



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 1062/09

בפני: כבוד המשנה לנשיא א' ריבלין  
כבוד השופטת מ' נאור  
כבוד השופט ס' גובראן

המערער: בנק דיסקונט לישראל בע"מ

נגד

המשיבים: 1. ד"ר ברוך בינר  
2. רחל בינר  
3. ב.ש.ן. מאפה הקריות בע"מ  
4. בנק מזרחי טפחות בע"מ  
5. בנק לאומי למשכנתאות בע"מ  
משיבים 4-5 פורמליים:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה מיום 22.12.08 בת.א. 606/07 שניתן על ידי כבוד השופט יצחק עמית

תאריך הישיבה: י"ב באדר א התשע"א (16.2.2011)

בשם המערער: עו"ד אורי גולדקורן

בשם המשיבים 1-3: עו"ד אמיר בירמן

### פסק-דין

השופט ס' גובראן:

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה מיום 22.12.2008 (ת"א 606/07, כבוד השופט י' עמית). במרכז הערעור, מחלוקת בנוגע לתנאי מימוש ערבויות שהוצאו על ידי המערער, לזכותם של המשיבים, על פי חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974 (להלן: חוק המכר).

הרקע העובדתי

2. המשיבים 1-2 (להלן: בני הזוג בינר) התקשרו בחוזה לרכישת דירת פנטהאוז עם חברה בשם "שוודיה חברה לבנין והשקעות בע"מ" (להלן: חברת שוודיה) המצויה

בבעלותו ובשליטתו של אחד, מר מנשה גולן. דירה זו, עתידה הייתה להיבנות על חלקת מקרקעין שבקריית מוצקין (להלן: המגרש) במסגרתו של פרויקט בנייה רחב יותר עליו ניצחה חברת שוודיה. מלוא התמורה בעבור הדירה – סך של 820,000 ש"ח – הועברה לחברת שוודיה על ידי בני הזוג בינר עוד בטרם החלה הבנייה. כנגדה, נרשמה לזכותם הערת אזהרה על המגרש ובנוסף, הומצאו להם מספר ערבויות לפי חוק המכר, בסך כולל של 495,000 ש"ח, מאת המערער. המשיבה 3 (חברה בשם ב.ש.ן מאפה הקריות בע"מ שהוקמה על ידי שלושה בעלי מניות; להלן: חברת ב.ש.ן) התקשרה גם היא בחוזה עם חברת שוודיה, לרכישת חנות וגלריה בפרוייקט הבנייה. אף היא שילמה לחברת שוודיה את מלוא תמורת הנכסים – סך של 972,225 ש"ח – עוד בטרם החלה הבנייה, וגם עבורה נרשמה, כנגד התמורה, הערת אזהרה על המגרש בצירופה של ערבות חוק המכר מאת המערער בסך של 400,000 ש"ח. פירעון הערבויות שהופקדו בידי המשיבים הותנה, בין היתר, בהמצאת דרישה כתובה ומנומקת למימושן אשר אליה יצורף גם (כך בסעיף 3(א)(5) לכתבי הערבות):

- "כתב הצהרה והתחייבות [...] לפיו נתקיימו ע"י הקונה כל התנאים המזכים אותו בהחזר וב'השבה' על פי כל דין ומבלי לגרוע מכלליות האמור:
- (א) כי הדירה פונתה לחלוטין והוחזרה על-ידי הקונה לידי המוכר (או כי לא נמסרה לקונה מלכתחילה – אם אכן כך הוא).
- (ב) כי כל זכויותיו של הקונה בקשר עם הדירה, 'מכירתה', הסכם המכר וכל בטוחות באשר לכל אלה מועברות ומומחות במלואן באופן בלתי חוזר וללא שיור לטובת הבנק (או לטובת מי שהבנק יורה).
- (ג) כי מבלי לגרוע מכל שאר הצהרותיו והתחייבויותיו, הרי כתנאי למימוש ולתשלום בפועל סכום הערבות לידי הקונה, מתחייב הקונה לחתום מייד לפי הוראת הבנק על כל כתב העברה ו/או המחאה נפרד ו/או ספציפי הנובע ו/או כרוך בס"ק ב) לעיל ועל כל כתב של יפוי כח אשר יידרש לבנק לצורך כל שימוש ו/או מימוש של כל האמור, הכל כפי קביעת הבנק וכפי הנוסח שיהיה מקובל על הבנק".

בנוסף, בסעיף 4(ב) לערבויות נקבע כי:

"סכום הערבות כמשמעותו בסעי' 2 של כתב ערבות זה יהווה תקרה מירבית לכל כספים, אשר יהיה על הבנק לשלם לקונה אפילו אם יעלו סכומי ההחזר או ההשבה להם יהיה הקונה זכאי מכל סיבה שהיא (עם או בלי הפרשי הצמדה ו/או ריבית) על סכום הערבות הנ"ל".

יוער, כי הן בני הזוג בינר והן חברת ב.ש.ן הסבו את כתבי הערכות שניתנו להם לטובת מוסדות בנקאיים שהעניקו להם הלוואות (בגובה הערבויות) לרכישת הנכסים, ואף רשמו לטובתם הערות אזהרה על זכויותיהם. המשיבים צירפו מסמכים המפרטים את התשלומים שעשו לפירעון ההלוואות במהלך השנים (נספח ה' לתצהיר שהוגש לבית המשפט המחוזי מאת בני הזוג בינר ולתצהיר שהוגש לבית המשפט המחוזי מאת חברת ב.ש.ן).

3. בסופו של דבר (או בתחילתו של דבר בענייננו), פרוייקט הבנייה כשל. לא נחפרו יסודות ולא הונחה כל אבן, וחברת שוודיה נכנסה להליכי פירוק וכינוס. משך שנים ארוכות עשו המשיבים יחד עם יתר הרוכשים מאמצים להחייאתו של הפרוייקט, אך אלו עלו בתוהו. משנתברר להם, כי שוב לא תהיה לפרוייקט תקומה, פנו המשיבים למערער בדרישה למימוש הערבויות שהוציא להם, וזה דרש, כתנאי למימושן, כי המשיבים ימחו לו את הערות האזהרה הרשומות לטובתם. המשיבים סירבו. טענתם הייתה, כי ערבויות חוק המכר ניתנו להם בצירוף ובנוסף להערת האזהרה, על מנת שמלוא התמורה ששילמו לחברת שוודיה, עוד בטרם החלה הבנייה, תובטח להם. מחלוקת זו שבין הצדדים לא באה על פתרונה, והמשיבים עתרו לבית המשפט המחוזי למימוש הערבויות. תביעתם התקבלה, ובית המשפט המחוזי הורה למערער לפרוע את הערבויות, מבלי שיומחו לו הערות האזהרה שנרשמו לטובת המשיבים. לנימוקיו של בית המשפט המחוזי נפנה מיד, אך בטרם נעשה זאת דרוש לנו קורטוב של רקע עובדתי נוסף.

4. כפי שנתברר בבית המשפט המחוזי, למערער לא היה כל קשר לפרוייקט הבנייה. הוא לא ליווה אותו פיננסית, כספי הרוכשים לא הופקדו אצלו בחשבון ייעודי מיוחד, הוא לא סייע לרכישת המגרש או החזיק בבטוחה הקשורה בו, והוא מעולם לא פיקח על התקדמות הפרוייקט והכספים הקשורים במימונו. למעשה, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, הוא לא ידע על הפרוייקט כלל וכלל. המגרש נרכש בזמנו מבעליו הרשומים על ידי מר גולן (בעלי חברת שוודיה, כזכור), בסיועה של הלוואה בסך 600,000 ש"ח מאת בנק לאומי למשכנתאות בע"מ (להלן: בנק לאומי). כנגד הלוואה זו הומצאו לבנק לאומי מספר בטוחות הקשורות במגרש: נרשמה הערת אזהרה בעבורו, זכויותיו של גולן במגרש מושכנו לטובתו, וניתנה לו התחייבות לרישום משכנתא על המגרש מאת בעליו הרשומים. בשלב מאוחר יותר, מכר גולן את המגרש לחברת שוודיה (מבלי שנרשמה הערת אזהרה לזכותה), וכשזו קיבלה את מלוא תמורתה מהמשיבים וביקשה לרשום לזכותם הערות אזהרה, הוציא בנק לאומי מכתבי החרגה לטובתם

שאפשרו את הרישום. גם על מכתבי החרגה אלו והערות האזהרה שנרשמו בעקבותיהם לזכות המשיבים, לא ידע המערער דבר. ודאי שלא הסתמך עליהם.

אם כן, באיזו מסגרת וכנגד אילו בטוחות הסכים המערער להוציא את ערבויות חוק המכר לטובת המשיבים? מסתבר, כי ערבויות חוק המכר הוצאו על ידי המערער במסגרת יחסי בנק-לקוח עם גולן, שניהל אצלו שני חשבונות. האחד, חשבון משותף עם אדם נוסף (להלן: החשבון המשותף) אשר צבר ברבות הימים יתרות חובה בגין הלוואות שלקחו השניים, והשני, חשבון שנפתח לטובת גולן ועל שמו בלבד (להלן: החשבון הפרטי). כבר ביום פתיחת החשבון הפרטי, חתם גולן (עצמו) על בקשה כללית להוצאת ערבויות בנקאיות ואישר לבנק לחייב את חשבונו הפרטי בעמלות המתחייבות מהוצאתן. במסגרת זו – של החשבון הפרטי וההתקשרויות הנלוות לו – הוציא המערער את ערבויות חוק המכר לטובת המשיבים. בערבויות שהוצאו צוין אמנם כי אלו מוצאות לבקשתה של חברת שוודיה, ואולם, העמלות בגין אותן ערבויות כמו גם סכומן הכולל של הערבויות שהוצאו, נזקפו לחובת החשבון הפרטי של גולן. יצוין, כי הבקשות הקונקרטיות להוצאת הערבויות לא הוצגו מעולם בפני בית המשפט ואין זה ברור – נוכח ההסכם הכללי עם גולן להוצאת הערבויות וחוב חשבונו בגינן – מה היו תנאי ההתקשרות שבין חברת שוודיה למערער בקשר להוצאת הערבויות, אם בכלל.

בכל הנוגע לשאלה הנוספת אותה הצבנו – אם לא ידע המערער על סיכויי וטיבו של הפרוייקט ועל טיבה וטבעה של חברת שוודיה, ואם לא ידע, כפי שהסתבר, על הערות האזהרה שניתנו למשיבים ולא הסתמך עליהן, על בסיס מה או כנגד מה הוא הסכים להוצאת הערבויות? – משיב אותנו המערער (תשובה שנתקבלה על ידי בית המשפט המחוזי) כדלקמן: כנגד כלל חובותיו של גולן לבנק (הן מן החשבון הפרטי והן מן החשבון המשותף) מושכן נכס שהיה רשום על שמו של גולן לטובת הבנק, הוא מגרש בקריית חיים. זאת, נוסף למשכוננו של מגרש בקריית ביאליק, שהיה רשום על שם גולן ושותפו, להבטחת חובות החשבון המשותף. אמנם, משכוננו של המגרש בקריית חיים נעשה בסמוך לפתיחת החשבון הפרטי ומאוחר יותר הועברו כספי מימושו לכיסוי חובותיו של חשבון זה – קודם כל. אך, כיוון שהשעבוד לא הוגבל להבטחתו של חוב ספציפי, קיבל בית המשפט המחוזי את עמדת המערער לפיה שעבוד המגרש בקריית חיים נועד להבטחת כלל חובותיו של גולן כלפיו. ואכן, משנקלע גולן לקשיים ולא פרע את חובותיו, פתח המערער בשני הליכי הוצאה לפועל למימוש זכויותיו במגרשים. ראשון בזמן, מומש המגרש בקריית ביאליק וכספי המימוש הועברו לכיסוי חובותיו של גולן בחשבון המשותף. חובות אלו לא כוסו במלואם על ידי המימוש. שני בזמן, מומש המגרש בקריית חיים. כספי המימוש כיסו במלואם את חובותיו של גולן, לאותה העת,

בחשבון הפרטי ואף נותר עודף (חובות אלו כללו את העמלות שנגבו מגולן בגין הוצאת הערבויות ולא כללו את הערבויות שטרם מומשו). העודף שנותר, הועבר על ידי הבנק לחשבון המשותף, לכיסוי החובות שנותרו שם. אלא, שגם בכך לא היה כדי להביא לכיסוי מושלם של החוב.

במאמר מוסגר, לא יהא זה מיותר לציין, כי לא תמיד הייתה זו תשובתו של המערער ביחס לשאלת הבטוחות שעמדו בבסיס הוצאת הערבויות. גרסת המערער, כפי שזו הובאה בתצהירו של פקיד הבנק, הייתה שונה מן הגרסה שמסר לבסוף באמצעות פקיד הבנק במהלך החקירה הנגדית. וכך העיר בית המשפט המחוזי בפסקה 10 לפסק דינו: "צר לי לקבוע כי דברי פקיד הבנק בסעיף 9 לתצהירו כי 'אין יסוד לטענת בינר, לפיה קיבל הבנק מהחברה או מבעליה בטוחות עצמאיות וחיצוניות לצורך הנפקת כתבי הערבויות הנ"ל' פשוט אינם נכונים".

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

5. בית המשפט המחוזי קבע כי דרישתו של המערער להמחאת הערות האזהרה לטובתו מעוגנת בלשון הערבויות, וייתכן שבשל כך – על דרך הכלל – הייתה ידו על העליונה. אלא, שמקרה זה חריג ביותר במספר היבטים, ואלו מכריעים את הכף לטובת המשיבים: בעוד שברגיל הבנק המלווה את הפרוייקט פיננסית ולו משכנתא על המקרקעין של הפרוייקט, הוא המוציא את ערבויות חוק המכר בעבור הרוכשים, כאן מוציא הערבויות הינו גורם זר לפרוייקט; בעוד שברגיל הערות האזהרה לטובת הרוכשים אינן נרשמות, אלא עם סיום הבנייה, במקרה זה הוצאו מכתבי החרגה והערות האזהרה נרשמו עוד בטרם החלה הבנייה; ובעוד שברגיל, מקבל הרוכש הערת אזהרה או ערבות חוק המכר, במקרה זה קיבלו המשיבים את שתי הבטוחות יחד (אם כי הערבות ניתנה על חלק מן הסכום בלבד), וזאת, כפי הנראה, להבטחת מלוא התמורה ששולמה עוד בטרם החלה הבנייה.

בית המשפט קבע כי כתב הערבות שהוצא למשיבים הינו כתב ערבות סטנדרטי, ותניית השבת הבטוחות שבו, עליה ביקש המערער להסתמך, לא הייתה אמורה לחול על מקרה פתולוגי כמקרה זה. הודגש, כי המערער מעולם לא הסתמך על הערות האזהרה ומעולם לא לקח אותן בחשבון במסגרת ניהול סיכונים. אלו, היו בגדר מתת שמיים עבורו, וקשה להלום כי ייהנה מהן שעה שהמשיבים, ששינו מצבם לרעה באופן דרסטי תוך הסתמכות על הערות האזהרה, ייאלצו לוותר עליהן לטובתו. נקבע, כי הדרישה שהציב המערער כתנאי למימוש הערבות הינה דרישה שלא בתום לב, שאינה עולה

בקנה אחד עם אומד דעתו בעת שהנפיק את הערבויות. עוד נקבע, כי נוכח הוראותיו הקוגנטיות של חוק המכר, שסנקציות פליליות בצידן, ונוכח החזקה שנתקבלה בפסיקה, לפיה צדדים לעסקה נתכוונו לבצע את התחייבויותיהם החוזיות כחוק, יש להעדיף תוצאה שאינה מביאה לדילול הבטוחה הנוספת שקיבלו המשיבים, היא הערת האזהרה. לפי היגיון זה, קבע בית המשפט, כי יש להניח כי חברת שוודיה ביקשה לעמוד בהוראות חוק המכר והמערער לא ביקש לגרום לה שלא לעמוד בהן. מכאן, הוראתו של בית המשפט לפיה על המערער לפרוע את הערבויות מבלי שהערות האזהרה יומחו לו. בשולי הדברים, העיר בית המשפט, כי ראוי שתנאי ערבות חוק המכר ייקבעו בחקיקה ולמצער יובאו לאישור בבית הדין לחוזים אחידים. בהמשך, נראה כי להערה זו ניתן מענה, ונבחן האם לדבר השלכות כלשהן לענייננו.

#### טענות הצדדים

6. המערער טוען כי לשון הערבויות ברורה ולפיה, על המשיבים להמחות לו את כלל הבטוחות שניתנו להם בטרם תיפרע הערבות, על מנת שיוכל להיכנס בנעליהם. לטענתו, לא היה כל מקום לסטות במקרה זה מהתנאים המפורשים שנקבעו בכתבי הערבויות. על פי הנטען, תוצאת קביעתו של בית המשפט המחוזי, היא כי המשיבים יקבלו הן את כספי הערבויות והן את הנכס אותו רכשו, ומנגד המערער יחויב בתשלום כספי הערבויות תוך ויתור על זכותו לבוא בנעלי המשיבים. תוצאה זו, איננה תואמת את המוסכם בין הצדדים ואיננה צודקת. יתרה מכך, טוען המערער, פסק דינו של בית המשפט המחוזי הולך בתלם שהותווה בפסק דין אפרופים, ובכך סוטה מן ההלכה הפסוקה באשר לערבות בנקאית ומטיל נטל כבד על בנק בבואו ליתן ערבות בנקאית. משמעותו של פסק הדין כי אי בדיקתה של עסקת המכר העומדת ברקע הוצאת הערבות, עלולה להיזקף לחובתו של הבנק, ולהביא לביטולן של תניות הקבועות מפורשות בערבות. מטעמים אלו, טוען המערער, שגה בית המשפט בקובעו כי עליו לפרוע את הערבויות מבלי שיומחו לו הערות האזהרה. לחלופין, הוא מבקש להציע פתרון שונה, שלטענתו, איננו מוביל לחוסר וודאות אצל בנק המוציא ערבות בנקאית מן הצד האחד, ואיננו מקנה לבנק זכויות באותו חלק שבמקרקעין המבוטח על ידי בטוחה שונה מהערבויות, מן הצד השני. לטענתו, מקביעותיו של בית המשפט המחוזי ניתן ללמוד כי המשיבים שילמו חלק אחד ממחיר הנכס וקיבלו כנגדו ערבויות חוק המכר, וכנגד תשלום יתרת מחירו של הנכס קיבלו את הערות האזהרה. משכך, מציע המערער שכנגד תשלום הערבויות יומחו לבנק זכויות המשיבים המשקפות את אותו חלק בנכס, עבורו הם שילמו את הסכום הנקוב בערבויות.

7. המשיבים מצידם מתנגדים לקבלת הערעור וסומכים ידיהם לעניין זה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, תוך שהם מדגישים את היותו של מקרה זה חריג ונדיר, את אי הסתמכותו של המערער על הערות האזהרה, ואת הסתרתן של עובדות רלוונטיות, מפניהם ומפני בית המשפט המחוזי, על ידי המערער. על פי הנטען לא זו בלבד שדין הערעור להידחות לגופו, אלא שהסתרת העובדות עד למועד חקירתו הנגדית של פקיד הבנק, ואי אזכורה של השתלשלות עניינים זו במסגרת הליך הערעור, מצדיקה גם את דחייתו של הערעור על הסף. לטענתם, התנהלות המערער הייתה נגועה בחוסר תום לב, וזו צריכה להוביל – בייחוד לנוכח מעמדו הציבורי של המערער – לנעילת שערו של בית משפט זה בפניו. עוד הם מדגישים בטענותיהם, כי הערות האזהרה לא ניתנו להם כנגד אותם כספים שהובטחו להם דרך ערבויות חוק המכר. לטענתם, הערות האזהרה נרשמו כנגד התשלום הראשון אותו שילמו על פי הסכם המכר, בשיעור של 15 אחוזים מסך התמורה המוסכמת, ואילו הערבויות הבנקאיות ניתנו להם בהיקף חלקי אחר ביחס לסכום התמורה המוסכמת.

ד"ר

8. בראשית הדברים אציין שלא מצאתי לנכון להיעתר לבקשת המשיבים כי הערעור יידחה על הסף. סמכותו הטבועה של בית המשפט ליתן סעד דיוני מקום בו צד להליך המשפטי נוהג בדרך חסרת תום לב או בדרך העולה כדי ניצול לרעה של הליכי המשפט תופעל במקרים יוצאי דופן ובמשורה, בשים לב ודעת לזכותו היסודית להביא את עניינו בפני ערכאה שיפוטית מוסמכת ולזכותו לערער על החלטה של ערכאה כאמור (ראו: בש"א 6479/06 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' שנפ, פס' 4-8 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (לא פורסם, 15.1.2007), וסקירת הפסיקה המקיפה המופיעה שם). במקרה זה יש אמנם טעם בטענות שהעלו המשיבים, ויש להצר ולתמוה על דרך התנהלותו של המערער בערכאה הדיונית (כבעל דין וכבעל מאפיינים ציבוריים). עם זאת, העובדות שהסתיר או הכחיש המערער בתצהיר שהוגש מטעמו לבית המשפט המחוזי, נתבררו ונתגלו תוך שיתוף פעולה מצידו כבר במסגרת הליך הקודם, ולא הוסתרו במסגרת הליך זה. לטעמי, הפגם שנפל בהתנהלות המערער בהליך הקודם איננו מקרין על הליך זה בעוצמה המחייבת את דחיית ערעורו על הסף, תוך פגיעה קשה בזכותו להשיג על קביעותיו של בית המשפט המחוזי. לפיכך, והגם שאין לעודד התנהלות דיונית שכזו ובמקרים המתאימים יהא צורך במתן סעד דיוני בגינה (אם בדרך של סילוק על הסף ואם בדרך אחרת), מסקנתי היא שיש מקום במקרה זה לבירור הערעור לגופו. לבירור זה נפנה כעת.

9. סעיפים 3(א)(5) ו-4(ב) לכתבי הערבויות (שאוזכרו לעיל) יוצרים מנגנון מסוים של השבה הדדית בין המשיבים-הרוכשים לבין המערער-הבנק מנפיק הערבות. הערבות, בהתאם להוראות חוק המכר, יוצאת מנקודת הנחה כי מצויים אנו בנקודת זמן בה אין עוד אפשרות למסור למשיבים את הדירה שרכשו במיטב כספם (סעיף 2(1) לחוק המכר; סעיף 1 לכתבי הערבות). במצב דברים זה, מבקשים המשיבים לקבל בחזרה את כספם. התנהלותם, לפי הערבות, יכולה להיעשות למול המערער. אלא, שעל מנת שיוכלו לקבל את כספם, ובדומה לדרישה שהיה מציב הקבלן לו נדרש להשיב את הכספים, עליהם לקיים את כל התנאים המזכים אותם בהחזר ובהשבה לפי כל דין, כלפי המערער.

מנגנון זה או תניית השבת בטוחות זו הם העומדים במרכז דיוננו. מדובר בתנייה סטנדרטית בחוזה אחיד, אותה מבקש המערער להחיל על מקרה שאיננו סטנדרטי כלל וכלל. טענתו המרכזית היא כי קיימת לו זכות להיכנס בנעלי המשיבים, לעניין הערות האזהרה שניתנו להם כבטוחה לחיובו של הקבלן. הזכות בה מדבר המערער היא למעשה הזכות לסוברוגציה להערות האזהרה. אלא, שכפי שנראה להלן, זכות זו איננה קיימת לו. לא מכוחה של הערבות, ולא מכוחו של הדין. אך ראשית, בכדי שנוכל לעמוד על פרשנותה הראויה ואולי גם על תוקפה של תניית השבת הבטוחות, עלינו להבין טוב יותר את הסביבה הנורמטיבית בה היא מתקיימת.

#### ערבות בנקאית אוטונומית וטענות המערער

10. כפי שראינו, לטענת המערער קביעותיו של בית המשפט המחוזי ביחס לתניית השבת הבטוחות, אינן מתיישבות עם הכללים המקובלים לעניין ערבויות חוק המכר. טענה זו יש לדחות. המערער, כך נראה, אינו תופס בטענותיו את מלוא ייחודה של ערבות חוק המכר ואינו מדייק באשר לכללים החלים עליה. דומני, כי במידה רבה הדבר נובע מניסיונו של המערער ליהנות בטענותיו (שאינן מגובות אגב בכל אסמכתא) מכל העולמות: ככל שיש בכללים הקשורים בערבות בנקאית אוטונומית כדי להיטיב עימו, הוא מבקש להדגיש אותם ולהפעילם על מקרה זה. ככל שכללים אלו ויתר מאפייניה של הערבות הבנקאית האוטונומית אינם מיטיבים עמו, הוא מתעלם מהם ומעלה טענה הסותרת את הגיונם. כך, מן הצד האחד, הוא דבק באלמנטים המוכרים לנו מתחום הערבויות הבנקאיות האוטונומיות – היצמדות למילותיו של כתב הערבות, אי פנייה לעסקת היסוד על מנת לעמוד על פרשנותה הנכונה של הערבות, ודקדקנות במילוי התנאים הקבועים בכתב הערבות, כלשונם, על מנת שזו תמומש (אלמנטים השואבים



מעקרונות העצמאות וההתאמה) – ומן הצד האחר, הוא טוען לתכליתה של תניית השבת הבטוחות, כאשר על פי הטענה מטרתה להעניק לו את הזכות להיכנס בנעלי המשיבים במקרה בו תמומש הערבות. זכות אשר – ככלל – רחוקה למדי, מאומד דעתם הרגיל וציפיותיהם הרגילות של הצדדים, במועד הנפקתה של הערבות הבנקאית האוטונומית. אסביר.

בערבות בנקאית אוטונומית עניין לנו בשלוש מערכות חוזיות נפרדות – החייב והמוטב הקשורים ביניהם בעסקת היסוד; הבנק והחייב המסכימים על התנאים לפיהם תונפק הערבות למוטב, בהם הבטוחות שיימסרו לבנק ותמורתו (קרי, העמלה שתשולם בגין הערבות); ומערכת היחסים החוזית שבין הבנק למוטב, המוגדרת בכתב הערבות. הסתמכותו של בנק-מוציא ערבות בנקאית על זכויותיו של המוטב בעסקת היסוד או על הבטוחות שניתנו לו במסגרתה, חותרת ככלל תחת היעילות הכלכלית שהערבות הבנקאית מקנה לו. על דרך הכלל לבנק אין עניין בעסקת היסוד. אין הוא מקדיש זמן ומשאבים לברר את טיבה עובר להנפקת הערבות, ואין תפקידו להכריע במחלוקת באשר לזכויות והחיובים הנובעים ממנה, במקרה של דרישה לפירעון הערבות. רוחו – בעמלות אותן הוא גובה בעבור הערבות, בטוחותיו – בבטוחות העצמאיות אותן הוא דורש מן החייב, והתשלום למוטב – ייעשה עם התקיימות התנאים הנקובים בערבות (לרוב, לפי דרישה ראשונה). בהסתמכות על הזכויות והחיובים שבעסקת היסוד אין אלא כדי לסרב ולדי לייקר את העסקה עבורו. כיוון שכך, על דרך הכלל הזכות להיכנס בנעלי המוטב איננה חלק מאומד דעתם של הצדדים הקשורים בערבות הבנקאית, והיא איננה מוקנית לכך ברגיל, מכוח הסכמת הצדדים, לבנק מנפיק הערבות (למאפייניה של הערבות הבנקאית והגיונה ראו למשל: רע"א 1821/98 ניקו בדים בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ פ"ד נד(1) 773, 809-810 (2000); ע"א 3130/99 שובל הנדסה ובנין (1988) נ' י.ש.מ.פ. חברה קבלנית לבנין בע"מ פ"ד נה(3) 118, 130-133 (2004) (להלן: עניין שובל); אברהם וינרוט ערבות בנקאית, בעמודים 39-44 ו- 94-83 בעיקר (מהדורה שניה מורחבת, 2010) (להלן: וינרוט)).

ודוק, אין כוונתי לומר כי לבנק מנפיק ערבות בנקאית אוטונומית לא עומדת הזכות לסוברוגציה. לעיתים זו תעוגן בהסכם בין הצדדים ולעיתים הוא יוכל לטעון לזכות לסוברוגציה מכוח הדין. כידוע, הערבות הבנקאית האוטונומית סווגה בפסיקה כהתחייבות לשיפוי בה מדבר סעיף 16 לחוק הערבות, התשכ"ז-1967 (להלן: חוק הערבות) (ראו: ע"א 529/78 איליט בע"מ נ' אלקו חרושת אלקטרו מיכנית ישראלית בע"מ(לא פורסם, 10.12.1979); ע"א 732/80 ארנס נ' "בית אל – זכרון יעקב" פ"ד לח(2) 645, 661 (1984); עניין שובל, 130; אך ראו ביקורת על גישה זו אצל גד טדסקי

"על התחייבות לשיפוי וסביבתה" משפטים כ 337, 372 (1991)), ומכוחו חלים עליה עקרונות החזרה לחייב שבסעיף 9 לחוק הערבות והעברת הבטוחות שבסעיף 12 לחוק הערבות, "בשינויים המחויבים לפי הענין". סעיפים אלו מקנים למשפה (הבנק מנפיק הערבות הבנקאית האוטונומית) סוברוגציה מכוח הדין (בצירוף זכויות נוספות להן הוא זוכה בסיפא של סעיף 9 לחוק הערבות; ראו: ע"א 14/85 פקיד שומה חיפה נ' גולדשטיין פ"ד מא(1) 835, 838-839 (1987); ע"א 3929/02 כרם נ' שילר פ"ד נח(5) 364, 373 (2004); ד"נ 4/82 קוט נ' קוט פ"ד לח(3) 197, 221 (1984); ע"א 388/74 קיראון להשקעות בע"מ נ' עזדר בנין ופיתוח בע"מ פ"ד ל(2) 151, 154 (1976); ע"א 706/74 יראוני נ' הלוואה וחיטכון ירושלים, אגודה הדדית בע"מ פ"ד כ"ט(2) 365, 373 (1975)).

ואולם, עקרונות הסוברוגציה העומדים בבסיסם של סעיפים אלו מניחים כי המשפה כיסה חוב קיים של החייב, וכעת יש למנוע התעשרות שלא כדין על חשבוננו. בערבות הבנקאית האוטונומית, למעט חריגים שהוכרו בפסיקה, התשלום נעשה לפי דרישה ראשונה של המוטב ועם מילוי התנאים המנויים בערבות. אין הבנק בוחן האמנם נוצר חוב שיש לכסותו, ומהו היקפו. פועל יוצא מכך הוא, שעל דרך הכלל אין הבנק מבקש להסתמך על הזכות לסוברוגציה המוענקת בסעיפים אלו. תחת זאת, הוא דואג לבטוחות עצמאיות ולאפשרות לחזרה לחייב מכוח המערכת החוזית בה הם קשורים.

11. הסיבה לכך שערבויות חוק מכר רבות – ובהן הערבויות שבתיק זה – מכילות, בכל זאת, תנייה של השבת בטוחות (וכך, כפי שנראה בהמשך, גם נוסחה המחייב של ערבות חוק המכר כיום), נעוצה בייחודה של ערבות חוק המכר ובהגיון הכלכלי-עסקי המלווה ברגיל את הנפקתה.

ערבות חוק המכר – ערבות מיוחדת

12. ערבות חוק המכר איננה ערבות בנקאית אוטונומית סטנדרטית (ראו: וינרוט, 297-300). מעניין שובל למדים אנו כי:

"כתב הערבות האוטונומית מעיד על מידת ניתוקן מעיסקת היסוד. לעתים עצמאות הערבות לא תהיה מוחלטת, אלא מימושה יותנה בקיום תנאים מסוימים, חוזיים או אחרים [...]. לעתים כתב הערבות האוטונומי עשוי לשקף התחייבות המנותקת מעיסקת היסוד, המבודדת אותה לחלוטין ממערכת היחסים שבין הצדדים לעיסקה. וכך, בין "ערבות רגילה" לבין "התחייבות לשיפוי" עשויים להתגבש הסדרי כלאיים

כאלה ואחרים – הכול על-פי התוכן והאופי שבחרו הצדדים לשוות לערבות שניתנה ביניהם". (שם, בעמ' 132).

דומה, כי כזו היא ערבות חוק המכר – אחת מאותם הסדרי כלאיים. הורתה ולידתה בחוק המכר והיא נשלטת הן על ידי מערכת הכללים הקוגנטיים שנקבעו בו והן על ידי מערכת הכללים החוזיים שקבעו הצדדים הקשורים בערבות, או שקבע הבנק מנפיק הערבות ליתר דיוק (כיום, כאמור, קיים נוסח אחיד ומחייב אך הוא איננו חל על מקרה זה). כללים אלו, והוראותיו הקוגנטיות של חוק המכר בייחוד, הם אלו המבדילים ערבות זו מן הערבות הבנקאית האוטונומית הרגילה: כך, הקשר החוזי שבין הבנק מנפיק הערבות לחייב בעסקת היסוד נוצר על רקע החובה הקבועה בחוק המכר; כך, בשונה מן המקובל בערבות הבנקאית האוטונומית, ערבות חוק המכר איננה ניתנת למימוש לפי דרישה ראשונה; כך, התנאים למימושה של ערבות חוק המכר קבועים בסעיף 2(1) לחוק המכר והם קשורים בקשר ענייני לעסקת היסוד; וכך, פרשנותם של כללים אלו איננה נעשית בדווקנות מילולית, אלא בהתאם להגיונו ותכליתו של החוק (ראו למשל: ע"א 8343/01 עובדיה נ' סיבל בע"מ (בכינוס נכסים) פ"ד נח(6) 400 (2004) (להלן: עניין עובדיה); ודוגמאות שונות לכך מוצאים אנו גם בפסקתם של בתי המשפט המחוזיים, ראו למשל: ה"פ (מחוזי ת"א) 175024/02 קרן גיא נ' בנק טפחות למשכנתאות לישראל בע"מ (לא פורסם, 3.7.2003) (להלן: עניין קרן גיא); ה"פ (מחוזי חי') 622/01 שובינסקי נ' בנק דיסקונט לישראל (לא פורסם, 11.7.2001)). הנה כי כן, כאשר בערבויות חוק המכר עסקינן – עוצמתם של עקרונות העצמאות וההתאמה משתנה, והלמידה מן החיצוני לכתב הערבות מתאפשרת. ויובהר, כללים אלו אינם מתאינים. בבסיסם רציונאליים החשובים גם לערבויות חוק המכר, ובהם יעילות כלכלית, פשטות וודאות. אלא שלמול כללים אלו (ואולי לצידם) יעמדו הוראותיו הקוגנטיות של חוק המכר ותכליתו, החזקה כי הצדדים התכוונו לעמוד בהוראות החוק (שסנקציה פלילית בצידן) וההיגיון הכלכלי והעסקי שבבסיסה של הערבות.

13. עקרונות אלו מסבירים מדוע היצמדותו של המערער לכללים הקשורים בערבות הבנקאית האוטונומית איננה מדויקת, וכיצד זה שערבויות חוק מכר רבות מכילות תניית השבת בטוחות הקושרת את מנפיק הערבות לעסקת היסוד. עם זאת, חשוב להדגיש כי אין בכך כדי לאשר את זכותו הנטענת של המערער להיכנס בנעלי המשיבים לאחר פירעון הערבות. על זכות זו יש ללמוד, כאמור, מן הערבות או מן הדין.

## הפרשנויות האפשריות לתניית השבת הבטוחות

14. סעיף 3(א)(5) לכתבי הערבויות קובע, כזכור, כי על המשיבים להמציא דרישה מנומקת בכתב למימוש הערבויות אשר אליה יצורף גם כתב הצהרה והתחייבות לפיו "נתקיימו ע"י הקונה כל התנאים המזכים אותו בהחזר וב'השבה' על פי כל דין, ומבלי לגרוע מכלליות האמור – פורטו התנאים וביניהם תניית השבת הבטוחות (ההדגשה איננה במקור, ס"ג)". מן התנאים המפורטים, עולה כי הכוונה היא לזכאות להחזר ולהשבה מן הקבלן-החייב. פרשנות העולה בקנה אחד עם התכלית הרגילה הנודעת לתנייה מסוג זה בערבויות לפי חוק המכר. זאת, הן בשל הקשר הקיים בערבויות חוק המכר בין חיובו הממשי של הקבלן להשיב לרוכשים את כספם לבין זכאותם לפירעון הערבות, והן לפי ההיגיון הכלכלי-עסקי העומד על דרך הכלל בבסיסן של ערבויות אלו, עליו נרחיב להלן.

על רקע זה, דומה כי ניתן להעלות שתי אפשרויות פרשניות לנדרש מן המשיבים על פי סעיף 3(א)(5) לכתבי הערבות. הפרשנות האחת, בה נוקט המערער (ובה נקט גם בית המשפט המחוזי), היא כי על המשיבים לקיים את כלל התנאים הקבועים בסעיף על מנת שיהיו זכאים לפירעון הערבות, וזאת בין אם תנאים אלו מקיימים את זכאותם להשבה מן הקבלן, ובין אם לאו. לפרשנות זו ניתן למצוא תמיכה באמור בסעיף 4(ב) שאוזכר לעיל, ולפיו, הסכום הקבוע בערבות יהווה תקרה מרבית לסכום אותו יידרש הבנק לשלם לרוכשים, אף אם יעלו סכומי ההחזר או ההשבה להם יהיו הרוכשים זכאים. הפרשנות השנייה, עולה מבחינתו של סעיף 3(א)(5) כמכלול. המערער, מבקש אמנם להתמקד במילותיה של תניית השבת הבטוחות, אך זו איננה עומדת לבדה בחלל הריק. לפי פרשנות זו, לא זו בלבד שהתנאים המפורטים אינם מהווים רשימה סגורה של תנאים להם ייתכן והמשיבים יידרשו, אלא שהרשימה המובאת משמשת כפירוט וכדוגמא לתנאים אשר יזכו על דרך הכלל את הרוכשים בהחזר ובהשבה על פי כל דין. ואולם, במקרה בו תנאים אלו אינם נדרשים על מנת לספק את הדרישה הכללית לזכאות להחזר והשבה מן הדין, הרי שאין המשיבים נדרשים לקיימם על מנת שיזכו לפירעון הערבות.

15. אכן, מוצא אני כי גם לפרשנות השנייה המוצעת ישנה אחיזה בלשון הערבות. לא בכדי ביקשו הצדדים להבהיר, כמעין כלל-על החולש על התנאים המצויים תחתיו, כי המטרה אותה הם מבקשים להשיג היא, כי הרוכשים יקיימו את כלל התנאים המזכים אותם בהחזר ובהשבה. לפירוט התנאים מספר מטרות משנה. האחת, הבהרה של הנדרש על דרך הכלל מרוכשים על מנת שיהיו זכאים בהשבה. השנייה, הקלה על הבנק מנפיק הערבות בכואו לפרוע את הערבות. כך, במקום שיסתמך על הצהרה כללית מאת

המשיבים כי הם קיימו את כלל התנאים המזכים אותם בהשבה, הוא מפרט תנאים ספציפיים המספקים על דרך הכלל את הדרישה. ואולם, האם מכך יש ללמוד כי במקרה חריג בו אחד התנאים המנויים ברשימה אינו עולה בקנה אחד עם מטרת העל, אותה ציינו הצדדים מפורשות בערבות, עדיין על המשיבים לקיימו? לטעמי התשובה לכך הינה לאו מוחלט. לא לכך כיוונו הצדדים, ועיגון לכך ניתן למצוא לא רק בתכליתן של הערבויות ותניית השבת הבטוחות עליהן נוסף ונרחיב להלן, כי אם גם בלשון הערבות המציבה ראשונה את מטרת העל של התנאים, ורק לאחר מכן מפרטת אותם, תוך שהיא מבקשת שלא לגרוע ממטרה זו.

לעומת זאת, הפרשנות הראשונה שהוצגה מציגה בפנינו, כפי שנראה בהמשך קשיים רבים. דומה, כי היא איננה עולה בקנה אחד עם אומד דעתם של הצדדים במועד הנפקתה של הערבות, וכי היא מביאה לכך שהקבלן לא יעמוד בהוראותיו הקוגנטיות של חוק המכר ולקיפוחם של המשיבים. כיוון שכך, מסקנתי היא כי מבין שתי האפשרויות הפרשניות המוצגות יש לבכר את הפרשנות השנייה. נפנה כעת לסקירת השיקולים השונים התומכים במסקנתי זו.

שיטת הליווי הפיננסי ותכליתה הרגילה של תניית השבת הבטוחות

16. בשני העשורים האחרונים מהווה שיטת הליווי הפיננסי את שיטת מימון הבנייה השכיחה בישראל (ראו: דורון נחמני ונדב בן-ארי "מימון בשיטת הליווי הפיננסי" ניהול נדל"ן 837, 838 (מאיר דלברי עורך, 1997) (להלן: נחמני ובן-ארי); רות פלאטו-שנער דיני בנקאות חובת האמון הבנקאית, 415 (2010) (להלן: פלאטו-שנער), כאשר לאחרונה היא אף זכתה להתייחסות מיוחדת בחוק המכר (ראו ההגדרות הרלוונטיות בסעיף 1 לחוק המכר וכן את ההסדר המיוחד שנקבע לגביה בסעיף 3ב לחוק המכר, במסגרת חוק המכר דירות (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) (תיקון מס' 4), (התשס"ח-2008). בבסיסה של שיטה זו מספר עקרונות פשוטים, הגם שעשויות להיות לה כמה וריאציות. ראשית, הבטוחה העיקרית של הבנק המלווה את הפרוייקט פיננסית הוא פרווייקט הבנייה עצמו. שנית, לבנק פיקוח ושליטה על הכספים הקשורים בפרוייקט, ושמורה לו הזכות להכנס בנעלי הקבלן במקרה של כשל, להשלים את הפרוייקט ולהיפרע ממנו (אפשרות הידועה כ"גישת ההשלמה"). שלישית, הפרוייקט מנוהל כיחידה פיננסית עצמאית המופרדת מיתר עסקיו של הקבלן-היזם, וכך קטן הסיכון המוטל על הבנק והרוכשים וקלה יותר היפרעותו של הבנק ממנו.

עקרונות אלו, מוצאים מימושם במספר אמצעים מוכרים. בעבור הפרוייקט נפתח חשבון מיוחד הנמצא בבעלות הקבלן-היזם. אל חשבון זה מוזרמים כלל

התקבולים הקשורים בפרוייקט (ובהם כספי הרוכשים כמובן). הוצאתם של הכספים מן החשבון כפופה לאישורו של הבנק המלווה ונעשית על דרך הכלל לצורכי הפרוייקט בלבד. כמו כן, ככלל, ישועבדו המקרקעין הקשורים בפרוייקט, כל שנבנה עליהם, וזכויות הקבלן כלפי הרוכשים לטובת הבנק. בדרך זו, זוכה הבנק לשליטה מלאה במקורות ובשימושים של הפרוייקט ומכשיר את הקרקע לכניסה אפשרית לנעלי הקבלן, אם יתעורר בכך צורך (ראו: נחמני ובן-ארי, 851-852; אליעזר וולף "הבטחת השקעות של רוכשי דירות" ניהול נדל"ן 651, 656 (מאיר דלברי עורך, 1997); יחיאל בהט "מימון בנייה ב'פרוייקט סגור' – בטוחות ואחריות הבנק" הפרקליט מה(א) 56, 58-60 (2001); אביחי נ. ורדי דיני מכר דירות – ליקויי בנייה והבטחת זכויות הרוכשים 429-430 (2001); אבי וינרוט ובוועז אדלשטיין "אחריות בנק מלווה כלפי רוכשי דירות ובעלי קרקע הפרקליט מח 68, 70-81 (2006); פלאטו-שנער, 415-416).

17. בהיותו המלווה הפיננסי של הפרוייקט יהא זה הבנק המלווה אשר יוציא את ערבויות חוק המכר לטובת הרוכשים (ככל שאלו יהיו הבטוחה בה בחר הקבלן). על רקע עקרונות הליווי שסקרנו לעיל קל להבין, אם כן, מדוע יבקש הבנק המלווה להכניס תניית השבת בטוחות כזו העומדת במרכזו של תיק זה לכתב הערבות. יתרה מכך, קל להבין מדוע בנסיבות הליווי הכנסת תנייה שכזו תהא סבירה והוגנת ותעלה בקנה אחד עם מטרותיו של חוק המכר. שהרי, הבטוחה המרכזית עליה מסתמך הבנק המלווה היא הפרוייקט עצמו. במקרה של כשל זכאי הוא להיכנס בנעלי הקבלן. ככל שהבנק יבקש לנקוט בגישת ההשלמה וזו תביא להשלמת בניית הדירות בתוך זמן סביר, יש להניח כי הרוכשים יעדיפו את קבלת הדירות ולא יבקשו לממש את כתבי הערבות שניתנו להם. עוד ייתכן, שבמצב דברים זה פירעון כתבי הערבות ממילא לא יתאפשר עבורם והם יידרשו להמתין להשלמת הדירות (ראו למשל בפסיקת בית המשפט המחוזי בעניין קרן גיא וכן וינרוט, בעמ' 300). כך או כך, האינטרס של הצדדים ב"השבה הדדית" לא יתעורר. ככל שהבנק המלווה יבחר שלא לנקוט בגישת ההשלמה או ככל שייאלץ לפרוע את הערבויות חרף ניסיונותיו להשלים את הפרוייקט ולמסור לרוכשים את דירותיהם, אינטרס ההשבה ההדדית של הצדדים יפעל במלוא עוצמתו. הרוכשים שייוותרו ללא קורת גג יהיו זכאים למימוש ההגנה שסופקה להם על ידי כתבי הערבות וחוק המכר, קרי להשבת כספי השקעתם, והבנק – שעל פי הבטוחה שניתנה לו זכאי להיכנס לנעלי הקבלן במקרה של כשל – יהא זכאי "לאסוף" בתמורה לכיסו את מלוא זכויות הרוכשים בפרוייקט.

בדרך זו, זוכים הרוכשים להשבת כספם מן הצד האחד, והבנק המלווה זוכה בבטוחה עליה הסתמך, היא הפרוייקט, מן הצד האחר. בטוחה זו כוללת, ברגיל, את

הקרקע עליה אמור היה הפרוייקט להיבנות (כשהיא נקייה משיעבודים), כל הבנוי עליה והאפשרויות הכלכליות הגלומות בהשלמת הבנייה. בדרך זו, עולה התנייה בקנה אחד עם הוראותיו של חוק המכר ותכליתו. אכן, חוק המכר מבקש להגן על הרוכש פן ייוותר קירח מכאן ומכאן – ללא הדירה וללא כספי ההשקעה (ראו: ע"א 8343/01 עובדיה נ' סיבל בע"מ (בכינוס נכסים) פ"ד נח(6) 400, 413-414 (2004)), אין הוא פורש הגנתו על כלל הנזקים הכלכליים העלולים להיגרם לו בשל כשלים בבנייה. ודאי שאין בו כדי להקנות יתרון כלכלי לרוכש, החורג מהגנתם של כספי ההשקעה, על חשבון יתר הרוכשים והנושים (השוו: פש"ר (מחוזי ת"א) 1896/02 הבר נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פס' 22 לפסק דינה של השופטת ו' אלשיך (לא פורסם, 17.2.2004)).

18. אם כן, על דרך הכלל, הגיונה הכלכלי-עסקי של תניית השבת הבטוחות הוא לאפשר לבנק מנפיק הערבויות להיכנס דווקא בנעלי הקבלן לאחר פירעון הערבות, או למצער, לאפשר לו להיפרע כראוי מן הבטוחה עליה הסתמך. ברגיל, עולה היגיון זה בקנה אחד עם תכליות חוק המכר ואין בו כדי לקפח את הרוכשים.

19. דומה, כי הגיון זה הוא שהוביל את מחוקק המשנה לעגן וריאציה של תניית השבת הבטוחות בנוסחה המחייב של ערבות חוק המכר, ולפיה פירעון הערבות מותנה ב:

"התחייבותכם, ולפיה עם קבלת הסכומים על פי ערבות זו הנכם מוותרים על כל זכות בדירה; הבנק יהיה רשאי לדרוש מכם, כתנאי לתשלום על פי ערבות זו, להמחות לו את כל זכויותיכם בדירה. הבנק יהיה רשאי לדרוש מכם לחתום על מסמך הנדרש לשם ויתור או המחאה כאמור". (תקנות המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) (ערבות בנקאית), התשע"א-2010).

אכן, נוסח הערבות שנקבע בתקנות – בהסכמתו של המפקח על הבנקים (בהתאם לאמור בסעיף 2(1) לחוק המכר) – מאמץ כמעט במלואו את נוסח הערבות המחייב שנקבע, בטרם הותקנו התקנות, בהוראה 456 להוראות ניהול בנקאי תקין של המפקח על הבנקים (אשר נכנסה לתוקפה ביום 1.6.2008). הוראה זו, אימצה בתורה את נוסחה המוסכם של ערבות חוק המכר, אליו הגיע המפקח על הבנקים בשיתוף עם בנק מזרחי-טפחות בע"מ, במסגרת התדיינות משפטית של הצדדים למול בית הדין לחוזים אחדים. להסכמה זו ניתן בזמנו תוקף של פסק דין (ראו: בנק ישראל – מערכת הבנקאות בישראל, סקירה שנתית 178 (2008); ח"א 8011/02 המפקח על הבנקים נ' "טפחות" בנק משכנתאות לישראל בע"מ (לא פורסם, 28.10.2007)). קריאת הסכמת הצדדים, המובאת בפסק דינו של בית הדין לחוזים אחדים, מעלה בכירור כי הערבות

הותאמה לצרכיו של בנק מלווה פיננסית, המנפיק ערבות בנקאית (ראו למשל בעמ' 2 להסכמת הצדדים המצורפת להסכמת הצדדים).

מאחר שהתקנות והוראת המפקח על הבנקים קבעו את נוסחה המחייב של הערבות, לאחר הנפקתן של הערבויות שבתיק זה, הרי שהוראות אלו אינן חלות על מקרה זה. עם זאת, בשולי הדברים אעיר, כי מאחר שנוסח הערבות הקבוע בתקנות חל על כלל ערבויות חוק המכר, ייתכן ויהא זה ראוי אם ייתן מחוקק המשנה דעתו לנושא, ויבחן האם נוסח הערבות מתאים גם למנפיק ערבות חוק המכר שאינו מלווה פיננסית את פרויקט הבנייה.

20. בנוסף, ייתכן שההיגיון בו דיברנו, יחול בשינויים המתאימים גם במצבים בהם אין ליווי פיננסי לפרוייקט אך לבנק מנפיק הערבויות ניתנה בטוחה הקשורה בפרוייקט והוא הסתמך עליה במתן המימון. ייתכנו כמובן גם מצבים נוספים בהם היגיון ההשבה ההדדית יחול, בייחוד במקרים בהם הרוכש יקבל בפירעון הערבות את מלוא כספי השקעתו בחזרה, והכל בכפוף לתנאיו הקוגנטיים של חוק המכר, הגיונה של העסקה ואומד דעתם של הצדדים. ואולם, כפי שיוסבר להלן, היגיון זה איננו חל במקרה דנן.

האנומאליות שבמקרה זה

21. כפי שציין בית המשפט המחוזי, נסיבותיו העובדתיות של מקרה זה חריגות. ראשית, סוג הבטוחות שקיבלו המשיבים להבטחת כספי השקעתם איננו שכיח. תחילה, נרשמה לזכותם הערת אזהרה. לדבריהם, הערת אזהרה זו נרשמה כנגד 15 האחוזים הראשונים מכלל התמורה ששילמו לחברת שוודיה. במצב דברים זה, המשיבים היו זכאים להשהות את יתרת התשלומים שהיו חייבים לחברת שוודיה, בהתאם להתקדמות הבנייה (סעיף 3 לחוק המכר בנוסחו המקורי בצירוף תקנות המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) (סייג לתשלומים על חשבון מחיר דירה), התשל"ה-1975; יוער כי לו היה חל על המקרה סעיף 3 לחוק המכר כנוסחו היום, לחברת שוודיה אסור היה לגבות במצב דברים זה כספים נוספים מהמשיבים, אלא כתלות בהתקדמות הבנייה). ואולם, למשיבים ניתנה בטוחה נוספת בדמות כתבי הערבות אשר הבטיחו חלק מסוים בלבד מכספי השקעתם. כנגד בטוחה זו, הם העבירו לחברת שוודיה את יתרת התמורה המוסכמת (יוער, שכיום קבלת יתרת הכספים בתמורה לערבות שאיננה מבטיחה את מלוא הכספים ששולמו על ידי הרוכש, תהא אסורה על המוכר. ראו סעיף 3 בצירוף סעיף 2(1) לחוק המכר). קונסטרוקציה זו, המשלבת בין בטוחות שונות – כאשר הערת האזהרה נרשמת עוד בטרם החלה הבנייה וכתב הערבות אינו מכסה את מלוא הכספים שהועברו למוכר – חריגה עד מאוד במחוזותינו, וספק כאמור אם היא



הייתה אפשרית כיום. שנית, ישנו פער רב בין הסתמכותם של המשיבים על קיומן של שתי הבטוחות – הערת האזהרה וכספי הערבות – כמו גם שינוי מצבם לרעה בעקבות הסתמכות זו, לבין העדרה של כל הסתמכות מצד המערער על הערות האזהרה. פער זה, שאף הוא איננו שכיח כיום, נובע משיטת האובליגו-בטחונות בה נקט המערער בהנפקת הערבויות, כאשר הבטחונות עליהם נשען היו חיצוניים לפרוייקט הבנייה והוא מעולם לא נדרש לטיבו. שלישיית, שיטת מימונו של פרוייקט הבנייה כמו גם "ספק" כתבי הערבות הנבחר נבדלים אף הם, כפי שראינו, משיטת המימון ודרך הספקת הערבויות המקובלות.

22. אנומאליות אלו, מובילות למספר מסקנות החשובות לעניינו. האחת היא, שבמצב הדברים הרגיל יהיה די בערבויות חוק המכר שהונפקו כדי לכסות את מלוא התמורה שהעבירו הרוכשים לקבלן. במקרה שכזה, לא יהיה כל הבדל בין שתי הפרשנויות שהצעתי לעיל ללשונו של סעיף 3(א)(5) לכתב הערבות. שכן, גם אם התנאים המובאים בו הינם אך דוגמא ופירוט לתנאים המקימים זכאות להשבה, הרי שבמידה וכלל כספי התמורה יוחזרו לרוכשים, ממילא יהיה עליהם להשיב את כלל זכויותיהם בקשר לדירה, על מנת שיהיו זכאים להשבה זו.

23. השנייה היא, כי תכליתה הרגילה של תניית השבת הבטוחות איננה מתקיימת בעניינו. המערער, מעולם לא התעניין בפרוייקט הבנייה, וודאי שלא ציפה או ביקש להיכנס לנעלי הקבלן במקרה של כשל. תחת זאת, הוא דאג לבטוחות עצמאיות מן הקבלן אותן חישב, כך יש להניח, לפי "יחס הביטחונות" המוערך (להרחבה ראו: נחמני ובן ארי, בעמודים 846-848). בהערכת יחס הביטחונות הנדרש, לא יכול היה המערער להסתמך על זכותו הנטענת להיכנס בנעלי המשיבים, שכן כאמור הוא כלל לא ידע על קיומן של בטוחות נוספות בידי הרוכשים (פרט לערבויות שהנפיק). כישלונו של המערער להעריך נכונה את יחס הביטחונות הדרוש להנפקת הערבויות (או שמא העברת כספי הפירעון שהיו אמורים לשמש לכיסוי חובות הקבלן בגין הפרוייקט, לכיסוי יתר חובותיו של הקבלן אצל המערער), איננו מקנה לו כעת את האפשרות להשתמש בתניית השבת הבטוחות, בניגוד לאומד דעתו במועד הנפקת הערבות. צדק בית המשפט המחוזי בקובעו, כי תניית השבת הבטוחות הקיימת בערבויות הינה תנייה סטנדרטית שלא נועדה לחול על מצב פתולוגי כמקרה זה. ממילא, השימוש אותו מבקש המערער לעשות בתנייה זו כעת, מנוגד לאומד דעתם של הצדדים בעת כריתת החוזה.

בנוסף, כיוון שהמערער לא הסתמך על הבטוחות שניתנו למשיבים או בדק את מצבו של הפרוייקט הרי שלא ניתן לומר כי תכלית התנייה היא להעניק לו את הזכות

להיכנס, בכל מקרה, בנעליהם. כאמור המערער ביקש להסתמך על בטוחות חיצוניות לפרוייקט הבנייה. כן, יש להעמידו בחזקתו כי לא ביקש להציב מכשול בפני הקבלן כך שיימנע ממנו לעמוד בהוראותיו הקוגנטיות של חוק המכר (אשר סנקציה פלילית בצידן). הבטחת העברתן של כלל הבטוחות שניתנו למשיבים למערער – בכל מקרה, כולל נסיבותיו החריגות של מקרה זה – מביאה לדילול הבטוחות שניתנו למשיבים, ולאי עמידתו של הקבלן בהוראות חוק המכר. לכן, לכל היותר, ניתן לומר כי אומד דעתם של הצדדים היה, כי למערער זכות לבוא בנעלי המשיבים לעניין הבטוחות שניתנו להם בקשר לאותו חוב של הקבלן אותו הוא כיסה. זכות זו, יש להעיר, אף עולה בקנה אחד לטעמי עם זכות הקיימת למערער ממילא מן הדין, בהתאם לסעיף 16 לחוק הערבות.

לעניין זה יוער, כי אינני מוצא שיש מקום לחשש אותו העלה המערער לפיו, ישנה פגיעה ביעילות ובוודאות של הבנקים מנפיקי הערבות, כאשר "זוקפים לחובתם" את אי בחינתה של עסקת המכר. כפי האמור לעיל, ממילא – בדומה לנהוג בערבויות בנקאיות אוטונומיות וכפי שעשה המערער במקרה דנן – בנקים שאינם מלווים את הפרוייקט פיננסית ונוקטים בשיטת האובליגו-ביטחונות, אינם מעוניינים בפרוייקט ובקשור אליו כבטוחה. תחת זאת, הם מסתמכים על בטוחות עצמאיות אותן הם דואגים לקבל מן הקבלן, לפי יחס ביטחונות אותו הם מעריכים. כך או כך, אין משמעותן של מסקנותיי במקרה זה, כי בכל מקרה לא יהיו אותם בנקים זכאים לזכות לסוברוגציה של הבטחונות שניתנו לרוכשים. בהחלט ייתכן כי זכות זו תקום להם, מן הערבות או מן הדין, במקרים בהם עומדת בטוחה כנגד החוב אותו הם כיסו.

24. מכאן מגיעים אנו למסקנה השלישית והמכריעה, ולפיה עובדותיו המיוחדות של המקרה מחייבות את הבחירה בפרשנות השנייה שהוצעה. אומד דעתם של צדדים, החזקה כי נתכוונו לעמוד בהוראות חוק המכר, והשפעתו של חוק המכר על פרשנות האמור בערבות תומכים כולם בפרשנות זו. והרי, אלמלא היינו בוחרים בפרשנות לפיה, התנאים המנויים בסעיף 3(א)(5) הינם אך דוגמא ופירוט לתנאים העשויים להידרש כדי שהמשיבים יהיו זכאים לפירעון הערבות, היינו מדללים את הבטוחות שניתנו למשיבים, בניגוד להוראותיו הקוגנטיות ותכליתו של חוק המכר, ופועלים בניגוד לאומד דעתם של הצדדים. כל זאת, אף מבלי שאדרש לכללי הפרשנות המקובלים לעניין זה, כגון הכללים הקשורים בהיותה של הערבות חוזה אחיד וכלל הפרשנות כנגד המנסח.

25. יוצא אם כן, כי פרשנותה הנכונה של לשון הערכות, היא כי סעיף 3(א)(5) מתנה את פירעונה של הערכות בקיום התנאים המזכים את המשיבים בהשבה מן הקבלן. מעובדותיו המיוחדות של המקרה עולה כי המשיבים היו זכאים להשבה בגובה כספי הערכות, גם מבלי ששיבו את הערות האזהרה שקיבלו. בית המשפט המחוזי אמנם לא קבע אומדן מדויק באשר לשווייה של הערת האזהרה, אך קבע כי:

”בשן ובינר לא קיבלו ערכות חוק מכר על מלוא הסכומים ששילמו לשוודיה עבור הדירה/ החנות, אך 'עיבו' את הבטוחה שקיבלו, בכך שרשמו גם הערות אזהרה לזכותם, בהנחה שיהא בכך כדי לצמצם או להשלים את הפער בין התמורה ששולמה על ידם לבין הבטוחות שקיבלו. דהיינו הבטוחה בדמות הערת האזהרה היא בטוחה מסוג אחר, שנועדה להבטיח את חלק התמורה שלא מכוסה על ידי ערכות חוק המכר. אין לפנינו 'כפל ערכות' או 'עודף' ערבויות או בטחונות.” (סעיף 13 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי).

אכן, לו היה בערבויות שהונפקו כדי להחזיר למשיבים את כלל הכספים ששילמו לקבלן, הרי שלפי תנאי הערכות היה עליהם להשיב את הבטוחות שניתנו להם בקשר לדירה. רק השבת בטוחות זו הייתה מזכה אותם בהשבת הכספים. כך גם, במקרה בו הייתה ניתנת להם בטוחה כנגד חיוב אותו כיסה המערער. אלא, שבמצב הדברים העובדתי המיוחד שהתקיים בתיק זה, בו אך חלק מסוים מן התמורה הובטחה להם באמצעות ערכות חוק המכר (ואין מדובר באותו חלק "המבוטח" באמצעות הערת האזהרה), ופרוייקט הבנייה כשל עוד בטרם החל, קמה למשיבים זכאות להשבת הכספים גם ללא השבת הערות האזהרה שקיבלו.

בהצעת המערער לפיה, כנגד תשלום הערבויות יומחו לבנק זכויות המשיבים המשקפות את אותו חלק בנכס עבורו הם שילמו את הסכום הנקוב בערבויות, אין כדי להועיל במקרה זה. כאמור, על פי קביעת בית המשפט המחוזי המערער שילם למשיבים סכום מסוים מחובו של החייב, שלא היה מגובה בבטוחה נוספת. בהתאם לפרשנות לשונה של הערכות, כפי שלקבלן לא קמה הזכות להשבה של חלק משווייה של הערת האזהרה כך לא קמה זכות זו גם למערער. לא מן הערכות, ולא מן הדין.

26. אשר על כן, אציע לחבריי לדחות את הערעור. המערער ישא בשכר טרחת עורך הדין של המשיבים 1-3 בסך 50,000 ש"ח.

השופטת מ' נאור:

1. מסכימה אני עם התוצאה אליה הגיע חברי השופט ס' ג'ובראן, לפיה המערער, בנק דיסקונט, אינו רשאי להתנות את מימוש כתבי הערבות מושא הערעור בכך שהמשיבים יעבירו לו זכויות כלשהן בהערות האזהרה הרשומות לטובתם. כפי שהבהיר חברי, כתב הערבות שבנדון הוא בגדר חוזה אחיד, וניתן להניח שהוא שימש פעמים רבות להוצאת כתבי ערבות לפי חוק המכר (דירות)(הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974 (להלן: חוק המכר). ועוד: כפי שציין חברי, נוסח דומה לסעיף הנדון בענייננו הפך, מכוח תקנות שהותקנו בשנת תשע"א, לנוסח חובה לכתב ערבות בנקאית לפי חוק המכר. על כן לא מן הנמנע הוא שבעתיד יתעוררו סכסוכים בקשר לסעיף הנדון או לסעיף הדומה לו שנקבע בתקנות. על כן ראיתי לנכון להאיר את הדברים מזווית ראייה אחרת, המוליכה אל אותה התוצאה.

## העובדות

2. המשיבים, ד"ר ברוך וגב' רחל בינר ו-ב.ש.ן. מאפה הקריות בע"מ (להלן: בינר, ב.ש.ן, ויחד - הקונים) התקשרו עם שוודיה חברה לבנין והשקעות בע"מ (להלן: שוודיה) לרכוש נכסים בפרויקט שייבנה בגוש 11564 חלקה 64 בקרית מוצקין (להלן: הפרויקט). ה"ה בינר התקשרו עם שוודיה לרכישת דירת פנטהאוז בפרויקט, ו-ב.ש.ן התקשרה עם שוודיה לרכישת חנות וגלריה בו. ב.ש.ן שילמה את מלוא התמורה כפי שנקבעה בהסכם בינה לבין שוודיה (927,225 ₪) (קרן) נכון ליום הרכישה). כנגד התשלום נרשמה ביום 24.9.1996 הערת אזהרה לזכות ב.ש.ן במקרקעי הפרויקט. ביום 13.10.1996, לאחר רישום הערת האזהרה לטובת ב.ש.ן, הוציא בנק דיסקונט ל-ב.ש.ן גם ערבות בנקאית על-פי חוק המכר בסכום של 400,000 ₪. ב.ש.ן הסבה את ערבות חוק המכר לבנק לאומי למשכנתאות, ממנו היא נטלה משכנתא, ובנק זה אף רשם לזכותו הערת אזהרה. גם בינר שילמו את מלוא התמורה כפי שנקבעה בהסכם שלהם (820,000 ₪) (קרן) נכון ליום הרכישה). ביום 18.12.1996 נרשמה הערת אזהרה לזכות בינר במקרקעי הפרויקט. ביום 7.1.1997, לאחר רישום הערת אזהרה, בנק דיסקונט הוציא גם לבינר מספר ערבויות חוק המכר בסכום כולל של 495,000 ₪: שני כתבי ערבות חוק המכר על סך 200,000 ₪ כל אחד וכן כתב ערבות חוק המכר על סך 95,000 ₪. ה"ה בינר הסבו את ערבויות חוק המכר שהוציא לטובתם בנק דיסקונט לבנק טפחות, ממנו נטלו וגררו הלוואת משכנתא, ובנק טפחות רשם לזכותו הערת אזהרה. גם בהתקשרות של בינר וגם בהתקשרות של ב.ש.ן, הערת האזהרה שנרשמה לטובת הקונה נרשמה לפני

הוצאת ערבויות חוק המכר לטובת אותו קונה. לימים נתקע הפרויקט, וגם בחלוף 12 שנים טרם החלה בנייתו.

#### התביעות

3. ה"ה בינר הגישו תביעה ו-ב.ש.ן הגישה אף היא תביעה. כל אחת מהתביעות הוגשה נגד בנק דיסקונט שהוציא את ערבויות חוק המכר ונגד בנק המשכנתאות הרלוונטי. נטען בתביעות כי הקונה פנה לבנק המשכנתאות (אליו כאמור הוסבו ערבויות חוק המכר ושלטובתו נרשמה הערת אזהרה), בדרישה שבנק המשכנתאות ידרוש את מימוש ערבויות חוק המכר מבנק דיסקונט. אולם, כך נטען, בנק המשכנתאות ישב בחיבוק ידיים. בתביעות נתבעו סעדים כספיים (המשקפים את ערך ערבויות חוק המכר) וסעדי ציווי (המכוונים למימוש בפועל של ערבויות חוק המכר). אוזכר בכל תביעה הסעיף בנוסח כתבי ערבות חוק המכר, לפיו הקונה יעביר לידי בנק דיסקונט את כל זכויותיו וכל בטוחותיו בקשר לדירה בטרם מימוש ערבות חוק המכר. דא עקא, נטען כי המחיר של כל דירה הובטח לא בבטוחת חוק מכר אחת, אלא בשתי בטוחות שונות: הערת אזהרה לטובת הקונה וכן ערבות/ערבויות חוק מכר, כאשר כל בטוחה מבטיחה חלק מסוים של מחיר הדירה. בכל אחת מהתביעות נטען בענין זה – פעמים בכל תביעה – בנוסח כדלקמן (ובנוסחים דומים לצורך ענייננו):

"[בנק דיסקונט לישראל בע"מ] איננה זכאית לדרוש, ובוודאי שלא לקבל, לידיה את 'כל הבטוחות' שנמצאות בידי התובעים, 'בקשר עם הדירה' כי אם, רק את הזכויות החוזיות של התובעת במקרקעין, ביחס ישיר שבין היקף סכום הערבות לסך התמורה ההסכמית של הדירה שרכשה התובעת, למעט הזכויות שהובטחו באמצעות הערת האזהרה שנרשמה לטובת התובעת, בגין מותר התמורה שלא הובטחה באמצעות כתב הערבות" (ההדגשה שונתה; סעיפים 27 ו-36(ד) לתביעת בינר; סעיפים 31, 35 ו-40(ד) לתביעת ב.ש.ן).

כפי שנראה בהמשך הדברים, המשמעות העקרונית של טענה זו היא, לכאורה, הסכמת התובעים לכך שבנק דיסקונט רשאי לדרוש, כתנאי למימוש ערבות חוק המכר, חלק מזכויותיהם החוזיות. אלא שלטענתם, לאור היכולת של בנק דיסקונט לגבות את סכומי הערבויות מבטוחות שהועמדו לרשות בנק דיסקונט בידי שוודיה החברה המוכרת ובידי בעליה מר גולן (להלן: מר גולן), העברת זכויות שלהם לבנק דיסקונט תהא בבחינת גבייה כפולה מצדו של בנק דיסקונט. על כן, למרות מה שנראה במבט ראשון כהכרה עקרונית של התובעים בזכותו של בנק דיסקונט לדרוש חלק מזכויותיהם החוזיות בקשר לדירות, נטען כי אין לאפשר לבנק דיסקונט בנסיבות הענין לדרוש זכויות כלשהן

כתנאי למימוש כתבי הערבויות (ראו סעיף 30 לתביעת בינר; סעיף 34 לתביעת ב.ש.ן; עמ' 42, ש' 24 עד עמ' 43, ש' 9 לפרטיכל מיום 17.12.2008).

בכתבי ההגנה של בנק דיסקונט, עמד בנק דיסקונט על זכותו לקבל גם את כל הבטוחות של הקונים וגם את כל הזכויות של הקונים בקשר לדירה (סעיף 10(א) ו-ה) לכתב ההגנה של בנק דיסקונט בשתי התביעות).

פסק הדין של בית המשפט קמא

4. בית המשפט קמא קבע שהכוונה בענין דרישת בנק דיסקונט להעביר אליו זכויות של הקונים היא בעיקר, שהקונים יעבירו כל זכויותיהם בהערות האזהרה שנרשמו לטובתם במקרקעי הפרויקט. בית המשפט קמא מצא כי דרישת בנק דיסקונט להמחאת הערות האזהרה מעוגנת בלשון מפורשת של כתב הערבות. על כן – במצב הדברים הרגיל, ידו של הבנק היתה על העליונה. במצב הרגיל, הבנק שהוציא את ערבויות חוק המכר היה הבנק המלווה את הפרויקט בליווי בנקאי, או למצער, הבנק שממן את רכישת המקרקעין על ידי "המוכר" כהגדרת חוק המכר. במצב זה, הבנק המוציא את הערבויות מסתמך על כך שאם הפרויקט ייתקע, כאשר ישלם הבנק לקונה את סכום הערבות, הוא יוכל להיכנס לנעליו ולפעול למכירת הפרויקט. במצב הרגיל, קבע בית המשפט קמא, הבנק שמלווה את הפרויקט או שלזכותו רשומה משכנתא על המקרקעין, לא מאפשר לקונים לרשום הערות אזהרה על המקרקעין עד סיום הבניה. במצב הרגיל, רוכש דירה מקבל לזכותו הערת אזהרה או ערבות חוק המכר – שהן בטוחות חלופיות לפי חוק המכר – אך לא את שתיהן יחד.

5. ואולם, בית המשפט קמא קבע כי בענייננו לא התקיים מצב הדברים הרגיל, שכן לבנק דיסקונט, אשר הוציא את ערבויות חוק המכר, לא היתה זיקה לפרויקט, והוא לא ידע כלל על קיום הערות האזהרה שנרשמו לטובת הקונים. הבנק המממן את רכישת מקרקעי הפרויקט היה בנק אחר – בנק לאומי למשכנתאות – אשר אפשר לקונים לרשום הערות אזהרה בטרם סיום הבניה. בענייננו, לעומת המצב הרגיל, הקונים קיבלו כבטוחות חוק המכר, גם הערות אזהרה וגם ערבויות חוק המכר.

6. בית המשפט קמא קבע כי יש הגיון בטענת הקונים לפיה הם קיבלו גם הערת אזהרה וגם ערבות "בכוונת מכוון, מאחר ששילמו את מלוא התמורה לשוודיה, אך קיבלו ערבות חוק המכר רק על חלק מהסכום."

7. עוד קבע בית המשפט קמא כי בנק דיסקונט, שלא היתה לו זיקה לפרויקט ולא התעניין בו, ראה את הערבויות כעסקת "אובליגו בטחונות" המבוססת על בטוחותיו של מר גולן, בעלי שוודיה החברה המוכרת, כלקוח הבנק. בנק דיסקונט הוציא את ערבויות חוק המכר במסגרת יחסי בנק-לקוח בינו לבין מר גולן. בנק דיסקונט לא הוציא את ערבויות חוק המכר בהסתמך על המקרקעין מושא הפרויקט, אלא במסגרת האובליגו של מר גולן.

8. בית המשפט קמא ציין, כי הסעיף המופיע בכתבי ערבות חוק המכר בענין העברה והמחאה של כל זכויות הקונה בפרויקט הוא סעיף סטנדרטי שנוסח על ידי הבנק. נקבע כי לקונה, בהנחה שהוא מודע בכלל לתנאים ולסייגים שבכתב הערבות, אין יכולת מעשית לשנותו, ולמצער הדבר כרוך בשיח ושיג סבוך עם המחלקה המשפטית של הבנק. בית המשפט קמא העיר כי קשה להלום כי בנק דיסקונט ייהנה ממתת-שמיים בדמות הערות אזהרה שלא ידע אודותיהן, ואילו הקונים, אשר הסתמכו על הערות האזהרה ושינו מצבם באופן דרסטי בהסתמך עליהן, ייאלצו לוותר עליהן. נקבע כי עמידת בנק דיסקונט על התנאי בכתב הערבות בענין העברה והמחאה של כל זכויות הקונים בפרויקט, אשר נועד, כאמור, לנסיבות אחרות, מהווה חוסר תום לב בקיום חוזה. בית המשפט קמא העיר כי המצב הנדון אינו דומה למצב של כפל ביטוח, שבו מדובר במתת-שמיים לשני הצדדים וההכרעה היא מי מהם ייהנה ממתת השמיים. בענייננו, כך נקבע, עבור הקונים, הערות האזהרה אינן מתת-שמיים אלא בטוחה קניינית שעליה הם הסתמכו, תוך שינוי מצבם לרעה. בית המשפט קמא ציין כי אם, למשל, קונה דירה היה מקבל 2 ערבויות חוק המכר מ-2 בנקים שונים, שכל אחת מהן עומדת על סך מחצית התמורה ששילם למוכר, ואם כל אחד משני הבנקים היה עומד על התנאי בענין המחאה של זכויותיו ובטוחותיו של הקונה בקשר לפרויקט (לרבות ערבות חוק המכר האחרת), הדבר היה מביא לתוצאה אבסורדית. שתי הערבויות היו נותרות ללא מימוש, והקונה היה יוצא עם ידיו על ראשו. עוד קבע בית המשפט קמא כי הערות האזהרה שנרשמו לטובת הקונים בענייננו היו בגדר בטוחה "מסוג אחר" אשר באה לעבות את ערבויות חוק המכר שהם קיבלו, כי הערבויות לא כיסו את מלוא התמורה שהם שילמו. על כן, קבלת דרישת בנק דיסקונט שהקונים יוותרו על הערות האזהרה שלהם היא בבחינת דילול הבטוחה שקיבלו, בניגוד לחוק המכר. חוק המכר הוא חוק קוגנטי הנושא סנקציה פלילית. נקבע, לאור החזקה שצדדים לחוזה מבקשים לבצע את התחייבויותיהם החוזיות כחוק, כי יש להעמיד את כל הצדדים, לרבות בנק דיסקונט ושוודיה, בחזקתם שביקשו לפעול כמצוות המחוקק ולהעדיף את התוצאה לפיה מימוש כתב הערבות לא יביא לדילול הבטוחה הנוספת (הערות האזהרה) של הקונים. לסיכום,

קבע בית המשפט כי הקונים זכאים לכך שבנק דיסקונט יפרע את ערבויות חוק המכר בלי שיהיה זכאי לקבל את זכויות הקונים בהערות האזהרה הרשומות לזכותם.

הטענות בערעור

9. המערער, בנק דיסקונט, טוען כי נוכח קביעת בית המשפט קמא שניתן לממש את ערבויות חוק המכר ללא העברת הזכויות בקשר לדירות לבנק, יזכו ה"ה בינר ו-ב.שן גם להחזר הכספים שהובטחו למקרה שלא יוכלו לקבל את הנכס וגם לזכויות בנכס עצמו (הערות האזהרה במקרקעי הפרויקט). זאת, כאשר הבנק ידרש לשלם את הערבויות למרות התנאים הקבועים בכתבי הערבות. לחלופין, בטענה שהועלתה לראשונה בערעור, טוען הבנק כי נוכח קביעת בית המשפט קמא לפיה הערות האזהרה נועדו בהתקשרויות שבנדון להבטיח רק חלק מהכספים ששילמו הקונים למוכר, יש לקבוע כי כתנאי למימוש הערבויות יעבירו הקונים לבנק את החלק היחסי של זכויותיהם בקשר לדירה.

10. המשיבים, אשר טענו כי יש לדחות את הערעור על הסף בגין התנהלות הבנק, סומכים ידיהם על פסק הדין של בית המשפט קמא.

דיון

המסגרת הנורמטיבית

11. נקבע כבר בפסיקה, שהיחסים בין הבנק לבין המוטב בערבות בנקאית אוטונומית (כלומר, ערבות בנקאית "רגילה" במובחן מערבות חוק המכר), הם יחסים חוזיים (רע"א 9123/05 אדמוב פרוייקטים (89) בע"מ (בפירוק מרצון) נ' סיטי סטייט מקבוצת אלפא בע"מ, פס' 20 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל (טרם פורסם, 25.10.2007); ראו גם ע"א 3130/99 שובל הנדסה ובנין (1988) נ' י.ש.מ.פ. חברה קבלנית לבנין בע"מ, פ"ד נח(3) 118, 134 (2004)). הפסיקה והספרות עמדו על הבדלים בין ערבות בנקאית אוטונומית לבין ערבות בנקאית מכוח חוק המכר, בעיקר בענין מידת העצמאות של ערבות חוק המכר והקשר בין הערבות לבין עסקת היסוד ובענין הצורך לפרש ערבות חוק המכר לאור הוראות חוק המכר ותכליתו (ראו, למשל, ע"א 911/10 בנק הפועלים בע"מ נ' אלישויב, פס' 18 ו-33 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (טרם פורסם, 31.5.2011); ה"פ (חי') 132/01 וייס נ' סיבל נהריה בע"מ, פס' 10 לפסק הדין (לא פורסם, 3.9.2001) – ראו גם הערעור על פסק הדין, ע"א 8343/01 עובדיה נ' סיבל נהריה בע"מ (בכינוס נכסים), פ"ד נח(6) 400 (2004) (להלן: ענין עובדיה); ה"פ 622/01



שובינסקי נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (לא פורסם, 11.7.2001), בפרק "תנאי הערכות מתקיימים"; אברהם וינרוט ערבות בנקאית (מהדורה שנייה מורחבת) פרק ו' (2010)). בית משפט זה טרם קבע למיטב ידיעתי אם כתב ערכות חוק המכר מהווה, אף הוא, חוזה (במובחן מהתחייבות חד-צדדית; ראו והשוו הדיון בנושא ערכות בפבלו לרנר ההתחייבות החד צדדית 150-154 (2001); יוער כי ה"פ ח"י) 30258/97 קליינברגר נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (לא פורסם, 28.12.1997), אשר פירש כתב ערכות חוק מכר כהסכם בין הבנק והקונה ושאליו הפנו מספר פסקי דין מחוזיים במשך השנים, בוטל בהסכמת הצדדים לו בערעור: ע"א 945/98 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' קליינברגר (לא פורסם, 26.3.2000). לדעתי השוני בין ערכות בנקאית "רגילה" לבין ערכות חוק המכר הוא מהותי. אולם, משוני זה לא נגזרת לדעתי המסקנה, שאף-על-פי שהיחסים בין הבנק לבין המוטב בערכות בנקאית "רגילה" נחשבים חוזיים, היחסים בין הבנק למוטב בערכות חוק המכר לא ייחשבו יחסים חוזיים. המבנה הבסיסי של ההתקשרות – בנק שמוציא לבקשת לקוחו ערכות לטובת צד ג' שעמו התקשר הלקוח – דומה בשני המקרים. ודוק: בית משפט זה כבר קבע בעבר כי כאשר "מדובר בהתחייבות, אשר לידתה במערכת יחסים עסקית בין בנק ללקוחו, ואשר בה מתחייב הבנק כלפי צד שלישי, כי בהתמלא תנאים מסוימים יעביר לידיו כספים" וכאשר יש "יסוד סביר להניח, כי הבנק מקבל תמורה כלשהי מלקוחו כנגד מתן ההתחייבות האמורה", ניתן לקבוע שהתחייבות הבנק כלפי המוטב היא חוזית (ע"א 4724/90 א.ש.ת. כספים בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד, פ"ד מו(3) 570, 578-579 (1992)). אכן, הנסיבות המתוארות במצוטט מעניין א.ש.ת. מתקיימות גם כאשר מדובר בערכות חוק המכר. בבחינת למעלה מן הצורך אציין, כי גם אם היינו קובעים כי התחייבות הבנק בערכות חוק המכר היא התחייבות חד-צדדית, הרי גם בהתחייבות חד-צדדית (ואפילו בצוואה), הפרשנות היא פרשנות תכליתית שבמסגרתה פועלים, במקרים המתאימים, מרכיבים של תכלית אובייקטיבית (ראו ע"א 1900/96 טלמצ'יו נ' האפורופוס הכללי, פ"ד נג(2) 817, 835 (1999); ראו גם אהרן ברק פרשנות במשפט כרך רביעי – "פרשנות החוזה" 48-49 (2001) (להלן: פרשנות במשפט – פרשנות החוזה)); דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד סא(2) 1, 75 (2006), בפסק הדין של השופט א' פרוקצ'יה (להלן: ענין ארגון מגדלי ירקות); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך חמישי – "פרשנות הצוואה" שער רביעי פרק ראשון (2001)).

12. בפרשנות תכליתית של חוזה, לשון החוזה ככללותו מתפרשת על רקע תכליתו הסובייקטיבית והאובייקטיבית. חזקה היא, שתכלית החוזה היא זו העולה מלשונו הרגילה של החוזה; אך חזקה זו ניתנת לסתירה באמצעות מכלול הנסיבות (ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265, 314

(1995), בפסק דינו של המשנה לנשיא א' ברק (להלן: ענין אפרופים); ראו גם ענין ארגון מגדלי ירקות). בשנת התשע"א תוקן סעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 בענין פרשנות חוזה (חוק חוזים (חלק כללי)(תיקון מס' 2), התשע"א-2011). החוק המתקן קובע:

תיקון  
סעיף 25

1. בחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, בסעיף 25 –

(1) במקום סעיף קטן (א) יבוא:

"(א) חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין, ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו."

(2) אחרי סעיף קטן (ב) יבוא:

"(ב) חוזה הניתן לפירושים שונים והיתה לאחד הצדדים לחוזה עדיפות בעיצוב תנאיו, פירוש נגדו עדיף על פירוש לטובתו."

מתבקשות שלוש הערות בענין תיקון זה (להלן: התיקון). ראשית, בית משפט זה כבר פסק כי אין מקום לבחון את השלכות התיקון על אירועים שאירעו טרם התיקון (ראו ע"א 3375/06 קמטק מערכות בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד הבטחון, פס' 10 (טרם פורסם, 22.3.2011)). קביעה זו בענין קמטק עולה בקנה אחד עם החזקה שחקיקה חדשה אינה חלה באופן רטרופקטיבי, בין היתר באופן המשנה זכויות חוזיות ביחסים בין הצדדים לחוזה שהיה קיים בטרם החקיקה החדשה (ראו אהרן ברק פרשנות במשפט, כרך שני "פרשנות החקיקה" 609-633 ובפרט 632-633 (1993)). בענייננו, החוזים בין בנק דיסקונט לבין ה"ה בינר ו-ב.שן (ערבויות חוק המכר) נכרתו בטרם התיקון, התביעות לאכיפתם הוגשו בטרם התיקון וניתן פסק דין בתביעות טרם התיקון. שנית, וכפי שיפורט בהמשך, לשון הסעיף החוזי הנדון בענייננו מעלה חשש לגרימת תוצאות בלתי חוקיות, ולצד סעיף קטן 25(א) לחוק החוזים עומד סעיף קטן 25(ב) (אשר לא תוקן בחוק המתקן), לפיו עדיף פירוש המקיים את החוזה על פירוש לפיו הוא בטל. כך, אף בגדר סעיף 25 לחוק החוזים אין בסעיף קטן 25(א), לבדו, כדי להכריע בפרשנות החוזים שבפנינו. שלישית, מדובר בענייננו בחוזה אחיד. כפי שיפורט בהמשך, חוזה אחיד ממילא אינו מתפרש לפי אומד דעתם של הצדדים לחוזה הפרטני, אלא לפי התכלית האובייקטיבית של החוזה האחיד. סיכומו של דבר: דיני פרשנות החוזים החלים על ענייננו הם הדינים טרם התיקון (כאשר ממילא, בנסיבות ענייננו, סעיף 25(א)

לחוק החוזים אינו עומד לבדו ככלל פרשנות מכריע). בבחינת למעלה מן הצורך אזכיר, כי לאחרונה פסק בית משפט זה כי התיקון לסעיף 25 לחוק החוזים ממילא אימץ, למעשה, את הלכות אפרופים ומגדלי הירקות (רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ בשם מגדל חברה לביטוח בע"מ, פס' 28 לפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה א' ריבלין (טרם פורסם, 26.2.2012)).

13. בענייננו, כפי שקבע בית המשפט קמא, נוסח כתב ערבות חוק המכר הוא טופס סטנדרטי. כאמור, מסכימה אני עם חברי השופט ט' ג'ובראן כי נוסח כתב ערבות חוק המכר שבענייננו הוא בגדר חוזה אחיד: מדובר ב"נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסויימים במספרם או בזהותם" (הגדרת "חוזה אחיד" בחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982). מקום שמדובר בחוזה אחיד, תכליתו היא בעיקר תכלית אובייקטיבית ולא תכליתם של הצדדים הסובייקטיביים שסכסוכם נדון:

"במסגרת פרשנות החוזה על-פי תכליתו יש לחוזה האחיד ייחוד משלו. ייחוד זה נובע מאופיו המיוחד של החוזה האחיד. אופי מיוחד זה מתבטא בכך שבחוזה אחיד נוסח החוזה ותנאיו נקבעו מראש על-ידי צד אחד, והוא משמש אותו צד ביחסיו עם אנשים רבים, בלתי מסויימים במספרם או בזהותם (סעיף 2 לחוק החוזים האחידים). לייחוד זה כמה השפעות פרשניות... ראשית, תכליתו של החוזה האחיד היא בעיקרה תכלית אובייקטיבית. אף שיש לחוזה האחיד גם תכלית סובייקטיבית – 'אומד דעתם של הצדדים' (סעיף 25(א) לחוק החוזים) - זו לרוב קשה להוכחה. רק במקרים מועטים ניתן לחשוף את כוונתם המשותפת של שני הצדדים. במרכז תכליתו של החוזה האחיד עומדת התכלית האובייקטיבית. עמדתי על כך לעניין פוליסת ביטוח אחידה, בציני:

'לפנינו פוליסת ביטוח המשמשת למקרים רבים, הן בארץ... והן מחוץ לישראל... בנסיבות אלה - כאשר עניין לנו בפוליסה סטנדרטית שאינה משמשת בסיס למשא ומתן אישי - יש לקבוע את תכליתו העסקית של החוזה על-פי תכליתו האובייקטיבית'....

וברוח דומה ציינה השופטת דורנר בפרשה אחרת:

'עניין לנו בפירוש חוזה אחיד, שעל תכליתו אין ללמוד מתוך מחשבתו הסובייקטיבית של לקוח מסויים'....

אכן, תכליתו (האובייקטיבית) של החוזה האחיד היא המטרות שצדדים סבירים, נבונים והוגנים היו מציבים לנגד עיניהם כמונחות ביסוד החוזה האחיד. אלה הם המטרות, האינטרסים והערכים המאפיינים את הסוג

והטיפול של החוזה האחיד. אין זו תכליתם של 'הספק' או 'הלקוח' (כמשמעות מושגים אלה בסעיף 2 לחוק החוזים האחידים). אין אלה הדימויים שעמדו לנגד עיני הספק או הלקוח.

אלה הדימויים המשותפים המאפיינים 'ספק' סביר והגיוני ו'לקוח' סביר והגיוני. מקום שאינטרסים וערכים אלה מתנגשים ביניהם, זהו האיזון הראוי המאפיין צדדים סבירים והוגנים הפועלים בתום-לב להגנת ענייניהם שלהם מתוך התחשבות בענייניו של הצד האחר" (רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרם הינדה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, 159-158 (1998); ראו גם ע"א 3352/07 בנק הפועלים בע"מ נ' הורש (טרם פורסם, 7.12.2009), פס' 14 לפסק דינו של חברי השופט ס' ג'ובראן, כאשר דעתו של חברי לענין זה היתה דעת רוב).

14. ברי, כי התכלית האובייקטיבית של כתב ערבות חוק המכר נלמדת מתכלית חוק המכר, שהיא – הבטחת הכספים ששילם הקונה למוכר, על מנת שלא יוותר קירח מכאן ומכאן, ללא הכסף ולא הדירה (ענין עובדיה, בעמ' 413). הבנק אינו מנפיק כתב ערבות בנקאית בהתנדבות; מדובר בפעולה מסחרית הנועדת להגשים את תכלית חוק המכר. התכלית האובייקטיבית של חוזה מסחרי נקבעת על-פי ההיגיון הכלכלי או ההיגיון העסקי:

"התכלית האובייקטיבית של החוזה היא המטרות, האינטרסים והתכליות שחוזה מהסוג או מהטיפול של החוזה שנכרת נועד להגשים. התכלית האובייקטיבית מוסקת מתוך 'אופיה ומהותה של העסקה שנקשרה בין הצדדים...' .... זהו 'שכל ישר של אנשי עסקים סבירים והגונים'...."

אכן-

'תכלית אובייקטיבית זו עניינה התכלית הטיפולית המתחשבת באינטרסים המקובלים של צדדים הוגנים ליחס החוזי. היא נלמדת מסוג ההסכם ומהטיפול אליו הוא שייך. היא נגזרת מהגיונו. היא מוסקת מלשונו' ....

זהו מבחן אובייקטיבי. הוא מושפע מעקרון תום הלב וממערכת הערכים שהוא מבטא. הוא נגזר משיקולים של היגיון (ראה ע"א 226/80 כאהן נ' מדינת ישראל], פ"ד לה(3) 463, 471 (1981)) ('יש להעדיף אותו פירוש, שהוא, יותר מהפירוש האחר, מתיישב עם ההיגיון' (השופט ד. לויז); ע"א 702/80 ב' גלפנשטיין נ' אברהם ואח' ], פ"ד לז(4) 113, 119 (1983)) ('יש לבכר את הפירוש המתקבל על הדעת על הפירוש, שאינו משאיר שום אפשרות לביצוע החוזה לא רק ככתבו וכלשונו אלא

גם לפי רוחו' (השופט שינבוים)). כאשר החוזה הוא בעל מטרה כלכלית, או מטחית, נקבעת התכלית האובייקטיבית על-פי 'ההיגיון הכלכלי' או 'ההיגיון המסחרי' .... התכלית האובייקטיבית נקבעת על-פי שיקולים של סבירות (ראה: ע"א 449/89 פלוק ואח' נ' רייטן, פ"ד מו(2) 92, 102 (1992)): '... יש לבחור גם בפירוש הסביר יותר של הפוליסה...' (השופט מלץ); ע"א 2738/90 יהב נ' בן טובים ואח' וערעור שכנגד], פ"ד מז(1) 695, 703 (1993); ע"א 5597/90 [כהן נ' תקליטי סי. בי. אס. בע"מ (אן. אס. סי. בע"מ), פ"ד מז(3) 212, 219 (1993)]: '... חוזה מסחרי נועד להשיג מטרה עסקית, ויש לתת לו פירוש המגשים מטרה זו, כפי שאנשים סבירים היו עושים' (השופט דורנר); ע"א 530/89 בנק דיסקונט נ' מרי נופי ואח'], פ"ד מז(4) 116, 125 (1993); בגיבוש התכלית האובייקטיבית יש להתחשב ביעילות עסקית, וכיוצא בהם שיקולים 'כפי שצדדים הוגנים, המגינים על האינטרסים הטיפוסיים, מעצבים אותה'.... 'זוהי תכלית שצדדים סבירים והוגנים היו שואפים להשיג' .... תכליתו (הסופית) של החוזה מתגבשת על בסיס התכליות הסובייקטיביות ('אומד דעת הצדדים') והתכליות האובייקטיביות של החוזה" (ענין אפרופים, בעמ' 313 לפסק הדין של המשנה לנשיא א' ברק; ההדגשה שונתה).

15. מקום שמדובר בחוזה אחיד, ישנה חזקה נוספת, אשר קמה רק אם לא עלה בידי הפרשן לגבש תכלית ברורה לחוזה: היא הכלל בדבר פרשנות נגד המנסח (פרשנות במשפט – פרשנות החוזה, בעמ' 641-642; ע"א 779/89 שלו נ' סלע חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מח(1) 221 (1993); ראו גם את פסק דין קמטק הנזכר). ראינו לעיל כי במסגרת התיקון לחוק החוזים הוסף סעיף קטן 25(ב) המעגן כלל זה בחקיקה; אולם, כאמור לעיל, אין מקום לבחון את השלכות התיקון על ענייננו, בו האירועים אירוע בטרם התיקון.

16. חזקת-תכלית נוספת בפרשנות חוזים האוצלת על ענייננו היא החזקה שתכלית החוזה היא לקיום מותר של החוזה, וכי היא אינה עומדת בניגוד לדבר חקיקה (ראו פרשנות במשפט – פרשנות החוזה, בעמ' 600-601 ואסמכתאות שם).

ומכאן לענייננו

לשון סעיפים 3(א)(5)(ב) ו-1(ג) לנוסח כתב ערבות חוק המכר שבנדון

17. נקודת המוצא לפרשנות שבענייננו היא לשון התנאי למימוש הערבות בסעיפים 3(א)(5)(ב) ו-1(ג) לנוסח כתב ערבות חוק המכר שבנדון. נוסח כתב ערבות חוק המכר בענייננו הוא:

....”

1. הבנק ערב בזאת כלפי הקונה לאבטחת החזרתם של כל הכספים, ששילם הקונה למוכר על חשבון המכיר של הדירה (בגבולות האמור בסעי' 2 להלן) במקרה שלא יוכל המוכר להעביר לקונה בעלות או זכות אחרת בדירה כמוסכם בחוזה המתואר לעיל מחמת עיקול, שהוטל על הדירה או על הקרקע, שעליה היא נבנית או מחמת צו לקבלת נכסים, צו פירוק או מנוי כונס נכסים שניתנו נגד המוכר או נגד בעל הקרקע האמור.

2. ערבות זו תהיה מוגבלת בסכום ובכפיפות לאמור בס"ק ב' להלן [בענין הצמדה – מ"נ], היא לא תעלה על סך של \_\_\_\_\_ ש"ח (במילים: \_\_\_\_\_).

....

3. בכפוף ובמותאם לכל תניותיו והוראותיו של כתב ערבות זה ובהתקיים אירוע מהאירועים נשואי הערבות הזו כמפורט בסעי' 1 לעיל, ישלם הבנק לקונה את הכספים המוזכרים בסעי' 1 לעיל, אך בגבולות סכום הערבות כאמור בסעי' 2 לעיל, הכל בתנאי שיתקיים במלואו ובמסגרת המועדים שלהלן כל אחד ואחד מהתנאים ומהאירועים שלהלן:-

א. תמסר לבנק על ידי הקונה דרישה מנומקת בכתב למימוש הערבות (להלן 'דרישת המימוש') כאשר אליה מצורפים:-

....

5) כתב הצהרה והתחייבות הנחזה להיות תצהיר חתום ע"י הקונה ומאושר כדין.... לפיו נתקיימו ע"י הקונה כל התנאים המזכים אותו בהחזר וב'השבה' על פי כל דין ומבלי לגרוע מכלליות האמור:-

....

ב) כי כל זכויותיו של הקונה בקשר עם הדירה, 'מכירתה', הסכם המכר וכל בטוחות באשר לכל אלה מועברות ומומחות במלואן, באופן בלתי חוזר וללא שיור לטובת הבנק (או לטובת מי שהבנק יורה).

ג) כי מבלי לגרוע מכל שאר הצהרותיו והתחייבויותיו, הרי כתנאי למימוש ולתשלום בפועל של סכום הערבות לידי הקונה, מתחייב הקונה לחתום מייד לפי הוראת הבנק על כל כתב העברה ו/או המחאה נפרד ו/או ספציפי הנובע ו/או הכרוך באמור בס"ק ב) לעיל ועל כל כתב של יפוי כח, אשר יידרש לבנק לצורך כל שימוש ו/או מימוש של כל האמור, הכל כפי קביעת הבנק וכפי הנוסח שיהיה מקובל על הבנק.

ב. הוגש ונמסר לבנק לשביעות רצונו במהלך היותה של ערבות זו בתוקף ובמגבלות הזמן והתנאים שלפי סעיף 4 להלן כל האמור בס"ק א' לעיל על כל תנאיו, כי אז ישלם הבנק לקונה בתוך 14 ימי העסקים שלאחר היום בו נמסר לו כל האמור לעיל ככלל וכנגד מסירתם לו של כל המסמכים (האמורים בס"ק א'5) לעיל), בפרט את הסכום העולה מן האמור בסעיף 3 רישא לעיל (במגבלות הסכום לפי סעיף 2 לעיל).

.... " (ההדגשה הוספה; שיבוש הסוגריים במקור).

18. ראינו כי, לכאורה, לשון סעיף 3(א)5(ב) לנוסח כתב ערבות חוק המכר והסעיפים המפנים אליו קובעת בצורה מאוד ברורה כי "תנאי" לתשלום סכום הערבות הוא קיום מלא של "כל אחד ואחד" מרשימה של תנאים (סעיף 3 רישא לכתב ערבות חוק המכר), לרבות כתב הצהרה והתחייבות מצד הקונה לפיו נתקיימו כל התנאים המזכים אותו בהחזר וב"השבה" על פי כל דין "ומבלי לגרוע מכלליות האמור" (שם, סעיף 3(א)5), העברה והמחאה של כל זכויות הקונה וכל בטוחותיו בקשר לדירה לידי הבנק (שם, סעיף 3(א)5(ב)). לשון כתב הערבות קובעת עוד כי "תנאי" למימוש ולתשלום סכום הערבות הוא חתימת הקונה על כל המסמכים הדרושים בקשר לתנאי בענין העברה והמחאה של כל זכויות הקונה לבנק (שם, סעיף 3(א)5(ג)). עוד נקבע בכתב הערבות כי (בהתקיים התנאים שבו) ישלם הבנק "כנגד כל המסמכים" הללו (ראו ההפניה בסעיף 3(ב) בכתב הערבות לסעיף קטן 5(א)5(ג)). לדעתי, נוכח הלשון בענין מילוי "כל אחד ואחד" מהתנאים אשר כוללים "מבלי לגרוע מכלליות האמור" העברת כל זכויותיו של הקונה לידי הבנק ונוכח התנאי המפורש הנוסף בענין חתימה על מסמכים לצורך העברת זכויות הקונה לבנק, לא ניתן לדעתי לומר כי לשון כתב הערבות סובלת פרשנות לפיה תנאי זה מהווה "דוגמה" אפשרית בלבד מתוך מגוון תנאים אפשריים למימוש הערבות. הלשון, לכאורה, ברורה מאוד והיא קובעת, לכאורה, תנאי חד משמעי.

19. על-פי כללי הפרשנות החלים בענייננו, עליהם עמדנו לעיל, לשון "ברורה" זו מקימה חזקה כי ללא העברת כל זכויות הקונה לבנק, לא תמומש הערבות. אלא שמדובר בחזקה הניתנת לסתירה, וכפי שיפורט, משאר חלקי כתבי הערבות ומתוך קריאתם כיחידה אינטגרטיבית, עולה תכלית סותרת (ראו פסק דין אפרופים, בעמ' 313-315 לפסק דינו של המשנה לנשיא א' ברק).

התכלית האובייקטיבית: ההיגיון המסחרי של התנאי בדבר העברת זכויות הקונה לבנק על רקע תכלית חוק המכר

א. ההגיון המסחרי בתנאי בדבר העברת זכויות הקונה לבנק כאשר כתב ערבות אחד מכסה את כל תשלומי הקונה

20. הכותרת המתנוססת על נוסח כתב הערבות שבענייננו היא "כתב ערבות על פי חוק המכר (דירות)(הבטחת השקעות של רוכשי דירות) תשל"ה-1974". חוק זה, כנוסחו במועדים שבהם הוצאו כתבי הערבות שבענייננו, קבע:

הבטחת  
כספי  
הקונה  
2. 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 שניתנו נגד המוכר או נגד בעל הקרקע האמור;

(2) ביטח את עצמו אצל מבטח כמשמעותו בחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, תשי"א-1951, שאישר לענין זה המפקח על הביטוח, להבטחת החזרתם של כל הכספים כאמור בפסקה (1), והקונה צויין כמוטב על פי פוליסת הביטוח ודמי הביטוח שולמו מראש;

(3) שעבד את הדירה, או חלק יחסי מהקרקע שעליה היא נבנית, במשכנתה ראשונה לטובת הקונה או לטובת חברת נאמנות שאישר לכך שר השיכון, להבטחת החזרת כל הכספים כאמור בפסקה (1);

(4) רשם לגבי הדירה, או לגבי חלק יחסי של הקרקע שעליה היא נבנית, הערת אזהרה על מכירת הדירה בהתאם להוראות סעיף 126 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ובלבד שלא נרשמו



לגביהם שעבוד, עיקול או זכות של צד שלישי שיש להם עדיפות על ההערה; (5) העביר על שם הקונה את הבעלות או זכות אחרת בדירה, או בחלק יחסי מהקרקע שעליה היא נבנית, כמוסכם בחוזה המכר, כשהדירה או הקרקע נקיים מכל שעבוד, עיקול או זכות של צד שלישי.

עולה בבירור מלשון סעיף 2 לחוק כנוסחו דאז כי התנאי לקבלת מעל 15% ממחיר הדירה מהקונה הוא עשיית אחת מהפעולות המנויות בתתי הסעיפים 2(1)-(5). "הסעיף מונה חמש דרכים חלופיות להבטחת השקעותיו של הרוכש בדירה..." (דברי ההסבר לס' 2 להצעת החוק, ה"ח תשל"ג 365, 367; ההדגשה הוספה).

21. יצוין כי סעיף 2(1) לחוק המצוטט, בענין "ערבות בנקאית", נוקט בלשון יחיד. לכאורה, נבחרה אותה חלופה, ימסור המוכר לקונה "ערבות בנקאית" אחת להבטחת החזרתם של "כל" הכספים ששילם לו הקונה על חשבון מחיר הדירה.

22. בהנחה שכל תשלומי הקונה אמנם מובטחים, יחדיו, בכתב ערבות אחד, ישנו הגיון מסחרי ברור וראוי בתנאי המחייב את הקונה להעביר את כל זכויותיו ובטוחותיו בקשר לדירה לידי הבנק. זאת, כאשר הבנק מממן את הפרויקט. כאשר הבנק מממן את הפרויקט, במקרה הטיפוסי, הפרויקט ו/או המקרקעין מהווים בטוחה להלוואה שהעניק הבנק על מנת לאפשר את ביצוע הפרויקט, וקיומן של זכויות נוגדות בפרויקט ו/או במקרקעין בעת שהפרויקט נתקע יגרע מיכולת הבנק לממש בטוחה זו. כאשר כתב ערבות חוק מכר אחד מבטיח את כל הכספים ששילם הקונה למוכר, הקונה מקבל בחזרה, במימוש הערבות, את כל כספו ותכלית חוק המכר מושגת במלואה; לצד זאת, ניתנת לבנק, שנטל על עצמו סיכון בהוצאת כתב הערבות, אפשרות להקטין את הוצאותיו ואולי אף להרוויח, באמצעות הזכויות בקשר לדירה.

23. ודוק: בית המשפט קמא עמד על הלגיטימיות בכך שלבנק סיכוי לעשות רווחים (ולא רק לכסות הוצאות) מזכויות הקונים בקשר לדירה אשר מועברות לו. בצדק ציטט חברי השופט ס' ג'ובראן את האמור בפרשת שובל בענין האפשרות להתנות ערבות בקיום תנאים מסוימים, חוזיים או אחרים (סעיף 12 לפסק דינו). ואכן, אין פסול בכך שאם נוסח כתב הערבות מקיים את תכלית חוק המכר, הוא יכול סעיפים שיביאו לכך שהבנק ירוויח.

24. ככלל, גם כאשר הבנק אינו מממן את הפרויקט ישנו הגיון מסחרי ברור וראוי בתנאי המחייב העברת זכויות הקונה לבנק. כאמור, בנק אינו מוציא כתבי ערבות בנקאית בהתנדבות. עבור הבנק, הוצאת כתבי ערבות מהווה פעילות מסחרית. העובדה, שבהוצאת כתבי ערבות חוק המכר פעולת הבנק מהווה חלק מהגשמת הסדר קוגנטי הקבוע בחוק, אינה גורעת מכך שמדובר, מנקודת ראותו של הבנק, בפעילות מסחרית. עיסוק מסחרי בהוצאת כתבי ערבות טומן בחובו סיכון: סיכון שהאירוע המוגדר בכתב הערבות יתממש והבנק יחויב לשלם את סכום הערבות (בדומה, בעיסוק במתן הלוואות, מדובר בסיכון שההלוואה לא תוחזר ובעיסוק בביטוח, מדובר בסיכון שאירוע הביטוח יתממש). הבנק שואף לכך שעיסוקו המסחרי בקניית סיכונים באמצעות הוצאת כתבי ערבות בנקאיים יהיה רווחי. לשם כך, הבנק לוקח בטוחות וגובה עמלה כתנאי להוצאת כתב הערבות. כאשר הסיכון אינו מתממש, הרוויח הבנק את העמלה. כאשר הסיכון מתממש, הבנק מכסה את חסרון הכיס, באופן חלקי או מלא, בעמלה ובבטוחות שלקח לאותה ערבות. כאשר מדובר בכתב ערבות אחד המבטיח את כל התשלומים ששילם הקונה למוכר, גם כאשר הבנק אינו מממן את הפרויקט, התנאי האמור מפחית את הסיכון לבנק מעיסוק בהוצאת ערבויות בנקאיות ומגביר את הרווחיות מעיסוק זה. בקרות האירוע (העדר יכולתו של המוכר להעביר את הזכויות בדירה לקונה), בנוסף לבטוחות שלקח הבנק אשר מכסות באופן מלא, או באופן חלקי בלבד, את סכום הערבות, זוכה הבנק בזכויות הקונה בקשר לדירה. ודוק: כאשר מדובר בכתב ערבות אחד המכסה את כל ששילם הקונה למוכר, התנאי הנדון מתיישב לחלוטין עם תכלית חוק המכר, ואין בו כל העדר הגינות, חוסר תום לב או קיפוח וזאת, גם אם הבנק לא מימן את הפרויקט. בנסיבות אלה, הקונה מקבל בחזרה את כל כספו. ודוק: המוכר מעביר לידי הקונה כתב ערבות חוק המכר על מנת שהמוכר לא יפר את ההוראות הקוגנטיות של חוק המכר. תכלית חוק המכר היא הבטחת השבת כל הכספים ששילם הקונה למוכר אם הזכויות בדירה לא יעברו לקונה. תכלית החוק אינה שהקונה יזכה גם בהחזר כל כספו וגם בזכויות בקשר לדירה. זאת ועוד. שיעורי העמלות הנגבות והבטוחות הדרושות בידי בנקים להוצאת כתבי ערבות חוק המכר עשויים להיות מושפעים ממידת הסיכון שאליו נחשף הבנק בעסקיו בהוצאת כתבי ערבות חוק המכר. שלילת האפשרות שבנק יקטין את חסרון הכיס (או יגדיל את רווחיו) עקב מימוש הערבות באמצעות קבלת זכויות הקונה בקשר לדירה – גם במקרה שלא מדובר בבנק מלווה – עלולה להביא לייקור פרויקטים מסוג זה. עלות זו עלולה להיות מגולגלת בסופו של דבר על קוני הדירות.

25. ודוק: בית המשפט קמא הטעים כי לבנק דיסקונט לא היה "מושג ירוק" לגבי הפרויקט. הבנק לא ידע על קיום הערות האזהרה כאשר הוציא את ערבויות חוק המכר. אולם, תנאי המחייב את המוטב להעביר לבנק שהבטיח את כספו את כל זכויותיו בקשר לנכס, גם אם הבנק לא ידע אם יהיה ערך כלשהו לזכויות אלה, אינו תנאי ללא אח ורע במשפט הישראלי. טול לדוגמה את סעיף 6(ג) לתנאי הפוליסה לביטוח רכב בתוספת לתקנות הפיקוח על עסקי ביטוח (תנאי חוזה לביטוח רכב פרטי), התשמ"ו-1986, בענין ביטוח הרכב עצמו. סעיף פוליסה זה קובע: "שילם המבטח למבוטח את מלוא שווי הרכב או החליפו ברכב מסוג ואיכות דומים בשל אובדן גמור או בשל אבדן גמור להלכה תעבור הבעלות בשרידי הרכב למבטח". כמו הבנק המוציא כתב ערבות חוק המכר, גם מבטח רכב עוסק עיסוק מסחרי בקניית סיכונים. הוא גובה בגין כך פרמיה. אולם, בנוסף לכך קובעת הפוליסה, כי במקרה של אבדן גמור או אבדן גמור להלכה, לצד מימוש הביטוח, כל זכויות המבוטח בקשר לרכב יעברו למבטח. בדומה לבנק המוציא כתב ערבות המתנה את מימושו בהעברת זכויות הקונה בקשר לדירה מבלי שהבנק יודע מהן זכויות אלה ומהו ערכן (אם בכלל), מבטח רכב אינו יודע, לפני קרות האבדן הגמור, אם יהיו בידי המבוטח זכויות בעלות שווי ממשי כלשהו בקשר לרכב עם קרות האבדן הגמור. אם מדובר בגניבה (המהווה אבדן גמור לפי סעיף 6(א)(3) לתנאי הפוליסה), ולאחר תשלום תגמולי הביטוח נמצא הרכב במצב תקין, המבטח אכן יזכה מהפחתה ממשית (ואולי אף מלאה) של חסרון הכיס עקב תשלום דמי הביטוח למבוטח. במצב זה שרידי הרכב אינם בגדר "מתת שמיים", אלא זכות חוזית, בהסדר יעיל המביא בטחון מלא למבוטח, אך גם להפחתת עלויות הספקת הבטחון האמור. אם, לעומת זאת, הרכב לא יימצא לעולם, התוצאה היא כי לא היה כל שווי כספי לתניה בענין העברת הזכויות בשרידי הרכב למבטח. העיקר לענייננו הוא, שהמבטח אינו יודע מראש מה יהיה ערכה, אם בכלל, של התניה בענין העברת זכויות המבוטח בשרידי הרכב, ואין פגם בהסדר יעיל זה, אשר מבטיח פיצוי מלא למבוטח ויכול להפחית את עלויות הגוף המסחרי הנושא בקניית הסיכונים. דומה שגם עקרונות עשיית עושר מחייבים את התוצאה האמורה. לדעתי – העובדה שבנק דיסקונט לא ידע פרטים בענין הפרויקט ואף לא ידע על קיום הערות האזהרה, אין בה, כשלעצמה, כדי לשלול את זכותו לעמוד על התנאי המפורש שנקבע בנוסח כתב הערבות שבנדון. להשקפתי, לא העדר המידע של הבנק על הפרויקט הוא המכריע בענייננו. את עמדתי אני משתיתה על נתון אחר.

ב. כאשר נוסח כתב הערבות משמש להבטחת רק חלק מהכספים ששילם הקונה למוכר, התנאי הגורף בענין העברת כל זכויות הקונה לבנק סותר את ההיגיון העסקי ואת תכלית החוק

26. עמדנו לעיל על ההיגיון העסקי ביסוד התנאי שבנדון, בנסיבות שבהן נוסח כתב הערבות משמש להבטחת כל הכספים ששילם הקונה למוכר. אם המוכר לא יוכל להעביר לקונה את הזכויות בדירה, הקונה יקבל בחזרה את כל כספו, וככל שיש לזכויות הקונה בקשר לדירה ערך כלכלי במצב שנוצר, הבנק יכול להפחית את חסרוֹן הכיס או אף להרוויח באמצעות זכויות אלה. אולם, כפי שיבואר, נוסח כתב הערבות בענייננו נוסח באופן המאפשר שימוש בו גם כדי להבטיח רק חלק מהכספים ששילם הקונה למוכר. כפי שיבואר, כאשר מדובר בשימוש בנוסח כתב הערבות על מנת להבטיח רק חלק מהכספים שהעביר הקונה למוכר, עומד תנאי המחייב העברת כל זכויות הקונה בקשר לדירה בניגוד לתכלית חוק המכר ובניגוד להיגיון העסקי שעליו עמדנו.

נוסח כתב הערבות בענייננו נוסח גם לצורך הבטחת רק חלק מהכספים ששילם הקונה למוכר

27. סעיף 3 לחוק המכר, כנוסחו במועד הרלוונטי (וכיום), מביא בחשבון את האפשרות שהקונה אינו משלם את מלוא מחיר הדירה בתשלום אחד. סעיף 3 לחוק, כנוסחו דאז, קבע:

סייג  
לתשלומים

3. קונה של דירה, שהכספים ששילם או שעליו לשלם למוכר לא הובטחו כאמור בסעיף 2(1) או 2(2), לא יהא חייב בתשלומים על חשבון מחיר הדירה בשיעורים העולים על אלה שנקבעו בתקנות, על אף האמור בחוזה המכר.

התקנות שהותקנו – תקנות המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) (סייג לתשלומים על חשבון מחיר דירה), התשל"ה-1975, מפנות לתוספת, בה מפורטים שלבי בנייה ושיעור תשלומי מחיר הדירה, באחוזים לכל שלב. אולם, על אף שהחוק לקח בחשבון שהקונה ישלם את מחיר הדירה לשיעורין, הוא התייחס בסעיף 2(1) לחוק, בלשון יחיד, להבטחת כספי הקונה ב"ערבות בנקאית" שימסור המוכר לקונה. מהחוק עצמו לא ברור אם במועד שבו הקונה משלם למוכר חלק נוסף ממחיר הדירה, על המוכר למסור לו כתב ערבות נוסף המבטיח רק את סכומו של התשלום הנוסף, או שמא עליו להחליף את כתב הערבות שנמסר לקונה קודם לכן, בכתב ערבות על סך מלוא הסכומים ששילם הקונה עד אותו שלב, לרבות התשלום הנוסף.

28. מנוסח כתבי הערבות בענייננו עולה כי הוא נועד (בין השאר) להוות בטוחה לתשלום המהווה רק חלק מהכספים ששילם הקונה למוכר. לנוחות הקורא נצטט שוב את סעיפים 1 ו-2 לנוסח כתב הערבות:

1. "הבנק ערב בזאת כלפי הקונה לאבטחת החזרתם של כל הכספים, ששילם הקונה למוכר על חשבון המחיר של הדירה (בגבולות האמור בסעי' 2 להלן) במקרה שלא יוכל המוכר להעביר לקונה בעלות או זכות אחרת בדירה כמוסכם בחוזה המתואר לעיל מחמת עיקול, שהוטל על הדירה או על הקרקע, שעליה היא נבנית או מחמת צו לקבלת נכסים, צו פירוק או מנוי כונס נכסים שניתנו נגד המוכר או נגד בעל הקרקע האמור.

2. ערבות זו תהיה מוגבלת בסכום ובכפיפות לאמור בס"ק ב' להלן [בענין הצמדה – מ"נ], היא לא תעלה על סך של \_\_\_\_\_ ₪ (במילים: \_\_\_\_\_).

כבר ראינו לעיל כי סעיף 2 לחוק קבע כי על המוכר למסור לקונה ערבות בנקאית להבטחת כל הסכומים ששילם לו הקונה. אולם, עניינו הרואה כי נוסח כתב הערבות שבנדון אינו בנוי באופן שקובע סכום המהווה את סך כל התשלומים ששילם הקונה למוכר, תוך קביעה כי הבנק ערב לאותו סכום. לא כתוב, למשל, "סך הסכומים שהקונה שילם למוכר הוא X"; הבנק מתחייב לשלם לקונה את הסכום הנ"ל". חלף זאת, קובע הנוסח כי "הבנק ערב... לאבטחת החזרתם של כל הכספים, ששילם הקונה למוכר על חשבון המחיר של הדירה (בגבולות האמור בסעי' 2 להלן)". סעיף 2 לנוסח הערבות, שאליו מפנה המצוטט, אינו קובע מהו סך כל הסכומים ששילם הקונה למוכר, אלא קובע הגבלה על סכום הערבות ותו לא (בכפוף לענין הצמדה). סעיפים 1 ו-2 לנוסח כתב הערבות אינם הסעיפים היחידים המלמדים כי הוא נוסח על מנת לשמש (בין היתר) להבטחת חלק מהכספים ששילם הקונה. סעיף 4(ב) לנוסח כתב הערבות קובע –

"סכום הערבות כמשמעותו בסעי' 2 של כתב ערבות זה יהווה תקרה מירבית לכל כספים, אשר יהיה על הבנק לשלם לקונה אפילו אם יעלו סכומי ההחזר או ההשבה להם יהיה הקונה זכאי מכל סיבה שהיא (עם או בלי הפרשי הצמדה ו/או ריבית) על סכום הערבות הנ"ל."

כך, מנוסח כתב הערבות עולה תכלית של שימוש בו גם להבטחת רק חלק מהכספים ששילם הקונה למוכר. ואכן, בענייננו, בפועל, בנק דיסקונט הנפיק לה"ה בינר 3 כתבי ערבות נפרדים להבטחת כספים שהם שילמו למוכר עבור אותה דירה (שני כתבי ערבות על סך 200,000 ₪ כל אחד וכן כתב ערבות נוסף על סך 95,000 ₪). אלא שנראה כי לא כל סעיפי נוסח כתב הערבות הותאמו לשימוש בו במקרה של הבטחת רק חלק

מהכספים ששילם הקונה למוכר. עמדנו לעיל על ההיגיון המסחרי ביסוד התנאי המחייב העברת כל זכויות הקונה בקשר לדירה לבנק: הקונה מקבל בחזרה את כל כספו, והבנק נהנה מהזכויות בקשר לדירה. הגיון מסחרי זה אמנם ניתן ליישום גם על כתב ערבות המבטיח רק חלק מהכספים ששילם הקונה למוכר. אם, למשל, כתב הערבות מבטיח 25% מהכספים ששילם הקונה למוכר, הגיוני וראוי, לאור הניתוח לעיל בדבר היגיון המסחרי ותכלית חוק המכר, שהבנק, המחזיר לקונה 25% מהכספים ששילם למוכר, יזכה, במקביל, ב-25% מזכויות הקונה בקשר לדירה, שאותם באה ערבות חוק המכר שהוציא להבטיח. אך זאת, כפי שיבואר להלן, למעט זכויות בבטוחות אחרות לפי חוק המכר ורק במידה שהדבר אינו גורם לדילול הבטוחות האחרות לפי חוק המכר, אשר באו להבטיח חלקים אחרים של הכספים שהעביר הקונה למוכר. יובהר, כי גם לחלק יחסי של זכויות הקונה בקשר לדירה (אף ללא בטוחות חוק המכר האחרות) יכול להיות ערך כלכלי עבור הבנק. לדוגמה, אם המוכר נכנס להליכי פירוק, הבנק יכול להגיש תביעת חוב באמצעות הזכויות מכוח חוזה המכר שהמחה לו הקונה. דא עקא, התניית מימוש כתב ערבות חוק המכר המבטיח רק חלק מהכספים ששולמו למוכר, בהעברה של כל זכויות הקונה בקשר לדירה, לרבות בטוחות אחרות לפי חוק המכר אשר ניתנו לקונה על מנת להבטיח חלקים אחרים מהכספים שהעביר למוכר, סותרת היגיון עסקי זה ויוצרת חוסר סימטריה. צדק בית המשפט קמא בקובעו:

”נניח כי במקום הערת אזהרה + ערבות חוק מכר דירות שקיבלו בשן ובינר במקרה שבפנינו, הם היו מקבלים שתי ערבויות חוק מכר: האחת מבנק דיסקונט על מחצית התמורה ששילמו לשוודיה, והערבות השנייה מבנק אחר, על המחצית השנייה של התמורה. או-אז, כאשר בשן ובינר היו פונים לממש את שתי הערבויות, כל אחד מהבנקים היה דורש מהם להמחות אליו את זכותו על פי הערבות השנייה, לאור התנאי דלעיל בכתב הערבות, ולכאורה, שתי הערבויות היו 'מנטרלות' זו את זו והרוכשים היו יוצאים וידיהם על ראשם. אך אפילו היה הבנק השני 'מוותר' על זכותו על פי כתב הערבות, הרי שהמחאת הערבות השנייה לזכות בנק דיסקונט, הייתה מביאה לתוצאה, לפיה רק מחצית התמורה הייתה מובטחת, בניגוד לכוונה המקורית להבטיח את כל כספם של הרוכשים על פי הוראות חוק המכר (הבטחת השקעות). תוצאה אבסורדית זו, ממחישה לטעמי את התוצאה הבלתי סבירה גם במקרה שבפנינו, אילו אחזנו בדרכו של בנק דיסקונט” (פסקה 13 לפסק דינו של בית המשפט קמא).

29. ודוק: כאשר כתב ערבות חוק המכר מבטיח רק חלק מהכספים ששילם הקונה למוכר, אי-דילול בטוחות חוק המכר של הקונה מחייב לא רק התאמת התנאי שבנדון

לתנאי בענין העברת החלק היחסי בלבד של זכויותיו בקשר לדירה לבנק; נדרש גם כי הקונה לא יחויב להעביר חלק כלשהו מתוך הבטוחות האחרות שקיבל מכוח חוק המכר להבטחת כספים אחרים ששילם למוכר, ולא יחויב להעביר זכויות שהעברתן תביא לדילול הבטוחות האחרות. שאם לא תאמר כך, הרי בדוגמא בעניין מספר כתבי ערבות חוק המכר, ואם כל בנק יתנה את מימוש כתב הערבות שהוא הוציא בקבלת חלק יחסי של כל ערבויות חוק המכר האחרות, שום ערבות מבין הערבויות לא תשולם לקונה במלואה. כך, לקונה שקיבל בטוחות חוק המכר שונות אשר יחד מבטיחות 100% מהכסף ששילם לקבלן, יושבו פחות מ-100% במימוש בטוחות אלה, והתוצאה תהיה, שוב, דילול בטוחות חוק המכר בניגוד לתכלית חוק המכר.

30. כאן המקום לציין כי כאשר כל בטוחות חוק המכר שקיבל הקונה הן ערבויות חוק המכר, הדרישה שהקונה יעביר את החלק היחסי של זכויותיו החוזיות כתנאי למימוש הערבות, אינו בהכרח מדלל את הבטוחות האחרות. לדוגמה, בנוסח כתב הערבות מושא ענייננו, נקבע כי הבנק ערב לכספים ששילם הקונה למוכר (עד הסכום הנקבע בכתב הערבות) "במקרה שלא יוכל המוכר להעביר לקונה בעלות או זכות אחרת בדירה כמוסכם בחוזה" המכר (ההדגשה הוספה). העילה למימוש הערבות קמה עם העדר היכולת של המוכר לקיים את מה שהתחייב לקיים בחוזה, ללא קשר לשאלה אם הקונה המחזיק חלק מזכויותיו על פי אותו חוזה למאן דהו אחר. ודוק: גם עילות פקיעת הערבות על פי סעיף 4 לנוסח כתב הערבות שבענייננו, אינן כוללות עילת פקיעה בגין העברה של חלק מזכויות הקונה לפי חוזה המכר. כך, כאשר כל בטוחות חוק המכר שקיבל הקונה הן ערבויות חוק המכר, בהחלט ייתכן שדרישת הבנקים שהוציאו את הערבויות שהקונה יעביר לכל אחד מהם את החלק היחסי הרלוונטי של זכויותיו לפי החוזה, לא תדלל אף אחת מערבויות חוק המכר. הקונה יקבל בחזרה את מלוא כספו ממימוש הערבויות – והבנקים מצדם יוכלו לנסות להקטין את עלויותיהם או אף להרוויח מהזכויות החוזיות של הקונה. בהמשך הדברים נראה כי המצב שונה כאשר אחת מבטוחות חוק המכר היא הערת אזהרה: במצב שכזה, הדרישה להעברת זכויות חוזיות עלולה להביא לדילול בטוחות. דילול כזה יש למנוע.

31. ראינו כי כאשר מדובר בערבות חוק המכר המבטיחה רק חלק מהכספים ששילם הקונה למוכר, לשון סעיפים 3(א)(5)(ב) ו-1(ג) לכתב הערבות, הדורשת העברת כל זכויותיו ובטוחותיו של הקונה בקשר לדירה, סותרת את תכלית חוק המכר ואת ההיגיון המסחרי שעליו הוא מבוסס. קרי - העברת כל זכויות הקונה בקשר לדירה לבנק מול החזר כל הכספים ששילם הקונה למוכר. נמצאנו למדים כי "חזקת התכלית" העולה מלשון סעיפים 3(א)(5)(ב) ו-1(ג) לנוסח כתב הערבות, נסתרת:

"חזקה זו - עם כל עוצמתה - נסתרת על-ידי התכלית (האובייקטיבית) העולה משאר חלקי החוזה, ומתוך קריאת החוזה כיחידה אינטגרטיבית...." (פסק דין אפרופים, בעמ' 315 לפסק הדין של המשנה לנשיא א' ברק).

בטרם קביעת התוצאה הפרשנית, נפנה לחזקת-תכלית נוספת, לפיה מטרת החוזה אינה עומדת בניגוד לחוק.

חזקת-תכלית: מטרת החוזה אינה עומדת בניגוד לחוק

32. עמדנו לעיל על חזקת-התכלית, לפיה מטרת החוזה אינה עומדת בניגוד לחוק. לענייננו, קמה חזקה שגם במצב שבו נוסח כתב הערכות שבנדון מבטיח רק חלק מהכספים ששילם הקונה למוכר, החוזה לא נועד להביא להפרת ההוראות הקוגנטיות של חוק המכר כנוסחו במועדים הרלוונטיים. חוק המכר קבע וקובע גם היום, הוראות קוגנטיות, עם עבירות פליליות לצדן, לפיהן על המוכר להבטיח את כל התשלומים ששילם הקונה למוכר בבטוחה לפי סעיף 2 לחוק. אם יפורש נוסח כתב הערכות כמחייב להעביר את כל זכויות הקונה בקשר לדירה לבנק, הקונה עלול למצוא את עצמו במצב שלא יוכל לממש את כל כתבי הערכות שמסר לו המוכר (או שלא יוכל לממש במלואם). במצב זה התוצאה תהא שכל הכספים ששילם הקונה אינם, בפועל, מובטחים, ומטרת החוק מסוכלת. חזקה היא שלנוסח כתב הערכות אין מטרה להביא למצב דברים זה.

התוצאה הפרשנית

33. כפי שהראינו, לשונם החד-משמעית של סעיפים 3(א)(5)(ב) ו-1(ג) לנוסח כתב הערכות שבנדון (יחד עם לשון הסעיפים בו המפנים אל סעיפים אלו), מקימה חזקה שיש לפרש את כתב הערכות באופן המחייב את העברת כל זכויות הקונה לידי הבנק כתנאי למימוש הערכות. ראינו כי כאשר כתב הערכות מבטיח את כל הכספים ששילם הקונה למוכר, בבסיס תנאי שכזה עומד היגיון עסקי אשר מקיים במלואה את תכלית חוק המכר. אולם, כשעמדנו על נוסח כתב הערכות בכללותו ראינו כי נוסח כתב הערכות נועד לשימוש גם כאשר כתב הערכות מבטיח רק חלק מהכספים ששילם הקונה למוכר. גם במצב זה העברת זכויות מסוימות של הקונה לבנק יכולה להתיישב עם ההיגיון העסקי ועם תכלית חוק המכר; זאת, אם התנאי מחייב העברת חלק יחסי של זכויות הקונה בקשר לדירה (כחס סכום כתב הערכות לסך התשלומים ששילם הקונה



למוכר), מבלי שהקונה יחויב להעביר חלק כלשהו של בטוחות אחרות שקיבל מכוח חוק המכר ומבלי שהעברת הזכויות תביא לדילול הבטוחות האחרות. אולם, אף שנוסח כתב הערבות נועד גם להבטחת רק חלק מהכספים ששילם הקונה למוכר (תשלום חלקי), לשון סעיפים 3(א)(5)(ב) ו-ג) לכתב הערבות לא הותאמה לכך. יוצא שבמצבים של כתב ערבות המבטיח רק חלק מהתשלומים ששילם הקונה למוכר, קיים "מתח" בין לשון הסעיפים ובין ההיגיון העסקי, תכלית חוק המכר והחזקה שמטרת החוזה אינה נוגדת חוק. להבנתי, לא מתבקש בשיטת הפרשנות שלנו, כברירת מחדל, שבמצב זה יש לזנוח את הלשון כליל. "ככל שניתן, ראוי לפרש את מסמך מתוכו על-פי הנאמר בו ועל-פי כתבו, לשונו ורוחו" (ע"א 655/82 גרובר נ' פרבשטיין, פ"ד מ(1) 738, 743 (1986), כמצוטט על ידי המשנה לנשיא א' ברק בענין אפרופים, בעמ' 307; ההדגשה הוספה). בענייננו, לשון החוזה, ההיגיון המסחרי, תכלית חוק המכר והחזקה בענין מטרה חוקית עומדים, כולם, על המאזניים יחד. עלינו לשאוף לפרשנות הרמונית, המקיימת, ככל שניתן, הן את הלשון, הן את ההיגיון העסקי והן את תכלית חוק המכר, תוך התאמת סעיפים 3(א)(5)(ב) ו-ג) שבנדון לנסיבות של הבטחת רק חלק מתשלומי הקונה. זאת, באמצעות השלמת חסר או תיקון הטכסט (ראו ענין אפרופים, החל מעמ' 320 לפסק דינו של המשנה לנשיא א' ברק). אין לכחד, כי כאשר התאמה כזו אינה מהווה אפשרות סבירה, לפעמים לא יהיה מנוס מלסטות כליל מלשון הסעיף הנדון. דא עקא, בענייננו ניתן גם ניתן להעניק משקל הן ללשון התנאי והן להיגיון העסקי העומד מאחוריו ולקיימם, באופן מותאם, המאפשר עמידה הן בתכלית חוק המכר, הן בהוראותיו הקוגנטיות. התוצאה הפרשנית היא, על כן, כי יש לקרוא את סעיפים 3(א)(5)(ב) ו-ג) לנוסח כתב הערבות כמתנים מימוש הערבות בהעברת החלק היחסי של הזכויות של הקונה לידי הבנק (לא כולל בטוחות אחרות שקיבל הקונה לפי חוק המכר), כיחס בין סכום כתב הערבות לבין סך התשלומים ששילם הקונה למוכר, וזאת, רק אם אין בכך כדי להביא לדילול בטוחות חוק המכר האחרות.

34. מתבקשת כאן הערה. חברי, השופט ס' ג'ובראן, סבר כי ההיגיון העסקי של התנאי בענין העברת זכויות הקונה בקשר לדירה לבנק קשור כל כולו למצב של בנק המממן את רכישת המקרקעין מושא הפרויקט. לדעתי לא בהכרח כך הוא. קיים היגיון מסחרי כללי יותר לערבות מעין זו שאינו מוגבל דווקא למצב שבו הבנק מימן את רכישת מקרקעי הפרויקט. היגיון מסחרי זה גם מאפשר, כפי שראינו, מתן תוקף (ולו תוקף מותאם) ללשון הסעיפים החוזיים הנדונים לצד קיום תכלית חוק המכר, והכל מבלי לשלול מהבנק זכויות חוזיות שיש בהן כדי להקטין את סיכוני העיסוק בהוצאת כתבי ערבות חוק המכר.

35. במקרה שבפנינו אותו החלק מתשלומי הקונים שלא הובטח בכתבי ערבות חוק המכר של בנק דיסקונט הובטח בהערת אזהרה, אשר במועד הרלוונטי (אך לא היום) נחשבה לבטוחה חוקית למלוא מחיר הדירה, גם אם הדירה טרם נכנתה. נעבור ונבחן את המשמעות של הנסיבות הפרטניות.

בנסיבות המיוחדות של מקרה זה, הערת האזהרה היוותה בטוחת חוק מכר חלקית, על חלק מתשלומי הקונה למוכר

36. בית המשפט קמא קבע, כמימצא שבעובדה, כי בשני המקרים הנדונים לפנינו, הערת האזהרה נרשמה לטובת הקונה לפני שהוצאו לו ערבויות חוק המכר. אמנם, סעיף 3 (בצירוף סעיף 4(א)(א1)) לחוק המכר כנוסחם כיום קובעים הוראה קוגנטית לפיה אסור למוכר לקבל כספים על חשבון מחיר הדירה החורגים מהשיעורים שנקבעו בתקנות, אלא אם כספים אלה הובטחו דווקא בערבות בנקאית או בביטוח (לפי סעיפים 1(1) ו-2 לחוק, בהתאמה). ואולם, במועדים הרלוונטיים לענייננו, ובטרם תיקון חוק המכר בשנת תשס"ח, לא היתה כל הוראה קוגנטית בענין הבטחת התשלומים דווקא בערבות בנקאית או בביטוח (ראו הצעת חוק המכר (דירות)(הבטחת השקעות של רוכשי דירות)(תיקון מס' 5), התשס"ח-2007, ה"ח 406, 407). סעיף 3 לחוק כנוסחו דאז קבע:

סייג לתשלומים  
 3. קונה של דירה, שהכספים ששילם או שעליו לשלם למוכר לא הובטחו כאמור בסעיף 2(1) או (2), לא יהא חייב בתשלומים על חשבון מחיר הדירה בשיעורים העולים על אלה שנקבעו בתקנות, על אף האמור בחוזה המכר.

כך, ההוראה בסעיף 3 לחוק לא היתה במועדים הרלוונטיים לענייננו הוראה קוגנטית, אלא הוראה שהעניקה לקונה טענת הגנה מפני טענת הפרת חוזה שהיתה יכולה לעלות מצד המוכר בגין אי תשלום במועד הקבוע בחוזה. עמדנו לעיל על כך שהבטוחות המפורטות בסעיף 2 לחוק, הכוללות, בין השאר, ערבות בנקאית והערת אזהרה, הן בטוחות חלופיות. כך, שלפני תיקון סעיף 3 לחוק (המחייב ערבות בנקאית או ביטוח עם תשלום מעבר לשיעור מסוים מתוך מחיר הדירה לפי שלבי התקדמות הבניה), רישום הערת אזהרה לטובת הקונה היה בגדר הגשמה מלאה של החובה הקוגנטית שלפי החוק. זאת, אף אם הקונה שילם את מלוא מחיר הדירה והבניה טרם החלה. אמנם הוראות החוק בטרם התיקון ראו ערבות בנקאית וביטוח כבטוחות עדיפות על-פני הערת אזהרה (ומכאן, בין היתר, ההוראה בסעיף 3 לחוק כנוסחו דאז שפטרה את הקונה מתשלום

מעבר לשיעור מסוים בהעדר ערבות בנקאית או ביטוח). אולם, ברי, לפי נוסח החוק דאז, כי מוכר שרשם לטובת הקונה הערת אזהרה לא הפר את החוק, גם אם הקונה שילם לו את כל מחיר הדירה בטרם החלה הבניה. ודוק: זו בדיוק היתה הסיבה לתיקון סעיף 3 בשנת תשס"ח, בו נקבעה לראשונה הוראה קוגנטית עם עונש לצדה המחייבת את המוכר, עם תשלום מעבר לשיעור מסוים ממחיר הדירה בשלב בנייה מסוים, להבטיח את הכספים דווקא בערבות בנקאית או בביטוח:

"הניסיון הוכיח כי מתוך אי ידיעה או מחשש לירידת ערך הכסף או בשל העדר אפיקי השקעה, רוכשי דירות אינם משתמשים בזכותם זו [להימנע מתשלום מעבר לשיעור הקבוע בתקנות – מ"נ]. מוצע על כן להפוך את הוראות הסעיף להוראות קוגנטיות ולאסור על המוכר לקבל מקונה תשלומי כספים על חשבון מחיר הדירה, בשיעורים העולים על אלה שנקבעו בתקנות, אלא אם כן הכספים הובטחו כאמור בסעיף 2(1) או (2) לחוק, וזאת על אף האמור בחוזה המכר" (ה"ח תשס"ח 406, 407).

במועדים הרלוונטיים לענייננו, אם כן, הערות האזהרה שנרשמו לטובת הקונים – לפני הוצאת הערבויות הבנקאיות – היו, בעיני ההוראות הקוגנטיות של החוק דאז, בגדר בטוחה "שלמה". הערת האזהרה לא היתה, בעיני ההוראות הקוגנטיות של החוק דאז, בגדר בטוחה חלקית בלבד. בעיני ההוראות הקוגנטיות של החוק דאז, הערת אזהרה יכולה היתה להיות בגדר בטוחה על כל מחיר הדירה.

37. אלא שבענייננו הערת האזהרה לא היוותה בטוחה למחיר הדירה כולה. בית המשפט קמא קבע, כמימצא שבעובדה, כי הערות האזהרה בענייננו נרשמו להבטחת חלק מהסכומים ששילמו הקונים למוכר (זאת, אף שמחוזי המכר עולה כי רק בחוזה של ב.שן הוסכם גם על הערת אזהרה וגם על ערבות חוק מכר, ואילו בחוזה בינר הוסכם על הערת אזהרה ותו לא, אך בפועל ניתנה גם ערבות). במלים אחרות: אף שהערת אזהרה, ככזו, חלה על 100% מהזכויות החוזיות של הקונה, המוכר והקונה בענייננו הסכימו כי ערכה של הערת אזהרה זו, כבטוחת חוק המכר, לא היה שווה לבטוחה המבטיחה 100% מהכספים ששילם הקונה למוכר. הערת האזהרה נועדה להבטיח את החלק ממחיר הדירה שלא הובטח בערבויות חוק המכר. כאשר המוכר והקונה הסכימו כי תינתן בטוחה נוספת על הערת אזהרה (ערבויות חוק המכר) – בטוחה נוספת שגררה עלויות נוספות – ועל רקע המעמד ה"נחות" של הערת אזהרה כבטוחת חוק מכר גם לפי נוסח החוק דאז, הכף נוטה לטובת מסקנה כי המוכר והקונה העריכו כי הערת האזהרה שווה פחות, כבטוחת חוק המכר, מבטוחה המבטיחה 100% מהכספים שהעביר הקונה למוכר. המסקנה היא, שנוכח הממצאים העובדתיים שנקבעו, העובדה

שאחת מבטוחות חוק המכר שקיבלו הקונים היתה הערת אזהרה אינה מצדיקה סטייה מהתוצאה אליה הגענו, לפיה אין לאפשר לבנק להתלות את מימוש ערבות חוק המכר בהעברת בטוחות חוק מכר אחרות, או חלקן, אליו.

יישום התוצאה הפרשנית בענייננו

38. כאמור לעיל, הפרשנות שאליה הגענו היא שבנק המנפיק כתב ערבות חוק המכר רשאי כעקרון לדרוש, כתנאי למימוש הערבות, העברת החלק היחסי של זכויות הקונה בקשר לדירה (כיחס בין סכום כתב הערבות לבין סך הכספים שהעביר הקונה למוכר), לא כולל בטוחות חוק מכר אחרות; כל זאת, רק במידה והעברת זכויות כאמור אינה מדללת את הבטוחות האחרות. כיצד יש ליישם פרשנות זו בענייננו?

39. ראשית, נתייחס להערות האזהרה שנרשמו לטובת הקונים. כזכור, מסקנתנו לעיל היתה שלמרות נוסח החוק דאז, הערות האזהרה שבענייננו לא היו בנסיבות המקרה דנן בגדר בטוחה "שלמה" למלוא מחיר הדירה, אלא הבטיחו רק את הכספים שלא הובטחו על ידי כתבי ערבות חוק המכר. על כן, המצב הוא שלכל קונה שבפנינו יש 2 בטוחות חוק מכר שונות, שכל אחת מהן מבטיחה חלק אחר של מחיר הדירה. מכאן, שיישום הפרשנות לפיה הבנק המתבקש לממש ערבות חוק המכר אינו רשאי לדרוש זכויות בבטוחות חוק מכר אחרות שהבטיחו כספים אחרים משמעו – שבנק דיסקונט אינו רשאי לדרוש זכויות בהערות האזהרה של הקונים.

40. ראינו כי בנק דיסקונט טען, כטענה חלופית, כי יש לאפשר לו לדרוש, כתנאי למימוש הערבויות, את החלק היחסי של זכויות הקונה בקשר לדירה, המשקף את החלק מתשלומי הקונה למוכר שהובטח בערבות חוק המכר. לטעמי אין לקבל טענה חלופית זו. ראינו לעיל כי עקרונית, הבנק רשאי לדרוש חלק יחסי של הזכויות החוזיות. אך זאת, רק אם דרישה זו אינה מביאה לדילול הבטוחות האחרות. בענייננו, הבטוחה האחרת היא, כאמור, הערת אזהרה. נניח, לצורך הדיון בהעברת זכויות חוזיות של הקונים ללא העברת זכויות בהערות האזהרה עצמה, ומבלי להכריע בדבר, כי למרות שברירת המחדל היא שהזכות להערת אזהרה עוברת יחד עם העברת הזכויות שאותן ההערה מבטיחה, העברת זכויות חוזיות ללא העברת זכויות בהערות אזהרה – אפשרית היא (ראו מיגל דויטש קניין, כרך ד 120 (2007) (להלן: דויטש)). בענייננו, העברת זכויות חוזיות כלשהן של הקונים לבנק דיסקונט תביא בהכרח לדילול הערות האזהרה. בשונה בכתב ערבות שערכו הכלכלי קבוע (בכפוף להצמדה) ערכה של הערת אזהרה מושפע מהזכויות החוזיות. אבאר.

41. ערכה הכלכלי של הערת האזהרה נובע מכך שהיא מונעת רישום עסקה נוגדת. המעוניין בהסרתה של הערת אזהרה זקוק או להסכמת הקונה או להליכים משפטיים, במסגרתם יורה בית המשפט על מחיקתה. בענייננו, בנק לאומי למשכנתאות בע"מ הלווה למר גולן (המנהל של החברה המוכרת) את הכספים לרכישת מקרקעי הפרויקט, ונרשם לטובת בנק לאומי למשכנתאות משכון על זכויותיו האובליגטוריות של מר גולן. כפי שצוין בפסק הדין של בית המשפט קמא, בנק לאומי למשכנתאות ביקש לממש משכון זה. אל מול בנק לאומי למשכנתאות עומדים הקונים. הקונים התקשרו עם החברה המוכרת שוודיה, אשר התחייבה לרשום על שמם דירות בבית משותף שיוקם בעתיד באותם מקרקעין, ונרשמו לטובת הקונים הערות אזהרה אשר הוחרגו מהמשכון. כל עוד הערות האזהרה רשומות, בנק לאומי למשכנתאות לא יוכל לרשום עסקה נוגדת במקרקעין. כפי שציין בית המשפט קמא, "נראה... כי על מנת לממש את המקרקעין בהליכי מימוש משכון, ייאלץ [בנק לאומי למשכנתאות] 'לפדות' את הערת האזהרה..., או להתחלק בדרך כלשהי עם בעלי הערות האזהרה לפדיון המקרקעין במסגרת הליכי מימוש" (סעיף 6 לפסק הדין). מכאן, שלהערת האזהרה יש ערך כספי עבור הקונים, שהוא פונקציה של יחסי הכוחות בין הצדדים. תיאורטית, ישנו סכום מירבי שבנק לאומי למשכנתאות יהיה מוכן לשלם על מנת "לנקות" מהמקרקעין את כל הזכויות בקשר לחוזה המכר לגבי דירה פלונית. במצב הנוכחי, שבו 100% מהזכויות החוזיות לפי חוזה המכר מוחזקות בידי הקונה, הסכום שבנק לאומי למשכנתאות יהיה מוכן לשלם צפוי להגיע לקונה עצמו, לבדו (ו/או הבנק למשכנתאות שלו). דא עקא, אם הקונה יידרש להמחות חלק מהזכויות החוזיות שלו לידי בנק דיסקונט כתנאי למימוש כתב ערבות חוק המכר, גם בנק דיסקונט יהיה רשאי לרשום הערת אזהרה לטובתו על המקרקעין בגין עסקה זו (ראו דויטש, בעמ' 121-122). כתוצאה מכך, הסכום שבנק לאומי למשכנתאות יהיה מוכן לשלם כדי לנקות מהמקרקעין את כל הזכויות בקשר לחוזה המכר, לא יהיה צפוי עוד להגיע כולו לידי הקונה לבדו, אלא יתחלק בין הקונה לבין בנק דיסקונט. כך, ערכה הכספי של הערת האזהרה עבור הקונה – יורד. הערת האזהרה, כבטוחות חוק המכר – תימצא מדוללת. מכאן שבנסיבות ענייננו, גם אין מקום לאפשר לבנק דיסקונט לדרוש זכויות חוזיות חלקיות כפי בקשתו החלופית כתנאי למימוש ערבויות חוק המכר.

42. לסיכום: להשקפתי נוסח כתב ערבות חוק המכר שבנדון מלמד שבנק דיסקונט רשאי כעקרון לדרוש, כתנאי למימוש הערבות, את החלק היחסי של הזכויות החוזיות של הקונה, לא כולל בטוחות חוק מכר. אולם, זאת רק אם אין בכך כדי לדלל את בטוחות חוק המכר האחרות. יישומה של פרשנות זו בענייננו הוא, שבנק דיסקונט אינו

רשאי לדרוש, כתנאי למימוש הערבות, את הערות האזהרה של המשיבים או חלקים מהן, והוא גם אינו רשאי לדרוש העברת זכויות חוזיות של הקונים אליו, נוכח הדילול שהדבר עלול לגרום לאותן הערות אזהרה. על כן מצרפת אני דעתי לדעת חברי השופט ג'ובראן. ולטעמי יש לדחות גם את הבקשה החלופית שהעלה הבנק לפנינו.

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיא א' ריבלין:

מסכים אני עם התוצאה שאליה הגיעו חברי, השופט ט' ג'ובראן והשופטת מ' נאור. בפועל, שני חברי מבקשים לברר את כוונת הצדדים בהתקשרות נשוא הערעור. באשר להנמקה – קרוב אני יותר לזו של חברתי השופטת מ' נאור, ועמדתי היא כי כתב הערבות זקוק להשלמה בשל הנסיבות העסקיות המיוחדות שאופפות אותו.

אף על פי שנוסח כתב הערבות בענייננו נועד לחול גם במקרה שבו הכתב מבטיח רק חלק מן הכספים ששילמו הקונים למוכר – סעיפיו לא הותאמו לכך. על כן, וביישמנו גם את החזקה שלפיה כוונת החוזה אינה באה לסתור את החוק, המסקנה היא כי הוראתו של הכתב השלם במקרה זה אינה כוללת העברה לבנק של כל זכויות הקונה בקשר לדירה.

כפי שמציינים חברי השופטת מ' נאור והשופט ט' ג'ובראן, מצב זה, שבו כתב הערבות משמש כבטוחה חלקית בלבד, בדרך כלל לא יתקיים עוד, שכן כיום קובע החוק איסור למוכר לקבל כספים על חשבון מחיר הדירה, מעבר לשיעורים שנקבעו בתקנות, אלא אם הובטחו הכספים בערבות בנקאית או בביטוח (סעיף 3 לחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעתם של רוכשי דירות), התשל"ה-1974).

המשנה לנשיא

נוכח כל האמור, הוחלט לדחות את הערעור. המערער ישא בשכר טרחת עורך הדין של המשיבים 1-3 בסך 50,000 ש"ח.

ניתן היום, ד' בניסן התשע"ב (27.3.2012).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיא