בית המשפט כי במקרה דנן (כמו במקרים דומים אחרים), משועבד הנכס העיקרי – ולעתים היחיד – של החברה הקבלנית בשעבוד קבוע לטובת נושה מובטח. במצבים כאלה גם כשהחברה חדלת פירעון – לא נפתח בעניינה לרוב הליך חדלות פירעון, בעיקר בשל היעדר תמריץ של מי מהנוגעים בדבר לנקוט בהליך כזה. באותם המקרים, מימוש שעבוד קבוע על ידי נושה מובטח במסגרת פרויקט תמ"א 38 (כפי שקורה במקרים רבים בעת האחרונה), עלול לפגוע בעקרונות של חדלות פירעון – ובכלל זה בשוויון בין נושים ובקולקטיביות ההליך. דרך פעולה זו עלולה גם לגרום לעומס מיותר על בתי המשפט, שכן רוכשים רבים עשויים להגיש תביעות פיצויים פרטניות נגד החברות הרלוונטיות (כפי שאירע במקרה דנן) הגם שסיכויי הגבייה מהן נמוכים מאוד. ריבוי תביעות כזה עלול גם להגביר את החשש מפני קיומן של קביעות סותרות בתביעות שונות הנובעות ממערכות היחסים הללו.

הערעור שלפנינו

6. על ההחלטה האמורה הגישו המערערים את הערעור דנן, בו הם חוזרים על טענתם בדבר זכותם לפיצוי מהכונס או מהחברות המלוות בגין האיחור במסירת הדירה. לשיטתם, הואיל והסכם המכר לא בוטל על ידי מי מהצדדים – המשיבים אינם רשאים להסתמך על הוראות מסוימות בו תוך התעלמות מהוראות אחרות. המערערים טוענים כי אין בקיזוז הפיצוי המוסכם מיתרת התמורה כדי לסתור את השעבודים לטובת החברות המלוות, בהסתמך, בין היתר, על עקרונות המחאת חיובים. כן הם מעלים ספק ביחס לתוקף המשכון הקיים לטובת החברות המלוות. זאת מאחר שחסרה לכאורה חתימת החברות המלוות על אגרת החוב; ומשהיא ממילא נחתמה לאחר החתימה על הסכם המכר, ועל כן אינה יכולה לגרוע מן הזכויות המוקנות בו.

המערערים מוסיפים כי על החברות המלוות – אשר ליוו את הפרויקט מראשיתו – חלה חובת אחריות וזהירות מוגברת, הכוללת לגישתם מחויבות לעדכן אותם בזמן אמת על אודות מצב הפרויקט והאפשרויות העומדות בפניהם. כן הם טוענים כי החברות המלוות, בהיותן גופים מוסדיים מיומנים הפועלים בשיקול דעת, בחרו בחלופה המיטבית עבורן – להיכנס לנעלי החברה הקבלנית ולהשלים את בניית הפרויקט ומכירת הדירות. חלופה זו מחייבת אותן, לגישת המערערים, בכל ההתחייבויות של החברה הקבלנית בהסכם המכר.

לבסוף, נטען כי שגה בית משפט קמא בכך שלא נתן דעתו לשאלות נלוות, כגון סכום הפיצוי המוסכם לו הם זכאים וכן יתרת חובם כלפי החברות המלוות. צוין כי הערותיו העקרוניות של בית המשפט מדגישות את היותן של הסוגיות העולות בערעור בעלות השלכות רוחב. לתמיכה בטענותיהם, סומכים המערערים את ידיהם על עמדת הממונה, כפי שזו באה לידי ביטוי במסגרת ההליך שהתנהל בבית משפט קמא.

7. המשיבים טענו מנגד כי דין הערעור להידחות. לשיטתם, עקרונית הליווי הפיננסי נועדו מחד גיסא כדי להגן על הגורם המממן, ולהבטיח כי יוכל להיפרע מתקבולי הדירות שיופקדו בחשבון המשועבד; ומאידך גיסא, על רוכשי הדירות – באמצעות הפקדת ערבויות חוק המכר. לטענתם, התחייבויות החברות המלוות כלפי המערערים מתמצות בערבויות אלה בלבד, המגנות לשיטתם רק מפני מצב שבו הם ייוותרו ללא הדירה וללא הכספים שהושקעו בה. בהתאם לכך, נטען כי המערערים ידעו והסכימו לנחיתות זכויותיהם אל מול זכויות החברות המלוות – וכי משמעות הדברים היא שהחברות המלוות רשאיות לגבות את כל חובות החברה הקבלנית כלפיהן מתוך יתרת התמורה המשועבדת לטובתם, בטרם יהיו זכאים המערערים לגבות מהחברה הקבלנית את חובותיה כלפיהם.

עוד מוסיפים המשיבים כי טענת המערערים לקיזוז בדרך של הפחתת הפיצוי המוסכם מיתרת התמורה, סותרת במפורש את הוראות הסכם המכר; וכך גם את השעבודים לטובת החברות המלוות ובכירותם. לשיטתם, אין באמור כדי לאיין את זכויות המערערים כלפי החברה הקבלנית – בין היתר בשים לב לכך שאין מדובר בהליך חדלות פירעון אלא בהליך למימוש שעבוד קבוע בלבד. עם זאת, המערערים אינם זכאים לגבות את החובות הנטענים של החברה הקבלנית מתוך יתרת התמורה המשועבדת. לבסוף נטען כי התחייבות החברות המלוות כלפי המערערים מתמצה בערבות חוק המכר, והמערערים אינם יכולים "לרקוד על שתי חתונות" – במובן זה שהם ייהנו הן מעליית ערך הדירה שהיא תולדה של השלמת הפרויקט, הן מגריעת הפיצוי מהכספים המשועבדים. כן נטען כי המערערים ויתרו על זכות הקיזוז; וכי הכונס – בניגוד למפרק של חברה – אינו נכנס לנעלי החברה ואינו חב בחובותיה, אלא תפקידו מתמצה במימוש השעבוד.

8. הממונה מצדו סבור כי יש לקבל את הערעור באופן חלקי. בפתח הדברים הוא מבהיר כי קבלן המקים פרויקט מגורים אינו רשאי לשעבד הזכויות בו בשעבוד קבוע אלא בשעבוד צף בלבד – שאז חלים על הליך הכינוס דיני חדלות הפירעון. לגוף

המחלוקת, נטען כי ברירת המחדל היא שהתקשרויות שבהן התקשרה החברה הקבלנית עובר לקריסתה – לרבות הסכמי מכר שטרם הושלמו – עומדות בעינן. לשיטתו, הכונס אינו רשאי לברור אילו חיובים מתוך הסכמי המכר לקיים ואילו לבטל, אלא אם כן קיבל לכך את הסכמת הצד שכנגד. כן הובהר כי אף בהליכי חדלות פירעון, הדרך המרכזית לשינוי המערך החוזי היא באמצעות ויתור על "נכס מכביד", בו ניתן לוותר על ההסכם כולו – ולא על חלקים ממנו בלבד; כאשר ממילא גם ויתור כזה אינו נעשה כלאחר יד.

הממונה הוסיף כי נקודת המוצא היא שרוכש דירה בפרויקט עם ליווי פיננסי אינו זכאי לקיזוז; וכי מעמדו של הגוף המלווה גובר – כל עוד לא הושלם תשלום התמורה ולא נמסר לרוכש "מכתב החרגה מותנה". עמדה זו עולה לשיטתו בענייניו הן מטיבה של הנשייה המובטחת; הן מהוראות הסכם המכר עצמו, הכולל ויתור מפורש מצד המערערים על זכות הקיזוז ללא תלות במועד רישום השעבוד לטובת החברות המלוות. לצד זאת, סבור הממונה כי משעה שהתמורה על הדירה שולמה במלואה, רשאים הרוכשים לעמוד על זכותם לפיצוי בגין איחור במסירה. לשיטתו, משבחר הכונס בקיום הסכמי המכר ובהשלמת הפרויקט, הוא בא בנעלי החברה הקבלנית, וחיבב לכן בקיום כלל ההתחייבויות שבהסכם המכר – ובכלל זה תשלום פיצוי בגין איחור במסירה. הובהר כי הכונס אכן אינו חיבב בחובות קודמים של החברה – שמקורם בהתחייבויות שהיא קיבלה על עצמה עובר לכניסתו לתפקיד; אולם פני הדברים הם שונים באשר להתחייבויות שנוצרו מאותה העת ואילך. לגישת הממונה, התחייבויות כאלה צריכות להיחשב כהוצאות ההליך, שעל קופת הכינוס לשאת בהן קודם לחלוקת דיבידנד לחברות המלוות.

דיון והכרעה

9. הערעור שלפנינו מעורר מספר סוגיות עקרוניות הנוגעות למערכת היחסים המשולשת שבין רוכשי דירות, קבלנים וגופים מלווים במיזמי בנייה הממומנים בשיטת ליווי פיננסי. בטרם אפנה לבחינת סוגיות אלה לגופן, אעמוד תחילה על מאפייני הליווי הפיננסי, ובתוך כך על חלקו של כל אחד מן הגורמים המעורבים בו. הבנת מאפייניה המבניים של שיטת מימון זו – וכך גם הבנת היחסים הנוצרים מכוחה – תספק תשתית חיונית לדיון בשאלות הנוגעות להיקף חובותיו של הגוף המלווה (על פי רוב בנק מלווה, אך לא בהכרח) כלפי רוכשי הדירות, כפי שהן מתעוררות בהליך דנן.

10. עסקאות של ליווי פיננסי נוגעות לשלושה מישורי יחסים עיקריים – מישור היחסים שבין הקבלן לרוכשי הדירות; מישור היחסים שבין הקבלן לבין הגוף המלווה; ומישור היחסים שבין הגוף המלווה לבין רוכשי הדירות.

בכווים כלליים יובהר כי במרכז המערכת ניצב הקבלן – אשר בונה דירות ומבקש למכור אותן לרוכשים, לעיתים עוד בטרם הושלמה בנייתן. לצורך מימון הבנייה הוא מסתמך, בין היתר, על התשלומים שמשלמים הרוכשים על חשבון התמורה, ובמקביל הוא נדרש לא אחת גם למימון נוסף המסופק לו על-ידי הגוף המלווה. מנגד, רוכשי הדירות – שהתקשרו עם הקבלן בהסכם למכירת דירה – מבקשים להבטיח את חלקי התמורה ששולמה על ידיהם לקבלן, כדי לצמצם את הסיכון כי הכספים ששילמו לא יושבו להם, גם אם הדירה לא תימסר לידיהם. הגורם המלווה מבקש מצדו להבטיח את החזר ההלוואה שהעניק לקבלן לצורך השלמת הפרויקט, בתוספת רווח ריבית. על רקע מארג אינטרסים זה מתעצבת מערכת היחסים המשולשת האמורה.

11. עתה לפירוט הדברים. בדומה ליזמים אחרים, גם קבלנים המבקשים להקים פרויקטים למגורים נזקקים להון לצורך מימון פעילותם. לשם כך, נדרש הקבלן על פי רוב להתחיל לשווק ולמכור את הדירות בפרויקט עוד בטרם החלה בנייתן בפועל (מה שמכונה מכירה של דירות "על הנייר"). מנגנון זה חושף את רוכשי הדירות לסיכונים לא מבוטלים בהליכי הרכישה. סיכונים אלה נובעים, בין היתר, מכך שהרוכשים – המשקיעים לרוב חלק ניכר מחסכונותיהם ברכישת הדירה ולעתים אף מוסיפים ונוטלים הלוואה לצורך כך – מתקשרים בעסקה מבלי שראו את הדירה עצמה, ולעיתים אף מבלי שהבניין עצמו קיים או אף החל להיבנות במועד הרכישה. במקרים כאלה קיים חשש מובנה כי הכספים שישלמו הרוכשים לא ייועדו לבניית הפרויקט שלשמו שולמו – אלא יוסבו על ידי הקבלן לשימושים אחרים – למשל, לצורך מימון השלמת פרויקט אחר של הקבלן, במקרים שבהם הוא מצוי בקשיים תזרימיים; או אפילו לטובת מימון צרכיו הפרטיים (להרחבה ראו: דורון נחמני ונדב בן-ארי "מימון בשיטת הליווי הפיננסי" ניהול נדל"ן 1 (1997) (להלן: נחמני ובן-ארי)).

מטעמים אלה, עסקאות למכירת דירות מגורים בין רוכשי דירות וקבלני בנייה כפופות בישראל לרגולציה צרכנית ענפה, שעיקרה בהוראותיהם הקוגנטיות של חוק המכר (דירות) ושל חוק הבטחת השקעות. חוקים אלה מגבילים את חירות הצדדים לעצב

את תנאי ההתקשרות ביניהם כרצונם, והם עושים כן באמצעות קביעת הוראות שמטרתן להרחיב ולשכלל את החיובים המוטלים על הקבלן, תוך הגנה על רוכשי הדירות. בכך משקפים חוקים אלה תפיסה נורמטיבית שלפיה עסקאות לרכישת דירה חדשה – בהיותן עסקאות משמעותיות עתירות סיכון כלכלי – מצדיקות התערבות מוקדמת להסדרת הסיכונים הגלומים בהן ולאיוון פערי הכוחות בין הצדדים לעסקה (ראו: ע"א 2274/21 מור נ' אלעד ישראל מגורים בע"מ, פסקאות 52-54 (1.1.2023); רע"א 6605/15 שמש נ' ספייס בניה ויזמות בע"מ, פסקה 22 (21.2.2016); ע"א 148/77 רוט נ' ישופה, פ"ד לג(1) 625, 617 (1979)).

12. על רקע תפיסה זו, נועדו חוק המכר (דירות) וחוק הבטחת השקעות להבטיח את זכויותיהם של רוכשי הדירות ולהעמיד להם "חגורת הגנה" סטטוטורית במישור היחסים החוזיים הנרקמים ביניהם לבין הקבלן. הגנה זו מתווספת אל ההגנות הכלליות העומדות לרוכשים מכוחם של הדינים הכלליים, ובהם חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים); חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970; פקודת הנזיקין [נוסח חדש]; וחוק המכר, התשכ"ח-1968 (סעיף 7 לחוק המכר (דירות); וראו גם: ע"א 8343/01 עובדיה נ' סיבל נהריה בע"מ (בכינוס נכסים), פ"ד נח(6) 416, 400 (2004) (להלן: עניין עובדיה); רע"א 2988/11 שיכון עובדים בע"מ נ' בת שבע, פסקאות 12-13 (4.7.2011); איל זמיר חוק המכר, תשכ"ח-1968 – פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג. טדסקי 68 (1987)).

כך, חוק המכר (דירות) מעגן מערכת חובות מהותיות המוטלות על "מוכר", כהגדרתו בסעיף 1 לחוק זה – ובכלל זה קבלן. בין היתר, נקבעו בו דרישה למסירת מפרט טכני שיציג לרוכש את מלוא המידע המדויק ביחס לדירה (סעיפים 2-3 לחוק המכר (דירות)); חובת התאמה של הדירה למוסכם ולדין (סעיף 4 לחוק זה); פיצוי סטטוטורי בגין איחור במסירת הדירה (סעיף 5 לחוק זה); וכן תקופות בדיק ואחריות בגין ליקויי בנייה. הסדרים אלה נועדו כאמור לצמצם את פערי הכוחות והמידע בין הצדדים ולהבטיח את טיב הדירה שתימסר בסופו של דבר לרוכש.

לצד זאת, מתמקד חוק הבטחת השקעות בהגנה על כספיו של רוכש דירה, שכאמור מועברים לעיתים לקבלן בשלב שבו בניית הדירה טרם הושלמה והזכויות בה טרם נרשמו על שמו. חוק זה נועד למנוע מצב שבו יקבל קבלן – על חשבון מחיר הדירה – סכום העולה על אחוז מסוים ממחירה (וביתר דיוק, 7%); בלא שהוא הבטיח את כספיו הרוכש באחת מן החלופות המפורטות בחוק (סעיף 2 לחוק הבטחת השקעות). תכליתו

של חוק זה היא לוודא כי לרוכש הדירה נמסרה בטוחה מתאימה לאחר התשלום, אשר תמנע סיטואציה בה ייקלע המוכר למצב של חדלות פירעון – והרוכש ייוותר בלא השקעתו ובלא הדירה שרכש (ראו: דברי ההסבר להצעת חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ג-1973; וראו גם: ע"א 3190/99 שוקר נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נד(3) 127, 134-135 (2000); עניין עובדיה, בפסקה 10; אבי וינרוט דיני קניין – פרקי היסוד 241-242 (מהדורה שנייה, 2020) (להלן: וינרוט – דיני קניין)).

13. ואולם, כפי שהובהר לעיל, על פי רוב אין די בכספי הרכישה לבדם כדי לממן את השלמת הפרויקט. הדרישה להעמדת בטוחות, בצד אופיים עתיר ההון של מיזמי בנייה, מחייבת גורם מממן נוסף, המסוגל להעמיד לקבלן אשראי משלים לצורך מימון הקמת הפרויקט והשלמתו. לצורך כך נכנס לתמונה שחקן מרכזי נוסף הפועל בשוק – והוא הגוף המלווה. למען הנוחות, אכנה גוף זה כ"בנק מלווה" אף שבתפקיד זה יכול לשמש כל גורם אחר המבקש להעניק ליווי פיננסי לפרויקט בנייה (דוגמת החברות המלוות בענייננו).

14. עם כניסת הבנק המלווה לתמונה, נוצרת מערכת הסכמית משולשת בפרויקט – הקבלן, רוכשי הדירה והבנק המלווה – כאשר לכל אחד מן הצדדים אינטרס כלכלי מובהק בהצלחתו. רוכשי הדירות מבקשים לקבל לידיהם את הדירות שרכשו בלא לסכן את התשלומים ששילמו בטרם קבלתן; הקבלן זקוק לאשראי לצורך הבנייה והוא מבקש להשיא את רווחו הקבלני – קרי, ההפרש בין תקבולי המכירות לבין הוצאות הפרויקט; ואילו הבנק המלווה שואף להפיק רווח מריבית ומעמלות בגין האשראי והליווי שהוא מעמיד, בנוסף כמובן להשבת הקרן (ראו: ע"א 2457/24 רחמים נ' עו"ד אלונה בומרגטן נאמנת בחדל"ת, פסקה 3 (14.10.2024) (להלן: עניין רחמים)).

15. על רקע מארג אינטרסים זה, התגבשה בישראל שיטת "הליווי הפיננסי" (המכונה גם "ליווי סגור") – היא שיטת המימון הרלוונטית לפרויקט בענייננו. שיטה זו הפכה בשנים האחרונות למנגנון המרכזי והמקובל למימון מיזמי בנייה למגורים המוקמים על ידי קבלנים. מעמדה זה בא לידי ביטוי, בין היתר, בהתייחסות הסטטוטורית המפורשת שניתנה לה במסגרת חוק הבטחת השקעות וההוראות הייחודיות שנקבעו ביחס אליה (ראו ההגדרות הרלוונטיות בסעיף 1 לחוק הבטחת השקעות, וכן את ההסדר שנקבע בעניין בסעיף 3 לחוק זה; וראו גם: ע"א 1062/09 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' בינר,

פסקה 16 (27.3.2012) (להלן: עניין דיסקונט); רות פלאטו-שנער דיני בנקאות: חובת האמון הבנקאית 415 (2010) (להלן: פלאטו-שנער)).

ביסוד שיטה זו, מנגנון מימון ייעודי שבו מעמיד בנק מלווה אשראי עבור פרויקט מסוים, תוך שהוא מפעיל פיקוח פיננסי שוטף והדוק על התנהלותו הכלכלית של הפרויקט. פיקוח זה נועד להבטיח את השלמת הפרויקט בהתאם לייעודו, ובד בבד להגן על האינטרסים של כלל הגורמים המעורבים בו.

16. ליבת שיטת הליווי הפיננסי מצויה ביצירת מערכת כלכלית סגורה, אשר מבודדת את הפרויקט המלווה מיתר פעילותו העסקית של הקבלן. לצורך כך, נפתח חשבון בנק ייעודי לפרויקט ("חשבון הליווי") – המצוי בשליטתו ובפיקוחו ההדוק של הבנק המלווה – ובו מרוכזת כל הפעילות הכספית הקשורה לפרויקט. בחשבון זה מופקדים כל התקבולים הנוגעים לפרויקט, וממנו משולמות כל ההוצאות הכרוכות בהקמתו – מבלי שכספים אלה מתערבבים עם כספים אחרים של הקבלן (עניין דיסקונט, בפסקה 16; ע"א 4921/12 איש חירם חברה קבלנית לבניה והשקעות בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, פסקה 10 (16.12.2014); פלאטו-שנער, בעמ' 415-416; אבי וינרוט ובוועז אדלשטיין "אחריות בנק מלווה כלפי רוכשי דירות ובעלי קרקע" הפרקליט מח 68, 81-70 (2006) (להלן: וינרוט ואדלשטיין)). הבנק המלווה הוא המפקח על הוצאת הכספים מהחשבון – לאור התקדמות הפרויקט והצרכים הכספיים הנובעים מכך.

פיקוח הבנק בא לידי ביטוי, בין היתר, בקיומה של תכנית עסקית המפרטת את תחזית ההוצאות, ההכנסות ולוחות הזמנים של הפרויקט. על בסיס תכנית זו קובע הבנק המלווה את שיעור ההון העצמי שעל הקבלן להשקיע כתנאי למתן המימון, וכן את קצב העמדת האשראי. הקבלן מחויב לדווח לבנק המלווה באופן שוטף על ההפקדות והתקבולים בחשבון הליווי; ובמקביל רשאי הבנק למנות מפקח עצמאי שתפקידו לעקוב אחר התקדמות הפרויקט ולאתר חריגות מלוחות הזמנים או מן התקציב. המפקח והקבלן נדרשים להעביר לבנק המלווה דיווחים שוטפים ומפורטים בדבר קצב הבנייה, קצב המכירות, מצבו הכספי של הפרויקט וכן נתונים רלוונטיים נוספים (ראו: פלאטו-שנער, בעמ' 415; איל זמיר חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973 – פירוש לחוקי החוזים 757 (2002); נחמני ובן-ארי, בעמ' 17).

17. לשם הבטחת יישומו האפקטיבי של ריכוז הכספים במערכת סגורה, ובתוך כך מניעת הזרמה של כספי רוכשי דירות אל מחוץ לחשבון הליווי – מעגן חוק הבטחת

השקעות את "שיטת השוברים" כמנגנון תשלום מחייב לפרויקטים המלווים בשיטת ליווי פיננסי (סעיף 3ב(א) לחוק הבטחת השקעות; וראו גם: פלאטו-שנער, בעמ' 416; אברהם וינרוט ערבות בנקאית 319 (2010) (להלן: וינרוט ערבות בנקאית)).

על פי שיטה זו, מנפיק הבנק המלווה לכל דירה בפרויקט פנקס שוברים ייעודי. כל רוכש מחויב לשלם את התמורה עבור הדירה שרכש רק באמצעות שוברים אלה – בין אם התשלום מבוצע ישירות בבנק המלווה ובין אם באמצעות גוף אחר המעביר את הסכום לבנק המלווה. דרך זו נועדה להבטיח כי כל תשלום של רוכש יזקף לזכות חשבון הליווי של הפרויקט, מבלי שניתן יהיה לנתבו לצרכים אחרים של הקבלן; וכי כספי התמורה ישתלבו במערכת הכלכלית הסגורה שעל פיקוחה מופקד הבנק המלווה.

18. מאפיין משלים של שיטת הליווי הפיננסי הוא כי, ככלל, הפרויקט עצמו משמש כבטוחה העיקרית להחזר האשראי שהעמיד הבנק המלווה. בטוחה זו כוללת, בין היתר, את המקרקעין עליהם מוקם הפרויקט; הבנייה המתבצעת בהם; זכויות הקבלן כלפי רוכשי הדירות; וכן הכספים המופקדים לחשבון הליווי. מבנה זה מקנה לבנק המלווה שליטה רחבה במקורות ובשימושים של הפרויקט, ואף מאפשר לו, במקרים המתאימים לכך, להיכנס לנעלי הקבלן – אם זה נקלע לקשיים (ראו: עניין דיסקונט, בפסקה 16; וינרוט – דיני קניין, בעמ' 287-288; יהונתן גבעתי "ליווי פיננסי: אחריות הבנק כלפי רוכשי הדירות" מחקרי משפט כא 531, 535-534 (2005) (להלן: גבעתי); אביחי נ. ורדי דיני מכר דירות – ליקויי בנייה והבטחת זכויות הרוכשים 429-430 (2001); וינרוט ואדלשטיין, בעמ' 70-81; פלאטו-שנער, 415-416).

מן האמור נובע כי רוכשי דירות המתקשרים בהסכמי מכר עם קבלנים לרכישת דירות חדשות, עושים כן על פי רוב כאשר זכויות הפרויקט כולו – ובכלל זה הזכויות החוזיות כלפיהם – כפופות לשעבוד לטובת הבנק המלווה.

19. על רקע מתח מובנה זה בין זכויות השעבוד של הבנק המלווה לבין זכויותיהם העתידיות של הרוכשים בדירות שרכשו – נדרש הבנק להנפיק לרוכשים, עם תחילת הזרמת כספי התמורה לחשבון הליווי, "מכתב החרגה מותנה" (ראו סעיף ג2 לחוק הבטחת השקעות; להלן: מכתב ההחרגה המותנה). מכתב זה נועד לאזן בין האינטרסים השונים של הצדדים: מחד גיסא, שימור הבטוחות של הבנק; ומאידך גיסא, הבטחת זכויותיהם הקנייניות של רוכשי הדירות. תכליתו של המכתב היא להבטיח כי בהתקיים התנאים שנקבעו בו, תוחרג הדירה הספציפית מן השעבוד, במובן זה שזכות הרוכש בה

תהיה "נקיה" ותגבר על זכותו של הבנק המלווה מכוח השעבוד הכללי. מדובר בהתחייבות מוקדמת של הבנק המלווה כי אם ימומש השעבוד על הפרויקט, הוא לא יפעל למימוש זכויותיו ביחס לאותה דירה, אף אם מבחינת יחסיו החוזיים עם הקבלן עומדת לו אפשרות לעשות כן.

הנוסח הסטטוטורי של מכתב ההחרגה המותנה נקבע בתוספת לחוק הבטחת השקעות, והוא מונה ארבעה תנאים מצטברים: השלמת בניית הדירה; מסירת ההחזקה לידי הרוכש; תשלום מלוא התמורה לקבלן; והבטחת כספי הרוכש בהתאם לדרישות החוק. בכך משמש מכתב ההחרגה נדבך משלים למנגנון הערבויות שקובע חוק הבטחת השקעות.

20. לצד דברים אלה, נגזרות ממאפייני שיטת הליווי הפיננסי גם חובות החלות על הבנק המלווה כלפי רוכשי דירות. כאמור, חוק הבטחת השקעות מטיל חובה קוגנטית על הקבלן להבטיח את כספי הרוכש באמצעות אחת מחמש חלופות אפשריות שהקבלן רשאי לבחור ביניהן: ערבות בנקאית; ביטוח; שעבוד הדירה במשכנתא; רישום הערת אזהרה; או העברת הבעלות או זכות אחרת בדירה על שם הרוכש. בפועל, החלופות המרכזיות כיום הן רישום הערת אזהרה ומתן ערבויות בנקאיות (וינרוט – דיני קניין, בעמ' 246; וינרוט ערבות בנקאית, בעמ' 294).

ואולם, הואיל ובפרויקט הממומן באמצעות ליווי פיננסי, הקרקע משועבדת לרוב לטובת הבנק המלווה – אין הקבלן רשאי להבטיח את זכויות הרוכשים על ידי רישום הערות אזהרה בדרגה ראשונה או על ידי העברת הבעלות. משכך ומטעמים נוספים, בחלק גדול מהעסקאות הממומנות בשיטה זו, החלופה שנבחרת היא מתן ערבויות בנקאיות – והבנק המלווה הוא שמנפיק לרוכשי הדירות ערבויות להבטחת הסכומים ששילמו לקבלן עבור הדירות שרכשו (ראו: עניין דיסקונט, בפסקה 17; פלאטו-שנער, בעמ' 417; וינרוט – דיני קניין, בעמ' 246; נחמני ובן-ארי, בעמ' 8-9).

כך, בהתאם להסדר הקבוע בחוק הבטחת השקעות, תשלום המבוצע באמצעות שובר מהווה הוראה בלתי חוזרת מטעם הקבלן לבנק המלווה להמציא לרוכש ערבות בנקאית שתבטיח את הסכומים ששילם עבור הדירה (סעיף 3ב(ד) לחוק). כמו כן, על הבנק המלווה להמציא לרוכש ערבות בנקאית בגין הסכום ששולם – או לוודא כי ניתנה לו בטוחה אחרת כנדרש על פי החוק – בתוך 14 ימים ממועד ביצוע התשלום (סעיף

3ד(ה) לחוק). בדרך זו מטיל החוק את האחריות להבטחת כספי הרוכשים לא רק על הקבלן, אלא גם על הבנק המלווה, ההופך לשחקן מרכזי במנגנון ההגנה הסטטוטורי.

21. הערבות הבנקאית המונפקת במסגרת זו היא לרוב ערבות חוק המכר (להבחנה בינה לבין ערבות בנקאית אוטונומית סטנדרטית, ראו: עניין דיסקונט, בפסקה 12). אשר לתכליתה של ערבות זו, נפסק זה מכבר כי היא לא נועדה להבטיח את מלוא התחייבויות הקבלן כלפי רוכשי הדירות (כגון, איחור במסירה או ליקויי בנייה). תכליתה ממוקדת יותר, והיא נועדה רק למנוע מצב שבו ייותר הרוכש "קרח מכאן ומכאן" – ללא דירה וללא התמורה ששולמה בעדה.

22. במילים אחרות, כאשר הבנק פועל ככובעו כמלווה וכגורם המפקח על הפרויקט, וכל עוד הקבלן הוא צד פעיל בו – אין הבנק כפוף להתחייבויות הקבלן מכוח הסכמי מכר שנכרתו עם רוכשי הדירות. ברירת המחדל במקרים אלה היא שזכויותיו של הבנק המלווה – לאור השעבודים המובטחים העומדים לזכותו – גוברות על אלה של רוכשי הדירות (שמעמדם בסדר הנשייה פחות). דברים אלה יפים ביחס לזכויות הרוכשים בדירותיהם (בכפוף להתקיימות התנאים המנויים במכתב ההחרגה המותנה); והם יפים גם בנוגע להתחייבויות אחרות של הקבלן כלפיהם, ובכלל זה פיצוי על איחור במסירת הדירה (או על ליקויי בנייה בה).

התחייבויותיו של הבנק המלווה בשלב זה מתמצות בהיבטים פיננסיים של הפרויקט ובהבטחת כספי הרוכשים בלבד. הן אינן נוגעות לביצוען של התחייבויות הקבלן בעניין טיב הבנייה או לוחות הזמנים למסירת הדירות; והערבות שהוא מעמיד לא נועדה להבטיח ביצוען של התחייבויות אלה. עמד על הדברים השופט י' טירקל בעניין עובדיה:

"סבורני כי פרשנות מילולית של סעיף 2(1) לחוק [חוק הבטחת השקעות – ר. ר.] על דרך הפשט היא שהמילים 'כמוסכם בחוזה המכר' עניינן קיום התחייבותו של הקבלן-הבונה להעביר את הבעלות או זכות אחרת בדירה בלבד, ולא דווקא קיומו של חוזה המכר על כל פרטיו ודקדוקיו. הדבר עולה גם מהמשכו של הסעיף המפרט את המצבים המונעים את העברת הדירה: עיקול, צו לקבלת נכסים, צו פירוק ומינוי כונס נכסים. אלה מצבים מובהקים המונעים את העברתה של הדירה, אך אין עניינם קיום התחייבויות אחרות של הקבלן-הבונה כלפי הקונה, כמו לדוגמה התחייבויות שלו לגבי פרטי תכנונה של הדירה. כל עוד שם 'דירה' נקרא עליה, והיא ניתנת להעברה, לא ניתן לממש את הערבות. הדבר עולה גם מן האמור לעיל לעניין לשונו

ותכליתו של החוק, לאמור הערבות באה להבטיח את מסירת הדירה אך לא את מכלול התחייבויותיו של הקבלן-הבונה כלפי הרוכש; שאם לא קוימו, זכאי הרוכש לתבוע מן הקבלן-הבונה את אכיפתן או פיצויים עבורן, אך אין הוא זכאי לתבוע זאת מן הבנק שנתן את הערבות הבנקאית, שהוא בגדר צד שלישי חיצוני ו"זר" לעיסקה" (ההדגשות הוספו – ר.ר.; שם, בעמ' 410; וראו גם: עניין עובדיה, בעמ' 213; ע"א 13991-08-25 בנק ירושלים בע"מ נ' שלו, פסקה 11 (14.9.2025); וינרוט – דיני קניין, בעמ' 247-249).

23. במאמר מוסגר יוער כי בפסיקה הוכרה חובת זהירות מושגית של בנק מלווה כלפי צדדים שלישיים בפרויקט בנייה, ובכללם רוכשי דירות. חובה זו עשויה, בנסיבות המתאימות לכך, לבסס נגד הבנק המלווה חבות בנזיקין כלפי הרוכשים – בעיקר אם הוכחה הסתמכות על מצגים רשלניים מטעם הבנק המלווה או התרשלות בפיקוח (ראו והשוו: פלאטו-שנער, בעמ' 420; ע"א 5302/93 בנק מסד בע"מ נ' לויט, פ"ד נא(4) 591 (1997); ע"א 5893/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח, פ"ד מח(2) 573 (1994); ובפסיקת בתי המשפט המחוזיים: ע"א (מחוזי תל אביב-יפו) 2539/01 יוסף עובדיה ובניו בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פסקה 10 (8.3.2005); ע"א (מחוזי מרכז) 41539-10-10 אבי ורפי עבודות עפר וסלילה בע"מ נ' גרשון, עמ' 16-17 (20.4.2011); ע"א (מחוזי תל אביב-יפו) 3421/05 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' ברא-נס, פסקה 31 (28.1.2009)).

עם זאת, אין בחובה האמורה כדי לשנות מנקודות המוצא לדיון דנן, לפיה הבנק המלווה אינו צד להסכמי המכר; ככלל אין הוא כפוף להתחייבויות חוזיות שקיבל על עצמו הקבלן מכוחם; והערבות שהוא מעמיד לא נועדה להבטיח את ההתחייבויות הללו. ממילא, איני סבורה כי ניתן לקבל את טענת המערערים לעניין זה בדבר קיומה של חובה כללית המוטלת על בנק מלווה, כברירת מחדל, לעדכן את רוכשי הדירות באשר למצבו של הפרויקט או בנוגע לאפשרויות העומדות בפניהם.

כשל פיננסי של הקבלן

24. עד כה עמדנו בעיקר על מצב הדברים "הרגיל", בו מתקיימת מערכת יחסים משולשת יציבה בין רוכשי הדירות, הקבלן והבנק המלווה: הקבלן בונה את הפרויקט; הבנק המלווה מעמיד אשראי ובטוחות ומפקח על התקדמותו; ו-רוכשי הדירות משלמים את התמורה לחשבון הליווי. ואולם, מקום שבו כושל הקבלן במילוי התחייבויותיו כלפי הבנק המלווה משתנה מארג היחסים האמור.

25. אחד המאפיינים המרכזיים של שיטת הליווי הפיננסי, הוא כאמור השעבוד הרחב המוענק לבנק המלווה ביחס לפרויקט, כנגד האשראי והבטוחות שהעמיד. מבנה בטוחות זה – לצד אופיו הסגור של מימון הפרויקט והפיקוח ההדוק שמפעיל עליו הבנק המלווה – מאפשר לבנק המלווה לראות את הפרויקט כיחידה כלכלית עצמאית, המנותקת במידה רבה ממצבו הכולל של הקבלן.

כך, בהתקיים כשל פיננסי של הקבלן – רשאי הבנק המלווה לפנות לבית המשפט לאכיפת זכויותיו המובטחות בשעבודים במסגרת הליך כינוס נכסים. אם הבנק פועל באופן זה, רשאי כונס הנכסים הממונה בהליך לבחור באחת משתי חלופות עיקריות: האחת, פירעון ערבויות חוק המכר שהעניק הבנק המלווה לרוכשי הדירות, ולאחר מכן – מכירת הפרויקט לצד שלישי כאשר הוא "נקי" מהתחייבויות כלפי הרוכשים; והשנייה, נקיטה ב"גישת השלמה", באמצעות כניסה ל"נעלי הקבלן", לצורך השלמת הפרויקט ומסירת הדירות לרוכשים.

26. בהתאם לחלופה הראשונה, הבנק המלווה מממש את ערבויות חוק המכר שניתנו לרוכשים, והם מצדם מקבלים השבה מלאה של הכספים ששילמו לקבלן עד לאותו שלב על חשבון רכישת דירתם בפרויקט (קרי הם אינם מוצאים עצמם "קרחים מכאן ומכאן" – ללא דירה וללא התמורה ששילמו). עם פירעון הערבויות משתחרר הפרויקט מן ההתחייבויות כלפי הרוכשים. לאחר מכן רשאי הבנק המלווה למכור ליזם חדש את הזכויות בפרויקט (כמקשה אחת או בדרך אחרת), כשהוא נקי מחובות כלפי רוכשי הדירות, מכוח השעבודים שבידיו. זאת, על דרך הכלל, תוך "שחרור" הבנק המלווה מן הפרויקט ומחובותיו ביחס אליו (למעט אם הרוכשים מעלים טענות נגד הבנק המלווה באופן אישי, ולעניין זה ראו בפסקה 23 לעיל).

במצב דברים זה, הרוכשים אמנם מקבלים השבה מלאה של הכספים, אך הם נותרים ללא הדירות שרכשו. זאת כאשר יתכן שבאותה עת הם לא יוכלו לעשות שימוש בכספים שיושבו להם לשם רכישת דירה חלופית דומה (בשל עלייה אפשרית של מחירי הדירות בין מועד ההתקשרות בהסכם עם הקבלן לבין המועד בו חלק התמורה ששילמו הושב להם). הבנק המלווה, מנגד, זכאי לקבל את מלוא זכויות הרוכשים בפרויקט ולממש את הבטוחה שעליה הסתמך בהעמדת האשראי – הפרויקט עצמו על מכלול נכסיו (עניין דיסקונט, פסקה 17). התמורה שתקבל ממכירת הפרויקט היא כמובן השווי הנוכחי שלו, והבנק המלווה ייפרע ממנו עד גובה החוב שהקבלן חב לו באותה העת.

27. מן העבר השני – רשאי הבנק המלווה כאמור גם לבחור להשלים את הפרויקט – כפי שאירע בענייננו. במקרה כזה, ייפרע הבנק בסופו של דבר מכספי התמורה שישלמו הרוכשים עבור רכישת הדירות; והוא מצדו יהיה פטור ממימוש ערבויות חוק המכר שמסר להם (שכן אלה יקבלו את הדירה שרכשו, ראו: וינרוט – דיני קניין, בעמ' 248, 288). חלופה זו עשויה לשרת את האינטרסים של כלל הצדדים: הרוכשים יקבלו את הדירות שרכשו (חלף השבת כספי ההשקעה), והבנק ייפרע את מלוא האשראי שהעמיד, מתוך הפרויקט שהושלם.

28. ככלל, הבחירה בין החלופות, ובכלל זה באפשרות השלמת הבנייה, נעשית מנקודת מבטו של הבנק המלווה ובהתאם לשיקוליו העסקיים (ולא בהתאם להעדפות הרוכשים). תכלית בחירה זו היא להבטיח את פירעון האשראי ולהשיא את רווחיו. לכן, רק כשהבנק המלווה מעריך כי השלמת הפרויקט כדאית וישימה מבחינתו (למשל אם הוא סבור כי התמורה שתתקבל בדרך זו בניכוי ההוצאות הכרוכות בכך, תאפשר לו להיפרע את מלוא חובו; או לחלופין לצמצם את הפסדיו ביחס לאלטרנטיבה של פירעון ערבויות חוק המכר), הוא יעדיף לבחור בחלופה זו. במילים אחרות, העובדה שהבנק בוחר בחלופה שככל הנראה תואמת ברוב המקרים את האינטרס של הרוכשים (קרי השלמת הבנייה), אין פירושה כשלעצמה כי פעולותיו מכוונות להגנה על עניינם ולא על עניינו הכלכלי שלו; או כי חלה עליו חובה לבחור בהשלמת הבנייה רק מאחר שזו עולה בקנה אחד עם האינטרס של הרוכשים (גבעתי, בעמ' 534-535; יחיאל בהט "מימון בנייה ב'פרויקט סגור' – בטוחות ואחריות הבנק" הפרקליט מה(א) 56, 58-59 (2001); נחמני ובן-ארי, בעמ' 30)).

במאמר מוסגר יוער כי בעניין דיסקונט – שם נדונה מחלוקת לגבי תנאי מימוש ערבויות חוק מכר שהוציא בנק מלווה, הותיר בית משפט זה את השאלה האם במקרה שבו בוחר הבנק בגישת ההשלמה בלא מימוש של ערבויות חוק המכר – רשאים הרוכשים בכל זאת לדרוש את מימושן, חלף קבלת הדירות (ראו שם, בפסקה 17). עניין זה אינו מתעורר בענייננו, בו לא נטען כי רוכשי הדירות עמדו על מימוש הערבויות.

השאלות הטעונות הכרעה בענייננו

29. לאחר שעמדנו על עיקרי העקרונות המאפיינים את שיטת הליווי הפיננסי – וכן על האפשרויות העומדות בפני הבנק המלווה כאשר הקבלן אינו עומד בהתחייבויותיו –

נפנה עתה לבחינת הסוגיות הטעונות הכרעה בענייננו. הערעור שלפנינו מעלה שאלת רוחב בעלת פוטנציאל להשלכה משמעותית על מיזמי בנייה הממומנים באמצעות שיטת הליווי הפיננסי.

כאמור, המקרה שלפנינו הוא אחד המקרים בהם בחר הגורם המלווה שלא לפרוע את ערבויות חוק המכר שניתנו לטובת רוכשי הדירות; וחלף זאת לפעול להשלמת בניית הפרויקט שלטובת הקמתו הועמדה ההלוואה לקבלן. בחירה זו יוצרת מתח מובנה בין זכויותיהם של רוכשי הדירות וציפיותיהם לעמידה בהתחייבויותיו ההסכמיות של הקבלן כלפיהם, מחד גיסא; לבין זכויות הבנק המלווה להשבת מלוא ההלוואה שהוא העמיד לקבלן, מאידך גיסא.

על רקע זה מתחדדת השאלה העקרונית המרכזית הניצבת לפתחנו: אם, ובאיזו מידה, כפוף הבנק המלווה, אשר בחר להשלים את הפרויקט באמצעות כונס מטעמו חלף מימוש ערבויות חוק המכר, להתחייבויות הקבלן בהסכמי המכר המקוריים שנכרתו בין רוכשי הדירות לביןנו. שאלה זו רלוונטית למקרה כמו המקרה דנן – בו מעלים רוכשי הדירות טענות ביחס לפיצוי מוסכם מראש בשל איחור במסירת הדירות לעומת המועד שנקבע בהסכם המכר. במאמר מוסגר יוער כי שאלה דומה עשויה להתעורר גם ביחס לטענות של רוכשים לגבי תיקוני חוק מכר בשל ליקויים שהתגלו בדירותיהם בשלבים מאוחרים יותר (שאלה שאינה מתעוררת במסגרת פסק הדין הנוכחי ולכן לא יורחב הדיבור לגביה).

מן הצד האחד, ניצבת עמדתם של המערערים – רוכשי הדירות. לשיטתם, הבנק המלווה באמצעות כונס הנכסים – אשר נכנס בנעלי הקבלן – חייב כלפיהם בכל החובות שהוטלו על הקבלן מכוח הסכמי המכר שנכרתו ביניהם לבין הקבלן. בכלל זה, לשיטתם, מחויבים הבנק המלווה והכונס בתשלום פיצוי בגין מסירת הדירה במועד מאוחר יותר לעומת מועד המסירה החוזי.

הממונה הצטרף בעיקרו של דבר לעמדה זו – המכפיפה הלכה למעשה את זכויות הבנק המלווה לזכויות רוכשי הדירות. עם זאת, הוא סייג את דבריו בכך שכפופות זו – שעניינה לשיטתו בסדרי נשייה של הכספים הנגבים מקופת הנשייה ולא בזהות החייב – מתמקדת רק בחובות שנוצרו בתקופה שלאחר פתיחת הליך הכינוס; בעוד אין מקום לשיטתו לראות את החברות המלוות ככפופות לחובות שקדמו למועד זה. במילים אחרות, לעמדת הממונה – אין מדובר בחבות אישית של החברות המלוות, כי אם בחיוב הכונס

(שנכנס לנעלי החברה הקבלנית), בתשלום מכספי קופת הנשייה לפי סדר הקדימויות הקבוע בדין.

מנגד, לעמדת המשיבים, יש לבנק המלווה – שהוא נושה מובטח – עדיפות ברורה על פני רוכשי הדירות. לגישתם, גם כאשר הבנק המלווה והכונס בוחרים להשלים את בניית הפרויקט – הם אינם נכנסים בנעלי הקבלן שמכר לרוכשים את הדירות מלכתחילה. לכן, בשום מקרה אין חובה למי מהצדדים, למעט הקבלן, לפצות את הרוכשים בפיצוי בגין איחור במסירה – קרי מסירת הדירות במועד מאוחר למועד החוזי שהוסכם בין הקבלן לבין הרוכשים – מבלי שהבנק המלווה היה צד להסכמה זו.

30. כל אחד מן הצדדים מדגיש מטרה חשובה אחרת: בעוד שהמערערים ממקדים את מבטם בזכויותיהם כרוכשי דירות ובהוראות הקוגנטיות שנקבעו על ידי המחוקק כדי להגן עליהם; מתמקדים המשיבים בזכויות מלווים המעניקים מימון פיננסי לקבלני בנייה. לשיטתם, הגנה על זכויותיהם של מלווים כאלה היא הכרחית לצורך שימור האפשרות של יזמים לקבל הלוואות ולבצע פרויקטים של בניית דירות – אפשרות שיש בה תועלת ציבורית רבה וברורה. לכן, כך נטען, אם יושם הדגש על זכויות הרוכשים – הדבר יפגע במבנה של הלוואות שניתנות במסגרת ליווי פרויקטים. זאת בשל הסיכון הנוסף שהמלווים יצטרכו להביאו בחשבון – קרי, הצורך לפצות רוכשי דירות מכוח הסכמי מכר שנכרתו ביניהם לבין הקבלן; סיכון שיביא בתורו לייקור מחיר ההלוואה שיתן הבנק – כאשר מי שיישא בסופו של דבר במחיר העודף יהיו רוכשי הדירות.

31. כפי שיובהר בפירוט להלן, לטעמי במקרים שבהם בוחר הבנק המלווה להיכנס לנעלי הקבלן ולהשלים את הבניה, זכויותיו כפופות ככלל לזכויות רוכשי הדירות לקבלת פיצוי בגין איחור במסירת דירה – בבחינת סדר קדימויות של הכספים בקופת הנשייה. עם זאת, וכפי שטען הממונה, כפיפות זו – שאינה בבחינת חבות אישית אלא קביעה הנוגעת לסדר נשייה – חלה אך ורק ביחס לתקופת האיחור במסירת הדירה שממועד תחילת הליך אכיפת השעבודים ואילך – ולא ביחס למועדים הקודמים לכך.

למען נוחות הקורא, סדר הדיון יהיה כדלקמן: תחילה אעמוד על סיווג השעבודים שבמחלוקת ועל השפעת סיווג זה לעניין הדין החל על הליך אכיפת השעבודים. לאחר מכן אבחן האם בנסיבות המקרה דנן נוצר מעין הסכם מכר חדש בין הצדדים עם פתיחת ההליך (כפי שקבע בית משפט קמא); או שמא הסכם המכר המקורי נותר בעינו. בשלב הבא אעמוד על סוגי החובות הנפרעים מקופת הנשייה כמו גם על סדר

הנשייה הרלוונטי; בהמשך אדרש לשאלה האם יש מקום להכפיף את זכויות החברות המלוות להיפרע מן הפרויקט לזכויות המערערים לקבלת פיצוי בגין איחור במסירה; ולבסוף אבחן סוגיות הנוגעות לאפשרות לבצע קיזוז בין הפיצוי לבין יתרת התמורה הדרושה עבור השלמת רכישת הדירה.

סיווג השעבודים

32. שאלה מקדמית הטעונה הכרעה במקרה דנן נוגעת לטיב השעבודים שהחברות המלוות ביקשו לממש: האם מדובר כטענתן בשעבודים קבועים בלבד; או שמא עסקינן גם במימוש של שעבודים צפים, כפי שסבור הממונה.

להבחנה זו השלכה ממשית על ענייננו לאור הוראת סעיף 194(ב)(2) לפקודת החברות. סעיף זה קובע כי כאשר ממונה כונס נכסים לשם אכיפת זכויות המובטחות בשעבוד צף, יראו את החברה כאילו ניתן לגביה צו לפתיחת הליכים לפי חוק חדלות פירעון. לעומת זאת, ההסדר האמור אינו חל כאשר השעבודים שאותם מתבקש לממש הם שעבודים קבועים בלבד (ראו: דוד האן דיני חדלות פירעון 129 (2018) (להלן: האן)).

כך קובע הסעיף:

(ב) הורה בית משפט שהוגשה לו בקשת אכיפה כאמור בסעיף קטן (א) על מינוי כונס לשם אכיפת זכויותיהם של בעלי איגרות חוב שהובטחו בשעבוד צף –
(1) יחולו על הכונס, ובכלל זה על דרך מינויו וזהותו, הוראות פרק ו' לחלק ב' לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי; בעל איגרת חוב המובטחת בשעבוד צף רשאי להציע מועמד שישמש כונס, בהתאם להוראות סימן א' לפרק האמור;
(2) יראו את החברה כאילו ניתן לגביה צו לפתיחת הליכים לפי חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי והליכי אכיפת הזכויות בידי הכונס יתנהלו בהתאם להוראות אותו חוק (ההדגשות אינן במקור – ר. ר.).

משמעות הדברים היא אפוא, כי עם מינויו של כונס נכסים לשם אכיפת זכויות המושעבדות בשעבוד צף, חל מעבר מן הדין החל בהליכי כינוס "רגילים" – שהם הליכים אינדיבידואליים שמטרתם לאפשר לנושה לממש את הבטוחה הספציפית שניתנה לו; אל עבר דיני חדלות פירעון – הליכים קולקטיביים מטבעם, שתכליתם לרכז את כלל נכסי החברה ולחלקם לנושים בהתאם לסדרי הנשייה הקבועים בדין. זאת, תוך כפיפות

לעקרונות יסוד של ההליך – ובכללם עקרון השוויון בין נושים (ראו: בג"ץ 7009/04 עיריית הרצליה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 45 (5.2.2014); ע"א 4269/11 ברמי נ' ר"ח עופר אלקלעי, מפרקה של חב' אקסטרוד יאיר חומרי בניין בע"מ, פסקה 16 (19.6.2013); האן, בעמ' 128-129).

33. להחלת דיני חדלות הפירעון ישנה גם השלכה משמעותית על מהות תפקידו של בעל התפקיד הממונה לניהול ההליך. בשונה מכונס נכסים המתמנה, ככלל, לבקשת נושה מסוים, כך שתפקידו מתמקד בניסיון להשיא את ערך הנכס המובטח לטובת אותו הנושה; בהליכי חדלות פירעון משמש בעל התפקיד כ"ידו הארוכה של בית המשפט". במסגרת זו, עליו לפעול באופן אובייקטיבי לטובת כלל הנושים ולפעול להשאת ערך קופת הנשייה עבור כולם (ראו: צפורה כהן פירוק חברות 362 (כרך א', 2016) (להלן: כהן); האן, בעמ' 129-128; רע"א 8066/22 פיוביץ' נ' עוה"ד ליאור דגן, נאמן לנכסי החייב, פסקה 8 (5.3.2023)).

משכך, סיווג השעבודים עשוי להשליך על בחינת אופן הפעולה של הכונס בענייננו. לכן, נעמוד תחילה על מאפייניו של כל אחד מן השעבודים הללו, וכן על המבחנים המסייעים להבחנה ביניהם.

34. שעבוד קבוע הוא שעבוד של נכס מסוים של החייב לטובת נותן ההלוואה לצורך הבטחת פירעונה. לעומת זאת, שעבוד צף אינו מתייחס, ככלל, לנכס מסוים ומוגדר, אלא משתרע על כלל נכסי החברה או על קבוצת נכסים מהם. מדובר בשעבוד המתהווה בשני שלבים: בשלב הראשון, "מרחף" השעבוד עם יצירתו על פני קבוצת נכסים שאינה קבועה. בשלב זה החברה מוסיפה לעשות שימוש בנכסים הללו – לסחור בהם או לשעבדם – בכפוף להגבלות ככל שישנן. משכך, הרכב קבוצת הנכסים המשועבדים עשוי להשתנות מעת לעת. בשלב השני, עם התרחשות האירוע המביא להתגבשות השעבוד, השעבוד – שעד אותה עת "צף" מעל החברה – מתקבע וחל על הנכסים המצויים בידי החברה באותה עת (ע"א 2966/17 א.ס. אר. אקורד בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (29.8.2022) (להלן: עניין א.ס. אר. אקורד); זוהר גושן ואסף אקשטיין דיני חברות 163 (2023)).

35. בעניין א.ס. אר. אקורד על עמדתי על שלושה מאפיינים עיקריים בהם ניתן להיעזר לצורך הבחנה בין סוגי השעבודים השונים (שם, בפסקה 20):

(-) מסוימות הנכסים המשועבדים. בעוד שעבוד קבוע חל ככלל ביחס לנכסים ספציפיים ומוגדרים הניתנים לזיהוי כבר בעת יצירת השעבוד; שעבוד צף כולל לרוב נכסים שאינם בהכרח מוגדרים במפורט, ואין הוא כולל זיהוי מדויק של כל נכס ונכס.

(-) אופי הנכסים המשועבדים. ככלל, שעבוד קבוע מוטל ביחס לנכסים קבועים ועכשוויים. לעומת זאת, שעבוד צף כולל על פי רוב מצבור נכסים העשוי להשתנות מעת לעת – בהיקף הנכסים ובשווים – ולכלול בגדרו גם נכסים עתידיים שטרם התגבשו.

(-) מידת השליטה והפיקוח של הנושה על הנכסים המשועבדים. תכונה מרכזית של שעבוד צף היא החירות העסקית המוקנית לחברה החייבת ביחס לנכסים המשועבדים והאפשרות להמשיך להשתמש ולסחור בהם במהלך עסקיה הרגיל. זאת, בשונה משעבוד קבוע שבו נשללת לרוב היכולת לעשות שימוש בנכס המשועבד ללא הסכמת הנושה. אכן, גם בעל שעבוד צף עשוי להטיל מגבלות שיגבירו את שליטתו בנכסים, כאשר בחינת טיבה ועוצמתה של שליטה זו מהווה אינדיקציה לסיווג השעבוד – כקבוע או כצף.

36. בענייננו, בקשת החברות המלוות למימוש השעבודים בבית משפט קמא הוגשה ביום 24.1.2021 – וכך היא הוגדרה: "בקשה דחופה בהסכמה למימוש שעבודים קבועים ומינני כונס נכסים" [ההדגשה הוספה – ר.ר.]. בבקשתן, ציינו החברות המלוות כי "הנכסים, אשר שועבדו לטובת המבקשות [החברות המלוות – ר.ר.] בשעבוד קבוע ראשון בדרגה וללא הגבלה בסכום [...] ואשר בית המשפט מתבקש להורות על מימושם" הם כדלקמן:

"כל זכויות המשיבה 1 [החברה – ר.ר.] בפרויקט בבניין המצוי ברחוב הנביאים 63, בת ים [...] וכל זכויות המשיבה במקרקעין נביאים 63, לרבות בקשר ליחידות הדיוור החדשות שנבנו במקרקעין (להלן: 'הדירות החדשות'), זכויותיה מכח הסכמים, זכויותיה לקבלת כספים, זכויותיה כלפי קבלנים, אדריכל, ספקים ונותני שירותים שונים בקשר לפרויקטים וכל זכויות המשיבה בקשר לציווד וחומרים בפרויקטים, זכויות ביטוח, זכות לקבלת כספים ו/או החזרים ו/או זכויות מול רשות המסים, כל הזכויות בחשבון מס' [...] בבנק מזרחי טפחות בע"מ, סניף מרכז עסקים ת"א (461) (להלן: 'חשבון הפרויקט') וכל זכות נוספת כקבוע במסמכי השעבוד" [ההדגשות במקור – ר.ר.].

37. על רקע הגדרה רחבה זו, סבר בית משפט קמא תחילה כי השעבודים שמימושם מתבקש הם שעבודים קבועים וצפים גם יחד. לכן, בהחלטה מיום 24.1.2021, הוא הורה כי יראו את החברה הקבלנית כאילו ניתן לגביה צו לפתיחת הליכים לפי חוק חדלות פירעון מכוח סעיף 194(ב)(2) לפקודת החברות.

יוזכר כי בתגובה לכך הבהירו החברות המלוות שלטובתן "רשומים שעבודים קבועים לגבי כל הזכויות בפרויקטים, שהנם פרויקטים בליווי פיננסי סגור. בנוסף, נרשמו גם שעבודים צפים בקשר לזכויות בפרויקטים. ואולם, בבקשה הובהר במפורש כי הבקשה הנה למימוש השעבודים הקבועים בלבד" [ההדגשות במקור – ר. ר.]. בהתאם לכך, בהחלטה מיום 25.1.2021, ציין בית משפט קמא כי בהיעדר התנגדות מטעם הממונה, הוא נעתר לבקשה. עם זאת, כאמור, הוא שב והביע ספקות "כיצד ניתן מבחינה מעשית לאכוף את השעבודים הקבועים בלבד, בלא אכיפת השעבודים הצפים בשים לב לאופי הנכסים המושעבדים". השתלשלות זו היא שהובילה את בית המשפט שלא להחיל את דיני חדלות הפירעון בענייננו, באופן שהשליך על הכרעתו כי החברות המלוות אינן כפופות לפיצוי הרוכשים בגין האיחור במסירת דירותיהם. זאת, לאור הגבולות ששרטט בין הליך כינוס נכסים להליך חדלות פירעון.

כפי שיובהר להלן, דעתי היא שונה. לטעמי, עיון במכלול השעבודים האמורים אשר ניתנו לטובת החברות המלוות, מלמד כי יש לסווג שעבודים אלה כשעבודים צפים ולא כשעבודים קבועים. כן אני סבורה שאף אם נניח כי אכן קיימים לטובת החברות המלוות הן שעבודים קבועים, הן שעבודים צפים ביחס לזכויות בפרויקט – ממילא לא ניתן בנסיבות במקרה דנן לאכוף רק את הזכויות בשעבודים הקבועים, ללא אכיפת הזכויות בשעבודים הצפים.

38. כפי שהובהר בעניין אס. אד. אקורד – ההבחנה בין שעבודים קבועים לשעבודים צפים אינה מתמצה בבחינת הכינוי בו בחרו הצדדים להשתמש בעת יצירת השעבוד. הבחנה זו נגזרת בעיקרה ממהות השעבודים ומן התנאים השונים שנקבעו להם. בהתאם לכך, הכינוי בו בחרו הצדדים להשתמש לסיווג השעבוד עשוי אמנם עשוי לסייע במידה מסוימת בפרשנות תנאי השעבוד – אך אין הוא בעל משקל מכריע ביחס לסיווגו (שם, בפסקה 20 והאסמכתאות שם).

משכך, לצורך בחינת שאלת סיווגם של השעבודים השונים שהוקנו לחברות המלוות – יש לעמוד על מכלול הוראות הסכם הליווי הרלוונטיות, ובאמצעותן לבחון את טיב השעבודים.

39. חובת החברה הקבלנית להבטיח את מלוא התחייבויותיה כלפי החברות המלוות עוגנה בסעיף 7.3.1 להסכם הליווי. לשם כך, התחייבה החברה הקבלנית בסעיף 3.1.2.3 להסכם זה ליצור לטובת החברות המלוות את השעבודים הבאים:

3.1.2.3.1" שעבוד צף כללי מדרגה ראשונה ללא הגבלה בסכום וללא השתתפות אחרים על מלוא הזכויות בפרויקט, לרבות לפי חוזה רכישת הזכויות.

3.1.2.3.2 שעבוד קבוע והמחאה על דרך שעבוד ממדרגה ראשונה ללא הגבלה בסכום וללא השתתפות אחרים על מלוא הזכויות בפרויקט, לרבות לפי חוזה רכישת הזכויות.

3.1.2.3.3 שעבוד צף מדרגה ראשונה, ללא הגבלה בסכום וללא השתתפות אחרים על חשבון הפרויקט.

3.1.2.3.4 שעבוד קבוע והמחאה על דרך שעבוד מדרגה ראשונה ללא הגבלה בסכום וללא השתתפות אחרים על חשבון הפרויקט.

3.1.2.3.5 שעבוד קבוע והמחאה על דרך השעבוד מדרגה ראשונה ללא הגבלה בסכום וללא השתתפות אחרים על מלוא זכויות הלקוחות כלפי רשויות מע"מ ומס הכנסה להחזר כספים בקשר לפרויקט." [ההדגשות אינן במקור – ר. ר.].

המונח "ביטחונות הפרויקט" הוגדר בסעיף 2.2 להסכם הליווי באופן רחב, ככולל "כל משכון ו/או משכנתא ו/או שעבוד ו/או התחייבות אשר נוצרו ו/או ייווצרו לטובת השותפות ו/או החברה בקשר לפרויקט ו/או הזכויות בפרויקט ו/או המקרקעין ו/או יחידה" החדשות, כמפורט בהסכם זה". באופן דומה הוגדרו "הזכויות בפרויקט" בסעיף 2.18 להסכם הליווי בהרחבה כך:

"(ה)זכויות בפרויקט" – פירושן, מלוא זכויות הלקוח במקרקעין ובפרויקט בהתאם להוראות חוזה רכישת הזכויות, הציוד והחומרים של הלקוח, הזכויות כלפי קבלני משנה, ספקים, ונותני שירותים שונים, הכל בקשר לפרויקט, חשבון הפרויקט וכל סכום המופקד בו מעת לעת, הזכויות לקבלת כספים מרוכשי יחידה" החדשות ויתר הזכויות בקשר עם הסכמי הרכישה, זכויות הביטוח בפרויקט, הזכויות כלפי הקבלן, האדריכל, הזכויות לקבלת החזרי המס ורשויות מקומיות, ולרבות הזכויות לקבלת החזרי מיסים מכל סוג שהוא (לרבות החזרי עודפי מס תשומות, כהגדרתו בחוק מס ערך מוסף, התשל"ה –

(1975) – וכן פרמיות, מענקים ותמריצים בקשר עם הפרויקט וכל זכות אחרת של הלקוח הקשורה לפרויקט ו/או למקרקעין;

40. הנה כי כן, ממכלול ההוראות הרלוונטיות בהסכם הליווי עולה כי החברה הקבלנית והחברות המלוות עיגנו את הבטחת הזכויות בפרויקט, כמו גם את הבטחת הזכויות בחשבון הליווי, באמצעות מערך שעבודים שכונו על ידיהן הן "קבועים", הן "צפים" – אף שלמעשה כל אחד מהם משתרע על אותו מצבור זכויות בדיוק. יתרה מכך, כפי שאראה להלן, בחינה מהותית של טיב הזכויות ששועבדו, מלמדת כי חרף שימוש הצדדים גם במונח "שעבודים קבועים" – מדובר בשעבודים בעלי מאפיינים מובהקים של שעבודים צפים. מסקנה זו עולה מיישום המבחנים שנקבעו בעניין א.ס. אר. אקורד.

ראשית, אשר למסוימות הנכסים – השעבודים שקבעו הצדדים אינם מתייחסים לנכס קונקרטי ומוגדר הניתן לזיהוי כבר במועד יצירתו. שעבודים אלה מתמקדים בעיקרם במלוא "הזכויות בפרויקט" – כהגדרתן הרחבה בהסכם הליווי, הכוללת זכויות חוזיות, תקבולים עתידיים, כספים שיופקדו מעת לעת בחשבון הליווי וזכויות נוספות הקשורות בניהולו השוטף של הפרויקט – לרבות ציוד וחומרי בנייה. מעבר לעובדה שמדובר למעשה בשעבוד של הפרויקט כולו, ההסכם אינו כולל זיהוי פרטני של כל נכס ונכס, אלא מתווה מסגרת כללית החלה על מצבת זכויות כללית, משתנה ובלתי ניתנת לזיהוי.

שנית, אשר לאופי הנכסים – מדובר ככלל במצבור דינמי של נכסים, זכויות והכנסות, אשר היקפם והרכבם צפויים להשתנות לאורך חיי הפרויקט; ואשר כוללים נכסים עתידיים שטרם התגבשו במועד יצירת השעבוד, כמו גם נכסים שייעשה בהם שימוש במהלך הבנייה. עסקינן בפרויקט בנייה המתנהל ברציפות, תוך שינוי מתמיד של מצבת הזכויות וההתחייבויות הכרוכות בו. בהתאם לכך, הזכויות שיוקנו לחברות המלוות במועד אכיפת הזכויות המשועבדות הן לאו דווקא הזכויות שהיו קיימות בעת חתימת הסכם הליווי; אלא אותן הזכויות המצויות בידי החברה הקבלנית באותו מועד.

לבסוף, אשר למידת השליטה והפיקוח – אף שהחברות המלוות הפעילו מנגנוני פיקוח משמעותיים במסגרת הליווי הפיננסי, הסכם הליווי איפשר לחברה הקבלנית להוסיף ולנהל את הפרויקט במהלך עסקיה הרגיל; ובתוך כך להתקשר עם רוכשים וספקים, לקבל תקבולים, להוציא הוצאות ולעשות שימוש בחומרים לצורך קידום הבנייה. לא ניטלה מהחברה הקבלנית יכולת ההתנהלות השוטפת בנכסים המשועבדים,

ולא הוקפאה אפשרותה לעשות בהם שימוש עד לשלב התגבשות השעבוד. חירות עסקית זו (אף אם היא מוגבלת), כמו גם היכולת לנהל "עסק חי" ופעיל, מהווה מאפיין ברור של שעבוד צף (השוו: ע"א 7721/22 ולטר נ' שטבהולץ, פסקאות 95-96 (24.12.2024)). לכן, אף שעל החברה הקבלנית הוטלו מגבלות כאלה ואחרות מטעם החברות המלוות, הנובעות מן הפיקוח ההדוק הטבוע בשיטת הליווי הפיננסי – אין במגבלות הללו כשלעצמן, בראי מכלול הדברים לעיל, לשנות מן המסקנה האמורה.

41. משכך, אני סבורה כי חרף הכינויים שניתנו לשעבודים השונים בהסכם הליווי, יש לסווג את מלוא השעבודים שהוקנו לחברות המלוות על הזכויות בפרויקט ועל הזכויות בחשבון הליווי – כשעבודים צפים, וזאת בהתאם לטיבם המהותי המתייחס לפרויקט כולו כיחידה כלכלית חיה ופעילה. בהינתן סיווג זה, המסקנה היא שהליך הכינוס שנפתח בבית משפט קמא, בו ביקשו החברות המלוות להשלים את הבנייה – נועד לאכיפת זכויות שהובטחו בשעבוד צף; וכפועל יוצא מכך, יש לראות את מינוי הכונס כמינוי שנעשה לשם אכיפת זכויות אלה, כמשמעותו בסעיף 194(ב)(2) לפקודת החברות – היינו, כמתן צו לפתיחת הליכים לפי חוק חדלות פירעון.

יצוין במאמר מוסגר כי לכאורה ניתן היה לטעון כי יש להבחין בהקשר זה בין כלל הזכויות, לבין הזכויות במקרקעין שעליהם מוקם הפרויקט. ואולם, משלא נרשם משכון ספציפי ביחס למקרקעין, הנפרד ממכלול הזכויות בפרויקט, אין צורך להידרש לשאלה זו.

42. עוד יוער כי אף אם נלך לפי גישת החברות המלוות ונניח כי קיימים לזכותן שעבודים קבועים וצפים כאחד באשר לזכויות בפרויקט (וכאמור לטעמי אלה אינם פני הדברים) – ממילא אין בכך כדי לשנות מן המסקנה האמורה. לעניין זה, מקובלת עליי הערתו של בית משפט קמא לפיה אין זה ישים בנסיבות המקרה דנן להורות על אכיפת שעבודים קבועים בלבד, ללא אכיפת השעבודים הצפים (שכאמור הם זהים בהיקפם וחלים על אותם נכסים בדיוק).

בחירה במסלול של השלמת הפרויקט אינה מתמצה בשעבוד מסוים, אלא באכיפת כל השעבודים על מכלול הזכויות – לשם המשך ניהולו של הפרויקט והבאתו לידי סיום. במצב דברים זה, הקבלן חדל מלנהל את הפרויקט, וכונס הנכסים נכנס בנעליו וזוכה לכלל הזכויות שהיו נתונות לקבלן בקשר עם הפרויקט. מדובר למעשה באכיפת

השעבודים באופן המאפשר השתלטות על המסגרת העסקית הדינמית שנוצרה סביב הפרויקט.

בהתאם לכך, המשך ניהול הפרויקט על ידי הכונס – לרבות התקשרויות עם ספקים ונותני שירותים, ההתנהלות מול רוכשי הדירות והשלמת עבודות הבנייה – נשען מטבעו על קבלת מלוא זכויותיה של החברה הקבלנית, ובהן גם הזכויות המובטחות בשעבוד צף. בנסיבות אלה, אין מקום לערוך הבחנה מלאכותית בין תפקיד הכונס באכיפת השעבודים הקבועים על הזכויות, לבין אכיפת השעבודים הצפים – שעה שהפעלתם המעשית לצורך השלמת הפרויקט מחייבת התייחסות לכלל הזכויות בפרויקט כמקשה אחת.

43. לפיכך, אף בהנחה כי לזכות החברות המלוות עומדים גם שעבודים קבועים, אופיו של הליך כינוס הנכסים נותר כזה שעניינו, למצער, גם באכיפת זכויות המובטחות בשעבוד צף (בשונה ממימוש בטוחה קונקרטי בלבד). בהתאם לכך, אף קבלת הנחות אלה מביאה לתחולתו של סעיף 194(ב)(2) לפקודת החברות – וכפועל יוצא מכך להחלת דיני חדלות הפירעון על עניינו (משעה שהחברות המלוות בחרו להשלים את הבנייה כאמור).

44. בהקשר זה יודגש, כי סיווג זה של השעבודים בעניינו באופן שפורט לעיל, עולה בקנה אחד גם עם הרציונליים הניצבים בבסיס הוראת סעיף 194(ב)(2) לפקודת החברות. על הטשטוש שיוצר שעבוד צף בהליך כינוס עמד המלומד דוד האן בספרו, בציינו כי:

”שעבוד צף נדרש, על פי רוב, על ידי בנקים כביטחון להלוואותיהם לחברות מסחריות. הבנקים מטילים שעבוד צף על כל נכסי החברה כמצוות אנשים מלומדה. [...] משהופר חוזה ההלוואה (החיוב הבסיסי) על ידי הלווה, יבקש הבנק לממש את השעבוד הצף, וכינוס הנכסים יהיה האמצעי למימוש. אם אכן הופר חוזה ההלוואה עם הבנק, על פי רוב מדובר בהשתלטות נסיבות שהחברה הלווה איבדה שליטה בהן. בדרך כלל, ההפרה נובעת מחוסר יכולת לשלם לבנק. לשון אחר, הפרת חוזה ההלוואה ובקשת מימוש השעבוד מצד הבנק עלולות לשמש סימן המעיד על בעיית פירעון רחבה וכללית של החייב [...]. מכיוון שמבחינה מעשית כל נכסי החברה משועבדים בשעבוד הצף, ממילא כל המקורות לפירעון לנושים אחרים מרוכזים בידי כונס הנכסים. שליטתו של כונס הנכסים בכל מקורות הפירעון של החברה הופכת את משבר הפירעון עם הנושה המובטח בשעבוד צף למשבר המשפיע אף על יכולת הגבייה

של נושים אחרים" (ראו: האן, בעמ' 129-130; ההדגשות אינן במקור – ר. ר.).

כך, החלת דיני חדלות הפירעון בנסיבות העניין נותנת מענה לכשל המובנה הטמון בהליכי כינוס מסוג זה – עליו גם עמד בית משפט קמא בהחלטתו. כפי שצוין שם, הליך כינוס נכסים המתנהל לבקשת בנק מלווה ביחס לקבלן מתאפיין, על פי רוב, בכך שהנכס או הפעילות המשועבדים מהווים את ליבת עסקיו של הקבלן, ולא אחת מדובר בנכס היחיד בבעלותו (בין היתר בשים לב לאופייה של שיטת הליווי הפיננסי – שבה פרויקט בניה מהווה יחידה כלכלית עצמאית ובלתי תלויה ביתר הפרויקטים של הקבלן, ככל שיש כאלה). במצב דברים זה, עם קריסת הפרויקט וכניסת הכונס לנעלי הקבלן לשם אכיפת זכויות הבנק המלווה, ניטלת מן הקבלן למעשה יכולתו להמשיך ולהפעיל את פרויקט הבניה כעסק חי; והכונס מרכז בידיו את עיקר מקורות הפירעון גם לנושים האחרים. התוצאה המעשית היא מצב השקול לחדלות פירעון מהותית, אף אם לא ננקט הליך חדלות פירעון פורמלי.

יוער כי הליך פורמלי של חדלות פירעון במקרים אלה אינו נפתח בדרך כלל, בהיעדר תמריץ ממשי של מי מהנושים האחרים (שאינם מובטחים) לשאת בעלויותיו ובהשלכותיו. הנושה המובטח פועל למימוש זכויותיו במסגרת הליך כינוס הנכסים (זכויות הכוללות את כל נכסיו של החייב); ואילו לנושים הבלתי מובטחים אין משאבים או כדאיות כלכלית ליזום הליך כולל. במצב כזה נוצר פער בין המציאות הכלכלית של חדלות פירעון בפועל – לבין המסגרת המשפטית החלה. החלת סעיף 194(ב)(2) לפקודת החברות מסייעת לפתור קושי זה.

45. סיכומה של נקודה זו: מן הניתוח לעיל עולה כי הזכויות שביקשו החברות המלוות לאכוף בבית משפט קמא הן זכויות המובטחות בשעבוד צף – ולא כאלה המשועבדות בשעבוד קבוע בלבד, כפי שנטען בבקשתן. בנסיבות אלה, ומשעה שהליך הכינוס ומינוי הכונס נעשה לשם אכיפת זכויות המובטחות בשעבוד צף (כנדרש בהוראות סעיף 194(ב) לפקודת החברות) – יש לראות את החברה ככזו שניתן לגביה צו לפתיחת הליכים לפי חוק חדלות פירעון. בהתאם לכך, יש לראות את אכיפת הזכויות בידי הכונס ככפופה להוראות אלה.

46. מהאמור לעיל נובע כי בנסיבות דנן, בהן החברות המלוות בחרו שלא לפרוע את הערבויות הבנקאיות אלא לאכוף את זכויותיהן המובטחות בשעבוד שהוטל להבטחת חוב החברה הקבלנית כלפיהן, אין עוד מקום לראות את הכונס שמונה לצורך כך (שלמען

הנוחות – אמשך לכנותו כך) כמי שפועל לטובת החברות המלוות בלבד. מדובר בבעל תפקיד הממונה כידו הארוכה של בית המשפט, ואשר מטרתו להשיא את רווחי הנושים כולם – שבכללם רוכשי הדירות, ובהם המערערים.

יודגש כי כפי שהובהר בפסקה 28 לעיל, הבחירה האם לבחור באפשרות של פירעון הערכויות או באפשרות של השלמת ביצוע הפרויקט, היא בחירתו של הבנק המלווה (בענייננו, החברות המלוות), והוא רשאי לקבלה בהתאם לשיקוליו העסקיים וכדי להשיא את רווחיו. אם בחר הבנק המלווה לפרוע את הערכויות הבנקאיות לרוכשי הדירות – הוא מקיים בכך את חובותיו כלפיהם, ומאותה עת, על דרך הכלל, אין עוד לרוכשים זכויות נוספות כלפיו.

הסכם המכר שבין החברה לבין רוכשי הדירות

47. משנמצא כי יש לראות את החברה הקבלנית ככזו שניתן בעניינה צו לפתיחת הליכים לפי חוק חדלות פירעון – נותר לבחון, בראי נקודת מוצא זו, אם הסכם המכר שנחתם בין החברה הקבלנית לבין רוכשי הדירות, ובכללם המערערים, מוסיף לעמוד על כנו גם לאחר מינוי הכונס. במסגרת זו, יש להידרש לשאלה האם, כגישת בית משפט קמא, ניתן לומר כי עם בחירת החברות המלוות להשלים את הפרויקט – נכרת מעין הסכם חדש ביניהן לבין הרוכשים, שתכליתו השלמת הבנייה מחד גיסא והגנה על זכויות החברות המלוות מאידך גיסא; או שמא הסכם המכר המקורי עומד על מכונו על מכלול הוראותיו, כפי שסבור הממונה.

48. נקודת המוצא היא כי מתן צו לפתיחת הליכי חדלות פירעון אינו משנה את מערך זכויותיה המהותיות של החברה שבעניינה נפתח ההליך, ואין הוא מקנה לה זכויות ביתר. דברים אלה אמורים לאור התפיסה הרווחת על פיה "הדין הכללי אינו נעצר על מפתן דלתו של בית משפט לחדלות פירעון וסמכותו של בית בית המשפט של חדלות פירעון אינה בלתי מוגבלת" (ראו: ע"א 2467/22 עברי נ' עו"ד ארז חבר בתוקף תפקידו כנאמן להסדר של חברת אשפלטס מסחר ותעשיות פלסטיק 1999 בע"מ, פסקה 34 (14.11.2023); רע"א 21381-09-25 אזורים בנין (1965) בע"מ נ' ביטון, פסקה 11 (25.12.2025)).

בהתאם לכך, גם לאחר מתן צו לפתיחת הליכים, עומדות בעינן ההתקשרויות השונות שבהן התקשרה החברה הקבלנית, ובכללן הסכמי מכר שטרם הושלמו. ככל שמבקש בעל תפקיד (הכונס בענייננו) להביא לביטולן של התקשרויות אלה, הוא רשאי לעשות כן רק על סמך אחת הדוקטרינות המוכרות בדיני חדלות הפירעון, המהוות חריג

לכלל (ראו: ע"א 10208/16 קרטו מוטורס בע"מ נ' Better Place Inc, פסקה 30 (13.12.2017) (להלן: עניין קרטו מוטורס); ע"א 7606/19 מגה קמעונאות בע"מ נ' הלמן-אלדובי קופות פנסיה וגמל בע"מ, פסקה 46 (8.8.2022); עופר גרוסקופף "ויתור על נכס מכביד" המשפט ו 33 (התשס"א)).

49. הדוקטרינה המרכזית בדיני חדלות הפירעון המאפשרת לבעל תפקיד להשתחרר מהתחייבויותיו של חוזה קיים – אף בהיעדר עילה חוזית לעשות כן – היא דוקטרינת "ויתור על נכס מכביד" (ראו סעיפים 66-70, ו-96 לחוק חדלות פירעון). דוקטרינה זו נועדה לאפשר לבעל תפקיד – באישור בית המשפט – להשתחרר מהתחייבות שהחברה אינה מסוגלת לבצע, כאשר קיומה של התחייבות זו אינו משרת את טובת קופת הנשייה; וכפועל יוצא מכך את טובת הנושים. השימוש בדוקטרינה זו ייעשה ככלל כאשר העלות הכרוכה בקיום ההתחייבות עולה על התועלת הצפויה ממנה, וכאשר הותרתה על כנה עלולה להביא לפגיעה בכלל נושי החברה (עניין קרטו מוטורס, בפסקה 30; רע"א 8702/19 זועבי נ' זהר אלד חברה לנאמנויות בע"מ, פסקה 14 (13.2.2020); ע"א 6819/11 גרין מרקט ישיר בע"מ (בפירוק) נ' ד"ר שלמה נס, ר"ח, פסקה 11 (27.11.2013) (להלן: עניין גרין מרקט); האן, בעמ' 473-476).

ואולם, הפסיקה הבהירה כי דוקטרינת הנכס המכביד אינה מאפשרת החלה חלקית על חוזה, במובן זה שחלק מתניותיו ימשיכו לחול ואחרות יבוטלו (ראו: עניין קרטו מוטורס, בפסקה 30; רע"א 4956/07 לבנברג נ' ביקור חולים – הוספיטל, פסקה 5 (2.4.2009)). האפשרות הנתונה לבעל התפקיד מכוחה של הדוקטרינה היא בינארית: ויתור על החוזה בכללותו או אימוצו במלואו. לא ניתן לאמץ רק חלק מהוראות החוזה או לשנות בדיעבד את מערך ההתחייבויות החוזיות בין הצדדים. זאת, אלא אם כן ניתנה לכך הסכמה מטעמו של הצד השני לחוזה (ראו: סעיף 70(ד) לחוק חדלות פירעון).

זאת ועוד – ויתור על חוזה מכוח דוקטרינה זו אף לא ייעשה כלאחר יד. לנוכח הפגיעה הכרוכה בעיקרון היסוד בדבר כיבוד חוזים ואכיפתם, וכן בזכויותיו של הנושה הנוגע לעניין, האפשרות לוותר על נכס מכביד – ובכלל זה על חוזה – היא סמכות חריגה הטעונה אישור מראש של בית המשפט. דרישה זו נועדה להבטיח כי גורם שיפוטי מוסמך ישקול את ההשלכות הכרוכות בדרישת בעל התפקיד ויקבע את התנאים לכך. זאת, תוך שמירה על האיזון הראוי בין ההגנה על הנושה הנפגע לבין אינטרס ההליך (ראו: כהן, בעמ' 542; בג"ץ 7609/09 שילוני נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 13 (7.9.2010); עניין גרין מרקט, בפסקה 11).

50. באופן דומה, בהיעדר הסכמה מפורשת אחרת, גם בחירת הבנק המלווה להמשיך בפרויקט הבנייה כדי לסיימו, תוך קיום המערך החוזי – אינה יכולה להיות סלקטיבית. לבנק המלווה לא קיימת חלופה שלישית של מעין "השלמת פרויקט סלקטיבית", שכן לחלופה כזו אין כל עיגון. במילים אחרות, הבנק המלווה אינו יכול לבחור בהשלמת הבנייה והימנעות מחילוט ערבויות חוק המכר, ובקיום הסכמי המכר עם הרוכשים תוך גביית מלוא התמורה החוזית המוסכמת מכוחם – מחד גיסא; ובה בעת לשנות לרעת הרוכשים באופן TTDI-TN את מערך הזכויות והחובות שנקבע בהסכמים אלה (תוך ביטול זכויות הרוכשים לפיצוי בגין איחור במסירה).

51. אכן, מבחינת רוכשי דירות – אין זה מן הנמנע כי אילו הייתה הבחירה עומדת לפתחם, הם היו מעדיפים את האפשרות שכונס הנכסים ישלים את בניית הפרויקט, אף אם הדבר כרוך בויתור על חלק מזכויותיהם מכוח הסכמי המכר המקוריים עם הקבלן (כמו למשל הזכות לפיצוי בגין איחור במסירה). דברים אלה אמורים בעיקר כאשר מחירי הדירות האמירו ממועד ההתקשרות בהסכם המכר המקורי ועד למועד יציאתו של הקבלן מהתמונה וכניסתו של הכונס. הטעם לכך הוא שכאשר מחירי הדירות עולים – כפי שהם אכן עלו באופן עקבי בישראל בשנים האחרונות – מוטב לרוכש הדירה להבטיח את קבלת הדירה שרכש (ואשר שוויה האמיר), גם אם לא יזכה כתוצאה מכך לפיצוי בגין איחור במסירה; על פני האלטרנטיבה של השבת הסכום שהוא השקיע, שכאמור כוח הקנייה שלו פחת ולא יאפשר לו עוד לרכוש דירה דומה חליפית.

עם זאת, גם כאשר אלה הם פני הדברים, תנאי יסודי להתקשרות בחוזה חדש או בשינוי התנאים של החוזה המקורי, גם בהליך חדלות פירעון, הוא הסכמה של הצדדים. מתן אפשרות לבנק מלווה או לכונס לבחור אילו הוראות חוזיות לקיים ואילו לא (למשל, למסור את הדירה אך להתנער מחיובי פיצוי בגין איחור ביחס אליה) – עלול גם להביא לפגיעה ממשית ברוכשים. בנסיבות של עיכוב משמעותי מאוד במועד המסירה או מסירת הדירה עם ליקויים משמעותיים, יתכן שהשלמת הפרויקט אינה מיטיבה עם הרוכשים, והם לא היו בוחרים באפשרות זו (אלא מעדיפים את פירעון הערבות הבנקאית והשבת הכספים ששילמו). בנוסף, קבלת עמדת הכונס תביא למעשה לכך שלא יהיה לו תמריץ להשלים את הבנייה בהקדם ולמסור את הדירות ללא ליקויים. תוצאה כזו היא כמובן לא רצויה. כך או כך, הבחירה בקיום הסכם המכר תוך שינוי כזה או אחר בתנאיו, צריכה להיות בחירתם המוסכמת של הצדדים – ובהם רוכשי הדירות – ולא בחירה חד צדדית של הבנק המלווה לבדו.

52. בענייננו, המשיבים אינם מבקשים כאמור לבטל את הסכמי המכר במלואם, אלא לבטלם באופן חלקי בלבד. כך, בעוד הם מבקשים להוסיף ולהתבסס על הוראות מסוימות בהסכמים אלה – ובכללן הוראות הנוגעות לתשלום התמורה בגין הדירה או כאלה האוסרות על קיזוז (פסקאות 29-43 לכתב התגובה לערעור), הם מבקשים להתנער מהוראות אחרות, ובפרט מאלה הקובעות את זכאות רוכשי הדירות לפיצוי בגין איחור במסירה. ואולם, כפי שהובהר לעיל, רוכשי הדירות לא נתנו את הסכמתם לשינוי כזה בהסכמי המכר – לא במסגרת הסדר נושים ולא בדרך אחרת; ואף לא ניתן לכך כל אישור של בית המשפט.

משלא נטען כי רוכשי הדירות הסכימו לוותר על זכויותיהם החוזיות כתנאי להשלמת הפרויקט – הרי שגם אילו ניתן היה להניח כי השלמת הבנייה עשויה הייתה לשרת את האינטרס הכלכלי של הרוכשים – ובכללם המערערים, אין די בכך כדי לשנות את תנאי ההסכמים הקיימים וליצור הסכם חדש שהם לא נתנו לו את הסכמתם.

53. למען שלמות התמונה יצוין, כי קיימות גם דוקטרינות חיצוניות לדיני חדלות הפירעון המאפשרות לבית המשפט לערוך שינויים בחוזה קיים. זאת בין היתר מכוח סעיפים 39 ו-61 לחוק החוזים, המורים על שימוש בזכויות חוזיות בתום לב (כאשר סעיפים אלה חלים, בשינויים המתחייבים, על כל פעולה משפטית באשר היא – ראו: ע"א 2167/16 Sanofi נ' אוניפארם בע"מ, פסקה 14 (12.7.2021); ע"א 8553/19 אלכסנדר אורן בע"מ נ' כהן, פסקה 31 (17.11.2020); בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(1) 828, 835 (1980); גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 101-102 (מהדורה רביעית, 2019); דודי שוורץ "תחולתו של עקרון תום-הלב בסדר-הדין האזרחי" עיוני משפט כא(2) 295 (התשנ"ח). כמו כן, להרחבה למשל על דוקטרינת "אכיפה בקירוב", ראו: ע"א 11965/05 עזבון המנוח מרדכי קליין נ' שרון, פסקה 4 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות (27.8.2009) (להלן: עניין שרון); ע"א 1546/16 ביטאן נ' מדינת ישראל רשות הפיתוח וקק"ל, פסקאות 15-17 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר (16.9.2020); וראו גם: ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, מט(2) 265, 328 (1995); אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 123-124 (2003); ע"א 672/81 עמיתי מלון ירושלים נ' טייק, פ"ד מ(3) 169, 199 (1986); עניין שרון, בפסקה 4 לחוות דעתה של כב' השופטת א' חיות; ע"א 1546/16 ביטאן נ' מדינת ישראל רשות הפיתוח וקק"ל, פסקאות 16-17 (16.9.2020).

עם זאת, איני סבורה כי נתיב זה (שהצדדים ממילא לא העלו טענות לגביו) מאפשר התנערות חד צדדית של הכונס מחלקים מסוימים בהסכמי המכר, בלא הסכמת הרוכשים. אדרבה, עקרון תום הלב מחייב דווקא כי רוכשי הדירות – שהתקשרו בהסכמי המכר תוך הסתמכות על הוראותיהם כמו גם על הוראותיהם הקוגנטיות של חוק המכר (דירות) וחוק הבטחת השקעות – יוסיפו (בהיעדר הסכמה אחרת) להיות כפופים להסכם המכר שהם התקשרו בו עם החברה הקבלנית על מכלול ההסכמות שבו. זאת, גם כאשר מי שנכנס לנעלי החברה הקבלנית לצורך קיום אותו הסכם הוא הכונס.

54. לנוכח כל האמור, נקודת המוצא היא כי לאחר שהחברות המלוות בחרו באפשרות של השלמת הבנייה, הסכמי המכר שנחתמו עם רוכשי הדירות, ובכללם המערערים, ממשיכים לעמוד על כנם במלואם, חרף מינוי הכונס. כך, עם מתן הצו לפתיחת הליכים והבחירה להשלים את הבנייה, יש לראות את הכונס כמי שבא בנעלי החברה הקבלנית ביחס למכלול התחייבויותיה מכוח הסכמי המכר שהיא התקשרה בהם עם רוכשי הדירות. משניתן צו לפתיחת הליכים, מתייתרת ההבחנה בין חיובי "החברה הקבלנית" כישות עצמאית לבין חיובי קופת הנשייה (עליה אמון הכונס). קופת הנשייה משמשת מקור פירעון לחובות החברה – ובניגוד לטענות המשיבים, רוכשי הדירות אינם נדרשים לנקוט בהליך עצמאי ונפרד נגד החברה הקבלנית עצמה לצורך אכיפת זכויותיהם מכוח הסכמי המכר; ותחת זאת הם רשאים לבקש לאכוף זכויות אלה במסגרת ההליך דנן.

שאלת זכאות המערערים לפיצויים בגין איחור במסירת הדירה

55. משנמצא כי הסכמי המכר מוסיפים לחייב את הכונס שנכנס בנעלי החברה הקבלנית, נותר להוסיף ולבחון את מעמדם של החיובים הנובעים מהם במסגרת ההליך – ובכלל זה חיובים בפיצוי בגין איחור במסירת דירות – ביחס לחיובים אחרים המוטלים על קופת הנשייה. זאת, כאשר לענייננו רלוונטיים בעיקר חיובי החברה הקבלנית כלפי החברות המלוות.

המערערים טענו כי עם אכיפת השעבודים לבקשת החברות המלוות – נכנסו חברות אלה בנעלי החברה הקבלנית, ולכן הן נושאות עתה בכלל התחייבויותיה לפי הסכמי המכר. ואולם, משנקבע כי יש לראות בחברה הקבלנית כמי שניתן בעניינה צו לפתיחת הליכים, רוכשי הדירות כמו גם החברות המלוות, הם נושים של החברה הקבלנית

במסגרת הליך חדלות הפירעון. משכך השאלה הטעונה הכרעה במקרה זה היא סדר הקדימויות בין נושים אלה (בשונה משאלת זהות החייב).

בהתאם לכך, יש להידרש לשאלת כפיפותן של החברות המלוות להתחייבויות החברה הקבלנית כלפי רוכשי הדירות מכוח ההסכמים הללו, בהתאם לסדרי הנשייה הקבועים בדין. בטרם נעשה כן, נדרש תחילה לבחינת סוגי התשלומים הנפרעים מקופת הנשייה, כמו גם לסדרי הנשייה הקבועים בדין.

(-) סדרי נשייה בהליך חדלות פירעון

56. סעיף 1 לחוק חדלות פירעון קובע כי תכליתם של דיני חדלות הפירעון היא להסדיר את פירעון חובותיו של חייב – יחיד או תאגיד. זאת, מתוך שאיפה להביא, ככל האפשר, לשיקומו הכלכלי של החייב, ובד בבד להשיא את שיעור החוב שייפרע לטובת הנושים. בראי תכלית זו, כאשר מדובר בחייב שהוא תאגיד, כבענייננו, קובע סעיף 25 לחוק חדלות פירעון את תוצאות הצו לפתיחת הליכים (כאשר הוראה דומה קבועה ביחס לחייב יחיד בסעיף 121 לחוק זה):

”(א) עם מתן צו לפתיחת הליכים –
 (1) נכסי קופת הנשייה יעמדו לפירעון חובות העבר של התאגיד והוצאות הליכי חדלות הפירעון, בלבד;
 (2) לא ייפרעו חובות העבר של התאגיד מנכסי קופת הנשייה אלא לפי הוראות חוק זה;
 (3) יוקפאו ההליכים נגד התאגיד לפי הוראות פרק ה’; הקפאת הליכים;
 (4) בית המשפט ימנה נאמן ליישום הליכי חדלות הפירעון של התאגיד לפי הוראות פרק ו’: הנאמן – מינויו, תפקידו וסמכויותיו.
 (ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), אין בצו לפתיחת הליכים כדי לפטור את התאגיד מחובתו לקיים כל הוראה לפי דין, ובכלל זה החלטה מינהלית, למעט חובה לתשלום חוב עבר, בכפוף להוראות סעיף 31.” [ההדגשות הוספו – ר. ר.].

ליבת ההליך המתנהל בבית משפט של חדלות פירעון נטועה אם כן בהסדרתם של “חובות העבר” של החייב. חובות אלה מוגדרים בסעיף 4 לחוק חדלות פירעון באופן הבא:

"חוב עבר" – חוב, לרבות תשלום עונשי, שמתקיים לגביו אחד מאלה:
 (1) החייב חב בו במועד מתן הצו לפתיחת הליכים, לרבות באופן מותנה;
 (2) הוא נובע ממעשה או מחדל שעשה החייב לפני מתן הצו לפתיחת הליכים, גם אם החוב נוצר לאחר מתן הצו;
 (3) הוא נובע מהפרת התחייבות שהחייב התחייב בה לפני מתן הצו לפתיחת הליכים, גם אם ההפרה נעשתה לאחר מתן הצו, ובלבד שההפרה נובעת מהליכי חדלות הפירעון; [...]."

חובות העבר – כהגדרתם לעיל – תוחמים אפוא את גבולותיו של הליך חדלות פירעון. מקובל לומר כי הגדרתם של חובות אלה משמיעה כי הצו לפתיחת הליכים נגד החייב מייצר "קו פרשת מים" בנוגע לחובות המוסדרים בהליך: הוא יוצר חיץ בין חובות שנוצרו מכוח התחייבויות, מעשים או מחדלים של החייב שאירעו לפני מתן הצו (הם חובות העבר) – שאותם ניתן לתבוע ולגבות אך ורק בגדרי ההליך הקולקטיבי המתנהל בעניינו של החייב; לבין אלה שנוצרו או ייווצרו לאחר מכן, אשר לגביהם פני הדברים הם שונים (ראו למשל: רע"א 7107-11-24 בולוטוב נ' כהן שי בידודים ושיפוצים בע"מ, פסקה 20 (28.5.2025); והשוו: ע"א 6553/20 עיריית תל אביב יפו נ' כונס הנכסים הרשמי, פסקאות 11-12 (29.7.2021)).

מן ההגדרה האמורה עולה כי "חוב עבר" המוסדר במסגרת הליך חדלות פירעון עשוי לכלול בגדרו גם חובות שמועד היווצרותם הוא מאוחר למתן הצו. כך קורה למשל כאשר החוב נובע ממעשה או מחדל שקדמו לצו, אך החוב עצמו התגבש רק לאחר מכן (ס"ק (2)); או כאשר חוב זה נובע מהפרת התחייבות שנעשתה לפני מתן הצו, גם אם ההפרה התרחשה רק אחרי מתן הצו – וזאת כל אימת שההפרה נובעת מהליכי חדלות הפירעון (ס"ק (3)). לכך נידרש בהרחבה בהמשך.

57. לצד חובות אלה, סוג תשלומים נוסף העומד לפירעון מתוך נכסי קופת הנשייה, הוא הוצאות הנדרשות לצורך ניהול ההליך. מדובר בתשלומים שמקורם בהוצאות שנוצרו לאחר פתיחת ההליך ואשר נדרשות בעקבות ניהולו. בהקשר זה קובע סעיף 25(א) לחוק חדלות פירעון כי "נכסי קופת הנשייה יעמדו לפירעון חובות העבר של התאגיד והוצאות הליכי חדלות הפירעון, בלבד" (הוראה דומה קבועה ביחס לחייב יחיד בסעיף 121(א)(1) לחוק זה). הוצאות אלה מוגדרות בסעיף 233(א) לחוק חדלות פירעון, בין היתר, כהגדרה שיוזית כ"כל הוצאה אחרת שנקבע לפי חוק זה כי דינה כדין הוצאות הליכי חדלות פירעון".

58. נקודת המוצא היא כי "הוצאות ההליך" – בהיותן הוצאות הכרחיות לטובת ניהולו – זוכות מעצם טבען לעדיפות נשייתית על פני חובות מסוימים לנושים אחרים. בהתאם לכך, קובע סעיף 231 לחוק חדלות פירעון את סדר הנשייה באופן הבא [ההדגשות הוספו – ר.ר.]:

- "חובות החייב והוצאות הליכי חדלות הפירעון ייפרעו מנכסי קופת הנשייה בסדר עדיפות זה:
- (1) חובות מובטחים – לפי הוראות סימן א': נושה מובטח, לפרק ו';
 - (2) הוצאות הליכי חדלות הפירעון – לפי הוראות סעיף 233;
 - (3) חובות בדין קדימה – לפי הוראות סעיף 234;
 - (4) חובות שלהבטחת פירעונם שועבד נכס בשעבוד צף – לפי הוראות סימן א': נושה מובטח, לפרק ו';
 - (5) חובות כלליים – לפי הוראות סעיף 235;
 - (6) ריבית נוספת – לפי הוראות סעיף 236;
 - (7) חובות דחויים – לפי הוראות סעיף 237."

הוצאות ההליך קודמות אם כן בפירעונן לחובות המובטחים בשעבוד צף; אולם הן נסוגות מפני חובות המובטחים בשעבוד קבוע. סעיף 233(ג) לחוק חדלות פירעון אף מוסיף ומדגיש כי הוצאות ההליך קודמות לחובות שלצורך הבטחת פירעונם שועבד נכס בשעבוד צף, בצינו כך: "אין די בנכסי קופת הנשייה שאינם משועבדים כדי לפרוע את הוצאות הליכי חדלות הפירעון, ייפרעו הוצאות אלה מהנכסים שעליהם חל שעבוד צף".

בדברי ההסבר להצעת חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ו-2016, ה"ח הממשלה 1027, 718 (להלן: דברי ההסבר להצעת החוק), הוסבר בהקשר זה כי "דירוגן הגבוה של הוצאות אלה בסדר הפירעון נועד להבטיח לנאמן וכן למי שמתקשר עם החייב לאחר מתן הצו לפתיחת הליכים כי חובות החייב כלפיהם ישולמו במועדם. טעם נוסף לכך הוא שהוצאות אלה נדרשות לכלל הנושים כדי להשיא את ערך קופת הנשייה ולחלקה ביניהם" (וראו גם: ע"א 3409/22 קאסס נ' כונס הנכסים הרשמי (31.7.2023); ע"א 4842/23 חברת אבי אלקיים בע"מ נ' הממונה על הליכי חדלות פירעון, פסקה 1 לחוות דעתו של השופט ד' מינץ (28.11.2024); ביחס להבחנה בין חובות עבר להוצאות הליך, ראו: דברי ההסבר להצעת החוק, בעמ' 609).

59. סיכומה של נקודה זו, כאשר מדובר בחייב שהוא תאגיד – נכסי קופת הנשייה נועדו לפירעון של שני סוגי תשלומים: חובות עבר והוצאות הליך. בהתאם לסדרי הנשייה

הקבועים בדין, נהנות הוצאות ההליך מעדיפות נשייתית על פני יתר חובות החייב – למעט אלה המובטחים בשעבוד קבוע, ובין היתר הן קודמות לפירעון חובות המובטחים בשעבוד צף.

על רקע דברים אלה, נפנה עתה לבחון את שאלת מעמד זכויותיהם של רוכשי דירות לקבלת פיצוי בגין איחור במסירת דירה. דברים אלה ייבחנו הן בכל הנוגע לתקופה שקדמה לפתיחת ההליך (קרי לפני מינוי הכונס), הן ביחס לתקופה שלאחריו.

(-) אי-כפיפות החברות המלוות לזכויות שהיו לרוכשי הדירות טרם פתיחת ההליך

60. המערערים רכשו את דירתם מכוח התקשרותם עם החברה הקבלנית בהסכם המכר, ובכפוף לכך שזכויותיהם שועבדו או ישועבדו לטובת החברות המלוות – בדומה לכל פרויקט הממומן בשיטת הליווי הפיננסי. דברים אלה קיבלו ביטוי מפורש במסגרת סעיף 11.4 להסכם המכר, שקבע כך:

”ידוע לקונה כי המוכר התקשר או יתקשר בליווי הבנקאי עם בנק מלווה לפרויקט ולצורך כך שעבד את זכויותיו הקנייניות ו/או החוזיות מכוח חוזה עיבוי בינוי, לרבות דירתו של הקונה ולכן, זכויותיו של הבנק המלווה קודמות לזכויות החוזה מכוח חוזה זה, הכל בכפוף לקבלת מכתב החרגה מותנה או בלתי מותנה שיקבל הקונה מהבנק המלווה” [ההדגשות אינן במקור – ר. ר.].

בסעיף זה נקבע כי במישור היחסים שבין החברות המלוות לבין המערערים, זכויותיהם של האחרונים כפופות לזכויות החברות המלוות. מכאן שבמצב הדברים הרגיל – טרם כניסת הכונס לנעלי החברה הקבלנית – כל עוד לא השלימו המערערים את התנאים הקבועים במכתב ההחרגה המותנה, ובכלל זה תשלום מלוא התמורה בגין הדירה שרכשו – אין החברות המלוות מחויבות לשחרר את השעבוד הרשום על הדירה; ובהתאם לכך – זכותן בה (כחלק מהפרויקט המשועבד לזכותן) גוברת על זכויות המערערים.

61. במאמר מוסגר יוער, כי דברים אלה אמורים אף אם נקבל את טענת המערערים לפיה אגרת החוב מכוחה נרשמו השעבודים לטובת החברות המלוות נחתמה רק לאחר שנכרת הסכם המכר. מעיון בהסכם המכר עולה כי המערערים הסכימו במפורש להכפפת זכויותיהם לטובתו של בנק מלווה, אף אם התקשרות החברה עם הבנק המלווה (ובכלל זה רישום השעבודים לטובתו) ייעשו במועד המאוחר לחתימת הסכם המכר. משכך,

בניגוד לטענת המערערים – אין חשיבות למועד שבו נחתמה אגרת החוב בפועל. כך או אחרת, קודמות זכויותיהן של החברות המלוות לאלה של הרוכשים.

62. עוד יוער, כי קדימות זו של זכויות החברות המלוות, היא שעומדת בבסיס איסור הקיזוז שעוגן בהסכם המכר (סוגיה אליה אדרש בהמשך). איסור הקיזוז נקבע בסעיף 25.10 להסכם המכר אשר על פיו: "מוסכם כי הקונה לא יהיה רשאי לקזז מסכומים המגיעים ממנו למוכר עפ"י החוזה כל סכום שהוא לרבות סכומים המגיעים לו על פי טענתו מהמוכר". הטעם לכך נעוץ במשמעותה המעשית של פעולת הקיזוז מבחינת הנושים: הקיזוז מקנה לנושה יתרון הדומה במהותו לשעבוד קנייני. זאת, שכן קיזוז מאפשר לנושה להיפרע מלוא החוב שהחברה חבה לו בעדיפות על פני יתר הנושים – אשר זכאים מצדם להיפרע רק חלק יחסי מתוך חובם (ראו: ע"א 2146/06 ברק נ' עו"ד ברוך אבוקרט – מפרק, בפסקה 18 (18.11.2010); עניין רחמים, בפסקה 26). מתן אפשרות לרוכשים לבצע קיזוז מול החברה הקבלנית, משמעו הלכה למעשה כי הם ישלמו לה פחות עבור הדירה שרכשו (תוך ייחוס חלק מהתשלום לסכום המקוזז), באופן שיפגע בזכויות החברות המלוות שלא יוכלו ליהנות מן השעבוד שברשותן ביחס לחלק מהתמורה שהרוכשים אמורים לשלם עבור הדירות.

63. כל האמור לעיל יפה כאמור במצב הדברים "הרגיל". ואולם, עם שינוי המצב המשפטי בעקבות מתן הצו לפתיחת הליכים, משתנה גם נקודת המבט על התחייבויות החברה הקבלנית וחובותיה, והצו משמש בהקשר זה כנקודת מפנה. משכך, ההכרעה בשאלת כפיפותן של החברות המלוות לזכויות רוכשי הדירות – החל משלב זה – מחייבת תחילה סיווג של זכויות הרוכשים, ובכללם המערערים, לצורך קביעת סדרי הנשייה. בתוך כך, יש לבחון האם זכויות רוכשי הדירות קודמות לזכויותיהן של החברות המלוות; או שמא זכותן של האחרונות להיפרע מנכסי קופת הנשייה גוברת גם במצב הדברים שלאחר פתיחת ההליכים מכוח הצו. ההכרעה בסוגיה זו תלויה, בין היתר, בסיווג החיובים כלפי רוכשי הדירות כ"חובות עבר" או כ"הוצאות ההליך" – סיווג הנושא עמו השלכות גם ביחס לסוגיית הקיזוז.

(-) הבחנה בין חובות עבר לבין הוצאות הליך בענייננו

64. במוקד המחלוקת במקרה דנן ניצבות הפרות נטענות – מצד החברה הקבלנית והכונס – של התחייבויות כלפי רוכשי דירות הנוגעות למועד המסירה החוזי מכוח הסכמי המכר. בטרם נידרש לשאלת סיווג החיובים כלפי המערערים, נבחין תחילה בין

שני סוגים של רוכשי דירות: האחד, רוכשים שהתקשרו עם החברה הקבלנית לפני מתן הצו (ובהם המערערים); והשני, רוכשים עמם התקשר הכונס עצמו במסגרת ההליך לאחר צו פתיחת ההליכים.

ביחס לקבוצה השנייה, נראה כי מדובר במקרה פשוט יחסית. מובן כי אין מדובר בחובות של החברה הקבלנית (שלא התקשרה עם רוכשים אלה בשום שלב), ומשכך אין מדובר ב"חובות עבר" אשר מוסדרים במסגרת הליך חדלות הפירעון. תחת זאת, עסקינן בהתחייבויות שנוצרו בעקבות פעולות הכונס במסגרת ההליך ולשם השגת מטרותיו – כאשר בראשן התכלית של השאת קופת הנשייה. לפיכך, ביחס לרוכשים הללו, ההוצאות הכרוכות בהשלמת ההתקשרויות עמם צריכות להיות מסווגות כהוצאות הליך (בכפוף לקיומם של הסדרים חוזיים ספציפיים, ככל שישנם, כפי שאלה הוסכמו בין הכונס לבין אותם הרוכשים).

65. לעומת זאת, ביחס לרוכשים מן הסוג הראשון – קרי אלה שהתקשרו ישירות עם החברה הקבלנית עוד לפני מינוי הכונס – ברי כי פני הדברים הם שונים. לגביהם, אין חולק כי מדובר בהתחייבויות שקדמו לפתיחת ההליך. לפיכך, באשר לרוכשים אלה יש להכריע תחילה האם החיובים כלפיהם הם בגדר חובות עבר או הוצאות הליך לצורך קביעת סדר פירעונם מקופת הנשייה. לסיווג זה נודעת חשיבות משמעותית שכן כפי שהובהר – זכויות החברות המלוות (מכוח השעבודים הצפים) גוברות על חובות עבר כלליים; אולם הוצאות הליך קודמות לזכויותיהן של החברות המלוות מכוח השעבודים הצפים.

לטעמי, במלאכת הסיווג נדרשת הבחנה בין הפרות החברה שאירעו לפני מתן הצו – אשר יסווגו כחובות כלליים; לבין הפרות שאירעו במסגרת ההליך ותחת אחריותו של הכונס – אשר יסווגו כהוצאות הליך.

66. סעיף 4 לחוק חדלות פירעון מגדיר כאמור "חוב עבר" ככולל, בין היתר, חוב ש"החייב חב בו במועד מתן הצו לפתיחת הליכים, לרבות באופן מותנה" (ס"ק (1) להגדרה); או ש"הוא נובע מהפרת התחייבות שהחייב התחייב בה לפני מתן הצו לפתיחת הליכים..." (ס"ק (2) להגדרה). בהתאם להגדרה זו, כאשר מועד ההתחייבות החוזית חלף עוד בטרם ניתן הצו, וההפרה כבר התגבשה במלואה עד לאותו מועד – הרי שלפנינו חוב עבר מובהק. חוב כזה ייפרע מתוך נכסי קופת הנשייה בהתאם למעמדו בסדרי הנשייה הקבועים בדין.

כך למשל, במקרים שבהם במועד מתן הצו כבר איחר קבלן במסירת דירות במשך שנה – הרי שהפיצויים המגיעים מתוקף איחור זה לרוכשים (שזכויותיהם אינן מובטחות בשעבוד כלשהו), בגין אותה תקופה, הם בבחינת חוב עבר "כללי". בהתאם לכך, חובות אלה ייפרעו רק לאחר פירעון חובות לנושים שזכויותיהם מובטחות בשעבוד צף (קרי החברות המלוות).

דברים אלה אמורים גם כאשר מקור החיוב הוא בחוזה קיים שהמשיך להתנהל לאחר מתן הצו לפתיחת הליכים – קרי, בחוזה שלא בוטל מחמת היותו "נכס מכביד". כך, קובע סעיף 74(ב) לחוק חדלות פירעון: "הורה בית המשפט על המשך קיומו של חוזה קיים לפי סעיף 72 ונפגע הצד השני לחוזה בשל הפרתו בידי התאגיד לפני מועד מתן הצו לפתיחת הליכים, יראו אותו כנושה של התאגיד כדי סכום הפגיעה, והסכום האמור ייחשב לחוב עבר..." [ההדגשות הוספו – ר. ר.]. משכך, אם נחזור לדוגמה שלעיל – גם אם הסכם המכר בין הקבלן לרוכש דירה ממשיך לעמוד על כנו לאחר מתן הצו, הפרה של הקבלן שהתרחשה קודם למועד זה תסווג כחוב עבר.

67. הקושי מתעורר כאשר במועד מתן הצו טרם חלף המועד לקיום ההתחייבות החוזית, כך שההפרה מתרחשת בפועל רק אחריו; או במקרים שבהם ההפרה נמשכת גם לאחר פתיחת ההליך. בעניין זה כוללת הגדרתו של "חוב עבר" גם חובות הנובעים "מהפרת התחייבות שהחייב התחייב בה לפני מתן הצו לפתיחת הליכים, גם אם ההפרה נעשתה לאחר מתן הצו, ובלבד שההפרה נובעת מהליכי חדלות הפירעון" (ס"ק (3) באותה הגדרה; ההדגשה הוספה – ר. ר.).

הגדרתו של "חוב עבר" בדרך זו נועדה למנוע תוצאה לפיה דחיית מועד ההפרה לאחר מתן הצו תוציא באופן מלאכותי את החיוב מגדרם של חובות המוסדרים במסגרת ההליך. לפיכך היא קובעת כי חיוב הנובע מהפרה מאוחרת עשוי גם הוא להיחשב חוב עבר. זאת, כל עוד ההפרה נובעת מהליכי חדלות הפירעון – קרי כאשר היא תולדה ישירה של עצם הכניסה להליך והשלכותיו (כגון הקפאת הליכים, מחסור במימון או שיתוק פעילות החברה).

במילים אחרות, כאשר תאגיד נקלע להליכי חדלות פירעון והוא אינו מופעל כ"עסק חי" (למצער במהלך התקופה הרלוונטית למועד ההתחייבות) – נחשב הדבר להפרה אינהרנטית של כל החוזים עליהם הוא חתום. מטעם זה, כלל החיובים בהם הוא

חב מתגבשים עד למועד זה; וכפועל יוצא מכך, אותם החיובים – גם אם לפי החוזים מועד פירעונם טרם הגיע – נחשבים כחוב עבר. פני הדברים הם שונים כאשר חרף הליכי חדלות הפירעון, מוסיף התאגיד לפעול – והוא צובר חובות כתוצאה מכך. חובות אלה לא בהכרח ייחשבו כהוצאות עבר.

68. כך לדוגמה, נניח כי חברה התחייבה לייצר עבור הנושה סחורה ולספק אותה במועד עתידי. בטרם הגיע מועד ההספקה החוזי, נקלעה החברה לחדלות פירעון, ניתן בעניינה צו לפתיחת הליכים, ובית המשפט מורה במסגרתו על הפסקת פעילותה העסקית של החברה. בנסיבות אלה, לא תוכל עוד החברה לקיים את התחייבותה ולספק את הסחורה במועד שנקבע. הפרה כזו נובעת מעצם כניסת החברה להליך חדלות הפירעון ומהשלכותיו – ומשכך יסווג החוב הנובע מהפרת התחייבות זו כחוב עבר (וביתר פירוט כחוב עבר כללי, שכן אינו מובטח בשעבוד) (ראו והשוו בפסיקת בתי המשפט המחוזיים: ת"א (מחוזי י-ם) 17096-06-23 מוסקוביץ נ' בשן, פסקה 21 (1.5.2024); והשוו, להגדרת "חוב בר תביעה", לפי לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980: פש"ר (מחוזי ת"א) 2901/99 הרמן נ' אפריל טרקלין ליין בע"מ, פסקה 3 (12.7.2005) (להלן: עניין הרמן); פש"ר (מחוזי חי') 22525-09-10 עו"ד עמאד אל-חאג' נ' כונס הנכסים הרשמי, פסקה 9 (30.10.2013); רע"א (מחוזי י-ם) 55014-11-16 גריבי נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פסקה 17 (20.3.2017)).

69. לצד זאת, לעתים תסווג הפרה מאוחרת של התחייבות חוזית שקדמה לפתיחת ההליך דווקא כהוצאות הליך. זהו מצב הדברים כאשר מקור ההפרה אינו בעצם הכניסה להליך חדלות הפירעון והשלכותיה, אלא בהחלטות אקטיביות שהתקבלו במסגרת ההליך ולשם ניהולו. כך למשל התייחסו בתי המשפט המחוזיים למקרה בו מדובר ב"חבויות שעצם עילתם נוצרה לאחר צו הכינוס, כגון מצב בו ממשיך חייב (או חברה חדלת פרעון) בעשיית עסקים, ובמסגרת זו נוטל עליו התחייבויות חדשות (בין אם באישור וכדין, ובין אם שלא כדין)". (ראו עניין הרמן, בפסקה 3; פש"ר (מחוזי ת"א) 21505-07-10 בנק הפועלים בע"מ נ' זרוג, פסקה 8 (27.4.2014); פש"ר (מחוזי ת"א) 41451-05-12 נסים נ' כונס נכסים רשמי תל אביב, פסקה 13 (30.1.2017)).

דברים אלה מקבלים ביטוי, למשל, בסעיף 73(א) לחוק חדלות פירעון הקובע כי מקום שבו "לא בוטל חוזה קיים לפי הוראות סימן משנה זה, לרבות אם הורה בית המשפט על המשך קיומו לפי סעיף 72, יהיה דין ההוצאות לקיום חיובי התאגיד לפי החוזה, ממועד

מתן הצו לפתיחת הליכים ואילך, כדין הוצאות הליכי חדלות הפירעון] [ההדגשות הוספו – ר. ר.].

70. הוראה זו משקפת מצב שונה מזה המוגדר כ"חוב עבר". עניינה במצב שבו החברה אינה חדלה מכל פעילות, ובעל התפקיד בוחר להמשיך ולקיים חוזה לשם השאת ערך קופת הנשייה. בחירה כזו כרוכה גם בנטל הנובע מקיום החוזה מכאן ולהבא – על מכלול ההחלטות והסיכונים הכרוכים בכך; גם אם החוזה עצמו נכרת בטרם פתיחת ההליך.

ביטוי לאמור לעיל קיים בדברי ההסבר להצעת החוק: "סעיף זה עוסק במעמדן של ההוצאות לקיום חיובי התאגיד לאחר מתן הצו לפתיחת הליכים. העיקרון המנחה בבסיס ההסדר המוצע הוא שבמקרה שבו הצד השני לחוזה ממשיך בקיום החוזה בהתאם להוראות בית המשפט או הנאמן, יש להתייחס לחוזה ככזה הנדרש להמשך הפעלת התאגיד ועל כן דינן של הוצאות קיום חיובי החוזה יהיה כדין הוצאות הליכי חדלות פירעון". הסדר זה נועד למנוע מצב דברים שבו ניתן לכפות על הצד השני לחוזה את המשך קיומו של החוזה, תוך הגדלת חובות התאגיד כלפיו, הממשיכים להיחשב כחובות עבר (שם, בעמ' 646-645). זאת, כאשר אותם חיובים מהווים חלק אינטגרלי מניהול ההליך ונועדו להשאת ערך נכסי החייב לטובת כלל הנושים.

71. דוגמה לכך ניתן לראות כאשר בעל תפקיד בוחר במסגרת הליך חדלות הפירעון להמשיך ולקיים הסכם שכירות ביחס לנכס אותו שוכרת החברה חדלת הפירעון. במקרים כאלה, דמי השכירות החודשיים המשולמים עבור הנכס לאחר תחילת הליכי חדלות הפירעון – אשר נדרשים לצורך המשך פעילות החברה בתקופה זו והשאת קופת הנשייה – יסווגו על פי רוב כהוצאות הליך ויזכו לעדיפות נשייתית. זאת, אף אם מקורם בהסכם שכירות שהחברה התקשרה בו בטרם הכניסה להליך (ראו והשוו בפסיקת בתי המשפט המחוזיים: חדל"ת (ת"א) 26076-02-20 עו"ד ישראל בכר – נאמן של עמודי שלמה אחים ידגורב סחר בע"מ נ' מערכות נוחות (2007) בע"מ, פסקה 2 (8.7.2020); חדל"ת (תל אביב-יפו) 34115-12-20 רוהר נ' אסיף שדרות בע"מ, פסקה 3 (5.2.2021); חדל"ת (ירושלים) 791-04-20 אבו עדואן נ' עו"ד עמי פולמן, נאמן זורגניקה בע"מ, פסקה 73 (10.3.2022); חדל"ת (מחוזי תל אביב-יפו) 43223-01-25 סטודיו פשה טרנדים בע"מ נ' הממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי, פסקה 8 (4.2.2025); חדל"ת (מחוזי חיפה) 32768-12-25 קיוב לאב בע"מ נ' הממונה על חדלות פירעון – מחוז חיפה והצפון, פסקאות 13 ו-17 (26.4.2026). השוו גם בהקשר אחר: חדל"ת (ירושלים) 41109-07-21 סטודיו סי

בע"מ (בפירוק) נ' הממונה על הליכי חדלות פירעון (5.7.2022), שם נקבע כי חובות ארנונה שהצטברו לאחר מתן צו פתיחת הליכים ייחשבו כהוצאות הליך חדלות פירעון, ולא כחוב עבר. זאת, משום שהם נובעים מפעולות הנאמן במסגרת ההליך; בש"א (מחוזי תל אביב-יפו) 5784/09 עמית פולק מטלון ושות' נ' רובל יובל קדרון בתפקידו כנאמן לביצוע הסדר נושים של חברת מיצר לפיתוח בע"מ (26.8.2009), שם נקבע כי הסכם ייעוץ משפטי הוא "שירות נמשך" שהחל לפני המועד הקובע והסתיים לאחריו, ועל כן סווג כהוצאות הליך).

72. משכך, כאשר ההפרה המאוחרת היא תולדה של קריסת החברה והשלכות הכניסה להליכי חדלות הפירעון; וכאשר החברה חדלה מלפעול עם פתיחת ההליכים (למצער לפרק זמן מסוים) – מדובר בחוב עבר כהגדרתו בחוק. לעומת זאת, כאשר מקור ההפרה או המשכה נעוץ בהחלטה של בעל תפקיד להוסיף ולקיים את ההתקשרות החוזית במסגרת ההליך לשם השאת קופת הנשייה – מדובר בהוצאות הליך. הבחנה זו מבקשת לאזן בין תכליות שונות: מחד גיסא, מניעת עקיפת דיני נשייה בעקבות דחייה של מועד הפרה שמקורה בכניסה להליך חדלות הפירעון; ומאידך גיסא, הבטחת נשיאה בעלויות הכרוכות בהפעלת נכסי החייב, ובהמשך קיום חוזים קיימים לצורך מיקסום ערך הקופה.

73. ואכן, סיווג זה יפה גם כאשר ההפרה הנטענת נובעת מאיחור במסירת דירה, כבענייננו. לשם המחשת העניין, ניטול לדוגמה מקרה שבו קבלן התחייב למסור דירה עד ליום 1.1.2019. הסכם המכר מפנה לפיצוי הסטטוטורי הקבוע בסעיף 5א לחוק המכר (דירות), הקובע כי איחור במסירה מזכה בפיצוי חודשי בסכום מסוים עד להעמדת הדירה לרשות הרוכש. הדירה לא נמסרה בפועל לרוכש במועד המוסכם. ביום 1.2.2021 מונה כונס נכסים לאכיפת שעבודים צפים (ולכן יש לראות את החברה כמי שניתן בעניינה צו לפתיחת הליכים); ואילו הדירה נמסרה בפועל רק ביום 1.2.2022.

במצב דברים זה, בתקופה שמיום 1.2.2019 (בחלוף חודש ממועד המסירה החוזי, כנדרש בסעיף 5א לחוק המכר דירות לצורך זכאות לפיצוי במסירת דירה) ועד ליום 1.2.2021 (מועד מתן הצו לפתיחת הליכים) – אי-מסירת הדירה היא הפרת חוזה הנובעת מהתנהלות החברה טרם פתיחת ההליך. משכך, כל פיצוי הנובע מתקופה זו, לרבות פיצוי מוסכם בגין איחור במסירה, יסווג כחוב עבר. מדובר בחיוב ש"נולד" והתגבש בעולם החוזי שקדם להליך, ועל כן אין הוא נהנה ממעמד נשייה מיוחד. חוב זה כפוף לזכויות הבנק שליווה את הפרויקט, ולכן רוכש הדירה ייפרע מנכסי קופת הנשייה רק לאחר פירעון מלוא החובות כלפי הבנק.

לעומת זאת, עם פתיחת ההליך ומינוי בעל התפקיד פני הדברים הם שונים. ממועד זה ואילך (קרי, מיום 1.2.2021), יש להבחין בין מצב בו החברה חדלה מלפעול מכל סיבה שהיא (שאז החוב מוסיף להיחשב חוב עבר) או שהחובה בטל במסגרת ההליך; לבין מצב בו מתקבלת החלטה על המשך הפעלת החברה לצורך השלמת הבנייה – ובמסגרת זו ממשיכים ההסכמים לעמוד על כנם (בבחינת "חוזה קיים"). במקרה אחרון זה, ההתקשרות החוזית כבר אינה מתקיימת במתכונתה הרגילה – אלא במסגרת מנגנון קולקטיבי שכל מטרתו ניהול קופת הנשייה והשאת ערכה. חיובים הנוצרים לאחר פתיחת ההליך בנסיבות כאלה, אינם נובעים עוד מההפרה שמקורה בעצם הכניסה לחדלות הפירעון (כנדרש בהגדרת "חוב עבר"), אלא מהחלטתו של בעל התפקיד להמשיך לקיים את ההסכם ולסיים את הבנייה מכוחו – כל זאת לשם השאת הקופה על כל ההשלכות של החלטות אלה.

74. דברים אלה מקבלים משנה תוקף בשים לב לכך כי בהקשר של איחור במסירת דירה, החבות בפיצוי מתחדשת מדי חודש בחודשו, בגין התקופה שבה הדירה טרם נמסרה לרוכש. משמעות הדברים היא כי ממועד פתיחת ההליך וכניסתו של הכונס לנעלי החברה, הפיצוי אינו המשך של חוב עבר; אלא חיוב חדש הנובע מהמשך קיום ההתקשרות החוזית במסגרת ההליך (שמטרתו השאת קופת הנשייה לטובת הנושים כולם). האיחור המתמשך עשוי גם לנבוע – למצער בחלקו – מהתנהלותו של הכונס בהשלמת הבנייה ומסירת הדירה לרוכשים, ואף מטעם זה מוצדק לראות את הנזק מהאיחור – ככזה שהפיצוי עבורו הוא חלק מהוצאות ההליך. לכן ככל שבעל תפקיד בוחר להמשיך את ההתקשרות ולא להביא לסיומה, השלכותיה הכלכליות של בחירה זו, ובכללן פיצויי האיחור, הופכות לחלק מן העלויות הכרוכות בניהול ההליך ובהשאת קופת הנשייה.

קביעה ברוח זו תייצר גם תמריץ ראוי לכונס – להשלים את הבנייה בהקדם האפשרי, וככל הניתן – ללא ליקויים.

75. אכן, קביעה על אודות כפיפותם של בנקים מלווים לפיצוי רוכשי דירה בשל איחורים במסירה שנגרמו בתקופת השלמת הפרויקט – עשויה להשליך על התמריץ של בנקים כאלה להשלים פרויקטים לבנייה חלף השבת ערבויות חוק המכר לרוכשים. לכאורה – החלטה של בנק מלווה שלא להשלים את הבנייה לאור הקביעה האמורה, עלולה דווקא לפגוע ברוכשי הדירות – שכאמור מעדיפים במקרים רבים כי הבנייה

תושלם והם יקבלו דירות – ולו גם באיחור – חלף פיצוי של השבת התשלומים ששילמו. ואולם, לעניין זה חשוב לשוב ולהדגיש כי הקביעות שלעיל אינן מונעות מהצדדים (ובכלל זה הבנק המלווה ורוכשי הדירות) לבוא בדברים ביניהם תוך ניסיון להגיע להסכמות לשם הבטחת כדאיות השלמת הפרויקט לכלל הגורמים. מכאן שהאפשרות של השלמת הבנייה תוך ויתור הרוכשים על זכותם לפיצוי (או למצער הגבלתה) היא אפשרות שנותרת פתוחה לצדדים, לאחר ניהול משא ומתן ביניהם.

76. יוער כי ניתן היה להעלות על הדעת אפשרות לפיה חובתו של הכונס לא תחול על תקופת האיחור כולה, גם אם הוא בוחר להיכנס לנעלי החברה ולהשלים את הבנייה; אלא רק על האיחור שמקורו באחריותו שלו (במובן זה שאותו חלק מהאיחור שנובע מהתנהלות החברה לפני הליך חדלות הפירעון, הוא בבחינת חוב עבר; והתחייבויות הכונס הן רק מהמועד בו ניתן היה להשלים את הבנייה בהתאם למצב הדברים בו הוא קיבל את הפרויקט). כך לדוגמא – אם במועד בו מונה הכונס, הוא קיבל פרויקט שהחברה רק החלה לבנות, כאשר היא הייתה רחוקה מהשלמתו (למרות חלוף המועד שנקבע למסירת הדירות בהסכם המכר), לא ניתן לייחס את תקופת האיחור כולה להחלטותיו של הכונס ולסווג בהתאם את ההוצאות הכרוכות בכך כ"הוצאות הליך". לכאורה במקרה כזה היה מקום לקבוע מהו החלק היחסי בפרויקט שהחברה ביצעה – קרי, מהו פרק הזמן להשלמת הפרויקט בהתאם ללוחות הזמנים בהסכם (אם בוצע רק רבע מהפרויקט, ותקופת הבנייה היא שנתיים, ה"איחור" באחריות הכונס יהיה רק בתום שנה וחצי ממועד מינויו). לכאורה במקרה כזה יש לסווג למצער חלק מהפיצוי בגין האיחור במסירה – גם לאחר פתיחת ההליכים, כ"חוב עבר".

ואולם, לטעמי – מטעמי וודאות ראוי לקבוע כי במקרים כאלה יהיה הכונס אחראי לכל האיחור ממועד פתיחת ההליכים ואילך; תוך שהוא יכול כמובן להגיע להסכמות אחרות עם רוכשי הדירות, באופן שישלול את אחריותו בקשר לתקופה מסוימת. תוצאה אחרת תגרום לאי ודאות משמעותית של כלל הצדדים הרלוונטיים – שכן יהיה קשה להעריך מאיזה שלב ואילך יש לסווג את החוב כחוב עבר הנובע מפעילותה הקודמת של החברה ומהליך חדלות הפירעון; ומהו המועד שממנו והלאה יש לראות את הכונס כמי שאחראי לאיחור במסירה לצורך סיווג החוב כהוצאות הליך.

על כל פנים, הדברים נאמרים למעלה מן הצורך שכן במקרה דנן הצדדים לא טענו דבר בהקשר זה (והכונס לא כפר באיחור במסירה). לכן יש לראות את תקופת

האיחור מאז פתיחת ההליכים ככזו שהפיצוי בגינה יסווג כהוצאות הליך; באופן שהחברות המלוות כפופות לחיוב זה.

77. במאמר מוסגר ומבלי להרחיב – יוער כי שאלה דומה עשויה להתעורר גם ביחס לביצוע תיקונים בתקופת הבדק על ידי הכונס. ניתן להעלות על הדעת אפשרות לפיה הבנק המלווה יהיה כפוף רק לתיקונים בגין ליקויים שהכונס אחראי להם, ולא לכאלה שהאחריות לגביהם נובעת מהתנהלות החברה לפני מינויו. יתכן כי גם בהקשר זה מוטב לקבוע הסדר ברור לפיו הבנק המלווה כפוף למכלול הליקויים שהתגלו בתקופת הבדק. קביעה אחרת עלולה לייצר חוסר ודאות משמעותי, ביחס לשאלה מי אחראי לכל ליקוי – כולו או חלקו. מנגד, הבנק המלווה יכול כמובן להביא בחשבון גם את חובותיו האפשריים בקשר לתיקונים הללו בהחלטתו האם להשלים את הפרויקט אם לאו; או לחלופין, להגיע להסכמות קונקרטיות עם רוכשי הדירות ביחס להיקף אחריותו לגבי ליקויי בדק, ואם הגיע להסכמה כזו – היא תגבר ותשלול את אחריותו. ואולם, דברים אלה נאמרים למעלה מן הצורך, והכרעה בשאלה מורכבת זו תידחה לעתיד לבוא.

מן הכלל אל הפרט

78. בענייננו, סעיף 9.1 להסכם המכר שנחתם בין החברה לבין המערערים קבע את מועד המסירה החוזי, תוך שמועד זה הותנה בביצוע כל התחייבויות המערערים. כך קבע הסעיף:

”בכפוף למילוי כל התחייבות הקונה עפ”י חוזה זה במלואן ובמועדן ובכפוף להוראות סעיף זה, מתחייב המוכר למסור לקונה את החזקה בדירה עד ולא יאוחר מ- 24 חודשים מיום קבלת היתר בניה (להלן: **‘מועד מסירת החזקה’**), וזאת בתנאי שהקונה שילם את מלוא התמורה כמפורט בנספח ג’; ביצע את כל התשלומים המפורטים בחוזה זה; המצאת מס רכישה; המצאת כתב התחייבות מקורי; המצאת יפוי כח; השבת הבטוחות (ערבות בנקאית או פוליסת ביטוח) ופנקס תשלומים. מובהר בזה מפורשות, כי המוכר יהיה רשאי להקדים את מועד המסירה עפ”י האמור בסעיף 9.12 להלן”.

סעיף 9.4 להסכם המכר הוסיף והדגיש את הצורך בהשלמת כל התחייבויות המערערים כתנאי למסירת הדירה, בקבעו כי: “המוכר מתחייב למכור לקונה את החזקה בדירה במועד המסירה ובתנאי שהקונה ימלא קודם את כל [ה]התחייבויות שהוא חב לבצע לפני מסירת החזקה בדירה בהתאם לחוזה זה, פירעון מלוא התמורה; התשלומים והמסים שתשלומם נדרש לפי דין או החוזה, לרבות ריביות והפרש הצמדה; [...]”.

79. לצד זאת, הסדיר סעיף 9.8 להסכם המכר את זכות המערערים לפיצויים בגין איחור במסירת הדירה. הסעיף קובע כי:

”איחר המוכר במסירת החזקה לקונה איחור העולה על 60 ימים מעבר למועד הקבוע בחוזה זה, ישלם המוכר לקונה פיצוי מוסכם כמפורט בסעיף 5א לחוק המכר (דירות). הפיצוי ישולם במועד קבלת החזקה בדירה בפועל. הקונה מוותר בזאת ויתור סופי ומוחלט על קבלת פיצוי כלשהו בגין תקופות הזמן המוגדרות בסעיף 9.5 ו-9.6 וכן מוותר הקונה ויתור סופי ומוחלט על כל פיצוי נוסף בגין איחור במסירת החזקה בדירה מעבר לפיצוי דלעיל והפיצוי המפורט בסעיף זה הינו התרופה היחידה לה יהיה זכאי הקונה.”

80. בענייננו, היתר הבנייה לפרויקט ניתן ביום 20.12.2017. בהתאם לכך, ובכפוף לעמידה בתנאים שנקבעו בהסכם המכר, על פני הדברים היה על החברה הקבלנית להעמיד את הדירה לרשות המערערים עד ליום 20.12.2019. משלא נמסרה הדירה עד למועד זה – למצער החל מיום 18.2.2020 (חלוף 60 ימים ממועד המסירה החוזי) קמה למערערים לכאורה זכאות לפיצוי בגין איחור במסירת הדירה. למרות זאת עד למינוי הכונס באופן קבוע, ביום 31.1.2021, הדירה לא נמסרה לידיהם; ואף לאחר מכן חלף פרק זמן נוסף עד למסירת הדירות לידי רוכשי הדירות בפועל.

מכאן, כי בכפוף לעמידת המערערים בתנאים הנדרשים מכוח הסכם המכר, עומדת להם לכאורה זכאות לפיצויים בגין איחור במסירה. פיצויים אלה משולמים מנכסי קופת הנשייה, אולם לצורך סיווגם יש להבחין בין שתי תקופות: הפיצויים שנצברו עד למועד פתיחת ההליך (קרי, מיום 18.2.2020 – 60 ימים לאחר מועד המסירה המוסכם – ועד ליום 31.1.2021, מועד מינוי הכונס) – יסווגו כחובות עבר; ואילו כלל הפיצויים שנצברו ממועד מינוי הכונס עד למועד מסירת הדירה יסווגו כהוצאות הליך. זאת בהתאם להערה בפסקה 76 לעיל; וכאשר בענייננו כאמור ממילא לא נטען מה היה מצב הבנייה במועד כניסתו של הכונס לתמונה, ולא ניתן להעריך מהו פרק שנדרש לו לצורך השלמת הבנייה. בהקשר זה יצוין כי מעיון בתיק המתנהל בבית משפט קמא, עולה כי נכון לעת הזו המערערים טרם קיבלו את הדירה, וזאת בשל ההליכים המשפטיים המתנהלים בעניינה. עם זאת, יתר רוכשי הדירות בפרויקט קיבלו את דירותיהם לכל המאוחר ביום 2.4.2025.

81. משכך, ובהינתן כי עוד נדרש לבחון – בראי הוראות הסכמי המכר והמועדים הרלוונטיים למסירת הדירה – הן את עצם זכאותם של המערערים לפיצוי הן את שיעורו; וכן בשים לב לאפשרות כי מלוא התמורה החוזית טרם שולמה על ידיהם (בכפוף להערותיי להלן בעניין זכות הקיזוז), אציע לחבריי להורות על החזרת הדיון לבית המשפט קמא, לצורך בירור זכאותם של המערערים לפיצוי וקביעת שיעורו בהתאם להנחיות שלעיל ולהלן.

סוגיות נוספות

82. בטרם סיום אדרש לשתי סוגיות נוספות שהתעוררו במסגרת הערעור שלפנינו. האחת – שאלת זכותם של המערערים לקזז מן התמורה החוזית את הפיצויים בגין האיחור במסירת הדירה; והשנייה – סוגיית החנייה.

83. ראשית, בכל הנוגע לסוגיית הקיזוז. כפי שפורט לעיל, במצב הדברים ה"רגיל" – קרי, טרם פתיחת הליך חדלות הפירעון – זכויותיהן של החברות המלוות, המובטחות בשעבוד צף, גוברות על זכויות המערערים ביחס לפרויקט, שהן חוב כללי. מטעם זה, כבירת מחדל, אין המערערים זכאים לקזז מן התמורה החוזית שעליהם לשלם עבור הדירה חובות אחרים של החברה הקבלנית כלפיהם, ובכלל זה חיובים בגין פיצוי על איחור במסירת הדירה (אלא אם כן הוסכם אחרת על ידי החברות המלוות). הסיבה לכך היא כי זכות הקיזוז מעניקה לבעליה יתרון נשייתי הדומה במהותו למעמד של נושה מובטח, במובן זה שהיא מאפשרת לו לפרוע את מלוא חובו, במקום להשתתף בחלוקה היחסית עם יתר הנושים. יתרון זה עלול לבוא על חשבון נושים אחרים (ובכללם הבנקים המלווים או החברות המלוות בענייננו). משכך, אפשרות זו אינה מתיישבת עם מנגנון הליווי הפיננסי שנקבע לפרויקט – ומטעם זה היא גם נאסרה במפורש בהסכם המכר.

יחד עם זאת, עם פתיחת ההליך ושינוי סיווגם של החיובים המאוחרים למתן הצו לפתיחת הליכים ל"הוצאות הליך" – משתנה נקודת האיוון לגבי חיובים אלה (ולגביהם בלבד). חיובים המוגדרים כהוצאות הליך אינם כפופים עוד לזכויות החברות המלוות, ומשכך אין עוד מניעה להכיר בזכות הקיזוז לגביהם. כך או אחרת, ביחס לחיובים אלה נהנים המערערים ממעמד נשייתי עדיף על פני החברות המלוות, והם צפויים להיפרע את מלוא חובם קודם לפירעון חובותיהן של האחרונות – בין אם בדרך של קיזוז ובין אם במסגרת חלוקת נכסי הקופה בהליך עצמו.

84. שנית, המערערים בערעורם העלו גם טענות הנוגעות לזכאותם הנטענת לקבלת חניית נכה בחניון שנבנה בבניין במסגרת הפרויקט. סוגיה זו לא נדונה, וממילא לא הוכרעה, במסגרת ההחלטה נושא הערעור. למעשה, כל שנקבע בהחלטת בית משפט קמא בהקשר זה הוא כי בהיעדר התייחסות מטעם הכונס לסוגיה – הלה יגיש את עמדתו בעניין בתוך חמישה ימים. בנסיבות אלה, ובהיעדר כל הכרעה שיפוטית בטענות אלה במסגרת ההחלטה נושא ענייננו – לא מצאתי מקום להידרש אליהן במסגרת הערעור דנן.

סוף דבר

85. על יסוד כל האמור לעיל, אציע לחבריי להחזיר את הדיון לבית משפט קמא לצורך בחינת זכאות המערערים לקבלת פיצוי בגין איחור במסירת הדירה מקופת הנשייה בהתאם לכללים שנקבעו בפסק דין זה; וכך גם לחישוב הסכום שייפסק ככל שייפסק. במסגרת זו, יהיה מקום להביא בחשבון כי המערערים זכאים לקזז מן התמורה החוזית שנותרה לתשלום את רכיב הפיצויים בגין האיחור במסירה, בהתייחס לחיובים שנוצרו לאחר מינוי הכונס.

לאור התוצאה אליה הגעתי, אציע כי המשיבים יישאו בהוצאות המערערים בסך של 25,000 ש"ח.



רות רונן
שופטת

המשנה לנשיא נעם סולברג:

1. אני מסכים לפסק הדין של חברתי, השופטת ר' רונן, שהיטיבה לפלס נתיב בסבך דיני הליווי הפיננסי וחדלות הפירעון; אף לטעמי, דין הערעור – להתקבל. חוזה שאותו בוחר ליטול גורם מלווה, על מנת להשלים את ביצועו, אינו "כְּאֶבֶן בַּיַד הַמִּסְתֵּת, בְּרָצוֹתוֹ אוֹתוֹ וּבְרָצוֹתוֹ מְכַתֶּת" (מתפילות הימים הנוראים); כלומר, לא ניתן לאמצו למחצה, לשליש ולרביע, אלא מדובר ב'עסקת חבילה'. עוד סבורני, כי דיני סדר הנשיה מכתיבים את התוצאה שאליה הגיעה חברתי, כמפורט בפסק דינה.

2. לצד זאת, מצאתי כי אין מנוס מהערה אחת, המתייחסת לסוגיה אשר חברתי אמנם נדרשה לה, אך גם לפי דבריה-שלה – אין בה כדי להשפיע על ההכרעה בעניין דנן. כוונתי

לשאלת יכולתם של גורמים מלווים להגיע עם בעלי דירות להסכמות שעניינן ויתורים על פיצויים בשל איחור במסירה, או על זכויות אחרות העומדות להם, ככל שאלה נובעות מהוראותיו של חוק המכר (דירות), התשל"ג-1973 (להלן: החוק או חוק מכר דירות). ואם אמרתי זה עתה, כי בהכרעתה כבשה חברתי דרך בסבך דיני הליווי הפיננסי וחדלות הפירעון, סבורני כי אל לנו לשכוח שלפנינו 'חוט משולש', שכן מערך הסדרים נוסף נלווה עמם – דיני מכר דירות, על מגבלותיהם הקוגנטיות.

3. אך טרם אצלול לגופם של דברים, הערה מקדימה: מדובר, כאמור, בסוגיה שאין לה השלכה מעשית על ההליך שלפנינו, אשר בו הצדדים כלל לא הסכימו להתנות על איזו מאותן זכויות, וגם לא טענו לפנינו בנושא. בכגון דא, ביטאתי עמדתי לא פעם, כי נכון לנו להישמע לעצת חכמים, "אל תהי מפליג לכל דבר" (משנה, אבות ד, ג), כך שנמנע עצמנו מעיסוק במה שאינו נדרש להכרעתנו, ושלא הוצג לנו לגביו טיעון סדור (ראו למשל, מן העת האחרונה: דנג"ץ 30682-08-25 נציב שירות המדינה נ' לביא זכויות האזרח מינהל תקין ועידוד ההתיישבות (ע"ד), פסקה 3 לחוות דעתי (9.9.2026); רע"א 73497-06-25 רשות הפיתוח נ' קטאס, פסקאות 15, 21-23 (2.6.2026) ע"א 7672/22 קשתן נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ, פסקה 10 לחוות דעתי (15.2.2026)). ברם, משציינה חברתי בנדון את שציינה; משחוששני, כפי שיפורט להלן, כי דברים אלה מעוררים קושי, בשים לב להוראות החוק הרלבנטיות; ועל מנת שלא להותיר את הסתייגותי מחלק זה של דבריה כ'גזירת הכתוב', שלא ניתן לעמוד על פשרה ועל טעמה – לא אוכל לפטור עצמי מעיסוק בדברים. "פעמים שאי אתה מתעלם" (בבלי, בבא מציעא ל, א). אך בשל האמור, אעשה כן בקיצור נמרץ, מבלי לטעת מסמרות, כאשר סבורני כי הכרעה סופית בנושא, נכון לה שתתקבל במקרה שבו תהא נחוצה להכרעה, ולאחר שנשמע לגביה טיעון שלם ומפורט מפי בעלי הדין.

4. אם כן, חברתי מכירה בכך שהכרעתנו, אשר לפיה גורם מלווה שבוחר להשלים פרויקט, אינו יכול ליטול 'לשיעורין' חוזה שחתם קבלן עם רוכשי דירות – עלולה, במקרים מסוימים, דווקא למנוע מרוכשי הדירות לקבל את מבוקשם. כזה יהיה מצב הדברים, כאשר הרוכשים מעוניינים בהשלמת הפרויקט, אלא שהדבר ישתלם לגורם המלווה רק אם ישיל מעליו חיובים נלווים שבהם חב הקבלן שיצא מן התמונה; ולעומת זאת, היה ואותם חיובים יוותרו בעינם – השלמת הפרויקט כבר לא תהא רווחית עבורו. על מנת להתמודד עם מצב אפשרי זה, ולהביא לכך שגם במסגרתו יממשו רוכשי הדירות את רצונם, מציינת חברתי כי קביעותיה "אינן מונעות מהצדדים (ובכלל זה הבנק המלווה ורוכשי הדירות) לבוא בדברים ביניהם תוך ניסיון להגיע להסכמות לשם הבטחת כדאיות

השלמת הפרויקט לכלל הגורמים. מכאן שהאפשרות של השלמת הבנייה תוך ויתור הרוכשים על זכותם לפיצוי (או למצער הגבלתה) היא אפשרות שנותרת פתוחה לצדדים, לאחר ניהול משא ומתן ביניהם" (פסקה 75; וראו גם דבריה בפסקה 51).

5. אכן, פתרון זה – מושך את הלב, למצער במבט ראשון; הלא אם אותו ויתור מאוחר הוא שיביא למימוש רצון כלל הצדדים – מדוע שנעמוד אנו על דרכם? אך חרף האמור, חוששני כי גלום בו קושי של ממש, בשים לב להוראותיו של חוק מכר דירות. אסביר מדוע (מאחר שכנזכר, דיון זה אינו נושא השפעה על המקרה שלפנינו, אלא מוקדו במבט הלאה אל חוזים והליכים עתידיים; ובהינתן גם שאיני סבור כי אותם שינויי חקיקה מעלים או מורידים באשר לסוגיה שבה עסקינן – בדבר שליח לא אבחין בין הוראות חוק שעמדו בתוקף כבר במועד שבו נחתם חוזה מכר הדירה שניצב ביסוד ההליך הנוכחי, לבין הוראות שהן פרי של תיקון מס' 9 לחוק, משנת 2022, כך שהן מאוחרות לאותו חוזה).

6. תחילה אציין, כי לפחות על פני הדברים, נראה כי הוראותיו של חוק מכר דירות חלות גם על סוג היחסים החוזיים שלפנינו – היחסים שבין גורם מלווה, שנכנס בנעליו של קבלן, לבין מי שרכש דירה מן הקבלן (ודומה, שמא אף מקל וחומר, כי הוא הדין לגבי מי שרכש דירה ישירות מן הגורם המלווה, לאחר שזה האחרון כבר נכנס בנעלי הקבלן). זאת, בין אם בשל דבריה הנכוחים של חברתי, שלפיהם הגורם המלווה מקבל את החוזה שבין הקבלן לבין רוכשי הדירות במלואו, ולכן, לכאורה, גם עם חובות קוגנטיות שבהן חב הקבלן מכוחן של הוראות חוק; בין אם בשל כניסתו של הגורם המלווה להגדרת "מוכר" שבסעיף 1 לחוק מכר דירות: "מי שמוכר דירה שבנה או שהוא עתיד לבנות בעצמו או על ידי אדם אחר על קרקע שלו או של זולתו, על מנת למכרה, לרבות מי שמוכר דירה שקנה אותה, על מנת למכרה, מאדם שבנה או עתיד לבנות אותה כאמור, למעט מוכר דירה שלא בנה אותה בעצמו ולא קיבל מהקונה תמורה בעד מכירתה".

7. ואם אכן חל החוק, מהן הוראותיו הרלבנטיות לענייננו? מבלי להעמיק בגלגולים השונים שעבר החוק עד לצורתו הנוכחית, די שאציין כי כיום, ניצבת בליבתו הסדרה קוגנטית, המטפלת בתוכנם של חוזי מכר דירות חדשות (על התהליך שעבר החוק בהקשר זה, מהתמקדות בחובות גילוי אל הסדרה תוכנית, ראו: איל זמיר "תיקון תש"ן לחוק המכר (דירות): צעדים עקלקלים בנתיב נכון" עיוני משפט יח 201, 201-204, 227-228 (1993)). כך, חוק מכר דירות מטיל חיובים שונים על 'מוכר' של דירה חדשה, בהם מסירת מפרט (סעיפים 2-3 ו-5); הגדרות אי-התאמה, דרך ההודעה עליה והזכות לתקנה

(סעיפים 4-4ב); וכן פיצוי בשל איחור במסירה (סעיף 5א). מעמדם של חיובים אלה, נקבע בסעיף 7 לחוק, שהוראתו כדלקמן:

התניה – לטובת הקונה או קונה המשנה
 7א. (א) אין להתנות על הוראות חוק זה, אלא לטובת הקונה או קונה המשנה.
 (ב) בלי לגרוע מהוראות סעיף קטן (א), ויתור, לרבות בכתב, על זכויות מצד הקונה או קונה המשנה בקשר לאיחור במסירה לפי סעיף 5א או לאי-התאמה או אי-התאמה יסודית, המהווה תנאי להעברת זכויות מקונה לקונה משנה, לביצוע תיקונים בדירה או להעמדת הדירה לרשות הקונה – בטל.

הנה כי כן, החוק מורנו כי ניתן לשנות מהוראותיו לטובת הקונה בלבד, תוך שמצוין במפורש כי ויתור של קונה על זכויות ספציפיות המנויות בחוק – שבהן גם זכויות שעניינן "איחור במסירה לפי סעיף 5א" – יהא "בטל", ככל שאותו ויתור הוא תנאי, בין היתר, "להעמדת הדירה לרשות הקונה" (עוד ראו סעיף 10 לחוק, אשר תחת הכותרת "עונשין", קובע כי אי-מילוי ביודעין של חלק מן ההוראות הקוגנטיות הוא עבירת קנס). משאלה הם פני הדברים, סבורני כי קיים טעם של ממש לחשוב, כי לפחות חלק מן ההתניות האפשריות שעליהן מדברת חברתי – אלה מהן שמתייחסות לזכויות המעוגנות בהוראות חוק קוגנטיות – עומד בניגוד להוראות החוק, ולכן לא יצלח.

8. על האמור אוסיף, כי יש, לטעמי, רגליים לטענה שלפיה מקרים דוגמת ענייננו-אנו, מצדיקים במיוחד הקפדה על הוראותיו הקוגנטיות של חוק מכר דירות. טעם התנגדות מרכזי לשימוש בכללים קוגנטיים, נטוע בעולמות השוק החופשי; הטיעון, בתמצית, הוא שאין צורך בכללים הקוגנטיים, שמצרים את חירותם של צדדים לעצב חוזים בהתאם לרצונם, אף בהקשרים צרכניים, מאחר שאם ספק פלוני מציע חוזה שאינו אטרקטיבי – ידעו צרכנים, או לפחות חלקם, כי 'יש הרבה דגים בים', ויבחרו ספק אחר, שמציע חוזה שיהיה נאה בעיניהם, מה שיוביל בסופו של דבר לשינוי החוזים לטובת צרכנים. גם מבלי להידרש לשאלה אם טיעון זה יפה באופן כללי (להצגה של טיעונים אלה וטיעונים קרובים להם, כמו גם הצעת התמודדות עמם, ראו: איל זמיר, חגי יעקובי ואורי כץ "כללים קוגנטיים בדיני חוזים: תיאוריה, דין וממצאים אמפיריים" 90 פור אליעזר ריבלין 1041, 1047-1055 (אהרן ברק ואח' עורכים 2025)), נראה כי הוא בבירור אינו רלבנטי למקרים שבהם עסקינן. זאת, שכן המצב שמייצרים דיני הליווי הפיננסי, הוא של מעין מונופולין שממנו נהנה הגורם המלווה, כלפי רוכשי הדירות: גורם זה הוא שנתן את הליווי הפיננסי לפרויקט, ובידיו-שלו בלבד ההכרעה אם להשלים את הפרויקט –

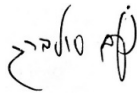
החלטה שאינה תלויה ברצונם של רוכשי הדירות; אם יציע לבעלי הדירות כי יבצע את הבניה בתנאים שאינם רצויים מבחינתם – לא יהיה להם ספק אחר על פניו.

9. לפיכך, סבורני כי עד שנחשוש ממצב שבו הכללים הקוגנטיים יביאו לכך שלא יושלמו פרויקטים שרוכשי הדירות חפצים בבנייתם, כתוצאה מחבויות קוגנטיות – מקרה שמצריך מערך נסיבות די מסוים, שניתן אולי להניח שלא יהיה מאוד שכיח – יש מקום לחשש הפוך: משעה שניתנת לגורם המלווה רשות להתנות על זכויות קוגנטיות, שוב לא יבחין בין פרויקט שיהא רווחי רק עם התניה כאמור, לפרויקט שיהא משתלם גם בלעדיה, ויתנה תמיד את השלמת הפרויקט ב'קילופם' של רוכשי הדירות מזכויותיהם, על מנת למקסם את רווחיו. ומזווית מעט שונה: אם אחת ממטרות ההוראות הקוגנטיות היא צמצום פערי הכוח בין 'מוכר' ל'קונה', הרי שבמקרים דוגמת ענייננו, שבהם עסקינן בגורם מלווה שבא בנעלי קבלן שנכנס לקשיים – פערים אלה עשויים להיות גדולים במיוחד, שכן רוכשי הדירות מאבדים את אחד מגורמי הכוח העיקריים שלהם: מגוון הספקים בשוק. בכגון דא, קיים אפוא טעם להישמר מהחלשתם של הכללים הקוגנטיים; לא להפך.

10. זאת ועוד, אמנם בענייננו ניצבים על הפרק פיצויים בשל איחור במסירה בלבד, אך כפי שמציינת חברתי, לפחות על פני הדברים, ההכרעה שתתקבל באשר לאלה, רלבנטית גם לחבויות נוספות של קבלן כלפי רוכשי דירות, דוגמת אלה הנוגעות לאחריות על טיב הדירה שנמכרה. אפילו הייתי מניח כי ניתן להסכין לויתור של רוכשי דירות על פיצויי איחור, חרף החששות שהדבר מעורר – דומני שקשה הרבה יותר לקבל ויתור כאמור, ככל שהוא מתייחס לאחריות על אי-התאמה, מה שכמובן יבטל תמריץ חשוב ומשמעותי להקפדה על סטנדרט בניה ראוי.

11. לבד מדבריה הנזכרים, באשר ליכולת להתנות על חיובים שונים של הגורם המלווה, ובמידה לא מבוטלת כתוצאה מהם, שללה חברתי גם את האפשרות לכך שבתי המשפט יעסקו בחלוקת 'עוגת' האיחורים, או 'עוגת' אי-ההתאמה, בין נזקים שלהם אחראי הקבלן, לבין כאלה שלהם אחראי הגורם המלווה (פסקה 76). מאחר שגם באשר לסוגיה זו לא טענו הצדדים לפנינו, ודאי לא טיעון סדור ומלא – אבקש להותיר אף אותה לעת מצוא, כך שתתברר במקרה המתאים, לאחר שתלובן כדבעי בפור המצרף האדברסרי, וניתן יהיה להיטיב לעמוד על השלכותיה ועל תוצאותיה המורכבות.

12. כללו של דבר: במקרה שלפנינו, אין עסקינן בצדדים שהתנו על איזו מזכויותיהם של רוכשי הדירות, לא במסגרת הסדר נושים ולא בכל מסגרת אחרת. לפיכך, הכרעתנו בנדון אינה נדרשת, ולא מתעוררת מחלוקת מעשית בין חברתי לביני; יחד עם זאת, משציינה חברתי את שציינה בנדון, ובשל קושי שחוששני כי גישה עשויה לעורר – מצאתי לנכון להבהיר בקיצור מדוע לא הצטרפתי לדבריה בנושא, מבלי לטעת דרבונות ומסמרות (ראו קהלת יב, יא). כאמור, מלבד עניין זה, אני מצטרף הן להכרעת חברתי, הן להנמקתה המפורטת והמשכנעת.



נעם סולברג
משנה לנשיא

השופטת י' וילנר:

אני מסכימה לעיקרי פסק דינה המקיף של חברתי, השופטת ר' רונן.

אשר להערותיו של חברי, המשנה לנשיא, נ' סולברג, בעניין יכולתם של רוכשי דירות להגיע להסכמות עם גורמים מלווים בעניין ויתור על זכויותיהם הנובעות מחוק המכר (דירות), אציין כי הדיון בנדון מעניין וחשוב, אולם, מאחר וההכרעה אינה נדרשת לענייננו, אותיר את הדיון בסוגיה בצריך עיון.



יעל וילנר
שופטת

הוחלט לקבל את הערעור כאמור בפסק דינה של השופטת ר' רונן.

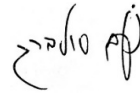
ניתן היום, כ"ו תשרי תשפ"ז (07 אוקטובר 2026).



רות רונן
שופטת



יעל וילנר
שופטת



נעם סולברג
משנה לנשיא