

## ערבות מכוח חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) – יעדים, כשלים ופתרונות\*

עמיחי קרנר\*\* ואמיר בכר\*\*\*

- א. מבוא
  - ב. המדיניות החברתית-משפטית למתן בטוחות לרוכשי דירות
  - ג. הבטוחות הניתנות על פי חוק הבטחת השקעות
    1. המאפיינים לבחינת הבטוחות
    2. סוגי הבטוחות על פי החוק
    3. היתרונות והחסרונות שבערבות הבנקאית
  - ד. זכות הרוכש לקבל ערבות
    1. החובה לתת ערבות
    2. סעדים בגין הפרת החובה לתת ערבות
    3. חובת מימון הערבות
  - ה. סיווגה של הערבות
    1. מטרת הערבות
    2. מקורות כתב הערבות
    3. בין ערבות לפי חוק הבטחת השקעות לבין ערבות צד שלישי וערבות בנקאית אוטונומית
  - ו. נוסח כתב הערבות
    1. כללי
    2. סכום הערבות
    3. מועד התשלום
- \* אנו מודים לפרופ' סיני דויטש, דיקן הפקולטה למשפטים, ומשנה לנשיא, המכללה האקדמית נתניה, על הערותיו המועילות.
- \*\* דוקטור למשפטים. מרצה ואיש סגל בפקולטות למשפטים ולבנקאות ושוק ההון, המכללה האקדמית נתניה.
- \*\*\* עורך דין במחלקה המשפטית של בנק ישראל. בעל תואר בוגר במשפטים ובכלכלה ובעל תואר מוסמך בכלכלה מהאוניברסיטה העברית. תלמיד לתואר דוקטור בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית.

4. הפקדת כספי התמורה לחשבון הפרויקט
5. העילות למימוש הערבות
6. צירוף מסמכים
7. סיום תוקפה של הערבות
8. ביטול הערבות
9. איסור לבצע שינויים בחוזה המכר
10. זכות קיזוז
11. הגבלות על העברת הזכויות על פי הערבות
12. סיכום ביניים
- ז. היקף הגנת החוק על רוכש הדירה
  1. בעיות כלכליות למוכר
  2. ליקויים באיכות הבנייה
  3. איחור במסירה
  4. ביטול חוזה המכר
  5. פגם בזכות הקניין של המוכר
  6. החלטות מנהליות
  7. נזקים נוספים
  8. מרמה ונסיבות מיוחדות
- ח. סיכום

#### א. מבוא

חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974 (להלן: "החוק" או "חוק המכר הבטחת השקעות") מחייב מוכר<sup>1</sup> להבטיח, בתנאים מסוימים, כספים ששילם לו קונה על חשבון מחיר הדירה. סעיף 2 לחוק קובע כמה דרכים חלופיות להבטחת כספי הרוכש. אחת הדרכים היא ערבות בנקאית (להלן:

1 החוק בסעיף 1 מגדיר "מוכר" באופן הבא: "מי שמוכר דירה שבנה או שעתיד 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 שעתיד לבנות אותה כאמור, למעט מוכר דירה שלא בנה אותה בעצמו ולא קיבל מהקונה תמורה בעד מכירתה". מההגדרה עולה כי 'קבלן מבצע', למשל, אינו נכלל בהגדרת 'מוכר'. הקבלן המבצע אמנם בונה על קרקע של זולתו, אולם הוא אינו בונה על מנת למכור את הדירה, שכן מי שמוכר את הדירה הוא היזם, ולכן לא יחולו עליו הוראות חוק הבטחת השקעות. לעומת זאת, על בעל קרקע, אשר קיבל דירות בתמורה במסגרת עסקת קומביניציה עם קבלן מבצע, יחולו הוראות החוק. ספק ביחס לתחולת החוק עשוי להתעורר, לגבי קבלן אשר בונה עבור בעל הקרקע את הדירות במסגרת עסקת קומביניציה. להצגת הבעיה ראו: ע"א 23/86 אברהם מרקוביץ חברה לבנין ולהשקעות בע"מ נ' קופר, פ"ד מג(3) 89, 92 (1989); וכן: איל זמיר חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 — פירוש לחוקי החוזים 134-209 (גד טרסקי עורך, 1994).

"הערכות") שעל המוכר לספק לרוכש, כנגד תשלום העולה על חמישה-עשר אחוזים מכספי התמורה. מטרת הערכות היא לאפשר לרוכש, בהתקיים אירועים מסוימים המסכנים את יכולתו לקבל בחזרה את כספי התמורה ששילם למוכר, במקרה שהזכות בדירה אינה מועברת אליו בסופו של יום, לממש את הערכות, ובכך להחזיר לעצמו את כספי התמורה. הערכות הבנקאית היא הבטוחה הנפוצה ביותר מבין הבטוחות האפשריות על פי חוק הבטחת השקעות, וכיום היא הכלי העיקרי להבטחת כספי התמורה של רוכשי הדירות. עם זאת, לעתים מזומנות הערכות הבנקאית כוללת תנאים המצמצמים את ההגנה המוענקת על ידי החוק לרוכשי הדירות, ומגבילים אותה באופן מהותי. יתרה מכך, הניסיון מלמד שהחוק עצמו לוקה בחסר, ובפועל אינו מגן באופן המיטבי על רוכש הדירה מפני הסיכונים האפשריים להשקעתו ברכישת הדירה<sup>2,3</sup>.

ברשימה זו ננסה לעמוד על ההגנה שמעניקה הערכות בפועל לרוכש הדירה, אל מול הסיכונים הניצבים בפניו, החל משלב ביצוע תשלומי התמורה ועד לשלב העברת הזכות בדירה על שמו של הרוכש<sup>4</sup>. נדון בנוסח הערכויות הניתנות לרוכש ובבעיות הכרוכות בו, וכן במסגרת ההגנה שמעניק החוק היום לרוכש הדירה, ונציע דרכים לפתור את הקשיים הקיימים בעניינים אלה.

- 2 עדות לבעייתיות אפשר למצוא (פרט לפסקי הדין הרבים בעניין) במספר הגדול, יחסית, של פניות של רוכשים לפיקוח על הבנקים, בטענה כי הבנק מסרב לשלם להם את סכום הערכות. מהנתונים עולה, למשל, כי במשך חמש השנים האחרונות פנו לפיקוח על הבנקים למעלה מארבעים פונים בטענה כי הבנק מסרב לשלם להם את סכום הערכות. מדובר במספר גדול של פניות, המייצג בעיה כללית, בעיקר מאחר שהפניות, רובן ככולן, הן בגין פרויקטים שונים. מאחר שמרבן שהבנקים פועלים על פי מדיניות עקבית מסוימת, הרי שברי שכל פונה לגבי פרויקט מסוים מייצג בעיה של רוכשים רבים כאותו פרויקט. יתרה מכך, אחוז הפניות שהפיקוח על הבנקים היה סבור כי הן מוצדקות, בעניין תשלום על פי הערכות מכוח חוק הבטחת השקעות, במשך חמש השנים האחרונות, עומד על שיעור ממוצע גבוה ביותר (66%) ביחס לשיעור המקביל לגבי כלל הפניות בנושאים הבנקאיים (העומד על ממוצע של כ-34%).
- 3 אי-אפשר למצוא נתונים על סך התשלומים בגין ערכויות במשך השנים, ביחס למספר הערכויות שהוצאו ולמספר הפרויקטים שנכשלו. הטעם לכך הוא שהבנקים אינם מדווחים אודות הערכויות בדיווח נפרד מיתר הנתונים המצויים בדוחות הכספיים שלהם, או בדיווחים אחרים מטעמם. עם זאת, משיחות עם בנקאים עולה, כי התשלומים בגין הערכויות נמוכים ביותר ביחס לערכויות המוצאות על ידי הבנקים, גם כאשר פרויקטים נכשלים. ההסבר לכך יובא במסגרת הדין בפרק ו' להלן.
- 4 בהקשר זה נציין כי רוכש הדירה יכול היה, לכאורה, לנסות להקטין את פער הזמן שבין ביצוע עסקת רכישת הדירה, לבין העברת הקניין על שמו בלשכת רישום הפרויקטים, אולם הדבר, בדרך כלל, אינו מעשי מכמה סיבות: ראשית, במרבית הפרויקטים לבנייה אי-אפשר לבצע מיד הקניה של הזכות הקניינית בדירה על שם הקונה. שנית, בחלק גדול מרכישת הדירות הרוכשים נדרשים למימון בנקאי אשר לא יינתן אלא במקרה שבו נחתמה עסקת המכר. ושלישית, הנאי מוקדם לרישום הזכות הקניינית על שם הרוכש הוא תשלום חיובי מסים אשר לא ישולם על ידי הרוכש אלא במקרה שבו בוצעה עסקת מכר בפועל.

**ב. המדיניות החברתית-משפטית למתן בטוחות לרוכשי דירות**

ישנם כמה שיקולים לחיוב המוכר להמציא בטוחות להבטחת השקעתם של רוכשי דירות. נציג את העיקריים שבהם: ראשית, רכישת דירת מגורים היא, עבור רבים מאזרחי המדינה, העסקה הגדולה והמורכבת ביותר שיעשו במהלך חייהם. במסגרת עסקה זו נדרש רוכש הדירה לשלם את תמורתה, כולה או חלקה, מראש, מבלי שהוא מודע כדבעי לכל הסיכונים הכרוכים בתשלום סכומי כסף גדולים לפני קבלת הדירה לחזקתו והעברת הזכות בה על שמו. יתרה מכך, רכישת דירת מגורים אינה רכישת מוצר ככל המוצרים, אלא מוצר חיוני המצדיק הגנה במישורים שונים<sup>5</sup>. קבלת בטוחה על פי החוק מקטינה משמעותית את הסיכון להשקעתו של רוכש הדירה, ומעניקה את ההגנה הראויה על רכישת המוצר החיוני המכונה דירת מגורים במקרה של חדלות פירעון של המוכר. יש לזכור, כי מעמדו של רוכש הדירה על פי דיני חדלות הפירעון הרגילים, ללא קיומו של החוק, דומה למעמד של נושה רגיל, אשר היה זוכה, אם בכלל, לתשלום מאוחר וחלקי במסגרת דיבינדנד בפירוק. מצב זה עלול לדרדר, כאמור, רוכשים רבים, על לא עוול בכפם, אל סף קריסה כלכלית ואישית.

הבטוחות הניתנות על פי חוק הבטחת השקעות משנות את מעמדו של רוכשי הדירות ממעמד של נושה רגיל למעמד של נושה מיוחד, ובכך מגנות על השקעתם. זאת ועוד, רכישת דירת מגורים מלווה במקרים רבים בנטילת הלוואה ארוכת טווח כנגד משכון דירת המגורים. מצב שבו מוכר הדירה אינו יכול לעמוד בהתחייבויותיו להשלמת הדירה ולמסירת הזכות בה לרוכש, עלול להביא את רוכש הדירה למצב שבו ייוותר ללא קורת גג, תוך שהוא מחויב להמשיך ולפרוע את ההלוואה לגורם שממנו נטל אותה, ולשלם דמי שכירות לשם מגוריו. נוסף לכך, מתן בטוחה על פי החוק מאפשר ניירות גדולה יותר בקרב האוכלוסייה. היעדר בטוחה הופך את רכישת הדירות למסוכנת יותר, והוא עלול להביא להפחתה משמעותית של שיעור הבעלות הפרטית על דירות ולירידה בהיצע הדירות לאורך זמן, ובכך להשפיע

5 היטיב לבטא זאת השופט שמגר בע"א 148/77 רוט נ' ישופה בניה בע"מ, פ"ד לג(1) 617, 624 (להשלים תאריך): "בשל שיקולים ציבוריים [...] אין לדעתי לראות בחוזה מכר של דירה, הסכם להספקתו של מצרך מן השורה [...] הבעלות על מקום מגורים וההתקשרות החוזית בקשר אליו הפכה אצלנו לנושא חברתי וכלכלי ראשון במעלה, החורג בהשפעתו ובמשמעותו מתחום יחסי המסחר כפשוטם. אך נדרש יהיה אם נחזור ונזכיר בהקשר זה כי עניין רכישת הבעלות בדירה אינו אלא היבט אחד של נושא מורכב יותר – הוא נושא הדיור – אשר אין להפריז בחומרת השלכותיו החברתיות ובפרט של הקשיים הנולדים עקב הפערים בין ההיצע והביקוש ועוד יותר מכך, עקב הפערים בין הרצוי והדרוש לבין המצוי ובר ההשגה. אך מובן כי לממדים המיוחדים של הנושא ולחיוניותו השלכה ישירה על היקף הפיקוח החקיקתי הדרוש ואף במידה לא פחותה על מידת הפיקוח השיפוטי המתחייבת ועל הצורך למרוד את התופעה באמות מידה מיוחדות, המבטאות את האינטרס הציבורי הטמון בנושא שלפנינו ושאין ישימות דווקא בחיי המסחר כפשוטן".

באופן שלילי על יכולת הניידות. מאידך הוא עלול להשפיע אף על תחושת היציבות והתועלת הפרטית מעצם הבעלות בדירת מגורים.

## ג. הבטוחות הניתנות על פי חוק הבטחת השקעות

### 1. המאפיינים לבחינת הבטוחות

אפשר לחלק את הבטוחות על פי החוק לשני סוגים עיקריים: בטוחות חפציות ובטוחות אישיות. הבטוחה החפצית משמעה מתן שעבוד, בדרך כזו או אחרת, על נכס. אי-פירעון החוב על ידי החייב יאפשר למקבל הבטוחה לממש את הנכס באמצעות מכירת הנכס המשועבד, ובכך להיפרע כדי החוב. הבטוחה האישית הנה התחייבותו של צד שלישי לפרוע את החוב למקרה שבו החייב לא יפרע אותו. אי-פירעון החוב על ידי החייב יאפשר למקבל הבטוחה האישית לדרוש מהצד השלישי את פירעון החוב. התנגדות של הצד השלישי לפרוע את חוב החייב יאלץ את הנושה (מקבל הבטוחה) להגיש תביעה משפטית על מנת לממש את הבטוחה.<sup>6</sup> אפשר גם לבחון כל בטוחה לפי כמה מאפיינים עיקריים. המאפיין הראשון הוא עלויות יצירת הבטוחה. לכל בטוחה הניתנת במסגרת עסקה מסחרית קיימות עלויות הכרוכות ביצירתה. עלויות אלה כוללות עלויות ישירות של היצירה (כמו תשלום לעורכי דין ואגרות) ועלויות עקיפות של היצירה. במסגרת העלויות העקיפות אפשר למצוא מרכיבים כגון: אי-יכולת לנצל את המשאב הניתן כבטוחה ואי-יכולת לפזר את עלויות היצירה הישירות. כך, למשל, בתכנית חיסכון הניתנת כבטוחה נמנע השימוש בכספים שבתכנית, קרי: הוצאתם והשקעתם באופן המיטבי מבחינת בעליהם. הכספים אמנם נושאים ריבית, אולם נמנעת התשואה האלטרנטיבית שיכול היה להשיג הבעלים. עלויות היצירה הישירות של הבטוחה במקרה זה הן זניחות. שעבוד על בית, לעומת זאת, מאפשר שימוש בו, אולם הוא מונע את מכירתו לאחר. עלויות היצירה הישירות במקרה זה הן גדולות באופן יחסי.

מאפיין שני שאפשר לבחון לאורו את הבטוחה הוא איכותה של הבטוחה. על מנת לעמוד על איכותה של הבטוחה נבדוק, למשל, אם הבטוחה שומרת על ערכה לאורך זמן. הערכות הבנקאית, למשל, יכולה לשמור על ערכה בתקופה של אינפלציה או להתאים את עצמה לתנודות כלכליות. זאת בניגוד, למשל, לנכס מקרקעין, אשר אינו שומר על ערכו, בהכרח, בתקופה של מיתון כלכלי. עוד נבדוק אם הבטוחה מטילה על מקבל הבטוחה הוצאות. במסגרת זו יש חשיבות לשאלה אם יש צורך בתשלום שוטף כלשהו עבור הבטוחה (כגון תשלומי מסים), או שמא הבטוחה מחייבת טיפול קבוע (כמו עריכת ביטוח ושמירה פיזית על הנכס). מרכיבים נוספים בבדיקת איכות הבטוחה הם יכולת הבדיקה והפיקוח

6 להשוואה בין הערכות הבנקאית לבין הבטוחות האחרות ראו: Henry D. Gabriel, *Standby*, *Letters of Credit: Does the Risk Outweigh the Benefits?* 1988 COLUM. BUS. L. REV. 705

המידיים על הבטוחה, עצמאותה של הבטוחה (עד כמה היא מנותקת מעסקת הסיכור), הסיכונים שיוצרת הבטוחה ועוד. מאפיין שלישי לבחינת הבטוחה הוא הליך המימוש. מאפיין זה כולל שני מרכיבים עיקריים. המרכיב האחד הוא צורת המימוש הפורמלית הנדרשת בחוק או על ידי הצדדים: דהיינו, האם המימוש מבוצע באופן עצמאי (באמצעות קיזוז או במקרה שמדובר במימוש על ידי מוסד פיננסי לפי סעיף 17 לחוק המשכון), או שנדרשת פנייה לערכאות (בית המשפט או ההוצאה לפועל) לצורך ביצוע המימוש. המרכיב השני הוא התנאים המהותיים הנדרשים על מנת שאפשר יהיה לממש את הבטוחה.

המאפיין הרביעי מבין המאפיינים לבחינת הבטוחה הוא יכולת הניוד של הבטוחה. בהקשר זה נבחן אם הבטוחה ניתנת להעברה או לסיחור לצד שלישי, מה מעמדם של אותם צדדים שלישיים לאחר ניוד הבטוחה, מהן עלויות הניוד ועוד.

כפי שצינו לעיל, בכל הנוגע להבטחת השקעותיהם של רוכשי דירות, העמדת בטוחה על ידי המוכר לרוכש הדירה מכוח החוק נועדה להפחית את רמת הסיכון שרוכש הדירה חשופ אליו בתהליך רכישת הדירה<sup>7</sup>, ובאופן ספציפי – להקטין את ההסתברות שהרוכש יוותר ללא הדירה וללא כספי התמורה ששילם. נבחן לרגע אינטרס זה לאור ארבעת המאפיינים העיקריים של הבטוחות, כמפורט לעיל. ראשית, מובן שחיוב המוכר בהעמדת בטוחה מכוח החוק מלווה, לרוב, בהוצאות לשם יצירת הבטוחה. הוצאות אלה יועמסו, לפחות בחלקן, על הרוכש כחלק ממחיר הדירה. האינטרס הוא להקטין את עלויות העסקה ככל האפשר, שכן הן פוגמות ביעילות הבטוחה. שנית, ובאותו אופן, האינטרס הוא לספק לרוכש הדירה בטוחה איכותית, שתשמור על השקעתו, מצד אחד, ותמנע את הצורך לפקח עליה באופן שוטף, מצד אחר – דבר אשר איננו מצוי בתחום התמחותו של הרוכש, ועלול להטיל עליו נטל בלתי סביר. שלישית, לעניין יכולת המימוש של הבטוחה, מובן שיכולת מימוש קלה תיטיב עם הרוכש, אולם היא עלולה לפגוע ביעילות, אם היא תהיה קלה מדי, שכן יכולת מימוש קלה יתר על המידה עלולה להביא למימוש סיטוני ולא ראוי של הבטוחה, ולניצול לרעה שלה. רביעית, הגנה נאותה על הרוכש עשויה לכלול גם את היכולת להעביר את הבטוחה לאחר, על מנת להשיג מימון, בין לשם רכישת הדירה עצמה, ובין למטרות אחרות, כפי שהדירה עצמה הייתה משמשת את הרוכש<sup>8</sup>. לאור זאת ובאופן כללי אפשר לומר, כי הבטוחה היעילה ביותר, אשר תקטין למינימום את הסיכונים של הרוכש, היא זו שעלויות היצירה שלה יהיו הקטנות ביותר, הפיקוח והשמירה עליה יהיו המינימליים, יכולת המימוש

7 להצגה של חלוקת הסיכונים שבין הצדדים לעסקת הערבות הבנקאית אל מול בטוחות אחרות כדוגמת שטרי ביטחון ומכתבי אשראי ראו: M. Stern, THE INDEPENDENCE RULE IN STANDBY LETTERS OF CREDIT, 52 U. CHI. L. REV. 218 (1985).  
8 בכל אלה נדון בהרחבה בפרקים 7 ו-7א להלן.

שלה תהיה קלה, אך בד בבד תאפשר מימוש מדויק ככל האפשר, והיא תוכל לשמש את הרוכש לצורכי מימון, כפי שהדירה הייתה משמשת אותו.<sup>9</sup>

## 2. סוגי הבטוחות על פי החוק

סעיף 2 לחוק מונה חמש חלופות<sup>10</sup> להבטחת השקעתו של רוכש הדירה, שאם נקט המוכר אחת מהן, יהא רשאי לקבל לידיו סכום העולה על חמישה-עשר אחוזים משווייה. ואלה החלופות: החלופה הראשונה – מסירת ערבות בנקאית לקונה להחזרת הכספים ששילם, אם המוכר לא יוכל להעביר לקונה את זכות הבעלות או זכות אחרת בדירה<sup>11</sup> כמוסכם בחוזה המכר. החלופה השנייה – עריכת ביטוח להחזרת הכספים כאמור. החלופה השלישית – שעבוד הדירה לרוכש במשכנתה ראשונה. החלופה הרביעית – רישום הערת אזהרה לטובת הקונה, ובלבד שאין כל זכות רשומה אחרת הקודמת, מבחינת סדר העדיפות, להערת האזהרה. החלופה החמישית – העברת בעלות יחסית על שם הקונה, כשהיא נקייה מכל שעבוד, עיקול או זכות של צד שלישי. מטרתן של כל החלופות זהה, והיא להפחית את הסיכונים המוטלים על רוכשי הדירות. העמדת כמה חלופות נועדה לאפשר לכל מוכר לנצל את היתרון היחסי שיש לו (בנוגע לקשריו עם הגורמים הפיננסיים, בנוגע לזכויותיו בטיב הקרקע, וכיו"ב) תוך התחשבות במצב השוק באותה עת, על מנת שיוכל לבחור את הבטוחה שעלות יצירתה תהיה מזערית, וכך להפחית את עלויות העסקה.

כאמור<sup>12</sup>, חמש החלופות מורכבות מבטוחות אישיות פיננסיות (ערבות בנקאית וביטוח), המעניקות לרוכשי הדירות יכולת החזר מצד שלישי בעל איתנות פיננסית, ללא תלות במצבו הכלכלי של המוכר, ומבטוחות קנייניות (שעבוד, הערת אזהרה ובעלות משותפת), אשר יוצרות זיקה קניינית מיוחדת בין הרוכש לבין הדירה הנרכשת, ומגנות עליו במסגרת חדלות פרעון של המוכר. מנקודת ראותו של המוכר, החיסרון המרכזי בבטוחות הקנייניות הוא הדרישה

9 ראו: נינה זלצמן ועופר גרוסקופף "משכון זכותו החוזית של רוכש המקרקעין" ספר ויסמן – מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן 133, 137-156 (שלום לרנר ודפנה לוינסון-זמיר עורכים, 2002).

10 הגם שהחוק מצייין חמש חלופות בלבד, הרי לא מן הנמנע שהרוכש יוכל לטעון לזכות שביושר בנוגע לדירה, שמשמעותה היא בטוחה לרוכש בנוגע לכספים ששילם בגין מחיר הדירה. עם זאת, יש לזכור, כי ברוב המקרים נוצר על המקרקעין שעבוד לטובת הבנק, והאת עוד טרם רכישת הדירה על ידי הרוכש ותשלום התמורה על ידו, מה שפוגם ביכולתו לטעון לזכות שביושר כאמור. לדיון בנושא זכויות שביושר במקרקעין בנסיבות שונות ראו: ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199; וכן: עמיחי קרנר מימון נדל"ן לבניה 177-197 (2005).

11 החוק לא מגדיר מהי "זכות אחרת". עם זאת, נראה כי כוונת החוק לביטוי "זכות אחרת" היא זכות חכירה.

12 ראו סעיף 1 לעיל.

בחוק, שלפיה על הבטוחה הקניינית להיות בעלת עדיפות ראשונה<sup>13</sup>. מתן בטוחה בעלת עדיפות ראשונה לרוכשי הדירות יוצרת למוכר קשיי מימון משמעותיים, שכן ברוב המקרים הזכויות בקרקע משועבדות לגורם המממן את המוכר. נציין בהקשר זה, כי כיום מרבית הפרויקטים לבנייה נבנים לפי שיטת הליווי הפיננסי<sup>14</sup>, אשר אחד התנאים הכלולים בה, לקבלת מימון מהגורם המלווה פיננסית את הפרויקט, הוא שעבוד הקרקע, לרבות כל הזכויות הנלוות לה, בשעבוד בדרגה ראשונה<sup>15</sup>. מנקודת ראותו של רוכש הדירה, החסרונות המרכזיים הטמונים בבטוחות הקנייניות הם שניים. חיסרון אחד הוא, שהבטוחות הקנייניות אינן מעניקות לרוכש הדירה אמצעי נוח ויעיל, כפי שמעניקות לו הבטוחות האישיות הפיננסיות, להחזר השקעתו. זאת, שכן עליו להמתין עם יתר הנושים במשך תקופה ארוכה, עד לסיום הליכי חדלות הפירעון, או עד שבעל תפקיד (מפרק, כונס וכיו"ב) ישלים את בניית הפרויקט<sup>16</sup>. חיסרון נוסף הוא, שהבטוחות הקנייניות אינן מעניקות בהכרח לרוכש הדירה את מלוא ההגנה על כספו, במקרה של חדלות פירעון של הקבלן. החוק מכיר בחיסרון זה, ולכן קובע בסעיף 3, כי רוכש דירה, שהכספים ששילם, או שהוא אמור לשלם, למוכר לא הובטחו באחת הבטוחות האישיות — ערבות בנקאית או ביטוח — לא יהא חייב בתשלומים על חשבון מחיר הדירה, בשיעורים העולים על אלה הקבועים בתקנות<sup>17</sup>, וזאת על אף האמור בחוזה המכר. באופן דומה, סעיף 2 לחוק מאפשר את החלפת הערבות או הביטוח כאמור באחת הבטוחות הקנייניות, רק במקרה שבו המוכר השלים את בניית הדירה ומסר את החזקה בה לרוכש, אלא אם כן סוכם אחרת בהסכם המכר. כלומר, בראותו את החיסרון שבבטוחות הקנייניות, מבקש המחוקק להבטיח שבמקרה של הפסקת הבנייה בפרויקט, ישקף מצב הבנייה בפועל, ככל האפשר, את סכום הכסף ששולם על ידי הרוכש עד לאותו מועד. חשוב

13 לבטוחה של העברת הבעלות היחסית לרוכש יש חיסרון נוסף, הנובע מהיכולת שניתנת לרוכש לפי סעיף 37(א) לחוק המקרקעין תשכ"ט-1969 (להלן: "חוק המקרקעין") לדרוש את פירוק השיתוף בכל עת. המשמעות המעשית לפירוק השיתוף היא ניסיון להרחיק את המוכר מאתר הבנייה, וכך לגרום לנזקים למוכר ולרוכשים אחרים בפרויקט. חיסרון זה מקטין את השימוש שנעשה בבטוחה זו, אם בכלל.

14 להצגת שיטת הליווי הפיננסי לבנייה ראו קרנר, לעיל ה"ש 10, בעמ' 7-24.

15 להצגת קשיים נוספים הקיימים בכל אחת מהבטוחות הקנייניות ראו: אוריאל פרוקצ'יה "הערות להצעת חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ג-1973" משפטים 452, 455 (1975).

16 אפשר לראות בחיסרון זה יתרון, במקרים של תגודות כלכליות או של עלייה במחירי המקרקעין. במקרה זה, הבטוחות הקנייניות שומרות על ערכן, והן מבטיחות לרוכש חלק מהקרקע ובפרויקט שנבנה. לעומת זאת, הבטוחות הפיננסיות מבטיחות בדרך כלל החזר נומינלי בלבד, ולכן הן אינן מחוסנות מפני עליית מחירים.

17 תקנות המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) (סייג לתשלומים על חשבון מחיר הדירה), תשל"ה-1975 (להלן: "תקנות התשלומים"), קובעות את שיעורי התשלומים באחוזים ממחירי הדירה, שאפשר לחייב רוכש לשלם, אם לפי שלבי הבנייה שבוצעו בדירה או בבניין שבו נמצאת הדירה, לא הובטחו כספי התמורה בערבות בנקאית או בפוליסת ביטוח.



לציין בהקשר זה, כי סעיף 3 לחוק והתקנות שהותקנו על פיו, אינם אוסרים על מוכר שנתן לרוכש בטוחה קניינית, לקבל תשלומים, בקצב מזורז ביחס לקצב התשלומים שנקבע בתקנות. נוסח ההוראות רק מתיר לרוכש לעכב את תשלומיו, בהתאם לקצב התקדמות הבנייה, למרות כל הוראה נוגדת בהסכם המכר. סביר להניח שהזכות לעכב את התשלומים לא תמומש על ידי הרוכש, שכן מבחינה פרקטית אי-תשלום על ידי הרוכש יעמיד אותו בעימות מול הקבלן. יתרה מכך, עיכוב התשלומים עלול לגרום דרישה של מוכר מהרוכש לשלם לו הצמדה וריבית בגין התשלומים שלא שולמו<sup>18</sup>.

שלא כמו בישראל, במדינות אחרות, כמו למשל בקנדה ובארצות-הברית, ההגנה על רוכשי הדירות, ככל שהיא קיימת, ניתנת, בדרך כלל, בגין ליקויי בנייה מהותיים המתגלים בדירה, ולא בגין כספי התמורה שמשלמים רוכשי הדירות לקבלן<sup>19</sup>. זאת ועוד, שוני מהותי נוסף בין ההסדרים במדינות אלה לבין זה הקיים בישראל הוא היעדר ההכרח בחלול פירעון של הקבלן, או במצב המוביל אליו, כתנאי לתשלום הכספים לרוכש. בהיעדר חוקים פדרליים, ההסדרים במחוזות השונים בקנדה, ובמדינות השונות בארצות-הברית שונים בפרטיהם.

בארצות-הברית התמונה הכללית היא של הגנה מפני ליקויי בנייה, בכלים שונים, על פי ההסדר המדינתי. במדינת ניו-ג'רזי, למשל, הקים החוק המקומי<sup>20</sup> קרן לפיצוי רוכשי דירות חדשות, בגין נזקים הנגרמים להם מליקויי בנייה מהותיים, במקרים שבהם הקבלן אינו יכול או אינו מעוניין לשלם מסיבות כאלה ואחרות<sup>21</sup>. ודוק: אין הכוונה לחלול פירעון של הקבלן בלבד, אלא גם לסירוב כלשהו לשלם. במדינת אינדיאנה, לעומת זאת, מחייב החוק<sup>22</sup> את הקבלן לרכוש פוליסת ביטוח עבור רוכשי דירות חדשות בגין ליקויי בנייה מהותיים<sup>23</sup>. הסדרים בעלי אופי דומה להסדרים בניו-ג'רזי ובאינדיאנה אפשר למצוא גם במדינות אחרות בארצות-הברית<sup>24</sup>.

בקנדה התמונה מעט שונה. במחוז אונטריו ההגנה רחבה הרבה יותר מזו הנהוגה בארצות-הברית. במחוז אונטריו קובע החוק<sup>25</sup> העוסק בכטוחות לרוכשי דירות, כי קרן מיוחדת, המוקמת מכוח אותו חוק<sup>26</sup>, והממומנת על ידי הקבלנים (תוך

18 ראו אוריאל פרקוצ'יה דיני פשיטת רגל והחקיקה האזרחית בישראל 90 (1984) 1984.

19 היקף ההגנה לרוכש הדירה משתנה בין המדינות השונות בתוך ארצות-הברית וקנדה, אולם הרעיון הבסיסי של הגנה מפני ליקויי בנייה חוזר על עצמו.

20 New Home Warranty and Builders' Registration Act.

21 שם, ס' 7 – 3B :46.

22 The Indiana Statutory Warranties in New Home Construction.

23 שם, ס' 20-4-34.

24 להשוואה בין ההסדרים השונים הקיימים במדינות השונות שבארצות-הברית בעניין ההגנה על רוכשי דירות ראו: Patric J. Cronin, *A Call for Legislation in Washington State for*

*Statutory New Home Warranties*, 33 GONZ. L. REV. 571

*.Ontario New Home Warranties Plan Act R.S.O (1990)*

25 שם, ס' 2.

השתתפות מצומצמת, יחסית, של הרוכשים, ואשר נקבעת, ברובה, כשיעור ממחיר הדירה), תפצה רוכשי דירות חדשות, בעילות מסוימות, בגין מקדמות ששולמו על ידם לקבלנים. העילות לפיצוי כאמור הן שתיים: ביטול חוזה המכר טרם חתימתו הפורמלית, ואי-מסירת הזכות בדירה בשל פשיטת רגל של הקבלן או בשל הפרה יסודית אחרת שלו את חוזה המכר. בנוסף קובע החוק, כי הקרן תשלם בגין נזקים שנגרמו לרוכשי דירות חדשות עקב ליקויי בנייה מהותיים<sup>27</sup>. עם זאת, הפיצוי המרבי לרוכש דירה הוא מוגבל ביותר, והוא עומד על 20,000 דולר קנדי. במחוז בריטיש קולומביה קיים מנגנון דומה במהותו לזה הקיים באינדיאנה שבארצות-הברית. על פי מנגנון זה מחויבים הקבלנים לרכוש, על פי החוק<sup>28</sup>, פוליסת ביטוח עבור רוכשי דירות חדשות, בגין ליקויי בנייה מהותיים<sup>29</sup>. במחוז אלברטה קיים הסדר מסוג שונה. שם קיים חוק המגן על שוכרי דירות לתקופות ארוכות בלבד<sup>30</sup>. במסגרת הסדר זה נאסר על המשכירים לדרוש מהשוכרים בטוחה בדרך של דמי שכירות, פרט לדמי השכירות החודשיים המשולמים באופן שוטף. יתרה מכך, על פי החוק, גם כספי שכירות הנגבים מראש בגין החודש השוטף, מחויבים בהפקדה על ידי המשכיר כחשבון נאמנות ובנפרד מיתר נכסיו<sup>31</sup>.

השוני בין מהות ההגנה, הניתנת לרוכשי דירות בקנדה ובארצות-הברית (הצרה יחסית והכוללת בעיקר הגנה מפני ליקויי בנייה) לבין זו הניתנת בישראל, נובע, לדעתנו, במידה רבה מההבדלים בדפוסי רכישת הדירות במדינות אלה ביחס לישראל. רכישת דירה חדשה בארצות-הברית ובקנדה מתבצעת, בדרך כלל, בשלבים הסופיים של בניית הפרויקט, גורם המקטין באופן משמעותי את החשיפה של רוכש הדירה לסיכון הכרוך באי-קבלת הדירה בסופו של דבר. מצב דברים המצריך, לכל היותר, הגנה בסכום מוגבל, ובעיקר מפני פגמים בממכר עצמו. לעומת זאת, רכישת דירה בישראל מתבצעת כבר בשלבי התכנון של הפרויקט, מה שמגדיל את החשיפה של רוכשי הדירות באופן משמעותי, ומצריך מתן בטוחה לכספים המשולמים על ידי הרוכש בגין רכישת הדירה.

27 שם, ס' 12-14.

28 Home Protection Act S.B.C (1998).

29 שם, ס' 22. עם זאת, ככל הנראה ההסדר אינו מיושם בפועל. ראו לעניין זה: P. Donnelly *Is the Province Liable?: Leaky Condo Owners in British Columbia Seek Compensation* "There has been a *in the Courts*, 6 APPEAL (2000) 76, 74 voluntary industry-run warranty program in British Columbia since 1975. However, the new home warranty program did not operate at arms-length from industry and generally was not effective because of stringent conditions on the recovery of claims".

30 Residential Tenancies Act S.A (2004)

31 שם, ס' 43.

### 3. היתרונות והחסרונות שבערבות הבנקאית

כפי שראינו בסעיף הקודם, בכטוחות האישיות הפיננסיות גלומים יתרונות משמעותיים ביחס לבטוחות הקנייניות. נבחן עתה את היתרונות והחסרונות הגלומים בבטוחה נושא רשימה זו, הערבות הבנקאית<sup>32,33</sup>.

(א) עלות יצירת הבטוחה – התשלום בגין עלות הוצאת הערבות הבנקאית נקבע, בדרך כלל, בהתאם ליחסי הכוחות שבין הצדדים לעסקה. בסיטואציה שלנו, העמלה שגובה הבנק בגין הוצאת ערבות חוק המכר תועמס לרוב על רוכש הדירה (המוטב)<sup>34</sup>. עם זאת, חשוב לציין כי מבחינת היעילות הכלכלית עלות הנפקת הערבות תהיה זולה יותר מעלות בדיקת המוטב (הרוכש) את המוכר. ההסבר נובע מכך שברוב המקרים יוכל הבנק לבדוק את יכולת הפירעון של מבקש הערבות (המוכר) ביתר קלות מאשר המוטב, ולכן העמלה שגובה הבנק בגין הערבות הבנקאית תהיה נמוכה מהעלות שהייתה מוטלת על המוטב אילו נדרש לבדוק בעצמו את יכולת הפרעון של החייב<sup>35</sup>.

(ב) איכות הבטוחה – הערבות הבנקאית הניתנת לרוכש הדירה מוצאת על ידי בנק, שהוא גוף בעל איתנות ויציבות פיננסית<sup>36</sup>. מאחר שהסיכון שבנק יקלע

32 כפי שצוין במבוא לרשימה זו, הערבות הבנקאית היא הנפוצה מבין הבטוחות. בפועל, חלופת הביטוח אינה מופעלת, וזאת חרף העובדה שלאחר חקיקת חוק הבטחת השקעות הוסף לרשימת ענפי הביטוח גם ענף הביטוח העוסק בביטוח השקעות של רוכשי דירות. הממונה על שוק ההון במשרד האוצר אף הוציא בעבר רישיונות מבטח בענף זה לכמה חברות ביטוח, האחת ממשלתית (ענבל חברה לכיטוח בע"מ) והשתיים האחרות חברות ביטוח בעלות קבלנים, המוגבלות בעיסוקן רק לענף ביטוח זה (חרמון חברה לביטוח בע"מ וקודים חברה לכיטוח בע"מ). בסופו של דבר, חלופת הביטוח נכשלה, בין היתר בשל התמוטטות אחת מחברות הביטוח שעסקו בענף זה, ובשל סיבות נוספות החורגות מהיקף רשימה זו. להרחבות בעניין זה ראו: מבקר המדינה דוח שנתי 37 136–141 (1987) 136–141. יצוין גם, כי הנושא הועלה כמה פעמים במשך השנים, אך לא נשא פרי (ראו למשל: מבקר המדינה דוח שנתי 42 197 (1992); דו"ח ועדת המשנה של הוועדה להבטחת זכויות רוכשי הדירות. עוד נציין את הצעתו של פרופ' פרוקצ'יה להנהיג, בחקיקה, הסדר לביטוח חובה לרוכשי דירות, שינוהל בידי גוף ממשלתי (ראו פרוקצ'יה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 464–465).

33 להצגה כללית של היתרונות והחסרונות של מתן ערבות בנקאית על ידי הקבלן לקבלן משנה במסגרת ליורו פיננסי של פרויקטים לבנייה ראו: D. J. Barro, *How to Guarantee Contractor Performance on International Construction Projects: Comparing Surety Bonds with Bank Guarantees and Standby Letters of Credit*, 37 GEO. WASH. INT'L L. REV. 51 (2005).

34 ראו סעיף 3 לפרק ד' להלן.

35 שם. העמלה שגובים הבנקים עבור הוצאת ערבות חוק מכר נעה בין 2.8% לשנה לכ-6% לשנה בשלושת הבנקים הגדולים (כולל דמי טיפול ועריכת מסמכים שגובים הבנקים). כמו כן, לעניין הקשיים העומדים בפני הרוכש ראו הדיון בפרק ו' להלן.

36 בהמ' (חי) 5626/86, ת"א (חי) 818/86 חברת חשמל לישראל בע"מ נ' א' לוי קבלני בנין בע"מ, פדאור מז(2) 485, 493 (1986) קבע בית המשפט: "מזן המפורסמות הוא, שערכות בנקאית אוטונומית קנתה לה חלק נכבד ומרכזי בחי המסחר בארץ, כפי שקנתה לה מעמד כזה בחיי המסחר במדינות נאורות. בעסקאות רבות נדרשת הגשתה של בטוחה אמינה, בין להבטחת התשלום, של התמורה, בין להבטחת הביצוע של העבודות ובין להבטחת יצירת הקשר החוזי המחייב בין בעלי העסקה. נהוג בארץ, שהערבות הבנקאית האוטונומית היא

לקשיים כלכליים, וכתוצאה מכך אי־אפשר יהיה לממש את הערבות הבנקאית, הוא נמוך במיוחד<sup>37</sup>, הרי שהסיכון באבדן הבטוחה נמוך באותה מידה. משכך, השימוש בערבות הבנקאית כבטוחה מאפשר למוטב (רוכש הדירה) להסתמך על מעמדו הכלכלי ומהימנותו של הבנק בלבד, על מנת לממש את הבטוחה, במידת הצורך, ומונע ממנו את הצורך לבדוק, במהלך שלבי הבנייה, את מעמדו הכלכלי ומהימנותו של המוכר<sup>38</sup>. מובן שלו נדרש רוכש הדירה לבדוק את מצבו הכלכלי של המוכר, היה הדבר מציב בפניו קשיים שעלולים היו לפגוע באופן משמעותי ביציבותה של הבטוחה<sup>39</sup>.

(ג) הליך מימוש הבטוחה — הוצאת ערבות בנקאית מחייבת את הבנק, מוציא הערבות, לשלם למוטב (רוכש הדירה) את סכום הערבות, בהתקיים התנאים המופיעים בכתב הערבות. התחייבות זו היא עצמאית ונבדלת מעסקת היסוד<sup>40</sup> (חוזה המכר שבין המוכר לרוכש), וכל עוד המוטב (רוכש הדירה) ממלא אחר התנאים שנקבעו בכתב הערבות, מוטל על הבנק, מוציא את הערבות, לקיים כלפי המוטב (הרוכש) את החיוב לתשלום ללא קשר למידה שבה מבקש הערבות (המוכר) קיים את חיוביו על פי עסקת היסוד כלפי הרוכש (המוטב)<sup>41</sup>. בהקשר זה נציין, כי בתי המשפט בפסיקותיהם, לאורך השנים, שמרו על

הבטוחה האמינה והיציבה ביותר. אמינותה ויציבותה נובעות משני יסודות: יציבותם הפיננסית של הבנקים ואמינות הפרעון של כתב הערבות. היסוד הראשון מבוסס על נכסיהם של הבנקים ועל אמון הציבור ביכולתם הפיננסית. [...] היסוד השני מבוסס על הקפדה יתירה על ביצוע החיובים הנפרדים והעצמאיים של הבנקים, לפי הוראותיו של כתב הערבות האוטונומי<sup>37</sup>.

לדין כשאלה אם הוצאת ערבות בנקאית על ידי בנק משמעותה "פיקדון" המחייב תשלום למוטב בקריסת הבנק, מקום שבו קיים ביטוח פיקדונות (למשל בארצות־הברית על ידי ה־Federal Deposit Insurance Corporation) ראו: B. Paul & A. Peretz, *FDIC V. Philadelphia* (1986) *Gear: A Standby Letter of Credit Banked by a Contingent Promissory Note is Not a Deposit*, 41 U. MIAAMI L. REV. 357 (1986). — בעניין זה נציין כי, בערבות בנק ישראל שניתנה ללקוחות בנקים שקרטו נכלל גם אשראי דוקומנטרי במסגרת ההתחייבויות שלהם ערב בנק ישראל (ראו למשל ערבות בנק ישראל ללקוחות בנק למסחר, ילקוט הפרסומים 5092, 7 ביולי 2002).

לניתוח כלכלי המציג את הוזלת עלויות הפיקוח הנדרשות בעסקת אשראי הכוללת כבטוחה ערבות בנקאית לעומת עסקת אשראי רגילה ראו: A. W. Katz, *An Economic Analysis of the Guaranty Contract* 66 U. CHI. L. REV. 47 (1999).

בע"א 5717/91 מליבו ישראל בע"מ נ' אדיז טרום (1973) בע"מ (בפירוק), פ"ד (2) 685, 696 קבע בית המשפט: "יש לבחון אוטונומיות זאת גם לאור התפקיד המסחרי של האשראי הדוקומנטרי, שהוא יצירת מנגנון יעיל חול להבטחת התשלום למוטב. יעיל — מכיוון שהמוטב נדרש רק לפנות לבנק שהוציא את מכתב האשראי ואין הוא תלוי ביכולת הפירעון המשתנה של החייב, ומכיוון שהבנק נדרש רק לבחון את המסמכים שמוגשים לו ולא את עיסקת היסוד עצמה".

40 בפועל הערבות לפי חוק הבטחת השקעות איננה אוטונומית, כמשמעותה הנודעת של המונח בהקשר של ערבויות בנקאיות. נעמוד על כך בסעיף 3 לפרק ה' להלן.

41 מ' מאוטר "עסקת היסוד ומכתב האשראי: תרומת וביטול החוזה בדרך של התנהגות" עיוני משפט יא (תשמ"ו—תשמ"ז) 501, 507.

קיומה של הוודאות המשפטית, ובכך הקנו אמינות גבוהה לפירעון הערבות הבנקאית<sup>42</sup>. לאור זאת, רוכש הדירה יכול להשיב לידיו את הכספים ששילם בזמן קצר יחסית וללא כל צורך בקבלת פסק דין כלפי המוכר במסגרת תובענה משפטית<sup>43</sup>.

(ד) יכולת נידוד הבטוחה – קבלת ערבות בנקאית כבטוחה מאפשרת לרוכש הדירה להעביר את הזכויות בה לצדדים שלישיים, אלא אם כן נקבע אחרת בכתב הערבות. המשמעות המעשית של יכולת העברה זו היא האפשרות לקבל מימון על סמך הערבות. הדעה המקובלת היא שהערבות הבנקאית אינה מסמך סחיר במובן המהותי, ולכן היא אינה יכולה להעניק לנעבר זכות טובה יותר מזו שהייתה בידי המעביר. מכאן שיחולו על העברת הזכויות על פי הערבות דיני המחאת חיובים, כך שלבנק נתן הערבות (החייב), יעמדו כל הטענות, שהיה יכול לטעון כלפי רוכש הדירה (הממחה), גם כלפי הגורם המממן את הרוכש (הנמחה)<sup>44</sup>.

בצד היתרונות המפורטים לעיל ישנם גם כמה חסרונות הגלומים בערבות לפי חוק המכר:

(א) עלות יצירת הבטוחה – כאמור, הערבות הבנקאית הניתנת על ידי הבנק מוצאת, אמנם, לבקשתו של המוכר, אולם העמלה המשולמת לבנק בגין יצירתה מועמסת, בדרך כלל, על הרוכש.

(ב) איכות הבטוחה – הערבות הבנקאית הניתנת על ידי הבנק לרוכשי הדירות מסתכמת, לעתים, בהחזרת כספי התמורה לרוכש בערכם הנומינלי. הערבות אינה שומרת תמיד על ערכם הראלי של כספי התמורה, והיא גם אינה מפצה את הרוכש בגין נזקים כלכליים שנגרמים לו. הערבות אינה צמודה, למשל, לערך הדירה. לכן, במקרה שערך הדירות עולה באופן משמעותי הערבות,

42 ראו למשל עניין חברת החשמל, לעיל ה"ש 36, בעמ' 485, 493, שם ציין בית המשפט בפסקתו כי: "אל לו לבית המשפט לתת את ידו לערעור האמינות בפרעונה המלא והמדויק של ערבות בנקאית אוטונומית. אל לו לבית המשפט ליצור תחושה של היעדר בטחון בפרעונה של הערבות הבנקאית ואל לו לגרום לשיבוש חמור בתקינותם של יחסי המסחר, כתוצאה מיצירת התחושה הזאת. בעשותו כך, ישימט בית המשפט את המסד היציב מתחת רגליה של הערבות הבנקאית ויטול ממנה את עצמתה העיסוקית והמסחרית".

43 כבר"ע 46/71 מדינת ישראל, אגף יבוא המזון, משרד המסחר והתעשייה נ' החברה הא"י לקידור והספקה בע"מ, פ"ד כה(1) 529, 532 (1971) כך: "ערבות על פיה ייפרע הנעבר על פי דרישתו הראשונה, מיועדת ליתן לזה מירב הבטחון. משזכה עקב חוזהו לבטוחה המנתקת אותו, ביחסים שבינו לבין הערב, מתניית החוזה, ומשהעניקה לו זכות גבייה לפי דרישה, באין נסיבות מיוחדות, לא מן המדינה שבית המשפט יהפוך את הקערה על פיה, ויאליץ בעל זכות-גבייה-מדידת להמתין עד שיצליח להעמיד זכותו כלפי החייב העיקרי בתובענה משפטית".

44 ע"א 3130/99 שובל הנדסה ובנין 1988 נ' י.ש.מ.פ. חברה קבלנית לבנין בע"מ, פ"ד נח(3) 118 (2004) (להלן: עניין שובל).

בניגוד לבטוחות הקנייניות, אינה משקפת את ערכם האמיתי של המקרקעין<sup>45</sup>. בנוסף לכך, החוק אינו קובע באופן ברור מהי ההגנה שראוי להגן בה על רוכש הדירה. בפועל, הלכות חשוף לקביעת תנאים המגבילים באופן מהותי את יכולתו להסתמך על הערכות ולממשה<sup>46</sup>. כמו כן, על פי החוק המוכר מחויב להעניק לרוכש הדירה בטוחה רק לאחר תשלום של חמישה עשר אחוז ממחיר הדירה, ולא קודם לכן. עד לתשלום סכום זה, המוכר אינו מחויב במתן ערכות בנקאית.

(ג) הליך מימוש הבטוחה — כתב הערכות שניתן לרוכשי הדירות נערך על ידי הבנק, וכתוצאה מכך כוללים בו תנאים שנועדו להיטיב עם הבנק, לעתים על חשבון רוכשי הדירות. תנאים אלה כוללים בפועל הגבלות רבות על יכולת מימוש הערכות על ידי רוכש הדירה, נושא אשר יידון בהרחבה בפרק ו' להלן. יתרה מכך, בשל העובדה שמדובר בערכות מכוח הדין, הרי שפרשנות הדין על ידי הבנקים, החייבים על פי הערכות, מביאה, לעתים, להערמת קשיים על הרוכש בכל הנוגע ליכולת מימוש הערכות, דבר אשר גם הוא יידון בהמשך רשימה זו<sup>47</sup>.

(ד) יכולת נידוד הבטוחה — גם כאן העברת הזכויות על פי הערכות מוגבלת בשל תנאים שקובע הבנק מוציא הערכות<sup>48</sup>.

ניכר אפוא כי לערכות הבנקאית יתרונות רבים כבטוחה, אולם עם זאת טמונים בה שני חסרונות, המעביבים על יתרונותיה. החיסרון האחד הוא קביעת תנאים המגבילים את הרוכש על פי נוסח כתב הערכות. החיסרון השני הוא יכולת פרשנות החוק באופן המצמצם את יכולת מימושה של הערכות.

## ד. זכות הרוכש לקבל ערכות

### 1. החובה לתת ערכות

חוק המכר הבטחת השקעות הוא חוק שאי-אפשר להתנות על האמור בו, וזאת

45 בדו"ח הוועדה להצעת דרכים להבטחת השקעותיהם של רוכשי דירות אצל קבלנים וחברות בנייה ושיכון, מיום 28 בנובמבר 1972, שהנהגה בסיס החוק הקיים כיום, נקבע בסעיף 5 כי: "לאחר דיון בנושא הגיעה הוועדה למסקנה שבשלב ראשון אין לתפוס מרובה, ומוטב להסתפק בכיסוי ההשקעה של רוכש הדירה, גם אם לא תילקח בחשבון ירידה בערך הכסף או עלייה במחירי הדירות". עוד נקבע בסעיף 11 לדו"ח כי: "אין בהצעות הוועדה [חמש אפשרויות המופיעות כיום בסעיף 2 לחוק] כדי לפגוע בהצעות אחרות של משרד המשפטים במסגרת פקודת פשיטת הרגל וחוק ההוצאה לפועל, כשהדירה או הקרקע אינן משועבדות או כשנותר לקבלן חלק מערכן לאחר מימוש השעבודים". ממקורות אלה עולה בבירור כי מטרת החוק הנה להוות רק את הרוכד הראשון בהגנה על רוכשי הדירות.

46 ראו דיון בעניין זה בפרק ו' להלן.

47 ראו הדיון בפרק ז' להלן.

48 שם.

חרף העובדה שלא נכתב בו כך במפורש, כפי שנכתב, למשל, בחוק המכר (דירות). משכך, המוכר מחויב לתת לרוכש בטוחה, בין שזו ערכות בנקאית ובין שזו חלופה אחרת הקבועה בחוק<sup>49</sup>. לעניין הערכות, שהיא נושא דיונונו, המשמעות המעשית היא שלצדדים אין אפשרות להתנות על קבלתה (בלא שהמוכר נותן לרוכש בטוחה אחרת). משכך, ויתור של הקונה בחוזה הרכישה, לשם הדוגמה, על קבלת הערכות הוא חסר תוקף חוקי. יובהר, כי החובה היא של המוכר, והיא איננה חובתו של הרוכש, לקבל את הערכות, או של הבנק, להוציא את הערכות. זהו אחד הטעמים לכך שהבנק, אשר מוציא את הערכות, רואה עצמו חופשי לסייג את הערכות לפי ראות עיניו, שכן החובה לתת את הערכות אינה חלה עליו, אלא על המוכר<sup>50</sup>. מן הכיוון השני, הזכאי על פי הערכות הוא הרוכש. הגם שהחוק אינו קובע זאת במפורש, הרי שמעצם היותו של הרוכש הנושא להגנת החוק, מובן ששמו צריך להופיע כמוטב בערכות. זאת, בדיוק באותו אופן ששמו של הרוכש צריך להופיע תחת הערת אזהרה, העברת בעלות או שעבוד, הניתנים על ידי המוכר כבטוחה על פי החוק, כחלופה לערכות. ירצה הרוכש, ימחה את זכויותיו על פי הערכות, לאחר קבלתה, למי שיחפוץ<sup>51</sup>. כאמור, חובתו של מוכר היא כלפי הרוכש, ובשל תכליתו הצרכנית פטרנליסטית של החוק, יפר המוכר את חובתו הקוגנטיבית, אם ייעתר, למשל, לבקשת הרוכש להמציא ערכות, או לרשום שעבוד, על שם אדם אחר מלבד הרוכש, או לא להמציא ערכות כלל<sup>52,53</sup>.

49 ע"א 449/85 היועץ המשפטי לממשלה נ' גד חברה לבנין בע"מ, פ"ד מג(1) 183, 196 (1989). "במה דברים אמורים: הוראת סעיף 2 לחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) הנ"ל היא קוגנטיבית שאין להתנות עליה והתנאה כאמור מהווה עבירה פלילית כקבוע בסעיף 4 של אותו חוק", וכן: ע"א 3190/99 שוקר נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נד(3) 127, 132 (להלן: עניין שוקר).

50 נעמוד על עניין זה ביתר פירוט בפרק ו' להלן.

51 גם המחאת הזכות על פי הערכות מחייבת, בדרך כלל, פנייה לבנק. נעמוד על כך ועל ההסדר הראוי בעניין זה אגב הדיון בפרק ו' להלן.

52 ובלשון בית המשפט העליון: "וגם הסכמה מפורשת בין מוכר לבין קונה אין בכוחה להסיר מעל גבו של מוכר נטל שהוטל עליו" (עניין שוקר, לעיל ה"ש 49). יצוין בהקשר זה פסק דינו של בית המשפט המחוזי בה"פ 77/01 אביבי נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פדאור 01(2) 149 (2001). שם קיבל בית המשפט כאפשרי את ויתורם של הרוכשים על קבלת ערכות או בטוחה אחרת לפי החוק. דומה שבית המשפט שגה כשלא דן לעומק בעניין יכולת הויתור על בטוחה על פי החוק, על פי תכליתו, כפי שעשה בית המשפט העליון בעניין שוקר. עם זאת, ככל הנראה הדבר ממילא לא היה הכרחי לעניין פסק הדין, שכן הבקשה שם הייתה להתרגת הדידה משעבוד הבנק, ובית המשפט סבר כי המבקשים היו נגועים בחוסר תום לב ואפילו במרמה.

53 בנסיבות מיוחדות, הכרוכות בהתנהגות פטולה של הבנק כלפי הרוכש בקשר ישיר לערכות, כגון חוסר תום לב כלפי הרוכש, הטעיה וכיו"ב, אפשר יהיה להטיל על הבנק חובה להמציא ערכות. כך אירע, למשל, בע"א 578/88 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' נצר, פ"ד מג(3) 828 (1989). שם נקבע כי איהוצאת ערכות לרוכש מהווה חוסר תום לב של הבנק, שכן הבנק יצר מצג ישיר וברור כלפי הרוכשים, בטרם רכישת הדירה, כי הוא יוציא להם ערכות. מקרה נוסף שבו עשוי להיות הבנק מחויב להוציא ערכות הוא הפקדה לחשבון הפרויקט

## 2. סעדים בגין הפרת החובה לתת ערבות

בגין הפרת החובה לתת לרוכש ערבות בנקאית (או כל בטוחה אחרת) על פי החוק עומדים לרשות הרוכש סעדים, הן במישור האזרחי והן במישור הפלילי. בכל הנוגע למישור האזרחי, הרוכש רשאי לעכב את המשך התשלום בגין מחיר הדירה עד לקבלת הערבות הבנקאית<sup>54</sup>. ככל שהרוכש כבר שילם לקבלן, אזי קמה לו זכות תביעה נגד הקבלן לתשלום הפרשי ההצמדה והריבית בגין כל סכום ששולם ביתר, ביחס לסכומים המפורטים בתקנות התשלומים, וזאת ממועד התשלום בפועל ועד למועד הקבוע בתקנות אלה<sup>55</sup>. ככל שנגרם לרוכש נזק, עשויים לעמוד לרשותו, כמוכר, גם הסעדים הכלליים שבמשפט האזרחי. סעדים אלה יכולים להיות, בין היתר, פיצוי נזיקי בגין ביצוע העוולה הכרוכה באימתן בטוחה (הפרת חובה חקוקה, רשלנות) ופיצוי בגין הפרת חוזה, ככל שההתחייבות לתת ערבות הייתה מעוגנת בחוזה. מובן שתביעה כזו תהיה, ברוב המקרים, בעלת ערך מועט, שכן הנזק ייגרם לרוכש, בדרך כלל, לאחר חדלות פירעון של המוכר, מה שממילא הופך את הרוכש לנושה שיקבל, לכל היותר, דיבידנד בפירוק. על כן הסעדים הספציפיים שמעמיד חוק הבטחת השקעות לרוכשי הדירות, הם אלה הישימים והאפקטיביים ביותר. בכל הנוגע למישור הפלילי, קובע סעיף 4 לחוק כי הפרת הוראות סעיף 2 לחוק דינה מאסר שישה חודשים או קנס כספי. המשמעות היא כי בגין הפרת חובתו של הקבלן לתת לרוכש בטוחה על פי החוק, או למשל, הפרת התחייבות של הקבלן בחוזה המכר לתת לרוכש ערבות בנקאית כבטוחה (כלא מתן בטוחה אחרת תחתיה), פירושה ביצוע עברה פלילית מצד המוכר. כך גם לגבי גבייה של סכומים העולים על גובה הערבות הבנקאית שניתנה לרוכש, אלא אם כן מדובר בסכום הנמוך מ-15% ממחיר הדירה שאז לא נדרשת הוצאת ערבות מלכתחילה<sup>56</sup>.

## 3. חובת מימון הערבות

במשך שנים ארוכות היו חלוקות הדעות בבתי המשפט, באשר לשאלה על מי מוטלת חובת מימון הערבות. הכוונה היא, ליתר דיוק, לשאלה מי יישא בתשלום שגובה הבנק מהמוכר בגין הסכמתו להוציא ערבות לבקשתו לטובת הרוכש<sup>57</sup>. קרי: האם המוכר רשאי להטיל את התשלום על הרוכש. המחלוקת באה לסיומה

של כספי התמורה, במקרה של ליווי פיננסי מצד הבנק, אם מטעם כזה או אחר הבנק מסרב להוציא ערבות חרף ההפקדה האמורה.

54 ע"א 1395/91 וינוגרד נ' ידיד, פ"ד מז(3) 793 (1993).

55 ע"א 5790/91, 3958/92, 4873/92 כרובי נ' מ.י. גינדי הנדסה ופיתוח בע"מ, פ"ד נא(3) 379.

56 ראו למשל ע"א 8343/01 פרופ' ירדנה וד"ר עובדיה נ' סיבל נהריה בע"מ, פדאור נח(6) 400 (2004) (להלן: עניין סיבל).

57 פסק הדין שהוביל את הגישה שגרסה כי חובת המימון הולכת אחר החובה לתת לרוכש בטוחה הוא ע"א 4218/90 חפציבה חברה לבנין עבודות ופיתוח בע"מ נ' להנר, פ"ד 92(3) 286 (1992). לגישות אחרות ראו עניין שוקר, לעיל ה"ש 49, וע"ש 49/96 א. לוי השקעות ובנין בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם).



בפסיקת בית המשפט העליון בעניין שוקר. בית המשפט קבע כי חובת התשלום, להבדיל מעצם החובה להוציא ערבות (או לתת בטוחה אחרת), אינה קוגנטית, ולפיכך אפשר להטיל את חובת התשלום על הקונה, כל עוד תנאי המימון סבירים, ולא יחתרו תחת החובה להמציא לרוכש את הערבות. זמן קצר לאחר פסק הדין תוקן החוק, על ידי קידום הצעות חוק שהיו מונחות עוד קודם למתן פסק הדין על שולחן הכנסת, באופן שבו הוסף לחוק סעיף 3א. בתחילה נקבע בסעיף כי הוצאות מימון הערבות יחולו על המוכר, אולם בשלבי החקיקה תוקן נוסח זה, כך שנקבע, אמנם, כי הוצאות מימון הערבות מוטלות על המוכר, אולם הוא רשאי להטיל, בהסכם, את ההוצאות על הרוכש, ובלבד שהוא יגבה ממנו את הוצאות המימון הממשיות בלבד. הכוונה בסעיף הייתה לאפשר, כאמור, הטלת ההוצאות על הקונה, אולם בד בבד למנוע מהמוכר להפיק רווח ממוני כלשהו בקשר לכך. הדרך שנקט החוק על מנת להגשים מטרה זו היא קביעה, כי על מוכר, המבקש להטיל את ההוצאות על הרוכש, לדאוג לכך שנותן הערבות (הבנק) יוציא קבלה בגין מימון הערבות על שם הרוכש.

## ה. סיווגה של הערבות

### 1. מטרת הערבות

מטרת הערבות על פי החוק היא ליצור הגנה על האינטרס המהותי של הרוכשים, באמצעות מימוש יעיל ומהיר של הערבות, במקרה שבו מביאה חזלון פירעון של הקבלן לאי-יכולת להעביר לרוכש את הזכות בדירה. במילים אחרות: למנוע מצב שבו רוכש הדירה ייותר ללא הדירה וללא הכסף ששימש לרכישתה. בצד מטרה זו עומד גם האינטרס למנוע מימוש סיטוני של הערבות, כשהדבר אינו מתחייב על מנת להגן על המטרה המתוארת לעיל, וכן האינטרס למנוע סחטנות מצד רוכשי דירות. מימוש סיטוני וסחטנות כאמור עשויים למצוא את ביטויים מקום שבו יהיה תמריץ לרוכשי הדירות לנצל את קריסת הקבלן, ולהשתחרר מהחובה על מנת לרכוש דירה אחרת, שעה שהחובה עדיין ניתן לביצוע, או מקום שבו יהיה לרוכשי הדירות תמריץ לכפות פיצויים בגין נזקים כספיים שאינם קשורים במישרין לקבלת הדירה. דוגמה טיפוסית לתמריץ להשתחרר מהחובה היא ירידת מחירי הדירות. במצב שבו ערך הדירות יורד באופן משמעותי לאחר מועד רכישת הדירה, יהיה לרוכשי הדירות תמריץ לנצל הזדמנות למימוש הערבות, ולקבלת כספי התמורה ששילמו למוכר, הגבוהים, כאמור, באופן משמעותי מהכספים שיצטרכו להשקיע על מנת לרכוש דירה זכה בתכונותיה. מעבר לכך שבאופן זה עלול להתחלף האינטרס המקורי של קבלת הדירה באינטרס לנצל הזדמנות להפיק רווחים מזדמנים על ידי רוכשי הדירות, אלא שהאינטרס הצר האחרון של כמה רוכשי דירות עלול להכשיל את המשך בניית הפרויקט, ולהפכו לחסר סיכוי ביחס ליתר רוכשי הדירות.

## 2. מקורות הערבות

ערבות בנקאית הניתנת לפי חוק המכר הבטחת השקעות נשלטת על ידי שלושה מקורות משפטיים עיקריים. המקור הראשון, והחשוב ביותר, הוא הוראות חוק הבטחת השקעות עצמו, אשר על פי הדין אי־אפשר להתנות עליו, אלא לטובת הקונה. המקור השני, שגם הוא בעל חשיבות רבה, הוא ההוראות החוזיות שנקבעו בכתב הערבות, והחלות במישור היחסים שבין הבנק נותן הערבות לבין רוכש הדירה. המקור השלישי, ובעל חשיבות מועטה ביחס לשני האחרים, הוא ההוראות הרלוונטיות בחוק הערבות התשכ"ז–1967.<sup>58</sup>

מבחינת חוק הבטחת השקעות, הסעיף המרכזי הרלוונטי לעניין הוא סעיף 2(1) לחוק, שזו לשונו:

"לא יקבל מוכר מקונה, על חשבון מחיר הדירה, סכום העולה על חמישה־עשר אחוזים מהמחיר, אלא אם עשה אחת מאלה:

(1) מסר לקונה ערבות בנקאית להבטחת החזרתם של כל הכספים ששילם לו הקונה על חשבון המחיר, במקרה שלא יוכל להעביר לקונה בעלות או זכות אחרת בדירה כמוסכם בחוזה המכר, מחמת עיקול שהוטל על הדירה או על הקרקע שעליה היא נבנית או מחמת צו לקבלת נכסים, צו פירוק או צו למינוי כונס נכסים נגד המוכר או נגד בעל הקרקע האמור".

מלשון הסעיף עולה כי על מנת שרוכש הדירה יהא זכאי למימוש הערבות, צריכים להתקיים שני תנאים מצטברים: האחד – כי המוכר לא יוכל להעביר לרוכש את הבעלות בדירה; השני – כי מניעה זו היא מחמת אחת מתוך ארבע העילות המפורטות בסעיף.

מבחינת ההוראות החוזיות הנכללות בכתב הערבות, הרי שכפי שכבר ציינו לעיל, מוכנסים לכתב הערבות תנאים רבים, על ידי הבנק מוציא הערבות, אשר אינם נגזרים בהכרח מהאמור בחוק, ואשר חלקם מכביד על הרוכש ומקל עם הבנק נותן הערבות. חשוב לומר בהקשר זה, כי כתב הערבות אינו אלא חוזה אחיד, ועל תנאיו לעמוד במבחן הקיפוח שבחוק החוזים האחידים.<sup>59</sup> בפרק הבא נעמוד על התנאים החוזיים העיקריים המצויים בכתב הערבות.

אמנם נרחיב בדיון בשני המקורות הראשוניים לערבות, אולם הדיון במקור השלישי (ההוראות הרלוונטיות בחוק הערבות), חורג, בשל חשיבותו המועטה

58 כפי שנראה בסעיף 3 לפרק זה להלן, ערבות חוק מכר הינה ערבות מסוג מיוחד. היא אינה ערבות רגילה לצד שלישי, והיא אינה ערבות בנקאית אוטונומית ("התחייבות לשיפוץ", בלשון חוק הערבות). לפיכך הוראות החוק שיחולו על הערבות מכוח חוק הערבות יהיו בהתאם. 59 ואכן, בנק ישראל פנה בבקשה לבית הדין לחוזים אחידים, על מנת שזה יביא לשינויים או לביטולם של תנאים מקפחים מסוימים המצויים בכתב הערבות של אחד הבנקים. ראו לעניין זה: ת"א 8011/02 בנק ישראל נ' "טפחות" בנק משכנתאות לישראל בע"מ. אפשר לעיין בבקשה האמורה באתר האינטרנט של בנק ישראל: [www.bankisrael.gov.il](http://www.bankisrael.gov.il).

ביחס לשני המקורות האחרים, מגבולות רשימה זו, אלא ככל הנדרש על מנת למקם את הערבות במפת הערבויות, כמפורט בסעיף 3 להלן.

3. בין ערבות לפי חוק הבטחת השקעות לערבות צד שלישי ולערבות בנקאית אוטונומית

לאחר שעמדנו על כך שמקורותיה העיקריים של הערבות מכוח חוק המכר הבטחת השקעות הם החוק עצמו והתנאים החוזיים שקובע הבנק הערב בכתב הערבות, נשאלת השאלה אם אפשר לסווג את הערבות באחת משתי הדרכים המקובלות במשפט הישראלי – ערבות אוטונומית או ערבות להבטחת חיובו של אחר (ערבות צד שלישי רגילה). בטרם נבחן שאלה זו נציג בקצרה כמה הבדלים משמעותיים בין הערבות (לצד שלישי) הרגילה הקבועה בסעיף 1 לחוק הערבות לבין הערבות הבנקאית האוטונומית הקבועה בסעיף 16 לאותו חוק.

ערבות רגילה היא במהותה התחייבות של אדם (ערב) לקיים את חיובו של אדם אחר (חייב) כלפי צד שלישי<sup>60</sup>. האפשרות ליצור ערבות תהיה בדרך כלל בהסכם בין הערב לבין הנושה או בהתחייבות הערב שהודעה עליה ניתנה לנושה, ואין היא תקפה אלא לגבי חיוב בר תוקף<sup>61</sup>. תוקף הערבות קשור ישירות לחיוב שבגיננו הוא ניתן, באופן ששינוי שחל בתוכן החיוב ובהיקפו משפיע באופן ישיר על הערבות. כל טענה שיש לחייב כלפי הנושה בקשר לחיוב עומדת גם לערב<sup>62</sup>. המשמעות היא שהערבות היא נלווית לחיוב העיקרי וטפלה לו.

ערבות בנקאית אוטונומית, לעומת זאת, היא התחייבות של הבנק-הערב (התחייבות לשיפוי) לכבד דרישה של המוטב בערבות (הנושה), לשלם לו סכום כסף בהתקיים תנאי הערבות<sup>63</sup>. תוכנה של התחייבות הבנק-הערב מנותק, בדרך כלל, מהחיוב העיקרי (מכוח עסקת היסוד), של יוזם מתן הערבות (החייב בעסקת היסוד) למוטב. במילים אחרות, הערבות הבנקאית האוטונומית שונה מהערבות הרגילה, במובן זה שהיא מהווה חיוב עצמאי של הבנק הערב כלפי המוטב, בנפרד מן החיוב העיקרי שבעסקת היסוד, ולפיו בהתקיים התנאים בכתב הערבות, ישלם הבנק למוטב את סכום הערבות. יוזם הערבות, מתחייב, בעקבות התחייבותו העצמאית של הבנק כלפי המוטב, לשפות את הבנק, במקרה שבו הערבות הבנקאית תמומש על ידי המוטב. היחסים שבין הצדדים נקבעים על ידי שלושה חוזים נפרדים: (א) עסקת היסוד בין החייב למוטב; (ב) חוזה בין הבנק-הערב והחייב (לקוחו). בחוזה זה מתחייב הלקוח לשפות את הבנק במקרה שיידרש לשלם את סכום הערבות; (ג) כתב הערבות הבנקאית בין הבנק-הערב למוטב, שבו מתחייב הבנק-

60 ס' 1 לחוק הערבות, התשכ"ז-1967.

61 ס' 2 ו-3 לחוק הערבות.

62 ס' 5 ו-7 לחוק הערבות.

63 ס' 16 לחוק הערבות שכותרתו "התחייבות לשיפוי" מחיל על הערבות הבנקאית את ס' 3, 9, 11, ו-12 לחוק הערבות, בשינויים המחויבים לפי העניין.

הערב לשלם למוטב את סכום הערבות בהתקיים התנאים הקבועים בכתב הערבות<sup>64</sup>.

הערבות הבנקאית מבוססת על שני עקרונות. עקרון העצמאות ועקרון ההתאמה. עקרון העצמאות משמעותו ניתוק (אוטונומיות) כתב הערבות הבנקאית מעסקת היסוד. אי לכך, אם התקיימו תנאי הערבות, על הבנק יהיה לשלם למוטב, אפילו עומדות לחייב בעסקת היסוד טענות כלפי המוטב (הנושה) במסגרת היחסים החוזיים שביניהם. עקרון ההתאמה משמעותו, עמידה במלוא התנאים הקבועים בכתב הערבות האוטונומית כתנאי מוקדם למימוש<sup>65</sup>.

בניגוד לשני סוגי הערבויות המתוארים לעיל, הערבות המוצאת מכוח חוק המכר הבטחת השקעות היא ערבות מסוג מיוחד. זוהי ערבות, אשר מצד אחד איננה ערבות אוטונומית, שכן החוק אינו נוקט דרך האופיינית לערבות האוטונומית, והוא אינו מחייב הוצאת ערבות כזו שהרוכש יוכל לממשה מיד עם דרישה, באופן שהוא פטור מלהוכיח כי יש הצדקה לדרישתו. זאת ועוד, הערבות אינה מבטיחה את כל התחייבויות המוכר, והיא אינה מכסה כל נזק העלול להיגרם לרוכש עקב הפרת חוזה המכר. מן הצד השני, מובן מאליו כי אין זו גם ערבות רגילה, שלפיה חבות הבנק הערב טפלה לחיוב העיקרי של המוכר על פי עסקת היסוד<sup>66</sup>. מכאן שעניין לנו בערבות שאיננה אוטונומית ואיננה ערבות צד שלישי רגילה, אלא ערבות ביניים, שהיא ערבות יציר החוק, הכפופה לתנאיו ולתכליותיו של החוק.

## 1. נוסח כתב הערבות

### 1. כללי

כתב הערבות הבנקאית הניתן על ידי הבנק לרוכש כולל בתוכו תנאים רבים. מקצתם הוספו לבקשתו של המוכר, כדי להגן טוב יותר על זכויותיו, מקום שבו אלה מגשימות גם את אינטרס הבנק נתן הערבות. לבנק יש אינטרס לשלם

64 ראו למשל: רע"א 1084/04 פרידון חברה להשקעות פיתוח בנין בע"מ נ' לוקי ופיתוח בע"מ, פדאר נח(5) 535 (2004). וכן: רע"א AMS Technical Systems Inc 73/00 נ' בוק ההברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נד(2) 394 (2000).

65 בעניין זה נציין כי בפסיקה קיימות שתי גישות. עקרון ההתאמה הדווקני ועקרון ההתאמה המהותי. לפי הגישה הראשונה, על המוטב למלא באופן מדויק אחר כל תנאי הערבות. אי-מילוי מדויק מונע את מימוש הערבות. לגישה זו ראו למשל: ע"א 241/64 זיברט נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד יח(3) 609 (1964), ע"א 264/69 הית לפיתוח בע"מ נ' בנק הפועל המזרחי בע"מ, פ"ד כג(2) 282 (1969). הגישה השנייה מחייבת את המוטב למלא באופן מהותי אחר כתב הערבות. המשמעות היא שאם אי-אפשר למלא אחר תנאי מסוים (למשל, בשל כוח עליון) אפשר יהיה להשלים את קיום התנאי בדרך דומה, ובלבד שאין בכך כדי לפגוע בזכויותיו של החייב. בהקשר זה נציין כי בעבר שלטה בפסיקה הגישה הדווקנית, ואילו כיום שולטת בפסיקה הגישה המהותית. לפסק דין המציג גישה זו ראו: ע"א (ת"א) 1059/91 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' Halimex Trade A. G., פדאר נד(3) 353 (1994).

66 ראו ע"א סיבל, לעיל ה"ש 56, פס' 11-13 לפסק הדין. כן ראו האסמכתאות המופיעות בהערה 79 להלן.

כמה שפחות ערכויות, בעיקר מאחר שתשלום הערכויות ייאלצו לממש בטוחות שהקבלן העמיד לרשותו כנגדן, דבר הכרוך בעלויות תפעוליות ואחרות, שהבנק היה מעדיף להימנע מהן. כשמדובר בליווי פיננסי האינטרס של הבנק להימנע מתשלום הערכויות גובר. הטעם לכך הוא העובדה שבשיטת מימון זו, האינטרס של הבנק הוא להביא לכך שהפרויקט יושלם, גם אם הקבלן הפך לחדל פירעון. תחשיבי הבנק ושיקולי הכדאיות שלו, לעניין מתן מימון לקבלן, מבוססים מראש על כך שהבנייה תושלם, והדירות יימסרו לרוכשים. תשלום ערכויות פירושו אי-מסירת הדירות לרוכשים, ולכן הוא עומד בניגוד לאינטרס הכלכלי של הבנק, באופן היורד לשורשה של שיטת המימון.

זו בין היתר, הסיבה שהבנקים נוהגים לקבוע בנוסח הערכות תנאים המגבילים את יכולתו של הרוכש לקבל את התשלום על פיה, ולמעשה מצמצמים את היקף תחולתו של החוק ואת פועלו, לעתים באופן משמעותי ביותר. החוק קובע את החובה להעניק לרוכש הדירה ערכות בנקאית (או בטוחה אחרת) לצורך שמירה על זכויותיו. החוק אינו קובע, מלבד האמור בסעיפים 2 ו-2א בו, את תוכנו של כתב הערכות. לאור זאת עולה השאלה, אילו תנאים אפשר לכלול במסגרת כתב הערכות. מובן שהבנק אינו רשאי לקבוע כל תנאי שעולה על דעתו, שכן החוק הוא קוגנטי, ובכך ישליל הבנק את הקבלן בהפרת החוק, או ישתף אתו פעולה בהפרת החוק, אם וככל שהקבלן הוא זה שביקש את הכללת התנאי בערכות. החוק מתייחס לעניין הערכות בקצרה, והוא אינו כולל היבטים רבים הקשורים לערכות כבטוחה לכספי התמורה ששילם הרוכש, אלא אך ורק קובע, בתמצית יתרה, אירועים מפניהם על הערכות להגן. כאמור לעיל, מצב דברים זה מהווה כר נוח להכנסת תנאים שונים ומשונים לכתב הערכות.

יצוין בהקשר זה, כי במרבית הסכמי המכר שבין המוכרים לרוכשי הדירות לא מצרפים כנספח את נוסח כתב הערכות שיינתן לרוכשים על ידי הבנק המלווה את המוכר אלא קובעים באופן כללי, כי על המוכר חלה חובה לתת לרוכש ערכות לפי החוק. בעקבות זאת, רוכש הדירה נתקל לרוב בנוסח הערכות הבנקאית לראשונה עם תשלום התמורה לקבלן. מגע זה עם כתב הערכות, בשלב כה מאוחר, אינו משפיע על שיקול הדעת של רוכש הדירה, שכן אין הוא ער לתנאים, לסייגים ולהגבלות, הקבועים בכתב הערכות, אשר מוציאות מתוכו חלק ניכר מההגנה האמיתית על רוכש הדירה, הנדרשת על פי החוק. מעבר לכך, אותם מעטים מבין רוכשי הדירות, המודעים למשמעות התנאים והסייגים שמופיעים בכתב הערכות, אין ביכולתם לשנות את כתב הערכות, שכן היא הוצאה על ידי הבנק לבקשתו של המוכר, וממילא אין זה מעשי לקיים משא ומתן באשר לתנאי הערכות. עם הקבלן ודאי שלא, כי הערכות איננה נכתבת על ידו. עם הבנק על אחת כמה וכמה, שכן הבנק הוא צד שלישי לגבי הרוכש, מה גם שמדובר בחוזה אחיד שכל שינוי בו יצריך את אישור המחלקה המשפטית של הבנק ואולי אף יותר מכך.

זאת ועוד, יכולת הביטול של הסכם המכר בשל ניסוח כזה או אחר של כתב הערבות מוטלת בספק כשלעצמה, וזאת מכמה טעמים: ראשית, מאחר שהוראות החוק לא קובעות את התוכן המדויק של כתב הערבות, הרי שבנוגע לכל תנאי תידרש החלטה של בית המשפט, האם התנאי המופיע בכתב הערבות הנו לגיטימי אם לא. המשמעות המעשית מבחינתו של רוכש הדירה, היא הליך ממושך וארוך בבתי המשפט, ולכן ייטה שלא להתנגד לאותם תנאים. שנית, הוראות החוק קובעות כי הרוכש זכאי שלא לשלם את כספי התמורה (מעל ל-15%) אם לא ניתנה לו ערבות כנדרש על פי החוק, אולם הוראות החוק לא קובעות שאימתן הערבות מאפשר את ביטולו של הסכם המכר. כפי שצינינו, הוראות הסכם המכר אינן קובעות מהו נוסח כתב הערבות, ומה יקרה במקרה שבו לא ניתנה ערבות כדיון. לכן, ככל הנראה, בית המשפט ייטה שלא לבטל את ההסכם, במקרה שבו לא ניתנה ערבות כנדרש על פי החוק, אלא יאפשר לרוכש שלא לשלם את כספי התמורה עד למסירת ערבות כדיון.<sup>67</sup>

במסגרת פרק זה נעמוד על התנאים הבעייתיים העיקריים, המופיעים בדרך כלל בכתבי הערבות הנפוצים<sup>68</sup> לפי החוק, וננסה להציע את קו הגבול שבין תנאי שיחשב כלגיטימי – ועל כן אין לפסול אותו – לבין תנאי שאינו לגיטימי – ועל כן יש לפסלו.<sup>69</sup>

## 2. סכום הערבות

החוק מטיל על המוכר להעניק לרוכש ערבות בנקאית להבטחת כל הכספים ששילם הקונה למוכר על חשבון מחיר הדירה. הוראות החוק אינן מתייחסות לשאלה מה הכוונה בתיבה "כל הכספים". כך, עולות שאלות כגון: האם על הערבות להיות צמודה למדד כלשהו? האם על הערבות להבטיח גם ריבית בגובה מסוים? והאם על הערבות לכלול גם תשלומים גלויים למחיר הדירה, כמו שכר טרחת עורך דין מטעם הקבלן? ננסה להשיב על שאלות אלה בסדרן. בטרם נעשה זאת נבהיר, כי בכל הנוגע להצמדת סכום הערבות למדד, הרי הערבויות כוללות, כדבר שבשגרה,<sup>70</sup> סעיף המצמיד את סכומן למדד כלשהו, בלי קשר לקיומה או להיעדרה של חובה חוקית לעשות כן. מכאן שהדיון בעניין זה הוא עיוני גרידא.

67 אם כי, ככל שהחובה לתת את הערבות מעוגנת גם בחוזה מכר הדירה, ייתכן שהפרת החובה תיחשב כהפרה יסודית, שמאפשרת ביטול מידי של החוזה המכר. עם זאת, דומה שהנטייה תהיה דווקא מתן תרופה לרוכש בדמות השעיית חיוביו עד אשר תימסר לו הערבות, כאמור לעיל.

68 לצורך כך נסקרו הערבויות הנפוצות בחמשת הבנקים הגדולים (פועלים, לאומי, דיסקונט, הבינלאומי ומזרחי).

69 מבקר המדינה עמד בשעתו על חלק מהתנאים הבעייתיים בכתב הערבות (תוקף ערבות מוגבל בזמן, דחיית מימוש הערבות ותקופת המתנה מעת קרות אירוע המימוש עד למימוש בפועל). ראו: מבקר המדינה, דו"ח שנתי 42, 193 (1992).

70 כך לגבי כל הערבויות שנסקרו כאמור בהערה 68 לעיל.

אפשר לומר כי מטרת החוק היא להבטיח את כספי הרוכש נוכח הסיכון כי המוכר לא יוכל לעמוד בחובת ההשבה, במקרה שלא יוכל להעביר לרוכש את הזכות בדירה<sup>71</sup>. מכך אפשר לגזור את חובתו של המוכר להמציא לרוכש ערבות שתהווה תחליף מושלם לחובת ההשבה החלה עליו כאמור. למעט במקרים חריגים, חובת ההשבה במשפט הישראלי כוללת בחובה השבה ראלית. מכאן שאפשר להסיק, לכאורה, כי על הערבות הניתנת לקונה להבטיח את כספי התמורה באופן ראי, ובמילים אחרות: על סכום הערבות להיות צמוד למדד ונושא ריבית. בית המשפט העליון אזכר את העניין באחד מפסקי הדין בהערת אגב, ואמר כי: "בענייננו, חובתו של המוכר היא להשיב לקונה את כספו בערכו הריאלי, היינו, כשהוא צמוד ונושא ריבית. אם נאמר כי הערבות על פי חוק המכר (דירות) נועדה להבטיח את חובתו של המוכר להשיב לקונה את כספו בערכו הריאלי, כי אז מסירה לקונה של ערבות בלתי צמודה, בנסיבות אלה, אין בה כדי להבטיח כיאות את חובת ההשבה האמורה"<sup>72</sup>.

עם זאת, חרף הטיעון המשכנע לכאורה, שהושמע על ידי בית המשפט העליון בהערת האגב האמורה, דומה שאפשר לפרש את החוק גם אחרת. יש לזכור כי החוק נועד להבטיח את כספי הקונה במקרה של חדלות פירעון של המוכר. במקרה כזה, אלמלא הערבות, הרוכש היה נושה בפירוק המוכר, וזכה לקבל דיבידנד מקופת הפירוק, על פי חלקו, כנושה. אפשר לומר, כי מטרתה של הערבות היא להבטיח את סכום הקרן ששילם הרוכש, אולי בצירוף הצמדה, ואת הריבית, על הקונה לתבוע בתביעת חוב, כיתר הנושים בפירוק. מטרת החוק, כך על פי הטענה, אינה הבטחת ההשבה המלאה, כפי שגרס בית המשפט העליון, אלא השבה של סכום הקרן בלבד, כשהוא צמוד למדד, מה שמבטיח, כי הרוכש לא יאבד את השקעתו ולא יתמוטט כלכלית גם הוא לאחר התמוטטות הקבלן. לכן הצמדה עשויה להתחייב מתכלית החוק, אך לא כן הריבית.

לדעתנו שתי הפרשנויות לתאורת לעיל הן מוקשות. הנוהג הרווח בשוק, במשך עשרות שנים, באשר לערבויות בנקאיות, הוא כזה שאינו מאפשר פרשנות, בדיעבד ולאחר כל כך הרבה שנים, באשר לשאלת ההצמדה או הריבית החלים על הסכום המובטח בערבות. על פי הנוהג המושרש, על הצד הדורש לקבל ערבות בנקאית, לפרט האם ברצונו לקבל ערבות צמודה אם לאו. לא כל שכן לעניין הריבית. לא מצאנו כל אינדיקציה לכך, שבעת חקיקת החוק הכוונה הייתה לערבות צמודה או נושאת ריבית. נהפוך הוא, בדוח שעל כסיסו נחקק החוק נאמר במפורש, כי הערבות אינה מפצה בגין ירידת ערך הכסף<sup>73</sup>. לאור זאת ולאור הנוהג האמור היינו מצפים שהמחוקק, לו אכן חפץ בכך, היה קובע במפורש כי על הערבות להיות

71 ע"א 4218/90 חפציבה חברה לבנין עבודות ופתוח בע"מ נ' אלכסנדר וקרמן להנר, פדאור 11 לפסק הדין (1992) (לא פורסם) (להלן: עניין חפציבה).

72 שם, פס' 11 לפסק הדין.

73 דו"ח הוועדה להצעת דרכים להבטחת השקעותיהם של רוכשי דירות אצל קבלנים וחברות בנייה ושיכון, לעיל ה"ש 45, והציטוט המופיע שם.

צמודה או נושאת ריבית. יתרה מכך, יש אף לשים לב לכך שההיסטוריה החקיקתית רבת השנים משקפת, ללא ספק, מצב שבו הן הרשויות הרלוונטיות והן חברי הכנסת, לדורותיהם, חזרו פעמים רבות, על כך שהחוק הנוכחי מבטיח את כספו של הרוכש אך ורק בערכו הנומינלי<sup>74</sup>.

שימור ערכה הראלי של השקעת הרוכש, ששמו להן כמטרה הצעות החוק השונות, אינו רק ראוי, אלא הכרחי, על מנת להשיג את מטרתו של החוק. אחרת נימצא אומרים כי טיב ההגנה על השקעתו של הרוכש תלוי בתנודתיות של רמת המחירים במשק, דבר שהגיונו מוטל בספק. עם זאת, הענקת תשואה ראלית לכספו של הרוכש, בדמות ריבית, נראית כחורגת ממטרות החוק, ועלולה להטיל על הקבלנים עלויות מיותרות, שיגולגלו, לפחות בחלקן, על הרוכשים. הצמדת כספי התמורה משרתת היטב את המטרה של הגנה על כספי הרוכש, ושימור אפשרותו לרכוש דירה חלופית בכספים המובטחים. תוספת של ריבית על הכספים מגלמת אלטרנטיבה של שימוש באותם כספים, דבר שאינו צריך להיכנס ב־ד' אמותיו של החוק.

אחת השאלות שעלתה במהלך בחינתן של הצעות החוק שנוכרו לעיל נגעה לבסיס ההצמדה הראוי. ישנן שתי חלופות לעניין זה. האחת היא הצמדה למדד המחירים לצרכן, והשנייה היא הצמדה למדד תשומות הבנייה. מדד תשומות הבנייה עונה טוב יותר על הצורך להגן על כספי התמורה בגין רכישת מקרקעין, כך שישמר ערכם הראלי ביחס לרכישת מקרקעין חלופיים. מדד המחירים לצרכן, לעומת זאת, עונה טוב יותר על הצורך בשמירת ערכו של הכסף ששולם למוכר, בלי קשר דווקא ליכולת לרכוש בו מקרקעין חלופיים. דומה שמבין שני המדדים, מדד תשומות הבנייה הוא זה שעולה בקנה אחד באופן טוב יותר עם תכלית החוק. הרעיון הוא להגן על השקעתו של רוכש דירה, הן לנוכח גדולה של ההשקעה והן לנוכח חשיבותה החברתית של דירת המגורים. המטרה צריכה אפוא להיות, לא רק להגן על ערך ההשקעה, אלא גם לשמר את יכולת רכישתה של דירת מגורים. מדד תשומות הבנייה נותן מענה מדויק יותר למטרה משולבת זו.

שאלה נוספת העולה כאשר לסכום הערכות היא: האם על סכום הערכות לכלול גם שכר טרחת עורך דין, שמשלם הרוכש לעורך דין מטעם הקבלן. פשטותה של התשובה לשאלה זו עולה מתוכה. מטרת הערכות היא להבטיח את כספו של הרוכש, המשולם לקבלן, או למי מטעמו, בגין רכישת הדירה. שכר טרחת עורך דין לעורך דין מטעם הקבלן, לא זו בלבד שהוא סכום המשולם, מבחינה מהותית, כחלק בלתי נפרד ממחיר רכישת הדירה, אלא שהוא, בדרך כלל, סכום משמעותי. התעלמות מסכום זה, חרף היותו חלק אינהרנטי ממחיר הדירה, פוגמת בבטוחה

74 הדוגמאות רבות. ראו למשל תזכירי החוק הממשלתיים: תזכיר חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) (תיקון), התשנ"ג-1992, ומקבילו משנת 2001. ראו גם הצעות החוק הפרטיות משנת 1994, 2004 ו-2005 באותו עניין. עוד ראו: מבקר המדינה, דו"ח שנתי 1985, 169-171 (1985).



הגלומה בערכות. עם זאת, אי-אפשר לומר שהחוק היום מכיל גם תשלומים מסוג זה ודומיהם. תשלומים אלה לא נחשבו לאורך השנים כחלק ממחיר הדירה. אף שמהותית הם כאלה, הרי מבחינה טכנית הם הופרדו ממחיר הדירה. הכנסתם היום לתוך מסגרת החוק היא רצויה, אולם עליה להיעשות באמצעות תיקון מתאים לחוק.

### 3. מועד התשלום

בדרך כלל עולות שתי בעיות מרכזיות הקשורות בנוסח הערכות, בכל הנוגע למועד התשלום של סכום הערכות. הבעיה האחת היא זו הכרוכה בכך, שבכל הערבויות שנסקרו מועד התשלום נקבע להיות רק לאחר תקופת המתנה ממושכת מצד הרוכש. תקופה זו נעה, בדרך כלל, בין 60 ימים ל-90 ימים, מהיום שהרוכש דרש מהבנק את תשלום הערכות ועד למועד התשלום בפועל.

התשובה לשאלה אם תקופת המתנה זו סותרת את תכלית החוק נגזרת ישירות מאורכה של התקופה. המתנה של תקופה ארוכה, ואנו סבורים שתקופת המתנה של למעלה מחודשיים, עונה על ההגדרה של תקופה ארוכה בהקשר זה, גורעת מההגנה הניתנת לרוכש על פי החוק, בכך שהיא מונעת ממנו לקבל את כספו תוך זמן סביר מרגע הדרישה, ולהמשיך בשגרת חייו ואף ברכישת דירה חלופית לזו שבנייתה נכשלה.

לעומת זאת, תקופת המתנה קצרה יותר הנה סבירה. יש הצדקה לתקופת המתנה שתאפשר לבנק לערוך את הבדיקות הדרושות לו בנוגע לטיב המסמכים שנמסרו לו על ידי הרוכש, ואף לשקול פנייה לבית המשפט בנושאים שונים, כגון לשם מינוי כונס נכסים שישלים את הבנייה בפרויקט, ככל שמדובר בליווי פיננסי שנערך על ידי הבנק מוציא הערכות. על תקופת זמן כזו למלא אתר ההצדקה האמורה ולא לחרוג ממנה. עליה גם לדרבן את הבנק לבצע את כל הדרוש לו בהקדם האפשרי. על כן אנו סבורים שתקופת המתנה של עד 30 ימים היא זו הסבירה, ואינה מהווה הגנת יתר לבנק, על חשבון רוכש הדירה.

הבעיה השנייה העולה בהקשר של מועד תשלום הערכות, היא הקביעה בנוסח הערכות, בדרך כלל במשתמע, כי הערכות לא תשולם לרוכש לפני הגיע המועד החוזי למסירת הדירה. קביעה זו מעלה את הסוגיה של פרשנות החוק בשני היבטים: הראשון – מה דין הערכות בעת התקיימות אחת מארבע עילות המימוש שבסעיף (1)2 לחוק טרם מועד המסירה החוזי; השני – האם עילות המימוש הן רשימה סגורה, שלא ניתן להכניס לתוכה עילות נוספות. לכאורה אין קשר הכרחי בין שני היבטים אלה, אולם בדרך כלל הם יתעוררו יחדיו. כך, למשל, ייתכן שיינתן צו פירוק הרבה לפני מועד המסירה החוזי, או אז הטענה הבסיסית שתהיה בפי הבנק, היא שלא התקיים התנאי של מניעה למסירת הזכות בדירה, שכן הבנק עוד יכול לדאוג למינוי כונס נכסים שישלים את בניית הדירה. לחלופין, אם ניתן

צו עיקול על הקרקע, גם לאחר מועד המסירה החוזי, יטען הבנק כי הקבלן פועל להסרתו, כך שלא תהיה מניעה למסירת הזכות בדירה. מכאן, שאם נאמר שדי במניעה למסירת הזכות בדירה כדי לממש את הערבות, הרי ששאלת עיתוי מימוש הערבות תיפתר אף היא.

למעשה, העילה הרלוונטית בהקשר זה, העשויה להתדפק על דלתו של סעיף 2(1) לחוק, היא העילה הנובעת ממצב שבו זמן רב לפני מועד המסירה החוזי ברור לצדדים כי הדירה לא תוכל להימסר לרוכש. ודוק: אין מדובר באיחור במסירה, אלא במניעה למסירת הדירה. הכוונה היא להפרה צפויה מוחלטת של החוזה מצד הקבלן. קשת המקרים הרלוונטית לכך נעה מאימתן היתר בנייה לקבלן ועד ביטול כדין של החוזה שבין הקבלן לבין בעל הקרקע, וכיוצא באלה מקרים שבהם לא יהיה אפשר לבנות את הדירה, בין על ידי הקבלן עצמו ובין על ידי קבלן אחר. נושא זה עלה בבית המשפט המחוזי בה"פ (חי') 30258/97 קליינברגר נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ<sup>75</sup>. מקרה זה עסק בקבלן שהודיע לרוכש הדירה על ביטול הסכם מכירת הדירה, מאחר שבוטל הסכם הקומבינציה שבין הקבלן לבין בעל קרקע, והיה ברור שלא יינתן היתר בנייה על אותה קרקע. בית המשפט קיבל את טענת הרוכש, ולפיה אף שלא התקיימה אחת מהעילות המפורטות בחוק, ואף שברור שיש מניעה למסירת הדירה לרוכש, יש מקום לתשלום הערבות. בית המשפט פסק כי אמנם נכון הדבר שלשון כתב הערבות מחייבת הוצאת צו כנגד החברה כתנאי למימושה, אולם הצו אינו יכול להיות העיקר, אלא יש לאפשר את מימוש הערבות בכל פעם שהמוכר לא יוכל למלא אחר הסכם המכר. בית המשפט הדגיש, כי תכלית החוק היא הבטחת החזרתם של כל הכספים ששילם הקונה למוכר על חשבון מחיר הדירה, במקרה שלא יוכל המוכר להעביר לקונה בעלות או זכות אחרת בדירה כמוסכם בחוזה המכר. העילות המופיעות בחוק אינן אלא אינדיקציה להתקיימות מניעה כאמור, והן אינן עומדות בפני עצמן, ולבטח אינן מהוות רשימה סגורה.<sup>76</sup>

מאז חזר בית המשפט על עיקרון זה פעמים מספר<sup>77</sup>. אכן, דומה כי פרשנות תכליתית של החוק אינה מותירה מקום לספק: הסיכון שמפניו יש להגן הוא מניעה למסירת הזכות בדירה, ואין זה הכרחי שהדבר יארע רק בגין אחת מארבע העילות המפורטות בחוק. אם כך, תניה בכתב הערבות, המתנה את תשלום הערבות בהגיעו של מועד המסירה החוזי, אינה מתיישבת עם תכליתו של החוק, ועל כן יש לפסלה. בסופו של דבר המבחן צריך להיות אחד – האם קיימת מניעה למסירת הזכות בדירה.

75 פ"מ התשנ"ז(2) 502 (1997).

76 שם, בעמ' 506.

77 ה"פ (חי') 132/01 וייס נ' סיבל נהריה בע"מ, פדאור 01(4) 78 (2001); ה"פ (שלום ת"א) 175024/02 גיא נ' בנק טפחות למשכנתאות לישראל בע"מ, פדאור 05(2) 66 (2005); ה"פ (שלום ת"א) 200004/03 כרמון נ' בנק הפועלים בע"מ, פדאור 04(17) 794 (2004).

#### 4. הפקדת כספי התמורה בחשבון הפרויקט

אחד התנאים הבסיסיים ביותר, והמצוי בכל כתיב הערכות שנסקרו, והמוצאים לרוכשי הדירות אגב ליווי פיננסי, הוא התנאי הקובע, כי הערכות תחול אך ורק בנוגע לסכומים שישולמו על ידי רוכש הדירה לחשבון הפרויקט. במקרה זה, גם אם הבנק הוציא ערבות, אולם כספי התמורה לא הופקדו לחשבון הפרויקט, לערבות לא יהיה תוקף בנוגע לסכומים אלה. כלומר, תוקפה של הערבות מותנה בתשלום תמורת מכירת הדירה בחשבון הפרויקט.

המשמעות היא שאם רוכש הדירה שילם למוכר, שלא בדרך של הפקדת כספי התמורה בחשבון הפרויקט, אלא למשל על ידי הפקדה בחשבונות אחרים של המוכר, על ידי המחאה שנתן הרוכש או על ידי מסירת מזומן למוכר, והמוכר לא הפקיד בעצמו את התמורה בחשבון הפרויקט, הרי שהערבות לא תגן על הרוכש בנוגע לכספים אלה.<sup>78</sup>

מנקודת ראות הבנק נותן הערכות, תנאי מסוג זה בכתב הערכות נועד להגן עליו מפני הוצאת כספים מחשבון הפרויקט לצרכים אחרים של הקבלן. חשיבות התנאי מבחינת הבנק נובעת מכך ששיטת המימון של הליווי הפיננסי בנויה על מימון הפרויקט כסגור, קרי: הזרמת כל כספי הרוכשים לפרויקט, ומניעת זליגה של כספים החוצה. החלטת הבנק המלווה, אם להעניק לקבלן מימון בשיטת הליווי הפיננסי, נסמכת על תכנית מפורטת של הכנסות והוצאות ביחס לשלבי הבנייה השונים, כך שאי-כניסת כספים לפרויקט עלולה להכשיל את שיטת המימון כולה. בנוסף לכך, הפקדת הכספים בחשבון הפרויקט מהווה מבחינת הבנק בטוחה לצורך הוצאת כתב הערכות. ההסבר לכך הוא שהפקדת כספי התמורה לחשבון הפרויקט, המשועבד לטובתו של הבנק (המלווה את המוכר), מגדיל את שווי הבטוחה של הבנק באמצעות יכולת השליטה של הבנק על כספים אלה.<sup>79</sup> יכולת שליטה זו קיימת כתוצאה מהיכולת לנתב את אותם כספים לצורכי בניית הפרויקט ולא לכל צורך אחר. אי-הפקדת הכספים על ידי רוכש הדירה, והוצאתם שלא לצורכי הפרויקט, מקטיין את שווי הבטוחה של הבנק-הערב, וחושף אותו לסיכון שלפיו יידרש לשלם ערבות שהוציא, חרף העובדה שלא קיבל עבורה כל בטוחה נאותה.

מהצד השני, התנאת תוקף הערכות בהפקדת כספי התמורה בחשבון הפרויקט עלולה לפגוע ברוכש פגיעה קשה. יש לזכור כי בעל החוזה של הרוכש הוא, לכל אורך הדרך, הקבלן. הצדדים לעסקת היסוד הם הקבלן והרוכש, אשר התקשרו בהסכם למכירת הדירה. הקבלן הוא זה המחויב, על פי החוק, לספק לרוכש בטוחה

78 על פי נתוני בנק ישראל, זהו התנאי הנפוץ ביותר מבין אלה שמביאים רוכשים לפנות בתלונה לפיקוח על הבנקים בגין אי-הסכמת הבנק לשלם להם מכוח הערכות.

79 להצגת יכולת השליטה של הבנק המלווה על המוכר (היום) בפרויקטים המתנהלים בשיטת הליווי הפיננסי ראו: קרנר, לעיל ה"ש 10, בעמ' 18-24.

כנגד תשלום התמורה. הבנק אינו אלא גלווה לעסקת היסוד, והוא נכנס לתמונה רק כאשר הקבלן בוחר כבטוחה את הערבות הבנקאית.

לאור זאת, טבעי שהרוכש ישלם את התמורה לקבלן בכל אמצעי המקובל על שני הצדדים. לשם הדוגמה, הרוכש יכול לסכם עם הקבלן שהתשלום יבוצע באמצעות המחאה שימשוך הרוכש לפקודת הקבלן. לכאורה כל דרך תשלום חוקית היא לגיטימית בין שני הצדדים, באשר היא מגשימה את האינטרס המשותף של שניהם<sup>80</sup>. לתוך המציאות המשפטית הזו נכנס הבנק, עם הוצאת הערבות על ידו לקבלן ומסירתה לרוכש. בהתנתות את תוקף הערבות בהפקדת כספי התמורה בחשבון הפרויקט, סותר הבנק את המציאות המשפטית האמורה, ואת ציפיות הרוכש לקבל ערבות שיש לה ערך, כפי שסביר לצפות. יש לזכור כי אדם המקבל ערבות בנקאית מייחס לה, בדרך כלל, משמעות של בטוחה, והוא אינו מעלה בדעתו, אלא במקרים חריגים, כי אין הוא מקבל אלא נייר, שערכו איננו מידי, אלא מותנה בביצוע פעולות מסוימות על ידו.

המצב מחמיר כאשר מדובר בערבות שהוצאה לאחר תשלום ספציפי של הרוכש לקבלן. במקרה כזה הרוכש מקבל לידי ערבות בנקאית בדיוק בסכום אותו שילם לפני זמן קצר לקבלן (גם אם לא בדרך של הפקדה בחשבון הפרויקט). במצב דברים זה הרוכש מסתמך על הערבות, הוא אינו מודע לתנאי המתנה את תוקפה בהפקדה בחשבון הפרויקט, וציפייתו הסבירה היא שהערבות אכן משמשת כבטוחה לתשלום ששילם לקבלן. אלא שכאמור, אם התשלום לא הופקד בחשבון הפרויקט לא תשמש הערבות בטוחה לסכום זה.

על מנת לטפל בקושי זה, הנוגע לציפיות של האדם הסביר, באשר לערבות בנקאית שקיבל מהקבלן, מחייבים הבנקים את הקבלנים, כדבר שבשגרה וכחלק מהמערך החוזי של הליווי הפיננסי, לכלול בחוזה מכר הדירה סעיפים חוזיים מודגשים, המטילים על הרוכש את החובה לשלם לקבלן את תמורת מחיר הדירה בדרך של הפקדה בחשבון הפרויקט. כך נוצר לו, בהסכמים רבים למכירת דירות, נספח ליווי פיננסי, המפרט פרטים שונים בעניין היות הפרויקט מלווה פיננסית על ידי בנק מסוים, ובין היתר את חובת התשלום על דרך של הפקדה בחשבון הפרויקט.

דא עקא, שאין בהטלת חובה מסוג זה כדי לנטרל את ציפיות רוכש הדירה, שכן כאמור בעל תוזהו של הרוכש הוא הקבלן, ואם שני הצדדים סיכמו על דרך תשלום אחרת מזו החוזית, אין זאת אלא זכותם המלאה והסכמה טבעית, שאין בה פגם כשלעצמה. קל וחומר כאשר מדובר בערבות המוצאת לרוכש לאחר תשלום מסוים ששילם לקבל<sup>81</sup>.

80 לכאורה, אפשר היה לומר שאולי מדובר כאן בחוזה לטובת צד שלישי. עם זאת, קשה לומר כי כוונת הרוכש הייתה אכן להקנות לבנק הן טובת הנאה והן זכות לתבוע טובת הנאה, שהם מרכיבים הכרחיים בחוזה לטובת צד שלישי.

81 במקום אחר עמדנו על כך שהבנק הוא הגורם היחיד מבין שלושת הגורמים המעורבים (הבנק,

יש לשים לב לכך, שמנקודת ראות הרוכש, הדרך המועדפת עליו לתשלום היא כפי שנוח לו, קרי: באמצעות המחאה לקבלן, באמצעות תשלום לקבלן במזומן או באמצעי אחר. מנקודת ראות הקבלן הדברים דומים, ואף יותר מכך, שכן הקבלן, אשר הוא זה שמבקש מהבנק את הוצאת הערכות עבור הרוכשים, אינו מבקש מהבנק ערכות שתוקפה מותנה בהפקדה בחשבון הפרויקט דווקא.

המצב בעייתי עוד יותר כאשר התנאי האמור, המתנה את תוקף הערכות בהפקדה בחשבון מסוים, מופיע בערכות שאיננה ניתנת במסגרת ליווי פיננסי. תנאי מסוג זה פחות נפוץ בערכות שאיננה במסגרת ליווי פיננסי מאשר בערכות שניתנה במסגרת ליווי כאמור, אולם הימצאותו בערכויות שאינן במסגרת ליווי פיננסי ממחישה עוד יותר את הקושי הנעוץ בו. בליווי פיננסי יש היגיון רב, וחשיבות מעשית, לעניין הצלחת שיטת המימון כולה, בהפקדת כספי התמורה בחשבון מסוים, הוא חשבון הפרויקט. לעומת זאת, במקרה של הוצאת ערכות על ידי בנק שאינו מלווה פיננסית את הקבלן, אין כל הצדקה לתנאי מסוג זה.

הרעיון העומד מאחורי תנאי כזה בערכות שאינה במסגרת ליווי פיננסי הוא קבלת בטוחה בידי הבנק להוצאת הערכות בדמות כספי התמורה. כלומר, במקום לדרוש מהקבלן בטוחה כתנאי להוצאת הערכות, מטיל הבנק את הסיכון על רוכש הדירה, בכך שבתמורה לוותרו על קבלת הבטוחה מהקבלן, הוא מסתמך על כך שהכספים שבאה הערכות להבטיח, יגיעו לחשבון בנק המצוי אצלו. כפי שאפשר לראות יש בכך כדי להפוך את המציאות על פיה. במקום שהסיכון יהיה על הקבלן, כמבקש הערכות, ועל הבנק, כנותן הערכות, הסיכון כולו מוטל על הרוכש. בעוד שבמקרה של ליווי פיננסי אפשר למצוא נימוקים לכך, שכמפורט לעיל אינם מקובלים עלינו ככאלה שיאפשרו התנאת תוקף הערכות בהפקדה בחשבון מסוים, הרי שבמקרה של העדר ליווי פיננסי, אין בנמצא נימוק שיצדיק את ההתנאה האמורה. כאן, האינטרס של הבנק אינו הצלחתה של שיטת מימון, שתביא גם תועלת לרוכש הדירה בפרויקט, אלא אינטרס צר של הבנק להבטיח את עצמו באופן שהוא לא יישא כלל בסיכון.

כפועל, לגבי שני סוגי הערכויות, התנאי האמור, על פי פשוטו של מקרא, סותר את הוראות החוק, שכן החוק אינו דורש מהרוכש להפקיד את כספי התמורה דווקא בחשבון הפרויקט. לכן אם רוכש הדירה העביר את כספי התמורה למוכר, ונעשה בהם שימוש אחר, אין בכך כדי לגרוע מזכות הרוכש ליכולת מימוש הערכות. תכלית החוק היא להגן על כספים ששילם רוכש למוכר בגין רכישת דירה. האינטרס העליון של החוק הוא להגן מפני אבדן כספים אלה בשל קשיים כלכליים שאליהם נקלע המוכר. משכך, התנאת ההגנה בדרך תשלום מסוימת,

הקבלן והרוכש) שיש לו אינטרס שתמורת מכירת הדירה תשלום על ידי הרוכש באמצעות הפקדה בחשבון מסוים כלשהו, הוא חשבון הפרויקט. ראו: אמיר כבר "אחריות בנק כלפי רוכשי דירות בגין פיקוח רשלני בליווי פיננסי ופטור מאחריות" רבעון לבנקאות (מ158) 31 (2006).

כאשר אין מחלוקת לעניין עצם תשלום הכספים למוכר, סותרת, לכאורה, את לשון החוק ואת תכליתו. הסיכון על מעשי מרמה של המוכר, הן מבחינת תכלית החוק והן מבחינת מגוון הנימוקים שפורטו לעיל, אינו צריך להיות מוטל על הרוכש<sup>82</sup>. עם זאת, דומה שתכלית החוק מחייבת ביצוע הבחנה בין המקרים השונים, תוך שקילת מכלול השיקולים שפורטו לעיל. יש לזכור כי בסופו של דבר האינטרס של רוכש הדירה הוא לקבל את הדירה, והערבות היא רק חלופה לכך. הניסיון מלמד<sup>83</sup> ששיטת הליוי הפיננסי היא שיטה בטוחה יותר לרוכש עצמו לקבל את הדירה, דבר המוצא את ביטויו בין היתר בכך שהיא מקטינה משמעותית את סיכון חדלות הפירעון של הקבלן ואת השפעתו על השלמת הפרויקט.

בפועל, שיטת הליוי הפיננסי בנויה על תזרים ההכנסות של הקבלן מאת רוכשי הדירות באותו פרויקט. בלא תזרים הכנסות צפוי ברמה נתונה ומעלה, לא היה הבנק מעניק לקבלן מימון עבור הפרויקט, בוודאי לא כזה שהיה מאפשר את השלמתו המוצלחת. הבנק מסתמך, מעצם שיטת המימון, על כך שכספי הרוכשים ייכנסו לתוך המערך הפיננסי של הפרויקט, ואת זאת אפשר להבטיח באמצעות הבטחת הפקדת הכספים באותו חשבון שבו מוקנית לכנק שליטה, הוא חשבון הפרויקט.

מול זאת יש להציב, כפי שהראינו לעיל, את הסתמכותו של הרוכש על הערבות הבנקאית ואת ההגנה הנדרשת על כספו, שהיא המטרה הראשונה העומדת בבסיס החוק.

אנו סבורים שהאיזון הראוי בין שיקולים אלה מחייב את ביטול התנאת תוקף הערבות בהפקדה בחשבון הפרויקט. אין זאת משום שהצורך בהגנה על הרוכש גובר על צורכי הבנק, שכן בנקודה זו הם עשויים להיות זהים. הצלחת הליוי הפיננסי תלויה במידה רבה בדאגה לכך שכספי רכישת הדירות ייוותרו בתוכו ולא יופנו אל מחוצה לו. אולם, כפי שפירטנו לעיל בהרחבה, מצב הדברים הוא כזה שיש להטיל על הקבלן, ועל הבנק כבעל חוזהו, ככל הנוגע למימון הבנייה, את הסיכון על כשלים פיננסיים, ובוודאי על מעשי מרמה של הקבלן כלפי הבנק, כגון גטילת הכספים על ידי הקבלן לצרכיו, תוך אי-הפקדתם בחשבון הפרויקט. יתרה מכך, יש לזכור שלבנק יש שליטה על חשבון הפרויקט, ויכולת מעשית לעקוב אחר הכספים הנכנסים והיוצאים מחשבון הפרויקט. בן היתר יכול הבנק לעקוב אחר כניסתן בפועל של ההכנסות הנגזרות באופן ישיר מבקשתו של הקבלן

82 דוגמה מובהקת לכך שאין כל הצדקה רעיונית למנוע תוקף מערבות בנקאית, היא במקרה שבו הרוכש לא הפקיד את כספי התמורה לחשבון הפרויקט, אולם השימוש בכספים שניתנו על ידו נעשה לטובת השבחת הפרויקט עצמו (למשל לצורך תשלום מס המוטל על המקרקעין של הפרויקט). במקרה זה ודאי שאין הצדקה לכך שהבנק המלווה את הפרויקט ונהנה מהשבחתו, יטען להיעדר תוקף לערבות, רק מאחר שסכומים מסוימים לא הופקדו לחשבון הפרויקט, אולם אין חולק כי שימשו לטובת הפרויקט.

83 ראו למשל: דורון נחמני ונרדב בן ארי "מימון בשיטת הליוי הפיננסי" ניהול גדל'ין 837, 850-851 (מאיר דלברי עורך, 1997).

להוציא ערכות לרוכשי הדירות. מעקב כאמור הוא נגזרת של פיקוח ראוי על חשבון הפרויקט, דבר שיש לו ערך כשלעצמו. היעדר פיקוח ראוי אינו צריך לקבל הגנה באמצעות הטלת הסיכון על הרוכש, וביתר פירוט: התוצאות הפיננסיות של אי-מעקב ראוי של הבנק אחר כניסת הכספים לחשבון הפרויקט אינן צריכות להיות מוטלות על הרוכש. חשוב לשים לב, כי סכומי הערכויות הניתנות לרוכשים השונים, אינם זהים, והם נגזרים מלוח התשלומים המסוים שנקבע לכל רוכש, לפי מחיר הדירה שסיכם עם הקבלן. מכאן גם יכולתו האובייקטיבית של הבנק לעקוב אחר כניסת כספים למול הערכויות המבוקשות על ידי הקבלן. למותר לציין את התוצאות החיוביות של מעקב כאמור, בנוגע לזיהוי בזמן אמת של ניסיונות של הקבלן להבריח כספים מהפרויקט.

למרות האמור, יש בכל זאת מקום לאפשר לבנק להתגונן מפני אירוע מסוים, שבהתקיימו אנו סבורים כי יש מקום לפטור את הבנק מתשלום הערכות, מהטעם של אי-הפקדת הכספים בחשבון הפרויקט. זהו המקרה של קנוניה או שיתוף פעולה של הרוכש עם הקבלן, מתוך כוונה מצד הרוכש להעלים את הכספים מעיני הבנק. יודגש כי אין מדובר בידיעה כללית של הרוכש על הצורך בהפקדת הכספים בחשבון הפרויקט, ובכל זאת אי-הפקדתם שם, אלא בקנוניה ממש, שמטרתה, גם מצד הרוכש, היא הסתרת הכספים מעיני הבנק על מנת להשיג רווח אישי כלשהו. לחלופין, ייתכן מצב שבו הרוכש שקל את הסיכון שבהתנהגותו, ובתמורה לרווח אישי החליט שהוא נוטל על עצמו את הסיכון של אי-תשלום הערכות.

במקרה של קנוניה מצד הרוכש ספק אם יש צורך לקבוע לכך חריג מפורש בכתב הערכות, שכן דומה שתוצאותיה חלות מניה וביה על כל סיטואציה חוזית, ובודאי על כתבי ערכות בנקאית<sup>84</sup>. יתרה מכך, ייתכן שבמצב זה גם אם הופקדו הכספים בחשבון הפרויקט, תהיה לבנק זכות להימנע מתשלום הערכות, שכן עצם הוצאת הערכות במקרה כזה חותרת תחת הרעיון של הליווי הפיננסי. הטעם לכך הוא שקנוניה בין הרוכש לקבלן פוגעת בסיכויי הבנייה של הפרויקט וסותרת את חוזה הליווי הפיננסי שבין הקבלן לבין הבנק. במצב דברים כזה הבנק אינו מחויב כלפי הקבלן להוציא ערכויות לרוכשי הדירות. לכן זכותו של הרוכש במקרה כזה תתמצה לכל היותר בהשבת הכספים שהפקיד לחשבון הפרויקט. עם זאת, הוכחת קנוניה אינה פשוטה כשלעצמה, וקל וחומר הוכחת שיתוף פעולה ונטילת סיכון מחושב של רוכש הדירה. משכך, לאור חשיבות קביעתם של כללים ברורים ופשוטים ליישום, יש צורך לקבוע באופן ברור מהם התנאים שהתקיימותם עשויה להעניק לבנק באופן מעשי את היכולת להימנע מתשלום הערכות מהטעמים האמורים.

לדעתנו, הכלל המתאים לעניין זה מביא בחשבון את המאפיין העיקרי של רוב רוכבי של המקרים האמורים – הפחתה משמעותית של מחיר הדירה ביחס למחיר

84 למשל מכוח עקרון תום הלב. כמו כן, ראו הדין בחריג המרמה והנסיבות המיוחדות בסעיף 8, פרק ז' להלן.

הדירות בפרויקט. טבעם של מעשי הקנוניה והסיכון המחושב המתוארים לעיל הוא כזה, שהרווח האישי שיפיק הרוכש מאי־הפקדת הכספים בחשבון הפרויקט הוא הפחתה משמעותית במחיר הדירה. משכך, יש לקבוע כלל שלפיו הבנק יוכל להימנע מתשלום הערכות בכל מקרה שבו מחיר הדירה יופחת באופן משמעותי או שמועדי התשלום יתאחרו באופן מהותי, והכול ביחס למקובל באותו פרויקט. בכל מקרה שבו ייווכח הבנק כי אירע אחד משני תנאים אלה, יוכל להימנע מלשלם את סכום הערכות, אלא אם כן הרוכש יוכיח כי אין קשר בין התקיימות התנאים לבין אי־הפקדת הכספים בחשבון הפרויקט.

נוסיף ונציין, כי הבנק יכול, בדרך כלל, להתגונן בזמן אמת מפני מעשי מרמה כאמור. יכולתו של הבנק להתגונן נובעת מכך שהקבלן ממילא מחויב, במסגרת הליווי הפיננסי, להציג לבנק את חוזי מכירת הדירות, כך שהבנק יכול לבחון את מחיר המכירה, ולזהות כשלים בעוד מועד. מחיר מכירה נמוך במיוחד צריך לעורר את הבנק לבדוק את העסקה ואת התנהלות הקבלן, עוד בטרם ימשיך הקבלן בבנייה וכביצוע עסקאות שעלולות לסכן את הפרויקט כולו, דבר רצוי כשלעצמו ושיש לעודדו. עם זאת, ייתכן שהקבלן יציג לבנק חוזה מזויף, שהוא יצר, במחיר מכירה סביר, בעוד שהחוזה האמיתי, המוסתר מעיני הבנק, נוקב במחיר נמוך משמעותית מזה. במקרה כזה הכלל האמור ישמש את הבנק, שכן במהלך הבדיקה בעניין דרישת התשלום של הרוכש על פי הערכות ביום מן הימים, קרוב לוודאי שהבנק יוכל לגלות את הזיוף, ואז יעמוד לו הפטור האמור<sup>85</sup>.

בכל מקרה נזכיר שוב, כי מעקב הבנק אחר כניסת הכספים לחשבון הפרויקט ביחס לערביות המבוקשות על שם אותו רוכש, תגלה אי־התאמה בין סכום הערכות המבוקש על ידי הקבלן לבין הסכום שנכנס לחשבון הפרויקט (גם אם הוא נכנס במועד מאוחר במעט מיום הוצאת הערכות, שכן גם אז יוכל הבנק לטפל בעוד מועד בכשל העולה מכך). הוא הדין במקרה של עסקאות חליפין למיניהן ("בארטר"), וכיצא באלה עסקאות שבהן הרוכש משלם את התמורה, שלא בדרך של תשלום כספים לקבלן, כדוגמת קיזוז חיוב של הקבלן כלפי הרוכש מכוח חוזה אחר כנגד חיובו של הרוכש כלפי הקבלן מכוח חוזה רכישת הדירה. גם כאן מעקב אחר חשבון הפרויקט, ביחס לערביות המבוקשות על ידי הקבלן, יאפשר לבנק להתמודד עם הגירעון שנוצר עקב כך בחשבון הפרויקט בזמן אמת. לא כל שכן, במצב שבו יתברר בדרך אחרת, כי מחיר הדירה הופחת משמעותית, שאז יעמוד לימין הבנק סעיף הפטור האמור. זאת, בפרט לאור העובדה שאירועים כגון אלה המתוארים לעיל מתרחשים, פעמים רבות, תוך שיתוף פעולה בין הקבלן לספק כלשהו שלו, על מנת להסתיר כספים מעיני הבנק.

85 לסיטואציה שבה נוצרה קנוניה בין הרוכש לקבלן כנגד הבנק ראו: ע"א 508/89 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' דוכובי־אלמוג, פ"ד מה(3) 68 (1991).



## 5. העילות למימוש הערכות

כל כתבי הערכות שנסקרו עוקבים באופן דווקני אחר ארבע עילות המימוש המנויות בחוק, בצירוף הקשר הסיבתי הנדרש בין התממשות מי מהעילות לבין מניעה למסירת הזכות בדירה לרוכש. למעשה כתבי הערכות הנפוצים מצטטים את סעיף 2(1) לחוק במלואו. מכאן, שעילות המימוש על פי כתבי הערכות הן: עיקול שהוטל על הדירה או על הקרקע שעליה היא נבנית, צו לקבלת נכסים, צו פירוק וצו למינוי כונס נכסים, שניתנו נגד המוכר או נגד בעל הקרקע. לכאורה אפשר להבין, כי רק ארבע עילות אלה, בצירוף מניעה למסירת הזכות בדירה, מהוות סיבה למימוש הערכות. כל טעם אחר למימוש אינו אפשרי על פי כתב הערכות. הבעיה בניסוח כזה של כתב הערכות היא שקביעה קטגורית מהסוג האמור אינה תואמת את פרשנות בתי המשפט לחוק, שלפיה העילות המנויות בחוק אינן רשימה סגורה, ואפשר להוסיף עליהן עילות נוספות, ובלבד שיעמדו בתנאי של מניעה למסירת הזכות בדירה לרוכש<sup>86</sup>. משכך, ניסוח כאמור עלול למנוע מהרוכש את היכולת לממש את הערכות, מקום שבו נקבעה בפסיקה זכותו לעשות כן, ומקום בו לא נקבעה, אמנם, זכות כזו, אולם פרשנות תכליתית של החוק צריכה לאפשר זאת. דוגמאות לעילות מימוש נוספות שהוכרו בפסיקה הן, למשל, ביטול הסכם הקומביניציה בין בעל הקרקע לקבלן ואי יכולת לקבל היתר בנייה<sup>87</sup>. דוגמאות לעילות נוספות שפרשנות תכליתית צריכה להוביל אליהן הן, למשל, צו הקפאת הליכים, פשיטת רגל של קבלן שלא התאגד, ועוד. בפרק זה ובפרק ז' להלן מצויה התייחסות נרחבת לעילות מימוש נוספות על הארבע המפורטות בחוק, כדוגמת אלה המתוארות כאן. נושא זה יידון אפוא במסגרת יתר הסעיפים שבפרק זה ובפרק ז', על פי ההקשר המתאים.

## 6. צירוף מסמכים

א. כללי – בכל כתבי הערכות שנסקרו מפורטות דרישות לצירוף של כמה מסמכים כתנאי לתשלום על פי הערכות. מסמכים אלה עשויים להיות: כתב הערכות המקורי ותיקונים לו אם נעשו; העתק נסח רישום מעודכן מפנקס המקרקעין, מאומת על ידי לשכת רישום המקרקעין, ואשר לפי האמור בו הדירה טרם נרשמה על שם הרוכש; העתק מאושר מהחלטת בית המשפט לעניין קיומה של אחת העילות הקבועות בסעיף 2(1) לחוק (העתק מצו העיקול, צו פירוק וכיו"ב); העתק מפנייה לקבלן תחילה; והקבלות הרשמיות המוכיחות ביצוע התשלומים למוכר על חשבון הדירה.

מחד גיסא, הדרישה להצגת מסמכים נועדה להגן על הבנק מפני חשיפה לתביעה מצד המוכר (או מצד מי שנכנס כנעליו) בנוגע לאותם מקרים שבהם

86 ראו הדין בסעיף 3 לפרק זה לעיל, והאסמכתאות המופיעות הצמודות לטקסט שם.

87 ראו עניין קליינברגר, לעיל ה"ש 75.

לא היה מוצדק, לטענת המוכר לממש את הערבות, ומימוש הערבות גרם למוכר לנזק, לעתים בלתי הפיך<sup>88</sup>. משכך, עשויה להיות הצדקה לדרישות מסוג זה בכתב הערבות, והן עשויות שלא לפגוע בתכלית החוק, שכן הן אינן פוגעות בהכרח בהגנה האמיתית של רוכש הדירה. כל שנדרש מהרוכש הוא מאמץ לא גדול על מנת להמציא מסמכים אלה. מאידך גיסא, הדרישה להצגת מסמכים, עלולה לפגוע בתכלית החוק, מקום שבו היא מטילה על הרוכש נטל בלתי סביר בנסיבות העניין. מכאן, שיש לאזן בין האינטרס של הבנק והמוכר, מחד גיסא, לבין האינטרס של הרוכש, מאידך גיסא, על רקע השאלה של החשיבות בהמצאת המסמכים האמורים להגנה על אינטרס הבנק או המוכר אל מול הנטל המוטל על הרוכש בשל כך. נגסה למצוא את האיזון הנכון בין האינטרסים האמורים.

ב. המצאת כתב הערבות המקורי — דרישה זו נועדה, לכאורה, למנוע מהבנק סיכון כפול, בו הערבות תידרש פעמיים. אנו סבורים כי סיכון זה אינו סיכון ממשי. הטעם לכך הוא כי כתב הערבות אינו מסמך סחיר, כמשמעות הנודעת למונח זה. לא ניתן להעבירו בהיסב, כך שאוחז בו, לשם הדוגמה, יהיה מעין אוחז כשורה. נכון הדבר, שאפשר, באופן עקרוני, להמחות את הזכויות על פי הערבות לצד שלישי, אולם המחאה שכזו אינה מעמידה את הבנק בסיכון, משתי סיבות. הסיבה האחת היא העובדה שהבנקים קובעים בכתב הערבות, כדבר שבשגרה, כי הערבות איננה ניתנת להעברה, אלא באישור הבנק מראש ובכתב<sup>89</sup>. משכך, לא ניתן להמחות את הזכויות על פי הערבות בלא ידיעת הבנק על כך ואף אישורו הפעיל לכך. הסיבה השנייה היא המצב המשפטי על פי סעיף 2(ב) לחוק המחאת חיובים, התשכ"ט—1969, שלפיו הבנק מוגן מפני פירעון לרוכש, כל עוד לא נודע לו על ההמחאה וכל עוד הוא פועל בתום לב. עם זאת, כל עוד הערבות המקורית מצויה בידי הרוכש, אין כל סיבה מדוע לא יציגה לבנק, ויפחית בכך את הטרחה הכרוכה בבדיקת המצב העובדתי משפטי, באשר לקיומה של המחאה על פיה. לפיכך אנו סבורים כי יש הצדקה לדרישה לקבלת כתב הערבות המקורי כתנאי לתשלום על פי הערבות, למעט במקרים שבהם הרוכש ימציא לבנק הצהרה כי כתב הערבות אבד או הושמד, תוך פירוט הנסיבות שהביאו לכך<sup>90</sup>. מובן כי הערבות תשולם רק אם היא רשומה בספרי הבנק ככזו שהבנק אכן הוציא אותה.

ג. העתק מנסח הרישום בפנקס המקרקעין המעיד על אי-רישום הדירה על שם הרוכש — למעשה מדובר כאן בדרישת הוכחה מצד הרוכש על כך שהערבות טרם פקעה. זאת, שכן העברת הזכות בדירה על שם הרוכש היא ממילא מאורע

88 מימוש הערבות על ידי רוכשי הדירות משמעותו במרבית המקרים, הפעלת הסמכויות המוקנות לבנק כלפי המוכר בהסכם השעבוד. סמכויות אלה כוללות בין היתר, מימוש הפרייקט או המשך בנייתה על ידי כונס מפעיל מטעם הבנק.

89 על סוגיה זו והשלכותיה ראו להלן סעיף 11 לפרק זה.  
90 לגישה דומה ראו: ת"א (מחוזי י"ם) 1602/98 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (לא פורסם).

המפקיע, ברשות החוק, את הערבות. בנוסף לכך, הבנק מצוי, בדרך כלל, בעמדה טובה דיה על מנת לדעת מהן מחויבויות הקבלן בנוגע לקרקע וכלפי מי, שכן הוא מממן את הקבלן בקשר לאותו פרויקט. לאור זאת אנו סבורים, כי רק במקרים שבהם הבנק אינו קשור למימון הפרויקט, סביר יהיה להטיל נטל של הוכחת אי־פקיעת הערבות, באמצעות נסח רישום בלבד, על כתפי הרוכש.

ד. העתק של החלטת בית המשפט להתקיימות אחת מארבע העילות המפורטות בחוק – גם כאן המצב דומה, בעיקרו, לזה המפורט לעיל בעניין הצורך בהמצאת נסח רישום. הבנק מצוי, בדרך כלל בעמדה טובה דיה על מנת להבין היכן הדברים עומדים בקשר לצווים שיפוטיים נגד הקבלן, הרלוונטיים למימון הבנק. יתרה מכך, בחלק מהמקרים הצו השיפוטי ניתן לבקשת הבנק ממש. דוגמה טיפוסית לכך היא צו למינוי כונס נכסים לפרויקט, בין על מנת שישלם את הכנייה בו ובין על מנת שיכנס את נכסיו וימכרם. מובן, כי במצבים מעין אלה אין כל הצדקה לדרישה כלשהי מהרוכש בעניין זה, ואין תכליתה אלא להטיל נטל מיותר על הרוכש, דבר המקשה עליו את קבלת כספיו המובטחים באמצעות הערבות. דומה אפוא שגם כאן סביר יהיה להטיל נטל כאמור על הרוכש רק במקרים בהם הבנק אינו נוטל חלק במימון הפרויקט, ובלבד שדי יהיה בהפניה של הבנק להחלטה השיפוטית, ולא דווקא השגתה על ידי הרוכש והמצאתה לבנק<sup>91</sup>.

ה. העתק מפנייה למוכר תחילה – הנימוק הניתן, בדרך כלל, להצדקת דרישה זו הוא היותו של המוכר בעל דברו הראשון של הרוכש, ולא הבנק הערב. משמתקיימים תנאים המעלים חשש לגבי כספו של הרוכש, ששולם למוכר, אזי טבעי כי הפנייה הראשונה תיעשה למוכר עצמו, ולא לבנק. דא עקא, שטענה זו מעלה כמה תהיות.

ראשית, עולה כאן השאלה של מידת האוטונומיות של הערבות, מעבר להיבט הבסיסי הנדון בפרק זה של עצם הצורך בהצגת מסמכים. הערבות אמנם אינה ערבות אוטונומית, ועל כך אין חולק, אולם היא גם איננה ערבות רגילה לצד שלישי, אלא ערבות על פי הדין. הדין קובע התקיימות של מניעה להעברת הזכות

91 ת"א (חי') 1191/99 שר נ' ורנסקי ישראל – חברה לתכנון ולביצוע עבודות הנדסה בנאי בע"מ, פדאור (3)02 449 (2002). שם קבע בית המשפט כי תנאי המחייב את הרוכש להמציא לבנק, כתנאי להשלום על פי הערבות, עותק מאושר של צו שיפוטי להתקיימות אחת העילות המפורטות בחוק, הוא תנאי סביר. הנימוקים שנתן בית המשפט לקביעה זו הם היותה של הערבות מותנית ולא אוטונומית, כך שאפשר לקבוע בה תנאים הקשורים לעסקת היסוד, וכי לצדדים מותר לקבוע תנאים שעל פיהם תשולם הערבות. בכל הכבוד, אנו חולקים על קביעות אלה. השאלה אם הצדדים הסכימו על דבר תנאי כזה או אחר בכתב הערבות אינה רלוונטית בשום פנים ואופן, שכן נוסח הערבות נקבע כולו על ידי הבנק. רצונו של הרוכש אינו יכול להיגזר מהעובדה שתנאי מסוים מצוי בכתב הערבות, שכן אין לו על כך כל השפעה. בית המשפט צריך היה לדון בעניין העקרוני הנגזר מהעמדת דרישות להצגת מסמכים, ועל יכולתו של הבנק לעמוד על המציאות בעצמו. בית המשפט לא עסק בכך כלל, אולי מאחר שהרוכשים לא העלו טענות בהקשר זה, אולי מאחר שדובר בבנק שלא נטל חלק במימון המוכר, כך שממילא היה צורך להעמידו על מצבו הכלכלי של המוכר.

בדירה לרוכש, בפרט לנוכח התקיימותה של אחת מארבע העילות המפורטות בחוק, כתנאי למימוש הערכות. התקיימותם של התנאים למימוש הערכות מקנה את הזכות למימושה, בלי קשר לשאלת קיומה של פנייה כזו או אחרת למוכר הדירה. התקיימות העילות היא אירוע שניתן לבחינה אובייקטיבית, ואמירה כזו או אחרת של הקבלן אינה מועילה כאן, כפי שהיא אינה מועילה במקרה ההפוך, שבו הקבלן יודיע כי אינו יכול למסור את הדירה. במקרה אחרון זה מובן כי הבנק ירצה לבחון, ובצדק, את סיבת אי-היכולת, והתאמתה לדרישות החוק. טוב יעשה הבנק אפוא אם ינקוט אותה הדרך גם במקרה הנדון כאן.

שנית, כמו במקרים הקודמים שנדונו על ידנו, גם במקרה זה יש לזכור כי הבנק, ברוב המקרים, יודע היטב, או צריך לדעת, מהו מצבו הכלכלי של הקבלן, ופנייה לקבלן אינה מוסיפה דבר לידיעתו. המקרה היחיד מבין המקרים הרלוונטיים לידיעתו של הבנק הוא הטלת עיקול. יתר המקרים הרלוונטיים הם מקרים יציבים בהרבה מבחינת שיקופם את המניעה הכרוכה בהם להעברת הזכות בדירה לרוכש. צו פירוק או צו לכינוס נכסים אינם ניתנים באותה קלות שניתן צו עיקול, והסיכוי לבטלם ולהשיב את המצב לקדמותו, מבלי לפגוע בנושי הקבלן, נמוך<sup>92</sup>. בכל המקרים, גם באלה שבהם הבנק אינו מממן את הקבלן בפרויקט, פנייה של הרוכש לקבלן אינה עומדת בבסיס הערכות ואינה צריכה להוות תנאי לתשלום הכספים על פיה. הבנק רשאי לבדוק את הדברים בכוחות עצמו. חשוב מכך, הבנק ממילא יבדוק את הדברים, והוא לא ישלם על פי הערכות, רק על סמך תשובה כזו או אחרת של הקבלן לרוכש.

מכאן שהדרישה לפנות למוכר תחילה איננה רלוונטית. כל זאת מקבל משנה חוקף לנוכח הדרישה הקיימת ממילא בכתב הערכות, להפניה לצו השיפוטי הרלוונטי, כך שקיומו אינו מוטל בספק. עם זאת, לאור פשטות העניין והיעדר טרחה בעלת משמעות מצד הרוכש, ולאור התועלת האפשרית שבדבר מצד הבנק, במקרים שבהם הוא אינו יודע על המתרחש אצל הקבלן, אין מניעה שהרוכש יידרש להציג מכתב פורמלי (למשל, בדואר רשום) ששלח לקבלן על מנת לעמוד על זכויותיו בחוזה המכר. אולם אין לדרוש מהרוכש יותר מכך (כגון תגובה מהקבלן וכיו"ב), ולאפשר זאת רק במקרים שהבנק עצמו אינו יודע על התקיימות אירוע למימוש הערכות.

ו. קבלות המוכחות את תשלום התמורה למוכר — כאן מדובר בתנאי שנועד להגן על הבנק מפני מעשי רמייה של הרוכש. בפועל הרוכשים אינם משמרים לעצמם, בהכרח, את קבלות התשלום למוכר, וגם אם שימרו לעצמם, הרי שישנה הסתברות לא נמוכה, שלפחות חלק מהקבלות יאבד עם הזמן. לפיכך, אין זה ראוי

92 אין מדובר כאן בצו כינוס נכסים שבמסגרתו ממונה כונס מפעיל לפרויקט, שכן במקרה זה ממילא מדובר בליווי פיננסי, ועל כן במצב שבו הבנק יודע היטב על מצבו הכלכלי של הקבלן.

להטיל נטל מיותר, ולעתים קשה לביצוע, על הרוכש. יש לאפשר לרוכש להוכיח את התשלום, ככל שהבנק אינו יודע על התשלום ממקורותיו (כגון הפקדה בחשבון הפרויקט), בכל דרך שהיא.

#### 7. סיום תוקפה של הערכות

החוק אינו קובע במפורש מהם האירועים המביאים לסיום תוקפה של הערכות, למעט האירוע הבסיסי של תשלום סכום הערכות על ידי הבנק הערב לרוכש או למי שקיבל ממנו את הזכות על פי הערכות<sup>93</sup>, והאירוע של השבת כספי התמורה לרוכש מאת הקבלן עצמו או ממי מטעמו. עם זאת, אפשר ללמוד מלשון החוק על שני אירועים נוספים. האירוע האחד הוא העברת הזכות בדירה לרוכש. היותו של אירוע זה "מאורע מפיקע" נלמדת מכך שהערכות נועדה להבטיח את כספי התמורה עד להעברת הזכות בדירה לרוכש. משהוסר הסיכון על השקעת הכספים של הרוכש פוקעת גם הערכות. האירוע השני הוא החלפת הערכות בבטוחה אחרת על פי החוק, בתנאי סעיף 2 לחוק<sup>94</sup>. דומה שתכלית החוק מורה לנו, כי אין בנמצא אירועים נוספים המביאים לידי סיום את תוקפה של הערכות, מלבד אלה שפורטו לעיל<sup>95</sup>. כך למשל, תנאי בכתב הערכות, הקובע כי הערכות תפקע בתאריך מסוים אינו מתיישב עם האמור בחוק. כך גם תנאי הקובע כי העברת הזכות בדירה לרוכש, גם אם היא כפופה לשעבוד או לעיקול, תפקיע את הערכות. נתמקד להלן בתנאי הנפוץ ביותר בכתבי הערכות לעניין סיום תוקפן.

בחלק מכתבי הערכות קיימת הוראה המפיקעה את הערכות הבנקאית במקרה שבו הרוכש קיבל את החזקה בדירה, או הוראה המחייבת את הרוכש להפקיד את הערכות הבנקאית בידי הנאמנות של עורך הדין של המוכר (הקבלן) כדי לקבל לידי את החזקה בדירה. הוראה זו נועדה למנוע מצב שבו הרוכש יקבל, מחד גיסא, את החזקה בדירה, ומאידך גיסא, ינסה להיפרע מהערכות הבנקאית.

כנגד הוראה זו אפשר לומר, כי החוק קובע שתכליתה של הערכות היא להבטיח את כספי הרוכש מרגע התשלום ועד לרגע שבו ייעלם הסיכון שכספי הרוכש יאבדו עקב כשל כלכלי של הקבלן. מסיבה זו החוק קובע כי מסירת הערכות לקונה נועדה להבטיח את הכספים ששילם הקונה על חשבון מחיר הדירה, במקרה שהמוכר "לא יוכל להעביר לקונה בעלות או זכות אחרת בדירה כמוסכם בחוזה המכר". כלומר מסירת הערכות נועדה להבטיח את העברת הזכות הנמכרת לקונה. אין הכוונה להעברת החזקה בדירה בלבד, אלא הזכות המשפטית שממנה נובעת החזקה, כשהיא נקייה מכל מגבלה. אם הרוכש רכש בעלות, אזי הכוונה היא להעברת הבעלות בדירה על שמו, ועד אז יובטחו כספיו באמצעות הערכות. אם המקרקעין

93 ראו סעיף 11 לפרק זה להלן.

94 בחלק מהערכויות שנסקרו נכתבו אירועים אלה במפורש.

95 ראו גם פרק ד' לעיל לעניין ויתור הרוכש על הערכות.

אינם רשומים בלשכת רישום המקרקעין והם רשומים במינהל מקרקעי ישראל, כך שלא ניתן להעביר את הבעלות במקרקעין עצמם, אלא רק זכות חוזית בהם, אזי הכוונה היא לכריתת הסכם עם מינהל מקרקעי ישראל. רק לאחר התקיימם של תנאים אלה יכולה הערבות לפקוע.

בנוסף לכך, על פי סעיף 2א לחוק, במקרה שבו המוכר מעוניין להחליף את הערבות הבנקאית בבטוחה קניינית לפי סעיפים 2(3), (4) או (5) לחוק, הוא רשאי לעשות כן, ובתנאי שבניית הדירה הושלמה והחזקה בה נמסרה לקונה, אלא אם כן הוסכם אחרת בחוזה המכר. הביטוי "השלמת דירה" נקבע בסעיף 1 לתקנות<sup>96</sup>, כאישור מאת מהנדס רשום, שהמציא המוכר לקונה, בדבר השלמת בנייתה של הדירה, לפי המפרט שבהתאם לחוק המכר (דירות), תשל"ג-1973. עם זאת, אם בהסכם המכר הוסכם על אפשרות להחלפה מוקדמת יותר של הערבות הבנקאית בערובה אחרת, הרוכש לא יהא חייב בתשלומים על חשבון מחיר הדירה בשיעורים העולים על אלה הקבועים בתוספת, וזאת על אף האמור בהסכם המכר. אולם, אם שילם הרוכש סכומים העולים על אלה הקבועים בתוספת, יוכל המוכר לבצע את החלפת הבטוחות, ובלבד שבגין החלק של הדירה שטרם נבנה, על פי השלבים הקבועים בתוספת, תיוותר הערבות הבנקאית.

לאור האמור, הוראה בכתב הערבות המביאה לפקיעתה, כבר לאחר העברת החזקה בדירה, בלא החלפתה בבטוחה אחרת על פי החוק, אינה עומדת בדרישות החוק. כך גם לגבי הוראה הקובעת כי על הרוכש להפקיד את הערבות בידי נאמן מטעם הקבלן, כתנאי לקבלת החזקה בדירה. כאמור<sup>97</sup>, החוק קובע באופן חד-משמעי כי יש למסור את הערבות לקונה. מסירת הערבות לאדם אחר, ובפרט למוכר עצמו או לנאמן, הפועל לא רק מתוך השיקולים של הקונה, איננה יכולה להיחשב כמסירה לקונה. טיבה של הערבות כבטוחה הוא שהקונה יוכל להפעיל אותה בכוחות עצמו, תוך התחשבות במגוון שיקוליו. פגיעה ביכולת זו של הקונה סותרת את כוונת המחוקק. ואכן, בית הדין לחוזים אחידים קבע כי תנאי בחוזה מכר דירה, המחייב את הרוכש להפקיד את הערבות, כמעמד מסירת הדירה, בידי נאמן של הקבלן, עד אשר יקבל הרוכש בטוחה חליפית לפי החוק, הוא תנאי מקפח<sup>98</sup>.

96 תקנות המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) (הוכחה בדבר השלמת בנייתה של דירה), תשל"ז-1976.

97 ראו פרק ד' לעיל.

98 ע"ש 7050/99 א. דורי חברה לעבודות הנדסיות בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פדאור סא(1) 538 (2001). הקבלן הגיש ערעור על פסק הדין בנקודות מסוימות, אולם הצדדים הגיעו להסכמה כי הערעור לא יידון. טענתו העיקרית של הקבלן בעניין הפקדת הערבות בידי נאמן כתנאי למסירת החזקה בדירה, הייתה שהבנק המממן את הקבלן דורש ממנו, כתנאי לשחרור הבטוחות שהקבלן מסר לבנק במסגרת המימון, את הערבויות, שכן אלה משולות לאשראי שמעמיד הבנק לטובת הקבלן. לאחר מתן פסק הדין התקיימו דינונים בעניין זה בין נציגי הקבלן, משרד המשפטים, בנק ישראל והבנק המממן, על מנת לפתור את הבעיה בה נתון הקבלן, נוכח האיטור בהפקדת הערבות בידי אל מול דרישת הבנק לקבל את הערבות כאמור. הפתרון שאליו הגיעו הצדדים הוא פתרון התואם ממילא את תכלית החוק: אם אפשר

## 8. ביטול הערכות

כל הערביות שנסקרו כוללות תנאי המאפשר לבנק או לרוכש לבטל את הערכות בנסיבות מסוימות. נוסח הערכות קובע כי הרוכש רשאי לבטל את הערכות על פי רצונו, בעת מסירתה, בדרך זו או אחרת, לבנק. לבנק, מצדו, על פי תנאי הערכות, רשאי לבטל את הערכות בהתקיים תנאים שונים, שהעיקריים שבהם הם ביטול חוזה המכר או שינויו. בעוד שהנושא של ביטול הערכות על ידי הרוכש כבר נדון בסעיף 1 לפרק ד', הנושא של ביטול הערכות על ידי הבנק בגין ביטול חוזה המכר יידון בסעיף 4 לפרק ז' להלן. בסעיף הבא נעסוק אפוא בביטול הערכות על ידי הבנק בשל שינוי חוזה המכר.

## 9. איסור על ביצוע שינויים בחוזה המכר

חלק מהערביות כוללות תנאי, שלפיו הרוכש לא יהיה זכאי לתשלום על פי הערכות, אם וככל שהסכם רכישת הדירה ישונה על ידי הצדדים. ככלל, איננו רואים סיבות להצדקה של שינוי בחוזה הרכישה, ככזה שיביא לאי-תשלום של הבנק על פי הערכות, לא במקרים של ליווי פיננסי, ולא כל שכן במקרים של ערכות שהוצאה שלא במסגרת ליווי פיננסי. הדבר מקבל משנה תוקף לאור העובדה שפעמים רבות ייתכנו שינויים סבירים בחוזה, שאין להם כל קשר לסיכון פיננסי כלשהו של הבנק. כידוע, לעתים מזומנות דעתו של רוכש הדירה אינה מגובשת דיה בעת כריתת חוזה המכר. כך לעניין צבע הקרמיקה, כך לעניין מיקומם של קירות בבית, כך לעניין המועדים המדויקים לתשלום וכך לעניינים נוספים. מובן שהשלכת שינויים כגון אלה על יכולת הבנק לבטל את הערכות, אין לה ולא כלום עם מטרת הערכות ועם סיכון כלשהו למאן דהוא. אולם גם במקרים של שינויים מהותיים כלשהם בחוזה הרכישה, לא נמצא, כאמור, הטעם לפגום בתוקפה של הערכות.

נכון הדבר שישנם חששות העולים מהפחתה משמעותית במחיר הדירה או מאיחור משמעותי של מועדי התשלום, בהקשר של ליווי פיננסי. עמדנו על חששות אלה בדיון בעניין התנאי המתלה את תוקפה של הערכות בהפקדה בחשבון הפרויקט<sup>99</sup>. עמדתנו הייתה כי יש לבטל את התנאי האמור בערביות, ולאפשר לבנק, בנסיבות מסוימות, להימנע מתשלום על פי הערכות, בהתרחשותו של אירוע של הפחתה משמעותית במחיר הדירה או איחור מוסכם משמעותי של מועדי התשלום. זאת, מאחר ששני אירועים אלה עשויים ללמד על שיתוף פעולה

להחליף את הערכות בכטוחה אחרת, על פי תנאי סעיף 2 לחוק, אזי הקבלן יעשה כן וידרוש את הערכות המקורית מהרוכש. דרישה זו טובא לידיעת הבנק המממן, שיוכל, בנסיבות אלה, ולאור העובדה שממילא הערכות פוקעת מהותית, גם אם לא פורמלית, לאחר החלפתה בכטוחה אחרת בתנאי החוק, להסיר מספריו את ההתחייבות הגלומה בערכות, ולשחרר את הקבלן מהתחייבות זו.

99 ראו סעיף 4 לפרק זה לעיל.

בין הרוכש לקבלן, לשם הסחרת כספים מכוונת מהבנק. הצענו גם שעל הרוכש, במקרים כאלה, יוטל להראות כי ההפחתה המשמעותית במחיר הדירה או ההתאחרות המשמעותית של מועדי התשלום, אינם כרוכים בקנוניה או במעשה מודע לפגיעה בבנק. חשוב להדגיש, כי שינוי מהותי כאמור בחוזה הרכישה רלוונטי לעניין הערבות רק בהקשר של אי-הפקדה בחשבון הפרויקט, מקום שבו נדרש לעשות כן במסגרת ליווי פיננסי. ככל שהרוכש הפקיד את התמורה בחשבון הפרויקט, הרי שמניה וביה נשללת האפשרות למעשה מרמה נגד הבנק, ועל כן אין בשינוי כזה או אחר בחוזה המכר, כדי לפגום בתוקפה של הערבות.

### 10. זכות קיזוז

רוב כתבי הערבות כוללים סעיף המאפשר לבנק לקזז את הסכומים שיהא חייב בהם על פי הערבות עם סכומים שהרוכש חב לו, בגין הלוואות שקיבל לשם רכישת הדירה או בשל חיובים אחרים של הרוכש מכל מקור שהוא, הכול בהתאם לנוסח הערבות המסוימת. לעתים, בניגוד לזכות הקיזוז הכללית על פי סעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים"), הכוללת אך ורק חיובים שהגיע מועד פירעונם, מכיל כתב הערבות זכות קיזוז מורחבת, הכוללת גם קיזוז בנוגע לחיובים של הרוכש לבנק, גם אם טרם הגיע מועד פירעונם. אפשר למצוא הצדקה לקביעת זכות קיזוז חוזית בכתב הערבות, אולם קשה למצוא הצדקה להרחבת זכות הקיזוז החוזית ביחס לזכות הקיזוז על פי הדין. החשיבות, מצד הבנק, של הכללת זכות קיזוז בכתב הערבות נובעת בעיקר מכך, שהבנק מעוניין להימנע ממצב שבו ישלם לרוכש כסף על פי הערבות, אולם ייוותר עם חוב של הרוכש לבנק שלא נפרע. במילים אחרות, הבנק מעוניין להשתמש בערבות כבטוחה לפירעון חובות אחרים של הרוכש לו. אינטרס חשוב נוסף של הבנק להכללת זכות קיזוז בכתב הערבות נעוץ בכך שהרוכש עשוי להמחות את זכותו בערבות לצד שלישי, מה שמחייב להכפיף את זכותו לזכות הקיזוז של הבנק<sup>100</sup>. לעומת זאת, נטילת הזכות על ידי הבנק לקזז גם חיובים שטרם הגיע מועד פירעונם, אינה אלא ניצול של העובדה כי הוא זה שמנסח את כתב הערבות. איננו רואים סיבה לכך שהבנק ינצל את העובדה כי הוא חב כספים על פי הערבות, על מנת להעמיד לפירעון מוקדם חיובים של הרוכש לבנק כלקוח שלו. כבר נאמר לא פעם כי קיזוז בטרם הגיע מועד הפירעון מתנה על הוראת סעיף 53 לחוק החוזים, והוא מהווה שימוש אסור בזכות, שכן הדין אינו מאפשר לנושה להיפרע בטרם עת, ובכך לשבש את המועדים שקבעו הצדדים לקיום חיוביהם<sup>101</sup>.

100 ראו הדין בסעיף 11 לפרק זה להלן.

101 ראו למשל: מיגל דויטש, נילי כהן, שלום לרנר, מנחם מאוטנר, אריאל פורת ודניאל פרידמן דיני חיובים – חלק כללי 497 (דניאל פרידמן עורך, 1994); ע"ש 195/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פדאור (סג) 1, 481, פ"ס 243 (2004).



יש לשים לב לכך, שזכות הקיזוז הרגילה מספקת לבנק הגנה ראויה מפני האפשרות של היוותרות ללא בטוחה, ביחס להלוואה שהוא נתן לרוכש לשם רכישת הדירה, שבגינה גם הוצאה הערבות. הסיכון הבסיסי הטמון בסיטואציה מעין זו לבנק, מקורו בכך שהערבות מהווה מעין בטוחה חליפית לאשראי שנתן הבנק ללקוח לרכישת הדירה, שכן במקרה שבו יתקיימו התנאים למימוש הערבות, עלול להיווצר מצב שבו הבטוחה העיקרית לאשראי, קרי: הזכויות בדירה, תאבד. או אז ייוותר הבנק עם אשראי ללא בטוחה, דבר שאין הצדקה לאפשרו, בפרט שתוצאתו היא חיוב הבנק לשלם לרוכש על פי הערכות, מקום שבו נותר הבנק עם אשראי לא מובטח. הפתרון לסיכון זה נתון לבנק מכוח חוזה ההלוואה עצמו, המאפשר לו להעמיד את ההלוואה לפירעון מידי בתנאים מסוימים, שאחד מהם הוא פגיעה מהותית בבטוחה או אבדנה. העמדה לפירעון מידי מביאה, כמובן, לכך שיגיע מידית מועד פירעונו של חיובו של הרוכש לבנק. זהו סעיף סטנדרטי המצוי בכל חוזה ההלוואה של הבנקים. עולה אפוא שעל מנת להתגונן בפני הסיכון האמור, אין לבנק שום צורך בזכות קיזוז מורחבת, אלא די לו בזכות הקיזוז הרגילה, של חיובים שהגיע מועד פירעונם. זאת, נוסף לכך שכפי שפירטנו לעיל, הקדמת מועד הפירעון לשם קיזוז איננה לגיטימית לפי הדין הישראלי.

שאלה נוספת היא, האם יש לאפשר לבנק לקזז מכספי הערבות חובות של הרוכש, שהגיע מועד פירעונם, ושאינם חובות קשורים לרכישת הדירה, כגון חובות בחשבון עובר ושב, חובות בגין הלוואה לרכישת רכב וכיו"ב. מצד אחד, יש היגיון בכך שהבנק לא ישלם כסף, לא משנה מה מקורו, למי שחייב לו כסף ולא פורע את חובו. מצד שני, יש לזכור כי הערבות ניתנה לרוכש כבטוחה לכספים ששילם בגין רכישת הדירה. קיזוז חובות שאינם קשורים לרכישת הדירה פוגע בערך הבטוחה, ולמעשה מביא לכך שהיא אינה מבטיחה את כל השקעת הרוכש, אלא רק את השקעתו בניכוי הסכומים שהוא חב לבנק. השאלה היא, למעשה, האם מוצדק להפריד את הבטוחה ממאזן הנכסים וההתחייבויות שבין הבנק לרוכש. דומה שהתשובה היא חיובית. מטרת הערבות היא להבטיח את כספי התמורה בגין רכישת הדירה. אין מדובר בהתחייבות רגילה של הבנק כלפי הרוכש, אלא בהתחייבות ייעודית מכוח חוק למטרה מסוימת. לכן יש להימנע מכל פגיעה בזכות ההשבה של הרוכש בגין הכספים ששילם עבור רכישת הדירה. הבטוחה היא קודם לכל של הרוכש ולטובתו, ולכן יש לאפשר לו לממש בלא שיקוזו ממנה סכומים כאלה ואחרים, למעט אלה הקשורים ישירות לרכישת הדירה, כגון הלוואה שניתנה לרוכש לשם כך. סכומי כסף אחרונים אלה הם למעשה כספי הבנק עצמו, המהווים חלק מהשקעתו הישירה של הרוכש בדירה, ומובן מאליו שיש לאפשר את קיזוזם מהתשלום של הבנק על פי הערבות. מובן גם, שלבנק ימשיכו לעמוד כל הכלים האחרים העומדים על מנת לגבות את חובו מהרוכש ביחס לחובות אחרים שלו לבנק.

## 11. הגבלות על העברת הזכויות על פי הערבות

כל הערבויות שנסקרו כוללות תנאי המגביל את יכולתו של הרוכש להעביר את זכותו על פי הערבות לאחר. העברת הזכויות על פי הערבות יכולה להיעשות באמצעות המחאה, בין על דרך מכר, בין על דרך פירעון חוב ובין על דרך השעבוד. מאחר שהערבות איננה בגדר "מסמך סחיר"<sup>102</sup>, אי־אפשר לסחור בה באמצעות היסב או מסירה כשלעצמם, אלא באמצעות המחאת הזכויות על פי הערבות באחת הדרכים האמורות. אחת המשמעותיות לכך היא שהעברת הזכויות על פי הערבות איננה ממרקת אותן, כפי שקורה בעת סיחור שטר לאוחז כשורה. מכאן, שטענות הבנק (החייב) כלפי הרוכש, בעת שנודע לו על המחאה, עומדות לו גם כנגד הנמחה.

ככל שהתנאי המגביל את יכולתו של הרוכש להעביר את זכותו על פי הערבות הוא כללי, ואינו קובע חריגים כלשהם, דומה שהוא מתנה באופן בלתי סביר על זכותו הבסיסית של הרוכש, המוצאת את ביטויה בין היתר בחוק המחאת חיובים, לסחור בזכותו החוזית על פי הערבות ולקבל ערך עבורה. אולם בדרך כלל זכותו של הרוכש אינה מוגבלת באופן מוחלט, אלא היא מותנית בהסכמת הבנק מראש ובכתב.

המצב פשוט בכל הנוגע להעברת הזכויות על פי הערבות לתאגיד בנקאי אחר, שהרוכש מבקש ליטול ממנו הלוואה. עניין זה מוסדר בסעיף 7 להוראת ניהול בנקאי תקין מס' 451-5 של המפקח על הבנקים, הקובע כי תאגיד בנקאי לא יסרב לבקשת רוכש דירת מגורים, להעביר את הזכויות על פי הערבות לתאגיד בנקאי אחר שהעמיד הלוואה לאותו רוכש. אפשר לפרש את כוונת המפקח באופן שבו היא תורחב גם לגבי מבטח, חברה מנהלת וגופים פיננסיים מפקוחים אחרים הפועלים בשוק ההון במתן אשראי. מטרת הסעיף יפה גם למקרים אלה, שכן היא באה למנוע מצב שבו הרוכש יחויב ליטול הלוואות רק מהבנק מוציא הערבות, ולא יוכל לפנות לגורמים דומים אחרים לצורך קבלת מימון. זאת, בהתחשב בכך שהערבות היא נכס מרכזי מבין אלה העומדים לרשות הרוכש בבואו לבקש אשראי (כשעבוד משלים הכרחי לשעבוד הזכויות החוזיות כדירה).

הקושי הוא כאשר לצורך בהסכמת הבנק מראש ובכתב במקרים של העברת הזכות למאן שהוא אחר, ולצורכי אשראים שונים, שאינם קשורים דווקא לדירה המסוימת. אחת הסיבות לרצונו של הבנק לשלוט בנמחים של הזכויות על פי הערבות היא חשיבות הדבר במקרה של ליווי פיננסי. כאשר הקבלן נקלע לקשיים, והבנק מעוניין לפעול לשם השלמת הבנייה, מימוש הערבויות עלול לטרפד את היכולת להשלים את הבנייה, ולהביא לכך שהמקרקעין ימומשו כפי שהם. בהתעלם

102 למעשה דרישת הכתב כלל איננה תנאי לקיומה של הערבות, אם כי מאחר שמדובר בערבות בנקאית הניתנת על ידי הבנק הנוהג הקיים הוא שהערבות מוצאת על גבי נייר מיוחד של הבנק.

כרגע מהתוצאות הבעייתיות האפשריות של פעולת הבנק לשם השלמת הבנייה<sup>103</sup>, הרי שבאותם מקרים שבהם האינטרס של הרוכשים ושל הבנק זהה, הבנק לא יוכל להשלים את הבנייה, מהטעם שהנמחים יסרכו לשתף עמו פעולה, וידרשו את מימוש הערכות. ריבוי של דרישות כאלה עלול ליצור מצב שבו אי־אפשר יהיה להשלים את הבנייה, שכן הבנק יאלץ לשלם את סכום הערכויות לנמחים, דבר העומד בניגוד לרעיון של השלמת הבנייה. דרישות תשלום אלה גם עלולות לעמוד בניגוד לאינטרס של רוכשי הדירות עצמם לקבל, בסופו של יום, את הדירה. במילים אחרות, העברת הזכויות על פי הערכות לבעלי אינטרסים החורגים מהאינטרסים של הפרויקט הנבנה, עלולה לפגום במשמעויות של ליווי סגור של הפרויקט, בו אפשר לפעול על סמך החלטות הנוגעות לפרויקט בלבד, ועלולה ליצור ניגוד אינטרסים בין הבנק והרוכשים, מצד אחד, לבין הנמחים, מצד שני. לכן יש הצדקה לפיקוח מצד הבנק על הנמחים כאמור<sup>104</sup>.

בניגוד לכך, במקרים שאין מדובר בערכויות שניתנו במסגרת ליווי פיננסי, קשה למצוא את ההצדקה להגבלה על יכולתו של הרוכש להמחות את זכויותיו על פי הערכות, ודומה שדי בהודעה לבנק־החייב על ההמחאה, כדי להביא לכך שיצטרך לשלם את סכום הערכות, בעת התקיימות התנאים למימושה, לנמחה, בכפוף לטענות העומדות לרשותו כלפי הנמחה מכוח סעיף 2(א) לחוק המחאת חיובים<sup>105</sup>.

## 12. סיכום ביניים

כפי שראינו, חוק המכר הבטחת השקעות קובע את החובה להעניק לרוכש הדירה ערכות בנקאית, אולם לא קובע במדויק את תוכן כתב הערכות, למצט בהוראות סעיפים 2 ו-2א לחוק. לפיכך על השלמת נוסח כתב הערכות להיעשות במקום שבו היא נדרשת, על פי מטרת החוק, ובכפוף לאיזון שהמחוקק ביקש ליצור, קרי: שמירה על האינטרס המהותי של רוכשי הדירות ומניעת מימוש סיטוני של ערכויות. משכך, הוראות שהוכנסו על ידי הבנק, שיש בהן כדי להגן על זכויותיו של המוכר, ואינן פוגעות בתכלית החוק, יהיו סבירות, ויש להימנע מלבטלן. בשנת 2002 נעשה ניסיון להסדיר את בעיית נוסחם של כתבי הערכות המוצאים

103 נושא זה יידון בסעיף 3 לפרק ז' להלן. לצורך הדיון כאן נניח לרגע, כי מדובר במצב שבו הקבלן נקלע לקשיים הרבה לפני שהגיע מועד המסירה החוזי של הדירה.

104 אפשר לשקול, בהקשר זה, יצירת המחאה מיוחדת אשר תחייב, כנסיבות מסוימות, את הנמחה לקבל את הסכמת הרוכש־הממחה לעצם מימוש הערכות בלבד (להבדיל מהזכות לקבלת הכספים כתוצאה מהמימוש). יצירת המחאה בדרך זו, תמנע (או תקטין) את אותם מצבים של ניגודי אינטרסים פוטנציאליים.

105 לרבות בכפוף לזכות הקיזוז של הבנק ביחס לחובות של הרוכש־הממחה. ראו לעניין זה: ע"א 1226/90 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' הסתדרות הרבנים דאמריקה, פ"ד מט(1) 177 (1995). כן יש להזכיר את סעיף 4 לחוק המחאת חיובים, התשכ"ט-1969 המגן על החייב מפני תשלום שגוי במקרה של המחאות סותרות שלא ידע עליהן.

על ידי הבנקים מכוח חוק המכר הבטחת השקעות, באמצעות פנייה של בנק ישראל לבית הדין לחוזים אחידים, על מנת שישנה או יבטל תנאים מקפחים בחוזה הערכות של בנק טפחות<sup>106</sup>. ההליך, אשר החל בסוף שנת 2002, עתיד להסתיים בזמן הקרוב בהסכמה, בלא שיינתן פסק דין עקרוני בסוגיות שעלו בו. הטעם העיקרי להעדרו של פסק דין מנחה, הוא החלטתו של בנק המזרחי (שבנק טפחות התמזג לתוכו) למחוק מכתב הערכות תנאים רבים מאלה שהבקשה שהגיש בנק ישראל התייחסה אליהם. החיסרון בהחלטה כזו הוא ייתור ההליך מניה וביה. זאת, שכן ההליך הוא כנגד תנאים מקפחים בחוזה אחיד, וככל שהצד המנסח את החוזה מחליט למחוק את אותו תנאי שכנגדו נטען בבקשת הביטול, הרי שהדיון בו מתייתר מיד. למעשה אי-אפשר למנוע מהצד שניסח את החוזה לתקנו כאמור, ובכך למנוע דיון מקיף בשאלות העקרוניות ובעלות החשיבות הציבורית העולות מהחוזה, אשר רלבנטיות לספקים נוספים בעלי חוזים דומים.

הפתרון הנכון הוא אפוא שימוש עצמאי בסמכויותיו של בנק ישראל, על מנת לאכוף על הבנקים את גישתו הפרשנית לחוק. אין ספק שאכיפה כאמור היא בסמכותו של המפקח על הבנקים בבנק ישראל, ולאור החשיבות הציבורית של הדבר והקשיים המרובים שתוארו בפרק זה, מן הראוי שייטול על עצמו משימה זו. פתרון אפשרי נוסף הוא קביעה בחקיקה, בין ראשית ובין חקיקת משנה, נוסח מחייב של ערכות בנקאית<sup>107</sup>.

## ז. היקף הגנת החוק על רוכש הדירה

לאחר שבחנו את התנאים הרווחים בערבויות שמוציא הבנק לרוכשי הדירות שבפרויקט, ננסה לבחון עתה את היקף ההגנה שמעניק לרוכש סעיף 2(1) לחוק, מול סוגי הסיכונים שעלולים להתרחש במהלך בניית הדירה ועד להעברת הזכות בה לרוכש.

### 1. בעיות כלכליות למוכר

סיכון זה משתייך לסוג הסיכונים המרכזי שאליו מכוון החוק: הגנה על השקעתו של רוכש הדירה אל מול הסיכון שהזכות בדירה לא תועבר לו בשל מצב כלכלי רעוע של המוכר. במסגרת הגנה זו אפשר לכלול, למעשה, את כל עילות המימוש המוזכרות בסעיף 2(1) לחוק: צו עיקול, צו לקבלת נכסים, צו פירוק וצו למינוי כונס נכסים. כל אלה מעידים על מצב כלכלי רעוע של המוכר, בין שהמצב מידרדר

106 ראו עניין בנק ישראל, לעיל ה"ש 59.

107 רעיון זה קיבל ביטוי מעשי בשעתו בתזכיר חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) (תיקון), התשנ"ג-1992. בסעיף 2(1)(2) לתזכיר הוצע לתקן את סעיף 2(1) לחוק, כך שייכתב: "מסר לקונה ערכות בנקאית בנוסח שקבע שר הבינוי והשיכון בצו להבטחת החזרתם של כל הכספים ששילם הקונה על חשבון מחיר הדירה".

לכיוון אי-היכולת למסור את הזכות בדירה לרוכש, כגון מתן צו עיקול, ובין שהמצב הוא קרוב לוודאי לגבי אי-מסירתה, כגון במקרה של צו פירוק שניתן, ובלבד שאכן תהיה מניעה למסירת הזכות בדירה.

עם זאת, אין אלה האירועים היחידים העשויים להעיד על אי-יכולת למסור את הזכות בדירה לרוכש, בגין מצב כלכלי רעוע של המוכר. אירועים משמעותיים נוספים יכולים להיות גם פשיטת רגל של קבלן פרטי (שלא התאגד) בלא שניתן נגדו צו כינוס, וכן צו הקפאת הליכים שניתן כנגד המוכר<sup>108</sup>.

חרף העובדה שהאירוע הראשון אינו נכנס לגדר החוק במפורש, דומה שקשה לשער שהחוק התכוון להוציאו מתחולתו. אין חולק כי פשיטת רגלו של אדם זהה, במהותה, לפירוק של תאגיד. משהסיכון לרוכש הוא אותו סיכון והמהות אותה מהות, אין לנו אלא לומר כי האפשרות שקבלן לא יתאגד כחברה, ויפשוט רגל בלא שיינתן צו לכינוס נכסיו, נשמט מנוסח החוק, ככל הנראה בשל כך שהוא אירוע נדיר. נקל לומר שאירוע מהסוג האמור נכנס בגדר החוק, בלא צורך בפרשנות מיוחדת לכך.

גם האירוע של מתן צו הקפאת הליכים נגד המוכר צריך היה להיות במסגרת העילות למימוש הערבות, ואין להסיק מאי-קיומו שם, את המסקנה כי הדבר מכונן דווקא ההיפך הוא הנכון, כפי שקבע בית המשפט בעניין הבר, בכל הנוגע לחוק הבטחת השקעות, דין הקפאת הליכים כדין פירוק. שניהם עוסקים בקבלן חדל פירעון. שניהם עוסקים בחלוקת מסת הנכסים באופן שוויוני<sup>109</sup>. זאת ועוד, כפי שצו הקפאת הליכים מעכב הליכים משפטיים נגד הקבלן, ובכך מאפשר לו להמשיך ולבנות את הפרויקט, כך גם יכול צו פירוק, תוך מינוי מפרק מפעיל (או כונס מפעיל) לכוון להשלמת הפרויקט, מבלי לעכב הליכים. שני המקרים זהים במהותם, ואיננו רואים טעם לכך שרק אחד מהם ייכנס לגדרו של החוק. משכך, כאמור בעניין הבר, יש לקרוא לתוך החוק כאילו מצויה בו עילת המימוש בדמות צו הקפאת הליכים. חשוב להדגיש, כי בניגוד לצו פירוק ללא מינוי מפרק מפעיל, צו הקפאת הליכים לא יוביל, בדרך כלל, לאפשרות לממש את הערבות באופן מידי. הטעמים לכך הם שניים. ראשית, בקשה למתן צו הקפאת הליכים עוקבת לבקשה המוגשת לבית המשפט לאישור הסדר או פשרה בין נושי החברה, ובדרך כלל אף מוגשת כחלק בלתי נפרד מבקשה כזו מלכתחילה<sup>110</sup>. הרוכשים הם חלק בלתי נפרד מנושי

108 בדרך כלל נהוג לראות גם בבקשה להסדר פשרה עם נושים, כאירוע המצדיק נקיטת פעולות חריפות. הוראה מסוג זה קיימת בדרך קבע בחוזים במשק. ככל שמדובר ברוכש דירה, בקשה להסדר פשרה עם הנושים אינה יכולה להוות, כשלעצמה, עילה למימוש הערבות, כמפורט להלן בדיון בעניין צו הקפאת הליכים. כמו כן, ייתכן מצב שבו לאורך זמן רב הקבלן לא יבנה את הדירה, בשל מצב כלכלי רעוע, אשר אינו לובש צורה משפטית ברורה. למקרה מסוג זה ראו ההתייחסות לאיחור במסירת הדירה, בסעיף 3 לפרק זה.

109 ראו פש"ר 1896/92, כ"ש"א 21905/03 הבר ג' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פדאור 04(3) 135, פס' 24 לפסק הדין (2004).

110 ראו: ורדה אלשיך וגדעון אורבך הקפאת הליכים הלכה למעשה 13, 30–31 (2005).

החברה, שבהינתן שאכן ניתן צו הקפאת הליכים, שממילא אחת ממטרותיו היא המשך פעילות החברה וניסיון לשקמה, תוך השלמת בניית הדירות בפרויקט, גובה נשייתם אינו עולה על גובה הפיצוי החוזי המוסכם בגין איחור במסירת הדירה<sup>111</sup>. משכך, הסדר נושים יכול גם אותם במסגרת אישור, ברוב מיוחס של 75%, של ההסדר. כאמור, נכון הדבר ששיעור הנשיה של רוכשי הדירות אינו גבוה, והוא מוגבל, בדרך כלל, לגובה הפיצוי החוזי המוסכם בגין איחור במסירת הדירה. נכון גם שרוכשי הדירות אינם מהווים, בהכרח, קבוצה בפני עצמה לעניין הרוב המיוחס הדרוש לאישור הסדר הנושים, כך שגם שיעור תמיכה בהסדר של פחות מ-75% בקרב רוכשי הדירות, עשוי להביא לאישור ההסדר בבית המשפט. אולם גם במצבים כאלה בית המשפט יתייחס באופן ספציפי לרוכשי הדירות ולאינטרסים שהם מייצגים<sup>112</sup>.

שנית, צו הקפאת הליכים נועד לשרת את המטרה של הבראת החברה ויכולתה להמשיך ולבנות את הפרויקט עד מסירת הדירות לרוכשים, והוא עומד לזמן מוגבל של תשעה חודשים. משכך, מכוח ההגדרה אין כאן מניעה למסירת הדירה. עם זאת, ייתכן שייגרם איחור משמעותי, ואף בלתי סביר, במסירה, אולם עניין זה יילקח בחשבון שיקוליו של בית המשפט אם לאשר את הסדר הפשרה שרוכשי הדירות שותפים לו. החשש הקיים ביתר המקרים, שרוכש הדירה יעמוד מול שוקת שבורה, ויאלץ לפתוח בהליכים כנגד הבנק למימוש הערבות, דבר שיאיץ, במידה רבה, את ערך הבטוחה שבידיו, אינו קיים במקרה של צו להקפאת הליכים. כאן רוכש הדירה אינו צריך לפתוח בהליך, ויש לו מסלול ישיר לבית המשפט, שישקול את שיקולי התועלת של כלל הרוכשים, לפי מה שמוצג בפניו.

לאור האמור, נראה כי טוב היה לו נוסח החוק היה כזה הקובע, באופן עקרוני, כי כל היקלעות של הקבלן למצב של חדלות פירעון, תהווה עילה למימוש הערבות, בתנאי שהיא מביאה לאי-מסירת הזכות בדירה. ציון אירועים מסוימים לעולם יביא לכך, וזה עתה עמדנו על כך, שחלק מסך האירועים הרלוונטיים לא ימצא את ביטויו בחוק, אף על פי שהוא עומד במטרות הבסיסיות שלשמן נחקק החוק.

## 2. ליקויים באיכות הבנייה

החוק קובע כי הערבות מהווה בטוחה עד העברת הזכות בדירה לרוכש כמוסכם בחוזה המכר. השאלה אם פירושן של המילים "כמוסכם בחוזה המכר" יכול היום,

111 פ"ד 1896/02 עו"ד מויאל בתפקידו כנאמן בהקפאת הליכים של חברת אמדר לבניין (אילת) בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי, פדאור 04(18) 11 (2003) (להלן: עניין מויאל); על אי-הכללת הערבויות עצמן, כחלק מהנשיה של הבנק, במקרה של צו הקפאת הליכים ראו: ע"א 3225/99 שיכון עובדים בע"מ נ' טש"ת חברה קבלנית לבנין בע"מ, פ"ד (נג) 97 (1999).

112 שם. וכן: ע"א 359/88 סולל בונה בע"מ נ' ד"ר י' נאמן כונס ומפרק של א. כוכב השומרון עמנואל בע"מ, פ"ד מה(3) 862 (1991) (להלן: עניין סולל בונה).

או צריך בעתיד, להכיל גם הפרות חוזה מהסוג המביא לאי־התאמה של הממכר, קרי: ליקויי בנייה, עומדת במוקד סעיף זה. בפועל, החוק לא התיימר מעולם להעניק הגנה לרוכש מפני ליקויי בנייה למיניהם, ודומה שיש לכך הצדקה. מתן הגנה בגין ליקויי בנייה חורג מהצורך להבטיח את השקעתו של רוכש הדירה, בכך שהוא מבקש להבטיח את ההפסד הנגרם לרוכש, בגין איכות בנייה לקייה או מסירת דירה שונה ממה שהוסכם עליה. אין מדובר כאן באבדן השקעה כזה שיותיר את הרוכש בפני שוקת שבורה, במובן זה שלא יהיו בידיו, לא כספו ולא הדירה. מדובר כאן במקרים שהדירה עומדת על תלה, הזכות בה מועברת לרוכש, אולם בדירה עצמה נפלו פגמים. דומה שההגנה הנכונה למקרים מסוג זה אינה צריכה לבוא מכוח חוק, אלא באופן פרטי על ידי עריכת ביטוח מתאים מצד רוכש הדירה. כאמור, אין כאן סכנה להתמוטטות כלכלית של הרוכש, והאינטרס הציבורי בהגנה עליו הוא אינטרס מוחלט. יתרה מכך, מתן הגנה לרוכש מפני אי־התאמת הממכר למוסכם בחוזה המכר עלולה ליצור קשיים בהליך מימוש הערבות, שכן הוא יצריך בדיקה של הבנק את ליקויי הבנייה בדירה, דבר שאינו בתחום מומחיותו של הבנק ועלול להיות כרוך בהוצאות ובסרבול מיותרים, שהערך המוגן של הבטחת כספי הרוכש אינו מצדיק התמודדות עמם<sup>113</sup>.

זאת ועוד, מעטות הדירות, אם בכלל, הנבנות בלא שיהיו בהן ליקויי בנייה כאלה או אחרים. מתן אפשרות לרוכש לממש את הערבות בגין ליקויי בנייה, כמוה כקביעה מראש שהערבות תמומש בכמאה אחוז מהמקרים. במילים אחרות, הגנה בגין ליקויי בנייה תוביל להפיכת החיוב המותנה הגלום בערבות לחיוב מוחלט. אין צורך לומר כי מצב מעין זה עלול להוביל למיטוטו של ההסדר כולו, שכן בנק שיתבקש להוציא לקבלן ערבויות, שפירושן תשלום עתידי בהסתברות גבוהה, יהא מוכן לעשות כן, אם בכלל, כנגד בטוחות כה גדולות, עד כי הבנייה לא תהא כראית או אפשרית. מה גם שמתן אפשרות לרוכשי הדירות לדרוש את התשלום על פי הערבות כאמור, יפתח פתח רחב לניצול לרעה של ההסדר, על ידי פנייה למימוש הערבות בכל מצב כמעט, ותהיה בידם כקרדום לחפור בו נגד הקבלן בעניינים שונים. דבר שבפועל יוביל להימנעות מבניית פרויקטים, או העלאת מחירי הדירות באופן מהותי. מובן, למשל, ששיטת הליווי הפיננסי לא תוכל להתקיים במצב שבו ההסתברות למימוש הערבויות היא כה גבוהה, ואי־אפשר להסתמך יותר על מסירת הדירות לרוכשים, אלא דווקא אי־המסירה תהיה הרווחת.

עם זאת, ההגנה על השקעת הרוכש צריכה, לדעתנו, להכיל מקרים של אי־התאמה של המוסכם בחוזה המכר, ובלבד שמדובר באי־התאמה מהותית. עניין זה נדון בהרחבה בעניין סיבל. מקרה זה עסק ברוכשי דירות נופש בפרויקט באזור נהרייה, אשר במקום דירות נופש קיבלו דירות מגורים רגילות. הדבר נבע מכך

113 עמד על כך השופט טירקל בעניין סיבל, לעיל ה"ש 56, פס' 13 לפסק הדין.

שכית המלון שאמור היה להיבנות במתחם לא נבנה, וכך גם מתקני הנופש השונים שהיוו חלק מהפרויקט. בפועל נמנעו מהרוכשים כל השירותים שהוסכם עליהם בחוזה המכר, לעניין השימוש בדירות כדירות נופש, כגון: ברכת שחייה, שירותי ניקיון, שירותי הסעדה, שירותי מצעים ומגבות ועוד. לנוכח החריגה מהמוסכם בחוזה המכר, פנו הרוכשים למימוש הערביות, ונתקלו בסירוב הבנק. לאחר דיון בבית המשפט המחוזי, אשר לא אפשר את מימוש הערביות, הגיע העניין לפתחו של בית המשפט העליון. דעתם של שלושת השופטים נחלקה באשר לפרשנות הראויה של המילים "כמוסכם בחוזה המכר", והתוצאה הייתה דעת רוב שמנעה את מימוש הערביות.

השופט טירקל אחז בדעה שהחוק אינו חל על אי-התאמה, בלי קשר לנסיבות האופפות אותה. טעמיו היו, בחלקם, אלה שהבאנו לעיל. לעומתו, השופט ריבלין, אשר הגיע גם הוא לתוצאה שמנעה את מימוש הערביות, סבר כי החוק חל אך ורק על אי-התאמה, שכמוה כאי מסירת הדירה. כלומר אי-התאמה שמובילה לאי-יכולת לעשות שימוש בדירה. דוגמה לכך, לדעת השופט, היא מסירת דירה ללא חיבור למערכת הביוב והחשמל וללא חדר מדרגות בנוי או מעלית. השופטת חיות, אשר הייתה בדעת מיעוט לעניין התוצאה, שכן סברה כי יש לאפשר את מימוש הערביות, אחזה גם היא בדעה שהחוק חל על אי-התאמה, אולם לאו דווקא כזאת שכמוה כאי-מסירת הדירה, אלא גם כזו שמביאה לכך שהרוכש מקבל דירה שונה באופן מובהק מזו שהוסכם עליה בחוזה המכר, כגון היעדר האפשרות לעשות בדירה שימוש למטרה שהוסכם עליה.

דעתנו העקרונית היא כדעתה של השופטת חיות. כפי שפירטנו בהרחבה לעיל, אין ספק כי החוק אינו חל, ולא צריך לחול, על ליקויי בנייה באשר הם. החוק צריך להגן על השקעתו של רוכש הדירה, שמא ייוותר בלא הכסף ובלא הדירה. לכן המקרים שבהם נמסרת לרוכש דירה שאינה ראויה למגורי אדם, מהטעם שאין בה את הפריטים הבסיסיים ביותר, הם בוודאי כאלה המצויים בגדר החוק היום, וצריכים להיות בגדרו בעתיד. אולם אל למקרים אלה לעמוד לבדם. בצדם עומדים אותם מקרים שבהם נמסרת לרוכש דירה, שמבחינה אובייקטיבית היא ראויה למגורים, אולם היא שונה מהותית ממה שלשמו שילם הרוכש את כספו.

ודוק: אין מדובר בשוני של התכנון הפנימי של החדרים או בסטייה קלה של שטח הדירה; ואף אין מדובר בשוני לא מהותי בחומרים שבהם נעשה שימוש בבניית הדירה או בשוני באביזרים כאלה ואחרים. הכוונה היא לאי-עמידה במטרה הכללית שלשמה נרכש הנכס, שוני מהותי במיקום הנכס (בין אזורי הארץ או בין הקומות בבניין במקרים בעלי משמעות), כגון נכה שמקבל דירה בקומה ללא מעלית, אף שרכש דירת קרקע, וכיו"ב. במקרים אלה מדובר, ללא ספק, בהפרה יסודית של הסכם המכר, אך יותר מכך, מדובר בהפרה כזו שמונעת את השימוש העיקרי בנכס. בכל המקרים האלה הרוכש מקבל, אמנם, דירה, אולם השימוש



הבסיסי שלו בה, לפי המוסכם, נפגע. אין מדובר בירידת ערך של הדירה, אלא באי־היותה פונקציונלית מבחינת הרוכש.

הבעייתיות בעמדה זו, כפי שקבעה דעת הרוב בפרשת סיבל, אינה בגדר החוק היום. לכאורה אפשר לרפא זאת באמצעות פרשנות מתאימה, אולם דומה שלשם כך יש צורך בהרחבה של העקרונות המתווים את ההגנה הניתנת היום בחוק. הסיכון של אי־מסירת הזכות בדירה איננו קיים במקרים אלה, שכן יש דירה העומדת על תלה. הסיכון של אבדן כספי הרוכש אינו קיים גם הוא, שכן לרוכש נמסרה דירה, אלא שהיא אינה פונקציונלית מבחינתו. מובן שהרוכש יוכל למכור את הדירה למי שימצא בה עניין. כל עוד לדירה יש ערך קרוב לערך הכספים ששילם הרוכש לקבלן עבור הדירה המקורית, הרי שכספו אינו נתון בסכנה. כדי לאפשר את מימוש הערכות במקרים אלה, יש צורך לומר שמבקשים להגן גם על הסיכון שהרוכש ייאלץ להוציא זמן רב נוסף באיתור רוכש לנכס שקיבל ובאיתור דירה חלופית. יש בכך היגיון לנוכח העובדה שאירועים אלה, של מסירת נכס לא פונקציונלי, מותרים את הרוכש, כפי שקורה ביתר האירועים המוגנים על ידי החוק היום, ללא דירה שהוא יכול לעשות בה שימוש דומה לתכלית שלשמה רכש אותה.

מאחר שלדעתנו טוב היה לו הסדיר המחוקק<sup>114</sup> את תחולת הערכות על מקרים אלה, הרי שיש צורך לנסות ולהגדיר כיצד אפשר להסדיר זאת, מבלי לאפשר פריצה של גבולות ההגנה על הרוכש, שתוביל למימוש סיטוני של ערכויות, כך שיצא שכרה בהפסדה. בסופו של יום, נדמה שרצוי להוסיף לחוק בדיוק את שתי העילות שתוארו על ידנו לעיל: שוני מהותי במטרה שלשמה נבנה הנכס, ומניעה של הרוכש לעשות בנכס שימוש סביר.

### 3. איחור במסירה

במסגרת השאלה ששאלנו בסעיף הקודם – האם הביטוי "כמוסכם בחוזה המכר" מכיל, או צריך להכיל בעתיד, גם היבטים שונים שאינם נוגעים לעצם הזכות בדירה, מצוי גם המקרה של איחור במסירת הדירה. מובן שכוונתנו לאיחור משמעותי במסירת הדירה, ולא כל איחור שהוא במסירה, שכן אם לא נאמר כן, נימצא פוגעים בעצם ההסדר, ותורגים באופן מהותי מתכלית החוק, הקיימת או הראויה. זאת, בדומה לדיון בעניין הכללה בערכות של ליקויי בנייה מכל סוג. יפים אפוא לעניין זה הנימוקים שהבאנו כנגד תחולת הערכות על ליקויים כאמור, בסעיף הקודם. בעניין איחור במסירת הדירה ישנן שתי אפשרויות עקרוניות. האחת היא הפרה צפויה, קרי: הדירה תימסר באיחור ניכר, והשנייה היא הפרה שכבר אירעה, קרי:

114 כפי שפורט בסעיף 2 לפרק ג', בקנדה ובארצות־הברית רווחת ההגנה על רוכשי דירות מפני ליקויי בנייה, עד כי ברוב המחוזות בקנדה והמדינות בארצות־הברית ההסדר היחיד הקיים להגנה על רוכשי דירות הוא בגין ליקויי בנייה. ראו האסמכתאות הצמודות לטקסט שם.

נקודת הזמן שבו מתבקש מימוש הערכות היא בתוך תוכו של איחור ניכר במסירה. גם כאן, כמו בעניין תחולת הערכות על ליקויי בנייה, הרעיון העומד בבסיס הערכות אינו מכיל, מניה וביה, את סוג ההפרה הנדון, על שני פניה. מבחינה עיונית, המצב המשפטי הנוגע לתחולת הערכות על איחור במסירה, אף קשה יותר מזה העוסק בתחולת הערכות על ליקויי בנייה. בעניין ליקויי הבנייה אין ספק שהרוכש לא יקבל דירה כפי שרכש, בין כי היא אינה פונקציונלית עבורו ובין כי הקבלן בנה דירה שנועדה לשמש למטרה אחרת מהמוסכמת. אולם בעניין של איחור במסירה, יש סיכוי, לעתים גבוה, שהרוכש יקבל דירה, ואף בדיוק כפי שרכש, אולם באיחור גדול ביחס למוסכם<sup>115</sup>. הרוכש אינו צפוי אפוא לעמוד במצב של היעדר כסף והיעדר דירה. ההפך הוא הנכון, הרוכש עשוי לקבל את הדירה, אם כי לאחר טרדה יתרה הכרוכה באיחור במסירת הדירה, ובכך לשמור על השקעתו, למעט ההוצאות הכרוכות בדירור חלופי.

על אף הקושי העיוני הלכאורי כאמור, דווקא בעניין זה הרטוריקה בבתי המשפט היא כזו המצדיקה את החלת החוק על איחור במסירה, במקרים שבהם האיחור גדול<sup>116</sup>. עם זאת, כשהאיחור במסירה אינו גדול, בתי המשפט גורסים כי יש לאפשר למוכר להשלים את הבנייה. גישה זו של בתי המשפט נובעת, ככל הנראה, מכך שהקשיים ליישומה מועטים יותר מאלה הנוגעים לליקויי בנייה. ליקויי בנייה הם רבים ומגוונים, בלתי נמנעים, מפחיתים, בדרך כלל, את ההנאה מהדירה אך במעט, וקשה לגלות את קיומם המדויק. אולם איחור במסירה הוא ברור וקל למעקב, ומונע את קבלת הדירה כפועל במשך זמן התרחשותו.

מכל מקום יש לשים לב לכך, כי הגישה שלפיה יש לאפשר לקבלן או לבנק (באמצעות כונס או מפרק מפעיל) להשלים את הבנייה היא הגישה הבסיסית המשמשת לעניין ההחלטה בדבר מימוש הערכות, והיא מצאה את ביטוייה בפסקי דין רבים<sup>117</sup>. הרעיון העומד מאחוריה הוא שהרוכש ביקש לרכוש דירה, ולא לקבל חזרה את תמורתה הכספית במצב הדברים הרגיל. משכך, האינטרס הראשוני הוא לספק לרוכש את הדירה, ואם אפשר לעשות זאת, יש לאפשר המתנה מסוימת טרם מתן האפשרות לממש את הערכות. זאת, שכן מימוש הערכות, פירושו ביטול ההסכם וויתור על הזכויות בדירה. גישה זו היא ללא ספק ראויה, ותואמת את תכלית החוק. גישה זו גם חשובה ביותר להגנה על יתר רוכשי הדירות, שאינם מעוניינים לוותר על קבלת הדירה תמורת מימוש הערכות, אלא מעוניינים בדירה עצמה, וכן להגנה מפני ניצול מצב של ירידה בערך הדירות, דבר שפירטנו בהרחבה בסעיף

115 נדגיש כי איננו עוסקים בסעיף זה במישור של הפרה צפויה מוחלטת, קרי: מניעה למסירת הדירה בכלל. נושא זה כבר נדון על ידנו בהרחבה בפרק 7.

116 ראו עניין הבר, לעיל ה"ש 109.

117 ראו עניין מויאל, שיכון עובדים וסולל בונה, לעיל ה"ש 111–112. כן ראו: ע"א 673/87 סאלח נ' כוכבי, פ"ד מג(3) 57 (1989).

הקודם. השאלה שנותרה אפוא לברור היא מהו אותו איחור גדול, המצדיק את מימוש הערכות.

מסגרת הזמן הראויה, שמעבר לה יש לאפשר לרוכש לממש את הערכות, צריכה ליצור איזון בין כמה אינטרסים. מחד גיסא, האינטרסים של הרוכשים לקבל את הדירה, מאידך גיסא, האינטרס של המוכרים ושל בנקים למניעת ניצול הערכות להפקת רווחים על ידי הרוכשים ומימוש סיטוני שלה. על מסגרת הזמן להיות כזו שלא תעמיד את הרוכשים בפני שוקת שבורה לאורך זמן, שכן השלמת הבנייה, במקרים רבים אורכת זמן רב. יתרה מכך, מאחר שהשלמת הבנייה כרוכה, לעתים, בהחלפת הקבלן בקבלן אחר, היא עלולה ליצור מחויבות נמוכה יותר של הקבלן החדש, כך שהבנייה תסטה מהמוסכם. לעתים מזומנות נעשה הדבר תוך כדי פנייה לבית המשפט לקבל צו למיני כונס מפעיל, שיוזם התקשרות עם קבלן חלופי, תוך שינויים מהמפרט ותוך יצירת תהליך ארוך של השלמת הבנייה. כלומר לא זו בלבד שהאיחור במסירה יהיה ממושך, אלא שהרוכש גדרש לוותר קמעה או יותר מכך, על יתרונות מסוימים שראה בדירה שרכש. זאת, נוסף לכך שבדרך כלל הרוכש יידרש לוותר גם על הפיצוי המוסכם בגין האיחור במסירה. מצד שני, ככל שמדובר בערכות הניתנת במסגרת ליווי פיננסי, יש שיקול נוסף של הבנק עצמו, המסתמך על השלמת הבנייה בפרויקט ומסירת הדירות לרוכשים, כחלק עיקרי מהחלטתו אם להעניק לקבלן מסוים ליווי פיננסי. שיקול זה של הבנק אינו חלק מליבת השיקולים הרלוונטיים, באשר הוא נוגע לשיקוליו המימוניים של הבנק, אולם ככל שאנו סבורים כי שיטת המימון האמורה היא רצויה, יש להביא גם אותו בחשבון.

בעניין הבר<sup>118</sup>, למשל, דובר על מצב שבו במועד מסירת הדירה הקבלן טרם החל בבנייתה. שלושה וחצי חודשים לאחר מועד המסירה, פנו הרוכשים לבנק בדרישה למימוש הערכות. הבנק סירב לדרישה, בטענה כי לא התקיימה אחת מארבע העילות למימוש הערכות, המצויות בחוק. בית המשפט פסק כי פרשנות שלפיה בעת איחור משמעותי במסירה אי אפשר לממש את הערכות רק מאחר שלא התקיימה אחת העילות שבחוק, היא בלתי סבירה ומביאה לריקון החוק מתוכנו. עוד פסק בית המשפט, כי אין מקום לטענה כי אין משמעות לתקופה ארוכה של איחור במסירה שאינה עולה בבירור כדי חוסר יכולת למסור את הדירה. היעדר יכולת, קבע בית המשפט, הוא היעדר יכולת למסור את הדירה בתוך זמן סביר<sup>119</sup>. חרף הנימוקים העקרוניים שהובאו על ידי בית המשפט בעניין הבר, קשה לנתק את החלטתו מהנסיבות הקיצוניות של אותו מקרה: במועד המסירה הבנייה טרם החלה; חוזה המכר עצמו קבע כי הרוכשים רשאים לממש את הערכות לאחר שישה חודשי איחור במסירה.

118 ראו עניין הבר, לעיל ה"ש 109.

119 שם, פס' 21 לפסק הדין.

לעומת זאת, עניין גיא<sup>120</sup> עסק במצב שבו מונה כונס נכסים להשלמת הבנייה, וסוכם עמו על מסירת הדירה באיחור של שנתיים ושלושה חודשים ביחס למועד המסירה שנקבע בחוזה. בית המשפט קיבל את עמדת הבנק, שלפיה אין מדובר במניעה למסירת הדירה, ואפשר לבנק למנוע את מימוש הערבות. גם כאן, כמו בעניין הבר, קשה לנתק את נסיבות המקרה מהעיקרון שנקבע, שלפיו איחור במסירה של שנתיים ושלושה חודשים הוא איחור סביר, שאינו מהווה מניעה למסירת הדירה. הנסיבות המיוחדות בעניין גיא היו כאלה שדובר על דירות נופש ולא על דירות מגורים, ובית המשפט אף מציין זאת במפורש כאחד משיקוליו<sup>121</sup>. יתרה מכך רוב רוכשי הדירות שם הסכימו, בהסדר פשרה, לאיחור האמור.

ניכר אפוא שהגם שקביעת זמן סביר, שלאחר שיחלוף אפשר יהיה לממש את הערבות, היא מחויבת המציאות, ועולה בקנה אחד עם הרעיון שהחוק בא להגשים, הרי שקביעה ברורה לגבי השאלה מהו אותו זמן סביר, איננה פשוטה כלל ועיקר. הטעם העיקרי לכך, הוא העובדה שזמן בנייתו של פרויקט אינו קבוע, והניסיון מלמד כי הוא גמיש ביותר.

יצוין כי רשויות המדינה ראו את הקושי האמור, וניסו להביאו לידי פתרון, באמצעות תיקון לחוק שיסדיר זאת. בתזכיר החוק שהכין משרד המשפטים, ושבא בעקבות הגשת המלצותיה, בפברואר 1986, של ועדת המשנה של הוועדה להבטחת זכויות רוכשי הדירות, שהוקמה על ידי שר המשפטים<sup>122</sup>, הוצע לקבוע פרק זמן של שישה חודשי איחור במסירת הדירה, ככזה המאפשר את מימוש הערבות<sup>123</sup>. ככלל, ישנן שתי אפשרויות להתייחסות לאיחור במסירה כאירוע למימוש הערבות. אפשרות אחת היא לקבוע פרק זמן מסוים באופן שרירותי, כפי שקבע תזכיר החוק האמור. במקרה כזה, לדעתנו, יש לקבוע פרק זמן ארוך יותר משישה חודשי איחור במסירה, שכן הניסיון מלמד כי שישה חודשים עשויים להיות איחור נפוץ במסירת דירה בנסיבות רגילות, דבר שיביא לניצול סיטוני של ערבויות ויחטיא את מטרת החוק. יתרה מכך, ככל שרוצים לאפשר את קיומה של גישת ההשלמה המתוארת בפרק זה לעיל, יש צורך לקבוע פרק זמן מתקבל על הדעת כדי להגשימה. לדעתנו, פרק זמן של 12 עד 18 חודשים ממועד המסירה שנקבע בחוזה הוא פרק הזמן המאזן באופן הטוב ביותר בין מכלול השיקולים הרלוונטיים שדנו בהם לעיל<sup>124</sup>.

120 ראו, לעיל ה"ש 77.

121 שם, פ"ס 2.

122 בראש הוועדה עמד ח"כ אלי קולס, יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת דאז. בפועל לא השלימה הוועדה את עבודתה, והגישה המלצות חלקיות בלבד.

123 ס' 2(2) לתזכיר חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשמ"ו-1986. ההצעה חזרה על עצמה בסעיף 2(2) לתזכיר החוק משנת 1992. שני תזכירי החוק לא הבשילו לחוק.

124 מובן שתנאי למימוש צריך להיות, שהאיחור לא נגרם בשל הפרה יסודית של החוזה מצד הרוכש.

האפשרות השנייה להתייחסות לאיחור במסירת הדירה כאירוע למימוש הערבות היא הימנעות מקביעת זמן מסוים והשארת הדבר לשיקול בית המשפט, לפי נסיבותיו של כל פרויקט. הבעיה היא שפעמים רבות איחור במסירה אינו מגיע לבית המשפט בזמן, אלא לאחר איחור גדול, כך ששיקול דעת בית המשפט אינו יכול לקבל ביטוי אמיתי בנסיבות, ועלול להיווצר מצב שבו הרוכש מצוי זמן רב בחוסר ודאות, בלא הדירה ובלא הכסף. זאת, בנוסף לחוסר ודאות לא רצוי גם מצד הבנק. משכך, דומה שהפתרון הוא לקבוע פרק זמן של איחור במסירה של 12 חודשים כעילה למימוש הערבות, ובצד זה מתן אפשרות לבנק לפנות לבית המשפט, כדי שיקבע זמן אחר, במסגרת סמכותו בהתאם לנסיבות, ותוך התחשבות בזמן שחלף ממועד המסירה החוזי ועד לפנייה לבית המשפט. מובן שבמקרה של ליווי פיננסי הבנק יוכל לפנות מהר יותר לבית המשפט, שכן הוא מעורב בפרויקט ממש, לעומת מקרים אחרים, שם הפנייה של הבנק עשויה להיות מאוחרת. אולם בין היתר לשם כך מוצבת מגבלת הזמן האמורה<sup>125</sup>.

יש להוסיף לכלל האמור נרדך נוסף, שיינתן מענה למקרים של הפרה צפויה, קרי: מקרים שבהם ברור שאין טעם להמתין להשלמת בניית הדירה, שכן קרוב לוודאי שזו לא תושלם תוך 12 חודשים. דומה שהכלל היחיד שניתן יהיה ליישמו ביעילות הוא לאפשר את מימוש הערבות בכל מקרה שבו במועד המסירה החוזי טרם החלה בניית הדירה. במקרה מסוג זה כל המתנה היא מיותרת, ופנייה לבית המשפט בשלב כה מאוחר איננה צריכה למנוע גם היא את מתן האפשרות לרוכש לקבל את כספו ולחפש לעצמו דירה חלופית<sup>126</sup>.

#### 4. ביטול חוזה המכר

במקרה זה מדובר בסיטואציה שבה בוטל חוזה המכר שבין המוכר לרוכש, והרוכש זכאי להשבה של כספי התמורה. עולה השאלה אם הרוכש זכאי לפנות אל הבנק נותן הערבות, על מנת לממש את הערבות, ובכך להשיב לעצמו את כספי התמורה, או שעליו לפנות אל המוכר על מנת ששייב לו את הכספים. חשיבות ההבחנה היא למקרה שבו למוכר אין יכולת להשיב לרוכש את כספי התמורה. הטענה הבסיסית נגד מתן אפשרות למימוש הערבות במקרים כאלה היא כי החוק נועד להבטיח

125 קיימת האפשרות לקבוע כי מגבלת הזמן של 12 החודשים לא תכלול מקרים שבהם האיחור נגרם בשל סיכול החוזה ("כוח עליון"). שיטה זו נקט תזכיר החוק הממשלתי שתואר לעיל. עם זאת, דומה שאין לאפשר סיכול כגורם המאריך את מגבלת הזמן למימוש הערבות, מהטעם שהאינטרס המוגן הוא מניעת מצב שבו הרוכש נותר ללא הדירה וללא הכסף זמן רב. השאלה אם האיחור נגרם בשל כוח עליון או בשל סיבה אחרת, שאינה תלויה ברוכש עצמו, אינה רלוונטית להגנה על האינטרס האמור.

126 בשל הצורך בכלל ישים ופשוט איננו סבורים כי יש להתייחס למקרים של שלבים שונים במהלך הבנייה, כגון בנייה בשלביה הראשונים, כמאפשרים את מימוש הערבות, אף על פי שפירושו של דבר שהרוכש יאלץ להמתין עד חלוף 12 החודשים, או פרק זמן אחר שבית המשפט יקבע.

מניעה להעברת הזכויות בדירה לרוכש בשל חדלות פירעונו של המוכר. החוק לא נועד להבטיח, על פי הטענה, מניעה של העברת הזכויות בדירה לרוכש מאחר שההסכם בוטל, גם אם בינתיים המוכר הפך להיות חדל פירעון, שכן המניעה לא נוצרה בשל חדלות הפירעון של המוכר, אלא בשל ביטול ההסכם.

באופן עקרוני, יש לקבוע בבירור כי הערכות מבטיחה גם מצב שבו בוטל חוזה המכר, וכל שנותר בידי הרוכש הוא זכות ההשבה. הבטחת הערכות את השבת הכספים לרוכש בעת חדלות פירעון של הקבלן, לא זו בלבד שהיא תכלית החוק ממש, אלא שהיא נקבעה לא פעם בפסיקת בית המשפט העליון<sup>127</sup>. משכך, ביטול חוזה המכר תוך אייכולת המוכר להשיב את כספי התמורה ששולמו לו על ידי הרוכש, היא עילה למימוש הערכות. השאלה היא אם יש להבחין בין מצב שבו בוטל ההסכם על ידי הרוכש, בגין הפרה של המוכר, לבין מצב שבו בוטל ההסכם על ידי המוכר, בגין הפרה של הרוכש. מובן מאליו כי בשני המקרים מדובר בביטול ההסכם כדין, אחרת איננו בתחומו של הדיון בסעיף זה.

העיקרון העומד בבסיס הערכות, הבטחת כספי הרוכש, אינו מצדיק הבחנה בין ביטול על ידי הרוכש לבין ביטול על ידי המוכר. בכל אחד ממקרים אלה הרוכש שילם למוכר כספים עבור רכישת הדירה, והשבתם של הכספים עומדת בסכנה. מבחינה חוזית אין הבדל עיוני בין חובת ההשבה החלה על צד לחוזה במקרה שהפרת החוזה נעשתה על ידו, לבין מקרה שבו הפרת החוזה נעשתה על ידי הצד השני. בשני המקרים חלה חובת ההשבה באותו אופן<sup>128</sup>. יש לשים לב כי הנוק במקרה של ביטול החוזה עשוי להיות גדול בהרבה, במקרים מסוימים, מהנוק במקרה שהחוזה לא בוטל, אם לא נאפשר לרוכש לממש את הערכות. בחלק מהמקרים האחרים אימתן זכות למימוש הערכות אין פירושו, מניה וביה, ויתור מוחלט על השקעת הרוכש, שכן הרוכש יוכל לקבל את הדירה, אך במקרה של ביטול החוזה הוא לא יוכל לקבל את הדירה, שכן החוזה בוטל. בפועל ייתכן שהמוכר אף הספיק למכור את הדירה לאדם אחר.

חשוב להדגיש, כי בניגוד לחלק מהמקרים שנדונו בפרק זה, ביטול החוזה טרם חדלות הפירעון של הקבלן אינו נתון, מעצם טבעו, למניפולציות של הרוכש, אשר עומדות בניגוד למטרת הערכות. דוגמה קיצונית למניפולציה כאמור, שלאורה אפשר לבחון את מימוש הערכות בעת ביטול החוזה, היא ביטול החוזה על ידי המוכר, בשל הפרה יזומה של הרוכש, אשר קיבל החלטת להפר את החוזה

127 ראו עניין הפציעה, לעיל ה"ש 71; עוד ראו עניין סיבל, לעיל ה"ש 56, שם דן בית המשפט העליון במפורש בעניין ביטול ההסכם, ואף קבע כי יש למנוע ביטול בלתי מוצדק של החוזה שיוכיל למימוש הערכות. כפסק הדין המחוזי בעניין וייס, לעיל ה"ש 77, פס" 10 קבע בית המשפט כי: "זכות זו של הרוכש לקבל חזרה את כספו, אופיינית במיוחד למצב דברים בו בוטל החוזה, שאז קמה לרוכש "זכות השבה לאחר ביטול". כן ראו: ה"פ (שלום ת"א) 200324/04 מרזו נ' פרופיט גולד בע"מ, תק"ש 105 (1) 24806 (2005).

128 בכפוף, כמובן, לזכויות קיוזו וכיו"ב זכויות חיצוניות לעצם הזכות להשבה.

ולקבל את כספי התמורה ששילם, כדי לרכוש דירה אחרת, בתנאים של ירידת ערך הדירות. עתה, לאחר חדלות פירעונו של הקבלן, יוכל הרוכש לממש את הערבות, וכך לנצלה להפקת רווח ולהגשמת מטרתו להיפטר מחוזה הרכישה, דבר שכפי שכבר אמרנו, עומד בניגוד לתכלית החוק<sup>129</sup>. דא עקא, שבניגוד למצב, שיש למנוע, שבו רוכש הדירה יוכל לממש את הערבות אף על פי שאפשר להשלים את בניית הדירה במהרה, ובכך לפגוע באינטרסים של יתור הרוכשים, הרי שבמקרה שבו החוזה בוטל על ידי המוכר, סיכון זה אינו קיים. הטעם לכך הוא שהחוזה כבר בוטל על ידי המוכר טרם חדלות פירעונו, כך שהדירה עברה לרשותו של המוכר, אשר יכול היה לבצע בה כל עסקה שיחפרן, לטובת הצלחת הפרויקט. זאת ועוד, גם אם המוכר הפך לחדל פירעון טרם ביטול החוזה, והמפרק, שבא בנעלי המוכר, הוא זה שביטל את החוזה, הרי שעומדת לו הזכות לקבל פיצוי מהרוכש בגין הפרת החוזה, מה שימנע, בפועל, ניצול לרעה של הערבות. במילים אחרות, האינטרס של רוכש הדירה לנצל את הערבות לצרכים לא לגיטימיים אינו יכול לקבל ביטוי, שכן הוא אינו כדאי. משכך, כאמור הסיכון הגלום במימוש הערבות לאחר ביטול החוזה, גם במקרים קיצוניים כגון זה, הוא קטן.

#### 5. פגם בזכות הקניין של המוכר

קיימים מקרים שבהם המוכר אינו יכול להעביר לרוכש זכות קניינית בדירה מסוימת בפרויקט, חרף העובדה שהתחייב לכך בהסכם המכר<sup>130</sup>. אפשרות אחת היא מצב שבו בעל המקרקעין מבטל את החוזה (לרוב עסקת הקומביניציה) שנחתם עם המוכר (היזם), כתוצאה מהפרת החוזה על ידי המוכר או כתוצאה מפגמים בכריתה. ביטול ההסכם, יאפשר לבעל הקרקע לזכות בהשבת המקרקעין ויותר את רוכש הדירה מנותק מזכויותיו בדירה<sup>131</sup>. לחלופין, הנאמן על נכסי בעל המקרקעין יכול, בנסיבות מסוימות, להתעלם מביצוע מכירת המקרקעין למוכר, ובשל כך להותיר את הקונה ללא זכויות קנייניות בדירה<sup>132</sup>. סיטואציה דומה יכולה להיות במקרה שבו המוכר מכר את הזכויות בדירה לשני קונים. במקרה זה, על פי סעיף 9 לחוק המקרקעין

129 ראו סעיף 1 לפרק ה' לעיל.

130 להצגת פגמים אפשריים ביכולת העברת זכות הקניין של המוכר לקונה ראו: אוריאל רייכמן "הערת אזהרה מהות, יצירה והגנה כנגד עסקאות נוגדות" עיוני משפט י' 297–360 (1984).

131 למרות האמור, קיימת גישה שלפיה לקונה בחלק מן המקרים, תעמוד זכות קניינית כנגד בעל המקרקעין. כך, למשל, כאשר ההפרה על ידי המוכר בוצעה לאחר רכישת הדירה על ידי הקונה. לגישה זו ראו: נילי כהן "ביטול חוזה והשפעתו על עסקאות במקרקעין בלתי רשומים" הפרקליט לה 215, 234–241 (1983); לגישה שלפיה אפשר ליצור, בחלק מן המקרים, נאמנות קונסטרוקטיבית לטובתו של הקונה, ובכך להעדיפו על פני בעל הקרקע, ראו קרנר, לעיל ה"ש 10, בעמ' 177, 197.

132 לפי ס' 84 ו-86 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם–1980 עסקאות שביצע פושט הרגל ממועד פשיטת הרגל ועד לקבלת צו כינוס נכסים בטלות, ובלבד שהייחוס לאחור אינו עולה על תקופה של שלושה חודשים ממועד ההגשה של הבקשה לפשיטת הרגל. בחלק מן המקרים, הקונה יוכל לטעון לקיומה של נאמנות קונסטרוקטיבית ביחס לדירה שקנה.

זכותו של הקונה הראשון בדירה עדיפה, אלא אם כן רכש הקונה השני את הזכות הקניינית בדירה בתום לב ובתמורה. מקרה אחר יכול להיות כאשר המוכר נרשם כבעלים של המקרקעין בטעות. במקרה זה, רוכש הזכויות בדירה לא יוכל למנוע את תיקון הרישום לטובת הבעלים האמיתי<sup>133</sup>. מקרה נוסף יכול להתרחש, כאשר לבעל הקרקע אין יכולת לשלם את חובות המסים, הנדרשים לצורך העברת הזכות הקניינית למוכר.

בכל המקרים הסיטואציה הבסיסית היא של חוסר יכולת להעביר את הזכות בדירה לרוכש, הגם שאין זאת מהטעם של חדלות פירעון של המוכר. למעשה זוהי הפרה צפויה מוחלטת של הסכם המכר מצד המוכר, דבר המזכה, לדעתנו וכפי שכבר נקבע בפסיקה, את הרוכש בזכות לממש את הערבות. עניין זה נדון בסעיף 3 לפרק ו' לעיל, והדברים שנאמרו שם יפים גם כאן.

#### 6. החלטות מנהליות

סוג סיכונים זה מתייחס להתפתחויות בלתי רצויות במהלך בניית הפרויקט, הנובעות מהחלטות מנהליות. החלטות אלה כוללות מתן צו הריסה על חלק מהפרויקט שנבנה; החלטה האוסרת שינוי ייעוד בקרקע; החלטה המאפשרת הפקעת הקרקע לטובת מטרות מסוימות; החלטה המחייבת את בעל הקרקע בתשלום היטלים גבוהים במיוחד; החלטה על הקפאת הבנייה באותו אזור כתוצאה ממצאת עתיקות בקרקע; ועוד. באופן עקרוני אפשר לייחס כל החלטה מנהלית כאמור לאחד הנושאים שכבר דנו בהם לעיל ברשימה זו, ולנהוג בה על פי מהותה. כך, החלטה שמשמעותה מניעת בנייה על הקרקע, או בנייה למטרה אחרת מזו שהוסכם עליה, תוביל ליכולת לממש את הערבות<sup>134</sup>. באופן דומה, החלטה מנהלית שמשמעותה היא אי-התאמה, שאינה בניגוד למטרת הבנייה עצמה, לא תוביל ליכולת לממש את הערבות<sup>135</sup>.

#### 7. נזקים נוספים

כפי שתואר על ידנו לעיל בסעיף 2 לפרק זה, הערבות מבטיחה את הסכום הנומינלי ששילם הרוכש למוכר עבור רכישת הדירה. טענתנו הייתה כי יש להרחיב את הגנת הערבות, כך שהיא תכלול גם הצמדה על כספי התמורה ששולמו, ואף שכר טרחת עורך דין, המשולם כחלק ממחיר הדירה. השאלה היא, האם נוסף לשכר טרחת עורך דין מן הראוי להרחיב את הגנת הערבות גם על נזקים אפשריים

133 חריג ליכולת הבעלים האמיתי לכפות על רוכש הזכויות את תיקון הרישום נקבע בס' 10 לחוק המקרקעין התשכ"ט-1969 (כשמדובר במקרקעין מוסדרים), שבו נרשמה הזכות הקניינית בדירה לטובת רוכש הדירה. סיטואציה זו, של רישום זכות קניין אינה רלוונטית, שכן בדרך כלל עם רישום הזכות הקניינית על שם הרוכש, ערבות חוק המכר פוקעת.

134 ראו לעיל סעיף 3 לפרק ו' וסעיפים 2 ו-5 לפרק זה.

135 ראו סעיף 2 לפרק זה.



אחרים שנגרמו לרוכש. הכוונה היא לנזקים הקשורים לדירה בלבד, ולא לנזקים עקיפים, שאינם קשורים לדירה. דוגמה אופיינית לנזקים כאלה היא תשלום שכר דירה על ידי הרוכש לאחר מועד המסירה החוזי ועד למימוש הערבות או עד למסירת הדירה בפועל. דומה שאותו טיעון שגורס שאין הצדקה להחיל את הערבות גם על הריבית, שיכול היה לצבור סכום התמורה ששילם הרוכש, חל גם לגבי נזקים נוספים כלשהם<sup>136</sup>. ההגנה מפני נזקים נוספים אינה מצויה בלב הרעיון להגן על השקעת הרוכש, היא נוגעת לסכומים קטנים ביחס לתמורה בגין רכישת הדירה, ולכן האינטרס להכליל גם אותה בגדר הערבות אינו מחויב המציאות. אין מדובר כאן בתשלום שהוא חלק ממחיר הדירה, אלא בתשלום נפרד. כל הרחבה של תחולת הערבות גם על תשלומים נוספים כרוכה, בסופו של דבר, בהעלאת מחירי הדירות לכלל הרוכשים, דבר שספק אם יש בו הכרח, לאור הנזק הקטן, יחסית, שבו מדובר.

#### 8. מרמה ונסיבות מיוחדות

בכל הנוגע לערבות אוטונומית, התפתחו לאורך השנים, בפסיקת בתי המשפט, שני סוגי חריגים, המאפשרים לבנק הערב לסרב לשלם את סכום הערבות למוטב, חרף האוטונומיות של הערבות, מטעמים הקשורים, בין היתר, בעסקת היסוד. החריג הראשון, הוא מעשה מרמה של המוטב בערבות. השני הוא חריג רחב יותר, והוא כולל רשימה פתוחה של נסיבות שבהן לא יהא זה מוצדק לאפשר את קבלת התשלום על פי הערבות ("נסיבות מיוחדות")<sup>137</sup>. משנקבעו שני חריגים אלה לעניין ערבות אוטונומית, דומה שקל וחומר שיש להחילם גם לעניין ערבות שאינה אוטונומית, כדוגמת הערבות לפי חוק הבטחת השקעות. מעבר לפשטות שבקביעה כי יש למנוע ממי שפועל במרמה, בחוסר תום לב קיצוני, בהתנהגות שרירותית, או כזו המונעת משיקולים זרים<sup>138</sup>, לקבל את כספי הערבות, הרי שמן ההכרח שיהיה בנמצא "סעיף סל", שיתיר כוח לבית המשפט למנוע תשלום על פי הערבות במקרים חריגים, גם אם כל עילות המימוש מתקיימות במלואן. הצורך למנוע אי־הגינות מחייב לאפשר התייחסות לכך, גם במקרים בהם הערבות מבטיחה אינטרס בעל חשיבות ציבורית עליונה, כמו הגנה על כספי רוכשי דירות. עם זאת, מן הבחינה הפרקטית דומה שכל המוסיף גורע, ואין צורך לקבוע זאת במפורש בחוק או בכתב הערבות, על מנת למנוע שימוש רחב יתר על המידה בחריגים אלה. מקום שבו יהיה צורך בדבר, יפעל בית המשפט כפי שפעל, משיקולי צדק, במקרים של ערבות אוטונומית. כאמור לעיל, אי־פירוט החריגים במפורש בכתב הערבות, אינו מונע את פיתוחם בידי בית המשפט. בין ההתנהגויות המסוימות העשויות

136 ראו לעיל סעיף 2 לפרק ו'.

137 ראו למשל עניין שובל, לעיל ה"ש 44.

138 כל אלה הן התנהגויות שבית המשפט הכיר בהן כ"נסיבות מיוחדות" שבגינן רשאי הערב להימנע מתשלום סכום הערבות. שם, פסי' 13 לפסק הדין והאסמכתאות המופיעות שם.

לבוא בשעריו של חריג הנסיבות המיוחדות, בהקשר של ערכות לפי חוק הבטחת השקעות, אפשר למנות את הרצון להיפטר מעסקת המכר משיקולי כדאיות פרטית של הרוכש, ניסיונות למנוע את השלמת הבנייה בנסיבות שבהן אפשר לבצעה תוך פרק הזמן המתאים<sup>139</sup>, ועוד.

### ח. סיכום ומסקנות

המטרה במתן ערכות לרוכש דירה היא להעניק לרוכש הגנה מפני הפסד כלכלי ניכר, שעלול להיגרם לו בשל הפסד השקעתו בדירה שרכש, כאשר המוכר מצוי בקשיים כלכליים או כשהוא נעלם, וכך נותר הרוכש בפני שוקת שבורה, ללא הדירה וללא הכסף ששילם למוכר, ולעתים אף עם הלוואת משכנתה שעליו להמשיך ולפרוע. מטרה זו היא צרכנית במהותה, ובין היתר היא נועדה למנוע את מיטוטו הכלכלי של הרוכש והפיכתו לנטל על החברה. עמדנו על כך, שהגשמת מטרה זו נתקלת בקשיים משמעותיים, בין מאחר שהבנק שמנסח את הערכות כולל בה תנאים המקשים על מימושה, ובכך מצמצמים את ההגנה לרוכש, ובין מאחר שהתוק עצמו אינו מעניק את מלוא ההגנה הראויה לרוכש, ונוסחו אינו בהיר דיו, כך שאפשר לפרשו בצמצום יתר. יש לשאוף להשגת המטרה הנחוצה של הענקת הגנה ראויה להשקעותיהם של רוכשי הדירות, אך בד בבד להימנע ממתן הגנת יתר, שתוביל, בסופו של דבר, לתוצאות שליליות, כגון מימוש סיטוני של ערבויות, מימון פחות מהאופטימלי של בנקים לקבלנים, ועוד גורמים שאחת מתוצאותיהן עלולה להיות העלאה משמעותית של מחירי הדירות<sup>140</sup>. עשויות להיות שתי דרכים מיטביות להשגת יעד זה.

דרך אחת היא באמצעות תיקון חוק הבטחת השקעות, כך שיהיה ברור, למשל, כי הוא חל על מגוון מקרים, ולא דווקא על ארבע עילות מימוש בלבד: על מקרים שבהם בוטל חוזה מכר הדירה, על מקרים מסוימים של איחור במסירה ועל יתר המקרים שפורטו בפרק ז' לרשימה זו.

כצעד תומך בתיקון חוק הבטחת השקעות כאמור, יש להטיל פיקוח על כתבי הערכות המוצאים מכוח חוק המכר הבטחת השקעות, שכן הותרת ניסוח כתבי הערכות בידי הבנקים המוציאים אותם פוגעת בהשגת יעדי החוק. זאת ועוד, הותרת העניין לפרשנות בתי המשפט אינה מוכיחה את עצמה, שכן כפי שפורט בפרק ו' לרשימה זו, כתבי הערכות כוללים תנאים רבים, שלא נדונו בפסיקת בתי המשפט, המצמצמים את תחולת החוק באופן מהותי. הצורך לפקח על כתבי הערכות מקבל משנה תוקף לאור העובדה שניסיונו של המפקח על הבנקים להביא

139 כמפורט לעיל בסעיפים 2 ו-3 לפרק זה.

140 לניתוח כלכלי המציג את החזלת עלויות הפיקוח הנדרשות בעסקת אשראי (תשלום מקדמות על ידי הרוכש) הכוללת כבטוחה ערכות בנקאית לעומת עסקת אשראי רגילה ראו: Avery, W. Katz, *An Economic Analysis of the Guaranty Contract*, 66 U. Chi. L. Rev. 47 (1999).

את תנאי כתב הערבות להחלטה שיפוטית, במסגרת סמכויותיו של בית הדין לחוזים אחידים, צלח באופן חלקי בלבד. לכאורה צעד זה אמור היה לפתור כמעט לגמרי את בעיית נוסח כתבי הערבות, אולם משהסתיים כפי שהסתיים<sup>141</sup>, ולאור משך הזמן הרב שיארך עד לפתיחת הליך נוסף ומקיף, אם וככל שייפתח הליך כזה, יש חשיבות לנקוט את הדרך הפשוטה ביותר, המהירה ביותר והאפקטיבית ביותר לשינוי כתבי הערבות.

דומה שהגורם הראוי לפיקוח כאמור הוא זה שנתונות בידו ממילא סמכויות הפיקוח על התאגידים הבנקאיים, לרבות הסמכות לפרש חוקים, הרי הוא המפקח על הבנקים<sup>142</sup>. אין חולק כי אכיפת החוק, על פרשנותו הראויה, מצד המפקח על הבנקים היא נחוצה לאור הקושי הרב הקיים היום. אפשרות אחרת היא ליצור נוסח ערכות מחייב בחוק עצמו, או בחקיקת משנה של השר הממונה על החוק, שר הבינוי והשיכון, כפי שכבר הוצע בעבר<sup>143</sup>.

דרך חלופית להשגת היעד של הגנה מאוזנת וראויה לרוכשי הדירות היא הקמתה, בחוק, של קרן לפיצוי רוכשי דירות, בגין אותם מקרים שפורטו ברשימה זו, ואשר נמצאו כראויים להיכלל במסגרת ההגנה על הרוכשים<sup>144</sup>. ניהול הקרן יהיה בידי המדינה, באמצעות נציגים מתאימים שייקבעו לעניין זה. תקנות הקרן יפרטו במפורש את תנאי הפיצוי כמפורט לעיל, וגם הן ייקבעו בחוק המקים את הקרן. מימון הקרן יהיה, מצד אחד, על ידי הרוכשים, באמצעות אגרה שתיקבע על בסיס שווי הדירה הנרכשת, ומצד שני על ידי אגרות חובה שישלמו הקבלנים עצמם<sup>145</sup>. לכאורה אפשר היה לשקול הטלת אגרה וולונטרית על הקבלנים, כך שהאינטרס של קבלנים לשלם את האגרה ינבע מרצונם להיות חברים בקרן, שהחברות בה תשפר את האטרקטיביות שלהם מול הרוכשים. עם זאת, אין להתעלם מהאפשרות, כי הרוכשים ילקו בהערכת חסר של הסיכון הגלום ברכישת דירה מקבלן, ובפועל יעדיפו, במקרים רבים, קבלנים שאינם חברים בקרן. דומה שהרעיון של חובה קוגנטית, שמצא את ביטויו בחוק היום, הוא ההולם את הצורך בהגנה ראויה על רוכשי הדירות.

141 ראו לעיל הדיון בסעיף 12 לפרק ו'.

142 ראו ס' 3(4) לתקנות החוזים האחידים, התשמ"ג-1983.

143 ראו לעיל הדיון בסעיף 12 לפרק ו'.

144 ייתכן שבמסגרת קרן יהיה זה נכון להרחיב קמעה את ההגנה על הרוכשים מפני ליקויי בנייה, אל מעבר למוצע בסעיף 2 לפרק ז' לעיל. דוגמאות להסדרים בעלי מבנה דומה קיימים כאמור בחו"ל. בעניין זה ראו: סעיף 2 לפרק ג' לעיל; כמו כן ראו: פרוקציה, לעיל ה"ש 15.

145 לכאורה אפשר היה לשקול הטלת אגרה וולונטרית על הקבלנים, כך שהאינטרס של קבלנים לשלם את האגרה ינבע מרצונם להיות חברים בקרן, שהחברות בה תשפר את האטרקטיביות שלהם מול הרוכשים. עם זאת, אין להתעלם מהאפשרות, כי הרוכשים ילקו בהערכת חסר של הסיכון הגלום ברכישת דירה מקבלן, ובפועל יעדיפו, במקרים רבים, קבלנים שאינם חברים בקרן. דומה שהרעיון של חובה קוגנטית, אשר מצא את ביטויו בחוק היום, הוא ההולם את הצורך בהגנה ראויה על רוכשי הדירות.

זאת ועוד, חשוב לזכור, כי הגם שאין נתונים מדויקים לעניין המימוש בפועל של הערבויות, הרי שככל הנראה כמות המימושים בפועל היא זניחה<sup>146</sup>. במצב דברים זה קיים סיכוי גבוה, כי מימון הערבות מתומחר בחוסר יעילות, הפוגע, בסופו של יום, ברוכש הדירה. זאת, שכן עלות מימון הערבות גבוהה באופן משמעותי מעלויות המימוש בפועל של הערבויות המוצאות<sup>147</sup>, דבר המייקר את עלות הדירה, שכן תוספת עלות מימון הערבות על הסיכון הקיים בפועל מועמסת על הרוכש. הקמת קרן עשויה לפתור עיוות זה, שכן היא תיצור ניהול כוללני של הסיכונים, ותמנע ביזור, העלול לגרום לחוסר יעילות. מובן כי יש להעמיד לרשות הקרן סמכויות כלשהן לשם בדיקת הקבלנים הנראים לה ראויים לחברות בקרן (לרבות הוצאת קבלנים מההסדר), ולשם בדיקת מצב הבנייה בפרויקטים השונים (עילות המימוש על פי תקנות הקרן), בעת פנייה של רוכש לתשלום מכוח תקנות הקרן.

146 ראו לעיל ה"ש 3.

147 בעוד שעלות מימון הערבות הבנקאית היום נעה בין 2.8% ל-6% מסכום הערבות (לעיל ה"ש 35), הרי שבשל כמות המימושים הזניחה, היא אינה משקפת את הסיכון האמיתי על הבנק נותן הערבות בגין התקיימות עילה למימוש הערבות שתחייב את הבנק לשלם את סכום הערבות לרוכש.