

בעניין: חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, תשע"ח-2018
תקנות חדלות פירעון ושיקום כלכלי, תשע"ט-2019

חוק חדלות פירעון;
תקנות חדלות פירעון;

ובעניין: **מנורה מבטחים ביטוח בע"מ**
 ע"י ב"כ ממשרד עוה"ד ארדינסט, בן נתן, טולידאנו ושות'
 מרח' ברקוביץ' 4 (מגדל המוזיאון, ק.13), תל אביב, 6423806
 טל': 03-7770111; פקס: 03-7770101

מנורה;

ובעניין: **א. דורי בניה בע"מ, ח.פ. 512660341**

החברה;

ובעניין: **עוה"ד עופר שפירא ואיתי הס, בתפקידם כנאמנים של החברה**
 ע"י ב"כ ממשרד עוה"ד שפירא ושות'
 ממרכז עזריאלי 5, המגדל המרובע (קומה 27), תל אביב, 67025
 טל': 03-7766999; פקס: 03-7766996
 וע"י ב"כ ממשרד עוה"ד אגמון ושות'
 ממגדל אלקטרה, יגאל 98 (קומה 47), תל אביב 6789141
 טל': 03-6078607; פקס: 03-6078666

הנאמנים;

ובעניין: **שרביב בע"מ**
 ע"י ב"כ עוה"ד אורי שילה
 משד' המגינים 35, חיפה 3101502
 טל': 04-8535656; פקס: 04-8534545

שרביב ו/או המזמינה;

ובעניין: **רום גבס חיפוי וקירוי (1997) בע"מ**
 ע"י ב"כ ממשרד שמענוב ושות'
 מרח' הארבעה 30, תל אביב
 טל': 03-6111000; פקס: 03-6133355

רום גבס;

ובעניין: **הממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי**
 רח' השלושה 3 ת.ד. 9040, תל אביב 6706054
 טל': 073-3923222; פקס: 02-6462502

הממונה;

תשובה (התנגדות) מטעם מנורה

לבקשת הנאמנים והמזמינה לאישור הסדר פשרה ביניהם

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 30.4.2020, מתכבדת בזאת מנורה מבטחים ביטוח בע"מ ("מנורה"), להגיש את תשובתה לבקשה לאישור הסדר פשרה מיום 28.4.2020 שהוגשה מטעם הנאמנים ושרביב בע"מ ("הסדר הפשרה", "המזמינה" ו - "הבקשה").

על סמך האמור להלן יתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את הבקשה ולחייב את הנאמנים ואת המזמינה בהוצאות ובשכ"ט עו"ד בגינה.

ואלה נימוקי התשובה:

I פתח דבר

1. המזמינה אוזנת בידיה ערבות שהנפיקה לה מנורה (שנועדה להבטיח **תיקוני בדיק**), על סך של כ – 3.7 מיליון ש"ח (משוערך) ("**הערבות**").
כתב הערבות, שלא בכדי לא צורף לבקשה, מצ"ב **כנספת 1** (הכולל הארכות ותיקונים שנערכו לערבות).
2. הסדר הפשרה, שבית המשפט הנכבד מתבקש לאשרו, מבקש לעגן את העסקה הבאה:
 - 2.1. הנאמנים מצדם **מתיימרים להרשות** למזמינה לממש את רוב רובה של הערבות (90% ממנה), כך שמנורה תשלם למזמינה סכום של כ – 3.29 מיליון ש"ח (למרות שעולה מן הבקשה ומעמדות הנאמנים כי קיימים **תיקוני בדיק** בהיקף של לכל היותר 10% מן הערבות); כאשר הנאמנים גם **מתיימרים להבטיח** למזמינה ויתור על טענות ובכלל זה **חסינות מטענות בגין מימוש הערבות**;
 - 2.2. **כנגד** הרשות שמתיימרים הנאמנים ליתן למזמינה לממש 90% מן הערבות, וכנגד החסינות מתביעות שהם מתיימרים ליתן לה (ובכלל זה בגין מימוש הערבות), **תותר המזמינה** כלפי החברה (כלפי הנאמנים) על שלל טענות ותביעות, שבינן לבין תיקוני בדיק **אין דבר וחצי דבר**.
3. הסדר הפשרה מבוסס אפוא על ההנחה (שמיד נראה כי היא שגויה לחלוטין) כי הערבות (או הרשות לממשה) היא **בבחינת מטבע (נכס)**, המצוי **בכיסם של הנאמנים**, והם **רשאים לסחור בה**, ואף **להקריבה לטובת ויתור על תביעות מצד המזמינה**.
4. הסדר הפשרה **מנוגד לדין ואין לאשרו**, בשל כל אחד מן הטעמים להלן, ובוודאי נוכח כולם יחד.
5. **ראשית** (ועל כך נפרט **בפרק II להלן**), מובן שהסדר הפשרה חותר למימוש **שלא כדין** של הערבות. הערבות נועדה להבטיח ביצוע **תיקוני בדיק**. חרף כך, הסדר הפשרה מבקש **להקריב** את הערבות ולפדות באמצעותה, טענות **שאינן קשורות** בתיקוני בדיק. מדובר **במעשה שלא יעשה**, שנוגע **בחוסר הגינות רבתי**. משום כך בא המקרה דנן בגדר אותם חריגים **בהם ימנע בית המשפט את מימוש הערבות**.
- דברים אלו מקבלים משנה תוקף שעה שרום גבס (שאינן מחלוקת שאחראית כלפי מנורה לשלם כל סכום שתאלץ מנורה לשלם בגין הערבות) מציעה לבצע בעצמה וליטול אחריות על תיקוני הבדיק, כך שברור כי **גם אם נדרש תיקון בדיק** זה או אחר, **אין כל מקום לחילוט הערבות על ידי המזמינה**.
6. **שנית** (ועל כך נפרט **בפרק III להלן**), התיזה המשפטית עליה מבוסס הסדר הפשרה היא **שגויה לגמרי**. כך, הניתוח בבקשה **מתעלם לחלוטין** מכך שכדי לממש את הערבות על המזמינה לשלוח הודעת מימוש **וליטול אחריות** בגינה. מימוש ערבות בניגוד לעסקת היסוד, מטיל על המזמינה **חובה להשיב** את הכספים שקיבלה מכוח הערבות. כך, אם מימשה 3.4 מיליון ש"ח מכוח הערבות, כאשר תיקוני הבדיק מגיעים רק כדי 0.3 מיליון ש"ח, **עליה להשיב** את ההפרש (רוב מוחלט של הסכום שמימשה), והיא כמובן **חשופה לתביעה** בגין כך. הניתוח בבקשה גם **מתעלם לחלוטין** מכך שזכות התביעה המדוברת כלפי המזמינה, בגין מימוש שלא כדין של הערבות **שייך למנפיק הערבות**, **שביצע את התשלום** (ולא לחברה או לנאמנים).
- לפיכך, החברה או הנאמנים **אינם בעלי הזכות או היכולת להרשות למזמינה לבצע מימוש של הערבות שלא כדין**, ואינם **בעלי הזכות להעניק למזמינה חסינות מפני מימוש של הערבות שלא כדין**. במלים אחרות, במסגרת הסדר הפשרה מבקשים הנאמנים לסחור בזכותה של מנורה, על גבה של מנורה ומבלי לקבל הסכמתה. מובן שאין להרשות זאת.
7. להלן נפרט. לפני כן נדגיש שאין באמור להלן כדי לגרוע מכל זכות או טענה של מנורה כלפי רום גבס.

II הקרבת ערבות בדק כדי לפדות טענות כנגד קופת הנאמנים היא אסורה

II.א. הערבות היא ערבות בדק

8. אין מחלוקת כי הערבות נועדה (החל משנת 2016) להבטיח אך ורק תיקוני בדק.
9. כך, בסעיף 11 לתביעת החוב שהגישה המזמינה לנאמנים (שלא בכדי לא צורפה לבקשה), טוענת המזמינה עצמה כי הערבות היא **ערבות בדק**, ושבויום 14.6.2016 סוכם שהיא מחליפה ערבות ביצוע:
- "לאור בקשותיה והבטחותיה של החייבת לקיים את התחייבויותיה לספק תיקוני בדק לאחריות לרוכשי הדירות על פי חוק המכר (דירות), בתאריך 14.6.2016 נערך זכרון דברים בין שרביב והחייבת, ובמסגרת סעיף 2 הסכימה שרביב לפנים משורת הדין, להחליף את ערבות הביצוע שמסרה לה החייבת בערבות בדק[...]."*
- העתק תביעת החוב צורף **כנספח 4** לבקשה שהוגשה מטעם רום גבס ביום 30.4.2020 לאישור מתווה מטעמה ("**בקשת רום גבס**").
10. בהתאם, נערך באותו היום (14.6.2016), תיקון לכתב הערבות שם נכתב בסעיף 4 כי יוכנס בערבות תיקון כך שהיא לא תתייחס לביצוע עבודות הבניה:

"בסיפא של סעיף 1 של הערבות נמחקו המילים: "בקשר עם ביצוע עבודות בניה ו/או" כך ש:

במקום המילים: "...בקשר עם ביצוע עבודות בניה ו/או בקשר עם טיב עבודות בניה ו/או בקשר עם הסכם מיום 27/07/2010 לביצוע עבודות קבלניות במגרש 223 מס' חלקה ארעי 327 בהתאם לתב"ע הר/1200 א' – פרויקט "הוד השרון – שרביב".

יבואו המילים: "...בקשר עם טיב עבודות בניה ו/או בקשר עם הסכם מיום 27/07/2010 לביצוע עבודות קבלניות במגרש 223 מס' חלקה ארעי 327 בהתאם לתב"ע הר/1200 א' – פרויקט "הוד השרון – שרביב"."

11. ראו נא גם דבריו של מנכ"ל המזמינה מתוך מכתב ששלח למנורה ביום 30.3.2016 (הודעה דומה נמסרה גם במכתב מיום 14.4.2016):

"הנכם מתבקשים להסב את הערבות שבנדון מערבות ביצוע לערבות בדק".

העתק המכתבים מיום 30.3.2016 ומיום 14.4.2016 מצ"ב לתשובה זו **כנספח 2**.

II.ב. היקף תיקוני הבדק לא מגיע ל – 10% מסכום הערבות; הסדר הפשרה מציע להקריב את

הערבות ולפדות באמצעות 90% ממנה תביעות אחרות

12. לא יכולה להיות מחלוקת כי הסדר הפשרה מציע להקריב את הערבות ולפדות באמצעות 90% ממנה תביעות שונות של המזמינה שכלל אינן קשורות בתיקוני בדק (אותן בלבד נועדה הערבות להבטיח).
13. **ראשית**, כך כתוב במפורש בהסדר הפשרה. ראו נא למשל סעיף 3.3 שם מוותרת המזמינה כלפי קופת הנאמנים והחברה, "לכל דבר וענין שהוא" (ולא רק לעניין בדק). ויתור זה מתיימר הסדר הפשרה להשיג באמצעות הקרבת הערבות ומימוש של 90% ממנה.

14. **שנית**, קל להיווכח מן הנתונים הקיימים בפני בית המשפט הנכבד כי היקף תיקוני הבדק בפרויקט המדובר לא מגיע אפילו ל – 10% מהיקף הערבות.
15. כך, למשל, בדו"ח שהוגש מטעם הנאמנים ביום 3.12.2019 טענו הנאמנים כי במערכות החברה קיימות כ – 71 פניות לטיפול בליקויי בדק, והעריכו אותם בהיקף של כ – 350,000 ש"ח בלבד.
16. כך, בבקשה עצמה לא מוזכרים אלא שני פסקי דין שניתנו כנגד המזמינה בסך 155,000 ש"ח בלבד, בצד תיאור כללי ועמום של "פניות מעשרות דיירים נוספים" (שם בסעיף 18).
17. זאת ועוד, לפי זכרון הדברים מיום 14.6.2016 (שצורף כנספח 10 לבקשת רום גבס) בסעיף 3 החברה תזכה לקבל סכום של 2 מיליון ש"ח רק אם "**תמלא בקפדנות אחר התחייבויותיה לביצוע התיקונים והבדק**", והנה נראה שאין מחלוקת כי סכום זה שולם גם שולם, משמע, החברה עמדה בביצוע התיקונים והבדק.
18. הנה כי כן, בצד העובדתי ברי כי לא קיימים תיקוני בדק בהיקף המתקרב אפילו להיקף הערבות.
19. בשולי עניין זה עולה שאלה גם מנקודת המבט של הנאמנים – בנסיבות אלו, כאשר תיקוני הבדק מוגבלים בהיקף שלהם, ואף לא מקימים חבות כספית (שכן כמפורט להלן רום גבס מציעה לבצע את התיקונים), אין זה ברור מדוע האינטרס של קופת הנאמנים הוא כי רוב הערבות תחולט. הרי הנאמנים מכירים בכך שהדבר מקים עילה למנורה כלפיה קופתם (אם כי כמפורט להלן הם מתעלמים מזכויותיה של מנורה כלפי המזמין). מדוע, אם כן, שקופת הנאמנים תסכים להיות חשופה למימוש של כמעט מלוא הערבות מקום שעל פני הדברים אין בכך צורך?

II.g. התחייבות רום גבס לבצע תיקוני בדק ככל שאלו אכן דרושים

20. מעבר לכל אלו וכידוע לבית המשפט הנכבד התחייבה רום גבס (שאחראית לשלם למנורה כל סכום שתאלץ מנורה לשלם על פי הערבות) לבצע בעצמה תיקוני בדק ככל שאלו דרושים (וכידוע זהו תחום עיסוקה של רום גבס).
21. משמע, אף אם נדרשים או ידרשו תיקוני בדק אזי יש רום גבס התחייבה וערוכה לבצעם (על פי מתווה).
22. בנסיבות אלו מובן שלא נדרש מימוש כלשהו של הערבות שכל תכליתה הבטחת הביצוע של תיקוני הבדק.

II.d. ניסיון לממש את ערבות הבדק לצרכים אחרים מקים את חריג הנסיבות המיוחדות

23. בנסיבות דנו, כאשר עסקינן בערבות בדק וכאשר ברי מן התשתית המונחת בפני בית המשפט הנכבד כי נעשה ניסיון לממשה שלא לצורך תיקוני בדק, אין מנוס מן המסקנה כי מדובר בניסיון פסול וחמור, שטובל בחוסר תום לב.
24. אין זה פלא אפוא שבתי המשפט פסקו במפורש כי מצב דברים זה בא בגדר חריג הנסיבות המיוחדות שקבעה הפסיקה, שעם התקיימו **ימנעו** בתי המשפט את מימוש הערבות, במיוחד שעה ששאלת המימוש נדונה במסגרת הליך חדלות פירעון.
25. **לעניין חריג הנסיבות המיוחדות, ככלל, ראו נא למשל דבריו של כב' השופט דנציגר בעניין שגראוי¹:**

¹ רע"א 2502/13 האחים שגראוי ייזום ובנייה בע"מ נ' גינדי החזקות דירות יוקרה בע"מ (פורסם בנבו, 14.04.2013).

"בפסיקתו של בית משפט זה הוכרו שני סוגים של מקרים חריגים ויוצאי דופן בהם יתערב בית המשפט בעיקרון האוטונומיה של הערבות הבנקאית: האחד, בהתקיים מעשה מרמה חמור מצד המוטב; והשני, בהתקיים "נסיבות מיוחדות אחרות" [ראו: עניין בזק, בעמ' 403; עניין שובל, בפסקה 13; עניין ט.ש.ת., בפסקה 11]. נסיבות מיוחדות אלה, כך נפסק, עניינן בהתנהגות שרירותית של המוטב בדרישת הפירעון, בחוסר תום לב קיצוני ובולט או בהתנהגות המונעת משיקולים זרים, הפעלת לחץ או נקמנות."

כן ראו נא דבריה של כב' השופט אילה פרוקצ'יה בעניין שובל הנדסה ובניין²:

"בגדר "נסיבות מיוחדות" עשויה לבוא התנהגות חמורה או שרירותית של המוטב בבואו לדרוש את חילוט הערבות"

ובהמשך:

"בהחלת החריגים למימושה של הערבות הבנקאית האוטונומית שוקל בית- המשפט, מן הצד האחד, את הצורך להגן על אופייה העצמאי של הערבות האוטונומית נוכח חשיבותה המרכזית בעולם הכלכלה כמכשיר הגנה יעיל על צדדים לעיסקות מסחר מורכבות בעולם המודרני; מצד אחר, נשקל הצורך להגן במקרים קיצוניים מפני מימושן של ערבויות בידי מוטב הנוגע במניעי מירמה או חוסר תום- לב ואי-הגינות בולטים מקום שמימוש כאמור עלול להביא לתוצאות בלתי צודקות ביחסים שבין הצדדים לעיסקת היסוד."

26. לעניין הקפדה יתרה לענין מימוש הערבות בהליכי חדלות פירעון ראו נא דבריו של כב' הנשיא השופט א. אורנשטיין בעניין צ. לנדאו³, אותם ציטט גם בית המשפט הנכבד בתיק זה בהחלטתו מיום 27.10.2019:

"עוד יש ליתן את הדעת שכאשר חברה נקלעת לקשיים עלול הדבר לאפשר לנושים לנצל את המצוקה שאליה נקלעה על מנת לממש ביטחונות שניתנו לה על ידי החברה הגם שאין הם זכאים לעשות כן ותוך ניצול הבוֹקָה וּמְבוֹלָקָה שבה נמצאת החברה והנחיתות שיש לבעלי התפקיד לעומת הצדדים האחרים. גם בהקשר זה יפים הדברים שנאמרו בספרם של אלשיך ואורבך, שם בעמ' 348: "...ההיקלעות להליך של חדלות פירעון עלולה להיות מנוצלת לרעה בידי בעלי ערבויות בנקאיות אוטונומיות שינסו לנסות לערוך "דיג עילות" כדי לחלט את הערבויות בתקווה כי לא יאלצו להשיב, בסופו של דבר, את אשר נטלו. זאת, תוך כדי ניצול חוזקו ותחולתו הגורפת של עקרון העצמאות של הערבות". משכך, שומה על בית המשפט שדן בהליכי חדלות הפירעון להקפיד ביתר שאת על הליך המימוש וזכות המוטב לחלט את הערבות הבנקאית, גם מתוך חשש של ניצול הליך חדלות הפירעון על ידי הנושים."

27. בהתאם, בתי משפט של חדלות פירעון אינם מהססים לערוך בדיקה עובדתית, למנות מומחה במידת הצורך, ולאסור על מימוש הערבות כאשר מסתבר כי המימוש אינו מוצדק ואינו מתיישב עם קביעות המומחה. כך ממש היה המקרה בעניין צ. לנדאו, שעובדותיו דומות עד זהות לאלו שבענייננו. בית המשפט

² ע"א 3130/99 שובל הנדסה ובנין (1988) נ' י.ש.מ.פ. חברה קבלנית לבנין בע"מ, נח(3) 118 (2004).
³ פ"ק (מחוזי ת"א) 29930-08-14 צ. לנדאו קבלנות והנדסה בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי (פורסם בבנו, 19.07.2015).

מינה שם מומחית שתעריך את עלות תיקוני הבדק שנותרו בפרויקט. לאור ממצאי בדיקתה קבע בית המשפט כי "על פני הדברים אין עסקינן בליקויים שמצדיקים מימוש ערבויות בנקאיות במיליוני שקלים". ואסר על מימוש הערבות – "לאור כל האמור אני מורה שחברת עמרם אינה זכאית לממש את הערבויות הבנקאיות"⁴.

והנה, כך מוצע שבית המשפט הנכבד יעשה גם בענייננו, ימנה מומחה ורום גבס אף מתחייבת לפעול לפי קביעתו.

28. זאת ועוד, בתי המשפט של חדלות פירעון מקפידים לבחון את תכלית המימוש בפועל לעומת תכלית הערבות לפי לשונה, וכאשר נעשה ניסיון לממש ערבות שלא לתכלית לשמה נועדה רואים בכך משום חוסר תום לב חמור שבא בגדר חריג הנסיבות החמורות. ראו נא לעניין זה דבריה של כבי השופטת ורדה אלשיך בעניין רובננקו⁵:

"ניתן לגרוס כי מקום בו הסכימו הצדדים מראש, בכתב הערבות עצמו, להגביל את החשיפה לחילוט לקבוצת מקרים מסויימת, ואילו בדעיבד מבקש המוטב לחלט את הערבות בגין עניין אחר (למשל, בגין חוזה אחר בין הצדדים, שאינו מגובה בערבות בנקאית אוטונומית משל עצמו), הרי שהתנהגות כזו מטעם המוטב, מעוותת לחלוטין את הסכמת הצדדים נשוא כתב הערבות, והינה בגדר חוסר תום-לב חמור העשוי לעיתים לעלות לכדי "התנהגות חמורה במיוחד מצד המוטב", שהינה חריג מוכר וידוע לעקרון העצמאות של הערבות האוטונומית."

והנה, בענייננו, נוכחנו כי תכלית המימוש של הערבות לפי לשונה, היא ביצוע תיקוני בדק, לאחר שהוכנס בלשון הערבות תיקון מפורש שמחק את תכלית הבטחת הביצוע. ממילא דברים אלו בעניין רובננקו יפים גם לענייננו.

29. אכן, כאשר, כמו בענייננו, בא בפני בית המשפט של חדלות פירעון מקרה בו ניתנה ערבות בדק (ערבות טיב) ונעשה ניסיון לממשה לצרכים אחרים, הם דוחים ניסיון זה מכל וכל. כך, גם בעניין האחים דיב⁶ נידונו עובדות דומות לענייננו. באותו עניין הוגשה לבית המשפט המחוזי בחיפה בקשה על ידי בנק מרכזית לדיסקונט בע"מ לביטול החלטה המאשרת הסדר פשרה בין המנהל המיוחד של חברת האחים דיב בע"מ (להלן בפסקה זו: "החברה") לבין שתי נושות של החברה. הסדר הפשרה כלל חילוט ערבות בנקאית שהונפקה על ידי הבנק לבקשת החברה להבטחת טיב העבודה בלבד (בדק). אלא שזמן קצר אחרי הנפקת הערבות קרסה החברה ופרויקט נדליץ לשמו ניתנה הערבות מעולם לא הושלם. בנסיבות אלה, הבנק סבור היה שאין מקום לחילוט הערבות. בין הצדדים הייתה מחלוקת באשר לסוג הערבות שהוצאה – האם רק ערבות בדק או שמא בגין תכליות נוספות (כפי שטענו הנושות). כבי השופטת בטינה טאובר קבעה כי בהינתן המחלוקת בין הצדדים באשר לסוג הערבות שהוצאה, יש לבחון את שאלת קיומו של חריג הנסיבות המיוחדות. לאחר בחינה, קיבלה כבי השופטת טאובר את התנגדות הבנק וקבעה כי הנושות אינן זכאיות לממש את הערבויות:

⁴ הי"ש 3 לעיל, שם בעמוד 19, סעיף 12.11.

⁵ פ"ק (מחוזי ת"א) 2035-03 עו"ד יוסף וקנין בתפקידו כמפרק חברת שמואל רובננקו ושות' בנין והשקעות בע"מ נ' שופרסל בע"מ (פורסם בנבו, 16.11.2010).

⁶ פ"ק (מחוזי חי') 57257-01-18 האחים דיב בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי (פורסם בנבו, 23.01.2019).

"על רקע האמור, לנוכח אי ההתאמה המוחלטת בין כתב הערבות שהונפק על ידי הבנק לצורך הבטחת טיב העבודות, לבין ערבות "הביצוע" אותה מבקשת עדלוג לחלט, ולנוכח, התנהגותה השרירותית של עדלוג בדרישת החילוט - התנהגות שמקימה תחושה לא נוחה של ניצול היקלעותה של החברה להליך חדלות פירעון לצורך ביצוע "דיג עילות" לחילוט ערבויות, מקובלת עלי התנגדות הבנק למימוש הערבות הבנקאית מכוח הסכם הפרשה".

ובהמשך:

"גרסתו של מנהל הסניף בבנק הייתה סדורה, עקבית ואמינה לכל אורך הדרך, וזו משקפת את העדר ההתאמה המוחלט בין כתב הערבות שהונפק ואשר נועד להבטחת "טיב העבודות" לבין "ערבות הביצוע" שעדלוג מבקשת לממש; וכן את ההתנהגות השרירותית של עדלוג בדרישת הפירעון, התנהגות שמקיימת לדעתי את חריג "הנסיבות המיוחדות" ואשר מצדיקה התערבות בעיקרון העצמאות באופן שאינו מאפשר מימוש הערבות."

נדמה שלא צריך להרחיב כי דברים אלו מתאימים לגמרי לענייננו.

30. אכן, לצד עקרון העצמאות של הערבות חל גם "עקרון ההתאמה" לפיו נדרשת התאמה בין המסמכים (או התנאים) המוצגים למנפיק הערבות לשם קבלת תשלום הערבות, לבין המסמכים (או התנאים) הנדרשים בכתב הערבות. על כך הסביר המלומד וינרוט בעמ' 149 בספרו⁷, כדלקמן:

"חובת הבנק לשלם מכוח כתב הערבות הבנקאית מותלה בקיומם הדווקני והמלא של התנאים המופיעים בכתב הערבות הבנקאית, תוך התאמה מוחלטת לכתב הערבות הבנקאית, ותוך שהבנק מוודא כי הדרישה למימוש הערבות התקבלה בעת שהערבות בתוקף, ולא חל אירוע או חלף המועד שמביא לפגיעתה. הבנק מחויב לבחון האם המסמכים שהוצגו לו מקיימים, על פניהם, את התנאים שנכללו בכתב הערבות הבנקאית לשם מימושה..."

וכן דבריו של כבוד השופט יי עדיאל בעניין נוגה אלקטרוטכניקה⁸, המטיבים לתאר את עקרון ההתאמה:

"עיקרון זה, שיעודו להגן על מבקש הערבות, "מחייב קיומם הדווקני של תנאי הערבות האוטונומית, כתנאי מוקדם למימושה" (ענין שובל, בעמ' 131). תנאי מוקדם למימוש הערבות הוא קיומו של "תיאום מלא בין הפרטים המוצגים לבנק לשם קבלת תשלום הערבות לבין הפרטים הנדרשים בכתב הערבות" (עניין מוניטין עיתונות, בעמ' 101). הלכה דומה עולה מפסק הדין בענין מליבו, שם נאמר כי ההתאמה הדרושה הנה 'מוחלטת' (שם, בעמ' 701-700). עמד על כך גם המלומד ר' בן אוליאל בצינו כי אחד מסימני ההיכר היסודיים של הערבות הבנקאית הוא "פורמליזם העומד מאחורי המילוי של כתב הערבות" (ר' בן-אוליאל דיני בנקאות (חלק כללי) המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר,

⁷ אברהם וינרוט, ערבות בנקאית (מהדורה שנייה מורחבת, 2010).

⁸ ע"א 7168/03 שלמה חבר נ' צוריאל לביא בתוקף תפקידו כנאמן של נגה אלקטרוטכניקה בע"מ בהקפאת הליכים ושל נגה תעשיות אלקרו-מכניות 1986 בע"מ בהקפאת הליכים (פורסם בנבו, 26.09.2005).

31. הנה כי כן, בנסיבות דנן, כאשר הערבות היא ערבות בדק וברור כי הסדר הפשרה מבקש להקריבה ולפדות באמצעותה תביעות שאינן קשורות לבדק, חל חריג הנסיבות המיוחדות מכוחו יש לאסור על מימוש הערבות.

III הסדר הפשרה מושתת על תזה משפטית שגויה לחלוטין שמתעלמת מאחריות המזמינה בגין מימוש שלא כדין ומזכויות מנורה כלפי המזמינה

32. התיזה המשפטית עליה מבוסס הסדר הפשרה היא שגויה לגמרי.
33. **ראשית**, הבקשה מניחה כאילו הסדר הפשרה מקים למנורה חובה לשלם את הערבות למזמינה, בעוד שאין זה כך כלל וכלל.
34. כך, כדי לממש את הערבות על המזמינה לשלוח הודעת מימוש וליטול **אחריות** בגינה, עובדת יסוד ממנה מתעלם הניתוח בבקשה.
35. כך נכתב לעניין זה בסעיף 2 לכתב הערבות מיום 30.3.2015 (נספח 1 לתשובה זו): "אנו נשלם לכם, תוך חמישה ימים ממועד קבלת דרישתכם בכתב" ובהמשך בסעיף 6: "כל דרישה לתשלום מכוח ערבות זו, צריכה להימסר בכתב למשרדנו...".
36. הנה כי כן, הסכמה (כלשהי) בין הנאמנים לבין המזמינה, אינה מקימה למנורה חובת תשלום. היא אינה באה בגדר דרישה לפי הערבות כלל וכלל.
37. **שנית**, ובהמשך לאמור לעיל, הניתוח בבקשה מתעלם מכך שמיוש ערבות בניגוד לעסקת היסוד, מטייל על המזמינה חובה להשיב את הכספים שקיבלה מכוח הערבות.
38. כך, אם מימשה 3.4 מיליון ש"ח מכוח הערבות, כאשר תיקוני הבדק מגיעים רק כדי 0.3 מיליון ש"ח, עליה להשיב את ההפרש (רוב מוחלט של הסכום שמימשה), והיא כמובן חשופה לתביעה בגין כך. יפים לעניין זה גם דבריהם של פרידמן ושפירא בר אור בספרם⁹:

"שאלה אחרת היא מה הדין, אם ניצל הנושה את 'עצמאותה' של הזכות וגבה מן ה'ערב', אף שלא היה זכאי לעשות כן. התשובה לכך היא שבמקרה כזה הוא חייב בהשבה. התשלום שגבה הוא בגדר זכיה 'שלא על פי זכות שבדין', כאמור בסעיף 1 לחוק עשיית עושר".

39. **שלישית**, נדמה שהבקשה מניחה בשגגה כי אם המזמינה מימשה את הערבות בניגוד לעסקת היסוד אזי הזכות להשבה קמה לחברה (לנאמנים). על סמך שגגה זו מתיימרים הנאמנים "להרשות" למזמינה, לממש את הערבות ואף להעניק לה חסינות מפני מימוש שלא כדין, במסגרת הסדר הפשרה.
40. אלא שזכות זו לא קמה לחברה כלל. היא קמה למי שישלם על פי הערבות, קרי למנורה (אלא אם החברה שיפתה את מנורה על כל הסכום ששילמה מנורה, מצב דברים שאינו רלבנטי).

⁹ דניאל פרידמן, אלרן שפירא בר-אור, דיני עשיית עושר ולא במשפט (כרך ב, עמוד 1145 מהד' 3, 2017).

41. הטעם לכך פשוט: אם מימשה המזמינה (הנושה) את הערבות שלא כדין, יש לתקן מצב זה באמצעות החזרת הכספים לערב ששילם לה (מנורה). אין לתקנו באמצעות השבת הכספים לחייב (החברה), כאשר החייב (החברה) זוכה מן ההפקר, תוך שמנורה מגישה תביעת חוב (שלא תועיל לה), כפי שנכתב בבקשה (סעיף 21 המתייחס למצב בו רוס גבס היא המשלמת ולכן היא זו המגישה תביעת חוב). כל מצב אחר מנוגד לדין ובכלל זה לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979.

42. הנה המשך דבריהם של פרידמן ושפירא בר אור, שמסבירים זאת היטב¹⁰:

"מקרה נפוץ הוא שערבות "אוטונומית" ניתנה לאחר שה"ערב" הבטיח עצמו, באמצעות קבלת ביטחון או התחייבות מן החייב, שישפּהו. אם גבה הנושה מן הערב, הרי מן הבחינה המהותית השאלה המכרעת היא אם זכה הערב בשיפוי מן החייב (באמצעות מימוש ביטחון שהלה נתן לו או בדרך אחרת). אם לא זכה הערב לשיפוי, הרי עומדת לו זכותו להשבה מן הנושה שגבה ממנו שלא כדין".

43. הנה כי כן, למנורה אמנם קמה זכות כלפי קופת הנאמנים אם תשלם סכום כלשהו מכוח הערבות. ואולם, אם נניח כי קופה זו לא תשלם למנורה את כל הסכומים שתיאלץ מנורה לשלם, נוכח חדלות הפירעון, וכל עוד לא ישולמו סכומים אלו במלואם, אזי זכות התביעה כלפי המזמין עומדת למנורה ולא לאותה קופה.

44. אכן, כבר טרם חקיקת חוק עשיית עושר ולא במשפט קבע בית המשפט העליון כי הערב הוא מי שזכאי לקבל השבה מנושה שמימש את הערבות שלא כדין, וכי הדבר ברור עד כדי כך שלא נדרש לכתוב אותו בחוק. זו ההלכה שפסק כב' השופט לנדוי בעניין קיראון¹¹:

"הוא הדין מקל וחומר בכספים שהגיעו לידי הנושה מאת הערב עצמו ואין לנושה זכות בהם. אין שום צדק בכך שהחייב העיקרי יזכה בסכום זה שהוא לא שילמו לנושה אלה הערב שילמו על-פי ערבותו נראה לי שזה מן הדברים הברורים עד כדי כך שלא נמצא לו אסמכתה ישירה בחוק החרות".

ובהמשך:

"הכסף ששולם ביתר עדיין חייב לחזור למקור ממנו בא, דהיינו לבנק ששילמו, וכלפיו לא רכש החייב העיקרי שום זכות, כאילו הפך החייב העיקרי לנושה של הערב".

45. הנה כי כן, החברה או הנאמנים אינם בעלי הזכות או היכולת להרשות למזמינה לבצע מימוש של הערבות שלא כדין, כפי שמתיימר לעשות הסדר הפשרה. אם חפצה המזמינה לנסות ולממש את הערבות עליה לפעול כפי שמורה הערבות ולמסור הודעת מימוש (ויהיה עליה להתמודד עם כך שעל פני הדברים אין לה זכות שכזו וכי המקרה מקים את חריג הנסיבות המיוחדות שבגיננו יש למנוע את מימוש הערבות). הסדר הפשרה, מכל מקום, לא מטיל על מנורה חובת תשלום של הערבות.

46. זאת ועוד, בעלת הזכות כלפי המזמינה, בגין מימוש שלא כדין של הערבות, אם זה יצא לפועל, היא מנורה ולא הנאמנים. ממילא הנאמנים אינם בעלי הזכות להעניק למזמינה חסינות מפני מימוש של הערבות שלא כדין, כפי שמתיימר לעשות הסדר הפשרה.

47. גם מטעמים אלו אין אפוא לאשר את הסדר הפשרה ויש לדחות הבקשה.

¹⁰ לעיל ה"ש 8 בעמוד 1145.

¹¹ ע"א 388/74 קיראון להשקעות בע"מ נ' עזר בנין ופתוח בע"מ, ל(2) 151 (1976).

IV סוף דבר

48. תשובה זו נתמכת בתצהירו של מר יואל פרי, מנהל מחלקת ערבויות במנורה.

49. אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד כמפורט ברישא לתשובה זו.



אמיר אלגזל, עו"ד



רועי גרוס, עו"ד

ב"כ מנורה מבטחים ביטוח בע"מ

תצהיר

אני הח"מ, יואל פרי, נושא ת.ז. 022123814, לאחר שהוזהרתי כי עלי לומר את האמת, וכי אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא אעשה כן, מצהיר בזאת כדלקמן:

1. הנני עושה תצהירי זה בתמיכה לתשובה (התנגדות) מטעם מנורה מבטחים ביטוח בע"מ (להלן בהתאמה: **"התשובה"** ו - **"מנורה"**) לבקשת הנאמנים ושרביב בע"מ לאישור הסדר פשרה ביניהם אשר הוגשה לבית המשפט המחוזי בתל אביב במסגרת הליך חדלית 17156-10-19 (**"הבקשה"**, **"המזמינה"** ו - **"הסדר הפשרה"**).
2. הנני משמש כמנהל מחלקת ערבויות במנורה, האמור בתצהיר זה ידוע לי מידיעה אישית ו/או למיטב ידיעתי ו/או בהתאם לבירור ובדיקה ועיון במסמכים שעשיתי ו/או לעצה משפטית שקיבלתי.
3. המזמינה אוחדת בידיה ערבות שהנפיקה לה מנורה (שנועדה להבטיח **תיקוני בדק**), על סך של כ - 3.7 מיליון ש"ח (משוערך) (**"הערבות"**). כתב הערבות, שלא צורף לבקשה, מצורף **כנספח 1** לתשובה (כולל הארכות ותיקונים רלבנטיים שנערכו לערבות).
4. עפ"י ההסכמה שגובשה בין המזמינה לבין א. דורי בניה בע"מ (**"החברה"**), כפי שקיבלה ביטוי, בין היתר, בפניות הישירות של המזמינה למנורה לתיקון הערבות (שצורפו תחת נספח 2 לתשובה), תוקנה הערבות כך שהחל מיום 14.04.2016 הערבות מבטיחה **אך ורק תיקוני בדק**.
5. גם המזמינה גילתה דעתה שכך הם הדברים כפי שעולה מסעיף 11 לתביעת החוב שהגישה לנאמנים (שלא בכדי לא צורפה לבקשה), ובה טוענת המזמינה עצמה כי הערבות היא **ערבות בדק**, שביום 14.6.2016 סוכם שהיא מחליפה ערבות ביצוע:

"לאור בקשותיה והבטחותיה של החייבת לקיים את התחייבויותיה לספק תיקוני בדק לאחריות לרוכשי הדירות על פי חוק המכר (דירות), בתאריך 14.6.2016 נערך זכרון דברים בין שרביב והחייבת, ובמסגרת סעיף 2 הסכימה שרביב לפנים משורת הדין, להחליף את ערבות הביצוע שמסרה לה החייבת בערבות בדק[...]."

העתק תביעת החוב צורף **כנספח 4** לבקשה שהוגשה מטעם רום גבס ביום 30.4.2020 לאישור מתווה מטעמה (**"בקשת רום גבס"**).

6. בחתאם, נערך באותו היום (14.6.2016), תיקון לכתב הערבות שם נכתב בסעיף 4 כי יוכנס בערבות תיקון כך שהיא לא תתייחס לביצוע עבודות הבניה:

"בסיפא של סעיף 1 של הערבות נמחקו המילים: "בקשר עם ביצוע עבודות בניה ו/או" כך ש:

במקום המילים: "...בקשר עם ביצוע עבודות בניה ו/או בקשר עם טיב עבודות בניה ו/או בקשר עם הסכם מיום 27/07/2010 לביצוע עבודות קבלניות במגרש 223 מס' חלקה ארעי 327 בהתאם לתב"ע הר/1200 א' - פרויקט "הוד השרון - שרביב".


יבואו המילים: "...בקשר עם טיב עבודות בניה ו/או בקשר עם הסכם מיום 27/07/2010 לביצוע עבודות קבלניות במגרש 223 מס' חלקה ארעי 327 בהתאם לתב"ע הר/1200 א' - פרויקט "הוד השרון - שרביב".

7. ראו נא גם דבריו של מנכ"ל המזמינה מתוך מכתב ששלח למנורה ביום 30.3.2016 (הודעה דומה נמסרה גם במכתב מיום 14.4.2016):

"הנכם מתבקשים להסב את הערבות שבנדון מערבות ביצוע לערבות בדק".

8. העתק המכתבים מיום 30.3.2016 ומיום 14.4.2016 מצורף לתשובה **כנספח 2**.
9. כפי שניתן להיווכח, בין היתר, מן האמור בסעיפים 12 ו-13 שלהלן, הסדר הפשרה מציע להקריב את הערבות ולפדות באמצעות 90% ממנה תביעות שונות של המזמינה שכלל אינן קשורות בתיקוני בדק (אותן בלבד נועדה הערבות להבטיח).
10. **ראשית**, כך כתוב במפורש בהסדר הפשרה. ראו נא למשל סעיף 3.3 שם מוותרת המזמינה כלפי קופת הנאמנים והחברה, "לכל דבר וענין שהוא" (ולא רק לעניין בדק). ויתור זה, הסדר פשרה מתיימר להשיג באמצעות הקרבת הערבות ומימוש של 90% ממנה.
11. **שנית**, קל להיווכח מן הנתונים הקיימים בפני בית המשפט הנכבד כי היקף תיקוני הבדק בפרויקט המדובר לא מגיע אפילו ל- 10% מהיקף הערבות.
12. כך, למשל, בדו"ח שהוגש מטעם הנאמנים ביום 3.12.2019 טענו הנאמנים כי במערכות החברה קיימות כ- 71 פניות לטיפול בליקויי בדק, והעריכו אותם בהיקף של כ- 350,000 ש"ח בלבד.
13. כך, בבקשה עצמה לא מוזכרים אלא שני פסקי דין שניתנו כנגד המזמינה בסך 155,000 ש"ח בלבד, בצד תיאור כללי ועמום של "פניות מעשרות דיירים נוספים" (שם בסעיף 18).
14. זאת ועוד, לפי זכרון הדברים מיום 14.6.2016 (שצורף כנספח 10 לבקשת רום גבס) בסעיף 3 החברה תזכה לקבל סכום של 2 מיליון ש"ח רק אם "תמלא בקפדנות אחר התחייבויותיה לביצוע התיקונים והבדק". לפי בקשת רום גבס (בסעיף 34.2) נראה שאין מחלוקת כי סכום זה שולם גם שולם, משמע, החברה עמדה בביצוע התיקונים והבדק.
15. הנה כי כן, בצד העובדתי ברי כי לא קיימים תיקוני בדק בהיקף המתקרב אפילו להיקף הערבות.
16. מעבר לכל אלו וכידוע לבית המשפט הנכבד התחייבה רום גבס (שאחראית לשלם למנורה כל סכום שתיאלץ מנורה לשלם על פי הערבות) לבצע בעצמה תיקוני בדק ככל שאלו דרושים (וכידוע זהו תחום עיסוקה של רום גבס).
17. משמע, אף אם נדרשים או ידרשו תיקוני בדק אזי שרום גבס התחייבה וערוכה לבצעם (על פי מתווה).
18. בנסיבות אלו מובן שלא נדרש מימוש כלשהו של הערבות שכל תכליתה הבטחת הביצוע של תיקוני הבדק.

19. זהו שמי, זו חתימתי, ותוכן תצהירי דלעיל אמת.

 חתימה: 10/05/2020

תאריך: 10/05/2020

אישור:

אני, באוס איל, עוייד מרחי נכ"ל/נסק' 23 בעיר רמת א מאשר/ת בזה כי ביום 10/05/2020 הופיע/ה בפניי מר/גב' יואל פר' המוכר/ת לי באופן אישי / שהזדהה/תה בפניי באמצעות תעודת זהות מס' 028173814, ולאחר שהזהרתיו/ה כי עליו/ה לומר את האמת וכי י/תהיה צפויה לעונשים הקבועים בחוק באם לא י/תעשה כן, אישר/ה את ההצהרה דלעיל וחתיס/מה עליה בפניי.

~~איל באוס עוייד
רשון מסי 40135~~

10/05/2020