



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 577/20

ע"א 639/20

לפני:

כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערערת בע"א 577/20
והמשיבה 2 בע"א 639/20 :
עו"ד חניתה מיטלס, הנאמנת

נגד

המשיב 2 בע"א 577/20
והמערער בע"א 639/20 :
אליהו ביטון

המשיבים 1 ו-3
בע"א 577/20 ובע"א 639/20 :
דוד סרויה
הכונס הרשמי

ערעורים על החלטת בית המשפט המחוזי בבאר שבע
מיום 9.12.2019 בפש"ר 11535-08-13 שניתנה על ידי
כב' השופט אריאל חזק =

תאריך הישיבה: ב' בטבת התשפ"ב (6.12.2021)

בשם המערערת בע"א 577/20
והמשיבה 2 בע"א 639/20 :
בעצמה; עו"ד קרן מיטלס יונוביץ'

בשם המשיב 2 בע"א 577/20
והמערער בע"א 639/20 :
עו"ד מור כהן; עו"ד גילי קצמן

בשם המשיב 3 בע"א 577/20
ובע"א 639/20 :
עו"ד רועי נירון

פסק-דין

השופט ע' גרוסקופף:

לפנינו ערעורים על החלטת בית המשפט המחוזי בבאר-שבע (כב' השופט אריאל חזק) בפש"ר 11535-08-13 מיום 9.12.2019, במסגרתה נתקבלה באופן חלקי בקשת הנאמנת על נכסי החייב לביטול הענקות שביצע החייב בנכסיו עובר לכניסתו להליכי פשיטת הרגל. בקשת הנאמנת התבססה בעיקרה על הוראת סעיף 96 לפקודת

פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980 (להלן: פקודת פשיטת הרגל או הפקודה), הקובעת את התנאים אשר בהתקיימם ניתן לבטל הענקות שנעשו על ידי פושט רגל, בהתאם לדין החל על הליכי חדלות פירעון של יחידים שנפתחו על פי הפקודה.

העובדות הצריכות לעניין

1. המשיב 1, מר דוד סרויה (להלן: סרויה או החייב), היה בעת הרלוונטית הבעלים והמנהל של חברת ישראלמרין ייצור מבנים (3000) בע"מ (להלן: החברה), אשר עסקה בפרויקטים בתחום הבניה. ביום 9.1.2011 התקשרה החברה בהסכם הלוואה עם מר אליהו ביטון (הוא המשיב 2 בע"א 577/20 והמערער בע"א 639/20. להלן: ביטון או הנושה), במסגרתו התחייב ביטון להעמיד לחברה הלוואה בסך של 3,050,000 ש"ח לטובת מימון פרויקט הקמת בנין מגורים בשטח הידוע כחלקה 16 בגוש 6866 בעיר חולון, בו שימשה החברה כקבלן המבצע (להלן: הסכם ההלוואה ו-הפרויקט בחולון, בהתאמה). החברה התחייבה מצידה להחזיר את ההלוואה בתוך 12 חודשים מיום חתימת ההסכם, עם אופציה להארכה של 6 חודשים נוספים בהודעה מראש לביטון (להלן: תקופת האופציה), בצירוף ריבית שנתית בשיעור פריים + 6%. לצורך הבטחת החזר ההלוואה, שיעבדה החברה את זכויותיה בשתי דירות מגורים בנות 5 חדרים בפרויקט בחולון (אשר באותה עת עוד היו בבניה) לטובת הנושה. מלבד זאת, ניתנו לביטון כבטחונות גם שיק ביטחון פתוח של החברה, וכן ערבות אישית של סרויה להבטחת מלוא התחייבויות החברה מכוח הסכם ההלוואה.

2. בחלוף מספר חודשים, ביום 13.9.2011, נחתם בין החברה לבין ביטון הסכם תוספת להסכם ההלוואה (להלן: הסכם התוספת). במסגרת הסכם התוספת, הסכימו הצדדים על העמדת בטוחות חדשות להבטחת החזר ההלוואה לביטון בדמות משכון על זכויותיו של סרויה בדירת מגורים ברחוב אקסודוס שבאשדוד, הידועה כחלקה 14 בגוש 2079 (להלן: הדירה או הדירה באקסודוס); ובבית מגורים ברחוב הר הכרמל שבאשדוד, הידוע כחלקה 99 בגוש 2198, אשר בו מחזיק סרויה מחצית מזכויות הבעלות (להלן: הבית בהר הכרמל; ויחד יכוננו: דירות החייב או הדירות) (סעיפים 8.1, 8.2 להסכם התוספת). לצד זאת, הוסכם כי עם רישום המשכון האמור יוסרו השעבודים שנרשמו לטובת ביטון על זכויות החברה בשתי הדירות בפרויקט בחולון מכוח הסכם ההלוואה המקורי (סעיף 9 להסכם התוספת). להלן: שחרור השעבודים על זכויות החברה). יצוין כי מהמסמכים שהוגשו בתיק עולה כי המשכון על הדירה באקסודוס נרשם כבר ביום 30.8.2011, קרי בטרם נחתם הסכם התוספת. מלבד העמדת הבטוחות

החדשות ושחרור השעבודים על זכויות החברה, נקבע בהסכם התוספת כי ההלוואה תיפרע ב-10 תשלומים חודשיים שווים החל מיום 1.10.2011 ואילך באמצעות המחאות בנקאיות (באופן שהעמיד את תקופת ההחזר על זו שנקבעה בהסכם ההלוואה, בצירוף תקופת האופציה). כן נקבע כי ככל שאחת (או יותר) מן המחאות לא תכובד – תישא יתרת ההלוואה המגולמת בהמחאה ריבית פיגורים בשיעור של 2% בכל חודש (להלן: ריבית הפיגורים), וכן יתווסף לסכום ההלוואה פיצוי מוסכם בסך של 25,000 ש"ח עבור כל המחאה שלא תכובד (סעיפים 4, 6 ו-7 להסכם התוספת). יתר התנאים בהסכם ההלוואה, ובכלל זאת שיעור הריבית הרגילה שנושא החוב והערבות האישית שנתן סרויה לקיום התחייבויות החברה (לרבות מכוח הסכם התוספת), נותרו על כנם. יוער כי במסגרת הסכם התוספת צוין כי ישנה מחלוקת ביחס לסכום ההלוואה שמסר ביטון לחברה (אשר לטענתה עמד על 2,925,000 ש"ח בלבד), והוסכם כי עניין זה יתברר בנפרד (סעיף 2 להסכם התוספת).

3. בחודש אוקטובר 2011, בעקבות שחרור השעבודים על זכויות החברה, שילמה חברת י.ד. אלברט (2000) חברת לבניין (1997) בע"מ – היא החברה המזמינה של הפרויקט בחולון (להלן: המזמינה) – סך של כ-1,600,000 ש"ח לחברה בגין זכויותיה האמורות. כספים אלו הועברו מהחברה לביטון לטובת פירעון חוב ההלוואה כלפיו.

4. ביני לביני, ביום 15.9.2011 – יומיים לאחר החתימה על הסכם התוספת – נחתם בין סרויה לבין ביטון הסכם נוסף למכירת זכויותיו של הראשון בדירה באקסודוס, וזאת בתמורה לסכום של 2,000,000 ש"ח (להלן: הסכם המכר). במסגרת ההסכם, צוין כי התשלום עבור הדירה יכול שיבוצע "גם באמצעות קיזוז כנגד המחאות" שמסרה החברה לביטון, בערבותו האישית של סרויה; וכי הוא יושלם בתוך 120 ימים ממועד החתימה על ההסכם, כנגד קבלת החזקה בדירה (סעיף 5.ג. להסכם המכר). כן צוין כי הדירה נקייה מכל חוב או שיעבוד, וזאת למעט משכנתה שנרשמה על הדירה, ואשר היתרה לסילוקה עמדה באותה עת על כ-600,000 ש"ח (סעיף 2.א. להסכם המכר).

5. חרף המועדים שנקבעו להשלמת הסכם המכר, בפועל פעל ביטון לביצועו רק לאחר כשנה מן היום בו נחתם. כך, ביום 9.8.2012 פרע ביטון את יתרת המשכנתה שהייתה רשומה על זכויותיו של סרויה בדירה (שעמדה באותה עת על סך של כ-550,000 ש"ח). בחלוף כ-3 חודשים נוספים, ביום 6.11.2012, מסר ביטון הודעה לסרויה לפיה הוא מקזז את מלוא יתרת התמורה שנותרה לו לתשלום בגין הדירה

באקסודוס (בסך של 1,450,000 ש"ח) מחובה של החברה כלפיו. זאת, לאחר שביטון ניסה לפדות את שיק הביטחון הפתוח שניתן לו במסגרת הסכם ההלוואה, וזה חזר בהיעדר כיסוי מספיק. בד בבד, בחודש נובמבר 2012 לערך, הועברה הדירה לחזקתו של ביטון (לאחר פינוי בנו של סרויה אשר התגורר בה יחד עם משפחתו), ומשלב זה היה באפשרותו להשכירה לאחרים. יוער כי מקביעות בית המשפט קמא עולה כי בפועל ביטון השכיר את הדירה החל מיום 4.9.2016, בתמורה לדמי שכירות של 9,000 ש"ח לחודש. כן יוער כי מסיבות שונות לא הושלמו הליכי רישום זכויות הבעלות בדירה על שמו של ביטון.

6. ביני לביני, בשל קשיים כלכליים אליהם נקלעה החברה, הוגשה על ידה ביום 31.10.2012 בקשה להקפאת הליכים ולאישור הסדר נושים לבית המשפט המחוזי בבאר-שבע (פר"ק (מחוזי ב"ש) 56099-10-12 ישרא מדין יצור מבנים 3000 בע"מ נ' עו"ד פלמר). ביום 8.11.2012 ניתן צו להקפאת הליכים, וביום 27.1.2013 אושר הסדר הנושים. במסגרת הליך זה, הגיש ביטון תביעת חוב נגד החברה בסך של כ-1,000,000 ש"ח בגין יתרת החזר ההלוואה שהעמיד לרשותה. ביום 7.8.2013 דחה הנאמן שמונה לביצוע הסדר הנושים של החברה את תביעת החוב של ביטון, הן מהטעם שחלקו הארי של החוב הנטען נבע מריביות, קנסות פיגורים, הוצאות משפטיות וכיוצא באלה – רכיבים אשר לא אושרו ביחס ליתר נושיה של החברה; והן מאחר שביטון כבר הצליח להיפרע מהחברה את מלוא סכום קרן החוב המקורית, ואף למעלה מכך. ערעור שהגיש ביטון על הכרעת החוב התקבל באופן חלקי ביום 30.1.2014, תוך שנקבע כי סכום החוב המאושר יעמוד על 80,000 ש"ח בלבד.

7. בהמשך, בעקבות מעשה פשיטת רגל שביצע סרויה ביום 15.7.2013, ביום 5.8.2013 הגיש אחד מנושיו לבית המשפט קמא בקשה למתן צו כינוס ולהכרזה על סרויה כפושט רגל. ביום 9.9.2013 נתן בית המשפט קמא צו כינוס לנכסי החייב, וביום 3.11.2014 הוא הוכרז כפושט רגל. בתוך כך, מונתה עו"ד חניתה מיטלס (היא המערערת בע"א 577/20 והמשיבה 2 בע"א 639/20. להלן: הנאמנת) תחילה כמנהלת מיוחדת, ולאחר מכן כנאמנת על נכסי החייב.

8. ביום 22.12.2014 הגישה הנאמנת בקשה לביטול הענקה מכוח סעיף 96 לפקודת פשיטת הרגל נגד ביטון, במסגרתה עתרה לביטול המשכון שנרשם על דירות החייב מכוח הסכם התוספת, וכן לביטול מכירת הדירה באקסודוס לביטון מכוח הסכם המכר (להלן: הבקשה לביטול הענקה). לטענת הנאמנת, הואיל ומדובר בהענקות שביצע

החייב בנכסיו במהלך השנתיים שקדמו לכניסתו להליכי פשיטת רגל, ובשים לב לכך שהענקות אלו בוצעו לטובת הנושה שלא בתום לב ובהיעדר כל תמורה בת-ערך – הרי שבהתאם להוראת סעיף 96 לפקודה, יש מקום לבטלן. לעניין זה, טענה הנאמנת, בין היתר, כי בין החייב לבין הנושה התנהלו קשרי חברות טובים, כך שבמועד החתימה על ההסכמים הנושה ידע על מצבו הכלכלי הקשה של החייב, וביקש לשפר את מעמדו לנושה מובטח על חשבון הנושים האחרים. כן נטען כי לחייב לא ניתנה תמורה בת-ערך עבור ההענקות שבוצעו לטובת הנושה מכוח ההסכמים, וכי אף התמורה שכן ניתנה לא שולמה לחייב עצמו, אלא לחברה, אשר מהווה ישות משפטית נפרדת. הנאמנת הוסיפה וטענה כי התנאים שנקבעו בהסכם התוספת הם בלתי סבירים; וכי הסכם המכר שימש למעשה ככסות להסכם בטוחה שנועד להבטיח את תשלום חובותיה של החברה לנושה.

9. בהמשך, הגישו הנושה והכונס הרשמי (הוא המשיב 3. להלן: הכנ"ר) את תגובותיהם לבקשה לביטול הענקה. הנושה בתגובתו טען כי דין הבקשה להידחות הואיל והסכם התוספת והסכם המכר נעשו בתמורה ובתום לב, ואילו הכנ"ר מצדו הצטרף לעמדת הנאמנת. כמו כן, בית המשפט קמא מינה את שמאי המקרקעין ארז ישר כמומחה מטעמו, וזאת בין היתר לצורך הערכת שווי השוק של הדירה באקסודוס בעת החתימה על הסכם המכר ובעת מתן חוות הדעת, וכן לצורך הערכת שווי דמי השכירות הראויים ביחס לדירה החל משנת 2013 ועד למועד מתן חוות הדעת (להלן: חוות הדעת השמאית). בחוות הדעת השמאית נמצא כי שווייה של הדירה באקסודוס נכון למועד החתימה על הסכם המכר עמד על 2,040,000 ש"ח, ובהתאם כי התמורה שנקבעה בהסכם המכר ראויה ומשקפת את שווי השוק של הנכס ממוכר מרצון לקונה מרצון. כן נמצא כי שווי השוק של הדירה נכון למועד הגשת חוות הדעת (פברואר 2017) עומד על 2,700,000 ש"ח, וכי דמי השכירות הראויים נכון למועד זה עומדים על כ-9,000 ש"ח לחודש. מלבד זאת, התקיימו לפני בית המשפט קמא מספר דיונים בבקשה לביטול הענקה, במהלכם נשמעו עדויותיהם של הגורמים הרלוונטיים, לרבות החייב והנושה.

החלטת בית המשפט קמא

10. ביום 9.12.2019 החליט בית המשפט קמא לקבל את הבקשה לביטול הענקה באופן חלקי (להלן: ההחלטה בבקשה לביטול הענקה או ההחלטה). בנמקו את החלטתו, ציין בית המשפט ראשית כי הסכם התוספת (מיום 13.9.2011) והסכם המכר (מיום 15.9.2011) נחתמו בתוך פחות משנתיים לפני המועד הקבוע, ועל כן נכנסים הם לגדרי

סעיף 96(א) לפקודה. לאור זאת, עבר בית המשפט קמא לבחון האם הסכם התוספת והסכם המכר מהווים הענקות כהגדרתן בסעיף 96(ג) לפקודת פשיטת הרגל, או שמא עניין לנו בעסקאות שבוצעו בתום לב ובתמורה בת-ערך, אשר מוחרגות מתחולתו של סעיף 96 לפקודה (וזאת לפי סעיף 96(ג)(2) לפקודה. להלן: החרג). בטרם פנה לבחינה זו, העיר בית המשפט קמא כי בכל הנוגע להסכם ההלוואה, אין מחלוקת בין הצדדים כי החתימה עליו נעשתה כדין, ועל כן מיקד את הדיון בהסכם התוספת ובהסכם המכר.

11. אשר להסכם התוספת, מצא בית המשפט קמא כי מתקיימים ביחס אליו תנאי החרג – קרי כי הוא נחתם בתום לב ובתמורה בת-ערך – ועל כן אין לקבוע כי המשכון שהוטל מכוחו על דירות החייב הוא בגדר הענקה בטלה. כך, לעניין תום לבו של ביטון, מצא בית המשפט כי בעת החתימה על הסכם התוספת, ביטון אומנם סבר כי החברה מצויה בקשיים תזרימיים מסוימים, ואולם יחד עם זאת הניח כי לחייב אין קושי לפרוע את חובותיו. לתמיכה במסקנתו זו, ציין בית המשפט כי חרף טענות הנאמנת, לא הוכח כי בעת הרלוונטית היו בין החייב לנושה קשרי חברות כה טובים עד שניתן להסיק כי הם ידעו זה על מצבו הכלכלי של זה. כן ציין בית המשפט כי מן הראיות שהובאו לפניו, לרבות עדותו של ביטון, אותה מצא כאמינה, עולה דווקא כי בעת החתימה על הסכם התוספת היה לביטון יסוד להאמין כי בבעלותו של החייב נכסים רבי ערך, וכי אין מדובר באדם אשר רובצים עליו חובות כבדים שאין ביכולתו לשלמם. עוד הוסיף בית המשפט כי מטבע הדברים, ביטון, אשר נתן הלוואה בסך של כ-3,000,000 ש"ח לחברה, ביקש להבטיח את החזר חובו, והיה אדיש למקור הבטוחה שתינתן לו לשם כך. בנסיבות אלו, ובשים לב לכך שמדובר בחברה בבעלותו המלאה של החייב, ושהחייב נתן את ערבותו האישית להחזר ההלוואה, סבר בית המשפט קמא כי לא ניתן לראות בהסרת השעבודים שהוטלו מכוח הסכם ההלוואה המקורי ובהטלת השעבודים על דירות החייב, אשר נעשו לבקשת החייב, כהתנהלות חסרת תום לב.

בהמשך לכך, דן בית המשפט קמא ביסוד התמורה, והגיע למסקנה כי גם הוא מתקיים ביחס להסכם התוספת. תחילה, עמד בית המשפט על כך שממכלול הראיות והנתונים שהוצגו בפניו, ניתן ללמוד כי לא הייתה הבחנה ברורה בין החייב לבין החברה – כך, על אף שמבחינה משפטית מדובר בשתי ישויות נפרדות, הלכה למעשה החברה התנהלה כרכושו וכעסקו הפרטי של החייב, עד שאף החייב עצמו התקשה להבחין בינו לבין החברה וראה בהם ישות אחת. בית המשפט סבר כי ממכלול הנסיבות עולה כי גם ביטון ראה את הדברים בצורה זוהה. בית המשפט המשיך וקבע כי הוכח לפניו שביטון התייחס לשינויים שבוצעו במסגרת הסכם התוספת כעסקת "החלפת

שבויים", במסגרתה הסכים לשחרר את זכויות החברה בדירות בפרויקט בחולון לבקשת החייב, בכפוף לכך שיירשם לטובתו משכון על דירות החייב. בהקשר זה, צוין כי טענת ביטון לפיה החייב היה זה שביקש להסיר את השעבודים הקיימים והציע את שעבוד נכסיו הפרטיים, לא נסתרה. כמו כן, בית המשפט מצא כי הן מעדות החייב והן מעדות ביטון עולה בבירור כי בעקבות שחרור השעבודים על זכויות החברה קיבלה האחרונה סך של כ-1,600,000 ש"ח מהמזמינה, אותם העבירה לביטון לצורך הקטנת חובה כלפיו. לאור דברים אלו, ובשים לב לכך שהחייב היה ערב באופן אישי להחזר ההלוואה שנתן ביטון לחברה, הגיע בית המשפט קמא למסקנה כי לחייב היה אינטרס ישיר בשחרור השעבודים על זכויות החברה, שכן פעולה זו הובילה להקטנת יתרת חוב ההלוואה אשר לו הוא ערב. בהתאם, נקבע כי התמורה שנתקבלה בגין משכון הזכויות בדירות החייב הייתה למעשה שחרור השעבודים על זכויות החברה. בשולי הדברים, ראה בית המשפט קמא להעיר כי לולא משכון דירות החייב, החברה לא הייתה יכולה לפרוע את חובה כלפי ביטון במועד, כך שכאשר הגיע מועד הפירעון ביטון היה רשאי לפנות לחייב, אשר כאמור ערב אישית לחוב, ולדרוש ממנו לשלמו. במצב זה, החייב היה רשאי, ואף מחויב, למכור את נכסיו ולשלם לביטון את חובו, אשר עולה בערכו על שווי הדירה באקסודוס. משכך, סבר בית המשפט כי בין כה וכה דירה זו לא הייתה עומדת לרשות הנושים בפשיטת רגל. אשר על כן, קבע בית המשפט כי משכון דירות החייב בהסכם התוספת נעשה בתום לב ובתמורה, ועל כן יש לאשרו (זאת למעט ביחס לתנאי הריבית שנקבעו במסגרת הסכם התוספת, בהם דן בית המשפט בנפרד).

12. אשר להסכם המכר, הגיע בית המשפט קמא לתוצאה שונה. ראשית, ציין כי על פי התנאים שנקבעו בהסכם המכר, תשלום התמורה בעבור הדירה באקסודוס יכול היה להתבצע ברובו (למעט תשלום יתרת המשכנתה) באמצעות קיזוז חובה של החברה כלפי ביטון, וכך גם נעשה בפועל. בנסיבות אלו, סבר בית המשפט כי לא ניתן לומר שהחייב קיבל תמורה נוספת מלבד זו שקיבל במסגרת הסכם התוספת. בהקשר זה, העיר בית המשפט כי בהתחשב בכך שהסכם המכר נחתם יומיים בלבד לאחר הסכם התוספת, לכאורה ניתן היה לטעון כי מדובר בהסכם אחד. ואולם, לגישתו, אין מקום לקבל טענה מעין זו, שכן בנסיבות העניין, בהן מדובר בחייב שהוגשה נגדו בקשה למתן צו כינוס פחות משנתיים לאחר החתימה על ההסכמים, יש להביא בחשבון גם את האינטרסים של יתר הנושים, ולראות בכל אחד מן ההסכמים כהסכם שונה ונפרד. לנוכח האמור, קבע בית המשפט קמא כי הסכם המכר נחתם בלא תמורה, וכבר מטעם זה יש לבטלו. זאת ועוד, בית המשפט מצא כי ממכלול הראיות עולה שכוונתו האמתית של הסכם המכר לא הייתה להביא למכירה מידית של הדירה באקסודוס מהחייב לנושה, אלא הוא

נועד להבטיח את העברת הדירה לנושה במקרה בו לא ייפרע חובה של החברה כלפיו. בתוך כך, ציין בית המשפט כי ביטון בעדותו חזר ואמר כי להבנתו, גם לאחר החתימה על הסכם המכר, היה על החייב להמשיך ולשלם לו את יתרת חוב ההלוואה בהתאם לתנאים שנקבעו בהסכם התוספת, ורק במקרה שלא היו מבוצעים התשלומים האמורים כנדרש, רשאי היה ביטון לפעול למימוש הדירה בהתאם להסכם המכר, וזאת בלא צורך בפניה לרשויות. ואכן, נמצא כי בפועל החייב המשיך להעביר לביטון תשלומים לטובת החזר החוב גם לאחר החתימה על הסכם המכר. עוד הדגיש בית המשפט כי ביטון החל לבצע פעולות למימוש הסכם המכר (כדוגמת תשלום יתרת המשכנתה ופינוי בנו של החייב מהדירה) רק בחלוף כשנה ממועד החתימה, באופן שמעיד אף הוא כי לצדדים לא הייתה כוונה אמיתית לבצע את הסכם המכר כל עוד החברה תעמוד בתשלום חובה כלפי ביטון, וכי לאמיתו של דבר נועד ההסכם להבטיח את יכולתו של ביטון לממש את הדירה במקרה שהחברה לא תצליח להחזיר את חובה. על רקע דברים אלו, נקבע כי דין הסכם המכר להתבטל.

13. לקראת סיום החלטתו, דן בית המשפט קמא בתנאי הריבית שנקבעו בהסכם התוספת, ובחן האם יש מקום לאשרם. בפתח הדין בסוגיה זו, ציין בית המשפט כי הריבית הרגילה שנקבעה במסגרת הסכם ההלוואה (פריים + 6%), ונותרה על כנה במסגרת הסכם התוספת, היא אומנם ריבית גבוהה ביותר הקרובה לריבית המקסימלית הקבועה בחוק אשראי הוגן, התשנ"ג-1993 (להלן: חוק אשראי הוגן), ואולם אין חולק כי מדובר בריבית שעומדת ברף החוקי. בשונה, מצא בית המשפט קמא כי ריבית הפיגורים שנקבעה בהסכם התוספת (והועמדה כזכור על שיעור של 2% לחודש) עולה בהרבה על שיעור הריבית המותרת לפי חוק אשראי הוגן. על כן, בהתחשב בכך ששיעור הריבית הרגילה שנקבע בהסכם ההלוואה מצוי ברף החוקי הגבוה, וששיעור ריבית הפיגורים חורג באופן ממשי מהמותר על פי חוק, קבע בית המשפט קמא כי יש לבטל את ריבית הפיגורים שנקבעה בהסכם התוספת, ולהותיר על כנה רק את הריבית שנקבעה בהסכם ההלוואה. זאת, בהתאם לסעיף 19 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 ולעיקרון "העיפרון הכחול".

לאור האמור, הורה בית המשפט קמא כי הסכם התוספת יותר על כנו, וזאת למעט ריבית הפיגורים אשר תבוטל. כן הורה בית המשפט כי הסכם המכר יבוטל. בהתחשב בתוצאה זו, לא ראה בית המשפט לחייב מי מהצדדים בהוצאות.

על החלטה זו הגישו הנאמנת והנושה את הערעורים שלפנינו.

14. להשלמת התמונה, יצוין כי לאחר שנתן בית המשפט קמא את החלטתו, הגישה הנאמנת ביום 16.12.2019 "בקשה לתיקון טעות/הבהרה להחלטה [בבקשה לביטול הענקה]". במסגרת בקשה זו, נטען כי נוכח קביעתו של בית המשפט לעניין ביטול הסכם המכר, היה מקום להורות לנושה להשיב לקופת פשיטת הרגל את הדירה באקסודוס המצויה בחזקתו, כמו גם את הפירות שנטל או יכול היה ליטול ממנה (לרבות דמי השכירות שנגבו או יכולים היו להיגבות בגינה החל מנובמבר 2012 ואילך). ביום 10.2.2020, לאחר שהוגשו תגובות הצדדים, נתן בית המשפט קמא החלטה בפתקית הדוחה את הבקשה, בקובעו כי ההחלטה בבקשה לביטול הענקה ניתנה בהתאם לסעד שנתבקש, וכי לא הוצגה כל עילה ממשית לתיקונה. עם זאת, צוין כי אין מניעה מלהגיש בקשות רלוונטיות חדשות בעקבות הקביעות שניתנו בהחלטה זו. בהתאם, ביום 15.5.2020 הגישה הנאמנת בקשה להורות לנושה לקיים את החלטת בית המשפט ולהעביר לידיה את החזקה בדירה באקסודוס, וכן את דמי השכירות שנתקבלו בגינה (להלן: בקשת הנאמנת). בטרם הוכרעה בקשת הנאמנת, ביום 16.9.2020 הגיש הנושה הודעה לפיה בכוונתו לפנות ללשכת ההוצאה לפועל לצורך מימוש המשכון שנרשם לטובתו על הדירה. הנושה ציין כי גובה החוב שלהבטחתו נרשם המשכון האמור עומד נכון לאותו מועד על כ-5,000,000 ש"ח, ועולה בשיעור ניכר על שווי הדירה. עקב כך, ביום 1.10.2020 הגישה הנאמנת לבית משפט זה בקשה לעיכוב ביצוע ההחלטה בבקשה לביטול הענקה, כך שלא ניתן יהיה לממש את המשכון שהוטל לטובת הנושה על דירות החייב, וזאת עד למתן הכרעה סופית בערעור. ביום 28.10.2020 נתן השופט (כתוארו אז) ניל הנדל החלטה המקבלת את הבקשה לעיכוב ביצוע, והורה כי אין לערוך כל דיספוזיציה בדירות החייב עד להכרעה בערעור. בהמשך, ביום 7.2.2021 נתן בית המשפט קמא החלטה בבקשת הנאמנת, במסגרתה קבע כי מאחר שיתרת החוב לו זכאי ביטון עולה בהרבה על שווי הדירה, ובשים לב לכך שההחלטה בבקשה לביטול הענקה אישרה את הסכם התוספת שמכוחו נרשם המשכון על הדירה לטובת ביטון, עד שלא תינתן החלטה אחרת יש להותיר את הדירה בחזקתו של ביטון. לצד זאת, סבר בית המשפט כי לטובת הקפאת המצב הקיים, יש לחייב את ביטון להפקיד בקופת בית המשפט את דמי השכירות המשולמים לו בגין הדירה. משכך, בית המשפט הורה לביטון להפקיד בקופת בית המשפט סך של 9,000 ש"ח (המשקף את דמי השכירות הראויים לפי חוות הדעת השמאית) עבור כל חודש, וזאת החל ממועד הגשת בקשת הנאמנת ועד למתן החלטה אחרת.

15. במסגרת ערעורה, טוענת הנאמנת כי בית המשפט קמא שגה בקובעו כי יש לאשר את הסכם התוספת ואת המשכון שהוטל מכוחו על דירות החייב. זאת, כך נטען, משאלו בוצעו בחוסר תום לב מצד הנושה, ומבלי שהעביר לחייב תמורה בת-ערך. לעניין תום לבו של הנושה, טוענת הנאמנת כי בניגוד לקביעת בית המשפט קמא, הוכח במסגרת ההליך קמא כי בין החייב לנושה התנהלו יחסי חברות קרובים, אשר יוצרים חזקה לפיה הנושה ידע בזמן אמת על אודות מצבו הכלכלי הקשה של החייב, וניצל מידע זה לטובתו. לא זו אף זו, נטען כי מן הראיות שהוצגו בהליך קמא, לרבות עדותו של הנושה עצמו, עולה כי הוא אכן ידע בפועל על קשייו הכלכליים של החייב. זאת ועוד, לדידה של הנאמנת היה מקום לקבוע כי עצם החתימה על הסכם המכר די בה כדי ללמד על חוסר תום לבו של הנושה גם ביחס להסכם התוספת, וזאת משנמצא כי המדובר בהסכם פיקטיבי, אשר מטרתו האמתית הייתה להבטיח את תשלום ההלוואה שנטלה החברה מהנושה. עוד מוסיפה הנאמנת בהקשר זה, כי במסגרת החתימה על הסכם התוספת ניצל הנושה את כוחו ואת מעמדו מול החייב לצורך הקשחת תנאי ההלוואה, באופן שמעיד אף הוא על היעדר תום לבו. אשר ליסוד התמורה, גורסת הנאמנת כי הטלת השעבודים על דירות החייב, שבוצעה מכוח הסכם התוספת, ואשר בזכותה שדרג ביטון את מעמדו מנושה רגיל לנושה מובטח של החייב, לא לוותה בכל תמורה לחייב. לעניין זה, נטען כי בית המשפט קמא טעה בקובעו כי לא קיימת כל הפרדה משפטית בין החייב לבין החברה, ובהניחו בהתאם כי הכספים שהתקבלו אצל החברה בעקבות שחרור השעבודים על זכויותיה בדירות בפרויקט בחולון כמוהם ככספים שהתקבלו אצל החייב. לשיטת הנאמנת, לא רק שקביעות אלו מתעלמות שלא בצדק מעקרון האישיות המשפטית הנפרדת של החברה (וזאת מבלי שנתבקשה הרמת מסך ההתאגדות, וממילא מבלי שהוכחו התנאים הדרושים לכך); אלא שהן סותרות את הקביעה עליה התבסס בית המשפט עת בחן את תום לבו של הנושה, לפיה הניח האחרון כי חרף הקשיים התזרימיים בהם מצויה החברה, לחייב עצמו יש די נכסים כדי לפרוע את חובותיו (הנחה אשר בבירור מכירה בהפרדה המשפטית בין החברה לחייב). אם בכך לא די, הנאמנת טוענת כי אף התמורה בסך 1,600,000 ש"ח, אשר לכאורה התקבלה אצל החברה בשל שחרור השעבודים, הועברה ממנה לנושה, כך שבסופו של יום הנושה הוא היחיד שזכה לתמורה בעקבות מהלך זה. על רקע האמור, טוענת הנאמנת כי משלא התקיימו תנאי החריג הקבוע בסעיף 96(ג)(2) לפקודת פשיטת הרגל, הרי שהיה מקום לקבוע כי הסכם התוספת הוא בגדר הענקה פסולה, ובהתאם להורות על בטלותו של הסכם זה ועל מחיקת השעבודים שהוטלו מכוחו.

לצד דברים אלו, מוסיפה הנאמנת מספר טענות: ראשית, נטען כי בית המשפט קמא שגה בהתייחסו להסכם התוספת כעסקת "החלפת שבויים", שכן כפי שהומחש אין מדובר בעסקה תמימה של החלפת בטוחות האחת בשנייה, כי אם בהענקה פסולה אשר כל מטרתה להבריח את נכסי החייב, תוך העדפת נושה ספציפי שהחייב חפץ ביקרו. על כך ניתן ללמוד, לשיטת הנאמנת, גם מהעובדה שבמסגרת הסכם התוספת לא רק הוחלפו הבטוחות להחזר ההלוואה, אלא גם הוקשחו תנאי ההלוואה. שנית, נטען כי בניגוד לקביעתו של בית המשפט קמא, אילו לא מושכנו דירות החייב לטובת ביטון, הן היו עומדות לרשותם של כלל נושי החייב באופן שווה. לעניין זה, טוענת הנאמנת כי הנחתו של בית המשפט קמא – לפיה בכל מקרה החייב היה נדרש למכור את זכויותיו בדירות כדי לשלם לביטון את יתרת חוב ההלוואה, כך שאלו ממילא לא היו חלק ממצבת הנכסים של החייב בפשיטת רגל – שגויה ונעדרת אחיזה במציאות. שלישיית, הנאמנת גורסת כי בית המשפט קמא שגה בקובעו שסכום קרן החוב עומד על 3,050,000 ש"ח, על אף שכפי שעולה מהסכם התוספת, עניין זה מצוי במחלוקת בין הצדדים. לשיטתה, יש לקבוע כי סכום ההלוואה שנתן ביטון לחברה עמד על 2,925,000 ש"ח, שכן על בסיס סכום זה נחתם הסכם התוספת, וביטון לא הוכיח כי מסר סכום אחר. על רקע זה, מבקשת הנאמנת כי נורה לנושה על השבת הדירה באקסודוס לטובת מכירתה וחלוקת התמורה בין נושי החייב, וכן על השבת דמי השכירות שנגבו או היו יכולים להיגבות בגין הדירה (להלן: השבת דמי השכירות). עוד מבקשת הנאמנת כי נורה לבית המשפט קמא לקבוע מהי יתרת החוב שקיימת כלפי הנושה, לאור קביעותיו לעניין ריבית הפיגורים.

16. ביטון מצדו דוחה מכל וכל את טענות הנאמנת, וסבור כי יש לדחות את ערעורה. אשר לטענות הנאמנת לעניין תום לבו, נטען ראשית כי מדובר בטענות התוקפות קביעות עובדתיות של בית המשפט קמא, אשר אין ערכאת הערעור נוהגת להתערב בהן. כן נטען כי ממילא לא העלתה הנאמנת כל טענה שיש בה כדי להצביע על חוסר תום לבו של ביטון. בין השאר, מצייין ביטון כי מן הראיות שהוצגו בהליך קמא עולה כי בעת החתימה על הסכם התוספת לא הייתה לו כל סיבה לחשוש כי החייב לא יוכל לעמוד בהתחייבויותו האישיות או כי הוא עומד בפני פשיטת רגל, והנאמנת לא הציגה כל ראיה הסותרת זאת. כך גם, אין ממש בטענות הנאמנת לעניין יחסי החברות ששררו בין הנושה לחייב, שכן אין מדובר ביחסי קרבה אשר די בהם כדי להקים חזקה לפיה האחד יודע מהו מצבו הכלכלי של השני. ביטון מוסיף וטוען כי גם בהקשחת תנאי ההלוואה במסגרת הסכם התוספת אין כדי ללמד על חוסר תום לב מצדו, שכן זכותו העסקית כנושה מובטח אשר פונים אליו בבקשה להחלפת בטוחות, לבקש

לחזק ולהבטיח את מעמדו. עוד נטען כי בניגוד לטענות הנאמנת, ביטון היה במעמד של נושה מובטח כבר מיום החתימה על הסכם ההלוואה, ולאורך כל הדרך דאג להבטיח את פירעון ההלוואה באמצעות שעבודים. לשיטתו, העובדה ששעבודים אלו הוסרו במהלך הדרך ביוזמת החייב ולבקשתו, והוחלפו באחרים, אינה משליכה לעניין תום לבו ואינה משנה את מעמדו כנושה מובטח. זאת ועוד, לטענת ביטון אין ממש גם בטענות הנאמנת לעניין יסוד התמורה. לגישתו, העובדה שהתמורה בגין משכון דירות החייב הועברה לחייב באמצעות כספים ששולמו לחברה על ידי צד ג' אינה מעלה או מורידה, שכן כספים אלו שימשו להקטנת חוב החברה כלפי ביטון, וכפועל יוצא הביאו להקטנת ערבותו האישית של החייב לחוב ההלוואה. על כן, ברי כי מדובר בתמורה מסחרית ראויה ובת-ערך. על רקע דברים אלו, סבור ביטון כי יש לדחות את ערעור הנאמנת. בשולי הדברים, מציין ביטון כי יש לדחות את הסעדים שמבקשת הנאמנת לעניין השבת דמי השכירות בגין הדירה וקביעת יתרת החוב כלפי הנושה, וזאת מאחר שסעדים אלו לא נתבקשו במסגרת ההליך קמא, וממילא לא נידונו על ידי בית המשפט קמא.

ע"א 639/20

17. ביטון בערעורו טוען כי בית המשפט קמא שגה בקובעו כי הסכם המכר בטל משאין הוא עומד בתנאי החרוג הקבועים בסעיף 96(א)(ג)(2) לפקודת פשיטת הרגל. לגישתו, משקבע בית המשפט קמא כי הסכם התוספת, על הבטוחות שניתנו במסגרתו, תקף, הרי שהמשמעות היא כי הוקנה לו מעמד של נושה מובטח ביחס לדירה באקסודוס. משכך, ברי כי נכס זה כלל לא היה חלק ממסת הנכסים של החייב העומדת לחלוקה לנושים, ובהתאם הסכם המכר לא הביא להקטנת מסת הנכסים של החייב. לעניין זה, מדגיש הנושה כי מחיר הדירה שנקבע בהסכם המכר תואם את מחיר השוק, ונופל מערך החוב של החברה כלפיו. משאלו הם פני הדברים, סבור ביטון כי סעיף 96 לפקודת פשיטת הרגל – שתכליתו לאפשר ביטול עסקאות שתוצאתן הקטנת מסת נכסי החייב – אינו חל ביחס להסכם המכר. יתרה מכך, נטען כי אף אם סעיף 96 לפקודה היה חל, הרי שבניגוד לקביעת בית המשפט קמא, אכן שולמה במסגרת הסכם המכר תמורה בת-ערך. תמורה זו באה לידי ביטוי, לגישת ביטון, בקיזוז חוב החברה כלפיו בגובה מחיר הדירה שנקבע בהסכם המכר, בצירוף פירעון חוב המשכנתה שרביץ על הדירה. בהקשר זה, גורס ביטון כי יש להבחין בין מצב בו נושה רגיל מקבל מהחייב במועד מאוחר לעסקת היסוד נכס להבטחת חובו, וכתוצאה מכך משדרג את מעמדו לנושה מובטח, לבין מצב בו מדובר לכתחילה בנושה מובטח הרוכש את הנכס שהועמד

לו כבטוחה – בעוד שבמצב הראשון דרושה תמורה נוספת בגין הנכס, במצב השני די במחיקת החוב בגובה המחיר שנקבע לנכס כדי להוות תמורה בת-ערך. זאת ועוד, לטענת ביטון אין בעובדה שהצדדים שמרו לעצמם את האפשרות שלא להוציא את הסכם המכר לפועל במקרה בו ייפרע החוב כלפיו, כדי להשליך על תוקפו של ההסכם. זאת, שכן לטענתו מדובר בתנאי מפסיק בחוזה מכר, אשר אין כל מניעה להוסיפו, ולבטח אין בו כדי להפוך את הסכם המכר לחוזה למראית עין או להביא לביטולו. בענייננו, משלא התקיים התנאי המפסיק, נכנס הסכם המכר לתוקפו, והתמורה הנקובה בו שולמה על ידי הנושה בדרך של פירעון המשכנתה על הדירה וקיוויו החוב כלפיו – בכך, לדידו של הנושה, לא נפל כל פסול. כך גם, טוען ביטון, לא נפל כל פגם בכך שקיים את החיובים מכוח הסכם המכר לאחר המועדים שנקבו בו, שכן דחייה זו נעשתה לאור בקשות החייב ובהסכמת שני הצדדים. לבסוף, נטען כי אין מדובר בהסכם מכר המבקש להסוות משכון, שכן המשכון על הדירה כבר היה רשום וגלוי לנושים באותה עת; וכי אין כל מניעה בדין שנושה מובטח יעשה עסקת מכר במקביל להסכם משכון, בגין אותו חוב ואותו נכס. על רקע האמור, מבקש ביטון כי נקבל את ערעורו ונקבע כי הסכם המכר עומד בתוקפו.

18. הנאמנת בתשובתה גורסת כי טענות הנושה נעדרות בסיס, ושבה לעניין זה על עיקר הטענות שהעלתה בערעורה. בין היתר, נטען כי הסכם המכר אכן גרע ממסת הנכסים של החייב, וזאת הן מאחר שבעת מימוש הדירה על ידי ביטון שוויה היה גבוה מיתרת החוב כלפיו, והן מאחר שביטון קיבל לידיו את דמי השכירות בגין הדירה. כן נטען כי טענת ביטון לקיומו של תנאי מפסיק בהסכם המכר, לפיו ככל שישולם חוב החברה לנושה יבוטל ההסכם, היא טענה חדשה אשר לא נטענה במסגרת ההליך קמא ואין להעלותה לראשונה במסגרת הערעור. ממילא, סבורה הנאמנת כי דינה של טענה זו להידחות שכן החברה כלל איננה צד להסכם המכר, ולא מצוין בו כל קשר בין ההלוואה שנטלה מביטון לבין מכירת הדירה. על כן, טוענת הנאמנת יש לדחות את ערעור הנושה.

עמדת הכנ"ר

19. לשיטת הכנ"ר, דין שני הערעורים להידחות. ככל שהדברים נוגעים להסכם התוספת והבטוחות שניתנו במסגרתו (בהם מתמקד ע"א 577/20), סבור הכנ"ר כי קביעותיו של בית המשפט קמא היו נכונות וראויות, ואין מקום להתערב בהן. בין היתר, סבור הכנ"ר כי קביעות בית המשפט קמא לעניין תום לבו של הנושה בחתימה על הסכם

התוספת מבוססות ברובן על ממצאי עובדה ומהימנות מובהקים אשר אין להתערב בהם, וזאת בפרט בהתחשב בכך שעסקינן בקביעות בית משפט של חדלות פירעון המחזיק במומחיות ייחודית. הכנ"ר מוסיף כי גם לגופו של עניין מדובר בקביעות משכנעות העולות בקנה אחד עם השכל הישר. בתוך כך, מדגיש הכנ"ר כי אין לקבל את טענת הנאמנת כי יחסי החברות בין הנושה לחייב מקימים חזקה לפיה הנושה ידע בזמן אמת על אודות מצבו הכלכלי הקשה של החייב. לגישתו, מדובר בהרחבה לא ראויה של החזקה שנקבעה בדין ביחס לקיומה של קרבה משפחתית הדוקה בין מקבל ההענקה לחייב, שכן ניסיון החיים מלמד כי קיומם של קשרי חברות אינו מעיד בהכרח על גילוי לב, לבטח כשמדובר על נושאים רגישים כדוגמת מצבו הכלכלי של אדם. ממילא, טוען הכנ"ר, גם לו הייתה קמה חזקה כאמור, הרי שבענייננו היא נסתרה. בדומה, נטען כי אין להתערב בקביעות בית המשפט קמא גם לעניין יסוד התמורה, משהוכח בנסיבות העניין כי שינוי הבטוחות שבוצע במסגרת הסכם התוספת הביא, בעקיפין ובמישרין, לקבלת תמורה אצל החייב. בהקשר זה, מחדד הכנ"ר כי לצורך עמידה בתנאי התמורה הקבוע בסעיף 96(ג) (2) לפקודת פשיטת הרגל, די בקיומה של תמורה מסחרית סבירה בנסיבות העניין; ואף אין צורך להראות כי תמורה זו התקבלה אצל החייב, אלא רק שניתנה על ידי מקבל ההענקה.

גם ביחס להסכם המכר (בו מתמקד ע"א 639/20) סבור הכנ"ר כי אין מקום להתערב בתוצאה אליה הגיע בית המשפט קמא, ואולם חולק הוא על הנימוקים שהביאו אותו לתוצאה זו. כך, לטענת הכנ"ר שגה בית המשפט קמא בקובעו כי לא התקבלה תמורה במסגרת הסכם המכר, שכן גם תשלום שנעשה בדרך של קיזוז חוב הוא בגדר תמורה לגיטימית. עם זאת, לגישת הכנ"ר עדיין יש מקום להורות על בטלות הסכם המכר שכן עניין לנו במשכון מוסווה. כך, נטען כי הסכם המכר לא היה בגדר פעולה עצמאית ונפרדת, כי אם פעולה השלובה בהסכם התוספת שנחתם ימים ספורים קודם לכן, ומהווה למעשה "מימוש על תנאי" של המשכון שהוטל על הדירה. על כן, משמדובר בפועל בעסקת משכון (או למצער בנדבך שלה), הרי שבהתאם לסעיף 2(ב) לחוק המשכון, התשכ"ז-1967 (להלן: חוק המשכון או החוק) יש להחיל עליה את הוראות החוק. הכנ"ר ממשיך וטוען כי לפי הוראות חוק המשכון, דרך המלך למימוש משכון היא על ידי רשות ציבורית; וכי הצדדים רשאים להתנות על דרכי המימוש הקבועות בחוק רק בתקופה שלאחר המועד לקיום החיוב. משכך, גורס הכנ"ר כי הסכם המכר, אשר נחתם עובר למועד קיום החוב ומהווה למעשה התנאה על דרכי המימוש הקבועות בחוק, נחתם שלא כדין ודינו להתבטל.

לצד דברים אלו, מוסיף הכנ"ר מספר הערות: ראשית, הכנ"ר מציין כי יש מקום לבחון את גובה החוב כלפי הנושה, במנותק ממעמדו כנושה מובטח. משכך, מבקש הכנ"ר כי נורה לנושה להעביר לנאמנת תחשיב מסודר של החוב כלפיו, בכפוף להפחתת ריבית הפיגורים כפי שנקבע בהחלטה בבקשה לביטול הענקה. שנית, לדידו של הכנ"ר יש לבחון את טענות הנאמנת לעניין השבת דמי השכירות. זאת, תוך התחשבות בכך שמחד גיסא ביטול הסכם המכר משיב את הנושה למעמד של בעל שעבוד בלבד ביחס לדירה באקסודוס, כך שאין הוא זכאי להשכירה ולשלשל לכיסו את דמי השכירות; ומאידך גיסא זכאי הנושה לקזז מדמי השכירות את הוצאותיו בגין אחזקת הדירה. שלישית, הכנ"ר עומד על כך שביטול הסכם המכר לא בהכרח יטיב עם קופת פשיטת הרגל, שכן הפועל היוצא של ביטולו הוא הוספת סכום החוב שקוּוּז לסך החוב המובטח של החייב, בתוספת ריבית. מאחר שלא מן הנמנע כי סכום זה יהיה גבוה יותר משווי מימושה של הדירה באקסודוס, ובשים לב לכך שחובו של הנושה מובטח גם על ידי הבית בהר הכרמל, ככל הנראה יהיה הנושה זכאי לגבות את יתרת החוב כלפיו גם באמצעות בטוחה זו, על חשבונם של שאר נושי החייב. על כן, סבור הכנ"ר כי מן הראוי שהצדדים יבחנו אם ניתן להגיע לפשרה בעניין זה.

דיון והכרעה

20. לאחר שעיינתי בהחלטתו של בית המשפט קמא ונתתי דעתי לטענות הצדדים בשני הערעורים, הגעתי למסקנה כי יש לקבל את ע"א 577/20 ולדחות את ע"א 639/20, וכך אציע לחברותיי לעשות. הנמקתי תחלק לשניים: בחלק הראשון אדון בהסכם התוספת בראי סעיף 96 לפקודת פשיטת הרגל, ואבחן האם המדובר בהענקה פסולה; בחלק השני אתמקד בהסכם המכר, ובפרט בשאלת כפיפותו להוראות חוק המשכון והשלכותיה.

הסכם התוספת (ע"א 577/20)

21. סעיף 96 לפקודת פשיטת הרגל מקנה לנאמן בפשיטת רגל סמכות לבטל הענקות נכסים שביצע החייב לפני תחילת פשיטת הרגל, וזאת בהתקיים תנאים מסוימים (ראו: ע"א 5709/99 לוי' נ' עו"ד שילר, פ"ד נה(4) 925, 942 (2001) (להלן: עניין לוי)); ע"א 4352/15 קורן' נ' עו"ד הראל, פסקה 28 (2.8.2017); ע"א 7274/21 בלולו' נ' ברהולק-טיטון-בלולו, פסקה 9 (15.11.2021)).

למען הנוחות, יובא נוסחו של הסעיף במלואו:

96. (א) העניק אדם נכסים ונעשה פושט רגל לפני שעברו שנתיים מיום ההענקה, ההענקה בטלה כלפי הנאמן.

(ב) העניק אדם נכסים ונעשה פושט רגל אחרי שעברו שנתיים ולפני שעברו עשר שנים מיום ההענקה, ההענקה בטלה כלפי הנאמן, אם לא הוכיחו התובעים מכוח ההענקה כי בזמן שנעשתה ההענקה היה המעניק כשר-פרעון של כל חובותיו בלי להיזקק לנכס הכלול בהענקה וכי משנעשתה ההענקה עברה זכות המעניק באותו נכס לנאמן על ההענקה.

(ג) "הענקה", לענין סעיף זה – לרבות כל העברה, אך למעט הענקה –

- (1) בשל נישואין ולפניהם;
- (2) לטובת קונה או בעל שעבוד בתום לב ובתמורה בת-ערך;
- (3) לאשת המעניק או לילדו או לטובתם, של נכס שהגיע למעניק אחרי נישואיו בזכות אשתו.

(ההדגשות הוספו – ע.ג.)

הערה: ביחס להליכי חדלות פירעון שנפתחו מיום 15.9.2019 ואילך חל חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018 (להלן: חוק חדלות פירעון). הוראת סעיף 220 לחוק זה, שכותרתה "ביטול פעולה הגורעת נכסים מקופת הנשייה", קובעת הסדר דומה ברוחו, אך לא זהה בפרטיו, להוראת סעיף 96 לפקודת פשיטת רגל. מאחר שההליך בו עסקינן נפתח לפני המועד האמור, אין תחולה להסדרי חוק חדלות פירעון לגביו. מטבע הדברים, יישום הניתוח שיובא להלן ביחס למקרים אשר ידונו על פי חוק חדלות פירעון צריך להיעשות בשים לב לשינויים שחלו בהסדר הסטטוטורי.

22. התכלית העומדת בבסיסו של סעיף 96 לפקודת פשיטת רגל (כמו גם ביסודו של סעיף 220 לחוק חדלות פירעון) היא להגן על נושי החייב מפני מצבים בהם החייב העניק לאדם אחר נכסים מנכסיו, ללא תמורה או בתמורה מופחתת, בתקופה שלפני כניסתו לפשיטת רגל, ובכך הביא לצמצום מסת הנכסים שלו ולפגיעה בכושר הפירעון שלו כלפי נושיו. סעיף 96 לפקודה מאפשר איפוא, בהתקיים התנאים הקבועים בו, להפקיע הענקות מעין אלו בדיעבד, וכך "להחזיר לגוף הנושים נכס שיצא מרשות פושט-הרגל, כשמן הראוי שישימש לסילוק חובותיו" (ע"א 367/70 ע"ד הוכברג, נאמן בפשיטת רגל נ' שלגי, פ"ד כה(2) 149, 159 (1971)). כן ראו: עניין לוין, בעמ' 938-939; ע"א

2887/13 נאור נ' חברת אל-יה נר השקעות בע"מ, פסקה 18 (16.8.2015) (להלן: עניין נאור); ע"א 977/17 עו"ד מולכו, נאמן בפשיטת רגל נ' יונה, פסקה 20 (6.5.2021) (להלן: עניין מולכו); שלמה לויין ואשר גרוניס פשיטת רגל 317 (מהדורה שלישית, 2010) (להלן: לויין וגרוניס)).

23. סעיף 96 לפקודת פשיטת הרגל מונה שני מצבים בהם עשויה הענקה להיות בטלה כלפי הנאמן: האחד – כאשר המעניק נעשה פושט רגל לפני שחלפו שנתיים מיום ההענקה (סעיף קטן (א)); והשני – כאשר המעניק נעשה פושט רגל אחרי שעברו שנתיים ולפני שעברו עשר שנים מיום ההענקה, וזאת אלא אם הוכח כי בעת ההענקה היה המעניק כשר-פירעון לכל חובותיו גם ללא הנכס שהוענק (סעיף קטן (ב)). המועד הקובע לעניין זה הוא מועד תחילת פשיטת הרגל – היינו, המועד בו עשה החייב מעשה פשיטת רגל שבגיננו ניתן צו כינוס (ראו: סעיף 84 לפקודת פשיטת הרגל; עניין לויין, בעמ' 942; עניין מולכו, בפסקה 23; לויין וגרוניס, בעמ' 319). הענקה כאמור יכול שתיעשה בדרכים מגוונות, ובכלל זאת בדרך של משכון נכסיו של החייב לטובת אדם אחר. על כן, קבעה הפסיקה לא אחת כי סעיף 96 לפקודה יחול גם במצבים בהם שודרג מעמדו של נושה רגיל למעמד של נושה מובטח (ראו: רע"א 6795/06 עו"ד קוטלר נ' דו"ח גולן, פסקה 2 (30.5.2007); רע"א 8010/09 אלחדד נ' עו"ד נשר, פסקה 7 (30.6.2010); עניין נאור, בפסקה 17; ע"א 9147/16 עו"ד כהן, בנאמנות עבור רוכשי קבוצת הרכישה בנווה יעקב נ' עו"ד קרויזר, פסקה 26 (24.7.2018); ע"א 7034/20 שטיינר נ' עו"ד אוגינק' – נאמנת לנכסי החייב, פסקה 27 (16.12.2021) (להלן: עניין שטיינר). ראו גם: לויין וגרוניס, בעמ' 321. שם, בה"ש 25, מציינים המחברים כי מצב זה עשוי להיחשב גם כהעדפת מרמה, לפי סעיף 98 לפקודת פשיטת הרגל).

לצד זאת, קובע סעיף 96(ג) לפקודה מספר חריגים אשר בהתקיימם לא תיחשב הענקה כבטלה, אף אם היא נכנסת בגדר אחד המצבים האמורים. הרלוונטי לענייננו הוא החריג הקבוע בסעיף 96(ג)(2) לפקודה, שעניינו הענקה שביצע החייב "לטובת קונה או בעל שעבוד בתום לב ובתמורה בת-ערך". כפי שעולה מלשונו, הסעיף קובע שני תנאים להתקיימותו של החריג: התנאי הראשון הוא כי מקבל ההענקה פעל בתום לב. דרישה זו פורשה בפסיקתו של בית משפט זה כך שמקבל ההענקה לא ידע באותה עת כי החייב מצוי בקשיים כספיים, ומשכך לא יכול היה לצפות כי ההענקה תביא להפחתת נכסי החייב העומדים לחלוקה לנושים. התנאי השני הוא כי ניתנה בגין ההענקה תמורה בת-ערך. לעניין תנאי זה, נפסק כי לא נדרש שהתמורה תהיה שקולה לשווי הנכס המוענק, אלא די בכך שניתנה תמורה מסחרית סבירה בנסיבות העניין (ראו: עניין לויין,

בעמ' 953-954; עניין נאור, בפסקה 20; לויין וגרוניס, בעמ' 328-329). נטל השכנוע להוכיח כי ההענקה אינה מקיימת את תנאי החריג מוטל על הנאמן, ואולם נקבע בהקשר זה כי אין להעמיס על הנאמן חובת ראיה כבדה מדי, בהתחשב בכך שמדובר בנתונים המצויים לעיתים בידיעתו המיוחדת של מקבל ההענקה (ראו: עניין לויין, בעמ' 960; עניין נאור, בפסקה 21; עניין שטיינר, בפסקה 26).

24. ומהתם להכא. כפי שקבע בית המשפט קמא, הסכם התוספת נכנס בגדר החלופה הראשונה הקבועה בסעיף 96(א) לפקודת פשיטת הרגל, וזאת משנחתם בתוך פחות משנתיים מן המועד הקובע, ובמסגרתו מושכנו דירות החייב לטובת ביטון. בכך שודרג מעמדו של ביטון למול יתר נושיו של החייב, שכן עובר לפעולה זו הייתה בידו רק ערבות אישית של החייב להסכם ההלוואה, ובעקבותיה ניתן לו מעמד של נושה מובטח בנשייה כלפיו (ולא רק בנשייה מול החברה). משכך, על מנת לקבוע האם מדובר בהענקה בטלה, יש לבחון האם מתקיימים ביחס להסכם התוספת תנאי החריג הקבוע בסעיף 96(ג)(2) לפקודה – לאמור, האם הסכם התוספת נחתם בתום לב ובתמורה בת-ערך. בית המשפט קמא השיב על שאלה זו בחיוב, ובהתאם קבע כי הסכם התוספת והמשכון שהוטל מכוחו עומדים בתוקפם. כפי שיובהר להלן, התוצאה אליה הגעתי שונה.

25. אשר ליסוד תום הלב, מצא בית המשפט קמא כי ממכלול הראיות שהוצגו בפניו עולה כי בעת החתימה על הסכם התוספת ביטון לא ידע שהחייב מצוי בקשיים כספיים, והניח כי יש בידיו די נכסים כדי לפרוע את חובותיו. משכך, קבע בית המשפט כי לא נפל פגם בתום לבו של ביטון. קביעה זו מבוססת על ממצאי עובדה ומהימנות אליהם הגיע בית המשפט קמא על יסוד התרשמותו הישירה מן העדויות והראיות שהונחו בפניו, ולא ראיתי הצדקה להתערב בה (וראו לעניין זה: ע"א 6277/19 הרמן נ' עו"ד וייס, פסקה 26 (15.3.2022); ע"א 6032/19 ח'ורי נ' ח'ורי, פסקה 18 (23.3.2022); עניין שטיינר, בפסקה 36). יובהר כי אף לא מצאתי לקבל את טענת הנאמנת לפיה יחסי החברות בין ביטון לסרויה מקימים חזקה בדבר ידיעתו של הראשון על מצבו הכלכלי של האחרון. זאת, שכן, כפי שציין הכנ"ר בסיכומיו, סבורני כי מדובר בהרחבה יתרה של החזקה שנקבעה בפסיקה במקרים בהם התקיימו בין מקבל ההענקה לחייב יחסי זוגיות או קרבה משפחתית הדוקה (על קיומה של החזקה האמורה, ראו: עניין לויין, בעמ' 953; עניין נאור, בפסקה 29; ע"א 4619/15 עו"ד אינסל – נאמן על נכסי החייב נ' ינקוביץ, פסקה 14 (14.8.2017); לויין וגרוניס, בעמ' 328). ממילא, אף אם הייתה קמה

חזקה כאמור, הרי שבהתאם לקביעותיו העובדתיות של בית המשפט קמא, היא נסתרה בענייננו.

26. שונים הם פני הדברים בכל הנוגע ליסוד התמורה. כזכור, ביחס ליסוד זה קבע בית המשפט קמא כי יש לראות בשחרור השעבודים על זכויות החברה – אשר הוביל בתורו לקבלת כספים מהמזמינה ולהקטנת החוב כלפי הנושה – משום תמורה בת-ערך למשכון שהוטל על דירות החייב. קביעה זו נסמכה, בין היתר, על קבלת טענת הנושה לפיה הסכם התוספת מהווה מעין עסקת "החלפת שבויים", אשר כל פועלה הוא החלפת בטוחה אחת באחרת. בנקודה זו אני סבור שהתבוננותו של בית המשפט קמא היא צרה מדי, ומתעלמת מהמהות הכלכלית של העסקה שנעשתה בין החייב והחברה מהצד האחד לבין ביטון מהצד האחר. אכן, ככל שמביטים על הסכם התוספת במנותק מהנסיבות שאפפו אותו, ניתן לחשוב כי לא נעשה בו דבר מלבד החלפת הבטוחות שניתנו להבטחת חוב החברה כלפי ביטון, כך שחלף השעבוד על זכויות החברה בדירות בפרויקט בחולון, הוטל שעבוד על דירות החייב. ואולם, בחינת הדברים בהקשרם הרחב חושפת את מהותה האמתית של העסקה. כפי שתואר בהחלטת בית המשפט קמא, לאחר החתימה על הסכם התוספת ושחרור השעבודים שהוטלו על זכויות החברה בדירות בפרויקט בחולון, שילמה המזמינה לחברה בגין זכויותיה האמורות סך של 1,600,000 ש"ח. סכום זה הועבר מהחברה ישירות לנושה לצורך פירעון חלקי של חוב ההלוואה כלפיו. הוזה אומר, "שחרור" השעבודים שהוטלו על זכויות החברה נועד למעשה לאפשר את מימושו על ידי החברה, ואת העברת התמורה שהתקבלה לידי הנושה. מכך אנו למדים כי מהותו הכלכלית האמתית של הסכם התוספת לא הייתה להמיר את הבטוחות שניתנו בהסכם ההלוואה באחרות, כי אם להביא למימושן של הבטוחות שניתנו בעבר לנושה מתוך נכסי החברה (שעבוד זכויות החברה בדירות בפרויקט בחולון), ובד בבד להעמיד לטובתו בטוחות נוספות מנכסיו הפרטיים של החייב (שעבוד דירות החייב) להבטחת יתרת החוב. ודוק – לולא ההתקשרות בהסכם התוספת והטלת המשכון על דירות החייב, יתרת חוב זו הייתה נשארת בגדר חוב רגיל שאיננו מובטח. ללמדנו, כי הסכם התוספת הביא לשדרוגו של ביטון ביחס ליתרת החוב האמורה ממעמד של נושה רגיל למעמד של נושה מובטח. כפועל יוצא, לא ניתן לראות בשחרור השעבודים על זכויות החברה כתמורה, לא כל שכן תמורה בת-ערך, למשכון שהוטל על דירות החייב, שכן שחרור זה לא גרע דבר מכיסו של הנושה. נהפוך הוא – הוא הביא לפירעון החלק המובטח של החוב כלפיו, לצד הענקת בטוחות נוספות על יתרת החוב שנותרה לא מובטחת. קיצורו של דבר – מהותה הכלכלית של העסקה שביצעו הצדדים עת התקשרו בהסכם התוספת לא הייתה החלפת או שחרור בטוחות

(פעולות העשויות להוות תמורה בת-ערך), אלא מימוש הבטוחה הקיימת לצורך פירעון החוב המובטח, והעמדת בטוחות נוספות המשדרגות את מעמד הנושה ביחס ליתרת החוב (פעולות שאין בהן משום מתן תמורה בת-ערך).

27. משהגענו למסקנה כי אין בשחרור השעבודים על זכויות החברה משום תמורה בת-ערך, עלינו לבחון האם ניתנה על ידי הנושה תמורה אחרת בעבור שדרוגו מנושה רגיל לנושה מובטח. כאמור לעיל, אין הכרח כי התמורה תשקף במדויק את שווי הנכס המוענק. כך למשל, גם הימנעות מתביעת החוב או מתן שהות נוספת לפירעונו עשויים להיחשב כתמורה סבירה (ראו: ע"א 315/59 יעקובוביץ נ' עו"ד ד"ר נובל, פ"ד יג 1751, 1754-1755 (1959); עניין לוי, בעמ' 956; עניין נאור, בפסקה 23; לוי וגרוניס, בעמ' 329). ואולם, עיון בהסכם התוספת ובחינת השתלשלות האירועים המאוחרת לו מלמדים כי לא ניתנה כל תמורה נוספת מצדו של הנושה בעבור הבטוחות הנוספות שהועמדו לזכותו. למעשה, לא רק שהסכם התוספת לא כלל תמורה כלשהי, כדוגמת ויתור על חלק מהחוב או הארכת התקופה לפירעונו, אלא שבמסגרתו אף הורעו תנאי ההלוואה ביחס להסכם ההלוואה המקורי (כך, למשל, נוספו ריבית פיגורים ופיצוי מוסכם שלא נכללו בהסכם ההלוואה). מכל מקום, אף הנושה עצמו לא טוען כי נתן כל תמורה מלבד "שחרור" השעבודים שהוטלו על זכויות החברה – אשר כאמור, בנסיבות העניין לאו תמורה הוא. אשר על כן, יש לקבוע לשיטתי כי המשכון שהוטל על דירות החייב בהסכם התוספת בוצע מבלי שניתנה על ידי הנושה תמורה בת-ערך, ועל כן אין הוא חוסה תחת החריג הקבוע בסעיף 96(ג)(2) לפקודת פשיטת הרגל. משכך, סבורני כי יש לקבל את ערעורה של הנאמנת, ולקבוע כי המדובר בהענקה הבטלה כלפיה.

28. למען הסר ספק, יוער כי לא נעלמו מעיניי טענות הנאמנת בדבר התעלמותו של בית המשפט קמא מן הפרדה המשפטית בין סרויה לבין החברה, ומעובדת היותו של סרויה אך ערב לחוב ההלוואה שנטלה החברה, ולא החייב העיקרי. יתכן כי יש ממש בטענות אלו (השוו ואבחנו: ע"א 8147/13 גרנות ונצ'ורס בע"מ נ' גיצלטר, פסקה 17 (8.11.2015)), ואולם, לאור התוצאה אליה הגעתי, לפיה ממילא לא ניתן לראות במכלול נסיבות המקרה ב"שחרור" השעבודים על זכויות החברה משום תמורה בת-ערך למשכון דירות החייב, לא ראיתי צורך לדון בטענות אלו.

29. בכל הנוגע להסכם המכר, מסכים אני עם התוצאה אליה הגיע בית המשפט קמא, לפיה יש להורות על בטלותו, ואולם זאת מטעמים אחרים מטעמיו.

30. כזכור, בית המשפט קמא בחן את הסכם המכר באספקלריה של סעיף 96 לפקודת פשיטת הרגל, וקבע כי מדובר בהענקה אשר לא ניתנה בגינה תמורה בת-ערך, ולכן דינה להתבטל. כשלעצמי, דומני כי קביעה זו אינה יכולה לעמוד, שכן נראה כי הנושה אכן העניק לחייב תמורה בת-ערך בגין הדירה באקסודוס. תמורה זו התחלקה לשניים: חלק אחד בא לידי ביטוי בפירעון חוב המשכנתה שרביץ על זכויות החייב בדירה (שכזכור עמד באותה עת על כ-550,000 ש"ח); והחלק השני התבטא בקיזוז חוב ההלוואה לו היה ערב החייב באופן אישי (בסכום של 1,450,000 ש"ח). לעניין אחרון זה, יוער כי בית משפט זה כבר קבע בעבר כי מחיקה או ויתור על חוב עשויים להוות תמורה בת-ערך (ראו והשוו: ע"א 97/72 הנאמנים בפשיטת-רגל של דוד ראנדנ' אי.בי.טי., פ"ד כז(1) 778 (1973); עניין נאור, בפסקה 23; ע"א 5822/16 שמיר נ' המנהל המיוחד עו"ד חבר, פסקה 17 (24.1.2018)). ראו גם: לויין וגרוניס, בעמ' 329. יחד, מצטברים שני חלקים אלו לתמורה של 2,000,000 ש"ח כפי שנקבע בהסכם המכר, אשר אף תואמת, על פי חוות הדעת השמאית, את שווי השוק של הדירה באותה עת. משכך, ספק בעיניי אם צדק בית המשפט קמא בקביעתו כי לא ניתנה בגין הדירה תמורה בת-ערך. עם זאת, הואיל ובין כה וכה סבור אני כי יש מקום לבטל את הסכם המכר, וזאת אף אם היה נמצא כי ניתנה בגינה תמורה בת-ערך, לא ראיתי צורך להכריע בעניין זה.

31. מדוע, אם כן, הגעתי למסקנה כי דין הסכם המכר להתבטל? הטעם לכך נעוץ בהוראות חוק המשכון, ולא בהוראות פקודת פשיטת רגל. כזכור, במסגרת הסכם התוספת הסכימו הצדדים כי יוטל לטובת הנושה משכון על זכויות החייב בדירות, ובכלל זה על זכויותיו בדירה באקסודוס – קרי, ודומה כי על כך אין חולק, המדובר בעסקת משכון. בהתאם, מרגע זה ואילך חלות על הצדדים לעסקה הוראות חוק המשכון, כאשר הרלוונטיות לענייננו הן ההוראות בדבר מימוש המשכון.

הערה: נראה כי זכויות החייב בדירה באקסודוס הן זכויות אובליגטוריות – היינו התחייבות לעסקה במקרקעין, ולא זכויות במקרקעין – קרי זכויות הרשומות במרשם המקרקעין. לעובדה זו עשויות להיות השלכות במגוון הקשרים, החל מהשאלה אם מדובר במשכון או במשכנתה, וכלה בשאלה היכן נדרש לרשום את המשכון –

במרשם המשכונות או במרשם המקרקעין (ראו נינה זלצמן ועופר גרוסקופף מישכון זכויות 127-123, 238-236, 401-398 (2005) (להלן: זלצמן וגרוסקופף, מישכון זכויות)). גם לעניין מימוש המשכון, עשויות להיות הבחנות בין מימוש משכון על זכות אובליגטורית לבין מימוש משכנתה (ראו סעיף 90 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין) המצמצם את דרכי המימוש של משכנתה בהשוואה לדרכי המימוש של משכון לפי סעיף 17 לחוק המשכון. להרחבה, ראו: זלצמן וגרוסקופף, מישכון זכויות, בעמ' 432-455). עם זאת, לצורך הדיון להלן אין להבחנות האמורות חשיבות, שכן הסדרי חוק המשכון שיבחנו להלן חלים בין אם מדובר במשכון זכויות ובין אם מדובר במשכנתה (וראו סעיף 91 לחוק המקרקעין, המחיל את הוראות חוק המשכון גם על משכנתה, בכפוף להוראות המיוחדות שבפרק ז' לחוק. הוראות מיוחדות אלה אינן רלוונטיות לענייננו).

32. כפי שצינתי במקום אחר, "מימוש משכון הוא הליך המאפשר לנושה, הוא בעל המשכון, להגשים את זכותו להיפרע מהנכס הממושכן על ידי המרתו בסכום כספי, במקרה בו הממשכון לא קיים את החיוב הכספי המובטח במשכון במועדו" (ראו: רע"א 5994/20 ח'שיבון נ' עיסא, פסקה 22 (2.11.2020) (להלן: עניין ח'שיבון)). כן ראו: זלצמן וגרוסקופף, מישכון זכויות, בעמ' 407).

33. בהתאם להוראות חוק המשכון, מימוש משכון יתבצע במקרה הרגיל בפיקוחה של רשות ציבורית – בית משפט או ראש ההוצאה לפועל (ראו: סעיפים 17-18 לחוק המשכון. כן ראו הוראת סעיף 90 לחוק המקרקעין לעניין מימוש משכנתה). ומכלל ההן נשמע הלאו: הדין הישראלי אינו מכיר, במקרה הרגיל, באפשרות לבצע "מימוש עצמי" של משכון – דהיינו, אין הוא מאפשר, ככלל, לבעל המשכון לפעול בכוחות עצמו, שלא באמצעות רשות ציבורית (בית המשפט או רשות ההוצאה לפועל), כדי להגשים את הנאת ההיפרעות שלו מהנכס שמושכן לו. הטעמים שהביאו את המחוקק לקבוע כלל זה מגוונים, ובכללם: חשש לפגיעה בממשכן (הפקעת קניין, פגיעה בערך השיורי ופגיעה בהנאה מהנכס הממושכן); חשש להפרת הסדר הציבורי; חשש לפגיעה בצדדים שלישיים; חשש לניצול מצוקת הממשכן ותלותו בבעל המשכון; וחשש ל"אופטמיות יתר" של הממשכן בשלב העמדת הבטוחה (להרחבה, ראו: נינה זלצמן ועופר גרוסקופף "מימוש עצמי של משכון על זכות אובליגטורית" משפטים לג 655 (תשס"ג) (להלן: זלצמן וגרוסקופף, מימוש עצמי); זלצמן וגרוסקופף, מישכון זכויות, בעמ' 407-455).

34. לכלל השולל את אפשרות ה"מימוש העצמי" של משכון מספר חריגים, אשר מרביתם אינם רלוונטיים לענייננו (מימוש עצמי על ידי גוף מוסדי לפי סעיפים 17(3)

ו-19 לחוק המשכון (ראו: זלצמן וגרוסקופף, מישכון זכויות, בעמ' 424-427); ומימוש עצמי של משכון על זכות בדרך של מימוש הזכות המשועבדת לפי סעיפים 17(4) ו-20 לחוק המשכון (ראו: זלצמן וגרוסקופף, מישכון זכויות, בעמ' 443-455. ודוק, למרות שהמשכון בו עסקינן הוא ככל הנראה על התחייבות לעסקה במקרקעין (ראו הערה בפסקה 31 לעיל), מימושו במקרה זה נעשה מול החייב-הממשכן (סרויה), ולא מול החייב-המוכר בהתחייבות לעסקה במקרקעין)). אם כן, החרג היחיד העשוי לחול במקרה בו עסקינן הוא חריג המימוש בהסכמה, הקבוע בסעיף 16(ב) לחוק המשכון. סעיף זה, המנוסח על דרך השלילה, מורה כדלהלן: "אין הצדדים רשאים להתנות על דרכי המימוש לפי חוק זה כל עוד לא הגיע המועד לקיום החיוב". משמעותו של סעיף זה, הלכה למעשה, היא כי לצדדים נתונה אומנם אפשרות להתנות על דרכי המימוש הקבועות בחוק, אך זאת רק לאחר שהגיע המועד לקיום החיוב. עובר למועד זה אין הצדדים רשאים להתנות על דרכי המימוש (להרחבה, ראו: זלצמן וגרוסקופף, מישכון זכויות, בעמ' 427-429).

35. ויובהר, תכליתה המרכזית של הגבלת יכולתם של הצדדים להתנות על דרכי המימוש, כך שהתניה זו תהיה תקפה רק אם נעשתה לאחר שהגיע המועד לקיום החיוב, היא להתמודד עם ההטיה הקוגניטיבית של הממשכן ל"אופטימיות יתר" ביחס לסיכויי לפרוע את ההלוואה. וכך הוסברו הדברים על ידי פרופ' נינה זלצמן ואנוכי במאמר שעסק בנושא זה:

כאשר אדם נוטל הלוואה המובטחת במשכון ישנה הסתברות סטטיסטית מסוימת שלא יעמוד בקיום חיוביו. המלווה – בעל המשכון – מודע להסתברות זו, ועל בסיסה הוא מעריך את הסיכון לו הוא חשוף. הלווה – הממשכן אף הוא מודע כמובן לקיומה של הסתברות זו, אך מחקרים מגלים כי בני אדם נוטים לאופטימיות-יתר ביחס לעצמם, לאמור: אף אם ידועה לממשכן ההסתברות הסטטיסטית לכך שאדם במצבו לא יעמוד בפירעון ההלוואה, הוא נוטה להניח כי ההסתברות לכך שהוא עצמו לא יפרע את ההלוואה נמוכה בהרבה ("לי זה לא יקרה"). כשל קוגניטיבי זה עלול לגרום לכך שגם אם הממשכן מודע באופן מלא לסיכונים שבמימוש עצמי, הוא יטה להפחית מחשיבותם, מתוך הערכה מוטעית שהסיכוי שייאלץ להתמודד עמם נמוך משהוא במציאות. כתוצאה מכך עשוי הממשכן להסכים למימוש עצמי של המשכון כנגד תמורה נמוכה במידה משמעותית מזו המתחייבת מבחינתו כעניין כלכלי-אקטוארי. עיוות קוגניטיבי זה עלול אפוא לאפשר לבעל המשכון לרכוש את כוח המימוש העצמי במחיר נמוך משמעותית מעלותו האמיתית לממשכן.

[...]

טיעון של אופטימיות-יתר יכול להצדיק עמדה פטרנליסטית, השוללת הכרה בהסכם המתיר מימוש עצמי, רק כשההסכם נערך קודם למועד שנקבע לקיום החיוב. לעומת זאת, ממועד זה ואילך השאלה אם הממשכן עמד בהתחייבותו או שאינו יכול לפרוע את ההלוואה אינה עוד עניין הסתברותי, אלא מציאות שהממשכן מודע לה היטב. במילים אחרות: הכשל הקוגניטיבי של אופטימיות יתר שחייב הגנה על הממשכן מפני הסכמה למימוש עצמי לפני שהגיע מועד החיוב, אינו רלבנטי עוד משהתברר גם לממשכן עצמו שאין הוא עומד בפירעון ההלוואה.

[...]

קשה לקבל את הטענה כי לאחר שעבר המועד לקיום החיוב אין עוד חשש להפעלת לחץ על הממשכן, וכי יש ביכולתו של הלה לשקול מתוך יישוב הדעת אם להתיר לבעל המשכון לבצע מימוש עצמי של המשכון. נראה, אם כן, שיש לחפש אחר הסבר אחר להבחנה שמעמיד סעיף 16(ב) לחוק המשכון ביחס למועד שבו ניתנה הסכמת הממשכן למימוש עצמי. לגישתנו, ההסבר מתמקד דווקא בסיכונים האחרים שנמנו לעיל, ובמיוחד בסיכון שנוגע באופטימיות יתר של הממשכן [...]. כפי שהובהר, הסיכון כי תיגרם פגיעה לממשכן בשל נטייתו לאופטימיות יתר בהערכת סיכוייו לפרוע את ההלוואה המובטחת במשכון, מתקיים כל עוד יש לממשכן סיכוי לעמוד בפירעון ההלוואה. הסיכון חדל מרגע שהוברר לכל, ובכלל זה גם לממשכן עצמו, כי לא יעלה בידיו לעשות כן. להערכתנו, יש לפרש את סעיף 16(ב) לחוק המשכון במבוסס על הבחנה זו (זלצמן וגרוסקופף, מימוש עצמי, בעמ' 672, 674, 680-681).

36. ומהדיון העיוני לענייננו. הסכם המכר בו עסקינן נחתם בסמוך לאחר החתימה על הסכם התוספת, וכפי שקבע בית המשפט קמא – השתלשלות העניינים מלמדת כי מטרתו האמתית הייתה לאפשר לנושה מימוש עצמי של הדירה, ללא צורך בפניה לרשויות (ראו והשוו: עניין שווייגר, בעמ' 19-20, 29-30; עניין ח'שיבון, בפסקה 21. כן ראו: זלצמן וגרוסקופף, מישכון זכויות, בעמ' 408). ללמדנו, כי הסכם המכר מהווה למעשה התנאה של הצדדים על דרכי המימוש הקבועות בחוק. הואיל והתנאה מעין זו אפשרית כאמור רק לאחר שהגיע המועד לקיום החוב, ואילו בענייננו אין חולק כי הסכם המכר נחתם בטרם הגיע המועד לפירעון החוב כלפי הנושה, ברי כי מדובר בהתנאה שאינה כדין. מטעם זה, סבורני כי אכן היה מקום להורות על ביטול הסכם המכר, כפי שקבע בית המשפט קמא בהחלטתו.

37. למען שלמות הדברים, יוער כי איני סבור כי מדובר בענייננו בהסוואת משכון, שכן המשכון על הדירה באקסודוס נעשה באופן גלוי וברור במסגרת הסכם התוספת, ואף נרשם במרשם המשכונות. ודוק, הפסול שנפל בהסכם המכר אינו נובע מניסיון הצדדים להסוות משכון, כי אם מניסיונם לממשו שלא בהתאם להוראות החוק. משכך, לא ראיתי מקום לדון בסוגיה המורכבת של משכון מוסווה, על ההלכות המחייבות שנקבעו בעניינה (לדיון רחב בעניין זה, ראו: ע"א 10780/08 REALIT CONSULTING LIMITED נ' הורוביץ ואח', פסקאות 13-21 (27.9.2011). כן ראו: ע"א 455/89 קולומבו, מאכל ומשקה בע"מ נ' בנק למסחר בע"מ, פ"ד מה(5) 490 (1991); ע"א 196/87 שוייגר נ' לוי, פ"ד מו(3) 2 (1992); רע"א 1690/00 מ. ש. קידוחי הצפון בע"מ ואח' נ' א. אבגל טכנולוגיה בע"מ (בפירוק זמני), פ"ד נז(4) 385 (2003); נינה זלצמן ועופר גרוסקופף, "הסוואת משכון" – הצעה לעיון חוזר בהלכת קולומבו' עיוני משפט כו 79 (2002); יהושע ויסמן "המוות המדומה של הלכת קולומבו" ספר גבריאל בך 517 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך עורכים, 2011).

סוף דבר

38. לאור הדברים הללו, אציע לחברותיי כי נקבל את ע"א 577/20 ונדחה את ע"א 639/20, במובן זה שנורה על ביטול המשכון שהוטל על דירות החייב במסגרת הסכם התוספת, ועל ביטול מכירת הדירה באקסודוס לנושה לפי הסכם המכר. כתוצאה מכך, דירות החייב יחזרו למסת נכסיו המנוהלת בידי הנאמנת, וישמשו לפירעון מכלול חובותיו, בכפוף לסדרי הנשייה הקבועים בחוק. הנושה יהיה זכאי ליתרת החוב שטרם נפרעה לאור ביטול מכירת הדירה באקסודוס, ואולם מעמדו ביחס ליתרת חוב זו יהא כשל נושה בלתי מובטח. יובהר כי יתר הוראותיו של הסכם התוספת, וכן קביעותיו של בית המשפט קמא לעניין ריבית הפיגורים שנקבעה במסגרתו (עליהן ממילא לא הלינו הצדדים), תעמודנה בתוקפן. עוד אציע להשיב את התיק לבית המשפט קמא, על מנת שייתן הנחיות אופרטיביות לעניין הדירות ודמי השכירות, וכן לעניין הגשת תביעת חוב על ידי הנושה במסגרת הליכי פשיטת הרגל. לבסוף, אציע לחייב את הנושה בתשלום הוצאות לקופת פשיטת הרגל בסך של 30,000 ש"ח.

ש ו פ ט

הנשיאה א' חיות:

אני מסכימה.

ה נ ש י א ה

השופטת ד' ברק-ארד:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף.

ניתן היום, כ"א בסיון התשפ"ב (20.6.2022).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ה נ ש י א ה

מרכז מידע, טל' 077-2703333 *3852 ; אתר אינטרנט, <https://supreme.court.gov.il> אב 20005770_Y08.docx