בית משפט השלום בתל אביב - יפו

רער"צ 43351-08-20 אליה נ' פפר

26 באוקטובר 2020

לפני כבוד השופט טל חבקין

המבקש:	**ציון אליה** ע"י ב"כ עוה"ד עודד רביבו ורועי שטינמץ
	נגד
המשיבים:	**1. עו"ד ישראל פפר ועו"ד מאיר אלזם, כונסי נכסים** בעצמם **2. עיריית ראשון לציון** ע"י ב"כ עו"ד מאיר אלזם **3. בנק הפועלים בע"מ** ע"י ב"כ עו"ד איתי רוזנברג **4. נקסט טאוור בע"מ** ע"י ב"כ עוה"ד אבי עמבר ואיתי שונשיין

<u>החלטה</u>

לפניי בקשת רשות ערעור על החלטת רשם ההוצאה לפועל בתל אביב (כב' הרשם שרון קרן) מיום 26.7.2020 בתיק הוצל"פ 01-65127-08-0 שדחתה את בקשת המבקש ("**אליה**" או "**החייב**") לפדיון משכנתה. בהחלטה נקבע שהפדיון שהציע אליה לאו פדיון הוא, כי אם עסקת מכר בינו ובין משקיע מטעמו להעברת זכויותיו במקרקעין המשועבדים לאותו משקיע, כשהן נקיות מכל זכות צד ג' לפי סעיף 34א לחוק המכר, התשכ"ח-1968. כזאת אין מקום לאפשר על גבה של המשיבה 4 ("**נקסט**"), אשר זכתה בהתמחרות במסגרת כינוס נכסים למימוש אותם מקרקעין.

<u>הרקע להגשת הבקשה</u>

1. ההליכים המשפטיים בין הצדדים (למעט נקסט, שהצטרפה אליהם לאחרונה) מתנהלים שנים מספר. לצורך הבנת התמונה אין מנוס מלסקור אותם יחסית באריכות. בהחלטה בע"א 5048/18 **אליה נ' פפר** (3.2.2018) סקר בית המשפט העליון (כב' השופט ג'ורג' קרא) את הרקע למחלוקת, ואשוב על עיקרי הדברים. בשנת 1999 אליה רכש מקרקעין הממוקמים בדרך המכבים 34 ומשה בקר 35 בראשון לציון, הידועים כחלקות 123 ו-124 בגוש 3942, מידי בעליהם הרשומים דאז. למימון הרכישה הוא נטל מהמשיב 3 ("**הבנק**") הלוואות שהובטחו בשעבודם. אליה לא פעל לרישום זכויותיו במקרקעין ולא הסדיר את חובותיו לרשויות המס שנוצרו עקב הרכישה. בחלוף שנים שבמהלכן החזיק במקרקעין והפעיל בהם אולמות אירועים, הוא נקלע לקשיים, לא פרע את חובותיו ובסופו של דבר נטש את המקרקעין. ביום 19.6.2008 פתח הבנק את תיק ההוצאה לפועל דנן למימוש השעבודים. ביום 28.11.2012 מונה עו"ד ישראל פפר לכונס נכסים ("**הכונס**"). בשלב מאוחר יותר, עם כניסת המשיבה 2 ("**העירייה**") לתמונה, מונה גם עו"ד מאיר אלזם לכונס

("**הכונסים**"). כחלק מקידום הליכי המימוש הופנה הכונס לרשום את המקרקעין על שם אליה. לשם כך הוא נדרש להסדיר את החובות לרשות המסים ולעירייה.

2. בשנת 2013 הגיש הכונס המרצת פתיחה שבה עתר להורות לעירייה ולרשות המיסים לנקוט צעדים שיאפשרו את רישום הבעלות במקרקעין על שם אליה, ושבירור חובותיו כלפיהן יעשה לאחר המימוש. כמו כן התבקש בית המשפט להורות על העברת הזכויות ברישום מהבעלים הרשומים לאליה (ה"פ 4796-08-13). בסופו של דבר הגיעו הכונס, העירייה ורשות המיסים להסדר פשרה שלפיו העירייה תרכוש את חובו של אליה כלפי הבנק ותיכנס בנעליו כנושה ובעלת השעבוד כפוף להפחתה בתשלום המיסים שחלים במימוש הנכס ("**הסדר הפשרה**"). בית המשפט המחוזי התבקש לאשר את הסדר הפשרה ולהורות על העברת הבעלות במקרקעין על שם אליה. אליה התנגד לכך.

3. בפסק הדין בהמרצת הפתיחה (מיום 12.11.2017) אישר בית המשפט המחוזי (כב' השופטת ע' ברקוביץ') את הסדר הפשרה, פרט לחלק המתייחס לאופן שבו ימומשו השעבודים, ונקבע כי הוראות בעניין זה יינתנו על ידי רשם ההוצאה לפועל. כמו כן הורה בית המשפט כי הזכויות במקרקעין ירשמו על שם אליה. עיקרו של פסק הדין נסב על טענתו של אליה שהמחאת החוב לעירייה מנוגדת לסעיף 45 לחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2003), התשס"ג-2002. לעניין זה קבע בית המשפט המחוזי כי מלשון החוק ותכליתו עולה כי הסעיף אינו אוסר את העברת החוב אלא קובע מגבלות לעניין גבייתו ואופן המימוש. יתר טענותיו של אליה נדחו משנמצא כי אין לקשור בין הסדר הפשרה לטענותיו המופנות כלפי העירייה.

4. אליה ערער לבית המשפט העליון (ע"א 5048/18). ערעור זה עודנו תלוי ועומד.

5. ביום 8.11.2018 (כשנה ממועד פסק הדין) אליה הגיש בקשה לעיכוב ביצועו. הוא טען כי מאז שניתן פסק הדין נקטו הכונסים, העירייה והבנק פעולות שונות כדי להוציא לפועל את הסדר הפשרה. על חלקן הוא ידע ואף הביע התנגדות בפני רשם ההוצאה לפועל. לטענתו פעולות אלה נעשו כהכנה למכירת המקרקעין בהליך מימוש השעבוד, צעד שיחסום את דרכו להשיג על פסק הדין. באותו שלב הייתה תלויה ועומדת עתירה מנהלית שאליה הגיש שבה כפר בחוב כלפי העירייה, וטענתו משליכה לשיטתו על פעולותיה במישור הסמכות ובמישורים אחרים.

6. ביום 3.2.2018 דחה בית המשפט העליון (כב' השופט קרא) את הבקשה לעיכוב הליכים בקבעו כי אין עניינו של פסק הדין במימוש המקרקעין או במכירתם. פסק הדין אישר את הסדר הפשרה למעט חלקו הנוגע למימוש השעבודים, ובמישור האופרטיבי הורה על רישום המקרקעין על שם אליה ועל המחאת החוב לעירייה, פעולות שכבר בוצעו. הליכי מימוש המקרקעין נעשים על פי הוראות רשם ההוצאה לפועל בהליך שהחל זה מכבר. הלכה למעשה עסקינן בבקשה למתן סעד זמני שימנע את מימוש המקרקעין עד להכרעה בערעור. נקבע כי מקומה הראוי של בקשה זו הוא בגדרו של הליך ההוצאה לפועל; וכי יש ממש בטענה שהשיהוי הניכר בהגשת הערעור והבקשה, חרף

החלטה הדוחה בקשה לעיכוב פסק הדין עד להגשת הערעור, מקים חשש לחוסר תום לב ולניצול לרעה של ההליכים המשפטיים, שכן במהלך פרק הזמן שחלף ננקטו צעדים ליישום הסכם הפשרה שהיטיבו עם אליה, כגון פירעון חובו לרשויות המס.

7. משביצוע פסק הדין לא עוכב, התקדמו הצדדים להסדר הפשרה במימוש המקרקעין: קרקע נרשמה על שם אליה; נרשמו משכנתאות לטובת העירייה; רשות המסים מחקה את העיקולים וההערות שהיו רשומים לטובתה, וזאת לאחר ששולמו לה סכומי כסף כתנאי למחיקה. כמו כן פרסמו כונסי הנכסים הזמנה להציע הצעות לרכישת המקרקעין וקיימו הליך התמחרות שבו נכחו אליה ומציעים אחרים.

8. בסוף ההתמחרות הגישו כונסי הנכסים לרשם ההוצאה לפועל בקשה להכריז על הצעתה של נקסט (בסך של 47,555,555 ש"ח) כזוכה בהתמחרות, ולאשר להם למכור לה את הזכויות במקרקעין לפי סעיף 34א לחוק המכר.

9. ביום 3.9.2019 הגיש אליה בקשה (שנייה) לסעד זמני עד להכרעה בערעור. ביום 3.9.2019 נתן בית המשפט העליון (כב' השופט י' עמית) צו ארעי לעיכוב הליכי המכירה עד החלטה אחרת. ביום 24.9.2019 התקיים דיון בבית המשפט העליון. הועלו הצעות להסדר, אך ההידברות העלתה חרס. ביום 25.9.2019 דחה בית המשפט העליון את הבקשה לסעד זמני, והסעד הארעי בוטל. בית המשפט העליון ציין בהחלטתו כי הוא מוכן להניח שהחייב יוכל לפדות את המקרקעין באמצעות צד שלישי אף לאחר התמחרות, וזאת כל עוד הסכם המכר עם נקסט לא אושר על ידי רשם ההוצאה לפועל.

10. ההליך בהוצאה לפועל נמשך. בהחלטות מיום 3.9.2019 ומיום 2.10.2019 ניתנה לאליה זכות להשיב לבקשת הכונסים בכל הקשור לסכום המכר ולהליך ההתמחרות, ולחלופין הוקנתה לו זכות לפדות את הנכס בתנאים זהים לאלו שהציעה נקסט.

11. על רקע זה בא אליה בדברים עם הכונסים, ובסופו של דבר הגיעו הצדדים (למעט נקסט) להסכם פשרה, על דעת העירייה (הנושה המובטחת), אשר לפיו אליה ינצל באמצעות מי מטעמו את זכות הפדיון, וירכוש את הזכויות במקרקעין לפי סעיף 34א לחוק המכר במלוא הסכום שהציעה נקסט (סעיף 1 להסכם הפשרה). עוד נקבע כי מתוך הסכום שישולם לשם פדיון המקרקעין, יוותר בידי אליה סך של שני מיליון ש"ח שמתוכו יוסדרו חובותיו לנושים השונים, לרבות במסגרת תיקי ההוצאה לפועל שנפתחו נגדו, והכל באמצעות רשות האכיפה והגבייה ("**הסכם הפשרה**"). עם אישורו של הסכם הפשרה יהיה בו כדי לסלק את טענות הצדדים זה כלפי זה, לרבות של חברות שבבעלותו של אליה, ובכלל זה יבוטלו שלושה הליכים תלויים ועומדים: (1) ת"א 57295-07-19: תובענה שהגיש אליה לביטול הסכם הפשרה שקיבל תוקף של פסק דין בהמרצת הפתיחה בטענה שהוא נסמך על מצגי שווא שהוצגו לבית המשפט; (2) עת"מ 18546-04-17: עתירה מנהלית שהגיש

אליה נגד העירייה בטענה לבטלות החוב כלפיה; (3) ע"א 5048/18: ערעור על פסק הדין בהמרצת הפתיחה.

12. ביום 12.12.2019 פנו הצדדים (למעט נקסט) לבית המשפט העליון בבקשה לאישור הסכם הפשרה במסגרת הערעור. הצדדים מנו את הטעמים הראויים לאישורו לשיטתם: מימוש זכות הפדיון נעשה באותם תנאים של הצעתה הזוכה של נקסט; הסכם הפשרה הושג בטרם נקסט הוכרזה כזוכה בהתמחרות; הוא יביא לסיום כל ההליכים המשפטיים שבין הצדדים, ויביא לוויתור כולל על טענות ותביעות; ישנה נושה מובטחת שנשייתה עולה על סכום התמורה, ולא קיימים נושים נוספים שעלולים להיפגע מסכום המכירה; הסכם הפשרה הקצה סכום של שני מיליון ש"ח לנושים הלא מובטחים של החייב. נקסט, שניתנה לה זכות טיעון בפני בית המשפט העליון אף שהיא לא צד לערעור, התנגדה לאישור הסכם הפשרה.

13. ביום 27.1.2020 החליט בית המשפט העליון (כב' השופט עמית) כי מאחר שנקסט אינה צד לערעור, הוא אינו רואה לאשר את הסכם הפשרה עד שרשם ההוצאה לפועל יכריע בשאלה אם יש מקום לאשר את נקסט כזוכה.

14. הצדדים שבו לרשם ההוצאה לפועל. ביום 29.1.2020 הגישה נקסט בקשה לאשרה כזוכה. בו ביום הגיש אליה הודעה על מימוש זכות הפדיון בהתאם להסכם הפשרה. ביום 4.2.2020 דחה הרשם את בקשת נקסט להכריז עליה כזוכה, והתיר לכונסים לקדם את הליך הפדיון. בהחלטה נוספת מיום 5.2.2020 הטעים הרשם כי אליה הוא בעל הנכס, וזכותו לפדות את הנכס בהתאם להוראות הדין, לרבות לפנות למקורות מימון כדי להציל את נכסיו. מנגד אין לנקסט זכות לבחון מהיכן יפדה את נכסו.

15. ביום 6.2.2020, לאחר שהצדדים עדכנו את בית המשפט העליון על החלטת הרשם, החליט בית המשפט העליון (כב' השופט עמית): "בעקבות החלטת הרשם מיום 4.2.2020, אין לכאורה מניעה לאשר את הסכם הפשרה אליו הגיעו הצדדים וליתן לו תוקף של פסק דין. עם זאת, ולמען הזהירות, הדבר ייעשה כאשר החלטת הרשם תהפוך חלוטה".

16. ביום 9.2.2020 הגישה נקסט בקשת רשות ערעור על החלטת הרשם ובקשה לעיכוב ביצוע (רער"ץ 22537-02-20). נקסט טענה, בעיקרו של דבר, שהחלטת הרשם לא התייחסה לטענתה שלפיה אליה אינו פודה את הנכס, אלא מוכר את הזכויות בו לצד שלישי באופן שעוקף את מנגנון ההתמחרות שלא כדין. טענותיה נסמכו על פסיקה של בתי המשפט המחוזיים שקבעה שזכות הפדיון היא זכות אישית של החייב, ושיש להפעיל את זכות הפדיון בתום לב. אליה התנגד לבקשה. הוא הדגיש את יתרונותיו הרבים של הסכם הפשרה כמו גם את הרוח שנשבה מבית המשפט המחוזי ומבית המשפט העליון בנושא זה. הכונסים התייצבו לימינו של אליה. אף הם הדגישו את יתרונותיו הרבים של הסכם הפשרה אשר יוביל לסיום התדיינות רבת שנים.

17. ביום 29.2.2020 התקיים דיון בבקשת הרשות לערער. בסופו הציע בית משפט השלום כי החלטת הרשם תבוטל; תוגש בקשה חדשה לאשר את הפדיון שתכלול מתווה מלא לעניין אופן המימון, והתייחסות לכל השיקולים העובדתיים והמשפטיים שצריך להתחשב בהם, לרבות לפסיקה שבית המשפט הפנה אליה בפרוטוקול הדיון; יוגשו תשובה ותגובה לתשובה; יתקיים דיון; ותינתן החלטה חדשה ומנומקת בלא שהרשם יהא כבול בהחלטתו הקודמת. הצדדים הסכימו להצעת בית המשפט, והיא קיבלה תוקף של פסק דין.

18. הצדדים חזרו לרשם. הגישו טיעונים. התקיים דיון שבו ניסה הרשם להביאם להסכמות, ללא הועיל.

<u>ההחלטה מושא הבקשה לרשות ערעור</u>

19. ביום 26.7.2020 נתן הרשם החלטה מפורטת ומנומקת שלא הותירה אבן לא הפוכה. ההחלטה נפתחה בהצגת השאלות שיידונו בה כפי שנקבע בערכאת הערעור. לאחר מכן סקר הרשם בהרחבה את טענות הצדדים, וכן הצעות מאוחרות שהציע אליה לצורך מימוש הסכם הפשרה, הצעות שנקסט התנגדה להן. בפתח פרק הדיון ציין הרשם כי לא בכדי הוא טרח לסקור את טיעוני הצדדים בפירוט רב. מטרתו הייתה להבהיר את מורכבות התיק מבחינה אנושית דווקא ולא מבחינה משפטית. מדובר בתיק רב שנים ובעל הליכים מרובים, כשבסופו של דבר עומדות זו מול זו זכויות החייב בנכס היחיד שנותר לו למימוש, כאשר מדובר באדם מבוגר, שקוע בחובות עד צוואר, וכל שהוא מבקש הוא להגיע לעסקה שתמקסם את תועלתו תוך סילוק חובותיו. מולו ניצבת הזוכה בהתמחרות הרואה בנכס הזדמנות עסקית, שהשתתפה כדין בהליך התמחרות על נכס, זכתה בו, היא נאבקת על הצעתה ומבקשת ודאות ומשחק הוגן של הליך המכר בלא שיתאפשר להערים עליה (פסקה 154 להחלטה). הרשם ציין כי בהחלטותיו מיום 4.2.2020 ו-5.2.2020 הוא קבע כי ניתן לקדם את הסכם הפשרה, שכן טרם ניתן אישור למכר והצדדים לא הגיעו לנקודת ה"אל חזור" המחייבת העברת הנכס לזוכה בהתמחרות. הוא סבר שלא היה מקום שיתערב בהסדר המתגבש בבית המשפט העליון, שאמור להיות מאושר שם, ורק לאשר את היתכנותו של פדיון בשלב זה של ההליכים. אלא שערכאת הערעור סברה אחרת, והורתה להרחיב את הדיון בעניין אופיו של הפדיון, ולבחון על בסיס מסד נתונים עובדתי ומשפטי שיציג אליה אם הפדיון עומד בדרישות הדין. משהבהירו הצדדים כי הם מודעים לכך שהחלטתו המשלימה של הרשם עלולה לשבש את הסכמותיהם שבהסכם הפשרה, בא הרשם למסקנה כי אין מנוס מלהתערב בתוכן ההסכם. זאת מהטעם שאופי הפדיון ודרך הפעלתו בסעיף 1 להסכם הפשרה הם שגויים ולא ניתן ליישמם (פסקה 156 להחלטה).

20. הרשם פנה לדון בזכות הפדיון לאחר סיום הליך התמחרות: מהותה והיקפה. הוא ציטט את סעיפים 13 ו-14 לחוק המשכון, התשכ"ז-1967, ועל רקע סעיפים אלה מנה חמש שאלות לדיון: (1) אם זכות הפדיון קיימת כל עוד לא אושר המכר; (2) אם זכות הפדיון היא אישית או שמא ניתנת להמחאה; (3) אם יימצא שזכות הפדיון ניתנת להמחאה, אם יכול הנמחה לרכוש זכויות טובות יותר משל הממחה; (4) אם זכות הפדיון משמעה תשלום וסילוק המשכון כלפי בעל המשכון בלבד, שמא

הפדיון יכול "לנקות" את הנכס מיתר העיקולים; (5) על רקע המענה לשאלות האמורות, מה מידת התאמתו של סעיף 1 להסכם הפשרה אל מול תשובות אלו והוראות הדין, ואם אליה מציג הצעת פדיון קונקרטית ומסוימת.

21. אשר לשאלה הראשונה, קבע הרשם שבשלב זה – כל עוד לא הוכרז זוכה והמכר לא אושר – זכות הפדיון עדיין קיימת. נקודת ה"אל חזור" חלה רק לאחר אישור המכר. הרשם ציין כי הצדדים לא חלוקים בשאלה זו, ועל כן אין מקום להרחיב בה.

22. אשר לשאלה השנייה, קבע הרשם כי זכות הפדיון אינה אישית אלא ניתנת לביצוע גם על ידי גורם מעוניין וכן ניתנת להמחאה לצד שלישי. בהקשר זה הזכיר הרשם כי המשכנתה בתיק שלפניו כבר נפדתה פעם אחת על ידי הזוכה עצמה (העירייה), כאשר שילמה את החוב לבעל המשכנתה המקורי (הבנק) בהתאם להסדר שגובש ביום 17.1.2018, ובמסגרת אישור של בית המשפט המחוזי שהכריע במחלוקת בין הבנק לעירייה לעניין החובות כלפיו. בפסק הדין בהמרצת הפתיחה קיבלה העירייה את תפקיד הזוכה, באה בנעליו של הבנק, והמשיכה בהליך ההתמחרות ומימוש הנכס. החייב התנגד להליך זה ואף הגיש ערעור לבית המשפט העליון. ערעור זה תלוי ועומד. על רקע זה קבע הרשם: "דא עקא שהסיטואציה המוזרה שקורית כעת, היא כי החייב, שכאמור טוען כי הוא מבקש לעשות למעשה את אותו הדבר (ואף להוסיף עליו, כפי שיפורט בהמשך), התנגד לפעולה שנקטו הזוכה (העירייה) ובנק הפועלים, עת רכשה הזוכה את המשכנתא ונכנסה בנעליו של הבנק" (פסקה 164).

23. הרשם קבע שזכות הפדיון ניתנת להמחאה בהתאם לסעיפים 13 ו-14 לחוק המשכון, והיא עומדת לכל מאן דהוא שסבור כי ייפגע מהמשכון או ממימושו. עבירותה לא הוגבלה בהוראות חוק המשכון או בהוראות חוק ההוצאה לפועל. הוא מצא תימוכין למסקנתו בספרות ובפסיקה. הוא ציין כי נקסט טוענת למעשה שבכך שהחייב ממחה את זכות הפדיון לצד ג' ומבקש להעביר את הנכס על שמו, יש כדי לעקוף את הליכי ההתמחרות. כלומר, אין מניעה גם מבחינתה שהחייב יקבל מימון לצורך הפדיון ובלבד שלא תומחה זכותו האישית לצד ג' באופן שהממן ייכנס בנעלי החייב והזכויות יועברו על שמו של הממן. "נדמה כי קריאה נכונה של טיעוני הצדדים מעלה כי קיימת הסכמה בין שני הצדדים כי בזכות הפדיון קיימת זכות המחאה לצד שלישי, אך אין בהמחאה זו כדי להקנות לנמחה זכויות טובות יותר מהממחה" (פסקה 173). מאחר שכל מי שנפגע ממימוש המשכון או הטלתו רשאי לפעול לפדיון המשכנתה, כאמור בסעיף 13(א) לחוק המשכון, הרי שכל צד ג' כזה אינו צריך את הסכמתו של החייב. הוא יכול לעשות זאת בעצמו בהסכם עם בעל המשכון. כך היה בין הבנק, הזוכה הראשון בתיק, ובין העירייה שסילקה את המשכנתה של הבנק ונכנסה בנעלי הזוכה. מכאן שעבירותה של זכות הפדיון קיימת אך מוגבלת: אין היא מונעת כניסתו של צד ג' בנעלי הממשכן, אך לא בנעלי החייב כבעלים של הנכס שזוכה כעת לבעל משכון חדש, שכן צד ג' רשאי לחזור בתביעה למימוש המשכון נגד החייב. הרשם ציין כי אין במסקנתו משום סתירה לפסקי דין שניתנו בבתי המשפט המחוזיים. באותם מקרים נשללה המחאה של זכות הפדיון – לא משום שלילת הזכות להמחות את זכות הפדיון, אלא משום שמאחורי הפדיון הסתתרה עסקת מכר סיבובית

שבסופו של דבר באה לעקוף את תוצאות ההתמחרות ומשמעותה הייתה ניתוק זיקתו של החייב מהנכס. הדבר אומנם אינו פוגע בחייב או בנושה, אך פוגע בציפייה הלגיטימית של הזוכים בהתמחרות והוודאות הנדרשת בהליך זה, וזאת כדי שלא תיפגע אמינותו. קונה שמגיע במסווה של פודה, אינו פודה ולא ניתן להמחות לו זכות אישית זו אם אלה פני הדברים.

24. השאלה השלישית שנדונה היא אם הנמחה יכול לקבל זכויות טובות יותר מאלו של הממחה בהליך של המחאת זכות הפדיון. חוק המחאת חיובים, התשכ"ט-1969 מבהיר כי אין בהמחאת הזכות כדי לשנות את הזכות או את תנאיה (סעיפים 2 ו-6 לחוק). זכות הפדיון היא אמנם עבירה, איך אין בהעברתה כדי להקנות לנעבר זכות טובה מזו של המעביר. זכות הפדיון היא זכות לסלק רק את המשכנתה על ידי החייב או צד שלישי. במקרה שפדיון נעשה על ידי החייב, תימחק המשכנתה. במקרה של פדיון על ידי צד שלישי, הוא יבוא בנעלי בעל המשכנתה שסולק כלפיו החוב מושא המשכון. אין זכות הפדיון מאפשרת להמשיך ולהעביר זכויות על שם הפודה ובוודאי שלא העברת זכויות תוך מחיקת כל העיקולים שבאו לפני או אחרי לפי סעיף 34א לחוק המכר. פדיון אין משמעו רכישה. החייב לא יכול להמחות יותר ממה שיש לו. הדין אינו מאפשר לחייב לרכוש את הנכס בשלב זה שלאחר התמחרות אם לא השתתף בהתמחרות עצמה, ומכאן שגם אינו יכול להמחות זכות זו. הדין מאפשר לחייב לפרוע את המשכנתה ולסלקה באמצעות הליך הפדיון, אך לא מעבר לכך. המחאת זכות זו יכולה אף היא להיעשות ובלבד שהנמחה לא קונה זכות טובה מזו של הממחה. לפיכך קבע הרשם כי לחייב או מי שבא בנעליו אין אפשרות אלא לפרוע את החוב מושא המשכנתה. הא ותו לא (פסקות 179-186 להחלטה).

25. השאלה הרביעית שבה דן הרשם היא אם זכות הפדיון יוצרת אפשרות להעברת הבעלות על שם הפודה תוך שימוש בסעיף 34א לחוק המכר. הרשם ציין כי במסגרת פדיון המשכנתה, מסלק החייב את המשכנתה וזו "נעלמת" מנסח הזכויות. כל יתר הזכויות: הבעלויות, העיקולים, הערות האזהרה וזכויות צד ג' אחרות – נותרות על כנן. הדברים ברורים וידועים, והצדדים אינם חולקים עליהם. מכאן שהצעת הפדיון שאליה מציע אין לה על מה שתסמוך. פדיון אינו רכישה, וכשם שהחייב אינו יכול לקבל במסגרת פדיון אישור זכויות "נקי", כך גם לא יכול לקבל זאת צד ג' אם לא ניקה את הזכויות בעצמו ולא קיבל המחאת זכות המאפשרת לו לעשות זאת. "זו איננה פעולת הפדיון והדברים (צריכים להיות) ברורים ביותר" (פסקה 190 להחלטה). הרשם הטעים [פסקות 192-191. מספרי פסקות הוסרו מהציטוט]:

> יש לזכור כי פידיון הנכס בא בשלב שלאחר ההתמחרות, כאשר המציעים התאמצו לעמוד בתנאי ההתמחרות, הציבו ערובות בנקאיות והשתתפו בהתמחרות. לא יעלה על הדעת כי לאחר ההתמחרות תובא הצעה חדשה במסווה של פידיון ולמעשה היא מבקשת לאפשר לחייב יחד עם עוד גורם לרכוש את הנכס, להעביר בעלות בו על שם מאן דהוא ולמרק את אישור הזכויות מכל המעקלים.
> זו למעשה עקיפה בוטה של הליך ההתמחרות, פגיעה אנושה באמינות ובוודאות ההליך [...]

26. הרשם ציין כי במקרים שבהם באה הצעה גבוהה משמעותית מההצעה הזוכה, ניתן לערוך התמחרות נוספת, ובלבד שאיחור או אי-הגשת המסמכים מטעמו של המציע החדש כמו היעדר התייצבותו להתמחרות נעשו בתום לב, וכי יש בהצעה החדשה שיפור של ממש מההצעה הזוכה לטובת כלל הנושים. התמחרות שכזו צריכה להיעשות במשורה, לאחר שקילת כלל הנתונים וככלל היא באה סמוך לאחר התמחרות, כאשר הזוכה טרם הסתמך על זכייתו. מסקנת הרשם הייתה (פסקה 194):

> מכאן שהצעת הסדר הפשרה שבפניי בעצם מנסה לעקוף את תוצאות ההתמחרות ובעצם מבצעת מעקף של הכרעה אם לערוך התמחרות נוספת בין המציע החדש לבין הזוכה בהתמחרות, על ידי כינויו של ההליך "פידיון", בה בשעה שלמעשה מדובר בבקשה חדשה לאישור מכר, והכרזתו של זוכה חדש בהתמחרות, תוך רמיסת זכויות הזוכה בהתמחרות, שלא בצדק. כל זאת מאחר וחרף זיקתו של החייב לטענתו לנכס, הנכס יועבר על שם המשקיע ו/או מי מטעמו על פי הסדר הפשרה. כאמור, זאת לא הייתה "כוונת המשורר". לא ניתן להעביר זכויות על שם המשקיע ב"ניקוי" כל העיקולים, כפי שלחייב לא הייתה אפשרות לעשות כן.

27. על רקע דברים אלה פנה הרשם לשאלה החמישית: אם סעיף 1 להסכם הפשרה עומד בתנאי הפדיון, והאם לפנינו פדיון קונקרטי וסופי. סעיף 1 להסכם הפשרה קובע: "המערער ינצל באמצעותו ובאמצעות מי מטעמו את זכות הפידיון של הנכס וירכוש את הזכויות במקרקעין בהתאם לסעיף 34א' לחוק המכר, תשכ"ח-1968". לנוכח הניתוח עד הנה, קבע הרשם, כי סעיף זה אינו עולה בקנה אחד עם משמעות המונח פדיון. המדובר למעשה בבקשה לאישור מכר כאשר בתמורה לסילוק סכום משכון בסכום ההצעה הזוכה בהתמחרות יועברו הזכויות לחייב ומי מטעמו כשהן נקיות מכל עיקול ושיעבוד. סעיף זה אינו יכול לקום על פי הגדרת המילה פדיון.

28. הרשם שב והבהיר כי לכך התכוון בהחלטתו מיום 5.2.2020 כשקבע כי ניתן בשלב זה לאפשר את הפדיון ככל שהוא עומד בהוראות כל דין. הצדדים הביאו נוסח זה בפני בית המשפט העליון, וניתנה שם זכות טיעון לנקסט. הרשם סבר שנכון שהעניין יוכרע שם, בעקבות קביעתו שטרם הגיע המועד לאישור המכר. זאת מאחר שבמסגרת הסכם זה נכללו הליכים רבים מחוץ לפריזמה הצרה של תיק המימוש שלפניו, ובייחוד כאשר ניתנה זכות טיעון לנקסט לפני הערכאה שההסכם הובא לאישורה.

29. שאלה נספחת לשאלה זו היא אם הוגשה לרשם הצעת פדיון סופית ומסוימת שתעביר את הכסף כנגד הפדיון ובאופן מהיר או שייתכן שעלולים לצוץ קשיים בגיבוש ההסכמות בין אליה ובין המשקיע מטעמו, דבר שעלול להביא את הכונסים אל פי תהום: גם ההצעה הזוכה בהתמחרות בוטלה וגם הצעת הפדיון תיפול. הרשם ציין כי כאשר חייב או מי מטעמו או צד שלישי מבקשים לפדות משכנתה, הצעת הפדיון חייבת להיות סופית ומוחלטת, מוגדרת בזמן קצוב, שלא ניתן לגרור אותה, תוך מתן ודאות לכלל הנושים כי המשכנתה תסולק והם לא יינזקו כתוצאה מביטול הליך ההתמחרות. מכתבי הטענות של הצדדים עולה שלא ניתנה אמירה ברורה וסופית של החייב כי יש

בידו את הכסף לפדות את הנכס תוך זמן קצוב, אלא הוא מציג מתווה בינו ובין המשקיע בדמות הסכם עקרונות. ההסכם אינו סופי ומוחלט, וחשוף לקשיים וסכנות של היעדר התממשותו. גם הכונסים הביעו חשש, ולשיטת הרשם בצדק, שמא הפדיון לא יעלה יפה באמצעות שיתוף הפעולה בין החייב והמשקיע, וקיים חשש סביר כי הנושים יצאו קרחים מכאן ומכאן.

30. לסיכום הניתוח המשפטי קבע הרשם כי הסכם הפשרה אינו מביא פתרון של ממש ותשובה לזוכה בהתמחרות, ושבכל הכבוד הראוי, היה בו כדי לנסות לעקוף ו"לנפנף" את הזוכה בהתמחרות, בשים לב לעניין אופי הפדיון המוצע, שאינו אלא למעשה הצעת רכישה חדשה של הנכס. הפסיקה שדנה במצבים של ניתוק הזיקה לנכס לא אישרה "פדיון" כזה. כאן אליה מנסה לטעון כי הזיקה אינה מתנתקת והוא נותר שותף ויקבל רווחים, אך מנגד הוא מבקש להעביר את הזכויות על שמו או על שם המשקיע בניכוי כל העיקולים והשעבודים, ולא זו הדרך לעקוף את תוצאות ההתמחרות. "היא רומסת ברגל גסה את זכויותיה של הזוכה בהתמחרות שלא כדין". על כן הרשם שב על החלטותיו מיום 4.2.2020 ו-5.2.2020 שלפיהן זכות הפדיון עדיין קיימת בהתאם להוראות כל דין, אך משנקבע שיש לבחון את אופי הפדיון (ואין מקום לעשות זאת בבית המשפט העליון), יש לקבוע כי בהצעת הפדיון שהובאה לפתחו אין פדיון קונקרטי בהתאם להוראות הדין.

31. בשלב זה דן הרשם בשאלה אם יש מקום לבחון את הסכם הפשרה כהצעה חדשה של אליה עם משקיע נוסף, ולהעדיפה על הצעתה של נקסט. הרשם ציין כי ניתנו לאליה אורכות לפדות עת הנכס עד יום 3.9.2019. המשקיע מוכן לממן את הרכישה באותו סכום שמציעה הזוכה בהתמחרות. רק שבמסגרת ההסדר בין החייב לנושיו, מוצע כי יעברו הזכויות על שם המשקיע או אליה או מתווה אחר שיושג. אליה לא ביקש לערוך התמחרות נוספת, אפשרות שהיה ניתן לדון בה, אלא להכיר בהצעתו כהצעה טובה יותר שתוכרז כזוכה במקום הצעת נקסט. הרשם דחה אפשרות זו בנימוק שכאשר מדובר בהצעה שבאה לאחר התמחרות ובטרם אישור מכר, הרי שהיא צריכה להיות הצעה גבוהה ממשית ביחס להצעה שזכתה. הצעה כמו זו שאליה הציע צריכה לעבור הליך התמחרות נוסף, ואין מקום לאפשר הכרזה עליה כזוכה תוך התעלמות מכל ההצעות ומהליך ההתמחרות, שהרי הדבר גורם לביטול זכויותיה של הזוכה שגם עליהן יש להגן במסגרת "המשחק" בין זכויות הצדדים השונות.

32. יתר על כן, גם אם אליה היה מבקש לערוך התמחרות נוספת, הרי שלא היה לכך מקום מאחר שאין בהצעה הנוכחית כדי להגדיל את שווי מימוש הנכס. יש בה אפשרות להגיע להסדר בין אליה לנושיו על בסיס אותו סכום, מבלי שברור כי הנושים מסכימים לה מראש. לכך אין ליתן יד בשלב כה מאוחר לאחר התמחרות. אומנם אין להתעלם מיתרונותיה של ההצעה כהסדר חוב, מבחינת החייב ומצבו הכלכלי, אך יש לעשות זאת באיזון נכון, ובהצעתו אין פתרון לפגיעה בזכויות הזוכה בהתמחרות. על כן אין היא מאוזנת.

33. בסיכום הדברים קבע הרשם כי אף שלאליה יש עדיין אפשרות לפדות את הנכס, הרי שלמרבה הצער אין לפניו הצעת פדיון סופית ומוחלטת לפיה יפדה אליה או מי מטעמו את הנכס תוך

זמן נתון. העברת הכספים שהסכם הפשרה מבקש לבצע אינו אלא עסקת מכר שאליה מעורב בה, וזו תלויה בהסכמה לא לגיטימית בין החייב ובין משקיע מטעמו להעביר את הזכויות על שם המשקיע או החייב כשהן נקיות מכל זכויות צד ג' לפי סעיף 34א לחוק המכר. זאת, כאמור, לא ניתן לראות כהצעת פדיון. בדיון עצמו הציע הרשם דרך חוקית ועניינית שתאפשר את קידום המהלך שבבסיסו פדיון המשכנתה, ולטענו יהא בכך כדי לקדם את ההליך נכון ולטובת כלל הצדדים: אליה, באמצעות מימון המשקיע, יפדה את המשכנתה בסכום ההצעה הזוכה וייכנס בנעלי הזוכה (העירייה). כתוצאה מכך ניתן יהיה לבטל את תוצאות ההתמחרות. אז יוכלו אליה והמשקיע לנסות ולבוא בדברים עם יתר הנושים כדי להסיר את כל העיקולים הרובצים על הנכס, ובהיעדר הסכמה כזו, המשקיע יהפוך לזוכה החדש בתיק (כפי שנעשה קודם לכן בין הבנק והעירייה). כונסי הנכסים יצאו להליך התמחרות נוסף שבמסגרתו המשקיע, כזוכה החדש בתיק, יהיה רשאי להצטרף למציעים שיגישו הצעותיהם, תקופים התמחרות כדין, וככל שהמשקיע יזכה בה, יוכל לקזז את סכום הרכישה מסכום החוב, ולהעביר את הזכויות על שמו לפי סעיף 34א לחוק המכר. אם יפסיד, הרי שחובו מובטח בהיותו נכנס בנעלי הנושה המובטחת מדרגה ראשונה. ניתן גם לקצר את הדרך ולאשר את ההסכם תוך פיצוי לזוכה בהתמחרות על כל ההליכים שנוהלו. זאת כדי שתסיר התנגדותה. ברם ניתן להבין שהפער בין הצדדים גדול, וכי הזוכה בהתמחרות עומדת על פיצוי משמעותי, שאין החייב או המשקיע הנוסף מוכנים לשלם.

34. התוצאה, קבע הרשם, היא שיש מקום לאשר את המכר בין אליה ונקסט. ברם מאחר שמדובר בתוצאה "הרת אסון", כדבריו, לאליה, שאין להקל בה ראש, והמשמעות של מכר הנכס לנקסט לא תביא אלא לכך שהחובות יוותרו בעינם ולא יהיה במכר כדי לסלקם, הרשם נתן לאליה ארכה אחרונה להודיע על פדיון המשכנתה ללא כל תנאי. התשלום יבוצע עד יום 1.9.2020. אם המשכנתה לא תיפדה, הרי שהכונסים יגישו בתום המועד בקשה חוזרת לאישור המכר של הנכס בסכום ההצעה הזוכה, וזו תאושר. הרשם שב וקרא לצדדים לנהל משא ומתן על פיצוי הזוכה, לגלות גמישות, ולקדם את הסכם הפשרה בבית המשפט העליון בלא שתיפגענה זכויות של איש במהלך המימוש.

<u>הבקשה לרשות ערעור</u>

35. הבקשה לרשות ערעור נסמכת על שלושה אדנים עיקריים: הראשון, על ההיבט האישי בעניינו של אליה בדגש על המזור שהסכם הפשרה יביא לדאבו, וישים סוף לשנים ארוכות של התדיינות; השני, על היתרונות העצומים שהסכם הפשרה יביא ושירדו לטמיון אם הוא לא יאושר; השלישי (שקשור בקודמיו) על התבטאויות של המותבים השונים שליוו את ההתדיינות: בית המשפט המחוזי בהמרצת הפתיחה, בית המשפט העליון והרשם, אשר סברו כולם שפדיון הנכס על ידי החייב הוא פתרון ראוי ועדיף. נטען שהרשם עורר מיוזמתו שאלה משפטית שהוא לא התבקש לדון בה, התערב בתוכנו של הסכם הפשרה ולמעשה סיכל אותו. זאת על אף שהסכם הפשרה מונח לפתחו של בית המשפט העליון. על כן נטען כי הכרעה בתוקפו לא הייתה נכונה ואף לא בסמכותו. עוד נטען כי הרשם קצב לאליה סד זמנים קצר ביותר לבצע את הפדיון. זאת שעה שעמד לרשות הזוכה בהתמחרות פרק זמן של 60 יום לביצוע התשלום. במישור המשפטי, בבקשה נטענות חמש

טענות: (1) הרשם חרג מסמכותו משום שהוא לא היה אמור לעסוק בסוגיית סעיף 34א לחוק המכר, סוגיה המצויה בהסכם הפשרה המונח לפתחו של בית המשפט העליון, כפי שסבר הרשם עצמו; (2) לגופו של עניין לא הייתה מניעה להחיל את סעיף 34א לחוק המכר, שכן לא תיגרם כל פגיעה בנושיו של אליה כתוצאה מהחלתו. ההיפך הוא הנכון: הסכם הפשרה דווקא מיטיב עמם, שכן במסגרתו מופרשים שני מיליון ש"ח לטובת הנושים הרגילים על חשבון הנושה המובטח; (3) הרשם לא דן בשיקולים שנדונו בע"א 2000/01 **בן בסט נ' הנאמנה בפשיטת רגל על נכסי בן בסט**, פ"ד נט(1) 481 (2004) על אף שבית משפט זה הנחה אותו לדון בכך; (4) לחלופין היה על הרשם לאשר את הצעת המשקיע מטעם אליה בדרך חלופית – בתורת "הצעה גבוהה שנתקבלה לאחר התמחרות"; וזאת לנוכח ההטבות הכלכליות האדירות הגלומות בהצעת המשקיע, הצעות שאינן כלולות בהצעה של נקסט. מבחינה כלכלית, הצעת המשקיע גבוהה יותר מהצעתה של נקסט בכשישה מיליון ש"ח. במסלול חלופי זה אין חולק שאפשר היה לאשר את ההצעה הזוכה במסלול לפי סעיף 34א לחוק המכר.

<u>בקשה (נוספת) לאישור הסכם הפשרה בבית המשפט העליון</u>

36. במקביל להגשת הבקשה לרשות ערעור, אליה הגיש בקשה נוספת לאישור הסכם הפשרה לבית המשפט העליון. על כן החליט בית משפט זה כי יש מקום לשקול להמתין להחלטה של בית המשפט העליון בבקשה שהוגשה לו, כדי למנוע חשש מהכרעות סותרות. ניתנה לצדדים זכות טיעון בסוגיה זו בלבד, בלא שניתן סעד ארעי במעמד צד אחד.

37. בני לביני, ביום 25.8.2020 נתן בית המשפט העליון (כב' השופט י' עמית) צו ארעי המעכב את הכרזת הזוכה בהתמחרות ואישור המכר עד החלטה אחרת, קבע דיון לפניו ליום 8.9.2020, והורה על צירופה של נקסט כצד לבקשה. בית משפט זה ביקש מהצדדים לעדכן בדבר תוצאות הדיון בבית המשפט העליון.

38. ביום 8.9.2020 התקיים דיון בבית המשפט העליון. מפרוטוקול הדיון עולה שנעשה ניסיון נוסף להביא את הצדדים להסכמות, אך הדבר לא הסתייע. ביום 9.9.2020 נתן כב' השופט עמית החלטה מנומקת בבקשה של אליה לאשר את הסכם הפשרה. לאחר שסקר בקצרה את הרקע הנדרש, הוא ציין כי התקיים לפניו דיון במעמד הצדדים, כולל נקסט שאינה צד פורמלי לערעור. הניסיון להביא את הצדדים להסכמות לא צלח. משכך, עמדה לפניו השאלה אם לאשר את הסכם הפשרה אם לאו. אביא את הכרעתו מפיו (פסקות 7-9 להחלטה. מספרי פסקות הוסרו):

> להסכם הפשרה שאליו הגיעו הצדדים יש יתרונות רבים בהיבט של אינטרס החייב והיבטים מערכתיים, ובין היתר, מחיקת הליכים שונים שמתנהלים בין הצדדים בערכאות שונות מזה 13 שנים; תשלום של כ-1.5 מיליון ₪ לנושים אחרים; דיור חלופי למערער והשתתפות ברווחים עתידיים ועוד. אלא שלטענת נקסט, אף היא יכולה לשפר את הצעתה (ובדיון שבפני נקסט אף הציעה להעלות את הצעתה בשני מיליון ₪ ל-49.5 מיליון ₪) ולעמוד בכל התנאים שהוצעו על ידי הצד השלישי.

> אומר בקצרה כי קרוב הייתי לאשר את הסכם הפשרה לאחר החלטת הרשם מיום 4.2.2020. ברם, במצב הדברים שנוצר בעקבות החלטתו האחרונה של הרשם; כאשר הליכי ההתמחרות ומימוש הנכס נעשים במסגרת ההוצאה לפועל ובמסלול של הוצאה לפועל; כאשר במסלול זה תלויה ועומדת בקשת רשות ערעור, ובהינתן שנקסט איננה צד לערעור דכאן – איני סבור כי במסגרת סמכותי בקדם הערעור דנן ניתן לאשר את הסכם הפשרה, שהשלכתו על ההליך בהוצאה לפועל היא ישירה, בבחינת "מעקף" של הליכים אלה והליכי הערעור שעשויים לבוא בעקבותיהם.
> לכן, ובצער רב על כך שדרכם של הצדדים הסתבכה והתארכה, אני דוחה את הבקשה לאישור הסכם הפשרה, וחזקה על בית משפט השלום כי יפעל כחוכמתו במסגרת בקשת רשות הערעור התלויה ועומדת בפניו. בשלב זה, אני מורה על עיכוב מימוש המקרקעין ועיכוב המועד לפדיון המשכנתא וזאת עד להחלטה אחרת של בית משפט השלום או ערכאה שיפוטית אחרת. הבקשה לעיכוב הליכים עד למתן פסק דין בערעור דכאן – נדחית.
> אין צו להוצאות. היומן יקבע מועד לדיון בערעור.

39. בית המשפט העליון דחה אפוא את הבקשה לאישור הסכם הפשרה, והשיב את ההכרעה לבית משפט זה.

<u>ההתדיינות בבית משפט זה</u>

40. ביום 14.9.2020 הודיע אליה כי בית המשפט העליון נתן את החלטתו האמורה, ועתר לקביעת דיון. בהחלטה מאותו יום קבעתי שיינתנו הנחיות לאחר שאתעמק בבקשה לרשות ערעור, כשקיימת גם אפשרות שהיא תידחה ללא צורך בתשובה. בעקבות זאת הגיש אליה בקשה לקבוע דיון, ולחלופין להתיר לו להשלים טיעון בכתב בעקבות הדיון בבית המשפט העליון, שהפרוטוקול, כך נטען, אינו ממצה את שנאמר בו. בית המשפט התיר השלמת טיעון וזו הוגשה.

41. ההשלמה מתמקדת בדברים שנאמרו בדיון בבית המשפט העליון. אומר מיד כי נראה שיש קושי לייחס משקל מכריע לדברים שנאמרו במהלך דיון שמטרתו להביא את הצדדים להסכמות ולשקף סיכון וסיכוי, להבדיל מדברים שנקבעו במסגרת החלטה מנומקת לגופו של עניין. מכל מקום, לא מצאתי שבית המשפט העליון התבטא בצורה נחרצת לכאן או לכאן. אחרי ככלות הכול, בית המשפט העליון החליט שלא לאשר את הסכם הפשרה בעצמו ואף לא לעכב הליכים, והורה שבית משפט זה יכריע בעניין כחוכמתו. אעשה אפוא כמיטב יכולתי.

42. אף שאפשר היה להחליט בבקשה בלא לבקש תשובה, החלטתי בכל זאת לקיים דיון בניסיון להביא את הצדדים להסכמות. ביום 22.10.2020 התקיים דיון (לאחר שמועד קודם שנקבע נדחה עקב הארכת פגרת סוכות), רובו המכריע שלא לפרוטוקול (בהסכמת הצדדים), בניסיון לבחון אם אפשר לגבש הסכמות. בסוף הדיון היו הצדדים כולם תמימי דעים שאין מנוס מלהכריע בבקשה לגופה. באי כוחו של אליה ביקשו לקיים דיון נוסף לגופם של דברים, לאחר שתוגש תשובה לבקשה לרשות ערעור, לנוכח הסוגיות התקדימיות שהבקשה מעוררת. לא מצאתי לנכון לקיים דיון נוסף.

אחרי ככלות הכל, באי כוחו של אליה הציגו את טיעוניהם בבהירות ובאופן ממצה. כפועל יוצא ניתן להחליט בבקשה בלא צורך בדיון נוסף או בתשובה בכתב, וכך ייעשה.

<u>דיון והכרעה</u>

43. לאחר העיון, באתי למסקנה שדין הבקשה לרשות ערעור להידחות.

44. אקדים ואומר כי החלטת הרשם מקובלת עלי במלואה, ולו הייתה חלה בעניין תקנה 460(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, אפשר היה להסתפק בקביעה שתנאיה מתקיימים בענייננו תוך הוספת הערות אחדות.

45. החלטת הרשם, שלא בכדי נסקרה בפירוט רב, נותנת מענה הולם ומפורט לטענותיו של אליה. היא מבהירה על נקלה מדוע אין מקום לאשר את סעיף 1 להסכם הפשרה ולאפשר לאליה ולמשקיע מטעמו לרכוש את הנכס כשהוא נקי מכל זכות צד שלישי לפי סעיף 34א לחוק המכר. בתמצית: סעיף 1 להסכם הפשרה אינו אלא הסכם מכר שעוקף הליך התמחרות שבוצע כדין, ושנקסט זכתה בו. הוא מקנה לאליה ולמשקיע מטעמו יתרון לא הוגן על גבה של הזוכה. כל זאת לאחר שאליה והמשקיע מטעמו לא השתתפו בהתמחרות, ובלא ליתן לנקסט הזדמנות להשוות את הצעתה להצעתו הנוכחית של המשקיע.

46. אין חולק שהסכם הפשרה מקנה לצדדים לו ולנושים הלא מובטחים יתרונות רבים. ברם היתרונות הללו כולם אינם מעניינה של נקסט (שגם לא ניתנה לה אפשרות להציע הצעה דומה מראש, אף לא בדיעבד). יתרונות אלו אינם יכולים לגבור במשקלם המצטבר על החשיבות שיש להקנות להגנה על יעילותו ואמינותו של מנגנון ההתמחרות, ועל האינטרס המוגן של הזוכה במקרה הקונקרטי. הגנה על עקרונות השוויון והוודאות שמנגנון ההתמחרות מבוסס עליהם, לצד שיקולי תום לב, מטים את הכף לדחות את הסכם הפשרה ולקבוע שאין לפנינו מימוש של זכות פדיון, אף לא הצעה מאוחרת להתמחרות שיש מקום להעדיפה על ההצעה הזוכה. אין גם מקום להורות על התמחרות נוספת.

47. ההידברות בין הצדדים, לרבות בבית המשפט העליון ולפניי, מעלה שהמחלוקת ביניהם היא כספית. בעוד שהמשקיע מטעמו של אליה מבקש לקבל את הנכס כשהוא נקי מכל זכות תמורת סכום ההצעה הזוכה (בצירוף התחייבויות לשלם לאליה ולנושים סכומים שונים כאתנן), אין הוא מסכים לשלם לנקסט פיצוי בסכום (הנכבד) שביקשה ולרכוש את הזכייה ממנה. הוא אף לא מוכן לממן את זכות הפדיון כדין, ולבוא במשא ומתן עם נושיו של אליה לאחר מכן, כפי שהציע הרשם. הוא מבקש לרכוש את הנכס בדרך שהדין אינו מאפשר תוך שהוא מגדר מראש ותוחם את מחיר העסקה. פסיקה ענפה של בתי המשפט המחוזיים עמדה על כך (הגם שבנסיבות שונות, אך הרציונל זהה), והיא תאוזכר להלן.

48. צדק הרשם בקביעתו שעסקינן בסוגיה אנושית יותר מאשר בסוגיה משפטית. אלא שסוגיות אנושיות מסוג זה הן למגינת הלב עניין של יום ביומו במצבים של חדלות פירעון ומימוש נכס ממושכן שהוא רכושו האחרון של החייב. סוגיות אנושיות יותר נוצרות כשמדובר במימוש בית מגורים הכרוך בפינויו. אין כך בענייננו. השונה בתיק זה הוא שעומד מאחורי החייב משקיע עתיר ממון, והוא זה שמבקש להתמודד מול הזוכה בהתמחרות וליטול את הזכייה מידיה. אליה עצמו הוא חדל פירעון ואינו יכול לתרום לעסקה דבר משל עצמו.

49. עד כאן בתמצית. להלן יובאו הדברים בפירוט אגב דיון בטענות שהעלה אליה לפי סדרן.

<u>טענה ראשונה: הרשם חרג מסמכותו בכך שדן בהסכם הפשרה ובסעיף 34א לחוק המכר</u>

50. ראשית יש להסיר מן הדרך את הטענה שהרשם לא היה מוסמך לדון בשאלה זו משום שהיא הונחה לפתחו של בית המשפט העליון. בעוד שייתכן שהיה לטענה מקום בעת שהוגשה הבקשה לרשות ערעור, הרי שבית המשפט העליון קבע בהחלטתו מיום 9.9.2020 שלא לו לדון בבקשה לאישור הסכם הפשרה כל עוד הרשם לא דן בשאלה אם יש מקום לאשר את נקסט כזוכה. מכאן שהיה על הרשם להכריע בשאלת זכייתה, ואגב כך לדון גם בשאלה אם מדובר בפדיון כדין. זו גם הייתה עמדת כונסי הנכסים, אשר סברו שהרשם נדרש לאשר את סעיף 1 להסכם הפשרה (עמ' 4 לפרוטוקול הדיון לפני הרשם מיום 14.6.2020, שו' 21-25, נספח 10 לבר"ע).

51. זו גם דעתי. בבקשה לאישור הסכם הפשרה עתרו הצדדים להסכם לבטל את זכייתה של נקסט בהתמחרות. הם ביקשו לאשר תחתיה הצעה זוכה מאוחרת שאינה מסוימת דיה ואינה בגדר "הצעה", ולבטח שאינה בגדר מימוש של זכות הפדיון. כל זאת על סמך יתרונות שהסכם הפשרה מקנה לצדדים לו, לנושים הלא מובטחים, ולאינטרס הציבור בניצול יעיל של משאבי השיפוט. כזאת לא ניתן לעשות בלא לבחון את השאלה אם יש מקום להעדיף את אליה והמשקיע מטעמו על נקסט ועל כן להימנע מלאשרה כזוכה. נקסט לא הייתה צד פורמלי לערעור. אין לה ידיעה על אודות המחלוקות שבין הצדדים להסכם הפשרה, אין לה מעמד להתייחס אליהן, והן אינן מעניינה. זכותה לעמוד על דרישתה שמימון זכות הפדיון בידי אליה ייעשה כדין, שאם לא כן ייפגע האינטרס שלה להיות מוכרזת כזוכה ושהמכר יאושר. מחלוקת זו מתבררת בהוצאה לפועל, והרשם הוא בעל הסמכות הייחודית להכריע בה. ברי כי אין מניעה שבית המשפט העליון יידרש לכך בבוא העת. אולם לשם כך אין מנוס מלעבור בכל השרשרת הערעורית: בית משפט השלום כערכאת ערעור ראשונה; בית המשפט המחוזי כערכאת ערעור שנייה; ובית המשפט העליון כערכאת ערעור שלישית. על בית משפט זה לבחון את הבקשה לרשות ערעור דנן כערכאת ערעור ראשונה, בלא לשקול מה יהיה בערכאות הערעור הבאות, ככל שיוגשו בקשות רשות ערעור.

<u>טענה שנייה: לא הייתה מניעה להחיל את סעיף 34א לחוק המכר משום שלא תיגרם פגיעה בנושיו של אליה כתוצאה מהחלתו</u>

52. גם בטענה זו של אליה אין ממש. אליה מסתמך על פסק הדין ברע"א (מחוזי ת"א) 49241-12-10 **עמרן נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ** (14.1.2013), שם נקבע כי כונסי הנכסים שמונו לממש נכס

מובטח במשכנתה אמורים להגן על האינטרס של הנושה המובטח, ולא על האינטרס של שאר הנושים, וגם בית המשפט לא אמור להתחשב באינטרס של הנושים הרגילים שעה שהם לא פעלו בתיק (בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון נדחתה: רע"א 867/13 **עמרן נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ** (8.4.2013)).

53. הלכה זו אינה מסייעת לאליה. זאת משום שהשאלה הרלוונטית שיש לבחון היא אם יש מקום לאשר את מכר הזכויות למשקיע מטעמו של אליה על אף שלא השתתף בהתמחרות ובשעה שנקסט זכתה, באופן שעוקף את הזכייה. לא ניתן לחמוק מהשאלה או לעקוף אותה, וגם אין מקום לאפשר זאת. התשובה לשאלה זו, כפי שקבע הרשם, היא בשלילה. היא נתמכת בפסיקה ענפה ששללה זאת, הגם שלא בנסיבות זהות (בר"ע (מחוזי ת"א) 2564/05 **שלג נ' רמי**, פסקה ה (4.7.2007) (השופטת י' שטופמן); בר"ע (מחוזי ת"א) 1118/08 **לוי נ' אלקיים** (3.8.2009) (השופטת י' שטופמן). בקשת רשות ערעור נדחתה: רע"א 7487/09 **לוי נ' אלקיים** (16.2.2010) (השופט ס' ג'ובראן) ("בנוסף, כפי שציין בית המשפט המחוזי נראה כי ראש ההוצאה לפועל לא ראה בהצעה שהגיש המבקש לרכישת המקרקעין הנדונים בידי אחרים כהצעה רצינית, ונקבע כי יש בה משום 'עקיפה' של הליכי התמחרות והליכי הוצאה לפועל. לא מצאתי כל טעם להתערב במסקנה זו"); בר"ע (מחוזי ת"א) 2183/06 **מוניק נ' הבנק הבינלאומי הראשון בע"מ** (29.5.2008) (השופטת י' שטופמן) (רשם ההוצאה לפועל מוסמך לברר את מקור המימון של החייב כדי לקבוע אם מדובר במכר מוסווה אם לאו); רצ"פ (מחוזי ת"א) 1382/09 **מקייטן נ' בנק לאומי לישראל בע"מ**, פסקה ד (20.7.2010); רע"א (מחוזי ת"א) 10968-03-10 **לנקרי נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ**, פסקה ד (3.10.2010); פש"ר (מחוזי חי') 1008-06-14 **רגב נ' וייל**, פסקות 51-56 (17.9.2015); רע"א (מחוזי מר') 33016-11-17 **צעידי נ' בנק לאומי למשכנתאות בע"מ**, פסקות 26-27, 30 (11.12.2017); ת"א (מחוזי ב"ש) 42644-06-17 **גולן נ' שמעוני**, פסקות 26-28 (3.8.2018) (השופטת ג' לוין) (ערעור תלוי ועומד: ע"א 7706/18).

54. הפסיקה נימקה את סירובה לאפשר לחייב לפדות את הנכס באמצעות רכישתו על ידי אחר בכך שזכות הפדיון היא אישית ואינה ניתנת להמחאה, ובכך שמתן אפשרות לצד שלישי לרכוש את הנכס תחת החייב אינה עומדת בדרישת תום הלב בניהול הליכים משפטיים. על ידי כך מקופחת זכותו של הזוכה בהתמחרות הנאבק נגד הצעה עדיפה של צד שלישי שלא היה צד להתמחרות, המעלה את הצעתו באמצעות החייב בכסות של שימוש בזכותו לפדיון הנכס (שחר קטוביץ **סוגיות נבחרות בדיני הוצאה לפועל** 96 (2009)). בעניינו קבע הרשם שזכות הפדיון אינה אישית והיא כן ניתנת להמחאה. מסקנה זו נסמכה על סעיפים 13 ו-14 לחוק המשכון, על מהותה של זכות המשכון כזכות קניינית אשר ככלל ניתנת להמחאה, ועל עמדתו של יהושע ויסמן בספרו **קניין – זכויות קדימה ופרקי משכון** 230-231 (2014)). אליה תמך את טענותיו במקורות אנגליים ואמריקניים. מאחר שקביעה זו של הרשם משרתת את אליה, ניתן לצאת מנקודת הנחה, לצורך הדיון ומבלי להכריע בדבר, שהיא נכונה, דהיינו שזכות הפדיון היא זכות עבירה שניתנת להמחאה לצד ג'. אלא שגם תחת הנחה זו נותר בעינו הרציונל שהוביל את בתי המשפט המחוזיים שלא לאפשר לחייב לפדות את הנכס באמצעות רכישתו על ידי אחר כשהוא נקי מכל זכות. הטעם לכך הוא שאין מקום

לאפשר לעקוף את מנגנון ההתמחרות בדרך זו. זכותה של נקסט לעלות את הטענה כמי שנפגעת ישירות ממעקף ההתמחרות שאליה והמשקיע מטעמו מבקשים לבצע על חשבונה.

55. אף שנימוקי הרשם מפורטים דיים בהקשר זה (וציטטתי מהם לעיל), אוסיף בקצרה כי מתן גושפנקה להתנהלות כגון דא עלולה לגרום לחייבים ולמציעים פוטנציאליים לנהוג באופן אסטרטגי ולעקוף את מנגנון ההתמחרות בכוונה תחילה וכעניין שבשגרה. טלו את הדוגמה הבאה: נניח ששוויו של נכס ממושכן הוא 110; שהחוב לנושה המובטח גבוה משוויו כך שהנושים הלא מובטחים לא יקבלו דבר בעת מכירתו וחלוקת התמורה. שני משקיעים מעוניינים בו. האחד בוחר להתמחר והשני בוחר שלא. נניח שהמשקיע שהתמחר זכה בו בסכום של 100, באופן שצפוי להפיק לו רווח של 10. או אז פונה המשקיע שלא התמחר לחייב ומציע לו עסקה לרכישת הנכס בעד 103: משקיע זה יממן את פדיון הנכס במחיר של 101, ישלם 1 לחייב ו-1 לנושים הלא מובטחים. לחייב כדאי להסכים לעסקה כי יקבל 1. על כן הוא מתקשר עם המשקיע שלא התמחר, והלה "פודה" את הנכס בשם החייב ומקבלו כשהוא נקי מכל זכות (למעשה מציע הצעה מאוחרת להתמחרות). גם הנושים הלא מובטחים יצאו מורווחים משום שיקבלו 1. על כן הם לא יתנגדו. יוצא אפוא שהמשקיע שישב על הגדר ולא התמחר ירוויח 7, ואילו והזוכה בהתמחרות, שהייתה צפויה להרוויח 10, תפסיד את העסקה כולה. מאחר ששווי הנכס הוא 110, הרי שאם המשקיע שלא התמחר היה משתתף בהתמחרות, חזקה שהיה מציע סכום גבוה מ-103. חזקה גם שהזוכה בהתמחרות היה מציע סכום גבוה יותר, שכן כל סכום שבין 103 עד 109 היה מוביל לעסקה כדאית לשני המשקיעים. לו יתאפשר למשקיע שלא השתתף בהתמחרות להציע הצעה לרכישת הנכס לאחר ההתמחרות, התוצאה תהיה שהנכס יימכר במחיר נמוך מזה שאפשר היה לקבל עבורו לו כל המשקיעים היו מחויבים להתמחר.

56. אליה מבקש מבית המשפט להכשיר מנגנון דומה. נקסט השתתפה בהתמחרות וזכתה. היא קיבעה את מחיר העסקה. או אז בא אליה (ומשקיע מטעמו) ומציע הצעה גבוהה יותר, שבמסגרתה משולמת תמורה לאליה, וכן משולמים שני מיליון ש"ח לנושים הלא מובטחים. אליה מציג את ההצעה בבחינת "זה נהנה וזה לא חסר". ברם, חזקה שהמשקיע מטעם אליה לא הסכים לשלם את הסכומים הנוספים לשם שמיים. הוא מעריך שהמחיר הכולל שהציע משקף עסקה כדאית. נקסט מצדה הסכימה להשוות את תנאי הצעתה לזו של אליה. דינמיקה זו של משא ומתן מבהירה שאם המשקיע מטעם אליה היה מתמחר מול נקסט, סביר להניח (ולמצער אין להוציא מכלל אפשרות), שהמחיר שהיה מושג עבור הנכס בתום ההתמחרות היה גבוה מהצעתו המשופרת של אליה והמשקיע מטעמו, או שנקסט הייתה זוכה בהתמחרות הנוספת. מתן אפשרות למשקיע מטעם אליה לעקוף את מנגנון ההתמחרות פוגע אפוא במערך התמריצים היעיל ובתכלית מרכזית שמונחת בבסיס מנגנון זה: השאת התמורה בעד שווי הנכס.

57. יתר על כן ועיקר: אם בית המשפט ייעתר להצעה של אליה, הדבר יפגע אנושות באמינותו של מנגנון ההתמחרות. אכן, המציעים נדרשים להביא בחשבון שיש לבעל הנכס זכות לפדות את המשכון כל עוד לא הוכרז זוכה בהתמחרות. סיכון זה הוא צפוי וחלק מכללי המשחק. ברם, לו ציבור המציעים יידרש להביא בחשבון שלאחר שהוכרז זוכה בסכום המגלם רווח, יוכל בעל הנכס להביא

משקיע מטעמו שיטרוף את הזכייה מידיו של הזוכה במחיר גבוה קמעה בלא שנדרש להתמחר – תהא זו מכה קשה למוסד ההתמחרות ולרציונלים המונחים ביסודו. מעבר לכך שמנגנון כזה אינו יעיל, הוא גם אינו הוגן. לא בכדי נמנעה הפסיקה באופן עקבי מלאשר ניסיונות כאלו, ולא הובא ולו מקרה אחד שבו אישר בית המשפט "פדיון" מסוג זה בנסיבות דומות. עמד על כך בית המשפט העליון:

> "התערבותו של בית-המשפט בהסכם מכר שנקשר עם זוכה בהליך תקין והוגן ובתמורה סבירה והמרתו בזוכה אחר שהצעתו גבוהה יותר הן נדירות וחריגות ביותר וייעשו בנסיבות מיוחדות בלבד. במסגרת התערבות זו על בית-המשפט לשקול זו כנגד זו את התועלת הצפויה לקופת פשיטת הרגל מול פגיעה אפשרית בצדדים שלישיים וכן את העניין הקיים בביטחון ההליכים של פשיטת הרגל ולאזן כראוי בין אינטרסים נוגדים מסוג זה העלולים להיווצר. כן עליו לשקול את המשמעות העלולה להתלוות לפגיעה בצד השלישי מבחינת ההשפעה ארוכת הטווח על הליכי מכירה, על נכונות מציעים להגיש הצעות ומבחינת ההשלכה של כל אלה על תקינותם ויעילותם של הליכי כינוס הנכסים ומכירתם. על יסוד כל אלה ניתן לומר, כי צד שלישי המתקשר בהסכם עם הנאמן אמנם מודע לכך כי ההסכם עמו עדיין טעון אישור בית-המשפט וכי תוקפו הסופי מותנה באישור כזה, אולם הוא רשאי לצפות לכך כי בחינת ההסכם לצורך אישור כאמור תיעשה במסגרת אמות-המידה שפורטו לעיל, וכי בית-המשפט ייתן את דעתו בשיקוליו על כל הצדדים המעורבים במימוש הנכסים, וצדדים שלישיים בכלל זה" (ע"א 509/00 **לוי נ' הנאמן על נכסי יצחק בילו**, פ"ד נה(4) 410, 429-428 (2001). ראו גם רע"א 2780/19 **ברדה נ' בודה**, פסקה 9 (8.8.2019)).

58. ובעניין אחר פסק בית המשפט המחוזי (כב' השופט (כתארו אז) ח' ברנר):

> "במקרה הנוכחי, דומה כי פתיחת ההתמחרות מחדש רק משום שכעת, בכלות כל הקיצין, התרצה החייב ושיפר באופן דרמטי את הצעתו, תביא אמנם ערך כספי ניכר לנושים, אך תפגע קשות במוסד המשפטי של מימוש נכסי חייבים בכלל, ובאקזיט, הזוכה בענייננו, בפרט. זו האחרונה השתתפה בהליך ההתמחרות על יסוד הנחה לגיטימית כי מדובר בהליך שוויוני, הוגן ושקוף, שתוצאותיו תוכרענה על בסיס ההצעה הטובה ביותר במועד עריכת ההתמחרות, ולא על בסיס הצעה משופרת שתועלה לראשונה במהלך הדיון בבית המשפט. בית המשפט שאמור לאשר הליכי מכר נכסים, חייב לשוות לנגד עיניו לא רק את האינטרס החומרי הצר של בעלי הדין שלפניו, אלא גם את האינטרס הציבורי הרחב הרבה יותר, החורג מגדרו של המקרה הפרטני, ולפיו יש לעודד וליתן גיבוי להליכי התמחרות הוגנים, שקופים ושוויוניים; שאם לא כן, צדדים שלישיים ידירו עצמם מראש מהליכים מעין אלה, ביודעם כי תוצאותיהם נתונות לגחמות של מציע זה או אחר, שיכול לשלוף ב'דקה התשעים' שפן מכובעו, ולהפוך את קערת ההתמחרות על פיה" (פש"ר (מחוזי ת"א) 11007-08-15 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי** (7.2.2019))

59. אכן, כדי שההתמחרות תגשים את תכליתה – להשיא את מחיר הנכס – מתאפשר בנסיבות המתאימות לקבל הצעה גבוהה מההצעה הזוכה לאחר הליך התמחרות. אולם זאת במקרה שהדבר

נעשה בצורה שקופה ושוויונית, סמוך לאחר ההתמחרות, תוך מתן אפשרות לזוכה להשוות את הצעתו להצעה החדשה ואף להציע הצעה גבוהה יותר. גם אפשרות זו היא במסגרת כללי המשחק הידועים, והגיונה בצדה (לפירוט ראו עניין **ברדה נ' בודה**, בפסקות 10-11 ; עודד מאור ואסף דגני **על כונס נכסים** 300-306 (2015)). אלא שאליה והמשקיע מטעמו אינם מעוניינים בכך. הם לא הציעו הצעה חדשה שעונה לדרישות הללו בשום שלב. הטעם לכך, כנראה, שהתמחרות מול נקסט בתנאים שוויוניים תשיא את מחיר הנכס ותהפוך את העסקה שהם מבקשים לאשר לבלתי כדאית עבורם. אין הצדקה מספקת לאפשר לאליה ולמשקיע מטעמו לחרוג מהמסגרת הדיונית שהתירה הפסיקה המיועדת למצבים כגון דא. היה מקום לשקול את הצעתו של אליה והמשקיע מטעמו אם היא הייתה באה בגדר הצעה שקופה ומסוימת וגבוהה משמעותית מהצעתה של נקסט, וזאת תוך מתן אפשרות לנקסט להשוות את ההצעה או לשפר אותה ככל שתחפוץ בכך. אפשרות זו אינה על הפרק.

60. טענה נוספת שהעלה אליה בחלק זה של הבקשה היא שהמתווה שהציע הרשם לפדיון המשכנתה הוא מסורבל, יקר, מיותר ופוגע קשות בזכויותיו. אין לקבל טענה זו. כפי שציין הרשם ובצדק, לאליה עומדת זכות פדיון. לא יותר ולא פחות. אין חולק כי "משמעות ה'פדיון' הישראלי היא מירוק הנכס הממושכן מן המשכון שדבק בו" (ויסמן, בעמ' 225, ה"ש 54). פדיון אינו מכר בידי רשות לפי סעיף 34א לחוק המכר, ואין הוא מביא לסילוק העיקולים וזכויות אחרות של צדדים שלישיים בנכס הממושכן (עניין **גולן נ' שמעוני**, פסקה 27 ; רע"צ (שלום חי') 42509-02-14 **מחסני המפרץ (1997) בע"מ נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ**, פסקה 11.2 (1.7.2014) ; מאור ודגני, בעמ' 443-444). כדי לרכוש את הנכס כשהוא נקי מכל זכות היה על אליה ועל המשקיע מטעמו להתמחר, ובדרך זו להבטיח שהמחיר שיתקבל בעד הנכס הוא הגבוה ביותר שניתן לקבל. אין נפקא מינה שהחוב לנושה המובטחת גבוה משמעותית מסכום ההצעה הזוכה, כך שהנושים הלא מבוטחים לא יקבלו דבר בכל מקרה. מנגנון ההתמחרות נועד לשרת תכליות נוספות, ובכללן הגנה על השוויון ועל אינטרס הוודאות וההסתמכות של מציעים פוטנציאליים. עמדתו של אליה אינה מייחסת משקל הולם לשיקול חשוב ומרכזי זה, ולמעשה חותרת תחתיו.

61. אליה טוען שפעולותיו נעשו בתום לב בנסיבות המקרה דנן. לנוכח מערך התמריצים שתואר לעיל והפגיעה הפוטנציאלית העקרונית במכשיר ההתמחרות, אני סבור שאין מקום לבחון את תום הלב כרכיב נפרד. מעל הדרוש אעיר שגם אם אניח, לצורך הדיון, שבמישור הסובייקטיבי לא נפל פגם במישור תום הלב של אליה עצמו (וספק אם אלה פני הדברים, בשים לב גם לעמדת הכונסים בשלבים קודמים של ההליך), עדיין נשאלת השאלה אם אין מקום לבחון את תום הלב במישור האובייקטיבי. בכלל זה יש לבחון את תום לבו של המשקיע מטעמו של אליה, בעל המאה והדעה, ולקבוע אם מקום שהוא לא התמחר (והשאלה מדוע הוא לא התמחר מראש לא התלבנה), ולאחר שהוכרז זוכה הוא נמנע מלהציע הצעה גבוהה לאחר התמחרות לפי הכללים הנוהגים ; ובמקום זאת הוא מנסה לעקוף את הזכייה – האם התנהלותו אינה עולה כשלעצמה כדי חוסר תום לב כלפי נקסט? אני נוטה להשיב על שאלה זו בחיוב. הניסיון העובר כחוט השני מצדו של אליה להפריד בינו ובין המשקיע מטעמו נחזה להיות מלאכותי ומעורר קשיים. אם המשקיע היה בחזית, כפי שצריך היה

להיות, חלק ניכר מטענותיו של אליה היה מואר באור אחר, והתמונה המשפטית הייתה בהירה יותר ונטולת מסיחי דעת.

<u>טענה שלישית: יש לאשר את מתווה הפדיון שבהסכם הפשרה גם לנוכח השיקולים שנמנו בעניין **בן בסט**</u>

62. אליה טוען שהרשם לא דן בשאלה אם יש מקום לאשר את הסכם הפשרה לנוכח השיקולים שנמנו בעניין **בן בסט**. לא זו בלבד שעניין **בן בסט** אינו תומך בעמדתו של אליה, אלא שהוא תומך בעמדה ההפוכה. עובדות המקרה היו כדלקמן: בני הזוג בן בסט הוכרזו פושטי רגל. הנאמנה ביקשה למכור את המשק החקלאי ששימש למגוריהם לצורך פירעון החובות. עוד לפני ההתמחרות הציעו בני הזוג הצעה, הגם שלא מוגדרת, לפדות את הנכס ב"ערכי נטו" (בסכום המוצע על ידי הקונה במכירה כפויה לאחר ניכוי מסים ותשלומי חובה אחרים החלים על עסקה מסוג זה). בהתמחרות זכו בני הזוג אללוף. הנאמנה ביקשה לאשר את המכר לאללוף. בן בסט התנגדו בנימוק שהנאמנה פעלה בחוסר תום לב כשלא ניסתה להגיע עמם להסדר שיאפשר להם פדיון של הנכס בסכום נטו. בית המשפט המחוזי אישר את המכר כפוף לתנאים שמנה כונס הנכסים הרשמי (שסכום כסף מסוים יישאר בקופה לנושים הלא מובטחים). עוד קבע בית המשפט המחוזי כי אין בפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980 הוראה המאפשרת לחייב לפדות את נכסיו בסכום נמוך מההצעה הגבוהה ביותר, וקבלת עמדתם של בן בסט תוביל לסרבול הליכי המכר ואף לסיכולם.

בן בסט ערערו על החלטה זו. בזמן שהערעור תלוי ועומד, ההצעה לצרף את אללוף כחברים במושב הובאה לאישור האספה הכללית של המושב, וזו דחתה אותה בהחלטה לא מנומקת לאחר הצבעה חשאית. אללוף הגישו ערעור לאספה הכללית והאספה דחתה אותו. אללוף לא תקפו את החלטת האספה הכללית בהליך משפטי.

בחלוף כמה חודשים הגישה הנאמנה, על דעת כלל החייבים והנושה המובטח, בקשה לאישור הסכם פשרה עם בן בסט, שאם יאושר ימנע את הצורך למכור את המשק. אללוף התנגדו לכך. בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה לאישור הסכם הפשרה, והורה למושב לכנס תוך עשרה ימים אספה ולקבל החלטה מנומקת. המושב הגיש ערעור על החלטה זו. הדיון בערעורים אוחד.

63. בית המשפט העליון (השופט א' א' לוי) פתח את הדיון בהגנה שסעיף 86א לפקודת פשיטת הרגל מקנה לפושט רגל במקרה של מימוש כפוי של בית מגורים. מסקנתו הייתה שהסדרת החוב תוך הימנעות מעקירת פושט הרגל מביתו היא אחד השיקולים הראשונים במעלה שעל בית המשפט לשקול בטרם יחליט על מכירה כזו. על רקע זה נדרש בית המשפט לשאלה אם נכון לאפשר פדיון הנכס ב"מחיר נטו". לשם כך יש לבחון את האינטרסים השונים שעשויים להיות מושפעים מהחלטה זו: (א) אינטרס הנושים; (ב) אינטרס פושט הרגל ובני משפחתו; (ג) שיקולים מערכתיים; (ד) שיקולים הנוגעים לעניינו של הזוכה בהתמחרות. השופט לוי היה בדעה שיש לבטל את ההתמחרות ולאשר את הסכם הפשרה. הוא נימק שעניינם של הנושים לא ייפגע מאישור הפדיון במחיר "נטו", והוא יקדם את עניינים של החייבים ובני משפחתם. אשר לשיקולים מערכתיים, הרי שאלו מטים

אף הכף שלא להתיר פדיון במחיר נטו: אין לבית המשפט כלים להעריך את הסכום "נטו"; בירור זה עלול לארוך זמן רב; בית המשפט לא יהיה פטור מלהעריך את עלות הדיור החלוף; בית המשפט יצטרך להורות תמיד על התמחרות כדי להגיע לסכום המרבי שניתן להשיג עבור בית המגורים; "פדיון נטו" על ידי פושט הרגל עלול להרתיע קונים פוטנציאליים מלהציע הצעות עקב החשש שבסוף הדרך ולאחר שהזוכה הוציא הוצאות, יציע פושט הרגל לפדות את בית מגוריו. חרף קשיים אלה סבר השופט לוי שלא יהיה נכון לקבוע שלעולם אין לאפשר לפושט רגל לפדות את בית המגורים המחיר נטו, ובמקרים הראויים יש לאפשר זאת. שיקול מרכזי נוסף שעמד על הפרק נגע לעניינו של הקונה שזכה בהתמחרות, וכך נקבע (בעמ' 495-497):

> נקודת המוצא היא כי הקונה פעל בתום-לב כאשר ביקש לרכוש זכויות בממכר, ועל-כן ראוי הוא להגנה. הגנה זו על הקונה משרתת שיקולים שבמדיניות משפטית, ולפיהם יש לעודד קונים פוטנציאליים להשתתף במכירות פומביות על-מנת שיוצעו הצעות שאינן נופלות משווי הנכס הנמכר. עמד על כך בית-משפט זה בע"א 555/71 **אמסטרדמר נ' מוסקוביץ** [6], בעמ' 800, שבו נדון מקרה של אשת חייב אשר ביקשה לבטל הליכי מכירה בהוצאה לפועל של מקרקעין ממושכנים של בעלה שבהם לא השתתפה, לאחר שהוכרז על קונה:
>
> > "טובת החייבים שנכסיהם מוצעים למכירה פומבית דורשת, שמציעים רבים ישתתפו במכירה, כדי שיציעו מחירים שאינם נופלים מהשווי של הנכס. דבר זה לא יושג, אלא אם המציע יידע, שתוך זמן קצר יוברר, אם הוא זכה בנכס, והוא לא יהיה צפוי לאחר מכן לסכנה, שהמכירה תבוטל. אם נקח לדוגמה את המקרה שבפנינו, הרי קבלת טענות המערערת תגרום עוול למשיב, כי ברור, שכעת הוא לא יוכל לרכוש בכספו מקרקעין לפי המחירים שהיו קיימים בעת המכירה הפומבית... המשיב לא עשה דבר שיצדיק גרימת עוול כזה, ומאידך למערערת היתה הזדמנות להזדרז במאמציה לרכישת הנכס ולהשיג את הכספים הנחוצים לכך, לפני שהתקיימה המכירה הפומבית או לפני שניתנה ההחלטה על הכרזת המשיב כקונה. על-כן, הן מבחינת המדיניות הכללית והן מבחינת נסיבות מקרה זה, אין אני סבור שייעשה צדק אם נקבל את טענות המערערת" (וכן ראו ר"ע 338/83 **חפציבה חברה לבנין עבודות ופיתוח בע"מ נ' המפרקים של ככר לוינסקי בע"מ – בפירוק** [7], בעמ' 459-460).

12. זכייתו של מציע בהליך מימוש נכסים לעולם תהיה טעונה אישורו של בית-המשפט. אישור זה אינו פורמאלי, ועל בית-המשפט לתת את דעתו על כלל השיקולים והאיזונים העומדים ביסודה של פקודת פשיטת הרגל, ובכללם: טובת הנושים, טובתו של פושט הרגל והנסיבות המיוחדות של המקרה הנדון, ובהן נסיבות הקנייה, זהות הקונה ומהות הנכס הנמכר. עם זאת בית-המשפט יהא נוטה לקיים את תוצאות המכרז, ולפיכך התערבותו תהיה נדירה ומצומצמת, ובלבד שהשתכנע כי ההליכים נערכו כדין, ו"...לא דבק בהם פגם של מעשה מרמה או פסול הנובע מפגיעה בכללי הצדק הטבעי" (כלשון ע"א 640/77 **הקולג' האמריקאי בירושלים נ' כונס הנכסים הרשמי** [8] וכן ראו את דבריה

> של השופטת פרוקצ'יה בע"א 509/00 **לוי נ' ברכה, עו"ד נאמן בפשיטת רגל לנכסי יצחק בלו** [9], בעמ' 428).
> עם זאת רוב המקרים שנקבע בהם העיקרון של הגנה על אינטרס הקונה, היו מקרים שהוגשה בהם הצעה מאוחרת על-ידי צד שלישי אשר לא השתתף במכרז, ובמובן זה המקרה הנוכחי שונה. עוד לפני שבית-המשפט התיר למשיבה להזמין הצעות, כבר אז העלו המערערים את הצעתם לפדיון "במחיר נטו", ועל הצעה זו, כשהיא נתמכת בתחשיבים ובחוות-דעת של שמאי, הם חזרו כאשר ביקשה המשיבה לאשר את המכירה לקונים. דא עקא, הצעה זו לא נבחנה לגופה, אף שאפשר שהיה בה השילוב הרצוי מנקודת השקפתו של הדין – העשרתה של קופת הנושים בסכום המרבי ומניעת נישולם של המערערים מביתם (ראו לעניין זה את דבריו של השופט ד' בר-אופיר בע"א (ת"א) 1961/01 **הרב פולמן נ' עו"ד בית און**, כונס נכסים [10]). זאת ועוד, בעניינו, וכאמור במהלך בירור ערעורם של החייבים, הגיעה הנאמנה לידי הסדר פשרה עם החייבים המקובל על כל הצדדים, למעט הקונים, ובמסגרתו הסכימו הנושים לקבל לידיהם סכום של $325,000 נטו, ובכך תתייתר התוצאה הקשה שלפיה תימכר באופן כפוי נחלתם של החייבים. הסכם זה מבטא הגשמה של האינטרסים העיקריים העומדים ביסוד פקודת פשיטת הרגל, ואותם כבר מנינו: ההגנה על הנושים בלי להפוך את החייב ואת בני משפחתו לנטל על הציבור. מסקנה זו מקבלת משנה תוקף לנוכח הודעתם של הקונים מיום 20.11.2003, ולפיה אין הם יכולים להתחייב, כדרישת בית-המשפט המחוזי, ולהבטיח כי לטובת הנושים הבלתי מובטחים יעמוד סכום של $325,000 לפחות.
> זאת ועוד, בעניינם של הקונים קשה להצביע על נזק של ממש העלול להיגרם להם אם יאושר הסדר הפשרה לפדיון המשק. מכירתן של הזכויות במשק הותנתה מלכתחילה בקבלת הסכמתו של המושב, הסכמה שלא זו בלבד שלא ניתנה, אלא שגם ערר שהוגש על החלטת הסירוב נדחה. מכאן שאף אם היה ערעור זה נדחה על-ידינו, לא היו הקונים יכולים להשלים את רכישת הזכויות במשק, והם היו נדרשים לנקוט הליכים משפטיים נוספים, אם יש בידם עילה לחייב את המושב לקבלם כחברים. דברים אלה מביאים אותי לטענות שהעלה המושב בבקשתו למתן רשות לערער. אף שהמסקנה שהגעתי אליה מייתרת, הלכה למעשה, את הדיון בבקשת המושב, נדמה כי אין מנוס מהקביעה שטענות המושב בדין יסודן. המושב לא צורף, לא כל שכן הוזמן, כדין להליכים; הוא לא היה מיוצג בעת הדיון באופן ראוי; נוכחותו של הנציג מטעמו שהוזמן ערב הדיון ממש אין בה לרפא פגמים אלה.

64. הנשיא א' ברק סבר אף הוא שיש לקבל את ערעור המושב ולאשר את הסכם הפשרה. אשר לערעור המושב, נמצא שדינו להתקבל משום שהליך אישור הסדר הפשרה לא היה המסגרת המתאימה לתקיפת התנהלות המושב, בפרט כשהדבר נעשה ביוזמת בית המשפט ובלא שנתבקש סעד כזה מצד מי מבעלי הדין. אשר לאישור הסכם הפשרה, בית המשפט המחוזי קבע כי אין מקום לאשרו לעת עתה ובלבד שאללוף יעמדו בתנאים שנמנו בסוף תגובת הכנ"ר. אללוף הודיעו שלא יוכלו לעמוד בתנאים אלה ולא ערערו על ההחלטה. נוכח ביטול ההחלטה בעניין המושב ועמדה זו של אללוף, התוצאה המתבקשת היא אישור הסדר הפשרה, שהוראותיו היו מקובלות על הנשיא לגופן בהיותן משרתות את אינטרס של החייבים והנושים, ומייתרות את הצורך למכור את בית מגוריהם של בן בסט. אללוף אף הצהירו שהם יודעים שרכישת המשק כפופה לאישור המושב. הם לא נקטו הליך משפטי נגד החלטתו שלא לקבלם. בנסיבות אלו הייתה הנאמנה רשאית לבטל את ההסכם, לפי הוראותיו. לנוכח מסקנה זו התייתר הצורך להידרש להחלטת בית המשפט המחוזי שלא לאשר

מכירה כפויה של בית המגורים תוך דחיית בקשת בן בסט לפדות את הבית בסכום נטו. השופט א' ריבלין הצטרף לעמדת הנשיא ברק.

65. בחינת מאזן האינטרסים והשיקולים שקבע השופט לוי (בדעת יחיד) בעניין **בן בסט** מובילה למסקנה שהכף נוטה שלא לאשר את הסכם הפשרה דנן, שאינו אלא ביטול זכייתה של נקסט וקבלת המתווה שהוסכם בין הצדדים במקום זאת. אליה מונה בהקשר זה חמישה שיקולים. אדון בהם לפי סדרם.

66. שיקול ראשון הוא סיום כלל ההליכים המשפטיים בין הצדדים. אף שאיני מקל ראש בחיסכון בעלויות ההתדיינות, באינטרס הציבור בניצול יעיל של משאבי השיפוט, ובהכבדה הרבה שההתדיינות מסבה לאליה וצדדים האחרים משך שנים רבות, נראה לי שמדובר בשיקול שיש מקום להקנות לו משקל מוגבל. שיקול זה לא נזכר במניין השיקולים שנמנו בעניין **בן בסט**, ואינו יכול לבוא בגדר "שיקולים מערכתיים" כמשמעותם בפסק הדין. אכן, בין הצדדים להסכם הפשרה תלויים ועומדים הליכים משפטיים. הערעור, אני מוכן להניח, מעורר שאלות משפטיות לא פשוטות שמטרידות את הצדדים לו. ברם העובדה שאליה מימש את זכות הגישה לערכאות והגיש שני הליכים משפטיים זולת הערעור: אחד נגד אישור הסכם הפשרה שניתן בהמרצת הפתיחה (במקביל לערעור שגם בו הוא תוקף את אותו הסכם), ואחר (עתירה מנהלית) נגד חובותיו לעירייה, אינו שיקול הנושא עמו משקל הגובר על האינטרס של הזוכה בהתמחרות. אמת, זכותו של אליה לברר את טענותיו בבית המשפט, ותפקידו של בית המשפט להכריע במחלוקות שהונחו לפתחו. להתדיינות בבית המשפט, כידוע, יש עלויות. אלא שחיסכון באותן עלויות בין הצדדים לערעור ככלל אינו שיקול רלוונטי שלא לאשר את הזוכה בהתמחרות. לשם המחשה, לו היה אליה מגיש שלושה הליכים נוספים, והדבר היה מייצר עלויות נכבדות נוספות שניתן היה לייתרן באמצעות הסכם פשרה כולל, האם היה מקום לקבוע שהמשקל שיש לייחס לשיקול זה גובר? נראה לי שהתשובה על כך צריכה להיות שלילית. הדבר נכון במיוחד שעה שלא הונחה תשתית בשאלה אם ההליכים שאליה נקט מוצדקים, מה העלויות הכרוכות בבירורם, ובעיקר מה סיכוייהם להתקבל. דומה שאם היה נקבע שמדובר בהליכי סרק שאינם אלא שימוש לרעה בהליכי משפט, המשקל שהיה צריך לייחס להם היה פוחת. ממילא איני מביע דעה בעניין סיכוייהם של אותם הליכים להתקבל. כל שנאמר הוא ששיקול של הפחתת עלויות התדיינות זוכה בנסיבות דנן למשקל מוגבל.

67. ודוקו: כשהשופט לוי דן ב"שיקולים מערכתיים" בעניין **בן בסט** כוונתו הייתה לשיקולי מדיניות משפטית הנוגעים לשאלה אם יש מקום לאפשר פדיון בסכום "נטו" בשים לב לעלויות ההתדיינות שייערמו בכל תיק ותיק שבו החייב יבקש זאת. כלומר, כוונתו הייתה להשלכות רוחב הנובעות מעלויות התדיינות בשאלה הזו בהנחה שהיא תידון בתיקים נוספים. השופט לוי ציין שטענה לפדיון נטו עולה לעתים נדירות, שיקול שהטה את הכף לאפשר לדון בה. לא דובר בניסיון לחסוך בעלויות התדיינות במקרה הקונקרטי. בעניינו הנזק המצטבר הטמון בהשלכות רוחב של עצם האפשרות לפתוח התמחרות לנוכח טענות של החייב נגד הנושה המובטח, מקום שהליכי המימוש לא עוכבו, נחזה להיות גדול יותר בהשוואה לנזק הקונקרטי שייגרם לאליה ולצדדים

האחרים להסכם הפשרה אם נקסט תוכרז כזוכה. מכל מקום, ספק בעיני אם שיקולי הוגנות מאפשרים להשוות את הנזקים בנסיבות הללו ולהכריע על סמך מאזן הנזקים.

68. השיקולים השני והשלישי שאליה מונה בבקשה הם סיום ההתדיינות בערעור בבית המשפט העליון וחיסכון בהוצאות הכינוס. אף ששיקולים אלו הועלו כשני שיקולים נפרדים, המדובר באותה גברת בשינוי אדרת ולמצער באותה "משפחה": חיסכון בעלויות התדיינות. המענה זהה: המוטיבציה של אליה, של הכונסים, של העירייה ושל הבנק לחסוך בעלויות התדיינות ולהגביר את הוודאות (לרבות ביטול הערעור והבטחה שהמחאת המשכנתה מהבנק לעירייה תיוותר על כנה), מקום שקיימת מחלוקת משפטית שטעונה בירור, אינה יכולה לשמש לטעמי שיקול בעל משקל רב.

69. כאן המקום להזכיר שבית המשפט העליון נמנע מלעכב את הליכי המימוש. שעה שההליכים נמשכו, נערכה התמחרות והתבקש להכריז על זוכה – אין מקום להתעלם מן האינטרס שלו, וראוי להגן עליו, כמו גם על מוסד ההתמחרות באופן כללי, במסגרת כללי המשחק הידועים (עניין **ברדה נ' בודה**, בפסקה 11). במצב דברים זה, השאיפה לחסוך בעלויות התדיינות לא יכולה לזכות למשקל מוגבר שעה שהזוכה בהתמחרות הסתמכה על כך שהמכר עמה יאושר כל עוד היא עומדת בכללים ובהוראות הדין. האם היה מקום לצפות ממנה לבחון את טענותיו של אליה בערעור ואת ההליכים האחרים שפתח כדי להעריך את הסיכון מראש? יש לזכור שהייתה זו נקסט אשר "הביאה לשולחן", כדברי בא כוחה בדיון בבית המשפט העליון, הצעה זוכה וגבוהה משמעותית מסכום השומה. ייתכן שאילו הייתה יודעת מראש את הסיכון להיווצרות המצב שארע, לא הייתה נוטלת את הסיכון הזה. חשש זה מקשה להעדיף את "הצעתו" של אליה והמשקיע מטעמו על הצעתה הזוכה. הציטוט מפסק דין **אמסטרדמר** שהובא בעניין **בן בסט** יפה לענייננו.

70. שיקול רביעי שאליה מזכיר הוא שהסכם הפשרה מגלם הטבה אדירה לנושים הרגילים. אכן, מדובר בשיקול בעל משקל. ברם, בשונה מעניין **בן בסט**, שבו ניתנה הסכמה של כלל הנושים, בענייננו הנושים כלל לא נשאלו להסכמתם, ואליה מבקש זמן כדי להגיע עמם להסכמות כעת. אולם אף בהנחה שלא היה מקום לשאול לדעתם לאחר שלא פעלו בתיק, ושממילא סביר שיסכימו להצעה מאחר שהצעתו המאוחרת של אליה מעניקה להם כסף שעה שזכייתה של נקסט לא תקנה להם דבר, הרי שנקסט הסכימה בדיון בבית המשפט העליון להשוות את הצעתה ולתת את אותה הטבה לנושים. העיקר הוא שלא התאפשר לנקסט מראש להציע הצעה זהה לנושים כדי לזכות בהסכמתם. אותה הטבה לנושים (ולאליה עצמו) אינה יכולה להכשיר מעקף שלא כדין של זכיית נקסט בהתמחרות לנוכח מערך התמריצים הבעייתי שהיא מייצרת.

71. שיקול חמישי הוא שיקומו של אליה ומניעת מכירה כפויה של הנכס. אליה בן 72. הסכם הפשרה יעניק לו, כך נטען (אף שההסכם עצמו לא הוצג, אלא נטען באופן כללי בתצהיר של המשקיע), דמי קיום חודשיים לתקופה של עד שבע שנים. הוא יקבל הלוואה על חשבון אותם רווחים עתידיים בסכום שיאפשר לו מדור. הוא יהיה זכאי לרווחים עתידיים מהנכס בשיעור של בין 10% עד 20% בכל מתווה פיתוח של המקרקעין. הטבות אלו הן משמעותיות וקריטיות עבורו. לעומת

זאת, מכירת הנכס לנקסט תותירו חסר כל, בלא יכולת שיקום כלשהי. אליה טוען שאף שהרשם הכיר בכך שתוצאה זו "הרת אסון" עבורו, הוא בכל זאת בחר לאמצה.

72. המדובר בשיקול שאין להתעלם ממנו. אולם אין הוא יכול לגבור במשקלו, אף לא בהצטברו לשיקולים האחרים, על האינטרס הראוי להגנה של הזוכה בהתמחרות ועל אינטרס הציבור בהגנה על אמינותו של מכשיר ההתמחרות באופן כללי. אם בית המשפט יכיר בו, משמעות הדבר שמשקיע שלא התמחר יוכל לשבת על הגדר, לבחון את מחיר ההצעה הזוכה, ואם ימצא שהעסקה כדאית עבורו – יפנה לחייב ולנושים, יציע להם אתנן, ויתקשר בעסקת מימון עמו על חשבון ההצעה הזוכה. תוצאה זו, כאמור, ללא ספק תפגע ביעילותו של מנגנון ההתמחרות.

73. שנית, בעוד שבעניין **בן בסט** הוקנה עיקר המשקל לכך שדובר במכירה כפויה של בית מגורים, כאן מדובר בנכס עסקי שאינו משמש את אליה, והוא נטש אותו לפני שנים. על כן טענתו של אליה שיש להקנות משקל רב לזכות הקניין שלו לנוכח זיקתו לנכס, משל היה זה בית מגוריו שפינויו יגרום לשינוי מהותי באורח חייו ולפגיעה באישיותו לנוכח הקשר הרגשי אליו (לדיון בתיאוריית האישיות של הקניין ראו חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** 38-42 (2005)), אינה משכנעת. המדובר בנכס שזיקתו של אליה אליו מאז נטישתו היא כלכלית גרידא. אומנם בדיעבד אליה טוען שהוא והמשקיע חתמו על תוספת להסכם העקרונות (שלא הוצגה) שלפיה מבנה העסקה ביניהם יהיה כזה שהמשקיע יחזיק בנכס באמצעות חברה שבה יוקצו לאליה מניות, או לחלופין זכויות במקרקעין עצמם (סעיף 121 לבקשה לפדיון הנכס, נספח 7 לבר"ע). ברם אין טענה שאליה משתמש במקרקעין כיום ושימשיך להשתמש בהם בעצמו אם העסקה תצא לפועל (כגון שאם יוקצו לו משרדים בנכס שייבנה במקרקעין הוא עצמו ישתמש בהם). מדובר בזיקה בעלת אופי כלכלי להבדיל מאישי. הבדל מסוג זה בא לידי ביטוי בפסיקה למשל בנטייה לעכב ביצוע של פסק דין לפינוי מדירת מגורים אך לא מעסק מסחרי (ראו למשל ע"א 4279/20 **יפה נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ**, פסקה 17 (3.9.2020)). מכל מקום, גם בהנחה שתיוותר לאליה זיקה קניינית כלשהי לנכס (וספק אם זיקה כזו לא נוצרה בדיעבד כדי להבחין בין המקרה דנן ובין המקרים האחרים שנדונו בפסיקה ושבהם הזיקה הקניינית בין החייב לנכס נותקה כליל), הרי שמדובר בזיקה רופפת ביותר שאינה דומה במאפייניה לזיקת שימוש אישי בבית מגורים ולנזק האישיותי שזו מסבה בעת מימוש כפוי ופינוי.

74. אל מול כל אלה ניצב האינטרס של הזוכה הקונקרטי בהתמחרות, ואינטרס הציבור בשמירה על יעילותו ואמינותו של מנגנון זה. לאינטרסים אלה, כאמור, יש להקנות את עיקר המשקל, והדברים באו לידי ביטוי בעניין **בן בסט** עצמו. השופט לוי הזכיר כי על פי רוב הנטייה היא להגן על אינטרס ההסתמכות של הזוכה בהתמחרות במקרים שבהם צד ג' שלא השתתף בהתמחרות מציע הצעה אחריה. עניין **בן בסט** עצמו היה שונה, שם הצעת הפדיון בערכי "נטו" הוצעה לפני ההתמחרות, ודובר בבית מגורים.

75. אליה טוען שאין לנקסט מעמד כל עוד היא לא הוכרזה כזוכה והמכר עמה אושר. כעולה מפסיקה ענפה של בית המשפט העליון שצוטטה לעיל, טענה זו אינה נכונה. נקסט הסתמכה על

הוראות הדין החלות על התמחרות כשהציעה הצעה, הפקידה ערבות בנקאית, ונערכה למימון העסקה – מימון שיש לו עלויות גבוהות בשים לב לסכום ההצעה הזוכה, כ-48 מיליון ש"ח. הסתמכות זו ראויה להגנה. לנקסט יש מעמד לטעון את טענותיה כנגד הצעתו של אליה ל"פדיון", והן נמצאו מוצדקות לגופן.

<u>טענה רביעית: היה על הרשם לכל הפחות לקבל את ההצעה החלופית של המבקש ולאשרה כהצעה גבוהה שהתקבלה לאחר התמחרות</u>

76. על הסיבות לכך שאין מקום לקבל טענה זו עמדתי לעיל. אמקד: הצעתו המאוחרת של אליה והמשקיע מטעמו הוגשה לאחר ההתמחרות והתבקש לאשרה בלא ליתן לנקסט אפשרות להתחרות בה. ראינו שנקסט מוכנה להשוות את הצעתה להצעה הנוכחית של המשקיע מטעם אליה, כך שלכל היותר היה מקום להכריז על התמחרות חדשה.

77. אין יסוד להתערב בקביעת הרשם שההצעה המאוחרת של אליה והמשקיע מטעמו אינה מסוימת דיה, ואוסיף שכלל אין מדובר בהצעה שניתן לשקול אותה. אליה טוען שבהערכה שמרנית מדובר בסכום כולל של 6 מיליון ש"ח (2 מיליון ש"ח לנושים הרגילים, מיליון ש"ח דמי קיום לחייב (אם כי נכתב שמדובר בהלוואה), 2 מיליון ש"ח רווחים עתידיים, מיליון ש"ח חיסכון בעלויות לקופת הכינוס). אלא שברי שהערכה זו אינה מסוימת ומכומתת ולא ניתן לשקול אותה כהצעה ולהשוותה להצעה הזוכה. אליה והגורם המממן מטעמו לא פירטו בתצהיריהם כיצד חישבו את הסכומים. כעולה מתצהירו של הגורם המממן שצורף ל"בקשה מטעם החייב למימוש זכות פדיון" (נספח 7 לבקשה), הסכם העקרונות שנחתם בין הצדדים כלל לא צורף לו, והגורם המממן הסכים להעבירו לעיון הרשם בלבד אם יהיה בכך צורך, כך שאין לומר שמדובר בהצעה שקופה ושוויונית שניתנה לנקסט אפשרות לבחון אותה ולטעון נגדה. רכיב הרווחים העתידיים מניח שאכן יהיו רווחים, ולא ברור עד כמה הנחה זו מבוססת, מה המודל העסקי שהיא מבוססת עליו, ומה סיכויי היתכנותו. אין בנמצא חוות דעת כלכלית המבהירה את התמונה. חלק מהסכום הוא בכלל הלוואה שתנאיה לא פורטו. אין מקום שהרשם יעריך את שוויה הכלכלי של אותה "הצעה חדשה" (שכונתה "פדיון", ולא היא), לבטח לא במעמד צד אחד, ויקבע אם תועלתה הכלכלית גבוהה מזו שאליה טוען לה ובכמה בדיוק. לבסוף, ספק אם תועלת כלכלית זו ראוי שתגיע לאליה ולא לנושים הלא מובטחים, שעל היקף חובותיו של אליה כלפיהם לא הושם דגש. בהשוואה לעניין **בן בסט**, הערכת שווי ההטבה הכלכלית בידי הרשם לוקה בחוסר דיוק, פותחת פתח למחלוקות עתידיות ולהתדיינות, ובהיעדר הצדקה מיוחדת וספציפית (שדעת הרוב בעניין **בן בסט** העדיפה שלא להכריע בה), יש להימנע ממנה. להשלמת התמונה יוער כי "על דעת הפסיקה המקובלת היום, אין לאפשר פדיון במחיר נטו, למרות שיש מקום לשקול אפשרות זו, במקרים חריגים ומיוחדים, ומשהמדובר בדירת מגורים" (בר"ע (מחוזי ת"א) 1223/07 **פסג' מרכזי למסחר בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ** (2.1.2008)).

78. כפי שהודגש לעיל, להתמחרות יש כללים שתכליתם להשיא את התמורה, אך גם להקנות ודאות ולהקפיד על שוויון כדי להבטיח את יעילותם מראש (*ex ante*). הצעה מאוחרת צריכה להיות אפוא בראש ובראשונה הצעה ככל ההצעות: כספית, מסוימת וסמוכה בזמן להכרזה על ההצעה

הזוכה, בלא לעכב את ההכרזה יתר על המידה. ניתן היה לשקול את "ההצעה" של אליה והמשקיע מטעמו כהצעה חלופית מאוחרת להתמחרות אם הם היו מציעים הצעה כספית מסוימת הגבוהה משמעותית מהצעתה של נקסט. מאור ודגני טוענים שיש מקום לפתוח התמחרות שהוכרעה אם ההצעה החדשה גבוהה ב-10% מההצעה הזוכה, או שמדובר בתוספת משמעותית מבחינת הסכום (שם, בעמ' 300). מצב זה אינו מתקיים כאן. אליה כלל לא הציע הצעה לאחר התמחרות, ומכל מקום "הצעתו" אינה מסוימת, אינה שוויונית ואינה עומדת בכללי ההתמחרות. פדיון, כבר אמרנו, היא לא יכולה להיחשב.

79. אליה טוען שאין לזקוף לחובתו את חלוף הזמן. איני סבור כך. כידוע, זמן מתבטא בעלויות מימון, ומדובר בעלויות גבוהות ככל ששווי העסקה גבוה יותר. חלוף הזמן פוגע באינטרס ההסתמכות של נקסט, ובאופן כללי עלול לפגוע בנכונותם של מציעים פוטנציאליים להציע הצעות ולהתמחר. עמדנו על כך שאלו אינטרסים ראויים להגנה. נקסט ממתינה לממש את זכייתה בהתמחרות כשנה. בהקשר דומה קבע בית המשפט המחוזי (השופט ד' בר-אופיר):

> "[...] תכליתם של מועדים שנקבעו בדין, לנתב את הפעולות המשפטיות במסגרת מאורגנת ומסודרת. מי שמציע הצעת רכישה, בגבולות הזמן הנתון, זכאי לצפות לכך שהוא יתחרה רק באלה שעמדו במועדים ובדרישות האחרות כמותו, ולא יופתע מהצעות רכישה שצצו ועלו מעבר למועדים הקבועים. הצעות כאלה עלולות להשמיט מידיו את אפשרויות הרכישה של הנכס שהוא מעוניין בו, ויתרה מזו: ייתכן גם שהמציע תם הלב, שהצעתו הובאה לאישור בפני ראש ההוצאה לפועל, מימש נכסים ו'שבר' תוכניות חסכון כדי לרכוש אותו נכס, והנה בא מאי שם מציע חדש שעלול לסכל את סיכוייו של המציע שהצעתו עומדת בפני אישור. ובלשון אחרת: המועדים הסטטוטוריים נועדו, בין השאר, כדי ליצור 'סכר דיוני' בפני הצעות שעלולות לפגוע, בין השאר, באינטרס ההסתמכות של המציעים, שלפיו יש להם סיכוי סביר לזכות בהתמחרות, אם יעמדו בתנאים המוטלים עליהם. יחד עם זה, ברור ומובן הוא שאם נוצרים תנאים מתאימים – יוארכו המועדים להגשת הצעות נוספות, אלא שתנאים כאלה לא נוצרו כאן כל עיקר.
> האפשרות להגיש הצעה נוספת, מצידו של המבקש, מעבר לגבולות הזמן שנקצב לכך, פוגעת בעקרון השוויון ומאפשרת למציעים הנוספים להתאים את הצעותיהם להצעות המונחות בתיק ההוצאה לפועל" (בש"א (מחוזי ת"א) 18905/02 **אוגנר נ' אהרוני**, פסקות 4-5 (17.11.2002)).

80. לבסוף טוען אליה כי לכל הפחות היה על הרשם לקבוע שתנאי לקבלת ההצעה הוא קיום התמחרות מחודשת בין אליה והמשקיע מטעמו ובין נקסט בלשכתו. בדומה לרשם, גם אני סבור כי מקום שמלכתחילה דובר בהצעה מאוחרת שלאו הצעה היא, שלא היה מקום לכנותה פדיון, ולבטח לא לאשרה – יש ליתן לחלוף הזמן את משקלו הראוי ולשים סוף להתדיינות.

81. מטעם זה גם אין מקום לקצוב פרק זמן נוסף שבמהלכו יתאפשר לאליה לנהל משא ומתן עם הנושים במטרה להגיע להסדר או כל דבר דומה. מקום שבית המשפט העליון לא הורה על עיכוב

ביצוע (והסוגיה עמדה לפתחו כזכור שלוש פעמים), הרי שגם אם אין לומר שנקודת האל חזור הגיעה (לפי הלכת **אמסטרדמר**), במובן זה שנקסט הוכרזה כזוכה, הרי שבהיעדר החריג שהפסיקה הכירה בו: העדפת הצעה גבוהה ומסוימת לאחר התמחרות, יש ליתן לנקסט ליהנות מפירות זכייתה ללא דיחוי ולהכריז עליה כזוכה. ככל שחולף הזמן כך מתחזק המשקל שיש ליתן לאינטרס זה.

82. נתתי דעתי גם לפרק הזמן שנקצב לאליה לעמוד בזכות הפדיון כהלכתה, ולטענתו שהוא קצר מהמקובל. בשים לב לעיכוב עד כה, איני סבור שנפל פגם בהחלטת הרשם לקצוב פרק זמן קצר.

83. אף לא מצאתי מקום ליתן לאליה שהות נוספת למתן הודעת פדיון כדין. עם כל ההבנה, גם לעקרון סופיות הדיון יש ליתן משקל הולם, ובכלל זה לתת את הדעת להיקף ההתדיינות סביב סוגיה ספציפית זו.

<u>סוף דבר</u>

84. מכל המקובץ לעיל, הבקשה לרשות ערעור נדחית.

עיכוב ההליכים בטל. הכונסים יגישו לרשם ההוצאה לפועל בקשה להכרזה על נקסט כזוכה ולאישור המכר, והרשם יאשרה כפי שקבע בהחלטה מושא הבקשה דנן.

משלא נתבקשה תשובה, ואף שהתקיים דיון (שלא לגוף העניין), לא ייעשה צו להוצאות.

המזכירות תמציא ההחלטה לצדדים.

ניתנה היום, ח' בחשון התשפ"א, 26 באוקטובר 2020, בהעדר הצדדים.

טל חבקין, שופט